

警官、检察官，律师与你平等 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__E8_AD_A6_E5_AE_98_E3_80_81_E6_c122_483332.htm 刑法(含实体法与程序法)，是调节社会公益与个人权利冲突的重要法律。正如法学界通称犯罪是个人危害社会的行为。检察官以国家公诉人身份出庭提起公诉，无疑是代表社会公益的一方。而律师则以辩护人身份出庭，维护犯罪嫌疑人的合法权益，当然是代表个人权利的一方。任何个人都不得危害社会公共利益，反之，任何权力机构也不得以社会公益为名损害某些或某一个人权利。因为维护社会公益的终极目标，仍然是维护每一个社会成员的个人权利。法国哲学家爱尔维修提出，“应把私人利益与公共利益很紧密地联系起来。”英国功利主义法学家边沁提出个人利益第一，虽然个人利益应与公共利益统一，但真实存在的还是个人利益。社会公共利益是许多私人利益的相加。增进私人利益，就增进了整个社会的利益。边沁认为：“立法者的任务是在公共利益和私人利益之间调和。”德国法学家耶林虽然继承了边沁的功利主义传统，却不着重强调个人利益，而强调社会利益或社会利益与个人利益的结合。认为鄙视私利或轻视公益的观念都是不可取的。德国另一法哲学家黑克在其名著《法律解释和利益法学》中批评道：一些人“常常敌对性地将两种利益对立起来，而考虑一种，忽略另一种，并以此为前提。”鉴于上述被世界普遍公认的法律哲学思想，在刑事诉讼中，代表社会公益的检察官与代表个人权利的律师，应具有同等的地位权和作用力。这也就是刑事诉讼中的控辩制衡规则。控方提出犯罪嫌疑人有

罪或重罪的事实与法律依据，辩方提出犯罪嫌疑人无罪或轻罪的事实与法律依据。法官在“兼听则明”之后，作出不枉不纵的公正裁决。这一控辩的诉讼构成，已为世界绝大多数国家所确立，也为一系列国际公法所确认。控辩制衡至少表现在以下三个方面：一、控辩双方应具有平等的调查取证权。

背景材料之一：2001年8月20日，巢湖市居巢区人民检察院作出(2001)106号起诉书，指控安徽巢州律师事务所律师凌霄松(该所主任)涉嫌构成辩护人伪造证据罪。巢湖市居巢区人民法院于9月27日在庐江县人民法院公开庭审(当庭未作判决)。

检察院指控认为：凌霄松在担任巢湖师专教材设备科科长何敏平涉嫌贪污、受贿、非法经营、对单位行贿四罪案的辩护人期间，于2001年4月20日，在巢湖师专教材材料职员张抗美的陪同下，与同所律师朱治国同往和县印刷厂，向该厂原副厂长戎智泉调查其厂接收何敏平经手的一笔3万余元印刷费的情况时，戎智泉介绍何敏平已于2000年元月全额支付了该笔印书款，且其还没有开出收款收据。凌霄松为了减少检察院对何敏平在1998至1999年间贪污数额的指控，即要求戎智泉补开一张收款收据，将付款日期提前至1999年底。检察院还指控认为：2001年5月2日，凌霄松向个体印刷户卢晓静调查其与何敏平发生的印刷业务。卢晓静陈述其近几年，包括2000年在内，与何敏平共发生约10万元印刷业务。凌霄松为了达到如前所述，为何敏平开脱罪责之目的，故意让朱治国律师将该10万元左右的业务发生时间记录在1998年至1999年间。为了“印证”卢晓静的虚假证言，凌霄松又到巢湖师专教材材料，对该科职员张抗美、钱德秀作了内容虚假的调查笔录。2001年5月8日至9日，凌霄松在何敏平一案庭审当中，出

示了上述伪造的证据，严重妨碍了司法机关正常的诉讼活动。在刑事诉讼中，律师为辩方调取材料，往往与控方调取的材料出现相反的证明内容。实际上，同一证人，对辩方与控方作出了截然不同证词，则必有一真，也必有一假。作伪证，无论是什么主体，无论是什么客观行为，均妨碍了正常的司法活动，从而或损害社会公益，或损害个人私利，当要承担法律责任。这在刑法理论和刑事立法上，似乎都是已经解决了的问题。其实，在司法实践中并没得到解决。《刑法》305条确立的伪证罪，其犯罪主体涵盖了刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。306条确立的伪证罪的主体特定了辩护人和代理人(其立法本意无疑特指律师)。307条的伪证罪，则是一般主体，即一切具有刑事责任的自然人，凡是帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的行为，均构成犯罪。247条规定的刑讯逼供罪，主要指作为控方的司法人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或变相肉刑等手段，逼取口供的行为。该罪的犯罪对象是犯罪嫌疑人和被告人。247条还规定了另一罪名，即暴力逼证罪。该罪的犯罪对象特指证人。由于控方(含公安机关和检察机关)借助国家赋予的强有力的权力调查取证，一旦认为辩方调取的证据与其不符，即可对相关证人采取强制问话，包括在时间上、地点上和问话方式上，都有一定的强制力，迫使证人为了保全自身利益而损害律师利益。因为根据刑法305条和306条之规定，非此即彼。不是证人作伪证，就是律师作伪证。谁个证人在控方的强制力下愿意背负伪证的罪名呢?司法实践中，证人在向律师作证之后，即被控方关进看守所，或被带至派出所翻供的现象，已是屡见不鲜了。不排除律师有作伪证的可能，但也不应排除

作为控方的警官、检察官有作伪证的可能。刑讯逼供(针对犯罪嫌疑人)和暴力逼供(针对证人)在控方取证阶段时有发生，已是不争的事实。即么，控方认为律师涉嫌作伪证，即可对证人采取强制取证，从而将律师推进牢狱；辩方认为警官和检察官逼供作伪证，即便发现犯罪嫌疑人或证人遍体伤痕，却无任何权力向有关方面调取证据，包括不能到看守所向狱警查证，也不能将受伤害人带至医院查验，更无任何权力指控涉案警官和检察官，并将其送上法庭。控辩双方调取证据的权力严重失衡，是无辜刑辩律师随时可能遭遇灭顶之灾的根源。《刑事诉讼法》第45条规定：“人民法院，人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”第93条规定：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。”第97条规定：“在必要时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。”可见，法律赋予控方的调查取证权是很大的。对于辩方而言，律师的调查取证权则微小得可怜。《刑事诉讼法》第37条规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料……辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”这样的立法思想是不符合刑事诉讼控辩制衡的基本原则的。其根本所在，无疑是重社会利益，轻个人权利。认为为了公益是可歌可泣的，为了私利是可羞可辱的。似乎觉得代表公共利益就高于代表个人权利。殊不知，国家的责任和社会的责任，是保护每一位公民的权益不受侵犯。没有每一位公民的法定的权利，就不可能形成社会公共权益。如同没有

小溪。便没有江河，没有江河便没有大海一般。二、控辩双方应具有平等的相互制约权 背景材料之二：巢湖市居巢区检察院当庭出示了戎智泉、卢晓静、张抗美、钱德秀、朱治国的证人证言，证实律师凌霄松指使诱导他们作了虚假证言。凌霄松的辩护律师汪利民、黄延福在辩护时指出：直接侦查涉嫌四罪名的何敏平案的检察官，在何案尚未审结时，为主甚至直接查办辩护律师凌霄松的涉嫌伪证案(有时安排一名警官陪同)，采取拘留传唤和恐吓的方式，向上述证人调查取证。后又对凌霄松住宅进行搜查。担任何敏平案的公诉人，亦即检察院起诉科科长姜家响，与凌霄松本系控辩双方的出庭人，又担任凌霄松涉嫌伪证案的公诉人，依法应当自动回避而不回避(凌霄松没有申请回避)，直接影响凌霄松案的公正审理。庭审前，人民法院根据控方提供的证人，以特快专递邮寄方式，向六证人发了出庭作证的“通知”，不知控方是否授意，控方证人竟无一到庭，致使交叉询问不能。证人前后不一、甚至相反的言词证据，非经当庭凭证，则不能去伪存真，排斥疑点，因而不具有证明力。由于控方办案程序违法，所取证词又不能当庭质证，建议法庭宣告凌霄松无罪。现行法律，即《刑事诉讼法》第7条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”这一法条，表现了浓厚的公法意念，突出了强大的公共权力，但是，却在一定程序上背离了法治的精神。因为法治唯一目标，也是终极目标，就是对权力的制衡。权力得不到有效制衡，那就不是真正的法治，那还是人治，或者说名为法治实为人治。18世纪法国最著名的启蒙思想家孟德斯鸠在其《论法的精神》

这一经典法学名著中指出：没有抗衡的权力，是极其危险的权力，专断或滥用权力是保障政治自由的最大的敌人。因为权力不仅有一种滥用权力的趋向，而且一定要用到有界限的地方才会停止。孟德斯鸠指出：“从事情的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。要建构一种各种权力既调节配合，又相互制约的政府体制。”在刑事诉讼中，建构诉讼框架的是控辩审三方，如同一个等边三角形的金字塔，控辩各为一边，法官站立在塔尖，中立而又超脱地审视控辩双方的观点和意见，作出不偏不倚的公正裁判。现行刑事法律的制约规定，实际上不能切实有效地防范无辜者受到法律的追究。警官与检察官在刑事活动中，均起控告的作用。尽管法律要求他们全面调查取证，包括涉案人有罪无罪、罪重罪轻的证据，但是，实际上是不可能的。控方取证、举证总是着眼于涉案人有罪、罪重的证据。即使有证人提供涉案人无罪或罪轻的证据，控方一般也不将其入卷，更不将其提供给法庭。只有辩方的律师，才会真正全力调取涉案人无罪或罪轻的证据，毫无保留地向法官出示。立法者没有确立控辩制衡的基本原则，更没有为控辩制衡提供法律保障。正因为没有控辩制衡，控方才能不受阻挡地越权办案，甚至滥用职权进行诉讼活动。譬如超期羁押犯罪嫌疑人，刑讯逼供，威逼取证，办错案采取“技术”处理而拒绝赔偿，检察官提前介入与警官共同办案，非法罚没涉案人的财产而不予退还，甚至拘留、逮捕辩方律师。律师除了“论理”而无法采取任何有力措施。现行法律，使得控方有“法”制约律师，而辩方却无“法”制约警官和检察官。其实限制了辩护律师的权利，也就限制了作为弱者的公民的个人权利。作为控方，

如果一方面在维护社会公共利益，另一方面又在损害公民个人权益，那就背离了法治的终极目标，背离了维护公益的终极目标。三、控辩双方应具有平等的人格尊严权 背景材料之三：巢湖市居巢区检察院指控凌霄松律师的当事人即巢湖师专教材设备科科长何敏平犯有非法经营罪，对单位行贿罪，受贿罪，贪污罪，其贪污数额高达30.5万元人民币。辩护人凌霄松先后向24位证人调查取证，向法院提交了50余份书证，其中向法庭出示了何敏平在2000年以后支出的印书款和收取的售书款凭据(并非将何敏平的业务收支局限在控方认为的1998至1999年期间)，为何敏平作了无罪辩护。凌霄松辩护认为，巢湖师专教材材料是经安徽省教委指定，在教育系统内部代办发行《实用英语》教材，其主观上没有意识到代办站要办相关证照，其客观上没有向社会发行教材从事经营活动，依法不构成非法经营罪。凌霄松又辩护认为，何敏平依照国家教委(1987)教材图厅字第002号文件规定，各院校教材科在发行业务中，可以从订购的教材、图书的总码洋中提取9%-12%业务费，作为教材图书征订、发行工作的活动经费。何敏平支付发行费54.4万余元，没有违反国家规定，其行为不构成对单位行贿罪。凌霄松还辩护认为，何敏平担任代办站负责人，具有一定的承包性质，有关业务开支和活动经费没有留据入帐，检察机关指控何敏平受贿罪，证据不足，亦不能认定。以上三方面的辩护意见，均被一、二审法院采纳，判决何敏平不构成非法经营罪、对单位行贿罪以及受贿罪。人民法院虽然对何敏平不构成贪污罪的辩护意见未予采纳，却将控方指控30.5万元贪污款减为20.9万元，从而减轻了对何敏平的处罚。在我国，警察有《人民警察法》，检察

官有《检察官法》，律师有《律师法》，依据法律，各有各的职责、权利与义务。律师与警官、检察官作为控辩双方，分工不同，却是殊途同归，最终都是维护公民的合法权益，维护法律的正确实施。警察是维护社会治安与社会秩序不可缺少的极为重要的力量，检察官则通过批捕、提起公诉、抗诉等方式，监督法律的正确实施。而辩护律师则以辩护人身份，为犯罪嫌疑人提出无罪或罪轻的证据和意见，维护当事人的合法权益。现代文明社会，不能缺少警察和检察官，但也不能缺少律师。在刑事诉讼中，控辩双方的人格尊严应当是平等的。不存在打击犯罪的高人一等，而为犯罪嫌疑人“说话”的就矮了半截；不应该“国家公诉人”气粗三分，而“被告人的辩护人”就没了底气。《刑事诉讼法》第96条规定：“受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。”这当然是我国扩大辩方权利且具有里程碑意义的法律规定，但是，律师会见犯罪嫌疑人，为什么要警官或检察官在场，并且限制律师问话内容和会见时间？严格来说，这是控方对辩方权利与作用的限制，防范律师可能为犯罪嫌疑人隐瞒罪责、逃避刑罚。那么，控方审讯犯罪嫌疑人，为什么不能由律师在场？在我国尚未建立沉默权的特定阶段，控方采取刑讯逼供或以各种变相的逼供方式，意图从犯罪嫌疑人人口中套取破案线索的现象，仍然具有一定的严重性。律师在审讯现场，不也同样可以防范控方的违法行为及由此而产生的侵犯人权的后果吗？在西方许多文明程度较高的国家，都确立了欧内斯多米兰达诉讼规则。即控方在

审问任何人之前，必须告之他有保持沉默的权利；他的供词将作为他犯罪的证据，他有权委托律师与警方见面，回答警方提出的所有问题。应当说，控辩双方的人格尊严是平等的，控方有理由怀疑辩护律师为犯罪嫌疑人“出谋划策”，逃避罪责；辩方也有理由怀疑警官、检察官对犯罪嫌疑人采取刑讯逼供、制造假证。要“在场”控辩双方都应“在场”；要限制“会见时间”，控方审讯亦应受到时间限制。现在律师会见犯罪嫌疑人只有半个小时，或一个小时，而控方审讯犯罪嫌疑人可以24小时、48小时，甚至更长时间的连续审讯。这还是重公权、轻私权的理念在起作用。一些人认为刑事案件中的律师可有可无，律师起不到什么作用，坐在法庭上也是个“摆设”。致使控辩双方的人格尊严极不平等。而在法庭上，控辩双方仍然出现上述状况。检察官往往以双重身份出庭，动辄声称自己不仅是“国家公诉人”，还代表法律监督机关。而对辩护人的称谓呢，则习惯称之为“被告人的辩护人”，似乎“辩护人”就是“被告人”一般。对辩护律师的质证意见或辩护意见稍有反感，一些检察官就亮出“法律监督”的尚方宝剑，提醒律师“注意”。更有严重轻视律师人格尊严的事件，即这边律师走出法庭，那边就被铐进了检察院。或者用不了几天，就搜查律师住宅，指控律师犯有伪证罪。不错，《刑事诉讼法》第8条规定，“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”但法律监督的目的，是要维护控辩制衡的刑事诉讼规则，是要维护公正审案的刑事审判程序，而不是维护其作为控方的利益和威严。何况，法学界早就达成共识，检察官在履行控诉职能的同时，特别在办理自侦案件当中，是不能履行法律监督职能的。司法界人士

有一口语，批评一些检察官“既当运动员又当裁判员。”立法上赋予了人民检察院多项职能，而其职能之间又存在严重冲突。法学理论至今没有回答一个现实问题，检察院的自侦自诉的诉讼活动，由谁来实行法律监督？司法实践当中，不知不觉把“监督”检察院自侦自诉案件的职责交给了辩方律师。一方是“法律监督”，一方是“实际监督”。冲突就此开始，随后不断发生、不断扩展，律师被拘被捕，已呈上升趋势。律师的人格尊严受到伤害，律师的刑事辩护受到损害。最后遭遇不幸的是，尚不稳定的控辩制衡的刑事诉讼基础坍塌，国家的民主与法制建设受到破坏。 ， 总之，无论在刑事立法中，还是在刑事诉讼活动中，都需要确立控辩制衡的诉讼规则。唯有这样，才能真正保障社会公益与个人权利趋于平衡，互不侵犯。社会因此而稳定，人民因此而平安。

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