

# 中法合成毒品走私研讨会

北京，2017年11月20日和21日

## 证据

刑事证据规范给人的第一印象是规范寥寥，乏善可陈。因为只有《刑事诉讼法典》第427条规定了一条证据收集方式自由原则。这条规定虽被置于有关轻罪法院的系列规定中，但现实中适用于所有审判机构。依据该原则：“除法律另有规定外，犯罪得以任何证据形式认定，并且法官根据自由心证做出判决。”这条法律还规定，法官只能在法庭审理中向其提出并经对席辩论的证据作为其判决的依据。

该证据自由原则适用于审前所有阶段，包括调查阶段或预审阶段<sup>1</sup>。

这条规定和过去导致失控的法定证据制度相反，在口供作为证据之王年代下出现的暴力取证就体现了过去的这种失控。自从《刑事诉讼法典》第428条规定以后，口供和其他证据一样，由法官进行评判。

但仔细审查就会发现，证据自由原则并不像其表现的那样绝对，必须和其他原则协调使用。这些原则对某些人来说具有更高的规范效力，例如法定原则、诚实性原则、无罪推定原则。1798年《人权与公民权利宣言》第9条、1950年11月4日《欧洲人权公约》第6.2条都对无罪推定原则做出了规定。再如其他一些原则，新近的如2000年6月15日法律引入《刑事诉讼法典》的典首条文以及保障辩护权的规定，宪法委员会规定不正当证据是对辩护权的公然违反<sup>2</sup>。

适用国内法时应日趋结合欧洲人权法院对《欧洲人权公约》的解释，在本文背景下特别是欧洲人权法院对公约第6条和第8条的解释。但困难在于这些规定很大程度上受到英美法系规定和原则的影响。

借指欧洲公约及其他国际基本人权公约没有任何一条对证据问题做出规定之际，欧洲法院称自身没必要对某些形式证据的受理做出判断，除非能证明这些证据的取得违反了欧洲公约保护的權利，特别是违反了《欧洲人权公约》第3条和《联合国反酷刑公约》第15条对禁止酷刑和不人道或有辱人格的待遇的规定，因为这些规定不允许存在任何例外，违反规定本身就是对程序公平的侵犯<sup>3</sup>。除了上述情况外，欧洲法院将判断各类证据包括非法途径获得之证据的违法性问题交给国内法院，自身只负责评判这类证据问题对于诉讼公平进程的影响，并注意从程序整体来评判这一影响<sup>4</sup>。

近年来，人们特别关注在搜集证据及其对隐私的侵犯之间保持适度平衡，《欧洲人权公约》第8条保障隐私权<sup>5</sup>。国内法的规定只要清晰、明确、易懂，被欧洲法院认

<sup>1</sup> 该一条规定的证据自由原则是对第41条、第81条和第151条规定的回应，这几个条款允许共和国检察官、侦查人员和预审法官采取或下令采取有利于发现犯罪和查明真相的所有行动。

<sup>2</sup> 宪法委员会，2006年3月30日，第2006-535号宪法委员会判决，判决合宪（DC），第24段。

<sup>3</sup> 欧洲人权法院，1992年11月27日，Tomasi诉法国案；1999年7月28日，Selmouni诉法国案；2006年7月11日，Jalloh诉德国案；2008年2月28日，Saadi诉意大利案；2012年9月25日，El Haski诉比利时案。

<sup>4</sup> 欧洲人权法院，1998年7月12日，Schenk诉瑞士案，§45-46；1998年6月9日，Texeira de Castro诉葡萄牙案；1999年3月25日，Pelissier et Sassi诉法国案；2000年5月12日，Khan诉英国案；2006年7月11日，Jalloh诉德国案；2008年2月5日，Ramanaukas诉立陶宛案。

<sup>5</sup> 该条规定：“人人有权享有使自己的私人和家庭生活、住所和通信得到尊重的权利。公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此

定为“有充分法律基础”，欧洲法院就认为调查是在保障隐私的条件下进行。只有在国内法没有规定或者国内法规定无法适用的情况下，欧洲法院才认定成立违反《欧洲人权公约》第 8 条的情况<sup>6</sup>。

因此，自由原则超越证据收集、举证责任以及庭审中对证据辩论和判断的技术和程序层面之外，意思是指法律允许的各类证据都可以证明犯罪成立，任何证据不得被排除或置于优先地位。

立法者的介入使得一些没有立法规定本不能合法或法定化的证据合法，这在打击有组织犯罪和恐怖主义犯罪领域尤为明显。尽管通常立法者本身并非是立法规定的发起人，而仅限于将国际法院特别是欧洲人权法院的规定或者其他一些国际条约的规定转化为国内法，如《斯德哥尔摩计划》或《巴勒莫公约》中有关证据采纳的规定。

证据研究首先要区分私人提供的证据和公务人员提供的证据，公务人员如警察、宪兵、海关职员、包括外国公务人员<sup>7</sup>。若是私人提供的证据，所有证据即便是以犯罪方式取得的证据均可被采纳。依照最高法院在判例中重申的说法：“无任何法律规定刑事法官可以单纯以证据取得方式非法或不正当为由排除私人提供的证据，刑事法官能做的，仅是在将证据提交对席辩论后评判证据的证明效力<sup>8</sup>。”

反之，公务人员提供的证据则须满足法定、正当、公平审判的要求，易言之，须满足《欧洲人权公约》第 6 条对控辩双方平等的要求，这个要求涵盖了被追诉人也就是英美法系所说的被告人享有的所有基本权利。但是以欺诈<sup>9</sup>或不正当<sup>10</sup>手段获得证据的不适用上述规定。

有组织犯罪和恐怖主义犯罪通常是跨国犯罪且伴有其他多项犯罪<sup>11</sup>。在打击这类犯罪领域，自从旨在使刑事处罚适应于此类犯罪新形式的 2004 年 3 月 9 日法律之后，立法者在国际公约特别是欧盟公约的推动下，规定了一些特殊调查技术特别是数字调查技术以及对于某些处境特别危险的证人的特殊保护，允许其匿名作证（《刑事诉讼法典》第 706-24 条，第 706-57 条至第 706-63 条）。

需要强调的是，这些已成为诸位研究对象的特殊调查技术的落实要求坐席法官暨释放和拘押法官<sup>12</sup>的介入，而且正日趋成为释放和拘押法官工作的核心，因为法定和时机双重使然，释放和拘押法官在调查期间甚至在预审法官已受理的情况下，都是负责批准最具侵犯性的强制措施的法官。

但对公务人员搜集证据正当性的要求需要明确，因为并非要通过这种方式禁止使用违反一定程序道德的技术。程序道德原则上禁止使用一切旨在欺骗或诱使当事人上当的秘密手段，例如电话窃听<sup>13</sup>，截取肖像，窃听公共或私人场所，地理定位，通过

限。

<sup>6</sup> 欧洲人权法院，1990 年 4 月 24 日，Kruslin 和 Helvig 诉法国案；2005 年 3 月 29 日，Matheron 诉法国案。

<sup>7</sup> 最高法院刑事庭，2007 年 2 月 7 日，B.37（据美国中央情报局情报，该局在利用某儿童色情网站发现恋童癖者的过程中发现一个法国侨民曾登陆该网站，后来该侨民在法国被起诉），因当事人后来在法国传播其获得的图片（最高法院刑事庭，2008 年 6 月 4 日，08-81.045）。

<sup>8</sup> 最高法院刑事庭，1987 年 4 月 28 日，B.73；1993 年 6 月 15 日，B.210；1994 年 4 月 6 日，B.136；2003 年 10 月 1 日，B.176；2010 年 1 月 27 日，B.16；2012 年 1 月 31 日，11-85.464；2012 年 3 月 7 日，11-88.118。

<sup>9</sup> 最高法院刑事庭，1991 年 10 月 28 日，B.381（证据材料来源于侦查人员实施的入室盗窃行为）。

<sup>10</sup> 例如通过侦查人员设计的手法和计谋获取；最高法院刑事庭，2006 年 5 月 11 日，B.132。

<sup>11</sup> 特别是 2011 年 3 月 14 日第 2011-267 号法律，2014 年 11 月 13 日第 2014-1453 号法律，2015 年 8 月 17 日第 2015-993 号法律，2016 年 6 月 3 日第 2016-731 号法律。

<sup>12</sup> 由 2000 年 6 月 15 日第 2000-516 号法律创设，这部法律最初的目的是为了确定临时羁押的安置与延长。

<sup>13</sup> 最高法院判定（刑事庭，2003 年 10 月 1 日，B.177）只要没有侵犯辩护权的行使，对受审查人的电话可以进行

GPS 定位监视或跟踪车辆，侦查人员使用假身份卧底包括使用化名参与交易、购买<sup>14</sup>或电子交易并与犯罪嫌疑人接上头，打击恐怖主义犯罪中允许使用间谍软件这种名副其实的“数字特洛伊木马”，总之，法律规定的所有措施。由于对这些具有侵犯性的手段，法律有明文规定并且在法官监督下实施，困难仅在于如何界定被禁止的不正当手段和可允许的欺骗手段之间的界限。

前述之正当性应被界定为使用法律要求和默许的证据搜集手段，易言之，不使用被禁止的、不正当的、随意的手法、计谋或诡计。这能够令公务人员教唆实施犯罪的手段受到惩处<sup>15</sup>，即便是间接教唆。不过，这类手段不应与诱供相混淆。因为这类手段始终得受惩处，而诱供是允许的<sup>16</sup>，因为诱供能够揭露已经实施的犯罪并集齐有关证据，而并非诱使犯罪<sup>17</sup>。

最高法院在一项判决中认定下列证据合法：“未经公共机构主动采取可构成不正当手段之计谋行动而获得的证据”<sup>18</sup>。

最高法院刑事庭就此查禁了所有法律不允许、被视为不正当的行为，包括教唆犯罪的行为、改变<sup>19</sup>或规避程序<sup>20</sup>的行为。最高法院刑事庭将侦查人员违反程序规定来试图获取证据的手段都定性为手法或计谋，认定其无效。

下面的具体例子可以说明这一点：侦查人员积极协助原告实施教唆，且教唆目的不是发现正在实施的犯罪，而是唆使有犯罪能力但近几个月来一直未行动的犯罪人实施受刑事处罚的行为，这构成对公平程序权利和正当证据原则的侵犯<sup>21</sup>。

下列旨在绕过程序规范，规避法律保护的行为亦构成不正当手段：警察唆使同监犯人主动与犯罪嫌疑人交谈，收集口供并用警察提供的仪器录制口供<sup>22</sup>；或者故意将两个被羁押人关押在两个事先安装窃听设施的毗邻的监房里，促使两人在休庭期间交谈从而收集其中一人的口供<sup>23</sup>。但是预审法官对监房采取的监听措施不构成不正当手段<sup>24</sup>。

最高法院近期在其最隆重的全体大会上公布的一项判决特别表明立场。该判决的

---

监听，甚至是受审查人及其律师之间的对话，但要求被监听的对话与辩护权行使无关，且性质上能够推定该律师参与某犯罪行为，即便受审查人及其律师都还未进入预审法官的受理程序。对于在有组织犯罪和恐怖主义犯罪程序中被临时羁押的人也一样，在其接待访客时，可以对其在拘留所会客室的谈话进行监听，但是被羁押人接待律师的谈话除外（最高法院刑事庭，2006年3月1日，B.59；2008年7月9日，B.170）。

<sup>14</sup> 《刑事诉讼法典》，第706-81条及其后，第706-35-1条和第706-47-3条；最高法院刑事庭，1993年6月29日，B.228；2006年10月30日，06-86.175和176（两个判例）。

<sup>15</sup> 欧洲人权法院，2008年2月5日，Romanauskas 诉立陶宛案；2004年9月17日，Eurofinacom 诉法国案；2002年3月21日，Calabro 诉德国案；1998年6月9日，Texeira de Castro 诉葡萄牙案；最高法院刑事庭，1999年5月5日，B.87。

<sup>16</sup> 最高法院刑事庭，1971年3月2日，B.71；1972年3月16日，B.108；1979年10月2日，B.266；2005年6月8日，B.173；2008年1月16日，B.14。

<sup>17</sup> 欧洲法院认为：“以下情形构成警察教唆：涉案调查人员并不限于完全被动地审查涉案事实，而是对被调查人施加了促使其犯罪的影响，被调查人若未受此影响本不会犯罪，由此来实现案件侦破，暨发现证据，进行追诉”（欧洲人权法院，2008年2月5日，Ramanauskas 诉立陶宛案）

<sup>18</sup> 最高法院刑事庭，2015年4月14日，B.87。

<sup>19</sup> 包括在法律规定的用途之外使用程序规范（最高法院刑事庭，1989年12月18日：共和国保安部队（CRS）发现有人超速驾驶，海关人员随后搜查了车辆，没收了一个雷达检测仪）。

<sup>20</sup> 最高法院刑事庭，2007年4月3日，07-80.807（司法警察警官将被拘留人员在作证陈述外的话语计入笔录，但被拘留人员拒绝将其计入笔录）；2013年3月5日，B.56（在讯问后被转入监狱途中收集的话语）。

<sup>21</sup> 最高法院刑事庭，1996年2月27日，B.93；2017年7月11日，17-80.313。

<sup>22</sup> 欧洲人权法院，2002年11月5日，Allan 诉英国案；最高法院刑事庭，1952年6月12日，B.153；1997年12月16日，B.427。

<sup>23</sup> 最高法院刑事庭，2014年1月7日，B.1；全体大会，2015年3月6日，14-84.339。

<sup>24</sup> 最高法院刑事庭，2015年3月17日，B.54。

案件背景是对即将出版的一部某外国君主的著作的作者展开的敲诈勒索钱财的调查。这些作者以承诺放弃公布有损该君主的信息作为交换，试图从君主密使的手里获得巨额报酬。而且，信息来源于君主密使一位律师和当事作者之一谈话的秘密录音。警察在获知密使交付索要钱财之见面的时间地点后，安装了监视设施，从而在双方见面结束后，立即对刚拿到钱财的受审查人进行身份检查。最高法院在核实了实体法官对于案件事实的定性之后，认为实体法官可以从其定性中得出结论说公务人员没有直接或间接参与获得被诉的录音，这些录音由私人方面提供，因此并不违反证据正当原则<sup>25</sup>。

欧洲人权法院认为：教唆犯罪违背了公约第6条保障的权利，主要依据两名警察何况是因其介入导致犯罪的两名警察的声明就判定构成法定的毒品犯罪与公约第6条规定不符，违背了公平程序的要求<sup>26</sup>。

从公约第8条对隐私权的保护规定来看，鉴于《刑事诉讼法典》很早以前就有规定，电话或电信检查和截听并不会造成特别的问题。同样，在有组织犯罪和恐怖主义犯罪程序中使用特殊的调查技术也不会造成问题，因为这些技术虽然更具侵犯性，却是预防犯罪和抓捕罪犯所需。但是针对律师、法官、议员或者媒体机构所在地则不能采取上诉措施。

打击毒品走私犯罪时，进行人体内调查时最容易出现伤害人身行为之合法性的问题，例如未经当事人同意，进行人身取样以获得犯罪的客观证据。

欧洲法院重申，即便并非出自治疗需要而采取措施，公约第3条和第8条并不禁止在违背嫌疑人意志的情况下对嫌疑人采取医疗措施，从而获得其参与犯罪的证据。欧洲法院判定只要符合下述条件，强制服用催吐剂令嫌疑人呕出所服毒品的行为合法：符合必要性和比例性要求，与犯罪严重性相称且确实无法采取其他侵犯性更少的手段，而且措施由医生实施，对当事人有持续的医疗监督，催吐并未使当事人的身体持续遭受损害，也没有令身体蒙受超过第3条规定之可容许界限的巨大痛苦或折磨<sup>27</sup>。

在搜寻证据过程中除了禁止酷刑和不人道的、有辱人格的待遇以外，还禁止侵犯辩护权的取证方式，不论是针对何种类型犯罪的调查，也不论保护的是被告人及其律师之间的书面、电信或电话通信秘密<sup>28</sup>还是嫌疑人的不得自证其罪<sup>29</sup>。特别是不能仅仅以当事人拒绝向侦查机关提供能够证明其参与犯罪的资料为由就宣判其有罪<sup>30</sup>，或者如《刑事诉讼法典》典首条文规定，不能仅仅以拘留期间未获得律师协助的当事人的声明为基础就做出判决。

最后，就庭审中对证据的辩论和评判证据的证明效力问题，欧洲法院和刑事庭分别承认，在以保障证人生命、自由和安全以及《欧洲人权公约》第8条规定的利益为目的时，调查过程中搜集匿名证据为合法<sup>31</sup>。

但如此就会出现一个问题，暨如何协调上述规定与被告人享有的质问或令人质问

<sup>25</sup> 最高法院全体大会，2017年11月10日，17-82.028。

<sup>26</sup> 欧洲人权法院，1998年6月9日，Teixeira de Castro 诉葡萄牙案，前文已引。

<sup>27</sup> 欧洲人权法院，2006年7月11日，Jalloh 诉德国案。

<sup>28</sup> 除非截取书信电话有可能揭示律师参与实施某犯罪。此外，针对律师事务所和律师家中展开的调查，法律有特别规定，规定中特别包括释放和拘押法官的介入。其实，在调查阶段对搜查授予许可或者对要扣押资料秘密性的争议进行裁决时，已经需要释放和拘押法官的介入。

<sup>29</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第14.3条g项、《刑事诉讼法典》第63条、第116条、第328条和第406条都对这一权利做出了规定。这些规定被视为来源于《欧洲人权公约》第6条和《人权与公民权利宣言》第9条。

<sup>30</sup> 欧洲人权法院，1993年2月25日，Funke 诉法国案（海关犯罪）；

<sup>31</sup> 欧洲人权法院，1996年3月26日，Doorson 诉荷兰案；最高法院刑事庭，1989年9月19日，B.321；1990年2月8日，B70。

使其成为被告或免责的证人的权利。这一权利出自诉讼对席性质的要求，《欧洲人权公约》第 6.3 条对此予以特别规定。欧洲法院认为，虽然因证人面临风险可以使用匿名，但国内立法机构还是应该保留对这类证据进行辩论的充分可能，而且不能单独或主要凭借这类证据作为宣告罪名成立的依据<sup>32</sup>。法国立法者因此通过 2001 年 11 月 15 日第 2001-1062 号法律在国内法中增加了保留相关证人匿名的规定，包括在收集证据和庭审作证时保持匿名，通过能遮面或变声的视频会议而不暴露身份。

综上所述，我们有必要重申 2017 年 11 月 9 日在巴黎第十大学召开的法国刑法学协会大会上，国际刑法学协会主席约翰·梵瓦勒（John Vervaele）教授的观点，“鉴于恐怖主义这类野蛮犯罪的国际化，证据也存在国际化的趋势，国际法学界和国际社会因此需要通过采纳一些公认的共同价值”。

这一观点完全可以适用于打击毒品犯罪或者更广义的有组织犯罪。

---

<sup>32</sup> 欧洲人权法院，1993 年 9 月 20 日，Saïd 诉法国案；1996 年 3 月 26 日，Doorson 诉荷兰案；1997 年 4 月 23 日，Van Mechelen 诉荷兰案。