

沉默權與中國的刑事訴訟法

◎ 陳 真

一 我國刑事訴訟法是否規定了沉默權¹

持肯定觀點的學者認為，沉默權在我國刑事訴訟中是客觀存在的。其理由是：（1）從辯護的角度看，沉默權是客觀存在的，根據《中華人民共和國刑事訴訟法》（以下簡稱「刑事訴訟法」）第93條的規定，犯罪嫌疑人、被告人享有辯護權。辯護是一種權利，既可以行使，也可以不行使（放棄），而放棄辯護的權利，用不著說話，因此，也就是享受了沉默權。（2）從如實回答義務角度看，沉默權是客觀存在的，刑事訴訟法第93條雖規定「犯罪嫌疑人對偵查人員的提問，應當如實回答」，但是刑事訴訟法並未規定不如實回答應當承擔什麼法律後果，這表明法律允許犯罪嫌疑人沉默；並且，刑事訴訟法第46條規定：「沒有被告人供述，證據充分確實的，可以認定被告人有罪和處以刑罰。」這條規定表明，定罪和處罰並不非有犯罪嫌疑人、被告人的供述不可，即使不供述，也完全能憑其他的證據定罪判刑。這從另外一個方面證明允許犯罪嫌疑人、被告人沉默。（3）從客觀規律看，沉默權也客觀存在。該論者認為：「客觀規律表明，沉默權在我國的刑事訴訟中從來沒有被剝奪，任何主體也不應該試圖去剝奪，無論是否受到重視，沉默權的客觀存在是不能否認的。」其理由是：「從人的正常心理反應的一般規律來說，……當問題提出後，被訊問者首先面臨的選擇是『沉默』或者是『回答』，只有作出『回答』的決定後，才能面臨第二步選擇：『如實回答』或者是『虛偽回答』，對第二步選擇的限制，不能推為對第一步選擇的限制」（4）從形式邏輯學的一般規律來看……由於『如實回答』與『沉默』根本不是同一屬概念的兩概念，二者之間不能成立矛盾關係。『如實回答』的『是』不等於沉默是『非』，肯定如實回答的義務，不能當然地否定沉默的權利。」（5）從法律淵源的一般規律來說，凡我國參加的國際條約即是我國法律的一部分，到目前為止，我國簽署涉及人權問題的國際條約時，從未對有關沉默權的條款聲明保留。這表明沉默權與我國的刑事訴訟的法律，政策絕不衝突。²

筆者認為，無論從形式還是實質的角度，我國都沒有確立沉默權制度。第一個理由與前文的觀點犯了同樣的錯誤，因為沉默權的內容並不僅僅局限於緘口不說這一種形式，還包括更豐富更廣泛的含義，在行使沉默權的目的方面，並不是自我放棄辯護權，而是要更好地行使沉默權，如果沉默權僅限於緘口不語，在任何時代，甚至封建時代刑訊逼供橫行時，也總會有那麼幾個硬漢子與司法機關進行意志的較量，但並不能說他享有沉默權。總之，需要重申的是，沉默不等於沉默權，沉默並不是要放棄辯護權，而是行使辯護權的最佳保護措施。

1998年我國政府簽署的《公民權利與政治權利國際公約》第14條第3項規定，「任何受到刑事指控的人有權不被強迫自證其罪或供認罪行」，有學者認為「其功能僅是為了禁止刑訊逼供，不能推導出被告人享有沉默權的結論，其實，沉默權制度僅是英美等西方國家予以確認

的制度，並非公約的要求」。這實際是對此條原則的誤解，因為沉默權現在已經成為國際刑事訴訟的基本要求。我國參加的條約，明確規定沉默權的國際司法準則文件，有《聯合國少年司法最低限度標準規則》（北京規則）第7條有被告人保持緘默的權利。⁴到目前為止，我國政府未對有關沉默權的有關條款聲明保留，僅僅意味著我國有責任和義務去落實和履行義務，⁵而不能從反面肯定我國已存在沉默權，這種觀點實質是把應然的東西當實然的東西。

有學者從形式邏輯的角度反駁第三點和第四點理由。認為無論是回答也好，還是如實回答也罷，其實質是開口說話，它與緘口不說的沉默是矛盾對立的兩個方面，法律規定了應當「如實回答」，當然就否定了不回答，即否定了沉默，從形式邏輯學的角度，如實回答是回答中的一種情況，而『回答』與『沉默』二者是對立的。⁶筆者認為，二者都缺乏深層次的分析而流於表面化，根本的問題是：沉默權與如實回答義務是一對非此即彼、相互對立的概念嗎？

二 沉默權與如實回答義務的立法爭論

在修改刑事訴訟法的過程中，圍繞新的立法如何對待如實回答義務的規定和國際上廣泛認可的沉默權，出現三種觀點：一種觀點反對立法上確認沉默權，主張保留關於「供述義務」的規定，其主要理由是：（1）要求犯罪嫌疑人、被告人如實回答偵查、起訴和審判人員的提問，有利於實現刑事訴訟的目的，無論控制犯罪還是保障人權，均有積極意義，對有罪者，責令其如實交待罪行，有利於及時、準確地查明案情，也助於判明其認罪態度以供量刑時參考，對無辜者，要求他積極與專門機關配合，有利於查明事實真相，使其儘早脫離訴訟，並有利於查獲真正的犯罪人；（2）要求犯罪嫌疑人、被告人如實回答，與其在刑事訴訟中的地位是相互吻合的，由於犯罪嫌疑人，被告人對自己是否犯罪以及犯罪的全部情況最為清楚，其供述和辯解是最重要的證據來源，對於口供，既不可視之為「證據之王」，也不可走向另一端，忽視其特有的證據價值，而賦予犯罪嫌疑人、被告人沉默權，應當看到，要求其如實回答，對於偵查、檢察和審判人員收集、核實證據，從而形成正確的認識起著重要作用，立法上要求犯罪嫌疑人、被告人如實陳述，有利於破獲案件，有利於刑事訴訟的順利進行；

（3）規定犯罪嫌疑人、被告人如實回答提問，有利於貫徹區別對待的刑事政策；（4）規定如實回答的義務不等於允許刑訊逼供，而取消如實回答的義務，代之以沉默權並不能有效地遏制刑訊逼供等非法取證行為；（5）儘管世界各國刑事訴訟立法中普遍賦予犯罪嫌疑人、被告人沉默權，但這並不意味著我國也應當加以照搬，對待外國法律文化的正確態度應當是取其精華，去其糟粕，賦予犯罪嫌疑人、被告人沉默權實際上意味著鼓勵其拒不陳述，這樣做從根本上講不利於刑事訴訟目的的實現。⁷這種觀點對於沉默權是典型的否定說。第二種觀點針對我國刑事訴訟法中「應當如實回答」的規定提出的尖銳的批評，指出二者之間完全對立，水火不相容，允許行為人行使沉默權，也就抵消了「應當如實回答」的義務，反之，如果法律要求履行如實回答的義務，那麼就意味著法律決不能再賦予沉默權，如引進沉默權，必須取消「應當如實回答」的要求。⁸第三種觀點認為，立法上規定犯罪嫌疑人，被告人應當如實回答，不利於遏制司法實踐中的非法取證現象，而且有悖於世界刑事訴訟制度的總體趨勢，而賦予其沉默權又有鼓勵犯罪嫌疑人、被告人不陳述之弊，客觀上將導致刑事案件的辦理難上加難，不利於扭轉社會治安日趨嚴峻的局面，因此，立法上不宜對此作出明確規定，這種觀點的實質在於從理論上認可沉默權的合理性，但覺得中國目前做不到，因而主張立法上回避這個問題，是一種折衷的觀點。⁹無論何種觀點，其共同的前提是認為沉默權與如實回答的義務是對立的、矛盾的，而不是有機統一的，這種觀點的弊端在於形式主義、片面的而

不是辨證的看待問題。

三 沉默權與如實回答

刑事訴訟法第93條規定：「犯罪嫌疑人對偵查人員的提問，應當如實回答，但是與本案無關的問題，有拒絕回答的權利。」筆者認為，被告人應如實回答偵查人員的訊問，僅僅是立法對犯罪嫌疑人和被告人的一種宣言式的法律忠告，義務，如果沒有具體的措施實施，就如懸掛在天空的漂浮物，是沒有任何意義的，充其量只是沒有強制性的義務，我國雖沒有明確規定沉默權，但在實體刑法上，並沒有相應的法律條文規定被告人不如實回答應承擔何種責任。有學者反對此種觀點，認為，雖然刑事訴訟法未規定對不如實回答應承擔不利的法律後果，但是，根據「坦白從寬，抗拒從嚴」的政策，即使對其不以抗拒論處，起碼也不能以坦白論處，還可能因沒有卓有成效的辯解，無法查明其從輕、減輕處罰的情節，最終對他不不利，加之我國刑法規定的法定刑幅度大，如搶劫罪，可以在3年以上10年以下判處，或者10年以上直至死刑判處，對於犯罪嫌疑人，被告人始終守口如瓶，緘口不說的態度，在法官的心理上就可能產生不良反映，評議量刑時很有可能發表偏重的意見，這就在實質上對犯罪嫌疑人不利，因此，說犯罪嫌疑人即使不如實回答也不承擔法律後果，與我國的司法實際是不完全相符的。¹⁰鑒於此，筆者認為，不如實回答不是坦白，這是毫無疑問的，對於和國家合作的被告人受到與抗拒的被告人的不同待遇，對國家和個人都是公平的。只要在法定刑的幅度內量刑，就不能認為違背了罪刑法定原則，如果說有錯誤的話，只能歸罪於立法。實際的司法，對被告人產生不利的影響，在大陸法系的證據制度下，實行法官的自由心證。要避免對被告人的不利判斷，是不可能的。多數的學者認為，沉默權與如實回答的義務，是一對非此即彼的概念，這種觀點的著重點在於強調自我歸罪，而不是著眼於被迫，自我歸罪在司法活動中，是一種受到鼓勵的行為，本質上，二者並不是互相矛盾的東西，是否對立，取決於訴訟理論，證據制度和許多更深層次的東西。

應當看到，如實回答並不一定導致沉默權的喪失；相反，具有沉默權的國家，反而要求如實回答。大陸法系的理論，認為犯罪嫌疑人、被告人有權說謊，「被告人不僅可以保持沉默，而且可以說謊，通過否認、歪曲事實真相以試圖避免自證其罪或逃避受到定罪的後果，並且這樣做時，被告人不會被指控有偽證罪而受到處罰。」¹¹相反的是，英美法系的國家，雖明確規定了沉默權，但如果被告人放棄沉默權而自行行使辯護時，其訴訟地位是辯護方的一名證人，此時被告人負有不得作偽證的義務，英國成文法甚至規定，若被訊問人放棄沉默權而回答訊問，任何人不得作虛偽回答或者導致發生錯誤的情報，因此致使警察浪費精力的，構成簡易罪。¹²因此，如實回答義務並不是和沉默權相對立的，甚至是可以溶為一體的。另外，如實回答，並不等於可以強制供述，我國刑事訴訟法第43條規定「審判人員、檢察人員、偵查人員必須依照法定程式，收集能夠證實犯罪嫌疑人、被告人有罪或者無罪，犯罪情節輕重的各種證據。嚴禁刑訊逼供……收集證據」，儘管事實上通常導致如此。

刑訊逼供雖然與沉默權有關，但不能認為缺少沉默權是刑訊逼供最本質的根源，即使實行沉默權的國家，也不能有效的遏制警察的強制。美國的大多數警察都搞過刑訊逼供，如因刑訊逼供被判處13年徒刑的美國警察布魯蒂在服刑時說：「並不是我們創立的這種機制（刑訊逼供——引者注），也不是我們發明了兇狠毒辣的招術，我們只是從上任那裏接過，我們只是這些東西的傳人。」因此，這樣一種觀點是相當冷靜的認識，即沉默權也解決不了我國司法實踐中的問題，因為司法實踐中大量存在的刑訊逼供、侵犯人權的現象，並不是我國未規定被

告人享有沉默權造成的。刑訊逼供是我國刑事司法的一大頑症，它的存在和蔓延有非常複雜的政治、社會、歷史方面的原因，也有執法人員法制意識和素質方面的因素，我們不能對沉默權存在過多的甚至是不切實際的祈盼和幻想。

刑事訴訟法之所以沒有明確地規定沉默權，而仍然維持如實回答義務的規定，筆者認為主要原因在於：（1）、保持法律的一貫性和連續性，為司法提供一種持續的統一性，沉默權是一個牽一髮而動全身的系統工程，如果僅僅在刑事訴訟法中規定沉默權的原則，而又沒有具體的保障措施的，那麼，所謂的沉默權充其是也只是一個夠不著的葡萄，除了損害法律的尊嚴以外，再沒有其他任何的意義；（2）、法治的進程並不是一朝一夕的事情，而是一個循序漸進的過程，權利往往不是法律所賦予的，毋寧說，權利是因為人們實際享有而由法律予以確認的東西，如今更重要的是可能並不是簡單地確認沉默權。

四 沉默權與坦白從寬，抗拒從嚴關係之辨析

在實踐中，被告人實際承擔不利的後果，無導於強迫被告人自證其罪，這種說法是沒有依據的，因為現實的司法中同樣流行著「坦白從寬，牢底坐穿；抗拒從嚴，回家過年」的俗語。有學者對「坦白從寬，抗拒從嚴」的政策合理性進行了質疑，認為：（1）該政策產生於革命根據地時期雖然對於打擊敵人、懲治罪犯發揮了重要作用，但畢竟是特定歷史時期的產物，它所賴以存在的基礎，是法制特別是司法制度的不健全，以及對人權問題認識的局限。從本質上說，它與無罪推定原則相違背，背離了現代的刑事法治精神；（2）從刑法中有關量刑原則特別是罪刑相適應原則的規定看，明確規定的量刑情節，沒有一條包含了「坦白從寬，抗拒從嚴」的內容，另一方面，量刑的基本原則是事實為依據，以法律為準繩，強調的是罪刑相適應，也就是說，即使犯罪嫌疑人「抗拒」，也不能因此而對他「從嚴」處罰。而「坦白從寬，抗拒從嚴」本身就意味著如果「抗拒」，就有「加重」的可能，這樣不就違背了刑法上所確認的罪刑相適應的量刑原則了嗎？（3）如上所述，「坦白從寬，抗拒從嚴」經常是公安、檢察機關在審訊犯罪嫌疑人的時候，向其宣告的一項政策。現代的刑事訴訟，只有法院才有定罪權，才能決定「寬」與「嚴」。在此之前，任何機關、任何人都無權推斷甚至妄言量刑的輕重。否則就應視為一種違反許可權的行為。因此，「坦白從寬，抗拒從嚴」事實上是一種超越自身法定許可權的許諾，這種許諾是不具備任何法律效力的。¹³

筆者認為，作為歷史上的政策，可能在當時側重某一方面的問題，但任何一個政策，都具有超出具體意義的合理內核，因此有學者認為「坦白從寬是誘供，抗拒從嚴是逼供」，並斷言一個政策（指坦白從寬，抗拒從嚴）作為有罪推定的產物，應當永別了。¹⁴如果確如該學者所言，坦白從寬，抗拒從嚴確實應當成為歷史了。如正確地理解坦白從寬，抗拒從嚴的精神，那麼，此項政策不僅不會消亡，而且會有光大之趨勢。坦白從寬，抗拒從嚴並不是超越法律規定許可權的空頭許諾，三個司法機關都具有除罪的功能，就定罪而言，檢控方具有量刑請求權，發表有利和不利於被告人的評論，是其法定職責，美國的檢察官，自由裁量權很大，可以對合作的被告人從輕求刑，甚至可以減低指控罪名，對於污點證人作證的，可以使罪行豁免，至於量刑的建議，一般會得到法官的批准；就量刑而言，作為對犯罪人坦白和自新的一種鼓勵，在嫌疑人構成犯罪的前提下和法定刑的幅度內，根據其事後的態度在量刑上從輕、減輕處罰，這是各國刑法都予承認的，我國刑法明確規定自首和立功制度，自首是坦白的一種形式，在新刑法對自首和立功的量刑的意義加重的情況下，坦白作為量刑情節的意義卻減輕了，這容易造成量刑情節之間的失衡，是一個立法的失誤，因此，立法上應當明確

坦白從寬制度。訴訟法上，美國實行的辯訴交易，其功能和坦白從寬，抗拒從嚴異曲同工，而辯訴交易和坦白從寬，抗拒從嚴所受的待遇大有不同，這至少不是一種科學的態度。綜上所述，坦白從寬，抗拒從嚴的政策和沉默權並不矛盾，他不僅有利於訴訟效率的提高，符合訴訟經濟的原則，也符合法制精神。

五 我國是否應當確立沉默權制度

從我國的現實情況來看：（1）偵查資源的不足。目前，我國司法經費緊張，辦案人員素質不高，偵查技術含量低，各地偵查機關都不同程度存在辦案經費不足、偵查人員數量少、素質普遍有待提高、偵查技術及偵查裝備落後等情況。如內地的基層檢察院辦案經費嚴重不足，有的甚至只按一年一萬元的標準撥給人頭費，除去發工資、水電等開去，所剩無幾。因此，不少幹警出差辦案要自己先墊差旅費，一些幹警的月工資不過500元左右。各地區偵查機關所擁有的偵查技術、裝備普遍落後。在我國司法實踐中有大量案件是依賴犯罪嫌疑人、被告人供述而獲得線索才得以偵破的。1998年，全國檢察機關促使犯罪嫌疑人、被告人坦白獲得犯罪線索的17176件，揭發他人的73867件。¹⁵（2）社會現實原因，中國正處於向市場經濟和城市化轉型的時期，犯罪率居高不下，90年代以來，我國刑事案件逐年上升，94年比93年上升1975%，95年又上升1267%，暴力型犯罪十分突出，同時，有組織犯罪、智慧型犯罪、職務犯罪等新型犯罪日益猖獗¹⁶，治安壓力太大，一直是今後一定時期內歷屆政府面臨的一個非常緊迫的現實問題，從社會公眾角度來說，當前普遍存在不安全感，治安狀況不好也是其中的重要原因之一。在這種社會條件下，除有直接利害關係的人和部分媒體及學者以外，對犯罪嫌疑人、被告人的權利的關注相對居於次要地位，立法機關似乎也沒有時間真正面對一個不直接威脅大多數群眾生存的沉默權這個問題。因為，1996年修改刑事訴訟法雖然廢除了收容審查、免予起訴等問題，並且允許律師介入偵查，起訴程式，但是與放寬逮捕條件，延長拘留期限，限制辯護律師閱卷範圍等相比，新法律在保障人權特別是在犯罪嫌疑人、被告人的權利方面加強為虛，削弱為實，沉默權這個鼓勵嫌疑人、被告人拒絕與偵查、起訴、審判機關合作，有放縱犯罪之嫌的權利，當然不可能得到承認。

那麼確立沉默權會不會影響打擊犯罪呢？有人以為不會影響並提出理由：一是到目前為止，還沒有充分、有力的證據表明賦予犯罪嫌疑人、被告人以沉默權必然不利於打擊犯罪。並引用了所謂美國專家調查結果來論證；二是我國的偵查技術雖然普遍落後，但這是相對於二十世紀90年代的西方發達國家而言。比起十七世紀的英國和十八世紀的美國，則我們現有的偵查技術和偵查裝備還是要先進得多。¹⁷

這種論述難以令人信服。第一，由於中國到現在為止尚沒有沉默權的規定，必然有設立該權利不利打擊犯罪的理由。引用的所謂美國專家的調查結果缺少必要的資料分析，而且這種論述方法本身就不科學，因為可以同樣說：到目前為止，還沒有充分、有力地證據表明賦予犯罪嫌疑人、被告人以沉默權必然不會影響打擊犯罪。第二，拿中國現在的偵查技術、裝備與十七世紀的英國與十八世紀的來相比違反了科學研究的一個根本方法——同類比較。科學研究時，如果涉及比較，則要求參照物與目標物是最類似的，所區別的僅是一個或數個參數而已。在偵查技術、裝備的比較問題上，要麼同國異時，要麼同時異國。異國異時地比較毫無意義。十七世紀英國的沉默權主要是用來保護宗教異教徒的，十八世紀美國雖然有拒絕強迫自證其罪的憲法原則，但州法院並未嚴格遵守。而且那時英美兩國的犯罪種類、犯罪水平與我國現在也不同。因此，這種比較方式是毫無意義的。¹⁸

筆者認為，該原則的設立必然會降低破案率。犯罪嫌疑人對自己是否實施犯罪以及如何實施犯罪知道得最清楚。訊問犯罪嫌疑人可以更快、更深地揭露和證實犯罪，查清犯罪的目的、動機等案件全部事實和情節，判明犯罪性質，查明有無遺漏罪行和其他應當追究刑事責任的人。相對於其他偵查手段而言，獲取被告人、犯罪嫌疑人的供述可以用較低的偵查成本獲得相關的證據材料，而且有的案件只有通過犯罪嫌疑人的供述才能發現犯罪線索，及時破案，在我國臺灣地區，司法人員有28%的人認為羈押會使被告人更傾向坦白。社會狀況日趨嚴峻，在我國目前的社會治安狀況嚴峻而偵查資源又相對不足的現實面前，在我國本來就效率不高的司法運行體制下，再賦予犯罪嫌疑人、被告人沉默權，將導致我國司法效率的喪失，而無效率的制度本身也是不公正的制度，正如美國著名法學家弗雷德·英博教授在談到米蘭達規則對偵查的負面影響時說：「我們應該採取必要的措施來防止不正當的審訊行為，但我們不能採取消極控制的方法，我們還應該考慮審訊和執法的效率。」¹⁹因此，在目前的情況下，我們不能過分美化被告人的權利，而置大多數人的要求於不顧。

六 現行法下的努力

(1) 偵查訊問的監督和控制

雖然我國現在的偵查資源相對不足，但也恰恰是這一個原因，我國的偵查模式被認為在制度設計上存在先天缺陷：偵查機關權力過大，並且具有過大的自由裁量權；偵查機關直接控制犯罪嫌疑人的時間過長；缺少對偵查活動的監督控制手段。為真實有效的保護犯罪嫌疑人的權利，必須對偵查活動進行有力的監督和控制，沒有約束的權力是導致腐敗的根源，所有的措施都必須圍繞一個目標進行。

首先，採取制度性的措施保障羈押管理部門的獨立性。中國的犯罪嫌疑人一向被羈押在直接負責偵查的公安部門的看守所，雖然根據我國公安機關的內部分工，偵查與羈押管理是不同職能部門的職責，看守所也設有專職的幹警，偵查部門不應當越俎代庖行使羈押管理職責。但羈押管理權與偵查權同時隸屬於特定的公安機關，而且偵查機關能夠掌握運用的羈押時間特別長，僅逮捕前的拘留就可以達到37天，逮捕後的偵查羈押期限則更長。因此，偵查人員基本上可以根據偵查需要隨時「提審」犯罪嫌疑人，審訊手段和時間幾乎不受法律限制。偵查職能部門或偵查人員往往長時間地將犯罪嫌疑人置於其直接控制之下，以查明事實或深挖餘罪為名而逼索口供之實更是時有發生。為抑制這種現象的發生，建議刑事訴訟法以有關法律明確以下幾點：（1）明確區分拘留、逮捕的實施與羈押這兩種不同的職責許可權。建議我國刑事訴訟法在第65條、第72條的訊問程式之後，明確規定：「在同一時限內，訊問後應立即移送羈押管理機關。」（2）在偵查羈押部門接受偵查部門移送羈押時，應對犯罪嫌疑人進行人身檢查，並製作筆錄。（3）由偵查羈押部門負責羈押期間的訊問監督，偵查部門對犯罪嫌疑人的訊問應當在羈押場所的設有監控設備的訊問室內進行。在條件許可的地方，可採用現代科技手段對訊問過程予以監控，如建立訊問監控系統，採用同步錄音方式等，經濟尚欠發達地區，則可以實行特定警銜官員訊問制度，同時規定較嚴格的個人責任。對此羈押管理部門應制作詳細的記錄，包括訊問的起止，中間休息的起止時間等內容。明確對在押人員連續訊問的時間界限，每次訊問中途必須給予的休息、飲水的時間，若需要兩次訊問則兩次訊問之間的最短間隔時間。有關訊問時限的規定，應當以正常人休息、飲食、飲水等的正常生理需求為依據，對於未成年人、孕婦及其他有特殊需要的人，應當以其特殊生理需求為依

據：禁止夜間訊問及適用夜間訊問的法定例外情形和程式條件，因犯罪嫌疑人身狀況等而禁止訊問的情形等等。對於長時間的拘留，如長達37天的拘留，必須由羈押管理部門審查。

其次應當增強檢察機關的權力。具體包括兩個方面：一是對訊問的監督和對偵查的參與、控制權。二是增強檢察官的求刑權。對檢察機關訊問犯罪嫌疑人程式的性質和功能應當予以重新認識。有學者認為，賦予被追訴人沉默權後就必須取消審查起訴階段中應當訊問被追訴人的規定。²⁰筆者認為，在不改變訊問形式的情況下，使其功能發生重大變化。訊問犯罪嫌疑人不僅是人民檢察院審查起訴的手段，而且是保護犯罪嫌疑人權利的重要方式。從犯罪嫌疑人的角度看，要求人民檢察院訊問則是權利，只要向人民檢察院提出請求，除顯屬重覆或故意拖延訴訟的以外，人民檢察院必須聽取其陳述。檢察機關訊問的重點應當是側重於保障犯罪嫌疑人陳述的自願性，以求提高處理的準確性，減少訴訟進程中因被追訴人翻供而出現程式窒塞、反覆。我國刑事訴訟法第139條新增加了「聽取犯罪嫌疑人委託的人的意見」的規定，從理論上講，該規定並不排斥在訊問犯罪嫌疑人時，通知辯護律師到場並聽取其意見。因而，為了保障犯罪嫌疑人陳述的自願性，避免以後程式中對該陳述發生爭議，可以在此規定的基礎上明確律師在場的權利。這樣做，一方面可以減輕犯罪嫌疑人回答的思想壓力，使其自由地行使辯護權；另一方面，也有利於檢察人員瞭解偵查情況，使犯罪嫌疑人在訊問中敢於控告偵查人員刑訊逼供等違法行為，以便人民檢察院實行偵查監督和保障犯罪嫌疑人行使訴訟權利。

（2）強調檢察機關對偵查機關的主導作用

檢察機關對偵查活動的主導有兩個必要性：第一，人民檢察院是我國法律監督機關，從理論上講，對偵查活動有監督權。但在實踐中，除了通過審查批捕，審查起訴外，對偵查活動無從瞭解，缺少監控；第二，人民檢察院是我國唯一的公訴機關，而偵查的一個根本目的是為了提起控訴，因此檢察機關對偵查活動的主導可以更有利於檢察機關的公訴活動。具體措施：檢察機關對刑事偵查活動中的人身強制措施及財產強制措施有決定權。除緊急情況外，偵查機關進行搜查、鑒定、扣押，由檢察官決定；確立檢察官對偵查人員及其偵查活動進行評價的制度，該評價應當直接影響到偵查人員的薪酬與職位。

（3）應當增強檢察官的求刑權

一、建立鼓勵犯罪嫌疑人供述的機制，使坦白從寬的政策法律化。參考義大利特別程式的規定，加大對於如實、全面供述犯罪事實的嫌疑人在最後定案處理時的從寬力度，使願意同偵查、起訴機關合作的嫌疑人和被告人得到相應的實惠；二、建立作證豁免制度，規定對組織犯罪、特定範圍內的暴力犯罪、智慧犯罪、國際犯罪等重大的共同犯罪案件，允許檢察機關經過特定的審批手續後對部分罪行較輕的嫌疑人給予「罪行豁免」或者「證據使用豁免」，以便對公眾反映強烈的重罪嫌疑人進行重點追訴、從嚴懲處。具體包括檢察官有就被追訴人作證而免除其被追究刑事責任的權力；檢察官有就被追訴人交待其罪行而從輕處罰的權力。該權力分成兩個部分：其一，檢察官有權酌量按較輕的罪名或較輕的情節起訴，其二，檢察官有權要求法官按較低的刑期量刑，而法官在沒有其他正當理由時不能輕易拒絕。

（4）應當增強律師辯護的權利

歷史上看，沉默權制度的建立和推廣是以律師對於刑事訴訟的逐步參與為背景的，如果沒有律師成功地改造刑事訴訟，沉默權的確立是不可想像的。因此在當代西方刑事訴訟中，即使犯罪嫌疑人和被告人保持沉默，並不意味著訴訟對抗性的喪失。在當事人主義刑事訴訟中，被告人保持沉默的案件，恰恰是對抗性最為激烈的案件。中國的情況則大為不同，因為在當前中國的刑事訴訟中，律師參與辯護的刑事案件不到法院審判的會部刑事案件的百分之三十，律師在偵查階段就介入的案件則更少。特別是在改革後的庭審方式下，法院原則上不再進行庭外調查取證，裁判的依據基本上是控辯雙方當庭提出和辯論的證據，如果沒有辯護人的參與，否則法院將很難作出公正的裁判。然而，對抗制的增強，卻使得辯護律師的權利縮小了，尤其是無法保障律師的閱卷權。因此，如何根據國際刑事司法準則保障犯罪嫌疑人、被告人獲得律師及時有效的幫助，對於嫌疑人的權利行使和保護至關重要。為此，除了在總體上必須大力發展和完善律師辯護制度外，在具體規定律師參與的途徑和方式時，可以考慮以下措施：（1）借鑒英國「值班律師」（duty solicitor）制度，建立以援助犯罪嫌疑人為目的的值班律師制度，為需要律師幫助又無力自行聘請的犯罪嫌疑人（特別是在押的）隨時提供最起碼的法律幫助；（2）根據刑訴法139條的規定，明確在審查起訴階段，犯罪嫌疑人有權在其律師在場的情況下接受檢察人員的訊問；（3）擴大審判階段指定辯護的適用範圍，規定必須給沒有委託辯護人、又確實需要法律援助的所有適用普通程式審判的被告人指定辯護人。當然，這是一個更為實際的問題，取決於律師的數量，法律援助制度的完善等等。

（5）樹立法院為中心的司法體制

這對於保護嫌疑人和被告人的權利是最有力的。從各國沉默權的實施來看，依靠偵查機關的內部監督，還是律師的監督，都無法有效的解決偵查機關的權利濫用。英美法系的沉默權的產生和發展都和法院息息相關。但在中國，如果程式法一定程度上只是公、檢、法機關的辦案程式，而缺乏「法」的獨立性和足夠「剛性」的情況下，任何程式上的實質性「權利」事實上是難以生存的。我國不存在一個獨立公正的法院能夠制約訴訟中的國家權力，並保障人權，對於侵犯人權而獲得的口供及其他證據，中國的法院基本上沒有能力，也沒有實定法的權力加以排除，違法證據幾乎可以暢通無阻地進入審判程式，並成為定罪的根據。在任何法治國家，當沉默權受到政府侵犯時，利害關係人都有權、也有法定的渠道和途徑申請法院進行司法救濟，必要時還可以向國際性的司法組織提出訴願，而受理申請或訴願的法院或者其他司法機構也因為有制度上的保障能夠作出獨立的裁決。因此，沉默權與其他程式權利一樣，是一項可以通過法院司法權力強制實現（enforceable）的權利。最高人民法院〈關於執行《中華人民共和國刑事訴訟法》若干問題的解釋〉規定，已經查證確實屬於採用刑訊逼供或威脅、引誘、欺騙等非法手段取得的供述不能作為定案根據。最高審判機關以正式司法解釋的形式明確排除非法取得的口供，在我國尚屬首次，因而可以說該規定在我國刑事訴訟史上具有劃時代的意義，從訴訟價值觀的角度看，其革命性意義將遠遠超出該規定本身的價值。不過，在自白排除及非法取得的自白的運用方面，僅有此規定是不夠的，尚需要具有可操作性的具體的程式規範作為保障，以便使該規定落到實處。中國的法院體制改革已經呼籲了多年，但法院在整個集中體制之下始終只是個執行機關，尚未發育到獨立的程度，因此，法院何時能夠成為獨立、公正而又能制約政府權力並且保障人權的真正司法機關？這是保護嫌疑人、被告人權利的關鍵。這不僅是一個法律問題，還是一個宏觀的體制問題。顯然，要切實解決這個問題，需要中國政治體制改革的真正啟動和中國整個社會的根本性變革。由此可見，沉默權雖然主要是一種訴訟制度，但由於它與以個人主義為基礎的民主憲政、司法體制、正當程式、無罪推定等的關係密切，要在中國得到確立，需要有識之士長期的努力持續

註釋

- 1 沉默權(right to silence)，沉默權的產生和發展：英國爭取沉默權的鬥爭最早可追溯到十二世紀早期，1066年以後，教會法院實行糾問式訴訟，法院有權依照教會法定罪的規定，要求被告必須作一個誓言表明自己無辜，它要求發誓者在回答問題時必須講真話，由於在刑事案件中，被告方發誓時並不知道他要回答的問題，這種司法往往使被告人的誓言可能導致其自己被判有罪，由於無罪誓言經常用來懲罰新教徒，出於維護人格尊嚴，被告人本能地反對這樣做並與教會法院展開激烈的鬥爭，在這場鬥爭中，世俗法院出於自身利益的需要，也抵制教會法院推行承認犯罪的誓程式，在客觀上就起到了被告人反對認罪宣誓的配合作用，李爾本案件對於沉默權的確立起了關鍵性的作用。1568年，普通上訴法院首席大法官戴爾第一次以反對在法院進行糾問宣誓為由，為一名被迫宣誓者簽發了人身保護令，戴爾這種做法，後來被演繹成一句名言：「任何人都不得被壓迫提供反對自己的證據」。到了十七世紀40年代，隨著英國資產階級革命的發展，1640年選舉產生了「長期會議」，該議會於1641年廢除了星座法院和高等委員會，同時廢除了無罪誓言，1660年查理二世復辟時，儘管恢復了宗教法院，卻沒有再恢復無罪誓言，當時復辟管轄權的法令包括了一條明白的條文，禁止「任何大主教、主教、主教法律代表、負責管理主教管區法律事務的副主教、代理主教或其他宗教或教會法官、官員或教師……對任何人提出或主持儀式要求任何人作任何通常被稱為『無罪誓言』的宣誓」。1688年，國王詹姆士二世起訴七個主教違抗他的關於取消所有反對端主義的法律、命令，在這個案件中，沉默權在英國牢牢地站穩了腳跟。規定被告人享有沉默權的最早成文法是1898年的英國刑事證據法，後來這個權利又被1984年的《警察與刑事證據法》、《法官規則》以及實踐法典所間接確定。

美國的情況與英國不同。美洲殖民地在有關的人權宣言中就宣揚沉默權，這倒不是法國大革命的影響，而是美洲殖民地基於自身的需要而獨立發展起來的權利要求，其中重要的原因係出於清教徒的反叛精神以及對於殖民地英國法院態度的反抗。美國之所以把沉默權從英國普通法的一項權利上升為憲法權利，也是基於同樣的原因。至1780年代，已經在九個州的憲法規定了「反對自我歸罪的特權」，作為各自以佛吉尼亞《人權宣言》為藍本制定的人權法案的固有組成部分。第一屆國會根據麥迪遜（James Madison）的提議把這一特權寫入人權法案第五修正案，規定：「任何人……在刑事案件中，都不得被迫成為不利於自己的證人」。以第五修正案為基礎，沉默權在美國得到了極大的發展，其範圍和影響遠遠超出了作為起源地的英國。

歐洲大陸中世紀後期各君主專制國家曾經長期盛行糾問式訴訟。作為這種訴訟形式代表的1532年《加洛林納法典》規定，在符合嚴格的條件時允許對嫌疑人進行拷問。拷問當然是以「供述義務」的存在為前提的，後來在實務上更是被嚴重濫用，在啟蒙思想的影響下才被宣佈廢止。然而，「供述義務」與糾問主義依然存在，對於保持沉默或拒不供述罪行的被告人可以處以「不服從罰」或「虛言罰」；在審訊開始時必須嚴肅地告知被告人其如實供述的義務，供述過程中如果出現矛盾之處，及時加以詰問，被告人如果不能作出回答，對不利事實視為已經供認。通過這種「訊問技術」，事實上承認了「精神上的拷問」。法國大革命導致糾問程式被彈劾程式所取代，1789年公佈的法律效仿英國法廢除了對被告人要求宣誓後進行訊問的規定。但是，1808年《治罪法》又規定，法院可以為發現真實而採用一切方法，並以此為根據實行預審及庭審中的訊問被告人的作法。直到1897年，法國才通過新的法律，要求在預審法官訊問嫌疑人時必須告知其沉默權和律師在場權。在現代法國刑事訴訟中，任何人都沒有義務自證其罪或提供不利於自己的證據，已經成為一項基本原則。除有關其身份事項外，被追訴者沒有必須回答警察、檢察官或者預審法官的提問的義務，在審判中也可以根據本人意願保持沉默，無需擔心會因此而受到處罰。警察或其他官員通過暴力、欺騙或者其他損害被告人公正審判權利的方法獲得的口供被認為太不可靠，因而不能用作有罪判決的證據。

德國在1848年之後導入法國式的「經過改革的刑事訴訟法」，規定被告人是當事人，因而在法律上不再有「供述義務」。1877年《刑事訴訟法》第136條以此為前提，規定可以就起訴事實聽

取被告人的意見，審訊中必須給予被告人陳述有利事實的機會。但是，在司法實務中，通過「訊問技術」施加「精神上的拷問」的做法並沒有絕跡，其中原因多種多樣。1950年，德國基於納粹統治和盟軍佔領期間的慘痛教訓以及《聯邦基本法》關於保障人格尊嚴的要求，通過增設《刑事訴訟法》第136條a，規定：「（一）不得以暴力、疲勞戰術、傷害身體、投藥、折磨、欺詐或催眠等方法侵犯嫌疑人或被告人決定和確認自己意志的自由。只有在刑事訴訟法容許的範圍內才能實施強制。利用根據刑事訴訟法規定所不容許的方法進行強迫，或者以法律所沒有規定的條件相允諾，均屬禁止之列。（二）不得採用損害嫌疑人或者被告人的記憶力或理解力的措施。（三）前兩項禁止規定，不論嫌疑人或被告人是否同意，都有效力。違反禁止規定所獲得的供述，即使嫌疑人或被告人同意，也不得使用。」這一規定使得沉默權與德國特有的「證據禁止」規則聯繫起來，使沉默權在德國真正成為一項有憲法基礎和實際效果的制度。

日本的情況與德國相似。在1879年廢除「罪從供定」的規定改采證據裁判原則和自由心證原則之前，日本曾經以最嚴厲的方式迫使受追訴者供認罪行：拷問。明治刑事訴訟法（1890年）一方面禁止以恐嚇或欺騙的方法獲得口供，另一方面又規定了訊問被告人的程式，關於被告人有無「供述義務」，理論上存有爭論。大正刑事訴訟法（1922年）對於訊問被告人的程式效法德國，規定必須給予被告人陳述有利事實的機會。學界雖然有人據此主張「供述義務」否定說，但通說對此持肯定態度，認為被告人不得作虛假陳述，只是這種義務不得附帶制裁而已。基於對口供的偏好，日本警察一直對嫌疑人的沉默權「抱有敵意」。第二次世界大戰以後，日本在美國的壓力下制定了新憲法和刑事訴訟法，《日本國憲法》第38條規定：「任何人不得被強迫作不利於自己的供述；出於強制、拷問或脅迫，或者經過不適當的長期扣留或拘禁後的自白，不得作為證據。」

本世紀以來對於沉默權的發展最具有歷史意義的大事，是1966年聯合國《公民權利與政治權利國際公約》的通過和隨後的實施。該公約第14條第3款規定：在就對於其提出的任何刑事指控作出決定時，每個人都平等地享有「不得被強制自證其罪或者供認罪行」的最低限度的保障，即在整個訴訟過程中享有沉默權。締約國有義務在國內司法實踐中保障這一權利的實現，並且對沉默權受到侵犯的個人給予必要的求濟。除此以外，聯合國大會還於1985年11月29日通過《聯合國少年司法最低限度標準規則》（即所謂「北京規則」），該規則重申：根據法的正當過程，保持沉默的權利是「公正合理的審判」所應包括的基本保障之一。

從沉默權的產生和發展過程中，沉默權由國內法上的權利發展為國際法上的基本人權之一，表明它在世界各國的總體趨勢是不斷充實和加強。不僅各國的國內法對於沉默權繼續堅定地給予肯定，國際準則也一致要求嚴格保障這一權利。但一項事物走到發展的高峰，也預示著將要向相反的方向運動。

- 2 宋福義、潘道義、鄭瑞琰：〈沉默權與如實回答義務的關係〉，《研究生法學》，1999年1月，頁40-42。
- 3 張琦彬：〈沉默權制度應該緩行〉，《南方周末》，1999年8月20日，第5版。
- 4 《北京規則》第7條：「在訴訟的各個階段，應保證基本程式方面的保障措施，諸如假定無罪，指控罪狀應通知本人的權利。要求父母或監護人在場的權利，與證人對質和盤詰證人的權利，以及向上級機關上訴的權利。」
- 5 我國政府1990年對聯合國禁止酷刑委員會曾明確表態：「在中國法律制度下，中國所締結的或參加的國際條約會經過立法機關的批准程式或國務院的通過程式，條約一旦對中國有效，在中國便有法律效力，中國有義務取施行該條約。」
- 6 詳見劉根菊：〈在我國確立沉默權原則幾個問題之研討〉，《中國法學》，2000年2月，頁54。
- 7 參見陳光中、嚴端主編：《中華人民共和國刑事訴訟法修改建議稿與論證》（北京：中國方正出版社，1995），頁183。
- 8 劉根菊：〈沉默權與如實回答〉，《法商研究》，2000年5月。
- 9 參見註7書，頁183-187。
- 10 劉根菊：〈在我國確立沉默權原則幾個問題之研討〉，《中國法學》，2000年2月。

- 11 [德]施密特：《刑事訴訟法概述》，轉引自陳瑞華：《刑事審判原理》（北京：北京大學出版社，1997），頁276。
- 12 程味秋主編：《外國刑事訴訟法》（北京：中國政法大學出版社，1994），頁22。
- 13 殷嘯虎：〈「坦白從寬，抗拒從嚴」的質疑〉，《法學》，2000年1月，頁8。
- 14 江曉陽：〈坦白從寬是誘供，抗拒從嚴是逼供〉，《中國青年報》，1999年6月24日。
- 15 《1998年中國法律年鑒》（中國法律年鑒出版社），頁37。
- 16 康樹華、趙國玲主編：《犯罪熱點透視》（北京：群眾出版社，1997）。
- 17 易延有：〈論反對自我歸罪的特權〉，《比較法研究》，1999年2月。
- 18 謝佑平、鄭進：〈論拒絕強迫自證其罪權〉，《中國刑事法雜誌》，總第48期，頁81。
- 19 轉引自何家弘：《域外痴醒錄》（北京：法律出版社，1997），頁243。
- 20 引自樊崇義、吳宏耀：〈刑事訴訟法學學術研討會綜述〉，《法學研究動態》，1988年7月。

陳 真 四川警官高等專科學校刑事訴訟法學、刑事偵查學教授

《二十一世紀》(<http://www.cuhk.edu.hk/ics/21c>) 《二十一世紀》網絡版第六期 2002年9月30日

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第六期（2002年9月30日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。