

非法证据 排除规则 在美国的兴衰

高 咏◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

非法证据 排除规则 在美国的兴衰

高咏◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

—北京—

图书在版编目 (CIP) 数据

非法证据排除规则在美国的兴衰 / 高咏著. —北京: 知识产权出版社, 2019. 12
ISBN 978-7-5130-6653-2

I. ①非… II. ①高… III. ①证据—制度—研究—美国 IV. ①D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 281452 号

责任编辑: 刘睿 刘江

责任校对: 潘凤越

封面设计: 博华创意

责任印制: 刘译文

非法证据排除规则在美国的兴衰

高咏 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责任编辑: 刘睿 刘江 责编邮箱: liujiang@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8344 发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司 经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm×1230mm 1/32 印 张: 7.25

版 次: 2019 年 12 月第一版 印 次: 2019 年 12 月第一次印刷

字 数: 192 千字 定 价: 46.00 元

ISBN 978-7-5130-6653-2

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

引言 美国宪法第四修正案与非法证据排除规则	(1)
第一章 缘起：宪法权利的实现与保障	(12)
一、非法证据排除第一案——博伊德 (Boyd) 案	(15)
二、不进而退——亚当斯 (Adams) 案	(27)
三、峰回路转——威克斯 (Weeks) 案	(31)
四、更进一步——西尔弗索恩 (Silverthorne) 案	(44)
五、“毒树之果”原则——纳尔多 (Nardone) 案	(52)
六、稀释原则——王森 (Wong Sun) 案	(58)
第二章 发展：从联邦到州	(67)
一、不适用于各州——沃尔夫 (Wolf) 案	(71)
二、妥协退让——罗钦 (Rochin) 案	(80)
三、相持不下——欧文 (Irvine) 案	(84)
四、否定“银盘理论”——埃尔金斯 (Elkins) 案	(88)
五、适用于各州——马普 (Mapp) 案	(94)
第三章 寻求平衡：成本—收益分析	(107)
一、善意的例外——利昂 (Leon) 案	(109)
二、必然发现的例外——威廉姆斯 (Williams) 案	(123)
三、独立来源的例外——穆雷 (Murray) 案	(138)

第四章 新格局：在纠结中衰退	(145)
一、“敲门并宣告”规则之违反——哈德孙 (Hudson) 案	(147)
二、主观错误的程度——赫林 (Herring) 案	(166)
三、客观合理的执法行为——戴维斯 (Davis) 案	(177)
四、稀释原则的扩大——犹他 (Utah) 案	(185)
结语 何去何从——非法证据排除规则的迷茫前途	(201)
参考文献	(206)
后记	(224)

引言 美国宪法第四修正案与 非法证据排除规则

美国宪法第四修正案（以下简称第四修正案）确立了公民不受非法搜查和扣押的权利，构成美国形式司法正义的基础。第四修正案规定：“人民的人身、住宅、文件和财产不受不合理的搜查和扣押的权利，不得侵犯；除非依据合理根据，以宣誓或代誓宣言保证，并载明特定的搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押令状。”^①

作为美国权利法案的重要组成部分，第四修正案的意旨在于禁止警察对公民实施无理的搜查和扣押，同时对法院搜查和扣押状的签发提出“有合理的理由支持”的要求。^②

美国的许多法律都源于英国的判例和学说，第四修正案也是这样。有学者指出，在为逮捕和审判被告制定公平行为标准的宪法规定中，第四修正案有着植根于美国和英国的丰富历史

① The Fourth Amendment to the US Constitution.

② Wayne R. LaFave. Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment [M]. 5th ed. West Pub. Co., 2015: 6.

背景；作为宪法中的一种程序保障，它产生于英国的革命斗争之中。^①

爱德华·柯克在解读 1604 年的一个著名案件时说：“私宅就是个人的城堡和要塞，在这里，他可以休息，并且保卫自己免受侵害和暴行。”在该案中，爱德华指出，即使是国王，也没有打扰臣民住所的权力，只有在目的合法并且获得搜查令的情况下，政府的工作人员才可以对公民的处所进行搜查和扣押。^②

这一规则的来源，可以追溯到当时一百多年前的英国普通法。起初，英国的警察实施搜查和扣押的权力不受限制，对于没有依据的、任意的搜查和扣押行为，普通民众无法获得权利的保障和救济。16 世纪，英国政府有权使用“普遍授权”来压制公众对皇室的批评，扼杀信息的自由流通。这种授权证书的签发，不需要任何特别的、合理的理由，而且可以在没有任何实际犯罪行为嫌疑的情况下作出，授权证书甚至不需要载明姓名等信息，而且这种授权也没有时间限制。搜查和扣押的授权证书允许官员夺取和销毁任何可能对国家有进攻性的材料。^③之后，1685 年，英国议会对“普遍授权”的正义性予以否定，认

① Jacob W. Landynski. Search and Seizure of the Supreme Court: A Study in Constitutional Interpretation [M]. The Johns Hopkins University Press, 1966: 36

② Kilman, Johnny, George Costello. The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation [M]. GPO, 2006: 1281-1282.

③ Potter Stewart. The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases [J]. Colum. Mississippi Law Journal, 1983 (81): 1365, 1369.

为这是政府权力的任意行使，是对公民权利的践踏。^①

18世纪60年代，英国政府为了寻找和压制攻击政府和国王的出版物，使用“普遍授权”的搜查令，突击搜查住所等私人处所，这种政府行为招致公众义愤，著名的恩蒂克诉卡林顿案即产生于此背景之下。卡林顿警长依据搜查令来到恩蒂克家搜查，搜查令授权警察搜查一篇对政府有威胁的、煽动性的论文，以寻找该文的作者，同时，警察有权查封印刷设备、传单和其他材料。1765年，被搜查者恩蒂克向英格兰王座法院提出起诉，请求法院判决警察的搜查行为违法。法院的裁决出乎意料并且具有历史意义，被告对原告物品的搜查和扣押被认为是不合法的，原因是搜查令授权政府搜查和扣押恩蒂克“所有”的文件，而不是仅限于与涉嫌犯罪相关的部分，这种授权范围过于广泛，而且缺乏足够的理由支撑，构成对个人财产和隐私的侵犯。法院在裁决中指出，个人的财产是神圣的，任何人包括政府在内都不能随意侵犯。就此，在英国，恩蒂克案创建了限制政府侵犯私人财产权的普通法先例。

有学者认为，正是对这种英国普通法中“普遍授权”（包括授予海关搜查货物的无限制的权力）的不信任，催生了第四修正案。^②

殖民地时期的美国，警察普遍使用“通用搜查令”。此时，政府拥有几乎不受任何限制和监督的广泛的搜查、扣押和逮捕

① Nelson B. Lasson. *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* [M]. The Johns Hopkins Press, 1937: 38-39.

② Potter Stewart. *The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases* [J]. *Colum. Mississippi Law Journal*, 1983 (81): 1369-1370.

的权力，这段经历被学者称为“通用搜捕状的殖民地瘟疫”时期。^①

大英帝国的通用搜捕状，赋予治安警察任意进入私人领地搜查的权力，这种专治统治引起民众的愤怒，造成政府和人民之间的紧张关系。美国宪法第四修正案就是在这一背景下产生的。

1789年，美国通过著名的权利法案，即《美利坚合众国宪法》前十条修正案。提出这些修正案，目的在于消解反联邦党人的担忧，核心在于保障人权和自由，限制政府权力。权利法案对美国宪法予以补充和完善，增列了宪法正文中没有明确的自由和权利，包括言论、宗教、集会自由，保留和携带武器的权利，不受无理搜查和扣押的权利，正当法律程序，禁止双重危险等内容，几乎囊括了犯罪嫌疑人在刑事诉讼中应当享有的所有权利。

可以说，正是“权利法案”的通过，使美国的刑事诉讼程序与宪法原则得到紧密的结合，刑事诉讼中被告人的权利被提升到宪法性权利的高度，而美国的刑事诉讼因此被认为是“宪法性刑事诉讼”。

第四修正案赋予公民不受无理审查和扣押的权利，同时其语言表述明确坚定。依据第四修正案，政府在进行搜查、扣押之前，必须先获得合法的搜查令。搜查令在警察等执法人员提供充足理由并宣誓后由法院发出，对应的搜查、扣押等执法行为须以搜查令规定的范围为限。

但是，自1791年美国制定并通过权利法案，直到其后的近

^① Levy, Leonard Williams. *Seasoned Judgments: The American Constitution, Rights, and History* [M]. Transaction Publishers, 1995: 362.

一个世纪期间，第四修正案中的不受无理审查和扣押的权利与政府侵犯这一权利所取得的证据的可采性，并没有发生实质性的关联。第四修正案只是在形式上束缚了联邦政府的权力，但是由于没有可执行的条款，当政府行为违反第四修正案的规定、侵犯公民权利时，公民个人没有法律救济的途径。^① 在很长一段时间内，第四修正案与非法证据排除规则之间，没有构架起相应的联系。^②

英美法系最基本的法律原则之一是“无救济即无权利”。但是，对于第四修正案而言，这一原则曾经无法普遍适用。^③ 创建第四修正案的目的在于，确保每个美国公民免受国家权力的侵害，防止政府在未经特别司法批准的情况下采取搜查和扣押个人私有财产的行动。^④ 回顾第四修正案历史，很显然，免于非法搜查的权利已经变成一种得不到任何救济的权利，而这种情况

① 道格拉斯大法官说：“如果没有非法证据排除规则，剩下的唯一的救济方式就是房主对非法入侵的官员提起诉讼。事实是，对实施非法搜查和扣押的警官提起的非法侵入诉讼往往是一种虚幻的补救措施。”参见 *Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643, 670 (1961).

② Reginald R. Lewis. *A Common Sense Understanding of Inevitable Discovery: Why Nix v. Williams Does Not Require Active Pursuit in the Application of the Inevitable Discovery Doctrine* [J]. *Colum. Mississippi Law Journal*, 2017 (85): 1691.

③ Tracy A. Thomas. *The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process* [J]. *SAN DmEo L. REV.*, 2004 (41): 1633, 1636-1640.

④ William J. Cuddihy. *The Fourth Amendment Origins and Original Meaning* [M]. Oxford University Press, 2009: 791.

正是几个世纪以来普通法法官所竭力防止出现的。^①

第四修正案保障人民不受不合理的搜查和扣押的权利，显然，这一突破性的规则是激动人心的，凸显了对公民权利的重视，暗示了个人隐私的重要性。但同时，这一修正案与许多其他修正案类似，其中的用语并不明确，在实践中被赋予了各种不同的解释。“第四修正案，就像美国宪法的许多条款一样，是简明和极其含糊的。”^② 值得注意的是，第四修正案只是禁止警察实施不合理的搜查，而不是所有的搜查都是非法的。这就提出了一个关键性问题，是什么构成了合法搜查与不合理搜查之间的差异。在这方面，大法官威廉·哈布斯·伦奎斯特曾指出，“合理性”是适用第四修正案的试金石，在判断搜查的合理性时，一方面要评估搜查行为侵犯个人隐私的程度，另一方面还要审查什么样的标准可以促进政府依法执法。^③ 正如一位权威学者所说，第四修正案的中心含义是“合理性”，法院希望人们相信，该条款要求执法人员在实施侵犯个人隐私和财产的行为时采取理性的行动并追求合理的目标；搜查或扣押是否合理，通常要通过权衡利害攸关的不同利益——政府对有效执法的利益与个人对隐私和个人安全的利益——来确定。^④ 第四修正案涉及

① Eric Joel Day. *An Evidentiary Quandary: Exploring the Efficiency of the Exclusionary Rule* [J]. *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 2013 (11): 139, 156.

② Holly, Wayne D. *The Fourth Amendment hangs in the balance: Resurrecting the warrant requirements through strict scrutiny* [J]. *New York Law Journal of Human Rights*, 1997 (13): 541.

③ *United States v. Knight*, 534 U. S. (2001) 112, 119.

④ Tracey Maclin. *The central meaning of the Fourth Amendment* [J]. *William and Mary Law Review*, 1993 (35): 198-199.

的另一个重要问题是，如何以强制力有效保障公民私权不受侵犯，遗憾的是，“美国宪法中没有保护《权利法案》中规定的权力的强制性措施，这是令人惊讶的”。^①

如果说简洁是第四修正案的优点，那么与之相对应的缺陷就是它的含糊不清。^② 它没有界定“不合理”这个关键词，也没有指出禁止不合理搜查与签发搜查令的条件之间的关系。^③ 而且，宪法第四修正案中也没有提到是否禁止通过违反第四修正案的证据取得的证据即“毒树之果”这一重要问题。美国最高法院采用的合理性分析总是在改变，每一宗新案件似乎都改变了最高法院对构成合理搜查或扣押的因素的看法。最高法院依据若干主要标准来衡量合理性问题，但是几乎没有在这些标准之间建立有意义的层次结构，在任何情况下，法院都可以选择它认为适用的标准。因此，在最高法院相继判决的案件中，法院裁决警察入侵行为的可接受性方面会有着根本不同且不可调

① John L. Worrall. *Criminal procedure: From first contact to appeal* [M]. 2nd ed. Boston, MA: Pearson, 2007: 54.

② Jacob W. Landynski. *Search and Seizure of the Supreme Court: A Study in Constitutional Interpretation* [M]. The Johns Hopkins University Press, 1966: 42.

③ Amar. *Fourth Amendment First Principles* [J]. *Harv. L. Rev.*, 1994 (107): 757, 762-781; Bacigal. *Dodging a Bullet, but Opening Old Wounds in Fourth Amendment Jurisprudence* [J]. *Seton Hall L. Rev.*, 1986 (16): 597; Cloud. *Searching Through History; Searching for History* [J]. *U. Chi. L. Rev.*, 1996 (63): 1707, 1721-1731; Grayson. *The Warrant Clause in Historical Context* [J]. *Am. J. Crim. L.*, 1987 (14): 107; Luna. *Sovereignty and Suspicion* [J]. *Duke L. J.*, 1999: 789, 790-798; Wasserstrom. *The Fourth Amendment's Two Clauses* [J]. *Am. Crim. L. Rev.*, 1989 (26): 1389.

和的方法。^①

在 19 世纪的英国，法官对非法取得的证据是十分宽容的，普遍的观点认为，证据的可采性与取证的手段无关，偷来的、抢来的证据，都可能被法官采纳。在 1783 年塞格林斯基诉奥尔 (Ceglinski v. Orr) 案中，英国法院拒绝排除通过非法胁迫手段所获得的证据。在国王诉韦瑞克希尔 (Warickshal) 案中，对于被告人非自愿的供述，法院认为该证据本身是可以被接受的。在英国普通法的影响下，美国法官也同样主张，证据是否可以被采纳与获取证据的方式没有直接关系，在这种语境之下，当然没有非法证据排除规则存在的空间。也就是说，具备相关性的证据，是可采纳的证据，不会因为证据的取得方式侵犯公民权利而被排除于法庭之外。对于通过非法手段取得的、侵犯他人权利的证据，法官的观点是，证据是可以被采纳的，至于被侵权人的权利保护问题，应当并且只能通过民事诉讼的方式来解决。

可以看出，最初，证据的可采性和取证手段的侵权性没有直接的联系。第四修正案的颁行实施也未能改变这种状况。在美国联邦宪法修正案通过后的一个漫长的历史阶段，由于警察非法取证遭受侵害的公民，只能通过民事侵权诉讼的途径获取救济。通常的情况是，公民在警察违法取证之后，向法院提起警察非法取证的民事诉讼，请求法院判决警察赔偿经济损失以及返还非法扣押的财物。作为重要的权利救济手段，非法证据

① Clancy. The Fourth Amendment's Concept of Reasonableness [J]. Utah L. Rev., 2004: 977, 978, 1022; Colb. The Qualitative Dimensions of Fourth Amendment "Reasonableness" [J]. Colum. L. Rev., 1998 (98): 1642; Lee. Reasonableness With Teeth: The Future of Fourth Amendment Reasonableness Analysis [J]. Miss. L. J., 2012 (81): 1133.

排除规则一直没有露面。

美国宪法第四修正案具有划时代的意义，它确立了重要的个人权利，即“人身、住宅、文件和财产不受不合理的搜查和扣押的权利”。法律在赋予权利的同时，还应当为权利配置相应的救济手段。问题是，第四修正案的救济手段在哪里？至少在宪法条文本身的层面，我们找不到答案。可以说，第四修正案所保护的個人免受政府不合理的搜查和扣押的权利，是一种虚幻的权利。如果警察决定搜查一辆车或拘留一个人，没有人能阻止他们。^①美国联邦最高法院法官罗伯特·克森曾经指出：“第四修正案所保障的权利是最难保护的权利之一，由于警察自己就是主要的侵权者，所以法庭外没有执法机构能够约束他们的行为。”他还评论说：“在许多非法搜查无辜者的住宅和汽车的案件中，最终的结果是没有任何罪名，没有逮捕任何人，法庭什么也没有做。”^②

在警察侵犯人民宪法权利、实施无理搜查和扣押行为之后，如果法庭拒绝采纳这类证据，显然可以有效遏制警察非法取证，宪法第四修正案的权利就可以得到落实。但是，在一百多年的时间里，这种要求在审判中排除执法人员以非法手段所获得的证据的规则并没有出现。这是为什么呢？大法官本杰明的解释是：仅仅因为警察的疏忽大意就让罪犯逍遥法外，法庭不愿意这么做，而且对于那些间接的、有时又是非常复杂的有关警察收集证据的方法是否合法的问题，解释起来十分困难，法官不

① Yale Kamisar. Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a “Principled Basis” Rather Than an “Empirical Proposition”? [J]. 16 Creighton L. Rev., 1983: 565, 568.

② *Brinegar v. United States*, 338 U. S. (1949): 160, 181 (杰克森大法官的反对意见).

情愿冒险去做这种解释，他们宁愿集中精力裁决刑事犯罪这一主要问题。^①

经过了近一个世纪的进程，这一状况终于开始发生变化。美国联邦最高法院作出一系列的判决，将违法的搜查扣押行为与所获证据的可采性联系起来，逐渐确立了第四修正案的救济方式，即法庭不会采纳警察以无效的搜查或扣押所获得的证据，这类证据因其不具备可采性而被排除于法庭审判之外。

19世纪末20世纪初，法院依据联邦宪法，禁止使用违法搜查扣押的证据排除，但是并没有使用“排除规则”或其他类似的术语。法院的说法是，当证据的获取过程侵犯了被告的第四修正案权利时，证据根本不能用于审判，在诉讼中禁止使用非法获得的证据是公民的宪法权利。^②美国联邦最高法院确立了一个重要的规则——个人有权请求法院将警察非法获取的刑事诉讼证据排除于法庭之外。

但是，令人忧虑的是，最近若干年的一系列案例表明，美国联邦最高法院似乎意图将第四修正案权利与非法证据排除这种补救措施办法相隔离，这使得第四修正案所应具备的灵活应变力大大减少，而非法证据排除规则也随之走向低迷甚至衰败。有学者指出，几乎没有人认为，人们应该始终受到制宪者的具体意图或期望的约束，例如，什么样的搜查是合理的，或者，违反第四修正案的行为需要什么样的补救措施。^③

① [美] 乔恩·R. 华尔兹. 刑事证据大全 [M]. 2版. 何家弘, 等译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 246.

② Tracey Maclin. The Supreme Court and the Fourth Amendment's Exclusionary Rule [M]. Oxford University Press, 2013: 3.

③ Justin F. Marceau. The Fourth Amendment At a Three-Way Stop [J]. Ala. L. Rev., 2011 (62): 687, 691.

美国宪法的制定者本身并不是狭义上的原创主义者。对于《权利法案》中涉及的大多数问题，他们不希望法官受限于 18 世纪的惯例，而是打算制定一部有生命的宪法。因此，从一开始，第四修正案就不仅仅是一套具体执法程序的法典。它是基本价值的一种表达，要求法院在面对不断变化的情况时维护这些价值。^①

^① Stephen J. Schulhofer. *More Essential Than Ever: The Fourth Amendment in the Twenty-First Century* [M]. Oxford University Press, 2013: 46.

第一章 缘起：宪法权利的 实现与保障