

无罪推定的外国法溯源与演进

孙 倩

内容提要:无罪推定在英美法系和大陆法系学者论述里,各有自己的历史渊源,而对这些历史渊源的追溯,恰恰反映了他们各自关注问题的不同。大陆法系国家从应对审前程序中被告人的处遇角度阐释无罪推定;而英美法系国家则为应对中世纪长期存在的,在陈述式审判模式下被告承担证明责任以及诬告、伪证问题,来阐释无罪推定。进入当代以后,两大法系都转入了对审前羁押与无罪推定关系的关注,审前羁押的性质是否为刑罚的问题颇具争议。其背后反映的是国家对未被证明犯罪的人何以有惩罚权,这也成为无罪推定的根本问题。

关键词:无罪推定 审判模式 审前羁押 疑罪惟轻

孙倩,中国人民大学2012级法律史博士研究生。

西方17世纪和18世纪数学和自然科学的巨大进展所带来的理性主义思维,“过分重视新观点的产生”,往往表现出对历史的忽视甚至敌意,^[1]对此萨维尼指出,“对已经研究过的事物进行准确、清晰的研习以及令人满意的描述”,重视对学科的历史的整理,这并非重新确立传统的权威,而是以一种有价值的方式对科学进行整体描绘。^[2]萨维尼为研究观察某一问题提供了一种新思路,即重新对既有学术成果进行整体上相互联系的爬梳整理,结合其特定社会背景,以确定真相、澄清误解。本文试图采用这种历史思维方法对无罪推定做一溯源,力求真实地展示两大法系在无罪推定产生极其演变中的特点和背后的社会缘由,并考察近代西方无罪推定原则走向趋同的现象及其与审前羁押的深层联系。

一 无罪推定的缘起及其社会根源

在很长一段时间里,无罪推定都被视为普通法的概念。^[3]19世纪以前,西方学者普

[1] 参见[英]保罗·维诺格拉多夫著:《历史法学导论》,徐震宇译,中国政法大学出版社2012年版,第116-121页。

[2] 参见[德]蒂堡、萨维尼著:《论统一民法对于德意志的必要性——蒂堡与萨维尼论战文选》,朱虎译,中国法制出版社2009年版,第135-141页。

[3] 参见Daniel Kiselbach, Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, *Criminal Law Quarterly*, vol. 31, 1988-1989, p. 174.

遍认为,大陆法系纠问制下实行的是有罪推定,而仅有普通法系国家才实行无罪推定。人们看到,英美国家和欧洲大陆国家,在诉讼传统、政治结构等各种历史因素都极为相似的中世纪,在对待无罪推定及相应的诉讼模式方面,却走上了截然不同的发展道路,其缘由值得深究。^[4]

(一) 英美国家无罪推定溯源——证明规则问题

1. 无罪推定认识的变化:从证据到证明规则

英美国关于无罪推定的论述最早见于美国 1895 年 Coffin v. United States 一案,其引用了 19 世纪法学家格林利夫(Greenleaf)的著作《论证据法》中关于无罪推定的历史起源观点。格林利夫将无罪推定追溯至犹太教圣经之《申命记》,指出无罪推定在雅典和斯巴达的法律及罗马法中均有体现。^[5]《申命记》的相关诗文讨论了通过程序和证据发现被告罪行的问题,在这里无罪推定是解释证明承担的,即控告人证明被告有罪。^[6]但英格兰普通法是何时将无罪推定吸收为其一部分的,尚有疑问。虽然,无罪推定作为一项原则在普通法中已存在很长时间,但 19 世纪以前的书籍并没有提到过该原则。^[7]

我国有学者提出,在英美法系,无罪推定是从法律格言逐渐引入审判实践的。^[8]在早期的英格兰普通法中,推定表现为这样一种信念,即在存疑案件中,释放被告比冒险裁决被告要好得多。19 世纪英格兰的司法实践中强调的不是无罪推定,而是要排除合理怀疑地证明被告有罪。^[9]美国最早提到无罪推定的是 1675 年的马萨诸塞州,该州文献记载,在刑事案件中,每个人都被认为是诚实和正直的,除非有相反证据推翻它。^[10]但直到 19 世纪,无罪推定在法庭内都没有受到重视。仅在 19 世纪的最后几年,刑事案件中的无罪推定才受到重视。^[11]在格林利夫的《论证据法》中提到将无罪推定表述为一种证据,随后的法律学者也主张,在对犯罪相关证据的调查和评估中,应将被告人视为无罪的人。后来的美国加利福尼亚州判例法,增补了无罪推定语义上的空白,指出无罪推定不仅停留在向陪审团提交案件阶段,在交叉询问期间,在陪审团评议案件期间,直到形成判决前,都要贯彻无罪推定。^[12]1895 年的 coffin 案显示,在要求陪审团进行无罪推定,而陪审团未做时,即使法官对陪审团运用合理怀疑标准进行了充分的指导,法庭裁决仍是可撤销的。通过此案,法庭表明,无罪推定与合理怀疑标准是不同的。合理怀疑是由证明而生的结果,

[4] 参见孙长永、闫召华:《无罪推定的法律效果比较研究——一种历史的分析》,《现代法学》2010年第4期,第130页。

[5] 参见 Joseph N. Sorrentino, Demystifying the Presumption Of Innocence, *Glendale Law Review*, 1996, vol. 15, p. 18。

[6] 参见 Marsha L. W. Reingen, The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System, *South Carolina Law Review*, 1979 - 1980, vol. 31, p. 358。

[7] 参见 Joseph N. Sorrentino, Demystifying the Presumption of Innocence, *Glendale Law Review*, 1996, vol. 15, p. 17。

[8] 参见孙长永、闫召华:《无罪推定的法律效果比较研究——一种历史的分析》,《现代法学》2010年第4期,第131页。

[9] 参见 Marsha L. W. Reingen, The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System, *South Carolina Law Review*, 1979 - 1980, vol. 31, p. 358。

[10] 转引自 James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little Brown, 1898, p. 552。

[11] 参见 James Bradley Thayer, The Presumption of Innocence in Criminal Cases, *Yale Law Journal*, vol. 6, 1896 - 1897, p. 189。

[12] 参见 Joseph N. Sorrentino, Demystifying the Presumption of Innocence, *Glendale Law Review*, 1996, vol. 15, pp. 18 - 19。

而无罪推定则是一种证明工具,是有利于被告的证据。^[13]

美国 19 世纪证据法学家塞耶对上述结论进行了猛烈抨击,塞耶对无罪推定进行了追根溯源,指出罗马皇帝图拉真的格言“宁可放走一个有罪的人,也不能错杀一个无辜的人”所演变而来的“宁可放走有罪的人也不错杀无辜的人”,及被告在神职人员面前流畅地念诵圣经诗文即可免死的司法实践,仅是针对 19 世纪以前英格兰残酷刑罚的对策,并没有被告不受谴责的任何意味,是被误解而特别地运用到了刑事诉讼中。^[14] 无罪推定的学术表述最早来源于 1216 年布莱克顿(Bracton)的论述:每个人都被推定为无辜,除非有相反的证明推翻它。16 世纪雅各布斯(Menochius Jacobus)在《论推定》中做出了更为简洁的表述:(无罪)推定是指每个人被推定为无辜。^[15] 从而,塞耶指出无罪推定强调的是被告人必须被“证据”“证明”才能认定有罪。^[16] 将无罪推定本身作为证据来反驳任何对被告不利的证据是错误的立论。他指出,无罪推定仅仅是表明控方负证明责任的证明规则,强调的是被告人在审判过程中,不能因被指控犯罪而遭受偏见。^[17] 随后的威格摩尔(Wigmore)和麦考密克(McCormick)均主张无罪推定仅作为一项证明规则,^[18] 并成为 20 世纪英美法系对无罪推定的主流观点。

2. 无罪推定信念产生的社会原因

一方面,无罪推定的信念与英格兰曾经存在数个世纪的被告陈述式审判及禁止辩护律师制度有直接的关系。英国历史上,在很长的一个时期内,刑事司法中都是由被告对自己的罪行承担证明责任。在 17 世纪末英格兰开始司法改革以前,也即现在的对抗式审判模式形成之前,英格兰刑事审判实行的是被告陈述式审判。在这种审判模式下,被告作为案件审理信息的主要来源,要保证被告陈述的原初性。当时人们普遍认为,刑事审判仅仅涉及事实问题,“是低等阶级的营生”,“不像民事案件需要细致考量”,“整个刑事审判应该是业余者之间的对抗”,“律师作为法律专家,无助于法庭发现事实”。案件的真相就在嫌疑人身上,陪审团从毫无准备的嫌疑人出庭后看到证据的即刻反应,就能基本上判断出案件的真相,因此,刑事审判中不需要辩护律师,而被告则必须在整个庭审过程中亲自陈述,因为,假如这个人是无罪的,他就应该能够通过反驳,向陪审团证明他的清白,如果不能证明就是有罪的。而实际情况是,经过长时间的审前羁押,被告人满身污垢、食不果腹、疾病缠身,直到被传出庭,都一直戴着枷锁,遭受这种人格和心理上伤害的被告人,很难对

[13] 参见 Marsha L. W. Reingen, *The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System*, *South Carolina Law Review*, 1979 - 1980, vol. 31, p. 359。

[14] 参见 James Bradley Thayer, *The Presumption of Innocence in Criminal Cases*, *Yale Law Journal*, vol. 6, 1896 - 1897, pp. 187 - 189。

[15] 布莱克顿和雅各布斯的表述来源于笔者 2010 年在北京市致诚律师事务所实习期间,由美国哈佛大学法学院的 J. D. Nick Atwood 先生讲话的英文稿翻译而来。这两句的英文原文为:“Everyone is presumed innocent until proved to the contrary”、“The presumption that we are each presumed innocent”。

[16] 转引自易延友:《论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善》,《政法论坛》2012 年第 1 期,第 12 页。

[17] 参见 James Bradley Thayer, *The Presumption of Innocence in Criminal Cases*, *Yale Law Journal*, vol. 6, 1896 - 1897, pp. 190 - 199。

[18] 参见 Marsha L. W. Reingen, *The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System*, *South Carolina Law Review*, 1979 - 1980, vol. 31, p. 360。

控方提出有力的交叉询问或质疑。同时,大量案件被按照程序提交陪审团审判,讼案激增,使得审判中潜藏的受错误指控的风险长期未受到关注。^[19]

英格兰这种审判实践的混乱要追溯到 14 世纪在欧洲爆发的黑死病。12 世纪和 13 世纪欧洲普遍存在的以陪审团为基础的刑事诉讼,与 14 世纪以来英格兰形成的被告陈述式审判有着根本区别。中世纪的陪审制度是以稳定的人口和农业社会组织形式为前提的,其提起诉讼的陪审团和审判陪审团都是自行获取信息的。陪审员们都从案发地毗邻地区选取,意在挑选那些能够对事实有所了解的人为陪审员,这些陪审员出庭是为了陈述,而非倾听。但是 1348 年开始的那场遍及整个欧洲的黑死病所造成的社会大混乱,使得这种陪审制无法贯彻。自 14 世纪以后,英格兰各郡巡回法庭召集大陪审团和小陪审团时,已不再从案发地毗邻区召集,而是从整个郡召集。这种新的陪审制所面临的问题是,陪审员们不再具备自行获知真相的能力,他们变成了被动的裁决者,是通过庭审中的倾听了解待裁判的案情。而整个案件中,最可能了解真相的只有被告。为了平衡这种信息不对等,被告陈述式审判模式逐渐形成。

另一方面,当人们认识到被告人有可能会受到错误指控的风险之后,有必要保护被告免受指控偏见从而遭遇不公平。被告陈述式审判模式所潜藏的被告受错误指控的巨大危险,是在 17 世纪末的几个叛逆罪审判中受到重视的。英国在通过 1688 年至 1689 年的光荣革命后,开始了司法改革,1696 年《叛逆罪审判法》及 1701 年的《王位继承法》引入了辩护律师制度,同时开始了审判程序改革,以诉讼程序机会平等观念取代对君主的唯命是从,对被告的观念开始转变,被告也可能是受害人,维护无辜者利益的理念已然兴起。但这仅限于叛逆罪案件即政治案件的审判中,因为叛逆罪性质特殊,涉案人大多是社会上层的贵族,涉及相关法律复杂。然而,在叛逆罪案件中引入辩护律师等司法改革后,对犯罪的处理上出现了明显的不公,在涉及财产问题的轻罪案件中很早就有律师参与,而关涉被告生死的重罪案件中却无人向被告提供帮助,其中一个重要原因在于普通重罪案件中,受指控的犯罪嫌疑人和被告人大多为穷人,因为贫穷付不起昂贵的律师费用,也根本没有话语权,当这种不公被认识到之后,对抗式审判模式才逐步发展起来。^[20]

无论是被告陈述式审判模式还是后来改革的对抗式审判模式,都存在一个共同的问题,就是没有像中世纪欧洲大陆那样的中立的职业官方调查人员,这造成了英格兰历史上存在的公共执法机构的落后,这种落后使英格兰政府别无选择,只能将控告私人化。由于没有职业的治安官,英格兰政府缺乏对案件进行调查的能力,玛丽一世于 1555 年颁布《玛丽收押法》,将案件调查工作交给被害人或业余的治安官去做,而当他们不能或不愿去履行这项任务时,英格兰政府就通过奖励执法来鼓励更多的人提起控告。正是这一制度诱发了大量的诬告和伪证,也催生了唯利是图的早期警察,即捕贼人。^[21]

正如 19 世纪一位美国学者所批判的:在控告私人化的诉讼模式下,一些无辜的人无

[19] 参见[美]兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 10-44 页。

[20] 参见[美]兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 82-102 页。

[21] 参见[美]兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 134-139 页。

端地被一些不负责任的、甚至是恶意的人指控犯罪,或者被那些为牟取赏金、敲诈勒索的治安官指控犯罪。这些指控完全没有任何根据,被被告人却因此被监禁,还无法为自己辩白。如果被告人是穷人或外乡人,必然会被定罪而无法获得保释。被告人的名誉、事业、财产、健康均毁于一旦,即使在被判无罪的情况下,受诬告者可以对恶意逮捕或者错误逮捕提起诉讼,但即使获得赔偿也根本无法抵消因错误指控而遭受的损失。同时,被告人也无权提出证人,其律师提供的证据决定着被告人的命运。正是英格兰公共执法机构的缺陷所导致的诬告、伪证,这一切催生了法庭中的无罪推定及对被告人清白名声的保护。

(二)大陆法系国家的无罪推定溯源——审前处遇问题

根据国内既有的学术观点,贝卡里亚明确地提出了无罪推定原则,他在论述刑讯问题时指出,“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约,社会就不能取消对他的公共保护”。^[22] 大陆法系国家的无罪推定包括无罪假定的前提和遇有疑罪时的罪疑从无(存疑有利于被告),无罪假定赋予被告各种诉讼权利及与控告方平等的诉讼地位,疑罪从无确保被告享受公平的审判。实际上,详细考察之后会发现,大陆法系国家的无罪推定内涵也是不断发展的。

在法国为代表的欧洲大陆法律发展史中,特别是刑事司法实践中,无罪推定大多情况下关注的是被告审前羁押中的待遇问题,即刑讯逼供问题、羁押期限问题、羁押期间获得律师帮助问题。与英美法系关注的无罪推定内容有明显的不同。欧洲大陆法学者对无罪推定的理解则要广得多,不仅把无罪推定视为一项保护嫌疑人和被告人人身权的原则,也将其看作一项证明规则,只是更加关注前者,这些观念都能从古巴比伦、古希腊和罗马法中寻根溯源。

1. 大陆法系国家无罪推定缘起

公元前1792年至1750年的《汉莫拉比法典》即规定:控告人要证明被控告者有罪;诬告他人犯重罪者,处死。原告宣称被告持有其被偷窃的财产,则要提供证人以证明那是属于自己的财产,否则原告被处死。罗马法中也有相似的规定,公元前212年古罗马皇帝安东尼指出:指控者必须有证据。原告不能证明,则要释放被告。只有在足够的证据证明指控时,被告才被迫辩白自己无罪。^[23] 乌尔比安《论总督的职责》第7卷记载,图拉真皇帝给阿西多·赛维鲁斯的批复中说,基于嫌疑也不得判处有罪,因为与其让无辜者被判刑还不如让犯罪的行为不受处罚。^[24]

在不能证明被告有罪前,被告应为无罪作为一项保护人权的原则在古希腊法中也有其渊源。公元前352年古希腊演说家得莫斯蒂尼提出:没有人生来就被称为犯罪人,除非他被判决和证明有罪;良知告诉我们根据已知事实给予惩罚,而非审前即予以惩罚。公元前118年古希腊托勒密三世颁布法令,禁止政府官员因私人债务或侵犯或私人间争吵而逮捕、监禁任何人。古罗马法也规定,嫌疑人在申诉期间保留其完全公民权,除非最终裁

[22] [意]切萨雷·贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国方正出版社2003年版,第35页。

[23] 参见 Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 111.

[24] 参见《学说汇纂(第48卷罗马刑事法)》,薛军译,中国政法大学出版社2005年版,第291页。

决有罪。罗马公民被控犯罪有权交纳保释金保释,除非指控罪名严重确需审前羁押。对被羁押者罗马法禁止严厉的对待,并要求尽快开始审判,以惩罚犯罪,释放无辜。羁押的目的是为了安全地监护而非惩罚。被告不应仅因其指控就被视为罪犯,因为一个无辜的人不应受到不公正的对待。到了中世纪,无罪推定原则被查理曼大帝吸收为其法令集的一部分,并被中世纪的教会法学者援引作为法律原则,即被告判决前不应被看作罪犯,是判决而非指控决定罪行成立。13世纪法国的教会法学家约翰尼斯·莫诺赫乌斯(Johannes Monachus)指出,每个人都应被推定为无罪,除非有证据被证明有罪,后简化为无罪推定(“innocent until proven guilty”),随后这一格言被广泛传播。^[25]

2. 无罪推定在中世纪及其后的变化——羁押、酷刑合法化

作为一项证明规则的不罪推定,在欧洲大陆国家所受到的重视并没有像英美法系国家那么强烈,亦有其背后的原因。13世纪以前,酷刑在欧洲大陆很多国家已经合法化,后来逐渐地限制于证据充足的死刑案件,因为酷刑对于那些被认为善于撒谎的人来说,是获得口供的必须的工具。当时的法学家们普遍认为刑讯不是一种刑罚,认为人性化的刑事程序会鼓励犯罪。基督教的神学法学家们也提出刑讯之苦是帮助有罪的人赎罪。发展到16、17和18世纪的旧体制时代,无罪推定的权利完全被忽视,如1670年的《刑事法令》(*Criminal Ordinance of 1670*)规定,有公职的人一旦被逮捕羁押,其职务将被自动停止。这种对无罪推定的忽视,被一种实际的考虑正当化,即由被指控的公职人员继续履行职务会导致尴尬和冲突。虽然此法令及以前一些重要的法律都规定,法官在嫌疑人被逮捕24小时内进行审问,但长期羁押,变得越来越普遍,并且已决犯和未决犯混合关押在一个监狱里,忍受着合法的折磨。

直到19世纪,学者仍然认为大陆法系的纠问式诉讼模式采用的是有罪推定,这种审判模式的特色是全权由法官查证犯罪,虽然1789年法国《人权宣言》第9条提出了无罪推定,指出“任何人在未被宣布为犯罪以前,应当假定其为无罪”。但这一宣言仅在法国大革命的余波中存活了很短一段时间,1792年法王路易十六在审判前就已被定罪,因为当时的革命人士遇到了这样一个问题,如果对路易十六适用无罪推定,将会破坏革命本身的合法性。1793年的《犯罪嫌疑人法》(*The Law of Suspects*)规定,法官有权拘留任何反对自由的人,以及不能合理证明他们的生存方式或不能履行公民职责的人;而对诬告者及曾受指控被释放者,法律允许将其作为嫌疑人拘留,不能保释。在法国大革命后的一段时间内,法国刑事司法程序仍然呈现出革命前旧体制下的特征:刑讯逼供、长期羁押、禁止辩护律师、得出判决的驱动力优先于保护被告人。在之后的很长一段时间里,虽然法国理论上承认无罪推定,但实际上实施的仍是有罪推定。19世纪和20世纪法国保护被告人的进程在缓慢进行中。1808年的法国刑事诉讼法严格限制保释。1897年法律才允许调查期间的被告人经法官允许,可以有律师在场。而司法实践中,如果被告人保持沉默,拒绝对指控罪行进行解释,会被看作是对罪行的默认,将导致审前羁押。1958

[25] 参见 Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 112 - 114.

年法国刑事诉讼法中,审前羁押仍是一个有意设置的例外,长期羁押仍然是一条默许的司法规则。1970年以暂时性羁押代替了预防性羁押,但这仅仅是个术语的改变,并没有给被告人带来多大的利益。被拘留的嫌疑人在被警察讯问的48个小时内仍不允许有律师帮助。^[26]

1971年法国制宪委员会确认1789年的《人权宣言》具有宪法价值^[27],虽然当时的法国刑事诉讼法并没有明文规定无罪推定,但是作为一个宪法性原则,无罪推定经常被法庭援引,以谴责警察权力的滥用、提醒检方的证明责任。1988年法国司法部才重新确认无罪推定的内涵,将其确认为一项证明规则以及作为免受刑罚的保障。1993年一项对社会主义党前财政官员腐败案件的指控,推动了社会主义党的立法改革,这项立法没有规定警察需告知被告享有沉默权,但建立了不带手铐及禁止转移被告人的权利。随后在法国民法典中规定将无罪推定提升为一项基本的人格权。在刑事拘留中不合适地对待嫌犯受到欧洲人权法院谴责,包括长期审前羁押及公众将嫌犯描述成犯罪人后,1997年法院系统开展了一系列司法改革,包括在刑事拘留开始阶段即允许被告律师介入、嫌犯审前羁押的法官指令的排除、警察告知嫌犯沉默权的义务,这些改革于2000年得到落实。2000年《法国刑事诉讼法》明文规定了无罪推定。^[28]

3. 被告诉讼地位渐趋不利的原因

与英格兰历史上产生被告陈述式审判模式,将被告置于不利的地位一样,欧洲大陆自14世纪以来刑事诉讼上的这种不利于被告的变化,也可以从那场蔓延整个欧洲的黑死病找到缘由。从1340年代到1700年代的这场灾难性的瘟疫改变了欧洲大陆的社会结构和诉讼模式。中世纪的欧洲大陆存在三种刑事诉讼模式,弹劾式、告发式和纠问制,弹劾式中原被告均存在,告发式中有原告,仅纠问制中,因无人充当原告,法官对犯罪事实进行调查、取证、审判,这三种诉讼模式均有交叉,并没有学者区分得那么清楚。与此相对应的便是欧洲起诉制度中的重要部分——公共恶名(即有关犯罪的公众传言,其存在的前提是稳定的人口),对上述三种程序模式均适用,并且在整个起诉制度中有着重要的作用。教会法中无公共恶名,则程序无效;世俗法中公共恶名为法官开启诉讼程序之门。在欧洲大陆公共检察官制度建立并普及之前,公共恶名是欧洲普通法。与英国不同的是,欧洲大陆国家有着充分的资源发展公共执法机构,在公共恶名制度基础上,由负责地方治安的专门官员收集关于犯罪的告发、告密及公共恶名,后来演变成专门负责调查犯罪的官员,这些官员调查完毕后必须作出一个官方的正式报告,才能启动诉讼程序,这就是中世纪世俗法院形成的、由法官自己选任、协助控制犯罪的专门机构。当然在教会法院,任何一个法官都能对犯罪行为进行调查。^[29]

[26] 参见 Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 118 - 120, 134 - 136。

[27] 参见 Gina Conheady, *Corpus Juris, The Presumption of Innocence and the Eurosceptic*, *Trinity College Law Review*, vol. 7, 2004, p. 173。

[28] 参见 Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 137 - 139。

[29] 参见倡化强:《西欧中世纪纠问制诉讼中的原告》,《法学家》2010年第2期。

这一变化反映出欧洲大陆刑事诉讼程序的本质, 查究事实真相的职责在法院, 整个中世纪欧洲大陆的刑事调查都是一项公共职能, 这种程序避免了英格兰诉讼程序中的重要缺陷——刑事调查私人化。但欧洲大陆这套由法庭操控的调查和裁断制度也存在致命的弊端——刑讯。

早在 13 世纪, 欧洲大陆即已确立法定证据规定: 要判定一项死罪, 必须有两名目击证人, 除非被告自愿招供; 如果只有间接证据, 则不能定罪。在上述的公共恶名制度下, 这一弊端还不太明显, 但是从 14 世纪到 18 世纪不断爆发的黑死病, 使得人口迁徙频繁, 人与人之间逐渐变得陌生起来, 公共恶名制度也渐渐在史料中隐去, 这使得负责调查犯罪的法庭, 为了满足法定证据制度, 渐渐转向了司法刑讯。恰恰是因为英格兰刑事调查的私人化, 使得英格兰没有产生刑讯制度。^[30] 而在欧洲大陆国家, 正是因为控方负举证责任, 才会产生强加给被告的要求其配合法庭以发现事实真相的压力。^[31] 所以在欧洲大陆国家学者的论述中, 对无罪推定原则中证明规则的关注, 远没有对审前羁押中被告人处遇的关注强烈。

这里值得注意的是, 需要对“纠问式诉讼”进行重新认识, 贝卡里亚笔下的: “为了证明某人无罪, 就要先宣布他是罪犯, 这被称为实行侵犯式诉讼(现代刑诉理论称之为纠问式诉讼)”,^[32] 并不是纠问式诉讼的全貌, 由统一领取薪金的职业调查官员来调查犯罪, 很大程度上可以避免诬告、伪证等对被告人额外的伤害。其实, 现在的欧洲大陆国家仍然继续使用着这一套诉讼模式。而在英格兰, 法律服务的分配是由金钱决定的, 由于重罪案件被告人多为穷人, 因此重罪案件中律师代理的频度很低。这便是对抗制审判模式的缺陷: 财富效应和歪曲事实。^[33]

总体上看, 正是在各自不同的社会背景下, 历史上的英美国家与欧洲大陆国家在无罪推定问题上表现出不同的态度。欧洲大陆国家无罪推定关注刑事被告人的法律地位和法院判决的确定性; 而英美法国家关注的是刑事诉讼的证明问题。^[34] 在法国法学院, 学生学到的无罪推定有两个作用: 证明规则和审判前不受处罚的保障; 而在英美国家法学院, 无罪推定仅仅是证明规则,^[35] 其解决的是举证责任的分担问题, 被告对自己的指控不负证明责任。但是这种差异在进入 21 世纪以后渐趋缩小。

二 近代西方学者语境下的无罪推定: 审前羁押问题

近现代西方社会推崇的是自由社会, 其基本的原则是财产权至上和基于个人意志的

[30] 参见[美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》, 王志强译, 复旦大学出版社 2010 年版, 第 316-317 页。

[31] 参见 Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 135.

[32] [意]切萨雷·贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》, 黄风译, 中国方正出版社 2003 年版, 第 42 页。

[33] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》, 王志强译, 复旦大学出版社 2010 年版, 第 300-305 页。

[34] 参见蔺剑:《从国外立法看我国的无罪推定制度》, 《中央检察官管理学院学报》1998 年第 4 期。

[35] 参见 Francois Quintard-Morenas, *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 108.

契约自由。^[36] 在这种自由社会中,无罪推定是一个道德和政治的基本原则,它建立在这样一个广泛获得共识的理念之上,即一个自由社会应该如何运用惩罚的权力。^[37] 近现代西方社会所采取的各种刑事司法措施都要面对无罪推定的考验。在当代西方学者的争论中,有广义无罪推定与狭义无罪推定之分,尽管广义的无罪推定成为学术界的主流观点,但其与审前羁押之间的悖论始终是个难题。

美国学者一直以来都贯彻严格的刑事证明标准,对于组成所指控犯罪的任何一个必须的证据,都要排除合理怀疑。但是有学者提出,刑事法律的道德力量不应被证明标准所冲淡,对无辜者有可能受到处罚的疑问和担忧提醒人们,仅有严格的证明标准,不能完全解决刑事司法体制的信任问题,无罪推定在庭外的应用是必要的。^[38] 于是,英美学者在无罪推定问题上,关注点开始由庭审过程转向庭外无罪推定的应用,这代表了近几十年美国法学家和律师的观点。1987年美国最高法院在 Salerno 案中支持审前羁押,被一些法学家认为是自塞耶以来数十年重新思考和限缩无罪推定的必然结果,而自 20 世纪 70 年代以来,学者和律师们则对这种限缩的合理性和必要性提出了挑战。^[39] 并引起无罪推定范围和意义的争论。

(一) 无罪推定广狭义争论的焦点:审前羁押的性质

通常的人权文件都会涉及无罪推定原则,对于这一本应最少争议的权利,其范围和意义却存在着极大的争议。有学者提出从广狭两层意义上理解无罪推定,狭义的不罪推定限于刑事审判阶段,由检控方负证明责任,证明被告有罪需排除合理怀疑;广义的不罪推定贯穿整个刑事诉讼过程,即在审前程序中被告应被视为无罪的人,以限制审前对犯罪嫌疑人适用强制性措施。这也是欧洲人权法案所采取的不罪推定的定义,该法案规定,强制性羁押只有在被羁押人被合理地怀疑已实施一项犯罪行为时才是合法的,且被羁押人必须尽快带到法官面前接受审判。^[40] 狭义的不罪推定同帕克(Packer)的刑事司法的犯罪控制模式相一致;而广义的不罪推定同帕克的刑事司法正当程序模式相一致。^[41]

随着 1970 年以来以暂行性羁押代替预防性羁押这种术语上的转变,^[42] 广义和狭义无罪推定又被赋予了新的含义。在广义无罪推定中,要求对犯罪嫌疑人的审前自由给予最少的限制,仅仅做到保证其出庭即可;而狭义的不罪推定则要求,对被告人审前自由的限制,不仅仅是为了确保其出庭,还有预防性。这就在事实上承认了审前羁押,只不过是

[36] 参见伯尔曼著:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 57 页。

[37] 参见 Andrew Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, *The International Journal of Evidence & Proof* 10, 2006, pp. 242 - 249.

[38] 参见 Marsha L. W. Reingen, The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System, *South Carolina Law Review*, vol. 31, 1979 - 1980, p. 364.

[39] 参见 Joseph N. Sorrentino, Demystifying the Presumption of Innocence, *Glendale Law Review*, vol. 15, 1996, pp. 24 - 25.

[40] 参见 Andrew Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 242 - 249.

[41] 参见 Daniel Kiselbach, Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, *Criminal Law Quarterly*, vol. 31, 1988 - 1989, pp. 174 - 175.

[42] 参见 Francois Quintard-Morenas, The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 136.

术语上有了变化,广义的无罪推定允许的是暂时性羁押,而狭义无罪推定允许的是预防性羁押。^[43]

广义无罪推定要求在整个刑事程序中将被告人作为无罪的人对待,那么审前羁押问题就显现出来,因为审前羁押具备惩罚性质,其限制了人身自由,并且对被羁押人的财产实施了强制处分。所以承认广义无罪推定就必然否定审前羁押。

首先,将对被告人的指控本身作为保释听证会上的一个证据,来决定是否对被告进行保释,是对无罪推定权利的直接违背,实际上是有罪推定。

其次,基于公共利益的审前羁押会导致这样的危险,即政府基于公共利益的考虑对未被指控但被认为危险的人实施审前羁押,那么社会成员都有可能遭受政府强制力的迫害。^[44]

再次,政府不应以打击犯罪为由,剥夺任何人的无罪推定权利,因为这将导致民众因被宣称或怀疑的罪人入狱,财产因未被证实的犯罪而被没收。^[45]

最后,基于社会契约理论、自由社会、民主社会理念,国家在调查、检控、审判、判决等权力的运行中,要尊重每个个体的尊严和自治。^[46] 一个人对自由的要求不应受到社会利益的压制,嫌疑人作为一个无辜的人天然地具有自由和免受惩罚的权利,这一权利不应被国家利益所束缚或妨碍。只有通过保护无辜人的个人权利,才能更好地保护社会利益。^[47]

也有学者坚持狭义无罪推定理论,认为无罪推定仅仅表明被告未被证据证实有罪前,应是受保护的,无罪推定的分析核心是证据;而广义无罪推定使得推定呈现出向假定发展的趋势。^[48] 正是对无罪推定中“证据证明”的忽视,使很多学者认为无罪推定不是一个真正的证据性推定,它不是从既有证据中进行的推定,没有事实基础,合理怀疑标准的应用也使得无罪推定成为多余。^[49]

无罪推定的确切含义应当包括:

一是将无罪推定与法律上有罪的概念区别来,无罪推定仅表明举证责任由控方承担,裁判者要忽视所有审前有罪的提示,仅依在法庭上提出的证据认定犯罪,无罪推定规则仅仅是关于相关和相似事实证据的规则;无罪推定是规范举证责任的规则,而就法律规范来说则要求明确其为法律上无罪的人。

[43] 参见 Glair Hamilton Presumed Guilty? The Summer Anti-Crime Package of 1996 and the Presumption of Innocence, *Irish Student Law Review*, vol. 10, 2002, pp. 202 - 221.

[44] 参见 Daniel Kiselbach, Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, *Criminal Law Quarterly*, vol. 31, 1988 - 1989, pp. 168 - 169.

[45] 参见 Glair Hamilton Presumed Guilty? The Summer Anti-Crime Package of 1996 and the Presumption of Innocence, *Irish Student Law Review*, vol. 10, 2002, pp. 202 - 221.

[46] 参见 Arendw Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 242 - 249.

[47] 参见 Daniel Kiselbach, Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, *Criminal Law Quarterly*, vol. 31, 1988 - 1989, pp. 168 - 169.

[48] 参见 William F. Fox, Jr. The "Presumption of Innocence" as Constitutional Doctrine, *Catholic University Law Review*, vol. 28, 1978 - 1979, p. 262.

[49] 参见 Joseph N. Sorrentino, Demystifying the Presumption of Innocence, *Glendale Law Review* 1996, vol. 15, pp. 23 - 25.

二是无罪推定不能适用于保释程序,因为这些程序中不涉及定罪问题,因此审前调查也不是无罪推定适用的前提,在审前调查阶段不需要排除合理怀疑地证明犯罪。

三是无罪推定要与相关“权利群”区分开来,即同公平审判权、反对自证其罪权、不被强迫作证权、沉默权区分开来,这些权利并非无罪推定的要素,仅是为了加强和保全无罪推定。将无罪推定与这些权利合并的危险在于当无罪推定不适用或无罪推定所强加的负担被免除时,这些权利便不能再适用。要将无罪推定作为一种规范性价值看待,但这种规范性价值会因遭遇到忽视而逐渐削弱,所以,要区分作为证明责任规则无罪推定和定罪前应当如何看待被告人的政策导向。^[50]

(二) 无罪推定下审前羁押的实践

进入近代以来,教会逐渐在政治领域隐去,如何使得基于社会契约建立起来的摆脱了宗教意味的司法机关获得惩罚权成为重要议题。从宪法意义上来说,无罪推定是在解释公民的一般身份问题,其理论基础是自然权利思想与社会契约论。自然权利思想赋予人人人生而平等的公民权利,公民为保护自己而让渡一部分权利组成民族国家,形成社会契约。这就必须有一个前提假设,所有人均平等地享有公民权利,“所有人都是清白的”,只有这一前提才能保障社会契约的缔结,才能够满足缔结契约的基本条件:“签约者平等”、禁止对每一个公民做危险身份的推论。契约理论也解释了司法基础的合法性,警察、检察官、法官及其他公务人员与别的公民一样清白,他们执法的基础在于受社会契约设立的公共机构的委托,这便解释了国家刑罚权的基础问题。^[51] 同时,人人平等清白的假设也成为无罪推定的理据,然而,这些理论上的设想是可以推翻的,实际上,西方国家刑事司法实践也正在对这些理论假设提出挑战,无罪推定观念下的审前羁押正成为其司法实践中的普遍问题。

1. 英国刑事措施的严厉化

随着犯罪率的激增,英国在2000年以后,兴起了风险社会理论,即将公共利益考虑置于个人权利考虑之前。据此,英国政府采取了两项措施:一是通过提高刑罚上限,增设新罪名,严格刑事程序及新的执行措施等方式增加刑罚的严厉性;二是关注风险,对那些被认为可能对社会秩序和安全造成特别威胁的人实施严厉的预防性措施,如接受一个广义的关于反社会行为的定义,扩张预防性命令的含义,采取新的危险性条款,新的强制性最短刑期,着重打击惯犯。这些措施的中心思想便是犯罪控制和预防、风险和安全控制。^[52]

2. 加拿大预防性羁押措施的滥用

预防性羁押与保释程序是联系在一起的,保释的起源与早期日耳曼民族确保侵权人对伤害进行赔偿的保障相关,当侵权人对被害人或被害人家族拒付和平金时,由该担保金

[50] 参见 P. J. Schwikkard, *The Presumption of Innocence: What Is It?* *South African Journal Criminal Justice*, vol. 11, 1998, pp. 397 - 407.

[51] 参见张成敏:《20世纪50年代的无罪推定学术观点——关于杨兆龙无罪推定思想的研究》,《政法论丛》2010年第1期。

[52] 参见 Andrew Ashworth, *Four Threats to the Presumption of Innocence*, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 242 - 249.

来赔偿,后来随着刑事司法的发展,这种为确保赔偿而履行的义务,便演变成了一项权利。但是历史上是否准予保释一直存在着任意性。官方对保释的自由裁量权经常被滥用而保释的任意性特征在加拿大也普遍存在,根据 1960 年的一项调查,加拿大很多被告人遭受到不必要的审前羁押,虽然 20 世纪 60 年代加拿大修正建议改革委员会提出过改革建议,以减少保释批准的司法任意性,并于 1971 年规定在刑法典中,但法律仍然允许对一大部分被告人实施审前羁押。据 1982 年的一项调查,在多伦多市,一个月内约有 1100 多名被告人被羁押,其中 500 人被羁押超过 6 天。判例法也表明了预防性羁押的普遍存在。^[53]

3. 澳大利亚举证责任倒置的运用日益增长

举证责任倒置即将证明责任置于被告方而非检控方。澳大利亚举证责任倒置问题最初在民事没收程序中提出,后来,在刑事程序法中,越来越多的条款要求人们积极去证明一些事实以免责。这些条款规定于 2002 年《澳大利亚刑事程序法案》(第 2 - 6 部分)及其他同等效力的国家法律中。举证责任倒置条款实际上采用了推定中的强制性推定,即“以事实本身说明过失原则”的侵权法原则,在刑事案件中,如果控方发现事实 A,陪审团则必须推定事实 B 或被告有罪,被告有证明非 B 的责任,如果不能,则被告有罪。^[54]人们错误地以为被告人更易获得相关证据,这一推定与沉默权相背离。对于举证责任倒置条款合宪性问题,澳大利亚法庭采取不干涉主义,澳最高法院在一起案件的裁决中表明:一项法令中包含举证责任倒置条款并不违背宪法。^[55]

4. 爱尔兰打击犯罪的一揽子法令

爱尔兰 1996 年夏季发生两起大的谋杀案,尤其是著名记者 Guerin 女士被谋杀,激起了人们对政府治理犯罪措施的不满,也引发了政府一系列立法措施,这就是打击犯罪一揽子法令,包括《税收和特定信息公开法案》、《法庭法案》、《刑事司法规定》、《犯罪资产局法案》、《刑事程序法案》、《刑事司法贩毒法案》及《1997 年的保释法案》。这些法案引起了重要的程序性变化,例如,特别任命三名最高院法官,推进爱尔兰警察和税务署的跨部门合作;1997 年保释法案引入了预防性羁押,修改了保释的基本原则;剥夺了涉及毒品犯罪的被告人的沉默权;引入非常规的民事诉讼程序以利于没收犯罪收益。这些都对无罪推定产生了潜在的威胁。因预防性司法得到广泛接受,爱尔兰在宪法中设立第 40. 4. 7 章,确认了法律所规定的,法庭对被控重罪的人可拒绝保释,以防止被告再犯重罪,这是合理和必要的。^[56]

5. 美国最高法院排除无罪推定的庭外适用

在美国,对于无罪推定仅仅是证明责任和排除合理怀疑标准,还是可以适用于庭审外

[53] 参见 Daniel Kiselbach, Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, *Criminal Law Quarterly*, vol. 31 1988 - 1989, pp. 168 - 169.

[54] 参见 Vernon Thomas, Scott Crawford, Legal Presumptions: Their Use and Misuse in Criminal Law, *Southern University Law Review*, vol. 3 1976 - 1977, p. 190.

[55] 参见 Anthony Gray, Constitutionally Protecting the Presumption of Innocence, *The University of Tasmania Law Review*, vol. 31, No. 1, 2012, pp. 132 - 154.

[56] 参见 Glaire Hamilton Presumed Guilty? The Summer Anti-Crime Package of 1996 and the Presumption of Innocence, *Irish Student Law Review*, vol. 10, 2002, pp. 202 - 221.

阶段仍存在较大争论。20世纪七八十年代美国最高法院分别在三起案件中表明了态度：一是关于审判过程中，陪审团要求法官对于无罪推定的应用予以指导的问题，对此，美国最高法坚持，宪法没有要求法官必须予以指导；二是审判中强迫被告穿囚服的问题，对此美国最高法认为，被告穿囚服是宪法所不允许的，但如果被告不介意，则标准由法庭来确定；三是无罪推定在审判外程序中的应用。美国最高法院坚持，无罪推定原则对于审前程序不适用。对此，美国学者认为，在法庭内，无罪推定能够为被告提供的保护非常有限。^[57]

6. 欧洲大陆审前羁押人数的激增

21世纪初，欧洲大陆国家对涉嫌恐怖犯罪行为人的羁押是没有限制的，即使在非恐怖活动犯罪中，审前羁押也很常见。一位法官甚至认为任何人都可能受到羁押。在德国的审前羁押决定中，经常看到关于审前羁押合理性的种种解释。根据荷兰的一项调查，审前羁押的使用自1995年以来双倍增长。欧洲理事会2008年度审前羁押记录数据显示，审前羁押人数在整个监禁人数中占重要部分，这意味着未决犯的比例在上升。并且审前羁押的方式越来越多地以简单、可能的预防性和风险控制性方式使用。^[58] 欧洲审前羁押人数的激增还与打击跨国犯罪有关，欧共体的建立，为跨国犯罪提供了机会，也为共同打击跨国犯罪合作提供了条件，比如，2002年，为推进成员国在跨国犯罪调查方面的合作，建立了欧洲检察官组织。这些合作表明了形成统一的欧洲刑事司法系统的趋势。^[59]

(三) 无罪推定与审前羁押的调和

面对司法实践，多数学者意图调和无罪推定与审前羁押的矛盾，提出无罪推定与常规的非惩罚性措施的审前羁押并不矛盾，无罪推定使被告人免受审前刑罚，但被告人的自由应服从于公共安全的考虑，审前羁押仅适用于被逮捕的重罪被告。^[60]

1. 审前羁押须服务于正当程序

对于过渡使用审前羁押的问题，已有学者将无罪推定作为对审前羁押等强制措施的制约力量。在防止被告人潜逃、串通、重复调查、公共安全等威胁的基础上，审前羁押具备了合理性，这也使得在程序目标以及遏制犯罪的要求下，审前羁押同无罪推定的紧张关系正当化，审前羁押只服务于程序本身。^[61] 在正当程序目标下，无罪推定正是制约审前羁押的因素，在允许羁押的前提下，无罪推定原则的介入，要求检控方在对犯罪嫌疑人决定

[57] 参见 Marsha L. W. Reingen, The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System, *South Carolina Law Review*, vol. 31, 1979 - 1980, pp. 357 - 358.

[58] 参见 Lonke Stevens, Pre-trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit Its Increasing Use, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 17, 2009, pp. 165 - 167.

[59] 参见 Gina Conheady, Corpus Juris, The Presumption of Innocence and the Eurosceptic, *Trinity College Law Review*, vol. 7, 2004, pp. 163 - 165.

[60] 参见 Daniel Kiselbach, Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence, *Criminal Law Quarterly*, vol. 31, 1988 - 1989, pp. 168 - 169.

[61] 参见 Lonke Stevens, Pre-trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit Its Increasing Use, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17(2009), p. 169.

实施羁押时,对犯罪的所有要素包括犯罪意图都负证明责任,如其无法证明,则无罪推定发挥作用。^[62]

2. 审前羁押是无罪推定的法定例外

《欧洲人权法案》承认审前羁押是一个法定的例外,欧洲法院则进一步发展了这个例外。在审前羁押的合理期限上,欧洲法院设定了从 18 个月至 5 年的审前羁押期,这是对欧洲人权法案的明显违背,实际上,欧洲法院设定的长期的羁押效果并不理想。^[63]

3. 审前羁押权力的制约与无罪推定

在法国纠问式诉讼模式下,公共检察官层级隶属关系有效地制约了审前羁押的适用,即调查警官隶属于公共检察官办公室,而后者又隶属于总检察长,总检察长又隶属于司法部;另外调查法官和审判法官分开,调查法官仅决定起诉与否,他在审判阶段不会出现,防止了审前羁押对审判的影响。2000 年法国立法设立了负责释放和监禁的专职法官机制,原来由调查法官决定的强制措施,现在则要求他在作出决定之前,需要向负责释放和拘留的法官申请。这样的上下级隶属及分权确保对审前羁押的监督,从而保障被告人无罪推定的权利。^[64]

4. 无罪推定与审前羁押对立的解决

“遇有疑义时应有利于被告”的无罪推定观点来自于菲利,即将无罪推定与疑罪从无等同看待。菲利指出“存疑有利于被告”,“任何主张在未被证实之前推定其不成立”,这是基于事实得出的结论,属于证明规则,并非价值判断,^[65]奠定了将疑罪从无作为证据规则的格局。后来的德国学者罗科信教授仍然将疑罪从无作为证据规则,但认为《欧洲人权条约》第 6 条第 2 项(即“直到罪责被法定证据证实前,被告将被推定无罪”)涵盖了该原则。^[66]认为疑罪从无原则是无罪推定原则的核心内涵。而现在的德国学者普遍认为,疑罪从无是处理事实问题的裁断规则,并不一定导致无罪的结果;无罪推定只是假设性的审判前提,其与刑事诉讼法上的强制处分制度的对立,属于“原则之间的冲突”,而非“规则间的冲突”。无罪推定与审前羁押等强制处分的适用要在社会公共利益与个人利益之间权衡。

(四) 无罪推定下关注点的趋同:职业化的刑事调查

爱尔兰 1984 年和 1994 年的两个刑事司法法案(*Criminal Justice Act 1984* 和 *Criminal Justice Drug Trafficking Act*)引入了审前羁押措施,但是即使在严重犯罪中,羁押也仅 7 天;而在法国,长期羁押一直是个难题,羁押期限长达 2 至 4 年。虽然法国采取措施贯彻无罪

[62] 参见 Victor Tadros and Stephen Tierney, *The Presumption of Innocence and the Human Rights Act*, *The Modern Law Review*, vol. 67, 2004, p. 432。

[63] 参见 Lonke Stevens, *Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17(2009), p. 173。

[64] 参见 Gina Conheady, *Corpus Juris, The Presumption of Innocence and The Eurosceptic*, *Trinity College Law Review*, vol. 7, 2004, pp. 175 - 177。

[65] 参见[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 2004 年版,第 222 - 223 页。

[66] 参见[德]克劳斯·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 125 页。

推定原则,但审前羁押的适用仍很随意,在2002年47512个受刑事调查的人中,就有17586人受到暂时羁押。^[67]这组数据显示,隶属于英美法系的爱尔兰,审前羁押之所以没有成为严重的社会问题,在于其羁押时间短,而且有保释制度的配合。在剥夺自由和维护稳定的抉择中,英美国家的人们宁愿优先选择自由。但是21世纪以来的十余年,美国审前羁押保释人数由62%下降到40%。^[68]英美法系和大陆法系国家对审前羁押的依赖正在趋同,这一措施正发展成为一个应对犯罪增长的普遍策略。

英美法系的对抗式审判模式中,刑事调查私人化问题,在19世纪英格兰公共执法让位于领取薪金警察部门并由其主导的起诉制度后,已经开始改观(当然英美法系私人律师调查收集证据仍然在诉讼中占有重要地位)。随后的20世纪,无论英美法系还是大陆法系,遵行的都是职业的公职人员控诉制度,而这一转变的出现,使得整个西方国家又回到了当初欧洲大陆国家所面对的困境,即审前羁押是否为刑罚的问题。

余论:中国古代的罪疑惟轻

西方学者不断强调的是,如果不能证明被告有罪,则不能对其处罚,每个人均应当免受无端强加的刑事制裁。也即根据无罪推定原则,疑罪当从无,如此看来,中国古代社会存在的罪疑惟轻似乎很是另类。

根据学者考证,我国古代《尚书·大禹谟》中的“罪疑惟轻”不过是作伪者伪造的,其实际的出处是《汉书》及晋代例文中的“罪疑从轻”。作伪者将疑罪唯轻加入《尚书》,恰表明了作伪者所处的时代,疑罪从轻成为一种普遍的实践。^[69]秦汉以后,可以看到其在律典中的明文规定,《唐律疏议》卷30断狱篇第502条对何为疑罪及疑罪从赎进行了规定:“诸疑罪,各依所犯,以赎论。疑,谓虚实之证等,[六]是非之理均;或事涉疑似,傍无证见;或傍有闻证,事非疑似之类。即疑狱,法官执见不同者,得为异议,议不得过三。”

这里的疑罪是指既不能证明犯罪成立,也不能证明其不成立,即“虚实之证”,并不是西方学者在论述唐律疏议疑罪从赎时所说的没有证据也会定罪,但可以金钱或地位赎免。^[70]但疑罪惟轻与西方无罪推定语义下的疑罪从无的确大相径庭,笔者以为,这其中的一个重要原因大概与中国古代尊长教令权在国家刑罚权行使中的重要地位有关。在中国,中央政权一直垄断着暴力的使用权,从治国理念到日常生活无处不见“家天下”、“家本位”的道德教化,一切人际关系的准则都是人伦。以人伦为基础的儒家思想塑造了汉代以后的帝国政权基础,也奠定了中国传统法律的人伦性格,这也就是现代学者所称的伦

[67] 参见 Gina Conheady, *Corpus Juris, The Presumption of Innocence and the Eurosceptic*, *Trinity College Law Review*, vol. 7, 2004, p. 180.

[68] 参见 Shima Baradaran, *Restoring the Presumption of Innocence*, *Ohio State Law Journal*, vol. 72:4, 2011, p. 725.

[69] 参见蒋铁初:《中国古代的罪疑惟轻》,《法学研究》2010年第2期。

[70] 参见 Timothy A. Gelatt, *The People's Republic of China and the Presumption of Innocence*, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 73, 1982, p. 263.

理法,那么,慈父对子孙的教化权,即尊长教令权也就自然地成为国家惩罚权的根据,这就使得即便在“疑罪”的情况下施以轻罚,也体现出“圣人之德”,从而将疑罪从前的“慎刑”思想和治国从厚的善政巧妙地统一到“疑罪惟轻”中来。

[**Abstract**] The origins of the principle of presumption of innocence can be found in the discussions by scholars of both the common law system and civil law systems. These historical sources reflect the different focuses of attention paid by the two different legal systems. Civil law countries explain the principle from perspective of the treatment of the defendant in pre-trial procedures whereas common law countries explain the principle from the perspective of such problems as the defendant's burden of proof in the "Accused Speaks" trial mode, false accusation and perjury. After entering into the modern times, both legal systems turned their attention to the relationship between pre-trial detention and presumption of innocence. The question of whether pre-trial detention constitutes criminal punishment has been very controversial. The issue behind this question is whether the state has the power to punish a person who has not been proved to be guilty of a crime, which also constitutes the basic issue of presumption of innocence.

(责任编辑:王雪梅)