

# 刑事辩护的规范体系及其运行环境

熊秋红

**摘要:**2012年刑诉法修改在刑事辩护制度上取得显著进步。通过分析宪法、刑事诉讼法、律师法中刑事辩护规范之间的关联性,以及对刑诉法中的刑事辩护规范进行类型化研究,可以看到我国刑事辩护的规范体系已经基本形成。宪法、刑事诉讼法、律师法中的刑事辩护规范在总体上相互呼应,彼此促进,但其中也有不协调、不一致之处,有待通过法律解释乃至修法予以解决。在刑诉法中,有关刑事辩护的规范从原则到规则,从条件、行为到后果,从授权性规范、义务性规范到保障性规范,其规范体系渐趋成熟,但也存在部分规范在表述上具有不确定性,存在明显的遗漏,对律师权利保障不足或者存在较大争议等瑕疵。刑事辩护规范的有效运行离不开相应的制度环境和司法环境,刑事法治的进步将会在权力(权利)主体不断的价值冲突和利益冲突、不断的沟通和协调中逐步达成。

**关键词:**刑事辩护;规范体系;运行环境

## 一、引言

在刑事诉讼法再修改过程中,刑事辩护制度的完善受到了社会各界的高度关注。这一方面是因为辩护制度在刑事诉讼中被视为保障被追诉者人权的标志性制度,所谓“刑事诉讼制度发展的历史,就是被追诉人的辩护权不断扩充的历史”<sup>[1]</sup>(P.49,432);另一方面则是因为“律师辩护难”是困扰我国刑事司法实践的三大痼疾之一<sup>①</sup>。辩护律师是刑事司法制度的“看门人”<sup>②</sup>,刑事冤假错案的防范以及保障被追诉者在刑事诉讼过程中获得人道的对待,均期待辩护律师能够有效地发挥作用。可是,我国的刑辩律师们却总是在慨叹:刑事辩护困难、刑事辩护危险、刑事辩护无用,继而质问“刑事辩护向何处去”。在1996年刑诉法修改之后,刑事辩护这一律师业的传统的、经典的舞台日渐萎缩,律师们视刑事辩护为畏途,纷纷退避三舍<sup>[2]</sup>。据调研表明,近年来全国刑事案件律师参与的比例不足30%,有的省甚至仅为12%。全国律师现已超过22万人,但2010年人均办理刑事案件不足3件,有些省甚至不到1件,且其中还包括法律援助案件<sup>[3]</sup>。在北京,这一比例似乎更低,全国人大代表、北京市人民检察院检察长慕平在2012年的全国两会上称,“一年2万件刑事案件,有律师代理的不到500件,只占2.5%,其中很多还是政府指定律师辩护的”<sup>[4]</sup>。我国著名刑诉法学家陈光中教授指出“辩护制度是否完善是一个国家民

作者简介:熊秋红,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

<sup>①</sup> 另外两大痼疾是刑讯逼供和超期羁押,参见陈卫东主编《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第1页。我国的刑辩律师们将自己在工作中遇到的困难精辟地总结为四个短语“会见难”、“阅卷难”、“调查取证难”和“306大棒”。参见刘思达“立法、实践与政治过程——谈冤案与律师辩护难的成因”,载高鸿钧、张建伟主编《清华法治论衡》第10辑,清华大学出版社2008年版,第74页。

<sup>②</sup> Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 202(1993).

主法治发展水平的重要标志。毫不夸张地说,我国的辩护制度正濒临严重危机,刑事案件的律师辩护率不断下滑,现仅为25%左右,这就是明证。”<sup>[5]</sup>如何通过刑事诉讼法的修改缓解刑事辩护的困难、降低刑事辩护的风险、增强刑事辩护的有效性,进而将律师重新拉回到刑事诉讼业务中来,便成为此次修法需要重点解决的问题之一<sup>[6]</sup>。在本文中,笔者拟围绕着刑事辩护的规范体系及其运行环境进行分析,以期对刑事辩护制度改革的成败得失作出较为公允的评价,并指明修改后的刑事辩护制度在实施中应当注意的一些问题。

## 二、法律体系视域中的刑事辩护规范

在我国,刑事辩护的法律规范主要体现在宪法、刑事诉讼法和律师法之中。上述法律关于刑事辩护的规范惟有相互协调、相互支持、相互补充,才能保障刑事辩护的规范体系具有科学性和完整性,从而为刑事辩护功能的有效发挥提供坚实的立法基础。

作为根本法,宪法有关刑事辩护的规范在刑事辩护的规范体系中无疑具有举足轻重的地位,它引领着其他的刑事辩护法律规范。我国宪法第125条规定“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。”对于该条规定的法解释,存在着以下争议:首先,该条规定在宪法的第3章“国家机构”第7节“人民法院和人民检察院”中,而非在第2章“公民的基本权利和义务”中,这是否意味着获得辩护并非被告人的基本权利而仅是人民法院的司法原则?其次,根据本条的规定,享有获得辩护权的主体仅为“被告人”,它是否可以扩大解释为也包括侦查阶段和审查起诉阶段的犯罪嫌疑人?

一般认为,我国宪法关于辩护权的规定承袭了前苏联的“司法原则模式”。1936年苏联宪法第9章“法院和检察院”一节规定“苏联各级法院审理案件,除法律有特别规定外,一律公开进行,并保证被告人的辩护权”。我国的规定与之如出一辙。因此,宪法学界通常认为立法者是将“获得辩护”作为一项司法原则与审判公开原则并列。另外,在一些较为权威的宪法学教材中,也没有将“获得辩护”作为公民的基本权利对待。相反,在学者的建议中,多认为应该将“获得辩护”作为公民的基本权利加以保护。也有学者认为,目前讨论公民的基本权利都囿于宪法第2章“公民的基本权利和义务”,而忽略了宪法其他部分的人权保障功能,实际上可以联系前苏联的宪法立法情况和其他一些国家的宪法立法模式,将宪法第125条规定的“获得辩护”解释为既是一项司法原则,同时也是被告人的一项基本权利<sup>[7]</sup>。一个条文在宪法中的位置与其重要性有关,也与一国所沿用的立法技术有关,我们可以通过解释明确“获得辩护”的基本权利属性,但不容回避的现实是“获得辩护”条文在宪法中所处的位置,已经直接影响到我国学界关于该规定的理解。学界尚如此,司法实务部门想必更难达成共识——“获得辩护”是为我国宪法所确认的被告人的基本权利,其在刑事诉讼中具有极其重要的地位。

有学者认为,从宪法第125条的逻辑结构上看,立法者的用意是只有在审判阶段被告人才有权获得辩护。一个法律条文内的各款、项和句之间必然保持着相互关联性和前后一致性,既然前句中的“公开进行”仅针对人民法院审理案件的诉讼阶段,那么后句中的“被告人有权获得辩护”显然不可能也不应当指向其他诉讼阶段<sup>[8]</sup>。也有学者持相反观点,认为对于宪法文字和条款一般应作广义的扩充解释,尤其是对保护基本权利的条款,更应作对公民有利的解释。获得辩护权作为司法原则应该是刑事诉讼中所有国家专门机关在行使职权时都应该遵循的基本原则而不仅仅是法院应该遵循,而且应是在整个诉讼过程中都有效的原则,应当将获得辩护理解为被告人在整个刑事诉讼过程中都享有的权利。1996年的刑事诉讼法修改后,这里的“被告人”应解释为被追诉人<sup>[7]</sup>。

作为宪法的下位法,刑事诉讼法作了与宪法第125条相一致的规定,并将其放在第1编总则部分的第一章,作为刑事诉讼的“基本原则”。1979年刑事诉讼法第8条、1996年和2012年刑事诉讼法第11条均规定“人民法院审理案件,除本法另有规定的以外,一律公开进行。被告人有权获得辩护,人民法院有义务保证被告人获得辩护。”与宪法第125条的规定相比,这里增加了人民法院的职责,加强了对

被告人获得辩护权的保护。1996年修改刑诉法时,将1979年刑诉法中的“被告人”按照诉讼阶段区分为起诉前的“犯罪嫌疑人”和起诉后的“被告人”;与此同时,律师介入刑事诉讼的时间,从过去的开庭审判前7天提前到犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起。鉴于此,刑诉法学界一般认为,根据1996年刑诉法的有关规定,“被告人有权获得辩护”原则改为“犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护”原则,更为确切;除“人民法院有义务保证被告人获得辩护”外,公安机关、人民检察院也适用此规定精神,有义务保证犯罪嫌疑人获得辩护<sup>[9]</sup>。但这仅是学者的一种学理解释,刑诉法为了与宪法规定相一致,对于“获得辩护”的条文并未随着刑诉法的两次修改而做相应的修改。

2012年修改刑诉法时,不仅在第2条“刑事诉讼法的任务”中增加了“尊重和保障人权”的规定,而且对第14条所规定的“保障诉讼参与人权利原则”作了修改。原第14条规定“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利”,现改为“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利。”这种修改不仅强调了犯罪嫌疑人、被告人是刑事诉讼中诉讼权利保障的首要对象,而且强调了辩护权在犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利体系中的核心地位;该修改也明确了保障犯罪嫌疑人、被告人依法享有的辩护权,不仅是人民法院的义务,而且也是人民检察院和公安机关的义务。但是,刑诉法第14条和第11条之间有何关联?二者之间是一种交叉关系吗?在第14条已作明确规定的前提下,还有必要对第11条作扩大解释吗?对宪法第125条的规定是否也应随着刑诉法的变化发展而作不同的解释?以上情况表明,我国在构筑刑事辩护的规范体系时,未能对宪法规定与刑诉法规定之间、刑诉法规定相互之间的逻辑关系作清晰的梳理和阐释。对于这种不明确性或者模糊性,有必要通过法律解释形成规范性共识,以便明确“获得辩护”的宪法基本权利属性以及规范涵义,进而为刑诉法中有关辩护的规范提供坚实的宪法依据。

此次刑诉法修改,在刑事辩护的问题上,着力于解决刑诉法与律师法之间的协调。2007年修改后的律师法较大幅度增加了律师执业权利的内容,其中关于辩护律师会见权、调查取证权、阅卷权、证言豁免权、法庭言论豁免权等规定,相比1996年刑诉法,在保障律师辩护权方面向前迈进了一大步,被认为是通过迂回的方式修改了刑诉法。由于刑诉法的修改被纳入立法计划后未能在2003-2008年五年间按期完成,导致了理论上关于律师法与刑诉法的效力之争以及实践中执行律师法还是执行刑诉法的分歧<sup>[10]</sup>。修改后的律师法在实施中所遭遇的困境凸显了在法律体系中有关刑事辩护的规范保持协调一致性的重要性。理想的状态是,宪法、刑事诉讼法、律师法以及其他法律有关刑事辩护的规范能够形成调整范围周延、效力层次清晰、内容和谐的体系。

2012年刑诉法在辩护律师会见权、阅卷权、证言豁免权等方面吸收了律师法的规定,较大程度上消除了刑诉法与律师法之间的冲突,可以说是此次刑诉法修改值得肯定之处。如关于会见权,修改后的刑诉法吸收了律师法中关于律师原则上凭“三证(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)”即可会见在押犯罪嫌疑人、被告人和“会见时不被监听”的规定,同时取消了原刑诉法中关于“涉及国家秘密”的案件,律师会见需要批准的规定,而是将其明确为三种案件——即危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪案件、特别重大贿赂犯罪案件,律师会见需要批准,这就避免了对“涉及国家秘密”的案件做宽泛解释的可能性。关于阅卷权,修改后的刑诉法规定,辩护律师自审查起诉之时起,可以查阅、摘抄和复制本案的案卷材料。这也是吸收了律师法中的相关规定,保障辩护律师享有充分的阅卷权,从而改变了过去辩护律师仅能查阅部分案卷的做法。关于证言豁免权,修改后的刑诉法规定,辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息,有权予以保密。但是,辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的,应当及时告知司法机关。这与律师法中的相关规定也是基本一致的。

但是,值得注意的是,刑诉法中的规定与律师法中的规定也存在不一致之处。以阅卷权为例,律师法第34条规定“受委托的律师自案件审查起诉之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书

及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。”而刑诉法第38条规定“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。”有学者解释说,刑诉法第38条基本吸收了律师法第34条的规定,只是在文字表述上有所调整。“所谓本案的案卷材料,应该是指该案的全部诉讼文书及全部证据材料,但在不同诉讼阶段范围有所差异。在审查起诉阶段,主要是侦查终结后侦查机关向检察机关移送的全部诉讼文书和全部证据材料,此外,还有退回补充侦查后补充的证据材料。到审判阶段后,则应当是检察机关向法院移送的全部诉讼文书和全部证据材料,也包括在审查起诉阶段,检察机关自行收集补充的证据材料。”<sup>[11]</sup>学者固然可作上述学理解释,但是从律师法与刑诉法的文字表述看,对“案卷材料”的理解,有可能产生分歧,因为律师法的规定中对“诉讼文书”与“案卷材料”作了区分,显然,“案卷材料”不包括“诉讼文书”;另外,刑诉法规定中的“案卷材料”是否可与律师法规定中的“与案件有关的所有材料”相对应,作完全一致的解释,也是存在疑问的。如果说刑诉法与律师法所规定的辩护律师阅卷范围完全相同,那何必使用不同的文字表述,徒增理解上可能产生的歧义呢?法律条文所表现出的模糊性和不一致性,在实践中必然会削减法律的实施力度。

还有关于律师调查取证权,原刑诉法第37条规定,辩护律师调查被害人方的证据,必须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。律师法第35条规定,律师自行调查取证的,凭律师执业证书和律师事务所证明,可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。两部法律对律师调查取证权的规定相互矛盾,修改后的刑诉法维持了原刑诉法的规定,未能参照律师法的规定修改刑诉法。

在法律体系中,尽量保持法律规范的一致性,减少模棱两可或者相互矛盾的法律规定,虽然对于解决“律师辩护难”问题或许难以起到立竿见影的效果,但它对于我国刑事辩护规范体系的整体发展和完善至关重要,也是实现刑事法治的根本途径,应当引起我们的高度重视。

### 三、刑诉法修改与刑事辩护规范体系的完善

法律规范通常被作为法律规则、原则和概念的统语或概称。其中法律规则是指具体规定权利和义务以及具体法律后果的准则。规则有着较为严密的逻辑结构,包括假定(行为发生的时空、各种条件等事实状态的预设)、行为模式(权利和义务规定)、法律后果(含否定式后果和肯定式后果)三部分。缺乏其中任何一部分,都不能算作有效的规则<sup>[12] (P. 51-52)</sup>。有学者指出,从逻辑的角度分析,一个有效的法律规范在结构上应该包含三个既紧密联系又相对独立的要素或部分,即规范适用的条件、概括的行为模式和法律后果,其中行为模式主要有命令、禁止和授权(包括职权)三种,法律后果则包括对合法行为的肯定和对违法行为的制裁这样两个方面;从实际的角度分析,法律规范结构的逻辑要素的最直观、最常见的表现形态是两种:规范适用的条件+行为模式;行为模式。法律中有关原则、概念、术语和有效日期的规定等也属法律规范的组成部分,具有规范性<sup>[13] (P. 480-483)</sup>。我们可以上述关于法律规范问题的一般性解说来分析修改后的刑诉法对于刑事辩护规范体系的完善。修改后的刑诉法强化了犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则,并体现在总则部分的第4章“辩护与代理”以及其他章节涉及刑事辩护的具体规定之中。辩护权是法律赋予刑事诉讼中被追诉人的一项民主权利,也是被追诉人成为刑事程序主体的重要标志;允许被追诉人聘请律师为自己辩护或者国家在法定情形下为被追诉人提供免费的律师帮助,是为了加强被追诉人的程序主体地位。在刑事诉讼中,国家专门机关有义务保障被追诉人依法行使辩护权。法律赋予被追诉人辩护权的实质是保证在刑事诉讼过程中造成一种形势,使得被追诉人能够针对指控进行辩解,提出自己无罪的证据,对指控的根据和内容发表自己的意见,提出应当从轻、减轻或免除其刑事责任的材料和意见,用法律手段对国家专门机关的活动作出反应,同时利用辩护人尤其是辩护律师的帮助。

### (一) 关于获得律师帮助

辩护职能的行使者是被追诉人及其辩护律师。由于被追诉人自我保护条件及能力的不足,获得律师的帮助因而成为刑事辩护制度中的关键性内容。获得律师帮助的途径包括委托辩护和指定辩护两种方式。关于委托辩护,修改后的刑诉法对于律师介入的时间,作了与律师法相一致的规定,即“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人”,去掉了原刑诉法规定的“第一次讯问后”中的“后”字,从而为犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问时即获得律师的帮助留下了解释的空间。相关实证研究表明,犯罪嫌疑人在侦查阶段的认罪情况呈现出两个极为显著的特点:第一,整体认罪率极高,达98.91%;第二,初次讯问中的认罪率也非常高,达87.93%<sup>[14]</sup>。在目前的司法实践中,律师在犯罪嫌疑人被第一次讯问之后,才能介入刑事诉讼,犯罪嫌疑人在既无沉默权、也无律师帮助的情况下,面对刑事追诉的压力(不排除刑讯逼供的可能性),很可能作出有罪供述,而该供述是导致被告人最终被判有罪的重要证据。有罪判决率极高,是我国刑事司法的显著特点。<sup>①</sup>因此,在犯罪嫌疑人作出有罪供述之前,假如可以得到律师的帮助,则有可能藉此减少非自愿的认罪以及无辜者被判有罪的可能性。

在侦查期间,犯罪嫌疑人只能委托律师作为辩护人。修改后的刑诉法补充规定:犯罪嫌疑人、被告人在押的,也可以由其监护人、近亲属代为委托辩护人。实践中,在押的犯罪嫌疑人、被告人往往缺乏相当的“便利条件”亲自委托辩护人,司法解释虽然规定了被追诉人的亲属可以为被追诉人的利益代为委托辩护人<sup>②</sup>,但由于刑诉法没有明确规定,侦查机关有时以未经犯罪嫌疑人签字同意为由,拒绝其亲属代为聘请的律师介入刑事诉讼。审查起诉、审判阶段也存在类似问题。刑诉法的明确规定有利于保障犯罪嫌疑人、被告人获得律师的帮助。

修改后的刑诉法扩大了刑事法律援助的范围。适用阶段由审判延伸至侦查、审查起诉;应当指定法律援助的案件从死刑扩展到无期徒刑;除盲、聋、哑、未成年人外,对尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人,也应当提供法律援助;对于因经济困难等原因没有委托辩护人的,经申请符合条件的,也应当提供法律援助。据媒体报道,我国2006年刑事案件判决的被告人有30余万人,刑事法律援助案件为11万余件;但2010年被告人达到100万,法律援助还是11万件。据司法部法律援助司工作人员预测,新刑诉法实施后,刑事法律援助案件量可能会大幅增长<sup>[15]</sup>。这对于保障被追诉人获得律师的帮助,体现法律面前人人平等原则,避免出现富裕的被追诉人与贫弱的被追诉人在享受辩护权方面的巨大反差,无疑具有重要的现实意义。

### (二) 关于侦查阶段律师的地位

修改后的刑诉法明确了律师在侦查程序中的辩护人身份。1996年的刑诉法修改,实现了律师对于侦查程序的介入,但由于我国侦查程序中律师诉讼权利明显过窄,加之法律规定中用词的差别(1996年刑诉法第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。第33条规定:公诉案件自案件移送审查起诉之日起犯罪嫌疑人有权委托“辩护人”;自诉案件的被告人有权随时委托“辩护人”),从而引发了学术界关于律师在侦查阶段的诉讼地位属一般诉讼参与人还是辩护人的争论。一种带有普遍性的观点认为,按照刑诉法的规定,律师在侦查阶段仅是提供法律咨询、代理申诉、控告等,因此可被称为“法律顾问”,而非辩护人。此次刑诉法修改明确了律师在侦查阶段的辩护人地位,为扩大律师在侦查阶段的诉讼权利提供了前提。实际

<sup>①</sup> 参见梁洪“广西:职务犯罪案有罪判决率100%”,《检察日报》2011年7月21日;林中明“上海检察机关查办贪污贿赂保持健康发展态势 有罪判决率达到100%”,《上海人大月刊》2006年第2期;刘先才“县检察院公诉案件有罪判决率达100%”,《芜湖日报》2011年2月21日;甘敏、黄毅国“去年公诉案有罪判决率99.9%”,《法治快报》2010年1月25日;等等。

<sup>②</sup> 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第10条规定“依照刑事诉讼法第96条规定,在侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的,可以自己聘请,也可以由其亲属代为聘请。”

上,律师的诉讼权利无论宽窄,均改变不了律师协助被追诉人行使辩护职能的性质,在控、辩、裁三方组合的刑事诉讼基本结构下,律师在刑事诉讼三阶段(侦查、审查起诉和审判阶段)的身份只能是“辩护人”,而不可能是其他。学术界关于律师在侦查阶段的诉讼地位属一般诉讼参与者还是辩护人的争论,很大程度上是一个“伪命题”,是一个纯粹中国式的问题。此次刑诉法关于侦查阶段律师地位的修改,从刑事诉讼理论上讲,具有“正名”的意味,而这一“正名”还原了辩护律师在刑事诉讼全过程中所享有的独立的诉讼参与者地位。

### (三) 关于辩护人的责任

辩护人在刑事诉讼中的责任可以分为直接责任与一般责任。辩护人所负有的直接责任由设立辩护人制度的宗旨所决定,辩护人所负有的-般责任则由刑事诉讼的目的所决定。辩护人所负有的直接责任是维护被追诉人的合法权益;辩护人所负有一般责任是对刑事司法进行协助,包括预防和揭露刑事司法中的错误,促进遵守法制,揭示犯罪产生的根源和条件,促进刑事司法的教育和感化作用的实现等等。辩护人在刑事诉讼中是独立的诉讼参与者。但这种独立受两方面的界限限制,这两方面的界限分别来自于辩护人在刑事诉讼中的直接责任和一般责任。辩护人所负有的直接责任要求辩护人充当被追诉人的保护者,而不是起诉者。如果辩护人采取不利于被追诉人的行为将会破坏人们所期待的辩护人制度。辩护人是加强被追诉人的防御能力为任务的辅助者,在不应采取对被追诉人不利的行动上,辩护人的“独立”是有界限的。辩护律师所负有一般责任要求辩护律师不得妨碍刑事司法的正常进行。

1996年刑诉法第35条规定“辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、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。”修改后的刑诉法第35条规定“辩护人的责任是根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”新的规定与旧的规定相比,其一是,去掉了“提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见”中的“证明”二字;其二是,增加了“诉讼权利和其他”合法权益的表述。前者主要是针对实践中司法人员常常将“证明”二字误解为辩护人应当承担证明被追诉人无罪或者罪轻的责任的现象<sup>[16]</sup>,明确了辩护人是从协助被追诉人行使权利的角度进行辩护,因为按照举证责任的分配规则,“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担,自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担”(2012年刑诉法第49条规定);而后者则将“程序性辩护”纳入其中,强调了对辩护人的辩护应作广义理解,不仅包括实体性辩护,也包括程序性辩护。

### (四) 关于授权性规范

与律师法相比,修改后的刑诉法在一定程度上加强了对辩护律师诉讼权利的保障,但同时某些问题上对于辩护律师的诉讼权利有所限缩。主要表现在:

1. 赋予辩护人独立的回避申请权。被追诉人一般不精通法律,对回避制度的意义乃至回避申请权并不十分了解,有时无法独立行使回避申请权。辩护人作为被追诉人的法律协助者,应当有机会独立行使回避申请权,从而保障刑事诉讼程序的公正进行。

2. 关于会见时的信息交流。根据修改后的刑诉法第37条的规定,自案件移送审查起诉之日起,辩护律师可以向犯罪嫌疑人核实有关证据,这意味着,会见时律师可以就有关指控事实及相关证据告知犯罪嫌疑人、被告人,必要时还可将有关证据出示给对方,让其辨认,与其核实<sup>[16]</sup>。这就使得会见权的行使更具有实质性。但是,由于在侦查阶段律师会见犯罪嫌疑人时,不能向犯罪嫌疑人核实有关证据,导致侦查程序中的会见权在很大程度上被架空,律师会见犯罪嫌疑人所起的作用更多地限于情感安慰。

3. 关于调查取证权。修改后的刑诉法规定,辩护人认为在侦查、审查起诉过程中公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的,有权申请人民检察院、人民法

院调取。在美国,辩护律师往往聘请私人调查员或者私人侦探协助收集证据,原因在于:私人调查员具备丰富的收集证据的经验和技巧,能够更好地搜集证据;而私人侦探可以收集到辩护律师可能搜集不到的证据;同时,由于时间关系,辩护律师不可能对所有搜集证据的事务亲力亲为<sup>[17] P. 85</sup>。而在我国,律师的调查取证权受到了诸多的限制,如刑诉法规定,辩护律师向被害方调查取证,不仅要征得被害方同意,而且要经人民检察院或者人民法院许可;由于刑法第306条律师伪证罪的存在,导致辩护律师调查取证如履薄冰;私人调查员与私人侦探尚未取得合法地位,已出现的一些“调查公司”主要从事民事信息的收集<sup>[18]</sup>。在这种情况下,辩护人依靠国家公权力取得有利于被追诉人的证据就显得极为重要。但需要指出的是,修改后的刑诉法虽然增加了辩护人申请司法机关调取证据权,但是却遗忘了被追诉方申请证据保全的权利<sup>[19]</sup>。

4. 关于听取律师意见。修改后的刑诉法增加规定,公安司法机关在批准逮捕、侦查终结、审查起诉、开庭前的准备程序、死刑复核程序中等关键性的诉讼阶段均可以或者应当“听取律师意见”,与此同时,相关条款还保障了律师的知情权,如公安机关侦查终结,将案件移送同级人民检察院审查起诉时,应当同时将案件移送情况告知犯罪嫌疑人及其辩护律师(刑诉法第160条);法院宣告判决后,应当在五日以内将判决书送达辩护人(刑诉法第196条)。上述规定有利于辩护律师切实发挥辩护作用,从而形成控辩平等对抗的刑事诉讼基本格局。但是,在一些条文中,“可以”的弹性用语以及“辩护律师提出要求”的前提条件<sup>①</sup>,可能会大大削弱律师发挥辩护作用的实际空间。

#### (五) 关于义务性规范

修改后的刑诉法在完善刑事辩护授权性规范的同时,对于义务性规范也作了一定程度的调整。主要包括:

1. 关于委托告知的义务。修改后的刑诉法第33条增加规定:辩护人接受犯罪嫌疑人、被告人委托后,应当及时告知办案的机关。对于这一新规定,一些律师提出了异议,有人质疑律师与当事人的委托关系是双方的事情,为什么要及时告知办案机关?有人认为该规定至少会增加律师的工作负担;还有人认为这是对律师的不信任<sup>[11] P. 17</sup>。如果从保障被追诉人辩护权的角度去理解和执行该规定,可以说该规定具有一定的合理性。就我国目前的刑事案卷而言,其包含的主要内容以公、检、法三机关的诉讼活动为线索,较为详细地记载了案件从立案、侦查、起诉、审判到执行的相关情况,但是,对于律师在整个诉讼过程中的辩护活动则缺乏详细的记载,如委托辩护中,律师究竟何时介入诉讼;他在侦查阶段会见犯罪嫌疑人几次、分别在什么时候;在侦查和起诉阶段,律师分别提出了哪些辩护意见等,这种状况给有关刑事辩护的实证研究带来了不小困难。无论是从加强刑事司法实证研究的角度而言,还是从实质性地加强刑事案件中的辩护而言,我国的刑事案卷在规范化、完整性、公开化等方面均有待进一步改进<sup>[20] P. 67-68</sup>。如果以辩护人接受委托后及时告知办案机关为前提,要求办案机关在刑事案卷中准确记载辩护人的介入时间及其辩护活动,并在刑事诉讼中及时向辩护人通知有关事项(如告知辩护人其所承办的案件已转入下一诉讼阶段或者退回上一诉讼阶段;通知辩护人到办案机关及时查阅案件材料等),切实履行刑诉法所规定的保障被追诉人辩护权和其他诉讼权利的义务,则立法增加辩护人的委托告知义务就具有正当性。

2. 关于特定证据告知义务。修改后的刑诉法第40条增加规定: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。增加特定证据告知义务的合理性在于:上述三种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;

<sup>①</sup> 例如,修改后的刑诉法第86条规定:人民检察院审查批准逮捕,可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师的意见;辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见;第240条规定:最高人民法院复核死刑案件,应当讯问被告人,辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见。

即使辩护人所提出的上述三种证据未被办案机关所确认,也能为被追诉人有无罪的争议提供更加牢固的证明基础。其他国家也有类似的立法例,如根据英国《1967年刑事审判法》(Criminal Justice Act 1967)第11条的规定,被告方有义务向检察官公开不在犯罪现场的证据以及被告方将要传唤出庭的证人的姓名和住址。《美国联邦刑事诉讼规则》第12.1条规定了不在犯罪现场的证据的透露问题,即被告人应在10天内或在法庭指定的其他时间,书面通知检察官准备提供不在犯罪现场的证明。

3. 关于不得妨碍刑事司法的义务。辩护人所负有的一般责任要求辩护人不得妨碍刑事司法的正常进行,据此,修改后的刑诉法第42条规定:辩护人或者其他任何人,不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。此条规定属于禁止性规范。与原刑诉法第38条的规定相比,承担该义务的主体从“辩护律师和其他辩护人”改为“辩护人或者其他任何人”,同时删除了不得引诱证人“改变证言”的规定。自1997年刑法第306条相应增设辩护人、诉讼代理人伪证罪以来,律师的执业风险大增。刑诉法的修改试图降低律师的执业风险,删除原来因“证人改变证言”而追究律师责任的规定,这是值得肯定的;但是,义务主体的淡化却并不合适,因为刑诉法第4章专门规定“辩护与代理”问题,并不涉及“其他任何人”<sup>[21]</sup>。

#### (六) 关于保障性规范

这里所谓“保障性规范”,意指为了保障刑事辩护的授权性规范与义务性规范得以实施而设立的救济性规范和后果性规范。

##### 1. 关于救济性规范

刑诉法赋予了犯罪嫌疑人、被告人一系列的程序保障,但在司法实践中,犯罪嫌疑人、被告人辩护权和其他诉讼权利被侵犯的现象较为严重,遵循“有权利即有救济”的法谚,刑事诉讼中的权利救济问题应当受到重视。修改后的刑诉法第47条增加规定:辩护人认为公安司法机关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。该规定将权利救济的主体定为检察机关,契合了检察机关在刑事诉讼中所处的法律监督者地位,但是检察机关兼有控诉者与监督者的双重身份,其能否有效履行权利救济的职责,尚存疑问。如果辩护人提出申诉、控告以后,检察机关不审查或不及时审查,不处理或不公正处理,或者要求办案机关进行纠正而办案机关不予纠正怎么办,该条规定并未提供答案<sup>[11] P. 45-46</sup>。

##### 2. 关于后果性规范

刑诉法要求辩护人承担不得妨碍刑事司法的义务,辩护人如果违反了该义务,“应当依法追究法律责任,辩护人涉嫌犯罪的,应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理。辩护人是律师的,应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会”(2012年刑诉法第42条)。对于辩护人的违法犯罪行为,理应追究相应的法律责任,但是,鉴于辩护人在刑事诉讼中所扮演角色的特殊性,修改后的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。上述规定有利于降低辩护律师的职业风险,促进律师辩护率的提高。但是,该特别程序的保障并不充分。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。而依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的事务所的理事会。该律师可在程序中作陈述<sup>[22] P. 63</sup>。在德国,排除辩护人的裁决权属于独立的审判机关并限制在较高级别的法院,而非像我国那样,公安机关和检察机关可以对辩护律师擅自采取

行动。

#### 四、刑事辩护规范的运行环境

刑事辩护功能的有效发挥,固然有赖于刑事辩护规范体系的完善,但同时也有赖于刑事辩护规范运行环境的改善。从宏观的、整体的层面看,我国的法律体系从形成阶段进入了完善、成熟阶段,而国家的法治建设应该自觉地从以立法为重点进入以法律实施为重点的新阶段<sup>[23]</sup>。刑事辩护制度也不例外。1996年刑诉法修改后在辩护问题上所出现的“进一步,退两步”的现象,应当引起我们重视。有学者指出“律师通常不能或不敢为刑事被追诉人提供充分的法律帮助或辩护。愿意做刑辩的律师越来越少,认真做刑辩敢于调查取证的律师的人身安全没有保障,会见当事人处处受刁难,律师刑辩制度没有发挥预设功能。这是10多年来社会各界都看得很清楚的事实。”<sup>①</sup>要想使刑事辩护制度发挥其预设功能,就必须改善刑事辩护规范的运行环境。

##### (一) 刑事辩护规范运行的制度环境

刑事辩护制度作为刑事诉讼中的一项基本制度,其功能的发挥离不开它所处的刑事诉讼整体制度环境。首先,由于辩护职能具有一体性,被追诉人所享有的诉讼权利的多寡直接影响着辩护律师发挥作用的空間。从被追诉人的诉讼地位看,修改后的刑诉法一方面规定“不得强迫任何人证实自己有罪”,另一方面却保留了“犯罪嫌疑人对于侦查人员的讯问,应当如实回答”的规定,没有赋予犯罪嫌疑人以沉默权。相应地,在排除非法口供的问题上,未能强调“任意性”标准,而是规定了“合法性”标准,只是一种最低限度的排除<sup>[24]</sup>。我国刑事司法中对于口供的高度依赖以及立法对于这种司法惯性的迁就,使得刑事司法具有某种纠问式色彩,导致了被追诉人的高认罪率,而被追诉人的有罪供述夯实了司法机关定罪量刑的基础,极大地制约着律师进行实体性辩护的空间。从刑事强制措施规范和使用的来看,在审判前程序中,很大程度上以羁押为原则,以不羁押为例外,刑诉法未将“保释”作为犯罪嫌疑人的一项权利,律师无法将办理取保候审作为其辩护活动的重心。对于逮捕以外的其他的强制性措施,其采用缺乏严格的程序制约,追诉机关享有较大的自由裁量权,这种状况限制了律师进行程序性辩护的空间。辩护律师的职责是为被追诉人提供法律帮助,律师辩护难在某种意义上也是被追诉人在刑事诉讼中处境难的一种折射。

其次,刑事诉讼构造对于律师辩护功能的发挥也起着明显的制约作用。修改后的刑诉法在刑事司法职权配置方面,基本上维持了现有的刑事司法体制以及公、检、法三机关之间的权力架构,即公安机关拥有对除逮捕以外的其他强制性侦查措施的自行处分权,检察机关兼有控诉职能的行使者和法律监督者双重身份,而作为现代刑事诉讼重要特征的“司法裁判中心主义”未能在观念和制度上得到确立。尤其是审判前程序的诉讼构造具有明显的线形特征,大大制约了辩护律师与追诉方进行交涉的能力。在无中立的第三者倾听与裁决的情况下,即使法律赋予律师充分的辩护权,我们也很难期待它能有效地发挥作用。在审判程序中,法院是否开庭审判、证人是否出庭,直接影响着律师辩护的效果。修改后的刑诉法改革了证人出庭作证制度,有利于保障辩护方的对质权,有助于法庭审判的实质化;但在审判方式上,部分回归到职权主义,要求公诉方向法院移送全部案卷和证据,这样做是否会使“先定后审”卷土重来,进而消解律师法庭辩护的效果,令人不无担忧。

##### (二) 刑事辩护规范运行的司法环境

刑事诉讼法修正案出台难,实施更难,几成学界共识。当谈及律师辩护难的成因时,人们一般都会列举出办案机构及人员“重打击、轻保护”、“重视部门利益、忽视国家利益”等观念上的原因<sup>[16]</sup>以及司法体制乃至司法民粹主义的影响(来自民意的压力、被害方的压力)等诸多原因。有学者另辟新径,运

<sup>①</sup> 童之伟“我们尚缺乏修改好刑诉法的认识基础——刑诉法修改宪法视角研究之一”,载“中国法学网”,<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=28490>,最后访问日期:2011-10-07。

用“法律递归性理论”<sup>①</sup>来解释我国刑事诉立法和实践中不同政治主体之间的权利和利益冲突,以及由此而导致的法律的不确定性、矛盾、判断斗争和主体错位等问题,从而为解释“律师辩护难”问题提供了一个更具历史性和理论性的视角。法律的不确定性必然催生公、检、法等部门的司法解释和部门规章,在公检法之间发生冲突时还有相互协调和沟通的可能性,而当律师和权力机关发生冲突时,就出现了所谓“辩护难”问题。在以递归性为特征的刑事诉讼法改革过程中,被追诉人和律师作为刑事诉讼体系中的“弱势群体”,往往就成为了立法的不确定性、矛盾、判断斗争与主体错位的受害者。因此,该学者认为,解决律师辩护难问题,不能一厢情愿地寄望于一次性的立法或制度变革,也不宜片面强调公检法机关应当在实践中对律师工作的支持与配合,而“应当把立法和实践看作彼此相联系的过程,在实践中加强律师和公检法机关的协调和沟通,使双方就法律条文上的争议问题达成相对一致的判断”<sup>[25] (P. 78-79)</sup>。目前,公、检、法等各部门正在各自修订刑事诉讼法实施细则,在此过程中,吸收了个别学者参与讨论,但是,学者的意见并不能完全代表律师的意见,这里存在着主体错位问题;有必要吸收律师参与相关实施细则的制定,以避免三机关各自做有利于本部门的解释或者使实施细则成为三机关的“合意”而将律师的意见排斥在外,否则,将必然导致修改后的刑诉法所确立的刑事辩护规范在实施中的困难。

当然,“刑事辩护制度的实施是一个系统工程”的说法仍是可以成立的。例如,在价值论的层面,除了奉行“打击犯罪与保护人权并重”、“宽严相济”的指导思想之外,倡导“最低限度的程序保障”理念,无疑有利于公安司法机关对被追诉人辩护权的尊重和保护;在文化论的层面,深入了解司法人员对于律师辩护制度的认知,深入了解民众对于律师辩护制度的期待,并通过传媒、培训、普法等方式倡导现代刑事诉讼制度的基本精神,使得整个社会对于法治背景下辩护律师的身份和角色能够予以正确地看待,也有利于减少刑事辩护制度在实施过程中的阻力。此外,还应当看到,随着辩护律师职业权利的逐步扩充,其职业素质与职业道德问题应当受到更多的重视,这是刑事辩护制度健康发展的内在要求;与此同时,司法人员的司法道德与司法能力也有待提高。在我国还存在律师业发展不平衡的问题,律师主要集中在沿海地区和北京、上海等大城市,但是在偏远的西部以及一些内陆省份,法律人才缺乏。这种局面也需要改变,因为法律赋予被追诉人的辩护权不应因经济社会发展水平不同而在同一国家的不同地区存在实施程度上的显著差异。

## 五、结语

法律的发展是一个螺旋式上升的过程。我国的刑事辩护制度从1979年至今已经获得了长足的发展。1979年刑诉法确立了“被告人有权获得辩护,人民法院有义务保证被告人获得辩护”的原则,并且规定被告人在侦查、审查起诉阶段自己行使辩护权,在法庭审判阶段可以委托辩护人(主要是律师)进行辩护,被告人是聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当为他指定辩护人;公诉人出庭的案件,被告人没有委托辩护人的,人民法院可以为他指定辩护人;辩护律师可以到法院查阅全部案卷,可以同在押的被告人会见和通信。在此阶段,由于辩护律师只是在法院开庭审判前7日才能介入刑事诉讼,因此对于审判前程序中所出现的问题,律师是无能为力的;即使在审判程序中,律师辩护的效果也极为有限,“你辩你的,我判我的”成为司法实践中的一种突出现象。

<sup>①</sup> 该理论认为,法律变迁是由立法和法律实施所构成的“递归循环”过程,其中每个从立法到实施的循环都呈现出相同的四个机制——不确定性、矛盾、判断斗争和主体错位。具体来说,不确定性,是指法律的一些条文往往不够具体和明确,使法律表现出模糊性和不一致性;矛盾包括理念矛盾和制度矛盾,其中理念矛盾是指立法者为了满足不同利益群体的要求,在立法过程中试图在同一部法律里植入相互矛盾的理念,而制度矛盾是指不同的政治主体通过其组织机构和制度关系来追求相互矛盾的价值观和利益;判断斗争,是指不同主体在立法和法律实施过程中针对具体问题会产生不同的判断和解决方案,以及由此引发的为了使自己的判断获得合法性所进行的各种斗争;主体错位,是指影响法律变迁的各个主体在立法和法律实施过程中具有不同的地位,有的主体在立法中至关重要而并不直接参与法律实施,另一些主体并不直接参与立法,却可以通过其在法律实施中的行为来影响立法的效果。这四个机制的存在使大多数法律变迁过程都呈现出递归性而不是线性前进的效果。引自刘思达“立法、实践与政治过程——谈冤案与律师辩护难的成因”,载高鸿钧、张建伟主编《清华法治论衡》第10辑,清华大学出版社2008年版,第78页。

1996年刑诉法将律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段,律师可以为侦查阶段的犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉、控告,申请取保候审,向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名,会见在押的犯罪嫌疑人。在审查起诉阶段,律师可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料,可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信;在审判阶段,可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料,可以同在押的被告人会见和通信。辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证;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。此外,应当指定辩护的范围得到了扩大,增加了盲人和可能被判处死刑的人。同时,由于审判方式的改革,控辩平等对抗的机制初步形成。与1979年刑诉法相比,这些规定似乎应该更有利于律师开展刑事辩护工作,然而,1996年刑诉法实施后的司法实践表明,律师在刑事诉讼中的作用依然十分有限,其工作甚至比1996年以前变得更加危险;由于“会见难”、“阅卷难”、“调查取证难”等现象的广泛存在以及“证人不出庭”,所谓控辩式的审判方式基本上流于形式。

2012年刑诉法修改在刑事辩护制度上有很大进步。通过分析宪法、刑事诉讼法、律师法中刑事辩护规范之间的关联性,通过对刑诉法中的刑事辩护规范进行类型化研究,我们可以看到,时至今日,我国的刑事辩护规范体系已经基本形成。在法律体系的视域内观察刑事辩护规范,可以说,宪法、刑事诉讼法、律师法中的刑事辩护规范在总体上相互呼应,彼此促进,但是,其中也有不协调、不一致之处,有待通过法律解释乃至下一次的修法予以解决。而以法理学中对于法律规范的一般性解说为基础,来分析刑诉法中的刑事辩护规范,可以大致得出如下结论:在我国,立法围绕刑事辩护问题,从原则到规则,从条件、行为到后果,从授权性规范、义务性规范到保障性规范,已经完成了基本的体系性建构。当然,现有的刑事辩护规范体系并非完美无缺,主要表现在:(1)部分规范在表述上具有不确定性,如律师介入的时间问题,可以提供法律援助的范围问题,听取律师意见的方式问题;(2)部分规范存在明显的遗漏,如辩护方申请证据保全问题,律师不履行委托告知义务和特定证据告知义务的后果问题;(3)部分规范对律师权利保障不足或者存在较大争议,如特别重大贿赂犯罪案件律师会见需要批准,侦查阶段律师会见犯罪嫌疑人时不能向犯罪嫌疑人核实有关证据,辩护律师向被害方调查取证要经人民检察院或者人民法院许可,对原刑诉法第38条的修改不足以消除律师的职业风险,权利救济性规范可能效力不足。此外,建立值班律师制度问题、侦查人员讯问犯罪嫌疑人时律师在场问题、侵犯辩护权所获证据的排除问题、判决书中应当反映辩护意见问题、律师无效辩护问题等,均未被纳入考虑之中。

法律的生命在于实施。刑事辩护规范的有效运行离不开相应的制度环境和司法环境。被追诉人诉讼地位的“客体化”倾向必然制约律师进行实体性辩护和程序性辩护的空间,而公、检、法三机关“流水线作业式”的诉讼构造也会在客观上影响律师辩护的实际效果。司法观念、体制、文化,法律职业者的业务素质 and 道德水平,不同地区的经济社会发展水平等,这些因素均会直接或间接地影响刑事辩护规范的实施效果。特别需要指出的是,刑事辩护规范的确立和实施均伴随着权力(权利)主体之间的相互博弈,当权利主体与权力主体发生冲突时,就会出现所谓“辩护难”现象。解决“辩护难”问题,不仅需要学术界作为外力介入,而且需要提高权利主体与权力主体的对话、交涉能力。刑事法治的进步正是在这种不断的价值冲突和利益冲突、不断的沟通和协调中逐步达成。“尊重律师辩护权是社会法治进步的重要表现”<sup>①</sup>,诚哉斯言!

<sup>①</sup> 参见《中国新闻周刊》记者申欣旺、章文对全国律师协会会长王俊峰的专访——“尊重律师辩护权是社会法治进步的重要表现”,载《中国新闻周刊》2012年3月26日。

## 参考文献:

- [1] [日]西原春夫 主编《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,中国法律出版社与日本成文堂联合出版 1997 年版。
- [2] 刘文元 主编《律师维权案例选》(总序),吉林人民出版社 2003 年版。
- [3] 朱磊 “于宁委员: 建议提高刑案律师参与率”,载《法制日报》3月11日。
- [4] 慕平 “两万刑诉案 律师仅代理 2.5%”,载《新京报》2012年3月9日第A10版。
- [5] 陈光中 “李庄漏罪与辩护人妨害作证罪之立法修改”,载陈光中 主编《刑事司法论坛》第4辑,中国人民公安大学出版社 2011 年版。
- [6] 李曙明 “刑诉法修正把律师‘拉回’刑事诉讼”,载《检察日报》2012年3月12日。
- [7] 尹晓红 “获得辩护权是被追诉人的基本权利”,载《法学》2012年第3期。
- [8] 张翔 “基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始”,载《中国法学》2006年第1期。
- [9] 陈光中主编《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社 1996 年版。
- [10] 王丽丽 “律师法与刑诉法真能‘平起平坐’吗”,载《检察日报》2008年11月17日第5版。
- [11] 陈光中 主编《中华人民共和国刑事诉讼法(修改条文释义与点评)》,人民法院出版社 2012 年版。
- [12] 张文显 《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版。
- [13] 张志铭 《法理思考的印迹》,中国政法大学出版社 2003 年版。
- [14] 刘方权 “认真对待讯问——基于实证的考察”,载《中国刑事法杂志》2007年第5期。
- [15] 孙莹 “刑事法律援助比例下滑”,载《北京晚报》2012年3月25日第4版。
- [16] 顾永忠 “刑事辩护制度的修改完善与解读”,载《甘肃政法学院学报》2011年第6期。
- [17] 关美仪 等主编《中美刑事辩护律师技能培训》,法律出版社、法制音像出版社 2006 年版。
- [18] 范春生 “私家侦探: 为牟利游走在法律边缘”,载《经济参考报》2008年12月10日。
- [19] 张泽涛 “我国刑诉法应增设证据保全制度”,载《法学研究》2012年第3期。
- [20] 陈泽宪 主编《死刑案件的辩护》,中国社会科学出版社 2006 年版。
- [21] 顾永忠 “《刑事诉讼法》再修改与辩护律师的执业保障——兼谈《刑法》第306条的存废问题”,载《中国司法》2011年第11期。
- [22] 《德国刑事诉讼法典》第138条a,李昌珂译,中国政法大学出版社 1995 年版。
- [23] 杨海坤 “法律的生命在于实施”,载《文汇报》2011年3月15日。
- [24] 熊秋红 “刑事证据制度发展中的阶段性进步——刑事证据两个规定评析”,载《证据科学》2010年第5期。
- [25] 刘思达 “立法、实践与政治过程——谈冤案与律师辩护难的成因”,载高鸿钧、张建伟 主编《清华法治论衡》第10辑,清华大学出版社 2008 年版。

(责任编辑 于贺清)