

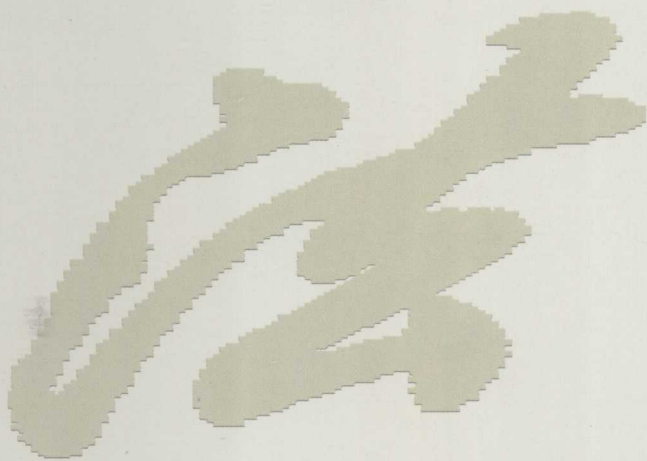
● 法 学 译 丛 ●

徐显明/主编

公正的审判：

美国历史上刑事被告的权利

〔美〕戴维·J.博登海默 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

法 学 译 丛

公正的审判：美国历史上 刑事被告的权利

〔美〕戴维·J.博登海默 著

杨明成 赖静 译

商 德 中 书 馆

2009年·北京

图书在版编目(CIP)数据

公正的审判:美国历史上刑事被告的权利/[美]博登海默著;杨明成,赖静译.—北京:商务印书馆,2009
(法学译丛)

ISBN 978-7-100-06573-3

I. 公… II. ①博…②杨…③赖… III. 刑事诉讼—
当事人—权利—美国—文集 IV. D971.252-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 019761 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法学译丛

公正的审判:

美国历史上刑事被告的权利

[美]戴维·J. 博登海默 著

杨明成 赖静 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-06573-3

2009年11月第1版

开本787×960 1/16

2009年11月北京第1次印刷

印张13

定价:25.00元

《法学译丛》编委会

主编 徐显明

编委 (按姓氏笔画排列)

方流芳	王利明	孙宪忠	米 健	许传玺
许章润	吴志攀	宋英辉	张千帆	张文显
张明楷	郑永流	姜明安	袁曙宏	黄 进

《法学译丛》出版理念

戊戌变法以来,中国的法治化进程伴随着频繁的政治更迭和意识形态之争,终于走完了命运多舛的百年。21世纪的中国把依法治国,建设社会主义法治国家作为根本的治国方略,对于法学界来说,历史已经进入了前所未有的大好时期。然而利益价值多元且求和谐的世界中,中国法治社会的建设能否立足于本土资源而又有效地回应域外的种种经验与教训?这是法律学人以全球为视界所首先要思考的问题。

一方面,世界上从来没有一种整齐划一的法治模式,各国地域性知识和经验的差异性构成了法学资源的多样性。中华民族具有悠久的历史 and 丰厚的人文资源,因此,我们有充足的理由首先立足于中华民族的生活世界,既要对中国传统怀着真切的关怀,又要对中国的现实和未来满怀真诚的信任,既要有入乎其内的悲天怜命,又要有出乎其外的超然冷静,让思想听命于存在的声音而为存在寻求智慧,以将存在的真理形成语言,“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平。”

但是另一方面,世界各国法治的多样性是以某种一致性的共识为文化表现的,否则就失去了学术交往的意义。由于初始条件的不同,人类自身智识的局限性和客观环境的复杂性等因素决定了法治进程必然是一个长期的、不断试错的过程。西方国家的法治经历了漫长的演化过程,在此期间,许多制度理念和制度模式经历的试错和检验,能够保留下来的法学思想资源具有可资借鉴的合理性和科学性。他们所经历的种种曲折,可以作为我们的前车之鉴。同时全球化的步伐日益加快,整个世界已经到了几乎是牵一发而动全身的境地,任何国家,任何民族,再也不能固执于自身的理念,盲目地摸索前行。我们

2 公正的审判:美国历史上刑事被告的权利

确信,只有用人类创造的全部有益知识财富来丰富我们的头脑,才能够建成现代化的社会主义法治社会。因此法学基础理论的译介和传播,对于转型期的中国法治建设具有基础性的理论价值。

商务印书馆素有重视法学译介、传播人文精神的传统。据不完全统计,民国时期,商务印行了全国60%左右的法律译作和著作,汇聚了150多位杰出的法律专家的优秀成果,留洋法学博士和法学教授的成名之作以及法律名著译介几乎都出自商务。这些译作和著作至今仍然有强大的学术生命力,许多作品仍然为学术界频繁引用。可以说,在半个世纪以前,商务印书馆一直是中国了解西方法学思想的窗口,是中国法学思想和现代人文精神的摇篮和重要的基地。

改革开放以后,商务印书馆秉承引进新知,开启民智的传统,翻译出版了许多经过时间检验,具有定评的西方经典法学著作,得到了学术界的好评。然而也留下了一些遗憾。许多思想活力并不亚于经典著作,对法治建设的影响甚至超过了经典著作的作品,因为不具有经典性而没有译介。故此,我们组织翻译这套《法学译丛》,希望将那些具有极大的思想影响力和活力的著作译介过来,以期为促进中国法学基础理论建设略尽微力。

曹丕云:“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以,古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”尽管这套丛书不以“名著”命名,但是在选题和组织评介方面,我们一定会以对待名著的态度和标准而虔诚持之。学术成于新知,学理臻于共识,文化存于比较,哲思在于超越。中国法学正在鉴人知己中渐达成熟,组织好本译丛的工作,当是法学界共举之事。

徐显明

2004年12月

编者序

本书是美国权利法案两百周年纪念系列文集的一部分。这套文集的诞生有赖于美国历史学家协会的美国宪法两百周年纪念委员会与牛津大学出版社富有成效的合作。该委员会在 1986 年得出结论认为：历史学家们纪念即将到来的权利法案诞生 200 周年的最恰当的方式之一，就是促成在大学课堂上更好地讲授权利法案课程。而且，该委员会还认为，即使是学生们只能使用分析权利法案最重要的条款的演进的基础教程，他们也能够学到更多的有关美国自由的历史。当然，对美国宪法前十条修正案也有许多杰出的专门研究。但是，这些著作都是专注于最高法院某个特别的判例和技术性的法律演进。该委员会所希望的，也是牛津大学出版社的南希·莱恩强烈支持的，就是出版系列书籍，这些书籍针对公民自由和公民权利的演进这些主题进行了简洁的探究，就像它们在整个权利法案中所展现的那样。因此，这个系列中的书籍，通过根据历史、政治学和法学方面最好的和最新的文献而进行的综合性考察，在自由历史的文献方面填补了一项重要的空白。这些著作的作者们也将这些非技术性的研究限定于美国历史的框架之内，并将使权利和自由的历史与美国的社会、文化以及政治历史的演进产生共鸣作为他们的目标。

克米特·L. 霍尔

序 言

《公正的审判》是一本综合与阐释的著作。它试图通过对美国历史上有关刑事被告权利的浩瀚的、不完整的,有时是模糊不清甚至经常是有些神秘的文献加以综合与阐释,从而对一般读者和学生给予指导。本书亦努力追溯法律演变的历程,并将其与更为广泛的社会发展相联系。我的论述将集中于刑事被告权利的理论方面和地区、州及联邦法院的司法实践,以及权利语言所进入的政治、法律和社会对话的其他任何场合。我的目标是,促进人们对这些权利以及它们在美国自由的含义中的核心地位的理解。

我一直满怀期待有一天能够公开感谢那些使本书的问世成为可能的人们。只有玩世不恭者才会得出结论说,我会心满意足地以此序言结束我对这本书稿的创造性劳动。

我要最诚挚地感谢所有为刑事被告的权利这一主题著书立说的学者。对他们的著作的任何错误的诠释都是我个人的错误。因为如果没有他们的著作,《公正的审判》一书肯定只是一部平淡无奇、毫无启发作用且缺乏灵感的作品。参考书目中记载了这些作者的名字,他们的著作对我助益极大。

我也非常感谢对于我的工作给予大力支持的朋友。我以前在南密西西比大学历史系的同事,在我们共事的十二年里,他们给予了我极大的鼓励并为我提供了良好的学术环境,就像我在该大学行政部门的同伴们所做的那样。我还要特别感激学校在1988年秋季学期给我的休假,那是我在南密西西比大学的最后几个月,在此期间我撰写了本书的前三章。我还要感谢的是,位于印第安纳波利斯的印第安纳大学—珀度大学(Indiana University-Purdue University)历史系、POLIS研究中心,以及文科学院的现任同事们所给予的耐心与理解。

有几位对本书原稿做了文字审校工作，他们阅读手稿并为不断完善书稿的内容和格式提出了若干建议。小詹姆斯·W. 伊利在手稿完成后迅速地阅读了每一个章节并提供了明智的建议，尽管他自己也在忙于撰写这部文集中由他负责的部分。作为本文集编辑顾问部的成员，哈罗德·海曼和迈克尔·贝尔纳普给予了宝贵的指导，肯特·纽迈耶对第一、二章提供了宝贵的指导。戴维·凯尼格应我的请求对前几章提出了批评，从而使我免于在事实和阐释方面犯下严重的错误。在我将第三章作为论文提交给早期共和国历史学家协会时，马克斯韦尔·布卢姆菲尔德对其进行了评论。克米特·霍尔被证明是一位杰出的总编辑。遗憾的是，本书依然存在错误，但责任全在于我本人。

朋友和同事们的支持对于写作一本书非常重要，但家人的鼓励使得这项工作更令人愉快且更值得去做。卡伦、杰弗和杰斯（以及普夫，他们不断地提醒我）使我一直与他们的世界的欢乐保持着联系，并且在我与自我挑战作斗争的时候给予我宽容。彭妮则始终给予我无与伦比的友谊和爱。

愿以此书表达我对上述诸位永生的感激之情。

戴维·J. 博登海默

印第安纳波利斯

1991年1月

目 录

引 言	1
第一章 殖民地背景	9
第二章 革命的遗产	32
第三章 新共和国的正当程序	53
第四章 正当程序的含义,1865—1930 年	75
第五章 公正的审判,联邦主义与刑事被告的权利	104
第六章 司法自由主义与正当程序革命	124
第七章 保守时代刑事被告的权利	147
后 记	158
供进一步阅读的建议书目	160
判例索引	179
索 引	183

引 言

1972年6月28日,纽约地铁站,约翰·斯卡根(John Skagen),一名下班³的白人警察将詹姆斯·理查森(James Richardson),一名正赶去上班的黑人拦下。在表明身份以后,斯卡根命令理查森举起双手靠在墙上。理查森照做了。斯卡根开始搜查;突然,理查森从他及腰的花短袖套衫下面掏出一把狮鼻式(snub-nosed)点32口径的左轮手枪。两人交火数枪。斯卡根肩膀中了两枪,蹒跚着向后退。理查森受了点轻伤,上了楼梯朝街道方向逃跑。斯卡根清醒过来后予以追击。到达楼梯底部的时候,斯卡根举起枪向理查森单枪射击,击中理查森的肩部。在楼梯上面,一位身穿制服的警察出现了。由于没有认出斯卡根,这个警察掏出转轮手枪对着斯卡根,这个被理查森指认为袭击他的人射出了全部子弹。斯卡根身受致命伤倒下了。

在被抓获以后,理查森承认逃避抓捕的时候曾向一名警察开枪。7月12日,事隔不到一个月,大陪审团指控理查森犯有可以判处死刑的谋杀罪。两年以后,一个审理该案的陪审团宣告理查森犯有非预谋杀入罪(manslaughter)和两项小的指控。理查森获刑8年,在州监狱服刑。^①

在美国很少有比杀害一名警察更能激起公众反应的犯罪了。此类案件能够充分地代表大众的态度。警察代表着法律和秩序;而刑事被告则是对社会稳定的一种威胁。具有悲剧意义的是,当被害的警察是一名白人而嫌疑人是一名黑人的时候,这种印象就会带有更大的情感力量。约翰·斯卡根的死所带来的结果就像20世纪60年代的种族与政治动乱一样,为当权者提供了一

^① 史蒂芬·菲利普斯:《没有英雄,也没有反面人物:一桩谋杀案审判的故事》(纽约,1977年版)(Steven Phillips, *No Heroes, No Villains: The Story of a Murder Trial*[New York,1977])。本书包含了枪击与审判的故事。

2 公正的审判:美国历史上刑事被告的权利

个绝好的机会,那就是忽视在理论上已有清晰界定的公正审判的程序。没有哪个官员可以谋求这样的选择自由。詹姆斯·理查森获得了由美国宪法保障的刑事被告所享有的所有权利,尤其是:在拘押期间不得被要求自证其罪(所谓的米兰达告诫)(Miranda Warning)*,由一个大陪审团提出指控,由辩护律师代为陈述以及由陪审团审判。

具有讽刺意味的是,本案中控辩双方所采取的某些诉讼行为就与权利法案的规定相违背。审判直到1974年的秋天才开始,距离枪击事件已经超过两年。这样的迟延很难说符合第五修正案所保障的迅速审判,但这一迟延却是由理查森的辩护律师请求给予更充分的时间准备辩护所导致的。控方则试图以对被告较轻的科刑换取对被告有把握的有罪指控,也就是说,为了努力避免审判,双方在寻求一种“辩诉交易(plea bargaining)”***。这种诉讼行为不能反

* Miranda Warning,“米兰达告诫”也称为“米兰达规则”,是美国联邦最高法院于1966年在米兰达诉亚利桑那州(*Miranda v. Arizona*)一案的判决中所确立的规则。该规则要求警察对被拘留或被逮捕的犯罪嫌疑人,在讯问之前必须告知其某些受宪法保障的权利,包括:(1)保持沉默的权利,如果嫌疑人说话,其所作的任何陈述可能成为对其不利的证据;(2)要求律师陪同的权利;(3)如果无能力聘请律师则有权要求警察机关为其指定律师。嫌疑人未被告知上述权利或者嫌疑人未有效放弃上述权利,在此情况下对嫌疑人进行询问所获得的任何陈述不得在庭审时作为对嫌疑人不利的证据。——译者

** 辩诉交易(plea bargaining)。在刑事案件中,被指控者通过他或者他的律师与公诉人进行协商达成双方均可接受的协议的程序。在美国,辩诉交易的发生很广泛。所有刑事案件中接近90%(既包括联邦案件也包括州案件)都是通过辩诉交易或辩诉协议得到解决的。辩诉交易通常集中于刑事程序中的若干关键变数之一:控告,若干独立罪行或判刑。被告可能同意进行辩诉交易以换取控告的减轻。比如,一个人开始时被指控犯有重盗窃罪,他就可以通过辩诉交易,以他的另一项轻罪——商店内行窃——与重盗窃罪交易。商店内行窃仍可以定为刑事犯罪,但是后果却不那么严重。与定为重罪相比,这样的轻罪给罪犯提供了以后重新获得职业的机会。与此相似,被告可以通过对一项或多项控告作有罪答辩以换取撤销对他的其他控告或刑事诉因。像指控交易一样,在撤销至少一项别的罪状之后的有罪答辩将限制对于被告判刑的揭露。此外,可以达成判刑本身的协议。因为法官对判决保留有最后的权力,公诉人不能用辩诉协议正式约束法官。然而,公诉人可以同意向法官作特定判决的建议。如果被告因为公诉人同意建议缓刑而进行有罪答辩,而法官决定他或她不能被判处缓刑,被告有权撤回其答辩。所有被提交的辩诉交易,必须在它们生效前得到法院的采纳。如果法官拒绝接受,该案就将被列在开庭审理的案件表上。

辩诉交易是一项有争议的惯例。尽管如此,它对于公诉人和被指控者均有利。它所产生的“互利性”足以支持较高的辩诉交易率。就公诉人而言,辩诉交易产生了无须增加有限的公诉资源的定罪。如果公诉人决定自己想获得高的选举产生的职位,他或她便在定罪上有了好的“轨迹记录”。就被告而言,危险被一定程度的控制和确定性所代替。如同其他协商后产生的协议一样,辩诉协议对双方都避免了“赌博损失”。最高法院在大量案件中对辩诉交易进行了审查,反对违宪竞争。相反,在圣多贝罗诉

映宪法所要求的公开审判。

人民诉理查森(*People v. Richardson*)一案中的这些因素显示出两个合法目的之间的潜在冲突:对公正的要求和通过对犯罪行为给予迅速而确定的惩罚以维持秩序的需要这两者之间的冲突。这些案件事实也对任何试图将权利或公正仅仅置于国家或者刑事被告一边的做法发出了警告。刑事被告的权利的历史并不如此单纯或者简单。但是它对于理解这个故事是非常重要的,因为对于美国人如何看待他们独一无二的宪法自由,这才是核心问题。

“美国人的自由的历史,在很大程度上,就是程序的历史。”^② 费利克斯·弗兰克福特大法官(Justice Felix Frankfurter)具有说服力的名言,就是关于我们宪法传统的基本的保障条款的表达:没有正当法律程序,自由与权利就不可能存在。程序公正与一贯性是正当程序的基本要素,这是长久以来英美法学的一个标准概念。尽管缺乏精确的定义,但法学家们仍然将这个词语赋予了两个含义——程序性的正当程序(procedural due process)或者审判案件时坚持预定规则,以及实体性的正当程序(substantive due process)或者要求这些预定规则具有合理性。但是,直到今天,还没有任何人向罗伯特·杰克逊大法官(Justice Robert Jackson)的如下断言指出挑战:其他任何正当程序可能都不足挂齿,而程序公正才“是最不可妥协的要求(is what it most uncompromisingly requires)”^③。

纽约州案(*Santobello v. New York*, 404 U. S. 257, 1971)中,最高法院把辩诉交易说成是“司法管理的一个基本因素”,如果它能被正确适用,就应该鼓励。辩诉交易使案件在法院进展迅速,解除了不能因其他方式对案件进行处理所致的积案压力。它是合乎需要的,因为它产生了快捷的而又在很大程度上是最终的案件处理,无须长时间的审前羁押,减少了在审前释放的人又犯其他罪行的机会,增加了使罪犯新生的可能性。辩诉交易进行的程序由法律加以规定。《联邦刑事诉讼程序规则》确定了在联邦法院进行辩诉交易的步骤。最高法院也确定这种交易的标准。在博伊金诉阿拉巴马(*Boykin v. Alabama*, 395 U. S. 238, 1969)案中,最高法院指出,在主审法官未对辩诉交易的自愿性进行调查的情形下不能进行辩诉交易。如果交易是自由决定的,是理智选择的,协议解决的全部因素都必须承认。尽管如此,还是存在着对辩诉交易的高度批评。因为它扩大了公诉人的自由裁量权,增加了滥用的可能性。因为协商不是在法院之内进行的,法官不能对这些条件像对他们审理这些案件那样进行指挥。最后,辩诉交易受到了一些人的批评,他们认为它允许被告避开了更为严厉的惩罚。——引自〔美国〕彼德·G. 伦斯特罗姆编,《美国法律辞典》(中文版),中国政法大学出版社,1998年,第189—191页。——译者

② 马林斯基诉纽约,《美国判例汇编》,第324卷,第401页,第414页(1945年)(*Malinski v. New York*, 324 U. S. 401, 414[1945])。

③ 肖内西诉合众国,《美国判例汇编》,第345卷,第206页,第224页(1953年)(*Shaughnessy v. United States*, 345 U. S. 206, 224[1953])。

4 公正的审判:美国历史上刑事被告的权利

在一个自由社会的刑法中,对正当程序作适当的关注是至关重要的。没有正当程序,个人自由在专断的政府权力面前尤其不堪一击。而且,正如法律历史学家小泽卡赖亚·查非(Zechariah Chafee)所指出的那样,免受官员的任性多变对于所有其他的人权来说都是必不可少的。^④这是一个古老的理想,并且它的重要性在西方思想中没有一点夸张的成分。政府掌握着巨大的权力。它不仅占有控制人们行为的资源,而且它还独享对个人控告、起诉和惩罚的合法权力。因此,任何发生在政府与公民个人之间的刑事审判本来就是不平等的。我们的公正观念要求纠正这种不平等。英美法律通过约束官员的权力来平衡政府与公民个人之间的争斗。它使得刑事被告的权利不可侵犯,而且承认对这些权利的剥夺将导致对刑事被告的无罪开释。

联邦权利法案对于公正的刑事审判程序的要求,比对任何其他权利或者其他种类的权利都给予了更多的关注。第四、第五、第六修正案以及第八修正案包含了十七条有关审判和刑罚的规定,这些规定构成了一部微型的刑事诉讼程序法典。这些修正案在于保护刑事被告免受不合理的搜查、扣押、双重追诉(Double jeopardy)* 以及自证其罪(self-incrimination),并且保证刑事被告得到公开的陪审团审判,由律师代理以及与控方证人对质的权利。同样重要的是联邦宪法第五修正案的禁止性规定(以及第十四条修正案的类似规定),未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命或自由。

对于我们的正义观念而言,我们认为并非权利法案中的所有权利都是如此重要。人身保护令状,即所谓大自由令状(Great Writ),就是要求法官释放被非法拘禁者的令状,作为一项在正常情况下议会不得通过立法予以停止的特权被列在联邦宪法第一条的第九款。对于剥夺公民权利的议案以及溯及既往的法律(ex post facto measures)的绝对禁止条款也规定在这一款当中。这

^④ 小泽卡赖亚·查非:《人权如何走进宪法》(波士顿,1952年版),第44页(Zechariah Chafee, *How Human Right Got into the Constitution* [Boston, 1952],44)。

* 双重追诉或者双重危险,指对实质上同一的罪行给予两次起诉、审判、定罪或者科刑。英美刑事诉讼法的一项基本原则就是,禁止对当事人的同一罪行进行两次追诉。美国宪法第五修正案规定了这一原则。美国最高法院判例确认该原则对在第一次起诉后被法院定罪或宣告无罪的被告人亦适用。通过宪法第十四修正案的“正当法律程序”条款,该原则亦适用于各州。——译者

些条款要求法律得到普遍实施,不得针对特定的人,也不得对已经发生的行为冠以新的罪名。联邦宪法第三条保障所有的联邦刑事案件由陪审团审判。各州宪法与制定法也包含着平衡政府与刑事被告之间争斗的条款。尽管在理论上,这些规则所控制的只是州与地方的官员,但它们与受第五修正案和第十四修正案的正当程序条款所保护的基本权利的目的是一致的。

任何想要弄明白权利法案为刑事被告设定的正当程序的标准的人,都会遇到如下问题。一个问题是,题目的范围太广。几乎没有社会和政治利益未被这些权利所触及,因为,正如 19 世纪的评论家乔尔·P. 毕晓普(Joel P. Bishop)所指出的那样,刑事诉讼程序“与这个社会每个成员的日常生活都保持着比任何其他领域的法律更为紧密的关系”。^⑤ 并非每个人都会拥有自己的财产或者订立契约,但是每个人都会受到刑法典的制约。刑事司法也精确地聚焦于国家权力与个人自由之间不稳定的平衡上面。因为它涉及的是“最显著的和基本的社会利益”。^⑥

另外一个问题就是宪法修正案本身的性质。由 18 世纪的革命家起草,目的在于保护个人免受中央政府专横行为侵害的权利法案,现在同样被视为对州和地方当局的强有力的约束。对这些权利的保护适用于各级政府是最近五十年的一项成果。然而,从联邦宪法实施到当代这一个半世纪以来,这些权利并没有被束之高阁或者受到忽略。这些权利更不是在新发明美国人的权利的革命期间突然出现的。这些修正案的制定者们为人民所提供的这些权利保障是基于殖民地的实践和他们对于英国历史,特别是控制政府权力的长期传统的理解。事实上,对权力的恐惧使革命领袖们将这些权利作为他们的州宪法的一个组成部分。联邦宪法有关权利的宣言是一种政治性的添加物(political afterthought)。在联邦体制下,各州,而非联邦政府负有保护这些权利的首要责任。结果是,我们发现属于正当程序范畴的许多意义首先表述在为数众多

^⑤ 乔尔·P. 毕晓普:《刑法评论》(波士顿,1868年,第4版),第11页(Joel P. Bishop, *Commentaries on the Criminal Law* [4th ed., Boston, 1868], xi)。

^⑥ 罗斯科·庞德:《美国的刑事司法》(普罗维登斯, R. I. 1930年),第57—58页(Roscoe Pound, *Criminal Justice in America* [Providence, R. I. 1930], 57-58)。

的州和地方法院的判决里面以及州的法律里面。

刑事诉讼程序也塑造了刑事被告权利发展的过程。法律制度只有在具有合法利益(或者起诉资格)的一方要求具有适当管辖权的法院审理争议或者惩罚犯罪的时候才会起作用。^⑦ 法院不考虑假设性的问题。宪法权利只有在真实的案件中才会发声。在刑事审判既涉及人身伤害又涉及财产损失的情况下,要使受害者和社会认识到刑事被告的权利会困难,并且,法律制度在其运作过程中是具有对抗性的,争议或冲突的双方都有义务提交证据证明其主张并反驳对方提供的相反证据。在刑事案件中,刑事被告以无罪推定进入审判,控方则必须证明其有罪。但是,刑事被告无罪的抽象假设通常与公众的情感不相符合,尤其是当嫌疑人是一个穷人或者是一个少数人种或种族成员的时候。

刑事被告权利的演变反映了社会和政治的变迁。这些被包含在权利法案中的对刑事被告权利的保障并非静止不动,其含义也并非自17世纪90年代起就固定不变。即使是像要求由陪审团审理这类看似明确的要求,都一直存在诸多争议,更不用说构成正当程序的那些普遍性的规定了。

死刑提供了社会态度是如何影响宪法含义变化的最富戏剧性的例证。在联邦宪法通过的时候,第八修正案禁止残酷的和非常的刑罚(Cruel and unusual punishment)的规定也并没有取消死刑作为一种可接受的刑罚。在新共和国的每一个州的刑事法律中,对罪犯执行死刑都是一种被允许的惩罚手段。对于哪种处罚是残酷的和非常的刑罚并没有一致的意见。两个世纪以后,尽管对于什么是违宪有了更为确定的界限,但争论仍在继续。普遍认为,我们不再允许公开执行死刑。根据法院的判决,死刑只能按照事前仔细与巧妙地制定的程序进行。尽管修正案读起来还和1791年制定时一样,但社会对死刑的态度已经发生了改变,我们对于宪法的理解也发生了改变。在不易看见的潮流中,相同的主题解释了刑事被告其他权利的发展。

还有另外一个对于理解宪法上的正当程序保障的重要的解释性指南。

^⑦ 在一个刑事案件中合法的当事人有两方——国家和被告。受害者及其家人和朋友对案件具有明显的利益,但是根据美国法律,国家享有独一无二的起诉权。它代表被害人并为全体社会的利益行使此项权力。

“喜欢透露小道消息”的美国众议院前议长托马斯·P. 奥尼尔(Thomas P. “Tip” O’Neill)喜欢提醒他的同事们,所有的政治都是地方性的。这个评论也同样适用于司法,无论是程序方面还是实体方面。美国的刑事司法一直具有地方分权和自由裁量的特征。在逮捕、审判和惩罚方面,对刑事被告采取什么行动由普选产生的地方官员决定。通过各种方式,例如,大陪审团或小陪审团,地方选举产生的行政司法官(sheriffs),检控官以及法官等等——美国法律制度反映了社会规范或者公众裁判的特点,这在其他的西方国家中也是相当独特的。

戴维·费尔曼(David Fellman)教授指出,“刑事审判的实施取决于在一个社会里,公众的性情、大众所持偏见和价值的性质、代人受过者的性格、社会经济状况,法官与律师的品质、教育制度以及相关的非法律因素。”^⑧检察官宁可不审判那些证据确凿的犯罪,他们相信那些犯罪行为并未违反社会准则。司法行政官出于种族、人种或者等级偏见而更乐意逮捕一些有这种背景的犯罪嫌疑人。如此巨大的自由裁量权在任何刑事司法制度中都是不可避免的,但是,由于地方分权的美国精神,使得刑事司法中的自由裁量影响更突出,这就意味着宪法保障的真实状况并不理想。同时也意味着,公正,常常或许是不可避免地由地方标准来衡量。

我们接受地方标准以及个别对待的观念(即使不是实践),因为它与大众的公正观念相一致,即使它可能会与明示的平等信念以及通行的正当程序规范相矛盾。直到20世纪中叶,美国法律通过依靠地方和州的官员为刑事被告的权利提供宪法保障,才避免了这种潜在的冲突。只有当社会和政治变迁支配了刑事司法以及其他领域的全国政策时,在联邦法官的议事日程上才可以找到正当程序的位置。但是,由于长期与地方当局不一致,正当程序的国家化没有迅速地和无争议的进行下去。

本书追溯法律上和宪法上刑事被告权利的历史。以下几个方面的发展构

^⑧ 戴维·费尔曼:《当代被告的权利》(麦迪逊,威斯康星,1976年),第11页(David Fellman, *the Defendant's Rights Today* [Madison, Wisc., 1976], 11)。