

刑事诉讼与基本人权

林劲松 著

gong fa yan jiu

主编 谢 晖
陈金钊

公法研究

山东人民出版社

刑事诉讼与基本人权

陈正兴 著

陈正兴 著
陈国良 校

中国人民大学出版社

林劲松著

刑事诉讼与基本人权

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼与基本人权/林劲松著. — 济南: 山东人民出版社, 2005. 8

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 7-209-03762-4

I. 刑... II. 林... III. ①刑事诉讼—研究②人权—法律—研究 IV. ①D915.3②D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 084833 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 7.75 印张 4 插页 170 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

印数 1—2500 定价: 16.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但

不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致公、私法关系之颠倒。

愚以为:公、私法两者,私法为基础,公法居优位。世有私法,而无以之为基础的公法,私法内容,难以推行,私法精神,亦难得扩展。所以然者何?曰:私法通行,有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效,但无相关公法之护佑,则面对权力,其惟余规则;更兼私法之制约权力,乃自结果意义所言者,而非私法之宗旨。相较而言,不论公法学说之“管理论”“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左,但近世公法之实践,无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”,当其强调权力公开之时,同时即在树立控权旗帜。因权力之公开,既使权力之推定得以斩断,也令权力之滥用得以度量。可见,惟有立意于控权的公法,方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则,公法之不伸,公权之不约,即使私法完备无遗,想必只见开花而不见结果。

除此之外,作为保障私益之私法,难免与公共利益(即与公法)发生冲突抵牾者。当此之时,如何为之?在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代,大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来,此种情形,即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心,致使公法地位更加重要。尽管与此同时,以行政权为首之国家权力不断扩张,甚至权力制约原则因此而如履薄冰,但相继成长

之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”“行政程序法”“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛

书”；贺卫方等主持之“司法文丛”；陈兴良主持之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

前 言

人权保障是刑事诉讼理论研究中一个永恒的中心话题。现代刑事诉讼制度产生伊始,便与人权及其保障问题结下了不解之缘。可以说,刑事诉讼制度不断走向文明的发展史,就是一个对人权保障日益重视与完善的过程。尽管从世界范围内看,人权保障已经不是刑事诉讼理论研究中的新鲜话题,但是,人权意识在我国的复苏以及法学理论界将人权与刑事诉讼相提并论,则只不过是近十几年以来的事情。虽然如此,我国对这一问题的研究还是取得了有目共睹的成就,相应地,刑事诉讼中保障人权的意识和举措都有了明显的增强。然而,已有的研究也暴露出了一些问题,其中有些问题亟待从理论上加以探讨和澄清,否则将严重影响学术研究的进一步深入,弱化学术研究的实际价值。例如,研究中存在的人权“泛化”现象。有的研究者为了强调刑事诉讼保障人权的意义,从不同的层面和角度来理解刑事诉讼中人权保障的含义,将刑事诉讼对被追诉人权利的保护与对其他诉讼参与人权利的保护以及通过打击犯罪对社会正常秩序的维护,都纳入人权保障的范围。这种对权利保障的对象不加区分,看似全面、公允的观点,实际上掩盖了刑事诉讼以保障被追诉人权利为核心的价值所在,隐藏着贬低甚至否定刑事诉讼人权保障价值的危险。再如,研究中对程序性人权的忽视。一些研究者谈到人权保障,强调的或者说认识到的是刑事诉讼对公民实体性人权的保护,诸如使有罪者受到公正

的惩罚、使无罪者不受错误的追究、使被害人受犯罪行为侵害的权利获得相应的补偿,等等;而诉讼参与人所享有的诉讼权利,即使是被追诉人享有的最基本的诉讼权利,也仅仅被视为保护实体性人权的手段而不具有独立的保障价值。在这样的研究思路中,人权保障能否实现以及实现的程度如何,都必须依赖于案件的实体结论。由于过分重视实体真实,这种观点在人权保障实践中的弊端显而易见:在案件结论产生以前的程序过程中,可以为了查明案件事实真相而不择手段,忽视、侵犯诉讼参与人的程序权利;在案件结论形成以后,如果案件结局是对被追诉人不利的有罪认定,那么被追诉人在此前的诉讼过程中遭到侵犯的程序权利就更难以得到有效的救济,因为在这种观点看来,对于一个已经被确认的“真正的”罪犯来说,合理的定罪和量刑就是人权保障的最好体现,程序权利早已失去其手段的意义而没有保障的必要。总而言之,在当前的一些研究中,被追诉人的人权在许多时候给人的印象总是那么底气不足、那么缺乏自信,总是躲藏在扩大化了的人权保障的阴影之下。

本书选择刑事诉讼中的基本人权作为研究的切入点,首先是针对已有研究中存在的问题,突出两点研究价值:第一,明确刑事诉讼中的基本人权是被追诉人的人权。整个刑事诉讼活动的开展,都是围绕确认被追诉人的刑事责任问题进行。被追诉人的权利与国家权力在刑事诉讼中处于对立的两极,因而最容易受到来自权力的非法或无理的侵犯,刑事诉讼中的人权保障自然应当以被追诉人的权利保护为核心内容。这一看似简单的道理,在我国却经常有意无意地受到忽视。人们或者是在刑事诉讼“惩罚犯罪、保护人民”的庄严宣告下,附带提示不要忘记对被追诉人权利的保护;或者是不厌其烦地反复强调在保护被追诉人权利的同时不要伤及社会公共利益和被害人的利益。的确,这些分析问题的方法

本身都没有错,甚至是十分公允、全面的,但是,却偏离了中国的现实需要。在我国,一个不容否认的事实是,无论在观念上还是在实务上,刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人一直是诉讼的客体,是被动等待处置的对象,他们的权利没有得到应有的尊重和确认,往往成为维护社会秩序乃至野蛮执法和专横司法的牺牲品。虽然近年来被追诉人的地位有了明显的提高,但还远没有达到根本改观的程度。在这种令人堪忧的人权保障现状之下,值得理论界高度关注的应当是被追诉人人权屡遭侵犯的普遍事实,而不是臆想中的被追诉人受到过分保护所带来的不利后果。亦即,理论研究的重心首先应当是如何促使人们认识到保障被追诉人人权的现实紧迫性、如何采取切实的措施提高被追诉人现实的诉讼地位,而不是如何避免对被追诉人的过分保护以致危及社会利益和刑事诉讼惩罚犯罪目的的实现。因此,研究的层面不应继续局限于人权保障与惩罚犯罪、被追诉人利益与公共利益的辩证分析上,而应具体深入到被追诉人在诉讼中的人权内涵及其实际的保障措施。可以说,没有对被追诉人人权的高度重视和有效保障,我国刑事诉讼中真正意义上的人权保障机制将永远无法建立。第二,明确刑事诉讼中的基本人权是被追诉人的基本诉讼权利。从权利产生的角度看,被追诉人的程序性权利依赖于实体性权利;相反,从权利实现的角度看,被追诉人的实体性权利依赖于程序性权利。基于刑事诉讼保障人权的特殊机制,必须承认程序性权利的独立价值。只有将被追诉人的基本诉讼权利视为刑事诉讼基本人权的内容并加以切实的保障,刑事诉讼中的人权保障才是一种现实的、贯穿于程序全过程并具有预防和救济双重功能的人权保障方式。正因为如此,在现代宪政国家的整个人权保障体系中,刑事诉讼制度才居于特别重要的地位。强调被追诉人的基本诉讼权利为刑事诉讼中的基本人权,是本书研究的基点和中心,也是本书的研究有别于以往

多数研究之所在。

本书之所以使用“基本人权”的概念,主要是为了彰显保障被追诉人人权的重要意义。“人权”本身是一个庞大的话语体系,它涉及法学、哲学领域许多深奥的理论问题,而且与之相关的一些基础性理论也是观点纷呈、学说众多。刑事诉讼领域研究的人权问题,并不涉及如此广泛的范围,而是主要集中于刑事诉讼的人权保障功能。因此,一直以来,人们在研究刑事诉讼中的人权保障时,对“人权、基本人权、权利”等概念的运用并没有加以严格的区分。这也许是因为概念上的严格区分属于人权本义上的理论研究范围,在刑事诉讼领域解决这一问题,不仅十分困难,而且没有太大的必要。基于理论研究的惯性与传统,本书中的“基本人权”也并不是一个人权理论中的严格意义上的人权概念,本书对本义上的人权理论也没有作过多的探讨。但是,在此使用“基本人权”仍然有其特定的意义。在通常的研究中,被追诉人的人权与其他诉讼参与人的人权、基本的权利和一般性的权利往往都被人们纳入刑事诉讼人权保障的范围,而实际上它们之间的重要程度理应有所不同。那么,如何体现人权之间或者说权利之间的主次之分呢?“基本人权”应当是比较妥当的一词。它能够较好地说明那些权利是公民在刑事诉讼中最重要而又最需要保护的權利。

考虑到理论界对各项刑事诉讼基本人权的具体内容和保障措施已有较多的研究,本书在概括性地探讨了刑事诉讼基本人权的几个理论问题后,没有再对每一项基本诉讼权利作详细的论述,而是将研究的视角转向宪法和国际人权法层面。这一研究视角可以体现以下优势:其一,扩大研究的视野。刑事诉讼中的人权保障研究不一定非得局限于刑事诉讼立法和实践,与刑事诉讼基本人权相关的其他法学领域反而能给这一问题的研究带来新的启示;其二,凸显刑事诉讼基本人权的“基本性”。宪法是国家的根本大法,

国际人权法在许多国家也具有优先于国内法的效力。分析两者之中确认和保障刑事诉讼基本人权的規定,不仅可以为刑事诉讼基本人权寻求广泛的法律根据,而且可以充分展示刑事诉讼基本人权的基础性价值,更为重要的是,可以藉此判明我国保障刑事诉讼基本人权的差距,确定完善人权保障的目标和努力方向。

刑事诉讼基本人权的保障决不只是一个刑事诉讼领域的问题,从宏观的角度看,它与一国的宪政制度和宪政实践密切相关。对这一点,我国理论界尚没有引起足够的重视。所以,本书最后将我国刑事诉讼基本人权的宪政基础作为研究重点,其中主要从我国当前理论研究的不足、现行宪法规定的缺陷以及宪政实践和刑事诉讼实践中存在的问题等方面展开讨论。分析这些问题的基本指导思想是,既要充分认识到我国当前宪政制度对保障刑事诉讼基本人权的某些不足,又要对提高我国宪政理念、完善我国宪政体制、实现我国刑事诉讼基本人权的全面保障充满信心。在研究方法上,不是对当前的某些制度和理论加以简单的否定,而是在分析前因后果的基础上,结合现代宪政原理和刑事诉讼的基本规律,为解决当前比较突出的几个问题寻找合适的答案。

限于个人水平,书中的许多论证可能还不够充分,有些观点还值得进一步推敲。不足之处,有待于各位学者、同仁的批评指正和本人的继续努力。

目 录

《公法研究》总序	谢 晖(1)
----------------	--------

前 言	(1)
-----------	-----

第一章 刑事诉讼中的人权保障	(1)
----------------------	-----

一、语义与语境:刑事诉讼中的人权保障释义	(1)
(一)问题的提出	(1)
(二)三种语义的人权保障	(3)
(三)语境的设定	(6)
(四)语义的语境分析	(8)
(五)语义的选择	(15)
二、刑事诉讼中的人权是程序性人权	(17)
(一)刑事诉讼涉及的两类人权及其关系	(17)
(二)刑事诉讼直接保障的人权是程序性人权	(21)
(三)构建以程序性人权为基点的刑事诉讼 人权保障体系	(24)

第二章 刑事诉讼基本人权的理论界定	(26)
-------------------------	------

一、刑事诉讼基本人权的含义和特征·····	(26)
(一)刑事诉讼基本人权的含义·····	(26)
(二)刑事诉讼基本人权的特征·····	(28)
二、刑事诉讼基本人权的主体·····	(36)
(一)刑事诉讼中的权利主体·····	(36)
(二)被追诉人是刑事诉讼基本人权的主体·····	(39)
(三)被追诉人的基本人权本质上是 公民的基本人权·····	(42)
三、刑事诉讼基本人权的内容·····	(53)

第三章

刑事诉讼基本人权的宪法确认····· (58)

一、主要法治国家宪法规范中的刑事诉讼权利·····	(58)
(一)各国宪法规范中的刑事诉讼权利·····	(58)
(二)各国宪法确认刑事诉讼权利的共同特点·····	(68)
二、宪法确认刑事诉讼基本人权的价值·····	(72)
(一)宣告刑事诉讼中的基本人权·····	(72)
(二)调整刑事诉讼中国家权力 与公民权利的关系·····	(78)
(三)规制刑事诉讼立法·····	(83)
三、国际人权法中的刑事诉讼基本人权·····	(91)
(一)国际人权法的形成·····	(91)
(二)国际人权法对刑事诉讼基本人权的确认·····	(93)
(三)国际人权法确认刑事诉讼基本人权的价值·····	(98)

第四章

我国刑事诉讼基本人权的宪政基础····· (108)

一、从权力到权利:解读我国宪法与刑事	
--------------------	--

诉讼法的关系	(108)
(一)一般描述方式	(108)
(二)对一般描述方式的反思	(110)
(三)权力视角的传统解读	(117)
(四)权利视角的重新解读	(119)
二、我国刑事诉讼基本人权的宪法确认	(123)
(一)我国宪法对刑事基本人权的确认	(123)
(二)我国宪法确认刑事诉讼基本人权之不足	(125)
(三)完善我国宪法规范中的刑事诉讼基本人权	(127)
(四)以无罪推定为范例的分析	(136)
三、构建我国保障刑事诉讼基本人权的宪政机制	(153)
(一)强化刑事诉讼领域的宪政理念	(153)
(二)完善刑事诉讼人权保障的宪政体制	(166)
第五章	
刑事诉讼基本人权的诉讼救济:	
以无效辩护制度为例	(193)
一、对抗制国家的无效辩护制度	(193)
二、有效辩护:无效辩护制度的权利基础	(197)
三、无效辩护制度的权利保障功能	(202)
四、无效辩护的判断标准	(207)
五、无效辩护制度在中国的引入	(216)
参考文献	(221)

第一章 刑事诉讼中的人权保障

一、语义与语境：刑事诉讼中的人权保障释义

(一)问题的提出

刑事诉讼与人权保障有着十分密切的联系。随着上世纪 90 年代“人权禁区”在我国法学研究领域的突破,^① 人权研究开始成为法学界的热门话题。正是在这一人权理论研究的大背景下,刑事诉讼理论界开始关注人权保障问题。研究者们意识到,我国刑事诉讼是最容易侵犯人权也是最忽视人权保障的领域之一,加强这一领域的人权研究,对完善我国人权理论和人权实践具有十分重要的意义。多年来的研究产生了十分显著的效果,极大地推动了我国刑事诉讼制度的民主化、科学化建设。一方面,刑事诉讼的

^① 在我国,长期以来,“人权”被宣布为“资产阶级口号”,被批判为资产阶级的“抽象的人性论”,成为法学研究的禁区。1991 年,《中国法学》杂志第 3 期发表了一篇题为《深入开展人权与法制的理论研究》的“本刊评论员”文章,率先在法学界号召深入开展人权理论研究。与此同时,理论界、法学界开始打破禁区,人权成为热门话题。参见郭道晖、陶威:《人权禁区是怎样突破的——建国以来法学界重大事件研究(24)》,载《法学》1999 年第 5 期。