

## 欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度

——以“格夫根诉德国案”为例

孙长永 闫召华

**内容提要:**格夫根案的大审判庭裁决反映出欧洲人权法院在非法证据排除问题上的完整立场,即对通过酷刑获取的任何证据和以非法手段获取的言词证据实行自动排除,对以非人道待遇取得的实物证据根据比例原则决定是否排除,对非法证据的派生实物证据根据利益权衡原则决定是否排除,并以公正审判权作为适用排除规则的重要尺度。在刑事司法准则日益国际化的背景之下,该立场反映了排除规则发展的整体趋势,对我国排除规则的完善有较强的借鉴意义。立足本土法律实践,反思与国际人权基准之间的脱节与落差,将排除规则纳入公正审判权的保障体系,是排除规则发展的大势所趋。

**关键词:**非法证据 比例检验 权衡法则 公正审判权

孙长永,西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授。

闫召华,西南政法大学博士研究生,山东科技大学讲师。

作为保障人权的重要手段,排除非法证据是刑事证据领域最富争议的问题之一。虽然欧洲人权法院对相关申诉的主要审查依据局限于《欧洲人权公约》(以下简称《公约》)第3条和第6条,但在非法证据排除问题上已经通过“申克诉瑞士”、“卡恩诉英国”和“格夫根诉德国”<sup>[1]</sup>等案件形成了泾渭分明的方法,并暗合乃至引领着排除规则<sup>[2]</sup>的发展趋势。本文拟以历时六年、审理过程一波三折的“格夫根诉德国案”(以下简称“格夫根案”)为例,分析和探讨欧洲人权法院处理非法证据可采性问题的基本思路及其对我国的启示。

### 一 案件基本事实及诉讼经过

2002年9月,格夫根绑架并杀害了一名11岁的男孩,后在取赎金时被捕。为了查明人质下落,警察对他进行了威胁。格夫根被迫供述了杀人藏尸的事实,并把警察带到了被害人

[1] ECHR, *Schenk v. Switzerland*, no. 10862/84, 12/07/1988; ECHR, *Khan v. United Kingdom*, no. 35394/97, 12/05/2000; ECHR, *Gäfgen v. Germany*, no. 22978/05, 01/06/2010.

[2] 除非特别说明,本文中言及的排除规则均特指非法证据排除规则。

尸体所在地。警察随后对尸体进行了勘验,并提取了有关物证。其间,格夫根的母亲聘请的律师曾试图与嫌疑人接触,但直到格夫根被从抛尸现场带回后才被允许会见。

被告人在德国法兰克福地区法院初次听审时提出,其在侦查阶段受到的身体伤害和性虐待威胁违反了《德国刑事诉讼法典》(以下简称《刑诉法典》)第136条a款和《公约》第3条,由此申请法院终止诉讼程序或者至少基于暴力威胁的持续性影响而排除其在警察面前所做供述,并禁止使用从非法陈述中派生的实物证据。法庭经过审查,裁定排除了被告人在警察、检察官及法官面前做出的受到了非法取证手段“毒害”的所有陈述,但驳回了格夫根的其他申请。在之后的审判中,被告人承认绑架杀人,并在法庭上重新作了完整的供述。据此,并结合其他证据,初审法院以故意杀人罪和抢劫罪判处被告人终身监禁。

宣判后,格夫根就该案审理中的法律问题上诉至德国联邦最高法院。格夫根认为,作为对联邦法院判例法的发展,联邦法院应当认识到,警察以酷刑相威胁的行为已经不仅仅是一个证据排除的问题,还构成了诉讼程序推进所面临的无法克服的障碍,因此,法兰克福地区法院驳回程序终止申请的裁定是错误的。最高法院以缺乏依据为由驳回了格夫根的上诉,但未对裁定理由作进一步解释。

不久,格夫根又就普通法院的裁定向德国联邦宪法法院提起了违宪之诉。格夫根指出,警方在初次讯问时曾以刑讯和性虐待相威胁,而在该案的特定情境下,这样的威胁行为本身就属于《公约》第3条意义上的酷刑;该行为侵犯了自己依据《德国基本法》第104条第1款享有的在拘禁期间获得人道待遇及免受酷刑的权利,也损害了《德国基本法》第1条所赋予的人格尊严权,完全满足了排除通过该侵权行为直接或间接获取的任何证据的条件。但经过审理,联邦宪法法院于2004年12月14日裁决,对格夫根的宪法诉求不予支持。

2005年6月15日,格夫根申诉至欧洲人权法院,声称他受到的威胁已构成《公约》第3条所禁止的酷刑,尤其是派生实物证据的使用侵犯了他获得公正审判的权利。受理案件后,欧洲人权法院第五分庭在2007年4月的一个决定中部分宣告了格夫根申请的可采性,但一年后又裁决,申诉人不能继续声称是违反《公约》第3条行为的受害人,国内法院的诉讼程序也符合《公约》第6条的规定。2008年9月,格夫根又根据《公约》第43条和欧洲人权法院《法庭规则》第73条的规定,要求大审判庭审理此案。大审判庭在评析申诉人与被申诉人主张、听取第三方意见并参酌第五分庭判决后最终裁决,申诉人虽然仍然可以声称是违反《公约》第3条行为的受害人,但他仅仅是受到了非人道的待遇,而且派生实物证据的使用并未影响审判的公正性。

## 二 排除非法证据的基本立场

针对格夫根排除非法供述的申请,德国法兰克福地区法院强调,由于侦查机关在讯问中使用了为法律所禁止的刑讯威胁手段,因此借由该手段获取的被告人所有供述都不具有可采性。这不仅包括被告人在警察的威胁之下直接做出的初次供述,还包括受到非法手段影响的其他陈述。在该案中,法兰克福地区法院、联邦最高法院和联邦宪法法院均未回答以刑讯相威胁本身是否属于酷刑并进而区分不同非法取证手段对证据能力的影响,但在处理非法证据排除时却表现出对非法手段严重程度的关注。这不仅反映在法院对非法取证手段的持续性效果的分析中,还表现在对非法取证手段是否构成诉讼障碍以及派生实物证据的可

采性的评判上。原因在于,尽管《刑诉法典》第136条a款明确规定,即便是在被指控人同意的情况下也不得采取虐待、疲劳讯问、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等措施,或以刑事诉讼法所禁止的措施相威胁,或以法律没有规定的利益相许诺,但是取证手段违法未必会产生禁止使用证据的效果,“违法证据取得禁止仅是依附性证据使用禁止的最小共通点”。<sup>[3]</sup> 在实践中,判断非法取证手段是否引起依附性证据使用禁止,既要考虑这些措施是否侵犯决定和确认自己意志的自由或者伤害被指控人的记忆力或理解力,又要结合个案情况,权衡被追诉者利益和追诉犯罪维持秩序的社会利益,<sup>[4]</sup> 还要视上诉人的权利范围是已经严重受到侵害还是只属次要性乃至无关重要而定。<sup>[5]</sup>

格夫根申诉至欧洲人权法院后,第五分庭和大审判庭注意到,申诉人与被申诉人对于格夫根受到了警察威胁这一点并无异议:探员 E. 根据长官 D. 的指示,威胁格夫根说出受害人的位置,否则就会由一个受过专门训练的人对其施加酷刑并且不留痕迹,而这个人正乘直升机飞往警局。但除此之外,申诉人提出的性虐待威胁、身体伤害以及强迫赤脚走路等指控没有得到排除合理怀疑的证明。申诉人还援引《联合国禁止酷刑公约》第1条和第15条,主张自己遭受的待遇构成了酷刑,因此建立在通过该手段获取的任何证据之上的审判都是不公正的。而被申诉人则提出,实施威胁是因为警察相信受害人还活着,警察不是为了获取证据,而是为了在万分紧急的情况下挽救受害人的生命。对此,大审判庭强调:

首先,《公约》第3条保护的是民主社会的基本价值,但一种不当待遇要想归属于《公约》第3条的保护范围,必须达到“最低的严重程度”。<sup>[6]</sup> 该“最低严重程度”的评估取决于个案的具体情势,包括待遇的持续时间及其对受害人身体或心理的影响,在某些案件中还要考虑受害人的性别、年龄和健康状况,乃至顾及实施该待遇的动机、目的和背景。在格夫根案中,申诉人一开始拒绝交待罪行,但在受到持续十分钟的威胁讯问后供出了受害人尸体所在地,并在随后的讯问中详细讲述了作案经过。由此,法庭相信申诉人受到的威胁是实际和迫在眉睫的,它使申诉人感到极度恐惧和痛苦。而且,警察的威胁并非自发,而是经过了精心安排。更为重要的是,当时申诉人处于戴有戒具且无律师帮助的处境中。因此,格夫根遭受的威胁已经达到了《公约》第3条所要求的最低限度。

其次,格夫根受到的刑讯威胁仅仅构成了非人道待遇,尚未达到酷刑所要求的残忍程度。正如欧洲人权委员会将酷刑界定为非人道待遇的加重形式一样,欧洲人权法院认为,应当用酷刑概念“给故意并造成非常严重而残忍的痛苦的非常严重的非人道待遇打上特殊的烙印”。<sup>[7]</sup> 具言之,侮辱性待遇、非人道待遇和酷刑之间除了在实施者的主观方面略有差异(即酷刑以故意为要件,而过失也可造成非人道和侮辱性待遇)外,还在严重程度方面呈现出递进关系。如果说侮辱性待遇还有一些特殊要求(比如要求存在对申诉人的粗暴侮辱或驱使其违背意愿或良心而行事),那么酷刑和非人道待遇的区别主要在于严重程度。

[3] 杨云骅:《赔了夫人又折兵——私人违法取得证据在刑事诉讼的证据能力处理》,载《台湾本土法学》2002年第41期,第22页。

[4] 参见 Mireille Delmas-Marty & J. R. Spencer eds., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2008, p. 606.

[5] 参见[德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第216页。

[6] 例如,参见 ECHR, *Gäfgen v. Germany*, no. 22978/05, 01/06/2010, § 88; ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, no. 5310/71, 06/18/1978, § 162.

[7] ECHR, *Gäfgen v. Germany*, no. 22978/05, 01/06/2010, § 90.

当然,严重性的评判是相对的,法院必须参考具体案件的所有情况和各种相关因素来确定。同时,该评判也是动态的,在早期判例中被确定为非人道或侮辱性待遇的行为可能在后来被定性为酷刑(但在过去判例中被认定为酷刑的原则上不会降格为非人道待遇,更不可能在后来被证明为合理)。因此,从早期欧洲人权法院的判例法中得出某种过于僵化的观点是不足取的。<sup>[8]</sup> 在格夫根案中,大审判庭认为,警察威胁讯问持续的时间较短,其直接目的是获取受害人的信息,而实施威胁的动机则是为了挽救人质的生命。在警察的威胁下申诉人虽然交待了杀人事实和受害人尸体的位置,但警察并未在随后的侦查活动中进行二次威胁和采用其他非法手段,因此,从总体上看,尚未达到非常严重而残忍的程度。

最后,就适用排除规则时区分酷刑、非人道待遇及侮辱性待遇的必要性,大审判庭指出,尽管《公约》第3条的禁止性规定是无例外的——即使是在对抗恐怖犯罪、有组织犯罪和个人生命安全受到威胁的紧迫场合,也不得依据《公约》第15条做出任何克减——但这并不意味着酷刑、非人道或侮辱性待遇或惩罚对于证据能力的影响是相同的。作为权利的一种救济方式,是否排除证据或者排除到何种程度取决于案件的具体情况,而其中一个不容忽略的因素就是恶劣待遇的严重程度。因此,尽管使用任何以侵犯《公约》规定之绝对权利的方式获取的证据——即使该证据不具有决定性——都会构成对诉讼程序公正性的严重挑战,但欧洲人权法院也仅仅对以违反《公约》第3条的方法获取的言词证据及通过酷刑获取的证据表明了绝对排除的鲜明态度,而对于以非人道或侮辱性待遇直接或间接获取的实物证据,则倾向于采用较为灵活的“比例检验”标准。根据该标准,对于不同性质的非法取证手段应予区别对待,以便为酷刑和非人道待遇提供“合乎比例”的救济:通过酷刑获取的证据自动排除,而通过非人道待遇获取的证据则要结合个案具体情况来处理。

### 三 派生证据的可采性

在格夫根案的国内审理阶段,法兰克福地区法院明确提出,违反《刑诉法典》第136条a款的侦讯行为不具有“远距离影响”,从而通过非法陈述获取的实物证据并不必然丧失证据能力,而是应当采用“权衡理论”来处理派生实物证据问题,亦即诉诸于个案中的利益衡量。特别需要审查的是非法方法是否公然违反法律秩序、是否明显侵犯被追诉者的基本权利,以及被追诉犯罪行为的恶劣程度。在权衡非法手段(在本案中是以暴力相威胁)对被告人基本权利的侵犯程度和受到追诉的犯罪行为(在本案中是杀害一名儿童)的社会危害性之后,地区法院认为,排除通过格夫根的供述而收集到的派生证据特别是受害人的尸体及其检验报告是不适当的。无独有偶,德国联邦最高法院也在一个涉及违反《刑诉法典》136条a款的案件中做出过类似决定。<sup>[9]</sup> 不过,在某些案件中联邦最高法院也曾表达过相反观点,赞同或附条件赞同非法手段的远距离影响。<sup>[10]</sup> 实际上,这一问题在德国学界争议颇大。就发

[8] ECHR, *Selmouni v. France*, no. 25803/94, 07/28/1999, § 101.

[9] 参见[德]克劳恩·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第224页。

[10] 参见李倩:《德国刑事证据禁止理论研究》,载《中外法学》2008年第1期;[德]克劳恩·罗科信:《刑事诉讼法》,第223页。

展趋势而言,多数学者倾向于对个案中利益关系的具体分析和权衡,一如格夫根案中法兰克福地区法院的见解。但也有批评者认为权衡理论虽然有利于实现个案正义,但容易导致法律的不安定性和判决结果的不确定性,进而影响被告的辩护权利。

对于非法自白的派生实物证据是否具有可采性这一问题,欧洲人权法院在本案中同在“贾洛诉德国案”<sup>[11]</sup>中一样,没有做出正面回答。大审判庭指出,根据《公约》第19条,欧洲人权法院的责任只是确保各缔约国遵守《公约》各条款,而不是去处理国内法院审理中的事实或法律错误,除非这些错误侵犯了《公约》所保护的权利。《公约》第6条确立了获得公正审判的权利,但并未包含关于派生证据可采性的规则,而且各缔约国排除规则的确切范围和实施状况也存在一定差别。因此,欧洲人权法院原则上不应也无权决定国内法中的所谓非法证据是否具有证据能力。但本案有关《公约》第6条适用问题的评定意见和裁决结果至少表明,欧洲人权法院不赞成确立关于非法取证是否具有远距离影响的绝对规则,而是倾向于基于个案具体情境的综合权衡,亦即通过非法自白获取的实物证据并不必然丧失可采性。具体到本案中,欧洲人权法院之所以“变相认可”以非人道待遇获取的自白的派生证据,主要是基于如下考虑:

其一,本案具体情势和非法手段的特殊性。在本案中,被告虽然提出了受到性虐待威胁和身体伤害等一系列诉求,但能够以排除合理怀疑的标准证明的仅仅是“遭受难以忍受的身体痛苦”的威胁,该威胁的压迫程度和引起的心理紧张相对轻缓,并且非法手段的实施并非是为了获取在随后的指控中使用的证据,而是为了在紧急情况下挽救人质的生命,亦即维护《公约》所保护的另一个核心权利。因此,不宜将其同肉体折磨等量齐观。欧洲人权法院还强调,并无任何证据表明警方为了让格夫根指明实物证据而在被害人尸体所在地以及往返警局的途中实施了二次威胁。因此,初次讯问之后获取的供述及派生实物证据与初次讯问中的威胁之间即使有联系,也较为微弱。

其二,“必然发现性”及派生实物证据的辅助性。警方违反《公约》第3条的讯问行为和某些实物证据的获取之间虽然有因果关系(即警方获取实物证据是胁迫讯问的直接结果),但在决定本案派生实物证据的可采性时,应当适当考虑必然发现性,亦即警察通过独立于刑讯威胁的合法手段是否也“必然”能够发现该证据。此外,审判程序公正性和《公约》第3条绝对禁止条款保护的有效性分析,仅仅在非法讯问方法对定罪量刑结果产生实质影响时才有意义。本案中,法兰克福地区法院的事实裁决建立在格夫根在审判阶段做出的全新自白和未受污染的辅助证据(包括受害人姐姐的证言、敲诈信上的文字、在格夫根住处发现的载有犯罪计划的纸条以及在申诉人住处和银行账户中查获的赎金)的基础之上,有争议的实物证据(受害人死因鉴定结论、在发现受害人尸体的池塘边提取的申诉人汽车留下的轮胎痕迹等)并未直接用于证明申诉人的罪行,而只是用于检验庭审自白的真实性。因此,就争议证据而言,非法讯问方法和定罪量刑结果间的因果链出现了中断。

其三,政府的充足救济和公正诉讼程序的补正。大审判庭认为,被申诉方对涉案警察的量刑与纪律惩戒同侵犯《公约》核心权利的行为的严重性之间不成比例,并且德国法院在处理对申诉人的赔偿问题上未尽到责任,从整体上很难说为申诉人提供了适当的、充足的和有效的救济。尽管如此,法兰克福地区法院、联邦最高法院和联邦宪法法院均已明确

[11] *Jalloh v. Germany*, no. 54810/00, 11/07/2006, § § 106 - 107.

认定,警察对格夫根初次讯问时的威胁违反了《公约》第3条,而德国政府针对侵权行为开展的调查也较为积极有效,基本符合《公约》的要求。而经过调查,两名警察已被迅速定罪并从原来的职位上调离。更为重要的是,为了减少非法取证手段给申诉人带来的不利影响,法兰克福地区法院不仅排除了初次讯问时警方胁迫获取的自白,还排除了格夫根随后在警察、检察官乃至法官面前做出的所有审前供述。再者,在案件审理过程中,德国法院也充分保障了格夫根的知情权、自我辩护权、获得律师帮助权以及对争议证据可靠性提出质疑的权利。

#### 四 非法证据排除与公正审判权

格夫根在向欧洲人权法院申诉时提出,德国地区法院没有排除非法自白派生的实物证据,侵犯了《公约》第6条所赋予他的获得公正审判的权利。对此大审判庭认为,欧洲人权法院虽然不能在排除规则的具体内容上越俎代庖,但对于在该案中使用派生实物证据是否会影响审判公平性必须做出回答。事实上,“《公约》第6条也是来到斯特拉斯堡的申诉人最频繁引用的一项规定”,<sup>[12]</sup>而对于刑事程序而言,欧洲人权法院一个最重要的审查基准就是《公约》第6条第1项即公正审判条款。归根结底,欧洲人权法院所关注的问题是,成员国实行的刑事诉讼程序作为一个整体来看是否违反了公正审判的最低要求。<sup>[13]</sup>但和《公约》第3条的刚性内容不同,公正审判权是一项内容丰富的弹性权利,法庭必须自行斟酌,在处理非法派生证据时采取哪些措施才算为被追诉者提供了公正审判权方面的充分保护。为此,在格夫根案中,大审判庭重点审查了四个问题:

其一,派生实物证据在定罪量刑中的作用。大审判庭重申,根据《公约》第6条评价派生实物证据的使用时必须在诸多相互竞争的价值和利益中寻求平衡。欧洲人权法院当然不赞成以违反《公约》第3条的方式收集证据,或者以侵犯公约权利的方式保护另一种公约权利,但认为在判定使用派生实物证据的公平与否时应考虑取得和使用非法证据的所有相关情况。在本案中,作为对非法讯问的救济,所有审前陈述均已被排除,而发现受害人尸体和提取申诉人打字机等虽然是威胁讯问的直接后果,但并未如申诉人所言,在指认实物证据过程中受到了警方的二次强制。此外,这些实物证据对于定罪量刑并非不可或缺,法兰克福地区法院也只是将争议证据作为辅助证据佐证庭审自白。以上因素已经最大限度地消除了非法取证手段对于案件处理结果公平性的影响。但是,大审判庭同时指出,使用以违反《公约》第3条的方式获取的证据,不管该证据的实际作用如何,都会妨碍审判的公平性。

其二,非法取证手段对庭上自白的影响。在申诉人做出庭上自白前,法兰克福地区法院已经告知其享有沉默权以及所有审前自白已被排除的事实,因此在一定意义上,申诉人已经回复到受胁迫以前的状态。而且,申诉人的陈述是在律师在场时所为,是出于对自己

[12] [英]克莱尔·奥维·莱宾·怀特:《欧洲人权法:原则与判例》(第3版),何志鹏、孙璐译,北京大学出版社2006年版,第190页。

[13] 例如,参见 ECHR, *Gafgen v. Germany*, no. 22978/05, 01/06/2010, § 163; ECHR, *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, 12/05/2000, § 34; ECHR, *P. G. and J. H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, 09/25/2001, § 76; ECHR, *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, 11/05/2002, § 42。

罪行懊悔和担责的心态。虽然供述前申诉人排除派生实物证据的申请刚被地区法庭驳回,但没有证据表明申诉人的自白是证据排除申请失败的直接结果。相反,申诉人的庭上自白涉及派生实物证据无法证明的额外事实,而这些事实证明了他的作案动机和目的。因此,大审判庭不相信如果排除了派生实物证据申诉人就会保持沉默,或者采纳派生实物证据使得申诉人除了坦白罪行别无选择。换言之,侦查阶段的威胁并未对申诉人的庭上自白产生压迫。

其三,辩护权和质证权的保障。第五分庭在裁决意见中表示,根据现有证据,欧洲人权法院不相信当排除派生实物证据的申请被驳回后,申诉人除了在审判中供认犯罪以外别无选择。在国内法院审理中,申诉人的母亲聘请的律师为其提供了全面的法律帮助,申诉人自己也承认“自愿的陈述是出于悔恨”,<sup>[14]</sup>而其庭上自白之间的差异只是反映了辩护策略的改变。同时,他还行使了对派生实物证据的质疑权,尽管法兰克福地区法院在权衡各种利益后采纳了争议证据。大审判庭认同了第五分庭的分析,并进一步指出,国内法院提供了申诉人对争议实物证据可采性的质疑权,申诉人也确实行使了该项权利,而法庭享有证据排除方面的自由裁量权。因此,申诉人的辩护权没有被漠视。

其四,反对自我归罪原则的保障。《公约》虽然没有关于反对自我归罪原则的明文规定,但欧洲人权法院已经通过相关判例<sup>[15]</sup>确认,反对自我归罪原则“乃是国际普世原则,也是《欧洲人权公约》第6条第1项‘公正审判程序’的核心”。<sup>[16]</sup>该原则要求控诉方在证明案件事实时不得强迫任何人做出不利于自己的证言或强迫其承认犯罪。在本案中,大审判庭认为,德国法院的定罪量刑是基于庭上自白,虽然警察通过违法方法间接取得的实物证据未被排除,但并未通过法官的自由心证成为裁判基础,而审前非法自白也均被排除在外。因此,国内审判程序既未侵犯申诉人决定是否自证其罪的自由意志,也未违反人性尊严,从而符合反对自我归罪原则的要求。

综上,欧洲人权法院认定,在格夫根案的特定情境中,通过非法自白获取的实物证据并未对申诉人的定罪量刑产生实质影响,不排除派生实物证据也没有改变申诉人庭上自白的真实性和自愿性,同时申诉人的辩护权和反对自我归罪的特权也得到了应有的尊重。因此从整体上看,国内法院对他的审判是公平的。

## 五 比较分析与借鉴意义

格夫根案的大审判庭裁决反映出欧洲人权法院在非法证据排除问题上的完整立场:在坚持对以酷刑获取的任何证据和以非法手段获取的言词证据绝对排除的前提下,对非人道待遇对证据能力的影响进行比例检验,对派生实物证据则奉行权衡法则,并以公正审判权作为适用排除规则的重要尺度。该立场兼顾了非法手段与证据的关联性(直接性与派生性)、证据种类(言词证据与实物证据)以及非法取证手段的种类(酷刑、非人道及侮辱性待遇)三种变量对证据能力的交叉作用,同联合国人权委员会以及美、法等国对待非法取证手段的态

[14] ECHR, *Gäfgen v. Germany*, § 148.

[15] 例如,参见 ECHR, *Funke v. France*, no. 10828/84, 25/02/1993; ECHR, *John Murray v. United Kingdom*, no. 18731/91, 08/02/1996; ECHR, *Weh v. Austria*, no. 38544/97, 08/04/2004.

[16] 王士帆:《不自证己罪原则》,台北春风煦日基金发行2007年版,第3页。

度基本相同。

联合国人权委员会虽然采用了《联合国禁止酷刑公约》和《公民权利和政治权利国际公约》中对酷刑的广义理解,但在承认酷刑、非人道以及侮辱性待遇或惩罚的递进关系并赋予其不同法律后果方面与欧洲人权法院的做法并无二致。在美国,尽管对非法自白及其派生证据的排除相当坚决,但排除规则也不是一项绝对规则。正如美国联邦最高法院在“美国诉卡兰德拉案”中所指出的,“像其他任何救济手段一样,排除规则的适用严格局限于可以最有效实现其救济目的的那些情形”。<sup>[17]</sup> 面对胁迫、诈欺、诱惑等这些并不会震撼人的良知的非法取证手段,法庭也会考虑排除证据的成本是否会超过对震慑警察违法行为的收效。而且,在卡兰德拉案以后,排除规则出现了“非宪法化”的倾向,<sup>[18]</sup> 联邦最高法院正在逐渐缩小非法证据排除的范围,在对于严重程度低于酷刑的取证手段适用排除规则问题上也加入了更多实用主义的考虑。而作为排除规则的一部分,美国的“毒树之果”规则也正经历着由绝对性的“宪法命令”到“慎重的司法规则”的深刻变革。<sup>[19]</sup> 在确立之初,毒树之果规则的基本内涵是“非法获取的证据不能被用作获取其他证据的途径”;<sup>[20]</sup> 换言之,排除规则不仅适用于违法取证的直接所得,也适用于由此派生的证据。然而,该规则现在却面临着三个严重挑战:首先,“毒树”的范围不断缩小。在“密歇根诉塔克案”<sup>[21]</sup> 中,联邦最高法院将米兰达规则定性为一项不具有宪法属性的预防性规则,对于仅仅违反该类规则的行为可以不提供毒树之果救济。其次,“最终必然发现”原则的证明标准趋于宽松。作为毒树之果规则的例外,通过合法手段最终必然能够发现的证据应当具有可采性。问题在于,和假设侦查流程理论一样,证据的合法取得仅仅是一种假设,因此只有设定较高的证明标准,才能保证排除毒树之果成为原则。然而,在“尼克斯诉威廉姆斯案”中,联邦最高法院仅仅要求检察官以优势证据证明“假设的合法来源”;而在更近的“哈德逊诉密歇根案”中也没有提高证明标准。<sup>[22]</sup> 最后是“毒性”稀释方式的不断增多。毒树与毒果的联系可能因为某些因素的阻隔而变得微弱,但毒果的污染程度和介入因素的净化作用等没有明确的标准,因此自愿行为、追诉者的违法动机、被追诉行为的严重程度乃至排除证据的实际作用都成为法官考虑时的参酌因素。由于以上三个方面的影响,毒树之果规则也正日益成为取决于个案具体情形的权衡法则。法国则借助诉讼行为无效制度规制非法取证问题,即通过宣告违反刑事程序的取证行为无效排除与该行为有关的证据材料。但在法律未明确规定以无效论处的场合,法官在对各种非法取证手段做出无效判定前,必须和欧洲人权法院一样,确信该行为损害了当事人的权益且损害达到了一定的严重程度。

值得一提的是,与美法等国的不同,在英国排除规则的适用更多地依赖于法官自由裁量。英国1984年《警察与刑事证据法》第76条规定,被告人的供述如属于“逼迫获得的

[17] *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974).

[18] 参见[美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C. 迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》,吴宏耀译,北京大学出版社2009年版,第379页。

[19] *Pennsylvania Bd. Of Prob. And Parole v. Scott*, 524 U.S. 357, 363 (1998).

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

[21] *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

[22] *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984); *Hudson v. Michigan*, 126 S. Ct. 2159 (2006). 需要指出的是,联邦最高法院在哈德逊案中承认,相关非法证据的可采性是否属于最终必然发现原则的应用尚存争议。



供述”<sup>[23]</sup>或“不可靠的供述”，则法庭必须排除。如不属于上述情形，法庭则须综合权衡；若认为采纳该项供述会对诉讼公正性造成不利影响，也可以依据第78条予以排除。根据第78条的规定，法庭应当审查包括证据获取情形在内的各种情况，若认为使用该证据将会影响诉讼公正，则不应采纳。在1998年《人权法》实施后，英国法庭在评价以上各类证据的可采性时，还必须考虑证据的取得是否违反了《欧洲人权公约》赋予被追诉者的公约权利。

另一方面，尽管对于公正审判权的规定和理解存在差异，但受刑事司法准则国际化的影响，各国都逐渐开始以各自特有的方式建立起排除规则与公正审判权之间的关联。英国司法机关在早期判例<sup>[24]</sup>中一再重申，法官可以排除控方提交的证据，只要该证据的采用可能使被告无法获得公正审判。1984年《警察与刑事证据法》更是将诉讼公正性明定为法官裁量排除的依据；只要采纳证据将会对诉讼公正产生不利影响，法庭就应拒绝采用。在美国，联邦最高法院最初虽然不承认反对使用非法手段获取证据的权利是包含在正当法律程序中的基本权利，<sup>[25]</sup>但在“威克斯诉美国”、“罗钦诉加利福尼亚”和“马普诉俄亥俄”等案件之后，也开始将证据排除法则视为宪法绝对必要的组成部分。<sup>[26]</sup>从表面上看，与排除规则联系紧密的仅是宪法第四和第十四修正案，卡兰德拉案甚至还动摇了排除规则属于宪法要求的信念，但在实践中，法官裁量排除的根本目的在于消除警察侵犯宪法权利的心理动机和震慑违法取证，以确保宪法第五和第六修正案所规定的公正审判权的实现。近几十年来，大陆法系国家也开始构建“保障真实发现过程并具有社会可接受性的排除规则”，<sup>[27]</sup>并逐渐接受公正审判和正当法律程序观念。因此，其与英美法系在实践中的差异远没有想象中明显。但应当看到，在大陆法系国家，在寻求排除非法证据时，辩护方很少以公正审判权作为自己的法律依据。他们往往需要将自己遭遇到的情形在缜密的程序法规定中对号入座，以获得排除证据的程序性制裁措施。当然，在大陆法系国家也存在将排除规则由程序性错误纠正机制发展为宪法性权利救济机制的趋势。以德国为例，联邦最高法院和联邦宪法法院不仅不断以基本法的权利保障条款扩充非自主性证据使用禁止的范围，还发展出不以证据取得禁令为依据的自主性证据使用禁止，即单独衡量使用某种证据是否会侵害被追诉者的基本权利。2001年修订后的《德国基本法》明确规定了“被告人请求公正审判的权利”，无疑会进一步促使审判公正性成为适用排除规则时的重要考虑因素。

在中国，随着2010年两高三部联合颁布《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《非法证据排除规定》）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《办理死刑案件证据规定》），非法证据排除问题再度成为业内讨论的热点，并引起全社会高度关注。严格说来，我国尚未在法律层面确立排除规则。1979年《刑事诉

[23] 根据第76条第8款规定，“逼迫”包括刑讯、非人道或者侮辱性待遇，以及使用暴力或者暴力威胁（不管是否达到刑讯程度）。

[24] 例如，参见 *Kuruma Son of Kaniu v Reginam*, (1955) 1 AllR 236 (PC); *Jeffrey v Black*, (1978) QB 490; *R v Sang*, (1980) AC 402.

[25] 参见[美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社1997年版，第259页。

[26] *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

[27] [美]米尔吉安·R. 达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第218页。

讼法》第 32 条仅规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”，但对于如何处理非法获取的证据没有做出任何规定。1996 年修订《刑事诉讼法》时众多学者不遗余力的呼吁也未引起立法机关足够重视。直到 1998 年，鉴于非法取证尤其是刑讯逼供的泛滥，最高人民法院和最高人民检察院才在各自关于《刑事诉讼法》的司法解释（以下简称“98 年两高解释”）中低调表明了排除非法言词证据的立场，为非法证据的排除提供了直接依据。但由于缺乏可操作性，加之受侦查水平、司法考评机制及诉讼文化与观念等多重因素的影响，上述司法解释并未从根本上解决非法取证问题，非法证据在很大程度上依然通行无阻。经过长期酝酿和数次争论，《非法证据排除规定》和《办理死刑案件证据规定》最终得以颁行。这两个规定不仅明确了排除规则的适用范围和形式，还较为细致地规定了排除规则适用的程序及公检法三机关在其中扮演的角色，体现出对人权保障和程序正义的重视。但从总体上看，与欧洲人权法院在格夫根案等案件中的的裁决及典型国家的非法证据排除规则相比，两个规定及相关法律和司法解释构建的“排除规则”还略显粗糙。

不管是《刑事诉讼法》还是 98 年两高解释和《非法证据排除规定》，均未对非法取证方法对证据能力的影响加以明确区分。《刑事诉讼法》第 43 条仅仅规定严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，98 年两高解释也只是规定以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人（被告人）供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪（定案）的根据。据此，只要确认收集言词证据的过程中使用了非法方法，司法机关只能排除证据，没有其他裁量余地。而《非法证据排除规定》第 1 条虽然根据证据种类在非法手段的用词上有所区别，即把所有“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述”认定为非法言词证据。表面上看，对所有非法取证手段一视同仁地严格要求似乎可以彰显程序法治的精神，实际上这种整齐划一的规定并不符合诉讼规律。这是因为，威胁、引诱、欺骗等方法和合法的讯问技巧之间并不容易划清界限；即使认定为非法，该方法侵犯了被追诉者何种权益？侵犯到何种程度？有无特殊的实施背景和动因？排除相关证据会导致什么样的后果？显然，这些问题都不适合由法律或司法解释做出非此即彼的简单选择。而且，实践中，对于被追诉者和公众而言，由于受到媒体经常性刑讯报道的耳濡目染，对威胁等刑讯外非法方法的使用也能够容忍，“以同情掩盖违法现象会成为公开的秘密和不正常的常态”，<sup>[28]</sup>从而构成排除规则实施上的障碍。而派生证据的可采性也是我国排除规则的一个盲点。98 年两高解释提出了排除非法言词证据，却并未指明其是否包含从非法证据派生的言词证据。至于非法实物证据（在我国主要表现为由非法自白派生的实物证据），解释中的付之阙如恰是对其可采性的概括认可。《非法证据排除规定》细化了非法言词证据排除的操作规程，但依然未涉及派生证据的可采性问题。尤其是对于实物证据，虽然规定违法取得的实物证据也可以排除，但却做了三重限制，即要求取得方法明显违反法律规定、可能影响公正审判且不能补正或做出合理解释。如此苛刻的要求表明实务部门对待非法实物证据包括派生实物证据的态度没有实质性改变。

此外，在我国以公正审判权为尺度权衡非法证据的排除尚需时日。一方面，“由于传统

[28] 谢晖：《法律信仰的理念与基础》，山东人民出版社 1997 年版，第 477 页。

观念的惯性影响以及传统法律文化的排拒作用,‘公正审判权’这一概念未能从我国刑事司法制度中内在地、自发地生成和繁衍”,<sup>[29]</sup>而对于舶来的“公正审判权”一词,刑诉法学界也尚未充分了解;另一方面,虽然排除规则的理论研究取得了一定进展,但实践中排除规则效力层级较低,内容很不全面,可操作性不强,实施中面临的阻力较大。特别是非法实物证据和通过刑讯外非法方法获取的言词证据,往往陷入“立法中禁止、解释中排除、审判中漠视、社会上宽容”的尴尬境地。尽管如此,国际人权法正通过确立公正审判的最低要求,引导各国建立以公正审判权为核心的刑事诉讼人权保障标准,并已形成“人权基准国际化和普世化的浪潮”。<sup>[30]</sup>因此,立足本土法律实践,反思与国际人权基准的脱节与落差,将排除规则纳入公正审判权的保障体系,应当说是我国排除规则发展的大势所趋。

---

[Abstract] The Grand Chamber’s judgment in the case of Gäfgen v. Germany reflects the basic position of the European Court of Human Rights on the admissibility of evidence tainted by a violation of Article 3, namely, any evidence obtained as a direct result of acts of torture and statements obtained through illegal means should never be relied on as proof of victim’s guilt. While maintaining the use of proportionality test to decide on the admissibility of evidence that can be traced back to an act classified as inhuman treatment, but falling short of torture, the majority of the European Court of Human Rights agrees with the conciliatory view on the real evidence as the “fruit” of statements which was made as a result of interrogation in breach of Article 3—according to which a balancing of interests in particular circumstance of the case has to be kept—and makes a further assessment of the extent and manner by which fairness of the proceedings was affected. With the internationalization of Criminal Justice Standards, the position taken by the Court reflects the overall trend of the development of exclusionary rule and provides us with a valuable reference for the perfection of exclusionary rule of our own. To be based on our domestic legal practice, reflect on gap in terms of international human rights norms and to incorporate exclusionary rule into right to fair trial is the trend of the times of the development of the rule.

---

(责任编辑:廖凡)

[29] 参见熊秋红:《解读公正审判权——从刑事司法角度的考察》,载《法学研究》2001年第6期。

[30] 林钰雄:《刑事程序与国际人权》,台湾元照出版公司2007年版,序言。