

对三种排除非法证据之理由的追问

孙远

(中国青年政治学院法律系, 北京, 100089)

摘要:在美国学界,关于非法证据排除的理由有三个,即维护司法尊严、抑制警察非法取证以及宪法性救济。目前,我国学者也纷纷以这三个理由来论证我国确立非法证据排除规则的必要性。通过对这些理由的逐一分析,认为非法证据排除规则对于我国的作用有限。若要实现刑事诉讼的现代化,我们应当更多地从整个刑事诉讼体制上做文章,而不能将全部期望寄托在非法证据排除这一项规则之上。

关键词:证据排除;司法尊严;宪法救济

中图分类号:D925.2

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2007)02-0293-05

时下,在我国建立非法证据排除规则几乎成为一个无须再进一步论证的真理。但是究竟为什么要将某些证据贴上一个“非法”的标签而加以排除,却很少有人深究。似乎之所以要排除证据,就是因为该证据在性质上是非法的——因为“非法”所以“排除”,仅此而已。但是从逻辑上看,证据非法与证据排除之间并不存在必然联系。因为证据在诉讼中的作用是为认定案件事实提供依据,证据非法与否对这一作用的发挥并不产生任何影响。为什么要排除非法证据是非法证据排除规则确立过程中一个无法绕过去的基本理论问题。美国最高法院在制定这一规则之后,针对社会各界的批评,先后抛出过几种比较有代表性的理由即维护司法尊严,抑制警察非法取证、宪法性救济。这些理由也被我国很多学者直接用来作为倡导建立非法证据排除规则的论据。但是笔者以为,对于这些理由实有加以深入分析的必要。因为它们仅仅是美国最高法院在其特定的历史条件和制度环境之下提出的观点,并非放之四海而皆准的公理。这些理由放在我国是否依然有说服力?以及有多大的说服力?这是中国学者首先必须解答的问题,至于具体规则的建构则是下一步的事情。本文将对三种排除非法证据的理由提出进一步的追问,并与学界同人共同探讨。

一、排除非法证据与维护司法尊严

早在1914年威克斯诉合众国(*Weeks v. United*

States)一案中,美国最高法院便表达了排除非法证据在维护司法尊严方面的意义:“法院及其人员将犯罪者绳之以法之努力,不得借重牺牲宪法第四条修正案原则之方式……苟如是行之,即等于司法机关纵非公开违抗,亦系肯定明显之疏忽所为之宪法禁止行为。”从中可以看出,排除非法证据体现了司法机关维护法律尊严,不与非法取证的行政机关“同流合污”的姿态。诚如布兰代斯(*Brandies*)大法官在1928年一个案件中发表的意见:为了“维持法律之尊严,增进对司法运作之信心,以及避免司法程序之污染”,必须维持法院“公正廉明”“双手纯洁”的形象^{[1](83-84)}。

非法证据排除规则在维护司法尊严上的意义甚至被有的国家正式规定在法律之中。比如加拿大《大宪章》第24条第2款规定:“当……法庭认为证据的取得侵犯了任何受《大宪章》保护的权利和自由时,如果该项证据已经成立,且涉及到案情的各个方面,并且对它的采用将会影响司法声誉,该项证据应被排除。”

然而,将维护司法尊严作为排除非法证据之理由的观点却存在一个难以克服的弱点。因为它建立在这样一个前提基础之上:司法尊严的“首要意旨”在于,当且仅当法院对非法获得之证据的使用鼓励了未来产生的侵害,而这种侵害能使控方获得争议的证据时,司法尊严才受到了侵犯^{[2](322)}。这样一种理解显然是不全面的,对非法取证行为的纵容固然会使司法制度变得声名狼藉;但如果法院在这一点上过于洁身自好,从而导致大量本应受到刑罚制裁的人逍遥法外,这样

的司法制度也很难说有多少“尊严”存在。何为“司法尊严”？这一问题在不同国家的法律文化氛围之中会有不同的理解，比如，俄罗斯在引入包括证据排除在内的一系列对抗制因素时，许多理论家和实际工作者都将这种做法称为“延迟的地雷”，并认为它将导致法院“不可避免地失去老百姓的信任”，“法院和它进行的审判如果不追求真理、真相，就不能受到各阶层广大群众的信任。”^[3]

即使在同一国家内部，不同的人对“司法尊严”的看法也不尽相同。加拿大最高法院曾经指出，是否会影响司法声誉，应当是一个有理性的人在“公正、全面地评价了整个案情”之后得出的结论。但是一系列的实证调查显示，公众并不像法院那样热衷于排除证据，如果法院要受大众价值标准影响的话，那么最终将只有少数证据可以被排除。因此最高法院又不得不认为，司法声誉和公众对法院的信任是两回事，某一证据的采用是否影响“司法声誉”应当完全由法院决定^[4](394-396)]。不难看出，最高法院为了维护《大宪章》中规定的“司法声誉”这一排除证据的标准可谓是煞费苦心；但有必要指出的是，加拿大法院对“司法声誉”可以作出这样的解释，离不开其司法机关在整个社会中所享有的权威地位，但这样一种权威并不是任何一个国家的法院都享有的。由此也不难想到，若想在我国引入非法证据排除规则，所要解决的问题绝不仅仅限于制度设计的科学性，司法机关是否有足够的权威去排除那些非法取得的证据，也是一个不得不考虑的问题^①。

二、排除非法证据与抑制警察非法取证

由于司法尊严理论所具有的模糊性，在美国它已经退居次要地位^②，目前，美国法院更多地是从非法证据排除规则对警察所具有的抑制作用来论证其存在的意义。这一理论认为，非法证据排除规则的存在可以对警察起到一定的抑制作用，从而促使他们尽早放弃非法取证这种徒劳无功的做法。在1974年密歇根州诉查克案（*Michigan v. Tucker*）中，最高法院指出，法院希望通过排除非法取得的证据，达到告诫调查人员在以后的取证过程中，更加尊重被告人一系列权利的目的^[5](196)]。

从逻辑上看，排除非法证据似乎可以彻底打消警察非法取证的动机，因为警察取证无非是为了证明被告人有罪，既然非法取得的证据在诉讼中不得再用于这一目的，那么非法取证这样一条办案的“捷径”就

被堵死了。但是，一项制度的有效性并非一个纯粹的逻辑问题，它在实际执行的过程中，必然要受到多方因素的影响。证据排除是否真的能够达到抑制违法取证行为的实际效果，还必须联系司法实践中的具体情况来考察。在美国已经有许多人对这一点提出了相当有力的质疑。

首先，并非所有的非法取证行为都能取得证据，实践中存在大量这样的情况：警察尽管实施了非法取证行为，最终却无功而返。在这种情况下，警察的行为即使侵犯了公民权利，非法证据排除规则也对其无可奈何^[6](457-466)]。其次，非法证据排除规则一般仅仅适用于审判阶段，在审前阶段并不适用。但是在美国，90%的刑事案件都通过辩诉交易解决^[7](90-95)]，这意味着在所有刑事案件中，可能适用证据排除的只是一小部分，对于绝大多数刑事案件来说，进入审判的可能性并不大，证据排除仅仅是一个非常罕见的现象。因此，它对于警察的抑制力量可以说是微乎其微的^[2](316)]。

从上述两点来看，美国最高法院试图以非法证据排除规则为手段实现抑制警察的目的，似乎显得颇为迂腐，甚至可以说近似于掩耳盗铃。在对警察的所谓抑制作用上，非法证据排除规则的意义更多地体现为表明一种姿态（或者说立场），它的实际效果并不像预期的那样乐观。

在美国甚至有人提出，非法证据排除规则不仅本身不具有实际效果，同时还造成了另一个重要的负面影响，即阻碍了其他更加有效的取证制约措施的出现。比如曾任联邦最高法院首席大法官的沃伦·伯格（Warren Burger）指出：“非法证据排除规则的持续存在，抑制了其他合理的替代措施的出现。”^[8]当然，这种说法也过于偏颇，并遭到其他学者的反对。有学者指出，除了排除非法证据之外，事后对非法取证的人员施以纪律惩戒或提起诉讼等方式在理论上仍然是可行的，没有任何一个非法证据排除规则的支持者主张该规则只能单独适用^[9](502-541)]。美国之所以没有产生出其他对警察构成有效制约的措施，与其归咎于非法证据排除规则，不如说是美国的警察体制造成的。美国的警察管理属于地方性事务，据统计，全国共有17 000多个警察机构遍布于城镇和乡村，而且不同地区的警察在受教育程度、薪金以及素质等方面存在非常大的差异，对于这样一支警察队伍，几乎无法加以有效的统一管理和控制。因此，以事后追究责任的方式来防止警察的非法取证行为难以达到预想的效果^[10](42-43)]，排除证据几乎是美国目前惟一可以采取的有效方式。

美国证据排除规则所具有的较高级别的严格性乍一看令人吃惊，但是如果将这一现象想当然地解释为美国人更注重程序价值，或者说更注重保障被告人的权利就过于简单化了。这一现象背后更为现实的原因，一方面在于实际适用非法证据排除规则的案件仅占有所有刑事案件中非常小的一部分，另一方面则在于该国警察体制的特点使得排除证据成为一种不得已的选择。

从以上论述可以看出，非法证据排除规则在规范警察取证行为问题上，作用并不是绝对的。首先，它不能解决所有的问题，如果警察的非法行为并未取得证据，或者即使取得了非法证据，但案件最终没有交付审判，排除规则便不会产生任何效果。其次，非法证据排除规则也并不一定是规范警察取证行为的惟一选择，各国完全可以根据本国实际情况探索更为有效的途径。从目前世界各国的情况来看，虽然大都在不同程度上确立了非法证据排除规则，但与美国相比，这一规则的严格性以及在各司法体制中所起的作用都存在相当程度的差距，其中一个重要原因便在于此。

当前，建立非法证据排除规则已经被认为是我国司法改革的当务之急，其中一个重要理由便是为了遏止司法实践中屡禁不止的刑讯逼供等非法取证现象，但是从本文的论述来看，对于这一规则的作用必须有一个清醒的认识，不应对其抱有过高的期待。

三、排除非法证据与宪法性救济

不难看出，维护司法尊严和抑制警察非法取证作用分别是站在裁判者和控方的角度来解释非法证据排除规则的意义，如果站在被告人的角度，排除非法证据历来又被视为对被告人宪法性权利的一种救济方式。美国最高法院在创立各项非法证据排除规则时都援引了其宪法第四、第五、第六和第十五修正案中规定的公民各项权利作为法律依据。比如，在马普诉俄亥俄州一案中，最高法院指出：“正当法律程序之实质保护，应延伸至联邦及州政府非法之搜查扣押。而基于理性与真理之考虑，加以排除非法搜查扣押所取得证据，只不过是赋予人民其于宪法上本应享有之权利保障罢了。”换言之，非法证据排除规则并非新创设了一项权利，而是对原已存在的权利提供了一种救济方式而已^{[1](82)}。

目前，这一理论也正在被我国学者大力倡导，有学者主张，应当借鉴美国的做法，在我国也建立一套对刑事被告人权利进行宪法救济的机制^{[11](20-27)}。应当

承认，在我国目前人权状况尚不尽如人意的情况下，包括非法证据排除规则在内的一系列宪法性救济制度看起来的确值得向往。但是若要提到借鉴的问题，则必须首先对其背后的法理做一番探讨。

储槐植先生在研究美国刑法时指出，罪刑法定原则已经普遍地被当代各大法系所接受，但是，与大陆法系各国在刑事实体法中规定这一原则的做法不同，在美国法律中找不到这一原则的明文规定，然而美国却通过正当程序条款体现了同样的精神^{[12](164)}。因此，可以说在美国的刑事诉讼中，刑罚的正当性是通过程序的正当性实现的，这与我国以及其他大陆法系国家关注实体的传统思维模式完全不同。前者认为罪与刑完全是程序运行的结果，而后者则认为，程序开启之前，在被告人的罪与刑问题上便存在一个已经由实体法确定的应然的结果，程序只不过是实现这一结果的方式。因此，非法取证行为在这两套思维模式之下所造成的后果也是不同的，在前一种情况下，非法取证破坏了程序，从而也使得在此基础上产生的结果失去了正当性；而在后一种情况下，非法取证仅仅被视为一种手段上的错误，不会危害最终结果的正当性。

美国非法证据排除规则基本上是通过反对自证其罪的权利进行最广泛意义上的字面解释而实现的。无论何时，只要被告人被用来作为不利于自己的证据来源，除非符合某些关于自愿的严格的宪法性先决条件，否则，便可适用排除规则，有罪指控即可被推翻^{[13](236)}。可见，通过排除证据的方式对被告人进行救济，可以被看做是程序的一种自我保护措施：非法取证行为破坏了作为正当程序之基础的控辩平衡，而排除证据是对这种平衡的恢复^⑧。尽管美国法院惯常以侵犯隐私权为由作出排除证据裁决，但这一做法并不能让人信服，就连最高法院也认为，就排除证据来说，“受害人遭到破坏的隐私权无法得到回复，补救来得太晚”^{[2](321)}。因此，非法证据排除规则真正的意图在于，避免以侵犯被告人权利的方式所取得的证据在诉讼中被用来反对被告人，对于被告人来说，这纯粹是一种程序上的利益。之所以将非法证据排除称为一种程序性裁判，不仅因为它是一种发生在诉讼内的救济^{[11](20-27)}，还因为它所要保护的利益也是程序性的。这样看来，将排除非法证据称为一种宪法性权利的救济是一种颇为笼统的说法，在美国，这里所讲的宪法性权利实际上可以归结为一种“获得正当审判的权利”。对于这样一种程序性的权利，以排除证据这种程序上的手段加以制裁自然是一个顺理成章的结果。

四、小结

如前所述,非法证据排除规则引起我国学界的关注,最初肇因于司法实践中屡禁不止的警察违法取证现象。它被当做解决这些问题的灵丹妙药而受到大力提倡。也就是说,我国学者看重的是非法证据排除规则的“抑制作用”。但是,从上文的分析来看,这种抑制作用是有限的,而且排除非法证据也并非在遏止警察违法取证行为这一目的上的惟一选择。在笔者看来,非法证据排除规则的意义被学界不适当地夸大了,它在美国刑事诉讼制度中所具有的独特地位是多种因素所决定的,切不可不加分析地予以简单模仿。

诚然,非法证据排除规则产生之后,世界各国在不同程度上纷纷加以借鉴。但从整个制度体系来看,该规则在不同国家所处的地位存在非常明显的差别。在传统大陆法系国家,非法证据排除规则并非遏制警察的违法取证行为的主要手段,仅仅起一种有限的补充作用。当我们向其他国家寻求法治建设的灵感时,视野应当尽可能开阔,而不能仅仅把目光停留在某一个国家或某一项制度之上。

总体而言,两大法系在保障侦查行为合法性的问题上,制度设计大致呈现出如下发展脉络。最初,大陆法系国家在资产阶级革命过程中确立了具有现代雏形的检察官制度,检察官的重要功能之一即以受过严格法律训练的国家官员,控制警察活动的合法性,摆脱警察国家的梦魇,因此检察官的创设被认为是欧陆克服警察国催生法治国的里程碑^[14](101-102)]。检察官出现之后,通过实行检警一体的侦查模式,在很大程度上实现了对警察侦查行为的控制。而在英美法系国家,传统上即实行令状制度,由法官对警察的搜查、扣押、羁押等强制性侦查行为实施司法审查。然而随着时代的发展,这种最初的手段都被认为已经不够需要。一方面,检察官在诉讼中主要承担控诉职能,以这样的身份兼顾侦查行为之合法性审查,必然出现两种角色的内在冲突,于是大陆法系国家逐渐将原本由检察官掌握的强制处分权交由法官行使,出现了某些重要权力应当由“法官保留”的思想。另一方面,英美法系国家,仅仅通过法官颁发令状这种对警察行为进行事前审查的手段也无法完全适应司法实践的需要,于是,美国最高法院在20世纪60年代逐步设立非法证据排除规则,以求进一步实现对警察的威慑效

应。时至今日,两大法系的刑事诉讼程序之间尽管出现了某些方面的借鉴与融合,但其基本制度构架上的区别仍然是比较明显的。简而言之,遏制审前可能出现的非法取证行为,是任何一个国家都必须面临的问题。为此,在大陆法系国家,检警一体模式构成第一道(也是最基本)的防线,对某些强制处分权的法官保留原则是第二道防线,在二者之后,新近从美国引入的非法证据排除规则成为发挥拾遗补缺功能的第三道防线。而在英美法系国家,由于不实行检警一体模式,所有的责任都由法官勉励支撑,对强制处分的司法审查与非法证据排除规则相得益彰,共同发挥无可替代的作用。

笔者并非倡导或反对在我国引入非法证据排除规则,而只是想指出,对于这一规则的建立,应当有一种比较现实的期待。在笔者看来,非法证据排除规则对于自清末以来便继受了大陆法传统的中国,其作用是非常有限的。若要实现刑事诉讼的现代化,我们应当更多地从整个刑事诉讼体制上做文章,而不能将全部期望寄托在非法证据排除这一项规则之上。

注释:

- ① 前不久发生的刘涌案件便是一个鲜活的例证。法院排除证据的努力一经作出,立即被各方面的反对声浪推翻。
- ② 联邦最高法院在1974年合众国诉卡兰达案(*United States v. Calandra*)中即明白肯定提升抑制作用的首席地位,是司法尊严的作用相对降低。同年密歇根州诉查克案(*Michigan v. Tucker*),最高法院的多数意见也认为司法尊严充其量只是抑制作用的同化物,而且无法单独构成非法证据排除规则的基础。到了1976年,最高法院又在斯东诉鲍威尔案(*Stone v. Powell*)中再度重申:“虽然本判决经常引用‘司法尊严’……但于特定场合决定是否适用排除规则时,其仅扮演着有限的角色。”参见王茂松:《非法取得证据有关法律之研究》,金玉出版社,1987年,第84页。
- ③ 这一点也可以解释为什么美国非法证据排除规则会存在一项“资格”的例外,即如果非法取证行为侵犯的是被告人之外其他人的权利的话,被告人无权要求排除该证据。这正是因为这种非法取证行为并未破坏控方与被告人之间的平衡,而仅仅是一种警察在执行职务过程中发生的侵权行为。

参考文献:

- [1] 王茂松.非法取得证据有关法律之研究[M].台北:金玉出版社,1987.
- [2] 约翰·W·斯特龙.麦考密克论证据[M].北京:中国政法出版社,2004.

- [3] K·Φ·古岑科. 俄罗斯联邦刑事诉讼法典中文版序言. Exclusionary Rule.26 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 119.2003.
- [4] 琼·布鲁克曼, V·戈登·罗斯. 被禁止的非法的和错误的证据 [C]//江礼华, 杨诚.外国刑事诉讼制度探微. 北京: 法律出版社, 2000. 502-541.
- [5] Thomas J Gardner, Terry Anderson . Criminal evidence principles and cases[M]. West Publishing Company, 1995 .
- [6] Akhil Reed Amar. Against exclusion (Except to Protect Truth or Prevent Privacy Violations)[J]. 20 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 457.1997. 457-466.
- [7] 汪建成. 论起诉法定主义与起诉便宜主义的调和[J]. 中国人民大学学报, 2000, (2): 90-95.
- [8] Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 500, 1976.
- [9] Yale Kamisar. In Defense of the Search and Seizure
- [10] William T Pizzi. Trials without Truth[M]. New York University Press, 1999.
- [11] 陈瑞华. 刑事被告人权利的宪法救济[J]. 法律适用, 2004, (9): 20-27.
- [12] 储槐植. 刑事一体化与关系刑法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1997.
- [13] 卜思天·M·儒攀基奇. 刑法——刑罚理念批判[M].北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [14] 林钰雄. 刑事诉讼法(上册)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.

The foundation of exclusionary rule

SUN Yuan

(Department of Law, China Youth University for Political Sciences, Beijing 100089, China)

Abstract: In the United States, there are three explanations on the foundation of the exclusionary rule: the judicial integrity; deterrent from the illegal police conduct; constitutional remedy. Nowadays, these explanations are being cited to argue for the enactment of exclusionary rule in China. But in author's opinion, it's questionable whether these explanations are also persuasive in China. The author believes that the function of the exclusionary rule will be limited in China. More attention should be paid to the whole system of criminal justice judicatory to achieve modernization of criminal procedure.

Key words: excluding evidence; judicial integrity; constitutional remedy

[编辑: 苏慧]