



刑事法前沿与实践丛书 | 2

Criminal Pre-trial defense

刑事审前程序之解析 ·

辩护权之界说 ·

审前律师辩护权之思考 ·

刑事审前程序辩护权的价值 ·

律师的会见与通信权 ·

律师的调查取证权及其保障 ·

律师阅卷权及其保障 ·

律师在场权 ·

# 刑事审前程序律师辩护

管 宇 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



本书荣获中国社科院2008年优秀博士后论文

# 刑事审前程序律师辩护

管 宇 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事审前程序律师辩护 / 管宇著. —北京:法律出版社,  
2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8902 - 4

I. 刑… II. 管… III. 刑事诉讼—诉讼程序—辩护—研  
究—中国 IV. D925.215.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 162457 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/12.125 字数/359 千

版本/2008 年 11 月第 1 版

印次/2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8902 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

春华秋实。十月，是个收获的季节。当阅罢这厚厚的书稿并受管宇博士后之托为该书作序，我欣慰地觉得，对于作者、对于中国刑事诉讼法学理论研究而言，这本专著的出版都堪称一枚沉甸甸的果实，泛着成熟的光泽，透出丰收的芳香。

任何理论研究的最终目的总是要应用于实践并指导实践，而只有丰富的实践才是理论研究的唯一源泉与坚实土壤。管宇博士后在中国政法大学取得硕士学位后，先后任职检察官、律师并取得了不错的成绩，一直在法律实践的最前沿积淀了多年之后，重新回到中国政法大学攻读博士学位，继而进入中国社会科学院法学研究所从事博士后课题研究。我强烈感受到，他携着思考而来、携着使命感而来，他的思考方式、研究角度都具有强烈的问题意识与明确的目标指向，不好高骛远，不夸夸其谈，立足中国国情，关注司法实际，努力为中国刑事诉讼法治建设添砖加瓦，做点实事。中国刑事诉讼法学理论的发展，需要这种建立在深厚实践积累上的理论研究，需要这种对司法实践具有指导意义的学术表达。这本著作就体现了这样的治学价值。

就《刑事审前程序律师辩护》这个选题本身而言，既是当前刑事诉讼法学研究的热点问题，也是刑事司法实践中迫切需要解决的难点问题。在刑事诉讼中，健全与成熟的辩护制度是公民对抗国家权力滥用的有力武器，也是被追诉人维护自己合法利益的制度保障。作者正是基于此，从审前程序的界定及其特点入手，辨析辩护权之性质及其理论基础，明确审前程序辩护律师之定位，论证辩护律师介入

审前程序的必要性和可行性,探讨保障审前程序辩护制度之对策。作者创新性地对辩护权进行二元划分,对审前程序律师辩护权的法律基础诸如程序正义、无罪推定、程序主体理论进行认真解读,对外国及国际社会审前程序辩护律师权利及其保障制度进行比较研究,对中外社会背景及文化传统差异进行深入分析,进而对建立中国特色的审前辩护制度提出构想,发表见解。通观全书,观点新颖,见解深刻,论说充分,表述严谨,感受到作者不仅具有丰富的实践经验,专业基础与理论素养也颇为扎实,文字表达通达优美,算得上是近年来年青刑事讼法学者的一部力作。本报告在管宇博士后出站答辩会上曾获得答辩老师的一致好评,并荣获中国社科院优秀博士后论文之荣誉,足见大家对此书的成就是充分认可的。

作为管宇博士后在攻读博士学位期间的导师,深刻了解管宇之为人。他谦虚谨慎,勤奋好学,给我留下很好印象。特别是,他秉性正直,心地善良,胸怀坦荡,待人热忱,人品之好得到老师同学的交口称赞。记得两年前在西湖畔,我向管宇博士后合作导师推荐我的弟子时,曾给过一句赞语,说他“人品比学问还要好”。本是对他的人品予以高度赞赏之意。至于学问,已顺利取得政法大学博士学位,学问如何固不待言。加之是我的亲学生,也不便对其学问大加褒扬。据闻此语后来遭到有人曲解,说老师对管宇的评价是人品不错,学问不行。不知此话从何而起。好在管宇不以为意,反倒激励自己加倍努力,让事实说话,事实胜于雄辩。当他结束两年博士后研究将此新作呈现于我面前时,我感到其学力大有长进,可以想见他在这两年、在这本书稿背后所付出的心血和努力。在管宇博士后的专著付梓出版之际,我曾和他进行过一次交流,我为他在博士后期间能够克服重重困难并忍受诸多不公正之待遇,而奉献出这一优秀成果深感欣慰,这一切都印证了我当初对他“人品比学问还要好”的评价。我深信管宇博士后在今后的人生中将继续秉持这一传统,堂堂正正做人,扎扎实实治学,真正做到德才兼备,品学俱优。

有道是,书山有路勤为径,学海无涯苦作舟。期望管宇能够循着

自己选择的路坚定不移地走下去,在今后的生涯中继续刻苦钻研,上下求索,做出更大成绩。中国刑事诉讼法学理论的繁荣和发展需要更多的年轻学者来传承和推动。也希望作者在本书出版之后能够虚心纳言,认真倾听其他学者和广大读者的批评建议,以期百尺竿头更进一步!

是为贺并序。

卞建林

2008年9月

## 内容摘要

本书对审前程序律师辩护权及其保障的研究,首先从审前程序界定及其特点入手,结合辩护权性质以及辩护权法律、哲学基础之探讨,从而推导辩护律师介入审前程序的必要性和可行性,确立审前程序辩护律师之定位,阐述保障审前程序辩护权制度之对策。本报告由内容摘要、导言、正文和后记四部分组成。正文部分分为上、下两篇八章,上篇为总说篇,下篇为分说篇。上篇总说篇统领全篇,分为四章。第一章刑事审前程序之解析,本章包含两部分内容,分别阐释审前程序概念和特点。第二章律师辩护权之界说。本章围绕辩护权内涵、外延、溯源以及发展进行诉说。第三章审前辩护权之学理思考,该章对辩护权法律、哲学基础进行论述。第四章审前程序的价值。分别从诉讼主体地位之维护、控辩平衡与对抗之开展以及程序保障与分流三个角度进行论述。下篇为分说篇,即辩护律师诉讼权利及其保障。该篇从辩护权各个权能价值角度结合域外立法、司法实践关于辩护律师诉讼权利之规定,探索我国从制度上确立和完善审前程序辩护律师辩护职能之方略。本篇共分四章,第五章律师的会见与通信权,该章提出在遵循国际刑事司法准则基础上借鉴域外立法经验完善我国辩护律师会见权,确立辩护律师与被迫诉人通讯权。第六章律师的调查取证权及其保障,该章主张立法基于平等武装原则和我国审判模式改革之需要,参照国际社会通行做法,确立侦查程序中辩护律师调查取证权,并废除把辩护律师作为特殊主体的律师伪证罪,同时确立辩护律师作证豁免权。第七章律师阅卷权及其保障,该章在介绍国际社会、两大法系国家关于证据知悉权相关规

定基础上,立足于我国实际提出建立我国特色的证据展示制度。第八章律师在场权,该章通过分析律师讯问时在场权的价值,探讨我国现阶段确立辩护律师讯问时在场权制约因素,并从较为宏观的视野阐述我国确立讯问时律师在场权之必要性。

本书注意到我国刑事诉讼正处于“继往开来”的分水岭,在引用域外资料同时,收纳、引介、分析及至2007年为止的国内相关著作,承继前人筚路蓝缕,冀望能够提供读者一丝借鉴。

**关键词:**审前程序 辩护权 程序正义

## Abstract

This book mainly focuses on the research on the lawyer's right to defense and its protection in the pretrial proceeding. It starts with the definition of the pretrial proceeding and its features, combining with the character of the right to defense and the research on the legal and philosophical foundation of the right to defense, and then, reaches a conclusion about the necessity and the feasibility of the lawyer's intervention in the pretrial proceeding. Meanwhile, this report also establishes the situation of the lawyer in the pretrial proceeding, and expatiates how to protect the lawyer's right to defense in the pretrial proceeding.

This book includes four parts: abstract, introduction, main text and postscript. In the main text, there're two volumes including eight chapters. The first volume which generalizes the whole main text, is divided into four chapters. The first chapter is the analysis of the criminal pretrial proceeding. In this chapter, there're two parts which expatiate respectively the definition of the pretrial proceeding and its features. The second chapter is the definition of the lawyer's right to defense, concerning about the connotation, extension, source and the development of the right to defense. The third chapter is the pondering of the academic principle of the right to defense, discussing the legal and philosophical foundation of the right to defense. The fourth chapter is about the value of the pretrial proceeding, including the protection of the

litigant's situation in the proceeding, the balancing and the resistance between the accusant and the defender, and the protection of the proceeding.

The second volume mainly concerns about the lawyer's rights through the proceeding and their protection. This volume, from the value of the right's functions, combining with the international legislation and juridical practice about the lawyer's right to defense, explored the solution to establish and perfect the legal system of the lawyer's right to defense. There're the last four chapters in this volume. The fifth chapter is the lawyer's right to meet and communicate the suspect. In this chapter, the author suggests, on the basis of the international criminal juridical principles, to perfect the lawyer's right to meet the suspect and to establish the right to communicate the suspect. The sixth chapter is the lawyer's right to investigate and collect the evidence, and its protection. This part, on the basis of "equality of arms" and the reform of the trial mode in our country, referring to the international tradition, advices to establish the lawyer's right to investigate and collect the evidence in the investigative proceeding and abolish the lawyer's crime of false witness, and to establish the lawyer's immunity as a witness. The seventh chapter is the lawyer's right to read the case record and its protection. On the basis of introducing the related rules about the lawyer's right to get informed in the international society and the two legal system countries, this chapter suggests to establish the evidence disclosure system with Chinese characteristics. The eighth chapter is the right of lawyer's presence. Through analyzing the value of the lawyer's presence during the interrogation proceeding, this part focuses on the negative factors in our country, to establish the right of lawyer's presence during the interrogation proceeding, and expatiates the necessity of establishing the right of lawyer's presence during the interrogation

proceeding from the macroscopic angle.

The author recognizes the recent period which Chinese criminal procedure is passing through as a divide that we have the mission carrying forward. This report not only quotes the data abroad ,but also collects, introduces, analyzes civil relative works till 2007, to carry forward the predecessor' achievements, to expect to provide a reference for the readers.

**Key words:** pre-trial procedure    right to defence    procedure justice.

# 目 录

|    |   |
|----|---|
| 导言 | 1 |
|----|---|

|              |   |
|--------------|---|
| 一、问题的提出      | 1 |
| 二、国内外相关研究之现状 | 3 |
| 三、研究体例       | 4 |

## 上篇 总 说

|               |   |
|---------------|---|
| 第一章 刑事审前程序之解析 | 9 |
|---------------|---|

|                  |    |
|------------------|----|
| 第一节 审前程序的界定      | 10 |
| 第二节 审前程序的特点      | 15 |
| 一、审前之侦查程序的特点     | 16 |
| 二、审前之起诉程序的特点     | 19 |
| 三、审前之裁判制度及其程序性特点 | 21 |
| 四、结语             | 26 |

|            |    |
|------------|----|
| 第二章 辩护权之界说 | 28 |
|------------|----|

|                     |    |
|---------------------|----|
| 第一节 辩护权之历史沿革        | 28 |
| 一、辩护权生成             | 28 |
| 二、辩护权的现代进路          | 33 |
| 三、辩护权在我国的确立         | 35 |
| 第二节 辩护权的内涵及外延       | 37 |
| 一、传统学说视野下的刑事辩护权     | 38 |
| 二、辩护权的二元化划分与辩护律师的定位 | 41 |

## 2 | 刑事审前程序律师辩护

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 三、应然性的辩护权与我国刑事诉讼司法实践    | 45  |
| 四、我国的刑事辩护权及其完善          | 49  |
| 第三节 审前程序律师辩护权的必要性及其诉讼地位 | 56  |
| 一、审前程序辩护权的必要性           | 57  |
| 二、审前程序中律师的作用和地位         | 69  |
| 第三章 审前律师辩护权之学理思考        | 86  |
| 第一节 审前程序律师辩护权内容及法律基础    | 86  |
| 一、审前程序辩护权内容及其演变         | 86  |
| 二、审前程序辩护权法律基础           | 91  |
| 第二节 审前刑事辩护权哲学基础         | 117 |
| 一、权利观念是辩护权产生的思想基石       | 118 |
| 二、公正是辩护权践行的价值取向         | 125 |
| 三、民主是辩护权执著的终极目标         | 129 |
| 第四章 刑事审前程序辩护权的价值        | 138 |
| 第一节 被告人主体地位的保障          | 138 |
| 第二节 诉讼对抗与控辩平衡的内在要求      | 144 |
| 第三节 程序保障和程序分流之前提        | 151 |
| 一、辩护权与程序保障              | 152 |
| 二、辩护权与程序分流              | 158 |

## 下篇 分 说

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第五章 律师的会见与通信权         | 171 |
| 第一节 律师会见、通信权概说        | 172 |
| 一、律师会见、通信权的制度价值       | 175 |
| 二、律师会见、通信权具有特殊性       | 179 |
| 第二节 国内外法律对律师会见、通信权的规定 | 183 |
| 一、我国法律对律师会见权的规定       | 183 |
| 二、国外法律对律师会见、通信权的规定    | 184 |

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| 第三节 我国律师会见、通信权的司法实践及其分析 .....               | 189 |
| 一、我国律师会见、通信权的司法实践 .....                     | 189 |
| 二、我国律师“会见难”问题的主要根源 .....                    | 191 |
| 第四节 完善我国律师会见、通信权的对策与建议 .....                | 195 |
| 一、赋予律师在侦查阶段辩护人地位,切实保障律师会见<br>权 .....        | 195 |
| 二、保证辩护律师的单独会见权 .....                        | 196 |
| 三、取消律师会见审批制度 .....                          | 197 |
| 四、修改《刑事诉讼法》第 96 条的规定,确立律师与被追<br>诉人通信权 ..... | 199 |
| 五、保障辩护律师的阅卷权,条件成熟时可确立证据展示<br>制度 .....       | 200 |
| 六、充分保障律师的调查取证权 .....                        | 201 |
| 第六章 律师的调查取证权及其保障 .....                      | 203 |
| 第一节 律师调查取证权释义 .....                         | 203 |
| 一、律师调查取证权的内涵 .....                          | 203 |
| 二、律师调查取证权的法律定位 .....                        | 204 |
| 第二节 律师调查取证权的价值分析 .....                      | 211 |
| 一、实现实体公正和程序公正,保障被追诉人合法权益 .....              | 211 |
| 二、保障律师履行辩护职责,维护现代律师制度 .....                 | 213 |
| 三、确保诉讼目的实现,体现诉讼价值目标 .....                   | 214 |
| 四、实现控辩平衡,促进诉讼体制改革 .....                     | 215 |
| 第三节 两大法系的律师调查取证权及其保障 .....                  | 216 |
| 一、英美法系律师调查取证权及其保障 .....                     | 217 |
| 二、大陆法系律师调查取证权及其保障 .....                     | 221 |
| 三、日本和意大利的律师调查取证权及其保障 .....                  | 225 |
| 第四节 我国律师调查取证权现状及其改革设想 .....                 | 229 |
| 一、我国律师调查取证权现状 .....                         | 229 |
| 二、我国律师调查取证权制度设计现状评析 .....                   | 233 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 三、我国律师调查取证权改革设想 .....      | 240 |
| <b>第七章 律师阅卷权及其保障</b> ..... | 259 |
| 第一节 阅卷权的范围和种类 .....        | 259 |
| 一、律师阅卷权概述 .....            | 259 |
| 二、我国律师阅卷权的范围和种类 .....      | 262 |
| 第二节 阅卷权的价值分析 .....         | 264 |
| 一、发现真实 .....               | 264 |
| 二、程序公正 .....               | 266 |
| 三、诉讼效率 .....               | 268 |
| 第三节 两大法系的阅卷权的司法实践 .....    | 272 |
| 一、大陆法系的阅卷制度 .....          | 272 |
| 二、英美法系的证据展示制度 .....        | 276 |
| 三、日本和意大利的证据展示制度 .....      | 282 |
| 第四节 构建我国的证据展示制度 .....      | 288 |
| 一、我国律师阅卷权存在的问题 .....       | 289 |
| 二、完善阅卷制度抑或构建证据展示制度 .....   | 294 |
| 三、证据展示制度构建的核心难题及其解决 .....  | 298 |
| 四、当前构建证据展示制度的具体设想 .....    | 304 |
| <b>第八章 律师在场权</b> .....     | 322 |
| 第一节 律师在场权的概述 .....         | 323 |
| 第二节 律师在场权价值分析 .....        | 328 |
| 一、律师在场权有利于重构刑诉侦查结构 .....   | 329 |
| 二、律师在场权有利于健全我国刑事辩护制度 ..... | 330 |
| 三、律师在场权有利于实现程序正义 .....     | 332 |
| 四、律师在场权有利于实体真实 .....       | 333 |
| 五、律师在场权有利于法和平性的实现 .....    | 335 |
| 第三节 律师在场权在两大法系的司法实践 .....  | 336 |
| 一、英美法系律师在场权及其保障 .....      | 337 |
| 二、大陆法系律师在场权及其保障 .....      | 340 |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 第四节 我国构建律师在场权可行性分析..... | 344 |
| 一、制约确立律师在场权现象之探究 .....  | 346 |
| 二、确立律师在场权积极因素之梳理 .....  | 351 |
| 参考文献.....               | 358 |
| 后记.....                 | 367 |

## 导言

### 一、问题的提出

当余祥林、杜培武、聂树斌这些名字和发生在他们身上的悲剧故事一个个见诸于媒体之时，我们没有理由不去怀疑、检讨并思索我们的司法制度存在的种种疏漏。这样的每一次错拘、每一个误判都应该深深震撼我们这些司法从业者、法学研究者的心，尽管类似悲剧的前因后果不尽相同，但毋庸置疑，它们背后无一不是对正义的践踏、对法治的亵渎，更是对相关制度建构的拷问！

冤假错案是司法的悲剧，更是中国社会法治完善进程中的毒瘤。对冤假错案的反思必然导致对司法制度构建理性的追求。当侦、控、审机关相互监督不能有效保障人权，遏制司法腐败之时，我们有必要将希望的目光投向权力机关之外。

辩护权作为一项被追诉人所具有的核心诉讼权利，肩负着保护公民免遭国家权力侵害和代表人民监督司法运行的历史使命。当今的中国，正处于个人权利迅速觉醒的时代，我们需要一个健全的辩护制度来维护我们所取得的法治建设成就、改革成就，保障我们获得的“神圣不可侵犯”的宪法性权利，以权力制约权力，以权利捍卫权利，从而真正实现社会主义制度之下完整的人权。

在刑事诉讼中，健全与成熟的辩护制度是公民对抗国家机器权力滥用的武器，是每一个公民合法权利的保护之翼，也是公民维护自己切身利益的最后一道防线。我们不能永远去面对辩护律师在法庭上辩护时的苍白无力，不能总是让辩护律师常常因对当事人的爱莫能助而深感痛心。所以，辩护权从审判走向审前，使从前的律师“辩