

5 刑事诉讼证据--5.3 证据规则--5.3.3 非法证据排除规则

现代任何国家的刑事诉讼法都禁止以违反法律的方式获取证据。然而对非法获得的证据能否取得证据能力，并成为定案根据，却有不同的意见和相异的处置方法。

违法收集的证据，大体上可分为两大类型：一类是以非法方法获取的口供；另一类是违反法定程序(主要是搜查、扣押程序)取得的实物证据。

对这两类证据适用排除规则的一般做法是：

其一，对违法获取的口供应当排除。当代各国刑事证据法普遍禁止将刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取的口供作为证据使用。其基本理由是：(1)以非法方法获取口供对基本人权损害极大，应当严格禁止。而禁止使用这类证据，不使违法者从中获利益，是遏制这类违法行为，保护公民权利的有效手段。(2)以非法方法获取口供亦可能妨害获得案件的实质真实。因为“捶楚之下，何求而不得”，违法获取的口供其虚假可能性较大。排除违法获取的口供的域外法则一般称为自白任意性法则。自白任意性法则要求凡是通过违法或不恰当的方式取得的并非出于陈述人自由意志的自白应当绝对排除。而且，如果对自白的任意性有疑问也应当排除。对自白的任意性，如果自白人方面提出异议，检察官有义务向法庭证明其确属自由意志，可传唤原讯问或询问人员到庭作为证人加以询问。任意性法则早在18世纪后半期就为英国所采用。到19世纪前期，因受法国资产阶级革命人权保障思想的影响，任意性法则受到西方国家的普遍重视。无论是大陆法系，还是英美法系，都把言词证据是否具有任意性作为其取得证据能力的要件。

其二，对违反法定程序获取的物证，适用利益权衡原则。对违法获取的能够证明案件真实情况的物证是否排除，从根本上讲是一种价值选择，或者着眼于保护被告人和其他诉讼参与人的合法权益否定非法取得的证据材料的证据能力，或者为追求本案的客观真实并有效地实现国家的刑罚权而肯定其证据能力，这里体现了现代刑事诉讼中追求实体真实以惩罚犯罪和严守正当程序以保障基本人权两种目的的尖锐对立。美国是严格实行非法物证排除规则的主要国家，它通过一系列判例确定，使用违法的、无根据的搜查和没收所获得的证据，以及通过间接的违法方式发现和收集的证据(即违法获得口供或证言，再由此获得物证，即“毒树之果”)均应排除。但由于犯罪浪潮的冲击，联邦最高法院通过判例对排除规则建立并增加了一些例外的情况，如“最终或必然发现”的证据不适用排除；侦查人员不是明知搜查和扣押是违宪的，即出于“善意”也不适用排除规则。此外，最高法院还进一步提出，警察的非法行为必须与犯罪给社会造成的损失一起衡量。也就是要作利益权衡。英国、德国和法国等西方国家与美国的态度有区别，这些国家并不一般的排斥违法取得的物证，而是注意违法的严重程度以及排除违法证据对国家利益的损害程度，进行利益权衡，同时赋予法官一定程度的对于证据取舍的自由裁量权。当然，由于价值观念的差别等原因，这些国家对违法证据取舍的倾向性也有一定区别。

我国刑事诉讼中的非法证据排除规则：

2010年6月，“两高三部”颁布《[关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定](#)》，对我国刑事诉讼中排除非法证据的范围和程序做了明确规定，由此开始建立中国刑事诉讼中的非法证据排除规则。2012年修改《[刑事诉讼法](#)》后，在法律的层面对非法证据排除规则做了具体规定。《[刑事诉讼法](#)》第56条规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”根据这一规定，可以看出《刑事诉讼法》主要要求排除非法的言词证据，即以刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述。其理由亦如上述，因为言词证据的取证非法，不仅严重违背法律侵犯人权，而且可能产生虚假证据导致冤假错案。但从有关规定的执行情况看，怎样理解刑讯逼供包括变相刑讯逼供，怎样认识“等”即其他非法获取人证的方法，包括怎样看待刑事诉讼法所禁止的“威胁、引诱、欺骗”的取证取证方法，仍属需要法律进一步规范，实践中进一步解决的问题。 [最高法院《解释》\(2012\)第95条第1款](#)规定“使用肉刑或者变相肉刑，或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法，迫使被告人违背意愿供述的，应当认定为刑事诉讼法第五十四条规定的‘刑讯逼供’”

等非法方法’。” 《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（2017） 将以暴力或者严重损害本人及其近亲属合法权益等进行威胁，使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述，及采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，也纳入排除范围。

法律对非法获取的物证、书证的使用条件设置较为宽松。学界普遍认为，对违反法定程序获取的物证一概抹煞其证据能力是不适当的。仅仅因搜查、扣押手续或程序上的小的瑕疵而让重大犯罪丧失定罪条件，未免顾此失彼、因小失大，这种做法尤其在中国社会不会被认可。但另一方面，公民的合法权益又应当受到充分的保障，尤其是随着国家民主与法制的发展，公民的人身自由权、通信自由权、隐私权、合法财产和住宅不受侵犯等权利受到进一步的重视，对这些权利的司法保护更应加强。对违法获取的证据，既不能一概排斥，也不能一律准用，而应依利益权衡原则，视违法轻重以及待证犯罪的轻重予以区别对待。现行法律规定禁止非法获取的物证、书证，需符合违法性、可能严重影响司法公正，以及不能补正与合理解释三项条件。其中，严重影响司法公正，应当包括严重影响程序公正和可能损害实体公正这两种情况。在司法实践中，很难同时实现这三方面要求，因此非法获取的实物证据一般仍具有证据能力。但是，[《刑事诉讼法》](#)的规定毕竟是在程序公正性方面的进步，对规范侦查取证行为有积极的意义。[《刑事诉讼法》](#)、[最高院《解释》\(2012\)](#)和[《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》](#)、[《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》](#)、[《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》](#)对非法证据排除的程序、证明责任、证明标准等问题也作出了规定，从而使我国的非法证据排除规则具有了可操作性。