



诉讼法学文库
2008

6


◎总主编 樊崇义



EXCLUSIONARY RULE:
DISENCHANTMENT OF THE DISCOURSE AND CONSTRUCTION OF THE INSTITUTION

非法证据排除规则：话语解魅与制度构筑

◎林喜芬 著

 中国人民公安大学出版社
CPPSUP

●诉讼法学文库 2008 (6)

总主编 樊崇义

非法证据排除规则： 话语解魅与制度构筑

Exclusionary Rule:
Disenchantment of the Discourse
and Construction of the Institution

林喜芬 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

非法证据排除规则: 话语解魅与制度构筑/林喜芬著. —北京:
中国人民公安大学出版社, 2008.9

(诉讼法学文库. 2008; 6)

ISBN 978-7-81139-253-1

I. 非… II. 林… III. 刑事诉讼—证据—研究 IV. D915.313.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 136623 号

非法证据排除规则: 话语解魅与制度构筑

Exclusionary Rule: Disenchantment of the Discourse
and Construction of the Institution

林喜芬 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 9 月第 1 版

印 次: 2008 年 9 月第 1 次

印 张: 12

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 310 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-253-1/D·222

定 价: 28.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.poreclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

基础上总结出来的对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一：司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用，忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法

律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实际工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

《诉讼法学文库》自2001年面世以来，得到了诉讼法学界专

非法证据排除规则：话语解魅与制度构筑

家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚恳的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后，另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任



2007 年元月于北京

序

程序与实体的关系是程序法研究领域的基础理论范畴。在历史上，中国刑事诉讼曾长期保持着“重实体、轻程序”、“重打击、轻保障”的制度特征，程序工具主义的观念也较为盛行，当然，这是当时的社会条件和历史语境决定的。经过近百年的法制发展，现代意义的法律制度体系在我国初具规模。1996年的刑事诉讼法修改在原有基础上进一步规定了一系列的程序保障机制，这标志着我国诉讼法制建设进入了一个新的阶段。时至今日，“重实体、轻程序”、“重打击、轻保障”的传统特征有所改变，程序的独立性、安定性、自治性、公开性等价值已得到广泛认同，“程序与实体并重”的法治理念也得到了一定程度的张扬。在处理程序与实体的关系问题上，程序与实体被视为“鸟之双翼、车之两轮”，“不顾一切地搜集证据”、“不计后果地追究犯罪”、“不问是非地发现真实”已经不足为取，人道性、公平性与和谐性逐渐成为刑事诉讼制度改革的主要趋势。

当前，刑事诉讼法又将迎来再一次的修改与改良。由于非法证据排除规则是凸显程序独立性价值，协调程序价值与实体目标的重要制度，并在各国司法实践中，起着吓阻执法人员违法取证、维护司法的廉洁性、保障公民基本权利的重要功能。因此，近年来，“如何处理非法证据的效力与实体真实发现的关系”逐渐成为刑事诉讼法学界争论的热点，参与讨论的学者与研究成果也较多；在制度建构层面，非法证据排除规则的改良与完善也逐渐成为此次刑事

诉讼法再修改的基本议题之一。

林喜芬是我所指导的博士研究生，他能在学习、研究中涉及该前沿问题，并以《非法证据排除规则：话语解魅与制度构筑》为题撰写成本书，作为导师的我由衷地感到高兴。在本书中，作者以中国刑事证据制度的改革与转型为起点，以程序的独立性价值为支撑，以他域制度资源为参照，对刑事非法证据排除规则的若干问题进行了有益的探索。在论题的设定上，不仅涉及了刑事证据制度的转型进路、程序性制裁的理论定位、排除规则的话语争论、排除规则的理论基石等理论层面的议题，也包含了侦查权利告知与排除规则的关系、侦查询问程序与排除规则的关系，以及实物证据的排除模式等制度层面的议题。其中，不少论点和视角具有一定的理论意义，对当前正在进行的刑事诉讼法修改有一定的参考价值。

在具体内容上，本书具有资料翔实、视角新颖的特点。

第一，资料翔实。非法证据排除规则是刑事诉讼制度领域中的舶来品。它起源于美国，后逐渐传播到世界其他各法域，并得到一定程度的贯彻。中国若引进和借鉴该程序规则，切实了解该制度的发展背景、理论争议及演化趋势可谓必经之路。作者利用自身的外语优势，引证了大量的英文原始文献，对诸多中文学界较为模糊的理论议题进行了梳理和分析，如本书系统梳理了美国学界在理论立场与改革取向上对非法证据排除规则所持的诸多争议，并在此基础上，指出应当对西方的话语资源进行反思性解读。又如，传统学界一般将非法证据排除规则的理论基础并列概括为“吓阻违法说”、“司法廉洁说”、“宪法保障说”，本书在梳理大量原始资料的基础上指出，这些乃是美国最高法院在不同历史阶段分别采取的，并且，各学说的具体内涵有着较大的区别。再如，传统学界一般将美国实物证据的排除模式归为“原则排除/例外允许”，本书则在一些外文资料的基础上指出美国司法实践中也基本上实行“权衡排除模式”，发现并指出其他国家（如新西兰）也有这一转型趋势。

序

第二，视角新颖。值得注意的是，在本书中作者并没有面面俱到地提出一套改良中国刑事非法证据排除规则的系统方案，而是从一些具体问题入手，从一些较为新颖的视角来观察和分析一些长期以来为学界所忽视的论题。例如，本书跳出了关于非法证据排除规则的原有思维框架，通过彰显刑事证据制度的转型意义分析了非法证据排除规则的历史意义；通过分析程序性制裁机制的实践效果局限，而非限于非法证据排除规则的内部争论，较为新颖地指出了非法证据排除规则不应“知不可为而为之”，即该规则针对隐性违法侵权行为、消极性违法侵权行为、随意性违法侵权行为、非致力于起诉和审判的违法侵权行为的治理效果并不好。这些论点均具有一定的启发意义。

当然，作为一名年轻学子，书中的一些观点不乏可商榷之处，有些内容还值得进一步的深化与开拓，例如，作为为中国刑事诉讼法修改建言献策的制度改革内容和方案，就应当更多地考虑一些中国独特的现实国情，为此作者应该更深入地了解中国的刑事司法实践状况。“千里之行，始于足下”，林喜芬同学一向勤奋好学、视野开阔，希望也相信他在今后的理论研究中继续努力，研究、出版更多的理论成果！

是为序！

黄松有

2008年4月11日

前 言

非法证据排除规则，一直是众多中外学者非常关注的一个研究领域。之所以如此，不是因为其他，而主要是源于人类二元对立的认知框架。在人类认知世界中，现象与本质、形式与内容、外部与内部、表象与实质、程序与实体等二元对立的逻辑结构始终是萦绕人类的思维及文明进程的重要推动力。一般来说，本质、内容、内部、实质、实体等逻辑项似乎更具有“硬邦邦”的实在性，但经过历史上无数智者的反思与检讨，现象、形式、外部、表象及程序等也并非一无是处，甚至更为准确地说，它们有不可或缺的重要性。

同样的，程序法领域也面临着程序与实体的二元对立。在一定意义上，程序法所要思索的中心议题恰恰是如何处理实体法与程序法之关系的问题。从应然的角度讲，合理而有效的程序法必须同时满足以下两个方面的要求：一方面，程序法必须能够担当起快速而有效率地实现实体法价值的使命；另一方面，程序法也必须使得参与者能够富有意义地参与其中。也就是说，既要实现程序法的工具性功能，又要实现程序法的独立性价值。然而，这种理想的诉求似乎并不那么容易实现，正如其他思维领域中的形式与实质之间的关系总是那么难以调和一样。程序法的工具性功能与程序法的独立性功能也总是发生着这样那样的冲突。在现代社会，这种功能性冲突体现得尤为明显。一方面，刑事司法仍然是国家治理的重要领域，因此，追求实体真实与犯罪控制本无可厚非；但另一方面，刑事司

法也是现代国家践行法治的重要前沿阵地。由此，各国刑事程序制度就必须在执法方式与执法效果之间、程序法的工具性功能与独立性功能之间保持必要的“张力”，并维持应有的“和谐”。

可以说，非法证据排除规则领域正是处在冲突的着火点上——经由非法侵权手段或恣意违法方式获取的证据应当被照常采纳，还是应当被予以排除呢？这无疑是一个非常重大，当然也是非常艰难的议题。如果采纳非法证据，则依法而治的现代性法治传统将荡然无存，执法官员也将会因得不到应有的制裁而进一步恣意违法，程序法也将形同虚设；而排除非法证据，又很可能导致违法犯罪分子得不到应有的惩戒，使公众利益得不到预期的保障。这也正是为何古今中外的学者在证据法的研究中，经常会自觉或不自觉的要面对该悖论议题。为了容纳实体真实与程序公正这两种经常冲突的悖论价值，是否构筑以及如何构筑非法证据排除规则的制度体系就成为各国理论工作者以及实务改革家的思索对象。在我国，对涉及非法证据排除规则的诸多议题都有很多学者进行了非常有益的探讨，也进而为我国刑事程序法进一步改革与完善非法证据排除规则体系提供着必要的知识储备。这不仅表现出我国广大理论工作者在推进刑事程序法治进程中极为可贵的济世情怀，也一定程度上展现了非法证据排除规则本身的理论价值，可以说这是一个涉及“事实维度的实体真实”与“价值维度的程序正义”，凸显并张扬“手段评断结果”、“程序驳难实体”、“正义否定真实”的制度措施，甚至在某种意义上，是否构筑以及如何构筑非法证据排除规则乃是一个无法穷尽的话题！

在前人论述的基础上，本书也投入到该无尽的话题之中，对非法证据排除规则及关涉非法证据排除规则的若干问题进行了一些分析。本书基本上可划分为话语与制度两个层面。上篇“话语解魅”包含四章，第一章主要以刑事证据制度的现代转型为宏观理论背景来诠释非法证据排除规则。以非法证据排除规则为典型的证据规则

在证据制度发展史上具有重要的地位和意义，它们不仅表征着证据法发展进程中的两大核心主题，即从证明性到可采性、从统一性到独立性，而且，也正是这些证据规则体现着证据法的法用品性、人权法用品性以及独立于实体法的程序法用品性，因此，以非法证据排除规则为典型的证据规则在引领各国刑事证据法之制度转型与研究转向方面具有重要的价值。第二章主要是以程序性制裁理论为宏观理论框架来诠释非法证据排除规则。以非法证据排除规则为代表的程序性制裁机制是近年来被学界关注较多的研究对象，在我国当前，程序性制裁理论的提出具有非常重大的理论贡献，它不仅彰显着程序的独立性价值与程序正义理念，而且，在治理我国司法实践中对长期盛行的程序性违法侵权行为有着非常现实的制裁和权利救济功能。但程序性制裁在理论上和实践中也存在一定的局限，即程序性制裁机制对实践中比较多见的隐性违法侵权行为、消极性违法侵权行为、随意性违法侵权行为、非致力于起诉和审判的违法侵权行为的制裁和救济效果并不很好，因此，构筑非法证据排除规则也必须考量作为母概念的程序性制裁机制之局限。毕竟，一种制度的设定不能“知不可为而为之”。第三章主要是以中美两国理论界的话语资源为理论线索来诠释非法证据排除规则。通过对中国语境中与美国语境中理论立场与改革取向的话语资源解读，不仅可以清晰地了解各国话语争论的现状，而且可以掌握在源地美国持反对立场的各种主张之强度与广度。第四章主要是对非法证据排除规则理论基石的考量和分析。我国传统学说一般将宪法保障说、司法廉洁说以及吓阻违法说等一同视为西方法治国家非法证据排除规则的理论基石，其实，经由细致的梳理与检讨，美国经历了由宪法保障说到吓阻违法说的观念史变迁历程，并且，吓阻违法说已经开始掺杂人利益权衡因素，并有放宽对警察违法行为控制的趋向，而其他法治国家或地区非法证据排除规则的理论基石则是综合性司法廉洁说。通过比较和分析，并兼顾我国制度语境，本书提出了“借鉴

非法证据排除规则：话语解魅与制度构筑

其他法治国家或地区的综合性司法廉洁说，并辅之以单变量司法廉洁说；容纳利益权衡的分析方法，但辅之以一定的客观化基准”的理论话语进路。下篇“制度构筑”也包含四章。第五章着眼于学界关注较少的制度定位问题。通过比较法考察，美国及其他西方国家的非法证据排除规则的制度定位基本上体现出“将非法证据排除规则视为权利救济机制，而非基本权利本身”、“将非法证据排除规则定位为法定保障机制，而非宪法保障机制”的制度特征，因此，我国在未来的非法证据排除规则构筑进程中也应当采用“立法化”而非“宪法化”的制度变迁进路。第六章着眼于域外非法证据排除规则的衍生历史及其各自所表现出来的制度特征。通过考察域外的制度发展历程，可以发现世界刑事司法文明的发展趋向，即对非法言词证据的排除力度一般都比较严格，倾向于以任意性判断为中心，而对非法实物证据的排除力度则因各自不同的司法文化与诉讼传统存在一定的差异。第七章和第八章分别具体考察了言词性非法证据的排除模式与实物性非法证据的排除模式。在第七章中，针对与言词性非法证据紧密相关的侦查权利告知与侦查讯问技术的制度考察，分别论证了确立中国特色的侦查权利告知与侦查讯问技术之法律效力体系的必要性与可行性；在第八章中，针对各国普遍通行的利益权衡模式，主张在引入利益权衡因素的同时，需确立相对合理的客观化基准以防止利益权衡机制的滥用。

本书并非致力于全面系统地研究非法证据排除规则，也非旨在提出中国非法证据排除规则的“改革建议稿”，甚至还有意忽略了一些已为学界关注较多的重要议题，如排除非法证据的运作程序，但各章对非法证据排除规则论题的关注基本上注入了一定的观测视角——尽管很多地方还透露着学术的稚嫩。当然，妥当与否，还望学界前辈们予以批评和斧正！

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

上篇 话语解魅

第一章 刑事证据制度的现代性转型： 基于排除规则的分析	(3)
第一节 导论：论争的展开与论题的引出	(4)
第二节 西方刑事证据法发展的两大主题	(10)
一、从证明性到可采性	(11)
二、从统一性到独立性	(21)
第三节 中国刑事证据法的缺陷：制度、实践与话语	(26)
一、立法表达的核心定位偏差	(26)
二、实践运行的效果不容乐观	(30)
三、理论进路的设定存在误区	(33)
第四节 中国刑事证据法的制度转型与研究转向	(36)
一、法学品性的回归：实现证据学和证据法学的 两分	(38)
二、人权法学品性的回归：从取证规则为中心到 可采性规则为中心	(43)
三、程序法学品性的回归：从依附性程序裁判到 有限独立的程序裁判	(44)

第二章 程序性制裁理论的理论反思：	
基于排除规则的分析	(48)
第一节 导论：程序性制裁理论及其理论功绩	(48)
第二节 程序性制裁理论的局限：理论反思 与实践检讨	(52)
一、理论反思：程序性制裁理论的逻辑缺陷	(52)
二、实践检讨：程序性制裁机制的应用局限	(57)
第三节 程序性制裁的中国前景：价值重估 与制度构筑	(60)
一、程序性制裁的价值重估	(60)
二、程序性制裁的制度构筑	(63)
第三章 非法证据排除规则的观点争鸣：	
中美语境的双重考察	(69)
第一节 中国语境的非法证据排除规则论争： 理论憧憬与改革进路	(69)
一、关于非法证据排除规则的理论憧憬： 结构理路与功能理路	(70)
二、关于非法证据排除规则的改革进路： 整体革新与渐进改良	(79)
三、中国语境知识资源的批判性整合	(82)
第二节 美国语境的非法证据排除规则论争： 理论立场与改革取向	(85)
一、关于非法证据排除规则的理论立场： 质疑与赞成	(86)
二、关于非法证据排除规则的改革取向： 废弃与修订	(93)
三、美国语境知识资源的反思性解读	(110)

第四章 非法证据排除规则的理论基石：	
历史流变与功能设定	(118)
第一节 美国非法证据排除规则理论基础的历史流变	(120)
一、美国联邦最高法院的观念史流变之判例梳理	(120)
二、美国联邦最高法院的观念史流变之深度反思	(132)
第二节 各国非法证据排除规则理论基础的比较评析	(139)
一、司法廉洁说：其他法域排除规则理论基础的 模式界定	(139)
二、局限与趋势：不同法域排除规则理论基础的 比较评析	(143)
第三节 我国非法证据排除规则理论基础的模式选择	(146)
一、我国非法证据排除规则理论基础之立场设定	(146)
二、我国非法证据排除规则理论基础之模式选择	(151)

下篇 制度构筑

第五章 非法证据排除规则的法律位阶：	
立法例的反思与前瞻	(157)
第一节 非法证据排除规则制度定位的理论争议：	
以美国为例	(158)
一、宪法基本权利抑或司法救济机制	(158)
二、作为权利救济机制有无替代机制	(162)
三、作为权利救济机制有无必要“宪法化”	(163)
第二节 非法证据排除规则制度定位的比较法考察	(165)
一、美国	(165)
二、德国	(167)
三、加拿大	(169)
第三节 中国非法证据排除规则的制度定位：	