

“进一步加强对刑事诉讼当事人的权利保护”项目成果

刑事辩护与 非法证据排除

DEFENCE SYSTEM AND
EXCLUSIONARY RULE
OF ILLEGALLY
OBTAINED EVIDENCE

主 编 / 郎 胜

副主编 / 黄太云 滕 炜



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

“进一步加强对刑事诉讼当事人的权利保护”项目成果

刑事辩护与 非法证据排除

DEFENCE SYSTEM AND
EXCLUSIONARY RULE
OF ILLEGALLY
OBTAINED EVIDENCE

主 编 / 郎 胜

副主编 / 黄太云 滕 炜



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

联系及订购：010-62752604

电子邮箱：bjd@pup.pku.edu.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事辩护与非法证据排除/郎胜主编. —北京:北京大学出版社, 2008. 3
ISBN 978-7-301-13431-3

I. 刑… II. 郎… III. ①刑事诉讼—辩护—研究②刑事诉讼—证据—研究 IV. D915.35 D915.313.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 021590 号

书 名: 刑事辩护与非法证据排除

著作责任者: 郎 胜 主编

责任编辑: 徐云龙

标准书号: ISBN 978-7-301-13431-3/D · 1996

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 18.5 印张 286 千字

2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

编写说明

我国的《刑事诉讼法》是1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的。这部法律,对于保障《刑法》的执行,惩治犯罪,维护社会治安,保障公民合法权利,保障社会主义现代化建设发挥了重要作用。为适应发展的经济社会和进步的民主法制建设的需要,1996年3月17日,第八届全国人民代表大会第四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,对《刑事诉讼法》进行了重要的补充修改。《刑事诉讼法》作为国家重要的基本法律,体系更臻完善,内容更为全面,制度规定更趋合理,操作性进一步加强。这次《刑事诉讼法》的修改,进一步完善了我国的诉讼制度,强调了程序的重要性,对于公正处理刑事案件,提高办案效率,实现公平正义产生了深远而重要的影响,是我国民主法制建设不断发展的重要标志。

从那次修改《刑事诉讼法》到现在已有十几年了。在这十几年中,我国在经济社会各个领域又有了长足的发展,民主法制建设也取得了巨大的成就。2004年3月14日,第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《宪法修正案》在《宪法》第33条中增加规定:“国家尊重和保障人权”。2006年10月,党中央在十六届六中全会上提出构建社会主义和谐社会的重大目标。党的十七大报告全面总结了中国特色社会主义道路和理论体系,深刻阐述了科学发展观的内涵和各项要求,对健全社会主义民主法制提出了更高的要求。在这样一个时代背景下,我们必须站在科学发展的高度用新的视角去审视、总结和进一步完善我国的刑事诉讼制度。与此同时,在过去的十几年,司法实践中也积累了一些好的经验,需要认真总结;在司法体制和工作机制改革的过程中,有关方面对如何贯彻落实《刑事诉讼法》的任务和原则也提出了一些需要进一步补充和完善相关规定的建议。我国已经批准和正在研究批准的有关国际公约,如《联合国反腐败公约》、《打击跨国有组织犯罪公约》、《公民权利和政治权利国际公约》等,也涉及一些刑事诉讼方面的问题,需要研究如何衔接。社会上越来越关注《刑事诉讼法》的修改。进一步修改和完善我国的刑事诉讼制度

成为立法工作机构需要认真加以研究和所面临的一项重要工作任务。

近几年来,全国人大常委会法工委会同有关部门一直在对《刑事诉讼法》修改的有关问题进行调查研究,广泛听取有关部门、单位和专家学者、律师的意见,并征求了部分全国人大代表的意见。研究修改《刑事诉讼法》,要注重从实际出发,立足我国国情,通过广泛深入的调查研究,了解《刑事诉讼法》在司法实践中执行的情况,各地各部门在执法中总结的经验教训,以及司法实践中存在的各方面反映比较强烈的困难和问题,并在此基础上研究符合中国情况的修改方案。同时,也要以一种开放的心态研究借鉴国际上的有益经验和做法,既要研究国际公约的有关要求和各国在法治发展过程中总结的刑事诉讼理念、原则和基本经验,也要注意各国在解决有关实际问题时的具体做法;既要研究发达国家的一些较为成熟的制度,也要关注发展中国家的法律制度变革及其成效。“他山之石,可以攻玉”,在对外国的做法进行研究借鉴时要立足国内,为我所用,而不能照搬套用。

在研究修改《刑事诉讼法》的过程中,法工委得到了许多方面的支持、配合和帮助。自2006年4月起,法工委刑法室与联合国开发计划署驻华代表处、商务部中国国际经济技术交流中心一起执行了“进一步加强对刑事诉讼当事人的权利保护”的研究项目。该合作项目主要针对两个方面的问题进行研究:(一)如何进一步强化律师在刑事诉讼中的作用,保障犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权;(二)如何确定非法证据的排除规则,防止使用非法手段收集证据,从而保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。在执行项目的过程中,刑法室通过组织国内调研、国际考察、专题研讨会和培训等活动,进一步梳理实践中存在的问题,总结司法实践的经验和教训,并借鉴有关国家的成功经验和做法。2007年6月,刑法室、联合国开发计划署驻华代表处和商务部中国国际经济技术交流中心在北京联合召开了“进一步加强对刑事诉讼当事人的权利保护”国际研讨会。邀请了英国、德国等国的法官、律师、教授和国内有关专家学者、中央公检法司工作人员及律师等,对辩护制度和非法证据排除规则进行了深入的讨论。外方专家结合本国的实际情况和《欧洲人权公约》的规定,介绍了英国、德国和欧盟的相关立法背景、实际操作情况以及取得的成效。中方的专家也就辩护权和非法证据排除问题发表了他们最新的研究成果。上述研究活动,对我们进一步研究完善我国的刑事诉讼制度提供了必要的理论和实践的支持,对完善相关立法工作是有益的,实现了该研究项目的目的与初

衷。根据项目要求,我们将研讨会上中外专家的发言和论文以及刑法室在立法研究工作中整理的有关国家在相关领域的法律规定情况编辑整理成册出版,希望能为各方面进一步研究这些问题提供参考。

这一项目得以圆满执行取得丰硕成果以及本书的出版,与各方面的支持和帮助是分不开的。在此,我们要感谢联合国开发计划署驻华代表处和商务部中国国际经济技术交流中心的工作人员,特别是驻华代表处的吴晓晖先生、交流中心的周太东先生和曾在交流中心工作的蒋玲媛女士,他们对项目的执行付出了巨大的努力;我们要感谢在项目执行过程中提供过帮助的有关国家的官员和学者们,他们的热情、能力和学识水平给我们留下了深刻的印象,特别是英国文化协会北京办公室的尹芳女士,为国际研讨会的召开做了许多工作;我们也要感谢国内的司法实务部门和有关专家学者对项目的支持,以及项目组的所有成员在项目执行期间付出的辛勤努力。应该说,项目的成功是多方面努力共同的成果。在项目执行过程中我们与新老朋友间的友谊也将是我们永远珍视的。

编者

2008年1月

目录

论非法证据排除规则在我国的确立/樊崇义 冯举

- 一、非法证据排除概述 1
- 二、非法证据排除规则的产生与发展 6
- 三、非法取得的言辞证据的排除 8
- 四、非法搜查、扣押取得的物证的排除 16
- 五、“毒树之果”理论 20
- 六、意见与建议 22
- 结语 27

我国非法证据排除程序分析与建构/陈卫东 刘中琦

- 一、谁有资格提起排除非法证据的动议? 29
- 二、如何提出非法证据排除动议? 41
- 三、非法证据如何被审查? 45
- 四、非法证据排除程序之证明 63
- 五、尾论 68

向谁辩护,谁来倾听?

——以律师会见权问题为切入的分析/陈瑞华

- 一、引言 69
- 二、一个案例的引入 71
- 三、会见难的主要层面 73
- 四、通过行政诉讼的司法救济? 78
- 五、向谁辩护,谁来倾听? 81
- 六、侦查程序的可诉性问题 84

中国刑事辩护制度的立法、司法现状与修改完善/顾永忠

- 一、中国刑事辩护制度的立法与司法现状 91

二、借鉴刑事辩护国际标准,修改完善中国的刑事辩护制度 102

辩护风险的成因与防范

——基于制度层面的分析/王敏远 彭海青 张品泽

一、因调查取证而导致刑事辩护风险之案例 118

二、保障辩护律师申请调查及法庭询问权 121

三、确立“律协”前置处理机制 123

辩护权的保障与救济/李贵方

一、辩护权是一项基本人权 127

二、侦查阶段犯罪嫌疑人应享有辩护权 128

三、辩护律师的知悉权 130

四、庭审过程的辩护 132

五、对刑事强制措施辩护 133

六、死刑复核程序的辩护 134

英格兰和威尔士的非法证据排除规则/伊安·卡斯頓

一、法官和陪审团的作用 135

二、有关非法证据排除的法律规定 136

三、《警察和刑事证据法》第78条 136

四、1984年《警察和刑事证据法》第76条 138

五、刑讯逼供获得的证据 139

六、总结 140

英格兰和威尔士的刑事审前程序和辩护律师在维护犯罪

嫌疑人权利中的作用/威廉·柯克

一、背景 141

二、1984年以前的情况 142

三、1984年《警察与刑事证据法》 143

四、《警察与刑事证据法》实现的进步 148

五、提出指控之后的程序 149

六、未使用材料的披露 150

七、因滥用程序而申请终止诉讼 150

八、申请驳回起诉 151

德国刑事诉讼中的律师辩护和非法证据排除规则/Christian Fahl

- 一、律师辩护 152
- 二、非法证据排除 158
- 附录 164

欧洲人权公约对被告人权利的保护/Robert Esser

- 一、欧洲人权公约 172
- 二、欧洲人权法院的管辖范围 173
- 三、欧洲人权法院判决的约束力与执行 179
- 四、《欧洲人权公约》的规定与《德国刑事诉讼法》
(刑事诉讼法典)之间的冲突 180
- 五、德国宪法法院第二审判庭,2006年10月14日对
“Görgülü”案件的判决 182
- 六、通过“软法”方式对辩护权的保护 183

荷兰律师辩护和非法证据排除制度/郎胜

- 一、律师介入刑事诉讼的时间 185
- 二、律师查阅案卷的权利 185
- 三、律师的调查取证权 186
- 四、律师有权申请解除或者变更强制措施 187
- 五、讯问犯罪嫌疑人时律师可否在场 187
- 六、律师与检察官的和解制度 188
- 七、关于庭前证据展示 188
- 八、律师为当事人保守秘密的权利和义务 189
- 九、关于排除非法证据 190

德国刑事证据禁止理论/黄太云

- 一、关于证据取得禁止 192
- 二、证据使用禁止 193

德国辩护人在刑事诉讼中的地位和作用/王宁

- 一、辩护人在刑事诉讼中的地位 197
- 二、辩护人的选任 198
- 三、辩护人的权利 199

四、辩护人的义务 201

俄罗斯的刑事辩护制度和证据排除制度/臧铁伟

一、俄罗斯的刑事辩护制度 202

二、《俄罗斯刑事诉讼法》中的证据排除制度 204

匈牙利刑事辩护和非法证据排除制度/吴晓华

一、犯罪嫌疑人、被告人的辩护权 206

二、辩护律师在刑事诉讼中的职能 207

三、非法证据排除 209

瑞典刑事诉讼中的刑事辩护和非法证据排除制度/黄永

一、瑞典的刑事辩护制度及其特点 211

二、瑞典的非法证据排除制度及其特点 213

欧盟国家的非法证据排除制度/王爱立

一、什么是非法证据 214

二、非法证据的认定 214

三、非法证据的排除 215

欧盟国家律师在刑事诉讼中的权利和证据展示制度/雷建斌

一、律师在刑事诉讼中的权利 217

二、证据展示 219

美国刑事诉讼中防止非法取证和律师收集证据的有关情况/郎胜

一、防止警察非法取证的主要手段 221

二、关于非法证据的排除规则 222

三、关于律师收集证据的权利 224

美国刑事证据制度中关于非法证据排除规则审前证据展示
的有关规定/滕炜

一、关于非法证据排除规则 225

二、关于审前的证据展示制度 229

美国陪审团、检察官和律师在死刑案件中的作用/黄太云

- 一、陪审团在美国死刑案件定罪量刑中的主导作用 230
- 二、美国检察官在死刑案件中的重要作用 231
- 三、美国律师在死刑案件中的重要作用 232
- 四、美国死刑案件适用的证据规则与证明标准 234

南非刑事辩护和非法证据排除制度/李寿伟

- 一、犯罪嫌疑人、被告人委托律师进行辩护的权利 235
- 二、辩护律师在审前程序中的职能 236
- 三、非法证据排除 238
- 四、犯罪嫌疑人的权利保障 239

附录

- 关于刑事辩护与非法证据排除的法律规定 241

论非法证据排除规则在我国的确立 | 樊崇义* 冯举**

一、非法证据排除概述

二、非法证据排除规则的产生与发展

三、非法取得的言辞证据的排除

四、非法搜查、扣押取得的物证的排除

五、“毒树之果”理论

六、意见与建议

结语

一、非法证据排除概述

(一) 非法证据排除的含义

非法证据排除,是针对侦查机关违法取得的证据,宣布其没有作为认定被告有罪的证据能力,用英美法系的术语,就是缺乏可采性,从而使侦查机关不能享受违法得来的成果。非法证据排除规则本质上是一个程序规则。政府本身应该守法,这是法治国家的前提。以政府的合法行为去对付犯罪分子的违法行为,才是实现正义的正规途径。当前我国侦查实际情况决定我国必须确立非法证据排除规则,以遏制刑讯逼供,推动我国司法文明、司法民主,保证案件的质量。

非法证据中的非法,指的是侦查机关获得证据的程序违法(illegal obtained)。但什么是程序违法呢?我们不能失之过宽,要区分非法和不合法;区分非法和证据的一般瑕疵的界限。不合法主要指收集证据的主体、证据的形式以及取得证据的程序不合法,是一个相对广义的概念。而本文论述的非法证据,仅指证据的获得程序不合法。并且,这里的违法,一般是指严重违反诉讼程序规则,侵犯了宪法规范的公民基本权利的情形。

我国传统上将刑讯逼供、骗供、诱供、指供都作为非法证据。笔者认

* 樊崇义:中国政法大学教授,博士生导师,诉讼法学研究中心名誉主任。

** 冯举:中国政法大学2007级博士研究生。

为,“非法”应采用联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(以下简称《禁止酷刑公约》)中的界定,主要来讲有四条:(1)暴力取证;(2)以不人道的方法取证;(3)以精神折磨的方法取证;(4)使用麻醉药品取证。^①

公民的基本权利,一般规定在一个国家的根本大法(宪法)中,并且在下位法,特别是刑事诉讼法中有所反映。我国《宪法》在第二章“公民的基本权利和义务”中与刑事诉讼密切相关的是第37条、39条、40条。它们分别规定了公民的人身自由权、住宅自由权以及通信自由权,作为刑事诉讼法的总的指导原则。对于这些权利,我国刑事诉讼法的规定虽有体现,但是很不完善。

需要指出的是,由于我国的社会主义性质,我国宪法虽然规定了“公民的合法的私有财产不受侵犯”^②,但是并未将其作为公民的基本权利,而是规定在总纲中。公民的财产权是侦查机关在非法搜查、扣押行为中的最易受到侵犯的对象,未在宪法的基本权利中予以明确规定不能不说是一大遗憾,也是造成我国现在非法搜查、扣押得不到重视,难以遏制的的原因之一。^③

我国《宪法》第33条第3款明确规定了“国家尊重和保护人权”,表明我国在人权保护领域的一大进步。但是,由于人权的具体内容在我国理论界和实务界还未达成共识,宪法对公民基本权利又采取列举式,使得许多并未被明确列举的基本权利,诸如隐私权、意志自由权等在刑事诉讼领域保护不力。

我们知道,公民的基本权利是“自然的”、“天赋的”、“法无明文规定即自由”。《美国宪法第9修正案》就明确规定:“本宪法列举的若干权利,不得解释为对人民固有的其他权利的排斥或轻忽。”^④对基本权利最好的表达方式是反面规定,即对侵犯基本权利的行为予以否定。例如侵权行为

① 参见联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》, <http://www.china.com.cn/chinese/zhuanti/zgqy/924856.htm>。

② 《宪法》第13条。

③ 在美国,虽然公民的财产权在侦查机关搜查、扣押中现在已经发展为用公民的隐私权来保护,从而扩及无体物如电话谈话等。但是,财产权在早期非法证据排除规则发展的过程中不能不说是重要而必不可少的一环。并且,我国宪法也并未明确列举公民的隐私权,虽然民法的实践中发展出了隐私权,但在刑事诉讼实践中,由于司法的严重实证主义倾向,始终不敢明确排除侵犯宪法没有明确列举的隐私权的证据。下文还会论及。

④ See: Amendment 9-Construction of Constitution. Ratified 12/15/1791. <http://www.usconstitution.net/const.html#Am9>. 以下美国的宪法修正案出处同。

为法对侵权行为的否定(私人侵犯公民权利)、刑事诉讼法对违法的强制性侦查措施的否定(公权力侵犯公民基本权利)。但是,我国立法方法论似乎在这一方面有所欠缺,在刑事诉讼中,对公民的基本权利虽有体现,但是很不完善。^⑤

非法证据排除规则中的“排除”,是指否定了非法获得的证据作为认定犯罪成立与否的证据能力,也就是说,非法证据不具有可采性。非法证据排除规则立足于审判阶段,以一个国家强大的司法权为保障,并向前延伸,约束警察取证行为,给侦查程序带来了深远的影响。

可采性是英美法系的称谓,对应于大陆法系的证据能力概念。可采性在英美证据法中占据重要地位,可以说,大部分证据规则都是针对证据的可采性的。这部分原因在于英美法系的陪审团审判。英美法系中,作为门外汉的陪审团和职业法官分担国家司法权,陪审团负责认定事实,法官负责适用法律。因为陪审团对事实的认定不需要说明理由,所以必须在证据的入口处积极限定,可能对陪审团造成偏见或其他不利影响的证据不能让其看到或听到,所以证据可采性规则发达。近代以来,虽然陪审团审判有所萎缩,但是证据的可采性规则由于其司法惯性却被保留了下来,即使它也面临着一系列的变革。而大陆法系国家虽然有陪审的规定,但是,陪审员是和职业法官共同组成审判庭,他们共同认定事实、适用法律,其间并没有分工。并且,大陆法系要求判决书一定要详细说明理由,以便上级法院审查,所以对证据能力的规定并没有那么多,而是委诸法官自由判断。

正是由于上述区别,对可采性的认定,英美国家通常在审前陪审团不在场的情况下由法官事先作出判断,而大陆法系国家并没有明确的程序限定,它可以被事实的审理者接触,并结合其他因素决定是否将其作为认定事实的根据。

需要说明的是,非法证据排除规则排除非法获取的证据作为认定犯罪成立与否的能力,但是,并未限制其在此之外的使用。比如,非法证据可以用来攻击被告的可信性。^⑥“在始自 *Harris v. U. S.* (1971——笔者注)案的一系列判例中,(美国——笔者注)联邦最高法院认为,联邦宪法

^⑤ 例如,我国《刑事诉讼法》第109条规定:“为了收集犯罪证据、查获犯罪人,侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。”对搜查并没有“合理怀疑”这种理由的限制,为侦查机关随意侵扰公民打开了绿灯。

^⑥ See: *U. S. V. Havens*, 446 U. S. , 620 (1980).

上之排除要求在弹劾方面的例外,允许为弹劾之目的而使用违背米兰达规则以及至少是某些第6修正案中获得的律师帮助的权利的要求而获得的供认。但是,那些违背第6修正案要求之‘核心’而获得的供认即便是为此目的也是不允许使用的。”^⑦在刑事诉讼中,证据分为实体证据(substantive evidence)和弹劾证据(impeachment evidence)。前者指证明犯罪成立或不成立的证据,后者与犯罪的成立与否无关,仅在于弹劾证人的信用,以动摇其可信性。非法证据规则排除的证据,一般是在前者的意义上使用,即通常不得作为实体证据。

(二) 非法证据排除规则的意义与功能

非法证据排除规则发源于普通法系国家,但并非历史上一开始就承认的。它的产生经历了漫长的过程,并且一直处于争议之中。

非法证据排除规则,产生于遏制警察违反人权收集证据,彻底铲除警察违法行为,真正保护人权这种理念之中。并且,非法证据排除规则,有时还能起到确保真实的目的,特别是在非法取供领域,与刑事诉讼“与其杀不辜,宁失不经”的司法理念相呼应,所以非法证据排除规则有不可替代的作用。

但是,反对非法证据排除规则的学者认为,刑事诉讼的目的在于发现真实,打击犯罪,至于遏制侦查机关违法行为,这不是法官的职责。并且,如果为了遏制警察的违法而放纵真正的犯罪分子,也不是社会公众所愿意看到的。犯罪分子不能因为警察的违法而获利。至于遏制警察违法,可以有其他替代性措施,没必要使用这种极端的救济方式。例如,英国著名哲学家兼证据法学家边沁强调裁判中对真实的追求,反对一切证据排除法则。他认为:“为了解决纠纷,应当看到一切可以看的东西,听一切可能了解案件事实者所说的话:每一个人都要去听,但最应当认真听的,也是首先应当去听的,是最可能了解案件事实的当事人所说的话。”^⑧“要发现能够确保从事物的性质作出正确决定的,不陷入谬误的证据规则是绝对地不可能的;然而,人类的头脑是倾向于创建这种只能增加错误决定概率的证据规则的。一个公正的真理研究者在这方面所要做的全部事情就

^⑦ [美]麦考密克:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第310页。

^⑧ [美]麦考密克:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,代译序第13页。

在于使立法者和裁判者警觉起来,抵制这种草率的规则。”^⑨

笔者认为,总体而言,确立非法证据排除规则是利大于弊的。政府守法、政府克制是法治国家的前提。政府不遵守自己所制定的法律,长此以往,可能会带来公众信任的危机。《世界人权宣言》告诉我们:“不顾一切地探求真实,并非刑事诉讼之原则”。“刑法不只反对犯罪人,也要保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的缘由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不仅面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”^⑩任何事物都具有两面性,不能仅仅因为非法证据的排除可能放走真正的罪犯而否定其积极的一面。从长远意义上来看,非法证据排除规则所带来的放大效应和对公共利益、司法权威与纯洁的维护可能大于某一次对犯罪分子的放纵。在这个昭显人权的时代,虽然非法证据排除规则可能对受害的犯罪嫌疑人、被告人的利益不能提供完全的救济,但是对以后政府的违法行为会产生预防作用,激励政府用合法手段打击犯罪,保护人民。这将形成良性循环。

另一方面,遏制政府违法的其他替代性措施的失效也为非法证据排除规则的存在提供了辩护。我们知道,对政府违法行为要么实行内部惩戒,要么进行刑事追诉,要么进行民事赔偿。内部惩戒往往难以压制对破案率的追求,尤其在以破案率作为侦查机关政绩的主要指标的时候尤其如此。刑事追诉也往往难以奏效。寄希望于和警察处于同一阵线的检察机关毫无偏袒地提起公诉很难想象;被告人处于监狱中,进行刑事自诉也是难上加难,更别提取证的问题了。而真正无辜的人因为害怕别人知道自己曾经被怀疑为犯罪嫌疑人也不愿追究违法者的刑事责任。对于民事诉讼而言,法官或者陪审团常常先入为主,对犯罪嫌疑人、被告人可能不同情,使得他们获得民事赔偿很难。同时,受害的犯罪嫌疑人、被告人因为害怕对自己的可信性产生负面影响或者害怕隐私进一步被暴露,或者受到侦查机关的进一步迫害也不愿起诉违法的侦查机关。再者,民事赔偿的主体一般是侦查机关而非侦查人员,国家赔偿的性质使得即便能够

^⑨ [美]麦考密克:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,代译序第13页。

^⑩ [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

获得赔偿,赔偿额往往也不多。以上种种理由,表明了遏制政府违法行为的替代性措施的失效,从而进一步论证了非法证据排除规则存在的必要性。

但是,我们也要看到,非法证据排除规则是发现真实与保障人权两项价值激烈碰撞之处,发现真实、打击犯罪如果不是刑事诉讼的全部目的也是其主要任务。非法证据排除规则归根到底是一个不得已而为之的救济与预防措施,所以必须力求宽严适中,方能发挥其积极的作用。所以,确立这项规则时,价值衡量就必不可少。

二、非法证据排除规则的产生与发展

非法证据排除规则发源于英美普通法,尤其在美国得到了极大的发展。约翰·奥斯丁曾有名言:语言的功能不仅仅是描述性的,而且同时也是创造性的。立法语言的模糊性给法官造法预留了极大的空间。为了防止对犯罪嫌疑人、被告人权利的保护流于空言,美国联邦最高法院通过一系列司法判决逐步确立了美国的非法证据排除规则体系,在世界上影响深远。相比而言,大陆法系关于非法证据排除规则就逊色得多。这不是一个偶然的现象,“人们认为,目前在法国,经授权的政府干预个人生活的情况,比在美国广泛而深入……这是因为法国由于历史和经验的缘故更担心犯罪,因而为了获得更多的保护它们宁愿给予政府当局以较大的权力。美国人,至少到目前为止,因为非常害怕政府干预而不愿赋予政府官员以控制个人生活的广泛权力。”^①

非法证据的获得,主要发生在侦查机关进行非法逮捕、讯问、搜查、扣押等过程中,所以必不可少的与各项侦查规则联系在一起。英美的非法证据排除规则从一开始就不是一个统一的规则,而是针对不同的取证行为分为若干规则。

总体而言,英美法系非法证据排除规则主要分为两大部分:针对非法取供的排除和针对非法搜查、扣押的排除。狭义的非法证据排除规则,仅指后者。

以美国为例,美国宪法前10条修正案被称为“权利法案”^②,是非法

^① [美]乔治·W. 皮尤:《美国与法国刑事司法制度之比较》,载《法学译丛》1986年第4期。

^② 这10条宪法修正案在1791年12月15日通过。