

技术侦查中

个人信息保护的

法理研究

田芳 / 著

*The Jurisprudence
on Personal Information Protection
in Technical Investigation*

技术侦查中

个人信息保护的

法理研究

田芳/著

*The Jurisprudence
on Personal Information Protection
in Technical Investigation*

受江苏省社科基金后期资助出版

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

技术侦查中个人信息保护的法理研究 / 田芳著. --
北京 : 法律出版社, 2021
ISBN 978 - 7 - 5197 - 5438 - 9

I. ①技… II. ①田… III. ①刑事侦查—个人信息—
法律保护—研究 IV. ①D918.2②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 044689 号

技术侦查中个人信息保护的法理研究

JISHU ZHENCHA ZHONG GEREN XINXI BAOHU DE
FALI YANJIU

田芳著

策划编辑 徐菲

责任编辑 徐菲 彭雨

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京建宏印刷有限公司

责任校对 王晓萍 王语童

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律出版社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 21.25

字数 314 千

版本 2021 年 5 月第 1 版

印次 2021 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 5438 - 9

定价:86.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

田 芳

1971年生，湖北仙桃人。武汉大学法学院博士，南京大学法学院副教授，硕士研究生导师，美国加州大学圣地亚哥分校（UCSD）访问学者。中国法学会宪法学研究会理事、中国法学会立法学研究会理事。

主要研究领域为比较宪法学、合宪性审查制度、个人信息保护制度。在《比较法研究》《法律科学》《现代法学》《政治与法律》《华东政法大学学报》等法学核心期刊上发表专业学术论文40余篇，出版法学专著1部。主持教育部人文社科基金项目、司法部国家与法治理论项目、江苏省社会科学基金项目、江苏省政府法制办公室重大项目、江苏省法学会项目多项；参与国家社科基金重点项目及一般项目多项。

前 言

2012年修正的《刑事诉讼法》对技术侦查措施的运用予以了规范,标志着我国技术侦查措施不再是一个法外之地。2018年对《刑事诉讼法》予以了再次修正,但是对技术侦查措施并没有予以进一步的规定。随着无线电通信技术、生物技术、互联网技术和大数据分析技术的快速发展,我国公安机关对案件的侦破越来越频繁地运用各种先进的侦查技术,这使一些经年悬案得以破获。例如,2020年“南医大奸杀案”终于在案发28年之后被破获,而案件的破获很大程度上得益于DNA比对技术的运用。各种各样的技术侦查措施越来越频繁地运用于各种案件的侦破过程中,但我国法律的发展远远跟不上实践发展的需要。

《刑事诉讼法》对技术侦查措施的规定建立在该侦查手段是一种非常规侦查手段的基础上。《刑事诉讼法》第150条第1款规定,公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。第150条第2款规定,人民检察院在立案后,对于利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。但是在实际的办案过程中,技术侦查已经成为一项常规的、基本的侦查手段。例如,从2015年9月29日至10月9日,青海省乌兰县连续发生

了6起入室盗窃案件,盗窃的现金从1600元到30,000元不等。乌兰县公安局立案后向海西州公安局技术侦查部门申请采取秘密技侦手段,发现王某某、石某某二人手机号在6名被害人家中均出现过,同时被害人段某的苹果4代手机开启的定位显示该手机在青海省海东市乐都区碾伯镇王某某家中,由此将王某某、石某某二人列为重点作案嫌疑人,乌兰县公安局决定立即实施抓捕。这种入室盗窃的案件应该不属于《刑事诉讼法》第150条规定的严重危害社会的犯罪案,但是公安部门接到报案就实施了技术侦查,从案发到案件侦破不到1个月的时间,案件能快速侦破就是因为使用了技术侦查手段。

技术侦查措施已经成为办案部门的常规手段,甚至是首选手段,而法律规定明显与实务是相脱节的。传统上对技术侦查措施的规制采取的是比例原则,即严重危害社会的犯罪案件才采用技术侦查措施,这显然不符合实际的需要。那么规制技术侦查措施的基本法律原则是什么呢?

科技的发展对公民隐私权的侵犯是巨大的,人们需要调整法律规范,使法律能抵抗技术对公民隐私权的侵犯,而重要的武器就是宪法规定的免于非法搜查权。免于非法搜查权最早是对抗警察非法入侵公民的住宅,但是随着电话的发明,越来越多的犯罪分子使用电话实施犯罪,警察就实施了电话窃听这一技术侦查措施,这也就是美国卡茨(Katz)案审理的核心问题,电话窃听是否构成非法搜查。为了规制技术侦查措施,美国的判例法形成了一系列的规则,但是判例法也有其巨大的缺点,就是其前后矛盾和不可预期性。尤其是面对新科技的发展,传统的判例法规则往往无法应对,如何让法律规则具有可预期性,同时又能适应现代技术发展的需要,一直困扰着美国的法院。

本书对美国有关技术侦查措施合宪性审查的案例做了一个系统性的梳理。技术侦查措施的合宪性审查,是以宪法第四修正案禁止不合理搜查为基础的,传统的不合理搜查是以物理空间的室内和室外为界分,入侵室内就构成了不合理搜查,室外的搜查是合理的。但是无线电通信技术的发展,使传统的室内与室外的界分变得模糊,于是法院创设了“合理隐私期待标准”,将传统的物理空间标准转变为隐私权标准。但是隐私权标准的模糊性极大地影响了其可预期性,法院在适应合理隐私期待标准时,很多情形下仍然依靠室内与室外的界分。但是大数据分析技术的发展,使传统室外信息收集也可能构成了不合理搜查,

如手机定位信息的收集。如何平衡公民隐私权与社会公共安全,是技术侦查措施规制的最终目的。我们可以从美国的判例法发展中看到其成功的一面,也看到其失败的一面。警察的侦查情形千变万化,而新技术的发展又日新月异,所以很多美国学者认为,对技术侦查措施的规制使法院陷入了根本无法解决的沼泽。

我国从2012年将技术侦查措施纳入法律规制,司法实践中就零零星出现一些案例,开始讨论技术侦查措施获得的证据是否适用非法证据排除规则。虽然法院排除技术侦查获取证据的案件不多,但是从这些案例中,可以窥见我国技术侦查措施法律规制的现状。在司法实务中,对于采用技术侦查措施获取的证据是否应当排除等问题,法院的意见非常不统一,甚至相冲突,如有的法院认为非法证据排除规则就不适用于技术侦查措施。到底该如何规制技术侦查措施,使公民基本权利的保障和社会公共安全之间能很好地平衡,是本书探寻的根本性问题。

本书分为六章。第一章阐述美国联邦宪法规定的免于非法搜查权的基本法律框架。免于非法搜查权其实是调整警察与公民之间接触方式的法律,也是规制警察侦破案件获取最初证据的法律。这一宪法权利要求警察在案件侦破之初就要尊重公民基本权利。警察侦破案件,获取证据也有一个循序渐进的过程。从行政检查到搜身再到搜查住宅、扣押物证,这些行为对公民权利的侵犯是逐渐加深的,法律对这些行为的规制也是不一样的。对公民权利侵犯越深,需要的理由越充分。

第二章阐述了美国联邦宪法免于非法搜查权具有实际效力的非法证据排除规则。非法获取的证据将不会被法院采用,技术侦查也要遵循这一规则。非法证据排除规则也经历了从令状形式要求到利益权衡的发展演变,现在非法证据排除规则的适用范围有了极大的缩限。在科技高度发展的今天,非法证据排除规则也面临着极大的挑战。

第三章阐述了技术侦查措施与合理隐私期待标准的确立及发展。技术侦查措施的发展逐渐改变了传统免于非法搜查法律,从电话窃听到全球定位系统(Global Positioning System, GPS)追踪,新技术的发展不断地挑战传统规则,使合理隐私期待标准模糊而不可预期。

第四章探讨了技术中立原则对合理隐私期待标准的改造。技术中立原则是期望将传统规则适用于现代技术侦查,该原则强调法院应当维护公民隐私权的保障强度,当技术的发展对公民隐私构成威胁时,法院就要调整传统法律规则,使公民隐私权仍然获得与以前一样的保障。

第五章阐述了以大数据分析为基础的技术侦查对个人信息隐私的全面的挑战。现代侦查技术更多地运用高科技获取数字信息,传统规则主要针对的是有形空间的侦查,信息作为一种无形的存在对传统规则提出了全面的挑战。

第六章对我国技术侦查措施适用中遇到的问题予以了较为全面的分析。随着技术侦查措施的广泛运用,技术侦查措施的合法性问题也逐渐出现在我国的司法实务中,越来越多的案件审理中,刑事被告对技术侦查措施获得证据要求排除。针对技术侦查所获得的证据如何适用非法证据排除规则,我国已有的判决有着极大的分歧,主要原因是我国对于技术侦查措施的法律规制还没有统一的法理基础。

技术侦查措施的运用在方便案件侦破的同时,也可能会对公民基本权利造成威胁,如何更好地平衡公民隐私权和社会公共安全之间的关系是一个永恒的话题。

目 录

第一章 美国联邦宪法免于非法搜查权的基本法律框架 / 001
第一节 刑事诉讼程序的宪法化 / 002
第二节 免于非法搜查权利条款及适用对象 / 006
一、如何从文义上理解免于非法搜查权利条款 / 007
二、第四修正案的适用对象 / 009
第三节 搜查构成的法律标准及搜查令状的颁发 / 011
一、搜查构成的法律标准及其具体情形 / 011
二、申请搜查令所需要的可能理由 / 023
三、搜查令的申请与实施 / 037
第四节 拦截盘查构成的法律标准及正当性理由 / 046
一、拦截盘查的定义 / 046
二、拦截盘查的基本标准 / 049
三、拦截盘查的具体情形 / 054
四、拦截盘查和留置实施的正当性标准——合理怀疑 / 058
第五节 行政检查构成的法律标准及正当性理由 / 060
一、行政检查的司法审查标准——利益权衡 / 060
二、行政检查的具体情形 / 064
第二章 美国联邦宪法免于非法搜查权的“牙齿”： 非法证据排除规则 / 068
第一节 非法证据排除规则的争议 / 069
一、非法证据排除规则保护谁? / 069

二、非法证据排除规则能起到威慑警察的作用吗? / 071

三、非法证据排除规则的适用是否应当遵循一定的比例原则? / 073

第二节 非法证据排除规则的宪法内涵 / 073

一、侵犯公民免于非法搜查权获得的证据不得被法院采用 / 074

二、侵犯公民不得自证其罪宪法基本权获得的证据不得被法院采用 / 075

三、侵犯公民获得律师帮助宪法基本权获得的证据不得被法院采用 / 076

第三节 非法证据排除规则的适用规则 / 077

一、派生证据规则(毒树之链)及其限制(毒树之链的剪断) / 077

二、非法证据排除规则的诚信例外 / 088

第四节 非法证据排除之诉原告资格 / 095

一、非法证据排除之诉原告资格确立的背景 / 095

二、非法证据排除之诉原告资格确立的标准——从物权法到宪法 / 097

三、非法证据排除之诉原告资格案件类型 / 099

第三章 技术侦查措施与合理隐私期待标准的确立及发展 / 104

第一节 技术侦查措施的发展及其合宪性判决 / 104

一、技术侦查措施与禁止“非法搜查”的联邦宪法第四修正案 / 104

二、技术侦查措施合宪性裁判案例 / 106

第二节 技术侦查措施的发展对合理隐私期待标准的影响 / 113

一、合理隐私期待标准的混乱 / 114

二、判断合理隐私期待的四种模式 / 117

三、技术侦查措施的发展对四种模式的挑战 / 132

四、法院下意识的选择:特定的模式与特定的情形相匹配 / 138

五、困惑的原因:传统的规则无法适应新的技术侦查措施 / 142

第三节 第三方原则使技术侦查措施逃离宪法规制 / 150

一、第三方原则的确立 / 152

二、对第三方原则的批判 / 156

第四章 技术中立原则对合理隐私期待标准的改造 / 160

第一节 技术中立原则与动态平衡保障理论 / 160

一、两种隐私权与两种权利保障模式 / 160

二、隐私期待的动态平衡保障理论 / 163

第二节 通过技术中立原则把传统规则引入互联网侦查 / 171

一、物理空间与互联网空间 / 173

二、用内容与非内容区分代替室内与室外的区分 / 178

三、现有案例对内容信息与非内容信息的区分 / 182

四、互联网搜查程序 / 187

第三节 从技术中立理解第三方原则 / 192

一、第三方的替代效应及第三方原则的功能 / 194

二、第三方原则的法律事前明确性功能 / 202

三、法律对存储于第三方的商业信息的保障 / 206

第五章 以大数据分析为基础的技术侦查对个人信息隐私的全面挑战 / 213

第一节 行踪信息的宪法保障 / 213

一、GPS 监控与马赛克搜查的内涵 / 216

二、传统以室内和室外二分法为基础的分析框架 / 222

三、马赛克搜查对合理隐私期待标准的挑战 / 226

四、马赛克搜查对传统搜查令规则的挑战 / 231

五、马赛克搜查对传统非法证据排除规则的挑战 / 233

六、出路：放弃传统的规则还是放弃对技术侦查的司法监督 / 235

第二节 手机定位信息的宪法保障 / 238

一、手机定位技术及其宪法判决 / 238

二、公民隐私权的基本法理 / 243

三、手机定位信息的第一层内涵：行踪信息 / 249

四、手机定位信息的第二层内涵：由第三方储存的信息 / 255

五、行踪信息的阶层保障 / 259

第三节 DNA 生物信息的宪法保障 / 260

一、美国 DNA 数据库及其构建历史 / 261

二、采集 DNA 是否侵犯公民免于非法搜查权？ / 265

三、基因识别信息是否受宪法保障？ / 273

四、DNA 数据库采集对象扩张是否会造成过度监控？ / 279

五、面对大数据侦查宪法能做什么? / 283

第六章 技术侦查措施合法性审查在中国的展开 / 287

第一节 我国《刑事诉讼法》相关条款与美国免于非法搜查权规定的比较 / 287

一、《刑事诉讼法》第 136 条、第 137 条、第 138 条及第 139 条与“禁止非法搜查”第四修正案的比较 / 288

二、《刑事诉讼法》第 34 条、第 35 条、第 52 条及第 120 条与米兰达规则的比较 / 290

三、《刑事诉讼法》第 56 条“补正条款”与“毒树之果”及相关限制规则的比较 / 292

四、《刑事诉讼法》第 58 条与排除之诉原告资格要件的比较 / 294

第二节 对我国“技术侦查措施”法律规范及理论界定的思考 / 295

一、技术侦查措施的法律规范 / 296

二、技术侦查措施的行政规范 / 298

三、我国技术侦查措施概念理论界定上的困惑 / 301

第三节 法院对技术侦查实施审查的案件 / 305

一、越来越多的案件侦破依赖技术侦查措施 / 306

二、判决书中明确地说明技术侦查措施是如何获取证据的 / 311

三、区分技术性侦查与技术侦查部门调取信息 / 313

四、技术侦查申请程序的审查 / 314

五、技术侦查措施查获的证据是否适用非法证据排除规制? / 319

第四节 加强对技术侦查措施审查的建议 / 321

一、非法搜查罪一般不针对侦查人员 / 321

二、加强对技术侦查措施使用的司法审查 / 323

后 记 / 328

第一章 美国联邦宪法免于非法搜查权的基本法律框架

20 世纪 60 年代以前,刑事诉讼程序只关注罪与非罪的问题。警察实施调查、搜查和逮捕的方式,与刑事诉讼程序没有任何关系。警察只关心是否能发现犯罪证据,法院也只是关心证据的真实性和可证明性,至于警察获取证据的方式法院一概不问。

由于法院对警察取证行为的合法性、合宪性一概不追究,由此造成了刑事犯罪嫌疑人权利受到了极大的威胁。20 世纪 60 年代美国刑事司法体制发生了重大的变化,这一变化始于美国联邦最高法院发起的一场自上而下的改革。在 1961 年的马普诉俄亥俄州(Mapp v. Ohio)案之后,被告的有罪无罪与警察行为的合法与否共同成为刑事司法关注的焦点。从 20 世纪 60 年代开始,在刑事案件的诉讼中法院首先会追问,对嫌疑人的逮捕和对其物品的扣押是合宪的吗?对犯罪嫌疑人的审讯是合宪的吗?美国联邦最高法院从 20 世纪 60 年代开始改革刑事诉讼程序,从保障犯罪嫌疑人权利的角度出发,追问警察查获的证据是否合宪,如果警察取证行为违法了宪法对公民基本权利的保障,所获得的证据将会被排除。刑事诉讼程序的宪法化最大的标志就是宪法规定的免于非法搜查权具有了现实的法律效力,违反免于非法搜查权将承担相应的责任,即非法获得的证据将会被排除。

第一节 刑事诉讼程序的宪法化

1787年美国联邦宪法在费城获得通过。美国联邦宪法推行二元联邦制度,联邦和州分别在各自的领域内拥有各自的主权,联邦和各个州分别在自己的法院对刑事诉讼被告提起公诉,分别实行各自的刑事诉讼制度。在联邦法院被提起公诉的被告能享受到权利法案(联邦宪法前10条修正案)所提供的程序性的保障。美国联邦宪法前10条修正案所宣示的权利绝大多数与刑事诉讼有关,如第四修正案所保障的免于非法搜查的基本权利,第五修正案所保障的免于自证其罪的基本权利,第六修正案获得律师帮助的基本权利。而那些在州法院被提起公诉的被告人并不能享受联邦宪法所保障的基本权利,各个州宪法以及州地方性法律对刑事诉讼被告人的权利保障远不如联邦宪法有力。所以在20世纪60年代之前,美国呈现两套完全不同的刑事诉讼制度,联邦的刑事诉讼制度受宪法基本权利的约束,而各个州的刑事诉讼制度则与宪法基本权利没有任何的联系。

联邦最高法院于1914年的威克斯诉美国案(Weeks v. United States)创设了非法证据排除规则,即违反第四修正案所获得的证据将不会被法院采用。这样刑事诉讼被告所享有的权利在联邦司法体系与州司法体系中的差异进一步扩大。这样在联邦刑事诉讼司法体系下,如果警察调查证据的行为被认为侵犯了被告宪法基本权利,其获得的证据将不会被法院采用,那么公诉将被驳回,被告甚至将无罪释放。而在州刑事诉讼司法体系下,州并没有接受非法证据排除规则,法院并不考虑警察取证行为的合宪性,证据只要是真实可靠的就会被法院采用。因此相同的案件,如果在不同的刑事司法体系下审判,其结果将会有很大的不同,甚至会产生罪与非罪的区别。

南北战争之后,尤其是宪法第十四修正案的通过,使联邦和州法律体制一体化的努力有了宪法依据。该修正案规定,州不得未经法律正当程序,剥夺任何人的生命、自由和财产。这一限制州权力的条款,使州的刑事诉讼被告可以像联邦刑事诉讼的被告一样追求程序性权利的保障,然而将宪法程序性权利

“吸收”以对抗州的公权力,却是一个漫长的过程。最初联邦最高法院将“法律正当程序”运用于限制州公权力时,仅仅采用了“基本正义”标准,而非联邦宪法中的某一具体权利条款。美国联邦最高法院依据“正当法律程序”中的“基本正义”标准,成功地推翻了几例州法院的刑事判决。例如,在1952年的罗莎诉加利福尼亚州(*Rochin v. California*)案^①中,联邦最高法院在排除洛杉矶市警察所查获的证据时,并没有依据具体的联邦宪法权利条款,而是依据宪法第十四修正案“正当法律程序”中“基本正义”标准,认为“基本正义”就是阻止“法律执行者从事违反良知的行为”。但是联邦最高法院并没有阐述“基本正义”的内涵到底是什么,而这一标准也过于宽泛,并不能真正地约束执法者。

20世纪60年代初期,在沃伦(Warren)大法官的带领下,联邦最高法院开始了在刑事诉讼领域统一宪法适用标准的征程。权利法案中的具体条款通过第十四修正案的“正当法律程序”条款被吸收,适用于州政府以及地方政府的司法审查之中。在对后世影响深远的马普诉俄亥俄州(*Mapp v. Ohio*)案^②中,联邦最高法院认为,如果州警察侵犯嫌疑人免于非法搜查宪法权利,嫌疑人将获得与联邦刑事司法被告同样的宪法救济,即通过非法搜查所获得的证据,将不会被法院采用。5年后在米兰达诉亚利桑那州(*Miranda v. Arizona*)案^③中,联邦最高法院将第五修正案吸收到第十四修正案中,不得自证其罪基本权利也适用于州政府。州政府在刑事调查中侵犯被告不得自证其罪宪法权利所获得的证据也会被法院排除。

在20世纪的60年代即将结束之时,第六修正案会见律师的权利,^④获得陪

① *Rochin v. California*, 342 U. S. 165 (1952); 洛杉矶市警察在没有搜查令的情况下进入罗莎的住宅搜查毒品。当他们强行将他卧室门打开时,罗莎将两个胶囊塞进自己的口中。警长扣押了罗莎,试图将胶囊取出,但是罗莎将胶囊吞进了胃里。于是他们把罗莎带到医生那儿,医生用化学方法给他洗胃,他将胶囊吐了出来。联邦最高法院认为,警察所获得的证据不能被法院所采用。

② *Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 (1961); 克利夫兰市警察在没有搜查令的情形下,强行进入了马普的住宅,搜查与一起爆炸案相关的证据。在一番争斗后,警察扣押了马普,并对他的家进行了搜查,在搜查过程中,他们搜查到了一些淫秽材料。法院认为这些证据不能被法院所采纳。

③ *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966).

④ *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963).

审团审查的权利,^①以及第八修正案禁止酷刑和不正当处罚的权利,^②都被联邦最高法院吸收到第十四修正案中,成为约束州政府行为的条款。从此刑事被告人的命运不再因是在联邦刑事司法体系下还是在州刑事司法体系下而有所区别,宪法原则统一适用于联邦刑事司法体系和州刑事司法体系之中。大法官沃伦·伯格(Warren Burger)领导的联邦最高法院同时也扩大了法院请求令状的适用范围,即州的刑事在押人员可以有更多的途径诉讼至联邦最高法院,寻求联邦最高法院对其刑事程序性权利的保障。

毋庸置疑,这些举措无论是在法律界还是在政治界都引起了极大的争议。批评者认为,引入全国统一的刑事诉讼体制打破了联邦与州之间的平衡,违背了联邦制最基本的内涵,州的权力也受到了侵害。另一些人则认为,沃伦法官的决定束缚了警察的手脚,使美国成为刑事犯罪分子的天堂。^③

当然争议最大的还是非法证据排除规则的本身。不少人认为,可以运用民事赔偿诉讼等方法来阻却警察的违法行为,而不是简单地排除非法获得的证据。本杰明·卡多佐也质疑非法证据排除规则,就因为警察的违法或疏忽就让罪犯逍遥法外?而大法官汤姆·克拉克(Tom Clark)则认为,其他的方法如民事诉讼的损害赔偿,在阻却警察违法取证方法都是徒劳无用的,最有效保障公民免于非法搜查权的方法就是排除非法获得的证据。可以确定的是,如果警察执法人员以及公诉机关工作人员知道非法获得的证据不能被法院采用,这将使警察以及公诉机关工作人员将严格遵循宪法的规定。大法官汤姆·克拉克在马普案中认为,非法证据排除规则可以保障司法公正的完整性,“如果必须让罪犯逍遥法外,那是法律让他逍遥法外。没有什么比政府无视自己所设立的法律或者无视自己的宪章更能摧毁一个政府”。

法院中反对非法证据排除规则的声音一直存在。大法官沃伦·伯格就强烈反对非法证据排除规则,认为非法证据排除规则阻止警察违法仅仅是一个不切实际的梦想,在警察违法行为与最后的司法审判之间的时间差如

① *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145 (1968).

② *Robinson v. California*, 370 U. S. 660 (1962).

③ 从尼克松成功当选美国总统的1968年开始,“法律与秩序”成为美国政治生活的主要内容,“用重刑”成为获取选票的前提。

此之长,它可能所起的教育作用是完全不存在的,而将无数的罪犯放归社会,社会将承担高昂的代价。^①大法官沃伦·伯格还认为排除规则不具有弹性,没能考虑到比例问题——不考虑警察行为的错误程度和犯罪行为的性质和特征。

从20世纪70年代开始,在各方压力下,非法证据排除规则的适用范围有了极大的缩限。那些想通过第四修正案提起诉求的刑事被告有了很多严格的资格要求限制,同时,非法证据排除规则的适用程序类型也有了极大的缩限。“诚实信用”作为非法证据排除规则的例外,也即当警察在执行法律时,他合理地相信自己的行为并没有违反第四修正案的原则,在这种情形下所获得的证据不会被法院排除。同时考虑到非法证据排除规则的社会成本,法院也适当地引入了利益平衡的原则,最大限度地尊重警察的裁量权,即警察行为虽然违法了,但是对当事人的权力侵犯较小,而获取的社会收益却很大,这种情形下的证据也不会被排除。虽然法院没有完全地抛弃非法证据排除规则,但法院实质上已极大地缩限了其适用范围。

而在2006年的哈德森诉密歇根州(Hudson v. Michigan)案^②中,法院判决警察虽然在程序上违反了“叩门告知”规则,但是证据并不会被法院排除。撰写多数意见的斯卡利亚(Scalia)大法官将非法证据排除规则的社会成本,尤其是将“危险的犯罪分子放入社会的风险”,置于整个论证的中心,而不再将阻却警察违法置于论证中心,并且认为对警察的民事诉讼以及对警察的纪律处分将更能有效地实现这一目的。这一判决再次引起人们对非法证据排除规则的关注,有人甚至认为非法证据排除规则已经被法院废除。

与联邦法院在刑事诉讼领域的退缩相对的是,一些州却开始在刑事诉讼程序中扩大被告人的权利。具有讽刺意味的是,当初州是被动接受刑事诉讼程序宪法化的,而当联邦在这一领域退缩时,各州却加大了步伐。现在州对刑事诉讼被告提供的权利保障比联邦法院多。州加大对刑事诉讼被告权利的保障是

^① 因非法证据排除规则而将真正的罪犯释放,成为反对非法证据排除规则的主要理由。参见Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, 37 U. Chi. L. Rev. 665 (1970); Spiotto, *Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternatives*, 2J. Legal Stud. 243 (1973)。

^② Hudson v. Michigan, 547 U. S. 586 (2006)。