

Xing Shi Su Song Zhuan Ti Yan Jiu

刑事诉讼专题研究

刘文著



群言出版社
Qunyan Press

刑事辩护制度 • 强制辩护制度 • 刑事证据制度 • 刑事侦查制度 • 刑事起诉制度 • 刑事审判制度 • 刑事执行制度

Xing Shi Su Song Zhuan Ti Yan Jiu

刑事诉讼专题研究

刘文著



群言出版社
Qunyan Press

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼专题研究/刘文著. —北京: 群言出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 80080 - 934 - 7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 162097 号

刑事诉讼专题研究

出 版 人	范 芳
责任编辑	盛利君
出版发行	群言出版社 (Qunyan Press)
地 址	北京东城区东厂胡同北巷 1 号
邮政编码	100006
网 站	www.qypublish.com
电子信箱	qunyancbs@126.com
总 编 办	010 - 65265404 65138815
编 辑 部	010 - 65276609 65262436
发 行 部	010 - 65263345 65220236

经 销	全国新华书店
读者服务	010 - 65220236 65265404 65263345
法律顾问	中济律师事务所
装帧设计	美信书籍设计工作室
印 刷	北京市耀华印刷有限公司

版 次	2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷
开 本	880 × 1230mm 1/32
印 张	8. 875
字 数	214 千字
书 号	ISBN 978 - 7 - 80080 - 934 - 7
定 价	25. 00 元

☞ [版权所有, 侵权必究]

目 录

专题一 刑事辩护制度

一、律师应否成为回避对象	2
二、律师辩护难	10
三、刑事法律援助	28

专题二 强制措施制度

一、刑事拘留	40
二、取保候审	42
三、超期羁押	52

专题三 刑事证据制度

一、证人作证	64
二、警察出庭作证	72
三、刑事证据展示	83
四、刑事非法证据	92
五、刑事诉讼证明标准	105
六、沉默权制度	115

专题四 刑事侦查制度

- 一、私人侦探的现状及其出路 129
- 二、诱惑侦查 145
- 三、DNA 鉴定技术在侦查中的应用 161

专题五 刑事起诉制度

- 一、辩诉交易制度 175
- 二、公诉模式改革 189

专题六 刑事审判制度

- 一、集中审理原则 201
- 二、附带民事诉讼案件的审理 210
- 三、刑事简易审判程序 223
- 四、刑事裁判文书改革 239

专题七 刑事执行制度

- 一、注射执行死刑 250
- 二、未成年罪犯的社区矫正 261

参考文献 / 274

后 记 / 277



刑事辩护制度

辩

护制度是一个国家司法制度的基本组成部分，也是检验一个国家的司法活动是否民主、文明的重要方面，更是衡量一个国家的保护人权状况的重要尺度，这在世界范围内可以说已经形成了共识。1996年3月17日，《刑事诉讼法》经第八届全国人民代表大会第四次会议修改后，律师介入刑事诉讼的时间提前到了侦查阶段，同时律师被赋予了较多的诉讼权利。尽管如此，在司法实践中，由于诸多复杂因素的存在，使得长期以来我国辩护制度的实施状况却不太理想，难尽人意，面临的问题也很多。本专题将就律师应否成为回避对象、律师辩护难以及刑事法律援助问题进行分析与探讨。

一、律师应否成为回避对象

律师应否成为回避的对象？表面上看来，这是一个回避的问题，但与律师辩护权的行使也具有密切的关系，因为一旦律师成为回避的对象，则在符合法定情形的情况下，律师便不能再参与

案件的辩护工作，律师的辩护功能就无法得到发挥，作用亦无从体现。

所谓回避制度，根据我国《刑事诉讼法》的规定，是指在刑事诉讼过程中，与案件的当事人或案件的处理结果有利害关系的侦查人员、检察人员、审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人，不得参与案件的侦查、起诉和审判活动的一项制度。这一制度的依据是西方传统理论中的“自然公正原则”，即要求任何人不得担任自己为当事人的案件的裁判者，否则由他主持的诉讼活动不具备法律效力。根据这一原则，回避制度的建立，旨在确保司法官在诉讼中保持中立无偏的地位，使当事人受到公正的对待，尤其是获得公正审判的机会。基于此，我国《刑事诉讼法》中也确立了回避制度，但在回避的人员范围方面则不限于法官。为了保证我国的刑事回避制度能够得到切实有效地实施，《刑事诉讼法》第28条、第29条进一步明确规定了回避的具体情形。其中第28条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：（1）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；（2）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；（3）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；（4）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。”第29条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，应当依法追究法律责任。当事人及其法定代理人有权要求他们回避。”毫无疑问，规定刑事回避制度具有非常重要的意义，有助于实现司法公正，防止司法人员大办关系案、人情案、金钱案，避免司法人员处理案件时徇私舞弊、偏袒偏护、枉法裁判等现象的产生。

从上述有关回避的规定来看,我国刑事诉讼中回避的对象是明确且特定的,就是侦查人员、检察人员、审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人这六种人员,并不包括律师,照理来说,律师应否成为回避的对象就不应该成为一个问题。这个问题之所以被提出,可以说源于我国刑事诉讼的一些现实状况:第一,少数律师的近亲属(如配偶、父母、子女)在司法机关工作,这些律师能够通过密切的近亲属关系,对案件的处理施加直接或间接的影响,从而影响案件的公正处理,这已成为不争的事实。第二,不少律师即便没有近亲属关系在司法机关,但也会想尽办法或通过各种途径,力图与司法人员形成比较密切的关系,以期在自己参与辩护或代理的案件中能得到有利的处理结果。第三,在有些地方尤其是中小城市,不少当事人遇有“麻烦”需要自行委托律师或通过亲属委托律师进行辩护或代理时,并不太关注律师的法律素养、业务水平、办案经验、执业技能等方面,而是比较关心拟委托的律师与司法机关的案件承办人或承办单位的领导是否存在比较密切的关系?甚至更进一步地提出能否借助这种密切关系将案件“搞定”。如果能“搞定”就委托,否则就另寻高明。

上述种种现象,促使人们不得不思考这样一个问题,即是否应当把律师列入刑事回避的对象?2000年1月31日,最高人民法院法发(2000)第5号发布了《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》(以下简称《若干规定》)。该《若干规定》共9条,就审判人员执行回避制度的有关问题作出了较为全面的规范。其中第5条规定:“审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母,担任其所在法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人的,人民法院不予准许。”解读这一条规定,我们可以看出,其规范的对象已经不是法院的审判人员或其他工作人员,而

是与这些人员存在近亲属关系的辩护人或者诉讼代理人。鉴于实践中充当辩护人或者诉讼代理人的在通常情况下都是律师，因而《若干规定》第5条所指向的对象实质上是律师。易言之，如果某一律师的配偶、子女或者父母在某一法院担任审判人员或者其他工作人员，则此法院所审理的所有案件，该律师都不能进行辩护或者代理，这就意味着，该律师在此法院成了应予回避的对象。

毋庸赘言，就最高人民法院《若干规定》第5条的出发点来说，无疑是好的、积极的，旨在减少由于律师与法官的特殊身份关系而造成的对审判工作的消极影响，避免法官大办关系案，促使法官秉公执法，依法裁判，确保案件的审判质量。应当说，在法院审判工作强调“公正、效率”两大主题的时代背景下，这一规定的意义非同小可。英国著名的哲学家、思想家同时也担任过大法官的弗朗西斯·培根曾经说过：“一次不公正的裁判，其恶果甚至超过十次犯罪，因为犯罪是无视法律，它好比污染了水流，而不公正的裁判则是毁坏法律，它好比污染了水源。”^①从保证裁判的公正性方面来考量，上述规定似乎无可厚非。

然而，上述规定实施后，犹如一石激起千层浪，在社会上引起了很大的反响，尤其是在律师界，对此产生了激烈的争议。2000年7月，由中华全国律师协会主办的《中国律师》杂志，针对《若干规定》第5条，集中刊发了三篇文章，题目分别为《律师为何要回避——关于请求撤销〈关于审判人员严格执行回避制度的若干规定〉违法条款的报告》、《人民法院无权限制律师的代理权和辩护权》、《是谁给了〈若干规定〉第5条这种权

① [英] 培根：《论司法》，载《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆1983年7月版，第193页。

利》。显而易见，这几篇文章的矛头都是指向《若干规定》第5条，而且从文章标题的语气来看，也是一篇比一篇更为激烈。仔细分析这些文章的内容，主要是对《若干规定》第5条提出了质疑，其观点包括以下几个方面：

第一，《若干规定》第5条违反了《刑事诉讼法》的规定。根据我国《刑事诉讼法》第28条、第29条的规定，回避的对象是特定的、具体的、明确的，就是侦查人员、检察人员、审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人，一共是六种人，并不包括律师。《刑事诉讼法》是由全国人民代表大会制定并通过的国家的基本的部门法之一，具有仅次于《宪法》的法律效力。而《若干规定》甚至没有经过最高人民法院审判委员会通过，连司法解释都谈不上，充其量只能算是最高人民法院下发的内部规范性文件，其效力远远不及《刑事诉讼法》。但就是这样一个内部规范性文件，在内容上却置《刑事诉讼法》于不顾，超越现行《刑事诉讼法》的规定，随意将回避的人员范围扩大到律师身上，这是不应该的，是对《刑事诉讼法》的公然违反。

第二，《若干规定》第5条表明最高人民法院超越了自身职权。退一步说，即便律师应该作为回避的对象，那么，应当由谁来对此作出规范？应由最高人民法院还是其他有关部门？律师的行业主管部门是司法行政部门，而不是法院，故此，如果确实需要将律师作为回避的对象，那也应该由司法部通过发布行政规章的方式来解决这一问题，或者由司法部与最高人民法院通过发布联合规定的方式来解决这一问题。很显然，最高人民法院发布《若干规定》第5条完全抛开了律师的行业主管部门，甚至都没有向律师的行业主管部门征求意见，这是不妥当的，明显超越了自身的职权。

第三，《若干规定》第5条给部分律师的执业活动乃至家庭

生活造成了一定影响。《若干规定》第5条的出发点是好的、积极的，但其负面效应也是客观存在的，其中之一便是给部分律师的执业活动乃至家庭生活造成了一定影响。在上海、南京这样的大都市，影响虽然存在，但总体来看，还不算太大，之所以如此，是因为在这些大都市里，法院的数量比较多，从基层人民法院到高级人民法院，再加上铁路运输法院、海事法院等专门人民法院，法院的数量可能达到20个左右。如果某个律师的配偶、子女或者父母在其中的一个法院担任审判人员或者其他工作人员，按照《若干规定》第5条，该律师便不能在此法院进行辩护和代理，但他仍旧可以在其他的法院从事辩护或代理工作，因而就其受影响的程度来说，虽然有，但还不是太大。但对在小城市尤其是县城的律师事务所执业的律师来说，情况就完全不一样了。由于地域和经济环境的限制，决定了在县城的律师事务所执业的律师绝大多数业务来源于诉讼，非诉讼代理业务相对很少。然而在县城里，只有一家基层法院，如果某一律师的配偶、子女或者父母在该县城的法院担任审判人员或者其他工作人员，按照《若干规定》第5条，该律师便不能在县法院进行辩护和代理，那么就会基本断绝该律师的案源，阻却该律师的执业活动，从而给其执业活动造成较大影响。据江苏省律师协会调查后统计，《若干规定》实施以后，江苏全省有近百名律师的执业活动受到严重的影响，有的甚至危及个人的生活和家庭。例如，南通海门东洲律师事务所施×律师，其丈夫在海门法院工作，今年（指2000年）她只办了6个案件（其中3个是外地的案件），收费仅6000多元。而在去年（指1999年），她办理了30多个案件，年收费额超过10万元。南通通州市四维律师事务所张×律师，其丈夫在通州法院工作，《若干规定》实施以来，张×无法办案，这对年轻夫妻为了生存，无奈领了“离婚证”，以规避《若干规

定》第5条的约束。^①

笔者认为,上述对《若干规定》第5条所提出的质疑意见不无道理。实际上,在现有《刑事诉讼法》的框架内是可以解决上述争议问题的。当律师的配偶、子女或者父母等近亲属担任法院的审判人员或者其他工作人员,可能影响案件的公正审判时,该回避的不是律师,而是其近亲属。把律师作为回避的主体,实际上是将“棒子”打错了对象。

值得我们进一步深思的是,律师应否作为回避的对象争论的背后,隐含着的到底是什么样的问题?笔者认为,其实质上反映出的是在刑事诉讼中应当如何规范律师与法官之间的相互关系。的确,长期以来,在各类诉讼活动中,包括在刑事诉讼活动中,律师与法官之间的关系一直处于失范的状态,屡遭社会各界之诟病。少数律师在进行刑事辩护或代理时,为了达到使被告人无罪、罪轻、减轻刑事处罚的目的或为了实现当事人利益的最大化,没有从提高自身的法律知识、业务素质、办案水平、辩护技巧上下工夫,而是把心思花在旁门左道上。例如,有的律师以给法官回扣、提成等为交换条件,明示或者暗示法官违反规定为其介绍辩护、代理等法律服务业务;有的律师以各种方式直接或变相贿赂法官,或为法官提供其他不当利益,甚至假借法官的名义以贿赂法官为由向当事人索取财物或者其他利益,严重侵害当事人的合法权益,损害法官的声誉,亵渎法律职业的庄严和神圣。与此相应,也确有少数法官为了获取个人利益,违反规定为当事人推荐、介绍律师作为其辩护人、代理人,或者为律师介绍辩护、代理等法律服务业务,或者暗示当事人更换承办案件的律师;有的法官利用职务便利,索取、变相索取或者接受当事人及

^① 参见中国律师网《江苏省律师协会关于“律师回避”有关问题的调查报告》。

其委托律师贿赂的财物或其他利益；更有甚者，丧失了对公平正义的信仰，大办人情案、关系案，致使天平发生了倾斜。上述现象的存在，在一定程度上败坏了法官和律师的形象，影响了司法公正，损害了司法权威，造成了极为恶劣的社会影响，并导致为数不少的民众在内心深处对司法公正、司法权威产生了怀疑乃至丧失了信心。因此，如何规范法官与律师间的关系，才是问题的关键。

为了加强对法官和律师在诉讼活动中职业纪律的约束，在法官和律师之间构筑一条“隔离带”，规范法官和律师的相互关系，维护司法公正，2004年3月19日，最高人民法院、司法部联合发布了《关于规范法官和律师相互关系、维护司法公正的若干规定》（以下简称《规定》）。该《规定》共17条，其中用了25个“不得”、13个“应当”来详细规定律师和法官的行为，特别是从三个方面对规范法官和律师相互关系、维护司法公正作出了规定：一是禁止法官和律师在诉讼活动中单方接触。禁止法官与一方当事人委托的律师单方接触，是世界各国通行的做法。法官和一方当事人委托的律师在诉讼活动中违反规定单方接触，容易造成对方当事人及社会公众的不信任感，动摇对司法公正的信心，甚至为一些幕后交易、行贿受贿行为创造了条件。为此，《规定》第3条规定：“法官不得私自单方面会见当事人及其委托的律师。律师不得违反规定单方面会见法官。”二是对法官回避和律师不得接受委托的有关问题作出了进一步规定：“法官应当严格执行回避制度，如果与本案当事人委托的律师有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系，可能影响案件公正处理的，应当自行申请回避，是否回避由本院院长或者审判委员会决定。律师因法定事由或者根据相关规定不得担任诉讼代理人或者辩护人的，应当谢绝当事人的委托，或者解除委托代理合同。”三是

禁止法官和律师进行权钱交易。

毋庸置疑，只有严格规范律师与法官的相互关系，建立科学、有效的司法活动运行机制，才能有效防止司法活动中因少数律师与法官的不正当交往而损害司法公正、司法权威现象的发生。就此而言，《规定》的出台，意义重大而深远。但从另一方面来看，仅仅出台《规定》是远远不够的，因为《规定》出台以来，至今已经4年有余，但就全国的情况而言，法官与律师之间的关系虽然有所规范，有所好转，但尚没有达到令人满意的状态。毋庸置疑，解决此问题的关键在于建立严密的监督制约机制和责任追究机制，敢于动真格，才能真正地将其贯彻和落实，律师与法官之间的关系才能处于良性和规范的状态。

二、律师辩护难

（一）我国律师辩护难的具体表现

要衡量一个国家是民主还是专制，要衡量一个国家的人权保护状况是好还是坏，是有一些具体尺度的，其中之一便是看你这个国家对被控犯罪的人的权利是否尊重，对为这些犯罪的人进行辩护的人的权利能否保障。哈佛大学的著名教授德肖薇茨曾说过：“一个国家是否真的自由，试金石之一是它对那些为有罪之人、为世人不齿之徒辩护的人的态度。”在我国，长期以来的刑事司法实践表明，辩护律师在办案过程中一直面临着层层受阻的窘境，法律赋予辩护律师的诉讼权利不能得到应有的保障，极大地挫伤了律师开展刑事辩护工作的积极性，削弱了辩护功能的有效发挥。全国人大常委会在前几年组织《刑事诉讼法》执法大检查时，也曾把律师辩护难和刑讯逼供、超期羁押一起列为

《刑事诉讼法》实施中的三大难题。这些“难”具体表现在以下几个方面：

1. 会见难

与犯罪嫌疑人会见是律师了解案件事实的一个非常重要的途径，虽然《刑事诉讼法》以及有关司法解释中对律师会见犯罪嫌疑人作了一些具体规定，但在实践中，会见难则是一个普遍现象，其主要表现有：

(1) 不及时安排会见。律师提出会见犯罪嫌疑人，侦查机关应当在多长时间之内安排会见，对此《刑事诉讼法》中没有作出明确的规定，但最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会发布的《关于实施中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的规定》（以下简称《六部委规定》）中对此作出了补充规定，即一般的案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，侦查机关应当在48小时内安排会见；对于组织领导参加黑社会性质组织罪、组织领导参加恐怖活动组织罪以及走私、毒品、贪污贿赂等两人以上的重大犯罪，律师提出会见犯罪嫌疑人的，侦查机关应当在5日内安排会见。这样的规定实际上是贯彻国际刑事司法准则的要求，而且是国际刑事司法的最低标准，因为联合国《关于律师作用的基本原则》第7条规定：“各国政府应确保被逮捕或拘留的所有的人，不论是否受到刑事指控，均应迅速得到机会与一名律师联系，不管在何种情况下，至迟不得超过自逮捕或拘留之时起的48小时。”既然有了这样明确的规定，照理来说，侦查机关应当按时办理，但从实际情况来看，律师要想在规定时间内会见到犯罪嫌疑人，并非易事，侦查机关往往以各种理由为借口进行推托，以至在不少案件中，律师见到犯罪嫌疑人时，已经超过了规定的时间。有学者通过对四川省司法厅直属的32家律师事务所中38名律师所办理的61个案

件统计发现,律师提出会见要求后侦查机关拒不安排的为18例,48小时安排会见的为17例,48小时以上1周之内安排的为12例,1周以上1个月之内安排的为8例,1个月以后安排会见的为4例,1个月以上的有2例,侦查机关在48小时内安排律师会见的约占28%。^①北京大学法学院陈瑞华教授主持的“刑事辩护律师的职业状况与问题研究”项目调查结果显示,侦查机关在48小时以内安排律师会见的比例仅为23.5%。^②在实践中,律师不能在法定时间内会见到犯罪嫌疑人的情况屡见不鲜,例如:

2004年5月9日,山东省莒县赤崓律师事务所的王律师和韩律师接受了委托,为一名涉嫌侵犯商业秘密的犯罪嫌疑人辩护。从5月9日开始的两个月里,两位律师前后5次前往承办此案的日照市五莲县公安局,申请会见在押犯罪嫌疑人王某,但都没有成功。承办该案的经侦大队以各种理由推脱,一会说承办人开会,一会说分管的副大队长出差了,后来两个律师找到大队长,问她怎么才能见到犯罪嫌疑人,大队长答复说,这要承办人员先签字,然后由大队长签,大队长签了后,要报分管局长签,最后是局长签。两位律师说,我们不是本地律师,来一次要花上几个小时,我们已经来了五次了。大队长竟然说,你们来五次就觉得多了吗,我们去你们那里抓人,去了十几次,才把人抓到。^③

值得注意的是,最高人民检察院最初对此问题也没有一个正

① 左卫民:《中国刑事诉讼运行机制实证研究》,法律出版社,2007年7月版,第172页。

② 陈瑞华:《刑事辩护制度的实证考察》,北京大学出版社,2005年版,第40页。

③ 参见董启元:《五莲:四位律师的伤心地》,《律师与法制》,2004年第11期。转引自陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社,2008年1月版,第249~250页。