

美国非法证据排除规则的实践及对我国的启示

熊秋红

摘要: 2014年9月,由3名刑法学者和4名辩护律师组成的中国代表团赴美国就非法证据排除规则的实践运作进行了专题考察。考察所获信息包括宪法和判例所起的作用、法官的独立性、预防和减少警察违法取证的措施、辩护律师启动非法证据排除程序的动力与方式、法律援助制度的地位、检察官的监督和过滤作用、非法证据排除的类型和重点以及科技发展所带来的挑战等诸多方面。美国的实践经验带给我们的有益启示主要包括:重视宪法规范的引领作用;实现警察、检察官、法官、律师之间的良性互动;明确合法证据与非法证据的界限;充分认识法官行使自由裁量权的重要性;构建完善的非法证据排除程序;健全非法证据排除的证明机制;以发展的眼光看待非法证据排除规则;正确看待非法证据排除率及对诉讼结果的影响。

关键词: 非法证据排除规则; 刑事司法体制; 排除程序; 证明机制

2010年5月30日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》;2012年修改后的刑事诉讼法正式确立了非法证据排除规则。非法证据排除规则自确立以来,我国各地司法机关为贯彻落实该规则付出了不少努力,但是,实践中依旧面临着诸多的困难和问题。2013年11月,党的十八届三中全会决定提出要“严格执行非法证据排除规则”;2014年10月,党的十八届四中全会决定重申要“健全落实非法证据排除等法律原则的法律制度”。与我国新近建立和实施非法证据排除规则相比,非法证据排除规则在美国的确立可以追溯到19世纪末至20世纪初^①,可谓历史悠久,实践中通过判例不断发展和完善非法证据排除规则,积累了丰富的经验。为此,深入了解美国非法证据排除规则的实践运作,对于借“他山之石”破解我国非法证据排除中的难题,具有十分重要的意义。

2014年9月13-23日,由包括笔者在内的3名刑法学者和4名辩护律师所组成的中国代表团受美国国务院“国际访问者”项目官员的邀请,赴美国专门就非法证据排除规则的实践运作进行了考察。考察的地点包括美国首都华盛顿特区、新罕布什尔州的康科德、华盛顿州的西雅图等三个城市。考察的方式为分别与律师、检察官、法官、警察、学者进行座谈,观摩非法证据排除的听审程序以及参观相关机构。美国的司法系统采取双轨制,我们所参访的机构和人员既有联邦系统的,也有州系统的。不同的访谈对象有利于我们从多角度观察美国非法证据排除规则的实践运行,如通过访谈律师可以了解他们如何界定非法证据排除的争议并以最有效的方式提出事实和法律上的争议;通过访谈检察官可以了解他们如何对警察的调查取证行为进行监督以及在非法证据排除程序中如何承担证明责任;通过访谈法官可以了解他们如何作出排除非法证据的决定。本报告以不同类别的参访对象为主要线索,对我们了解到的信息进行总结和归纳,并择要分析美国的实践经验给予我们的启示。

作者简介: 熊秋红,法学博士,中国社会科学院法学研究所诉讼法室主任、研究员、博士生导师。

^① 1897年美国联邦最高法院在布拉姆诉美国案(Bram v. U.S., 168 U.S. 532)中判定,通过违反宪法修正案第5条获得的证据在联邦法院系统被排除;1914年美国联邦最高法院在威克斯诉美国案(Weeks v. U.S., 232 U.S. 383)中判定,通过违反宪法修正案第4条获得的证据在联邦法院系统被排除。

一、辩护律师在非法证据排除中的作用

考察非法证据排除规则的实践运作,首先需要关注辩护律师的作用。因为司法实践中非法证据排除程序往往因为辩护律师提出申请而启动,要求排除非法证据是律师进行程序性辩护的重要内容。根据美方的安排,我们访问了美国律师协会、新罕布什尔州公设辩护人办公室和西雅图国王郡公设辩护部,对辩护律师运用非法证据排除规则的情况从宏观层面到微观层面有了基本的了解。美中不足的是,我们此行未能访问私人律师事务所,直接听取私人律师关于非法证据排除规则的运行情况介绍,以充分了解私人律师与公设辩护人在执业方面的差异。

1. 美国律师协会:该协会是美国全国性的律师组织,于1878年成立;内设刑事司法部,主要职责是促进涉及犯罪、刑法、刑事司法、未成年人司法方面的争议的解决,在让美国律师协会的观点进入联邦和州的法院、议会和其他司法、立法和政策制定机构的视野方面发挥着主导作用,也是律师协会会员获取刑事司法领域最新变化与争议信息的渠道。该协会设有法治促进项目,旨在促进公正、平等以及对人的尊严的尊重;设有死刑案件代理项目,旨在提高律师在死刑案件中的代理质量。我们参访了美国律师协会,并与7名律师进行了座谈。据他们介绍:(1)讨论非法证据排除规则,首先要看美国联邦宪法修正案第4条、第5条和第6条,第4条就搜查作了规定,第5条规定了反对被迫自我归罪的权利,第6条规定了被告人获得律师帮助的权利。设立非法证据排除规则的目的在于约束警察和检察官的权力,体现了政府不应因剥夺他人权利而受益的理念。(2)为了保障被告人获得律师的有效帮助,美国律师协会制定了律师有效辩护的标准,该标准50年前就开始制定,并且随着法律的变化、科技的发展而不断修订。该标准由多人参与制定,包括检察官、法官、辩护律师、学者、律师协会人员、司法部的代表等,并且听取了不同组织的意见,由一个委员会负责审核。^①死刑案件的辩护标准,先是由国家公设辩护人协会拟定;刑事律师协会也有他们的标准;美国律协制定了《死刑案件辩护律师的指派与职责纲要》^②,为死刑案件中的律师辩护提供共同标准。美国律师协会制定的这些标准反映了实践中的最佳做法,受到了法院的高度尊重。(3)辩护律师一般在开庭审判前提出排除非法证据的动议,法官听审后作出口头决定,并记录在案。如果法官决定排除非法证据,检察官可能放弃某些指控或者撤销指控。警察、检察官办案不依赖于被告人的自白,指控证据以物证为主。如果辩方提出要排除通过酷刑获得的口供,由法官决定酷刑的判断标准。(4)在一些死刑案件中,如果律师没有申请排除非法证据,被告人可能提出律师无效辩护的抗辩,抗辩成功或者失败的几率都很大。为了避免这种情况,律师会尽可能申请排除非法证据。被告人控告律师失职,由各州的律师协会负责处理。

2. 新罕布什尔州公设辩护人办公室:该办公室负责代理本州内被告人请不起律师的刑事案件。该办公室的副主任约翰·纽曼(John Newman)先生向我们介绍了律师如何利用非法证据排除规则来帮助被告人,律师如何界定非法证据以及如何提出排除非法证据的动议。其主要内容包括:(1)大约有20%的刑事案件,辩护律师会提出排除非法证据的动议,成功率小于5-10%。(2)律师接受委托后,会见委托人,阅读警察调查报告,从中发现问题;阅读警察调查报告是律师发现问题的最主要途径。(3)律师经常就搜查提出排除非法证据的动议。搜查令由法官签发,必须有合理依据。争议主要在于:法官当初是否应当签发搜查令、警察是否超出授权范围进行搜查、紧急情况下的无证搜查是否存在合理的例外。有时警察来不及获得搜查令,这种例外情形包括:最终必然发现的例外;调查时因为合理怀疑而拦截;合法进入所附带的扣押非法物品(遵循“一眼可见”原则^③);被搜查人同意的例外(有些州警察必须告知对方有权拒绝搜查,但在新罕布什尔州警察不需告知)^④。(4)律师有时也会申请排除非自愿的自白。米兰达规则只在警察实施逮捕时才有效,而嫌疑人是否受到逮捕、是否受到“正式盘问”(即警察是否在收集证据),这两个问题可能成为争议焦点。警察违反米兰达规则或者违反自白自愿性规则,可能导致口供被排除。(5)法官对律师提出的排除非法证据的动议进行听审。公设辩护人可以请调查员(新罕布什尔州公设辩护人办公室共有5名调查员,均持有执照)进行实地调查,私人律师则需要雇佣私人侦探进行调查。法官听审时,律师有时传当事人当证人,有时传调查员当证人;检察官可传警察当证人。在大多数时候,法官倾向于相信警察,因为这类证人比较有公信力。(6)通常情况下,法官如果决定排除非法证据,检察官就没法起诉了,因为证据不足。

^① 相关信息可参见吴宏耀、周媛媛《美国死刑案件中的无效辩护标准》,中国政法大学出版社2014年版,第120-125页。

^② 根据该纲要10.8的规定,律师在每一阶段,应运用其职业判断力,考虑所有可能有效的合法主张,并在得出是否应被提出之前的结论之前,深入调查每一种可能主张的基础,并评价所有可能的主张;律师在案件的所有阶段应保持对委托人可能的有利条件的考虑。

^③ 即“Plain-view doctrine”,该原则允许警察进行无证搜查并将一眼可见的物品作为证据,此时警察处于合法的位置或者在合法搜查的过程中,警察有相当理由相信该物品是犯罪证据。See Black's Law Dictionary(Ninth Edition),Thomson Reuters p.1268(2009)。

^④ 关于非法证据排除规则的例外,可参阅杨宇冠《非法证据排除规则研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第75-99页。

3. 西雅图国王郡公设辩护部: 该部为西雅图国王郡内请不起律师的刑事被告人提供法律援助, 也代理涉及未成年人监护、民事债务或民事藐视的案件。在西雅图现有4个公设辩护部, 每个部分别有自己的公诉辩护人、调查员、社工和律师助理团队。设立4个公设辩护部, 有利于避免代理冲突。此外, 国王郡公设辩护部有一个指派律师小组, 基于合同为本郡提供法律服务。该部的3名公设辩护人向我们介绍了以下情况: (1) 在美国, 可能判处1年以上监禁的被告人, 均可获得法律援助; 重伤、谋杀等案件, 被告人可能被判死刑, 由陪审团审判; 绝大多数案件通过辩诉交易解决, 仅有5%的案件进入庭审。(2) 从职业经历看, 一般先当公设辩护人或检察官, 然后再去做私人律师。公设辩护人出庭比私人律师多, 经验更丰富。重罪案件95%都是由公设辩护人辩护, 有时可让被告人承担部分费用。(3) 国王郡公设辩护部有3名调查员和1名社工。(4) 律师要学会如何找警察调查报告中的漏洞。警察调查报告陈述了案件经过, 律师要从中了解警察的侦查行为是否有足够的合理性。为了提高警察的取证合法性和撰写调查报告的水平, 警察部门每年培训警察3-4次, 包括进行专题培训, 由检察官对警察进行培训, 告知警察什么样的做法将会导致证据被排除。(5) 辩护律师有权在法官听审时询问警察, 如果警察不出庭, 往往对辩护律师有利, 因为支持控方的证据可能因此被排除。

二、检察官在非法证据排除中的角色

在非法证据排除程序中, 如果说辩护方充当原告角色, 控诉方则处于“程序被告”的地位, 他们如何回应来自于辩护方的排除非法证据申请、如何防止不利于己方的诉讼结果、如何履行检察官的客观义务, 是非法证据排除规则实施中的重要方面。我们访问了美国联邦司法部、新罕布什尔地区联邦检察官办公室和华盛顿西区联邦检察官办公室, 对于检察官的职责定位、工作流程、工作方式及所面临的挑战等有了较为充分的认识。

1. 美国联邦司法部: 司法部是美国政府的一个部, 部长同时为美国总检察长, 享有内阁成员地位; 司法部的任务是保障法律的实施, 维护美国政府的合法利益和保障法律对所有美国公民都是平等的。为了更好地打击日益增长的国际犯罪和跨国犯罪, 加强国际刑事司法合作, 司法部下属的刑事局于1991年设立了海外起诉发展办公室, 帮助其他国家的检察官和司法人员发展和维护有效的刑事司法机制。通过与该办公室的亚太区主任交谈, 我们了解到以下信息: (1) 检察官的工作重点不是惩罚犯罪, 而是保障司法公正; 不是根据定罪率的高低来评价检察官的工作, 检察官未能服务于公益, 才是失败的。(2) 警察现在越来越难用非法手段立案, 检察官应当审查确认证据是否非法取得, 如果属于非法获取, 会主动排除非法证据。(3) 在贪腐案件中, 警察与检察官进行合作, 检察官开启调查, 他能够知道证据是否合法取得。如果检察官认为证据存在缺陷, 往往只好降低指控。(4) 在排除非法证据的法官听审中, 警察可能出庭作证; 警察如果有不良记录, 检察官不会将其放在证人席上; 如果警察说谎, 其职业生涯将会受到影响。(5) 在贪腐案件中, 很少排除非法证据; 在贩毒案件中, 排除非法证据较为常见。(6) 米兰达规则保障口供的自愿性, 但如果被告人已经被羁押, 可强制提取被告人的指纹、声音样本、笔迹样本等生理性证据; 如果警察未告知米兰达警告, 被告人在法庭上翻供, 受污染的证据应当被排除。(7) 警察在讯问中可以骗人, 但不可威胁。^① (8) 法官在听审中如果作出排除非法证据的决定, 而控方认为证据很重要, 可以提出中间上诉, 让上诉法院决定证据是否重要、是否应当被排除; 如果控方不提出中间上诉, 就很难挑战法官和陪审团的判决。^② (9) 法官如果驳回辩方排除非法证据的动议, 辩方不能提出中间上诉, 必须等一审程序结束后再提出上诉。

2. 新罕布什尔地区联邦检察官办公室: 该办公室负责调查和起诉所有发生在新罕布什尔州的违反联邦法律的犯罪。检察官要对排除非法证据所涉及的争议进行调查, 并努力让证据不被法官排除。参加会谈的有7名检察官, 他们分管不同类型的案件。据他们介绍: (1) 被告人被起诉后14天内, 辩护律师可以看到全部案卷。除了考虑可能影响证人等因素, 检察官可提前将大量证据开示给律师。一般在开庭前三周, 控方会向辩方披露全部信息。律师提出排除非法证据的动议, 控方要得到相关通知, 以为出席法官听审作准备。(2) 法官进行排除非法证据的听审时, 证人出庭, 控辩双方进行交叉询问; 辩护律师可让专家证人作证; 检察官可传警察作证, 一般要保证警察的诚信, 以使其证言可采。例外情形下可能对警察证言的可信性产生怀疑。(3) 如果法官作出排除非法证据的决定, 检察官可以提出中间上诉。(4) 95%的刑事案件通过辩诉交易解决。刑事案件的不起诉率低于5%。(5) 检察机关奉行检察一体原则, 检察官在办案过程中遇到

^① 相关判例表明, 欺骗和借口是警察在讯问嫌疑人时可以使用的技巧, 仅仅是欺骗本身, 并不必然导致口供被排除, 除非警察的谎言足以摧毁嫌疑人的意志, 导致其作出不可靠的非自愿供述; 警察在讯问中进行威胁的做法, 受到了法院的普遍谴责, 但排除用威胁方法获得的口供, 需要证明嫌疑人的意志被压服, 且警察的威胁行为与嫌疑人的供述之间存在因果关系。参见郑旭《非法证据排除规则》, 中国法制出版社2009年版, 第22-26页。

^② 因为控方如果在定罪过程中败北, 通常没有机会上诉。参见: [美]杰里米·道姆“非法证据排除规则背景材料”, 载卞建林、杨宇冠《非法证据排除规则实证研究》, 中国政法大学出版社2012年版, 第181页。

许多具体问题均会请示上司,如检察官与辩护律师进行被告人认罪协商,上司要介入,在该检察官办公室,刑事案件的主管无决定权,要上报到总管那里。被告人一旦接受了辩诉交易,即意味着放弃了质疑证据合法性的权利,因为定罪的基础是被告人认罪而非证据。^①

3. 华盛顿西区联邦检察官办公室:该办公室负责起诉华盛顿西区的联邦法律执行机构所调查的案件,也代理大多数针对美国政府的民事控告以及帮助收回欠债。该办公室共有65名检察官,15名负责民事案件;其余50名负责刑事案件;实行分组办案,如毒品案件、暴力、恐怖案件、谋杀、强暴、袭击案件、欺诈案件、电脑黑客案件、环境犯罪案件、贪腐案件等,分别由不同的小组办理。该办公室的检察官海伦·米基·布伦勒(Helen 'Micki' Brunner)女士^②向我们介绍了以下情况:(1)检察官在刑事和民事诉讼中代表政府;在刑事诉讼中,辩护律师与检察官相互制衡,非法证据排除规则体现了这种制衡。州法律比联邦法律规定得更为严格。(2)由于警检一体化,警察进行调查时,一般会先与检察官沟通,无论取得搜查令,还是逮捕令,都会先经过检察官。(3)一般案件由警察调查;贪腐案件由于复杂程度高,警察必须与检察官合作,检察官指导警察收集证据。警察如果没有与检察官合作调查,检察官认为证据是非法取得的,可以排除该证据,然后决定是否起诉嫌疑人。(4)控方调查取证目前面临着科技发展带来的挑战。比如,如何确定搜查电脑的标准?电脑上的资料很多,应当如何确定搜查的范围?还有移动电话,如果搜查时发现了手机,是否可以看手机中的记录?还是必须另外申请搜查令?在这些情况下,面临着如何平衡政府权力与个人权利的关系问题。(5)在毒品犯罪案件中,查看嫌疑人的手机通话记录,事先要得到搜查令。使用窃听手段,要有合理依据,要有必要性并且已经用尽了其他方法,窃听的内容必须与犯罪有关。在毒品、枪械等犯罪案件中,录音是强有力的证据。(6)非法证据排除中的证明标准是排除合理怀疑,因为属于法律问题;如果属于事实问题,如对警察、被告人是否信任,则只需达到优势证据标准。(7)被告人在排除非法证据听审时的证词不能作为庭审的证据。但是,无论证据是否被排除,如果被告人在庭审时的证言与听审时的证言不一致,检察官就可以拿来作为证据。(8)在联邦有大陪审团,可发传票,让证人作证,寻找各种各样的证据,作为起诉的依据,这是对检察官很有利的制度设置。

三、法官在非法证据排除中的功能

在非法证据排除程序中,法官居中裁判,要决定是否启动非法证据排除程序和是否排除争议中的“非法证据”,是非法证据排除规则最终落到实处的主持者和执行者。我们访问了美国国家州法院中心、新罕布什尔州梅里马科郡高等法院和华盛顿西区联邦地区法院,与法官进行了较为深入的座谈。尤为难得的是,我们有机会观摩了由联邦地区法官所主持的非法证据排除的听审,对于非法证据排除程序的运作有了直观感受。

1. 美国国家州法院中心:该中心是一个独立的、非盈利的组织,在沃伦·E·伯格担任美国联邦法院首席法官期间促成。它是法院获取权威知识和信息的组织,它致力于主导首席法官会议、州法院行政长官会议和其他司法领导者协会之间的协作;它以不同的方式为法院提供专业技能,所提供的服务包括研究、信息服务、教育、咨询等,以帮助法院制定计划、作出决策和提高效率,确保法院的司法行政对公正、不偏袒的裁判起支撑作用。该中心的乔治·迈兹法官(Judge Gregory Mize)向我们介绍了以下情况:(1)目前美国的法庭审判在记录上采取法庭笔录加录音录像的双重方式,以防万一出现技术错误。(2)审前律师提出排除非法证据的动议,如果法官决定不排除该证据,后来又发现了新证据,可就非法证据排除问题再次进行听审。(3)动议以书面形式提出,法官听取控辩双方口头答辩,作出是否排除证据的决定。(4)大部分被告人附条件答辩有罪,如果非法证据被排除,控方可能降低或者减少指控。(5)警察作伪证,如果是故意的,可追究伪证罪的责任,辩方可因此提出上诉;如果蓄意破坏法庭秩序,可判藐视法庭罪。

2. 新罕布什尔州梅里马科郡高等法院:我们先在新罕布什尔州最高法院观摩了由5个大法官(为该院全部法官)组成的合议庭主持的对上诉案件的口头辩论,该案主要涉及对州欺诈法规定的解释和适用,基本程序为:控方阐述己方观点,法官轮流提问;辩方阐述己方观点,法官轮流提问;辩论程序公开进行,公民可自由旁听。然后,我们前往梅里马科郡高等法院^③与拉里·斯马克勒法官(Judge Larry Smukler)进行了会谈,据他介绍:(1)根据美国联邦宪法修正案第5条、第6条以及根据州宪法,警察进行搜查、扣押、路检、窃听,均应当受到严格限制。警察向法官申请搜查令或窃听令,法官

^① 一些司法管辖区创制了例外:一个“附条件的”答辩可能作出,保留了此前排除动议被驳回的上诉权。参见:[美]伟恩·R·拉费弗、杰罗德·H·伊斯雷尔、南西·J·金《刑事诉讼法》(上册),卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第585页。

^② 她从1989年至今一直在华盛顿西区检察官办公室担任检察官,此前服务于首都华盛顿特区的司法部环境犯罪局,曾在环境保护机构的执行办公室工作。

^③ 在新罕布什尔州有11个高等法院,每个郡1个,希尔斯波罗郡有2个;采用陪审团制度;全州高等法院共有19名全日制法官,由州长根据执行委员会的大多数意见任命;高等法院审理部分民事案件、刑事重罪案件和不服巡回法院地区分院的轻罪上诉案件。

同意签发的比例很高,有时警察首次申请,法官不一定同意,要求其补充新的证据,然后再次申请。(2)大部分提出排除非法证据的案件,与令状主义的例外有关。(3)陪审团审判的案件,无罪判决率大约为20-25%,律师通常希望由陪审团进行审理。在新罕布什尔州,最高刑为1年监禁的轻罪案件由巡回法院一审,重罪案件由高等法院一审;巡回法院一审判决被告人有罪,可上诉至高等法院由陪审团进行审理。(4)大约有30%的案件要进行非法证据排除的听审,被告人认罪案件,一般不存在非法证据排除问题。律师为了避免无效辩护,一般会提出排除非法证据的申请,大约80%的申请被法官驳回。(5)进行非法证据排除的听审时,99%的情况下被告人在场。除了被告人自白之外,大多数情况下只需达到优势证据的标准。新罕布什尔州的标准高于联邦标准,对于自白,要求达到排除合理怀疑的证明标准。

3. 华盛顿西区联邦地区法院:在华盛顿州,有西区联邦地区法院和东区联邦地区法院,各自有其管辖范围;不服西区联邦地区法院裁判的案件,可上诉至第九巡回区的联邦上诉法院。在西区联邦地区法院,我们观摩了罗伯特·S·拉斯尼科法官(Judge Robert S. Lasnik)主持的非法证据排除的听审。所听审的案件是一起严重的毒品犯罪案件,涉及17名被告人共同犯罪,大陪审团将其分成两个案件起诉,美国诉阿波尼拉·克鲁兹-克鲁兹案(U. S. v. Apolinar Cruz - Cruz)是其中之一。在该案中,被告人克鲁兹-克鲁兹的辩护律师代表其提出了排除窃听证据的动议。被告方认为:(1)在本案中,法官理查·A·琼斯在签发窃听令时对必要性作了错误的判断,因为在以前的调查中所进行的窃听已经提供了被告人过去从事毒品交易的证据,因此,签发新的窃听令缺乏必要性;(2)警察在申请窃听令时所提交的宣誓书忽略了以前的调查中通过几次拦截电话所获得的详细证据,因此,应当进行“弗兰克斯听审(Franks hearing)”^①;(3)根据搜查令对被告人的住所实施搜查所获得的证据应当予以排除,因为在本案中,签发窃听令所依据的宣誓书中所载证据存在争议。检察官在法官听审前一个月提交了书面的答辩状,该诉讼文书的名称为“政府对被告人克鲁兹-克鲁兹所提出的排除窃听证据动议的反对意见”^②。检察官办公室的法律助理通过网上系统提交了答辩状,提出动议的被告人和本案的其他共同被告人均可得到该信息。尽管检察官反对进行“弗兰克斯听审”,但法官还是决定对该案进行听审。具体案件的审判流程(包括听审日期)提前在法院网站上予以公告,听审程序公开进行,公民可以旁听。

我们所看到的听审程序如下:(1)法庭布置:本案为共同犯罪,包括克鲁兹-克鲁兹在内的4名被告人坐在法庭的右侧,每名被告人的身边坐着他们的律师;两名检察官和两名警察坐在法庭左侧;法官坐在法庭上方,法官席之下为书记员席和法官助理席;由于共同被告人中有西班牙人,因此法庭配备了西班牙语的翻译。辩护律师和检察官发言时均走向法庭下方的发言席。(2)听审方式:听审基本采取法官审问式,法官先对案件的一些情况作了说明,主要包括辩护律师介入案件的时间、所提出的动议,本案所涉及到的判例法,控方围绕被告方的动议所做的工作等。然后,被告人克鲁兹-克鲁兹的辩护律师斯密先生陈述意见,在辩护律师陈述过程中法官随时发问,对辩护律师的主张提出质疑。此后,检察官陈述意见。检察官发言完毕,辩护律师再次发言。控辩双方交叉发言。最后,法官指出控辩双方的争议点并发表评论意见,最终作出了驳回被告方动议的决定。(3)听审内容:辩护律师提出,治安法官签发搜查令所依据的证据缺乏完整性和全面性,警察曾对被告人的40多次电话通话进行窃听,但在申请新的窃听令时没有提及过去申请窃听令之事,警察窃听电话过于随意,还延长窃听时间。辩护律师列举了几个判例来说明,警察未证明窃听的必要性,导致证据被排除。法官对律师所引判例与本案的符合性提出质疑,并问辩护律师:是否有警察申请窃听令时因提供的材料不足,所获证据被认定为非法证据的判例?律师回答说:有一个判例,但情节不完全相同。控方陈述了窃听的经过,因为多人多次说被告人贩毒,所以进行了调查和窃听,结果在其住所内发现了大量海洛因;后来因为涉及新的犯罪,需要继续使用窃听措施。法官最后指出了控辩双方的主要争议点——法官是否应当得到完整的、全面的信息才能签发窃听令,法官认为本案所涉及的问题无先例可循;同时认为治安法官签发窃听令,满足了必要性要件,控方已经承担了证明责任;就本案看,警察是否向治安法官提供完整的信息,并不重要。据此,法官最后宣布驳回被告方的动议。(4)其他需要说明的问题:第一,本案属于共同犯罪案件,公诉辩护人办公室只能代理其中一个被告人,其余被告人因此由私人律师代理,但由政府付费。第二,共同被告人中仅有一个被告人的辩护律师提出了排除非法证据的动议,但其他被告人及其辩护律师均出席了听审。第三,辩护律师和检察官在发言过程中均大量引用判例法来论证己方的主张。第四,在听审过程中,被告人和警察

^① “弗兰克斯听审”是指法官通过听审来决定警察为获得搜查令所作的宣誓书中的有罪证据是否基于警察的虚假陈述,其名称源于1978年的弗兰克斯诉特拉华州案(Franks v. Delaware 438 U. S. 154),该案确立了被告人可以对搜查令提出异议的权利。被告人为了获得“弗兰克斯听审”,首先应当说明虚假的陈述是警察有意而为或者漠视真相,并且要给出详细的证明;其次应当说明该虚假信息构成了法官签发搜查令的合理根据,而且对于法官作出决定是必不可少的依据。可参见[美]杰里米·道姆《非法证据排除规则背景材料》载卞建林、杨宇冠《非法证据排除规则实证研究》中国政法大学出版社2012年版,第180-181页。

^② 答辩状分简介、背景、对争议事项的讨论、结论四部分,详细阐明了检察官对被告人的动议提出反对的理由。

虽然在场,但没有发言。第五,听审结束后我们就证明标准问题咨询法官,他说排除非法证据采取优势证据标准。第六,我们从与本案法官、辩护律师和检察官的交谈中得知,重罪案件绝大多数由法律援助律师代理,因为私人律师收费太高,在法律援助案件中,法官、检察官、辩护律师之间关系和谐。第七,与州法院相比,联邦法院审理的案件,法官作出排除非法证据决定的比率和陪审团作出无罪裁决的比率要低得多;本案的主审法官拉斯尼科说,在他十多年的法官生涯中从未作出排除非法证据的决定,陪审团作出无罪裁决的案件也寥寥无几。

四、非法证据排除规则对警察的影响

确立非法证据排除规则,警察所受冲击最大,因为该规则直指警察的非法取证行为,要求警察在追诉犯罪的过程中重视手段的正当性,以切实维护公民的合法权益。非法证据排除规则对于警察的侦查工作有何影响、警察部门如何应对非法证据排除规则所带来的挑战,是我们在考察过程中非常渴望了解的。我们访问了新罕布什尔州警察局和西雅图警察局职业责任办公室,获取了较为丰富的信息,其中完善的警察违纪违法责任追究机制给我们留下了深刻的印象。

1. 新罕布什尔州警察局:该州警察局负责调查发生在本州内的所有主要犯罪(包括谋杀和毒品犯罪),有一些案件他们特别不想输在技术上,因此,他们通过培训来提高警察以合适的方式收集证据的能力,努力确保所收集的证据都是合法的。据约翰·马瑞斯科(John Marasco)中尉介绍:(1)警察每次讯问犯罪嫌疑人之前,都要告知米兰达规则,不一定是以确切的言词,也不是一字一句宣读,而是以犯罪嫌疑人能够理解的方式。(2)讯问时有一份表格,记录告知嫌疑人权利的情况和讯问情况;对于未成年人,有一份专门的报告。(3)讯问时可以让嫌疑人自己书写,也可以进行录音,是否录音是嫌疑人的权利,如果没有取得嫌疑人的授权,就不能进行录音。(4)中方代表团成员问:如果被告人翻供,检察官是否追究其伪证罪的责任?马瑞斯科中尉回答说:要区分不同情况进行处理,如果被告人在宣誓的情况下说谎,就会构成重罪;如果只是两种不同的说法而言,则不会追究被告人的责任。(5)如果警察有不良行为,将会受到一个专门办公室的调查,警察局内部和外部的执法机构均会进行调查。(6)实践中仅有5%以下的嫌疑人、被告人保持沉默,大部分是暴力型重罪案件中的嫌疑人、被告人;嫌疑人会见律师后,很可能保持沉默。(7)警察机构内部设立专门的部门负责对警察进行培训,以确保警察在其权限范围内行事。

2. 西雅图警察局^①职业责任办公室^②:该办公室是西雅图警察局内部的一个独立机构,负责受理和调查针对警察不当行为的控告,以建立警察和其服务对象之间的信任关系。职业责任办公室主任为文职,此外,还有另外一个文职官员称为稽核员,由过去的法官或律师担任,与办公室主任共同负责审查控告、监督调查,以及提出改进警务工作的建议。办公室主任和稽核员均由市长委任,并由市政委员会确认,有固定任期。设立这种文职官员的监督机制是为了确保职业责任办公室工作的纯洁性、专业性和独立性。^③该办公室基本的工作流程为:提交控告、接受控告、审查与分类、展开调查、确认调查结果、作出处理建议并报警察总长、警察总长作最后的决定。办公室主任定期就该办公室的工作情况以及涉及警察职业标准的争议向市长和市政委员会进行报告,每年至少2次。该办公室副主任莱斯·利金斯上尉(Captain Les Liggins)向我们介绍了以下情况:(1)警察的职业责任对于他们以合适的方式收集证据意义重大。(2)对于警察的不当行为,可以向职业责任办公室提出控告,控告可以通过公开渠道提交,也可以通过内部渠道提交;控告可采取非常灵活的方式,如到职业责任办公室当面控告,通过电话、电子邮件、书信、职业责任办公室的网址进行控告等;允许进行匿名控告。(3)法官和检察官在诉讼过程中如果发现警察有严重的执法不当行为,可告知职业责任办公室,从而启动对警察的调查。(4)相关人员对于调查过程所涉信息有保密义务。被控告的警察不得阻碍控告,阻碍控告的行为可能构成犯罪或者成为对警察进行纪律惩戒的依据。(5)如果控告成立,根据情节轻重,对警察作相应的处理,最严重的处分是开除,从此不能再做警察;较轻的处罚是进行留职察看,可达3年之久。如果职业责任办公室建议对警察作停职或开除的处分,警察可以向警察总长提供新的信息,并要求进行“劳德密尔听证(Loudermill Hearing)”^④,参加听证会的成员通常为警察总长、助理总长、警察所在团队指挥、职业责任办公室主任和警察总长的法律顾问。警察总长就调查结果和纪律处分作最后的决定。(6)对于处理决定,控告人可以向职业责任办公室主任提出申诉。警察如果不服关于停职或开除的处理决定,可以向公共安全民事服务委员会或者纪律审查委员会提起行政复议;警察所在部门可以对处理决定表达不

^① 西雅图警察局建立于1886年,是全美最受尊重的警察局之一,大约有1200名持械警察和700名文职雇员。

^② 英文名称为“Office of Professional Accountability(OPA)”。

^③ 国家法律实施文职监督协会(the National Association of Civilian Oversight of Law Enforcement)制定了道德规范,强调文职监督官员以公正和不偏袒的方式行事的重要性。

^④ 这种有警察总长参加的非正式会议因1985年美国联邦最高法院的一个判例被命名,该案为克利夫兰教育委员会诉劳德密尔案(Cleveland Board of Education v. Loudermill 470 U. S. 532),体现了进行行政处分时的正当程序。

满。(7)如果警察被开除,警察总长将通知华盛顿州刑事司法培训委员会,该委员会依据州法律授予所有警察证书或者吊销证书。假如涉及刑事犯罪或不诚实的行为,该委员会很可能吊销警察证书。(8)警察的行为构成犯罪的,应当追究刑事责任,此时需要启动刑事追诉程序,而不仅仅是行政调查。在这种情况下,职业责任办公室主任可以选择同时进行行政调查,或者推迟行政调查,直到刑事侦查结束。为了尽可能减少迟延,职业责任办公室主任应当与检察官或律师一起工作,以便迅速有效地作出决定。(9)非法证据排除程序与对警察的投诉程序可能同时进行。对于哪些行为属于警察的不当行为,有非常具体的规定。如果警察有不诚信的历史,就不应上庭作证,他也不应当再为警察局工作。(10)警察职业责任办公室收到各种各样的投诉,每年大约有700多件,涉及警察性猥亵、侵占身份(在社交网站上伪造身份)、过度执法、说谎等多种情形,大约有4起案件警察被刑事起诉,每年被革职的警察大约有5-6个。(5)西雅图警察职业责任办公室目前有6名调查员,如果存在利益牵连,可找其他调查员从事调查工作。

五、学者对非法证据排除及相关问题的看法

除了访问辩护律师、检察官、法官、警察等法律职业者之外,美方还给我们安排了对学者的访问,访问对象不仅包括刑事法学者、诊所教育指导者,而且包括政治学者,其目的在于让我们在一个较为宏阔的背景下去看非法证据排除规则,而非拘泥于“仅就制度看制度”,从而形成对非法证据排除规则多角度、多层面的立体性认识。

1. 乔治敦大学副教授尤斯比欧·马杰尔-利昂先生(Mr. Eusebio Mujal-Leon, Ph. D):他是坐落在首都华盛顿特区的乔治敦大学政府系的前任主任,长期从事政府管理与政策方面的研究。他认为:(1)观察非法证据排除规则在美国的实践运作,需要将它放在美国社会的政治、经济、文化背景下来看。(2)从政治与经济的关系上看,在美国经济力量大于政治力量,而在欧洲政治力量压过经济力量。从总体上看,美国法院不愿意牵扯进政治与经济的关系当中。(3)个人权利是美国人最重要的价值观,公民既有权利,也有责任。个人主义发展出利益团体,形成公民社会,人民对政府总体上持怀疑态度。另一方面,个人主义导致竞争与不平等,因此需要国家进行干预。(4)由于政治被经济力量所控制,美国的政治中心是下沉的。(5)联邦最高法院的9名大法官都是由总统任命的,没有极端的左派或右派,实行终身制。由于司法部门的工作人员由政客挑选,因此,不可能有真正的司法独立,只能说法官具有相对的自主权。(6)在美国,州与州之间存在很大的差异,因为选民的组成不同;地方政治影响国家政治;共和党与民主党实际上构成一个同盟。

2. 华盛顿大学法学院:华盛顿大学坐落在华盛顿西雅图市,我们与法学院的樊玛丽(Mary Fan)教授和诊所教育指导律师莫莉·M·科汉(Molly M. Cohan)女士进行了交流。樊玛丽教授曾经担任联邦检察官和联合国国际刑事法庭的副职法律官员,2010年加盟法学院。莫莉女士曾经在西雅图辩护人协会工作了近30年,来法学院工作之前担任华盛顿辩护人协会的培训协调人。我们从交谈中获得的主要信息包括:(1)非法证据排除规则在死刑案件中起很重要的作用,是辩护律师提出动议的重点。(2)在美国,大约有18个州废除了死刑。由于实践中死刑适用的主要对象为少数族裔和贫困人群,加之死刑案件诉讼成本高昂,让一些州接受了废除死刑。此外,启动了无辜者洗冤项目,通过DNA测试还无辜者清白,最近有几个成功的案例。(3)死刑执行的主要方法是注射,其他州有替代性的方式。有些药剂供应商不愿意供应药剂。华盛顿州虽然有死刑判决,但实际上没有执行。(4)在美国,存在着印第安人、亚利桑那人、新墨西哥人等少数民族,他们的正义观不同于白人的正义观。在华盛顿州,一个少数民族部落有自己的司法制度和司法体系,在美国其他州也有这样的部落,这些部落的司法管辖权与联邦的司法管辖权存在冲突;这些部落与州分割司法管辖权。(5)辩护律师一般不建议被告人作证,但被告人经常作证,无论在庭审中,还是在排除非法证据的听审中。(6)在公设辩护人办公室,社工是非常重要的成员,因为在刑事诉讼中除了案件本身之外,还存在一些其他的问题,比如被告人失去监护权之后的儿童保护问题、被告人精神疾病问题等,社工可以帮助处理这些问题。

六、对美国的实践经验的综合分析

历时10天的考察,让我们对美国非法证据排除规则的实践运作有了较为深入、系统的了解,其中一些内容超出了非法证据排除规则本身,涉及到该规则运行的立法、司法以及社会环境。对于我们所获得的丰富信息,可作以下综合性分析:

1. 宪法和判例的作用:在美国,非法证据排除规则以宪法修正案为依据,只有警察的违法取证行为达到了违反宪法的程度,才使用排除非法证据这种救济方法。因为使用这种救济方法会付出高昂的代价——放纵真正有罪的人,这是为了约束政府权力所必须付出的代价。对于其他的违法行为,原则上不宜通过排除非法证据的方式予以惩罚。至于什么样的取证行为属于违反宪法规定的行为,需要通过宪法解释才能加以确定,司法判例在明确宪法规定的含义以及进行扩充性解释、完善和发展非法证据排除规则的过程中起了重要的作用。

2. 法官的独立性:在美国,奉行立法权、行政权、司法权三权分立的原则。确立非法证据排除规则,体现了司法权对

行政权的制约。非法证据排除规则的实施,有赖于法官能够独立行使司法权。美国的经验表明,一方面,法官的任命方式和政治倾向导致“不可能有真正的司法独立,只能说法官具有相对的自主权”,实践中法官的个人背景影响着他们在非法证据排除问题上的尺度;另一方面,检察官和辩护律师均表现出对法官的尊重,在我们旁听完排除非法证据的听审之后,询问检察官和辩护律师如何评价法官的决定,他们说,案件尚处于诉讼过程之中,对于法官的决定,他们不作任何评价。

3. 预防和减少警察违法取证是一项基础性工作:在美国,非常重视警察的道德和责任规范,注重警察的职业培训,并且建立了较为完备的制度。如在西雅图,1999年市政委员会创设了由职业责任办公室、职业责任办公室稽核员和职业责任审查委员会三部分组成的警察责任制度,形成了由调查模式、稽核模式(即监察专员模式)、监督模式组成的混合模式。起初,职业责任审查委员会只有3名成员,现已发展到7名。职业责任审查委员会负责审查控告处理工作的质量,提出与警察责任和职业行为有关的意见和建议;不参与对控告的调查和处理,不能对与具体控告相关的处置或纪律处分施加影响。严格、独立、公正的警察违纪违法责任调查和追究机制,有利于预防和减少警察违法取证现象。

4. 辩护律师对非法证据排除程序的启动:虽然被告人享有要求排除非法证据的权利,但是,如果没有辩护律师的帮助,非法证据排除规则将难以真正发挥作用。在实践中,非法证据排除程序往往由辩护律师启动。在美国,律师的有效帮助是被告人的一项宪法权利,美国律师协会制定了律师有效辩护的标准,其中包括提出合法主张的职责;而律师无效辩护制度^①的构建,导致律师如果没有申请排除非法证据,被告人可能提出律师无效辩护的抗辩,从而激励律师尽可能提出排除非法证据的动议。控方的证据开示为辩护律师提出排除非法证据的动议提供了前提,其中发现警察调查报告中的漏洞成为辩护律师启动非法证据排除程序的源头。

5. 法律援助制度的地位:美国的刑事法律援助基本实现按需要提供律师的模式,无论是重罪案件,还是可能判处监禁的轻罪案件,被告人均有获得免费律师帮助的权利。在实践中,绝大多数刑事案件由法律援助律师(主要为公设辩护人)代理,因此,法律援助的质量成为非常重要的问题。在考察过程中,我们听到了不同的声音:公设辩护人办公室工作人员认为,公设辩护人经常出庭,因而比私人律师经验更丰富;专职调查员协助公设辩护人进行调查,加强了被告方的辩护能力。但是,警察认为,公设辩护人收入低,工作负担重,服务质量不高。此外,与私人律师相比,法律援助律师容易与法官、检察官形成友好合作关系,因而降低了听审的对抗性。

6. 检察官的监督和过滤作用:在美国,由于实行警检一体化,在贪腐等案件中,警察与检察官合作进行调查,检察官指导警察收集证据,能够清楚地知道证据是否以合法的方式取得;在警察单独进行调查的案件中,申请搜查令、逮捕令、窃听令等,通常也会经过检察官,检察官对于侦查行为的合法性,能够起到监督和把关的作用。如果检察官认为证据存在瑕疵或者以非法方式取得,可能主动排除证据,同时降低指控或者撤销指控。在法官进行排除非法证据的听审时,如果警察有不诚信的历史,检察官一般不会将其放在证人席上。在对警察进行培训时,检察官经常担任教官,培训的内容包括引导警察如何进行合法取证。控方不服法官排除非法证据的决定,可以提起中间上诉,辩方则无此权利。

7. 非法证据排除程序:该程序基本上属于“审判前的审判”^②,有着较为完整的诉讼形态,包括辩方提出排除非法证据的动议,控方进行答辩,法官决定是否进行听审;法官主持控辩双方参与的听审,可以传控辩双方的证人出庭作证,法官当庭作出是否排除非法证据的决定;听审体现出较强的审问式色彩,法官扮演着积极仲裁者的角色;听审公开进行,案外的公民可以旁听。如果辩方发现了新证据,可就非法证据排除问题,再次进行听审。

关于证明标准,受访者的说法存在差异。华盛顿西区联邦检察官办公室的布伦勒检察官说,关于排除非法证据的争议属于法律问题,应当适用排除合理怀疑的证明标准;其中的事实争议,如证人是否可信问题,则采用优势证据标准。而新罕布什尔州梅里马科郡高等法院的斯马克法官则说,在联邦,非法证据排除采用优势证据标准;在新罕布什尔州,对于被告人自白,要达到排除合理怀疑的证明标准,其他证据只需达到优势证据标准;新罕布什尔州的标准高于联邦标准。

^① 根据美国联邦最高法院1984年在斯特里克诉华盛顿州(Strick v. Washington, 466 U. S. 668)案中所确立的标准,被指控人如果主张辩护律师在诉讼中的活动属于无效辩护,必须证明:(1)律师的辩护低于合理的客观标准,即根据一般性的职业标准进行衡量,律师在诉讼中的行为明显地“不合理”;(2)如果律师不犯非专业性错误,将会有诉讼结果不同的合理的可能性。这两项标准适用于所有案件,包括死刑案件。

^② 庭审前进行非法证据排除听审的好处主要包括:(1)减少审判中对于警察与定罪不直接相关的行为的争论,避免审判因为这样的补充性请求而中断;(2)可防止陪审团接触到违宪证据,而不得不宣布审判无效;(3)有利于控辩双方,他们在审前就知道哪些材料会或不会作为证据进入审判;(4)一旦动议被采纳,可能导致控方撤销指控,可避免司法资源浪费;控方也可能改变控诉意见或者补充没有受污染的证据。参见[美]伟恩·R·拉费弗、杰罗德·H·伊斯雷尔、南西·J·金《刑事诉讼法》(上册),卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第581页。

华盛顿西区联邦地区法院的拉斯尼科法官也说,在联邦,非法证据排除采用优势证据标准,印证了斯马克勒法官的说法。^①

8. 非法证据排除的类型:警察、检察官办案不依赖于嫌疑人、被告人的自白,指控证据体系以实物证据为主,而实物证据通过搜查等方法进行收集,因此,在实践中,辩护律师经常就搜查的合法性提出异议,包括搜查是否存在合理依据、是否超出令状授权范围进行搜查、无证搜查是否存在合理的例外等。其次,辩护律师有时申请排除非自愿的自白,主要涉及逮捕嫌疑人时是否告知米兰达警告,如果没有告知,将导致口供被排除,而嫌疑人是否受到逮捕、是否受到正式盘问常常成为争议的焦点;在讯问方式上,警察可骗人、但不可威胁,通过威胁手段所获证据原则上将被排除;偶尔存在警察以酷刑方式取证,何为酷刑,由法官进行判断。在美国,对嫌疑人、被告人进行逮捕、搜查、窃听,原则上均需法官签发令状,法官签发令状是否具有必要性和令状主义的例外情形成为辩护律师提出非法证据排除动议的重点区域。

9. 死刑案件的特殊性:在死刑案件中,辩护律师提出排除非法证据的动议,是律师进行有效辩护的重要方式,美国律师协会专门就死刑案件律师有效辩护的标准进行了规范,促进了非法证据排除规则在死刑案件中的运用。由于实践中死刑适用的主要对象为少数族裔和贫困人群,因此,死刑案件中的辩护律师大多为法律援助律师,他们的服务质量有待进一步提高。死刑案件通常由大陪审团起诉、小陪审团审判,大陪审团在夯实控诉证据方面被认为是有利于检察官的制度设置,非法证据可能在该程序中被剔除;为了保障非法证据不被小陪审团成员看见或听见,以免影响他们的判断,排除非法证据的争议原则上通过审前听审程序进行处理。

10. 科技发展带来的挑战:取证方式合法与非合法的界限由宪法和判例法进行规范,随着科技的发展,不断出现没有先例可循的新情形,如对电脑进行搜查,电脑中存有大量资料,是否可以搜查全部资料?如何确定搜查的合理范围?搜查时发现手机,是否可以看手机中的记录,还是必须申请新的搜查令?等等。采用特殊侦查手段时,科技发展带来的挑战更为明显,新的科技手段层出不穷,这使得非法证据的认定变得更为复杂。取证方式合法与非合法的界限划定,涉及如何平衡政府权力与个人权利之间的关系。

11. 非法证据排除规则的运用比率:在新罕布什尔州,公设辩护人办公室的纽曼先生说,大约有20%的案件,辩护律师提出排除非法证据的动议,法官排除率小于5-10%;而梅里马科郡高等法院的斯马克勒法官则说,大约有30%的案件,法官进行非法证据排除的听审;80%的动议被驳回。华盛顿西区联邦地区法院的拉斯尼科法官说,在联邦,排除非法证据动议的采纳率低于各州;在他十余年的职业生涯中,采纳率为零。这是法律职业者印象中的数据,不一定准确,但大致反映了非法证据排除规则在美国的运用情况。

七、美国的实践经验给予我们的启示

非法证据排除规则是现代刑事司法中最具标志性的制度之一,该规则在我国的确立,是不断通过论辩,在发现真实和保障人权之间进行价值权衡与选择的产物,它承载着保障公民基本权利、维护司法的纯洁性以及遏制违法侦查行为等价值期待,同时它的有效实施伴随着极可能使有罪之人逃脱法律制裁从而不利于维护社会治安的代价。非法证据排除规则在我国的实施目前面临着排除范围狭窄、排除标准不明确、排除程序不完善等内在缺陷和偏重发现真实的诉讼价值观、职权主义的诉讼模式、以口供为中心的证明模式以及公检法三机关配合有余、制约不足的外在环境的制约,导致非法证据排除难成为司法实践中的突出现象^{[1][2]}。如何让非法证据排除规则有效运作,成为困扰我国刑事司法实践的一大难题。美国的实践经验可以给予我们一些有益的启示。

1. 重视宪法规范的引领作用:在我们考察的过程中,令人印象深刻的是,几乎所有的被访者都会提到美国联邦宪法修正案第4条、第5条和第6条,这表明非法证据排除规则的价值定位非常鲜明——它是一项保障公民宪法权利的法律制度。宪法决定了非法证据排除规则中的实体性规则,并且使之在全美范围内标准化;警察采取侵犯公民宪法权利的方式取证,将会导致所获证据被排除;对于其他的违法或者不当行为,则不必采取排除所获证据的惩戒措施。非法证据排除规则与宪法之间的紧密关联,使司法人员和普通公民在观念上都非常重视公民的宪法性权利。而在我国,宪法未对反对被迫自证其罪原则和搜查、扣押、监听的司法审查制度作出规定,宪法对于公民人身权、财产权和隐私权的保障尚不充分,法院在裁断是否排除非法证据时,难以援引宪法作为直接依据,弱化了非法证据排除规则在刑事司法体系中的重要性。党的十八届四中全会决定提出要“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系”,未来可以考虑强化公民基本

^① 后一种说法较具可靠性。在《刑事诉讼法》一书中,美国学者拉费弗等对于非法证据排除中的证明标准问题作了详细介绍,包括:关于自白,联邦法院和许多州使用的是优势证据标准,其他州在州法律层面上坚持排除合理怀疑或者清楚而有说服力的标准;关于搜查和扣押,排除证据听审中有约束力的证明标准应当不超过优势证据标准;关于辨认,需确立清楚的和令人信服的标准。参见上注同书,第592-593页。

权利的宪法保障,将反对被迫自证其罪原则和逮捕、搜查、扣押、监听的司法审查制度写入宪法,以为非法证据排除规则的完善和发展提供宪法性依据,实现宪法和刑事诉讼法(俗称“小宪法”)在保障犯罪嫌疑人、被告人权利方面的互补与相互增强。

2. 实现警察、检察官、法官、律师之间的良性互动:非法证据排除规则深植于美国的刑事司法体制之中,已成为其司法文化的重要组成部分。非法证据排除规则不是一个简单的制度,它是多种价值和利益平衡与选择的结果。非法证据排除规则的有效运作具有综合性,涉及到刑事司法的各个部分,离不开警察、检察官、法官、律师之间的良性互动。该规则的存在,使得警察更加理解自己的角色,大大提高了警察执法的专业性和规范性;警检一体化的机制,强化了检察官对于警察合法取证的引导和监督;法官独立和中立的司法审查,使其在遏制非法取证行为、救济公民权利中发挥着举足轻重的作用。尽管被指控人有权提出排除非法证据的动议,但实践中往往由律师代理;如果没有律师的帮助,非法证据排除的听审程序将难以顺利进行。在我国,非法证据排除规则的有效运作,有赖于警察、检察官、法官、律师各尽其责,彼此尊重,良性互动。警察要从源头上遏制非法证据的产生,通过加强培训、提高素质、严格责任等方式,从根本上解决非法取证问题;对于非法取证现象要进行多渠道的综合治理,完善的警察违法违纪责任追究机制即是有效渠道之一,这样可以缓解通过排除非法证据遏制警察违法行为的压力;此外,还应当重视警察的诚信建设,防止警察在非法证据排除听审时说谎。检察官在审判前程序中应当履行法律监督职能和客观公正义务,在侦查监督、批准逮捕、审查起诉等诉讼活动中主动排除非法证据。法官要不断强化自主裁判和司法权威,敢于排除非法证据。律师要运用智慧和勇气激活非法证据排除程序并进行有效辩护,而扩大法律援助的范围、提高法律援助的质量,对于非法证据排除规则的有效运作,具有基础性地位。可以说,非法证据排除规则触动了我国公检法机关与律师之间最深层次的矛盾和冲突,因此,该规则的有效运作最终离不开刑事司法体制的改革。

3. 明确合法证据与非法证据的界限:在美国,通过联邦宪法修正案规定了排除非法证据的种类和原则,又通过司法判例进一步厘清了合法证据与非法证据的界限,对于一些有争议的问题,如搜查的合理依据、无证搜查的例外情形、以威胁或欺骗方式获取口供、窃听的必要性等等,均有相关判例进行指导,有力地保障了非法证据排除规则的有效运行。关于区分合法证据与非法证据的标准,既有实体标准(如搜查的合理依据、自白的自愿性、窃听的必要性),又有程序标准(如是否告知米兰达警告、是否持有令状),其中的程序标准相较实体标准更易操作,为法官适用非法证据排除规则提供了便利。而在我国,在犯罪嫌疑人、被告人供述的排除上,将排除的范围限定在“采用刑讯逼供等非法手段收集的犯罪嫌疑人、被告人供述”,未能强调“任意性”标准,是一种最低限度的排除,而是否存在刑讯逼供及相当于刑讯逼供的侦查行为,在法庭上很难进行证明^①。如果能够确立自白任意性规则,辅之以赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,将能有效破解证明难的问题。关于物证、书证的排除,我国法律规定了极为严格的条件,即必须同时具备违法性、严重危害性和不可补救性,方能予以排除。加之刑法对于搜查、扣押、冻结等措施的采用未规定严格的限制性条件,不存在司法审查制度,导致取证合法的标准过低,因此,“有限的实物证据排除规则”很大程度上仅具有象征和宣示意义。关于违法窃听所获证据的排除问题,刑法没有作出明确规定。美国的实践经验表明,在非法证据排除程序中,因为证明对象是警察取证行为的合法性,所以首先需要明确合法与非法的标准;如果标准不明确或者过低,将很难对“非法证据”予以排除。在我国现阶段,由于非法取得的犯罪嫌疑人、被告人供述为排除重点,可考虑通过司法解释和指导性案例尽可能明确合法口供与非法口供的界限。

4. 充分认识法官行使自由裁量权的重要性:成本与收益分析是非法证据排除规则争论的重心,这就决定了在排除非法证据问题上,有必要采取绝对排除与相对排除相结合的做法,相对排除需要法官在个案中通过综合考虑各种因素、权衡各种利益后作出是否排除证据的决定。在美国,“排除规则虽然是从宪法演化而来的,但必须被认为是法官创制的规则”。^②法官通过一系列的判例,明确了非法证据排除规则的适用范围,但又创设了大量的例外,如善意的例外、最终必然发现的例外等,缩小了该规则的适用范围。从总体上看,法官在运用非法证据排除规则时,仍然存在着较大的自由裁量空间。我们在华盛顿西区联邦地区法院旁听的案件,即体现了法官自由裁量权的运用。在被告人要求进行“弗兰克斯听审”但检察官反对的情况下,法官决定启动非法证据排除的听审程序;该案所涉及的争议——警察向治安法官申请签发窃听令时,提供的材料不完整、不全面,是否因此导致窃听所获信息应被排除,并无先例可循,主持听审的法官最终

^① 最高人民法院陈国庆检察官指出,在司法实践中非法证据排除存在“三难”,即查证难、标准难、排除难。参见卞建林、杨宇冠《非法证据排除规则实证研究》,中国政法大学出版社2012年版,第110-111页。

^② See Stephen J. Markman, *Six Observations on the Exclusionary Rule*, 20 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 423, pp. 425-426(1997). 转引自郑旭:《非法证据排除规则》,中国法制出版社2009年版,第61页。

作出了驳回被告方动议的决定。可见,在非法证据排除问题上,体现了原则性与灵活性的结合,法官享有较大的自由裁量权。在我国,非法证据排除规则在类型上被分为针对非法言词证据的强制性排除规则、针对非法实物证据的裁量性排除规则和针对瑕疵证据的可补正的排除规则^[3]。实际上,除了对采用刑讯逼供及相当于刑讯逼供的手段所获口供实行强制排除之外,其他的非法证据排除均涉及到法官自由裁量权的行使,如可考虑通过法官行使自由裁量权妥善处理以威胁、引诱、欺骗等方式所获口供、重复自白、毒树之果等的排除问题以及非法证据排除规则运行中的程序性问题,还可考虑通过法官行使自由裁量权激活非法实物证据排除规则和创设违法监听所获证据排除规则。可见,在我国非法证据排除规则的运行过程中,法官具有很大的发挥主观能动性、推动非法证据排除规则发展的空间。

5. 构建完善的非法证据排除程序:在美国,非法证据排除程序通常包括被告方提出动议、控诉方进行答辩,法官决定是否启动听审程序,控、辩、裁三方参加听审,法官作出是否排除证据的决定等环节,听审程序原则上在庭审前进行,由法官独任审理,采取较为简易的方式,诉讼模式总体上偏职权主义。此外,还构建了救济程序,控方可以提出中间上诉;被告方在审判程序结束后,可以提出上诉。较为完善的非法证据排除程序,使得非法证据排除规则具有较强的可操作性,保障了非法证据排除规则的有效运行。在我国,非法证据排除程序尚待进一步完善,如在庭前会议中如何解决非法证据排除问题、法官如何对被告方提出的申请进行审查、被告方未能及时提出排除申请时如何处理、庭审前的非法证据排除程序与庭审中的非法证据排除程序有何差异、法官的裁断结果以何种方式呈现、控辩双方不服法官所作决定如何进行救济等,均需构建具体的诉讼程序予以解决。^①

6. 健全非法证据排除的证明机制:非法证据排除作为与实体性裁判(定罪和量刑裁判)不同的程序性裁判,在证明机制上有别于实体性裁判,适用的证据规则相对宽松。在美国,非法证据排除的证明机制主要包括证明责任、证明标准、证明方式等内容。证明责任原则上由控方承担,但有一定的灵活性,如被告方提出动议必须详细说明排除证据的理由以及寻求何种救济,一个准备充分的动议才会引起听审程序的启动;在搜查和扣押、自白、辨认等不同类型的非法证据排除中,提供证据的责任和说服责任各有不同的分担方式^[4](P. 585-590)。这种细化证明责任的做法,使得证明责任分配理论不仅仅停留于原则性层面,而是具有很强的可操作性。与此相类似,证明标准也是在确定原则的前提下进行类型化规范,一般而言,证明标准在联邦为优势证据标准,各州可以规定更高的标准。在证明方式上,事实争议和法律争议的证明方式存在明显差异:涉及事实争议,证人(包括警察、被告人)出庭作证为重要的证明方式,听审前控辩双方均会进行调查,公设辩护人办公室的调查员和私人侦探协助律师进行调查;涉及法律争议,控辩双方以论辩为主,并不需要证人出庭作证。我国在非法证据排除中存在证明难问题,其原因多种多样,如集中于非法口供的排除,证明对象主要为“侦查人员是否进行了刑讯逼供”这一事实争议,而律师缺乏调查员或私人侦探协助其调查取证,听审中证明方式主要为出示讯问笔录、讯问时的录音录像、侦查人员出庭作证等,辩护方的质证手段极为有限。我国学者在研究中通常将证明责任分为举证责任(又称提供证据的责任)与说服责任,认为在非法证据排除中,被告人承担举证责任,而不承担说服责任;控方应当对证据的合法性承担说服责任,且控诉方承担说服责任的证明标准必须达到最高证明标准^[5]。也有学者认为,在法官对排除非法证据申请的初步审查中,被告方承担初步的证明责任;而在法官的正式调查中,公诉方应当承担证明侦查行为合法性的责任,且要达到最高的证明标准^[3]。与我国关于非法证据排除的证明机制的理论探讨与实践运作相比,美国的做法更为灵活、更为具体、也更具有可操作性。

7. 以发展的眼光看待非法证据排除规则:在美国,最典型的非法证据排除规则是排除警察违法搜查和扣押所获得的证据;对于违法自白的排除,则主要适用自白任意性规则。后来,随着监听技术的使用,通过对联邦宪法修正案第4条进行扩大解释,将非法监听所获证据纳入了排除的范围。目前,在司法实践中,刑讯逼供现象较为少见,非法证据排除的重点是实物证据,非法证据排除的争议更多地集中在法律规定和司法解释的模糊地带;此外,科技发展带来的新问题有时超出了宪法和判例法的规范范围,对非法证据排除规则的适用带来了新的挑战。而在我国现阶段,排除非法证据的重点在于采用刑讯逼供等方法所获得的犯罪嫌疑人、被告人供述,这种状况与我国以口供为中心的侦查模式有关。可以预见,随着我国侦查技术的提高和侦查模式的转型,侦查机关办案将会逐渐摆脱对犯罪嫌疑人、被告人供述的依赖,非法证据排除的关注点将会逐步转向口供的自愿性和搜查、扣押、监听的合法性争议,与此同时,新的侦查方式是否构成对公民人身权、财产权和隐私权的侵犯从而导致所获证据应当被排除,将会成为非法证据排除规则适用中的新议题,这或许是一个较为漫长的过程。总体而言,非法证据排除规则作为一项人权保障制度,它的发展与我国人权保护事业的进步密不

^① 关于我国非法证据排除程序应当如何构建的讨论,可参见陈卫东、刘中琦“我国非法证据排除程序分析与建构”,载《法学研究》2008年第6期;陈瑞华“非法证据排除程序再讨论”,载《法学研究》2014年第2期。

可分。

8. 正确看待非法证据排除率及对诉讼结果的影响:非法证据排除规则在司法实践中是否有效运作,非法证据排除率及其对诉讼结果的影响被视为一项重要的衡量指标。在美国,采取多种措施防止警察非法取证;检察官在正式起诉前,已经对指控证据进行了过滤,从而大大降低了被告方提出排除非法证据动议的可能性。在这样的背景下,在州的层面,还是有20-30%的案件,被告方提出排除非法证据的动议,其中5-20%的动议被法官支持,控方因此降低指控或者撤销指控;联邦层面的数据总体低于各州^①。对于进入正式庭审的不足5%的刑事案件,由于非法证据通常在庭审前已被排除,陪审团的裁决将不会受该证据影响,可能间接影响无罪裁决率的高低。根据拉斯尼科法官的介绍,在美国联邦,陪审团审判的案件无罪裁决率并不高。^②在我国,有学者对非法证据排除规则运行的实践状况进行了研究,该研究以中国裁判文书网检索获得的192份裁判文书为基础,对2013年以来我国法院在刑事一审、二审程序中对非法证据排除争议的处理情况进行了分析,得出的基本结论是:法院对于证据的排除总体上显得保守和谨慎,现有的非法证据排除决定大都是在不影响对被告人本身的定罪或者不影响检察机关指控事实成立的基础上作出的,能够敢于因排除非法证据而减少对部分事实认定的案件只是少数。在上述192个案件中,共有13个案件针对被告方申请排除非法证据问题,法院专门召开了庭前会议,并作出了不启动非法证据排除程序或不予排除有关证据的决定;14.8%的案件法院在一审或二审程序中作出了排除非法证据的决定。^③由于中美在非法证据排除的范围、重点和程序等方面存在较大差异,因此不能简单地通过数据对比得出中美非法证据排除规则的实际运作效果孰优孰劣的结论。但是,美国的经验表明,通过典型案例彰显非法证据排除规则的效力,让民众看到因为警察违法取证而导致可能放纵犯罪,其对于司法公正尤其是程序公正的标示意义不可低估,因为它体现了从求真转向求真与求善相结合以及更加注重人权保护的价值追求。

参考文献:

- [1] 张建伟“非法证据缘何难以排除——基于刑事诉讼法再修改和相关司法解释的分析”,载《清华法学》2012年第3期。
- [2] 郭松“非法证据为何难以有效排除——兼及中国非法证据排除的未来”,载《法学论坛》2012年第4期。
- [3] 陈瑞华“非法证据排除程序再讨论”,载《法学研究》2014年第2期。
- [4] [美] 伟恩·R. 拉费弗、杰罗德·H. 伊斯雷尔、南西·J. 金《刑事诉讼法》(上册),卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版。
- [5] 陈卫东、刘中琦“我国非法证据排除程序分析与建构”,载《法学研究》2008年第6期。

Operation of Exclusionary Rule in U. S. and Its Enlightenment to China

Xiong Qiuhong

Abstract: In September 2014, Chinese delegation, constituted of 3 criminal procedure law scholars and 4 defense lawyers, made a field trip to U. S. to investigate into the operation of exclusionary rule. The information gained by this delegation include the role of Constitution and case law, the independent character of judges, measures adopted for preventing and reducing police misconduct when obtaining evidences, the motive of the

^① 我国有学者透过书面资料研究美国非法证据排除规则后得出了如下论断:在美国,法院排除非法证据的情形非常少,只能算作一种例外;21世纪以来,以遏制警察非法行为为目的的排除规则体系在美国呈现消褪之势。参见马明亮“非法证据排除规则与警察自由裁量权”,载《政法论坛》2010年第4期。这样的论断在联邦层面或许有某种可能性,但在州的层面明显与我们在实地考察中了解到的信息不太吻合。

^② 有资料显示,2013年,在美国联邦地区法院,共有91234名刑事被告人进入审判程序,其中7525人作无罪处理(包括法院撤销案件),无罪释放率为8%;法官审判的案件,99人被判无罪;陪审团审判的案件,245人被判无罪。1990年至2013年,无罪释放率从17%下降为8%,呈逐年下降的趋势。资料来源: <http://www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/JudicialFactsAndFigures/2013/Table504.pdf>, 最后访问日期:2014-12-12。

^③ 参见熊路“非法证据排除规则运行实践考察——基于2013年以来192份刑事裁判文书的分析”,未刊稿。

defense lawyers for initiating suppress hearings and possible ways , the status of legal aid , the monitoring and filtering effects of the prosecutor ' s participation , the categories and the focus of the exclusionary rule , the challenges raised by the development of technology and etc. . The lessons we can learn from the American counterpart include: draw attention to the leading role of the Constitution; maintain positive interactions between the police officials , prosecutors , judges and lawyers; draw a fine line between the legal evidence and illegal evidence; realize the importance of using judge ' s discretion in excluding evidence; construct reasonable suppress hearing procedure; improve the evidential mechanisms of exclusionary rule; take a dialectic view on the exclusionary rule in long terms; and properly evaluate the rate of the excluding and the its effect on the result of the litigation.

Key Words: Exclusionary Rule; Criminal Justice Framework; Suppress Procedure; Evidential Mechanism

(责任编辑 于贺清)