

祝二军博士谈“毒树之果”取舍 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E7\\_A5\\_9D\\_E4\\_BA\\_8C\\_E5\\_86\\_9B\\_E5\\_c122\\_484974.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_A5_9D_E4_BA_8C_E5_86_9B_E5_c122_484974.htm) 刑讯逼供始终是司法界乃至理论界高度关注的问题。刑讯逼供是法律禁止的，但是如何对待刑讯逼供取得的证据？是“砍树弃果”还是“食果毁树”？对律师而言，最希望既要砍其树，又要毁其果。“砍树弃果”既可以给律师无罪辩护扫清证据障碍，似乎也可以从根本上遏止刑讯逼供。但是中国的司法现实，适合这种做法吗？法律是否有明确的界定？关于毒树之果取舍问题，我请教了最高人民法院政策研究室的祝二军博士。其一、何为“毒树”？何为“果”？所谓“毒树之果”，是美国刑事诉讼中对非法证据所作的一个形象化的概括，意指“根据以刑讯逼供等非法手段所获得的犯罪嫌疑人、刑事被告人的口供，并获得的第二手证据（派生性证据）”。以非法手段所获得的口供是“毒树”，而以此所获得的第二手证据是毒树之“果”。在理论界，有的也认为刑讯逼供是“毒树”，口供以及根据口供得到的证据都是“果”，只是口供是由刑讯逼供直接取得，而基于口供取得的其他证据是派生取得而已。祝博士说我个人更倾向于后一种理解，因为口供本身就是刑讯逼供的结果，真正有毒有害的是“刑讯逼供”。“刑讯逼供”是源，口供是“流”。“刑讯逼供”是树木，口供及根据口供取得的证据都是“果”。正因为“刑讯逼供”被法律明令禁止，所以“刑讯逼供”是泛指“毒树”。刑讯逼供取得的证据，就是这棵毒树上结的果实。其二、为何会出现“毒树之果”理论之争？祝博士说，是“砍树弃果”

还是“食果毁树”，一直是学术界，也是司法界争论不休的问题。之所以出现“毒树之果”理论之争，原因在于价值取向。“砍树弃果”更注重程序正义，更注意对被告人人权的保护，认为没有程序上的公正，就不会有实体的公正。辛普森杀妻案，就采用了毒树之果不可食之理论，后将辛普森无罪释放。“食果毁树”更看重实体的公正，更注重对犯罪分子的打击，就是我们平时说的“重实体轻程序”。程序正义历来被英美国家奉为圭臬。他们通常用这样一个例子说明其中奥妙：两个人分吃一个饼，如果让其中一个人来分，另外的一人总是不放心，因为担心分饼夹私心。在这种情形下，即使分饼者不带半点私心，也难以消除另外一人的怀疑，而事实上，谁也不可能保证他分的饼就是最公平的。于是两人就定下一个游戏规则，一人负责分饼，而另一人有权先选择吃哪一半。这样，就从程序上消除了担心者的疑虑，大家都觉得公平了。事实上，饼分的多少、大小才是问题的实体。有的人看重程序上由谁先用刀切分，有的人更看重实体上我实际能得到的是大块的饼，还是小块的饼。这是一个价值取向问题。

其三、中国法律对“毒树之果”的处置是如何规定的？《刑事诉讼法》第43条规定“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。”这是法律对刑讯逼供的明确表态。对“毒树之果”如何取舍呢？祝博士说这有两种情形：第一，对待因刑讯逼供取得的口供，明令不可以作为定案根据。高法《关于执行 刑事诉讼法 若干问题的解释》第61条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作

为定案根据”。这个规定是非常明确的，只要查证刑讯逼供确实存在，因为刑讯逼供取得的口供毫无异议要被排除在定案根据之外。第二，如何对待基于刑讯逼供取得的口供而收集到的其他证据，目前尚没有相关的立法或者司法解释予以明确界定。其四、在司法实践中，对待基于刑讯逼供取得的口供而收集到的其他证据会如何取舍？由于没有相应的立法或者司法解释，在司法实践中具体操作案件，通常会慎重的采用基于刑讯逼供取得的口供而收集到的物证、书证、视听资料。祝博士强调说，第一，必须是“慎重”的采用。因为这些证据毕竟是由于刑讯逼供取得的口供派生的，刑讯逼供是非法手段，会对证据的客观性、相关性带来影响，所以要慎之又慎。第二，必须是基于刑讯逼供取得的口供而收集到的“物证、书证、视听资料”，才可以被采用。“物证、书证、视听资料”具有较强的证明力，而且不易受人为因素干扰发生变化，所以他们经过审查可以被采用。比如基于刑讯逼供取得的口供而收集到的犯罪嫌疑人作案时使用的凶器、根据刑讯逼供取得的口供而收集到的犯罪嫌疑人私下保存的账簿、根据刑讯逼供取得的口供而收集到的犯罪嫌疑人家中存放的敲诈勒索使用的偷拍的他人有婚外性行为的录像带，这些证据经过审查，若确实与案件存在客观性、相关性，可以考虑被采用。其五、我国对待基于刑讯逼供取得的口供而收集到的其他证据的态度是不是“食果毁树”？为何会这样？“食果毁树”是形象的说法。实际上我国在这方面是很慎重的，不是见果子就食，一方面要对证据的合法性、客观性、相关性仔细审查，不能草率行事，同时采用的证据形式只限证明力较强、不易被人为干扰的“物证、书证、视听资料”。

”。我国不仅追求程序公正，还追求实体公正。尽管刑讯逼供不可取，也被严令禁止，但是刑讯逼供发生以后，我们不能一概将刑讯逼供取得的所有证据全部排除。假定基于刑讯逼供取得的口供收集到了该犯罪嫌疑人李四杀死张三使用的匕首，匕首上不仅有被害人的血迹，还有犯罪嫌疑人的指纹，尤其是根据犯罪嫌疑人李四的口供，还找到了被害人张三的尸体。李四杀死张三显而易见。对于这样的案件，我们是采用“毒树之果”不可食理论，全部否定这些证据，判决被告人无罪，还是采用这些证据，判定被告人有罪？如果在这样的证据条件下，法院根据“毒树之果”不可食之理论判决被告人无罪，被害人会答应吗？社会会容许吗？舆论会怎么评价？孩子洗澡由于方法错误弄脏了一盆水，我们倒掉脏水是完全正确的，但是我们会将孩子一起倒掉吗？其六、对刑讯逼供有何治疗方法？祝博士说，我们采用某些由刑讯逼供派生的证据，不等于认可刑讯逼供合法，不等于可以姑息刑讯逼供，对刑讯逼供应当严厉打击。当然，出现刑讯逼供的原因是多方面的，既有刑侦手段老化，刑侦能力欠缺，也有法律制度层面的问题，当然也有个别警员素质低、好大喜功的，但是刑讯逼供是客观存在的。我们不愿意看到警察继续种下“毒树”，致使我们被动的去取舍“毒树之果”。警察为何不能通过合法、正当的手段来获取“果实”呢？若既能维护法律规范的权威性，不再出现刑讯逼供，又能有力地打击犯罪，同时保护被告人合法权益，这才是两全之举。我们在不断探索避免刑讯逼供的方式方法。从思想层面，应加强对侦查人员的法制观念的教育培训，使干警充分认识到刑讯逼供无益于打击犯罪，反而会侵犯人权，甚至会引火烧身，

自身犯罪。从体制层面，建议侦押分离，使侦查与羁押分属于不同的部门管辖，部门之间相互监督。在法律层面上，可以考虑在侦查阶段让律师介入侦查活动。在讯问犯罪嫌疑人、询问证人、调查被害人、勘验、搜查、扣押、鉴定等环节，可以邀请律师参加。如果这些侦查活动合法，律师就在证据上签字，以后在法庭质证时，证据的合法性就不会产生异议了。在技术层面上，对重要案件的侦查活动，在讯问犯罪嫌疑人、重要证人时，可以考虑同步录音录像。但愿我这种想法不是“乌托邦”式的幻想，但愿这些设想会有利于推进法制进程。（作者：段建国，开物律师集团北京事务所副主任）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)