

言论自由与沉默权

——以沉默权的合宪性为视角

谔 东 华

(广西防城港市中级人民法院,广西 防城港 538001)

[摘要] 沉默是一种事实状态,沉默权必经法律赋权。英美法中沉默权具有特定的法律意义,沉默权制度与其证人制度、程序性制裁制度、刑事司法体制、侦查能力相配套适应。美国的沉默权制度本身就存在诸多非议。综观大陆法系,更多规定的是不必强迫自证其罪。沉默权制度危害明显,目前与我国整个刑事司法体制还不相符。沉默权问题因影响广泛,应由宪法予以规范。

[关键词] 不必强迫自证其罪; 沉默权; 合宪性

[中图分类号] D91 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2008)05-0056-03

沉默权问题,一直以来在我国被媒体介绍得沸沸扬扬,几乎近为通说。“沉默权”随美国的影视文化传播,被学界介绍,走进我国,影响实务界,传播人民大众。考证相关的历史,其实是美国的米兰达规则才从宪法意义上确立了沉默权制度。关于沉默权问题,虽众说纷纭,但学术界和实务界很少从深层次研讨,也缺乏有关沉默权方面的理论研究,这里有几个误区需阐述清楚。

一 “沉默权”以美国“米兰达”宪法判例为表现形式

(一)沉默的思想

沉默的思想来源于西方欧洲教会法“忏悔”原则,即一个人只能对上帝忏悔自己的罪过,是欧洲“人文主义思潮”的产物。英国13世纪后,在教会法庭、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,而且强迫公民答辩更是违法的,刑事诉讼中沉默权制度便是基于这一思想产生而发展。

1. 不必强迫自证其罪。1998年10月5日我国签署的联合国《公民权利和政治权利国际公约》规定:“受刑事追诉的人不得被强迫作不利于自己的证言,或者强迫承认有罪。”^[1]“禁止在刑事案件中强迫证人自证有罪,指禁止运用体力或道义强迫他提供证言,法律并不排斥以其身体本身作为证据,因为身体是物质的,而非严词的”^[2]。“特权仅仅保护被告避免证实对自己不利的东西,或是提供哪些言词上具有可交流性的证据。”^[3]美国宪法修正案第5条规定:“在任何刑事案件中,不得强迫任何人自证其罪。”

2. 沉默权制度。美国最高法院1966年在米兰达诉亚例桑那州一案的裁决中确立的“米兰达告知(Miranda warnings)”堪称西方沉默权制度发展之巅峰。^[4]美国米兰达判例标志着明示沉默权的确立,是沉默权发展到鼎盛事情的产物。^[5]米兰达案例表明,刑事诉讼中沉默权的赋予与告知被提升到宪法权利的高度来规范。值得注意的是,美国是判例法国家,适用遵从先例原则,立法原则由判例确定。将一个个别的案例上升为普遍适用的原则,是其司法制度中经验主义的体现,因而给其本国带来的争议本身就不小。英国法律要求,警察在向犯罪嫌疑人提问有关他参与或涉嫌参与犯罪的问题之前,应告知:“你可以保持沉默,你可以不说话”之外,还应告知:“但是,当我们提出一些对你稍后出庭有帮助的问题时,如果你保持沉默,所提问题将会在以后法庭审理时作为证据,这对你以后的辩护会产生非常不利的影响”^[6]。英国的沉默权从来没有取得宪法地位,议会的立法对法院具有当然的约束力。

3. 美国的宪法性判例将米兰达规则确立为告知意义上的“沉默权”。创立者以沃伦大法官为代表的自由派人士希望通过这一制度保护贫穷人不因为贫穷请不起律师而法律知识缺乏处于与富人相比不利的不平等地位,是美国平等主义哲学在法律中的体现。^[7]美国国会曾试图通过《1968年综合犯罪法》推翻米兰达规则,但被美国最高法院维持,因为最高法院的米兰达规则判例具有高于美国国会立法的效力。^[8]联邦最高法院甚至在1985年将这一点更加明确,它写道:然而米兰达排除规则,适用于第5修正案,同时又比第五修正案本身适用范围更广。^[9]美国的沉默权是受到联邦宪法保障的基本人权之一,联邦最高法院确立了“米兰达规则”之后,

[收稿日期] 2008-06-12

[作者简介] 谔东华(1977-),男,湖南长沙人,广西防城港市中级人民法院干部,湘潭大学法学院硕士研究生。

国会的立法都不能改变。更明确而言,英国的是口供证据规则,而不是美国意义上的沉默权制度。

二 英美法中的“沉默权”与大陆法系的不被强迫自证其罪意义上不同

英美法中将被告人视为证人。对证人的陈述要求真实,不允许陈述的内容因有利于己而有虚假的因素。简言之,英美国家被告人的沉默权是一种选择权,即选择陈述还是不陈述,一旦陈述,就必须属实,不得虚假。英美国家依靠宣誓制度、伪证制度保证陈述内容的真实可靠(英美法上广义的沉默权还包括了知情人的拒绝回答权、证人的不自陷与罪权)。大陆法系国家允许被追诉人自由陈述,可以自由陈述其内容,陈述的内容不受法律上的强制性约束(大陆法系理论界认为拒绝陈述的仅限于犯罪事实,而不涉及于他的身份、姓名等个人资料)。英美法系被告人同意认罪,就必须如实陈述,没有拒绝回答的权利。被告人一旦自愿承认自己犯有指控的罪行作有罪答辩,是在以证人的身份向法庭进行陈述,如果作为证人的被告人在法庭中拒绝回答提问,将被判处藐视法庭罪;如果故意作虚假陈述的话,将以伪证罪追究刑事责任。也就是说,英美国家被追诉人要么选择沉默,要么就应当如实陈述,一旦选择陈述,陈述不实是要负法律责任的,因此英美法系国家对“被告人存在一定程度的程序强制”。^[10]

可见,尽管英美在沉默权告知方面较为前沿,但在陈述内容的真实与否上却设立了相应的制度保障,陈述后果的规定与大陆国家不同。两大法系之间体现出制度上的差异。被追诉人供述真实性上,大陆法系国家反而显得宽松。

第一,英美国家没有大陆法系被追诉人供述、辩解这一类证据。英美国家被追诉人选择陈述,是在以证人的身份在向法庭作证,这时的陈述必须如实,否则将被追究其法律责任。大陆法系嫌疑人即使主张沉默权,通常也不能阻止侦查人员的讯问,只要继续讯问未达到法律禁止的“强制”程度。大陆法系对供述的选择余地较大,与大陆法系国家不承认被告人系证人的地位有关。

第二,大陆法系国家允许被告人供述的不实。考虑供述的特殊性,大陆法系国家将追诉人的陈述单独划为一类证据。在职权主义审判中,被告人对沉默有充分的自由,并无程序性强制。他有选择陈述与不陈述的自由,而且有选择如何陈述的自由,甚至有撒谎的自由。这一点,美国的被告人不能像职权主义诉讼中那样不经宣誓进行陈述,也不能无正当理由就具体的提问拒绝回答,只要作证,就有“如实作证”的义务,这与其他证人没有区别。^[11]

第三,我国被追诉人有虚假供述的自由,虚假陈述没有相应的后果责任。我国《刑事诉讼法》虽然规定了“应当如实回答”,但未规定没有如实回答被追诉人应承担的法律后果。在后果责任这一问题上,我国与大陆法国家规定相一致。

从以上分析可以看出,两大法系对口供证据规定的不同,造成对沉默权问题认识的不一。就此而言,大陆法系在被追诉人陈述问题上可以自由表达,法律规定不允许采取强

迫认罪的方式,而英美国家认罪问题上是一种选择的权利,一旦认罪后被追诉人作有罪答辩就成为了证人,受证据法则的约束。某种意义上,英美国家被告人陈述自愿如我国一样受到了一定程度的限制。也就是说,被告人在认罪后是不准保持沉默而“应当如实回答”的。按照大陆法系的证据制度,大陆法国家没必要告知你所说的将成为“呈堂证供”,但英美法国家必须告知该项证据规则。因为依据英美的证据制度,被告人作为证人将受到证据法则的约束。英美国家对证言的真实性设立程序上的立法保障。

三 宪法语境的言论自由与刑事诉讼法中的沉默权互有区别

(一)沉默的自由。沉默是人的一种本能,也是一个人面对犯罪指控时自然选择的行为方式之一。^[12]作为公民,只要法律没有禁止的行为即可为之,即法学界通常所说的“法无明文规定不为罪、不违法”。就宪法意义而言,沉默的自由本质上是一项公民权,这种权利是“自然的、不可剥夺和神圣的”,是言论自由的体现。宪法保障言论的自由,也保障沉默的自由。法谚所曰“法不禁止即自由”、“法无禁止即可为”,其意正在于此。刑事诉讼中的沉默,实际上是行使宪法规定的言论自由。在此,就权利的性质而言,宪法规定的沉默自由与刑事诉讼法中的沉默权不同,因为在语义上,自由与权利在语境上西方为同一概念,中国却不尽相同。宪法规定的言论自由是广义的,由其可以推导出公民享有沉默的自由。法律意义上,沉默强调更多的是陈述与否的自愿,但这并不代表其在刑事诉讼中就能行使沉默的权利。从立法的正当性看,现行《刑事诉讼法》实际上剥夺了公民“沉默的自由”。赋予“沉默权”之前,《刑事诉讼法》可以对沉默的自由进行限制,但沉默不是人们享有的一项诉讼中的权利。依据权利宪定,为了公共安全法律可以限制沉默的自由,而“沉默权”必须有法律根据才得以行使。明确言之,宪法语境上沉默的自由任何人都可以行使,而《刑事诉讼法》中的沉默权应有其设定的立法依据,或者说立法的权利来源。

(二)宪法中的沉默自由,上升为《刑事诉讼法》中沉默的权利需经法定的程序。美国意义上的沉默权实际上已上升为宪法性质的权利,其最初是为了保障穷人与富人的平等获得法律知识权而创立的。在美国特殊的司法体制下,沉默权几经波澜,终被确立下来。美国为了保障沉默权确立一定的非任意性自白规则、沉默权的告知规则,其本质是保障被告人的法律知情权,其孕育和产生是美国特定文化因素的产物。基于沉默权涉及重大利益权衡,沉默权问题现不仅是《刑事诉讼法》的问题,而是宪法中就刑事诉讼程序中人权保障的特殊问题,如需将沉默的自由规定为沉默权,同样,也应由宪法程序给予确定。

(三)宪法规定言论自由权,《刑事诉讼法》中就不必规定沉默权。法律是以国家暴力机器为后盾,对人们的行为进行规范。法律的这种限制功能通过一种直接方式体现,即直接规定人们必须做什么,或必须不做什么。这就是所谓的法律义务,是法律所规定的人们为一定行为的必要性,也是对公民自然自由权的否定。但是,对公民所有的自然自由法律

并不都加以否定,对其中一部分仍加以肯定,但此种被肯定的自由已从自然状态中的“自然自由”升华为法律状态中的“法律上的自由”了。或者说,因受法律的保护,演变为一项权利了。由此,可以看出,权利与自由表达的意思不同,权利是指法律规定的人们为一定行为的可能性,它总是与义务相对应。自由与生俱来。义务是法律规定为一定行为的必要性。权利的享有往往伴随义务的履行,自由则无此限制。如呼吸是自由,我们不会认为呼吸是权利。宪法规定自由的普遍性,部门法则对其中的特殊适用进行限制。

《宪法》设定了的权利,下位法就可不必设定。因为由宪法设定了的权利,宪法给予上位法保护,下位法根据需要进行立法技术上的保障,或者下位法在立法技术上就不必规定。在这种法律关系中,一方法律主体承受法律利益,另一方法律主体承受法律负担,法律利益表现为权利,另外一方则表现为义务。权利表现为一种资格经赋予后,上位法有,下位法则可无需规定。

根据社会生活的需要,藉此进一步上升为权利,给予立法上的保护,是社会物质生活对该项自由强烈要求、迫切需要所致。目前的法律中,《宪法》规定的是言论自由,未规定言论自由权。刑事诉讼是人的特殊行为活动,应具体适用《刑事诉讼法》的有关规定,将沉默的自由规定为沉默权,或者刑事诉讼法赋予公民沉默权之前,总会对其进行一定程度限制,以保障刑事诉讼目的的实现是刑事诉讼法程序的本质决定。换言之,被追诉人在刑事诉讼活动中是否享有沉默权以及沉默的自由度如何,必然要受到《刑事诉讼法》的规范。此应有之意,《宪法》中的言论自由与《刑事诉讼法》中沉默的自由相对应,沉默的自由被现行的《刑事诉讼法》给予限制。如果言论自由权对沉默的权利进行了上位法保障,下位法可进行相应的技术处理,即宪法规定言论自由权,刑事诉讼法则不必规定沉默权。

四 “沉默权”制度在我国现阶段不宜设立

(一)我国现行法律中“沉默权”的规定。《刑事诉讼法》第93条规定: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。至于沉默权制度,我国法律至今尚未有任何规定。并且我国审判中被告人与侦查中的犯罪嫌疑人地位有所不同,对于被告人,《刑事诉讼法》未规定“应当如实回答”。与之相关的,仅是《刑事诉讼法》中对犯罪嫌疑人、被告人“严禁刑讯逼供”的规定。虽在“重证据、重调查研究、不轻信口供”等刑事证据原则之下,实践中有认可被追诉人沉默的现象,但这种沉默的自由权毕竟不是一项法定赋予的被追诉人权利。

(二)当年联邦最高法院作出米兰达规则判例,处于多数派的大法官认为,米兰达规则使游戏规则公平—通过律师帮助,从而使贫穷、无知的犯罪嫌疑人比警察(以及较富裕的

犯罪嫌疑人)更加平等。^[13]但自米兰达规则制定至今的34年里,人们看到的是:大部分犯罪嫌疑人仍然对警察开口,仍旧作出有罪供述,而有罪的犯罪嫌疑人因米兰达规则的存在,间或能逃脱法网。由于放纵有罪的罪犯能再犯罪,从而使问题更糟。了解供述规则史的学者对于米兰达规则很大程度上失败了并不感到奇怪。^[14]

笔者认为,犯罪嫌疑人作为一个利益群体与被害人作为一个利益群体均应被法律同样的重视和保护,不可否认,保护无辜者与保护被害人同样的重要,放过有罪被告人,失去了刑罚的惩罚、威慑功能、预防犯罪功能,造成罪犯犯新罪的机会是刑事诉讼不可饶恕的制度缺位。实践中无辜者通过保持沉默来反驳针对自己的不实指控的就很少。某种程度上“米兰达规则增加了避开有罪判决的犯罪数量,因此,这种增加也涉及到犯罪涉及的无辜被害人”^[15]沉默权缺乏道德上的支持,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。^[16]而且,沉默权在实际应用中也涉及到侦查人员的道德素质,当理论界争论不休时“而需要有罪供述的警察多数有办法弄到手。”^[17]鉴于沉默权规则导致刑事诉讼中被告人和被害人利益保障的不均衡,而沉默权的设定应有上位法根据是刑事诉讼中的沉默权制度,涉及公民的整体利益,涉及公共利益和个人利益的权衡,是因公民权的宪法性质决定的。因此,基于沉默权的特殊性质,目前沉默权的设定与赋予应有其宪法的根据,否则,沉默权制度不应设立。

[参考文献]

- [1] [16] 宋英辉. 不必自我归罪原则与如实陈述义务[J]. 法学研究, 1998, (5): 141-151.
- [2] 王以真. 外国刑事诉讼法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 1990. 236.
- [3] 王以真. 外国刑事诉讼法学参考资料[Z]. 北京: 北京大学出版社, 1995. 433.
- [4] 何家弘. 建立具有中国特色的沉默权制度[J]. 上海政法管理干部学院学报, 2000, (6): 22.
- [5] [7] 何家弘. 沉默权制度及刑事司法的价值取向[J]. 国家检察官学院学报, 2000, (4): 33-46.
- [6] 中国政法大学刑事法律研究中心. 英国刑事诉讼制度的新发展[A]. 诉讼法论丛: 第2卷[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 167.
- [9] [13][14][15][17] 乔治. C. 托马思. 米兰达规则走向穷途末路了吗? [A]. 许身健译. 陈光中, 江伟. 诉讼法论丛: 第8卷[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 245. 236. 236. 261. 271.
- [10] [11] 孙长永. 沉默权制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 43. 1.
- [12] 孙长永. 侦查程序与人权[M]. 北京: 中国方正出版社[M]. 2000. 298.