

非法证据排除规则的中国范式:困境与出路

刘 磊

摘 要 中国非法证据排除规则的运行实效与立法目标之间有着较大的差距,实践中表现为中国法院的弱排除模式与消极排除状态。中国非法证据排除规则的现行立法条文仍然存在着一些缺陷,中国的司法背景对非法证据排除规则的运行会产生磁滞效应,而且中国与美国的法院系统在司法功能定位上有所不同,所以中国法院不能像美国最高法院那样通过个案裁判方式来积极地排除违法证据。美国的非法证据排除规则有其历史经验,但也有很多教训。如果中国想要解决非法证据排除规则所面临的困境,首先有必要引入美国的预防性制裁理念与“毒树果实”规则,其次,中国法官应当综合运用强制排除模式与裁量排除模式来排除违法证据,最后,立法机关才是制定“排非”标准细则及吓阻警察违法取证的最佳机关。只有综合运用这些措施,才能建立适合中国国情的“排非”模式。

关键词 非法证据排除规则;司法磁滞效应;预防性制裁;毒树果实规则;刑事诉讼

中图分类号 D925.2 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2018)06-0152-08

基金项目 教育部人文社会科学研究青年基金项目(17YJC820002)

中国刑事诉讼法典在 1996 年和 2013 年的两次大修中,受到过美国刑事诉讼法的一定影响。但法律移植的过程,也往往是中国固有法律体系与欧美法之间产生冲突的过程。从中国的非法证据排除(下文简称“排非”)规则的实际运行效果而言,中国法院排除违法证据的标准与范围存在较多问题。美国非法证据排除规则有很多弱点,中国的非法证据排除规则模式不应模仿美国,而应结合中国自身的司法背景探索适合中国国情的“排非”规则。

一、中国非法证据排除规则的运行困境与成因

中国的“排非”规则的现实与立法目标之间出现明显的反差,远未达到立法者与学术界的心理预期。总体而言,立法自身的疏漏与中国特殊的司法背景才是导致该规则在司法实践中受挫的主要原因。

(一)“排非”的实证研究结果与学界预期之间的反差

“两股道上跑的车,走的不是一条路。中国法学人与法官,各行其是,也是当下的现实。”^[1](P2)对于违法侦查的制约问题,中国刑事诉讼法学界主张通过排除违法证据制约侦查机关,然而实践效果与学术理论之间仍有相当大的反差。当前,我国非法证据排除规则的实际运行模式为:一是被告人申请率、法院启动审查程序的概率、对实体判决结果的影响率非常低。中国法院每年审结 100 万件以上刑事案件,每年“排非”的判决平均不足 150 件,每万份刑事判决书才可能出现一例“排非”判决。根据学者对 2005-2015 年全国 1459 件“排非”案件的分析统计结果,当事人申请“排非”后,法院不受理与受理后不排除两种情形占 90% 以上,法院只排除了 136 起违法证据,“排非”率只有 9% 左右^[2](P143)。而从美国非法证据的排除率来看,因“排非”而被撤销公诉的案件占全部案件总数的 5% 左右,在被问卷调查的法官和律师之中,大约有 3/4 认为“排非”申请的成功率低于 10%^[3](P1064)。从美国每年近 300 万件

刑事案件总量来对比,美国全年“排非”案例总量是中国的 2-3 倍。美国每年有近百万起毒品犯罪案件,其中 5% 的案件因违法证据问题而被撤销,这意味着美国每年有 3 万起毒品犯罪被告人因“排非”而导致定罪证据不足被撤销指控^[4] (P45)。再加上,美国规定所有可能判处六个月以上监禁刑的被告人必须强制为其指定律师,由于无律师辩护的当事人“排非”的概率远低于有律师进行法律援助的情形,所以美国的“排非”申请率高于我国并不奇怪。

从排除的范围来看,中国目前的强制排除仅针对刑讯逼供、冻饿晒烤、精神虐待等严重的违法取证行为,对于侦查机关以威胁、引诱、欺骗方法所获取的证据以及违反法定程序获得的证据,中国法院对之很少予以排除。对于言词证据以外的物证、书证等实物证据,中国法院也倾向于不予排除。中国法院目前采用个案裁量排除,自由裁量的结果往往是不予排除。所以,申请率低、排除率低、影响实体判决率低的状况似乎并不令人意外,这亦反映了中国法院对违法证据持消极排除态度。

(二)中国法院“排非”率低的主要原因分析

中国法院的司法权威不足,再加上立法条文的密度不足以及司法外因素的负面影响,这些原因造成了中国非法证据排除规则在实践中受挫。

第一,中美两国的法院系统在司法功能定位上存在差异。美国非法证据排除规则之所以能够成功推广到全国,与美国最高法院特殊的司法权威与司法审查传统密切相关。在 1804 年马伯里诉麦迪逊一案之后,美国联邦最高法院逐渐确立了其司法审查功能与权威。20 世纪 60 年代前后,美国法院开始承担为警方执法制定侦查执法规范的角色,通过诸多宪法判例来规范侦查取证行为。

中国法院的权威与欧美法院有实质化差别,中国法院并不承担为侦查机关制定系统执法规范的任务,侦查行为合法与否的标准主要由立法机关来制定。对于中国法院而言,刑讯逼供等严重侵犯人身权利的侦查取证触及司法正义的底线,法院在立法机关的授权下能够进行排除。但是,对于轻度的违法侦查取证以及违反法定程序而获取的证据,中国法院因司法权威上的不足而选择个案自由裁量,当受到司法内外各种因素制约时,中国法院最终权衡各种因素而选择了弱排除模式。此外,中国法院也不担当为侦查机关制定执法规范的角色与功能,侦查取证行为的合法与非法判断,主要由中国立法机关制定细则,这与美国最高法院通过判例约束警察执法的功能定位有所不同。当司法权威不足时,法院“排非”的主要根据是立法条文中明确的规定,并要求申请人举证证明刑讯逼供等严重违法取证行为的存在,否则法院会相较谨慎地决定是否“排非”。法院的权威主要来源于公众与社会的支持,在社会条件不成熟的背景下,法院往往只能根据立法条文谨慎地实现个案正义。

第二,排除标准上存在着立法漏洞。中国目前“排非”规则的立法漏洞主要有:(1)排除违法证据的法定标准过于宽松,强制排除的范围过于狭窄。我国目前的“排非”标准只对严重的刑讯逼供、殴打、违法使用戒具、非法拘禁等暴力方法或变相肉刑的恶劣手段所取得的证据才强制排除。根据 2017 年《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的相关内容,只有刑讯逼供、非法剥夺人身自由、殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段,法院才必须排除违法证据。(2)重复自白的“毒树果实”规则问题。如果侦查机关先以变相肉刑等侵犯人身权利的方式逼取有罪供述,后又重新审讯,依照严格的程序合法重新获取与之前有罪供述基本相同的言词供述,只要符合一定的情形,法院就予以排除。(3)对于物证、书证等实物证据,只要公诉机关能够作出合理解释或补正,法院原则上不予排除。(4)对于违反法定程序而取得的证据,除非立法条文明确规定予以排除,否则只要公诉机关能够进行说明或补正,法院则不排除相关的违法证据。例如,扣押物品需要现场有见证人,如果侦查机关违反规定未指定见证人,法院认为违反程序的取证不直接影响该物证的真实性,通常也不予排除。(5)被告人要承担相应的证明责任,通过体检记录证明刑讯逼供等严重的暴力取证相较容易,但证明轻度的违法取证行为非常困难(主要是很难找到证人),尤其是在未聘请辩护律师的情形下更难以举证证明。

第三,司法磁滞效应与“排非”规则的关系。司法磁滞效应,是指司法外的政治、社会、法律文化等因素对司法改革所形成的磁场效应。磁滞效应有时会减缓改革措施推行的速度,有时会造成司法改革的停滞不前。由于既有的本土法律文化、刑事政策、法院的功能定位等诸多因素综合形成司法磁场,中国引入非法证据排除规则之后,司法实践中产生了排斥反应^[5](P129)。法外因素的存在,会形成一个强大的司法磁场,中国法院受到司法磁场的影响后,在个案中对于“排非”问题表现出迟疑不决。

笔者认为中国法院采用“弱排除模式”的深层原因是:(1)美国是将“排非”范围与具体标准的制定交由法官以个案释法的方式来完成。在法官释法模式下,美国最高法院能够通过判例为警察制定一定的执法规范。然而,中国法院的定位与功能和欧美国国家截然不同,中国法院主要是依据立法条文进行个案裁判,不承担通过案例为侦查机关提供执法规范的任务。(2)公共安全优先于正当程序的刑事政策因素。在未来相当长的时间内,犯罪控制模式优先仍然是我国的现实选择。公共安全优先、兼顾人权保护是我国刑事诉讼立法的主要目标,中国法院如果运用强制排除标准而大量地排除违法证据,即使不影响有罪判决率,仍然可能造成法院与侦查、公诉机关之间的冲突。(3)中国法院对实体真实与程序正义的权衡取舍。我国法院更倾向于真实性检验标准,只有当违法行为影响到该证据的真实性时,法院才有可能予以排除。侦查机关经由轻度违反法定程序而取得的证据,往往是客观真实的,如果法院排除违法证据而判决无罪,将会引发社会的强烈反应与民意反弹。中国法院在决定是否排除违法证据之前,一定程度上受到司法外因素的影响,对轻度违法的侦查取证行为采取了相对宽容甚至纵容的立场。

二、美国非法证据排除规则的经验与教训

美国是非法证据排除规则的原创国,美国的“排非”规则目前仍是世界其他国家的模仿范本。但是,美国的“排非”规则,既有其成功之处,亦有其失败之处,中国不可盲目效仿。

(一)1961年马普案之前的排除标准与判例演变

1791年美国国会通过《权利法案》第四修正案明确规定:“公民的人身、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。除非依照合理根据,以宣誓或代誓宣言保证,并具体说明搜查地点和扣押的人或物,不得发出搜查和扣押令状。”从字面文义分析,证据排除规则并不在宪法条款文义的射程范围内,即使警方违法取证,其证据通常并不排除,除非警方对当事人的人身、住宅、财产的侵权程度震撼良知^[6](P379-411)。

1. 1961年前的排除标准只排除严重侵犯宪法权利所取得的证据。在判断非法证据排除是否为宪法第四修正案所蕴涵之前,必须先厘清:一是如何理解1791年《权利法案》的立法背景;二是能否从美国宪法第四修正案中的“禁止不合理的搜查、扣押”用语推导出禁止法院使用警方的违法证据;三是假设能推导出法院应排除违法证据,法院是否必须将其作为宪法权利扩展适用于各州^[7](P1368)。

对于第一个问题,如果根据美国1791年《权利法案》的历史背景来理解宪法第四修正案,“不合理的搜查与扣押”用语有特定的历史背景,其实并不适用于警方的取证行为,也不要求法院必须排除违法证据。根据美国宪法学者的考证,宪法第四修正案的立法初衷是:一是限制令状的滥用,在殖民地时代,英国皇室法院经常侵犯美洲殖民地报刊、印刷业的出版自由,美国建国后亦要防范美国政府滥用许可令状任意搜查公民的人身、住宅与随意扣押公民财产^[8](P316);二是防止征税官滥用权力,假借征税而非法搜查、扣押公民的私人财物^[9](P173-198)。

对于第二个问题,在1961年马普案判决之前,“禁止不合理的搜查、扣押”只是为了保护公民财产权、人身权、住宅而存在,法院至多只排除严重侵犯上述权利的证据。更何况,如果警方侵犯上述权利,由公民对违法的警察或政府提起侵权诉讼似乎更符合1791年第四修正案的立法原意^[10](P555-632)。在1961年马普诉俄亥俄案判决之前,美国联邦最高法院只是将排除范围限定在警方严重侵犯公民财产权、人身权及住宅权利的取证行为上,以一次一案的方式来审查与排除违法证据。最早在1886年的博伊德

诉美国案中,以及布雷迪法官认为“政府不得任意强迫公民提交私人物品”^[11]的1904年亚当斯诉纽约案^[12]和1914年威克斯诉美国案中^[13],法院借用了普通法上保护财产权的古老传统,均是以保护宪法上的私人财物不受侵犯为由进行判决。1920年的西尔弗索恩木材公司诉美国一案中,因政府机构违法扣押了原告的文件与账簿,最高法院多数意见认为违法证据不得被使用,判决理由不再拘泥于宪法上的财产权保护。因此,可以认为该案是现代证据排除规则的真正起源^[14]。最值得注意的是1921年的古尔德诉美国案^[15]以及1925年的阿涅洛诉美国案^[16]两个案件的判决,美国最高法院又进一步扩充了适用范围。从这两个案件的案情来看,两名被告均涉嫌持有违法物品,即使毒品等违禁物品不在宪法第四修正案财产权的保护范围之内,但法院仍然推翻了之前的先例,认为政府如果非法取得毒品等物证,可以根据第五修正案中的“禁止自证己罪”条款进行排除。

至于第三个问题,美国最高法院在1949年的沃尔夫诉科罗拉多州一案给出了结论:即使警方违法搜查、扣押,对违法行为的救济方式至少有提起民事侵权诉讼、对违法警察提起刑事起诉、排除违法证据三种救济方式,由于存在其他替代性救济方式,很难推论法院只能以排除违法证据方式来保护当事人权利^[17]。甚至到1960年埃尔金斯诉美国一案,美国最高法院虽然推翻了以往的“银盘规则”(法院通常要接受警方移交的证据),但仍然认为违法证据排除规则只适用于联邦案件,对各州不具有约束力^[18]。

2. 1961年之前判例的演进。在1961年之前,将申请证据排除规则视为宪法性权利推广至美国全国的司法气候尚未形成。当大幅度扩张排除范围的社会条件不完全具备时,美国最高法院只是根据宪法上的公民基本权利与正当程序条款,以逐案审查的方式排除警方严重违法的证据。例如,在1936年的布朗诉密西西比州一案中,白人警察对非裔嫌疑人进行酷刑拷打及逼供,州法院认可刑讯供述并宣告有罪判决,案件最终经最高法院审查后,多数派法官认为该案中警察野蛮拷打取证行为已经构成了强迫自证其罪,违反了美国宪法第十四修正案的正当程序条款,因此推翻了州法院判决^[19]。1944年,在阿什克拉夫特诉田纳西州一案中,警察对嫌疑人进行了长达36小时的疲劳讯问,联邦最高法院审查后认为警方36小时讯问且剥夺了嫌疑人睡眠、饮食权利的行为已构成强制讯问,因此警方获得的供述违反了宪法第十四修正案正当程序条款,应当排除供述证据^[20]。1945年的马林斯基诉纽约州一案中,对于警察强迫嫌疑人脱光衣服逼取供述的行为,最高法院认定警察行为侵犯了嫌疑人宪法上的基础性权利,判决警方的取证手段违法^[21]。1952年的罗琴诉加利福尼亚州一案中,因嫌疑人将毒品吞入胃中,警察将嫌疑人强制带到医院由医生用强制服用催吐剂,最终从嫌疑人胃中取出胶囊装毒品,最高法院判决警方的取证方法是“震撼良知”的,为司法伦理所不容,应当排除违法物证的使用^[22]。

(二)法院预防性制裁功能的确立及其价值

美国最高法院法官是运用“活宪法”(living constitution)的思维,即通过对宪法条文进行动态化解释来改变“排非”标准的。宪法法官要首先看见“看不见的宪法”(invisible constitution),从宪法结构性权利体系来理解证据排除规则,即建构起结构化正当程序与预防性规则来保护当事人的救济权利^[23](P159-162)。如果要对违法侦查进行“系统性吓阻”(systemic deterrence),除对违法警员及执法机构提起民事侵权诉讼外,法院排除违法证据仍然是非常重要的救济方式^[24](P660)。

如果仍然采用传统的供述自愿性标准,由法官逐案审查判断嫌疑人所作的供述是否自愿,不同法官主观性与个案结果上的差异性非常大,法官难以判断嫌疑人在警局内陈述究竟是否出于自由意志。更何况,即使没有律师在场,也不必然能推论出:警方的审讯即必定构成强制讯问。所以,米兰达判例所确立的排除标准具有里程碑意义,因为法院审查判断违法性的标准不再局限于嫌疑人认罪供述是否自愿、真实,而是直接设定了一个非常清晰、明确的判断标准:只要警方讯问前不告知沉默权、律师权等诉讼权利,随后的认罪供述证据将被法院排除,即使犯罪嫌疑人的认罪供述可能是真实、自愿的。为了保护犯罪嫌疑人的权利,美国最高法院要求警方讯问之前必须事先告知犯罪嫌疑人相关的诉讼权利,否则强制

推定警方的讯问违反宪法第五修正案^[25]。

对于嫌疑人警局内陈述的合法性审查标准问题,美国最高法院没有受制于自愿性标准,而是对侦讯供述设定了一项预防性规则,即为了促使警方合法侦讯,防患于未然,除非警方讯问前告知犯罪嫌疑人基本权利,否则法院制定刚性规则强制排除警方所有的讯问证据,不论其陈述是否自愿、是否真实。法院根据警方讯问前是否履行告知义务来审查侦讯合法性,不仅标准清晰、明确而且能够直接刚性排除,在客观上亦能减少审查成本。1966年之前过于弹性的“总体情势”标准^[26](P255),反而会增加审查标准的不确定性,有时会造成美国法院无所适从。为了制衡警方侦查讯问中的违法行为,美国最高法院赋予了宪法修正案新的内涵,依据正当程序条款对特定的违法证据进行预防性排除。

(三)美国“排非”规则所面临的实践困境与反思

美国法院面临两种困境:一是法官并非一线执法警员,而侦查取证行为的类型复杂,法官往往不具备侦查专业经验,难以为侦查机关制定详尽的执法规范;二是美国法院对“排非”具体标准与排除范围问题,在不同的时期立场不定,前后判决互相冲突,导致排除标准混乱;三是原本应由立法机关完成的功能交由法院完成后,也导致美国社会对最高法院的依赖性,反而造成立法机关的立法懈怠。

1. 法院通过“排非”判例制约违法侦查所面临的困境。对于非典型的轻度违法正当程序的取证行为,法院试图通过非法证据排除判决来减少违法侦查,但是实际效果却非常有限,具体表现为三个方面:(1)现代侦查行为涉及拦停、拍身、搜查、扣押、讯问、技术监听、特情侦查、高科技定位追踪、使用线民、网址追踪等诸多方法,法官并非一线执法办案警员,对侦查人员实际取证时所面临的证据判断与特定情势,有时难以综合判断。例如搜查的“相当理由”(probable cause)的具体判断,由于警方搜查涉及汽车、行李、住宅、手机信息等诸多客体,搜查前侦查人员对证人可信度、嫌疑人特征、证物等证据的综合判断,可谓是因案而异,法官是否比侦查人员拥有更强的个案判断能力,非常值得推敲。(2)依照现代权力分立原理,法官并非立法者,美国最高法院固然有扩张性解释宪法条文的权力,但造法性解释需要面临历史的检验与长期民意的考验,法官扩张解释有时正确有时亦会失当,只有法院权威为主流民意广为接受时,扩张性解释结果才不会因反对声浪而中途夭折。1969年之后,美国总统开始提名保守立场的法官,保守派法官上任后很快对米兰达规则设定了若干例外,造成米兰达规则适用的严重限缩^[27](P185-198)。(3)相比法院通过判例所制定的排除标准,立法机关与执法机关在制定完整的、体系化的侦查取证规范方面具有一定的优势。

2. 各种例外情形对“排非”规则的损害。在排除刑讯逼供、非法侵入公民住宅等违法取证问题上,美国采用了刚性排除规则,标准明确且易于操作;但对于搜查汽车、边境检查、拦停拍身等诸多侦查行为,法院有时很难区分合法与非法,美国又逐渐回归到“一次一案”的个案审查模式,证据排除规则因此存在大量的排除例外。而大量例外情形的存在,导致“排非”规则的运行受到实践的挑战。美国学界亦开始怀疑:当排除规则存在大量例外情形时,规则的权威因此丧失^[28](P32)。

以搜查行为的合法性审查为例,“令状”原则至少已经存在20多项例外。警方逮捕时进行的附带性搜查、搜查汽车、边境搜查、行政临检、一目了然的搜查、对开放空地的搜查等等,均无须申请令状许可^[29](P1474)。在违法证据排除的范围上,美国最高法院通过判例创制了若干排除的例外,例如污染中断的例外、善意诚实的例外^[30]、独立来源的例外^[31]、最终必然发现的例外等等^[32]。违法证据的排除标准时而明确,时而模糊。这既反映了最高法院受司法磁场影响造成了立场上的松动,亦印证了:法院通过证据排除规则抑制、吓阻警方违法侦查是有其局限性的。

三、中国非法证据排除规则的变革方向

从美国刑事诉讼判例的历史演进过程及实际效果来看,中国目前的弱排除模式与美国20世纪60年代前后的“排非”状况有一定的相似之处。对于美国“排非”规则的法治经验,中国可考虑借鉴;对于美

国“排非”规则的弱点及引发的争议,则应当保持必要的清醒。作为后发改革国家,中国完全能够探索适合中国国情的非法证据排除规则模式。

(一)引入预防性制裁规则的必要性

未来的刑事诉讼立法参鉴刑法立法经验,对严重侵犯宪法基本权利的违法侦讯设置必要的预先防范机制,即强制要求警方在讯问之前必须告知米兰达权利,否则以违法证据论处,这是有效减少违法侦讯的方法之一。如前所述,从美国最高法院判例的发展演变历史来看,犯罪嫌疑人供述的自愿性与真实性与否,已不再是排除的主要理由。其实,即使侦查机关侵犯犯罪嫌疑人沉默权,侦查机关所获取的供述仍然可能是真实、自愿的,美国最高法院对之予以强制排除的真正理由是基于宪法第四、第五修正案隐含的预防性制裁目的。目前,我国立法尚没有对违法侦讯设置预防性排除标准,这也是导致我国法院“排非”率低的原因之一。

在侦查讯问过程中,犯罪嫌疑人的人身权利与诉讼权利最易于受到侵害。司法实践中,大多数刑讯逼供也往往发生在这一阶段。侦讯过程的法治化的实现,恰恰是我国刑事诉讼程序完成法治转型的标志之一。对违法侦查讯问设立更严格、更清晰的审查标准,更有利于降低侦查阶段侵犯人权的违法侦查行为的发生概率。将侦查讯问作为改革试点,制定预防性排除标准,对侦讯设立严格的审查标准与审查程序,更能够保证我国刑事诉讼法典第二条“尊重与保护人权”目标的实现,也更能使中国刑事侦查向法治化与文明执法的世界趋势迈进。采用米兰达规则的优点在于:一是法院的审查标准清晰明确而且易于操作,只要警方讯问之前不告知米兰达权利,之后所有的供述均将被排除于法庭;二是通过预防性排除标准的建立,能够有效地遏制侦查机关使用人身强迫与心理强迫的方法获取有罪供述。

(二)强制排除与裁量排除的综合运用

对于侦查机关以侵犯公民宪法上的基本权利而获取的证据,中国法院应当进行强制排除,立法机关亦应当增订更严格的“排非”规定。对于暴力刑讯、严重的变相体罚、超长时间的疲劳审讯、严重的精神虐待、无合法搜查证强闯公民私人住宅等违法取证行为,如果法院仍然自由裁量任意排除,无疑会出现排除率极低的现实情况,也会使非法证据排除规则的立法价值折损,法院的司法权威也会因此受影响。所以,对特定的严重侵犯公民宪法基本权利与正当程序的违法侦查证据,必须进行强制排除。

对于侵犯宪法基本权利之外的其他的轻度违法侦查,可以设定相对弹性化的“排非”规则,即由法院“一次一案”地通过个案裁判建立排除标准,通过最高人民法院发布指导案例来逐步形成全国统一的指导性规则,这或许更适合中国的现实国情。同时,对于专业性较强的侦查执法行为,先由立法机关与执法机关制定更详尽、细密化的侦查执法规范,法院再参考侦查执法规范进行个案裁判,法院通过案例的累积来引导侦查机关以遵守法定程序的方式进行取证。个案裁量排除模式的优点是让法院拥有更多的弹性空间,对于卧底线民、监听、诱捕侦查等诸多获取嫌疑人言词证据的侦查方式,由法院结合具体案情,逐案审查侦查讯问的合法性。

(三)违法言词证据引入“毒树果实”规则的必要性

根据美国宪法判例,只要警方以严重违反宪法第四、第五修正案的方式侦查取证,美国法院不仅强制排除违法侦查获取的直接证据,也排除随后的衍生证据,即使衍生证据是以合法方式取得的。在美国刑事诉讼程序中,警方的违法侦查行为被视为“毒树”,违法侦查所取得的证据被法院视为第一代果实,显然要予以排除。警方违反宪法第四、第五修正案所获得的第二代果实,即衍生证据,通常也要予以排除。虽然我国目前尚难以对所有的违法侦查均确立“毒树果实”排除规则,但是对于严重的违法侦查行为,尤其是刑讯逼供、变相肉刑等极其严重的违法取证行为,则有必要确立“毒树果实”规则来排除相关的衍生证据,否则非法证据排除规则将会被侦查机关所规避适用。审讯过程是犯罪嫌疑人与侦查机关最初直接接触的阶段,我国审讯过程通常是在无律师在场情况下的秘密场合中所完成。如果仅仅排除刑讯

逼供直接产生的证据,不排除随后的衍生言词证据,非法证据排除规则的权威则会因此受损,也难以真正对侦查机关产生威慑力。

(四)立法机关才是制定细密化“排非”标准的最佳机关

法院审查、排除某些违法证据,至多只能为警方执法提供少量的执法规范。系统、完整的执法规范由立法机关与执法机关制定详尽的细则,更符合中国的现实。美国学者曾建议制定全美国统一的侦查执法规范,但由于美国联邦制传统下各州与联邦法律之间往往难以统一,在制定细密化、统一化的侦查执法规范问题上,美国一直难有大的作为^[4](P63-84)。中国的情况则相反,由立法机关与执法机关制定细密化的执法规范,立法成本与推行难度远远小于美国,这也是中国刑事司法改革的后发优势之一。

对于拦停、搜查、扣押、高科技定位追踪侦查、卧底侦查等诸多未必侵犯宪法基本权利的侦查行为,法官往往没有一线执法警察的经历,个案执法中因案而异,法院并非“制定警察执法规范”的最佳机关,由立法机关与执法机关制定侦查规范细则更符合现代侦查专业化、技术化的发展趋势。从美国的经验教训来看,法院的事后审查排除违法证据的范围毕竟有限度,而且还曾因司法外政治、社会因素的影响造成前后判例立场上的反复不定,美国很多学者亦认为,立法机关与执法机关才是制定警察执法规范细则的最佳权力分支^[33](P689)。对于刑讯逼供等严重侵犯宪法基本权利的违法取证,法院能够对违法证据依法予以强制排除;但对于搜查、扣押、线民取证等诸多不涉及宪法基本权利的取证行为,法院事后对执法现场情况的判断以及吓阻效果的预估未必优于立法机关与执法机关。

中国是成文法国家,只有在有明确且详尽的排除标准的前提下,中国法院才能够排除违法证据。中国案例指导制度对中国法官的影响力有限,由立法机关与执法机关制定更详尽的执法细则,更能有效规范侦查行为,中国刑事司法改革较美国也更具后发优势。

参考文献

- [1] 苏力. 中国法学未能为法院系统改革提供急需知识//理查德·波斯纳. 各行其是: 法学与司法. 苏力译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017.
- [2] 易延友. 非法证据排除规则的中国范式——以 1459 个刑事案例为素材的分析. 中国社会科学, 2016, (1).
- [3] Craig D. Uchida, Timothy S. Bynum. Search Warrants, Motions to Suppress and Lost Cases: The Effects of the Exclusionary Rule in Seven Jurisdictions. *Criminal Law and Criminology*, 1991, 81(4).
- [4] Craig M. Bradley. *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1993.
- [5] 叶启政. 社会学与本土化. 台北: 台湾远流图书有限公司, 2001.
- [6] Lucas A. Powe. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- [7] Potter Stewart. The Road to *Mapp v. Ohio* and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Case. *Columbia Law Review*, 1983, 86(6).
- [8] Laura K. Donohue. The Original Fourth Amendment. *University of Chicago Law Review*, 2016, (3).
- [9] Bradford Wilson. Enforcing the Fourth Amendment: The Original Understanding. *Catholic Lawyer*, 1983, 28(3).
- [10] Morgan Cloud. The Fourth Amendment During the *Lochner* Era: Privacy, Property and Liberty in Constitutional Theory. *Stanford Law Review*, 1996, 48(3).
- [11] *Boyd v. U.S.*[1886]. U.S. Supreme Court(116 U.S. 616).
- [12] *Adams v. New York*[1904]. U.S. Supreme Court(192 U.S. 585).
- [13] *Weeks v. U.S.*[1914]. U.S. Supreme Court(232 U.S. 383).
- [14] *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*[1920]. U.S. Supreme Court(251 U.S. 392).
- [15] *Gouled v. U.S.*[1921]. U.S. Supreme Court(255 U.S. 298).
- [16] *Agnello v. U.S.*[1925]. U.S. Supreme Court(269 U.S. 20).
- [17] *Wolf v. Colorado*[1949]. U.S. Supreme Court(338 U.S. 25).
- [18] *Elkins v. U.S.*[1960]. U.S. Supreme Court(364 U.S. 206).

- [19] Brown v. Mississippi[1936]. U.S. Supreme Court(97 U.S. 279).
- [20] Ashcraft v. Tennessee[1944]. U.S. Supreme Court(322 U.S. 143).
- [21] Malinski v. New York[1945]. U.S. Supreme Court(324 U.S. 401).
- [22] Rochin v. California[1952]. U.S. Supreme Court(342 U.S. 165).
- [23] 劳伦斯·却伯. 看不见的宪法. 田雷译. 北京: 法律出版社, 2011.
- [24] Yale Kamisar. Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a Principled Basis Rather Than an Empirical Proposition. *Creighton Law Review*. 1982, 16(3).
- [25] Miranda v. Arizona[1966]. U.S. Supreme Court(384 U.S. 436).
- [26] Stephanie J. Frye. Totality of Circumstances: A Guideline for Waiver of Miranda Rights. *University of Colorado Law Review*, 1979, 51(2).
- [27] 刘磊. 米兰达规则五十周年的纪念与反思. *比较法研究*, 2016, (6).
- [28] Thomas Y. Davies. Correcting Search-and-Seizure History: Now-forgotten Common-law Warrantless Arrest Standards and the Original Understanding of Due Process of Law. *Mississippi Law Journal*, 2007, 77(1).
- [29] Craig M. Bradley. Two Models of the Fourth Amendment. *Michigan Law Review*, 1985, 83(6).
- [30] Massachusetts v. Sheppard[1984]. U.S. Supreme Court(468 U.S. 981).
- [31] State v. O'Brenski[1967]. *Washington 2d Court*(70).
- [32] Nix v. Williams[1984]. U.S. Supreme Court(467 U.S. 431).
- [33] William Geller. Enforcing the Fourth Amendment: The Exclusionary Rule and Its Alternatives. *Washington University Law Quarterly*, 1975, (3).

Exclusionary Rule Paradigm in China: Dilemma and Solutions

Liu Lei (Tongji University)

Abstract There exist many disparities between actual effects and legislation intent on the problem of Chinese Exclusionary Rule, Chinese criminal courts are too weak to exclusive unlawfully obtained evidence which also brings in negative exclusion model in judicial practice. Chinese legal statutes on Exclusionary Rule still have some loopholes and Chinese special judicial backgrounds may lead to magnetic field effect for Chinese judges. Because Chinese Courts have not higher judicial authority than America, Chinese judges cannot be so passive as U.S. Supreme Court is, so as to make judicial decisions on Exclusionary Rule case-by-case. We can find both some good values and lessons from American Exclusionary Rule's legal history. If China try to solve all the problems on unlawfully obtained evidence, first of all, it is necessary to accept the ideas of preventive vindication and the rule of "fruits of poisonous tree". Secondly, Chinese judge must decide good options in different models such as absolute exclusion or relative exclusion on illegal evidence. Finally, legislators are the best department to make detailed and bright-line standard to deter police wrongful and illegal conduct. Only by these ways can China seek the best model according to judicial background.

Key words exclusionary rule on unlawfully obtained evidence; judicial magnetic force influence; preventive exclusion; fruit-of-poisonous-tree rule; criminal procedure

■ 收稿日期 2018-03-04

■ 作者简介 刘 磊, 法学博士, 同济大学法学院副教授; 上海 200092。

■ 责任编辑 李 媛