

# 刑事陪审团制度价值的再思考

张志伟

(华南师范大学 法律系,广东 广州 510631)

**摘要:**由于陪审团分割了法官的审判权,陪审团代表的民主主义正义观与法官代表的法治主义正义观有时就存在着冲突,二者的冲突通过合理配置陪审团的权力解决。刑事陪审团在个案中的无罪裁决具有终局效力,有否决法律适用的功能,使法治主义在个案中让位于民主主义,防止法律在个案中变成危害公民自由的恶法。但陪审团作出的有罪裁决不具有终局效力,需要经过法治主义的检测,这样可以防止危害公民自由的民主暴政发生。从陪审团的权力配置可以看出,陪审团制度虽是一项民主制度,但却以保护公民自由为优先价值目的,而并非司法民主。

**关键词:**刑事陪审团制度;优先价值;公民自由;民主主义;法治主义

**中图分类号:**DF718.2      **文献标志码:**A      **文章编号:**1008-5831(2015)02-0110-06

陪审团制度往往被人们看成是民主、自由与公正的代名词。陪审团制度是司法中的民主制度,这种观念已为人们普遍接受,我们在研究和讨论陪审团制度时,也很容易将司法民主作为现代陪审团制度要实现的首先价值<sup>①</sup>。第二种主流观念认为陪审团制度是一种保障公民自由的机制,它被当作“人民自由之守护神”<sup>[1]</sup>。也有不少人将陪审团制度看作是实现司法公正的重要保障,有助于法官正确认定案件事实和正确适用法律<sup>[2]</sup>。但这种陪审团制度有助于实体正义的观点已经遭到了一些学者的有力质疑。易延友博士认为陪审团制度本身并不是一个发现真实的程序,更多地体现了程序正义的观念,陪审团制度在法国移植的失败证明了这一点,法国人当时更重视发现真实而非程序正义<sup>[3]</sup>。何家宏教授认为,不熟悉司法裁判的陪审员能够比专业法官更加准确地认定案件事实的观点是难以成立的<sup>[4]</sup>。陪审团的庭选、秘密评议、隔离等制度无疑体现了程序正义的要求和价值,但程序正义仅能说明陪审团审判过程的正当性,无法说明陪审团作出的裁决主要体现了什么价值。

目前国内的最新研究尚不能突破传统的主流认识。陪审团制度不但是中国法学的研究热点,也是世界法学一直争论的老问题,对陪审团制度的研究枝蔓甚多,资料庞杂,在这种情况下,我鞭短汲深,很难说本文的研究有什么创新。如果说是再思考,就是试图努力做到细化地论述,希望推动更多人对陪审团制度的进一步思考。笔者仍然同意对陪审团制度价值的主流认识,也就是民主、自由与程序公正。但笔者要论证解决的问题是:从审判结果看,陪审团制度主要体现的是民主抑或自由?笔者目力所及,对于这个问题至少国内尚无学者做过专题论证,在大量关于陪审团制度的文献中,大多沿着陪审等于民主又等于自由这样的逻辑进行论证。这样的论证逻辑显然有问题,政治学的常识告诉我们,民主与自由是两回事。民主与自由,那个是刑事陪审团制度的优先价值,陪审团在司法裁决时遵循什么样的优先价值指引,是需要深入研究的一

修回日期:2014-07-08

基金项目:中国博士后科学基金资助项目(2012M521669);2011年度广东省高校优秀青年创新人才培养计划“陪审团现代价值研究”(wym11038)

作者简介:张志伟(1977-),男,汉族,河南杞县人,华南师范大学法律系主任,副教授,博士,西南政法大学博士后,主要从事法理学研究。

①将陪审制度等于司法民主已经成为不少国内研究陪审制度的理论前提,参见罗时贵《陪审制度与民主政治》(《广西社会科学》2003年第5期,第92-94页);叶立周、任广浩《略论美国陪审团审判的民主意义——兼谈我国人民陪审员制度的现实命运》(《社会科学论坛》2004年第4期,第33-38页)。

个重要问题。近年,在中国法学界,移植陪审团制度的呼声一直不断。但移植或借鉴域外制度的前提是对它要有深入的理解。笔者希望本研究不但可以在微观层面上加深我们对陪审团制度的了解,也可以为我们以后借鉴外国陪审制度时提供一些理论参考。

由于美国的陪审团制度依然表现着强劲的生命力,世界上由陪审团审判的案件,不少于百分之八十发生在美国,并且大都是重大、复杂、疑难的刑事案件<sup>[5]</sup>。故本文讨论的是以美国刑事陪审团制度为蓝本的价值问题。

审判权的配置是陪审团审判最为关键的部分,陪审团审判与不实行陪审团审判之间的最大区别是审判权配置的不同。前者审判权被分割,陪审团也享有一定的审判权;而后者的审判权由法官独占。法治社会中,法官在司法中遵循依法裁判或者遵循先例。而陪审团是一个微型民主机构,按照民主的逻辑,遵循的应该是人民当家做主。二者体现了不同的价值取向,民主决定与依法办事之间存在着一定的张力。陪审团审判必然带来民主与法治两种正义观在法庭上的冲突。本文以此为切入点来思考陪审团制度的价值问题。

### 一、陪审审判中两种正义观的冲突:民主主义与法治主义

陪审团在刑事司法审判过程中要决定事实问题,是一个决定被告人有罪与无罪的问题。要决定被告人是否有罪实际上既是一个事实问题也是一个法律问题,比如说在一个杀人案件中,陪审团要决定被告人是否实施了杀人行为,如果认为被告人实施了杀人行为则还要决定他的杀人行为是否属于犯罪行为。陪审团作出的裁决也表达了12个人对被告人的杀人行为是否构成犯罪的看法,也就是一种正义观念的评价。是否有罪,是以法律和事实两个已知的判断为前提得出的结论,即陪审团根据对证据的采信认定案件事实,结合法官给出的法律指示作出裁决,并且这种正义观念有可能与法律相符,也有可能与法律不一致。

法官和陪审团是两个不同的裁判者,法官具有专业化的特点。而陪审团具有情感化的特点,在一个以形式合理性为基准的法治社会中,“在法官面前,除了法律没有别的主宰”、“法律是沉默的长官,长官是会说话的法律”,依法办事、遵循先例、法律至上是法官的第一天职。在美国法律史中,自20世纪20年代以来,很多受现实主义法学、社会法学等影响而追求实质正义(实质合理性)的法官,通常被视为背离法治主义而迎合社会的现实主义者。法律现实主义者属于典型的知识精英并对自己的思考理性过度自信,如霍姆斯、佛朗克等人既是法学家又是著名的法官,他们倾向于信任法官裁判的能动性。但纵观美国的司法历史,绝大多数法官在审判中并不具有主动性和创造性,多数法官倾向于保守地适用法律和遵循先例,他们不愿意突破现有法律的约束,只有在那些新奇的案件中,法律不清楚、不明确的情况下,法官才有余地输入他们的价值观和个人态度<sup>[6]</sup><sup>126</sup>,严格地遵循法律是法官防范职业风险和抵制对其攻击的有效盾牌。以法律现实主义怀疑法官的法治主义,有失偏颇,通常情况下,法官往往代表了一种依法办事意义上的法治主义正义观。

世界各国陪审团制度的共性之一在于陪审团是从普通公民中随机抽取产生的。陪审团从社区选民中随机抽取产生,应该说这种产生方法体现了民主色彩,使任何人都有可能成为陪审员,除非他因为年龄、精神状态不能对事物有辨别和认识能力,或者有犯罪记录等特殊情况,否则社区中不同年龄(成年人)、性别、职业、文化程度、种族的人都有平等地参与审判的权利。民主和平等是紧密地联系在一起,没有平等就没有民主,随机抽取体现了每个成年公民都有平等参与的权利和机会<sup>②</sup>。各国陪审团制度的共性之二在于陪审团与法官分割司法裁判权,陪审团独立地负责对案件事实问题的认定。从陪审团的遴选与权能这两个方面来审视陪审团制度,可以认为它是一项司法民主制度。

陪审团是随机抽取并经过遴选形成的一个微型民主机构,具有民主的性质,往往代表一种平民话语,体现的是一种民主主义的正义观,并且从空间上看,这种正义观念是一种地方性知识,代表的是一种具有地方性的民主主义正义观,即社区正义。社区正义是适用于特定地方和人群的一种正义观;而法治主义正义观体现的是一种普遍正义,普遍适用于所有人、地、时的正义观。

民主法治社会中,法律往往和特定的社会现实以及一般民众的意识行为相吻合,特别是在英美国家,普通法被人们视为“情理的完美表现”,柯克法官曾言:“情理是法的生命,普通法的确不是别的,而是情理。”<sup>[7]</sup>所以,一般情况下,法律与人情并不会发生矛盾,法治正义与民主正义也是一致的。但在英美国家,形式合理性法律伴随着现代资本主义的兴起而不断发展,也存在着国家制定法与地方民间法的一定冲突。

就像再好的夫妻也有矛盾一样,民主与法治之间潜在的冲突不时呈现。法治主义者强调法律的至上性,而民主主义者强调法律必须以民意为基础。仅仅就道理而言,两者都有根据,言之成理,甚至是义正辞

<sup>②</sup>民主遴选的方法一般是轮流执政、随机抽取(抽签)和选举等,具体参见(希腊)亚里斯多德《政治学》(颜一、秦典华译,中国人民大学出版社2003年版,第153-154页)。在庭选阶段,为了陪审的公正性,对陪审员候选人进行预先审核、有理回避、无理回避应该说侵犯了普通公民平等参与审判的权利,如果按照民主理论进行推理的话,这些程序违背了民主遴选的方法,但从整个遴选过程来看,陪审团的组成还是基于随机抽取而产生的,庭选总体上并没有破坏陪审团组成的民主性。

严。难道国人皆曰杀就可以杀?这难道不会变成民主审判,走向令人可怕的“大民主”,因此有可能严重侵犯公民的自由。但是如果法律没有或缺乏足够的民意支持,这样的法律还有合法性吗,人们还会参与和支持法治建设吗?

英国艾塞克斯大学法学院教授葛柏特(James Gobert)在其关于陪审制的专著中指出,司法中要实现法治正义与民主正义、普遍正义与社区正义的协调<sup>[8]</sup>。这是因为:首先,立法者虽然会制定他主观上认为是公正的法律,但在现时生活中却可以见到一些不公正的法律;其次,即便严格执行法律,也可能导致不公正的结果,虽然统一制定的规则和程序可以避免司法人员不公正地执行法律,这却不能防止法律本身的不公。这就出现一个矛盾,即法治正义与民主正义的矛盾或者说社区正义与普遍正义的矛盾。谁也不能为追求社区正义而置法律于不顾。但谁也不能仅仅因为有法律的规定而放弃实现社区正义。由于普遍的规则和公正的程序自身并不必然能保证公正的结果,严格遵守法条可能导致社区民众认为的不公,这就需要裁判者在个案中实现正义。陪审团代表的民主正义观来自社区的价值观,陪审员受社区文化熏陶,对社区的价值观自然比较敏感,能够本能地以社区价值观来裁判被告人是否有罪。但是,这又会造成裁判者对类似情况作出不同的裁判,违背同类案件相同处理的法治正义原则。

如何解决民主主义正义观与法治主义正义观的冲突,显然牵涉到法庭权力的安排问题。因为陪审团体现了民主正义或者说社区正义,而法官则体现了法治正义或者说普遍正义。在一个刑事案件中,陪审团或者说法官谁来行使最终裁判权,就会体现不同的正义观。在两种正义观相冲突的情况下,两者并不能够同时实现,即在保证民主价值时,可能会导致不符合法律的结果;而要追求依法办事的司法结果,民主价值可能会受到损害。陪审团制是分权式陪审制度,如何解决两者在实际运行过程中的冲突,关键在于陪审团的权力如何进行配置。

## 二、刑事陪审团的权力配置

在美国的陪审模式下,陪审团和法官存在着职能分工。陪审团决定事实问题,如根据法庭上出示的全部证据决定被告人是否有罪,判断证言的真伪,确定案件事实情况。应当说,这是普通平民根据其常人的理性所能做而且能够做得好的事情;法官决定法律问题,包括主持庭审并向陪审团解释有关的法律。当事实判断中有疑难或者涉及法律适用问题时,法官在不侵犯陪审员独立判断能力的前提下,可以对其做适当指导。

根据陪审团和法官的职能分工,在陪审团参与的刑事审判中,将司法审判权一分为二:一是事实认定权,二是法律适用权。陪审团行使事实认定权,法官行使法律适用权。二者不是绝对分离的,事实认定过程与有关法律法规和诉讼程序密切相关。陪审团作出事实裁决,需要了解基本的法律程序和证据规则,在法律问题上需要法官的指示,并非随心所欲。刑事案件的陪审团以前被告知可以对法官的指示置之不理,有相当多的证据显示,美国制宪者在18世纪末授予陪审团裁决事实也裁决法律的权力,这样的权力安排,更加体现司法权的民主原则。在美国的司法历史上,刑事陪审团拥有既决定事实又决定法律的权力直至19世纪中叶,然而,当代的陪审团并不具有这样的权力<sup>③</sup>。不过陪审团仍然可以在有利于被告的前提下,对法官指示采取不理睬的态度。因此,有时基于案件事实,被告显然触犯了法律,应判有罪,但陪审团却可以不顾法律判被告无罪。这种权力叫“陪审团否决权(jury nullification)”,它可以使法律在个案中归为无效<sup>[6]417</sup>。刑事陪审团判决被告无罪而置法律于不顾,法官必须服从陪审团的无罪裁决。美国宪法的避免双重危险条款还禁止公诉人在另一个陪审团面前就同一个指控罪名对被告再次进行审判。避免双重危险条款规定:“任何人都不能因同一指控罪名而两次遭受对其生命或身体的危害。”<sup>④</sup>换言之,陪审团的无罪裁决具有终审效力。但是避免双重危险条款并没有授予陪审团决定法律的权力。因此,当代陪审团有决定事实的权力可以抵制具体法律的具体适用,但是无权力决定一个案件中的定罪量刑所依据的法律是什么。

在被告人有罪的情况下,法官可以在陪审团作出有罪裁决的基础上,最终决定被告人是否有罪。法官如果认为证据不足以支持陪审团裁决时,可以否定陪审团的有罪裁决;或者法官认为证据足够清楚,而陪审团却作出了与法律相违背的有罪裁决,这时法官可以否定陪审团的裁决,这叫“否定陪审团裁决的判决”(judgement notwithstanding the verdict)<sup>[6]418</sup>。法官可以推翻陪审团作出的有罪裁决,另组陪审团重审或者直接宣布被告人无罪释放。

<sup>③</sup>在美国司法史上,18世纪末到19世纪中叶,是崇尚陪审团审判的自由放任时期,参见米尔斯基《陪审制度与辩诉交易》(陈碧、王戈译,中国检察出版社2006年版,第13页)。在18世纪末,即使是保守的法学家也广泛坚持这样的观点:无论在刑事案件还是在民事案件中,陪审团不仅对于事实,而且对于必须涉及的法律,都是适当的法官,参见Morton J. Horwitz《The Transformation of American Law 1780-1860》(Harvard University Press, 1977, p. 4)。关于陪审团权限的演变还可以参见Henry Abraham《The Judicial Process》(Oxford University Press, 1980, pp. 107-109)。正是由于当时刑事陪审团的权限非常大,它具有反对政府专制的意义,托克维尔在1835年《论美国的民主》(上卷)中才把陪审团看成是一个政治机构,参见托克维尔《论美国的民主》(上卷)(董果良译,商务印书馆1997年版,第311-319页)。

<sup>④</sup>美国宪法第5修正案。

需要指出的是在普通法(判例法)国家,陪审团的裁决不能成为法律。陪审团的否决权,只能使法律在具体个案中无效。不能使法律归于无效,这一点与美国最高法院对国会立法行使的司法审查权不同。司法审查权的行使导致违宪的法律无效,不只是在个案中不予适用。陪审团如果有创制法律的权力意味着陪审团可以对国家立法机构制定的法律进行审查。这就产生了一个民主方面的棘手问题,因为立法机构是民主方式产生的代议机构,代表全国人民,很显然由陪审团这个微型民主机构来审查不合适。

在美国司法实践中,陪审团的权限制度可以概括为:陪审团的无罪裁决具有终局效力,陪审团作出的裁决不能成为判例;由于陪审团不能决定个案的法律,故其作出的有罪裁决不具有终局效力,陪审团裁决有罪,法官可以依法推翻并判决为无罪<sup>⑤</sup>。这种权限设计就是为了解决两种正义观发生冲突时作出的一种制度性规定,这种制度的设计耐人寻味,其中的价值取向值得思考。

### 三、陪审团制度的优先价值:保护公民自由

如果说陪审团的无罪裁决权具有终极权威,体现了司法中的人民大家做主,那么陪审团不能决定案件中定罪量刑的法律,不具有定罪的终审权,则显然不能体现司法民主。如果将陪审团制度当作一个完整的制度,如何从陪审团权力的设置认识陪审团制度的优先价值呢?

#### (一)陪审团具有否决权,防止法律在个案中变为恶法,但不能创制法律

刑事诉讼中始终存在着控制犯罪与保护自由的价值冲突和矛盾,但现代刑事诉讼法的首要价值就是保护公民自由,宁可放纵犯罪,也不侵犯公民权利,已经成为主流的立法和司法思想。刑法在法学上属于禁止性法律规则,违反刑法规则的主体常常要付出人身权的代价,刑法的重要功能就在于惩罚和预防犯罪,即控制犯罪。法治主义在刑法中的表现为罪刑法定原则,“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不受罚”,这也是出于保护公民自由的考虑;但另一方面也表明,法律在有明文规定的情况下,是要定罪量刑的。法治主义可以简约地解析为“法律的统治”,它尊奉形式合理性的法律统治,法律讲究一般性和确定性,要求放之四海而皆准,法治正义是一种普遍正义。而陪审团作为一个法庭上的微型民主机构代表的是一种社区正义,法治正义与民主正义,普遍正义与社区正义在个别案件中冲突的可能性势难根除。在个别案件中,当直接适用刑法规则会导致判决与社区正义感和价值观相冲突,因而人们难以接受,是司法审判必须面对的难题。对法官来说,社区正义应该追求,但“既定规则必须遵守”也是天经地义的大事,否则便毁了法治的根基。情理与法律的冲突,经常表现为刑事案件中的罪与非罪问题。“安乐死”合法化以前,帮助绝症患者结束痛苦的生命在各国法律上是一项谋杀行为,而对于谋杀行为(故意杀人),各国刑法都是按照杀人罪来规定的,对符合犯罪构成诸要件的行为,法官无法否定指控,也无权拒绝在承认指控后应适用的刑罚。但陪审团可以否定指控,裁决被告人无罪而不给出任何理由,同时否定了刑罚的可能性。当失业的母亲为饥饿的孩子去偷盗食物钱财时,她的偷盗行为在法律上就构成了盗窃罪,但惩罚这类行为同样会引起社区的非议。陪审团否决法律适用的权力可有效地防止国家主义对社区理念的侵犯。当国家法律不被社区所认可的时候,由社区居民组成的陪审团就可以通过将法律上有罪的被告人无罪释放而拒绝法律的适用,保证本社区正义在刑事审判中的贯彻和实现。权威的实证研究《美国的陪审团》一书表明陪审团往往比专业法官更容易对被告人宽大为怀<sup>[9]</sup>。实证研究的数据也表明,陪审团裁决的确显示了较高的无罪释放比例<sup>[3]</sup>。任何一种审判制度都不会尽善尽美,既消灭了所有犯罪,又保障了所有无辜者不被定罪,人类理性的有限导致这样的制度永远不可能出现。一般而言,保护无辜者免受伤害是随着无罪释放比例的升高而升高的,陪审团制度就体现了这一规律。

如何最大限度地保障公民的自由,在自由主义者看来,最主要的手段是实行法治原则,以法律合理限制政府的权力,遵循罪刑法定、无罪推定、一罪不受两次审理等法治原则。但美国人认为,仅遵循法治原则还不足以最大限度保障公民自由。这是因为法治理论中,存在一个恶法的问题。亚理士多德认为:法治应包含两个方面,一是法律获得普遍服从;二是大家服从的法律是良法。现代法治社会,都解决了法律获得普遍服从的问题,但却无法从根本上解决良法的问题。因为何谓良法,其实是一个自然法问题,自然法学中蕴含了人本主义精神,将法律视为追求善的载体,在注入了西方人的文化心理中,成为稳定的法律意识。自然法学坚持恶法非法,人们遵守善良、理性的法律,这是对形式法治主义的一种批判性认识。但自然法学也有着不可回避的局限性。自然法学对法律进行评价的标准都是主观外部标准,如道德、公益等,难以真正提出能够解决实践中所遇到的问题的具体评判标准。陪审团制度可以弥补自然法学的不足,虽然无法为何谓良法提供一个客观中立的标准,但可以为何谓恶法提出一个具体的评判标准,这个标准就是民主,而陪审团制度是司法中的代议民主制。陪审团宣告被告无罪,行使否决权,抵制法律在个案中的适用,是为了避免恶法对公民自由的侵犯,是陪审团代表的民主主义对法治主义的一种批判。陪审团享有无罪裁决的终审权保证了

<sup>⑤</sup>需要说明的是,美国是判例法国家,制度往往是在司法实践中通过判例或惯例的方式形成的,并无成文法的明文规定,陪审团的权限制度也是通过一些判例演变至今。参见 James Gobert, *Justice《Democracy and the Jury》*(Ashgate Publishing Company, 1997, pp. 35-37),还可以参见博西格诺《法律之门》(邓子滨译,华夏出版社2002年版,第515页)。

自由主义在司法实践中的贯彻<sup>⑥</sup>。

法治意味着法律统治的至上性,显然,陪审团的无罪裁决,是在运用陪审团否决权,抵制法律在个案种的具体适用,这与法律统治的要求相悖。现代法治遵循形式主义,实现形式正义而牺牲一些实质正义,是现代法治的应有之意。“严格的形式主义法律以及对它的依赖是现代经济和社会的保障”<sup>[10]</sup>。陪审团在个案中是反形式主义法律的,陪审团的反形式主义有可能损害法律的安定性,陪审团否定法律的权力有可能会被滥用,威胁现代法治的运行。所以有学者认为,陪审团的政治民主理论,已经完全不适宜于我们今天的法治而非人治的社会<sup>[11]</sup>。为了保护自由并维护法律的形式主义,在美国司法实践中形成了这样的规则,陪审团的裁决不能成为判例,不能成为具有普遍效力的判例法,陪审团没有创制法律的权力。这种制度安排,使得在保护公民自由的前提下,民主主义在司法的整体运作中遵循法治主义。

## (二) 陪审团不能决定个案中的法律,不具有定罪的终审权

在宪政国家,保护自由是宪法的核心价值。自由主义关心对权力的限制,以保护公民自由为枢纽。而纯粹的民主主义关心权力的归属,强调人民权力的至上性。基于这一原因,18世纪和19世纪的不少自由主义者都在民主中发现了一股可以瓦解自由的力量。麦迪逊在《联邦党人文集》中指出,“在民主之下,压迫的危险来自社会中的多数”<sup>[12]</sup>。托克维尔也告诫人们要警惕多数人的暴政。对自由主义者而言,民主并非是他们最终目标,而只是一种保障个人自由的手段,同时自由主义者又担心民主暴政的产生。陪审团对被告人大多时候具有较大的宽容性,但作为一个法庭上的微型民主机构,代表了社区公民的多数,本身也不可避免地隐含着多数暴政的倾向,就像一个人永远不可能成为完美的道德圣人,陪审团有时作出的裁决与自由主义的要求也是相背的,陪审团的权力同样要给予制约。当代研究美国陪审团的著名学者亚伯罕森(Jeffrey Abramson)尖锐地指出:“尽管陪审团有利于抵抗国家的暴政,但是我们的自由也有可能遭到陪审团本身所产生的小型暴政的威胁。”<sup>[13]</sup>根据陪审团的权限,陪审团不能决定在个案中的法律是什么,也就不具有定罪的终审权,这也体现了自由主义的价值观念。如果不对陪审团的权限作出这样的制度安排,让其拥有定罪的终审权,那么陪审团作出的裁决也会发生危害自由的事情,这与自由主义价值观同样是背道而驰的。这一点,国内学者往往忽略了,经常从正面论证陪审团的民主价值,说陪审团能够保护自由,防止专制<sup>[14]</sup>。其实这种观点没有注意到陪审团制度对陪审团这一民主机构的制度制约。前文已讲到,法官代表的法治主义的正义观与陪审团代表的民主主义的正义观在司法中有时存在着冲突,法治主义的正义观表现为普遍正义,以国家法或者说实证法为知识载体,在刑事诉讼中就是国家的刑法;陪审团的民主主义正义观表现为社区正义,以地方性知识为载体,比如说风俗、习惯、道德等。这需要我们从国家法与地方法的二元法律观来深入思考陪审团的权限问题。法治主义是以国家实证法为知识载体的,而陪审团的民主主义则以地方法或者说民间法为知识载体,这两种知识之间有时会发生冲突。如果陪审团在审判中有决定法律的权力或者说有创制法律的权力,那就意味着陪审团的裁决可以完全置国家法于不顾,按照地方法来裁判案件,但地方法知识有可能与以保护公民自由为核心的宪政主义的要求不一致。

为了建设一个宪政国家,国家必须推行一些与宪政主义相符的实证法,这些保护公民自由的实证法需要得到实施,而陪审团所承载的地方法知识就会与实证法知识发生冲突。从宪政主义的角度讲,陪审团作出的裁决也可能会损害自由。

在北美历史上曾经发生过这样的事情。北美一些小的地方,流行着一些不良风俗,与现在的自由观念严重不符。但当地人都习以为常。有记者甲报道和批评了亲眼目睹的这些风俗,牵连到践行这些风俗的具体人当地居民乙,乙知道报道后很恼火,到当地法院告甲,告其严重侵犯了他的名誉权利,要求法庭判甲构成诽谤罪。法院组织了陪审团进行裁决,陪审团由当地居民组成,当地居民认为本地的风俗很正常,不应该得到报道和批评,最终裁判甲的行为构成了诽谤罪,而当时的国家法是保护新闻自由的<sup>[15]</sup>。

这个案子说明,陪审团如果在法庭上有决定法律的权力,陪审团作出的裁决就有可能与宪政主义相背离。在一个现代民主法治社会里,国家法一般都是按照宪政主义的要求制定的,保护公民自由的实证法在全国的推广往往需要刑法的保障,刑法作为一种政治性法律,是宪法和其他部门法顺利推行的重要保障和后盾。所以托克维尔说:“要加强政治工作,而政治方面的真实法律惩治必须体现在刑法里面。没有惩治,法律迟早会失去其强制作用。”<sup>[16]</sup>如果陪审团在刑事法庭上有决定法律的权力或者说有创制法律的权力,那么就很可能作出损害自由的裁决,违背刑法所要求的“法无明文规定不为罪”的自由保障原则,阻碍保护自由的实证法知识的实施。再比如美国内战期间,从法律上说,黑人当时已经被解放变成了人,但整个美国南方不少地区的陪审团对没有证据证明犯罪的黑人裁决为有罪,也是明显一例<sup>[17]</sup>。

<sup>⑥</sup>需要指出的是,陪审团制度是一种保障自由的机制,但同时也在一定程度上也是一种放纵犯罪的机制。自由必须付出代价,获取自由不是没有成本。陪审团制度倾向于保护无辜者不受追究,但伴随着有罪者逃脱惩罚。在法国大革命后,法国移植陪审团制度的那段历史实践中,陪审团的无罪裁决权导致定罪率突然下降,更多的有罪被告人被放纵,法国人民对这一结果没有充分的心理准备,是导致法国人民最后抛弃陪审团制度的主要原因。参见易廷友《陪审团移植的成败及其启示——以法国为考察中心载》(《比较法研究》2005年第1期,第87-100页)。

陪审团在刑事诉讼中没有决定刑事法律的权力,是公民自由优先的价值选择,这个时候,在保护公民自由思想的指导下,“法无明文规定不为罪”,法治主义是对陪审团代表的民主主义的一种批判,法治主义和保护公民自由的目的相一致,宁可放纵大家公认的“犯罪”,也要保护公民自由,以防止多数人的暴政倾向。但法治主义与民主主义都要受制于保护公民自由,二者的冲突是在公民自由优先的理念指引下通过陪审团的权限制度解决的,陪审团的权限设置充分体现了保护公民自由的价值目的。

#### 四、结语

陪审团虽是一个民主机构,但陪审团制度并没有将民主作为自己的优先价值,而是在最大限度地保护公民自由。美国人并没有将陪审团天然地当作“自由的保护神”,同样对陪审团有可能带来的民主暴政给予了警惕。通过陪审团权限的制度设计,在法官与陪审团之间合理地分配审判权,以保护公民自由为优先价值目的。当然,陪审团制度在维护公民自由方面并非完美无缺,其功能也有限,比如在一些个案中,陪审团本该违反法律作出符合民意的无罪裁决,却作出了有罪裁决,法官在明确的法律面前也无法给予推翻。但我们应该看到在规则治理和民主张扬的社会中,陪审团制度在最大限度地发挥着保护公民自由的作用,陪审团制度作为一项政治制度和司法制度,彰显着民主的价值,但保护公民自由才是它的优先价值取向。

#### 参考文献:

- [1] SSMITH D G. Functional aspects of the jury: Comparative analysis and proposals for reform[J]. *Alabama Law Review*, 1997, 48:441.
- [2] 熊秋红. 司法公正与公民的参与[J]. *法学研究*, 1999, (4): 49-66.
- [3] 延友. 陪审团移植的成败及其启示——以法国为考察中心[J]. *比较法研究*, 2005, (1): 87-100.
- [4] 何家宏. 刑法修改应为陪审制度改革预留空间[N]. *人民法院报*, 2013-05-06 (3).
- [5] 程汉大, 李培锋. 英国司法制度史[M]. 北京:清华大学出版社, 2007: 307.
- [6] 宋冰. 程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1998.
- [7] 勒内·达维德. 当代主要法律体系[M]. 上海:上海译文出版社, 1984: 365.
- [8] GOBERT J. Justice, democracy and the jury[M]. *Ashgate Publishing Company*, 1997: 27-30.
- [9] KALVEN H, ZEISEL H. The American jury[M]. *Chicago and London: The University of Chicago Press*, 1971:193.
- [10] 韦伯. 经济与社会中的法律[M]. 张乃根,译. 北京:中国大百科全书出版社, 2003:317.
- [11] McBRIDE ROBERT. The jury is Not a political institution [J]. *Judge's Journal*, November, 1972:42.
- [12] 汉密尔顿,杰伊,麦迪逊. 联邦党人文集[M]. 程逢如,译. 北京:商务印书馆, 1995: 46.
- [13] ABRAMSON J. We the jury: The jury system and the ideal of democracy [M]. *New York: Basic Books*, 1994:344.
- [14] 谢安平. 自由视角下的被告人刑事陪审选择权[J]. *中国社会科学院研究生院学报*, 2011 (4): 65-69.
- [15] BROWN R. BLAKE. The jury, politics, and the state in british north America; Reforms to jury systems in nova scotia and upper Canada, 1825-1867 (Ontario) [J]. *Dissertation Abstracts International*, 1966 (10): 3770.
- [16] 托克维尔. 论美国的民主(上)[M]. 董良果,译. 北京:商务印书馆,1997: 314.
- [17] JEAN K N. The American criminal jury [J]. *Law and Cotemporary Problems*, Spring, 1999, 42.

## The Continued Thought on Value of the Criminal Jury System

ZHANG Zhiwei

(Department of Law, South China Normal University, Guangzhou 510631, P. R. China)

**Abstract:** In the criminal court, the democracy idea of justice which is represented by Jury and the legalism idea of justice which is represented by the judge have conflict sometimes; the conflict between both sides is solved by the criminal Jury authority system. The criminal jury has veto function to legal application in the case of a verdict of unguilty, which renders the legalism make place for democracy to prevent law harm human rights in criminal case. However, the Jury doesn't have the rights to create law, which renders the democracy make place for legalism and can prevent accidents of democratic tyranny. From the institutional arrangement of criminal jury authority system, its preferential value is to protect human freedom, and not to realize judicial democracy.

**Key words:** criminal jury system; prior value; civil liberty; democracy; legalism

(责任编辑 胡志平)