



非法证据排除 规定和规程 理解与适用



戴长林◎主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



非法证据排除 规定和规程 理解与适用

戴长林◎主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

非法证据排除规定和规程理解与适用 / 戴长林主编

— 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2924 - 0

I. ①非… II. ①戴… III. ①证据—研究—中国
IV. ①D925.013.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 281673 号

非法证据排除规定和规程理解与适用
FEIFA ZHENGJU PAICHU GUIDING HE
GUICHENG LIJIE YU SHIYONG

戴长林 主编

责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 16.25
字数 226 千
版本 2019 年 1 月第 1 版
印次 2019 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2924 - 0

定价:75.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写人员

戴长林 罗国良 刘静坤

鹿素勋 朱晶晶 温小洁

魏 军 冯喜恒 王 彪

缩 略 语 表

序号	文件全称	文件简称	文号
1	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》	《严格排除非法证据规定》	法发〔2017〕15号
2	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件非法证据若干问题的规定》	《非法证据排除规定》	法发〔2010〕20号
3	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	《法院解释》	法释〔2012〕21号
4	《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》	《检察院规则》	高检发释字〔2012〕2号
5	《公安机关办理刑事案件程序规定》	《公安程序规定》	公安部令第127号
6	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》	《改革意见》	法发〔2016〕18号
7	最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》	《实施意见》	法发〔2017〕5号
8	《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》	《法院排非规程》	法发〔2017〕31号
9	《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》	《法院庭前会议规程》	法发〔2017〕31号
10	《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》	《法院庭审规程》	法发〔2017〕31号

目 录

- 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的理解与适用 (1)
- 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定 (165)
- 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的理解与适用 (172)
- 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见 (202)
- 最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见 (206)
- 《最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》的理解与适用 (212)
- 人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行) (238)

《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》的理解与适用 (246)

后 记 (253)

最高人民法院、最高人民检察院、
公安部、国家安全部、司法部
《关于办理刑事案件严格排除非法证据
若干问题的规定》的理解与适用

一、一般规定

第一条 严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。

【条文要旨】

本条重申了刑事诉讼法的相关规定,强调严禁以非法的方法收集证据,明确规定不得强迫任何人证实自己有罪,强调重证据,重调查研究,不轻信口供。

【条文释义】

一、严禁刑讯逼供,实行非法证据排除规则

犯罪的反社会性与侦查的正义性决定了对抗性是侦查活动的永恒规律,^①侦查活动本身所具有的对抗性则决定了犯罪侦查是一种具有博弈性的活动。具体来说,侦查人员的任务是查明犯罪事实并捕获犯罪人,从而维护

^① 刘品新:《反侦查行为——犯罪侦查的新视角》,中国人民大学出版社2011年版,第1页。

国家的法律和秩序,保护公民的合法权利;而犯罪人为了保护和实现犯罪目的,就要千方百计逃避侦查和对抗侦查,竭尽全力掩盖案情真相并使侦查误入歧途。于是,侦查人员与犯罪人之间便形成了“侦查与反侦查”“犯罪与反犯罪”的对抗。^① 由于侦查活动所具有的这种对抗性,当侦查人员面临命案必破、限期破案等各种压力时,就可能会违反法定程序使用违法方法收集证据。众所周知,非法取证不仅侵犯人权,所获得的证据也很有可能是虚假的。因此,世界各法治发达国家均严禁以非法的方法收集证据,实行非法证据排除规则,我国亦不例外。

(一) 非法证据排除规则的产生和发展

我国非法证据排除规则的产生和发展,具有特定的历史和制度背景。从现有的排除规则看,既借鉴域外的先进理念,又立足中国国情和司法实际,尽可能适应刑事诉讼制度改革和发展的需要。

1979年刑事诉讼法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,当时的立法之所以重点关注刑讯逼供等问题,主要是由于早期缺乏规范的刑事诉讼程序,刑讯逼供等非法取证行为大量存在,不仅严重侵犯人权,而且导致了冤假错案发生。但当时的刑事诉讼强调惩罚犯罪,偏重实体真实,非法证据排除规则缺乏产生的土壤。

1996年刑事诉讼法修改,强调兼顾惩罚犯罪和保障人权,程序公正的观念开始得到认可,在修法过程中,已有专家学者建议确立非法证据排除规则,但由于有关部门对此仍有较大争议,该次修法并没有确立非法证据排除规则。1998年和1999年“两高”陆续出台的刑事诉讼法司法解释才分别规定,采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为指控犯罪的根据和定案的根据。这是在规范层面首次确立非法言词证据的排除规则。有学者指出,遏制刑讯逼供等严重违法取证行为是非法证据排除规则确立的出发点,该规则正是力图从证据规则的层面解决长期困扰中国司法实践的刑讯逼供难题。与此相适应,在该规则的适用范围上,也是首先排除采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪

^① 何家弘:《亡者归来——刑事司法十大误区》,北京大学出版社2014年版,第36页。

嫌疑人、被告人供述。从司法实践的运行状况看,各部门也将非法证据排除规则的适用主要集中在对通过刑讯等非法方法收集的供述的排除上。^①应当说,这种认识是比较中肯的。“两高”司法解释所确立的非法言词证据排除规则,主要目的就是遏制刑讯逼供,同时也应当认识到,以遏制刑讯逼供为目的确立的非法言词证据排除规则,实际上是以防范冤假错案的共识为基础的。

根据中央司法改革部署,2010年“两高三部”联合出台《非法证据排除规定》,较为系统地建立了非法证据排除规则。与之前的司法解释相比,该规定扩大了非法证据的范围,除采用刑讯逼供等非法方法收集的言词证据外,还规定了非法实物证据的裁量排除规则,更重要的是建立了非法证据的排除程序和举证责任规则,使排除规则在司法实践中具有了可操作性。该规定的基本思路是:以规范司法行为、促进司法公正为目标,在中国现有法律框架下,借鉴与吸收国内优秀研究成果和国外有益经验,结合办理刑事案件工作实际,为排除非法证据制定具体化、程序化的操作规程,避免因采纳非法证据而导致冤假错案的发生。^②与之前司法解释规定的主要关注证据真实性的非法言词证据排除规则相比,2010年《非法证据排除规定》已经转向对正当程序和人权保障的关注。这与当时的时代背景和法治发展进程是分不开的。2004年宪法修改,明确将“国家尊重和保障人权”写入宪法,这对刑事诉讼领域产生了深远的影响。尽管中国宪法和刑事诉讼法之间的关联不如美国、德国等国那样紧密,但刑事诉讼法作为“小宪法”的观念已经深入人心,如何加强刑事诉讼领域的人权保障,在当时成为理论界热议的焦点。有学者指出,非法证据排除规则作为一项程序性制裁措施,被赋予制裁警察程序性违法的使命;作为一种权利救济手段,被用作维护被告人权利的程序保障。^③

2012年刑事诉讼法修改,吸收了2010年《非法证据排除规定》的主要内

^① 闵春雷:《非法证据排除规则适用问题研究》,载《吉林大学社会科学学报》2014年第2期。

^② 吕广伦等:《〈关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定〉理解与适用》,载《人民司法》2010年第13期。

^③ 陈瑞华:《非法证据排除规则的理论反思》,载《法律适用》2006年第6期。

容,在立法层面正式确立了非法证据排除规则,这不仅极大地提高了刑事程序法治的总体水平,也使得中国具备了与国外就非法证据排除规则进行制度比较的立法基础。“两高”在刑事诉讼法修改后陆续出台司法解释,对法律所规定的非法证据排除规则作出了进一步细化的规定。目前,一些国家尚未在立法和规范层面确立系统的非法证据排除规则,就这一点而言,中国的非法证据排除规则已经在规范层面取得了一定的成就。但是,与法治发达国家相比,中国的非法证据排除规则仍然有较大的发展空间,尚未完全发展到政策性规则的水平。囿于一些办案人员的传统观念,非法证据排除规则的适用尚未脱离对证据真实性的关注。有的办案人员仍然是以证据是否真实可靠为标准来认定非法证据。即使是刑讯逼供取得的被告人供述,如果能与其他证据印证,一些办案人员也不愿予以排除。这种司法现状弱化了非法证据排除规则的功能,在一些案件中甚至架空了非法证据排除规则。

需要指出的是,2013年十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的规定》在“推进法治中国建设”部分专门指出,完善人权司法保障制度,并明确要求,严禁刑讯逼供、体罚虐待,严格实行非法证据排除规则。2014年党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》在“保证公正司法,提高司法公信力”部分专门指出,推进以审判为中心的诉讼制度改革,健全落实非法证据排除的法律制度,完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督,加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防。非法证据排除规则能够被写入中央新时期全面深化改革、全面推进依法治国的重要文件,这说明该制度的重要性已经得到普遍的认可。同时,中央改革文件是从加强人权司法保障、保证公正司法等角度,要求严格实行非法证据排除规则,健全落实非法证据排除的法律制度,这说明中央对非法证据排除规则的定位更加科学、合理,已经凸显出排除规则的政策性功能,其中侧重提到了刑讯逼供、非法取证的治理和预防,这与中国的法制传统有紧密关联。特别是四中全会决定提到推进以审判为中心的诉讼制度改革,要求完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督,加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防,这些都有助于进一步完善非法证据排除规则,并且有助于推进非法证据排除规则的贯彻落实。根据中央改革部署,“两高三部”联合出

台的《严格排除非法证据规定》，已经将程序公正、人权保障作为重要的考量因素，非法证据排除规则的政策性功能正在逐步增强。

（二）不得强迫任何人证实自己有罪原则

2012年刑事诉讼法修改，第50条^①在重申“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”的基础上，增加规定：“不得强迫任何人证实自己有罪。”不得强迫任何人证实自己有罪原则的确立，对于强化无罪推定理念、转变司法观念具有重要的意义。（1）这是刑事诉讼法原则性质的规定，这一规定具有重要的法律引领和引导作用，体现了我国刑事诉讼制度对于程序公正的重视，体现了社会主义法治理念，体现了现代诉讼理念；（2）从原则和理念上进一步强化对于刑讯逼供的严格禁止；（3）与国际公约的有关规定相衔接，如“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定与我国参加的《公民权利和政治权利国际公约》中“不得强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”的规定的精神是一致的。^②对于这一规定，有学者也认为，这是我国刑事证据制度发展的又一重大突破，首次以立法的形式公开承认了强迫公民认罪的非正当性。^③

我们认为，要准确理解这一规定，需要进一步考察何为“任何人不受强迫自证其罪”。对于“任何人不受强迫自证其罪”的性质，学界有多种理解，如有学者将其视为现代法治国家刑事诉讼中的公理性法则，^④有学者将其视为现代法治国家刑事司法的一项重要原则，^⑤还有学者则将其视为一项权利或者特权。^⑥此外，在西方法治国家也有不同的理解，如有西方学者甚至指出：“不被强迫自证其罪在不同的时间、不同的地点、不同的环境会有不同的

① 2018年刑事诉讼法第52条。

② 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定——条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2012年版，第47页。

③ 陈光中主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》，人民法院出版社2012年版，第57页。

④ 陈学权：《比较法视野下我国不被强迫自证其罪之解释》，载《比较法研究》2013年第5期。

⑤ 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》，载《中国法学》1999年第2期。

⑥ 樊崇义：《从“应当如实回答”到“不得强迫自证其罪”》，载《法学研究》2008年第2期。

含义。”^①上述学者从不同的侧面揭示了“不受强迫自证其罪”的含义,如果要全面理解“不受强迫自证其罪”的规定,需要对其来龙去脉进行梳理。

关于不得强迫自证其罪原则的起源,西方法学界存在两种截然不同的观点。传统观点认为,不得强迫自证其罪特权起源于17世纪后期的英国,但也有学者认为,不得强迫自证其罪特权不可能在17世纪起源于英国普通法,它的产生可以追溯到早期吸收了教会法和罗马法的欧洲普通法。^②据国内研究沉默权的权威学者的考察,“不被强迫自证其罪”本来只是英美普通法上的一种证人特权,其含义随着时代的发展而有所不同。但自19世纪以后,这项特权的基本含义是指任何人对可能使自己受到刑事追究的事项有权不向当局陈述,不得以强制程序迫使任何人供认自己的罪行或者接受刑事审判时充当不利于自己的证人,其主要目的在于防止政府以强制手段获得个人的陈述,然后又以此为证据对陈述人进行刑事追究。^③尽管对不得强迫自证其罪原则的起源存在诸多争议,但认可不得强迫自证其罪原则已是一种共识。

目前,不得强迫自证其罪的规定在许多国家的立法中均有明确的体现。如在美国,联邦宪法第5条修正案规定:任何人于任何刑事案件中,不得被强迫成为对自己不利的证人。在加拿大,《权利和自由宪章》第11条规定:被告人有权在针对自己的刑事指控中不被强迫作证。在德国,被告人的沉默权以及必须告诉他享有沉默权体现了不必自我归罪原则。这个原则是依据基本法第1、2条和第20条的规定引申而来。^④在日本,《宪法》第38条第1项规定:对任何人都不得强制其做不利于本人的指控。事实上,不被强迫自证其罪的规定不仅在各国的国内立法中有所体现,联合国有关公约或文件以及其他区域性公约或文件中也有类似的规定。如联合国《公民权利和政

^① David M. Paciocco & Lee Stuesser, *Essential of Canadian Law: The Law of Evidence*, Irwin Law, 1996, p. 154.

^② 彭伶:《不得强迫自证其罪原则研究》,中国检察出版社2009年版,第2~14页。

^③ 孙长永:《沉默权制度研究》,法律出版社2001年版,第9页。

^④ [德]约阿希姆·赫尔曼:《〈德国刑事诉讼法典〉中译本引言》,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第14页;[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第79页。

治权利国际公约》第14条第3款第7项规定,不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。又如,联合国《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》第21条规定,应禁止不当利用被拘留人或被监禁人的处境而进行逼供,或迫其以其他方式认罪,或作出不利于他人的证言。审问被拘留人时不得对其施以暴力、威胁或使用损害其决定能力或其判断力的审问方法。再如,《国际刑事法院罗马规约》第55条规定:本规约所涉及的侦查中,个人不得被强迫控诉他/她自己,也不得被强迫承认有罪。在区域公约或文件方面,《美洲人权公约》第8条第2款第7项规定:有权不得被迫作不利于自己的证明,或者被迫服罪。与《美洲人权公约》中对不得强迫自证其罪明确规定不同的是,《欧洲人权公约》中没有类似规定。尽管《欧洲人权公约》第6条中没有明确规定不被强迫自证其罪权,但是欧洲人权法院认为:沉默权和不被强迫自证其罪权是受到普遍承认的国际标准,居于《欧洲人权公约》第6条第1款中公正刑事程序理念的核心地位。^① 换句话说,欧洲人权法院在对该公约进行解释适用时认为此原则已经包含在公约的规定之中。

我国1996年刑事诉讼法对于不受强迫自证其罪问题没有作出规定,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。学界一直以来都有学者主张在我国刑事诉讼立法中增加不被强迫自证其罪的规定。有学者认为,我国采纳不受强迫自证其罪原则是必然的趋势,但在时间上可能还有一个过程,可以分三步走:第一步是禁止刑讯逼供,第二步是赋予被告人沉默权,第三步是实行任意自白规则。^② 2012年修改刑事诉讼法,我国在立法上确立了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定。但与学者的主张不同,我国立法并未将不受强迫自证其罪问题规定在总则的基本原则中,而是规定在总则的证据章节中,^③且该条款中使用的是“证实”而非“证

① 张吉喜:《刑事诉讼中的公正审判权——以〈公民权利和政治权利国际公约〉为基础》,中国人民公安大学出版社2010年版,第89页;刘学敏:《欧洲人权体制下的公正审判权制度研究——以〈欧洲人权公约〉第6条为对象》,法律出版社2014年版,第80页。

② 杨宇冠:《论不强迫自证其罪原则》,载《中国法学》2003年第1期。

③ 在修法过程中,有学者主张,将不得强迫自证其罪条款作为原则性条款,抽离出证据章节,迁放至刑事诉讼法开篇,作为刑事诉讼法的一项基本原则单独加以确立。但该建议并未获得认同,参见董坤:《不得强迫自证其罪原则在我国的确立与完善》,载《国家检察官学院学报》2012年第2期。

明”的用语。我们认为,为准确理解立法确立的“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定,以下四个问题需要进一步予以明确:

首先,关于不得强迫任何人证实自己有罪与沉默权的关系。一般认为,不强迫自证其罪可以通过多种方式实现,其中最常见的是通过赋予被指控人沉默权的方式,除此之外,不强迫自证其罪还可以通过任意自白规则实现。^①那么,我国确立了不得强迫自证其罪条款是否就意味着确立了沉默权呢?对此,存在两种对立的观点。一种观点认为我国并未确立沉默权制度,如有观点认为,“不得强迫任何人证实自己有罪”仅仅是指不得以法律禁止的手段取证,而非谓犯罪嫌疑人有权保持沉默。^②有学者认为,不得强迫自证其罪与沉默权是两个不同的概念,既然我国法律中没有明示沉默权,仅确立了“不得强迫任何人证实自己有罪”,就暂不宜进行扩张性解释,将沉默权解释成此次修正案的立法内容。^③另一种观点认为我国已经确立沉默权制度。如有学者认为,2012年修改刑事诉讼法将“不得强迫任何人证实自己有罪”写入刑事诉讼法,就标志着接受了在当今世界具有普适价值的“反对强迫性自证其罪”的刑事诉讼规则,也就是确认了犯罪嫌疑人和被告人的沉默权。^④我们认为,在仅规定不强迫自证其罪条款而缺乏相关配套措施的情况下,很难说我国已经在立法上确立了沉默权制度。尽管如此,但法律规定的羁押讯问在看守所内进行、讯问过程录音录像等制度,都是不得强迫自证其罪权利的重要程序保障。在我国现有的制度环境下,不仅羁押讯问具有内在的强制性,羁押期间在看守所外进行的讯问更加具有强制性,违反了法律规定的上述讯问程序制度,就意味着侵犯了不得强迫自证其罪权利,对由此取得的供述应当否定其证据能力。

其次,关于不得强迫任何人证实自己有罪与犯罪嫌疑人如实回答义务

① 杨宇冠:《论不强迫自证其罪》,载《甘肃政法学院学报》2011年第6期。

② 万毅:《论“不强迫自证其罪”条款的解释与适用——〈刑事诉讼法〉解释的策略与技术》,载《法学论坛》2012年第3期。

③ 董坤:《不得强迫自证其罪原则在我国的确立与完善》,载《国家检察官学院学报》2012年第2期。

④ 何家弘:《中国式沉默权制度之我见——以“美国式”为参照》,载《政法论坛》2013年第1期。

的关系。2012年刑事诉讼法在确立“不得强迫任何人证实自己有罪”条款的同时,仍然保留了“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”的规定。那么,立法新增的“不得强迫自证其罪”条款与“应当如实回答”之间是否存在实质性的冲突呢?对此,有学者认为,“不得强迫自证其罪”条款有三种内涵,即狭义、本义和广义上的内涵,从狭义上理解“不得强迫自证其罪”条款,如实供述与其并不矛盾;从广义上理解“不得强迫自证其罪”条款,则如实供述与其明显存在矛盾;从本义上理解“不得强迫自证其罪”条款,由于“如实供述”条款的性质是一种指引性的刑事司法政策,与“不得强迫自证其罪”条款并不存在根本性的矛盾。^①也有意见认为,2012年刑事诉讼法修改明确规定不得强迫任何人证实自己有罪。这样的规定对司法机关是一个刚性的、严格的要求。至于犯罪嫌疑人应当如实回答,是从另外一个层面,另外一个角度规定的。我国刑法规定,如果犯罪嫌疑人如实回答了问题,交代了自己的罪行,可以得到从宽处理。刑事诉讼法作为一部程序法,要落实这一规定。犯罪嫌疑人要回答问题的话,就应当如实回答;如实回答,就会得到从宽处理。这是从两个角度来规定的,并不矛盾。^②

在现行立法将“应当如实回答”与“不得强迫任何人证实自己有罪”均写入法典的情况下,如何处理两者之间的关系呢?我们认为,一方面,“不得强迫任何人证实自己有罪”是指不得以任何强迫手段迫使任何人认罪和提供证明自己犯罪的证据。司法实践中,讯问犯罪嫌疑人时,应对其宣讲刑事政策,宣传法律关于如实供述自己罪行可以从轻处罚的规定,通过思想工作让犯罪嫌疑人交代罪行,争取从宽处理,不属于强迫犯罪嫌疑人证实自己有罪。^③换句话说,根据2018年刑事诉讼法第120条的规定,犯罪嫌疑人、被告人在一定程度上有忍受讯问的义务。另一方面,当“不得强迫任何人证实自己有罪”与“如实回答”义务发生直接冲突时,可以通过下列方式协调两者

^① 王雄飞:《论“不得强迫自证其罪”的内涵及其制度配套》,载《南京大学法论评论》(2013年秋季卷·总第40卷),法律出版社2013年版,第289页。

^② 陈菲、崔清新、徐晔:《推进民主法制进步的重大举措——全国人大常委会法工委负责人就刑事诉讼法修改回答中外记者提问》,载《新华每日电讯》2012年3月9日,第3版。

^③ 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定——条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第46页。

之间的关系:^①当犯罪嫌疑人、被告人沉默不语时,司法人员应当提醒其在法律上有如实回答义务,如果如实回答,因坦白情节已成为法定从宽处罚情节,在量刑时会获得从轻处理;如果不如实回答,说假话、任意翻供并干扰司法,量刑时会受到酌情从重处罚。在此种情况下,犯罪嫌疑人、被告人在衡量利弊后一般会选择“如实回答”。但是,如果犯罪嫌疑人、被告人保持沉默,由于法律规定了“不得强迫任何人证实自己有罪”,司法人员不能够动用刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法手段以获取口供,而应当去尽力收集其他种类的证据来弥补口供证据的缺失,也不能以“沉默”为由认定犯罪嫌疑人、被告人有抗拒情节而从严惩处。

综上,我们认为,无论是文义解释,还是从司法实践来看,“应当如实回答”与“不得强迫任何人证实自己有罪”之间确实存在潜在的冲突。对于这种潜在的冲突,我们只能通过对相关条文进行合理解释的方法予以消除。

再次,关于“强迫”的具体内涵。有学者认为,强迫的明显或极端手段是施加酷刑,即所谓“刑讯逼供”,但“强迫”不仅限于刑讯,长时间进行讯问不让休息也可能构成“强迫”,为了获取口供而长时间关押当事人也可能构成“强迫”。此外,即使没有直接对当事人使用暴力,但以暴力威胁当事人也应当视为强迫。^②有学者则认为,讯问手段“强迫”性的标准,首先是该手段必须导致了被追诉主体的非自愿陈述,或者说使被追诉主体丧失了对提问回答与否的自由选择权;其次是该手段的强迫性应有一定的客观性基础或普遍共识。^③最高人民检察院的有关人员认为,“不得强迫任何人证实自己有罪”,是指不得采用刑讯逼供、威胁等强制力的手段强迫任何人提供证明自己犯罪的言词证据。^④我们认为,所谓“强迫”就是指以“强迫手段”来“迫使”某人认罪和提供证明自己犯罪的证据。具体何为“强迫手段”以及这种“强迫手段”是否达到了“迫使”某人认罪的程度,应当由法官结合各种主客

① 黄祖帅:《不得强迫自证其罪与如实回答之协调适用》,载《人民检察》2013年第9期。

② 杨宇冠:《〈刑事诉讼法〉修改凸显人权保障——论不得强迫自证有罪和非法证据排除条款》,载《法学杂志》2012年第5期。

③ 董坤:《不得强迫自证其罪原则在我国的确立与完善》,载《国家检察官学院学报》2012年第2期。

④ 童建明主编:《新刑事诉讼法理解与适用》,中国检察出版社2012年版,第81页。