

德国刑事诉讼中的基本权保障

杨开湘

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要:《刑事诉讼法》修改增加的“尊重和保障人权”条款是我国刑事诉讼立法上的巨大进步,但是,我国刑事司法人权保障在制度和实践中仍有提升空间。观诸域外法制,德国法上的刑事司法人权保障关联到宪法上的基本权保障,将刑事诉讼中的基本权干预上升到宪法审查高度,联邦宪法法院遵循法治国原则为强制措施、侦查干预、审前羁押等刑事诉讼行为设置严格的宪法上的程序保护机制,不失为一种完善我国刑事司法人权保障可借鉴的制度模式。在德国刑事诉讼制度中,以惩罚犯罪名义实施的刑事诉讼行为被认定为基本权干预行为时,均需获得宪法上的正当化;刑事侦查中的基本权保障根据法官保留原则进行实质性审查,对全部侦查行为设定分级审查程序机制,并在刑事个案办理中对查明犯罪真相设定具体的审查限制;刑事司法的基本权保障所覆盖的权利主体范围在宪法法院判例中得到不断扩展,明确保障被追诉人、被害人、证人、辩护人等刑事诉讼主体及其基本权利;与合宪性意义上的刑事诉讼原则共生的一系列程序权利,构成基本权保障较为完整的程序保护机制。

关键词:德国刑事诉讼;基本权干预;基本权保障;司法人权保障

中图分类号:D915.3

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2024)04-0055-14

一、问题的提出

我国2012年修正《刑事诉讼法》时,第2条增加了“尊重和保障人权”内容。法律通过之后该条迅速成为人们提及最多的条文之一,几乎被理论界和实务界公认为刑事诉讼法再修改的巨大进步。全程参与起草和论证法律修正案的陈光中先生认为,这是我国第一次在部门法律中载入“尊重和保障人权”规定,属于突破性的创新,意义深远、重大^[1]。他还认为,将尊重和保障人权作为刑事诉讼法的一项重要任务来规定,对整部刑事诉讼法的基本原则、制度和程序均能起到提纲挈领的指导作用,会带动其他部门法在制定或者修改时更加重视贯彻“国家尊重和保障人权”这一重要宪法原则^[2]。但是,由于该条是根

据宪法规定增修的一般条款,没有结合宪法基本权利的内容,因此,在中国法律解释框架之下一直难以发挥应有功能。现行《刑事诉讼法》第2条文本上同时存在的“保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利”内容没有引起刑事诉讼理论和刑事司法实践的足够重视,因而新增人权保障条款实际上没能产生预期效果。

诚如学者所言,刑事诉讼法“直接关涉公民的基本权利”,但是,“《宪法》有关公民基本权利的原则性规定并未在刑事诉讼立法中得到充分体现”^[3]。刑事诉讼法保障人权条款是否以及在宪法基本权框架内获得具体支撑,从而使当事人和其他诉讼参与人免受国家刑事诉讼行为的无端干预和侵害?这样的追问一定程度上仍然是新时代司法人权保障的新问题。进而言之,立法上抽象的“尊重和保障人权”条款并没有从

收稿日期:2022-10-13;修回日期:2023-10-30

基金项目:德国洪堡基金项目“中德刑事诉讼法上的基本权保障比较研究”(AvH 2009)

作者简介:杨开湘,男,湖南溆浦人,法学博士,中南大学法学院教授,主要研究方向:刑事诉讼法、刑法、刑事侦查与司法鉴定,联系邮箱:yangkx@csu.edu.cn

根本上促使我国刑事诉讼相关制度趋于合理化,因此,适度参照德国法制经验,尝试从宪法基本权利视角对刑事诉讼涉及权利保障的内容进行全面审视,或许能使我国刑事司法人权保障在制度和实践中得到优化。

德国刑事诉讼学说认为,刑事司法是法治国家的试金石(Bewährungsprobe des Rechtsstaates),公民基本权利在刑事司法过程中可能遭受的现实危险较其他法律部门更为显明,更为严重。刑事案件犯罪嫌疑人、被告人因涉嫌犯罪行为而接受国家专门机关的侦查、起诉和审判,在判决之前就可能遭受强制措施而被剥夺人身自由或者遭遇财产损失,与此相对,刑事诉讼必须借助国家机关采取强制措施和侦查干预行为才能最终完成,因此,犯罪嫌疑人和被告人的人格权、财产权、隐私权、劳动权等基本权利必然受到不同程度的侵害。宪法规定国家承担惩罚犯罪的职责和义务,用以保护所有公民(人民)受保障的生命、自由、财产、荣誉等法律利益免受非法侵害,如果没有刑罚威慑,没有有效的刑事司法手段,全体公民的宪法基本权利难以得到保障^[4]。如此一来,刑事诉讼保障基本权利的使命必然引发一种相互冲突状态。德国学者认为,这是刑事诉讼本身存在的两种价值的内在冲突,即“借助国家刑罚权力保护自由”(Freiheitsschutz durch Strafgewalt)与“防御国家刑罚权力保护自由”(Freiheitsschutz gegenüber Strafgewalt)之间的直接冲突,这是一种具有宪法意义的内在紧张关系^[5]。刑事诉讼法也由此成为“国家宪法的测震仪”(Seismograph der Staatsverfassung)^[6]和“法治国家的大宪章”(Magna Charta des Rechtsstaats)^[7]。进而言之,刑事诉讼法基于保护全体人民自由而必须由国家提供安全保障^[8],因此,它又被称为“应用的宪法”(angewandtes Verfassungsrecht)和“基本法的实施法”(Ausführungsgesetz zum Grundgesetz)^[9]。

理论上说,犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中可能受到国家专门机关干预的“权利”首先是那些直接来自宪法的公民基本权利,宪法对国家干预这些基本权利应当而且可以设置法制保障,这就是“基本权保障”制度。一方面,宪法为刑

事诉讼参与人在诉讼过程中的基本权提供保障,乃是为了防御国家司法权力的不法侵害;另一方面,宪法容许国家司法权依法干预和处置诉讼参与人的基本权,但是为其设置法律界限。建立和维持二者之间的利益平衡,就是实现国家惩罚犯罪的刑事司法权(力)与维护诉讼参与人宪法基本权(利)之间的平衡。从这个意义上说,基本权保障既是刑事诉讼的内在要求,也是宪法对刑事诉讼的外在限制。

在德国,二战以后的《德意志联邦共和国基本法》(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG)即“德国宪法”所规定的基本权保障条款建立了一个完整的宪法规范框架,约束国家权力、联邦权力和各州权力,并通过德国联邦宪法法院进行必要的宪法解释和漏洞补充,通过欧盟法、《欧洲人权公约》框架内的基本权保护制度约束国家刑事诉讼行为,为刑事诉讼正当化提供基本的规范保障。那些支撑刑事诉讼的基本原则和独立保障措施包括罪责法定、禁止刑讯和滥用职权、反对自证其罪、禁止适用死刑以及禁止适用残酷刑罚、法定审判权、保障辩护人通讯权等,具体为刑事司法保障人权(基本权)提供较为完整的系统性制度安排。

在我国提出“加强宪法实施和监督,推进合宪性审查工作,维护宪法权威”之后,学者认为,须确立以合宪性审查吸纳和引领合法性审查的新体制^[10]。最近十余年来,法学理论界不断出现关于合宪性审查的研究成果,涉及从宪法高度的总体思考^[11]、体系化思考^[12]、意义与原则^[13]、法理基础和中国路径^[14],以及刑法的宪法判断^[15]。在全面推进依法治国和十八大以来新一轮司法改革的进程中,刑事司法对公民基本权利的保护仍处于较为抽象状态,尚需完成具体制度化建构。本文试图介绍德国法上刑事司法保障人权的制度框架,以德国刑事司法保障宪法基本权利的制度布局分析刑事司法与基本权保障之间的内在关联和实施机制,尝试为抽象的刑事司法人权保障转化为具体的刑事司法基本权保障提供备选方案,以期对中国刑事司法保障公民基本权的制度构建提供一种借鉴模式和理论思路。

二、德国刑事诉讼中的基本权干预与基本权保障

从理论上说，刑事诉讼的二元目的决定其中必然存在“基本权干预与基本权保障”的冲突，惩罚犯罪目的要求国家专门机关在刑事诉讼过程中实行基本权干预，而保障人权目的要求国家专门机关在刑事诉讼过程中负担基本权保障。前者符合“惩罚犯罪，保护人民”条款，后者符合“惩罚犯罪，保障人权”条款。

德国刑事诉讼法上，基本权保障与“通过程序的基本权保护”(Grundrechtsschutz durch Verfahren)的观点和立场密切相关，具体地说，为了防御国家刑罚权而设置的基本权保护机制与根据法治原则安排的刑事诉讼程序具有一致性^[16]。为了使司法机关在刑事诉讼活动中采取“严重的”基本权干预措施能够获得法理正当性和法制正当化，刑事诉讼全过程不仅必须遵循“基本法”和法治原则的基本要求，而且需要从诉讼主体和程序规范两方面建立起具体保护措施，即刑事诉讼“两翼防护措施”(flankierende Vorkehrungen)。学者认为，如果源自宪法基本权内涵中具有客观法价值的基本权程序保障在刑事诉讼中只能归入较为“弱性的”规范效力，那么，如何使其产生具有普遍性的客观法保护内容，就成为一个需要关切的宪法问题^[17]。从侦查程序启动到作出刑事判决的全过程，始终可能存在严重的对被追诉人的基本权干预，以至于法治原则支配下的程序性要求必须为国家干预的正当化提供规范依据。“公民无论何时主张个人人权在刑事侦查中受到侵犯，都可以诉诸司法裁判。这正是德国宪法的要求，《德国基本法》第19条第4款明确规定，任何人的权利受国家工作人员侵害时，可以向法院提起诉讼。”^[18]由此而来，传统理论上笼统的“程序性保护义务”(Prozedurale Schutzpflicht)学说开始被“通过程序的干预正当性”(Eingriffsrechtfertigung durch Verfahren)学说所替代^[19]，新学说正是德国宪法对刑事诉讼行为提出的新的程序规制要求^{[20][226]}。

依照《德国基本法》第1条第1款规定，刑

事案件被追诉人在刑事诉讼中应有的法律地位，首先是作为“自然人”(Menschen)的基本法地位，继而是作为程序主体的诉讼法地位。为了惩罚犯罪而必须查明案件事实的目的，国家对被追诉人采取有组织的人格权干预和信息自决权干预，是一种“基本权限制”，但是，作为“基本权限制之限制”(grundrechtliche Schranken-Schranken)的法治原则下的程序保障应当使基本权干预行为正当化，进而，宪法应当针对刑事诉讼程序中国家专门机关可能采取的具体干预手段，特别是对采取的强制措施和侦查行为提供基本法保护。这种保护超出刑事诉讼法的规范而上升到宪法保护的高度。

德国刑事诉讼中，侦查程序和审判程序是担负不同诉讼任务的两个基本程序，性质上存在根本差别。侦查程序是检察官领导下的警察行政化活动，审判程序是基于法官职权的司法审判活动；侦查程序是及时进行、临时进行、单独进行或者秘密进行的，而审判程序是开放进行、公开进行的^[21]。刑事诉讼的这两个程序阶段在基本权保障方面呈现完全不同的方式。通说认为，这两个顺次进行的程序阶段表现出一个所谓的“漏斗模型”(Trichtermodell)，在该模型中，刑事案件的被追诉人需要在带有极强形式化、在法定诉讼程序推进中接受不断增加的盖然性证据裁判的检验，最终发现案件真相。如果程序进行过程中长时间限制或者剥夺个人自由，那么对此采取宪法审查就不仅必要，而且意义重大。其中，比例原则、一般人格权、人格尊严条款是进行宪法审查的基本准据。

关于刑事诉讼中基本权干预的法律保障，学者看法不同，代表性观点有总体革除说(Gesamtschau)和单独行为考量说(Einzelaktsbetrachtung)^{[21][611]}。前者认为，在刑事诉讼过程中存在的违反基本法的诉讼行为和干预手段应当予以总体考量，进而决定是否需要全部革除；后者认为，应当对最有可能违反基本法的各种独立干预手段分门别类，进行基本法层面上的细致处理，进而分别提供法律保护。前者是将刑事诉讼作为一个整体程序而设置法律保护，后者是对各种具体刑事诉讼行为分别提供独立的法律保护，二者在理论上已经获

得认同并在实践中得到适用。

综上所述,刑事诉讼程序在总体上是一种涉及被追诉人的人身权、财产权、名誉权、隐私权、劳动权等基本权的国家干预,旨在通过这种干预对被追诉人的行为、责任、违法性予以查明,但是,只有刑事诉讼全部满足法治国原则的总体性要求,其基本权干预手段才获得正当性。根据目前的主流观点,在侦查程序和审理程序中,刑事案件的被追诉人并不享有特定的基本权法律保护^[23]。这并不违背《德国基本法》第19条第4款及普通司法保障所提供的有保证的法律保护,因为第19条只要求“在适当时候”(zur rechten Zeit)提供法律保护。比如说,通过侦查程序确定的犯罪嫌疑人需要接受法院(法官)的司法审查,法院裁判可以为基本权干预提供合宪性程序救济。因为,即使在无罪推定原则保护下的被追诉人,也不享有通过中断诉讼程序捍卫个人基本权的程序性权利。德国联邦宪法法院在多个涉及恣意或者恶劣的程序非法的刑事案件裁判中,已经充分考虑到针对因为冗长审判程序、因为“一事不再理”原则或者因为违反诉讼裁判公开而给予宪法救济的法律保护^[24]。即使少数学者提出,需要在刑事诉讼法上增加独立的“侦查程序异议之诉”(Ermittlungsverfahrensanfechtungsklage)^[25],也并无多少理论上的响应。

尽管刑事诉讼程序应当被视为一体的基本权干预(einheitlicher Grundrechtseingriff),但是,针对被追诉人而进行的刑事诉讼活动包含着各自独立的基本权干预手段,从而相应地需要获得各自独立的宪法上的正当化根据。传统刑事诉讼法上只对“强制措施”或称“强制处分”(Zwangsmittel)设置特别的授权根据,自从联邦宪法法院在人口普查案中作出保护个人信息自决权的判决^[26]之后,不仅任何带有强制干预手段侵害一般行动自由,而且其他的如秘密收集个人信息,也可能被视为侵犯个人基本权的侦查干预手段,都需要法律上的先行授权。为此,《德国刑事诉讼法》第161条、第163条“侦查行为的一般条款”在1999年修正案中明确增加了针对个人数据保护的法律授权^[27]。但是,卧底侦查

(Einsatz von V-Leuten)这种带有秘密性、特殊性、技术性的侦查措施则必须具备特别法律授权^[28]。以至于在近年的刑事司法实践中,凡是涉及特殊基本权、带有强制性、借助新型技术手段、影响范围较大等权利干预手段作为合法侦查措施时,就不再直接依据刑事诉讼法中侦查行为的一般条款,联邦宪法法院将其归入严重的基本权干预,要求具备特别的法律授权。例如,刑事诉讼中涉及个人数据保护的基本权干预就需要特别授权^[29]。

当每一项具体的侦查措施都接受事先独立的法定“程序性检验”(prozessual überholt),即刑事诉讼程序合宪性所要求的侦查行为预防性审查时,就不再需要事后附加的法律保护手段。在带有特殊性的联邦宪法法院审查中^[30],根据《德国基本法》第19条第4款规定,基于法官命令,对那些深度干预基本权的常规侦查措施,在能够采取预防性法律保护措施之前已经实施完毕的,仍然必须接受事后独立的司法审查,这是一种完全程序法意义上的宪法审查^[31]。如果刑事诉讼中各种独立的侦查措施成为司法审查对象,与案件的实体问题相区分,就会出现两种全然不同的处理结果,侦查措施违法但不影响被告人有罪,或者侦查措施合法但判决被告人无罪^[32]。

对此,德国学说和实践一致认为,对侦查措施的实施进行司法审查,实质上是一种程序性的预防保护措施,应当遵循法官保留原则。无论法官就侦查措施发出的命令是否正确,都是行政性决定,不构成争议裁判,不可上诉。当存在可能出现“迟延之危险”(Gefahr im Verzug)而由检察官替代法官发出侦查命令时,“迟延之危险”的条件也应全部符合法官审查要件。例如,在涉及检察官审查的住宅搜查案件中,联邦宪法法院对基本法第13条第2款“迟延之危险”作出新的界定,命名为“紧急值守”(Bereitschaftsdienst)^[33]。

对于有争议的基本权干预手段,比如在诉讼的先期程序阶段出现的基本权侵害,可能在随后的程序阶段继续存在或者不断扩大,或者也可能消除或者缓解。如以非法方法收集的证据被采纳或者被禁止,目前学说上有不同见解。司法实

务^[34]和学说^[35]均认为，非法收集证据而产生的证据禁止并不必然导致证据可采性禁止，而要基于“平衡学说”(Abwägungslehre)对基本权保护的利益与法治国要求的刑事司法效率二者进行独立的权衡。联邦宪法法院有时候根据合宪性标准将收集证据的禁止适用于证据可采性禁止，有时候对可采性问题单独采取平衡解释方法^[36]。倘若证据是在违反“不可侵犯的”人格尊严，亦即以损害人格尊严的方法或者干预私生活中受到绝对保护的核心领域而获得，那么，基于宪法要求而产生绝对的、无须平衡的证据使用禁止。这是德国法具有绝对强制性的证据禁止，称为自主性证据使用禁止(Selbstständige Beweisverwertungsverbote)，也称为宪法上的证据使用禁止^{[20][431]}。

三、德国刑事诉讼基本权保障对侦查行为的分级审查

如同我国《刑事诉讼法》第2条规定“刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究”一样，在德国，为了惩罚犯罪，通过刑事诉讼查明案件真相是其根本任务，《德国刑事诉讼法》第160条第1款“检察官调查案件事实”、第244条第2款“法官依职权调查证据和事实”以及第261条“法庭依照自由心证判断证据调查结果”等法律条款对此作出了明确规定。但是，刑事诉讼探求真相的任务同时需要满足宪法要求，《德国基本法》第2条第1款中隐含的正当程序权意味着，刑事司法对于可靠的真相调查的最低要求根植于基本法第1条第1款国家权力的保护义务之中，由此，联邦宪法法院确定了最大可能进行完整的真相调查的宪法要求，以落实对真实发生的刑事案件开展侦查^[38]。刑事犯罪案件的客观真实(objektive Wahrheit)、实体真实(materielles Wahrheitsverständnis)和程序真实(prozedurales Wahrheitsverständnis)都需要借助于法定侦查手段而获得，以揭示案件“真相”。德国法上依职权查明案件事实的形式规则和程序

构造首先需要最大限度地保证“诉讼程序公平”。从这个意义上说，对刑事侦查的宪法审查或者合宪性审查是刑事司法基本权保障最为重要和关键的场域。

德国刑事诉讼学者一直认为，通过刑事侦查探求真相的任务并非不受限制，从宪法上考量，“不惜一切代价”(um jeden Preis)调查真相并非刑事诉讼法的基本原则。立法上，真相探求义务在刑事诉讼法上的保障性界限是《德国刑事诉讼法》第136条第1款第2句的不自证其罪原则，进而包括第136a条规定的禁止讯问方法和第52条的证人拒绝作证权的规定^[39]。除了这种早于基本法存在的刑事诉讼规则及蕴含其中的诉讼理念，根据基本法扩张解释和漏洞补充而上升到基本权层面的宪法规范，也构成对刑事侦查和证据收集的重要限制。结合比例原则和确定性原则，德国基本法上给予特别保障的个人信息自决权、《德国基本法》第1条第1款对私人生活形成之核心领域的保护、第2条第1款对一般人格权的保护，统统成为制约刑事侦查探求事实真相的绝对边界。

符合德国基本法的刑事侦查权的立法配置被称为“探求事实真相的权利”(Recht der Wahrheitserforschung)。过去认为，只有“强制措施”或称“强制处分”才需要特别授权的观点已被取而代之^{[21][619]}。现在已经扩展到每一项具体侦查措施都要根据法官保留原则进行实质性审查，或者接受《德国刑事诉讼法》第161条一般授权条款的规制，或者接受第163条的特别规制。例如，根据基本法上基本权保障条款和联邦宪法法院判例对秘密侦查专门设置的特别司法审查，被学者视为刑事侦查中实施通信监控与其他秘密侦查方法的新增法律规则^[41]。

具体来说，基于基本权保障而对刑事侦查行为的合宪性审查采取分级审查制，分为如下四个不同层级：

第一，一般审查。普通授权只适用于“简单的”侦查干预(einfacher Ermittlungseingriff)，警察和检察官可以发出指令，而且通常不需要特别的程序性防范措施，只需要警察告知义务并保障当

事人的知情权即可。但是,“严重的”干预手段(schwerwiegender Eingriff)则必须适用法官保留原则,要求实施机关向当事人履行特别的事先告知义务,且同时适用《德国基本法》第19条第4款提起诉讼权条款赋予当事人的程序救济权利。

第二,双重审查。对于国家专门机关采取各种可能干预私人生活形成的核心领域的侦查措施,以及在收集证据过程中干预到与个人身份密切相关的数据信息,可能引起所谓“进一步危险”(gesteigerte Gefahr)时,根据联邦宪法法院判例就要求采取“两阶段保护概念”(zweistufiges Schutzkonzept)提供特别的程序性防范措施^[42],就是事先和事后的双重审查。即使不存在由于侵犯私人生活核心领域而引发的进一步危险,且不需要履行特别的规范义务,《德国基本法》第1条第1款“人的尊严不可侵犯”同样作为直接适用干预限制的条款而发生效力。

第三,特别审查。对于侦查措施的干预手段加重情形进行特别审查。联邦宪法法院将所谓的干预手段加重(Eingriffserhöhendes Gewicht)确定为侦查措施可能引起范围扩大并使无关的第三人卷入其中的侦查状态^[43]。判决认为,刑事诉讼案外人被卷入侦查调查的可能性越大,国家机关所采取的侦查措施就越有问题。侦查程序对个人产生的影响表现为,从较大范围的潜在犯罪嫌疑入中间逐步地筛选出真正的罪犯,在必要的时候通过第三人(例如目击证人)获得案件信息。对此,法律许可性的辐射范围是,只有当犯罪嫌疑人被基本锁定在侦查调查基本范围后,法官才允许签发命令,允许有针对性地采取重度侦查干预措施调查犯罪证据,否则,不被允许。

第四,裁量审查。最新的基本权干预审查源自2008年德国《电信法》(TKG)修改中电信通讯数据的“资料储存”(Vorratsdatenspeicherung)规则以及在刑事诉讼中的运用。这是一项在德国社会引发巨大争议的立法。《电信法》修改中增加关于电信通讯监控的条款,其中第113a条、第113b条第1句第1项规定“提取电信通讯数据”,进而导致刑事诉讼法新修增加第100g条规定,从2008年1月1日起,为了侦查犯罪的需要,所有

室内电话、手机(包括短信及使用位置)、网络使用者地址、电子邮件、传真等各种信息都必须由电话公司和网络运营商存储保留6个月,以备侦查机关办理刑事案件时提取证据。对此,德国联邦宪法法院在2010年3月2日的一项判决中把通讯数据存储本身视为与《德国基本法》第10条“通讯秘密”基本权利并不一致的法律权利^[44]。但是,刑事司法机关是否以及如何利用这些数据资料以作为案件证据,成为一个新问题。有鉴于此,德国联邦宪法法院对刑事司法的态度是,在要求提取通讯数据时,至少要具备“依据确定的事实所构成的涉嫌严重犯罪”的条件。在打击恐怖活动犯罪的严峻形势之下,该条款的司法适用产生了新的必要性。2016年4月20日,德国联邦宪法法院作出新判决指出,为了防止国际恐怖主义的威胁,授权联邦刑事警察厅可以执行多种监控措施,比如采取监视私人住宅、远程搜查信息技术系统、电信监控、收集电信通讯数据、在私人住宅以外的地方使用特别的数据收集手段等措施,且认定这些措施原则上与基本法载明的基本权利兼容。但是,判决要求,所有这些监控措施必须符合比例原则,以防严重侵犯个人隐私权,同时保护私人生活核心领域、保护有职业秘密的特殊人员等^[45]。该判决导致了2017年德国刑事诉讼法的再次修改,增加“远程在线搜查”作为法定侦查措施的法律条款。这些立法和判决在一定程度上放松了法官对侦查干预手段进行严格审查的限制,或者说,法官审查被赋予必要的自由裁量权。

四、德国刑事诉讼基本权保障的主体范围及其法定权利

我国《宪法》第二章第33~51条是直接规定公民基本权利的条款,其中,“中华人民共和国公民”是基本权保障的宪法权利主体。根据宪法规定,我国《刑事诉讼法》第2条写明“尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利”。立法文本“保护公民的……权利”如何解释?刑事诉讼学界一般认为,刑事

诉讼中的人权保障和基本权保障主要针对犯罪嫌疑人、被告人^[46]。然而，国务院新闻办公室2016年发布《中国司法领域人权保障的新进展》表达了全方位的人权司法保障机制^[47]。《中国的司法改革》(Judicial Reform in China)白皮书提出，加强人权保障是司法改革的重要目标。中国司法机关依法采取有效措施，遏制和防范刑讯逼供，保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，保障律师执业权利，限制适用羁押措施，维护被羁押人的合法权益，加强未成年犯罪嫌疑人、被告人的权益保障，严格控制 and 慎用死刑，健全服刑人员社区矫正和刑满释放人员帮扶制度，完善国家赔偿制度，建立刑事被害人救助制度等，努力把司法领域的人权保障落到实处^[48]。白皮书对人权保障的权利主体进行了扩张列举。

在德国法上，刑事司法基本权保障的主体并不限于犯罪嫌疑人和被告人，立法和实践中的保障主体范围总体上呈现不断扩展态势。基本权保障的权利主体范围以刑事诉讼过程为限，在立法规定和司法实践中明确列举的是被追诉人、被害人、证人、辩护人等四个诉讼主体，并给予相同规格的基本权保护。

其一，被追诉人(Beschuldigter)。

理论上，刑事案件的被追诉人是诉讼主体而非诉讼对象，他们在刑事诉讼中作为诉讼主体的法律地位受到《德国基本法》第1条第1款规定的“人的尊严条款”保护^[49]。基本法和刑事诉讼法明确规定特定的基本权保障措施，围绕被追诉人人身权这一基础性权利展开。国家侦查机关针对被追诉人的侦查干预、审前羁押等，在后续的每一个诉讼阶段仍必须不断受到基本法审查，以确保其基本权不受无端侵害。借助刑事司法权力，宪法争取维护自由的法治秩序(freiheitliche Rechtsordnung)而为全体公民(人民)提供有效的保障措施，在必要时通过刑事诉讼相关制度使一些严重的基本权干预手段正当化，从而使每个人享有人的尊严，但是，与此同时，刑事案件被追诉人及其主体性(Subjektsqualität)也应最大限度地获得宪法保障^[50]。

刑事追诉本身包含着严重的权利侵害，轻则

触及被追诉人的名誉权和一般人格权，重则干预其人身自由权、财产权、隐私权等。国家对犯罪行为的责难始终给被追诉人带来压力，即便是无罪推定，被指控犯罪而陷入刑事追诉本身可能给其名誉权带来重大影响。基于刑事诉讼对基本权可能产生的干预，德国法治原则要求基本法的所有保障措施可以而且必须充当“基本权限制之限制”^[51]角色而发挥作用。如果要使那些由刑事诉讼引起的严重干预被追诉人人格权的行为获得正当性，那么，“限制之限制”^[52]就应当被视为而且必须成为对刑事诉讼进行合宪性审查的界限和要求^[53]。

刑事诉讼中的“基本权限制之限制”如何使基本权干预获得正当性，基于两个重要根据：一是立法上，被追诉人随时根据基本权保障的需要而获得主观的基本权请求(subjektiven grundrechtlichen Anspruch)，具体适用《德国基本法》第2条“人人享有生命和身体不受侵犯的权利。人身自由不可侵犯。只有依据法律才能对此类权利予以干涉”。二是实践中，被追诉人基本权保障须从防御权视角进行解释和界定，为国家追诉机关在刑事诉讼中实施正当化的基本权干预划定外部界限，以符合宪法的防御立场(verfassungsrechtliche Abwehrposition)，引导刑事诉讼全过程的开展^[16]。

如果由于对被追诉人采取刑事追诉的一般性需要而产生额外的权利侵害，那么必须进行基本权干预的宪法评价，使其符合正当化要求。在刑事诉讼程序中，国家针对被追诉人的侦查行为不仅受刑事诉讼法的具体规制，而且受《德国基本法》第2条第2款第1句“人人享有生命和身体不受侵犯的权利”、第10条“通信秘密以及邮政、电信秘密不可侵犯”、第13条“住宅不受侵犯”、第14条“保障财产权和继承权”以及信息自决权条款的合宪性审查。审前羁押措施必须接受《德国基本法》第2条第2款第2句“人身自由不可侵犯”、第104条“限制和剥夺人身自由的法律限制”的合宪性审查。此外，“强化审查论”新学说认为，当出现所谓“相加的”(additiv)或者“累积的”(kumulativ)基本权干预时^[55]，例如，若同时使用逮捕、搜查、监听等多种强制措

施,则必须对侦查行为进行总体审查^[56]。

其二,被害人(Verletzter)。

随着现代刑事诉讼中被害人或者受害人(Opfer)地位日益受到关注,被害人在德国基本法上的法律地位和基本权保护义务得以重新界定。基于现代国家的司法保障义务,法律禁止公民使用武力和自决模式还击犯罪行为,由此,国家在充分履行其公民权利保护义务方面对刑事司法提出了新的宪法要求,包括对全体公民的保护和对被害人的特别保护,其中,国家在刑事诉讼中切实保障被害人的核心权利成为基本权保护义务中的一个基本问题^[57]。但是,立法者从维护公共利益角度分配给刑事被害人的诉讼权利依然是有限的,并具有一定随意性。德国现行法上,被害人参照证人条款而承担作证义务(Zeugenpflicht),他们的人格权保护只是适用基本权的防御功能,1986年制定的《被害人保护法》希望将被害人列为独立的刑事诉讼参与人,但是,在法律实施过程中,保护被害人法定诉讼权利的规定并没有独立出现,对其宪法基本权利的保护,尚有待制度和实践方面的进一步改善^{[53](592-593)}。

其三,证人(Zeuge)。

证人是刑事诉讼中的重要诉讼参与人。证人的作证义务意味着,知道案件情况的证人作证是刑事司法正常进行和查明案件真相的必然要求,证人义务原则上来自法律赋予社会大众揭露和惩罚犯罪的公民责任(civic responsibility)。但是,证人作证义务中存在基本权干预问题,因此,依据《德国刑事诉讼法》第68a条保障证人名誉权和私人生活信息权的规定、第71条的证人补偿规则,可以认为,兼顾维护证人作证义务与证人权利保护相称性的法律立场,蕴含着宪法保障的精神。与证人作证义务相对,证人有法定的拒绝作证的权利,《德国刑事诉讼法》第52条、第53条、第53a条、第61条等条文规定的证人沉默权(Zeugnisverweigerungsrechte)和第97条规定的禁止扣押其书面信件和其他物品作为证据材料,构成证人拒绝作证制度,但该制度常常引发宪法层面的紧张局面。在司法实践中,一方面,不断累积的宪法案例要求,必须为证人拒绝作证权提

供最低限度的宪法保障,例如,证人享有拒绝作证权意味着始终不会受到任何秘密侦查措施的侵害^{[53](242-254)}。另一方面,全力发现案件真相的司法需求又需要证人首先承担到场作证的义务,例如《德国刑事诉讼法》第51条第1项规定,“经合法传唤而不到场的证人要负担因其不到场所产生的费用。同时还要对其处以罚款,对不能缴纳罚款的处以拘留”。可见,拒绝作证权面临的紧张局面在制度和实践中难以消除。除此之外,第68b条规定,“证人可以得到法律顾问的帮助。证人的法律顾问可被允许出席对证人的询问”。这是德国法保障证人到案作证的特别诉讼权利。假如证人面临来自第三方的威胁,国家还必须履行基本法上的安全保护义务而采取充分的证人保护措施,继而,如果获得国家充分保护,证人就应当全面履行作证义务。

其四,辩护人(Verteidiger)。

辩护人在中国刑事诉讼中属于诉讼参与人,理论上认为刑事辩护具有“民间性”。《德国联邦律师规则》(BRAO)第1条规定:“律师是司法活动的独立组织。”德国联邦宪法法院判例认为,刑事案件辩护人不仅是受当事人委托的代理人,而且是以被追诉人法律顾问身份出现的独立司法人员。由刑事诉讼中辩护人的法律地位决定,他们不仅服从客观的宪法原则和满足被追诉人的权利诉求,而且其执业活动受《德国基本法》第12条第2款规定的职业自由权保护和《联邦律师规则》第2条第1款的律师执业自由条款保护。《德国基本法》第12条还用于测度辩护人资格排除的问题。根据《德国刑事诉讼法》第148条规定,委托人与辩护人之间的信赖关系以及相互之间的通信往来受宪法保护,辩护人的会见权和通信权属于隐私权,属于联邦宪法法院判例确立的基于人格尊严的核心保护领域。

根据公开审判原则,辩护人和被告人之间的会见权和通信权与新闻媒体报道权会产生关联和冲突。《德国法院组织法》(GVG)第169条第1句规定,言词审理公开原则既是法治国原则的组成部分,也符合司法民主的普遍公开原则。但是,审判公开蕴含着冲突,一方面,公开审判应当保

障诉讼参与人的一般人格权及其对正当程序的要求，另一方面，公开审判是国家司法正常运作的需要，特别是不受干扰地发现案件真相和适用法律的需要。《德国基本法》第5条第1款规定言论自由和媒体报道自由，但是，依据《德国法院组织法》第169条第2句禁止在法庭审理程序中使用录音、录像和无线电设备，并不违反新闻公开。德国联邦宪法法院2007年的一则判决在讨论刑事诉讼案件法庭审理过程中是否允许电视录像的问题时指出，如果在审理之前和审理之中对录音录像进行限制，则要求具备特定的正当化理由^[60]，如果审判之后依然限制新闻报道，则必须出于对诉讼参与人人格权的特定保护，包括辩护人。在侦查程序中，如果媒体基于公众和媒体正当的知情权与新闻报道权作出可能给被追诉人及其辩护人的人格权造成伤害，那么，需要从法条和法理上讨论诉讼参与人人格权保护与公众知情权保护两者之间如何平衡，需依照的是《德国刑事诉讼法》第475条“私人信息提供与阅卷”条款规定，以及“人格权法”“艺术作品版权法”“刑法”等法律相关规定设置的标准和界限^[61]。

五、德国法上实现刑事诉讼基本权保障的程序机制

德国基本法所确立的刑事诉讼原则，在宪法与刑事诉讼法中作为一般的抽象规则或者法律原则而发挥作用，据以实现法治国原则所要求的刑事诉讼目标^[62]。由刑事司法引发的基本权干预，只有在刑事诉讼符合明确的法治国原则时才获得正当性，德国联邦宪法法院将刑事诉讼中检察机关与被追诉人之间的“控辩平等”视为公平原则的特殊标志，宪法要求且保障控辩平等，检察官代表国家充当“法律守护人”(Wächter des Gesetzes)角色，还要求其履行客观义务^{[57](8)}。根据那些由宪法意义上的一般抽象规则转化的刑事诉讼原则，例如正当程序(das faire Verfahren)^[64]、控辩平等(Gebot der Waffengleichheit)^{[57](16-25)}、无罪推定(Unschuldsvormutung)(包括反对自证其罪^[66]以保护被追诉人供述自由)^[67]、“罪疑有利被告人”(im

Zweifel für den Angeklagten)^[68]等原则。此外，德国刑事诉讼立法与实践还要为实现基本权保障提供一系列诉讼权利或称程序权利，这些权利构成刑事诉讼基本权保障较为完整的系统性程序机制，它们来自或者派生于基本法而为刑事诉讼法贯彻实施，因此具有宪法上和刑事诉讼法中的双重规范意义。

第一，法定法官审判的权利(Recht auf den gesetzlichen Richter)。《德国基本法》第101条第1款第2句是明确规定法定法官审判的保障条款，“任何人不得被剥夺接受法定法官审判的权利”^{[62](22)}。该条款的立法意图是为了防止个案裁判结果由于被遴选听审法官与案件裁判存在某种关系而可能受到影响的危险，目的在于保障司法的独立性、维护人们对法院的非党派性和客观中立性的信任^[70]。这一基本法上的保障，既关系到法院的司法管辖权以及负责审理个案的审判庭(Spruchkörper)人员构成，也关系到在审判庭人员过多时确定审判法官的各自职责，因此，立法上必须事先设计事务分工和合作，提前确定一个抽象和一般的管辖权规则和程序规则，并最大可能地避免法官自由裁量(Spielraum)^{[62](322)}。联邦宪法法院早期判决中讨论的一些问题一直存在争议，例如，对于符合刑事诉讼法灵活设置的地域管辖制度(《德国刑事诉讼法》第7条及以下，《法院组织法》第24条、第25条、第74a条)，检察机关基于法定法官条款而拥有选择权。《德国刑事诉讼法》第354条规定由上告第三审法院自行判决或者发回重审，被认为符合基本法相关规定。只有专业法院在适用管辖规则和程序规则时存在故意的错误，才会被联邦宪法法院指责为违反法定法官原则。《德国基本法》第92条和第97条规定了符合法官身份的宪法要求，据此而来，立法必须首先采取预防措施排除或者否决那些持有偏见的法官(befangene Richter)，在通常的专业审判权范围内通过法律预先规定的专业合议庭主持审判。总而言之，法定法官审判权是刑事诉讼程序正义的基本要求，在宪法层面保障诉讼当事人的平等参与权，进而实现司法裁判的可接受性。法定法官审判权是德国刑事诉讼法上具有宪

法价值的程序基本权利,同时是《欧洲人权公约》中确认审判权的重要内容。

第二,请求公平审判权(*Anspruch auf rechtliches Gehör*)。《德国基本法》第103条第1款规定的请求公平审判权,被解释为每个人享有可以借助宪法诉愿维护的、符合人的尊严保障条款的根本的程序性“自然权利”(Urrecht),也是由法治原则具体化为客观法上的诉讼原则的。请求公平审判权的核心内容是,案件事实通过庭审而得到发现、查明和释明,当事人没有完整发表意见并认识到蕴含其中的法律意义的案件事实材料,法官在作出判决时可以不采用,也可以依据职权释明而予以采用。在刑事诉讼中,请求公平审判权意味着审判要遵循直接言词原则和依法听审义务(*Anhörungspflicht*),刑事诉讼应以法庭审理程序为中心而非检察官主导的侦查程序为中心。所有诉讼参与人都就判决可能涉及自身的内容接受法庭审理,并使诉讼程序权利在以下三方面得以实现:当事人获得充分告知的权利、当事人充分表达自己意见的权利、法庭有义务充分考虑当事人发表的意见。根据德国基本法要求,法官对所有刑事案件都要作出确定的、明确的、无可争辩的判决,为此,法庭必须对任何损害公平听审权的行为提供有效保护,必要时可以通过《德国刑事诉讼法》第33a条规定对那些可受指责的听审活动行使抗告权(*judex a quo*)^[72]。请求公平审判权体现在德国刑事诉讼法的许多具体规定之中,特别是第33条规定的“听审当事人”条款、第147条和第406e条规定的“被害人阅卷权”条款、第136条和第163a条规定的“讯问时的告知义务”条款、第226条及以下相关条文中规定的基于诉讼效率同时保障听审权的言词审理程序规则,以及第265条保护被告人免遭法律观点变更的程序权利^{[63](281)}。

第三,通过程序贯彻罪刑法定(*Nulla poena sine lege*)原则。《德国基本法》第103条第2款明确规定可以通过宪法诉愿保障的罪刑法定原则,该原则的内容包括五个方面:任何定罪均通过刑法立法保留(*strafrechtlicher Gesetzesvobehalt*)、定罪基于行为原则(*Tatprinzip*)、定罪明确性原则

(*Bestimmtheitsgrundsatz*)、禁止类推解释(*Analogie verbot*)、禁止溯及既往(*Rückwirkungsverbot*)。罪刑法定的这五项派生原则及其衍生内容给予被追诉人全面的基本法保障,同时构成法治原则所要求的刑法适用的确定化规则^{[63](283)}。可以说,《德国基本法》第103条第2款为国家刑罚权设定了宪法边界,成为限定法官在刑事诉讼中进行实体刑法文本解释和适用的基本要求,“某项行为实施之前法律已规定其可罚性时,对该行为方可处以刑事处罚”。对此是否必然严格适用尚有争议,但通说认为,刑事诉讼只要贯彻法治原则要求的法律保留原则、规则明确性原则和法治国信赖保护原则即可。

第四,刑事追诉一事不再理(*ne bis in idem*)原则。《德国基本法》第103条第3款规定的一事不再理原则,既是程序原则,也属于程序基本权。通常解释为,在已经作出生效刑事判决之后对同一犯罪行为(*wegen derselben Tat*)的再次审理必须陈明理由。对于其中存在的法律安定性与案件实体公平之间的紧张关系,要倾向于从有利法律安定性角度进行解决,一般而言,对生效判决不能轻易提起再审^[56],需要进行价值判断和选择^[76]。一事不再理原则所要保障的利益不仅反对双重刑罚,而且反对就同一行为开启两次追诉程序,遵循所谓的“一次性刑事追诉”(Einmaligkeit der Strafverfolgung)^{[63](287)}。当然,通常诉讼中断后可能的重新开始程序不受影响,但是为了双重处罚而将重新开始程序的理由任意扩大则属于超越界限,为宪法所不容。《德国基本法》第103条第3款的排除效力只适用于诉讼终结并发生法律效力之法院判决之中,可以适用于法官作出的无罪释放判决、《德国刑事诉讼法》第373a条的刑事处罚令,但在诉讼中断或者拒绝开启审理程序的规定中只有有限的排除效力,对此可以比较第153a条追究议员刑事责任和第211条不得异议的法院裁定。一事不再理原则不适用于检察官的决定,就是说,检察官撤诉之后,发现新的事实或者证据,可以再次起诉。外国法院判决不发生《德国基本法》第103条第3款的排除效力,这与我国《刑法》第10条的规定大致相同。

第五,对限制和剥夺自由的保障(*Garantien*)

bei Freiheitsbeschränkungen/-entziehungen) 权利。《德国基本法》第 2 条第 2 款第 2 句和第 3 句、第 104 条规定的对限制和剥夺自由的保障条款在宪法上具有很高位阶，意在表明国家权力担负着保障个人自由的义务，为公民提供人格发展可能性的基础和条件。其中，第 2 条是实体法保护条款，第 104 条是程序法保障条款，从而形成双重保障。任何限制个人自由的行为都要服从法律保留原则的合宪性审查，而剥夺自由的行为要同时服从法律保留原则和法官保留原则，由此构成所谓的“通过程序的基本权保障”(Grundrechtsschutz durch Verfahren)。《德国基本法》第 104 条所确立的禁止任何非法、未经法官审查而实施拘捕的原则与英国 1215 年的《自由大宪章》第 39 条和 1679 年的《人身保护令》等普通法宪法性文件相类似，被德国公法学者称为符合“民主的法治国”(demokratischer Rechtsstaat)的基本内容^[78]。

具体地说，《德国基本法》第 104 条第 1 款第 1 句明确规定一切限制个人自由的程序性法律保留(Vorbehalt des förmlichen Gesetzes)，该条款规定，“只有依据正式法律，并按照法律中规定的方式，方可限制人身自由”。对于剥夺个人自由的基本权干预行为，第 104 条第 2 款和第 3 款同时规定法官保留原则，意在表明，为维护个人自由而设定的程序性保护规范，法官且只有法官对任何剥夺自由的行为承担全面的保护责任，包括审查责任、法律论证责任等。《德国基本法》第 104 条第 2 款规定，“只有法官才能决定是否准许剥夺自由，以及剥夺自由的期限。未根据法官命令而采取剥夺自由的措施，应当立即取得法官的决定。警察依据其本身权力拘留任何人，拘留时间不得超过羁押后次日结束。具体细则由法律予以规定。”第 104 条第 3 款规定，“因涉嫌犯罪的临时拘留，最迟在羁押后次日提交法官，法官须告知拘留原因，进行讯问并给予受拘留人辩护机会。法官须立即签发逮捕证，说明逮捕理由，否则命令释放。”第 104 条第 4 款规定，“法官就有关剥夺自由的命令和剥夺自由的期限所作出的任何裁判”，在拘留之后应当立即通知被拘留人的亲属或者亲近人员。在实践中，德国联邦宪法法院根据比例原则作出的一些判决要求，剥夺

自由的时间越长，审查条件越严格，并且适用于任何形式剥夺自由的情势和案例，其中，刑事诉讼审前羁押最为典型，需要严格适用基本法上关于“人身自由不可侵犯”的宪法条款，同时应当遵循比例原则。

六、结论与展望

正如学者所言，“保障司法人权是公民权利的最后一道防线”^[79]。在刑事诉讼程序正当化理念要求下，针对犯罪嫌疑人、被告人的人权与基本权利的国家干预，特别是针对其人身权利、财产权利的国家干预如何获得正当化，在理论和实践中都显得非常重要。研究德国刑事诉讼制度可见，以惩罚犯罪名义实施的任何基本权干预行为均需获得宪法(基本法)上的正当化；刑事诉讼中的基本权保障要求对侦查行为设定分级审查程序机制，并对查明犯罪真相设定具体的合宪性审查限制；刑事诉讼中的基本权保障所覆盖的权利主体范围在宪法法院判例中得到不断扩展；与合宪性意义上的刑事诉讼原则共生的一系列程序权利，构成基本权保障较为完整的程序保护机制。由于侦查程序中出现干预和侵害被追诉人基本权利的可能性最大，德国刑事诉讼制度对于国家惩罚犯罪中的侦查干预、审前羁押等诉讼行为设置最为严格的法律程序保护机制，这些法律保护机制使个人基于宪法上的防御权内容转化为刑事诉讼中国家机关及其工作人员的强制性义务。从德国法治原则派生的一般观念认为，基本权干预需要宪法上的正当化，或者说，需要遵循合宪性审查的程序原则。在刑事诉讼中正确权衡惩罚犯罪与人权保障二者之间的关系，意味着只有遵循国家刑事司法权力“不可过度运用”的逻辑，为国家惩罚犯罪的合法干预权设置合宪性程序限制，才能在刑事诉讼中实现对公民基本权的有效程序保障。

由德国法反观我国刑事诉讼，能否从中适度借鉴一些合理制度要素，使法律规定的“尊重和保障人权”真正得以实现，立足于“宪法基本权利保障”的根基之上，需要对两个基本方面进行优先和重点关注：其一，关注如何使《刑事诉讼

法》第2条规定的“尊重和保障人权”“保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利”条款在司法实践中得以实际适用和全程贯通。也就是说,如何运用规范解释和目的解释方法,使其在司法实践中变得更具体、更具有可操作性,如何运用合宪性审查解释和适用刑事诉讼中的人权保障和基本权保障,这需要在现有刑事诉讼程序规范的基础上,提供更为细致的权利保障的配套规范。其二,在当前我国“少捕慎诉慎押”从司法理念上升为国家刑事司法政策的背景之下,特别是从更高视角看,在深入推进全面依法治国进程中加强司法人权保障的背景之下,刑事司法人权(基本权)保障的完善方案和方向需要重点瞄准对强制性侦查行为、羁押型强制措施的程序控制,对此,需要结合宪法实施和刑事诉讼立法,配置一套合理化、体系化、细则化的程序规范。这两方面的任务,从根本上说,可能需要在未来中国刑事诉讼法典化^[80]过程中经过不懈努力才能完成^[81]。

参考文献:

- [1] 陈光中,刘林呐.尊重和保障人权:不仅仅是一项基本原则[N].检察日报,2013-03-19(3).
- [2] 陈光中,曾新华,刘林呐.刑事诉讼法制建设的重大进步[J].清华法学,2012,6(3):7-19.
- [3] 左卫民.背景与方略:中国《刑事诉讼法》第三次修改前瞻[J].现代法学,2015(4):3-11.
- [4] MÖSTL M. Die Staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung[M]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002: 3.
- [5] SCHWARZ K A. Verfassungsgewährleistungen im Strafverfahren[J]. JURA, 2007(1): 334-349.
- [6] ROXIN C. Strafverfahrensrecht[M]. München: C.H.Beck, 1998: 2.
- [7] STERN K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Bd. I)[M]. München: C. H. Beck, 1984: 848.
- [8] PFEIFFER G. Einleitung[C]//Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung. München: C.H.Beck, 2007: 23-33.
- [9] SAX W. Grundsätze der Strafrechtspflege[C]//BETTERMANN, NIPPERDEY, SCHEUNER. Die Grundrechte, Band III, Halbband 2, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1972: 909-935.
- [10] 林来梵.合宪性审查的宪法政策论思考[J].法律科学,2018(2):37-44.
- [11] 韩大元.关于推进合宪性审查工作的几点思考[J].法律科学,2018(2):59-66.
- [12] 胡锦涛.论推进合宪性审查工作的体系化[J].法律科学,2018(2):28-36.
- [13] 秦前红.合宪性审查意义、原则及推进[J].比较法研究,2018(2):66-77.
- [14] 李少文.合宪性审查的法理基础、制度模式与中国路径[J].比较法研究,2018(2):78-91.
- [15] 周光权.刑事司法领域的宪法判断与刑法制度文明[J].中国社会科学,2022(8):4-23.
- [16] GUSY C. Verfassungsfragen des Strafprozessrechts[J]. StV, 2002(1): 153-160.
- [17] RZEPKA D. Zum Fairness im deutschen Strafverfahren[M]. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000: 450.
- [18] 托马斯·魏根特.德国刑事程序法原理[M].江溯,等译.北京:中国法制出版社,2021:94.
- [19] AMELUNG K. Probleme des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe[J]. NJW, 1979(6): 1687-1699.
- [20] 林钰雄.刑事诉讼法:上册总则编[M].北京:中国人民大学出版社,2005.
- [21] MÖSTL M. Grundrechtliche Garantien im Strafverfahren[C]//ISENSEE, KIRCHHOF(Hg.). Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- [22] SCHWARZ K A. Verfassungsgewährleistungen im Strafverfahren[J]. JURA, 2007(1): 337-378.
- [23] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfG(K) vom 15.10.2004-2BvR1802/04[EB/OL]. (2004-10-15) [2023-01-02].https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/10/rk20041015_2_bvr180204.html.
- [24] JAHN M. Die Ermittlungsverfahrensbeschwerden-“Klage”[C]//FS zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer. Berlin: Die BRAK, 2006: 335.
- [25] 赖纳·格罗特.公法上的体系[J].马利群,译.公法研究,2021,21(1):211-256.
- [26] VOLK K. Grundkurs StPO, 6.Aufl[M]. München: Verlag C.H. Beck, 2008: 101.
- [27] ESCHELBACH R. Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten[J]. StV, 2000(1): 390-401.
- [28] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 107, 299, am 12.3.2003[EB/OL]. (2003-03-12) [2022-12-29]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/03/rs20030312_1bvr033096.html.
- [29] ENGLÄNDER A. Die Rechtsbehelfe gegen strafproz

- essuale Zwangsmaßnahmen[J]. JURA, 2010(6): 414-418.
- [30] BEULKE W. Strafprozessrecht[M]. Heidelberg: C F Müller Verlag, 2008: 326.
- [31] HÜLS S. Der Richtervorbehalt—Seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen[J]. ZIS, 2009(4): 160-169.
- [32] BEULKE W. Strafprozessrecht[M]. Heidelberg: C F Müller Verlag, 2008: 457.
- [33] ROGALL K. Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantie des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus[J]. JZ, 2008(29): 818-830.
- [34] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 113, 29[EB/OL]. (2005-04-05)[2022-12-29]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=de.
- [35] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 57, 250; BVerfGE 80, 367; BVerfGE 86, 288; BVerfGE 115, 212[EB/OL]. (2006-03-14)[2022-12-29]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html?language_=de.
- [36] GÖSSEL K. H. Beweisverbote[C]//EWALD LÖWE, WERNER ROSENBERG. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz(Bd.I). Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2006: 70.
- [37] PUSCHKE J, SINGELNSTEIN T. Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1.1.2008[J]. NJW, 2008(1): 113-133.
- [38] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008, 1 BvR 370/07[EB/OL]. (2008-02-27)[2022-12-29]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html.
- [39] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 109, 279. Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 3. März 2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99[EB/OL]. (2004-03-03)[2023-01-02]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/03/rs20040303_1bvr237898.html.
- [40] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 2. März 2010, 1 BvR 256/08[EB/OL]. (2010-03-02)[2022-12-29]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/03/rs20100302_1bvr025608.html.
- [41] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016, 1 BvR 966/09[EB/OL]. (2016-04-20)[2022-10-03]. http://www.w.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609en.html.
- [42] 易延友. 刑事诉讼人权保障的基本立场[J]. 政法论坛, 2015(4): 15-33.
- [43] 中华人民共和国国务院新闻办公室. 中国司法领域人权保障的新进展[N]. 人民日报, 2016-09-13(11).
- [44] 中华人民共和国国务院新闻办公室. 中国的司法改革[M]. 北京: 人民出版社, 2012: 1.
- [45] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲, 温小洁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 68.
- [46] FABIO U. Sicherheit in Freiheit[J]. NJW, 2008(1): 421-435.
- [47] ALEXY R. Theorie der Grundrechte(2.Aufl.)[M]. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994: 267.
- [48] APPEL I. Verfassung und Strafe: zu den verfassungsgrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens[M]. Berlin: Duncker & Humblot, 1998: 560.
- [49] 何永红. 基本权利限制的宪法审查[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 66-67.
- [50] PUSCHKE J. Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung: Eine Untersuchung unter rechtlichen, rechtstatsächlichen und kriminologischen Aspekten[M]. Berlin: Duncker & Humblot, 2006: 202.
- [51] KIRCHHOF G. Kumulative Belastung durch unterschiedliche Staatliche Maßnahmen[J]. NJW, 2006(1): 732-756.
- [52] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. 2BvR 1671/07. [EB/OL]. (2007-10-9)[2022-12-30]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/10/rk20071009_2bvr167107.html.
- [53] 克劳思·罗科信. 刑事诉讼法: 第 24 版[M]. 吴丽琪, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [54] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 91,125, 1BvR 620/07, BVerfG v.19.12.2007[EB/OL]. (2007-12-19)[2022-12-30]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/12/rs20071219_1bvr062007.html.
- [55] LINDNER J F. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren[J]. StV, 2008(1): 210-233.
- [56] HILL H. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt[J]. HStR VI, 2001(6): 156-188.
- [57] 林钰雄. 检察官论[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [58] 托马斯·魏根特. 刑事诉讼法中不可放弃的原则[EB/OL]. (2006-12-11) [2022-12-29]. <http://www.procedural.allaw.cn/info/1013/5482.htm>.
- [59] VERELL T. Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafver

- fahren[M]. München: C H Beck, 2001.
- [60] BOSCH N. Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht[M]. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- [61] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. Leitsätze zum Urteil der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Mai 2002, BVerfG v. 16.5.2002, 2 BvR 665/02. [EB/OL]. (2002-05-16)[2022-12-29]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/05/rk20020516_2bvr066502.html.
- [62] SOWADA C. Der gesetzliche Richter im Strafverfahren[M]. Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2002.
- [63] PIEROTH B. Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II(24.Auflage)[M]. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2008: 275.
- [64] Das Deutsche Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 107, 395. Leitsätze zum Beschluss des Plenums vom 30. April 2003[EB/OL]. (2003-04-30)[2022-12-30]. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/04/up20030430_1pbvu000102.html.
- [65] 杨开湘. 刑事再审程序的价值判断和选择[J]. 法学, 1993(11): 11-13.
- [66] AMELUNG K. Die Entstehung des Grundrechtsschutzes gegen willkürliche Verhaftung[J]. JURA, 2005(3): 447-478.
- [67] 胡铭. 司法制度的中国模式与实践逻辑[M]. 北京: 商务印书馆, 2023: 95.
- [68] 陈卫东. 论刑事诉讼法的法典化[J]. 中国法学, 2021(3): 51-69.
- [69] 万毅. 法典化时代的刑事诉讼法变革[J]. 东方法学, 2021(6): 184-197.

The guarantee of fundamental rights in criminal procedure in Germany

YANG Kaixiang

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The provision of the clause of "respecting and protecting human rights" in the amendment of China's *Criminal Procedure Law* is a significant progress in China's criminal justice system, however, there is still much space for improvement in the judicial protection of human rights in China's criminal justice system and practice. After reviewing the law systems of various foreign countries, it is found that in German laws, the judicial protection of human rights in criminal procedure is linked to the guarantee of fundamental rights in constitution, raises the intervention of fundamental rights in criminal procedure to the height of constitutional investigation, and the Federal Constitutional Court abides by such principles of governance by law as constitutional procedure-protection mechanism that is strictly stipulated in criminal procedure, including coercive measures, investigation intervention, pretrial detention, etc. This can yet be regarded as a legal model for institutional reference in improving human rights protection in China's criminal laws. In German criminal procedure system, when the criminal procedural activities in the name of punishing crimes are identified as fundamental rights intervention, they need to be justified in the Constitutional Law (German Basic Law); the guarantee of fundamental rights in criminal investigation is to be reviewed substantively according to the principle of judge reservation, to set a classified review procedure mechanism for all investigative activities, and to stipulate specific review restrictions on finding the truth of crimes in the handling of criminal case; the scope of right subjects covered by the protection of fundamental rights of criminal justice has been continuously expanded in the cases decided by Federal Constitutional Court, clearly protecting the subjects and their basic rights, such as the accused, victims, witnesses, defence attorneys, etc; according to a series of procedural rights coexisting with the criminal procedure principle in the sense of constitutionality, a complete procedural mechanism for the protection of fundamental rights is thereby formed.

Key Words: German criminal procedure; violation of fundamental rights; protection of fundamental rights; judicial protection of human rights

[编辑: 苏慧]