

刑事诉讼中的权力制衡与权利保障

屈新 著



XINGSHI SUSONG ZHONG DE
QUANLI ZHIHENG YU QUANLI BAOZHANG

中国政法大学『211工程』三期建设项目
专项资金资助出版



中国人民公安大学出版社

中国政法大学“211 工程”三期建设项目专项资金资助出版

刑事诉讼中的权力制衡 与权利保障

屈 新 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼中的权力制衡与权利保障/屈新著, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0343 - 2

I. ①刑… II. ①屈… III. ①刑事诉讼—研究

IV. ①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 022052 号

刑事诉讼中的权力制衡与权利保障

屈 新 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 3 月第 1 版

印 次: 2011 年 3 月第 1 次

印 张: 7.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 195 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0343 - 2

定 价: 25.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

在古代社会，国家权力本位的观念主张国家权力至上，个人权利必须服从国家权力。国家权力存在的唯一目的就是维护公共或集体的利益。为了有效维护公共或集体的利益，国家的权力几乎不受任何限制，可以任意剥夺或限制个人权利，个人的权利毫无保障可言。资产阶级的启蒙思想使人们认识到：国家权力是保障个人权利得以实现的工具或手段，个人权利才是基础和本源。现代民主宪政要求，以保障个人权利为宗旨的国家权力应当受到节制并在法律授权的范围内依照法定的程序行使，不得任意侵犯个人的权利。缺乏监督和制衡的权力具有天生的恣意性。用以制约和平衡权力的机制强调权力的理性行使，避免权力恣意造成对公民权利的侵犯。公民权利的基本作用是防止个人权利受到权力的侵犯。

对权力的制衡是现代刑事诉讼的基本理念。为实现刑罚权，国家专门机关主动介入刑事诉讼，以国家强制力作为后盾，并辅之以自由裁量，主动追究犯罪，推动刑事诉讼的进行，解决被追诉人的刑事责任问题。在刑事诉讼中缺乏有效监督和制衡极易导致权力的扩张和膨胀，以致常常发生刑讯逼供和超期羁押等侵犯人权的现象。因此，在刑事诉讼中采取的任何措施必须受到法律的严格限制，推进刑事诉讼的各个环节必须有法律上的根据和理由，权力的行使必须受到有效的监督和制约，确保权力行使的理性，实现以权利制衡权力。

对权利的保障是现代刑事诉讼的重要标志。权利保障是保障任何公民不受无根据或非法的刑事追究，保障无罪的人尽早脱离刑事

追究程序，保障被追诉人在刑事诉讼过程中受到公正对待，使其合法权利得到正当维护。制衡国家权力的行使在保护被追诉人的人权方面具有重要作用。追诉权力除了完成追诉处罚的功能外，还提供对被追诉人权利的有效保护。追诉机关在行使追诉权力过程中不得超越法律规定滥用权力，以防范无根据或者不合比例地对被追诉人权利的过度干预。应从正当程序和保障人权的理念出发，赋予被追诉人在刑事诉讼中一系列诉讼权利，建立有效的辩护机制和保障机制，实现权利对权力的制约。

目 录 |

前言	(1)
第一章 现代刑事司法理念	(1)
第一节 论司法为民与现代司法理念	(1)
第二节 刑事诉讼的目的与被追诉人的人权保障	(14)
第三节 论刑事侦查程序中对契约精神的引入	(34)
第四节 审前羁押的限制适用	(47)
第五节 再审不加刑的合理性	(65)
第二章 刑事司法权力的优化配置	(68)
第一节 我国刑事司法职权优化配置的理性分析	(68)
第二节 公安机关侦查权的优化配置及其制约 机制的建立	(80)
第三节 比较法视野中的诉审同一问题	(91)
第三章 检察机关法律监督权力的行使	(105)
第一节 检察建议在司法实践中的问题与完善	(105)
第二节 论检察官的客观义务	(115)
第四章 律师辩护权利的保障	(127)
第一节 审前刑事辩护权的哲学基础及其功能	(127)
第二节 论辩护律师在场权在我国的确立	(145)
第三节 “律师在场”：让正义看得见	(165)
第四节 一个美国律师对当事人的忠告	(171)

第五章 刑事执行制度的改革与完善	(178)
第一节 对我国缓刑制度的再考察	(178)
第二节 论我国监外执行制度的改革与完善	(186)
第三节 论社区矫正的反思与再定位	(204)
参考文献	(222)
后 记	(226)

第一章 现代刑事司法理念

第一节 论司法为民与现代司法理念*

司法为民,是最高人民法院于2003年提出的关于人民司法改革最重要的指导原则之一。自2003年秋季以来,全国各地各级人民法院都不同程度地推行了种种落实“司法为民”的措施,取得了良好的社会效果,也同时推进了人民法院审判制度的改革进程。但是,笔者认为,目前某些地方法院系统开展的“司法为民”活动,仍然带有一定程度的“树形象”特点,没有深刻理解“司法为民”的理论内涵。社会上某些同志也借此攻击“司法为民”背离了“司法消极、中立”的现代司法理念,造成了不必要的误解。有鉴于此,笔者拟对“司法为民”的理论依据进行系统梳理,并在此基础上探讨“司法为民”与现代司法理念的关系,最后对目前法院系统开展的“司法为民”措施提出改革和完善建议。

一、司法为民的理论基础

(一) 人民民主专政理论

人民民主专政是司法为民的国体基础。我国宪法第1条第1款明确规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。”第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”人民民主专政理论是司法为民

* 原载《国家行政学院学报》2005年第4期,与何显兵合作,有改动。

最根本的理论基础，既然国家的一切权力属于人民，既然必须对人民实行最彻底、最充分的民主，那么司法权力当然应当属于人民，应当为人民群众服务。司法权力不是凭空产生的，也不是天上掉下来的，而是来自于人民的授权与委托。人民是司法权力的最终来源，必然要为自己谋利益的人民也必然会要求司法“为民”。司法为民是人民民主专政在司法权力上的体现，是人民司法的直接延续与发展。因此，我们认识和界定司法为民的内涵，必须将其提高到“主权在民”这样的高度上来。必须认识到，人民法院是人民的法院，不是脱离于人民的高高在上的“正义（上帝）的使者”，而是符合人民利益的正义标准的代表。人民法院不是管制、统治人民的机构，而是实现人民根本利益、服务于人民的机构。只有在这样的基础上，才能深刻认识司法为民的本质与内涵。

（二）尊重和保障人权理论

2004年3月，我国宪法修正案第33条明确将“国家尊重与保障人权”写入宪法，并确立了“国家保护合法私有财产”的原则，这是我国宪政发展史与人权发展史上的重要里程碑。马克思主义经典理论一直高度强调人权保障的重要价值，强调人类的自由价值；作为人类社会发展的最高阶段的共产主义社会，实际上就是人权高度得到保障的社会。马克思、恩格斯在《德意志意识形态》（1845—1846）中写道：“权利最一般的形式即人权。”^① 资本主义社会要讲人权，社会主义社会更加要讲人权。党的“十六大”提出要“经济与社会全面发展”、“关注弱势群体的利益保障”、重视“三农”问题等，都是我们国家讲人权的表现。尊重与保障人权的理论，要求人民司法也必须贯彻尊重与保障人权的基本原则，重视个人人权，克服以往仅仅重视集体权利而忽视个人人权的错误做法。司法为民观念的提出，是尊重与保障人权理论在人民司法中的

^① 转引自赵震江、付子堂著：《现代法理学》，北京大学出版社1999年版，第335页。

直接体现。它要求人民司法在运作过程中，必须关注社会弱势群体的利益，必须注意保障诉讼当事人和诉讼参与人的基本诉讼权利，必须在关注形式正义的同时，关注实质正义，关注法律运作的社会效果，关心人民群众的根本利益。

因此，司法为民的本质与内涵必须奠基于人民民主专政理论、尊重与保障人权理论以及我们党全心全意为人民服务的宗旨之上来理解。笔者认为，司法为民不是简单的政治口号，不是轰轰烈烈的一场运动，而是人民司法工作必须长期贯彻的根本指导方针。笔者认为，司法为民的本质与内涵可以从以下方面来理解：

1. 司法为民是在全社会实现公平和正义的本质要求。党的“十六大”提出：“保障在全社会实现公平和正义。”公平和正义不是抽象的原则，尽管在司法工作中的具体把握存在相当的难度，但是至少需要得到全社会大多数人普遍认同。司法为民，要求司法工作必须以民为本，维护与保障人民群众的根本利益，才能在全社会实现公平和正义。

2. 司法为民是“公正与效率”的基本价值取向。司法为民是通过公正、高效、文明的司法活动实现的，必须落实到依法维护人民群众的合法权益中去。司法为民，要求人民法院要严格依照法律、通过司法活动为群众诚心诚意办实事，为当事人尽心竭力解难事，才能实现公正；司法为民，要求司法工作必须以当事人利益为重，避免不必要的诉累，才能实现高效。

3. 司法为民是检验“两个效果”的新尺度。人民法院的审判工作要重视法律效果和社会效果，实现两个效果相统一，这是一项重要的司法政策。司法为民是检验两个效果的最佳尺度。实现了两个效果的统一，就达到了司法为民的要求和目的。司法不是简单的适用法律，不能在封闭的法律环境中运作；司法权力是政治权力的重要组成部分，必须关注司法权力运作的具体过程与结果，求得最大化的社会效益。

4. 司法为民是解决人民群众反映强烈的焦点、热点问题的新

实践。随着中国经济与社会的全面转型，社会分层趋势明显，人民群众呼唤民主与法治的要求日趋强烈，司法工作的某些弊端日渐显露。必须以司法为民为标准，考察司法工作存在的问题；以司法为民为宗旨，把制约司法公正和司法效率的问题作为切入点，逐渐完善现代司法工作。

二、司法为民与现代司法理念的关系

自最高人民法院提出“司法为民”的号召以来，各地各级人民法院都推出了不同程度的落实措施，受到了人民群众的欢迎。但是，社会上也出现了不同的声音，质疑“司法为民”是否与现代司法理念相符合，并认为现代法治社会的司法理念要求司法必须保持中立、消极，而“司法为民”则直接与这些现代司法理念相背离。如何认识与看待这些意见，成为我们必须面对的问题。笔者认为，现代司法理念是司法活动应当遵循的基本准则，但是“从认识论上来看，无法判断哪个概念体系、哪一种排除规则在终极意义上是正确的，符合作为某个‘永恒实体’或者类似于永恒实体的某条自然法”，“原则不能成为研究问题的出发点”，^①只有认真研究与分析具体事实，一切从实际出发，才能得出正确的结论。在这个意义上，“司法为民”不仅不与现代司法理念相背离，反而是现代司法理念的新发展。

（一）现代司法理念的内涵

现代司法理念是一个意义含混的词语，迄今为止似乎还没有哪个学者或者官员提出的现代司法理念获得整个法律界的一致赞同。所谓“理念”实际上就是原理和信念或价值观。一种制度在建构和设计中内在的指导思想、原则和哲学基础，即为这种制度的理念，它是一系列价值选择的结果，指向某种特定的目标。那么，司

^① 苏力著：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社2004年版，第299页。

法理念是指法官个人对现代司法的内心信念确证，还是指现代司法制度设计者对制度设计的方略把握？又或者是指社会民众对司法的合理预期？是司法制度本身体现出来的理念（已然），还是我们对司法制度应当具备的价值思考（应然）？尽管目前法律界对司法理念的阐述颇为丰富，但是系统论证现代司法理念的还比较少见，而且基本上每个论者在提出论点时，都要振振有词曰“根据现代司法理念”或“符合现代司法理念”。说到底，什么是现代司法理念呢？

笔者认为，现代司法理念应当从以下角度来阐释：（1）“现代”，不应当仅仅以欧美发达国家文化为榜样，“现代”应当是对中国当下政治体制、经济体制乃至整个文化环境考察得出的结论，是符合中国当下需要的、适应中国国情的、与时俱进的司法理念。（2）司法理念，首先是从法律哲学的角度对司法制度应然考察得出的结论，是要求司法制度设计、司法过程运作必须遵循的基本原则。但是，这种应然考察不是仅仅从“原则”出发、从“本本”出发，而是考察整个中国当代政治、经济、文化环境实际得出的结论。（3）司法理念，主要是指制度设计应当体现出来的、要求司法工作必须遵循的基本准则，也包括法官个人对司法工作信念的内心确证。时任最高人民法院院长肖扬同志在2002年12月中国人民大学法学院“大法官讲坛”开幕式作了题为“法院、法官与司法改革”的演讲，提出“全国范围内逐渐树立了司法公正、司法效率、审判独立、司法尊严、司法民主、司法文明、司法正义等现代司法理念”。这一理念体系比较完善，而且基本上在学界和实务界能够大体一致，可以作为现代司法理念的基本内容。

（二）司法为民与现代司法理念的关系

在阐释现代司法理念的基础上，我们必须回答的一个基本问题就是：司法为民与现代司法理念是什么关系？是不是如社会上某些人士批判的那样“司法为民突破了司法消极、司法中立等现代司法理念”，因而是司法文明的倒退？

1. 司法为民与司法公正。司法公正是司法制度的基石。我国以往法律界一直强调实体公正、忽略程序公正；但是，自从20世纪80年代中期以来，程序公正逐渐受到了重视，以至于在学界大有贬低实体公正而奉程序公正为主臬的趋势。许多学者引用马克斯·韦伯关于实质理性与程序理性的论述，极力贬低实体公正的价值，认为那是“专制国家”价值，只有程序公正才应当是现代法治社会的追求。但是，司法能否忽略实体公正的价值？当然不能。“程序公正走向极端，很不幸地会带来程序烦琐和对被告人权利的不合理倾斜。”^①司法为民，在一定程度上就是对程序公正与实体公正的合并追求。司法为民既强调要平等维护人民群众的利益，又强调要特别保护弱势群体，如农民工、受家庭暴力的妇女、未成年人、老年人等。只有在程序正义的基础上，进一步对各种利益进行平衡考量，才可能真正“在全社会实现公平和正义”。

2. 司法为民与司法效率。司法为民是司法效率的直接体现。肖扬明确指出，要尽可能迅速结案，避免给人民带来不必要的诉累。西方也有法谚曰：“迟来的正义不是正义。”最高人民法院推出的23项司法为民措施，直接涉及司法效率的就有5项。公平与效率始终是司法追求的两大基本价值，提出司法为民，就是要充分考虑到人民群众的利益，不能让司法在真空中运转，而要及时考虑具体社会效益。要求司法必须关注社会，根据社会形势的变化对各种价值作出科学的衡量。

3. 司法为民与审判独立（司法中立）。严格说来，司法独立与司法中立是不同的。司法中立，是指在各种国家权力之间、各种社会关系主体（通常指相对于国家的其他主体）之间以及国家权力与社会关系主体之间发生的具有法律意义的纠纷中，国家设置一种“居中裁判”的角色依法解决纠纷，而这种角色就是国家的司

^① 吕伯涛：《程序公正与诉讼效率在实现司法公正中的价值取向》，载曹建明主编：《公正与效率研究》，人民法院出版社2002年版，第460页。

法职能。司法独立，则是指司法机关依法行使职权，不受来自其他权力的干扰，虽以司法中立为基础，但重在强调其防卫性、保障性、排他性。司法为民在推行过程中，受到了社会上某些人士的批判，这些人士从西方的“真理”出发，或者误解了“司法中立”的含义，对司法为民进行了歪曲和批判。例如，有些人认为“司法为民也应适度”，“设立巡回法院等便民审理措施对法治建设会造成冲击”；有的人“质疑司法为民”，认为“违背了司法消极、司法中立”原则，等等。我们认为，这些批评是不严肃的、不妥当的。司法为民强调司法机关的一切工作应当为人民服务，强调保护当事人及其他诉讼参与人的诉讼权利，强调保障弱势群体的利益，怎么会背离司法独立、司法中立乃至司法消极原则？如果司法独立、司法中立就是不为人民服务，就是关起门来搞封闭式审判，那么这样的中立原则不要也罢。司法为民并非对司法独立、司法中立原则的背离，而是对上述原则的丰富与发展。司法为民并非是代替当事人或包办当事人的行为，而是强调在司法工作中必须具体落实各项法律与政策，是在坚持司法运转基本原则基础之上，突出强调维护人民群众的合法权益。

4. 司法为民与司法民主。司法为民是司法民主的直接体现。所谓司法民主，就是指司法过程必须充分吸收诉讼当事人和参与人参与诉讼进程，必须尊重与保障诉讼当事人和参与人的各项合法权益，必须认真听取诉讼当事人和参与人的诉讼意见。司法民主，就是要使司法过程流转暴露于阳光之下；就是要让人民群众能够以看得见的方式来实现正义；就是要让人民群众能够监督司法工作的运转进程。可见，司法民主与司法为民是内在统一的，司法为民本身就要求司法必须贯彻为人民服务的方针，就是要求司法接受群众的监督，为群众服务，保障人民群众的诉讼权利。司法的民主理念与政治民主具有同源性。美国学者罗伯特·达尔在《论民主》一书中认为，司法民主根源于以下司法观念：一是司法权来源于人民；二是司法机关存在的必要性；三是司法机关必须尊重人格尊严和价

值；四是司法权的有限性；五是以民为本的司法制度才具有生命力。^①在我国，国家一切权力属于人民，司法权力最终也属于人民。司法民主是主权在民理念的直接体现，也是实践司法为民的重要方式。

综上所述，司法为民是对现代司法理念的丰富和发展，是现代司法理念与为人民服务思想的结合，是“立党为公、执政为民”思想在司法工作中的具体体现，是符合社会主义文化意识形态的现代司法理念的直接体现。

三、全面落实“司法为民”、推进法院制度改革的具体建议

（一）保持人民司法对人民的开放状态

1. 避免法律帝国的专制。美国著名法学家德沃金曾经撰写过一部著名的《法律帝国》，意指法律内部可以自给自足地形成一个独立的系统。现代中国法治社会需要培育一个专门的法律家群体，一些学者也呼吁培育“法律职业共同体”。法律职业共同体是法治社会培育的重要基础，但是同时我们也有必要对可能形成新的“法律帝国的专制”保持高度的警惕。德沃金指出：“法律帝国并非由疆界、权力或程序决定，而是由态度决定。从最广泛的意义上来说，它是一种涉及政治、阐释的、自我反思的态度，它是一种表达异议的态度。每个公民都应当知晓社会对原则的公开承诺是什么及在新的情况下这些承诺的要求又是什么。”^②问题是，现代社会的法律纷繁复杂，每个公民又通过什么途径来知道“这些承诺”并能够在“承诺”变化时及时了解？德沃金公然宣称：“在法律帝国里，法院是帝国的首都，法官是帝国的王侯，法院和法官对于法

① 转引自穆红玉：《通过改革保障公民参与司法》，载《检察日报》2004年6月23日。

② [美]德沃金著：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，封底摘录。

治非常重要，他们是正义的守护神。”这种对法律帝国的狂热追求，或许对法治社会的建立具有重要价值。但是，如何能够保证法治是为人民而建立？法院和法官守护正义，又是谁之正义？是抽象的正义理念，还是具体某个利益群体的呼唤？著名学者季卫东就日本的司法改革曾经指出：“自我封闭式的法院系统有效地保障了审判的清廉公正，职业终身制也有助于法官像手艺人那样毕生不间断地琢磨改进法庭技术和积累审判经验，从所谓‘精密司法’的判决质量很高以及职业法官所享有的无与伦比的社会威信等方面的事实我们都可以确切地感受到日本现代司法模式的成功之处。”^①但是，其代价是法官逐步脱离市民社会，法官、律师以及其他法律工作者可能由于自身的群体利益形成一个封闭的职业共同体。这个职业共同体在维护法治事业的同时，也可能由于对法律知识的垄断形成新的“法律专制”。现代社会事务繁杂，法律规定多如牛毛，人民群众根本不可能了解如此精细的法律，如果司法的运作不能保证民众的充分参与，那么，法律太多以至于人民群众不能了解与古代法律的秘密状态又有什么区别呢？我们有理由对形成这种可能出现的法律的专制形态保持充分的警惕。

2. 保证民众的司法参与。基于现代社会复杂的生活方式，要求精简法律几乎是一件不可能的事情，而要能够避免法律专制，保证民众的司法参与就成为关键。人民群众不可能都直接参与国家立法，故此他们选举人民代表代表他们审议法律；人民群众不可能自身司法，如何来保证他们对司法进程的参与。如上所述，法律职业共同体是法治社会发育的重要基础，但是职业共同体由于其具有自身的利益，而可能形成封闭的职业群体。久而久之，法律职业共同体的正义感就与一般老百姓的正义感发生了不同程度上的游离和隔阂。对于司法工作来说，在法官没有自由裁量权、仅凭对法律的忠

^① 季卫东：《法律职业的定位——日本改造权力结构的实践》，载《中国社会科学》1994年第2期。

实和精通就可以应付案件审理的情况下，法官与人民群众的隔阂也不至于产生过分的危机。然而，现代社会日益复杂化、动态化，法律中没有明文规定的纠纷层出不穷，法官在审理案件的过程中进行适当的裁量和规范创造，成为一种惯例。在这样的情况下，判决能否得到社会的普遍认可？能否充分正当化？也就是说，按照现代宪政主义的观念，法律必须由民意代表制定；然而法官运用自由裁量权染指法律的创制活动成为现代法治国家的普遍现象，法官的判决当然也应当接受民意的洗礼，这是当代各国强调司法参与或民主司法的基本逻辑。因此，保障人民能够充分了解司法的运转流程，是落实司法为民的根本举措之一。保证公众的司法参与是现代民主社会的重要传统。2002年7月《所有人的正义——英国司法改革报告》建议采取以下措施，增加公众对司法的参与：（1）增加公众与刑事司法机构的沟通。希望刑事司法的所有部门充分了解社区居民的意见，并考虑通过适当的方式向他们提供各种信息。（2）与社区各阶层开展合作，加快消除刑事司法制度内的种族歧视。（3）帮助民众了解法律，编制刑法典，让公众通过互联网获得这些信息。（4）让民众更多地了解法庭程序，把法庭变成公众更易接受的地方，让更多的民众旁听案件的庭审。（5）加强“非职业”治安法官的招募工作。（6）加强陪审团工作，成立一个新的中央陪审团召集事务局。（7）增加社区的广泛参与，包括罪犯矫正工作等。^① 2001年日本公布了《支撑21世纪日本的司法制度——日本司法制度改革审议会意见书》，其中提出了目前日本司法制度改革的基本方针：（1）形成能使国民满意的司法制度，应将司法制度变成利用方便、通俗易懂、值得信赖的司法制度。（2）为确立国民基础，通过引进让国民广泛参与诉讼程序等制度来提高国民对

^① 最高人民法院法律政策研究室编：《所有人的正义——英国司法改革报告》，法律出版社2004年版。