

3、非法物证的排除

各国做法不一，主要分为三种：

第一种情况：绝对排除：《意大利刑事诉讼法典》第91条“非法获取的证据”规定：“（1）在违犯法律禁令的情况下获取的证据不得加以使用；（2）可以在诉讼的任何阶段和审级中指出上述证据的不可使用性。”

第二种情况：原则上排除，设置例外：美国一度强制排除非法取得的物证，但在20世纪80年代初之后，最高法院修正了在非法证据排除规则上的僵化立场，增加可诸如“善意例外”、“公共安全的例外”、“必然发现例外”、“独立来源的例外”（通过其他方式也可获得）等。

我国新《刑事诉讼法》第54条：“收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，……不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”——例外如何实施？

第三种情况：法官自由裁量排除：

日本——视违法对国家利益损害程度的利益衡量

4、“毒树之果” (fruit of poisonous tree)

- 以违法所收集的证据为线索进一步所获得的证据，是否排除，存在更多的分歧。
- 美国虽然原则上采取排除原则，但最高法院在有关判例中确认了一些例外。
- 英国采取了“砍树食果”原则，即排除被告人供述但并不排除从该供述中发现的证据的可采性。
- 在德国和日本的判例中，则肯定与否定“毒树之果”可采性的判例都曾出现。
- “两院三部”《死刑案件证据规定》第34条：“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证，且与其他证明犯罪事实发生的证据互相印证，并排除串供、逼供、诱供等可能性的，可以认定有罪。”——“毒树之果”不可采

❧ （六）非法证据排除中的证明责任和证明标准

❧ 1、非法口供排除的证明责任和证明标准

❧ （1）在美国，对非法口供的排除，如被告以供述非自愿为由提出排除证据动议，控诉方应当承担证明该供述为自愿供述的责任。

❧ （2）在英国，当辩方对被告人供述的合法性提出异议时，检察官承担证明口供来源合法的责任，并要证明到确信无疑的程度。

❧ （3）新刑法强调控方对证据合法性的证明责任：“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中，人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”（57条第一款）

❧ 第58条确立了非法证据排除的“优势证据”标准：“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第54条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”——就是说，只要“不能排除”存在着非法收集证据的可能性，换言之，只要非法取证的可能性大于不可能性，那么，有关证据就应当予以排除。——这意味着，检察院对证据收集合法性的证明要达到“确信无疑”的程度。

✎ 这与2010年“两院三部”《非法证据排除规定》第11条和第12条的规定是一致的。

✎ “两院三部”《非法证据排除规定》第11条“对被告人审判前供述的合法性，公诉人不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，该供述不能作为定案的根据。”——确实、充分标准

✎ 第12条：“对于被告人及其辩护人提出的被告人审判前供述是非法取得的意见，……检察人员不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，被告人该供述不能作为定案的根据。”——确实、充分标准

✎ 这意味着，检察院对证据收集合法性的证明要达到“确信无疑”的程度，如果不能达到“确信无疑”的证明标准，便“推定”证据收集非法。

⌘ 关于非法证据排除的范围——讨论：

- ⌘ 1. 关键是排除非法口供，检察院要发挥关键作用。2010年最高人民检察院关于适用“两个证据规定”《指导意见》：
 - ⌘ 第一，强化证据意识，明确规定“事实不清的不定案，证据不足的不起诉”（第2条）。
 - ⌘ 第二，全面收集和审查证据。既要收集证明案件事实的各种证据，又要及时固定证明取证行为合法性的证据（第5条）；既要审查证据的内容是否真实、形式是否合法完备，也要审查证据收集过程是否合法；既要依法排除非法证据，也要做好瑕疵证据的审查补正和完善工作（第9条）。
 - ⌘ 第三，加强对侦查活动中讯问犯罪嫌疑人的监督（第14条）。犯罪嫌疑人是否在看守所被提讯，发现所外提讯的，应当及时了解所外提讯的时间、地点、理由、审批手续和犯罪嫌疑人所外接受讯问的情况。发现违反有关规定的，及时提出纠正意见或者检察建议，并记录在案。

❧ **第五，在非法证据审查方面发挥“第一道守门人”的作用。**一是规定了发现侦查人员非法取证后应当采取的措施（第20条）；二是非法取证的范围（第9条）；三是对刑讯逼供证据或线索的核查（第13条）——具有可操作性，但其中“**必要时**”可以询问讯问人员、其他在场人员、看守管教人员或者证人，调取驻所检察室的相关材料的规定，违反了提出任何物证、书证之前都要经过**辨认鉴真**的证据法原理。

❧ **第六，做好证据合法性证明工作，提高依法指控犯罪的能力。**第21-26条规定，对证据的合法性进行证明，是检察机关依法指控犯罪、强化诉讼监督、保证办案质量的一项重要工作。

❧ **三道工序包括：**①收到法院送交的反映被告人庭前供述是非法取得的书面等有料后，**应当及时根据提供的相关证据或线索进行审查。**②庭审中，被告人及其辩护人提出被告人庭前供述是非法取得的四种应对办法。③被告人及其辩护人在提起公诉后提出证据不合法的新证据或者线索，**侦查机关（部门）对证据的合法性不能提供证据予以证明，或者提供的证据不够确实、充分，且其他证据不能充分证明被告人有罪的，可以撤回起诉，将案件退回侦查机关（部门）或者不起诉。**

2. 对非法物证、书证的排除规则——“大跃进”？

证据法在鼓励采纳证据的前提下允许排除证据

对事实认定来说——证据越多越好/越少越好？

世界各国一般对非法获得的言词证据予以严格排除，但对“毒树之果”即以非法获取的供述为线索而获得的物证、书证等派生性证据，大都采取利益衡量法，并非一概排除。

美国法官在排除证据时，一般预测一项证据对陪审团的全面影响：该证据的“坏”

所提出的相关证据的证明力	规则403所列因素的消极影响	法官是否会排除证据
高	高、中或低 高	否 否（也许是）*
中	中或低	否
低	高	是
	中	否（也许是）*
	低	否

* 如果证明力接近“中”等范围的下限，且消极影响非常高，或者，如果证明力非常低，且消极影响接近“中”等范围的上限，规则 403 可能允许排除证据。

各国非法证据排除规则的比较

国别	非法获得的言词证据（被告人口供）	非法搜查/扣押获得的实物证据（物证、书证等）	根据非法证据获得的“毒树之果”证据
联合国《宣言》和《禁止酷刑公约》	强制性排除		
英国	强制性排除	法官自由裁量排除	不排除（“砍树食果”）
美国	强制性排除	原则排除加例外	原则上排除，有例外
德国	强制性排除		法官自由裁量排除
日本	强制性排除	法官自由裁量排除	法官自由裁量排除
意大利		绝对排除	
中国	强制性排除	排除（例外不合理）	排除（例外不合理）

注：法官自由裁量权排除意味着：法官要对非法证据产生不公正结果的危险性是否超过证据的证明力进行权衡。也包括“善意例外”、“公共安全的例外”、“必然发现例外”、“独立来源的例外”（通过其他方式也可获得）等利益权衡、常识判断。

五、最佳证据规则与“补正”概念质疑

- ⌘ 新《刑事诉讼法》第54条：“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。”
- ⌘ ——是否适用“两院三部”两个证据规定中的“补正”规定？
- ⌘ 能够补正或者作出合理解释的，对该证据就可以不排除吗？

⌘ “最佳证据规则：当书写文件、录制品或影像被提供用以证明其内容时，原件的可靠性极有可能大于复制件的可靠性。……最佳证据规则优先考虑提出的原件。如果原件的缺失可以得到解释或合理证明，则这一优先选择可以放弃，有关这些内容的其他‘第二手’证据可以被采纳。”（艾伦：《证据法》）

⌘ 最佳证据规则“用来预防不完全或欺骗性证明。通过要求原件的所有者提出原件，该规则能够防止提出篡改过的复制件和扣押原件的行为……。”（艾伦：《证据法》）

⌘ 请注意，这里说的是“原件的缺失可以得到解释或合理证明”，而《死刑案件证据规定》第9条“补正或者作出合理解释”，指的却是收集调取的物证、书证、各种笔录、扣押清单的原件上“没有侦查人员、物品持有人、见证人签名”，“复制件未注明与原件核对无异，无复制时间、无被收集、调取人（单位）签名（盖章）”或“没有制作人关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名”。这是完全不同的含义！

——“补正”概念的科学性质疑

什么是“补正”？《现代汉语词典》解释：“补充和改正（文字的疏漏和错误）。”

“证据是与案件事实相关的，用于证明所主张事实之存在可能性的信息。”

从犯罪现场查获的物证之所以成为证据，是因为其保留了凶杀事实发生的信息或痕迹；合同文本之所以成为证据，是因为其保留着交易事实发生的信息或含义。——根据最佳证据规则，这些物证和书证的原件是原始证据，其可靠性大于复制件，所以具有优先可采性；但在原件的缺失可以得到解释或合理证明的情况下，经核对无误的复制品或复制件也可以被采纳。

但是，无论原件还是复制件，在收集程序结束之后，都不允许办案人员事后补正（补充和改正）！否则，就会成为允许造假的证据规则！

❧ 《死刑案件证据规定》第9条第二款：“物证、书证的收集程序、方式存在下列瑕疵，通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，可以采用：（一）收集调取的物证、书证，在勘验、检查笔录，搜查笔录，提取笔录，扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的；（二）收集调取物证照片、录像或者复制品，书证的副本、复制件未注明与原件核对无异，无复制时间、无被收集、调取人（单位）签名（盖章）的；（三）物证照片、录像或者复制品，书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名的；（四）物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的。”

❧ 第一，到了法庭上可以补充签名吗？

❧ 第二，物证的照片、录像或复制品，书证的副本、复制件未注明与原件核对无异，无复制时间、无被收集、调取人（单位）签名（盖章），办案人员到了法庭上也可以补充、修改吗？

第14条规定“证人证言的收集程序和方式有下列瑕疵，通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，可以采用：（一）没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名或者询问的起止时间、地点的；（二）询问证人的地点不符合规定的；（三）询问笔录没有记录告知证人应当如实提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负法律责任内容的；（四）询问笔录反映出在同一时间段内，同一询问人员询问不同证人的。”

询问人、记录人、法定代理人姓名或者询问的起止时间、地点，询问证人的地点不符合规定的，询问笔录没有记录告知义务的，询问笔录反映出在同一时间段内同一询问人员询问不同证人的

——允许补充、修改=鼓励或容许伪造证据

❧ 第21条 “讯问笔录有下列瑕疵，通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，可以采用：（一）笔录填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾的；（二）讯问人没有签名的；（三）首次讯问笔录没有记录告知被讯问人诉讼权利内容的。”

❧ 允许补充、修改=鼓励或容许伪造证据

❧ 第30条：“有下列情形之一的，通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，辨认结果可以作为证据使用：（一）主持辨认的侦查人员少于二人的；……（三）对辨认经过和结果没有制作专门的规范的辨认笔录，或者辨认笔录没有侦查人员、辨认人、见证人的签名或者盖章的；（四）辨认记录过于简单，只有结果没有过程的；（五）案卷中只有辨认笔录，没有被辨认对象的照片、录像等资料，无法获悉辨认的真实情况的。”

❧ 允许补充、修改=鼓励或容许伪造证据

- ❧ 《非法证据排除规定》第14条：“物证、书证的取得明显违反法律规定，可能影响公正审判的，应当予以补正或者作出合理解释，否则，该物证、书证不能作为定案的根据。”
- ❧ 物证、书证的取得已经明显违反法律规定，可能影响公正审判了，办案人员还可以补充、修改！那还有什么非法证据，所有的非法证据不是都可以补充、修改为合法证据吗？
- ❧ 总之，上述5条证据规定中的“补正”规定，是违反证据法基本原理的严重立法错误。该错误的危害性在于，它使这5条证据规定变成了允许事后造假和提供伪证的证据规定，违反了最佳证据规则“预防不完全或欺骗性证明”以及“防止提出篡改过的”证据的要求。

- ✧ “补正”规定的危害性：使这5条证据规定变成了允许事后造假和作伪证的证据规定，违反了最佳证据规则预防欺骗性证明以及防止提出篡改过的证据的要求。
- ✧ 《死刑案件证据规定》第9条第二款完全否定了第一款的效力
- ✧ 第14条完全否定了第13条的效力
- ✧ 第21条完全否定了第18条和第20条的效力
- ✧ 第30条第二款完全否定了第一款的效力
- ✧ 《排除非法证据规定》第14条完全否定了《死刑案件证据规定》第6-10条物证和书证合法性审查、第26条勘验检查笔录合法性审查、第34条“毒树之果”排除规定的法律效力。

- ❧ 最高人民法院《刑诉法解释》本应纠正这个立法错误，但其第73、77、82条关于物证、书证收集程序、证人证言瑕疵和讯问笔录的瑕疵的补正规定，重复了“两院三部”《死刑案件证据规定》的概念性错误。——给侦查人员、询问人员等通过“补正”程序事后造假留下了空间，可能导致欺骗性证明和篡改证人证言的情况发生。
- ❧ 相比之下，最高人民检察院《刑事诉讼规则（试行）》第66条规定：“补正”是指，对取证程序上的非实质性瑕疵进行补救——纠正了“两院三部”2010年《死刑案件证据规定》、《排除非法证据规定》和最高人民法院2012年《刑诉法解释》中关于允许对物证、书证的“实质性缺陷”进行“补正”的错误，具有重要的法治意义。

谢 谢！