

民事诉讼中的沉默权 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__E6_B0_91_E4_BA_8B_E8_AF_89_E8_c122_484523.htm 【摘要】沉默权是

一项具有充分道德基础的个人权利，民事诉讼中当事人应拥有不自证其责的沉默的自由。本文以沉默权的产生及其限制为基点，从当事人真实陈述义务的有限性、证明责任及其分配规则的要求、当事人与证人法律地位的天然区分、事实探知的相对性、以及民事诉讼的本质与法院事实探知权的最小化五个进路，论证了民事诉讼中沉默权确立的理由。 【关键词】沉默权 民事诉讼 当事人真实义务 我国对待犯罪嫌疑人的基本政策是“坦白从宽，抗拒从严”，这一政策随着沉默权的提出和初步认同而逐渐消解。但作为文化层面的“强制坦白”情结仍挥之不去，坚定地眷恋于警察、检察官乃至法官心间。在司法实践中，这项政策则被人们戏称为“坦白从宽，牢底坐穿；抗拒从严，回家过年”，意味着侦查人员、检察人员无权对犯罪嫌疑人从轻发落，却以欺诈性手段令被告自白。而在民事诉讼中，也存在类似情形，可谓“实话实说，承担责任；拒不承认，没有责任。”那么，在民事诉讼中，法官是否可要求当事人坦白从宽呢？这一问题初看似乎具有游戏性质，但深究下去，却是一个十分严肃的话题。它涉及到，民事诉讼中当事人是否拥有沉默权；自认在诉讼证明中的地位；民事诉讼对私权的保护应由主张的当事人证明，还是被主张的当事人自认，或法院代表国家要求当事人坦白，或当事人基于良心陈述真情而求得坦白从宽；法官事实发现职权的限度；诉讼理念是追求绝对真实还是相对真实等。

本文拟从沉默权的产生及其限制切入，提出在民事诉讼中，当事人亦应拥有不自证其责的沉默权。一 沉默权渊源于英国刑事诉讼，英国早期有一句法谚：“任何人皆无控告自己之义务”。最早承认沉默权的判例是17世纪利尔伯恩一案。在该案中，利尔伯恩被控走私煽动叛乱的书籍，但他否认犯罪，并在审理中以不自我伤害为由拒绝宣誓和供述，因此被判罪名成立。英国上议院撤销了对利尔伯恩的判决，禁止在刑事案件中要求被告宣誓作证。[1] 美国在米兰达案件中，确认了刑事调查中被调查人享有沉默权。调查人员在询问前应提醒被询问人其享有沉默权，即被询问人享有拒绝回答之权利，他的任何话或者行为都将作为呈堂证供，此为米兰达规则。未遵守米兰达规则而取得的证据，为不当获取之证据。无逮捕权的调查人员进行询问所取得的证据亦属不当获取。违背自愿原则的自认予以排除，如受暴力等行为影响等不可靠的自认一概排除。沉默权是保障程序公正、当事人基本人权和个人尊严的重要条件，是对国家权力的必要制衡，有助于防止官方尤其是警察权力的滥用，切实贯彻无罪推定原则，防止无罪的人受到刑事追究。它是一项具有充分道德基础的个人权利，是法律正当程序的必然要求。因此，沉默权亦纳入了《世界人权公约》和《欧洲人权公约》等国际性人权公约。世上没有免费的午餐。沉默权当然亦需对应一定的代价，如可能放纵犯罪。因此，自20世纪70年代初，同样是在沉默权制度发源地的英国，发起了沉默权限制的讨论。1971年，英国刑事法修改委员会建议：如果被告在警察审讯时不回答警察提问，而所提问题又是被告在法庭辩护时所依据的事实，对当初被告的沉默，法庭可作出对被告不利之推断；如

果被告在审判过程中拒绝作证，也应就此作出对被告不利之推断。1976年新加坡最先采纳这一建议，载入1977年1月施行的刑事诉讼法修正法案。由于北爱尔兰发生一系列恐怖主义暴力案件，1988年英国通过了适用于北爱尔兰的《刑事证据法令》，对沉默权做了重大限制。但该法适用却被推广，未限于恐怖主义犯罪。而最近“9.11”恐怖袭击事件，也令得美国司法机构漠视嫌疑人的基本权利保障。事件发生二个月以来，美国已拘留了一千多名嫌疑人，但一直没有起诉。许多人嫌疑人的律师认为，美国司法部门在证据很少或根本没有证据的情况下、甚至仅仅根据怀疑，就拘留其当事人。[2]英国等其它国家亦有类似动向。无罪推定、由独立、公正的法院进行及时、公平、公开审判、以及沉默权原则受到了极大的挑战。然而，对沉默权的限制，部分地将本应由控方承担的证明责任转移给被告，损害了国际普遍认可的人权准则????无罪推定原则，而这也正是英美所谓法律正当程序的核心要求。限制沉默权对被告的基本权利保障是不公正的，事实上已造成了不少因警察非法行为而酿成的冤案，如伯明翰?塞克斯一案，伯明翰?塞克斯因1974年一宗爆炸案被判刑，服刑16年后，上诉法院才推翻其有罪判决。如果因打击恐怖主义而不顾及当事人基本程序保障权，对于法治和文明社会带来的负面效应亦是令人恐怖的。尽管有关沉默权是否应限制、限制的程度如何，还在争论不休，但我们可以判断，英美国家关于沉默权的争论并未使沉默权的内在精神受到损害，只不过是考虑公共利益而稍稍对沉默权予以限制。限制沉默权的目的，仅在于防止沉默权的滥用。对于我国而言，沉默权还尚未确立和运用，显然谈不上过分行使的问题，因此，针对

过于强大的官方权力，当然有必要在刑事诉讼中确立沉默权制度，刑事诉讼中嫌疑人和被告应拥有不自证其罪的沉默权。

二 在民事诉讼中，笔者认为，当事人同样亦拥有不自证其责的沉默权。具体理由如下：（一）当事人真实陈述义务的有限性 一般认为，当事人为维护自身利益，没有真实陈述义务，因此对法官询问和对方当事人的提问有权保持沉默。当然，随着社会利益在法律中作用的上升，以个人自由为核心的法律精神开始转型，当事人的真实义务、诉讼促进义务、诚实信用义务逐渐从观念演变为制度。如德国二战后就规定了一定范围内当事人的真实义务和法官阐明权。二十世纪末英国司法改革基本上确立了当事人的真实陈述义务，1999年4月实施的《民事诉讼规则》事实上为诉讼当事人设置了一个两难选择：当事人可以签署事实声明，亦可以不签署。签署事实声明的，则比照证人作证可能承担虚假陈述之法律后果；而不签署事实声明的，案件声明（包括诉状格式、诉状明细、答辩状、再答辩状等）以及回复书、申请书、反对申请书等重要文书将无法得到法庭采纳。进而，法院在一定情形下还有权强制当事人进行事实声明。[3] 但即便这些国家倡导当事人真实陈述，也多未明确其法律后果。因为虚假陈述的证明、判断需耗费相当成本，故即使规定了法律后果也难以实施。可行的选择，只能是确立一定限度的当事人真实陈述义务，而非绝对的实事求是，即一方面明确规定当事人须真实陈述，积极倡导真实陈述的道德；而另一方面概括性设置违反真实义务之法律后果，当事人违反真实陈述义务，一般无需承担法律责任，除极少数法定情形外，比如，显而易见、损害他方利益、欺骗法庭、情节严重之谎言。[4] 当事人真

实陈述义务的有限性，决定了当事人在民事诉讼中有保持沉默之自由。并且，就当事人未表达意见的沉默而言，一般也不存在虚假陈述问题，没有明确违反合理范围内的真实陈述义务。即便沉默可能产生误解、误导、直至因明显误导性而导致虚假陈述之客观效果的，也很难落实当事人不履行真实陈述义务的法律后果，因为当事人的真实义务本身就是难以具体化的法律责任。因此，法官没有理由要求当事人“坦白从宽”，没有权力强制当事人自证其责，没有依据对“沉默的羔羊”予以制裁。

（二）证明责任及其分配规则

民事诉讼中当事人之所以应享有沉默权，另一重要理由就是，证明责任及其分配规则的要求。《民事诉讼法》第64条第1款规定，“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”[5]一般而言，原告就其主要的诉讼请求承担证明责任，而被告对积极抗辩的事实承担证明责任。证明责任的核心在于，对于真伪不明的事实，承担证明责任的当事人将承担不利后果。比如，原告主张被告借了他的钱，但借据遗失，即便事实上被告向他借了钱，法院仍将判决原告败诉，因为原告未履行其应承担的证明责任。如果在民事诉讼中，当事人须坦白自认的话，那么，证明责任机制还有什么意义呢？案件就根本无需证明，当事人调查取证的动力也将逐渐丧失，因为当事人根本无需耗费大量人、财、物力去调查收集证据，法院直接要求一方当事人自认即可，并能大大降低诉讼成本。而这显然是十分荒谬的。民事诉讼宗旨在于，解决平等当事人之间的民事纠纷，因而天然地要求当事人之间平等、对等和对抗，双方当事人利用对等的诉讼武器为各自的权利而斗争或沟通。自认与沉默，属于一对矛盾的范畴。所谓自认，指一方当

事人就对方当事人主张的案件事实(事实主张)和诉讼请求(权利主张)的认可或认诺。自认的基本功能在于，通过当事人对对方主张事实的承认免除主张者证明责任，简化程序，提高效率，省去法院证据调查程序，免去当事人双方对证据的收集、保存和质辩。正如民事诉讼中当事人可以对事实作出自认或对他方请求予以同意一样，在刑事诉讼中，被告亦可自认，实施辩诉交易。为确定是否采纳自认证据，法院须查明，自认人是否能合理进行自认。在刑事诉讼中，不得因当事人或他人在对其进行正式提问时没有或拒绝回答问题、或回应调查人员的说明，而做出对当事人不利之推断。民事诉讼中亦然。因而，自认之核心在于，自认人的自愿性，自认须完全排除任何外来压力和强制。除人们头顶的深邃星空和内心道德法则的驱使之外，任何人包括法官皆不得强制当事人自认。因此，自认规则在证据法体系中的地位，属当事人选择的任意性证据规则。相应而言，在自认与沉默之间，沉默权是矛盾的主要方面，沉默的自由显得更为基本，是法院必须尊重的当事人基本程序保障权。

（三）当事人的证人化与沉默权

当事人在民事诉讼中之所以应拥有不自证其责的沉默权，也是源于当事人法律地位天然的要求。当事人的特质就在于维护自身的私权利益，而不实施于己不利的诉讼行为。与经济学假定的经济人类似，民事诉讼中当事人也是一种经济人，可以将其界定为“私人”。私人之间运用诉讼武器进行攻击和防御，从而推动诉讼程序的进行。在大陆法国家，当事人陈述与证人证言是两类不同的证据形式。当事人因与案件所具有的直接利害关系，而不具备证人资格。故在绝大多数大陆法国家，当事人陈述的效力低于非当事人的证人

证言，这也昭示着当事人有权保持沉默，并无陈述事实和宣誓作证之义务，否则，当事人陈述与证人证言就应平等对待。但部分国家亦规定当事人在一定情形下可作为证人。如德国1933年修改民事诉讼法时引进了“当事人询问制度

”(Parteivernehmung)，即以当事人所知事实之陈述作为证言的制度。奥地利民事诉讼法第371-383条详细规定了当事人询问制度。日本《民事诉讼法》第207-211条专门规定了当事人询问制度，关于证人询问的部分规定亦适用于当事人询问。而在普通法国家，证人指以言词方式或书面形式就直接感知的事件提供证据，证明案件事实的人，证人包括陈述案件事实的当事人以及提供专业意见的专家证人。当事人具备完全的证人资格，除法定情形外法院可基于他方当事人请求强制其作证。但尽管如此，法院并不强调当事人的真实陈述义务，一般也不对拒绝真实陈述的当事人进行制裁。同时应注意，当事人具有的证人资格并非与普通法相伴而生的。实际上，英国传统普通法最初认为，当事人可能伪造证据，故未赋予当事人提供证据的资格。至《1851年证据法》，才废止普通法有关当事人不能提供证据之规则，确立了当事人作为证人的资格。而刑事被告至《1898年证据法》生效时方有证据资格。[6]且被告的证人资格并不确定无疑。如在R v Bathurst一案中，法官仍适用传统方法，“……被告没有提供证据之义务……他可以坐在被告席，静观检控方证明案件，尽管剥夺了陪审团在交叉询问程序中听审被告陈述之机会，但不能做的是，不得因被告未进入证人席作证而推定被告有罪。

”[7]粗看起来，赋予当事人以证人资格，似乎成了许多国家司法改革的趋势。但当事人的证人化并不能代表民事诉讼的

发展潮流，因为当事人与证人在诉讼中的角色担当是天然且绝对存在的，要求当事人完全象证人一样坦陈真情，是不必要也是不可能的。因此，当事人即便作为证人，也并不动摇当事人对沉默权的享有。（四）事实探知的相对性 民事诉讼不是探究自然奥秘和客观真理，纠纷解决是民事诉讼之最终目的，因此，民事诉讼并不绝对地要求查清事实，实事求是。案件事实业已过去，时光无法倒流，绝对的客观真实只是事实发现的理想目标。人类认识能力的有限性决定了人们发现案件事实只能是相对的，既然事实是由主体人来发现的，则所发现的事实当然无法摆脱主观映象，人类的一切“客观认识”皆透入了认识主体的判断、经验乃至偏见。“事实上，法律职业界几个世纪以前就已知道法律的事实发现是盖然性的。”[8]“所有的证据都是盖然性的，并不存在形而上学的绝对真实……”[9]制约着事实发现的因素，除了人的认识能力、以及认识作为主观见之于客观的基本特征之外，还有二个重要的因素，这就是事实发现的成本和法律制度价值目标的多重性。“人类所有的活动都不是免费的。”[10]事实发现亦是如此，法院不可能在查明案件方面无限投入，过高成本将削弱民事案件解决的现实意义。“我并不是说美国法律制度对事实真相没有兴趣，而只是说求真的目的与其它目的????诸如经济性、保护某些自信、助长某些活动、保护一些宪法规范????相互竞争……程序制度在精确和成本之间追求最大的交换值。”[11]这些都决定了事实探知的相对性。法官要求当事人坦白从宽，其背后的深层理念，显然是对案件事实客观真相的绝对追求。反之，赋予民事诉讼当事人以沉默权，才真正贴近事实发现的相对性理念，符合人类认识活动

的规律。（五）民事诉讼的本质与法院事实探知权的最小化

民事诉讼中当事人沉默权的确立，也是民事诉讼本质的要求。民事诉讼的本质可以简洁地归纳为对抗与自主。社会冲突的司法救济，决定了诉讼的对抗制性质以及对抗制的对抗本质，同时，民事诉讼以解决私权纠纷为目的，民事纠纷的私权性质决定了当事人自主。另一方面，民事诉讼虽然是解决私权纠纷的程序，但诉讼程序却并不仅仅是当事人(包括律师)私人的事情，民事诉讼中的平等和对等原则决不仅仅是形式上的平等，对实质性平等和社会公正的追求必然要求法院进行程序管理。自然正义是民事诉讼的本原性基础，借助经验主义哲学、基于自然正义演化而来的“法律的正当程序”是对抗制民事诉讼的基本理念。对抗制是民事诉讼的本质与主流，法院的司法管理权不过是民事诉讼运行的车轮。对抗制并不意味着绝对的斗争，当事人在对抗中有合作，在自主中接受法院的强势管理，“为权力而斗争”将逐渐转向“为权利而沟通”。民事诉讼中反程序倾向，诸如合意机制、ADR、和解文化对程序的反叛，呼唤着程序对话理论的确立。对抗制的扬弃和发展，即以程序对话和程序管理机制为修正范式、从绝对走向相对的对抗制，是民事诉讼制度和诉讼文化发展的全新方向。民事诉讼的本质，决定了法官职权的最小化。法官在民事诉讼中的权力仅应限于案件管理和诉讼引导权，诉讼应贯彻辩论主义原则和处分原则，减少法院干预。在事实探知方面，民事诉讼应实行证据裁判主义和当事人举证原则，法院不应拥有主动启动事实调查程序之职权。在民事诉讼中确立当事人的沉默权，是诉讼模式从法院职权主义向当事人主义转变的客观要求，是对法院权力的必要

制衡，是维护当事人个人权利和尊严的重要条件。【注释】

* 徐昕，法学博士，西南政法大学法学院教授。 [1] 龙宗智：《英国对沉默权制度的改革以及给我们的启示》，载《法学》，2000年第2期，第26页。 [2]

<http://dailynews.sina.com.cn/w/2001-11-14/399529.html> [3] 参见徐昕译：《英国民事诉讼规则》，第22.1-22.3条，中国法制出版社2001年版，第107-108页。英国可谓在当事人真实陈述义务方面走得最远的国家之一，至于英国的这一范式是否能取得成功，尚有待观望。 [4] 关于当事人真实陈述义务相对性的论述，参见徐昕：《民事诉讼中的真实与谎言???关于当事人的真实陈述义务》，《人民法院报》2002年4月8日。该文主要提出了四个理由：1.如确立当事人的绝对真实陈述义务，将出现一幅无法想像的图景，法官、律师、检察官、法学者乃至整个法律共同体都将解构。2.当事人的真实陈述义务本身是一个道德问题，而且是一个道德无法解决的问题。3.当事人陈述真假的判断，是一个难以明确的标准。4.当事人虚假陈述，是一种难以追究的责任。 [5] 证明责任的分配非常复杂，这一条款当然并没有解决证明责任分配的问题，本文也不深究。 [6] Rupert Cross and Colin Tapper, Cross on Evidence, 7th ed, Butterworths, 1990, p 2. [7] R v Bathurst ([1968] 2 QB 99). [8] 参见B·J·夏皮罗(B. J. Shapiro)：《英国十七世纪的盖然性和确定性理论：自然科学、宗教、历史、法律以及文学之间关系之研究》(Probability and Certainty in Seventeenth-Century England: A Study of the Relationships between Natural Science, Religion, History, Law, and Literature)，1983年版，第178-182、187页。转引自[美]理查德·A·波斯纳：《法理

学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第265、273页。[9] 理查德·波斯纳：《证据法的经济分析》，载《斯坦福法律评论》，1999年，第51卷第1508页。国内有关事实探知相对性较深刻的论述，参见张卫平：《事实探知：相对性：绝对化倾向及其消解——一种民事审判理念的自省》，载《法学研究》，2001年第4期第70-79页。[10] 尼考拉斯·莱斯切尔：《认识经济论——知识理论的经济问题》，江西教育出版社，1999年版，第7页。[11] 理查德·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第261-262页。徐昕：《民事诉讼中的沉默权》，2005年中国法学会诉讼法学研究会年会论文，载陈光中、陈卫东主编：《诉讼法理论与实践》，北京，中国方正出版社，2005年9月版，第912-917页 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