

The Chinese Model of
Exclusionary Rules

非法证据排除规则的 中国范式

易延友 著

非法证据排除规则
是公民宪法权利这顶王冠上
璀璨的明珠

本书既有我国非法证据排除规则
确立与发展的全景展现
也有该领域司法实务的数据分析
既有中美两国之间制度差异的深刻比较
也有我国相应制度的完善建议



北京大学出版社
BEIJING UNIVERSITY PRESS

The Chinese Model of
Exclusionary Rules

非法证据排除规则的 中国范式

易延友 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

非法证据排除规则的中国范式 / 易延友著. —北京: 北京大学出版社, 2022. 4

ISBN 978-7-301-32792-0

I. ①非… II. ①易… III. ①证据—研究—中国 IV. ①D925.013.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 273677 号

法律资料分享, docsriver.com

- 书 名** 非法证据排除规则的中国范式
FEIFA ZHENGJU PAICHU GUIZE DE ZHONGGUO FANSHI
- 著作责任者** 易延友 著
- 责任编辑** 王欣彤
- 标准书号** ISBN 978-7-301-32792-0
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-62117788
- 印刷者** 北京中科印刷有限公司
- 经销者** 新华书店
- 650 毫米×980 毫米 16 开本 19.25 印张 228 千字
2022 年 4 月第 1 版 2022 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价** 79.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

序 言

如果把宪法规定的公民基本权利比喻为一顶王冠,非法证据排除规则就是公民宪法权利这顶王冠上的明珠。从2010年开始,随着《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的颁布,我国也将非法证据排除规则这颗明珠正式安在了公民基本权利这顶帽子上。不容否认,我国的非法证据排除规则在很大程度上移植了美国的非法证据排除规则。但是,基于各种原因,这种移植并不完整,而且也仍然处在一个动态完善的过程中。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》颁布,实际上是这一法律移植过程的持续。虽然这一移植的过程已经暂时告一段落,但如果不出意外,将来还会颁布类似的规则,对既有的规则进一步完善,对尚未确立的规则继续移植,或者对已经移植的规则作出限定。

本书试图展现非法证据排除规则确立和发展的全景,是我最近这些年对非法证据排除规则系统性思考的结晶。其中第一章是对美国以联邦宪法第四修正案为基础发展形成的非法证据排除规则的阐释和介绍。第一章后的附录是我与比较法学界的顶级权威、耶鲁大学法学院的达马斯卡教授之间就非法证据排除规则问题的对话。第二章是对美国一个具体案件中非法证据排除规则如何适用的完整呈现。第三章系统介绍了中国非法证据排除规则的形成与特色。第四章则试图在当前主流理论的框架之外,寻求对我国现有非法证据排除规则之立法表述的另类解释,以便非法证据排除规则能够更好

地服务于其设立之初的目标。第五章、第六章都是对非法证据排除规则在我国刑事司法实践中的状况的描述和分析,意在揭示非法证据排除规则在实务中取得的成就、面临的问题及其可能的解决路径。第七章瑕疵证据的补正与合理解释,严格说来并不属于非法证据排除规则领域的论题,但却可以帮助我们正确地划定非法证据排除规则的边界。

以上各章,分别归入三个部分:上篇“他山之石”,包括第一章和第二章;中篇“本土渊源”,包括第三章和第四章;下篇“实效观察”,包括第五至七章。按照最近比较流行的说法,这本书的绝大部分篇幅都是“写在祖国大地上”的。除第一章和第二章以外,其他各章都是在分析、探讨、解释、论证、观察、描述中国自1998年萌芽至2012年全面建立起来的具有中国特色的非法证据排除规则。我认为,所谓将论文“写在祖国大地上”,并不排斥对西方法治发达国家法学理论的应用,更不排斥对相关规则的比较和借鉴。当然,法学虽然没有国界,法学家却有自己的祖国。在经过多年对西方尤其是美国法制的“生吞活剥”之后,我们也确实应当将更多笔墨挥洒在自己祖国的大地上,将更多精力用于观察和反思我们自己的制度,将更多努力用于推动我国相关制度的落地和完善。

从2011年发表关于非法证据排除规则的第一篇论文算起,我对非法证据排除规则的研究到现在已有十年时间。在这期间,我于2013年上半年在耶鲁大学法学院进行了为期不到半年的访问,研究的课题就是非法证据排除规则。在耶鲁大学访问期间,我除旁听法学院课程、阅读图书馆文献以外,还拜访了多位耶鲁大学法学院的教授,旁听并完整地见证了一例非法证据排除申请的听证和裁判,并与多位美国法律界实务人士座谈,对美国非法证据排除规则作了全方位的观察和了解。2016年,我申请了北京市哲学社会科学的重大的项

目,题目也是非法证据排除规则。在2013年至2021年的这八年当中,我还以兼职律师的身份代理了一系列案件,在其中相当大一部分案件中,我都亲身经历了我国非法证据排除规则完整的适用过程。当然,本书内容,均与我代理的那些案件无关;本书立场,也不受我所代理的那些案件左右。相反,在代理案件的过程中,我往往受自己早已接受观念和立场所局限。但是,我也必须承认,那些活生生的案件,的确在我对相关问题进行思考时经常闪现。这些经历,至少可以让我在仰望星空的同时,还可以脚踏实地。

总之,本书既有对我国非法证据排除规则确立与发展的全景展示,也有对非法证据排除规则实务状况的数据分析;既有对我国非法证据排除规则立法表述的意义探求,也有对中美两国之间非法证据排除规则差异的深刻比较,还有对个别制度进行完善的立法建议。所有这些,都反映了我对非法证据排除规则的观察和思索。希望我的这些思索能够帮助人们更加深刻地认识这些规则,同时也能促进立法部门更好地完善这些规则,推动司法部门更好地理解 and 实施这些规则。

是为序。

易延友

2021年12月17日



目 录

上篇 他山之石

第一章 公民宪法权利的刑事程序保护与非法证据排除规则	
——以美国联邦宪法第四修正案为中心的展开	003
引 言	003
一、美国联邦宪法第四修正案规定的实体性权利	004
二、侵犯宪法权利应具备的程序前提	011
三、以第四修正案为中心发展的非法证据排除规则	018
四、非法证据排除规则的理论基础	023
五、非法证据排除规则的适用范围	026
六、非法证据排除规则适用的限制	031
七、中国刑事诉讼中公民宪法权利的保护与非法证据排除 规则	035
结 语	050
附录：非法证据排除规则的历史与理论基础 ——与达马斯卡教授的对话	051
第二章 非法证据排除规则的适用	
——美国康涅狄格州地区法院庭审侧记	058
一、案件事实	058
二、制度背景	060

三、辩方动议	063
四、控方答辩	067
五、庭审对抗	069
六、法官座谈	072
七、庭审结束	077
八、法院判决	078
九、简要点评	083

中篇 本土渊源

第三章 中国非法证据排除规则的形成与特色

——兼与美国规则之比较	089
引 言	089
一、中国非法证据排除规则的历史沿革	092
二、“两个规定”之间的关系	098
三、非法证据排除规则的适用范围	103
四、程序问题和证明责任	114
五、非法证据排除规则的中国特色	121
结 语	130

第四章 非法证据排除规则的立法表述与意义空间

——《刑事诉讼法》第56条第1款的教义学分析	132
引 言	132
一、非法言词证据：从形式解释到实质解释	134
二、非法实物证据：从裁量排除到强制排除	139
三、“实质性瑕疵”的类型化	144
四、间接渊源于违法行为的证据：“毒树之果”的中国 语境	148

五、辩方证据是否排除:看似荒谬的问题	156
结 语	161
下篇 实效观察	
第五章 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	165
引 言	165
一、数据来源与总体情况	168
二、因排除而无罪:明显的进步	173
三、被排除的非法证据种类及原因	179
四、毒树之果	187
五、证明责任	194
六、非法证据排除规则的积极意义	201
七、问题与建议	205
结 语	210
第六章 疲劳审讯的认定与界定	
——以 817 个实务案例为基础的展开	212
一、总体数据的基本分析	213
二、疲劳审讯的性质:理论与实务的见解	219
三、疲劳审讯的认定:基本变量	225
四、疲劳审讯的界定:亮线规则	231
五、疲劳审讯的证明	242
结 语	247
第七章 瑕疵证据补正规则	249
一、瑕疵证据补正规则的规范分析	250
二、瑕疵证据补正与合理解释案例的总体数据	253

三、瑕疵证据补正与合理解释的主要方法	264
四、瑕疵证据排除的主要情形	269
五、瑕疵证据补正规则的完善	276
结 语	283
参考文献	285

上篇
他山之石

The Chinese Model of
Exclusionary Rules

第一章 公民宪法权利的刑事程序保护 与非法证据排除规则

——以美国联邦宪法第四修正案为中心的展开

引 言

非法证据排除规则起源于美国。从内容来看,非法证据排除规则既包括美国联邦宪法第五修正案派生出的规则,也包括第四修正案派生出的规则。其中,第五修正案排除规则主要是基于任何人不得被强迫自证其罪条款而产生的排除规则,第四修正案排除规则主要是基于任何人有权不受不合理的搜查和扣押而产生的排除规则。从目的和功能来看,非法证据排除规则是从公民的宪法权利中派生出来的制度,其目的在于震慑警察的违宪行为,其功能在于保护刑事被告人的宪法权利。换句话说,所有的非法证据排除规则均是出于保证公民的宪法权利在刑事诉讼中不受恣意侵犯而设。可以说,非法证据排除规则本身并非目的,保证公民的宪法权利不受国家机关的恣意侵犯才是目的。因此,如果将公民的宪法权利比喻为大树,则非法证据排除规则就是公民宪法权利这棵大树开出的花。略感遗憾的是,中国的学者们和司法实践部门在被非法证据排除规则这朵绚

烂的鲜花所吸引的时候,却对这朵花背后的宪法权利这棵大树视而不见。或许正是因为这种缘故,中国学者对非法证据排除规则的研究和阐述,仍然让人有雾里看花的感觉。

因此,本章拟将非法证据排除规则放在公民宪法权利保护这一更为广阔的视域之下进行探讨和分析,力图在对被告人宪法权利给予清晰界定的基础上,阐述非法证据排除规则的历史起源、理论基础与规则内容。又因为美国的非法证据排除规则以第四修正案排除规则为主要内容,第四修正案又是以任何人不受不合理搜查与扣押的权利为基础,而我国无论是理论界还是实务界以往的研究和实践均将关注的焦点放在刑讯逼供等非法行为产生的言词证据方面,对非法搜查、扣押这方面的排除规则的研究比较薄弱。因此,本章将以美国联邦宪法第四修正案排除规则为核心来展开。第一部分介绍和分析第四修正案保护的权利内容,借此奠定非法证据排除规则的实体基础。第二部分论述侵犯第四修正案规定的权利需要满足的程序要件。第三部分介绍非法证据排除规则的历史起源及发展进程。第四部分论述非法证据排除规则的理论基础。第五部分论述第四修正案排除规则的适用范围。第六部分论述非法证据排除规则适用的限制。第七部分阐述我国刑事被追诉人依据宪法享有的基本权利,以及《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》确立的非法证据排除规则与美国式非法证据排除规则之间的区别。

一、美国联邦宪法第四修正案规定的实体性权利

美国联邦宪法第四修正案规定:“人民对其人身、住宅、文件、物品享有的不受不合理搜查和扣押的权利,不受侵犯;除非基于经宣誓或具结所保证的适当理由,并且特别地指定搜查的地点,否则不得签

发搜查令,并不得扣押其人身和物品。”〔1〕这一规定就是如今举世闻名的美国非法证据排除规则最主要的宪法依据,其内容包括三大部分:一是该项修正案保护的權利范围,二是该规定约束的政府行为的方式,三是政府官员在以法定形式侵犯这些权利时必须满足的程序要件。由于权利范围和侵犯权利的方式在很大程度上是胶着在一起的,对权利范围的界定很可能依赖对侵权方式的界定,因此本部分对其规定的权利范围、侵犯权利的行为方式进行阐释。

(一) 第四修正案保护的對象范围

第四修正案保护的第一项内容是公民的人身权。“人身”这一概念的范围包括公民的身体、身外之物以及体内之物。例如,当被告人遭到逮捕时,其身体属于第四修正案所规定的保护范围〔2〕;当被告人被警察拍身搜查以确定他是否藏有武器或查看他衣物内的物品时,被告人身体之外的物品如衣服等属于第四修正案的保護范围〔3〕;当被化验血液中酒精含量时,被告人的体内之物如血液等亦属于第四修正案的保護范围。〔4〕

第四修正案保护的第二项内容是住宅。在美国联邦宪法的意义上,住宅并不仅指一般意义上的产权房,而是包括人们用于居住的所有建筑;既可以是长期的居住场所如公寓,也可以是短期的居住场所如旅馆〔5〕;它既包括像车库等附着于住宅的建筑〔6〕;也包括用于开

〔1〕 The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Fourth Amend.

〔2〕 *Chimel v. California*, 395 U. S. 752 (1969).

〔3〕 *Terry v. Ohio*, 392 U. S. 1 (1968).

〔4〕 *Schmerber v. California*, 384 U. S. 757 (1966).

〔5〕 *Stoner v. California*, 376 U. S. 483 (1964).

〔6〕 *Taylor v. United States*, 286 U. S. 1 (1932).

展家庭私人生活相关活动的庭院^[7]；另外根据判例，办公室、商店和其他的商业建筑都属于“住所”的范围之列。^[8]

第四修正案保护的第三项内容是文件(papers)和物品(effects)。其中“文件”包括书信、日记和商务记录之类的私人文件。^[9]“物品”则包括汽车、行李及其他容器、衣物、武器甚至是犯罪的结果等。^[10]然而，“物品”所包含的范围不如“财产”一词所包含的范围广。因此，美国联邦最高法院判定开阔场地既不包括在“住所”范围之内也不包括在“物品”范围之内。^[11]

值得注意的是，根据美国联邦最高法院判例，尽管第四修正案规定的对象是人身、住宅、文件和物品，其真正保护的却不是这些，而是包括人身自由权、作为财产权的住宅权和作为精神性权利的隐私权等在内的权利。

(二) 第四修正案规范的行为类型之搜查

第四修正案宣布，公民的人身和财产不受不合理搜查的权利不受侵犯。但这并不是说政府完全不能对公民的这些权利进行侵犯。相反，如果是合理、合法的“侵犯”^[12]，则并不违反宪法。

根据美国联邦宪法规定，合法侵犯公民人身、住宅、文件和物品的手段包括搜查和扣押。其中搜查是一种即时的行为，扣押则是

[7] *Oliver v. United States*, 466 U. S. 170 (1984).

[8] *See v. City of Seattle*, 387 U. S. 541 (1967).

[9] *Andersen v. Maryland*, 427 U. S. 463 (1976).

[10] *Chambers v. Maroney*, 399 U. S. 42 (1970); *United States v. Chadwick*, 433 U. S. 1 (1977); *United States v. Edwards*, 415 U. S. 800 (1974); *Warden v. Hayden*, 387 U. S. 294 (1967).

[11] *Oliver v. United States*, 466 U. S. 170 (1984).

[12] 在中文语境下，“侵犯”一词通常带有贬义，并且经常被认为都是非法的。但为论述之方便，本书将“侵犯”区分为合法的侵犯和非法的侵犯，因而是在中性的意义上使用“侵犯”一词。

一种持续的状态。对于搜查的界定,美国法律经历了一个发展的过程,以凯茨案(*Katz v. United States*)为分界标志。在凯茨案件之前,美国奉行的是以财产为中心的约束机制,即,法律对政府侵犯公民权利的约束仅限于政府对公民住宅的物理性侵入行为。这一机制以 *Olmstead v. United States* 案为标志。这个案件中联邦雇员在没有搜查令的情况下监听了被告人与他人的谈话。联邦最高法院判定该案中被监听的谈话内容不属于第四修正案保护的范畴。其理由是:谈话不属于人身、住宅、文件和物品;住宅受保护,但是耳朵、眼睛不能实施“搜查”。^[13] 因此,该理论被称为“侵入理论”(trespass doctrine)。

这一立场在凯茨案中被抛弃。该案中,被告人被指控通过电话从洛杉矶向迈阿密和波士顿传递赌博信息。法庭上,控诉方向法庭出示了警察在公用电话亭安装的录音器录制的信息,显示被告人使用该公用电话向其他人传递违法信息。被告人对这一证据提出反对,指出其违反了第四修正案。控诉方指出,被告人使用的公用电话亭是玻璃制造的透明电话亭,因此无所谓隐私权保护的问题。法庭认为:第四修正案保护的是“人民”,而不是“地方”;尽管被告人在电话亭打电话的动作能够被公众看到,但是被公众听到其打电话的内容却是被告人所不希望的;这与在朋友家里、在出租车上打电话不一样,一个人进入电话亭,将门关闭,然后开始打电话,当然可以确信无疑地认为其不希望自己的谈话内容向世界广播。因此一个人在公用电话亭打电话可以期望受到第四修正案的保护。如果对宪法作狭隘的解读,就是忽略公用电话对于私人交流的重要作用。^[14]

[13] *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438 (1928).

[14] *Katz v. United States*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 389 U. S. 347 (1967).



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

凯茨案确立的是隐私权的合理期待 (reasonable expectation of privacy) 标准。当一个人明知地将自己暴露于公众时,即使他是在自己家中,他也不受第四修正案的保护。但是,当一个人希望保护自己的私生活时,即使他是在公众能够进入的场所,他也是受宪法保护的。根据联邦最高法院的判决,法院在判断公民是否存在对第四修正案规定的权利的合理期待时需要考虑两个因素:一是被搜查的公民是否有自己的行为不受打扰和不被窥探的意愿;二是普通公众是否认为该公民在此种环境下的行为应当不受打扰和不被窥探。^[15] 其中,前者属于主观因素,后者则通常被认为属于客观因素。

依据“隐私权的合理期待”理论,联邦最高法院对一系列问题作出了明确的规定。其中第一个问题是进入庭院或宅地 (curtilage) 之外无人占领或开发的开阔场地 (open field) 进行搜查是否侵犯第四修正案规定的权利。对此问题,联邦最高法院在 *Oliver v. United States* 一案中判定,开阔场地中不存在第四修正案保护的利益,因此侵入开阔场地的行为不会导致对第四修正案规定的权利的侵犯。^[16] 另外,既然凯茨案开创了科技手段可能导致第四修正案规定的权利受到侵犯的先河,则利用强光手电筒、探照灯、飞机、直升机等手段对私人住宅、庭院、城市道路、绿地等进行搜索时,是否会侵犯第四修正案规定的权利? 对此,联邦最高法院在凯茨案判决之前确立了所谓“肉眼看见规则” (visible to the naked eye),即使用手电筒或探照灯等工具,观察那些肉眼在黑暗中能够看见的事物,也不会导致对第四修正案规定的权利的侵犯。^[17] 联邦最高法院在 *Dow Chemical Co. v. United States* 一案中维持了其在凯茨案判决之前确

[15] *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967).

[16] *Oliver v. United States*, 466 U. S. 170 (1984).

[17] *United States v. Lee*, 274 U. S. 559 (1927).