



中国刑事证据规则研究

ZHONGGUO XINGSHI ZHENGJU GUIZE YANJIU

——龙宗智 夏黎阳 主编——

中国检察出版社

国家社科基金重点项目前期成果

中国刑事证据规则研究

——以刑事证据的“两个规定”为中心

龙宗智 夏黎阳 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑事证据规则研究：以刑事证据的“两个规定”为中心/龙宗智、夏黎阳主编. —北京：中国检察出版社，2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0528 - 6

I. ①中… II. ①龙… ②夏… III. ①刑事诉讼 - 证据 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 143070 号

中国刑事证据规则研究

——以刑事证据的“两个规定”为中心

龙宗智 夏黎阳 主编

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电 话：(010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：三河市西华印务有限公司

开 本：720mm×960mm 16 开

印 张：31 印张

字 数：568 千字

版 次：2011 年 8 月第一版 2011 年 8 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0528 - 6

定 价：60.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

项目说明

本研究项目是建于四川大学 985 平台上的中国检察制度研究中心 2010 年立项项目，系四川省人民检察院与四川大学的合作项目，系龙宗智教授主持的国家社科基金重点项目“司法改革与刑事证据制度完善”（项目批准号：11AFX015）前期研究成果。

本研究项目由龙宗智教授与四川省人民检察院夏黎阳副检察长负责，龙宗智教授主持并统稿。

执笔人有：

第一章 非法证据排除规则若干实体问题研究 万毅，四川大学法学院教授、博士生导师。

第二章 非法证据调查程序若干问题研究 张斌，四川大学法学院副教授、法学博士。

第三章 死刑案件证据疑难问题研究 田丰、周宏强，四川省人民检察院公诉三处处长、检察官。

第四章 特殊侦查措施研究 邓立军，广东商学院教授、刑侦研究专家。杨志刚，四川省公安厅缉毒总队副总队长，法学博士。

第五章 瑕疵证据 万毅，四川大学法学院教授、博士生导师。

第六章 言词证据的审查和运用若干问题研究 廖耘平，成都市人民检察院检察官、法学博士。

第七章 物证、书证和笔录类证据的审查判断规则 韩旭，四川省社科院法研所研究员、法学博士。

第八章 科学证据审查判断若干问题研究 张斌，四川大学法学院副教授、法学博士。

第九章 检察机关执行《两个证据规定》问题研究 张晓源、王艳阳、符尔加、曾杰，四川省人民检察院研究室主任、检察官。

四川省人民检察院、眉山市人民检察院、成都市人民检察院公诉一处、成都市成华区人民检察院、双流县人民检察院等单位对本项目研究给予了支持、协助。

目 录

第一章 非法证据排除规则若干实体问题研究	(1)
第一节 “刑讯逼供”的规范解释问题	(2)
一、问题的提出：“刑讯逼供”的解释与非法证据排除	(2)
二、解释“刑讯逼供”的规范依据问题	(2)
三、认定“刑讯逼供”的具体标准问题	(7)
四、“刑讯逼供”认定中的若干疑难问题	(11)
第二节 重复自白的效力	(17)
一、问题的提出：反复取证与“重复自白”	(17)
二、是否排除：重复自白排除的法理基础	(18)
三、如何排除：重复自白排除的具体范围	(21)
四、是否允许重新取证：重复自白排除的法律后果	(24)
第三节 “威胁、引诱、欺骗”取证的合法性问题	(26)
一、威胁、引诱、欺骗取证的实践样态	(29)
二、威胁、引诱欺骗取证的合法性控制	(33)
第四节 违法诱惑侦查所获证据之证据能力问题	(46)
一、证据是否排除	(46)
二、排除哪些证据	(52)
三、证据如何排除	(55)
四、启示与借鉴	(59)
第五节 非法定主体取得之证据的证据能力问题	(65)
一、私人取证的合法性问题	(65)
二、违背回避、管辖规定而取证的问题	(73)
第六节 “非法物证”如何排除	(74)
第二章 非法证据调查程序若干问题研究	(79)
第一节 我国非法证据调查程序概述	(79)
一、我国非法证据调查程序的重点内容	(79)
二、我国非法证据调查程序的特点	(80)

三、我国非法证据调查程序的基本问题	(81)
第二节 非法证据调查的提出程序	(82)
一、提出程序概述	(82)
二、事实条件	(83)
三、法律条件	(84)
四、程序条件与诉答办法	(88)
五、提出程序的实践把握及完善	(89)
第三节 非法证据调查的庭审程序	(92)
一、非法证据调查的证明责任及标准	(92)
二、非法证据的庭审调查方法	(98)
三、庭外调查方法	(105)
四、《非法证据排除规定》第 13 条的问题	(108)
第四节 非法证据调查的裁判与上诉程序	(116)
一、《非法证据排除规定》的相关规定	(116)
二、现有裁判方式和上诉方式存在的问题	(117)
三、对非法证据裁判和上诉的法律建议	(120)
第三章 死刑案件证据疑难问题研究	(122)
第一节 死刑案件的证据收集问题	(122)
一、死刑案件证据收集存在的问题	(123)
二、原因分析	(128)
三、对策建议	(129)
第二节 死刑案件的证据要求和证明标准问题	(132)
一、死刑案件的证明对象	(132)
二、死刑案件的证据要求	(136)
三、死刑案件的证明标准	(138)
第三节 常见两类犯罪死刑案件的证据标准问题	(152)
一、故意杀人案件	(152)
二、贩卖毒品案件	(157)
第四节 死刑案件证据存疑的处理问题	(162)
一、处理证据存疑死刑案件的实践反思	(162)
二、证据存疑死刑案件的处理规则	(163)
三、证据存疑死刑案件处理规则的个案分析	(165)

第五节 死刑案件主观明知的证明问题	(165)
一、死刑案件主观明知的证明方式	(166)
二、证明主观明知应考虑的因素及注意事项	(167)
三、死刑案件证明主观明知的个案分析	(168)
第六节 死刑案件间接证据的定案问题	(169)
一、死刑案件运用间接证据定案的错误倾向	(169)
二、间接证据的运用规则	(170)
三、运用间接证据定案规则的个案分析	(172)
第七节 死刑案件仅有同案被告人供述的定案问题	(173)
一、同案被告人供述的证据属性	(173)
二、死刑案件仅有同案被告人供述定案的运用规则	(175)
三、仅有同案被告人供述定案规则的个案分析	(176)
第四章 特殊侦查措施研究	(178)
第一节 何谓特殊侦查措施	(178)
一、对特殊侦查措施的理解	(178)
二、特殊侦查措施的特征	(182)
三、特殊侦查措施的表现形态	(190)
第二节 特殊侦查措施所获材料之证据能力	(202)
一、我国特殊侦查措施所获材料之证据能力的传统处置与弊端	(202)
二、我国特殊侦查措施所获材料之证据能力的制度变革及问题	(206)
三、对几种典型的特殊侦查措施所获材料之证据能力的分析	(211)
第三节 特殊侦查措施所获材料之质证与认证	(240)
一、对司法监听所获材料的质证与认证	(240)
二、卧底侦查所获证据材料的质证与认证	(245)
三、刑事特情出庭作证问题的探讨	(250)
第五章 瑕疵证据	(257)
第一节 瑕疵证据的语义界定	(257)
一、证据类型“三分法”与“瑕疵证据”	(257)
二、“瑕疵证据”的特定性	(258)

第二节 瑕疵证据概念提出在证据法上的意义	(260)
一、“三分法”修正了传统证据学“两分法”在逻辑分类上的错误	(260)
二、“三分法”克服了传统证据学“两分法”逻辑不周延的缺陷	(260)
三、“三分法”的提出契合了世界证据立法和实务发展的趋势	(261)
四、“三分法”的提出比较符合我国国情	(263)
第三节 瑕疵证据的产生原因	(263)
一、证据因性状改变而产生的瑕疵	(263)
二、证据因来源不明而产生瑕疵	(264)
三、证据因形式不符而产生瑕疵	(265)
四、证据因处于未完成状态而产生瑕疵	(265)
五、证据因取证程序轻微违法而产生瑕疵	(265)
第四节 瑕疵证据的补正与合理解释	(267)
一、瑕疵证据的补正	(267)
二、瑕疵证据的合理解释	(270)
第六章 言词证据的审查和运用若干问题研究	(273)
第一节 证人出庭作证问题	(273)
一、文本规范解读及存在的问题	(273)
二、实践中的应对与制度完善	(282)
第二节 证人证言的使用	(291)
一、两规定对证言使用的规范和影响	(291)
二、存在的问题、实践中的应对以及规范的完善	(299)
第三节 意见证据规则	(308)
一、证据规则意义及其理解	(308)
二、我国意见证据规则的规范完善	(311)
第四节 纪检监察机关获取的人证运用问题	(314)
一、问题与争议	(314)
二、纪检监察机关获取的当事人庭外供述	(315)
三、纪检监察机关获取的证人庭外陈述	(318)

第五节 被告人供述、辩解的运用	(323)
一、对自白证明力的判断	(324)
二、被告人供述辩解使用涉及的几个特殊问题	(326)
三、口供补强问题	(327)
四、共犯口供补强问题	(330)
第六节 翻供、翻证的处理	(334)
一、证据规则意义及其对实务中翻供问题处理的影响	(334)
二、翻供情况下综合认定原则的把握和运用	(336)
三、存在的问题及实践中的应对	(339)
第七章 物证、书证和笔录类证据的审查判断规则	(344)
第一节 物证、书证审查判断的若干难题及司法应对	(344)
一、《两个证据规定》中物证、书证的证据效力之特点	(344)
二、瑕疵物证、书证的证据能力问题	(347)
三、物证、书证的来源及其收集、保管和鉴定过程对证据 能力的影响	(351)
四、对作为“毒树之果”的物证、书证的处理规则	(355)
第二节 勘验、检查笔录的审查判断及其证据能力	(357)
一、非法勘验、检查笔录审查判断规则	(358)
二、效力待定的勘验、检查笔录审查判断规则	(363)
第三节 辨认笔录的审查判断及其证据能力问题	(369)
一、对辨认笔录进行审查的必要性	(371)
二、对列队辨认程序的审查	(374)
三、对照片辨认程序的审查	(379)
四、对辨认结果证据能力的审查	(381)
五、完善我国辨认规则，保障辨认活动客观公正	(384)
第八章 科学证据审查判断若干问题研究	(388)
第一节 科学证据审查判断概述	(388)
一、《死刑案件证据规定》有关科学证据的规定及理解	(388)
二、科学证据审查判断的疑难	(388)
第二节 鉴定结论的审查判断	(390)
一、《死刑案件证据规定》有关鉴定规定的总体把握	(390)
二、《死刑案件证据规定》相关规定评析	(394)

三、鉴定结论审查判断的知识与法律要点	(401)
第三节 视听资料的审查判断	(407)
一、视听资料概述	(407)
二、《死刑案件证据规定》中有关视听资料规定的理解	(409)
三、《死刑案件证据规定》中值得进一步研究的问题	(410)
四、音像证据的审查判断规则	(413)
第四节 电子证据的审查判断	(420)
一、电子证据概述	(420)
二、《死刑案件证据规定》中有关电子证据的法律规定	(427)
三、我国电子证据刑事立法的主要问题	(428)
四、我国有关电子证据刑事运用的基本构想	(432)
第九章 检察机关执行《两个证据规定》问题研究	(434)
第一节 《两个证据规定》对检察工作的影响	(434)
一、检察机关执行《两个证据规定》的意义	(434)
二、执行《两个证据规定》的基础和背景	(436)
三、挑战以及应对措施	(438)
第二节 职务犯罪侦查环节的有关证据问题	(441)
一、《两个证据规定》对检察机关侦查活动的影响	(441)
二、初查收集证据材料的合法性问题	(443)
三、侦查策略与证据合法性	(448)
四、职务犯罪侦查活动中的合理解释与补正	(450)
第三节 侦查监督环节的有关证据问题	(452)
一、附条件逮捕	(453)
二、职务犯罪案件审查逮捕上提一级	(459)
三、审查逮捕阶段的非法证据排除	(462)
第四节 公诉环节的有关证据问题	(466)
一、《两个证据规定》对公诉工作的影响	(466)
二、不同类型案件的证明标准问题	(467)
三、证据合法性的证明问题	(473)
四、量刑证据的审查和使用问题	(476)
五、审查起诉阶段的非法证据排除问题	(481)

第一章 非法证据排除规则 若干实体问题研究

近年来，随着杜培武、余祥林、赵作海等刑事冤案的发生，如何有效防范和治理非法审讯尤其是刑讯逼供，成为我国刑事程序法制改革关注的重点。对此，理论界和实务界已经形成共识，应当建立健全非法证据排除规则，从源头和机制上遏制非法审讯尤其是刑讯逼供。我国现行《刑事诉讼法》第43条明确禁止以刑讯逼供等非法方法取证，但并未规定违法取证的法律后果，因此该法条仅具宣言意义而不具可操作性。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》和最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》这两个司法解释，在刑事诉讼法既有规定的基础上前进了一大步，明确规定对非法取得的言词证据不得作为定案根据，但因未设定具体的排除程序，使得实践中排除非法证据仍感难以操作。^① 2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定的《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》），弥补了这一缺漏，初步建立了非法证据排除的程序框架，一定程度上解决了适用该规则的操作程序问题，具有重要的制度进步意义。

然而，由于我国学界长期以来对非法证据排除规则的研究，重在宏观上的理论梳理，而疏于技术层面的操作研究，以致对何谓“非法证据”、“刑讯逼供”，究竟如何认定等基本实体问题实际上都未能得到解决。理论研究上的缺陷，必然导致《两个证据规定》在司法实践中实际运用时产生诸多问题与争议，进而影响到非法证据排除规则的运作。因此，在《两个证据规定》施行不久之际，实有必要从理论上对上述问题进行专门研讨。

^① 有学者指出：“经多方调查了解，在我国尚未发现一例排除非法证据的案件。”参见张智辉主编：《刑事非法证据排除规则研究》，北京大学出版社2006年版，第18页。

第一节 “刑讯逼供”的规范解释问题

一、问题的提出：“刑讯逼供”的解释与非法证据排除

《非法证据排除规定》第1条明确规定：“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，属于非法言词证据。”但是，对于其中的关键概念“刑讯逼供”，究竟应当如何理解和解释，之前的《刑事诉讼法》和司法解释以及此次颁布的《非法证据排除规定》，均语焉不详，既未给出明确的定义，亦未列举典型的行为样态，以致我们在理论上往往困惑于“刑讯逼供”一词的确切内涵，而实践中也对于究竟哪些行为应当认定为“刑讯逼供”，普遍感到难以准确把握。

“刑讯逼供”这一关键概念的不清，可能导致实践操作中出现两种偏向：一方面对“刑讯逼供”进行不当的限缩解释，将那些积极、暴力特征不突出，但仍然导致剧烈的肉体与精神痛苦的非法取证行为，即所谓“变相刑讯逼供”，排除在“刑讯逼供”的概念之外，对由此获得的口供不予排除；另一方面也可能对“刑讯逼供”进行不当的扩张解释，将凡是采用了残忍、不人道或有辱人格等手段的不规范审讯一概视为“刑讯逼供”，并要求排除相关口供。^① 证据，本是刑事诉讼中的稀缺资源，若非必要，不应排除，不当地扩张解释“刑讯逼供”，将导致本不应排除的合法口供被不当排除，并影响定罪锁链的形成，窒碍刑事诉讼的追诉实效及其惩罚、控制犯罪功能的实现；而不当地限缩解释“刑讯逼供”，又可能导致本应排除的非法口供未能排除，侦查机关的违法侦查行为侵犯人权却不受制裁，被告人的基本人权遭受侵犯却无从救济，损害到刑事诉讼的人权保障功能。

可见，如何正确、准确地解释“刑讯逼供”，关系到《非法证据排除规定》在实践中运作的实效性，实有必要从理论上对“刑讯逼供”这一概念的内涵与外延进行专门研讨，以期能对实践中贯彻《非法证据排除规定》、实施非法证据排除规则提供必要的理论指导。

二、解释“刑讯逼供”的规范依据问题

从司法实务来看，刑讯逼供的方式、方法多种多样，既有“肉刑”，如殴

^① 龙宗智：“两个证据规定的规范与执行若干问题研究”，载《中国法学》2010年第6期。

打、电击、火烧、捆吊等，又有“变相肉刑”，如连续多日审讯不让犯罪嫌疑人睡觉、故意在吃饭时间提审不让嫌疑人吃饭、零度气温时只给穿单衣裤、冬季晚上睡觉不让盖被子等，还有“精神逼供”，如四川某地近来发生的“传染病逼供”案，将嫌疑人与艾滋病病人关押一室，让嫌疑人处于高度惊恐中，进而逼取其口供。^①那么，面对实践中多样化的刑讯逼供方式，究竟应当如何定义和解释“刑讯逼供”，才是对其内涵与外延的准确把握？尤其是对于这样一个重要的法律概念，有没有明确的、可资援引的法律规范作为解释的正当依据？

我国《刑事诉讼法》第43条虽然明确禁止“刑讯逼供”，但却并未进一步解释何谓“刑讯逼供”，而《刑法》第247条虽然规定司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为，构成刑讯逼供罪，但亦未明确何为“肉刑”、何为“变相肉刑”，因此，所谓“刑讯逼供”一词，虽耳熟能详，但在我国国内法体系中却并没有明确的法律上的规范依据，这就迫使我们不得不将目光转向同样作为法律渊源之一的国际法体系。其实，“刑讯逼供”本系我国立法上的用语，国际上更为通用的是“酷刑”，而目前，对“酷刑”最权威的定义，来自联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（以下简称《反酷刑公约》）^②，对此，《反酷刑公约》第1条第1款即明确规定：“‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制度制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”据此，《反酷刑公约》明确将“酷刑”一语解释为“蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为”，这一定义基本可以覆盖司法实践中常见的“肉刑”、“变相肉刑”以及“精神刑讯”等各种样态的刑讯逼供行为。

基于此，有学者主张借用《反酷刑公约》对酷刑的定义，作为我国司法实践中解释和认定刑讯逼供的规范依据，以辅助适用《非法证据排除规定》。

^① 曹晓乐：“原交通局长涉贿被刑讯逼供？法庭首启程序调查”，载《成都商报》2010年8月19日第10版。

^② 之所以说它是最具权威性的定义，是因为该公约批准和加入的国家最多（140多个），且其对酷刑的定义被公认为最全面、最合理，因而自其提出之后即成为认定酷刑行为的普遍标准，在禁止酷刑领域被广泛援引或引证。

对于这一观点，笔者基本同意，原因在于：

其一，虽然不少有学者指出，《反酷刑公约》中的酷刑定义存在诸多含糊不清的因素，因此其“不应当被理解为严格的刑法学意义上的定义”，充其量是“为了理解和实施该公约而对酷刑所作的描述，而非直接适用于刑法和刑事诉讼法的法律定义”。^①但是，一方面，该定义在目前看来仍是国际范围内最具权威性，也最为人们所普遍接受和援引的定义，共识度较高，在找不到公认的更为合理的其他定义之前，该定义仍具实用性；另一方面，该定义基本可以覆盖我国司法实践中常见的各种刑讯逼供行为，具有司法上的可操作性。

其二，根据国际法上的“条约神圣”原则，正式缔结的条约对当事国创设约束性的义务，国际条约一旦生效，各缔约国就应当善意地、严格地履行条约规定的义务，而不得违背。因此，对于国际条约的签署国、加入国来说，它构成该国正式的法律渊源之一。从原理上讲，对于我国已经缔结或加入的国际条约中关于刑事诉讼程序的规定可以在我国领域内直接适用，并且具有高于我国现行刑事诉讼法的效力，现行刑事诉讼法与刑事诉讼国际准则相冲突的，应当优先适用国际公约的规定。对此，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第317条明确规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外。”我国已于1986年签署、1988年批准加入《反酷刑公约》，因此，《反酷刑公约》在我国已经具有正式法律渊源的地位，以《反酷刑公约》中的“酷刑”定义来解释“刑讯逼供”，并无任何不妥之处。

据此，无论采用何种刑讯手段——肉刑抑或变相肉刑、肉体折磨抑或精神强制，只要是使犯罪嫌疑人、被告人“在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦”者，皆属刑讯逼供，因此而取得的证据应当予以排除。但同时，笔者仍需指出，虽然《反酷刑公约》可以作为解释“刑讯逼供”的规范依据，以辅助适用非法证据排除规则，但《反酷刑公约》的目的系着眼于禁止刑事司法领域的一切酷刑行为，与非法证据排除规则强调排除非法口供，两者在目的上本不尽相同，因此，“酷刑”与“刑讯逼供”这两个概念在内涵和外延上并非完全重合，而是各有侧重，恐无法完全照搬“酷刑”定义来解释“刑讯逼供”，具体而言：

第一，“酷刑”的外延大于“刑讯逼供”，并非所有酷刑行为皆构成刑讯逼供。《反酷刑公约》对“酷刑”一词的定义在外延上是比较宽泛的，以实施

^① 王光贤：“‘酷刑’定义解析”，载《国家检察官学院学报》2002年第2期。

酷刑的目的为标准,可以将“酷刑”划分为“情报/供状酷刑”(“为了向某人或第三者取得情报或供状”)、“处罚酷刑”(“为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚”)、“威吓酷刑”(“为了恐吓或威胁他或第三者”)、“歧视酷刑”(“为了基于任何一种歧视的任何理由”)四类。所谓情报/供状酷刑,是指为向被审讯人或第三者取得情报或供状而实施酷刑,其常发生在刑事诉讼程序的取证环节,以刑讯逼供、暴力取证为其基本表现形式;所谓处罚酷刑,是指为处罚而实施的酷刑,即将酷刑本身作为一种惩罚、处罚当事人的手段,其常发生在刑事诉讼的羁押环节,主要表现为非法拘禁、殴打、体罚、侮辱等;所谓威吓酷刑,是指为威胁或恐吓而实施酷刑,主要表现为以可能的惩罚施加相恐吓,从而造成当事人本人或第三人心理上的恐惧和行为选择上的不自由;所谓歧视酷刑,是指基于任何歧视的理由,例如种族、民族、性别、年龄、职业、某种个人特征、经济或社会地位等因素而对被歧视者实施酷刑。在这种情况下,酷刑成为表达歧视的方式和工具。^①

而非法证据排除规则中的“刑讯逼供”,虽然不要求刑讯行为在主观目的上一定是“逼供”,但却要求刑讯行为与所获口供之间存在着因果关系,即该口供系采取刑讯的方式非法获得的,否则,哪怕是采取了酷刑行为,也不能因此而排除其所获口供。例如,犯罪嫌疑人到案后百般抵赖、一直拒不如实交代其所犯罪行,后在侦查人员罗列种种证据后,嫌疑人方才放弃侥幸心理,“开口”供述了所犯罪行。此时,审讯已经结束,但侦查人员认为该犯罪嫌疑人极不老实,应该“敲打敲打”,因此出手将嫌疑人暴打了一顿。在该案中,侦查人员实施暴力殴打的目的并非是取证而是处罚,而嫌疑人的口供亦系自愿作出,与侦查人员的暴力行为之间没有因果关系,因此,侦查人员的暴力行为虽构成(处罚)酷刑,但却不能认定为刑讯逼供,更不能据此排除犯罪嫌疑人所作的口供。

当然,也不能就此得出结论,认为非法证据排除规则的调整对象限于第一种酷刑即情报/供状酷刑,处罚酷刑、歧视酷刑等因为并非基于取证目的而使用,与所获证据之间并无因果关系,因而无须动用非法证据排除规则予以调整。实际上,处罚酷刑、歧视酷刑等情形下虽然并非直接基于取证目的而动用酷刑,但其一旦实施,给受害人肉体或精神上造成的剧烈痛苦,却可能发挥持续影响,造成受害人心理上的恐惧和行为选择上的不自由,逼使受害人在后续审讯中作出有罪供述。例如,犯罪嫌疑人刚一到案、尚未展开讯问之际,侦查人员对其实施了酷刑,并警告他必须如实回答警方的提问,后嫌疑人一直处于

^① 朱海波:“酷刑的界定——基于国际刑法的考察”,载京师刑事法治网。

惊恐之中，因恐惧侦查人员再次实施酷刑，遂被迫在审讯中自认有罪。在这种情形下，虽然侦查人员实施酷刑的目的并非取供，而是因为歧视，但侦查人员先前的酷刑行为在客观上已经给嫌疑人造成了心理上的恐惧和行为选择上的不自由，其在后续审讯中作出的有罪供述，仍是基于侦查机关先前的酷刑行为，因而，该有罪供述与先前的酷刑之间存在着因果关系，这种情形下，应当从有利于犯罪嫌疑人、被告人的角度作出解释，认定存在刑讯逼供，进而动用非法证据排除规则对所获口供予以排除。

由此可见，对于刑讯逼供的解释、认定，除了应当按照《反酷刑公约》中的酷刑定义进行考察外，还必须考察酷刑行为与所获口供之间是否存在客观上的因果关系，只有与口供之间存在因果关系的酷刑行为，才能被认定为刑讯逼供，进而排除其所获证据。

第二，“威吓酷刑”并非“刑讯逼供”。《反酷刑公约》认为，以施加肉体上的痛苦相威胁、恐吓必然引起被威胁、恐吓者精神上的痛苦进而侵犯其意志自由，因此将威胁、恐吓也纳入酷刑的概念范畴，并在理论上统称为“威吓酷刑”。但是，以刑讯逼供相威胁与实施刑讯逼供，在性质和行为样态上毕竟有所不同，对此，《非法证据排除规定》虽然并未明确予以界分，而是统称为“刑讯逼供等非法方法”，但我国《刑事诉讼法》第43条明确规定：“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。”在该法条中，“刑讯逼供”与“威胁”被明确界分为两种不同的非法取证行为。因此，从刑事诉讼法的明文规定出发，“威吓酷刑”并非“刑讯逼供”，实践中，侦查机关以暴力或亲情等相威胁（如前文提及的“亲情逼供”等）并不能构成“刑讯逼供”。

第三，《反酷刑公约》中施加酷刑的对象包括“所有人”，而刑讯逼供的对象仅限于“犯罪嫌疑人、被告人”，因此，对证人等实施酷刑折磨以逼取证词的，可能因为暴力取证而构成酷刑，但却不构成刑讯逼供。此次颁布的《非法证据排除规定》第1条明确将“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述”与“采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述”区分开来，分别认定为两种不同的非法证据类型。据此，《非法证据排除规定》中的“刑讯逼供”是狭义上的，仅指通过刑讯方式获取的犯罪嫌疑人、被告人供述，而不包括通过暴力方式获取的证人证言、被害人陈述。

值得注意的是，实践中，侦查机关所实施的刑讯逼供行为，可以根据其主观目的的不同而分为三种类型：一是以刑讯逼取犯罪嫌疑人、被告人的有罪供述；二是以刑讯逼使犯罪嫌疑人、被告人交代余罪；三是以刑讯逼使犯罪嫌疑人、被告人检举、揭发他人的犯罪行为。上述第一种和第二种情形，属于典型

的刑讯逼供，其因此而取得的证据，应当予以排除。但是，对于第三种类型的刑讯，是否属于刑讯逼供，则理论上可能存在争议，因为，在这一类型的刑讯中，作为刑讯对象的本案犯罪嫌疑人、被告人实际上处于另一案件的证人角色，侦查机关之所以对其实施刑讯，并非为了逼取其对本案的有罪供述，而是为了获取其对他人犯罪的检举、揭发、指控，此时，该犯罪嫌疑人、被告人的身份其实是另一案件的证人，对其实施刑讯，系“暴力取证”，而非“刑讯逼供”。当然，根据《非法证据排除规定》第1条的规定，暴力取证的，所获言词证据同样应当予以排除。

三、认定“刑讯逼供”的具体标准问题

司法实践中，在具体运用《反酷刑公约》对酷刑的定义来解释和认定“刑讯逼供”时，必须注意把握以下几项标准：

第一，轻微违法的不规范审讯不构成刑讯逼供。《反酷刑公约》明确区分了“酷刑”与“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”，并将“酷刑”界定为“在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦”的行为。那么何谓“剧烈”疼痛？在起草《反酷刑公约》的过程中，因为“剧烈”（severe）一词的高度模糊性，围绕“剧烈”这一措辞曾有过删除和保留两种建议，联合国人权委员会酷刑公约工作组最终采纳了保留的方式，然而却并没有对“剧烈”一词的明确内涵予以界定。^①但联合国人权委员会同时指出，“酷刑”与“残酷的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚”之间存在区别，具体界限在于相应待遇的本质、目的以及严重程度。换言之，轻微的痛苦可能构成“其他残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚”，但只有相对严重的痛苦才能构成“酷刑”。^②据此，疼痛是否“剧烈”，就成为区分“酷刑”与“其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”的技术标准。也因此，并非所有残忍的、不人道或有辱人格的待遇或处罚，都构成刑讯逼供，而只有其中造成“剧烈”疼痛或痛苦的行为，才能认定为刑讯逼供。

但是，究竟何种程度的疼痛方能认定为“剧烈”呢？从实务操作的角度讲，可以尝试从以下几个方面进行判断：

其一，虽然疼痛及其具体程度，本属描述性概念，很难从正面清晰界定其含义，但是，借助人类社会的一般常识和经验法则，仍可从反向进行辅助判

^① 王光贤：“‘酷刑’定义解析”，载《国家检察官学院学报》2002年第2期。

^② 国际人权法教程项目组编写：《国际人权法教程》（第一卷），中国政法大学出版社2002年版，第113页。