

沉默权

制度研究

孙长永

著

法律出版社

沉默权

制度研究

孙长永

著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

沉默权制度研究/孙长永著. —北京:法律出版社, 2001. 10
ISBN 7-5036-3553-3

I. 沉… II. 孙… III. 沉默权-研究 IV. D915.32

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 070710 号

出版/法律出版社	总发行/中国法律图书公司
责任印制/李 跃	经销/新华书店
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	责任校对/何 萍

开本/A5	印张/10.5 字数/274 千
版本/2001 年 8 月第 1 版	2001 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414143(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3553-3/D·3470

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

内 容 提 要

本博士论文由绪论和四章构成,其中,每一章都由“引言”、“正文”和“本章小结”三部分组成。

绪论部分采取比较分析的方法对沉默权的基本含义作了解释,指出沉默权有广义和狭义两种理解。广义理解既包括犯罪嫌疑人的拒绝回答权、指控后不被讯问的权利以及被告人在庭审中不作证的权利,也包括知情人的拒绝回答权和证人不自陷于罪的权利;狭义理解仅指受到特定犯罪嫌疑的人和被告人在整个刑事诉讼过程中对于来自官方的提问拒绝回答或者完全保持沉默的权利。英美法采广义理解,大陆法及日本法采狭义理解,两者的区别导源于刑事被告人的诉讼地位不同以及沉默权与自白任意性法则之间的关系不同。另外,沉默权与“不被强迫自证其罪的特权”既有联系,又有区别。本文的研究侧重于狭义的沉默权。

第一章对沉默权产生和发展的历史过程进行了粗线条式的描述,揭示了沉默权发展演变的基本线索和历史条件。文章首先提出了沉默权“四阶段说”,认为从世界范围来看,沉默权的产生和发展大体上经历了四个阶段:一是作为沉默权存在前提的“不自我控告”权利的确立,其标志是教会法院和王室特别法院盛行的“职权宣誓”程序的废止,着重点是废除被告人的宣誓义务;二是“不被强迫自证其罪”权利的确立,其标志是美国联邦宪法第五修正案的规定:“任何人不得在任何刑事案件中被迫充当不利于自己的证人”,着重点是反对刑讯逼供或以其他非宣誓性的方法获得作为定罪依据的口供;三是沉默权作为一种通常的法律权利的完全确立,在英国表现为嫌疑人

在预审阶段被告知不回答提问的权利以及成文法对被告人作证资格的确认,在美国则表现为联邦最高法院将不自证其罪的特权解释为沉默权,并扩大适用于警察的侦讯阶段;四是沉默权在国际人权法上的确认和发展,其标志是《公民权利与政治权利国际公约》和其他有关国际公约对于这一权利的确认以及国际性人权法院对于相关规定的司法解释。文章以“四阶段说”为基础,依次追溯了沉默权的思想渊源、沉默权在两大法系的产生和发展、沉默权在国际人权法上的确认和发展过程,并且介绍了沉默权在英国、新加坡和爱尔兰受到限制的情况。通过回顾和总结沉默权产生和发展的历史过程,文章提出了以下四个观点:(1)无论是在英美法系,还是在大陆法系,沉默权都是在彻底否定“供述义务”之后得到确立的。(2)沉默权的产生与口供证据价值的变化以及被告一方作证权利的确立有相当大的关系,被追诉者不被迫充当控方证人或供认罪行,同时,又有权为自己亲自作证(英美法),或者有权以自己的无誓辩解来证明自己无罪、罪轻(大陆法),这是沉默权得以存在的两大基本前提。(3)沉默权不是一项孤立的权利,它的产生和发展与近代政治、法律和社会秩序的建立是同步进行的,后者为前者提供了必要的各种历史条件。尽管不同国家沉默权的形成过程有相当大的差别,但法治原则、司法独立、人文主义精神在社会主流意识形态中的主导地位的确立以及独立、自治的律师群体对于通常的刑事诉讼活动的广泛参与,是这一过程共同的历史条件。(4)沉默权的产生是人类文明史的重要里程碑,是司法程序由野蛮走向文明的重要标志,沉默权的每一步发展,都代表了刑事司法制度的发展方向。

第二章对主要法治国家沉默权制度的内容进行了比较详细的考察。认为从总体上说,沉默权制度的基本内容包括行使沉默权的规则、放弃或抵消沉默权的规则以及沉默权的保障规则三个方面。根据第一个方面的规则,任何人对于可能使自己受到刑事追究的事实,在面临官方询问或讯问时都有权拒绝回答或者保持沉默,其中最重要的是嫌疑人在接受侦查官员的讯问时有权沉默以及被告人在法庭

审理过程中有权拒绝作证或者不向法庭陈述案情,不受强制,并且原则上不因此而受到来自官方的不利评论以及事实裁判者的不利推论。根据第二个方面的规则,在符合法定条件时,权利人可以放弃沉默权,侦查、追诉机关也可以经过法定程序赋予利害关系人以作证豁免权,然后强迫沉默权的主体提供自证其罪的证词,但由此所获得的陈述或其他证据原则上不得在随后的刑事诉讼中用作不利陈述人的证据。根据第三个方面的规则,官方在讯问嫌疑人或要求被告陈述案情之前,必须依据法定的程序和形式告知犯罪嫌疑人和被告人所受到的指控以及有权保持沉默或拒绝陈述,多数国家还要求一并告知嫌疑人享有律师帮助的权利,并且通过提供律师帮助、规范讯问的具体程序、限制侦查机关对于在押犯罪嫌疑人的控制时间和条件、要求主审法官对陪审团依法作出适当的指示等措施,预防沉默权受到来自官方的侵犯;法院如果认定审前阶段的沉默权受到侦查、起诉官员或预审法官的侵犯时,应当根据权利人及其辩护律师的申请或依职权排除由此而获得的证据;如果在一审程序中采纳了因侵犯审前阶段的沉默权而获得的证据,或者被告人在法庭审理过程中的沉默权受到侵犯,权利人有权以此为由对有罪判决提出上诉,请求上级法院给予救济;在穷尽了国内法上的救济渠道之后,如果权利人仍然不服的,可以根据有关国际公约的规定申请区域性的或国际性的救济。在依次分析论证了上述三方面的规则之后,文章认为,虽然沉默权已经得到各法治国家的普遍认可,但各国沉默权制度的具体内容并不相同,不仅英美法系的沉默权制度不同于大陆法系的沉默权制度,而且英国与美国的沉默权制度也不完全一致,并且具体指出了两大法系沉默权制度的四点主要区别以及英美两国之间沉默权制度的五大区别。

鉴于沉默权是一项富有争议的权利,文章第三章评析了英美两国关于沉默权的争论过程与争论内容,然后从理论上论证了沉默权的正当根据和诉讼价值,并对沉默权的绝对性与相对性作了剖析。文章指出,自19世纪以来,英美两国对于沉默权一直存有争议,争论

的焦点主要不在于被追诉者是否应当有沉默权,而在于有什么样的沉默权。不论参与争论的各方是否承认沉默权存在正当根据,没有任何人主张恢复被追诉者的“供述义务”。英国关于沉默权的争论主要集中于是否应当允许从沉默中作出不利的推论,如何推论;美国关于沉默权的争论主要集中于“米兰达”规则的必要性和可行性,未经警告程序所获得的供述是否一定不可采。争论的结果是:在英国导致立法对沉默权进行了一定的限制,允许在严格限定的条件下从沉默中作出不利于被告人的推论,在美国导致“米兰达”规则的效力范围受到一定的影响,但其核心内容没有改变。两种不同结果的出现不仅与两国沉默权的原有法律地位不同有关,也与两国的宪政原则不同有直接的关系。文章认为,沉默权是一项有道德基础的权利,它最初的根据主要不是程序性的,而是出于言论自由和信仰自由等实体上的理由。在现代社会,它主要被视为根植于人的尊严、与人性共存的基本人权,也是无罪推定原则的内在要求。作为刑事司法国际准则之一,它的诉讼价值得到法治国家的一致肯定:它是平衡刑事诉讼中的政府权力与个人权利、维持程序公正的一项重要条件;有助于促进政府以独立的证据证明被告人的罪行,准确地起诉和定罪,保障无罪的人不受刑事追究;还有利于防止政府滥用刑事程序中的官方权力,维持公众对于刑事程序的普遍信任。由于沉默权可能导致部分罪犯逃脱法网,一些国家出于保护公共利益的需要对它进行了不同程度的限制,如允许以“程序强制”的方法获取言词证据,或者允许从沉默中作出不利推论等,但由于这些限制本身附带有严格的条件,沉默权的基本精神——不被强迫自证其罪原则,并没有受到损害。坚持和发展沉默权制度,仍然是当前世界的一种国际性趋势。

第四章将研究的重点由国外转向国内,首先论证了中国现行法对于沉默权的态度及其主要原因,然后结合理论界分歧意见,依次剖析了中国建立沉默权制度的必要性和可行性,最后就中国近期内应当建立的沉默权制度提出了初步设想,并对如何创造条件建立和发展沉默权制度提出了五项建议。文章认为,中国现行法没有规定犯

罪嫌疑人、被告人有沉默权,相反,它要求犯罪嫌疑人在面对侦查人员的讯问时“应当如实回答”,这其中既有政治、社会原因,也有诉讼制度本身的原因,还有文化传统方面的原因。为了促进国内刑事诉讼制度的民主化,履行国际法规定的义务,并维持社会公众对于刑事诉讼程序的信心,中国应当尽快通过修改立法的方式建立沉默权制度,而不应当在已经向国际社会作出庄严承诺的情况下在国内立法和司法实务上裹足不前。从现有条件来看,建立沉默权制度的确存在不少障碍,但也存在很多有利因素,而且这些有利因素还在不断发展之中,因此,建立沉默权制度已经基本可行。在设计沉默权制度的具体方案时,应当从沉默权是一项基本人权的高度出发,着眼于“确认”权利,而非“限制”权利,同时也要注意我国的现有条件及其近期内的变化趋势,充分考虑到社会的接受程度以及沉默权制度可能给司法实务带来的不利影响。但是,必须坚持贯彻最低限度的刑事司法国际标准,在任何案件中不得以强制方法获得的口供或其他证据作为追究证据提供者人刑事责任的根据。此外,方案的设计还应当留有一定的余地,以便立法者根据实际情况不断完善沉默权制度。为了实现沉默权制度的立法化,并且保证这一制度的有效实施,必须进一步转变诉讼观念,健全相关证据规则,充实律师辩护制度,逐步完善侦查讯问程序,改革侦查体制和法院体制,以便在维持程序的真实发现功能的同时,最大限度地发挥沉默权制度的人权保障机能。

Summary of the Dissertation

This Ph. D. dissertation has four chapters besides an introduction, and each of the chapters consists of an introduction of itself, the main part and a conclusion.

The Introduction of the dissertation is a concise explanation of the right to silence from a comparative perspective. In Anglo-American literature, the “right to silence” refers to a bundle of rights, ranging from a general right of refusing to answer any official inquiry and a witness’s right not to incriminate himself, to a specific right of a suspect not to answer police interrogations and that of an accused not to testify in court of his own trial. In Continental Europe and Japan, it only denotes a specific right of a suspect or an accused not to answer any official questioning, either in front of police and prosecutors or in court. This difference in understanding the right to silence is closely related with the legal status of accused persons in criminal proceedings and different rationale of rules limiting the admissibility of confessions. The author adopts a narrow understanding of the right to silence in this dissertation.

It is proclaimed in the first chapter that the history of the right to silence can be divided roughly into four stages. At the earliest stage, it was a right not to accuse oneself, established following the abolishment of the “ex officio oaths” used by royal prerogative courts such as the Star Chamber and church courts. At the second stage, it was expressed in the formulation of the Fifth Amendment of the United

States Constitution: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”. At the third stage, a general right to silence was fully recognized in front of any judicial questioning and was later extended to police interrogation. Finally, it was written into the International Covenant on Civil Rights and Political Rights and other documents of the United Nations, and the right to silence became one of the minimum protective standards worldwide for a fair trial. The author traces the origins of the right back to Christian beliefs and medieval common law of the Continent and provides an overview of the historical developments in England, the colonial America, the United States, Continental Europe and Japan. In the Conclusion of Chapter One, the author puts out four points regarding the contexts and conditions for the advent and developments of the right to silence. Firstly, the right to silence was recognized only after the “duty to tell” was totally annihilated. Secondly, both the right not to be compelled and the right to testify of the accused are prerequisites for an effective right to silence. Thirdly, the right to silence is not an isolated right, its formation and existence depends upon quite a lot of social conditions, the most important of which are the rule of law, independence of the judiciary, prevalence of humanism in the leading ideology and regular participation of independent, self-constrained lawyers in criminal proceedings. Fourthly, the rise of the right to silence is a milestone of human civilization with each stage of its developments representing a step forward of the criminal justice system.

Chapter two delineates minutely the basic rules concerning the right to silence in major legal systems. The author summarizes different rules into three categories. The first consists of rules relating to the exercise of the right by which no person can be compelled to incriminate himself, among which the right not to answer police questioning

and the right not testify in court are the most critical. In principle, no inference can be drawn from the refusal or failure to answer or testify, and no comment is permitted as a result. Secondly, there are rules of waiver aiming at encouraging people to tell and that of immunity forcing witnesses to testify. The third category is a combination of protective rules ranging from warning requirements, rules concerning the assistance of lawyers, to those of preventive measures and remedies. By comparison, the author comes to the view that the rules relating to the right to silence are not only different in four respects between the common law system and the European system, but also between the United Kingdom and the United States in five points.

Bearing in mind that the right to silence has long been a subject of heated debate and that domestic debate over this right is largely a rehearsal of that in alternative jurisdictions, the author tries to outline the major issues discussed in the United Kingdom and the United States. It is claimed that although there has been constant attack on the right to silence in both countries, no one has ever advanced an argument that it should be replaced with a general legal duty to answer. While the debate in the UK focused on the appropriateness of inference from silence, the debate of the right in the USA concerned basically with *Miranda*'s warning and waiver requirements. The former has temporarily resulted in severe limitations of the right both in police interviews and in court, the latter has only reduced *Miranda*'s impact upon legitimate law enforcement, but the decision's core ruling was sustained. The reason of this contrast lies in the different legal status of the right to silence and different constitutional rules in the UK and the USA. . In the author's view, the right to silence is a legal right with sound moral basis. It originated from substantive reasons such as freedom of speech and freedom of religion. In modern society, howev-

er, it is regarded as a fundamental human right inherent in human integrity and an implicit requirement of the presumption of innocence. The procedural values as one of the international standards of criminal justice have been universally recognized. Whether it is an absolute right beyond any legislative or judicial restriction is controversial, but generally speaking, the worldwide trend is towards securing not tempering with the right.

The Chinese law as it stands now does not include a right to silence. In fact, it imposes a duty on the accused to tell the truth. Failure or refusal to tell, or telling a false story has always been taken into account when determining the sentence. This position of Chinese law is a result of a combination of factors embraced in the political structure, social ideology of individual rights and traditional culture of the Chinese characteristics. It is argued that the right to silence is necessary for the Mainland China both to promote procedural fairness in criminal cases and to keep people's confidence upon rule of law. Besides, the Chinese Government has signed the International Covenant on Civil Rights and Political Rights as well as other UN documents, e. g. the Convention on Children's Rights, in which a right to silence or not to incriminate oneself is explicitly guaranteed. There is no excuse for an opened China to refuse to discharge an international obligation. Although quite a few obstacles do exist in the way, there are lots of circumstances favoring introducing the right to silence into China. The problem of feasibility should be seriously considered while choosing the specific rules relating to the right. Three different legislative schemes are proposed at the end of the fourth chapter, with detailed explanation for the first one, which might be the only one that could possibly be accepted in the near future. The author calls for taking more active measures to facilitate the legislation and enforcement.

前 言

沉默权现已成为国际人权法确认的一项基本人权,在已经或即将对我国生效的一些国际公约或其他规范性文件中明确的规定。它虽然主要表现为犯罪嫌疑人、被告人面对官方讯问时的诉讼权利,但其受益者绝不仅仅是犯罪嫌疑人、被告人个人,而是一国政府所管辖的、可能受到政府怀疑或指控的全体社会成员。因此,这项权利所反映的不仅仅是警察与犯罪嫌疑人之间怀疑与辩解、公诉人与被告人之间指控与辩护的关系,更重要的是,突出地反映了政府与个人之间在整个刑事诉讼领域的相互关系,并且通过这一关系体现出政府与公民之间在刑事诉讼领域外的相互关系。政府怎样对待它的嫌疑人、被告人,就会怎样对待它的其他公民,对待嫌疑人、被告人的方式不过是对待其他公民的方式在刑事诉讼中的具体表现而已。研究沉默权,从诉讼法的角度来说,一方面可以深入了解被政府怀疑或指控有罪的公民在刑事诉讼过程中的待遇和权利,另一方面也可以更清楚地发现政府在追究公民刑事责任方面的强大权力,把两者对照起来进行分析,可以从中发现在惩罚犯罪与保障人权之间、实体真实与正当程序之间、政府利益与个人利益之间的相互关系方面,立法者和司法者的立场。从法社会学的角度来说,研究沉默权还可以发现政府对于个人权利乃至法治原则的基本态度,透视政府本身是否是一个法治政府,折射出一国的普通民众在面对政府以及政府所控制的法律时的生存状态,最终回归到“人为什么需要法治”这个法的本源问题。

一位美国大法官曾经说过,“一个民族的文明质量大体上可以用

它执行刑法所使用的方法来衡量”。人类怎么样对待自己的同类,也同时反映了包括对待者自身在内的人类整体的文明程度。中国的法律制度在改革开放之后已经有了较大的发展,具体表现在刑事诉讼制度方面,在《刑事诉讼法》经过1996年修改之后,程序法有了较为明显的进步。至少,程序意识的觉醒,必将对刑事程序的法治化起到重要的推动作用。但在承认所有进步的前提下,不能忽视一个众所周知的事实:中国的犯罪嫌疑人、被告人从古至今一直是被刑讯、被呵斥的对象,是诉讼的“客体”而非主体。不要说其中有些人完全是被冤枉的,甚至是被执法机关或个别官员恶意迫害的,即使是确定无疑的罪犯,就一定要带着满身的伤痕被拖出审讯室、带着被强行剪去后长出的几乎完全一样长的头发走进法庭吗?甚至就连到了公开的法庭上,还要受到严厉的训斥吗?中国人的“生存权”就是简单的吃饱、穿暖吗?中国人的“发展权”就是在通过这样的执法方法所维系的“稳定”局面中进行吗?面对现实的司法专横和执法野蛮,法学家应当如何利用其前沿意识推动法制改革的进程,并在对具体制度的研究中设定自己的立场?这恐怕不仅仅是法学家群体需要努力反思的理论难题,也是法律共同体乃至社会公众所期待得到圆满回答的现实问题。

现在,国内理论界已经有不少人呼吁要提升法治的“人文关怀”,确立以人为本的法治原则,这可以说是抓住了现代法治的核心。就刑事诉讼领域而言,理论界近十多年来已经在诉讼目的论、诉讼构造论、诉讼主体论、诉讼职能论、诉讼法律关系论等基础理论方面,以及辩护制度、庭审制度、起诉制度等主要制度方面进行了持续性的研究,取得了众人瞩目的成果,所有这些研究所贯穿的一根主线是政府与个人之间在刑事诉讼中的相互关系问题。而沉默权正是这一关系的直接体现。选择这个在中国目前还多少有点敏感的题目,坦率地说,并没有指望中国马上就通过立法确认沉默权(因为中国的政府毕竟是目前全世界“最强大”的政府),而是希望借此引起法学界对刑事诉讼过程中政府权力与个人权利相互关系的密切关注,对于诉讼领

域中如何体现人文精神的关注,因而在研究具体程序规则时,始终不要忽视或轻视政府的侦查权、起诉权以及法院的审判权所针对的永远是与我们一样的人,这些人不仅昨天还与我们有同等程度的自由,而且在进入审讯室或法庭之后仍然与我们有一样的人格尊严。当然,出于务实的一点“奢望”,本文的研究也希望能够促进法学界对于沉默权的继续、深入的讨论,不要“热点”一过,一切又风平浪静,过两天看到“警察打人”的报道,旧话重提。我相信,法学界的不懈努力最终会对立法者、执法者和司法者产生一定的影响,沉默权的立法化总有一天会摆上立法机关的议事日程,并且成为中国的法律现实。

“沉默权”看上去是一个“小问题”,但它却与法律制度的很多问题有密切的联系。加之中国目前没有这样一种权利,所有的研究都要从梳理国外的相关制度入手,而国外的沉默权制度相互之间又有较大的差别,研究的难度可想而知。虽然本人早在美国留学期间就曾经注意过沉默权问题,在确定选题之后,又专门两度出国(一次去法国,另一次去英国)进行考察,并收集了不少资料,在国内也多次有机会直接向来自法治国家的教授、法官和律师请教,但在写作过程中,仍然不时感到对有些问题的研究难以深入下去。这当然不只是资料不足的问题,也还有“功力不足”的因素。为了在写“沉默权与中国当代的刑事诉讼”这一部分时避免“纯粹的书生之见”,我曾经利用讲课的机会专门面向警察和检察官作过两次集中问卷调查(调查结果见附录一和附录二),也一直关注着国内近年来的相关研究情况,力求能够根据中国的立法、司法和其他现有条件提出属于自己的见解。但是,由于法学界对沉默权本来就有争议,也因为个人水平、研究时间和其他条件的限制,所做的分析未必都那么准确,所提的观点也不一定都那么成熟,有待通过进一步的研究加以完善。

本课题既是我的博士论文选题,也是西南政法大学的校级科研课题。在选题和写作的过程中,得到我的导师徐静村教授的悉心指导。在调查研究过程中,还得到学校领导、科研处以及其他多位老师、同事、朋友的大力支持和帮助。在此,一并致谢!

目 录

内容提要	1
前言	1
绪论 沉默权解说	1
第一章 沉默权的产生和发展	11
引言	11
一、沉默权的思想渊源	15
二、不自我控告权利的确立	21
三、沉默权在英国法上的正式确立和发展	27
四、沉默权在其他英美法系国家的产生和发展	36
五、沉默权在大陆法系国家的产生和发展	44
六、沉默权在国际人权法上的确立	52
七、部分国家对沉默权的限制	55
(一)新加坡对沉默权的限制	55
(二)爱尔兰对沉默权的限制	58
(三)英国对沉默权的限制	59
本章小结	62
第二章 沉默权制度的基本内容	66
引言	66
一、行使沉默权的规则	67
(一)可以沉默的事实	67
(二)可以沉默的时机	70
(三)沉默的效果	76

二、放弃或抵消沉默权的规则	100
(一)沉默权的放弃	101
(二)沉默权的抵消(作证豁免)	102
三、沉默权的保障规则	108
(一)权利告知规则	108
(二)律师帮助规则	116
(三)预防侵权规则	125
(四)侵权救济规则	132
本章小结	147
第三章 沉默权的是非之争与正当根据	152
引言	152
一、英国关于沉默权的争论	152
二、美国关于沉默权的争论	165
三、沉默权的正当根据	175
(一)沉默的道德权利与回答的道德义务之辨	176
(二)沉默权的主要根据	179
(三)沉默权的诉讼价值	189
(四)沉默权的绝对性与相对性	195
本章小结	200
第四章 沉默权与当代中国的刑事诉讼	202
引言	202
一、中国现行法对沉默权的态度及其原因分析	203
二、中国建立沉默权制度的必要性	218
三、中国建立沉默权制度的可行性	241
四、关于中国沉默权制度的初步设想	256
本章小结	270
主要参考文献	272
附录一:实证研究:警察眼中的沉默权	290
附录二:实证研究:检察官眼中的沉默权	301