

律师辩护：有待保障证据开示：尚需论证 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E8\\_BE\\_A9\\_E6\\_c122\\_485579.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_BE_A9_E6_c122_485579.htm) 2003年8月，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任陈卫东教授组织刑事诉讼法博士生赴大连、烟台针对“辩护律师诉讼权利保障和证据开示”问题进行了实务考察，并得出结论 侦查阶段律师会见难 根据刑事诉讼法第九十六条规定，律师在犯罪嫌疑人被第一次讯问后或者采取强制措施之日起，有权会见在押的犯罪嫌疑人。但调研中我们发现律师会见权存在着诸多问题。（一）律师“会见难”具有诉讼阶段性 律师会见难最突出体现在侦查阶段，特别是侦查机关提请批准逮捕之前的这个期间，而在案件进入审判阶段后，律师会见被告人基本上比较顺利。总体来看，律师会见的难度系数随着诉讼阶段的推进呈递减趋势。侦查阶段律师会见难突出表现在：  
1．律师会见批准制由例外变成了通例。刑事诉讼法第九十六条规定，只有涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人应当经过侦查机关批准。立法原意是将律师会见必须经批准作为特殊情形加以规定，旨在防止侦查机关的不当限制。但调研中我们了解到，在侦查阶段，律师必须出示侦查机关的批准会见书，看守所才允许会见，会见批准制变成了必经程序。  
2．对律师在侦查阶段的会见限制过多。刑事诉讼法规定，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到场，但调研中我们发现，侦查机关在律师会见时均派员在场，几无例外；有的会见次数限定为一次或两次，会见时间限制为半个小时或更短；有的还要

求律师会见时不准谈案情；有的任意打断律师与当事人的谈话，等等，最终使得来之不易的会见机会变得毫无意义。在调研中发现，侦查阶段会见难的症结在于侦查阶段在案件办理中的重要地位，目前我国侦查的模式仍属于“由人到事”型，犯罪嫌疑人是侦查破案的主要突破口，获取其口供是侦查活动顺利进行、甚至是决定案件最终结果的重要一环。为了防止律师会见后，犯罪嫌疑人人口供发生波动、变化，办案机关往往对律师会见持抵触情绪。当然，办案机关对于该问题的担心也并非完全是空穴来风，实践中确实存在部分律师在会见犯罪嫌疑人时有违规行为的实例。

（二）完善律师会见权的有益探索 在调研过程中，我们欣喜地发现两地对完善律师会见权进行了有益探索：一是辽宁省部分地区正在改革律师会见的批准主体，将办案人员与审批会见人员相分离，由看守所统一制作审批登记表，决定是否允许会见，并决定是否派员在场。二是烟台市芝罘区看守所在律师会见室中安装了先进的监控设备，对于律师会见犯罪嫌疑人的情况，看守人员“只能看到但听不到”，保障了会见的秩序和安全，也保障了律师与当事人秘密交流的权利。

（三）完善律师会见权的对策与建议 1．参照有关国际公约的通行标准，完善相关立法与司法解释。我国目前已经加入或签署的多项国际条约中都有关于律师会见权的规定，比如《公民权利与政治权利国际公约》、《关于律师作用的基本原则》等，其中的有关规定已成为律师会见权的通行标准。为此，立法应当对具体的会见程序作出统一规定，执法机关不能对刑法有关规定随意解释，应遵循“法无明文规定不禁止”的行使原则，摒弃诸如“会见一律须经批准”之类行为。 2．改革看守

所的隶属体制。调研中我们发现，目前律师会见遇到的阻力并非来自看守所，而是来自侦查机关。由于隶属于公安机关管理，看守所对侦查机关的工作配合居多、制约有限。因此有必要考虑将看守所从公安机关体系中划分出去。

### 3. 完善会见权的救济机制。

“无救济也就无权利”，立法应当赋予律师在会见权受到不合理限制时，向中立的司法机关申请救济的权利。另外，对于非法限制律师会见权的行为应当设置相应的法律责任，建立个人行政责任与诉讼程序性制裁措施并存的惩戒机制。

### 律师调查取证权待完善

#### (一) 律师调查取证权存在的主要问题

1. 法律没有明确赋予律师在侦查阶段的调查取证权。虽然诉讼法第九十六条规定律师在侦查阶段即可参与诉讼，但没有明确赋予律师此时享有调查取证权。调研中有律师反映，虽然修改后的刑诉法使律师提前介入到刑事案件中，但没有调查取证的权利使得律师的地位很尴尬，他们不知道自己该做些什么，能做些什么。
2. 辩护律师自行调查取证和申请调查取证障碍重重。法律规定律师在审查起诉和审判阶段有权自行调查取证和申请调查取证，但同时规定律师调查取证以征得证人或其他有关单位和个人的同意为前提，向被害人及其提供的证人取证还必须经人民检察院或人民法院许可。实践中，证人不愿作证、单位不予配合的情况很常见，律师无可奈何。辩护律师虽然有权申请检察院、法院调取证据，或申请法院通知证人出庭，但实践中律师提出申请的情况很少，司法机关同意律师申请的更少，拒绝律师申请的情况降低了律师申请的积极性。
3. 执业风险的客观存在使辩护律师怠于取证、畏于取证。对律师来说，刑事辩护的风险主要源于调查取证活动。刑法第三百零六

条对律师违纪行为和犯罪行为界定的模糊以及“威胁”、“引诱”认定标准的不统一，使律师容易被某些执法人员当做职业报复的根据。（二）完善律师刑事调查取证权的对策与建议

对于辩护律师调查取证困难的原因，问卷结果显示，有64%的被调查对象认为是法律规定不合理，31%认为是由于执法部门的刁难。保障律师调查取证权的实现应从以下方面着手：

1. 为辩护律师调查取证权准确定位。律师调查取证权的权利不仅仅源自被追诉人自身固有的基本权利辩护权。同时，律师作为一个专业行业，代表着来自民间的社会力量，处于国家权力体系之外。因此，律师的诉讼权利从根本而言是以社会权力作为依托和支撑。正是这一权利来源决定了律师具有不依附于法官、检察官和被追诉人的独立的诉讼地位和诉讼权利，理解这种定位有助于正确理解律师调查取证权的内在合理性。
2. 更新司法观念，剔除办案人员特权思想。必须采取措施提高司法人员素质，剔除办案人员的特权思想，整顿司法队伍，对滥用权力，限制、妨害律师行使调查取证权及其他严重侵害律师权利的行为依法追究。
3. 赋予律师充分的调查取证权并完善相关配套制度。

- （1）完善辩护律师现有的自行取证权和申请取证权。应规定辩护律师有权向有关单位和个人收集与本案有关材料，有关单位和个人如果不提供，辩护律师有权申请人民法院取证，人民法院不同意该申请的，应当有具体理由，同时赋予律师享有复议的权利。
- （2）取消刑法第三百零六条的规定，消除辩护律师对取证之高风险的担忧。刑法第三百零六条的内容其实已包含于刑法第三百零七条中，而且其中“威胁”、“引诱”的含义宽泛、不确切，为司法人员随意追究律师刑事

责任留下了较大的空间。对于律师的违纪违法行为，由律师协会处理；构成犯罪的，可依据刑法第三百零七条予以追究。

（3）其他相关配套制度的设置和落实。司法实践中，证人不愿作证也是辩护律师调查取证的重大障碍之一，因此，应当健全和完善证人作证制度，从立法上强化对证人的的人身权、财产权的保护以及建立经济补偿和拒绝作证的规制。此外可考虑确立证据保全以及关键证据公证制度等，保障证据的及时固定、收集以及证据收集的合法性、真实性和有效性。

辩护律师阅卷范围不明确

（一）审查起诉阶段的阅卷问题 刑事诉讼法第三十六条规定，辩护律师在审查起诉阶段，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。调研中律师们普遍反映，立法的这一规定本身就是对律师阅卷权的限制，因为上述诉讼文书、技术性鉴定材料的范围非常狭窄，律师最希望看到的证人证言、物证、书证、嫌疑人、被告人供述和辩解等对定罪量刑有决定意义的证据材料都不在此范围之内。而且，司法实践中连上述并不完善的规定也没能得到全面彻底地贯彻。当然，也有些司法机关对律师行使阅卷权给予了较好的保障。在烟台，辩护律师在审查起诉阶段可以到检察机关查阅全部案卷材料，只有在诸如一些影响较大或者较为复杂的案件中，律师的阅卷才会受到一定限制。是否让律师查阅全部证据材料，与该律师的执业信誉存在一定联系。一般来说，那些没有不良记录的律师在审查起诉阶段的阅卷几乎不受限制。

（二）法庭审判阶段的阅卷问题 辩护律师在审判阶段的阅卷范围究竟有哪些，法律并无明确的规定。刑事诉讼法第三十六条规定，“辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控

的犯罪事实的材料”，有的司法机关将刑事诉讼法第三十六条与第一百零五条联系起来考虑，认为辩护律师在审判阶段只能查阅、摘抄、复制检察机关移送至法院的“证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”。依此理解，检察机关移送到法院的“主要证据”复印件，一般只包括有罪证据，而缺少无罪、罪轻、减轻或免除处罚的证据。而有律师则认为，“犯罪事实材料”应当指全部案卷材料。证据开示需进一步研究法律没有规定辩护方应当向控诉方展示证据，这些都为庭审中“伏击审判”埋下了祸根，为了解决这一实践难题，烟台市人民检察院很早就开始探索证据开示方面的改革，并且制定了证据开示规则。

（一）证据开示应当单向还是双向 烟台市的证据开示规则明确规定了对等原则。即不仅检察机关需向辩护方开示证据，而且辩护方必须向公诉方开示相应证据，未经开示的证据不得在法庭上出示或使用，辩护方也不例外。我们认为，现代的证据开示制度已经由单纯的关注司法公正转向公正与效率并重，而实践中经常发生辩护人在庭审时突然出示被告人无罪的证据，令公诉方措手不及而不得不请求延期审理的情形，影响了诉讼效率。因此，应当规定控诉方和辩护方都负有向对方开示相应证据的义务。当然，各自开示的范围可以有所不同。

（二）证据开示的范围如何确定 烟台市的证据开示规则规定，控方应当开示控诉证据和辩护证据；庭示证据和非庭示证据；出庭证人和出庭鉴定人名单；法定量刑情节和酌定量刑情节的证据；证明上述证据合法性及其他应当开示的证据等。辩护方应当开示会见犯罪嫌疑人、被告人笔录；犯罪嫌疑人、被告人不在现场、不具备刑事责任能力、未达到刑事责任年

龄、不具备所指控的犯罪构成要件的证据；能够推翻法律上推定事实的证据；法定和酌定从轻、减轻、免除处罚情节的证据；出庭证人和出庭鉴定人名单；证明上述证据合法性及其他应当开示的证据等。同时，他们也规定了国家、公共利益豁免和保守商业秘密等例外情形。另外，烟台市检察院还要求律师必须在证据开示结束之后向检察院提交自己对证据和有关案件的看法与意见，类似于要求提前告知辩护意见。可以看出，他们规定的证据开示范围非常之广泛，不过，其中有几个方面引起了我们关注：首先，该院规则中关于控诉方与辩护方应当开示的证据范围有重合之处。比如，庭示和非庭示证据与其后几项证据是同一关系。“不具备所指控的犯罪构成要件的证据”包括“不在现场、不具备刑事责任能力、未达到刑事责任年龄”等情形的证据。其次，辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人笔录也必须开示的规定于法于理都不通。会见笔录是辩护律师与当事人交流的记录，其中可能包含有律师与当事人之间的秘密、特别是可能有对犯罪嫌疑人、被告人不利的内容，无论从职业要求还是法律规定看，辩护方都没有义务向公诉方开示对被告人不利的证据，因此证据开示的范围包括辩护律师的会见笔录显然不合适。再次，控辩双方在庭前取得的证人证言是否应当开示或者应当明确排除在开示范围之外。调研过程中，检察官和律师们都不约而同地表露出对证人证言在证据开示后可能被对方施用某种手段改变的担心。实际上，在某些国家，法律明确规定证人向控诉方或者辩护方所作的陈述不属于向对方披露的范围。这一方面可以防止证人在开庭前被对方用某种方式改变作证内容，另一方面也是庭审的直接言词原则所要求的。我们

认为，我国也可以借鉴这种做法，证据开示只需开示证人名单、住址等，双方都可以事先去询问证人，但证人的陈述不属于向对方开示的范围，也不能作为证据提交，只能自己用来准备控诉和辩护，最终认定案件必须以证人出庭作证为准。如此，担心证人在证据开示后被对方引诱、胁迫改变证言的问题可能就不会太突出。最后，在证据开示活动结束后，辩护律师是否应当在开庭之前将自己对证据及案件的看法、意见提交检察院。烟台这种做法的理由是公诉机关已经将证据材料和载有公诉意见的起诉书提供给了辩护方，作为一种对等，辩护方也应该将本方的辩护意见、根据及理由在庭审前提供给检察机关。这一规定可以与日本的控辩双方庭前整理争讼焦点、英国的庭前答辩指导程序中的观点交换以及民事诉讼中被告庭前提交答辩状的做法相类比。我们认为其具有一定的积极意义，即使不能属于证据开示，也可以作为庭前准备程序的一个环节。

（三）证据开示的形式及开示次数等事项有无必要明确限定

考察证据开示制度的历史发展，可以发现该制度的本质其实就是控辩双方的证据信息披露活动。基于此，一些国家，比如日本、美国等，对证据开示并没有规定严格的形式，对开示次数也没有具体的限制规定。由此可见，只要能够达到双方互相知悉信息的目的，不应该太过拘泥于开示的形式，不需要将其设计成类似庭审或者听证的形式，也不必规定是一次开示还是二次开示。理解了证据开示的本质和形式问题，证据开示的提起、开示时间、地点等问题就迎刃而解。一般情况下律师到检察机关查阅、复制证据材料时，只需将己方掌握的有关信息披露给检察院即可，如果有必要，双方可以连续开示。对证据开示双方发生

争议如何解决的问题，我们认为，争议可以提交法庭依法裁决。（四）未开示证据的处理 烟台市检察院证据开示规则主张凡是未经开示的，不得在法庭上出示和使用。我们认为，刑事审判在证据取舍方面必须慎之又慎，简单地规定凡不得在法庭上出示和使用，不一定能带来积极的效果。借鉴其他国家和地区的做法，我国在建立证据开示制度时，可以规定下述救济和制裁措施：法庭可命令违反义务方继续向对方开示证据；法庭可批准诉讼一方基于另一方违反开示义务而提出的延期审理申请；对违反开示义务导致诉讼延期者，法庭可给予经济处罚或者要求给予对方经济赔偿；最后，对于某些特别情形，法庭可以禁止未经开示的证据在法庭上出示、使用。 新闻来源:检察日报 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)