

The Argument & Proposal for the Revision  
of Criminal Procedure Law of China From Lawyers' Perspective

---

《中华人民共和国刑事诉讼法》再修改  
律师建议稿与论证

(增补版)

主 编·田文昌 陈瑞华  
副主编·李贵方 顾永忠 韩嘉毅



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

The Argument & Proposal for the Revision  
of Criminal Procedure Law of China From Lawyers' Perspective

---

《中华人民共和国刑事诉讼法》再修改  
**律师建议稿与论证**  
(增补版)

## 图书在版编目(CIP)数据

《中华人民共和国刑事诉讼法》再修改律师建议稿与  
论证:增补版 / 田文昌,陈瑞华主编. —2版. —北  
京:法律出版社,2011.12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2746 - 3

I. ①中… II. ①田…②陈… III. ①刑事诉讼法—  
研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第228921号

《中华人民共和国刑事诉讼法》再修  
改律师建议稿与论证(增补版)  
田文昌 陈瑞华 主编

编辑统筹 法律应用出版分社  
责任编辑 何海刚  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 787毫米×960毫米 1/16

印张 27

字数 509千

版本 2012年1月第2版

印次 2012年1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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2746 - 3

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 前 言

2003年12月,十届全国人大常委会正式决定将刑事诉讼法修改纳入本届人大立法规划。《中华人民共和国刑事诉讼法》作为我国的基本法律之一,其内容与我国的司法制度、公民权利等重大问题关系密切,直接体现并影响着我国法治的现状和发展进程,因此,其修改备受社会各界关注。尤其是我国相继批准参加了《公民权利和政治权利国际公约》等一系列国际条约,其中不少条约对律师有效参与刑事诉讼,为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助提出明确的要求。这表明,辩护律师有效地参与刑事诉讼不仅是履行国内法律规定的职责,也是承担国际法所确定的义务。从这一角度来看,此次修改也必然会在国际社会引起强烈反响。

在律师制度恢复的二十余年时间里,随着律师广泛地参与刑事辩护,公民的法律意识逐渐增强,被告人、犯罪嫌疑人的权利得以保护,维护了司法的公正,可以说为推进我国刑事司法的进程作出了不可磨灭的贡献。但是,随着法治建设步伐的加快,尤其是国际社会人权法治理念的进步,现行刑事诉讼法的一些内容已经不能适应时代发展的需要。其结构性缺陷以及法条粗疏等弊端逐渐显现,导致律师参与刑事诉讼的途径狭窄,辩护权利行使受限,办案风险加大,办案效果不好等一系列问题产生。一些律师知难而退,转做其他业务,使刑事案件辩护率降低,司法公正难以保证,负面的社会影响逐渐增加。正因如此,刑事诉讼法的修改才显得迫在眉睫。我们认为,此次修改刑事诉讼法的主要目标就是强化人权保障理念,转变为打击犯罪为中心的刑事诉讼目的为打击犯罪与保障人权并重。而强化律师的辩护职能,正是实现这一目标的一个十分重要的方面。

在刑事诉讼活动中,控、辩、审三方都是不可或缺的诉讼基本要素。缺少任何一方,或者各方权利配置失衡,都会导致刑事诉讼法所追求的价值目标难以实现。同样,在制定和修改刑事诉讼法的过程中,如果缺少了辩护律师的声音,很难想像修改刑事诉讼法的目的能够得以充分实现。中华全国律师协会作为全国律师行业自律性组织,对刑事诉讼法的修改高度重视,把本次修改看做是完善律师辩护制度、完善刑事诉讼制度的重大契机。为此,全国律协刑事业务委员会承担起起草刑事诉讼法修改建议稿的工作。

鉴于几所高校已着手起草刑事诉讼法全面修改的专家建议稿,也为了突出律师职业的特点,着重从辩护角度提出更深刻、更具体的修改建议,本建议稿起草的

拟制法律条文不涉及刑事诉讼法修改的全部内容,只局限在与律师辩护权和嫌疑人、被告人权益保障相关的制度涉及的范围之内。

为了能够全面、系统、充分地表达律师界对刑事诉讼法修改的意见,全国律协刑事业务委员会与特聘的北京大学陈瑞华教授组成专项课题组,将该课题列为中加合作项目(即全国律协与加拿大律师工会合作项目)的主要内容,在全国律协直接领导和多位专家学者、立法、司法等实务部门领导的大力支持下,在各省刑事业务委员会的广泛调研和专题论证以及课题组国内外考察论证的基础上,历时两年形成了该建议稿。

律师界以这种方式参与修法活动,在我国尚属首次,它开创了律师参与立法活动的一种新的形式。

自2004年9月至2006年7月,课题组动员了包括全国律师协会刑事业务委员会全体委员在内的、全国范围内的广大律师和社会各界法律人士的普遍参与,举行了十余次大小不同的研讨会,分布在各地的全国律协刑事业务委员会委员提交了十几篇专题论文,经过十二稿反复修改后最终形成了该建议稿,并以全国律师协会的名义向全国人大法工委提交。这部建议稿是全国律协刑事业务委员会及所有参与此项活动的刑辩律师辛劳与智慧的结晶。

在建议稿形成期间,所有参与的律师所表现出的无私和热情让人感动,司法部、律协等各方领导与专家的指导扶持更使人难以忘怀。毋庸讳言,在一些具体问题上辩护律师之间的意见也并不完全统一,但是在最终形成文稿时,我们对各种意见进行了综合分析,并注意从思想上统一平衡三个关系,即维护律师权益与着眼于大局之间的关系;科学性、可行性与前瞻性之间的关系;立足现实国情与借鉴国外法治经验之间的关系。当然,即便如此我们的意见也难免会有偏颇、遗漏,敬请业内同行指正。

在此,感谢所有参与此项工作的律师、学者、官员,感谢课题组聘请的顾问陈瑞华教授以及他所指导的学生,尤其应该感谢加拿大律师工会、加拿大国际开发署,他们为我们的工作提供了经费支持和人员支持。

中华全国律师协会刑事业务委员会主任 田文昌

2006年7月8日

# Preface

In December 2003, the Standing Committee of the Tenth National People's Congress of China officially decided to revise the Criminal Procedure Law of PRC as one of its legislative tasks. As one of the basic laws of PRC, the Criminal Procedure Law is closely related to grave matters such as the judicial system and the rights of the citizens of PRC and its contents directly reflect and affect the outlook and process of the rule of law of China. As a result, the revision of the law has drawn great attentions from all walks of life of China, particularly, after China has ratified a number of international conventions such as the International Covenant on Civil and Political Right. Some of conventions clearly require that defense lawyers shall effectively participate in the criminal proceedings and provide legal aids to the suspects and the accused. It is obvious that the effective participation of defense lawyers in the criminal proceedings is not only to perform the duty required by the domestic laws but also to undertake the obligations prescribed by international laws. In this sense, the revision of the law will bring about significant repercussions worldwide.

In the 20-strong years since the defence system came back in China, with more and more lawyers becoming involved in the criminal advocacy, the legal awareness of the people is ever improving and the rights of the accused and the suspects are duly protected while the justice has been done, which can be said to have contributed greatly to the progress of the criminal justice in China. However, with the acceleration of the building of the rule of law, in particular, the progress of the ideology of human right in the international communities, some of the contents of the law are not able to meet the challenge of the time. Its defects in structure and vague meanings in the provisions are gradually becoming prominent. Consequently, the path for the lawyer to participate in the criminal cases is narrowed, the exercise of the right of defence is limited, the risk for handling criminal cases is increased and the representation in criminal proceeding becomes ineffective. Some lawyers feel intimidated by such difficulties and they have turned to practising in other fields of law. There are fewer defence lawyers representing in criminal cases. Ac-

cordingly, the fairness of justice is hard to be guaranteed and the impact on the society is negative. In view of all the above, it is imperative for the Criminal Procedure Law to be revised. We believe that the primary aim for the revision is to consolidate the thought of human rights protection, shifting the sole aim of the law for combating the crimes to the equal protection of human rights. It is one of the extremely important aspects to strengthen the defending function of lawyers so as to achieve the dual purposes of the law.

In a criminal proceeding, none of the three basic elements, e. g. the prosecutor, the defence and the judge, could be missing. If any of them was absent or if the powers between the three were unbalanced, the targeted value the criminal procedure law pursues would be hard to achieve. Similarly, if the voice of defence lawyers could not be heard in the process of making or revising this law, it would be hard to imagine that the purposes of such revisions would ever be achieved. As a self-regulatory organisation, All China Lawyer's Association (ACLA) regard highly of the revision of criminal procedure law. The ACLA takes the revision of the law as a great opportunity to improve advocacy system and to perfect criminal lawsuit system. As a result, the Criminal Committee of ACLA undertakes the task of drafting the proposals for revising the Criminal Procedure Law.

In view that several universities have started to draft the proposals in a more comprehensive way, this Draft covers the provisions only in relation to the rights of advocacy of defence lawyers, the protections of the legal rights and interests of suspects and the accuses. The purpose of such drafting is to emphasize on the characteristics of the defence lawyer so as to provide more pertinent and specific proposals.

For the purposes of fully, systematically sufficiently expressing defence lawyers' opinions on the revision of the law, the Criminal Law Committee of ACLA set up a special Group, with Professor Ruihua Chen of Beijing University specially engaged, to work on this Project. Proposing on the revision of the Law is also a primary task of the joint programme between ACLA and Canadian Bar Association. The Proposal Draft was completed after two years' work on the basis resulting from extensive researches by the Criminal Law Committee members on provincial levels and from the outcomes of special seminars and surveys conducted home and abroad. The completion of the Draft also attributed to the direct leadership of ACLA and the supports of quite a number of scholars, officials of the legislative and judicial departments.

It is the first time ever for lawyers, in such a way, to participate in the revision of a law in China and it has created a new way for lawyers to participate in legislative activities.

Between September 2004 and July 2006, the special Group mobilised all the members of the Criminal Law Committee, numerous practising lawyers and other legal professionals nationwide to participate in dozens of seminars for the discussion of the proposal. Members of the Criminal Law Committee, who are located in different parts of China, submitted dozens of relevant academic papers. The Draft was finally completed with 12 revised versions and the Draft has been submitted to the Legal Working Committee of the National People's Congress in the name of ACLA. The Proposal Draft is a piece of work accomplished by the Criminal Law Committee of ACLA and all the defence lawyers who have arduously participated in this creative activity.

During the time when the Draft was coming into shape, the unselfishness and enthusiasm manifested by the participating lawyers are so moving and the guidance and supports from the officials of Ministry of Justice and ACLA are so unforgettable. Undoubtedly, different opinions among the defence lawyers have arisen on certain issues and sometimes it was hard to come to an agreement on some of the issues. However, before finalising the draft, we made comprehensive analysis on the different opinions and we tried to strike a balance between the three relationship ideologically, e. g. the relationship between maintaining defence rights and tending the rights of other parties, relationship between the technicality, practicability and foreseeability and the relationship between basing the proposals on the special situation of China and borrowing the legal experiences from other countries. In spite of all the efforts and carefulness, it is inevitable that there are still some omissions or errors and we sincerely welcome your corrections.

Here, I want to thank all the lawyers, scholars and officials participating in this task. We owe greatly to our advisor, Professor Ruihua Chen and his tutored students. Special gratitude is given to Canadian Bar Association and Canadian International Development Agency who have provided their financial and staffing support to the task.

Wenchang Tian  
Director of Criminal Law Committee  
All China Lawyer's Association  
July 8, 2006



# 目 录

第一编 关于刑事诉讼法修改建议稿的总体思路与说明	( 1 )
第二编 刑事诉讼法再修改律师建议稿条文	
——关于加强辩护职能的立法意见	( 47 )
第一部分 辩护制度的改革方案	( 47 )
第一章 辩护权的一般规定	( 47 )
第二章 律师会见	( 49 )
第三章 调查取证	( 51 )
第四章 阅卷	( 53 )
第五章 各个诉讼阶段的辩护	( 54 )
第一节 刑事强制措施中的辩护	( 54 )
第二节 非法证据排除规则适用中的辩护	( 56 )
第三节 侦查中的辩护	( 57 )
第四节 审查起诉阶段中的辩护	( 59 )
第五节 庭前准备程序中的辩护	( 60 )
第六节 一审程序中的辩护	( 62 )
第七节 二审程序中的辩护	( 65 )
第八节 简易程序中的辩护	( 65 )
第九节 死刑复核中的辩护	( 67 )
第十节 再审程序中的辩护	( 67 )
第十一节 刑事裁决执行中的律师参与	( 67 )
第二部分 相关的配套制度改革	( 68 )
第一章 刑事强制措施的改革	( 68 )
第一节 强制措施的种类及原则	( 68 )
第二节 取保候审、逮捕	( 69 )
第三节 羁押候审及程序	( 71 )
第二章 非法证据排除规则	( 73 )
第三章 侦查程序的改革	( 74 )
第四章 第一审程序的改革	( 78 )
第五章 第二审程序的改革	( 81 )

第六章	死刑复核制度的完善	(82)
第七章	再审程序的改革	(83)
第八章	刑事裁决执行程序的改革	(84)
第九章	刑事诉讼代理相关问题	(86)
<b>第三编</b>	<b>刑事诉讼法再修改律师建议稿与论证</b>	<b>(153)</b>
第一部分	辩护制度的改革方案	(153)
第一章	辩护权的一般规定	(153)
第二章	律师会见	(164)
第三章	调查取证	(179)
第四章	阅卷	(189)
第五章	各个诉讼阶段的辩护	(198)
第一节	刑事强制措施中的辩护	(198)
第二节	非法证据排除规则适用中的辩护	(201)
第三节	侦查中的辩护	(209)
第四节	审查起诉阶段中的辩护	(219)
第五节	庭前准备程序中的辩护	(224)
第六节	一审程序中的辩护	(233)
第七节	二审程序中的辩护	(243)
第八节	简易程序中的辩护	(244)
第九节	死刑复核中的辩护	(258)
第十节	再审程序中的辩护	(260)
第十一节	刑事裁决执行中的律师参与	(260)
第二部分	相关的配套制度改革	(264)
第一章	刑事强制措施的改革	(264)
第一节	强制措施的种类及原则	(264)
第二节	取保候审、逮捕	(269)
第三节	羁押候审及程序	(274)
第二章	非法证据排除规则	(281)
第三章	侦查程序的改革	(287)
第四章	第一审程序的改革	(305)
第五章	第二审程序的改革	(319)
第六章	死刑复核制度的完善	(323)
第七章	再审程序的改革	(327)
第八章	刑事裁决执行程序的改革	(330)
第九章	刑事诉讼代理相关问题	(335)

第四编 关于形成刑事诉讼法修改建议稿的重大事件回顾 .....	(340)
第五编 再版增补篇 .....	(348)
第一部分 《人民法院适用普通程序审理刑事案件庭审规则》 (中华全国律师协会建议稿) .....	(348)
第二部分 《律师会见规范》建议稿与论证(中华全国律师协会建议稿) .....	(354)
第三部分 中华全国律师协会《中华人民共和国刑事诉讼法》 修正案(草案)之建议稿 .....	(386)
前 言 理念的进步与保障的缺失 ——刑诉法修正案的喜与忧 .....	(386)
中华全国律师协会之修改意见及论证 .....	(390)

# 第一编 关于刑事诉讼法修改建议稿的 总体思路与说明

胡锦涛总书记指出,“加强律师队伍建设是维护司法公正、促进依法治国的重要举措,是坚持执法为民、防止司法腐败的必要保证。”律师作为民主与法治的产物,是建设社会主义市场经济和法治国家的重要力量。律师依法参与刑事诉讼,通过提供高效、优质的法律服务,维护案件当事人的合法权利,促进司法公正。因此,参与刑事诉讼是律师参与国家法治建设的重要途径之一。同时,刑事诉讼法的有效实施,也有赖于广大律师的积极参与。在刑事诉讼中,控、辩、审三方都是不可或缺的诉讼基本要素。缺少任何一方,或者各方权利(力)配置失衡,都会导致刑事诉讼立法所追求的价值目标难以实现。在刑事诉讼中,作为被追诉对象的犯罪嫌疑人、被告人一方,较之拥有强大公权力的控、审两方,通常处于较为弱势的地位,如果得不到包括律师在内的辩护人的有效帮助,他们在诉讼中的合法权利就很难得到维护,司法公正也就无从谈起。改革开放以来,我国相继批准参加了《公民权利和政治权利国际公约》等一系列国际条约,其中有不少条约对律师有效参与刑事诉讼,为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助提出了明确要求。这表明律师有效参与刑事诉讼不仅是履行国内法规定的职责,也是在承担国际法确定的义务,对树立我国良好的国际形象具有非常重要的意义。

律师制度恢复 20 余年来,我国刑事诉讼立法不断进步,为律师参与刑事诉讼提供了制度保证和广阔的舞台。广大律师把刑事辩护作为重要的业务领域,办理了大量的刑事案件,为保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,维护司法公正,推进我国刑事法治建设作出了不可磨灭的贡献。但是,随着我国法治现代化步伐的加快,公民权利意识的不断增强,现行刑事诉讼法的一些内容已不能适应时代发展的需要。其结构性缺陷以及法条粗疏等弊端,导致律师参与刑事诉讼的途径狭窄,辩护权利行使受限,办案风险增大,办案效果不理想。一些律师视刑事业务为畏途,纷纷转向其他业务领域,使刑事辩护率相对较低的问题没有得到根本解决,刑事辩护的现状亟待改善。

2003 年 12 月,十届全国人大常委会正式决定将刑事诉讼法修改纳入本届人大立法规划。《中华人民共和国刑事诉讼法》作为我国的基本法律之一,其内容与我国司法制度、公民权利等重大问题关系密切,直接体现并影响着我国法治的面貌

和发展进程,因此,其修改广受社会各界的关注。目前,全国人大法工委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及各法学院校、科研院所的法学专家、学者,都在针对刑事诉讼法的修改进行认真调研,草拟法律意见稿,召开论证会等,为刑事诉讼法修改做着扎实细致的准备工作。中华全国律师协会作为全国律师业自律性组织,对刑事诉讼法的修改高度重视,把本次修法看做是完善律师辩护制度及其他诉讼制度的重大契机,责成全国律协刑事委员会与相关机构成立课题组,专门对律师参与刑事诉讼这一课题进行攻关,力求为刑事诉讼法的修改作出律师界应有的贡献。经过近两年的充分调研、多次论证,在广泛征求各方意见的基础上,形成了本立法建议稿。

### 一、起草本立法建议稿的指导思想和原则

针对律师参与刑事诉讼所遇到的问题,我们起草立法建议稿的指导思想是:以社会主义法治理念为指导,以宪法为依据,立足中国法治现状,从律师工作实际出发,推动完善中国刑事诉讼制度,为律师参与刑事诉讼创造良好的制度环境,维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益,促进司法公正,为建设社会主义法治国家作出贡献。为贯彻这一指导思想,在起草报告时我们注意处理好如下几个关系:一是维护律师权益和服务大局之间的关系。全国律协从律师的角度,思考和设计刑事诉讼法的修改方案,要重视和强调律师的权益保护,打破现有对律师参与刑事诉讼权利保护不足的制度格局。但是,我们又必须捐弃本位主义,从国家法治建设的大局出发,合理配置诉讼参与各方的权利(力)和义务,不能顾此失彼。二是可行性和科学性、前瞻性之间的关系。修改报告首先要把重点放在目前最突出、最亟待解决的问题上,讲求可行性、实效性。但又要正确把握当代刑事诉讼发展的基本规律和发展趋势,放眼未来。既要注意具体权利的合理设计,又要注意从结构、制度层面解决一些制约律师作用发挥的根本性问题,双管齐下,标本兼顾。三是立足现实国情和借鉴国外法治文明之间的关系。一方面,中国刑事诉讼法的修改应当从中国的现实国情出发,从中国律师队伍的数量、素质、分布、执业环境等具体情况出发,来设定相应的权利和义务,而不能离开国情,盲目追高求全。另一方面,又要看到国外一些反映刑事诉讼基本规律的制度所具有的制度优势,对于国外的司法制度,我们采取拿来主义的态度,取其精华,弃其糟粕,为我所用。

在处理好上述关系的基础上,立法建议稿在内容上始终贯彻以下五个原则:

1. 宪法原则。修改刑事诉讼法,加强对犯罪嫌疑人、被告人权益保障,强化律师辩护权,必须以我国宪法为依据,在我国宪法所确立的制度框架内修改法律。

2. 循序渐进原则。我国目前尚处在社会主义初级阶段,建设社会主义法治国家必然要经过一个漫长而曲折的过程。我们完善刑事诉讼制度,修改刑事诉讼法要循序渐进,不能急于求成。条件已经成熟,能够实现的加以规定,目前不能实现

的,等条件成熟了再写进法律中。

3. 公正原则。诉讼公正是刑事诉讼法应追求的最高价值目标,也体现社会主义法治理念,因而应当成为修改后的刑事诉讼法的最高原则。

4. 平衡性原则。即注意控、辩、审三方诉讼权利(力)配置的均衡性,防止任何一方权利(力)过大或过小,导致诉讼基本结构扭曲,影响诉讼法效能的正常发挥。

5. 救济原则,也称为保障原则。即任何一项诉讼权利的设置都必须有相应的救济条款配套,以保障该项权利受到侵犯时有机会和途径得到恢复,并使侵犯权利者受到相应的制裁。

## 二、当前律师参与刑事诉讼遇到的突出问题

一是律师在侦查阶段地位不明确。刑事诉讼法第33条规定,公诉案件自移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人有权委托辩护人。根据该条规定,公诉案件进入审查起诉阶段之后,犯罪嫌疑人聘请的律师才具有辩护人身份,才能享有辩护人应有的权利,履行辩护人职责。在移送审查起诉前的整个侦查阶段,根据刑事诉讼法第96条的规定,律师只能为犯罪嫌疑人提供法律咨询,代理申诉、控告,为其申请取保候审,会见在押的犯罪嫌疑人,向犯罪嫌疑人了解有关案件情况,不能行使辩护人的其他职责,比如,不能调查取证、不能提出辩护意见等。律师在侦查阶段法律地位不明确,给个别侦查机关和人员限制律师正常行使诉讼权利提供了制度空间,影响了律师职能的正常发挥。

二是律师会见难。根据刑事诉讼法及相关规定,受委托的律师可以会见在押的犯罪嫌疑人,除涉及国家秘密案件外,律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。但是由于法条规定过于笼统,缺乏可操作性,导致在执行过程中,律师在侦查阶段、审查起诉阶段行使会见权遇到很多障碍。个别执法机关、执法人员从部门利益出发,违背立法本意,对“国家秘密”作扩大解释,以涉及国家秘密、案件情况特殊等理由不给予安排会见,或者寻找借口拖延安排会见,限制律师会见的次数和时间,在陪同律师会见时,一些执法人员随意干扰律师正常工作。

三是律师阅卷难。根据刑事诉讼法的规定,阅卷是我国辩护律师获取证据信息的主要来源和手段。但是,根据刑事诉讼法第36条的规定,在审查起诉阶段,律师只能查阅诉讼文书和技术性鉴定材料。在审判阶段,虽然规定可以查阅案件所指控的犯罪事实材料,但是刑事诉讼法第150条又将“犯罪事实材料”限定在证据目录、证人名单和主要证据的复印件或者照片的范围内,而且对主要证据的范围没有作出明确规定,实践中由司法机关根据自身的部门利益作出解释,导致律师的阅卷权受到了较多的限制。

四是调查取证难。调查取证权是律师行使辩护权的重要手段之一,但是根据现行刑事诉讼法和司法解释的规定,辩护律师从案件移送审查起诉之日起才有权

进行调查取证,侦查阶段无权进行;在调查取证权行使的方式上,手续相当烦琐,辩护律师向证人或有关单位和个人的调查取证,要取得证人、有关单位和个人的同意,如果向控方证人调查取证,除了要取得被调查者的同意外,还要经过法院或者检察院的同意。而且辩护律师调查取证过程中遇到阻碍后,法律没有规定相应的救济措施。这样的现状已经严重阻碍了辩护律师调查取证权的行使,也在一定程度上挫伤了辩护律师调查取证的积极性。

五是辩论权行使不充分。现行刑事诉讼法确立的抗辩式庭审方式旨在突出法庭辩论的重要性,鼓励控辩双方充分辩论,以查明案件事实,正确适用法律。但是,在审判实践中,一些法官片面强调庭审效率,不重视对律师辩论权的保障,在开庭过程中,不认真听取控辩双方的辩论意见,随意打断辩护律师发表辩护意见,导致庭审辩论经常以控辩双方各自发表公诉词和辩护词而告终,很少进行多轮辩论。

六是律师辩护风险增大。1996年刑事诉讼法修改实施后,律师的诉讼地位有所提高,但由于我国没有建立律师执业豁免制度,加之我国刑事诉讼法第38条、刑法第306条等规定抽象笼统,在实践中被个别执法机关和人员任意曲解,使律师执业风险随之增大。近些年来,律师因办理刑事案件而被公安、检察机关指控追究的事件屡有发生。河南省金誉律师事务所郑永军、熊庭富,福建省湛庐律师事务所宋金标,湖南省云梦律师事务所刘正清等多位律师,都曾因参与刑事诉讼而被追诉。然而,值得注意的是,辩护律师被追究的错案率高达70%左右,20%左右的人最终被判决有罪,而他们当中有超过20%的人正在申诉。考虑到另外一些因证据不足而远远超过了侦查、起诉期限的案件,错案比例高达80%,这一现实令人触目惊心。这反映了司法实践中一些司法人员对律师参与刑事诉讼的职业歧视和职业报复心理,这种不正常的心态和做法,在一定程度上挫伤了广大辩护律师承办刑事案件的积极性与信心,使我国司法活动中刑事辩护率一度出现下降趋势。以北京律师为例,2000年人均办理刑事案件从1990年的2.64件下降到2000年的0.78件,律师为犯罪嫌疑人、被告人辩护的比率不足10%。

以上只是律师参与刑事诉讼遇到的一些突出问题,实际上,影响律师辩护权有效行使的问题还有许多。这些问题产生的原因很复杂,既有法律原因,也有政治、经济和文化原因;既有观念层面的原因,更有制度层面的原因;既有刑事诉讼制度自身不完善的原因,也有其他配套制度不健全的原因;既有律师执业外部因素影响的原因,也有律师制度以及律师队伍本身存在不足的原因等。这些原因都是我们在修改刑事诉讼法、完善律师辩护制度时必须考虑的因素。

### 三、本立法建议稿的主要内容

律师辩护权的有效行使,仅靠对辩护制度自身的完善是不够的,还必须有其他相关配套制度来共同营造适宜律师辩护职能发挥的制度环境。基于这样的考虑,

本立法建议稿在内容设计上包含两个层面:第一层面是直接针对辩护制度的完善提出改革方案;第二层面是与加强嫌疑人、被告人权益保障相关的配套制度的改革方案。

本立法建议稿主要包括以下内容:

#### (一) 辩护权的一般规定

本部分对刑事辩护权中的一些突出问题作出了简要规定,主要是针对现行的刑事诉讼法律、法规以及司法实践中存在的问题而设置,并不是关于辩护权问题的比较完整、系统的一般规定。本部分所要解决的是现行立法和司法实践中有关辩护权的几个比较突出的问题。

第一,委托辩护适用范围过窄。根据现行法律规定,只有在案件被移送审查起诉之日起,嫌疑人才可以委托辩护人,而在此之前,律师介入刑事诉讼不具有辩护人的身份,享有的权利也极为有限,这就导致在侦查阶段,嫌疑人无法获得辩护人的帮助。

第二,现行法律对辩护权内容的规定存在缺陷和不足。现行刑事诉讼法第35条将辩护权的内容定位为辩护人的“责任”,而辩护人为嫌疑人、被告人进行辩护活动并非责任;同时,“责任”二字容易让人认为,辩护人需要承担一定的举证责任,这同刑事诉讼的原理是相悖的。对于辩护权内容的表述,现行法仅仅限于辩护人根据实体法和证据法实施的辩护活动,但是在现实中,辩护律师根据程序法进行辩护的实践越来越多,而法律对这种辩护活动没有作出应有的规定。

第三,嫌疑人、被告人如何有效委托辩护人?如何在制度上保证嫌疑人、被告人的法定代理人、近亲属或者嫌疑人、被告人指定的人,能够为嫌疑人、被告人有效委托辩护人?这是实践中委托辩护人面临的重大问题。

第四,每名嫌疑人、被告人委托辩护人的人数以及出庭辩护人的人数,是实践中亟待解决的又一问题。根据现行法律规定,每名嫌疑人、被告人最多能够委托两人作为辩护人,这就将委托辩护人和出庭辩护人的人数都限制为两人,而在很多案件中,两名辩护人根本无法保障辩护工作的有效开展,更不用说处理复杂的庭前准备工作。

第五,在嫌疑人、被告人没有委托辩护人或者没有获得指定辩护人之前,如何保障嫌疑人、被告人获得律师的帮助,这个问题对于保障嫌疑人、被告人的合法权益非常重要。实践中,大量程序性违法行为都是发生在这个阶段,如超期羁押、刑讯逼供等,这就导致嫌疑人、被告人的权利无法得到保障,公共权力的行使没有任何限制。从法律条文本身的协调和完整性来说,也需要对这个阶段中律师介入诉讼作出规定,如在本建议稿“侦查”一章中,规定了讯问嫌疑人、被告人时的律师在场制度,那么在没有辩护人的情况下,如何保障律师在场制度发挥作用呢?这同样要求对值班律师制度作出规定,而现行法律并未规定。



针对上述问题,本建议稿作出了一些具有针对性和突破性的规定。

第一,规定嫌疑人、被告人和被判刑人在刑事诉讼的各个阶段都有权委托辩护人,从而扩大了委托辩护的适用范围,解决了案件移送审查起诉之前律师参与刑事诉讼的地位问题。

第二,删除了对辩护人“责任”的规定,对辩护人的职责作出列举式规定;将程序性辩护规定为辩护人活动的一种,为实践中的程序性辩护活动提供法律依据。

第三,对嫌疑人、被告人委托辩护人的方式和保障制度作出了详细的规定。对于在押嫌疑人、被告人要求自行委托辩护人的,办案人员应当将该要求立即通知其指定的辩护人,或者通知其法定代理人、近亲属以及嫌疑人、被告人指定的人代为委托。对于代为委托的辩护人,在签订委托书后,辩护人有权凭委托书会见嫌疑人、被告人,以确认委托关系的成立,有关机关应当予以保障。

第四,取消了每名嫌疑人、被告人委托辩护人的人数限制,仅对每名被告人同时出庭的辩护人人数限定为两人,同时规定嫌疑人、被告人、法定代理人、近亲属以及嫌疑人、被告人指定的人有权在委托辩护人中指定出庭辩护人。

第五,规定了值班律师制度。被采取强制措施而又没有辩护人帮助的嫌疑人、被告人,有权申请获得值班律师的帮助,侦查人员、检察人员对嫌疑人、被告人进行讯问时,值班律师有权在场。值班律师制度的规定,可以保障嫌疑人、被告人及时获得律师的法律帮助,维护嫌疑人、被告人的合法权益,并抑制办案机关违法行为的发生。

## (二) 律师会见

辩护律师的会见权直接来源于嫌疑人、被告人所拥有的获得辩护的宪法性权利,是辩护律师开展辩护工作的基础,是嫌疑人、被告人以及辩护律师在刑事诉讼中所享有的一项重要的诉讼权利。我国现行刑事诉讼法对于辩护律师会见作出了规定,但是不够具体,有些条款规定得过于笼统,缺乏可操作性,因而嫌疑人、被告人的辩护权以及辩护律师工作的有效开展仍然难以得到有效的保障。在司法实践中,辩护律师会见难成为制约我国刑事辩护制度发展的顽疾之一,在一定程度上使辩护律师在刑事诉讼过程中尤其是侦查阶段、审查起诉阶段的法律服务形同虚设,导致辩护律师难以有效地开展工作。

本建议稿的内容主要针对司法实践中存在的问题,在借鉴有关国际司法准则和国外立法例的同时,也充分考虑了现实的国情以及司法实践中的可操作性,同时注意吸收近几年国内相关部门和地方所制定的规范性文件中所包含的最新司法实践改革成果。本建议稿的新意和突破主要体现在以下七个方面:

第一,会见无须经过批准。根据本建议稿的规定,辩护律师会见无须得到任何办案机关的批准或者安排。辩护律师会见只需向羁押机关出具三份材料就可以进行,即律师执业证、委托书和律师事务所的专用介绍信。除此之外,不需要向办案