

优秀论文：律师应为在我国设立“沉默权”制度而斗争 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484511.htm 内容提要 要不要设立沉默权制度在我国近年来争议越来越激烈，各持一端，笔者以一个律师的眼光审视沉默权制度，从其人权价值取向立意，认为争取在我国设立沉默权制度是律师的历史使命，接着从沉默权的基本含义，首先是公民的基本权利，其次才是刑事诉讼权利，从律师的特质使命，从我国沉默权制度缺失在刑事诉讼中的种种矛盾和律师要为设立怎样的沉默权制度而斗争等方面进行了分析论证。 一、沉默权不仅仅是惠及犯罪嫌疑人、被告人的刑事诉讼权利，更是全体公民的权利，是宪法意义的人权，当然也是律师的权利，在我国争取设立沉默权制度是律师的历史使命。 1、沉默权的基本内容 我国1998年10月签署加入了《公民权利与政治权利国际公约》。该公约第14条（3）（g）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犯罪。”我国已签署加入的《联合国少年司法最低限度标准规则》第7条规定少年刑事被告人在诉讼的各个阶段享有“保持沉默的权利。”尽管学术上对于沉默权的具体含义有这样或者那样的争议，但是沉默权的特定含义包括以下三项基本内容：一是被告人没有义务向追诉一方或法庭提供任何可能使自己陷入不利境地的陈述或其他证据，追诉一方不得采取任何非人道或者有损被告人人格尊严的方法强迫其就某一案件事实作出供述或提供证据。二是被告人有权拒绝回答追诉官员的讯问，有权在讯问中始终保持沉默，司法警察、检察官、法官应及时告知

被告人享有这一权利，并不得因犯罪嫌疑人、被告人行使这一权利而作出对其不利的推理。三是被告人有权就案件事实作出有利或者不利于自己的陈述，但是这种陈述必须是在意识到自己行为后果的情况下作出的出于其真实意愿的陈述。法庭不得将被告人非出于自愿而是迫于外部强制压力所作出的陈述作为定案的根据。

2、沉默权制度最大的价值取向是人权 沉默权的道德基础是人类自然属性之一说话的权利，可以称之为“言论自由”。言论自由包含三层含义：一是有说与不说的自由；二是有说这个与说那个的自由；三是有这样说和那样说的自由。这种自由与生俱来。就连基督教都宣称“上帝从未要求任何人向人们公开自己的罪行，而只要求他向上帝忏悔自己的罪孽。”不得强迫自证其罪原则是对人性的肯定。强迫一个人充当自己的掘墓人显然是不道德的。道德规范上升为统治阶级的意志就是法律。在奴隶和封建社会显然是不能谈论沉默权的。就连包公坐堂也难免大刑伺候，更何况其他昏官、庸官、狗官呢。沉默权制度的建立是在资产阶级革命过程中，是“人类通向文明斗争中最重要的里程碑之一”。“天赋人权”现代人文思想得到法律的确认，以人为本的法制原则成为全部现代文明国家的法律思想渊源。人的言论自由不仅没有被剥夺而且写进了各国的根本大法之中。我国宪法也充分地肯定了人权：第35条关于公民“言论自由”的规定和第33条2款关于公民“在法律面前一律平等”的规定；第39条关于公民“人格尊严不受侵犯”的规定；第125条关于“被告人有权获得辩护”的原则规定。这些都体现了对“人权”的尊重。

3、沉默权首先是全体公民的权利，其次才是诉讼权利。现代世界上各国刑事诉讼法具有共同的人

类文明之一，就是无罪推定原则。我国刑事诉讼法第10条“未经人民法院判决对任何人都不得确定有罪”。依法判决才产生罪犯。犯罪嫌疑人、被告人在被依法判决前仍然是公民，是宪法意义上的公民，享有法律赋予的一切权利。所以如果法律设立了沉默权制度，它就不仅仅是惠及犯罪嫌疑人、被告人的特权，而是全体公民的普通权利。因为任何公民都有可能被怀疑犯罪。因此沉默权制度的设立首先是在根本大法确立为公民的基本权确立。其次才是落实到刑事诉讼法中的诉讼权利。4、建立宪法意义的沉默权制度是律师的历史使命。我国律师法第2条对律师的界定是指“依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。”这仅仅表明律师是依法执业的一类法律职业人。没有表明律师的使命。

《关于律师作用的基本原则》“律师专业组织在维护职业标准和道德，在保护其成员免受迫害和不公正限制和侵权，在向一切需要的人提供法律服务以及在与政府和其它机构合作进一步推进正义和公共利益和目标等起到极为重要作用。”我国律师还不象别的国家律师有一定的职权，如公证权，可以衣食无忧。因为制度安排上的缺陷，我国大部分律师还在为生存而斗争。正如江平所讲还在服务之道中，千方百计地开拓案源，千辛万苦地赚钱，绝大部分律师还没有提升到“治国之道”中来。这是我们的不幸，也是整个律师行业的悲哀。一个没有使命感的职业很难说是高尚的职业，一个只关心自己利益的集团，也是将要灭亡的集团。忽略了用自己的权力自己的职业来保护人权，维护正义沦落为金钱的奴隶，权势的附庸，这不是我们所愿意看到的。其实我们中国律师作为政府法律的宣传者和公民法律的诉求者，其具有特殊的

历史使命。周永康同志在第六次全国律师代表大会上的讲话中指出：“构建社会主义和谐社会，就是要健全民主法制，建设法治国家，充分发挥法治在促进、实现和保障社会和谐方面的重要作用。广大律师要通过参与立法，参政议政，及时研究改革发展中出现的新情况和新问题，促进我国社会主义民主法治的完善。”概括地讲我国律师的神圣使命是“维护人权、实现社会正义、促进社会民主法治。”江平在《为权利而斗争的中国律师》演讲中指出：“做为一个律师的使命来说，就是要为他人的权利而斗争。”“当然律师本身也为自己的权利而斗争，律师在实现为他人权利而斗争的同时，也在为自己的权利而斗争。”“为权利斗争对于律师来说本身也包含着是为一种信仰而斗争，要把自己的职业当作一种执着的信念来追求。”沉默权不仅惠及犯罪嫌疑人、被告人，而且是全体公民的权利，这项权利也同样是律师的权利。因此，律师为把沉默权制度写进宪法之中既是成人达己，又是成己为人。前者是律师的治国安邦之道，后者是律师的服务敬业之德。从刑事诉讼法的参与各方面而言，律师也只有律师更有责任和义务为争取在我国设立沉默权制度而奋争。公安机关、人民检察院作为侦查机关他们更愿意执行现行法律，对沉默权制度大多持抵制态度，而处于裁判地位的人民法院以保守为原则。律师则不同，律师最懂得沉默权制度的价值，从大量的刑事案件的实践中，最真切地感受到这项制度的缺失而带来的种种弊端。立法总是要落后于现实要求的，律师则是法律实践者、立法的先驱。律师也是民众诉求法律中介，最应该代表民意，为民众权力而斗争。所以，只有律师才能肩负起这项历史使命。

二、我国沉默权制度的缺

失与当前刑事诉讼法之间的矛盾是律师为这项权利而斗争的焦点所在。（一）刑事诉讼法第93条规定的“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”与宪法规定的“言论自由”和“人格尊严不受侵犯”精神相互矛盾。人权尊严与生俱来，国外法学家讲：“一个民族的文明质量大体上可用它执行刑法所使用的方法来衡量。”“人类怎么样对付自己的同类，也同时反映了包括对待者自身在内的人类整体文明程度。”一个不尊重人格尊严的社会怎么能说是法治社会呢。（二）沉默权制度的缺失不能保证无罪推定原则的落实。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。“我国确立了无罪推定原则，判决才产生罪犯，这项原则表明犯罪嫌疑人、被告人在人民法院判决有罪之前是无罪的公民，是享有独立人格尊严的，这项原则也决定了犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中的地位是与控告方平等的，且是独立的诉讼主体。因此，他完全享有宪法赋予的人权和刑事诉讼法赋予的诉讼权利。然而这些权利因沉默权制度的缺失，被大大地打了折扣，因为沉默权是无罪推定的核心内容，控方不能举出科学有效的证据证明犯罪，那么就应当认定无罪。要求犯罪嫌疑人、被告人自证其罪，显然是不合乎道德，也不符合现代法制文明的。（三）沉默权的缺失造成了控辩双方诉讼地位的不平等。控告方与被控方的地位发生了倾斜，控告方居高临下，被控方稍有“不老实”就有可能被告“罪加一等”。即使被控方聘请了辩护律师，法庭上演出的也是一边倒的不公平的竞赛。因为竞赛规则早已决定了这是不平等的诉讼。没有公平正义的程序，就难以保证正义的审判。程序公正在价值取向要大于实体公正。程序公正的价

值在于规则，在于源头的公正，是普遍性质的，具有一般性。而实体公正往往是个案，具有特殊性。当程序公正与实体公正发生冲突时，怎么样取舍呢？维护程序公正，是维护整司法公正，维护实体公正，是保护个别。因此根据趋利避害原则，要丢卒保车。因为培根说过：“因为一次犯罪污染的只是水流，而一次错判污染的却是水源。”这往往是冤假错案的渊源。

（四）沉默权的缺失与公检机关的职责相互矛盾。刑事诉讼法第43条规定：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。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。可见收集证据，证明犯罪是控告方的法定职责，然而法律又规定犯罪嫌疑人、被告人“如实答”的义务，法律要求犯罪嫌疑人、被告人要配合控告方收集证据，帮助控告方证明自己有罪，这显然是荒谬的。在这样的法律之下，被控方如果不“如实回答”就是违反了法律，有可能被认定认罪态度不好。如果“如实回答”了，就有可能被认定认罪态度好，这些“态度”可能影响到“量刑”，因此为样的法律本身就具有“刑讯”的威慑和“开恩”的诱骗双重作用。

（五）沉默权的缺失，不能保证被控方充分行使辩护权。刑事诉讼法第11条规定，被告人有权获得辩护。第32条规定犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护外，还可以委托一至 作为辩护人。设立辩护权的全部意义在于落实宪法赋予的人权。是对控告方的抵御，这是一项最基本的人权和诉讼权。被告人行使辩护权的方式既可以是积极的，也可以是消极的。消极的抵御就是沉默，而沉默是最好的抵御，老子讲大辩无言。法律不允许被告人“沉

默”，这就剥夺了被告一半的辩护权，也使得担当被告人的辩护人的律师处于尴尬的境地：“有时本来被告人无罪，但判决前心中无底，为争取从宽处理，却违心承认自己有罪，律师还在法庭上为其做无罪辩护，这种情况让我们难堪。”

（六）沉默权的缺失，使得律师的提前介入徒有虚名。我国刑事诉讼法第96条规定：“犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日可以聘请律师为其供法律咨询、代理申诉、控告，犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其占请取保候审。”这就是我国的“提前介入”的诉讼制度。这项制度和公安机关的刑事侦察本来是并行不悖的职能，但是在具体的操作中，因为没有沉默权制度，律师的提前介入一方面受到侦查机关的种种阻挠，另一方面侦查机关在犯罪嫌疑人对自己的行为是否触犯刑律，所供述的内容是否有利都无法判断的情况下以政策威慑或者刑讯逼供等方法取得了笔录，律师都是在犯罪嫌疑人招供之后且在侦查机关的监视下会见犯罪嫌疑人。律师所了解的案情与侦查机关已经取得的笔录稍有出入就难免有“串供”“伪证”之嫌。律师人人自危、自身难保，如何为犯罪嫌疑人申诉、控告呢？这些问题的根源就是立法上的缺失，更反映了执法者对犯罪嫌疑人应有的人权漠视和自身特权意识。我国刑事诉讼法从九个方面赋予了犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利，这些制度的立法精神在于保证无罪的人不受刑事处罚。然而，因为最基本的人权之于刑事诉讼上的沉默权在制度中的缺失，使得这些诉讼权利或多或少地打了折扣，也是滋生冤假错案，司法腐败的根源之一。在依法治国方略写进宪法之中的今天中国，我们怎样看待公民的基本权利，这些公民基本权利上的缺憾

正是律师的斗争方向。三、律师要为在我国设立怎样的沉默权制度而斗争

1、在我国设立沉默权制度是时间问题 沉默权制度是人类法制文明之果，是世界各国刑事诉讼的一项基本制度。世界刑法协会第15届代表大会《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》第17条建议各国立法规定：“被告人有权保持沉默。”世界洪流滚滚向前，顺之者昌逆之者亡。我国历来主张对世界精神文明成果采取吸其精华，剔除其糟粕兼收并蓄的开放原则。其次，我国已经加入了联合国《公民权利和政治权利公约》，该公约中规定的沉默权制度并未被我国所保留，那么就是国家加入公约时承诺的内容属于我国的法律渊源，具有与国内法同等的法律效力。该内容如何贯彻执行，不外乎两种途径，一是直接援引，二是修改本国法律，使之成为国内法。无论何种方式，中国作为主权国家都应承担起该条约的国际义务。否则一个国家的信用何在，形象何在。再者，当前我国的宪法和刑事诉讼法中隐含了一定的沉默权的精神内涵。我国宪中关于公民言论自由，在法律面前一律平等，公民人格尊严不受侵犯和刑事诉讼法中关于无罪推定的规定暗含了沉默权的一些精神，但决不能因此说我国已经建立了沉默权制度。我国当前一些地方进行了沉默权的司法实践，比如辽宁省抚顺市推出了《主诉检察官零口供规则》，沈阳市、连市也相继进行这方面的探索，有的地方侦查机关还尝试讯问录像和第一次讯问律师在场制，这些探索已经取得了一些有益的经验，取得了比较好的社会效果，该制度随着司法实践越来越被广大民众所熟知。理论界对沉默权的探索，更为我国沉默权立法起到了推波助澜春风化雨的作用。

2、我国设立沉默权制度要有中国特色 沉默权制度

在世界两大法系表现出不同的差异。在英美法系的刑事庭审中，被告人在整个刑事审判过程中可以始终保持沉默，并且一般不会因此而受到不利于他的推论。但是被告人并非庭审中的一方当事人，他如果想要说话，只能以辩方证人的身份参与庭审，更关键的是，被告人一旦以证人身份说话，他就不能拒绝回答或虚假陈述，否则可能会受到藐视法庭罪或者伪证罪的处罚。可见在英美法系中，被告人要么一句话不说，要么就一直说下去。而在大陆法系中的刑事庭审中，被告人在法庭审判的一开始就会被主审法官告知其享有沉默权，被告人是具有当事人的地位，而不是作为辩方的证人，所以他还可以针对控方的提问而撒谎，并且不会因此而受到伪证罪的处罚，他可以享有极大的说与不说的自由，甚至可以乱说和随时说与随时不说。我国如果建立沉默权制度，应吸收两大法系之长，摒弃其短，应有自己的特色。这些特色应该包括宪法规定沉默权为公民的基本权利，刑事诉讼法规定沉默权制度。在侦查机关和法庭审讯中，犯罪嫌疑人、被告人不仅应有始终不说而不受任何追究的权利，而且也有有条件地说的权利。更重要的是对所说的要负责任。这应当是我们所争取的沉默权制度的法律框架。

四、设立沉默权制度是一项系统工程，要有相关的保障机制 要不要设立沉默权制度首要的是法制思想，治国之道的的问题，具体到刑事诉讼法，沉默权也不是孤立的诉讼权利，它与刑事诉讼的各项制度都有密切的联系，更为重要的是它需要与其他制度配套，这样才能发挥其切实保护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利的作用。首先，沉默权制度与无罪推定原则相互呼应，犯罪嫌疑人、被告人行使沉默权，证明犯罪的任务是控方的职责，法庭要实

实实在在保持中立裁判，这样才会有公平正义的判决。其次，对于被控方认罪要有辩诉交易制度做保证。过去讲坦白从宽，抗拒从严，只是一种政策，没有具体的措施将其落到诉讼全过程中。国外广泛采用的辩诉交易制度值得借鉴。如果犯罪嫌疑人、被告人主动坦白自己的犯罪过程，并且表示愿意接受刑罚，法律就承诺对其从轻减轻或者免予处罚，那么对于提高诉讼效率，从诉讼经济方面来讲，都是善莫大焉的。因此，行使沉默权既是法律赋予犯罪嫌疑人、被告人的权利，凭其主观意愿决定，又有相应制度保障其放弃沉默权时可以得到法律的相应保护。这样既保护了人权，又提高了诉讼效率。

第三，要完善证人作证制度，在我国证人作证出庭率很低，很多案件只有侦查机关单方面取得的证人笔录，却很少有机会使犯罪嫌疑人、被告人或者律师在法庭上与证人面对面的质证，这就不利于对证人证言的判断。尤其在我国的公民法制观念不那么强的今天，很多证人文化水平又不是很很高，难免使证人证言挂一漏万失之偏颇。证人不出庭，无法质证，这样的证据不能说是符合规格的，也是不符合法律规定的。刑事诉讼法第47条证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言，并且经过查实以后，才能作为定案的根据。造成这样的局面的根源是制度上的缺陷。刑事诉讼法规定“凡知道案件情况的人，都有作证的义务”，也规定了作伪证要受到法律的追究，但是没有规定不作证怎么办，也没有具体地对证人的保护措施。证人证言是与沉默权相对应的。犯罪嫌疑人、被告人行使沉默权，证人证言制度如果完善，依然有利于保证诉讼进程，追究犯罪。诉讼权利是一个科学的体系

，不仅包括上述方面，还要有沉默权告知制度、律师在场权，转变当前的侦查模式等一系列的保障措施，使其成为刑事诉讼的一套系统工程，从制度的安排上，切实实现程序正义，保障人权。总之，沉默权从世界方面来讲是一项比较古老的诉讼制度，在我国却是全新的理念。一切事物的发展规律都是从实践到理论，再从理论到实践的螺旋式发展。正因为沉默权的最大理念是人权，所以作为头戴荆棘王冠、手持正义之剑而来的中国律师要为之斗争。德国法学家耶林说：“世界上一切法都是经过斗争得来的。所有重要的法规首先必须从其否定手中夺取。不管是国民的权利，还是个人的权利，大凡一切权利的前提就在于时刻准备着去主张权利。”

参考文献：1、江平文集；2、孙长永《沉默权制度研究》；3、中国法院网《两大法系沉默权制度差异》；4、《沉默的自由》易延友、《中国律师》2000年1?3期；5、沉默权制度在中国应该缓行，万策论坛网，作者崔荣涛；6、沉默权制度及刑事司法的价值取向，人民警察网；7、我国宪法应明确规定沉默，作者殷啸虎；8、梁慧星主编《为权利而斗争》；9、中国设立沉默权研究，大学生文网；10、我国对沉默权的争议，政法秘书网；11、律师法应凸显律师使命，作者陈宜，2003.11.03法制日报。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com