

德美证据排除规则之放射效力研究*

刘磊

内容提要:从美国法中的“毒树之果”规则的演进以及“沃伦法院”时期的宪法判例看,是否排除“毒果”要视“毒树”与“毒果”之间的因果关系而定。德国的证据禁止规则包括证据取得之禁止与证据使用之禁止,证据取得之禁止与证据使用之禁止都可以产生放射效力,其“假设的侦查”理论与美国判例观点相似。我国引入“毒树之果”规则具有一定的可行性,可以从刑讯逼供来寻找改革的突破点,赋予法院排除“毒果”的权力,我国法院应当运用平衡理论来审查衍生证据与违法证据间的因果关系。

关键词:衍生证据 “毒树之果”规则 证据禁止 放射效力

刘磊,苏州大学法学院副教授。

“毒树之果”规则起源于美国联邦最高法院的相关判例,是指对于侦查主体以暴力等手段所获取的“衍生证据”,法院有权排除该衍生证据的适用。自上世纪60年代后,因沃伦法院奉行司法能动主义积极推动民权保障运动,美国联邦宪法中的人权保护条款更广泛地应用于刑事诉讼。从已有的美国宪法判例以观,在是否排除违法取证行为所产生的“衍生证据”问题上,联邦法院司法审查的侧重点是判断违法侦查行为直接产生的证据与“衍生证据”间是否具有必然的因果关系,如果不存在因果关系或者因果关系非常偶然,联邦法院认为可不排除该“衍生证据”。德国证据法则是从宪法上的基本权利着眼,根据被侵害权利的性质以及取证主体的不同,将“证据使用禁止”分为“自主性证据禁止”与“非自主性证据禁止”两种类型后再分别研讨是否排除“衍生证据”,前者是指国家机关的违法取证,后者则往往指个人的非法取证。其实,就人权保护的纵深度而言,美国证据法的实效未必优于德国法。德国排除“衍生证据”的事由是根据宪法基本权利条款的侵犯程度,美国的“毒树之果”则要考虑“当事人适格”理论,即非本人权利受侵害时则不允许当事人提起排除非法证据的申请。^[1]

虽然我国最高人民法院于2010年颁布了新的证据规则,规定法院不得将侦查机关以暴力方法取得的犯罪证据“作为定罪的根据”。不过,我国目前所确立的“非法证据排除”的效

* 苏州大学东吴公法与比较法研究所项目“刑事侦查程序中的人权保障”研究成果。

[1] 参见 Luther E. Jones, “Fruit of Poisonous Tree Doctrine”, *South Texas Law Journal*, Vol. 9, Issue 1 (1966 - 1967), pp. 17 - 22.

力只排除因违法行为直接获得的证据而不适用于其后的“衍生证据”,即我国目前尚未制定美国式的“毒树果实”规则。从欧美国家的相关制度经验来看,要防范侦查机关利用暴力手段获取证据,就必须对“衍生证据”排除进行相应的法律规制,否则侦查主体很容易规避法律。^[2]

一 德、美证据排除规则放射效力的基本内涵

所谓证据排除规则放射效力,是指(非法)证据排除规则的法律效力的具体范围。如果侦查机关以暴力等侵害被告人权而获取证据,该证据很可能会被法院宣告因取证方法违法而不得出示于法庭,但侦查主体随后根据该证据而获得的其他证据是否也同样予以排除即是“放射效力”的基本内容。例如,司法警察未向被告人宣读“米兰达警告”或者剥夺被告律师在场权而获得被告有罪供述,根据美国宪法判例,该有罪供述不得作为法庭的证据使用。但是对于警方根据该有罪供述所获取的其他“衍生证据”(例如藏匿的受害人尸体),美国与德国的宪法法院判例均对之有不同的判例与制度规范。美国对于“衍生证据”以“毒树之果”规则进行规范,^[3]德国则从宪法基本权利推演出所谓的“证据使用禁止”理论来解决上述问题。

(一) 美国法上的“毒树之果”规则的基本内涵

1. 美国“毒树之果”规则的发展与成因分析

在1920年的西尔弗索恩木材公司诉合众国案中,联邦最高法院创设了“毒树之果”理论。^[4]著名的霍姆斯大法官执笔书写意见书,认为“禁止以不当方式取证的实质并非仅仅意味着非法而获的证据不应当被法院采用,而是绝对不得被使用。”^[5]霍姆斯法官创造并解释了“毒树之果”理论,即非法获得的证据不得被用于继续获取其他罪证,只要最先的证据是非法而获得的,那么所有随后根据该非法证据(毒树)获取的新证据(果实)也同样不得被采用。随着上个世纪60年代沃伦法院在保护刑事被告权利方面不遗余力地推动,“毒树之果”理论作为证据排除规则自然延伸而成为刑事被告抗辩侦查机关的利器之一。在著名的Wong Sun v. U. S案中,美国联邦最高法院以5:4的微弱多数正式确立了“毒树之果”规则,^[6]布伦南(Brennan)法官等多数法官认为,由于警方不具有刑事搜查所要求的“相当理由”而对布莱克·托(Blackie Toy)经营的洗衣店进行搜查,从而违反了联邦宪法第四修正案,在性质上属非法搜查,所以警方根据托的口供而从约翰·伊(Johnny Yee)取证而来的海洛因不得作为法院裁判的依据。^[7]该判决以非法搜查得到的口供为条件,对之后获得的新证据(海洛因)加以排除,扩展了证据排除规则之外延,成为美国宪政史上经典而又闪光的判例之一。其后,联邦最高法院对“毒树之果”理论进行深度解释,将以侵犯刑事被告律师权、隐私权、沉默权而产生的二次证据加以排除。在1985年的俄勒冈州诉埃尔斯伍德案上,

[2] Bennett, “Antidote for the Fruit of the Poisonous Tree”, *Baylor L. Rev.* 21 (1969), p. 316.

[3] Bransdorfer, “Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine”, 62 *Ind. L. J.* 1061 (1986-1987).

[4] *Silverthorne Lumber Co. v. U. S.*, 251 U. S. 385 (1920).

[5] [美]史蒂文·L·伊曼纽尔:《刑事诉讼程序》,中信出版社2003年版(英文影印版),第285页。

[6] Bain, Jeffrey, M., “Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed through Its Exceptions”, 31 *U. Miami L. Rev.* 615 (1976-1977), p. 615.

[7] *Wong Sun v. U. S.*, 371 U. S. 471 (1963).

联邦最高法院法官们百尺竿头更进一步,认为如果警方非法取证的口供与第二次陈述(即使是被告人自愿而作的陈述)间存在因果关系则原则排除新的衍生证据的适用。^[8]

美国《宪法》第四修正案规定:“除相当理由、以宣誓或代宣誓保证并详细说明搜查范围和扣押的人或物之外,不得签发搜查和扣押状。”我国学者根据该条文以及其后的第五、第十四修正案,认为“毒树之果”规则的产生与美国联邦宪法条款有必然的联系。^[9]不过,以“毒树之果”规则实际的历史发展进程而论,该观点有值得推敲的余地。虽然早在1791年,美国宪法第四和第五修正案便得到国会批准,但直到上个世纪60年代,证据排除规则及“毒树之果”理论才在实践中确立。美国宪法中的人权保护条款曾有相当长的“睡眠条款”时期,但直至沃伦法院时期,宪法修正案的人权保护条款方才落实。^[10]这其中的主要原因有:首先,60年代前后风起云涌的民权运动在全社会范围内为刑事被告权利的宪法化大造了声势,给了联邦法院的大法官顺水推舟之机;其次,民权运动导致新的利益集团的出现,例如“贫穷被告人援助计划”、“美国公民自由联盟”等,这些利益集团的出现同时使得民权运动呈现多元化趋势,进而要求宪政改革集中在更细致的微观问题上,分权下的联邦法院的地位也因此变得更为重要;再次,此时期的实证社会科学的发展已臻致成熟,根据实证犯罪学的研究,“证据排除法则会导致更多的犯罪或使有罪者逍遥法外”之说已不可信;最后,沃伦执首的联邦最高法院在无数判例中所具有的睿智与学者气质无疑起到了推波助澜作用,“将证据排除规则进行到底”的勇气与宪政智能展现于每一个“毒树之果”的判例中,大法官们提出了著名的“司法廉洁”与“吓阻警察不法”理论。

2. “毒树”与“果实”间因果关系的判断标准

是否所有“毒树”而生的“果实”都被排除于法院裁判基础之外?反对“毒树之果”理论的学者认为,如果一概排除“毒树”之“果实”,将会损害司法正义及真实发现。^[11]例如,著名的卡多佐大法官曾言:“证据不得任意排除,否则岂不因警察的一时疏忽而让罪犯逍遥法外?”^[12]反对证据排除规则及“毒树之果”规则的最重要理由在于绝对的证据排除规则会妨碍犯罪追诉,以此为出发点,反对者以美国联邦最高法院60年代之后的一些判例为依据,将“违法状态中断”、“独立来源”、“必然发现”、“善意、诚实”等事由作为“毒树之果”规则的例外,主张由法官裁量适用“毒树之果”规则,反对绝对地适用“毒树之果”规则。主张“裁量排除主义”的学者则认为是否排除毒树之果,应当权衡考量犯罪的严重程度、警察是否有主观不法、程序违反的频率、违法取证与证据果实之因果关系等若干要素而为之。^[13]

(1) “毒树”与“果实”间因果关系的识别

在 *Wong Sun v. U. S* 案中,联邦最高法院在是否认定 *Wong Sun* 供述的证据资格问题上,

[8] *Oregon v. Elstad*, 470 U. S. 298 (1985). 在该案中,警方根据合法的逮捕证而进入 *Elstad* 的家,在未告知“米兰达”权利的情况下,警方获得 *Elstad* 的第一次口供,之后将 *Elstad* 带到警局,警方宣读了“米兰达”权利,*Elstad* 在其陈述书上签了字。布伦南法官认为第二次陈述是第一次非法口供之果,但多数意见否认二者因果关系(但正说明毒树之果理论已被最高法院接受)。这一判决似乎与 *Wong Sun v. U. S* 案相矛盾,但两案有所不同,本案“毒树”是非法口供,而 *Wong Sun v. U. S* 案中的“毒树”是非法搜查,问题的关键仍在于如何认定“毒树”与“果实”的因果关系。

[9] 汪海燕:《论美国毒树之果原则——兼论对我国刑事证据立法的启示》,载《比较法研究》2002年第1期,第65-66页。

[10] 在1939年的“纳多恩诉合众国”案中,法院宣布:“有时‘毒树’与在法庭上被提供的证据(‘毒果’)之间的联系可以变得就象风吹乌云散。”[美]华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民大学出版社1997年版,第253页。

[11] 参见黄朝义:《违法收集证据之排除法则》,载《中原财经法学》第四期,第68页。

[12] *People v. Defore*, 242 N. Y. 13, 21150 N. E. 585 (1926).

[13] *Yale Kamisar*, “Comparative Reprehensibility” and the Fourth Amendment Exclusionary Rule, 86 *Mich. L. Rev.* 63, 77-78 (1991).

提出了“违法状态中断”概念而承认 Wong Sun 供述之证据能力。但是本案中最高法院只是否认“毒树”(先行的非法搜查)与“果实”(Wong Sun 口供)间的因果关系,最高法院并不认为证据排除规则及“毒树之果”规则本身可以有例外。严格而论,本案中由于“果实”与“毒树”间不具有因果关系,所以问题的关键是是否适用证据排除规则及“毒树之果”规则,而非探讨“毒树之果”规则自身是否存在例外。在 1967 年的 State v. O' Bremski 案与 1984 年的著名的 Nix v. Williams 案中,最高法院将“独立来源”与“必然发现”作为进一步考量“毒树”与“果实”因果关系之标准。^[14] 既使警方先行取证行为非法,但如果某项证据来源于某种独立于本案的证据资料或必然为警方发现,则该证据具备容许性。其后,最高法院又在 Massachusetts v. Sheppard 案中以“善意、诚实”之由承认了瑕疵搜查证下所取证据之资格,认为“毒树之果”规则在此案中不适用。^[15]

(2) “毒树之果”规则是否属于宪法性权利

“毒树之果”规则对联邦各州均具有法律拘束力? 此问题的关键在于该规则是否属于刑事被告之宪法权利,如果是,由于宪法本身所具有的最高权威,将不容许法官裁量或选择适用;反之,则由司法中的法官根据若干要素自由裁量适用。最高法院虽然不认为证据排除规则及“毒树之果”规则本身有“例外”,但联邦法官们是否有义务在所有案件中适用此规则则是一个饱受争议的问题。例如,在 1984 年的 U. S v. Leon 案中,多数判决意见认为:“到目前为止,我们并不认为宪法第四修正案的排除规则存在任何形式的善意例外,但是,我们权衡禁止采纳公诉方付出的代价与得到的回报后,得到的结论是此类证据(善意、诚实搜查而获果实)应当可以采纳。”^[16] 本案中的多数判决意见同时认为,证据排除规则及“毒树之果”规则并非刑事被告的宪法权利而仅是“司法程序创造之救济”。“只要有非法搜查或扣押的产生,便构成对第四修正案的完全违反,但是使用(非法)搜查与扣押的果实并不构成新的对第四修正案的违反。”^[17] 联邦最高法院在本案中认为,只有违反宪法第四修正案的搜查和扣押才有“证据排除规则”自动适用,但是“毒树之果”规则是否强制适用在宪法上无从寻找依据,至于侵犯刑事被告其它权利而获的证据果实(例如违反“米兰达”规则、剥夺被告人的律师在场权等违法行为)既使可能排除其适用,也不能直接适用宪法第四修正案。既然“毒树之果”规则是救济性权利而非宪法性权利,那么是否排除检警先行非法取证行为所衍生的二次证据便由联邦法官权衡决定。^[18] 同时,联邦最高法院也通过一系列判例,将证据排除规则及“毒树之果”规则从民事诉讼、人身保护令程序、反驳证人、大陪审团调查程序、预审程序、保释程序、量刑程序中排除,从而限缩了证据排除规则的适用范围。^[19]

[14] 在 State v. O' Bremski 案中,警察违法搜查被告住宅,在住宅内发现一名 14 岁少女,法院认为该少女之证言独立于非法搜查(少女父母已经报案少女失踪且警察事前已掌握该少女被拘禁在被告住宅),所以具备证据能力。在 Nix v. Williams 案中,Williams 涉嫌杀害一名 10 岁少女,警方“感化”Williams 以获取尸体藏匿地点(Williams 是基督徒):“按宗教精神,尸体得不到礼葬是不合乎教义的。”Williams 于是领警察找到尸体藏匿地点。

[15] 该案中,因正值节假日,没有空白搜查状表格,于是警方拿出一张已经使用过的旧表格,由地区法官对表格进行一番“改写”后,警方以之为搜查法定根据从而取得被告人 Sheppard 杀人之证据资料。Massachusetts v. Sheppard, 468 U. S. 981 (1984)。

[16] 刘晓丹:《美国证据规则》,中国检察出版社 2003 年版,第 189 页。

[17] 参见[美]史蒂文·L.伊曼纽尔:《刑事诉讼程序》,中信出版社 2003 年版,第 309 页。

[18] 也有少数法官认为,证据排除规则及“毒树之果”规则是宪法性规则,例如布伦南大法官在 Massachusetts v. Sheppard 案中作为少数意见表明立场:“警察与法庭不能被视为宪法下的陌路人。”

[19] 参见王兆鹏:《搜索扣押与刑事被告的宪法权利》,台湾翰芦图书出版公司 2000 年版,第 93 页。

(二) 德国证据排除规则放射效力的具体范围

在德国刑事证据法上,并无美国“证据排除规则”及“毒树之果”概念,而是具有丰富内涵外延的“证据禁止”理论,最早为德国学者柏灵(Beling)于1903年提出。虽然,“证据禁止尚未有一个统一的专业用语,在证据禁止的概念下,所有在刑事诉讼中对证据提出没有限制的法律规定均属之。”^[20]证据禁止理论分“证据取得之禁止”与“证据使用之禁止”,前者以限制国家刑事机关之取证过程为目的(例如不当讯问、违反告知义务、侵犯公民特定之拒绝作证权等);后者的目的在于禁止法院使用特定证据作为判决之基础。^[21]两种证据禁止类型间的关系较为复杂,违反证据取得之禁止未必造成证据使用之禁止(例如警方对刑事被告讯问时进行诱供,该供述仍可能作为定罪证据使用),^[22]而不违反证据取得之禁止的证据也会因宪法权利上的考量而产生证据使用之禁止问题(例如私人违法窃听而获证据将会因德国宪法隐私权的规定而被法院排除)。^[23]证据取得之禁止侧重于审查侦查机关在调查取证时的方法、手段是否遵守法定程序,是第一层次问题;而违反证据取得之禁止收集之证据可能会造成证据使用之禁止,属第二层次问题;而适用证据使用禁止后是否排除新证据(衍生证据)才是证据使用放射效力所要研讨的问题,属证据排除法则的第三层次问题。^[24]

证据使用之禁止的射程范围如何?基于宪法权利及“规范保护目的”而于审判中排除特定证据后,由该证据而产生的二次证据是否也予以排除?例如,检警对刑事被告进行刑讯逼供后,从被告人非自愿陈述中获取藏匿尸体之地点及其它证物,可以根据德国《刑事诉讼法》第136条a项以证据使用禁止将其排除,但本案二次证据(尸体及物证)是否也不得作为裁判之依据?有学者认为,如果证据禁止理论不具有放射效力,那么将可能降低侦查取证的检警的风险成本,会刺激检警先以不当方法取证,而后按图索骥或借机寻找二次证据,从而规避证据禁止之效力。

1. 德国证据排除规则放射效力的具体类型

德国刑事证据法将证据使用禁止区分为“自主性证据使用禁止”与“非自主性证据使用禁止”,自主性证据使用禁止以国家机关违法取证为基本要件,非自主性证据使用禁止非以国家机关违法为要件(例如私人暴力取证及以损害公民隐私权为方法而取得的证据),而是直接导源于宪法上公民之基本权利及程序公正之目的。对证据使用禁止放射效力的讨论往往集中在自主性证据使用禁止之放射效力上,对于非自主性证据使用禁止是否也赋予其放射效力?例如,私人以非法拘禁等犯罪手段侵犯公民人身权、隐私权等基本权利后,获取证据线索而取得二次证据是否也产生放射效力适用问题?例如,甲因为美容手术失败而遭毁容,在多次向手术医院索要医疗记录无果情况下采取非法拘禁方式将手术医生乙拘禁并进行殴打,医生乙被迫作书面陈述以及交出医疗记录,甲根据该书面陈述找到护士丙住所并取得丙证言,则丙之证言是否具有证据能力?如果警方合法取得该书面陈述及医疗记录(甲邮寄给警方)后,根据该陈述及记录取得丙之证言,丙的证言是否将被排除?虽然,对于乙

[20] [德]克劳恩·骆克信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第212页。

[21] 林钰雄:《从基础案例谈证据禁止理论与发展》,载《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六十秩晋五华诞祝寿论文集》,1997年版,第9页。

[22] 林钰雄:《违法搜索与证据禁止》,载《台大法学论丛》第28期第2卷,第267-276页。

[23] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小玲译,中国政法大学出版社2004年版,第189页。

[24] 参见林钰雄:《违法搜索逮捕之证据禁止及其放射效力》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝寿论文集》,台湾五南图书出版公司2000年版,第510-513页。

证言是否适用证据使用禁止问题德国学者给予了肯定性回答,^[25]但是本案是否适用证据使用禁止之放射效力则鲜有探讨。如果丙证言为警方合法取得,则丙的证言似乎不应当禁止。因为警方不但未违反证据取得禁止之规定,而且德国联邦最高法院有判例认为证据禁止目的在于规范国家机关行为,本案中即使排除丙之证言,对于促使警方依法取证而言也无积极意义。根据德国法规定,如果丙证言是私人以严重侵犯公民基本权利方式所得,可以基于证据使用禁止规定而否定其所取证据(包括直接所取得证据以及其衍生证据)。另外,证据使用禁止放射效力并不以检警违反证据取得禁止为要件,即使是合法的取证行为也会产生是否适用放射效力的问题。例如警方根据合法的令状而搜查、扣押刑事被告行李,取得了刑事被告的犯罪日记并根据该日记获得衍生证据,则“衍生证据”是否具备容许性仍有研讨之余地。

2. 非自主性证据使用禁止的审查依据——“假设的侦查流程”理论

为了确定“非自主性证据”禁止使用的具体范围,有论者提出了著名的“假设的侦查流程”理论,并曾成为学说与实务的新宠。该理论认为,假设侦查主体在未违法取证的情况下,该证据最终也会为侦查主体所取得,则该证据可以作为裁判之依据,作为证据使用禁止之放射效力之例外。该理论似乎与美国 *Nix v. Williams* 案所确立的“必然发现”规则有着某种相似之处,都认为在二次证据必然为侦查主体收集假设下,因二次证据与先行违法取证行为之因果关系被切断从而具有使用之容许性。但是,该理论因未能言明以何种标准来确定“必然发现”,所以不但饱受学者批评,而且德国判例中真正适用此理论极为有限。“假设流程,乃由事后重构之角度,探求未发生之事的可能性,太过于不确定。”而且,“人神有别,法官又不可占卜,已经发生之确定事实,即使以国家之力,都不易探求真相了,谁又能真正龟筮,根本没有发生之事实如何进展呢?”^[26]目前,“假设的侦查流程”理论并无统一标准,只能通过德国最高法院的判例才能窥见一斑。在违反信件、邮政及电信秘密法的案例中,联邦最高法院承认了证据使用禁止之放射效力。但是,在一个违反《德国刑事诉讼法》第136条a项的案例中,警方派密探潜入牢房获取了被告口供,并以该口供而找到另一证人,德国联邦最高法院判定该证人具备证据资格。对于违反《刑事诉讼法》第100条监听规定而获得的衍生证据(从不合法监听中获取线索而找到新证人),联邦最高法院却又判定该衍生证据具有法律容许性。对于从非法取证而派生的二次证据,德国联邦最高法院拒绝“自动”适用排除规则。^[27]“法院感到自己被授权去‘平衡’被告人利益与执法的利益,因为一个能良性运转的刑事司法系统(意味着那些实际有罪的人都被定罪)被认为是法治国家的要素之一。”^[28]同时,“平衡”论为是否适用证据禁止之放射效力提供了若干标准,主要包括侦查主体主观上是否有“不法”意识、客观上违法取证行为所侵犯公民权利之方法、种类及范围等、刑事被告涉嫌犯罪程度以及犯罪事实本身是否为重罪等。但这些颇值推敲,例如以“犯罪事实之轻重”来权衡是否适用证据禁止之放射效力之说,不但重罪与轻罪界限并非泾渭分明,而且以犯罪轻重来决定是否适用证据使用禁止似乎缺乏宪法依据。其实,以刑事被告角度而论,在

[25] 德国最高法院对于日记是否属于证据使用禁止之范围问题曾有争论,法院认为日记不属“核心隐私领域”,但有判例认定日记可以成为证据使用禁止之内容。参见岳礼玲:《德国证据禁止理论与实践初探——我国确立非法证据排除规则之借鉴》,载《中外法学》2003年第1期,第112页。

[26] 林钰雄:《从基础案例谈证据禁止理论与发展》,第9页。

[27] 岳礼玲:《德国证据禁止理论与实践初探——我国确立非法证据排除规则之借鉴》,载《中外法学》2003年第1期。

[28] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,第189页。

涉嫌重罪前提下对证据规则、程序公正之渴求反而远远超过轻罪之被告人,证据规则的牺牲或妥协会增加重罪刑事被告被误判之危险性。

二 德、美证据排除规则放射效力间的异同

(一)美国“司法克制主义”对“毒树之果”规则的影响

1. “司法廉洁”与“吓阻”理论对“毒树之果”规则的影响

“司法廉洁”理论认为:“若法院于审判中使用警察非法取得的证据,等于法院为政府非法行为背书,也等于容许政府侵犯公民宪法权利,甚至间接鼓励政府的非法行为。”^[29]联邦最高法院在1960年的Elkins案中表达了同样的立场:“联邦法院不应成为故意违反宪法的共犯”,要求法院保持基本的廉洁性。^[30]同时,为了抑制警察的不法侦查行为,联邦最高法院在判例中提出了著名的“吓阻”理论。在1974年的U. S. v. Calandra案中,多数意见认为:“证据排除法则的目标在于吓阻警察非法行为,以此来校正违反宪法第四修正案而为的不合理的搜查和扣押。”^[31]“吓阻”理论重心在于限制政府权力的行使,司法机关有责任与权力审视政府行使权力有无逾越法律界限而损害人权。“虽然其它法律机制,表面上似能防止政府滥权,但历史经验证明刑事处罚、行政处罚、民事赔偿都无法有效遏止政府违法滥权来侵犯人民宪法之权利,唯有将其违法证据排除才是最有效的方法。”^[32]“司法廉洁”与“吓阻”理论似乎铿锵有力地表达了证据排除规则及其“毒树之果”规则的宪法基础,但是“最高法院不是在真空中行使职权的,也不是由奥林匹斯山的神灵所组成的”,^[33]最高法院所奉行的“司法克制主义”(在司法审查问题上有所为有所不为)主导着证据排除规则的演进。其实,“司法廉洁”与“吓阻”理论的重心仅在于规范政府行为,对于第三人权利侵害、私人不法取证以及隐私权保护并不能称得上完善。首先,根据“吓阻”理论,私人通过威胁、暴力等损害公民宪法基本权的取证行为属证据排除规则及“毒树之果”适用范围,因为私人违法取证与警方取证是否“合法”无必然联系。其次,认定政府“合法”的取证行为绝对不产生“毒树之果”问题似乎有商讨之余地。例如,如果警察在主观无过错情况下善意相信电子信息(警方犯罪信息系统显示甲涉嫌A罪)而对甲进行“预防性羁押”,并合法取得甲新罪B罪之供述,但该电子信息事实上因警方过错而将乙之A罪认定于甲(甲与A罪无关),则警方根据甲B罪之供述而取得的证据是否容许其于裁判中采用?根据“司法廉洁”与“吓阻”理论,只要警察告知甲沉默权等权利而合法取得其供述,则该供述及其衍生之证据果实可以作为有罪裁判之证据,因为警察在此类案件中并无过错且取证行为并无不当之处。但是,如果对于警方基于客观上错误的电子信息而合法取得的证据绝对不予排除,将会对程序公正产生一定风险系数,因为这将会给警方信号使其怠于履行保证犯罪信息真实准确之义务(警方可能会故意或过失不删除网络中过期之刑事犯罪信息,使得办案警察可以在主观上无过错情况下合法羁押被告人)。虽然基于电子信息错误而取得证据未必一定导致证据排除规则及

[29] Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961).

[30] Elkins v. U. S., 364 U. S. 206, 222 (1960).

[31] U. S. v. Calandra, 338 (1974).

[32] Potter Steward, The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases, 83 Columbia Law Review 1365-1389 (1983).

[33] [美]亨利·J.亚伯拉罕:《法官与总统:一部任命最高法院法官的政治史》,商务印书馆1990年版,第268页。

“毒树之果”规则的适用,但如果认定只要警方的取证行为是“合法”则一定不产生证据“毒树之果”(严格而论应是“良树之果”)规则适用,似乎有人权保护不周延之嫌。最后,警察取证是否合法在美国刑事证据法上的一个重要的判断标准是是否侵犯被告人权利,只有被告人才可以主张证据排除规则,即“当事人适格”理论,被告人以外的主体(例如受害人)权利是否受到侵害与警方取证行为是否合法无直接关联。在1969年的Alderman v. U. S.案中,美国最高法院认为“第四宪法修正案的权利,只有该权利受侵害之人始得主张……第四宪法修正案之权利为个人的权利,除非自己的权利受损,否则无权主张该权利。”^[34]

2. “权衡理论”——德国排除衍生证据的审查标准

虽然可以根据宪法上人权条款而禁止侦查主体以特定方法取证以及禁止于法庭使用某些特定证据,但是对于“以何种标准进行裁量”并不是很明确。尽管德国宪法理论对于基本人权受到侵害时有所谓“法律保留原则”与“禁止恣意过度原则”来规范,但是证据使用禁止的放射效力问题毕竟只是证据禁止理论的“擦边球”,很难从“法律保留原则”直接推论放射效力的具体射程范围。其实,德国刑事证据法提出证据使用禁止放射效力深受美国“毒树之果”规则影响,德国对于证据使用禁止放射效力的研讨是在“毒树果实”判例之后。^[35]但德国证据使用禁止对于人权保护相对美国法而言却显得较周延,因为对于私人不法取证以及以侵害公民隐私权而获证据可以以宪法为据而推论证据使用禁止的适用,如果以德国法为参照系,美国“毒树之果”规则其实只限于讨论违反证据取得之禁止而获得二次证据的证据能力(“毒树之果”与证据使用禁止是交叉关系),至于与警方取证行为无直接关联的其它主体的取证行为,则不属“毒树之果”规则的适用范围。德国法对于非自主性证据使用禁止提出了若干学说,包括“真实发现”说、“规范保护目的”理论、“权衡”论以及“信息分配”理论,各种学说可谓是琳琅满目,但权衡理论似乎略占上风。由于放射效力毕竟只是证据使用禁止之后的探讨“二次证据”与先行取证行为之因果关系问题,而此因果关系是否成立以及是否构成证据法上排除适用属“间接因果关系”(相对先行取证行为而言,二次证据是“干净的手”而获取的证据),与刑法上行为与结果间的因果关系相似,只有寻找出二次证据与先行取证行为的“相当性”才是放射效力是否适用的关键所在。从德国证据使用禁止的“法律规范保护目的”而言,证据使用禁止侧重点在于宪法基本权利的保障,具体包括“被告诉讼基本权”(缄默权、选任律师权、在场权)、“被告自白任意权”、“拒绝证言权”(包括亲属间、特定职业、公务上、自证其罪四种拒绝证言权)、“禁止违法监听权”、“核心隐私权”等基本权利,对于警方以侵害公民“非基本性”权利(例如根据《德国刑事诉讼法》第81条a项之规定,搜取嫌疑人血液应当由医师进行,但事实上由护士为之)而获取的证据自然可以不予排除。而且,即使是基本性权利受到侵害,也未必构成证据使用禁止及放射效力适用,德国证据法不但要求刑事被告方对此提出抗辩请求,而且必须权衡公平审判与犯罪控制之冲突(运用“假设侦查流程”、“规范保护目的”、“侦查机关可归责性”等理论)而由法官裁量是否排除特定证据。

(二) 德美两国对“衍生证据”的排除奉行适度的“司法克制主义”

德美两国在适用“毒树之果”规则的具体操作问题上,目前均表现出一定的谨慎态度。

[34] 参见 Killian, Bobbi J. “United States v. Crews: Fruit of the Poisonous Tree-A New Wrinkle”, 18 *Idaho L. Rev.* 151 (1982), p. 151-161.

[35] 赵彦清:《受基本人权影响下的证据禁止理论》,载《欧洲法通讯》第5卷,第271页以下。

德美两国不但对于证据排除规则的适用范围有所保留,而且只承认在个别案例中才可以适用证据排除规则的放射效力。首先,从宪法上的司法审查功能而言,两国宪法法院可以在分权基础上对证据规则进行法律解释并发挥主导作用,也由于各自的“法律共同体”的存在,司法过程中法律人可以用“共同语言”来研讨该规则。简言之,德美两国的法官可以充分地发挥宪法解释学功能适时出击以保护人权;其次,虽然德美证据法在衍生证据上都不可免俗地平衡各种司法利益而裁量适用证据排除规则,但是这种裁量有一个最根本的基点,即裁量必须遵循最基本的宪政精义,大法官们的法律解释从未游离于宪法之外(否则宪法权威可能丧失殆尽)。德美的宪法法官们在解释证据排除规则放射效力问题上确实存在差别,但这种差别是“技术理性”层次上的,而非根本司法理念(二战后欧美国家宪法上的司法审查制度已成气候)上的。其次,在“技术理性”层次上,“毒树之果”与“证据使用禁止放射效力”也许是殊途同归,虽然二者的内涵与外延有着很多细节上的不同。例如,“毒树之果”所排除的衍生证据在德国法上对应为违反证据取得禁止后而造成的证据使用禁止以及放射效力之适用,而德国证据取得禁止在功能上与美国的证据排除规则相同(由法院对违法侦查行为进行司法审查)。在放射效力的具体判断上,德美证据法的出发点都集中在侦查主体主观上是否不法(美国法的“善意、诚实”例外在德国法上也受重视)、罪行轻重、是否属“最终必然的发现”情形(美国的 Nix 案与德国的“假设侦查流程”)、排除该衍生证据是否可以“吓阻”警方不法行为等因素。最后,无论是美国法的“司法廉洁”、“吓阻”理论还是德国法上“法官保留”、“规范保护目的”、“信息分配”、“假设侦查流程”理论,都要回归到宪法上基本人权的保护。德美两国对于证据排除规则及其放射效力虽然理论上存在一定差别,例如,德国学者认为美国“吓阻”理论在职权主义模式的德国刑事程序中不易适用,但对于规范侦查机关取证行为、保护公民基本权利不受侵害、对暴力取证进行“程序性制裁”等问题上却有相似性。

三 我国引入“毒树之果”规则的可行性研究

根据 2010《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》之规定,“经依法确认的非法言词证据,应当予以排除,不能作为定案的根据。”根据该规定,我国目前并不强制排除非法言词证据所产生的“衍生证据”。因诉讼模式、国民“报应刑”心理、国家犯罪预防及矫正能力的局限等原因,我国目前对美式的“毒树之果”规则尚持谨慎立场,学界与实务认为如果排除从“非法言词证据”而衍生的新证据,不仅会影响侦查机关的破案效率,还可能会因证据的排除而导致无罪判决率的增高。不过,上述原因并不能成为拒绝深层司法改革的理由。简言之,司法改革既要通盘考虑“中国国情”,更要选择“改革中的可能突破点”并为深层的司法变革创造制度上的累积基础。对于“刑讯逼供”等以暴力侵害刑事嫌疑人、被告人基本人权的取证行为,仅仅将侦查机关获取的“言词证据”进行排除不足以“吓阻”违法侦查行为,唯有将根据非法言词所直接获得的“衍生证据”也予以排除,方能彻底地防范侦查机关进行暴力刑讯。

(一) 权衡理论——我国建构“毒树之果”规则的可能方向

我国构建“毒树之果”规则后,未必损害犯罪的追诉。只要合理建构起非法证据与衍生证据的因果关系审查标准,即可以在人权保护与犯罪控制间进行适度平衡。由于证据排除则所折射的犯罪控制与正当程序的悖论,德美刑事证据法试图从国家权力与个体权利冲

突中寻求平衡,对于“毒树之果”规则适用较为谨慎,其以“独立来源”、“必然发现”或“假设侦查流程”来限制该规则之的适用。我国学人也以之为据,主张在“非法证据排除”问题上进行渐进式改革,适当限制“毒树之果”规则的运用。在所谓司法与实践“两张皮”的刺激下,我国法律学人提出“相对合理主义”式改革路径,“不求最好、但求较好”。^[36] 既然欧美法都限制证据排除规则及其放射效力的适用,我们为何不可以以“裁量排除主义”结合“本土语境”来权衡适用呢?^[37] 我们似乎可以以“相对合理主义”为出发点,把证据排除规则放射效力作为长远理想目标,对“非法证据排除”问题进行渐进式改良。其实,相对合理主义从其理论自身并无不当之处,问题在于相对合理主义这种“大实话”不但难以言明“相对合理”的标准,它致命的学术弱点在于“围点打援”式自我固守。一方面,相对合理主义对于我国刑事诉讼结构性弱点以及现实流弊“围而不打”;另一方面,它固守着自我搭建的“本土语境”,以“拿来主义”为名而拒绝国外的先进法律制度。在证据排除规则及放射效力上,固然欧美刑事证据法权衡各种利益冲突而奉行“司法克制主义”进行适度的裁量,但欧美法官在判例中所表现出的那种以“舍我其谁”书写宪法精义的勇气以及在保护刑事被告人权利抑制政府不法的努力,也许会令我们汗颜。首先,德美的证据排除规则很大程度上是源于宪法基本权利之规定(例如德国证据使用禁止直接来源于宪法规定,美国证据排除规则来源于宪法第四和第五修正案),证据排除规则至少是刑事被告的宪法性权利(虽然美国法否认该权利为宪法权利)之一。其次,德美虽然对证据排除规则放射效力适用有所克制,但其不但都通过判例确认了放射效力的存在,而且对于警察以严重侵犯公民基本权方式取证后所获取的“二次证据”,只要“果实”与“毒树”间具有相当因果关系,将排除其于法庭使用。我国《刑事诉讼法》虽然“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其它非法的方法收集证据”(第43条),但该条文并未明示证据排除规则,至于证据排除规则的放射效力更是无从谈起。再次,在尚未理清欧美证据排除规则及其放射效力之前,我们不能仓促上阵,以片面的“国情论”为由过度宽容法院采纳违法的“衍生证据”,有可能使我们丧失深层次研讨该问题的契机。最后,在放射效力上以“权衡”理论、“必然发现理论”(假设侦查流程)、“独立来源例外”等标准权衡适用该规则固然可以说明“相对合理主义”至少有一席之地,但“相对合理主义”是研讨之结果而非研讨之出发点,德美两国权衡标准仍然是明晰的并要求法官说明理由。

(二)吸收证据禁止理论的合理内核以弥补“毒树之果”规则的缺憾

从上述德、美证据排除规则间的比较而言,德国的证据禁止制度在保护刑事被告人人权上并不逊色于美国证据法。德国的“证据取得禁止”涵盖了取得证据手段之禁止、待证事实主题之禁止、证据调查对象之禁止、相对之证据禁止,美国证据排除仅适用宪法第四和第五修正案下的搜查、扣押与不得自证其罪权,而且对于私人违法取证法律不作评价。另外,“毒树之果”规则与德国证据使用禁止放射效力并不等同,而是把第二层次问题(非自主性证据使用禁止)与第三层次问题(证据使用禁止放射效力)混同。因为“毒树之果”规则的部分其实可归于德国法上的证据使用之禁止而非放射效力,例如前述“独立来源”案中,警方违法搜查而从被告住宅发现少女并以此获取的证据,深入推敲,该案可以视为证据排除规则的例

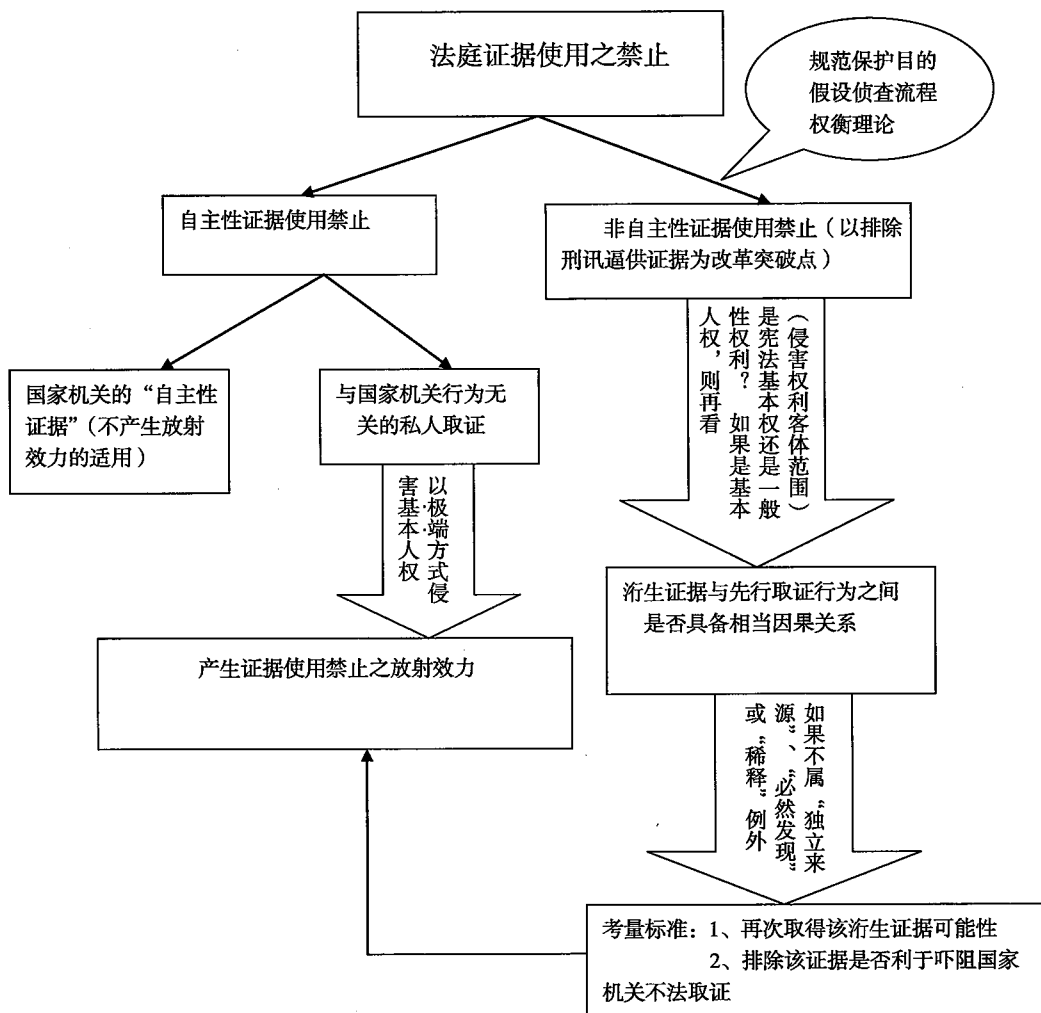
[36] 龙宗智:《相对合理主义》,中国政法大学出版社2000年版,第18-19页。

[37] 参见邱福军:《从信息有限与非法证据排除之矛盾谈起》,载《中国人民公安大学学报》2003年第5期,第45-47页;陈瑞华:《刑诉中非法证据排除问题研究》,载《法学》2003年第6期,第47-49页;肖晗:《完善我国非法证据排除规则的构想》,载《南华大学学报》2003年第3期,第94-95页。

外情形,而非是证据使用禁止放射效力的例外。

(三)我国构建证据排除规则放射效力的具体方案

我国是否有必要建立证据排除规则放射效力?其实,证据使用禁止放射效力因案而异,绝对的肯定说与否定说均属极端之见解,问题的关键在于以何种标准来确定放射效力的射程范围。有学者认为:“虽然祖先曾经中毒,然而衍生好几代的果子,毒性经过几番稀释之后,可能早已不在禁食范围。即使是巡弋飞弹,也有射程距离,不可能无远无尽,更何况是证据禁止呢?”^[38]所以,建构证据禁止放射效力之射程范围应当考量以下因素:一是先行不法取证行为所侵犯权利范围:是宪法基本人权还是其它权利;二是果实与毒树间的相当因果关系是否成立;三是考量排除该衍生证据是否有助于降低检、警违法取证的频率,并产生一定的“吓阻”效果;四是强化判例之功能,这不但是因为放射效力因案而异,更重要的通过判例使得放射效力适用标准更加明晰以达良币驱逐劣币之效;五是在我国目前犯罪率居高不下的现实下,可考虑对控制犯罪的优先性,法院可在权衡嫌疑人涉案程度以及罪行轻重后如果认定该证据排除后不易取得,则可以承认衍生证据之证据能力(具体可参见下图)。



[38] 林钰雄:《违法搜索逮捕之证据禁止及其放射效力》,第510-513页。

[Abstract] The rule of “fruit of poisonous tree” stems from the constitutional case decided during the period of Warren court. Whether the “fruit” will be excluded depends on the causality between the “poisonous tree” and the “fruit”. The prohibitive rule applied in Germany includes prohibition of evidence illegally obtained and prohibition of use of tainted evidence. Both of them can produce ripple effect and the theory of “hypothetical investigation” in Germany is similar to the standpoint of “inevitable discovery” upheld in constitutional cases in the US. Introducing the rule of “fruit of poisonous tree” into China can be conducive to our legal reform to eliminate the practice of extorting a confession by torture. By entrusting court with the power to exclude the tainted “fruit”, and through using balance theory, court will be in a position to examine the causality between derivative evidence and illegal evidence.

(责任编辑:王雪梅)

法包含着一个民族经历多少世纪发展的故事,因而不能将它仅仅当作好象一本数学教科书里的定理公式来研究。为了知道法是什么,我们必须了解它的过去以及未来趋势。

——【美】奥利弗·温德尔·霍姆斯

(Oliver Wendell Holmes, Jr.)