

重塑辩护律师与当事人关系 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__E9_87_8D_E5_A1_91_E8_BE_A9_E6_c122_484289.htm 一、辩护律师存在的正当性基础 （一）被追诉者：辩护律师的权利基础 辩护人制度最早可以追溯到古罗马时期，在古罗马的弹劾式诉讼模式中，原被告双方处于平等的地位，审理案件的程序通常是由原告提出控告的理由和证据，再由被告提出反驳理由和证据，然后由法官作出裁决。被告人拥有辩护权，可为自己的利益从事诉讼防御。审判采取对质、言词、公开的方式，被告人还可以聘请精通辩术的辩护人(ortor)为自己辩护。这种“代言人”或者说“代理人”并不完全是现代意义上的“辩护人”，只是辩护人的雏形，因为他仅仅是代表当事人出庭参加诉讼，本身也不具有独立的诉讼地位，他在诉讼中必须也只能以当事人的意志为依归，而不能独立展开诉讼活动。国家也没有赋予其固有权利，他在法庭上的权利完全来自于当事人的委托授权。从辩护制度的原态之中，可以清楚地发现，辩护人的辩护权最初是来源于当事人自身。正如日本学者村井敏邦所言，辩护权的基础是嫌疑人、被告人自己本人有辩护的权利。这是产生委托辩护律师辩护权利的根据。当然，辩护权的这种雏形在封建纠问式诉讼模式下，备受压制，且丧失殆尽，刑事辩护人的角色也日渐萎缩，直至消亡。直到近代，随着资本主义启蒙思想的滥觞，民主意识的觉醒，在混合式诉讼构造之下，辩护制度重新获得生机，得到各个层面立法的确认，逐步发展成为现代意义上的以辩护人为中心的辩护制度。现代辩护制度下的辩护人（包括委托辩护

人和指定辩护人)不再是扮演单纯的“代言人”或者“代理人”角色,而扮演着“权利保护者”的角色,甚至被附加了更多的社会正义维护者的义务和职责。辩护人有了更多的固有权利(即基于辩护律师本身地位而取得的权利),诸如阅卷权、调查取证权等,但这些权利多数来源于被追诉者自身,只不过,由于被追诉者自身主、客观的因素的局限,无法顺利行使,才使得这些权利转移给了辩护律师代为行使。当然,辩护人有些权利看起来似乎与被追诉者本身联系不大,但是本质上来讲,都是保障辩护人自身履行职责之需,比如律师言论豁免权等。总之,律师辩护权是以被追诉者的诉讼地位和权利为基础的,辩护人制度的确立着实是被追诉者辩护权逐步扩张的结果。从本质上讲,被追诉者的辩护权是第一性的,而律师辩护权则是第二性的。律师辩护权是依附于被追诉者的辩护权而存在,前者是实现后者的手段,后者的实现有赖于前者的落实。因为,很多情况下,在法律上对被告人赋予很多的权利,如果得不到律师的帮助的话,往往只能留于纸面。

(二) 法律专门化:辩护律师的职业基础 法律的职业化、专门化是伴随着社会分工而出现的。法国社会学家埃米尔·涂尔干所言及的那样:“‘辩护人’的最后出现,并不是一件令人惊奇的事情……随着法律程序本身以一种高级形式发展和在法律制度需要以理论的形式加以阐释之时,那种通晓司法过程并能向普通的人们说明这些程序的专业顾问和专家的发展就成为必不可少。”现代辩护制度的出现是法律的专业性、诉讼职业化催生的必然结果。具体而言,在英美法系国家的判例法制度下,判例卷帙浩繁,司法程序极为精细,辩护职能的行使非常人所能胜任,如美国

联邦最高法院大法官萨瑟兰所言，“没有律师代理，被告人就算完全无辜，也有定罪之险，因为他不了解证据规则，无法判断指控成立与否，也不懂得如何做无罪辩护。”在以法、德为代表的大陆法系国家中，虽然有统一的成文法，但是法律本身的抽象性和概括性使其产生了自身的独特语境，如果没有律师的帮助，普通人很难知道法律为何物。由此可见，法律的专业化已经使得律师的辩护职能成为刑事诉讼有效进行的必要保障。有理由认为，辩护律师从一开始就注定其是为了给当事人提供法律服务，使其能够接近法律和诉讼程序，实现法律救济的愿望等，而登上人类历史舞台且随着法制社会的不断文明进步而显示出其自身独特魅力的。（三）

信赖与合作：辩护律师的道德基础 必须承认，辩护人以其专业知识、技能为其当事人进行辩护，被告人也愿意让辩护人作为其权利的保护者。这样的一个事实建立在辩护人与被告人之间的信赖关系基础之上。辩护人与当事人之间的委托契约是这种信赖关系的具体化，基于契约的订立，双方产生了一个业务上的内部关系。即使在法院指定辩护的情形之下，虽然被告人与辩护人之间没有一个具体化为契约关系的存在，但是，被指定的辩护律师与被告人之间也可能形成这样的信赖关系。这种看法在契约观念深入人心的英美法系国家尤为盛行。即使在崇尚国家本位主义的大陆法系国家，这一点也是得到承认的。德国学者Luder—ssen基于契约原则

（Vertragsprinzip），反对将辩护视为公法的一部分，而认为其无非为一民法上处理事务的契约。基于这种约定或者法定的信赖关系，辩护人就必须尊重他的当事人的主角地位，扮演当事人的协助者的角色。相对于它的当事人而言，辩护律

师本身处于配角的地位，因为其主要任务就是从法律、证据、程序的多重角度为了他的被告人而实施单方面的利益保护，这种使命的完成只能基于当事人的同意，而不得无故随意违反他的意志。在整个诉讼过程中，辩护律师所承担的因契约或者法定产生的对其当事人的伦理义务具有优先性，然后才是可能限制该义务的其他法律责任。

（四）行业分工：辩护律师的社会基础 现代社会中，基于共同的法律素养、法律信仰和职业观念，法官、检察官、律师形成了法律职业共同体，共同承担着维护着社会正义的使命。然而，他们是通过何种路径来维护社会正义的呢？应该看到，由于在诉讼中的职能不同，他们“运送正义”的方式，也有着相应的差异。具体而言，处于裁判者地位的法官无疑是公认的正义化身，以公正的裁决来维护正义；检察官则固守国家、社会利益，通过追诉活动保障正义的实现；律师作为“在野法曹”，则是通过维护其所服务的当事人的法益，来实现社会正义的。日本学者井户田侃认为：“辩护人是维护被告人（嫌疑分子）正当利益的保护者，负有协助刑事司法工作的任务。”因此，对于辩护律师而言，实现社会正义只能从下述几个含义来理解：其一，他所维护的当事人的合法权益本身，也是正义的有机组成部分；第二，律师实现社会正义是一个动态的平衡过程，国家在展开对被告人追诉的同时，同时允许一个帮助其进行辩护的职业群体存在，就是体现了对个体尊严价值的尊重，这也是社会正义中的基本要素；第三，律师执业过程中必须遵守相应的法律规定、职业道德和行业纪律。然而，在中国刑事司法实践中，却在这一问题的认识上存在着重大偏差，似乎律师有着可以独立于当事人利益之外的独立

的正义观，认为辩护律师不受当事人意思表示的约束就是维护了社会正义。正是在这种认识的指导下，自觉或者不自觉地将维护社会正义和当事人利益割裂开来。要求辩护律师进行一些与其角色不相称的工作的做法也就不足为怪了，例如，有的认为为一些罪大恶极的被告人进行辩护便是替坏人说话；有的指望辩护律师帮助控方论证一个合理的指控罪名；有的拒绝引进律师拒证特权规则。如果这样看待律师实现社会正义的使命，那么律师与检察官、法官甚至警察之间毫无界限可言，律师行业存在的必要性何在？

二、辩护律师与当事人关系的制度反思与构建

（一）辩护律师会见权的保障

律师会见权是指刑事诉讼中辩护律师享有依法与被追诉者会见并交流案件及法律信息、沟通辩护意见，并为其提供法律帮助和进行辩护的一种诉讼权利。这项权利表面上是辩护律师履行辩护职能的一种法定诉讼权利，实际上具有双向性特点，被追诉者与律师的会见权同样也是被追诉者最基本的诉讼权利。各国法律大多从这一角度出发，来设置具体的会见程序保障犯罪嫌疑人、被告人与辩护律师的会见权的实现，诸如，一般不明确规定会见的次数、时间长短；会见商谈的内容，只要与刑事诉讼相关，法律也通常不予限制，不仅如此，犯罪嫌疑人、被告人与辩护律师之间的会面，通常应当确保秘密并且禁止监听。联合国《关于律师作用的基本原则》明确规定：“逮捕、拘留或监禁的人与律师联系协商时可在执法人员能看见但听不见的范围内进行。”而我国刑事诉讼法第96条规定：“律师会见犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经过侦查机关批准”。很明显，法律在

规定律师对犯罪嫌疑人的会见权的同时，却赋予了侦查机关不对等的在场权、涉及国家秘密案件聘请律师和律师会见的双重批准权以及对律师会见的安排权。侦查机关的在场权常常会给犯罪嫌疑人造成很大的心理压力，使其无法与辩护律师顺畅交流；涉及国家秘密案件的会见批准权往往成为侦诉机关拒绝安排会见的借口；即使在允许会见的情况下，侦诉机关也会在会见时间、次数、谈话内容上设置种种障碍。总之，在缺乏中立裁决机关介入的侦查阶段，律师会见权的行使无不掌控于侦诉机关手中，重重不必要的障碍使得有限的会见权留于虚置。

（二）辩护律师拒证特权和刑事豁免权的确立 不得不承认，刑事诉讼程序本身是一个多元价值的结合体。它不仅仅在于保障查明案件事实真相，实现追究被告人的刑事责任，除了满足这一工具价值之外，刑事诉讼程序本身还应有其自身的独立价值，确保诉讼公平、公正、人道；作为社会子系统的诉讼程序，进行刑事诉讼还应当协调与其他社会活动的价值冲突。在这种多元价值观的基础上，当查明事实真相这一实体价值与其他更高价值发生冲突时，应当考虑其他价值的实现，而放弃对案件事实真相的追求。证人特免权制度便是这一价值观的产物，正如，美国学者乔恩·华尔兹所指出的那样：“特免权存在的一个基本理由是，社会期望通过保守秘密来促进某种关系。社会极度重视某些关系，宁愿为捍卫保守秘密的性质，甚至不惜失去与案件结局关系重大的情报。”如前所述，律师这一职业的存在，是以从业者和其服务对象之间的信任和合作为基础的。如果为了查明一个具体的刑事案件，而要求这些行业的从业者去充当指控其服务对象犯罪的证人，那么这种信任和合作必

将荡然无存。这些行业的生存和发展也必将充满着荆棘。因此，确立辩护律师在刑事诉讼中的拒证特权，规定辩护律师因保守职业秘密而在刑事诉讼中享有拒绝作证的权利，无疑有助于保障律师与其当事人的信赖关系，保证犯罪嫌疑人、被告人这一诉讼程序中的弱势者的辩护权最终实现。与拒证特权紧密相联系的律师刑事豁免权不仅是对律师辩护保障，同样是保护辩护律师免受外力强迫论证控方罪名合理性的重要诉讼防范措施。所谓律师刑事豁免权，是指律师在为刑事案件被告人进行刑事辩护时，其依法所执行的职务行为，不受法律追究的权利。这一权利有助于保护辩护律师遭受对方运用司法权力对其进行的打击和迫害，从根本上使律师能够摆脱受到民事、刑事责任追究的顾虑，使其能够大胆发表辩护意见，实现诉讼对抗与程序公平，从而有效地维护被告人的合法权益。然而，目前我国律师法和诉讼法对律师豁免权未予确立，相反，《刑法》第306条犹如悬在律师头上的达摩克利斯之剑，随时可能使律师陷入囹圄。此外，在刑事辩护中，律师尤为担心在庭审中与控方的激烈对抗之后，对方利用手中的权力所采取的职业报复。这有相关调查数据为证。由于律师豁免权的缺失所导致的司法机关对于律师的非法追诉，其潜台词无非就是压制辩护方，唯指控而是从，这不仅导致刑事辩护成为律师的畏途，辩护职能严重萎缩，根本上使得脆弱的被追诉者更加不堪一击。

（三）律师辩护手段的扩充 律师辩护权是依附于被追诉者的辩护权而存在，并且前者是实现后者的手段与途径，后者的实现有赖于前者的落实。从这个意义上来说，辩护人与当事人的权利密不可分，一个国家在立法、司法上对辩护人权利的保障程度往往反映

了被告人的权利保障状况。实际上，是否赋予辩护人以各种诉讼权利，根本上反映的是给不给予被追诉者以防御手段，因为，辩护的成功与否对被追诉者本身的利害关系远远大于对辩护律师利益的影响。就我国的刑事诉讼实践而言，辩护律师的辩护手段有待于极大的扩充，才能实现所谓的实质上的“平等对抗”。在此，笔者仅就关系到案件信息占有的阅卷权和调查取证权的完善予以具体阐述。为了保障控辩双方在案件信息占有上的均衡，大陆法系国家与起诉中的卷宗移送制度配套，普遍赋予辩护律师阅卷权；英美法系国家则在起诉书一本主义基础上，确立了证据开示制度。我国1996年刑事诉讼法实行抗辩式的诉讼模式，取消了卷宗移送制度，改采复印件移送制度，但未确立证据开示制度，从而使得辩方的阅卷范围受到极大限制。此外，加之刑事诉讼法对审查起诉、法庭审判阶段，辩护律师所能查阅到的案卷材料规定的模糊性，一些具有实质性的案卷材料往往不在辩护律师查阅的视野范围之内，这就很大程度上限制了辩方对案件信息的占有，使得辩护根本无法真正对抗公诉，庭审走过场在所难免。除了阅卷权之外，调查取证权无疑是辩护对抗控诉的杀手锏，但是，我国刑事诉讼法赋予辩护律师的调查取证权十分有限，且缺乏制度保障。在侦查阶段，犯罪嫌疑人聘请的律师没有调查取证权，辩护律师仅从审查起诉阶段起才拥有调查取证权，但不论是自行取证，还是申请调查取证，在某种程度上都取决于相关诉讼参与人的意愿或者检察院、法院的“自由裁量”，缺乏强制性，同时也缺少必要的保障手段，辩护律师的调查取证权仅仅不过是诉讼民主化的一种点缀，形同虚设。总之，作为被追诉者获取案件信息权利的延

伸的阅卷权和调查取证权必须得到进一步扩充。尤为重要的是，必须给予一定的诉讼制度保障，与阅卷权相配套的证据开示制度亟待建立；同时，必须形成一套完整且合理的涵盖调查取证程序、要件、救济手段等的保障机制。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