

談中國大陸刑事辯護制度之修正

張明偉

壹、前言

貳、現行大陸辯護制度之主要內涵

- 一、非律師亦得充任辯護人
- 二、辯護權之強化
- 三、限制過嚴之閱卷規定
- 四、通訊權之過度限制
- 五、調查取證之法定限制
- 六、明確辯護人之責任
- 七、明文辯護人之保密義務
- 八、妨害司法罪之寒蟬效應

參、結論

壹、前言

依世界人權宣言第 11 條 (1)：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。(Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.)」之規定，辯護權早於二戰結

束之際，已為普世所肯認¹。又依聯合國於西元 1967 年第 21 屆大會第 2200 號決議通過之「公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights)」第 14 條第 3 項第 2 款之規定，任何人於受有罪指控時，均應給予適當之時間及協助以準備防禦，並得與其指定之辯護人從事諮商。

雖然中國大陸在 2001 年已經批准經濟社會文化權利國際公約，且各界一直呼籲人大儘快批准聯合國公民與政治權利國際公約，但中國領導人只提到正努力為該公約之批准「創造條件」，並未提及何時落實該等條件。就公民與政治權利國際公約之履行而言，與刑事司法最直接相關的問題，莫過於犯罪嫌疑或被告在判決定讞前免于羈押以及自由尋求辯護律師協助的權利。因此，如落實與履行公民與政治權利國際公約，即需實質修改國內的刑事訴訟法規，並且需要教育司法官員與公眾，建立一個公正、有效的監督機構 (例如：獨立的人權委員會)，以促使更多的公眾參與改革進程²。

縱然中國大陸尚未批准聯合國公民與政治權利國際公約，然依中華人民共和國憲法第 125 條：「人民法院審理案件，除法律規

1. 世界人權宣言僅是聯合國大會通過的規章，並非一個強制性的國際公約；但是，之後所簽訂的強制性聯合國人權公約：公民與政治權利國際公約和經濟社會文化權利國際公約，卻都是以其為基礎。
2. 據研究指出，對前總統陳水扁進行中的追訴，使這兩項基本權利成為公眾矚目的焦點。被關押數月的陳水扁，在審前和審判中一再要求釋放未果，實際上凸顯了法律專家早就意識到的問題—刑事訴訟法中關於羈押所用的模糊、不完整和特殊的語言，亟待更新和修訂。決定羈押的適用標準，必須合理；決定羈押的庭訊程序，必須改革，使被告能清楚瞭解檢方的指控並據以回應。此外，法律應當明確授權法院以積極、創造性的方式處理羈押的釋放，這些方式應利用新的科技設備，以限制、監測被釋放人的活動，同時允許這些人享有比在牢房裡更大的自由。《公民與政治權利國際公約》的有關規定看似簡單。審前或審判中的羈押，必須是例外，而非常規。每名被告必須有充分時間準備辯護、諮詢律師和見證人。參閱孔傑榮 (Jerome A. Cohen)，<http://blog.yam.com/earthk2009/article/21282032> (最後造訪日：2013 年 9 月 23 日)。





定的特別情況外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護。」之規定，辯護權為憲法上之權利，且依中華人民共和國刑事訴訟法第 11 條：「人民法院審判案件，除本法另有規定的以外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護，人民法院有義務保證被告人獲得辯護。」之規定，法院有義務保障辯護權。從而，既然辯護權已是大陸憲法及法律賦予犯罪嫌疑人、被告人專屬之訴訟權利，在犯罪嫌疑人、被告人各項訴訟權利中居於核心地位³，應無可議。故為完善其辯護權之內涵，減少與聯合國公民與政治權利國際公約規定以及其他先進國家間的法制差距，中國大陸在 2012 年 3 月修正刑事訴訟法之際，即就辯護權部分予以實質性的修正。本文以下將簡要說明中國大陸 2012 年修正之內涵，以供各界參考。

貳、現行大陸辯護制度之主要內涵

依 2012 年 3 月修正之大陸刑事訴訟法規定，現行大陸地區的辯護制度，具有以下幾個重要的內涵：

一、非律師亦得充任辯護人

關於辯護人之資格，世界各國基於司法體制之不同，亦不盡相同，在大多數法制發達之國家，辯護人的範圍往往以律師為主，但以中國大陸目前之法制環境，律師之數量及素質尚未成熟，且平均國民所得較低，一般人難以負荷長期聘請律師所衍生之經濟壓力，若強制規定辯護人之範圍以律師為限，對犯罪嫌疑人、被告人之權益保障未必絕對有益。因此，中國大陸刑事訴訟法第 32 條規定：「犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護

權以外，還可以委託一至二人作為辯護人。下列的人可以被委託為辯護人；（一）律師；（二）人民團體或者犯罪嫌疑人、被告人所在單位推薦的人；（三）犯罪嫌疑人、被告人的監護人、親友。（第 1 項）正在被執行刑罰或者依法被剝奪、限制人身自由的人，不得擔任辯護人。（第 2 項）」依據上述規定，犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護權以外，其有權委託律師及未具備律師資格之人擔任其辯護人⁴。

二、辯護權之強化

雖然大陸地區在 1996 年修正刑事訴訟法時，已將律師介入刑事訴訟程序之時點提前至偵查程序，使辯護人在偵查階段即可為犯罪嫌疑人、被告人提供法律協助。然因多數之見解以及實務上之作法認為偵查中之律師在舊法架構下並不具備辯護人之法律地位，在身分和訴訟地位上並不是辯護人或辯護律師，非屬獨立的訴訟主體，無法進行實質的辯護活動，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利⁵。且因未具備律師身分之辯護人，其無權參與偵查階段，對無資力聘請律師辯護又不符合法律援助條件之犯罪嫌疑人之保護更加不周⁶。換言之，由於修法前大陸地區之犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，始可以聘請律師；且大陸律師在偵查階段僅能提供法律幫助，而非實質辯護，故其在身分及訴訟地位上並不是辯護人或辯護律師，無在場權及陳述意見權利，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利；就此而言，修正之刑事訴訟法第 33 條：「犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制

3. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 1，2010 年 6 月。

4. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 111，2010 年 6 月。

5. 參閱王秀芳，平衡控辯關係，完善辯護制度，政治與法律第 2 期，頁 59，1999 年。

6. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 113，2010 年 6 月。



措施之日起，有權委託辯護人。在偵查期間，只能委託律師作為辯護人。偵查機關在第一次訊問犯罪嫌疑人或者對犯罪嫌疑人採取強制措施時，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。人民檢察院自收到移送審查起訴的案件材料之日起三日以內，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。被告人有權隨時委託辯護人。人民法院自受理自訴案件之日起三日以內，應當告知被告人有權委託辯護人。辯護人接受犯罪嫌疑人、被告人委託後，應當及時告知辦理案件的司法機關。」除增加犯罪嫌疑人在偵查階段可以委託律師作為辯護人為其提供法律幫助之規定外，其明確律師在偵查階段介入刑事訴訟的身份為辯護人，實質上乃解決了 1996 年刑事訴訟法修正時偵查階段律師身份不明的遺留問題。據此，委託辯護的時間也由審查起訴階段（自案件移送審查起訴之日起）提前到偵查階段（犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起），於偵查中對犯罪嫌疑人所提供之辯護保障，已有顯著地強化。

又為進一步完善辯護制度，保障律師執業權利，強化法律援助，大陸刑事訴訟法第 33 條除規定在偵查階段可以委託律師作為辯護人外，亦增加了第 1 款關於「偵查機關在第一次訊問犯罪嫌疑人或者對犯罪嫌疑人採取強制措施時，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人」的規定，從而偵查機關負有訴訟關照義務。又為配合律師法修正，修正之刑事訴訟法第 37 條乃在律師法的相關基礎上進行修正，並規定危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪的共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。另為完善法律扶助制度，修正之刑事訴訟法第 34 條：「犯罪嫌疑人、被告人因經濟困難等原因沒有委託辯護人的，本人及其近親屬可以向法律援助機構提出申請。對於符合法律援助條件的，法律援助機構應當指派律師為其提供辯護。

犯罪嫌疑人、被告人是盲、聾、啞人而沒有委託辯護人的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當通知法律援助機構指派律師為其提供辯護。犯罪嫌疑人、被告人可能被判處無期徒刑、死刑而沒有委託辯護人的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當通知法律援助機構指派律師為其提供辯護。」強化了法律扶助制度。依此規定，法律援助的起始時段由審判階段提前到偵查階段，而指定辯護的適用對象由可能被判處死刑之人擴大到可能被判處無期徒刑之人；此外，指定辯護的方式由人民法院直接指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護改為由人民法院、人民檢察院和公安機關通知法律援助機構指派律師為其提供辯護，換言之，人民法院不再直接指定辯護律師，而是聽由法律援助機構指派律師提供法律援助。

三、限制過嚴之閱卷規定

依舊刑事訴訟法第 36 條規定，辯護人閱卷權之行使時期為「審查起訴階段」及「審判階段」，故於偵查中之辯護人並無閱卷權。惟雖刑事訴訟法已明文閱卷權，但因為實際規範的缺漏及實務上對法律條文採用狹義解釋及不當限制，「閱卷難」竟成為過去大陸刑事辯護制度中辯護人所遇到的重大難題之一。由於新修正之刑事訴訟法第 38 條：「辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以查閱、摘抄、複製本案的案卷材料。其他辯護人經人民法院、人民檢察院許可，也可以查閱、摘抄、複製上述材料。」並未實質修正舊法第 36 條之內涵，此次辯護權之修正並未進一步完善閱卷權之保障，辯護人行使閱卷權時似仍將面臨「閱卷之範圍過狹且不明確」及「閱卷之程式缺乏完善規範」等難題。雖修正之第 39 條：「辯護人認為在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的，有權申請人民檢察



院、人民法院調取。」授權辯護人得請求偵查機關開示有利被告之證據，惟如關於證人證言、物證、書證、犯罪嫌疑人、被告人供述及辯解等，對定罪量刑具關鍵性證據資料均不在閱卷範圍內，閱卷之範圍過狹使辯護人無法獲悉有關犯罪嫌疑人、被告人有罪、無罪或罪輕、罪重的全部實質性證據資料，以全面瞭解及掌握案情，進而提出正確有效之辯護意見。又因法條規定內容不明確也導致實務採用狹義解釋，不當限制辯護人之閱卷權。此外，大陸刑事訴訟法對辯護人閱卷的地點、時間等程序未具體規定，雖然有司法解釋加以補充規範，但當檢察院未能依照規定保障辯護律師閱卷權時，實際上卻缺乏相應的救濟機制，如此將導致實務上辯護人閱卷權受到不必要的限制。

四、通訊權之過度限制

雖依舊刑事訴訟法第 36 條規定，辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以與在押的犯罪嫌疑人會見和通信；其他辯護人經人民檢察院許可，亦可與在押的犯罪嫌疑人會見和通信；辯護律師自人民法院受理案件之日起，可以與在押的被告人會見和通信；其他辯護人經人民法院許可，可以同在押的被告人會見和通信；但在實務上，辯護人的會見通信權往往受到各種限制。蓋依舊刑事訴訟法第 96 條規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關依據案件情況和需要可以派員在場。而在涉及國家秘密的案件，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關批准。依據上述規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人時，偵查機關只要認為案件有需要，即可派員在現場監督；若偵查機關認為案件涉及國家秘密，其有權決定是否批准辯護律師的會見聲請。然而所謂「有需要」或「涉及國家秘密」，因其認定

並無具體明確之標準，常常成為偵查機關濫用批准辯護律師會見通信權的事由。因此，雖然法律賦予辯護人會見通信權，但實際上辯護人要求會見在押犯罪嫌疑人、被告人時困難重重，難以得到許可，即使得到許可，也往往對會見次數、時間、談話內容等等進行不合理的限制⁷。值得注意的是，由於修正之刑事訴訟法第 37 條第 3 款：「危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。」僅規定危害國家安全犯罪等三類案件，在偵查期間律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可，而沒有規定許可與否的具體標準（如是否涉及國家秘密、是否有礙偵查等），因此，實踐操作中可能演變為偵查機關一律不許可會見之情形。此外，對於本款所謂重大賄賂犯罪共同犯罪案件，應當僅指刑法上的共犯案件，而非程序法上的共同審判案件，例如，受賄罪與行賄罪被告人，雖然在程序上可以合併起訴、合併審理，構成程序法上的共同犯罪，但卻並非刑法上的共同犯罪，因此，不應適用本款之規定。

為完善辯護制度之功能，2012 年之修正乃強化了辯護律師之通訊接見權。為了與已修正之律師法相接軌，解決司法實踐中律師會見難及閱卷難的問題，修正後之刑事訴訟法第 37 條乃規定：「辯護律師可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信。其他辯護人經人民法院、人民檢察院許可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信。辯護律師持律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函要求會見在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所應當及時安排會見，至遲不得超過四十八小時。辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以瞭

7. 參閱姚莉、齊文遠，再論刑事訴訟法實施過程中出現的若干問題，法商研究第 5 期，頁 45，2000 年。

解有關案件情況，提供法律諮詢等；自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、特別重大賄賂犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。上述案件，偵查機關應當事先通知看守所。辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以瞭解案件有關情況，提供法律諮詢等；自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。辯護律師同被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人會見、通信，適用第一款、第三款、第四款的規定。」依此規定，辯護律師會見在押被告或犯罪嫌疑人的機會，乃受到法律的保障，惟非律師之辯護人，即未必能夠會見在押的被告或犯罪嫌疑人。蓋在被告遭羈押的情形中，與辯護人通信或接見，本為其能否受有效辯護協助之根本前提要件，故如被告遭羈押，本應令其有機會與辯護人進行無障礙的通信與接見，以保障其溝通無障礙，有利於辯護目的之達成。因此，如欲限制在押被告與辯護人之通信接見，必須要在有重大公益維護之必要下，始得為之；換言之，政府除因防止明顯的湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯或證人之正當理由外，不能剝奪或干擾辯護律師與其委託人間的「協商保密權」。雖此項權

利乃是被告行使正當防禦權及受到充分辯護的基本訴訟權利，在有重大公益維護之必要下予以限制，亦不能指為侵害人權的立法⁸。

又因近年來，關於律師閱卷後能否向犯罪嫌疑人、被告人出示複製的案卷材料的問題，屢屢成為學界的焦點話題，過去在司法實踐中也因為法無明文規定而屢屢引發爭議。本次修法增訂第 37 條第 4 款規定：「辯護律師…自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。」立法上既然明確規定辯護律師有權向犯罪嫌疑人、被告人核實證據，自然就有權向犯罪嫌疑人、被告人出示複製的案卷材料（證據），否則，不向犯罪嫌疑人、被告人出示上述證據又如何核實證據？因此，修訂後的第 37 條第 4 款實際上解決了實踐中辯護律師閱卷後能否向犯罪嫌疑人、被告人出示複製的案卷材料的問題。同時，修訂後的第 37 條第 4 款後半段規定：「辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。」關於監聽究竟係指何意？並非無議。是指狹義上禁止偵查機關在會見室安裝監聽設備監聽律師與當事人之間的會談內容呢？還是泛指廣義上的會見交流保密，即偵查機關應在看得見但聽不見的地方監視，不僅不得進行狹義上的監聽，而且不得派人在場？這一問題早在 2007 年律師法修訂時即已產生，此次刑事訴訟法修正案在與律師法接軌的同時又把這一問題帶入了刑事訴訟法。在 2007 年律師法正式實施之前，

8. 依據「公民與政治權利國際公約」第十四條第三項 b 款規定：「委託人得要求辯護律師與被告聯繫協商，並完全尊重他們之間的協商均屬保密。律師必須能夠與其他委託人協商，且不受任何來自當局的限制、影響、壓力或不當的介入，提供其既定的專業標準和判斷。」此外，聯合國大會就預防犯罪和罪犯待遇所通過的「司法行政的原則」關於「律師作用的基本原則」第二十二條亦要求政府「確認和尊重律師及其委託人之間在其有專業關係內的所有聯繫和磋商均屬保密。」可見犯罪嫌疑人或被告與辯護律師間的協商保密性為國際人權公約所公認的原則，政府除因防止明顯的湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯或證人之正當理由外，不能剝奪或干擾辯護律師與其委託人間的「協商保密權」。此項權利乃是被告行使正當防禦權及受到充分辯護的基本訴訟權利，不能指為侵害人權的立法。參閱蘇友辰，「司法浩劫」言重了，http://www.cahr.org.tw/lawtalk_detail.php?nid=231（最後造訪日：2013 年 9 月 3 日）。





在理論界和實務界所召開的一些研討會上，關於該條款的認識分歧和爭議已經凸現出來。來自實務部門的同志往往趨向於從狹義上理解不被監聽，即認為立法僅指不得利用技術手段、設備等進行監聽，其言外之意是應當允許偵查人員在場；而理論界則趨向於從廣義上理解不被監聽，即主張不被監聽，是指律師與當事人談話保密，因為，不被監聽其精神在於維護律師與其當事人之間談話的私密性，從這個精神出發，不被監聽就不能解釋為不被設備監聽而可以派員在場，此種觀點也與有關國際公約規定相一致⁹。

五、調查取證之法定限制

依修正後之刑事訴訟法第 37 條第 4 款規定，辯護律師經證人或其他有關單位和個人同意，可以向其收集與本案有關的資料，亦可以申請人民檢察院或人民法院收集、調取證據，或申請人民法院通知證人出庭作證；辯護律師經人民檢察院或人民法院允許，並經被害人或其親屬、被害人提供之證人的同意，可以向他們收集與本案有關的資料。然而，前述調查取證權之行使限於審查起訴階段及審判階段，且未具備律師資格之辯護人無此項權利¹⁰。大陸刑事訴訟法雖然明文賦予辯護人可以直接向有關單位或個人收集調查證據之權利，惟其行使時期限於審查起訴階段及審判階段，且僅限於具備律師資格之

辯護人始享有調查取證權。而辯護律師的調查取證權不具有強制性，須事先徵得調查對象之同意或人民檢察院、人民法院之許可，如果被調查對象不同意或未經許可，辯護律師即不能進行調查。而同意、許可之條件法律並未規定，辯護律師行使調查取證權被拒絕後，亦無救濟途徑，在辯護律師申請相關機關收集調取證據之部分，亦無申請被拒絕之救濟管道。鑒於大陸刑事訴訟法對調查取證權相關規定缺乏救濟途徑，與其說是賦予辯護律師調查取證權，不如說是明文限制辯護律師自行調查取證之行為。當辯護律師自行調查取證時，其必須完全依據中國刑事訴訟法規定之方式為之，若其調查取證行為或程序不符合法律規定，即不可以進行調查取證¹¹。

又刑事訴訟法第 39 條：「辯護人認為在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的，有權申請人民檢察院、人民法院調取。」為此次新增，增訂之目的在於防範公安機關、人民檢察院因疏忽而未提交或因追求勝訴而刻意隱匿了對辯方有利的證據，因而賦予辯護人申請調取上述證據的權利。根據本條規定，辯護人有權申請調取的證據僅限於「在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌

9. 從法理上講，對不被監聽一語從廣義上解釋才是符合立法原意的，全國人大常委會法工委民法室副主任楊明勳先生就在就新《律師法》接受媒體採訪時也曾明確表示：“律師在會見犯罪嫌疑人、被告人的時候，邊上能不能有人監視你？通常應該是員警能看得見，但是聽不見。雖然不能聽到他們在講什麼，但是只要看得見，就可以防止被告逃跑等違法行動。因此，保障律師的會見權要做到在會見中不被監聽。”可見，立法者的意圖是非常明確的，就是辯護律師與當事人會見交流應當保密，偵查機關不僅不得利用技術手段、設備等進行監聽，而且不得派員在場。這一要求，從本次《刑事訴訟法修正案（草案）》廢除原法第九十六條即可看出，因為，原法第九十六條規定：“律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關根據案件情況和需要可以派員在場”，《刑事訴訟法修正案（草案）》在廢除原法第九十六條的同時又沒有在其他法條中再設偵查機關派員在場的規定，這意味著辯護律師與當事人會見交流應當保密，偵查機關不應再派員在場。

10. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 117-118，2010 年 6 月。

11. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 122，2010 年 6 月。



疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的」，即公安機關、人民檢察院在偵查、審查起訴期間已經收集到，卻並未提交、對辯方有利的證據，除此之外的其他證據，辯護人只能依據舊法第 37 條（即現行法第 41 條）申請人民檢察院、人民法院調取，例如，辯護人認為一日擊證人的證言有利於辯方，欲向其調查取證，但該證人拒絕向辯護人提供證言的，此時，辯護人只能依據現行法第 41 條之規定，在偵查、審查期間申請人民檢察院收集該證言，或者在審判期間申請人民法院通知該證人出庭作證。

另刑事訴訟法第 40 條：「辯護人收集的有關犯罪嫌疑人不在犯罪現場、未達到刑事責任年齡、屬於依法不負刑事責任的精神病人的證據，應當及時告知公安機關、人民檢察院。」亦為新增，本條賦予了辯護人在審前（偵查、審查起訴）程序中的特定證據開示義務，其主要目的在於及時澄清案情、避免刑事訴訟在不必要的情況下繼續進行，既避免犯罪嫌疑人無謂陷入訟累，又避免國家司法資源的浪費。應注意的是，辯護人應當開示的證據僅限於「犯罪嫌疑人不在犯罪現場、未達到刑事責任年齡、屬於不負刑事責任的精神病人」等三類證據。由於該三類證據屬於關係到犯罪嫌疑人有罪與否以及刑事訴訟有無必要繼續進行的關鍵證據，且辯護方更容易知悉及獲得該三類證據，因此，立法要求辯護人一旦收集到該三類證據，應當立即向公安機關、人民檢察院開示（告知），以便於公安機關、人民檢察院在核實證據後作出是否終止刑事訴訟的決定。辯護人的證據開示義務既然是一項法定義務，那麼，違反該義務理應遭受法律制裁，如此方能保證該條款在實踐中得到有效遵循。但問題在於，本法條並未明確規定違反該義務的法律後果，那麼，實踐中辯護人一旦違背上列義務，未將上述三類證據及時告知公安機關、人民檢察院，則是否以及如何加以制裁？例

如，對於應當開示而未開示之證據，是否即喪失證據資格而不得在後續程序中提出（證據失權）？鑒於辯護人違反特定證據開示義務，僅導致訴訟無法及時終結，違法後果並不嚴重，因此，不宜以證據失權作為其程序違法的後果。實踐中遇到類似問題，對於非律師的辯護人，可以責令其改正、命令其立即開示；對於辯護律師，則可將其視為違背律師執業義務和職業倫理的行為，由公安機關、人民檢察院建議司法行政機關視其情節責令其改正或予以警告、罰款、停止執業等處罰。

六、明確辯護人之責任

另就辯護人之權責來說，因修正之刑事訴訟法第 35 條：「辯護人的責任是根據事實和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，維護犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益。」已將原條文「犯罪嫌疑人、被告人的合法權益」修改為「犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益」，因此明確區分了辯護人的雙重責任：一是實體性辯護，即辯護人應根據事實和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，因此，辯護人的實體性辯護責任，係圍繞犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑等實體問題而展開；二是程序性辯護，即辯護人應維護犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益，包括為犯罪嫌疑人申請取保候審、申請變更解除強制措施、申請排除非法證據以及代為提起上訴等等。又修正後之第 36 條：「辯護律師在偵查期間可以為犯罪嫌疑人提供法律幫助，代理申訴、控告；申請變更強制措施；向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，提出意見。」亦明確界定辯護律師在偵查階段從事辯護活動的內容與範圍。蓋與舊法第 96 條相比，辯護律師在偵查期間的辯護



活動空間實際並沒有擴大，仍限於為犯罪嫌疑人提供法律幫助、代理申訴、控告、向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，偵查階段既無權閱卷，也不得調查取證（包括向犯罪嫌疑人核實有關證據）。然而，修正後之第 36 條既然規定辯護律師可以向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，意味著這是辯護律師的一項權利，即資訊知悉權（瞭解指控資訊的權利），相應地，偵查機關就有應辯護律師的要求而告知案件基本資訊的義務。當然，基於偵查保密原則的要求，辯護律師在偵查階段有權知悉的指控資訊，應限於案件的基本資訊，包括涉嫌罪名、採取強制措施的情況（種類、時間、地點）等¹²。

七、明文辯護人之保密義務

修正後之刑事訴訟法第 46 條：「辯護律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密。但是，律師在執業活動中知悉委託人或者其他人，準備或者正在實施危害國家安全、公共安全以及嚴重危害他人人身安全的犯罪的，應當及時向司法機關通報。」增設了律師守秘特權，所謂在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，應作有利於犯罪嫌疑人、被告人的解釋，不僅是指委託人的個人隱私、商業秘密，還應解釋為包括案件情況本身。但是，立法在此並未明確所謂「保密」的對象，即，究竟是向社會保密，不得向社會公開、不得向他人洩露？還是向公安司法機關保密，即使公安司法機關要求其作證，律師也有權免予作證或拒絕作證？從外國立法例來看，所謂律

師守秘特權，在程式法上必定派生出律師拒絕作證權，即律師對在執業活動中知悉的案件情況，不僅應向社會保密，不得公開、不得洩露，還有權向司法機關保密，即使司法機關要求其作證，也有權免予作證或拒絕作證。因此，在法解釋上，本條所謂律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密，不僅應解釋為是向社會保密，還應當解釋為向公安司法機關保密，即使公安司法機關要求其作證，律師也有權免予作證或拒絕作證。惟律師在執業活動中知悉委託人或者其他人，準備或者正在實施危害國家安全、公共安全以及嚴重危害他人人身安全的犯罪的除外，即在上述情形中，律師不享有守秘特權而有義務向公安司法機關通報¹³。

八、妨害司法罪之寒蟬效應

依據大陸地區舊刑事訴訟法第 38 條：「辯護律師和其他辯護人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人改變證言或者作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為（第 1 項）。違反前款規定的，應當依法追究法律責任（第 2 項）。」與刑法第 306 條第 1 項：「在刑事訴訟中，辯護人、訴訟代理人毀滅、偽造證據，幫助當事人毀滅、偽造證據，威脅、引誘證人違背事實改變證言或者作偽證的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。」等規定，中國大陸之辯護人因證據類犯罪，包括包庇罪、偽證罪、妨害作證罪等，迄今已有上百人被捕乃至提起公訴，

12. 惟本條既然本質上是對辯護律師的授權性規定，從立法技術上講，與其含糊地稱辯護律師可以，不如直接表述為辯護律師有權，這樣更能凸顯辯護律師的權利主體地位，也有利於實踐中辯護律師順利行使該權利。因此，本條宜再修改為“辯護律師在偵查期間有權為犯罪嫌疑人提供法律幫助，代理申訴、控告，有權向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況。”

13. 此處之通報，即檢舉或舉報，由於通報一詞並非法律術語，似應修改為舉報或檢舉較為洽當。



令辯護人之訴訟權利及人身保障受到嚴重限制與威脅¹⁴。換言之，大陸關於辯護人言論豁免權之刑事立法，不但處於空白狀態，甚至存在對辯護人履行辯護職責極為不利的處罰規定。

事實上，如果辯護人將因履行辯護職權而遭受到法律上不利利益，辯護制度恐因此寒蟬效應而形同虛設，唯有辯護律師不因其辯護活動觸怒當權者而遭到法律或非法律形式之報復，辯護律師始能免於恐懼，進而正常履行職責¹⁵。就刑事責任而言，由於律師於法庭中所為言論係業務上正當行為，屬於法定阻卻違法事由之一，其行為應不受處罰。然而大陸的辯護法制在此部分仍有缺陷，其相關處罰規定實與剝奪律師刑事辯護豁免權無異，甚至有違聯合國關於律師作用的基本原則第2條：「律師對於其書面或口頭辯護時發表的有關言論或作為職責任務出現於某一法院、法庭或者其他法律或行政當局之前

發表的有關言論，應當享有民事和刑事豁免權。」之規定。舊法第38條於此次修正為第42條：「辯護人或者其他任何人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為。違反前款規定的，應當依法追究法律責任，辯護人涉嫌犯罪的，應當由辦理辯護人所承辦案件的偵查機關以外的偵查機關辦理。辯護人是律師的，應當及時通知其所在的律師事務所或者所屬的律師協會。」此種修正旨在改變辯護律師從業時如履薄冰、如臨深淵的懼怕心態。為此，一方面將適用主體範圍由舊法第38條規定的辯護律師和其他辯護人修改為辯護人或者其他任何人，使得該條款不再成為專門針對辯護人的歧視性條款，所謂其他任何人，當然地包括公、檢、法機關工作人員在內；另一方面刪除了舊法第38條證人改變證言等內容，因為實踐中證人改變證

14. 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁124-125，2010年6月。
15. 參閱尤伯祥，公平審判從確實保障律師的辯護空間開始，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2314（最後造訪日：2013年9月23日）該文作者更對律師言論管制提出以下建議：第一：就辯護律師在法庭外對媒體所為之公開言論，現行律師法及律師倫理規範並沒有明確規範。參考美國律師協會的職業行為示範規則（ABA Model Rules of Professional Conduct）第3.6條之規定，若此等言論內容涉及案情而有嚴重損及日後審判公正性之重大可能，固然不應發表，但即使存有此種疑慮，若他人的最近公開言論或報導可能嚴重損害當事人公平受審等權利，則辯護律師為保護當事人之權利所需，仍可反制性地公開發表此等言論。準此，辯護律師在法庭外對媒體所為涉及案情之公開言論，理論上固非毫無限制，但為了確保被告公平受審之權利，限制中仍有例外。第二：從上述美國律師協會的規定可知，辯護律師法庭外言論的尺度，本質上乃是應交由律師倫理規範的事項，其違反與否，也應由律師自治組織即律師公會作首次判斷。其所以如此，乃因辯護制度先天上與國家權力處於對抗，自不宜由國家決定辯護律師言論尺度之故。因此，法務部若確實有意藉陳前總統之案件釐清此一規範狀態不明之問題，宜在尊重律師自治之大前提下，公開徵詢律師公會之意見，若有任何具體結論，也應交由律師公會訂入律師倫理規範。第三：法務部應謹記刮別人的鬍子之前，應先將自己的鬍子刮乾淨。因此，在其要求辯護律師的同時，應建立落實檢、警、調偵查不公開的有效機制。目前下至個案承辦檢察官及機關發言人，上至部長，人人對媒體幾乎口無遮攔的現象應盡快改正。法務部應參考美國法制，訂定一套發言準則，明確規定所屬人員對媒體發言時可得披露及絕對不可披露之事項（例如，被告及證人的陳述內容），並嚴格禁止記者出入檢察官辦公室。在這方面，美國律師協會的職業行為示範規則第3.8(f)規定，公訴人不得進行具有使公眾強化對被告的譴責之重大可能的程序外評論，且應合理注意防止在案件中幫助公訴人或與公訴人合作之人員發表此等言論，可資參考。



言即所謂翻證的情況比較複雜，如果證人之前作偽證，現在翻供還原事實真相，那麼這是法律允許並鼓勵的行為；而如果證人違背事實翻證，那麼這本身就是一種偽證行為。然而此次大陸刑事訴訟法修正還是和原來一樣，沒有規定律師刑事豁免權，同時，草案也沒有取消律師偽證罪的相關規定，公檢法還是有權力隨時拘留和逮捕律師。因而，律師在辦案時畏首畏尾，深怕得罪公檢法部門，最終必將導致控辯繼續失衡，當事人的合法權益繼續得不到保護¹⁶之不利結果。

參、結論

本文介紹中國大陸 2012 年刑事訴訟法有關辯護權之修正，以為參考。由於 2012 年之修法主要在解決司法實務上長年所累積的相關問題，因此於實質上增進對於刑事被告的權利保障。雖然新修正的刑事訴訟法較過去的法制提供了較為充分的人權保障，但是就辯護權的內涵而言，仍與世界先進國家對於辯護權保障的要求，不盡相同，尚有進一步

發展與檢討的空間。由於台灣地區有較長久的民主法治發展經驗，因此，台灣地區在刑事訴訟領域的經驗，特別是在辯護制度方面之發展，或可提供做為大陸 2012 年修訂辯護制度未來發展上之重要參考。

（作者為輔仁大學法律學院副教授）

16. 按控辯平衡是現代刑事訴訟的基本原則，是法制民主化、現代化的體現，是刑事程序正義理念的基本要求，是現代社會要求保障人權的需要。在過去很長一段時間內，我國刑事法律無論是立法還是司法實踐，都偏重於追究懲罰犯罪，堅持權力本位主義，對保障人權重視不夠，不注重發揮律師在刑事案件中的作用，甚至出現公檢法部門故意為難律師的情況，導致我國在刑事訴訟的各個環節都出現控辯失衡，導致當事人的合法權益得不到保障，導致余祥林、趙作海等冤案不斷出現。可以說，控辯失衡成了我國建設社會主義法治國家的重大障礙。控辯雙方權利的不對等，大大制約了律師的作用，直接導致控辯不平衡，最終也損害了犯罪嫌疑人的合法權益。律師的辯護權是公民權利的延伸，律師的權利受到侵害即犯罪嫌疑人的利益受到侵害。而在這個複雜多變的社會，任何人都有可能被冤枉而成為犯罪嫌疑人，因此律師的權利受到侵害，相當於所有公民的合法利益受到侵害。要實現控辯平衡，最重要的是要提高律師的地位，充分發揮律師的作用。律師的工作貫穿了整個刑事案件的始終，從偵查到起訴再到審判的各個階段，律師要面對強大的公檢法公權部門，如果沒有應有的權利和地位，律師將無法完成其使命。刑事訴訟法修正案草案在實現控辯平衡方面邁出了一小步，但是還遠遠不夠，還要進一步修改完善，要進一步增加一些條款保護辯護律師的合法權益，以便實現真正的控辯平衡，讓辯護律師有足夠的能力和地位保護公民的合法權益。建議刑訴法修正案增加提高律師地位的條款，同時賦予律師刑事辯護豁免權。隻有這樣，才能達到修改法律的真正目的。參閱陳世幸：刑訴法大修草案 值得商榷之處，<http://theory.people.com.cn/BIG5/15795231.html>（最後造訪日：2013 年 9 月 3 日）。