

Xinashichenaxi

Gaide

刑事程序改革续留问题研究

王 骥/著

Xuliuwenti

Yaniiu

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事程序改革续留问题研究/王骥著. —上海:
上海人民出版社, 2013

ISBN 978 - 7 - 208 - 11609 - 2

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—
研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第198904号

责任编辑 屠玮涓 何元龙

特约编辑 刘益民

封面装帧 甘晓培

刑事程序改革续留问题研究

王 骥 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 37.75 插页 2 字数 420,000

2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 11609 - 2/D · 2329

定价 45.00 元

自序

2012年,我国《刑事诉讼法》进行了较大范围的修改,如在证据制度、刑事辩护制度、刑事强制措施、侦查行为、审判程序等内容上,都针对近些年来司法实践的新变化和我国法治的发展进步程度进行了一定范围的修改,尤其是新增设的四个特别程序,解决了长期以来我国处理这些特殊案件在程序上的缺失,有利于打击犯罪和保障人权。从一定意义上讲,此次刑事诉讼法的修改,是我国刑事法治化进程的一个重要里程碑。新的《刑事诉讼法》2013年1月1日已开始正式施行,在新旧法律更迭适用的特殊时期,新法精神和内容需要司法实践部门的进一步消化吸收,新法的适用效果以及部分潜藏的问题,也会在司法实践部门逐渐暴露和显现,相关的司法解释及其他法律规范性文件也在进一步的完善细化当中。

然而,立足司法实践的办案需求,再反观现行的刑事诉讼法,此次刑事诉讼法的修改还遗留了大量急需解决的老问题,这些问题如果不能得到解决,牵连的很多新法修订的相关内容也很难真正贯彻实施。以刑事诉讼中的权利保障为例,此次刑事诉讼法的修改虽然将“尊重和保障人权”写入刑事诉讼法的任务当中,犯罪嫌疑人、被告人的权利保障也确实在此次修订中获得了前所未有的爆发式增长,但就刑事诉讼与宪法的关系而言,以及就刑事诉讼权利的重要性而言,有些宪法精神必然包含的基本权利还是没有被完全吸收到刑事诉讼的制度构建中来,这无疑不利于刑事诉讼具体制度的完整构建。此外,此次刑事诉讼法的修改还出现了一些由于新法新增或者删减相关法律条款而产生的新问题,如新法增设了有专门知识的人参与诉讼,从而产生了无限辅助和无限证明的适用尴尬;有些则是由于新法的扩大适用将原来个别部门存在的个别化处理的问题普适化、公开化、透明化,如新法将同步录音录像的适用范围由原来的检察机关办理职务犯罪案件扩展到公安机关办理的可能判处死刑、无期徒刑案件和有重大影响的其他案件,从而将同步录音录像的证据资格、示

证、质证等问题由后台推到了前台。此外,由于2012年《刑事诉讼法》修改本身,立法者即主动对一些问题采取了回避态度,而这些问题,有些虽然可以不凸显或者继续沉寂,但有些伴随相关法律制度的完备,开始逐渐为人们所重新认知和重视,并且在新形势下逐渐显露某种变异似的发展,如律师的权利义务、如被害人的权利保障以及刑事程序中的隐私权期待等,都伴随新刑事诉讼法的修改和适用而呈现出新的内容。

对此,我们以这些或为继续存在的老问题,或为由旧有问题而衍生出来的“旧貌新颜”似的问题,或为刑事诉讼法修改后而刚刚呈现的新问题为出发点,以解决问题和分析问题为路径,以崭新的问题视角探讨刑事诉讼法修改后的一系列相关问题。其中的个别内容我做了一些历次改革及存在问题的脉络梳理,希望对刑事诉讼法的适用有所帮助,也希望能够真正指导实践办案,解除困惑。

全书在体例上共分八章,以刑事诉讼法修改前后的比照和实践中的适用问题为切入点,从宏观上对审判权、检察权、侦查权的权力运行中的新问题以及诉讼权利保障中的问题进行系统论述,同时在微观和技术操作层面,对鉴定问题、证据适用问题、排除合理怀疑的证明标准问题、同步录音录像问题、专家参与诉讼问题等,结合最新的实务疑难案件展开论述。

目 录

第一章 刑事诉讼法与宪法的对接与错位	1
第一节 宪法与刑事诉讼的对接	2
一、宪法中的“权利”指针	2
二、宪法权利对于部门法的特殊意义	5
三、刑事诉讼权利对宪法的特有链接	9
第二节 以权利救济为本源的关联	13
一、诉讼的权利救济属性	13
二、刑事诉讼权利及其保障的宪法化	16
第三节 刑事诉讼对宪法权利的保障与强化	19
一、我国刑事诉讼权利宪法化的双重分析	20
二、宪法权利对刑事诉讼的有效保障	39
三、刑事诉讼权利不当限制之后的宪法救济	41
第四节 被害人的权利保障问题	46
一、权利话语：刑事被害人	46
二、权利保障：刑事被害人的诉讼参与权	47
三、权利认知：刑事被害人的再次“被害人化”	50
四、权利回归：对刑事被害人的补偿救济	52
第二章 刑事诉讼法修改中权力的运行与保障	55
第一节 权力配置的中外比较	59
一、英国和法国的权力配置	63
二、美国的权力配置	67
三、苏联及前东欧国家的权力配置	70
四、我国的权力配置	72

第二节 刑事司法机关的职权配置	75
一、司法权的规范运行	75
二、刑事司法改革的原点制约	79
第三节 侦查权运行问题	83
一、中国侦查的非法治化:现象和因由	83
二、侦查的非法治化下的律师辩护	84
三、侦查的法治化:内涵和理据	85
四、侦查的法治化和辩护功能的发挥	86
第四节 权力运行的制度性保障	93
一、制度制约与体现	94
二、原则控制与完善	99
第三章 刑事诉讼法修改后的检察理论困惑	108
第一节 有关检察权的属性之争	108
一、“三权分立”结构模式中的检察权	110
二、“一元多立”结构模式中的检察权	117
第二节 我国检察权的宪政属性与职能	120
一、我国检察机关在法律监督体制中的地位	121
二、法律监督职能与诉讼职能的关系	126
第三节 检察职权的配置与完善	130
一、我国检察职权配置的基本特点	130
二、我国检察职权配置的基本原则	131
三、我国检察职权配置存在的问题	134
四、我国检察职权的优化配置	136
第四章 刑事诉讼法修改后的检察实践难题	138
第一节 检察权在程序推进中的特质内容	138
一、检察权具有“谷间带”链接特质	138
二、检察权的程序性特质	141
三、检察权对于司法公正的特有担当	149
第二节 检察环节的诉讼证明	152
一、检察环节证明的双向性	153

二、检察环节诉讼证明的立场	155
三、检察环节诉讼证明的阶段发展	157
第三节 检察一体化与检察独立的关系	159
一、主诉检察官试行的历史回顾	159
二、主任检察官的实践探索	163
第四节 检察职权运行的新要求	165
一、检察权运行的关键点	166
二、检察权运行的新思路	169
三、检察权运行的有效路径	172
第五章 刑事诉讼法修改中审判权的运行与制约	206
第一节 法官引导权的实践运行	206
一、法官引导权的价值与法理基础	206
二、法官引导权的内容	208
三、法官引导权的行使方式	209
第二节 量刑功能的程序化规制	210
一、量刑功能的程序规制	210
二、实体上的分析	212
三、程序上的分析	214
四、程序规制下的程序改革	216
第六章 刑事诉讼法修改中的证据适用	218
第一节 诉讼证据中的理论探讨	218
一、诉讼认识的真理性	218
二、诉讼认识的正当性	220
三、客观真实与法律真实的同一性	223
第二节 类案中的证据	225
一、金融犯罪案件的新趋势和新问题	225
二、由金融犯罪的理性特征引发的证据警示	227
三、由金融犯罪的案件特征展开的证据防御	229
四、针对金融诈骗犯罪案件的证据防御	231

五、审查金融犯罪案件需要拓展的视角	
——证据以外的合规律分析	235
第三节 侦查程序中摄影技术适用的证据	237
一、摄影技术在侦查过程中的运用	238
二、我国侦查实践中运用摄影技术存在的问题	239
三、摄影技术在侦查过程中的程序性控制	241
四、运用摄影技术所获证据材料的法律评价	243
五、摄影技术在侦查过程中运用的角色走向	244
第四节 同步录音录像适用的证据	245
一、同步录音录像扩大适用可能面临的问题	245
二、同步录音录像适用的困惑与争议问题回顾	247
三、同步录音录像适用的理论难点	250
四、同步录音录像的实践适用	256
第五节 再论测谎证据	257
一、测谎技术和测谎证据	257
二、测谎结果的证据能力与证据价值的争议	258
三、测谎证据的审查判断	260
第七章 刑事诉讼法修改中的证明标准	263
第一节 我国刑事证明标准的发展路径	263
一、证明标准的概念纷争	263
二、证明标准的特点	265
三、证明标准的模式类型	267
第二节 排除合理怀疑与现阶段证明标准的融合	274
一、排除合理怀疑的中国式理解	274
二、排除合理怀疑的实践适用	276
第八章 刑事诉讼法修改中的鉴定问题	282
第一节 司法鉴定的体制化问题	282
一、旧有司法鉴定体制的弊端	282
二、司法鉴定体制改革的法理基础	285
三、改革框架再构建	287

第二节 司法鉴定在诉讼中的价值发掘与回归.....	288
一、法律修改框架中的隐性问题	288
二、诉讼证明中的价值冲突与选择	291
第三节 司法鉴定中的鉴定留置问题.....	293
一、鉴定留置的性质	294
二、国外有关鉴定留置制度的规定	294
三、我国司法精神病鉴定留置制度的现状及完善构想	297
第四节 司法鉴定中专家参与诉讼问题.....	299
一、有关名称称谓问题	299
二、有关证据证明问题	301
三、有关立场底线问题	303
四、有关程序规则问题	306
参考文献.....	308
后 记.....	318

第一章 刑事诉讼法与宪法 的对接与错位

通常而言,一国宪法与刑事诉讼的关系极其紧密。宪政体制下宪法的核心关系,亦为刑事诉讼法调整的中心。2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》,把“国家尊重和保障人权”写进宪法。这不仅体现了国家对人权问题的重视和关怀,彰显了宪法的人权意识,同时也为国家公权力在行使的过程中切实保护广大人民尤其是弱势群体的合法权利提供了明确的宪法依据,甚至有学者认为这样的修改为各项改革提供了新的发展路径,如为法官“造法”提供了方向性指导以及要求我们的立法机关在立法时应考虑相应的国际准则,等等。2007年10月28日,十届全国人大常委会通过了新修改的《律师法》,修订后的《律师法》于2008年6月1日起正式实施。这部法律对律师的会见权、阅卷权、取证权作了较大的修改,而对律师权利的直接加强,从一定意义上就是对犯罪嫌疑人、被告人的权利保障,体现了个人权利制约国家权力能力的增强。2010年5月30日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全生产部和司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称“两个证据规定”)。两个证据规定不仅明文规定了证据裁判原则、程序法定原则和证据质证原则等三个证据规则,还使得一些重要证据规则,如关联性证据规则、意见证据排除规则、原始证据优先规则、补强证据规则等,都在各类证据的审查判断程序中有所体现。总体而言,两个证据规定体现了强调程序制衡、关注案件质量、注意保护人权的精神及相关规范的完善。这些规定不仅仅是具体规则的技术性完善,更反映着我国宪政运行的发展变化。它体现了宪法人权保障原则及其价值理念,蕴含了权利中心理念,有利于规范制约国家权力的运行,将尊重和保障人权落到实处。2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议通过《全国人民代

表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，修正后的《刑事诉讼法》自 2013 年 1 月 1 日开始全面施行。综观 2012 年《刑事诉讼法》可以看出，本次法律修改秉持中国特色社会主义法治理念，坚持实事求是，从国情出发，认真总结司法实践经验，循序渐进地推进我国刑事诉讼制度的完善；坚持分工负责、互相配合、互相制约的原则，完善刑事诉讼中各司法机关的权力配置，更好地适应诉讼活动的需要；坚持贯彻宽严相济的刑事政策，惩罚犯罪与保障人权并重，既注意及时、准确地惩罚犯罪，维护公民、社会和国家利益，又注意对刑事诉讼参与人包括犯罪嫌疑人、被告人合法权利的保护。可以看出，无论是对强制措施和侦查措施的修改，还是对辩护制度和证据制度的完善，抑或对审判程序、特别程序和执行程序的补充和修正规定，都体现着我国近几年来宪政发展的成果，体现对宪法权利的尊重和保护。这其中加大对“权利的保障”无疑是修改的核心主线，体现刑事诉讼法与宪法的一种天然对接和关联。然而，相较于宪法与刑事诉讼的强势关联，此次刑事诉讼法的修改与宪法的原则和精神内容的贯彻和实施上，还有进一步增进的空间，而对于相关权利的双向完善，对于刑事诉讼法尊重和保障人权任务的实现无疑更具有重大意义。

第一节 宪法与刑事诉讼的对接

一、宪法中的“权利”指针

宪政与宪法是具有不同的内涵但又极难全然分开的两个概念。《布莱克维尔政治学百科全书》对宪法(constitution)和宪政(constitutionalism)两个词项以同一词条进行了解释，这说明从政治学的语义来讲，“宪法”和“宪政”具有相当大的内在相关性。^①从宪政本身经历的理论转变与实践创新来看，宪政在世界范围内普遍发展，为不同文化背景下的人们所接受，很重要的一个方面在于宪政发达国家宪法的影响，尤其是美国宪法的域外影响。美国作为世界上第一部成文宪法的诞生地，其权力构造、法治秩序及基本价值观都规定在作为国家根本大法的宪法典中，宪法在法律体系中居于至高无上的地位。如果说洛克的形而上学、认识论，他对自然法的信仰，他的自然神学，他对政治生活的

^① 邓正来主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 165 页。

观察和对自己所处时代的英国历史的理解,构成了其宪政思想的根源,^①并在理论与实践两方面成为美国人借以塑造公共生活的基本架构,影响美国宪政的性质和程度,那么对这一宪政理念在世界范围的认知与推广,意义最重大的无疑是美国宪法。美国宪法作为世界第一部成文宪法,其逻辑运动样式充分诠释了宪政价值的内涵。宪法中的政治观点和政治原则虽然源于英国和欧洲大陆,但它所体现的,并已在《独立宣言》和各州宪法中表达的思想在世界各地都产生了强烈的反响,即使在那些几乎见不到其踪影的地方,这部宪法也常常存在着,即使只是为了反对它,人们也必须考虑它的存在。^②由此,西方近代宪政得以形成并能在西方具有普遍意义。虽然不能简单地把它归结为资产阶级民主和制定宪法的结果,但是宪法于其中的作用和价值是毋庸置疑的。

什么是宪政? 华盛顿大学政治学教授丹尼尔·S. 勒夫指出:“宪政的产生总是基于这样的理由,即确定国家权力的边界并限制国家的管理者。宪政是一个比法治或法治国家更抽象的概念,其含义与有限国家相当。在有限国家中,正式的政治权力受到公开的法律控制,而对这些法律的认可,又把政治权力转化成为法律界定的合法权威。”我国著名宪法学家张友渔曾言:“什么是宪政? 宪政就是民主政治。因为所谓宪政,就是拿宪法规定国家体制、政权组织以及政府和人民相互之间的权利义务关系而使政府和人民都在这些规定之下,享受应享受的权利,负担应负担的义务,无论谁都不许违反和超越这些规定而自由行动的这样一种政治形态。”^③

国家权力状态及其与公民权利的关系是任何政治制度的核心内容和政治实践者关注的焦点。从历史的角度考察,宪政是对专制的扬弃,因而从其产生之日起就担负着限制权力专断和保障公民权利的历史使命。此后的宪政实践基本上是这一思路的扩展,在公共权力与公民权利之间寻求适当的平衡从此成为宪政建设的核心问题。宪政主义坚持认为,对民选政府也要防卫,以保护人权和公民个人权利。所以,宪法的主要内容是保障人权和“规定一个受制约的政策”。正如爱德华·S. 考文所说:“个人权利,既然它们高于宪法,先于

① 宪政理论在洛克思想中的价值至今尚有争议,如以 C. B. 麦克弗森为代表的左派人士认为:洛克的宪政思想是一种派生物,在他的整个思想中并不占有重要地位,而“占有式的个人主义”才是洛克学说的真正核心。参见 C. B. Macpherson, *The Theory of Possessive individualism, Hobbes to Locke*, Oxford university press, 1962。

② [美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利:美国宪法的域外影响》,郑戈、赵晓力、强世功译,三联书店 1996 年版,第 2 页。

③ 张友渔:《宪政论丛》上册,群众出版社 1986 年版,第 80 页。

宪法而存在,宪法中对个人权利的罗列并不给予任何权威,可能只是一种保障。换句话说,并不是因为宪法提到了这些权利它们才是基本的;它们是基本权利,所以才写在宪法中。”^①而公民的基本权利是高于任何国家权力的。“任何国家权力(立法、行政和司法权)都不能违反有关这些基本权利的规定而作为或不作为。”宪政一方面保护人民的基本权利,并规定一切国家公权力的唯一来源与根据,只能是宪法,另一方面又限制代议机关的民主体力。后者在权力分立国家,大多是以独立的司法审查——违宪审查来权衡,来制衡议会的立法权。民主主义者认为以少数法官的判断,来否定由议会多数通过的法律,是违反民主原则的。而以“司法至上”著称的美国宪政体制则认为这正是宪政主义的最高体现,其目的在于防止借民主的多数,侵犯公民的宪法基本权利。

宪政天生是一种“预防”的学说,从这个意义上讲,宪政体制下,法律的力量在于它承认和保护个人的尊严和权利。为了保护人的尊严和权利,最重要的是让人们通过他们自己选举出来的代表制定代表民众利益的法律,然后通过法律实行管理。在这样的前提之下,人民就会遵守和尊重法律,这就是法律力量的源泉。宪政作为民主政治的逻辑起点和价值目标,建立宪政国家就是建立法治国家,依法治国在很大意义上就是依宪治国,树立宪法法律的权威。在近代法治国家,宪法是至高无上的,宪法在现实政治和法律生活中的作用是调节国家法律秩序的主要手段。尽管各个国家的国情不同,法律文化传统各异,宪法的外在表现形式亦不尽相同,但这一差异并不能说明在宪政的内容和原则上存有重大区别。宪法至上,是以宪法权威相适应的宪政制度为基本依据的社会秩序主导模式,是宪政之本,法治之本。宪法为宪政实现最重要的功用与价值就是确认宪政下的核心关系——权力与权利两者固有力度的平衡点。这决定了宪法有两个基本的功能:一是保护个人权利;二是为权力可能产生的扩张甚至变异设置障碍。虽然权力与权利之间不能单纯认定是一种此消彼长的关系,两者有时会产生一定程度的交叉抑或重叠,但保障权力的正常运作和对其进行防御与限制的根本均是以最优化的形式实现公民权利,而其中又以预防后者对权利存在的威胁为重。由此,宪政发达国家通常强调对权利的保障,而保障运行的核心载体就是一国的宪法,评价指标就是一国宪法的实际运行状况,正是通过宪法,宪政与权利产生了最为直接的联系,而通过一国以宪法为核心的法律体系对权利的保护样态,亦可见一国宪政的实际状况。

^① [美]爱德华·S. 考文:《美国宪法的高级法背景》,强世功译,三联书店 1996 年版。

二、宪法权利对于部门法的特殊意义

在一个国家中,法律确认并保障个人享有受国家强制力保障实施的各种权利,其中一些权利的内容,在法律确认的体系中具有最高的地位和价值,是国家法律保障个人权利的最高依据和准则,国家的一切法律都必须以这些根本性的权利为基础,并且是以保障这些根本性的权利的有效实施为目的。通常,各国宪法都对这些权利体系中居于核心地位的权利予以确认,使这些权利具有宪法最高法律效力的地位及性质,这些权利被称为“基本权利”或“宪法权利”。基本权利是指由宪法确认的以国家强制力保障实施的个人在社会的政治、经济和文化等方面不可缺少的权利。

一项权利的成立,先要有对作为权利内容的资格、利益、力量或主张所作出的肯定性评价,即确信它们是“应有的”、“应得的”,于是才有要求别人承担和履行相应义务的理由。^①我国学界从不同角度出發,对权利的属性与定义进行了广泛的探讨,有学者将其归纳为八种学说和九类界定,即资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说、选择说,而具体的界定内容则为:^②第一,1980年上海图书出版社出版的《法学词典》中对权利一词的释义是:“法律赋予人们享有的某种权益,表现为享有权利的人有权做出一定的行为和要求他人做出相应的行为(义务)……”第二,1981年北京大学出版社出版的由陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》对权利的释义是:“法律关系的主体具有自己这样行为(或不这样行为),或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格。”第三,1982年法律出版社出版的由孙国华主编、沈宗灵副主编的《法律基础理论》对权利的释义是:“法律规范所规定的、法律关系主体所享有的做出某种行为的可能性……”1988年人民出版社出版的郭道晖的《民主、法制、法律意识》对权利的释义是:“法律上的权利是指体现统治阶级意志的法律所确认和保护的法律关系的主体所具有的一种权能。”第四,1984年出版的《中国大百科全书·法学》对权利的释义是:“法律对法律关系主体能够作出或不作出一定行为,以及其要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障。”

① 夏勇主编:《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》,中国政法大学出版社1999年版,第2页。

② 范进学:《权利概念论》,《中国法学》2003年第2期。

第五,1988年北京大学出版社出版的由沈宗灵主编的《法学基础理论》对权利的释义是:“法律关系主体依法享有的某种权能或利益。”第六,1994年中国人民大学出版社出版的由孙国华主编的《法理学教程》与同年高等教育出版社出版的由沈宗灵主编、张文显副主编的《法理学》对权利的释义是:“法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的,由他人的法律义务所保证的法律手段。”第七,2000年高教出版社与北京大学出版社出版的由张文显主编、李龙等副主编的《法理学》对权利的释义是:“权利意指法律关系中的主体以相对自由地作为或不作为的法定方式获得利益的一种能动的手段”,1993年张文显的《法学基本范畴研究》对权利的释义是:“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的手段。”第八,2000年法律出版社出版的周永坤的《法理学——全球视野》对权利的释义是:“权利是为社会或法律所承认和支持的自主行为和控制他人行为的能力,表现为权利人可以为一定行为或要求他人作为、不作为,其目的是保障一定的物质利益或精神利益。”第九,1998年山东人民出版社出版的程燎原、王人博合著的《赢得神圣——权利及其救济通论》对权利的释义是:“权利就是由自由意志支配的,以某种利益为目的的一定的行为自由。”此外,不同于以上的涵盖内容,有学者亦提出了自己的观点。如有论者认为:法律领域之外的权利就是指正当性,就是被社会成员们根据无害性标准而普遍确认的、主体对一种行为的作、暂时不作或永久不作的正当性。而法律权利是就由代表着社会和国家的预约性意见的法律规则在预设的条件得到实现的情况下承认的、主体在实践中对与某种利益相关的行为的作、暂时不作或永久不作的正当性(即不可侵犯性)^①,等等。

相较于权利的最广泛的内容,宪法规定的是公民重要的或者基本的权利,而“重要”与“基本”相较于“一般”的区别并没有能够明确指出公民基本权利的特性。另外,一般法律权利是怎样由宪法权利转化而来,普通权利是如何将基本权利具体化,都还是一个需要进一步回答的问题。而许多问题极具争议,至今都没有所谓的正解和较为统一的说法。在美国,在20世纪的许多时间里,最高法院充当着确定美国公民拥有哪些基本权利的论坛和保护这些权利的终审法院。正像法院通常做的那样,最高法院声称是在法律,特别是在美国宪法的条文中“发现”了这些基本权利。但是这种表述值得怀疑。最高法院最近的

^① 张恒山:《权利与法律权利概念再辨析》,《中外法学》2002年第4期。

“发现”是在两次至少可以说是具有创造性的宪法解释浪潮中提出的。第一次浪潮开始于1925年的吉特洛诉纽约州案(Gitlow v. New York),其特点是通过把宪法第十四修正案解释为要求向州政府适用《权利法案》条款的方式增加了这种适用。第一次浪潮为第二次浪潮打下了基础:在这场以1954年的布朗诉教育委员会案(Brown v. Board of Education)为开端的浪潮中,最高法院或多或少地赋予了宪法条款以新含义。通过判决废除了公共设施使用方面的种族隔离,支持了刑事嫌疑犯的权利,加强了对表达自由的保护,并创设了一项对避孕、堕胎和反常性活动具有重要意义的宪法性隐私权。有些人相信这些判决所确认的权利是人们在道德上的确拥有、在法律上也应当拥有的权利,但这时候棘手的问题已经出现。^①那就是我们如何框定和理解宪法中这些“基本权利”,当面临权利的规范界定和现实选择时,泛化的尊重和保护人类所享有的“基本权利”显然不能解决实际问题,尤其反映在修订宪法以切实加强权利保障时,这样的问题在现今的中国可能需要解决的困惑尤其多。如何理解和适时变通宪法制定者的理解和意图,使宪法既不脱离其历史根源,又能进行有效的现实保护,真正实现有价值的现实运行,等等。

宪法是国家根本大法而不是法律大全,不能将公民所有的权利都规定到宪法典中,只能将公民在社会生活中根本的、重要的权利规定到宪法中。这里就会随之产生这样一个问题,诸多权利中哪些是根本的,重要的,以及需要(某种意义也可以理解为必需)进行宪法性保护的?对这一问题理解的不同,可能会直接影响对宪法权利的界定,以及对于普通民众的不同权利保护样态。考察历史发现,对于权利根本性和重要性的理解具有一定的共性,如受自然法思想影响下的宪法权利,具有天然性,不需要任何组织进行授予,这些权利也在很多国家宪法权利的原生范畴里。但需要注意的是,对于根本性和重要性“权利”的发现和认定并不具有统一的模式,甚至于自然法中宣称的天然性权利在很多国家受制于不同因素的影响,也反映一定的差序格局,这决定对权利的根本性和重要性的认识更为普遍的一面是表现为差异性。以美国为例,美国作为现代法制最为完备的国家之一,在规定公民的基本权利方面也表现为明显的差序格局。众所周知,实现男性与女性公民之间、白人与黑人之间在美国宪法上的平等经历了一百多年的时间。根据美国宪法,诸如衣、食、住和受教育的权利,工作、休息、劳动保护和社会保障的权利等,都不属于“人权”范畴。美

① [美]阿兰·S.罗森鲍姆:《宪政的哲学之维》,郑戈、刘茂林译,三联书店2001年版,第174页。

国迄今没有加入《经济、社会和文化权利国际公约》，不承诺保障社会弱势群体免于饥饿和匮乏的权利。美国学者 L. 亨金直言不讳地指出：“我们为之自豪的民法法案是设计用来支持‘消极的权利’，来保护个人自由和权利不受侵犯；在积极促进自由或权利的享有方面，它们并不涉及社会或法律。国会不必拨款以使得穷人能够真正享受他们的权利，而且它甚至可以运用拨款的权力阻碍穷人对这些权利的享有，例如，为生孩子提供财政援助而不为人工流产提供财政援助。宪法不要求国会制定法律补充 20 世纪的福利权利或保证福利的利益得到平等享受。”^①

由此，权利认定与实现中的差序格局，是受经济发展规律等多方面条件制约的，具有历史的必然性，任何国家都是无法超越的。如有学者所言，这种权利实现的“差序格局”是指权利实现中的一种状态，包含两层意思：第一，现实中的权利主体是逐步扩大的，即一部分人先享有法定权利，然后推而广之及于其他人；第二，现实中不同种类（政治、经济、文化、社会等）权利的法律化及其实现是循序渐进而非一蹴而就的。^② 相比而言，西方的现代化属于原发型或先发型，而中国的现代化属于追赶型或后发型。在这种背景下，中国急于通过大规模立法来实现不同种类的权利。从某种意义上讲，这种差异性更需要引起我们的高度重视，尤其是在意图通过横向借鉴和比较分析中，来全面认知本国的宪法权利并构建宪法层面的权利保障时。

宪法权利不同于一般法律权利，也不是当强调某一项或多项一般法律权利时，就可以将其上升为宪法权利而进行简单化理解和处理。从动态上分析，宪法权利在现实中不仅发挥着专门的社会政治作用，而且也作为具有最高法律效力的法律规范发挥着协调国家权力与公民权利、公民权利与公民权利之间关系的作用。宪法权利与一般法律权利的差异体现为权利构成上的差异。“法律权利是指法律规范所规定的法律关系主体可以为一定行为或不为一行为，或者要求他人为一定行为或不为一行为的权能。”^③ 法律权利反映一定的法律关系，蕴含在一定法律关系之中。在一定法律关系中，凡有法律权利主体则必须有一定的义务主体相对应。宪法权利的特性反映在与一般法律权利有着不同的义务主体，宪法权利的义务主体为国家。公民基本权利直接反映公民和国家的关系，宪法确认公民基本权利之后，国家就负有提供合法手段

①② 郝铁川：《权利实现的差序格局》，《中国社会科学》2002 年第 5 期。

③ 李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 155 页。