

《厦门大学法律评论》第1期
厦门大学出版社 2001.4 版
《论“反对强迫自证其罪”原则》
第142页~第156页

论“反对强迫自证其罪”原则

郑金火*

目 次

引论

- 一、“反对强迫自证其罪”原则的内涵及实质
- 二、“反对强迫自证其罪”原则与沉默权的关系
- 三、我国应当确立“反对强迫自证其罪”原则

引论

反对强迫自证其罪原则^①,既是现代法治国家刑事司法制度的一项重要内容,也是犯罪嫌疑人、被告人能否真正享有以辩护权为核心的诉讼权利的基础之所在。是否确立该原则,以及是否建立了保障该原则得以实现的程序机制,不仅体现出一个国家在特定时期对实体真实与程序公正、打击犯罪与保障人权等相冲突的诉讼价值的选择态度,而且也反映出一国刑事司法

* 郑金火:厦门大学法律系讲师。

① 关于“反对强迫自证其罪原则”,我国刑事诉讼理论中的称谓和表述较多,并没有完全统一。具体的还有这几种叫法,反对自我归罪原则;不被强迫自证其罪原则;任何人不受强迫自证其罪原则;反对被迫自证其罪的权利;不被强迫自证有罪的权利等。在我国,“自证其罪”又译为“自我归罪”和“自陷于罪”。

程序中犯罪嫌疑人、被告人的人权保障状况和刑事诉讼民主、文明与进步的程度。本文拟在考察外国刑事诉讼立法、司法实务及诉讼理论的基础上,对反对强迫自证其罪原则所涉及到的程序问题进行初步的探讨,以期人们进一步认识、研究我国是否确立该原则及如何确立该原则的重要价值。

一、“反对强迫自证其罪”原则的内涵及实质

反对强迫自证其罪通常被视为一项权利或者特权,因此往往被称为“反对自证其罪的权利”(right against self-incrimination)或者“反对自证其罪的特权”(privilege against self-incrimination)。②至于何谓“反对强迫自证其罪”原则,我国学界观点不一,并没有给出一个统一的、公认的定义。不过,我国学者们在论述这一原则时,往往会提到这几个有影响的法律规定或者观点:

——1568年,英国普通法院首席大法官戴尔就以反对王座法院进行纠问宣誓为由,为一名被迫宣誓者签发了人身保护令,他的这种做法,为后来“任何人者不得被强迫提供反对自己的证据”成为名言并被法律所规定奠定了基础。这也是反对强迫自证其罪原则的原始表述,以致发展到最后,形成了大主教圣克莱克特这样一句名言:“我有权拒绝回答任何可能使我自证其罪的问题。”

——1789年的美国宪法第5条修正案规定:“在任何案件中,不得强迫任何人自证其罪。”

——1966年12月16日,第21届联合国大会通过的《公民权利和政治权利公约》第14条规定:“凡是受刑事指控者,不得强迫作不利于他自己的证言或者强迫承认犯罪。”③

——《布莱克法律大词典》对该原则的界定是,“反对被迫自证有罪之权利源于美国宪法第5修正案及其州宪法。该权利要求政府在查证罪案时,

② 陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第271页。

③ 我国政府已于1998年10月5日签署加入该公约。

不能将被告人提供的反对自身的证言来针对被告人。然而其仅仅保护言词证据而不保护诸如指纹、笔迹之类的实物证据。因此在审判过程中抑或是陪审团听证和调查过程中,使被告人违背自愿原则而被迫作出的证据均归于无效。但是当被告人自愿改变态度后,其权利是可以放弃的。”^④

.....

根据西方学者的解释,所谓“不被强迫自证其罪”原则,包含以下涵义:(1)被告人没有义务为追诉方向法庭提出任何可能使自己陷入不利境地的陈述和其他证据追诉方不得采取任何非人道或者有损被告人人格尊严的方法强迫其就某一案件事实作出供述或提供证据。(2)被告人有权拒绝回答追诉官员或法官的讯问,有权在讯问中始终保持沉默。司法警察、检察官或法官应当及时告知犯罪嫌疑人、被告人享有此项权利,法官不得因被告人沉默而使其处于不利的境地或作出对其不利的裁判。(3)犯罪嫌疑人、被告人有权就案件事实作出有利或不利于自己的陈述,但这种陈述须出于真实的意愿,并在意识到其行为后果的情况下作出,法院不得把非出于自愿而是迫于外部强制或压力所作出的陈述作为定案根据。^⑤由此可以看出,该项原则实质上赋予了犯罪嫌疑人、被告人两项权利:一项是犯罪嫌疑人、被告人对于是否陈述享有不受强迫的权利;另一项是犯罪嫌疑人、被告人对是否陈述以及是否提供不利于自己的陈述享有选择权。一般认为,前一项属于消极性权利,后一项属于积极选择的权利。

通过上面的分析,笔者认为:反对强迫自证其罪,是指刑事诉讼中的诉讼参与人(主要是被追诉的犯罪嫌疑人、被告人)不得被使用暴力、强制或其他非法手段强迫提供对自己不利即自陷于罪的陈述证据和证明自己犯了罪的证据。

不被强迫自证其罪的实质是什么呢?这体现为:

^④ 转引自游伟、孙万怀:《论刑事诉讼中反对被迫自证有罪的权利》,《法律科学》1998年第3期。

^⑤ 参见宋英辉、吴宏耀:《任何人不受强迫自证其罪原则及其程序保障》,《中国法学》1999年第2期。

一是犯罪嫌疑人、被告人没有义务协助追诉机关证明自己无罪。因而，在其拒绝陈述或者拒绝提供不利于自己的陈述时，追诉官员无权对此加以苛责，更不得借口为获取犯罪嫌疑人、被告人不利于己的陈述而采取暴力、威胁等非法、非人道手段或有损人格的方法。

二是任何人不受强迫自证其罪并不禁止犯罪嫌疑人、被告人向追诉官员自愿提供不利于自己的陈述，它所禁止的只是为了获取犯罪嫌疑人、被告人的陈述特别是不利于己的陈述而采取各种强迫性的非法手段。斯洛文尼亚宪法法院大法官、美国哈佛大学法学教授卜思天·儒佩基奇说得好：“实质上，‘不应强迫自证有罪’这句话的涵义并不在于对自我归罪证据的禁止。因为被告人可能随时会自愿作出自证有罪的供述，而且在警察和检察官的交叉讯问中，被告人所作的证明或狡辩也可能使得他自证有罪，由此可见，问题并不在于自证有罪，而关键在于他不应受到‘武力强迫’去证明自己无罪。”^⑥ 这一点，也就是源自于英国的“自白任意性规则”，其含义是出于自愿(voluntary)的自白才能采纳为定案的根据，亦即出于暴力、胁迫、利诱、违法羁押或者其他不正当方法获取的自白不得采纳为定案的根据。

反对强迫自证其罪原则，从被追诉的犯罪嫌疑人、被告人不受强迫的角度讲，是一项特权(privilege)，而相对一方的追诉官员包括警察、检察官和法官则负有相应的不得侵犯并予以保障的义务。从被追诉人享有自由选择权这一角度讲，任何人不被强迫自证其罪则是一项权利(right)，被追诉人作为权利主体，可以处分和受益。

二、“反对强迫自证其罪”原则与沉默权的关系

沉默权，是近年来我国刑事诉讼理论与实务界讨论较为热烈的一个话题，而且学界倡导我国刑事诉讼立法必须确立沉默权的呼声很高。

一般地认为，沉默权(right of silence)是指在刑事诉讼中，被指控犯有罪行或者有犯罪嫌疑的人针对司法警察、检察官和法官的讯问而享有的拒绝

^⑥ 转引自[斯洛文尼亚]卜思天·儒佩基奇，王锋、降华玮译：《从刑事诉讼法治透视反对自证有罪原则》，《比较法研究》1999年第2期。

回答(即保持沉默)的权利。

沉默权与反对强迫自证其罪权,二者的关系如何?是同一种权利,还是既相互独立又相互联系两种权利?对此,学界有二种观点,现分述如下:

1. 二者共同说。该说认为,沉默权就是反对强迫自证其罪权,二者没有区别。例如,有的学者说:“在证据理论上,沉默权(right to silence)是与反对自我归罪证据紧密地联系在一起,因此,沉默权又被称为反对自我归罪的特权(the privilege against self-incrimination)”。^⑦有的学者则直截了当地说:“沉默权又称为反对强迫自证其罪。”^⑧

2. 二者不同说。该说认为,沉默权与反对强迫自证其罪是不同的法律概念,不能将二者混为一谈。例如,有的学者认为,拒绝强迫自证其罪权与沉默权是两个不相同的权利,“前者是无罪推定的内容之一,后者又是前者内容的突出和补充。”^⑨也有的学者认为,“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,侦查机关不得强迫任何人负此义务。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。”^⑩由此看来,该学者认为“不必自我归罪原则”与沉默权,是两个各自独立,但又是相互联系的概念。其相互联系表现在,“不必自我归罪原则”是沉默权的直接体现和具体保障措施。

笔者认为,上述两种观点均有其相应的理由与根据,但是,根据只要经过认真思考、深刻分析和相互比较,就会发现二者虽是相互联系的,更是相互独立的,而且它们之间也是相互区别的。对此问题,刘根菊先生曾经作过具体的、详细的分析说明,认为二者的区别有这么几点:(1)二者产生的先后

⑦ 易延友:《沉默的自由》,载《中国律师》2000年第1期,第50页;并参见易延友:《论反对自我归罪的特权》,载《比较法研究》1999年第2期。

⑧ 吴俐:《被告人享有沉默权》,《中国律师报》1999年11月17日。

⑨ 周国均:《拒绝强迫自证其罪与沉默权》,载《法制日报》1999年1月2日第7版。

⑩ 宋英辉:《不必自我归罪原则与如实陈述义务》,载《法学研究》1998年第5期,第142页。

顺序不同；(2)二者词语的英语表述不同；(3)有的国家刑事诉讼法对二者分开作出规定；(4)美国宪法和有关证据法对二者的规定不同；(5)二者的内容不完全相同；(6)二者适用对象的范围不同；(7)就国际文件的规定来看，二者也不相同。^① 笔者除了赞同刘根菊先生的观点外，认为二者区别的关键在于二者所包含的内容不同、法律规定不完全相同。

1. 二者的内容不同。“沉默权的含义是以沉默方式反对强行要求作可能导致刑罚或者更重刑罚的供述的权利”。^② 在这里，如同许多学者所持的观点一样，笔者也认为，1966年美国联邦最高法院所判的“米兰达诉亚里桑那州”(Miranda v. Arizona)一案所形成的“米兰达规则”(又称米兰达警告，Miranda Warnings)，典型地体现了上述关于沉默权的原则精神。该判例规定：执法官员在讯问之前，“必须明确告诉被捕者，(1)他有权保持沉默；(2)他如果选择回答，那么他所说的一切都可能被用作对他不利的证据；(3)他有权在审讯时由律师在场陪同；(4)如果他没有钱请律师，法庭有义务为他指定律师。如果警察在审讯时没有预先作出以上四条警告，那么犯人的供词一律不得作为证据进入司法程序。”^③

如前所述，反对强迫自证其罪，其内容指的是犯罪嫌疑人、被告人不得被强迫提出对自己不利的证据和证明自己犯了罪的证据。其实质内容也就是不被强迫提出有罪证据，或者强迫承认犯罪；其表现形式，既可以是沉默不语，也可以是口头拒绝供述及提供证明自己犯罪的证据，还可以自我进行辩护。而沉默权则不同，其实质内容就是保持沉默，拒绝陈述；其表现形式只是缄口不语一种，而不包括口头拒绝及其他形式的拒绝。更重要的是，沉默权的内容除了犯罪嫌疑人、被告人不提供对自己不利的证据外，还包括实际上放弃了自我辩护权，而自我辩护权在刑事诉讼中不仅是很重要的权利，而且是对指控进行反驳极为有利的权利，仅基于此，就可看出，沉默权也有别

^① 参见刘根菊：《在我国确定沉默权原则几个问题之研讨(上)》，载于《中国法学》2000年第2期。

^② 前引②，陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷书，第275页。

^③ 李义冠：《美国刑事审判制度》，法律出版社1999年版，第52页。

于不被强迫自证其罪权。所以,从内容上理解,笔者认为,沉默权可以通俗地说是一种“不说话”的权利,而不被强迫自证其罪权则是一种“不被强迫说对自己不利的話”的权利。

2. 二者的法律规定有所不同。在不少国家的法律中,往往既规定了不被强迫自证其罪原则,同时又规定了沉默权。以美国为例,1789 年的美国宪法第 5 条修正案规定:“在任何案件中,不得强迫任何人自证其罪。”但是,该宪法并没有规定有关沉默权的内容。在“米兰达规则”的内容中,则明确表述了犯罪嫌疑人的沉默权。《美国联邦刑事证据规则》第 58 条(b)中的(D)款规定:“被告人有保持沉默的权利。”再以德国为例,《德国基本法》第 1、2、20 条指出,任何人都没有协助证明自己实施了犯罪行为的义务,这就是不被强迫自证其罪的宪法规定。1994 年 10 月修改颁布的《德国刑事诉讼法》第 136 条规定:“讯问开始时,要告知被指控人所被指控行为和可能适用的处罚规定,接着应当告诉他,依法他有就指控进行陈述和对案件不予陈述的权利并有权随时地、包括在讯问之前,与他自己选择的辩护人商议。”可以看出,这就是关于沉默权的规定。该法第 136 条 a 款又规定:“〔禁止讯问的方法〕(一)对被指控人决定和确认自己的意志的自由,不允许用虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法予以侵犯。只允许在刑事诉讼法准许的范围内实施强制。禁止以刑事诉讼法的不准许的措施相威胁,禁止以法律没有规定的利益相许诺。”笔者认为,这条规定的内容,虽然是相当于我国严禁刑讯逼供的内容,但就其本质而言,它属于不被强迫自证其罪的内容。从这两个国家法律上对不被强迫自证其罪与沉默权分别作出规定来看,足以说明二者有所不同。

不过,反对强迫自证其罪与沉默权毕竟有着密切的联系,这不仅表现在许多国家的法律没有特别加以区别,而且在于人们在实践中往往将这二者看作是一种相互包容的关系。可以说,从犯罪嫌疑人、被告人应当受到权利保障的角度看,不被强迫自证其罪原则体现为犯罪嫌疑人、被告人反对强迫自我归罪的特权,而从其权利内容看,又可以称为沉默权。正如有学者所指出的那样:“沉默权可以拒绝任何情况,而反对自我归罪之特权在内容上仅限于回答导致自我归罪的问题。实际上,沉默权的说法侧重于行使此项权利

的形式,而反对自我归罪,则强调行使此项权利的目的,角度不同而已。另外,沉默权一般为犯罪嫌疑人、被告人主张,而反对自我归罪的特权可以适用于证人。因此,如从理论上详加剖析,两个概念之间可能存在一些细致的差别,若着重其刑事诉讼中的意义和在司法实践中的适用,将两者视为一体也无不可。”^④也正如有学者所指出的那样:反对强迫自证其罪的权利与自白任意性规则、沉默权和拒绝供述权具有相似或者相同的基础和意义,承认反对强迫自证其罪的权利亦应承认下述规则和权利:(一)沉默权;(二)拒绝供述权;(三)自白任意性规则。^⑤

三、我国应当确立“反对强迫自证其罪”原则

反对强迫自证其罪原则以及由此衍生的沉默权,是现代法治国家刑事司法制度的一项重要内容。我们从历史分析的角度考察该原则的产生、发展及最终的形成,不难看见刑事诉讼制度不断迈向进步与文明的地步。而考察现代世界各国刑事司法,人们可以发现,反对强迫自证其罪的原则及其沉默权的规则,不仅已为许多国家的立法(如美国宪法修正案第5条、日本宪法第38条第1款和我国《刑事诉讼法》第311条、法国刑事诉讼法第116条,等等)所规定,而且其精神也为联合国有关公约、文献及其他国际性文献(如前面提到的联合国《公民权利与政治权利国际公约》等)所确认。这表明,反对强迫自证其罪原则及其沉默权规则,已经成为国际社会的一种共识。

我国《刑事诉讼法》第93条规定:“……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。”这说明,我国法律明确规定犯罪嫌疑人有如实陈述的义务,这恰恰与反对强迫自证其罪原则相矛盾。虽然我国刑事诉讼法第46条规定了“重证据,重调查研究,不轻信口供”的原则,第43条规定了“严禁刑讯逼供”的原则,但在实践中,这两项原则往往被司法人员忽略了,代之而大行其事的是“轻信口供”、“罪从供定”和为了获得犯罪嫌疑人、被告人的口供而采用刑讯逼供、骗供、诱供

^④ 卞建林、郭志媛:《英国对沉默权的限制》,载《比较法学》1999年第1期。

^⑤ 前引②,陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷书,第275~276页。

等等各种非法的方法。同时,犯罪嫌疑人、被告人的辩护权等诉讼权利屡屡受到漠视乃至侵犯。有鉴于此,这些年来,学界许多学者纷纷提出在我国建立沉默权制度的设想、建议。可惜的是,这种良好设想、建议却常常遇到诸如所谓国情不合、警察难以侦查破案、诉讼成本增加等等反对的声音——“肯定说”有充足的理由,“否定说”似乎也理直气壮。在这种情况下,笔者认为,与其在沉默权问题上争执不休,不如另辟蹊径,即实实在在地确立“反对强迫自证其罪”的原则。可以这么说,确立该原则不仅国人观念上比沉默权更容易接受,而且确立该原则的意义、作用比沉默权更直接、更明显。

在我国,确立反对强迫自证其罪的原则,有以下这几方面的意义、作用:

(一)有利于保护犯罪嫌疑人、被告人的人身权利、诉讼权利及其他合法权益

在封建社会纠问式诉讼体制下,发现实体真实,以惩罚犯罪为刑事诉讼之唯一目的、任务,被追诉者不享有诉讼主体资格,仅为诉讼客体,其供述不仅为“证据之王”,而且是“证据之源”。法律不仅要求犯罪嫌疑人、被告人必须如实供述,而且必要时司法人员可以用暴力等方法逼取这种供述。作为被追诉的犯罪嫌疑人、被告人,没有什么人身权利、诉讼权利及其他合法权益可言,因为追求发现实体真实、打击犯罪是法律规定和司法实践的唯一价值选择。然而,对现代法治国家来讲,追求实体真实与追求程序正义、打击犯罪与保障人权(保护无辜),是刑事诉讼法制这辆车的“双轮”,缺一不可。在我国,由于受封建主义的长期影响,刑事诉讼中基本上只重发现实体真实与打击犯罪、惩治犯罪,而忽略、淡薄程序正义与保障人权。赋予犯罪嫌疑人、被告人反对强迫自证其罪的特权,正是对这一单一价值追求的否定,是人权保障作为另一价值目标被引入刑事诉讼,从而使刑事诉讼价值呈现多元结构、趋于公平合理的结果。确立反对强迫自证其罪的原则,与诉讼主体学说、无罪推定、辩护原则、举证责任规则等现代诉讼观念一起构成了刑事诉讼人权保障的重要内容。

(二)确立反对强迫自证其罪的原则,对解决我国长期存在的刑讯逼供的顽症具有重要的现实意义

我国刑事诉讼法明确规定“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”(第43条),同时我国刑法第247条规定了刑讯逼供罪,而且实际上也查处了一些影响重大的刑讯逼供案件,这都充分表明我国法律确实严禁刑讯逼供。但是,现实生活中,刑讯逼供现象不仅相当严重,而且屡禁不止,有些时候、有些地方甚至愈演愈烈,已成顽症。由于长期以来司法人员都存在有罪推定的观念,犯罪嫌疑人、被告人甚至是证人,一旦被怀疑、被传讯,实际上就被当作有罪的人看待,必须如实回答侦查人员的提问,根本没有拒绝回答的权利;加上我国刑事诉讼法第93条规定犯罪嫌疑人对侦查人员的提问有“如实回答”的义务,这就在实质上设定犯罪嫌疑人必须自证其罪,这虽然不是刑讯逼供得以存在的全部原因,但却是刑讯逼供存在的重要原因。不可否认的是,封建社会纠问式的诉讼方式、刑讯逼供的做法、“罪从供定”的思想和迷信“口供是证据之王”的认识,必然或多或少地影响当今的办案人员。实践中,侦查办案方式经常是“以供求证”、“由供到证”,加上一部分案件没有口供定案确实比较困难,故而侦查人员全力注重在套取犯罪嫌疑人的口供上,一旦犯罪嫌疑人拒绝回答问题或者拒绝回答侦查人员所预期的问题或者回答的问题不符合侦查人员的主观设想,侦查人员就会使用各种威胁、欺骗、引诱等非法手段甚至不惜采用刑讯逼供的方法来取得犯罪嫌疑人的口供。这就会造成一个严重的问题存在,那就是许多侦查、司法人员明知刑讯逼供非法,但为破案定案,在没有其他手段可获得充分证据的情况下,还是采用刑讯逼供的方法取得破案定案的口供,而审判人员对于非法证据也都是采信认可的。这样,就形成了“恶性循环”,使刑讯逼供成为一种久治不愈的“顽症”。大量的实践证明,刑讯逼供是造成冤假错案的重要原因。如果我国在刑事诉讼中能够给予犯罪嫌疑人、被告人反对强迫自证其罪的权利,则侦查、司法人员就不能采用暴力刑讯等方法强迫被追诉者“如实供述”,更不能实现通过刑讯逼供所要达到的获取口供的目的。这时,口供就不能起到所谓“证据之王”的地位。这样,侦查人员对于是否能够套取犯罪嫌疑人、被告人的口供就失去兴趣,转而会将主要的精力真正投入于“重调查研究,重证据”之中,通过改善侦查手段和方法,提高采证率。在取得充分证据的基础上,即使犯罪嫌疑人、被告人不老实交待犯罪事实,也可以定罪处罚。这样就形成了“良性循环”,能够有效地遏制刑讯逼供现象的产

生和蔓延。

(三)反对强迫自证其罪有利于加强犯罪嫌疑人、被告人的防御力量,实现控辩平等

诉讼公正一个基本要求,就是诉讼地位平等、力量平衡。然而,在实际的刑事诉讼中,诉讼的双方是不平等的,双方所拥有的进攻和防御的力量也是不平衡的,控诉方拥有强大的国家强制力作后盾,而犯罪嫌疑人、被告人则处于被控诉、被追究的劣势。反对强迫自证其罪原则的设立虽然不能从根本上改变双方力量不平衡这一事实,但如果要求犯罪嫌疑人、被告人承担如实陈述的义务,则势必使辩护方的防御手段更加稀少,防御力量更加薄弱,从而使控辩双方的不平衡状态更加严重,也就破坏了诉讼公正的程序效果。因此,相对于如实陈述义务而言,反对强迫自证其罪的权利确实加强了犯罪嫌疑人、被告人的防御力量,使其在辩护权利的实现上多了一个有利条件,多了一层选择的余地,从而也就增强了其与控诉方相抗衡的能力。另外,在一个公正的诉讼程序中,犯罪嫌疑人、被告人应当拥有自己的“武装”,他没有义务去帮助对手获得用以反对自己的“武器”。让一个人自己反对自己,在逻辑上是自相矛盾的,在道德上是扼杀人性的。正如著名的刑事法学家贝卡利亚所言:“要求一个人既是控告者,同时又是被告人,这就是想混淆一切关系。”^⑩

(四)确立反对强迫自证其罪原则,有助于正确落实“坦白从宽,抗拒从严”政策

由于我国刑事诉讼法规定犯罪嫌疑人、被告人有如实供述的义务,一旦犯罪嫌疑人、被告人对抗侦查机关的侦查,裁判时可能被处于重罚。这样,就使得许多侦查、司法人员在思想观念上认为,在侦查讯问的过程中,犯罪嫌疑人、被告人的供述无法与侦查人员的判断相吻合,就是“认罪态度不好”,就是“抗拒”,从而可能被从重处罚。更为严重的是,“坦白”与“抗拒”、“认罪态度好坏”实际上常常成为侦查人员对付犯罪嫌疑人、采用非法手段获取口

^⑩ [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第32页。

供的一块手中“招牌”甚或是“道具”，并没有真正落到实处。按照刑事诉讼法“如实回答”即如实供述义务的规定，事实上必将使犯罪嫌疑人、被告人永处于不利的境地之中：一方面，如果犯罪嫌疑人、被告人不如实回答提问，则会被视为“态度不好”、“抗拒”而遭受重罚，结果将自己置于不利的地位（司法实践中，常常出现被告人在法庭审判时，强调以前在侦查阶段的供述是被强迫、被欺骗、被引诱的，并不是其自愿的，也不是“属实”的，但审判人员一般都会认为这是被告人有意狡辩，是“认罪态度不好”的表现，应当给予较重的处罚）；而另一方面，如果犯罪嫌疑人、被告人如实回答侦查人员的提问，也可能自陷于罪，将自己置于承担所供述的罪行相应的法律责任并受到严惩的不利境地。就后者而言，实际上犯罪嫌疑人、被告人常常因为坦白反而被从严处罚，真正的抗拒到底却反而无法定案处理。在社会上广为流传的“坦白从宽，牢底坐穿；抗拒从严，回家过年”的说法，可谓是这种情况的真实写照。笔者认为，要改变这种局面，很重要的一项措施就是赋予犯罪嫌疑人、被告人反对强迫自证其罪的权利，不因“认罪态度”的好坏而影响定罪或者根本上决定量刑的轻重，而是无论定罪还是量刑都靠实实在在的证据来“说话”。有确实、充分的证据，就认定被告人有罪或者罪重并处以相适应的刑罚，没有确实、充分的证据就不能认定被告人有罪或罪重，更不能处以刑罚。当然的，如果犯罪嫌疑人、被告人自愿老实交待自己的罪行，选择“坦白”的道路，就应该确实体现政策给予从宽处罚。

（五）反对强迫自证其罪原则的确立，有利于提高我国侦查机关的侦查能力，提高侦查人员的侦查水平，从而提高办案质量

如实供述义务的规定，使得我国侦查机关长期严重依赖口供，摆脱不了口供的左右，事实上养成了侦查机关和侦查人员“重口供，不重证据”的办案习惯和惰性。有这样一种担心，是认为如果不要求犯罪嫌疑人、被告人“如实回答”，犯罪分子必然为逃避法律责任而作虚假陈述，必然会加大破案、办案的难度，不利于打击犯罪。但是，实际情况果真会如此吗？其实不然。赋予犯罪嫌疑人、被告人反对强迫自证其罪的权利并不意味着犯罪嫌疑人、被告人必然不会“自证其罪”，恰如要求犯罪嫌疑人“应当如实回答”并不意味着犯罪嫌疑人必然如实回答一样。如前所述，反对强迫自证其罪原则及其沉默

权并未阻断追诉机关、官员获取犯罪嫌疑人、被告人陈述的途径,它只是禁止为获取陈述而对犯罪嫌疑人、被告人施以暴力等强制,将是否陈述、是作有利的陈述还是不利的陈述的决定权赋予了被追诉者。因此,从理论上讲,反对强迫自证其罪原则及沉默权的确立仅仅是有可能而非必然导致口供的丧失。从确认该项权利的国家的司法实践来看,该项权利的确立并未导致被追诉人供述的减少而影响打击犯罪。例如,在日本,被告人的认罪率高达92.3%。在美国,辩诉交易是以被追诉人认罪为条件的,而辩诉交易案件占全部案件的90%以上。^⑩所以说,到目前为止,还没有充分、有力的证据表明赋予犯罪嫌疑人、被告人反对自证其罪的权利必然会不利于打击犯罪。在我国,不妨这样来看问题,如果赋予被追诉者反对自证其罪的权利,肯定会铲除侦查机关及人员依赖口供的土壤,这就必然要求侦查机关及人员提高侦查取证能力,提高侦查水平,彻底转变以往依靠获取犯罪嫌疑人、被告人的口供破案、定案的思想观念,只有在取得高质量的证据后,才可能对犯罪嫌疑人采取传讯等侦查措施,在证据扎实、充分的基础上,即使犯罪嫌疑人、被告人不如实供述,侦查机关由于证据在握,照样可以对犯罪分子绳之以法,并不会使之逃脱恢恢的法网,更不会放纵其罪行。

(六)确立反对强迫自证其罪的原则,有利于明确和强化控诉机关的举证责任,确保司法公正

刑事诉讼举证责任的基本规则是“谁主张,谁举证”,其含义包括:(1)提出主张的一方当事人有举证加以证明的义务,而反驳的一方则没有举证义务;(2)当事人对于自己所主张的事项提不出证据或者未能举出足够证据加以证明的,必须承担不利的法律后果。按照这种规则,本来控诉方负有举证责任,而被告方则没有举证责任。这是基本的法律常识,也是浅显的道理。然而,我国刑事诉讼法规定犯罪嫌疑人、被告人有如实供述的义务,则实际上等于给被告方设定了举证责任。由于有这样的法律规定,司法实践中,公安、检察人员进行讯问的过程中,当犯罪嫌疑人否认指控时,办案人员一般都会斥责说:“不是你干的,那么是谁干的”、“你说不是你做的,又是谁做的”、“你

^⑩ 转引自前引^⑤,宋英辉、吴宏耀文。

干了什么,你自己最清楚”、“为什么不抓别人,要抓你呢?”、“难道我们会冤枉你吗”等等诸如此类的话语,从而常常将举证责任推给犯罪嫌疑人、被告人。毫无疑问,证明犯罪的责任由控诉方承担,被追诉者根本没有举证责任,而只有对指控进行反驳、申辩、解释的权利。这已被现代各国刑事诉讼法所接受。如果我国刑事诉讼法能够确立反对强迫自证其罪的原则,则不仅从本质上与举证责任的规则相一致,而且有利于强化控诉机关的举证责任及举证能力,更有利于防止和杜绝将举证责任转嫁给犯罪嫌疑人、被告人的不正确做法,真正做到司法公正。

(七)确立反对强迫自证其罪的原则,也有利于杜绝非法证据的采用,确保法律的正确实施

一般说来,非法证据不具有法律效力。这是相当重要的证据规则,也是保障人权、落实无罪推定的最重要原则。由于在我国的刑事诉讼活动中,没有禁止强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪的规定以及没有规定犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权,致使无法充分体现无罪推定的原则,导致了非法证据无法彻底禁止使用。尽管刑事诉讼法第43条明文规定:“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”,但并没有排除非法证据的规则——例如使用刑讯逼供的方法收集的证据有否法律效力、能否采用并没有具体的、明确的规定。不仅如此,司法解释还公开允许在一定程度上使用非法收集的证据,如最高人民法院的司法解释《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则(试行)》第233条的规定^④,就允许在一定程度上使用非法收集的物证、书证。事实上,允许在一定程度上使用非法证据,就等于允许在追诉犯罪嫌疑人、被告人时可以不择手段而不受法律的所有限制,那么,就等于法律所保护的犯罪嫌疑人、被告人的某些合法利益允许被

^④ 该条规定:“以刑讯的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言、鉴定结论不能作为指控犯罪的依据。以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集上述证据而严重损害犯罪嫌疑人、被害人、证人、鉴定人合法权益或者可能影响证据客观真实的,该证据也不能作为指控犯罪的依据。……对于以非法的方法收集的物证、书证,经审查核实能够证明案件真实情况的,可以作为指控犯罪的依据,但非法收集证据的手段严重损害犯罪嫌疑人及其他有关公民合法权益的除外。”

侵犯。其结果有可能导致司法人员滥用手中的权力侵犯人权、破坏法治和人道主义原则。虽然说,非法证据不具有法律效力直接针对的是刑讯逼供等非法方法取得的陈述证据,但全面地看,非法证据还包括:取得证据的方法、过程不符合法律规定,证据形式不符合法律规定,证据的内容不具备真实、合法性等情况而形成的各种证据。如果我国确立反对强迫自证其罪的原则,同时再确立非法证据排除规则,则有利促进程序公正,确保保法律的正确实施。我们应当知道,程序违法就是程序不公,程序不公很可能会带来实体不公,以致造成冤假错案。证据的收集与运用是否合法,直接影响到证据的真实性及其程度,影响到能否反映案件的事实真相,同时也涉及到对案件的定性能否正确、量刑能否适当。如果在这方面不能保证,那么,无罪的人不受刑事追究的立法原则也就得不到保障了。所以,合法收集与运用证据是保证法律的正确实施,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究的重要方面。

总而言之,我国必须改变陈旧落后的刑事司法观念,必须改革现行证据法则,确立反对强迫自证其罪的原则,赋予犯罪嫌疑人、被告人这方面的权利,以此体现我们对司法文明与进步的追求,并进一步促进刑事司法迈向更高水准的文明与进步。新中国刑事诉讼制度已经依法运行 20 余年,今日的法制环境与 20 余年前的水平相比已经大大进步了,特别是经过多年对民心民智的开启和对刑事诉讼文明的演绎,民众已经深深体会到建立一个包括反对强迫自证其罪原则以及由此延伸的沉默权等等在内的客观、公正、民主、文明的刑事司法制度的重要性。因此,我们完全有理由相信,在可望的将来,反对强迫自证其罪的合理内核能为社会所认可,这将是我国刑事诉讼发展过程的一个突破和收获。