

论“毒树之果”——重复性供述

廖 杨

宁波大学法学院，浙江 宁波

收稿日期：2022年4月27日；录用日期：2022年5月11日；发布日期：2022年5月31日

摘要

我国的证据制度建设在不断完善的路上，尤其是对于刑事证据的相关规定中列入了对于非法证据排除的相关规定。但司法实践中，在追求和保障程序正义的同时，必然付出更大的经济代价，也有“钻空子”的存在。在毒树之果立法态度不明确的情况下，我国仅就重复性论述进行了规制，但当前否定“重复性供述”立法态度下，仍旧呈现出“重复性供述”的“诱因”存在过于狭窄之疑、两次排除性规定难防极左极右的规避行为的现实困境。简单的列举极易导致两条例外规定被有心之人滥用，同时实践情况的复杂性使得法律难以言尽，因此，“裁量排除”在重复性供述中具有其适用空间。

关键词

重复性供述，毒树之果，非法证据排除，裁量性排除

On “Fruit of Poisonous Tree”—Repeated Confession

Yang Liao

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Apr. 27th, 2022; accepted: May 11th, 2022; published: May 31st, 2022

Abstract

China's evidence system construction is on the road of continuous improvement, especially the relevant provisions on the exclusion of illegal evidence are included in the relevant provisions on criminal evidence. However, in judicial practice, while pursuing and guaranteeing procedural justice, it is bound to pay a greater economic price, and there are also "loopholes". Under the circumstance that the legislative attitude of the fruit of the poisonous tree is not clear, China only regulates repetitive statements, but under the current legislative attitude of denying "repetitive confessions", it still shows that the "incentives" of "repetitive confessions" are too narrow. It is dif-

ficult to prevent the practical dilemma of the extreme left and right evasion behavior. Simple enumeration can easily lead to the two exceptions being abused by people with intentions. At the same time, the complexity of the practical situation makes it difficult to describe the law. Therefore, "discretionary exclusion" has its application space in repeated confessions.

Keywords

Repeated Confessions, The Fruit of the Poisonous Tree, Illegal Evidence Exclusion, Discretionary Exclusion

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

在刑事案件中，暴力拷问、变相“肉刑”乱象丛生，目的在于获得“确凿证据”。而证据是连接案件事实和判决结果的关键，其证明的事实关乎到相关的犯罪构成、犯罪的恶劣程度、犯罪嫌疑人的主观心态，最终体现在刑事责任上，影响到公民的人身和财产。当事人和其他诉讼参加人的诉讼行为的核心都在于“证据”二字，因此，对于证据制度我们应当尤其关注[1]。令人遗憾的是，证据的程序正义始终面临着挑战，尤其是在以往司法机关人员素质普遍偏低、且司法制度尚未构建完全的情况下，出现许多“暴力取证”、“重复供述”而导致的荒唐的冤假错案和无法排除合理怀疑的判决行为。因此，应当在我国现有法律背景下，分析我国非法证据探索之路上对于“毒树之果”探究的现有成果和未来路径。

2. 审视现实案例，提出争议问题

刑事案件中“暴力取证”、“重复供述”往往会导致荒唐的冤假错案和无法排除合理怀疑的情形，在错案背后往往是证据的瑕疵。

2.1. 重复性供述导致的冤假错案

浙江张氏叔侄强奸案¹：在本案中，公安机关的非法暴力(拿烟头烫)、非法变相肉刑(不让他们吃饭睡觉、往身上浇冷水)以及使用狱中的线人“牢头女神探”暴力威胁等方式，张氏叔侄为了活命，最终取得的张氏叔侄的自我认罪的供述和“认罪书”，外加检察机关和法院的有罪推定的思维指引下，忽视当事人的多次申诉以及关键的DNA鉴定报告，在三方作用下，最终，以分别判处死缓和有期徒刑十五年定罪结案[2]。于2013年，浙江省高级人民法院就该案进行了不公开再审理，本案也就此发生了巨大转折。浙江省高级人民法院经审理后认定如下：“本案有新的证据证明，不能排除系他人作案的可能；本案不能排除公安机关存在以非法方法收集证据的情形，张辉、张高平的有罪供述、指认现场笔录等证据，依法应予排除。”因此，依据上述审理认定，浙江省高级人民法院于本年3月26日作出终审判决，依法撤销一审、二审判决、裁定，张氏叔侄最终判定为无罪。

魏志刚、周学军、余军徇私枉法案²：审理过程中，辩方提出被告人周学军第三次有罪供述存在疲劳审讯，之后的有罪供述都属于重复性供述，应当作为非法证据排除[3]。后经法院查明，被告人周学军在枣阳市人民检察院办案区于2012年11月27日14时5分至2012年11月28日50分，共接受三次讯问，

¹ 参见浙江省高院(2013)浙刑再字第2号判决书。

² 参见襄阳市中级人民法院(2016)鄂06刑终294号判决书。

第三次讯问时周学军做有罪供述。其中，从第一次讯问开始至第三次讯问结束，持续时间为 22 小时，中间休息一小时。对此，法院认为，办案人员对周学军有疲劳审讯之嫌，该次讯问笔录依法予以排除。但是，2012 年 11 月 29 日，周学军关押到荆门第一看守所，在讯问人员变更及告知诉讼权利后被告人自愿供述的，不属于重复性供述。将其进行采纳，作为定罪依据。

2.2. “重复供述”的相关疑惑

当前的《中华人民共和国刑事诉讼法》及其司法解释、《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(下文简称《排非规定》)中对于“非法证据排除”有相关规定，对于此类问题已经有了相关的规避，在程序上能够好地保障犯罪嫌疑人的人身权利。司法实践中，通常而言都是以讯问人员更换、诉讼阶段更换、履行了告知义务且被告人并未称遭受刑讯逼供仍主动作出有罪供述等我国现行排除规则所明确的例外阻断标准为据作出不排除认定[4]。但在“非法证据的排除”的适用上，由于程序正义必然导致大量的经济投入，因此在实践中仍有着大量的“现身说法”，故而也产生一些疑问：

1) 对于“毒树”的言词证据实施绝对排除，但是对于通过“言词毒树”得到的后续的“毒果”应当如何处理，对于后续的叔侄二人的“有罪重复供述”应当如何认定？我国对于毒树之果并未有明确的立法规范，在这样的背景下，侦查人员知晓“刑讯逼供”行不通的时候(即非法证据规制的非法行为)，其基于保卫“自身行为”的目的，就不会再使用刑讯逼供了，而直接使用“非法手段”进行刑讯逼证了，此时，其产生的“口供”或其他间接之证是否仍应当采用？如果不将其进行排除，那非法证据排除将如同鸡肋。

2) 我国针对“毒树之果”的立法在重复性供述上有所突破。但是，突破基础上的例外原则的合理性和适用性是否具有现实意义？此问题，存疑。

3. 毒树之果——重复性论述的立法现状

由于司法实践的发展、监督制度的完善，直接运用“肉刑”手段进行取供的行为在逐渐减少，而“变相肉刑(疲劳审讯、以同一种姿势进行审讯、饿、冻等)”、威胁、欺骗、特殊的羁押环境、非法拘禁等手段正在逐渐兴起，由于其本身并不好界定，实践中呈现“花样繁多，种类各异”的特点，逐渐成为侦查机关的“新宠”，这种行为司法实践中难以举证，因此也对“非法证据排除”的适用构成挑战。但是，此时会产生一个疑问，由于繁多的“取证方式”，犯罪嫌疑人通常会形成内心畏惧，从而在后续供述时，产生口供到口供——即重复供述的可能性极大，此时，这种重复性供述是否应当作为“非法证据”的言词证据而被全部排除？还是基于获取第二份有罪供述的过程中并不存在非法因素或违法行为而不将其认定为非法证据？

3.1. 重复性供述的认识

非法证据是指侦查人员的前取证行为——以“非法”的手段、程序而取得的第一手证据，“毒树之果”在刑事诉讼中，体现为在侦查人员的前取证行为的授权、影响或取得的证据材料的基础上，通过进一步的后取证行为而取得的证据[5]。

重复性供述为广义上的毒树之果，“毒树之果”的本质特征在于以间接方法取得的证据，其中缘由在于第二次“相同”供述的作出是由于第一次的“暴力非法”取得的供述影响之下，违背自身意愿，进而延伸出来的。

想要发挥“非法证据排除”的积极作用来维护程序正义，必然关注对于由于违法取得的毒树而进一步导致的“恶果”进行规避考虑，这一类证据也属于“被污染的证据”，属于广义的非法证据之列，应

当进行排除，如果划分得当，其必然可以有效监控司法，预防违法犯罪、打击刑讯逼供等乱象，维护司法公正、尊重保障人权[5]。

我国虽然不讨论“毒树之果”问题，但是司法人员在进行非法证据排除(尤其是言词证据的非法证据排除)时，仍会考虑这一问题，进行主张，尤其是重复性供述会得到更多的关注，在实际案例中也有所体现，由于“毒树”的强性，主张其并被排除的可能性较大。司法实践中，法官最终裁判结果千差万别，其中在立法不完善的前提之下，法官对于证明问题存在实质困惑。

在《排非规定》出台之前，理论界和实务界对重复性供述的排除问题，主要有“一排到底、全部排除”、“部分排除说”和“同一主体(相对条件)排除说”[6]。但是，这几种说法都存在一定程度上的僵化和偏颇性。之后在立法上，给出了明确态度——“严格排除为原则，两个干预条件为例外”，但是两项例外仍旧存在实践冲击。

3.2. 重复性供述的立法态度

相较于外国，我国的重复性供述问题如同“初出茅庐”。但是，我国的立法实践表明我国已经明确对于重复性供述这一毒树之果采取类似的立法态度——即坚持严格排除下的例外，关于重复性供述都采取有限制的排除规则。

3.2.1. 国外对于重复性供述的立法较为完整

较为严格的美国。在美国一起塞伯特案件的非法证据排除程序的听证中，联邦最高法院基于时间间隔、是否告知排除、讯问地点等因素，认为当事人根本没办法想到沉默权，在非法“威胁”下不得不作出相应的重复供述[5]。因此，裁决两次供述都不可采，其更多地在于维护当事人任意自白的原则，因此对于重复性供述排除的态度较为明确。另外，基于预防犯罪人逍遥法外的情形，规定了如同善意原则、稀释原则、公共安全、必然发现、独立来源等例外原则进行多方综合考量。

较为宽松的英国。在普通法或是实体法中，都对重复性供述采取一个宽松的态度，最大限度地宽容重复性供述。法官在处理排除问题时，其更多的是考虑供述自白这一证据与实践的关联性问题，因此对于待证事实有重大影响的，无论其取得的过程是否合法，都应当采用，只有当警察取证的行为确实严重侵害宪法规定的基本人权才对重复性自白进行绝对排除。

明确排除的德国。在其《基本法》第1条的规定的人格尊严条款之下，其《刑事诉讼法》中的136a条款较为详尽地罗列了“严禁讯问的方式”[7]。如果对于其中的相关规定进行触犯，那么后续犯罪嫌疑人所作的供述都不应当作为有效的凭证，即便后来的讯问都以合法的手段和方式进行，但是讯问得到的陈述依旧无法排除先前以非法方式讯问的不良干扰[7]。因此，现有陈述即使是通过合法方式获得的，其效力仍旧不能够因此而得到肯定。但是，有少数例外，如果进行头次排除的情况下，该供述仍旧可以作为证据使用。

3.2.2. 中国立法状况——严格限制下的排除

在2017年6月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《排非规定》，其规定到：一方面，强制排除原则：采用刑讯逼供方法使犯罪嫌疑人、被告人作出供述，之后犯罪嫌疑人、被告人受该刑讯逼供行为影响而作出的与该供述相同的重复性供述，应当一并排除[8]。另一方面，同时针对重复性设定了重复性供述例外条件：设定两种变通性的例外，即侦查阶段讯问主体变更的例外与刑事诉讼阶段变更的例外[6]。由此，在我国，关于立法过程当中，重复性供述立法走出了试探性的第一步[9]。

4. 否定“重复性供述”立法态度下的现实困境

重复性供述在刑事司法实务中独具特色的存在，基于刑讯逼供(抑或是变相刑讯逼供)或者严重违反底线的讯问方式获取了先前供述，在此之后所获取的重复性自白的证据能力的认定上，考虑到该重复性自白与原始非法自白有着直接的联系，在此情形下持有宽容态度无异于给了侦查机关利用“曲径”规避法律的机会和空间，因此“否定重复性供述”立场和态度成为其应有之义，但其中仍旧存在以下质疑：

4.1. “重复性供述”的“诱因”存在过于狭窄之疑

《排非规定》之中对于采用刑讯逼供手段得来的重复性供述进行相应的排除，当然，将刑讯逼供这类最严重的非法取证行为明确规定当无异议，体现了国家对刑讯逼供行为防治的坚决态度[8]。当前侦查人员进行“逼供”的手段具有扩张性，暴力手段已经成为“最后之选”，更多在于威胁、非法拘禁、变相柔性这些“新宠”的使用。由于此些与“暴力”对于人的危害程度相当的手段，例如：视非法拘禁等非法限制人身自由的取证方式，会造成犯罪嫌疑人极大的心理负担，甚至产生畏惧心理，进而心理崩溃，以此，其负面影响的延续影响下作出的重复性供述也应当进行区别并排除，才能够更好地促进司法正义。

实践中辩方申请排除重复性供述的理由已不单单局限于先前供述存在刑讯逼供了，但由于现行规则的设定明确限定为刑讯逼供[4]。故存在着部分裁判以获取先前供述的非法手段并非刑讯逼供为由对重复性供述不予排除，例如刘谦祥受贿案³，冯琴受贿案⁴等。但是也存在着个别案例将确认或不能排除采用疲劳审讯、超期羁押、威胁、恐吓、非法拘禁等刑讯逼供之外的非法手段作为重复性供述排除的前提依据，比如：张海伟、闫孬蛋盗窃案⁵，邢蓉受贿案⁶。

这一现状引发思考：司法实践确实现已存在先行于法规范的操作，但刑讯逼供的前提设定仍为明文规范，这也导致了法院在面对因受疲劳审讯、非法拘禁及威胁、恐吓影响而产生的重复性供述时跳脱不了规则设定而难以认定并排除[3]。

4.2. 两次排除性规定难防极左极右的规避行为

兼顾惩罚犯罪与保障人权是两项排除性规定所传达出的立法目的，其中对于人员变更的例外规定，主要为了避免影响侦查机关进行自我纠错以及主动排除非法证据的积极性[6]。此外对于阶段变更的处理主要是基于检察院、法院、公安三者之间的职权配置，后阶段的检察人员或者是审判人员的讯问通常能够对于侦查阶段的刑讯进行阻断，使得侦查阶段的违法性得以排除，以此来防止犯罪嫌疑人利用规则而逍遙法外。但是，两个例外是否能够抑制违法取证却是难以保证的，原因在于：该条的僵化适用——极左或者极右的适用都会导致犯罪人的逍遙法外或者侦查人员的暴力取证，都会危及到司法权威。

举个关于更换讯问主体的例子：假如在浙江省宁波市发生一起故意杀人案件，此时的甲某具备犯罪嫌疑，但公安机关并没有足够证据将其定罪，于是，侦查人员乙和丙未获得供述，因此，二人采用暴力并取得了供述，但是由于所获供述为非法证据，因而被排除，如果此时换取另外两名侦查人员(与乙、丙隶属于同一个公安局)进行再审讯，那么这两个侦查人员获得的供述为重复性供述的可能性很大，但由于第五条的“两条例外”的阻却，使得“两步走”的讯问方法得以存活，不但无法规制警察的违法取证行为，反而会助长其违法取证的风气，使得立法目的难以实现。

司法案例中，大多数案件都是刻板地以存在讯问人员、地点更换、诉讼阶段变更，且履行告知义务等例外规定事由为据作出不排除认定。但应当考虑的是：即便满足了规则所确立的硬性的例外标准，是

³ 参见四川省广元市中级人民法院(2017)川08刑初46号判决书。

⁴ 参见广西壮族自治区玉林市中级人民法院(2018)桂09刑终230号判决书。

⁵ 参见渑池县人民法院(2017)豫1221刑初316号判决书。

⁶ 参见固镇县人民法院(2016)皖0323刑初312号判决书。

否就能真正阻却先前非法取证行为的不利影响的波及呢？被告人的心灵是复杂的，其受刑讯逼供行为影响所积压的畏惧情绪难以仅通过地点更换、讯问人员更换、阶段变更等刚性规定消除的。我们无法窥探人的内心，能做的只有结合个案，尽可能地对多样的介入因素进行综合考量，而不应仅局限于规则所设定的刚性阻断标准。

5. “裁量排除”在重复性供述的适用空间

上文可以看出，简单的列举极易导致两条例外规定被有心之人滥用。实践情况的复杂性使得法律难以言尽，但规则的缺位可以考虑原则的补充。

5.1. 裁量性排除原则的适用有其可行性

首先，该原则可以更好平衡“震慑警察违法行为”与“刑法实施”两者之间的关系，致力于避免侦查人员在审讯过程中为了实现“规避非法证据排除的规定”的目的，进而采取两步走逼证的行为，侵犯弱势群体的利益。

另外，在当前“口供”、“笔录”、“当事人供述”对于犯罪嫌疑人的定罪仍旧起着重大作用的背景下，为保障案件侦查和诉讼的顺利进行，对于口供真实性很强、犯罪性质极其恶劣、警察为了消除现实危险而忽略法律规定等例外是可以进行供述采纳的[10]。

此外，在当前认罪认罚的基础、新增加的速裁程序之上，由于在此过程中对于90%以上的认罪的、确定的案件进行分流，对于相应的不认罪、有重大问题的案件会减少，申请排除的人数和案件也将会减少，法官也会有更多时间进行“是否排除”的审查。

5.2. 裁量性排除原则的运用限制

自由裁量是极易被滥用的权利之一。因此，在实践中引入裁量性原则时，应当有所限制。

一方面，对于法官的职业的素养必须做到高标准、严要求。终身负责制以及全面的监督检查等措施都必然应当得到更大力度、更深层次地推进。

另一方面，对于自由裁量的标准可以根据个案进行总结，得出相应的标准。本文基于刑讯逼供的参与主体和相关构成因素，提出以下的几个判断标准，用以在现实中进行方向性引导：

1) 判断警察是否具有故意排除规则的主观心态和客观行为

一方面，考虑是否故意的消极不作为。心态的推测主要通过行为表现。在警察行为中，尤其注意的是对于“两步走讯问”行为的监督，在要求更换之时，A/B/C/D警员的相互交接行为未经过审查和备案，程序违背相关规定，此时，应当倾向于排除例外的适用[6]。另一方面，考虑是否有积极的稀释污染的干预措施。其中，需要注意警察其是否尽到对犯罪嫌疑人告知“先前的供述已被排除”的义务，并且警察应当告知先前供述排除的范围是多少，以及辩护人的适当参与等，让嫌疑人的心灵尽可能回到正常状态。

2) 判断犯罪嫌疑人的供述对于追究犯罪的重要程度

倘若口供对于案件事实的认定起着至关重要的作用，尤其是当其他证据能够充分与口供相互印证的情形，这就使得口供的真实性、证明力得到大幅度的提升[6]。此时，法官应当倾向于决定不排除。诚然，此时最为理想的情形是其他的证据能够形成完整的证据链，那么在重复性供述难以取舍的局面出现时，此时，可倾向于排除。例如“章莹颖无口供定罪案”，此类处理也是最好的局面，能够避免出现自我裁量的失衡。

3) 判断嫌疑人自身的因素与案件本身的性质

换言之，就是判断犯罪嫌疑人自身对于暴力取证的接受和影响程度。其中，首先关注犯罪嫌疑人的生理和心理状态尚未发育完全，比如未成年人对于此类“暴力取证”、引诱取证行为缺乏辨识和抵抗能力，

易于作出重复供述，因此，倾向于排除。其次，关注犯罪嫌疑人是否有犯罪前科[7]。如果是初犯，在作出首次“供述认罪”之后，易于作出重复供述，倾向于排除，反之，尤其是对于犯罪，尤其是累犯一类，则倾向于不排除[5]。再次，关注犯罪嫌疑人罪行的性质和严重程度。基于公共秩序的考量，如果是特殊种类的犯罪，比如黑社会、暴力组织犯罪等之类的，犯罪嫌疑人犯罪主观恶意较强，且具有组织性，手段极其恶劣、社会影响(社会危害性)巨大，此时，需倾向于不排除。

4) 终极兜底：因果关系的判断

因果关系的判断，需要进行考量的是重复供述与现行的取供行为的联系紧密程度。从两个方面入手：首先，判断先行行为对于后续供述影响的严重程度为多少，例如：采取了严重的“变相肉刑”，致使犯罪嫌疑人产生假象的认知，那么这样的先行行为对后续的“重复供述”会有极大的导向性[7]。除此以外，侦查人员对犯罪嫌疑人在后续讯问中翻供，并且举报侦查机关的非法取证行为而进行的严重报复，这样的行为会导致其产生畏惧心理，不敢再翻供，进而继续作出有罪供述的情形也具有极大的导向性[7]；其次：判断介入因素，先判断是否存在介入因素(基于个案复杂性，扩充考量因素，如前后讯问之间间隔时间的长短等)，进而判断介入因素对于重复供述的影响有多大，如果没有强有力的介入因素，或者几个较弱介入因素(诉讼权利告知、是否有律师介入)加入其中都不足以达到排除其毒性的，就应当排除“重复供述”这一证据。

5) 其他的方面，在法官尽到自己的充分释明义务之时，应当由法官进行综合考量。

6. 结言

重复性供述在证据的程序正义保卫战中已经取得了突破，但在坚持“有例外的严格排除重复性供述”的立法态度下，仍面临着“重复性供述”的“诱因”存在过于狭窄之疑、两次排除性规定难防极左极右的规避行为等现实困境。因此，采取更加灵活的裁量性排除原则具有其可行性，同时应当对该原则的运用进行多方面的限制，避免任意的自由裁量，才能够使得非法证据排除真切地保障好程序正义，以维护更好的实体正义。

参考文献

- [1] 李浩，主编. 证据法学[M]. 第2版. 北京: 高等教育出版社, 2014.
- [2] 沈亮亮. 非法证据排除规则实施的困境与对策——以杭州张氏叔侄冤案为例[J]. 中国检察官, 2018(8): 37-41.
- [3] 戴紫君, 易文杰. 重复性供述排除规则适用的实证研究——以54份裁判文书为分析样本[J]. 四川警察学院学报, 2019, 31(3): 76-82.
- [4] 吴羽. 重复性供述排除规则研究[J]. 犯罪研究, 2020(5): 28-37.
- [5] 刘伟涛, 胡婧. 论以非法方法间接取得的证据之排除范围[J]. 枣庄学院学报, 2019, 36(1): 100-107.
- [6] 郑旭, 卫婷. 论重复性供述的裁量排除——评《理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第5条[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2018(4): 103-107.
- [7] 卫国华. 重复性供述的排除问题研究[J]. 山西警察学院学报, 2018(3): 78-84.
- [8] 董坤. 重复性供述排除规则之规范解读[J]. 华东政法大学学报, 2018, 21(1): 139-147.
- [9] 姚梦晨. 浅析我国重复供述排除规则[J]. 广东蚕业, 2018, 52(10): 148-149.
- [10] 林喜芬. 非法证据排除规则运行状况的实证研究——以557份律师调查问卷为样本[J]. 交大法学, 2016(3): 125-141.