

|天
Borderless
|下

控辩平等论

— 冀祥德 著 —

第二版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书于2008年第一次出版，作为国内外研究控辩平等的第一部学术专著，被誉为“填补了世界刑事诉讼法学研究领域的一项空白”。本书自付梓十年来，世界主要国家的刑事诉讼立法以及司法实践中都出现一些新情形，我国也在2012年以“尊重和保障人权”为基本理念对刑事诉讼法进行了第二次修改，刑事诉讼法的第三次修改也正在进行中，控辩平等的理念正在逐渐落实。在此背景下，作者对本书进行了全面修订，一方面是根据本书付梓以来我国以及域外刑事诉讼立法与司法实践中出现的新内容、新问题、新情形，对相应法律条款及判例等进行了相应更新，并以此为基础对相应内容沿着控辩关系的研究脉络进行深入分析；另一方面是吸收近十年来我国以及世界诸国刑事诉讼基础理论发展，尤其是关系控辩平等研究的最新研究成果，结合近些年本人对于中国刑事诉讼实践的观察以及该问题的进一步思考研究，对本人在本书中的研究结论进行自我批判与革新。

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

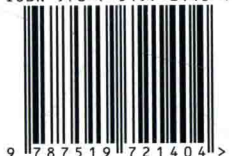
一切为了思想

独角兽工作室

平面设计

上架建议 刑事诉讼法

ISBN 978-7-5197-2140-4



9 787519 721404 >

定价：78.00元

|天
Borderless
|下

控辩平等论

第二版

——
冀祥德 著
——

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

图书在版编目(CIP)数据

控辩平等论 / 冀祥德著. -- 2版. -- 北京 : 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2140-4

I. ①控… II. ①冀… III. ①刑事诉讼—诉讼程序—研究—中国②刑事诉讼—辩护制度—研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第069926号

控辩平等论(第二版)
KONGBIAN PINGDENGLUN (DI-ER BAN)
冀祥德 著

策划编辑 高山
责任编辑 汤子君
装帧设计 鲁娟

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2018年5月第2版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印业有限公司

印张 27 **字数** 392千
印次 2018年5月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

举报维权邮箱/bwq@lawpress.com.cn

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2140-4

定价: 78.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博稽古今 融汇天下

第二版说明

承蒙法律出版社的大力支持,《控辩平等论》一书于2008年得以出版。本书作为国内外专题研究控辩平等理论的第一部学术专著,自出版以来,引起诸多专家学者以及广大读者的注意与喜爱,并多次获得法学界、法律界的大奖,诸如2009年“第三届全国法学教材与科研成果奖”二等奖、2011年“第二届中国法学优秀成果奖”一等奖、2013年“第一届法学博士后科研成果奖”一等奖等。

尽管作者在创作本书之时也曾“披阅十载,增删五次”,着力在重塑平等武装概念基础上,实现在新时代语境下对控辩平等内涵与外延的全方位、深层次突破性研究,力求以控辩关系为分析框架对世界以及我国刑事诉讼发展脉络进行提炼总结,对我国刑事诉讼立法与实践的基本问题进行分析解决,编辑在审读、出版等工作上亦颇费苦工,但是由于时间紧迫、精力有限等原因,本书也难免存在一些不足之处。同时,本书初版付梓以来已经十年,世界主要国家的刑事诉讼立法以及司法实践中都出现一些新情况,尤其是我国,2012年以“尊重和保障人权”为基本理念对《刑事诉讼法》进行了第二次修改,我国《律师法》等法律、相关立法解释与司法解释以及相应的配套规定也在此后不断得以颁行与实施,我国刑事诉讼立法与司法在实现控辩平等、保障人权等方面取得了较大发展。虽然这些进步的实现以及我国目前正在进行的刑事诉讼制度改革并未超越本书控辩平等研究的理论语境,而且证明了本书对控辩平等的研究价值,但是,仍然有一些新问题值得予以关注,一些新情况值得予以思考,一些新观念值得予以研究。另外,本书销售已罄,近期不断有读者申请购买,法律出版社的编辑老师也多次嘱我修订再版,鉴于此,本人决定对本书进行全面修订,以飨读者,以利法治中国的建设。

本次修订时参考了专家及读者意见,本人对本书内容进行了全面审视与修改完善。修订的重点主要在以下三个方面:一是根据本书付

梓以来我国以及域外刑事诉讼立法与司法实践中出现的新内容、新问题、新情形,对相应法律条款及判例等进行了研究更新,并以此为基础对相应内容沿着控辩关系的研究脉络进行深入分析;二是吸收近十年来我国以及世界诸国刑事诉讼基础理论发展,尤其是关系控辩平等研究的最新研究成果,结合近些年本人对于中国刑事诉讼实践的观察以及该问题的进一步思考研究,对本人在本书中的研究结论革新与完善;三是对该书中一些原有的文字的注释、参考文献、笔误抑或出版错误等进行修改。

因水平所限,本次修订工作难免会有不足乃至失误之处,难免挂一漏万,恳请读者包涵,并能一如既往地提出宝贵意见,使本书通过不断打磨,臻于完善。

冀祥德

2018年2月

目 录

| | |
|-------------------------|----|
| 第一章 绪言 | 1 |
| 一、问题的提出 | 1 |
| 二、选题之意旨 | 5 |
| (一)推动中国法变革之价值 | 5 |
| (二)笔者学术经历与旨趣之蓄势 | 6 |
| 三、主要研究方法 | 7 |
| (一)历史之方法 | 7 |
| (二)比较之方法 | 7 |
| (三)实证之方法 | 7 |
| (四)分析之方法 | 7 |
| (五)系统论之方法 | 7 |
| 四、主要研究内容 | 7 |
| (一)控辩平等之本体意义 | 7 |
| (二)控辩平等之理论基础 | 7 |
| (三)控辩平等在域外之考察 | 8 |
| (四)控辩平等在中国之现状 | 8 |
| (五)控辩平等在中国之思考 | 8 |
| 五、小结 | 8 |
| 第二章 控辩平等原则之产生与演进 | 10 |
| 一、平等权之产生与发展 | 11 |
| 二、美国《宪法第十四修正案》平等保护条款解读 | 16 |
| 三、控辩平等原则之产生与演进 | 19 |
| (一)弹劾式诉讼模式下之控辩关系 | 19 |
| (二)纠问式诉讼模式下之控辩关系 | 22 |
| (三)控辩平等原则之产生与演进 | 26 |
| 四、小结 | 30 |

| | |
|----------------------|-----------|
| 第三章 控辩平等之现代内涵 | 33 |
| 一、引子:两个判例之启示 | 33 |
| 二、平等武装 | 41 |
| (一)平等武装之根据 | 41 |
| (二)平等武装之内容 | 45 |
| 三、平等保护 | 49 |
| (一)平等保护之根据 | 49 |
| (二)平等保护之内容 | 53 |
| 四、平等对抗 | 56 |
| (一)平等对抗之根据 | 56 |
| (二)平等对抗之内容 | 59 |
| 五、平等合作 | 62 |
| (一)平等合作之根据 | 63 |
| (二)平等合作之内容 | 66 |
| 六、小结 | 72 |
| | |
| 第四章 控辩平等之理论基础 | 75 |
| 一、控辩平等之哲学基础 | 75 |
| (一)权力制衡理论 | 76 |
| (二)程序主体性理论 | 80 |
| 二、控辩平等之价值基础 | 85 |
| (一)个人本位主义 | 85 |
| (二)实体公正原则 | 88 |
| (三)程序正义原则 | 90 |
| 三、控辩平等之社会制度基础 | 95 |
| (一)人权思想入宪 | 95 |
| (二)人民主权制度 | 99 |
| 四、控辩平等之诉讼制度基础 | 101 |
| (一)现代诉讼模式 | 101 |
| (二)无罪推定原则 | 104 |
| (三)沉默权制度 | 108 |
| (四)辩护制度 | 111 |
| (五)公正审判制度 | 113 |
| 五、小结 | 116 |

| | |
|--------------------------|-----|
| 第五章 比较法中之控辩平等 | 120 |
| 一、联合国文件和有关国际公约中关于控辩平等之规定 | 120 |
| (一) 获得公正和公开审判之权利 | 121 |
| (二) 获得有效辩护之权利 | 122 |
| (三) 获得救济之权利 | 126 |
| (四) 体现控辩平等之若干原则 | 127 |
| 二、英美国家关于控辩平等之规定 | 129 |
| (一) 美国关于控辩平等之规定 | 129 |
| (二) 英国关于控辩平等之规定 | 133 |
| 三、法德国家关于控辩平等之规定 | 135 |
| (一) 法国关于控辩平等之规定 | 135 |
| (二) 德国关于控辩平等之规定 | 139 |
| (三) 波兰关于控辩平等之规定 | 141 |
| 四、意日国家关于控辩平等之规定 | 145 |
| (一) 意大利关于控辩平等之规定 | 145 |
| (二) 日本关于控辩平等之规定 | 147 |
| 五、小结 | 150 |
| | |
| 第六章 控辩平等在中国之考察 | 153 |
| 一、控辩平等之肯定 | 154 |
| (一) 无罪推定原则逐步确立 | 154 |
| (二) 律师帮助权范围得以扩张 | 157 |
| (三) 明确规定了辩护律师之调查取证权 | 160 |
| (四) 控方在审前对法官之影响受到规制 | 161 |
| (五) 强化了控辩对抗制庭审模式 | 163 |
| (六) 刑事裁判文书之改革体现控辩平等之要求 | 164 |
| 二、控辩平等之否定 | 165 |
| (一) 并未确立本原意义之无罪推定原则 | 166 |
| (二) 控辩双方诉讼地位不平等 | 168 |
| (三) 控辩双方诉讼权力(利)不平等 | 169 |
| (四) 被追诉人基本诉讼权利缺失 | 174 |
| (五) 辩护律师执业权利缺乏保障 | 177 |
| (六) 对强制措施缺乏监督与制约 | 179 |
| (七) 没有规定违反刑事诉讼程序之法律后果 | 180 |

| | |
|--------------------------|------------|
| 三、小结 | 183 |
| 第七章 控辩平等原则下之辩护制度 | 188 |
| 一、问题之提出 | 188 |
| 二、刑事辩护之基本属性 | 190 |
| (一)刑事辩护之历史嬗变 | 190 |
| (二)刑事辩护之基本属性 | 192 |
| 三、刑事辩护定位理论反思 | 193 |
| (一)刑事辩护功能定位 | 193 |
| (二)辩护律师角色定位 | 195 |
| (三)达马斯卡理论之启示 | 196 |
| (四)对我国刑事辩护功能与辩护律师角色之重新定位 | 198 |
| 四、控辩平等与有效辩护 | 205 |
| (一)有效辩护概念之提出 | 205 |
| (二)无效辩护制度之启示 | 206 |
| (三)我国律师辩护之现状调查 | 207 |
| (四)辩护低效之原因分析 | 209 |
| (五)有效辩护之制度保障 | 214 |
| 五、小结 | 217 |
| 第八章 控辩平等原则下之讯问制度 | 219 |
| 一、口供特性与控辩平等之逻辑关联 | 219 |
| (一)口供特征 | 220 |
| (二)口供特性对人权保护之需求 | 220 |
| 二、讯问制度中之控辩平等规则 | 222 |
| (一)“不得自证其罪”原则与“沉默权”规则 | 222 |
| (二)权利告知原则 | 224 |
| (三)获得律师帮助原则 | 226 |
| (四)禁止刑讯原则 | 228 |
| (五)证据排除规则 | 229 |
| (六)口供补强规则 | 231 |
| 三、控辩平等原则下讯问制度之程序性保障 | 231 |
| (一)关于讯问之时间 | 232 |
| (二)关于讯问过程中之录音录像 | 232 |
| (三)关于讯问过程中之笔录 | 233 |

| | |
|-------------------------|------------|
| 四、口供获取与平等合作、平等保护 | 234 |
| (一)口供获取与平等合作 | 234 |
| (二)口供获取与平等保护 | 235 |
| 五、小结 | 237 |
| 第九章 控辩平等原则下之羁押制度 | 239 |
| 一、几个主要法治国家之羁押制度 | 239 |
| 二、控辩平等原则下的羁押制度之特点 | 243 |
| (一)羁押目的之双重性 | 243 |
| (二)羁押措施之独立性 | 245 |
| (三)羁押之司法审查性 | 246 |
| (四)羁押适用的比例性 | 246 |
| (五)羁押场所设置之中立性 | 247 |
| (六)羁押救济之现实性 | 247 |
| 三、中国现行羁押制度探讨 | 249 |
| (一)羁押适用目的之偏颇 | 249 |
| (二)羁押是一种常态 | 250 |
| (三)羁押之适用没有比例性原则 | 250 |
| (四)羁押期限之不确定性 | 251 |
| (五)超期羁押现象严重 | 251 |
| (六)羁押措施之滥用 | 252 |
| (七)羁押场所之设置违背中立性原则 | 253 |
| (八)羁押制度救济功能之缺失 | 253 |
| (九)羁押权力之失控 | 254 |
| (十)羁押措施不独立 | 254 |
| 四、中国控辩平等原则构建下之羁押制度 | 255 |
| (一)构建中国未决羁押制度之基本原则 | 255 |
| (二)中国未决羁押制度之构建模式 | 258 |
| 五、小结 | 262 |
| 第十章 侦查程序之控辩平等 | 265 |
| 一、侦查程序中控辩平等之功能 | 266 |
| (一)权力抑制功能 | 266 |
| (二)审判基础功能 | 267 |
| (三)正当解纷功能 | 268 |

| | |
|------------------------|------------|
| 二、国外侦查程序中控辩平等之考察 | 269 |
| (一) 证据取得权平等 | 269 |
| (二) 违法性后果平等 | 273 |
| (三) 侦查权之控制 | 277 |
| (四) 侦查权之监督 | 283 |
| (五) 侦查机关义务承担 | 287 |
| (六) 被追诉人权利保护 | 291 |
| 三、中国侦查程序中控辩平等之构建 | 293 |
| (一) 现状检视:控辩严重失衡 | 293 |
| (二) 立法瞻望:构建控辩平衡 | 295 |
| 四、小结 | 301 |
| 第十一章 起诉程序中之控辩平等 | 304 |
| 一、起诉程序中控辩平等之功能 | 304 |
| (一) 强化控辩职能功能 | 305 |
| (二) 保障权力(利)平衡功能 | 306 |
| (三) 提高诉讼效率功能 | 306 |
| 二、起诉程序中控方权力之规制 | 308 |
| (一) 审查起诉权之规制 | 309 |
| (二) 不起诉权之扩张与制约 | 319 |
| (三) 量刑建议权之实践 | 328 |
| (四) 控辩平等下公诉方式之选择 | 330 |
| 三、起诉程序中辩方权利之武装 | 335 |
| (一) 防御性权利之武装 | 335 |
| (二) 救济性权利之武装 | 339 |
| 四、起诉程序中控辩双方关系之重构 | 342 |
| (一) 建立良性之控辩沟通制度 | 342 |
| (二) 建立完善之证据开示制度 | 346 |
| (三) 建立我国之控辩协商制度 | 350 |
| 五、小结 | 351 |
| 第十二章 审判程序中的控辩平等 | 354 |
| 一、审判程序中控辩平等之功能 | 354 |
| (一) 诉讼结构优化功能 | 354 |
| (二) 实体正义保障功能 | 355 |

| | |
|--------------------------|------------|
| (三) 程序正义保障功能 | 356 |
| (四) 权力制衡功能 | 356 |
| (五) 人权保障功能 | 356 |
| 二、审判程序中之控辩平等 | 357 |
| (一) 公正之法院 | 357 |
| (二) 公平之审判 | 363 |
| (三) 平等之对抗 | 364 |
| 三、我国审判程序之改造 | 368 |
| (一) 我国审判程序之检视 | 368 |
| (二) 我国审判程序之改造 | 373 |
| 四、小结 | 378 |
| 第十三章 救济程序中之控辩平等 | 380 |
| 一、控辩平等在救济程序中之功能 | 380 |
| (一) 控辩平等在普通救济程序中之功能 | 381 |
| (二) 控辩平等在非常救济程序中之功能 | 381 |
| 二、救济程序中之控辩平等 | 381 |
| (一) 普通救济程序中之控辩平等 | 381 |
| (二) 非常救济程序中之控辩平等 | 383 |
| 三、控辩平等下救济程序之改造 | 385 |
| (一) 我国救济程序中之控辩关系检视 | 385 |
| (二) 控辩平等下救济程序之改造 | 390 |
| 四、小结 | 393 |
| 第十四章 死刑复核程序中之控辩平等 | 395 |
| 一、引言 | 395 |
| 二、控辩平等在死刑复核程序中之功能 | 396 |
| (一) 死刑复核程序之定位 | 396 |
| (二) 控辩平等在死刑复核程序中之功能 | 398 |
| 三、死刑复核程序中之控辩平等 | 401 |
| (一) 死刑复核程序中之被告人 | 401 |
| (二) 死刑复核程序中之辩护人 | 403 |
| (三) 死刑复核程序中之被害人 | 407 |
| (四) 死刑复核程序中之检察官 | 409 |
| (五) 死刑复核程序中之法官 | 412 |

| | |
|------------------|-----|
| 四、控辩平等下死刑复核程序之改造 | 413 |
| (一)死刑复核程序检讨 | 413 |
| (二)死刑复核程序改造 | 414 |
| 五、小结 | 418 |

第一章 绪 言

一、问题的提出

因刑事司法运作的失误致使无罪的人被错误地追究刑事责任,是任何一种刑事司法制度和诉讼模式都难以绝对避免的。正因如此,长期以来人们似乎习惯了接受司法机关办理的错案,甚至乐于相信这只是个别司法人员的“一时疏忽”,是“偶然中之偶然”。但是,从媒体竞相披露的河南胥敬祥案到湖北的余祥林案^①以及此

^① 笔者注意到,余祥林等案均发生在十年以前,这些冤案的发生与当时的司法制度是有紧密联系的——刑事司法的重刑倾向十分明显,强调诉讼的打击犯罪和维护社会秩序稳定的功能,严重忽视了法律的人权保障功能。一是指导刑事诉讼的基本原则是有罪推定。案件发生以后,侦查机关往往以猜定等方式确定犯罪嫌疑人,然后奉行有罪推定的观念对嫌疑人进行严酷的审讯和诱供,犯罪嫌疑人没有申辩的机会和可能,甚至“坦白从宽,抗拒从严”的刑事政策也容易使他们的申辩招致更大的灾祸。二是刑事审判过于依赖口供。当时的刑事诉讼法关注更多的是证据的证明力,对于证据能力尤其是合法性问题没有给予足够的重视。裁判结果对于口供的依赖使办案人员致力于获取犯罪嫌疑人的供述,甚至可以不择手段。三是公检法三机关配合有余、制约不足。诉讼模式是流水作业式的,公检法机关可以经常联合办案。案件从侦查、起诉到审判,几乎每个环节都可以违反法律的严格规定,甚至可以从根本上背离司法公正和审判独立的基本原则。在这样的背景下,个人的权利变得微不足道,刑事辩护几乎没有存在的空间。四是“民愤”“秩序”使诉讼失去了正义和理性。案件发生以后,公安机关都有着迅速侦破案件以平民愤的压力,必须给案件一个确定的结果才能尽快地恢复被“破坏”的社会秩序,但法律制度并未提供一个合法的疑案处理方式。因而,犯罪嫌疑人一旦进入侦查程序就很难再脱离出去,即使是在证据不足的情况下,公安机关都不敢冒着放纵犯罪的风险撤销案件。在这种情况下,超期羁押、刑讯逼供等侵犯被追诉人权利现象的出现便不可避免。

前之云南杜培武案件和近期的呼格吉勒图案件、聂树斌案等一系列冤案的真相让我们大吃一惊:我们看到了错案的缘起绝非办案人员的疏忽,更不是偶然中的偶然,而是权利在被肆意侵犯,司法权力被随意滥用,法定程序被置之不顾。

从某种意义上讲,余祥林等人可以说是幸运的,毕竟他们有了最终以昭雪的机会。但是我们可以肯定地说,尚未被发现的冤假错案远远不止这些,对于那些无辜的人,我们又能为他们做些什么呢?

刑事司法不仅是实现国家政治统治、进行社会治理的工具,而且也应当成为公民防范司法擅断、保障个人自由的武器。作为一种社会控制的手段,刑事司法过程本身应当是合法的、规范的,它不仅应当受到实体法的规制,而且还必须接受程序法和证据法的制约。

中共十八大以来,“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”成为新一轮司法改革的重要目标。这一目标的实现殊为不易,我们必须用制度来保证所有判决的慎重与公正。对于刑事司法而言,这些制度包括讯问制度、辩护制度、证人出庭制度、非法证据排除制度、羁押制度、上诉制度、死刑复核制度等,既有实体法层面上的制度,又有程序法意义上的制度。另外,笔者还想提醒的是,制度存在的根本性缺失固然是错案发生至关重要之因素,但是,退一步思考,即使立法日益成熟,制度已臻完善,错案就会从此不再发生吗?试想,给赵高一副手铐,给高俅一把法槌,能希冀他抓的是真凶,判的是坏人吗?错案的发生,也许并不仅仅是制度之缺失,司法实务中到底是一些什么样的人在办案?这个问题也必须引起我们的重视。^①

① 十年前,笔者就发现,在山东省某历史文化名城发生的一起普通刑事案件,竟然同时存在如下发人深省之问题:(1)辩护人使用手铐。该市看守所一个多年来不成文的惯例:律师会见委托自己的犯罪嫌疑人或被告人时,必须携带手铐,并在会见过程中,将犯罪嫌疑人或被告人拷住,以防止其逃跑。公安、检察人员甚至审判人员提审时,对犯罪嫌疑人或被告人使用手铐尚情有可原,虽然也当受审判人员司法中立之质疑,但是让辩护律师使用手铐却有违武器警械使用条例之规定,更何况,辩护人对自己的当事人使用手铐,背离了辩护立场,履行的是与辩护职能格格不入的控诉职能。(2)检察人员不知道最高人民检察院之规定。该案辩护律师依法会见犯罪嫌疑人时,侦查人员先是以“开会”等理由拒绝安排,后又责令辩护律师不得询问案情。辩护律师提出,根据《刑事诉讼法》第96条的规定,律师可以会见在押的犯罪嫌疑人,向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。侦查人员回答说:“了解案件的有关情况就是了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名,以及何时被拘留、何时被逮捕等情况,不包括案情。”辩护律师问: