



中国法学学术丛书

控辩平等论

Equality of Prosecution and Defense

冀祥德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2007年度国家社会科学基金项目

批准号: 07BFX061

成果鉴定等级: 优秀



中国法学学术丛书

控辩平等论

Equality of Prosecution and Defense

冀祥德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

控辩平等论/冀祥德著. —北京:法律出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8520 - 0

I. 控… II. 冀… III. 刑事诉讼—辩护制度—研究—中国 IV. D925. 215. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第070162号

© 法律出版社·中国

中国法学学术
丛书

控辩平等论

冀祥德 著

责任编辑 高山 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 17 字数 418千

印次 2008年7月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8520-0

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

2008年4月

法治国不仅是一个政治概念,而且也是一个文化概念。它意味着要保护与秩序相对应的自由,与理智相对应的生命,与规则性相对应的偶然性,与计划框架相对应的充实过程。简言之,它保护那些属于目的和价值的东西,而与此相对应的,则仅仅是符合目的和具有价值的东西。

法在极端对立的紧张之间保持平衡,这种平衡是交易的,经常遭受威胁而又总是被重新创造的。

——[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫

内 容 摘 要

由于纠纷发生的即时性、多样性和不可避免性,导致纠纷解决迫切性、多元性和模范性,所以,作为纠纷解决机制的诉讼程序总是先于立法程序和行政程序而发达。诉讼程序是法律程序的基础,而控辩平等则是诉讼程序的核心。这是因为,在纷繁的社会关系运行中,纠纷的发生具有必然性。在摒弃血亲私力救济的愚昧方式之后,理性人就在寻找由一个中立的第三方裁断是非,于是法官就出现了,诉讼就形成了原告、被告和法官分别承担着控、辩、审职能的三角结构组合。然而,必须看到,这种显然的三方格局组合只是一种表面关系,其根本的动力机制是控辩关系中的控辩平等。因为,法官中立是一种具有当然性的要求,但法官中立的实现不是法官自己可以实现的,它需要一种保障机制,这种保障机制就是赋予控辩双方平等的诉讼地位。正是人们对法官的中立期望再加上控辩平等的保障机制,使得刑事诉讼结构的核心形成了一个“等腰三角结构”模式,而在其中,控辩平等发挥着核心作用。

刑事诉讼活动是从追求形式真实到实质真实

的过程。虽然形式真实的过程不一定绝对导致裁判的正确,但却可以在防止法官滥用力量的程序范围内最大可能地保证实质真实地实现。一个公平的法律程序组织可以最大限度地增加作出公正的判决的可能性。程序正义的原则以及关于公平的法律程序的信念和这个组织在任何实际的决定中实现实质正义的可能性上所起的作用,应当由经验加以验证。正是因为控辩平等的构建使得刑事诉讼过程的程序运作成为名副其实。其逻辑关系是:在诉讼过程中,只要实现了控辩平等,就能实现法官中立;只要实现法官的中立,就能最大程度地实现裁判的公正。^①

人类文明前行的足音,必然呼吁人类个体自由度的提高和主体平等地位的确立。从1979年的刑事诉讼法到1996年的刑事诉讼法,控辩平等原则的基本精神在我国刑事诉讼法律规范中经历了一个从无到有、从少到多的过程。这是政治民主与市场经济的发展对尊重人权和强调人的尊严的必然要求。但是,“国际公认的原则是不得以牺牲司法公正或威胁基本人权为代价来控制犯罪或建立秩序。”^②以此检视我国现行刑事诉讼制度,可以发现,控辩平等原则在我国法律制度和司法实践中还只是雏形,其与国际公约和司法准则对控辩平等的要求依然存在较大差距,甚至在某些方面尚未达到控辩平等之最低标准要求。

在作者看来,控辩平等从内在的权力(利)配置原则上要求,应当具备平等武装和平等保护,其中,平等武装所追求的是一种实质的平等,平等保护所追求的是一种形式的平等;控辩平等从外在的权力(利)行使目的上规范,应当包含平等对抗和平等合作,其中平等对抗是手段和现象,平等合作是目标和本质。

作者提出了在我国刑事诉讼法之再修改中,以控辩平等原则为基本原则,重构我国控辩关系的体系构想。其中,既包括对诉讼权力(利)的重新配置,又包括对诉讼制度的构建改造。

① [英]麦考密可、[奥]魏因贝尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1986年版。

② 陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第4页。

Abstract

Owing to the immediacy, diversity and inevitability of dispute occurring results in the imminence, pluralism and paradigm of dispute resolving, litigation, as the dispute resolution mechanism, has always developed prior to legislative and administrative process. Litigation is the basis of legal procedure, further, the principle of equality of prosecution and defence is the core of litigation. For in the complex social relations, dispute is certainly occurred. After getting rid of the ignorant means of blood and private remedy, a wise person has sought a third party to judge right and wrong—then judges appeared, and litigation has been shaped a triangle, which prosecutors, the accused and judges, respectively, undertake accusation, defence and judging function. However, it should be noted that this apparent triangle pattern is only a kind of superficial relation, the essential drive of which is the equality of prosecution and defence. The reason is that the neutrality of judge is necessarily required, but it can not come true by

judges themselves. It needs a kind of safeguard mechanism that endows both prosecutors and defendants with equal status. It is the people's expectation upon judges' neutrality and the safeguard mechanism for the equality of prosecution and defence make the core of criminal procedure structure form an isosceles triangle model, among which the equality of prosecution and defence exerts core effect.

Criminal litigation is the process that pursues justness, from formal to substantive. Though the process of formal trueness does not necessarily result in rightness of judge, it may prevent judges abusing authority to ensure the realization of substantive trueness as much as possible. A fair legal procedure organization may, to utmost extent, enhance the possibility of impartial judge. It shall be for experience to verify the principle of procedure justness, the faith of fair legal procedure and the effect that the organization fulfils in any decision of realizing the possibility of substantive justness. It is the construction of the equality of prosecution and defence that makes the name match the reality. The logic is that, in the course of litigation, only if the equality of prosecution and defence is realized is the neutrality of judge achieved; only if the neutrality of judge is achieved is, to utmost extent, fair judges realized.

The development of civilization inevitably calls for improving individual freedom and establishing subjects' equal status. From the 1979 Criminal Procedure Law to 1996 one, the fundamental spirit of the principle of the equality of prosecution and defence has evolved from nothing to being and from weakness to strongness, which is a necessary requirement for respecting and strengthening human rights as the development of political democracy and market economy. However, "the principle internationally acknowledged is that to control crimes or set up order shall not sacrifice judicial justness or imperil basic human right". Reviewing our existing criminal procedure system, it can be found that the principle of equality of prosecution and defence is still in

rudimental stage in our legal system and judicial practice, which is still relatively big gap compared with international conventions and judicial standard rule, and in certain aspects it even can not reach the bottom standard.

In the author's view, from the requirement of the principle of inherent right (power) distribution, the equality of prosecution and defence shall include both equal arm, which is in pursuit of substantive equality, and equal protection, which is in pursuit of formal equality; while from the view that exterior power (right) exerts intentionally regulation, the equality of prosecution and defence shall include both equal defence, which is means and phenomenon, and equal cooperation, which is aims and essence.

The author puts forward the idea of the system that, in the process of repairing the Criminal Procedural Law again, the principle of the equality of prosecution and defence should be the basic principle and we shall reconstruct the relation between prosecution and defence which includes both redistributing litigation right (power) and constructing and reforming litigation systems.

序 一

王敏远*

呈现在读者面前的这本专著是祥德博士独立承担的国家社会科学基金项目成果,也是其在博士后研究报告基础之上对控辩平等问题的深化研究。作为祥德的博士后合作导师,我既目睹感受了他勤奋刻苦、务实创新的学术态度,又熟悉了解了他正直友善、表里如一的为人处世。祥德来法学所的时间虽不长,但却是学术研究和行政管理“双肩挑”的重量级人物。他不仅作为诉讼法室的研究员在学术研究方面扎扎实实、成绩斐然,而且作为法学系的常务副主任在行政管理工作中兢兢业业、无私奉献。祥德到法学所不到四年的时间,已经出版了三部个人专著,在法学核心期刊上发表了二十多篇文章。欣闻其新作《控辩平等论》又将出版,嘱我作序,十分高兴。

* 中国法学会刑事訴訟法學研究會副會長,中國社會科學院法學研究所研究員,中國社會科學院研究生院教授、博士生導師。

我认为,控辩平等是刑事诉讼中人权保护的重大课题,是国内外刑事诉讼法学研究的一个重要问题。当前,我国正处在修改刑事诉讼法的关键时期,以辩护制度改革为主要内容的控辩双方权力(利)与义务关系的重构,被认为是修改刑事诉讼法的重点和难点问题。在这种背景下研究控辩平等问题,不仅对于我国刑事诉讼基础理论研究具有极为重要的推动作用,而且对于我国刑事诉讼立法等实务具有显著的积极意义。从法治发展规律的角度来看,人权保障由低到高、由弱到强的趋势,保障被追诉人的权利越来越引起国际社会和法治国家的重视的趋势,均要求刑事诉讼中建立并发展控辩平等。可以说,控辩平等原则的确立和发展,关系着现代法治的进程,是现代诉讼法治的重要标志之一。

关于控辩平等问题,从国内学术界现有的研究成果来看,尚无研究性专著对此予以关注,零星的数篇论文,主要局限于比较研究的层面上,从国外的成功做法对比我国立法与司法实务的缺陷,并提出有关的对策。就此而言,与国外有关研究的思路相比,国内有关控辩平等问题的研究范围有待拓展,研究深度有待挖掘,尤其是需要将这一问题与刑事诉讼的本质、刑事诉讼的规律、刑事诉讼的有关基础理论以及我国的社会现实紧密联系,以对控辩平等原则的现代内涵作出实质性贡献。祥德对于本课题研究的创新意义即在于此。

祥德的《控辩平等论》,作为国内外学术界控辩平等研究的首部学术专著,运用了比较分析、实证分析和规范分析的方法,本着发现问题、分析问题和解决问题的思路,将研究基本立场确定为立足于中国法变革之实际,其一为当下之刑事诉讼法再修改之现实,其二为长远之刑事司法法治化之需求,应予以充分肯定。

我认为,祥德《控辩平等论》的学术价值和社会价值主要体现在:

1. 重新解读了控辩平等的现代内涵,丰富和发展了控辩平等的理论学说。作者研究认为:在构建和谐社会的背景下,应当重新解读控辩平等的内涵,并赋予其新的含义。他提出,现代意义上的控辩平等,不仅具有此前研究者认识之平等武装与平等对抗之内容,而且应当具有平等保

护与平等合作之发展。控辩平等从内在的权力(利)配置原则上要求,应当具备平等武装和平等保护,其中,平等武装所追求的是一种实质的平等,平等保护所追求的是一种形式的平等;控辩平等从外在的权力(利)行使目的上规范,应当包含平等对抗和平等合作,其中平等对抗是手段和现象,平等合作是目标和本质。平等武装、平等保护、平等对抗、平等合作,共同构成了控辩平等理论的现代内涵——以消解国家和个人的纠纷为总目标,以控制犯罪和保障人权为基本目的,以实体正义和程序正义为根本要求,以被追诉人受到公正审判为核心,以赋予被追诉人沉默权、辩护权、知情权、上诉权等防御性权利为手段,以确立不得强迫自证其罪原则、无罪推定原则、程序法定原则、禁止双重危险原则、非法证据排除原则为保障,使控辩双方在平等武装与平等保护的基础上,以平等对抗与平等合作的方式参与刑事诉讼。这一研究成果不仅是对我国刑事诉讼理论的重大贡献,也是对国际刑事诉讼理论的重大突破。

2. 厘清了控辩平等与刑事诉讼本质及其基础理论的关系,提出建立合理的刑事诉讼权力结构,对解决刑事诉讼中控辩平等的理论和现实问题具有重大推动作用。刑事诉讼的本质决定了设立控辩平等原则的必要性,而刑事诉讼基础理论则是控辩平等的理论基础。研究成果指出:对刑事诉讼本质的认知不足是侵犯被追诉人权利现象屡禁不止,从而导致控辩失衡的根本原因;刑事诉讼基础理论的研究不足及其在实务中受到忽略,是控辩平等得不到充分重视的重要原因。因此,在该问题的研究中,权力制衡、程序正义、无罪推定等基本原则在构建我国控辩平等原则的背景之下再次受到青睐。同时,研究成果认为:从结构决定功能的理论出发,没有权力制衡的科学合理的结构,就不会有刑事诉讼场域的各个权力的最佳功能的发挥;科学的诉讼权力结构,一方面是诉讼场域中的各个权力都是具有合法性和正当性的权力,另一方面是诉讼场域中的权力的制约和平衡。基于此,研究成果提出,我国的刑事诉讼场域必须纳入新的权力与权利因素,以实现刑事诉讼中国家权力和个人权利的平衡。

3. 建议尽快完善被追诉人的辩护权,理性扩张与规制侦诉机关的控权,实现二者在诉讼形态下的应有平衡。作者研究认为:被追诉人辩护权脆弱是我国目前面临的现实,也是控辩失衡的主要体现。不仅被追诉人本身辩护权之行使受到限制并缺乏通常的救济措施,而且辩护律师的法律地位、帮助辩护的效果等缺乏必要的保障。为了加强被追诉人的辩护权,不但需要完善相关的法律规范,而且更需要转变人们对律师辩护的观念。此外,加强辩护权并非仅限于简单的法律条文的增补,还需要具体而且完备的配套措施予以实现。作者针对目前立法、司法实务中存在的实际困难以及理论研究面对实务时的脱节与困惑,对于如何加强被追诉人的辩护权作出了详尽的分析,并提出了具体的让人信服的解决方案。同时,作者研究认为,应当理性扩张与规制侦查机关和起诉机关作为控方的控告权,如量刑建议权、暂缓起诉权、不起诉权的建立与完善等。在构建和谐社会的背景之下,控辩双方首先应当在平等保护的基础上平等合作,如果合作不成,则在平等武装的基础上平等对抗。

4. 主张培养执法者正确的司法理念与适格的职业素养,研究决策者与社会公众在控辩平等原则构建方面的互动机制。作者研究认为:权力的制衡需要的是一个完整的闭环监督系统,而当下我国刑事诉讼场域中对公权力的监督却是一个典型的开环结构。当然,一部刑事诉讼法无论制定的是如何精妙绝伦,但如果没有执法者正确的司法理念与适格的职业素养,那么只能造成理论的精妙衣装和实践的低劣皮囊之间严重脱节的现象。这也是1996年修订的刑事诉讼法实施后,人权保障问题颇多,刑事辩护走向低迷,控辩关系恶化的重要原因之一。还必须看到,中国法治的理念最终确定和被人民所信仰需要的还有时间,没有时间这种上帝的事业的保证,我们的社会注定是一时难以形成和确立法治思维和司法理念的。为此,作者主张培养执法者正确的司法理念与适格的职业素养。作者提出了在我国刑事诉讼法之再修改中,以控辩平等原则为基本原则,重构我国控辩关系的体系构想。其中,既包括对我国诉讼权力(利)的重新配置,又包括对诉讼制度的构建改造。这种系统论的研究问

题方法是科学的、完善的,也是现实的、功利的。

除此之外,该研究成果在研究的系统性上,阐述全面、精当,知识结构系统完整;在研究的可靠性上,所提出创建的理论学说前提科学、概念明确、逻辑严密、资料准确充分;在研究的规范性上,引证中规中矩,所有引用资料、观点来源清楚;在研究的语言性上,文笔优美、行文流畅、结构科学、逻辑性强。总之,是一项优秀的研究成果。期待该成果为刑事诉讼法学的理论研究和刑事诉讼法再修改以及司法实践活动,起到应有的指导和推动作用。

是为序。

王敏远

二〇〇八年五月二十五日

序 二

陈卫东*

初识本书的作者祥德教授,应当是1998年8月中国法学会刑事诉讼法专业委员会在山东召开的题为“刑事诉讼法修改实施一周年研讨会”。作为律师界的唯一代表,他语出惊人地“抛出”了刑事诉讼法再修改后“刑事辩护三难说(会见难、阅卷难、调查取证难)”。其敏锐的视角和犀利的见解,充分展现出了一位学者型律师的风采,给我留下了深刻的印象。2001年11月,在我组织召开的“刑事辩护与司法公正国际学术研讨会”上,他又提出了“刑事辩护木桶说”,认为刑事法治是社会法治“木桶”中最短的一块木板,而刑事辩护则是刑事法治“木桶”中最短的一块木板。其后,至少是在每年一度的诉讼法年会的交流中,经常听到他独具匠心又切中司法现实的精彩发言,如“公、检、法、律车轮说”、“刑事辩护准入制度说”等。他追求学术研究服务于国

* 中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

家法治建设与社会进步的学术立场和勤奋、刻苦、求是的治学态度以及正直、坦诚、友善的为人处世,让我们逐渐熟悉起来,成为亦师亦友的关系。后来,在他的博士后出站报告答辩会上,我作为答辩委员会主席,目睹了他扎实的学术功底、宽广的法学知识、丰富的法律实务经验、敏捷的反应和精彩的答辩,认为这个北京大学的研究生“学术十杰”果然名不虚传。现在,其新作《控辩平等论》即将出版,嘱我作序,义不容辞。

在我国即将批准加入《公民权利与政治权利公约》及刑事诉讼法再修改争论正酣之际,我很高兴地看到了一部既放眼于世界法治发展、又立足于中国社会现实的刑事诉讼法学力作——《控辩平等论》。通读该专著,我认为,至少有如下三方面的突出学术贡献和理论及应用价值:

第一,该选题切中了我国刑事司法体制改革及刑事诉讼法修改的关键,既具有理论上的前沿性,又有实践上的应用性。控辩平等是世界人权研究和刑事法治发展的一个十分重要的课题。两大法系尽管对控辩平等有着不同的诠释和制度构建,但是,几乎所有的法治发达国家都在各国的刑事诉讼法典中规定了控辩平等的基本内容。我国1996年修改后的刑事诉讼法,虽然在人权保护方面迈出了很大的一步,但是,距离本义上的控辩平等尚有较大的差距。在不少人看来,“犯罪分子只有老老实实,低头认罪”,怎么能说控辩平等呢?刑事诉讼法再修改的时间之所以一拖再拖,个中因由主要就是控辩双方权利与义务的配置。怎样认识控辩平等?控辩应否平等?中国的控辩双方如何平等?这些都是刑事诉讼法再修改的必须解决的重大理论和现实问题。《控辩平等论》专著的出版,正是在这样一个紧迫形势之下的“雪中送炭。”

第二,该研究成果作为国内外研究控辩平等的第一部学术专著,填补了世界刑事刑事诉讼法学研究领域的一项空白,不仅突破了诉讼法学界控辩平等主要是“平等武装”传统学说,提出了“平等保护”和“平等合作”的新的学说,对于控辩平等基础理论研究取得了突破性的进展;而且提出了“在构建和谐社会的语境之下,世界刑事诉讼发展中关于控辩平等的内涵已经有了崭新的内容”,“平等武装、平等保护、平等对抗、平等合