

## 美国沃伦法院刑事诉讼革命的困境与反思

刘磊

**内容提要:**一般认为,在沃伦法院时期,美国最高法院法官在宪法判例中积极进行扩张解释,扩充了被告人沉默权、排除违法证据、律师帮助权等基本权利。实际上,沃伦法院刑事诉讼判例真实的历史是:为维护联邦制稳定,通过判例促成守法政府与有限政府,避免行政权力在刑事司法中肆意侵犯公民人权,以回应美国当时的种族平等权运动。反种族歧视运动间接影响了沃伦法院的刑事诉讼判例结果。总体而言,在将宪法修正案的多数条款适用于各州的同时,沃伦法院的刑事诉讼革命至少是部分失败的,主要在于司法审查标准上的矛盾、司法哲学上的局限性以及试图制定警察执法规范等原因所导致。参鉴沃伦法院的成败得失,我们既可以在合理确立法官的功能定位时追求实现个案正义,又能够在寻找改革的契机缓和与个人权利与公共安全的冲突,以及为刑事被告人诉讼权利的保障创造条件等方面做出进一步的努力。

**关键词:**沃伦法院 个案正义 诉讼权利 警察执法 宪法判例

刘磊,苏州大学法学院副教授。

在刑事诉讼法学界,沃伦法院时期(1953 - 1969)的宪法判例通常被学者视为权利革命的典范。然而,其真实的历史面目与成因却较为复杂。<sup>[1]</sup> 在上世纪60年代前后,以首席法官厄尔·沃伦(Earl Warren)为代表的共和党法官们不仅扩充了美国联邦宪法条款中的人权保护内涵,亦加速了美国联邦与各州刑事诉讼的正当程序化进程。二战后,美国刑事诉讼法之所以很快成为其他国家刑事诉讼改革的参照蓝本,一方面是由于美国政治、经济、文化大国的国际影响力,另一方面是由于沃伦法院刑事程序判例所体现的正当程序

[1] 厄尔·沃伦任职美国最高法院期间,联合其他法官积极推动各州刑事司法的正当程序变革。从刑事诉讼判例的结果观察,沃伦法院时期宪法人权保护条款被陆续适用于各州,美国各州的刑事诉讼程序经历了最为动荡却也变革最深的转型时期。See Yale Kamisar, How Earl Warren's Twenty-Two Years in Law Enforcement Affected His Work as Chief Justice, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 3(2005), pp. 11 - 12.

与保护人权思维。<sup>〔2〕</sup> 如果从其经典宪法判例的世界影响力分析,沃伦法院的刑事诉讼判例对其他国家的影响力无疑是极为深远的。但是,沃伦法院时期的宪法判例虽宣示了被告人的沉默权、律师帮助权、申请排除违法证据等权利,但因共和党法官的传统司法哲学立场上的局限性,却也造成长期的学理争议与实践困境。

我国 2013 年刑事诉讼法受到域外法治经验的影响,例如“尊重与保护人权”、“非法证据排除”、“不得强迫自证其罪”、定罪“排除合理怀疑”等内容均已明确写入我国刑事诉讼法典,沃伦法院的人权理念与判例对我国刑事诉讼法学术界亦有一定影响。对于仍处于转型期的中国刑事诉讼而言,有必要洞察美国刑事诉讼革命的真实历史与成败得失,避免走歧路。

## 一 沃伦法院刑事诉讼判例的演变及成因

早在 2013 年我国《刑事诉讼法》修订前,中国刑事诉讼法学术界倾向于视沃伦法院为“权利革命”的典范,认为在“反多数困境”的情况下,沃伦法院依然奉行“司法能动主义”,积极推进刑事司法的正当程序化与人权保护。<sup>〔3〕</sup> 同样,在美国刑事诉讼法学界,亦有不少学者将厄尔·沃伦担任首席法官时期的美国最高法院视为自由派法院,认定沃伦法院判例引发了二战后的美国刑事诉讼革命。<sup>〔4〕</sup> 不过,如果对沃伦法院的真实历史进程与法律思维进行剖析,沃伦法院却并非反多数困境的英雄。相反,沃伦法院之所以扩张刑事被告人权利,与其维护联邦制以及强调“守法政府”、“有限政府”的司法哲学有关,扩张解释刑事被告人的基本权利并非沃伦法院判例的主要立论基础,沃伦法院更倾向于强调公共安全与个人权利间的平衡。

### (一) 沃伦法院促成《权利法案》多数权利条款陆续适用于各州

早在 1791 年,美国国会通过《权利法案》,其中第四修正案明确规定:“公民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利,不得侵犯。除依照合理根据,以宣誓或代誓宣言保证,并具体说明搜查地点和扣押的人或物,不得发出搜查和扣押状。”<sup>〔5〕</sup> 但由于美国系典型的联邦制国家,《权利法案》最初只能约束联邦政府而不能直接约束各州,直至 1868 年第十四修正案被适用于各州后,情况才开始有所不同,《权利法案》的人权保

〔2〕 在沃伦法院作出“马普诉俄亥俄州”、“吉迪恩诉温瑞特”、“米兰达诉亚利桑那州”等宪法判例后,美国刑事司法上的权利革命进入转型变革期。在沃伦法院以前,美国刑事司法中警察刑讯逼供、私闯民宅、非法窃听等现象屡有发生,法院有时则沦为警察暴力的“橡皮图章”(审查时往往例行公事),正如美国学者评价:“沃伦法院之前,当宪法与刑事程序遭遇,如同泰坦尼克号撞击到冰山”。See Lawrence M. Friedman, *Crime and Punishment in American History*, New York: Basic Books, 1993, p. 295.

〔3〕 参见刘慧英、任东来:《能动还是克制:一场尚无结果的美国司法辩论》,《美国研究》2005 年第 4 期;王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,台湾元照出版公司 2007 年版,第 2-3 页;陈瑞华著:《比较刑事诉讼》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 30-39 页。

〔4〕 Mark Tushnet, Observations on the New Revolution in Constitutional Criminal Procedure, *Georgetown Law Review*, Vol. 94(2006), pp. 1627-1628; William J. Stuntz, The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice, *Yale Law Journal*, Vol. 107, Issue 1 (October 1997), pp. 1-54.

〔5〕 参见美国 1791 年《权利法案》第四修正案。

护条款才陆续对各州产生法律效力。<sup>[6]</sup>

除第十四修正案外,其他修正案是否能够直接适用于各州,这直接影响到联邦法院刑事诉讼判例对各州的法律效力。在美国宪法史上,“选择性合并”仍是处理宪法修正案对各州法律效力的基本原则。根据“选择性合并”原则,除第十四修正案“正当法律条款”之外,《权利法案》规定的陪审团审判权、禁止不合理的搜查与扣押、被告人律师帮助权、禁止双重追诉、与证人对质权等诸项权利,由各州自主决定是否采用,联邦法院判例不能直接适用于各州。从《权利法案》生效直至二战前的一个半世纪间,其对各州实际的法律效力与影响力均相当有限,多数民权保护条款仍处于睡眠状态。<sup>[7]</sup>但是随着美国联邦最高法院司法审查权的历史形成与发展,《权利法案》中的重要民权条款经过联邦最高法院判决,多数内容被陆续合并于第十四修正案的“正当法律程序”条款,最终适用于各州。例如,在1966年“吉迪恩诉温瑞特”案中,《权利法案》第六条中的聘请律师权被美国最高法院根据第十四修正案进行扩张解释,贫穷被告人免费获得律师辩护的权利适用于各州,各州法院在重罪案件审理中必须为贫穷被告人指定律师。但是,根据“选择性合并”规则,未被第十四修正案所合并的权利不得强制各州执行。例如,如果是警方剥夺律师在场权而讯问犯罪嫌疑人的情形,是否必须排除有罪供述仍然由各州法院自行决定,非法证据排除规则只适用于联邦法院而不强制适用于各州法院。<sup>[8]</sup>

虽然,在1953年之前,联邦最高法院已经通过宪法判例扩充了刑事被告人的一些权利,例如“威克斯诉美国”<sup>[9]</sup>、“鲍威尔诉阿拉巴马州”<sup>[10]</sup>、“沃尔夫诉科罗拉多州”<sup>[11]</sup>等案件中,联邦法院赋予刑事被告人申请排除违法物证、死刑案件强制指定辩护律师、禁止刑讯证据成为判决依据等权利,<sup>[12]</sup>但联邦法院的判例原则上仍不得强制适用于各州。在各州刑事诉讼实践中,不仅侦查机关在拘捕、讯问、搜查程序中通过暴力或暴力威胁获取的证据最终能够作为有罪判决的依据,侦查机关刑讯、凌辱犯罪嫌疑人情形亦时有发生。在各州,各级法院消极审查侦查行为,沦为警察违法行为“橡皮图章”的情况并不鲜见。上世纪60年代之前的美国法律界,“刑事诉讼”只是指法院的审理程序,逮捕之前的侦查程序则被视为警察收集证据的程序,游离于正式的司法程序之外,律师与法官通常不予关注。<sup>[13]</sup>

[6] Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel & Nancy J. King, *Criminal Procedure* (Fourth Edition), West Thomson(2004), pp. 58-63; Donald A. Dripps, The Fourteenth Amendment, the Bill of Rights, and the (First) Criminal Procedure Revolution, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 18(2009), p. 477.

[7] Robert L. Clinton, Substantive Due Process, Selective Incorporation, and the Late-Nineteenth Century Overthrow of John Marshall's Constitutional Jurisprudence, *Journal of Law & Politics*, Vol. V (1989), pp. 524-525.

[8] Jerold H. Israel, Selective Incorporation Revisited, *Georgetown Law Journal*, Vol. 71 (1982), p. 294.

[9] *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383 (1914).

[10] *Powell v. Alabama*, 287 U. S. 45 (1932).

[11] *Wolf v. Colorado*, 338 U. S. 25 (1949).

[12] Michal R. Belknap, *The Supreme Court and Criminal Procedure: The Warren Court Revolution*, (Washington D. C.: CQ Press 2010), pp. 2-4.

[13] See Craig M. Bradley, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1993), p. 6.

## (二) 沃伦法院时期刑事诉讼革命之演变

如前所述,在沃伦任职最高法院之前,只有《宪法第十四修正案》才能直接适用于各州。但《宪法第十四修正案》“正当法律程序”条款毕竟较为抽象,“不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等法律保护”的具体内涵需要个案正义的印证与推演。<sup>[14]</sup> 虽然,宪法第四、第五、第六和第八修正案分别规定了“人身、住宅、文件、财产不合理的搜查与扣押”、“大陪审团起诉、不自证其罪、禁止双重追诉”、“迅速审判、对质权与律师权”、“公正陪审团”、禁止“超额保释金”与“异常残酷非同寻常的刑罚”等诸多权利,但要诸修正案适用于各州,必须是以州政府的行为被判定违反“正当法律程序”为前提。在上世纪 60 年代前后,宪法修正案的多数条款通过宪法判例陆续适用于各州,沃伦法院的法官们功不可没。<sup>[15]</sup>

### 1. 美国独特的司法审查传统与刑事诉讼革命的关联

与德国的违宪审查方式不同,自 1803 年通过“马伯里诉麦迪逊”案美国联邦最高法院确立宪法审查权伊始,审查法体系间的相互融贯性与消解立法条文的冲突就不是美国宪法法院的主要目标,宪法条款下的个案正义与利益衡量才是美国最高法院的功能定位。<sup>[16]</sup> 美国联邦法院以“一次一案”与“逐案审查”思维在具体诉讼中审查政府行为是否违宪,与德国等成文法国家强调法条间协调融贯的理路迥异,美国违宪审查更追求宪法判例的个案作用。<sup>[17]</sup> 美国并无一部同时适用于联邦与各州的刑事诉讼法典,宪法判例对美国联邦与各州刑事诉讼程序的影响更为直接与深远。

在批判法学派“法即政治”的理念影响下,有学者从宏观上分析沃伦法院的政治倾向,认为沃伦法院的判决过程具有明显的政治自由主义倾向,判决结果极易引起司法政治化运动。<sup>[18]</sup> 研究美国政治的学者倾向于认为,沃伦法官既是热门的共和党总统候选人,又具有长期担任检察总长与州长的经验,对刑事诉讼中警察滥用暴力情形比较熟悉并深恶痛绝,才在任职最高法院法官后通过宪法判例来吓阻警察滥用权力。<sup>[19]</sup> 不过,就美国独特的宪法法院运作机制与释法过程而言,传统政治学者简单地将最高法院区分为自由派与保守派,认定美国沃伦法院刑事诉讼革命是自由派或司法能动主义的胜利,并不符合美国最高法院的真实历史,亦忽略了宪法审查过程复杂而微妙的变化与不同法官内心真

[14] 参见《美国 1868 年宪法第十四修正案》。

[15] Morton J. Horowitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, (New York: Hill And Wang Publishing 1998), pp. 91 - 98.

[16] See Herbe Wechsler, *Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, *Yale Law Review*, Vol. 75 (1966), pp. 672 - 676.

[17] “一次一案”司法审查模式以美国哈佛大学法学院教授孙斯坦 (Sustein) 为代表,他主张“司法最小主义”,法官尽量作出“窄而浅”的判决,不要试图去作出“宽而深”的判决,复杂的问题与政治因素留给议会或民主程序去解决,法院应当恪守一种“消极美德”,尊重立法机关与民主程序,避免法官的司法过程沦为政治理念的实践。See Cass R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, *Tulsa Law Review*, Vol. 43 (2008), p. 18.

[18] Mark Tushnet, Ed, *The Warren Court In Historical And Political Perspective*, (University Press of Virginia 1993), pp. 1 - 33. 亦可参见黄舒苾:《从普通法背景检讨美国司法违宪审查正当性的问题》,《台大法学论丛》2003 年第 2 期,第 2 - 8 页。

[19] 参见任东来著:《美国宪政历程》,中国法制出版社 2005 年版,第 18 - 33 页。

实的释宪心路,导致其研究结论偏离真实的历史事实。但是在宏观政治体制下,美国最高法院的审案独立与自治状态有充分的制度保障,法外因素直接干涉法官审案的路径被封闭,法官个人的政治立场与价值观往往是在微观的司法过程中对案件结果发生影响。

从美国最高法院历史观察,即使在其特定时期曾经奉行司法能动主义,但其前提要件仍然是“司法自制”,法官不得越权在宪法之外造法。固然,不同法官有不同的政治倾向、知识背景与人生阅历,但即使是宪法法院法官,也必须遵循宪法条款的文义范围,通常相同案件亦要遵守先例。在美国宪法发展历程中,从未出现“法官王国”或“法律帝国”,虽然各自解释宪法条款的方法不同,但所有宪法法官均懂得遵守宪法条款是维系宪法权威的前提要件。易言之,“宪法外造法”在法理上仍属禁忌,立宪与修宪的权力应当由代议机关完成,而非由最高法院以修补法律漏洞为名行修法、造法之实。普通法背景下,宪法法院被视为“最不危险的部门”,英美法官在个案诉讼中的主要角色是梳理案件事实与适用法律,只能“一次一案”与“逐案审查”,透过正当程序保障美国成文宪法赋予公民刑事诉讼中的正当权利。<sup>[20]</sup> 美国宪法诉讼更强调遵循先例、个案衡量与个案正义,联邦最高法院的任何刑事诉讼判例均必须以当事者申请诉讼救济为前提。<sup>[21]</sup> 美国宪法判例的效力,原则上只适用于个案,各州刑事诉讼立法除非直接与《宪法第十四修正案》相抵触,否则联邦法院系统的判决只约束联邦法院系统而不直接约束各州。

的确,从“卡特兹诉美国”、“特里诉俄亥俄州”、“米兰达诉亚利桑那州”、“吉迪恩诉温瑞特”等判例的结果观察,沃伦法院重新解释宪法修正案条款的内涵,要求警方进行“米兰达警告”、拦停必须有“合理的怀疑”、窃听公共电话仍应当保护当事者“合理的隐私权期待”等,相较以往,沃伦法院重新界定了第十四修正案的适用范围,美国的刑事诉讼程序因此在沃伦法院时期发生了历史上最为重要的变革。但是,沃伦法院所有的刑事诉讼判例均必须建构在联邦宪法修正案的基础上,虽然从微观上看,法官个人政治立场与价值观会对判决结果产生影响,但法官必须在梳理个案事实基础上依据宪法条款作出决定。沃伦法院的宪法判例极大地影响了美国刑事诉讼制度的变迁,但仍然严格遵循着普通法“个案中释法”机制与尊重先例的传统,正是由于个案中相同事实却会导致法官产生不同法律意见,最高法院在成文宪法下的“宪法守护者”地位才因此变得重要。之所以是沃伦法院引发美国上个世纪的刑事诉讼革命,原因主要在于沃伦法院时期社会背景的变化、法官释宪方法的转变以及对不同法官解读宪法条款侧重点上的差异。总体而言,最高法院

[20] “最不危险的部门”乃由美国宪法之父麦迪逊在《联邦党人文集》中提出。但“最不危险的部门”在二战后则表现出一定的危险倾向,一方面美国最高法院开始积极审查州与国会的立法是否抵触宪法(沃伦法院时期至少有20次宣告州的立法违宪),另一方面在个案诉讼中则有将政治议题、道德议题等司法化倾向,受到学术界与实务界的批评与抵触。例如,1954年“布朗诉教育委员会”案宣告州的“隔离但平等”的种族隔离教育行为违反宪法平等权保护,结果引发一些州的种族骚乱,而2013年美国最高法院Windsor案判决加州禁止同性恋的法律违反平等权条款,在美国社会中激起正反立场的激烈对立。See Wilfred Feinberg, *Constraining the Least Dangerous Branch: The Tradition of Attacks on Judicial Power*, *New York University Law Review*, Vol. 59 (1984), pp. 254-260; Rebecca E. Zietlow, *The Judicial Restraint of the Warren Court and Why it Matters*, *Ohio State Law Journal*, Vol. 69 (2008), pp. 256-258.

[21] See Morgan Cloud, *The Common Law Genius of the Warren Court*, *William And Mary Review*, Vol. 49(2007), pp. 845-847.

亦是“终局诉讼法院”，沃伦法院仍然是“司法自制”的“释法”与宪法适用机关，在逐案审查中以实现个案正义为首要目标。如果对沃伦法院诸多判例中的法律意见谨慎分析，不论法官个人党派倾向如何，均拥有一定的“司法自制主义”倾向。试图将自己的政治倾向直接纳入释法过程去构建“法官王国”，将动摇“最不危险部门”的功能定位，并最终危及美国建国以来分权制衡的政治架构。

## 2. 沃伦法院时期刑事审判判例掠影

1961年，在“马普诉俄亥俄州”一案中，沃伦法院宣告：警方无搜查令状强闯民宅而获得的证据被禁止在法院使用。<sup>[22]</sup> 在1963年著名的“吉迪恩诉温瑞特”一案中，沃伦法院多数意见(6:3)作出判决，认为重罪案件(六个月以上的监禁刑罚)刑事被告人的律师帮助权属于正当程序的内容，政府有为贫穷被告人指定律师辩护的责任，因初审法院审理程序被告人没有律师，所以根据宪法第四和第十四修正案推翻原有罪判决。<sup>[23]</sup> 同年，又将被告人的律师在场权扩展到“列队辨认”程序中。<sup>[24]</sup> 1965年，《宪法第五修正案》中的“不得自证其罪”条款在“格瑞芬诉加利福尼亚州”一案中被适用，沃伦法院认为检察官不得以被告人拒绝回应作为起诉理由。<sup>[25]</sup> 1966年，初审被判强奸罪服刑的米兰达利用“人身保护令”程序上诉至沃伦法院，最高法院以5:4的微弱多数宣告了“未告知有权聘请律师”情形下所作的有罪供述无效。<sup>[26]</sup> 在1967年的“卡特兹诉美国”案中，沃伦法院推翻1928年“欧姆斯特德诉美国”一案的“物理入侵”意见，认为刑事被告人的隐私权亦在宪法第四修正案的保护范围。<sup>[27]</sup> 美国学术界主流观点认为，在1968年“特里诉俄亥俄州”案之前，沃伦法院认可甚至扩充了刑事被告人享有宪法修正案下的基本权利。为了吓阻州警察违法与各州修法，沃伦法院甚至冒被诟病为“造法”的风险进行扩张性解释，虽然实际上沃伦法院并非造法者而至多只是在对个案做终局裁判而已。<sup>[28]</sup>

在“卡特兹诉美国”案之后，如果仅从判例结果对刑事被告人的影响而言，沃伦法院似乎从扩充基本权利转变到限缩被告人权利的立场，有学者则认为出现了“两个沃伦法院”，前期持自由主义立场，后期持保守主义立场。<sup>[29]</sup> 例如在1967年的“迈凯瑞诉伊利诺伊州”案中，最高法院认可了警方仅仅根据秘密内线证人进行的搜查有效，尽管实际上警方缺少充分的证据。<sup>[30]</sup> 在1968年即沃伦法官离任前的一年，“特里诉俄亥俄州”案中多数意见似乎重新回到优先维护公共安全的立场。多数意见认为警察对犯罪嫌疑人的“拦停与拍身”不需要《宪法第四修正案》的“合理理由”，只要警察有“合理怀疑”即有权拦停

[22] Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961).

[23] Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).

[24] United States v. Wade, 388 U. S. 218 (1967).

[25] Griffin v. California, 380 U. S. 609 (1969).

[26] Miranda v. Arizona, 484 U. S. 436 (1966).

[27] See Katz v. U. S., 389 U. S. 347 (1967); Olmstead v. U. S. 277 U. S. 438 (1928).

[28] Yale Kamisar, The Warren Court and Criminal Justice; A Quarter-Century Retrospective, *Tulsa Law Journal*, Vol. 31 (1996), pp. 1-3.

[29] See Yale Kamisar, The Warren Court and Criminal Justice, in Bernard Schwartz, ed. *The Warren Court: A Retrospective*, (New York: Oxford University Press 1996), pp. 116-117.

[30] McCray v. Illinois, 386 U. S. 300 (1967).

嫌疑人并拍身搜查。<sup>[31]</sup> 在 1969 年的“艾德曼诉美国”一案中,沃伦法院则肯定了“适格当事人”理论,只要嫌疑人本人的权利未受到警察侵害,警察侵犯第三人权利所获得的证据仍可以使用。<sup>[32]</sup>

### (三)判例背后的政治因素与司法哲学

固然,在分权制衡的权力架构下,作为权力的分支之一,美国联邦最高法院独立于行政、立法机关、媒体与公众等司法外力量,但共和党一直有在“法与秩序”下强调公共安全与期待“守法政府”与“有限政府”的传统,这样的传统在沃伦法院时期仍具有深远的影响。

共和党的传统司法观往往体现为联邦“共和主义”与“有限政府”理论,“分权制衡架构下司法机关适度限制政府权力”、“宪法赋予美国公民基本人权”、“限制行政权力滥用”等是沃伦法院个案司法中的法律思维。<sup>[33]</sup> 例如,在沃伦法院之前的“约翰逊诉美国”案中,最高法院共和党法官杰克逊就已表达了共和党传统法律哲学:宪法下的分权制衡机制是美国立国基础,只要各州保障了公民基本权利,最高法院原则上就不应当再介入。布兰代斯(Brandeis)法院在“欧姆斯德诉美国”案则表达了共和党司法哲学的另一侧面,布兰代斯在该案中奠定了现代美国公民隐私权的宪法基础,其撰写的意见认为,隐私权是美国宪法修正案中“未列举的权利”。从本案的司法哲学分析,布兰代斯认为美国宪法之父们早有先见,宪法条款中保护公民权利不受行政机关的肆意侵犯,行政部门任何侵犯公民隐私权的行为均是对宪法修正案的违反。经验告诉我们,只有慈爱政府才能最好地保护我们的自由,对于侵犯民权并怀有恶念的统治者,自由人民将会心存警惕。<sup>[34]</sup>

如果用共和党传统的司法哲学检验 1967 年的“卡特兹诉美国”案(警方无许可令状在公用电话厅安装窃听器搭线窃听),可以发现最高法院法官并非典型的自由派,反而是根据传统的“法与秩序”思维来审查警察是否执法不当,即警方搜查与窃听是否需要法院的令状。判例中“合理的隐私权期待”并非是为直接保护犯罪嫌疑人的隐私权,最高法院司法审查的对象是警方侦查行为本身,只不过嫌疑人因此间接获得了救济性权利。最高法院真正关注的,一方面是联邦警察窃听电话之前是否得到了其他司法部门或州立法的许可;另一方面,警方窃听方式是否“谨慎且有限度地使用电子窃听”。<sup>[35]</sup> 然而,公民的隐私权不以地点作为判断因素,透明玻璃电话厅内的当事人仍然具有隐私权,联邦警察窃听的方式即使非直接“物理性入侵”,但只要是采用了侵犯隐私权方式获得的证据,即违背了分权制衡与有限政府的传统司法哲学。易言之,当侦查机关肆意“越限”窃听时,该窃听行为自然属于联邦宪法第四修正案的审查范围。

尽管沃伦法院只是将正当法律程序革命向前推进了一小步,却仍然遭受社会公众、执

[31] Terry v. Ohio, 392 U. S. 1 (1968).

[32] Alderman v. United States, 394 U. S. 165 (1969).

[33] See Johnson v. U. S. 333 U. S. 10(1948); Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579(1952) (Jackson, concurring).

[34] Olmstead v. U. S. 277 U. S. 479(1928) (J. Brandeis, dissenting).

[35] Katz v. U. S. 389 U. S. 359 (Judge Steward, concurring).

法机关与国会的责难。例如,民粹主义认为沃伦法院纵容犯罪者逃脱法律审判,米兰达案的判决将会束缚警察获得有罪供述,有可能使有罪者逃脱法网的几率升高。1968年的盖洛普民意测验显示,63%的公众认为法院对犯罪者过于软弱。<sup>[36]</sup> 同年,美国国会在尼克松总统与民意支持下,通过了《综合犯罪控制与街道安全法》以降低高犯罪率,亦可被视为对沃伦法院违反多数民意的反击。<sup>[37]</sup> 1953年后,沃伦法院一直试图在维护公共安全前提下对警方违法侦查行为进行适度介入审查,但1968年发现大多数刑事程序判例为社会各力量所诟病后,沃伦法官任期的最后一年似乎转向了“公共秩序优先”的立场,通过“特里诉俄亥俄州”等案件限缩了刑事被告人的权利范围。对于这一立场的转变,肯定者认为沃伦法院只是对以前的判例进行了微调,是法院在个案衡量中对宪法条款理解上的差异而导致前后判例的出入,况且1969年“北卡罗莱纳诉皮尔斯”案甚至还扩张了刑事被告人的权利。<sup>[38]</sup> 另有学者认为,美国最高法院只是权力分支之一,“米兰达诉亚利桑那州”等判例仅仅具有宣示或象征意义,不要低估各州警察规避联邦判例的能力,沃伦法院前后判例上的差异对侦查机关的实际影响力有限。<sup>[39]</sup>

如果从沃伦法院背后的历史背景、法律文化、司法哲学理解,其判例的前后冲突反而印证了沃伦法院真实的政治倾向,即沃伦法院的法官们并非自由主义理论下保护犯罪嫌疑人人权的革命者,而是试图在个人自由与公共秩序之间进行衡平。既然维护联邦主义与保持有限政府一直是美国共和党的传统倾向,共和党色彩的沃伦法院试图用限制警察执法中的权力滥用这一做法,应对非洲裔美国人种族平等运动对联邦主义的冲击就易于理解了。例如,“特里诉俄亥俄州”案并非是对被告人权利的扩张,而恰恰体现沃伦法院在维护公共安全的前提下审查警察权力的基本立场,固然,抑制、规范侦查机关的权力能够间接地保障被告人的基本权利,但沃伦法院判例背后的法文化是“安全秩序下督促警方合法”,而并非以实现“权利革命”为基本目标。<sup>[40]</sup>

## 二 沃伦法院刑事诉讼革命的部分失败

总体而言,尽管沃伦法院的刑事程序判例加速了美国刑事诉讼法治化的进程,对二战后其他各国刑事诉讼法的发展具有风向标作用,但却仍然难以避免刑事诉讼革命部分失

[36] Michal R. Belknap, *The Supreme Court and Criminal Procedure: The Warren Court Revolution*, (Washington D. C.: CQ Press 2010), p. 398.

[37] 例如,尼克松总统抨击沃伦法院:“一些法院走得实在是太远了,削弱了打击犯罪的力量。”See Lucas A. Powe, JR., *The Warren Court and American Politics*, The Belknap Press of Harvard University (2000), pp. 407 - 411.

[38] Jerold H. Israel, *Criminal Procedure, The Burger Court, And the Legacy of the Warren Court*, *Michigan Law Review*, Vol. 75 (1977), pp. 1346 - 1349.

[39] Carol S. Steiker, *Counter-Revolution in Constitutional Criminal Procedure: Two Audiences, Two Answers*, *Michigan Law Review*, Vol. 94 (1997), p. 2551.

[40] 例如,在1967年“Katz v. U. S.”案之后,自由派人士对法院限制政府窃听行为感到满意,保守派也感到可以接受,因为警察会因此更合法地进行执法。“Katz v. U. S.”案产生的“皆大欢喜”现象值得深思,保守派与自由派“一案各表”,在刑事被告人宪法基本权利保障问题上似乎有一定的交集。See Laurence Tribe & Joshua Matz, *Uncertain Justice*, (New York: Henry Holt and Company 2014), pp. 230 - 231.

败的结局。从历史进程来看,沃伦法院刑事程序判例的局限性主要有:一是从释宪方法上观察,其运用了共和党传统上的“法与秩序”的司法哲学却又讳言判决的政治色彩,导致法律推理的根基动摇,在处理微观政治与司法裁判复杂而微妙的关系问题上,沃伦法院部分判例的实效不容乐观,面对民意与政治的压力,沃伦法院甚至摇摆不定“进两步、退一步”;二是沃伦法院刑事诉讼判例虽赋予了刑事被告人律师在场、申请排除非法证据、隐私不被非法窃听等诸多救济性权利,但本质上只是沃伦法院反种族歧视维护联邦制的副产品,刑事诉讼判例的出发点并非直接以保护人权为目标,这就导致其部分判例的象征意义大于实际意义,最终造成刑事诉讼革命的部分失败。

### (一) 反复变动的司法审查标准

在1961年“马普诉俄亥俄州”案中,最高法院审查了警方恶劣的执法行为(无搜查证却强闯民宅),认为行使司法权的法院应当廉洁,法院对警察的违法侦查行为保持沉默实质上等于间接确认其合法,法院将会因此丧失司法廉洁性,判决书多数意见赋予犯罪嫌疑人提起“非法证据排除”的权利,<sup>[41]</sup>该案是最高法院扩张释宪保护犯罪嫌疑人救济权利的标志性案例之一。但是,在普通法传统下的个案审查,毕竟只能实现个案正义。该案保护了上诉人的救济性权利,然而,沃伦法院并未主张将“非法证据排除”强行适用于各州(是否采用非法证据排除由各州自由决定),正当法律程序的适用并不强制排除执法机关的违法证据。在随后的“伯格法院”、“伦奎斯特法院”时代,“非法证据排除”的适用范围被最高法院重新限缩适用,例如不排除警方使用秘密线人获取的有罪陈述、<sup>[42]</sup>“善意诚实的例外”、<sup>[43]</sup>原审使用违法证据只是“无害的错误”并不违反正当法律程序等……<sup>[44]</sup>这就在事实上放宽了侦查行为违法性的审查标准。

非法证据排除规则的“吓阻”效应实际上非常有限,不仅提起申请的比例与胜诉的比例均很低,执法机关使用言语威胁、心理暴力、欺骗等方式获取有罪供述的比例反而上升,只是“软刑讯”代替了传统的拷打等“硬暴力”取证而已。据美国律师协会在米兰达案后对证据排除规则的研究,当刑事被告人提出申请后,绝大多数法官并不积极适用证据排除规则,其中13%的法官在其审判的所有案件中从未使用过该规则,58%的法官在其职业生涯中至多排除不到11%的非法证据。<sup>[45]</sup>

从美国最高法院上世纪60年代后的刑事诉讼判例的演变进程观察,不仅不同时期的法院对正当法律程序条款的理解与判例结果存在反差,即使是同一法院,在不同时期其司法审查标准也宽严不定,当事人的诉讼权利在沃伦法院之后经历了相当长的变动期。一方面,最高法院判例的易变性与个案中的不确定性确实造成了执法机关的无所适从感;但另一方面,就保障犯罪嫌疑人诉讼救济权而言,审查标准的不确定与反复易变使得宪法诉

[41] Mapp v Ohio, 367 U. S. 643 (1961).

[42] See U. S. v. White, 401 U. S. 745 (1971).

[43] U. S. v. Leon, 468 U. S. 897 (1984).

[44] U. S. v. Olano, 507 U. S. 725 (1993).

[45] Craig M. Bradley, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1993), p. 43.

讼的结果也变得极不确定,侦查机关违法取证的情形并未因沃伦法院判例而有所减少。

## (二)倍受争议的“造法”裁判

从“马普诉俄亥俄州”、“米兰达诉亚利桑那州”、“吉迪恩诉温瑞特”等诸多判例的结果观察,沃伦法院实际上处于两难境地:一方面在联邦与州分权的体制下,最高法院无权为各州制定一部统一的刑事诉讼法典;另一方面,侦查行为的合法性标准很难完全通过判例来确定,究竟应当如何规范警方的侦查行为,由各州立法机关制定法律规范更合适,但现实中各州却迟迟未动。<sup>[46]</sup>人们认为沃伦法院实际上担当了“警方执法的指导者”角色,最高法院虽然越权立法但仍是“最不危险的部门”,只是人们认为司法自制主义下法院造法的风险尚在可控范围之内,除此以外,似乎很难找到更好的修正各州立法错误与督促警察守法的方法。

在传统的分权制衡机制下,司法权作为权力的分支,通常只能解释与适用法律,即使是最高法院,逾越权限在宪法之外进行“造法”也是不被允许的。如果法官试图夸大“一部宪法、多种版本、多重解释”的可能性,并将自己的政治潜意识、价值观、文化传统加入到释法的过程,其释法结果的正当性自然会受到学术界与实务界的质疑。具体分析美国最高法院的释法结果,主要有以下三种情形:

一是在文义范围内的“事实识别”问题,<sup>[47]</sup>对案件事实进行识别决定条款是否能够适用,例如,“搜查”是否包括“热能成像仪对住宅内人的活动进行监视”、“直升机空中拍照”、“摇下汽车窗让警察目光仔细扫视车内”等,如果识别之后认定属于《宪法第四修正案》中的“人身、住宅、文件与财产”保护范围,则属于搜查行为;

二是超越通常文义的扩张解释,例如“米兰达诉亚利桑那州”案排除违法证据,在那之前,美国历史上从未有过任何条文明文禁止法院使用警方违法侦查行为获取的证据;

三是类推性解释,在找不到明确法律依据的情形下,将原本相似但却不同的事实适用同一条文,类推适用先例,例如将保护隐私权比照“人身、财产、住宅”进行保护。

后两种解释方法,往往为“大宪法”信奉者所青睐,主张正视与运用“看不见的宪法”,强调争议案例有时可以在宪法文本之外寻找法律适用的根据。<sup>[48]</sup>例如,从“吉迪恩诉温瑞特”案判决理由分析,应使用通常的“原旨主义”释宪方法,认为沃伦法院的多数意见扩张了《宪法第六修正案》“有权聘请律师辩护的权利”范围,认定“贫穷被告人若无律师参与审判则违反正当程序”,似存在疑问,美国宪法制定者当初只是承认刑事被告人有权盘问证人与聘请律师,却从未明确要求:行政部门有义务为贫穷被告人指定辩护律师。从宪法文本含义分析,即使考察《宪法第六修正案》所有“可能的文义”以及上下文关系,也难以得出第六修正案要求为每名重罪被告人免费指定律师的结论。除非法官将第十四修

[46] Craig M. Bradley, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 1993), pp. 23 - 24.

[47] 对案件事实判断是法律条文适用的前提,在大陆法系教义学上被视为“涵摄”,即法官审查小前提的事实之后再判断能否适用于大前提的法条,运用形式逻辑学进行法律推理。参见王泽鉴著:《法律思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第157页。

[48] See Thomas C. Grey, *The Uses of an Unwritten Constitution*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64 (1988), p. 211; Thomas C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, *Stanford Law Review*, Vol. 27 (1975), pp. 710 - 711.

正案进行扩张性解释,认定无律师辩护的审判违反“正当法律程序”,否则亦难以肯定“米兰达诉亚利桑那州”判决的正当性。

自1787至1966年间,联邦法院一直都在审理无律师辩护的刑事案件。除1791年宪法修正案外,美国宪法文本近两百年间并未有大的修改,更何况美国宪法并未赋予最高法院为各州法院制定全国统一标准的权力。所以,如果从文本主义视角分析,沃伦法院得出“各州行政机关有义务为刑事被告人免费指定律师”的结论是不成立的。固然,无律师出庭的刑事案件审理公正程度一般会低于有律师出庭的刑事审判,但造成无律师辩护的原因通常是刑事被告人自身经济穷困等因素,由此推导出各州应当免费为被告人指定辩护律师在宪法条文的依据方面并不充分。如果要推论各州政府具有为贫穷被告人指定律师的义务,则必须扩张“正当法律程序”的含义,在大宪法主义下通过强调“看不见的宪法”来论证:一审程序中辩护律师对所有刑事被告人不可或缺。<sup>[49]</sup>

而在“小宪法”主张者看来,宪法文本及背后的立法背景与文义解释方法才是决定案件终局的关键。<sup>[50]</sup> 固然,在大多数情形下,无律师辩护的案件对于被告人而言是不利的,然而在法院公正审理并给予被告人充分的自我辩护机会的情形下,沃伦法院强迫各州接受米兰达判例确实值得推敲。沃伦法院实际担当了劝告各州议会修法的角色,与传统的司法权定位存在冲突。依照“遵循先例”的传统,既然1942年的“贝茨诉布雷迪”案已确认联邦判例不直接适用于各州,1963年则又违背先例要求各州一审程序指定律师辩护,前后判例出现矛盾反映了文本主义的“小宪法”与扩张解释的“大宪法”立场之间的冲突。<sup>[51]</sup>

### (三)通过联邦判例为各州提供“警察执法规范”的实效

在自由主义元叙事下,犯罪嫌疑人的律师在场权、申请排除违法证据动议权、拒绝陈述权、不自证其罪权、申请陪审团审判权等诸多权利将抵制侦查机关的权力滥用,冤案率应当在“权利革命”后有所下降。但是在后沃伦法院时代,冤案发生的真实比例并未下降,虽然刑事被告人得到了部分的诉讼权利,但失去的救济机会亦可能更多。

首先,由于沃伦法院低估了侦查人员规避法律的能力,导致司法审查结果“漏斗效应”,即联邦法院只能审查刑讯逼供、私闯民宅、恶意引诱、非法窃听等典型的侵犯人权行为,对于非典型而又涉及个人权利的侦查行为,由于判例法逐案审查的局限性而出现疏漏。

其次,沃伦法院判例虽对侦查行为提供了一定参照,促进了警员正当程序意识的养成,但无力改变特定的警察文化。警员们在遵守宪法判例的同时,反而认为以心理引诱、欺骗、威胁、秘密线人等方式获取嫌疑人的有罪供述更为正当,米兰达案在实践中并未影响到美国的刑事破案率、认罪率、追诉率与定罪率,原因即在于此。

再次,从美国冤案统计的发生率、结构分布、种族分布等亦可印证刑事诉讼革命的部

[49] Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).

[50] Richard Primus, Unbundling Constitutionality, *University of Chicago Law Review*, Vol. 92 (2013), p. 1127.

[51] 有学者从律师市场分析,认为1960年后美国的律师执业水准与人数均有所提升。1942年的判例并未强制各州指定辩护,到了上世纪60年代,各州扩充刑事被告人律师辩护权情况很大程度上受制于经济条件。不过,律师市场的规模并非吉迪恩上诉成功的主要原因,主要原因仍然是沃伦法院试图抑制政府权力滥用的思维。See Yale Kamisar, Gideon v. Wainwright a Half Century Later, *Tex. L. Review*, Vol. 92, (2013), p. 1211.

分失败。从 1989 至 2015 年间,随着 DNA 鉴定技术的成熟与美国民间洗冤组织的努力,美国“无辜者项目”至今已帮助 1538 名遭受误判的无辜者成功洗冤。<sup>[52]</sup> 不过,最终能够洗冤成功的案例只是全部冤案数字的冰山一角,据学者研究,美国实际的冤案率可能不低于 3%。<sup>[53]</sup> 在成功申诉并改判无罪的案件中,47% 的冤案受害者为非洲裔美国人(仅占全美人口的不足 15% 却遭受近半数的误判),种族偏见在冤案分布中亦有反映;其中 11% 的无辜者均曾“自愿”认罪,与检察官以“辩诉交易”换取量刑,多数无辜者担心不认罪会遭至报复性量刑;无辜者被误判后,申诉的比例与成功率均较低,多数服刑期满放弃申诉,即使成功洗冤,平均服刑期也在十年以上,这意味着多数被误判的无辜者都经历了长期的监狱服刑。<sup>[54]</sup> 如果对冤案成因做分析,不实的供述仍然是造成冤案的主要成因之一。在半数的冤案中,警方均不同程度地使用违法手段取证,警察使用暴力或软暴力刑讯逼供的情形并不少见。<sup>[55]</sup> 在刑事司法实践中,并未受到“米兰达警告”、“非法证据排除”、“律师在场权”的影响,警察能够轻易地说服嫌疑人“自愿”放弃沉默权,即使采用非法方法获取供述也往往能够被法庭所采信,沃伦法院及其后的伯格法院试图通过判例确立“警察执法规范”的企图在实践中仅取得了部分成功。<sup>[56]</sup>

最后,沃伦法院的系列判例虽然能给警方侦查提供行为规范的参照,但在“逐案审查”的判例制度下,个案的情形差异很大,法院的司法审查不仅难以穷尽所有的违法侦查类型,而且法官毕竟并非亲临侦查现场,要求法院判决为侦查人员提供所有的执法规范是不现实的。<sup>[57]</sup>

### 三 沃伦法院刑事诉讼革命之反思

#### (一) 扩张嫌疑人权利所面临的困境

沃伦法院的刑事诉讼判例进展带着一种有限度的权利革命色彩,在 1968 年前后因遭到公众与政治人物的抨击而变得摇摆不定,之后开始限缩刑事被告人的正当权利。<sup>[58]</sup> 犯

[52] 根据“全美国无罪开释案件统计中心”(The National Registry of Exonerations)的冤案统计数据,在 1989 年至 2014 年间,因为 DNA 鉴定、证人改变证词、真凶认罪等确凿证据洗冤的案件平均每年在 60 件以上。详细的统计数据,可以参见 <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/detailist.aspx>, 最后访问日期:2015 年 3 月 24 日。

[53] Risinger D. Michael, Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate, *Criminal Law & Criminology*, Vol.97 (2007), p. 762; Daniel S. Medwed, Actual Innocents: Considerations in Selecting Cases for a New Innocence Project, *Nebraska Law Review*, Issue 3, Vol. 81 (2002), pp. 1097 - 1151.

[54] The National Registry of Exonerations, *Exonerations in the United States*, January 27, 2015, P. 3. [http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations\\_in\\_2014\\_report.pdf](http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2014_report.pdf), last visit date: 2015 - 3 - 24.

[55] See Paul G. Cassell, The Guilty and the Innocent: An Examination of Alleged Cases of Wrongful Conviction from False Confessions, *Harvard Journal Law & Public Policy*, Vol. 22 (1998), pp. 580 - 585.

[56] See Brandon L. Garrett, *Conviction the Innocent*, Harvard University Press (Cambridge: 2011), pp. 20 - 21.

[57] 例如,美国实务界人士讥讽法院:“即使最高法院法官坐在警车的后排,也无法告诉办案警察应当如何合法侦查。” See Paul M. Hubbard, Auto Search: The Rocky Road from Carroll to Coolidge, *South Dakota Law Review*, Vol. 17, Issue 1 (Winter 1972), p. 115.

[58] Eric J. Miller, The Warren Court's Regulatory Revolution in Criminal Procedure, *Connecticut Law Review*, Vol. 43 (Nov. 2010), p. 80.

罪议题与政治之间的关系复杂而微妙,即使是法院非常有限的权利扩展,亦有可能会引起公众的不安与政治压力的反弹。

如前所述,为了应对各州白人警察对非洲裔美国人的暴力,联邦主义色彩浓厚的沃伦法院试图为各州警察提供执法规范。从判例史来看,沃伦法院刑事诉讼判例的司法哲学主要是为了督促执法机关合法取证,只是间接地赋予了犯罪嫌疑人诸多救济性权利,并非典型的自由派法院。二战后,美国迎来了新一轮人口出生的高峰期,60年代前后出生人口的比例增加亦带来相应的高犯罪率,在警力不足难以有效应对居高不下的犯罪率的情况下,美国民众对于“有罪者因警方违法侦查逃脱法网”的容忍度亦是有限的(1994年涉嫌杀妻的辛普森因证据不足被无罪开释毕竟只是个案)。如果将最高法院的人权判例强行推及各州,有可能会带来犯罪态势的严峻并有损公共安全。所以,无论是在欧美国家还是在我国,只要犯罪行为引发的社会风险继续存在,现代刑事司法赋予刑事被告人诉讼权利的空间就会受到挤压,期望法院通过事前、事后的司法审查在判例中扩张刑事被告人诉讼权利有时候显得不切实际。

立法机关在立法之前必须权衡犯罪控制、公共安全与个人自由间的关系,如果因为修法导致“有罪者逃脱法网”比例上升过快,有可能会带来一定的社会动荡。例如,米兰达在1966年最终被无罪开释后,随后又因绑架与强奸罪被起诉。在1976年赌博中被凶手杀死之前,米兰达几乎是“监狱的常客”。而1964年因杀人罪被定罪的艾斯科贝多,以“警方拒绝会见律师并以欺骗方式诱供”为由上诉至沃伦法院,沃伦法院以5:4的微弱多数推翻有罪供述的证据效力,发回重审后因证据不足最终被无罪开释。但是,1967年艾斯科贝多又因贩卖毒品被定罪,出狱后又因猥亵儿童与谋杀未遂被判有罪,之后还因非法持有武器再判入狱,以至于审判法官在判决书中形容其为“职业罪犯”。<sup>[59]</sup>

所以,当一国的犯罪率增加却又未能找到有效对策的情况下,其刑事司法将面临着深层危机:一是刑事诉讼既要防范冤假错案避免无辜者入狱甚至被误杀,又要避免因排除违法证据、嫌疑人拒绝认罪、定罪须“排除合理怀疑”而造成“有罪者逃脱法网”比例增加;二是随着城市化进程的加快、风险社会的来临以及恐怖犯罪活动造成的恐慌,公共安全被视为社会正常运作的前提要件,当牺牲刑事被告人的部分权利在特定的背景下可以为公众所容忍的情况下,如何更有效地保护犯罪嫌疑人的诉讼权利的确值得深思。

怎样更好地权衡解决维护社会安全和保障人权的矛盾,其间分寸的拿捏很是微妙。以中国现行的刑事诉讼改革而言,一是可以有限度地扩张犯罪嫌疑人在宪法上明文规定的基本权利,优先保护其生命权、人身权、住宅权等权利。虽然难以完全遏制刑讯逼供等违法侦查行为,但仍然可以通过非法证据排除、严格定罪证明标准、扩充律师辩护权等对侦查机关产生制衡作用;二是在全面变革的条件不具备的情况下,可以先寻找“改革的突破点”,例如,以未成年人刑事诉讼程序中当事人诉讼权利的保护与防范刑讯逼供作为突破点,通过部分程序的变革带动改革的纵深发展;三是强化刑事诉讼中的权力制衡机制,

[59] See Lucas A. Powe, JR., *The Warren Court and American Politics*, (Boston: The Belknap Press of Harvard University 2000), pp. 408, 410 - 411.

通过赋予法院必要的司法审查权来审查违法侦查、不当逮捕与违法追诉,吓阻严重的刑讯逼供等暴力取证与防范错捕、错诉。

## (二) 法院制定“警察执法规范”的局限性

在传统自由主义的元叙事下(刑事诉讼的目的是保护个人自由),很多学者认为只要引入法院的事后司法审查,就能够有效地吓阻侦办人员违法侦查行为。<sup>[60]</sup>但是,从前述美国刑事司法史的真实进程来看,应当坦率承认:法院的司法审查功能不仅有时会有“造法”的嫌疑,而且其实效也有很大的局限性。

例如,对于拦停拍身、搜查、扣押、拘留、讯问等诸多侦查行为,不仅类型多样而且个案情况也有差异,法官毕竟并非亲临现场的警察,很难划定合法与非法的清晰界限。法院的事前或事后审查亦只能“一事一案”与“就案论案”,如果完全依靠法院来制定警察守则,有时会适得其反。沃伦法院“管控警察”的努力之所以失败,症结即在于此。像对于如何判断犯罪嫌疑人“自愿”放弃沉默权这样的问题,沃伦法院只能提出“总体情境”标准,在一些判例中反而认可警方欺骗、引诱行为所获得的有罪陈述证据。<sup>[61]</sup>虽然,法院事后的审查标准在特定的判例中可以为警方执法提供参照,但就侦查行为规范的细节与整体性而论,一部体系化、成熟的刑事诉讼法典或警察执法守则应当更为具体有效。事实上,沃伦法院判例的贡献只是开启了各州权利革命的序幕,各州的诉讼权利保障最终仍然要由立法机关修法完成。

对于成文法国家而言,制定体系化的刑事诉讼法典与警察执法规则,能够为侦查机关提供更为明确、细密的执法标准,相较判例法国家具有一定的优势。不仅德国、意大利、日本等传统成文法国家,即使是具普通法传统的英国、澳大利亚等国,亦分别制定了《警察与刑事证据法》、《搜查令状法案》等警察执法规范。<sup>[62]</sup>我国系成文法国家,不仅可以对搜查、窃听、讯问、辩认等侦查行为制定细密的立法,还可以通过制定警察内部的行为准则与设立内部惩戒机制来督促侦查人员合法侦查。法院的事后司法审查毕竟只能事后监督,更何况法院“逐案审查”的方式往往只能实现个案正义难以制定细密、完善的侦查行为规则,所以通过制定全国统一的刑事诉讼法典与细密的《警察侦查行为准则》、《侦查惩戒条例》等类似的规范,对防范、监督违法侦查行为可能更有效。

## (三) 洞察历史机遇的重要性

上世纪 60 年代前后,美国国内正是反种族歧视运动高涨的年代<sup>[63]</sup>,非洲裔美国人争

[60] 参见陈永生:《刑事诉讼的程序性制裁》,《现代法学》2004 年第 1 期;陈瑞华:《程序性制裁制度的法理学分析》,《中国法学》2005 年第 6 期。

[61] See Stephanie J. Frye, Totality of Circumstances: A Guideline for Waiver of Miranda Rights, *University of Colorado Law Review*, Vol. 51 (1980), p. 255; 王兆鹏著:《搜索扣押与刑事被告的宪法权利》,台湾翰芦图书出版公司 2000 年版,第 145 页。

[62] Craig M. Bradley, Criminal Procedure in the “Land of OZ”: Lessons for America, *The Journal of Criminal & Criminology*, No. 1, Vol. 81 (1990), p. 103.

[63] 上世纪 60 年代仍然处于冷战时期,美国与苏联在全球范围内进行军事对抗与利益争夺,美国共和党奉行遏制主义试图保障国家安全,攘外必先安内,要继续维护国内的联邦主义增加国内凝聚力就必须避免种族冲突升级,这成为共和党人要考虑的问题之一。因此,白人警察刑事诉讼中肆意殴打、凌辱非洲裔犯罪嫌疑人的行为有必要受到抑制。

取教育、选举、劳动就业等平等权的运动间接影响了刑事诉讼革命的发生。首席法官沃伦就职最高法院之前,曾连任过三届加利福尼亚州长,联邦主义是其传统的政治倾向,更强调联邦权力对各州的必要影响力。<sup>[64]</sup> 作为典型的联邦主义共和党代表,面对美国种族隔离与种族分裂的加剧,1954年沃伦上任的第二年即作出了著名的“布朗诉教育委员会”案,宣告堪萨斯州的“种族隔离教育法”违宪。<sup>[65]</sup> 在沃伦法院之前,非洲裔美国人在刑事司法中所遭受的种族歧视与人权侵犯非常严重,非洲裔美国人因犯罪嫌疑被白人警察殴打的概率更高,刑事审理程序中的种族歧视与量刑过重现象经常发生。<sup>[66]</sup> 由于遭受警察暴力的往往多为非洲裔美国人,美国上个世纪的刑事诉讼革命可被视作最高法院反种族歧视革命的“副产品”。<sup>[67]</sup> 应该说,沃伦法院把握住了较佳的历史机遇,适时推进了刑事诉讼革命。

由此可见,刑事诉讼中的权利变革也需要具备一定的时机。以我国刑事司法现状而言,反思冤案频发与遏制刑讯逼供可能是变革中国刑事诉讼制度的催化剂。自2013年《刑事诉讼法》修改以来,“尊重与保障人权”的思维不仅已在刑事诉讼法中有所体现,而且已获得学术界与实务界的认可,但刑事被告人具体诉讼权利的实现还有待检验。一方面,中国式冤案的频发暴露了我国刑事司法的结构性缺陷;另一方面,面临居高难下的犯罪率与公共安全的严峻态势,宽松审查侦查行为的立场容易获得广泛支持。例如,对于非法证据排除规则而言,法院对于刑讯之外获取的非法证据进行排除相较谨慎,对于软暴力侦查行为所获取的证据往往不予排除,被学术界寄予厚望的“非法证据排除”规则在司法实践中却相当尴尬。<sup>[68]</sup>

不过,从我国刑事诉讼程序的运作背景观察,继续改革的契机仍然存在:一是刑事冤案成因的反思可能是推动刑事被告人获得救济性权利的契机,随着浙江张氏叔侄、呼和浩特呼格吉勒图冤案的曝光,展示出刑讯逼供往往是导致中国式冤案的主要原因,我国法院在特定个案中排除刑讯证据实现个案正义将会是改革的突破点之一。二是新世纪后,在经济、法律全球化背景下,国际人权公约与刑事诉讼的国际发展潮流对我国刑事司法改革的影响力仍然存在,虽然各国刑事司法背景各不相同,但刑事被告人的律师帮助权、沉默权、申请程序救济权等基本诉讼权利已被视为刑事诉讼法治化的衡量标准。三是在实现犯罪预防与犯罪矫正的前提下,如果能够构建有效的犯罪应对机制,则有利于缓和个人的

[64] See Jim Newton, *Justice for all Earl Warren and the Nation He Made*, (New York: Published by Penguin Group Inc 2006), p. 185.

[65] *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

[66] Kent Roach, *Systemic Racism and Criminal Justice Policy*, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 15 (1996), p. 236.

[67] 不过,卡汉教授却认为,在当代美国,由于非洲裔美国人争取平等权运动已基本胜利,非洲裔美国人不仅获得教育机会能够担任市长、州长,而且多数居住在城外,似乎刑事诉讼中保障非洲裔美国人等少数族群的必要性已不如上世纪后半期紧迫。本文的立场正好与之相反,无论是从美国冤案的发生率与种族比例构成来看,还是从刑事司法中的实际种族歧视偏见来观察(例如2014年8月发生于密苏里州弗格森镇白人警察执法中枪杀非洲裔美国人布朗事件),美国刑事诉讼中人权保护的必要性仍很迫切。卡汉教授的观点参见 Dan M. Kahan & Tracey L. Meares, *The Coming Crisis of Criminal Procedure*, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 86, p. 1155 - 1157.

[68] 参见吴宏耀:《非法证据排除的规则与实效》,《现代法学》2014年第4期;陈瑞华:《非法证据排除规则的适用对象》,《当代法学》2015年第1期;刘磊:《案外因素对催生刑事冤案的作用力分析》,《现代法学》2014年第2期。

利与公共秩序间的紧张,将会为扩张刑事被告人权利提供更广阔的空间。反之,在改革所需的前提条件仍不具备的情形下,完全寄希望于法院在个案中造法来扩张刑事被告人的诉讼权利,是不切实际的,美国沃伦法院刑事诉讼革命的部分失败已足以为鉴。

[本文系作者主持的 2012 国家社会科学基金项目“刑事程序法的功能研究”之研究成果,项目批准号:12CFX044;教育部 2012 基金资助项目研究成果,项目批准号:12YJC820008。]

---

---

[**Abstract**] In the process of judicial review, the Supreme Court of Warren did all it could to give broad interpretation to the Constitution, so as to guarantee the suspect's fundamental rights, such as the right to keep silence, the right to apply for the suppression of illegal evidence, and the right to legal assistance. The purposes of Warren Court's judicial practice were to uphold the stability of the Federation, to promote the development of a limited and law-abiding government, to prevent the violation of civil rights in the administration of criminal justice, so as to better respond to the racial equality movement of that time. The anti-racism movement had exerted an indirect impact on Warren Court's case law. Generally speaking, the Criminal Procedure Revolution launched by Warren Court had failed, at least partially, for a number of reasons, including inconsistency in its case law, defects in judicial philosophy, and improper attempt to make rules on law enforcement for the police. China should draw on Warren Court's experience in the reasonable determination of the role of judges and, while pursuing justice in individual cases, seek reform opportunities to alleviate the conflicts between individual rights and public safety, so as to create better conditions for the safeguarding of the litigation rights of criminal defendants.

---

---

(责任编辑:王雪梅)