



世界法学译丛

刑事诉讼革命的失败

The Failure of the Criminal Procedure Revolution

原著：〔美〕克雷格·布拉德利（Craig M. Bradley）

译者：郑旭



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

· 世界法学译丛 ·

The Failure of the Criminal Procedure Revolution

刑事诉讼革命的失败

原著：〔美〕克雷格·布拉德利（Craig M. Bradley）

译者：郑 旭



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局登记号 图字:01-2006-0457

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼革命的失败/(美)布拉德利(Bradley, C. M.)著;郑旭译. —北京:北京大学出版社, 2009. 4

(世界法学译丛)

ISBN 978-7-301-15013-9

I. 刑… II. ①布… ②郑… III. 刑事诉讼-研究 IV. D915.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第035975号

书 名: 刑事诉讼革命的失败

著作责任者: [美]克雷格·布拉德利(Craig M. Bradley) 著 郑旭译

责任编辑: 李燕芬

封面设计: 春天书装工作室

标准书号: ISBN 978-7-301-15013-9/D·2264

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 19印张 259千字

2009年4月第1版 2009年4月第1次印刷

定 价: 38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

致 谢

在写作这部书的时候很多人为我提供了帮助。我希望记住了所有帮助我的人。这些人们中的一些甚至可能没有意识到他们在帮助我写这本书,因为他们的评论是针对我在《刑法和犯罪学杂志》上发表的那篇文章,在该文中我第一次提出构成本书基础的那个建议。以字母为序,这些人是佛罗里达大学的艾伦(Francis Allen)教授,西北大学的艾伦(Ronald Allen)教授,韦恩州立大学的德雷斯勒(Joshua Dressler)教授,肯塔基大学的加维(John Garvey)教授,密歇根大学的卡米萨(Yale Kamisar)教授,弗吉尼亚大学的克拉曼(Michael Klarman)教授,印第安纳大学秘书赫恩登(Krystie Herndon)以及该校霍夫曼(Joseph Hoffmann)教授、罗布尔(Lauren Robel)教授,弗吉尼亚大学的拉瑟格林(George Rutherglen)教授,印第安纳大学学生研究助理斯奎尔(Moira Squier)以及斯坦福大学的韦斯伯格(Robert Weisberg)教授。

第五章即关于比较法的那一章,得到了下列人的更多的帮助:澳大利亚:澳大利亚国立大学高级法律讲师韦特(Peter Waight);英国:布里斯托大学法律研究员费尔德曼(David Feldman);法国:明尼苏达大学法学教授弗雷兹(Richard Frase);德国:科隆大学法学教授魏根特(Thomas Weigand),基尔国际法学院研究员罗本(Volker Roben),印第安纳大学学生研究助理彼德森(Antje Petersen);意大利:纽约律师法斯勒(Lawrence Fassler)。

最后,有两个人的帮助超过了他们的职责:弗吉尼亚大学的斯顿茨(William Stuntz)教授和哥伦比亚大学的林奇(Gerard Lynch)教授。

这本书的某些部分以前曾经在下列法学杂志的文章中出现

2 刑事诉讼革命的失败

过,一般在形式上有些改变:《德国非法证据排除规则》,载 1983 年第 96 期《哈佛法律评论》第 1032 页至第 1066 页;《第四修正案的两种模式》,载 1985 年第 83 期《密歇根法律评论》第 1468 页至第 1501 页;《最高法院的不确定性原则》,载 1986 年《杜克法律杂志》第 1 页至第 64 页;《奥兹国的刑事诉讼:来自美国的教训》,载 1991 年春季第 81 期《刑法和犯罪学杂志》第 99 页至第 135 页。

最后,我希望感谢美国律师协会允许我使用第三章中的表格,感谢英国皇家文书局允许重印附录中的《警察与刑事证据法》和执行守则的节选。

前 言

“刑事诉讼”是指与把刑事被告人交付审理有关的全部活动。其起始活动是警察的侦查,包括对房屋、汽车等的搜查,对可能的嫌疑人进行列队辨认或者照片辨认;之后的程序是逮捕、讯问、初次聆讯、预审、大陪审团起诉、审理、量刑、上诉以及对定罪的附带争议。“刑事诉讼革命”是指在 20 世纪 60 年代美国联邦最高法院作出了一系列宪法性判例,对美国的刑事诉讼程序进行了革命。例如,联邦最高法院要求违反宪法获得的证据必须在州的刑事审理中被排除,警察在讯问之前必须向刑事犯罪嫌疑人告知其宪法权利(米兰达警告),在任何可能导致监禁刑的刑事审理中,必须为贫穷的被告人提供免费的律师。

在施加这些要求时,对最高法院裁判的批评是激烈的。很多人抱怨说,法院是在“给警察戴上手铐”。不断上升的犯罪率被认为是最高法院判例导致的结果,并且理查德·尼克松在 1968 年的总统竞选中提出了任命“法律与秩序”的最高法院大法官作为自己竞选的重要口号,并成功当选了总统。

在尼克松任命了四名大法官之后,舆论开始转到了相反的方向。对“伯格法院”持批评态度的自由主义者抱怨说,对公民自由的宪法保障正在被抛弃,并且法律实施官员的“警察国”战术即将重现。

这两种极端的预言都已经被证明是不准确的。例如,警察已经适应了对嫌疑人给予米兰达警告,而这并没有导致供述的大量减少。而且,与先前的预期不同,伯格法院并没有推翻米兰达,虽然它也没有把这个判例扩展到自由主义批评者所希望的那个程度。双方似乎都同意,在审理中和至少一次上诉中所有的刑事被

2 刑事诉讼革命的失败

告人都有律师为其辩护是一件好事情,并且对贫穷的被告人应当提供免费律师。沃伦法院最重要的三项创新中,只有“排除规则”,即非法获得的证据禁止在审理中使用,仍然是激烈争论的话题。

尽管存在这样的共识,没有人认为刑事诉讼制度运行得很好。警察、公诉人、法官(包括最高法院大法官们)、被害人以及学者们,无论是自由主义者还是保守主义者,都认为该制度存在严重的缺陷——事实上是一个失败。美国律师协会1988年一份题为《危机中的刑事司法制度》^①表达了这种看法。在某种程度上,这些批评是不可避免的。对一些人具有吸引力的政策,对另外一些人将不具有吸引力。政治家们提供的财政拨款不足以使警察部门抓住罪犯、使法院审理罪犯以及使监狱关押罪犯,因而也必须承担主要责任。当然,直接卷入该制度的人们比一般的纳税人更感觉到该制度应当获得更多的资源,但是,每一个群体都在争取有限的政府拨款。

本书提出的论点是,美国刑事诉讼制度存在的缺陷,超出了意识形态上的批评和资金不足的问题。换句话说,意识形态的转变也好,增加资金也好(不管数额多大),最高法院法学理论的提炼也好(不管多么有技巧),都不能解决本书所讨论的问题。由于其独特的宪法制度,美国刑事诉讼中的“规则”是一点一滴地、一案一判地发展起来的,而不是通过一部刑事诉讼法典。世界上其他国家都是用立法机关制定的刑事诉讼法典来确定刑事诉讼中的规则。只有美国期望其警察遵循一套如此累赘且复杂的规则,以至于刑事诉讼法的一个领域——搜查与扣押——就需要一部四卷本的专著来说清楚。

本书将论述,形成这种具有重大缺陷的制度是有历史上原因的。简单地说,在19世纪和20世纪早期,逐渐形成了一种信念,即联邦政府应当介入以便救济广泛存在的州警察和地方警察对犯罪嫌疑人权利的侵犯,特别是对黑人犯罪嫌疑人权利的侵犯。但是,联邦政府作为有限的权力主体,是否有权力这样做,还不清楚。最后,通过一

^① American Bar Association, *Criminal Justice in Crisis*.

个长期的过程,以 1936 年布朗诉密西西比(Brown v. Mississippi)为分水岭,最高法院开始对内战后制定的第十四修正案的正当程序条款进行解释,作为其阻止各州侵犯刑事嫌疑人最基本权利的权力来源;并且通过撤销对那些权利被侵犯的人的定罪,来确保公正审判。也就是说,最高法院判定,基于不合理的搜查或者不自愿的供述而认定一个人有罪,属于未经“法律的正当程序”而剥夺自由。

在随后的岁月中,最高法院把“基础性”权利扩展到实际上包括权利法案中的所有权利保障(之前仅仅适用于联邦政府)。这样,权利法案中的下列权利,即反对不合理搜查扣押、反对自我归罪、由无偏见的陪审团进行审理、律师帮助等权利,与适用于联邦政府一样适用于各州。逐渐地,最高法院在刑事诉讼领域中作出了如此多的判例,以至于法院系统和律师们把这些判例作为该领域唯一的权威法律渊源。今天,在法学院刑事诉讼教材中已经无法找到关于州的判例和制定法的严肃讨论了。法律专业学生接受的教育(实质上也是正确的教育)是,在这个领域起作用的唯一法律渊源是最高法院的判例(虽然有些州确实有相当详尽的法典)。

但是,这些最高法院的判例,由于它们的性质,作为宣布规则的一种方法,特别是为非律师(即警察)制定的、必须易于理解、记忆和服从的规则,具有固有的缺陷。对排除规则的批评,很少是基于不同意警察根本性的违法应当通过证据排除的方式予以震慑这一观点。而是,它们反映了一种信念:由于那些“规则”的复杂性和不完整性,警察的违法看起来并不是“根本性”的。期待警察从最高法院在可能二十年的期间内作出的一系列三十页长的判例中辨别在一个特定的情形下应当如何行事,是不现实的。因此,正如近来的研究所表明的那样,无论是州警察和地方警察,还是州法院系统,都无法一贯地理解和适用最高法院宣布的刑事诉讼“规则”^①,

^① William Heffernan and Richard Lovely, “Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule”; Craig Bradley, “Are State Courts Enforcing the Fourth Amendment?”

就毫不奇怪了。

直到最近,我所能提出的建议就是,最高法院应当认识到其通过一案一判的方式宣布刑事诉讼规则的努力中存在固有的问题,并且尽最大努力去尝试简化这些规则以便于使警察能够更易于遵循。^①正如第七章中讨论的那样,虽然我仍然相信这将是一场有用的改革,但是这样的改革并不能避免使用判例作为发展刑事诉讼规则的两个问题:不确定性和不完整性。正如在第四章中将详细论述的那样,由于判例法特定的事实、特定的判决这种性质,被宣告的规则精确前提的不确定性就出现了。而且,由于判例法只能解决已经提出的问题,不能预见该问题的变化,并且受到排除规则的驱动,判例法必然是不全面的。有些问题最高法院可能花费,并且已经花费了二十年的时间来解决,而如果通过制定法,可能早已得到解决了。但到今天很多问题仍然没有解决,并且也没有很快解决的迹象。

问题在于,制定全国适用的刑事诉讼规则的唯一立法机关是国会,或者国会设立的规则制定机构。国会被认为缺乏这样做的权力,但是,正如我在1990年《刑事法和犯罪学杂志》^②的文章中论述的那样,一旦最高法院把权利法案纳入到第十四修正案的正当程序条款中,它就自动赋予了国会制定法律以便于实现这些权利的权力。第十四修正案第5款规定:“国会有权通过适当的立法实施本条各项规定。”确实,最高法院反复澄清这一点,根据第十四修正案国会拥有更大的权力,因为是在第5款中明确赋予的权力,而不是最高法院赋予的权力。相应地,本书建议,国会通过诸如现在的《联邦刑事诉讼规则》建议委员会这样的规则制定机构,应当制定一部全国性的刑事诉讼法典。这份建议的利弊将在第六章中详细讨论。

本书的第一章论述的是20世纪60年代以前美国刑事诉讼法

① Craig Bradley, “Two Models of the Fourth Amendment”.

② Craig Bradley, “Criminal Procedure in the Land of OZ”.

的历史。第二章探讨的是在那个年代发生的“刑事诉讼革命”。第三章论述的是那场革命是如何失败的,第四章解释为什么失败。第五章论述六个其他国家的刑事诉讼制度:英国、澳大利亚、加拿大、法国、德国和意大利。第六章探讨为什么一部全国性的刑事诉讼法典是可行的,以及为什么这是该问题的最佳解决方法。第七章探讨另外三种可选择的方法。

虽然很多人会认为这是一个激进的建议,其激进之处仅仅在于它把发展刑事诉讼规则的首要权力从最高法院转移给了国会。它并不剥夺最高法院决定刑事诉讼规则合宪性方面的最终权威,就像最高法院现在所做的那样,但是最高法院无疑将在行使该项权力的时候比现在更加犹豫,如果这种权力行使的后果是推翻国会的立法的话。

这个建议也并不会构成对联邦主义或者“州的权利”的削弱。虽然最高法院和各州都不愿意承认这样一个事实,即最高法院在刑事诉讼领域已经完全取代了州的权力。虽然最高法院的理论中存在断层这一点是事实,没有人真的相信这些断层是最高法院(即联邦系统)缺乏管辖权造成的。这些断层存在的原因仅仅是由于第四章中探讨的一系列原因,最高法院还没有机会来填补这些断层,以及因为填补一个断层的过程往往会创造出新的断层。早在1969年,基奇(Edmund W. Kitch)就在《最高法院评论》上发表了一篇题为《最高法院的刑事诉讼法典:1958—1969年版》的文章。本书只是建议,把已经现实存在的并且这么多年处于零散状态的东西集中起来并且体系化。正如在20世纪早期,法院系统开始承认他们是在创造法律而不是“发现”法律一样,现在是承认这一事实的时候了:刑事诉讼规则的宣布已经成为一个全国性的事项,并且应当进一步制定一套全国性的、综合的规则来规范全国的刑事诉讼。

本书并不是关于刑事司法“体系”的失败。大多数人会同意美国律师协会的研究成果,即该体系处于危机之中的原因是:犯罪的增加特别是毒品犯罪的增加,以及缺乏足够的资源。本书将不探

讨这些热门话题。本书是关于刑事诉讼“革命”的失败(部分失败——很多沃伦法院创造的理论和规则仍然有效)。本书争论说,最高法院创制的法律结构存在深层次的问题,但是与该体系的其他问题相比,可以相对容易地得到改善。这种改善的整体效果无法事先予以保证,但是作为一名从事和研究刑法二十年的律师,我相信改进将是实质性的。

虽然本书写作的时候希望一般读者能够读懂,但是每章后面的注释是为那些想要进一步深入研究的人准备的。

目 录

第一章 革命之前	1
第二章 刑事诉讼革命	15
第三章 刑事诉讼革命的失败	36
来自各方的批评	38
各项研究	41
具体领域	49
第四章 失败的原因	63
不确定性原则	63
不完整性	93
第五章 其他国家的做法	100
英格兰和威尔士	101
澳大利亚	119
加拿大	125
法国	133
德国	138
意大利	148
结论	152
第六章 面临的任务	155
第七章 刑事诉讼的备选模式	177
刑事诉讼的两个模式	177

2 刑事诉讼革命的失败

目前运作的模式	183
扩展联邦规则	186
附录一 1984 年《警察与刑事证据法》节选【含修正】(英国)	190
附录二 《警察与刑事证据法》执行守则修正稿节选(英国)	230
Table of Cases	275
Bibliography	282

第一章 革命之前

直到 20 世纪 60 年代,“刑事诉讼”的概念与今天具有不同的含义。法学院中并不存在刑事诉讼课程,最多是在刑法课程中谈及有关刑事诉讼的某些问题。“刑事诉讼”的通常含义是刑事司法体系的正式的法律程序,从逮捕到量刑。这样,如果阅读“刑事诉讼”规则,例如 1930 年通过的美国法律协会的示范规则,就会发现里面没有关于搜查、讯问或者警察主持的辨认程序的内容。^① 那些我们现在认为是该领域核心内容的部分,完全被忽略了。因为这些事项发生在正式的司法体系之外,律师们和法官们把它们忽略了。普通法的规则是:“你如何获得的证据并不重要;即使你是偷的,它也可以在法庭上被采纳。”^② 这种不排除的政策,把法院系统与证据收集过程分割开来。“刑事诉讼”是法院系统的事情,而“证据收集”是警察的事情。

这种分离政策的问题在于,很难协调联邦和州的下列问题的宪法性规定:禁止不合理的搜查扣押;要求刑事被告人被给予“平等保护”和“法律的正当程序”。^③ 这些宪法性权利保障致使最高法院开始对警察程序中的宪法空白进行探索。但是,在最高法院开始解决对犯罪侦查有关的问题之前,它主要关心的是审理过程中的问题。

① American Law Institute, *Code of Criminal Procedure*.

② *R. v. Leathan* 8 Cox C. C. 498, 501 (1861).

③ 美国宪法第十四修正案的相关规定是:“任何州不得未经法律的正当程序剥夺一个人的生命、自由或者财产;也不得对其管辖权内的任何人拒绝给予法律的平等保护”。

2 刑事诉讼革命的失败

在 1879 年作出的斯特劳德诉西弗吉尼亚 (Strauder v. West Virginia^①) 判决中,最高法院撤销了对一名黑人的州的定罪,理由是一项州的制定法禁止黑人参加陪审团,因而否定了被告人受到法律平等保护的權利,违反了第十四修正案。在更广泛的意义上,最高法院承认说:“第十四修正案保障的法律的正当程序,并不要求州采取某种特定形式的程序,只要显示出被告人已经被充分地告知起诉的罪名以及已经拥有足够的针对指控为自己进行辩护的机会”。^②

但是,尽管这种开放式的关于正当程序要求的陈述,以及最高法院基于正当程序理由撤销州法院刑事定罪的权力,在 19 世纪最高法院也只是在几个涉及禁止黑人参加陪审团的制定法的判例中才使用了这种权力。^③ 但是,这也足以传递这样一个信息,即最高法院有权,如果尚无这种趋向的话,要求联邦和州的刑事诉讼法符合某些标准,至少在审理如何进行方面。

在 19 世纪晚期和 20 世纪早期,最高法院在对联邦程序的规范方面走得更远,并且开始关注侦查程序。在 1886 年作出的博伊德诉美国 (Boyd v. United States^④) 判例中,最高法院撤销了对货物的没收。这些货物是在博伊德被迫提供某些发货单之后被查获的。虽然这不是一个刑事案件,最高法院判决指出,私人文件不能成为政府方搜查或者扣押(或者传票)的对象;并且默示地判定,如果它们成为搜查扣押或者传票的对象,它们必须从证据中被排除。这些判定对后来刑事诉讼法的发展产生了重大影响。

在 1906 年的黑尔诉亨克尔 (Hale v. Henkel^⑤) 判例中,最高法院判定,要求提供公司文件的联邦传票如果过于宽泛,则违反第四

① 100 U.S. 303 (1879).

② *Rogers v. Peck* 199 U.S. 425, 435 (1905).

③ See Charles Nutting, "The Supreme Court, the Fourteenth Amendment and State Criminal Cases." 在 *Neal v. Delaware* 103 U.S. 370 (1880) 判例中,最高法院基于正当程序或平等保护理由撤销了一项定罪,因为黑人被法律禁止参加大陪审团。

④ 116 U.S. 616 (1886).

⑤ 201 U.S. 43 (1906).

修正案。更加重要的是,1914年的威克斯诉美国(Weeks v. United States^①)案件中,最高法院明确地判定,联邦机构违反第四修正案^②获得的(也就是通过“不合理的”搜查或者扣押获得的)任何证据在联邦法院系统针对被告人的刑事审理中必须被排除。最高法院判定,如果非法获得的材料能够这样被“用作不利于被指控犯罪的公民的证据,那么第四修正案的保护即宣称其不受搜查扣押的权利就没有价值了,并且……可以从宪法中删除”^③。

这个被称为“排除规则”判例的作出,意味着最高法院不仅准备好对正式法律程序——即曾经被认为属于“刑事诉讼”的程序——进行规范,而且把它的监督也扩展到了警察行为。不过,由于那个时候的联邦法律的实施的范围比今天要小得多,威克斯判例对法律发展的影响尚未达到改变当时的律师流行观念的程度,即“刑事诉讼”法不包括警察行为。

然而,一旦威克斯宣布了不合理扣押的证据必须在联邦审理中被排除,联邦审理法官以及最终联邦最高法院本身,事实上都不可避免地要试图界定什么样的警察侦查活动是“合理的”以及什么样的是“不合理的”。否则,排除或者采纳证据的决定将被认为是不理性的,并且实施法律的官员将不知道怎样做。这样,最高法院在未宣称承担这项任务的情况下,开始试图宣布刑事诉讼“规则”——即在什么样的搜查将被认为是合理的或者不合理的方面,为警察提供指导。

这个努力慢慢地开始。威克斯判例六年之后,在西尔弗索恩木材公司诉美国(Silverthorne Lumber Co. v. United States^④)判例中,最高法院判定,公司享有第四修正案的保护,并且在被告人的

① 232 U. S. 383.

② 美国宪法第四修正案规定:“人民的人身、房屋、文件和财产不受不合理的搜查和扣押的权利,不受侵犯;除非根据用宣誓或者誓愿的形式证明了的可成立的理由,并且具体写明搜查的地点、扣押的人身或者物品,不得签发令状”。

③ 232 U. S. 383, at 393.

④ 251 U. S. 385 (1920).

家里对被告人的逮捕并不能导致对公司办公室的搜查。因而,在那些办公室扣押的账簿和文件不仅“不能在法院面前使用”,而且“根本不能使用”。^①(也就是说,它们不能被用来作为发现其他证据的线索)这样,“毒树之果”原理就诞生了。

在1921年的古尔德诉美国(*Gould v. United States*)^②判例中,最高法院为刑事被告人再出重拳,虽然理由不充分,判定只有犯罪的结果或者工具才能够成为搜查和扣押的对象,而“仅仅证据”不能成为搜查和扣押的对象。这样,如果一名嫌疑人记载了“我所犯的谋杀罪”清单,由于这是他拥有的清单并且不是“偷来的或者伪造的”^③,它不能成为扣押的对象,并且如果被扣押,必须从证据中排除。这个区别,其基础是传统的普通法的财产观念,导致了第四修正案法律中的混乱,直到1967年最高法院放弃了这个理论。^④在接下来的十年,最高法院确立了搜查,至少是对房屋^⑤搜查的“令状要求”,并且要求,在那些令状中,可成立的理由的根据不仅仅是警官对他相信在要搜查的地方能够找到违禁品的陈述,还要有其他的根据。^⑥并且,在一系列判例中,最高法院承认,令状要求的例外包括同意的搜查、汽车搜查和逮捕附带的搜查。^⑦相似地,在其第四修正案排除规则的精神中,最高法院长期以来判定,强迫获得的供述,不仅包括以残忍的方式,而且包括以威胁和允诺的方式,在联邦审理中是不可采的,因为这些供述违反了第五修正案^⑧中禁

① 251 U.S. 385, at 392.

② 255 U.S. 298 (1921).

③ 255 U.S. 298, at 309.

④ *Warden v. Hayden* 387 U.S. 294 (1967).

⑤ *Agnello v. United States* 269 U.S. 20 (1925).

⑥ *Byars v. United States* 273 U.S. 28 (1927).

⑦ 例如, *Amos v. United States* 255 U.S. 313 (1925); *Carroll v. United States* 267 U.S. 132 (1925); *Marron v. United States* 275 U.S. 192 (1927).

⑧ 美国宪法第五修正案的相关规定是:“任何人在刑事案件中不能被强迫作为不利于自己的证人……”。