

# 美国紧急状态下的刑事司法：历史、述评与启示

刘 涛

**内容提要：**美国紧急状态下刑事司法体系由美国宪法与宪政制度、刑事实体法与程序法、法院组织规则、行政机构审查机制等组成；立法行为、行政行动与法院普通法判例规则共同构成了美国紧急状态下刑事司法的规范体系与运行依据。美国紧急状态下的刑事司法经历了美国建国初期、二战时期、20 世纪下半叶以及后“9·11”时代四个具有代表性的发展阶段。建国初期的美国刑事司法与军事行动紧密结合；二战时期的美国刑事司法具有明显的非正义与司法智慧妥协的双重属性；20 世纪下半叶随着美国国内刑事实体法的转向以及国际人权理论的发展，紧急状态下刑事司法呈现出融合普通刑事司法传统与军事羁押性质结合的特点；后“9·11”时代的紧急状态下的刑事司法表现出行政权的扩张与联邦最高法院“妥协”中不断尝试限制行政权的趋势。区分紧急状态情形下审判与普通审判，限制行政“固有”权力与保持普通法的发展传统体现了美国刑事司法保护国家安全司法机制的特点，非建构性与反效率是保障紧急状态下刑事司法法治化的应有之义。

**关键词：**紧急状态 美国刑事司法 判例述评 军事法

刘涛，南京师范大学法学院博士研究生。

## 一 引 言

紧急状态的发生，能够折射出个体的品质与情操；而对以宪法为“立命之本”的政治国家而言，紧急状态则是验证与衡量一国法治发展状态的试金石。紧急状态包括但不限于传统意义上的战争，自然危机、社会动荡、经济大萧条等等，也可称之为广义上的“紧急状态”。总之，紧急状态能够“逼迫”现代国家转入与平常有所不同的，但仍旧基于宪法框架下的治理模式。紧急状态下的国家治理模式包括一国司法模式的调整与变动，而作为国家权力集中体现的刑事司法，则成为紧急状态下国家司法治理模式的主要表现形式之一。

紧急状态下刑事司法的研究不仅需要对基本的理念进行辨析，还需要通过研究刑事

司法的实际运行,把握其内涵;不仅需要对各种基本概念进行分析,更需要对实际司法操作中形成的司法实践经验进行综合。

美国作为发展时间较长的现代化国家,其现代意义上的刑事司法制度运行与理论研究也较为发达。此外,由于普通法判例制度的悠久历史与大量积累,研究美国刑事司法便具有了得天独厚的先决条件。如果将有关这些历史文本与判例材料在不同时期所确立的原则在归纳综合的基础上进行体系化研究,可以清晰地看到其理论发展的跨度与司法实践的起起伏伏。不过,由于美国本土没有经历过重大外来侵略以及未曾有过类似苏联“十月革命”的社会剧变的缘故,这一客观存在的理论发展在相当长的历史进程中甚至没有引起美国本土学者的重视。然而,紧急状态下的刑事司法实践与理论发展的重要意义不言而喻,因为“一个国家宪政的发展和完善往往是通过应对前所未有或突如其来的事件而实现的。”<sup>[1]</sup>

本文通过对美国在不同时期紧急状态下刑事司法实践(判例)与理论材料的搜集与甄别,试图管窥美国紧急状态下刑事司法的基本走向。通过对历史事件(文献)、经典判例以及理论研究的梳理,本文认为,美国紧急状态下的刑事司法经历了美国建国初期、二战时期、20 世纪下半叶以及后“9·11”时代四个具有代表性的发展阶段。建国初期的美国刑事司法与军事行动紧密结合;二战时期的美国刑事司法具有明显的不正义与司法智慧的妥协的双重属性;20 世纪下半叶随着美国国内刑事实体法的转向以及国际人权理论的发展,紧急状态下刑事司法呈现出融合普通刑事司法传统与军事羁押性质结合的特点;后“9·11”时代的紧急状态下的刑事司法表现出行政权的扩张特点与联邦最高法院“妥协”中不断尝试限制行政权趋势。

这些特点反映了美国紧急状态下刑事司法在不同时期的基本面相,也展示了美国刑事司法及宪法理论进退。尽管本文主要讨论的是美国紧急状态下的刑事司法实践与理论,但是“它山之石可以攻玉”,美国处理紧急状态下的刑事法治问题中所反映的区分紧急状态情形下审判与普通审判、限制行政“固有”权力与保持普通法的发展传统,体现了美国刑事司法保护国家安全司法机制的特点,以及非建构性与反效率都具有一定程度的借鉴意义,这些处理紧急状态下刑事司法中国家安全利益与人权保障利益冲突的实践措施与理论工具,是紧急状态下刑事司法法治化的应有之义,因此,也能够为当前与今后我国面临紧急状态下(如恐怖主义犯罪与冲突问题)刑事司法活动的展开提供有益的实践指导与理论储备。

## 二 国家崛起与战时刑事司法

### (一) 建国初期:军事压倒一切

美国建国初期就出现了基于紧急状态下的刑事司法裁判模式,这些裁判主要反映了对待战争中出现的羁押敌对人员的国家司法态度和人权理念。在联邦刚成立时,国会基

[1] 腾宏庆:《安全抑或自由:危机中的美国宪法》,《法律科学》2014 年第 1 期,第 30 页。

于宪法限制总统权力的分权原则,通过立法限制了华盛顿总统的军事权力。在司法方面,联邦最高法院通过案例确立的规则承认了国会在限制总统军事行动方面的权力,其中就包括战争期间的羁押权力,不过联邦最高法院也意识到战争状态下需要强有力的执行者,时任联邦最高法院首席大法官马歇尔(Marshall)通过案件审理,“暗示”了美国总统在一定情况下有战争的权力,而这样一种权力并不需要国会的授权。

正是由于美国建国初期这种宪法分权理念与稳固国家政权现实之间的冲突,新奥尔良之战中,安德鲁·杰克逊(Andrew Jackson)将军(以后成为美国总统)无视联邦法院的人身保护令,扣押了一名新闻记者,这样的行为并没有经得国会的授权。<sup>[2]</sup> 在1817年,杰克逊成为总统后再一次扩张了战争行动权。在向当时还隶属于西班牙的佛罗里达发起进攻的战役中,杰克逊的军队逮捕了两名向敌方提供援助的英国人,并在军事法庭对逮捕的人员进行审判,最终执行了死刑。虽然这一次行动激起了比之前强烈得多的反应(国会军事委员会谴责了杰克逊的行动),但是整个国会却再一次倾向于不对其进行制裁。杰克逊不仅对国会不屑一顾,更对联邦最高法院的既判力不放在眼里,他的名言:“马歇尔大法官已经对案件作出了判决,那就让他自己去想办法执行判决吧”。体现其强硬风格,这也是美国建国初期“战争压倒一切”的建国方略的缩影。

## (二)内战期间:区别对待

### 1. 暂缓人身保护令案:战争中违宪的“合法性”

在南北战争时期,林肯再一次挑战了联邦宪法对总统的战争权的限制。联邦最高法院的一系列判例中也体现出司法部门对当年林肯的一些做法的认同度以及合宪性判断的标准。内战的紧张形势也为林肯的超常规行动,甚至是藐视司法判决的行为赋予了有力的正当性与合法性。

在1861年的马丽曼(Merryman)一案中,联邦最高法院的判决明确提出了对总统单方羁押权力的限制。当事人马丽曼在南北战争期间没有经过任何司法审判就被军方羁押,这一羁押决定源于林肯总统所颁布的暂缓人身保护令决定。联邦最高法院认为总统的这一决定是违宪的,并判决应当释放马丽曼。时任联邦最高法院首席大法官坦尼(Taney)认为,宪法明确规定未经正当法律程序,任何人不应当被剥夺生命、自由和财产,而这一根本性的人权保障已经被军事决定所延缓和剥夺了。如果宪法明确规定的审查人身保护令权属与司法裁判权力被军事行动权力取代了,那么人民将不再生活在一个法律控制的政府之下。泰尼大法官同时认为,《宪法》第一条第九款第二项规定了暂缓人身保护令的特权,而这一特权属于立法部门,军事机关本质属于行政机关,无权单方向行使这一权力。<sup>[3]</sup> 其后,当事人马丽曼虽然被释放了,但是林肯并没有停止羁押更多的人员,并且暂缓他们的人身保护令。

坦尼在战争之前被任命为联邦最高法院首席大法官,不过其在政治上倾向于反对派。战争期间美国联邦最高法院并没有解体,反对统一的坦尼依然担任首席法官。坦尼这一

[2] 参见 Christopher M. Ford, From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War, *Mil. L. Rev.* 207, 2011, p. 203.

[3] 参见 *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144, 148 (C. C. D. Md. 1861).

政治取向无疑影响了此案的最终判决。不过,此案的判决并无错误:林肯单方暂缓当事人的人身保护令行为明显违背了宪法条文的明确规定。从马丽曼一案中我们可以看到,美国紧急状态下的刑事司法历程在建国与内战的动荡时期出现了严重违宪的行为,而这些行政行动的合宪性以后都遭到了学术界乃至联邦最高法院的判例的明确否认。

## 2. 米丽根 (Milligan) 案:司法审查思维模式的雏形

在马丽曼一案五年以后,联邦最高法院在米丽根一案中审查了总统建立以及执行军事法庭的权力。法院认为,如同行使暂缓人身保护令的权力,根据联邦宪法,总统在没有国会授权的情况下无权创制军事法庭。法院裁判意见认为,在战争时期,司法机关或许没有能力对纯粹的法律问题进行冷静、细致的思考,不过,此案发生在内战接近尾声的时候,普通法院已经恢复运作。因而,接受陪审团公正审判是每个公民应当享有的权利。而首席大法官蔡斯(Chase)则认为,国会虽然拥有针对战争的立法权力,但是这一权力并不能触及战争的实际指挥权。实际战争中的指挥权归属于军事统帅,也就是总统,但查斯大法官仍然同意法院的判决:建立军事法庭的权力属于国会的立法权。<sup>[4]</sup>

从米丽根一案中我们可以看到,当战争形势趋于缓和、司法权威得到一定程度的恢复以后,刑事司法又渐渐走向正常化与理性化。对这一刑事司法的历史转向,有的学者就认为,当战争中法院已经无法发挥原有的作用,刑事司法正义已无法在原有的机构中得以实现,军事法庭的设立对于维护军队和社会安全确有必要。为了防止国家的分裂与消亡,这几乎是唯一的选择。<sup>[5]</sup> 托克维尔也认为,战争并不一定变民主社会为军事政体,而是肯定不可避免地、极大地增加国民政府的权力:它必须把对所有人的指挥权和对所有事务的管理权强制性地集中在行政官员手中。<sup>[6]</sup>

然而,米丽根一案上訴到联邦最高法院时南北战争已经偃旗息鼓,在已占领地区继续建立军事法庭是没有宪法正当性的。<sup>[7]</sup> 有的学者进一步认为,此案的判决使得总统在无限期羁押这一问题上几乎没有可以利用的空间。<sup>[8]</sup> 不过也有的学者认为米丽根的判决是有限的,甚至是不明确的。<sup>[9]</sup> 米丽根一案值得借鉴的地方不在于军事羁押抑或是军事法庭的合宪性和合法性判断标准,而是法院对于司法在国家与社会不同状态与时期所应具有的不同社会功效所做的精确描述。这一思维模式已成为当今美国刑事司法界探讨反恐政策合法性的习惯套路。

从美国建国初期以及内战期间上述历史进程来看,此时美国紧急状态下的刑事司法模式还远未成熟。就像任何一个新生的国家一样,美国联邦政府在当时也面临着内外交

[4] 参见 *Ex parte Milligan*, 71 U. S. 2, 109, 136, 140 (1866)。

[5] 参见 R. A. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency* [M], New York: Oxford University Press, 2006, p. 145。

[6] 参见 A. Tocqueville and P. Bradley, *Democracy in America* [M], Vintage Books, 1840, p. 285。

[7] 参见 Chad DeVaux, *Rationalizing the Constitution: The Military Commissions Act and the Dubious Legacy of Ex Parte Quirin*, *Akron L. Rev.* 42, 2009, p. 13。

[8] 参见 Neal K. Katyal and Laurence H. Tribe, *Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals*, *Yale Law Journal*, 2002, p. 1261。

[9] 参见 Christopher M. Ford, *From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War*, *Mil. L. Rev.* 207, 2011, p. 210。

困的艰难时期,怎么能使一个刚刚诞生的政权不被扼杀在摇篮里,是当时政府的主要考虑。笔者并不否认美国的建国和国家初期的延续在一定程度上得益于强有力的政治领袖,甚至是政治英雄的出现,但是我们不能不看到历史的发展有它自己的逻辑,“即使是伟大的领袖,也只能在弯曲的小径施加小小的推力”。<sup>[10]</sup> 当战争形势危急时,刑事司法乃至国会能起到的限制军事部门的战争权就会很有限,甚至不符合当时的社会需要。因此,当时美国军事刑事司法并没有得到充分发展,它的雏形几乎完全隶属于军事机构。不过,在历史的此消彼长中,当战争的烟云渐渐散尽,即使再强力的总统,也不可能恣意进行无限制的和无期限的行政军事羁押了。

### 三 二战期间的司法:妥协的智慧与明显的不正义

#### (一) 奎恩(Quirin)案:妥协的智慧

美国建国与内战时期有关战时羁押与刑事司法之间的矛盾与争议在战后很长一段时期没有再引起关注。这一状况直至美国面临另一场战争时才出现了变化。20世纪中叶,美国由于珍珠港事件被迫直接卷入第二次世界大战,美国的国家政策、国防政策以及刑事司法走向再一次发生了转变。

##### 1. 创造概念、确立标准

在奎恩一案中,联邦最高法院考虑针对在美国被抓获的纳粹破坏者所建立的军事审查委员会(类似于司法审判的机构)的合宪性与合法性。相对于一般的法庭,军事委员会并不遵循公开审理原则,证据规则也不严谨,没有陪审团的设置,甚至没有相应的上诉程序。法院认为,根据普遍适用的国际法原则及国际法惯例,在敌对状态下,有两种人员:合法战斗人员以及非法参战人员。合法战斗人员属于战争中的俘虏,相应地享受国际法所规定的俘虏的权利和待遇;而参战人员除了会被逮捕和羁押,还会受到军事法庭的审判,为其参加战斗活动承担责任。<sup>[11]</sup>

在本案中,那些从事情报收集活动的当事人属于典型的非法参战人员。因此,他们并不享有战俘的待遇,而会受到军事法庭的制裁。法院进一步指出,接受陪审团审判是美国宪法所确立的普通刑事审判的基本人权保障与民主的体现,不过这一审判保障却不是军事法庭的必需设置。基于普通刑事司法与军事审判之间的这些差别,法院认为,美国联邦宪法中保护公民接受一般法庭审判的权利并不及于此案中军事审查委员会上受审的当事人。此一军事审查委员会符合国会制定的战争条款下授予军队的权力,特别是其中的第15条规定了在已有的军事法庭模式下,并不排除特别军事委员会承担审查敌对人员的权力。<sup>[12]</sup>

##### 2. 社会利益的衡量与司法智慧

奎恩一案在美国军事刑事司法历史中具有重要的地位。正如有的学者所言,奎恩一

[10] [美]黄仁宇著:《黄河青山:黄仁宇回忆录》,张逸安译,九州出版社2011年版,第2页。

[11] 参见 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 31 (U.S. 1942)。

[12] 参见 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 27, 31, 39 (U.S. 1942)。

案的判决核心在于确认了军事委员会作为一般司法程序替代物审判非法战斗人员的合宪性。<sup>[13]</sup> 从此案的法院意见可以看到,当时的联邦最高法院明确对两种不同模式的审判制度进行了区分:非法战斗人员羁押审查与一般刑事司法。在战争状态下,非法战斗人员的处遇与羁押只需要满足最低限度的国际法人权保障要求。质言之,非法战斗人员并不属于一般刑事司法的适格当事人。军事审查委员会这一类司法机构可以不受联邦宪法的规制,在实体和程序运行规则上都可以突破普通刑事司法的固有模式。在奎恩一案中,非法参战人员被排除在普通刑事司法的保护之外。

美国联邦最高法院在面对奎恩一案时,衡量了不同的社会价值因素。正如菲利所言,如果刑事审判只是简单地宣告某一行为是好是坏,那么个人的道德观念就足够了。但是,因为刑事审判是一个确定证据和检验客观和主观事实的过程,所以单凭道德观念还不够,每一次的审判还都必须运用才智。<sup>[14]</sup> 在案件基本事实清楚的情况下,在美国再一次面临被侵略的情形下,怎样既满足军事部门推进战争的需求与消除民众恐惧心理的迫切愿望,又使得联邦法院与宪法的尊严与威信乃至“美国的民主”这一崇高理念得到维护,美国联邦最高法院奎恩一案的判决无疑体现了时任各位联邦最高法院大法官的高超技巧与司法智慧。与其说本案当事人满足了“非法参战人员”这一定义,不如说是这一定义满足了各方的需求。正如 20 世纪初卡多佐大法官所指出的那样,法律最终秩序的实现靠的是社会福利得到实现,这是检验法律规则的重要指标。

当我们在司法过程中追求逻辑、一致和延续时,我们是以一种社会学的角度在对这些重要的社会价值进行分析。<sup>[15]</sup> 为了保证判决的一致性与延续性,法官在一定程度上是以社会价值为出发点,逆推形成所谓的三段式司法逻辑。虽然在联邦最高法院的审理过程中,并不存在象征美国民主的陪审制度,但陪审团的影响依旧伴随着这些法官,<sup>[16]</sup> 法官的意见几乎不可能违背“想象中的陪审团”所代表的社会意见。所以,“法官从来都不是仅仅依据法律引出其裁判,而始终以一种确定的先入之见,即由传统和情境确定的成见来形成其判断。”<sup>[17]</sup> 而且,对于这些先入之见,“并不必对其责难,因为所有的理解都是从一个先前理解开始。”<sup>[18]</sup>

前述米丽根一案与奎恩一案有相似之处,法院所要解决的都是由军事机构行使司法职能的问题。而判决结果却不尽相同,甚至可以说联邦最高法院在一定程度上推翻了之前其作出的判例。案件事实与案件所处的外部政治社会环境的区别或许能够说明两个案件最终较为对立的判决结果:米丽根一案发生在美国内战结束之际,此时的联邦最高法院希望在战后确立司法规则、结束战时司法阙如的困境;而奎恩一案发生在二战硝烟弥漫之时,又面临着总统的强大压力,联邦最高法院的大法官们不得不考量这些时代背景。另

[13] 参见 Christopher M. Ford, *From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War*, *Mil. L. Rev.* 207, 2011, p. 203.

[14] [意]恩里科·菲利著:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 252 页。

[15] 参见 B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Dover Publications, 2012, pp. 62, 72.

[16] 参见[法]阿列克西·德·托克维尔著:《论美国的民主》,曹冬雪译,译林出版社 2012 年版,第 159 页。

[17] 张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 127 页。

[18] [德]亚图·考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,台湾五南图书出版有限公司 2000 年版,第 158 页。

外,总统之所以在战争期间敢于向联邦最高法院施压,一方面是宪法并没有禁止任何人评判法院与法官,更是因为在此时给法院一定压力代价小而不必背上干预司法的恶名。身处时代与政治背景下的联邦最高法院大法官们不可能意识不到这些压力及其可能给自己在判决案件中所带来的限制。奎恩一案是妥协的结果。<sup>[19]</sup>

## (二) Korematsu 案:明显的非正义

### 1. 严格审查的首次运用

同一时期的 Korematsu 一案,联邦最高法院需要判定一项旨在限制美籍日本人进行情报间谍活动的行政规定的合宪性。此项规定也被称为《第 34 号平民禁令》(*Civilian Exclusion Order No. 34*),是由美国军方颁布的。此项规定要求所有在西海岸居住的日本裔的美国人必须撤离。Korematsu 作为一名日本裔美国人违反了此项军队禁令,进入了管制地区,因而被判有罪。联邦最高法院认为任何一项针对单一种族的规范都是值得怀疑的,政府必须证明这一特定规范符合必要的标准。法院认为,《平民禁令》对日本裔美国人来说是一项巨大的苦难,不过,公民应当在战争时期承担比平时更大的困难。法院并没有忽视当事人对美国的忠诚。法院的判决进一步指出,当事人并没有从事间谍或者颠覆国家政权的活动,他被驱逐乃至以后的被羁押,是因为美国正在和日本作战,军方担心日军在西海岸入侵,为此必须实行相应的必要的安全措施。<sup>[20]</sup> 联邦最高法院在此案中首次运用了在之前一个案件中所建立起来的对立法“严格审查”制度。<sup>[21]</sup> 严格合宪性审查标准非常高,一般带有歧视性的法律法规很难通过审查,而在战争背景下,此项只针对日本人的法规却获得了通过。

墨菲(Murphy)大法官在反对意见中认为,即使适用一般审查标准,这一军事规定也是违宪的。其认为,此一禁令假定所有的美籍日本人均有从事间谍活动的倾向,而理性、逻辑或经验都不能支持这个假定。日本籍美国人在珍珠港后绝大多数人是忠诚的,这一禁令反映出种族歧视的倾向而非真诚且迫切的政治需要。<sup>[22]</sup> 墨菲法官指出在同一时期,英国政府能够通过单独听证形式,决定 7.4 万名德国或奥地利居民究竟属于实在威胁抑或只是“帝国的友善公民”。在战争爆发半年之内,英国政府既完成了这项任务,并最后只拘留了 2000 人。因此他认为:“在这种情况下,不能为 11.2 万美籍日裔公民举行单独听证,是不可置信的。”<sup>[23]</sup>

罗伯特·杰克逊(Robert Jackson)大法官的反对意见认为,一项军事命令的期限不应超过军事紧急状态的时限。但是如果这一项军事禁令通过法院的司法化解释而成为合宪的政府行动,法院就可能使一项违反程序原则的法令永久化。如果此一立法成为习惯,任何号称有紧急需要的权力机构,都可以将其作为武器。这一案件是一次偶然的事件,然

[19] 参见 Richard H. Fallon and Daniel J. Meltzer, *Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror*, *Harvard Law Review*, 2007, p. 2038。

[20] 参见 *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 219, 223 (U. S. 1944)。

[21] 参见 *United States v. Carolene Products Company*, 304 U. S. 144 (1938)。

[22] 参见 *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 242 (U. S. 1944)。

[23] *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 242 (U. S. 1944). 转引自张千帆著:《西方宪政体系》(上册:美国宪法),中国政法大学出版社 2004 年版,第 352 页。

而,通过法院的司法审查,一次短暂的偶然事件就成为了宪法理论,没有什么比这一规则的固化更危险的了。<sup>[24]</sup>

## 2. 历史的污点

相较于美国建国初期所出现的紧急状态下的刑事司法案件,二战期间的奎恩、美籍日侨等案件具有更大的影响。首先,这些案件涉及的当事人更为广泛。奎恩一案中认定的“非法参战人员”几乎可以涵盖所有从事间谍活动或者为这种活动提供帮助的人员;美籍日侨一案中所需审查的法令对全体美籍日裔人员都有深远的影响。其次,联邦最高法院此时所面对的利益冲突更为明显。相比于刚刚成立的联邦,二战期间美国国家与社会发展日臻成熟。民主成为这个国家的一种传统,宪法理念深入人心。质言之,在一个成熟的社会中如果需要实施一些针对“敌人”的特殊手段,行政机关与法院都面临着巨大的压力。最后,美国联邦最高法院具有相对独立的地位,各位大法官地位平等,判决的走向在一定程度上具有不可预测性。

当时的紧急状态下的刑事司法具有双面性:第一,为了满足国家与公民的安全需要,司法实践应对这些迫切的需求予以回应;第二,为了不破坏长期形成的宪政传统,法院必须通过一些概念的引入与标准的设置,对不同情况进行区分。既满足当下的需要,又能为今后“翻案”留有一定裁量的空间。美籍日侨一案的判决是美国联邦最高法院历史上无法抹去的一个污点。虽然在今后司法判决和学术研究中,此案已被完全推翻,但是每每当人们再次翻阅这段历史时,它总会提醒后来人,当一种目的与偏见左右人们的思想时,巨大的不公正总能被轻易地合法化。虽然有的学者在20世纪初就“断言”,明显具有压制性的“荒唐”立法已不可能在美国社会具有任何正当性,<sup>[25]</sup>然而不幸还是发生了。正如雅科布斯所言,凯撒的躯体,亦即国家的躯体,有的时候并不是都穿着体面的法治国的衣裳,而是裸露的。<sup>[26]</sup>

# 四 20世纪下半叶:无声的变动

## (一) 刑事程序法与实体法的转变

虽然美国从二战结束到“9·11”发生前这段历史时期被许多学者认为并没有代表性的关于紧急状态下刑事司法的既判力,但是仍有一些立法与案例值得重视。在艾森特雷格(Eisenrager)一案中,<sup>[27]</sup>联邦最高法院对于战争中抓获的犯有战争罪嫌疑的人员采取了类似“属地主义”的原则。如果形势危急,战争中的行动可以全权委托给总统及国家军队指挥官,国会与法院一般并不干涉总统的指挥权。<sup>[28]</sup>这也与前述米丽根一案与奎恩一案所确立和延续的区别规则基本一致。斯凯尔斯(Scales)一案主要考察了刑事实体法的

[24] 参见 *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 246 (U. S. 1944)。

[25] 参见 Learned Hand, *Due Process of Law and the Eight-Hour Day*, *Harv. L. Rev.* 21, 1907, p. 495。

[26] 转引自蔡桂生:《敌人刑法的思与辩》,《中外法学》2010年第4期,第610页。

[27] 参见 *Johnson v. Eisenrager*, 339 U. S. 763 (1950)。

[28] 参见 *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 246 (1944)。

边界问题。在此案中,联邦最高法院认为,刑事制裁的边界可以扩展至所谓的“状态犯”,也就是“组织成员”这一单一状态就可以构成犯罪。法院意见进一步认为,状态犯的认定需要控方证明:(1)被告人是某一敌对组织的积极分子而不仅仅挂名而已;(2)被告人具有实施非法敌对活动的意图。<sup>[29]</sup> 斯凯尔斯一案所确立的法律使得参与某种组织(并具有相应的主观意识)成为构成犯罪的一种形态,这也为美国在反恐行动中的立法、司法提供了一定的实体依据与历史根据。

程序法方面,20世纪末的变动也可谓巨大。尤其是针对所谓“对毒品战争”,联邦最高法院通过几个代表性案件的审查,确立了对刑事司法来说具有关键影响的联邦《宪法第四修正案》的新解释规则。总体来说,针对刑事司法中的警察行动权,联邦最高法院给予了几乎无条件的支持:只要得到了当事人的“允许”,或者警察在主观上对当事人的行为产生了哪怕是一丝合理怀疑,或者当事人违反了任何轻微的交通法规或者安全规章,警察均有对其进行搜查的权力,而任何在此搜查基础上建立的犯罪证据都不属于“毒树之果”。这些由联邦最高法院确立的规则无疑会对今后在反恐行动中警方(乃至整个美国联邦行政机关)的行动权限带来巨大的便利,尤其是对官方政府在机场等公共场所开展的“恐怖分子甄别”行动。

早在“9·11”发生之前,美国联邦法院刑事司法政策中注重预防的一面已经凸显。除了斯凯尔斯一案,另外一些立法及司法发展也说明了这一倾向,这包括:对参与招募帮会人员的刑事处罚、民事保证措施(主要针对性犯罪者)、惯犯资格的认定、以成年人的审判方式审判少年行为人以及与之相应的严格量刑制度。<sup>[30]</sup> 美国著名刑法学者罗宾逊将这一转变过程称为,从传统的回顾式的惩罚模式向前瞻性的预防模式的演化。<sup>[31]</sup> 有的学者将这种刑事法中惩罚的转变称为从对危害行为的危险的处罚过渡为对危险的犯罪人的治理。<sup>[32]</sup> 我国储槐植教授认为,美国此类“组织犯”的规定所规制的对象不是“孤立的个人”,归责的基础不是行为人的“行为”,而是由于国家权力运行机构难以按照通常规则“清算”个人犯罪,所形成的特殊的“行为人群”责任。这种刑事法发展趋势并不属于美国“独有”,而是20世纪末处于对应极其严重的犯罪态势而在古典刑事责任理论上有所突破的现实反映。这一趋势也可被称为“非常规刑法”发展态势,适用的对象应当对准“极其严重的犯罪。”<sup>[33]</sup> 不可否认,这一模式的转变无疑为美国“9·11”之后的反恐行动提供了适宜发展的空间,许多立法及创造性的法律解释在此模式的影响下得以实现。<sup>[34]</sup>

[29] 参见 *Scales v. United States*, 367 U.S. 203, 226-29 (1961)。

[30] 参见 Robert Chesney and Jack Goldsmith, *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, *Stanford Law Review*, 2008, p. 1079。

[31] 参见 Paul H. Robinson, *Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice*, *Harvard Law Review*, 2001, p. 1429。

[32] 参见 Markus Dirk. Dubber, *Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2001, p. 829。

[33] 参见储槐植著:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第232页。

[34] 参见 Robert Chesney and Jack Goldsmith, *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, *Stanford Law Review*, 2008, p. 1079。

## (二)另一股力量:国际人权法的变动

值得注意的是,当美国国内的刑事司法转向以预防为主的时候,传统的国际战争法领域却发生了相反的转变。在学者和国际组织的推动下,国际人权理论对战争中的交战人员的权利保障提出了更高的要求。<sup>[35]</sup>在初期的国际公约中,由于其针对的对象主要是传统战争意义下的战俘,所以对这些人员的军事羁押审查并没有提出过多的程序保障要求,对于羁押的正确性与羁押审查的申诉程序均没有作出详细的规定。在1977年《日内瓦公约》(以下简称《公约》)的附加协定中,协定将受《公约》保护的人员范围扩大到那些并不符合战俘条件的敌对人员,也就是说,受到《公约》保护的主体包括那些参与敌对秘密活动的人员,而这些参战人员与当今的恐怖分子在作战方式上十分相似。正如对于相关国际人权公约的一贯态度,美国对此一修改提出了强烈的反对意见。有的美国学者就认为这些程序权利保障在战争状态下很难实现,为非法战斗人员提供这些权利保障有可能对国家安全造成进一步的威胁。而大多数《公约》的签订国都批准了这一修改,美国是少数的例外之一。<sup>[36]</sup>

另外,随着国际刑事法院这样一个永久性的国家刑事追诉机构的建立,国际社会在惩罚与预防严重的国际犯罪方面迈开了崭新的步伐。虽然它自己没有军队,也没有警察,因而在抓捕犯罪嫌疑人方面还需借助联合国的维和部队等军事力量,有时甚至不排除通过战争手段来抓捕犯罪嫌疑人;但它的刑事理念却一点都没有贴上“敌人刑法”的标签,相反,在“罪刑法定”、“无罪推定”、“被告人权益保障”、“被害人和证人的保护与救济”等方面走在了时代的前列。并且创立国际刑事法院的《罗马规约》也没有给死刑留下适用的余地,反映了国际社会的理性态度。<sup>[37]</sup>这也是国际法上对待紧急状态下(战争状态下)处遇参战人员的理论发展趋势。

美国实体法与程序法的变动与国际法在注重人权保障方面的进步并不矛盾。首先,美国普通刑事法体系基于宪法人权保护条款,在实际运用时对国家权力的运行存有诸多的限制,如果对有更大人身危险性的敌对人员按照普通刑事制裁途径进行规制,则几乎无从下手。另一方面,由于普通法系刑法理论中合谋的概念,类似于斯凯尔斯一案所确立的“状态犯”,并没有从根本上改变刑法基础理论。其次,国际法理念的更新乃基于之前国际间条约针对战争状态下的被羁押人员保障过少的情形,随着人权观念在历经二战之后的飞跃,这一情形已经不再能够满足各主要国家普遍提高的人权保障意识。再次,美国笼罩在冷战背景下,面对不同意识形态的潜在威胁,即使其认识到战争中的人权保障亟待提高,也不敢贸然批准此类国际条约。最后,我们看到此时的美国刑事司法明确区分了普通刑事司法程序与敌对状态下审查规则,在国内法上,普通刑事司法针对公民的刑事程序保障日益加强,而面对冷战模式下的意识形态对立,紧急状态的刑事司法不得不以“国家安

[35] 参见 Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, *American Journal of International Law*, 2000, pp. 239 - 278.

[36] 参见 Robert Chesney and Jack Goldsmith, *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, *Stanford Law Review*, 2008, p. 1098.

[37] 刘仁文:《敌人刑法:一个初步的清理》,《法律科学》2007年第6期,第57页。

全”为第一要务。

然而,随着冷战的终结、“革命”意识形态的解体以及国际恐怖主义威胁的常态化,冷战期间这两股相对力量的变动又是造成之后美国紧急状态下的刑事司法走向军事审判与普通刑事程序结合的主要动力。

### (三) 恐怖主义威胁的端倪

在 20 世纪八九十年代,尽管恐怖主义的威胁已经初现端倪,然而反恐仍然不是当时美国国家安全的基本政策之一。大多数与恐怖主义有关的案件均是通过普通的刑事司法程序进行审理的。恐怖主义从 20 世纪 80 年代初就已经隐隐威胁到美国本土公民及其驻外人员的安全。可是,行政部门的隐忧大部分并没有转化为实际的行政行动、军事行动,立法部门也没有真正将反恐作为立法的关注点。甚至在前述有关实体刑事法向抽象危险犯、状态犯等犯罪形态转向的过程中,基于当时的普通刑事司法程序与实体法框架,也没有一起有关基地组织的可疑人员被成功定罪的情况。<sup>[38]</sup> 主要还是由于这些潜在的威胁并没有真正在美国本土,并形成一股足以影响美国公民观念变化与民主走向的力量。所有上述事件与政府的立法与行政动议,由于保密的缘故,也并没有被民众所知悉。在缺乏广泛共识的背景下,贸然发动针对恐怖分子的非常规刑事司法打击,难免会引起美国许多强有力的人权组织的反对,而这一政治成本是任何一届美国政府都不愿意承担的。美国紧急状态下刑事司法在缺乏现实战争威胁的大环境下,确实在实务界与理论界经历了长期的沉寂。而 21 世纪初的那次震动世界并伤害了美国的攻击将担忧转化成为了现实,美国紧急状态下刑事司法又再一次带着新的内涵与外延展现在世人面前。

## 五 紧急状态下刑事司法的发展

“反恐”几乎可以概括美国 21 世纪前十年的国家政策的主旋律,一场或许是未曾预料的袭击瞬间夺去了三千多名美国人的生命,更沉重打击了美国人的自信心与优越感。一场反恐大战轰轰烈烈地在全球上演。布什政府宣称,这不是一场传统意义上的被国际条约所定义的战争,美国所面对的敌人不是合法国家与合法的参战人员。<sup>[39]</sup> 另外,基地组织成员也没有遵守有关国际法义务,滥杀无辜。<sup>[40]</sup> 易言之,不管是在概念和道德上,“9·11”的策划者与实施者,都不同于自卫战争(包括一般的战争和特殊的游击战)和政治暗杀。<sup>[41]</sup> 无论恐怖分子持怎样的宗教信仰或极端宗教教义,其都以滥杀无辜作为主要攻击目标或目标地的手段。<sup>[42]</sup> 在布什及其行政部门看来,恐怖主义及其犯罪的“非人化”

[38] 这里所说的没有一起成功的起诉案例,是仅仅基于一种组织关系而被定罪的情况。参见 Robert Chesney, *Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism*, *Southern California Law Review* 80 (3), 2007, p. 425。

[39] 参见 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006)。

[40] 参见 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557, 673-74 (2006)。

[41] 参见[澳]依高·普里莫拉兹编:《恐怖主义研究:哲学上的争议》,周展等译,浙江大学出版 2010 版,第 45 页。

[42] 参见 Robert Chesney, *Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism*, *Southern California Law Review* 80 (3), 2007, p. 436。

的性质从理论上肯定了美国政府反恐活动的正当性。

所谓以恶制恶、以暴制暴,并且基于实际的预防目的,布什政府的这场反恐战争中使用了许多非常规的手段。在美国境内及世界各地,美国单边的军事行动以及与盟国的配合行动搜集了大量有关恐怖分子的资料,逮捕并羁押了为数不少的恐怖分子及有恐怖主义倾向的嫌疑人员。在处置这些被羁押人员的过程中,也出现本文上述美国历史上的类似情况,美国的法院系统也面临着一场新的挑战。

### (一) 哈姆迪(Hamdi)案:后“9·11”时代紧急状态刑事司法的开端

#### 1. 案件事实与立法背景

首先值得关注的是哈姆迪一案,联邦最高法院在此案中所要解决的问题是政府行政机构能否将一名美国公民以敌方战斗人员的名义进行羁押。对于敌方战斗人员这一特定称谓,美国国会的立法与法院判例有着不同的理解。在哈姆迪一案中认定的敌方战斗人员是那些参与基地组织行动或者支持及组织行动的个人以及那些在武力冲突中对抗美国的人员。<sup>[43]</sup> 布什政府在其后的反恐行动扩大了这一定义可能包含的人员的范围,任何可能资助恐怖活动的人员都可能涵盖其中,而甚至可以不问其主观方面,以严格责任的形式,从结果来判断行为的性质。<sup>[44]</sup> 布什政府所使用的强制性措施的严厉性与其判断标准的松弛性形成了鲜明的对比。

本案中,政府行政部门认为总统在战时有着固有的行政羁押权。另外,国会在“9·11”之后短期之内通过的一项立法,《军事行动授权法》(*Authorization of the Use of Military Force*,以下简称军事法)也保证了军方羁押当事人的合法性。军事法授权总统采取所有必要和合适的手段来抑制实施或者帮助实施恐怖行动的国家、组织和个人。<sup>[45]</sup> 布什也通过单方面发布军事命令开始进行针对反恐时期的“军事羁押”,并且单方面声称任何可能的非美籍被羁押人员都不可能获得美国法院的审判。<sup>[46]</sup>

#### 2. 战争行动权与司法保障

哈姆迪一案判决认定,总统在战争法的授权下,有权将当事人圈定为敌方战斗人员,不过,这一权力来自于国会立法的授权而不是所谓的总统在战时所固有的行政权力。而对于羁押以后被羁押人员所享有的程序权利保障问题,法院认为,布什政府没有权力剥夺当事人一切正当程序保障。奥康纳大法官的判决意见指出,历史经验与常识提醒我们那些未经审查的羁押行为隐含着成为对个体进行压迫与滥用强权的工具。所以,为了使得羁押程序展现类似司法审查的应有之义,政府有义务告知当事人其被羁押的理由,提供当事人与律师联络的机会,并且提供当事人申诉的渠道。但是,法院否认被羁押者享受的正当程序与普通刑事司法程序中被告人所享有的由美国《宪法第五修正案》所赋予的程序

[43] 参见 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 516 (2004)。

[44] 参见 *In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443, 475 (D. D. C. 2005)。

[45] 参见 *Use of Military Force*, *Pub. L. No. 107-40*, § 2, 115 Stat. 224, 224, 转引自 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 510 (2004)。

[46] 参见 *Treatment Detention, Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 66 *Fed. Reg.* 57, 2001, p. 833。

权利相当。<sup>[47]</sup>

### 3. 谁之胜利?

哈姆迪一案的判决结果是折中的:法院认为当事人并没有权利在一般刑事司法下对军方认定的敌方战斗人员的身份提出申诉。政府行政部门只需要为其提供适当的军事司法途径即可。另外,在此类军事审查中,“无罪推定”在一定程度上被否决了。然而,法院的判决结果并没有解决当事人被无限期羁押这一反恐行动中最为重要也是最为棘手的问题。哈姆迪一案的判决并没有对这种无限期的羁押行为设置一个时间限制。法院只是认为,被羁押的人员可以一直被羁押到敌对状态结束。<sup>[48]</sup>而到目前为止,美国的这场反恐战争仍然没有要结束的迹象。<sup>[49]</sup>有的学者认为,这样的判决结果无异于肯定了政府对这些人员进行无限期羁押的正当性。<sup>[50]</sup>

对于反恐行动中无限期羁押敌对人员这一问题的合宪性与合法性,哈姆迪一案的判决意见中有意回避了。法院认定的军事羁押非常有限:首先,法院认为总统履行国会授予的“必要与合适”的行动权对于打击恐怖分子十分重要。<sup>[51]</sup>接着,法院引用了奎恩一案,<sup>[52]</sup>认定、抓获以及羁押战场上的“合法战斗人员”是战争法下的一贯做法。这种军事羁押与传统的刑事司法有着巨大的区别,战场上的羁押并不是为了惩罚或者实现报应,而只是为了防止敌对人员继续作战。而在这一点上,当事人是否是美国公民是没有区别的。<sup>[53]</sup>

仔细考察这一段论述。美国联邦最高法院对于战时羁押与普通刑事司法上的强制措施作出了完全不同的解释,而其肯定的是只有在战时的情况下,临时性的羁押不需要提供任何“犯罪行为”事实依据。所以,笔者很难认同哈姆迪一案中法院肯定了政府在羁押恐怖敌对人员上不受任何限制的观点。另外,虽然哈姆迪一案以及军事法认定的敌方作战人员与奎恩一案中所提出的类似间谍的“非法参战人员”十分相似,美国联邦最高法院的判决却将其与战场上的“合法战斗人员”并列。联邦最高法院一方面并不想破坏还在进行的反恐战争的一些必要措施,又必须顾及人权保障的价值。在肯定了总统行使逮捕权与羁押权的同时,通过一些程序性的要求来限制行政权的扩张。法院在肯定了军方在此案中羁押“合法战斗人员”的行动合宪性后,也将此案所形成的判例规则所能适用的范围作了最大程度的限缩。<sup>[54]</sup>

因此,在此案中,美国联邦最高法院坚持了一种“司法回避主义”的态度。<sup>[55]</sup>而这又

[47] 参见 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 524 - 533 (2004)。

[48] 参见 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 521, 533 - 535 (2004)。

[49] 参见 Geoffrey Nunberg, How Much Wallop Can a Simple Word Pack? *New York Times*, 2004, A11。

[50] 参见 Brinkley Joel and Eric Lichtblau, US Releases Saudi-American It Had Captured in Afghanistan, *The New York Times*, 2004, A15。

[51] 参见 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 518 (2004)。

[52] 参见 *Ex parte Quirin*, 317 U. S. 1, 30 (U. S. 1942)。

[53] 参见 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 519 (2004)。

[54] 参见 *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507, 518 - 21 (2004)。

[55] 参见 Mark S. Kende, US Supreme Court, the War on Terror, and the Need for Thick Constitutional Review, *The Miss. L J* 80, 2010, p. 1539。

与美国面临紧急状态之下联邦最高法院的一贯立场有一种延续性。总而言之,哈姆迪一案遗留的问题比解决的问题要多。媒体之所以认为哈姆迪一案是一场胜利,主要是针对政府之前所持有的较为极端的立场,其认为这一事件及其所引起的争议是政治问题,而一般来说,政治问题法院不会插手。<sup>[56]</sup>事实上,哈姆迪一案在军事司法机构和敌对战斗人员两个问题上,政府一方几乎获得了全胜。当然,这场对于布什政府而言的胜利也是有限的。如前所述,这是一个折中的判决,并且判决所确立的先例规则从适用的范围来看也几乎只针对案件本身。因为当事人并没有在阿富汗战场被羁押,而法院对政府的战争羁押行为的肯定几乎是水到渠成的:任何人都可以预见到在瞬息万变的战场上军方当然有权力逮捕并羁押敌方人员。布什政府的反恐战争绝不是传统意义上的战争,而要想取得对恐怖分子的完胜,对于法院的“司法确认”,行政部门并不满意。

另外,从学术研究的角度来看,此案也具有划时代意义:哈姆迪一案备受美国学界的关注。已经沉寂多年的紧急状态刑事司法理念与制度在此案判决产生之前就已经有复苏的迹象,而通过此案的判决,更多的学者加入到研究的行列中。在哈姆迪一案中,我们已经可以看到后“9·11”时代美国紧急状态下刑事司法的新形态:在肯定战时特殊司法程序正当性的同时,给予当事人更多的程序性保障;在确保反恐行动不受动摇的同时,将问题留待今后恰当的时机予以回答。

## (二) 斗争与妥协:反恐时代美国紧急状态下刑事司法的进退

### 1. 帕迪拉(Padilla):不可忽视的下级法院判决

美国联邦最高法院的“回避精神”在帕迪拉一案中体现得更为明显。<sup>[57]</sup>不同于哈姆迪一案,帕迪拉一案的当事人是在美国被抓获。法院多数意见认为,当事人及其代理律师在纽约州联邦地区法院的人身保护令申请行为属于程序瑕疵,纽约州联邦地区法院并没有管辖权。由于初审法院没有管辖权,所以联邦最高法院也没有直接管辖权。因此,案件的实体问题当然也不需要考虑。<sup>[58]</sup>基于程序问题,联邦最高法院对于行政机关是否有权力对在美国境内逮捕的当事人并进行“战时”行政羁押这一问题并没有回答。此案中的管辖权错误的瑕疵满足了联邦最高法院不希望正面回应在本土羁押恐怖嫌疑分子行为合宪性这一棘手问题的愿望。“司法回避”的立场与态度再一次出现,正如有的学者曾形象地指出,有时美国联邦最高法院采取不接受某项上诉的做法,则意味着他们也没有能将问题“摆平”的把握。<sup>[59]</sup>

在帕迪拉一案的后续进程中,当事人在南加州联邦地区法院重新申请了人身保护令,联邦地区法院初审认定总统没有权力对当事人实施行政羁押,对当事人的人身限制是违宪的。作为政府,应当对当事人提起正式的、基于普通刑事司法的刑事诉讼或者选择释放当事人。二审中,联邦第四巡回上诉法院认定了政府对当事人参与恐怖组织并回到美国

[56] 参见 Mark S. Kende, *US Supreme Court, the War on Terror, and the Need for Thick Constitutional Review*, *The. Miss. L J* 80, 2010, p. 1539.

[57] 参见 *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004)。

[58] 参见 *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 451 (2004)。

[59] 参见[美]麦迪逊著:《辩论:美国制宪议会记录》(上册),尹宣译,辽宁教育出版社2003年版,译者例言第2页。

企图再次从事恐怖活动的证据,推翻了初审的裁判。联邦上诉法院法官卢迪士(Luttig)认为,参考哈姆迪一案,当事人完全符合“敌方参战人员”的定义,针对此案当事人的行政羁押,对于防止美国遭受进一步的恐怖袭击是必要的。关于哈姆迪一案中没有解决的抓获地点对人身保护令申请是否产生影响这一问题,卢迪士法官认为在哈姆迪一案的意见中,联邦最高法院对敌对人员被抓获的地点并没有进行区分,至少没有承认这两种情况具有截然不同的分别。<sup>[60]</sup>显然,如果当事人在美国境内从事恐怖活动,则其活动对美国安全的威胁更大。而根据军事法的相关条款,作出本土与境外的区别也是奇怪的。

相较于美国联邦最高法院大法官在哈姆迪一案中较为委婉和有所保留的解释,联邦上诉法院似乎更愿意站在总统的角度思考问题。卢迪士法官明确提出面对恐怖主义犯罪的威胁,在许多情况下普通刑事司法程序会延缓行政机关对被羁押的敌对人员所能采取的有效措施,而这一机会的丧失有可能造成有关恐怖主义袭击的重要情报无法获得。卢迪士站在尊重立法的角度,指出初审法院的判决违背了国会已将广泛的行动权授予总统这一事实。当事人帕迪拉提出由于存在常设的一般刑事司法机构,即使需审判,也应当将其置于普通刑事司法程序中。卢迪士法官否定了当事人基于米丽根一案提出的这一抗辩理由,认为奎恩一案已经限缩了属于敌方武装交战人员的当事人所能获得的接受普通法院审判的权利。<sup>[61]</sup>

另外,相较于哈姆迪一案,帕迪拉一案对军事羁押及军事审判机构的合法性讨论更为具体和深入,对军事法的解释也更为清晰。其肯定了总统作为反恐怖主义行动的最高指挥,在恐怖主义的威胁仍然笼罩美国的情形下,有权力行使国会授予的广泛的行动权。而这一权力包括了对企图在美国本土进行恐怖活动人员的行政性羁押。即使对羁押当事人这一特定行动缺少国会的直接授权,但是这并不与先例所确定的法律规则违背,也并没有违反20世纪70年代制定《反羁押法》。如果说哈姆迪一案中联邦最高法院的判决所确立的法律规则并不明确,那么联邦上诉法院这一判决则是对哈姆迪案的一种补充。帕迪拉一案无疑为布什政府进行进一步的反恐行动提供了必要的正当性。易言之,帕迪拉一案认为,只要有立法的保障,反恐行动应当不受司法的干扰。

虽然此判决并不具有美国联邦最高法院判决约束所有下级法院的效力,不过通过联邦上诉法院法官的解释,后“9·11”时代的紧急状态下的刑事司法的基本轮廓已经被清晰地描绘出来。针对敌对嫌疑人员,普通刑事审判程序并不是合适的渠道;在审判程序上,由于不受美国联邦宪法的限制,在审判程序上,由于不受美国联邦宪法的限制,有关当事人审判的证据规则、律师帮助规则的简化都通过立法予以确立。帕迪拉一案的法院意见基本可以代表当时联邦刑事司法体系对待新出现的恐怖主义威胁的基本态度。尤其在美国联邦最高法院态度模棱两可之时,同属联邦司法体系的巡回上诉法院承担了应对新威胁的职责,也为联邦最高法院最终解决此问题做了准备工作。

## 2. 拉劳尔(Rasul)案:恐怖分子的“尚方宝剑”

哈姆迪案及帕迪拉案中当事人属于美国公民,而与此同期的拉劳尔一案则涉及被关

[60] 参见 *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386, 393 (2005)。

[61] 参见 *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386, 393, 396-97 (2005)。

押在关塔那摩监狱中的外国人员能否申请联邦人身保护令这一问题。联邦最高法院多数意见认为,申请人身保护令权利是历史悠久的普通法中不可或缺的一部分,而宪法也规定了只有在特殊情况下这一权利才可能被延缓。因此,法院判定,基于联邦人身保护令的相关立法,被羁押者的国籍并不是应否给予其相应申诉权利的要件。<sup>[62]</sup> 相对于哈姆迪一案仅仅针对美国公民,拉劳尔一案确认了在美国实际控制的区域被羁押的外国人有权申请联邦人身保护令的权利。

拉劳尔一案的判决意见有几点值得特别关注。首先,联邦最高法院首次确认了申请人身保护令的权利应当及于被关押在关塔那摩监狱的敌对嫌疑人员。虽然联邦最高法院并没有对军方的行政羁押行为直接提出挑战,但给予恐怖嫌疑人员申请权无疑使政府在进行反恐时有所顾忌。其次,对敌对人员救济权利的确认,可能会造成美国军方将更多的恐怖分子移送给其盟国进行审查,使得恐怖分子可能遭受的人权侵害反而加重。再次,美军方设立的关塔那摩监狱就是为了能够使得军方独立审查这些恐怖分子,而联邦最高法院却认为应当将其也纳入国内刑事司法的框架。拉劳尔一案无疑对那些被关押在关塔那摩监狱中的恐怖嫌疑人员是个好消息。正如时任美国联邦最高法院大法官布雷耶在其后的著作中所称,通过拉劳尔一案,联邦最高法院找到了一条限制总统行政权扩张,并使总统对羁押行为负责的司法路径。<sup>[63]</sup>

拉劳尔一案中的反对意见则认为,这一判决是对艾森特雷格一案中确定的先例的违反。<sup>[64]</sup> 斯卡利亚大法官认为这一判决会严重影响美国在反恐战场上的行动。<sup>[65]</sup> 也许正是基于与斯卡利亚大法官同样的担心,美国国防部在其后建立了对敌对人员进行审查的法庭(以下简称国防部审查法庭),<sup>[66]</sup> 国会在2005年通过了《被拘留者待遇法》(*Detainee Treatment Act*,以下简称待遇法)。其中,待遇法法案明确了被羁押在关塔那摩监狱的人员无权申请联邦人身保护令。<sup>[67]</sup>

### 3. 国防部审查法庭机制:紧急状态下刑事司法宪法保障的“替代品”

国防部审查法庭审查机制的作用主要是为了确定被羁押的对象是否属于“敌方战斗人员”。在实体方面,国防部审查法庭需要确定的事实包括:(1)是否属于基地组织成员,或者其他与美国敌对的恐怖组织;(2)是否在从事对抗美国及其盟国的交战活动;(3)是否在支持上述这些活动。<sup>[68]</sup> 从传统刑法行为理论角度出发,这一判定标准明显超越了“行为”的界限,而扩大到上文所提到的在史密斯法案中认定的所谓“状态犯”、“组织形态犯罪”。尤其是第三点,则几乎成为一种“兜底”型的规定,其可划定的人员范围远远超出

[62] 参见 *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466, 481 (2004)。

[63] 参见 Stephen Breyer, *America's Supreme Court: Making Democracy Work*, Oxford University Press, 2010, p. 200。

[64] 参见 *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466, 488 (2004)。

[65] 参见 *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466, 489 (2004)。

[66] 参见 Deputy Secretary of Defense Order Establishing Combatant Status Review Tribunal, Jul. 7, 2004, available at, <http://www.defense.gov/news/jul2004/d20040707review.pdf>. 访问时间:2013年10月17日。

[67] 参见 *The Detainee Treatment Act of 2005*, *Pub. L. No. 109-148*, div. A, tit. X, § § 1001-1006, 119 Stats. 2680, 2739-44 (2005)。

[68] 参见 Robert Chesney and Jack Goldsmith, *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, *Stanford Law Review*, 2008, p. 1106。

了前两项。很难想象,在这样的实体法框架下,被羁押的人员可以通过程序保障对抗来自司法机关的实体指控。

在程序保障方面,国防部审查法庭给予每一名被羁押人员提交证据(包括“无罪”辩护)的权利。不过其并没有明确在审判中被羁押人员的律师辩护权。在可能情形下,国防部审查法庭允许证人出庭作证。同样,法庭也可以要求政府提供必要的可以证明被羁押人员敌对身份的信息。政府可以以提供的信息需要保密为由拒绝,并无需对拒绝的具体理由作出解释。政府也可以要求在出示保密证据时,以保护国家安全为名,仅允许政府一方在场。对于最终证明当事人是否符合“敌方战斗人员”这一标准,国防部审查法庭并没有采取美国一般刑事司法中所采取的“排除一切合理怀疑”的标准,而是采取了一般民事司法中“优势证据”的标准。<sup>[69]</sup>

国防部审查法庭审查机制所提供的程序保障远远高于一般国际法要求的对战时临时被羁押者的程序保障。不过,国防部审查法庭机制又与普通刑事司法体系所给予当事人的正当程序保障有不小的差距。当事人并没有获得不得被迫自证其罪的权利,这在一定程度上默许了行政机关对被羁押人员使用逼供手段获取证据与情报。而且,国防部审查法庭审查机制对被羁押人员的律师辩护权并没有做出肯定。而所有上述程序权利如果在没有律师帮助的情况下,被羁押者想要获得充分的程序保障,必然是要打上问号的。另外,国防部审查法庭机制属于行政机关自己制定的一系列审判规则,似有逾越立法权的嫌疑。

国防部审查法庭是行政机关在哈姆迪与拉劳尔两案的冲击下所作出的一定程度的让步,也是行政机关自己理解的“紧急状态下的刑事司法”在反恐战争中的“应然”状态。因此,国防部审查法庭审查机制也明确表达了行政机关不会将这些被羁押的敌对人员视为普通刑事司法意义上的犯罪嫌疑人的立场。在实际操作中,被羁押人员也对国防部审查法庭的实体审查标准与程序运行机制造成的对其不合理的人身限制与权利剥夺提出了诉讼。

在关塔那摩一案中,联邦巡回上诉法院认为,国防部审查法庭审查机制所确立的被羁押者的程序保障必须以联邦宪法规定为准绳。国防部审查法庭违背了联邦《宪法第十四修正案》正当权利条款。此外,国防部审查法庭允许逼供下所获取的证据也是违宪的。在刑事实体法方面,关塔那摩一案的判决意见认为仅仅通过“组织成员”这一标准就无限期羁押被怀疑的对象缺乏正当性。<sup>[70]</sup>

通过此案审理中反映的司法态度可见,布什政府部门强调国防部审查法庭的军事审查性质并不能消除其所面临的违宪风险,特别是当被羁押者是在美国境内被逮捕,而后被转移到关塔那摩进行关押这种情况。不同于美国内战与二战期间,“9·11”之后的美国本土并没有体现出明显的战争状态。布什政府所进行的反恐行动实质上是对那些与美国

[69] 参见 *Combatant Status Review Tribunal Process* § B (attached to memorandum from Gordon England, Sec'y of the U. S. Navy, Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba, July 29, 2004)。

[70] 参见 *In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443, 454-74 (D. D. C. 2005)。

存有敌意的组织和人员所展开的,美国本土境内并不真正存在战争法意义上的“参战人员”。从此意义上说,对于那些怀有极端意识形态的境内人员,军事机关并不能适用战争法的处理惯例。紧急状态所确立的刑事司法规则不能使军事审判机制常态化,美国联邦宪法依旧在一定程度上保护被羁押者的基本人权。关塔那摩一案明确了在处理这些敌对嫌疑人员时,不能以战争为借口而采取违背宪法的羁押手段。

#### 4. 待遇法与哈曼达(Hamdani)案:行政行动权的加强

国防部审查法庭是行政机构自行设立的对羁押人员的审查机构,而由国会通过的待遇法法案则对这些被羁押人员的命运以及美国反恐行动具有更为深远的影响。在美国200多年的历史中,待遇法法案是罕见的国会直接“插手”相关战争行动的例证。待遇法规定了羁押在关塔那摩的敌对嫌疑人员不享有通过联邦法案申请人身保护令的权利。取而代之,如果被羁押人员对国防部审查法庭的实体与程序问题提出异议,美国华盛顿特区联邦地方法院享有独占的审查权。<sup>[71]</sup>不同于普通刑事司法中的当事人享有的州与联邦两级上诉权与人身保护令申请权,关塔那摩中的被羁押者只有一次上诉的机会。通过立法,国会基本否定了拉劳尔一案中联邦最高法院设立的规则:传统司法体系中的人身保护令将不再适用于这些被羁押在关塔那摩的人员。不过,基于法不溯及既往的原则,多数学者认为,这一法案并不适用已经被羁押在关塔那摩的人员。在哈曼达一案中,联邦最高法院对这一观点予以确认。<sup>[72]</sup>

在哈曼达一案中,联邦最高法院认为,现有的国防部审查法庭审查机制存在两方面的问题。第一,国防部审查法庭在设立时,并没有得到军事法、待遇法或相关立法的授权。国防部审查法庭也没有适用《美国统一军事法典》(*Uniform Code of Military Justice*),从而排除了当事人获得律师帮助的权利,并且军方可以拒绝向当事人提供当局认为机密的有关其嫌疑身份的资料。本质上说,也就是国防部审查法庭审查机制并不告知当事人被羁押的理由。第二,因为当事人没有被当成犯有战争罪的人员,其应当获得《公约》第三条有关战俘最低限度待遇的权利。更为重要的是,法院指出,被羁押的当事人接受审判或审查的机构应当是“日常运作的法院”。而国防部审查法庭并没有满足当事人这些最低权利要求且国防部审查法庭审查机制本身也与日常运行的法院不同。基于国防部审查法庭审查机制的这两点不足,法院多数意见认为,政府行政部门应当与国会进行再次沟通,即期望通过立法途径解决国防部审查法庭审查机制的运行规则问题。或许是出于对立法权的“尊重”,法院再一次回避了行政机关剥夺当事人申请联邦人身保护令行为合宪性的问题。<sup>[73]</sup>

美国联邦最高法院在哈曼达一案中不仅对国防部审查法庭审查机制与普通刑事司法、军事审判机制进行了对比,更重要的是,通过此案,联邦最高法院首次将紧急状态下刑事司法机制中的权力划分问题作为重点来对待。此案的裁判者之一布雷耶大法官认为,

[71] 参见 *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. No. 109 - 148, div. A, tit. X, 119 Stat. 2680, 2739 (2005)。

[72] 参见 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006)。

[73] 参见 *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557, 567 - 568, 575 - 576, 613, 625 - 635 (2006)。

哈曼达一案只是限制了总统代表的行政权力机关独自行使未经立法授权的行政权的范围,在事实上并没有限制行政权在国家面临敌对状态下可以作为的范围。<sup>[74]</sup> 虽然布雷耶法官指出联邦最高法院并不想“替总统立法”,但是哈曼达一案中认定的审查机制必须符合《公约》规定的判决意见则从实质上大大限制了布什政府的反恐行动,甚至颠覆性的改变了军事羁押在后“9·11”的运作规则。

### 5. 布迈丁(Boumediene)案:反恐时代紧急状态刑事司法的完结篇

由于哈曼达一案将修正审查被羁押人员的规则这一难题“踢回”给了国会,美国国会之后进行了新一轮的立法。针对联邦最高法院提出的关于待遇法立法溯及力问题及国防部审查法庭审查规则中出现的其他疑点,国会在2006年制定了《军事审查委员会法案(2006)》(*Military Commissions Act of 2006*,以下简称军审会法案)<sup>[75]</sup>。军审会法案规定了作为审判被羁押人员的军事委员会运行机制上更为具体的内容,并且,军审会法案对待遇法中有关管辖权条款的追诉时效问题进行了澄清:军审会法案明确了作为被羁押在关塔那摩监狱中的敌对人员,无论是在待遇法生效前后,对其的申诉申请,只有华盛顿特区联邦法院具有审理权,当事人并没有申请联邦人身保护令的权利。<sup>[76]</sup>

军审会法案是国会对联邦最高法院的质疑做出的强有力回应。法院给予了国会足够的裁量空间,似乎是寄希望国会能够补充相应的规定,平衡被羁押者人权保障与反恐行动必要性。然而,军审会法案却表明了国会的态度:在特殊时期,立法应当支持行政权的适度扩张,以保障国家安全。这与联邦最高法院的期待并不相符,而且随着这场耗时过长的反恐战争陷入泥潭以及各种民权组织的不断呼吁,进一步促使联邦最高法院对这场反恐战争中出现的实质法律问题作出解释。2008年的布迈丁一案便是联邦最高法院针对反恐战争中暴露出来的实质问题所作出的较为系统的一次回应。<sup>[77]</sup>

具体来说,布迈丁一案的判决意见主要有以下几个方面:第一,“敌方战斗人员”仍然享有申请人身保护令的权利。第二,虽然国防部审查法庭审查机制在程序保障方面存在问题,但是,对于人身保护令申请的审查并不需要与普通刑事审判所给予当事人的程序与实体保障相一致,如果有合适的审理机构、审理程序与审限,则可替代宪法上的规定。第三,军审会法案中给予被羁押人员的上诉权利并不充分。根据军审会法案的规定,华盛顿特区联邦上诉巡回法院只审查法律裁决而不审查事实问题。<sup>[78]</sup>

另外,上诉法院不能接收任何当事人新发现的证据。而根据普通司法程序,审查人身保护令申请的法院不仅应当审查具体申请的管辖权问题、正当程序问题,还应当同时在个案中进一步审查事实与法律。<sup>[79]</sup> 质言之,两者的差距过于明显,对于关塔那摩监狱被羁押嫌疑人员,已形成不正义的审查状态。

[74] 参见 Stephen Breyer, *America's Supreme Court: Making Democracy Work*, Oxford University Press, 2010, p. 207.

[75] 参见 *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2601 (2006).

[76] 参见 *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2601 (2006).

[77] 参见 *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

[78] 参见 *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 788-89 (2008).

[79] 参见 *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 765-776, 786-793 (U.S. 2008).

针对法院多数意见,首席大法官罗伯茨和斯卡利亚大法官发表了强烈的反对意见。罗伯茨认为,这一判决所产生的实际影响是在华盛顿特区联邦上诉法院考虑此一法律的适用问题之前,就虚置了待遇法有关申诉受理法院管辖权及其相关程序的规定。尤其是法院意见在否定待遇法相关规定的同时并没有提供相应的替代程序,使得这种“越级越权”行为更为明显。斯卡利亚则认为,人身保护令的申请权不属于外国公民,这一权利在历史上也从未给予外国人。法院多数意见违反了艾森特雷格一案创设的先例规则。更重要的是,布迈丁一案的判决意见将会使美国在反恐战争中处于更为艰难的地位。关于到底应当怎样“处置”这些被羁押的敌对人员,斯卡利亚表示不应当交给对于国家安全问题知之甚少的司法机构,而应当由具有更加专业化背景与有更广泛民主基础的立法机关完成。<sup>[80]</sup> 支持此判决意见的学者则认为,此判决是对近年来无限扩张的行政权以及被行政权裹挟的立法权的有力回击。<sup>[81]</sup> 此案的意义主要在于联邦最高法院首次对反恐战争中恐怖敌对分子的个人人身权利问题做了较为系统的回答。

## 六 结语:美国紧急状态下刑事司法的基本特点与借鉴

### (一)美国紧急状态下刑事司法是国家安全的司法保护机制

美国紧急状态下刑事司法的出现与发展,与美国的社会变迁、国家兴衰与刑事法治观念的变动紧密相连。首先应当明确的是,作为一种国家权力的运行机制,美国紧急状态下刑事司法始终需要关注国家安全的维护,并且通过对立法与案件的审查,努力使这一国家权力行使的范围具有一定的边界。也有权处罚不属于这个社会的任何人对于这个社会的任何成员所造成的损害,也有权处罚对这个社会造成的任何损害。<sup>[82]</sup> 如果立法机构认为由于某种针对国家的阴谋或内外勾结的情报而使其自身处于危险境地,立法机构可以准许行政机关在特定的期限内逮捕可疑的公民。这些人暂时失去自由,正是为了永远享有自由。<sup>[83]</sup> 这种国家享有的权力是单纯暴力的替代物,因为暴力向来只是成功的临时因素,暴力之后是权力。一个只能在战场击败敌人的政府很快会被推翻。政治法律真正的惩治功能体现在刑事法律运行里,缺少了这一权力,法律迟早将失去威慑力,<sup>[84]</sup> 国家也不可能长久存在。

质言之,美国紧急状态下刑事司法的运作目标之一就是为国家在紧急状态下运用权力找到正当根据。在不同的历史阶段,以美国联邦最高法院为代表的司法系统都试图通过对个案的审查,以可能的方式达致这一目标:奎恩一案中法院对于参战人员所做的区分、美籍日侨一案中对日裔美国人运用的严格审查、艾森特雷格一案中所采取的属地主义

[80] 参见 *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 801, 808, 827-828 (2008)。

[81] 参见 Ronald Dworkin, *Why It Was a Great Victory (Anthony Kennedy)*, *New York Review of Books* 55 (13), 2008, pp. 18-21。

[82] 参见[英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第53页。

[83] 参见[法]孟德斯鸠著:《论法的精神》,徐明龙译,商务印书馆2010年版,第169页。

[84] 参见[法]阿列克西·德·托克维尔著:《论美国的民主》,曹冬雪译,译林出版社2012年版,第154-155页。

原则、“9·11”时代通过司法判决对军事法的承认与维护、帕迪拉一案中对刑事司法不同面相所作出的严格和明确的区分等等,都反映出紧急状态下的刑事司法作为国家权力运行机制的组成部分,所担负的通过司法裁判保护社会、保卫国家安全的公权力职能。面对威胁社会稳定、国家安全的局面,无论是司法机关采取的“两分法”还是“司法回避主义”,都反映了紧急状态下刑事司法必须关注“如何防卫”这一国家治理命题。

如果说通过权力保护国家安全具有正当性,接下去提出并且需要回答的问题便是:何种情形可以被定义为“紧急状态”?在美国历史上,对于危急时刻,往往先由行政机关进行判断,进而通过行政命令或者立法的形式予以确认。从形式上分析,这些行政命令、行政行动(包括军事行动)以及立法基本符合美国联邦宪法的有关行政权与立法权行使范围与行使程序的规定。而敌人刑事司法通过个案的审查与裁判,主要解决的是上述行政与立法机关对“紧急状态下人员”界定的实质合宪性与合法性问题,笔者将其称之为“司法甄别”的工作。尽管承担着实质审查义务,但司法机关并不是最佳的回答者。行政机关掌握更多的有关国家安全的信息与资源,立法机关通过民主立法的方式占据着更为有利的“民意代表”的地位。因此,在实际的美国紧急状态下刑事司法运作中,美国法院系统也只在已有的行政运作与立法的框架下,运用各种可以利用的判例规则、法律概念,对个案进行判断。对业已形成的“紧急状态”刑事司法几乎只能“照单全收”。正如托克维尔所言,美国人总是将司法严格限制在制度规定的范围内。<sup>[85]</sup> 质言之,美国紧急状态下刑事司法乃是等待“危急时刻”由政治问题转变为司法问题时,才“被动地”参与进来。

美国紧急状态下刑事司法虽然面对行政权与立法权的不断扩张的情形有时也会感到缺乏有力的回应,但是总体来说,美国紧急状态下刑事司法乃至美国刑事司法仍旧是基本符合美国宪政框架下的一种制度运行。美国的宪政制度在一定程度上保证了美国政府在运用公权力保障国家安全行为的合理边界。“法治最特殊、最不同凡响的地方正是其分配权力,但又限制权力实施的理念。”<sup>[86]</sup> 有的学者就认为,美国社会信仰的宪法精神主要有两个方面:一方面是对公权力,就是掌权人的权力的限制;另一方面就是对个人自由与权利的保障。<sup>[87]</sup> 通过对上述史实的分析,美国宪法的这两种精神也通过美国紧急状态下刑事司法的运作,通过“边界保证”而体现出来。具体来说,主要体现在以下几个方面:

第一,严格区分紧急状态下刑事司法审判与普通刑事审判,将有关美国紧急状态下的刑事立法限制在极为有限的适用范围内。奎恩一案联邦最高法院适用的法律是战争法,针对的是极少数国外间谍人员;美籍日侨一案虽然对案件当事人具有实质不正义的结果,但是联邦最高法院通过适用“严格审查”规则以及通过对《第34号平民禁令》仅仅具有的临时性质,说明了此种针对特定人群的立法在时间与空间实效上的短暂性。到“9·11”时代,虽然美国整体的国家政策有较为重大的变化,大量针对恐怖主义犯罪与以保卫国家安全为名的立法相继出台,但联邦最高法院在解读与审查相关立法的时候依然态度谨慎。

[85] 参见[法]阿列克西·德·托克维尔著:《论美国的民主》,曹冬雪译,译林出版社2012年版,第152、79页。

[86] [英]韦恩·曼塞尔、贝琳达·梅特亚德著:《别样的法律导论》,孟庆友、李锦则译,北京大学出版社2011年版,第11页。

[87] 参见资中筠著:《美国十讲》,广西师范大学出版社2014年版,第183页。

无论是对反恐战争的“纲领性文件”军事法的解释,还是对具体的针对敌对人员的审判规则待遇法与军审会法案的审查,联邦最高法院的判例都对可能适用“紧急状态下刑法”的对象作出了极为细致的描绘与阐述,以避免这些立法适用的扩大化。在美国紧急状态下刑事司法不同的发展阶段,有关“敌人”的概念有了不同的内涵与外延,但是相同的是,这种区分始终存在。

第二,对总统乃至行政机关的“固有权力”,美国紧急状态下刑事司法始终以怀疑的态度进行审视。所谓行政固有权力的说法,是基于美国联邦宪法有关行政权的规定。但是对于什么属于行政事务,哪些行政事务应当由立法决定,哪些则是行政机关“固有的”,美国紧急状态下刑事司法通过不同时期的判例提供了丰富的文本,也展示了美国司法系统的独立性与制衡性。在美国建国初期,即使面对内外交困的复杂局面,美国紧急状态下刑事司法仍然对总统可能违反宪法规定的剥夺当事人基本权利的军事羁押提出了质疑;在“9·11”时代,即使面对立法对于恐怖主义敌对人员极为模糊的界定,即使面对以战争为名的反恐行动的巨大合法性,联邦最高法院依旧通过重申程序审查的重要性,在保障国家安全的基础上,限缩行政权力。

不言而喻,行政权总想成为主宰国家应对危急时刻的刑事打击与审判。一方面,“紧急状态”在多数情况下与军事冲突紧密相连,而军事权属于一国行政权的重要组成部分。在瞬息万变的战场上,很难想象军方愿意将这些被羁押的敌对人员全部交由司法机关处置,这不仅仅是出于实际可能性的考虑,更是取得进一步军事冲突胜利的必要条件。正如有的学者所言,“没有任何一届美国联邦最高法院想要阻止战争的进程。”<sup>[88]</sup>

另一方面,随着现代社会的复杂性逐步加深以及行政管理技术手段的日新月异,行政权已经在原有的三权分立制度框架中占据了领先地位。在许多现代社会与国家,行政权已经深入社会生活的每个角度。事实上,从美国近年来对待恐怖主义嫌疑人员的政策与实践来看,这种格局已经基本形成。不过,虽然行政权已经掌控了反恐政策实施的主导权,但是不能否认,司法体系,特别是美国联邦最高法院,依旧在反恐问题上发挥着重要而积极的制衡作用。如果说,反恐战争、关塔摩萨监狱代表了后“9·11”时代行政权力的单方“扩容”,那么,美国联邦最高法院的判决和所形成的法律规则则是新时代下国家政治权力制衡的最好体现。美国联邦最高法院前任大法官伦奎斯特(Rehnquist)基于对前“9·11”时代美国人权保障的发展历史,预测在今后可能发生的针对政府行政权力审查的案件中,联邦最高院将对政府声称的“限制人身权利必要性”进行更为细致的考察。<sup>[89]</sup>这一预言与美国后“9·11”时代的美国紧急状态下刑事司法走向基本一致。陈兴良教授曾经指出,在一个法治社会,不仅公民个人权利需要法律保障,司法权也同样需要法律保障。在行政权一权独大、立法权不彰而司法权软弱的社会里,首先应当使司法权具有强大的力量,以此限制行政权,最终保障公民个人权利与自由。<sup>[90]</sup>美国司法系统(主要是联邦

[88] 参见 A. M. Schlesinger, *The Imperial Presidency*. Houghton Mifflin, 2004, p. 287.

[89] 参见 W. H. Rehnquist, *All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime*. Knopf, 1998, p. 225.

[90] 参见陈兴良、周光权著:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第51页。

司法系统)享有这样强大的力量。这种强大的力量体现在独立的司法权具有现实意义与象征意义。正是由于历经多年的宪政实践经验与权威树立,这种象征意义所能产生的“边际效应”是惊人的。美国宪政制度设计者们的初衷绝不仅仅是将美国联邦最高法院看作普通意义上的司法审判机构。作为政治权力机构的顶层设计,联邦最高法院的判决及其所形成的判例规则,影响的不仅仅是当事人。

第三,美国紧急状态下的刑事司法限制国家行使保卫国家安全的权力不仅是美国宪法体系与宪政传统的体现,更源于普通法传统。普通法的发展遵循着“非构建”的模式,案件的发生,特别是疑难案件的发生,在司法的过程中,普通法的概念与裁判规则逐渐形成。在“遵循先例”的基本司法原则的基础上,普通法的发展并不排斥特例的出现。正如有的学者所言,普通法的这种实践理性,形成了面对每个具体案件中的特殊事实的程序技术,培养了对特殊性的尊重。无论是法官,还是律师,养成了专注案件中的特殊事实的“普通法心智”。因此,疑难案件的判决过程就是先例得到明确或再生产的过程。而这种“再生产”先例过程的核心就是重新构建事实与“法律原则”之间的关联方式,从而修正或完善法律原则。而疑难案件中再生产先例的过程,既是普通法发展的重要方式,也突出地体现了普通法司法理性的主要特点。在这些论述的背后,往往涉及相互抵触的不同价值,无论这些价值是道德的、宗教的,还是经济与政治的。而在这些不同的价值中,包含了社会成员各种不同的权利。<sup>[91]</sup>司法过程的“非构建性”不仅意味着法官在思考案件时不易陷入“行政管理”的思维模式,这一特性也反映了当事人在司法过程中具有与公诉方基本相当的平等地位。因此,美国紧急状态下刑事司法的上述特性注定其在美国宪法体系的框架下,不可能走向为保证国家安全而忽视人权保障正义与法治统一性的危险。

## (二)美国紧急状态下刑事司法的安全阀

从国家治理的意义上而言,美国紧急状态下刑事司法并不是国家权力推动下的构建式的产物,而更多体现出“司法回应”的特点。在美国宪法制度下的国家治理建构特性,包括行使国家安全保障的权力与责任,多属于立法与执法部门。国家安全机构、情报机构乃至美国宪法赋予国会与总统的战争权力,为保护美国的国土安全与人民不受外来侵袭提供了应有的支持。美国紧急状态下刑事司法的出现、发展与变化,都是由于在特定的历史条件下,在特殊的个案中,立法与行政在行使国家权力的过程中出现了争议并产生了可能侵害当事人(宪法)权利的情形。司法作为一种社会裁判机制的设计是严守中立并衡量各方的利益。

当然,司法地位的中立并不意味着司法(或者说法官)在具体的案件中价值是中立的。如前所述,在不同的历史时期,面对不同的社会情绪与社会需求,美国紧急状态下刑事司法不仅需要考虑个案的事实,更无法回避判决所可能产生的先例意义与社会影响。作为一种权威与信任的象征,司法,特别是具有影响日后判决乃至国家政策走向的司法,更应当肩负起这样的历史使命与国家责任。

[91] 李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的“英国法”问题》, <http://www.gongfa.com/html/gong-fazhuanti/chengxulixingzhuanti/2012/0201/1623.html>. 访问时间:2013年11月28日。

应当注意到后“9·11”时代美国紧急状态下刑事司法的特殊性。虽然不能否认美国政府基于“9·11”之后由于国内社会感受与实际国家安全保护的壓力,一系列旨在扩大总统(行政)权力的立法在国会获得通过,但其后这些立法与相应的行政措施并没有完全获得其所期望的效果。随着反恐战争“常态化”所产生的负面影响,更因为美国较为独立的传媒界新闻界的频繁曝光,这些政策,尤其是关于审判与处置被羁押的恐怖敌对人员的政策面临着来自社会诸方面的挑战。

另外,在一系列羁押嫌疑恐怖人员的行政行动中,由于媒体的介入与曝光,对于警察在美国国内进行的针对仅具有“抽象危险”以及言语威胁的嫌疑人员的羁押,人权组织从保障言论自由与人身自由的角度,对此种行为提出了抗议,形成了一股强大的与官方反恐政策“不同的声音”。无论是国防部审查法庭、待遇法等审判机构建立与频繁修改,还是有关军事法案的重新界定,都是在一定的社会舆论压力下、在不同时期联邦最高法院判决的推动下促成的。

这也符合美国宪法创立之初制宪议会的参与者们针对美国实际情况所达成的,对美国宪法以及联邦政府权力分配的原初设想。从美国联邦宪法的内容来看,制宪者们并没有明确提出限制行政权的方式和规定。正如有的学者所言,作为忠诚的爱国者,同时也是十分“实际”的政客,制宪者们在制宪议会召开时清楚地意识到一部将要长期实践的宪法不可能对所有事项做出规定,<sup>[92]</sup>也就是说,构建限制行政权的制度并不现实。相比较而言,通过赋予受联邦宪法保护的国会、联邦法院、媒体以及人民监督政府“负责”行政的工具和手段,对行政权的过分扩张作出适度调整,可能更为有效并且能够“与时俱进”。因此,一种构建式的反恐模式(包括构建式的司法审判与羁押模式)在美国并没有制度的保证和生存的空间。而正是这种调整,反映了司法的本质属性。因此,即使在一定的特殊时期美国紧急状态下刑事司法的在形式上呈现出“构建性”,这种构建必然也是一种缓慢的、充满了试错与调整的“返工”过程,最终与“非构建性”这一司法本质吻合。

面对紧急状态下敌对人员的威胁,无论是战争手段,还是法律手段,都是一种暴力。“因为只要使用了暴力并且造成了伤害,尽管出于授权执行法律的人之手,也不论涂上了怎样的法律的名义、借口或刑事的色彩,它仍是暴力和伤害。”<sup>[93]</sup>而且,国家使用的暴力在明确性与严重程度往往超过了社会中公民之间可能发生的侵权危害。就刑事制裁来说,“当国家机关以适用法律的名义,利用国家机器剥夺公民的人身自由时,其对公民人身权利的侵害的普遍性、严厉性,远远超过普通公民的侵害行为。”<sup>[94]</sup>美国紧急状态下刑事司法的运行无疑也是一种暴力。法律的运行与制裁也是一种恶,权力的行使是对个人的一种暴力与限制,但是,现代意义上的紧急状态下刑事司法的暴力应当是一种可控的、正当的暴力。正如德国学者拉德布鲁赫指出的,现代的刑事法律与刑事司法,不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅仅在于设立国家刑罚权。<sup>[95]</sup>

[92] 参见 Lawrence Lessig, *Fidelity in translation*, *Tex. L. Rev.* 71, 1992, p. 1165.

[93] [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第13-14页。

[94] 张明楷著:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第175页。

[95] 参见[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

因此,针对紧急状态下刑事司法,由于其应然上的非建构性质与回应性特点,它在法治社会不会成为一种“斗争工具”,走向反法治的极致。虽然紧急状态下刑事司法具有国家权力的暴力色彩,但是它并不是讲求“镇压效率”的政治政策工具,而是在每个案件中,运用与所有特殊情境相吻合的特殊的法律,平衡各方利益,来防止恣意与不确定性。在现代紧急状态的刑事司法下,不容易看到诸如“斗争”、“战斗”、“会战”等字眼,司法的审判程序也不会是一种“革命斗争式的步调”,<sup>[96]</sup>更不可能见到行政部门与司法部门的亲密无间的“分工配合”与“协同作战”。因此,紧急状态下刑事司法的非构建性特点,造成其并不具有行政行动讲求效率的特点,而正是这种“反效率”的特点,“阻碍”了紧急状态下刑事司法走向“反法治”的极端,从而避免一种司法制度成为“斗争工具”的危险。即使紧急状态下刑事司法从过程上来看,是社会发起的一种对敌对人员的“斗争过程”,<sup>[97]</sup>各种制度保障与司法理念,也使之最终只能表现为“可控的斗争”。

---

[ **Abstract** ] The U. S. system of criminal justice under state of emergency consists of the Constitution and constitutional laws, substantive and procedural criminal law, law on the organization of courts, and administrative review mechanisms. Legislative and administrative acts and rules of common law are the main components of the normative system and operational basis of this system. The system has undergone four periods of development in U. S. history: the Civil War period, in which the system was closely related to military actions; the World War II period, the system was a compromise between apparent injustice and judicial wisdom; the Cold War period, in which the system was characterized by the integration of traditional criminal justice with military custody as a result of the transformation of the traditional substantive criminal law and the development of human rights theory; and the Post - “9. 11” period, in which the expansion of executive power and the “novelty in compromises in the US Supreme Court” have become the basic trends of the development of the system. Distinguishing between traditional criminal justice and criminal justice under state of emergency, limiting the “inherent” power of administrative organs, and upholding the development tradition of the common law are the three main features of the development of the system of criminal justice under state of emergency in the U. S.

---

(责任编辑:王雪梅)

[96] 参见周建达:《转型期我国犯罪治理模式之转换 - 从“压力维控型”到“压力疏导型”》,《法商研究》2012年第2期。

[97] 参见[法]阿列克西·德·托克维尔著:《论美国的民主》,曹冬雪译,译林出版社2012年版,第158页。