

非法证据排除规则的 理论与实践

FEIFA ZHENGJU PAICHU GUIZE DE
LILUN YU SHIJIAN

田力男 郑 曦◎著



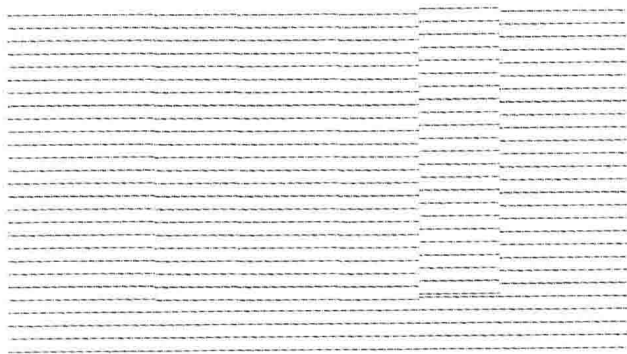
中国政法大学出版社

中国人民公安大学2014年中央高校基本科研
“非法证据排除规则实施中难题研究”（项目编号：2014JKF01031）

非法证据排除规则的 理论与实践

FEIFA ZHENGJU PAICHU GUIZE DE
LILUN YU SHIJIAN

田力男 郑 曦◎著



中国政法大学出版社

- 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（CIP）数据

非法证据排除规则的理论与实践/田力男, 郑曦著. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 5

ISBN 978-7-5620-6090-1

I. ①非… II. ①田… ②郑… III. ①证据—研究 IV. ①D915.130.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第117447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 7.5
- 字 数 205千字
- 版 次 2015年5月第1版
- 印 次 2015年5月第1次印刷
- 定 价 22.00元

目 录

上 篇

域外镜鉴：美国证据排除规则新发展及对中国启示

第一章 证据排除规则引论 | 3

- 一、证据排除规则新发展一瞥：“衰变”与“弱化” | 3
- 二、理论基础与争议评析 | 8

第二章 搜查扣押相关证据排除规则 | 17

- 一、第四修正案非法搜查扣押证据排除规则的发展确立过程 | 19
- 二、第四修正案非法搜查扣押证据排除规则的内容和意义 | 26
- 三、第四修正案非法搜查扣押证据排除规则的边界和例外 | 32
- 四、非法搜查扣押证据排除规则的最新发展 | 39
- 五、对中国的启示 | 56

第三章 侦查讯问相关的证据排除规则 | 61

- 一、美国侦查讯问程序的法律规制 | 61
- 二、米兰达规则及其衍生问题 | 69
- 三、美国侦查讯问相关证据规定和排除规则的新发展 | 89
- 四、美国侦查讯问证据规定和排除规则的启示 | 112

第四章 侦查制度及其新发展与排除规则的运用 | 121

- 一、警察使用武力问题 | 123
- 二、截停和相关问题 | 126
- 三、侦查阶段指定律师辩护 | 135
- 四、美国侦查制度及其新发展对中国的借鉴意义 | 143

下 篇

我国非法证据排除规则实践困境破解——侧重非法供述

第五章 司法实践中非法证据“实质排除难”探微 | 149

- 一、“非法证据排除第一案”及其逆转评析 | 149
- 二、审判阶段非法证据排除难之困境突破 | 174

第六章 中国特色审前非法证据排除与冤案防范 | 191

- 一、检察环节排除非法证据成功范例探析 | 191
- 二、审前冤案防范系统论 | 198

第七章 侦查策略与证据排除之博弈 | 212

- 一、侦查阶段合法取证判例解析 | 212
- 二、合法侦查策略与非法取证之界限 | 216

参考文献 | 221

致 谢 | 235



域外镜鉴：美国证据排除规则 新发展及对中国启示



证据排除规则引论

一、证据排除规则新发展一瞥：“衰变”^{〔1〕}与“弱化”^{〔2〕}

（一）非法证据排除规则的“衰变”

“非法证据排除”作为一项重要的证据规则，在证据与规则意识发达的英美法系国家践行已久。起源地美国的证据排除规则（Exclusionary Rule），^{〔3〕}主要指政府通过侵犯被取证者宪法性权利，特别是不受非法搜查、扣押，不受强迫自我归罪，受法律正当程序保护等基本权利而取得的证据不得用于指控权利受侵犯者，审判阶段该证据不得进入案件事实认定者视野的规则。

美国排除非法证据最主要的渊源为联邦宪法第四修正案

〔1〕 2009年10月9日在由美国《西南国际法杂志》主办的“排除规则的未来：美国与国际视野”研讨会上，与会学者达成共识，认为美国排除规则的命运是呈衰落、缩减态势的。See Southwestern Journal of International Law Host Symposium - The Future of the Exclusionary Rule: American and International Perspectives.

〔2〕 该部分参见田力男参著，周欣等著：《外国刑事诉讼特色制度与变革》，中国人民公安大学出版社2014年版，“美国刑事诉讼”篇。

〔3〕 从英文原词上看，该规则应该直译为“排除规则”，国内约定俗成成为“非法证据排除规则”。因本书不涉及其他证据规则，暂且通用。

(权利法案)；当然对应不同种类的证据还可能有第五、六、十四等修正案。具体实施依据包括成文证据法典、先前的典型判例等。但从它诞生之日起争议之声就从未间断。在美国，随着非法证据排除制度、规则的全面运行，学术界对非法证据排除历经了争议、主流赞同之后，如今已开始反思。^{〔1〕}而美国联邦最高法院的新近判例也开始对该规则进行又一轮的修正。证据规则研究的深化、官方判例的不断更新也对警察理解并执行法律提出更多更高的要求。总体而言，进入21世纪的美国，非法证据排除规则的适用条件愈发苛严、例外不断增多、排除的范围呈现限缩之势。很多中外学者将其发展趋势概括为“衰变”。此处将以2009年赫灵(Herring)案为例，展现“非法证据排除规则”在美国最新发展的“微小一点”。更多情况后章内容详论。

1. 2009年赫灵(Herring)案判决形成新规。^{〔2〕}2009年伊始美国联邦最高法院所作出的Herring判例使证据排除规则的适用需要附加特定的条件，而且例外的情况又在增加。该判决是以5:4的结果而作出的。其反映出大法官内部也存在一定的争议，因此虽然很难讲非法证据排除规则已经走向末路，但至少在类似的情形中很难再适用该规则。

Herring判例认为，警察非在制度上犯错或非本质上违背宪

〔1〕 例如，2010年拥有三十余年警龄、十余年刑辩律师经历，且是兼职大学教授的王alter P. Signorelli 修订再版了专著 *The constable has blundered: the exclusionary rule, crime, and corruption*，对美国非法证据排除制度在实践操作中的得与失进行了理性务实的评价和客观公允的分析。

〔2〕 参见“Justices Step Closer to Repeal of Evidence Ruling; Herring v. United States”，555 U. S. 135 (2009)；以及丁广宇编译：“‘非法证据排除规则’在美国的最新发展——美国最高法院Herring案的影响”，载《中国应用法学研究信息》2009年第1期。

法义务，而仅由于与侦查行为本身关联性不强的“孤立的过失”（isolated negligence）导致非法搜查、扣押，其取证行为及获得的证据不适用证据排除规则。首先，先前判例已有规定，搜查、扣押等侦查行为的不法性未必导致排除证据。^{〔1〕}新规则又突出强调证据排除规则本身不能被视为个体权利。该规则的运用必须经过价值权衡，即仅当抑制警察违法行为的正面效果远超放纵犯罪的不良影响之时才有适用必要。其次，警察违法的错误亦有不同的性质之分。侦查行为的不法性需要结合警察取证过程中犯错或过失的程度分析。如果故意违宪或微小的疏忽导致的违法取证一概适用该规则，那么其震慑的初衷并没有实际意义。对于后者明显缺乏制裁本次行为、震慑未来行为的必要性。再次，新判例为证据排除规则的适用附加了前提条件：“一是警察的行为必须完全是基于蓄意以至于必须适用排除规则来阻吓这种行为，二是警察的行为必须具有足够的可归责性才有必要值得司法制度为此付出让可能的罪犯逍遥法外的代价。”^{〔2〕}同时，评价警察行为之过错应该从客观外部情况着手，而不是从警察可能具有的主观想法出发。因此，赫灵（Herring）案中警察的行为从该角度分析并没有可归咎之处，不应排除相应的证据、放纵犯罪，让整个刑事司法得不偿失。

可见，在非法证据排除规则的实施之前应当分析其适用条件。特别需要注意结合案情从可归责性及过错程度方面分析警察行为，以及适用该规则可能产生的阻吓违法的作用。

〔1〕 *Illinois v. Gate*, 462 U. S. 213, 223.

〔2〕 *Herring v. United States*, 555 U. S. 135 (2009); 另参见丁广宇编译：“‘非法证据排除规则’在美国的最新发展——美国最高法院 Herring 案的影响”，载《中国应用法学研究信息》2009 年第 1 期。

2. 赫灵 (Herring) 规则对美国的影响。^[1]Herring 案的判决及其确立的新规则, 显然对非法证据排除规则的适用附加了前提条件。而法官在适用该证据规则前需要先对此新规则加以判断。但抽象的规则在面对形形色色的不同案情时究竟如何具体理解没有统一的答案, 必须人为进行解读。这无疑会给该案之后的下级法院在适用非法证据排除规则之时增添麻烦。首先, 要对警察行为的具体类型进行区分, 不能一概机械地归为违法违宪; 其次, 对形式上违反宪法第四修正案的行为还要鉴别可归责性及过错责任大小。同时, 相关下级法院还要辨识异于根本性、重大过失的“孤立的过失” (isolated negligence), 以及“被稀释的” (attenuated) 因果关系情节。可谓非法证据排除规则的排除范围将缩小。而警察很多过去可能“非法”的取证行为, 现在则很有机会和可能被法官解释为过失微小、可归责性不足、非法证据排除规则适用起来阻吓作用无法发挥, 而对该规则弃之不用。

该判例及新规则的影响很快在随后的一些判例中得到体现, 例如 Otero 案、^[2] Logan 案、^[3] Ryan 案、^[4] Oledo 案^[5] 等。这些判例中下级法院的法官们都无一例外地引用 Herring 案判决, 并将此案的新规则继续向有利“不排除”方向扩张。但在相应情况下, 对警察的行为究竟应该属于“故意或重大过失”还是属于“并非故意”或不属于“恶意”、“微小过失”却给出

[1] 参见姚莉: “美国证据排除规则的衰变及其启示——以 *Herring v. United States* 案为主线的考察”, 载《法律科学 (西北政法大学学报)》2012 年第 1 期。

[2] *United States v. Otero*, 563 F.3d 1127 (10th Cir. 2009) .

[3] *Logan v. Commonwealth*, 673 S. E. 2d 496 (Va. Ct. App. 2009) .

[4] *United States v. Ryan*, No. 2: 07 - CR - 35, 2009 WL 1545794 (D. Vt. May 26, 2009).

[5] *United States v. Toledo*, 615 F. Supp. 2d 453 (S. D. W. Va. 2009).

了不同的解释。结果导致了在如上案件中，有的法院拒绝排除以前会排除的证据，有的法院却排除了此类证据。虽然新规则在实践当中运行与实施具有一定的不确定因素，但相信“其新规则的模糊性也一定会由联邦最高法院自行解决，但是这可能要花费数年才能完成，在此期间下级法院就不得不要自行从 Herring 案判决中发掘他们可以使用的准则并希望其符合最高法院的原意”。〔1〕

（二）毒树之果适用的“弱化”〔2〕

1. 适用“毒树之果”规则与宪法第四修正案紧密相关。对涉及美国联邦宪法第四修正案的公民享有不受非法搜查和扣押权利的案件中，联邦最高法院一般都比较严格地判决适用毒树之果规则。即对间接违反该修正案所得的证据在很多年间的判例中，除了例外情况都被排除。联邦最高法院的理由主要是考虑到如果对间接违法的证据不排除会造成客观上鼓励警察为了获得所期望得到的证据而不惜规避第四修正案，甚至直接违反第四修正案。很长一段时间内，毒树之果规则即意味着排除违反第四修正案而间接获得的证据。但是，是否也要绝对排除违反米兰达规则而间接获得的证据？

2. 间接违反米兰达规则与适用“毒树之果”规则。

（1）违反米兰达规则的间接自白。对此问题的态度，先前的判例有所不同。下级法院曾经排除违反米兰达规则而间接取得的自白。1985 年联邦最高法院否定了这种做法，裁判可以采

〔1〕 “Leading Cases – Constitutional Law – Criminal Law and Procedure – Fourth Amendment – exclusionary Rule”, *Harvard Law Review*, Vol. 123, p. 162, 转引自姚莉文。

〔2〕 参见〔美〕弗洛伊德·菲尼：《美国刑事诉讼的新发展》，胡铭译，载陈光中主编：《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 200～201 页。

纳违反米兰达规则而间接收集的第二次自白。但是判断第二次自白可采的标准包括是否做出米兰达警告、第二次自白是否“自愿”，而且并不要求警察告知犯罪嫌疑人第一次自白不能用于不利指控。^{〔1〕}

不过，2004 年的判例中联邦最高法院对警察故意利用该规则将讯问犯罪嫌疑人分为两阶段的策略的问题予以慎重考虑。在此情况下，警察于第一阶段故意不给予犯罪嫌疑人米兰达警告，犯罪嫌疑人供述之后警察会停止讯问。暂停过后将进入第二阶段，此时才给予米兰达警告。接着会针对犯罪嫌疑人之前的供述进行提问，直到获取警察想要的内容。对第二阶段的讯问所获得的自白，联邦最高法院通过 5:4 的意见判决这种策略下的自白不能被采纳。^{〔2〕}该判例中多数意见重要的观点是认为这种故意的两步讯问式的策略无疑在实际上违反了米兰达规则，因此第二阶段中与第一阶段实质相关的自白应该被排除。

（2）违反米兰达规则间接所得实物证据。2004 年的一个判例表明，毒树之果规则并不适用于违反米兰达规则间接获得实物证据的情况。虽然该判例最终是以 5:4 的表决结果做出的，但其仍能说明毒树之果规则适用的“弱化”趋势。其中有的法官就认为，采信实物证据“没有冒容许审判采纳强迫被告自证其罪的陈述的风险”。^{〔3〕}

二、理论基础与争议评析

（一）理论基础

非法证据排除规则的理论基础主要由美国联邦最高法院经

〔1〕 *Oregon v. Elstad*, 470 U. S. 298 (1985).

〔2〕 *Missouri v. Seibert*, 124 S. Ct. 2601 (2004).

〔3〕 124 S. Ct. 2631 (2004).

典案例的判词确立。大体包括正当程序、司法正直性、执法效果、对未来违宪的震慑等。当然，学者们还常从真实发现、人权保障、程序公正等价值维度论证。

具体而言：第一，对公民宪法性权利的保障。例如，美国宪法赋予公民不受非法搜查、扣押的基本权利，排除这种方式所获证据的目的正是救济这些被侵犯的权利。第二，对公权力机关人员违法取证行为予以威慑，促使其规范执法。此乃确立非法证据排除规则的直接目标，也是美国联邦最高法院判例在联邦系统推行该规则以来的主流立论。排除警察以非法手段取得的证据、否定其进入法庭的资格，既是对现有非法行为的制裁，又对警察潜在的违法形成震慑和遏制，最终将督促警察严格执法。第三，维护司法正直和程序正当。非法证据排除规则维护宪法及法律的尊严，同时司法系统需要维护自身的廉洁和正直，誓不与侦查执法机关已有的违宪违法行为“同流合污”，并且彰显有别于实体正义的程序正义之独特价值。第四，增强所获证据的可靠性，尤其保证供述的真实性，防止冤狱丛生。非法证据排除规则能够最大限度地保证所收集的言词证据出于自愿供述或陈述，真实性较强，避免屈打成招，从而提高有罪判决的准确率。^{〔1〕}

（二）争议评析

2010 年在美国有三十余年警龄、十余年刑辩律师执业经历、又是大学兼职教授 Walter P. Signorelli 旗帜鲜明地反对证据排除规则。其在专著中再次对证据排除制度在美国实践操作中的得与失进行了理性反思。他认为该规则在实施中陷入了困境，比

〔1〕 参见刘万奇主编：《证据法学》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，第 176 页。

如造成警察执法中削弱武装的负面影响，^{〔1〕}引起警察执法腐败与虚假执法的新问题，对被害人利益的损害所造成的司法不公，与犯罪率飙升之间的关系，不能平衡地实施该规则所诱发的执法，司法不平等问题，排除自愿供述所造成的执法司法成本过高，诱发被释放的被告实施新犯罪以及新增受害者，造成新的社会性危害等。^{〔2〕}

该论者（以下简称“S”）现身说法，列举了很多一线实例。现以其初入警队首次抓捕犯罪嫌疑人及参与证据排除程序为例，对该规则利弊简要地分析。案情并不复杂，S和其他警员在纽约布鲁克林巡逻时接到任务调查报警情况，报警称有人在涉嫌交易毒品。警员们赶到时，两个年轻人从楼梯冲向他们。警员分别拦住两人。S拦住的人转身想逃，并将一个烟盒“放”或“扔”到窗台上。S于是捡起烟盒，打开后发现疑似海洛因的白粉末。S欲拘捕此人，嫌疑人冲出去跑向楼上。历经屋顶、街区的追捕，终于将其抓获。S在做笔录时知道此人有毒瘾，乐于被捕，希望入狱并参加戒毒项目寻求救助。法庭之上，S出庭指证此人非法持有毒品并拒捕。被告的法律援助律师以取证侵犯宪法权利为由提出排除海洛因物证的申请。S在聆讯中如实作证，接受辩方律师的反询问。S以为他冒险抓捕且被告需要戒毒帮助，被告应被定罪。但他不了解证据排除规则。反询问中律师以被告当时离窗台多远，是否臂之所及，是“放”还是

〔1〕 近日央视新闻等媒体接连报道美国警察执法过度、白人警察枪杀黑人平民等事件。看来，这种负面影响对警察武装的削弱似乎还不够，应该来得“更猛烈些”。相关报道参见《美国再现白人警察枪杀黑人事件 数百民众示威》，央视新闻 2015 年 4 月 12 日，<http://m.news.cntv.cn/2015/04/12/ARTI1428822702095967.shtml>，访问日期：2015 年 4 月 13 日。

〔2〕 Walter P. Signorelli, *The constable has blundered: the exclusionary rule, crime, and corruption*, Carolina Academic Press, 2010, p. 2.

“扔”等问题步步为营。S 并没在意，对诸如被告逃跑前手离窗台多少英寸的问题轻描淡写地说不知道。S 很不解为何律师不问追捕时的艰辛和危险，却纠缠细枝末节。结果，法官裁决排除该证据。因为当时烟盒在被告可控制范围内，并未被丢弃，属于个人财产、适用宪法第四修正案。S 违反宪法第四修正案规定，无证搜查、扣押私有财物，被裁判为非法取证并排除。最后，关键物证被排除。被告人既没被判定为非法持有毒品罪，也谈不上“拒捕”。审判后，S 很懊悔。因为他回忆起被告当时真的是抛弃、扔掉了烟盒，并不是近距离的随手放下。^{〔1〕}

由于美国的证据排除规则比较复杂，在此引论部分结合该案例，仅就争议性评价回应一二。

1. 关于对警察腐败、伪证问题的负面影响。该论者以实践经验表示，很多美国警察在遭遇证据排除规则、控诉失败以后很沮丧。有的眼见真正的罪犯因排除规则的实施而被陪审团宣告无罪释放。这给警察执法带来较大冲击。他们甚至怀疑刑事司法本身的公正性，也使自身对正义的追求、对犯罪惩治的信心削减。可能懈怠的情绪只是一种消极反应。更为严重的负面影响是有的警察会为达到“胜诉”的目的，想方设法规避证据排除规则。比如有经验的警察会在出庭作证接受交叉询问时尽量选择回答成不利于证据排除规则适用的内容。为了朝此方向努力，有的警察不惜冒伪证的风险。还有的犯罪嫌疑人、被告人会恶意利用该规则，引发警察腐败、虚假执法或作证等问题。对此困境，笔者浅见分析如下：

（1）美国警察的这种问题并不是单单因证据排除而造成的。警察伪证、腐败执法等现象诱因很多。笔者认为，根源在于美

〔1〕 Walter P. Signorelli, *The constable has blundered: the exclusionary rule, crime, and corruption*, Carolina Academic Press, 2010, p. 2.

国刑事庭审模式的过度竞技化和法律适用的超技术主义。我国学者早就述评过“司法竞技主义”。任何事物过犹不及，司法竞技主义的负效应会导致诉讼的游戏化。^{〔1〕}为了追求“游戏胜利”，可能不止会钻证据排除的空子。另外，从上述实例可知，美国宪法解释与适用非常精细化，甚至有超技术主义、“咬文嚼字”的倾向。被告到底是“放”还是“抛”、“扔”下烟盒物证，一字之差将天差地别。这让警察确实无所适从，只好“随机应变”。再者，美国联邦和各州判例纷繁复杂，不仅证据排除规则、很多刑事诉讼规则都是靠“一案一决”的方式确立。执法中的现实情况五花八门，而美国警察至今也没有一部编撰成熟、详尽的执法指南。所以，警察普遍对法庭之上即将面临的情况和新规则很难预料。当然，这些都不是伪证的借口。但至少说明证据排除不是“祸根”。

（2）美国司法中也存在隐规则，并非理想化的黑白分明。德肖维茨曾在《合理的怀疑》一书中以辛普森案为依托揭露美国警察习惯性作伪证等阴暗面，“洛杉矶市长跟警察局长组了大队人马修理我的评论。立法机关也决议声援警方。几个警察组织想要使我因为那些评论而受惩罚。……我的办公室被人盯梢。我也接到了恐吓电话。很多人要求哈佛法学院院长免除我的职位”。^{〔2〕}美国警察也是某种意义上的普通人，人性弱点人皆有之。这些执法的黑暗面恐怕不是证据排除规则能催生的；取消或限制证据排除规则也不见得会杜绝这种“黑道”现象，因此不能将证据排除规则“妖魔化”。

〔1〕 参见张建伟：《司法竞技主义——英美诉讼传统与中国庭审方式》，北京大学出版社2005年版，第四编第八章。

〔2〕 转引自周泽雄：“德肖维茨：为坏人辩护不可恨，可恨的是辩护律师不能做好本职”，载《法学家茶座》2015年4月13日。