

刑事程序的精神 与诉讼文明

xingshichengxude
jingshenyu
susongwenming

主编 曾明生 周亦峰

江西人民出版社

xingshichengxude
jingshenyu
susongwenming

刑事程序的精神 与诉讼文明

主 编 曾明生 周亦峰
副主编 赖丽华 王国良

江西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事程序的精神与诉讼文明/曾明生,周亦峰主编.
—南昌:江西人民出版社,2006.11

ISBN 7-210-03491-9

I. 刑… II. ①曾… ②周… III. 刑事诉讼—诉讼
程序—研究—中国 IV. D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 137283 号

刑事程序的精神与诉讼文明

主编 曾明生 周亦峰

江西人民出版社出版发行

江西省社会科学院印刷厂印刷 新华书店经销

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16 印张:29 插页:5

字数:780 千 印数:1-1000 册

ISBN 7-210-03491-9/D·587 定价:35.80 元

江西人民出版社地址:南昌市三经路 47 号附 1 号

邮政编码:330006 传真电话:6898827 电话:6898893(发行部)

网址:www.jxp-ph.com E-mail:jxp-ph@tom.com web@jxp-ph.com

(赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

前 言

对刑事程序的精神,国内外法学界通常是从刑事诉讼基本理念和原则的角度加以研究。但对于刑事诉讼应包括哪些原则,有不同程度的论争。德、日、美、俄等国往往把正当法律程序、无罪推定、司法独立、自由心证、一事不再理或禁止双重危险、证据裁判、司法审查等作为重要原则。在我国,有学者认为,我国刑事诉讼原则体系应包括理念性原则(如程序法定原则、程序正义原则、无罪推定原则、司法独立原则、自由心证原则、国际法优位原则等)、制度性原则(如控审分离原则、控辩平等原则、法官中立原则、程序参与原则、辩护权保障原则、证据裁判原则、比例原则、检察监督原则等)和程序性原则(如国家追诉原则、司法审查原则、诉讼及时原则、起诉裁量原则、审判公开原则、直言言词原则、上诉不加刑原则、一事不再理原则等)。也有学者认为,刑事诉讼原则包括侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使原则、人民法院和人民检察院依法独立行使职权原则、依靠群众原则、审判公开原则、依照法定情形不予追究刑事责任原则等。不过,一般不将人权保障称为原则,而是作为刑事诉讼的重要目标。

至于诉讼文明,是指在诉讼过程中具体、充分地体现文明的诉讼理念和原则,是刑事程序精神的具体化和制度化。因此,对于“刑事诉讼文明”的研究往往体现于对各种诉讼制度和规则的研究。西方发达国家诉讼文明程度比较高,这与它们对诉讼程序的深入研究和诉讼制度的理性设计密不可分。对于崇尚程序优先理念的英美法系国家而言尤其如此。一些大陆法系国家如意大利、德国等也取得了较大进展。我国台港澳地区因移植或继受了其诉讼制度并接受其相关法律文化理念,因此这些地区某些制度在某种意义上也具有一定的进步性。当然,我国大陆地区近些年来,在刑事诉讼制度改革方面也取得了不小的进展(如1996年刑事诉讼法修改),特别是许多诉讼理论研究具有较强的前瞻性(如辩诉交易、沉默权和证据开示)。许多研究成果不乏借鉴或移植国外先进有益法律规则和制度的痕迹。尽管如此,也要注意,在考虑推进我国诉讼文明的过程中,如何把握好国情,如何利用好法律“外资”,同时切忌彻底抛弃本土资源或可资利用的本土条件。特别是正值全面修改刑事诉讼法之际,如何设计切实可行且又具有一定前瞻性的法律规则和制度,非常重要。我们主张循序渐进式的改革,但不排斥站在较高较远的理论观察点上设计我国未来走向的更加文明的诉讼图景。

研究“刑事程序的精神与诉讼文明”这一课题具有极为重要的理论价值和实践意义。在修改刑事诉讼法的过程中,基本理念和原则的问题(精神)决定着刑事诉讼法发展的方向,是构建具体刑事诉讼制度与程序的基础,也是刑诉法走向文明与理性(诉讼文明)的关键所在。因此,研究基本理念和原则问题十分必要。刑事诉讼法基本理念无论在立法的过程中还是在司法实践活动中均起着重要的作用,基本理念决定了法律的功能与价值取向,建立和培育先进、科学、文明的刑事诉讼理念将更有利于发挥刑事诉讼法的基本功能和价值。而刑事诉讼法基本原则对立法、司法起到关键性作用,在建构刑事诉讼制度的过程中发挥着重要的作用,构建更为科学的刑事诉讼法基本原则体系是刑事诉讼法修改的重要内容。另

外,还要将科学的理念、原则落实到具体的刑事诉讼制度和刑事诉讼程序中,使其在具体的刑事诉讼法律条文中得到贯彻与体现,并使科学的刑事诉讼理念深入人心,为司法实践人员、人民群众所理解和接受,真正推进诉讼文明乃至政治文明的实现。基于此,我们期望本课题的研究能为促进刑事诉讼法的修改和完善,推进我国诉讼文明乃至政治文明的建设以及为繁荣我国刑事诉讼法学提供些许助益而尽绵薄之力。

本书从原则论、制度论、证据论、程序论和少年司法保护论等5方面对“刑事程序的精神与诉讼文明”予以展开并作了一定程度的论证。“原则论”部分包括人权保障原则、程序法定原则、无罪推定原则、控辩平衡原则、司法独立原则和一事不再理原则等;“制度论”部分包含刑事强制措施、辩护制度、陪审制度、审判委员会制度和司法鉴定制度等内容;“证据论”部分包括电子证据、沉默权规则、非法证据排除规则、证据开示、专家证人等;“程序论”部分涉足辩诉交易、简易程序、刑事和解、死刑复核程序、刑事赔偿程序等内容;“少年司法保护论”部分对少年刑事诉讼权利保护和少年法院等进行了初步研讨。“原则论”着重阐述“刑事程序的精神”,强调刑事诉讼保障人权原则应作为刑事诉讼的终极目的之一予以确认,并贯穿于刑事程序立法和刑事诉讼活动的始终,用以指导刑事程序立法和司法机关的司法活动。其他如“制度论、证据论、程序论和少年司法保护论等”,基本上是深入贯彻“原则论”(精神)进而走向“诉讼文明”的制度性设计与安排,是“刑事程序精神”的具体化与制度化。从制度、证据、程序和少年司法保护等视角切入,对我国刑事诉讼的精神(原则和理念)予以研讨,力图观点上的兼容与创新。

鉴于本书涉足多年来刑事诉讼法学界的热点问题,本书试图在理论创新上有所作为外,更着力于从方法、体例和内容等方面进行突破。

其一,以较新的研究视角入手,试图在方法上取得某些突破和进展。例如,关于无罪推定原则,从目的、法律文化、犯罪学等视角进行展开;关于沉默权,从法律文化视角、经济学视角加以分析等。

其二,在体例上,一般不将“人权保障”纳入原则论的范畴,而是视之为刑事诉讼的重要目标。然而,刑事诉讼所有的原则本身都有某种目的性,一定意义上把人权保障称为原则且要求严加贯彻更为恰当。特别是从刑事程序精神的角度而言,理应涵括之。又如,大胆地将“少年司法保护论”单辟一编予以研讨,由此就“少年刑事诉讼权利保护和少年法院等”专题内容安置了容身之所,使少年司法在刑事诉讼法学谋得一席之地,同时也以“年龄”和“刑事诉讼权利”作为两个切入点,是对人权保障原则的具体论证。

其三,在各专题内容上,力求以比较详实的国内外理论考察为基础,适当加入或引用分析资料,进而提出自己的见解或主张。比如,关于程序法定原则一节,以三万余字的篇幅就程序法定的历史渊源、基本内涵、价值、特性以及国内外比较等问题进行了比较精致地论述。另外,针对学界关于美国伊利诺斯州在1899年制定的是世界上第一个《少年法庭法》抑或是《少年法院法》的争论,我们认为,两种理解各有一定的道理。根据美国学者的研究,1899年在芝加哥市专门设置了少年法庭室作为法院的一种特殊场所,为方便之需将之称为“少年法院”。这种设立专门法院或专门法庭处理少年事件的理念旋即传遍全国。看来,前一种称之为“少年法庭”的见解是从实质角度上理解的,也正合美国学者所述,如果从提供伊利诺斯州一种全新的司法结构的实体而言,《伊利诺斯州少年法院法》并没有创建一个崭新的法院,而是衔接了县法院在处理少年事件时所遵从的规则。不过,后一种称之为“少年法

院”的主张,尽管不是从实质意义上来把握,但倒是迎合了《伊利诺斯州少年法院法》本身所试图表述的意思,即紧紧抓住了其出于表述上方便的理由。因此,后一种观点注重了称谓上的形式意义。再者,我们通过理论考察后认为,英美法系国家在少年刑事诉讼权利保护的观念上大体历经了由“刑罚主义”、“保护主义”到“修正的保护主义”和“严罚主义”的过程并正朝着“衡平和恢复主义”迈进。然而,大陆法系国家的情况有较大差异。尽管他们的少年司法制度最初也脱胎于“刑罚主义”,但大陆法系国家少年司法保护仍有自己的特点。而且,通过对《日内瓦儿童权利宣言》、《儿童权利宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》(北京规则)和《联合国保护被剥夺自由少年规则》等国际性文件的分析,我们认为,国际法律文件进一步印证了少年司法保护大致由浓厚的“福利保护主义”向强调程序正当的“修正的保护主义”的发展历程。还有,对于英美法系的专家证人制度,目前我国不宜机械地模仿,而应当结合我国实际情况适度地借鉴和采用,构建符合我国的法律传统和现实法律体系的要求的鉴定人与专家证人并轨的专家证据制度,以弥补我国现行的单一鉴定人制度的不足。在实施鉴定人制度的同时,也应当允许当事人自行聘请专家作为证人参与诉讼,这样也使得当事人对鉴定结论真正享有实质意义上的质证权。最终使得专家对诉讼中专门问题的意见能够全面地走进法庭,以便法院能全面查清案件事实,准确适用法律,维护当事人权利。各专题内容上的创新之处还有待读者加以评断。

在本书付印之际,略陈写作意图,权作序言。

另外需要说明的是,本书仅为作者们学习、研究刑事诉讼法的一些心得体会,并不力图确立或阐述完整的刑事诉讼法的理论体系。在本书撰写过程中,我们参考了一些已有的著述(已在参考文献中列出),在此一并致谢。同时感谢出版社的责任编辑为本书付出了辛劳。因水平有限和编写时间短促,其中缺漏和不妥之处在所难免。恳望各位专家、读者不吝赐教。

本书由王国良、曾明生、周亦峰、赖丽华负责统稿,各作者对所撰写章节文责自负。作者撰稿分工如下:

曾明生:第三章第一、三节,第十八章第一节(第一部分),第二十二、二十三章;周亦峰:第四章第三节,第七、十二、十九章;赖丽华:第十、十一、十六章;王国良:第十三章;程关松:第一、二章;黄华生:第四章第一、二节;万翻:第八章;聂爱平:第五、九章;谢丹:第十七、十八章,第二十章第一、二、四节;仇晓敏:第二十章第三节;姜俊华:第三章第二、四节;薛煜:第六章;陈林跃:第十四、十五章;罗红波:第二十一章。

路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。

王国良 曾明生

2006年6月1日于南昌青山湖畔

目 录

第一编 原则论

第一章 人权保障原则	(1)
第一节 人权保障原则概述	(1)
第二节 国外刑事诉讼人权保障	(5)
第三节 我国刑事诉讼人权保障	(10)
第二章 程序法定原则	(23)
第一节 程序法定原则概述	(23)
第二节 程序法定原则的国外视角	(38)
第三节 我国的程序法定原则	(44)
第三章 无罪推定原则	(53)
第一节 无罪推定原则概述	(53)
第二节 无罪推定原则的文化底蕴	(57)
第三节 无罪推定原则的犯罪学视角	(60)
第四节 无罪推定原则的中国化	(64)
第四章 控辩平衡原则	(69)
第一节 控辩平衡原则的内涵	(69)
第二节 控辩平衡原则的价值	(72)
第三节 控辩平衡原则视野中的关联问题	(76)
第五章 司法独立原则	(83)
第一节 司法独立原则概述	(83)
第二节 司法独立的权力特征	(87)
第三节 我国司法独立的现状与改革	(88)
第六章 一事不再理原则	(95)
第一节 一事不再理原则概述	(95)
第二节 一事不再理原则的理论基础和价值目标	(103)

第三节 我国刑事诉讼与一事不再理原则	(110)
--------------------------	-------

第二编 制度论

第七章 刑事强制措施	(115)
第一节 刑事强制措施概述	(115)
第二节 刑事强制措施的现状及其完善	(117)
第八章 辩护制度	(131)
第一节 辩护制度概述	(131)
第二节 我国现行辩护制度的缺陷	(140)
第三节 我国辩护制度的完善	(145)
第九章 陪审制度	(153)
第一节 外国陪审制度概述	(153)
第二节 我国人民陪审员制度的历史、现状及完善	(155)
第十章 审判委员会制度	(163)
第一节 审判委员会制度概述	(163)
第二节 审判委员会制度的缺陷	(168)
第三节 适时取消审判委员会是改革的最终目标	(174)
第十一章 司法鉴定制度	(177)
第一节 司法鉴定制度概述	(177)
第二节 我国司法鉴定制度的现状及其完善	(180)

第三编 证据论

第十二章 电子证据	(199)
第一节 电子证据概述	(199)
第二节 电子证据的提取	(202)
第三节 电子证据的应用	(207)
第十三章 沉默权	(219)
第一节 沉默权概述	(219)
第二节 沉默权的法律文化分析	(228)

第三节 沉默权的经济学分析	(231)
第四节 沉默权在我国的确立	(233)
第十四章 非法证据排除规则	(239)
第一节 非法证据排除规则概述	(239)
第二节 国外非法证据排除规则比较	(243)
第三节 我国非法证据排除规则的构建	(250)
第十五章 证据开示	(267)
第一节 刑事证据开示概述	(267)
第二节 国外刑事证据开示制度	(270)
第三节 我国刑事证据开示制度的构建	(277)
第十六章 专家证人	(287)
第一节 专家证人概述	(287)
第二节 专家证人的资格、选任与质证	(293)
第三节 构建鉴定人与专家证人并轨的专家证据制度	(301)
第四节 法官辅助人	(303)
第四编 程序论	
第十七章 辩诉交易	(311)
第一节 辩诉交易程序概述	(311)
第二节 辩诉交易的中国化思考	(315)
第十八章 简易程序	(321)
第一节 简易程序概述	(321)
第二节 简易程序的完善	(324)
第十九章 刑事和解	(331)
第一节 刑事和解概述	(331)
第二节 我国刑事和解的现状及其原因分析	(334)
第三节 构建科学的刑事和解程序	(337)
第二十章 死刑复核程序	(351)
第一节 概念与目的性价值	(351)

第二节	死刑核准权	(352)
第三节	死刑复核程序的两面性	(359)
第四节	死刑复核程序的制度命运	(363)
第二十一章	刑事赔偿程序	(371)
第一节	刑事赔偿程序概述	(371)
第二节	国外刑事赔偿程序述评	(373)
第三节	我国刑事赔偿程序的现状与完善	(376)
第五编 少年司法保护论		
第二十二章	少年刑事诉讼权利保护	(387)
第一节	少年刑事诉讼权利保护概述	(387)
第二节	国外少年刑事诉讼权利保护及联合国少年刑事司法保护述评	(391)
第三节	我国少年刑事诉讼权利保护与完善	(405)
第二十三章	少年法院	(415)
第一节	国外少年法院的历史沿革和经验启示	(415)
第二节	我国少年法院的创建、现状及其前瞻	(423)
主要参考文献		(433)

第一章 人权保障原则

第一节 人权保障原则概述

一、人权与人权保障的内涵

1. 人权

人权是人在社会关系中作为人的存在所应当享有的权利。

从一般的意义上讲,人权是人区别于动物在观念上和道德上的权利。沈宗灵认为:“人权的原意是指某种价值观念或道德观念,因而它是一种首先意义上的权利。”^①人权的观念性和道德性是人权社会性的基础,是人权发展的基础,也是人的价值获得社会承认的前提。孙莉认为:“人权是人的价值的社会承认。”^②尽管由于不同的社会历史传统、不同的社会形态以及不同的阶级对人权的理解不同,形成了不同的人权观念,进行着不同的人权保障实践,但在人权的社会性基础上,各国仍能达成共识,形成一些普遍性的国际人权保障标准。大沼保昭认为:“尽管国际社会占支配地位的人权观依然表现出欧美中心主义,但与过去相比它已颇为重视非欧美国家的主张。这一趋向在 21 世纪必将更进一步地加速。”^③

人权不仅是人作为社会存在区别于其他动物的权利,而且还是人保持人的尊严,对抗他人和国家侵犯以维护自己的正当利益的一种资格。如果人没有这种自由地主张自己正当利益的资格,如果人的这种资格可以被他人,尤其是国家所侵犯和剥夺,那么人权就不可能存在。国际人权公约的起草人之一,加拿大的约翰·汉弗莱认为:“人权是保持人的尊严必不可少的权利,人权一词仅指由于其人的属性而具有的个人权利和自由,包括公民权利、政治权利及经济、社会和文化权利。”^④

由于人权是自由地主张自己正当利益的资格,所以,人权首先表达的是人与利益之间的关系,揭示的是人所追求利益的道德内涵。只要这种对利益的追求是无害于他人的。那么这种利益就具有正当性的道德基础,他人不得干涉。国家也不得剥夺。人权的利益性同时也揭示了社会对公共权力进行评价的道德标准。无害于人的利益诉求是人成其为人的基本条件,也是人赖以发展的基本条件。罗隆基认为:“人权是做人那些必须的条件,是衣、食、住的权利,是身体安全的保障;是个人‘成我至善之我’,享受个人生命上的幸福……必须的条件。”^⑤尊重人权的利益性是公共权力的道德标准。“在公民和国家的关系中,人权对于人的价值表现为以人权制约国家以善待它的公民。”^⑥

① 沈宗灵:《比较宪法——对八国宪法的比较研究》,北京大学出版社 2002 年版,第 54 页。

② 张文显主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社 2003 年,第 380 页。

③ [日]大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,作者序文第 3 页。

④ 张文显主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社 2003 年版,第 384 页。

⑤ 罗隆基:《论人权》,载刘军林主编:《北大传统与近代中国——自由主义的先声》,中国人事出版社 1998 年版,第 268 页。

⑥ 张文显主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社 2003 年版,第 384 页。

同时,由于人权是个人对他人和国家的一种利益主张,因此,人权又是一种难以自我实现的非自足的概念,它需要社会其他成员对这种主张的尊重,也需要国家为其实现提供条件。

当然,人权所主张的利益必须是正当的,人权利益的正当性构成人与人之间和谐共处的基础。每个人在自由主张自己的正当利益时也必须同时尊重他人的正当利益,国家为每个人的正当利益提供同等的保护。如果人们在追求自己的利益时损害了他人的正当利益,阻碍了他人对正当利益的追求,则他的利益追求就失去了受国家保护的正当性。恩格斯认为:“一切人,或至少是一个国家的一切公民,或一个社会的一切成员,都应当有平等的政治地位和社会地位。要从这种相对平等的原始观念中得出国家和社会中的平等权利的结论,要使这个结论甚至能成为某种自然而然的、不言而喻的东西。”^①

2. 人权保障的内涵

由于人权是在自然权利基础上发展起来的一种道德观念和价值体系,其本身并不能自我实现,因此,人权的实现需要社会其他成员的积极配合,更需要国家提供有效的保障。

人权的理论和实践发展至今,其内涵已不断丰富。首先,人权是一种道德意义上的权利,属于人应有权利的范围,是指作为人应享有的权利。其次,人权就实质而言,是国内法管辖的问题,又是一种法定权利。最后,人权还必须是一种实现权利,一种实实在在的现实权利。^②从应然权利的角度看,人权需要法律的规定;从法定权利的角度看,人权需要法律的规定;从实然权利的角度来看,人权需要国家提供有力的保障。从国家与国家之间的关系来看,人权保障是国家主张的范畴;从公民与国家之间的关系来看,人权保障是国家的义务。大沼保昭认为:“人权保障包括生存权在内的个人基本生存方式,是对抗主权国家的恣意行为、保护个人的思想和制度。”^③

作为一种道德权利和价值体系的人权,人权需要社会其他成员和国家的尊重,也需要国际社会之间的沟通、协商和合作。《联合国宪章》“重申基本人权、人格尊严与价值,以及男女与大小各国平等权利之信念”,将“增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”列为联合的宗旨。作为一种法定权利,人权需要国家通过立法的方式加以确认。作为一种现实的权利,人权需要国家通过立法、行政、司法予以保障。人权保障涉及国家立法、行政、司法的有力支持,也涉及国际社会之间的协商与合作。大沼保昭认为:“对个人的自由权,有时司法权力的强制极为有效,但是,在另一方面,行政机关开明的社会政策也可能非常有效,有时通过国内、国际人权监视机关和国内、国际舆论监视的人权教育和宣传也极为必要和有效。”^④

尽管将司法保障作为人权保障的最终堡垒,将司法性统制视为人权保障最有实效也最为先进的制度这一理论受到了非欧美国家的批判,但不可否认的是:在诸种人权保障的政策

① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第444页。

② 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第190-191页。

③ [日]大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,生活·读书·新知三联书店2003年版,作者序文,第1页。

④ [日]大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,生活·读书·新知三联书店2003年版,作者序文,第1页。

与措施中,司法保障无疑是最重要的人权保障机制之一。

二、刑事诉讼人权保障的价值

刑事诉讼是司法机关代表国家追诉犯罪,行使国家刑罚权的一种司法方式。现代国家认为犯罪是对社会秩序的严重破坏,犯罪损害的主要是社会的公共利益,而不主要是对被害人个人利益的侵犯。国家作为社会公共利益的代表,其有责任和义务追诉犯罪,使犯罪的人受到惩罚,借以恢复法律秩序,为社会成员人权的实现提供有效保障。所以,从这个角度来看,惩罚犯罪也是为了保障人权。因为秩序是人类生存和发展的基本条件,法律秩序是法的价值基础,它为法的终极价值——人权创设条件,一个法律秩序无从建立的社会是不可能实现人权的。庞德认为法律秩序“是法学家意义上的法的一种含义,也是通过系统有秩序地使用政治上有组织社会的强力来调整人与人之间关系和安排他们行为的一种制度。”^①刑罚权作为一种国家的公权力,现代国家均严格禁止私人行使,因此,刑事诉讼成为现代国追究犯罪、惩罚犯罪的唯一方式,也是国家以刑罚方法制裁其社会成员的唯一合法根据。法律秩序的恢复必须通过符合法律秩序的方式才能进行。

当然,尽管司法机关行使刑罚的目的是通过追究犯罪的方式恢复法律秩序,为社会成员人权的实现创设条件,但这并不能排除司法机关在行使刑罚权的过程可能出现司法专横和武断,使无辜的人受刑事追诉,犯罪的人逍遥法外。被害人再受伤害。权力一旦被国家的代表长期占据,便会变成一种腐蚀代表性的力量,“权力导致腐败,绝对的权力导致绝对的腐败。”^②因此,对于司法权的运行,国家除必须制定严格的刑事诉讼程序约束司法机关的行为外,它还必须向司法机关表明刑事诉讼保障人权这一终极价值,将这一价值作为刑事诉讼的终极目的予以确认,并将这一价值作为贯穿于刑事诉讼活动始终的根本原则用以指导司法机关的活动。

人权保障是刑事诉讼的根本目的之一,是贯穿刑事诉讼活动过程始终的根本原则,其价值表现在以下几个方面。

首先,刑事诉讼制度创设的直接目的是为了国家行使刑罚权,终极的目的则是国家通过刑罚权的实现以恢复法律秩序,为社会成员人权的实现创设条件。人权保障目的是刑罚权作为一种公权力的唯一正当性基础,缺乏这一目的,刑罚权只不过是报应的一种工具而没有存在的正当性根据。基于社会秩序的需要,社会将刑罚权委托给国家,因此,追诉犯罪,保障人权就成为国家对社会所应承担的一种责任。作为一种国家责任,对于犯罪,公民“有权利要求官员代表他使用暴力”^③以恢复法律秩序。“在现代社会,人权已经不能仅仅理解为个人不受国家干预的自由的范围,人权的实现在很大程度上以国家的保障为前提,……国家对于国民人权的实现负有积极采取各种措施加以保障的义务”。^④

其次,刑事诉讼制度的创设限定了国家刑罚权的运行只能以和平、诉讼的方式进行,而不能以纯粹武力和暴力的方式进行。任何受到刑事追诉人均有受到合法审判的权利。贝卡

① [美]庞德:《通过法律的社会控制》,商务印书馆1984年版,第55-57页。

② [英]阿克顿:《自由与权力》,商务印书馆2001年版,第342页。

③ [美]康芒斯:《制度经济学》(下册),商务印书馆1962年版,第351页。

④ 转引自[日]芦部信喜:《司法形态与人权》,东京大学出版社1983年版,第135页。

里亚认为:“离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽,也无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由,法律就是把这些人联合成社会的条件。……如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。”^①用纯粹武力或暴力的方式追究犯罪,表现了国家的怯弱和无能,有悖社会的委托,降低了公民对国家的信托和信心。刑事诉讼的这一价值有利于划清刑事诉讼活动中使用武器、强制措施以及适用死刑的价值边界。放宽使用武器,强化强制措施的功用,广泛适用死刑是有违人权保障目的的。理性的国家是不能成为复仇者的。法律秩序不可能通过国家的非理性行为而建立。

再次,刑事诉讼中的人权保障理念其主要价值是防止刑罚权对公民基本人权的侵犯。这种基本理念是近代以来人权和民主理论与实践发展的结果。从人权的理论出发,人权不仅需要国家免于干涉的自由,而且还需要国家在某些方面提供人权保障。从民主理论出发,政治国家和市民社会的分离是现代社会的结构,基于人民主权原则,在这一结构中,每个公民作为社会的平等主体,在自治领域拥有不受公权力侵犯的基本自由,遵循的是权利推定原则;与此相反,以国家权力名义出现的公权力则必须在法律授权的范围以法定方式行使,遵从的是权力法定原则。马克思认为“物质生活这种自私生活的一切前提正是作为市民社会的特性继续存在于国家范围之外,存在于市民社会。”^②为实现刑罚权而采取的任何措施必须受到法律的严格限制,政府在推进刑事诉讼的每个环节上都必须有法律上的根据和理由。

从程序上看,刑事诉讼中的具体人权保障体现在以下几个方面:一是保障任何公民不因政府非法强制而沦为犯罪嫌疑人或被告人,使无罪的人受到刑事追究,即保障个人免受无根据或者非法的刑事追究。二是保障犯罪嫌疑人和被告人在整个刑事诉讼过程中受到公正的待遇,既要保证无罪的人尽早脱离刑事程序。又要使有罪的人的合法权益得到维护。三是保障依法认定有罪的人受到公正的、人道的刑罚处罚。禁止酷刑和其他不人道的刑罚或非刑罚制裁。^③四是被害人、证人的权利保障。因为被害人、证人和被告人一样,都与实体法律关系有关,其基本权利都可能因国家权力的滥用或懈怠受到损害。只有加强包括被害人、证人在内的人权保障,才能限制国家权力的滥用。事实上,随着近年来被害人权利运动和被害人学的发展,许多西方国家一方面确立了被害人补偿和社会保护制度,另一方面刑事司法政策方面也发生了深刻的变化,被害人在刑事司法中的地位和作用日益突出,被害人的权利更加广泛。20世纪70年代中后期至90年代初是犯罪被害人在刑事司法制度中重新获得或恢复权利的时代,许多国家的刑事司法政策由以犯罪人中心,转化为强调被害人与被告人权利的平衡,并开始强调被害人利益与国家利益的平衡。另外,在我国目前证人出庭作证制度亟待完善的情况下,加强证人的权利保护无疑具有现实意义。^④

关于刑事诉讼的基本理念,一方面是惩罚犯罪,另一方面是保障人权。到底哪一种价值具有优位性,存在三种不同的认识:一是所谓的犯罪控制模式;二是正当程序模式,三是认为

① [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第8-9页。

② 马克思:《论犹太人问题》,VOL. I, P. P. 428-431,转引自《顾准笔记》,中国青年出版社2002年版,第371页。

③ 徐静村主编:《刑事诉讼法学》(修订本),法律出版社1999年版,第57页。

④ 樊崇义主编:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第8页。

应当将惩罚犯罪与人权保障相结合。我们认为,现代人权保障理念的核心,是维护人的价值和尊严,国家权力存在的唯一根据,是为公民权利提供保障,权力的扩张性使得对其限制成为必要,现代法治国家,将保障人权作为终极价值,而惩罚犯罪,目的也是为公民权利保障提供条件,因此,人权保障在价值上具有本位性、优先性。这一理念应当作为一项基本原则贯彻到刑事诉讼过程的始终。

第二节 国外刑事诉讼人权保障

人权观念产生于权利观念。“在历史上,法律权利的出现远远先于人权。”^①而权利观念根源于人的社会性,这是人权的最初形态——区别于其他动物和物应当享有作为人的最起码的尊严的前提。人不是纯粹的自然物,人总是实践着的、现实的人,社会的人。“人的本质并不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上,它是一切社会关系的总和。”^②权利和法产生于人的社会性,“这决定了集体的每个成员都不能做根据集体成员的习惯和经验判断为危害社会存在的事。”^③如果将公法界定为“指导个人与社会团体的关系”。^④那么,在人类社会中最先出现的“被逐出集体”^⑤,则是一种与刑法相联系的惩罚方式。习惯法最初表现的是一种公法形态的规则。这种“被逐出集体”的方式体现了最早形态的刑罚人道主义精神,相对于被处死而言,毕竟被放逐是一种更人道的方式。尽管有许多学者认为在原始社会放逐意味着死亡。但我们认为,由于部落成员之间的血缘关系,放逐可能是一种比处死更人道的方式。放逐剥夺的是成员的成员权利,而不是生命。“在人类某些共同体里,我们互相分配的首要善(primary good)是成员资格。”^⑥“陶片放逐法”则是这种原始习惯法的一种诉讼机制的表达,体现了雅典民主制度对人权的追求。^⑦我们从雅利安人的“文明”立法程序,《汉谟拉比法典》开篇的追求公正,犹太法将个人权力和个人法律责任从部落和家庭中分离出来,希腊人的民主精神,罗马法的完备程序和辩护制度中都能看到人类早期居民在追求刑事人权保障理性的足迹。没有这些文明的积累,经过中世纪后我们不可能看到“文艺复兴”后刑事人权保障的理性光辉。^⑧

当然,人权的发展主要是由私法的发达所产生的私法权利推动的。由于私法权利的产生,构成了对公法关系的社会二元结构。这种二元社会结构形成的结构性与现代国家和市

① 沈宗灵:《比较宪法——对八国宪法的比较研究》,北京大学出版社2002年版,第54页。

② 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第18页。

③ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第22页。康德也持此观点,参见此文献。Niklas·Luhmann(卢曼)也有此观点:“All collective human life is directly or indirectly shaped by Law is, like knowledge, an essential and all-pervasive fact of the social condition.” *A sociological theory of law*, Introduction. P. 1. China social science publishing house. 1999年版。

④ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第21页。

⑤ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第22-23页。

⑥ [美]迈克尔·沃尔泽:《正义诸领域——为多元主义与平等一辨》,褚松燕译,译林出版社2002年版,第38页。

⑦ 何勤华:《外国法制史》,法律出版社1997年版,第67页。

⑧ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第三至七章。

民社会之间的越来越多结构是同态的。正是这种二元结构产生了人权的基础,早期的私权利是为了对抗公法关系而存的,而人权在市民社会和现代国家的对抗中诞生了。刑事人权保障也是以这一结构为基础的。

马克思认为,随着分工的发展和财富的不断积累,财产观念、占有意识和主体权利开始出现^①,原来的习俗已不能满足不断发展的社会关系的需要,社会规则必须经过一个理性的过程(实际上是在公法关系上必然分离出私法关系——利害关系——考虑到“你的”、“我的”、“他的”了)。“行为‘理性化’的一个重要的因素,是用有计划地运用利害关系去取代内心服从约定俗成的习俗。”^②反过来,这种私权利关系瓦解了习俗,形成了能包容这种私权利和公法关系的法律(有些近似于近代市民社会与国家之间的对立产生了宪法)。这就为刑事诉讼人权在这种新的法律秩序一元结构中产生提供了可能。恩格斯认为,重复的经济活动所形成的共同规则“首先表现为习惯,后来便成了法律。随着法律的产生,就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力,即国家,在社会的进一步发展的进程中,法律便发展成为或多或少广泛的立法。这个中立法愈复杂,它的表现方式也就愈益不同于社会日常经济生活条件所借以表现的方式”^③。

从以上分析中可以得出结论:社会的二元结构是产生刑事诉讼人权的前提,没有社会权力对个人侵犯的可能,就不会产生人权;社会二元结构统摄于一个共同规则下才可能有刑事诉讼人权保障;刑事诉讼人权保障不可能出现在无统一规则的社会中;社会权力淹没个人的社会既不可出现刑事人权,也不可能出现保障刑事人权的程序。

1215年的《自由大宪章》开了英国政府受法律制约的先河。到了17世纪,欧洲和美洲的民主先驱使《自由大宪章》的法治理念继承和发扬光大。《自由大宪章》是教士、贵族、骑士、市民对国王的胜利,也是法治传统的胜利,是法治的宪政形态的雏形。约翰王自己也认为一个真正的国王不会认为有悖于正义的事情在他自己身上就是合法的。“他明确指出,一个不受法律约束的国王实际也不受法律的保护。”^④

《自由大宪章》同时开创了刑事诉讼人权宪法保障的先河。《自由大宪章》第39条规定:“除非依据裁判官合法判断,或国内法律,无一自由人应被捕捉,监禁,甚至被夺管业,自由权利,或自由惯例;或出居于法律保护之外;或放逐于他国;或诸如此类之摧残践踏。而且我们,若无法律依据,决不将任一自由人开堂审讯,或将他判定罪状。”^⑤从这一规定可见《自由大宪章》对刑事诉讼人权规定之细密。一是任何自由人不受无法律根据的限制、剥夺自由、权利、财产和自治权;二是任何自由人只受法定机关根据法的判决;三是禁止任何酷刑的适用;四是,更为主要的,确立了刑事人权保障的国家责任;五是将自由人的消极自由保障机制和积极自由保障机制结合起来。

《自由大宪章》除确立了消极地防卫国家权力侵害的刑事人权保障原则外,它还确立了

① 马克思:《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》,第四编:财产关系的发展,人民出版社1965年版。

② [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1995年版,第61页。

③ 《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第538-540页。

④ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第225-226页。另参见马啸原:《西方政治制度史》,高等教育出版社2000年版,第80-82页。

⑤ [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第248页注②。

自由人积极地防卫国家权力侵害的刑事诉讼保障机制。“其一,如受非法逮捕或监禁,此人可用检举或起诉方法以图解救;其二,如受非法监禁,此人更可用出庭状(writ of habeas corpus)出厄。”^①

另外《自由大宪章》要求国王依法治国。他还必须保证他的法庭不得否决或拖延正义的伸张。通过使用“土地法”这一具体运作方式而将这一法治理念进一步法律化、具体化。“土地法”的司法机制后来演化成“法律的适当程序”^②和英国的自然正义观,惠及了英美法系的无数公民,也保障了无数公民的刑事诉讼人权。

随着权利意识的发展,产生了自然权利理论。自然权利理论为近代宪法的产生和人权保障奠定了理论基础。“在西方政治思想史上洛克是最早对自然权利理论进行系统论证的思想家”。^③ 洛克认为:“人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^④即立法权“对于人民的生命和财产不是,并且也不可能是绝对地专断的”。^⑤这样,洛克就确立了人权保障公民的消极自由权利。在刑事诉讼人权保障中,公民有点于国家侵犯的自由。同时,洛克进一步认为,人们达成协议组成政治社会只是交出了部分权利,但他们在自然状态下享有的解释和执行自然法的权利,即使在政治社会成立后,人们原来享有的生命、自由和财产等自然权利并没有交给政府,尊重和保护这些基本权利政府的责任。^⑥这样一来,洛克的理论又为人权保障确立了国家责任,有利于保障公民的积极自由。这样一来,在刑事诉讼人权保障中,国家不仅不能侵犯公民的自由和权利,而且当公民的自由和权利受到侵犯时,国家还有提供保障的责任。

孟德斯鸠对公民基本权利的论述比洛克更为详尽、周密。他特别主张应该健全刑事法,以保障公民的各项人权,认为公民的自由主要依靠良好的刑法。他详细阐述了刑事人权保障原则:法律应该重视公民的荣誉、财产、生命和自由,不得轻易剥夺公民的荣誉、财产和生命;惩罚诬告者,免除严刑峻法,反对滥用刑罚,按犯罪性质定刑;废除子罪父坐或殃及子女,免除所谓的大逆罪;刑法应该明确固定,裁判应该共同商议,判案应该复审;以教养人民为主,以恢复秩序为目的。^⑦他认为:“在政治宽和的国家里,一个人,即使是最卑微的公民的生命也应当受到尊重。他的荣誉和财产,如果没有经过长期的审查,是不得剥夺的;他的生命,除了受国家的控诉之外,是不得剥夺的。——国家控诉他的时候,也必定要给他一切可能的手段为自己辩护。……对公民的荣誉、财富、生命与自由越重视,诉讼程序也就越多。”^⑧足见孟德斯鸠深刻地认识到刑事诉讼与人权保障之间的密切关系。

自然权利学说为一些国家所接受并写入法律文件。最早写入刑事诉讼人权保障的是美

① [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第250页。

② [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第226页。另见马啸原:《西方政治制度史》,高等教育出版社2000年版,第81页。

③ 徐大同主编:《西方政治思想史》,天津教育出版社2001年版,第161页。

④ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆1997年版,第6页。

⑤ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆1997年版,第83页。

⑥ 李龙主编:《西方宪法思想》,高等教育出版社2004年版,第167页。

⑦ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第2章。另见徐大同主编:《西方政治思想史》,天津教育出版社2001年2版,第180-181页。

⑧ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第75-76页。