

# 论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善

易延友

**摘要:** 无罪推定在证据法上的含义在于将证明责任分配于控诉方,其诉讼法上的含义在于保障被告人的程序性权利,约束政府权力,体现司法公正。无罪推定并非基于事实或经验的推定,而是基于政治法律道德的规范原则,它与有罪推定并非同一个层面的概念,因此不存在非此即彼的关系。无罪推定既非对过去事实的总结,亦非对将来事实的判断,因此它并不违反实事求是。中国古代经籍中不乏无罪推定思想,遗憾的是未能在近现代发扬光大并形成制度;新中国建国后无罪推定原则几经沉浮,但是1996年修正后的刑事诉讼法最终还是确立了无罪推定,只是在表述上与西方通行的原则略有差距,在具体制度设计方面则仍待完善。因此,当此刑事诉讼法再次修改之际,我们应当从立法上重新斟酌无罪推定之表述,从制度上彻底贯彻无罪推定之要求,以完善我刑事司法之体制,文明我刑事司法之实践。

**关键词:** 无罪推定; 证明责任; 程序性保障; 实事求是; 刑事诉讼法修改

## 引言

早在20世纪50年代,学界就已经展开关于无罪推定的争论,其中有的学者明确提出应当确立无罪推定<sup>[1]</sup>。20世纪80年代,以陈光中先生为首的刑事诉讼法学家又颇有政治勇气和学术见地地提出,应当批判地继承无罪推定原则<sup>[2] (P. 49-53)</sup>。至1996年,修订后的刑事诉讼法亦明确规定“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”一些学者认为,这就是中国的无罪推定。可以说,无罪推定原则的研究在中国已经积累了一定的基础,其在法解释学上的意义,也在一定程度上得到阐述。然而,由于种种原因,有关无罪推定的深层含义,仍然有待进一步探查;中国刑事诉讼法上究竟有没有确立无罪推定原则,仍然有待澄清;中国是否应当明确引入无罪推定,也还存在着一些观念上的障碍;中国应当如何利用修改刑事诉讼法的契机贯彻无罪推定原则,在立法技术上也还有待进一步的努力。

### 一、无罪推定的基本含义

尽管无罪推定原则在世界上很多国家都获得确立,其准确含义在学者间的认识却并不一致。笔者认为,无罪推定既包括证据法上证明责任分配的含义,也包括刑事诉讼法上正当程序要素的内涵。兹分述如下。

#### (一) 作为举证责任分配原则的无罪推定

无论是在法学家的著作中,还是在法院的判例中,无罪推定原则最基本、最常用同时也是最为普遍承认的含义,就是其在分配举证责任方面的含义。格兰维尔威廉姆斯指出“当人们说面对刑事控告的

---

作者简介: 易延友, 法学博士, 清华大学法学院副教授、清华大学证据法研究中心主任。

<sup>①</sup> “修改后的刑事诉讼法第12条……既确认了人民法院的统一定罪权,又体现了我国刑事诉讼立法对无罪推定原则的吸收。”载田冰川“世纪末超越: 扬民主、法治与科学之帆——访我国刑法专家陈光中教授”,载《中国律师》1996年第5期。

被告人应当被推定无罪时,它的真实含义其实就是控方应当承担证明被告人有罪的责任。”<sup>①</sup>在英美法律传统中,证明标准问题通常是依附于证明责任问题之上的。负有证明责任的一方,如果没有将相应事实证明到法律要求的程度,即视为没有履行证明责任。或者说,证明标准是证明责任制度的组成部分。在刑事诉讼中,证明有罪的标准通常是排除合理怀疑。因此,证明责任既然由控诉方承担,控诉方就应当将被告人有罪的事实证明到排除合理怀疑的程度。例如,在史蒂芬的《证据法概要》一书中,其关于无罪推定的定义就包含了证明程度的要求“如果是否实施犯罪属于争议事实,则对该事实应当证明到排除合理怀疑的程度。承担证明被告人有罪或者实施了过错行为的责任存在于主张该事实的一方。”<sup>②</sup>威格摩亦指出,就无罪推定的举证责任分配功能而言,其含义包括两个方面:一是提供证据的责任由控诉方承担;二是控诉方应当将被告人有罪的事实证明到排除合理怀疑的程度。<sup>③</sup>

无罪推定的首要含义是指证明有罪的责任应当由控诉方承担不仅在法学家那里得到普遍承认,并且在一系列司法判例中得到确认。其中最著名的,是英国的伍尔明顿案件。英国最高司法机关上议院在该案判决中写道:

在英国刑法之网中有一条可以经常看到的金线,那就是控诉方有义务证明被告人有罪……如果在案件结束时,就案件整体而言,对于被告人杀死被害人是否出于主观上的故意这一问题,还存在着任何合理的怀疑,这种怀疑不论是由控诉方所提出,还是由被告人所提出,都应当认为控诉方没有完成对案件的证明,从而应当将被告人无罪释放。不论指控的内容如何以及在何处审判,被告人有罪的事实都应当由控诉方承担,这是英国普通法的一部分,而且任何试图损害这一原则的努力都不会得逞!<sup>④</sup>

控诉方应当承担证明责任且应当将犯罪事实证明到排除合理怀疑程度的立场,在美国法律界亦得到反复重申。在科芬诉美国<sup>⑤</sup>、温斯普诉美国<sup>⑥</sup>、穆雷尼诉威尔伯<sup>⑦</sup>、帕特森诉纽约<sup>⑧</sup>等一系列案件中,美国联邦最高法院均判定,控诉方应当将被告人有罪的事实证明到排除合理怀疑的程度。尤其是在著名的温斯普诉美国一案中,最高法院还指出,控诉方应当将被告人有罪的事实证明到排除合理怀疑的程度,这是美国宪法的一个组成部分。<sup>⑨</sup>

既然无罪推定已经将证明责任分配给了控诉方,被告人自然无需承担证明自己无罪的责任。也就是说,按照无罪推定原则,被告人既不需要证明自己无罪,也不需要证明自己无罪。诚如威格摩所言:“无罪推定意味着被告人无需做任何事情,因而有权消极无为,而不得因此而被认定为有罪。”<sup>⑩</sup>根据这一逻辑,被告人自然有权在审判中和刑事诉讼的任何阶段保持沉默,也就是享有不被强迫自证其罪的特免权。因为,如果被告人可以被强迫自证其罪,实际上就是免除或减轻了控诉方的证明责任,这无论如

① Glanville Williams, *The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial* 2d ed. London: Stevens & Sons p. 152(1958).

② James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Law of Evidence* second edition reprint ST. Louis F. H. Thoma and Company p. 115(1879).

③ John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Peter Tillers Rev., Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1983, Vol IX, p. 530.

④ *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462. 该案被告人伍尔明顿被指控开枪谋杀自己的妻子,被告人辩解说是因为枪走火,从而在法律上产生一个问题:当被告人提出一个辩解为自己的行为开脱时,究竟是被告人应当证明该事实的存在,还是控诉方应当证明被告人提出的事实不存在? 审判法官认为被告人应当证明辩护事实的存在,因此,在法庭辩论结束时,法官指示陪审团说:一旦检察官证明了被害人的死亡是由于被告人的行为所造成,被告人就必须证明其行为不是谋杀。这一指示被上议院认为是错误的指示,该案被发回重审。引文内容就是上议院在判决时给出的理由。

⑤ *Coffin v. United States*, 156 U. S. 432 (1895).

⑥ *In re Winship*, 397 U. S. 358 (1970).

⑦ *Mullaney v. Wilbur*, 421 U. S. 684 (1975).

⑧ *Patterson v. New York*, 432 U. S. 197 (1977).

⑨ *In re Winship*, 397 U. S. 358 (1970). 该案被告人温斯普被指控盗窃。法庭上目击证人对其予以指认,但温斯普提出了不在场的证据,证人是其母亲和他的一个姨妈,两人都证明其在盗窃案件发生时不在现场。审判法庭虽然承认,对被告人有罪的证明没有达到排除合理怀疑的程度,但是其有罪的确信达到了优势证据的标准,因此判定温斯普罪名成立。上诉法院维持了原判,最高法院推翻了这一判决。最高法院指出,被告人有罪的证明必须达到排除合理怀疑的程度。

⑩ John Henry Wigmore, *Evidence* supra note 6 p. 530.

何都是与无罪推定原则不相吻合的。同时,既然被告人无需证明自己无罪,其保持沉默的行为,自然也不能视为其有罪的证明。被告人是否有罪,仍然有待于控诉方的证明。如果允许对被告人保持沉默的行为作出不利于被告人的推论,实际上仍然大大削弱了无罪推定原则对被告人的保护。<sup>①</sup>

## (二) 作为正当程序构成要素的无罪推定

尽管无罪推定与证明责任分配规则及排除合理怀疑证明标准存在着密切的联系,大多数学者却认为,无罪推定与排除合理怀疑在某种意义上是相互分离且各自独立的。事实上,无罪推定除了具备证明责任分配的功能以外,还有其体现人类尊严之政治道德与法律原则方面的功能。那就是,无罪推定是对刑事被告人(包括犯罪嫌疑人)的一种程序保障。为方便起见,本文将无罪推定在这方面的意义概括为“正当程序要素”,其核心内容,是强调“未经证明有罪即应当视为无罪”。它解决的不是由谁来承担证明责任的问题,而是在未经证明有罪之前,对被告人应当如何对待的问题。

无罪推定中正当程序要素的历史渊源,比其证据法上含义的历史还要悠久。据学者考证,13世纪布莱克顿的名言,以及古代罗马法中“除非有相反证明否则任何人都应当被推定为良善”(quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium)的名言,均表明无罪推定的最初含义,是在强调对一个人定罪应当经过证明,因此无罪推定是法律赋予每个公民的一种武器,其对政府而言则构成一道屏障;其功能在于:每个人在未经证明有罪之前在法律上都是无辜的,因此不能被当做罪人来描述和对待。<sup>②</sup>早在17、18世纪的时候,“无罪推定”就被当作反对法官过于仓促地作出判断的有力武器。<sup>③</sup>1624年,英国下院在审理一名财政大臣的贪污案时,埃德温桑德斯爵士就提醒参与审理的人们说“古代的规则说得好:任何人都应当被推定为无罪,除非被证明为有罪。”<sup>④</sup>贝卡利亚在其名著《论犯罪与刑罚》中曾经痛切地指出“如果犯罪是肯定的,对他只能适用法律所规定的刑罚,而没有必要折磨他,因为,他交代与否已经无所谓了。如果犯罪是不肯定的,就不应折磨一个无辜者,因为在法律看来,他的罪行并没有得到证实。”<sup>[3][P.37]</sup>这一论断也是着眼于定罪前如何对待受刑事指控之人,强调的是刑事被告人有权不被刑讯。也有论者指出,无罪推定承担着一种规范性功能,包含着任何人未经正当法律程序不得被剥夺自由的思想。<sup>⑤</sup>

作为正当程序要素的无罪推定原则,在帕卡的“两个模式”的诉讼理论中得到更加全面的阐释。帕卡将刑事诉讼分为犯罪控制模式和正当程序模式两种类型。在犯罪控制模式之下,打击犯罪被当做刑事诉讼的最高目标;为尽可能有效地打击犯罪,犯罪控制模式要求诉讼当事人将效率当做第一要务,刑事诉讼的进行就是过滤犯罪嫌疑人,决定有罪者,并对被定罪者施以刑罚。因此,犯罪控制模式的刑事诉讼,就像一条流水作业式的生产线,在每一道工序上,都会将一部分犯罪嫌疑人过滤掉,最终得出一个成功的结论。<sup>⑥</sup>与之形成鲜明对照的是正当程序模式。帕卡认为,正当程序模式的刑事诉讼并不表明社会不希望打击犯罪,但是,这一模式认为,精确地打击犯罪是存在困难的,因此该模式更多地追求打击犯罪的适当性。也因此,如果说犯罪控制模式的刑事诉讼像一条流水作业式的生产线,正当程序模式的刑事诉讼则像是一个布满荆棘的障碍跑。它又像一个严格控制产品质量的工厂,因此其产品的数量大大降低。但是,所有这些都不是正当程序的核心。正当程序最表面谦虚实际上却树大根深的机制,是“法定有罪原则”(the doctrine of legal guilty)。根据这一原则,任何人都不得仅仅因为他可能有罪而被

<sup>①</sup> 英国司法改革后的沉默权规则,允许对被告人在审判中保持沉默的行为作出不利于被告人的推论。这一规则在西方国家引起诸多讨论,原因之一就是因为它违背或至少在一定程度上削弱了对被告人的保护。例见:Gregory O'Reilly, *England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice*, 85 J. Crim. L. & Criminology 402(1994)。

<sup>②</sup> François Quintard - Morénas, *The Presumption Of Innocence In The French And Anglo - American Legal Traditions*, 58 Am. J. Comp. L. 107, p. 122(2010)。

<sup>③</sup> François Quintard - Morénas, *supra* note 15 p. 127.

<sup>④</sup> 同上,第128页。

<sup>⑤</sup> Note, *Preventive Detention Before Trial*, 79 Harv. L. Rev. 1489, 1501, 1966.

<sup>⑥</sup> Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. Pa. L. Rev. 1 pp. 9 - 11(1964)。

认定有罪;相反,只有在经过法定程序、由执法机关经过合法履职之后,认定其有罪,才能被确定有罪。不仅如此。正当程序还要求,即使现有的证据证明一个人确实有罪,在保护他的机制尚未获得适用之前,他也仍然不能被认定为有罪。帕卡指出,这一法定有罪原则,实际上就是我们耳熟能详的无罪推定原则的一部分:一个人在被警察部门侦查并遭到起诉之后,我们很难说这时候执法部门在事实上还认为该被告人无罪;但是,如果该被告人适当地援引法律对他所设置的所有保护,我们又很难信心满满地断言该被告人就一定会在法律上被定罪。<sup>①</sup>

无罪推定原则作为对犯罪嫌疑人和被告人的一种程序保障,其原理贯穿于刑事诉讼之始终,一体适用于审判前程序中的任何阶段。有论者指出,既然无罪推定原则是一项独立的原则,自然也就适用于刑事诉讼的所有阶段。如果将无罪推定与排除合理怀疑证明标准单独联系起来,就大大降低了这项原则的效用。<sup>②</sup> 刑事诉讼的一切人权保障机制,都可以在无罪推定原则中找到依据。例如,西方国家普遍赋予犯罪嫌疑人、被告人有获得保释的权利,就是无罪推定的逻辑结果。这是因为,既然无罪推定原则并非一项仅仅适用于审判阶段的法律原则,而是适用于诉讼的所有阶段,那么,在审判前不得将犯罪嫌疑人、被告人当做有罪的人来对待,也就是题中之义。美国联邦最高法院在一个判例中指出“除非被告人享有获得保释的权利,否则,人类经过数个世纪才最终确立的无罪推定原则将形同虚设。”<sup>③</sup>另一位美国大法官也说“允许保释的司法实践,如同其在英美法系所演变的那样,不是一个为了方便法庭对被告人进行审判从而仅仅由于起诉的存在就将其予以监禁的机制。相反,该程序的精神是使被告人在被审判定罪之前处于未被羁押的状态。”<sup>④</sup>又如,现代国家普遍确立的辩护制度,也可以基于无罪推定原则获得解释。一位从业几十年且曾经担任过辛普森案件辩护人的美国律师总结说,如果一定要为“明显有罪”的被告人辩护提供一个正当化理由的话,唯一的理由或许就是无罪推定。<sup>⑤</sup>另外,赋予犯罪嫌疑人、被告人反对强迫自证其罪的权利,既是基于证明责任应当由控诉方承担的逻辑结论,也是基于正当程序的必然要求:从平等武装的角度来说,要求犯罪嫌疑人、被告人为控诉方提供反对自己的武器显然是不合情理的。最后,正当程序意义上的无罪推定也要求排除合理怀疑,但是它是通过对事实发现程序提出的特定公正要求而间接提出的要求。

### (三) 对无罪推定原则内涵理解的多样性

值得指出的是,现代无罪推定这一原本于法国大革命时代确立的原则,之后在世界各国已经得到普遍确立。有学者指出,无论是大陆法系还是英美法系,最开始都坚持无罪推定具有正当程序和证明责任分配两方面的含义,但是从 20 世纪开始,无罪推定原则的含义在大陆法系和英美法系走上了不同的道路;大陆法系以法国为代表,仍然坚持无罪推定原则的第二层含义,即作为犯罪嫌疑人和被告人之自由壁垒的功能;英美法系则日益趋向于认为,无罪推定与控诉方承担证明责任并将犯罪证明到排除合理怀疑的程度这一规则是同义语,除此以外并无其他含义。<sup>⑥</sup>

的确,英美法系不断有学者否定无罪推定在正当程序方面的意义。例如,塞耶认为,无罪推定除了将证明责任分配给控诉方以外,并无其他更多意义。<sup>⑦</sup>威格摩也说“无罪推定”实际上只是证明责任分配的另一表述,也就是说,它意味着控诉方应当提供证据来证明被告人有罪。<sup>⑧</sup>这些说法,均表明他们认为无罪推定除了分配证明责任方面的含义之外并无其他意义。但是,据此断言大陆法系和英美法

① Herbert L. Packer *supra* note 20 p. 13 - 17.

② Joseph L. Lester, *Presumed Innocent, Feared Dangerous: The Eighth Amendment's Right To Bail*, 32 32 N. Ky. L. Rev. 1 p. 10(2005).

③ *Stack v. Boyle*, 342 U. S. 1 4 (1951).

④ *Stack v. Boyle*, 342 U. S. at 7 - 8 (Jackson J. concurring).

⑤ Joseph C. Cascarelli, *Presumption Of Innocence And Natural Law: Machiavelli And Aquinas* 41 Am. J. Juris. 229 p. 229(1996).

⑥ François Quintard - Morénas *supra* note 15 p. 107.

⑦ James Bradley Thayer, *The Presumption Of Innocence In Criminal Cases* 6 Yale L. J. p. 185(1897).

⑧ John Henry Wigmore, *Evidence* *supra* note 6 p. 530.

系无罪推定原则存在如此重大的差别,却为时过早。当我们考察一个国家无罪推定原则的内涵时,不能仅仅考察学者们怎样说,还要看具体制度上如何操作。只需要对英美法系刑事司法制度具备一些基本的常识,就不难得出这样的结论:英美法系刑事司法制度,既包括将证明责任分配给控诉方的内容,也包括对犯罪嫌疑人、被告人给予正当程序保障的内容。其中,反对自我归罪的特权、讯问时的律师在场权、获得律师有效帮助的权利、与不利于己的证人当庭对质的权利、申请法庭强制传唤有利于己的证人出庭作证的权利等,无不起源于而且发达于英美法系。从实施效果来看,无罪推定的原则主要体现为对犯罪嫌疑人、被告人利益的关照。从这一标准出发,英美法系的无罪推定比大陆法系的无罪推定贯彻得更加彻底。

那为什么会出现上述学者这样的看法呢?笔者认为,这主要和阐述无罪推定原则主体的学术背景有关。在大陆法系,由于没有独立的证据法典,长期以来也没有关于证据可采性的精致规则,因此无罪推定一直被当做一项刑事诉讼原则,有些国家还明文规定为一项宪法原则。因此,当学者们尤其是以刑事诉讼法和宪法学为专精的学者们在阐释无罪推定时,自然而然会将其既当做证明责任分配原则,也将其当做具有保障人权功能的正当程序原则。与之形成对照的是,英美法系从16、17世纪开始就逐渐发展出一套关于证据可采性的精密规则,从而形成了一批专门以证据法学为研究对象的法学家,这些法学家一直将无罪推定视为一项证据原则,致使保障人权的理念在这些学者关于无罪推定的论述中逐渐淡化。值得注意的是,在英美法系,证据法和刑事诉讼法的区别是相当明显的。刑事诉讼法是以人权保障为核心的,对发现真实的价值却较少关照。与之相反,证据规则的首要功能就是促进法庭发现真实,而基本上与人权保障无关。因此,可以说刑事诉讼法主要是以人权保障为核心的法律,证据法则是以发现真实为核心的法律。因此,作为刑事诉讼原则的无罪推定与作为证据法原则的无罪推定,必然在含义上有所区别。但是,这并不表明英美法系的所有学者都将无罪推定当做一项证据原则。如前所述,大力提倡将无罪推定视为正当程序原则的,正是赫赫有名的帕卡教授,而帕卡正是英美法系一位专精于刑事法学的学者。可见,对无罪推定原则含义的确定,造成分歧的原因并不在于大陆法系和英美法系的区分,而是学者们学术背景的不同所致。

在中国,对无罪推定原则含义的理解也是众说纷纭,但是对作为证明责任分配机制的无罪推定原则,理论界应当是普遍承认的,只不过,由于对证明责任和证明标准制度的理解不同,有的学者将“证明责任由控诉方承担”和“证明到排除合理怀疑程度”作为无罪推定原则的两个方面,有的学者将“罪疑从无”当做无罪推定原则含义的第三个方面,而本文则将上述内容均作为无罪推定原则含义的一个方面。也有学者将无罪推定原则的含义分拆成更多的方面。笔者认为,无罪推定原则既可以从证据法上分配证明责任的角度来理解,也应当从刑事诉讼法约束政府权力、保障公民权利的角度来理解。至于学者们从这两个角度又发挥出多少向度,都是可以理解的。只要不偏离基本的方向,也都有一定的可取之处。诚如一位美国学者所言,有关无罪推定原则涵义及范围的争论实际上表明,尽管支持无罪推定的价值观念早已获得普遍接受,对该原则涵义的理解却仍然是开放性的。<sup>①</sup>

## 二、无罪推定与相关概念之区分

在西方,对于无罪推定原则的理解并非全无争论。在中国,从以往关于无罪推定的讨论和争论来看,对于无罪推定的理解也仍然存在一定的误区。有些或者是对无罪推定原则曲解,有些则是对无罪推定原则的污蔑。前者乃无心之失,后者则其心可诛。不过,为了避免将学术探讨转化为道德争论,笔者将所有关于无罪推定原则的模糊认识一体对待,一并探讨。

### (一) 无罪推定不是一种推定

理论上一般认为,推定是由已知事实出发对未知事实所作的推论,包括基础事实、推定事实和从基

<sup>①</sup> Andrew Ashworth, *Four Threats To The Presumption Of Innocence*, *International Journal of Evidence & Proof* 10 (4), pp. 241-279 (2006).

基础事实到推定事实之间的推论三个组成部分<sup>[4]</sup> (P. 300)。有论者认为,推定可以分为事实推定和法律推定。法律推定是基于法律规定的推定,事实推定则是基于事实和逻辑所作的推定。<sup>①</sup>也有论者认为,法律推定通常都是强制性的,只要基础事实确定,就必须假定推论事实存在,并且对应着相应的法律后果;而事实推定则属于任意性的,因其带有经验的成分,并非所有人在相同事实基础上都会作出同样的推论,其对法官并无拘束力,因此并非“推定”而是“推论”。<sup>②</sup>

法律推定又可分为“可反驳的推定”和“不可反驳的推定”。前者是指根据基础事实推断出的推定事实,在有相反证据的情况下可以进行反驳的推定,包括婚生子推定、神志正常推定等;后者则是指一旦基础事实确定,则法官必须适用推论事实且不接受任何提出反驳的证据的推定,例如刑法规定 14 岁以下的未成年人不负刑事责任,就属于 14 岁以下的未成年人无刑事责任能力的不可反驳的推定。有论者指出:将推定分为可反驳的推定和不可反驳的推定完全是引人误的,因为所谓不可反驳的推定实际上属于实体法的范畴,与证据法上承担着证明责任分配功能的推定并非同一概念,完全不能称之为推定。<sup>③</sup>因此,证据法上的推定实际上仅仅是指法律上的可反驳的推定,包括例如婚生子推定、生育能力推定、死亡推定等。

从以上概念来看,无罪推定不以任何基础事实为前提;它既非基于事实的推定,亦非基于事实的推论,因此无罪推定显然不属于事实推定。这样看来,无罪推定似乎属于法律上的可反驳的推定。但是,无罪推定的特殊性在于,它是不依赖于基础事实的推定。所有证据法上的推定都是以基础事实为依据作出的推定,例如婚生子推定,必须以子女的出生系在婚姻关系存续期间这个基础事实为前提;生育能力推定以该人处于 12 岁以上 54 岁以下这个基础事实为前提;死亡推定以该人已经失踪达到一定期限为前提。但是,无罪推定却不是发源于特定事实的推定,而是基于特定法律政策实体法律规则。这一推定平等地适用于所有犯罪嫌疑人和被告人,无论其为现行犯还是非现行犯。对于现行犯,对于那些在犯罪现场被当场擒获的犯罪分子,同样适用无罪推定原则。而在此种情形下,说无罪推定是建立在事实基础上的推定显然是不恰当的。

另外,证据法上推定的功能,主要在于消除当事人的举证责任。根据证据法上的推定规则,一个事实如果没有被法律规定为推定,则主张该事实的当事人通常应当承担证明该事实存在的责任。而如果法律对该事实作了推定,则主张该事实的当事人实际上被免除了证明该事实存在的责任,而试图推翻该推定事实的当事人则必须承担证明责任。因此,推定规则实际上担负着转移证明责任的功能。<sup>④</sup>但是,无罪推定并不承担这样的功能。因为,首先,对于犯罪嫌疑人和被告人而言,并不承担证明自己无罪的责任;其次,对于控诉方而言,证明责任本身就应当由其承担,不存在无罪推定转移到控诉方来承担的问题。<sup>⑤</sup>因此,无罪推定虽然名为“推定”,实际上却并非证据法上的推定。<sup>⑥</sup>

① Hodge M. Malek Q. C. ed. *Phillips on Evidence*, sixteenth edition London: Sweet & Maxwell p. 136(2005).

② Paul C. Giannelli *Understanding Evidence*, Mathew Bender & Company p. 54(2003).

③ Peter Murphy *Murphy on Evidence*, seventh edition, Blackstone Press Limited p. 580(2000).

④ 当然,推定所转移的究竟是说服责任还是举证责任,在理论上不无争论。相关探讨,请参阅易延友《证据法的体系与精神》,北京大学出版社 2010 年版,第 302 - 304 页。

⑤ Harvard Law Review Association *The Presumption Of Innocence* 9 Harv. L. Rev. 144 p. 145(1895).

⑥ 在西方,也有学者认为,无罪推定也是一种证据。例如,格林利夫在其第一部证据法教材中说“无罪推定这一法律推定可以被陪审团认为是一种证据,是一种有利于被推定一方的证据。”塞耶对此曾有较为系统的批判。塞耶认为,将无罪推定视为证据的做法,意味着无罪推定至少应当是有一定的事实基础的。既然如此,那么无罪推定的事实基础是什么呢?是人类的天性让我们相信每个人或者说大多数人都诚实且无辜吗?是从审判的经验来看大多数被指控有罪的被告人事实上都无罪或者最终都被宣判无罪吗?对于这一问题,塞耶引证说,一位接受调查的检察官披露的统计数据表明,在他指控的犯罪中,有 20% 的人作有罪答辩,60% 的人被法庭判定有罪,只有 20% 的人被法庭无罪释放。塞耶还指出,无罪推定是一个法律上的规则,是一个法律上的推定,也可以说它是法院作出的一个武断的假定。既然它是法律上的推定,就不能将其视为一种证据与其他代表对事实进行推论的证据进行比较以权衡各自的证明力;也不能将其作为一种法律与作为事实的证据进行衡量比较,因为不同种类的事物之间是无法比较的。因此,“法律上的推定不是证据”。James Bradley Thayer *supra* note 10 pp. 198 - 200.

## (二) 无罪推定不是有罪推定的对称

有学者认为:无罪推定意味着任何权力机构在人民法院未对被告人最终定罪之前,不得预断其有罪;也有学者认为,无罪推定与刑事诉讼中的强制措施互相矛盾:一方面推定被告人无罪,另一方面又剥夺其人身自由,这在逻辑上是自相矛盾的。这种看法通行于中外法学界。在美国,一位学者质疑道:“对被告人的对待就否定了无罪推定。如果他被推定无罪,为什么又要对他施以铁镣?为什么将他予以监禁?为什么只允许他以保释的名义获得自由?……他的自由受到限制的事实,表明他实际上被推定为有罪。若非如此,就没有其他理由对他施以限制。”<sup>①</sup>在中国,一位学者如此痛陈其反对无罪推定的理由:

我们知道,所谓刑事诉讼中的被告人,即是指被控告为犯罪的人。在资本主义国家的刑事诉讼中,当检察机关向法院起诉时,不言而喻,都是认为被告人是有罪的,并掌握一定的犯罪证据,否则就不起诉了,而且有的被告人已被逮捕在押了。逮捕、起诉是国家机关采取的具有一定法律意义的措施。如果持无罪推定原则,把宣判前的被告人认为是无罪的,那么,逮捕、起诉便是非法的了,岂非矛盾?可见,无罪推定论者,把法院判决有罪之前的被告人,一律推定为无罪的说法,是不切实际的主观臆断<sup>[5]</sup>。

之所以会有这种看法,主要还是对无罪推定和有罪推定存在误解,误将无罪推定当做有罪推定的对称,将无罪推定和有罪推定当做同一个层面的概念。事实上,如前所述,无罪推定是一个不需要以任何事实为基础的规范原则,它的确切含义,如前所述,是指未经法院依照正当程序并经控诉方将被告人有罪的事实证明到排除合理怀疑的程度之前,不得将被告人当做有罪的人来对待。这种无罪的待遇是一种“法律规则”,是一个规范层面或曰法律层面上的概念。有罪推定则不同,它从来都不是规范层面上的概念,而是一个事实层面的概念,它是指执法机构在案件的不同阶段都会在一定程度上,在事实上假定犯罪嫌疑人、被告人有罪。对此,帕卡曾经有过一段精彩的论述:

将有罪推定当做无罪推定原则的对称是错误的。无罪推定是刑事诉讼程序的中流砥柱,在正当程序模式的刑事诉讼中占有举足轻重的地位。无罪推定并非有罪推定的对称,它与有罪推定毫无关联。这两个概念代表的是完全不同的而不是相对的观念。……无罪推定的功能是指导政府官员如何推进刑事诉讼程序,而不是对诉讼结果的一种预测。有罪推定则代表着对结果的预测。无罪推定实际上是指示政府权力机关在对待犯罪嫌疑人时忽略对被告人有罪的假定。因此,有罪推定必定是描述性的和事实性的,而无罪推定则是规范性的和法律性的。<sup>②</sup>

根据帕卡的论述,一个人是否有罪,实际上可以区分为事实和法律两个不同的层面。一个是法律的层面,一个是事实的层面。区分了这样的层面之后,就产生出事实上的有罪、法律上的有罪、事实上的无罪、法律上的无罪这几个概念。事实上是有罪的被告人,不一定在法律上就有罪;法律上无罪的被告人,也不一定事实上就无辜。事实上的有罪和无罪,与法律上的有罪和无罪,存在着多种组合。既可能事实上是有罪的被告人经过法律程序证明以后达到法律要求被法院宣告法律上有罪,也可能事实上是有罪的被告人经过法律程序证明以后未达到法律规定的要求被法院宣告其法律上无罪;既可能事实上无辜的被告人经过法庭审判之后被法庭宣告无罪;也可能事实上无辜的被告人经过法庭审判之后被法庭宣告有罪(当然这是所有制度都应当极力加以避免的情况)。

既然如此,无罪推定与有罪推定,也就不存在一种非此即彼的关系。在事实的层面上,一个人不可能既有罪又无罪。但在规范层面上,不实行无罪推定,却不一定就是有罪推定。只能说,在不实行无罪

<sup>①</sup> Wigmore *Evidence* *supra* note 6, § 2511 p. 531.

<sup>②</sup> Herbert L. Packer *supra* note 20 p. 12.

推定原则的司法制度下,犯罪嫌疑人、被告人获得的程序性保障要少得多。同样地,当人们说古代社会实行有罪推定时,实际上是说古代社会缺乏规范意义上的无罪推定,而并不是说古代社会从诉讼的一开始都将被告人当做已决犯来对待,并将证明责任分配给被告人,也不是说现代社会就一律不存在事实上的有罪推定。<sup>①</sup>有论者认为“有罪推定是指一个人一旦被控告犯罪,就被看成是犯罪者,因而受到刑讯拷问,强迫其承认自己有罪;对于犯罪证据不足的疑犯,也推定为有罪而加以惩罚。”又说“无罪推定与有罪推定是一对矛盾体,是一个事物的两个侧面,前者是以后者的对立物而出现的。有罪推定代表刑事诉讼制度的残酷和野蛮,始终和刑讯逼供等不人道联系在一起。而无罪推定标志着诉讼制度的进步,文明和科学。他们是随着社会在向民主和文明迈进的历史进程中产生、形成和发展的。”<sup>[6] (P.38-39)</sup> 这些关于有罪推定含义的理解均是有待商榷的。无论古今中外,从来没有哪一个制度真正地在法律上从一开始就将被告人当做有罪的人来对待。恰恰相反,所有的法律制度都是要求犯罪必须经过一定程度的证明才能将被告人在法律上视为有罪。如果一个法律体制从一开始就从法律上假定被告人有罪,那么,一切所谓的程序也就不再必须。而恰恰因为没有哪个制度从一开始就将被告人在法律上推定有罪,所以才或多或少在程序上要求控诉方履行一定的证明义务。另一方面,也没有哪一个制度不是在事实上假定犯罪嫌疑人、被告人有罪。如果不是这样,刑事诉讼程序就无法推动。

因此,有罪推定从来都没有作为一项制度真正存在过。有罪推定只是一种事实上的推定,是对犯罪嫌疑人、被告人在事实上认定有罪的简称。它与作为法律原则的无罪推定,根本风马牛不相及,也不是无罪推定原则的对称。

### (三) 无罪推定与实事求是并不相悖

众所周知,实事求是当代中国占主流地位的价值观。<sup>②</sup>在当代中国,反对无罪推定的最为有力的理由,或许就是它与主流意识形态所奉行的实事求是原则相悖。因此,厘清无罪推定与实事求是之间的关系,乃是理解无罪推定概念的一个必不可少的部分。

“实事求是”一词源自东汉班固所撰《汉书·河间献王传》:“河间献王德以孝景前二年立,修学好古,实事求是。”其意为研究学问要注意掌握事实根据,从事实中得出结论。在革命战争时代,经过毛泽东的发扬光大,实事求是成为中国共产党的指导思想。毛泽东在1938年党的六届六中全会上第一次提出实事求是概念:“共产党员应是实事求是的模范,又是具有远见卓识的模范。因为只有实事求是,才能完成确定的任务;只有远见卓识,才能不失前进的方向。”<sup>[7] (P.501)</sup> 在延安整风运动中,毛泽东在《改造我们的学习》一文中指出:“‘实事’就是客观存在着的一切事物,‘是’就是客观事物的内部联系即规律性,‘求’就是我们去研究。”<sup>[8] (P.801)</sup> 从此,“实事求是”这句中国古代成语,经毛泽东从辩证唯物主义的哲学高度作了新的解释,赋予它以新的内容,成为表达中国共产党人之马克思主义思想路线的概念。邓小平指出:“马克思、恩格斯创立了辩证唯物主义和历史唯物主义的思想路线,毛泽东同志用中国语言概括为‘实事求是’四个大字。”<sup>[9] (P.278)</sup>

由此来看,实事求是主要体现为一种思想路线和一种思想方法,其核心则是辩证唯物主义和历史唯物主义。由于刑事诉讼无关乎历史,因此实事求是中的历史唯物主义与本文无关。就其中的辩证唯物主义而言,实事求是包含三个方面:第一,实事求是体现了唯物主义反映论的基本原则,承认物质是第一性的,认识是第二性的,因此,实事求是强调人们在认识和改造客观世界的过程中,必须坚持一切从实际出发的原则,不能从主观想象和主观愿望出发<sup>[10] (P.12)</sup>。第二,实事求是还体现了辩证唯物主义能动反映论的基本原则。如毛泽东所指出:“要完全地反映整个事物,反映事物的本质,反映事物的内部规律,就必须经过思考的作用,将丰富的感觉材料加以去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里的改造制作功

<sup>①</sup> 相关论述,亦可参看易延友“冤狱是怎样炼成的”,《政法论坛》2006年第3期。

<sup>②</sup> 薛广州“论实事求是与当代中国时代精神”载《浙江大学学报》1993年第7期。该文认为,“一个民族、一个国家是要有一种精神的。这种精神便构成了一种时代精神。”在中国,“这一时代精神就是实事求是的精神”。

夫。”<sup>[11] P. 291</sup> 因此,实事求是着眼于“是”而用力于“求”。“是”就是客观实在“求”就是发挥主观能动性,使“自在之物”变成“为我之物”<sup>[10] P. 12</sup>。第三,实事求是不仅强调认识客观规律,而且强调改造客观世界。因此,它体现了自由与必然的辩证统一,并强调具体问题具体分析,以找到解决矛盾的有效方法,从而引导我们正确地行动<sup>[10] P. 12-13</sup>。

根据以上分析,实事求是主要属于认识论领域,其着眼点在于承认、尊重和推崇马列主义的辩证唯物主义认识论。因此它一方面强调客观世界是存在的,同时是可以被认识的,另一方面又强调物质第一性,认识第二性,也就是要尊重客观事实,不能主观臆断,不能以偏概全。与之相对,无罪推定则主要属于价值论领域。它强调对犯罪嫌疑人、被告人的程序保障,尊崇自由优先,因此当打击犯罪和保障人权发生冲突时,主张保障人权而在一定程度上放弃打击犯罪目的的实现——“宁可错放二十,也不错杀一人”的说法,正是对自由优先理念的具象表述。从理论上讲,认识论并不决定价值论,价值论也不会决定认识论,因此二者并不冲突。例如,当我们把“实事求是”替换为“不要主观臆断”,把“无罪推定”替换为“不要冤枉无辜”或者“不要虐待犯罪嫌疑人”时,我们会发现,这两者根本不存在任何冲突。也就是说,无罪推定并不否定实事求是,实事求是也不否定无罪推定。

既然如此,那为什么在很长一段时期内,无罪推定与实事求是却看上去似乎水火不容呢?有一位以“实事求是”来反对无罪推定的论者是这样论证的:

从哲学理论上讲,无罪推定原则是以形而上学的主观唯心主义为基础的。人所共知,凡是被指控为被告人,不外为有罪或无罪两种可能。其最后的结果如何,要取决于调查而得的犯罪证据和正确适用法律。然而,按照无罪推定原则,对于一切被告人,不管其是否犯罪,事实真相如何,在未被宣告为犯罪之前,一律推定为无罪。它在反对“有罪推定”时,采取形而上学的思维方法,从一个极端跳到另一个极端,以无罪的先入为主代替有罪的先入为主。其思想本质是和有罪推定同出一辙,都是主观唯心主义<sup>[5]</sup>。

这种观点显然是对无罪推定原则的误解,将无罪推定当成了有罪推定的对称,将无罪推定理解为事实层面的概念。如前所述,无罪推定既非基于事实的推定,也非针对事实的猜测。因此无罪推定不是认识论领域的概念,而是价值论领域的范畴。无罪推定一方面是指证明犯罪的责任由控诉方来承担,另一方面是指对被告人定罪应当经过一定的正当程序,要赋予被指控犯罪的人一定的程序性保障。一个人既可以在事实上是有罪的,同时也可以在法律上是无罪的。因此,当公安机关提请批准逮捕犯罪嫌疑人和人民检察院批准逮捕犯罪嫌疑人时,一定是在事实上认为该犯罪嫌疑人是有罪的,这是事实上的“有罪推定”;但同时,无论是提请批准逮捕,还是审查批准逮捕,都有相应的程序性机制,不是哪一个人仅凭自己的喜好就可以任意地作出决定。同样地,当检察官对一名犯罪嫌疑人提起公诉时,一定也是在事实上认为该犯罪嫌疑人有罪,但是检察官的认定并不具有法律上的终局性;被告人是否有罪,仍然要等待法院来判决,在此之前,被告人仍然享有一系列法治社会所赋予其应当享有的权利。这就是法律上的无罪推定。因此,诚如一位美国学者所言“无罪推定并非建立在事实基础上的假定,而是建立在与政治道德和人类尊严相关的公共政策基础上。无罪推定是一个规范原则,它指导政府的权力机构应当以适当的方式来对待未被定罪的人。”<sup>①</sup>

综上所述,无罪推定与实事求是并不矛盾。实事求是要求我们发挥主观能动性,努力认识每一个法律原则的具体含义,从而求得对该原则的规律性认识。无罪推定则要求司法人员不能主观臆断,并为防止司法人员的主观臆断设置了一系列制度措施,对司法人员的权利进行制约,以尽最大可能地防止无辜者遭受冤屈。可以说,无罪推定恰恰是从规范的层面,保证了司法人员能够在办案过程中实事求是。也可以说,无罪推定是对犯罪嫌疑人、被告人提供的一种规范层面的待遇,实事求是则是对司法人员在追

<sup>①</sup> Rinat Kitai, *Presuming Innocence*, 55 Okla. L. Rev. 257, p. 272 (2002).

求实体真实方面,从事实层面提出的要求。二者殊途同归,相得益彰。不了解无罪推定原则,不去探求无罪推定原则的真实含义,就武断地作出无罪推定与实事求是相矛盾的结论,将无罪推定与实事求是人为对立起来的做法,恰恰是对实事求是原则的背离。

### 三、我国无罪推定原则的立法完善与司法展望

#### (一) 1996年刑事诉讼法规定的无罪推定原则

1996年刑事诉讼法第12条规定“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”对此规定,理论界和实务界也是莫衷一是。有论者认为,该规定只是解决了对被告人应当由谁定罪的问题,不涉及无罪推定原则。<sup>[12] (P.15)</sup> 也有学者指出,该规定已经吸收了无罪推定的合理因素<sup>[13] (P.20)</sup>。

笔者认为,中国刑事诉讼法已经确立了无罪推定原则,但是体现该原则的规定却不限于第12条。理由如下:第一,无罪推定在证据法上的功能,是将证明责任分配于控诉方。这一点,在1996年的刑事诉讼法中规定得更加明确:其第162条第3项规定的“指控的犯罪不能成立”的判决,就是无罪推定中“控诉方负举证责任”和“疑罪作无罪处理”规则的贯彻。第二,无罪推定的核心,乃是保障无辜的被告人免受错误追究,同时给予所有被告人一体的保护,实现程序法治,加强裁判的正当性。对此,我国1979年刑事诉讼法和1996年刑事诉讼法均有体现。但是,由于1979年刑事诉讼法规定的免于起诉制度明显违反无罪推定原则,因此,说1979年刑事诉讼法就已经确立无罪推定难免让人难以置信。但是,1996年刑事诉讼法在保障人权、加强程序法治方面的确取得了重大进步,其加强程序法治和保障人权的决心是显而易见的。这些变化,正是无罪推定精神的体现。第三,尽管规定第12条的动机也许是取消人民检察院的定罪权,这也丝毫不影响其确立无罪推定原则的效果。因为,免于起诉制度本身是明显违反无罪推定的,废除免于起诉,不就是确立无罪推定吗?第四,尽管从总体上看,无罪推定所要求的有些规则尚未确立,例如沉默权规则,但是,不能说有所欠缺的无罪推定就不是无罪推定。在西方国家,无罪推定原则的确立也不是一蹴而就,尤其是其中个别规则的确立,也经历了长期演进的过程。考虑到中国的国情,首先在思想上破除禁区,逐步认同无罪推定,其次在立法上确立无罪推定,最后从制度上完善无罪推定,完全是符合逻辑的现实选择。第五,实事求是原则并不影响无罪推定的确立。如前所述,无罪推定与实事求是并不矛盾。实事求是是对待事实的一种道德要求,无罪推定则是对待犯罪嫌疑人的一种规范原则。二者完全是两个不同层面的问题。因此不能以实事求是来否认并进而否定无罪推定。

当然,也必须承认,我国刑事诉讼法的确没有完整地确立无罪推定。如前所述,无罪推定是一系列法律规则的总称。除了分配证明责任以外,无罪推定还意味着分权与制衡机制、犯罪嫌疑人、被告人权利保护机制等一系列制度。恰恰是在这方面,我国现行刑事司法体制仍然很不完善,比较明显的问题是,第一,犯罪嫌疑人、被告人并不享有沉默权,而是在面对讯问时必须如实回答;第二,在侦查阶段,犯罪嫌疑人在司法实践中普遍不能获得律师帮助,尤其是在讯问时不享有律师在场权,从而无法真正行使应当享有的辩护权;第三,我国的逮捕羁押机制尚未完全司法化,导致司法实践中批捕率普遍较高,审前羁押率令人咋舌;第四,检察机关、公安机关和审判机关之间的一些非程序性往来,有时候会架空刑事诉讼法规定的分权与制衡机制;第五,被告人的对质权不能得到保障,公正审判权有所缺失。

值得注意的是,以上所列仅为无罪推定原则在第二方面含义的不到位。这并不表明,无罪推定在证明责任分配方面是完全到位的。恰恰相反,证明责任分配制度本身不足以独行。如果分权与制衡机制、犯罪嫌疑人、被告人权利保护机制不到位,证明责任分配机制也难以独立发挥应有的功效。

#### (二) 无罪推定原则的立法完善

事实上,无论在东方还是西方,均不存在能否接受无罪推定的问题,而只存在能在多大程度上理解、接受和贯彻无罪推定的问题。因为,从无罪推定观念产生之日起,它就代表着一种在两种竞争性的社会利益之间进行权衡的观念。其实,无罪推定中关于“与其……宁可……”中数字的表述,其历史发展的轨迹就表明这是一个逐步递进的过程。开始的时候,有论者说宁可错放5人,也不可错杀1人;后来,布莱克斯通说

宁可错放10人,也不可错杀1人;再后来,又有人说,宁可错放20人,也不可错杀1人。但是,很少有人说,政府证明被告人有罪必须达到排除任何怀疑的程度;也没有人说,宁可错放1 000 000人,也不可错杀1人。可见,一个社会愿意错放的人数,也是有边际的。因此,诚如一位美国学者所言“无罪推定以及该项原则在多大程度上获得延伸,实际上体现了一个社会在多大程度上容忍错误的边际。”<sup>①</sup>

随着政治的开放和经济的发展,中国社会已经具备了明确承认无罪推定和进一步完善相应规则的条件。首先,从政治上看,以阶级观点和阶级分析方法来反对和批驳无罪推定的声音早已绝迹,无罪推定日益得到大多数法学家的赞成和肯定。其次,从经济发展的角度来看,中国最近几十年来取得的经济成就早已令世界刮目相看,其在思想层面如果再因循守旧,就好比在笔挺的西装外面系上一根军用皮带,既不舒服,也不雅观。最后,从刑事诉讼法发展的角度来看,1996年修订的刑事诉讼法已经为吸取无罪推定扫除了制度障碍,此次修订刑事诉讼法能否使中国刑事司法制度更上一层楼,关键就看无罪推定是否能够得到明确承认和全面贯彻——从修法的角度而言,只要无罪推定得到确认和贯彻,修法就是成功的;只要无罪推定仍然处于模糊和暧昧状态,修法就是不成功的,就只能为又一次修法提供借口。

几十年前,台湾著名法学家李学灯先生就意味深长地呼吁:“无罪推定这一个重大原则,我们不应该让它长期停滞在仅属于主观上一种思想的阶段,而又让这一种思想只属于一种微言大义,流于圣言幽远,未学支离的地步。”<sup>[14] (P.672)</sup> 如今,正值刑事诉讼法再次修改之际,对无罪推定这一原则重新加以完整的表述,对其中若干重大要素加以明确规定,仍然是十分迫切的。

基于上述理解,本文就刑事诉讼法修改与无罪推定的规定提出如下建议:

#### 1. 无罪推定原则的表述

关于无罪推定的表述,理论上也是各抒己见。陈卫东教授主编的《模范刑事诉讼法典》第4条将无罪推定表述为“任何人在人民法院依法最终判决有罪之前,都应当被视为无罪。”<sup>[15] (P.133)</sup> 徐静村教授等主编的《中华人民共和国刑事诉讼法第二修正案》(学者拟制稿)第6条将无罪推定原则表述为“任何人在未经人民法院生效裁判确定有罪之前,应当被视为无罪。”<sup>[16] (P.6)</sup> 陈光中教授主编的《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》将其表述为“在人民法院依法作出生效裁判确定有罪之前,任何人应当被推定无罪。”<sup>[17] (P.4)</sup>

笔者认为,无罪推定的表述应当符合两个条件:一是要能够包含无罪推定原则的两个基本含义,二是要体现无罪推定原则两方面的基本功能。就此而言,《世界人权宣言》关于无罪推定的规定为我们提供了一个现成的模板,因此,在修正后的刑事诉讼法中对无罪推定原则的规定应当这样表述:“任何受刑事指控者,未经人民法院在公开、公正的、对被告人赋予一切辩护所需之保障的法庭上被证实有罪之前,都应当被假定为无罪。”

#### 2. 反对强迫自证其罪的权利

反对强迫自证其罪的权利,就是沉默权。从西方各国关于反对强迫自证其罪权的制度规定来看,该项权利中的“强迫自证其罪”,既包括以刑讯逼供等肉体暴力的强迫,也包括对特定人员在法律上规定其应当作证的义务的强迫。从这个角度来看,1996年刑事诉讼法虽然没有明文规定反对强迫自证其罪的权利,但是该法第43条规定“严禁刑讯逼供和威胁、引诱以及其他非法的方法收集证据。”因此,从肉体上强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪的做法在中国刑事诉讼中已被禁止。同时,尽管该法第93条也规定“犯罪嫌疑人对侦查人员的讯问应当如实回答”,这种规定由于没有相应的法律后果,实际上成为一种空洞的道德劝说。因此,1996年刑事诉讼法实际上已经承认犯罪嫌疑人、被告人有反对强迫自我归罪的权利(沉默权),只是没有在法律文本中明确宣示而已。

1996年刑事诉讼法除了在整体上赋予了犯罪嫌疑人默示的沉默权以外,还在个别问题上赋予了犯

<sup>①</sup> Scott E. Sundby, *The Reasonable Doubt Rule And The Meaning Of Innocence* 40 *Hastings L. J.* 457 p. 467(1989).

罪嫌疑人明示的沉默权,那就是第 93 条所规定的“对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利”。遗憾的是,这一规定虽然明确承认了犯罪嫌疑人对与本案无关问题的沉默权,但是由于提问是否与本案无关并无明确的判断标准,加上侦查讯问阶段并不存在一个中立地判断提问是否有关并且做出权威裁判的机关,因此在实践中,这一权利并无保障。<sup>①</sup>

笔者认为,此次刑事诉讼法修改应当明确规定犯罪嫌疑人、被告人面对讯问享有保持沉默的权利。理由如下:第一,沉默权是无罪推定原则的逻辑结论。既然无罪推定应当明文确认,既然证明有罪的责任存在于控诉一方,犯罪嫌疑人、被告人保持沉默的行为自然应当得到容许。第二,1996 年刑事诉讼法实际上已经部分确认反对强迫自我归罪的权利,所谓的“如实回答义务”并无法律后果,因此只是一种道德劝说,在实践中无法操作;所谓的“拒绝回答与本案无关的问题的权利”虽然也表明了立法者对犯罪嫌疑人权利的尊重和关怀,但是同样无法操作。因此,无论是从政治法律道德的立场,还是从法律技术的角度,明确规定犯罪嫌疑人、被告人拥有反对强迫自我归罪的权利,都属于理所应当。基于上述理解,刑事诉讼法应当明文规定“任何受刑事追诉的犯罪嫌疑人、被告人,在受讯问时应当有权保持沉默;负责讯问的人员应当告知其有权保持沉默。”

### 3. 讯问时的律师在场权

侦查讯问阶段应当允许犯罪嫌疑人享有获得其律师在场的权利,已经日益成为学术界的共识。陈光中教授主持的《刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》项目提出的立法建议稿第 231 条规定“对于应当指定辩护的案件,讯问犯罪嫌疑人时,应当有律师在场。”<sup>[18] [P.122]</sup> 樊崇义教授主持的刑事诉讼法修改专题研究报告也主张,应当首先在部分案件中赋予犯罪嫌疑人讯问时的律师在场权“现行犯和轻微刑事案件不适用律师在场权,对于强奸、贿赂、共同犯罪、集团犯罪案件以及重大复杂的犯罪嫌疑人在押的刑事案件应当适用律师在场权。”<sup>[18] [P.205]</sup> 熊秋红、陈泽宪教授主持的刑事诉讼法修改项目中,对于犯罪嫌疑人的权利告知条文设计中,明确建议应当规定犯罪嫌疑人讯问时的律师在场权“侦查人员第一次讯问犯罪嫌疑人时或对犯罪嫌疑人采取强制措施之日起,首先应当告知犯罪嫌疑人享有以下权利:……(四)在回答侦查人员讯问时要求所委托或所指定的律师在场……”<sup>[19] [P.1]</sup>。

从以上学者见解来看,犯罪嫌疑人应当享有律师在场权是没有问题的,分歧只是这一权利的主体范围或者案件范围。笔者认为,刑事诉讼法在修改时应当确立明确和完整的、适用于任何案件主体的律师在场权。理由是:第一,从过去的经验来看,冤假错案发生的重要原因之一,就是侦查阶段对犯罪嫌疑人刑讯逼供;赋予犯罪嫌疑人讯问时的律师在场权,将可以有效地遏制刑讯逼供这一人人喊打而始终无法禁绝的野蛮司法现象,这也正是无罪推定原则精神的体现;第二,既然无罪推定原则将证明犯罪的任务分配给了控诉方,侦查机关就不能寄希望于通过讯问犯罪嫌疑人查找证据,而应当寄希望于收集与犯罪嫌疑人、被告人供述无关的证据;在这样的侦查构造基础上,律师在场权对控诉方收集证据并无阻碍。

基于上述考虑,刑事诉讼法应当规定“任何受刑事追诉的犯罪嫌疑人、被告人,在接受侦查机关或检察机关、审判机关讯问时,均应当有权要求其律师到场;负责讯问的人员应当告知其有权在讯问时要求其律师到场。”<sup>②</sup>

### (三) 无罪推定的司法展望

以上论述并不表明,只要刑事诉讼法确立了无罪推定原则,中国的刑事诉讼就必然发生实质性改变。从历史上看,无罪推定首先是一种观念,其次是一系列相应的制度。无罪推定的观念以约束国家权

<sup>①</sup> 关于“如实回答义务”并非真正的法律义务和“拒绝回答与本案无关问题的权利”在实践中无法操作的论证,参阅易延友“权衡原则是怎样把人权消灭掉的——以《刑事诉讼法》第 93 条为例”,载易延友《中国刑诉与中国社会》,北京大学出版社 2010 年版。

<sup>②</sup> 被告人与不利于己的证人当庭对质的权利、申请法庭强制传唤有利于己的证人出庭作证的权利,也应当在修正后的刑事诉讼法中明文规定。对于前者,笔者有专文撰述。参阅易延友“证人出庭与刑事被告人对质权的保障”,载《中国社会科学》2010 年第 2 期。对于后者,学界亦有所议论。参阅陈永生“论辩护方以强制程序取证的权利”,载《法商研究》2003 年第 1 期,第 86-93 页。限于篇幅,本文不作阐述。

力、防止无辜者不受错误追究为核心。因此,一方面,我们可以说从无罪推定可以推导出沉默权制度;另一方面,我们也可以说无罪推定与约束政府权力、保障公民权利的制度存在着选择性亲近的关系。正是由于这种选择性亲近关系,使得确立并实行无罪推定的司法制度,无不同时确立沉默权、讯问时的律师在场权、获得保释的权利等。可以说,无罪推定一方面依赖于政府机构之间权力运行的相互制衡,另一方面也依赖于对犯罪嫌疑人、被告人应有权利的充分保障。无论就哪个方面而言,都有赖于宪政体制的建构和完善,以及司法人员观念的改变。

首先,就第一个方面而言,无罪推定要求政府执法机构之间相互制衡,这种制衡应当以权力的分立为前提。1996年刑事诉讼法虽然规定了公安机关、人民检察院和人民法院三者之间应当分工负责、互相配合、互相制约的原则,但在实践中,三机关之间互相配合强调得比较多,相互制约的功能虽然也能发挥作用,但是一到大案要案发生,一旦有政法委的介入,分工固然仍然存在,制约却常常略显不足。这也是一些冤案得以发生的根本原因。无罪推定要求,无论是在什么情况下,分工负责、相互制约、控审分离的原则都不能违背,权力制衡的法制原则不容破坏。只有这样,才有可能树立起一个负责任的高大形象。

其次,就第二个方面而言,无罪推定要求充分保障犯罪嫌疑人、被告人的应有权利。从司法实践的角度而言,我们很多司法人员尚不能充分理解刑事诉讼法赋予犯罪嫌疑人、被告人一系列权利的法治意义,有些部门动辄限制甚至剥夺犯罪嫌疑人、被告人的合法权利。在审前阶段,有些执法部门不能正确理解刑事诉讼法规定犯罪嫌疑人、被告人取保候审制度的意义,往往以种种借口拒绝犯罪嫌疑人、被告人的取保候审申请,导致司法实践中审前羁押率畸高的现象;有些执法部门以内部规定的形式限制甚至剥夺侦查阶段犯罪嫌疑人聘请的律师的权利,使犯罪嫌疑人不能获得有效的律师帮助。在审判阶段,有些审判机关在明知被告人有罪无罪存有疑问,也不敢、不愿对被告人宣告无罪,而是对其降格处罚,也就是通常所说的“留有余地”。这种降格处罚,实质上是“疑罪从轻”,而不是“疑罪从无”。笔者认为,要改变这种状况,一方面需要从立法上明确确立无罪推定原则,另一方面需要我们的司法人员树立程序法治的理念,一切以程序为准绳;凡是未经法定程序证明的事项,均应当视为没有发生。

最后但并非最不重要的是,我们还需要改变传统上不能接受无罪判决的思想。实践中,一旦人民法院认为被告人无罪,法院通常会通知提起公诉的人民检察院,人民检察院经过讨论后认为确实可能判无罪的,通常会将案件撤回处理。这实际上又是规避刑事诉讼法的做法,其根源则在于人民法院和人民检察院之间长期形成的非程序化运作的习惯。所谓非程序化运作,就是指不按照刑事诉讼法的规定操作,在刑事诉讼法规定的程序之外另设程序,导致刑事诉讼法规定的分权与制衡原则失效。这种做法的一个附带性后果,就是给人一种错误的印象:只要人民检察院起诉的被告人,没有不被定罪的。这也是我国刑事司法中被告人无罪释放比例长期较低、甚至可以忽略不计的一个根本原因。笔者认为,在立法上确立无罪推定原则后,人民法院遇有应当判决被告人无罪释放的案件,不能再事先通知人民检察院,而是应当按照规定,依法独立地作出判决;通过长期的司法实践,也许我们能够逐渐接受这样的现实:并非每一个被人民检察院提起公诉的被告人,最终都被判决有罪;相反,只有那些在法庭上经过证明到排除合理怀疑程度的被告人,才能被认定有罪。

#### 结 语

从历史来看,古圣先贤以苍生为念的慈悲胸怀,乃是无罪推定之朴素情怀得以不断流传的基本前提。从理论上讲,无罪推定一方面发挥着分配证明责任的功能,另一方面体现着约束强权、保障人权的精神。从其内容来看,无罪推定乃是刑事诉讼中最基本的原则,它是一切其他保护犯罪嫌疑人、被告人制度的基石。笔者衷心地希望,值此刑事诉讼法再次修改之际,无罪推定原则能够得到立法的明确规定,相应的沉默权规则、律师在场原则、被告人有权获得保释原则、辩护权应获得尊重原则、对质权原则等均应得到确立和完善。

## 参考文献:

- [1] 黄道 《略论刑事诉讼中的无罪推定原则》,载《法学》总第 5 期。
- [2] 陈光中 《应当批判地继承无罪推定原则》,载《法学研究》,1980 年第 4 期。
- [3] [意] 贝卡利亚 《论犯罪与刑罚》,黄风 译,北京大学出版社 2008 年版,第 37 页。
- [4] 易延友 《证据法的体系与精神——以英美法为特别参照》,北京大学出版社 2010 年版。
- [5] 邓崇范 “坚持实事求是,扬弃无罪推定”,载《求是学刊》1983 年第 3 期。
- [6] 李友忠 “论无罪推定与有罪推定”,载《云南法学》1995 年第 3 期。
- [7] 毛泽东 “中国共产党在民族战争中的地位”,载《毛泽东选集》,人民出版社 1953 年版。
- [8] 毛泽东 “改造我们的学习”,载《毛泽东选集》,人民出版社第 3 卷。
- [9] 邓小平 《邓小平文选》第 2 卷,人民出版社第 1993 年版。
- [10] 程健康 “实事求是的哲学内涵”,载《西安航空技术高等专科学校学报》2001 年第 2 期。
- [11] 毛泽东 《毛泽东选集》,人民出版社第 1 卷。
- [12] 胡康生、李福成 《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社 1996 年版。
- [13] 陈光中 《中华人民共和国刑事诉讼法释义与应用》,吉林人民出版社 1996 年版。
- [14] 李学灯 《证据法比较研究》,台北五南图书出版公司 1998 年版。
- [15] 陈卫东 主编 《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社 2005 年版。
- [16] 徐静村 等 “中华人民共和国刑事诉讼法第二修正案”(学者拟制稿),载《刑事诉讼前沿研究》(第 4 卷),中国检察出版社 2005 年版。
- [17] 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。
- [18] 樊崇义 等著 《刑事诉讼法修改专题研究报告》,中国人民公安大学出版社 2005 年版。
- [19] 陈泽宪、熊秋红 主编 《刑事诉讼法修改建议稿与论证——以被指控人的权利保护为核心》,中国社会科学出版社 2009 年版。

(责任编辑 于贺清)