

做一个刑辩律师究竟有多难 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\\_81\\_9A\\_E4\\_B8\\_80\\_E4\\_B8\\_AA\\_E5\\_c122\\_483717.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_81_9A_E4_B8_80_E4_B8_AA_E5_c122_483717.htm) 做一个刑辩律师究竟有多难  
律师参与刑事诉讼活动有关问题的思考???? 律师参与刑事诉讼活动是律师制度的重要组成部分，对保障法律正确实施，维护当事人的合法权益，防止冤、假、错案的发生都发挥着不可或缺的重要作用。自律师制度恢复重建以来，律师制度得到了长足的发展和进步，取得的成绩举世瞩目。但不可否认，律师参与刑事诉讼活动也存在一些普遍性的问题，直接和间接地影响律师作用的充分发挥。因而，有必要加以认真地研究。??

一、会见难、阅卷难、调查取证难现象比较普遍存在??

(一)会见难问题 根据《刑诉法》有关规定，律师可以提前介入，这也是《刑诉法》修改后的一大进步。但在实践中基本无法落实。主要表现有：1、有的侦查机关随意扩大国家秘密的内涵和外延，常以涉及国家秘密为由拒绝律师会见。2、以其它种种理由拒绝律师的合理要求。3、即使同意了，也不在规定时限内安排会见。有的律师前往看守所往返五六次，甚至十几次仍不能办妥会见手续。一至二月见不到嫌疑人是比较普遍的。4、有的机关限制会见的时间、次数和人数。有的机关明确规定，侦查阶段会见不准谈案情。5、有的看守所在审查起诉和审判阶段，也要求律师会见被告人要得到批准，持有检察机关或审判机关批准手续。这些做法明显违反了1998年1月最高人民法院、最高人民检察院、公安部等六部委有关“对不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准”的规定。??

(二)阅卷权、调查取证

权问题目前，有相当一部分律师认为1996年新的《刑诉法》在律师的阅卷权、调查取证权上是一个倒退。《律师法》也对律师阅卷权、调查取证权作了种种限制。原《刑诉法》第29条规定可以查阅案件全部材料，而新《刑诉法》第36条只规定在审查起诉阶段，律师只有部分阅卷权，即“可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。”在审判阶段一审阶段，“可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。”实践中，公诉机关往往只是有选择地向法院提交不利于被告人的证据材料，律师只能看到一些程序性的诉讼文书，而案件实体文书如阅卷笔录、询问笔录、调查笔录等，律师很难见到。由于无法全面、客观地看到既有利于和不利于被告人的全部证据材料，再加上取证的限制和困难、伪证罪的陷阱，律师难以提出有利于被告人在事实、性质、情节等方面有效的辩护意见。只有到了二审，律师才能看到案件全部材料。??关于调查取证权，新《刑诉法》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，也可以申请人民法院通知证人出庭作证。”公安机关、检察机关收集证据，个人和单位有义务配合；而律师取证须经同意，如不同意就取不到要取的证据。在刑事辩护中，向被害人和被害人提供的证人取证，不仅须征得他们本人同意，还要经法院、检察院许可。对案件定罪量刑有关键性作用的证据，如果得不到同意或许可，律师也没有办法。检察院、法院允许律师向有关证人取证时，有的仅口头同意并不出具书面同意或决定书，如果在法庭上不承认，律师就有伪证嫌疑。有的律师取证时，对证人说要录音，证人却坚决不同意。??(三)“三难”问题的原因 律师

执业中会见难、阅卷难、调查取证难的原因是多方面的、复杂的和深层次的，主要有：?? 1、 思想观念上存在偏差。嫌疑人一被关押，有些办案人员思想上就认为他不是好人，搞“有罪推定”，并认为律师是拿人钱财，替人消灾，帮嫌疑人说话的，主观上有排斥倾向；有的怕律师出不好主意，影响口供的真实性；有的怕证据单薄，律师一介入，搞不过律师；也有对律师不信任因素，怀疑、担心律师会串供等等，思想上很难真正认识到律师参与刑事诉讼活动，是起促进司法公正，维护嫌疑人、被告人的合法权益，防止冤、假、错案发生的作用。?? 2、 有些公、检、法机关工作人员认为律师收入高，心理失衡。现在尚没有全国律师平均收入的统计数字，可以收集一下，同公、检、法机关工作人员平均收入作一比较。在律师行业也存在温饱问题，在一些贫困地区，有的特别是刚跨入律师队伍，或年龄较大的律师基本的生活都难以解决，也有个别律师放弃律师职业去承包山林。因而，要全面、客观地对待律师“高”收入。?? 3、 现行司法制度尚有待完善之处。在诉讼结构中，控方既当运动员，又当裁判员，难和辩方处于真正平等地位。看守所归公安管理确有便于管理、便于诉讼的一面，但问题也相当普遍，随意关押如留置盘问时有发生，超期羁押约占50%，没有致残的刑讯逼供难以取证。侦查人员阻碍律师会见嫌疑人原因之一，也是怕律师看到嫌疑人的伤口或疤痕，引起法律上的责任。因而，有的办案人员总是以各种理由拖延。?? 4、 相关法律、法规、规章不完善。有的没有规定，有的规定操作性差，有的相互冲突。(1)《刑诉法》第96条“第一次询问”从何算起，没有规定。(2)在刑事诉讼中，哪些是国家秘密没有明确具体的细

化，导致了实践中的任意性和模糊性。(3)1998年六部委规定了律师的会见权，但对不履行义务的行为，如何举证，承担何种责任，由谁来处理都没有规定。因而，律师会见从一开始就处于一种被动状态，让你见你就见，不让你见就不能见，要告也没有证据，即使告了也没有法律责任。(4)《刑诉法》第36条规定律师会见是“应该”，而不是“必须”，立法的弹性导致执法的弹性和随意性。我国现行法律、法规和规章从立法上对律师的会见权、阅卷权和调查取证权给予明显的限制。

5、有些基层执法人员素质尚待提高。在文明程度高的城市，律师执业环境要比落后地区好得多，律师的诉讼权利、人身自由权保障程度也就高些。在同一个省里，省级的公、检、法执法水平和政策水平、民主法制观念都要比基层高得多。云南省公安厅、河南省检察院近年来都出台保障律师权利的有关规定，他们已认识到律师执业中存在问题的严重性。关键是有的基层办案机关和人员依法办事、民主法制、尊重人权等观念不强，素质有待提高。

二、律师的人身自由得不到保障是一个突出问题?? 在全国被关押过的约200位律师中，被判定有罪追究刑事责任的只是个别情况。被错抓律师主要有两种情况，一是法律没有规定，而有关机关认为构成犯罪的，法院判决无罪的；二是有些律师确有违规违纪行为，但构不成犯罪，被错抓的。

?? 据统计，1995年全国律师协会接到各地律协和律师上报的维权案件仅十几件，1997年、1998年每年高达到70多起，特别是新《刑法》实施后，律师执业中涉及伪证罪占全部维权案件量的80%。另据河南省司法厅提供的自1995年(1995年仅一件，至1999年才审结)以来有11起共13名律师被错拘、错逮的书面材料分析来看

，律师涉嫌伪证罪6起、诈骗罪2起、泄露国家秘密罪1起、妨碍司法罪1起、包庇罪1起；律师涉案长达2年以上的占一半以上；被错误拘押逮捕，获得国家赔偿的仅一例。律师在执业活动中要面临种种风险：法律上没有律师与客户保密义务的规定，而有包庇罪的嫌疑；当事人对律师工作不满，而有诈骗罪的嫌疑；由于国家秘密的规定不明确具体，透露案情或案卷材料，可能面临泄露国家秘密罪指控，等等。其中，对律师执业中人身自由、安全构成最大威胁的是《刑法》306条。??《刑法》第306条规定“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，……。”该条款存在的主要问题有：1、何为“威胁、引诱”？没有明确、具体的客观标准，难以把握。律师在询问证人过程中能否进行诱导性询问也没有规定。2、第306条是行为罪，律师只要有某一种行为，就构成犯罪，没有“情节严重或后果严重”的要求，对律师处罚过于严厉。3、追究律师伪证责任的主体是检察机关和公安机关，它们同律师在某一案件中是平等诉讼主体，和律师在执业活动中难免有些磨擦，有一定职业利害关系。证人要推卸责任诬陷律师，或办案机关搞职业报复，结果就是律师身陷囹圄。??第306条同其它条文或规定相比，如在帮助当事人毁灭、伪造证据上，司法工作人员和律师就不一样，律师一实施就犯罪，司法工作人员要情节严重的才构成犯罪；从方式上，司法工作人员作伪证必须是以暴力、威胁、贿赂等手段，而第306条只要有一种情况就构成犯罪。同样是妨害证据的行为，根据第306条律师要判刑，而最高人民法院《人民法院审判纪律处分办法(试行)》第34条规定给

予记过至开除处分。同样的行为，法官比律师危害大得多，但比律师处分却轻得多。再加上个别机关“老大”思想作怪，一旦律师辩护对其不利特别是在律师会见后，证人、嫌疑人、被告人翻供的，他们便怀疑是律师指使的，立即中止原案的审理，不论证据真实如何，事实清楚没有，不顾人权，先关起来再说，定不了伪证罪，再定其它罪。云南省就有一位律师先因涉嫌伪证罪被关押，判不了伪证罪后，又以其罪名追究，关押2年多后才被释放。?? 律师在执业活动中的人身安全得不到保障的原因也是复杂的、多方面和深层次的，主要有：?? 1、由于我国长期处于封建社会，虽然建国以后民主与法制建设取得长足发展和进步，但“公权大私权小”的观念还根深蒂固，保护人权、尊重人权的观念还比较淡薄。?? 2、立法上的欠缺。如前面提到的《刑法》第306条。1996年的《律师法》也严重滞后，不能适应新时期律师工作发展的需要。我国没有完备的证人制度，证人证言有时真假难辨，又不能录音，责任不清，有时会牵连到律师。立法上也未能与我国已加入的国际公约接轨，赋予律师在法庭上言论享有豁免权。?? 3、司法体制构建不尽合理。在涉及律师人身自由安全方面，突出的是检方既是一方平等主体，又是法律实施监督机关，律师始终处于弱势地位。?? 三、律师执业中的“三难”和人身自由权利得不到保障的直接后果。?? 浙江省1995年至2002年上半年律师刑事辩护数据?? 以上数字表明上述地区的刑事辩护率正在下降。当然，辩护率下降的原因也是多方面的。除当事人经济原因，刑事案件收费相对较低等因素外，律师参与刑事诉讼环节多、困难多、受委屈多、执业风险大，律师作用难以充分发挥是主要的原因，这极大地挫伤

了律师办理刑事案件的积极性和热情。有经验、有名气、案源较充足的律师，能不办刑事案件的尽量不办；收入有保障不办理刑事案件能维持收入水平的，放弃办理刑案。特别是在一些基层地方，非诉讼案件、经济民事案件不充足的，为了自身生存需要，律师不得不办理刑案，而出问题的大多数是这些人。高水平的律师很少参与刑辩，没案源或案源不充足或刚工作的律师不得不办理刑案，结果是不仅刑事辩护率下降，而且辩护的质量也正下降。有的检察部门和法院反映，律师办刑案质量，特别是法院指定刑事案件质量较低，大多数是应付，发表的辩护意见谈不到关键要害上。律师的执业权利受到限制，或人身自由没有保障，当事人也认为聘请律师没有干多少事，起不了多大作用，白花钱，有的就状告律师诈骗，客观上造成律师尴尬的境地，两头受挤。由于种种限制，影响了社会对律师的地位与作用的认识，客观上造成了律师在刑诉过程中的作用难以充分发挥。

#### 四、改善律师执业环境的有关建议

改善律师执业环境是一个复杂的系统工程，涉及方方面面。某一司法原则的确立与否都会直接或间接地影响到律师的执业环境。如目前讨论的有关犯罪嫌疑人有限的沉默权、不得强迫自证其罪的原则、正在广东试行的诉辩交易制度、即将实施的刑事证据展示程序都会直接或间接影响律师执业环境的改善。

##### (一) 建议修改相关法律。

应该废除《刑法》第306条。律师不应作为伪证罪的特殊主体，把律师作为特殊主体，有强调意味，容易误导。该法第307条规定的伪证罪为一般主体，其本身已包含了律师在内的特殊主体。在立法上，第306条与第307条有重叠之缺陷。第306条给律师执业带来无法回避的执业风险，也易被某些执法人

员当作职业报复的有效依据。?? 在废除第306条确有困难情况下，应提请全国人大就《刑法》第306条作立法性的限制解释。对该条“威胁、引诱”罪状应有客观标准；改行为罪为结果罪，加上“情节严重”；在处罚程度，应比照法院、检察、公安机关工作人员妨碍作证罪的处罚程度；在追究律师伪证责任主体上，直接办案的公安、检察机关或上一级机关因有职业利害关系，应予以回避，由异地机关审理，或成立“宪法法院”审理此案。?? 追究律师刑事责任的，可实行“拘捕限制权”，设立“律师执业案件听证审查程序”，由有关部门组织听证和调查后，才能实行强制措施。?? 向全国人大法工委建议修改《刑诉法》有关会见、调查取证、阅卷、国家秘密的条款，增强可操作性。?? 向全国人大法工委建议全面修改《律师法》。现行《律师法》共有53条69款，其中载明“律师必须、律师不得、律师应当”字样条款24款；暗含律师“必须、应当、不得”的意思的条款15款，而规定“律师可以”“律师有权的条款少得可怜，权利与义务明显失衡。?? 建议增加律师在法庭上的言论豁免权，保障律师在法庭中人身自由权；建议增加“在对嫌疑人第一次讯问时，律师就在场”的规定。目前，四川省正在试点，公安、法院部门的同志也有此建议。?? (二)充分发挥人大和政协监督作用，实行定期执法检查。?? 全国人大地方各级人大、政协进行的执法检查，对促进有关机关依法办事起重要的监督作用。执法检查应定期化、固定化。?? (三)有关机关应共同协商建立反映问题的渠道，落实有关规定。?? 1998年公安部、最高人民法院等六部的规定中对律师的会见权还是有规定的，关键的一是抓落实，二是要完善、明确规定违反义务如何举证、如何

处罚。另外，公、检、法、司机关应建立反映问题的正常渠道，专门接待、及时处理、相互监督、促进依法办事。有的地方公安法制部门把是否保障律师会见权的落实作为一项考核内容，如律师有反映查证属实的，年终评比要扣分。?? (四) 律师管理部门应抓紧律师执业规范的完善，加大管理力度。?? 律师管理部门应认真研究分析全国约200位律师被抓的原因和症结，哪些是故意违法乱纪，以身试法，破坏律师整体形象的案例；哪些是因缺乏经验，不知道如何防止风险而引起的案例；哪些是由于法律没有规定，行业也没有规定，而应由行业应予规定而引起的案例。分门别类，制定不同的办法。?? 律师工作是一项风险大、专业性强、需要讲究技巧，工作十分严谨的职业。现在拿到律师资格的人，大多数没有经过严格的执业培训，没有规范的“帮带”实习，而是自己个人凭关系找律所实习，出现问题也是必然。因而建立律师的执业培训制度和实习制度显得非常重要。?? 全国律协和地方律协应加紧律师在刑事诉讼执业规范的修改完善。行业规范越完善、越细化就越能规范律师的执业活动，也能作为评判律师某种具体行为的标准。如对委托人透露案情到什么程度，能否让当事人家属复印有关卷宗材料，能否透露证人名单及作证内容，给嫌疑人、被告人代转衣物时要不要严格检查，责任由谁承担等等，这方面规定太少或没有规定，出了问题往往是既无禁止性规定，又无授权性规定。?? 加强执业风险教育，提高自我保护能力。应收集总结全国各地在防范风险中切实有益的做法，加以推广。一些律师涉嫌伪证是因为没有经验，不知如何同当事人、嫌疑人、被告人、证人谈话，在办案过程中应注意哪些问题。有的律师单独会见、单

独取证，一旦被指控，连个证明人都没有。在实践中，各地也创造了一些经验和做法，值得借鉴和推广。如云南某一律师事务所律师在会见嫌疑人、被告人时，都出具一份盖有律师事务所公章的“谈话提纲”，提纲上列明谈话内容，“谈话提纲”的背面列上法律依据，公、检、看守所有关人员一看很正规，很少为难律师，也消除他们担心律师串供的疑虑。实践证明，效果很好。河南省律师协会搞培训时，注重执业风险教育，如提出刑事辩护分三个阶段收费，每个阶段律师可以做哪些事，注意哪些问题等等。?? 建立律师执业档案，对律师违规违纪行为经查证属实的记入本人档案，采用类似于交通违章积分办法，几次给予什么样的处罚。律师办理有重大影响的，并被法院终审采纳的案件也应记入档案，给一定奖励。律师当年的执业记录应在年检注册时公告，接受社会监督。对以身试法构成犯罪的不能心慈手软，要清除出律师队伍，并予以公开曝光，实行社会监督。?? (作者于2002年10月参加了司法部“律师在刑事诉讼活动中存在若干问题的调研”，通过对浙江、云南、河南的公、检、法、专家学者、律师、律师管理部门的调研，撰写此文。) 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)