



律师参与辩护、代理 存在问题及对策

李宝岳 主编

中国政法大学出版社

律师参与辩护、代理 存在问题及对策

李宝岳 主 编
王进喜 副主编
陈学权

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师参与辩护、代理存在问题及对策 /李宝岳主编. —北京:

中国政法大学出版社, 2005.11

ISBN 7-5620-2839-7

I.律... II.李... III.①律师-辩护-中国②律师-代理(法律)-中国 IV.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 138227 号

书 名 律师参与辩护、代理存在问题及对策

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 15

字 数 385 千字

版 本 2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2839-7/D·2799

定 价 28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前 言

《律师参与辩护、代理存在问题及对策》，是司法部 1998 年《法制建设与法学理论研究部级科研项目》之一，由我组织实施。我和我的课题组成员尽管在立项后进行了若干对策性的研究，也先后发表了一些研究成果，但由于我的健康状况欠佳，使得该项任务未能及时完成，深感内疚！2004 年 10 月在课题组成员的共同努力下，特别在博士生陈学权、张曙的协助下，得以结项，如释重负。如今在中国政法大学科研处原处长郭成伟教授和中国政法大学出版社李传敢社长的关心与支持下，结项成果得以付梓，颇感欣慰并致谢忱！

我在几十年刑事訴訟法学教学过程中，对律师的刑事业务颇感兴趣，并身体力行。1993 年 10 月，中国政法大学陈光中教授受全国人大常委会法制工作委员会的委托组织本校刑事訴訟法学教授、专家对刑事訴訟法的修改进行研究并提出修改方案，供法工委修改。我有幸参与了辩护及代理制度的起草工作。该课题组于 1995 年 6 月完成了《中华人民共和国刑事訴訟法〈修改建议稿〉》。之后，课题组按照建议稿的内容，就各章比较重要的修改地方逐一加以解释和说明，由中国方正出版社公开出版了《中华人民共和国刑事訴訟法修改建议稿与论证》一书，我又有幸承担了其中辩护与代理一章的论证工作，主要论证了八个方面的问题：①关于代理

2 前 言

问题；②关于律师介入刑事诉讼的时间；③关于律师与在押犯罪嫌疑人、被告人会见问题；④关于律师回避问题；⑤关于拒绝辩护问题；⑥关于指定辩护人的范围问题；⑦关于职务秘密原则；⑧关于不得在同一案件中担任辩护人或代理人。1996年3月17日，第八届全国人民代表大会第四次会议通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》。根据该决定，对刑事诉讼法增、删、改达109处，条文总数达225条，比原条文增加了61条。据统计《修改建议稿与论证》所拟制的条文，被新刑事诉讼法全部或部分采纳的约65%，大体说明了此书对刑事诉讼法的修改所起的作用是相当大的。但也不容讳言，“书中有些建议当时没有被修正后的刑事诉讼法所吸收，今天则应纳入刑事司法制度的改革的视野中加以考虑”。^{〔1〕}

我和本课题组成员在承继以往相关研究的基础上，结合修改后《刑事诉讼法》实施中的问题，参照联合国《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等国际公约，特别是联合国《关于律师作用的基本原则》，对我国律师参与辩护、代理的问题与对策继续进行了不懈研究。相关对策性研究，既针对律师在刑事诉讼的侦查阶段、审查起诉阶段和审判阶段的主要问题进行探讨，以重点解决律师的会见难、调查取证难、阅卷难、辩护意见被采纳难等问题，也对律师参与刑事辩护、代理的基本原则进行了研究、论证并在立足国情的前提下努力吸取一些国家或地区的相关有益经验。研究成果共形成25篇论文，汇集成册。这些论文，分别对现行宪法、刑事诉讼法、律师法和国务院法律援助条例中的相关规定提出修改意见，力求精阐原理，结合实践，关注前沿，以为国家民主法制的

〔1〕 见陈光中、严端主编：《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》，中国方正出版社1999年版，第2页。

重要窗口——律师刑事业务的建设建言献策。文章的几个主要具体建议是：①修改宪法关于只给被告人辩护权的规定，为犯罪嫌疑人享有辩护权奠定宪法基础，同时规定人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、军队保卫部门以及国家法律援助机构有义务保障他们获得辩护和依法提供法律援助；②建立律师职务秘密原则、刑事豁免权原则、对法庭的真实义务原则，维护审判庭廉正性原则、司法公正原则；③确立侦查阶段律师介入诉讼的法律地位为辩护人；④犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问时，律师有权接受委托申请到场；⑤犯罪嫌疑人应平等享有委托律师提供法律帮助的权利；⑥律师与在押犯罪嫌疑人、被告人会见，应在不被窃听、不经检查和完全保密情况下进行，律师人数、会见时间、次数，由律师决定；⑦律师在案经侦查终结、移送人民检察院审查起诉始，有权到人民检察院查阅、摘抄、复制经办案卷，审判阶段介入的律师既有权到人民法院也有权到人民检察院查阅、摘抄、复制经办案卷；⑧确保和扩大律师调查取证的权利，取消现行法律中对律师不当限制的条款；⑨建立律师回避制度；⑩完善律师拒绝辩护和律师诉讼代理制度；⑪完善法律援助制度，尽早制定我国的法律援助法。相信在我国综合国力不断增强、民主法制不断发展特别是与我国政府签署的国际法律接轨的需要，书中的若干立法建议定能引起法学界和司法实务部门对相关问题的重视和深入探讨，进一步推动我国刑事辩护与代理制度的改革与完善。由于我们的水平有限，加之律师刑事辩护与代理实践的丰富多彩，有些问题或未予涉猎或论述中存在些不妥之处，恳请读者提出宝贵意见。另外，为较全面地论证相关问题，我们还将立项前的个别文章也汇集进来而文章引证法条等与现行法律有异，特做说明。

课题组成员及分工如下：李宝岳（中国政法大学教授），专题

4 前 言

二、三、五、六、十一、十五、十六、十七、十八、二十二、二十三；王进喜（法学博士，中国政法大学副教授），专题四、九、十四；陈宜（中国政法大学副教授），专题七、八；吴杰（原中国政法大学讲师、现海南省文昌市法院院长），专题五；张红梅（法学硕士，国家检察官学院讲师），专题二、三；胡红星（法学硕士，浙江君安世纪律师事务所高级合伙人、律师），专题十九；谭冰（加拿大籍华人，法学硕士，现任职于澳门科技大学），专题二十四；陈学权（中国政法大学诉讼法学博士研究生），专题一、六、十、二十一、二十二；张曙（中国政法大学诉讼法学博士研究生），专题十二、十三、二十、二十五。

李宝岳

2005年9月19日

目 录

前 言	(1)
一、刑事程序权利之宪法化	(1)
二、也谈对刑事诉讼中案件事实的理解	(16)
三、论律师刑事豁免权	(40)
四、论律师的职业秘密	(92)
五、辩护律师保守职务秘密问题研究	(130)
六、辩护律师对法庭的真实义务	(134)
七、论律师维护裁判庭廉正性的义务	(148)
八、关于律师审判宣传的探讨	(162)
九、美国律师在诉讼中的三个行为界限	(179)
十、论刑事辩护的质量标准	(190)
十一、律师介入刑事诉讼之我见	(209)
十二、律师调查取证	(224)
十三、律师在侦查阶段的诉讼地位	(241)
十四、律师在侦查讯问活动中的在场权若干 问题刍议	(249)
十五、论辩护律师在审判阶段的阅卷权	(260)

2 目 录

十六、再论辩护律师的阅卷权	(266)
十七、律师参与刑事诉讼的若干问题及对策	(280)
十八、从律师刑事辩护与代理角度谈司法公正	(289)
十九、律师举证问题研究	(317)
二十、律师回避	(356)
二十一、论我国拒绝辩护制度的完善	(370)
二十二、刑事诉讼中的律师代理问题	(381)
二十三、与加拿大安大略省法律援助中心的交流	(394)
二十四、中外法律援助制度若干问题之比较研究	(402)
二十五、法律援助的问题与对策	(451)

刑事程序权利之宪法化

2004年3月14日全国人民代表大会通过的宪法修正案庄严规定：“国家尊重和保障人权。”“国家尊重和保障人权”首次被写入宪法，这明确表达了我国政府对人权保护的重视，反映了国家力图通过立法进一步发展中国人权保障事业的坚定决心。立足于对人权的尊重和保障，笔者在考察美国、英国、加拿大、日本和俄罗斯等国宪法关于公民基本权利规定的基础上，不揣冒昧地提出刑事程序权利宪法化的国际趋势之命题，以期有助于中国刑事人权保障立法的进一步完善，为刑事辩护提供更坚实的宪法保障。

一、刑事程序权利宪法化的国际趋势之考察

美国刑事司法制度的最大特点，就是将一些直接涉及公民人权和自由的诉讼行为上升到宪法高度，为公民在刑事诉讼中的权利提供宪法性保障。^{〔1〕}其于1787年制定的世界上第一部成文宪法，当时并没有规定人的基本权利。随后于1791年批准生效的《人权法案》（即宪法前十条修正案）确定了人的23项基本权利，其中涉及刑事程序权利的有12项，分别是：不受非法搜查和扣押的权利

〔1〕 卞建林译：《美国刑事诉讼规则和证据规则》，中国政法大学出版社1996年版，第2页。

2 律师参与辩护、代理存在问题及对策

(第四修正案);不受非法逮捕的权利(第四修正案);非依大陪审团起诉不受死罪或其他重罪的审判(第五修正案);不受双重危险的权利(第五修正案);不被强迫自证其罪的权利(第五修正案);非依正当法律程序,生命、自由或财产不受剥夺的权利(第五修正案);获得迅速、公开审判的权利(第六修正案);获知被指控的性质和理由的权利(第六修正案);与对方证人对质的权利(第六修正案);以强制程序取得其有利证据的权利(第六修正案);获得律师帮助的权利(第六修正案);不被课以过多的保释金和不受残酷和非常惩罚的权利(第八修正案)。此外,1868年美国宪法关于“正当法律程序”的第十四修正案被通过,随后,联邦最高法院通过判例确认,根据“正当法律程序”的要求,权利法案中关于基本人权的保障,除了经大陪审团提起公诉和禁止课以过多保释金的权利外,同样适用于在州司法系统进行的刑事诉讼。在此基础上,美国联邦最高法院又通过一系列有约束力的判例对这些权利法案进行了解释和完善,形成了刑事程序的宪法化(constitutionalization of criminal procedure)。^[1]

英国尽管没有成文宪法,但由于立宪历史最为久远,因而被誉为“宪政之母”。^[2]在英国宪政历史发展过程中,刑事程序权利始终是宪法的重要内容。如1215年《自由大宪章》、1628年《权利请愿书》、1689年《权利法案》及1796年《人身保护律》等宪法性文件的核心内容就是与人身权利和自由保护密切相关的刑事程序权利。如《自由大宪章》第39条规定:“任何自由人,如未经同级之贵族依法裁判,即不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放、或加以任何其他损害。”《权利请愿书》规定:“任

[1] See Jerold H. Israel, Wayne R. Lafave, *Criminal Procedure*. 美国法精要影印本,法律出版社1999年版,第5页。

[2] 邹文海:《比较宪法》,三民书局印行1977年版,第41页。

何人，除依法律正当程序之审判，不论其身份与环境状况如何，均不得将其驱逐出国，或强迫使其离开所住居之采邑，亦不得予以逮捕、拘禁或取消其继承权，或剥夺其生存之权利。”^{〔1〕} 为了在国际上履行《欧洲人权公约》之义务，在国内创造一种人权文化，英国于1998年制定了具有“宪法性质的”、“一个级别很高的”《人权法案》。^{〔2〕} 该法案的附件（一）的第一部分关于“权利和自由”共有18条，分别规定了人的一些基本权利和自由，其中涉及刑事程序权利的有：未经法律规定的程序，不受逮捕和拘留（第5条）；羁押的司法审查权（第5条）；保释权（第5条）；知悉被逮捕理由和指控罪名权（第5条）；获得独立、公正、公开的审判权（第6条）；无罪推定（第6条）；知悉被指控的性质和原因（第6条）；辩护和法律援助权（第6条）；与证人对质权（第6条）；获得免费的翻译权（第6条）。

加拿大于1673年沦为英国的殖民地，英国国会于1867年制定通过了加拿大的第一部宪法——《英属北美法例》，并承认加拿大的自治权。1982年英国女皇承认加拿大在立法上脱离英国，加拿大随即修宪。修改后的新宪法在保留1867年宪法基本内容的基础上，扩充了一些新的内容，其中最为重要的是《权利和自由宪章》。《权利和自由宪章》作为加拿大1982年新宪法的第一部分，共34个条文。其中关于公民刑事程序权利的规定有：公民的生命、自由和安全除非根据基本公正的原则，该权利不允许被剥夺（第7条）；不受无合法理由的搜查和扣押（第8条）；不受任意拘留和监禁（第9条）；在受逮捕和拘留时有被迅速告知其理由、聘请律师以及通过人身保护令获得救济的权利（第10条）；迅速地获知

〔1〕 董云虎编：《世界人权公约》，四川人民出版社1990年版，第231页。

〔2〕 中国政法大学刑事法律研究中心、英国驻华大使馆文化教育处编：《英国〈1998年人权法案〉及考察报告》，第88页。

被控罪行（第11条a）；在合理的时间受审（第11条b）；无罪推定（第11条d）；保释权（第11条e）；重罪案件有权由陪审团审判（第11条f）；一事不再理（第11条h）；反对自我归罪（第13条）；获得翻译权（第14条）。〔1〕

日本于1889年颁布其历史上的第一部宪法——《大日本帝国宪法》，此宪法没有规定公民的刑事程序权利。二战后在美国的指导下，日本于1946年颁布了新宪法。新宪法规定了32项公民权利，其中刑事司法权利16项，分别是：非依法定程序，生命或自由不受剥夺、不受刑罚的权利（第31条）；受法院审判的权利不受剥夺（第32条）；不受任意逮捕的权利（第33条）；被告知拘禁理由与立即委托律师帮助的权利（第34条）；请求将拘禁理由立即在公开法庭宣告的权利（第34条）；住所、文件不受非法侵入和搜查的权利（第35条）；禁止刑讯和残酷刑罚（第36条）；获得公正的法院及时审判（第37条第1款）；对与自己有利和不利证人的质证权（第37条第2款）；在任何场合委托辩护人的权利（第37条第3款）；不被强迫自证其罪（第38条第1款）；非法证据排除（第38条第2款）；唯口供不得定罪（第38条第3款）；禁止双重危险（第39条）；刑事赔偿权（第40条）；公开审判（第82条）。〔2〕正是由于日本宪法对公民刑事程序权利的重视，刑事诉讼法必须根据宪法规范解释和运用，以达到宪法所规定的人权保障要求，日本学者视刑事诉讼法为“应用宪法”及“宪法性的刑事诉讼法”。〔3〕

前苏联解体以前，《苏维埃社会主义共和国联盟宪法》用专章

〔1〕 姜士林等主编：《世界宪法全书》，青岛出版社1997年版，第1256-1259页。

〔2〕 姜士林等主编：《世界宪法全书》，青岛出版社1997年版，第348-349页。

〔3〕 [日] 田口守一：《日本刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第3页。

对公民的基本权利、自由和义务作出了规定,但其权利的内容主要限于公民的实体性权利。前苏联解体以后,俄罗斯联邦于1993年在国内剧烈的政治斗争乃至可怕的流血冲突中推进宪法改革,由联邦总统主持制定的新宪法于同年12月12日在全民公决中获得通过并立即生效。该宪法第二章《人和公民的权利与自由》,自第17条至64条,共48个条文,对48项权利作出了规定,其中刑事程序权利共20项,分别是:人和公民权利与自由受司法保障(第18条);死刑犯罪受陪审员参加审理的权利(第20条第2款);不受刑讯和残酷刑罚的权利(第21条第2款);人身自由不受侵犯(第22条第1款);羁押受司法审查的权利(第22条第2款);非由法庭决定,通讯和通信权利不受限制(第23条第2款);非依司法决定住宅不受侵犯(第25条);向国际人权机构控诉的权利(第46条第3款);获得陪审员参加审判的权利(第47条第2款);获得免费法律帮助的权利(第48条第1款);任何被监禁、关押和指控实施犯罪的人,有权获得律师帮助的权利(第48条第2款);无罪推定(第49条第1款);不负证明自己无罪的义务(第49条第2款);疑罪从有利于被告人原则(第49条第3款);不受双重危险(第50条第1款);非法证据排除(第50条第2款);要求司法复审权(第50条第3款);反对被迫自我归罪特权和近亲属拒绝作证特权(第51条第1款);刑事赔偿权(第53条);法不溯及既往(第54条第1款)。另外,在该宪法的第七章《司法机关》中,涉及公民刑事程序权利的有:法官独立(第120条第1款);审判公开(第123条第1款);刑事案件不得缺席审判(第123条第3款)。^[1]俄罗斯联邦宪法对人的刑事程序权利规定之广泛可谓在世界范围领先,这无疑为刑事诉讼中的人权保障提

[1] 任允正、于洪君:《独联体国家宪法比较研究》,中国社会科学出版社2001年版,第397-425页。

供了坚实的基础。

尽管美国、英国、加拿大、日本和俄罗斯等国宪法的制定背景、价值观念和文化传统有着较大的差异，但是考察公民刑事程序权利在其宪法中的规定，我们可以发现以下共同特征：①公民刑事程序权利在宪法中的规定都经历了一个从无到有、从少到多的过程。如美国是通过宪法修正案、英国是通过新制定《人权法案》、加拿大是通过新制定《权利与自由宪章》、俄罗斯和日本是通过制定新宪法来逐步扩充公民刑事程序权利的宪法性规定。②宪法规定的公民刑事程序权利在其基本权利中占据着重要的分量，有的甚至接近或超过了一半，如俄罗斯为 41.7%、日本为 50%、美国为 52.2%。③宪法规定的公民刑事程序权利的内容不尽一致，但也有些相同的地方。如这五个国家的宪法都规定了公民的人身、自由和财产权不受非法限制和剥夺；在剥夺或限制公民的人身自由时，公民有权获得辩护和法律援助；再如美国、加拿大、日本和俄罗斯四国宪法都规定了公民享有一事不再理（禁止双重危险）和反对被迫自我归罪的权利；英国、加拿大和俄罗斯三国宪法都规定了无罪推定；美国、英国和日本三国宪法都规定了刑事被告人有质证权。据此，这种刑事程序权利在宪法中的规定从无到有、从少到多直至刑事诉讼中被追诉人的一些重要的程序权利都成为宪法性权利的趋势，笔者将其概括为“刑事程序权利宪法化的国际趋势”。

如果说仅从对上述几个西方主要国家宪法的考察就得出刑事程序权利宪法化的国际趋势之命题还有以偏概全之嫌疑的话，那么，著名宪法学者亨利·范·马尔赛文先生对成文宪法的比较研究则足以消除这一疑虑，如据其对世界上 142 部现代成文宪法的统计分析结果，有 88% 的宪法规定了在刑事诉讼中被告人享有诸如辩护权、

质证权等刑事程序权利。^[1] 因此,可以毫不夸张地说,将人的刑事程序权利上升到宪法基本权利的高度,实现刑事程序权利的宪法化,是近现代民主法治国家宪法的一个突出特点,也是未来人权保障发展的必然趋势。

二、刑事程序权利宪法化的理论根据

为什么愈来愈多的国家将刑事诉讼中被追诉人的一些重要的程序性权利写进宪法?为什么要实现刑事程序权利的宪法化?亦即刑事程序权利宪法化的理论根据是什么?这是刑事程序权利宪法化得以实现和发展的动力源泉,也是实现中国刑事程序权利宪法化必须解决的一个理论前提。对此,笔者认为,刑事程序权利宪法化的理论根据有以下二点:

(一) 公民基本权利宪法化理论

公民基本权利在各国宪法学上有不同用语,英美学者倾向于将之称为人权,德国宪法学者习惯于基本权利或基本权的称呼,日本学者将其定名为基本人权,我国宪法学者称之为公民基本权利。^[2] 将公民的基本权利写进宪法,是近现代宪法的一个突出特点。诚如我国台湾地区著名学者陈新民所言:“宪法的主要功能之一,便是保障人民的基本权利,因此,任何一个以实现民主及人权作为政治发展目标的国家,全将有关人民的基本权利,列入宪法条文之内。”^[3] 应然的人的基本权利是作为人所固有的权利,并不依赖于

[1] 亨利·范·马尔赛文等:《成文宪法的比较研究》,陈云生译,华夏出版社1987年版,第144页。

[2] 林来梵:《从规范宪法到宪法规范》,法律出版社2001年版,第75页。

[3] 陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(下册),三民书局印行1991年版,第58页。

一国的法律如何规定，然现代各国为什么要将人的基本权利写进宪法呢？其理由在于：①为人的权利设定明确的保障。人的权利，尽管需要普通法律作出具体规定，然后才能实际享有。但是，普通法律无论制定与施行，均不得违反宪法所规定的原则。否则，公民便可以寻求宪法救济。因此，宪法在国家法律体系中至高无上的地位，决定了人的基本权利只有在宪法上作出规定，才能有明确的保障。②为国家权力的行使设立明确的界限。宪法在规定公民基本权利的同时，也规定国家机关行使权力的范围和界限。对国家权力而言，其行使往往以人为对象。若人的权利没有为宪法所规定，则国家机关在行使权力时或无所适从，或明知故犯。所以通过宪法明确规定人的权利，可以为国家公权之行使设立明确的界限，即国家权力的行使不得任意地侵犯公民的基本权利。③在社会和公众心中传播人权观念。人的基本权利，由宪法作出明确规定，足以使社会和公众获得一般的人权观念。由于一般人难以有足够的时间和精力去理解繁多的普通法律条文，所以现代各国宪法对人的权利的规定极为重视，甚至认为此规定是一种意识形态教育，对于人民的政治热情、爱国心理等都有很大的促进作用。

既然应该将人的基本权利写入宪法已经被广泛认可，那么宪法究竟应该将哪些权利视为人的基本权利呢？从宪政的产生和发展来看，早期的宪政其价值意义在于：打破人与人之间的等级差异，确立人与人之间的平等关系，树立个人与国家之间的新型观念。此时国家的基本作用不在于积极地干预社会的运行，而在于消极地维持社会的秩序。在这一价值取向基础上，公民的基本权利以生命、自由和财产等实体性权利为基础。但是，随着西方资本主义国家从自由竞争转向垄断以后，政府的权力日益膨胀，国家已不再是消极地维持社会秩序，而是积极地干预社会的运行。在此背景下，宪政制度的核心转移到对国家权力的行使从程序上予以严格的控制。相应地，将公民的程序性权利在宪法上予以确认以对抗国家权力的积极