



中国人民公安大学
法学文库

作为正当程序的 非法证据排除规则

ZUOWEI ZHENGDANGCHENGXU DE
FEIFAZHENGJÜ PAICHUGUIZE

马明亮◇著



中国政法大学出版社



中国人民公安大学
法学文库

作为正当程序的 非法证据排除规则

ZUOWEI ZHENGDANGCHENGXU DE
FEIFAZHENGJU PAICHUGUIZE

马明亮◇著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

作为正当程序的非法证据排除规则/马明亮著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 1

ISBN 978-7-5620-7232-4

I. ①作… II. ①马… III. ①证据—研究—中国 IV. ①D925. 013. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 013919 号

- | | |
|-------|--|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 9 |
| 字 数 | 250 千字 |
| 版 次 | 2017 年 1 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 1 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 28.00 元 |

中国人民公安大学法学文库总序

2014 年是中国人民公安大学法学院成立 30 周年，法学院举行了一系列学术纪念活动。以法学文库的方式来祝贺法学院办学 30 年，既是对以往工作的总结，也是以物化的形式表达对法学院永恒的纪念，同时，也反映出法学院教师们的心声。这是一项意义重大的事业，我们愿意长久地进行下去。

从世界范围来看，法学院在历史悠久的大学中都占有重要的地位。有关大学的历史可以追溯到中世纪，在意大利、英国、法国等国最早产生的一批大学中，一般只设立四个学院：文学院、医学院、神学院和法学院。在一定意义上说，这四个学院都有共同的使命：对人的身体、思想、心灵和社会出现的创伤进行治疗。

基于此，每当一个国家和社会处于转型和变革时期，法学院的命运都与法治的命运甚至国家的命运联系在一起。公安大学法学教育的历史亦如此。法学院的前身是中央政法干校时期的法律一室和法律二室，1984 年成立了法律系。公安大学历史上的第一门法律课是 1955 年 3 月在公安保卫普通班第三期开设的“宪法”“惩治反革命条例”。在“文革”期间，法学教育被迫中断。在 1984 年之前，法学教育最为辉煌的时期出现在 1979 年至 1983 年，在此期间，我国现行《宪法》《刑法》《刑事诉讼法》《人民法院组织法》《人

民检察院组织法》等法律先后颁布实施，在我校举办了全国性、大规模的法律宣教班和培训班。经常讲课的专家现在看来都是法学泰斗级的名家。当时，学校法学教师队伍中也是名师众多，如柴发邦、樊凤林、刘岐山、吴杰、唐宗瑶、宋涛、崔敏、李文燕、徐秀义等，他们基本都参与了改革开放后国内第一批法学教材的编写工作。

随着国家法官学院、国家检察官学院的相继成立，中央政法干校为公、检、法三部门培养干部的使命已经完成。1984年改制为全日制学历教育大学，当时法律系的法学专业是木樨地校区最早招生的三个专业之一，由于师资力量雄厚，学科建设、人才培养、科研等方面在全国仍然保持优势和影响力。法律系从1995年起开始招收硕士研究生、2004年开始招收博士研究生，2007年设立法学一级博士后流动站，2011年3月获批法学一级博士学位授权点。至此，法学院形成了法学本科、硕士研究生和博士研究生三级培养体系，法学院的优势、特色和风格已经初步形成，即长期的学术积淀；雄厚的师资队伍；合理的学科体系；鲜明的培养目标；独有的行业资源。

2013年2月，经公安部批准，法律系更名为法学院。

上述成就是在法学院几代法律人共同努力下取得的，“筚路蓝缕，以启山林”，从吴杰、崔敏、徐秀义到唐若雷、刘万奇的历任法学院主要领导在任期间都为法学院取得了一个个突破。作为后来者，我对前辈表示崇高的敬意。

法学院为公安大学乃至公安教育贡献了什么？主要有三个方面：

第一，学科建设方面。公安大学法学院刑事诉讼法学硕士点是全国公安教育系统的第一个硕士点，开启了公安大学研究生教育的先河。随后，中国刑警学院、中国人民武警学院相继开展了研究生教育，目前全国虽有20多所公安本科院校，有学术型硕士授权点的仅此三家。2004年设立的刑事诉讼法学博士点是公安大学的第一个博士点。目前，全国30多所公安院校中仅有公安大学有博士学位授权点。2007年，建立法学一级博士后科研流动站。2011年，取得法学一级博士学位授权点。以上工作在我国公安教育领域都是具有开拓性的。上述法学学科建设的一系列成就，为后来公安大学发展公

安学、公安技术等学科做出了相关知识体系上的支撑和基础性的支持。

第二，法律课程设置方面。公安工作最为核心的是执法工作，此外还有管理工作和服务工作。法律课程建设和法律知识的传授在公安教育中占有突出的位置，法律课程主要是基础课、平台课和素质课。

第三，法学院积极参与和公安执法相关的立法、法律修改工作，并在公安执法等方面发挥智库担当作用。

回望过去是为了更好地发展，为此，我们将在以下四个方面进行努力：

第一，清醒认识法学院的优势与不足。在全国近 640 所法学本科院校中，公安大学法学院具有鲜明特色，是行业法学院，这是优势。虽位居前列，但是优势不明显，法学教育同质化的弊端在公安大学法学院仍然存在。我以为，突出特点和体现行业特色是关键，解决并践行明确的发展目标，公安大学法学院仍有巨大的上升空间。法学院的发展思路定位为：坚持法学本色，强化警察特色，担当公安智库，服务执法实践。

第二，确定公安大学法学专业学生培养标准，尤其是提出了优秀法学人才的标准，即一流的语言表达能力；一流的法律文书写作能力；一流的法律规范知识能力；一流的道德良知，法律职业人不必人人都成为包拯、海瑞，但必须要达到一定的道德高度。

第三，对法学院教师的职业要求，即通过系统地尽职地传授法律规范性知识，培养学生形成法律思维方式，树立法律理想，从而实现法治人生。法律规范、法律思维、法律理想和法治人生四位一体，师生相互融合，必将培养出高素质的法律职业人。

第四，对公安大学法学院院长的要求。作为现任法学院院长，不看你任院长期间做了什么、做了多少、做得怎样，关键在于，你不任院长时，给法学院留下了什么。

出版公安大学法学文库是上述四个方面努力的集中体现。公安大学法学文库的著者或译者都是公安大学法学院的教师，本着学术



自由的原则，文库以吸收与公安执法相关的著作为主，同时纳入其他法学著作。此外，警察法学教学和研究在我国起步较晚，研究力量和成果都很薄弱，因此，文库还包含若干国外警察法学方面的译著，以资借鉴。

自 2009 年以来，公安大学法学院先后批准成为教育部“国家级法学实验教学示范中心”“国家大学生校外法学实践教育基地”“法学专业综合改革试点（卓越法律人才教育培养基地）”，这些教育部教学质量与教学改革工程项目为公安大学法学院在学科建设、人才培养、教学质量和教学改革以及师资培养等方面给予了极大的支持，本文库的出版经费主要来源于此。

法学院赵华老师不辞劳苦，为文库出版做了很多工作。中国政法大学出版社为文库精心出版策划，贡献很多。对上述工作和付出，我谨代表法学院表示衷心感谢！

中国人民公安大学法学院院长、教授 程华

2014 年 12 月 4 日于木樨地校区

非法证据排除规则的正当性基础(代序言)

非法证据排除规则的目的决定其适用范围并将最终决定其命运。^{〔1〕}

即便在非法证据排除规则诞生地的美国,自该规则诞生之日起,便不断遭遇学界质疑,背后直指其正当性基础。遏制功能(遏制非法取证行为)(deterrence)还是司法纯洁性(judicial integrity)的需要?值得重点提及的是,21世纪初,美国法院不断传出非法证据排除的例外情形,更视排除规则为过时的副产品,尤其是警察的不专业、不敬业与过于激情的执法成为常态时。非法证据排除规则的前景堪忧,那么,如何挽救其于水火之中?

其中有意义的思路,不是简单的、浅层的讨论技术的完善,而是从深层讨论排除规则的功能目的,比如美国有学者指出,不能再抱残守缺地盯着宪法第四修正案不放,而应当投放更广阔的视野。从第四修正案与正当程序条款的关系入手,把非法证据排除规则视为一种正当程序的需要,当事人的正当权利的保障。自20世纪中叶开始,法律与实践部门开始视第四修正案为审前程序的一个制度保障,类似于庭审中的对质条款

〔1〕 韦恩·R. 拉费弗等:《刑事诉讼法》,卞建林等译,中国政法大学出版社2003年版,第126页。



(Confrontation Clause)。〔1〕这并非独特现象，目前，国际法上及多数国家对非法证据排除的目的与功能能够达成一个基本共识：对侵犯公民宪法权利而获取的证据的拒绝和否定，即以基本权利保障和程序正当为规则的价值取向。〔2〕

这种本源性问题在我国学界的讨论尚不足，更多的则是围绕如何严格实施排除规则的技术性问题。但这种讨论与研发是对非法证据排除规则价值的再发现，而这种再发现，对走在十字路口的中国非法证据排除规则意义深远。

非法证据排除规则在我国陷入十字路口并非空穴来风。从2010年的两个《证据规定》〔3〕到2012年的《刑事诉讼法》，我国虽然在法律文本上确立了非法证据排除规则，但吊诡的是，该规则如今却如老鼠进风箱，遭遇来自不同方向的压力。一方面，司法实务部门不敢或者不愿意排除非法证据，而是寻找种种理由与借口不断地架空排除规则。“非法证据不排除成为原则、排除成为例外”，启动难、证明难、排除难的声音不绝于耳，甚至认为排除规则在中国是一个“乌托邦”。〔4〕针对排除规则在实践中几乎弃而不用现象，有人则干脆称之为“沉睡的规则”。而另一方面，最高决策层与地方司法实务部门日益重视排除规则的功用并强化其适用，比如2013年通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，明确指出要严格实行非法证据排除规则；中央政法委《关于切实防止冤假错案

〔1〕 Richard M. Re, The Due Process Exclusionary Rule, *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, p. 1887.

〔2〕 相似的发现，参见李晓：“加拿大非法证据排除规则的法理依据”，载《北京政法职业学院学报》2016年第2期。

〔3〕 具体是指最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》以及《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。

〔4〕 相关讨论可参见：闫召华：“‘名禁实允’与‘虽令不行’：非法证据排除难研究”，载《法制与社会发展》2014年第2期。张斌：“我国非法证据排除规则运用的十大技术难题”，载《中国刑事法杂志》2010年第10期。王超：《排除非法证据的乌托邦》，法律出版社2014年版。

的规定》(中政委[2013]27号)进一步要求落实排除规则,等等。

触及深水区的排除规则细则一直未能面世,则是上述尴尬的集中体现。2014年底由最高人民法院牵头起草、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部共同参与制定的《关于严格实行非法证据排除规则若干问题的规定》,曾有人披露当年就接近尾声,并且解决了现实中的棘手问题,该规定不仅拟将诱供、指供、欺骗、疲劳审讯、威胁本人、威胁证人、威胁被告人家人等变相刑讯逼供列入非法证据的范围,而且初步解决了“重复自白”与“毒树之果”问题。^{〔1〕}遗憾的是,该规定至今未能问世。

顶层设计的美好愿景与现实中的无声抵抗,使得排除规则在我国前景扑朔迷离:是进一步强化并被严格实施,还是不断被现实各种权宜之计所架空?如果仍然满足于技术讨论,将很难摆脱目前的困窘局面,必须从根本上寻找勃兴之路。

自2010年两个《证据规定》发布伊始,排除规则进入理论与实践的视野。防止冤假错案是其出发点,防止权力滥用是其应有功能或附带功能。这种考虑有其合理性,可以解决现实问题,同时也能发挥对非法取证行为的遏制功能。但这种目的安排,功利性的本质会导致规则本身命运多舛,并且司法人员不能从更高层面认识其制度价值,会不断寻找其他的成本低、防止冤假错案效果不错的方法,比如“退回补充侦查”“补充证据”等来代替排除规则。如此一来,非法证据排除规则不断被退回“补正补查”现象所取代,本该排除非法证据,却演化为瑕疵证据补正现象。

因此,非法证据排除规则在我国能走多远,能发挥多大作用,取决于其制度目的的设计。鉴于规则的目的决定其适用范围并将最终决定其命运,笔者主张,应当视排除规则为正当程序的内在要求,当事人正当权利的保护机制。这会引发制度安排的“重心调整”:从防止冤假错案到正当程序的实现、正当程序权利的保障。其价值

〔1〕 邢世伟:“最高法将出非法证据排除解释文件 疲劳审讯拟算变相刑讯逼供”,载《新京报》2014年12月8日,A01版。

是多方面的：

其一，推动制度改革的视角发生变化，不是为了确保司法机关正常办案为视角来推动制度改革，而是从如何更加有效保障当事人的权利入手，如此，可以从更高层次、更多层面来完善排除规则的相关配套制度。比如，确保有效辩护的辩护制度是排除规则运行的重要保障机制，若仅仅从确保司法公正的视角来推动辩护制度的完善，包括完善法律援助制度、构建看守所的律师值班制度甚至讯问中的律师在场制度，等等，则源动力不足；而从保障被追诉人的正当权利为视角推动辩护制度的完善，则顺风顺水。

其二，以正当程序为视角，以宪法性权利为具体标准，可以合理地整合排除规则的适用范围，提升整体程序法治水平。2013年实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2012〕21号），围绕八种证据类型设计了大量的证据可采性规则，在实践中仅仅视为“法官调查核实程序”的组成部分。这些证据可采性规则，当初只是考虑“证据真实性”问题，结果只是不适用这些证据，并没有独立的调查程序，也没有相应的证明机制，只是视为法庭调查程序的一个内容而已。这是对程序权利的漠视，不利于程序法治建设。

因此，作为正当程序的排除规则，可以宪法性的程序权利为依据，把一些可采性规则纳入非法证据排除规则，比如上述最高法院的《司法解释》第81条规定，讯问笔录没有经被告人核对确认的，被告人供述不得作为定案的根据。这种情况不应列为法官调查核实程序，而应纳入排除规则。因为这种情况严重侵犯了被告人的知情权，甚至完全造假，“狸猫换太子”，假借被告人之名而已。这不同于后续的两款：讯问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供的；讯问不通晓当地通用语言、文字的被告人，应当提供翻译人员而未提供的。后两种情况侵犯的是一般意义的程序权利——只是没有“翻译”，而如果有其他方式能够沟通，比如书写、侦查人员自己担任翻译，等等，属于没有法律意义上的翻译，但这并没有侵犯被告人的实质权利。

其三,可以把更多非法证据纳入审查与排除的范围。比如辩护律师、诉讼代理人的非法取证,侦查、控诉机关委托私人取证。被害人委托“私人”的取证,其间的违法行为所获得的证据也纳入其中。^[1]如果将排除规则的功能定义为“遏制公权力的滥用”,那么,这些私人取证行为就不能纳入其中。这至少给人一种不公平感,同样违法,为什么私人获得的证据就可以适用,而公权力获得的证据就要禁止?事实上,侦查阶段的“私人取证现象”在相关立法中也有依据,比如勘验或者检查程序中,侦查机关可以指派或者聘请“有专门知识的人”;^[2]隐匿身份实施侦查中,侦查机关也可以指定非侦查人员进行。^[3]

把排除规则视为正当程序的内在需求,这是激活排除规则的第一步。紧接着,如何保障非法证据排除规则的正当程序功能得以发挥,这需要健全、完善相应的制度,比如构建有张力的排除规则结构,用好指导性案例制度;搭建更为周密的排除程序;构建更为合理的证明机制,等等。另外,健全的配套制度也不可缺少,比如务实的司法绩效考核制度;打击犯罪更为有利的侦查技术革新,等等。

如此,发展中的非法证据排除规则在中国才不至于夭折途中。

马明亮

2017年1月

[1] 实践中,私人违法取证现象难以避免。比如被害人诉讼代理人取证问题。根据《刑事诉讼法》第44条规定,公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属,自案件移送审查起诉之日起,有权委托诉讼代理人。据此,被害人的诉讼代理人介入诉讼时间比较晚,在立案与侦查阶段无法介入,这对被害人十分不利。尤其是被害人向侦查机关提出控告要求立案时,诉讼代理人的帮助至关重要。诉讼代理人从内心很希望获得相关证据,以期侦查机关能够顺利立案。但若取证即为违法。

[2] 《刑事诉讼法》第126条规定,侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候,可以指派或者聘请具有专门知识的人,在侦查人员的主持下进行勘验、检查。

[3] 公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第262条规定,为了查明案情,在必要的时候,经县级以上公安机关负责人决定,可以由侦查人员或者公安机关指定的其他人员隐匿身份实施侦查。

目 录

Contents

001	中国人民公安大学法学文库总序
001	非法证据排除规则的正当性基础（代序言）
 第一篇 文本中的非法证据排除规则	
003	第一章 从上到下的制度安排：全国性规则
003	一、排除规则的朦胧、胚胎期：1979 年、1996 年 《刑事诉讼法》与相关司法解释
005	二、排除规则的萌芽与初成期：两个《证据规定》
013	三、排除规则基本架构成型期：2012 年《刑事诉讼 法》与相关司法解释
018	四、排除规则的补强与完善期：围绕“严格实施排除 规则”的系列举措
022	五、结语：简析中国非法证据排除规则的立法动因
023	第二章 实践中自发生成的制度：地方性规则
024	一、为何实务部门自发生成地方性规则
028	二、地方性非法证据排除规则的特点：细化与创新
030	三、地方性非法证据排除规则的主要内容
036	四、简评地方性非法证据排除规则

第二篇 实践中的非法证据排除规则

041 第三章 典型案例：排除规则运行状况的直观感受

- | | |
|-----|--|
| 041 | 【案例一】刘涌涉黑案（2003 年） |
| 045 | 【案例二】四川乐至县原交通局长宋立光受贿案
（2010 年） |
| 048 | 【案例三】“非法证据排除第一案”而后“惊人逆转”的章国锡案（2011 年） |
| 057 | 【案例四】谢亚龙受贿案（2012 年） |
| 058 | 【案例五】北京“非法证据排除”第一案：郭宗奎等涉嫌贩卖冰毒案（2012 年） |
| 062 | 【案例六】教育部原考试中心书记受贿案（2015 年） |
| 063 | 【案例七】陈灼昊故意杀人案（2015 年） |
| 066 | 【案例八】王涛涉嫌贩毒案（2015 年） |
| 069 | 【案例九】能源局原副局长许永盛被控受贿案件
（2016 年） |
| 073 | 【案例十】快播传播淫秽物品牟利案（2016 年） |

078 第四章 排除规则运行状况的理性分析：良性效果

- 079 一、排除规则在整体上提高了侦查取证的合法化水平
- 080 二、排除规则为“程序性辩护”的现实拓展提供了制度支持
- 081 三、排除规则推动了审判中心主义理念的诉讼制度改革
- 082 四、排除规则发挥了预防冤假错案的功用
- 082 五、排除规则有力推动了现代侦查取证规范体系的形成

083	第五章 排除规则运行状况的理性分析：不足与缺憾
083	一、排除规则的异化运行
088	二、非法证据“补救为原则、排除为例外”
089	三、非法取证由显性违法转向隐性违法
094	四、被追诉方对非法证据排除规则功能期待过高
095	五、审前阶段非法证据审查的形式化
098	六、审判阶段排除程序的空洞化
108	第六章 排除规则不良性运行造成的危害
108	一、司法理念上的危害
108	二、司法实践中的危害
	 第三篇 排除非法证据为何阻力重重
113	第七章 内部视角：以排除规则的内在结构为考量对象
113	一、实体性规则的不合理
123	二、程序性规则的空心化
125	第八章 外部视角：排除规则面临的诉讼架构与配套措施之反思
125	一、证据收集、调查程序等程序性规范立法的不细密
130	二、证明取证合法性的保障措施不健全
133	三、非法证据排除的辩护不充分
137	四、侦查中心主义的诉讼模式不利于证据的审查与排除
138	五、以实体结果为导向的司法绩效考核制度阻碍了非法证据排除

- 145 **第九章 超越制度层面：司法理念的反思**
- 145 一、司法机关没有充分贯彻无罪推定、疑罪从无原则
- 146 二、司法机关对排除规则的价值与功能存在认识偏差
- 147 三、司法机关更多的追求实体公正与相互配合理念

第四篇 非法证据排除规则的中国前景

- 151 **第十章 域外经验之借鉴：百年差距、成熟制度与发展态势**
- 152 一、宪法与排除规则的关系
- 154 二、排除规则目的设定及其变迁
- 157 三、非法证据排除规则的功能与局限
- 166 四、非法证据的范围及其“圈定模式”
- 174 五、详尽、实用、合理的排除程序
- 186 六、不适用排除规则的司法程序
- 187 七、结论
- 191 **第十一章 制度完善的基本出发点**
- 191 一、合理定位排除规则的制度目的：正当程序的内在需求
- 194 二、恰当的处理价值利益平衡关系
- 197 **第十二章 完善非法证据排除规则的思路：内部视角**
- 197 一、实体性规则的完善
- 200 二、实体性规则完善中的解释：依宪解释
- 206 三、程序性规则的完善
- 217 **第十三章 完善非法证据排除规则的思路：外部视角**
- 217 一、进一步细化侦查取证的程序规范