

## 目摇摇录

|                               |        |
|-------------------------------|--------|
| 导摇言 .....                     | ( 员 )  |
| 第一章摇被追诉人主体性的人本考辨 .....        | ( 员 )  |
| 摇第一节摇主体、主体性、主体间性的观念疏导 .....   | ( 员 )  |
| 摇第二节摇主体性的内向性与外向性 .....        | ( 圆 )  |
| 摇第三节摇被追诉人主体性的特质 .....         | ( 猿 )  |
| 第二章摇被追诉人主体性的权利重构 .....        | ( 源 )  |
| 摇第一节摇权利的主体性与主体性权利 .....       | ( 源 )  |
| 摇第二节摇被追诉人主体性权利的构成原理 .....     | ( 缘 )  |
| 摇第三节摇被追诉人元权利的四维价值向度 .....     | ( 远 )  |
| 摇第四节摇元权利之关系机理 .....           | ( 愿 )  |
| 摇第五节摇被追诉人与其他主体权利关系的结构均衡 ..... | ( 怨 )  |
| 第三章摇无罪推定权                     |        |
| ——基于主体人格尊严的权利 .....           | ( 员园 ) |
| 摇第一节摇无罪推定权之前导性 .....          | ( 员园 ) |
| 摇第二节摇无罪推定权核心向度解构 .....        | ( 员猿 ) |
| 摇第三节摇无罪推定权的现实变量 .....         | ( 员源 ) |
| 摇第四节摇无罪推定权的现实进路 .....         | ( 员缘 ) |
| 摇第五节摇无罪推定权变量的实证分析 .....       | ( 员怨 ) |

#### 第四章 摇程序参与及选择权

##### ——基于主体意志自治的权利 ..... (页四)

##### 摇第一节 摇程序参与及选择权的理念溯源 ..... (页四)

##### 摇第二节 摇参与的主动性与实质性 ..... (页四)

##### 摇第三节 摇参与权的前提性权利 ..... (页四)

##### 摇第四节 摇简易程序：一种多元趋势分析 ..... (页四)

##### 摇第五节 摇简易程序的三个模式比较 ..... (页四)

##### 摇第六节 摇我国简易程序参与及选择权 ..... (页四)

##### 摇第七节 摇程序参与及选择权变量的实证分析 ..... (页四)

#### 第五章 摇平等对抗权

##### ——基于主体程序对等的权利 ..... (页四)

##### 摇第一节 摇平等对抗权的理性渊源 ..... (页四)

##### 摇第二节 摇从地位平等到程序对等 ..... (页四)

##### 摇第三节 摇平等对抗的最低限度条件 ..... (页四)

##### 摇第四节 摇平等对抗权核心向度解构 ..... (页四)

##### 摇第五节 摇理念的渐进与现实的失衡 ..... (页四)

##### 摇第六节 摇重构平等对抗权的制度路径 ..... (页四)

##### 摇第七节 摇平等对抗权变量的实证分析 ..... (页四)

#### 第六章 摇辩护权

##### ——基于主体自卫的权利 ..... (页四)

##### 摇第一节 摇被追诉人主体与辩护人主体之二元结构 ..... (页四)

##### 摇第二节 摇被追诉人辩护权与辩护人权利结构关系 ..... (页四)

##### 摇第三节 摇辩护权保障的核心量度：律师帮助权 ..... (页四)

##### 摇第四节 摇被追诉人与辩护人之关系变量 ..... (页四)

##### 摇第五节 摇我国的问题与改进 ..... (页四)

##### 摇第六节 摇辩护权变量的实证分析 ..... (页四)

|                                     |       |
|-------------------------------------|-------|
| 第七章 权利的预警与救济 .....                  | ( 四 ) |
| 第一节 权利预警：构筑权利保障的机制屏障 .....          | ( 四 ) |
| 第二节 权利救济：被追诉人权利保障的功能回馈 .....        | ( 四 ) |
| 第三节 权利救济的理论路径与现实考量 .....            | ( 四 ) |
| 第八章 权利保障的法文化反思 .....                | ( 四 ) |
| 第一节 全球化文化及法文化的“对立统一” .....          | ( 四 ) |
| 第二节 人权保障的法文化思辨 .....                | ( 四 ) |
| 第三节 现实案例的法文化解释 .....                | ( 四 ) |
| 第四节 中国传统法文化对被追诉人主体权利的<br>深层贬抑 ..... | ( 四 ) |
| 第五节 权利保障的法文化营造 .....                | ( 四 ) |
| 结语 .....                            | ( 四 ) |
| 主要参考文献 .....                        | ( 四 ) |
| 后记 .....                            | ( 四 ) |

## 总摇摇序

进入新世纪以来，我国诉讼法学与证据法学的研究，在保持活跃、升温、开放的理论研究与诉讼实务相结合的基础上，正面临着一个新的拐点——一个迫切需要寻找并确立主体自治性的转折时期，一个需要确立新坐标或可以确立新坐标的时期。这一判断的潜台词是，中国改革开放近 30 年来，与中国经济、政治、社会、文化诸方面走过的轨迹相适应，我国诉讼法学、证据法学的研究，也正处于一个通过自我扬弃、寻找参照系的过程。或者说，是一个在侧重英美法系成熟制度、经验的借鉴和联合国刑事司法准则的衔接之间，曲折前行、审慎取舍乃至不免尴尬的未定型的过程。然而，我们所处的时代背景，随着中国加入 世贸组织 之后正悄然地发生剧变，一个越来越自信和自主的中国正出现在国际舞台上。与之相应，诉讼法学、证据法学的研究和制度性建构的背景性因素也大大改变。

中国法学的“主体自治性”命题，不再是一种理想化或简单自尊型的诉求。中国经济进入新世纪以来的飞速发展，使中国具备了与其全球第四大经济体和成长性最好的经济体地位相适应的影响世界经济、政治格局的力量。主动参与、影响乃至制定世界规则，将是中国的必然作为。中国因素已渗入反恐、反腐、维和、能源、生态、通讯、人权、卫生、知识产权等领域，乃至足以影响世界整体的秩序图景。这种因素，不仅仅体现在话语权层面上，参与规则的制定甚或制定以中国本土为适用主体的规则（如通讯、生态、人权、知识产权方面），都将可能成为国际视阈的一个结构性组成。因此，确立中国法学主体自治性坐标，已经成为一种迫切的

需求。

全球化与现代性问题的交织，为我们提供了重新检视与反思法学现代性命题的契机。它们既有交集又各自独立。我国学者在1978年改革开放后才提出现代性命题，而对全球化的认识则更是迟至20世纪末。事实上，“现代性”这一用语，本身含义如此多元、历史跨度如此广阔，我们很难简单地将之视为一个从农业社会向工业社会乃至后工业社会、信息社会演进的历史过程；而更容易为人所忽视的问题是：当我们全面致力于法学现代性目标时，西方早已出现了后现代法学对现代法学的追问。正如有的学者所指出的那样：“我们承认中国的法律与西方法律的对比不仅是一个地域性的差异，而且是一个时代性的差异，它们处于法律进化过程的不同阶段。”这一研究表明“我们对外部法律世界的态度发生了重大变革：由‘姓资姓社’的两元对立走向批判性的认同与学习。”虽然这十多年来取得了重大进展，“但是它的缺陷也是明显的：一是对法的现代性的基本属性研究不够。……二是这一研究总体上对中国现实的法律问题关注不够，更多地集中在对历史的描述上。”<sup>①</sup> 与我们偏于纵向的进路相比，国外学者从纵、横两个切面观察现代性与全球化话题的眼界，或许能帮助我们跳出单纯的“现代性情结”。例如，恩里克·迪塞尔认为，现代性有两种模式：一是欧洲中心的视角，认为现代性现象完全是欧洲的，于中世纪发展勃兴，后传播到全世界；二是从全球视角出发，将现代性概念化为“世界体系”的中心文化，欧洲的现代性是世界体系的一部分（事实上，是它的中心），它开始于西班牙确立其“边缘”的时候，于是，现代性在这个全球模式中，是与“中心—边缘”体系相适合的现象。但上述两个模式都是以欧洲为中心的，“理性主义者和后现代主义者之间的任何争论，都没有突破欧洲中心论的视角。现代

<sup>①</sup> 蔡宝刚：《“法的现代性与中国法治”高层论坛学术综述》，载《比较法研究》2000年第1期。

性的危机指向欧洲的内在方面。边缘的世界只能消极地旁观，因为它是‘野蛮的’、‘前现代的’，或者简单地说，它还需要‘现代性’。换句话说，欧洲中心的观点反映了现代性危机这一问题，它只考虑欧洲—北美的重要性（现在甚至还有日本的），而极力缩小边缘的重要性。”<sup>①</sup>而全球化，在推行欧洲—北美强势文化的同时，多元文化、地域文化、本土文化受到了更猛烈的冲击。当然，也给原本处于边缘的文化，如中国文化、印度文化和拉美文化等，提供了凤凰涅槃的机遇。对于中国而言，确立现代性和全球化坐标，摆脱被边缘化的命运，这必然是我们刑事司法现代性命题的应有之义。

在这一大背景下，诉讼法学、证据法学亟须直接回应的是：科学技术迅猛发展所带来的革命性影响。科学技术的进步，不仅从技术层面拓展了调查取证的途径，提高了听证、质证的效率；同时广泛影响诉讼程序、诉讼模式、证据制度和规则等各个方面。例如，电脑、互联网的广泛普及，虚拟空间犯罪、跨国犯罪等现象大量涌现，电子证据的获取、保全以及与此相关的证据规则的建立，都是新的课题。世界上一些国家已开始相应的立法工作，如美国制定了《电子通讯隐私法》、《在刑事调查中搜查扣押计算机数据并获取电子证据》等，日本颁布了《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》，欧洲委员会 1985 年 11 月 18 日通过了《网络犯罪公约》。有学者强调，随着一系列科技证据的出现，传统的证据规则面临着严峻的挑战。比如，如何界定电子证据、视听资料的原件？通过红外线技术或其他激光技术，侦查人员不进入房屋的“搜查”，是否受传统的正当程序的约束，由此获取的证据与非法证据排除规则如何协调？诸如此类，不一而足。科学技术在刑事诉讼中的运用问题，对未来刑事诉讼法和证据法的发展举足轻重。

<sup>①</sup> [美] 弗雷德里克·杰姆逊、三好将夫主编：《全球化的文化》，马丁译，南京大学出版社 1994 年版，第 5 页。

简而言之，对我国刑事司法改革而言，科技的发展，一方面，早已突破了技术层面的局限，开始显现在制度、程序、规则的各个层面；另一方面，也为我国刑事司法改革增添了新的元素和动力。藉由打击网络、计算机跨国犯罪以及制定国际通行的证据规则，我国刑事司法制度在向国际准则的衔接过程中又打开另一条新管道。

2009年10月第十届全国人大常委会将《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《律师法》的修改列入了五年立法规划。以这些法律修改为契机，我国诉讼法学、证据法学研究，进入了一个系统性、整体性拓展、深化与提升的阶段，建构与完善具有中国特色、趋于国际水准的诉讼法学、证据法学制度性体系的条件逐渐成熟。

此次修改，我国诉讼法学界对刑事诉讼法的价值体系、制度设计、程序完善、现实路径、疑点难点等的把握，已有了较为清晰、系统、深入的体认。在此基础上，一些共识得以形成，一些问题经过争鸣虽然一时未能统一，但至少深化了研究。其中，就刑事诉讼领域而言，通过有关《刑事诉讼法》再修改的探究与争论，逐渐明朗了以下几点：一是在总体框架、原则和制度安排上，体现了与联合国刑事司法准则全面衔接的趋向。“将联合国刑事司法准则作为我国刑事司法改革的参照系，虽然并非我国刑事司法改革的唯一路径，但我们以为，如果中国的刑事司法改革存在一个奋斗目标或者理想的话，那么，以联合国刑事司法准则作为参照系就是趋近此目标或理想的最佳路径。”<sup>①</sup>有的学者在比较刑法的各国差异、刑事诉讼法世界趋同的基础上，提出“刑事诉讼法的制定与修改有其脱离于刑法的自主的规律性，刑事诉讼法在全球范围内趋同的广度和深度已经预示了一部尊重和保障人权、限制国家权力、民主文明的世界性刑事诉讼法的到来。我们没有任何理由把种种国内条件上升为制约刑事诉讼法进行大刀阔斧改革的借口。从刑事诉讼法强

<sup>①</sup> 卞建林主编：《中国刑事司法改革探索——以联合国刑事司法准则为参照》，中国人民公安大学出版社2009年版，第36页。

劲的世界性发展趋势来看，中国的刑事诉讼法应积极响应国际性刑事诉讼准则的要求，以开放和积极的心态借鉴和完善我国刑事诉讼的各项制度”<sup>①</sup>。二是在借鉴两大法系诉讼制度和证据规则上，比较侧重研究和借鉴英美法系的模式和经验。例如，“诉讼证据丛书”提出的编辑取向就是“立足于我国证据法学理论和司法实践中存在的现实问题，在充分研究和借鉴英美证据规则及英美证据法理学的基础上，广泛参考发达国家和地区证据立法的成功经验和最新判例学说，回顾、评述我国证据法学研究的现状……”<sup>②</sup>三是深入思量在借鉴国外经验和自身进化过程中，中国国情、文化传统的特殊性问题。“世界上没有一部刑法是一样的”，刑事诉讼法也是如此，尽管世界刑事诉讼法也有趋同之势。但有学者颇为尖锐地指出，“在中国的法学研究中，一方面表现为在中国法制建设过程中经由‘接轨’的说法而主张各种西方法律的结构性安排，而另一方面则表现为普遍采用西方流行的法律主张去遮盖两种甚或多种法律观念之间的紧张或冲突”<sup>③</sup>。可以肯定，由于特殊性和差异性，即使在制度的技术性层面，如规则、程序、模式上与国际趋同，也难掩因文化背景和发展阶段的不同而导致同样一个国际司法文本在执行和理解上的不同。

以上三点，实际上形成了一定的反差式比照关系，让我们不得不问：在充分参照英美法系和联合国刑事司法准则，推动我国刑事司法改革的进程之后，我们还能做什么？未来中国的诉讼法学、证据法学面貌如何？不论我们能否立刻完满地回答这一问题，我们都必须对国际刑事司法准则在各国的适用做比较研究，都必须对英美

① 陈光中等主编：《诉讼法理论与实践——司法理念与三大诉讼法修改》，北京大学出版社 1997 年版，第 100 页。

② 王利明主编：《诉讼证据丛书》之《刑事证据制度与理论》，总序二，法律出版社 1997 年版。

③ 邓正来：《中国法学的批判与建构》，载《政法论坛》（中国政法大学学报）1997 年 1 月。

法系的现在与未来、危机与问题做预设性研究。例如，反恐作为一个国际社会共同面临的问题，对国际刑事司法准则与各国刑事诉讼制度的影响都将是深远的。典型的事例，如美国《爱国者法》所涉及的价值原则、司法制度、证据规则，在打击恐怖犯罪、保障人权的同时，也极大地挑战了国际通行的人权保障正当程序，如采集入境的非美国公民的指纹，强化了监听、监控、搜查等措施，而削弱了相关的程序制约、司法审查。又如，达马斯卡在其发聋振聩的著作《漂移的证据法》导论中所指出的：“当外国律师被要求参与其英美同行的事实认定时，他们会发现很难接受那些与普通法规则和惯例结合在一起的事实调查方式。国际战犯法庭充满波折的历史为此提供了大量的例证。面对广泛适用普通法证据规则的前景，外国律师们抱怨那些规则和惯例是不可思议的，而且与事实调查的普通方法相去甚远。”<sup>①</sup> 他抽衍出英美证据法的三大支柱、三大特点，与大陆法系进行了精细的比较研究，从而发现，“站在 20 世纪末思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定科学化问题。伴随着过去 20 年惊人的科学技术进步，新的事实确认方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法。越来越多对诉讼程序非常重要的事实现在只能通过高科技手段查明。”<sup>②</sup> 而这直接影响传统的当事人对抗辩论的“当庭诉辩式”审判模式。他甚至发出了这样的盛世危言：“在普通法证据制度形成时期影响很大的体制环境在 20 世纪已经发生了巨大变化：陪审团的重要性已急剧下降，审判中心制已经在很大程度被废弃，甚至当事人对诉讼程序的控制——尽管还有相当顽强的抵抗——也不免受到了挑战。因此，证据法的三个传统支柱全都出现了裂

① [美] 米尔建·达马斯卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 10 页。

② [美] 米尔建·达马斯卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 10 页。

缝。”养育和支撑普通法证据制度之特征的环境的恶化，导致的结果就是：“强烈的改革潮流正席卷着所有的当代法院体制，在这些珍贵的事实调查传统中到处都出现了危机。”<sup>①</sup>

上述论述，对我们正矢志朝向英美法系目标深化刑事司法改革的路径，显然具有警示意义。它促使我们能尽快回到开篇的母题：在全球化格局中，确立具有中国主体性品相并具备自治性功能的诉讼法学、证据法学的制度体系坐标，而不是始终做一个司法的追随者、仿制者或附和者；在国际司法准则的制定、适用和调整中，体现中国刑事司法的话语意识，而不仅仅是被动地衔接。张扬中国诉讼法学、证据法学主体自治性，正是我们编辑“诉讼与证据前沿”丛书所要努力达至的主旨。它具有这样几个维度：

第一，切实推动建构具有高度主体自治性功能的诉讼法学、证据法学制度体系。首先，它应当充分反映中国法学的主体性意识，它应当只是把借鉴和衔接视为一个过程，犹如我国科技经历了从借鉴、引入到自主创新的转变，它包含法学主体从技术到观念、从制度到行为的各个层面。其次，它应当具有自治性——自我创生力，是一个有自我创生力的系统，具有将法律文化传统、当下与未来整合一体，组合成新的遗传基因并自我新陈代谢的功能。正如托依布纳所指出的：“参与自我再生产过程的，不仅是系统的要素和法律行为；要素、结构、过程、边界、特性、功能和施行都发挥着作用。人的力量在这个过程中发挥着重要的双重作用。他们作为法律系统的语义构成物并且作为在法律的环境中独立的自我创生（精神的）系统发挥作用。”<sup>②</sup> 相比之下，我们在法学制度体系构建中，缺乏对人这一因素之作用的考虑。再次，它应当是趋于完善的系统

① [美] 米尔建·耶达马斯卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 苑-愿页。

② [德] 贡塔·托依布纳著：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社 2003 年版，第 源页。

的制度体系，而不是缺钙或肢体不全的制度拼凑。关注诉讼法学、证据法学主体自治性体系建设的论著并为其提供平台，将是“诉讼与证据前沿”丛书所极力推举的。

第二，提升理性，加强范式研究，构筑多元、多学科、开放的方法论视阈，重视比较研究。尽管后现代法学思潮直接源于对现代法学的一种批判和反驳，但其主张多元视角，提倡知识考古学、系谱学、权力微观分析、小型叙事、悖论分析、反讽诘问、解构等方法，是值得借鉴和肯定的。他们跳出法学，从文学、社会学、心理学、文化学、人类学等学科探究法学，批评现代主义在法律研究道路上局限于“从法律中了解法律”的内部视角，也值得我们学习和反思。事实上，美国近些年对证据法的研究，就体现了向法理学提升、注重理论基础和方法论探索的趋势。正如罗纳德·艾伦所指出的，“证据法的学习不仅仅是学习证据规则。它还是对包含在诉讼过程中的浩瀚复杂的理念、原则、惯例和价值的学习”。“要把这些规则看作是对基本社会信仰、哲学和道德信念的概括”，“应该对证据规则有一个通透的理解，并对产生这些规则之人文关怀有相当程度的认知”。<sup>①</sup>再如，我们上述引证的有关达马斯卡就英美法系与大陆法系的比较研究，提出对英美法系证据法学处于危机与环境恶化的看法，其观点不但给人以震撼，更为我们提供了比较证据法学研究应该如何深入的新角度。我们编辑“诉讼与证据前沿”丛书，其中一个目的就是：提倡方法的应用、学科的多元、眼界的开放，从内与外两个视角观照诉讼法学、证据法学的研究，提升诉讼法学、证据法学的理性价值以及制度与规则的范式意识。

第三，重视科学证据时代的到来，从理性、价值、技术、行为、心理等各个层面加强对科学证据的表现与应用的研究。尽管对“科学证据”的内涵外延还没有统一表述，但这丝毫不妨碍我们对

---

<sup>①</sup> [美] 罗纳德·艾伦等著：《证据法：文本、问题和案例》（第三版），张保生等译，高等教育出版社 2004 年版，第 203-204 页。

信息网络时代证据法学、证据规则作预设性研究。

尽管高新技术条件下的证据如电子证据，虽然与传统书面证据在本质上具备同样的证据能力和证明力，但不具有静态的稳定性，无法确保其固化的证明力。由此，它将影响传统的直接言词原则、非法证据排除规则等规则的适用。“诉讼与证据前沿”丛书期待对这一领域的开拓之作。

重塑中国诉讼文化、证据文化是历史的必然。在中国传统的诉讼文化中，证据文化尤为薄弱且受到极大的扭曲和戕害，缺乏系统的证据规则，符合人的理性诉求和人文关怀的证据制度更是难以建立。中国传统的诉讼文化从属于道德和谐文化要求，屡遭排斥，一直依附于刑法，始终未能发育。在这一阴影下，证据及其裁判都丧失了平等、公正权利的本源意义。然而，也正因为缺失，相比中国当下诉讼文化之重塑，证据文化具有更多创建的意味。或许受到传统的制约和不良基因的影响越少，可以借鉴吸收的余地就越大。无论如何，在证据文化的创建中，不能因为证据规则的普适性、跨国性而忽视其地域性、民族性和证据文化的塑造。

将诉讼文化的重构作为目标，似乎有些空泛，但它是一种现实且终极的载体呈现，不论是在观念、制度还是行为、器物层面，适应中华民族伟大复兴历史进程的诉讼文化，确是当下之亟须。

中国政法大学诉讼法学研究院是以诉讼法学研究为主的教育部人文社会科学重点研究基地之一。学院下设刑事诉讼法学研究所、证据法学研究所、民事诉讼法学研究所、行政诉讼法学研究所，以及《诉讼法学研究》编辑部、中国诉讼法律网等机构。研究院以教育部人文社会科学重点研究基地建设要求为标准，秉承积极进取、创新务实的发展理念，坚持以科研为本、全方位发展的建设思路，开展了一系列卓有成效的理论、课题、实务研究，推出了一大批科研成果，促进了课题研究成果的转化和应用。积极通过举办学术研讨、讲座，建设分支研究基地等措施，扩大与国内外的交流与合作。在资源整合和管理上，加强了制度化、信息化、标准化建

设，除加强本院现有研究人才开发和硕士、博士生培养，聘请本校兼职研究人员外，还特聘了一大批内地、港澳台以及国外的知名专家学者，确保了学院强势的科研力量和优秀的专业品质；学院还积极参与国家有关部门组织的立法论证与研讨活动，提交了刑事诉讼法、民事诉讼法、人民检察院组织法等多部立法修改建议稿，并为各级司法实务部门提供了广泛的法律咨询服务。学院将本着开放、创新、务实的办院方针，适应新的形势变革，瞄准学术与实践需要的前沿，始终保持吐故纳新、自我扬弃的生机与活力。

“诉讼与证据前沿”丛书是一个开放的项目，面向国内外专家学者，力倡有见地、有创新、有超越的论著，特别着眼于“新领域的挖掘与拓展”。“诉讼与证据前沿”丛书是一个平台，透过这个平台，我们希望向学术界贡献一批致力于开拓诉讼法学和证据法学体系、视野的富有学术独创性的学术成果。该丛书将从 2007 年开始，计划用 3 年时间构筑出一个诉讼法学、证据法学研究的新矩阵。

卞建林

中国法学会刑事诉讼法学研究会会长

中国政法大学诉讼法学研究院院长

2007 年 缘月 缘日于北京

## 对被追诉人主体性 权利重识之可能 (代序)

随着人权保障意识的觉醒和主体性话题的勃兴，刑事法学界近年来对被追诉人、被害人主体性及其权利的研究，成为当然的热点。不只公开发表了大量的文章，而且在每年博士、硕士研究生的论文中，直接或间接涉及此论题的也蔚为大观。从对权利、对主体（性）的单项究问，进而到对被追诉人、对被害人主体（性）权利的复合剖析，似乎已穷尽了关于此类论题的各个方面。视阈被大大地纵向延展是一个事实，而视阈的横向乃至双向拓展则似乎少有初尝者。在这个意义上说，林林这本由博士论文充实而成的专著，提供了一种突破性研究之路径样本。

当今中国法学界对其他人文学与自然科学进步的漠视，使得法学研究的理性精神和方法论拓展显得颇为苍白。其中的一个典型是，在社会学、文化学、哲学等领域，国外学者对主体间性、对共同体意识、对法学社会学、对跨文化际刑法与刑事诉讼法等的热切关注和取得的进展，较少为国内刑事诉讼法学研究所援引和借鉴。在对主体性问题的认识上，缺乏主体间的观念，要想取得突破性进展几乎是不可能的。而关于主体间性的认识，早在康德、黑格尔时代就有了萌芽性论述，而以胡塞尔、舍勒、伽达默尔等现代西方哲学大师为代表的主体间性理论，则将此认识大大拓展到各个相关领域。

应当说，二百多年来西方学者关于权利与主体（资格）之间关系的认识，走过了一个从单向论析权利概念、主体（资格）权能，到逐步将权利与主体（资格）合一并逐步走向共同体意识的

过程。

林林这部论著的可资开拓之处，是准确地捕捉住了西方论者的逻辑灵光，并进一步加以拓展，衍生出了其独到的逻辑线索：权利的不同主体——共同体——主体间性——被追诉人在主体间性视阈下的主体性——被追诉人主体的客体化——被追诉人主体性权利的四重结构，这使她的研究有了新的发现，并呈现出相当的可继续衍生的探究空间：首先，从主体切入权利，而不是从权利寻找主体，主体从单一主体拓展为复数主体，使主体性的认识豁然开朗，从主体的内在性与外在性分析，自然得出了被追诉人主体性所具有的四个路径：人格尊严、意志自由之选择机能、主体性意义上之平等、维权与反抗，并由此导出被追诉人主体性权利所具有的四个元权利——无罪推定权、程序参与及选择权、平等对抗权和辩护权；其次，从主体间性关系中，自然解开了被追诉人主体异化的谜团；最后，权利结构的均衡性，并由此导向被追诉人权利随程序进路不同，呈现此消彼长的特质。

从关注纯粹个体的权利，到意识并重视个体之间的权利，无疑是一个巨大的进步。一种由“早期孤立的个人权利”观念，向现代的社会纬度的共同体下权利观念发展，成为西方法学思想的重要进路。

美国学者玛丽·安·格伦顿深刻地指出，卡尔·马克思第一个注意到在 19 世纪，人们对生命、自由和财产享有的权利显而易见是孤立的、不受他人控制的个体的权利，是“建立在人与人彼此隔离的状态基础之上”的“隔离状态下的权利”。而到了 20 世纪末，人们将生命权的实质重新界定为“一个人待着的权利”。<sup>①</sup>作者深入地剖析了美国权利话语中所体现出的权利承载者所具有的孤立品性。她在与西德的法律思想和实务的比较中，援引阐述了个人

<sup>①</sup> [美] 玛丽·安·格伦顿著：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社 2004 年版，第 24 页。

权利与他人权利、社区权利的关系，她指出，与美国同行相比，德国联邦最高法院在一起早期案件中说道：“‘基本法第1条、第9条保护的是所谓的人格……即人性的内在层面，原则上讲，它只遵从于个体作出的自由决断’。但是，个体权利承载者的社会纬度同样受到了关注。在基本法中，人格权便受到了‘他人权利’、‘宪政秩序’以及‘道德规范’的限制。法院承认会有必要进行些平衡：‘基于这样的事实而对隐私权课以限制，个体必须将自己整合于社会之中，并尊重他人的权利和利益……在利益发生冲突的情况下，可能有必要上下掂量。’”<sup>①</sup> 她进一步引述说：“在一个1954年作出的判决中，西德宪法法院立场坚定地回绝了任何一种认为霍布斯与洛克笔下的孤立的权利承载者可以作为1949年宪法法律主体的看法：‘基本法中的人的概念不是一种孤立的、完全自主的人的概念；更确切地说，基本法是在不减损个体性的情况下，通过将市民与社区相联系或者相结合来解决个体与共同体之间的冲突的。’”<sup>②</sup> 从共同体意识被引入法学之际起，法学的概念与视阈发生深刻的变化就是必然的。特别是与诉讼主体、诉讼主体的诉讼权利相提并论时，更是延展了人们的观念触角。滕尼斯说：“法既可能理解为共同的本质意志，也可能理解为共同的选择意志。但是，个人的本质意志的根子是在植物性的生命里发现的，而个人的选择意志的根子则是它的作为两种相同和对立的快意价值的思想联合的普通可能性。因此，共同体的意志的根子也蕴藏于植物性的生命里。因为物种和家庭的本质就是社会学意义上的植物性的生命，从根本上作为人的共同生活的实质的基础。”<sup>③</sup> 由于有了共同体的观念，

① [美] 玛丽·安·格伦顿著：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社 2014 年版，第 184-185 页。

② [美] 玛丽·安·格伦顿著：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社 2014 年版，第 185 页。

③ [德] 斐迪南·滕尼斯著：《共同体与社会》，林荣远译，商务印书馆 1989 年版，第 144 页。

使我们对诉讼主体的分类和认识无疑有了全新的提升。比如，被追诉人与辩护律师之间，就是一个利益协调的共同体。如此，对诉讼主体的认识，也必然地将从主体与主体之间的关系着眼，主体间性观念的引入，也就是逻辑的必然。从复数主体视角考察每个主体，以及主体与主体之间的权利关系，显然，与从单数主体（即主体个体）考察主体性及其权利相比，得出的结论和关照的视阈给人以豁然开朗感。“从主体性转移到主体间性体现了哲学从现代的主体中心的一元理性到当代的交往对话的多元理性的过渡，体现了哲学从纯粹‘思’到生活世界，从终极理性到境遇合理性，从先验自我到世俗自我，从反躬沉思到交往对话，从理想到现实，从天上到人间的转向。”<sup>①</sup>以往就被追诉人主体研究其主体性，就被害人主体研究其主体性，受限于各个主体自身的界阈，难以解决主体性的实现问题。比如，主体固然有自治、自决、自觉意志，但其自治、自决、自觉所体现出的参与、选择、辩护、平等等权能，都离不开其他主体对其主体性及其权利的认可，更看不到每一个主体其实是处在不断的主客体角色转换的过程之中的。萨特深刻地认识并深入地论述了“主体性的客体化”命题。他举例道：“被客体化的主体性的例子：理念是主体性的，因为我们头脑能够浸透它，并且因为我们能够用根源（~~根源~~）和在它的运动中把握它；它是客体性的，因为我们已经从外部来看待它。将它置于我们自身之内，再一次把握它，这一行动就是将客体性置于我们自身之内，在我们创造性的主体性的中心地带客体化我们自身。”<sup>②</sup>这一分析，犹如灵光闪现，促使我们重新思考并认识以往我们关于诉讼主体及其主体性和客体化的问题。也就是说，任何诉讼主体都不可能是完全静态的

① 高秉江著：《胡塞尔与西方主体主义哲学》，武汉大学出版社 2005 年版，第 55 页。

② [法] 萨特著：《伦理学笔记》，转引自万俊人主编：《20 世纪西方伦理学经典》（~~第 1 卷~~），中国人民大学出版社 2005 年版，第 140 页。