

XINGSHICHENGXU
RENQUAN
DE
XIANFA BAOZHANG

刑事程序人权的 宪法保障

岳捍惟 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

XINGSHICHENGXU
RENQUAN
DE
XIANFA BAOZHANG

刑事程序人权的 宪法保障



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事程序人权的宪法保障 / 岳捍惟著. —北京:
法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1074 - 8

I. ①刑… II. ①岳… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—
当事人—权利—研究—中国 IV. ①D925. 218. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 149171 号

刑事程序人权的宪法保障

岳捍惟 著

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 张春喜
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.125 字数 216 千

版本 2010 年 9 月第 1 版

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1074 - 8

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

人的本性往往是感性的,这就需要理性的制度来克服感性的弱点,从而发展人的优点。法治,即是人类迄今所能找到的最好治理模式。但究竟如何来界定法治,不同的人有不同的理解。

我个人认为法治的大厦是由宪法的根本地位、司法的最高权威、正当的法律程序及人权保障四大基石奠定的。如果将法治比喻为一个完整的人,那么人权是这个人的灵魂,宪政是其骨架,程序正义是其血肉,缺其一则无法治。事实上,完美的法治状态是权力与权利达到一种相互均衡与相互尊重的状态,宪法使权力与权利的界限得以明确界定,正当程序使得权力受到权利控制的同时又能在法定的授权范围内依法行使而不被权利减损其效能与权威,从而使法治追求的状态演变为活的现实。唯如此,权力的恣意才能受到限制,社会才能在法律而不是某个阶层或个人的治理下运转。因此,法治实乃人权统领下的宪政之治、公正程序之治。

法治、人权、宪政以及正当程序,它们密切相关但又难以厘清。因此,我一直希望自己有朝一日有能力将其很好地糅合为一体,写成一部得意之作,但这只是内心的愿望而已,毕竟面对如此庞大的问题,对于像我这样才疏学浅又没有大师陈寅恪所说“自由之思想”的人,是难以驾驭的,更不敢谈优美之文字。故当我惴惴不安地向我的恩师程荣斌先生提出自己的想法时,程老师在肯定的同时表示了一定的担忧。的确,法治、人权、宪政、正当程序,每一个都是一个很大

的问题,足以写出一部书。于是,我开始调整思路,希望书稿的视点能够相对比较集中。

首先,写作视点锁定在刑事程序人权保障上。国家的最终目的在于保障人权,因此,保护人权,尊重人的尊严,应是每个国家制度设计的主线。在道德领域中,我们可以有好人和坏人之分,但在人权理论中不存在好人和坏人享有不同的基本人权。对于任何人,人权理论和实践都不应该存在双重标准,否则法律和政府可能会成为一部分人压迫和摧残另一部分人的工具。故刑事司法程序中不存在好人和坏人之分,所有进入刑事司法程序中的人,其基本人权都应该得到法律的尊重和保护,尤其是犯罪嫌疑人、被告人的权利。因此,对刑事程序人权的阐述成为我写作的中心,毕竟犯罪嫌疑人、被告人的人权保障状况,是衡量一国人权保护的标志。

其次,写作视点锁定在宪法上。20世纪二三十年代的人权派认为,“争人权的人,先争法治;争法治的人,先争宪法”。宪法可谓是人权保障的逻辑起点,故谈论刑事程序人权本就离不开宪法,这不仅是因为刑事程序人权本身,即是基于对宪法基本实体人权的保障而生,而且也因为在现代法治国家,一些重要的刑事程序人权如无罪推定、公正审判等,已成为宪法基本人权体系的重要组成部分,与自由、生命、财产等实体人权一样成为人之为人的基本权利。

在锁定了刑事程序人权与宪法之后,写作的思路已基本形成。对于此选题,我比较满意,其原因一方面在于作为倡导法治,追求法治的国家,我们从理论到实践都开始探索宪政的治理模式,宪法终究会成为国家的最高权威。因此,对犯罪嫌疑人、被告人而言,其人权保护回归宪法视野应该是人权保护的一大突破。我们不但应该更多地从宪法基本人权中寻找保护犯罪嫌疑人、被告人权利的依据,并使之刑事程序制度化,而且应该不断地将刑事诉讼实践中对于保障犯罪嫌疑人、被告人权利至关重要的一些程序人权纳入宪法,以基本人权的高度确保刑事程序人权的充分实现。满意的另一方面在于研究

方法的遂愿。我一直比较欣赏储槐植先生的“在刑法之中研究刑法，在刑法之外研究刑法，在刑法之上研究刑法”的研究方法。部门法研究长期以来是就部门而部门，其结果是对制度的设计往往局限性很大。其实，制度是牵一发而动全身，看问题不仅需要深度，还需要高度和广度。因此，从根本大法的角度观察阐述部门法，对于部门法的构建及完善实属必要。

最后，值得说明的是，自踏入法学之门始，我即对人权研究情有独钟。这虽然在很大程度上得益于硕士生涯所选的人权方向为我打开了人权研习的视野之门，但一定程度上也渊源于自己一种本能的偏爱。记得在不知人权为何物的儿时，个性中就充满了权力抗争的意识，每每面临母亲的指责时，我都会气愤地说：“妈，我不是您的私有财产，您没有权力干涉我的生活。”这种对权力的抗拒，一直延续至今，也是我之所以对权力与权利的关系产生浓厚兴趣的原因之所在。当然，这种性格的形成来自于父亲。父亲深具文化底蕴，是我印象中最具魅力的男士。遗憾的是，在一个对权力媚俗的时代，像父亲这样的人很难实现其人文关怀的理想。因此，我想表达的思想，正如赫伯特·斯宾塞在《第一原理》（First Principles）一书中写的那样：

一个人与某些原理产生共鸣，或天生地厌恶某些原理，并非是毫无理由的。他具有多重资格，怀有各种热望和信仰，因此绝不是时代的过客，而是时代的产物。他必须牢牢地记住他不仅是历史的儿孙，也会是未来者的祖辈；他的思想是在孩提时代就已经成型的，而他并不可以随随便便、粗心大意地将它抛弃。他，就像其他的任何一个人，大概会恰当地将自己看做无数代理人之一，他以代理的身份为未知因服务。当未知因在他的头脑中产生了某种信仰时，他就被授权能公开宣称并将之付诸行动。它们的最高境界就如这首诗中所表达的……

没有什么东西能使自然变得更有意义，

但自然却赋予每一样东西以意义。

你说,能使自然富于艺术性,

但其实是自然产生了艺术。

目录

第一章	宪法与刑事程序人权保障	1
第一节	宪法与刑事诉讼法	1
一、	宪法的概念、特性及基本原则	1
二、	刑事诉讼法的概念及特性	8
三、	宪法与刑事诉讼法的关系	10
第二节	宪法与刑事程序人权保障	12
一、	宪法与人权保障	12
二、	宪法与刑事程序人权保障	13
第二章	刑事程序人权的宪法化	17
第一节	人权及其宪法化	17
一、	人权与制度性人权	17
二、	人权的宪法化	21
第二节	刑事程序人权宪法化的历史轨迹	24
第三节	中国刑事程序人权的宪法化	31
一、	旧中国刑事程序人权的宪法化	32
二、	新中国刑事程序人权的宪法化	34

第三章 宪法化的刑事程序人权 36

第一节 宪法刑事程序人权的基本问题	36
一、宪法化刑事程序人权的主体	36
二、宪法化刑事程序人权的主要内容及分类	42
三、宪法刑事程序人权的价值	45
四、宪法刑事程序人权与实体人权的关系	48
第二节 宪法刑事程序人权与其保障的主要实体人权	50
一、宪法刑事程序人权与生命权	50
二、宪法刑事程序人权与人格尊严权	54
三、宪法刑事程序人权与人身自由权	57
四、宪法刑事程序人权与平等权	60
五、宪法刑事程序人权与隐私权	63

第四章 外国宪法性刑事程序人权的主要内容 69

第一节 无罪推定权	69
一、无罪推定的含义及性质	69
二、无罪推定权的宪法化	70
三、无罪推定的法理基础	71
第二节 享有正当法律程序权	72
一、正当法律程序的含义及基本内容	73
二、正当法律程序的宪法化	75
三、正当法律程序的价值	76
第三节 不受非法强制处分权	78
一、不受非法强制处分权的内容	78
二、不受非法强制处分权的法理基础	80
三、不受非法强制处分权的制度保障	85

第四节 保释权	86
第五节 沉默权	90
一、沉默权的历史发展	90
二、沉默权的内涵及价值	93
三、沉默权的法理基础	95
第六节 陪审的权利	96
第七节 不受双重危险权	100
第八节 辩护权	103
一、辩护权及其特点	103
二、辩护权的宪法化	104
三、辩护权的主要内容	106
第九节 与证人对质的权利	108
一、与证人对质权的内容	109
二、赋予被告人与证人对质权的法理基础	110
第十节 公正审判权	112
一、享有迅速审判的权利	113
二、享有公开审判的权利	114
三、享有公正法庭审判的权利	116
第五章 我国宪法刑事程序人权的现状	119
第一节 我国宪法中的刑事程序人权	119
一、我国宪法关于刑事程序人权的文本规定	119
二、我国宪法刑事程序人权之内容	120
三、宪法刑事程序人权的立法缺陷	128
第二节 犯罪嫌疑人、被告人之基本实体人权保障	
不尽如人意	132
一、被追诉者之生命权得不到很好保障	133

二、被追诉者之人性尊严权得不到很好保障	148
三、被追诉者之自由权得不到很好保障	151
四、被追诉者之宪法平等权得不到很好保障	160
五、犯罪嫌疑人之宪法隐私权得不到很好保障	162

第六章 宪法刑事程序人权保障与司法权————— 169

一、司法权与人权保障	169
二、我国司法权之检讨	175
三、我国司法权之完善	191

第七章 我国宪法刑事程序人权保障之完善————— 196

一、现有宪法刑事程序人权的修改	196
二、一些重要刑事程序人权的人宪	203

第八章 刑事程序人权保障与宪法修改————— 212

第一节 宪法修改应以刑事程序人权保障为重心	212
一、宪法修改之必要性与慎重性	212
二、中国宪法人权制度体系的现状	216
三、宪法修改应以刑事程序人权保障为核心	220
第二节 关于刑事程序人权保障的宪法修改建议	222
一、关于宪法刑事程序人权的修改建议	222
二、关于司法权与检察权的宪法修改建议	232

主要参考书目	240
--------------	-----

后记(一)	248
-------------	-----

后记(二)	250
-------------	-----

第一章

宪法与刑事程序人权保障

第一节 宪法与刑事诉讼法

一、宪法的概念、特性及基本原则

(一) 宪法的概念

西语“Constitution”一词,从辞源上考察来源于拉丁文Constitutio,最初的词意是建立、组织和结构。古希腊著名政治学家亚里士多德在《各国宪法》中最早使用“宪法”一词,并在汇集158个城邦国家法律的基础之上,根据作用和性质,将法律分成两类:一类为普通法律;另一类为宪法,即规定国家机关的组织与权限的法律。此时宪法为“城邦一切政治组织的依据”。^①古罗马时期的“Constitutio”,是指皇帝发布的各种文件,包括敕令、策令、诏令和谕令等,以区别于市民会议通过的法律文件。可以说,古希腊、古罗马时期的宪法已经有了较为确定的客观内容,即国家的政权结构,包括国家政权构成要素及其相互关系。^②

欧洲中世纪的宪法,是用来表示教会和封建主特权以及其与国家关系的法律。如英国1162年的《克拉伦敦宪法》,就是在基督教的

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第129页。

② 王广辉:“宪法为根本法之演进”,载《法学研究》2000年第2期。

西部派同以英王为代表的王室利益发生矛盾的过程中产生的,主要内容是限制教会法庭的权限,体现了教会与世俗政权之间的妥协;被公认为是近代宪法源头的1215年《自由大宪章》,是英王约翰在贵族的逼迫和压力之下签署的文件,主要是限制王权以及保障教会、领主的特权和骑士、市民的某些利益。总之,这一时期的“宪法”已增添了权势集团受到限制的含义。^①

近现代意义上的宪法始于美国。1787年9月17日,由制宪会议通过并于次年被批准生效的美国宪法,是世界上第一部成文宪法。首先,美国宪法确立了国家结构,在联邦体制内建立了三个国家部门;其次,美国宪法将国家权力赋予三部门行使,即立法权授予联邦国会、行政权授予总统、司法权授予联邦最高法院及国会随时制定与设立的低级法院;最后,美国宪法设定了三种权力的制衡关系以及政府权力有限性的概念。^②“三权分立与制衡”的政府架构,使得限制国家权力成为宪法的基本特征。1789年,第一届联邦国会进行了美国宪政史上第一次大规模的修宪,通过了十二条修正案,其中前十条被各州批准并于1791年生效,这就是著名的权利法案。在宪法后增添权利法案并保障政府不得侵犯,进一步确立了宪法保障人权的基本特征。自此,各国宪法几乎都遵循着美国宪法限制权力与保障人权的基本理念。正如法国1789年《人权宣言》第16条所宣称的那样,“凡权利无保障和分权未确立的地方,就没有宪法”。

作为汉语语词的宪法,中国古典文献中早已有之,如《国语·晋语九》中有“赏善罚奸,国之宪法”。《管子·立政》中有“正月之朔,百吏在朝,君乃出令布宪于国。宪法既布,有不行宪者,谓之不从令,罪死不赦”。《韩非子·定法》中有“宪令著于官府,赏罚必于民心”,等等。《尔雅·释诂》对“宪”的解释为:“宪,法也”,因此,宪在中国

^① 胡弘弘:“宪法概念的分析”,载《现代法学》2002年第2期。

^② [美]加里·沃塞曼:“美国政治基础”,转引自韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2000年版,第395页。

古代的最基本含义是法,宪法亦等同于一般的法规。具有近现代基本法内涵的汉语宪法,来自于日本对西方 Constitution 的介绍。明治十五年,伊藤博文被差遣出使欧洲调查各国立宪状况,第一次使用了汉字“宪法”一词。19 世纪 80 年代,中国近代改良思想家郑观应在《盛世危言》中,首次要求清政府“立宪法”、“开议院”,实行君主立宪。^①自此,汉字宪法在中国具有了现代意义。

但是何谓宪法,人们并未达成共识,大多数人是基于自己的理解来描述宪法。比如,革命导师列宁认为“宪法就是一张写着人民权利的纸”。毛泽东认为“一个团体要有一个章程、一个国家也要有一个章程,宪法就是一个总章程,是根本大法”。^②我国台湾地区学者林纪东认为“宪法者,规定国家之基本组织,人民之基本权利,及基本国策之根本法也”。^③我国学者吴家麟认为“宪法是国家的根本大法,是民主制度的法律化,是阶级力量对比关系的表现”。^④许崇德认为“宪法是规定国家根本制度和根本任务、集中表现各种政治力量对比关系、保障公民权利的国家根本大法”。^⑤日本学者美浓部达吉认为宪法是“关于国家领土的范围、国民资格的要件,国家统治组织的大纲,尤其是处于国家最高地位的机关如何构成,享有什么权利,怎样行使它的权能,各种机关彼此间有如何的关系等的法则,以及关于国家与国民之关系的基础法则”。^⑥德国学者格奥尔格·耶林内克认为宪法是“规定最高国家机关及其履行职能的程序,规定最高国家机关的相互关系和职权,以及个人对国家政权的原则地位的各种原则

① 许崇德:《宪法》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 9 页。

② 《毛泽东选集》(第 5 卷),人民出版社 1977 年版,第 129 页。

③ (台)林纪东:《民国宪法释论》,台湾明文印刷厂 1981 年版,第 1 页。

④ 吴家麟:《宪法学》,群众出版社 1983 年版,第 46 页。

⑤ 许崇德:《中国宪法》,中国人民大学出版社 1989 年版,第 27 页。

⑥ [日]美浓部达吉:《宪法学原理》,欧宗祐、何作霖译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 377 页。

的总和”^①,等等。

可以说,人们对宪法概念的认识,在一定程度上存在混乱,而“宪法概念的混乱,有时构成宪法的危机,甚至影响政治秩序的稳定”。^②毕竟,宪法的概念是宪法研究的逻辑基础。因此,对宪法概念进行梳理,是为了更加准确地界定宪法。事实上,宪法的概念应该让人们通过简洁的语言,即刻明晰宪法的本质价值,即控制权力与保障人权,唯有如此,人们才能形成宪法至上的意识,法治社会才有可能实现。

有鉴于此,笔者认为,所谓宪法,就是一国规范国家权力运行并保障人民权利的最高法律。

(二)宪法的特性

所谓特性,应是一事物区别于他事物的规定性。因此,宪法的特性,应是宪法独具的以区别于一般法律的性质。

王世杰、钱端生认为,宪法的特性分为形式上的特性及实质上的特性。

形式上的特性是就宪法的表现形式而言的,它包括:

1. 宪法的效力高于普通法律,即宪法与普通法律有主臣之别,普通法律与宪法条文相抵触时,则普通法律失其效力。

2. 宪法的修改异于普通法律,即修改宪法的机关或手续与修改普通法律不同。

宪法实质上的特性,在于规定一国之根本事项,它包括:

1. 个人的基本权利与义务。宪法规定个人的基本权利与义务,在于界定个人与国家的关系。个人的基本权利是国家权力行使的限度,国家不得侵犯;个人的基本义务是人民必须牺牲的自由。有了个人的基本权利与义务,国家与人民的活动才可不相冲突。

2. 国家最重要机关的组织职权及其相互关系。除个人的基本权

^① 转引自何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第11页。

^② 徐秀义、韩大元:《宪法学原理》(上),中国人民公安大学出版社1993年版,第49页。

利与义务之外,宪法的另一主要内容是规定国家行政、立法、司法机关的组织、职能及相互关系。

3. 宪法的修改。关于宪法修改的机关与手续,必须规定于宪法。^①

事实上,宪法的特性可以从多种视角来考察:

1. 从宪法的起源来看,宪法的产生是为了限制国家权力。英国早期的《人身保护法》、《权利法案》及《自由大宪章》等宪法性文件,主要目的是限制王权。第一部成文宪法《美利坚合众国宪法》,七条正文主要是规定了国家的政权结构及国家权力的运行方式。

2. 从宪法所调整的社会关系来看,宪法主要调整国家与公民之间及国家机关相互之间的关系,这些关系在一国之内具有全局性及根本性,宪法因此而具有最高法律性。

3. 从宪法的内容来看,各国宪法公共的部分就是对国家权力的分配及运行作出规定,并明确宣告人民所享有的权利。

4. 从宪法的基本精神来看,宪法是通过了对权力进行理性分配并相互制约的方式来实现保障人权的人类终极价值。

因此可以说,宪法具有有限权性、最高法律性及人权保障性。

(三) 宪法的基本原则

宪法的基本原则,是指人们在制定和实施宪法过程中必须遵循的最基本的准则,是贯穿立宪和行宪的基本精神。^② 宪法的基本原则主要有:

1. 人民主权原则

托马斯·潘恩在《人权论》一书中指出:“宪法是一种先于政府的东西,政府只是宪法的产物。一国宪法不是政府的决议,而是建立其政府的人民的决议。”^③因此,宪法的制定是人民意志的体现。

① 王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第2~5页。

② 周叶中:《宪法》,高等教育出版社2000年版,第93页。

③ 转引自许崇德主编:《宪法》,中国人民大学出版社1999年版,第8页。

人民主权原则又称主权在民原则,最早由法国启蒙思想家卢梭系统阐述。卢梭在其影响深远的《社会契约论》中,认为国家是自由的人们以平等的资格订立契约而形成的,政府的统治完全来源于人民的委托,但在委托的过程中,人民并没有失去自我及自由,因此国家的主权只能属于人民。1791年《法国人权宣言》明确宣称“整个国家主权的本源寄托于国民”。

现代国家宪法大多对人民主权原则有所规定,如日本1946年宪法序言规定,“兹宣布主权属于国民,并确定本宪法。国政仰赖国民的严肃委托,其权威来自国民,其权力由国民代表行使,其福利由国民享受。这是人类的普遍原理,本宪法即以此原理为根据。凡与此相反的一切宪法、法令及诏敕,我们均予排除”。法国1958年宪法第3条规定,“国家主权属于人民,由人民通过其代表和通过公民投票的方式行使国家主权。任何一部分人民或者任何个人都不得擅自行使国家主权”。1993年俄罗斯联邦宪法第3条规定,“俄罗斯联邦主权的体现者和权力的唯一源泉是其多民族的人民。人民直接地并通过国家权力机关和地方自治机关行使自己的权力。公决和自由选举是人民权力的最高直接表现”。我国宪法第2条规定,“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”。

2. 权力制约原则

权力制约原则,是国家权力的行使应该赋予不同部门并相互制约的原则。分权理论最早可以追溯到古希腊,亚里士多德在《政治学》中明确指出,“一切政体都有三个要素——议事职能、行政职能和审判职能”。^①近代分权学说是由孟德斯鸠在总结洛克分权理论的基础上,将国家权力分为立法权、行政权及司法权。三权分立并相互制约,人民的权利才能得到保障。孟氏认为“当立法权和行政权集中

^① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第214页。