

律师辩护制度研究

——以审前程序中的律师作用为视角

Study on Lawyer Defence System

——A perspective on the role of defence lawyer in pre-trial procedure

主编 石少侠 徐鹤喃

中国检察出版社

律师辩护制度研究

——以审前程序中律师作用为视角

石少侠 徐鹤喃 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师辩护制度研究/石少侠, 徐鹤喃主编. —北京: 中国检察出版社, 2007. 3

ISBN 978 - 7 - 80185 - 711 - 8

I. 律… II. 石… III. 律师 - 辩护制度 - 研究 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 028667 号

律师辩护制度研究

——以审前程序中律师作用为视角

石少侠 徐鹤喃 主编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68650028 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 16 开

印 张: 29.25 印张

字 数: 534 千字

版 次: 2007 年 4 月第一版 2007 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 711 - 8/D · 1687

定 价: 52.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

石少侠*

自近代以来,随着各国的刑事诉讼机制逐渐地完成了“全能法院”向“裁判法院”的转变,“私诉制度”向“公诉制度”的转变以及“分散法制”向“统一法制”的转变,现代刑事诉讼已经形成了由控、辩、审三项基本职能组成并运行的规范机制。在这样一种刑事诉讼机制中,控、辩、审三方都必须在法定的程序中发挥各自的作用,任何一方的作用发挥得如何,都将决定着裁判结果是否公允,甚至决定并成为衡量一个国家民主法制建设的水平与标志。正是基于这种认识,我们不仅关注着我国检察机关检控职能的健全与行使,也同样关注着作为与控方形成对立统一关系的辩方作用的发挥,因为只有控、辩、审三方均能依法发挥在刑事诉讼中的应有功能,才可能实现我国刑事诉讼法规定程序的预期目标,任何一方作用的缺失或弱化,都可能导致对人权保护的不利,都可能造成对司法公正的损害,甚至形成法治国家建设中的障碍。纵观近年来我国律师在刑事辩护中的状况,不能不使人感到忧虑。在研讨我国刑事诉讼法修订的过程中,如何用制度来保证律师在刑事诉讼中的辩护作用,无疑成为我国刑事诉讼法修订中的一个重要议题。基于法学学者不容推卸的社会责任感,我们确定了《律师辩护制度研究》这一课题,试图从控方的

* 石少侠,国家检察官学院院长、教授、博士生导师。

角度来探索辩方的作用，通过角色的互换，使人们对这一问题的认识更加公允，更加准确。在课题研究的过程中，这一研究定位得到了许多专家学者的充分肯定，并给予了热情洋溢的赞誉和鼓励，甚至被誉为是检察机关打破门户之见、立足于法治全局的重要举措。尽管对这些赞誉之词我们深感受之有愧，但却坚定了我们选题立论深入研究的信心。需要指出的是，我们关注律师辩护的作用，不仅仅是基于上述谈到的作为法学学者的社会责任，同时也考虑到下列因素：一是因为检察官在刑事追诉中负有客观性义务，不仅要追诉犯罪，还要兼顾有利于被告人的事实和证据。这就决定了控方也必须认真对待辩方的意见，认真履行检察官的客观性义务；二是因为刑事辩护事关人权保障，与人权制度息息相关。检察官作为人权的忠诚卫士，有责任关注法定辩护权的落实；三是因为刑事辩护制度的发达与完善，关系到我国的民主法制建设。检察官作为维护社会公平正义的护法人，也必须担负起法治国家建设的历史重任。这些都是我们积极组织检察官参与研讨的基本动因。由此观之，本课题研究的意义不仅在于论题自身的重要性与紧迫性，更在于研讨过程对于形成我国法律职业共同体的促进作用。

律师辩护制度的研究涉及方方面面，是一个含义广泛的论题，要想面面俱到，我们认为既无可能也无必要。为此，在这一整体制度研究的框架下，我们选择了侧重于对律师在审判前程序（以下简称审前程序）中作用的研究。这主要是基于下列认识：第一，审前程序的重要性。对于由国家来行使犯罪追诉权的公诉案件，在审前程序中，作为国家代表的警官和检察官要进行收集证据、查明案件事实真相、明确犯罪嫌疑人的活动，刑事诉讼中的许多实质性工作已经在其中完成。因此，审前程序在整个诉讼程序中居于十分重要的地位。同时，由于在这一过程中，不可避免地要采取拘留、搜查、扣押等限制公民人身权利和财产权利的强制性措施，这些措施如果运用不当，又极易发生侵犯公民合法权利的现象。调研证明，在我国目前的刑事诉讼中，对被追诉人合法权利的侵犯主要集中在审前程序中。因此，如何协调发现案件真实与维护程序正

当、控制犯罪与保障人权的关系，仍然是我国刑事诉讼理论与实务以及我国刑事诉讼法修订必须解决的重要课题。第二，审前程序的特殊性。由于审前程序与审判程序在目的、地位、结构等方面的差异，决定了在审前程序中的律师作用与审判程序中的律师作用迥然有别。审前程序中的律师辩护具有辩护权的有限性、辩护的准备性、辩护功能的受制性以及辩护的程序性等特点。在我国目前刑事诉讼的理论与实践，律师在审前程序中的地位与作用等问题，仍然是一个存有争议并有待深入探讨的问题。第三，律师在审前程序中具有不可替代、不可或缺的重要作用。辩护权是公正审判权的重要保证，也是正确行使刑事检控权的基础条件。尽管我国自改革开放以来，随着社会主义民主与法制建设事业的发展，律师在社会政治经济生活中的作用日益突出。但对照律师作用的国际标准，必须承认我们仍有差距。回顾律师产生发展的历史，我们可以清楚地看到，律师在近现代社会已经发展成为一种高度专业化的职业，并由一个从业群体逐渐演进为一个社会阶层，这既是一种历史的进步，也是中国法治实践的结果。律师的作用表现在通过他们的业务活动，以求得社会公正，从而更有助于促进社会的和谐和对社会关系的整合。因此，我们必须重视和研究律师在法治进程中的作用，重视和研究律师在刑事诉讼中的作用，重视和研究律师在审前程序中的作用。

对于审前程序中律师作用的认识，我们认为必须跳出两个误区：其一是认为律师在审前程序中的作用主要是为法庭辩护做准备，忽视了律师在帮助无辜的犯罪嫌疑人尽早脱离诉讼方面所起的作用；其二是偏重于律师的实体性辩护，忽视了程序性辩护在审前程序中的价值。这种认识上的误区不仅影响着我国刑事诉讼的相关立法，而且也影响着我国刑事诉讼中的律师辩护实践。

我们已经关注到学者们对于审判前程序或审前程序概念的认识仍然存在着分歧，但是作为一个约定俗成的学理概念而非法律概念，我们认为这一概括对于界定刑事诉讼的阶段，以及对该阶段中律师作用的研究是有益而无害的，并不会因此而误导人们的认识。因此，对于本书中各篇论文对这一概念的使用，

我们予以尊重和保留。本书由论文、调研报告和立法建议三部分组成，这一结构本身即表明了课题组力求将理论研讨与实务分析融为一体，以及理论研究与立法实践密切结合的研究思路。尽管立论初衷与研究方法无可非议，但因主客观条件的局限，书中偏颇疏漏之处在所难免，敬请读者不吝赐教。

《律师辩护制度研究》是由国家检察官学院承担的科研项目，该项目的研究得到了中国政法大学诉讼法学研究中心、中华全国律师协会刑事辩护委员会的协助，并得到了美国驻华大使馆新闻文化处小额赠款项目的基金资助。黑龙江、江西、甘肃、河南、北京市海淀区等地检察机关对课题的调研工作给予了大力的支持和帮助。在此，我谨代表国家检察官学院项目课题组，向合作单位、资助单位和积极参加该项目研究并给予热情支持的所有的检察官、律师、专家学者和检察机关致以诚挚的谢意！向对本书的出版给予积极支持的中国检察出版社的袁其国社长、庞建兵主任以及为本书的出版付出辛勤劳动的编辑表示衷心的感谢！国家检察官学院外事办副主任陈丽莉硕士、科研部副主任郭云忠博士以及科研部的全体成员，对于本课题的翻译、研讨会的组织以及论文资料的整理等都做了大量的工作，对此，我与徐鹤喃教授深表谢意！

目 录

前言	石少侠 (1)
----------	-----------

审前程序中的律师作用

律师在审前程序中的作用	樊崇义 (3)
关于被刑事追究者获得律师帮助的权利	
——国际标准与国内立法之比较	张志铭 (5)
刑事司法中被告人获得律师帮助权的国际标准及正当性	杨宇冠 (13)
关于审前程序中律师作用的几个认识问题	顾永忠 (43)
律师——审前程序中公权与私权衡平的要素	傅宽芝 (50)
审前程序中的程序性辩护	闵春雷 刘 铭 (54)
论审前视野中程序性辩护与程序性监督	孔 璋 (65)
简论辩护权制衡公诉权	王新环 (73)
辩护律师与国家机关的关系	何 挺 (78)
论审前程序中的律师辩护	
——以自侦案件的侦查阶段为视角	王长林 罗 猛 (85)
侦查监督中的律师作用	刘志伟 王珍祥 张 莉 (96)
论侦查程序中的律师辩护	陈雄飞 (102)

审查起诉阶段的律师作用

——以海淀区人民检察院 2003 年至 2006 年办理的自侦案件中

律师执业为视角	庄伟 (111)
公诉案件审前程序中律师作用的现状分析与思考	沙莎 (116)
论审前程序中的律师参与	钱列阳 仇晓敏 (123)
看守所全程录音录像制度与律师会见权之保障	杨会新 刘涛 (132)
轻微刑事案件中的程序重心前移和律师缺位	上官春光 (137)
刑事审前程序中律师帮助权之考察	罗海敏 (143)
侦查讯问程序中律师在场问题	刘林呐 (151)
刑事审判前程序中的法律援助	

——以受追诉农民工为考察对象

——以受追诉农民工为考察对象	张品泽	(160)
从公诉视角看刑事辩护律师在审前程序中的民事角色 ...	张雪樵 方海明	(183)
刑事审前程序中律师的作用及制度完善	隋光伟	(188)
我国刑事审前程序中律师作用浅析	孙光骏	(199)
论审前程序律师的民主监督作用	陈 坚	(208)
浅析我国审前程序中律师的几项权利	邢小兵 谢财能	(214)
浅析检察环节律师作用的现实与实现	彭志敏	(221)
律师在刑事审前程序中的作用	傅文魁 孙谧璟	(230)
检察环节律师辩护问题分析	王仕志	(235)
审前程序中律师作用的现状分析	许兰亭	(244)
律师在审前程序中的作用	杨丽莲	(256)
影响律师在审前程序中发挥作用的三大难题	王卫星	(259)
刑事审前程序中律师作用浅析	陈明香	(263)
刑事审前程序中律师辩护权的强化	张金龙 孙江波	(269)
英美审前程序中律师必不可缺之原因探究	周 欣 李亚强	(279)
加拿大辩护律师在刑事诉讼中的地位和作用	李 哲	(287)

日本犯罪嫌疑人国选辩护制度研究	刘兰秋 (296)
没有律师参与, 被不起诉人的权益有可能得不到保障	
——从一起不起诉案例看律师在审前程序中的作用	杨新京 (311)
审判前程序中的律师作用研讨会综述	郭云忠 杨会新 (317)
律师刑事辩护制度研究综述	张红梅 (325)

律师作用问题调研报告

江西省刑事自侦案件律师辩护问题调研报告

.....	张志铭 徐鹤喃 郭立新 闵 钊 (353)
-------	-----------------------

黑龙江省刑事自侦案件律师辩护问题调研报告

.....	张志铭 徐鹤喃 郭云忠 张红梅 (373)
-------	-----------------------

兰州市检察机关自侦案件中律师作用和保障问题调研报告

.....	傅宽芝 刘林呐 (389)
-------	---------------

河南省检察机关保障律师执业权利情况的调研报告

周洪波 (401)

北京市海淀区刑事公诉案件审前程序中律师作用调研报告

.....	孙 力 庄 伟 (411)
-------	---------------

关于律师辩护制度发展路径的思考

徐鹤喃 (420)

完善刑事辩护制度的立法建议

完善刑事辩护制度的立法建议及论证	国家检察官学院课题组 (431)
------------------------	------------------

审前程序中 的 律 师 作 用

律师在审前程序中的作用

樊崇义*

一、审前程序的概念

审前程序这一概念在我国只是学理界定,而不是立法界定,法律中没有规定并不妨碍学理上的研究。审前程序有三个不同的含义:一是相对于审判程序而言的审前程序;二是案件移送以后法院的接受和受理,叫审前审查程序;三是对决定开庭的案件进行审前准备,叫审前准备程序。我国学者使用的审前程序是广义上的,包括侦查、起诉程序。研究这一制度的目的和价值,是为了对审前程序的行政化手段进行诉讼化改造,这是涉及司法机制和司法体制改革的问题。我国目前虽然还不宜以审判为中心,但研究审前程序对正确确立检警关系、加强检察机关对侦查机关的监督、保证审判质量等,都具有重要意义。

二、律师在审前程序中的作用

中国政法大学诉讼法学研究中心曾经从2002年至2006年开展了刑事辩护律师从审判走向侦查的试验。该试验分四个阶段:第一阶段是2002年9月,在广东某检察院对职务犯罪的嫌疑人实行录音、录像、律师在场。第二阶段是2003年1月至4月,在北京某公安分局对223名犯罪嫌疑人第一次讯问时律师在场。第三阶段是2004年5月24日至9月28日,对7种严重犯罪的21名犯罪嫌疑人讯问进行全程录音、录像和律师在场。第四阶段是2005年5月至2006年3月,在北京某公安分局、河南某公安局、甘肃某公安局,对实行录音、录像、律师在场的300起案件和未实行录音、录像、律师在场的300起案件进行对比试验。

通过这些试验要解决的问题是:律师介入侦查的时间;依目前的状况和社会承受能力,律师介入的案件范围;律师介入审前程序的诉讼地位;律师介入的权利义务;律师介入的程序等。试验表明,实行律师在场有利于发挥律师在

* 樊崇义,中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任、教授、博士生导师。

审前程序中的巨大作用：一是推动了诉讼法制更加科学、民主，使律师介入的时间更提前一步；二是有利于遏制刑讯逼供，促进文明审讯；三是有利于提高口供的准确性，制止翻供翻案，保障起诉的质量；四是有利于克服口供主义，从重言辞、轻实物转向淡化人证、淡化口供，并开始迈向物证本位，推动了侦查模式的改变以及证据制度的改革；五是有利于贯彻落实国际公约的规定。

三、如何更好发挥律师在审前程序中的作用

第一，解决一个观念：刑事诉讼中司法公正的观念。在刑事诉讼中如何实现这一理念？近现代刑事诉讼的标准和要求，缺少律师辩护职能行不行？当前我国的刑事诉讼75%的案件，庭审时律师不到位。在刑事辩护空缺的情况下，何谈司法公正呢？另外，刑事审前程序封闭进行，一家说了算，这都不符合诉讼的基本原理和要求。因此，我们要用科学的发展观来研究诉讼的规律，来研究刑事辩护，来研究律师如何介入审前程序，从而使我国的审前程序更加科学、更加民主，以利于司法公正的实现。

第二，抓住两个机遇：一是中央关于构建社会主义和谐社会决定的发表；二是刑事诉讼法的修改正在紧张进行中。

第三，明确三项任务：一是律师介入诉讼的时间要不要提前到侦查阶段；二是要不要构建侦查阶段的三项制度，即录音、录像和讯问时律师在场；三是针对律师目前在审前程序中遇到会见难、阅卷难、听取律师意见难、调查取证难、保障律师权利难以及申请变更强制措施难，制定相应措施。如果上述三项任务能够实现，我们的民主法制建设就前进了一大步。

第四，研究五个理论问题：一是要不要审前程序的概念？如果不要这个概念，上述三个任务就失去了基础。二是要不要对审前程序进行诉讼化改造或者诉讼性质的改造，集中解决刑事辩护律师在审判前特别是在侦查阶段的地位和作用。三是律师介入刑事诉讼的时间为什么要提前？辩护为什么要走进侦查，如何介入侦查，对此要有一套理论和程序上的设计。四是什么叫刑事诉讼、什么叫近代和现代刑事诉讼？侦查模式或者侦查结构与刑事辩护的关系如何？侦查是行政手段还是诉讼手段？控辩双方要不要实现平衡？五是检察监督与刑事辩护的关系。

关于被刑事追究者获得律师帮助的权利*

——国际标准与国内立法之比较

张志铭**

一、律师帮助的意义及其实现的国际标准

司法公正是现代文明的一项基本要求。为了实现司法公正，现代刑事诉讼形成了民主而合理的诉讼格局，其主要特点是：控、审分离，控、辩制衡，审判独立无偏。很显然，这三个特点是互为关联的。审判要做到独立无偏，必然要求控诉和审判之间的职能分离，要求控诉和辩护之间的平等制衡，反之，没有控、审分离，控、辩制衡，审判的独立无偏也就无从谈起。因此，立足于现代刑事诉讼的整体构造来看，如果要通过控、辩、审三方的合理互动实现现代刑事诉讼惩罚犯罪和保障人权的基本价值，辩护一环实属至关重要。

被刑事追究者所享有的辩护权，是一项普遍人权。《世界人权宣言》第11条第1项规定：“凡受刑事追究者，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。”解读这一规定，至少可以获得三个明确的信息：（1）辩护权是一切受刑事追究者所应该享有的一项基本人权；（2）辩护权是无罪推定原则和公平审判的基本要求；（3）辩护权的实现需要各种切实有效的保证措施。

那么，什么是宣言所说的“辩护上所需的一切保证”呢？查阅国际人权文献的规定，我们可以列举出许多，如有权迅速而详尽地被告知被指控的性质和原因，有权亲自出庭受审并为自己辩护，有权获得律师的帮助，不得被强迫

* 本文系1998年参加在丹麦召开的一次人权国际研讨会的论文，载于刘海年等主编《人权与司法》，中国法制出版社1999年出版，转载于夏勇主编《公法》，第二卷，法律出版社2000年版。2003年收入本人的文集《法理思考的印迹》。新近被转载于《人权》2006年第6期。提交此次会议时对部分脚注作了更新。

** 张志铭，中国人民大学教授、博士生导师。

自证其罪，受审时间不得被无故推延，在不懂法庭语言时有权获得帮助，等等。应该指出的是，在所有这些保证措施之中，获得律师的帮助的权利最为重要。由于被刑事指控者往往处于自由受到严重限制的被羁押状态，其所面对的是强大的国家公权，同时也由于现代诉讼是一种极其复杂的程序设计，需要专门的知识和技巧，可以说，如果没有律师的帮助，被刑事追究者就不可能在与刑事追究者或指控者对等的意义上充分有效地实现自己的辩护权。获得律师的有效法律帮助是被刑事追究者行使辩护权、避免权利受侵害的最佳手段。这也就说明了在国际人权文献中被刑事追究者的辩护权总是与律师的帮助相提并论的原因。

律师的帮助对于被刑事追究者辩护权的实现至为重要，但是，律师的帮助要服务和满足于被刑事追究者有效辩护的要求，同样需要具备各种基本的条件或要求。在这方面，比较概括的规定是《公民权利和政治权利公约》第14条（3）中的b、d两项，它们同属受刑事追究者平等享有的“最低限度的”权利。其中，b项规定：受刑事追究者应该“有足够的时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络”。d项规定：受刑事追究者有权“亲自在场接受审判，自行或者通过他自己选择的律师进行辩护；在他没有获得律师法律帮助时被告知享有这一权利；在司法利益有此需要的案件中为他指定律师提供法律帮助，并且在他没有足够的能力支付律师费用时免除其费用负担”。《欧洲人权公约》第6条（3）中重申了上述权利，其中b项规定：受刑事追究者“为准备辩护，应有适当的时间和便利”；d项规定：“自行或者由自己选择的律师协助进行辩护，或者如果他无力支付法律协助的费用，则为公平的利益所要求时，可予免费。”《美洲人权公约》第8条（2）中也确认了上述权利。比较详尽的规定则可见于第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会于1990年9月7日通过的《关于律师作用的基本原则》（下称《基本原则》）。按照这一文献，为了确保被刑事追究者获得律师的有效帮助，各国在立法和法律实践中应努力达到以下一些方面的标准：

1. 完整而平等地获得。所谓“完整”，是指被刑事追究者在刑事诉讼的各个阶段（包括侦查、起诉和审判等）都有权请求由其选择的律师提供辩护帮助。所谓“平等”，是指各国政府应不加区分地——即基于种族、肤色、民族、性别、语言、宗教、政治见解、原国籍或社会出身、经济状况等原因所作的歧视——为受其管辖的一切人提供平等有效的律师帮助的程序机制。（《基本原则》第1、2项）

2. 及时实现。主要有三项要求：其一，日常宣传。各国政府和律师组织在日常生活中也要积极采取行动，使公众特别是贫穷或其他处境不利的人了解

律师对于保护自身权利的作用。其二，迅速告知。各国政府应确保主管当局迅速告知遭到逮捕或拘留，或者被指控犯罪的一切个人，他有权得到自行选定的一名律师提供协助。其三，迅速取得联系。被拘留或逮捕的所有人，无论是否受到刑事指控，均应迅速获得机会与一名律师联系，不管在任何情况下至迟不得超过逮捕或拘留后的 48 小时。（《基本原则》第 4、5、7 项）

3. 有效的法律援助。主要有两个方面：其一，任何贫穷或其他处境不利的被指控者，有权享受由政府提供资金和其他资源的免费法律服务。律师组织则负有积极合作的义务。其二，被指派提供法律援助的律师应当具备进行有效辩护的经验和能力。（《基本原则》第 3、4、6 项）因此，只是给贫穷或其他处境不利的被指控者免费提供辩护律师是不够的，从事法律援助的律师还必须堪当此任。^①

4. 选择律师的自由。被刑事追究者有权自行选择自己的辩护律师（《基本原则》第 1、5 项），这也就意味着他有权拒绝或更换辩护律师，包括为他指定的辩护律师。

5. 为律师履行职责提供充分的保障。如政府应确保律师能够履行职责而不受恐吓、妨碍或不当干涉，不会由于按照公认的专业职责、准则和道德规范所采取的任何行动而受到起诉或各种制裁等。这里要特别注意的是，《基本原则》明确规定要为律师准备辩护提供足够的时间和便利。主要有两个方面：一是足够的时间和便利进行联系。“所有被逮捕、拘留或监禁的人应有充分机会、时间和便利条件，毫无延迟地、在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行”。“各国政府应该确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内的所有联络和磋商均属保密性的”。（《囚犯待遇最低限度标准规则》第 98 条也有相同规定）二是足够的时间和便利查阅有关的证据材料。“主管当局有义务确保律师有充分的时间查阅当局所拥有或管理的有关资料、档案和文件，以便律师能向其委托人提供有效的法律协助。应该尽早在适当时机提供这种查阅。”（主要见《基本原则》第 8、16、21、22 项）

二、中国立法的进步及其与国际标准的差别

中国近二十年来一直致力于法制的健全、改革和完善工作。在刑事诉讼方

① 欧洲人权法院在 1980 年 5 月 13 日对 Atrico 案的判决中认为，如果被告人抱怨律师没有履行职责而一国的国内法院拒绝替换所指定的律师，那么就否定了被告人享有有效律师辩护的权利。