

■ 中美“律师辩护职能与司法公正”研讨会论文集 ■

“3R”

视角下的 律师法制建设

陈卫东 / 主编



ole

ight

esponsibility

中国检察出版社

“3R”视角下的律师法制建设

——中美“律师辩护职能与
司法公正”研讨会论文集

陈卫东 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

“3R”视角下的律师法制建设：中美“律师辩护职能与司法公正”
研讨会论文集/陈卫东主编. —北京：中国检察出版社，2004.3
ISBN 7-80185-201-X

I .3… II . 陈… III . 律师制度-研究-文集 IV .D916.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 013924 号

“3R”视角下的律师法制建设

——中美“律师辩护职能与司法公正”研讨会论文集

陈卫东 主编

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) 68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(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：A5

印 张：19.625 印张

字 数：544 千字

版 次：2004 年 4 月第一版 2004 年 4 月第一次印刷

书 号：ISBN 7-80185-201-X/D·1188

定 价：45.00 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

“3R”视角下的律师法制建设 （代前言）

自1996年刑事诉讼法修改以来，“刑辩难”的问题已经成为困扰我国司法实践的三大痼疾之一，司法实践部门特别是大多数执业律师对我国刑事诉讼中的律师法制建设与律师权益保障的前景都深表担忧。近年来刑事辩护的比率大大下滑，甚至可以说是已经跌到了我国自恢复法制建设以来的历史最低点。刑事辩护制度的这种尴尬处境令我们不得不多次深思律师法制建设这一问题。因为既有的诉讼理论与现有的世界各国刑事法制成果都表明了以下这一结论：刑事辩护制度是衡量一国刑事法制进程与法治文明的重要指针。正是从这个意义上来讲，日本学者所提出的“整个刑事诉讼的历史就是辩护权不断扩大的历史”这一论断是贴切的。在我看来，律师法制与辩护制度在一国刑事法制中应有的重要地位与我国目前实践中“刑辩难”的现状恰恰形成了鲜明的反差，而这一反差的存在有其深厚的文化原因。长久以来，我国的诉讼体制奉行的是职权主义甚至是超职权主义的诉讼架构，支配这一诉讼架构的深层诉讼文化与诉讼理念归结到一点就是权力压制权利。刑事辩护律师的天职就是维护被追诉者的诉讼权利，其职责的本质就是代表当事人同公权力进行抗衡，从而确保被追诉者个人权利的充分实现与免受非法干涉。在权利“反对”权力的过程中，如果未能设置公平、正当、周全的制度保护，权力恣意干涉权利的情形极易发生。特别是在我国的文化传统下，律师及其所代表的被追诉者的权利更容易受到忽视。关注刑事诉讼中弱小的权利一方是促使我们在律师法制完善的道路上不断探索的理论动因，这种探索同时也是平衡刑事诉讼

结构从而实现诉讼架构科学化的必由之路。

近三年来，由我主持的中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心承担了多项有关律师法制建设、刑事辩护制度的研究课题，专门就解决“刑辩难”这一问题与推动刑事辩护制度的完善组织了三次国际学术研讨会，在全国五个省份进行了两次集中调研。呈现在读者面前的这本论文集就是我中心与纽约大学法学院、美国律师协会亚洲法律行动委员会、中华全国律师协会共同主办的中美“律师辩护职能与司法公正”研讨会的最终成果。

通过几年来对完善律师法制的探索，我深深感到推动这一法制进程的主旨应当归结为三个方面，即律师职能定位（Role）、律师权利（Right）和律师执业道德与责任（Responsibility），我将其概括为律师法制建设中的“3R”。这一结论的得出是我近三年来开展有关刑事辩护制度研究的自我总结与归纳。

在律师法制建设的“3R”中，律师角色定位（Role）问题是一个最具有前提意义的根本问题。律师权利的设置，律师职业道德建设与相关执业纪律的规范均应当以辩护律师的准确定位为前提。在这本论文集中，中外学者关于律师定位问题进行了进一步的探讨，其中既有美国同行对于美国律师角色定位与作用的一般性介绍，也有我国律师、检察官、法官、学者从各自的视角对律师角色进行的多维思考，既有横向上的侧重于不同程序中律师角色与作用的研讨，也有纵向上关于律师角色演变的历史梳理与未来展望。

“3R”中的第二个“R”，即辩护律师权利（Right）部分是本论文集的重点所在，共收集了23篇中外学者的论文。辩护律师的权利问题是律师角色定位的具体化，也是律师法制建设走向实质化、具体化的关键一步。目前我国刑事诉讼法与律师法中的对于律师权利的规定比较零散且欠缺具体性与完整性，理论界对于该问题的研究也疏于系统性。基于这种现状，我们在此本论文集中安排了一系列关于律师权利问题的研讨。其中从比较法的角度来看，美国两位学者的论述无疑将有助于我们从整体上了解并借鉴作为律师权利保障典型的美国司法制度保护律师权利的先进做法与成功经验。

其中特别值得一提的是 Yu. Ping 教授专门从美国法的角度解读了中国律师被非法追究刑事责任这一“独特”现象，并为解决这一问题提供了大量具体可行的应对措施，这一工作已经超越了比较法上简单介绍外国法律规定的传统做法，无疑将更加有利于我们更好地参考并借鉴世界各国律师权利保障的先进经验来推动我国的律师法制建设。在本部分中，国内学者的论述中有三个亮点值得指出：一是对律师权利问题进行了实证研究的初步尝试，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心撰写的有关律师权利保障的调研报告与北京市海淀区人民检察院开展的实证研究就是典型代表。通过开展实证研究与调研工作，收集第一手资料，真实地反映司法实践中存在的各种问题，是刑事诉讼法学研究走向科学化以及完善刑事辩护制度的重要途径；二是理论界对于律师权利的研究进一步深化，体现在多位学者就辩护权的基本理论问题包括辩护权的来源、性质、存在根据、权能构成等若干基本范畴进行的深入的研究，这必然将为完善律师法制建设提供坚实的理论指引，从而摆脱单纯的探讨律师辩护难的种种表现却无法进一步深入解决这一问题的困境；三是对于律师权利的研究进一步系统化，在本论文集，从刑事诉讼中的侦查程序到执行程序都有学者进行相关的论述。

律师法制建设的第三个“R”，即律师职业道德与责任（Responsibility）一直以来都是我国律师制度建设中的“软肋”。毋庸讳言，我国司法实践中对于律师的职业道德约束与执业纪律规制并非十分有效，实践当中也存在着种种律师违规违法现象。在完善律师法制建设的进程中，在完善律师权利保障的过程中，这一问题应当引起我们的高度重视并加以认真对待。在本论文集的第三部分，我们收集了五篇这方面的论文，同时为了进一步全面地借鉴国外有关律师执业准则的先进经验，我们将本中心与英国文化协会合作项目的部分成果——《英格兰和威尔士出庭律师行为法典与出庭律师理事会指导准则》（节译）与《欧洲共同体律师行为准则法典》——译出并附后，作为参考资料介绍给各位读者，希望能够对进一步完善律师职业道德建设和执业纪律规范有所裨益。

围绕律师法制建设中的“3R”，即定位（Role）、权利（Right）与责任（Responsibility）这一主旨，通过实证调查、国际交流与集中讨论这三种方式，我们与司法实践部门、学界的中外同行一道为完善律师法制建设进行了初步性的但十分有益的尝试，期冀着这本论文集对推进我国的律师法制建设进入新阶段能有所裨益。稍许让我们感到遗憾的是，由于出版的原因，我们未能将所有的参会论文全部收入本文集，对于部分文章，我们也根据相应的主题与内容进行了部分删节，对此我们深表歉意。最后，我们要感谢美国律师协会亚洲法律行动委员会对本项目提供的资金支持，感谢美国律师协会的 Gurdon Gavis 先生、Allison Moore 女士、薛青女士、税璐璐女士为本项目的开展给予的大力支持，感谢美国使馆法律顾问柏恩敬先生对本项目的积极促成与鼎力襄助，感谢来自国内外的专家、学者与立法机关、司法机关的各位领导对本次研讨活动的积极参与，感谢中国检察出版社总编赵汝琨先生以及其他编辑人员对本论文集的出版所作出的努力。

中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任

陈卫东

2003 年 12 月 24 日

序 言

纽约大学很荣幸能和中华全国律师协会、中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心、以及美国律师协会合作举办这次会议。在此，我以纽约大学法学院的教授和美国律师协会亚洲法咨询委员会主席的双重身份，向这次会议圆满成功并能将大会的成果结集出版表示祝贺。

中美两国自 1979 年关系正常化以来，签署了很多双边协议。尤其是在经济合作和文化交流领域，双方的关系日趋紧密。这些都很好地推动了我们两个伟大的国家间的友好关系。但是，我个人觉得中美两国关系中最重要的发展之一莫过于最近几年在法律方面的合作。为此，中国的江泽民主席和美国克林顿总统于 1997 年签署了两国关于法治合作的备忘录，并以此推动双方在法治和人权方面的全面合作。本次会议就是这种合作的一个结晶。

虽然说，一个国家的政治法律制度与该国的文化传统有着密切的联系，通常而言，我们不宜以他国的制度作为评判一个国家法律制度的标准。但是，这并不意味着不同国家之间的法律制度就不存在着共性。随着二次世界大战的结束，联合国体制的形成以及世界经济一体化的发展，各国开始对一些重要的基本价值观形成共识。中美两国在过去的五十多年中对联合国框架下确定的有关国际人权标准就存在着许多共同的认知。譬如：中国和美国均承认联合国《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》中确认的那些人权标准。这些国际文件为中美两国在讨论各自相应的法律制度时，提供了一个可以交流的平台。而我们这次研讨会所论及的中美刑事辩护制度就是在这样一个背景下进行的。

众所周知，对一个国家稳定和信誉最重要的制度莫过于它的刑事司法制度。而一个国家的刑事司法制度的质量又端赖辩护律师能否真正履行好刑事辩护的职责。然而，即使在美国这样刑事司法制度比较完善的国家，公众也常常对辩护律师的作用有所误解，政府有时也会限制辩护律师的刑事辩护工作。正如美方专家在这次研讨会上所指出的那样，美国在重大刑事案件中为被告人提供充分辩护方面还有漫长的路要走。更有甚者，自 2001 年 9 月 11 日遭受恐怖袭击以来，美国政府在涉及国家安全的案件中一直试图限制律师的传统作用。这一切都引起美国学者和律师的严重关注和批评。

中华人民共和国曾经在长达 30 年的时间内没有正式的刑事法律。众所周知，1979 年以前，中国的法院在审理刑事案件时几乎没有任何可以参照的法律条文。法院审理刑事案件基本依照一些非正式的司法解释和单行条例。随着中国决定结束“文化大革命”，开始经济建设，放在领导人面前的首要任务之一就是建立法律制度。1979 年 7 月 1 日中国的全国人大常委会颁布了 7 部重要的法律，而刑法和刑事诉讼法就在其中。其后，中国开始建立基本法律制度，并不断完善已有的法律体系。17 年后，中国领导人决定根据其多年的司法实践，于 1996 年和 1997 年分别修订刑法和刑事诉讼法。1996 年《刑事诉讼法》的修改在世界上引起了极大的反响。虽然有一些担忧，但是，许多国际评论家对这次改革给予了很高的评价。他们认为：中国的新《刑事诉讼法》加入一些人权保护方面的措施，刑事审判程序也变得比较开放和透明。有些观察家甚至还认为，中国正在朝着国际公认的刑事司法制度标准方面迈进。然而，我们的研讨会却表明：中国的刑事司法制度在理论上和实践中都还存在着许多严重的问题。

正如许多中国的学者所指出的那样，中国的刑事司法制度尚未完全认可联合国《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》中确立的国际公认的刑事司法标准。例如：中国尚未完全建立“无罪推定”原则，也没有确立人身保护令状的司法审查制度。更为令人不安的是，中国在实现 1996 年刑事诉讼法改革成果的过

程中遇到了极大的困难，尤其是在刑事辩护方面，中国律师更是举步维艰。

我个人对这方面也有切身体会。最近几年，通过为一些被羁押的刑事嫌疑人的美国家属做法律顾问，我对刑事辩护律师在刑事诉讼过程中到底能发挥多大作用产生了浓厚的兴趣。我带着许多疑惑参加了这次研讨会。例如：如果一个人被羁押，而羁押机关违反刑事诉讼法不履行通知家属的有关规定，或者拒绝让嫌疑人会见自己的律师，甚至发生超期羁押时，中国的刑事辩护律师能够做什么？如果向上级公安部门或者检察机关的控告得不到及时的回应，刑事辩护律师应该怎么办？中国的刑事辩护律师是否可以说服法院采用类似西方的“人身保护令”制度，命令羁押机关将嫌疑犯带至法院，由法院来审核这种羁押是否合法，以及确保该嫌疑犯能够得到律师的帮助？能否在中国的每个地方人大设立一个专门办公室，应当事人的请求传唤羁押机关，要求它解释剥夺嫌疑人的人身自由是否违反了有关的法律规定？地方政府是否应当对有关羁押的投诉举行听证会？或者由地方政法委员会或纪检委采用某种程序，审查有关羁押机关是否违反法律？换句话说，中国是否应当允许辩护律师对羁押机关的行为获得一个独立、公正的审查机会？

很显然，中国的同行们和我有着同样的担忧。他们坦率地指出：刑事辩护律师在行使辩护权过程中遇到了种种困难。在刑事调查阶段，律师一般无法为刑事嫌疑人提供全面的法律帮助。侦查机关常常刁难律师会见当事人以及和当事人通讯。当案件移交起诉时，尽管法律要求检察官在决定起诉时应当考虑辩护人的意见，可是，律师往往连起码的官方档案都无法看到，更遑论提供法律意见。在审理阶段，由于律师缺乏有效途径调查案件，收集证据，他们可以依靠的辩护方法就是交叉询问证人和被告，对控方的证据进行质证，然而，证人却常常不出庭接受质询，导致辩护律师无法有效地进行辩护。加上中国的法官在作出判决时，也常常忽略辩护律师的意见，使得律师的作用在审判过程中变得微乎其微。

最令辩护律师感到担忧的是他们的职业风险。其中最令人诟病

的是刑法第 306 条。该条特意将刑事辩护律师和辩护人作为犯罪的主体，追究他们可能的“引诱证人改变证言”的伪证罪。虽然，在刑法第 306 条下最终被追究刑事责任的辩护律师的绝对人数并不多，但是，据报道，有许多律师在该条下被骚扰、逮捕和起诉。现在，刑法第 306 条已经成为威胁刑事辩护律师执业的一个重要法律条款。当然，我们还不应该忘记，检察官在对律师进行职业报复方面还有许多其他的方法，例如据报道，有些律师被恶意地追究偷税、漏税罪等。

毫不奇怪，在对抗制的诉讼制度下，诉讼一方为了达到其目的，尽可能地为自己的主张进行努力。但是，中国的现实是：刑事辩护律师和被告方缺乏有效的途径和资源来抵销控方的影响和权力。控辩双方的地位以及可以利用的资源大大失衡。如果中国目前的刑事司法制度是在朝着控辩制方向发展，就一定要在制度设计上提高辩方的地位。虽然，我们并不确切了解控辩双方的最佳平衡点何在，但是，目前的双方地位悬殊确是不争的事实。

为了有效地保障刑事诉讼当事人的权利，就必须提高辩护方的地位并赋予其足够的资源，以期使之能够与控方进行对抗。只有这样，刑事辩护才能发挥作用。这一切都有赖于一个良好的法律制度的支撑。而健康的法律制度又离不开司法的独立。中国共产党在其第十五次全国代表大会上，正式确立了“依法治国”和建立“法治国”的远大目标，实现该目标的基本保证之一就是建立真正的司法独立。

尽管中国的刑事司法制度还存在着上述种种缺失，我个人还是对这个制度的改革和完善充满着信心。回首本人 20 世纪 70 年代首次来华访问，那时的中国尚没有任何正式的司法制度，许多法律从业人员和学者也都在牛棚里接受再教育。人民基本上不享有司法正义。即使到了 20 世纪 80 年代初，中国着手建立法律制度，当时领导人的基本思路还只停留在吸引外资的层面上。相比之下，中国今天的改革，尤其是刑事司法和刑事辩护制度的改革，已经涉及到

制度的深层结构，相信这样的改革终究会为中国社会带来根本性变化，并为中国人的基本权利提供制度性的保障。

美国纽约大学法学院教授

杰罗姆·柯恩

Jerome A. Cohen

目 录

“3R”视角下的律师法制建设（代前言）	陈卫东（1）
序言	Jerome A. Cohen（5）

上篇：律师定位（Role）

1. The Role of the American Criminal Defense Lawyer In Pre-Trial Proceedings—A Prosecutor's Perspective 美国刑事辩护律师在审前程序中的职能定位 ——一名联邦检察官的观点	Ira Belkin（1）
2. Reflections on the Role of the American Criminal Defense Lawyer by a Defender Turned Judge 从辩护律师到法官，我眼中美国刑事辩护律师 的角色	Jack Lu（20）
3. 关于律师职责定位的深层思考	田文昌（39）
4. 从控辩关系看律师辩护	张智辉（49）
5. 我看律师的刑事辩护	任卫华（59）
6. 控辩和谐论	孙力（65）
7. 审查起诉程序中辩护职能的保障 ——从检察官的视角看辩护律师	陈国庆 王守安 王建平（70）
8. 立足辩护 超越辩护 ——辩护律师角色的再认识	李建明（76）

9. 从刑事辩护萎缩看辩护律师诉讼地位的提升
..... 马贵翔 倪泽仁 (88)
10. 意大利的律师制度与辩护律师 孙维萍 (100)
11. 中国刑事辩护律师角色之演变 易延友 (106)
12. 论律师在普通程序简化审和简易程序中的作用
和地位 栾少湖 (116)
13. 刑辩律师公职化 吴健 (125)

中篇：律师权利 (Right)

1. The Role of the American Defense Attorney Before
Trial: Rights And Obligations
美国辩护律师的审前角色：权利和义务
..... David P. Greenberg (134)
2. Protection of Defense Lawyers, Protection of Rights
of Defendants and Protection of Justice: A Lesson
from the U.S. System
保护辩护律师、保护被告的权利、保护司法公正：
美国制度的借鉴 Yu. Ping (156)
3. 辩护律师诉讼权利保障和证据开示问题调研报告
..... 陈卫东等 (180)
4. 刑事审前程序获得律师帮助权之实证研究
——对北京市海淀区看守所 200 名在押人员的调查
..... 侯晓焱 刘秀仿 张翼 (211)
5. 为辩护权辩护
——刑事法治视野中的辩护权 陈兴良 (250)
6. 论受刑事追诉者获得律师帮助的权利 熊秋红 (295)
7. 论辩护权的存在根据 魏晓娜 (314)
8. 国际准则视野中的辩护制度 谢佑平 (325)
9. 中国刑事辩护的困境与出路 卞建林 田心则 (337)

10. 辩护律师诉讼权利的拓展 张金龙 孙江波 (363)
11. 律师辩护权的缺失与对策 周汉基 (377)
12. 辩护律师在侦查程序中的权利问题研究 蒋丽华 (384)
13. 论侦查程序中律师作用的现实与实现
..... 闵春雷 孙记 (396)
14. 论充分发挥律师在侦查阶段功能的问题
..... 樊学勇 向叶生 (407)
15. 赋予律师在侦查阶段调查取证权的法理分析
..... 严本道 (413)
16. 我国辩护律师调查取证的问题分析
——兼论我国应构建平衡的调查取证制度 刘品新 (424)
17. 完善我国辩护律师证据取得权的第三条道路
..... 常廷彬 韩红兴 (435)
18. 辩护律师在审前的权利和作用 许小平 (451)
19. 论律师在审查起诉阶段阅卷权的完善 邱小梅 (456)
20. 法院变更指控罪名与辩护权的保障 王明 康琰 (465)
21. 律师介入刑事诉讼程序若干问题探讨 李忠诚 (477)
22. 律师执业豁免权研究 李佑标 安永勇 (487)
23. 沉默自由之后的言论自由
——望眼欲穿的律师辩护言论豁免权
..... 谭世贵 黄永锋 (498)

下篇：律师执业道德与责任 (Responsibility)

1. A Summary Of Ethical Issues For Defense Counsel In
the Practice Of Criminal Law In The United States
美国刑事辩护律师职业道德问题总结
..... Daniel Klubock (508)
2. 刑事辩护律师职业道德之思考 李贵方 (525)

-
3. 律师保守职业秘密的道德批判 徐美君 (531)
4. 加强律师职业行为规则建设 保证辩护活动的有序化
..... 王进喜 (542)
5. 论律师对法庭的真实义务 陈宜 (550)

附 录

- Annex 1 CODE OF CONDUCT OF THE BAR OF
ENGLAND AND WALES AND GUIDANCE
ISSUED BY THE BAR COUNCIL
《英格兰和威尔士出庭律师行为法典与出庭律师理事会指
导准则》(节译) (564)
- Annex 2 THE CODE OF CONDUCT FOR LAWYERS IN
THE EUROPEAN COMMUNITY
《欧洲共同体律师行为准则法典》 (582)

上篇：律师定位（Role）

The Role of the American Criminal Defense Lawyer In Pre – Trial Proceedings—— A Prosecutor’s Perspective

Ira Belkin *

Introduction —— The Adversarial System

The American criminal justice system is an adversarial one. A fundamental principle of an adversarial system is that justice is best achieved when each of the opposing sides has a full and fair opportunity to present its case to a neutral decision maker who can then make a well – informed decision.

The prosecution and defense have different roles in the criminal

* Ira Belkin is a federal prosecutor and the Resident Legal Advisor for the U. S. Embassy in Beijing, China. The views expressed here are his personal views and do not necessarily represent the views of the U. S. Department of Justice or the U. S. government.