

人权视角下的被告人 刑事陪审选择权

谢安平

【摘要】陪审制度的存在有三个不同层次的根据：被告人享有由自己的同类来审判自己的权利；通过审判公开、辩护、正当法律程序保障被告人人权；能够将民众的感情、感受及对犯罪的认识带入审判中，使审判活动与社会生活保持协调一致，保证审判独立。我国陪审制度需进一步完善：明确规定侵犯被告人陪审选择权的否定性法律后果；建立对陪审员的无因回避制度；实行陪审员随机遴选机制；缩小陪审案件的范围并规定公民的陪审义务。

【关键词】陪审制度 陪审选择权 陪审义务

【中图分类号】D915.16 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2011)04-0065-05

陪审制度最初是作为一种审判方式而产生的，经过历史演变，现代意义上的陪审制度是保障被告人人权的重要措施之一。因而，选择陪审是刑事被告人一项重要的诉讼权利。

一、陪审制度存在的根据

陪审制度存在的根据，应从三个不同而又相互联系的层次来理解。第一个层次是陪审制度存在的理论基础和前提。第二个层次是陪审制度的目的。第三个层次是陪审制度所具有的功能，也就是陪审制度所发挥的有利作用。这三个层次共同构成了陪审制度存在的系统根据。其中，第一层次是基础，是根本；第三层次是现实的结果，是第一层次在现实中的必然延伸；第二层次是将第一层次和第三层次联系起来的纽带。

陪审制度存在的第一层次根据，即陪审制度的理论基础和前提是：“被告人享有由自己的同类来审判自己的权利。”无论是英国的《大宪章》，还是《美国宪法》及其修正案，都是将“由自己的同类来审判自己”作为被告人一项重要的宪法权利来规定的，它是被告人诉讼权利作为宪法权利的体现。除了轻微的罪状之外，

任何刑事诉讼里的被告，又除了适合平衡法院的古老管辖之外的其他民事案件的当事人，今天都有权要求采用陪审制度，作为宪法规定应该享有的权利。今天多数严重的刑事诉讼案件都以陪审方式来审判。为数众多的民事案件也要求采用陪审方式，但在这样的案件里放弃陪审方式是司空见惯的事，而且有增无减。”^①可见，在美国，选择陪审是刑事被告人一项重要的宪法权利，如果侵犯了被告人的这项权利，将会导致审判无效，直至无罪释放被告人。但是，作为一项权利，被告人也可以放弃。那么，如何理解和界定“同类”？什么样的人是与被告人同类的人？与该问题密切联系的是被告人享有陪审选择权的理论基础。该理论基础主要有四个方面。第一，任何职业人，由于长期从事相同的劳动而会对职业变得麻木，并且可能产生职业思维习惯，甚至使从业者患职业病。法官职业思维习惯，使法官有脱离社会一般思维习惯的倾向，并使法官不能和社会生活保持步调一致。法官受法律惯性的影响，往往偏重于固守过去的法律规则而墨守成规，甚至变成法律教条主义者而

^① [美] 哈罗德·伯曼：《美国法律讲话》，陈若恒译，三联书店1988年版，第38页。

排斥社会生活中新的准则、规则。而法律本身应该是社会生活的结晶，因此，法官职业思维习惯有可能使法官对刑事被告人的定罪判刑不符合社会生活中新的秩序规则和伦理道德标准。第二，陪审员是非职业法官阶层，由于未形成法官职业墨守成规的思维惯性，因此对社会生活中的新情况、新问题比较敏感，容易接受新的秩序规则和道德伦理规范。陪审员所能带入审判中而职业法官却有可能欠缺的往往是民众的情绪、感受，因为陪审员仅凭普通人的良知和常识断案，所以能够使犯罪的概念和社会发展相适应，并与社区文化相一致。“因此，我认为，优秀的法律应当为主要法官配置一些随机产生的而不是选举产生的陪审员，因为，在这种情况下，根据感情作出判断的无知，较之根据见解作出判断的学识要更可靠一些。在法律明了和确切的地方，法官的责任只是审定事实，如果说寻找证据需要精明干练，作出结论必须明白准确的话，那么，在根据结论作出裁判时，只要求朴实良知；而一个总是期望发现罪犯，同时又落入学识所形成的人为窠臼的法官，他的知识却比较容易导致谬误。”^①第三，社会总是在前进、发展，尤其是当今社会发展日新月异，旧的秩序规则及伦理道德规范受到强烈冲击，新的秩序规则和伦理道德规范不断涌现。第四，司法依赖民众的信赖而存在；失去民众的信赖，司法就失去了存在的基础。刑事审判更是依赖于民众及被告人对审判的信赖而发挥作用。赋予被告人享有由自己的同类来审判自己的权利，能够使被告人对刑事审判程序及裁判结果产生认同感、信赖感。另一方面，通过随机遴选而不是选举、指定产生的陪审员参与审判，也使民众对刑事审判及裁判结果产生认同感、信赖感。以上四个方面共同构成了“被告人享有由自己的同类来审判自己”和选择陪审权利的理论基础。由此，我们必然得出“与被告人类的人”是指“非职业法官的普通民众。”如何界定普通民众的地域范围？一般情况下，普通民众应该指在法院管辖范围内的社区的普通民众。因为社区文化虽然与全社会文化有共同点，但是每个社区又都有其独特的伦理价值观和秩序规则。因此，以社区的普通民众作为与被告人类的人，最能表现社区对被告人行为的法律评价。在“与被告人类的人”的问题上应纠正两种错误认识。一种是“与被告人类的人”是指与被告人类地位同等的人。按照这种认识，势必会导致地位不同的被告人由相应的地位不同的陪审员来审判的结论。从而破坏法律面前人人平等的世界性宪法原则。另一种是，认为“与被告人类的人”是指与被告人类职业相同的人。这种认识过于片面、狭隘，在审判实践中也是十分有害的。因为职业相同的人往往出于保护自己的同行或者是保护自己所从事的职业的目的，偏袒

甚至开脱被告人的法律责任。然而，有学者担心，由与被告人类地位不同或职业不同的普通民众来审判被告人，会因“走运者看待不幸者的优越感，下等人看待上等人的嫉恨心”而产生不公正。解决这个问题有四个途径：第一，被告人可以放弃要求陪审；第二，陪审员名单覆盖法院辖区的绝大多数人口；第三，随机遴选产生陪审员而不是选择、指定、邀请、推荐产生陪审员；第四，被告人可以行使回避权，包括行使有因回避权和无因回避权。

陪审制度存在的第二层次根据是陪审制度的目的。“所谓目的，并不是指某种客观的趋势、自然的指向，不是指那种由自然的原因所引起的自然的结果，而是指那种通过意识观念的中介被自觉地意识到了活动或行为所指向的对象和结果。”^②因此，目的是观念上预先设计的活动结果。陪审制度的目的是保障刑事被告人的人权，实现司法公正。刑事诉讼法是程序法，它通过审判公开、辩护、正当法律程序（due process of law）等来实现保障刑事被告人人权的目，即所谓“刑事诉讼法是被告人、犯罪人的大宪章”。在正当法律程序中，被告人享有选择陪审权是其重要内容之一，如果剥夺或限制了被告人这一诉讼权利，就可认为被告人未受到“正当法律程序”的待遇，因而侵犯了被告人的人权。因此，刑事审判也是不公正的。

陪审制度存在的第三层次根据是陪审制度所具有的功能，也就是陪审制度在司法实践中所具有的积极作用。关于这一层次的根据，我国专家、学者论述较多，有些甚至作了精辟的论述。这里，笔者想补充两点：第一，陪审制度能够将民众的感情、感受及对犯罪的认识带入审判中，使审判活动与社会生活保持协调一致。因为法律职业培养人保守自尊、墨守成规的习性，职业法官遇到案件，总是不由自主地回头看。成文法国家法官回头看过去的“法典”，判例法国家法官回头看“先例”。所以，未经过法律职业教育的普通民众以陪审员身份参与审判就显得尤为重要。第二，陪审制度能够保证审判独立。“要在刑事法院中代表全部国民行使国家的权力，其最好是经由一般的国民来实现，因其同时也将提供对抗来自官方的压力影响的最佳保证。”^③在我国，职业法官具有法律工

① [意] 贝卡利亚：《犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第20页。

② 夏甄陶：《关于目的的哲学》，上海人民出版社1982年版，第227页。

③ [德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第43页。

作者、国家公务员和一定社会阶层成员的重重身份。这种特殊身份导致了法官在刑事审判中，会受到来自各方面势力的干扰、干预，甚至不得不按照某些人的“指示”作出判决，从而严重影响审判独立。随机产生的陪审员克服了职业法官“三重身份”的缺点，行政权力和各种势力无法及时干扰和影响陪审员，他们对各种势力完全独立。因而，一个比较完善的陪审制度，能够使我国的刑事审判真正走上公正、独立之路。

二、我国刑事陪审制度的特点

我国的陪审制度经历了初步肯定到否定到恢复的过程。2004年8月2日，《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》（以下简称《决定》）颁布并于2005年5月1日起施行；2009年《最高人民法院关于人民陪审员参加审判活动若干问题的规定》（以下简称《规定》）颁布并于2010年1月14日起施行。《决定》和《规定》虽然对刑事案件的陪审范围、刑事被告人陪审选择权等作了明确规定，但是司法实践中刑事案件陪审的比例仍然很低，陪审员的作用仍然有限。因而，我国的刑事陪审制度至今仍然处于恢复时期。我国陪审制度的主要特点有：

1. 陪而不审

《决定》和《规定》虽然对刑事陪审案件的范围作了明确规定，但是由于立法语言模糊、可操作性不强，并且没有规定违法制裁措施，所以司法实践中刑事案件陪审的比例仍然很低，以致刑事陪审制度基本被“虚置”。另一方面，有些法院虽然在一些刑事案件中实行了陪审，但陪审员只是“陪而不审”，不能发挥应有的作用。出现这些现象的主要原因是，法院要集中精力办案，认为陪审员参与刑事审判会带来不必要的麻烦，拖延审判时间，浪费诉讼资源，并且不好“控制”陪审员。

2. 未规定侵犯被告人陪审选择权的法律后果

《决定》第2条规定：“人民法院审判下列第一审案件，由人民陪审员和法官组成合议庭进行，适用简易程序审理的案件和法律另有规定的案件除外：（一）社会影响较大的刑事、民事、行政案件；（二）刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告申请由人民陪审员参加合议庭审判的案件。”根据该条规定，刑事被告人享有陪审选择权，但是司法实践中刑事被告人的该项权利并没有得到有效保障，并且绝大多数刑事被告人不知道有此权利，人民法院也消极

不告知刑事被告人享有此项权利。出现此现象的主要原因是，法律没有规定侵犯被告人刑事陪审选择权的否定性法律后果。

3. 陪审员的选任比较混乱

在我国，陪审员选择实际上包括两层含义：其一是基层人民法院“候选名单”中陪审员的选任问题；其二是具体案件中陪审员的选任问题。《决定》第8条规定：“符合担任人民陪审员条件的公民，可以由其所任单位或者户籍所在地的基层组织向基层人民法院推荐，或者本人提出申请，由基层人民法院会同同级人民政府司法行政机关进行审查，并由基层人民法院院长提出人民陪审员人选，提请同级人民代表大会常务委员会任命。”因此，我国陪审员实行的是选任制。但是，司法实践中非常混乱。有的是通过选举产生并由负责具体案件的法官从候选名单中挑选；有的通过法院临时“邀请”产生并就具体案件实行陪审；有的则是机关、团体、企业、事业单位甚至居委会及村委会推荐。并且，许多法院出现了职业陪审员现象，陪审十年、二十年。具体案件中陪审员的选任，许多法院都是暗箱操作。

4. 陪审案件的范围过大

我国法律规定的刑事陪审案件范围过大。根据《刑事诉讼法》第147条第1款和《决定》第2条的规定，除基层人民法院适用简易程序审理的案件可以由审判员1人独任审判外，其他一审案件均可以适用陪审制度。我国法律对适用简易程序规定非常严格，也就是说按照上述规定，绝大多数刑事案件都要实行人民陪审员陪审。如果严格按照法律规定对绝大多数刑事案件实行陪审，既浪费巨大的司法资源，又完全没有必要。

总的说来，我国现行的刑事陪审制度在审判实践中并没有发挥应有的作用，而且越来越流于形式，甚至有的法院只是为了给合议庭凑足法定人数而不得不临时召集陪审员。

三、我国刑事陪审制度的完善

美国人类学教授霍贝尔指出：“法律是在烦恼和预料到的困境中发展成熟的……不论各种法律制度的内容和其独特的原动力如何，它们必定有某些相同的因素。”^①陪审制度在我国刑事审判领域正处于举步维艰的

^① [美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，贵州人民出版社1992年版，第4、5页。

困境之中，但正是在这种环境之中，才更要发展成熟。并且，由于人类法律文化具有某些共同性，所以完善我国刑事陪审制度，应该借鉴外国的有益经验。下面，笔者对我国陪审制度的完善提出些构想。

1. 明确规定侵犯刑事被告人陪审选择权的法律后果

“被告人享有由自己的同类来审判自己的权利”是现代陪审制度的理论渊源。所以，选择陪审应该是刑事被告人一项重要的诉讼权利，而不是法院的司法权力。因此，在一个具体刑事案件中，陪审的决定权应该由被告人享有。刑事被告有权要求实行陪审，也可以要求法院不实行陪审，对此法院必须接受，不得驳回。法院在组成合议庭之前，应明确告诉被告人享有选择陪审的诉讼权利。如果被告人放弃此项权利或不选择陪审，应记录在案，并且被告人在此案中不得再行使此项权利；如果被告人选择陪审，法院应立即召集陪审员，并组成合议庭，在合议庭组成前被告人仍然可以放弃此项权利，但一旦合议庭合法组成，被告人不得借口放弃此项权利而要求重组合议庭。《决定》和《规定》虽然赋予了刑事被告人陪审选择权，但是由于没有规定侵犯被告人陪审选择权的否定性法律后果，所以司法实践中借口提高司法效率侵犯被告人此项权利现象屡屡发生，以致使我国法律规定的陪审制度被“虚置”。因此，为了保证刑事被告人真正享有法律赋予的陪审选择权，避免司法过程中的偏见和歧视，实现程序中立，增强刑事司法的权威性和公信力，立法应明确规定，如果侵犯被告人陪审选择权，审判程序无效。^①

2. 规定对陪审员的无因回避制度

“无因回避”是“有因回避”的对称，又称不附理由回避，指当事人或者其律师申请陪审员回避，不用说明理由，法律也不要求说明理由，陪审员必须回避。陪审员是社会成员，具有个人的利益需求、主观偏好、价值观、人生观和情感倾向。因此，陪审员个人的性格、经历、宗教信仰和价值观、人生观等非理性因素也将介入和影响司法审判过程，正如法律现实主义的代表人物杰罗姆·弗兰克所指出的：“法律规则并不是美国法官判决的基础，因为司法判决是由情绪、直觉的预感、偏见、脾气以及其他非理性因素决定的。”^②受陪审员个人人格中非理性因素的局限，当陪审员因主观偏好、情感倾向、个人信仰而对案件处理形成先入为主的预断或者带有明显倾向性和歧视时，陪审员往往就会丧失作为裁判者应有的中立性和公正性。因此，世界各国刑事诉讼法基本上都规定了对陪审员的无因回避制度。在美国，无因回避完全取决于控辩任何一方的自由裁量权。各州对可以无因回避的数量规定不尽相同。一般而言，罪刑

越是严重，无因回避的次数就越多。但是，联邦最高法院近年来的判决主张，基于种族或者性别的无因回避是违宪的。^③英国在1988年之前，辩方有不出任何理由而阻止一定数量的陪审员进入陪审团的权利。《1988年刑事司法法》虽然废除了辩护方不给出任何理由反对陪审员进入陪审团的权利，也就是废除了无因回避制度，但是直到最近辩方还有在不喜欢时只要说出来就可以将陪审员排除的实例。^④德国的陪审员可因当事人对其中立性之不信赖，恐有偏颇之虞而被拒绝。“该有偏颇之虞，非需一定要该法官真的有成见，方得成立，而是只要以可理解之方式对其有怀疑时，即得对该法官申请拒绝。”^⑤《法国刑事诉讼法》第297条规定，被告人或者其律师以及检察院对陪审员都有申请无因回避权。为了促进被告人、社会公众对刑事司法的理解认同感，最大限度地消除被告人对刑事追诉的抵触情绪，增强刑事司法的公正性和公信力，我国应该借鉴国外的经验，在重罪案件中，建立被告人或者其律师对陪审员的无因回避制度。同时，为了保障刑事司法的效率，可以限制无因回避的次数。

3. 实行陪审员随机遴选制度

我国审判实践中采用的陪审员选举、推荐、邀请的制度和做法，使陪审员实际上成了不具有“法官”身份的“职业法官”。因为，“在中国的陪审制度中，可能具有陪审员资格的只是公民中的极少数人，而不是普遍的；而这极少数具有陪审员资格的人，虽然也有任期，因此可以在经过一段时间以后由其他人替换，但这并不会使极少数人才有可能具有陪审员资格的情况有根本的变化。况且由于可以连任，许多已具有陪审员资格的人在任期

① 我国《刑事诉讼法》第191条规定：“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。”侵犯被告人刑事陪审选择权应该属于审判组织的组成不合法，所以审判无效。

② [美] 博登海默：《法理学：法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第153～154页。

③ [美] 罗纳德·D·沃森：《美国刑事诉讼——法律和实践》，张鸿巍等译，武汉大学出版社2006年版，第55页。

④ [英] 约翰·斯普莱克：《英国刑事诉讼程序》，徐美君、杨立涛译，中国人民大学出版社2006年版，第398页。

⑤ [德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第54页。

届满后仍会继续在新的陪审员名单中，因此，陪审员资格集中在少数人的情况是较普遍的现象。”^①司法实践中，有许多陪审员在法院陪了五年、十年甚至更长。有的在一二年的时间内，已经陪审了数十次，甚至上百次。这种现象严重违背了陪审制度是为了克服职业法官职业思维习惯的缺点，将非职业法官的社会普通民众对犯罪及刑罚的认识带入审判中的目的。根除司法实践中这一弊端的基本出路是实行陪审员的随机遴选。所谓陪审员的随机遴选，就是在每个具体案件开庭前，陪审员在由法院从其管辖区域内的符合陪审员条件的公民中，采用随机选择和抽签的办法产生，而不是法院从预先准备好的为数极少的陪审员名单中挑选。对在一年内，已经担任过一次或两次陪审员的公民，在本年度可以免除其陪审的义务。这种随机遴选的制度，能够使陪审员真正成为“社区的普通民众”和“被告人的同类”，而不是职业法官。

4. 缩小刑事陪审案件的范围并规定公民的陪审义务

刑事诉讼法是人权保障法，因此刑事诉讼在许多情况下，必定要牺牲效率来实现公正；刑事诉讼又受司法资源的限制，因此，在特定情况下，必然为了节约司法资源和提高诉讼效率而牺牲公正。为了防止被告人滥用选择陪审权并节约司法资源，世界各主要国家都对陪审案件的范围作了明确规定。如：比利时法律规定，重罪由巡回法庭（由3名从上诉法院或者矫正法庭抽调的职业法官和12名通过抽签任命的陪审员组成）审理，轻罪由矫正法庭（由职业法官组成的一审法院的一个部门）审理，违警罪由治安法庭的独任法官审理，所谓重罪指可判处5年以上监禁刑的犯罪。^②法国重罪法院受理判处5年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑等重罪案件，重罪法院的审判法庭由3名法官和9名陪审员组

成，并且只有重罪法院才实行陪审制度。美国陪审团审判程序主要适用于重大案件及可能判处6个月以上监禁的轻罪案件。结合世界主要国家的立法，笔者认为，我国刑事陪审案件的范围可以界定为重罪案件。重罪案件可以定义为5年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的刑事案件。因此，在刑事诉讼中，可能被判处5年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的被告人，享有选择采用陪审员陪审的诉讼权利；可能被判处5年以下有期徒刑、拘役、单处罚金的被告人无此项诉讼权利。^③另外，还应明确规定，陪审是公民的义务。在我国，目前参加陪审一般被认为是一项权利或者是荣誉。因而，有许多人乐意去陪审。但是，也有一些人不愿意参与陪审。因为，这些人认为既然是权利，就可以放弃。这给审判工作带来了不必要的麻烦。所以，为了保障审判工作的顺利进行，有必要明确规定公民的陪审义务。

本文作者：北京工商大学法学院副教授，法学博士，中国社会科学院法学研究所博士后
责任编辑：赵俊

① 王敏远：《中国陪审制度及其完善》，《法学研究》1999年第4期。

② 汪建成、黄伟明：《欧盟成员国刑事诉讼概论》，中国人民大学出版社2000年版，第8~9页。

③ 关于我国陪审制度的完善，学者提出了许多富有建设性的建议，如完善陪审员的管理制度、补助制度、人身保护制度、回避制度，陪审员的条件，免除陪审义务人员的范围，明确规定陪审员的权利和义务等。

The Right to Selecting Jury System in Criminal Procedure from the Perspective of Human Rights

Xie Anping

Abstract: The existence of the jury system is based on three grounds of different levels: the accused has the right to be judged by his kindred; through public trial, defense and proper legal procedures, the defendants' rights are protected; public sentiments and criminal understanding can be brought into the trial process; the trial and social public life can be made harmonious, guaranteeing an independent trial. This paper provides some suggestions on improving Chinese jury system: the negative consequence of infringing upon the right to selecting jury system should be provided for by the criminal procedural law; the peremptory challenge system to jurors should be established; the jurors should be selected at random; the range of cases which are tried by the tribunal composed of the jurors and judges should be reduced.

Key words: jury system; the right to selecting jury system; jury obligations