

● 刘根菊 著

刑事诉讼法与 律师制度 热点问题研究



黑龙江人民出版社

刑事诉讼法与律师制度 热点问题研究

刘根菊 著

黑龙江人民出版社

责任编辑:张绍勤

封面设计:岳大地

刑事诉讼法与律师制度 热点问题研究

刘根菊 著

黑龙江人民出版社出版·发行

(哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼)

黑龙江人民出版社激光照排中心制版

畜牧兽医学校印刷厂印刷

开本 850×1168 毫米 1/32·印张 13 12/16·插页 2

字数:290 000

2000年5月第1版 2000年5月第1次印刷

印数:1—4 000

ISBN 7-207-04788-6/D·627 定价:25.00 元

自序

1978年12月，中国共产党召开的十一届三中全会，确立了“解放思想，实事求是”的思想路线，提出了发扬社会主义民主，健全社会主义法制的历史任务。从此，中国法制建设迎来了春天，法学研究和立法工作开始冲破“左”的思想束缚，迅速复苏和发展。其中重要的成果是1979年7月1日颁布了《刑事诉讼法》和1996年3月17日修定后的《刑事诉讼法》以及1980年5月26日公布的《律师暂行条例》和1996年5月15日公布的《律师法》。自这些法律实施以来，刑事诉讼法学界和律师界的专家、学者对出现的有关理论认识与实务问题纷纷进行研究和探讨，笔者也被卷入这个潮流之中，并在某些问题上发表了个人的一些粗浅见解。本书系近5年来科研工作的汇集，主要作了如下三个方面的努力：

一、参与学术探讨，力争获得真知

学术研究是一种探究真知的思维活动。对同一问题的多种视角，必然产生不同的见解，并会互相争鸣。真知只有在争鸣中才能获得，真伪只有在争辩中方能分明。从事自然科学研究是这样，从事刑事诉讼学和律师学研究亦如此。为此，笔者仅就其中的有关问题发表了独立见解，如“刑诉法第12条的规定与无罪推定”、“沉默权与坦白从宽、抗拒从严”、“控辩失衡的律师权利”、“律师风险办案”等。虽然观点不一定成熟，论证尚欠深刻，但是，终究是本人的心虑所得。

二、研究理论，服务实践

理论来源于实践，理论服务于实践。实践是理论的基础，服务于实践是理论研究的归宿。故理论与实践相结合，是从事刑事诉讼法学和律师学研究应遵循的原则和要求，为此，笔者在书中的“保证金适用对象及数额之确定”、“刑事审判方式改革与案件材料移送”、“死刑执行程序的修改与完善”、“关于辩护律师提前介入诉讼的几个问题”、“律师事务所赔偿责任制度的几个问题”等专题和论文，剖析了实践中的有关问题，阐述了自己的看法和建议，表达了理论为实践服务的心愿。

三、立足现实，力求创新

创新是法学研究的生命，同时也是法学研究者追求的价值目标。创新需要继承和借鉴，创新要靠独立的理性思维。新世纪向我们发出了创新的呼唤；新千年向我们提出了更高的要求。为适应新形势，笔者不揣冒昧，撰写了“Email 应作为刑事证据种类”、“中国式的辩诉交易”等专题和有关“沉默权”的系列文章。

建议在刑事诉讼法中增设辩诉交易程序是笔者试拟的构想。它既不同于美国、德国和意大利等国的辩诉交易程序，也与中国的简易程序有别，是一种中国式的辩诉交易程序，旨在节省诉讼资源，提高结案效率，迅速消减积案，集中人力、财力办理大案要案。

沉默权是当前学界和实际部门探讨最突出的热点问题，笔者在研究沉默权的产生、发展、利弊得失、国外立法模式乃至与此有关问题的基础上，构想了中国从起诉阶段赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权的模式（由 8 部分组成，约 8 万字）。试拟这一立法

模式，既着眼于中国应当顺应诉讼民主化、科学化世界潮流的总趋势，又考虑到中国在现阶段能够做到的客观条件。它虽然是确立沉默权原则的初级阶段，但也是向沉默权的高级阶段（从侦查阶段）必然过渡。

由于本人的才疏学浅，理论功底不厚，实践经验匮乏，加之出版时限急促，书中某些观点肯定有不妥和论证不充分之处，所有这些，切盼学界同行批评指正。最后，笔者还将心有所思，但未能成文的一些科研题目，如“客观真实与法律真实”、“律师全面阅卷权”、“非法证据排除规则”、“证人出庭作证制度”、“单位（法人）刑事诉讼程序”、“强制医疗措施”、“侦审合一”、“轻罪不起诉制度”、“公诉自诉互相转化”、“无罪判决与不负刑事责任”等等，将作后续研究，以期有所收获。

2000年4月1日于北京

Preface

The Third Session of the Eleventh Congress of the Chinese Communist Party established the road of "to free the thoughts, to seek truth from facts", and began to construct socialism democracy and develop its legal system as the party's historical task. Since then, the spring of legal system construction came, so the legal research and legislation began to beyond the restriction of "left" thoughts, and recovered and developed rapidly. Some of the major achievements are the laws on criminal procedure, such as the Criminal Procedural Law published on July 1, 1979 and amended on March 17, 1996; and Lawyers Provisional Regulations published May 26, 1980 and the Lawyers Law published on May 15 1996. The experts and professors major in criminal procedure and lawyers law researched and discussed the issues on theory and practice eagerly since these laws were enforced. The author also attended the discussion and wrote several articles on various topics. This book collected the articles wrote by the author in the past five years. The author's aims of her research are as following:

I Take Part in the Discussion and Try to Find the Truth

Research is a work of thinking that seeks the truth. Because people think of one issue on different angles of view, they draw different conclusions inevitably and they need to discuss with others. Truth only can be found during discussion, and right or wrong opinions only can be distin-

guished during discussion. This is true in the research on nature science, and it is also true in the research on criminal procedure and lawyers. Therefore, the author published the unique opinions on some topics, such as Article 12 in Criminal Procedural Law and Presumption of Innocent; Right to Silence and the Policy of Leniency to the Confessed while Severe Punishment to Who Refused to Confess; Lawyers' Rights when the Prosecutors Have more Rights than Them; The Risks Of Lawyers During Litigation. Although these may be not ripe opinions and they need more arguments to support, they are fruits of thought of the author.

II Research the Theory as well as Serve the practice

Theory comes from practice and serves practice. Practice is the base of theory and serving the practice is the aim of theory. Therefore, to combine the theory and practice is the principle and demand of research on criminal procedure and lawyers. The author wrote several articles on problems in the practice and gave us her suggestions, in order to meet to aim that theory should serve practice. The topics are: Subjects and Sum of Guarantor Money, Reform of Criminal Trial Procedure and Transfer of Litigation Documents, How to Modify the Execute Procedure of Death Sentence, Various Topics on Defense Lawyers Take Part in the Litigation on Earlier Stages, Various topics on Compensatory Responsibilities of the Law Firms, and so on.

III Stand on the reality and Try to Create

Creation is the life of legal research, and value aim sought by legal researchers. Creation needs inheriting and drawing experie from others,

and needs independent thinking. The new century and new millenium call us for creation. So the author wrote articles under this new situation such as E - mail should be one Kind of Criminal Evidence, Chinese Plea Bargaining, and a series of articles on the right to silence.

The author hold that Plea Bargaining should be provided by the criminal procedural law in China. Chinese Plea Bargaining is different from the Plea Bargaining in the United States, Germany and Italy, and it is also different from summary procedure in China. The aim of Plea Bargaining in China is to save judicial resource, improve judicial efficiency, reduce long - pending cases, so more human resource and money can be put in important cases.

Right to silence is the hottest issue discussed by the experts and law enforcement officials now. After studying the origin, history, advantage and disadvantage, provision of foreign laws and related issues of the right to silence, the author constructed a model that the suspects and defendants can have right to silence at the stage of initiation of public prosecution. This topic made up by 8 parts, about 80, 000 characters. This model considered the tendency of the world that criminal procedure should be scientific and democratic, as well as the subjective conditions in China today. Although it is the primary stage of right to silence, it is inevitable stage to the advanced stage (right to silence in investigation).

Because the knowledge and practice experience of the author is limited, and the time is also limited, there may be some opinions not well developed. All criticizes are welcome. In the future, the author wants to study the topics that are not included in this book. The topics should be: Objective Truth and Legal truth, Overall Right of the Lawyer to Consult

the Materials, Exclusionary Rules of Illegally Obtained Evidence, Witness Testify in Court, Criminal Procedure for Unit Defendants, Coercive Measures for Medical Care, Combine the Trial and Investigation, Not to Initiate a Prosecution for Minor Offences, Both - way Transform between the Public Prosecution and Private Prosecution, Judgement of Innocent and Shall not Bear Criminal Responsibility, and so on.

April 5, 2000 in Beijing

目 录

第一章 刑事诉讼法	(1)
第一题 刑事诉讼法第12条的规定与无罪推定	(1)
第二题 保证金适用对象及数额之确定	(10)
第三题 证人证言及其审查判断	(27)
第四题 论供述和辩解及其审查判断	(35)
第五题 对翻供问题的探讨	(48)
第六题 Email应作为刑事证据种类	(57)
第七题 再论巨额财产来源不明罪的 举证责任和证明责任	(61)
第八题 试论刑事举报的几个问题	(82)
第九题 论确立中国式的辩诉交易程序 ——轻罪案件书面审程序	(91)
第二章 沉默权	(111)
第一题 沉默权概述	(111)
第二题 沉默权与严禁刑讯逼供	(128)
第三题 沉默权与“如实回答”	(137)
第四题 沉默权与坦白从宽、抗拒从严	(148)
第五题 中国应当确立“沉默权”原则	(166)
第六题 沉默权与采用高科技手段取证	(201)
第三章 律师制度	(211)
第一题 新中国律师法的产生和发展	(211)

第二题	律师法与律师暂行条例内容之比较研究·····	(219)
第三题	律师在依法治国中的作用·····	(225)
✓第四题	控辩失衡的律师权利·····	(237)
第五题	辩护律师收费改革与风险办案·····	(255)
第六题	律师事务所赔偿责任的几个问题·····	(264)
第四章	已发表过的学术论文·····	(274)
第一题	刑事审判方式改革与案卷材料的移送·····	(274)
第二题	在我国确定沉默权原则几个问题之研讨·····	(292)
第三题	关于公诉案件被害人权利保障问题·····	(340)
第四题	单位犯罪被追诉者之确定·····	(360)
第五题	对中外刑事简易程序中 几个问题之比较研究·····	(383)
第六题	关于死刑执行程序的修改与完善·····	(397)
第七题	关于辩护律师提前介入诉讼的几个问题·····	(407)
主要参考书目	·····	(423)
后 记	·····	(430)

第一章 刑事诉讼法

第一题 刑事诉讼法第 12 条 的规定与无罪推定

刑事诉讼法第 12 条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”（以下简称“第 12 条”）对该条规定的理解，刑事诉讼法学界众说纷纭，有些学者认为，此条的规定表明在我国已确定了无罪推定原则；^①但是，也有些学者认为，该条规定是：“未经人民法院依法判决不得确定有罪”原则。^②亦称“人民法院统一定罪原则。”^③同时，也认为它吸收了无罪推定的合理内容。为了阐明以上分歧，笔者认为，有必要研究无罪推定的历史沿革、概念和内容；我国刑事诉讼法吸收了无罪推定哪些合理的科学的因素，及刑事诉讼法第 12 条的规定与无罪推定的关系等。

① 赵汝琨主编：《新刑事诉讼法通论》第 67 页，警官教育出版社，1996 年 1 月第 1 版；邓祥瑞：《我国刑事诉讼法无罪推定原则的确立》，《中国律师》1996 年第 5 期第 34 页；李麦娣、杨凤英：《试论我国刑事诉讼中的无罪推定原则》，《山西审判》1997 年第 1 期第 22 页。周士敏：《论中国无罪推定原则的确立》，《法律与监督》1996 年第 3 期，第 13 页。

② 陈光中主编：《刑事诉讼法学（新编）》第 73 页，中国政法大学出版社，1996 年 12 月第 1 版。

③ 樊崇义、周士敏、刘根菊主编：《刑事诉讼法教程》第 75 页，中国政法大学出版社，1998 年 1 月第 1 版。

一、无罪推定的历史沿革、概念及引申的内容

(一) 历史沿革

通常认为,无罪推定原则的思想是资产阶级反对封建专政时期的有罪推定,由18世纪的意大利古典自然法学派创始人C·B·贝卡利亚(1738—1794年)在1764年著的《论犯罪与刑罚》中提出的。他说:“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约,社会就不能取消对他的公共保护。”^①在法律上,对无罪推定作出明确规定的首先为法国大革命时期制订的《人权宣言》。该宣言第9条规定:“任何人在其未被宣告有罪以前应被推定为无罪。”这一规定,后来被公认为无罪推定原则。该项原则被阿富汗、也门、意大利等19个国家的宪法所确立。^②除了上述规定以外,有些国家陆续在刑事诉讼法中作为一项基本原则予以规定,如匈牙利刑事诉讼法典(第3节)、波兰刑事诉讼法典(第2节第3条)、捷克斯洛伐克刑事诉讼法典(第2部分第2节)^③等等。

第二次世界大战以后,1948年12月10日的联合国大会通过的《世界人权宣言》,首次号召在全世界范围内实行无罪推定原则,其表述是:“凡受刑事控告者,在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前,有权被视为无罪。”随后,一些重要的地区性文件也对无罪推定原则作了规定,如1995年11月4日在罗马签订的《欧洲人权公约》(第6条第2款)、1966年12月16日联合国大会通过的《公民权利和政治权

① [意] C·B·贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》第31页,中国大百科全书出版社,1993年6月第1版。

② 见:《世界宪法大全》第98、105、117、175、193、214、220、334、384、414、430、468、493、761、857、945、1113页,青岛出版社,1997年1月版。

③ [苏] B·蒂里切夫等编著:《苏维埃刑事诉讼》第77页,法律出版社1984年9月第1版。

利国际公约》(第14条第2款)再次确认了无罪推定原则。

除此之外,一些刑事法方面重要的国际性学术团体、机构和会议都有涉及无罪推定的决议和宣言。例如,1994年9月10日在巴西召开的世界刑法学协会第十五届代表大会上通过的《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》就有无罪推定原则的规定。

我国香港特区基本法第87条第2款、澳门特区基本法第29条第2款,均规定了无罪推定原则。

综上所述,无罪推定原则不仅仅是西方资产阶级的诉讼原则,它已成为具有世界普遍意义并对刑事诉讼制度民主化、科学化有重要影响的法律文化现象,是人类的共同财富。

(二) 无罪推定的法律规定

上述有关国家宪法、刑事诉讼法、国际公约、地区性文件及会议决议对无罪推定原则的表述尽管不尽相同,但比较典型的有三种:第一种是《法国人权宣言》第9条:“任何人在未被宣告为犯罪以前应被推(假)定为无罪。”第二种是联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款规定:“凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪。”第三种是意大利宪法第27条规定:“被告人在最终定罪之前,不得被认为有罪。”

从上述规定来看,无论规定任何人在未被法定审判程序作出终审判决他有罪以前,“被推(假)定无罪”、“有权被视为无罪”也好,或者“不得被认为”有罪也罢,均表明不得将他们当作罪犯对待,而只能当作犯罪嫌疑人或者被告人对待。关于无罪推定的概念,笔者赞同“建议稿”第10条第一方案的规定,即“任何人未经司法机关依照法定程序判定有罪以前,都应当假定为无

罪的人。”^① 该规定准确、鲜明地代表了这种含义。它淡化了是否一概推定或者假定被告人无罪的内容，同时，也强调了刑事案件必须由国家司法机关严格依照法定程序进行刑事诉讼。

(三) 由无罪推定引申的原则内容

关于无罪推定引申的原则内容，有的学者认为有三项：证明有罪的责任由控方承担；被告人有沉默权；有利被告论。^② 有的学者认为，引申出来的原则有4项：证明被告人有罪的责任由控方承担，被告人没有证明自己无罪的义务；不得强迫被告人证明自己有罪；对被告人有罪的根据有合理怀疑时，应作有利于被告人的解释；不能证明被告人有罪就按无罪处理。^③ 有的学者却认为有6项权利，即，被告人有辩护权；追究被告人刑事责任必须经过司法程序；禁止刑讯逼供；否定以非法方法获取证据的证明力；被告人不负举证责任；被告人有沉默权等。^④ 还有的学者认为有7项权利，如，举证责任由控方承担；禁止刑讯逼供；被告人没有证明自己无罪的义务；被告人享有辩护权所需的一切程序性权利保障；疑罪从无，疑案作有利被告人的处理；对被告人有罪或无罪判决的定罪权属于审判机关；沉默权等等。^⑤ 笔者认为，上述学者所归纳的内容比较全面，均有可学习之处，现根据自己的理解，对由无罪推定原则引申出来的主要内容略述已见。

本人认为，它引申出来的内容，概括起来主要有两个方面：一是，追诉方依法行使职权；二是被追诉者享受法定权利。

- ① 陈光中、严端主编：《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》第5页，中国方正出版社，1995年7月第1版。
- ② 陈林林：《无罪推定原则思考》，《法律科学》1995年第5期第54页；封世强：《试述无罪推定在我国刑事诉讼中的发展及其在新刑事诉讼法中的主要体现》，《贵州审判》1997年第1期第11页。
- ③ 周国均：《试论确立“罪从证定”原则》，《政法论坛》1991年第3期第14页。
- ④ 梁剑：《无罪推定与我国新刑法》，《浙江审判》1997年第3期第39页。
- ⑤ 卞建林：《联合国刑事政策与中国法律：无罪推定》，《诉讼法理论与实践》（诉讼法专论），（1997年卷）第300页。

这是因为，既然无罪推定是推定（或假定）被追诉者无罪，那么，法律就必须规定某些约束追诉者行使职权的内容，如司法机关有义务保证被告人行使辩护权等，这是使犯罪嫌疑人、被告人行使权利的保障；同时法律又规定犯罪嫌疑人、被告人享有哪些权利，如辩护权等，因此，两者之间是保障与被保障的关系，从哲学上讲二者既是对立的，又是统一的；依法履行职权是行使权利的保障，充分行使权利又是依法履行职权的结果。

在刑事诉讼中，追诉方处在主动追究被追诉者刑事责任中的地位，其行为极易越权司法而侵犯被追诉者的合法权益。为了避免此类弊端发生，法律就必须既赋予追诉者追究犯罪的权力，又要规定他们必须依照法定程序进行追究，不得侵犯被追诉者的诉讼权利，即对他们行使权力有所约束，这些约束其内容主要有：（1）严禁刑讯逼供、诱供、骗供和用其他非法方法收集被追诉者的供认；（2）切实保障犯罪嫌疑人、被告人充分行使辩解、辩护权；（3）除法定情形外，一律进行公开审判；（4）证明有罪、罪重的责任由控方（者）承担；（5）对疑罪作出有利于被追诉者的处理（包括对证据不足者作出不起诉决定和对证据不足者作出无罪判决）；（6）排除非任意自白；（7）自审查起诉起允许被追诉者保持沉默，等等。

由于无罪推定（假定）被追诉者无罪，那么，他们就应当自然而然地享有如下权利：自行辩解权（在整个刑事诉讼中）；自行和委托他人帮助行使辩护权；聘请律师提供法律帮助（咨询、代理申诉、控告）权；不被强迫自证其罪权；沉默权；出庭参加诉讼权；对追诉者侵犯其合法权益的控告权；对一审判决不服的上诉权和对终审裁判不服的申诉权。除此之外，还应当包括：使用本民族语言、文字进行诉讼权和得到翻译人员帮助权、获得取保候审（或者假释）权，以及要求尽快结束被追诉的权利，等