

# 我国刑事诉讼中非法证据排除规则建构\*

薛峰 林见春

(南京师范大学 法学院 江苏 南京 210097)

**摘要:**刑事非法证据的取舍问题由于其自身的独特价值一直是我国立法机关、学术界争论的热点。在明确非法证据内涵的基础上借鉴各国相关制度规定,论述在我国建立非法证据排除规则的现实意义并提出初步构想。

**关键词:**非法证据;非法证据排除规则;诉讼价值;自由裁量

中图分类号:D925.2

文献标识码:A

文章编号:1008-509X(2004)01-0027-04

非法证据是指有关司法人员违反法律规定的权限和程序或以违法方法取得的证据<sup>[1]</sup>。刑事非法证据的取舍问题一直是我国刑事诉讼法学界争论的焦点,是刑事诉讼法证据制度中较为复杂的问题之一,也是刑事诉讼程序中诉讼价值最易发生冲突的问题。对刑事非法证据如何抉择,关系到实体真实与程序正当、控制犯罪与保障人权的价值取向,国家权力与公民权利之间利益冲突的权衡和刑事诉讼目的的实现等方面,因此有必要对非法证据排除规则(Exclusionary Rule of Illegally Obtained Evidence)<sup>①</sup>这一在刑事证据体系中占有举足轻重的地位的制度在我国的建立与否作切合实际的可行性分析。目前我国也面临着非法证据排除规则的建构问题,虽然有些学者认为目前我国不适宜建立这一规则,但从保护人权以及适应我国刑事司法改革的需要角度看,确立非法证据排除规则乃是刑事诉讼发展的必然趋势,因此本文将在对非法证据的效力问题进行分析的基础上,结合我国司法现状阐述构建我国非法证据排除规则的构想。

## 一、解析非法证据

从内涵上看,非法证据是相对于合法证据而言的。对于它的概念诉讼法学界并没有定论。在

《牛津法律词典》的“非法获得证据”词目,释义为“通过某些非法手段而获得的证据”,我国《诉讼法大辞典》中列有“非法证据”词目,释义为“不符合法定来源和形式的或者违反诉讼程序取得的证据”。在我国法学界和司法界对于非法证据的界定有广义和狭义之分。广义的理解认为“刑事诉讼中的非法证据,是指不符合法律规定的证据内容、证据形式、收据或提供证据的人员及程序、方法的证据材料。”它包括四种情形,即证据内容不合法;证据表现形式不合法;收集或提供证据的人员不合法和收集提供证据的程序、方法、手段不合法。只要具有这四种情形之一的就是非法证据<sup>[2]</sup>。狭义的理解认为非法证据是指办案人员违反法律规定的权限、程序以及其他不正当的方法获得的证据<sup>[3]</sup>。但是,具体到非法证据排除规则中的“非法证据”,理解上基本上是指狭义的非法证据,由于狭义的非法证据是整个非法证据问题的核心,因此本文所涉及的非法证据均指狭义范围,其外延限制为两类:一是非法的言词证据;二是非法搜查、扣押所收集的实物证据。各国在长期的司法实践过程中对于不同形式的证据形成了不同的解决方式,下面笔者将对其他国家的适用情况作简要分析,以期对我国建立非法证据排除规则提供有益的借鉴。

\* 收稿日期:2003-07-18

作者简介:薛峰(1979-),男,江苏淮安市人,南京师范大学硕士研究生,淮阴师范学院法律系教师。

① 关于非法证据排除规则,不同国家和国际机构的立法规定和作法并不相同,甚至是同一国家在不同时期也有所变化,因此各国对此规则的表述也不尽相同。

## 二、非法证据排除规则之比较法考察

“非法证据排除规则”是对非法取得的证据材料和非法搜查和扣押取得的证据的排除的总称。<sup>④1</sup>禁止出示和采用非法证据的规则在美国最为典型,其它国家则不同程度存在非法证据排除规则,我国也已提上立法议事日程。我国《刑事诉讼法》第43条、最高人民法院1998年6月29日通过的《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》第61条以及最高人民检察院通过的《刑事诉讼规则》等均作了相同的规定。这标志着我国刑事诉讼活动由注重控制犯罪向追求控制犯罪与保障人权的平稳迈出了重要的一步,标志着我国对刑事司法活动规律认识的进一步提高。但是与西方国家的证据制度相比,我国证据规则之不足更为明显,如相关规定原则性太强而缺乏可操作性、排除范围不明确等,因此为了保障刑事诉讼价值和刑事诉讼目的的实现,更好地指导司法实践,笔者以为,立足于我们的司法实践,有必要考察各国适用非法证据排除规则的状况,借鉴其合理的内核,为建立我国证据排除规则提供借鉴标准。

### (一)关于非法言词证据

刑事诉讼价值取向的差异,决定不同的国家或同一国家的不同时期对非法证据取证对策上的理论亦不同,但是无论大陆法系还是英美法系国家,对以非法方法获得的犯罪嫌疑人、被告人的口供均持否定态度,认定其无证据效力,不能视为定案依据。对非法证据持否定态度最早始于美国,《美国宪法》第四条修正案规定,以非法手段收集的证据不得在刑事指控中作为证明有罪的证据采纳。在美国,强迫获得的口供完全不能使用,甚至也不能根据它进行引申,也不能在法庭上反驳被告人证言的真实性。同时,通过违反被正式起诉的被告人的第六修正案的权利而获得的陈述无论是直接地还是间接地都不能被使用。

英国证据法上的被告人陈述是指被告人就其被指控的犯罪所作的对自己不利的供认和陈述。从18世纪开始,将以刑讯、强迫等方式获取的证据予以排除就被英国法官作为保障被告人权利的重要手段。英国《1984年警察与刑事证据法》第76条(1)规定:在任何诉讼中,只要该供述与诉讼中任一争议事项有关联,并且依据本条未被法庭排除,被告人所作的供述就可以作为对其不利的证据<sup>51</sup>。接着在第(2)和第(3)规定了排除非法的

被告人供述的具体条件<sup>①</sup>,这样的规定也称之为被告人供述的自动排除(automatic exclusion)原则,另外英国普通法中还存在着“自由裁量的排除”(judicial discretion to exclusion)原则,即法庭可以根据案件的具体情况,决定将某一供述加以排除。

日本宪法第38条第2款明确规定:“以强迫、拷问或威胁所得的口供,或经过不正当的长期拘留或拘禁后的口供,均不得作为证据。”<sup>⑥1</sup>(p.185)日本刑事诉讼法在第319条第1项又作了相同的规定。《德国刑事诉讼法》第136条中也规定了通过非法方法获得的供述绝对不能作为证据使用。在联合国大会1984年12月10日签署的《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》第15条中各国坚持的这一排除规则得以体现,为各缔约国提供了处理此类问题的规范。

对于非法获得的证人证言,被害人陈述如何对待的问题,国外的立法先例:德国刑事诉讼程序的关于证据可采性的规则是证据在一般情况下具有可采性,但承认一个主要的例外:通过肉体上的折磨、催眠、服用药物或者其他违反自愿性的方法获得的被告人或者证人的陈述,禁止作为证据使用。<sup>⑥1</sup>(p.202)以及德国刑事诉讼法第136条的相关规定也都表明应当予以排除的态度。

### (二)关于非法实物证据

由于各国法律文化传统等方面的差异及特定时期控制犯罪与保障人权的需要,在对待非法取得的物证态度和价值取向上所形成的作法也不尽一致。美国基于宪法第四修正案对违法搜查扣押所获得证据采取的是强制排除的态度,并通过一系列的判例确立了排除规则。美国的排除规则不同于其他国家,排除规则具有强制性,不属于审判法官的自由裁量权。至此,非法证据排除规则在美国联邦和各州最终得以确立。随后联邦最高法院在1984年的美国诉利昂一案中确立了“善意例外”<sup>⑥1</sup>(p.194)这一主要的例外规则,在1984年的威廉斯案中确立“最终或必然发现的例外”<sup>⑥7</sup>,1988年默里诉合众国中确立了“独立来源”<sup>⑥8</sup>(p.232)例外,这样就大大限制了非法证据排除规则应适用的案件范围。英国对于非法搜查、扣押等不正当手段取得的证据一直交由主持审判的法官自由裁

① 由于篇幅所限就不逐一列出,具体规定参见何家弘、张卫平主编的《外国证据法选译》上卷,人民法院出版社2000年10月第1版。

量。有关对非法证据的排除初始主要存在于大量的司法判例中,但是其中的一些判决对法官自由裁量权的范围进行了极大的限制,而且其所确立的裁量标准十分模糊,导致了实践中非法搜查所得的证据几乎都为法院所采纳,只有在有限的情况下,法院还存有排除物证的自由裁量权。英国证据法将排除非法证据纳入了法官自由裁量的范围之内,法官在行使这种自由裁量权时往往主观性很强,没有客观的、可操作性的法律标准。

其他国家对于非法取得的物证,德国采用了权衡原则为标准予以处理的部分排除法,逐步确立起非法证据的排除规则,在具体适用时,法官对侵犯人的尊严和人格自由所得的证据原则上予以禁用,只有对于重大犯罪,才有可能让步<sup>[9]</sup>。法国的做法与德国较接近,在此就不赘述。在日本,1978年最高法院依据宪法通过判例确认了对非法收集的证据的有条件的排除规则。该判例规定:在符合以下条件下应否定非法搜查、扣押取得的证据(1)证据物的收集程序有忘却令状主义精神的重大违法的;(2)从抑制将来的违法侦查的角度看认为是不适当的<sup>[10]</sup> (p.734)。

### (三)关于“毒树之果”<sup>①</sup>

美国的证据排除规则不仅适用于违反证据规则而获得的实物证据或者言辞证据,同样也适用于“毒树之果”。美国最高法院坚决反对使用通过非法证据获得的材料,认为“禁止以某种方式取得证据的实质,并非仅指该项证据不得为本院所采用,而是在根本上就不得加以利用。”<sup>[11]</sup> (p.235)美国最高法院在采纳“毒树之果”理论的同时,考虑其可能对刑事程序实现控制犯罪任务所产生的影响,于是确立了“独立来源”和“稀释”两项例外。前者是指虽然有非法所得的最初的证据,但衍生证据是来自于另外的“独立来源”;后者是指最初证据与衍生证据之间的因果关系,已经由于其他因素的介入而稀释,毒树和果实之间的因果关系已被淡化从而消除了证据的非法性。

英国传统上对于从被排除的被告人论述中发现的任何证据和事实,只要具备相关性和其他条件,就可以采纳为定案的根据,采用的是“排除毒树”但“采撷毒树之果”的原则,如前所述,其中实行的也是由法官自由裁量的弹性处理方式。德国、日本学者对这一理论众说纷纭,判例中肯定与否定的情况均有,但多数意见均持否定态度。

万方数据

## 三、我国该如何对待非法证据排除规则

在现有司法状况下,如何建构我国的非法证据排除规则呢?笔者认为,立足于我们的司法实践,借鉴西方证据排除规则合理的内核,是确立我国非法证据排除规则的根本途径。因为,我国的法律“并不是也不可能是在与法律文化遗产和现存的外国文化完全绝缘的条件下产生和发展的……当然无论是借鉴历史上或外国的经验都必须从我国的实际出发,使这种借鉴适合于我国之情。”<sup>[12]</sup> (p.31)

基于上述分析,非法证据排除规则在我国的确立应当成为刑事司法改革的一项重点,为了保证我国宪法、刑事诉讼法和其他法律规范的严格执行,维护法律的严肃性,确立非法证据排除规则时不仅要对实体公正与程序正义进行价值衡量,还应当综合考虑社会文化背景、法律传统及现实需要、保障人权与惩罚犯罪的价值均衡、国际刑事司法发展潮流等各方面因素,积极借鉴他国的成功先例,以保证这一制度在我国的司法实践中能够实现最佳效果。

### (一)关于非法取得的言词证据

非法取得的言词证据大致可以分为两种:非法取得的口供和非法取得的证人证言,被害人陈述。对于非法获取的口供应当绝对排除,因为一方面,以非法方法获取口供对基本人权损害极大,应当严格禁止,而禁止使用这类证据,不使违法者从中获得利益,是遏制这类行为、保护公民权利的有效手段;另一方面,以非法方法获取口供亦可能妨害获得案件的实体真实。因为违法获得的口供其虚假可能性较大。<sup>[13]</sup> (p.456)这符合当前各国的通行作法,也是我国1988年9月参加的《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》中第12条规定的要求。此外,还要考虑到供述是在没有施压的情况下作出的自愿性供述的情况,如非法拘留或逮捕后犯罪嫌疑人的供述,这种违反程序规定得到的供述并没有侵犯犯罪嫌疑人或被告人的人身权利,所以应当在确信没有通过施压违背供述人的意愿迫使其供述的情况下,

<sup>①</sup> “毒树之果”是美国的刑事司法制度中一个颇著名且有特色的法则,其中的毒树指的是违法收集的刑事证据,毒树之果指的是从毒树中的线索获得的证据。这种现象在德国称为“波及效”。

考虑对自愿性供述的采信。对于非法取得的证人证言或被害人陈述,出于保障证人、被害人的权利,防止其作出虚假陈述的考虑,应当参照对犯罪嫌疑人标准一概排除以保证审判的公正性。

## (二)关于非法取得的实物证据

由于非法搜查、扣押等手段获得的实物证据同样是对人权价值的破坏,因此原则上应当予以排除,但考虑到目前我国侦查人员、侦查手段以及律师整体水平等现状,目前不可能把所有的实物证据都列入非法证据排除规则的范畴。物证具有客观性,不因获得方法的不同而改变其原来属性,同时非法获得的物证与非法获得的口供相比较而言,间接侵害公民基本人权,其危害性相对较低,如果一概加以排除则有可能影响案件的侦破,打击侦查人员的积极性,从而不利于惩罚犯罪,保障受害人的合法权益。针对非法证据排除与否所带来的这一价值冲突,笔者认为英国所采用的对打击犯罪和保护人权这两个价值目标进行权衡、充分发挥法官作用行使自由裁量权的作法更适合我国目前实际,具有更多借鉴之处。故建议如下:

(1)对于那些严重违反法律规定,采用直接侵害公

民权益的非法方法获得的实物证据则应一概予以排除,以避免非法取证行为对于个人权利的恣意侵犯。(2)当法官认为采纳某一非法证据将会影响公平审判时,法官可以依自由裁量排除该证据。(3)法官还应当对证据的损害性与证明价值进行对比,从而决定是否采纳该证据。

## (三)关于“毒树之果”

在我国诉讼法学界存在两中不同观点:一种是“砍树弃果论”;另一种是“砍树食果论”。这两种观点从价值评价的角度看,前者倾向于保护被告人的利益,后者则倾向于惩罚犯罪。刑事证据的复杂性决定了在对其分析时不能够片面地倾向于某一方面,对衍生证据同样应当进行综合权衡,采取灵活的方法来决定是否予以适用,应由法官根据该证据采集手段的违法程度、主观过错及案件的具体情况等来决定是否排除。需要补充的是,如果通过刑讯逼供获得的以犯罪嫌疑人、被告人供述为线索而查获的其他证据应当坚决予以排除,不能作为定案证据予以采纳,以遏制刑讯逼供这一刑事司法中的痼疾。

参考文献:

- [1] 田晓辉,巴信勇.论非法证据的效力及建立排除规则的构想[J].北华大学学报(社会科学版),2002(1):65-68.
- [2] 李学宽.论刑事诉讼中的非法证据[J].政法论坛,1995(2):51-54.
- [3] 刘惠芳,管晓静.非法证据的法律效力探讨[J].政法论丛,1999(4):25-27.
- [4] 刘善春,毕玉谦,郑旭.诉讼证据规则研究[M].北京:中国法制出版社,2000.
- [5] 何家弘,张卫平.外国证据法选译[M].上卷.北京:人民法院出版社,2000.
- [6] 转引自刘善春,毕玉谦,郑旭.诉讼证据规则研究[M].北京:中国法制出版社,2000.
- [7] 王以真.试论美国刑事诉讼中排除规则的修改[J].国外法学,1985(4):17-19.
- [8] 王以真.美国继续增加排除规则的例外[A].外国刑事诉讼法学[C].北京:北京大学出版社,1994.
- [9] 左卫民,刘涛.非法证据规则的确立与完善[J].法商研究,1999(5):12-14.
- [10] 陈光中.刑事诉讼法修正实务全书[M].北京:中国检察出版社,1997.
- [11] 转引自宋英辉.刑事诉讼目的论[M].北京:中国人民公安大学出版社,1995.
- [12] 陈光中.中国法律教程[M].北京:法律出版社,1992.
- [13] 龙宗智.相对合理主义[M].北京:中国政法大学出版社,1999.

# The Elimination Rules of Illegal Proff in China's Criminal Procedure

XUE Feng ,LIN Jian-chun

( Law School of Nanjing Normal University Jiangsu Nanjing 210097 ,China )

**Abstract** :The conflict between acceptance and refusal of criminal illegal evidence is always the focus of legislature and procedural academia because of its special value. This article nails down the connotation of illegal evidence and uses the reference of foreign rules. It has realistic significance to form the exclusionary rule in china. Then this article brings forward the formation of how to set up it.

**Keywords** :illegal evidence ; exclusionary rule ; litigation value ; free discretion