

必须尽快取消《刑法》第306条 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_BF_85_E9_A1_BB_E5_B0_BD_E5_c122_484168.htm 自从1997年新《刑法》颁布至今，因违反第306条，而被怀疑和遭遇处罚的刑事辩护律师已有相当数量，仅北京一地就已愈百人。近一段相当长的时间内，有关《刑法》第306之存废的争议始终此起彼伏、见仁见智。本文将在归纳和总结理论界和实务界对306条的负面评价的基础上提出有关取消《刑法》第306条的几点建议。对《刑法》第306条的负面评价主要来源于三个方面：其一，从法学理论本身来分析，该条的规定缺乏法学理论常识作基础和支撑，不符合刑事司法的一般规律和要求；其次，在社会价值观念层面上，该条的规定没有客观的看待和分析刑事辩护律师的社会定位和职业特点，对刑事辩护律师队伍的发展起到了阻碍的作用；再次，中国法治发展至今日，在司法环境尚待净化、司法人员的整体素质尚待提高的背景下，《刑法》第306条的出现不但没有站在高屋建瓴的高度起到良化中国刑事法治环境的作用，反而在实践中激励了一些诸如“职业报复”等现象的出现。综上，笔者认为取消《刑法》第306条迫在眉睫。

一、尊重刑事司法的一般规律

第一个反对的视角 从世界范围来看，大陆法系和英美法系虽然还存在着比较清楚、明确的界限，但两大法系之间相互借鉴、融合的趋势已经势不可挡。特别是在刑事司法程序和审判构造方面，两大法系越来越趋同的尊重和遵守着刑事司法的一般规律。其中，以刑事司法多元化价值为基础，延伸并巩固对抗制的审判模式，并且借助多种审前的简化和分程序来达到

刑事司法所追求的最大利益，是各国刑事司法所普遍认同的宗旨。将《刑法》第306条放到这个大的潮流和背景下加以考察，不难对这条法律规定产生几点深层的理论质疑。（一）

信赖利益的保护刑事司法价值多元化的基础 刑事司法程序的运作既要利于保证国家打击犯罪，又要利于国家保护人权这是现代刑事司法的基本理念。刑事辩护律师作为一种职业，它是否得以发展与成熟直接决定了国家在权衡这两种价值理念方面的成败。从诉讼结构的角度来看，刑事辩护律师的功能主要在于平衡控辩双方的力量，使辩方也能够有能力与机会达到和控方在手段上平等武装的可能。显而易见，控方由于掌握着国家的控诉职能、分享着国家的司法资源、代表着国家处于追诉犯罪的优势地位，所以，在调查、取证等环节享有了诸多的便利。而被告人、犯罪嫌疑人往往势单力薄、缺乏法律知识，天然的被推到了劣势的地位。在这种情况下，仅仅指望凭借被告人、犯罪嫌疑人自身的力量来维护自身的利益就显得有点望梅止渴了。刑事辩护律师作为一种职业、一个专业的出现恰恰弥补了被告人、犯罪嫌疑人由于资源稀缺所导致的控辩力量失衡的尴尬境地。从而从制度和机制的层面上保障了刑事司法对于人权的保护和尊重。可以说，只有保障了刑事辩护律师这个职业的健康、良性发展才可以实现刑事司法坚固多元价值追求的理念。从法律关系上来看，刑事辩护律师与犯罪嫌疑人、被告人之间是一种委托代理关系。像所有委托代理关系一样，如何在委托人和被委托人之间建立起一种信任关系、进而使被委托人坚信基于这种信赖关系所可能有机会得到的利益，是保证刑事辩护律师能够在刑事审判中发挥应有作用的关键。委托代理关系的特点要

求刑事立法的内容和刑事司法的过程不仅应该对刑事辩护律师和他的被委托人给予一般的保护，亦要求在合理范围和合理空间内给予他们特殊的保护，以维护在兼顾多重司法价值的前提下理性的完成追诉犯罪的任务。纵观世界各国的刑事司法制度，这样的制度设计比比皆是，概莫能外地被认为“律师特权”或“律师拒证权”。与这些国家的法律相比，我国刑事法律对于拒证权的问题尚未作出任何回应，这就使得律师和被委托人之间的关系既没有得到法律一般性的保护，也没有得到特殊的维护。与此相反，《刑法》第306条的出台，更恶化了刑事律师与被委托人之间的这种信赖机制。特别是在何谓“帮助”、“伪造”、“威胁”、“引诱”这些重点词语上缺乏规范的解释和严格的界定，使得许多律师在刑事辩护活动中战战兢兢、畏首畏尾，生怕由于自己一时的疏忽触犯了相应地条款，导致身败名裂、家破身亡的厄运，而没法完整、成功的完成刑事辩护的任务。（二）对抗制的审判模式与《刑法》306条的南辕北辙 无论是从古罗马时期的决斗还是到现代大规模的生化战争，凡对抗必要持武器，否则就是缴械投降。刑事诉讼作为国家对公民个人发动的一场无烟战争，被告人若不想缴械投降就要抬出律师这个有力的武器，而律师要想赢得胜利不仅需要炮弹更需要底气。法律、证据就是炮弹，而制度保障就是底气。我国现行的《刑事诉讼法》虽然将审判方式由纠问制改革为对抗制，但对于略熟刑事司法实践的人们而言，这种变化仅仅停留在不成熟的表面化阶段，而远非本质意义和层面上的对控制审判模式。抛开其他因素不谈，仅仅考察一下刑事辩护律师在刑事审判过程中的地位就可以对笔者的认识有一个充分的映证。刑事辩

护律师在法庭上一言不发已非少数、由于提交了新的辩护意见或新的证据而遭遇司法机关怀疑甚至遭到惩罚的也不乏有之……。当然，若将这其中深层次的原因都归于法律规定的疏漏未免太有点以偏概全的感性味道。但《刑法》第306条的出台确确实实的造成了对目前这种对抗制审判模式的某种伤害，它使得律师们在辩护活动中丧失了勇气，变得越来越没有底气了。依笔者之见，若想在中国的刑事审判中真正建立起对抗制的审判模式，拿掉律师头上的这把尖刀是其中关键的一个环节。只有使律师们解除了在会见犯罪嫌疑人、进行刑事辩护、调查、取证的过程中焦虑后院起火的压力后，才能真正的保障控辩双方在手段上的平等武装，从而使对抗这种形式变得真实而具体。

（三）匮乏的风险分流机制与非正当风险的并存一个制度层面的困惑 前不久在网上看到学者刘武俊在谈到我国刑事辩护律师的风险问题时，将律师角色的这种风险性划分为“正当风险”与“非正当风险”两种，近而深受启发。控辩双方作为刑事审判的参与者在审判活动中始终存在着胜败的风险与可能。律师的职业精神要求他们在办理每个刑事案件的过程中要始终以维护被告人的合法权益为最高也是最终的目的。所以，适当的分散与化解诉讼中败诉的风险，对于律师从事辩护活动是至关重要的。从经济学的角度上看，化解风险的方式无外乎两种：一是风险转移；二是风险分散。风险转移往往是将全部风险不折不扣的转嫁到另一个主体上，但由于刑事追诉对象的特定性，这种风险化解的方式往往很少移植进律师的辩护活动中来。而风险分散在律师的刑事辩护活动中常常取决于几个因素的共同作用，其中包括：程序法所提供的程序性分流机制（例如：辩诉

交易制度）、获得一个合理预期内的信息交换机会（诸如：证据开示制度）、及利用各种已知证据获得胜诉的可能（例如：相对理想的判决结果）。从世界普遍采纳的立法惯例来看，在立法的高度上为被告人和辩护律师提供一套相应的风险分流机制是帮助被告人及辩护律师降低自身风险、节约诉讼成本和司法资源的普遍做法。以起源于美国的辩诉交易制度为例，仅仅凭借这种程序每年至少分流出96%的刑事案件，尽管大多数被告人最终还是会被判有罪，但对于被告人和律师而言，节省下来的诉讼成本和相对减轻的处罚结果，还是使他们觉得这也不愧为控辩双方双赢的选择。当然，这种在程序上对风险的分散是建立在信息对等和合理期待的基础之上的。如果证据开示制度不发达或被告人和律师缺乏合理期待，那么，即使是节约了成本也未必降低了风险。毕竟，诉讼的目的是追求公正、不是提高效率。我国的刑事诉讼程序，没有在制度上为被告人和律师设计程序上和制度上的风险分流机制。被告及其律师在上法庭之前，很难享有任何程序上的选择权。在这种“一锤定音”的背景下，律师想寻求降低正当风险的途径之可能性几乎是零，所以，在胜败之间被告人及其律师往往处于劣势。相反的，法律却提高了律师承担“非正当风险”的可能性。正如刘武俊学者所言，《刑法》第306条的规定使得律师不仅仅在大部分时间承担了不利的判决结果，且在很多时候也加重了负担“非正当风险”的违法可能性。笔者认为，要对律师的刑事辩护行为进行制约，首先要提供给他们一个制度内的降低正当风险的程序机制和制度保障。而依靠事后的怀疑与推测对刑事辩护律师加以刑罚处罚，不仅在潜移默化中损害了辩护律师和被告人之间

的信赖关系，同时亦不符合刑事审判程序本身的规律。二、来源于社会观念层面的几点思考（一）刑事法治道路上“左”的意识始终盛行在某种程度上，《刑法》第306条的出台可以被理解为是“左”的思想对刑事辩护制度的冲击。受单一打击惩罚犯罪观的长期影响，有罪推定的思想至今仍深刻的影响着立法者、和司法者的判断。一贯以来，刑事辩护律师在刑事审判中的作用和地位往往被戏称为是“为坏人辩护的人”。既然是帮助坏人的人，那自身的自律意识和修养也就好不到哪里去了，所以，你们有可能并且经常“毁灭”、“伪造”、“威胁”、“引诱”被告人作出不真是的供述，甚至和被告人同流合污。与此相反，检察官和法官由于是专门打击犯罪的正义天使，天然的具备善良人格的一切优秀品格，自律即可、何求他律。近而，《刑法》第306条有必要对刑事辩护律师这类特殊主体进行预警甚至惩罚。可见，审判观念上的善恶分层，是使刑事辩护律师处于被怀疑和治罪境地的有一个重要因素。无可厚非，任何思想意识、文化传统都存在着客观的历史继承性，这种逻辑惯性也正是推动社会不断发展的动力之一。随着文明的进步、社会结构的转型、思想意识的多元化，一些旧有的、背离事务发展规律的传统与思维模式都应被改造或舍弃。刑事法治的发展也一样，制度层面的改革固然重要，但意识观念上的转变尤为基础。否则那些搭好的制度框架在人们的逻辑世界就会成为“无源之水、无本之木”，最终使制度本身成为学者理想中的乌托邦。这里需要进一步阐明的是，观念和制度之间并非决定与被决定的关系，而是一对互动、互利的伙伴关系。良好的制度可以引导、培植理性的观念，反之，藐视事物发展规律的制度

就会滞后理性观念的形成。引用培根的一句经典表述就是：“对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期望播种与收获同时进行，为了使它们逐渐成熟，必须有一个培植的过程。”而《刑法》第306条作为一个法律条款在激发和引导人们形成正确的刑事辩护观方面所固有的缺陷，确实值得人们反思。（二）“为公”还是“为私”？“自律”还是“他律”？特定角色的选择 律师角色的定位仍然是一个见仁见智的问题。我国《刑事诉讼法》将律师定位为具有独立诉讼地位的诉讼参与人是普遍公认的一种见解。所谓“独立的诉讼地位”是指，律师虽然与被告人、犯罪嫌疑人是一种法律上的委托代理关系，可是当他一旦接受委托后，就要以维护当事人的正当利益为其辩护的重要目标，而不完全受当事人意思的制约。特别是当律师认为被告人罪轻或无罪时，即使被告人自己供述了罪行，律师仍然可以坚持自己的辩护意见，以使被告人的正当利益得到保护。可以说，律师与被代理人之间的这种特殊关系具有一种服务的性质，即辩护律师应当为被告人服务，最大可能的维护其正当利益。所以，律师首先是为私人，即被代理人提供法律服务。这也是律师工作的最直接目的。当然，律师作为刑事诉讼的参与者也肩负着发现真相、探求公正的使命。但从角色分担的角度来看，法官对探求真相、寻求公正判决更具有责任。诚然，法官不仅具有独立性，还处于中立第三方的地位。另外，律师在与被告人交谈过程中发现了被告人犯罪的事实是否应站出来揭发呢？这就需要理清几个关系：首先，揭发、控诉、证实犯罪事实是检察官需要完成的工作，检察官代表国家履行控诉职能，拥有资源上的优势和行动上的便利。律师本来是要平衡这

种控辩失衡的配比才参与诉讼的，倘若律师也可以不折不扣的控诉，那检察官在法庭上将身处何地呢？其次，“谁主张、谁举证”是举证责任分担的基本原则。控诉方履行控诉职能，负担证明和提供被告人有罪的证据；辩护方履行辩护职能，负责证明和提供被告人罪轻、无罪等证据。鼓励律师站出来揭发犯罪就模糊了举证原则的分配规律，破坏了对控制的审判模式。最后，律师若总是揭发自己的当事人、法庭倒戈，将严重破坏辩护律师与被代理人之间的信任关系。这既不符合律师的职业道德，也违反了律师的职业精神。所以，激励律师揭发犯罪不可取。当然，诉讼作为一个系统运作的过程，它的目的是各方诉讼参与者都有责任加以恪守的。律师如果为了单纯达到“为私”的目的，而全然不顾打击犯罪、维护社会秩序的公共利益，也是不理智的。所以，法律普遍要求律师维护的仅仅应当是被告人的正当利益，而需要通过不正当手段才能获得的非法利益，法律是不予保护的。但对于惩罚律师的做法，各国普遍持谨慎的态度，即必须有足够的证据加以证明怀疑是合理的，才能对律师提起指控。并且对于律师的指控必须通过一个具有中立裁判权的组织才能认定。而不是侦查机关、检察机关在发现证人改变证言或有其他盖然率较低的怀疑时，侦、检机关不通过任何裁判程序而任意羁押、审问律师。后者是我国自有《刑法》第306条之后，各地公、检机关的普遍做法，这一方面反映了立法对司法的指导不得力，同时亦反映了人们对律师职业角色定位的误区。既然律师职业是代表民间力量挑战国家公权力的象征，同时又具有服务性、诚信精神和独立性等特点。那么，对于律师职业的规范主要采用那种形式更为合理就是客观需要

解决的问题了。笔者主张对于律师职业的规制应以“自律”为主、“他律”为辅。诚如第一个问题中所提到的那样，律师应当是独立的，这种独立性越有保障，越有利于当事人对律师的信赖。所以，“自律”为宜。这里“自律”可以分为两个层次：一是，律师本人基于职业道德和职业伦理而自我约束、控制的能力；二是，行业自律保障机制的健全对律师自我约束的监督和影响。我国随着律师队伍的不断壮大、律师素质的不断提高、相应法律的先后出台，建立律师行业的自律机制的条件已经基本具备。目前，我国的律师协会就是律师行业的自治组织。它作为集中代表律师利益的组织，是否可以就有关律师违规、违纪、违法等不同层面的问题享有合理限度内的判断、惩罚权，并作为考察律师的某一行为是否需要诉诸诉讼途径解决的先行程序，是谈及这一问题时可以思考的。综上，在“自律”机制尚未完善建立的今天，法律（特别是《刑法》）对律师基于职业特点和职业伦理所天然享有的部分特权需要加以谨慎、理性的保护，否则，将破坏这种尚未形成的“自律”与“他律”之间的递进关系。

三、来自实务界与理论界的反对之声

《刑法》第306条的规定在实施的过程中遭到了来自理论界与实务界同仁的许多批评。特别是律师界从微观层面对这条法律规定的反对意见更是发自肺腑。（一）《刑法》第306条导致了“职业报复”的恶果部分学者和律师认为，《刑法》第306条有一种“职业报复”的色彩，立法中将律师作为一类特殊的主体并规定了专门的惩罚条款，不仅仅体现了不平等，同时亦是对律师职业的歧视。著名学者陈瑞华指出：“大量案例表明，司法机关真正按照这条给律师定罪的很少，而通过《刑法》第306条的适用

，更多的时候达到的是一种“职业报复”的目的。这就使该条款出现了“正当化”的危机。”（二）第306条的规定使弱势的律师更弱势 诚如笔者在文章叙述的那样，律师的辩护地位在中国目前的情况下并没有得到足够的保护，在这种背景下又将律师作为伪证罪的特殊主体有意强调，会引起误导的作用。仿佛律师更容易犯伪证罪。司法部司法研究所副主任严军认为：“中国的律师制度还处于发展阶段、还很脆弱，需要更宽松、更良好的职业环境。严格规定是必要的，但更需要扶植。律师在法庭上的言辞应不受追究，即律师应享有豁免权，相对于检察官、法官而言，律师是个人职业、是弱者。”对司法实践略加考察就会发现，第306条的规定对整个律师行业的发展可谓是“雪上加霜”。（三）第306条使得律师在刑事辩护活动中的空间越来越小 法律赋予律师在审判前和审判中的权利本来就非常有限，而律师伪证罪的出现更使律师在行使有限权利的同时忧心忡忡，不能放手取调查取证。由于立法中规定的“威胁”、“引诱”在实践中缺乏可衡量和操作的标准，这在心理上也起到了限制律师过多接触被告人、证人的热情，生怕稍有不慎罪及个人，等等诸如此类的顾虑使得律师在无奈的情况下，不得以尽量缩小自己在刑事辩护活动中的作用，时刻紧记“明哲保身”的至理名言。

（四）损伤了尚处于“雏形”阶段的无罪推定原则“不经人民法院审理和判决，任何人不得被判有罪”这是97年实施的《刑事诉讼法》的一个重要的闪光点。它对于公、检、法三机关树立“疑罪从无”的意识不无帮助。但律师伪证罪的罪名使得公、检、法三机关不仅可以“疑罪从有”，而且这种怀疑的范围还从被告人、犯罪嫌疑人扩展到了律师。只要律

师表示出有利于被告人的反对意见，且这种意见正好在司法机关掌握之外的，那么，怀疑律师犯了伪证罪往往是时下通行的逻辑。在无罪推定原则仅仅停留在雏形阶段的今天，避开沉默权却选择对律师这个特定职业设立惩罚条款，就难免有点持“疑罪从无”之虚，而行“有罪推定”之实的味道了。

（五）律师不是司法环境恶化的罪魁祸首 田文昌大律师在谈到我国刑事辩护律师的两难处境时曾经做过这样一番论述：“律师为坏人辩护不得人心；律师与司法机关作对碍手碍脚；律师辩护无效果当事人不满意；律师给法官送礼腐蚀司法人员；律师不负责任就知道骗钱。”仿佛，司法的种种腐败、种种不公都是由于律师的破坏才到此境地的。更仿佛，只要规制好了律师，整个司法环境就会得到彻底的净化。但法制建设是一个系统，刑事司法的运作是这个系统中的一个部分，而律师作为参与系统运转的一个角色，他自身也是随着其他因素的变化而变化的。中国的法治发展中存在的问题是多方面、不同层次的。仅仅责怪律师这一个行业，确实太以偏概全了。结合本文谈到的几个问题，笔者认为，中国刑事辩护的命运正处在一个摇摆不定的时期、并且前景未必乐观。刑事辩护律师人数的逐年递减、刑事辩护质量的连续下降、旧有观念的根深蒂固、法律规定的前后矛盾都为实现良性的刑事辩护体制设置了障碍。《刑法》306条作为这种种消极因素中的一个典型代表，在实践中起了很坏的作用。如不对其加以反思和剔除将对整个律师职业和刑事辩护制度产生深远的、实质性的损耗。所以，取消《刑法》第306条律师伪证罪的规定迫在眉睫。

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