

刑事被告人 权利宪法化研究

RESEARCH ON THE CONSTITUTIONALIZATION
OF THE CRIMINAL DEFENDANTS' RIGHTS

● 周宝峰 著

内蒙古大学出版社
INNER MONGOLIA UNIVERSITY PRESS

责任编辑：张昱 封面设计：雷青

刑事被告人 权利宪法化研究

RESEARCH ON THE CONSTITUTIONALIZATION
OF THE CRIMINAL DEFENDANTS' RIGHTS

周宝峰 著

内蒙古大学出版社
INNER MONGOLIA UNIVERSITY PRESS

ISBN 978-7-81115-277-7



9 787811 152777 >

定价：58.00元

内蒙古大学出版基金资助项目

刑事被告人 权利宪法化研究

RESEARCH ON THE CONSTITUTIONALIZATION
OF THE CRIMINAL DEFENDANTS' RIGHTS

● 周宝峰 著

内蒙古大学出版社
INNER MONGOLIA UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事被告人权利宪法化研究/周宝峰 著

呼和浩特:内蒙古大学出版社,2007.9

ISBN 978-7-81115-277-7

I. 刑… II. 周… III. 刑事诉讼-当事人-权利-研究 IV. D915.120.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 182872 号

书 名	刑事被告人权利宪法化研究
著 者	周宝峰
责 任 编 辑	张 昱
封 面 设 计	雷 青
出 版	内蒙古大学出版社 呼和浩特市大学西路 235 号(010021)
发 行	内蒙古新华书店
印 刷	内蒙古地矿印刷厂
开 本	787×1092 毫米 1/16
印 张	26.5
字 数	585 千
版 期	2007 年 9 月第 1 版
版 次	2007 年 9 月第 1 次印刷
标 准 书 号	ISBN 978-7-81115-277-7
定 价	58.00 元

郑重声明:因没有线索可以确知本书版式所使用图标的著作权人,故在使用时未能征得权利人的许可,亦未能注明出处,为此特恳请权利人谅解,并希望权利人见书后即与我社联系。联系电话:0471-4992462。

序

长期以来,很多法学研究者都有一个困惑:在刑事诉讼过程中为什么要保护嫌疑人、被告人的权利?为什么在绝大多数被告人后被证明都是犯罪分子的情况下,法律仍然要保障其辩护权、维护其诉讼主体地位?在近年来有关刑事诉讼法修改问题的讨论中,举凡遇到证人作证豁免规则、沉默权制度、非法证据排除规则在中国法律中的引入问题,总有些人士会从刑法与刑事诉讼法关系的角度,质疑这些制度的正当性。通常一个令人难以回答的问题是:难道我们为了实施程序法、实现程序正义,就可以放纵真正有罪的人,破坏刑法的实施甚至阻止刑罚正义的实现吗?

对于这些问题,刑事诉讼法学者大都从诉讼程序的独立价值和人权保障的角度作出解答。一种较为流行的说法是,刑法必须通过正当程序得到实施,离开了程序正义的保障,实体正义纵然实现也不具备正当性。但是,作为实体正义的两个相互矛盾的要素,不冤枉无辜者与不放纵有罪者尽管有相互一致的场合,却也经常发生“鱼和熊掌不可得兼”的问题。而程序正义尽管属于“看得见的正义”,却又有着不同层次的构成要素。假如我们依据刑法和刑事诉讼法所包含的不同价值来作出选择的话,那么,凭什么为了实现程序正义而可以置“不枉不纵”这一实体目标于不顾呢?在实体正义与程序正义发生矛盾的场合,我们真的能永远对程序正义作出优先选择吗?

还有一种为法律人所普遍接受的观点,即每个人都是潜在的犯罪嫌疑人和刑事被告人,因此保护嫌疑人和被告人的权利也就等于保护我们每个人不受国家的任意追究。但是,与任何一部法律一样,刑事诉讼法也要面临对多种权利和利益加以权衡和选择的问题。我们不仅要关注犯罪嫌疑人不受任意追诉、被告人获得公正审判的问题,也要关注社会公众的生命、财产、人身健康等权益的维护问题,还要关心刑事被



害人的实体权利得到救济的问题。面对这些相互矛盾的权益,我们究竟如何进行选择呢?我们固然不能接受那种为了保护社会整体的利益而任意侵害嫌疑人、被告人利益的命题,但为了维护嫌疑人、被告人的利益,我们就可以置犯罪受害人的生命、健康、财产权利于不顾吗?更何况,尽管只有一部分犯罪造成了对受害者的侵权后果,但所有犯罪都具有社会危害性,构成了对整个社会利益的侵害。我们怎么能允许为了嫌疑人、被告人个人的“一己私利”而漠视整个社会的整体利益呢?

很显然,仅仅从价值选择的视角分析问题,将使我们不可避免地陷入实体正义与程序正义的价值权衡之中,而无法为刑事诉讼中的权利保障问题提供一个令人信服的基础。而假如从权利视角来进行选择的话,我们又势必陷入诸如被告人与被害人权利孰重孰轻、被告人与整个社会利益如何协调等根本没有答案的争论之中,甚至会武断地将各种权利和利益排列出优先顺序,直至提出那种主观性极强的“利益权衡理论”为止。这样的分析显然容易使刑事诉讼法学研究陷入一种困境之中。对上述问题作出令人信服的解答,也就成为刑事诉讼法学最前沿的研究课题。

周宝峰教授新著的《刑事被告人权利宪法化研究》一书,从刑事诉讼法与宪法关系的高度,对这一课题作出了开拓性的研究。其研究所选择的基本视角是,宪政的核心在于对国家权力的限制和对公民权利的保障,宪政时代的刑事诉讼使得打击犯罪不再具有绝对的意义,不再成为刑事法律的“帝王条款”,不计代价、不择手段、不问是非的刑事诉讼方式应受到严格的禁止。因此,我们不应当把宪政时代的刑事诉讼程序规则仅仅看作是具有单纯技术意义的程序性规则,而是应当将其同宪法紧密联系在一起,从宪政主义的角度出发理解宪政时代的刑事诉讼程序,发现刑事诉讼程序的宪政意义,运用刑事诉讼程序实现宪政的价值目标。

循着这一思路,周宝峰教授为犯罪嫌疑人、被告人的权利保障问题提供了崭新的理论基础。确实,我们无法证明程序正义相对于实体正义的绝对优先性,也无法说清楚刑事被告人的利益与整个社会的利益究竟孰轻孰重,甚至也难以在被告人权利与被害人权利发生冲突的时候作出选择。但是,某些嫌疑人、被告人的权利如此重要,以至于成为



宪法所要确立和保护的基本权利,也成为任何一个受到刑事追诉的公民面对国家强权所应享有的程序性权利,这些权利保障就具有不容争辩的正当性。于是,研究程序法的学者可以理直气壮地争辩:国家的刑罚权固然不能仅仅因为警察、检察官、法官违反法律程序而作出让步,但是,一种刑事诉讼行为一旦达到违反宪法的地步,那么,我们还能实施刑法而付出破坏宪法的代价吗?我们尽管不能为保护嫌疑人、被告人的权利而放纵犯罪和牺牲被害人的权利,但是,假如我们所要保护的是任何公民都享有的宪法权利,那么,难道这种宪法权利相对于整个社会权利和被害人权利而不应具有相对的优先性吗?

周宝峰教授在书中借鉴国外法治理论提出了“程序基本权”的概念,并围绕这一概念建构了一个理论体系。在他看来,嫌疑人、被告人的权利上升为宪法化权利并不是无条件的,一种权利只有在具备“程序基本权”的条件的前提下,才能被确立为宪法化权利并受到宪法的特殊保护。这种“程序基本权”必须具有基本权利性、对抗公权力性和程序性。基于公民的人格尊严和基本自由不受侵犯的理念,宪法所要保护的只是那些最低限度的程序基本权。在分析了被告人权利宪法化的理论基础之后,该书对作为宪法权利的程序基本权的性质作出了富有新意的讨论,从比较法的视角考察一些主要西方国家及俄罗斯的相关宪政经验,并结合中国的刑事司法制度和实践,对各项“最低限度的程序基本权”作出了深入而具体的分析和归纳。该书不满足于对程序基本权作就事论事的论述,还对宪法化权利的救济问题作出了讨论。作者认为,刑事被告人程序基本权必须具备有效的权利救济机制。一个完善的刑事被告人权利救济体系主要应当包括普通救济机制与宪法特别救济机制两个方面,其中,普通救济机制主要包括实体性救济机制与程序性救济机制,宪法直接救济机制则主要包括刑事诉讼领域的宪法司法化以及违宪审查制度的确立与实施。有鉴于此,“基于宪政建设的基本要求,中国应当借鉴宪政国家的基本经验,结合中国国情,确立完备而有效的刑事被告人程序基本权的权利救济机制。”

周宝峰教授的这部著作不仅建立了一个以“程序基本权”为核心的理论体系,而且其对研究方法的运用也颇值得关注。作者在博览群书和最大限度地占有资料的前提下,运用价值分析的方法,深入讨论了



被告人权利宪法化的理论基础,其理性思辨能力是很强的。作者还比较好地运用了比较法学方法,对美国、加拿大、德国、俄罗斯等国家刑事被告人的宪法保护以及宪法救济问题,进行了详细具体的分析比较。为避免比较研究中容易出现的资料累积问题,作者还将各种典型的宪法保护制度中的基本要素抽象出来,卓有成效地进行了类型化研究,提出了四个基本的被告人权利宪法化模式。另外,作者还灵活地运用了逻辑实证和经验实证方法,不仅提出和分析了一系列基本的法学概念和制度框架,而且还结合中国刑事司法的实践经验和教训,对中国未来宪法的发展和刑事诉讼法的完善,提出了独特的理论思路。

作为我的朋友和学生,周宝峰教授曾在我指导下攻读北京大学法学院诉讼法专业的博士研究生,《刑事被告人权利宪法化研究》一书就是在其博士学位论文基础上经过悉心修改而写成的。当年,他以优异的专业课成绩获得了攻读博士学位的机会,又在短短的两年时间里,经过夜以继日、呕心沥血的学习和写作,最终顺利完成了博士论文撰写,并获取了北京大学的法学博士学位。在读书期间,周宝峰教授的拼搏精神曾给北大法学院的老和同留下了极为深刻的印象。我非常愿意向读者推荐他的《刑事被告人权利宪法化研究》一书,也衷心祝愿他在今后的学术生涯里取得更加耀人的成就!

陈瑞华

2006年7月28日于北京大学

目 录

导言	1
一、问题的提出	1
二、研究的路径选择	3
三、本书研究的主要体例	14
四、本书研究的主要方法	16
 第一章 刑事被告人权利宪法化的理论基础	18
一、宪法与刑事诉讼法的关系	18
(一) 宪政价值对刑事诉讼法的决定性	18
(二) 刑事诉讼法的应用宪法性	20
(三) 宪政国家宪法对于刑事诉讼法之上位性	27
二、刑事被告人权利保障的理论基础	30
(一) 人的尊严不受侵犯的理念	30
(二) 公民权利与自由不受无理侵犯的理念	40
(三) 国家权力应当受到限制的理念	52
 第二章 刑事被告人宪法化权利的性质	67
一、刑事被告人宪法化权利的范围	67
(一) 刑事被告人宪法化权利的内涵与分类	67
(二) 刑事被告人宪法化权利的确立根据	70
(三) 刑事被告人宪法化权利的限制条件	71
(四) 作为刑事被告人宪法化权利的程序基本权	95
二、刑事被告人程序基本权的属性	104
(一) 基本权利性	104
(二) 对抗公权力侵权的权利性	109



(三) 程序权性	114
三、刑事被告人程序基本权的最低标准	115
(一) 刑事被告人程序基本权最低标准的理论根据	115
(二) 刑事被告人程序基本权最低标准的具体实践	117
第三章 刑事被告人权利宪法化的比较研究	123
一、概述	123
(一) 宪政前国家与宪政国家的比较	123
(二) 宪政国家刑事诉讼法的宪政控制	127
(三) 对当代宪政国家进行比较研究的基本思路	133
二、美国模式	135
(一) 刑事被告人程序基本权的基本内容	135
(二) 刑事被告人程序基本权确立的历史背景	138
(三) 刑事被告人程序基本权入宪的途径	142
(四) 联邦最高法院的作用	143
三、加拿大模式	149
(一) 1982 年前刑事被告人的权利保障	149
(二) 1982 年后刑事被告人的程序基本权	150
四、德国模式	155
(一) 刑事被告人程序基本权的宪法渊源	155
(二) 联邦宪法法院的作用	159
五、俄罗斯模式	161
(一) 刑事被告人程序基本权的确立	161
(二) 刑事被告人程序基本权与俄罗斯的司法改革	162
六、刑事被告人宪法化权利保障问题与中国宪法	168
(一) 刑事被告人权利保障的进步趋势	168
(二) 刑事被告人权利保障存在的主要问题	173
七、基本结论	178
第四章 刑事被告人程序基本权各论	185
一、无罪推定程序基本权	185
(一) 无罪推定程序基本权的宪政起源与宪政价值	185

(二) 无罪推定程序基本权的基本内涵	191
(三) 中国宪法与无罪推定问题	195
二、不受无理强制处分的程序基本权	198
(一) 强制处分的内涵与性质	198
(二) 不受无理强制处分程序基本权的宪政价值	199
(三) 不受无理强制处分程序基本权的保障原则	203
(四) 不受无理强制处分程序基本权的保障机制	208
(五) 中国宪法与基本权干预的限制问题	216
三、不得强迫自证其罪的程序基本权	224
(一) 不得强迫自证其罪程序基本权的内涵与宪政价值	224
(二) 不得强迫自证其罪程序基本权的道德根据	227
(三) 对沉默权基于宪政背景的审视	233
(四) 中国宪法与不得强迫自证其罪的程序基本权	248
四、免受双重危险的程序基本权	258
(一) 免受双重危险程序基本权的内涵与产生背景	258
(二) 免受双重危险程序基本权的宪政价值	264
(三) 免受双重危险程序基本权的适用	267
(四) 中国宪法与免受双重危险的程序基本权	269
五、获得迅速审判的程序基本权	273
(一) 获得迅速审判程序基本权的内涵与宪政价值	273
(二) 获得迅速审判程序基本权的程序正义基础	279
(三) 获得迅速审判程序基本权与刑事诉讼程序设计	281
(四) 获得迅速审判程序基本权与中国刑事诉讼	285
六、获得公开审判的程序基本权	290
(一) 获得公开审判程序基本权的内涵与宪政价值	290
(二) 获得公开审判程序基本权及其例外规定	297
(三) 公开审判的过度扩张问题	300
(四) 中国公开审判作为程序基本权的定位	304
七、获得律师辩护的程序基本权	312
(一) 获得律师辩护程序基本权的内容	312
(二) 获得律师辩护程序基本权的宪政价值	316
(三) 获得律师辩护程序基本权与中国刑事诉讼	318





八、其他保障公正审判的程序基本权	322
(一)其他保障公正审判程序基本权的内容	322
(二)其他保障公正审判程序基本权的延伸问题	329
(三)其他保障公正审判程序基本权与中国刑事诉讼	331
第五章 刑事被告人程序基本权的救济机制	336
一、刑事被告人程序基本权救济机制概述	336
(一)刑事被告人程序基本权救济机制的意义	336
(二)刑事被告人程序基本权救济机制的分类	338
二、刑事被告人程序基本权的实体性救济机制	339
(一)刑事被告人程序基本权实体性救济机制的主要内容 ...	339
(二)中国刑事被告人程序基本权实体性救济问题	344
三、刑事被告人程序基本权的程序性救济机制	347
(一)刑事被告人程序基本权程序性救济机制的主要内容 ...	347
(二)中国刑事被告人程序基本权程序性救济问题	356
四、刑事被告人程序基本权的宪法直接救济	367
(一)刑事被告人程序基本权宪法直接救济概述	367
(二)西方宪政国家的实践	369
(三)中国宪法直接救济机制的确立问题	384
结 论	391
主要参考文献	401
后 记	413

导 言

一、问题的提出

1996年中国刑事诉讼法修正后,刑事被告人的诉讼权利在刑事诉讼法典中已经有所扩大。就侦查和审查起诉阶段来说,中国刑事诉讼法赋予了犯罪嫌疑人广泛的诉讼权利。除了诉讼参与人的共同诉讼权利以外,根据中国刑事诉讼法的规定,犯罪嫌疑人还享有下列诉讼权利:有权申请有关的侦查人员或者检察人员回避;有权拒绝回答与本案无关的问题;有权在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告;有权在接受讯问时,进行无罪的辩解;有权查阅讯问笔录,如果记载有遗漏或者差错,有权提出补充或者改正;在审查起诉阶段有权委托辩护人辩护。就审判阶段来说,中国刑事诉讼法赋予了刑事被告人更多的诉讼权利:有权了解被指控的罪名、事实和证据;有权获得辩护;有权知悉所享有的诉讼权利;有权申请回避;有权在开庭十日以前收到起诉书副本,并参加法庭审理;有权鉴别证据;有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验;经审判长许可,有权向证人、鉴定人发问;有权拒绝辩护人继续为其辩护,也可以另行委托辩护人辩护;有权反驳控诉,进行辩论;有权在法庭审理中作最后陈述;有权阅读或者听取法庭审判笔录,并请求补充或者改正;对地方各级法院第一审的判决、裁定,有权提出上诉;对已经发生法律效力判决、裁定,有权提出申诉。就法律文本而言,这些权利规定不能说不够广泛。然而在司法实践中,中国刑事被告人的实际地位却并没有得到根本的改善。在修正后的刑事诉讼法实施后,中国刑事诉讼领域侵犯刑事被告人合法权益的现象不仅没有得到遏制,反而在一定程度上呈现出更加严重的态势,并已经在社会上



产生了非常恶劣的影响。这些侵权问题如果不能得到有效的解决,中国刑事诉讼中刑事被告人的权利保障就无法得到有效实现。这种侵权行为的恶性发展不仅会危害刑事被告人的权利保障,还会危及到中国的政体与国体。

针对如此严重的侵犯刑事被告人诉讼权利的现实问题,刑事诉讼法学者提出了一系列有价值的建设性建议:在刑事诉讼中摆脱沿袭多年的公检法“流水作业式”的刑事诉讼构造,构建一种“以司法裁判为中心”的刑事诉讼构造;建立科学的程序性制裁制度;改革未决羁押制度;基于程序正义、实体正义与诉讼效益价值原理建立完善的法院变更起诉制度;对国家刑事追诉权进行适度限制;建立科学的刑事证据规则,等等。上述建议无疑是建设性的,并且肯定有助于中国刑事被告人地位的改善和刑事被告人权利的维护。然而在此之余人们不仅要提出追问,在中国发生诸多刑事被告人权利受到国家公权力侵害的时候,中国的宪法到哪里去了?作为宪政时代国家公权力限制法和公民权利保护大宪章的宪法难道不能有效保障刑事诉讼领域受到追诉的公民的权利吗?基于现实的考虑,中国现行宪法是否已经起到国家公权力限制法和公民权利保障大宪章的作用?中国的刑事诉讼是否已经具备足够的宪政基础?中国现行宪法是否已经对刑事被告人权利保障提供了有效的宪法支持?笔者在研究中发现,西方各宪政国家基于宪政的要求,无不将刑事被告人程序基本权予以宪法化,以加强刑事诉讼领域刑事被告人的权利保障。对照西方国家的宪政实践,中国宪法应当怎样保障刑事被告人的基本权利?值得注意的是,随着刑事被告人权利保障研究的进一步开展,已经有学者提出了这一基本的命题。^①笔者也曾经在刑事被告人权利宪法化这一领域进行了一些粗浅的探索性尝试。笔者认为,我们应当在加强刑事诉讼法学传统领域研究的同时,借鉴西方宪政国家的成功经验,不断扩大中国刑事诉讼领域刑事被告人权利保障的研究范围。随着比较法学研究的深入和学术视野的不断扩展,特别是随着宪法学研究的不断深入,我们应当注重从宪法学与刑事诉讼法学相结合的视角研究当代刑事诉讼法学领域的重要问题,特别是刑事被告人权利保障问题。研究刑事被告人权利保障问题应当高度重视西方宪政国家刑事被告人权利宪法化的现象,从新的视角来加强中国刑事诉讼领域刑事被告人权利保障的研究。

^① 陈瑞华:《刑事被告人权利的宪法化问题》,《政法论坛》2004年第3期第26页。



二、研究的路径选择

对人类社会迄今为止所经历的刑事诉讼类型可以根据不同的标准进行分类。如果以所属国家是否实行宪政为划分根据,人类社会到目前为止已经经历的刑事诉讼类型可以划分为两大基本类型,即宪政社会的刑事诉讼与宪政前社会的刑事诉讼。在这两大类型的刑事诉讼中,刑事被告人的地位具有本质的不同。

在宪政前的奴隶社会和封建社会的刑事诉讼中,基于刑事被告人权利保障而要求的对国家权力的限制是不存在的,在这种社会中存在着合法的国家暴力。特别是在封建专制社会,经济上的高度集中和不平等反映在政治和法律上,就是各国普遍实行君主专制制度和与之相配套的封建等级特权制度。在奴隶社会和封建社会里,法律公开规定人与人之间的不平等,维护奴隶主和封建主的特权。在这种不平等的状态下,社会根本就没有什么民主可言。这一时期偶尔可见的所谓“民主”,实质上只是少数奴隶主或者封建主之间的民主,完全不具有普遍的宪政意义。奴隶制国家刑事诉讼反映着奴隶制的本质与特征。在奴隶制度下,奴隶根本无权进行诉讼。奴隶的证言虽然可以作为诉讼证据的来源,但奴隶没有资格出庭作证。奴隶制国家的刑事诉讼法不仅公开维护奴隶主对奴隶的剥削和统治,同时也公开确认自由民内部在法律上的不平等地位。封建制国家刑事诉讼反映着封建制的本质与特征。在封建制度下,存在着宝塔式的封建等级。除封建君主拥有至高无上的特权外,不同等级的贵族官僚地主还享有不同等级的特权。因此,公开维护封建统治者的特权,确认不同等级的人在诉讼上处于不平等的地位,就成为封建制国家刑事诉讼法律制度的重要特征。欧洲封建制国家在封建君主专制时期,普遍实行纠问式诉讼程序。所谓纠问式诉讼,是指司法机关对于犯罪事件根据其职权主动进行追究和审判。在纠问式诉讼中,控诉与审判职能不分,司法官员既执行审判职能,又执行追诉职能。在纠问式诉讼中刑事被告人只是被追究、被审问的对象,只有招供认罪的义务,没有反驳控诉、进行辩护的权利。拷问即刑讯是纠问式诉讼中法定的、普遍的审讯方式。



具有近现代宪政精神的刑事诉讼制度渊源于西方资本主义宪政制度的确立。资本主义生产关系与资产阶级民主制度的产生和发展为近现代宪政思想的产生奠定了良好的基础。在反对封建专制制度的斗争中,以洛克、卢梭、孟德斯鸠等为代表的资产阶级启蒙思想家提出了“天赋人权”、“主权在民”、“社会契约”、“权力分立”等一系列民主、自由与人权的思想理念。这些思想理念经过广泛的宣传和在革命中的实际应用,得到了进一步的发展和完善,并为人们所普遍接受,成为资产阶级民主制度的基本内容,也成为资本主义宪政制度产生的思想基础。资产阶级民主制度使新型的国家政权即限权政府得以形成,公民权利得到普遍的尊重和保障,从而标志着近现代宪政制度的基本产生。

从历史上存在的几种社会形态来看,资本主义社会不同于奴隶社会和封建社会的重要方面在于其所强调的国家权力必须受到限制的思想与制度实践,具体体现在宪政制度的确立与实施。宪政以民主事实的存在为其基本前提。没有民主的事实,自然也就不会有以民主制度为基础的宪法政治制度产生。因此,我们可以将国家形态划分为宪政前的国家形态与宪政时代的国家形态。奴隶社会与封建社会属于宪政前的国家形态,近现代西方宪政国家则属于宪政时代的国家形态。按照这样一个历史划分,我们可以将刑事诉讼制度同样划分为两个不同的历史阶段,即宪政前的刑事诉讼制度与宪政时代的刑事诉讼制度。宪政前的刑事诉讼制度必然迥异于宪政时代的刑事诉讼制度。基于这种分析,奴隶制社会的刑事诉讼和封建制社会的刑事诉讼属于宪政前的刑事诉讼,近现代西方宪政国家的刑事诉讼则属于宪政时代的刑事诉讼。只有沿着这种思考路径我们才可以正确解释,曾经在奴隶社会和封建社会被认为是合理的刑事诉讼制度设置,为什么在当今西方宪政国家却被认为是荒谬和野蛮的。同样沿着这种思考路径我们才能理解,当代西方各国社会具体情况各不相同,为什么却能够在刑事被告人权利保障方面共有许多宪法性规范措施。也是沿着这样的思考路径我们才能够将历史上曾经存在的相关制度设置与当代宪政时代的制度设置划清界限,避免盲目混同。例如,陪审团制度作为英美法系一项独特的制度,在现代社会的具体含义是:在这一制度下,由国家官员召集一定数量的法律外行人士(lay people)协助法庭在听审到的证据的基础上裁决案件中有争议的事实问题。在宪政制度下,陪审团制度已被认为是宪政与政治自由的保障。但在历史上,早期的陪审团或者作为行



政管理的工具,或者仅仅起到知情人与证人的作用。^①虽然英美的陪审团制度可以追溯到诺曼时期的相关做法,但是宪政时代的陪审团制度与宪政前的相关做法在本质上是风马牛不相及的。同样道理,关于刑事被告人免受双重危险的权利,有学者指出这一规则起源于早期罗马法和教会法。^②更有学者指出,在比古罗马更为久远的古巴比伦即已存在有关“已决案”效力或者“一案不二讼”理念的法律条文规定。^③但是,这些看法都没有强调宪政时代刑事被告人免受双重危险权利与宪政前相关做法的本质区别,从而给人一种宪政时代的该项权利是宪政前时代做法合理延伸的不正确印象,导致将该项权利的宪政意义抹煞得荡然无存。应当指出,虽然具有历史上的某种渊源关系,但如果没有启蒙思想家宪政学说的影响和近现代宪政政权的确立,近现代意义上的刑事被告人免受双重危险的宪法权利根本不可能得到有效的确立。当代刑事诉讼领域刑事被告人权利保障制度在本质上是一国宪政问题的组成部分,它不可能在宪政前的刑事诉讼历史中找到直接的存在根据,更不可能在血腥的宗教裁判所、纠问式诉讼中得到任何有效的确立和发展。在非宪政国家中,作为宪法权利的刑事被告人权利是无法得到有效的实现的。正是在这个意义上,美国前联邦最高法院大法官 Jackson 才指出:只有无知的外行或者没水平的法律家才会认为程序并不重要。程序公正与符合惯例对维护自由是极其重要的。暴虐的实体法如果能得到公正无偏的适用,人们也可予以忍受。毫无疑问,如果付诸抉择,人们宁愿选择用我们普通法程序良好适用苏联实体法的统治,而不愿选择以苏联诉讼程序适用我们实体法的统治。^④这一论断充分说明,如果没有宪政制度为依托,刑事被告人的权利保障是无法得到有效实现的。当代宪政国家具有宪法权利性质的刑事被告人无罪推定权利、不受无理强制处分的权利、不得强迫自证其罪的权利、免受双重危险的权利、获得迅速审判的权利、获得公开审判的权利、获得律师辩护的权利、其他保障公正审判的权利等等,都应当作为宪政思想与宪

① 薛波主编:《元照英法词典》,法律出版社 2003 年版,第 757 页。

② 张毅:《刑事诉讼中的禁止双重危险规则论》,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 15 页。

③ 虞政平:《论再审程序之有限性》,《审判监督指导与研究》2001 年第 4 卷,人民法院出版社 2002 年版,第 239 页。

④ See Christopher Osakwe, The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law - A Case Study of Judicial Law - Making in the United States, in Human Rights in Criminal Procedure - A Comparative Study, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 260.