

自白任意性规则的法律价值

张建伟^{*}

内容提要：新刑事诉讼法和此前“两高三部”发布的有关刑事证据的规定，确立了非法证据排除规则，但这一进步却因模糊了对威胁、引诱和欺骗取得口供的排除态度而显得不彻底。自白任意性被忽视，主要归因于过分倚重口供的司法惯性，作为自白任意性法理基础的正当程序观念没有得到普遍认同，对秩序的偏重则是更为深层的原因。自白的证据能力若不以自白的任意性为条件，冤错案件的病灶就不能祛除，司法实践就不可能取得实质的进步。认同自白任意性规则的法律价值，不仅能为发现案件真实提供保障，更是保障刑事司法最终摆脱纠问式特征之所必需。

关键词：自白任意性 威胁 引诱 欺骗 证据规则

对于证据规则的研究在近些年受到了极大的关注，有关机关还出台了若干关于证据的司法解释，尤其2010年“两高三部”共同会签发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，令法学者为之感到欣慰。不过，仔细阅读因赵作海冤案而加快出台步伐的两个证据规定，在肯定其力求进步的同时，不能没有一点隐忧。两个规定的不足之处是在确立非法证据排除规则之时，忽视了另一项非常重要的证据规则——自白任意性规则，刻意模糊了对威胁、引诱和欺骗取得自白的排除态度，没有将任意性作为采纳自白的标准。在刑事诉讼法再修改时，就威胁、引诱和欺骗取得自白采取了与此一致的立场，^{〔1〕}在正式通过的《刑事诉讼法修正案》中虽然恢复了原刑诉法第43条中的“威胁”、“引诱”和“欺骗”字样，但在排除非法言词证据的规定中，仍然刻意模糊“威胁”、“引诱”和“欺骗”。这让人们注意到自白任意性被忽视的现象，其原因值得探寻，对这一现象应如何评价、要不要纠正也值得思考。

^{*} 清华大学法学院教授。

〔1〕 在2011年8月30日向全社会公开的《刑事诉讼法修正案（草案）》中将现行刑事诉讼法第43条修改为：“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。严禁刑讯逼供和其他非法的方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。”

一、任意性应当是自白可采性的必要条件

在我国，被告人在认罪中陈述案情，称为“供”，表达的是认罪而陈述之意，不认罪而陈述则谓之“辩解”。“自白”一词也很常见，与坦白、供述的意思一样。在英语国家，自白用两个常用词来表达，一是“confession”（供述），另一是“admission”（承认）。两者只有微妙差别，“confession”一般指完整和详细的陈述，“admission”则不然，〔2〕相当于汉语中的“认罪”，认罪是对指控其犯罪予以承认，但未必对承认的犯罪做出具体、详细的陈述，“认罪是就部分事实而不包括犯罪意图的陈述”。〔3〕通常，自白可以书面或者口头做出；在有限情况下，被告人可以靠动作甚或沉默做出自白；在某些情况下，经被告人准许，可由被告人的代理人代为陈述。〔4〕

自白具有与其他证据相互印证的作用，也有引导出执法人员、司法机关尚未掌握的其他证据或者事实之作用，尤其是后者，为查隐案、破积案、查串案提供了便利条件。正是由于自白在诉讼中常能发挥直接揭示案件事实的证明作用，也往往能够迅速推进诉讼进程，侦查者、控诉者和审判者都很重视自白的获取和运用。在一些国家和地区，倚重口供和以各种方法迫取口供的纠问式遗风仍然存在。

恰成对比的是，不少国家和地区建立了严格的制度遏制非法取供行为，特别是自白任意性规则。自白任意性规则承认自白可以作为案件的证据，但该自白必须出自自愿，且不得将其作为给被告人定罪的唯一证据。自白以“自由”和“自愿”提供为采纳标准，这是自白任意性规则的一般原则。这一规则源于18世纪后半期的英国。在英国，该规则可以简单概括为：“如果自白是非任意的，它就是不可采纳的。如果自白是任意的，原则上是可以采纳的，但是，如果法官认为采纳它对于被告人来说是不公平的，也可能不采纳。”〔5〕也就是说，自白具有任意性是可采性的必要条件，而不是充分条件，采纳自白与否还要考虑关联性和真实性。另外，特别需要指出的是，即使自白具有任意性，法官仍然拥有决定是否采纳的自由裁量权。

在各种证据规则当中，自白任意性规则是自白的可采性规则，是为了遏制不正当取证行为而设定的。自白具有任意性，意味着自白是自由和自愿提供的。其中“自由”是指自白者的自由意志没有被剥夺，他可以自主决定是否承认犯罪以及是否就指控的犯罪作出坦白，当然也可以拒绝这样做。这里的“自愿”，有着严格的法律含义，是指在没有外在压力或者不正当的诱骗时自己决定认罪或者就指控的犯罪作出供述。

许多国家的证据法学研究和相关立法例，在涉及自白的可采性时，除了关联性都强调了自白的任意性。〔6〕例如，在1914年易卜拉欣（Ibrahim）案件中，萨默勋爵（Lord Sumner）曾指出：“很久以前英国的刑事法建立起一项明确的规则，被告人的陈述不可采纳为指控他的证据，除非检控方表明该陈述是自愿作出的。这里所谓‘自愿’，含义是该陈述之取得既非依靠由政府人员实施或者提出的施加损害的恐吓，也不是获得某种好处的希望。该原则与黑尔勋爵（Lord Hale）规则〔7〕

〔2〕 See Andrew Bruce and Gerard McCoy, *Criminal Evidence in Hong Kong*, Butterworths, Singapore, 1987, p. 59.

〔3〕 Henry Roscoe and Anthony Hawke, *Roscoe's Digest of the Law of Evidence and the Practice in Criminal Cases*, Stevens & Sons., Ltd., London, 1921, p. 37.

〔4〕 参见前引〔2〕，Bruce等书，第59页。

〔5〕 Phipson and D. W. Elliott, *Manual of the Law of Evidence*, Sweet & Maxwell, 1980, p. 183.

〔6〕 此外还有反对强迫自证其罪的特权规则以及补强证据规则等。

〔7〕 这是一项法律学说，曾在美国处于支配地位，它认为，丈夫不能犯有强奸其妻之罪，因为根据他们双方的同意与契约，妻子已经同意成为其丈夫的财产。

一样古老。”〔8〕这一基本原则意味着向政府人员作出的陈述只有在自由和自愿的条件下才能作为证据被法庭采纳。〔9〕

现在,“自愿性规则已经成为一个自动撤销原判的规则。如果提出和接受的供述是受到强迫的,那么该有罪判决就必须撤销。即使没有表明被告人实际上由于该供述的采纳而受到不公正的判决。”〔10〕除了任意性,从20世纪40年代开始,美国联邦最高法院又提供了新的标准来遏制侵犯自白自愿性不那么明显却同样属于不正当的执法行为。美国法院确立了一项适用于联邦法院的规则,如果嫌疑人被捕后在“无必要延宕”之后才送交法庭讯问,那么,在被捕后到送交法庭前获得的嫌疑人口供不被法庭承认有可采性;按照1944年埃斯克莱福诉田纳西州案件的裁决,对嫌疑人进行连续36小时的审讯就意味着一种强迫,嫌疑人在这种情况下作出的有罪供述是这种强迫的结果。不过,这一判决的要害在于,只要存在“不必要的延宕”,不管嫌疑人的口供是不是自由和自愿提供的,该口供都不具有可采性,因为“不必要的延宕”本身就说明了问题。〔11〕1966年,美国联邦最高法院通过米兰达诉亚利桑那州案件的裁决,进一步将排除自白的范围扩大到没有告知嫌疑人有沉默权和请律师到场的权利。在我国,米兰达案件已经为刑事诉讼法学界所熟悉,不少司法人员对该案也不陌生。

不过,在英国,自白任意性规则的适用范围近年来有收缩的趋势,即将自白的任意性与真实性结合在一起加以考虑以确定自白是否具有可采性,这反映了英国寻求刑事司法中的法律价值平衡的努力。理查德·梅介绍说:“刑法修订委员会认为,法律关于这一问题的规定过于严格,因而应当放宽。建议只有在因强迫或是威胁或诱导可能产生不可信供述时才将其排除。皇家刑事诉讼委员会同样认为自愿性标准应被取代。建议只有在供述是通过使用暴力、以暴力相威胁或者刑讯、非人道或者有损人格尊严的对待而获得时,才应被排除。”这种意见和建议发生的直接影响是,1984年《警察与刑事证据法》“遵循了刑法修订委员会的整体思路,要求法院排除通过强迫手段获取或者是通过任何可能导致供述不可信的言辞或者行为而做出的供述”。该法还表明,对于证据的可采性,“法院有权自由裁量,在采纳证据会对诉讼公正性造成不利影响时将该证据予以排除。”〔12〕

人们最初将任意性作为自白可采性的必要条件,是基于真实推定(presumption of truth),亦即:一个人不会做出对自己不利的不真实陈述。〔13〕这个推定基于人的理性预设——一个人在自由和自愿的情况下做出不利于自己的陈述,那么该陈述可以推定为是真实的。直到现在,排除非任意性的自白的根据之一,是为了保障案件的真实发现:非任意性自白被认为有较大的虚假可能性,因此予以排除有利于发现案件实质真实,避免受不实的证据误导。理查德·梅指出:“如果检控方无法证明供述是自愿做出的(即并非出于强迫、威胁或者诱导)就不能被采纳。形成这一规则的理由是非自愿的供述不可信。”〔14〕罗格·E.萨哈尼也评论说:“如果自白不能满足自愿性的这些条件,这些自白就会因不可靠(unreliability)而被拒绝采纳。一个人作出的陈述如果是靠威胁或者许诺得到的,那么很可能是虚假的自白。”〔15〕乔恩·R.华尔兹也曾说过:“长期以

〔8〕 Roger E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation*, Fransal Publishing Inc., Canada, 1984, p. 99.

〔9〕 同上。

〔10〕 [美] 乔恩·R. 华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第332页。

〔11〕 参见[美] 诺曼·M. 嘉兰、吉尔伯特·B. 斯达克:《执法人员刑事证据教程》,但彦铮、马克等译,中国检察出版社2007年版,第226页。

〔12〕 [英] 理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第260页。

〔13〕 参见前引〔3〕, Roscoe等书,第37页。

〔14〕 前引〔12〕, 理查德·梅书,第259页。

〔15〕 前引〔8〕, Salhany书,第99页。

来，法律一直强烈地怀疑强迫性口供的可靠性，因为被讯问人为了避免受到体罚或得到某种许诺的好处而给出的供述，而不是出于有罪意识而给出的供述，很可能是不值得信任的。”〔16〕

不过，如今评价自白任意性规则，不再把自白的真实性当作唯一考量标准。自白即使是真实的，也会因为违背任意性的要求而失去证据资格。人们可以清楚地看到，自白任意性规则不仅是为案件真相发现设定的限制，同时也是为正当地发现案件真相设定的限制。威胁、引诱、欺骗等取证方式即使获得了真实的供述，也不能被容忍和接受，这涉及的是司法文明与人权保障这一类更为根本的深层次问题。违背被讯问人自由意志强行获取自白是对人权的粗暴侵犯，基于保障人权的考虑，需要通过排除非任意性的自白来遏止非法取证。以非法方法获取口供，“以此作为被告有罪之证据，不啻奖励司法人员以不当之方法取得自白，违反民主国家拥护人权之原则。惟是为保障人权起见，在陈述自由受侵害下所为被告之陈述，无论其为有利于被告抑或不利于被告，法官在原则上皆不得予以引用，方为妥当。”〔17〕因此，乔恩·R. 华尔兹指出，在自愿性规则的背后有一整套“综合价值观”。〔18〕要不要明确而完整地建立自白任意性规则，取决于对于这些价值是否认同和珍视。

在英美法系国家，自白任意性与法律的正当程序观念紧密关联。约翰·N. 佛迪曾指出：“1964年以前，对于被告人认罪或者坦白的可采性的唯一审查，是看它的自愿性。非出于自愿的自白被裁决不具有可采性，是因为它违反了美国宪法第五和第十四修正案的正当程序条款。认为不自愿的自白违反正当程序条款的理由有四个：首先，非自愿的自白被认为本来就是不可信或者靠不住的，判决建立在靠不住的证据之上就违背了正当程序；第二，警察的强迫行为违反了‘基本公正’，后者是正当程序的本质要素，因此被警察强迫取得的自白违反了正当程序，即使该自白是可信的，也是如此；第三，自由选择是正当程序的带有本质性的一个方面，非任意性自白不是一个人自由和理性选择的结果；最后，我们的司法制度是弹劾式的而不是纠问式的。”〔19〕在美国，任意性要求是由1936年布朗诉密西西比州案件确立起来的。按照美国联邦最高法院就此案作出的裁决，警察以野蛮手段从被告人那里强迫取得自白，违背了法律的正当程序。该案判决之后，“在此后的案件中，最高法院进一步裁定接受一个强迫性供述为证据将导致推翻该有罪判决，尽管在该案中有其他证据足以支持该有罪裁定。换言之，上诉法院不得把一个被迫作出的供述裁定为‘无害过失’。”〔20〕后来的判例是针对警察强迫行为的其他形式建立起来的，包括运用更为狡猾的心理压力获得口供并因此违背了正当程序。〔21〕美国联邦最高法院曾言：“我们根据宪法第十四修正案作出的裁决，表明判决建立在采纳非自愿性自白证据的基础上，例如对于身体或者心理施加强迫手段获取的自白，是不能成立的。这样做不是因为这种自白不可能是真实的，而是因为这种获取口供的方法违反了我们的刑事法律实行的原则：我们实行的是弹劾的而不是纠问的制度——在这一制度下，由国家必须以独立和自由获得而不是强迫手段获得的证据证明被告人有罪，不能依靠来自被告人的口供来证明自己的指控。”〔22〕同样，在英国，“近年来的英国判例形成了一项规则，即不采纳此类供述还取决于一个人不能被强迫自证其罪的原则，和与文明社会相联系

〔16〕 前引〔10〕，华尔兹书，第333页。

〔17〕 蔡墩铭、朱石炎：《刑事诉讼法》，台湾五南图书出版公司1981年版，第112页。

〔18〕 美国联邦最高法院在1960年布莱克伯恩诉亚拉巴马州一案的裁决中指出了这一点。参见前引〔10〕，华尔兹书，第332页。

〔19〕 John N. Ferdico, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, Wadsworth Group, 2002, p. 464.

〔20〕 前引〔10〕，华尔兹书，第331页。

〔21〕 参见前引〔8〕，Salhany书，第465页。

〔22〕 同上书，第464页。

的警察对那些受其关押人员采取恰当行为的重要性。”〔23〕

拒绝非任意性自白与否，与司法机关的社会公信力和社会认同度也有一定关系。罗格·E. 萨哈尼就此评论说：“法庭拒绝采纳这种在很不正当的情况下取得的自白还有一个理由，采纳在这种情况下取得的自白，公众会相信这种不正当行为是法庭共同参与实施的，这将导致刑事司法制度失去社会的支持与信赖。”〔24〕

二、违法取供行为中的反任意性

所谓“任意性”(voluntariness)又称“自愿性”，在理智清醒和意志自由的前提下自主作出选择的，就具有任意性。这里的“意志自由”是指“在行为的时候，一个人的意志可以有真确的选择，无论采取这个或那个，都能够随他的便的。”〔25〕自由意志中的“自由”意味着多种可能性的存在：可以这样，也可以那样。选择权由自己掌握，别人不加干预。

对于如何验证某一陈述的自愿性，汤森诉赛恩(Townsend v. Sain)案的裁决中指出：“如果一个人的‘意志受到压制’或者他的自白不是‘理性的智力和自由的意志的产物’，他的自白就因强制而不具有可采性。这些标准适用于自白是身体上的恐吓和心理上的压力的产物……任何警察讯问只要事实上获取的口供不是自由的智力提供的产物则该自白就是不可采纳的。”〔26〕在美国，以宪法第五或者第十四修正案为依据来确认某项认罪或者自白是否自愿，可以概括为以下两点：其一，如果不存在警察的强迫行为，那么任何供述都将被认为是自愿的，不管嫌疑人的精神或身体状况如何。其二，如果存在警察的强迫行为，供述的自愿性将会在考虑围绕提供供述的所有情况的基础上来认定。除非警察对肉体施加暴力，没有哪一个单一事实或者情况会是唯一决定性的。

尽管如此，“任意性”一词，多少让人感到有些费解，甚至立法和司法机关也对其相当隔膜，这是因为译名“任意性”不如“自愿性”来得通俗，对于任意性也不容易正面做出清晰的解释。对于任意性自白，各国法律一般都从反面——即什么行为属于违反自白任意性的取证行为——来诠释。违反自白任意性的取证行为主要包括暴力、胁迫、利诱、欺骗、违法羁押以及其他不正当的方法，诸如麻醉、冻馁、日晒、干渴、强光照射、困倦疲劳等。

对肉体施加作用力使其产生痛楚的行为即暴力行为。《世界人权宣言》和联合国文件中的“酷刑”包含了施加于肉体的暴力行为，但不限于此，还包括在精神上造成剧烈痛苦的有目的之行为。对肉体施加暴力的方式多种多样，人们即使未能目睹，也耳熟能详。

胁迫，又称“威胁”，是施加于精神上的“暴力”，方式是以一定的不利益相威胁，使对方产生恐惧感。导致一项自白不具有可采性的威胁不必是公然实现的行为，例如提出被告人不坦白就对其进行殴打，殴打就不一定真要实施。事实上，导致被告人相信如果不坦白将遭受暴力的任何形式的语言或者行为，都会构成威胁。有学者指出，导致被告人相信他必须作出陈述否则受到惩罚的一个隐晦的说法，就足以构成威胁。例如：“你不告诉我们被盗物品在哪里，就逮捕你”这类话，〔27〕都已经被法庭裁决为威胁。通常，使用的措辞如“这对你来说更好”或者“是必要的”，常常被理解为含有强制或者义务的意味。不过，诸如“要确定讲出真相”，“做个好姑娘，

〔23〕 前引〔12〕，理查德·梅书，第259页。

〔24〕 前引〔8〕，Salhany书，第99页。

〔25〕 [美]坎宁亨：《哲学大纲》，庆泽彭译，世界书局1933年版，第296页以下。

〔26〕 前引〔8〕，Salhany书，第465页。

〔27〕 还包括类似的如“你告诉我们发生了什么，对你来说才比较好”；“你有必要作出解释”。

把真相告诉我们”，已经由法院裁决为并非威胁。要判断讯问中某些语句是否构成威胁，需要将这些语句放在说这些话的具体情况中加以衡量。如被告人询问如果他不讲那么会怎么样，随后的回答就可能被解释为威胁（即使并非有意要这样做），这就可能使自白受到污染导致其被排除。当一项自白被认为是在受到威胁的情况下获得的，自白就要被排除，“即使是措辞最温和的威胁也足以导致自白被排除”。〔28〕

利诱（promise），又称“许诺”或者“允诺”，包括两种情况，一是以法律不允许的利益相许诺，二是以法律允许的利益相许诺，目的是换取被讯问者的自白。利诱对于被讯问人的影响是，“一个许诺或者引诱可能是引起被告人怀有与对他的指控或者预料中的指控或者其他一些事项有关的希望或者期望的任何事。这里提到的‘其他一些事项可能是针对被告人提供的其他指控、针对被告人想要帮助的其他人——诸如他的妻子或朋友——提出的指控。’”〔29〕对于利诱导致的法律后果，理查德·梅指出：“无论当局人员做出如何微小的诱导行为，所得到的供述都要被排除。例如在诺瑟姆（Northam）案中，嫌疑人受审时问警察是否能将他的另一项罪行一同考虑。警察表示警方不反对，于是该嫌疑人进行了供述。上诉法院认定该行为构成诱导并撤销了定罪判决。”〔30〕另一个类似的例子是，“在《自白与供述》一书中，威廉·J. 斯卡佛（Schafer）提到一名警官前来向他咨询的故事。该警官逮捕了一个人，在坦白之前，被捕者向警官询问自己可能被判处的刑罚。警官告诉他可能得到的刑罚，并且指出他有可能获得缓刑。警官对他很了解，知道他以前从未被捕过，告诉他会向法官求情，尽一切努力争取使他获得缓刑。被告人显然松了口气，随后进行了彻底的供述，该供述后来被排除，因为是在许诺下获得的。考虑到他真的想要帮助向法官求情，警官无法理解为什么该自白是非自愿的。”很明显，“这个故事揭示了警官面临的窘境。他可能的确希望去帮助被告人，无论如何，他的善意最终损害了案件的成功。”〔31〕这种情况下要不要排除自白，确有商榷空间。值得注意的是，“许诺或者引诱可能不仅是警官的话语产生的效果，也可能是警官与被告人的对话产生的结果。例如，如果被告人问警官：‘如果我说了，能释放我吗？’警官回答说：‘是的。’这就构成了利诱。”〔32〕

许诺给予宽大处理，在有些国家和地区不会导致自白被排除。“如果嫌疑人与执法人员合作，他被许诺给予宽大，如果仅因这个理由，那么他的自白就不是非自愿的。”〔33〕这样做的目的是鼓励合作。法庭会认为，鼓励嫌疑人讲出真相和建议说他的团伙可能已经离弃了他、让他“背黑锅”（holding the bag），〔34〕作为法律事项，并不会压垮自白者的意志；对于法庭来说，被告人出于与警方合作而作出的供述，其在引诱下提供的自证其罪的供述，不足以构成非自愿自白；如实际告诉被告人，他面对的可能的刑罚，这不会压倒其自由意志，由此获得的自白不被认为是非自愿的。被拘禁的人作出陈述的机会的重要性因此上升了。无论如何，如果陈述来源于对自身陷入的风险进行明智而有见识的评估而不是强迫的氛围，那么，由此获得的自白就被认定是自愿的。〔35〕许诺给予心理治疗不会被认定为违反自白任意性规则，例如在 1992 年美利坚合众国诉麦克林顿

〔28〕 前引〔8〕，Salhany 书，第 106 页以下。

〔29〕 同上书，第 108 页。

〔30〕 前引〔12〕，理查德·梅书，第 259 页以下。

〔31〕 前引〔8〕，Salhany 书，第 108 页。

〔32〕 其他被认为是利诱的话语的例子如“我会做些事帮助你出去”；“如果你坦白，你会得到从轻判决”。参见前引〔8〕，Salhany 书，第 108 页。

〔33〕 United States v. Guarno, 819 F. 2d 28 (1987).

〔34〕 亦即独立承担罪责。

〔35〕 United States v. Ballard, 586 F. 2d 1060 (1978).

案中，警察“告诉他说他不是坏人，如果他向他们讲了，他会得到救助，以克服吸毒和酗酒的毛病”。由此获得的自白被法庭认定是自愿的。

压迫 (oppression) 也会导致自白失去任意性。“在压抑状态下的侦查中，嫌疑人可能感到是被强迫自白的。压迫的状态具有一种倾向性，就是消除构成自白任意性必要要素的自由意志。尽管没有易卜拉欣案件那种意义上的威胁或者利诱”，法庭仍有可能认为在这种情况下取得的自白没有任意性而应当排除。^{〔36〕}当然，每个人情况不同，“由于每个人各有独特的心理构成，是否某一情况或者一系列情况具有压迫性，从而导致其被迫作出自白，取决于每一个体。”^{〔37〕}法官萨斯曾言：造成压迫的因素“包括对一个人讯问的时间长短，两次讯问的时间间隔长短，被告人是否有适当的休息时间，以及陈述者的个性特性。对于儿童、残疾人或者老年人或者其他不谙世事的人来说是压抑的，对于性格刚强和熟谙世事的人来说，就不是压抑的。”^{〔38〕}在1981年的一起案件中，被告人声称受到长时间讯问，不允许休息，也不允许上厕所，法庭排除了警方在询问中获得的自白。法官认为，警察应当不待被告人请求主动为被告人提供休息时间，并允许其使用卫生间。^{〔39〕}法庭还认为下列警察行为违反法律的正当程序：将嫌疑人拘禁在狭小空间内直到其供述为止，^{〔40〕}在医院加护病房对受伤和抑郁的嫌疑人进行持续不断的讯问，^{〔41〕}延长隔离单独讯问期间。^{〔42〕}不过，警官向被告人出示其共同被告人的陈述并不违反自白任意性规则，很清楚，向被告人出示虚假的陈述是不适当的，但出示真实的陈述并没有错。^{〔43〕}

欺骗，即以虚构事实或者隐瞒真相的方式套取被讯问者的自白。欺骗与侦查谋略容易混淆，需要小心分辨。判断时可以遵循以下标准，一是良心标准，法官接受由这种方法获得的自白是否感到良心上过意不去。换句话说，良心是否感到不安或者受到冲击，这是从伦理道德方面设定的标准。二是自愿性标准，依靠这种方法取得口供，是否足以导致自白失去自愿性，法庭并没有宽厚看待一个精心编造的谎言或者捏造一种情况促使被告人去坦白的做法。不过，“无论如何，使用了诡计或者欺诈方法会自动导致口供不可采的推断是不正确的。”关键是欺骗方法是否试图发生影响或者实际上已经发生影响从而导致自白是非自愿的，这意味着以引诱来形成陈述。三是无辜者标准，依靠这种方法取得口供，是否足以使无辜的人承认自己有罪，^{〔44〕}这是从证据真实性方面设定的标准。一些法庭接受如下观点：“通常，依欺骗或者诡计取得的自白不会受到污染，只要使用这些手段不是为了获取不真实的口供。”^{〔45〕}

对于欺骗是否应禁止，一直存在争议。有人质疑：“告诉被告人说他的共同被告人已经招认并且牵涉到他，实则其口供是虚假的，或者甚至是真实的时候，有什么不对吗？警察把自己人安插在警察局的监室内，以便假装与被告人交朋友以套取对方的情报，这是不适当的吗？告诉被告人他袭击或者强奸的被害人正躺在医院里处于病危状态，实际上并非如此，这是不适当的吗？”

〔36〕 前引〔8〕，Salhany书，第108页。

〔37〕 同上书，第109页。

〔38〕 同上。

〔39〕 同上书，第109页以下。

〔40〕 United States v. Koch, 438 F. Supp. 307 (1977).

〔41〕 Mincey v. Arizona, 437 U. S. 385 (1978).

〔42〕 Ashcraft v. Tennessee, 322 U. S. 143 (1944); Davis v. North Carolina, 384 U. S. 737 (1966).

〔43〕 参见前引〔8〕，Salhany书，第140页。

〔44〕 例如在1954年的一起案件中，法庭认定警察告诉被告人他们在血迹中发现了被告人的指纹，但实际上不是在那里发现的（事实上根本就不在谋杀现场找到的），这一事实并不导致其陈述不可采纳。在这里，警察并没有撒谎，只不过没有告诉他所有的事。警察的说法并不足以造成无辜者违心承认自己没有犯过的罪，倒是会使真正有罪的人感到困惑，从而做出供述。

〔45〕 前引〔8〕，Salhany书，第139页。

这些问题都涉及惩罚犯罪的需要与保障个人人格尊严的愿望的矛盾，法庭面临的是这样的难题。值得玩味的是，“许多警官感到使用欺骗手法从被告人那里获得自白并没有错。换句话说，为了抓贼，警官必须扮演一个贼。支持这种观点的人会高兴地知道，许多法官同意这种观点。如预料的那样，司法人员在这个问题上分裂成对立的两派。”〔46〕针对警察把自己人安插在警察局的监室内以便从被告人那里套取情报，加拿大最高法院多数法官认为这一做法并没有错，因为被告人并不知道该警官是政府人员，这样检控方没有义务去证明该陈述是自愿的。〔47〕此外，还有一种情况，即错误的说明（misrepresentation）。在1991年埃文斯诉多德（Evans v. Dowd）案的裁决中，一项自白被认定是自愿的，尽管警官说错了侦查的目的并谎称他有目击证人。总而言之，使用欺骗方法或谎言不必然导致陈述不可采纳，法庭会仔细审查作出陈述的情况。〔48〕

违法羁押，即以违反法律有关羁押的规定进行羁押，并在此种羁押中获取被讯问者的自白。在逮捕与出庭之间进行不必要的拖延从而取得陈述也属此种情形。〔49〕

这里需要说明的是，不是所有的胁迫和利诱取得的证据都必然要被排除，〔50〕法庭在确定供述或自白的自愿性时，会审查被告人的个性特点。某些个性特点被认为是重要的，诸如年龄，精神能力，教育程度，因疾病引起的生理和心理损害、损伤或者麻醉，以及与警察打交道的经验等。

显然，排除非法手段获得的证据是一回事，确定哪些手段属于非法手段是由此引申出来的、与之有关的另一回事。哪些属于应当排除的引诱获得的证据，需要根据案件情形加以确认。对于自白任意性规则中威胁、引诱、欺骗等的含义、情形与正当的侦查谋略的区别，许多国家尤其是英美法系国家有着丰富的研究成果和法律、解释、判例的规定，值得我国立法、司法借鉴、吸收，以形成我国刑事诉讼中判断威胁、引诱、欺骗等非法手段的标准、依据。

三、自白任意性被忽视的原因以及重新正视的必要性

在我国，诉讼和证据法学者将学术精力主要投注在反对强迫自证其罪、沉默权等的研究上，对于自白任意性规则关注较少。司法机关更谈不上深入研究，遑论适用这一规则对不法取供行为施以司法制裁了。

我国1979年刑事诉讼法规定“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”。这一规定将威胁、引诱、欺骗三种不正当的取证行为与刑讯逼供排列在一起，其立法背景是，1979年立法者和参与立法的学者对于此前刑事司法中发生的逼、供、信和大量威逼利诱非法取证造成冤滥遍地记忆犹新，深感戒惧，在文化大革命结束之后痛定思痛，在刑事诉讼法中特别规定以期禁绝。1996年刑事诉讼法修改对这一规定加以沿用，未予改变。1996年刑事诉讼法修改后，最高人民法院和最高人民检察院各自就修改后的刑事诉讼法作出司法解释，对以暴力、胁迫、利诱、欺骗等非法方法取得的言词证据（包括自白）作出排除规定。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第61条规定：“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，

〔46〕 前引〔8〕，Salhany书，第138页。

〔47〕 同上书，第140页。

〔48〕 同上。

〔49〕 McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U. S. 449 (1957). 由这两个判例建立的规则只适用于联邦法院并指出：在逮捕和第一次在治安法院出庭之间的不合理拖延期间获得的承认或自白不具有可采性。若干州也实行相似的规定。参见前引〔8〕，Salhany书，第465页。

〔50〕 参见前引〔5〕，Phipson等书，第183页。

不能作为定案的根据。”同样，最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第265条第1款规定：“以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不得作为指控犯罪的根据。”不过，尽管上述规定十分明确，对于非法取得的证据，在司法实践中却几乎没有排除过。

2010年“两高三部”关于死刑案件审查判断证据的新规定和排除非法证据的新规定，对于以引诱、欺骗方法获得的言词证据，不再明确表明排除的态度，新刑事诉讼法吸收了“两高三部”的意见，同样模糊化排除这些证据的立场。新法第54条第1款规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”对比“两高三部”《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第12条规定：“以暴力、威胁等非法手段取得的证人证言，不能作为定案的根据。”再看该规定第19条：“采用刑讯逼供等非法手段取得的被告人供述，不能作为定案的根据。”这两条规定与新刑事诉讼法第54条一样，对于引诱、欺骗取得证人证言的排除态度转趋暧昧，同时模糊了对于威胁、引诱和欺骗等获得的被告人供述的排除立场。与之形成对比的是，“两高三部”《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第20条规定，连讯问笔录没有经被告人核对确认并签名（盖章）、捺指印的以及没有为聋哑人等提供通晓聋哑手势的人员或者翻译人员的被告人供述都做了“不能作为定案的根据”的规定，却对引诱、欺骗这类比没有核对确认并签名盖章、捺指印等严重得多的非法手段取得的口供不明确排除。如出一辙的是，在“两高三部”《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第1条中规定：“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。”第2条规定：“经依法确认的非法言词证据，应当予以排除，不能作为定案的根据。”这一新规定，对于以威胁（针对犯罪嫌疑人、被告人供述）、引诱、欺骗等方法获得的言词证据，同样不再明确表明排除的态度，态度转趋暧昧。

引人瞩目的是，最高人民法院刑事审判第三庭编著的《刑事证据规则理解与适用》谈及非法证据和排除非法证据的规定，多处提到自白任意性规则，但非法证据范围的界定和排除非法证据的规定却没有以自白任意性为依据。文中提及司法解释作出相关规定时的考虑：“非法取证的手段很多，很难列举清楚，因此我们只列举了刑讯逼供等手段，但是必须明确，‘等’是指与刑讯逼供相当的手段。在实践中，对‘等’的具体理解可参照《最高人民法院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》关于刑讯逼供立案标准的规定中对非法手段进行的列举。”^{〔51〕}该规定列举的刑讯逼供等非法取证的情形，包括以殴打、捆绑、违法使用戒具等恶劣手段逼取口供的，以较长时间冻、饿、晒、烤等手段逼取口供，严重损害犯罪嫌疑人、被告人身体健康的。^{〔52〕}很显然，根据这一标准确定非法手段的范围，引诱、欺骗等手段均不在此列。

“两高三部”两个有关刑事证据新规定的起草者解释如此规定的理由时说：“对此内容刑事诉讼法已有规定，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释也进行了确认，可不在此文件中规定。《规定》针对我国司法实际，强调对采用刑讯逼供等非法手段获取证据的排除，这样的规定并不与刑事诉讼法冲突，也并非意味着‘威胁’、‘引诱’、‘欺骗’的取证手段就是合法的。同时，在司法实践中，‘威胁’、‘引诱’、‘欺骗’的含义特别是标准不好界定，很多从气势上、心理上压倒、摧垮犯罪嫌疑人心理防线的讯问语言、行为和策略很难与之区分开来，如果这些讯问

〔51〕 最高人民法院刑事审判第三庭编著：《刑事证据规则理解与适用》，法律出版社2010年版，第296页。

〔52〕 同上。

方法都被认为非法，将导致大量口供被排除，给侦查工作带来较大冲击，因此，对此问题应当根据具体案件作出具体处理。如果采用‘威胁’、‘引诱’、‘欺骗’的方法严重违反了法律的规定，使得被告人被迫作出供述，并且严重损害了口供的客观真实性的，应当予以排除。”^{〔53〕}这一番解释缺乏说服力。若论“对此内容刑事诉讼法已有规定，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释也进行了确认”就“可不在此文件中规定”，那么刑讯逼供同样已有规定并得到司法解释确认，何以在此文件中又加以规定？另外，既然在此文件中不作规定并不意味着承认这些取证手段合法，那么需要追问的是，在我国，非法手段之所以盛行，不就是因为这些手段不能招致相应的程序性制裁，而程序性制裁的重要手段之一就是排除由非法手段取得的证据。现在一方面不承认这些手段合法，另一方面又对排除由这些手段获得的证据抱有模糊、暧昧态度，那么产生纵容这些手段在司法实践中蔓延的作用就不值得大惊小怪，如此一来，刑事诉讼法第43条关于禁止威胁、引诱、欺骗手段的规定就被暗中弃置了。

至于解释中所言在司法实践中“‘威胁’、‘引诱’、‘欺骗’的含义特别是标准不好界定”，显然也不是充分理由。这些标准不好界定的原因恰恰是长期以来司法实践根本没有尝试去界定。由于“威胁”、“引诱”、“欺骗”取得的证据在法院审判中照单全收，何谓非法手段包含的“威胁”、“引诱”、“欺骗”，这些手段与“很多从气势上、心理上压倒、摧垮犯罪嫌疑人心理防线的讯问语言、行为和策略”如何区别，几乎从来没有成为法院审视、斟酌和裁决的对象。没有司法经验的积累，标准当然不好界定。现在制定排除非法证据的规定，原本是界定标准的大好机会，立法和司法解释却无所作为，怎不令人失望？

至于认为在标准不清的情况下排除“威胁”、“引诱”、“欺骗”等手段取得的证据，就会“导致大量口供被排除，给侦查工作带来较大冲击”，更不值一提。这似乎承认使用这些非法手段具有普遍性、日常性，同时，这些手段取得的口供是大量的，因此予以宽纵，以防“给侦查工作带来较大冲击”。这种理由近乎荒谬。

同样令人失望的是这样一种说法，“如果采用‘威胁’、‘引诱’、‘欺骗’的方法严重违反了法律的规定，使得被告人被迫作出供述，并且严重损害了口供的客观真实性的，应当予以排除。”这个说法限缩了遏制非法取证手段的空间。更值得怀疑的是，威胁、引诱、欺骗，究竟何种情形才构成“严重违法”法律规定以及“严重损害”口供的客观真实性，司法判断的弹性过大，排除规定适用的空间过小，按照这个“严重”标准去排除，无异于无法排除。

与现今可以进行对照的是，我国早在清末已经明确就讯问方式做出限定，禁止以强暴、胁迫、利诱、欺诈及其他不正之方法取得供词，同时也积累了不少司法经验。我国最早一部近现代性质的《大清刑事民事诉讼律草案》第17条规定：“凡审讯一切案件，概不准用杖责、掌责及它项刑具或语言威吓、交逼原告、被告及各证人偏袒供证，致令淆乱事实。”随后的《民刑事诉讼暂行章程》第24条规定：“实施讯问禁用威吓、诈罔之言，刑讯永远废止。”同样，《大清刑事诉讼律草案》第66条规定：“讯问被告人，禁用威吓及诈罔之言。”此条的立法理由是，讯问被告人时，若用威吓诈言，则惊恐之余，思想纷杂，真实状态，反为所淆。故本条采各国通例严禁之。民国时期学者卢尧就此解释说：被告人之陈述，可藉此发现真实，提供证据作为判决依据，不过，“欲得其陈述以为证据，遂用威吓及诈罔之言则大不可。盖刑事诉讼采自由心证主义，用何种证据以为判断资料，全属审判官之自由，既非若纠问主义之重供，纵令被告人全无陈述而有别种证据可为资料者，亦得直据以判决之；否则虽有自白而审判官认为判决不实时，仍可宣告无

〔53〕 前引〔51〕，最高人民法院刑事审判第三庭编书，第297页以下。

罪。故法律特以明文禁用威吓、诈言以求陈述，恐反因此失真实之真相也。”^{〔54〕}

这类规定在民国时期成为正式有效的法律。1921年公布的《中华民国刑事诉讼条例》明确规定了自白任意性规则（旧称“自白法则”），该条例第302条规定：“被告之自白，非出于强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正之方法且与事实相符者得为证据。”该条立法理由为：“被告之自白虽亦为证据之一种，然其讯问若系以不正之方法者，则自白未必出于自由意思，不得采为犯罪之证据。讯问纵非以不正之方法，而与事实不符者亦然，故仍应调查其他之证据。”1928年7月制定的《中华民国刑事诉讼法》第62条规定：“讯问被告，不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正之方法。”1928年中华民国最高法院判例确认：“被告人之自白，若系出自威吓及诈罔，不能遽为认定事实之基础。”同样确认要排除以威吓及诈罔方法获得的非任意性的自白。另外，1932年上诉审判例称：“被告之自白虽得认为证据，但以出于被告之自由陈述且与事实相符者为限。”^{〔55〕}

1935年刑事诉讼法第98条规定：“讯问被告应出以恳切之态度，不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正之方法。”本条沿用了《大清刑事诉讼律草案》第66条规定的立法理由，增加讯问被告时讯问者态度应当“恳切”。^{〔56〕}让人好奇的是，法律上的规定在司法中是否得以落实。民国时期确有判例将自白法则加以实现，如1935年有上诉审判例称：“被告之自白，依刑事诉讼法第二百七十条第一项之规定，得为证据。此项自白，并非专以审判笔录记载者为限。即在侦查犯罪职权之司法警察官讯问所得，如未施用强暴、胁迫、利诱、欺罔及其他不正之方法且与事实相符者，仍不失有证据能力。”^{〔57〕}1940年上诉审判例称：“被告之自白得为证据者，刑事诉讼法第二百七十条第一项之规定，须具备（一）非出于强暴、胁迫、利诱、欺罔或其他不正之方法，（二）与事实相符之两种条件。故该项自白，苟系出于上述不正方法，即无论其是否与事实相符，根本上已失其证据能力，不得采为判断与事实之证据资料。”^{〔58〕}不仅讯问权人不得进行不正讯问，第三人剥夺被讯问人自由意志而获得的自白也不得采为证据。1940年另一判例云：“依刑事诉讼法第二百七十条第一项规定，被告之自白，虽与事实相符，仍须非出于强暴、胁迫、利诱、欺罔或其他不正之方法，始得为证据。此项限制，原以被告之自白必须本于自由意思之发动为具备能力之一种要件。故凡有讯问权人对于被告纵未施用强暴、胁迫等之不正方法，而被告因第三人向其施用此项不正方法，致不能为自由陈述时，即其自白仍不得采为证据。”^{〔59〕}现在回过头看，这些规定及宣示的理由确实相当先进，如果现行有效的刑事诉讼法和相关司法解释反而不如旧时的规定，就不能不令人汗颜了。

值得警惕的是，在我国当代刑事司法实践中，违背自白任意性的取证行为没有引起立法、公安司法机关的重视，刑讯以外的非法取证手段尤其如此。与刑讯不同的是，表面上，使用威胁、引诱、欺骗方法进行审问的办案人员并未动粗，诱供偶尔还有慈善气象，被引诱者不能在诱惑面前自持，交代了罪行，与刑讯之害有天渊之别，国人不以为非，也是顺理成章的事。然而，威胁、引诱、欺骗的做法也是造成冤错案件的一大原因。例如诱供往往与其他非法取证行为结合在一起而发挥效力。犯罪嫌疑人在被完全剥夺人身自由后，接受长时间的审讯，审讯中受到威逼甚至刑讯，孤独无助，受到惊吓，有强烈的无助感，心理压力过大，精神高度紧张，身体倍感疲劳

〔54〕 卢尧编述：《刑事诉讼律》（广东公立监狱学校讲义），广州桂香街粤华兴承刊，出版日期不详，第52页。

〔55〕 1932年上字11号判例。

〔56〕 民国时期实行的自白法则，在台湾地区沿用至今，如2009年台湾地区刑事诉讼法第98条规定：“讯问被告，应出以恳切之态度，不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺、疲劳讯问或其他不正之方法。”

〔57〕 1935年上字1628号判例。

〔58〕 1940年上字1457号判例。

〔59〕 1940年上字2530号判例。

甚至受到伤害，内心渴望自己的辩解被接受，但审讯的情形使他们的辩解不被倾听和接受，他们陷于绝望的边缘。在这种情况下，诱供往往发挥效果，使嫌疑人重新燃起希望，无辜的人为了摆脱眼前的困境，容易作出迎合审问者需求的自诬之供，提供虚假的自白。实践表明，在导致无辜的人承认自己没有犯过的罪并始终坚持自诬方面，威胁、引诱和欺骗之害并不一定小于刑讯。

法国律师弗洛里奥在《错案》一书中谈到诱供，曾说：“即使不用暴力，也能以许诺很快释放的办法，从某些嫌疑犯那里获得口供。道理很简单：警察说：‘如果你承认这并不严重的事实，我们就让你走；反过来，你不承认的话，我们就要进行核实。那么，为了避免你干扰对质，我们就不得不把你拘留，直到把事情弄明白。’采取这种办法的警察，一般都相信他可以让罪犯认罪，而无辜者会坚决否认。可是，经验证明，情况恰恰相反。当警察用假释来引诱那些人时，他们为了避免遭到监禁和继之而来的公众议论与耻辱，不是许多人不论什么情况都准备承认吗？他们坚信，不久之后他还能发表意见为自己辩白，而且可以接受别人的辩护来证明自己无罪。他们眼前的目的就是避免被捕。”〔60〕对于某些被拘禁的人来说，释放的许诺值得用虚假的认罪来兑现。“一个无辜的人这时是会招供的。因为他想马上离开这个对他来说如同地狱一样的拘留所。一个人突然被逮捕入狱，把他和那些惯犯、流氓关在一起，这对他来说是最大的精神痛苦，这种痛苦是人们难以想象的。可能，只有辩护人由于他与委托人的直接接触，才可能真正理解这种苦恼。”〔61〕

一个看似矛盾的现实是，我国立法与司法如此重视案件真实情况的发现，对于口供及其真实性十分倚重，却又对可能造成自白缺乏真实性的威胁、引诱、欺骗等非法取证方式等闲视之。多年来，我国立法与司法部门对各种证据规则的认识，聚焦于这些规则对于证据真实性的作用，较少顾及颇为抽象的程序正义观念。背后的原因是，将这些非法取证行为的非道德性看得过轻，依靠包括刑讯在内的非法取证行为获得的口供也有不少是经得起检验和印证的，因此不免纵容这些非法取证行为日常性地发生。当十份口供经由非法手段获得，半数以上是真实的，非法手段就会得到宽纵，它在获得真实证据方面就被认为是有效和有利的。

自白应当出自嫌疑人的自愿才能具有可采性，这一规则在法治成熟社会早已是常识，但我国司法人员对此仍感陌生。对于我国警察和司法者来说，只有将自白与真实性联系起来才容易理解和接受，以任意性为采纳自白的标准就不那么容易理解和接受了。非出于自愿的自白不一定是虚假的，只要将该自白与其他证据相互印证，一般情况下就可以判断自白的真伪，进而揭露并证实犯罪。在这一成功面前，强迫取证的行为很容易受到容忍和宽纵。欺骗、利诱甚至威胁，都被认为是警察行为中的小恶，不值得因为它们的存在而将自白当作垃圾倒掉。

对于作为自白任意性规则主要根基的法律的正当程序观念，我国司法人员虽然有所了解甚至有一定认同，但远未达到沧肌浹髓的程度，因此还不能成为当代司法文化的组成部分。为了一些如“正当程序”、“自由选择”等显得有些抽象、空洞的概念，放弃对案件真相的发现和证实，一般的反应都是大摇其头。

不过，在我国，需要正视的一个现实是，依赖口供并以非法方法获取口供的侵犯司法人权现象仍然较为常见，进而导致司法公信力和公众认同度严重匮乏。司法公信力和公众认同度匮乏的原因当然不只一个，司法人权保障不足以及不能发挥法院在国家权力和个人权利之间的屏障作用，显然都是重要的成因。显而易见的是，我国司法在政府与个人之间发挥平衡作用的空间还相

〔60〕 [法] 弗洛里奥：《错案》，赵淑美、张洪竹译，群众出版社1984年版，第80页以下。

〔61〕 同上书，第81页。

当大，立法与司法机关都应当认识到，确立并落实自白任意性规则具有约束侦查权防止其滥用的功能，不但对人权有保障作用，有助于防止冤错案件的发生，而且也有利于提升法院的司法公信力和社会认同度。

在我国，刑事立法和相关司法解释都有必要确立和落实自白任意性规则，应当明确而无保留地接受这一规则的核心内容——自白是否具有证据能力，不仅应当审查其是否具有真实性、关联性，而且应当以是否具有任意性为标准，改变自白任意性被忽视的局面。

我国刑事司法对于非任意性自白，应当遵循两项标准进行排除：一是真实性标准，对于可能导致自白失去真实性的取证手段，排除该手段获得的自白；二是正当性标准，又可称为人权标准或权利标准，对于侵犯个人自由权利的行为，以违反程序正当性为由排除该行为获得的自白。例如对于暴力取供，即使取得的口供是真实的，其真实性可以得到其他证据的验证，但基于侵犯人权的理由应毫不犹豫地排除。

许多国家就哪些手段取得的证据应予排除、哪些不须排除以及相关的证明责任制度的立法例和学术研究成果，为借鉴以便完善我国证据制度提供了宝贵资源。在自白任意性规则的具体内容上，应当借鉴美国以及大陆法系一些国家的自白任意性规则来设定。若要适当窄化，也不妨借鉴英国自白任意性规则的立法例：除刑讯和以暴力相威胁外，对于以引诱、欺骗等其他非法方法获得的口供，根据其是否可能导致不真实的自白为判断标准，决定是否排除。

要排除非任意性自白，还需要明确自白任意性的证明责任。对此，有学者指出：“将被告人的陈述作为指控他的证据提出于法庭，需要考虑的一个重要问题是检控机关要为此承担的证明责任。被告一方无须承担该陈述不具有自愿性的证明责任。法庭也不必聆听双方的意见才得出哪一方所言更可能是真实的结论。这项规则清晰而毫不含糊。在一项陈述被当作控诉证据向法庭提交之前，检察机关应当证明到排除合理怀疑的程度，使审判案件的法官相信该陈述是自由和自愿作出的。”〔62〕需要指出的是，要使自白任意性规则不被打折适用，“警官不能仅凭否认他对被告人进行了威胁或者利诱就卸去证明被告人陈述自愿性的责任。他会被要求去解释促使被告人作出自白的所有事情的细节。简单地说，他承担的责任是使法庭相信被告人不是在被迫的情况下作出自白的，自白出于被告人的自由意志，没有政府人员的任何影响。”〔63〕与之相应，我国立法也应当规定检察机关承担自白任意性发生争议时自白具有任意性的证明责任，并须达到事实清楚、证据确实充分的证明程度。〔64〕同时，除刑讯等严重侵犯人权的取证行为以外，将是否排除自白的自由裁量权赋予法官，法官在行使自由裁量权时应当本着良心和理性，遵循法制和现代法治原则，拒绝偏袒手中握有公权力的机关及其人员，做出符合公道的裁决，履行好自己的职责。〔65〕

四、结 语

在我国建立自白任意性规则未必不是一个困难的选择。我国法律界在讨论自白任意性规则时，往往顾虑该规则的广泛实施可能导致犯罪嫌疑人、被告人的有罪供述被排除而造成案件实质真实之失落，最终使公安司法机关维护社会秩序的功能难以发挥。这种顾虑建立在当前非法取证行为较为普遍而多样的基础之上，大面积的违法可能导致大面积的证据排除进而导致大面积的案

〔62〕 前引〔8〕，Salhany书，第105页。

〔63〕 同上书，第109页。

〔64〕 引入“排除合理的怀疑”亦可。

〔65〕 在自白任意性规则的适用上，对于是否可能导致不真实的自白，关键在于对“可能”一词应有正确的理解。只要在“可能”就应当鼓足勇气对非法取得的自白说“不”。

件追诉的失败。这种顾虑显然还建立在法院能够秉公排除这些证据的假设之上，实际上这种假设要变为现实尚有很长一段路要走。人们容易忽视的是，自白任意性规则具有一种重要的导向作用——那就是鼓励司法人员采取正当手段去获取可以被法庭采纳的证据，从而有效遏制非法取供行为。在个案中排除非法取证行为取得的成果，可以有力地促进整个司法行为文明程度的提升，后者是无法用标语口号和耳提面命来实现的。

我们需要记住的一个简单事实是，假如公安司法机关未能充分认识到威胁、引诱、欺骗等非法方法具有导致错案的可能性，未能充分认识到这些非法方法对于一个国家或者社会司法文明形象的实质损害性，就不会有排除威胁、引诱、欺骗等手段获得的口供的明确动力和行动，由此导致错案的危险就会始终存在，刑事司法最终会在司法文明的水平线下徘徊。

Abstract: In the criminal procedure law revised in 2012, the exclusionary rule of illegally obtained evidence has been established in China, but the rule of voluntary confession is still neglected. It is common practice in many countries that voluntariness is the necessary condition of the admissibility of confession. Even so, it is seldom discussed in the academic research in China. There are several reasons why the voluntariness of confession is treated coldly. The tendency to rely on confession too much has not been changed yet, and there are fewer persons who are conscious of the detriments of coercion, lure, deceit and other wrongful means to obtain evidences which result in wrongful convictions. Still, the idea of due process of law as the basis of the rule of voluntary confession has not been recognized yet. And at last, the lack of precise research makes a superficial knowledge of the rule of voluntary confession.

This paper analyses the illegal acts of obtaining oral evidence one by one and marks out the dividing line for legal and illegal act. It also makes a proposal to establish and carry out the rule of voluntary confession in the criminal procedure of China, otherwise the root for falsely or wrongly charged or sentenced cases cannot be eradicated, and the substantial advance of judicial practice cannot be achieved. To confirm the legal value of the rule of voluntary confession is not only benefit to reveal the facts of cases, but also necessary to help the criminal justice to get rid of the characteristic of inquisition in the end. The three standards of the voluntariness including the due process standard, the conscience standard and the innocent person standard are also discussed in this paper.

Key Words: voluntariness of confession, coercion, lures, deceit, rules of evidence
