 LexisNexis®

美国法精解书系  
understanding

(第四版)

# 美国刑事诉讼法精解

第二卷·刑事审判

## Understanding Criminal Procedure

作者 / [美] 约书亚·德雷斯勒

[美] 艾伦·C·迈克尔斯

译者 / 魏晓娜



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

美国法精解书系  
understanding

美国刑事诉讼法精解 (第四版) 第二卷·刑事审判  
Understanding Criminal Procedure

德雷斯勒教授和迈克尔斯教授合著的《美国刑事诉讼法精解》一书，是综览美国刑事司法制度的最好教程之一。

——米尔建·R. 达马什卡  
耶鲁大学法学院斯特灵教授

(Mirjan R. Damaska, Sterling Professor at Yale Law School)

《美国刑事诉讼法精解》是一本出色的著作，内容全面准确并具有极强的可读性。我推荐我的所有学生阅读这本书，我本人也常常参阅它。我很高兴该书中文版能够问世；可以预见，该书中文版将会受到中国读者的极大欢迎并产生深远的影响。

——詹姆士·B. 雅各布斯

纽约大学法学院首席大法官沃伦·伯格教席教授，犯罪与司法研究中心主任  
(James B. Jacobs, Chief Justice Warren E. Burger Professor of Constitutional Law and the Courts, NYU School of Law; Director of Center for Research in Crime and Justice)

《美国刑事诉讼法精解》一书全面简明扼要地论述了美国刑事诉讼法几乎所有的重要规则。该书的写法非常适合非英美法国家的学生：它清晰地描述了刑事诉讼法规则，厘清了宪法性规则的发展脉络，避免了繁琐的材料堆积，摆脱了美国法教材中依附司法论理过程的弊端。即使对于美国J.D.学生也是一本很好的参考教材。

——虞平博士

纽约大学法学院亚美法研究所高级研究员

(Dr. Ping Yu, Senior Research Fellow, US-Asia Law Institute at NYU School of Law)

ISBN 978-7-301-14804-4



9 787301 148044 >

定价：49.00元

LexisNexis®

美国法精解书系  
understanding

(第四版)

# 美国刑事诉讼法精解

第二卷·刑事审判

Understanding  
Criminal Procedure



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



## 图书在版编目(CIP)数据

美国刑事诉讼法精解(第四版)(第二卷·刑事审判)/(美)德雷斯勒,(美)迈克尔斯著;魏晓娜译. —北京:北京大学出版社,2009.1

(美国法精解书系)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14804 - 4

I. 美… II. ①德… ②迈… ③魏… III. ①刑事诉讼法 - 研究 - 美国 ②刑事诉讼 - 审判 - 研究 - 美国 IV. D971.252

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 199146 号

Copyright Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group  
简体中文版由 LexisNexis 律商联讯授权出版发行

书 名: 美国刑事诉讼法精解(第四版)(第二卷·刑事审判)  
著作责任者: [美]约书亚·德雷斯勒 [美]艾伦·C. 迈克尔斯 著  
魏晓娜 译

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14804 - 4/D · 2227

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](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788  
出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 25.75 印张 485 千字

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 献 辞

献给多蒂：我一生的伴侣

—— 约书亚·惠特曼

献给芭芭拉·罗杰·迈克尔斯：谢谢你们为我所做的一切！

—— 艾伦·C. 迈克尔斯



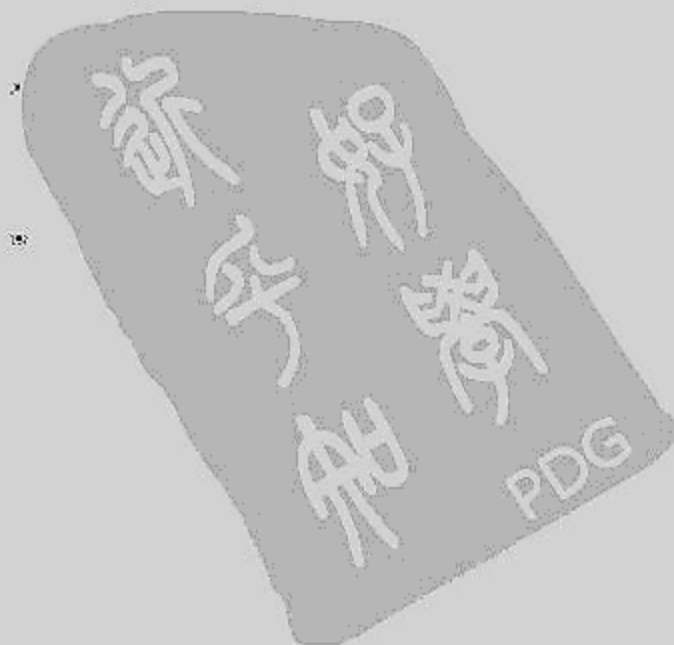
**DEDICATION**

**To Dottie: My Partner in Life**

**—J.D.**

**To Barbara and Roger Michaels: Thank you for everything**

**—A.C.M.**



## 序 言

《美国刑事诉讼法精解》第四版在许多方面都具有新的特征。其中,最显著的特征是,自这一版开始本书扩展成了两卷本。第一卷用于主要或完全着眼于警察的侦查活动这样的刑事诉讼法课程。此类课程有着各式各样的名称:如,刑事诉讼程序 I;刑事诉讼程序:侦查;刑事诉讼程序:警察活动;宪法性刑事诉讼程序;等等。鉴于此类课程有时候也包括被告人在第一审程序与上诉程序中的律师辩护权问题,因此,我们在第一卷中也用专章讨论了这一原本不属于警察活动的内容(该章内容同样也出现在本书的第二卷)。

《美国刑事诉讼法精解》第二卷涵盖了警察侦查终结以后的刑事诉讼活动。这一卷可以用于以下刑事诉讼法课程:刑事诉讼程序 II;刑事诉讼程序:审判;等等。该课程沿着刑事诉讼活动的发展进程依次展开,具体内容包括以下诉讼阶段:从诸如提出指控、审前保释、证据开示等审前问题开始,而后是刑事审判程序,再然后是定罪后程序(即量刑和上诉)。

《美国刑事诉讼法精解》主要适用于法学专业的学生。我们撰写本教材的目的是:当学生们在使用该教材时,他们可以在它的帮助下满怀信心地进行课前准备;当教授们将本书推荐或指定给学生时,他们可以满怀信心地相信本教材将有助于师生之间的课堂讨论。根据此前学生和教授们的评论,我们可以自信地预测,扩充后的《美国刑事诉讼法精解(第四版)》将会更好地满足学生和教授们的需要。同样,基于以前版本的经验(包括对学术文献和司法判决意见的大量引用),我们有信心说,这两卷著作将对学者、执业律师和法院提供更大的帮助。

本教材涵盖了该领域内美国联邦最高法院作出的最重要判例。同时,还涉及美国联邦刑事诉讼规则、联邦制定法的相关内容以及下级联邦法院和州法院的相关判例。此外,本书还展示了刑事诉讼程序的基本立法政策问题;并就该领域的某些热点问题进行了深入的、(我们自认为还算)客观的讨论。

读者将会发现,本教材便于阅读和使用。如果想彻底领会某一专题,你可以并且应该阅读相关的整个章节。但是,在每章之下,我们又分了节和小节。因此,如果读者需要进行更为细致的研究,则可以直接翻到相应的部分快速寻找所需的答案。同时,我们还引注了大量的重要学术文献(既有经典的文献也

有最新发表的文献),因此,读者可以通过进一步阅读这些文献从而就特定专题展开更为深入的研究。此外,鉴于许多专题是相互关联的,因此,本教材还包括了一些交叉引用的脚注;借助这些脚注,读者可以根据需要轻松地在本教材的某一部分直接跳到具有相关内容的其他部分。

**本书的性别政策。**很显然,与男性一样,女性也会在刑事司法体制中担当各种角色——律师、法官、警察、立法者、犯罪嫌疑人和被害人。据此,在偶数的章节中,我们以男性的人称代词来描述刑事司法体制中假想当事人的性别;在奇数的章节中,则用女性的人称代词来描述假想当事人的性别。从我们收到的相关评论来看,大多数读者赞同这种处理方式——至少,由此造成的困惑只是暂时性的。(考虑到这种“形式化的男女平等”处理方式可能会给阅读和理解带来不必要的麻烦,在翻译中,译者遵照中文的一般表达习惯,一律译作“他”,而没有按照作者的性别政策对此加以性别上的区分。——译者注)

**致谢。**在许多人的帮助下,本教材才得以顺利完稿。在此,我只能列举少数人的名字:Lee Lamborn 教授和已故的 Joseph Grano 教授逐页通读了本书第一版各章节的原稿并提出了诸多评论。George Thomas 教授承担了本书第二版的辛苦工作。许多人对本书第三版各个章节的初稿提出了富有见地的评论。正是因为他们的慷慨帮助,本书才变得越来越好。至于书中依然存有的错误和疏漏,则是我们固执己见、对建议和忠告置之不理的结果。

对于本书的第四版,我们还需要感谢以下学生助手——他们是俄亥俄州立大学莫里茨法学院的学生:Ian Best ('06), Courtney Cook ('07), Jennifer Dutcher ('06), Joshua Maggard ('06), Nicole VanderDoes ('05), Leigh Anne Williams ('07)。

感谢家人的关爱和支持。

约书亚·德雷斯勒  
艾伦·C. 迈克尔斯  
2005年11月





## 约书亚·德雷斯勒的补充说明

《美国刑事诉讼法精解》的前三版是由我一个人独立完成的。但是,本书的第四版则是我和艾伦·C. 迈克尔斯教授——他既是我的同事又是我的朋友(当然,也是一流的学者)——合作的产物。艾伦的加盟不仅使得本书变得更加完整(要不是因为他的努力和专业,可能也就不会有本书第二卷的诞生了),而且,在很大程度上也使该书变得更加完美。由于艾伦的批评指正,由我负责的那些章节现在已经变得更加通俗易懂,同时相关见解也更趋于成熟。衷心欢迎艾伦的加盟,同时,也期望着我们之间的学术合作更加长远(并有更多的版本出版)。



## 2008 年增补本说明

本增补本吸收了《美国刑事诉讼法精解(第四卷)》(第一卷、第二卷)出版后美国联邦最高法院做出的所有相关判例。此外,该增补本还新增了一些引注,以反映该领域新近发表的重要文献;同时,增补了一些州法院系统和下级联邦法院的相关判决意见。

约书亚·德雷斯勒  
艾伦·C. 迈克尔斯  
2008年8月



# 目 录

## 第一章 刑事诉讼法导论

第一节	“刑法”与“刑事诉讼法”的关系	1
第二节	刑事诉讼法的法律渊源	2
第三节	刑事追诉的阶段	5
第四节	研读宪法判例	13

## 第二章 刑事诉讼程序的基本立法政策

第一节	刑事诉讼程序的价值标准	20
第二节	刑事司法的两种模式	22
第三节	“事实真相”在刑事司法制度中的地位	26
第四节	弹劾式与纠问式	29
第五节	法律视野中的种族、性别与经济地位	31
第六节	应当由谁设计刑事程序规则?	33
第七节	刑事程序规则的形成:一些根本性分歧	34

## 第三章 权利法案的合并问题

第一节	合并问题:概述	40
第二节	关于合并问题的各种理论	42
第三节	关于合并问题的争论	44

## 2 美国刑事诉讼法精解(第二卷·刑事审判)

第四节	哪种理论赢得了“胜利”?	47
-----	--------------	----

### 第四章 律师辩护权:初审和上诉

第一节	概述:对抗制下辩护律师的重要地位	49
第二节	何时可以享有律师辩护的权利	49
第三节	律师辩护权:初审程序	51
第四节	律师辩护权:上诉审	63
第五节	自我辩护权	68
第六节	由自己选择的律师代理的权利	76
第七节	对律师辩护权的干预	78
第八节	有效的律师帮助:一般原则	79
第九节	有效的律师帮助:利益冲突	92
第十节	有效的帮助:职业道德准则的作用	95

### 第五章 审前释放和审前羁押

第一节	审前释放:程序背景与概况	98
第二节	审前释放:攸关的利益	99
第三节	审前释放:第八修正案	101
第四节	审前释放:成文法	102
第五节	预防性羁押	105

### 第六章 起诉决定

第一节	起诉裁量权的范围与行使	114
第二节	起诉裁量权:政策争论	118
第三节	起诉裁量权的宪法限制	119
第四节	重罪指控程序:概览	123
第五节	预审	123
第六节	大陪审团	126
第七节	合并与分割:罪行	131

第八节 合并与分离:被告人 . . . . . 136

## 第七章 证据开示

第一节 被告人获得证据开示的宪法权利:概述 . . . . . 139

第二节 布伦迪规则的要素 . . . . . 140

第三节 布伦迪规则和辩诉交易 . . . . . 144

第四节 政府保存证据的义务 . . . . . 145

第五节 成文法规定的辩方开示:概述 . . . . . 146

第六节 向辩方开示什么 . . . . . 147

第七节 辩方的开示——政策考虑 . . . . . 150

第八节 控方的开示权 . . . . . 151

## 第八章 迅速审判

第一节 被告人得到迅速处理的权利:概述 . . . . . 156

第二节 迅速审判的宪法权利 . . . . . 157

第三节 迅速审判的成文法权利 . . . . . 162

第四节 违宪的起诉前拖延 . . . . . 164

第五节 成文法时效 . . . . . 165

## 第九章 辩诉交易和有罪答辩

第一节 有罪答辩:概况 . . . . . 167

第二节 认罪答辩的有效:宪法性原则 . . . . . 169

第三节 获得有效的认罪答辩:联邦程序 . . . . . 178

第四节 有罪答辩对先前宪法主张的效果 . . . . . 179

第五节 辩诉交易:一般原则 . . . . . 182

第六节 辩诉交易:政策争论 . . . . . 186

第七节 辩诉交易:破裂的交易和条件的撤销 . . . . . 192

## 第十章 陪审团审判权

第一节	概述	195
第二节	何时享有陪审团审判的权利	197
第三节	陪审团的规模	204
第四节	公正代表性的要求	206
第五节	预先审查程序(voir dire)和有因回避 (challenges for cause)	209
第六节	无因回避(peremptory challenges)	211

## 第十一章 对质条款

第一节	概述	222
第二节	对质条款禁止庭外陈述	224
第三节	对质条款和作证的方式:儿童证人	231
第四节	特别规则:布鲁顿(Bruton)案和共同被告人陈述	233

## 第十二章 反对强迫自证其罪的特权: 裁判中的问题

第一节	第五修正案的反对自我归罪条款:概述	239
第二节	反对自我归罪特权的历史起源	240
第三节	反对自我归罪特权是一个理想的制度么? 相关争论	242
第四节	第五修正案特权:基本要件	249
第五节	诉诸与克服特权	256
第六节	文书和反对自我归罪特权	259
第七节	在审判中提及被告人的沉默	263

## 第十三章 证明责任和裁判问题

第一节	证明责任	267
第二节	一致和不一致裁决	270
第三节	多理论裁决:要素与手段	272

第四节	不一致的裁决	274
第五节	僵局陪审团	276
第六节	陪审团废止权(nullification)	278

## 第十四章 双重危险

第一节	一般原则	283
第二节	审判无效(mistrial)之后的再行追诉	290
第三节	无罪开释后的再次追诉	298
第四节	驳回起诉之后的再次起诉	302
第五节	定罪后的再次起诉	304
第六节	政府方对于量刑的上诉	308
第七节	对“相同犯罪的复合起诉”	309
第八节	对“相同犯罪”的过度或复合的惩罚	316
第九节	附带的禁反言	319

## 第十五章 量 刑

第一节	概述	322
第二节	对量刑程序的宪法限制	329
第三节	联邦量刑指南	335
第四节	对指南体系的宪法限制:阿布伦蒂案及其派生判例	340
第五节	法官报复	352

## 第十六章 上 诉

第一节	概述	355
第二节	有罪证明	357
第三节	显而易见的错误(plain error)	359
第四节	无害错误(harmless error)	362
第五节	溯及力(retroactivity)	371
索引		378
译后记		393

# 第一章 刑事诉讼法导论

## 第一节 “刑法”与“刑事诉讼法”<sup>\*</sup>的关系

在某种意义上,刑事诉讼法与刑法的关系不言而喻。刑事诉讼法由调整以下调查活动的规则组成:违反刑法(即“实体”刑法,以区别于“程序”刑法)的行为是否已经发生?被指控人是否实施了被指控的罪行?

在逻辑关系上,实体先于程序。<sup>[1]</sup> 实体刑法典规定了社会意欲威慑和惩罚的行为;诉讼程序法则发挥着手段的作用,即社会通过它来贯彻刑事实体法目标。例如,假定刑法将持有可卡因规定为犯罪,刑事诉讼法则为发现、裁判违反该刑事法规定的行为确立了相应的规则——例如,警察不得对犯罪嫌疑人实施不合理的搜查扣押或者强迫他进行自白,如果警察违反了这些或者其他程序规则,将会产生各式各样的程序后果,如在审判时排除证据、驳回起诉。

然而,与上一段的简单描述相比,程序与实体的相互关系要复杂得多。

第一,程序规则能够阻碍特定社会实体目标的贯彻实施。例如,如果程序规则过度宽松,警察可能会虐待犯罪嫌疑人,检察官有可能会将不可靠的证据用以证明被告人有罪,从而增大了不公正定罪与惩罚的可能性;另一方面,如果程序规则过度妨碍警察和检察官追究犯罪人,一些理应受到惩罚的人就很容易逃避刑事制裁,刑法的威慑价值可能会因此而削弱。

第二,某些程序规则的存在,可能会影响到实体刑法的立法决策。尤其是当刑事程序规则使得控方调查、追诉犯罪变得更加困难时,为了抵消程序规则的影响,立法机关可能会颁布更多的刑事法规或者规定更重的刑罚。<sup>[2]</sup> 例如,美国最高法院的判例法规则要求由陪审团负责特定案件的量刑(一项刑事程序

---

\* 原文为“criminal procedure”。按照字面意思,应直译为“刑事程序”。但是,究其实质,在美国,criminal procedure 一词涵盖的程序内容与我国刑事诉讼法学中的(广义的)“刑事诉讼”基本相当。而且,考虑到“刑事诉讼(法)”已经是我国法学界约定俗成的基本术语,而对于“刑事程序”的用法则相对比较陌生,故此,在此将 criminal procedure 意译为“刑事诉讼”或“刑事诉讼程序”。不过,需要指出的是,该术语涵盖的诸多刑事程序活动,其实与(狭义的)“诉讼”根本无关。

[1] Herbert L. Packer, “Two Models of the Criminal Process”, 113 *U. Pa. L. Rev.* 1, 3 (1964).

[2] See William J. Stuntz, “The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice”, 107 *Yale L. J.* 1, 4 (1997).



法方面的变化),由此引发了提高这些犯罪最低刑期的立法建议(一项实体刑法方面的变化)。在规范刑事侦查的程序规则方面也可以看到这种“溢出”效应(“spillover” effects)。即,一些交通违章罪或其他持有型犯罪等轻微犯罪,可能会被警察扩张使用于侦查更为严重的犯罪——对于这些犯罪,原本应当遵守严格的关于合理根据和合理怀疑的程序性要求。<sup>[3]</sup>

第三,某些法律原则兼具程序与实体的品格。试考虑以下宪法性规则,即控方必须以排除合理怀疑的证据证明“指控……犯罪的每一个构成要件”。<sup>[4]</sup>这是一个程序规则,但是,除非明确界定了“犯罪”概念本身(这是一个实体刑法上的概念),否则,该规则将无法得到正确的执行。例如,“不具有正当防卫的正当事由”是杀人“罪”的构成要件之一吗?换句话说,“谋杀”是指不存在正当防卫情形下的杀人吗?或者,正当防卫只是针对谋杀“罪”提出的一项积极辩护(an affirmative defense)?简言之,关于该程序问题的回答——对于正当防卫,应当由谁负证明责任?——取决于谋杀这一实体刑法概念的界定。

## 第二节 刑事诉讼法的法律渊源

### 一、正式的法律渊源

不同层次的法律和法规共同调整着刑事司法制度中各参与人的活动。

第一,作为最高位阶的法律,美国联邦宪法的多个条款,尤其是第四、第五、第六、第八以及第十四修正案中的那些规定,限定了执法官员与犯罪嫌疑人打交道时的权力,同时也调整着刑事案件的裁判活动。司法实践经常要求美国联邦最高法院以及下级联邦法院和州法院对这些联邦宪法条款做出解释。作为宪法诉讼的产物,某些刑事程序的研究——尤其是关于警察活动的研究,主要是宪法层面的研究。

第二,在州这一层面,州宪法是一个日益重要的程序法渊源。在过去几十年间,随着美国联邦最高法院以及下级联邦法院对于申请人提出的联邦宪法请求变得日益冷漠,州宪法学说得以长足发展。一些州法院,通过对本州宪法的

---

[3] See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure* §§ 8.02 [F], 17.03[B][5] (4th ed. 2006).

[4] *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970); 参见第十三章第一节。

解释,已经赋予了本州居民在联邦宪法下都无法获得的救济权利。〔5〕这一发展趋势意义重大,因为州最高法院是本州宪法含义的最终裁判者。〔6〕

第三,立法机关已经颁布了一些制定法,法院也通过了一些刑事程序规则;这些制定法和规则调整着州和联邦刑事司法制度的诸多方面。例如,在联邦系统,国会已经就以下事项颁布了制定法,如针对私人谈话的电子监听〔7〕、针对危险个体的审前羁押〔8〕以及陪审员资格〔9〕等。此外,国会还授权最高法院

〔5〕 See Barry Latzer, "The Hidden Conservatism of the State Court 'Revolution'", 74 *Judicature* 190 (1991) (本文以州为单位,提供了一份自20世纪60年代后期直至1989年期间各州最高法院拒绝或采纳美国联邦最高法院刑事程序判决的判例清单。); Ronald K. L. Collins & David M. Skover, "The Future of Liberal Legal Scholarship", 87 *Mich. L. Rev.* 189, 217 (1988) (本文报告说,根据他们的研究,至少在450个判例中,州法院认可了联邦宪法尚未赋予的权利。); Robert F. Williams, "In the Glare of the Supreme Court: Continuing Methodology and Legitimacy Problems in Independent State Constitutional Rights Adjudication", 72 *Notre Dame L. Rev.* 1015 (1997) (该文提供了十分详尽但仍未穷尽的州宪法判例索引)。

并非所有州的法院都有权按照不同于联邦宪法的方式解释本州宪法。例如,加利福尼亚州宪法第一章第24条(据此,州宪法依照 the initiative process 进行修订,而根据该程序,在刑事案件中,对于被告人所享有的各项明确列举的宪法性权利,“州法院应当以合乎美国联邦宪法的方式加以解释。”);佛罗里达州宪法第一章第12条(据此,州宪章依照 the initiative process 进行修订,而根据该程序,“对该宪章的解释应当与美国联邦最高法院关于美国联邦宪法第四修正案的解释保持一致”)。

值得注意的是,州法院可以就其宪法性法律规定作出低于联邦宪法相应内容的保护性解释,但是,如果它这样做,那么,就“必须进一步根据联邦法对本案诉讼主张作出裁决,就如同这一联邦法主张确已提出的那样。”Hans A. Linde, "E Pluribus-Constitutional Theory and State Courts", 18 *Ga. L. Rev.* 165, 179 (1984)。如果州法院在解释州法律时,向个人提供了更多的保护,那么,它就无需再讨论联邦法——州申请人已经赢得了他的案件。

〔6〕就21世纪前叶诉讼案件的潜在影响而言,州宪法重要地位很难说是言过其实。关于所谓“司法联邦主义”一般问题的深入讨论,及其在刑事案件中的具体应用, see generally Barry Latzer, *State Constitutional Criminal Law* (1995); Barry Latzer, *State Constitutions and Criminal Justice* (1991); Shirley S. Abrahamson, "Criminal Law and State Constitutions: The Emergence of State Constitutional Law", 63 *Tex. L. Rev.* 1141 (1985); Catherine Greene Burnett & Neil Colman McCabe, "A Compass in the Swamp: A Guide to Tactics in State Constitutional Law Challenges", 25 *Tex. Tech. L. Rev.* 75 (1993); William J. Brennan, Jr., "State Constitutions and the Protection of Individual Rights", 90 *Harv. L. Rev.* 489 (1977); Paul G. Cassell, "The Mysterious Creation of Search and Seizure Exclusionary Rules Under State Constitutions: The Utah Example", 1993 *Utah L. Rev.* 751; George E. Dix, "Judicial Independence in Defining Criminal Defendants' Texas Constitutional Rights", 68 *Tex. L. Rev.* 1369 (1990); James A. Gardner, "The Failed Discourse of State Constitutionalism", 90 *Mich. L. Rev.* 761 (1992); Paul Marcus, "State Constitutional Protection for Defendants in Criminal Prosecutions", 20 *Ariz. St. L. J.* 151 (1988); Stanley Mosk, "State Constitutionalism: Both Liberal and Conservative", 63 *Tex. L. Rev.* 1081 (1985); Special Project, "State Constitutions and Criminal Procedure: A Primer for the 21st Century", 67 *Or. L. Rev.* 689 (Ken Gormley ed., 1988)。

〔7〕 18 U. S. C. §§ 2510-2522 (2005)。

〔8〕 18 U. S. C. §§ 3141-3156 (2005)。

〔9〕 28 U. S. C. § 1865 (2005)。

负责制定规范联邦法院诉讼活动的规则;据此,最高法院已经颁布了联邦刑事程序规则。而且,该联邦规则第 57 条进一步授权地区法院(即初审法院\*)制定规范当地诉讼实践的规则。

第四,某些执法机构还会颁布一些责令所属职员必须遵守的规章。例如,警察部门通常都会制定一些具体规则——这些规则与其他法规一起规范着以下活动:为执行逮捕而使用的致命性武器;进行列队辨认应予遵守的技术性要求;对于警察局扣押的车辆,检查车内物品时应当遵循的程序。同样,检察官办公室也常常会制定一些内部指南,这些指南规范着如何决定指控、如何进行辩诉交易<sup>[10]</sup>等事项。尽管这些规章并不具有法律拘束力,但是,违反它们却可能导致内部的纪律惩戒。

第五,有时候,最高法院还会诉诸它对于联邦法院系统刑事司法活动所享有的“监督权”(“supervisory authority”),颁布一些适用于整个联邦司法系统的规则。同样,一些联邦巡回法院也制定了一些适用于本辖区地区法院的规则。联邦监督权制定的规则不是用于各州的法院系统,而且,对于此类规则,国会有权进行修改。此外,州法院系统却发展形成了一些普通法规则,用以规范本州刑事诉讼的某些程序。

## 二、非正式的法律渊源:现实主义风格

尽管刑事程序规则主要是“自上而下”颁布的——即由美国联邦最高法院、州最高法院、联邦和州立法机关制定颁布的,但是,在街头日常执法中,法律却常常呈现出迥然不同的面孔。安东尼·阿姆斯特丹(Anthony Amsterdam)教授在论及美国联邦最高法院判例法时曾经评论说:“一经宣布,这些判决将由一系列的下级上诉法院、初审法院法官、地方法官、警长和警官进行解释。他们……基于实用主义目的作出的这些解释,将会变成上帝的命令(the word of God)。”<sup>[11]</sup>说得更坦率一些,警棍和警察枪炮之下的法律,与联邦最高法院 9 名

---

\* Trail Court,应直译为“审判法院”。但是,在美国联邦法院系统,初审与上诉审职能严格分开:地区法院负责案件的初审,上诉法院则专司上诉案件的救济。因此,trial court 不仅指示了审判活动的性质,同时也暗示了审判法院的级别。故此,我们将它意译为“初审法院”。就刑事案件而言,初审法院即地区法院,也即美国联邦系统的基层法院。全美共有 94 个联邦地区法院。每一个州至少有一个地区法院,大的州则有多个。

[10] See, e. g., Sara Sun Beale, “The New Reno Bluesheet: A Little More Candor Regarding Prosecutorial Discretion”, 6 *Fed. Sent. Rep.* 310 (1994) (本文对司法部部长发布的联邦起诉政策与辩诉交易政策进行了扼要介绍和评价)。

[11] Anthony G. Amsterdam, “The Supreme Court and the Rights of Suspects in Criminal Cases”, 45 *N. Y. U. L. Rev.* 785, 786 (1970).

大法官或立法机关制定的法律,有着明显的差异。<sup>[12]</sup>

正式法律与非正式法律之间的差异是不可避免的。美国联邦最高法院以及各州的最高法院,对于警察活动缺乏日常的监督控制手段。司法权被限定于诉讼案件,警察与公民之间在街头发生的绝大多数事情,在法律层面是看不见的。即使是那些能够进入刑事司法视野的案件,由于它们数量巨大(2003年,逮捕的总数超过了1360万<sup>[13]</sup>),而较高级别的法院只能处理有限的案件(2003年,美国联邦最高法院只审理了33起与刑事法有关的案件<sup>[14]</sup>),这也限制了较高级别的法院对日常刑事诉讼活动实施监督的能力。

### 第三节 刑事追诉的阶段

#### 一、引论

推敲起来,在法学院的课程表上,“刑事程序”通常被分为两部分:侦查阶段与审判阶段。在侦查阶段,“剧本”的主要人物是警察以及被警察怀疑实施了犯罪活动的那些人。这是刑事程序中“警察与(被指控为)强盗”的环节。

当控方决定以指控的犯罪行为将犯罪嫌疑人提交审判后,审判阶段就开始了。在这一阶段,关注的焦点开始转向法律专业人士:检察官、辩护律师和法官,他们是对抗式司法制度的参与人。这是刑事程序中“保释与(可能被)监禁”的环节。

在刑事程序研究中,了解适用法律规则的具体语境非常重要。因此,下面的内容简明概述了典型的各阶段的刑事追诉活动。由于各州的审判程序各不相同,而且,所适用的程序还取决于被告人被指控的犯罪是重罪还是轻罪,因此,这里关注的主要是联邦系统的重罪指控。

#### 二、侦查阶段<sup>[15]</sup>

刑事侦查活动通常始于,警察根据其本人的观察以及线人提供的信息或者仅仅根据线人提供的信息,相信犯罪活动已经开始着手实施或者已经发生。由

[12] Gregory Howard Williams, "Police Discretion: The Institutional Dilemma—Who Is In Charge?", 68 *Iowa L. Rev.* 431, 437 (1983) (“巡逻警察将会贯彻执行最高法院所确立的政策,对此,我毫无把握”).

[13] Federal Bureau of Investigation, U. S. Dep't of Justice, *Crime in the United States 2003* 268 (2003).

[14] "The Supreme Court, 2003 Term—The Statistics", 118 *Harv. L. Rev.* 497, 509 (2004).

[15] 当然,侦查部分的刑事程序自身就构成了一门研究课程;本教材第一卷对这方面的规则进行了详尽的讨论。

于不存在关于刑事侦查的正式阶段,在绝大多数的刑事程序课程中,只研究与最为常见的警察侦查活动有关的宪法规定。

### (一) 搜查与扣押

在侦查阶段,警察通常需要对人身和财产进行搜查、扣押。搜查、扣押的表现形式千姿百态:例如,在街头截停(“扣押”)犯罪嫌疑人并对他实施拍身搜查(“搜查”)以期发现武器或证据;为了寻找犯罪嫌疑人或犯罪证据而进入房屋;在高速公路上截停车辆后,打开在车辆中发现的箱包容器;为了监视犯罪嫌疑人的谈话而进行监听。

美国联邦宪法第四修正案禁止不合理的搜查、扣押。在过去尤其是20世纪50年代后期到70年代中早期,该项规定曾被解释为:除了个别例外情形,没有法官(或地方法官)签发的搜查令状——令状应当具有合理根据的支持——警察不得对财产进行搜查或扣押。但是,现如今,令状原则(或者说,至少是有关令状原则的推定)主要适用于违反令状规定的情形,而且,其对于确定警察行为是否违法只具有十分有限的价值。现在,警察不仅很少去申请令状,而且许多的搜查扣押活动只需满足低于合理根据的证据标准。<sup>[16]</sup>

### (二) 讯问

在刑事侦查期间,警察还会讯问犯罪嫌疑人和证人。一些讯问在警察主导的环境中进行,如在警察局进行的讯问。在其他情形下,讯问的环境具有较少的强制性,如在被讯问人家里或汽车里或者在街头;有时候,被讯问人的家人或朋友也会在场。讯问活动可能引发以下各式各样的宪法问题:(1)在讯问过程中,犯罪嫌疑人是否有权获得辩护律师的帮助?(2)经讯问获得的自白是否具有自愿性?尤其是,第五修正案规定的反对强迫自证其罪特权、第五修正案和第十四修正案规定的正当程序条款、第六修正案关于刑事诉讼活动中获得律师帮助的保证,都与警察讯问活动有着潜在的关联性。<sup>[17]</sup>

### (三) 辨认程序

警察还会组织列队辨认,向证人展示犯罪嫌疑人的照片、笔迹和声音样本,或者进行其他辨认活动。警察可以实施许多这样的活动,而无需预先取得司法机关的批准,或者通知辩护律师参与。然而,在某些情形下,应当适用第六修正案关于律师帮助权的规定;而且,在所有案件中,相关程序必须以合乎宪法要求的可靠方式进行。<sup>[18]</sup>

[16] See generally 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 3, *supra*, at Chapter 17-18

[17] See generally 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 3, *supra*, at chapters 21-25.

[18] See generally 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 3, *supra*, at chapter 26.

#### (四) 逮捕

如果刑事侦查活动的结果让警方有合理根据相信,犯罪嫌疑人实施了某项犯罪,那么,警方可能会对其实施逮捕。如果在私人住宅实施常规的逮捕,警察通常必须持有将犯罪嫌疑人交付羁押的令状;在公共场所实施的逮捕,一般无需持有逮捕令状。<sup>[19]</sup>

逮捕后,警方一般会对犯罪嫌疑人进行搜查,并将其带到警察局或者监狱;在那里,将对其进行“登记”(即,将他的名字记入逮捕登记表或者输入电脑)、拍照、提取指纹并进行全面的搜查。一般而言,在警察局或者监狱里,所发现的犯罪嫌疑人的任何私人物品都将被详细登记造册并妥善保管。

### 三、审判阶段

#### (一) 签发告发书

犯罪嫌疑人被逮捕、登记后,警察局或检察官应制作一份告发书并提交法院。“告发书”(complaint)是指“一份记载指控犯罪的构成要件事实的书面陈述”。<sup>[20]</sup>在签发“控告书”或“起诉书”以前,告发书具有官方指控文书的作用(关于控告书和起诉书,下文将予以讨论<sup>[21]</sup>)。

#### (二) 关于合理根据的听证(即所谓的格斯特恩听证)

除非警方有合理根据相信,一项犯罪行为已经发生而且是由犯罪嫌疑人实施;否则,警方逮捕某人的行为可能不会具有合宪性。为了贯彻第四修正案禁止对人身进行不合理扣押的规定,最高法院曾经判决指出:只要具有现实可能性,是否具有合理根据的判断,就应当由中立的、超然的地方法官作出,而不是由警察自行决定。<sup>[22]</sup>

如果警察申请逮捕令状,将会引发必要的司法监督。然而,如果警察对犯罪嫌疑人实施无证逮捕——在绝大多数案件中就是这样——那么,也就不会存在关于合理根据的事前司法审查。因此,在格斯特恩案(*Gerstein v. Pugh*)<sup>[23]</sup>中,最高法院判决指出:第四修正案要求,实施无证逮捕以后,必须立即由司法机关对该逮捕行为是否存在合理根据作出判断,这是继续限制被逮捕人人身自由的前提。

在功能上,所谓的“格斯特恩听证”相当于逮捕以后进行的“逮捕前申请逮

[19] See generally 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 3, *supra*, at chapter 9.

[20] Fed. R. Crim. P. 3.

[21] 参见第一章第三节第三部分之(四)。

[22] See *Johnson v. United States*, 333 U. S. 10 (1948).

[23] 420 U. S. 103 (1975).

捕令状的听证”(pre-arrest warrant-application hearing)<sup>[24]</sup>,因此其程序可以按照令状听证的方式进行。即,被告人不参加听证活动,地方法官根据传闻证言对逮捕活动是否具有合理根据作出判断。即使允许被逮捕人在听证时到场,他也不享有聘请律师帮助的权利或者像法庭审理时那样进行全面充分对抗的宪法权利。在许多司法辖区,关于合理根据的听证是在犯罪嫌疑人第一次接受司法聆讯时(first appearance before a judicial officer)进行的。我们很快就会讨论到这一程序。<sup>[25]</sup>

### (三) 地方法官的初次聆讯

必须将被逮捕人“无不必要迟延地”<sup>[26]</sup>——除周末外,一般是指24小时以内——带至司法官员面前接受听证。该听证活动有着各式各样的名称:“首次聆讯”(initial arraignment)、“关于令状的聆讯”(arraignment on a warrant)、“关于告发的聆讯”(arraignment on a complaint),或者,简称为“第一次”(first)、“首次”(initial)或“到庭”(appearance)。

在听证中,司法官员将会正式告知被逮捕人以下事项:对他提出的犯罪指控,在之后的追诉活动中所享有的宪法权利并予以解释,以及预审的日期。如果犯罪嫌疑人贫穷且没有聘请律师,司法官员可能还会为他指定一名律师。如果属于无证逮捕,则通常在初次聆讯时确定是否具有合理根据(即格斯特恩听证)。最后,或许也是最有意义的,地方法官此时将决定是否根据自我保证的方式将被逮捕人释放,或者以保释的方式将其释放,或者将其羁押以进行之后的程序。<sup>[27]</sup>

### (四) 预审与大陪审团程序<sup>[28]</sup>

除非被告人放弃,在绝大多数司法辖区,地方法官对被逮捕人进行初次聆讯后两周内,将进行预审(又称“preliminary examination”)。<sup>[29]</sup> 预审的主要目的

[24] See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 3, *supra*, at § 10.02, *infra*.

[25] 格斯特恩听证应当迅速到何种程度? 在 *County of Riverside v. McLaughlin* 案[500 U. S. 44 (1991)]中,最高法院指出,宪法“允许合理地推迟关于合理根据是否存在的裁判时间,因为在超负荷运转的刑事司法制度中对犯罪嫌疑人的案件作出处理,对警察来说已经是司空见惯的现象。”因此,如果一个州希望将关于合理根据的听证与其他审前程序(如治安法官的初次聆讯)结合在一起,原则上,只要该听证是在逮捕后48小时内举行的,就没有任何问题。但是,为了“推迟”而推迟、出于对犯罪嫌疑人的恶意或者为了获得支持逮捕具有合法性的证据而推迟,即使听证说动发生在法律推定的48小时之内,仍属宪法意义上的不合理迟延。

[26] Fed. R. Crim. P. 5(a)(1)(A).

[27] 参见第五章第一节。

[28] 参见第六章第五至六节。

[29] 在联邦系统中,如果被逮捕人在押,此类听证至迟应当于初次聆讯后10日内进行;否则,应当于20日内进行。Fed. R. Crim. P. 5.1(c).

在于决定:是否存在让人相信指控犯罪已经发生并由被逮捕人实施的合理根据。<sup>[30]</sup>

预审在刑事诉讼中的重要程度取决于该州是属于“控告司法辖区”(即在该州,并不要求必须由大陪审团签发起诉书)还是属于“起诉司法辖区”(即在该州,除非大陪审团决定起诉,否则通常不得将被告人移送法庭审判)。

在控告司法辖区,如果地方法官认为本案存在着将被告人“移交”审判的充分证据,那么,检察官将会向初审法院递交一份“控告书”。控告书是一份陈述对被告人提出的犯罪指控及其要件事实的文书。控告书将取代告发书而成为正式的指控文书。但是,在控告司法辖区,如果地方法官认为不存在将被告人交付审判的充分证据,那么,告发书将被驳回,被告人也将被释放。

与此不同,在起诉司法辖区,预审的重要性大打折扣,因为地方法官关于合理根据的决定可能会被大陪审团的决定取而代之。换言之,如果大陪审团决定不起诉被告人,即使此前负责预审的地方法官认定,本案存在足以使人相信被逮捕人实施了某项犯罪的合理根据,被告人也必须被释放。事实上,包括联邦司法系统在内的许多司法辖区,如果在预定的预审期日以前,被告人已经被大陪审团决定起诉,那么,也就不再进行预审了。<sup>[31]</sup>

在起诉司法辖区,除非大陪审团决定起诉或者被告人放弃了大陪审团听证的权利;否则,不得以重罪指控将被告人交付审判。美国联邦宪法第五修正案规定,在联邦刑事追诉活动中,“任何人不应遭受判处死刑之罪或者其他不名誉之罪的指控,除非……经大陪审团起诉”。“不名誉之罪”这一宪法术语包括所有的重罪指控。但是,该宪法规定不适用于各州。<sup>[32]</sup>因此,是否适用大陪审团程序,各司法辖区之间不尽相同。

在大陪审团程序中,检察官单方向陪审员出示证据,然后,由陪审员就是否提出了充分的证据作出正式的裁判。<sup>[33]</sup>如果大陪审团认为存在充分的证据,大陪审团将(通过检察官)签发一份“起诉书”——该文书将说明指控的罪名及其相关事实。如果大陪审团投票决定不起诉被告人,此前针对被告人提出的告发书将会被驳回,被告人也将被释放。

## (五) 聆讯

向法院递交起诉书或控告书后,被告人将在公开法庭上接受聆讯。在聆讯

[30] See Fed. R. Crim. P. 5.1(e).

[31] See, e. g., Fed. R. Crim. P. 5.1(a).

[32] *Hurtado v. California*, 110 U. S. 516 (1884).

[33] 包括联邦法院系统[see *United States v. Calandra*, 414 U. S. 338, 343 (1974)]在内的绝大多数司法辖区,适用的是合理根据标准,即与预审听证的标准相似。一些州则采用更高的“直接裁判”标准(“directed verdict” standard),即,根据既有证据,毋庸过多解释就能预见在审判时会出有罪的判决。



程序中,被告人享有第六修正案规定的律师帮助权<sup>[34]</sup>,被告人会收到一份起诉书或控告书的副本,然后,就起诉书或控告书指控的犯罪进行答辩。被告人可以做“无罪答辩”、“有罪答辩”、“不予争辩的答辩”<sup>[35]</sup>;或者,(在某些州)做“因精神错乱而无罪的答辩”(no guilty by reason of insanity)。

#### (六) 审前动议

聆讯后,被告人可能会提出各式各样的审前动议。在庭审前,经常提出的辩解、异议和申请包括:(1) 起诉书或控告书有瑕疵,因为遗漏了指控犯罪的某个构成要件,或者,就指控的犯罪事实,没有给予被告人充分的说明<sup>[36]</sup>;(2) 起诉管辖地选择不当或者会带来不方便<sup>[37]</sup>;(3) 起诉书或控告书以不适当的方式或者可能导致偏见的方式对其他犯罪或当事人进行了合并起诉<sup>[38]</sup>;(4) 一方当事人持有的证据应当向另一方当事人开示<sup>[39]</sup>;(5) 由于证据是以违宪方式获得的,因此应当予以排除;(6) 依照宪法规定的禁止双重危险或者快速审判等条款,该项犯罪指控应予禁止。<sup>[40]</sup>

在一些情形下,如果被告人的审前动议成功了,法官将依职权或根据检察官的动议驳回指控。<sup>[41]</sup> 例如,如果根据双重危险条款犯罪指控应予禁止,那么,就必须驳回指控;或者,如果法官批准了被告人关于排除关键证据的动议,检察官可能认为,继续进行刑事追诉已经毫无意义,因此请求驳回起诉。

#### (七) 审判

如果被告人没有做有罪答辩,而且起诉没有被驳回,那么法院将就本案进行审判。对于重罪指控,即非轻微犯罪的指控,第六修正案赋予了被告人要求陪审团审判的权利。<sup>[42]</sup> 对于其他类型的案件,有时候,还会包括被告人放弃陪审团审判权利的重罪案件,审判则由法官而非陪审团进行,也即“职业法官的审判”(a “bench trial”)。<sup>[43]</sup>

在审判程序中,无论是由法官还是由陪审团进行审判,被告人都享有许多

[34] See *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625, 630 n.3 (1986).

[35] 根据字面意思,该答辩意味着“我对该指控不进行争辩”。在刑事诉讼活动中,出于多种原因,此类答辩被视同为有罪答辩。

[36] See, e.g., Fed. R. Crim. P. 12(b)(3).

[37] See, e.g., Fed. R. Crim. P. 18, 21(a).

[38] See, e.g., Fed. R. Crim. P. 8, 14. 参见第六章第七至八节。

[39] See, e.g., Fed. R. Crim. P. 16. 参见第七章。

[40] 美国联邦宪法第五修正案(“……任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体伤残的危害……”);第六修正案(“在一切刑事诉讼中,被告应当享有迅速……审判的权利……”)。参见第十四章(禁止双重危险);第八章(迅速审判)。

[41] See, e.g., Fed. R. Crim. P. 48.

[42] 参见第十章第二节。

[43] 参见第十章第二节第三部分。

重要的权利。首先,被告人享有宪法赋予的聘请律师参与审判的权利;在重罪案件以及定罪后可能被判监禁刑的轻罪案件<sup>[44]</sup>中,贫穷的被告人有权获得指定辩护人的帮助。其次,被告人还可以传唤有利于自己的证人、与不利于自己的证人进行对质或者进行交叉询问。<sup>[45]</sup>被告人无需提供证言,他“不会因为行使(第五修正案赋予的)拒绝作证的宪法特权而承受法庭施加的不利代价。”<sup>[46]</sup>

## (八) 量刑与判决后程序

### 1. 量刑<sup>[47]</sup>

经审判,如果被告人被宣判有罪,或者被告人作了有罪答辩,法官应当进行量刑。在绝大多数司法辖区,尤其是在重罪案件中,在审判之后,将会有有一个额外的程序,以便向法官提供可能与量刑有关的更多具体信息。在量刑程序中,被告人享有部分(而非全部)审判时享有的宪法保护。<sup>[48]</sup>

### 2. 上诉<sup>[49]</sup>

如果被告人在陪审团审判或者在职业法官审判中被宣告无罪,则双重危险条款禁止控方对无罪判决提起上诉<sup>[50]</sup>;如果被告人被宣告有罪,他也不享有针对有罪判决提起上诉的宪法权利。<sup>[51]</sup>然而,所有司法辖区的制定法都允许被定罪的被告人(现在被称为“上诉人”)在审判程序结束后针对有罪判决提起上诉。在州法院系统,他可以向州最高法院以下的上诉法院提起上诉,或者,如果那个州没有上诉法院,则直接向州最高法院上诉。在联邦法院系统,被告人可以向本案所在司法辖区归属的美国联邦巡回区上诉法院提起上诉。

如果被告人根据制定法规定的上诉程序没有取得胜利,他还有权向更高一级的法院提起由法院裁量决定是否准许的上诉(discretionary appeal)。例如,在根据上诉权可以向上诉法院提起上诉的州,该州最高法院有权听取上诉人的第二次上诉,但是,除死刑案件外,通常情况下州最高法院不负有必须接受上诉的义务。被告人也可以向联邦最高法院提出申请,请求听取他的案件。如果他的

[44] *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963) (felony cases 重罪案件); *Argersinger v. Hamlin*, 407 U. S. 25 (1972) (misdemeanor cases 轻罪案件)。参见第四章第二节第二部分。

[45] 美国联邦宪法第六修正案(在一切刑事诉讼中,被告应享受下列权利:……同原告证人对质;以强制程序取得有利于自己的证据……),参见第十一章。

[46] *Carter v. Kentucky*, 450 U. S. 288, 301 (1981); see also *Griffin v. California*, 380 U. S. 609 (1965)。参见第十二章。

[47] 参见第十五章。

[48] See generally Alan C. Michaels, “Trial Rights at Sentencing”, 81 *N. C. L. Rev.* 1771 (2003)。

[49] 参见第十六章。

[50] 参见第十四章第三节第一部分。

[51] See *McKane v. Durston*, 153 U. S. 684, 687 (1894) (dictum); *Jones v. Barnes*, 463 U. S. 745 (1983) (dictum)。

上诉最终取得了胜利,通常,他将接受再次审理。<sup>[52]</sup>

### 3. 对定罪判决的间接挑战:人身保护令<sup>[53]</sup>

被告人的上诉手段穷尽后——即,一旦他的定罪判决最终确定,如果他相信继续对其实施监禁违反了美国联邦宪法或某项美国联邦法律,那么,他还可以向联邦地区法院申请人身保护令。<sup>[54]</sup> 判决后的人身保护令程序并非刑事上诉程序的有机组成部分。它是一项旨在推翻某一推定有效的刑事判决而展开的民事诉讼活动。因此,它被视为一种对刑事定罪的间接挑战,而有别于直接的刑事上诉程序。申请人身保护令的目的在于:说服联邦地区法院(即初审法院)相信,应当责令关押申请人的看守所或监狱的看守人将申请人移交该法院,以便审查认定对他的羁押是否违法。

联邦人身保护令法包含着极其复杂的规则,新近的立法使得申请人比以前更难以获得就其联邦人身保护令申请是否成立举行听证的机会。然而,如果该主张具有正当的理由,地区法院将会批准申请人的申请,并针对其联邦人身保护令申请举行听证。

由于人身保护令申请构成了对终局判决的间接挑战,而且,联邦法院也不愿意干预州的诉讼活动,因此,为了通过人身保护令获得最终的救济,申请人通常必须符合比直接上诉更为严格的标准——在某些情形下,甚至是极其严格的标准。例如,只有在原判决不合理地适用了已经由联邦最高法院作出明确解释的联邦法律……(或者,根据州诉讼活动中提出的证据)原判决“以不合理的事实认定作为裁判根据时”<sup>[55]</sup>,人身保护令的审查程序才有可能改

[52] 参见第十四章第五节第一部分。

[53] See generally Graham Hughes, *The Decline of Habeas Corpus* (Occasional Papers from the Center for Research in Crime and Justice, N. Y. U. School of Law, No. VIII, 1990); Joseph L. Hoffmann, "The Supreme Court's New Vision of Federal Habeas Corpus for State Prisoners", 1989 *Sup. Ct. Rev.* 165; Kathleen Patchel, "The New Habeas", 42 *Hastings L. J.* 939 (1991); Yale L. Rosenberg, "Kadish for Federal Habeas Corpus", 59 *Geo. Wash. L. Rev.* 362 (1991); Robert Weisberg, "A Great Writ While It Lasted", 81 *J. Crim. L. & Criminology* 9 (1990); Larry W. Yackle, "A Primer on the New Habeas Corpus Statute", 44 *Buff. L. Rev.* 381 (1996); Note, "The Avoidance of Constitutional Questions and the Preservation of Judicial Review: Federal Court Treatment of the New Habeas Provisions", 111 *Harv. L. Rev.* 1578 (1998). See generally Richard H. Fallon, Jr. & Daniel Meltzer, "Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror", 120 *Harv. L. Rev.* 2029 (2007); Nancy J. King et al., "Habeas Litigation in U. S. District Courts" (2007).

[54] 28 U. S. C. §§ 2241-2244, 2253-2255, 2261-2266 (2005). 一些州有它们自己的人身保护令程序,必须先穷尽这些救济途径,被定罪之人才可以寻求联邦人身保护令程序的救济。

[55] 28 U. S. C. § 2254(d) (2005). 关于“不合理”适用联邦法——不同于错误适用联邦法(州法院可能会误用联邦法,但该法律适用过程本身并非不合理)——的具体讨论, see Todd E. Petys, "Federal Habeas Relief and the New Tolerance for 'Reasonably Erroneous' Applications of Federal Law", 63 *Ohio St. L. J.* 731 (2002)。

动州法院作出的定罪判决。而且,就事实认定而言,寻求人身保护令救济的申请人必须以明确无疑的程度证明事实认定的不合理性(prove the unreasonableness by clear and convincing evidence)。<sup>[56]</sup> 此外,某些“程序性障碍”,例如被监禁人的申请事由未曾在州法院系统提出过,也可能会成为联邦地区法院拒绝提供救济的理由。

但是,如果被监禁人没有这些障碍,而且,地区法院认为,根据这些已经提高了的标准,针对申请人的羁押违反了联邦法律或联邦宪法,那么,它将撤销原定罪判决。对联邦地区法院的判决——无论是支持还是驳回被监禁人的申请——败诉一方都有权提起上诉;但是,在多数情形下,要想让上诉法院接受其上诉,被监禁人必须向上诉法院“实质性地展示,该裁决否定了他的宪法权利”。

#### 第四节 研读宪法判例

关于刑事程序许多方面的研究(尤其是关于警察活动的研究),基本上就是在研究宪法,特别是美国联邦最高法院的判例规则。因此,以下是针对那些没有分析宪法判例经验的学生提出的一些建议。

##### 一、阅读判例的协同意见与反对意见

以你的判例教材为准,对于指定的判例,如果存在不同意见,请留意它的协同意见和反对意见。之所以如此建议,有多重原因。

首先,协同意见或反对意见表达的某一理念,有时候会发展成为以后的多数派观点。

其次,有时候,协同意见或反对意见能够比多数意见更好地解释多数派的观点或者引起对未决问题的关注、指出多数派意见可能引申出来的逻辑推论。事实上,有时候,协同意见会表现出旺盛的生命力,而且,在之后的法院判决中,被征引或适用的几率比多数意见还要大一些。<sup>[57]</sup>

再次,如同第三部分将要论述的那样,为了确定一个宪法判例主旨的长期历史影响,常常需要分析它的协同意见或反对意见。

##### 二、熟悉这些判例的名称

请留意最高法院判例的名称。与适用普通法规则的判例不同——这些

[56] 28 U. S. C. § 2254(e)(1) (2005).

[57] 例如,哈兰大法官在 *Katz v. United States* 案[389 U. S. 347 (1967)]中的协同意见。See generally 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 3, *supra*, at § 6.03[C].

判例可能随时都会被推翻——美国联邦最高法院的宪法判决代表着针对某一争点问题<sup>[58]</sup>的最终官方<sup>[59]</sup>意见。这些判决意见“伴随着悲喜交加的情感冲击,动摇了长期积淀下来的传统信念。”<sup>[60]</sup>因此,律师倾向于用简称来讨论这些宪法问题(例如,对犯罪嫌疑人进行米兰达警告了吗?<sup>[61]</sup>),熟悉这些判例名称,有助于理解和使用诸如此类的法庭语言。

### 三、注意双方的票数

以判例教材为限,请注意一些重要判例的投票结果。基于多种原因,注意双方的票数会让你变得富有洞见;有时候,这是绝对必要的。首先,多数派的人数可能会决定着一个判决的长期历史影响。5比4的判决显然有别于9比0的判决。与一个以微弱多数通过的判例相比,对于公众和法律群体而言,一致性意见通常具有更强的合法性和说服力——有时甚至是道德上的说服力。而且,当多数派的某一位大法官离开最高法院后,一个以5比4通过的判例可能会成为被推翻的首选目标。

其次,在确定某些判例的先例价值时,注意该判例的投票结果是绝对必要的。例如,假定被告人根据以下两个独立的理由对其定罪判决提起上诉:(1)警察对其住宅实施了违宪搜查(争点A);(2)警察强迫他做出了自白(争点B)。假定只要这两个主张中的任何一个成立,被告的定罪就必须被推翻。

试考虑以下情形:有4个大法官支持争点A,但是,他们对争点B并没有发表过明确的意见。此外,另外一个大法官在协同意见里说:就争点A而言,他并不支持被告人,但是,他支持被告人关于争点B的主张。4个持反对意见的大法官拒绝被告人的所有主张。最终,被告人得到了他想要的结果:尽管5名大法官持有不同理由,但是,他们都认为被告人享有获得重新审判的权利,于是,他上诉成功了。

然而,作为一名好律师,如果他的委托人希望基于类似的事实提出争点A,他就必须注意,他赢得上述法官支持的机会并不大:最高法院的4名大法官有可能会就争点A支持他的委托人,但是,可能会有5名大法官(4个持反对意见的大法官和一名持协同意见的大法官)持反对意见。同理,对于意图提出争点B的律师而言,他应当能够预见到至少会有4名大法官持反对意见,而只有一名大法官会支持他的当事人。该案件最终将取决于没有就争点B发表明确意见的4名大法官持什么样的观点。

[58] 参见第一章第二节第二部分“现实主义风格”。

[59] 当然,最高法院可能会推翻自己的判决,或者,通过宪法修正案否定一个不受欢迎的判例。

[60] Amsterdam, Note 11, *supra*, at 786.

[61] *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966).

#### 四、了解每个大法官的基本观点<sup>[62]</sup>

试设想,一位律师正在考虑是否应当对刑事定罪判决提起上诉,但是,该判决涉及的法律并不是很明确,也即,对此不存在相应的规则或先例。为了决定是否建议当事人上诉,以及如果上诉,提出什么样的论据才会具有更强的说服力,该律师必须“猜测”负责听审的最高法院大法官将会如何处理该案。对此,至少需要了解每一个大法官的司法、法律哲学观和他的基本信念体系。<sup>[63]</sup>

通常,给大法官贴上“自由主义”或“保守主义”(或者“激进主义”或“非激进主义”)的标签,而无视这些术语使用者的本意,是一种过于简单化的做法(尽管也并非必然如此<sup>[64]</sup>)。例如,一些大法官在言论自由问题上属于“自由主义”,但在刑事司法问题上却是“保守主义”。即使仅就刑事司法领域而言,某大法官或许会认为,在警察实施搜查前,原则上无需申请令状(一种支持警察的立场),但是,在

[62] 关于现任各位大法官法理学倾向的讨论, *see generally* Richard A. Cordray & James T. Vradelis, Comment: “The Emerging Jurisprudence of Justice O’Connor”, 52 *U. Chi. L. Rev.* 389 (1985); M. David Gelfand & Keith Werhan, “Federalism and Separation of Powers on a ‘Conservative’ Court: Currents and Cross-Currents from Justices O’Connor and Scalia”, 64 *Tul. L. Rev.* 1443 (1990); Liang Kan, “Comment: A Theory of Justice Souter”, 45 *Emory L. J.* 1373 (1996); George Kannar, “The Constitutional Catechism of Antonin Scalia”, 99 *Yale L. J.* 1297 (1990); Charles D. Kelso & R. Randall Kelso, “Sandra Day O’Connor: A Justice Who Has Made a Difference in Constitutional Law”, 32 *McGeorge L. Rev.* 915 (2001); Deborah Jones Merritt & David M. Lieberman, “Ruth Bader Ginsburg’s Jurisprudence of Opportunity and Equality”, 104 *Colum. L. Rev.* 39 (2004); Christopher E. Smith, “Justice Antonin Scalia and Criminal Justice Cases”, 81 *Ky. L. J.* 187 (1992); Christopher E. Smith, “Supreme Court Surprise: Justice Anthony Kennedy’s Move Toward Moderation”, 45 *Okla. L. Rev.* 459 (1992)。关于新近退休的大法官的分析, *see* Linda Greenhouse, “Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun’s Supreme Court Journey” (2005); Kit Kinports, “Justice Blackmun’s Mark on Criminal Law and Procedure”, 26 *Hastings Const. L. Q.* 219 (1998)。 *See generally* Christopher E. Smith, “The Roles of Justice John Paul Stevens in Criminal Justice Cases”, 39 *Suffolk U. L. Rev.* 719 (2006)。 *See generally* Christopher E. Smith, “The Roles of Justice John Paul Stevens in Criminal Justice Cases”, 39 *Suffolk U. L. Rev.* 719 (2006)。

[63] 在此,我们主要关注的是上诉法院这一层面,但是,律师必须特别留意负责处理绝大多数案件的初审法官的信念系统。关于比尔·克林顿总统任命的联邦上诉法院法官的履历背景及其判决投票方式的研究, *see* Rorie L. Spill & Kathleen A. Bratton, “Clinton and Diversification of the Federal Judiciary”, 84 *Judicature* 256 (2001), and Susan B. Haire, Martha Anne Humphries & Donald R. Songer, “The Voting Behavior of Clinton’s Courts of Appeals Appointees”, 84 *Judicature* 274 (2001)。

[64] 作为例证之一,在1953—1975年期间,大法官威廉·道格拉斯在他参与投票的90%案件中,采取的是“民权-自由主义立场”(the civil libertarian position)。与此相反,自1972年大法官威廉·伦奎斯特进入最高法院时算起,直至1985年,他采取民权-自由主义立场的案件只占19.6%。Jefferey A. Segal & Harold J. Spaeth, “Decisional Trends on the Warren and Burger Courts: Results from the Supreme Court Data Base Project”, 73 *Judicature* 103, 105-06 (1989)。

实施搜查前,通常应当要求警察必须具有合理根据(一种支持辩方的立场)。

最高法院是刑事程序领域的焦点。在这一领域,律师和法学专业的学生需要留意最高法院每一位大法官的投票风格。日积月累,观察者就能够意识到大法官的哲学倾向,并准确预测他们对特定问题的态度。

## 五、留心最高法院的历史<sup>[65]</sup>

就像每个大法官具有自己独特的哲学视角一样,在某一特定时期,最高法

---

[65] 关于所谓沃伦法院的讨论, *see generally* Francis A. Allen, "The Judicial Quest for Penal Justice: The Warren Court and the Criminal Cases", 1975 *U. Ill. L. F.* 518; A. Kenneth Pye, "The Warren Court and Criminal procedure", 67 *Mich. L. Rev.* 249 (1968); Yale Kamisar, "The Warren Court and Criminal Justice: A Quarter-Century Retrospective", 31 *Tulsa L. J.* 1 (1995)。

关于伯格法院及其与沃伦法院的比较, *see generally* *The Burger Years: Rights and Wrongs in the Supreme Court, 1969-1986* (Herman Schwartz ed., 1987); Albert W. Alschuler, "Flailed Pragmatism: Reflections on the Burger Court", 100 *Harv. L. Rev.* 1436 (1987); Peter Arenella, "Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies", 72 *Geo. L. J.* 185 (1983); Jerold H. Israel, "Criminal Procedure, the Burger Court, and the Legacy of the Warren Court", 75 *Mich. L. Rev.* 1319 (1977); Stephen A. Saltzburg, "The Flow and Ebb of Constitutional Criminal Procedure in the Warren and Burger Courts", 69 *Geo. L. J.* 151 (1980); Stephen J. Schulhofer, "The Constitution and the Police: Individual Rights and Law Enforcement", 66 *Wash. U. L. Q.* 11 (1988); Louis Michael Seidman, "Factual Guilt and the Burger Court: An Examination of Continuity and Change in Criminal Procedure", 80 *Colum. L. Rev.* 436 (1980); Robert Weisberg, "Criminal Procedure Doctrine: Some Versions of the Skeptical", 76 *J. Crim. L. & Criminology* 832 (1985)。

关于伦奎斯特法院, *see generally* Tinsley E. Yarbrough, *The Rehnquist Court and the Constitution* (2000); Craig M. Bradley, "Criminal Procedure in the Rehnquist Court: Has the Rehnquisition Begun?", 62 *Ind. L. J.* 273 (1987); Brian K. Landsberg, "Race and the Rehnquist Court", 66 *Tul. L. Rev.* 1267 (1992); Robert H. Smith, "Uncoupling the 'Centrist Bloc' — An Empirical Analysis of the Thesis of a Dominant, Moderate Bloc on the United States Supreme Court", 62 *Tenn. L. Rev.* 1 (1994); Stephen F. Smith, "The Rehnquist Court and Criminal Procedure", 73 *U. Colo. L. Rev.* 1337 (2002); Carol S. Steiker, "Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers", 94 *Mich. L. Rev.* 2466 (1996); Ronald F. Wright, "How the Supreme Court Delivers Fire and Ice to State Criminal Justice", 59 *Wash. & Lee L. Rev.* 1429 (2002) (comparing Warren and Rehnquist courts)。

关于任命最高法院法官的政治历史, *see* Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court* (1974)。关于20世纪各大法官的分析, *see* *The Supreme Court and Its Justices* (Jesse Choper, ed. 1987)。关于各个最高法院时期的富有价值的统计学分析,包括判决投票联盟的具体数字, *see* the annual study of the Supreme Court term, published in the first issue of each volume of the *Harvard Law Review*。

For further analysis of the Rehnquist Court, *see generally* "Symposium: Just Right?: Assessing the Rehnquist Court's Parting Words on Criminal Justice", 94 *Geo. L. J.* 1619-1634 (2006); "A Symposium on the Legacy of the Rehnquist Court", 74 *Geo. Wash. L. Rev.* 869, 956-1089 (2006) (four articles on criminal justice)。For analysis of the criminal justice views of Justice John Paul Stevens, *see* Symposium, "The Jurisprudence of Justice Stevens", 74 *Fordham L. Rev.* 1557, 1569-1757 (2006) (four articles on criminal justice)。

院作为一个整体(或者更准确地说,它的多数派)对于宪法裁判也具有自己的固定哲学理念或态度;或者,就刑事程序而言,具有自己的其他刑事法理学信念。而且,在9名大法官之间会形成特定的派系力量(certain small-group dynamics);这一力量影响着大法官之间的个人关系,并决定着案件的最终结果。因此,应当留心最高法院判决在宪法与制度的历史大视野中所处的位置。

律师们喜欢用宽泛的术语谈论“沃伦法院”、“伯格法院”以及“伦奎斯特法院”的哲学观点及其他他们所作的判决。厄尔·沃伦(1953—1969)、沃伦·伯格(1969—1986)和威廉·伦奎斯特(1986—2005)分别是新近曾经领导过最高法院的3名首席大法官,这也是不同时期最高法院的简称。

恰如该小节篇首脚注显示的那样,关于论述沃伦、伯格和伦奎斯特时期最高法院哲学的著作和论文数不胜数。概言之,沃伦法院借助其司法权发展形成了诸多有利于个人(包括犯罪嫌疑人在内)的规则,这些规则旨在帮助个人对抗政府。就刑事程序领域而言,关于扩大嫌疑人或被指控人权利的判例,绝大多数是由沃伦法院作出。事实上,“刑事程序革命”——人们通常会这么说——基本上就是在沃伦法院(或者更准确地说,是由其多数派)引领下进行的。<sup>[66]</sup>

与此相对,之后的最高法院——伦奎斯特法院,在一定程度上伯格法院亦是如此——则倾向于“犯罪控制模式”的刑事程序。<sup>[67]</sup>这一时期的最高法院在决定侦查起诉犯罪方面赋予了立法者和追诉机关相当大的自由裁量权。

一些刑事程序判例教材会附有一份列明每位大法官进入最高法院的时间表。如果你的判例教材有这样的图表,请经常查阅特定案件对应的时间。如果你的教材中没有此类图标,以下简要的历史回顾或许会对你有所帮助。

理论上讲,沃伦法院始于1953年杜怀特·艾森豪威尔(Dwight Eisenhower)总统将厄尔·沃伦任命为首席大法官。但是,这并没有立即引发最高法院在民权自由方面的突飞猛进;相反,它是随着其他大法官的任命而逐渐展开的。1953年,在最高法院的大法官里,弗兰克林·D.罗斯福(Franklin D. Roosevelt)总统1939年任命的威廉·道格拉斯(William Douglas)大法官,已经是赞同并发展形成的沃伦首席大法官的立场的同路人。沃伦被任命为首席大法官后,威廉·布伦南(William Brennan, 1956)和波特·斯图尔特(Potter Stewart, 1958)先后进入最高法院。布伦南是沃伦法院判决的主要参与者,而斯图尔特总是投上关键的第五票。

在20世纪60年代中叶,随着约翰·F.肯尼迪(John F. Kennedy)总统和林登·约翰逊(Lyndon B. Johnson)总统任命以下大法官填补最高法院出现的空

[66] 关于“程序革命”(或者依照论者所言,失败了的程序革命)的概述, see Craig M. Bradley, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution* 6-36 (1993)。

[67] 参见第二章第二节第二部分。



缺以来,沃伦法院开始达到了民权自由运动的巅峰:阿瑟·金伯格[Arthur Goldberg, 1962年由约翰·F.肯尼迪(John F. Kennedy)任命]——他卸任后由阿贝·福塔斯接任[Abe Fortas, 1965年由林登·贝恩斯·约翰逊(Lyndon Baines Johnson)总统任命]、瑟古德·马歇尔(Thurgood Marshall, 1967年由林登·贝恩斯·约翰逊总统任命)。随着上述大法官人选的更替,在最高法院大法官里,经常对沃伦法院的价值观念提出批评的只剩下大法官怀特了。

沃伦法院哲学的衰落像其兴起一样也是逐渐完成的。这一过程始于1969年理查德·尼克松(Richard Nixon)当选总统。在竞选总统中,他曾承诺将来会提名注重“法律与秩序”的人选担任最高法院大法官。<sup>[68]</sup>因此,首席大法官沃伦和大法官福塔斯一卸任,总统尼克松立即任命沃伦·伯格(Warren Burger, 1969)和哈里·布莱克门(Harry Blackmun, 1970)分别填补了他们的空缺。之后,他又任命了两名大法官:威廉·伦奎斯特(William Rehnquist, 1972)和刘易斯·鲍威尔(Lewis Powell, 1972),由他们分别接替了对沃伦法院一贯持反对立场的约翰·哈兰(John Harlan)和(有时候属于)民权自由拥护者的胡果·布莱克(Hugo Black)。总统杰拉尔德·福特(Gerald Ford)任命约翰·史蒂文斯(John Stevens, 1975)接任了大法官道格拉斯。就刑事程序领域而言,上述每一次人事变动,都推动着最高法院一步步地转向了犯罪控制模式。(时间荏苒,现如今史蒂文斯已经变成了最高法院中沃伦法院价值观念的最坚定拥护者。)

到了20世纪80年代,沃伦法院价值观念衰落的趋势已经变得显而易见。在这十年间,桑德拉·戴·奥康纳(Sandra Day O'Connor, 1981)、安东宁·斯卡利亚(Antonin Scalia, 1985)和安东尼·肯尼迪(Anthony Kennedy, 1988)被总统罗纳德·里根(Ronald Reagan)任命为大法官,依次接替了大法官斯图尔特、首席大法官伯格<sup>[69]</sup>和大法官鲍威尔的法官职位。大法官肯尼迪任职后,最高法院确定无疑地转向了犯罪控制模式的刑事司法,而且,最高法院开始向沃伦法院作出的判决展开了反攻。

20世纪90年代初叶,沃伦法院的其他成员也相继卸任。作为沃伦法院价值观念的坚定拥护者,大法官布伦南(1990)、大法官马歇尔(1991)相继退休。总统乔治·H. W. 布什(George H. W. Bush)分别任命大卫·苏特(David Souter)和克拉伦斯·托马斯(Clarence Thomas)接替了他们的法官职位。1993年,作为沃伦法院的最后一名成员,拜伦·怀特(Byron White)退休。总统威廉·克林顿任命鲁丝·巴德·金斯伯格(Ruth Bader Ginsburg)接任。1994年,哈里·布莱克门(Harry Blackmun)退休;史蒂芬·布雷耶(Stephen Breyer)接任。概言之,

[68] Liva Baker, *Miranda: Crime, Law and Politics* 221-324 (1983).

[69] 从法律技术上讲,首席大法官伯格系由被提升为首席大法官的伦奎斯特接任。大法官斯卡利亚则填补了大法官伦奎斯特的空缺。

尽管大法官苏特、金斯伯格和布瑞尔的观点存在着许多细微的差异并由此影响到他们对待各种刑事程序问题的最终态度,但是,他们的刑事司法意见常常与伦奎斯特法院一贯盛行的有利控方的立场相左——当然在程度上,还无法与作为沃伦法院坚定拥护者的布伦南和马歇尔相提并论<sup>[70]</sup>;与此相对,大法官托马斯则是犯罪控制价值观的坚定拥护者。最高法院在20世纪90年代早期的人事变动可能已经缩小了最高法院大法官之间的观点分歧(就民权自由主义而言,则是肯定无疑的了),尽管在“犯罪控制”方面的立场,最高法院依然拥有为数不多但有时依然处于决定性多数的大法官。

随着首席大法官伦奎斯特于最高法院2004—2005年开庭期结束后撒手尘寰,伦奎斯特法院的时期也宣告结束。当年夏天,大法官奥康纳也宣布她想退休的意愿。<sup>[71]</sup>从大法官布莱克门退休到伦奎斯特法院结束,前后历时11年;在此期间,最高法院再没有更换过大法官——这是最高法院近200年历史上历时时间最长的一次。2005年,总统乔治·布什任命约翰·罗伯茨(John Roberts)担任最高法院新一任的首席大法官。由此,罗伯茨法院的时代开始拉开了序幕。

---

[70] See generally Karen O'Connor & Barbara Palmer, "The Clinton Clones: Ginsburg, Breyer, and the Clinton Legacy", 84 *Judicature* 262 (2001).

[71] 总统乔治·沃克·布什最初提名由哈里特·迈尔斯接任大法官奥康纳的法官席位。但是,该项提名遇到了政治上的困难,而且,布什所在的保守党也对此表示不满。因此,迈尔斯最终主动选择放弃提名。之后,布什总统提名撒母耳·A.阿利托接任大法官奥康纳。2006年1月31日,大法官奥康纳离开最高法院,大法官阿利托宣誓就职。

## 第二章 刑事诉讼程序的基本立法政策

---

法律的发展不可能不受哲学观点和立法政策的影响。律师、学生以及学者要想透彻理解刑事诉讼法并能够提出敏锐的批评,就必须留意影响这一法律领域的各种根本性分歧。有时,法律的制定者在塑造刑事程序规则时会明确考虑本章讨论的问题;但是,更为常见的是,这些话题总是悄无声息地激励着法律的制定者。

### 第一节 刑事诉讼程序的价值标准<sup>[1]</sup>

美国刑事诉讼制度的正当性依赖于以下至少四项有时相互交叠、有时又相互冲突的价值标准:(1) 事实裁判的准确性;(2) 诉讼程序自身的公正性;(3) 司法制度对于(与卷入刑事诉讼程序的公民相关的)政府权力的限制程度;(4) 诉讼程序的效率。本章,尤其是本章第二节至第四节,将对这些价值进行非常详细的讨论。

就事实裁判的准确性而言,一个能够准确认定事实的完美的刑事诉讼程序,不会错误逮捕无辜公民;稍逊色一些的刑事诉讼程序,应该能够在审判前就将无辜者予以释放;而完美程度再降一格的刑事诉讼程序,应该能够在审判时对无辜者宣判无罪。同样,在一个能够完全准确认定事实的司法制度中,所有的犯罪人都会被逮捕;至少,已经被逮捕的那些犯罪人将会被裁判有罪。当然,任何处理、评价信息的制度都会在信息评价上出错。然而,如果考虑到,一旦出错,刑事法可能危及的那些利益——由于不公正的定罪和惩罚,无辜者将丧失自由或生命,同时真正的犯罪人却会被放纵并可能因此实施新的犯罪——一个不重视事实准确性的制度,很容易丧失其自身的正当性。

衡量刑事司法制度正当性的第二个价值标准是,对待那些被怀疑或被起诉实施犯罪行为的人的公正程度。尽管“准确地认定事实”与“(程序)公正”有时

---

[1] 关于本章节所及主题的更详尽论述, see Joshua Dressler & George C. Thomas III, *Criminal Procedure: Principles, Policies and Perspectives* 51-61 (2d ed. 2003)。

会互有交叉,但是,它们却代表着不同的、有时甚至是互相冲突的价值。之所以如此,部分源于(程序)公正概念的要求:即使是犯罪人,其权利和人格尊严也应当受到保护。当然,“(程序)公正”和“人格尊严”是模糊的概念,因此,在这些领域存在着相当多的争论。例如,公正是否意味着:在警察进行讯问时,应当允许辩护律师到场并向委托人提供法律帮助呢?为了从被指控实施有恐怖主义犯罪或者将要实施此类犯罪的人那里获取信息,而使用残酷的方法(甚至是进行刑讯),是否侵犯了人格尊严?如果是,这样做是否“公正”?如果控告人是一个声称曾受到被告人性侵犯的小孩,拒绝被告人对控告者进行面对面的对质或交叉询问,这是否不公正呢?

美国刑事诉讼程序的第三个价值标准在于,对控方对待被指控人的权力施以理智的限制。有时,这一标准会与准确地认定事实相重合。例如,为获得自白而进行刑讯将导致不准确的事实认定(虚假的自白);而且,至少在2001年9月11日受到攻击和伊拉克战争以前,人们似乎普遍承认,刑讯是对公正标准的公然违反。<sup>[2]</sup>然而,有时候,鼓励限制控方权力的欲求会成为一项独立的价值。例如,要求排除警察通过无证搜查从嫌疑人卧室找到的证据,(由于被排除的证据是可靠的)这样的规则可能会导致相对不准确的事实认定。而且,有人还可能会争辩说,“因为警察的错误而放纵犯罪人”<sup>[3]</sup>是不公正的。然而,贯彻禁止警察未经令状授权闯入公民卧室的规则,具有更深远的意义:我们的政治体制珍视个体权利并倾向于限制政府干预公民生活的权力,正是这一原则可以解释我们为什么会批准权利法案中的绝大多数条款。因此,除了极少数例外情形,我们宁愿选择以下做法:警察在闯入住宅的私人禁地以前,必须获得司法机关的批准(搜查令状)。

效率是第四个价值标准。一个低效率的制度将会造成人力资源和制度资源的浪费。一个迟迟不能得出结论的法律制度,由于迟延了对犯罪人的限制和惩罚,还将侵蚀保护社会的能力。而且,这也会给无辜的被告人带来更为痛苦的经历。然而,许多提供程序保护的规定,如为贫穷者提供律师、陪审团审判,并非廉价的制度设计。另一方面,那些保障司法机器平稳运行的因素,有时反而会降低事实认定的准确性(例如,如果该法律制度鼓励无辜者作有罪答辩)或者以牺牲被告人的公正审判权为必要代价(例如,拒绝承认被告人有权要求由陪审团决定其是否有罪)。

---

[2] 本书的作者依然认为应当是这样,但是,新近发生的一些事件例证了以上指出的观点,即“公正”和“人的尊严”——以及什么应视为对政府的“明智”的限制——并非能够自我定义的术语(self-defining terms)。

[3] *People v. Defore*, 150 N. E. 585, 587 (N. Y. 1926) (这是卡多佐法官的观点)。

本教材将要讨论的刑事程序规则是否有助于实现某项或多项刑事诉讼价值,读者将会得出自己的结论。

## 第二节 刑事司法的两种模式<sup>[4]</sup>

### 一、概述

像上一节论述的那样,刑事诉讼法受到各种相互重叠有时又彼此矛盾的价值标准的影响。尽管社会公众希望能够拥有一个可靠的刑事司法制度(即,能够准确识别无辜者与犯罪人的制度),但是,刑事诉讼程序也应当维护其他价值目标,如公正地对待犯罪嫌疑人,司法制度的种族平等、性别平等与经济平等。<sup>[5]</sup>然而,维护这些价值目标又可能会损害刑事制度的效率以及其他价值。因此,关于刑事司法制度的目的,归根结底是一个价值目标的优先性问题(setting priorities)。

我们事实上是如何安排这种优先性问题的呢?这一问题又应当如何处理呢?在超过一代人的时间里,为数众多的学者试图寻找这些问题的答案;为此,他们构建了刑事对抗制模式,试图对既有的程序规则作出解释并探讨如何才能建构一个合理的制度。

赫伯特·帕克教授曾经区分了两种刑事程序模式,即“在刑事诉讼程序运作中存在着两种相互竞争的价值优先性安排。”<sup>[6]</sup>他将它们分别命名为刑事司法的“犯罪控制模式”(Crime Control,简称CC)与“正当程序模式”(Due Process,简称DP)。帕克的理论已经受到了质疑,其他评论者也已经提出了关于刑事司法制度的其他模式理论。<sup>[7]</sup>然而,在该领域中,帕克关于模式的论述无疑是最

---

[4] See generally Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 149-246 (1968); Peter Arenella, "Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts' Competing Ideologies", 72 *Geo. L. J.* 185 (1983); Douglas Evan Beloff, "The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model", 1999 *Utah L. Rev.* 289; John Griffiths, "Ideology in Criminal Procedure or A Third 'Model' of the Criminal Process", 79 *Yale L. J.* 359 (1970); Kent Roach, "Four Models of the Criminal Process", 89 *J. Crim. L. & Criminology* 671 (1999).

[5] Susan R. Klein, "Enduring Principles and Current Crises in Constitutional Criminal Procedure", 24 *Law & Social Inquiry* 533, 536 (1999).

[6] Packer, Note 4, *supra*, at 153.

[7] E. g., Arenella, Note 4, *supra*, at 209-228; John Griffiths, "The Limits of Criminal Law Scholarship", 79 *Yale L. J.* 1388 (1970).

具影响力的理论。<sup>[8]</sup>

以下是关于两种模式理论的扼要介绍。尽管它们经常被论及,而且好像它们代表着两种互相排斥的观点,但是,一些评论者相信,只要对二者的目的稍作调整,就可以消除既有的许多分歧。<sup>[9]</sup>然而,读者可能会发现,就像下文将要论述的那样,这些模式对于评价刑事程序法相当有用。

## 二、刑事司法的犯罪控制模式

犯罪控制模式立足于以下原则:打击犯罪(repression of crime)是政府国内事务中最重要的目标。刑事制裁是“社会自由的积极保障”,是维护“公共秩序”的基本要求。<sup>[10]</sup>由于预防犯罪具有至高无上的重要地位,犯罪控制模式主张将侦查并起诉违法者的效率置于更高的地位。

怎样才能让诉讼程序变得富有效率呢?首先,需要程序的非正式性。即尽可能地选择非司法程序而非正式的司法程序,同时警察和检察官的专业判断被赋予了极大的信任。“在犯罪控制模式中,绝大多数的事实认定由警察在街头或警察局作出,而非由律师或法官在法庭上作出。”<sup>[11]</sup>允许警察在调查刑事犯罪时享有巨大的活动空间并免受包括律师在内的诸多法律障碍的束缚(“拘泥于法定仪式”<sup>[12]</sup>),以便能够甄选无辜者,并“在只给予最少的质疑机会的情况下,尽可能便捷地将其他人予以定罪……”<sup>[13]</sup>尽可能通过有罪答辩的方式,逃避具有正式程序、严格证据规则以及对抗条件的法庭审判程序。<sup>[14]</sup>

[8] E. g., Arenella, Note 4, *supra*, at 213-228 (对帕克的模式进行概念重构); Beloof, Note 4, *supra* (主张一种“被害人参与模式”); Griffiths, Note 4, *supra* (立足于犯罪人的矫治与回归社会(rehabilitation and reintegration of an offender into society)是值得追求的立场,主张一种刑事司法的“家庭模式”); Roach, Note 4, *supra* (描绘了惩罚性被害人权利与非惩罚性被害人权利模式)。关于其他国家程序制度以及美国能够从这些国家的制度中学到什么的讨论, see Mirjan Damaska, “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, 121 *U. Pa. L. Rev.* 506 (1973); Daniel H. Foote, “The Benevolent Paternalism of Japanese Criminal Justice”, 80 *Cal. L. Rev.* 317 (1992); Richard S. Frase, “Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?”, 78 *Cal. L. Rev.* 542 (1990)。

[9] See generally Donald A. Dripps, “Beyond the Warren Court and Its Conservative Critics: Toward a Unified Theory of Constitutional Criminal Procedure”, 23 *U. Mich. J. L. Rev.* 591 (1990).

[10] Packer, Note 4, *supra*, at 158.

[11] Packer, Note 4, *supra*, at 678.

[12] Packer, Note 4, *supra*, at 159.

[13] *Id.* at 160.

[14] “[犯罪控制模式]的重心……在于初期的、行政性的事实认定阶段。”*Id.* at 162.

提高效率的第二种方法是,借助非正式程序来处理案件。也即,如果需要高效地处理大量的案件,“常规的、标准化的程序将必不可少。”据帕克所言,犯罪控制模式看上去应当像“不停地传输案件的装备线传送带。”<sup>[15]</sup>除非非正式程序显示嫌疑人并没有实施犯罪;否则,就不应当将案件从传送带上拿下来。

第三,犯罪控制模式立足于以下理论预设,即绝大多数的犯罪嫌疑人事实上就是被指控罪行的犯罪人。<sup>[16]</sup>通过假定犯罪嫌疑人事实上是有罪的,犯罪控制模式的拥护者对刑事司法制度充满信心;而且,这一假定有助于强化社会公众对提高司法效率的需求,但忽视了对准确认定事实的重视。犯罪控制模式很少迷恋也很少关注,审判阶段适用的将犯罪证明到排除合理怀疑的程度的法律要求——据此,需要推定被告人无罪。

### 三、刑事司法的正当程序模式

通过与犯罪控制模式进行比较,可以有助于我们理解正当程序模式的价值。首先,犯罪控制模式的拥护者,尽管并不忽视预防犯罪、惩罚犯罪的必要性,但是,他们信奉以下自由主义的观点,即“个人至上以及为此必须限制政府权力的辅助性推论。”<sup>[17]</sup>因此,正当程序模式对政府,尤其是对警察,施加了诸多的限制。

第二,正当程序模式的拥护者质疑非正式刑事司法制度的可靠性。尽管犯罪控制模式将警察想象成经验丰富的侦查人员——只要工作中不存在各种障碍,他们就有可能查明事实真相;但是,正当程序模式强调非正式侦查程序中依然存在着人性方面的错误与偏见。正当程序的拥护者认为,法官和律师较早介入的、正式的司法制度,可以提高诉讼结果的可靠程度。

第三,犯罪控制模式以假定嫌疑人事实上是有罪为前提,而正当程序模式则强调法律上的无罪。也即,(被告人作有罪答辩的除外)当且仅当检察官在公开法庭上、经由对抗式程序,根据具有法律可采性的证据、以排除合理怀疑的程度

[15] *Id.* at 159.

[16] Alan M. Dershowitz, *The Best Defense* xxi (1982) [该著作论述了“司法游戏”的两项规则:(1)“几乎所有的刑事被告人事实上是有罪的”;(2)“所有的辩护律师、检察官和法官都知道并且相信”规则一]。

[17] Packer, Note 4, *supra*, at 165.

证明被告人有罪；否则，犯罪嫌疑人<sup>在法律上就是无罪的</sup>(not legally guilty of a crime)。<sup>[18]</sup>法律上的无罪推定，像犯罪控制模式相信嫌疑人事实上有罪一样，代表着一种基调、一种思考刑事案件的方式：通过将嫌疑人视为无辜者，正当程序模式的拥护者相信，我们将更容易理解对政府权力施加限制的价值（“作为一个无辜者，我将希望受到什么样的对待？”）；而且，无罪推定尽管提高了事实上有罪之人逃脱定罪的概率，却降低了无辜者被定罪的可能性。

第四，对于矫正刑事司法制度中经济地位不平等的重要意义，两种模式有着不同的评价。正当程序模式的捍卫者坚持认为，“如果一个人获得的审判程序取决于他金钱的多少，那么，就不可能存在平等的司法。”<sup>[19]</sup>因此，他们试图让贫穷之人尽可能地享有与更为富有的嫌疑人同等的地位。与此不同，在以效率为导向的犯罪控制模式中，一个贫穷之人被赋予了充分的、但并不必然平等的证明自己事实上无罪的机会。同样，正当程序模式会设计一些规则，以减少其他形式的不平等因素并降低它们的实际影响，如种族歧视。但是，这并不是犯罪控制模式特别考虑的优先价值。

最后，与倾向于立法至上的犯罪控制模式相比，司法机关在正当程序模式中扮演着更为积极的角色。正当程序模式适合采取司法能动主义，因为该模式的拥护者相信，“我们的成文宪法——具体而言，该宪法关于联邦法官终身制的独特设置——其核心目的在于，确保个人能够牢牢地享有某些权利[即人权法案中所包含的那些权利]而不受可能来自联邦或州政府的压制。”<sup>[20]</sup>

因此，即使其他方面都一样，与倚重犯罪控制价值的制度相比，一个根据正当程序价值构建起来的制度，效率将会比较低；而且，更倾向于能动的司法机关而非立法机关，更愿意保护个体的自由，对于提高司法制度的平等性也更加感兴趣；此外，无辜者被判有罪的可能性较小，有罪之人被释放的可能性则比较大。

[18] 就像正文阐述的那样，帕克关于事实上/法律上有罪的区分是过于简单化的。帕克认为事实上<sup>有罪</sup>仅仅是个经验性的问题：嫌疑人（以及不是某个身份不明的人）的行为构成了犯罪吗？例如，被告人（杀害）（抢劫）（强奸）了被害人吗？事实上，这是个通过非正式的侦查程序可以证明的问题。因此，随后的审判程序似乎仅由那些将事实上<sup>有罪</sup>证明到较高的确定程度的规则组成。但是，事实上<sup>有罪</sup>不只是个经验性的判决：有罪——不仅仅实施了一个危害行为——行为人必须具有实施犯罪行为的犯罪意图，且达到制定法上之道德的可责难性和可归责性的必不可少的程度。简言之，一个标准的判决必须经常（有人认为总是）在认定行为人事实上<sup>有罪</sup>之前就作出了。很简单，就算事实上<sup>有罪</sup>也不能以非正式的方式决定。See Arenella, Note 4, *supra*, at 214.

[19] Griffin v. Illinois, 351 U. S. 12, 19 (1956).

[20] Florida v. Meyers, 466 U. S. 380, 885 (1984) (Stevens, J., dissenting) (emphasis added).



### 第三节 “事实真相”在刑事司法制度中的地位<sup>[21]</sup>

任何人都会赞同以下判断:事实真相——可靠的审判结果,即,犯罪人被判有罪、无辜者被判无罪——是刑事司法制度的一项重要目的。假定其他方面都一样,刑事程序应当提高而非阻碍发现事实的真相。

然而,这一领域却存在着各种争论。第一,对于提高可靠性的最佳方法,并不存在一致的看法。例如,像第二节提到的那样,一些人相信,司法裁判程序的形式性降低了诉讼结果的可靠程度,而另外一些人则认为,与警察主导的非正式的事实发现程序相比,正式的审判程序能够更好地促进事实真相的发现。

第二个重要的立法政策问题是——事实上,这是一个基本的道德价值问题——错误定罪与错判无辜是否具有同等的不受欢迎的程度?也即,一旦我们承认,不存在不会出错的(由人类负责进行的)事实裁判制度,那么,我们就必须考虑,司法制度是否应当对出错的方向问题漠然置之。

对于错误风险的分配,大陆法系采用“对有罪无罪保持中立”<sup>[22]</sup>的分析方法。与此不同,美国刑事司法的传统观点则认为“偏重无辜者”的分析方法更可取:“将一个无辜者错判有罪,比错误释放一个有罪之人要坏。”<sup>[23]</sup>——宪法关于无罪推定的要求以及诸如禁止双重危险的宪法规则(禁止对同一犯罪行为实施两次审判)、禁止强迫自证其罪的特权等其他法则均反映了这样一种观点。布莱克斯通更极端,他声称“法律认为,宁可错放十个犯罪人,也不能错判一个

[21] See generally William T. Pizzi, *Trials Without Truth* (1999); Albert W. Alschuler, “The Search for Truth Continued, The Privilege Retained: A Response to Judge Frankel”, 54 *U. Colo. L. Rev.* 67 (1982); William J. Brennan, Jr., “The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth?”, 1963 *Wash. U. L. Q.* 279; Marvin E. Frankel, “The Search for Truth: An Umpireal View”, 123 *U. Pa. L. Rev.* 1031 (1975); Monroe H. Freedman, “Judge Frankel’s Search for Truth”, 123 *U. Pa. L. Rev.* 1060 (1975); Henry J. Friendly, “Is Innocence Irrelevant? Collateral Attack on Criminal Judgments”, 38 *U. Chi. L. Rev.* 142 (1970); Gary Goodpaster, “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, 78 *J. Crim. L. & Criminology* 118 (1987); Klein, Note 5, *supra*; A. Kenneth Pye, “The Role of Counsel in the Suppression of Truth”, 1978 *Duke L. J.* 921; Irene Merker Rosenberg & Yale L. Rosenberg, “Guilt: Henry Friendly Meets the MaHaRaL of Prague”, 90 *Mich. L. Rev.* 604 (1991); Tom Stacy, “The Search for the Truth in Constitutional Criminal Procedure”, 91 *Colum. L. Rev.* 1369 (1991); Thomas Weigend, “Criminal Procedure: Comparative Aspects”, in 1 *Encyclopedia of Crime and Justice* 444 (Joshua Dressler, ed., 2d ed. 2002).

[22] Stacy, Note 21, *supra*, at 1407.

[23] *In re Winship*, 397 U.S. 358, 372 (1970) (Harlan, J., concurring).

无辜者。”<sup>[24]</sup>简言之,施加不应有的惩罚是一种更大的罪恶。此外,对于保护无辜者也可以提出一些实用主义的理由,因为“如果让人们对遭受惩罚的人是否是无辜者心存疑问,那么,这样的[法律程序]将会削弱刑事法的道德力量。”<sup>[25]</sup>基于这一观点,一个提供平等竞技场地的程序,事实上不会带来适当的衡平;相反,法律应当偏向于“正义天平的被告人一侧。”<sup>[26]</sup>

与几个世纪以前相比,现如今这一立场可能已经不再那么流行了。<sup>[27]</sup>从纯粹的报应观点出发,或许有人会主张说,这两种类型错误风险都不对:惩罚一个无辜者固然是错误的,但是,让有罪之人免于偿还他对社会欠下的债,同样是不正义的。从实用主义观点来看,一个容易释放有罪之人的规则体系,将会向潜在的犯罪人传递一个危险的信息;而且,将特别危险的人错误释放还可能导致更大的社会痛苦——该痛苦大于因惩罚同等数量的无辜者所引发的社会痛苦。<sup>[28]</sup>

身为教授、法官的理查德·波斯纳辩解道,“除非增加用于确定有罪无罪的资源;否则,为了降低错判无辜的可能性,唯一的出路只能是同时降低将有罪之人定罪的可能性。”<sup>[29]</sup>也即,在资源有限的前提下,每一块钱,一旦用于保障无辜者,就不可能再用以将有罪之人定罪。如果我们接受“绝大多数被指控人事实上有罪”的假定,进一步的推论只能是,与平等对待有罪无罪之人的程序相比,关注保障无辜的程序将会导致更不可靠的诉讼结果。事实上,如果接受了波斯纳的观点,那么,偏重追诉犯罪的制度显然更值得受到人们的青睐:我们应该给狐狸——在这一观点看来,即绝大多数涉嫌犯罪的人——一个逃脱猎人追捕的机会,这一原则“有助于形成有意思的竞技(good sports),但是,在刑事侦查中,我们应当寻求事实真相,而不是为了娱乐。”<sup>[30]</sup>

上述辩论将我们带到了第三个重要的争论问题:被告人有罪还是无罪的事实真相是不是刑事司法制度中应予考虑的唯一价值?一些评论者提出,将

[24] 4 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* \* 358 (1765).

[25] *In re Winship*, 397 U.S. at 364.

[26] Barbara D. Underwood, “The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases”, 86 *Yale L. J.* 1299 (1977).

[27] *See especially* Stacy, Note 21, *supra* (作者争论说,美国最高法院已经开始采取以下立场:错误的无罪判决就像错误定罪一样坏).

[28] 关于该问题的争论, *see* Jeffrey Reiman & Ernest van den Haag, “On the Common Saying that it is Better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con”, 7 *Soc. Phil. & Policy*, Spring, 1990, at 226.

[29] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 216 (1990).

[30] Joseph D. Grano, “Selling the Idea to Tell the Truth: The Professional Interrogator and Modern Confessions Law”, 84 *Mich. L. Rev.* 662, 677 (1986).

发现事实真相置于其他任何价值之下是站不住脚的;如果不能发现事实真相,或者,忽视了发现事实真相的内在要求,一个司法制度必然无法完成它的使命。一个学者曾经论证说,如果进行正确的解释,那么,与刑事程序有关的宪法条款之所以存在,恰恰“是为了保护无辜者。一般而言,有罪之人受到保护……只是保障无辜者——因为他们是无辜的,所以需要保护——的附带的、无法避免的副产品而已。”<sup>[31]</sup>例如,延循这一观点,以下法律规定是不明智的:因为某证据是警察非法获得的而要求在审判中排除该项值得信赖的证据。

相反的观点认为,刑事司法制度不应当仅仅着眼于发现事实真相。恰如英国某法院所言,“事实真相,如同其他好的事物一样,可能会受到不明智的热爱——可能会被过于热烈地追逐——因而可能需要付出太大的代价。”<sup>[32]</sup>从这一观点出发,“必须在实现正义的更大关注中,为事实真相寻找一个适当的位置。”<sup>[33]</sup>简单讲,“正义”不仅仅意味着特定案件的可靠结果。许多研究者可能主张,如果控方借助刑讯或侵犯其他重要人权的方式去查明“事实真相”,那么,“事实真相”也就太昂贵了。在此种情形下,社会公众可能会认为,与其根据受到污染的证据将被告人裁判有罪,不如让可能有罪的人逃脱制裁——其原因或者出于对被告人人权的尊重和对司法制度道德廉正价值(the moral integrity)的关注,或者将其作为遏制今后警察滥权的手段。<sup>[34]</sup>尤其是论及有关刑事程序的宪法规定时,多数人的共识是“对事实真相的追求……并不是发挥作用的唯一原则,甚至可能连最重要的原则也不是……”<sup>[35]</sup>

[31] Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles* 154 (1997).

[32] *Pearse v. Pearse*, 63 Eng. Rep. 957, 970 (1846).

[33] Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Procedure* (Report 32) 10 (1988).

[34] See *Sawyer v. Whitley*, 505 U. S. 333, 356 (1992) (Blackmun, J., concurring in the judgment) (他批评最高法院“一味地关注”发现事实真相,并指出“宪法缔造者所确立的控告式司法制度为被告人提供了某些程序性保护,而这些程序保护的首要目的并不在于准确地发现事实真相。”); see also *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U. S. 426 (2004) (通过标准程序获得的证据信息是否“比借助非常极端的刑讯方式获得的证据信息更可靠或者更不可靠,是不会有结论的。但是,如果这个国家准备继续信守其旗帜所标识的那些理念,那么,即使为了抵制专制力量的进攻,她就绝对不会采用专制的手段”)(Stevens, J., dissenting).

[35] Klein, Note 5, *supra*, at 534.

#### 第四节 弹劾式与纠问式<sup>[36]</sup>

法官们经常说,“我们的刑事司法制度是弹劾式而非纠问式。”<sup>[37]</sup>但是,这是真的吗?就我们当前讨论的主题而言,更有意义的问题是,它应当是弹劾式吗?

纯粹的弹劾式刑事司法制度植根于以下信念:“尊重人格的神圣不可侵犯性,……试图对个人施以惩罚的控方,必须通过其自己独立的劳动提出不利于个人的证据。”<sup>[38]</sup>控方必须“肩负起全部重担”。<sup>[39]</sup>不允许借助以非自愿方式从被告人那里获取的有罪证据将其定罪。有学者解释说,在弹劾式诉讼中,被告人被视为“好像是无辜的,而且,他无需向意图将其定罪的一方提供任何帮助。”<sup>[40]</sup>

在审判中,弹劾式诉讼植根于审判实践的对抗制理论。对抗制是“一场受规制的、各种竞争性解释何者胜出的讲故事比赛(a regulated storytelling contest)。”<sup>[41]</sup>也即,纠纷的双方当事人,通常由其律师代理,向消极、中立的裁判者提出各自关于某事件的、相互冲突的叙事版本。

与此不同,纠问式诉讼的最极端模式允许控方通过“简单可行的强制方法”<sup>[42]</sup>从被告一方获取被告人有罪的证据,例如强制性讯问,或者其他较为可靠的方式,如要求嫌疑人提供DNA、血样或指纹。在审判过程中,法官(作为纠问者)亲自进行事实调查和法律调查,而不是将这些事项交由律师以对抗的方式提出相关的事实。审判是一种调查而非竞赛,法官是侦查主导者而非仲裁者。在此类制度中,法官也可能会强迫被告人作为不利于自己的证人。

撇开此类标签式的论述不讲,事实上,美国刑事司法制度也并非纯粹的弹

[36] See generally Mirjan Damaska, “Adversary System”, in 1 *Encyclopedia of Crime and Justice* (Joshua Dressler ed., 2d ed. 2002); Abraham S. Goldstein, “Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”, 26 *Stan. L. Rev.* 1009 (1974); Abraham S. Goldstein & Martin Marcus, “The Myth of Judicial Supervision in Three ‘Inquisitorial’ Systems: France, Italy, and Germany”, 87 *Yale L. J.* 240 (1977); Goodpaster, Note 21, *supra*; John H. Langbein & Lloyd L. Weinreb, “Continental Criminal Procedure: ‘Myth’ and Reality”, 87 *Yale L. J.* 1549 (1978); Myron Moskovitz, “The O. J. Inquisition: A United States Encounter With Continental Criminal Justice”, 28 *Vand. J. Transnat’l L.* 1121 (1995); Gregory W. O’Reilly, “England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice”, 85 *J. Crim. L. & Criminology* 402 (1994); Weigend, Note 21 *supra*.

[37] *Rogers v. Richmond*, 365 U. S. 534, 541 (1961).

[38] *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, 460 (1966).

[39] *Id.* [quoting 8 Wigmore, *Evidence* 317 (McNaughton rev. 1961)].

[40] Goldstein, Note 36, *supra*, at 1017.

[41] Goodpaster, Note 21, *supra*, at 120.

[42] *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. at 460.

劾式诉讼(而且,如果有的话,当今也只有极少数的欧洲大陆国家仍然契合纠问式模式)。的确,最高法院曾经认为:“在我们的司法制度中,侦查阶段是而且一直都是纠问式……”<sup>[43]</sup> 尽管这纯粹是一种言过其实的说法,但是,如本书所述,为了将被告人定罪,立法并不要求控方“肩负起全部的重担”。例如,可以合乎宪法地强令嫌疑人参加列队辨认、采集其指纹或者违背其意愿从其血管里采集血样。<sup>[44]</sup> 所有这些程序通常会有助于对其定罪和惩罚。而另一方面,为了给警察局里的活动“提供公平的竞技场”,最高法院也已经采取了一些措施。例如,允许辩护律师在正式起诉后的列队辨认时(post-indictment lineup)到场;在警察讯问中允许嫌疑人获得律师的帮助。<sup>[45]</sup>

如果说侦查阶段在本质上通常属于纠问式的话,刑事司法制度的审判阶段——伴随着对抗制程序的全面展开,以及根据第五修正案认可的被告人权利,即,不得“在任何刑事案件中强迫其作为不利于自己的证人”——本质上则更倾向于弹劾式。但是,即使在该阶段,仍然可以找到某些非弹劾式特征。例如,根据规则,控方可以要求被告向检察官通报其准备在庭审中提出的各种辩护(trial defenses)<sup>[46]</sup>;该规则使得控方更容易准备诉讼和赢得案件。

问题的关键在于,司法制度的弹劾式特点是否应当变得比现行制度更多(还是更少)? 根据查明事实真相是刑事诉讼程序的目的,有人争辩说,对抗制的审判体制是适宜的,因为“借助纠纷双方强有力的论述,能够最好地发现事实真相。”<sup>[47]</sup> 他们声称,只有采取这种方式,才能够避免裁判者过于草率地裁决纠纷。

然而,其他评论者认为,对抗制程序并不能帮助获得可靠的事实裁判。<sup>[48]</sup> 他们宁愿赞同某位法学家的以下观点:该法学家抱怨说,对抗制程序能够查明事实真相“仅仅是一种顺便为之的产物,一种副产品,或者说,意外地接近了事实真相。”<sup>[49]</sup> 他们声称,如果我们真的想要查明事实真相,在审判中,法官应当扮演更加积极的角色,而且,不应仅仅因为是从被告人那里非自愿取得的而禁止提出各种可靠的证据,如被告人自己的法庭证言。

关于对抗制的另一个辩护理由是专门针对审前的侦查阶段的。该理由认

[43] *McNeil v. Wisconsin*, 501 U. S. 171, 181 n. 2 (1991).

[44] See generally 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure* (4th ed. 2006).

[45] See *id.* at §§ 24.04 (羁押期间的讯问) and 26.02 (起诉后的列队辨认)。

[46] 参见本书第七章第八节。

[47] *United States v. Cronin*, 466 U. S. 648, 655 (1984) [quoting Lord Eldon in Kaufman, “Does the Judge Have a Right to Qualified Counsel?”, 61 *A. B. A. J.* 569, 569 (1975) (internal quotation marks omitted)].

[48] See Goodpaster, Note 21, *supra*, at 121-22.

[49] Frankel, Note 21, *supra*, at 1037.

为,对抗制在可能是无辜的被告人与极为强势的控方之间,设置了一道必需的保护性屏障。就此而言,最高法院的下述观点可能与此相关:

历史——无论是古代的历史还是当代的历史——告诉我们,从长远来看,与依赖通过专业化的侦查活动独立获得外部证据相比,一个过分依赖“自白”[以及其他从被告人那里获取的证据]的刑事司法制度将会变得难以让人信赖,而且,很容易导致权力的滥用。<sup>[50]</sup>

然而,即使弹劾式诉讼能够据此得以正当化,依然存在以下问题:在对抗制制度下,是否可以放心地采用更有助于查明事实真相的技术?

### 第五节 法律视野中的种族、性别与经济地位<sup>[51]</sup>

在刑事程序中,与种族、性别、经济地位相关的问题常常是关注的焦点。例如,一个富有的人能够聘得起律师,而且,如果被定罪,能够付得起上诉的费用。一个贫穷的人则请不起私人律师或者无力支付法院的诉讼费用(court filing costs)。因此,法院和立法机关必须决定是否应当(如果应当,那么,如何)确保贫穷的被告人能够像富人那样在同样的前提下进入刑事诉讼程序,并确保其能够像有钱人那样获得质量较高的、精力充沛的律师来代理诉讼。<sup>[52]</sup>

性别也会成为一个问题。例如,是否应当允许立法机关规定,女性可以根据比男性更为宽松的理由免除其担任陪审员的义务?<sup>[53]</sup> 是否应当允许律师仅仅根据一个人的性别而拒绝其担任本案的陪审员。<sup>[54]</sup>

或许,最具悲剧色彩的是,长期以来,种族问题已经渗透到了刑事司法制度的多个层面。例如,研究表明,在青少年司法制度中,少数族裔的青少年会受到

[50] *Escobedo v. Illinois*, 378 U. S. 478, 488-89 (1964) (footnotes omitted).

[51] See generally David Cole, *No Equal Justice* (1999); Randall Kennedy, *Race, Crime and the Law* (1997); *Feminist Legal Theory: Readings in Law & Gender* (Katherine T. Bartlett & Rosanne Kennedy, eds. 1991); Richard Delgado & Jean Stefancic, "Critical Race Theory: An Annotated Bibliography", 79 *Va. L. Rev.* 461 (1993).

[52] 参见本书第四章第三节第二部分(关于贫穷者律师辩护权的讨论)和第九章第六节第二部分之(二)5(讨论了以下问题:因为代理律师的草率,贫穷的无辜者可能会被迫作有罪答辩)。

[53] *Taylor v. Louisiana*, 419 U. S. 522 (1975)[该判例主文认为,一项允许女性就其不愿履行陪审员义务提出书面申请而不允许男性这么做的制定法,违反了被告人的第六修正案权利,即陪审团候选人应当具有社区成员的典型代表性(a representative cross-section of the community)]。

[54] *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.* 511 U. S. 127 (1994)[该判例主文认为,仅仅根据性别而提出的无因回避,违反了第十四修正案的平等保护条款;因此,在关于孩子监护权和亲子关系的案件中,一方当事人试图排除男性陪审员的做法,无法依据下述推定而变得适当:男性(或女性)将会仅仅根据他们自己的性别因素决定此类案件]。参见第十章第六节第三部分之(三)3。

比非少数族裔的青少年更为严苛的对待<sup>[55]</sup>；在刑事案件中，陪审员会受到被告人种族因素的影响。<sup>[56]</sup>同时，有令人信服的证据表明，存在着所谓的“种族貌相”(racial profiling)问题，即，执法官员基于种族成见而截停、询问非裔美国人(或其他少数族裔)，而且常常会对他们或他们的车辆实施搜查。<sup>[57]</sup>而且，美国受到“9·11”的攻击以后，种族貌相问题已经变得更为复杂。例如，在“9·11”攻击之后的几天或几个月里，在机场或其他地方将具有中东地区貌相的人挑出来进行特别的搜查和询问，这是不适当的种族貌相问题还是理智的执法活动呢？<sup>[58]</sup>总而言之，立法者、法院、联邦和地方的执法机关已经开始在努力寻找如何处理这些敏感问题的最佳方法。

然而，尽管法院、律师和学者们试图发展出一种更加种族中立、性别中立(race-and gender-blind)的刑事司法制度，但是其他一些评论者则相信，在某种意义上，法律应当更加重视种族、性别的因素。例如，在判断“理性人”面对警察可能会采取什么样的行动时，麦克林教授争辩说，“警察与黑人男性打交道时的动

[55] Fox Butterfield, "Racial Disparities Seen as Pervasive in Juvenile Justice", *New York Times*, April 26, 2000, at A1 (该文报道了一项由司法部和6个国内基金会汇编整理的研究结论)。

[56] Samuel R. Sommers & Phoebe C. Ellsworth, "Race in the Courtroom: Perceptions of Guilt and Dispositional Attributions", 26 *Personality & Soc. Psych. Bulletin* 1367 (2000) (该文的研究结论之一是，在种族并非显著因素的案件中，充当陪审员的白种人会认定，作为被告人的非裔美国人会比作为被告人的白种人更可能有罪、更具有攻击性、更可能使用暴力)。

[57] E. g., *State v. Soto*, 734 A.2d 350 (N.J. Super. 1996) (该文引用了一些统计学证据；这些证据表明新泽西州警察在执行交通法时存在种族歧视的现象)；Iver Peterson, "Whitman Concedes Troopers Used Race in Stopping Drivers", *New York Times*, April 21, 1999, at A1 (新泽西州州长承认，州警察在高速路上对非裔和西班牙裔美国人实施截停并对它们的交通车辆进行搜查的次数是白种人的3倍还要多)；Albert J. Meehan & Michael C. Ponder, "Race and Place: The Ecology of Racial Profiling African American Motorists", 19 *Justice Q.* 399 (2002) (该文研究发现，当非裔美国人开车穿过白人居住区时，警察对它们实施了比例明显失衡的监管和羁押；然而，对此，并不存在非裔美国人具有高犯罪率的合理解释)；David A. Harris, "'Driving While Black' and All Other Traffic Offenses: The Supreme Court and Pretextual Traffic Stops", 87 *J. Crim. L. & Criminology* 544 (1997)；Tracey Maclin, "Race and the Fourth Amendment", 51 *Vand. L. Rev.* 333 (1998)；David A. Sklansky, "Traffic Stops, Minority Motorists, and the Future of the Fourth Amendment", 1991 *Sup. Ct. Rev.* 271；see also 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at §§ 2.07 [B], 8.02 [F], and 17.03 [B][5]. See also Bureau of Justice Statistics, Special Report: Contacts between Police and the Public, 2005 (April 2007, NCJ 215243) [该报告认为，2005年，“警察对白人、黑人、西班牙后裔的司机实施截停的比率基本相当”，但是，(截停后)“黑人、西班牙后裔比白人更容易受到警察的搜查”。该报告并没有说，这种差别是因为不正当的原因(如种族身份)造成的——(事实上，该报告提醒说，“这种明显差异不单单有种族方面的原因，而且，有可能是由该报告没有提及的其他各种因素造成的”)——但是，种族貌相至少可能是导致上述差异的原因之一。

[58] Compare Sherry F. Colb, "Profiling With Apologies", 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 611 (2004) (该文为“9·11”事件后的某些基于貌相的执法活动进行辩护)，with Sharon L. Davies, "Profiling Terror", 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 45 (2003) (该文对一些学者提出的、支持某些类型的“种族貌相”执法的论据进行了反驳)。

态情境,同警察与所谓的普通理性人(average, reasonable person)打交道有着相当大的差异。”<sup>[59]</sup>如果真是如此,则会引发以下问题:“理性人”标准是否应当依种族、性别而特定化(race-and gender-specific),而不是种族、性别中立?<sup>[60]</sup>

种族、性别和经济地位问题要求社会和律师们直面一些困难而且敏感的问题。由于这些因素影响着法律的外观及其实施方式,因此,应当时刻将其牢记在心。

### 第六节 应当由谁设计刑事程序规则?<sup>[61]</sup>

自19世纪50年代开始直至70年代初,美国联邦最高法院当仁不让地在刑事司法规则的形成过程中发挥着领导作用。然而,近年来,最高法院已经不太愿意发展新的程序规则,尤其是关于警察行为的规则,而是将有关刑事程序的许多事项交由立法机关来处理,至少是交给州法院系统来解决。

哪种方式更好呢?也即,是应该由司法机关还是应当由其他某些机关来负责制定刑事程序规则呢?恰如此前曾经指出的那样<sup>[62]</sup>,所谓正当程序模式刑事司法制度的拥护者,通常会支持司法机关在刑事程序法的发展形成过程中发挥积极的作用。强势司法角色的拥护者认为,希望由立法机关制定约束警察和检察官权力的规则是不现实的;而且,更糟糕的是,他们担心,任何立法解决方案都会更多受到政治的影响而非源自深思熟虑的改革。当涉及个体权利问题时,立法机关的多数派倾向于将被指控者的个体权利置于次要的地位。而法院,尤其是实行终身制的联邦法官,则更有条件冷静地发展刑事程序规则。

与此相反,犯罪控制模式的拥护者则赞成少制定一些法律规则,而且,他们认为,如果需要制定规则,也应当由警察和地方立法机构来制定,因为他们更有条件对地方性需求作出评判。此外,一些评论者倾向于选择立法机关的根本原因在于:与联邦法官不同,立法者是由选民选举产生的——警察的权力及其限制应当经由民主程序来确定。再次,一些法院和学者主张联邦司法角色的有限性。因为,路易斯·布兰代斯法官曾经指出,“联邦制令人欣慰的伴生物之一即

[59] Tracey Maclin, “‘Black and Blue Encounters’—Some Preliminary Thoughts About Fourth Amendment Seizures: Should Race Matter?”, 26 *Val. U. L. Rev.* 243, 250 (1991); see also Tracey Marlin, “Terry v. Ohio’s Fourth Amendment Legacy: Black Men and Police Discretion”, 72 *St. John’s L. Rev.* 1271 (1998).

[60] See I Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 17.03[B][5].

[61] See generally Craig M. Bradley, “The Failure of the Criminal Procedure Revolution” 38-94 (1993); Anthony G. Amsterdam, “The Supreme Court and the Rights of Suspects in Criminal Cases”, 45 *N. Y. U. L. Rev.* 785 (1970); Dripps, Note 9, *supra*; Henry J. Friendly, “The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure”, 53 *Cal. L. Rev.* 929 (1965).

[62] 参见第二章第二节第三部分。



在于:如果本州居民愿意,一个有胆略的州就可以像实验室一样<sup>[63]</sup>,对改进司法制度的方法进行实验。与此相反,联邦最高法院基于宪法作出的判决,宣布的是全国普遍适用的刑事程序规则,因此,此类规则难免会窒息各地的创造性。<sup>[64]</sup>

然而,为了解决上述争论,以下现实因素值得引起足够的重视。警察与个体之间的绝大多数冲突根本不会进入法院的视野,能够由最高法院予以处理的就更少了。因此,尽管最高法院的判决可能更有价值,因为“它们具有巨大的神秘内涵”而且“说出了我们的理想”<sup>[65]</sup>,但是,社会公众不应奢望高级别的法院有能力调整警察、检察官以及50个州法院的各种活动。30多年前,安东尼·阿姆斯特丹教授曾经沮丧地指出,作为一种实践性活动,艰巨的工作“必须……由地方立法者、执法者、警察的上令下从结构以及同一社区的居民来完成。根据这些人们过去的表现——或者更应该说是无所作为——这看上去可能是一个徒然无果的希望。”<sup>[66]</sup>

## 第七节 刑事程序规则的形成:一些根本性分歧

### 一、明确规则与逐案考量<sup>[67]</sup>

在刑事程序方面,一个正在讨论且至关重要的问题是:法院(和其他法律制定机关)究竟是应当制定明确的刑事程序规则(bright-line rules),还是应当发展形成“弹性”的规则(“blurry line” rule),即其贯彻实施需要逐案考量(case-by-case adjudication)的概括性标准(general standards)?

在刑事法中,上述两类规则都大量存在。例如,在有关警察讯问的规则中,最高法院曾经判决指出,被告人根据第六修正案所享有的迅速审判的权利是否受到了侵犯,取决于由四项因素构成的权衡标准——该标准要求针对个案情形

[63] *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (dissenting opinion).

[64] Friendly, Note 61, *supra*, at 954-55.

[65] Amsterdam, Note 61, *supra*, at 793.

[66] *Id.* at 810.

[67] See generally Albert W. Alschuler, “Bright Line Fever and the Fourth Amendment”, 45 *U. Pitt. L. Rev.* 227 (1984); Craig M. Bradley, “Two Models of the Fourth Amendment”, 83 *Mich. L. Rev.* 1468 (1985); Joseph D. Grano, “Miranda v. Arizona and the Legal Mind: Formalism’s Triumph Over Substance and Reason”, 24 *Am. Crim. L. Rev.* 243 (1986); Wayne R. LaFave, “Being Frank About the Fourth: On Allen’s ‘Process of ‘Factualization’ in the Search and Seizure Cases’”, 85 *Mich. L. Rev.* 427 (1986); Wayne R. LaFave, “The Fourth Amendment in an Imperfect World: On Drawing ‘Bright Lines’ and ‘Good Faith’”, 43 *U. Pitt. L. Rev.* 307 (1982); Wayne R. LaFave, “‘Case-by-Case Adjudication’ Versus ‘Standardized Procedures’: The Robinson Dilemma”, 1974 *Sup. Ct. Rev.* 127.

对各项因素进行分别评估和权衡。<sup>[68]</sup> 最高法院也曾经结论说,在判断被告人是否没有获得辩护律师的有效帮助,应当采取逐案考量的方法。<sup>[69]</sup> 另一方面,即使在这些特定的领域(即迅速审判与获得辩护律师的有效帮助),最高法院也确立了一些明确的规则:就迅速审判而言,计算的起点始于(而且仅仅始于)被告人被逮捕或受到了正式指控之时。<sup>[70]</sup> 如果控方以违宪方式对辩护律师提供法律帮助施加了干预并由此引发了是否获得了有效法律帮助的问题,那么,以无效法律帮助为由,被告人将自动获得重新审判的权利。<sup>[71]</sup>

就规则制定而言,哪一种方式更可取呢? 逐案裁量方式的拥护者争辩说,这一方式更容易导致“正确”的结果,即,更合乎赋予该规则据以存在的正当性基础。他们声称,如果采取明确规则的立法方式,则只能保证结果在多数时候是适当的;如果采取逐案裁量的方式,则可以保证结果在任何时候都是正确的。仍以迅速审判为例。最高法院曾经解释说,迅速审判的权利既保证被告人具有为自己辩护的能力,同时,又可以让被告人避免遭受不适当的“焦虑不安”以及令人难以忍受的审前羁押。<sup>[72]</sup> 当然,对迅速审判原则的违反,也可能导致有罪人无罪释放的后果。理论上讲,根据最高法院确立的由4项因素构成的权衡标准,可以对任何案件中的这些相关因素进行适当的权衡。总而言之,在不同案件中,即使等待的时间一模一样,对迅速审判权所保护的利益造成的影响却并非完全相同。

但是,如果将迅速审判原则转化为一条明确规则,例如,“如果6个月内没有将被告人交付审判,即构成对该项权利的侵犯”(事实上,有关迅速审判的许多制定法采取的就是此类立法方法<sup>[73]</sup>),那么,该规则的适用结果可能不会完美地契合具体的正当事由。就此而言,规则之于具体的正当事由,二者的匹配情形就如同戴别人的手套一样。

明确规则的拥护者则以以下事实作为回应:如果采取逐案考量的方式,那么,作出法律决定的人将受制于他们自己的偏见,并受制于特定规则的正当基础在具体情形下呈现出的不确定性。例如,迅速审判的权衡标准必然要求以个体存在的法官作出以下判断:因审判前的拖延造成了多大程度的“焦虑不安”才算过量的焦虑不安? 在本案中,被告人因此遭受了多大程度的“焦虑不安”? 因此,明确规则的拥护者争辩说,执行法律的人需要明确的指导,而不是“包含各

[68] 参见第八章第二节。

[69] 参见第四章第八节。

[70] 参见第八章第二节。

[71] 参见第四章第八节第二部分之(三)1。

[72] 参见第八章第一节。

[73] 参见第八章第三节。

种‘如果’、‘而且’、‘但是’之类的规定,因而要求进行微妙、细致区分的”<sup>[74]</sup>复杂规则。

安东尼·阿姆斯特丹教授曾经论证说,尽管弹性规则(即逐案考量的规则)可能“在灵活性上令人满意”,但是,此类规则却很容易变得“极其费解、难以执行……基本上是四处蔓延的。”<sup>[75]</sup>因此,他进一步认为,即使模棱两可的规则在任何时候都可能导致正确的结果,但是,即便是有着善良意愿的执法官员也只能在75%的案件中予以正确的适用;与之相比,即使明确规则或许只能在90%的案件中导致正确的结果,但是,这种明确规则几乎在任何时候都能够被遵守。因此,明确规则更可取。<sup>[76]</sup>

然而,警察对明确规则的执行情况未必会比非明确规则更好。<sup>[77]</sup>而且,即使承认明确规则的优点,明确规则真的就泾渭分明吗?大法官威廉·伦奎斯特曾经指出,律师们“练就了一种像猎人攻击狐狸一样攻击‘明确规则’的能力。”<sup>[78]</sup>律师们希望规则能够回答刑事案件中可能出现的“任何相关复杂情形中因任一相关变量变化而导致的任何相关的细微差别”。<sup>[79]</sup>当被迫以黑白分明的规则应对现实生活中的灰色问题时,法院倾向于采用技术性区分和例外(technical distinctions and exceptions)的方式——这种方式使得原本明确规则的优点黯然失色。<sup>[80]</sup>

在论辩中,一些评论者持中间立场。<sup>[81]</sup>他们赞成明确规则,但仅限于满足特定条件的情形。首先,只有在有证据证明真正需要明确规则时,即逐案裁量的方式无法提供足够的指导时,才采用明确规则。其次,明确规则的结果应当达到较高的正确率,即该正确率应当与采用逐案裁量方式所能达到比率相差无几。简言之,如果必须采用明确规则,应当确保它是一个正确的明确规则。再次,明确规则应当不容易被执法官员滥用。

[74] LaFave, Note 67, *supra*, at 141.

[75] Anthony G. Amsterdam, “Perspectives on the Fourth Amendment”, 58 *Minn. L. Rev.* 349, 415 (1974).

[76] LaFave, Note 67, *supra*, at 321.

[77] William C. Heffernan & Richard W. Lovely, “Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule: The Problem of Police Compliance with the Law”, 24 *U. Mich. J. L. Rev.* 311, 356 (1991) (通过对4个中等大小的警察部门进行研究,作者发现,与非明确规则相比,明确的搜查-扣押规则也并非更容易让执法官员理解)。

[78] *Robbins v. California*, 453 U.S. 420, 443 (1981).

[79] Amsterdam, Note 75, *supra*, at 375.

[80] See Bradley, Note 61, *supra*, at 77-81.

[81] *E. g.*, LaFave, Note 67, *supra*, at 325-33.

## 二、主观主义与客观主义：通过制定规则以避免借口式执法行为<sup>[82]</sup>

警察行为的合法性是否应当取决于执法官员的主观心理状态（即，他的真实信念或行动理由）？或者说，法院是否不应当考虑执法官员内在的动机（即使执法官员心存恶意），而仅仅根据客观根据来评判警察的表现？

在最高法院发展形成的刑事程序规则中，既有主观规则也有客观规则。例如，就讯问而言，最高法院曾经判决说，如果警察“故意且有计划地”——这是一个主观标准，因为它试图确定执法官员的真实心理状态——在被指控人律师不在场的情况下获取被指控人的归罪性言论，那么，该行为即违反了第六修正案规定的律师辩护权。<sup>[83]</sup> 另一方面，最高法院针对以下问题精心设计了一条客观标准：就应当给予米兰达警告而言，哪些尚未构成真正讯问的警察行为，在功能上属于“讯问”的等价手段（即，“借助警察的某些话语或举动……警察应当知道可能会合乎情理地获得犯罪嫌疑人的归罪性言论”）。<sup>[84]</sup>

第四修正案的判例法规则也同样包含着主观标准和客观标准——尽管该领域的规则明显更强调后者。最高法院曾经指出，“与取决于执法官员主观心理状态的标准相比，采用客观的行为标准更能够实现公正无私的执法。”<sup>[85]</sup> 例如，作为上述观点的产物，大法官们判决指出，即使某人不享有允许他人进入住宅实施搜查的权利，只要“根据执法官员当时知悉的事实……能够担保一个具有合理谨慎态度的人相信同意实施搜查的人有权作出该项授权”<sup>[86]</sup>，那么，警察就可以根据该项同意授权对住宅实施无证搜查。

另一方面，执法官员的心理状态有时候也会影响到其行为的合法性。例

[82] See generally John M. Burkoff, “The Pretext Search Doctrine Returns After Never Leaving”, 66 *U. Det. L. Rev.* 363 (1989); Edwin J. Butterfoss, “Solving the Pretext Puzzle: The Importance of Ulterior Motives and Fabrications in the Supreme Court’s Fourth Amendment Pretext Doctrine”, 79 *Ky. L. J.* 1 (1990); James B. Haddad, “Pretextual Fourth Amendment Activity: Another Viewpoint”, 18 *U. Mich. J. L. Rev.* 639 (1985); Harris, Note 57, *supra*; Andrew D. Leipold, “Objective Tests and Subjective Bias: Some Problems of Discriminatory Intent in the Criminal Law”, 73 *Chi-Kent L. Rev.* 559 (1998); Maclin, Note 57, *supra*; Sklansky, Note 57, *supra*. See generally “Symposium, Programmatic Purpose, Subjective Intent, and Objective Intent: What is the Proper Role of ‘Purpose’ Analysis to Measure the Reasonableness of a Search or Seizure?”, 76 *Miss. L. J.* 339-622 (2006).

[83] *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387, 389 (1977). See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 25.05.

[84] *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 301 (1980) (emphasis added) (footnotes omitted). See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 24.08.

[85] *Horton v. California*, 496 U.S. 128, 138 (1990).

[86] *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 188 (1990) (internal quotations omitted). See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 16.06.

如,只要遵循标准化程序,警察就可以对他们已经扣押的车辆进行详细的财产登记搜查;但是,警察不得使用诡计将该项程序用于调查车主的其他犯罪活动。<sup>[87]</sup>

执法官员行为的合法性是否应当取决于该官员的主观心理状态呢?也即,在主观上,他的行为是否出于宪法上正当或不正当的理由?或者说,法院是否不应当考虑执法官员的内在动机(即使他们心存恶意),而仅仅根据客观根据来评价他的表现呢?通俗一点讲,在刑事侦查领域,这一问题被表述为:如何处理“借口式”警察行为(“pretextual” police conduct)?也即,“执法官员原本应当具有某种心理状态并以此作为其执法行动的法律正当理由,但是,事实上他并不具有这种心理状态。”<sup>[88]</sup>例如,假设一名执法官员对超速者签发了一张交通罚单,但是,其原因并非他真的认为这一交通违法行为值得引起他的关注,而是因为他凭直觉认为该司机可能非法持有麻醉制品,因此,想借此找个机会看看汽车里的情况。同样,某执法官员可能会故意推迟合法实施逮捕的执行时间,而等待犯罪嫌疑人去到他朋友家里后再开始执行逮捕。推迟执行的动机可能是因为,该执法官员想搜查第三人的住宅但缺乏合理根据,所以,想借此机会将该居民与犯罪联系在一起。

处理此类借口式执法行为的最显著方法是:根据每个案件的具体情形,来确定执法官员的行为是否出于适当或不适当的理由。这一方法的主要困难在于,“法院试图捕捉警察的隐秘动机,但是,结果却是事倍功半。”<sup>[89]</sup>人类行为很少出于单一的动机:相互冲突的动机,有些是适当的,有些则是不适当的,常常同时激励着某一行为。即使是最真诚的执法官员,也可能无法就其在执法时的思想过程提供信心十足的证言;然而,如果主观信念将决定着某一证据的可采性,那么一名不诚实的执法官员则会有强烈的动机去作伪证。事实上,一个被迫关注警察动机的法院,可能会在心存疑虑时作有利于警察的解释。

另一种选择是,最高法院可能会设计一些宪法规则。一般而言,这些规则会在某些案件类型中——在这些案件类型中,执法官员采取借口式执法的风险特别高——限制警察的权力。有时候,法院确实采取了这种方法。例如,在上述住宅搜查的例子中,最高法院判决认为,除非警察持有搜查第三人住宅的令状且该令状具有合理根据的支持;否则,警察通常不得进入个人家里逮捕他的客人。<sup>[90]</sup>法院认为,如果不要另求搜查证,逮捕证可能“会成为进入住宅的

[87] See *Colorado v. Bertine*, 479 U. S. 367, 375-76 (1987); *South Dakota v. Opperman*, 428 U. S. 364, 376 (1976). See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 15.01[B].

[88] *Scott v. United States*, 436 U. S. 128, 138 (1978).

[89] *Amsterdam*, Note 77, *supra*, at 436 (footnote omitted).

[90] *Steagald v. United States*, 451 U. S. 204 (1981). See 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 9.05[D].

借口；但是，对于该住宅，警察虽然怀疑有违法行为发生，却并没有合理根据予以支持。”〔91〕

然而，更常见的是，法院拒绝为限制可能出现的借口式执法而设计相应的规则。例如，最高法院判决认为，只要为签发交通罚单而对汽车实施截停的行为具有客观的合理根据，根据第四修正案，它就是合法的——即使该截停行为只是为侦查司机的毒品犯罪寻找借口。〔92〕简言之，法院认为：“在有关第四修正案合理根据的常规分析中，主观动机没有任何意义。”〔93〕

在学习刑事程序过程中，读者应当思考以下问题：借口式执法的现象是否已经严重到了需要引起司法机关关注的程度？如果是，何种程序规则能够富有成效且高效率地解决这一问题？

---

〔91〕 451 U. S. at 215; *see also* *Maine v. Moulton*, 474 U. S. 159, 180 (1985) (尽管警察就犯罪 Y 询问 M 具有合法性，但是，警察侵犯 M 的律师帮助权而从 M 那里获取了关于犯罪 X 的归罪性陈述。对此，判例认为，关于犯罪 X 的陈述不可采，即使执法官员可能是出于善意；“如果允许采纳以侵犯第六修正案权利的手段而获得的证据——即使此时警察主张存在其他替代的、合法的监督手段——将会诱发……以谎称侦查 (fabricated investigations) 为由滥用该项权力……” )。

〔92〕 *Whren v. United States*, 517 U. S. 806 (1996). *See* 1 Joshua Dressler & Alan C. Michaels, Note 44, *supra*, at § 8.02[F]. *See also* *Brigham City v. Stuart*, 126 S. Ct. 1943 (2006) (该案判决认为，在判断警察以实施紧急救助或防止即将发生的伤亡事件为由无证进入公民住宅的行为是否具有合理性时，法院必须根据客观情形作出判断，无需考虑执法官员的主观动机)。 *See also* *Brigham City v. Stuart*, 547 U. S. 398 (2006) (最高法院判决认为，对于警察为实施紧急救助或保护居民受到即将发生的人身伤害而无证进入住宅的行为，法院在审查该行为是否符合合理性标准时，必须着眼于当时的客观情形，而无需考虑执法官员的主观动机)。

〔93〕 517 U. S. at 813.

## 第三章 权利法案的合并问题

### 第一节 合并问题:概述<sup>[1]</sup>

#### 一、合并问题的性质

美国联邦宪法的前10条修正案(即权利法案),是在宪法批准后紧接着就通过的。这些条款的目的在于限制联邦政府的权利,而非限制州政府的活动。<sup>[2]</sup>然而,作为州或地方警察刑事侦查活动的产物,绝大多数刑事指控是在州法院进行的。因此,权利法案中,与刑事程序有关的条款——主要有第四修正案、第五修正案、第六修正案、第八修正案——并不能直接适用于美国的绝大多数刑事案件。

1868年通过的第十四修正案对州政府的权利施加了某些限制。该修正案的第1款从以下三个方面对州政府施加了限制:

任何州(一)不得制定或执行剥夺合众国公民特权或豁免权的任何法律;(二)任何州,未经适当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由

---

[1] See generally Akhil Reed Amar, "The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment", 101 *Yale L. J.* 1193 (1992); William Winslow Crosskey, "Charles Fairman, 'Legislative History,' and the Constitutional Limitations on State Authority", 22 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1954); Charles Fairman, "Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Original Understanding", 2 *Stan. L. Rev.* 5 (1949); Jerold H. Israel, "Free-Standing Due Process and Criminal Procedure: The Supreme Court's Search for Interpretive Guidelines", 45 *St. Louis U. L. J.* 303 (2001); Barry Latzer, "Toward the Decentralization of Criminal Procedure: State Constitutional Law and Selective Disincorporation", 87 *J. Crim. L. & Criminology* 63 (1996); Gary L. McDowell & Judith A. Baer, "The Fourteenth Amendment: Should the Bill of Rights Apply to the States? The Disincorporation Debate", 1987 *Utah L. Rev.* 951; George C. Thomas III, "When Constitutional Worlds Collide: Resurrecting the Framers' Bill of Rights and Criminal Procedure", 100 *Mich. L. Rev.* 145 (2001); Bryan H. Wildenthal, "The Lost Compromise: Reassessing the Early Understanding in Court and Congress on Incorporation of the Bill of Rights in the Fourteenth Amendment", 61 *Ohio St. L. J.* 1051 (2000); Bryan H. Wildenthal, "The Road to Twining: Reassessing the Disincorporation of the Bill of Rights", 61 *Ohio St. L. J.* 1457 (2000). See generally George C. Thomas III, "The Riddle of the Fourteenth Amendment: A Response to Professor Wildenthal", 68 *Ohio St. L. J.* 1627 (2007); Bryan H. Wildenthal, "Nationalizing the Bill of Rights: Revisiting the Original Understanding of the Fourteenth Amendment in 1866-67", 68 *Ohio St. L. J.* 1509 (2007).

[2] *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

或财产；(三)亦不得对其管辖下的任何人，拒绝给予平等的法律保护。<sup>[3]</sup>

关于第十四修正案与权利法案的关系，曾经存在着激烈的争论。这一法律争论——通常被称为“关于合并问题的争论”(“incorporation debate”)——主要围绕第十四修正案第1款第2项(即正当程序条款)展开。<sup>[4]</sup>对此，问题的焦点在于：在何种程度上，第十四修正案的正当程序条款“合并”(或者说“吸收”)了权利法案的内容，并由此对州政府施加了就像权利法案之于联邦政府一样的限制？如后文所述，一些法院和学者认为，第十四修正案合并了权利法案的全部内容，但是，另外一些人却不以为然。与此相关的问题是，第十四修正案是否也保障权利法案并未明确列明的那些权利？

## 二、相关争论的意义

关于合并问题的争论之所以重要，有以下几方面的原因。首先，第十四修正案在多大程度上保护个人免受州执法机关的过激行为，很大程度上取决于它在多大限度内合并了权利法案的内容。<sup>[5]</sup>极端一点说，如果权利法案规定的权利都不适用于各州，那么，地方警察或许会未经令状授权就闯入公民的住宅、对公民实施高压讯问，或者，在没有律师帮助的情形下对其实施的重罪进行审判。<sup>[6]</sup>另一方面，如果正当程序条款完全合并了权利法案的内容，那么，权利法案这部大宪章也就变成了一部全国性的刑事诉讼法典——联邦和州政府的活动将受到同等的限制。

其次，如同上述第二种观点暗示的那样，关于合并问题的争论，已危及联邦主义的价值。第十四修正案正当程序条款的范围越大，各州自行发展刑事程序规则并使之适应本州特殊社会政治条件的自由就越小。

再次，关于合并问题的争论引发了以下重要问题，即，在宪法权利的执行过程中，司法机关的适当角色问题。尤其是，如果第十四修正案的正当程序条款

[3] U. S. Const. amend. XIV, § 1 (numbers in brackets added).

[4] 最初，最高法院拒绝接受以下合理主张：第十四修正案规定的特权与豁免权条款规定禁止各州削减权利法案规定的各项权利。最高法院判决认为，这一条款仅仅禁止各州削减作为本国公民与生俱来的特权与豁免权，而这些特权和豁免权并不包括权利法案的各项规定。See *Slaughter-House Cases*, 83 U. S. (16 Wall.) 36 (1873).

[5] 在关于合并问题的争论中，多数合并论的拥护者隐含着这样一个基本信念，即，州政府在个人权利保护方面“长期以来……处于滞后状态”。因此，论者进一步认为，如果不对权利法案进行合并，各州将会践踏公民的权利。这一观点有其历史方面的原因。但是，一些当代评论者认为，“州法院已经不再是反对权利的洪水猛兽(rights-antediluvians)，因此，合并论的整个理论前提已经受到了侵蚀。”Latzer, Note 1, *supra*, at 66.

[6] 但是，州宪法或者制定法可能会禁止此类行为。



只合并权利法案的部分内容而非全部,那么,最高法院大法官就必须采用一定的标准,以决定哪些原则适用于各州,哪些原则不予适用;但是,如果由大法官来决定此类问题,以下风险也必将随之增大:大法官决定的根据可能是自己的政策偏好而不是正当的、原则化的宪法。

## 第二节 关于合并问题的各种理论

### 一、全部合并说

作为所谓“全部合并”或“完全合并”理论的首倡者和主要拥护者,大法官胡果·布莱克认为,“无论是就第1款本身而言,还是结合整个第十四修正案条文来看,第十四修正案第1款的主要目的之一在于,将权利法案适用于各州。”〔7〕换句话说,无论是在第十四修正案的一般意义上,还是在正当程序条款的特定情形下,均意味着应当既不多也不少地合并权利法案涵盖的所有权利。

### 二、基本权利说

在大法官本杰明·卡多佐〔8〕以及大法官菲利克斯·弗兰克福特〔9〕的有力支持下,“基本权利”理论于19世纪30年代开始崭露头角。该理论的基本观点是:第十四修正案“既不包括被宪法缔造者视为构成对联联邦政府适当限制的那些具体规定,也不受制于这些规定。正当程序条款……具有独立的发展潜能……”〔10〕

基本权利理论的拥护者认为,正当程序条款并没有合并权利法案的任何条文。相反,第十四修正案的正当程序条款要求各州,尊重“那些深深植根于本国传统以及民众良知并因此具有基本原则地位的那些司法原则。”〔11〕这些基本权利“的确可能会与权利法案的某些规则完全重合或部分交叉,但是,它们与权利法案的规则之间并不存在逻辑上的关联性。”〔12〕

〔7〕 *Adamson v. California*, 332 U. S. 46, 71-72 (1947) (Black, J., dissenting); see also *Rochin v. California*, 342 U. S. 165, 174-77 (1952) (Black, J., concurring).

〔8〕 See *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319 (1937), *overruled in Benton v. Maryland*, 395 U. S. 784 (1969).

〔9〕 E. g., *Adamson*, 332 U. S. at 59-68 (concurring opinion); *Rochin*, 342 U. S. at 166-74 (majority opinion).

〔10〕 *Adamson*, 332 U. S. at 66 (Frankfurter, J., concurring).

〔11〕 *Palko*, 302 U. S. at 325 [quoting *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97, 105 (1934)].

〔12〕 Amar, Note 1, *supra*, at 1196.

值得注意的是,这一理论意味着,某一权利或许涵盖于权利法案内(因此,宪法保护其不受联邦政府的侵犯),但是,却尚未被视为基本权利(因此,对于来自州政府的侵犯,并不存在相应的宪法保护)。同样,某一权利或许属于基本权利,却并未明确规定在权利法案之中并因此受到权利法案的保护。在此意义上,第十四修正案所提供的保护既有可能比权利法案多,也有可能比权利法案少。

最高法院曾试图以各式各样的方式明确据以确定一项权利是否属于“基本权利”的标准。此类标准包括,该项权利是否“属于自由与正义——这是美国市民社会与政治制度的根基所在——的诸项基本原则中的一个;在美国判例法中,它是否居于基础性的地位;……它是否是一项公正审判必不可少的基本权利……以及,它是否是美国司法体制的基本要求。”〔13〕

### 三、全部合并外加基本权利说

大法官弗兰克·墨菲、威利·拉特利奇、威廉·道格拉斯则主张对第十四修正案进行更宽泛的解释。他们认为,正当程序条款不仅完全合并了权利法案的内容(全部合并说),而且,还包括宪法明文规定之外的任何基本权利(兼及基本权利说)。〔14〕

### 四、选择合并说

选择合并说同时兼具基本权利说与全部合并说的特征,同时又具有与它们不同的逻辑脉络。一位批评者指出,该理论代表着一种对上述两种理论“窘迫的、不合逻辑的折中”。〔15〕

选择合并论者同意基本权利论者的以下观点:并非权利法案包括的所有权利都必然会被第十四修正案吸收。然而,在以下问题上,它又与基本权利说不同,而更接近于全部合并说:选择合并论者认为,一旦某项权利被视为基本权利,那么,它“将与该权利诞生历史所要求的以及该权利在联邦司法体系发展历程中体现出来的所有细节内容,一并适用于各州。”〔16〕

上述引文对于理解选择合并说与全部合并理论、基本权利理论之间的区

〔13〕 *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 148-49 (1968) (citations and internal quotations omitted).

〔14〕 See *Adamson*, 332 U. S. at 123-25 (Murphy and Rutledge, JJ., dissenting); *Poe v. Ullman* 367 U. S. 497, 516 (1961) (Douglas, J., dissenting).

〔15〕 *Duncan*, 391 U. S. at 172 (Harlan, J., dissenting).

〔16〕 *Williams v. Florida*, 399 U. S. 78, 130-31 (1970) (Harlan, J., concurring) (大法官哈兰对该理论进行了阐释).

别,至关重要。基本权利理论的主旨在于,某项权利之所以受到正当程序条款保护,是因为它对于维持正义来说至关重要;是否包含于权利法案之中,则并非逻辑上的必要条件。因此,根据该理论可进一步推知,根据联邦权利而发展形成的宪法规则,对于源自第十四修正案的类似权利在各州的适用范围而言,并不具有决定性作用。例如,不受不合理搜查扣押的自由,是第四修正案明确保障的权利,同时也被视为第十四修正案规定的基本权利。<sup>[17]</sup> 然而,基于基本权利理论,以下论断在逻辑上亦可能成立:即依据第四修正案属于不合理的搜查或扣押,但根据第十四修正案却有可能属于合理的搜查或扣押;反之亦然。与此不同,选择合并说“一揽子”<sup>[18]</sup>吸收了权利法案的全部内容。也就是说,一旦权利法案中的某项权利被判定为基本权利,那么,这一联邦权利的所有内容将全部适用于各州。

### 第三节 关于合并问题的争论

#### 一、概述

关于合并问题的争论主要围绕几个问题展开。其中,一些争论在本质上属于解释问题。<sup>[19]</sup> 换句话说,相关论述取决于论者赞成文本主义(即何种解释方法更合乎第十四修正案的条文表述?)还是赞成目的主义(即何种理论更接近该条款制定者的本意?)。

关于合并问题的争论涉及另外两个重要因素:自由主义(即哪种正当程序解释方法更有助于保护个人自由?)与结构主义(即哪种理论更合乎联邦主义与分权理论?)。以下将对这一争论进行简要的评述。

[17] *Wolf v. Colorado*, 338 U. S. 25 (1949), *overruled on other grounds in Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 (1961).

[18] *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. at 213 (Fortas, J., concurring).

[19] “解释主义”(interpretivism)是美国宪法的解释学说之一。该学说认为,法官应当限于执行宪法明确规定的或者宪法中确凿无疑蕴含的那些权利(rights expressed or clearly implicit)。与此相反的一种观点则认为,法官不应当像对待合同或制定法那样解释宪法,法官应当透过宪法文本、条文结构及其历史,探求宪法规定的实质含义。关于这一争论,see generally Akhil Reed Amar, “The Document and the Doctrine”, 114 *Harv. L. Rev.* 26 (2000); John Hart Ely, “Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility”, 53 *Ind. L. J.* 399 (1978); John Hart Ely, “On Discovering Fundamental Values”, 92 *Harv. L. Rev.* 5 (1978); Thomas C. Grey, “Do We Have an Unwritten Constitution?”, 27 *Stan. L. Rev.* 703 (1975); Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959)。

## 二、宪法缔造者的初衷是什么？

大法官布莱克和一些学者收集了大量证据支持他们的主张：即第十四修正案的制定者意在合并权利法案的全部内容。<sup>[20]</sup> 但是，其他学者<sup>[21]</sup>和最高法院的其他大法官则对此持有异议。大法官弗兰克福特通过以下主张对全部合并的立场提出了间接质疑：除了一个大法官（“一个古怪的例外”<sup>[22]</sup>）外，所有此前曾经处理这一问题的最高法院大法官均拒绝全部合并理论。弗兰克福特对以下论断表示怀疑：各州的立法者愿意通过批准第十四修正案来摧垮他们自己原有的司法制度并由联邦司法制度取而代之。

尽管当今的绝大多数学者可能都会拒绝大法官布莱克的历史论断，但是，最近一位评论者的结论却是：第十四修正案制定者的本意“在相当大程度上……被历史的迷雾所遮盖。[对于这一历史问题]仅仅是没有清晰明确的答案罢了。”<sup>[23]</sup>事实上，实际情况完全有可能是这样：在投票批准第十四修正案时，一些立法者以为这一修正案将把权利法案适用于各州，而其他一些立法者却并不这样认为。<sup>[24]</sup>

## 三、文本解释论：“正当程序”的含义是什么？

全部合并说的反对者通常都会指出，如果“法律的正当程序”（due process of law）这些字眼真的像大法官布莱克主张的那样，旨在合并权利法案的全部内容，那么，“这将是一种奇怪的表达方式。”<sup>[25]</sup>如果第十四修正案的制定者试图全部合并权利法案的内容，那么他们为什么不直接说清楚呢？为什么他们会采用这种隐晦的简略表达呢？事实上，由于“法律的正当程序”这一措辞同样出现于第五修正案之中，那么，这一措辞为什么会在第十四修正案和第五修正案中

[20] 为了支持这一主张，大法官布莱克在阿达姆松案（*Adamson, supra*）的反对意见中，附了一份31页的附录。see also Crosskey, Note 1, *supra*; Wildenthal, Note 1, *supra* (both articles).

[21] E. g., Fairman, Note 1, *supra*. 尽管阿玛教授并不接受“布莱克式的机械合并理论”，但是，他却对查尔斯·弗埃门教授“130页的盲目轰炸”提出了批评。阿玛教授认为，弗埃门花费了太多精力去攻击大法官布莱克，却没有对第十四修正案的替代性解释提出任何有力的论述。Amar, Note 1, *supra*, at 1238.

[22] *Adamson*, 332 U. S. at 62.

[23] McDowell & Baer, Note 1, *supra*, at 956-57 (statement of McDowell in debate with Baer).

[24] Timothy S. Bishop, “Comment, The Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment: The Original Intent”, 79 *Nw. U. L. Rev.* 142, 145-84 (1984) (detailing the variety of viewpoints).

[25] *Adamson*, 332 U. S. at 63 (Frankfurter, J., concurring).

具有不同的含义呢?〔26〕

那些拒绝全部合并说的评论者同样没有摆脱文本解释的影响和束缚。“根据我们的市民社会与政治制度”或者“美国司法体制的基本要求”，“法律的正当程序”同样是一个奇怪的表达方式。而且，对正当程序条款的解释，已经延伸到对宪法没有明确提及的实体性基本权利的保护，如隐私权。〔27〕因此，根据仅仅言及正当程序的文字，很难对于此类实体权利提供文本解释上的辩护。〔28〕

#### 四、哪种学说更贴近自由主义？

表面上看，与选择合并说、基本权利说相比，全部合并说更具自由主义倾向。这是因为，权利法案的全部内容将由此毕其功于一役地适用于全国。与此相比，在理论层面上，基本权利学说却犹如一个折叠式手风琴：它能够“时开时合……以符合最高法院关于在特定时期什么是‘文明化的行为规则’（‘civilized decency’）、什么是‘基本的自由与正义’的理解。”〔29〕

在某种程度，上述看法是一种误导。基本权利学说允许承认宪法中没有具体规定的权利。大法官布莱克及其全部合并论的拥护者却拒绝尝试着去“发现”宪法本身没有明确规定的权利。

#### 五、在结构意义上，哪种理论更可取？

全部合并说有悖于联邦主义的传统观点。因为，该理论将迫使各州放弃它们已经确立的刑事追诉方式，并将它们牢牢与正当程序的联邦解释版本结合在一起。基本权利说则允许各州更自由地发展其刑事司法制度，因为，各州只需承认基本正义所必需的那些权利（rights essential to fundamental justice）就可以了。

然而，基本权利学说却受到了分权理论的批评。全部合并说的拥护者辩解道，只需看一看“基本权利”的各种标准，就可以得出以下结论：基本权利说允许法官“任意地徜徉于政策与道德的广阔领域，并可以完全不受拘束地侵入州和

---

〔26〕 换句话说，基于全部合并理论，“法律的正当程序”是言论自由、宗教自由、携带武器的权利等权利的简称；然而，在第五修正案中，“法律的正当程序”一词在逻辑上却不可能具有上述含义，因为其他权利已经在权利法案的其他条文中明确列举出来了。

〔27〕 See *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

〔28〕 Ely, Note 19, *supra*, at 419-420 [绝对不能无视下述事实：“正当”(due)一词之后的单词是“程序”(process)]。

〔29〕 *Adamson*, 332 U. S. at 69 (Black, J., dissenting).