

骆伟雄：辩护之难，难于上青天! PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E9_AA_86_E4_BC_9F_E9_9B_84_EF_c122_479545.htm 辩护之难，难于上

青天！兼谈辩护难的深层原因 唐代诗人李白在《蜀道难》一诗中是这样描写蜀道的险峻的：“噫吁嚱，危乎高哉，蜀道之难难于上青天。”这句诗用以形容当今中国律师刑事辩护道路的艰难险阻是最恰当不过的了。

一、会见犯罪嫌疑人难。 律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助，首先必须会见犯罪嫌疑人。但律师会见犯罪嫌疑人太难了。

1、按照刑事诉讼法第九十六条的规定，除涉及国家秘密的案件外，律师会见犯罪嫌疑人是无须经侦查机关批准的。但实际上，由于其中规定

“ 侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场 ”，律师任何案件未经侦查机关，根本不可能会见犯罪嫌疑人，没有侦查机关的签字，看守所也不会允许律师会见。这几乎成了不成文的“ 规矩 ”。

虽然法律规定，除涉及国家秘密的案件外，律师会见犯罪嫌疑人无须侦查机关批准，但这“ 签字 ”与“ 批准 ”却有异曲同工之妙，实际效果无异于要经批准。

2、刑事诉讼法修正案出台后，侦查机关一般不敢明目张胆宣布不允许律师会见，但却经常以“ 没有时间安排 ”、“ 要经领导批 ”、“ 要开几天的会才有空安排 ”、“ 主办人已出差 ”

等为由，一拖再拖，为律师会见设置重重障碍。甚至以“ 犯罪嫌疑人本人不愿意聘请律师 ”为借口，干脆拒绝让律师会见。笔者就曾碰到这一情况：笔者受托为一贪污犯罪嫌疑人提供法律帮助，要求会见被告，某市检察院开始说没有时间安排，后来追问多了，又说：“ 犯罪嫌疑人本人不愿意聘请

律师。”我说：“律师会见犯罪嫌疑人肯定要首先征求其意见，对其亲属聘请本律师为其提供法律帮助是否有异议。如其本人不同意，律师让其签字确认后即解除委托关系。”但有关检察人员仍坚持不让会见。后来犯罪嫌疑人写信给亲属请求找律师，证实检察人员是说法不实，办案人员态度十分粗暴，仍然拒绝让律师会见。无奈，笔者将此情况书面反映到上一级检察院及律师协会，最后才同意让律师会见。从律师提出会见请求到最终获得会见，竟相隔60多天！

3、各地对会见规定种种条件和限制。如有的地方规定，在侦查阶段须侦查机关“签字同意”才能会见、在审查起诉阶段得经检察机关签字同意，甚至有些地方规定，在审判阶段也得经法院同意。如广西梧州市和北海市就有这样的规定。外地律师不知情，到梧州市后直奔看守所，到看守所后才知，须经法院批准，由于看守所往往离市区较远，律师经常跑冤枉路。更有甚者，在中级法院一审后，被告已上诉到上一级法院，但会见仍须中级法院批准。

4、按照刑事诉讼法第九十六条的规定，律师会见犯罪嫌疑人，“可以向犯罪嫌疑人了解案件有关情况”。但事实上，许多地方的侦查机关都实行土政策：会见时不给谈案情。由于侦查机关往往派人与律师一同前往，一谈案情即被在场人员制止。“派员在场”实际上就是对律师实行监视。有些侦查人员虽允许谈案情，但在旁边不断打断律师的问话或犯罪嫌疑人的谈话。如有一次，笔者会见一个盗窃犯罪嫌疑人，在犯罪嫌疑人向律师陈述事情经过时，在场的侦查人员居然打断了六次：“你当时不是这样交待的”。律师会见中很难正常向犯罪嫌疑人了解事情经过。

5、看守所设置的障碍。看守所经常会接到公安机关或者检察

机关的“条纸”，通知××××案件不经其办案人员批准不得会见。看守所自然照办。有些地方看守所竟然在会见场所装上窃听器。有的地方规定会见犯罪嫌疑人必须由两名律师一同前往，如果当事人只委托一个律师，该律师要想能会见犯罪嫌疑人，还得再找一名律师陪同。还有的地方在律师专用的会见室内，在犯罪嫌疑人与律师之间设置许多妨碍设施，如南宁市第一看守所在若大的一个看守所中，只设两个律师会见室，律师会见常常要排队等候，有时上午或当天轮不到，还得第二天再来，而且在律师会见室中设置三层障碍：一层铁栏杆、一层铁丝网、一层有机玻璃，律师只能在有机玻璃上的几个小洞中与犯罪嫌疑人交谈，需将嗓音提得很高，才能正常交谈。如需辨认证据（书面证据），则需将其贴在有机玻璃上，一页一页地翻给犯罪嫌疑人看，最后，委托书和会见笔录，得委托看守所工作人员拿给其签字按手印。与第一看守所相距不到300米的第二看守所，只设三个律师会见室，而且做得更绝：在律师与被会见人之间，干脆用铁珊和玻璃全部封死，律师与被会见人之间只能通过不设免提的电话（对讲机？）进行。如果遇上两个律师会见，就连谈话也变得十分困难了。不久前，南宁市第一看守所搬迁，新的看守所完效仿第二看守所的做法，律师只能一对一地与犯罪嫌疑人在对讲机中通话。鉴于侦查机关、公诉机关为律师会见制造的种种障碍，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于1998年1月19日发布了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》，对律师参加刑事诉讼作出了更为具体的规定，如规定“对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需

要经过批准”，“律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在四十八小时内安排会见”等等，这些规定对于保障律师在刑事诉讼中的权利，特别是解决会见难的问题，虽然起到一定作用，但由于仍需要侦查机关、检察机关“安排”，律师及时会见犯罪嫌疑人的合法请求仍很难保证。

二、为当事人申诉、申请取保候审难。为当事人申诉、申请取保候审，是律师参加刑事诉讼的重要权利。律师在会见犯罪嫌疑人后，常听到犯罪嫌疑人诉说遭受刑讯逼供、诱供等情况，但由于侦查阶段缺乏必要的法律监督，律师无法取得犯罪嫌疑人受到刑讯逼供或诱供的证据，仅有犯罪嫌疑人的一面之词，自然是无法提出申诉。律师为犯罪嫌疑人申请取保候审，也极少机会获得批准。虽然刑事诉讼法第九十六条规定：“犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审”。“六部门规定”也明确，对于律师申请取保候审，“有权决定的机关应当在七日内作出是否同意的答复。同意取保候审的，依法办理取保候审手续；不同意取保候审的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。”事实上，对于律师提出取保候审的申请，“有权决定的机关”根本不予答复和理采，更谈不上“说明不同意的理由”了。有的侦查机关甚至宁愿与犯罪嫌疑人的亲属联系，提出交保证金作为取保候审的条件，也不理会律师，故意在当事人面前显示“聘请律师无用”，最后还得“老子”说了算。

三、调查取证难。律师法与刑事诉讼法修正案同是在1997年1月1日生效的，这两个法律文件与稍后生效的刑法修正案相关规定，使律师调查取证变得越来越困难。律师法规定：律师调查取证，必须取得被调查人的同意。其实，以被调查人同意为前提，就已经谈不上是“律师

的调查权”、谈不上是一项权利了。在“多一事不如少一事”的明哲保身传统心态支配下，律师要说服证人同意作证已不易。你不能以任何利益为“诱饵”说服证人作证，否则，弄得不好要落个“购买证人”、“引诱证人改变证言”的把柄。广西灵山县律师周建彬，在向证人调查取证时，丢了一包已拆封的红梅香烟（价值6元钱）给证人，就落得个“妨害刑事证据犯罪嫌疑”被检察机关逮捕，一审法院判无罪，检察机关仍穷追猛打，提出抗诉。虽然终审仍判无罪，但毕竟说明了这样一个近乎残酷的事实：侦查机关以“犯罪嫌疑”逮捕律师，几乎不存在任何法律障碍。如果说，这样的困难律师还可通过自己的努力达到目的的话，那么，千辛万苦调查取得的证人证言，在向刑事法庭递交时，所遇到的风险和不可测，就难以预料了。律师调查得来的证据只有对被告人有利，对于律师来说，才有意义。而一旦法庭采纳了，就意味着控诉方即检察机关的某些指控被否定，律师有可能面临司法机关的“职业报复”；如果法庭没有采纳，则可能被追究出示伪证的刑事责任。尤其是向证人取证，更是要慎之又慎，因为证人在侦查机关与在律师面前的证词不可能完全一致，控方与辩方各取所需，这是很正常的。如果完全一致，律师也没有必要去取这个证了。这样的不一致会给律师带来极大后患。因此，即使好不容易取来了证据，在向法庭提交前，还得三思而后行。2002年1月24日《法制日报》刊登记者郭毅、毕晓帆的报道，题目是《控方抓了辩方证人》：“...
...2001年1月16日，哈尔滨市香坊区人民法院开庭审理被告人冯某涉嫌猥亵儿童一案，朱某为辩方出了书证。法院休庭后，1月21日，作为冯某涉嫌猥亵儿童一案的公诉机关，哈尔滨

市香坊区人民检察院以涉嫌伪证罪刑事拘留了朱某。……”

这里报道的虽然是证人被抓，但如果这个证人的证词是通过辩护律师提供的，一旦证人冯某被抓后改变证词的内容，那么很明显：下一个被抓走的极可能就是辩护律师。刑事诉讼法第三十八条更规定：“辩护律师和其他辩护人，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、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。”刑法第三百零六条更是专门针对律师刑事辩护规定：“在刑事辩护中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”这样，律师在刑事诉讼中调查取证，不单难度大大增加，而且风险也大大增加。这里最为模糊的是“引诱证人改变证言”一条，对律师来说，简直就是一个陷阱！尽管刑法修正案中稍有变动，变成“引诱证人违背事实改变证言”，但这还是没有改变这一条款对辩护律师调查取证的危险性：如果一旦法庭对律师出具的证据不采纳，这就意味着律师所出示的证人证言“违背事实”；其他证据也一样，一旦法庭不采纳，或与公诉机关出示的证据相悖，就意味着律师出示了“伪证”，至少，有“犯罪嫌疑”是可以确定的。由于这些规定出台后，律师被归罪的情况越来越多，律师在刑事辩护中绝大多数律师不敢进行调查取证。甚至有些犯罪嫌疑人、被告人的亲属向律师提交证据和证据线索，律师也不敢由自己亲手向法庭提交，生怕一着不慎，被追究刑事责任。这确实不是什么耸人听闻，1997年前，律师因辩护被追究“包庇罪”的

居多，而1997年之后，被追究“妨害刑事证据罪”的例子更多。这当中，当然也确实存在律师作伪证、妨害刑事诉讼构成犯罪的情况，但更多的是冤案和错案。

四、法庭诉讼权利实现难。

法庭上，法官照例宣读被告人的权利：有权申请回避、有权自行辩护、有权申请新的证人出庭、有权对鉴定意见提出异议并申请重新鉴定……然而，有多少被告人的这些权利得到实现？特别是，当律师在庭上提出权利要求时，得到法院采纳和理采的真是少之又少，大多数要求被当庭驳回。尤其是你对侦查机关的证据提出质疑，会一下子得罪公、检、法三家，互相制约、各司其职的三家很快联合起来达成一致对付律师，轻则将律师视为“异己”，认为“替坏人说话”、“碍手碍脚”；重则将律师抓起来，追究刑事责任。

五、辩护意见被法庭采纳难。

目前中国律师在刑事法庭上的真实地位是：“你辩你的，我判我的”。你花很多时间精力去出庭、花大量心血写辩护词，但法庭根本不予理采。你的辩护词可以长篇大论、引经据典，我的刑事起诉书和判决书却只有一两页，两三百页。判决书对你的辩护观点，不用正面辩驳，只须用“没有事实和法律根据，不予采信”，一句话，便打发了。目前侦查机关办案基本上离不开犯罪嫌疑人的口供。法律上虽然明文规定“重证据不轻信口供”，但实际上法院对被告人的口供是采取“宁可信其有，不可信其无”的态度。有一次，本人为一被指控贪污犯罪的被告人辩护，被告人反映在侦查阶段的口供，是检察人员要求按照其口述或者是对着一些数据照抄的。这从法律上是典型的诱供。对照案卷中被告人的《讯问笔录》，发觉被告人所反映的情况有一定的根据：年近六十岁的被告人在三份笔录中，对七年

前的六幢建筑物的基础超深数据的每一幢的深度居然都能“交待”得出，而且精确到小数点后两位（厘米）；对每一幢楼的真实超深数据、虚假深度数据都非常精确地“交待”出来，对每幢楼基础超深的造价、虚假超深获得的赃款等近百项数据都清清楚楚地供述，而且精确到角、分……这显然已经超出正常人记忆能力所能及。但法庭对此根本不予采信，你被告人说受到诱供，你拿不出证据，那就不予采信。天哪！被告人人身受到限制，而且侦查阶段没有任何监督和制约，怎么可以将这一举证责任分配到被告人一边！这显然是“有罪推定”的观点影响着法官的思维。律师辩护难，有种种制度上的原因，但笔者认为，最深层的原因应是我国对刑法价值的定位存在问题。中国律师刑事辩护难的问题，从司法构建的角度看，是由于“律师和行政（公安）、司法（检察、法院）机关系统同行在制度框架内享有的权利不平衡”（参见汤火箭：《中国律师的地位：现状、反思与前瞻》，《社会科学研究》杂志2002年第1期）。这一分析是切中要害的，提示了律师刑事辩护难的制度上的原因。但笔者认为：更深层次的原因可能是在观念上，是对刑法追求的终极目的上。刑法第一条开宗明义：刑法制定的目的是“为了惩罚犯罪，保护人民”。这一沿用二十多年（与1980年生效的刑法没有区别）的规定，乍看起来并不存在什么问题，其实不然。刑法不但将“惩罚犯罪”与“保护人民”两者作为同一位阶的刑法目的，而且将“惩罚犯罪”置于“保护人民”之前；“惩罚犯罪”与“保护人民”不但并行不悖，而且“惩罚犯罪”显得比“保护人民”更为重要。实际上，“惩罚犯罪”与“保护人民”不应当是同一位阶的刑法目的，两者不应同

日而语。刑法的终极目的应当是“保护人民”，而“惩罚犯罪”仅应是一种手段，是“保护人民”的一种法律手段，“保护人民”比“惩罚犯罪”具有更高的价值。刑法上的这一规定，应是十一届三中全会前左的观念影响的继续，这一规定强化、稳定了“专政工具”的观念，从而忽视了刑法的终极价值保护人民，助长了公、检、法一体的国家主义观念，使律师在刑事辩护中的地位变得非常低劣。正如江平教授说的：“学法律的人需要埋头于法律条文的诠释和学理的探索，但离开了民主、自由、人权这样的基本目标，法律就会苍白无力，甚至可以成为压迫人民的工具，镇压不同意见的人的工具。因此建立现代法治国家就像建立现代化国家、现代知识经济国家同等重要。”（见《江平文集》自序，第3页。中国法制出版社2000年12月北京第1版）刑法的这一条款不修改，这一老观念不改变，律师刑事辩护难的问题不可能最终解决。明确“保护人民”为刑法的终极目的，就应当注重作为手段的刑罚的法定程序，就不应当为了个案“正义”而牺牲普遍正义，就不应当急功近利，用权力干预司法，以达到“惩罚犯罪”的目的。只有这样，才能从根本上提高律师在刑事辩护中的作用，从而彻底解决律师刑事辩护难的问题。

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