

《刑法》第306条与律师的权利 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\\_\\_E3\\_80\\_8A\\_E5\\_88\\_91\\_E6\\_B3\\_95\\_E3\\_c122\\_483664.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E3_80_8A_E5_88_91_E6_B3_95_E3_c122_483664.htm) ??????一、《刑法》第306条并不构成对律师的职业歧视??有学者认为《刑法》第306条之规定有失公正，构成对律师的职业歧视。他们认为，《刑法》第306条冠以律师为特殊主体，模糊了律师尽责与违法之界限，助长了对律师尽职代理的否定与限制，构成了对律师的职业歧视。第306条之规定极大的挫伤了广大律师承办案件的积极性与信心，直接影响了新《刑事诉讼法》之实施。单独规定律师伪证罪在社会上会造成明显的负面影响，使公众对律师在刑事辩护中能起多大作用产生怀疑，使艰难的律师刑事辩护工作处于更加困难的局面。本来，新《刑事诉讼法》废止了不利于法制、人权的收容审查制度、免于起诉制度，建立了有利于保护被告人合法权益之无罪推定制度、律师提前介入制度、控辩双方法庭举证、质证制度等，使我国刑事诉讼制度向前迈进了一大步，引起了世界范围的注意与肯定。然而，《刑法》第306条的规定，使律师视刑辩为危途。对于律师来说，刑事辩护变成了一项危险的工作。即使参与辩护，也是缩手缩脚，以求缓和与公诉人的关系。其结果是律师参与刑事诉讼辩护减少，刑事辩护质量不高，被告人的合法权益往往得不到有效保护。《刑事诉讼法》的许多优良制度不能充分发挥效用并真正落实，直接影响到民主与法制建设，影响到我国的公正司法形象。因此，应该废除所谓的“306条”。笔者认为这种观点值得商榷。其理由如下：  
??《刑法》第306条的主体是特殊主体，即限于刑事诉讼活

动中的辩护人、诉讼代理人。依照《刑事诉讼法》第23条规定，下列的人可以被委托为辩护人：（1）律师；（2）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；（3）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。诉讼代理人是指刑事自诉案件原告方委托的代理人或者公诉案件中被害人委托的代理人。在自诉案件中，任何人都可以接受委托成为诉讼代理人，在公诉案件中，被害人也可以委托任何人作他的代理人。可见，《刑法》第306条规定的犯罪主体不限于律师。并且，律师除了作刑事案件的辩护人、诉讼代理人之外，还可以在民事案件、行政案件中进行辩护代理活动。而《刑法》第306条明确规定了，辩护人、诉讼代理人只有在刑事诉讼活动中，才可能触犯此条。可见，并非律师的所有业务活动都有触犯《刑法》第306条的可能。既然《刑法》第306条的犯罪主体不限于律师，并且并非律师的所有活动都有可能触犯《刑法》第306条，我们就不能说《刑法》第306条是一条歧视律师的条文。?? 虽然律师对法律知识的掌握程度远远高于普通老百姓，并且他们是以接受当事人的委托进行辩护代理活动为业（同时也进行法律咨询，帮助办理法律手续等业务），其触犯《刑法》第306条的可能性远远比其他人大得多，确实不可否认的是，在司法实践中，往往是律师触犯了《刑法》第306条。但是，律师更应该从自身找原因，而不应归咎于法律的规定。因为，的确存在这样的现象：有的律师以及其他辩护人、诉讼代理人滥用权力，违背职业道德、职业义务，不择手段地帮助当事人逃避法律的制裁。为此，他们不顾事实的真相，千方百计制造虚假的证据，有的亲自毁灭对当事人不利的证据，有的伪造对当事人有利的证据，有的则帮助

当事人毁灭、伪造证据，有的则采用威胁引诱手段使证人违背事实改变证言或者作虚假证言或者使不是证人的人冒充证人作证，等等。这些活动，严重妨害了刑事诉讼的正常进行，侵犯了公民的生命、自由、财产等重大权益，有的甚至导致冤假错案的发生。很大程度上，上述现象是律师触犯《刑法》第306条远远比其他一般人多的原因。就像青少年是暴力犯罪的主要犯罪主体，我们不能以此为由，认为这是《刑法》对青少年的歧视，而要求取消《刑法》分则中所有关于暴力犯罪的条文一样，认为《刑法》第306条是一条歧视律师的条文，而要求取消该条。实际上，该条规定了妨害司法罪中的一项罪名，其立法本意在于更好地查明事实真相，保证司法的公正。实践中该条被不当引用那是多种因素所至，就法条本身而言，并不具有任何有违正义的意思。??

## 二、律师在案件移送审查起诉之前实施的妨害证据的行为不按《刑法》第306条定罪处罚??

《刑事诉讼法》第96条规定，“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，为行使其权利，受托律师有权了解犯罪嫌疑人涉嫌罪名，有权会见在押的犯罪嫌疑人，了解案情，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告，并为被捕的犯罪嫌疑人申请取保候审。”从上述法律规定来分析，在案件移送审查起诉之前的阶段，律师可以进行的活动中，最重要的就是会见在押犯罪的犯罪嫌疑人。因为，在会见的过程中，他有可能唆使犯罪嫌疑人“翻供”，使侦查机关无法获得犯罪嫌疑人供述这一重要的法定证据；有可能唆使犯罪嫌疑人或者会见后唆使他的亲属毁灭证据，或者作为中介帮助犯罪嫌疑人要求其他证人作伪证。可见，律师在案件移送审查起诉的阶段，最有

可能在会见在押犯罪嫌疑人时实施妨害证据的活动。但是，此时律师实施的任何妨害证据的活动都不按《刑法》第306条定罪处罚。这是因为，律师还没有具备《刑法》第306条所要求的犯罪主体的资格。《刑法》第306条规定了只有辩护人、诉讼代理人才可以成立该罪，即《刑法》第306条规定的犯罪是身份犯。而《刑事诉讼法》第33条规定，“公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人，自诉案件犯罪嫌疑人有权随时委托辩护人。”可见，公诉案件在移送审查起诉之前，犯罪嫌疑人还不能正式委托辩护人，在犯罪嫌疑人被第一次讯问之前参加到刑事诉讼中来为犯罪嫌疑人提供帮助的律师显然就不是刑事诉讼法意义上的辩护人。《刑法》没有对辩护人这一概念进行解释，则应当按照刑事诉讼法上的规定。有论著认为，《刑法》第306条的犯罪主体应当包括根据《刑事诉讼法》第96条的规定，受犯罪嫌疑人聘请为其提供法律咨询，代理诉讼、控告的律师。笔者认为，如果将上述律师也包括进《刑法》第306条的犯罪主体，实际上是违背罪刑法定原则的“法无明文规定不为罪，不处罚”的含意的。既然法律明文规定以犯罪主体的一定身份作为其犯罪构成的要件，身份成为行为之可罚性的基础，直接影响犯罪的成立。那么，由于在移送审查起诉之前的阶段，律师还没有被委托为辩护人，还不符合《刑法》第306条对犯罪主体的要求，所以，对于在这一阶段实施的妨害证据的行为，尤其是单独会见犯罪嫌疑人时实施的妨害证据的行为，不能按《刑法》第306条来定罪处罚，而只能依照对犯罪主体没有特殊要求的《刑法》第307条“帮助毁灭、伪造证据罪”来定罪处罚。从这个角度来看，《刑法》第306条也不是专门

针对律师的。?? 在司法实践中，检察机关往往在案件移送审查起诉之后以触犯了《刑法》第306条来追究律师在这之前实施的行为的刑事责任，律师一走出法庭就被检察机关拘留。理由是他在单独会见当事人时，实施了毁灭证据、伪造证据、妨害作证的行为，其犯罪后果发生在移送审查起诉之后的刑事诉讼活动中，直接影响判决的公正性。这种观点和做法都值得商榷。行为人在实施危害行为时并不具有《刑法》第306条所要求的犯罪主体的资格。如果这样做，实际上是割裂了犯罪主体和犯罪行为在时空上的同时性和关联性。而我们知道，犯罪构成是由相互联系、相互作用的诸要件组成的有机整体。正确的做法是依据《刑法》第307条对其在移送审查起诉之前的行为追究刑事责任。因为《刑法》第307条帮助毁灭、伪造证据罪的主体是不包括当事人本人和刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人、记录人、翻译人。而除了没有妨害作证这一行为外，其客观方面的规定基本上与《刑法》第306条类似。所以，如果是进行了妨害作证的活动，还应按妨害作证罪定罪处罚。由此也可以看出，《刑法》第306条并非是针对律师的。??

### 三、刑法第306条与律师刑事豁免权??

1990年在古巴首都哈瓦那召开的第8届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过了《关于律师作用的基本原则》规定，律师对于其书面或口头辩护时所发表的有关言论或作为职责任务出现于某一法院、法庭或其他法律或行政当局时，应享有民事和刑事豁免权。旨在使律师能够摆脱内在的压力，消除怕担责任的顾忌，大胆地为被指控人辩护。《英格兰与威尔士出庭律师行为准则》规定，在通常情况下，律师对他在法庭辩论中的言论享有豁免权。可见，对律师在刑事诉

讼中之言论及相关活动给予刑事豁免，已成国际通行做法。国内一些学者则认为《刑法》第306条实际上是否定了律师的刑事豁免权。?? 律师刑事责任之豁免包括以下三项基本内容：

- (1) 律师在刑事辩护中发表的言论，不受法律追究。所谓言论，包括口头发言、提问，以及书面发言材料，如辩护词等。律师刑事辩护言论之豁免不同于公民之言论自由。律师刑事辩护言论之豁免是赋予律师一种法庭言论之特权，使律师可以没有顾虑地发表辩护意见。
- (2) 律师在刑事诉讼中向法庭提供或出示之文件、材料失实的，不受法律追究。
- (3) 在刑事诉讼中，律师之人身自由、人身权利不受侵犯。而我国《刑法》第306条第2款规定，辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据。这与上述第二项基本上符合。可见，《刑法》第306条第2款实际上是我国部分律师刑事豁免权的法律依据。那么故意在法庭是发表失实言论、故意向法庭提供或出示失实文件、材料的，是否应当承担刑事责任呢？我国《刑法》第306条规定了应当承担刑事责任。笔者也同意这种做法。这并不与律师刑事责任豁免相违背。因为，规定了律师刑事责任豁免，其目的就是为了保证律师能够正确履行其职责，进而保证其当事人的辩护权。最终目的还是为了得到公正的审判结果。如果明知辩护人作出了与客观事实不符的言论，提供了虚假的书面材料，仍然不追究其责任，是妨碍诉讼活动的顺利进行，有违公平公正原则的，也不利于司法机关作出公正的判决。从辩护人、诉讼代理人个人的角度来看，他们大多是受过专门训练，熟悉、精通法律知识的专业人士，如果他们竭尽所能，极力的促成危害结果的发生，即

妨害刑事诉讼顺利进行，包庇犯罪嫌疑人、被告人，使其逃避法律的制裁的危害结果的发生，其行为就具有了需要对其进行刑事处罚的社会危害性。虽然，如果只规定了律师过失的言论，过失的行为才能获得刑事豁免，则极有可能给检察机关不恰当地追究律师的言论和行为的机会。这样可能会导致律师受到不正当的迫害。毕竟，故意和过失有时是很难区分的。但是由于举证责任不由律师承担（刑事案件不实行举证责任倒置），律师的权利还是能够得到一定的保证的。??

综上所述，笔者认为，《刑法》第306条的存在有其合理性，之所以受到种种非议是人们对它的理解存在偏差。它与律师的所应享有的权利并不是完全冲突的，从本质上来说，它们具有一定的一致性。实践中出现的对律师正当权利的不当乃至违法的侵犯，与其说是《刑法》第306条的规定所致，倒不如说是目前的中国离理想中的法治社会还有一定的差距所致。作为律师不能简单地认为《刑法》第306条是针对自身职业所设计的，作茧自缚后又说茧的不是，这样的方法并不可取；作为司法机关不能滥用《刑法》第306条，而有意无意地曲解立法本意。《刑法》第306条与其他的条文一样，其在适用上对任何人都是平等的，并没有出现立法上的不公平。在“接近正义”的道路上，需要律师、法官、检察官等法律职业共同体的共同努力。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](http://www.100test.com)