

辩护律师权利保障与扩展论纲 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__E8_BE_A9_E6_8A_A4_E5_BE_8B_E5_c122_484349.htm 【摘要】

刑事诉讼法正面临新一轮的修改，对于辩护律师在刑事诉讼中的权利，既有权利的保障和应有权利的确认应该是此次刑事诉讼法修改中可以期待的。1996年刑事诉讼法确认的辩护律师权利状况和与此直接相关的辩护环境亟待改善，辩护律师的会见权、阅卷权、在场权、调查取证权以及自身权益的保障等等一些主要权利亟需在刑事诉讼法中予以实质性的确认或建构相应的制度予以保障。 【关键词】辩护权、辩护律师、保障、扩展

引言 刑事诉讼法自1996年修改以来，已历时8年。时至今日，刑事诉讼法的再修改已经成为法学界共识[1]，而且在操作层面也已经提上议事日程，十届全国人大常委会已经将刑事诉讼法的再修改列入立法规划，刑事诉讼法再修改的调研工作也正在紧锣密鼓地进行。修改后的《刑事诉讼法》，在律师参与刑事诉讼活动方面，赋予了律师更大的权利，有了较大的进步，罗列了如律师提前介入、会见权、阅卷权、调查取证权等等一大堆的权利。但由于法律本身的缺陷，再加上一些司法机关和相关行政部门及工作人员对法律的曲解，使得律师参与刑事诉讼的权利大打折扣，使得本来作为“律师成名摇篮”[2]的刑事辩护并没有多少律师愿意从事。如“北京律师年人均办理刑事案件的数量下降到不足1件，2000年北京有律师5459人，全年办理刑事案件4300件，人均办理刑事案件从1990年的2.64件下降到2000年的0.78件，这还包括了各种形式的法律援助和指定辩护在内。北京市全年的

刑事案件将近5万件，对比以上数字，律师辩护率不足10%。

” [3] 而更让人触目惊心的是：“在事关被告生死攸关的刑事案件中，有70%以上的案件没有律师介入，被告人只能自己为自己辩护。全国已有200多位律师在履行职责时被捕。” [4] 在这种情况下，遂有“不敢替‘刑事犯罪嫌疑人’辩护的中国律师”一说” [5]，因此有学者将当今辩护律师的尴尬状态归结为“三难一怕”，即：会见难、阅卷难、调查取证难和怕律师伪证罪。面对刑事诉讼法的新一轮修改，对辩护律师既有权利的实现提供保障、应有权利的法律确认，我们充满期待。在此，笔者择其要者做一粗略阐述，权作引玉之砖。

一、关于会见权 根据刑诉法第96条的规定：犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或采取强制措施之日起，可以聘请律师。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，在会见时侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。这一规定赋予律师在侦查阶段的会见权。但律师会见权在实践中却难以得到充分行使，甚至被剥夺是众所周知的。对律师会见权构成最大威胁的是侦查机关的“会见批准权”和“会见在场权”。所谓“会见批准权”和“会见在场权”，即《刑事诉讼法》第96条第2款的规定：“受委托的律师可以会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。”即律师会见时侦查机关“可以”派员在场，涉及国家秘密的案件，律师会见还应当经侦查机关批准。对于侦查机关的“会见批准权”，这里关键的问题在于到底什么是“涉及国家秘密的案件”？刑事诉讼法对此没有做出明确的规定，《保守国

家秘密法》对“国家秘密”的规定给了最高人民检察院、公安部就此做扩张解释的机会，实际上最高人民检察院和公安部也做了相对扩大化的解释。由此，“就可能出现将任何一个正在侦查中的案件，都以‘涉及国家秘密’为由而不允许律师在侦查阶段介入”的问题[6]，更奢谈侦查阶段的会见。侦查机关的“会见在场权”，律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要“可以”派员在场。由于法律未进一步规定在场的目的和方式，所以司法界和律师界对此理解不一[7]。其实，在司法实践中，法律规定的“可以派员”，早已变成“当然派员”、“案案派员”了，会见不仅要受到监督，还要受到制止。侦查机关大都以派员在场的方式来监督律师行使会见权，侦查人员的临场监督，给犯罪嫌疑人造成了很大的心理压力，即使有剥夺其合法权益的情况存在，也不敢向律师畅言，这使律师会见的法律规定变得意义不大，所以有律师将这种被人看管的会见被称之为“带着枷锁的会见”[8]。因此，在刑事诉讼法新一轮修改中，加强律师会见制度的可操作性，切实保障律师行使会见权就显得尤为必要。笔者以为，对辩护律师会见权的保障至少可以从以下几个方面着手：首先，增加有关非法剥夺或限制律师会见权的法律后果方面的规定。比如明确规定对于律师会见权受到剥夺或限制的情况下所取得的嫌疑人口供不得作为证据使用，由此从根本上杜绝侵犯律师会见权情形的发生。其次，对律师会见权的实现提供可操作的明细规定。如明确规定对于会见时间、次数及会见内容不得予以限制，明确规定对于律师会见不得安装录音设备予以监控等等，切实保障其权利得到行使。再次，对羁押机构进行中立化改造。在我国，看

看守所是主要的羁押机构，长期以来，看守所是隶属于公安机关的一个部门，看守所隶属于公安机关，在司法实践中暴露出了很多弊端。笔者认为，通过改变看守所的隶属关系，使看守所作为一个履行羁押职能的中立机构，消除羁押机构与案件处理结果的利益联系，即可以考虑将看守所划归司法行政部门管理，这样就可以从根本上解决会见难的问题。第四，将侦查机关的“会见批准权”和“会见在场权”的适用范围与条件，由法律做出明确规定，可考虑把“会见批准权”和“会见在场权”都限定在特定的一些涉及国家秘密的案件中，对“涉及国家秘密的案件”可做出明确的规定，如规定为：“国家安全机关或者军事侦查机关立案侦办的，重大的，涉及国家、外交或者国防秘密的案件”，并对秘密级别予以明确界定[9]。

二、关于阅卷权 刑法赋予辩护律师起诉阶段和审判阶段两次阅卷权，但其阅卷范围却都受到较大限制。起诉阶段的阅卷权可以说在很大程度上是形同虚设，律师只能查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。事实上，“律师只查阅诉讼文书，充其量可了解侦查活动是否符合法定程序，若看技术性鉴定材料但对其他有关犯罪事实的证据材料一无所知，对犯罪嫌疑人行为的罪与非罪、此罪与彼罪、情节轻重、能否免刑等问题提出恰当的辩护意见则不太现实。”[10]很显然，律师单凭一些诉讼文书、技术性鉴定材料是难以把握案情和提出有实质意义的辩护意见的。在审查起诉阶段，辩护律师看不到全部案件材料，到审判阶段辩护律师仍然无从看到，因为修改后刑事诉讼法，在起诉方式所抛弃原来的“全案移送”制度，而向“一本状主义”靠拢，实行“复印件主义”，检察机关在提起公诉时只向

法院移送起诉书，同时附上证据目录、证人名单和主要证据复印件即可。至于什么是“主要证据”，怎么确定“主要证据”等等，刑事诉讼法都没有做出明确的规定，把这些问题留给司法机关去自己掌握，既增加了操作的困难度，也埋下了诸多隐患。实践中“主要证据”的确都是由检察机关“根据案件情况决定”的，在对抗制审判模式下，检察机关从部门利益的角度出发也不会主动为作为其对手的辩护律师提供“攻击自己的武器”，实践中检察机关移送给法院的“主要证据”并不是指控犯罪事实的全部证据，也不都是有利于被告人的证据。事实上，检察机关的主观愿望倒很可能是尽量将关键证据作为“杀手锏”留下来，等到法庭审判的关键阶段，“杀”辩护律师个措手不及[11]。在这种情况下，辩护律师要想通过阅卷了解控方已经掌握的证据材料，从而在法庭上有针对性地进行辩护，谈何容易。这为控辩双方在刑事诉讼中地位不平等埋下了隐患，可以说现行刑诉法有关律师的阅卷权相对于修改前来说完全是一种倒退。解决辩护律师阅卷难的问题，法学界提出了诸多主张，笔者以为，要为律师阅卷权提供切实保障，借鉴国外立法经验，建立庭前证据开示制度不失为一个好方案。其实证据开示制度是“一本状主义”起诉方式的题中应有之意。在立法上确立科学的证据开示制度，辩护律师阅卷难的问题即迎刃而解。需要说明的是：在明确检察官的庭前证据开示义务的同时，法律也应该确立辩护律师向检察官开示证据的义务，这样才能使这项制度良性运行，也才能使阅卷问题保持适当的公平性，避免控辩双方均以“证据突袭”为策略，以致于影响诉讼程序的公正性；此外，证据开示制度的确立对于实现司法公正、提高诉讼效

率、实现控辩平衡、最大程度上保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益也都具有极为重要的积极意义。

三、关于调查取证权 刑诉法第37规定的律师调查取证权同样存在诸多限制：首先，由于律师无权查阅主要案件事实的证据材料，为犯罪嫌疑人调查收集有利证据就很难找准方向，要么是重复劳动，要么是证据的证明价值不大；其次，律师调查取证权受到被调查者“同意权”的制约，在调查被害人或者其近亲属、被害人提供的证人时，不仅要受被调查者本人“同意权”的制约，更要附加人民检察院或者人民法院“调查许可权”的制约；另外，加之我国现有立法对证人权利及相关责任方面规定的缺失，使律师在调查取证时往往吃“闭门羹”。如此一来，律师的调查取证权实质上已经被虚化，对律师的辩护造成极大障碍。在刑事诉讼法的再修改中，如何对辩护律师调查取证权的实现提供保障，笔者以为应当取消对律师调查取证权的过多限制，赋予辩护律师享有与司法机关办案人员基本平等的调查取证权，以在最大程度上实现控辩平衡。在此基础上，还应在立法上确立两项制度：一是证人责任制度，立法应当明确证人的作证义务，并增设证人拒证的法律后果方面的规定，这可借鉴美国的经验，按“藐视法庭”惩罚之；二是证人保护制度，如完善证人作证的经济补偿制度、奖励制度、侵害证人的责任追究制度等，以提高证人作证的积极性。

四、关于辩论权 我国刑诉法规定了专门的法庭辩论阶段，控辩双方可以就证据的采信和事实的认定展开辩论。律师的辩论权对于查清案件事实、正确定罪量刑具有重要的作用。但律师的这项权利在司法实践中往往被有意无意的限制：有的法官在辩论过程中针对律师的辩论，不论其是否与案件

有关，都进行打断或人为缩短其发言的时间；有的限制律师发言的时间；有的甚至不给律师发言的机会。要切实保障律师的辩论权，笔者以为刑事诉讼法再修改中可以做如下努力：

一方面，立法上可取消庭审后案卷移送制度，祛除法官对庭审后通过阅读案卷来裁判的依赖，由法官通过“听审”来做出裁判，这样既可强调庭审过程中辩护律师意见对正确定罪量刑的重要性，明确律师在法庭上享有辩论权，任何人不得剥夺和限制，也是对控辩式审判方式的真正贯彻和实现；另一方面，法官作为整个庭审的组织者，对于律师的辩论行为有权进行干预和制止，但对于法官的干预和制止应当在立法上明确，不能再由法官“根据案件情况自行掌握”。

五、关于律师自身权益的保护 律师在刑事辩护中，不但法定的辩护权得不到有效保障，律师自身的人身权利被侵犯的情形也比比皆是，尤其人身权利被侵犯的情形在实践中更为突出。

“律师在执业中因被人陷害而锒铛入狱者有之，因发表不同意见而被法院工作人员非法拘禁、殴打致伤者有之；因代理案件被对方当事人毁容者有之；抠出眼珠者也有之”[12]。

侵犯辩护律师人身权利的情形概括起来主要表现为：其一，辩护律师人身安全得不到保障，有来自官方的侵害，如司法机关及其工作人员非法限制律师的人身自由或对律师进行辱骂、殴打甚至给律师错误的定罪判刑，也有来自民间的威胁和伤害；其二，辩护律师因执业而陷于被追究刑事责任的陷阱，我国刑法第306条规定了辩护人伪证罪，对于刑法306条的这种职业歧视性规定，有人称之为“向辩护律师横空刺出的一柄达摩克里斯利剑”，高悬在辩护律师头上，随时可能落下。这“对于辩护律师来说，意味着一种可怕的归宿：因为

为被告人辩护而自己成为了被告人，以致于使刑事辩护成为律师执业的雷区。”[13] 辩护律师往往被以“帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿证据”、“引诱证人改变证言”等为理由错误地追究刑事责任，这在世界各国的立法中极为少见。鉴于上述这些情况，笔者以为，保障律师执业权益、改善律师执业环境刻不容缓。刑事诉讼法再修改时可以考虑采取如下措施：第一，设立辩护律师证言特免权制度，确立辩护律师证言特免权。所谓辩护律师证言特免权，是指“律师因保守职业秘密而享有的拒绝作证的权利”[14]。这一权利在有关国际公约和西方各国的律师法及刑诉法中，几乎得到了普遍确立。如联合国《关于律师作用的基本原则》第20条规定：“律师对于其书面或口头辩护时发表的有关言论；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之前，所发表的有关言论，应享有民事或刑事豁免权”；如意大利刑事诉讼法就规定：“律师、法律代理人没有义务就因自己职务原因而了解到的情况作证”[15]。而在我国，这一法律制度却长期得不到确立。事实上，赋予辩护律师证言特免权对于推动我国刑事辩护乃至整个诉讼制度的发展都具有重要意义。律师和犯罪嫌疑人、被告人之间是基于一种很强的信任关系，如果要求律师披露将其接触到的很多不利于犯罪嫌疑人、被告人的秘密或隐私。这首先是不道德的，还会极大的破坏律师和犯罪嫌疑人、被告人之间的信任关系，进而对律师辩护制度造成根本性的破坏。鉴于此，设立律师免证权就显得极为必要。第二，确立有条件的辩护律师刑事责任豁免权。“一些国家如英国、德国、法国、日本、卢森堡等，都在立法上确认了律师刑事辩护的豁免权”[16]。确立律师刑事

责任豁免权，这是由刑事诉讼中控辩双方诉讼地位的对抗性和不平衡性决定的。一方面，律师要依据事实和法律针对控方的指控提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。另一方面，律师辩护权利的行使没有任何权力和司法背景作后盾，一旦在履行辩护职责时与控方发生冲突或矛盾，极易处于被动的局面。尤其是中国的律师辩护处于起步阶段，离开了刑事责任豁免权，无疑将会受到极大的阻碍。具体可以考虑如下做法：规定律师对于其在刑事诉讼中依法辩护所发表的言论均享有豁免权，不受刑事法律追究，司法机关对于律师违反诉讼程序的行为有权进行纠正，但不得采取任何限制或剥夺律师人身自由手段；同时，在赋予辩护律师刑事责任豁免权的同时，为防止这一特权被滥用，可在刑事诉讼法和律师法中做出明确的例外规定，即在满足法律明文规定的条件时不得以享有豁免权抗辩。

六、关于讯问犯罪嫌疑人时律师的在场权

根据我国刑事诉讼法第96的规定：律师在侦查阶段介入刑事案件的活动仅仅是提供法律帮助，具体的刑事诉讼规则也没有律师在场制度的规定。辩护律师在犯罪嫌疑人被讯问时的在场权和与犯罪嫌疑人的会见交流权，是侦查阶段律师法律帮助最重要的两个方面。律师在场制度是世界各国的通行规则，美国的米兰达规则，英国的《法官规则》都体现了相关要求。我国目前尚无关于律师介入讯问过程的规定，在侦查阶段，侦查机关往往以侦查不公开为由，排斥律师介入侦查过程，这对犯罪嫌疑人的权利保障构成了潜在的威胁。为了保障人权，遏制刑讯逼供等非法获取口供的行为，实现刑事程序的正当性和法治化，我们必须要有保

障律师于讯问中的在场，建构一个“看得见”的刑事讯问程序，让阳光透入讯问程序。确立律师在场权对于强化律师的辩护职能、强化对侦查权的监督、律师收集证据材料、加强控辩双方在法庭上的平等对抗都有极为重要的意义。构建律师在场权制度，笔者以为可以从以下几个方面进行：侦查机关在讯问犯罪嫌疑人之前，应当告知犯罪嫌疑人享有聘请律师并享有要求律师在其被讯问时在场的权利。如果侦查机关不履行告知义务，其所取得的犯罪嫌疑人人口供不得作为证据使用；律师有权在场听取讯问过程，并可以作必要的记录；在讯问过程中，律师有权针对侦查人员的不法行为提出抗辩，并向犯罪嫌疑人及时提供法律咨询；讯问完毕，侦查机关的讯问笔录必须在由律师认可签字的情况下，才可作为证据使用；同时，国家应当建立值班律师制度，作为预备在场律师，以便于在犯罪嫌疑人来不及委托辩护人的情况下，对犯罪嫌疑人的初步询问、收集初步证据。

七、关于“辩护律师”的“提前介入”我国刑事诉讼法第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起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。较之1979年刑诉法，将律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段已是很大的进步了。但律师提前介入侦查阶段并不是以辩护律师的身份，而只是以一种类似于我国台湾刑事诉讼法规定的“辅佐人”的身份为犯罪嫌疑人提供法律帮助的。在受聘律师没有阅卷权、调查取证权和会见权得不到保障的情况下，其提供的“法律帮助”的效果自然也就十分有限。其实，在侦查阶段允许律师辩护已成为刑事司法的一项国际准则。联合国《关于律师作用的基本原则》第1条就规定：“所有人都有权

请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利，并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护。”我国的刑事诉讼注重发挥侦查机关的职权作用，审问式、秘密的侦查结构对律师的介入极为谨慎。所以刑事诉讼法对律师提前介入的规定就多少显得有些暧昧，对提前介入的律师的活动范围规定的过于笼统，其“法律帮助”的具体操作性留给司法机关“根据案件情况掌握”，其结果可想而知；此外，律师向犯罪嫌疑人提供“过多”的“法律帮助”会因不招侦控机关的喜欢而给自己带来更大的执业风险，如据法力争，则存在着“赢一阵子、输一辈子”的可能，故多不愿意过多介入侦查阶段，因此犯罪嫌疑人的合法权益在此阶段经常性的受到侵犯就不足为奇了。鉴于上述情形，必须考虑将律师提前介入侦查阶段的这种进步再进一小步??允许辩护律师全面介入侦查阶段，以“辩护律师”的身份全面的介入包括侦查阶段在内的刑事诉讼全部活动。结语 刑事诉讼法修改以来，辩护律师，刑事诉讼中“戴着镣铐的孤独舞者”，处境跌跌撞撞，坎坎坷坷、尴尴尬尬。刑事辩护被律师界戏称为“铺满鲜花的陷阱”，刑事辩护环境“涛声依旧”、“江山不改旧模样”，使得他们对刑事辩护这块传统“领地”逐渐心灰意冷、对刑事案件只有敬而远之，刑事辩护的路已经越走越窄。在律师被当作“唯利是图”、“受人钱财、替人消灾”的代名词的同时，辩护律师的无奈又有谁人知道呢？唯有确保辩护律师在整个刑事诉讼过程中的正当权利，律师才能卸下镣铐、消除压在心头的人身危险顾虑，也才能有足够的手段搜集相关的证据，才能冷静、从容的“像法官那样思考”，从而切实的履行辩护职责，维护当事人的利益，推动中国法治之轮的滚动。刑事

辩护之路渐成通途有赖于司法环境的整体改善，最重要的是有赖于司法机关对律师权利的切实保障和司法人员在观念上对律师刑事辩护业务发自内心的认同。在刑事诉讼法新一轮的修改中，我们期待着辩护律师执业困境的坚冰突破，期待着每一位辩护律师能有尊严地面对法官、面对侦控机关、面对当事人，期待着辩护律师获得依法执业、体面执业的权利。

【注释】陈海平（1979?），男，甘肃渭源人，硕士，燕山大学法学系教师。

【参考文献】[1] 参见：徐静村.21世纪中国刑事程序改革研究??《中华人民共和国刑事诉讼法》第二修正案（学者建议稿）[M].北京：法律出版社.2003；陈光中：《刑事诉讼法》再修改若干问题之思考[J].中国司法.2004.1；樊崇义.刑事诉讼法修改专题研究报告[M].北京：中国人民公安大学出版社.2004；樊崇义、李艳玲.刑事诉讼法再修改要论.法学杂志.2004.1.等等。[2] 杜钢建、李轩.中国律师的当代命运[M].北京：改革出版社.1997.202. [3] 陈兴良.为辩护权辩护??刑事法治视野中的辩护权[J].法学.2004.1. [4] 王吉文.刑事辩护律师的困境.律师世界[J].2003.9. [5] 胡盈盈、端木正阳.不敢替‘刑事犯罪嫌疑人’辩护的中国律师[J].中国律师.2002.3. [6] 谢毅超.《刑事诉讼法》若干问题再思考[J].福建政法管理干部学院学报.2004.1. [7] 徐静村.侦查阶段:律师有法难循[J].中国律师.1998.4. [8] 刘彤海.关于代理刑事辩护案件的困惑与思考??兼谈《刑事诉讼法》和《律师法》的修改[J].河北法学.2001.2. [9] 谢毅超.《刑事诉讼法》若干问题再思考[J].福建政法管理干部学院学报.2004.1. [10] 蔡国芹.实现律师辩护职能的制度性障碍[J].海南大学学报（人文社会科学版）.2003.1. [11] 陈瑞华.看得见的正义[M].北京：中国法制出版

社.2000.274. [12] 杜钢建, 李轩.中国律师的当代命运[M].北京: 改革出版社.1997.292. [13] 陈兴良.为辩护权辩护??刑事法治视野中的辩护权[J].法学.2004.1. [14] 黄文、张述元.律师证言特免权制度研究[J].载徐静村主编:《21世纪中国刑事程序改革研究?? 中华人民共和国刑事诉讼法 第二修正案(学者建议稿)》.北京:法律出版社.2003.240. [15] 意大利刑事诉讼法典[M]. 黄风译, 北京:中国政法大学出版社.1994.70. [16] 赵秉志、时延安.辩护律师执业豁免:近在眼前还是遥不可及,关于律师刑事责任两个热点问题的研讨[J].中国律师.2001.7.

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