

编者按 我国检察机关作为法律监督机关,不仅履行侦查职能、起诉职能,而且依法对诉讼活动进行监督,其中任务之一就是保障辩护权充分、有效地行使。修改后刑诉法生效之后,如何保证检察机关在有效履行追诉职能的同时,又能充分保障被追诉人的辩护权,是需要深入研究和思考的问题。为更好地贯彻实施修改后刑诉法,全面保障当事人合法权益,促进社会和谐稳定,日前本刊联合中国政法大学“刑事辩护制度研究”创新团队,以刑诉法修改为视角,举办“检察机关诉讼监督职能作用发挥与辩护权的保障”座谈会,邀请有关专家学者和实务界人士就相关问题进行探讨。

## 检察机关诉讼监督职能作用发挥与辩护权的保障

- 主持人:汪海燕 (中国政法大学教授、博士生导师)
- 特邀嘉宾:熊秋红 (中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师)  
刘福谦 (最高人民检察院侦查监督厅审查逮捕二处处长、法学博士)  
郑旭 (中国政法大学副教授、北京市平谷区人民检察院副检察长)
- 文稿统筹:罗欣 杜何阳 摄影:李戈



### 问题一:如何看待检察机关的追诉职能与保障辩护权职责之间的关系?

主持人:我国检察机关是国家法律监督机关,不仅行使审查起诉、提起公诉等追诉职能,而且还

负有客观公正义务,以保证法律统一、正确实施。从诉讼结构角度看,追诉职能与辩护职能是对立的,但是,也只有这种“对立”状态的存在,才更有利于查明案件真相。应该如何看待检察机关的追诉职能与保障辩护权的职责之间的关系?对辩护权的保障应遵循怎样的原则?

熊秋红:在我国,检察机关同时承担控诉职能与监督职能。从承担控诉职能的角度看,它与辩护职能具有对立性,但刑事诉讼中的检察机关与民事诉讼中的原告不同,检察机关在行使控诉职能时受到检察官客观义务的约束,不能一味追求胜诉,而是必须兼顾对犯罪嫌疑人、被告人有利的方面,承担“实质辩护”的责任,根据修改后刑法第十四条的规定,犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护,公、检、法三机关有义务保障犯罪嫌疑人、被告人获得辩护。从承担监督职能的角度看,检察机关如果发现享有诉讼权力的国家机关违法,有权要求其纠正。尤其在审判前程序中,基于诉讼监督职能,检察机关扮演了“司法官”或“裁判者”的角色,比如,批准逮捕的权力及司法救济权是其他国家的检察机关不享有而我国检察机关享有的典型的司法权力。在这种情况下,检察机关作为中立的第三者应当对侦查机关和被追诉方平等对待,并且对属于弱势一方的被追诉方具有诉讼关照义务,其中应包括注重保障辩护权。

作为法律监督机关,检察机关在刑事诉讼中承担着追诉犯罪、指控犯罪的职能,但同时也承担着维护国家法律统一正确实施、维护司法公正的职能,这种职能主要表现为诉讼监督职能。检察机关无论行使何种职能都要恪守检察官客观公正义务,坚持客观、中立立场,既要依法追诉犯罪,又要依法维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

刘福谦:我国检察机关在司法体系中有着特殊的地位,通过研究对比可以看到,我国的检察制度和国外的检察制度有很大不同。检察机关的追诉职能与保障辩护权的职责是一种辩证统一的关系,这是由检察机关作为国家的法律监督机关属性所决定的。作为法律监督机关,检察机关在刑事诉讼中承担着追诉犯罪、指控犯罪的职能,但同时也承担着维护国家法律统一正确实施、维护司法公正的职能,这种职能主要表现为诉讼监督职能。检察机关无论行使何种职能都要恪守检察官客观公正义务,坚持客观、中立立场,既要依法追诉犯罪,又要依法维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。而要维护好犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,就要求依法保障

其辩护权,包括充分保障犯罪嫌疑人、被告人委托的律师以及其他辩护人的诉讼权利。

对于辩护权的保障应当遵循如下原则:一是依法原则。必须依照刑法、律师法的有关规定,不折不扣地执行,对其权利既不扩大,也不设置障碍进行限制。二是明确有效原则,具有可操作性。如根据修改后刑法第三十七条第二款规定:“辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的,看守所应当及时安排会见,至迟不得超过四十八小时。”这里需要明确的问题是,“至迟不得超过四十八小时”是指保证律师在四十八小时内见到犯罪嫌疑人、被告人,还是保证在四十八小时内进行安排即可。对此,可作这样的理解:辩护律师要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的,看守所应当及时安排会见,使辩护律师至迟在四十八小时以内会见在押的犯罪嫌疑人、被告人。辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人不受节假日限制。这就体现了明确有效原则,便于辩护律师会见权的行使。三是及时、便利原则。对辩护权的保障,要贯彻及时、便利原则。及时就是对辩护权的保障要及时,不能延误,便利就是要尽力提供便利。比如,根据修改后刑法规定,在人民检察院审查逮捕、审查起诉过程中,辩护人都可以提出要求听取其意见。对于辩护人的这种要求,承办案件的部门,无论是侦查监督部门还是公诉部门都应当及时作出安排,并为辩护人提供便利。

郑旭:追诉职能和保障辩护权职责可以在以下两个方面达成一致:首先,两者都是保证判决结果可靠性的手段。检察机关根据已经获得的证据起诉事实上有罪的人,同时保证辩护律师有机会提出无罪或者罪轻的意见,最终目的都是为了判决结果的可靠性。所谓可靠性,在我国是指判决认定的事实与实际发生的事实相一致。我国刑事诉讼的公信力就是建立在结果可靠性上的,因此,判决结果的可靠性对我国刑事诉讼而言是极其重要的目标。其次,两者都是确保审理公正的手段。无论是在我国宪法中,还是在《公民权利和政治权利国际公约》中,被告人有权获得辩护是其基本权利之一。检察机关作为法律监督机关,有责任确保宪法、刑事诉讼法中规定的被追诉人的辩护权的实现,以维护宪

法和法律的尊严。

我认为,在辩护权保障方面应当遵循的原则主要有三个:第一,以确保判决结果的可靠性为目的。一方面,要从防止无辜者被追究刑事责任的角度认识辩护律师的参与;另一方面,也要追求事实上有罪的人获得有罪判决。因此,凡是不利于证据的真实性、可靠性,或者不利于证据及时核实的,就应当作出适当限制。第二,以宪法、刑事诉讼法中的规定为依据。第三,以确保诉讼程序特别是审判程序的公正性为标准。

## 问题二:如何处理简易程序中诉讼效率与公正之间的关系?

主持人:修改后刑诉法扩大了适用简易程序的案件范围。可以预见,在修改后刑诉法实施之后,适用简易程序的案件将会大量增加。简易程序的价值取向是诉讼公正兼顾诉讼效率。为此,在简易程序中如何才能处理好诉讼效率和诉讼公正的关系?如何理解简易程序中检察机关与辩护方的对抗与合作?

保障程序公正,不仅尊重了被告人在刑事诉讼中的主体地位,而且也有助于实现实体正义。被告人自愿认罪、自愿选择适用简易程序,表明了被告人对于刑事司法的合作态度,它是对抗制的一种有益补充。

熊秋红:修改后刑诉法扩大了适用简易程序的案件范围。在简易程序中,也要保障被告人的辩护权,其中包括:有获知被控内容和有罪证据的权利,此项权利是被告人行使辩护权的前提;可以委托辩护人或者由法院指定辩护人为自己辩护,尤其是被告人可能被判处较重刑罚时,应当提供法律援助;保障被告人选择简易程序的自愿性,让其明知选择简易程序的法律结果。上述保障措施能够使诉讼公正与诉讼经济的价值目标得以兼顾。保障程序公正,不仅尊重了被告人在刑事诉讼中的主体地位,而且也有助于实现实体正义。被告人自愿认罪、自愿选择适用简易程序,表明了被告人对于刑事司法的合作态度,它是对抗制的一种有益补充。检察机

关应当注意保障被告人认罪、选择适用简易程序的自愿性,尊重被告人的辩护权,只有这样,才能防止简易程序的扩大适用带来对被告人不利的风险,防止因为追求效率而牺牲公正。

刘福谦:简易程序的设置体现了对刑事诉讼效率的追求,但它以诉讼公正为前提,是建立在司法公正基础上的,这里的司法公正应包括实体公正与程序公正。在简易程序中,要处理好诉讼效率与诉讼公正的关系,需要检察机关与辩护方的共同努力。检察机关在建议适用简易程序之前,一定要充分听取被告人、辩护人的意见,在案件事实、证据方面,双方不存在争议,并在法庭审理的重点内容方面达成一致意见。

简易程序法庭审理的重点应当是被告人的量刑问题,对量刑事实、证据的调查和辩论是庭审的重点,为了提高审判效率,建议法庭开庭审理之前,检察机关、辩护方应在量刑问题上进行证据展示,互相交换意见。具体来说,可以充分利用修改后刑诉法第一百八十二条第二款规定的庭前准备程序,解决目前双方对证据掌握不对称的问题。检察机关和辩护方双方对量刑有重要影响的事实和证据都要进行公开和展示,对需要通过非法证据排除规则排除的证据或者双方均无异议的事实和证据加以确认,这将对提高法庭的审理效率有重要作用。

郑旭:处理效率和公正的关系,关键在于被告人的认罪和选择简易程序是自愿的、明知后果的。所谓自愿,是指被告人没有受到刑讯、威胁、欺骗等手段的影响;所谓明知后果,是指被告人知道自愿认罪和适用简易程序的后果,即事实审理部分大大简化,其将没有机会对控诉证据进行充分的质疑,特别是没有机会对控方证人进行反询问。满足了这个条件,就确保了程序公正(被告人的程序选择权得到尊重),也提高了效率(庭审时间比普通程序大大缩短,相应地节约了检察官出庭支持公诉的时间)。

对于适用简易程序可能导致事实认定不准确的危险,专业化的检察人员队伍和检察职业伦理可以降低其可能性:第一,检察人员是通过了司法考试的法律专业人员,通过长期从事检察工作,对刑事案件的办理有着丰富的经验;第二,检察机关内

部的案件办理制度,即承办人、处长、检察长、检察委员会一系列的把关会过滤出事实认定可能有错误的案件;第三,我国的检察机关是司法机关,其定位是客观公正,并不是一味追求定罪;第四,我国刑事诉讼提起公诉的证明标准与定罪标准相同,都是证据确实充分。

### 问题三:检察机关应当如何贯彻刑诉法修改精神,加强对阻碍辩护人依法行使诉讼权利行为的监督?

主持人:修改后刑诉法对检察机关的诉讼监督职能增加了十余项规定和任务,其中包括对阻碍辩护人依法行使诉讼权利行为的监督。如修改后刑诉法第四十七条规定,辩护人、诉讼代理人认为司法机关及人员阻碍其依法行使诉讼权利的,可以向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告。检察机关应如何结合修改后刑诉法精神,进一步落实有关辩护权保障的规定和要求?

熊秋红:修改后刑诉法第四十七条和第一百五十五条分别就辩护人、诉讼代理人、当事人、利害关系人的程序权利以及实体权利在诉讼中受到侵犯,有权向人民检察院提出申诉或控告作出规定,同时规定了检察机关及时审查,以及查证属实的情况下,通知有关机关纠正的责任。这两项新的法律规定,实质上是将刑事诉讼中的程序性救济权力授予了检察机关。但检察机关本身又是担负侦查和追诉职能的机关,因此,也存在实施侵权行为的可能。在发生冲突的情况下,可以考虑将接受申诉或控告的主体限定为上一级人民检察院,以尽量使检察机关成为相对独立、中立、公正的司法救济者。同时,检察机关在处理申诉和控告时,应当兼听争议双方的意见,尽量采取听证的方式,以保障司法救济具有一定有效性,使辩护权的救济机制能够真正发挥作用。

刘福谦:本次刑诉法修改,在保障辩护权方面又有了一些新规定,体现了司法的文明和进步。检察机关一定要进一步树立“惩治犯罪与保障人权并重”的执法理念,其中保障人权对于犯罪嫌疑人、被告人而言,更重要的是依法保障其享有充分的辩护权。这就要求检察机关一方面要认真执行保障辩护权的已有规定,另一方面要根据修改后刑诉法的有

关规定,根据修订后《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》的具体要求,进一步细化相关内容,加强对辩护权的保障。比如,根据修改后刑诉法第四十七条规定:“辩护人、诉讼代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的,有权向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告。人民检察院对申诉或者控告应当及时进行审查,情况属实的,通知有关机关予以纠正。”该内容没有具体规定妨碍依法行使诉讼权利的情形,也没有规定人民检察院对申诉、控告审查以及处理的期限,这些问题不明确,容易造成执法不一。

为了解决这一问题,修订后的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第五十七条规定:“辩护人、诉讼代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员具有下列阻碍其依法行使诉讼权利的行为之一的,可以向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告,控告检察部门应当接受并依法办理,相关办案部门应当予以配合:(一)对辩护人、诉讼代理人提出的回避要求不予受理或者对不予回避决定不服的复议申请不予受理的;(二)未依法告知犯罪嫌疑人、被告人有权委托辩护人的;……(十六)其他阻碍辩护人、诉讼代理人依法行使诉讼权利的。”条文列明了十六种情形,对符合这十六种情形的,辩护人、诉讼代理人都可以向人民检察院提出申诉和控告。《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第五十八条明确规定:“辩护人、诉讼代理人认为其依法行使诉讼权利受到阻碍向人民检察院申诉或者控告的,人民检察院应当在受理后十日以内进行审查,情况属实的,经检察长决定,通知有关机关或者本院有关部门、下级人民检察院予以纠正,并将处理情况书面答复提出申诉或者控告的辩护人、诉讼代理人。”规定把对辩护权的保障落到了实处,增强了可操作性,有利于统一、规范检察机关的执法行为,更好地保障辩护权。

郑旭:检察机关加强对阻碍辩护人依法行使诉讼权利行为的监督,可从三个方面着手:第一,对于公安机关或者人民法院侵犯律师辩护权或者阻碍辩护人行使权利的,应当由同级检察院受理申诉、控告,如果检察机关在自侦案件中或审查起诉时侵犯律师辩护权的,应当由上级检察机关受理。第二,建议所有的申诉、控告由控申部门统一受理,

但具体负责处理的部门应根据违法主体的不同而不同,针对公安机关的申诉、控告应当是侦查监督部门处理,针对人民法院的申诉、控告应当是公诉部门处理,针对下级人民检察院的申诉、控告应当是其上级人民检察院的主管部门处理。第三,纠正违法的落实主要体现在口头纠正或者发出纠正违法通知书,如果上述两种方式都无法落实,可采取“上级协商制度”,即上级人民检察院通过同级人民法院、公安机关通知下级人民法院、公安机关纠正违法行为,这也与现行《人民检察院刑事诉讼规则》的规定相符。

#### 问题四：辩护律师在侦查阶段是否有权向被害人等取证？

主持人：调查取证是辩护人有效行使辩护权的基础和前提。在实践中，辩护难的表现之一即为“调查取证难”。如修改后刑诉法第四十一条第二款规定：“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”侦查阶段，辩护律师是否有权向被害人等取证？如何理解该条“许可”之规定，怎样保证辩护律师向被害人等的调查取证权有效行使？

熊秋红：刑诉法与律师法对于律师调查取证权的规定并不完全一致，刑诉法规定，对于辩护律师向被害方证人收集有关材料，需经人民检察院或者人民法院许可。对此，应按照刑诉法的规定执行。对于修改后刑诉法第四十一条第二款的规定，可作两种解释：其一是限制性解释，从“许可”的主体看，包括检察院和法院，根据修改后刑诉法，“辩护律师”这一称谓适用于侦查阶段，但“许可”主体未发生改变，基于此，可认为侦查阶段律师无权向被害方证人取证，辩护律师的取证权应从审查起诉阶段开始行使；其二是扩充性解释，修改后刑诉法要求，如果律师收集到了犯罪嫌疑人不在犯罪现场等无罪证据，应当及时告知公安机关、检察机关，暗含了律师在侦查阶段可以调查取证，随着律师在侦查阶段成为辩护人并享有调查取证权，可以认为这种调查取证权包括向被害方证人调查取证，在侦查阶段，辩护律师向被害方证人调查取证

时，要经检察机关许可——基于检察官所处的“司法官”或“裁判者”地位。对于侦查阶段律师调查取证权的救济，也可采取向上一级检察机关提出的方式，辩护律师自行取证困难时，可申请检察机关强制取证。

刘福谦：对于侦查阶段，辩护律师有没有调查取证的权利，理论上存在争议，法律规定并不十分明确。从确保辩护权的有效行使上讲，辩护律师在侦查阶段应有调查取证的权利，但从现行刑诉法的规定以及修改后刑诉法的规定来看，又缺乏明确的条文规定。修改后刑诉法第三十六条对侦查阶段辩护律师可以享有的权利规定得比较具体，但没有提到调查取证权，更没有规定辩护律师在侦查阶段享有向被害人、证人等进行取证的权利，因此，依据现有规定，侦查阶段辩护律师没有权利向被害人等调查取证。但也不排除，为了维护犯罪嫌疑人的权利，辩护律师在侦查阶段可以向犯罪嫌疑人及其近亲属或者犯罪嫌疑人提供的证人收集证明犯罪嫌疑人无罪或者罪轻的证据。

修改后刑诉法第四十一条第二款规定中的“许可”是指辩护律师向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料，须经过人民检察院、人民法院的审查同意。法律之所以作出这种规定，具有一定目的性，就是要保障被害人一方不受对方辩护律师的干扰，防止被害人的合法权益受到侵害，乃至再次受到伤害。由于人民检察院、人民法院在刑事诉讼中承担着维护被害人一方合法权益的职责，因此，对于辩护律师的取证请求，经其审查许可是合适的。如果辩护律师对于人民检察院、人民法院的不许可决定不服的，可以设置一定的救济程序，作出如下规定：辩护律师可以向本级人民检察院、人民法院提出申诉，也可以向上级人民检察院、人民法院申诉。

郑旭：对于辩护律师在侦查阶段有无向被害人等取证的权利，应注意三个问题：首先，侦查阶段行使调查取证权的对象应当区分检方证人和辩方证人，律师不能向检方证人取证，但可以接触潜在的辩方证人。修改后刑诉法第四十一条第二款规定仅仅禁止了律师单方接触检方证人，以防止律师威胁、购买证人，改变证人证言，并没有禁止其积极地寻找和询问辩方证人。这样解释就会使第四十条

和第四十一条两者兼容——如果辩护律师在侦查阶段接触的是辩方证人，自然可以依据第四十条取得检察机关的许可。其次是检察院的许可。在审查起诉阶段，经过检察院的许可和证人同意，律师可以接触检方证人。检察机关应当考虑以下因素，一是保证检察机关先完成对证人的询问，二是被害人等检方证人的身体及精神状况，三是被害人及证人本身是否愿意接受律师询问。检察机关是否许可应遵循的原则是，如果检方证人证言的真实可靠性会发生问题，则不应当许可，但如果因为被害人可能栽赃陷害或者证人的记忆出现偏差而导致之前的证言不牢靠，则应当许可律师取证。当然，检察机关可以指定询问的时间、地点及提供必要的医疗安全条件和措施。再次是辩护律师不服不许可的救济，只能通过律师在庭审时向法院申请通知证人出庭作证，当庭对证人进行反询问来实现，在此类案件中，律师不能建议被告人选择适用简易程序。

### 问题五 如何理解修改后刑诉法第四十条关于特定证据及时告知的立法意图？

主持人 辩护人必须维护当事人合法权益，但也有义务遵守法律规定，维护法律尊严。修改后刑诉法增加了辩护人对特定证据应当及时向侦查机关、检察院告知的义务。如修改后刑诉法第四十条规定：“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院。”这一规定的立法目的是什么，如何理解其中的“及时告知”？在司法实践中，辩护人具体应该何时告知公安机关或人民检察院？如果不告知，会产生怎样的法律后果？

熊秋红 增加特定证据告知义务的合理性在于：三种特定证据均属能够证明犯罪嫌疑人无罪的证据，一旦得到办案机关的确认，犯罪嫌疑人就能及时摆脱诉累，另一方面，也有利于避免司法资源的浪费。即使辩护人所提出的上述三种证据未被办案机关确认，也能为被追诉人有罪与否的争议提供更加牢固的证明基础。至于何时告知特定证据，可考虑辩护律师在侦查机关侦查终结前或者检察机关

作出审查起诉决定前，征求辩护律师意见时应当告知。如果不告知，不能因为辩护律师的行为作出对被追诉人不利的处理，这与民事诉讼中规定的举证时限有别，只能由有关机关通报律师协会，并由律师协会给予律师一定的纪律惩戒。

辩护人的职责主要是依据法律和事实维护犯罪嫌疑人的合法权益，对于“犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人”等明显不应当追究其当事人刑事责任的证据，及时告知公安、检察机关，可以使公安机关、检察机关及时全面审查本案的事实和证据，及时纠正错误，防止冤假错案的发生，同时可以尽早解除限制其当事人人身自由的强制措施，维护其当事人的合法权益。

刘福谦 辩护人的职责主要是依据法律和事实维护犯罪嫌疑人的合法权益，对于“犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人”等明显不应当追究其当事人刑事责任的证据，及时告知公安、检察机关，可以使公安机关、检察机关及时全面审查本案的事实和证据，及时纠正错误，防止冤假错案的发生，同时可以尽早解除限制其当事人人身自由的强制措施，维护其当事人的合法权益。因此，从维护犯罪嫌疑人合法权益的角度出发，辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院；另一方面，辩护人及时履行这项义务，可以使办案的公安、检察机关及时调整侦查方向，节省有限司法资源。修改后刑诉法第四十条规定了辩护人的及时告知义务，并未明确具体时间，无论从立法本意，还是从维护犯罪嫌疑人合法权益上讲，辩护人都应当立即告知公安机关、检察机关。如果不告知，显然是一种违法行为，一方面，对辩护人的自身形象是一种损害，因为其没有切实为犯罪嫌疑人的利益着想，也损害了犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，使维权走向了反面；另一方面，这种违反法律的行为，应当受到一定的惩治，如果辩护人是律师，可以按照律师法的有关规定予以惩治或者进行责任追究。

郑旭 本条文确立了双向证据开示制度,对于特定的证据,辩护人有义务事先交给公安机关、人民检察院预览。其立法目的在于给予公安机关、人民检察院充分地对该证据进行核实,即收集反证和准备反驳的时间。法律规定“及时告知”,应当是指发现证据或者证据线索后立即将书面证言或者证人详细信息交给公安机关、人民检察院。如果辩护人发现犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄或者精神不正常的证据线索,应当努力获得该证据,例如形成询问证人笔录。如果辩护人因被调查人不同意等原因无法获得该证据时,应当尽可能获得该证人的详细信息,例如姓名、住址、单位、联系方式等,以便于公安机关或者检察院及时收集该项证据。

如果辩护人无正当理由没有及时告知收集到的证据,可以采取下面两种制裁措施:一是内部纪律制裁,即对辩护人是律师的,向律协发出检察建议,要求启动对该律师的纪律制裁程序,例如进行暂停执业的处罚;二是程序制裁,根据“错误行为导致权利无效”原理,辩护方不能再主张快速审判权。因此,建议增加规定:辩护人未能依照刑事诉讼法第四十条规定及时告知的,检察院核实该证据的时间不计入办案期限。

### 问题六 辩护人毁灭、伪造证据、妨害作证罪等的追诉程序应当如何设计?

主持人 修改后刑诉法仅规定了原办案机关不能参与对辩护人毁灭、伪造证据、妨害作证罪等刑事责任的追究,但是,对于具体应当由哪个机关侦查、何时立案以及证据等问题均未明确。为此,辩护人毁灭、伪造证据、妨害作证罪等的追诉程序应如何设计?

刘福谦 为了认真落实修改后刑诉法第四十二条第二款的规定,切实体现司法公正,需要制定有关实施细则,明确管辖问题。有关公安机关的操作细则可规定:公安机关发现辩护人涉嫌犯罪,或者接受报案、控告、举报和有关机关的移送,依照侦查管辖分工进行审查后认为符合立案条件的,应当按照规定报请办理辩护人所承办案件的侦查机关的上一级侦查机关立案侦查或者由上一级侦查机关

指定其他侦查机关立案侦查。不得指定办理辩护人所承办案件的侦查机关的下级侦查机关立案侦查。

修订后的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》,对于这个问题作出规定:人民检察院发现辩护人有帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,或者威胁、引诱证人作伪证以及其他干扰司法机关诉讼活动的行为,可能涉嫌犯罪的,经检察长批准,应当按照下列规定办理:(一)涉嫌犯罪属于公安机关管辖的,应当将辩护人涉嫌犯罪的线索或者证据材料移送同级公安机关按照有关规定处理;(二)涉嫌犯罪属于人民检察院管辖的,应当报请上一级人民检察院立案侦查或者由上一级人民检察院指定其他人民检察院立案侦查。上一级人民检察院不得指定办理辩护人所承办案件的人民检察院的下级人民检察院立案侦查。

在国外,排除辩护人对刑事诉讼的参与和对律师违法犯罪行为的法律追究是两个可以分离的程序,设计前者时,应当重视对被追诉人权益的保护;设计后者时,应当重视对律师权益的保护。

熊秋红 修改后刑诉法对于辩护人涉嫌犯罪的刑事追诉,设定了某种特别程序,其一是为了防止报复性追诉,要求原承办案件的侦查机关回避;其二是要求通知辩护律师所在的律师事务所或者所属的律师协会,以便其获得行业的保护。有学者建议对侦查机关作进一步限制,明确为异地的侦查机关,将追究辩护人的时间限定为辩护人所承办案件作出生效裁判之后。这些建议都可予以考虑。联合国《关于律师作用的基本原则》要求:律师应有受公正审讯的权利,包括有权得到其本人选定的一名律师的协助,针对律师提出的纪律诉讼,应提交由法律界建立的公正无私的纪律委员会处理或提交一个独立的法定机构或法院处理,并应接受独立的司法审查。而根据德国刑事诉讼法的规定,排除辩护人参与刑事诉讼,由检察院提出申请或法院依职权提出,州高级法院和联邦最高法院拥有裁判权。如果要排除的辩护人是律师,应当将检察院申请的副本或法院提交案卷的情况通知该律师所属事务所的理事会。该律师可在程序中作陈述。在德国,排除辩护人参与刑事诉讼的裁决权属于独立的审判机

关并限制在较高级别的法院。排除辩护人对刑事诉讼的参与和对律师违法犯罪行为的法律追究是两个可以分离的程序,设计前者时,应当重视对被追诉人权益的保护,设计后者时,应当重视对律师权益的保护。总体而言,基于律师在刑事诉讼中所处的辩护人地位,对于律师刑事责任的追究,应当特别慎重,要尽量进行严格限制,保障被追诉的律师能够获得公正的审判。

郑旭:修改后刑诉法第四十二条首先涉及的是管辖权改变问题,第四十二条规定的是“改变管辖权”,而不是回避问题,因为回避是针对具体的办案人员,而非整个机关。例如,在A区公安机关侦查盗窃罪的诉讼过程中,辩护人甲有伪造证据的行为,本来按照犯罪地管辖的原则,仍然应当由A区公安机关侦查辩护人甲涉嫌辩护人伪造证据罪的行为。但是,依据第四十二条规定,A区公安机关不能侦查此案。这种变更仅仅是地区管辖的变更,而不是立案管辖的变更,不是授权国家安全机关、检察院自侦部门等进行侦查。因此,可由B区的公安机关进行侦查,由B区的检察院批准逮捕和提起公诉,由B区的人民法院审判。其次是立案时间的确定,发现辩护人有毁灭、伪造证据、妨害作证行为的,应当将其涉嫌犯罪的线索交给犯罪地公安机关,由该公安机关报请上级公安机关指定管辖。被指定管辖的公安机关对线索进行审查,作出是否立案的决定。再次是证据的收集,应当由被指定的公安机关在侦查活动中进行。对于移送的线索,需要依照刑事诉讼法规定的侦查程序进一步查证。

**问题七:** 检察机关在发挥诉讼监督职能作用和保障辩护权充分有效行使方面还有哪些工作需要进一步完善?

主持人:从总的方面看,在检察机关的职能作用发挥与辩护权保障方面,您认为,检察机关还需要做哪些工作,在法律规定、工作机制上还有哪些应进一步完善的地方?

熊秋红:与其他国家相比,我国的检察机关具有较强的司法职能,因此,检察机关在行使诉讼职能和监督职能时,应当充分重视其作为司法官的身

份,体现其不同于公安机关的司法性质,同时在办案方式上也需要借鉴司法程序,保障多方参与,尊重律师辩护权,保证程序公正。

刘福谦:对于检察机关职能作用的发挥与辩护权的保障这一问题来说,关键是要真正树立惩治犯罪与保障人权并重的执法理念,保障人权中尤其是要重视犯罪嫌疑人、被告人辩护权的保障,因为这是其在刑事诉讼中最基本的权利。其次,应在完善工作机制上下功夫。要建立健全保障辩护权有效行使的工作机制,具体制定会见、听取、审查、处理、反馈律师意见的工作制度,明确人民检察院可以许可辩护律师对被害人等调查取证的情形等,为辩护律师有效行使调查取证权创造条件。

检察官和律师之间应当形成职业共同体的共同认知,互相增进了解,为了判决结果的可靠性和审判程序的公正性这两个共同目标而合作。

郑旭:检察机关发挥诉讼监督职能作用和保障辩护权,需正确对待以下问题:第一,应当增设妨害被追诉人辩护权的非法证据排除规则。修改后刑诉法第五十四条仅仅规定了刑讯逼供和其他非法方法收集证据的排除规则,没有明确规定侵犯律师帮助权的证据排除规则。为此,应对第五十四条中的“刑讯逼供等”的“等”字进行解释,即包括“侵犯被追诉人律师帮助权”的情形,一旦通过这种方法取得的供述,作为非法证据排除。例如,被采取强制措施之后,犯罪嫌疑人一直提出要先与律师见面商量,但是侦查机关阻碍犯罪嫌疑人与律师的会见,对于这种情况,应当用排除证据的方式予以制裁。第二,关于检察官与律师之间的合作互信。检察官和律师之间应当形成职业共同体的共同认知,互相增进了解,为了判决结果的可靠性和审判程序的公正性这两个共同目标而合作。在民事行政检察领域,很多地方的检察院民行处都与当地律所合作,共同研讨可能再审的民商事案件中的法律问题,在刑事诉讼方面,检察官和律师相还需要特别加强双方的信任,做到坦诚和守信。

[编辑:金圆圆]