



司法文丛

沉默的自由

易延友 著

中国政法大学出版社



沉默的自由

易延友 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

沉默的自由/易延友著. - 北京:中国政法大学出版社,2001.7

ISBN 7-5620-2103-1

I. 沉… II. 易… III. 公民权, 沉默 - 研究

IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 044822 号

☆☆☆☆☆

书 名: 沉默的自由

出版发行: 中国政法大学出版社

经 销: 全国各地新华书店

承 印: 军科印刷厂

开 本: 850 × 1168mm 1/32

印 张: 9.875

字 数: 246 千字

版 本: 2001 年 8 月第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

印 数: 0 001 - 5 000

书 号: ISBN 7-5620-2103-1/D·2063

定 价: 18.00 元

社 址: 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码: 100088

电 话: (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱: zfs620@263.net

网 址: <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明: 1. 版权所有, 侵权必究

2. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

编辑说明与志谢

H168/02

北京大学法律学系司法研究中心成立于1996年6月，是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对于司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究 with 司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身，既推进司法研究领域的学术进展，又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究，不定期地举办讨论会和报告会，推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地，举凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等，只要符合中心的学术旨趣和成果标准，均在采编收入之列，入选作者并不以参与中心项目者为限。因此，我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会（Ford Foundation）的宝贵资助，得到了北京大学法律学系的热情支持，我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心

的人士致以衷心的感谢。同时，我们也向中国政法大学出版社表示感谢，为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者

1998年9月

序

博士生易延友写成《沉默的自由》一书，我很高兴，觉得他为这个领域的研究进行了有益的探索。

沉默权问题是刑事诉讼法中存在争论比较多的一个问题。英国是最早确立沉默权的国家，但在1972年英国法律界对沉默权规则提出了重大改革的建议，当时改革未能成功，经过近20年的讨论，英国终于通过法律对沉默权的行使作出了重大限制。而在最近，英国又对该项限制性法律作出了新的解释，重申和巩固了沉默权在英国法律中的地位。

一个问题能够在历史上多年来存在着争议，一个古老的问题在现代法律中能够作为变革的重要内容，这本身就说明了这个问题的生命力以及对该问题研究的必要性。

沉默权问题在中国也有不少阐述和评论，这些研究并非为了作一个考证，归根结底是探索沉默权在我国的可行性。我认为这种研究对建设我国社会主义法制是有益的。但是“并非考证”并不是可以忽略对该问题的来龙去脉的了解，恰恰相反，对沉默权的起源及其发展进行系统的阐述和研究，有助于我们对这个问题的深入理解。易延友同学在这方面作了很好的尝试。

沉默权制度是一个典型的舶来品。在这一制度背后，自然渗透着西方国家的人文传统和价值观念。对沉默权的价值取向和制度功能进行探索和揭示，将有助于增进国人对这一制度的了解和把握，也是我们进行法律移植必须予以考虑的问题。本书在这方

面下了很大的功夫，也提出了作者自己关于刑事诉讼的一些见解，有些观点不乏独到之处，例如，作者关于“被告人人权优于被害人人权”的观点，确实发人深省，我比较赞赏。当然，有的观点尚处于探索当中，可以商榷。

在“沉默权规则比较研究”这一章，作者对当今各国沉默权规则进行了系统的介绍，通过古今的比较、横向的比较，尤其是对较有代表性的沉默权规则的特征进行归纳，澄清了理论界关于西方国家沉默权规则的一些模糊认识甚至可以说是错误认识，这一点着实难能可贵，也是国内关于沉默权的论述中不多见的。这些工作同时也为本书在结语部分提出的结论打下了基础。

在这些论述的基础上，作者还对在我国建立沉默权规则的必要性与可行性进行了详尽的论证。在这里，作者既显示了其严密的逻辑思维能力，又展示了其比较深厚的文化功底。关于沉默权与我国传统法律文化这部分的论证，尤其雄辩有力。

本书结语部分提出了作者对如何建立我国沉默权规则的看法，亦自成一家之言。

易延友来自湖南西部的大山中，1992年考入中国政法大学法律系，毕业后又在本校攻读硕士、博士学位。作为他的导师，我对他的印象是勤奋好学又很有才华。学生写成一本书，“初试啼声”，老师为他高兴。但愿啼声悦耳，博得法界掌声。

是为序。

陈光中

2000年9月

自序

本书不是应景之作。

最开始写作沉默权方面的文章是在1998年3月，当时拟定的题目叫“反对自我归罪的特权”（这篇文章发表在1999年6月份的《比较法研究》）。在这之后，我又对沉默权进行了更进一步的研究，并将沉默权作为我硕士阶段的毕业论文；这些研究的成果陆陆续续地发表在《南方周末》、《法制日报》、《中国律师报》、《工人日报》等报刊。

1999年4月，我有幸通过了中国政法大学研究生院博士生入学考试，得以继续攻读博士学位。这使我产生了将沉默权写成一部专著的愿望。入学以后，我继续收集有关沉默权方面的资料，并从1999年11月开始动笔，到今年9月，总算如愿以偿。

本书虽然是在硕士毕业论文（即后来发表在《中国律师》杂志的《沉默的自由》）的基础上写成的，但它决不是一篇论文的简单扩充。比起《沉默权的自由》这篇文章，本书增加三个部分：一是“沉默权的发展”这一章；二是“沉默权规则的比较研究”这一章；三是提出了对我国设立沉默权规则的详细方案。另外，本书在个别问题上对以前的观点作了修正。比如，在沉默权的理论基础方面，我原来曾经将沉默权作为言论自由的范畴，这样说虽然没有错，但毕竟缺乏说服力（而且也引起了一些非议）；所以，在本书的“理念”这一篇，我几乎对沉默权的理论基础作了全面的反思和全新的论证。我认为，经过更为系统的思考，现

在的观点比以前的观点应该是有所进步的。

在写作期间，我阅读了上百万字的与沉默权有关的英文资料。在此基础上，本书对于以前的文章中引用的资料，重新进行了考订，并纠正了一些译法上的误漏。对于本书引用的译文，我都对照原文进行过反复的校订，尽量传达原作者的意思。当然，“错误在所难免”，也不仅仅是一句客套的话。所以，在引用这些资料的时候，我总是将它们的出处详细注明，一方面，这是学术道德和学术规范的要求，另一方面，也可以给有志于对沉默权制度进行更深度研究的学者提供一个资料的线索。

在本书的写作风格上，我不喜欢采用“张三怎么说，李四怎么说，然后，我怎么说”这样的写作方式。——我们确实有很多人喜欢这种方式，而且通常自以为比张三和李四都要高明——为了避免作成一篇综述性质的文章，我尽量避免采用这种方式。通常，我总是给出一个材料，并阐明自己的观点，或者先阐明自己的观点，再给出一定的材料来论证自己的观点。我也不是不愿意对某些学者的观点展开争鸣。实际上，对于有些学者关于沉默权的技术性规则的设计，我在第一章、第二章的叙述中已经从正面给予了回答。有些观点我在第三章和第四章的正面论述中也提供了一些思考的角度。另外，我也并不认为自己提出的方案就是最好的方案，我的中心目标是提供和揭示有关沉默权制度的基本历史、基本经验、基本理论和基本规则，并在这个基础上得出自己的结论。至于谁的结论正确，正确的有多少，那只能是“骑着毛驴看唱本——走着瞧”。

这本书也是我的第一部专著。记得已故著名作家路遥有一句名言：“唯有初恋般的热情和宗教般的意志，一个人才可能成就一番事业。”如果说一个人的初恋总是热情的（例外情况很少见，除非这个人变态），那么它也总是认真的，从而也必然是痛苦的。如果这些见解都能够成立，那么这本书也大致相当于我的“初

恋”。在将近一年的时间中，我过着（古典意义上的）和尚一样的生活（当然，在这之前，也不见得比和尚的日子好到哪里去）。几乎所有的外交活动都被断绝，甚至当有客人来访时我也总是漫不经心地将他们打发走。连我以前热衷的周末娱乐活动，也不得不忍痛割爱。因此，我深深地体会到，古人所说的“万般皆下品，唯有读书高”的理论是有道理的，只是还要稍微修改一下，叫作“万般皆下品，唯有写书高”（垃圾书除外）。写书的人是一定要读书的，而读书人却不一定写书。

接下来，我将尽力做一个读书人，而不是做一个写书人。因为读书人可以评判别人写的书，而写书人却要任由别人来评判。

智者千虑，必有一失；愚者万虑，偶亦有得。读者诸君在尽情地批评本书可能出现的缺陷或错误的同时，亦请顺便指出本书也许存在的闪光的亮点。

谢谢。

易延友

2000年9月于中国政法大学研究生院

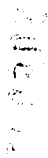
司法文丛

编辑者

北京大学司法研究中心

主持人

贺卫方 张志铭 朱苏力



目 录

序 (陈光中)	(1)
自序	(1)
导言	(1)

上篇：历史

第一章 沉默权的起源——从道德权利到法律权利	(17)
第一节 英国早期的刑事诉讼	(17)
一、弹劾式诉讼程序的特征以及英国普通法的 形成	(17)
二、纠问式程序的产生及其对供述证据的需求	(24)
第二节 沉默权起源的萌芽阶段	(28)
第三节 沉默权起源的高级阶段	(35)
一、特权法院运用的宣誓程序及其遭致的反抗	(35)
二、沉默权在英国的确立	(50)
第四节 沉默权的渊源及其确立之历史特征	(59)
一、沉默权的渊源	(59)
二、沉默权起源的历史特征	(67)
第二章 沉默权的发展——从法律权利到现实权利	(71)

第一节 早期沉默权的缺陷	(71)
一、“被告人说话”的诉讼模式以及由此决定的 禁止律师介入的诉讼规则	(75)
二、因利害关系而取消被告人作证资格的 证据规则	(77)
三、纠问式的审前程序	(78)
第二节 由“被告人说话”模式向“辩护律师 检验起诉”模式的转变	(82)
第三节 “取消作证资格”规则的废除	(90)
一、因定罪而取消作证资格规则的废除	(93)
二、当事人的配偶在民事案件中获得作证资格	(94)
三、被告人在刑事案件中获得作证资格	(95)
四、被告人被赋予作证资格的原因	(99)
第四节 沉默权在北美殖民地的继承	(105)

中篇：理 念

第三章 沉默权的价值取向	(117)
第一节 保障人权原则	(119)
第二节 自由优先原则	(126)
一、自由与秩序	(127)
二、个人与国家	(130)
三、人性本善与人性本恶	(135)
四、被告人人权与被害人人权	(140)
第三节 主体性原则	(144)
第四章 沉默权的制度功能	(152)

第一节 体现程序正义之理念	(152)
一、程序正义观念之起源	(152)
二、沉默权在程序正义方面之价值体现	(154)
第二节 实现诉讼经济之原则	(164)
一、刑事诉讼的经济价值——诉讼效率	(164)
二、沉默权在实现诉讼效率方面之功能	(165)
第三节 提供证言检验之标准	(172)
一、口供可采的前提：任意性与真实性	(172)
二、美国关于口供可采性标准之历史演变	(175)
三、沉默权与口供可采性	(183)
第四节 贯彻无罪推定之精神	(185)
一、无罪推定的渊源与意义	(185)
二、无罪推定与沉默权的关系	(188)

下篇：运作与应用

第五章 沉默权规则比较研究	(119)
第一节 历史上曾经存在的沉默权规则	(119)
一、无控诉沉默权规则	(119)
二、无证据沉默权规则	(201)
三、不受强迫的沉默权规则	(203)
四、米兰达规则	(204)
第二节 当代世界各国沉默权规则的共同特征	(207)
一、沉默权本身的内容	(207)
二、保障沉默权的内容	(213)
三、消除沉默权之不利因素的规则——供述规则	(225)

第三节 各国沉默权规则呈现的特殊性	(229)
一、英国	(229)
二、美国	(236)
三、澳大利亚	(238)
四、加拿大	(238)
五、德国	(242)
六、法国	(243)
七、日本	(244)
八、俄罗斯	(245)
第六章 我国确立沉默权之必要性与可行性	(248)
第一节 我国确立沉默权之必要性	(248)
一、沉默权在中国的命运	(248)
二、如实陈述义务规则与沉默权及 刑讯逼供之关系	(252)
三、意志自由与区别对待	(261)
第二节 我国确立沉默权之可行性	(265)
一、沉默权与现实国情	(265)
二、沉默权与我国的法律文化传统	(268)
三、沉默权与民众法律文化心理	(276)
四、沉默权与马克思主义	(280)
结语：中国应当确立什么样的沉默权规则	(287)
附录	(297)
后记	(302)

导 言

一、本书的目的与结构

本书旨在论证：中国需要确立一个切实可行的沉默权规则。

所谓“切实可行”，在中国目前的语境中似乎暗示着这样一种含义：沉默权规则对于中国人而言过于超前，因此，即使我们要确立这一规则，也必须考虑到中国的实际情况，对沉默权加以各种限制或者设立若干例外情况，以使其符合我国的国情。此处，“切实可行”绝不代表这样的含义。恰恰相反，本书所称之“切实可行”的沉默权规则，是指具有可操作性的沉默权规则，对于沉默权的主体而言，必须能够有效地主张这种权利。“权利”一词既有实体性含义，又有程序性含义：在实体上，它是指享有权利的主体拥有为或不为某种行为的资格；在程序上，它是指当这种资格受到侵犯时，权利主体必须能够通过某种途径获得救济。无论是实体性权利，还是程序性权利，都必须具备这两个特征，否则将不成其为真正的权利，或者说，将不是现实意义上的权利。所以，沉默权作为一项权利，也必须具有可操作性；当它受到侵犯时，必须能够得到有效的救济。因此，沉默权规则必然是一系列关于诉讼权利的混合物，它不仅包括沉默权本身，而且包括保障沉默权的各种制度性措施。

本书对于这一命题的论证基本上可以分为两大部分：第一部分包括本书第一至四章，目的在于论证沉默权的合理性；第二部分则为本书第五至第六章及结语部分，目的在于探索沉默权的技术

性规则并论证沉默权在我国的可行性。作为对沉默权的初步研究，我认为第一部分与第二部分同等重要。

在结构上，本书分为上、中、下三篇，每篇两章。

上篇专谈沉默权的历史。

第一章，沉默权的起源，介绍沉默权从道德权利上升为法律权利的历程。关于沉默权的起源，本章首先叙述了受压迫者在纯粹的教会法院反对纠问程序的斗争；其次，本着“择焉虽精而语焉犹详”^{〔1〕}的原则，本章对在宗教事务方面持不同政见者在王室的宗教法院进行的斗争进行了着意的刻画。在此基础上，作者对沉默权的渊源进行了总结，并分析了沉默权从道德权利到法律权利这种转变过程的历史特征。

本章的重点在于通过历史的研究和分析，证明沉默权的确立具有一种马克思主义所认为的内在的必然性，而这种内在的必然性主要归结为它体现了文明的进步和人类认识能力的提高。此外，这些叙述也使我们对沉默权的早期形态有一个感性的认识。

第二章，沉默权的发展，论述了沉默权从法律权利向现实权利转化的过程，着重分析了英国早期普通法上沉默权规则的缺陷（主要是内容上不完整和程序上不具有可操作性），并叙述了英国法律家为弥补早期沉默权规则的这些缺陷而作出的努力。本章的意义在于：通过对沉默权从法律权利到现实权利转化过程的分析，可以帮助我们认识到什么是真正的沉默权，从而避免确立一种空洞的、不能为权利主体真正享有的沉默权。当然，由于沉默权规则在美国所显示出的强大的生命力和影响力，故而本章对沉默权在美国的继承和发展也顺带提及。

〔1〕 冯友兰：《中国哲学简史》，北京大学出版社1985年版，“自序”。当然，有这样良好的愿望，不一定能在实际上达到这样的目标——正如钱钟书先生所言：“开得出菜单，不一定就摆得成酒席。”