

不必自我归罪原则 与如实陈述义务

宋英辉*

实体真实与正当程序、控制犯罪与保障人权是各国刑事程序所追求的价值目标,也是贯穿于刑事程序始终的时常发生利益冲突的矛盾方面。而是否承认任何人不必自我归罪的原则及由此产生的沉默权,则是一国刑事程序在上述相冲突的利益选择上的价值倾向的集中表现之一。因此,任何人不必自我归罪的原则以及由此产生的沉默权,历来受到诉讼法学理论的关注。本文试对此作一探讨,以期有助于进一步解决该问题,推动我国刑事诉讼理论、立法与司法实践的科学化、民主化。

一、外国立法关于不必自我归罪的原则及沉默权的规定

在许多国家的刑事程序中,都确认了任何人不必自我归罪的原则,即任何人都没有协助证明自己实施了犯罪行为的义务,侦控机关不得强迫任何人负此项义务。作为此项原则在刑事诉讼程序中的直接体现和具体保障措施,是各国刑事程序中关于沉默权的规定。

沉默权规则的含义是:犯罪嫌疑人、被告人依法可以对有关官员的提问保持沉默或拒绝回答,不因此而受到追究;有关官员则有义务在提问之前告知犯罪嫌疑人、被告人享有此项权利。该项权利只意味着犯罪嫌疑人、被告人不得被强迫提供揭发控告材料,但犯罪嫌疑人、被告人仍可能被强迫接受对他的人身或者衣物的合理检查。

任何人不必自我归罪的原则及沉默权的渊源地是英国。英国13世纪后,在教会法院、星座法院及宗教裁判所的刑事程序中,采取纠问式并强令被告人就犯罪宣誓供述,被告人拒绝回答时就要受到刑讯或处罚。这种程序引起国民的强烈反对,于是便产生了这样一种思想:不仅不经告发即要求公民接受讯问是违法的,而且强迫公民答辩原本更是违法的。这一思想的核心,就是对于要求个人提供自己负刑事责任根据的材料这一作法,应予限制,因为强迫宣誓或负刑事责任,侵犯个人自由和尊严。关于沉默权的规则,便是基于这一思想而产生的。^[1]

任何人不必自我归罪的原则及沉默权在许多国家的立法中均有明确规定。在英国,依照法官规则(Judges' Rule)的规定,当犯罪嫌疑人被警察讯问时,他可以拒绝回答,只要制定法上没

* 中国政法大学副教授。

[1] 1688年,关于告知沉默权的规则已在英国站稳了脚跟。参见Gregory W. O'Reilly, *The Right to Silence and Moves to Towards an Inquisitorial System of Justice*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 85 No. 2 Fall 1994, at 416.

有特别规定,不得因沉默或拒绝回答而对他追究;警察在讯问犯罪嫌疑人时,必须告知其享有沉默权(法官规则第1条、第2条、第3条a)。法官在审判时不应对嫌疑人的沉默发表反对的看法,而应当提醒陪审团:嫌疑人的沉默不等于有罪,而且每个嫌疑人都有保持沉默的权利。^[2]法官规则在英国虽然不是议会通过的法律,但它是高等法院法官在一致同意的基础上制定的规则,如果警察不遵守这一规则,那么他所取得的证据就很可能被法官排除。因此,在英国,警察侦查时一般都严格遵守法官规则的各项规定。^[3]1984年10月,英国议会通过《1984年警察及刑事证据法》,再次重申了犯罪嫌疑人同普通公民一样享有沉默权,警察在以收集证据为目的而进行讯问前,必须告知其享有此项权利。在美国,联邦宪法第5条修正案规定了任何人不得被迫自证其罪的原则,在刑事程序中,公民享有反对自我归罪的特权(the privilege against self-incrimination)。美国联邦最高法院通过判例将宪法第5条修正案的含义解释为:(1)这一特权仅限于刑事案件,但它不仅指实质上导致自我归罪的陈述,而且包括所有可能导致自我归罪的其他证据;(2)这一特权不仅能为犯罪嫌疑人、被告人所主张,而且也能证人所主张;(3)这一特权不仅可以在侦查程序中主张,而且可以在审判程序中主张;(4)这一特权仅能为了本人利益而主张,不能代表他人利益而主张;(5)这一特权仅适用于自然人,不适用于法人。犯罪嫌疑人、被告人和证人可选择作证而自愿放弃反对自我归罪的特权。一旦他们选择作证,就必须接受对证言的进一步调查,即他们不能就证言的细节主张反对自我归罪的特权。

在大陆法系国家的立法中,也都规定了沉默权或在有关规定中体现了不必自我归罪的原则的精神。法国刑事诉讼法典第116条规定,预审法官应告知被审查人,未经其本人同意,不得对他进行讯问。此项同意只有当他的律师在场时方可取得。德国刑事诉讼法典第136条第1款规定,初次讯问开始时,要告诉被指控人所被指控行为和可能适用的处罚规定。接着应告诉他,依法他有就指控进行陈述或者对案件不予陈述的权利,并有权随时地,包括在讯问之前,与由他自己选任的辩护人商议。意大利刑事诉讼法典第210条、日本刑事诉讼法典第311条,也都有关于沉默权的规定。德国奥格斯堡大学教授约阿希姆·赫尔曼先生认为,在德国刑事诉讼程序中,沉默权及必须告知沉默权体现了不必自我归罪的原则。这个原则是依据基本法第1、第2和第20条的规定引伸而来。^[4]

任何人不必自我归罪的原则及告知沉默权的规则,不仅为各国立法所规定,而且其精神也为联合国有关文件所确认。联合国《公民权利和政治权利公约》第14条(3)(g)规定,受刑事追究的人不得被强迫作不利于自己的证言,或者强迫承认犯罪。《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)第7条规定:“在诉讼的各个阶段,应保证基本程序方面的保障措施,诸如假定无罪、指控罪状通知本人的权利、保持缄默的权利、请律师的权利、要求父母或监护人在场的权利,与证人对质和盘诘证人的权利及向上级机关上诉的权利。”世界刑法学协会第15届代表大会《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》第17条规定:“被告人有权保持沉默并且从警察或司法机关进行首次侦讯开始即有权知悉受控的内容。”这表明,任何人不必自我归罪的原则及告知沉默权的规则,已成为国际社会的一种共识。

[2] [英]麦肯威莱:《刑事诉讼程序的现代潮流:英国的尝试》,1994年北京刑事诉讼法学国际研讨会论文。

[3] 程味秋主编:《外国刑事诉讼法概论》,中国政法大学出版社1994年版,第22页。

[4] [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典 中译本引言》,《德国刑事诉讼法典》(中译本),中国政法大学出版社1995年版。

确认任何人不必自我归罪的原则及沉默权,必然产生以下法律上的后果:其一,供述必须基于供述人自愿,不得对供述人施加任何物理的或精神的强制,以逼迫其供述;其二,犯罪嫌疑人、被告人的沉默不得被用作证明其有罪的根据,不得从犯罪嫌疑人、被告人始终沉默这一事实推导出不利于他的结论;其三,要求个人提供自己负刑事责任根据的材料这一做法应予以限制,即受讯问人不负举证责任;其四,违反以上规则而实施的诉讼行为,应为无效。

由于沉默权规则旨在从立法上明确不得仅仅因为受讯问人沉默而认定其有罪,控诉方必须负举证责任及强调禁止以任何强制手段逼迫受讯问人供述以使其自我归罪,所以,沉默权的适用,是与其供述是否与归罪直接相关为界限的。因此,各国一般认为,在核实身份、住址等事项时,只要不是说明身份即等于他就是犯罪嫌疑人或被告人,那么,关于身份的核实,被讯问人不享有沉默权。

二、任何人不必自我归罪的原则及沉默权规则的价值评价

任何人不必自我归罪的原则及沉默权规则,是同刑事诉讼的价值目标、诉讼构造及一系列诉讼原则和制度密切相关的。

首先,确认任何人不必自我归罪的原则以及沉默权,是同刑事诉讼注重程序之正当性联系在一起的,也是同以实体真实为绝对价值目标的刑事程序相对脱离的结果。因为在以发现真实为目标的刑事诉讼中,刑事程序的运作以及保障其运作的原则与制度的正当性,均以是否有利于实体真实的发现为判断标准,而妨碍发现真实的因素,则极力予以排除,故讯问以发现真实为目的,犯罪嫌疑人、被告人负有供述真实的义务,也就在情理之中了。反之,超越单纯追求实体真实的刑事程序,注重程序的正当性与合理性,就必然强调对受讯问人人格尊严和意志自由的尊重与保障,也就必然反对在违背受讯问人意志的条件下课以供述真实的义务或者强迫其供述。当然,禁止在违背受讯问人意志的条件下强迫其供述,也具有防止虚假自白、保证供述真实性的功能,但它的作用不仅仅限于此,它超越了实体真实,使刑事诉讼的价值追求更加多元化,使刑事程序更人道、更具人权保障功能,从而也更具内在合理性和符合近、现代公正的标准。

其次,任何人不必自我归罪的原则及沉默权规则,是同强调当事人对等的诉讼构造、诉讼理论中的主体学说、无罪推定原则及举证责任的原理分不开的。因为强调诉讼构造中控、辩双方的对等性,就不得对受诉追的人课以协助诉追一方追究其刑事责任的义务。否则,就不会有平等与公平;既然承认受诉追的人的主体地位,从而承认受诉追的人意志的独立性,他就享有充分辩护的权利,在不愿答辩时也就享有不做答辩、不予回答即沉默的权利,而不得违背其意志强迫其做出答辩。否则,受诉追的人就会成为不具有独立性的诉讼客体。既然根据无罪推定原则,任何人在被法院依法宣判有罪以前在法律上视为无罪的人,那么,指控其犯罪的一方为证实其有罪,就必须负有提出排除任何合理怀疑的证据的责任,而不能强迫他本人提出证据证明自己有罪或者无罪。否则,无罪推定原则及举证责任的规则就会徒具形式。

从证据理论上讲,任何人不必自我归罪的原则及沉默权规则也是对偏重自白的证据观的否定。在纠问式刑事程序中,自白被称为“证据之王”和“最佳证据”,在证据运用上强调“无供不定案”,自白的证据价值被片面夸大了。为获取作为最佳证据的自白,以便得以定案,导致了刑讯的合法化和法外刑讯的广泛适用。任何人不必自我归罪的原则及保障沉默权的诉讼理念却

恰恰相反。承认任何人不必自我归罪的原则及沉默权,就表明了这种程序本身并不把破案的希望寄托在获取认罪口供上面。正是基于这一点,并基于对人权保障的追求,在确认任何人不必自我归罪的原则及沉默权的程序中,均严厉禁止并在出现时坚决予以制裁一切违背供述人意志的强迫取证的行为。

由于任何人不必自我归罪的原则及沉默权依赖并作用于正当性程序、对等的诉讼构造、被诉追者具有的主体地位、无罪推定原则、反对偏重自白及禁止拷问等所形成的法治环境,所以,其自身的存在和实现要求构成上述法治环境的具体制度和程序的保障。因此,有权获得辩护的原则及由此产生的辩护人委托权和与辩护人会见、通讯权、非任意性自白的排除规则、强制侦查法定原则、强制侦查例外原则、强制侦查令状原则等,就成为确认任何人不必自我归罪的原则及沉默权的刑事程序所必不可少的了。

任何人不必自我归罪的原则及沉默权规则的产生,是对刑事程序进行经验总结和利益权衡后所作选择的结果。经验表明,在刑事诉讼中,最容易且频繁受到侵犯的是受诉追的人的权利。受到刑事诉追的人与拥有特殊权力和专门技术手段的诉追官员相比,本来就处于劣势地位,如果再赋予诉追官员强迫其陈述的权力,被诉追者的其他权利就会因此而毫无保障,也容易助长诉追官员刑讯、威胁等非法行为。而赋予其沉默权,实际上是要增强他在刑事程序中与诉追一方相抗衡的手段,以达到维护被诉追者合法权利,抑制诉追权滥用的意图。同时,由于被诉追者享有沉默权,为诉追官员的取证增设了障碍,诉追官员就不得不放弃通过逼取认罪口供来获取有罪证据,而为了使法官达到排除任何合理怀疑的有罪的确信,他必须充分收集其他证据,这就为查明案件真实,防止冤错提供了保证。可见,确认沉默权,不仅在程序上利于保障被诉追者的权利,而且利于查明案件真实,保证案件正确处理,从实现刑事诉讼目的即控制犯罪和保障人权的角度讲,无疑有着积极的意义。正因为如此,任何人不必自我归罪的原则及沉默权规则在西方曾受到极高的赞誉,被称为“人类在通向文明的斗争中最重要的里程碑之一”。^[5]

但是,在另一方面,由于存在沉默权的规则,在犯罪嫌疑人、被告人不愿供述而始终沉默的情况下,侦讯人员就不能通过强迫从他那里获得有关案件情况,如果不存在法律推定,也不能因其沉默而作为指控或认定有罪的根据,这在一定程度上会影响指控和定罪的效率。可以说,关于沉默权的规定,实际上存在着不同利益的权衡问题,即存在着课予被诉追者如实供述的义务以发现真实和获得定罪的高效率的利益,与防止借此强迫获取自白以维护司法纯洁和程序正当及保障人权的利益之间的权衡问题。正因为如此,关于沉默权问题,在各国长期以来一直存在着不同的认识,有的国家也基于利益上的权衡,规定了在某些情况下沉默权规则适用的例外情形,或者在沉默权规则的适用上打一些折扣。

沉默权问题上的利益冲突与权衡,在英国得到了充分体现。英国判例法在适用沉默权规则的过程中,就基于具体案件的利益权衡,而形成了若干例外。如在有的案件中,被告人与讯问他的警察在经验、身体、心理、智力、掌握信息的能力等方面具有大体上不相上下(on even terms)的条件,而且被告人又得到非常有经验的律师的帮助,警察所讯问的问题又是被告人所独知的,结果被告人仍然保持沉默。在这种情况下,法官就可以从被告人的沉默这一事实中推导出

[5] R. H. Helmholz, *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European IUS Commune*, *New York University Law Review*, Vol. 65, October 1990 No. 4 at 962.

对其不利的结论。又如在另外一些案件中,被告人在面临刑事指控时,突然向讯问他的警察发动袭击,或者立即逃跑。在这种情况下,被告人实施了动作方面的反应并实际在陈述方面保持了沉默,法官即可以从这一事实中推导出对他不利的结论。当然,正如很多判例所表明的那样,被告人在接受讯问之前如果受到警告:他有权保持沉默,那么,是不能作出这种不利的推论的。进入七十年代后,英国法学界和司法实务工作者围绕沉默权规则展开了广泛的争论。1972年,英国公布了刑事法律修订委员会第11号报告书,其中提议改革所谓“沉默权”,允许法庭根据警察进行讯问时受讯问人拒绝提供有关事实情况,在审判过程中作出必要的推断。这样改革的结果,“将使法庭获得一种迫使嫌疑人回答问题的手段,即使该嫌疑人已经被监禁”。^[6] 1987年,英国颁布刑事审判法(Criminal Justice Act 1987)。根据该法第2条的规定,在反严重欺诈办公室的官员调查欺诈案件的过程中,接受讯问的嫌疑人如果在没有合理理由的情况下拒绝回答提出的问题或者说谎,这本身就构成犯罪,并可能被判处短期监禁的刑罚。1988年,在朝野上下强烈要求打击包括恐怖活动在内的各种犯罪的呼声中,英国在北爱尔兰的反恐怖主义活动中决定限制犯罪嫌疑人的沉默权。其后,皇家刑事司法委员会在经过两年多的调查和研究的基础上,于1993年就英国刑事诉讼制度的改革问题提出了一份报告。该报告的结论是,原来实行的那种由讯问的警察告知嫌疑人不被强迫回答问题的做法应当继续坚持,不应从被告人的沉默中推导出对其不利的结论。但是,委员会建议对沉默权规则进行一定程度的改革。在此期间,关于沉默权的争议的焦点,集中在能否从审判前被告人保持沉默中得出对其不利的推论,以及这些推论能否在陪审团面前进行评论。对此,反对与赞成的呼声都很高。^[7]

1994年,鉴于所面临的日趋严重的刑事犯罪,英国通过了《刑事审判和公共秩序法》,对沉默权规则的适用进行了限制。这些限制,集中规定在该法第34条至第37条。该法第34条规定的是被告人在受到讯问或指控时没有提供特定事实的法律后果,具体包括以下内容:(1)被告人没有提供的事实是指他在审判中所赖以进行辩护的任何事实,而期望这种事实由他提供是合理的;(2)被告人没有提供事实的时间包括他被起诉之前的讯问阶段,这种讯问需要警察事先向他作出警告,^[8]以及在被提起公诉或者被正式告知他可能受到起诉之后;(3)被告人没有提供上述事实的法律后果,是法庭或陪审团可以在法定的场合下作出看起来适当的推论(such inference as appear proper)。这些“法定的场合”包括:治安法院根据1980年治安法院法决定是否撤销指控时;法官根据1987年和1991年刑事审判法决定是否撤销指控决定时;法庭决定辩护一方是否有辩护理由时;法庭或陪审团决定被告人是否犯有被指控的犯罪时。该法第35条规定的是被告人在法庭审判过程中保持沉默的法律后果。根据该条规定,法庭或陪审团在决定被告人是否犯有被指控的罪行的时候,可以从该被告人在审判时没有提供证据或者无正当理由拒绝回答问题中作出看起来适当的推论。适用该条规定的前提是被告人已满14岁,他被指控的犯罪有待证明,并且法庭认为他的身体和精神条件适于提出证据。该法第36条规

[6] [英]彼得·斯坦:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第100页以下。

[7] 关于沉默权规则的例外,详见Peter Murphy: *Murphy on Evidence*, p. 254, 1995 by Blackstone press Ltd.; 另见John Hatchard: *Comparative Criminal Procedure*, p. 191, 1996 by the British Institute of International and Comparative Law. 关于改革沉默权规则的问题,详见Steve Uglow: *Criminal Justice*, pp. 86-89, 1996 by Sweet & Maxwell; Peter Murphy *on Evidence*, pp. 245-261; *Comparative Criminal Procedure*, pp. 189-191.

[8] 即警察告知被讯问人,他有权保持沉默,但在法律规定的这种特定情况下,如果拒绝回答提问,可能给他带来不利。

定的是被告人对特定情况下的物品、材料或痕迹没有或者拒绝解释的法律后果。如果警察在被逮捕的人的身边、衣物、住处或被捕地发现了任何物品、材料或痕迹,确信这些物品、材料或痕迹系与他被指控的犯罪有关,并告知被捕者他的这种确信以及要求被捕者对此进行解释,而该被捕者没有或者拒绝这样做,在这种情况下,法庭或陪审团可以从中作出看起来适当的推论。该法第 37 条规定的是被告人没有或者拒绝解释他出现在特定地方的法律后果。根据此条规定,警察发现被他逮捕的人在被指控的犯罪发生前后的时间出现在某一地方,并合理地相信该被捕者在那一时间出现在那一地方可归因于他参与实施了该罪行,而且警察告知该被捕者他的这种确信并要求被捕者对此作出解释,而该被捕者没有或者拒绝这样做,在这种情况下,法庭或陪审团可以从中作出看起来适当的推论。上述四个条文都没有对法庭或陪审团作出的什么推论属于“看起来适当的”推论作出明确的解释。按照英国学者的观点,这要取决于每个案件的不同事实情况,包括被告人对他被指控的犯罪的理解程度,警察给予他的信息量,他的智力、心理状态、经验以及指控的技术性或复杂性等。英国学者和有关判例认为,限制沉默权的规定并没有完全否定被告人所享有的沉默权,也绝非强迫被告人作出某一陈述或供述,而是要求他在法定的特定情况下负有一定的解释或者说明的义务;被告人即使没有或者拒绝履行这些义务,法庭或陪审团也不能以此作为对被告人定罪的唯一根据。正当的说法应当是:如果被告人在上述四种情况下保持沉默,这将会对他的辩护产生不利的影 响,因为法庭或陪审团可以作出对他不利的推论。^[9]

在上述关于沉默权的争论中,按照批评沉默权规则的人的主张,之所以限制沉默权规则的适用,主要是基于以下考虑:(1)在刑事诉讼中,如果犯罪嫌疑人是无辜的,他的自然反应往往是尽可能为其行为提供解释,对指控提出疑问、回答提问或者否定警察对他的指控。规定沉默权的实质是对有罪者提供保护。(2)警察讯问犯罪嫌疑人时对其形成了不可抵御的心理压力,沉默权规则并不是保障犯罪嫌疑人不受非法对待的有效手段。(3)沉默权规则并不能促使警察得到更多的途径去收集其他证据,相反,它限制了警察从犯罪嫌疑人那里获得收集其他证据的线索。尽管科学技术的发展使警察在追诉犯罪时对犯罪嫌疑人自白的依赖程度大大降低,但不可否认,侦查程序中对犯罪嫌疑人的讯问对于有效追究犯罪来说仍是最重要的手段之一,迄今为止,尚未发现其他更有效的替代办法。(4)沉默权规则缺乏道德上的支持,当一个人的行为与刑事犯罪有关时,公众认为他对警察如实陈述更具合理性。(5)限制沉默权并未减轻控诉一方的证明责任。(6)律师在侦查程序中的介入能有效防止警察对犯罪嫌疑人合法权益的侵犯,排除规则通过剥夺警察非法讯问的成果消除了警察非法取证的动机,沉默权规则并不具有实践性。然而,针对上述见解及英国对沉默权规则适用的限制,许多学者提出了相反的意见。他们认为,英国的新举措将不会减少犯罪,反而会 增加虚假供认和错误定罪的可能性,因为无辜者也可能因无法提供有说服力的解释或者思维变得混乱而保持沉默。限制沉默权,将削弱无罪推定的基础并且侵蚀英国控告式的司法制度。对沉默权的限制给了警察更广泛的讯问权,削弱了对犯罪嫌疑人的保障。在司法实践中,犯罪嫌疑人在侦查阶段本来就很难行使沉默权,允许法官和陪审团作不利于犯罪嫌疑人的推论,将会使大多数犯罪嫌疑人处于更为不利的地位。以上所述表明,由于利益权衡的基点不同,在沉默权问题上的争议,将会是长期的。

[9] 关于什么是“看起来适当的”推论以及这种推论的法律后果, *Comparative Criminal Procedure* 一书介绍了英国上诉法院在 1995 年作出的一个判例中所表明的上述观点。参见该书第 190 页以下。

三、我国刑事诉讼中的禁止强迫自我归罪和如实供述义务

在我国刑事诉讼中,一方面,基于程序正当性和保障公民基本权利的考虑,立法在一定程度上体现了任何人不必自我归罪的原则的要求。我国刑事诉讼法规定,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。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。^[0]对强迫被讯问人供述而构成犯罪的,还要依照刑法有关规定追究刑事责任。此外,根据有关司法解释,以刑讯等强制手段获得的供述,不得作为控诉和定罪的证据。这表明,在我国,任何违背供述人的意志而强迫其供述的行为,都是法律严厉禁止的。从这个角度讲,我国立法体现了任何人不必自我归罪的原则的精神。但在另一方面,基于对发现案件真实的追求,我国1979年刑事诉讼法和1996年刑事诉讼法均对沉默权采取了否定的态度。立法没有规定沉默权规则,而是课予犯罪嫌疑人负如实供述的义务。刑事诉讼法规定,侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为,让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解,然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。^[1]与此规定相适应,刑事诉讼法设立了审查起诉阶段必须讯问犯罪嫌疑人的程序和审判阶段讯问被告人的程序。可以说,严禁以强制等非法手段迫使供述人自我归罪与要求负如实供述的义务,是我国刑事诉讼所追求的程序正当与发现真实的利益间的冲突在立法上的反映。

在我国学术界,关于沉默权问题,一直存有较大分歧。在提出刑事诉讼法修改建议稿的过程中,曾有三种观点。一种观点主张,刑事诉讼法应当规定犯罪嫌疑人、被告人有权作出陈述。既然陈述是一种权利,那么犯罪嫌疑人、被告人自然可以放弃,亦即犯罪嫌疑人、被告人可以保持沉默,并不因此承受任何不利后果。这样既可以避免法律明确赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权而产生鼓励其拒不陈述之弊,同时又可以使沉默权的基本内涵得以保留。这种观点实质上是肯定了犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权。另一种观点认为,犯罪嫌疑人、被告人对侦查人员、检察人员和审判人员的提问,应当如实回答。主要理由是:(1)要求如实回答,无论对于惩罚还是对于保障,均具有积极意义。对有罪者,责令他如实交代罪行,有利于及时、准确地查明案情,也有助于判明其认罪态度以供量刑时参考;对无辜者,要求他积极与专门机关配合,有利于迅速查明案件事实真相,使其尽早脱离诉讼,并有利于查获真正的犯罪人。(2)要求如实回答,与其在刑事诉讼中的地位是相吻合的。犯罪嫌疑人、被告人的陈述是最重要的证据来源,对其陈述,既不可视为“证据之王”;也不可走入另一极端,忽视其特有的证据价值,而赋予其沉默权。应当看到,要求其如实供述对于侦查人员、检察人员和审判人员收集、核实证据,从而形成正确的认定起着重要作用。法律上要求犯罪嫌疑人、被告人承担如实供述的义务,有利于迅速破获案件,有利于刑事诉讼的顺利进行。(3)法律上规定犯罪嫌疑人、被告人应当如实回答,有利于贯彻区别对待的刑事政策。第三种观点主张,法律上规定犯罪嫌疑人、被告人应当如实陈述,不利于遏制司法实践中的非法取证现象,而且有悖于世界刑事诉讼制度发展的总体趋势;而赋予其沉默权,又有鼓励犯罪嫌疑人、被告人拒不陈述之弊,客观上将会导致刑事案件的办理“难上加难”;

[0] 1979年刑事诉讼法第32条、1996年刑事诉讼法第43条。

[1] 1979年刑事诉讼法第64条、1996年刑事诉讼法第93条。

不利于扭转社会治安状况日趋严峻的局面。因此,立法上不宜对此作出明确规定。^[2]此外,有的学者认为,在赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权与要求其如实陈述的问题上,它们的利弊是相当的。立法对此问题的权衡、取舍,应当根据不同国家、不同历史时期的刑事司法状况而确定。在我国,立法所作的犯罪嫌疑人应当如实陈述的规定具有浓厚的社会道德观念基础,加之我国目前犯罪率不断上升,暴力犯罪、有组织犯罪、智能型犯罪日益猖獗,社会治安状况日趋严峻,而各地区侦查机关所拥有的侦查技术、装备普遍落后,在此情况下,立法规定犯罪嫌疑人应当如实陈述也符合现实的国情。^[3]此种主张的基点虽然与前述第二种观点有所不同,但其结论却是一致的。

由于根据犯罪嫌疑人、被告人悔罪态度的好坏而在量刑或者作出其他处罚时予以区别对待,是许多国家包括许多确认沉默权的国家所采取的政策,也就是说,即使赋予沉默权,也可以对被最终证明有罪的人根据其悔罪态度(包括对罪行的承认等)在量刑时有所区别,所以,关于如实陈述义务有利于贯彻区别对待的刑事政策的问题,在此不多探讨。

以上观点的分歧是基于不同的价值选择的结果,是不同的利益需求在这一问题上的具体体现。从理论上分析,要求被讯问人如实陈述,可以提高破案率,及时查明案件真相。因为从逻辑上讲,对被讯问人来说,如果他确实无罪,侦讯人员可以通过其如实陈述提供的线索查明情况,使他早日摆脱刑事追究;如果被讯问人有罪,因其如实陈述,为查明案件事实提供了线索,在对其最后处理时,可以作为从轻处罚的酌量情节。同时,因可以迅速查明案件,就为正确处理案件提供了保障。就此而言,法律要求被讯问人如实回答问题,有利于发现真实,惩罚有罪的人和解脱无罪的人。这是法律要求犯罪嫌疑人负如实回答义务所追求的利益之所在。

不过,以上分析只是在理论上才能够成立。事实上,课予犯罪嫌疑人、被告人如实回答的义务,在正常的程序中并不能帮助破案率及定罪率的提高。道理很简单,对犯罪嫌疑人、被告人来说,其对待供述的态度一般有两种情况,其一是自愿如实陈述;其二是不作供述。对于前者而言,在排除了法律推定和以刑讯等非法手段进行讯问的正常程序中,如果犯罪嫌疑人、被告人自愿如实回答,当然有利于破案。然而,此种情况下在赋予沉默权的刑事程序中也会产生相同的效果,因为沉默权规则并不妨碍其自愿如实供述。因此,在犯罪嫌疑人、被告人自愿如实陈述的情况下,课予如实回答义务的程序与赋予沉默权的程序相比,在利用自愿如实陈述破获案件方面并无长处;对于后者而言,在犯罪嫌疑人、被告人不愿回答而沉默的情况下,除有法律推定的情形外,即使课予如实回答义务,也不能因其沉默而认定有罪。反之,赋予沉默权,也并不妨碍设立特别情况下的推定。因此,在犯罪嫌疑人、被告人不愿陈述而沉默的情况下,课予如实回答义务的程序在提高结案率和定罪率方面,也并不比赋予沉默权的程序更占优势。

不仅如此,课予犯罪嫌疑人、被告人如实回答的义务,还会产生诸多弊端,丧失许多利益,不仅会造成理论上的矛盾,更重要的是,将导致实践中违反法定程序的现象。首先,从司法实践的情况看,这种规定实际上成了犯罪嫌疑人、被告人负举证责任的法律根据。究其原因,在于法律规定本身的内在矛盾性和不明确性。依照刑事诉讼法第93条规定,侦查人员在讯问犯罪嫌

[2] 陈光中、严端主编:《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》,中国方正出版社1995年版,第183页以下。

[3] 熊秋红:《反对自我归罪的特权与如实陈述义务之辨析》,《外国法译评》1997年第3期。此外,关于沉默权问题所体现的价值冲突的论述,参见王洪祥、欧阳春:《刑事诉讼的价值与冲突》,《法律科学》1997年第1期。

疑人的时候,应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为,让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解,然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答,但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。在此的问题是,评判犯罪嫌疑人如实回答的标准是什么?这里当然是侦讯人员的主观标准占重要位置。因为如果是侦讯人员收集到了其他的确凿证据,法律就无需刻意要求犯罪嫌疑人如实回答了。依照法律,在其他证据确凿的情况下,没有犯罪嫌疑人供述也可以侦查终结、提起公诉,没有被告人供述也可以定罪判刑。可见,之所以刻意要求犯罪嫌疑人如实回答,是由于其他证据尚不够确凿充分。但是,如果是侦讯人员收集到的非确凿证据或只是主观猜测,何以判断其回答是否如实,这就会成为问题。此其一。其二,由谁来确定犯罪嫌疑人回答是否如实?如果犯罪嫌疑人认为已经如实回答而侦讯人员认为实为狡辩,岂不是在强大的专门机关面前将犯罪嫌疑人置于十分不利的境地?其三,什么是与本案无关的问题,谁来判断是否与本案有关?仅从该条第一句规定,侦查人员讯问犯罪嫌疑人,应当首先讯问他是否犯罪,让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解,然后向他提出问题。既然侦查人员向犯罪嫌疑人提出问题,那么在侦查人员看来,他的提问当然是直接或间接与案情有关的,否则他何必提该问题?既然是有关的,犯罪嫌疑人就应当如实回答。如果犯罪嫌疑人认为该问题与案情无关而不予回答,侦查人员即认为其不老实、闹态度,就会对犯罪嫌疑人作出种种不利的推测,就会使用各种各样的方法使其作出符合自己愿望的回答。这实际上是犯罪嫌疑人承担了举证责任,即若犯罪嫌疑人不能提出有利于己的证据,便处于不利的地位。

其次,法律要求犯罪嫌疑人必须如实回答侦查人员的提问,容易使司法工作人员形成将讯问犯罪嫌疑人、被告人作为取证或获得证据线索,或者认定有罪的主要手段的观念,使其偏重口供而不把力量放在通过改进技术和方法收集其他证据上,这势必导致刑讯、折磨、疲劳战术等非法取证方法。而这不仅会有损程序的正当性,而且也会有碍发现真实。因为对犯罪嫌疑人、被告人认罪口供的迷信,就象巨额利润刺激贪欲一样,会刺激侦讯人员获取口供的欲望。这种欲望又会促使他不择手段来得到认罪口供。在存在刑讯或变相刑讯的刑事程序中,“犯罪与无辜者间的任何差别,都被意图查明差别的同一方式所消灭了”,因为“这种方法能保证使强壮的罪犯获得释放,并使软弱的无辜者被定罪处罚”。^[4]什么时候存在将认罪口供作为定案根据并对此特别关注的刑事程序,以刑讯及变相刑讯作为获取这种口供的手段的现象就不可避免。而要求犯罪嫌疑人应当如实回答侦查人员的提问,恰恰表现出刑事程序对口供的过分关注,这是同将侦破案件的希望寄托于艰苦的深入细致的调查研究和改进技术手段的正当观念背道而驰的。

再者,要求犯罪嫌疑人、被告人应当如实回答的内在矛盾性,还表现为它是同犯罪嫌疑人、被告人的诉讼主体地位极不吻合的。刑事诉讼是在由控诉、辩护、审判三方构成的控辩对抗、审判者裁判的法律关系中进行的认识案件事实的过程,没有辩护,控诉就失去了相对立的矛盾方面,审判就不能兼听则明。因此,辩护职能及其主体在实现刑事诉讼目的方面的作用是不容忽视的。依照我国宪法和刑事诉讼法的有关规定,被诉追主体作为辩护职能的承担者,依法享有辩护权,他自己或通过律师等辩护人可以提出证据为自己辩护,也可以揭露控诉证据和事实的矛盾批驳控诉;同时,作为诉讼权利,他可以放弃辩护。侦查、检察、审判人员不得强迫犯罪嫌疑人、被告人证明自己无罪或者无罪,也不得因其放弃辩护而认定有罪。另一方面,对侦查、检察、

[4] 切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》(中文版),中国大百科全书出版社1993年版,第32页以下。

审判人员来说,犯罪嫌疑人、被告人是涉嫌或者被指控犯了罪但并非一定是犯了罪的人。他是否实施过犯罪,要经过侦查、起诉、审判等诉讼活动后才能确定。在这一过程中,犯罪嫌疑人、被告人在作为辩护主体的同时,又是被认识的对象。正是通过这种认识,解脱无罪的或者依法不应追究刑事责任的犯罪嫌疑人、被告人,对有罪的人作出公正的处理。从这个角度讲,犯罪嫌疑人、被告人无论是有罪或是无罪,都是刑事诉讼中认识的对象,即案件事实以及由此产生的责任的一部分。由于人的认识容易发生误差和认识手段本身对认识对象可能产生破坏性,以及刑事诉讼认识对象的特殊性,更需要加强对犯罪嫌疑人、被告人的保障,从而为侦查、检察、审判人员错误认识的发生和程序的非法设置障碍,以实现刑事诉讼的目的。在此意义上,也不得强迫犯罪嫌疑人、被告人证明自己有罪或无罪。而法律要求其应当如实回答,其意旨在于要求犯罪嫌疑人、被告人必须回答自己是有罪还是无罪。否则,如果其意思是犯罪嫌疑人、被告人可以回答,也可以不回答,就无需作此规定了。其措词为“应当”如实回答,就表明了刻意要求必须回答这一点。

鉴于上述,犯罪嫌疑人、被告人负如实回答义务不宜作为我国刑事诉讼的一般性原则。相反,我国刑事诉讼法应当进一步贯彻任何人不必自我归罪的原则的精神,明确沉默权规则。当犯罪嫌疑人、被告人不愿陈述或者作无罪陈述时,侦查、检察、审判人员不得以任何方式强制其认罪,也不得因为犯罪嫌疑人、被告人不回答问题即得出其有罪的推论。这是防止侦查违法、维护司法纯洁、促使提高办案水平、减少冤假错案、保障公民合法权益以维护社会长治久安的利益的需要。当然,考虑到刑事案件涉及利益的复杂性,在总体上贯彻任何人不必自我归罪的原则精神和尊重犯罪嫌疑人、被告人供述的自愿性的前提下,为加强对特定犯罪的打击力度,对某些特殊案件,当符合一定条件时,权衡利弊,作一些例外规定也是可以的。在这方面,我国刑法已有先例。如刑法第 395 条规定,国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入,差额巨大的,可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的,超额部分以非法所得论,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,财产的差额部分予以追缴。这是基于廉政建设的需要而作出的规定。据此,当侦查机关收集到的证据已经证明国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入,差额巨大时,则举证责任转移,该国家工作人员即负有说明其财产合法来源的义务;如果不能说明财产来源合法,即推定差额的巨额财产为犯罪所得。至于具体哪些案件在何种情况下犯罪嫌疑人、被告人负举证责任,有义务回答侦查、检察、审判人员的提问,需要根据案件性质、犯罪危害性、运用证据的规则等情况,在总结司法实践经验的基础上,借鉴国外的成功的作法,作出适当的规定。但是,需要明确的是,要求犯罪嫌疑人、被告人负如实回答义务毕竟只是例外情形,既然是例外,就不能无限扩大其适用范围,甚至规定为一般性原则。否则,贯彻任何人不必自我归罪的原则及犯罪嫌疑人、被告人权利的保障就难以落到实处。