

关于代理刑事辩护案件的困惑与思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E4_BB_A3_E7_c122_483136.htm

四年前，也就是在《刑事诉讼法》和《律师法》颁布以前，我们对“两法”实施有很高的期望值，希望“两法”能给律师带来更大的活动空间，在中国的社会主义法制建设的进程中能够发挥更大的作用。但是，几年下来，跌跌撞撞，坎坎坷坷，刑事案件的代理，使我们心灰意冷，无路可走。有的归纳律师在刑事辩护中为“十三难”（见《中国律师》1997第12期夏露文），有的认为《刑法》第306条是把达摩克斯利剑（古希腊神话）悬在律师头上，有的则认为是陷阱。有不少专家为律师鸣不平。但是“涛声依旧”、“江山不改旧模样”。无奈之下，对刑事辩护这块“领地”，只好敬而远之。笔者1982年从事律师工作，对刑辩说得严重些感到比1983年严打时期还艰难。因为现在司法机关动辄对律师实行“专政”（据全国律协统计，已有18例被追究刑事责任）。现在全国的刑辩比两法颁布前不是进步了，而是后退了。有人称为进一步，退两步，整体处于低潮，这是不争的事实。是法律出了问题，还是律师出了问题？是主观因素，还是客观因素，抑或是经济因素？我们处在困惑之中。困惑之余，又进行了一些冷静的思索，现就刑辩中遇到的问题，结合实际，贡献一得之愚，以就教于同行。

一、侦查人员不履行告知义务怎么办 实践中经常出现这样的情况：犯罪嫌疑人被限制人身自由之后，内外隔绝，侦察人员不但不告知聘请律师的权利，有的虽告知了，但是也不向家属或有关律师部门转达其聘请律师的请求，甚至犯罪

嫌疑人被哪个机关拘留，押在什么地方，家属一概不知。我就遇到这样一起案件，犯罪嫌疑人在某油田施工，被某市警方押了回来，但一连5天犯罪嫌疑人家属寻找其下落，对几个县区司法机关逐一访查才找到下落，搞得家属狼狈不堪。关于告知义务，《刑诉法》第96条无明确规定，只规定：“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后，或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。”很显然，应推定侦查人员有告知义务，否则聘请律师就是一句空话。公安部《规则》、最高人民法院《规则》和六机关的《规则》，均明确了告知义务，但不告知怎么办？却没了下文。我认为立法上有漏洞。如果在刑诉法中明确规定：侦查人员在第一次讯问时，不履行告知义务并将犯罪嫌疑人请求传达于外，并且还要将传达的内容和传达的对象记录在卷，并有被传达的对象签字，否则审讯的证据材料作废，所有的讯问笔录无效，只有这样才能从根本上制约某些侦查人员的枉法行为。现在加入WTO，都在讲“接轨”，是否法律也应该接一下轨？法官袍和检察官服只是形式上的接轨，是否应从实质上接轨？据我所知，美国有一个州发生了一起抢劫案(米兰达案)，被告供认不讳，但就是因为第一次讯问，没有律师在场，讯问笔录无效，官司打到高等法院，最后无罪释放。美国联邦最高法院根据《宪法》第六条修正案规定：“执行讯问的警祭百员，必须预先通知嫌疑犯，在讯问开始前，他有权获得一名律师的帮助，而且有权表示沉默。”《法国刑事诉讼典》第70条规定：“……对于拘传到案的人，共和国检察官应当立即询问，如有辩护人陪同到案，讯问时应有辩护人在场。”第135条规定：对拘留、逮捕等被监

禁的被告人进行讯问时，“预审审判官应当告知被告人有权获得辩护人的协助，可以和他自由交谈，辩护人可以立即查阅案卷。这种告知程序在笔录中应予以记载。”我们连告知都做不到，更遑论在场了。德国、英国、加拿大等国法律也都规定：侦查人员不履行告知义务，所获得的犯罪嫌疑人供述应当予以排除。我国的《刑事诉讼法》和《律师法》是否也应与国际接一下轨呢？《意大利刑事诉讼法典》第350条第5款规定：“根据具体的地点的紧急情况，司法警察官可以在辩护人未出席的情况下，向被调查人了解，有助于立即开展侦察工作的消息和情况，即使该人已被当场逮捕或者依照第384条的规定受到拘留”，但是，该条第6款规定：在辩护人未参与的情况下，依照第5款的规定而获取的消息和材料，禁止纳入档案，并且禁止加以使用。无论是英美法系，还是大陆法系都有此规定，我们为什么不可以借鉴呢？

二、关于会见存在的问题与出路 在会见犯罪嫌疑人的问题上，我们有很多的苦衷。我所的一位律师在接受一宗刑事案件代理时遇到了难堪。他在接受犯罪嫌疑人家属的委托后，一连办了5天会见手续，要层层审批，先要承办人员签字同意，再由公安局的法制室把关，再上报主管局长审批，批下后，再去过会见这一关。这时又找不到侦查人员了，因为没有他陪着去，看守所不让见。这样就到处找办案人员，又一连找了7天，不是避而不见，就推说没时间，也不说不让你见。最后犯罪嫌疑人家属向律师发火了，“我们花了钱请你，你连人都见不到，我们不聘你了。”这位律师非常沮丧。这是谁之过？长此下去，律师还有什么形象可言？笔者本人代理的一起故意伤害案，使我感到非常气愤。在侦查阶段，公安机关就是不

让你见，一直到法院审理阶段才见到被告。为此，我找刑警队的领导，向他讲六机关关于在48小时内安排会见的规定，刑警队的领导也借口工作忙，不给安排会见。律师告状无门，只有默默的忍受。六机关规定，除涉及国家秘密的案件之外，不需要经过批准，但是这条路就是走不通。有一次我按六机关要求，独自去会见犯罪嫌疑人，看守不让见，我宣读六机关规定，看守答复：“我们不管六机关，八机关，我们执行所(看守所)里的规定。”搞得你哭笑不得。过了批准这一关之外，还有下一关，要你给犯罪嫌疑人带手铐(并且要自备手铐)，我说律师无权使用械具，这是一种严重的侵犯人权的行为，对方答复这是所里的规矩，我们不按规矩办事，检察院监管所就不愿意。无奈，要想会见当事人，就得屈服。会见时侦查人员还要在场监督。根据《刑事诉讼法》第96条，该条规定“可以派员”，现在变成了当然派员，案案派员。你的谈话不仅要受到监督，还要受到制止。这种被人看管的会见，我称之为带着枷锁的会见。在这种情况下，犯罪嫌疑人怎么能如实向你介绍案情，又怎么能控告侦查人员的刑讯逼供呢？另外，在时间上，次数上都给你安排种种“戒条”。这里值得一提的是，会见要有2名律师，各地看守所都执行这个规定，有的省律协也有此规定，这是值得商榷的问题。首先，《律师法》颁布以前的《律师暂行条例》，虽然无此规定，但两院一部的有关解释，聘请律师界定为一至二人。当时一名律师会见被告还无此限制，而《律师法》、《刑事诉讼法》颁布实施以来，突然出来会见要有二人的规定，这是违背了委托关系的自愿原则的。犯罪嫌疑人委托一名律师，你要二人会见，那人哪里来？答曰，所里指派。那么问题出

来了，被指派的律师不是当事人聘请的律师，是否违背《刑事诉讼法》的第96条规定？该条是指被聘请的律师允许会见，没有规定未被聘请的律师会见怎样解释？第二，犯罪嫌疑人未聘请被指派的律师，该律师无权倾听案情，特别是个人隐私案件，这不是一种侵权行为吗？第三，费用问题。如果同城还可，如果要到异地如新疆、东北去办案，请问差旅费由谁负责？往返的飞机票谁负责？当事人肯定不拿，律师所无这笔开支，律师协会又不给支付，怎么办？这些问题本不是问题，让有些人把他弄成了问题。世界上哪些国家有这样限定？没有，可以说空前绝后！存在上述问题，有侦查人员的主观原因，也有立法上的欠缺（比如派员在场，派员的目的是什么？是监视），也有的是我们律师管理部门的原因。针对上述种种问题，是否应该完善一下我们的立法，如在《律师法》的权利义务里给予界定。《刑事诉讼法》也应借鉴一下国际通行的“惯例”，并且有些惯例是我国政府签字认可的，如联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》明确规定：“遭逮捕、拘留或监禁的所有的人，应有充分的机会、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的情况下，接受律师来访和与律师联系协商。”既然承认的东西，为什么不执行，并且还反其道行之？联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》规定：未经审讯的囚犯可以会见律师，警察或监所官员对于囚犯与律师间的会谈，“可用目光监视，但不得在可以听见谈话的距离以内”。这种监督意在防止犯罪嫌疑人越狱或发生其他事故。而我们的监督是监视。我们经常讲民主和人权，但是我认为律师承办刑事案件的自由程度，从某种意义上讲，反

映了一个国家的民主进程和人权的程度。有些人老用中国国情作挡箭牌，那么请问加入关贸总协定后，国际商务的通行规则你不遵守行吗？律师制度在西方是经过几百年磨炼的人类文明成果，我们为什么要将应当享用的文明成果拒之门外呢？如果强调特色，换法官袍干什么？不也是想接轨吗？

三、关于阅卷问题的思考

按照我国的《刑事诉讼法》，在刑事侦查阶段不能阅卷，律师的惟一职能是会见犯罪嫌疑人。会见完了也就了事了，不允许进行有关的调查。《刑事诉讼法》第96条规定的提供法律咨询还可完成，代理、申诉、控告或申请取保候审都做不到，所谓提前介入等于没有介入。按照控辩式的审判方式，公诉人与辩护人在法庭上的法律地位平等。但是这种平等是名义上平等，实质上不平等。控方利用公有权力，利用各种手段进行侦查，还有拘留、逮捕传唤等强制措施，而律师一不能提前调查，二无强制措施，三又不能阅卷。用什么武器与公诉人抗辩呢？我们面临的现状是，在检察院审查起诉阶段先交100元钱，美其名曰复印费，还不给正式收据。然而复印的是几张纸，如拘留证、逮捕令、扣押令等法律文书。有一次我拒绝复印，检查人员告知：“不复印也可，但不允许你会见。”将交复印费作为会见犯罪嫌疑人的先决条件，这是霸道。关于不允许律师查阅卷宗的理由，最高检编著的《学习纲要》称：“如果允许辩护律师和其他辩护人查阅全部案卷材料，可能妨碍案件的侦查，不利于对举报人、证人的保护，甚至可能形成辩护人与侦查机关并行侦查、调查的情况。”（见该书57页）就是这些堂而皇之的理由，轻而易举的剥夺了律师的阅卷权。无奈之下，只有等到案卷移到法院再看。但是在法院阶段也不乐观。《刑

事诉讼法》第36条第2款规定：“辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料……”但是，“辩护人所能看到的只是证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”。很显然，律师看到的不是全部证据材料。在新《刑事诉讼法》实施之前，律师看到的是全部卷宗材料(除合议庭笔录和审判委员会记录外)，而现在看到的仅是一本卷，并且还是不全的卷，况且调查卷还受到诸多的限制，很难找到有利于被告人的事实和材料。从而导致控辩双方在掌握的证据材料上严重失衡，律师处于劣势地位，谈不上地位平等，所以辩护效果当然不好。除此之外，在法院阅卷也不给你提供阅卷的场所，也不允许你复印有关证据材料。《刑事诉讼法》第36条第2款规定可以“复制本案所指控的犯罪事实和材料”，这又给法院留下了漏洞，法院讲“复制”不等于复印。无论你怎么争辩就是不允许你复印。查一查《辞海》，复制：照原样制作。如按此解释，复制即仿造的意思，很显然不包括复印。此点希望有关立法部门给予解释，否则障碍难以消除。目前的现状就是这样，如不改变，刑事辩护便是名存实亡的一种制度，律师除了走过场当陪衬人之外，没有发挥作用的空间。关于律师阅卷的权利，笔者认为在修改《律师法》时应该借鉴西方国家的一些立法经验。联合国《关于律师作用的基本原则》第21条规定了律师的阅卷权：“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，以便使律师能向其委托人提供有效的法律协助，应当尽早在适当时机提供案卷的机会。”这也是我国政府在联合国签字同意的原则，依我看，这不仅仅是借鉴问题，而应该是照办。否则

这种承诺有什么用呢？再如，前苏联《苏俄刑事诉讼法典》第201条规定：“认为已经搜集的证据足以作出起诉书的，已经执行了本法典第200条规定的各项要求以后，侦查员即向刑事被告人宣告，对于他的案件的侦查已经终结，他有权亲自或由辩护人帮助了解全部案件材料，以及提出补充侦查的申请。”《德国刑事诉讼法典》第147条规定：“辩护人有权查阅移送法院的，或者提起公诉情况中应当移送的案卷，有权查看官方保管的证据……只要无重要原因与此相抵触的，依该法应当许可辩护人将除证据之外的案卷带回他的办公地点或者住宅查阅……”如果不能充分保障律师的阅卷权，还可借鉴美国和日本等国的刑事诉讼程序模式。美国一般不允许律师查阅警察卷宗，但却赋予了律师多种取证的渠道和方式：侦查阶段即介入诉讼，可以收集对犯罪嫌疑人有利的证据，即所谓的“与侦查并行”。预审时律师必须在场。有这些规定，其实看不看卷宗都无所谓。日本实行“起诉一本主义”，不允许律师在起诉前阅卷，但律师有权向证人取证，还可以申请法官调取证据(我们申请法官调查，往往不被采纳)。律师取得证据经过质证后被当庭采纳或否定，但不受法律追究。我们虽然在审理阶段给你一点调查权，但是除了证人不愿作证外，律师取证有很大风险，谁也不敢越雷池一步。综上所述，只有在广泛总结我们的经验教训基础上，吸收和借鉴大陆法系和英美法系的有益的律师制度，才能更好的完善刑事辩护制度，才能使律师在刑事辩护方面有更大的积极性和活动空间，从而为保护被告的合法权益作出更大的贡献。四、关于追究律师的法律责任的问题 当前最使律师害怕的是《刑法》第306条，关于此点的理论探讨有学者

已论述的很多了，全国律协也向全国人大提交了取消该条的议案，不必多说。但我想补充一点的就是在《律师法》修改时，应当写进关于律师代理刑事辩护案件享有的豁免权问题。《刑事诉讼法》第47条规定：证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证、听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。依照这个立法本意，不管是控方收集到的证据还是辩方收集到的证据，都得经过法庭审判的检验，可靠的给予认定，不确实的予以排除。但在司法实践中，控方诱导来的证据有之，刑讯逼供的证据有之，颠倒是非的证据有之，这些现象在法庭上被否定之后，承办人员不承担任何法律责任。而对律师则不然，非但不予认定，还要追究什么“毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪”，很明显，控方违法不予追究，辩方违法罪责难逃。这本身就体现公权力与私权力的不平等，更谈不上在法庭诉讼地位的平等性。依愚之见，辩方是人不是神，在工作中同控方一样，在调查取证时因各种原因也可能出现差错，当庭调查不予认定就可以了，律师应享有与公权力的对等权利。我将其称为豁免权。关于律师的豁免权，西方国家不乏其例，应予借鉴。英国法律规定：律师在执行职务时，对第三者不负诽谤的责任；出庭律师在处理诉讼案件时，有不负疏忽责任的权利。法国有一项不成文的法律：不能在律师住所逮捕罪犯或被告人；警察局和检察院虽然可以在律师住所寻找有罪行的文件，但不能寻找委托人罪行和过失的线索；律师与委托人之间的通讯，既不能被查封，也不能被拆看，受到法律的绝对保护。此外，如波兰等其他国家也有相关的立法原则。关于律师在刑事辩护中需要讨论的问题颇

多，限于学识，提出以上四个方面的问题，抛砖引玉，以其引起争鸣。附记：本文在2001年《中国律师》第5期、《河北法学》2001年第2期发表，引起较大反响。收集在刘彤海著《我的辩护(代理)理论和实践》一书中。刘彤海律师已加入中国律师网“千元上网工程”，欲知详情请点击刘彤海律师千元网页中国律师网“千元上网工程”主题站点，请点击<http://1000.chineselawyer.com.cn> 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com