

# 解读公正审判权

## 从刑事司法角度的考察

熊秋红\*

---

**内容提要:**公正审判权在国际人权法中的确立已逾 40 年,它以英美法中的“法律的正当程序”为直接的理论依据。在刑事司法中,公正审判权用来保护受刑事指控者免遭不合法、不公正的定罪。国际人权公约从司法组织和司法程序两个方面规定了公正审判的保障措施。作为对多元法律文化的规制,公正审判的国际标准体现出原则性与灵活性的结合。在我国,有必要明确树立保障公正审判权的观念,并在有限的条件下,最大限度地促进现行刑事司法制度与国际标准相协调。

**关键词:**公正审判权 正当程序 国际标准 司法改革

---

### 一、引言

近些年来,在我国刑事司法领域,以《中华人民共和国刑事诉讼法》的修改为标志,以我国政府签署《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称公约)为契机,发生了一场观念上的革命。学界论争话题的范围从无罪推定、审判独立、律师提前介入逐步延伸至警检一体化、沉默权、一事不再理等过去极少涉猎的领域。从讨论的深入程度看,学者们已摆脱单纯作定性分析的窠臼,更多地注重从基本原理、从现实的社会需要出发,探讨国际社会公认的刑事司法标准如何与我国国内立法和司法相协调,以及如何参照这些标准推进我国刑事诉讼制度的改革与完善,这一切表明我国刑事法学的研究水平进入了一个新的层次。但是,从另外一方面看,目前学界对国际标准的认识和把握总体上还处于初级阶段,表现在:人们主要凭籍公约条文的字面意思去理解和推断公约的要求,对条文的形成过程、背后的理论依据以及实践状况缺乏深入的了解。这导致某些判断难免有过于轻率和武断之嫌。因此,我国法学研究及司法实践领域有待对公约中涉及的许多问题进行深层次的探讨。

研究刑事司法的国际标准无疑是重要的,因为它一定程度上代表着国际社会在刑事司法领域形成的共识,对于我国刑事司法制度的改革有指导意义。公约中涉及刑事司法的规定较为集中地体现在第 9 条和第 14 条。第 9 条规定了审前羁押,第 14 条规定了公正审判权(the

---

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

right to a fair trial)。笔者在研究上述条款的过程中发现:第 14 条所规定的公正审判权目前已成为一个独立的或专门性的研究课题,为各国学者广泛关注。而在我国,对许多人来说,“公正审判权”还是一个相当陌生的名词。这种状况使笔者深感有对此问题进行系统梳理之必要。在本文中,笔者拟以公约第 14 条作为考察的主要对象,从该条产生的背景、基本含义、实践状况等方面对公正审判权的内在要求进行诠释,以期发掘对完善我国刑事司法制度有启发意义的理论、观念、规则,并形成对国际标准切合实际的判断,在此基础上进一步探讨我国法律与国际标准的衔接问题,推动我国在此方面的研究逐步走向深化。

## 二、公正审判权:受刑事指控者的权利?

公正审判权这一概念在国际人权法中的出现源于 1948 年《世界人权宣言》(以下简称宣言)。宣言第 10 条规定:“人人完全平等地有权由一个独立而无偏袒的法庭进行公正的和公开的审判,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控”。宣言另列条款规定了辩护权和无罪推定原则(第 11 条)。此后,在 1950 年《欧洲人权公约》第 6 条中,公正审判权的内涵得以扩展。无罪推定原则被纳入其中,同时确立了受刑事指控者所拥有的最低限度的人权保障。1966 年公约第 14 条沿袭了《欧洲人权公约》第 6 条的模式,但在具体内容上又有进一步的扩充。增加了反对被迫自我归罪、上诉权、禁止双重受罚、刑事错案赔偿等规定。在 1984 年通过的《欧洲人权公约》第 7 议定书中,后三项权利被增加,但反对被迫自我归罪的权利仍未规定。1966 年《美洲人权公约》第 8 条作了与公约第 14 条相类似的规定,并且在一定程度上加强了公正审判权的要求。比如规定“被告有权自由地和私下里与其律师联系”、“只有在不受任何强制的情况下,被告的口供才算有效”,这些规定在公约中未得到明确的表述。

公正审判权自 1948 年被确立以来,国际性人权机构、区域性人权机构一直在做解释、规范和发展这一权利的工作。联合国人权委员会 1984 年对公约所作的“一般性评论”,对第 14 条的基本含义作了阐述;人权事务委员会还通过处理申诉、审议国家当事人报告等方式对第 14 条的有关内容进行了说明。联合国消除种族歧视委员会也承担了对此权利进行解释的工作。欧洲人权委员会及人权法院、美洲国家间人权委员会及人权法院通过大量的案例,对公正审判权的具体要求作了阐释。1989 年 9 月,联合国防止歧视和保护少数小组委员会委任两名成员作为特别报告人,专门就公正审判权的国际标准及如何保障这一权利不被减损进行研究,该举措得到了联合国人权委员会的赞同。特别报告人在 1990 年、1991 年、1993 年、1994 年分别提交了准备性报告、预备性报告、进展报告和终期报告,对公正审判权的国际标准及其实践状况作了深入的考察,并提出了加强公正审判权的一系列建议。尤其值得关注的是,作为终期报告的附件,特别报告人完成了两项草案:其一为《公约第三任择议定书草案》旨在保障一切情况下的公正审判权及其救济;其二为《关于公正审判权的原则框架及其救济草案》。<sup>[1]</sup>上述情况表明,在国际人权法视野中公正审判权受到很大程度的重视。

[1] E/CN.4/Sub/1994/24.

在学术界,一些学者展开了对公正审判权的专门性研究,出版了有关专著,<sup>[2]</sup>发表了大量论文。互联网上也有不少关于公正审判权的宣传材料和研究资料。1996年在德国召开了关于公正审判权的国际研讨会,来自美国、英国、加拿大、德国、丹麦、挪威等近二十个国家的代表参加了会议。此次会议的重点在于探讨公正审判权在不同国家的实施状况,以便促进各国实践与公正审判的国际标准相吻合。<sup>[3]</sup>在澳大利亚,有学者对是否应将公正审判权作为一项宪法性权利作了研究。<sup>[4]</sup>

在世界范围内,公正审判权已成为民主法治社会中公民所享有的一项基本人权,尽管在不同的国家和地区,由于经济、社会、文化发展水平的不同及历史、宗教和其他因素的影响,人们对公正审判权具体内涵的界定有或多或少的差异,因此,促进不同国家和地区对公正审判权的内涵形成更多的共识,进一步提高对国际标准的执行水准,是国际社会努力的方向。

根据宣言和公约的规定,享有公正审判权的主体为“受到刑事指控的人”和“在诉讼案中其权利和义务有待被确定的人”,即公正审判权的享有者不仅包括刑事诉讼中的被指控人,而且包括民事、行政诉讼中的当事人。从公约的规定看,公正审判的原则和标准更多地涉及刑事诉讼中被指控人的权利。在本文中,笔者仅选取受刑事指控者作为研究的对象,侧重于从刑事司法的角度考察公正审判权的理论与实践。

在我国,公正审判权作为一项基本人权、作为一个专门的法律术语,还未被刑诉法学界广泛了解。尽管在修改后的刑事诉讼法中首次出现了“公正审判”这一名词,<sup>[5]</sup>尽管实体公正和程序公正的观念正日益为人们所认同,尽管司法公正被视为司法改革的首要目标,但是,学者们很少明确地从公民权利的角度去透视与公正审判相关的问题。长期以来,职权主义观念在我国诉讼法学中居于主导地位。在刑事诉讼中,公安、司法机关被视为主导者,是当然的诉讼主体;犯罪嫌疑人、被告人则是参与者,其主体地位总是处于摇摆不定的状态。<sup>[6]</sup>在司法实践中,刑讯逼供、超期羁押、随意拒绝律师介入、限制律师权利、司法腐败、裁判不公等现象的存在,使得“公正审判”较大程度上体现为国家专门机关的职权行为,甚至沦为国家专门机关对公民个人的恩赐。伴随着刑事诉讼法的修改,保障公民诉讼权利的观念被大大加强。但是,由于传统观念的惯性影响以及传统法律文化的排拒作用,“公正审判权”这一概念未能从我国刑事司法制度中内在地、自发地生成和繁衍。

从外部引入“公正审判权”之概念,有助于加深我们对现代刑事司法制度本质的认识,加强对受刑事指控者诉讼权利的保障。现代社会是“按照民有、民治、民享原则构筑而成的法治社

[2] See David J. Bodenhamer, *Fair Trial: Rights of the Accused in American History*, Oxford University Press 1992; Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993; Line Ravlo, *Access to Court in Civil Cases as Ensured by Article 6 of the European Convention on Human Rights*, University of Tromsø, Norway 2000.

[3] See Edited by David Weissbrodt & Rudiger Wolfrum, *The Right to a Fair Trial*, Springer 1998.

[4] See Janet Hope, *A Constitutional Right to a Fair Trial? Implications for the Reform of the Australian Criminal Justice System*, <http://law.anu.edu.au/publications>.

[5] 刑事诉讼法第291条规定,违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的,第二审人民法院应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。

[6] 80年代中期,我国占主导地位的诉讼理论认为,我国刑事诉讼不应当采用西方的诉讼主体说,如果一定要采用诉讼主体这个词的话,那么,我国刑事诉讼的诉讼主体应当是公安机关、人民检察院和人民法院。这样,也就完全否定了受刑事指控者的诉讼主体地位。进入90年代之后,诉讼主体说被越来越多的学者认同。但在沉默权、实体法与程序法之间的关系等具体问题的探讨上,部分学者所持观点不自觉地流露出令受刑事指控者的主体地位发生动摇的倾向。

会”，“如果把现代社会视为一种宏大的构造，那么贯穿其始终的基本设计思想，则是维护和实现民权。从这个意义上说，现代社会的一切制度设计，在根本上都可以、也应该以民权为基本衡量尺度”。〔7〕刑事司法制度也不例外。公正审判权是现代刑事司法制度中的核心范畴，它标示着：国家对犯罪的追诉和惩罚应以保障被追诉者的公正审判权为前提，换言之，现代刑事程序的设置旨在防止由于公共权力的专横和滥用而产生的侵害。我国学者在阐释刑事诉讼目的时，惩罚犯罪与保障人权“均衡论”（或曰“平衡论”、“并重论”）已成为一种流行的理论。该理论对于纠正我国司法实践中长期盛行的“重打击、轻保护”、“重实体、轻程序”观念和现象有积极意义。然而，在刑事诉讼中，惩罚犯罪与保障人权之间的冲突是内在的、固有的，“均衡论”所持的协调、折衷态度并不能为解决冲突提供具体的答案，因此，它的理论指导意义是较为有限的。比如，律师提前介入问题，如果采取“均衡论”的立场，或许我们可以说，“侦查终结时介入”比“侦查开始时介入”更具有合理性。还有，非法证据的排除问题，“均衡论”也无法对是否排除以及排除的具体范围作出回答。同样从“均衡论”的立场出发，我们可以对沉默权得出肯定和否定两种结论。从另外一方面看，上述情况表明：“均衡论”尽管以促进惩罚与保障的平衡、提升权利保障的地位为出发点，但从长远来看，却可能产生削弱人权保障内在要求的后果，因为保障人权的任何举措都可能以惩罚犯罪为由予以一定程度的削减或抵销。因此，对“均衡论”的局限性，应当有清醒的认识。刑事司法以实现国家刑罚权为目的，这是不言而喻的要求。现代刑事程序的重点在于建立防止国家刑事追诉权、惩罚权被滥用、防止公民权利被侵害的装置。因此，惩罚犯罪更多地体现为刑事程序的隐性目的，而保障人权则是刑事程序的显性要求。“公正审判权”概念的提出及其内涵的界定，旨在对现代刑事司法制度在保障人权方面的基本要求作出说明，它有助于以民权为基本尺度对刑事司法制度进行评价和认识，避免因惩罚犯罪的需要而减损受刑事指控者获得公正审判的权利。

### 三、公正审判权之理论基础

公约第 14 条的规定被简称为“公正审判权”。从其理论依据来看，它源于英美法中的“法律的正当程序”（due process of law）。〔8〕“法律的正当程序”这一思想最早可以追溯到 1215 年的英国大宪章。该宪章第 39 条规定：“国王要允诺任何自由人不得被逮捕、监禁、侵占财产、流放，或者以任何方式杀害，除非他受到贵族法官和国家法律的审判”。〔9〕1354 年英王爱德华三世第 28 号法令第三章规定：“未经法律的正当程序进行答辩，对任何财产和身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所，不得逮捕或监禁，不得剥夺其继承权和生命”。〔10〕后来，它被美国吸收了。1787 年一项纽约州法律规定：除非依照正当的法律程序，否则，任何人都应得到保证，不被剥夺特定的权利。〔11〕1789 年通过的美国联邦宪法第 5 条修正案规定：“未经法律的正当程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。1866 年通过的第 14 条修正案对各州提出了相同

〔7〕 张志铭：《当代中国的律师业——以民权为基本尺度》，载夏勇主编：《走向权利的时代》（修订本），中国政法大学出版社 2000 年版，第 110 页。

〔8〕 See Manfred Nowak, *U. N. Convention on Civil and Political Rights Commentary*, by N. P. Engel, Publisher, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, Va 1993, p. 236.

〔9〕 Van Dijk, *The Right of the Accused to a Fair Trial under International Law*, SIM SPECIAL No. 1, If, Utrecht 1983.

〔10〕 转引自〔英〕丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强等译，法律出版社 1999 年版，第 1 页。

〔11〕 〔美〕伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 55 页。

的要求。“法律的正当程序”是美国宪法传统中的核心概念,它所表达的政府对公民基本权利的限制或剥夺,只有在遵循法律规定和接受司法审查的前提下方能许可的思想,在美国宪法中起着非常重要的作用,有的学者称“没有法律的正当程序,自由和权利将不存在”。<sup>[12]</sup>

根据美国学者和联邦最高法院的解释,法律的正当程序分为实体性正当程序和程序性正当程序。前者是对联邦和各州立法权的一项宪法限制,它要求任何一项涉及剥夺公民生命、自由或财产的法律不能是不合理的、任意的或反复无常的,而应符合公平、正义、理性等基本理念。后者则涉及法律实施的方法和过程,它要求用以解决利益争端的程序必须是公正的、合理的。《布莱克法律辞典》将程序性正当程序解释为“联邦宪法第14条修正案规定的对自由和财产的保护,包括为贫困被告人指定律师的权利、复印案卷的权利、对质的权利;第6条修正案具体规定并通过第14条修正案适用于各州的所有权利。程序性正当程序的中心含义是指:任何权益受到结果影响的当事人都有权获得法庭审判的机会,并且应被告知控诉的性质和理由,……合理的告知、获得庭审的机会以及提出主张和辩护等都体现在‘程序性正当程序’之中。”公约第14条涉及的是“法律的正当程序概念中的程序方面”。<sup>[13]</sup>

“法律的正当程序”是一个与“自然正义”、“法治”一脉相承的概念。有学者说:最好在“法律的正当程序”这一主题下讨论宪法和法律的规定,因为相比较而言,“自然正义”似乎显得过窄、而“法治”又显得过宽。“法律的正当程序”的内涵与“法治”最为接近,它至少包括公平、不偏袒、独立、平等、公开、理性、确定性、普遍性等成份。<sup>[14]</sup>这些成份在公约第14条第1款中得到了充分的体现。“自然正义”是一项古老的正义原则,其理论基础是传统的自然法理论。“自然正义”有两项基本要求:1. 任何人不得做自己案件的法官;2. 应当听取双方当事人的意见。1932年英国大臣权力委员会的报告指出:对于是否存在自然正义的第三项原则——无论处理争议的程序是司法的还是准司法的,争议各方都有权了解作出裁决的理由,人们尚有争论。因为治安法官、陪审团在裁定被告人有罪还是无罪时,不可能说明具体理由。<sup>[15]</sup>美国早期的法官运用自然权利和社会契约学说来限制政府的权力,后来,出现了对自然法的怀疑,宪法的核心因而从自然法理论转向包含在正当程序条款中的明示的限制,法院“用实质性正当程序代替了自然法”。<sup>[16]</sup>可见,相对于“自然正义”而言,“正当程序”意味着某种超越和发展。在英国大宪章中使用了“国家法律”一词,而后它被“法律的正当程序”所取代,其中表述了对公民权利的限制或剥夺应当依法进行的思想,而这正是“法治”的基本精神。“法律的正当程序”一语,其含义较“法治”为狭,但在英美法中是一个非常重要的概念。它不仅强调了“程序”在“法治”中的作用,而且直接表明了法律应具备“正当性”的道德要求。

从哲学基础看,“正当程序”根植于道德原则,特别是避免权力滥用的原则。美国学者认为,在一项特定的制度中,是否要求设置正当程序以及如何体现程序的正当性,主要需要考虑以下问题:1. 假如对权力不加约束,其超出正当理由行使的可能性有多大?2. 权力的滥用将会造成怎样的危害后果?3. 正当程序对于权力的行使将是有效的制约吗?4. 采用正当程序的代价是否过大?是否有降低成本其他方式?一般而言,“如果一项制度赋予一些人控制或

[12] David J. Bodenhamer, supra note [2], p. 4.

[13] Van Dijk, supra note [9].

[14] See Edited by J. Roland Pennock & John W. Chapman, *Due Process: Nomos XVIII*, New York University 1977, pp. 69 - 70.

[15] Ibid., pp. 78 - 79.

[16] 前引 [11][美]伯纳德·施瓦茨书,第56页。

介入他人生活的权力,那么,正当程序是该制度在道德上具有可接受性的条件之一”。<sup>[17]</sup>在美国,“正当程序出现在刑法、民法和行政法中,它适用于多种多样的组织如警察、行政机构、立法机关和法院的活动”。<sup>[18]</sup>在刑事诉讼中,司法机关的判决直接决定着被告人的命运,被告人面临着被剥夺财产、自由乃至生命等刑事处罚,因此需要设立正当程序对司法机关的权力进行制约,以防止其作出任意性的裁断。这里,“法律的正当程序”体现为受刑事指控者应当享有依法获得公正审判的权利。换言之,非经公正的审判,受刑事指控者不得被确定为有罪。

“法律的正当程序”深植于历史,是一个发展中的概念,它的内涵是逐步演进的。当英国人将“国家法律”写入英国大宪章的时候,它被用来保障英国人(至少保障贵族)依普通法所享有的权利。在17世纪,根据爱德华·科克的解释,法律的正当程序主要是程序性的,包括采取正式的起诉方式、在场权和令状主义。<sup>[19]</sup>到了现代社会,英国前上诉法院院长丹宁勋爵解释说:“法律的正当程序系指法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促使审判和调查公正地进行,逮捕和搜查适当的采用,法律援助顺利地取得,以及消除不必要的延误等等”。<sup>[20]</sup>在美国,当麦迪逊将正当程序写入他起草的《权利法案》初稿时,他只把正当程序看作一种程序上的保障。19世纪中叶,在纽约州法院的判决中发展了一种主张,即:不论是从实体法还是从程序法的观点看,个人的权利都是受正当程序保护的。<sup>[21]</sup>而后,联邦最高法院采纳了同样的解释。在20世纪60-70年代,隐私权、堕胎权等实体性权利被纳入了正当程序的讨论视野,正当程序被用来处理至关重要的争议,实体性正当程序的内涵不断被拓展。“与程序性正当程序相比,实体性正当程序是一个更加主观的概念”。<sup>[22]</sup>在20世纪60年代,美国经历了“正当程序革命”,“法律的正当程序”的实际内涵不断扩大,它几乎包括了整个《权利法案》,其中言论自由和刑事被告人的权利成为联邦最高法院首要关注的对象,“最高法院最初拒绝承认,有关反对使用非法手段获取证据的权利和被告获得辩护律师的权利是包括在正当法律程序中的基本权利。现在它改变了以往的态度”。<sup>[23]</sup>可见,同样是“法律的正当程序”一词,在不同的历史时期,其含义有较大不同,“正当程序从经验中获得了它的内涵”。<sup>[24]</sup>

英美法中的“法律的正当程序”观念对公正审判权在国际人权法中的确立有直接的影响。其他国家的法律制度中尽管不存在“法律的正当程序”这一概念,但法治原则、程序公正原则得到普遍的认同。如德国奉行“法制国家程序原则”,根据此原则,可“推导出要公正地实施程序的规定。这一点,在禁止国家滥用权力,要求国家权力自我限制,应当给予公民防御权利,借以抵御国家权力侵犯的规定上,得到了体现”。<sup>[25]</sup>“程序公正”与“程序性正当程序”的含义大体相近,但后者经过长达数百年的历史发展,形成了更加具体、更加系统、更加明确的内涵,其影响也因此更为深远。日本法学界一般认为,“法治”的概念来自于近代西方。然而这一概念却有两个来源,一个是渊源于英美法的所谓“法治”(the rule of law)概念,另一个则是来自于大陆

[17] See note [14]supra, p. 94.

[18] Ibid. p. 206.

[19] See Edward Coke, Second Part of the Institutes of the Laws of England(4th ed., London, 1671), p. 46.

[20] 前引[10],[英]丹宁勋爵书,第1页以下。

[21] 前引[11],[美]伯纳德·施瓦茨书,第56页。

[22] Harvey Fireside, *The Fifth Adendment: the right to remain silent*, Enslow Publishers, Inc 1998, p. 23.

[23] 前引[11],[美]伯纳德·施瓦茨书,第259页。

[24] David J. Bodenhamer, supra note [2], p. 29.

[25] [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典》中译本引言,法律出版社1995年版,第11页。

法(尤其是对此进行了精致的理论化、体系化的德国)的“法治国”(Rechtsstaat)或“法治主义”思想,尽管在违宪审查制度、市民的司法参加以及基本人权的保障等方面这两个体系曾经存在过相当的差异,但第二次世界大战后这两种法治思想已基本实现了实质意义上的趋同。有学者将这种趋同性的实质内容归纳为:宪法的最高法规性、对基本人权的尊重、对法院特殊作用的承认以及对正当程序要求的认同等四个方面。<sup>[26]</sup>“法律的正当程序”以刑事诉讼为发祥之地,在国家作为追诉者占有压倒优势的情况下,如何保障被追诉者的公正审判权构成了程序性正当程序的特殊内容。

#### 四、公正审判权之法律保障

在国际人权法中,公正审判权是由一系列确定的、相互关联的权利组合而成的一项权利,其含义未被具体界定。<sup>[27]</sup>国际人权法对公正审判权的规范以公约第14条为核心,其内容大体可分为两个方面:司法组织——“独立和不偏袒的法庭”与司法程序——“公正和公开的审判”。规范公正审判权的国际性文件,不仅包括宣言、公约及区域性人权公约,而且包括联合国在司法领域尤其是在刑事司法领域的大量文件,如《关于司法机关独立的基本原则》、《关于检察官作用的基本原则》、《关于律师作用的基本原则》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》、《囚犯待遇最低限度标准规则》、《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》、《联合国少年司法最低限度保障规则》等。从“公正审判权”的字面意思分析,它似乎是一项仅在审判阶段才有的权利,但实际情况并非如此。在讨论刑事诉讼中的公正审判权时,国外学者往往按诉讼阶段将其分为审判前的权利(如迅速获知指控、获得律师帮助)、审判中的权利(如法庭前平等、公开审判、审判时在场、询问证人)和审判后的权利(如上诉权、刑事错案赔偿权)。<sup>[28]</sup>这是因为:刑事诉讼虽然由侦查、起诉、审判、执行等阶段组成,但国家对公民的刑事处罚通过审判程序得以最终确定,从这个意义上说,审判是刑事诉讼的中心,侦查和起诉是为审判作准备的阶段,执行只不过是审判的延伸。审判程序本身又分为一审程序和救济程序(上诉审程序、再审程序或审判监督程序)。在英美法国家,救济程序很大程度上仅为有利于被告人而启动,对被告人进行刑事处罚的威胁主要来自一审程序,学者们所说的“审判”往往指一审,因此,上诉权被视为审判后的权利。鉴于审判在刑事诉讼中所处的中心地位,刑事程序被分为审判前程序、审判程序和审判后程序,受刑事指控者在刑事诉讼中所拥有的一系列权利被笼统地称之为“公正审判权”。公正审判权贯穿于刑事诉讼全过程,它是对若干具体权利的抽象,或者说上述权利的行使旨在保障受刑事指控者获得公正审判的权利。目前,审判前的权利受到极大的重视,因为审判前程序所产生的结果将对审判产生重大影响。没有审判前的公正,也很难有审判中的公正。

公约第14条对公正审判权的规范,深受英美法律正当程序理论的影响,同时又渗透着人们对公正审判的一般性认识。公正审判是一个有着明确的价值指向但具体涵义又不十分清晰

[26] 参见王亚新:《民事诉讼的程序、实体和程序保障》,载[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第8页。

[27] See Gudmundur Alfredsson and Asbjorn Eide, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers 1999, p. 223.

[28] See What is a Fair Trial? *A Basic Guide to Legal Standards and Practice*, <http://www.lchr.org/pubs/fairtrial.htm>.

的概念。公正与人的感觉相联系。法官在审理案件时,往往针对个案中的事实情况,融合法律思想和社会利益,作出他认为公正的判决。一个具体案件的审判是否公正,不同的人可能会有不同的认识,如案内人与案外人、原告人与被告人可能对审判作出不同的评价。社会中人们对公正审判的整体性认识往往受政治、经济、文化、法律、历史、宗教等因素的影响,因此,在社会发展的不同时期,人们对公正审判的理解可能会有或多或少的差异。这说明公正审判具有某种不确定性。但另一方面,公正审判又有某种恒定的内涵,如公正的审判应当是客观的审判,公正的审判应当是不偏袒的审判。当我们回到“公正”概念的起点,考察其一般性含义,便可发现:在人们对公正审判的理解中,上述两个命题具有普适性,为不同的法律文化所容纳。当谈到审判的客观性时,通常指案件的事实是否已被证明、是否依据相关的法律作出评估、是否遵循了合适的程序。在大多数的案件中,审判是客观的即表明它是公正的。也有少数例外的情形,如法官适用过时的法律作出裁断。“不偏袒”与审判的过程相联系,它是指法官或陪审员在审判中不能厚此薄彼,当事人应有同等的机会表明他们的主张;审判者对正在审理中的案件应采取合适的态度,应当不带偏见地进行证据评价。“客观”与“不偏袒”之间有密切的联系,他们都表明了审判者在审判中应有的态度,“不偏袒”是对“客观性”的最好保障,尽管不是完全的保障。但二者之间也有区别,“客观性”与审判程序和审判结果的正确性相联系,“不偏袒”则偏重于从审判过程进行衡量。审判的客观性可通过审判公开、当事人参与、对证人进行质证等方式加以促进;审判的不偏袒则主要通过确立裁判者的独立和中立地位、保障双方当事人的平等地位而获实现。由于客观性与不偏袒之间的紧密联系,我们很难从保障客观性与保障不偏袒的措施之间划一条清晰的线,一般而言,对客观性的保障往往也是对不偏袒的保障。上述经验性的考察和分析有助于我们从另一侧面理解公约第14条中的“独立”、“不偏袒”、“公开”、“公正”等概念。

公约第14条为受刑事指控者获得公正审判设计了两方面的保障:组织性保障和程序性保障。组织性保障主要包括对司法机构和司法人员的要求。联合国人权委员会的一般性评论认为,公约第14条第1款要求:法庭必须依法成立,宪法和有关立法中应有关于司法、行政、立法部门相互独立以及如何设立法庭、如何委任法官以及委任的条件、任职期限、晋升、调职、停职的条件等规定。《关于司法机关独立的基本原则》等其他国际性文件对组织性保障作了更加具体的规定。其内容主要包括:1. 司法机构应具有独立性,国家应向司法机构提供充足的资源,以保障其整体独立;2. 司法人员的个体独立同样是重要的,它是法官在司法活动中摆脱外界干扰、影响或控制的重要条件,国家有责任采取积极的措施确保法官不被媒体、工会、政党等影响;3. 法官的司法能力和道德素质是公正审判的重要前提,为此,法官的委任及晋升应注重法官的职业经验和内在条件;4. 在刑事诉讼中,检察官和律师也应具有独立性和高素质,这对公正审判的实现同样是重要的。组织性保障是实现公正审判之基础,是程序性保障之前提。没有组织性保障,程序性保障将是无效的。

从程序性保障看,公约确立了程序公开与程序公正两项原则。

程序公开包括动态的审理公开和静态的判决公开。审判公开、司法透明是对历史上秘密司法的否定,体现了司法的民主性,同时也是对公正审判的保障。审理公开主要适用于一审程序的庭审阶段。在上诉审中,如仅涉及法律争议,一般不需要公开。但是,如果上诉审在本质上决定对被告人的刑事处罚,那么,审理也应公开。审理公开原则不是绝对的,在某些情形下可排除传媒和公众的出席:(1)道德原因,如涉及性犯罪;(2)涉及公共秩序特别是法庭内的秩

序;(3)涉及国家安全,如重要的军事机密;(4)涉及当事人私生活领域的利益;(5)涉及司法利益的极特殊情形,如旁听者的情感反应威胁到审判的继续进行。根据公约的规定,判决公开比审理公开受到更严格的保障。除涉及少年利益、婚姻纠纷及监护权外,判决必须公开。法律规定的例外情形下可采取匿名或简略的形式发布判决。公开判决的权利能为任何人所主张,即判决对任何人来说都是可以得到的。这样做是为了确保司法为人民所控制。审判公开既是当事人的权利,也是民主社会中公众的权利。

程序公正通过无罪推定、最低限度的程序保障、少年案件的特殊程序、上诉制度、刑事错案赔偿制度、禁止双重受罚等规定得到体现。这些程序性措施作为一个整体发挥作用,以促进公正审判的实现。在设置受刑事指控者的程序性权利时,贯穿了武器平等的原则,一些特权被赋予被告人,用来矫正公诉方与被告方之间固有的不平等。鉴于无罪推定原则在刑事诉讼中的特殊重要性,公约第14条第2款对其单独作了规定。根据无罪推定原则,在刑事诉讼中举证责任应由控诉方承担,只有控诉方对被告人的有罪指控得到确实的证明,才能认定被告人有罪,疑罪应作无罪处理。此外,法官在庭审前不能形成有罪的预断。在诉讼过程中,所有公共当局不应就审判结果作任何预测,媒体和其他社会团体不应就审判施加影响。当法官面临外界的强烈影响时,国家负有确保无罪推定的积极责任。公约第14条第3款规定了受刑事指控者所享有的“最低限度的保障”,包括迅速获知指控、辩护权、不延迟地被审判、法律援助、询问证人、免费获得翻译、不得被迫自证其罪等7项权利。关于“最低限度的保障”,有学者用一种“非正义感理论”或“消极性正义理论”来加以解释。这种理论认为:没有人能够客观地和确定地知道什么是正义,正义也无法得到合理的证明……但是人们能够对程序不公正的情况产生感性和直观的判断。因此我们可以通过对非正义感的分析,提出最低限度程序公正标准。<sup>[29]</sup>笔者认为,如果说凭籍人们的“正义感”无法解决程序公正的标准问题,根据人们的“非正义感”同样难以得出令人信服的答案。公正与人的感觉相联系,给人们“公正感”的某些程序特征往往是对一定时期人们所熟悉和认同的程序制度的反映。反过来,诉讼中某些程序特征的缺失则带给人们“非正义感”。无论是通过分析“公正感”确定公正审判的内涵,还是通过分析“非正义感”确定“最低限度的保障”,本质上都是经验主义的总结和概括。公约第14条规定“最低限度的保障”旨在说明,即使审判完全符合公约的规定,也可能仍未达到公正审判的要求。换言之,遵守这些程序保障只是公正审判的必要条件,而非充分条件。从实际功能看,规定最低限度标准,一方面可以促进尚未达到此标准的国家在刑事立法与司法中注意与国际社会接轨;另一方面又为已经达到此标准的国家进一步加强刑事诉讼中的人权保障留下了加以容纳的空间。

在探讨公正审判权的保障问题时,以下两点认识或许是重要的:其一,保障公正审判的措施是极为广泛的,法律手段只是其中之一。某些政治的、经济的和其他因素影响着公正审判的实现。因此,如何为公正审判创造或提供有利的外部环境,应纳入我们的考量视野。其二,对公正审判的保障与公正审判的实现之间不能简单地划等号。“保障”一词可能造成错误的印象,即认为特定的措施、特殊的程序能确保公正审判的绝对实现。事实上,公正审判是一个开放性的概念,其内涵超出了公约所确定的保障措施之和。换言之,即使审判完全符合公约的有关规定,可能它仍与公正审判的要求存在差距。确立这一观念的意义在于:让立法者、司法者

[29] 参见陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第58页。

永远保持对公正审判的一种动态的追求。在此方面,普通法显示了它的优越性。在英国,法官拥有较大的自由裁量权,该权力围绕着公正审判之核心行使。在1979年的女王诉桑一案中,史卡曼勋爵指出:“法院有责任确保被告人获得公正的审判,这在英国刑事司法中是一项根本性的原则。我不相信如果没有自由裁量权,法官也能有效地履行其职责”。<sup>[30]</sup>英国《1984年警察与刑事证据法》第78条第1款规定:在任何程序中法庭可以拒绝采纳起诉方赖以起诉并向法庭出示的证据。法庭应考虑全部情况,包括取得证据的情况,证据的采纳将会对诉讼公正产生不利影响的,法庭不得采用。在澳大利亚,过去法庭援引普通法中构成公正审判权的一些特殊规则,对公诉方滥用程序问题作出诉讼行为无效的处理。在1989年的杰戈诉新南威尔士地区法院一案中,大多数法官认为,法庭的权力不限于对特殊规则的适用,法庭具有防止不公正的一般性权力,它可直接以维护公正审判权为由对公诉方滥用程序的行为作出处理。<sup>[31]</sup>在1992年的迪厄垂奇诉女王一案中,高等法院的大多数法官再次强调了公正审判权,并进一步解释了刑事诉讼中公正与合法的关系。有法官认为,公正分为根据社区价值的公正和根据法律的公正,支持前者,非法庭之义务;维护后者,则是法庭应尽之责。有法官反驳说,公正的要求独立于合法性的要求,前者是对后者的补充。大多数法官的意见是:给予被告人公正的审判是法律上的要求,因此,公正审判是一项法律权利。但是,有必要将公正的要求分开予以考量,因为公正的要求超出了特殊的法律规则和原则的内容,并且它对普通法要求遵守的规则和实践提供最终的理论注释。<sup>[32]</sup>公正审判权在美国的实践也说明它是一个极具张力的概念。在普通法中,证据规则和程序规则被用来降低对无辜者定罪的风险,对公正审判权的发展很大程度上是法院关注不合适的定罪的结果。在刑事诉讼中,公正与效率的矛盾、保护被告人与保护被害人之间的冲突,总是使公正审判权的保障面临着挑战,为了防止公正审判权在利益冲突面前被减损,国际社会试图通过确立公正审判的最低限度标准来维护、加强和发展这一权利。

## 五、国际标准的原则性与灵活性

当谈到中国法律与国际标准接轨问题时,我们不禁要问:摆在面前的是怎样一种国际标准?有学者将其视为“普适性公理”,<sup>[33]</sup>这样的表述本身使国际标准有了一层耀眼的光环。笔者认为,为了获得对国际标准更为本色的认识 and 更为准确的评判,我们需要对国际标准的形成过程及实践状况作些考察。

有关资料表明,<sup>[34]</sup>在公约第14条形成过程中,英美法系国家所起作用相对要大一些,特别是美国,由于其宪法中规定了法律的正当程序,对第14条草案的形成起了重要作用。在具体条文的拟定上,法庭前平等原则,由前苏联提出,社会主义国家表示支持;社会主义国家还提出了民主原则,但被否决;法国提出了审判公开原则,英美则提出了“公开的例外情形”;及时获知指控、有充分的时间和条件准备辩护由英国提出;被告人有权与其律师联络、不迟延地被审

[30] Reg. v. Sang(H.L. (E.)), The Weekly Law Reports, August 17, 1979, p. 291.

[31] See Janet Hope, supra note [4], p. 3.

[32] Dietrich v. R (1992) 177 CLR 192.

[33] 参见龙宗智:《相对合理主义》,中国政法大学出版社1999年版,第3页以下。

[34] See Manfred Nowak, supra note [8]; MARC J. BOSSUYT, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1987 Martinus Nijhoff Publishers; Stephanos Stavros, supra note [2].

判、审判时在场、上诉权由以色列提出;法律援助由美国、英国和菲律宾提出;免费翻译由美国、菲律宾、智利提出;刑事错案赔偿由菲律宾、法国、比利时提出;一事不再理则基于日本和意大利的动议。由上可见,第14条的形成从总体上可视为英美法系国家、大陆法系国家以及社会主义国家共同起作用的结果。但从第14条的具体内容看,公正审判的国际标准较大程度上表现为与英美法系国家的法律规范合一。在欧洲,怎样将英美的正当程序原则及构成公正审判权的特殊规则适用于大陆法提出了很多争议,如怎样解释第14条中的“民事权利和义务”、“刑事指控”、“法庭”、“公正审判”等。这些概念在英美法中比较容易界定,但在大陆法中则需对其含义重新解释。

公约第14条的规定存在一些模糊措辞,如“迅速”告知指控、“有相当的”时间和便利准备辩护、受审时间不被“不当迟延”、“在司法利益有需要的案件”中指定辩护等。这种模糊性体现出不同的法律制度之间的协调,但另一方面,它给国际标准的实施带来了困难,潜藏着削弱共同标准的风险。从欧洲人权法院的实践看,《欧洲人权公约》第6条是引起诉讼最多的条款。可以说,此条中任何一款都可能提出法律争议,在实践中最易被违反。<sup>[35]</sup>随着对人权保护重视程度的日渐提高,欧洲人权法院对第6条的要求呈逐步增强的趋势。下面对公约第14条的实践状况略作考察和分析:

### 1. 对“刑事指控”的解释

对“刑事指控”一词的解释,关系到在什么情况下公民享有公约第14条规定的法律保障。“刑事指控”本身有一个自治性的解释——它涉及对刑事犯罪的追诉。但实践中,国家当事人可能通过行政处罚或纪律处罚回避对第14条的适用。在一国法律中被认为是犯罪的行为,在他国法律中可能被作为违纪行为。在此方面,欧洲人权法院存在大量的案例。欧洲人权法院制定了判断是否存在“刑事指控”的三条标准:(1)国内法上的定性;(2)应受处罚的行为的性质;(3)处罚的严厉程度。法院综合这三条标准,以决定一种处罚是否属于刑事处罚,而不论有关成员国将其称为行政处罚或纪律处罚。这些标准是从对不同制度及其哲学基础的比较中抽象出来的。一般而言,当处罚不仅具有预防性特征,而且具有报复性和威慑性,且针对一般的公众适用,它便符合欧洲人权法院所称的刑事处罚,如交通犯罪的罚金。但欧洲人权法院认为,针对特定群体或职业(如士兵、囚犯等)的未超过一定强度(如5天拘禁)的纪律性处罚,不被视为刑事处罚。这样的标准可以转移到公约第14条的适用中来。联合国人权委员会在此方面未提供更多的指导。

### 2. 不迟延地被审判

《欧洲人权公约》表述为“在合理时间内受审”。这一权利不仅适用于审理过程,也适用于判决过程。此外,它还适用于审前程序。审判是否在合理时间内进行或是否构成不当迟延,需结合案件的具体情况和复杂程度进行判断。欧洲人权法院在实践中提出了关于“合理时间”的三个标准:(1)案件的复杂程度;(2)案件的处理方式;(3)被告人自己的行为,要注意区分被告人的行为属于不合作、妨碍诉讼或是正当行使权利。一般来说,诉讼时间超过9-10年在多数情况下被视为“不合理”。在欧洲人权法院的一些案例中,诉讼持续了7-8年,也被人权法院视为“合理”。从联合国人权事务委员会处理申诉的情况看,委员会认为多数案件构成了“不当迟延”。如加拿大的一个案件中,制作诉讼文件的副本花了29个月,导致上诉被拖延了将近3

[35] See Stephanos Stavros, *supra* note [2], preface.

年。总的来说,“不当迟延”、“合理时间”等表述弹性相当大,实际适用上也不太严格。

### 3. 辩护权和在场权

公约规定,受刑事指控者应有充足的时间和条件准备他的辩护,在司法利益有需要的案件中为其指定法律援助。“充足的时间”依案件的具体情况和复杂程度而定,但几天时间通常是不充足的。“充足的条件”包括被告人和他的辩护人可得到文件、记录,为法庭辩护作准备,但这并不意味着提供所有相关文件的复印件。是否提供法律援助,根据指控犯罪的严重程度及可能受到的惩罚而定。如死刑案件必须指定律师,交通违章处罚金的案件一般不必指定律师。律师应为受刑事指控者提供有效的辩护。在第14条起草过程中,关于能否进行强制辩护,争论十分激烈。在公约适用过程中,仍有两种相反的观点存在,这是由大陆法系与英美法系审判方式之间的差异造成的。公约还规定了被告人审判时在场的权利。《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》对此未作明确规定。欧洲人权法院认为,《欧洲人权公约》第6条从总体上表明受刑事指控者有权参与庭审。<sup>[36]</sup>但在场权能否放弃(如被告人因身体原因不能到庭)或者受到限制(如为了保护证人),有关机构未作出明确解释。联合国人权委员会在一般性评论中指出,在异常情况下,如有正当理由对被告人缺席审判时,应注意保障被告人的权利。欧洲人权法院的判例表明,所谓异常情况,通常指被告人逃避审判,起诉方应作“真诚的努力”找寻被告人,如要求法庭作缺席审判,应承担证明被告人逃避审判的责任,并且辩护律师应出庭辩护。

### 4. 传唤和询问证人

被告人有权要求传唤和询问证人是武器平等原则的重要体现,但在公约中它不是绝对性的权利。在1949年的公约草案中,曾将其规定为不受限制的权利,即被告人可要求有利于己的证人强制性出庭。但1952年最终确定下来的条款放宽了要求,采取了与《欧洲人权公约》相一致的表述:有利于己的证人与不利于己的证人应在相同的条件下出庭和接受询问。这就赋予了法庭相当广泛的自由裁量权。在乌拉圭的一起案件中,被告人在缺席和秘密审判下被判30年监禁,无机会传唤有利于己的证人。联合国人权事务委员会认为,该案的处理违反了公约第14条有关传唤和询问证人的规定。欧洲人权法院赋予法庭一定程度的自由裁量权,以拒绝与确认案件事实无关的询问。从总体上看,在执行此项规定时,要考虑英美法系与大陆法系审判方式的差异,但最重要的是保障双方当事人通过询问证人介绍证据方面获得平等待待。

### 5. 免费翻译

关于免费翻译权,存在的主要争议是:该项权利是否仅适用于听审或者它还包括对所有相关的书面文件的翻译(如起诉书、证据材料和判决)?从公约第14条的规定看,整个庭审过程应当翻译,有关指控性质和原因的信息也应当翻译。但免费翻译是否适用于书面文件,则模糊不清。欧洲人权法院认为,为了确保公正审判,应对所有与刑事审判相关的书面材料和口头陈述进行翻译。此外,这一权利还适用于侦查阶段对犯罪嫌疑人的讯问。免费翻译是一项绝对性的权利,它适用于外国人和语言方面的少数人。但联合国人权事务委员会在审议法国的一个案件时认为,第14条未赋予审判以某人选择的语言或以他通常使用的语言进行的权利。假如一个外国人或语言方面的少数人精通正式的法庭用语,他没有获得免费翻译的权利。

### 6. 反对被迫自我归罪

公约和《美洲人权公约》对此作了规定,但《欧洲人权公约》至今未作明确规定。“被迫”涉

[36] Colozza v. Italy, 12.2.85 series A, No. 89, Para. 27.

及各种形式的直接或间接的身体或精神压力,范围从刑讯到欺诈、威胁等非人道的待遇。尽管公约未明确禁止使用被迫作出的口供或陈述,但联合国人权委员会在一般性评论中呼吁国家当事人建立禁止使用此类证据的法律。关于此款是否包含沉默权,委员会未作明确解释。但在《联合国少年司法最低限度标准规则》中有关于沉默权的明确规定。1994年英国向联合国人权委员会递交了第4阶段国家当事人报告,人权委员会在结论性观察中指出:英国在《1994年刑事审判和公共秩序法》中规定“可从被告人的沉默作不利推断”,违反了公约第14条的规定,建议英国重新对上述做法进行审议。欧洲人权法院认为,“公正审判”原则暗含着受刑事指控者享有“保持沉默”和“不自证其罪”的权利。然而,这项权利并不是绝对的。根据法律规定从受刑事指控者的沉默中得出不利于他的推论并不违反《欧洲人权公约》第6条。<sup>[37]</sup>可见,在保障沉默权方面,国际标准与欧洲标准有程度上的差别。

### 7. 上诉权

公约第14条第5款规定了上诉权。上诉权在公约中的确立源于以色列的动议。以色列代表强调,他感兴趣的仅仅是上诉权原则,至于上诉的形式可依各国法律具体规定。由于各国上诉制度存在较大差异,因此在适用公约关于上诉权的规定方面存在不少争议,主要有:(1)能否将上诉范围仅限于法律问题?公约规定,被判定有罪者,应有权就“定罪和量刑”提出上诉。但在《欧洲人权公约》第7议定书第2条中,以“定罪或量刑”替换了“定罪和量刑”,其中的用意显而易见。将上诉范围仅限于法律问题符合《欧洲人权公约》的要求。可见,在此问题上国际标准与欧洲标准有所不同。在丹麦,对陪审团作出的有罪裁决不允许上诉,故对公约第14条第5款提出了保留。(2)在轻微犯罪案件中被告人是否有上诉权?联合国人权委员会在一般性评论中指出,关于上诉权的规定,“不限于最严重的犯罪行为”,给国家当事人对上诉权设立例外留下了余地。《欧洲人权公约》第7议定书明确规定了上诉权的例外情形,其中包括法律规定的轻微犯罪。“轻微犯罪”被解释为监禁刑以下的处罚,即凡在一审中被判处监禁刑以上的人享有提出上诉的绝对性权利。(3)公正和公开审判的保障是否适用于上诉程序?这涉及二审程序的审理方式问题。联合国人权委员会在一般性评论中指出,复审法庭在处理一件诉讼案件时,应当遵循公约第14条第1款关于公正和公开审判的规定。但是,上诉程序毕竟在许多方面不同于一审程序,一审程序中被告人享有的某些权利在上诉程序中可能受到限制。如何对待这种限制,联合国和欧洲人权机构的实践未提供明确的答案。(4)在上诉法院加重量刑的案件中,被告人是否享有上诉权?一些国家如奥地利、比利时、德国、卢森堡允许法院在上诉审中加重量刑。为此,它们对公约第14条第5款提出了保留。有学者认为,上述保留是否必要,是有疑问的,因为第14条仅规定了二审终审的原则。但同时认为,假如定罪是上诉程序的首次结果,即被告人在一审中被判无罪,但在二审中被判有罪,被定罪的人应当被赋予进一步的上诉权。(5)最高法院一审的案件,被告人是否有上诉权?一些国家(如比利时、意大利和荷兰)规定最高法院拥有对某类犯罪的一审管辖权,对此类案件采取一审终审制。为此,它们对公约第14条第5款提出了保留。

### 8. 禁止双重受罚

在公约中规定禁止双重受罚经历了长期的争论。许多国家法律允许在例外情形下提起新的审判,即使新的审判可能对已被定为有罪或无罪的被告人不利。其理由包括严重的程序缺

[37] 参见杨成铭:《人权保护区域化的尝试——欧洲人权机构的视角》,中国法制出版社2000年版,第152页。

陷(如伪造文书、贿赂证人或法官等)以及存在新的或新发现的事实。欧洲议会的专家委员会建议有关国家提出保留,为此,奥地利、丹麦、芬兰、冰岛、荷兰、挪威、瑞典等国提出了保留。但联合国人权委员会在一般性评论中认为,在例外情形下允许进行新的审判,并不违反禁止双重受罚原则。委员会建议各国根据这一解释重新考虑其保留,但此建议未被任何国家所采纳。

### 9. 刑事错案赔偿权

该权利是起草公约第14条时争议最大的条款之一。通过该款时,赞成、反对和弃权票各占1/3。1984年《欧洲人权公约》第7议定书确认了该项权利,其表达接近于《公约》第14条。刑事错案赔偿的前提条件是:(1)终局定罪,指包括轻微犯罪在内的任何定罪;(2)定罪被正式推翻或者被赦免。对因赦免而提出赔偿存在异议,因赦免可能出于人道考虑,但司法错误也是赦免的原因之一。刑事错案赔偿基于以下理由:(1)司法错误的确认,即根据新的或新发现的事实表明确实发生误判。在法国的一个案件中,被告人因拒绝服兵役被判11个月监禁,后军事服务审查委员会认为他拒绝服兵役是基于意识形态的原因,不久他被赦免。联合国人权事务委员会否定了被告人的赔偿请求,因赦免不是由于司法错误,而是出于公平考虑。(2)司法错误的发生不是由于被定罪人自己的原因。假如被告人为了避免背叛真正有罪的人,而故意让他自己被定罪,他将不能获得国家赔偿。(3)被告人已服刑。即仅在被告人无辜遭受了实际的惩罚时才能获得国家赔偿。

上述情况表明,作为对多元法律文化的规制,国际标准体现出原则性与灵活性的结合。一方面,国际社会试图在保护人权方面树立不可逾越的界碑,“最低限度的保障”一词将其中的价值预设表露无遗。另一方面,在制定国际标准时不得不给法官留下解释的余地,同时也要承认国家有评判的余地,以防止法律机械化和法律文化方面的话语霸权。如果不引入软法带来的灵活性、模糊性,建立统一的标准几乎是不可想象的。但是,这种模糊性带来了削弱共同标准的风险。随着“冷战”的结束和监督机制的改进,国际人权机构在保障共同标准有效实施方面发挥着越来越大的作用,对公正审判权的保障呈日益加强的趋势。此外,前南斯拉夫人道主义犯罪国际法庭、卢旺达国际刑事法庭的建立,创立国际常设刑事法院协议的达成,也促进了对公正审判权的进一步研究。各国在保障公正审判权方面正在形成越来越多的共识,公正审判的国际标准趋于更加明确和具体。

## 六、公正审判权在中国的实践

“公正审判权”作为一个显型的法律范畴尚未被我国学者普遍了解,此方面的专门性研究也相当欠缺。但是,这并不意味着我国缺乏此方面的实践。在我国刑事司法制度改革中,一个突出的特点是对国际标准予以自觉的参照。修改后的刑事诉讼法在保障受刑事指控者权利方面取得了明显的进展,如增加规定司法机关独立行使职权,未经人民法院依法判决对任何人不得定罪,律师在侦查阶段可以参加诉讼,加强对强制措施的制约,加强被告人对审判活动的参与等,这与国际标准的要求一致或基本一致。但是,还有一些权利如迅速获知指控、审判时在场,未被法律明确规定;一些权利如沉默权、禁止双重受罚,尚处于争论阶段;法律已确立的权利在实施中是否符合国际标准的要求,也值得作进一步的研讨。面对着我国政府签署公约及社会各界对司法改革的呼吁,如何参照国际标准继续推进我国刑事司法制度改革和完善,已经成为人们关注的一个热点问题。

公正审判权及其标准在国际人权法中的确立已逾40年,多年来由于“冷战”所造成的壁垒以及我们自身的封闭和僵化,导致我们将其拒之门外。从20世纪到21世纪,随着世界政治、经济、文化秩序的巨大变迁以及我国改革开放的逐步深入,国际标准对我们来说已不再陌生。“在20世纪,国与国之间,文化与文化之间,区域与区域之间,有着明确的界限,这个界限是社会构成的关键。不同的政治、文化和区域实体依靠着这些界限来维持内部的秩序,并形成它们之间的相互关系。而在21世纪,民族国家及其文化的分化格局面临着如何在一个全球化的世纪里更新自身的使命”。<sup>[38]</sup> 在经济发展方面,我国正在进行着从农业社会到工业社会,再由工业社会到信息社会的跳跃,融入经济全球化进程已成为一种自觉的行动。经济全球化要求我们在法律制度领域进行深刻的变革,我国的法律制度和国际性法律规范之间应当有更多的契合。诚然,公正审判权的国际标准中更多地体现了西方国家特别是英美法国家的价值观念,但应当看到,其中对个人权利的尊重、对理性的重视,正是我国的刑事司法制度有待加强的方面,我们应从全球化进程中获得发展的动力,推进我国刑事司法制度的改革和完善。研究美国法律史的学者曾指出,在美国历史上影响公正审判权发展的因素主要包括:英国法律传统及其革命性的继承,民主化的个人主义,农业社会向工业社会的转型,社区本质和意义的变化,职业化和官僚化的影响,司法激进主义等。上述一些因素也存在于我国现阶段,如农业社会向工业社会继而向信息社会转型,市场经济带来的个人主体地位的提升,人与人之间关系的变迁,法律职业化程度的提高,司法能动性的增强等,从而为公正审判权在我国的确立和发展奠定了现实的基础。

笔者认为,参照国际标准改革我国刑事司法制度,首先需要明确树立保障公正审判权的观念。这将意味着对惩罚犯罪与保障人权均衡论的某种超越。在刑事诉讼中,公诉方与被告方在力量对比上存在着固有的不平衡。受刑事指控者作为被追诉对象,其权益极易受到国家专门机关的侵害。一方面,国家专门机关由于打击犯罪心切,容易侵犯公民个人的权利;另一方面,对“犯罪者”权利的侵犯容易获得社会公众心理上的默认,因为损害少数人利益的目的是为了保护大多数人。赋予受刑事指控者以公正审判权,体现了“救济最需要救济者”的原则,体现了对少数人的保护。美国学者罗纳德·德沃金曾对《权利法案》的确立依据作过如下分析:“我们建立政府所依据的宪法理论并不简单地是大多数人的理论。宪法,特别是权利法案,是被设计用来保护公民个人和团体以反对大多数公民可能要去制定的某些决定,甚至大多数人认为它是社会普遍的和共同的利益的决定”。<sup>[39]</sup> 而在我国,刑事程序对于保护少数人的意义尚未被人们充分认识。刑诉法学界成为通说的惩罚犯罪与保障人权均衡论,其中的保障人权包括以下几个方面:1. 保护一般公民的合法权益;2. 保障无罪的人不受刑事追究;3. 保护所有诉讼参与人的权利;4. 使有罪的人受到公正的惩罚。<sup>[40]</sup> 这种面面俱到的人权保障观模糊了保护多数人与保护少数人的区别,易导致二者发生冲突时难以适从的局面。在刑事司法领域,公共权力(以保护大多数人的面目出现)与个人权利之间的冲突极为彰显。刑事法治的基本精神在于约束公共权力,防止其专横和腐败,以维护公民个人作为自治主体的尊严,因此,刑事程序规则的设置应以保护少数人为基本出发点。我国文化传统中根深蒂固的少数人利益应服从多数人

[38] 费孝通:《“三级两跳”中的文化思考》,《读书》2001年第4期。

[39] [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第179页。

[40] 参见陈光中、严端主编:《中华人民共和国刑事诉讼法 修改建议稿与论证》,中国方正出版社1995年版,第82页以下。

利益观念,使我们总是解不开刑事司法中惩罚犯罪与保障人权何者为先的结,折衷的说法是二者并重,但这种持平之论难以回答我国刑事司法中面临的一系列理论和实践问题,而且由于传统法律文化的惯性作用,并重论往往容易滑向惩罚犯罪优先论。确立保障受刑事指控者公正审判权的观念,明确刑事司法中保护少数人权利的重要性,有助于弥补或克服我国现行刑事诉讼理论的局限。

目前学界在探讨有关国际标准的话题时,刻意的意识形态化的排斥立场已不多见,绝大多数学者的看法是应当继续缩小我国刑事司法制度与国际标准之间的差距。但是,我们究竟应该走多远?走到什么地步算是合适?回答则有较大的分歧。近来有一种流行的观点认为,在司法改革中应奉行“相对合理主义”,这是对国际标准与中国国情相结合的一种理论表述。其理论前提是视国际标准为普适性公理,认为中国目前由于客观条件的制约,无法达到国际标准的要求,因此,只能采取相对合理主义,“不求最好,只求较好”。<sup>[41]</sup>这种观点既认识到国际标准的普适性价值,又客观理性地承认我国厉行法治条件不足的现状,力求在两者之间建立一个动态的平衡点,使我国的刑事司法制度逐步向国际标准靠拢。应当说,这种观点切合实际,也有助于解决当前司法实践中存在的一些问题。但笔者通过对公正审判权国际标准确立、发展过程的考察,认为上述主张所仰赖的理论前提值得商榷。首先,国际标准本身是对多元主义的规制,体现为原则性与灵活性的结合。其中带有原则性的内容,即所谓质的规定性,如禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇,法庭前的平等、无罪推定、司法独立等,理应予以严格遵循,不应变通。至于带有灵活性的规定,如传唤和询问证人、上诉权、禁止双重受罚等,其本身已为各国依据本国的情况参照执行留下了变通的余地。既然如此,所谓的“最好”就很难明确说指的是什么。其次,国际标准本身不是静止不动的,它随着社会政治、经济条件的变化而发展。英美法律正当程序观念在历史上的演进,公正审判权内涵的实质性扩充,公正审判权在各国的实践,均表明公正审判权是一个动态的概念。如果我们以发展的眼光看待国际标准,那么怎样在国际标准与中国法律的嫁接中体现出“相对合理”呢?再次,各国由于政治、经济、文化方面的差异,在实施国际标准方面存在着程度上的不同。但公正审判权作为一项积极性权利,要求国家采取积极的措施,促进其中所涵盖的各项具体权利逐步得到充分的实现。这表明,无论一个国家处于什么样的历史阶段,都应尽己所能最大限度地保障国际标准的实现,而不应设置一个“只求较好”的出发点。最后,公正审判的国际标准中蕴涵着这样一种思想:公正审判是人类司法活动所追求的理想目标,刑事司法制度的设计与运作应无限地接近这一目标,即使不能完全达到这一目标。国际社会正努力将公正审判权确定为一项绝对性权利,国家即便在紧急状态下也不能对其进行克减。<sup>[42]</sup>“相对合理主义”所体现的在国际标准与中国国情之间寻求平衡、对公正审判权进行减损的思路,显然与公约的要求不相吻合。此外,从各国批准或加入公约的情况看,初级阶段论、条件制约论不足以构成我国采取“相对合理主义”的依据。迄今为止全世界已有100多个国家批准或加入公约,其中包括不少发展中国家。笔者在研究过程中注意到:在公正审判权问题上,发达国家对公约第14条所作保留多于发展中国家,而以世界人权保卫者自居的美国直到1992年才批准公约,并且对《公约》第6条和第7条(涉及死刑和禁止酷刑)提出了保留。这一事实说明,各国对国际标准的认同程度并未以发展中国

[41] 参见前引[33],龙宗智书,第3页以下。

[42] *supra* note [1].

家和发达国家为绝对性的分界线。当然,笔者并不否认公约中所规定的“法律援助”、“免费翻译”、“刑事错案赔偿”等权利的充分实现,需要以国家经济实力作为支撑。但是,应当看到,国际标准并非难以实现的标准,在我国经过努力、创造条件是完全可以达到的。“相对合理主义”运用到实践中易蜕变为“相对不合理主义”。在我国的刑事司法改革中,理性化的精神引导或许比迁就现实的低调哲学更为需要,因为目前司法实践中存在的主要问题是部门本位、违规操作、司法腐败、枉法裁判等为表现形态的庸俗实用主义。有了理性化的精神引导并不足以解决所有问题,但没有它,情况则会更糟。美国学者所作的大量实证性研究表明,甚至那些被认为对警察行为限制最严的规则,实践中对警察的活动仅能产生很小的影响。<sup>[43]</sup>这为刑事司法中坚持理性标准的必要性提供了又一佐证。

为了促进我国法律与公正审判的国际标准相协调,我们需做以下工作:1. 深入研究国际标准的内在要求,确保我国有关法律、法规的规定与公约的精神相一致。如(1)根据国际社会对“刑事指控”一词的解释,我国的劳动教养本质上属“刑事指控”,被教养者应享有公约第14条所规定的保障,因此,现行劳动教养制度有待改革;(2)明确认同无罪推定原则;(3)保障律师会见权和阅卷权,改善辩护条件;(4)对被告人审判时在场权以及缺席审判问题作出明确规定;(5)对免费翻译问题作出更加具体的规定;(6)保障辩方证人与控方证人在相同的条件下出庭和接受询问;(7)取消“犯罪嫌疑人对侦查人员的询问,应当如实回答”的规定,赋予受刑事指控者反对被迫自我归罪的权利;(8)确立禁止双重受罚原则,对审判监督程序的启动施加更严格的限制。2. 加强对法官、检察官、律师等法律职业人员的培养和选拔,使他们有能力保障受刑事指控者的公正审判权。3. 改革司法体制,加强对司法机关独立行使职权的组织性保障。4. 完善救济机制,明确规定违反刑事程序的法律后果,还可考虑借鉴外国经验建立人权保护机构,使公正审判权受到侵犯的公民能够获得有效的法律救济。

## 七、结 语

在刑事司法中,公正审判权用来保护公民免遭不合法、不公正的定罪,其在国际人权法中得以确立的直接依据是英美法中的法律的正当程序理论。公正审判权表面上仅适用于审判程序,实则贯穿于刑事诉讼始终。公正审判是刑事司法制度追求的理想目标,但它又是难以企及的目标。国际社会试图通过确立公正审判的最低限度标准,来引导各国不断加强对公正审判权的保障。影响公正审判的因素是多种多样的,既有制度的因素,也有人的因素;既有传统文化的因素,也有社会政治、经济条件的因素。因此,保障公正审判权的措施是十分广泛的,法律手段是其中之一,但它是极为重要的手段。公约规定了保障公正审判的法律措施,这些措施大体上可分为两方面——组织性保障和程序性保障。这两方面的保障相辅相成,共同促进公正审判权的实现。“独立和不偏袒的法庭”,“公正和公开的审判”,公约中的两组措辞将公正审判权的关键要素作了揭示。公正审判的国际标准以公约的规定为核心,加之以其他国际性文件的规范,构成了一个内容丰富而复杂的体系。公正审判的国际标准体现出原则性与灵活性的统一,既是对刑事司法规律性认识的揭示,又是对法律多元主义的规制。

近些年来,我国的刑事司法制度在向国际标准靠拢方面获得了较大发展,但对国际标准中

[43] See David J. Bodenhamer, *supra* note [2], p. 138.

蕴涵的法律思想的研究,我们做得还远远不够。修改后的刑事诉讼法中首次出现了“公正审判”这一名词,但在许多人心目中尚没有将它作为一项权利看待。“公正审判”与“公正审判权”,一字之差,但其中的内涵却大有不同。仅就“公正审判”言,可以说,从古至今人类都将其作为司法制度的理想目标,即使在纠问式诉讼中也是如此。但是,将公正审判作为受刑事指控者的一项权利,并赋予它特定的内涵,则是一定历史条件下的产物。以历史的眼光看,从公正审判到公正审判权,标志着主体角色的转换,前者的主体为追诉者,后者的主体则为被追诉者。进行这样的观念转换,对于我国刑事司法制度的进一步改革,有较为深远的意义。有学者说:“没有法律思想指导的法律制度,是一种没有方向和灵魂的法律制度,法律思想的境界和视野将直接赋予法律制度以生命特征和生命活力,直至决定其命运”。<sup>[45]</sup>的确,我们需要对支撑国际标准的理论作些探索,以促进我们的法律思考并使之获得更高的境界。21世纪的经济全球化给人类的生存和发展带来了全新的面貌,也给我国的法律改革注入了更多的动力。在此背景下考察公正审判的国际标准并探讨它与中国法律之间的衔接问题,既有理论价值又有实践意义。公正审判权是一个涉及面相当广的课题,绝非一篇文章所能廓清,本文的研究权当是“引玉之砖”吧。

---

**Abstract:** The right to fair trial has been a basic norm of international human rights for more than 40 years. Its adoption is based on the Anglo - Saxon common law tradition of "due process of law", but recognized by others as well. In criminal justice, the right is designed to protect an accused person from an illegal and unfair conviction. The guarantees to the right in the international human rights law can be divided into two aspects: the organization of the judiciary and the judicial procedure. International standards of fair trial show the unity of principles and compromises so that they can be accepted by states with different legal cultures. In China, it is necessary to establish a notion of the right to a fair trial and further promote harmony between Chinese criminal justice system and international standards.

---

---

[45] [德]阿图尔·考夫曼:《后现代法哲学 告别演讲》,法律出版社2000年版,译者前言第2页。