沉默权入法之证成与自愿供述制度之构建

——关于完善《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》第一百一十七条的思考

梁　成　意

(中南财经政法大学 法学院,武汉 430073)

摘要:《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》第四十九条、一百一十七条引发了"如实回答"的存废与沉默权是否入法的争论。由于既无法确定具体内容,也无保证履行的措施,更无不履行的法律责任,作为一项义务"如实回答"将形同虚设,应予废除。相反,无罪推定下的言论自由、不得自证其罪的逻辑推论、辩论原则的当然解释,都证成了沉默权。同时,司法实践表明,沉默权并不妨碍案件事实的查明。与沉默权相配合,将"坦白从宽"的刑事政策改造为"自愿供述,从轻处理"的司法制度,既有利于人权保障,也有利于查明犯罪事实。

关键词:《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》;如实回答;沉默权;自愿供述

中图分类号:DF73　**文献标志码:**A　**文章编号:**1000-5315(2012)02-0023-07

一　"如实回答"的存废与沉默权是否入法之争

经过专家论证与全民讨论,《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》(下文简称《草案》)已提交全国人大常委会审议。其中,第四十九条规定"严禁刑讯逼供和以其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪",第一百一十七条规定"犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答"。围绕这两个条文之间的关系,出现了两个争论焦点。

焦点一:"如实回答"的存废。学术界普遍认为,要求已失去自由、处于羁押状态下的犯罪嫌疑人"应当如实回答",是人身强制和精神强制的结合,无异于"强迫"其"自证其罪",与《草案》第四十九条"不得强迫任何人证实自己有罪"的规定相冲突,据此,"如实回答"应予废止[1]。以侦查部门为代表的支持论者认为,侦查机关行使侦查权,目的是查明犯罪事实、找出犯罪真凶、惩治犯罪,因此,犯罪嫌疑人应当如实回答侦查人员的提问[2]。

对此,笔者认为,基于保障人权的目的(第一条)①、无罪推定的原则和不得自证其罪的制度,"如实回答"应予删除。然而,"如实回答"确实有利于完成查清犯罪事实的任务(第二条)。解决这一矛盾的办法有二:一是通过价值衡量的方法,"弃卒保车",充分发挥一个制度的价值功能,而彻底否定另一制度的价值功能;二是充分保证一个制度的价值功能,设定新的制度取代另一制度,从而实现被废弃的制度所关涉的价值。基于比例原则的考量,本文选择第二种方法。具体说来,坚持"不得自证其罪"的原则,用"自愿供述"制度取代"如实回答"制度。

焦点二:沉默权是否入法。与"不得自证其罪"、"如实回答"直接相关,沉默权是否入法也引发了广泛、热烈的讨论。北京大学陈瑞华教授在接受《新世纪》周报记者叶逗逗、王和岩和罗洁琪的采访中认为,犯罪嫌疑人作为诉讼主体,享有宪法赋予的辩护权,自愿、理智、不受压迫是辩护权的内在之义,这也

收稿日期:2011-09-26

基金项目:本文为中南财经政法大学童德华教授主持的国家社科基金项目"递进式、抗辩式与耦合式犯罪构成论体系比较研究"(编号:32110107001)的阶段性成果。

作者简介:梁成意(1978—),男,湖北十堰人,中南财经政法大学法学院副教授。

意味着他既可以做认罪的回答,也可以保持沉默以及做无罪辩解;目前没有规定沉默权,又逼着犯罪嫌疑人如实供述,是对辩护权的践踏,即使加入了“不得强迫自证其罪”条款,也容易落空[3]。全国人大常委会委员任茂东在接受《人民日报》记者宋伟采访时认为,只有有条件地确立沉默权制度,才能有效遏制刑讯逼供[2]。侦查机关对此反应十分强烈,“沉默权入法,法规超前,难以驾驭和执行,将妨碍惩治犯罪。拥有侦查权的公安机关、检察机关,承担着查办案件的巨大责任和巨大风险。沉默权入法,无疑让侦查机关办案成本大幅提高,现有侦查方式面临巨大挑战”[2];沉默权入法意味着排斥了警察的讯问权,会放纵犯罪,进而对公共安全造成危害,同时使被害人失去救济机会,这对被害人来说往往是不公平的[2]。

对此,笔者认为,实践中,针对侦查人员的讯问,犯罪嫌疑人呈现出三种事实状态:沉默、自愿回答、强制回答。这三种事实状态可以转化为三种法律状态:沉默权、自愿供述的自由、应当回答的义务。“应当回答”的义务具体表述为“应当如实回答”。就三种状态之间的关系来看,“如实回答”的义务与沉默权、自愿供述的自由不相容,沉默权与自愿供述的自由相容。因此,要证成沉默权,首先须证伪“如实回答”的义务。

二 “应当如实回答”之证伪

笔者以为,根据刑事诉讼法相关制度与法学基本理论,“应当如实回答”是个伪命题,主要理由如下。

首先,无法或无权判定“回答”是否如实。案件事实都是发生在过去的,无法彻底、完整地再现于办案人员的面前,但办案人员能够通过证据去基本再现案件事实,查明案件真相。因此,证据是认识主体(办案人员)发现案件事实的唯一手段。因此,刑事裁判的逻辑过程是:寻找证据证明案件事实并依法裁判。这一过程充分体现了现代诉讼制度的证据裁判主义。根据刑事诉讼法的规定,“回答”可能成为证据,用来证明案件事实。“如实”中的“实”可以理解为案件事实,而案件事实正是证据所要证明的对象。“如实回答”要求回答的内容能够客观、真实地反映案件事实。这样,证据要证明的对象成为检验证据的内在要求,违背了证据裁判主义的诉讼过程。简单地说,在裁判形成之前,案件的法律事实未能确认,案件的客观事实全部或部分存在于犯罪嫌疑人心中,局外人无从知晓。因此,无论犯罪嫌疑人如何回答,侦查人员都无法有效判断“回答”是否“如实”。在实践中,侦查人员往往主观臆想“如实”的具体内容,只要“回答”与其臆想不符,就会无休止地讯问,有时甚至不惜采取暴力等非法方式。

另外,即使侦查人员能够判断“回答”是否“如实”,但由于对“如实”的判断必然关涉“回答”的客观性与关联性,进而可能涉及“回答”的证明力问题。然而,根据自由心证的原则,证据的证明力,由法官自由判断②。因此,侦查人员无权判断“回答”是否“如实”。

其次,无保证“如实回答”的有效措施。为了保障义务的履行,规范法学认为,法律秩序决定某人负有义务的行为,它就同时决定了另一个人的行为,通常就称之为这另一个人具有这种行为的权利(在公法中,表现为“权力”)[4]87。简言之,一个主体的义务必须(也必定)与另一主体的权利(在公法关系中表现为“权力”)相关联。据此分析,既然设定了犯罪嫌疑人“如实回答”的义务,也必须设定侦查机关为实现义务所享有的权力,特别是当义务不履行(即不如实回答)时所享有的强制性权力。然而,《草案》第四十九条规定“严禁刑讯逼供”,第一百一十七条规定的“应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定”,《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》第六十一条规定“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,不能作为定案的根据”。这些规定都告知侦查机关不得如何讯问,属于义务性规定。纵观整个刑诉法,都没有赋予侦查机关可以采取的讯问方式以及不回答时可以采取的措施。这些权力性规范的缺失,既不符合法律规范的内在结构,也不能有效促使犯罪嫌疑人“如实回答”。

值得注意的是,原《刑事诉讼法》第四十三条规定“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》第六十一条也特别强调了“以威胁、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”的非法性。然而,《草案》四十九条规定“严禁刑讯逼供和以其他非法方法收集证据”,将“以威胁、引诱、欺骗的方法收集证据”删除。这一修改仅意味着用语的

精炼(即“以其他非法方法”包括“威胁”、“引诱”、“欺骗”),还是别有所指(如默认侦查机关可以“以威胁、引诱、欺骗的方法”获取口供),这些问题值得思考③。

最后,不回答或不如实回答无法律责任。凯尔森认为,“违法行为是条件,制裁则是结果。法律规范中连结条件与结果之意义则是‘应然’”[5]290。可见,一个禁止性法律规范是由对违法行为的描述、对相应制裁的表述以及连接这两者的“应然”所构成的。然而,《草案》第一百一十七条仅规定“如实供述自己罪行可以从宽处理”,没有明确规定不回答或不如实回答的后果。对于一个有着“坦白从宽、抗拒从严”悠久传统的国家,以法的形式肯定“坦白从宽(如实供述自己罪行可以从宽处理)”,不提“抗拒从严”,实际上对后者做了否定评价。因此,不回答或不如实回答无法律责任,也无否定评价。另外,为了维护诉讼秩序,完成诉讼的任务,《刑法》专节规定了“妨害司法罪”。然而,“不如实回答”不是妨害司法的犯罪行为,也无需承担相应的刑事责任。

综上所述,一个既无确定具体内容,也无保证履行的措施,更无责任的义务,不是真正意义上的法律义务。因此,“应当如实回答”是个伪命题,即使规定,也将形同虚设。

三　沉默权之证成

“应当如实回答”在法律上的不成立,为沉默权入法清除了障碍。在现有的制度框架下,应该明确规定沉默权,理由如下。

首先,无罪推定下的言论自由④。贝卡利亚认为:“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约,社会就不能取消对他的公共保护。”[6]37据此,无罪推定的核心内涵有二:一是未经判决,任何人都是无罪的;二是无罪人权利应当受法律保护。基于“打击灵魂而非肉体”⑤的现代法理念,无罪本质上是灵魂无罪。因此,宁可身体被强制,灵魂也不能受限制。在法律制度上,不受限制的灵魂表现为思想与言论的自由。说不说、说什么、以何种方式说都是言论自由的范畴,而沉默是一种不说的状态,属于言论自由的范围。我国《宪法》第三十五条也规定了言论自由,未剥夺政治权利的犯罪嫌疑人当然享有言论自由。在刑事诉讼的过程中,适当限制犯罪嫌疑人的身体自由是必要的,但限制言论自由,将“如实回答”作为一项义务,既违背了宪法的规定,也不能实现立法者的预期目的(前文已经做了阐述)。相反,在刑事诉讼法中规定沉默权,既可落实宪法的基本要求⑥,也符合刑事诉讼的价值。

其次,不得自证其罪的逻辑推论。《草案》公布后,多数观点认为“如实回答”与“不得自证其罪”矛盾,应该删除,笔者赞同此观点。但“不得自证其罪”与“沉默权”之间的关系仍是争论的热点。一种观点认为“不得强迫自证其罪”不等于沉默权[7],另一种观点认为不得强迫自证其罪与沉默权“差不多”[8]。笔者认为对于二者之间的关系,不能简单地用“等于”或不等于加以概括。在美国,1966 年美国联邦最高法院在“米兰达诉亚利桑那州(Miranda v. Arizona)案”中,基于“宪法第五条修正案”⑦中的“不得在任何刑事案件中被迫自证其罪”之规定,确立了“米兰达规则”(Miranda warnings)。自此,原来的“默示沉默权”正式升格为“明示沉默权”。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国际公约》(下文简称《公约》)(International Covenant on Civil and Political Rights)第十四条第三款规定:“受刑事追诉的人不被强迫做不利于自己的证言或强迫承认犯罪。”各国为了落实该款之规定,都明确规定了沉默权。无论是美国联邦最高法院的解释,还是《公约》的实践,都说明“不得自证其罪”是沉默权的上位概念,即前者蕴含着、默示着并可以推论出后者。

然而,与将“不得自证其罪”直接转化为“沉默权”的国际通行做法不同,《草案》直接照搬了《公约》的相关表述,并通过“如实回答”制度,不仅没有明示沉默权,而且还否定了沉默权。然而,如果不确立沉默权制度,仍难以改变以“口供”为主的侦查方向,“不得自证其罪”的立法目的难以实现。相反,“如果确立了沉默权制度,将从根本上改变侦查机关的侦查方向,即从以口供为主,转向搜集实物证据为主”[8]。

再次,作为抵抗权的辩论权的当然解释。在诉讼法史上,有过两次重要转型,第一次是司法权与行政权相分离,第二次是控诉权与审判权相分离,这两次分工最终形成了控诉、辩护、审判三足鼎立的现代诉讼格局。然而,辩护职能的形成和发展对于这一诉讼格局的最终型塑起着决定性的作用,是现实司法正义的关键⑧。辩护权是人类反抗权的重要内容

之一。根据近代西方的自然法思想和社会契约理论,人人享有某些不可剥夺的天赋人权,如自由、财产、安全和反抗压迫等等,这些最基本的人权在人类社会的各个领域中都应该得到尊重和体现,包括在诉讼领域之中,辩护权正是反抗权在刑事诉讼领域的延伸和彰显[9]。据此,尽管辩论原则有多重功能,但在无罪推定与控辩平等的价值下,辩论权首先是一种针对控诉权的积极、主动的抵抗权。沉默是一种放弃抵抗的消极状态,依据当然解释,虽然法律没有明示这一状态,但依照形式逻辑、规范目的及事务属性的当然道理,该状态应该在抵抗权的范围之内[10]44。简言之,拥有积极、主动的抵抗权,当然也有不抵抗的权利。沉默权当然属于不抵抗的权利。

最后,沉默权不妨碍案件事实的查明。在我国,反对沉默权入法的主要是侦查机关,他们认为如果规定沉默权,侦查就会缺乏必需的突破口与线索,增加侦查难度。从心理学上看,每个人都有说话的欲望,让一个人保持沉默特别是长时间保持沉默是很难做到的。在刑事诉讼中,不论是否确实有罪,犯罪嫌疑人、被告人一般都有为自己辩护、辩解甚至掩盖事实、推卸责任的内心欲望和实际需求,因此很难保持沉默[11]。实践证明,即使规定了沉默权,绝大多数犯罪嫌疑人也会自愿坦白。在国外如此⑨,在中国也是如此⑩。据此,沉默权对案件事实的查明影响不大。

纵观世界,确认沉默权已是一种趋势,中国刑事诉讼法的修改应该顺应这种趋势。在顺应这种趋势时,还应强化两个基本信念。(1)"凡原则,总有例外","凡权利,必有限制"。原则总是特定情境下的原则,普适性的原则不存在,因此例外情形不可避免。权利既附带义务,也受其他权利的制约。因此,沉默权的例外规定与适当限制不可避免。这不仅不应该成为阻碍沉默权入法的理由,相反应该是沉默权走向成熟的重要标志。(2)法治是有风险的,命案未必能破。在法治社会,法律救济是建立在事后法定证据的基础上的。证据的法定性与事后性,决定了有些案件的事实永远无法查明,因此在某些情况下法律未必能"惩恶扬善",这就是法治的风险。相反,一味追求实体正义,漠视法治风险本身的必然性与正当性,势必走向法治的反面。近些年来的冤假错案,也沉默地说明漠视法治风险,一味追求实体正义,对法治的创伤是何其巨大。在这一意义上,有些案件查不清是可以理解的,相反追求案案查清、案案有说法的"完美境界",对法治可能带来极大的创伤。笔者认为,命案必破是作茧自缚,反对沉默权入法就是这种作茧自缚的必然结果。

综合本文第二部分与本部分的论述,《草案》一百一十七条第一款:"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。"应该修改为:"侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,犯罪嫌疑人有沉默的权利,但法律有规定的除外。"

四　自愿供述制度之构建

"查清案件事实"是我国刑事诉讼的重要任务(见第二条),"如实回答"制度既不能很好地完成这一任务,也有违相关诉讼制度。因此,为了尽可能地抵消沉默权对侦查效率、打击犯罪的消极影响,建立"自愿供述"(也可以称为"坦白")的鼓励机制,既必要也可行。《草案》一百一十七条第二款规定"侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定",是本次修改新增的内容。立法者的原意可能是想将"坦白从宽"法定化,鼓励犯罪嫌疑人坦白。这一规定有进步意义,但也有两点不足:第一,由于第一款规定了如实回答的义务,紧接着第二款规定"坦白从宽",极易给人"抗拒从严"的心理威胁,这种心理威胁既不符合良心自由的道德原则,也不符合无罪推定的诉讼原则;第二,尽管"坦白从宽"法定化了,但毕竟"从宽"不是一个严格的量刑术语。

为此,《草案》一百一十七条可修改为:"犯罪嫌疑人自愿供述侦查机关尚未掌握的与本案有关且对定罪量刑有影响的犯罪事实的,应该从轻处理。"对于这一规定有四点需要说明:第一,自愿供述既包括在侦查机关讯问下的自愿回答,也包括在没有侦查机关讯问之时的主动交代;第二,自愿供述的犯罪事实一定要是侦查机关尚未掌握的,即事后确认不属于自愿供述,不得从轻处罚;第三,自愿供述的犯罪事实一定要与本案有关,自愿供述与本案无关的其他犯罪事实,可构成自首或立功;第四,自愿供述的犯罪事实一定要对定罪与量刑有影响,无影响的不成立自愿供述,不得从轻处罚。笔者认为,这样规定

的主要理由如下。

第一,宪法上的理由。正如前文所述,在无罪推定的原则下,犯罪嫌疑人或被告人都是无罪的,享有宪法上的言论自由。“自愿供述”属于言论自由的范畴,因此刑诉法赋予犯罪嫌疑人或被告人“自愿供述”的自由,具有宪法上的正当性。

第二,刑法上的理由。针对罪刑相适应原则,刑事古典学派(简称“旧派”)与刑事社会学派(简称“新派”)形成了行为刑法与行为人刑法的对立。旧派认为应以客观的犯罪事实为论罪科刑的基础,主张罪刑相适应;新派认为应根据犯罪人的人身危险性大小决定刑罚轻重,实行刑罚个别化。我国刑法采取了折中方案,既考虑犯罪事实,主要通过分论中的具体罪状以及与之相适应的刑事责任来实现,也考虑个别犯罪人的人身危险性,主要通过总论中自首、立功、缓刑、假释等刑法裁量制度来实现。犯罪人的人身危险具有动态性,通过犯罪后一系列的心理、行为展现主观罪过的变化过程。主观罪过的动态性,决定了刑法裁量的动态性,当主观罪过减轻,与之相适应,刑罚也应该减轻。这是罪刑相适应原则的重要体现。犯罪嫌疑人自愿供述自己的犯罪行为,是悔罪的重要表现,说明主观罪过较轻,人身危险性不大。根据罪刑相适应原则的刑罚个别化之要,理应从轻处理。

另外,刑罚的改造功能也是近代西方启蒙思想家所大力倡导的,格老秀斯明确提出惩罚的第一目的是改造:“关于惩罚的第一目的,就象保罗、普鲁塔克和柏拉图所说的‘改造’。惩罚的目的就是使一个罪犯变成一个好人。”⑪ 在中国,毛泽东说,“我相信人是可以改造好的”,“许多犯罪分子是可以改造好的,是能够教育好的”⑫。因此,“刑罚的严厉程度应该只为实现其目标而绝对必须”。当罪犯的人身危险性已经降低,应该减轻其刑事责任,严厉的刑罚已经不必要。相反,在人身危险性已经降低的情况下,不减轻其刑事责任,不仅不能“唤醒与强化国民对法律秩序的信赖与维护”[10]410,还可能因为长时间的限制人身自由与社会脱节,甚至再次走上犯罪的道路。因此,就刑罚的改造功能而言,自愿供述犯罪事实的,也应从轻处罚。

第三,刑事政策上的理由。在我国,“坦白从宽,抗拒从严”是一项重要的刑事司法政策。坦白是指犯罪嫌疑人或被告人在其犯罪行为被司法机关发现后,自愿如实交代自己的罪行的行为。从宽是指从轻、减轻或免除处罚。从理论上看,这一政策既有利于查清案件事实,也有利于实现刑罚的改造功能。然而,纵观我国刑罚的规定,自首与立功是法定的从轻、减轻或免除刑罚的情节,犯罪嫌疑人或被告人的认罪态度不是法定量刑情节,因此在实践中往往将其作为酌定量刑情节。在实践中,这一政策更是走向了反面,以至于有“坦白从宽,牢底坐穿;抗拒从严,回家过年”的民谣。“自愿供述,从轻处理”之规定,不仅将“坦白从宽”法定化,还明确了“从宽”的内涵,从而将“坦白”由量刑的酌定情节提升为法定情节。这一质的飞跃,不仅弥补了刑法的结构性缺陷,也构建起新的坦白、自首、立功“三位一体”的从宽政策法律体系[12]。

沉默权与自愿供述制度一起肯定了“坦白从宽”,否定了“抗拒从严”,真正形成了“坦白从宽,抗拒无罪,沉默是权”的刑事司法理念。这一理念不仅有利于人权保障,而且通过鼓励犯罪嫌疑人认罪,也有利于查清案件事实。

综上所述,建议将《草案》一百一十七条修改为:“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,犯罪嫌疑人有沉默的权利,但法律有规定的除外。”“犯罪嫌疑人自愿供述侦查机关尚未掌握的与本案有关且对定罪量刑有影响的犯罪事实的,应该从轻处理。”确认沉默权,建立自愿供述制度,既能切实贯彻人权保障之价值,也能有效完成查清案件事实之任务,岂不两全齐美?

注释:

①《中华人民共和国刑事诉讼法》第一条规定:“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法。”顾永忠教授认为应该将“保护人民”修改为“保护人权”(参见:顾永忠《对“刑事诉讼法修正案(草案)”十个建议》,《新京报》2011 年 9 月 17 日)。笔者支持这一建议。无论《草案》最终是否采纳这一建议,“保护人权”是我国刑事诉讼法的基本价值,已无异议。

②自由心证要求,不仅一个个孤立的证据能够证明何种事实以及证明程度如何,由法官自由判断,而且所有证据综合起来能

否证明犯罪事实或其他有关事实以及证明程度如何,也由法官自由判断。在相互矛盾的证据中确定何者更为可信,同样由法官自由决断,不受其他限制。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。

③这一变化引起了广泛关注。全国人大常委会委员金硕仁认为:"草案修改导致法条规定过于笼统,缺少对侦查人员滥用侦查权的针对性限制,建议继续保留原有的'以威胁、引诱、欺骗'。"参见:宋伟《证据制度重修:两点多,争议大》,《人民日报》2011 年 9 月 14 日。

④《草案》第十二条规定:"未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。"顾永忠教授认为"无罪推定原则应当实至名归",因此建议此条修改为:"任何人经人民法院依法判决确定有罪之前,应当被视为无罪。"(参见:顾永忠《对"刑事诉讼法修正案(草案)"十个建议》,《新京报》2011 年 9 月 17 日)。笔者以为,要想真正的实至名归,应该修改为:"任何人经人民法院依法判决确定有罪之前,都是无罪的。"这样,无罪既是事实上的无罪,也是法律上的无罪。

⑤福柯说:"在过去两百年间,刑罚的严峻性不断减弱,这是法律史学家所谙熟的现象。但是在很长的一段时间里,人们统统地视之为一种数量现象:更少的残忍,更少的痛苦,更多的仁爱,更多的尊重,更多的'人道'。实际上,与这些变化伴随的是惩罚运作对象的置换。""既然对象不再是肉体,那就必然是灵魂。曾经降临在肉体的死亡应该被代之以深入灵魂、思想、意志和欲求的惩罚。马布利明确彻底地总结了这个原则:'如果由我来施加惩罚的话,惩罚应该打击灵魂而非肉体。'"参见:(法)马歇尔·福柯《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,北京三联书店 2004 年版,第 17 页。

⑥笔者认为,有"小宪法"之称的刑事诉讼法,在修法的过程中应该全面贯彻宪法的具体制度与基本精神,即宪法明确规定的,应该贯彻落实;宪法没有规定,但体现了宪法价值的问题,应该适时地予以体现。

⑦美国宪法第五条修正案规定:"无论何人,除非根据大陪审团的报告或起诉,不得受判处死罪或其他不名誉罪行之审判,惟发生在陆、海军中或发生在战时或出现公共危险时服现役的民兵中的案件,不在此限。任何人不得因同一罪行为而两次遭受生命或身体的危害;不得在任何刑事案件中被迫自证其罪;不经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由或财产。不给予公平赔偿,私有财产不得充作公用。"

⑧"司法正义——不管是社会主义、资本主义或是其他任何种类的,都不仅仅是目的,而且还是一种程序;为了使这一程序公正地实行,所有被指控犯罪的人都必须有为自己辩护的权利。"参见:(美)艾伦·德肖薇茨《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社 1994 年版,第 5 页。

⑨据资料统计:1997 年日本嫌疑人的自白率为 92.3%。在美国,1994 年各州初审法院的有罪判决有 89%是通过认罪协商的方式作成的,在重罪案件的有罪判决中,被告人做认罪协商的比例也高达 80%,同年在联邦地方法院的有罪判决中,被告人做认罪协商的达 91%。德国刑事诉讼中,嫌疑人、被告人很少沉默,在审前不起诉程序中,有 63%嫌疑人悔罪,自 1989 年以来通过德国正式审判程序处理的案件仅占总数的 14%左右,但在法庭上将近有一半的被告人在法庭上供认有罪。英国刑事法专家米克尔 1978 年从沃色斯特(Worcester)刑事法院随机抽取 400 件案件进行统计表明,仅有 4.3%的嫌疑人在诉讼程序中始终保持沉默,70%的作了供认,另外 14%的虽未作充分供认,但也做了有利定罪的陈述。1987 年在伦敦大都市警察局对 1558 个案例进行的调查研究表明,只有 6%的嫌疑人拒绝回答警察提出的任何问题,6%的嫌疑人拒绝回答与被调查犯罪有关的问题。英国皇家刑事司法委员会 1993 年的调查报告指出,行使沉默权的只是少部分案件,在警察局保持沉默的嫌疑人大部分后来都作了有罪答辩或者被判有罪。见:陈希勇《"坦白从宽,抗拒从严"的反思》,http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php? id=71946,访问时间 2011 年 9 月 24 日。

⑩顾永忠教授调查发现,接受辩护的被告人中,有 93%的人在侦查阶段就承认了犯罪。相反,对于不愿认罪的犯罪嫌疑人,即使刑事诉讼法第九十三条规定"应当如实回答"侦查人员的讯问,他们仍然不肯认罪。例如,有 7%的被告人从侦查阶段一直到审判阶段始终都不认罪,对于这部分人主要还是要靠其他证据进行定案。参见:顾永忠《理性、务实完善刑事辩护制度》,《国家检察官学院学报》2011 年第 4 期。

⑪转引自:刘麟生译《朗伯罗梭氏犯罪学》(二),商务印书馆 1929 年版,第 143 页。

⑫转引自:金鉴主编《监狱学总论》,法律出版社 1997 年版,第 486 页。

参考文献:

[1]顾永忠.对"刑事诉讼法修正案(草案)"十个建议[N].新京报,2011-09-17.

[2]宋伟.证据制度重修:两点多,争议大[N].人民日报,2011-09-14.

[3]叶逗逗,王和岩,罗洁琪.博弈刑诉法[J].新世纪,2011,(34).

[4](奥)凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵译.北京:中国大百科全书出版社,1996.

[5](奥)凯尔森.纯粹法理论[M].张书友译.北京:中国法制出版社,2008.

[6](意)贝卡利亚.论犯罪与刑罚[M].黄风译.北京:中国法制出版社,2005.
[7]杜萌.专家解刑诉法大修:不得强迫自证其罪并非沉默权[N].法制日报,2011-09-19.
[8]王和岩.不得自证其罪进草案　沉默权制度未纳入[EB/OL].(2011-09-24).http://china.caixin.cn//100303771.html.
[9]管宇.刑事诉讼视角下辩护权界说[J].政法论坛,2007,(6).
[10]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2003.
[11]顾永忠.理性、务实完善刑事辩护制度[J].国家检察官学院学报,2011,(4).
[12]何泉生,唐兢."坦白从宽"立法的必要性与立法建议[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2009,(5).

The Construction of the Right of Silence into Law and the System of Voluntary Confession

LIANG Cheng-yi
(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, Hubei 430073, China)

Abstract: Article 49 and 117 of "Amendment to Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (draft)" have triggered the debates about whether to abandon "Answer Truthfully" and the right of silence should be put into law or not. There is no assurance of specific contents, as well as no measures of execution, and even no legal liability of not fulfilling, so "Answer Truthfully", as an obligation, will become useless and should be banished. Conversely, freedom of speech under the presumption of innocence, logical inference of forbidding self-incrimination, and due explanation of debate principals, have all become the right of silence. Meanwhile, judicial practice indicates that the right of silence will not interfere with the identification of case facts. In coordination with the right of silence and to transform the criminal policy of leniency if confess frankly to a judicial regulation of leniency if confess voluntarily will be conducive to protect human rights, as well as to identify the facts of crime.

Key words: "Amendment to Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (draft)"; answer truthfully; right of silence; confession voluntarily

[责任编辑:苏雪梅]