

从“应当如实回答” 到“不得强迫自证其罪”

樊崇义*

内容提要：我国现行刑事诉讼法规定了犯罪嫌疑人“应当如实回答”的义务，使其在刑事诉讼中陷入极为不利的境地。从承认和尊重犯罪嫌疑人、被告人诉讼主体地位和诉讼权利的角度出发，有必要在刑事诉讼法中确立“不得强迫自证其罪”原则。该原则的确立将使现有的刑事诉讼结构转向以平等对抗为基础的当事人主义诉讼，并为“口供本位”转向“物证本位”、“由供到证”转向“由证到供”的侦查模式改革提供契机，此外，还有助于进一步完善和发展我国刑事证据制度。

关键词：不得强迫自证其罪 人权保障 诉讼结构 侦查模式

我国刑事诉讼法的再修改正在进行。再修改的讨论中关于是否增加规定“不得强迫自证其罪”，即“不得强迫任何人证明自己有罪或者作不利于自己的陈述”，人们争议最大，看法不一。不过多数人认为，根据我国民主与法治的进程，增加规定“不得强迫自证其罪”的条件已经成熟。笔者认为，“不得强迫自证其罪”一旦进入刑诉法典，我国刑诉法第93条关于“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”的规定应予废除。这一立一废，必将对我国刑事法治产生极其深刻的影响，它不仅意味着我国刑事诉讼将真正实现从传统向现代转型，也预示着我国刑事诉讼制度与刑事司法国际准则之间的差距将大大缩小一步。

一、关于“应当如实回答”

所谓“应当如实回答”，按照通常理解，“就是实事求是地回答，是就是，非就非，既不无中生有，又不避重就轻；既不夸大其词，也不故意缩小。”^{〔1〕}对此，学界往往又将之称作“如实陈述义务”。对于这一义务，1979年刑事诉讼法第64条作了明确规定，即“被告人对侦查人员的提问，应当如实回答。”根据这一规定，对于侦查人员的讯问，被告人负有如实陈述义务，而不能保持沉默、拒绝陈述或者作虚假陈述。1996年刑事诉讼法修正案为明确被刑事追诉者的诉讼地位，科学地区分了“犯罪嫌疑人”和“被告人”，在第93条中将原刑事诉讼法第64条中的“被告人”改为“犯罪嫌疑人”，其他内容没作任何变化，即“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。”虽

* 中国政法大学教授。

〔1〕 陈光中主编：《刑事诉讼法学》新编，中国政法大学出版社1996年版，第287页。

然如此,无论是理论界还是实务部门,都认为这一要求当然地适用于检察人员、审判人员对犯罪嫌疑人、被告人的讯问,即“在起诉、审判阶段,被告人对检察、审判人员的讯问,也应当如实回答。”〔2〕

不过,对于刑事诉讼法第93条的规定,理论上还有另外一种理解,即“如实回答”只是否定了犯罪嫌疑人撒谎的权利,立法文本的含义并不是说犯罪嫌疑人负有“如实陈述义务”。因为刑事诉讼法第93条关于讯问犯罪嫌疑人的程序分为两个部分:第一是“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和无罪的辩解”;第二是“然后向他提问”,紧接着是“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。”据此,只有在犯罪嫌疑人已经“陈述有罪的情节或者无罪的辩解”的基础上,立法才要求犯罪嫌疑人如实回答。〔3〕也就是说,犯罪嫌疑人的“如实陈述义务”,是以他陈述了有罪的情节和无罪的辩解为前提的。或者说,如果犯罪嫌疑人对于侦查人员的提问已经作了有罪的陈述或者无罪的辩解,他就要负“如实陈述义务”。

笔者认为,这种理解是有一定道理的。立法规定犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当“如实”回答,而不是“应当回答”,这就意味着,对侦查人员的提问,犯罪嫌疑人有选择是否回答的权利,但如果他选择了回答,即“陈述有罪的情节或者无罪的辩解”,此时他就负有“如实”回答的义务。如果作如此解释,就等于赋予了犯罪嫌疑人沉默权。很显然,立法的原意不是这样的。立法的原意是:对侦查人员的提问,犯罪嫌疑人不仅都要回答,而且必须如实回答。也就是说,刑事诉讼法第93条在“如实陈述义务”的同时,也否定了犯罪嫌疑人的沉默权以及作虚假陈述的权利。

按照“如实陈述义务”的要求,有罪的犯罪嫌疑人、被告人将向公安司法人员提供自己能够提供的证据或者证据线索,并要如实供认自己的罪行。这在实践中使他们陷入了极为不利的境地,并给刑事诉讼实务至少造成了以下两个方面的恶劣影响:

一方面,助长了过分倚重口供的倾向。犯罪嫌疑人、被告人的陈述通常有两大作用:一是引导作用,二是印证作用。公安机关往往看重口供的引导作用,以便发现新的证据线索或者新的事实情况;检察机关和审判机关则主要侧重于口供的印证作用,以便在审核认定证据时与案件中的其他证据相互印证,从而确认案件事实。〔4〕正是由于口供的这种特殊作用,导致实践中过于倚重口供。而立法关于“如实供述义务”的规定,则为公安司法人员取得口供提供了法律依据,立法与实践的这种相互作用,加重了公安司法人员对口供的依赖。

另一方面,导致了刑讯逼供的发生。虽然我国刑事诉讼法严禁刑讯逼供,但在实践中,由于口供在发现证据和认定案情方面具有特殊的证据价值,侦查人员为了破案,不惜动用刑讯手段逼取口供,这甚至被认为是侦查破案的最有效途径。应当说,如实陈述义务与警察暴力并无必然的联系,如在实行沉默权的英美等国,警察暴力也时有发生。但是,立法关于“如实供述义务”的规定却为刑讯逼供这种非法取证行为提供了借口和便利条件,〔5〕有人甚至将之称作是刑讯逼供的“毒树之根”。〔6〕

鉴于对“如实陈述义务”的深刻认识,早在1993年开始的刑事诉讼法修改建议稿起草过程中,就有专家提出把“嫌疑人和被告人享有保持沉默的权利”作为一项重要修改方案列入建议稿,但此项建议最终没有被立法机关采纳,修改后的刑事诉讼法仍规定了犯罪嫌疑人向侦查机关的“如实陈述义务”。〔7〕对真理的认识和接受总是需要一个过程。经过十多年的研究分析和反

〔2〕 蔡墩铭主编:《两岸比较刑事诉讼法学》,台湾五南图书出版公司1996年版,第101页。

〔3〕 参见樊崇义主编:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第343页,注①。

〔4〕 参见陈光中等主编:《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页以下。

〔5〕 前引〔3〕,樊崇义主编书,第343页。

〔6〕 参见易延友:《毒树之根岂可不挖?》,《南方周末》1998年6月5日。

〔7〕 参见陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社2003年版,第244页。

复实践,尤其是对“沉默权”和“不得强迫自证其罪”及相关问题的讨论,人们充分认识到了“如实陈述义务”的危害,如果这次刑事诉讼法的修改规定了“不得强迫自证其罪”,应当说完成了对这一真理的认识和接受过程,这将是我国刑事诉讼制度更加科学、更加民主的一大标志。

二、“不得强迫自证其罪”的确立

“不得强迫自证其罪”(nemo tenetur seipsum prodere)通常被视为一项权利或者特权,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),〔8〕在我国有时也被译作“不受强迫自证其罪的特权”、“反对强迫自我归罪的特权”、“不被强迫自证其罪的特权”、“拒绝自我归罪的特权”、“拒绝自陷于罪的特权”或者“反对强迫性自我归罪的特免权”等等。〔9〕作为普通法的一个重要原则,它通常被认为来源于“任何人无义务控告自己”(nemo tenetur seipsum accusare)的古老格言。按照这一格言,如果一个人回答政府机构的提问将会暴露于自证其罪所造成的“真实的和可估计到的危险”之中,他有权拒绝提供证据。〔10〕而作为近代刑事诉讼制度重要组成部分的“不得强迫自证其罪”,一般认为,它源于1639年英国著名的“李尔本案”,迫使英国于次年在法律中率先确立了这一规则。〔11〕也有人认为,直到18世纪后期,该特权才在普通法国家的刑事诉讼中得到承认。〔12〕但不管怎样,现在它已成为一项重要的国际刑事司法准则。不仅很多国家的宪法和刑事诉讼法典中确立了这一原则,也为联合国有关法律文献所确认。如联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款规定:“在判定对他提出的任何刑事指控时,人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证:……(庚)不强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”〔13〕《联合国少年司法最低限度标准规则》(《北京规则》)第7条、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、《美洲人权公约》第8条等,都有关于任何人不受强迫自证其罪原则的规定。〔14〕

应当说我国刑事诉讼立法对任何人不受强迫自证其罪是持肯定态度的,如刑事诉讼法第43条明确规定:“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。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第61条、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第140条、第265条均作了类似规定。2001年1月2日,最高人民检察院还向全国检察院系统发出通知,要求“各级人民检察院要严格贯彻执行有关法律关于严禁刑讯逼供的规定,明确非法证据排除规则。……发现犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言是侦查人员以非法方法收集的,应当坚决予以排除,不能给刑讯逼供等非法取证行为留下余地。”这表明我国立法和司法解释对强迫公民自证其罪的行为持严厉否定的态度,也表明我国刑事法制中已经体现了不得强迫自证其罪原则的基本精神。〔15〕事实上,1998年我国政府对于《公民权利和政治权利国际公约》的签署已经充分表明了我国对这一原则的接受,而接下来的问题就是如何将公约的这一重要内容转为国内法。

〔8〕前引〔4〕,陈光中等主编书,第271页。

〔9〕参见王进喜:《刑事证人证言论》,中国人民公安大学出版社2002年版,第143页。

〔10〕参见王以真主编:《外国刑事诉讼法学参考资料》,北京大学出版社1995年版,第427页。

〔11〕在该案中,李尔本(John Lilburne)在法庭上拒绝宣誓作证,并提出:“任何人都不得发誓折磨自己的良心,来回答那些将使自己陷入刑事追诉的提问,哪怕是装模作样也不行。”前引〔10〕,王以真主编书,第427页。

〔12〕Jhon H. Langbein, *The Historical origin of the Privilege against Self-incrimination at Common Law*, 92 Mich. L. Rev. 1047 (1994).

〔13〕程味秋等主编:《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》,中国法制出版社2000年版,第92页。

〔14〕参见樊崇义等:《刑事诉讼法修改专题研究报告》,中国人民公安大学出版社2004年版,第143页。

〔15〕参见宋英辉主编:《刑事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第98页。

早在我国政府签署《公民权利和政治权利国际公约》之前,已有学者呼吁要在我国刑事诉讼法中“确立反对强迫自证其罪的规则”,即在刑事诉讼法总则中规定:“任何人都不受强迫作不利于自己的陈述,除本法另有规定外不得因犯罪嫌疑人、被告人沉默或者拒绝陈述作不利于他的推断。”同时废除第93条中关于如实供述义务的规定,并建立反对强迫自证其罪的配套措施等。^[16]也有学者考虑到我国的具体条件和实际困难,提出“三步走”方案,即第一步,禁止刑讯逼供,认为只有刑法和刑事诉讼法中禁止刑讯逼供的规定并不足以消除这种现象,而应当采取切实措施防止刑讯逼供的发生;第二步,赋予被告人沉默权;第三步,实行任意自白规则。^[17]我们也曾主张直接将《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款(庚)项的规定纳入我国刑事诉讼法总则中,规定:“任何人在对他提出的任何刑事指控时,不强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”^[18]在2006年陈光中教授主持的《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿》中,建议在第12条增加规定:“不得强迫任何人证明自己有罪或作其他不利于自己的陈述。”^[19]在学者们研究成果的基础上,经过反复讨论和比较,我国刑事诉讼法修正案明确规定“不得强迫自证其罪”的条件业已成熟。

三、“不得强迫自证其罪”与诉讼人权的保障

“不得强迫自证其罪”是一项重要的人权保障原则,也是国际刑事司法准则确立的赋予被告人在刑事诉讼整个过程中所享有的一项权利或者特权,其基本价值在于防止蹂躏肉体、精神折磨等酷刑取证这种践踏人权的行发生。因此,有些国家甚至将之作为一项宪法性权利予以保障,如日本宪法第38条规定:“任何人都不受强迫作不利于自己的供述。通过强迫、拷问或威胁所得的口供,或经过不适当的长期拘留或拘禁后的口供,均不得作为证据。”美国联邦宪法第5修正案规定:“任何人……不得强迫在任何刑事案件中作为反对自己的证人。”这被美国联邦最高法院确定为“基本的和不可剥夺的人权”。^[20]德国联邦宪法法院则宣称:公民在对自己不利的刑事诉讼程序中拒绝积极合作的权利,是从基本法的第1条和第2条所保障的人的尊严和自由引申而来的,并且是法治国家概念的组成部分。^[21]

在普通法上,“不得强迫自证其罪”存在证人特权和被告人特权两种形式。在这里,重点是后者,即被告人不得被强迫自证其罪。按照英美学者的解释,在不得被强迫自证其罪原则下,犯罪嫌疑人、被告人享有两项权利:一是犯罪嫌疑人、被告人对于是否陈述享有不受强迫的权利;二是犯罪嫌疑人、被告人对于是否陈述享有及是否提供不利于己的陈述享有自由权。^[22]前者实际上就是自白任意性规则,后者则是所谓的沉默权规则。这两项规则对于保障犯罪嫌疑人、被告人个人的自由和尊严均具有极其重要的意义。

自白任意性规则又称非任意自白排除规则,虽然它与不得强迫自证其罪有不同的原理、内容和功效,但前者往往被视为后者的保障性规则。^[23]自白任意性规则要求只有基于自愿的自白才能采

[16] 前引〔4〕,陈光中等主编书,第272页。

[17] 参见杨宇冠:《论不强迫自证其罪原则》,《中国法学》2003年第1期。

[18] 前引〔14〕,樊崇义等书,第143页。

[19] 陈光中主编:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社2006年版,第6页。

[20] [美]彼得·G·伦斯特罗姆编:《美国法律词典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第208页。

[21] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第79页。

[22] Ronald Joseph Delisle and Don Stuart, *Learning Canadian Criminal Procedure*, Third edition, Carswell Thomason Professional Publishing, 1994, p. 354.

[23] 前引〔4〕,陈光中等主编书,第276页。

纳作为定案的根据；缺乏任意性或者具有非任意性怀疑的口供，不论其原因是什么，均不具有可采性。^{〔24〕}按照该规则，凡是出于暴力、胁迫、利诱、违法羁押或者其他不当方法获取的自白不得采纳为定案的根据。因为这种自白是在侵犯了被告人的基本人权且违背被告人意志自由的情况下作出的，因而是无任意性可言的。对此，日本曾有判例指出：在警察局用暴力进行带有肉体痛苦的询问所获得的自白，没有任意性；此后向预审人员和检察人员供述的自白，无法断定这种自白是受前一阶段警察长期不法关押的影响还是逼供获得的自白，应当否定这种自白的证据能力。^{〔25〕}

关于沉默权与不得强迫自证其罪原则的关系，学界有不同认识，有的学者将两者视为一体，^{〔26〕}有的学者强调不得强迫自证其罪原则具有独立的含义，^{〔27〕}有的学者则认为两者互为表里，沉默权实际上是以消极形式反对自证其罪的行为。^{〔28〕}应当说，沉默权与不得强迫自证其罪原则在内涵和外延上确实存在着一些差别，^{〔29〕}但两者在保障人权问题上有着共同的价值基础：排斥自我弹劾。真实诚可贵，人权价更高。在刑事诉讼中，按照有的学者的说法，如果“公权力强迫被告承认犯罪，无异强迫被告在自己头上戴枷锁。”^{〔30〕}这显然违反人类理性，属过于残酷而不人道的行为。沉默权与不得强迫自证其罪原则尊重和保障人权以及在遏制这种不人道行为方面发挥着同等的作用，它能够有效防止犯罪嫌疑人、被告人遭受肉体摧残和精神折磨等不人道或有损人格尊严的待遇，避免沦为协助警察、检察官追诉犯罪的工具，能够有效地维护犯罪嫌疑人、被告人作为人的基本权利，包括“我们不愿意让那些尚未确认有罪的人屈从于自我控告、伪证或不体面的三难选择的痛苦所带来的折磨”。^{〔31〕}

我国宪法修正案确立了“国家尊重和保障人权”原则，“保障人权”也是公认的刑事诉讼目的之一。实践证明，要把该项原则和目的具体落实到刑事诉讼过程中，仅靠在刑事诉讼法中规定“严禁刑讯逼供”是远远不够的。不得强迫自证其罪原则的确立，无疑会促进保障人权目的的实现，使刑事诉讼中漠视人权的状况发生根本性改变。

四、“不得强迫自证其罪”与刑事政策的调整

一般来说，“如实供述义务”是与“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策一脉相承的。“不得强迫自证其罪”原则的确立，则意味着我国长期奉行的“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策将发生重大调整。

“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策产生于我国革命政权发展到一定规模、内部反革命分子和严重的刑事犯罪分子等敌对势力猖獗的时期，但形成比较系统的刑事政策则是在新中国成立以后。^{〔32〕}在上世纪八十年代开始实施的“严打”斗争中，最高人民法院很注重发挥这一刑事政策的作用，在《关于在严厉打击刑事犯罪中具体应用法律的若干问题的答复》（〔84〕高检发〔研〕2号）中特别指出：“坦白从宽，抗拒从严，是我们党的一贯政策。在这次严厉打击刑事犯罪的斗争中，

〔24〕 参见卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2000年版，第484页。

〔25〕 参见〔日〕田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第249页。

〔26〕 参见卞建林等：《英国对沉默权的限制》，《比较法研究》1999年第2期。

〔27〕 参见刘根菊：《在我国确定沉默权的几个问题之研讨（上）》，《中国法学》2000年第2期。

〔28〕 前引〔4〕，陈光中等主编书，第275页。

〔29〕 参见宋英辉：《不必自我归罪原则与如实陈述义务》，《法学研究》1998年第5期。

〔30〕 田正恒：《刑事被告人之沉默权》，《法令月刊》第39卷第2期。

〔31〕 Murphy v. Waterfront Commission of New York, 378 U. S. 52 (1964). 转引自前引〔20〕，伦斯特罗姆编书，第208页。

〔32〕 1956年1月31日，董必武同志在全国政协第二届二次会议上所作的《关于肃清一切反革命分子问题的报告》中指出：镇压与宽大相结合的政策，这就是坦白从宽、抗拒从严、立功折罪、立大功受奖的政策。

仍要坚持按照犯罪分子的不同表现,区别对待。”在这一政策下,犯罪嫌疑人或者被告人因其犯罪行为被公安司法机关传唤、讯问时或者在被采取强制措施后,或是法庭审理过程中,如果能够如实交代自己的罪行就能得到宽大处理,包括从轻、减轻或者免除刑罚处罚;相反,如果犯罪嫌疑人或被告人对公安司法人员的讯问采取不予配合的态度,不如实回答或者作虚假陈述,拒不认罪,顽抗到底,就要受到严厉惩罚。

应当说,在特定历史时期,“坦白从宽、抗拒从严”政策的实施,对于巩固我国国家政权、维护社会稳定确实起到过重要作用。实践中,面对“威逼”和“利诱”的双重压力,^[33]犯罪嫌疑人、被告人往往会放弃抵抗,如实供述自己的罪行,甚至协助公安司法人员侦破其他刑事案件。这对于瓦解罪犯心理防线、加快破案进度、打击违法犯罪行为发挥着重要作用。但是,在社会关系已经发生重大变革的今天,法治观念已深入人心,这一政策的某些内容已不符合刑事法治的要求,尤其是它所固有的内在逻辑矛盾及其造成的消极后果决定了必须对这一政策作出相应的调整。因为在“坦白从宽,抗拒从严”政策的背后,隐藏的是“有罪推定”的思想和观念:如若无罪,坦白什么?要是没罪,何来抗拒?很显然,所谓的“坦白”与“抗拒”,都是以“有罪推定”为前提的,犯罪嫌疑人一旦被抓,那就意味着一定是有罪的,有罪就必须老实招供,否则就是抗拒,抗拒就得从严惩处。这种“强盗式”的司法逻辑明显与现代司法文明所倡导的“无罪推定”原则南辕北辙。此外,正是由于这种“有罪推定”的逻辑,造成了重口供而轻其他证据的倾向,进而导致刑讯逼供现象以及冤假错案的发生。

也许正是由于认识到“坦白从宽、抗拒从严”政策的逻辑矛盾及其消极后果,几年前,武汉市公安局、抚顺市检察院、北京市铁路看守所等悄悄将这八字布告从看押室墙上撤下,代之以山水画或者《犯罪嫌疑人权利义务告知书》。对此,香港《大公报》曾报道说,撤下“坦白从宽,抗拒从严”不仅仅是简单地放弃一句口号,而是内地人权保障事业的又一个进步,标志着司法理念的重要转变。^[34]但是,部分地方撤下这八字布告只是一种自发的个别行为,具有很大的随意性,“不得强迫自证其罪”原则的确立,将为这一刑事政策的调整提供法律依据和制度保障。

按照“不得强迫自证其罪”原则,犯罪嫌疑人、被告人享有不被强迫的权利以及陈述自由权,这就意味着公安司法人员不能强迫犯罪嫌疑人、被告人“坦白”,并且犯罪嫌疑人、被告人“不坦白”也不能被视为态度不好,或者主观恶性深、人身危险性大,更不能以此作为其抗拒国家法律的依据而受到严惩。也就是说,“抗拒”不得从严。因为在“不得强迫自证其罪”原则下,犯罪嫌疑人、被告人享有是否陈述的选择权,他完全可以选择不陈述而拒绝回答公安司法人员的提问。也就是说,依据不得强迫自证其罪原则,犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中没有与公安司法人员合作的义务。按照德国学者的解释,在此情况下,“被告人不仅可以保持沉默,而且可以说谎,通过否认、歪曲事实真相已试图避免自证其罪或逃避受到定罪后果,并且这样做时,被告人不会被指控有伪证罪而受到处罚。”^[35]不过,笔者认为,在“不得强迫自证其罪”原则下,犯罪嫌疑人、被告人享有陈述自由权,他可以选择陈述,也可以拒绝陈述,但他一旦选择了陈述,就不能再作虚假陈述。因为此种情况下,已经给予了他充分的人权保障,既然他放弃了这一特权而选择陈述,就不得虚构事实而误导侦查或者审判。

决不因事后行为加重对过去犯罪的评价。^[36]因而“抗拒”不得从严,但“坦白”可以从宽。

[33] 事实上,在国家追诉氛围下,“警察局的关押环境和复杂的讯问手段(本身)就构成了警察迫使犯罪嫌疑人讲话的不可否认的力量。”参见[美]乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,中国人民公安大学出版社1993年版,第166页。

[34] 参见《我国司法理念渐变 坦白从宽抗拒从严悄然退位》,《中国新闻网》2003年12月10日。

[35] [德]施密特:《德国刑事诉讼法概述》,转引自前引[7],陈瑞华书,第243页。

[36] 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第60页以下。

当然，这里的“坦白”必须出于犯罪嫌疑人、被告人的完全自愿。前文所讲的“坦白从宽”，是“有罪推定”下的一种“利诱”，对于犯罪嫌疑人、被告人而言，有一种明显不当的心理压力，是“两害相权取其轻”的一种不得已选择，它与“不得强迫自证其罪”原则是格格不入的。而“不得强迫自证其罪”原则并不反对犯罪嫌疑人、被告人自愿的“坦白”，并且两者在获取真实口供方面有着共同的价值基础。在很多学者看来，坦白从宽对于“获取真实口供”的意义是显而易见的；〔37〕而“不得强迫自证其罪”特权也正是服务于“可靠性”的目标。〔38〕既然犯罪嫌疑人在没有任何压力的情况下自愿如实供述自己的罪行，说明他有认罪悔改的表现，同时也减轻了侦查人员破案的难度，降低了诉讼成本，也就应该从宽处理。否则，将真的会造成“坦白从宽，牢底坐穿；抗拒从严，回家过年”的不正常现象。

五、“不得强迫自证其罪”与诉讼结构的转型

“不得强迫自证其罪”根源于对抗式诉讼的土壤，作为被告人在刑事诉讼中的一项特权，“经常被引用作为抗辩式和讯问式司法制度的主要区别”。〔39〕在美国学者看来，它“代表着一种社会偏好，即偏好刑事诉讼为中立的对抗式而不是纠问式。”〔40〕笔者也认为，“不得强迫自证其罪”原则与对抗式诉讼结构有着内在的契合性。

首先，“不得强迫自证其罪”原则承认和尊重犯罪嫌疑人、被告人诉讼主体地位，这正是对抗式诉讼结构的前提。在纠问式诉讼结构下，被告人在诉讼中不是诉讼主体，而是诉讼客体，没有诉讼权利，只是被拷问的对象。〔41〕在此情况下，犯罪嫌疑人、被告人完全沦为了国家追诉机关强制下的实现他人目标的工具。而对抗式诉讼强调犯罪嫌疑人、被告人是独立的诉讼主体，他被视为一个具有尊严性的个体，被作为人格主体看待。〔42〕按照程序主体性原理，在整个刑事诉讼过程中，犯罪嫌疑人、被告人均拥有程序性主体地位，并享有相应的程序主体权。

其次，“不得强迫自证其罪”原则强调控辩双方的平等诉讼地位，这是对抗式诉讼结构的基础。“不得强迫自证其罪”原则所赋予犯罪嫌疑人、被告人与追诉方平等的诉讼地位在刑讯合法化的纠问式诉讼下是绝对不可能的，而控辩平等是对抗式诉讼的当然要求。对抗式诉讼承认参与刑事诉讼的各方主体在诉讼上具有完全平等的法律地位，尤其是作为被追诉对象的犯罪嫌疑人、被告人和国家追诉机关之间的平等性。对此，有的学者指出，“对反社会行为者给予法律上的适当待遇似乎是自相矛盾的，但他在意识形态和政治上的积极意义就是，绝对地认可反社会个人在刑事诉讼中的平等和尊严，他在诉讼当中是一个与控诉方地位平等的主体，而不是任人摆布的客体。”〔43〕

再次，“不得强迫自证其罪”原则注重犯罪嫌疑人、被告人诉讼防御权，这也是对抗式诉讼结构的重要内容。在纠问式诉讼中，以拷打方式逼取被告人供述往往是家常便饭，且被告人往往也得

〔37〕 参见陈卫东等：《论沉默权与坦白从宽》，《河南省政法管理干部学院学报》2005年第1期。

〔38〕 参见〔美〕阿希尔·里德·阿马：《宪法与刑事诉讼基本原理》，房保国译，中国政法大学出版社2006年版，第131页。

〔39〕 〔美〕爱伦·豪切斯泰勒斯·黛丽等：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东等译，中国人民大学出版社2002年版，第69页。

〔40〕 前引〔20〕，伦斯特罗姆编著，第208页。

〔41〕 参见李心鉴：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社1992年版，第84页。

〔42〕 参见〔日〕团藤重光：《刑事诉讼中的主体性理论》，宋英辉译，《外国法学译丛》1989年第2期。

〔43〕 参见〔斯洛文尼亚〕卜思天·儒佩基奇：《从刑事诉讼法治透视反对自证有罪原则》，王铮等译，《比较法研究》1999年第2期。

不到律师帮助的权利。^{〔44〕}而在“不得强迫自证其罪”原则下，犯罪嫌疑人、被告人凭借此项特权，可以拒绝回答追诉方的提问，追诉方不能强迫犯罪嫌疑人、被告人提供可能使其陷入不利境地的陈述或其他证据，法官也不得因此而使其陷入不利境地或者作出对其不利的裁判。这与对抗式诉讼不谋而合，对抗式诉讼不仅承认犯罪嫌疑人、被告人的沉默权，为了增加他的防御能力，还通过政府提供免费的律师来保障犯罪嫌疑人、被告人获得律师帮助权，增强其对抗追诉机关非法侵害的能力，以改变他在诉讼中的劣势处境。

我国传统意义上的刑事诉讼结构在总体上属于职权主义，^{〔45〕}1996年刑事诉讼法的修改吸收了当事人主义的对抗制因素，但并没走上当事人主义诉讼模式，仍然是以职权主义为主，其特色在于审前程序和审判程序在结构上是完全不同的：审前程序由于缺乏中立法官的参与，可以说是一种控辩直接的平等对抗程序，或者说是一种侦控机关的单方追诉程序；审判程序在结构上形成了控、辩、审三方组合形式，但它们之间的关系既非当事人主义或者职权主义的，因为公诉人的法律监督权的存在、司法权的非至上性、控辩双方的不平等性以及被害人的当事人化等已将典型意义的诉讼结构模式彻底打碎。“不得强迫自证其罪”原则的确立，意味着犯罪嫌疑人、被告人诉讼主体地位及相应的诉讼权利将得到全面承认和制度保障，这必然将对现有的刑事诉讼结构产生强大的冲击，促使其转向以平等对抗为基础的当事人主义诉讼。

六、“不得强迫自证其罪”与侦查模式的转变

关于我国的侦查模式，一般认为是一种“口供本位主义”，即“由供到证”的侦查模式。虽然立法上规定了“重证据，重调查研究，不轻信口供”，但在司法实践中，基本上是以口供为突破口或者切入点，侦查机关往往是在掌握了一定的犯罪线索以后，立即讯问犯罪嫌疑人，然后再以犯罪嫌疑人的供述为线索收集其他证据。如果收集的其他证据与犯罪嫌疑人的口供有出入，就继续讯问犯罪嫌疑人。整个刑事侦查活动基本上都是围绕犯罪嫌疑人的口供来进行的。实际部门把这一侦查模式形象地比喻为“挤牙膏”，挤一点查一点，挤多少查多少。^{〔46〕}

在口供本位主义下，口供是“证据之王”，侦查活动的中心就是拿口供，只要有了犯罪的线索或一定的举报，就启动各种强制性措施，采用先抓人后取证的侦查方法，如果犯罪嫌疑人承认犯了罪，就万事大吉；如果犯罪嫌疑人不认罪，侦查人员急于拿下口供，常常会实施刑讯逼供，或者采取骗供、诱供的手段。因此，口供本位所造成的弊害是显而易见的，它不仅违背了刑事诉讼的客观规律，侵害了当事人或其他诉讼参与人的诉讼权利、人身权利和民主权利，也使案件的质量失去保障，仅以口供定案，必然造成冤假错案。

鉴于对“由供到证”侦查模式弊端的认识，笔者曾呼吁将我国侦查模式由“口供本位”转向“物证本位”。^{〔47〕}这一主张虽然对我国的侦查工作产生一定的推动作用，但由于各种复杂的原因，实践中并没有根本摆脱口供主义的思维模式，偏重口供观念依然存在，刑讯逼供现象时有发生。但无论如何，刑事侦查发展的客观规律决定了“口供本位”必将为“物证本位”所取代，“由供到证”的侦查模式必定走向“由证到供”的侦查模式。“不得强迫自证其罪”原则的确立，正为这种历史性转变提供了契机。

〔44〕 Mrijan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *Pennsylvania Law Review* 577.

〔45〕 前引〔41〕，李心鉴书，第164页。

〔46〕 前引〔3〕，樊崇义主编书，第300页以下。

〔47〕 参见樊崇义：《论侦查模式的转换与改革》，《中国诉讼法律网》2002年11月7日。

如前文所述,“如实供述义务”最大的隐患就在助长了过分倚重口供的倾向,并导致了刑讯逼供的发生,而“不得强迫自证其罪”原则,其重要价值就在于促使侦查人员降低对口供的依赖。因为在该原则下,犯罪嫌疑人享有拒绝陈述的权利。这样,侦查人员将失去以强迫手段获取口供的依据。也就是说,“不得强迫自证其罪”原则的确立,使得侦查人员获得口供的机会具有了很大的不确定性。在侦查过程中,如果犯罪嫌疑人祭起“不得强迫自证其罪”大旗,将迫使侦查人员改变偏重口供的观念,转而投入使用技术侦查措施,或者建立健全侦查信息网络系统,以便获取侦查破案所需要的证据材料。这样一来,“物证本位”取代“口供本位”就成为顺理成章的事情了。

七、“不得强迫自证其罪”与证据制度的完善

“不得强迫自证其罪”是一项重要的人权保障原则,同时它构成了“一项明智的和有益的证据规则”。〔48〕在美国,它作为一种宪法原则,通过有关判例被具体化为包括米兰达规则在内的一系列的证据规则。〔49〕这对以自由心证为基础的英美证据制度产生着深刻影响,并推动着英美证据制度的不断发展。我国证据制度虽然与英美证据制度有着不同的法律基础和价值取向,但某些具有科学性的证据规则并不是为特定的社会制度设计的。随着“不得强迫自证其罪”原则的确立,我国证据制度必将会得到不断完善和发展。

首先是证据价值观的转变。刑事诉讼价值是多元的,除了发现事实、正确适用实体法这一工具性价值外,还存在着正当程序这种程序自身的内在价值。两者总的来说具有一致性,但有时也会发生冲突。“不得强迫自证其罪”的权利配置则体现了刑事诉讼的正当程序和实质真实之间的基本矛盾。〔50〕它在保护犯罪嫌疑人、被告人的同时,也“强调发现真相”。〔51〕不过,它是同刑事诉讼注重程序之正当性联系在一起,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。〔52〕在它看来,只有犯罪嫌疑人、被告人的陈述是出于完全自愿的情况下,该陈述才具有可靠性,才有助于发现真相。因此,“不得强迫自证其罪”原则的确立,将意味着对真相的追求不能以侵犯犯罪嫌疑人、被告人的基本人权为代价。即在追求案件的客观真实时,不能以牺牲法律的正当程序为代价。这也就预示着,在运用证据的价值选择上,要从过去客观真实、实质合理的证据观,转变为法律真实、形式真实的证据观。

其次,控诉方的举证责任将进一步加强。按照证明责任原理,在刑事诉讼中,提供证据证明被告人有罪的责任由控诉一方承担,控诉方不得采用酷刑和其他非法方法收集证据;被告人有辩护的权利,却没有证明自己无罪的义务,不能因为被告人不能或者没有证明自己无罪而认定被告人有罪。〔53〕“不得强迫自证其罪”完全符合这一原理。在“不得强迫自证其罪”原则下,“禁止政府要求一个人非自愿地作为反对他自己或者提供反对他自己的证据。去控告并承担证明责任乃是政府的责任,被告人不能被强迫协助政府履行这一责任。”〔54〕该原则被认为“是对抗制中的基本原则”。它要求“政府企图对某人进行惩罚时,必须摆出由政府直接获得的证据,不得强迫嫌疑犯提供对其本人进行判罪的证据。”〔55〕与此相适应,“它禁止对被告人拒绝供认进行评论”,“不要从被告在逮

〔48〕 前引〔20〕,伦斯特罗姆编书,第208页。

〔49〕 参见姚莉:《美国判例中不受强迫自证其罪的特权及其相关规则》,《法学》2001年第12期。

〔50〕 前引〔4〕,陈光中等主编书,第278页。

〔51〕 前引〔38〕,阿马书,第164页。

〔52〕 前引〔15〕,宋英辉主编书,第102页。

〔53〕 参见卞建林主编:《刑事证明理论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第187页。

〔54〕 《布莱克法律大辞典》第5版,第1220页。

〔55〕 [美]爱德华·科文等:《美国宪法释义》,华夏出版社1989年版,第229页。

捕后拒绝与警察谈话,或者在庭审时拒绝作证中得出任何结论。”〔56〕我国1996年刑事诉讼法的修改,加强了控诉方的举证责任,但由于犯罪嫌疑人、被告人负有“如实陈述义务”,致使他们事实上承担着证明自己无罪的责任,并负担着为刑事追诉官员提供指控证据的义务。〔57〕“不得强迫自证其罪”原则的确立,将从根本上改变这一状况。从此以后,控诉方只能主动担负起收集证据并证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的全部责任,而不能再强迫犯罪嫌疑人、被告人供述或者提供证明自己无罪的证据,也不能再把破案的希望寄托在获取犯罪嫌疑人、被告人认罪的口供上面了。

再次,完善非法证据排除规则。在普通法上,自证其罪的概念仅仅适用于主体之间进行交流时所产生的信息,而不适用于事物性质的东西以及通过谈话的结果找到的东西。即不得强迫自证其罪原则仅保护具有言词性或语言交流性的证据,而不适用于一个人的身体构成或者实在证据与物证的来源。〔58〕但在现代西方国家,这一概念可以用来指代从被告人身上获得的任何事物,包括在侦查程序中获得的所有在被告人参加的情况下产生的证据,甚至是通过被告人陈述发现的实物证据。〔59〕也就是说,作为不受强迫自证其罪特权的适用范围,不仅包括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。〔60〕在我国,从立法上看,已经确立了非法证据排除规则,即凡是以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述、被害人陈述、证人证言,均不得作为指控犯罪的证据。〔61〕据此,对于上述非法言词证据,应予以排除,但对于非法实物证据的排除问题,则不置可否。随着“不得强迫自证其罪”原则的确立,这一问题将得到明确的回答。根据该原则,不仅非任意性供述要排除,非法手段取得的供述也要排除;不仅非法的供述要排除,强迫犯罪嫌疑人、被告人提供的证明其有罪的其他证据也要排除,包括非法搜查、扣押取得的实物证据和以“毒树之果”形式存在的衍生证据。

最后,证人作证制度的健全。在“不得强迫自证其罪”下,除犯罪嫌疑人、被告人享有不被强迫自证其罪的特权外,这一特权也适用于证人,即如果证人作证将使自己陷入归罪境地时,他有权拒绝作证。有资料显示,英国1969年审理查理斯国王时就将该特权扩大到了证人,美国联邦最高法院1924年判决第5修正案规定的反对自我归罪特权同样适用于证人。〔62〕意大利刑事诉讼法典第198条第2款则明确规定:“证人无义务就他可能因之而承担刑事责任的事实作证。”笔者认为,在我国适用这一原则时,当然也应包括证人,如果被传唤作证的证人认为其证言或者对被提问的问题的回答具有潜在性归罪的危险时,也可以引用该条款而拒绝作证。这样,立法在强调证人出庭作证的义务的同时,也为其提供了一种最低限度的保护。

八、结 语

古希腊智者普罗泰戈拉曾说过,人是万物的尺度。〔63〕承认并尊重每一个人的尊严和自由是“不得强迫自证其罪”原则的核心价值。在该原则下,犯罪嫌疑人、被告人拥有作为人的人格尊严,

〔56〕 前引〔20〕,伦斯特罗姆编书,第208页以下。

〔57〕 前引〔7〕,陈瑞华书,第244页。

〔58〕 前引〔33〕,华尔兹书,第170页。

〔59〕 David M. Pacicco and Lee Stuesser, *Essential of Canadian Law: The Law of Evidence*, Irwin Law, 1996, p. 154.

〔60〕 前引〔29〕,宋英辉文。

〔61〕 参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第62条、《人民检察院刑事诉讼规则》第265条。

〔62〕 前引〔9〕,王进喜书,第145页。

〔63〕 参见〔英〕罗素:《西方哲学史》上卷,何兆武、李约瑟译,商务印书馆1963年版,第111页。

享有人最基本的说话的自由。因此，反对自证其罪特权被誉为“是人类在通向文明的斗争中最重要的里程碑之一。”〔64〕美国联邦最高法院曾郑重地指出：“第五修正案中反对自我归罪条款反映了我们的许多基本价值和最高尚的精神。”〔65〕这充分表达了它对美国刑事诉讼乃至美国人的政治生活所具有的重要意义。许多西方国家与美国一样，通过刑事诉讼法甚至宪法确立了这项法律原则，并通过一系列的诉讼规则或者证据规则将之具体化和规范化，为被刑事控告者和证人提供了充分的人权保护。可以说，“不得强迫自证其罪”原则的确立，为现代刑事司法的民主性和文明性奠定了坚实的基础。

孔子曰：仁者，人也。中国有两千年的文明史，作为中华主流文化的儒学蕴含了丰富的人文精神，不仅要“爱人”，并要“泛爱众”，这种以人为本的思想也体现了中华文化尊重人、爱护人的理念。但两千年的刑事司法史却充满着刑讯逼供，“无供不录案”，反映出的是对人的尊严、自由和权利的漠视。不过，历史终究是历史，痛定思痛，“国家尊重和保障人权”终于在新世纪初被提升到了宪法高度，具体落实首当其冲的应当是刑事诉讼。我们盼望刑事诉讼法的修改不负众望，在我国刑诉法典中确认这一世界性的法律原则，这对当前进入艰难时期的中国刑事司法改革而言，其重要意义不言而喻。

〔64〕 R. H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination: The Role of the European Ius Commune*, 65 *New York University Law Review* 962 (1990).

〔65〕 *Murphy v. Waterfront Commission of New York*, 378 U. S. 52 (1964). 转引自前引〔20〕，伦斯特罗姆编书，第208页。