



排除非法证据规则： 西方的经验与中国的问题*

马 跃

提 要：排除非法证据规则在西方国家已被普遍采用，但各国采用该规则的目的不同，适用规则时的做法也不同。美国是实行排除非法证据规则时间较长的国家，但适用过程一直存在争议，特别是在排除非法物证上，最高法院在司法实践中不断发展的该规则的内容、例外及相关经验。与美国设立排除非法证据规则目的主要是为了震慑警察并将其当作强制性规则的做法有差别，英国、法国、德国、意大利、加拿大等西方国家设立排除非法证据规则的目的通常是为了维护司法公正，并将其视为一项任意性规则，法官更加享有决定是否排除非法证据的自由裁量权。中国刚刚开始实行排除非法证据规则，由于此前并没有过多适用该规则的经验，法院在具体实践中肯定会遇到这样或那样的问题，在如何能使这一规则的适用更好地促进司法公正的问题上，法律实务界和学术界还要进行探讨和辩论，并始终必须明确中国采用排除非法证据规则的目的是为何。

关键词：排除非法证据规则；威慑警察；司法公正

引言

2010 年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了

* 作者马跃，美国纽约城市大学约翰·杰刑事司法学院（John Jay College of Criminal Justice, City University of New York）教授，中国政法大学法学硕士，美国明尼苏达大学（University of Minnesota）法学硕士，美国新泽西州立大学（Rutgers University）法学博士、刑事司法学博士，研究领域为比较刑事诉讼法、证据法，代表作有《美国刑事司法制度》、《Evidence Law: Concepts, Cases and Controversies》、《Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective》、《Exploring the Origins of Public Prosecution》、《Adjudication and Legal Reforms in Contemporary China》等。E-mail: yma@jjay.cuny.edu

《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称“两个证据规定”或者两个“规定”）。两个“规定”最大的特点之一就是在中国刑事诉讼法中引进了排除非法证据规则。这无疑是中国刑事司法制度发展史上的重要一步。排除非法证据规则目前在西方国家已被普遍承认和采纳。但各国采用这一规则的目的和理由不同。与此相对应，各国在适用该规则上也存在很大差异。西方国家尽管采用排除非法证据规则已有几十年，但在如何适用该规则上仍然存有不少争议。美国是采用排除非法证据规则时间较长的国家，但该规则在美国引起的争议也几乎是最大的。为了比较与鉴别，本文将就排除非法证据规则在美国的适用作一分析，并对其他一些西方国家在适用该规则上与美国不同之处也作一定阐述，最后围绕中国适用该规则的相关问题进行讨论。考虑到在此前的实践中，中国并没有过多适用排除非法证据规则的经验，法院在下来具体实践中适用该规则时肯定会遇到这样或那样的问题。笔者希望其他国家在适用这一规则上的实践和经验能够对中国探索如何适用排除非法证据规则起到一定的借鉴作用。

一、美国的排除非法证据规则

为了准确理解排除非法证据规则，有必要区别两种不同的排除非法证据规则。一个是排除非法证言的规则；另一个是排除非法物证的规则。设立这两种规则的理论根据不同；它们在司法实践中的适用也完全不同。

（一）排除非法证言规则

非法证言从广义上讲包括警察以非法手段取得的证人证言和被告人供词。但在司法实践中，排除非法证言主要是指排除警察以非法手段取得的被告人供词。非法取得被告人供词又可分为两种情况：一是通过刑讯逼供取得的供词；二是违反有关程序规定取得的供词。在第一种情况下，适用排除非法证据规则基本上没有争议。西方法学者较为一致的看法是，通过刑讯逼供取得的证言不可靠，而法庭不应使用不可靠的证据。

早在十八世纪，英国普通法就确立了只有被告人的自愿供词才能作为证据的原则。在1783年的“国王诉沃里克沙尔”一案中，英国最高法院指出，自由自愿的供词具有最高的可信性。因为这种供词出自供述人最强烈的负疚感，因而可以作为证据。但经刑讯或诱惑而取得的供词则不具可信性，不得用作给被告人定罪的证据。¹自十八世纪起，供词自愿原则成为英美法系确定被告人供词能否作为证据的基本原则。供词自愿原则的理论基础是证据可靠性原则。证据法最基本的原则之一就是法庭不应使用不可靠的证据。

美国宪法第五修正案规定，任何人不得被强迫提供对自己不利的证词。第五修正案和第十四修正案还规定，任何人不得被剥夺享有“正当法律程序”的权利。在相当长的时间内，美国联邦最高法院没有运用第五修正案中的不自证其罪原则来确定被告人的供词是否可以作为证据。最高法院对不自证其罪原则作限制性解释，认为这一原则的含义仅为被告人不得在法庭上被强迫作对自己不利的证词。最高法院没有将这一原则适用于警察调查取证阶段。这一作法的实际效果是，只要被告人不被强迫在法庭上作对自己不利的证词，他的宪法权利就没有受到侵犯。假如他在警察调查取证时向警察提供了供词，他的供词可以用作给他定罪的证据。判定他对警察的供词是否能作为证据的法律标准是证词自愿原则。

刑讯逼供曾是美国警察界的严重问题。为了防止警察用野蛮手段提取供词，美国联邦最高法院在二十世纪三十年代将普通法中的供词自愿原则上升为一条宪法原则。最高法院是在“布朗诉密西西比”一案中做出这一决定的。布朗案发生在美国南部的密西西比州，当时的美国南部种族歧视盛行。一起杀人案发生后，警察认为几名黑人是杀人嫌疑犯。一名警官带着几名警察和一伙白人将这几名黑人逮捕。他们对这几名黑人进行严刑拷打，直到他们按照

¹ The King v. Warickshall, 168 Eng. Rep. 234 (K.B. 1783).

警察事先准备好的供词招供为止。在审判时，法庭在没有任何其他证据的情况下，仅凭被告人的供词即认定他们有罪，并判处他们死刑。法庭对被告人提出的他们是因刑讯逼供才认罪的陈述置若罔闻。被告人将他们的案件上诉到最高法院。最高法院裁定，警察的行为不但违反了证词自愿原则，而且违反了宪法规定的“正当程序”条款。最高法院据此推翻了被告人的有罪判决。²

在以后三十年中，美国法院一直根据上升为宪法原则的供词自愿原则来确定被告人的供词是否能作为证据。在适用这一原则时，法院要对每一案件的具体案情进行分析，以确定警察在提取供词时是否有违反“正当程序”条款的行为，以及被告人的供词是否真是自愿的。在这一原则下，法院对以刑讯逼供手段取得的供词都会予以排除。

1966年，美国联邦最高法院在著名的“米兰达诉亚利桑那”案中确立了新的排除非法证言的规则。最高法院在此案中指出，警察以暴力手段逼取供词的现象仍然存在。但最高法院强调，在现代警察调查取证中最大的问题是警察对被讯问人施加的心理压力。这种心理压力对被讯问人造成的危害不亚于肉体折磨。最高法院在米兰达案中首次以第五修正案中的不自证其罪原则作为衡量被告人供词能否作为证据的标准。不自证其罪原则不再只适用于法庭审判，而是被扩展到警察调查取证阶段。警察在调查取证时不得违反不自证其罪原则，不能强迫被讯问人作对自己不利的证词。最高法院对“不被强迫”作了广义解释。以刑讯逼供取得的供词无疑是被强迫的供词；以施加心理压力而取得的证词同样是被强迫的证词。

最高法院认为，当警察把嫌疑人带到警察局进行审问时，审问气氛本身就会给被讯问人造成很大心理压力。面对警察的讯问，被讯问人会产生他必须回答警察提问的感觉。但由于享有不自证其罪的权利或称沉默权，被讯问人没有义务回答警察的提问。为了使被讯问人有力量抗衡警察审问时所产生的心理压力，最高法院认为有必要给予被讯问人一定的程序保护。这一程序保护就是后来闻名于世的“米兰达警告”。

根据“米兰达警告”，警察在讯问嫌疑人之前务必告知其有保持沉默和取得律师帮助的权利。在宣读米兰达警告之后，嫌疑人如表示要行使自己的权利，警察必须立即停止讯问并在嫌疑人会见律师以前不得再进行讯问。警察如不遵守这一规则，所取得的供词应依排除非法证据规则予以排除。

当然，警察并不是在所有情况下都要宣读“米兰达警告”。警察只有在以下两个条件都存在时才需要宣读“米兰达警告”：其一，嫌疑人已被警察逮捕；其二，警察要讯问嫌疑人。两个条件缺少一个，警察就无需宣读警告。假如警察逮捕了嫌疑人但没有讯问他，警察无需宣读米兰达警告。嫌疑人如主动向警察讲述案情，警察没有义务制止或警告他。他的供词可以作为给他定罪的证据。在调查犯罪时，警察可以向嫌疑人问讯案情。只要没有逮捕他，警察也无需宣读米兰达警告。³

米兰达程序保护的设立在美国引起很大争议。持保守观点的法官和学者认为米兰达规则的设立给警察调查取证带来困难，使警察难以取得嫌疑人的口供，不利于打击和控制犯罪。而持自由主义观点的法官和学者则认为，米兰达警告是保护公民宪法权利的一个重要步骤。

美国法官和学者对刑事司法政策的侧重点应放在哪里上一贯有争议。持保守观点的人认为刑事司法政策应注重如何最有效地打击犯罪。持自由主义观点的人则认为刑事司法政策应注重如何在司法程序中最大限度地保护公民的合法权利不受侵犯。米兰达程序保护是美国最高法院于二十世纪六十年代设立的。那时，最高法院由持自由主义观点的法官主导。但自七十年代以来，最高法院日趋保守。持保守观点的法官虽然没有推翻米兰达判决，但一直对米兰达规则作限制性解释。这些法官认为米兰达程序保护不是一项宪法规则，而只是由法院制定的旨在保护人民第五修正案权利的措施。

² Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).

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

最高法院限制米兰达规则适用的倾向从以下两个案例中可略见一斑。最高法院在“纽约诉奎尔茨”一案中设立了适用米兰达规则的“公共安全例外”。在此案中，警察以涉嫌强奸罪追捕被告人，被告人跑进一家超市，在货架间和警察周旋，身上携有枪支。但当警察抓获他时发现枪支不见了，他身上只佩着一个空枪套。警察问他“枪哪去了？”被告人朝着一堆空货箱对警察说“枪在那”，警察因此在货箱中找到了枪支。在这里，警察已经违反了米兰达规则。理由是，警察已逮捕了被告人，又对他进行了讯问，宣读“米兰达警告”的两个条件全部具备。但警察没有宣读警告即讯问了他。由于违反了米兰达规则，警察得到的证据（枪支）应依照排除非法证据规则予以排除。但最高法院在此案中设立了“公共安全例外”，裁定不必排除证据。“公共安全例外”的含义是，当为了保护公共安全有必要立即讯问嫌疑人时，警察可不宣读米兰达警告即进行讯问。在此案中，由于被告人把枪支扔在顾客众多的超市内，这一枪支对公共安全造成了威胁，警察可不宣读警告即对他进行讯问。⁴

在米兰达程序规则的适用上有许多细节问题。例如，警察是否已逮捕了嫌疑人；警察是否对嫌疑人进行了讯问；嫌疑人是否要求行使自己的权利；等等。在这些问题上，美国最高法院也往往做出对警察有利的解释。“伯吉斯诉汤姆金斯”案就是一个例证。

在汤姆金斯案中，被告人被控犯有杀人罪，受害人身中数枪身亡，警察逮捕了被告人。在审问前，警察向他宣读了“米兰达警告”。但被告人没有明确表示是否要行使沉默权和律师帮助权。警察对他进行了近三个小时的审问。在审问中，被告人基本上一言不发。在审问进行到两小时四十五分钟时，一名警察问被告人，“你相信上帝吗？”被告人答，“我相信上帝。”他眼中开始涌出泪水。警察又问，“你向上帝祈祷吗？”被告人答，“我祈祷。”警察继续问，“你难道不请求上帝饶恕你枪杀那名男孩的行为吗？”被告人答，“我请求上帝饶恕。”被告人与警察的对话被用作给他定罪的证据。被告人提出异议，称警察违反了他的沉默权。

这里的问题是被告人是否表示他要行使沉默权。这一问题至关重要。假如被告人要求行使沉默权，警察必须停止讯问。警察如继续讯问，其讯问为非法，所得供词应依排除非法证据规则予以排除。但如被告人放弃沉默权，警察则可以继续讯问。那么在此案中被告人到底有没有表示要行使沉默权呢？最高法院的裁定是他没有要求行使沉默权。警察的继续讯问因此是合法的，所得证词也不必排除。最高法院指出，被讯问人如要行使自己的权利，他必须作明确表示。如表示不明确，警察可以认为他没有要求行使自己的权利。

最高法院多数法官的这一裁决引起了持不同意见的少数法官的不满。他们认为，被告人在长达近三个小时的审问中一直一言不发，这已充分说明他要行使沉默权。警察不应对他继续进行讯问。但最高法院多数法官认为，使用米兰达规则必须适当平衡保护公民合法权利和保证有效执法两种利益。法律应该要求被讯问人明确表示他要行使自己的权利，而不应让警察去猜测他是否要行使自己的权利。要警察去猜测的做法不利于实现有效打击和控制犯罪的社会利益。⁵

综上所述，美国在适用排除非法证言规则上的做法大致可以总结为两点。第一，警察以刑讯逼供手段取得的供词一律予以排除。这种供词在普通法中即被认为不可靠证据。警察如以“震撼良心”(shock the conscience)的刑讯手段取证，这种行为也违法宪法的“正当程序”条款。以这种手段取得的供词应予排除。第二，即使警察没有以野蛮手段取证，如果他们违反了米兰达规则，如没有宣读警告或在被讯问人表示要行使自己权利后继续讯问，所得供词也要排除。

（二）排除非法物证的规则

在两种排除非法证据规则中，排除非法物证规则比排除非法证言规则引起的争论要大得多。排除非法证言的一个重要理由是这种证据不可靠。但非法取得的物证往往不是不可靠而

⁴ New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

⁵ Burghuis v. Thompkins, 560 U.S. 130 S. Ct. 2250 (2010).

是可靠证据。排除这种证据实际上不利于法院正确认定案件事实。以下例证可说明这一点。

美国法律规定,警察在没有紧急情况时必须先向法官申请搜查证才能对嫌疑人的住所进行搜查。假设警察没有申请搜查证即搜查被告人的住所并在被告人住所内搜到大量毒品。警察所搜到的毒品无疑不是不可靠证据,而是被告人拥有毒品的可靠证据。但由于警察对被告人的住所进行了非法搜查,这些毒品应依排除非法证据规则予以排除。对排除非法证据规则持批评态度的人指出,因警察违法就排除可靠证据的做法不利于法庭认定事实,不利于有效打击犯罪。这个规则不是个好规则。

美国排除非法物证规则的宪法基础是宪法第四修正案。第四修正案规定人民享有不受不合理搜查的权利。美国最高法院在 1914 年的“*维克斯诉美国*”案中首次以排除非法证据的方式来保护第四宪法修正案规定的权利。⁶但这一规则只是联邦法规,只适用于联邦法院。美国各州可自行决定是否以排除非法证据的方式来保护人民的宪法权利。1961 年,最高法院在“*马普诉俄亥俄*”一案中做出一项重要裁决,即将排除非法证据规则适用于美国所有的州。这一裁决极大地扩大了排除非法证据规则的适用范围。自此案后,不论是联邦警察、州警察还是地方警察,只要他们侵犯了人民不受不合理搜查的权利,经搜查所得的物证应予排除。⁷

在马普案中,最高法院确定排除非法证据规则为宪法规则,并为设立这一规则提出了两条理由。法院首先认为,为维护司法尊严(judicial integrity)必须排除非法证据。法院使用警察以非法手段取得的证据等于纵容警察违法。这种做法使法院有与警察同流合污之嫌。其次,最高法院认为排除非法证据可以对警察产生震慑力,使他们不敢再以非法手段取证。

最高法院在马普案中给予排除非法证据规则以宪法规则地位,并对该规则给予厚望,希望该规则能成为保护人民免受不合理搜查的有效武器。但马普案之后的最高法院并不完全赞同马普案中法院的这些看法。自二十世纪七十年代起,美国最高法院一直为持保守观点的法官所主导。最高法院在过去几十年中通过多种方式限制排除非法证据规则的适用。最高法院首先从马普案所确立的立场开始后撤,不再认为排除非法证据规则为宪法规则,而认为它只是法院为保证人民宪法权利而采取的一项措施。其次,最高法院放弃了排除非法证据是为了维护司法尊严的理由,而认为排除非法证据规则存在的唯一理由是它对警察违法行为的震慑作用。

剥夺排除非法证据规则为宪法规则的地位为最高法院给这一规则设置例外铺平了道路。最高法院提出了适用排除非法证据规则需权衡利弊的原则。最高法院指出,适用排除非法证据规则有利有弊。利是它对警察违法行为的震慑作用,弊是排除证据可能使有罪的被告人不能被定罪。在适用此规则时要权衡利弊,只有在利大于弊时才能适用。

根据权衡利弊的原则,最高法院给排除非法证据规则设置了许多例外。首先,最高法院认为这一规则不适用于法庭审判以外的任何法律程序。例如不适用于大陪审团的调查程序,也不适用于驱逐非法移民的程序。其次,认为此规则的适用受被告人诉权(standing)的限制。例如民事诉讼中只有有诉权的人才能提起诉讼。假设约翰损坏了汤姆的财产,就只有汤姆可以向约翰提出赔偿诉讼,因为只有作为这一事件的利害关系人才享有诉权,而假如乔治看不过眼而提出诉讼要求约翰赔偿汤姆的损失,法庭则不会受理,理由是乔治没有诉权。

美国最高法院将这一民事诉讼中的诉权原则运用于排除非法证据规则的适用上。最高法院认为,不受不合理搜查的权利是个人权利。由于此权利是个人权利,只有权利受到侵害的人才能对警察的非法行为提出异议,要求排除非法证据。假设警察非法搜查了约翰的手提包,在手提包内发现毒品,因此约翰被控犯有贩毒罪,那么,约翰可以要求法庭适用排除非法证据规则,排除非法证据。因为警察违反了约翰的宪法权利,他有提出排除非法证据的诉权。

⁶ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

⁷ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

但如果警察非法搜查了汤姆的手提包，在手提包里搜到属于约翰的毒品，因此约翰被控犯有贩毒罪，那么，约翰则不能提出排除证据的请求。因为警察没有违反约翰的权利，约翰没有对警察非法行为提出异议的诉权。汤姆虽然受到警察的非法搜查，但因他不是被告人，他也不能提出排除证据的请求。在此情况下，虽然警察非法取证，但因没人能提出排除非法证据的请求，非法证据可以用作给约翰定罪的证据。

此外，最高法院在“美国诉里昂”一案中还设立了“真诚相信例外”(good faith exception)。在里昂案中，警察在取得法官签发的搜查证后对被告人的住所和汽车进行了搜查，搜到大量毒品。但后经核实，法官没有足够的理由签发搜查证。此搜查证为无效搜查证。被告人据此提出，根据无效搜查证进行的搜查为非法搜查，所得证据应按非法证据予以排除。但最高法院没有支持被告人的请求。最高法院认为，由于警察真诚相信搜查证是合法有效的，法院不应适用排除非法证据规则。适用排除非法证据规则在此情况下不会对警察产生任何震慑力，因为警察真诚相信他们没有从事违法行为。适用排除非法证据规则时要权衡利弊。当适用这一规则没有震慑作用，而却可能使有罪的被告人逃避法律制裁时，这一规则就不应适用。

值得指出的是，美国的排除非法证据规则是一条强制性规则。强制性规则的含义是，法院没有不排除非法证据的自由裁量权。最高法院可以根据权衡利弊原则设立适用这一规则的例外。但在没有例外时，法院只要认定警察有违法行为，就必须排除非法取得的证据。采用强制性规则的理由有两个。第一，美国刑事诉讼规则具有宪法性质。许多刑事诉讼规则都是直接由宪法规定的。例如，第四宪法修正案规定人民有不受不合理逮捕和搜查的权利，第五修正案规定在刑事案件中任何人不得被迫提供对自己不利的证词，第六修正案规定在刑事案件中被告人有取得律师帮助的权利。由于这些规则都是宪法规则，违反这些规则就是违反宪法。以违反宪法方式取得的证据理应被强制排除。第二，支持强制性规则的理由认为，只有强制排除非法证据，排除非法证据规则才能对警察产生最大的震慑作用。

然而，尽管以上支持强制性规则的理由似乎十分充分，但在实际中，美国的排除非法证据规则远非一项强制性规则。首先，最高法院为适用这一规则设置了许多例外。美国最高法院目前把排除非法证据的存在完全基于这一规则对警察违法行为的震慑力上。但在这一规则的适用中始终没有实证证据证明这一规则有震慑警察，防止警察进行非法搜查的功效。适用排除非法证据规则的利处因此并不明确，但适用此规则的弊端却显而易见，即可导致犯罪分子逍遥法外。由于这一现实，最高法院在权衡利弊时几乎总是发现适用此规则的弊大于利。最高法院因此对此规则的适用设置了一个接一个的例外。

应该指出，虽然没有证据证明排除非法证据规则对警察有直接的震慑作用，但这一规则对警察的领导层起到了一定作用。由于担心证据会被排除，警察领导层加强了对警察的教育。各警察机构力图以普及搜查法知识和提高警员依法执法意识的方式来减少可能发生的不合理搜查。从这个意义上讲，排除非法证据规则起到了一定的规范警察行为的作用。但这种作用和最高法院通过排除证据来震慑警察，使他们不敢进行非法搜查的设想并不是一回事。

持自由主义观点的法官和学者对最高法院限制排除非法证据规则适用的做法十分不满。有些学者谴责最高法院虚伪。他们指出，最高法院一方面在形式上保留排除非法证据规则，另一方面又设置例外缩小该规则的适用范围。他们担忧最高法院最终会废除排除非法物证的规则。但最高法院并不认为限制排除非法证据规则适用范围的做法有何不当。最高法院指出，排除非法证据规则的适用使法院无法使用可以证明案件事实的证据。这种做法可能导致犯罪分子逃避法律制裁，让他们继续危害社会。有鉴于此，此规则只有在确有震慑警察功效时才应适用。

排除非法证据规则在实际执行上不具强制性还在于，下级法院在有些情况下不情愿适用这一规则。当适用此规则有可能使犯有严重罪行的被告人不能被定罪时，法官尤为不情愿排除证据。为达到不排除非法证据的目的，法官或对警察的违法行为视而不见，或曲解法律以

求不适用排除非法证据规则。实证研究表明，法官裁定排除非法证据的案件绝大多数都是毒品案或非法持有枪支案；法官很少在重大刑事案，如杀人、强奸、抢劫等案件中排除非法证据。

这种避重就轻的做法在美国最高法院的判决中也有所表现。“维克斯诉美国”（*Weeks v. United States*）和“马普诉俄亥俄”（*Mapp v. Ohio*）是有关排除非法证据规则的两个最为著名的案例。在这两个案件中，最高法院都裁定应排除非法证据。但这两个案件都不涉及恶性犯罪。在维克斯案中被排除的证据是非法赌博证据，在马普案中被排除的证据是淫秽物品。在重大刑事案中，最高法院的态度则有所变化。“尼克斯诉威廉斯案”（*Nix v. Williams*）说明了这一点。

在威廉斯案中，被告人在圣诞节前夕从一个体育场所内拐走了一名十岁的小女孩并将她杀害。警察抓获被告人后向他宣读了“米兰达警告”。被告人表示要行使沉默权和律师权。按照法律，警察应停止讯问并在被告人会见律师前不得再次讯问。但在押送被告人去另一个警察局的路上，一名警察对被告人讲了这样一番话：“你在圣诞节前夕从这名小女孩父母身边把她夺走并杀害了她。你现在起码应良心发现帮助他们找到她的尸体，好让他们能给她举行一个基督徒的葬礼。天马上就要下雪了。下雪后，你恐怕也找不到遗弃尸体的地方了。”被告人听后果然良心发现，把警察带到了他遗弃尸体的地方。当被告人带领警察找到小女孩尸体时，警察组织的寻找小女孩的搜索队离弃尸地点只有两个半英里。

警察在此案中明显违反了被告人的权利。当被告人表示要行使沉默权后警察不得再对他进行讯问。警察对被告人所作的“基督徒葬礼”的谈话违反了这一规则。由于警察的行为为非法行为，被告人关于弃尸地点的供述以及小女孩的尸体都应按非法证据予以排除。但审判法院拒绝排除小女孩的尸体。被告人被判犯有一级杀人罪，被判处无期徒刑。被告人不服，将案件上诉到最高法院。最高法院承认警察的行为为违法行为，但拒绝排除小女孩的尸体。最高法院在此案中提出了“必将发现例外”（*inevitable discovery*）。最高法院指出，由于警察的搜索队离弃尸地已经很近，即使被告人不带警察找到尸体，警察也必将会发现尸体，在此案中因此不必适用排除非法证据规则。⁸

排除非法证据规则是美国刑事诉讼法中最具争议的规则之一。设立此规则的目的是为更好地保护人民由宪法保证的不受不合理搜查的权利。对这一规则持批评态度的人则指出，此规则的立意虽好，但没有证据证明排除非法证据具有震慑警察，使他们不从事非法搜查的功效。他们对此规则的最大非议是适用此规则可能使犯罪分子逍遥法外。他们认为以放纵罪犯的方式来换取警察对法律的尊重是得不偿失。他们争辩，提高警察尊重人民宪法权利意识和处罚罪犯是两回事，不应该把它们搅在一起。警察违法行为可通过提高警察素质，加强警察教育，内部纪律处理，公民对警察的民事诉讼，甚至刑事起诉的方式来解决。法院不应以排除证据让罪犯逃避法律制裁的方式来惩罚警察，使他们认识尊重人民宪法权利的重要性。

主张适用排除非法证据规则的人的一个主要论点是，法院不应带头违法。法律规定警察不得进行非法搜查，法院如使用非法证据无异于鼓励警察违法，这样做会使法院丧失尊严。不同意这一观点的人反驳说，如果使用非法证据会使法院丧失尊严，那么排除证据而使犯罪分子不受惩罚更会使法院丧失尊严，法院审判的最基本任务就是要认定事实，使犯罪分子得到应有的惩罚，法院如因警察犯了错误就排除证据而导致犯罪分子不受惩罚，那才会使法院的名声扫地，放纵罪犯有违犯罪应受惩罚的最基本的公平与正义理念。

排除非法证据规则之所以在美国引起如此大的争议主要在于此规则的强制性。由于是强制性规则，只要警察违法，法院就要排除证据。法院没有考虑其他因素的余地。法院不能考虑警察违法是有意还是无意、被告人所犯罪行是重罪还是轻罪、排除证据是否会使可能有罪的被告人不能被定罪等因素。但在实际中，这一强制性规则很难推行。且不说最高法院设置

⁸ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

的众多例外已使排除非法证据规则在许多情况下不适用，下级法院也经常找借口不排除非法证据。这一强制性规则实际上是有名无实。有鉴于此，有些学者建议美国改强制性规则为任意性规则。

二、其他国家的排除非法证据规则

在讨论其他国家的排除非法证据规则时也应区分排除非法证言和非法物证两种规则。各国一致的做法是，以刑讯逼供手段取得的供词不能作为证据。西方各国目前都有类似于“米兰达警告”的规则，如要求警察告知被讯问人的沉默权和律师权。但这些国家并不都像美国那样要求排除违反程序保护而取得的供词。我们在这里不详细讨论这个问题。以下主要讨论排除非法物证的规则。

目前，许多西方国家，如英国、法国、德国、意大利、加拿大，都采用了排除非法物证的规则。这些国家的排除非法物证规则各不相同。但这些国家的规则与美国规则相比都有两个不同点。首先，没有任何国家认为适用排除非法证据规则的目的主要是为了震慑警察。这些国家设立排除非法证据规则的目的通常是为了维护司法公正。其次，这些国家的排除非法证据规则都不是强制性而是任意性规则。这些国家的法官有决定是否排除非法证据的自由裁量权。

在适用任意性排除非法证据规则上，英国和加拿大的经验特别值得注意。英国法律规定，当使用非法物证会对“程序公平产生不良影响”（an adverse effect on the fairness of the proceedings）时，法官可以排除非法证据。⁹加拿大法律规定，当使用非法证据会使“司法程序信誉扫地”（bring the administration of justice into disrepute）时，法官可以排除非法证据。¹⁰

在决定是否排除非法证据时，英国和加拿大法律都以使用非法证据是否会影响司法公正为标准。需要指出的是，法院在解释这一标准时认为使用和排除非法证据都可能影响司法公正。这一解释的含义是，使用非法证据在某些情况下会影响司法公正；但排除非法证据有时也会影响司法公正。要不要排除非法证据因此不能一概而论，而要具体案件具体分析。

在如何适用任意性排除非法证据规则上，英国上诉法院和加拿大最高法院都做出了一些具有指导意义的判决。概括起来讲，法院在考虑是否应排除非法证据时应考虑以下几个因素：

（1）使用非法证据是否会影响公正审判；（2）警察违法行为的性质；（3）被告人被控犯罪的性质；（4）排除证据对案件判决的影响。

法院首先考虑使用非法证据是否会影响公正审判。假如使用非法证据会影响公正审判，法院一般会认定使用此证据会影响司法程序公正或使司法程序信誉扫地，因此会排除证据。但法院一般认为只有使用非法供词才可能影响公正审判，使用非法物证不会影响公正审判。区别非法供词和非法物证的原因是，法院认为非法供词是警察非法行为“制造”的证据；而非法物证则不是警察非法行为“制造”的。比如说，警察以威逼利诱手段取得供词，该供词就是警察通过自己的非法行为“制造”出来的；但警察以非法手段取得的物证则不同，法院不认为该物证是警察“制造”的，因为它在警察非法搜查之前就已存在了。由于法院不认为使用非法物证会影响公平审判，因此很少以影响审判公正为由排除非法物证。

法院除考虑审判公正因素外，还考虑警察违法行为的性质、被告人被控罪行的严重性以及排除证据对案件判决的影响。警察如故意违法或违法情节严重，法院会较倾向于排除非法证据。但如果警察不是故意违法，而只是由于不谙法律而无意违法或违法情节轻微，法院则会倾向于不排除证据。当被告人被控犯有严重罪行时，法院一般不轻易排除非法证据。当被

⁹ The Police and Criminal Evidence Act 1984, Section 78.

¹⁰ Canadian Charter of Rights and Freedom, Section 24(2).

告人被控罪行较轻时，法院则更容易作出排除证据的决定。法院重视排除证据对案件判决的影响。当被告人所犯罪行严重，警察违法行为轻微，而排除证据有可能导致被告人不能被定罪时，法院一般不会排除证据。这是因为，在此情况下排除非法证据比使用非法证据更会影响司法公正。

与美国的强制性排除非法证据规则相比，英国和加拿大等国的任意性规则似乎更切实际。美国采用强制性排除非法证据规则，以为它能最有效地发挥排除非法证据规则的功效。但在实际中，强制性规则很难执行。相比之下，英国和加拿大等国的任意性规则允许法官考虑所有相关情况，赋予法官决定是否排除非法证据的自由裁量权。这一做法似乎更能使法院在具体案件中做出恰当裁决。

三、对中国排除非法证据规则的认识

（一）排除非法证据规则的适用范围

中国的两个“规定”指出了多种排除证据的情况。为了与美国等西方国家的相应排除证据规则作比较，我们在这里只讨论适用于警察非法取证的排除证据规则。

美国的排除非法证据规则可在以下几种情况下排除非法证据：第一，警察违反证言自愿原则，以暴力、威胁或施加心理压力而取得的证言或被告人供述。第二，警察违反米兰达规则而取得的被告人供述，其中，违反米兰达规则可分为违反被告人的沉默权和违反被告人的律师权两种情形。第三，违反被告人不受不合理搜查权利而取得的物证。

与美国的排除非法证据规则相比，中国排除非法证据规则的适用范围相对狭小。根据中国法确立的规则，在两种情况下可以排除非法证据：第一，警察以暴力、威胁手段取得的证言和以刑讯逼供方式取得的被告人供述。这一排除证据情况与美国排除证据的第一种情况相符合。第二，在可能影响公正审判情况下可以排除非法取得的物证和书证。这一排除证据情况与美国排除证据的第三种情况类似。

中国法律没有规定被讯问人享有沉默权。现行《刑事诉讼法》第93条规定，“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应当如实回答。”这一规定不似承认嫌疑人享有沉默权，而是要求有罪嫌疑人如实承认自己的罪行。由于不存在沉默权，显然不存在因违反沉默权而需排除证据的问题。

中国刑事诉讼法规定了对犯罪嫌疑人的一定的程序保护。《刑事诉讼法》第93条规定，“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题。”第91条规定，讯问犯罪嫌疑人，“侦查人员不得少于二人。”然而，两个“规定”中的排除非法证据规则并没有要求排除警察违反以上程序保护而取得的供词。

在律师权上，《刑事诉讼法》第96条规定，“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询，代理申诉，控告。”刑事诉讼法没有规定警察有告知嫌疑人律师权的义务。公安部在有关规定中要求警察在第一次讯问结束后告知嫌疑人他享有律师权。《律师法》规定，受委托的律师有权会见犯罪嫌疑人、被告人，并了解有关案件的情况，律师会见犯罪嫌疑人、被告人不被监听。但两个“规定”中的排除非法证据规则同样没有指明警察违反被告人律师权而取得的证词是否应予排除。

从文本上看，中国的排除非法证据规则显然不想采用像美国那样的做法，即因警察违反程序保护规则而排除证据。如果因违反程序保护规则而取得的证言和供词不在被排除之列，那么，中国排除非法证据规则的适用对象仅为警察以非法手段取得的证言和供述以及非法取得的物证和书证。

中国排除非法证据规则中有关排除警察以暴力、威胁等手段取得的证人证言和以刑讯逼

供手段取得的被告人供述的规定是十分正确、完全必要的。这一规定和西方各国不允许以暴力、威胁、利诱等手段获取证词和供述的法律相吻合。以这种方式取得的证据不但不可靠，而且取证方式本身也有违司法公正的基本理念，因此应当予以排除。

（二）关于排除非法物证

《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第14条规定，“物证、书证的取得明显违反法律规定，可能影响公正审判的，应当予以补正或者做出合理解释，否则，该物证、书证不能作为定案的根据。”这条有关排除非法物证的规定类似于美国法律中要求排除以非法搜查方式取得的证据的规定。

与美国的排除非法证据规则相比，中国规则的显著特点是它不是强制性而是任意性规则。这一规则不要求强制排除以非法手段取得的物证，而只要求在使用非法证据可能影响公正审判时排除非法证据。根据美国和其他国家适用排除非法证据规则的经验来看，中国采用任意性规则是合理和切合实际的。在西方各国中，只有美国采用强制性排除证据规则，而这一强制性规则在实际中甚难推行。采用任意性规则，允许法院根据每个案件的具体情况来判断是否应排除非法证据，更有利于法院对案件做出公平合理的判决。

在确定在什么情况下使用非法证据会影响公正审判上，不同法官会有不同看法。这一问题是在采用任意性规则的国家所面临的共同问题。根据其他国家的经验，解决这一问题的一个可行方法是，上级法院可对如何判定使用非法证据是否会影响公正审判做出指导性的解释。在具体执行上应允许下级法院行使自由裁量权。在判定使用非法证据是否会影响公正审判上，法院可考虑的因素包括：警察违法行为的性质和严重程度、被告人被控犯罪是重罪还是轻罪、排除非法证据对案件判决的影响等。

（三）是否应采用“毒树之果”原则

适用排除非法证据规则中的一个较为复杂的问题是警察违法取得的派生证据是否也应排除。两个“规定”中没有规定如何处理派生证据，但法院在审判实践中肯定会遇到此问题。这里我们也对美国法律处理派生非法证据的做法作一评介，以便于比较借鉴。

在处理派生非法证据上，美国法律适用“毒树之果”原则。根据此原则，不但以非法手段取得的直接证据要排除，因非法行为取得的派生证据也要排除。确立此原则的目的是要扩大排除非法证据规则的适用。但美国最高法院对此原则的适用设立了几项例外。设立例外的目的是为了限制此原则的适用。

非法派生证据可经许多方式产生。例如，警察非法逮捕被告人并在随后进行的搜查中发现犯罪证据，或者警察在非法逮捕以后对被告人进行的讯问中得到被告人供述。又如，警察对被告人进行非法讯问，然后根据被告人供词发现了犯罪物证。从原则上讲，派生证据为“毒树之果”，应予排除。但美国最高法院在适用此原则上设立了三个例外：第一是“毒性淡化例外”（the attenuation exception）；第二是“独立来源例外”（the independent source exception）；第三就是前文论及的“必将发现例外”（inevitable discovery exception）。

“毒性淡化例外”的含义是，如派生证据与最初警察违法行为的关系较远，法律则认为警察非法行为的“毒性”已经淡化，不必排除派生证据。美国最高法院在“王孙诉美国”案中解释了“毒性淡化例外”的适用。在王孙案中，几名家住加州的华人被控犯有贩毒罪，警察怀疑一名叫托埃的华人有贩毒行为，但没有逮捕他的“可能理由”（probable cause），仍然在清晨时分闯入托埃的家将他逮捕并对他进行讯问，托埃向警察供出了王孙，警察便让托埃带他们找到王孙的家并将王孙逮捕，之后，警察将托埃和王孙具保释放，几天后，他们回到警察局接受警察讯问，在讯问中做了对自己不利的供述。

针对此案，最高法院对警察所取得的证据是否应予排除作了分析。最高法院指出，由于警察对托埃的逮捕是非法的，托埃对警察的供述为“毒树之果”，应予排除。在此案中，警察没有在托埃家中搜到犯罪物证。假如他们搜到犯罪物证，这一证据也是“毒树之果”，也

要排除。

警察对王孙的逮捕也是非法的。首先，如果警察没有非法逮捕托埃并讯问他，就不会知道王孙的贩毒行为。其次，托埃对王孙的指控不足以构成逮捕王孙的“可能理由”。由于对王孙的逮捕为非法，王孙的供述也是“毒树之果”。但美国最高法院裁定，王孙的供述不必排除。理由是，王孙对警察的供述与警察最初非法行为的关系已经很远，特别是，王孙是在具保释放几天后自愿回到警察局作供述的，他的这一行为已经极大地淡化了警察最初非法行为的“毒性”，王孙的供述因此可依“毒性淡化例外”不予排除。¹¹

“独立来源例外”的含义是，即使警察有非法行为，如果警察能证明他们可以通过独立于警察非法行为的来源取得证据，这一证据即可不作为“毒树之果”予以排除。最高法院在“默里诉美国”案中适用了这一例外。在此案中，警察怀疑被告人在自己的仓库里藏有大麻，他们没有申请搜查证就进入仓库搜查，发现了许多捆大麻。随后，警察根据以前就已掌握的情报向法官申请搜查证，在申请时警察并没有提及已在被告人处发现大麻的情况。法官认为警察有进行搜查的“可能理由”，于是签发了搜查证。警察根据搜查证，在被告人的仓库里“再次发现”了大麻并将其扣押。就此案的情形，假设警察最初进入仓库的行为为非法，他们所发现的大麻即为“毒树之果”，应予排除。但最高法院裁定，由于警察根据独立于非法行为的情报申请了搜查证，根据“独立来源例外”，警察扣押的大麻不必排除。¹²

中国的排除非法证据规则是否也应采用“毒树之果”原则肯定会引起一些刑事司法学者的关注与讨论。在讨论这一问题时，我们首先应了解美国法律采用“毒树之果”原则的用意，其次必须明确中国采用排除非法证据规则的目的是什么。

美国法律采用“毒树之果”原则的目的是为了加强排除非法证据规则对警察的震慑力。假如排除非法证据规则只排除以非法手段取得的直接证据而不排除派生证据，警察仍会进行非法搜查。他们会认为，即使通过非法搜查所取得的直接证据不能使用，派生证据还可以使用。

在中国，在讨论是否要采用“毒树之果”原则之前，我们必须明确中国采用排除非法证据规则的目的为何。假如中国采用排除非法证据规则的目的不是为了震慑警察，那也就谈不上以采用“毒树之果”原则的方式来加强排除非法证据规则的震慑力的问题了。

这里值得再次指出，美国是唯一的以“震慑警察”为设立排除非法证据规则理由的国家，其他国家都不以震慑警察为设立排除非法证据规则的理由。不过，在美国也始终没有实证证据证明排除非法证据规则有震慑警察以使他们不敢非法取证的作用。

结语

排除非法证据规则目前已是西方国家普遍采用的一项规则。中国新近出台的两个“规定”明确指明在刑事诉讼制度中采用排除非法证据规则，这显然是中国刑事诉讼制度发展中的重要一步。采用这一规则使中国刑事诉讼制度在保护嫌疑人、被告人方面更接近于西方国家的做法。西方各国虽都采用排除非法证据规则，但各国采用这一规则的目的不同，在适用此规则时的做法也不同。中国刚刚开始实行排除非法证据规则，在如何能使这一规则的适用更好地促进司法公正的问题上，法律实务界和学术界还要进行探讨和辩论。

（初审编辑：谢进杰）

¹¹ Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).

¹² Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988).