



诉讼法文丛

廖永安 总主编

刑事诉讼中权力与权利的冲突与平衡

——以当事人诉讼权利保护为分析视角

伍浩鹏 著

*The Conflicts and Balance
between Rights and Power
in Criminal Procedure
— from the Perspective of
Procedural Rights Protection*



湘潭大学出版社

本书为湖南省社科基金课题“刑事法律援助权研究”（课题编号：08YBB023）和中南大学自由探索计划课题“刑事诉讼律师独立研究”（课题编号：2011QNZT231）的研究成果。



诉讼法文丛
廖永安 总主编

刑事诉讼中权力与权利的冲突与平衡 ——以当事人诉讼权利保护为分析视角

伍浩鹏 著

*The Conflicts and Balance
between Rights and Power
in Criminal Procedure
——from the Perspective of
Procedural Rights Protection*



湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼中权力与权利的冲突与平衡：以当事人诉讼权利保护为分析视角/伍浩鹏著. —湘潭：湘潭大学出版社, 2012.11

ISBN 978-7-81128-454-6

I. ①刑… II. ①伍… III. ①刑事诉讼—研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 282614 号

责任编辑：雷 勇

封面设计：黄 敏

出版发行：湘潭大学出版社

社 址：湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真)：0731-58298966 邮编：411105

网 址：<http://xtup.xtu.edu.cn>

印 刷：国防科技大学印刷厂

经 销：湖南省新华书店

开 本：880×1230 1/32

印 张：8.5

字 数：213 千字

版 次：2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-81128-454-6

定 价：26.00 元

(版权所有 严禁翻印)

《诉讼法文丛》编委会

顾 问：何文燕 江必新 李交发 谢 勇

编委会主任：胡肖华

编委会委员：（按姓氏拼音排列）

陈 刚 郭树理 何文燕 洪永红 胡肖华 胡旭晟

黄明儒 江必新 李伯超 李交发 李 蓉 李仕春

廖永安 刘梅湘 申君贵 孙长永 王国征 夏新华

谢 勇 杨 翔 张立平 张全民

总 主 编：廖永安

总 序

改革开放以来，中国内地步入了社会全面转型的伟大时代。在此波澜壮阔的变革浪潮中，市场经济迅猛发展，民主政治不断提升，法律教育空前繁荣。其间，湘潭大学的法律教育在社会各界的精心呵护与大力支持下也硕果累累、业绩辉煌。而湘潭大学法学院每上一个新台阶，可以说都离不开其优势学科——诉讼法学科的发展。湘潭大学诉讼法学科组建于1983年，在几代法律学人的辛勤耕耘和不懈努力下，逐步培育并建设成为一个有着明显优势地位和独特学术风格的重点学科，形成了特色鲜明、颇具潜力、结构合理的四个稳定研究方向——即民事诉讼法学、刑事诉讼法学、行政诉讼法学以及诉讼法律文化。经过多年的学科建设、学术追求与人才培养，该学科建设取得了社会公认的优异成绩，创造了诸多湖湘法学第一。

1993年诉讼法学科获得硕士学位授予权，实现了湖南省法学硕士学位授权点零的突破，同年诉讼法学科又被确定为湖南省第一批法学类重点学科；2003年诉讼法学科获得博士学位授予权，成为湖南省第一个法学类博士学位授权点；2005年以诉讼法学科成员为主体的国家教学成果奖的获得，再一次实现了湖南省法学类国家级教学成果奖零的突破；2005年诉讼法学科的特色课程诉讼证据法学被教育部确立为国家精品课程，该课程成为湖南省首门法学类国家级精品课；2007年法学博士后科研流动站的获批，再次实现了湖南法学博士后科研流动站零的突破，为诉讼法学的全面科学发展再注新的活力、又添重要平台；2008年

诉讼法研究中心获批湖南省教育厅普通高等学校哲学社会科学重点研究基地；2009年以诉讼法学科为主体与湖南省人民检察院共建湖南省检察理论研究基地。依托上述学术资源和教学平台，诉讼法专业研究生培养质量多年来稳居全国前茅，为程序法治建设输送了大批研究型和实践性的高素质人才。

居安思危是胸怀，乘胜追击是勇气。为了学科的进一步发展，我们决定以湘潭大学法学院在职教师和博士研究生为主体，同时以虚心学习、海纳百川之态，向国内外专家、学者和实务精英开放，共同选辑、出版一套高水平、高质量的“诉讼法文丛”。“诉讼法文丛”曾由中国法制出版社出版发行，已先后出版8本，现转由湘潭大学出版社组织骨干力量负责本套丛书的编辑、出版工作。改版后的文丛由湘潭大学法学院院长、博士生导师胡肖华教授担任编委会主任，诉讼法博士点负责人何文燕教授、最高人民法院副院长江必新教授、法律史博士点负责人李交发教授和湖南省人大常委会副主任谢勇教授担任文丛顾问，湘潭大学法学院党委书记、副院长，诉讼法重点学科和重点研究基地负责人、博士生导师廖永安教授担任总主编。

我们期望通过这套文丛的出版，展现湘潭大学诉讼法学的整体学术风貌和全新学科特色，让社会和学界更多地了解湘潭大学法学院，了解湘潭大学法学院诉讼法学科。同时，也为社会贡献一批有分量的诉讼法学作品，提升学科地位和学术品格，吸引更多的法律人致力于诉讼法学的研究，从而促进我国诉讼法学的全面繁荣和法治建设的更大发展！

廖永安

2009年5月于湘潭

自序

“如果将法律理解为社会生活的形式，那么作为‘形式的法律’的程序法，则是这种形式的形式，它如同桅杆顶尖，对船身最轻微的运动也会作出强烈的摆动。”^① 随着我国社会的发展，权利保障意识的逐渐提高，对于作为“桅杆顶尖”——刑事诉讼中的权利保障问题，社会予以了越来越多的关注。自从1998年开始涉猎刑事诉讼的理论研究以来，刑事诉讼中的人权保障问题一直是我关注的重点，尤其是以此为出发点而提出的“刑事诉讼中权力与权利的冲突与平衡”问题，由于其反映了我国当前刑事司法面临的症结，更是我关注的焦点。因此，经过多年的酝酿，现在我能将《刑事诉讼中权力与权利的冲突与平衡——以当事人诉讼权利保护为分析视角》一书出版，是我对专业研究领域的一次回顾与小结，这无疑是一件幸事。

本书以我国近年来出现的诸多典型冤案为切入点，指出冤案的产生，其根源在于我国当前刑事诉讼中权力与权利的关系明显失衡，权力相互制约力度不够，权利难以有效地监督权力，这在侦控机关的侦诉权与被追诉人的诉讼权利之间的矛盾冲突中表现得尤为明显。理想的刑事诉讼构造应为控辩平衡、审判中立的“等腰三角形”构造，但我国当前刑事诉讼的实际运行过于强调公安机关、检察机关和法院等权力主体之间的“合作”。这样不

^① [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第120页。

仅使刑事诉讼中权力主体缺乏有效的相互监督与制约，即检察官的法律监督义务受到影响，法院的审判也难以独善其身，更导致了处于弱势地位的当事人缺乏有效的权利保障。为了解决上述难题，促进刑事诉讼法治化进程，保障当事人的合法权益，优化刑事诉讼中的权力结构，理顺权力主体与权利主体的关系就成为我国刑事诉讼法治进程发展的必然。

我国自1979年《刑事诉讼法》颁布以来，1996年进行了第一次修改，到2012年《刑事诉讼法修正案》的通过，透过具体法条的变化，我们可以清晰地看到我国刑事诉讼发展的内在逻辑，那就是以规范和限制诉讼中权力的运行和强化诉讼权利的保障为主线。在本书的写作过程中，我以2012年《刑事诉讼法修正案》和2007年修订的《律师法》为主要分析对象，联系近年我国颁布的相关法律法规进行了综合的分析和述评，提出对于刑事诉讼中的权力行使应当通过程序的规范化、证据制度的完善、自我约束机制的构建和司法职业道德的建设以实现其法治化的运行。而对于当事人诉讼权利的保障不仅体现在增加诉讼权利的类型，使当事人能获得更广泛的权利保障；注重被追诉人与被害人权利的平衡，使纠纷能够得到有效的解决；也应当重视刑事诉讼中权利救济的第三方力量——律师作用的有效发挥，通过行业自治实现律师的整体独立，通过强化执业权利保障实现律师的个体独立，使律师有能力不屈从于外部压力而独立执业，从而在国家权力与公民权利发生冲突时，能够发挥维护权利的应有作用。但是，在司法实践中，处于贫弱境遇的当事人依靠自身力量往往无法获得律师的帮助。在这种情况下，明确当事人享有法律援助权，由政府承担提供法律援助的责任，就成为理所当然。

“我们应当把刑事诉讼程序视为是一种具有生命的有机体，它如同其他任何一个在社会中产生功能的系统一样，时刻在经受

着变化，也常常以偏离法律规定的方式自己在发生变化。”^① 尽管我国 2012 年《刑事诉讼法修正案》在保障诉讼权利和规范权力行使方面取得了显著进展，但纸面上法律条文的更改并不难，而由纸面上的法律规定转化为活生生的司法现实才更为重要。如近年来我国律师法的实施状况不尽如人意，我对此感触尤深。从这个角度而言，我国刑事诉讼中权利与权力的平衡有待将来的检验，任重而道远，我也将继续关注此问题。

由于知识结构和经验的不足，本书肯定存在不成熟之处，敬请各位读者指正。

伍浩鹏

2012 年 10 月于中南大学

^① 《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社 1995 年版，第 3 页。

目 录

导 论	1
第一章 刑事诉讼中的权力与权利	13
第一节 刑事诉讼中权力与权利的内涵	13
一、刑事诉讼中权力的内涵	13
二、刑事诉讼中权利的内涵	17
第二节 刑事诉讼中权力与权利关系的演进	19
一、控诉式模式——消极的权力	20
二、纠问式模式——权力对权利的垄断状态	20
三、现代诉讼模式——以权利制约权力	22
第二章 刑事诉讼中权力的法治化	25
第一节 刑事诉讼程序的规范化	26
一、强制措施的修改	27
二、侦查程序的修改	33
三、一审程序的修改	39
四、简易程序的修改	42
五、二审程序的修改	44
六、死刑复核程序的修改	46
七、审判监督程序的修改	47
八、执行程序的修改	48

九、构建了违法所得的没收程序·····	50
十、构建了对实施暴力行为的精神病人的强制医疗程序 ·····	51
第二节 证据制度的完善·····	53
一、《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》 述评·····	54
二、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》 述评·····	55
三、2012年《刑事诉讼法》中证据制度的修改述评···	59
第三节 刑事诉讼中权力自我约束机制的构建·····	66
一、《司法公开示范法院标准》述评·····	66
二、《关于庭审活动录音录像的若干规定》述评·····	68
三、《关于全面推进人民法院廉政风险防控机制建设的 指导意见》述评·····	69
第四节 司法职业道德建设·····	70
一、《法官职业道德基本准则》述评·····	70
二、《法官行为规范》述评·····	71
三、《检察官职业行为基本规范（试行）》述评·····	72
四、《检察机关文明用语规则》述评·····	73
第三章 刑事诉讼中的权利保障·····	74
第一节 被追诉人与被害人的关系变迁·····	74
一、被追诉人与被害人之间的权利平衡之漠视阶段·····	75
二、被追诉人与被害人之间的权利平衡之弱化阶段·····	77
三、被追诉人与被害人之间的权利平衡之兴起阶段·····	79
第二节 被追诉人的权利保障·····	83
一、《刑事诉讼法》的修改与被追诉人权利保障·····	84
二、被追诉人权利保障的特别程序·····	90

三、被追诉人法律援助·····	97
第三节 被害人的权利保障·····	127
一、英美法系国家被害人权利保障·····	129
二、我国被害人权利保障·····	130
三、被害人法律援助·····	144
第四节 有效援助·····	150
一、实现有效援助的阻碍·····	152
二、有效援助的实现·····	154
 第四章 律师独立——诉讼权利救济的第三方力量·····	166
第一节 律师的社会责任与实现途径·····	166
一、我国对律师作用的认识·····	166
二、律师承载社会责任的途径——律师独立·····	167
第二节 律师行业自治·····	170
一、域外律师行业自治的考察·····	170
二、我国的律师行业自治·····	177
第三节 律师个体独立·····	186
一、律师权利的构成·····	187
二、律师权利保障的完善·····	190
三、律师的执业义务·····	215
四、律师的职业素质·····	219
第四节 律师的法律援助义务·····	227
一、律师职业与法律援助的关系·····	228
二、律师的法律援助义务·····	234
 参考文献·····	240
后 记·····	254

导 论

一、我国刑事诉讼中的典型冤案

近年来，我国的刑事诉讼中有个令人沉重的话题——冤案，如“赵作海案”、“安徽巢湖学生被刑讯逼供案”、“吴大全案”等，引发了社会的强烈关注。在下文中，笔者将着重对上述案例进行分析，以反思我国刑事诉讼运行过程中存在的问题。

（一）“赵作海案”^①

被害人赵振裳失踪4个月，其侄子于1998年2月15日报案。河南拓城警方将怀疑目标锁定在1997年和被害人打架的赵作海身上。1999年，一具只有躯干的尸体从井里被捞了上来。警方再一次锁定了赵作海。无头尸无法确认身份，赵作海的口供就成了此案最重要的证据之一。赵作海作出的九次有罪供述，成为法院认定案件事实的关键证据。1999年6月18日，柘城县检察院对赵作海作出逮捕决定。同年8月，该县公安机关以故意杀人罪将该案移交柘城县检察院起诉，案件报送商丘市检察院起诉处审查。由于证据存在重大缺陷，无名男尸没有确定身份，被告人在检察机关推翻原来供词，检察院要求柘城县公安局补充侦查。第二次，案件又被送到检察院，尸体身份依然没有确认，检

^① 本文关于“赵作海案”具体案情的描述，参见张寒：《“赵作海案”深度调查：商丘检察院称存在刑讯逼供》，[http://politics. people. com. cn/GB/1026/11561770. html](http://politics.people.com.cn/GB/1026/11561770.html)，发布时间：2010年5月11日。

察院再次要求公安机关补充侦查。1999年12月9日,检察机关最后一次退卷,再未受理。2001年,刑案清理超期羁押专项检查活动在全国展开,柘城县公安机关再次把赵作海案移送提上日程。同年7月,该案联席会议召开,政法委、公安机关、检察机关和法院经研究认定,该案尸源问题没有确定,仍不具备审查起诉条件,不受理。2002年八九月份,公安机关在清理超期羁押专项检查活动中,将该案提交商丘市政法委研究。商丘市政法委组织专题研究会,会上专题汇报该案。最后,经过会议集体研究,结论是案件具备了起诉条件。2002年10月22日,商丘市检察院受理此案。2002年11月11日,商丘市检察院将其诉至商丘市中院,商丘市中院刑一庭庭长杨松挺谈到据卷宗中记载,当时律师对赵作海作无罪辩护,法庭并未采信。庭审记录记载,赵作海庭上说遭到了刑讯逼供,也没有人理睬。法院最终采信赵作海有罪供述,以故意杀人罪判处赵作海死刑,缓期两年执行。宣判后,赵作海提出上诉,二审时撤回。河南省高院复核认为,商丘市中院一审判决,事实成立,证据充分。2010年5月,被害人赵振裳突然出现,河南省高院再审认为赵作海案为明显错案,宣告赵作海无罪。

(二)“安徽巢湖学生被刑讯逼供案”^①

2005年9月2日凌晨5时许,巢湖市居巢区半汤镇57岁的农民刘之华到市政府门前的一个大池塘起虾笼时被人打得不省人事。其家人闻讯当场报警并将其迅速送往医院。9月7日,刘之华因颅脑损伤,在医院经抢救无效死亡。警方对发生在市政府附近的蹊跷命案十分重视,指定居巢区公安分局侦查,并抽调相关

^① 本文关于“安徽巢湖学生被刑讯逼供案”具体案情的描述,参见黄勇:《安徽巢湖四名学生被羁押3个月遭刑讯逼供》, <http://news.sina.com.cn/c/1/2006-09-11/05499985789s.shtml>, 发布时间:2006年9月11日。

部门协助办理。在警方的调查中，一位目击者称曾看到有4个小青年对刘之华进行殴打，她见状后立即跑回去通知了刘的家人。另外也有两名证人证实曾在9月2日早上在案发现场附近看到有4个小青年在散步，警方由此确定犯罪嫌疑人是4个年轻人。9月8日，就在刘之华死后的第二天，居巢区一农民李某到办案部门反映，该案可能是其邻居张佑龙家的两个儿子张峰、张虎干的，理由是刘之华遇害当日，李某的母亲悄悄对他讲，张佑龙家“世代都不是好东西”。如此荒唐的理由和线索，警方竟然当了真。此外，李某还反映，在刘之华遇害之前的那天晚上10时许，张佑龙的母亲到张佑龙家很神秘地寻找焦裕、焦华、王东峰及其同学4人。“作案人数”又一次吻合，警方更深信不疑。9月9日晚，居巢区公安分局刑警大队办案人员传唤焦裕，经过5个小时的“思想工作”，焦裕透露说，听其父母议论，该案可能是其哥哥焦华和王浩、张峰及张虎4人所为。就根据这些所谓的“证据”，居巢区警方于9月10日将张虎等4人刑事拘留。冤案的祸根就此埋下。在长达100天的牢狱生活中，4名原本清纯的学生遭遇了办案人员实施的“车轮战”等闻所未闻的折磨：侦查人员轮番进行审讯，不让他们有片刻休息，哪怕是合眼的机会；有的人还被罚站、罚跪十几个小时，或是双手整天都被铐在墙上。经过长达五六天的煎熬，4人最终精神崩溃，被迫作出违心的供述。经安徽省公安厅派出的专门调查组调查发现，对4人的很多次讯问笔录没有起止时间、没有讯问地点、没有讯问人、没有记录人。刑讯逼供之后获得的是高度一致的口供：当晚一起吃饭，在吃饭时就约好夜里去打电子游戏，到次日凌晨4时，又一起到市政府门前水塘里洗澡，并与刘之华发生纠纷，继而殴打，然后逃离现场。就连现场上的一束花，王浩都承认是从马路边摘下后放在现场的。安徽省公安厅认定，这是毫无疑问的变相的刑讯逼供。

2005年12月26日,办案民警在摸排中发现,案发现场附近的出租房在8月中旬有外地人租住,通过租房人留下的手机号码,几经周折,警方在安徽省全椒县(滁州市辖)找到了19岁的无业女青年于某,得知其曾与男友王伟及王的朋友房某、刘某等人在那里租房居住。进一步的审查得知,2005年9月1日晚,王伟和其朋友房某、刘某等4人在出租房内庆祝房某的生日,4人饮酒至次日凌晨后,突然心血来潮出去跑步锻炼。早上6时左右,4人分两批回来,王伟和房某身上有多处划伤,并称是在市政府门前水塘游泳时发现有一个虾笼,因为好奇就从水中提起来看,没想到正好被虾笼的主人看到,以为他们要偷虾,张口就骂,结果双方发生殴打,他们4人将虾笼主人狠揍了一顿。后经证实,虾笼的主人就是农民刘之华。根据于某提供的这一线索,居巢区警方确定此4人有重大犯罪嫌疑,立即开展追捕工作。2006年1月19日至22日,警方相继在上海、合肥及宿州市的灵璧县将4名犯罪嫌疑人抓获。经审讯,4人对犯罪事实供认不讳。至此,在取保候审一个多月之后,4名无辜的学生终于在2006年春节来临之前的1月23日,被解除了取保候审。

(三)“吴大全案”^①

2006年9月3日下午,到浙江省慈溪市长河镇垫桥村打工的吴大全和史毕么买好了次日去广州的火车票。随后,吴大全到长河镇和朋友告别。当晚“有点喝高了”的吴大全回到出租屋时,已是凌晨时分。那天晚上,垫桥村桥头商店的店主沈秀云被人砍死在店内。睡梦中的吴大全被史毕么的电话叫了起来,因为有外人在,史毕么对他说,到外面和他说话事儿。出去后,史毕

^① 本文关于“吴大全案”具体案情的描述,参见陈玥辛:《男子蒙冤入狱遇见真凶 未获释反被以其他罪关押》, <http://news.sina.com.cn/sd/2010-11-08/095621432831.shtml>, 发布时间:2010年11月8日。

么告诉吴大全他杀人了，“把桥头商店的老太婆砍死了”。史毕么告诉他，9月3日晚，他和陈全（真名班春全）吃饭的时候喝了点酒，借着酒劲儿，预谋抢劫。史毕么要拉着吴大全去网吧上网。吴大全因为想睡觉没有答应。后来，吴大全对史毕么说：“公园那里有个长椅可以睡觉，你骑着我的自行车去吧。”第二天一早，吴大全到史毕么同在垫桥村打工的二叔史文学家取了300块钱，随后和史毕么到余姚搭上了去广州的火车。在火车上，史毕么向吴大全详细讲述了他的作案过程，并告诉吴大全，砍沈秀云的刀被他扔到了小桥旁边的水井里。2006年9月7日，慈溪市警方将史毕么和吴大全抓捕归案。吴大全被抓捕的当天，就举报说，凶手是班春全。但办案民警并不相信他，而是让他坐在铁凳子上，双腿向前伸直，并用力向前拉，“不知道挨了多少个耳光”。有一次，有个警察提审，告诉吴大全说，史毕么都承认了，是和你一起杀的人，这是你的笔录，签字吧。笔录写的什么，吴大全根本没有看清，就签字了。这个签字，后来被法院认定为“吴大全对抢劫和故意杀人的犯罪事实供认不讳”。

2007年2月，宁波市中级人民法院以抢劫罪和故意杀人罪分别判处吴大全有期徒刑12年和死刑，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。蹊跷的是，吴大全从未承认过“杀人”。开庭时，他大声喊，我没有杀人，但法官未给他申辩的机会。起诉书说，2006年9月3日下午，暂住宁波市下属的慈溪市长河镇垫桥村的吴大全伙同史毕么（另案处理），预谋抢劫该村经营小店的沈秀云。次日凌晨1时许，吴大全踹开木门，史毕么进入店内持菜刀威胁沈秀云交出钞票，沈呼救，史毕么在沈头部猛砍一刀，致沈倒在床上，两人仓皇逃出小店。吴大全害怕沈事后认出自己，为灭口，指使史毕么务必将沈杀死。于是，两人返回小店，史毕么再次入室用菜刀在沈的头上猛砍数刀，致沈死亡。“吴大全伙同他人以非法占有为目的，使用暴力劫取他人财物，为灭口又故