

## 供述自愿性审查判断模式实证研究

### ——兼论非法供述排除难的成因与解决进路

孔令勇

**内容提要:**在2012年《刑事诉讼法》正式确立非法供述排除规则后,我国的供述自愿性审查模式也呈现出类似其他国家的二元分化状态,包括主观判断模式与客观审查模式。通过对2013年至今作出的400份有关非法供述排除的裁判文书进行实证研究可以发现,主观判断模式与客观审查模式在适用供述类型、启动排除条件、证据采信、审查判断方式与结论等方面均有不同。但客观审查模式的功能没有发挥,通过结果证据审查供述真实性仍是我国供述自愿性审查的主流方式。因此,两种模式均未解决非法供述排除难的问题。这与两种审查判断模式的趋同化有直接关系。这种趋同化产生的原因包括法官将客观审查模式主观化,以及客观审查模式在实践操作中的逐渐异化。审查判断模式的趋同化不仅使得供述排除的比例降低,还使得非法供述排除程序形式化。因此,应当在现阶段的刑事司法实践中适用综合性审查判断模式,既有效认定供述的自愿性,也准确认定供述的真实性,间接保障客观审查模式的正确适用,从技术层面解决非法供述排除难的问题。

**关键词:**供述自愿性 审查判断 非法证据排除 实证研究

孔令勇,北京大学法学院博士研究生。

## 一 导论:问题、研究现状与研究方法

非法证据排除的对象在现行司法实务中以供述为主。供述自愿性因具有保障被追诉者不被强迫自证其罪的重要意义,是法官审查供述证据能力的关键指标。在刑事诉讼法学研究领域,供述自愿性规则不仅影响供述类型的区分,<sup>[1]</sup>还制约着非法证据排除规则

[1] 根据供述自愿性与合法性的差异,可以区分为自愿供述与非自愿供述;而根据一些最新的研究成果,非自愿供述还可以分为“典型的非自愿供述”与“拟制的非自愿供述”。参见陈瑞华:《非法证据排除规则的适用对象——以非自愿供述为范例的分析》,《当代法学》2015年第1期。

乃至口供规则的发展。<sup>[2]</sup>正是供述自愿性的这些特殊属性,使其成为学者研究非法供述排除问题时不可回避的重要课题。<sup>[3]</sup>我国2012年《刑事诉讼法》(下文简称《刑诉法》)第54条第1款虽然没有明确提出供述自愿性是影响供述是否排除的具体指标,只规定了“刑讯逼供等非法方法”是排除犯罪嫌疑人、被告人供述的必要条件。但后续发布的司法解释却对供述自愿性问题作了规定。2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下文简称2012年最高法《解释》)第95条第1款规定:“使用肉刑或者变相肉刑,或者采用其他使被告人在肉体或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法,迫使被告人违背意愿供述的,应当认定为刑事诉讼法第五十四条规定的‘刑讯逼供等非法方法’。”而2012年最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(下文简称2012年最高检《规则》)第65条规定:“其他非法方法是指违法程度和对犯罪嫌疑人的强迫程度与刑讯逼供或者暴力、威胁相当而迫使其违背意愿供述的方法。”通过文义解释,使用非法手段“迫使被告人违背意愿”所取得的供述应当纳入通过“刑讯逼供等非法方法”的供述范围之内。两高的解释足以表明,在取供形式非法的情况下,“违背意愿供述”与“供述不自愿”是等同的。由此可见,供述自愿性尽管尚未出现在立法之中,却已经成为司法人员审查判断供述合法性的重要参照。

近年来,学者对供述自愿性的理论价值、域外借鉴、权力保障、运行程序保障<sup>[4]</sup>等方面展开了一定研究。但这些研究多是从理论角度论证供述自愿性对于非法证据排除规则实施乃至整个刑事司法制度运行的宏观意义,在一定程度上忽略了微观的司法实践层面法官审查判断供述自愿性的方式对非法供述排除的影响。《刑事诉讼法》颁行后,一些实证研究指出非法供述排除的出现率极低。<sup>[5]</sup>同时,有学者从多方面探讨了非法证据排除难的原因。<sup>[6]</sup>但是这些研究要么将非法供述难以排除归因于宏观的司法观念缺失、中观

[2] 作出这一论断的逻辑前提在于,供述的自愿性需要非法证据排除规则与口供规则的程序保障,而供述自愿性也成为判断供述是否应当排除的具体指标。参见陈瑞华:《论被告人口供规则》,《法学杂志》2012年第6期,第50页。

[3] 我国学者一般认为,“供述自愿性”与“自白(口供)任意性”基本等同,在行文中经常交叉使用。参见龙宗智:《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》,《政法论坛》2013年第5期,第18页。即使认为自愿性与任意性在形容犯罪嫌疑人提供言词证据的主观状态时基本没有区别,但在比较法领域,“供述”、“自白”及“口供”还是存在区别的。如日本的松尾浩也教授认为“口供”是“承认公诉事实主要部分的供述”。参见[日]松尾浩也著:《日本刑事诉讼法》(下卷),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第36页。英国学者克里斯托弗·艾伦也认为“自白”包括完全或者全部不利于陈述者本人的所有陈述。参见[英]克里斯托弗·艾伦著:《英国证据法实务指南》,王进喜译,中国法制出版社2012年版,第231页。因此,在国外学者看来,供述的范围大于自白(口供)。而在我国,犯罪嫌疑人、被告人作出的言词证据包括有罪供述和无罪辩解。参见陈瑞华著:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第157页。这就意味着我国供述的范围基本等同于外国的自白(口供)。因此,为了行文连贯,本文将“供述自愿性”作为论证的中心,而不再关注几种类似称谓可否相互替代的问题。

[4] 参见张建伟:《自白任意性规则的法律价值》,《法学研究》2012年第6期;刘英俊:《自白任意性规则的价值分析》,《法学杂志》2009年第7期;杨文革:《美国口供规则中的自愿性规则》,《环球法律评论》2013年第4期;牟军:《英国非法自白规则论》,《河北法学》2006年第10期;牟军:《重温与新知:美国非法自白规则之定位》,《现代法学》2004年第1期;马静华:《供述自愿性的权力保障模式》,《法学研究》2013年第3期;牟军:《刑事侦讯:一种权力的表达》,《法学研究》2010年第5期;郑曦:《自白任意性规则的中国运用》,《证据科学》2013年第5期。

[5] 参见左卫民:《“热”与“冷”:非法证据排除规则适用的实证研究》,《法商研究》2015年第3期;王彪:《非法口供排除规则威慑效果的实证分析》,《河北法学》2015年第1期;孙长永、王彪:《审判阶段非法证据排除问题实证考察》,《现代法学》2014年第1期。

[6] 参见吴宏耀:《非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路》,《现代法学》2014年第4期;闫召华:《“名禁实允”与“虽令不行”:非法证据排除难研究》,《法制与社会发展》2014年第2期。

的诉讼体制运转不顺或者微观的非法证据排除规则启动难,要么仅仅从总体上分析法官的态度对于非法供述排除的影响,并没有深入研究这种影响的具体方式与产生原因。研究内容上的缺失导致司法实践中的一些问题无法解释。比如,造成非法供述排除难的原因究竟是刑事诉讼制度之弊还是刑事法官实践操作使然。或者说现阶段哪个因素对非法供述排除难以实施的影响更大。如果是前者,那么现阶段还是应当将改革重心放在非法供述排除的制度构建上;如果是后者,那么非法供述在司法生态中的具体审查方式就应当成为学者研究的重点。

针对非法供述排除难原因理论的缺位,本文提出一个新的假设:法官审查判断供述自愿性的方式会直接影响非法供述排除的施行,这是解释非法供述排除难的另一种成因。换言之,非法供述排除规则难以实施的直接原因是法官对供述形成的自愿性不加检验,没有认识到供述自愿性与取供合法性之间的直接关联,并采用具有定罪倾向性的审查判断方式对供述自愿性进行审查。

为了验证这一假设,本文主要采用实证研究方法,在与国外相关模式进行简要比较的基础上,收集了新《刑诉法》实施后两年多来的 400 份涉及非法供述排除问题的一审判决书与终审裁定书,判决书全部来源于北大法宝“案例与裁判文书库”数据库。通过设定关键词为“非法证据排除”、审结时间为 2013 年 1 月 1 日至今,笔者共发现 542 份刑事裁判文书(查询时间为 2015 年 9 月 18 日)。经过逐个筛选后,发现其中共有 400 份与本研究相关的涉及法官审查判断供述的裁判文书(通过审查后决定将不启动非法证据排除程序的裁判文书也算在内)。在对这些经验材料进行统计分析 with 个案研究之后,进一步抽象出我国非法供述排除中有关自愿性审查判断的两种模式,分析这些模式的适用情况、实践特征并预测它们的发展前景,希望能从微观的角度分析非法供述排除难的成因,并从司法适用的角度提出解决进路。

## 二 供述自愿性审查判断模式类型

### (一)域外供述自愿性审查判断模式之类型比较

在供述自愿性的审查判断问题上,国外已经有相对成熟的模式区分方式可供比较分析,这可以为我国供述自愿性审查判断模式的区分提供必要的研究前提。

#### 1. 美国逐步形成的客观权利保障模式

美国的供述自愿性审查判断规则经历了由主观审查到全面审查再到客观权利保障审查的发展过程。20 世纪前的最高法院主要依据普通法传统对供述的产生“是否使无辜者的人身安全或者其他利益受损”进行审查判断(Hopt v. Utah 案)。〔7〕而在即将进入 20 世纪之时,最高法院对供述排除规则进行了更加宽泛的表述,通过 Bram v. United States 案确立了供述是否“自愿”的审查标准。〔8〕这一较为主观的审查标准后来逐步被联邦最高法

〔7〕 Hopt v. Utah, 110U. S. 547, 4S. Ct. 202, 28L. Ed. 262(1884).

〔8〕 Bram v. United States, 168U. S. 532, 18S. Ct. 183, 42L. Ed. 568(1897).

院的正当程序任意性标准所吸收。通过美国宪法第五修正案规定的反对自我归罪之特权与第十四修正案规定的正当程序条款对供述自愿性进行保障之后,联邦最高法院仍然认为仅仅通过嫌疑人的主观状态判断供述自愿性十分困难,因此将主观判断模式逐步扩展为全面情境的审查模式。如果有证据证明嫌疑人受到了暴力威胁、肉体折磨或者非人道待遇,那么就不需要再审查这种讯问违法行为是否“影响了被告人的主观意志”。<sup>[9]</sup> 类似的全面情境还包括“超期讯问”、<sup>[10]</sup>“利用亲属关系胁迫”、<sup>[11]</sup>“欺骗嫌疑人”等。<sup>[12]</sup> 这种以正当程序为内核的全面情境审查标准虽然解决了一段时间内供述自愿性的审查问题,却仍然无法让刑事法官准确判断嫌疑人供述的自愿性,甚至引起外界对于任意性标准存在“诱使法官过分依赖主观倾向”的质疑。<sup>[13]</sup> 为了规范法官的自由裁量,联邦最高法院通过判例创制了一系列较为客观的权利保障规则,比如 *McNabb v. United States* 案确立的“违背了将嫌疑人迅速带到司法官面前”的规定就应当否认供述可采性的规则,<sup>[14]</sup> 又如 *Massiah v. United States* 案确立的剥夺了被告人的律师帮助权就应当否认供述可采性的规则,<sup>[15]</sup> 再如 *Miranda v. Arizona* 案确立的嫌疑人在警察局接受初次讯问或者剥夺行动自由后有权被告知可以保持沉默的米兰达规则。<sup>[16]</sup>

## 2. 英国的强制性排除与自由裁量排除模式

与美国通过创设判例逐步发展的审查判断模式不同,英国在 20 世纪 80 年代通过立法设立了针对非法供述的强制性排除模式与自由裁量排除模式,意在全面保障并准确审查判断嫌疑人的供述自愿性。在强制性排除模式方面,《1984 年警察与刑事证据法》76(2)(a)规定:如果供述是通过逼迫或者可能是通过逼迫获得的,则应被排除。该法 76(8)将“逼迫”界定为“拷打讯问、非人道的及有辱人格的待遇、使用暴力与威胁”。76(2)(b)则规定如果供述是在那些可能导致其不可靠的情形下作出的,则应当被排除。无论如何,只要供述是在逼迫或者其他可能导致供述不可靠的情形下作出的,就应当强制排除。此外,《1984 年警察与刑事证据法》操作守则之《守则 C》使得法官审查供述自愿性更加具体,例如对于嫌疑人“不可拖延拘留”的规定、对于“拘留的物理环境”的限制、对于“警告犯罪嫌疑人”的规定、“告知嫌疑人沉默权”的规定、保障“讯问过程中基本休息权利”的规定等,<sup>[17]</sup> 都可以让法官直观感受到嫌疑人供述的作出是否出于自愿。这与美国联邦最高法院后期创设的针对供述自愿性判断的权利保障规则极为相似。在自由裁量排除模式方面,《1984 年警察与刑事证据法》78(1)规定,无论在何种程序中,只要法院认为采纳检控方提供的证据将严重影响程序的公平性,则可以拒绝采纳该证据。该条赋予法

[9] *Stein v. New York*, 346 U. S. 156, 73 S. Ct. 1997 L. Ed. 1522 (1953).

[10] *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U. S. 143, 64 S. Ct. 921, 88 L. Ed. 1192 (1944).

[11] *Lynumn v. Illinois*, 372 U. S. 528, 83 S. Ct. 917, 9 L. Ed. 2d 922 (1963).

[12] *Frazier v. Cupp*, 394 U. S. 731, 89 S. Ct. 1420, 22 L. Ed. 2d 684 (1969).

[13] [美] 伟恩·R. 拉菲弗等著:《刑事诉讼法》(上册),卞建林等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 347 页。

[14] 参见 *McNabb v. United States*, 318 U. S. 332, 63 S. Ct. 608, 87 L. Ed. 819 (1943); *Mallory v. United States*, 354 U. S. 449, 77 S. Ct. 1356, 1 L. Ed. 2d 1497 (1957)。

[15] 参见 *Massiah v. United States*, 377 U. S. 201, 84 S. Ct. 1199, 12 L. Ed. 2d 246 (1964)。

[16] 参见 *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, 86 S. Ct. 1602, 16 L. Ed. 2d 694 (1966)。

[17] [英] 克里斯托弗·艾伦著:《英国证据法实务指南》,王进喜译,中国法制出版社 2012 年版,第 243 页。

官在审查判断供述自愿性时极大的自由裁量权,因为究竟何种非自愿供述将影响程序的公平性在理论上是由法官自主判断的。

### 3. 日本审查判断的重心由主观状态向客观权利嬗变

在大陆法系的日本,理论界通常对供述的证据能力进行客观限定,进而将不具备证据能力的供述视为非自愿供述。以往限制供述证据能力的根据是“任意性说”,这是以供述者主观心理状态为标准的审查判断模式。而随后的通说为“违法排除说”,即通过违法程序获得的供述应当排除,这种审查判断非自愿供述的模式已经非常接近英美两国的通过审查嫌疑人或者被告人权利是否遭到侵犯的客观模式。例如,通过“强制、刑讯逼供或胁迫”获得的供述、“长期不当留置或者羁押”后获得的供述、“虚假承诺”获得的供述、“未告知沉默权”而获得的供述、“侵犯辩护人委托权”获得的供述、“疲劳审讯”获得的供述、以欺骗的方法获得的供述以及“受到前一次非法讯问影响”而获得的重复供述,都应当或者可能被排除。<sup>[18]</sup>

### 4. 简要比较

对供述自愿性的审查判断进行模式区分已经成为法治国家落实非法供述排除实施问题的必要方法。各国进行模式区分的主要目的在于:其一,对供述自愿性进行类型化区分,便于对不同类型的非自愿供述进行区别化排除,增强非自愿供述排除的可操作性。例如英国的强制性供述排除针对的是警方通过刑讯逼供或者其他严重违法行为获得的供述,属于比较典型的非自愿供述。而自由裁量的供述排除则是针对法官认为的那些影响程序公平性的供述;其二,在赋予刑事法官审查判断供述自愿性自由裁量权的基础上,通过模式区分进一步限制其自由裁量权。例如美国联邦最高法院在后期创制的针对供述自愿性审查的权利保障规则,就在一定程度上将法官的审查重心置于那些剥夺律师帮助权以及犯罪嫌疑人沉默权等情形而获得的供述,从而避免法官过度依靠主观经验对供述的自愿与否进行判断,而日本的“违法排除说”所带来的客观性审查模式也具有相同的效果。

### (二)我国供述自愿性审查判断模式

我国的供述自愿性审查也是一种运用非法证据排除规则规制法官自由裁量的审查模式。在审查判断过程中不可避免地融入主观与客观二元因素,加之司法实践中非自愿性供述的形态不同,我国也走上了一条与法治发达国家类似的模式区分道路。以非自愿供述的界定方式为例,《刑事诉讼法》第 54 条规定,通过“刑讯逼供等非法方法”获得的犯罪嫌疑人、被告人供述应当排除,但并没有细化刑讯逼供的具体形态以及“非法方法”的具体类型,法官对于此类供述的审查方式较为主观,因何种或者何种程度的“刑讯逼供”所获得的供述是非自愿的只能由个人的经验判断;而在 2012 年最高法《解释》第 95 条中,将“刑讯逼供等非法方法”界定为“使用肉刑或者变相肉刑,或者采用其他使被告人在肉体或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法,迫使被告人违背意愿供述的”行为。法官对于供述自愿性的审查重心就从略显主观化的刑讯逼供行为转变为能够进行直观展现的被告人

[18] 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》,张凌等译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 296-300 页。

的痛苦状态,从而增强了审查的客观性。2013年《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》又把应当排除的供述解释为使用“冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述”。此外,《刑诉法》新设的讯问全程录音录像制度因具有在特定案件中“应当”使用的规定,可以视为具有一定的强制效力。因而嫌疑人讯问时使用同步录音录像的权利受到侵犯的情形,也可视为其人权遭到了侵犯。与“刑讯逼供”、“痛苦”或者相对客观的“冻、饿、晒、烤、疲劳审讯”相比,未使用同步录音录像的非法讯问行为无疑使得法官对于供述自愿性的审查判断更有客观标准可循。

通过比较与借鉴国外的理论成果与实践经验,笔者初步抽象出了我国非自愿供述审查判断的基本模式,其一为主观判断模式,其二为客观审查模式,区分的基本前提在于法官审查判断供述自愿性时侧重点的不同。一方面,刑事法官运用主观判断模式对供述自愿性进行审查判断时更加注重“结果证据”的使用,<sup>[19]</sup>例如讯问笔录、证人证言以及可以与这些言词证据相互印证的其他实物证据。如果结果证据具备证据能力与证明力,且指向相同的供述自愿与否的事实,法官即可直接作出供述是否自愿的判断,进而得出供述是否非法并应当排除的结论。因此,主观判断模式也可以形象地称为“结果证据印证模式”。另一方面,刑事法官运用客观审查模式对供述自愿性进行审查判断时更加注重“过程证据”的使用,例如,记录侦查活动的笔录类证据、侦查机关的情况说明材料、讯问录音录像资料、侦查人员证言、犯罪嫌疑人自书资料、在看守所前后的身体检查表等,这些证据不仅可以对结果证据所指向的事实进行证明,还可以对犯罪嫌疑人在讯问期间的权利是否受到侵犯进行证明。法官可以通过过程证据所展现的基本信息审查结果证据的合法性与真实性,进而判断供述的自愿性,也可以通过审查过程证据的合法性与真实性而直接判断供述的自愿性,并最终得出此供述是否属于非法供述。因此,客观审查模式也可以归纳为“过程证据审查模式”。

我国供述自愿性审查判断模式区分与英、美、日三国由注重供述自愿性的主观状态判断到注重影响供述自愿性的客观权利审查经历了相同的发展过程。至于这种模式区分是否科学,以及这两种模式给非法供述排除的实施带来何种具体影响,则需要通过实证研究进行验证与分析。

### 三 我国供述自愿性审查判断模式的实证分析

#### (一) 对经验素材的统计与分析

首先,两类非自愿供述审查判断模式在判决书中的数量分布不同。通过逐个分析,笔者发现,上文提到的400份涉及非法供述排除的判决书均可分为采用主观判断模式审查判断供述自愿性的判决书与采用客观审查模式审查判断供述自愿性的判决书两大类。而

[19] 结果证据基本涵盖2012年《刑诉法》第48条所展现的所有证据材料,是直接展示诉讼事实的证据。而过程证据则是一种记录特定诉讼行为过程事实的证据。关于两种形式证据的区分,参见陈瑞华:《论刑事诉讼中的过程证据》,《法商研究》2015年第1期,第81页以下。

对于一些兼用两类模式的“混合形态”判决书,因其审查判断的形态已非完全的主观化,笔者将其纳入客观审查模式判决书中。这两类判决书所占全部判决书的比例基本可以代表两类审查判断模式在司法实践中被使用的频率(见表 1)。

表 1 两类供述自愿性审查判断模式判决书的数量分布

审查判断模式	主观判断模式	客观审查模式
判决书数量	174	226
占比	43.5%	56.5%

数据显示,法官采用客观审查模式审查判断供述自愿性已经在司法实践中占有较大比例,这也印证了上文比较研究得出的结论:客观审查模式已经成为各国审查判断供述自愿性的主流。加之我国 2012 年《刑诉法》新设了讯问全程同步录音录像制度作为一种主要的过程证据以及相关司法解释对非自愿供述的限定,如此也就不难解释法官为何更愿意使用客观审查模式了。

其次,不同非自愿供述审查判断模式判决书所展现的非法供述排除率相异。由于本文选取的经验素材均是已经申请非法供述排除程序的判决及裁定书,这就将那些与非法供述排除无关的裁判文书排除于研究对象之外,因此排除非法供述的判决书所占总判决书的比例就相当于排除非法供述的判决书占申请非法证据排除判决书的比例。尽管经验素材的数量可能稍显不足,但基本能够印证结论的相对客观性(见表 2)。<sup>[20]</sup>

表 2 不同供述自愿性审查判断模式判决书所展现的非法供述排除率

审查判断模式	主观判断模式	客观审查模式	总量
排除非法供述的次数	15	29	44
不排除供述的次数	159	197	356
判决书数量	174	226	400
排除率	8.6%	12.8%	11%

在非法供述排除率基本符合司法现状的前提下,我们发现法官通过客观审查模式进行供述自愿性审查判断后排除相应供述的比例大于采用主观判断模式后的排除比例,甚至大于总排除率。这一方面表明客观审查模式对于非法供述排除的实施具有“增效”,另一方面表明法官采用主观判断模式对供述自愿性进行审查判断之后很少作出排除该供述的决定。因此,非自愿供述审查判断模式的不同会导致非法供述排除率的不同。

最后,不同非自愿供述审查判断模式判决书所展现的不排除供述的理由多样。在通

[20] 左卫民教授近期针对非法证据排除规则适用的实证研究,就得出其进行调研地区的法院在 2013 年非法证据排除案件占申请非法证据排除案件比例为 9.6% 的结论,本文统计出的排除非法供述次数占总判决书数量的 11% 这一数据与之十分接近。参见左卫民:《“热”与“冷”:非法证据排除规则适用的实证研究》,《法商研究》2015 年第 3 期,第 156 页表 3。

过主观判断模式作出不排除决定的 159 份判决书中,以讯问笔录、证人证言以及可供印证的物证、书证等结果证据具备足以证明供述自愿性的证明力为判决理由的就有 122 份,占据很大比例。而通过对判决书的分析发现,讯问笔录是法官作出不排除结论的主要结果证据。这说明,在法官眼中,记载犯罪嫌疑人供述的讯问笔录可能是供述自愿性的最好证明。另外,占据比例第二多的理由是犯罪嫌疑人针对非法证据排除未能承担初步证明责任,这也成为法官直接驳回犯罪嫌疑人非法供述排除申请的理由。此外,法官面对明确的非法供述排除申请,却未在判决书中载明是否排除供述的情况也在全部判决书中占 4.4% 的比例。可见,针对刑事诉讼中的程序性主张“不置可否”不仅存在,且不是特例(见表 3)。

表 3 通过主观判断模式作出不排除供述的理由

具体理由	犯罪嫌疑人未提供线索或者材料	结果证据(主要是讯问笔录)具有证明力	不置可否(未在判决书中载明是否排除供述)	其他 <sup>[21]</sup>
次数	26	122	7	4
占比	16.4%	76.7%	4.4%	2.5%

在通过客观审查模式作出不排除决定的 197 份判决书中,以记录侦查活动的笔录类证据、讯问录音录像资料、出庭的侦查人员证言、犯罪嫌疑人自书资料、身体检查表等过程证据能够印证讯问笔录这类结果证据为理由,进而得出供述不排除之结论的判决书占据绝大部分比例。而仅仅通过审查过程证据本身的证据能力与证明力得出供述具有自愿性的判决书数量只占其中的 11.7%。与主观判断模式类似,法官运用客观审查模式审查判断供述也有重视结果证据能力与证明力的强烈倾向。所谓通过过程证据印证,无非是一种进一步确认结果证据的证据能力与证明力的方式。此外,法官以没有过程证据证明供述非自愿性(无论是辩方未提供非法取供的线索或者证据,还是控方没有提供取供合法的证据)进而作出不排除供述之决定的判决书比例也有 3%,说明这种“反向不排除”确实是一种实践样态(见表 4)。

表 4 通过客观审查模式作出不排除供述的理由

具体理由	过程证据能够印证结果证据的证据能力、证明力	过程证据具有证据能力与证明力	反向不排除(没有过程证据证明供述非自愿)	其他 <sup>[22]</sup>
次数	165	23	6	3
占比	83.8%	11.7%	3.0%	1.5%

[21] 在通过主观判断模式作出不排除供述的具体理由中,笔者发现,只有前三种理由能够进行较为明确的类型化描述,而那些由法院“查明后认为”、“审查得出”或者“得出结论”后作出的,且没有说明理由的不排除决定虽然属于“主观判断模式”的范畴,但这种直接得出的不排除结论并不属于前三种当中的任何一类,因此笔者将其归入不排除供述理由中的“其他”情形,以保证不排除理由的完整性。

[22] 在通过客观审查模式作出不排除供述的具体理由中,运用过程证据进行审查的情形包括前两种,只不过第一种运用了“印证”功能,而第二种运用了证据属性的证明功能(纯粹的客观审查模式)。第三种属于过程证据缺失的情形。此外,在一些判决书中还出现了法官仅仅将过程证据用以证明供述真实性而非供述自愿性的情况,这自然不在前三种范畴之内,故笔者将其归入“其他”情形之列。

## (二) 供述自愿性的主观判断模式

主观判断模式是刑事法官针对供述自愿性的一种较为传统且普遍适用的审查判断模式。法官在运用此种模式的过程中更加注重结果证据的使用,希望通过结果证据直接证明供述的自愿性。至于证明结果是否能够达到确保供述自愿的标准,则需要法官运用司法实务经验进行主观判断。通过对上述裁判文书进行个案分析,可以发现供述自愿性的主观判断模式具有如下特征。

### 1. 可适用供述类型的典型性

非自愿供述的具体类型会直接影响供述自愿性审查判断模式的选择。在审查判断那些通过刑讯逼供或者其他造成肉体或者精神上强烈痛苦的讯问方法得到的供述时,法官往往会直接调查讯问笔录、证人证言或者可以印证这些言词证据的物证、书证等证据材料,并得出供述是否自愿、是否应当被排除的结论。无论是通过刑讯逼供而获得的供述抑或是“威胁”、“引诱”、“欺骗”方法而获得的供述都属于“典型的非自愿供述”。<sup>[23]</sup> 在对此类供述进行审查判断过程中,因取供的讯问违法行为较为严重、被告人提出供述非自愿的主张较为明确并且有具体的言词证据可供审查,法官一般通过“结果证据印证模式”即可对这些结果证据的证明力进行审查采信。据统计,在上述涉及主观判断模式的 174 份裁判文书中,被告人主张供述系通过刑讯逼供取得的有 150 份,主张供述系“威胁”、“引诱”、“欺骗”取得的有 24 份,无一例外地均为典型的非自愿供述。

### 2. 启动排除条件的定式化

被告人申请非法供述排除后,法官需要审查判断该申请主张的诉求是否达到了启动非法证据排除程序的条件。2012 年最高法《解释》第 96 条规定,被告人及其辩护人在提起非法证据排除申请时,“应当提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者材料”。该司法解释进一步肯定了 2010 年“两个证据规定”与 2012 年《刑诉法》中有关被告方承担启动非法证据排除的初步举证责任的规定。但在实践中,法官往往将被告人启动非法供述排除的初步举证责任过分夸大,以至于形成了被告人无法举证或者提供线索就肯定不启动非法证据排除程序的思维定式。

**[判决书一]** 在一份审理涉嫌强奸、绑架罪的一审判决书中,被告人张某辩称,其被公安机关刑讯逼供,起诉书指控全部不属实。同案被告人刘某某同样辩称,其也遭受了公安机关的刑讯逼供。审理该案的法官在判决书中写道“经查本院认为,二被告人均未向本院提供证实各自被刑讯逼供的初步证据,故本院不予启动非法证据排除程序;且二被告人在温州市看守所的供述与其在派出所的供述一致,故对上述意见,不予采纳”。<sup>[24]</sup>

此案中一审法院作出不予启动非法证据排除的决定,理由是被告人无法“证实”自己

[23] 关于典型的非自愿性供述的内涵与范围界定,参见陈瑞华:《非法证据排除规则的适用对象——以非自愿供述为范例的分析》,《当代法学》2015 年第 1 期,第 41 页以下。

[24] 参见浙江省温州市龙湾区人民法院(2013)温龙刑初字第 788 号“张某等强奸、绑架案”一审判决书。

受到了刑讯逼供。尽管在非法证据排除的申请程序中,被告人的确负有初步举证责任,但这种举证责任只是要求其提供非法取证的相关线索或材料。然而,该一审法院却将“线索和材料”直接理解为需要达到“初步证据”的要求,如此一来,纵使被告人提出了相关线索(比如非法取证的人员姓名、时间、地点等),只要没有举出客观的证据材料,法院是不会启动非法证据排除程序的。另外,为了说明不启动非法证据排除程序的合理性,该法院还将在看守所与派出所的供述“相互一致”写入判决书中,意图用供述的真实性证实供述的自愿性。因而,在运用主观判断模式启动非法供述排除的情况下,法官更加注重被告人是否履行了初步举证责任。即使被告人提供了相关线索,只要没有达到证据材料的客观性标准,并且有被告人先后作出的有罪供述能与这些结果证据相互印证,法官就基本不会启动非法证据排除程序,而是在一种思维定式之下直接判断供述具有自愿性。

### 3. 证据采信的主观化

尽管根据实质真实这一证据法原则,法官应当全面审查被告人及其辩护人、公诉方关于各自主张的证据材料,“既关注不利于被告人的证据,同时也要重视那些有利于被告人的证据”。<sup>[25]</sup> 在某种层面上,非自愿的供述可以证明取证违法或者讯问失范,这有利于被告人主张排除供述,因而是有利于被告人的证据。但是,运用主观判断模式审查供述自愿性的法官,在采信供述时往往带有排斥有利于被告人的证据且接受不利于被告人证据的主观化倾向。

[判决书二] 在一份审理涉嫌贩卖毒品罪的一审判决书中,法官启动非法证据排除程序后经审查认为“讯问笔录中载明侦查人员均告知被告人徐某某相关权利和法律规定,被告人也对两份笔录的内容予以确认,而在本案2013年2月21日开庭审理过程中,被告人徐某某也陈述其在前两次讯问过程中侦查人员没有刑讯逼供行为。因此,被告人徐某某于2012年10月18日、10月19日在侦查机关的两份讯问笔录,系侦查机关依法收集固定的被告人徐某某供述”。<sup>[26]</sup>

此案一审法院法官在审查判断记载被告人有罪供述的讯问笔录后认为,该讯问笔录得到了被告人的确认,且有其他证据相互印证,因而具有真实性,可予以采信,并最终作出不排除被告人先前有罪供述的判决。法院的裁判结论只建立在讯问笔录的真实性上,而没有充分说明被告人提出的主张排除供述的证据究竟有哪些,这是一种对结果证据与不利于被告人证据无条件的采信作法。作为结果证据,讯问笔录大多记载了被告人先前的有罪供述,十分不利于被告人提出非法证据排除之诉求。一旦法官在主观上更倾向于采信这类证据,作出非法供述排除之决定将会十分困难。

### 4. 判断方式的恣意化

尽管供述自愿性是供述证据能力的评价标准,可法官在审查判断供述自愿性时往往将证据能力与证明力混淆,更加注重通过供述与其他结果证据的相互印证来审查供述的

[25] 陈瑞华著:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第103页。

[26] 参见安徽省马鞍山市雨山区人民法院(2013)雨刑初字第33号“徐某某等贩卖毒品案”一审判决书。

证明力,忽视证据能力的审查,使得这种模式的适用过于恣意化。

[判决书三] 在一份审理涉嫌贪污受贿罪的一审判决书中,法院在启动了非法证据排除程序并且经审理后认为,“有关被告人陈某某提出其所作的有罪供述系检察机关进行刑讯逼供所致,证人吴某、毛某、吕某、骆某的证言应作为非法证据排除的诉求,本院认为,公诉机关提供的证据能相互印证,确实充分,被告人陈某某的辩解及辩护人的相关辩护意见与本院查明的事实不符,本院均不予采信”。<sup>[27]</sup>

此案的一审法院明确表示公诉机关所举证据能够相互印证而被告人的辩解与事实不符,决定不排除被告人先前供述,但没有提及是如何审查判断供述证据能力的。法院认为,只要待审查的证据之间能够相互印证且达到确实充分的证明标准,即证据的证明力得以充分保障,那么,被告人主张排除非法供述的辩解就是不能采信的。

另外,法院判断供述自愿性方式的恣意化还表现为对不排除供述的决定缺乏说理。

[判决书四] 在一份审理涉嫌非法拘禁、敲诈勒索罪的一审判决书中,法院面对被告人张某某非法供述排除的诉求经审理后认为,“张某某的辩护人提出张某某的供述系非法证据,我院依法适用非法证据排除程序查实,无证据证实存在刑讯逼供,对该辩护意见不予采信”。<sup>[28]</sup>

在这份近 12000 字的判决书中,法院关于不排除供述的裁判理由只有一句,基本上等于没有说理,缺少对非法证据排除程序是如何“查实”刑讯逼供不存在的必要解释以及不采信被告人辩解的理由。<sup>[29]</sup>如果说法官审查判断供述自愿性时更倾向于采信不利于被告人的证据是一种证据选择层面的恣意化,那么对于不排除供述之决定不说理就是一种裁判过程层面的恣意化,两者共同构成了主观判断模式中判断供述自愿性具体方式的恣意化。

### 5. 判断结论的相对必然性

上文表 2 的数据统计显示,通过主观判断模式对供述自愿性进行审查判断之后排除供述的概率为 8.6%,即有近 92% 的非法供述排除诉求没有得到法院支持。主观判断模式的这一特点或许并不能表现其作为审查判断模式的特殊性,因为司法实践中不排除供述的总体概率也高达 89%。但这至少说明通过主观判断模式作出不排除供述的可能性高于总体水平,展现出判断结论的相对必然性,即无论供述自愿性是否得到保证,基本上完全不排除供述。法官除了在判决书中明确表示不排除供述之外,另一种不排除供述的表现形式为不置可否,保持沉默。

[27] 参见浙江省义乌市人民法院(2013)金义刑初字第 139 号“陈某某受贿案”一审判决书。

[28] 参见甘肃省陇南市武都区人民法院(2013)武刑初字第 6 号“张某某等非法拘禁、敲诈勒索案”一审判决书。

[29] 针对不排除供述决定的说理,法官至少应当在判决书中载明非法证据排除程序的启动、调查、质证、认证以及采纳、采信供述的理由。参见戴长林:《非法证据排除规则司法适用疑难问题研究》,《人民司法》2013 年第 9 期,第 30 页。

[判决书五] 在一份审理涉嫌伪造公司印章、挪用资金罪的一审判决书中,被告人南某某的辩护人提出2014年2月24日讯问笔录中将南某某没有讲的话记录在内,应作为非法证据排除掉。在被告人及其辩护人提出非法供述排除的诉求与线索之后,一审法院并没有在判决书中对是否启动非法证据排除程序进行说明,也没有对取供是否合法进行论证,而是直接作出南某某“犯挪用资金罪,判处有期徒刑五年,决定执行有期徒刑五年”的判决。<sup>[30]</sup>

实际上,从此案判决结果来看,法官在判决书中针对非法供述排除诉求的不置可否或者保持沉默与不排除供述的效果无异。判决依旧是在对被告人供述的无条件采信之上。法官之所以通过不置可否或保持沉默“回应”被告人提出的非法供述排除诉求,一方面的原因可能是法官只通过阅卷较为简略地了解并判断可能影响供述自愿性的因素是否存在,而没有通过调查其他证据以检验这种判断的准确性,因而缺少主张或者否认非法供述排除的具体理由,只能将其搁置;另一方面的原因可能是法官认为案件事实清楚,不利于被告人的结果证据较为充分,被告人通过提出非法供述排除的诉求主张程序性辩护已经没有任何意义,索性不在判决书中回应或者在庭前会议阶段即已将不排除的决定告知被告人。

### (三) 供述自愿性的客观审查模式

客观审查模式是刑事法官运用过程证据对于保障犯罪嫌疑人供述自愿性客观权利的证明效力进行确认,从而间接审查判断供述自愿性并且作出是否排除供述结论的模式。与主观判断模式相比,客观审查模式更加侧重对侦查活动笔录、情况说明、侦查人员出庭证言、犯罪嫌疑人自书材料等过程证据的运用。此外,客观审查判断供述自愿性的模式还具有如下特征。

第一,可适用供述类型的非典型性与扩张性。除了被告人主张的因刑讯逼供或者违反2012年最高法《解释》第95条和2013年《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8条而应当排除的典型非自愿供述之外,客观审查模式主要适用于那些非典型的非自愿供述。例如在强制措施适用不当的情况下讯问犯罪嫌疑人得到的供述、违反讯问同步录音录像规定得到的供述以及明显的庭前或者庭审重复供述。在这些情况下,并没有证据直接证明供述系违反嫌疑人意愿作出的,也没有证据证明嫌疑人在接受讯问时遭受了较大痛苦,但这些供述仍应当被排除。原因在于,犯罪嫌疑人接受讯问时的权利受到了侵犯。因此,这些供述可以被程序法拟制为非自愿供述。另外,随着我国刑事司法逐步侧重于人权保障,程序法可能将会拟制诸如未告知沉默权而获得的供述、侵犯辩护人委托权而获得的供述,以及违反羁押必要性审查而获得的供述为非自愿供述,从而使客观审查模式的适用范围逐步扩张。

第二,启动排除程序更加注重被告人的权利保障。在被告人及其辩护人提出审前讯问存在刑讯逼供并且讯问同步录音录像缺失、不真实,或者讯问是在不当适用强制措施的

[30] 参见浙江省金华市金东区人民法院(2014)金东刑初字第376号“南某某伪造公司印章、挪用资金案”一审判决书。

情况下作出时,法院就不能随意作出不启动非法证据排除程序的决定。因为被告人及其辩护人在提出取供违法之时,通过提出自己的一些客观性权利被侵犯支持了这一诉求,而非仅仅提出让法官认为无法证明取供非法的线索。因此,法院在决定是否启动非法证据排除程序之时会注重审查这些客观性权利是否被侵犯,这在理论上能够提高启动非法证据排除程序的比例,同时也能够间接保障被告人的程序救济权。上文表3与表4中的数据显示,法院因被告人未提出取供违法的线索和材料而不启动非法证据排除程序的情形均出现于主观判断模式之中,而在运用客观审查模式审查供述自愿性的前提下,这种情况基本没有出现。

第三,证据采信的客观化。在客观审查模式中,一旦被告人提出自己在讯问过程中的客观性权利受到侵犯,法院为了确定这一诉讼主张的真实性,就需要全面审查判断那些证明讯问过程是否合法的过程证据。这种审查判断方式与主观判断模式中倾向于审查判断不利于被告人的结果证据有所不同。

[判决书六] 在一份审理涉嫌贪污罪的一审判决书中,被告人王某某当庭要求启动非法证据排除程序,认为其在侦查环节所做的供述属于刑讯逼供。一审法院启动了非法证据排除程序,公诉人当庭播放了王某某在侦查环节供述时所做的同步录音录像,还出示了侦查人员所做的情况说明、王某某健康检查检验报告。经审查,该法院认为,王某某辩称其供述系刑讯逼供的辩解不能成立。<sup>[31]</sup>

尽管该案法院并未排除供述,但该不排除的决定是在综合审查讯问录音录像、情况说明、健康检查报告等过程证据的基础上作出的,而非只是记载被告人有罪供述的讯问笔录。这些过程证据不仅可以让法院认定非法证据排除的程序客观化,而且在证明力上基本能够达到确认讯问程序合法性的标准。此外,客观审查模式所蕴含的这种对过程证据采信的客观化,的确使供述排除的概率得以提高,且针对是否排除供述的相关说理更加充分。

[判决书七] 在一份审理涉嫌抢夺罪的一审判决书中,一审法院主动启动非法证据排除程序,经审理后认为“被告人钟某在侦查阶段接受讯问时的同步录音录像存在讯问不连续性、不完整性,被告人再次回到讯问室被讯问时有哭闹情绪等情况。本院启动了非法证据排除的调查程序,当庭播放侦查阶段对被告人钟某讯问时的同步录音录像。检察机关未能提交证据,证明侦查阶段收集的被告人供述的合法性,不能排除非法方法收集被告人钟某供述的合理怀疑。本院对被告人钟某于侦查机关所做供述予以排除,不作为定案依据”。<sup>[32]</sup>

尽管该案的被告人没有提出非法证据排除的申请,可法院在审查了全案的过程证据后发现讯问同步录音录像的证明力不足,而且检察机关无法承担取供合法的证明责任,主

[31] 参见河南省鹤壁市山城区人民法院(2013)山刑初字第47号“王某某贪污案”一审判决书。

[32] 参见广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院(2014)兴刑初字第306号“钟某抢夺案”一审判决书。

动作出了排除供述的决定。可见,在客观审查模式中,法官客观化的证据采信方式能够使排除供述的决定更加理性。无论是否决定排除供述,这种客观化的证据采信方式使得法官审查判断供述自愿性后所作出的决定均有证据支持,被告人即使对不排除供述的决定持有异议,也不会无视法官针对此问题的说理较为充分。

第四,审查方式的系统化。上文表4已经展现了通过客观审查模式审查判断供述自愿性的三种较为系统的方式。

一是通过过程证据对结果证据的证据能力与证明力的印证进而认定供述自愿性。如果被告人提出,先前的有罪供述系刑讯逼供所致,而公诉方则主张原讯问笔录具有合法性与真实性,法官通过审查判断后也认为,讯问同步录音录像全面、清晰、形式有效、内容完整,足以证明被告人先前的供述具有自愿性与真实性,加之客观上可以证明被告人接受讯问前后未遭受人身伤害的身体检查表、主观上可以证明讯问合法性的公安机关情况说明以及侦查人员出庭作证的证言辅助印证讯问笔录,就可以作出不排除供述的决定。判决书八就是典型的过程证据与结果证据相互印证的审查判断方式。

[判决书八] 在一份涉及容留卖淫罪的终审裁定书中,法院裁定认为“公诉人通过出示、宣读讯问笔录,提供上诉人程某入所健康检查表、宁乡县人民医院体检表,有针对性地播放侦查人员提供的讯问过程的录音录像,提请本案侦查人员邹灿兵出庭说明情况等方式证明本案证据收集的合法性。上诉人程某在侦查阶段、起诉阶段以及一审庭审中均供认自己没有受到公安机关的刑讯逼供。宁乡县公安局煤炭坝派出所民警邹灿兵出庭就讯问程某的情况进行了说明,并当庭提交了上诉人程某在侦查阶段的讯问视频光盘。当庭播放讯问视频光盘显示,程某在接受公安机关讯问时供述自然、真实,整个讯问过程并无刑讯逼供。上诉人程某的入所健康检查表及宁乡县人民医院的体检表上均记录程某进入看守所时体表正常,无外伤情况,各项检查正常。现有证据能够排除公安机关以刑讯逼供等非法方式收集证据。对上诉人程某及其辩护人要求排除非法证据的上诉意见,本院不予采纳”。<sup>[33]</sup>

该案终审法院运用讯问录音录像视频资料、健康检查表、侦查人员出庭证言、情况说明等过程证据充分印证了讯问笔录的合法性与真实性,达到了证明取供合法的标准。

二是通过审查判断过程证据本身的证据能力与证明力认定供述自愿性。如果过程证据本身的证据能力与证明力存在问题,那么这些证据就不能印证结果证据的合法性与真实性,法院经过审查判断之后完全可以直接作出排除供述的决定。

[判决书九] 在一份涉及贪污与挪用公款罪的终审裁定书中,法院裁定“根据当庭播放的湘阴县人民检察院同步录音录像资料显示,侦查人员在审讯上诉人及制作录音录像资料时,有不依照实际审讯时间制作讯问笔录和录音录像资

[33] 参见湖南省长沙市中级人民法院(2013)长中刑一终字第13号“程某容留卖淫案”终审裁定书。

料、故意造假的情形。且湘阴县人民检察院不能证明上诉人供述的收集合法,相关侦查人员亦不能作出合理解释或说明。故对湘阴县人民检察院在侦查阶段存在以非法方法收集证据的情形予以确认,对上诉人钟某某在侦查阶段的供述予以排除”。<sup>[34]</sup>

该案终审法院以讯问同步录音录像的证据能力与证明力均存在问题,且无法解释和补正为由排除了被告人侦查阶段的供述。这便是通过审查判断过程证据本身而排除非法证据的直观体现。其实,讯问同步录音录像本身就具有证明讯问程序合法性与证明讯问笔录真实性的双重功能,<sup>[35]</sup>当同步录音录像作为证明供述真实性的证据时,“如果被告人在法庭上的陈述与录音录像材料记录的口供不一致,除非有充分证据证明庭前口供的证据能力和证明力更强,否则法官应尽可能采纳被告人的当庭陈述”。<sup>[36]</sup>当同步录音录像作为证明取证合法性的证据时,一旦出现判决书九中那种严重证据问题,则应当视为取证违法,供述自愿性自然无法得到保障。

三是根据控辩双方能否提供足够的过程证据认定供述自愿性。

[判决书十]在四川非法证据排除第一案(廖某故意杀人案)中,四川省内江市中级人民法院认为:上诉人廖某的有罪供述作为认定其犯罪事实的关键证据由于不能排除系通过刑讯逼供获取的“合理怀疑”,按照非法证据排除规则,依法应当予以排除。理由有四:一是无同步录音录像等证明力强的证据证明无刑讯逼供行为;二是内江市公安局市中区分局刑警大队重案中队长关于廖某辩称被刑讯逼供的情况说明和内江市市中区人民检察院函证实讯问的合法性,缺乏应有的佐证;三是内江市市中区人民医院健康检查表是2011年8月1日出具,而重案中队的讯问次日才开始,此表不能证明廖某被讯问后的情况;四是重案中队的情况说明承认廖某在讯问中头部、手部受伤,但内江市看守所体检表却未反映廖某的伤情,且该表无医生签名,客观性存在重大疑问。<sup>[37]</sup>

《刑诉法》第57条规定了由公诉方承担证据收集合法性的证明责任,该证明责任可以通过提供过程证据加以承担。在公诉方无法提供讯问同步录音录像以及相关情况说明无其他过程证据印证的情况下,内江市中院作出了排除廖某供述的决定,便是依照公诉方无法提供过程证据证明相关事实而举证不力这一思路进行的。

第五,审查结论的理论与实践二元化。供述自愿性的客观审查模式在审查方式层面更加系统,法官通过该模式审查判断被告人供述自愿性后所作出的是否排除供述的判决理由也更加充分、多样。从理论上分析,可供审查判断供述自愿性的证据种类越丰富、审

[34] 参见湖南省岳阳市中级人民法院(2013)岳中刑二终字第12号“钟某某贪污、挪用公款案”终审裁定书。

[35] “从学理上讲,讯问同步录音录像不仅记载着与犯罪事实有直接关联的犯罪嫌疑人供述,还记载着侦查人员讯问是否合法的内容”。参见孙谦:《关于修改后刑事诉讼法执行情况的若干思考》,《国家检察官学院学报》2015年第3期,第8页。

[36] 陈永生:《论侦查讯问录音录像制度的保障机制》,《当代法学》2009年第4期,第79页。

[37] 参见四川省内江市中级人民法院(2013)内刑终字第24号“廖某故意杀人案”二审判决书。

查判断的标准越多样,法官作出排除供述的可能性就越大。可从表2中判决书的统计数据来看,即使通过客观审查模式审查判断供述自愿性,法院最终排除供述的比例也不超过13%。因而,理论与实践出现了二元化的现象。至于这种二元化产生的具体原因,笔者将在下文详细论述。

#### (四)小结

经过实证分析,可以发现,主观判断模式与客观审查模式是针对供述自愿性的两种完全不同的审查判断模式。两相比较,客观审查模式更值得提倡。

首先,两种模式可适用的供述种类不同。主观判断模式主要适用于审查判断犯罪嫌疑人可能遭受明显权利侵害的情况下所提供的供述,属于受刑讯逼供或者精神、肉体折磨,以及威胁、引诱与欺骗等违法情形所获供述。而客观审查模式可适用的供述范围更广,且具有扩张性。除了典型非自愿供述之外,只要有理由认为犯罪嫌疑人接受讯问时的客观权利受到侵犯,例如在不当强制措施处置下的讯问、未进行同步录音录像的讯问,甚至未有辩护律师在场的讯问等,都属于客观审查模式的适用范畴。由此,客观审查模式对犯罪嫌疑人供述自愿性的保障意义就比主观判断模式更为深远。

其次,两种模式在启动排除的条件方面也有所不同。客观审查模式比主观判断模式更加注重通过审查判断犯罪嫌疑人接受讯问时的权利是否受到侵犯,进而决定是否启动非法供述排除程序。这在一定程度上降低了辩方针对取供非法的举证难度,进而间接保障了犯罪嫌疑人接受讯问时的客观权利。

再次,两种模式所体现的证据采信立场截然不同。主观判断模式更加注重依据讯问笔录的内容审查判断供述自愿性。在这种模式之下,法官几乎不会作出供述非自愿的评价,“依供定罪”的思维定式被转接到认定供述自愿性之上。而法官运用客观审查模式审查判断供述自愿性则会依据更多的过程证据。与几乎无一例外地体现供述自愿的笔录证据相比,这些过程证据无疑给法官提供了更多思考空间。

复次,两种模式中审查判断供述自愿性的具体方式不同。主观判断模式中的供述自愿性审查较为随意、缺乏说理,法官的审查重心一般在供述证明力而非证据能力之上,使得供述真实性审查与自愿性审查重叠。客观审查模式中的供述自愿性审查则形式多样,法官运用过程证据印证结果证据(供述)的证据能力与证明力,审查判断过程证据本身证据能力与证明力的动机将被激活。

最后,尽管两种审查判断模式在供述适用范围、启动非法证据排除程序的条件、证据采信侧重点、具体审查方式等方面均有不同,却具有供述排除率相对较低这一共同点。在法官适用主观判断模式的情况下,供述排除率低似乎能够得到合理解释,因为法官审查供述自愿性的主要客体——讯问笔录基本上是犯罪嫌疑人的有罪供述,即使被告人当庭翻供,只要没有足够的线索或者材料足以支持自己的主张,加之法官可能忽略证明取供合法性的过程证据,采取较为主观的证据采信方法与恣意化的审查方式,有罪供述的真实性就足以“反证”自愿性,那么,排除供述的可能性就会非常低。而在客观审查模式方面,比较研究的结论表明,各国通过赋予犯罪嫌疑人接受讯问时的多种客观性权利进而逐步形成的客观审查模式,在很大程度上能够增大排除供述的可能性,我国的客观审查模式也具备

这样的功能预设。但实证研究却显示,通过客观审查模式排除供述的概率与主观判断模式相差无几。如何解释这种“理论反对实践”的现象。将成为验证本文的假设——“供述自愿性审查判断模式影响非法供述排除程序实施”的关键。

## 四 审查判断模式的趋同化及其 对非法供述排除适用的影响

司法实践中出现上述现象的原因在于两种供述自愿性审查判断模式的趋同化,进而对非法供述排除的适用产生了较大影响。这种趋同化的出现除了受法官主观态度的直接影响之外,还与客观审查模式在司法适用中出现异化有关。

### (一) 趋同化的原因

就主观方面看,在审查判断供述自愿性的过程中,法官倾向于客观审查模式“主观化”的态度,削弱了这一审查判断模式原本完整的证明功能。

首先,法官对程序的独立价值存在认识上的误区,认为非法供述排除程序不仅“无法改变案件最终的判决结果”,<sup>[38]</sup>甚至会影响案件事实的认定,进而对两种审查判断模式不加区分地适用。诉讼程序的意义不仅仅是保障实体法的正确实施或者实现公正的裁判结果,在维护被告人的“尊严”(权利)以及提高“司法公信力”方面,诉讼程序还具有独立价值。<sup>[39]</sup>法官运用客观审查模式审查判断讯问同步录音录像、情况说明、侦查人员当庭证言以及犯罪嫌疑人体检表的真实性与合法性的过程,实质上就是对犯罪嫌疑人在接受讯问时,对其与自愿性相关的权利进行认定的过程。这些过程证据虽然有证明供述真实性的功能,但更重要的功能在于证明讯问程序的合法性,借此“规范和约束侦查行为”,<sup>[40]</sup>保障人权。以讯问同步录音录像资料为例,这种过程证据的证据能力与证明力在司法实务中出现问题的可能性较大,<sup>[41]</sup>如果以此“推定”讯问程序违法,<sup>[42]</sup>讯问笔录就会因系非自愿作出而失去证据能力。在“印证证明模式”之下,<sup>[43]</sup>法官一旦失去被告人供述,其他用于对供述进行印证的证据也就失去了意义,定罪量刑就会变得异常困难。因过程证据本身的问题而排除可能具有真实性的供述,这种程序正义独立价值的观念不一定能被法官所接受。因此,法官更愿意选择主观判断模式直接对结果证据进行审查,或者仅仅在客观审查模式中使用过程证据印证结果证据的审查方式。这就模糊了两种审查判断模式的界限,使得客观审查模式中的其他审查方式被虚置。

其次,基于效率的考量,法官不愿审判过多地受到程序性裁判的影响,既不希望被告方提出非法证据排除的申请,也不愿意运用客观审查这种较为复杂的模式进行供述自愿

[38] 左卫民:《“热”与“冷”:非法证据排除规则适用的实证研究》,《法商研究》2015年第3期,第157页。

[39] 陈瑞华著:《程序正义理论》,中国法制出版社2010年版,第111页。

[40] 李寿伟:《非法证据排除制度的若干问题》,《中国刑事法杂志》2014年第2期,第59页。

[41] 参见李玉华:《我国讯问录音录像实施中的十大问题》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014年第3期,第49页以下。

[42] 参见何家弘、王爱平:《强制性讯问录音录像推定规则》,《国家检察官学院学报》2015年第3期,第109页。

[43] 参见龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,《法学研究》2004年第2期,第107页。

性审查,而是创造了一种客观审查“附随”主观判断的审查模式。与主观判断模式相比,法官运用客观审查模式即意味着启动非法证据排除程序。换言之,法官决定在正式调查程序中进一步审查过程证据的前提在于,已经通过初步审查程序“对侦查行为合法性产生疑问”。<sup>[44]</sup>非法证据排除的初步审查程序一旦在庭审中提出,必然占用一定的庭审时间。这与我国刑事司法在非法证据排除程序上的政策转变似乎不相一致。<sup>[45]</sup>但上文实证研究数据却显示,客观审查模式的适用率更高,这应如何解释?笔者认为,法官为了提高庭审效率,已经先行通过主观判断模式对供述自愿性进行预判,形成了是否排除供述的结论,如此一来,即使在庭审中适用客观审查模式进行调查,也较为粗略与迅速,仅仅起到对主观判断模式的验证作用,这就是客观审查模式下非法供述排除率同样较低的原因。

最后,与审判无关的各种阻力影响了法院及法官的审判独立性,阻碍了客观审查模式的司法适用。影响法院及法官审判独立性的阻力既有“来自公、检、法内部的阻力,特别是侦查机关方面的阻力,也有来自外部的阻力”。<sup>[46]</sup>法官作出非法证据排除的决定既要考虑系统内部的绩效考核、检察机关与公安机关的“报复”,还要考虑来自社会舆论的压力。在这些阻力的钳制之下,法官即使运用了客观审查模式,并且主观上认识到,讯问笔录的证据能力存在问题或者事实上无法与过程证据相互印证,也难以轻易作出排除供述的决定。

就客观方面来说,客观审查模式在司法适用中被异化为主观判断模式。主观判断模式侧重于审查判断讯问笔录的真实性,客观审查模式则采用一种通过适格的过程证据验证讯问笔录的证据能力,再审查判断其真实性的进路。可是,在司法实务中,重实体轻程序以及重证明力轻证据能力的传统刑事诉讼程序观念,使得客观审查模式无法得到实际运行。

其一,在客观审查模式中,过程证据对结果证据证明力的印证功能被夸大适用。诉讼证明的常规逻辑应当是先证据能力审查再证明力审查,尽管过程证据对于结果证据的证明力印证同样重要,但在先行审查判断结果证据的证据能力时,应当明确运用过程证据印证结果证据的证据能力是其主要功能。例如在证明“讯问活动是否合法”这一待证事实时,讯问同步录音录像就成为展现讯问全程的视听资料。<sup>[47]</sup>但在庭审调查程序中,法官往往更愿意将讯问同步录音录像视为印证讯问笔录内容真实性的数字化的犯罪嫌疑人供述,这就导致讯问笔录的证明力被夸大,而其证据能力被忽视,容易在供述真实性得以预先“认定”的情况下忽略供述自愿性审查,即讯问笔录证据能力的审查。

[44] 陈瑞华:《非法证据排除程序再讨论》,《法学研究》2014年第2期,第170页。

[45] 2010年《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第5条第1款规定了被告人及其辩护人在庭审前或者庭审中提出非法证据排除申请,法庭应当先行调查。而在2012年《刑诉法》颁布后,2012年最高法《解释》第100条第2款却规定,针对非法证据排除的调查“也可以在法庭调查结束前一并进行”。由此,关于非法证据的法庭调查程序就从一律先行调查转变为原则性的先行调查,这其中就有对庭审效率的考虑。

[46] 陈光中、郭志媛:《非法证据排除规则实施若干问题研究——以实证调查为视角》,《法学杂志》2014年第9期,第15页。

[47] 参见朱孝清:《讯问录音录像三题》,《人民检察》2014年第12期,第7页。

其二,在客观审查模式中,通过审查过程证据本身的证据能力与证明力进而判断供述自愿性存在一定困难,法官在同时运用两种模式时更加侧重主观判断模式。尽管有学者认为,设立“客观性的程序规则”有助于识别是否应排除非法证据,<sup>[48]</sup>但上文表4中的数据显示,仅仅通过审查过程证据是否具有证据能力与证明力来决定是否排除的比例只占很小一部分,绝大部分的不排除决定均建立在运用过程证据印证结果证据的证据能力与证明力的基础之上。此外,上文中绝大多数涉及客观审查模式的判决书均同时提到过程证据与结果证据的真实性及合法性,再得出是否排除供述的结论。即使在判决书九中,排除供述的直接原因也并不是讯问录音录像制作程序的严重违法,而是该视听资料无法得到检察机关的补正与合理解释。为何会出现这一现象?实务中不倾向于审查判断过程证据的原因在于其本身证据能力与证明力的证明困难。结果证据的证据属性可由过程证据印证,那么过程证据的证据属性又应当如何证明呢?有学者主张,对于违反讯问录音录像程序的口供,应对任意性录音录像与强制性录音录像采取不同的救济方式;当录音录像与笔录内容实质上不一致时,应“采纳真实性较强的录音录像而排除虚假性较强的笔录内容”。<sup>[49]</sup>此举似乎可以解决讯问录音录像证据能力与证明力的认定问题。但《刑诉法》第121条仅规定了讯问录音录像这一过程证据的强制与任意之区分,对于其他种类的过程证据,这种解决方案可能无法推及。因此,在过程证据本身的证据能力与证明力都难以得到充分保障的情况下,法官倾向于先通过结果证据之间的印证认定其真实性的作法也就不难解释了。

## (二)趋同化对非法供述排除程序的影响

审查判断模式的趋同化不仅使得供述排除的比例降低,还使得非法供述排除作为程序性制裁程序的各个方面都受到影响。

第一,在程序性裁判的结论方面,不排除供述成为常态。审查判断模式的趋同使得法官在进行供述自愿性审查判断时再次失去了客观性标准,限制了法官在决定是否排除供述时的自主性。为了保险起见,法官不仅将供述的真实性审查置于更加重要的位置,以免与全案其他证据指向相悖,还进而忽略供述自愿性审查,因此更容易作出不排除供述的决定,这已成为刑事诉讼程序的常态。

第二,在程序性裁判的依据方面,为不排除决定的作出提供了证据审查层面的理论基础。审查判断模式的趋同化使法官产生不排除决定的作出经过了主客观审查模式“双重审查”的错觉。在经过主观判断模式初步认定供述的真实性之后,法官适用客观审查模式对供述作进一步印证就会有明显的倾向性,即倾向于对供述的真实性进行再验证,而忽略了对供述证据能力的审查。如此,这种所谓的“双重审查”的实质仍然是单一的供述真实性审查,供述自愿性根本没有经历完整的证据法学意义上的检验,可法官却会认为这种“双重审查”是具有证据审查理论支撑的,无形中增大了纠正与改变法官心证的难度。

[48] 参见吴宏耀:《非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路》,《现代法学》2014年第4期,第129页

[49] 马静华、纵博:《讯问录音录像:功能定位与司法适用》,《西南民族大学学报(社会科学版)》2014年第10期,第91页。

第三,非法证据排除程序的形式化。客观审查模式向主观判断模式的趋同使非法证据排除程序的两大核心——初步审查程序与正式调查程序成为形式。在接受被告人及其辩护人提出的非法供述排除申请之后,法院需要依据相应的线索与材料对侦查讯问行为的合法性进行初步审查,初步审查的目的在于查清被告方申请是否符合启动非法证据排除程序的条件以及引导其合理行使诉权。如果被告方在庭前提出此诉求,那么法院可以通过庭前会议确定庭审重心、了解情况、听取意见。如果法院对侦查讯问合法性有疑问、控辩双方对此也有异议的,就可以在庭审中启动关于非法证据排除的正式调查程序。正式调查程序就是法院通过审查控辩双方提交的有关讯问是否合法的各种证据进而判断是否排除供述的程序性裁判程序。但客观审查模式向主观判断模式趋同后,在初步审查程序中,法官只会通过主观判断模式对供述真实性进行审查判断,那种通过过程证据印证供述是否具备证据能力的审查方法基本得不到使用。因此,原本为了证明侦查合法性的初步审查程序就直接变成了供述真实性的初步审查程序。在正式调查程序中,法官同样会通过客观审查模式再次检验初步审查程序中由主观判断模式得出的初步结论,这实质上就是对供述真实性的再次审查,供述的自愿性审查在庭审阶段再一次落空。

## 五 结语:综合性审查判断模式的司法适用

供述自愿性审查判断的实质是供述证据能力或者讯问笔录证据能力的审查判断。实证研究的数据及案例表明,在我国推行纯粹的由客观性审查或者客观性权利保障为标准的供述自愿性审查判断模式暂不可行。受错误的诉讼理念的影响,供述自愿性的客观审查模式在司法适用中被逐步异化,直至向主观判断模式趋同,最终影响了非法证据排除程序的实施,成为非法供述排除难的一大成因。

从根本上来说,为了解决非法证据排除难这一现实问题,避免非法证据排除程序流于形式,应当改变刑事诉讼体制尤其是审判体制,让法官真正做到独立审判。但是,纵使制度再成熟,也是需要人来实施的,在制度尚未完善之前,如果法官能够在司法实践中转变审查的思路,发挥主、客观审查判断模式的优势,可能会形成更有生命力的审查判断模式,成为解决非法供述排除难的实践进路。

为了尽量发挥客观审查模式的优势并减弱主观判断模式对于供述自愿性审查的惯常化影响,现阶段可以在刑事司法中适用综合性审查判断模式,具体审查方法为:在初步审查程序中,法官应慎重审查被告方提出的侦查讯问违法的线索与材料,无论是否启动非法证据排除程序均需要在最终的判决书中进行说理。如果控方无法对这些与侦查讯问违法有关的线索和材料作出回应、承担举证责任,法官应当在庭审正式调查程序中进行程序性裁判。如果控方承担了举证责任,法官需要将控方提出的证据区分为证明讯问过程合法性的“过程证据”与证明供述真实性的“结果证据”。先分析过程证据与结果证据能否相互印证,审查判断讯问笔录是否具有证据能力。通过审查,一旦发现讯问笔录为非法取供所得而不具有证据能力,则应当将该讯问笔录强制排除而不再审查其真实性。如果讯问笔录具有证据能力,即讯问程序合法,法官应当再运用主观判断模式及客观审查模式对其

真实性进行审查,具体的审查方式包括讯问笔录与其他结果证据之间的印证,也包括讯问笔录与过程证据之间的印证,如果指向的事实相同,那么讯问笔录就具有证明力并且可以采信。综上,法官通过这种综合性审查判断模式既认定了供述自愿性,也认定了供述真实性;既能够保证客观审查模式的正确适用,也有助于从技术层面解决非法证据排除难的问题。

---

---

[ **Abstract** ] After the formal establishment of the rule on the exclusion of illegally-obtained confession by the 2012 Criminal Procedure Law, the mode of examination of the voluntariness of confession in China, like that in other countries, has showed a tendency of differentiation into subjective judgment mode and objective examination mode. An empirical study of 400 copies of judgments relating to the exclusion of illegally-obtained confession made since 2013 shows that subjective judgment mode differs from the objective examination mode in the types of applicable confession, criteria of the initiation of exclusion, admissibility of evidence, method of examination and judgment, as well as conclusions. However, currently the objective examination mode has not yet played any role and the examination of results evidence is still the dominant mode of determination of the voluntariness of confession in China. The fact that these two modes have both failed to overcome the difficulties in the exclusion of illegally-obtained confessions is directly related to their tendency towards convergence. The factors leading to such convergence include the subjectivization by judges of the objective examination mode and the gradual alienation of objective trial mode in practice. Convergence of the examination and judgment modes has not only reduced the rate of exclusion of illegally-obtained confessions, but also led to the formalization of the rule on the exclusion of illegally obtained evidence. Therefore, it is necessary for China to adopt a comprehensive examination and judgment mode in the current practice of criminal justice, so as to ensure the effective determination of both the voluntariness and the accuracy of a confession, thereby indirectly guaranteeing the correct application of objective examination mode and overcoming the difficulties in the exclusion of illegally-obtained confession at the technical level.

---

---

(责任编辑:王雪梅)