

## 国外刑事法制

## 反酷刑公约及中国反酷刑述论

屈学武

国际刑法上的“酷刑”概念,不同于中国传统意义的“酷刑”。后者偏重于仅就刑罚的实体内容下定义:即只要听起来相当残忍的肉体刑即为“酷刑”,不论其刑罚的权力主体及程序如何。例如新加坡现代刑法中的“鞭刑”理所当然的是“酷刑”;中国古代封建王朝律定的“凌迟处死刑”更是酷刑。殊不知这种定义法并不必然地等同于现代国际法意义的“酷刑”特征;至少不符合联合国《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《联合国反酷刑公约》)第1条叙明的酷刑特征。因而,详细解析国际法意义的酷刑概念,很有必要。

此外,仅仅诠释酷刑的概念还不够,对刑事法学者及刑事实务工作者而言,进一步梳理我国的反酷刑罪规定、审视我国对相关对象的权利保护及反酷刑的执行状况,进而提出确有改革意义的立法、司法、执法建言来,倍加重要。本文拟就此问题作一抛砖引玉式研讨。

## 一、国际法中的反酷刑规定及酷刑定义比较

众所周知,国际法文件包括多种形式,如国际条约、公约、协定、议定书、宪章、联合公报、宣言、备忘录等,但含有反酷刑条款的国际法文件主要有:

《联合国人权宣言》、《公民权利与政治权利公约》、《囚犯待遇最低限度标准规则》、《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》(以下简称《联合国反酷刑宣言》)、《联合国反酷刑公约》、《执法人员行为守则》、《欧洲人权公约》、《欧洲预防酷刑和不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《中美洲预防和惩罚酷刑公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和民族权宪章》、《世界医学学会东京宣言》等。

——上述文件虽然均含有反酷刑条款,但仅有4个文件规制了酷刑定义,即《联合国反酷刑宣言》;《联合国反酷刑公约》;《中美洲预防和惩罚酷刑公约》;《世界医学学会东京宣言》。此外,《执法人员行为守则》对什么是“其他残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚”作了指导性解释。

值得注意的是,尽管《中美洲预防和惩罚酷刑公约》和《世界医学学会东京宣言》也规制了酷刑定义,但前者对亚洲国家特别是中国没有法律拘束力;后者主要适用于医学界而非法律界,因而本文不打算特别讨论该两项国际法文件所下定义。换言之,本文拟将《联合国反酷刑公约》和《反酷刑宣言》作为我们讨论酷刑定义的主要依据。

在此共识之下,兹将国内外关于酷刑概念的四种不同主张简述于后并试分析之:

第一说主张将酷刑罪的概念分为广狭二义。狭义的酷刑概念实际是纯学术的研讨<sup>44</sup>因而可以超出公约界定的酷刑定义范围之外来研讨之;广义的概念则源自《联合国反酷刑公约》本身的界定。按照这一观点,《联合国反酷刑公约》所下定义应被理解为广义的酷刑罪概念而非狭义的。而对狭义的酷刑罪概念,持此论者主张酷刑应有如下多项限制:

首先,酷刑行为人的身份应为特定的国家机关或在此特定国家机关工作的公职人员<sup>44</sup>所谓“特定”,通常指司法机关及其司法工作人员而非任何国家机关工作人员或任何公职人员。其次,酷刑须与刑事司法程序有关或者该酷刑行为须发生在刑事司法过程中。其三,遭受酷刑的对象应为特定的人。通常指刑事被告人、刑事犯罪嫌疑人或其他在押人员。其四,该种惩罚是否为合法性惩罚对酷刑犯罪的成立没有影响。第五,就各国历史看,“酷刑”没有公认的认定标准;当代社会仍无普遍认同的酷刑标准。

第二说也主张将酷刑定义为广狭二义。但认为狭义概念指《联合国反酷刑公约》第1条所含酷刑定义。广义的酷刑适用于或者说毋宁适用于“其他残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚”所含有的酷刑概念。就是说,广义的酷刑是针对《联合国反酷刑公约》第16条对“其他残忍的、不人道或有辱人格的待遇或处罚”的规定而言。

第三说没有明确将此概念划分为广狭二义。而是直接以《联合国反酷刑公约》第1条规定为酷刑罪概念。如著名的国际刑法学家巴西奥尼教授就认为,《联合国反酷刑公约》第1条的规定已经明确界定了酷刑行为,并将此行为确定为犯罪。

第四说认为,“酷刑罪的概念应表述为,公职人员或以官方身份行使职权之人唆使、同意或默许他人,故意实施对他人肉体上和精神上产生巨大痛苦的行为”。

——对上述有关酷刑概念的不同观点,我们认为均有可取点,但也不无偏颇之处。我们赞成将酷刑界定为广狭二义的主张;但又不大赞成第一、二说的分类法。概言之,我们认为第二说主张的广义的酷刑概念,对专业人士而言还不够“广”——显然,仅以《联合国反酷刑公约》第16条涵定的“其他残忍的、不人道的或有辱人格的待遇和惩罚”行为作为广义的酷刑范围,其外延范围其实并不广:既然是针对酷刑的广义定义,那末广义的酷刑概念理所当然地应当包括狭义酷刑本身,即宜将公约第16条、第1条、第4条都包容在广义的酷刑范围之内,方才称得上真正的广义酷刑。

至于我们不太赞成第一和第四种主张的理由如下:

首先,第一说所持观点,不免令人产生倒置广狭义概念之虞。这是因为,众所周知,狭义概念又被称为“严格意义”的概念,顾名思义,它理当更加精确而严格。所谓“精确、严格”,在此主要是针对符合法律包括国际法的规定而言。就是说,精确而严格的法学或法律概念宜当符合法律的规定或有关法治精神而不得与其基本要义相悖逆。有鉴于此,脱离《联合国反酷刑公约》第1条及第4条的酷刑规定来界定一个纯学术的、与公约界定的概念大相庭径的“狭义”概念是不精当、不严格的,它也不符合学术界对狭义概念的通常诠释法。由于人们常

陈云生著:《反酷刑——当代中国的法治和人权保护》,社会科学文献出版社2000年4月第1版,第3~7页。

[丹麦]约根·杰帕生:“21世纪的人权保护与反酷刑”国际学术研讨会论文:《在丹麦遭受虐待的被拘留者的投诉》第2页。

M. Cherif Bassiouni, “International Criminal Law, A Draft International Criminal Code” [M]. Netherlands, 1980, P82.

王秀梅:“关于酷刑罪的思考”,《现代法学》2001年第4期,第83页。

把法定概念认定为狭义概念,因而撇开法律规定或公约约定的狭义概念解释法,还很容易令人误解法律或公约的有关规定。

反过来看,撇开法律或公约的规定、以纯学术的角度来研讨某一概念的做法,谓之广义的法学概念更相宜。例如就此问题而言,如前所述,以第一说所主张的狭义的酷刑,就包括诸如须发生在特定的国家机关、特定的司法程序、对象为特定的人员以及是否合法性惩罚对酷刑罪的成立没有影响的内容。如此酷刑概念与公约律定的酷刑概念在内涵与外延上相差甚远;另一方面,反酷刑公约第1条已将“合法性惩罚”无条件地从“酷刑”中剔除出去了。而上述“是否合法性惩罚不影响酷刑犯罪成立”的观点,反会扩大酷刑的适用范围。这种扩大表现在:鉴于据此观点,合法性惩罚亦即国家刑罚(如新加坡的鞭刑)可以视作酷刑犯罪,因而按照这一观点定义的酷刑概念并不必然地比反酷刑公约第1条定义的酷刑范围更窄;相反,其外延范围更宽。

笔者不太赞成第四说的理由与上一理由有其竞合之处,即:第四说所持概念仅仅谈到了酷刑指“公职人员或以官方身份行使职权之人唆使、同意或默认他人,故意实施对他人肉体上和精神上产生巨大痛苦的行为”,而忽略了上述公约第1条最后一句的“除外规定”,即“纯因法律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(酷刑范围)内”。此外,第四说仅仅概定公职人员或以官方身份行使职权的人“唆使、同意或默许”他人实施酷刑犯罪的行为,忽略了其本人直接“造成”的他人肉体或精神上剧烈疼痛或痛苦的、本人实施的酷刑罪实行行为;同时忽略了《联合国反酷刑公约》第4条规定的“企图”对他人实施酷刑罪的“图谋”行为也为酷刑罪行为。可见,第四说也未能全面概定酷刑罪的本质特征。

综上,我们不妨先将《联合国反酷刑宣言》和《联合国反酷刑公约》关于酷刑罪的定义叙述兹后,尔后阐释我们对酷刑罪概念的理解。

《联合国反酷刑公约》第1条对酷刑解释如下:

“为本公约的目的,‘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。”

《联合国反酷刑宣言》第1条规定:“为本宣言目的,酷刑是指政府官员,或在他怂恿之下,对一个人故意施加的任何使他在肉体上或精神上极度痛苦或苦难,以谋从他或第三者取得情报或供状,或对他做过的或涉嫌做过的事加以惩罚,或对他或别的人施加恐吓的行为。按照囚犯待遇最低限度标准规则施行合法处罚引起的、必然产生的或随之而来的痛苦或苦难不在此列”。

分析上述两个反酷刑国际文件,可见二者从效力到酷刑内容上均有较大差别。表现在:

首先,从效力上讲,一般而言,惟有国际公约有法律约束力,国际宣言却没有。正如我们所知道的,后者主要地是提出和从事某些相关倡议或宣传。对此,我们还可援引《联合国反酷刑宣言》本身来说明。该宣言“引言”称:

“通过保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言,其全文附在后面,作为所有国家和执行有效权力的其他个体的指导方针”。

——显然,“指导方针”对国际条约的成员国而言仅有指导意义而没有务必遵循的拘束力。“公约”却有着必须遵循的、不容置疑的权威性。当然,尽管公约必须遵循,但惟有对那些批准了该公约的国家才具有约束力。然而中国正是不仅仅签署、而且批准了《联合国反酷刑公约》的国家。与此同时,中国从未声明它不受公约第1条的约束,就是说,中国有履行公约所规定的反酷刑条款的国际义务。同时,作为中国学者,我们也有义务宣传和敦促它的履行,包括履行该公约第1条的规定。另一方面,我们还注意到,假如反酷刑宣言的某些内容已经成为国际习惯法的一部分,该部分也是应当遵循的,然而,迄今为止,反酷刑宣言的相关部分并没有成为国际习惯法的一部分。基于此,在关于酷刑罪的概念方面,在反酷刑宣言之间,宜当选择前者。

其次,《联合国反酷刑公约》明确地将“酷刑”与“其他残忍的、不人道的和有辱人格的待遇和处罚”区别开来了。

《联合国反酷刑公约》第16条明文规定,“每一缔约国应保证防止公职人员或以官方身份行使职权的其他人在该国管辖的任何领土内施加、唆使、同意或默许未达第1条所述酷刑程度的其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为。特别是第十、第十一、第十二和第十三条所规定义务均应适用,惟其中‘酷刑’一词均以‘其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为’区分开来。”

再次,《联合国反酷刑公约》确定的行为主体范围比“反酷刑宣言”确定的范围更宽。按照公约的规定,实施酷刑的行为人不仅包括公职人员,而且包括以官方身份行使职权的其他人。除此而外,联合国人权委员会还发出了有关文件,允许在某种特定的场合对“公职人员或者以官方身份行使职权的人”作出某种扩大解释,例如在涉及儿童或者病人的案例中,行为人可以是对病人、儿童等有着某种特定权威的、正从事着教育、医疗工作的任何人。而《联合国反酷刑宣言》确定的酷刑主体范围仅限于“政府官员”。

第四,《联合国反酷刑公约》所规定的行为人的行为目的范围比《联合国反酷刑宣言》确定的目的范围更宽。按照该公约的规定,行为目的不仅仅是为了从受害人或第三人处获得情报或供状,或仅仅为了对他或第三者所作或涉嫌行为加以处罚,还包括基于任何歧视理由所实施的行为;联合国反酷刑宣言的行为目的却不包括其他“任何歧视目的”在内。

第五,联合国“反酷刑公约”和“反酷刑宣言”之间的另一重大区别在于:公约第1条第1款末尾所表述的“除外条款”不同。在宣言中,合法的惩罚行为须与联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》相一致时,其引起的疼痛或痛苦才不被认为是酷刑。然而,在反酷刑公约中,对合法制裁的这一“限制性规定”被剔除出去了。意即只要是国家刑罚权赋予的合法制裁引起的疼痛或痛苦,都不在公约划一的“酷刑”之列。据此,新加坡刑罚上规定的鞭刑,就不是《联合国反酷刑公约》确认的“酷刑”。对此,虽然某些公约成员国或学者因此限制性条款被剔除深感遗憾,但在笔者看来,由于这一“剔除”祛除了干预他国刑罚权之嫌,其势必有利于

Bertil Duner: An End to Torture. St. Martin's Press Inc., 1998. P66.

Bertil Duner: An End to Torture. St. Martin's Press Inc., 1998. P32.

但此种处罚应属《联合国反酷刑宣言》涵定的“酷刑”。因为“鞭刑”显属不符合《囚犯待遇最低限度标准规则》的不合法处罚。按照该“宣言”第1条的规定,对此不符合上述“规则”的刑罚处罚不能例外,应属酷刑。

缔约国之间相互监督并自觉遵循该公约律定的酷刑定义,因而并非弊事。

接下来的问题是,既然联合国反酷刑公约和反酷刑宣言在拘束力和酷刑定义上有如此之大区别,那末,对有关专业人士而言,选择何者作为定义酷刑罪的相对基准以便达致交流和沟通上的一致更加适宜且切实可行呢?例如上文关于酷刑概念的第一说主张者所定义的狭义上的酷刑,就很可能以《囚犯待遇最低限度标准规则》为其定义基准的(或者说其酷刑概念更符合该“规则”匡定的酷刑内涵);而由美国的巴西奥尼教授为首的学者所定义的酷刑概念则是以《联合国反酷刑公约》第1条规定为其定义基准的。

就此基准问题,我们认为,考虑到中国已经签署且批准了《联合国反酷刑公约》,确有遵循它的义务;考虑到公约缔约国的广泛性以及确认一个国际社会普遍认可的酷刑标准的必要性;考虑到中国民众对国际法意义的酷刑概念的普遍误解;考虑到国际法上的拘束力的制约性等,据此,我们的回答是,以具有国际拘束力的《联合国反酷刑公约》作为我们定位酷刑概念的基准,不但因其效力上的权威性而更具“合法性”,而且因其酷刑主体外延的扩大、行为内容的增加以及“除外规定”“限制条款”的剔除而更能达致对各国人权与国家刑罚权的双向保障,从而有利于反酷刑目的的实现。为此,我们认为,以《联合国反酷刑公约》而非《联合国反酷刑宣言》作为定义酷刑的基准更加适宜且切实可行。而后者,在我们研究酷刑以外的其他人权保障领域以及对有关酷刑定义或相关规定作比较研究时,仍然有其特殊指导意义。

此外,在论及酷刑罪概念时,有必要特别一提的是《联合国反酷刑公约》第4条对酷刑罪的补充规定。该条规定:“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行。该项规定也应适用于施行酷刑的企图以及任何人合谋或参与酷刑的行为”。

——由此可见,按照上述规定,“图谋”实施酷刑、任何人等“合谋或参与酷刑”,也是公约确认的酷刑罪行为。而“合谋或参与”,众所周知,只能发生在“共同作案”的共犯场合。由此可见,第4条的规定,不仅仅将“图谋”实施酷刑行为增设成了酷刑罪行为之一;而且对共同实施酷刑罪的主体作了扩大性规定。亦即:当其“共同”实施酷刑罪行为时,“合谋或参与”的行为人可以是“任何人”而不一定如单独酷刑罪主体那样须具有“公职人员或以官方身份行使职权”的身份。

## 二、国际刑法上的酷刑罪概念诠释

根据《联合国反酷刑公约》第1条、第4条的规定,且将国际刑法上的酷刑罪概定如下:酷刑罪是指公职人员或以官方身份行使职权的其他人,为了向某人或第三者取得情报或供状,或为了处罚某人或第三者所作或涉嫌行为,或基于恐吓、威胁目的或任何歧视理由,而故意造成或唆使、同意、默许造成、抑或企图造成或任何人等合谋、参与造成某人在肉体或精神上承受剧烈疼痛或痛苦的任何行为。但是,纯因法律制裁而引起或其所固有或附带的疼痛或痛苦除外。

由此概念可见——

首先,酷刑罪不是具体的个罪而是含有多种具体犯罪的类犯罪。相应的,酷刑罪罪名也非个罪罪名而属某一类犯罪的类罪名。例如中国现行刑法上所规定的属于酷刑犯罪的罪名

就有刑讯逼供罪、暴力取证罪、报复陷害罪、体罚虐待被监管人罪、虐待部属罪等等。

其二,酷刑罪的主体是“公职人员”和“以官方身份行使职权的人”。所谓“公职人员”,《联合国反酷刑公约》的英文版原文为“a public official”,中文又可解析为公务人员。“以官方身份行使职权的人”,英文版原文为“other person acting in an official capacity”,指虽然不具有公职人员身份,却以其身份行使官方职权的人。需要强调的是,按照公约的规定,酷刑罪主体应为任何“公职人员或以官方身份行使职权的人”,而非“特定的国家机关或在此特定国家机关履行公职的人员”,更非仅仅限定为司法机关或司法机关工作人员。假如我们按照上文第一说的这一限制性条件来框定酷刑罪主体,就会在事实上人为缩小该罪主体范围、从而有可能恣纵某些实施了本罪的犯罪人。

另一方面,如上所述,按照公约第4条的规定,在共同实施酷刑罪的场合,对合谋者或参与者没有身份限制。亦即只要主谋者或部分酷刑行为人具有上述特定身份即可,合谋者或其他参与者可以为“任何人”等。

其三,主观上行为人必须是故意实施酷刑行为。这里,有必要强调说明的是,尽管联合国反酷刑公约已就酷刑包括广义酷刑的各种形式的主观“故意”作出了明确规定,国外学术界仍有持不同意见者。根据该不同意见,在受害人是未成年人的场合,有关机关不仅需要故意、而且需要就“疏忽大意”情况下的作案加以考虑。即:当其广义的酷刑被施加于未成年人之身时,“就未成年人而言,(故意)这一理念的限制似乎太大了”,“世界反酷刑组织,每年均有关于同居一处的成年的被拘留人对未成年人的被拘留人施加暴行的、颇高的案件发生率”。“看管这些拘留所的看守人员无不知道这样的“墓地”对于被关押在此的未成年人的紧迫危害,对于那些年龄特别幼小的孩子更是如此。因而,那些负责看守的人员没有“故意”地引起该拘留所的未成年人的疼痛或痛苦的事实,似乎不该是将此案情排除在(广义)酷刑定义之外的关联因素”。

——对此观点,考虑到概念的相对性和对未成年人的保护,我们在一定程度上赞同之,就是说,我们赞成法律责任的范围可以在特定场合对于被害人为未成年人案的适度扩大。然而,我们仍坚持:一般情况下,遵守公约关于酷刑定义的一般性规定非常必要,否则将扩大酷刑的范围。就是说,至少在被害人不是未成年人的场合,行为人故意地违反公约的规定是不可或缺的。

其四,酷刑行为并不绝对地要求发生在刑事侦查或诉讼阶段,尽管实践中,酷刑的确时常发生在此阶段。但“行为时”和“行为地”不是成立本罪的必备要件。就是说,酷刑也可以发生在非刑事司法过程中,例如基于种族歧视而发生的对难民的酷刑、为了获取情报而对第三人的酷刑等。同时,遭受酷刑的对象也不必非要“特定的人等”,虽然实践中,刑事被告人,犯罪嫌疑人和其他在押人员等确曾比其他更容易成为酷刑的对象,然而,根据《联合国反

---

值得一提的是,根据国际公约的酷刑罪规定,酷刑罪虽然应为一类犯罪而非特定的个罪,但我国现行刑法典并未将其作为一级类犯罪或二级类犯罪规制于分则某一章或某一节之中,而是散置于刑法分则各章之中。这种立法法,固然并不妨碍其为国际刑法上的“类犯罪”的事实。但为了有力惩治酷刑犯罪,我们主张将来刑法修改时,能逐步改善这种将各种酷刑罪散置于现行刑法分则各章之中的事实,毋宁以“酷刑罪”这一类罪名将其集中规制于一章,以便更有利于司法和适用。对此,后文将专门述及。

Bertil Duner: An End to Torture. St. Martin's Press Inc. 1998. P65.

酷刑公约》的规定,任何第三人等均能成为酷刑罪的对象,例如针对政府官员、公职人员的批评人、举报人等即属之。

其五,导致“剧烈疼痛或痛苦”的结果,是构成酷刑罪的必备要件,否则不能成立该罪。也就是说,从犯罪构成的客观要件角度看,酷刑罪是结果犯:“剧烈的疼痛或痛苦”二者必居其一,否则不能构成酷刑犯罪。这里“疼痛”是相对于肉体上的痛楚而言;“痛苦”是相对于精神上的痛楚而言。

那末,怎样理解“剧烈的”疼痛或痛苦?事实上,不言而喻,痛楚“剧烈”与否,正是狭义的“酷刑”与“其他残忍的、不人道或有辱人格的待遇或处罚”之间的重大区别点之所在。然而,无论是联合国人权委员会还是联合国反酷刑委员会均未就此作出明确解释。同样,联合国反酷刑公约和反酷刑宣言也未对此有所说明。

按照某些《联合国反酷刑公约》特别报告员的意见,最初,他们本来认为应当清楚地阐明“酷刑”和“其他残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚”的确定涵义,但在经过绞尽脑汁的长时间的讨论后,他们放弃了,因为他们认为这样反而容易搅乱视线。加之,他们发现大家也很难达成一致。所以他们决定将来的监察员务需通过一些专门的技术、共识和经验指导去设定出一些通行规则来。例如,“将受害人的被捆住的双脚倒吊起来,头部被蒙上面罩朝下放置在一个金属桶之中,然后用粗短的警棍猛打该金属桶。它不仅引起人头四周如雷炸响,还会令人产生窒息的感觉”。这种折磨所产生的“疼痛或痛苦”就被“共识”为剧烈的痛楚,可谓典型的“酷刑”。

另一方面,我们还可从什么够不上酷刑的角度探讨什么是酷刑。据联合国反酷刑公约特别报告员分析,在“不人道”和“有辱人格”之间,并没有非常严格的、科学的差别,二者仅在严重程度上有一些操作标准上的不同。进一步说,所谓“不人道或有辱人格的待遇或惩罚”,主要指对有关人等的待遇欠人道或有辱人格尊严。例如,按照联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》,“监狱的卫生设备应当充足,使能满足每一囚犯大小便的需要,并应维持清洁和体面”。可见,假如监狱的卫生设备不符合这一标准,就符合“非人道”的特征,同时,这一《标准》的第45条还规定:“囚犯被送入或移出监所时,应尽量避免公众耳目,并应采取保安措施,使他们不受任何形式的侮辱、好奇的注视或宣传”。由此,假如囚犯被尽可能故意地暴露于光天化日之下,这就符合有辱人格的待遇的特征。显然,如果将此视为酷刑,将人为扩大酷刑的范围。

另一方面,在通过有关规则、专门技术、共识和经验进行某种学理分析的过程中,一定的参酌依据非常重要。首先,我们可以适用《执法人员行为守则》中的某些解释作为我们分析某些问题的参酌依据。该守则第5条C款指出,大会“对‘残忍的、不人道或有辱人格的待遇或处罚’一词没有下定义,但应解释为尽可能最广泛地防止虐待,无论是肉体上的还是精神上的虐待”。显然,该解释可用作理解该术语的指导意见。基于此,进一步地了解欧洲人

Antonio Cassese: "Inhuman States: Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today". Polity Press, in association with Blackwell Publishers Ltd. 1996. P45.

Antonio Cassese: "Inhuman States: Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today". Polity Press in association with Blackwell Publishers Ltd. 1996. P64 ~ 65.

权法院对有关问题的阐释是有所裨益的。

《欧洲人权公约》第3条是有关酷刑、非人道和有辱人格的待遇和处罚方面的规定,但该条文仅仅笼统的宣示应当禁止上述行为,并未具体阐释广、狭义的酷刑行为的内涵、外延及其相互间的联系与区别。为此,欧洲人权法院曾通过判例确认这些被禁止的待遇或惩罚是由严重程度来区分的。酷刑,是最严重的,被定义为故意的、引起严重痛苦的非人道的待遇。该欧洲人权法院为每一种(广义的)酷刑把握的限度是相对的,它取决于这一案件的所有情节如待遇状况、身体或精神因素等;某些案件中,还包括性的因素、受害人的年龄和健康等等。之所以使用“等等”这一字眼,欧洲人权法院的法官强调那是因为“列举”不可能穷尽所有情节。

对“限度把握的相对性”,可理解为因情势而异。例如在疼痛或痛苦的程度问题上,就有外国学者主张应因其是否成年而有所区别。认为“对下述问题有必要认真考虑,即假如对成年人的肉体惩罚正被普遍禁止,在未成年人中却未必如此”。基于这一理由,该外国学者就疼痛或痛苦程度提出了新的建议,即在受害人为未成年人的案件中,应当注意到对于成年人而言相对较轻的疼痛或痛苦,因年龄缘故可能导致未成年人处于焦虑或重压下的极端混乱状态。

——就此观点,基于上文述及的概念的相对性和对未成年人的特殊保护观,我们一方面赞成对“疼痛或痛苦程度”的临界点应有所限制的因人而异;另一方面又不能赞成“以疼痛或痛苦程度来区分酷刑与否绝对不可能”的绝对否定观。换言之,我们主张,为确定一个疼痛程度达致一个相对标准是可行的,至少在成年人中是如此。

有必要注意的是,为了有助于划分广义上的酷刑的具体种类,欧洲人权法院还通过爱尔兰.V. UK(1970-80)2 EHRR 25, para. 162号判例作出了明确的指导性解析。此外,过去几年中,欧洲人权法院在处理此类案件上也表现得愈来愈具有弹性。例如,在处理 Selmqouni v. France 的案件中,该法院突出强调:

“考虑到公约‘是富有生命力的文件,它需要按照当今情势来解释’,……因而,某些过去被分类为对立‘酷刑’的非人道的或有辱人格的待遇将来可能被列入不同的类别”。此外,欧洲人权法院有时还明确判定某些特定行为应当归结为“酷刑”。例如该法院曾判定:因国家官员对被拘留人的强奸所引起的疼痛或痛苦应当计入“酷刑”。

——基于上述阐释和事实,我们不妨就“酷刑”和“其他残忍的待遇和处罚”间的联系和区别抽象概要如下:

酷刑是最严酷的虐待或惩罚,是身体或精神上的剧烈疼痛或痛苦;而“残忍的待遇或惩罚”是低于酷刑、高于“不人道和有辱人格待遇”的行为二者的区别仅在于严重程度的不同;其次,二者的联系在于:因时间、场合及其受害人的不同,某些本属“残忍的待遇或惩罚”的行为可能被归结为剧烈的疼痛或痛苦、从而计入酷刑。再次,确定某种虐待是否酷刑的严重程度的标尺不是一成不变的,随着时间、地点的不同及其人权观念的发展,人权标准及酷刑标准均可能随之发生变化。就是说,目前国际社会尚无关于严重程度的绝对标尺,但相对标尺

David Elliott: "Challenging Impunity for Torture", First published 2000 by the Redress Trust. P36.

See Footnote [14]

28 July 1999 (Application No. 25803/94), para. 101; case comment in [1999] EHRLR 645

David Elliott: "Challenging Impunity for Torture", First published 2000 by the Redress Trust. P3.



总是有的。

最后,对本罪“除外规定”的再强调。如上所述,按照《联合国反酷刑公约》的规定,但凡因行使国家刑罚权所引起的疼痛或痛苦,即便其已构成剧烈的痛楚;即便其刑种规定不太符合联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》的人道要求,此类行为本身也不构成公约确认的酷刑罪。这一点,也是《联合国反酷刑公约》与《联合国反酷刑宣言》的重大区别之所在。

### 三、中国关于反酷刑的立法及相关保护措施

#### (一) 中国反酷刑立法

如上所述,不少国际条约含有反酷刑条款,但联合国《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》却是其中最重要的国际法文件之一。联合国安理会从1984年10月开始适用该公约,1986年中国政府签署了它;1988年9月,中华人民共和国全国人民代表大会进一步批准了该公约,1988年11月3日该公约开始对中国生效。除此而外,中国还于1998年10月5日签署了《公民权利和政治权利国际公约》,目前正待全国人民代表大会批准。

《联合国反酷刑公约》第4条第一、二款分别规定:“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行……”。“每一缔约国应根据上述罪行的严重程度,规定适当的惩罚”。这就是说,各缔约国应当在自己的刑法典中增设各种具体的酷刑罪并附设定刑。据此,作为已经签署和批准了该公约的主权国家,中国业已通过一系列国内立法作出了反酷刑的照应性规定。其中,最具代表性的有《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》。

中国刑诉法典和刑法典先后于1996年和1997年经由全国人民代表大会修改。强化人权保障和反酷刑也是其修改目的之一。据此,中国现行刑法典通过六个法条,设立了七种涉及酷刑的犯罪。即,根据中国现行刑法典第238、245、247、248、254条和第443条的规定:

——“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由”者,构成非法拘禁罪;“国家工作人员利用职权犯本罪的,从重处罚”。

——“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅”者,构成非法搜查罪;“司法工作人员滥用职权犯本罪的,从重处罚”。

——“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言”者,构成刑讯逼供罪或暴力取证罪;“致人伤残、死亡的,依照刑法第234条、第232条的规定从重处罚”。

——“监狱、拘留所、看守所等监管机关的监管人员对被监管人员进行殴打或者体罚虐待,情节严重”者构成虐待被监管人犯罪;“致人伤残、死亡的,依照刑法第234条、第232条的规定从重处罚”。

“监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的,依照前款的规定处罚”。

——“国家机关工作人员滥用职权、假公济私,对控告人、申诉人、批评人举报人实行报复陷害”者,构成报复陷害罪。

——军职长官“滥用职权,虐待部属,情节恶劣,致人重伤或者造成其他严重后果的”构成虐待部属罪。

中国现行刑法第234条是关于故意伤害罪的规定;第232条是关于故意杀人罪的规定。

除了上述罪状、罪名规定外,对此七种酷刑犯罪,我国现行刑法相关条文还逐一设定了相应的法定刑。表明我国业已认真而全面地履行了《联合国反酷刑公约》第 4 条规定的国内相关立法义务。

我国现行刑诉法典第 43 条也就以刑讯逼供的方法非法收集证据的酷刑行为作了明确规定。该条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。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”。

——除上述法律规定外,《中华人民共和国监狱法》、《法官法》、《检察官法》、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》中也含有若干禁止酷刑的法律规定。

## (二) 中国有关反酷刑措施

自批准《联合国反酷刑公约》以来,除相关立法外,中国还采取了下述多项措施来预防和反对酷刑。包括:

第一,废止“收容审查”制度。中国刑诉法在修改前曾经有过“收容审查”规定,最初,它本是用作维持治安秩序的行政处分,但这一规定确曾使得许多人未经指控而被关押。自 80 年代以来,特别是在几次“严打活动”中,“收容审查”制度更为公安机关广泛使用并一度失控,以致成为中国的主要人权问题之一,曾遭到国内外人士的广泛批评。显然,这一制度不仅有悖《世界人权宣言》的规定,也属于广义的酷刑行为。特别是在面对嫌犯的场所,容易发生刑讯逼供等酷刑犯罪问题。加之,这一规定太过方便拘禁任何人,特别对那些批评、举报过国家工作人员的批评人、控告人等不利。因而,这一制度的废止,可谓中国履行《联合国反酷刑公约》的重大进展。

第二,通过酷刑取得的口供或证据无效的规定。为了更加卓有成效地防止酷刑,除了中国刑法典第 247 条的规定和刑诉法典第 43 条的规定以外,中国还在刑事司法程序中采取了一系列有效的司法措施。即以由最高人民法院 1998 年 6 月 29 日发出的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》的形式,制定了明确的补充规定,确认以酷刑方法取得的口供和证据无效。

第三,改革现行劳动教养制度。现行劳动教养制度的主要依据是国务院 1982 年发出的《劳动教养试行办法》。这一试行办法又源于 1957 年国务院的《关于劳动教养的决定》。在此相当长的历史时期中,这一制度主要适用于那些实施了违法行为但对其还不足以科处刑罚的人。为了通过教育改造他们,国务院决定对这些人采取较刑罚相对更轻的处分——劳动教养。然而,事实上,由于立法的疏漏和执行过程中的错误,反而产生了不少问题。例如,从遭受劳动教养的人被限制其人身自由的期限及限制程度可看出,这种惩罚比之因适用刑罚而被判处两年管制刑或拘役刑者实际上更加严厉。中国的管制刑上限为 2 年、下限仅 3 个月;拘役刑上限 6 个月;下限仅 1 个月。而劳动教养的期限可达 1~3 年;必要时,还可以再增加 1 年。在司法实践中,已经发现了如下案件:即批评或投诉了某个公安机关的人则被公安机关决定劳动教养。这种不合理的规定和事实表明:改革这一制度势在必行,否则,难以确

陈泽宪、毕小青著:《人权与司法》,中国法制出版社 1999 年版,第 54、213 页。

同上,第 33、178 页。

保公民基本人权,对那些针对公职人员的批评人、控告人、申诉人或举报人来说,更是如此。

基于上述理由,自从完成了现行刑法典的修改以来,中国立法机关一直在尝试着制定一项新的法案或一项新的劳动教养条例。过去几年间,有关立法机关一直在征求方方面面的意见,例如学术机构、各级人民法院、各级人民检察院、各级国家机关,包括正在适用着这一制度的公安机关的意见。各界人士已经提出了大量的立法建议。其中,多数人主张在保留现有劳动教养制度基础上改革之。例如有人主张在大中城市设立“治安法庭”,专门负责审理由治安部门提请审批的劳动教养案件。少数人主张在废除现有劳动教养制度基础上改革。例如,有一种观点主张:对于违法行为不足以构成犯罪的人可给予治安行政处罚或“保安处分”;对那些行为已经构成轻微犯罪而毋需刑罚处罚的人,就可以采用这种保安处分。而此类“处分”规定可以被增设并包容于现行刑法典有关保安处分专章之中;也可以另行草拟专门的保安处分法。例如现行的劳动教养处分就可以经改造后植入现行刑法典或专门的保安立法中,并名之为“劳作教养处分”或“强制收容矫治处分”。它与现行劳动教养制度的本质不同点在于:前者须由法官判决;后者却在事实上由公安机关裁决。在教养的方式、期限和地点上,前者既是法定的,又富有弹性;罚期限将根据受处分人的自新状况及对社会的危险程度酌情增减;而后者既非严格意义的法定,又失诸相对固定和僵化。

第四,匿名举报国家机关工作人员的制度。所谓举报国家机关工作人员,包括举报一般违法案件、刑事犯罪案件、违背党纪、政纪等各类案件。“匿名举报”,显然有利于国家对举报人的保护,否则他们可能因其“举报”遭到公职人员的报复。特别是公职人员通常掌握一定公职权力,这就使其存在将其报复心理外化为酷刑或其他残忍行为的客观条件。而这种行为是违反现行刑法典第 254 条规定的,情节严重者将构成报复陷害罪。为此,匿名举报制度的规定,显然不仅有利于对大小腐败官员的进一步披露和揭发,而且有利于国家和社会对举报人的权益保护。

第五,强化各级人民代表大会对司法和执法的监督。过去几年间,关于对《联合国反酷刑公约》的执行,仍然存在一些问题。因而强化各级人民代表大会对司法和执法的监督,很有必要。经过多方努力,过去数年间,中国已在涉及或可能涉及酷刑的案例审判及监督方面取得了长足进步。例如,据最高人民法院 2000 年度公报,1999 年间,最高人民法院共收到 123 件由全国人大代表提交的议案或提案。对此,最高法院已在规定期限内全部处理或作答完毕。同时,1999 年间,全国人民法院共审理了 6,788 件国家赔偿案件,比 1998 年增加了 8%。1999 年全国法院还审理了 96,793 件再审案件,其中 21,862 桩案件被改判。考虑到人民群众告状难的情况,全国各级法院都设置了“院长公开接待投诉日”。1999 年间,全国法院共收到和受理了一千零六十九万件公民投诉案件。同年,法院审决了 14,069 件由检察机关提出抗诉的案件。其中,3,185 项判决已经由人民法院改判;3,751 项判决被维持;951 桩案件已经由检察机关撤回抗诉;1,429 桩案件被发回原审法院再审;4,753 桩案件由人民法院调解解决。

陈泽宪、毕小青:《人权与司法》,中国法制出版社 1999 年版第 35、182 页。

屈学武:“保安处分与中国刑法改革”,载《法学研究》,1996 年第 5 期。

见最高人民法院 2000 年公报。

最后是大众传媒对司法与执法的监督。过去几年间,中国各种大众传媒也加强了对执法的监督特别是涉及到对有关人权保护的监督。许多有关报复陷害、非法拘禁、刑讯逼供、暴力取证、非法搜查、对被拘禁人的肉体惩罚和虐待案件等,都是由报纸、杂志或中国网站上的网页及其有关书籍曝光的。例如发生在山西省岚县的李绿松因批评县政府当局惨遭酷刑的案件,就是媒体最早发现并披露的。

#### 四、关于中国反酷刑立法及其执行述评

自从《联合国反酷刑公约》在中国生效以来,中国在反酷刑立法及其执行上已有很大进步。这一点,前文已经逐一述及,也为世人所广泛承认。然而,我们还应看到,在此过程中,还有不少亟待关注或改进的问题。特别是在基层一级,国家工作人员、警察等对有关批评人、控告人、申诉人、举报人等实施酷刑的现象依然存在,个别地方还相当严重。为此,特提出立法、司法、执法建言如下:

首先,一般而言,一国宪法应当对有关国际法在国内法律体制中的地位作出规定,中国宪法却没有这方面规定。尽管根据中国某些基本法的规定,我们可以得出中国基本上采用“二元制”的立法法的结论,中国宪法却未对此作出明确规定。

例如,《联合国反酷刑公约》第 4 条规定:“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事犯罪”。根据本条精神,中国现行刑法典第 247、248、254、443 条等设定了相应的犯罪刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪、报复陷害罪、虐待部属罪等。这就从基本法对国际法的照应立法角度,表明了我们的“二元制”立场。

但是,仅有基本法的照应立法显然不够,在宪法中明确这一国际法与国内法的接入原则仍有必要。这不仅是一个国家法制健全的表现,也因为惟有“二元制”立法原则的正式确立,我国对《联合国反酷刑公约》及其他国际法文件的系统接入及其适用才能依法而有序地进行。为了尽快接入和适用,当前我们有必要研究、借鉴他国经验例如丹麦在此方面的经验。主要经验是:丹麦议会一旦批准了某项国际条约,该国议会立即展开一个有关现行丹麦法与该国际条约是否兼容的调查程序。尔后,丹麦议会将启动一个积极转换或直接接入某项国际法到国内法的程序。对此,中国立法机关所作的有关兼容性调查看来远不如丹麦议会所作的多。个别时候,对外交部主持签署或参与的国际条约,我国“议会”的工作机构——全国人大法工委甚而久久未予获得情况通报,更甯说兼容性调查了。可见,立即强化这种调查和从事某些国内法的相应修改或补充,至关重要。

其次,一般而言,转换或接入国际法于国内法的工作,很容易滞后于执行某些国际法的需求。中国宪法因而宜于作出国际法优于国内法的法律适用原则来,当然,中国业已宣布保留的条款应当除外。在此问题上,现今惟有《中华人民共和国民事诉讼法通则》有明确规定。该法第 142 条第二款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外”。鉴于《民法通则》仅适用于民事领域,因而在宪法中对此原则作出全面规定,将减少在各基本法中逐一规定它的立法成本,有利于宪法体系的完善;同时有助于国际法在国内部门法体系中的

Morten Kjaerum: "Human Rights and Administration of justice", China Legal System Publishing House, in 1999. P247.

适用方式的规范以及有益于国际法与部门法的法律实效的提高等。

再次,为了减少酷刑并最终消灭之,有必要在现行刑法典中增设酷刑罪专章。关于本章的基本构架,我们认为,首先,本章宜当按照《联合国反酷刑公约》第1条的规定确定酷刑定义。其次,宜采列举规定的方式规定若干酷刑的具体行为。同时,对各种酷刑行为,应分别设置出具体而对应的酷刑罪名。现行刑法典中所规定的若干酷刑犯罪如刑讯逼供罪、暴力取证罪、报复陷害罪、虐待被监管人罪、非法搜查罪、非法拘禁罪、虐待部属罪等都应包括进去。再次,对酷刑罪,应当明确界定其为身份犯或不纯正身份犯,因而应结合《联合国反酷刑公约》第1条的规定,对其主体身份作出明确规定。最后,《联合国反酷刑公约》所规定的其他残忍或虐待行为,也宜规定于本章之中。当然,鉴于《联合国反酷刑公约》第16条已经明确确定此类行为不属于酷刑。所以,很清楚,对此其他残忍或虐待行为,不宜设定为狭义的酷刑犯罪范围。但如前所述,因其性质上仍属广义的酷刑,因而有必要在本章一并规定,并为其设置相应的、性质上属于保安处分的非刑罚处分。

第四,刑事诉讼法宜继续修改以符合反酷刑的要求。首先,刑法典应当明确规定由刑讯逼供取得的口供或证据无效。如上所述,虽然现行刑法典第43条已规定禁止通过酷刑手法获取口供或证据,却没有明确规定这样的证据无效。当前,这种无效的依据仅来自司法解释。这种“解释”,无论就其适用的效应还是从立法完善上看,都不能与“立法”本身相提并论。

第五,中国监狱法及其他有关规定应当增设关于被拘留人或囚犯可以自由地会见其所 在拘留所或监狱的上一级长官或狱内检察官的规定。而且,这种会见还应当安排在任何第三人的听力、视力所及范围之外的“私下”进行。当前,现行监狱法第47条仅仅规定写给上级监狱机关或司法机关的信不能被检查。该法第48条还规定,囚犯可以根据有关规定会见他或她的亲属、监护人,而非任何上一级司法官员或检察官等。这对于确保此类囚犯的人权而言,远非完善。

第六,设立一个由全国人大常委会直接领导的反酷刑委员会。与欧洲防止酷刑公约不一样的是,欧洲防止酷刑公约设定了一个用以禁止酷刑的双重保护机制:司法机制(欧洲人权法院)和预防性的非司法机制(欧洲反酷刑委员会)。因而它可以采取两条腿走路的方式来相对有效地预防和遏制酷刑。

相比之下,联合国反酷刑公约没有下设专门的人权法院,有鉴于此,缔约国内的各级法院可谓国内反酷刑的司法机制;但迄今为止,我国尚欠缺禁止酷刑的非司法机制。为此,我们设想,可以通过设立一个反酷刑委员会的途径来弥补这一不足。

考虑到《联合国反酷刑公约》第13条明文规定:“每一缔约国应确保凡声称在其管辖的任何领土内遭到酷刑的个人有权向该国主管当局申诉,并由该国主管当局对其案件进行迅速而公正的审查。应采取步骤确保申诉人和证人不因提出申诉或提供证据而遭受任何虐待或恐吓”。据此,我们认为建立这样一个委员会完全符合该条规定精神。它的设立宗旨正是为了确保酷刑得到“迅速而公正的审查”。为此,该委员会可以受理那些主张遭到酷刑或虐待人的投诉,定期检查被拘留人或囚犯的待遇;发布各种反酷刑的信息。当然,这些活动都是通过非刑事司法程序来进行的,但它可同司法程序殊途同归,以最大限度地预防、防止和

例如上文列举的非法拘禁罪、非法搜查罪即属不纯正身份犯。

## 减少酷刑与虐待。

第七,定期公布由各级检察机关、各级人民法院或其他权威机构受理的反酷刑及其他残忍、虐待案件的数据资料。根据《联合国反酷刑公约》第 11 条规定精神,每一缔约国应经常有系统地审查对在其管辖领土内遭到任何形式的逮捕、扣押或监禁的人进行审讯的规则、指示、方法和惯例以及对他们的拘留和待遇的安排。因此,定期公布上述数据,经常检查办案质量,对于全面履行公约规定、有效预防酷刑颇有裨益。

第八,改进警察文化。当前,对于任何想要执行一项新的警察策略的人而言,最大的障碍很可能是很难改变现在正在进行和实施中的警察文化。纵观中国历史,“刑讯逼供”几乎已经成为当局办案的传统。新中国成立后,为了根除此类病态的警察文化,国家和政府曾采取多种措施,包括法律措施或立法措施以图根除它。时至今日,无可怀疑,此类文化已在刑侦工作中根深蒂固的渗透于人的血液与意识之中,政府要在短时间内根除它是不可能的。然而尽可能地改善这一状况却是可行的。因而,除了法治措施外,我们还应通过各种社会政策、文化教育、人权意识的灌输等来逐渐改进这一病态文化。当前,在各种改进措施中,相当重要的一环是,政府应当鼓励、倡导社会建立更多的关于反酷刑的非政府组织。据了解,在罗马尼亚就有一个相当健全的、动态而笃定的非政府组织网络。现在,这一网络在罗马尼亚这样一个相对较小的国家已包括 120 万个非政府组织,其中不少组织正在为有效防止酷刑孜孜工作。所以采用各种非政府组织来改进此类病态文化是必要且可行的。

最后,改进现行权力配置;强化对权力的限制和监督。许多学者提及,“酷刑是对民主的反动”;“酷刑可以说是一种很强的反民主的武器”;“酷刑是权力的工具”。这些观点均有其正确性和合理性。但另一方面,追根溯源,权力的过分集中且缺乏监督,也是滋生酷刑的土壤和根源。因而,没有对权力的限制和监督,也就没有酷刑的遏制、根除乃至消灭。特别是对警察的权力应当进一步地限制和监督,其中某些权力可配置给上文提及的反酷刑委员会或相关检察官、法官。惟其如此,一个更富效率的遏止酷刑机制方才可望最终形成并良性运营。

[作者单位:中国社会科学院法学研究所]

(责任编辑:杨亚非)

---

Michael Tonry and Norval Morris: "Modern Policing", The University of Chicago Press, Chicago and London, Volume 15. P150.

Henrik Marcussen, Ole Vedel Rasmussen and Bent Sorensen: Torture, Torture Victims and Rehabilitation after Torture. P2.