

刑辩效果差的症结何在 PDF转换可能丢失图片或格式，建议  
阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E5\\_88\\_91\\_E8\\_BE\\_A9\\_E6\\_95\\_88\\_E6\\_c122\\_484069.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_88_91_E8_BE_A9_E6_95_88_E6_c122_484069.htm) 律师刑辩难，侧重于揭示中国律师在刑事诉讼中如履薄冰、举步维艰的处境。在立法层面，直指《刑法》第306条、《刑事诉讼法》第38条以及《律师法》的部分条款；在司法实践方面，则披露和检讨刑辩律师执业的外部环境，感喟在刑辩中遇到的种种困惑。刑辩难的真正所在，我认为是给律师造成“内伤”的刑辩效果差，甚至没有效果。研究并揭开这一帷幕，能使我们洞察刑辩难这一表象后的本质。?? 如何界定刑辩效果差?? 为避免不必要的误读，首先要界定一下何谓刑辩效果差?本文对此的定位，与夏勇先生主编的《走向权利的时代》一书中的观点恰恰相反。该书认为，“在此所说的辩护效果，并不是指律师所作的无罪辩护或罪轻辩护的成功率，而是指律师在法庭审理中所起的作用。”对这一界定，我们不妨称之为“审判中心论的效果”。刑辩效果如果仅指“律师在法庭审理中所起的作用”，不但是错误的，而且是有害的。其实，法庭上律师所起的作用，仅仅是检验律师刑辩效果好坏的一个环节或方面而已。所谓的刑辩效果，应当是对律师刑事辩护所产生的实际结果的综合评判。?? 刑辩效果差的症结何在?? 公允地讲，绝大部分刑事案件，经过侦查机关艰辛的侦查，人民检察院的审查起诉，到人民法院开庭审理时，基本事实是清楚的，证据也是确实充分的，这些案件可辩护的法定情节很少甚至没有。但对于不少确有疑点、控方证据有很多瑕疵甚至明显的冤假错案，辩护律师依然作为不大。究竟是何使然?

(一)症结的核心，是辩方没有自己独立、完整的辩护证据，换言之，我国的刑事辩护基本建立在控方证据上。而这种依赖控方证据的辩护(姑且不说阅卷难)，已离客观、本然的事实渐行渐远，是已经过“双层过滤”后的证据。先说发生在侦查阶段的第一层“过滤”。为了破案，为了把案件办成“铁案”，为了移送起诉后不被退查等等，还由于无罪推定的观念远未在我们的侦查人员骨子里生根，虽然我国的刑诉法明确规定侦查机关在收集证据时应当客观全面，既要收集不利于犯罪嫌疑人的有罪证据，也要收集有利于犯罪嫌疑人的无罪或者罪轻的证据，但事实上，在具体案件的侦查中更易倾向于收集有罪证据，对无罪或者罪轻的证据则要经过“过滤”，或者已被“过滤掉”了。更不要说为了取得有罪证据，采用刑讯逼供或者采取威胁、恐吓、引诱、欺骗等非法方式取证了。第二层“过滤”在审查起诉阶段。由于我国的公诉方式在废止了原来的全案移送制度时，并没有完全采用“起诉状一本主义”，而是改采一种介乎两者之间的方式，有学者称之为“半个起诉状一本主义”，或者将之戏称为“复印件主义”。这不但没有革除原来“审前预断”乃至“先定后审”的痼疾，反而使辩方的成败进一步操控在控方手中；是否再次“过滤”已被“过滤”了的证据，事实上掌握在与辩方相对的国家公诉人手中。简析而言，根据现行的刑诉法第150条的规定，我国检察机关提起公诉时，应向人民法院提交起诉书，附送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。其中，关键的是“主要证据”的范围，我国的刑诉法并没有明确规定。而高检《人民检察院刑事诉讼规则》第238条的规定与高法《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干

问题的解释》第116条第2款的规定不一致：前者倾向于定罪的证据，后者则要求证明是否构成犯罪、构成何罪以及犯罪情节和定罪量刑的证据。对这种冲突，虽然后来六部委制定的《规定》作了协调，但在司法实践中，哪些是“主要证据”，具体移送哪些证据，依然是公诉人说了算。也许有人会说，“两高”的司法解释及六部委的《规定》均要求移送作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的证据，这不是对法定从轻或者减轻的证据有明确的要求吗？其实，只要有司法实践经验的人就会知道，除了加重的“累犯”的证据外，所列的其他从轻或者减轻的证据，不是孤立出现的，它隐含或混杂在证据材料中，而且它还是一个有争议尚待认定的问题。更何况，不少复杂的刑事案件，无罪的证据根本就不涵盖其中，从轻或者减轻的证据亦非罗列的这些情节，比如，毒品犯罪中的“特情引诱”。说透了，如果公诉人不愿或者不认为是“主要证据”的材料，辩护律师就在法院阅卷时看不到。那么，经过这第二次“过滤”之后，使原本就少得可怜的辩护证据，几近“绝迹”。建立在这样基础上的刑辩效果，可想而知。问题的复杂性还在于，在这种“不毛之地”上进行的辩护，即使我们的律师在矛盾或冲突的控方证据中理出了比较清晰的辩护线索，提出了很有说服力的辩护意见，还将遭遇另一致命的夹击：法官对辩护意见的漠视。笔者曾辩护过的陈某被控侵占和抽逃出资一案，控方证据自相矛盾，疑点重重，可一审就是不采纳辩护律师的任何辩护意见。上诉后，被二审以“事实不清、证据不足”为由发回重审。奇怪的事情就此发生了：法院庭审时辩护律师严正指出，这次开庭重审，控方既然没有补充任何新

证据，那么，本案事实上还处于二审查回重审时“事实不清、证据不足”的状态。进一步讲，既然控方没有足够的证据支持起诉，请人民法院以“疑罪从无”的规定，判决宣告陈某无罪。可结果，法院原封不动地按照原一审判决的罪名和刑期下判了，事实和理由也几乎照抄。再次上诉，竟然被二审以事实清楚、证据确实充分，维持了判决！还有起轰动甘肃的“运输毒品”案，在一审时我作为辩护人力陈诸多疑点，请求慎重下判，可一审当庭判处靳某死刑。直到二审时，另一线索揭开了竟然是某公安机关用公款出资购买的1000克毒品，加工成了3669克，雇人放到靳某出租车上的惊人内幕，靳某最终才无罪获释。由这两宗案件可以看出，本身就建立在控方有罪证据基础上的辩护，如果再遭遇法官的冷遇，即使律师说得“天花乱坠”，想要有效果？做梦去吧！（二）既然建立在控方证据基础上的辩护没有效果，你们律师不会自己取证吗？首先，律师在最重要的侦查阶段无调查权。律师是提供刑事法律帮助（几乎没有作用）的律师，而非辩护律师。一个案件“成型”在侦查阶段，而律师在这一阶段基本没有作为，导致后续工作的苍白无力。其次，即使在提起公诉和审判阶段律师才享有的调查权，一方面受制于被调查对象，另一方面，虽然我国的刑诉法赋予了律师调查取证请求权，但向法院和检察院启动请求权的前提“认为有需要”本身就是一句没有指望的搪塞语，更何况让应当中立裁判的法院以及与辩方相对立的检察院去替律师取证，简直就是痴想。最后，也是根本的一点：律师调查取证易受追究或者迫害。不拿掉悬在律师头上的那把刀，即使赋予律师多大的调查取证权，你敢吗？所以，我一看到我们的有些律师还梦呓连篇的说什么

应当“赋予律师在侦查阶段调查取证权”，“赋予律师更大的调查取证权”云云，就“哀其不幸，怒其不争”！?? 无刑辩则无法治?? 归结起来，我国的刑辩难，难在内无实效，外无保障。律师调查权的大小、强弱，法院重视程度的高低或者采纳辩护意见比率的高低，其实都是这二者的外化和反映。这种现状不解决，如果任其长期发展，对我国刑事辩护制度乃至整个法律制度的损毁，将是致命的。一方面，使控、辩、审这一科学、民主的现代刑事诉讼结构“散架”，基本上是强大的控方和承担国家追诉任务的审方在操作或者“完成”一项“司法作业”，使真正的辩护是由控辩平衡和裁判者中立构筑的这一基本要素在司法实践中将名存实亡；另一方面，无刑辩则无法治。刑辩制度的完备与否直接标志了一个国家法治文明的程度。在一个没有真正意义上的刑辩国家建设法治国家，是不可想象的，哪怕你有再完备的民法典或别的什么法典。直言之，刑辩难，已不是部门法的“不幸”，而是关乎我国依法治国这一治国方略能否实现的“要津”。

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)