

辩护权的 基本权利之维

韩正武 / 著

THE RIGHT TO DEFENCE
AS
FUNDAMENTAL RIGHTS

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

辩护权的 基本权利之维

韩正武 / 著

THE RIGHT TO DEFENCE
AS
FUNDAMENTAL RIGHTS

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

辩护权的基本权利之维 / 韩正武著. -- 北京: 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3073 - 4

I. ①辩… II. ①韩… III. ①辩护制度—研究 IV.
①D915.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 020494 号

辩护权的基本权利之维
BIANHUQUAN DE JIBEN QUANLI ZHIWEI

韩正武 著

责任编辑 李 璐
装帧设计 鲁 娟

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 司法实务出版分社

开本 A5

印张 10

字数 204 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3073 - 4

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

韩正武

河南新乡市人，1974年6月出生，汉族，中共党员，中南财经政法大学学士，厦门大学法学博士。从事律师执业15年。福建省人民政府立法咨询专家，龙岩市人大常委会立法专家顾问。先后担任多家政府机



关、企事业单位法律顾问。擅长办理刑事、行政及立法等法律事务和重大疑难复杂案件。先后在《中国评论》《东南学术》《福建论坛》《福建警察学院学报》以及《人民政坛》等刊物上发表多篇学术文章。

辩护权的 基本权利之维

序 一

辩护是现代刑事诉讼中不可或缺的职能之一。虽然英美法系国家和大陆法系国家在对于辩护权的理解和具体设置上存在一些差异,但随着不同法系之间法律文化的不断融合和相互借鉴,不难发现,辩护权的价值在日益凸显。

在刑事诉讼中,辩护是犯罪嫌疑人、被告人最基本的一项诉权。在我国,宪法作为国家根本大法,侧重于从宏观层面保护公民的基本权利。而刑事诉讼法作为程序法,更多的是从微观和具体制度层面保护被追诉人的权利。

虽然,30多年来我国的辩护制度取得了长足的进步,但不可否认的是,我国刑事案件的辩护率始终比较低。刑事案件的辩护率偏低,致使一些犯罪嫌疑人、被告人的合法权益得不到有效保障。如果公民的辩护权得不到有效保障,那么与之密切相关的公民生命、自由和财产权等基本权利势必也会受到相应的冲击。因此,从宪法的角度对辩护权进行研究,将辩护权

作为公民的一项基本权利进行研究,可以正本清源,进而筑牢辩护权的学理根基。

故而,我认为,对辩护权进行深入探讨,对于推动司法实践、理论研究乃至立法改革,都具有十分重要的意义。在不同场合,我也多次提出要进一步加强对辩护权的立法保障和理念更新。否则,我们整体的司法环境就会因为辩审冲突等问题的加剧而恶化,这是我们不愿意看到的一种结果,也是对以审判为中心的司法改革大方向上的一种背离。故而,当韩正武博士请我为他的《辩护权的基本权利之维》一书作序时,我是非常乐意的。

目前,据我所知,国内学者对辩护权的研究多是从刑事诉讼法的视角展开。但是,从宪法维度展开,以宪法和刑事诉讼法的关系为切入点,将辩护权作为公民的一项基本权利进行系统、全面研究的出版物并不多见。而这恰恰是《辩护权的基本权利之维》一书最大的特点。

当然,毋庸讳言,本书在某些问题上的观点尚有待商榷,关于我国立法对辩护权的论述也还需要进一步的充实。但瑕不掩瑜,总体而言,我认为,本书是一部具有较高质量的学术专著。我相信,本书的出版,不仅有助于推进我国辩护权的理论研究,有助于筑牢辩护权的宪法学理根基,从而保障被追诉人的合法权利;也有利于推动我国相关立法和司法的进一步完善,促成在这一问题上达成共识。

是为序!

田文昌

2018年3月21日

序 二

中国文化历来重“名”，所谓“师出有名”，缘因“名正而言顺”。故作者从宪法基本权利视域出发谈“辩护权”，不论从理论源起抑或从现实必需性须得为其“正名”。

在作者看来，源自西方产物之辩护权，既非神话，亦非后世记忆，更非集体无意识之审美形态，大抵神话过于缥缈，记忆过于抽象，无意识则缺乏严谨，它们也许可以成为文化记忆之唤醒者，乃至伟大理论诞生之精神源流，却非实在且根本的物质支撑。换言之，源出于西方语境下之刑事诉讼构造的辩护权，其应有着严谨的哲学渊流和明显的物态支撑（下文详述）。此为作者研究之起点，亦是全书之关键与核心所在。

就现实必需性来看，当前国内关于辩护权之研究成果多集中于技术层面，研究视域倾向为就事论事，多表现在逢山开路、遇河架桥式的适法性解释。同时，在理论基础建构层面之探讨略显薄弱，作者认为，须既从理论研究以刑事

诉讼程序适用方法为视角开展,强调辩护权理论基础面向仍以刑事程序之正当性为主,又应在辩护权深层次理念,即从宪法视角考量辩护权制度,保障当事人及诉讼参与人之相关合法权利,如何防范国家公权力对公民个人之侵害等“元宪法”基础性问题。基于基础理论研究之欠缺,并非意味着国内缺乏其生存之土壤,而是在司法规则创制功能愈加凸显之今天,在法学基础理论这块已被人们过度翻种的土壤中对司法实践的回馈作用并不具备时间优势,加之立法修订法律非一日之功,须守得冷板凳,耐得十年功。由成文法之漏洞填补并不能涵盖当前规范的方面,我国司法实践冤假错案时有发生,悄无声息地告知学者们辩护权维度研究的客观必要性与现实紧迫性。

基于上述背景,作者收集了大量的文献资料,对辩护权的一系列理论和制度演变进行了认真细致的梳理,同时也予以深刻探究、思考,在理论上呈现出诸多创新之处,提出了一系列值得我们深思的观点。具体而言,有如下几个层面:

其一,辩护权作为基本权利包括程序性、个体性与核心权利三个面向。程序性基本权利是将形式性基本权利转化为实质性基本权利的桥梁和激发“介质”。个体权利的集体让渡是国家权力的来源,也是其正当性依据所在。个体权利经集体让渡后剩下的核心权利便是公民的基本权利。其与所让渡之国家权力的分立状态与公民个体对“国家”利维坦的不信任密切相关。被保留下来的基本权利之主要功能乃是对抗国家权力。作者突破传统观念,即在传统认知实体性基本权利,诸如生命、自由和财产权不可剥夺、不受政府干预的基础上,提出了程序性基本权利的“保留名单”,其中辩护权作为应有之义赫然在列。对此,作者指出,语

言作为人的一项基本官能,是人之为人的根本条件,具体体现为宪法的文本规定、限制国家权力并保障人权、不可剥夺和克减三个层面,是连接公民实体基本权利与保障人权的桥梁和纽带。一端连接实体基本权利借以获取正义的力量,一端连接着国家权力,将获取的正义力量转化为限制国家权力的原动力。正是在对国家权力的限制过程中,辩护权从程序上维系着个人与国家之间的微妙平衡,实现着“权利”到“权力”的良性互动,践行着依法治国的核心理念。《草叶集》的作者沃尔特·惠特曼曾谈到,“文学的魅力是把昨天、今天和明天连在一起。怎么连在一起?不是靠已获得的结论,而是靠永远的悬念”。^①而作为“科学”而存在的“辩护权”,已然拨开了面纱、褪去了神秘感,真实而又确切地担当着个人与国家间的重要桥梁。

其二,律师是辩护权的主导性主体。有别于犯罪嫌疑人、被告人辩护权第一位,辩护人辩护权第二位的传统理论认识,作者认为,辩护人特别是律师辩护人是行使辩护权职能的主要承担者,是社会权利介入司法权力运行的重要支点,也是诉讼民主的直观体现。犯罪嫌疑人、被告人作为辩护对象仅具有原发意义,原发性侧重强调事物的缘起,主导性则是强调功能的重要性。过分强调犯罪嫌疑人、被告人辩护权的优位性,容易从认识论上忽视辩护权特别是律师辩护权的重要意义。在国家公权力相对扩张的时代下,唯有律师辩护权才有足够的、专业的、确定的力量制约刑事诉讼公权力的恣意横行,而律师辩护人也只有在制衡司法公权力并在保障人权的实践中才能不断成长。不论是理论层面

^① 余秋雨:《中华文化四十七堂课:从北大到台大》,岳麓书社2011年版,第42页。

还是司法实务,对辩护人辩护权的普遍漠视,与其说是理论欠缺之下的现实选择,不如说是权力思维惯性使然抑或为“思维惰性”导致选择后的独尊和沉寂。如“历史不可假设”一说得学界主流之肯认,但有的学者鲜明指出,“这是疲惫无奈的‘既成历史学’。因为从‘创建历史学’的观点来看,这种说法是窝囊的”。换言之,只有摒弃单一化的思维习惯,选择一种兼容并包的拓展式思维,尊重多种假设,欣喜选择过程中的无限,才能真正突破僵化思维、理论局限,张扬出一种全新、蓬勃的生命力^①。

其三,辩护权是具有公共利益属性之权利。公权利是参与国家公共事务或抗衡制约国家权力的权利。辩护权由公法调整并对国家刑事追诉权和审判权进行限制和规范(限制公权,保障个人权利),作为程序性权利,其保障刑事犯罪嫌疑人、被告人基本权利借助于对国家刑事侦查权、起诉权和审判权进行限制和规范来实现。辩护权行使主体身份之“自然人”属性不能否定其公权利属性。刑事诉讼中的“辩护难”现象,与司法权运行之主体未充分认识辩护权的公权利属性有关。公权利所对应的是国家义务,无视辩护权的“公权利”属性必然导致相应国家义务的缺失。黑格尔曾在其《美学》中谈到,“世上最深刻的悲剧发生在两个各有充分理由的片面之间,两个片面谁也不能完全说服对方”。在我看来,此中“悲剧”有时亦是“喜剧”、“片面”亦是“正面”——它们因争锋而精彩、因论争而鲜活。书中作者所持观点是对“辩护权公权利属性”的一种大胆解说与论证,虽还未能与“实然层面”的“辩护权属性”——私权性质——相与争锋,但是如此低哑而又坚

^① 参见余秋雨:《中华文化四十七堂课:从北大到台大》,岳麓书社2011年版,第57页。

定心声的发出,已然表明,即使不能马上实现的“片面”,也要做出最佳解读、最强努力,乍看不合时宜,但是它终将被唤醒,而这其实也是一种强大集体生命力被唤醒的迹象和表现。^①

其四,司法的终极目的是“放怨”。作者对通过“物归原主”“罚当其罪”实现实体正义的传统司法终极目的提出质疑,认为实体正义虽然一定程度上有利于已被破坏社会秩序的恢复,但还不是司法的终极目的。司法的终极目的是“放怨”。因为实体正义的实现并非修复秩序的唯一选项,通过正当程序进行“放怨”的过程是极为重要的手段,也是修复已被破坏社会秩序的唯一路径。无论是否能够实现实体正义,只要达到“放怨”的目的,也就释放了冲突双方或者刑事受害方积存内心的怨气,司法的目的性也就得已实现。反之,如果正当程序得不到坚守(注重正当程序的实现),即使实现了实体正义,不但不会“放怨”甚至还会“积怨”。因为人是有“颜面性”的高级动物。这种程序缺失的“积怨”有时甚至超过实体正义价值本身,且容易受到外界因素的蛊惑而演变为新的仇恨或不安定因素。上述内容,让吾想起一句名言,“书斋里的思考在社会上往往会以反讽的方式得以实现”。^②而作者“放怨”观点的提出,已然表明这不仅仅是于“书斋”得来的,更是长久实务经验的产物——若没有长期的“实践”,是想不出如此“任性且精彩”的论点的。换言之,作者此之观点的“出产”不仅有着书斋里的皓首穷经,更体现了“直观在场”的感觉,彰显了“务实”的美妙,亦再一次印证了古语中先知式的昭示,“读万卷书,行万里路”“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行”。

① 余秋雨:《中华文化四十七堂课:从北大到台大》,岳麓书社2011年版,第49页。

② 余秋雨:《中华文化四十七堂课:从北大到台大》,岳麓书社2011年版,第43页。

其五,正当程序是不可克减权利的本质。“不可克减”的权利,其本意并不在“不可克减”本身,而在于通过国际人权公约或者宪法规范展现出对相关基本权利的尊重和坚守,是对国家限制权利的限制,终极目的即在于保护公民的基本权利。同时,由于“不可克减”之实体基本权利与国家权力之间无法直接建立起内在勾连性,正当程序成为连接二者的桥梁与纽带。如果缺失正当程序的内容,无论文本规定多么完善都是无法保障公民实体权利的。只有坚守正当程序才存在不可克减的权利边界。如果正当程序缺失,所有不可克减的权利即便被载入宪法文本也只能沦为具文。诚如斯堪的纳维亚国家现代现实主义运动的奠基人阿塞尔·黑格尔斯多罗姆所言,“离开救济和强制执行措施来谈论权利是毫无意义的。如所有权在被侵犯在为诉讼对象以前,是不具经验意义的。即使所有权被侵犯并成为诉讼对象,诉讼当事人对该权利的主张,也只有到他能够证明其有资格时才是现实的和实际的”^①。故而,我们在对国家权力保持警惕、审慎而又超然,且对基本权利心怀敬畏的同时,亦须对正当程序保有应有之尊重。

邓正来先生在重译 E. 博登海默之《法理学:法律哲学与法律方法》序言中尝言:通过阅读、思考之实践开放出一些较具理论意义的问题,透过这些问题人们能够对那些原来被视为当然而不被质疑的现象或探究不完整、系统性欠缺的现象以及潜藏于这些现象背后的理论和逻辑进行再追问,再思量,再揣摩,而此之方式方法相比于那种对繁复问题做自以为是的简单回答或干脆将此问题搁置起来而不做任何反思和批判的做法,实在是更具意义,同

^① [美] E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 169 ~ 170 页。

时此之思维逻辑亦才是符合作为知识分子自由思考之原则和修养。^①

作为一个律师,希望作者永葆学习之兴趣和能力,并对中国现实问题保持存有续关注和不断思考、领悟、反思之热忱。

是为序。

江国华

二〇一八年三月二十二日 于珞珈山

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,“重译本序”第4页。

前 言

基本权利的整体构成包括实质性、形式性和程序性三个维度。实践中,如何将仅具形式性的基本权利转化为实质性基本权利,需要一个桥梁或者激发“介质”,即程序性基本权利。同时,基本权利的“基本性”还需要在社会契约的背景下予以把握。在社会契约形成过程中,国家系基于社会管理需要而存在,一方面,个体权利的集体让渡是国家权力的来源,也是其正当性依据所在。另一方面,个体权利经集体让渡后剩下的核心权利便是基本权利。这些基本权利与让渡的国家权力原本是个体的完整权利束,但此时因为存有主体上的分离而处于一种分立状态。这种分立固然由主体不同而致,同时也与公民个体基于对“国家”的不信任密切相关。让渡是基于追求更好而不是寻求加害。从这一角度讲,被保留下来的基本权利的功能或者说是主要功能乃是对抗国家权力。辩护权作为基本权利的“基本性”主要体现为文本有明确

规定、限制国家权力并保障人权、不可剥夺和克减三个面向,其作为人面对责难所依法享有的提出证据、言词辩驳和辩解的权利,是一项基本权利,最根本的原因就在于,作为辩护的最原始形态,语言(逻格斯)作为人的一项基本官能,是人成之为人的根本条件。无论是言词辩驳还是辩解的权利,是作为理性主体的人所无法被剥夺的,是具有“天赋人权”性质同时兼具实体性的程序性基本权利,也是连接公民实体基本权利与保障人权的桥梁和纽带,一端连接实体基本权利借以获取正义的力量,一端连接国家权力,将获取的正义力量转化为限制国家权力的原动力。正是在对国家权力的限制过程中,辩护权从程序上维系着个人与国家之间的微妙平衡,实现着“权利—权力”的和谐互动,践行着依法治国的理念,而这一切都肇始于对辩护权作为一项基本权利的感性认可、理性认同与制度化承认,唯有如此,方能使辩护权的程序性基本权利功能得以完满实现。

目 录

导 论 001

- 一、研究的缘起 001
- 二、国内外研究现状 005
- 三、内容概要 014
- 四、理论创新 016
- 五、研究方法 019

第一章 辩护权之历史沿革 021

第一节 国外辩护权之历史演变 021

- 一、弹劾制诉讼模式下辩护权之历史演进 021
- 二、纠问制诉讼模式下辩护权之演进轨迹 024
- 三、近代法治语境中辩护权的产生与发展 025
- 四、“二战”以后域外辩护权的发展态势 028

第二节 国内辩护权的历史演进 035

- 一、中国古代辩护权的产生与发展 035
- 二、近代中国辩护权制度的发展 038
- 三、中华人民共和国成立以后辩护权制度的
演进 041