

证明还是反驳：对辩护人责任的思考 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__E8_AF_81_E6_98_8E_E8_BF_98_E6_c122_484080.htm ?藁?证明还是反驳：这是一个问题 刑事被告人的辩护权，是《宪法》第125条赋予的权利。然而，这一权利在司法实践中如何获得制度及程序的保障、辩护权的实现方式及辩护人责任的科学界定等问题，却远未得到解决。《中华人民共和国刑事诉讼法》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。（《律师法》第28条作了几乎一致的规定）按照汉语语词和语法的规则理解，上述条文包含了如下几层意思：辩护人的责任是证明责任；证明的内容是犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任；证明的方式是根据事实和法律，提出材料和意见；证明的目的是维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。很明显，我国《刑诉法》为辩护人设定的是一种与公诉人相似的证明责任。对于这种设定的合理性，几乎无人提出质疑：立法为什么要将辩护人的责任设定为证明责任？公诉人的证明责任和辩护人的证明责任能否构成有效的诉讼抗辩？设定这样的责任是否符合刑事诉讼的价值取向？最重要的是，这种设定能否有效地保障无罪的人免遭无枉之灾？为了更清楚地揭示刑事诉讼中被告人的责任（辩护人责任的出发点和归宿），有必要考察我国现行各类诉讼中证明责任的分配原则。举证责任无非是指一方提供证据以证明案件事实的责任，也即通常所说的证明责任。在诉讼法领域中，举证责任要解决的是谁

有举证义务的问题。在民事诉讼中，我国采取“谁主张谁举证”的原则，即举证责任不囿于原告或被告的地位划分，而是通过公平分担的方式实现的。这是基于民事活动中产生的纠纷一般是由于双方法律行为共同引起的，而民事活动双方又是平等主体，原被告具有完全平等的诉讼能力和地位，法律并假定其掌握着同等的诉讼资源。在这种情况下，采用举证责任分担的办法是公平合理的。而在行政诉讼中，我国采取了“被告举证”的原则。原告虽有主张，却无举证义务。行政诉讼中把举证责任归之于被告，是由于行政诉讼系因行政相对人不服行政主体的行政行为而提起的，争议的是行政行为是否合法与合理。特别是行政行为的作出是行政主体单方面的行为，依据行政法治原则，必须以合理合法为前提，且应有事实依据。被告承担举证责任是完全必要的。刑事诉讼涉及公民人身自由的剥夺乃至生命权利的丧失，理应在证据标准与证明责任问题上比其他诉讼更加严格。因为刑事诉讼由国家发动，注定了被告人(含犯罪嫌疑人，下同)的地位不可能与控方平等，加上普遍的审前羁押，被告人在诉讼资源的控制和掌握上与控方更是无法比拟，即使享有律师帮助，也难势均力敌。为了保障人权，平衡控辩双方力量悬殊的状况，世界大多数国家的刑事诉讼法不但规定了要求控方承担完全的甚至是绝对的证明责任，而且在程序上给控方设定了严格甚至苛刻的规则。由此可见，在不同种类的诉讼中，举证责任的分配是不尽相同的，但有一个基本的规律：即规定谁有举证责任，就等于加重了谁的诉讼负担。由此推及到刑事诉讼中关于辩护人责任的界定，让辩护人承担证明被告人无罪的责任，等于将辩护由权利变为义务。本来，刑事诉

讼的抗辩既是一种逻辑要求，也是一种制度设计，其目的在于使控辩双方形成最简洁的矛盾关系。有罪与无罪就是这样的关系：如果有罪为真，那么无罪便是假，反之亦然。但如果要求公诉人证明有罪的同时，要求辩护人证明无罪，等于将一个逻辑上的矛盾关系置换为反对关系：不能证明无罪，便可能是有罪的。这种逻辑势必将刑事审判导向不可知论，最终变成“有罪推定”的理论依据。这是其一。其二、根据该规定，刑事辩护的外延只能是实体法意义上的辩护。众所周知，典型的刑事辩护既包括实体方面的有罪无罪、罪轻罪重，也包括程序意义上的违法与否问题。但按该条文的规定来看，辩护人不论是提出材料还是提出意见，其作用都必须是为了证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的，换言之，刑事辩护均只是围绕刑事实体法律问题进行。可见，对辩护人责任的这种规定，人为地限制了律师因司法机关程序违法而提出否定控方证据的主张，及据此请求确立犯罪嫌疑人或被告人无罪、罪轻或者不应追究其刑事责任的意见。特别是，鉴于违反刑事诉讼程序的现象在司法实践中屡见不鲜，辩护人请求法院确认这些行为违法并予以救济、排除非法证据等要求，由于该条款的狭隘性，法院在审理过程中对辩护人的这种正当要求却一般不予认可，使得“程序性辩护目前尚只是一种在司法实践中基本无效的辩护方法”。从而使法律所规定的刑事诉讼的程序几乎变成了一根可有可无、可松可紧的橡皮筋。辩护人的责任为什么只能是证明的责任，超出这种证明方式的其他有效辩护方式为什么不予肯定，这是我们应当深思的另一个问题。按照现行刑事诉讼法的架构，控辩双方的抗辩模式是平行证明，控

方证明控方的观点，辩方证明辩方的观点。但在实践中大量存在的是控方证明的错误，包括证据的瑕疵、推导的非逻辑性等等，揭示证明的错误，反驳不仅是极其有价值的，而且是最有效、最经济的。然而，我们的刑事诉讼法却没有将这一有价值的方式赋予辩护人。其三、法条在描述辩护人的证明方式(或手段)时，使用了并非法律用语的“材料”一词。根据《刑事诉讼法》第42条的规定，一切证明案件真实情况的事实都是证据。那么，辩护人提出的证明案件真实情况的事实，为什么不用“证据”而用“材料”这一概念?为什么要刻意避开证据概念，去使用这个模糊的不具操作性的“材料”?如果说，辩护人提出的“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”连证据都不算，那么这些“材料”如何能够证明犯罪嫌疑人、被告人应该无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任?反之，如果这些“材料”本身符合证据的要求与标准，何不直接称其为“证据”，又何必多此一举创造个“材料”概念来混淆视听?换言之，无论这种“材料”是不是证据，都用不着称其为“材料”。显然这是立法中的败笔。这样，区区62字的法条，起码包含了三组互相冲突的命题：辩护人的责任是证明还是反驳；刑事辩护是单指实体辩护还是既指实体辩护又包括程序辩护；辩护人在辩护时提出的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的材料算不算证据，为什么算证据或不算证据。这些冲突乍看起来似乎只是概念游戏，实际上囊括了刑事辩护之中的大多数困惑，在实践中也确实造成了立法者不愿看到的后果。

◆刑事辩护萎缩的根源 最近几年，特别是在修改《刑事诉讼法》和修订《刑法》之后，伴随着法制

建设日益完善的欢呼声，律师办理刑事案件的数量却每况愈下。一个奇怪且令人担忧的现象是，一方面，随着社会的进步，民众对生命和自由的价值日愈看重，社会(不单是刑事被告人)对辩护律师的需求增多、要求提高；另一方面，全国律师承办的刑事业务却呈现萎缩和下降的趋势，坚守刑辩一线的律师越来越少。针对日益严峻的刑事辩护形势，律师界与法学界发出了一浪高过一浪的呼声，与此相关的研讨会、调研活动、人大和政协的提案议案层出不穷，争议焦点主要集中在刑法第306条的歧视性规定、申请会见难、查阅卷宗难、调查取证难等问题上，也提出相应的对策，但收效甚微。中国律师业的主题一度变成“救亡与图存”，给人生死攸关的感觉。然而，上述因素对中国刑事辩护的消极影响，尽管是客观存在的，却不是充分的、甚至不是主要的原因。因为一个基本的事实是，诸如会见和取证都只是些枝节问题，《刑法》306条尽管恐怖，但与十余万律师总数相比，被追诉并被定罪者的比例委实不算太高。中国律师拒绝刑事辩护的原因，还要从辩护人责任的本体论角度去寻找，我们认为，刑事诉讼法对辩护人责任的错误界定是导致刑事辩护举步维艰的根源：第一、辩护人承担证明责任的规定违反了“无罪推定”的刑事诉讼原则。“无罪推定”作为国际通行的刑事诉讼准则，要求指控犯罪的一方必须承担证明犯罪成立的责任，作为被指控者，法律规定他享有配合调查或者消极对待侦查的选择权。换言之，被告人在不受生理和心理强制的前提下，有权自主选择面对国家发动的刑事诉讼的态度，他可以积极配合司法机关查清案件事实，也可以选择保持沉默一言不发，当他选择放弃沉默权的情况下，他既可以针锋相对地

提出新的证据，反驳控方的指控，又可以不提出证据，仅仅质疑对方的证据和观点。无论他选择什么，都不会因为这个选择导致于己不利的后果。最终犯罪与否，完全取决于依法组成的法庭对证据的认定与法律理解。因此，要求辩护人“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，”事实上就是要求被告人自证其罪或无罪，是典型的“有罪推定”观念的表达。也许，有人认为辩护人的责任不同于被告人的责任，由于犯罪嫌疑人或者被告人往往被审前羁押，无法承担证明责任，因此将这种责任转嫁给专业的、自由的辩护人并无不妥。殊不知，被告人的权利是辩护人权利的起点和归宿，辩护人的辩护结果直接由被告人承担，辩护人的责任本身就是被告人的责任，否则，有辩护人的被告人同无辩护人的被告人岂非享受了不同的法律待遇？或者，有人认为适当分配给被告人一定的证明责任，是符合我国国情的。我们不反对在法律明确规定的情况下，对分则的某些犯罪(如巨额财产来源不明罪)或总则的部分条款(如正当防卫)设置必要的例外，但是，这些例外的存在恰恰证明了在普遍的情况下不能要求被告人承担证明责任。还有一种观点认为：应当由控方证明有罪的事实，由辩方证明无罪的事实，双方都负有证明责任，这种论调一听起来似乎很公允，其实是自相矛盾的。姑且不论同一事实是否能够既被证明为真，又被证明为伪；假如控方的证据不能得出唯一和排他的有罪结论，辩方又不能提出无罪的材料，将如何处理？答案当然是无罪。那么，确立辩护人的责任是证明责任，意义何在？因此，无论从什么角度讲，设定辩护人的责任是证明责任都是对“无罪推定”原则的违反，缺乏正当性。

第二、规定辩护人承担证明责任加剧了控辩双方业已存在的不平等的诉讼地位。刑事诉讼法第35条只规定了辩护人的责任，但对负责监督刑事诉讼、直接出庭公诉、掌握更多诉讼资源的国家公诉人的责任却没有任何规定。控辩双方在人数、取证、庭审等方面的不平等已经是既成的事实。再将证明无罪的责任转嫁给辩护人，要求辩护人提出证明被告人无罪、罪轻等的材料和意见，等于要求辩护人承担起原本应由公诉人承担的工作，即证明犯罪嫌疑人、被告人没有实施犯罪。从逻辑上讲，要求一个人证明自己没有做过什么事，本身就是一个伪命题。刑事诉讼都是从案发后开始的，根据唯物论的观点，一个人作案后，总会留下各种各样的痕迹，这些东西经过司法加工，形成物证、书证、证人证言等证据，这些证据可以有效再现案发的情况，成为法庭裁判的依据。如果证据确实充分，即使被告人矢口否认，仍可以断定他实施了犯罪行为。然而，要想用同样的方法证明某人没有实施犯罪，用唯物的观点却很难证明，无法得出唯一和排他性的结论。这是由于时间的单向性同客观存在的矛盾决定的。因此，辩护人的责任是一种证明责任在逻辑上是一个不成立的命题。

第三、将辩护人的责任规定为证明责任人为地限制了辩护的范围，影响了刑事辩护的社会效果。正常的刑事辩护既包括实体辩护，也包括程序辩护。因为程序本身具有独立的价值，“实体处理结果在很大程度上具有主观感受性，这种感受又很大程度上来自程序”。具体而言，如果司法机关从侦查到审判都严格遵循了程序正义，那么，被告人或者其家属即使对实体处理结果不满意，但基于对公正程序的自然信赖，他也能够较快地接受令其不满的结果。这就是“程序吸

收不满”的功能。一旦刑事辩护脱离程序辩护，沦为仅仅是“根据事实和法律，提出材料和意见”等有关刑事实体问题的辩驳和辩解性活动。则非但不能维护犯罪嫌疑人、被告人的正当权益，反而连自己都难以说服。更有甚者，单纯实体辩护对超期羁押、刑讯逼供、违法办案等程序问题的回避，不但起不到预防和纠正违法办案活动的作用，反而可能助长这些违法现象的蔓延。它消解了实体辩护的效果，进而使得整个辩护的必要性变得十分可疑。在成熟的刑事辩护环境中，程序辩护是主要的辩护策略和手段。法庭上很少看到纠缠于事实的是是非非，更多的是对侦查过程步步紧逼，对警察的取证和调查环节穷追不舍。例如轰动世界的美国橄榄球明星“辛普森谋杀案”，其辩护的成功就完全取决于程序问题(警察违法采集血液标本及其种族观)的辩护。对程序辩护的限制，反映了重实体轻程序的传统观念。

第四、规定辩护人的证明责任造成刑事辩护成功率低，律师办理刑事案件的积极性下降。要求辩护人提出证明无罪与罪轻的证据，在实践中等于给司法机关办理错案预先留下一个台阶。首先，当公诉人的指控处于既不能证明有罪又不能证明无罪的情况下(这种情况实在太多了)，辩护人没有(有时是不可能)提出被告人无罪的材料时，法官就会据此作出有罪判决；其次、当辩护人提出程序辩护时，要么被法庭要求出示被告人不可能出示的证据(如刑讯逼供)，要么干脆置若罔闻。大多数不采纳辩护人意见的判决书都写着“辩护人的辩护意见没有事实和法律依据，不予采纳”，草草了事。一方面，辩护律师承担着被告人、尤其是确有冤屈的被告人及其家属的过高期望与压力，另一方面，又有辩护人不可能完成的证明责任悬在头

顶。刑事辩护注定是一项没有成就感的律师业务。一个注定需要屡战屡败的职业，当然不会有多少吸引力。一个有趣的事实是，在美国，由于较少审前羁押及大量适用诉辩交易，平均每100件由警察提起诉讼的重罪逮捕案件中，有45件不起诉或被法院驳回，有52件通过有罪答辩处理，仅剩的3件由陪审团审理的案件中，1件无罪，两件有罪。

确立辩护人的反驳责任，合理平衡控辩矛盾 当我们力图重新审视辩护人的责任时，必须明确我们的观点：我们非但不反对辩护人在刑事辩护的技术和思维上使用证明方法，而且主张辩护人能自觉地、更多地应用证明的技术和方法，以便更好地行使辩护权。但这不能成为辩护人应当承担证明责任的理由。从本体论上加以考察发现，把证明责任加于辩护人显然是对诉讼中控辩职能认识的严重错位。

首先，现代社会的任何诉讼，其目标都是通过抗辩实现公正。因此，抗辩是诉讼文明的方式和标志。刑事诉讼确立了控辩双方的地位：相对于公诉人作为控告方，被告人及辩护人只能是申辩方，前者是主动、积极的肯定，后者是被动、消极的否定。这一诉讼地位决定了，公诉人的责任是证明，在合理性上，辩护人的责任是对证明的对抗，而对证明的对抗只能逻辑地被归为反驳。因此，证明与反驳是刑事抗辩的基本范畴。

其次，除非被告人被先验地确定为有罪，否则他就没有义务证明自己无罪。当今文明社会的刑事诉讼制度都确立了“无罪推定”的原则，我国刑事诉讼法第12条也用“未经人民法院依法判决，对任何人不得确定为有罪”这样的语句表述了无罪推定的原则。因此，对一个未被确定有罪的被告人，要他去证明自己无罪在前提上是不能成立的。

第三，刑事诉讼抗辩的实现、逻辑结构

的有效性应加以合理判断。如前所述，我国的刑事诉讼法设计控辩双方的抗辩是通过证明对证明的平行结构达到的。然而，无论从哪个角度去考察，证明与证明都不是抗辩的范畴，因为证明的平行性并不使控辩双方直接对抗，采用平行的证明责任，大大降低了诉讼的控辩功能，使得诉讼参与各方放弃了对证明不当的注意，并事实上降低了公诉人的举证责任，这部分降低的责任转嫁到本不该承担证明责任的辩护人身上。反之，反驳对证明恰好是抗辩的一对天然范畴，反驳与证明不是平行的逻辑结构，而是针锋相对的对抗性结构。它不仅最大限度地实现了抗辩的功能，也促使控方提高其证明质量。在刑事诉讼中，控方的证明责任与辩护人的反驳责任，在概念上既是一对相互依存的共生关系，在形态上又是一组方向相反的思维方式，证明的规则与反驳的规则是不同的。在刑事诉讼中，没有指控就没有辩护，辩护依赖于指控而存在。但辩护不等于指控，辩护可以但不必然使用新的证明的方法进行。刑事诉讼法应当合理地考虑这种责任的区分与分配，它的意义在于：首先，有利于实现刑事诉讼的最终目的。《刑事诉讼法》第2条规定了刑事诉讼法的任务是“保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究……”，简单说就是保护社会与保障人权的统一。长期以来，我们更多强调的是保护社会的方面，由此导致对辩护人责任的错误界定。这种错误界定反过来又强化了保护社会的传统观念，从而忽视了保障人权的一面，最终使得刑事诉讼活动与公平和正义的目标渐行渐远。承认辩护人责任为反驳责任，不但与保护社会的任务不相矛盾，还能体现出保障人权的价值内涵，真正实现刑事

诉讼的最终目的。其次，从逻辑角度上来说，证明的成立和反驳的成立其要求是不同的。证明的成立不仅要求有真实且充分的论据，而且其论证的过程必须符合逻辑规律。与之不同的是，只要指出证明所采用的论据是不真实的、不充分的，或者指出论证过程是违背逻辑规律的，反驳就可以成立。将这种逻辑学的原理运用于刑事诉讼，我们不难看出，如果确立辩护人的责任是反驳而不是证明，那么辩护人对控方的证据能够提出合理怀疑，且这种合理怀疑又不能排除时，控方的证明便不能成立。这与“疑罪从无”的立法意图也是完全吻合的。第三，有利于预防并纠正刑事诉讼过程中的违法行为。超期羁押、刑讯逼供、滥用强制措施、律师执业合法权益屡被侵犯等等刑事诉讼中的这些问题，公认为长期以来我国刑事法治建设中的“老大难”问题。赋予辩护人过高的证明责任，将使最容易发现、感知、控告这些违法现象的辩护人投诉无门，确立辩护人的反驳责任，明确辩护人进行程序辩护的合法性与正当性，将能有效监督侦查、起诉与审判部门的执法活动，在维护犯罪嫌疑人、被告人正当权益的前提下推动刑事法治的进步。第四，有利于树立对正当程序的信仰，改变重实体轻程序的司法观念。美国著名政治哲学家罗尔斯在其著作《正义论》中，区分了程序正义中的绝对程序正义、相对程序正义与不完善的程序正义。作为不完善程序正义的表现，审判是一个典型的代表。尽管严格遵循程序处理案件也会造成错案，但相比较而言，在实体正义与程序正义发生冲突时只能选择程序正义，这是因为程序正义比实体正义易于操作、更具有确定性和稳定性。因此，明确辩护人的责任是反驳责任，对于改变重实体轻程序的司法观念，

促使犯罪嫌疑人、被告人更加了解、相信法律、吸收不满，是有积极作用的。通过突出证据与规则的意识，逐渐培养对正当程序的理解与信仰，对法治建设无疑具有重大意义。

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