

论律师刑事辩护权利的本质 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/479/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_BA\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E5\\_c122\\_479953.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AE_BA_E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_c122_479953.htm) 刑事辩护制度是一国刑事诉讼制度的重要组成部分。近代刑事辩护作为反对封建时期司法专横的法律制度，是市民社会与政治国家二元并立社会结构关系（以下简称二元并立结构）的产物，体现着市民社会与政治国家的应然关系。刑事诉讼中，辩护律师通过行使其诉讼权利来实现刑事司法的民主参与，形成以权利制衡权力为特征的诉讼过程，有效地促进了司法公正。因此，辩护律师的诉讼权利不仅是支撑刑事辩护制度的基石，也是近现代刑事诉讼目的得以实现的基本条件或手段。然而，多年来，我们对辩护制度和律师诉讼权利的认识始终处在一个较表面的层次，缺乏深入的理论研究，至今仍未获得其应有的价值定位。在世界各国的刑事诉讼模式由职权主义向当事人主义靠近，我国刑事司法改革最终吸收了当事人主义的某些合理因素而形成了“抗辩式”诉讼的今天，在理论上深入研究律师刑事辩护权利，正确认识其性质和作用，对维护公民合法权益、保障人权，进一步推动我国司法改革，都将具有基础性的意义。马克思在《关于林木盗窃法的辩论》一文中阐述了这样一个思想：法律应当“是事物的法的本质的普遍的和真正的表达者。因此，事物的法的本质不应该去迁就法律，恰恰相反，法律应该去适应事物的法的本质。”他所说的“事物的法的本质”就是指法律在调整各种社会关系应该体现的必然性和规律性。他在《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》一文中又进一步指出：“法律应该以社会为

基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现”。为此，立法者必须以客观实际为基础，以事物的本性为前提，以客观规律为依据，以合理处理利益与伦理关系为原则，充分考虑客观需要与可能。二元并立社会结构，奠定了近现代刑事诉讼法律制度的社会基础。律师的刑事诉讼权利就是这一并立关系的事物的法的本质和一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现。基于这一认识，笔者拟从二元并立社会结构下市民社会与政治国家的应然关系为理论起点，来探讨律师刑事辩护权利的本质和价值。什么是市民社会？马克思认为，市民社会是一个经济关系领域，是生产关系与经济基础的总和。他在谈论法的关系时指出：“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它的本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反它们根源于物质的生活关系，这种物质的生活关系的总和，黑格尔按照十八世纪英国人和法国人的先例，称之为‘市民社会’，而对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻求。”

“市民社会包括各个个人在生产力发展一定阶段上的一切物质交往。”这就表明，市民社会就是生产力发展一定阶段的社会个人之间以契约为基础的物质交往关系总和，是社会成员追求个人利益的经济活动领域。但是，市民社会成员追求利益的最大化和无序化，导致了成员间激烈的冲突。为了使“这些利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上凌驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在‘秩序’的范围以内。”这种“力量”便是国家。正是由于利益冲突导致国家产生，“人们联合为国家和置身于政府之下的重大和主要目的，

是保护他们的财产；在这方面，自然状态有许多缺陷”。因而缓和冲突、维护市民社会成员应有利益就是国家目的的逻辑结论。国家应当是市民社会的保护者。但是在市民社会创造了政治国家之后就立即被国家所控制，丧失了自己的独立人格，形成了马克思所说的“政治国家与市民社会同一”的社会，其特征是以政治国家为本位的，专制集权式的一元社会结构。它决定了国家必然成为凌驾市民社会之上的异化力量。国家权力的绝对自由窒息了市民社会权利意识和自由，人性被严重扭曲和压制，个人利益受到极大的贬损和摧残，普遍利益被异化为统治阶级的集团私利。从十一世纪起，随着城市的重新兴起，商品经济的恢复和发展，市民社会逐步壮大起来，经过几百年的斗争，市民社会最终摆脱了政治国家的控制，从政治国家中分离出来，与之形成并立关系。与此同时，以洛克、孟德斯鸠和卢梭等人为代表的启蒙思想家以自然法理论为指导，提出了市民社会与政治国家的观点。他们认为，人生而就有自由、平等、财产、生命、健康和安全的自然权利，任何人（包括国家）都不能剥夺这些权利；由于自然状态存在缺陷，需要国家来保护这些权利，因此人们离不开国家。但国家只是人民契约的产物，国家权力来自于人民部分权利的转让；人们未转让的自然权利构成了市民社会的自由、平等交往和追求个人利益的基础；国家由市民社会所创造，只能为市民社会服务。可见二元并立社会结构是指社会发展一定阶段上，市民社会从国家中分离出来，成为社会的一元，国家应服务于市民社会、受其制约并在一定程度上相互独立、相互依存的关系。经济基础决定上层建筑。市民社会“这一名称始终标志着从生产和交往中发展起来的

社会组织，这种组织在一切时代都构成国家的基础及其他观念的上层建筑的基础”，因而“决不是国家决定和制约市民社会，而是市民社会决定和制约国家”。在市民社会支配政治国家的关系中，“国家的愿望总的说来是市民社会不断变化的需要所决定的”。同时，市民社会也构成了法律制度的社会和物质基础。但是，市民社会控制政治国家，是以固定的政治形式来实现的，在实行代议制民主制度的同时，还必须建立国家管理机构，从而造就了官僚政治体制和官僚阶层。这些官僚成员作为人和官僚身份的结合物，必然形成其特殊的行为和生活方式，加之人性的弱点，极易产生不当的利益要求，从而形成与政治国家伦理目的相异化的利益集团；另一方面，市民社会虽参与立法并制定出体现自己利益和意志的法律，但它并不涉入法的实施这一权力行使过程。立法与法实施的分离，弱化了市民社会对国家的控制，则易发生背离市民社会利益，偏离法律精神的现象。因此，国家并不必然代表市民社会的普遍利益和必然维护其单个成员的利益。但“用复古的办法来消除市民社会与政治国家的二元论”，只会导致社会的倒退，只有实行民主制才能消除市民社会与政治国家的对立，实现“普遍与特殊的真正统一”。这种民主制不仅表现为市民社会制定法律，还表现为对法实施的促进和监督、对权力的制约。近现代律师辩护制度就是民主制度在刑事司法中的体现，是市民社会的内在目的及其与政治国家应然关系的伦理要求。律师是从古代希腊、罗马诉讼中的“代言人”、“代理人”发展而来的。古代希腊、罗马社会生活中之所以会出现“代言人”、“代理人”，与当时的社会状况有着密切的关系：一方面，以雅典为代表的商业

、手工业和航海业发达，商业贸易繁荣。商人、手工业者和航海家人数众多，经济力量强大。他们在经济上具有很大的独立性，较少受国家的支配，从而形成并保持着追求自我经济利益的，独立于政治国家之外的“经济活动领域”；另一方面，古代希腊和罗马民主政治产生很早，平民、公民广泛地参与着国家政治生活。因此，在国家对奴隶阶级进行统治和镇压的同时，必然对广大公民、平民的利益给予较多的承认和保护。这不仅表明了古代希腊、罗马市民社会的独立性，还表明了市民社会与政治国家之间的二元并立关系。在生产和频繁的商业交往中，纠纷不断，诉讼逐渐成为解决纠纷的主要途径。由于商人们忙于其商务，没有固定的住所，无暇顾及诉讼，也由于法律的日益复杂，当他们之间发生纠纷时，便委托他人在法庭上代为诉讼。这些被委托的人大都能言善辩，通晓法律，他们逐渐以代为他人诉讼为职业，形成了“代言人”和“代理人”。古罗马地跨欧亚非三洲，地中海航海业十分发达，商业进一步发展起来。为了维护交易秩序，罗马统治者制定了许多法律、法令和规定，以保护私有权利和财产流转，最终形成了“基于私有财产之上的完备的法律形式”的罗马法。与此相适应，学习、研究法律的法学家阶层开始形成，为如何执法提供意见并向民众解答法律问题，为当事人提供咨询意见，代理当事人参加诉讼。这一切都极大促进了古代希腊罗马时期助人诉讼、保护私有权利的“代言人”、“代理人”成为专业律师。从律师的产生和发展历史背景中，我们可以断言律师与市民社会的独立性和二元并立的社会结构密切关联，是这一社会现实条件的必然产物。由此可以看出“从律师的本质含义看，律师是以保护个

体利益和自由为宗旨的；国家设立律师及其制度，是通过他（她），听取利益各方的不同观点和主张，使纠纷公正合理地得以解决。”这种维护私人利益的本质不仅表现在民事诉讼中，也体现在刑事诉讼中。在后者，国家和律师的介入，其目的也仅仅限于对私人利益的维护和冲突的缓和。因为“文明社会产生之初，国家机器并不发达，借用罗伯特·诺齐克的说法，此时的国家只能称得上‘超弱意义上的国家’，国家权力的触须尽管已伸进了刑事诉讼，但由于统治者仍将犯罪视为与国家无涉的私人纠纷，因而，国家是以一种相当被动的姿态介入刑事诉讼的。没有设立专门的侦查和指控机关，侦查犯罪，指控犯罪的责任仍然由受害人承担，国家基于‘不告不理’的原则，不主动追究犯罪；而且，即使被害人一方向国家提起了刑事告诉，国家也自始至终以一个消极中立的第三者的身份去充当刑事冲突双方的裁判者”。在观念上，刑事诉讼完全是个人的事。这一认识一直延续到中世纪。这一关系决定了律师介入诉讼、诉讼中行使的权利都源于当事人的授予，充分体现了它的私法性质。当国家“意识到一切犯罪从根本上都是危害自身统治的行为，‘一个针对其个人的渎犯行为已经成了一种违抗政府的犯罪’”时，国家对犯罪的追诉和打击，就超越了对私人利益的保护而获得普遍的社会意义。然而，这里的“普遍的社会意义”主要是统治关系的维护。在律师制度几乎不复存在的中世纪，只要被指控犯罪，就实行有罪推定，刑讯逼供成为重要证明手段，毫无辩护权利可言。因此，在诉讼过程和结果上，被告利益被严重侵犯。今天某人的遭遇，明天又会落在另一个人的头上，因而在市民社会与政治国家同一的社会，国家在

刑事诉讼中对单个市民社会成员的伤害，本质上是对市民社会的威胁。近代市民社会革命把自己从封建专制的桎梏中解放出来后，为了防止国家在刑诉领域中对市民社会的侵害，市民社会必须参与刑事司法，监督和制约国家刑罚权。为此，纷纷把刑事辩护制度写入宪法。近现代律师辩护的意义从此超越了维护单个被告范围而实现了对整个市民社会利益维护的巨大价值。律师的刑事诉讼权利也由古代希腊、罗马由当事人授予演变为主要由法律直接规定。基于这一变化，近现代律师刑事辩护权利的概念可表述为：刑事诉讼中，经犯罪嫌疑人、被告人委托或者法院指定而介入诉讼的辩护律师，为维护嫌疑人、被告人的合法权益而享有的，由法律规定的各种诉讼权利总称。它具有如下特征：1. 律师刑事辩护权利的实际取得，以犯罪嫌疑人、被告人（或他的近亲属）的委托为前提。律师介入诉讼，必须经嫌疑人、被告人委托。委托产生的方式有两种：一是嫌疑人、被告人直接委托律师为其辩护，此属一般的委托关系；二是司法机关的指定。在作出指定后，被告人还需与律师办理委托手续。由于指定是因案件及被告的特定情况、依法律规定司法机关必须为其指定辩护人，而且，如果被告无力支付律师费，则由国家承担，这就在一般的委托关系中渗入了国家义务因素；2. 律师刑事辩护权利是法定权利。律师介入诉讼后，出于有效辩护的需要，法律赋予了辩护律师许多嫌疑人、被告人所不享有的诉讼权利（如会见权、通信权、在场权、调查取证权和庭审参与权），因而律师获得这些权利是基于其辩护人地位，而非其委托人授予。这些权利是律师行使辩护职能，维护嫌疑人、被告人权益必不可少的、最为重要的权利，它们构

成了律师刑事辩护权利的主干。当然，辩护律师还可以以代理人的身份为嫌疑人、被告人行使某些权利，如控告、申诉、申请回避以及上诉。但这些权利只有在委托人授与时才构成律师刑事辩护权利的一个部份。实践中，律师行使这些权利的机率也很低，从某种意义上讲，它们并非是律师实现辩护职能所必需；

3、律师刑事辩护权利体现出辩护律师与司法机关的刑事诉讼法律关系的相对独立性。律师介入诉讼后，基于辩护人身份与司法机关产生了刑事诉讼法律关系上的权利义务关系。由于嫌疑人、被告人并不享有这些权利，而是法律直接赋予辩护律师的，因此，它是基于辩护律师的法定权利主体身份而产生的。显然，辩护律师与司法机关的这一关系并不是嫌疑人、被告人基于其自身的权利与司法机关形成的权利、义务关系的简单延续和转移。这表明了辩护律师与司法机关的权利义务关系对嫌疑人、被告人与司法机关权利、义务关系的相对独立性；

4、律师刑事辩护权利的行使具有一定独立性。首先，这种独立性源于辩护律师诉讼权利主体的法定性。在一般的委托关系中，受托人必须由委托人授权后方可为其处理事务。但辩护律师行使其诉讼权利，在没有嫌疑人、被告人的事先明确反对情况下，作为权利的法定主体，无需征得他们的同意。其次，实践中，律师是从维护他们的合法权益出发，运用自己的法律知识，根据自己的经验对案件作出判断，视辩护需要独立行使其诉讼权利，向司法机关提出有利于嫌疑人、被告人的材料和意见的。再次，虽然从理论上讲，嫌疑人、被告人有权反对或拒绝律师行使某项权利，但由于权利行使的受益者是嫌疑人、被告人，这就决定了发生这种情况的可能性几乎不存在。最后，即

使出现这种情况，如果某项权利行使反而会产生不利后果，出于辩护职责，律师当然会放弃；反之，如有利于嫌疑人、被告人而他们一味反对，致使难以实现辩护目的，律师则有权拒绝辩护。这也显示出它的独立性。鉴于以上特征，我们可把律师刑事辩护权利定位为“法定权”。它的法定性和独立性与嫌疑人、被告人“有获得律师帮助的权利”相结合，实现了辩护与追诉之间、惩罚犯罪与保障人权之间的价值平衡，充分反映了市民社会的愿望。可见，律师刑事辩护权利的实质，是市民社会对其成员的帮助权、刑事司法的参与权和对国家权力的制约与监督权。诉讼中，市民社会通过律师诉讼权利的行使，来制约和监督政治国家，律师则充当着市民社会的代表。这体现了二元并立社会结构关系下的伦理要求。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)