

我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障

我国现行宪法规定的获得辩护权

保障被追诉人获得辩护权的立法及成就

被追诉人获得辩护权保障中存在的问题

按照宪法要求完善保障被追诉人获得辩护权的立法

被追诉人获得辩护权条款实施的保障措施

尹晓红◎著



中国政法大学出版社

国宪法中被追诉人获得辩护权之保障

我国现行宪法规定的获得辩护权

保障被追诉人获得辩护权的立法及成就

被追诉人获得辩护权保障中存在的问题

依照宪法要求完善保障被追诉人获得辩护权的立法

被追诉人获得辩护权条款实施的保障措施

尹晓红◎著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障/尹晓红著. -- 北京:中国政法大学出版社, 2013. 9

ISBN 978-7-5620-4866-4

I. ①我… II. ①尹… III. ①刑事诉讼—当事人—辩护制度—研究—中国 IV. ①D925.212.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第215030号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障
Woguo Xianfa zhong Beizhuisuren Huode Bianhuquan zhi Baozhang |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部) |
| 编辑统筹 | 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880mm×1230mm 32 开本 7.5 印张 180 千字 |
| 版 本 | 2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4866-4/D·4826 |
| 定 价 | 26.00 元 |
| 声 明 | 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。 |

序

尹晓红博士这本专著，是在其博士论文《我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障》的基础上修改增补而成，系其多年勤奋研究的成果。

作者硕士阶段研究专攻行政法，到博士生阶段开始学宪法。作为她博士阶段的导师，我一度担心她对宪法问题的理解能否到位。好在作者悟性不错，也肯用功，最后证明对宪法精神整体上把握得不错。

由于宪法实施状况和过程本身没有对宪法学的研究提出紧迫要求，我国的宪法学研究长期以来脱离法律生活实际的情况相当之严重。宪法学研究脱离法律生活实际的直接表现，是其与刑法、民法、诉讼法等一应的部门法学研究脱节。所以，宪法学界的有识之士近年来都强调要深化宪法学与部门法学结合的研究。在这方面，我

个人十余年来一直在努力克服知识和经验的局限性身体力行，同时也顺理成章地对自己指导的博士生的论文选题提出了同样要求。我倾向于认为，中国着重研究宪法一般原理和就宪法内部关系范围内的问题做宪法学研究的时代过去了，现在博士生必须向新领域进军。在中国人大制度下，宪法实施的基本方式是立法实施，因此，要全面有效实施宪法，必须把宪法的相关规定首先准确充分地贯彻到部门法中去。所以，我国宪法学一个特别值得关注的领域是宪法与各个部门法的动态结合情形，要改变宪法规定与部门法制定很大程度上“两张皮”的状况。

为适应其所在博士点对论文选题的要求，也因为我集多年指导学生论文之经验坚持不搞命题作文，作者在论文选题方面经历了许多次设想被否决的失望。但她终于在当年的某一天提出了把被告人有权获得辩护的宪法规定贯彻到刑事诉讼过程中去的研究设想。记得我听了她的想法后当时即就表达了肯定的意思，后来她拿出更具体研究构想后经过一番讨论终于最终定了下来。确定恰当的论文选题，是完成论文的基础。作者论文选题比较专，有一定难度，有开拓的空间和价值，这点为她后来较顺利完成和通过论文带来好处，同时也有了一些发表论文的收获。顺便说一句，虽然我并不很赞成也不重视博士生在读期间发表论文，但毕竟现在各大学都吃这一套，学生不能不被动适应类似的要求。

作者对刑事被追诉人获得辩护权的定位比较准确，对在刑事诉讼过程中充分保障这项基本权利所做的研究，很值得整理成专著发表出来。在这本书中，作者提出和较好地论证

了如下新观点：刑事诉讼进化的历史就是被追诉人获得辩护权得到彰显和发展的历史，而律师辩护是传统与现代刑事诉讼分野的标志；获得辩护权实质上是每个公民的基本权利，落实被追诉人的获得辩护权是一项公民基本权利在刑事诉讼领域的现实化与具体化；被追诉人应该享有完整而充分的获得有效辩护的权利。作者还证明，在中国的公权力的配置格局中，一直是侦查权强势，检察权尴尬，审判权弱势的格局，这种格局不利于充分保护被追诉人获得辩护权。基于这种认识，作者提出了充分运用现行宪法提供的制度资源，通过改革推进被追诉人的获得辩护权之有效保障的思路。

注重结合中国实际，正视解决中国面对的重要现实问题，是华东政法大学宪法与行政法学科教学与研究的一个基本特点。作者从博士论文选题到形成这部专著，都体现了华政这个学科的专业特色。

可以说，作者的这项研究，紧密结合着中国的实际，主要着眼于改善宪法关于“被告人有权获得辩护”的规定在刑事诉讼过程和律师辩护制度中的落实情况。她完成的这项研究富有理论的和实践的价值。

作者目前正在复旦大学法学院师从著名刑诉法专家谢佑平教授做博士后研究，相信她在宪法与刑事诉讼法结合的研究方面，今后会拿出更多更好的高价值成果。

童之伟

2013年9月8日

内容摘要

刑事诉讼中被追诉人与国家的紧张冲突与对峙，突出地反映了宪政框架下个人权利与国家权力进退的紧张关系。刑事诉讼法与宪法之间所具有的这种天然紧密关系决定了研究刑事诉讼法时必然关注宪法，这也是刑事诉讼法被称为应用宪法、宪法性刑事诉讼法和宪法测震器的原因。获得辩护权作为刑事诉讼中被追诉人最基本的权利，是有关财产、自由和生命的权利，是其诉讼权利体系的核心，因为它决定着被追诉人行使其他权利的能力。刑事诉讼进化的历史就是被追诉人获得辩护权得到彰显和发展的历史，而律师辩护是传统与现代刑事诉讼分野的标志。因此，各国宪法和国际人权公约大都将获得辩护权作为基本权利加以保护。

在我国，从实践来看，一方面，刑事诉

讼中剥夺律师会见被追诉人权利的现象时有发生；已揭露的冤案中总是对被追诉人自我辩护置之不理，对辩护律师的权利进行限制甚至剥夺，对律师合理的辩护意见视而不见，更有许多律师因言获罪，《刑法》第306条成为悬在律师头上的达摩克利斯之剑，导致律师如履薄冰，不敢竭尽全力为被追诉人提供有效辩护。另一方面，普遍存在对《宪法》第125条“被告人有权获得辩护”的性质认识不清，导致对获得辩护是否是被追诉人的基本权利仍有争论。因此无法为刑事诉讼立法和司法提供正确的价值标准，以至于宪法与刑事诉讼法的关系更多的是以一种简单化的方式来描述：要么以宪法为依据主张刑事诉讼法与宪法的规定一致，不需要进行改革；要么以宪法规定有缺陷为由，主张修改宪法，而缺乏深入研究。

事实上，不能因为我国宪法中将“被告人有权获得辩护”放在“国家机构”一章而非“公民的基本权利与义务”一章就否认其基本权利的属性。无论是从各国宪法的规定来看，还是从文义解释的角度出发，这一规定都意味着获得辩护是被追诉人的基本权利而并非仅是司法原则。从立法目的和辩护人辩护与被追诉人自行辩护的关系来看，该权利是强调被追诉人“获得”辩护的权利而非“辩护权”。被追诉人在所有的诉讼阶段都享有获得辩护的权利。而获得辩护权的主体实质上是每个人，其核心是获得律师的有效辩护，有效的标准是完整而充分。

从实践来看，我国形成了以刑事诉讼法、律师法和法律援助条例为核心的比较完备的被追诉人获得辩护权的保障体

VI 我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障

系。体现出对被追诉人的平等保护，被追诉人获得辩护权与控诉权的配置更趋合理化，被追诉人获得辩护权向更能制约国家控诉权的方向发展。但被追诉人获得辩护权的配置还存在诸多问题，一是违反了完整和充分辩护的要求；二是《刑法》第306条对被追诉人获得辩护权的保障造成消极影响；三是被追诉人获得辩护权的立法存在冲突。导致获得辩护权配置失衡的主要原因在于刑事诉讼领域权力本位的法律观。因此，应从改变权力主导型的法权结构出发配置被追诉人获得辩护权，确立被追诉人完整而充分地获得辩护权。

部门法的完善固然重要，但宪法自身的完备才能为部门法提供正确的价值标准。因此，有关部门应尽快用宪法解释重塑“被告人有权获得辩护”的内涵和外延，而不需要进行宪法修改。完善以人民代表大会制度为基础的宪法监督制度以及尽快启动司法解释备案制度和完善侵犯被追诉人获得辩护权行为的刑事程序内的制裁机制则是当务之急。

目 录

序 / I

内容摘要 / IV

引 言 / 1

- 一、我国被追诉人未获得有效辩护的现象
具有普遍性 / 3
- 二、被追诉人获得辩护权的保障问题值得
重视和研究 / 6

第一章 我国现行宪法规定的获得 辩护权 / 8

第一节 宪法文本中的“被告人有权获得
辩护” / 9

- 一、是获得辩护权而非辩护权 / 10
- 二、获得辩护权是司法原则也是程序性基
本权利 / 13

2 我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障

三、权利主体实质上是每个人 / 20

四、被追诉人在所有的诉讼阶段均享有获得辩护权 / 24

五、获得辩护权的核心是获得律师的有效辩护 / 28

第二节 获得辩护权的理论基础 / 37

一、人权保障原则是获得辩护权的价值论基础 / 37

二、法治原则是获得辩护权的制度性保障 / 39

三、平等保护被追诉人的人格尊严是获得辩护权的主体性基础 / 42

四、对立统一规律是获得辩护权的认识论基础 / 52

第二章 保障被追诉人获得辩护权的立法及成就 / 56

第一节 保障被追诉人获得辩护权的相关立法 / 58

一、刑事诉讼法对被追诉人获得辩护权的保障 / 58

二、律师法对被追诉人获得辩护权的保障 / 71

三、法律援助条例及相关法对被追诉人法律援助权的保障 / 78

第二节 被追诉人获得辩护权保障取得的成就 / 82

一、保障被追诉人获得辩护权的立法取得的成就 / 82

二、保障被追诉人获得辩护权的立法实施中的成就 / 95

第三章 被追诉人获得辩护权保障中存在的问题 / 100

第一节 被追诉人获得辩护权的配置不符合获得有效辩护的要求 / 101

一、被追诉人获得辩护权的配置违反了完整辩护的要求 / 101

- 二、被追诉人获得辩护权的配置违反了充分辩护的要求 / 107

第二节 刑法第 306 条对被追诉人获得辩护权的保障造成消极影响 / 126

- 一、该罪名与宪法的规范要求存在抵牾 / 129
- 二、该罪名不利于平等保护控辩双方 / 130
- 三、该罪名不利于保护辩护人和被追诉人的权利 / 130

第三节 保障被追诉人获得辩护权的立法相互冲突 / 131

- 一、刑事诉讼法内部的冲突 / 132
- 二、1996 年《刑事诉讼法》与 2007 年《律师法》的冲突 / 138

第四章 按照宪法要求完善保障被追诉人获得辩护权的立法 / 141

第一节 权力本位的法律观导致刑事诉讼中法权配置失衡 / 141

- 一、国家主义与权力本位的法律观 / 142
- 二、国家控诉权与被追诉人获得辩护权之间严重失衡 / 146
- 三、国家权力分配和制约机制不合理 / 152

第二节 合理配置被追诉人的获得辩护权 / 156

- 一、确立完整的获得辩护权 / 158
- 二、确立充分的获得辩护权 / 161

第三节 合理配置刑事诉讼中的国家权力 / 171

- 一、正确理解公检法三机关“相互配合”的规定 / 172
- 二、用正当法律程序和无罪推定理念约束国家权力 / 174

4 我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障

三、确立国家权力对被追诉人获得辩护权的保障职责 / 175

四、优化国家权力的配置 / 177

第五章 被追诉人获得辩护权条款实施的保障措施 / 180

第一节 依循宪法确立的路径保障被追诉人的获得辩护权 / 181

一、我国关于宪法监督的具体规定 / 181

二、重塑“被告人有权获得辩护”的内涵和外延 / 183

三、完善适合我国国情的宪法监督制度 / 192

第二节 完善规范性文件和行为的合法性审查机制 / 198

一、对有关规范性文件的合法性审查 / 199

二、对司法机关行为的合法性审查 / 200

结 论 / 215

附 录 / 220

引言

黑格尔指出：“法的命令是成为一个人，并尊重他人为人。”^{〔1〕}主体性原则要求法律必须将人当作人看，尊重每个人的自由和尊严。正是从这一意义上说，中国正处于一个走向权利的时代，“我们的时代是权利的时代，人权是我们时代的观念”^{〔2〕}。刑事诉讼发展的历史就是一部以权利保障为逻辑起点，以被追诉人^{〔3〕}的人权保障为指导精神的历史，被追诉人的人权保障就是推动刑事诉讼存在和发展的精神力量。被追诉人的人身权、获得辩护权等问题，已经成为评价一个国家人权保护水平的重要标准之一。正因为如此，刑

〔1〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第46页。

〔2〕〔美〕路易·亨金：《权利的时代》，信春鹰译，知识出版社1997年版，第2页。

〔3〕被追诉人与犯罪嫌疑人和被告人的关系参见本书第一章第一节。

事诉讼历来就是宪法关注的重点。^{〔1〕}刑事诉讼中被追诉人与国家的紧张冲突与对峙,突出地反映了宪政框架下个人权利与国家权力进退的紧张关系。承认人权的重要性来自于刑事诉讼中特殊的结构:在刑事诉讼中相互对峙的是拥有一切统治手段和具有强大的、原则上完全合法的自身利益的国家和一个相对无力的、孤立的个人。人权的基本立场确立了被追诉人作为自主的诉讼主体的地位,并把刑事诉讼的基本方向确定为公正、尊重被追诉人、控诉方与被追诉人之间最低限度的机会均等。可见,刑事诉讼中的人权保障主要体现为对被追诉人基本权利的保障。

获得辩护权是刑事诉讼中被追诉人最基本的权利,是其诉讼权利体系的核心,因为它决定着被追诉人行使其他权利的能力。刑事诉讼进化的历史就是被追诉人获得辩护权得到彰显和发展的历史——是从被追诉人的自我辩解逐渐过渡到由专业的律师为其提供法律帮助的历史。刑事司法制度对一个国家的稳定和信誉极其重要,而一国刑事司法制度的质量又端赖于辩护律师能否真正履行好刑事辩护的职责,可以说律师辩护是传统与现代刑事诉讼分野的标志。

〔1〕 作为普通法系的代表国家,美国高度重视刑事诉讼法作为重要人权保障机制的地位和作用,并且将刑事诉讼法提升至宪政的高度而开刑事诉讼宪法化的先河,从而在当今世界刑事诉讼法制中居于重要地位。美国前8个修正案中大多数实际上主要针对刑事司法程序。前8个修正案涉及27个独立的保障条款,其中有16条明确涉及刑事司法程序。而且,即使第五修正案中的正当程序条款也稍微有点更宽泛的范围,但它清楚地包含了适用刑事制裁措施的内容。参见〔美〕韦恩·R.拉费弗、杰罗德·H.伊斯雷尔、南西·J.金:《刑事诉讼法》(上册),卞建林、沙丽金译,中国政法大学出版社2003年版,第52页。

一、我国被追诉人未获得有效辩护的现象具有普遍性

然而，我国司法实践中被追诉人未获得有效辩护的现象却具有普遍性，许多冤案的发生无不与被追诉人获得辩护权的缺失有关。大家耳熟能详的冤案通常以相似的情节呈现在公众面前：公检法三机关对被追诉人的申诉控告置之不理；侦查过程中讯问犯罪嫌疑人时无辩护律师在场，侦查机关肆无忌惮的刑讯逼供、非法取证；律师会见时追诉机关派员在场；审判时被追诉人的辩护律师不能与控诉方就案件的事实与证据形成真正的交锋并且辩护律师合理的辩护意见常常不能被法庭采纳。杜培武案让我们看到了被追诉人在维护自己合法权益、防御国家权力侵害方面的极端无奈。从被列为犯罪嫌疑人并接受第一次讯问开始，杜培武就一直为自己辩解，证明自己是无辜的。当其受到刑讯逼供后，向驻所检察人员和昆明市人民检察院提交了《刑讯逼供控告书》，试图以书面的形式再次行使辩护权。但是，他的辩护没有发生任何积极的效果，没有阻止错案的发生与发展。^{〔1〕}

杨佳案则更全面而鲜活地展示了被追诉人获得辩护权在与国家权力的较量中所处的尴尬地位，尤其是指定辩护所遭遇的国家权力的挟制以及律师职业操守和伦理在面对国家权力时的不堪一击。2008年7月1日，北京籍男子杨佳闯入上海市闸北区政法办公大楼，用刀连续袭击9名警察和1名保安，导致6名警察死亡、3名警察和1名保安受伤，杨佳当场被捕。杨佳在被侦查机关第一次讯问后，即要求律师到场，谢有明、谢晋两位律师接受有关机构指派为其提供法律咨询。而谢有明同时身兼闸北区人民政府法律顾问，并向媒体发布信息称，“此人（杨

〔1〕 郭国松、曾民：“司法腐败做孽，民警杜培武狱中遗书字字带血”，载 http://news.china.com/zh_cn/social/1007/20010824/10087969_2.html，访问日期：2010年10月10日。

佳)除了性格有些内向,精神状态正常”。反复强调杨佳法律意识比较高,“一般来说,在量刑上几乎没什么疑问,不出意外的话,估计是死刑”^{〔1〕}。案件进入审判阶段后,杨佳母亲继续聘请谢有明为辩护人。而在案发后的第三天,杨母即被当地警方叫去“协助调查”,随后又被上海警方带至上海“协助调查”,并从此消失在公众的视野中,杨母与谢的委托合同如何签订成为谜团,杨父委托的北京律师熊烈锁、孔建两次到看守所会见杨佳受阻,在上海市检察院二分院,检方告诉他们杨佳母亲已委托上海律师谢有明和谢晋,而杨佳本人坚持不肯接受父亲委托的律师。^{〔2〕}尽管熊律师表明依据律师法可以会见案件当事人,见到杨佳后,再由杨佳确定是否要对方作为辩护律师,但被拒绝。

发生在广西北海的4名律师涉嫌妨碍作证案则是对中国辩护律师困境的全景式呈现。该案的缘起是一起年轻人酒后冲突引发的故意伤害罪案件。事件发生于2009年11月13日晚,两拨年轻人在暗夜中发生冲突。随后,黄焕海死亡。事后,北海警方曾抓捕7名犯罪嫌疑人,最终有4人遭到刑事指控。涉案4名律师即为此4名被告人的代理人。期间,4名律师积极调查取证,证据证明4名被告人并未将黄焕海殴打致死,并认为公安机关在侦查时没有全面、客观、公正地收集本案被告人有罪和无罪的材料,是导致本案成为冤案的原因。4名被告人也当庭翻供,致使案件审理陷入僵局。2011年6月21日,北海市召开新闻发布会宣布:杨在新等4名律师涉嫌辩护人妨碍作证罪,北海市公安局于6月13日对4人实施拘传,并于同日对杨在新、

〔1〕 王琳:“质疑杨佳律师谢有明:你不是编外公诉人”,载 <http://www.law-star.com/cac/195022789.htm>, 访问日期:2010年12月23日。

〔2〕 唐琼:“揭秘杨佳案中的律师群像”,载 <http://news.sina.com.cn/c/2008-11-17/164616670338.shtml>, 访问日期:2010年12月23日。