

刑事辩护概念的发展 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\\_E4\\_BA\\_8B\\_E8\\_BE\\_A9\\_E6\\_c122\\_484559.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_88_91_E4_BA_8B_E8_BE_A9_E6_c122_484559.htm)

一、问题的缘由 如果说概念所反映的是事物的本质，那么，这篇短文的标题就包含着这样的涵义：刑事辩护的本质的发展。当然，所谓“本质”只不过是人们对事物的“内在性质”的一种认识，因此，以“刑事辩护概念的发展”为题所进行的研究，不仅表明了我认为刑事辩护的本质存在着发展变化的问题，而且，人们关于刑事辩护本质的认识也需要发生相应的改变。刑事辩护所经历的变化，已有学者进行过较详细的描述，[1]在此没必要赘述。然而，并不是刑事辩护所经历的所有变化，都意味着其本质的变化。例如，自1996年刑事诉讼法修改以后，我国的刑事辩护就发生了很大的变化，但这种变化是否是本质的变化，却是个需要探讨的问题。[2]如果我们仅仅从修改刑事诉讼法关于刑事辩护的宗旨来说，这种变化应当是指有利于进一步发挥刑事辩护作用的变化。[3]然而，从刑事诉讼法修改后这几年来的实际情况来看，刑事辩护却面临着十分困难的局面。因此，这种变化实际意味着什么，是个疑问。 数列这些年来的刑事辩护难以进行、律师在侦查阶段会见犯罪嫌疑人难、辩护效果不好等这些现实中普遍存在的困难，试探相应解决方案的工作，早已有之，在此没有必要重复。[4]在我看来，刑事辩护所面临这些问题的存在，与其说意味着其本质的变化，不如说只不过是量的一种变化，并且，这种变化既有有利于刑事辩护的内容，也有不利于刑事辩护的特点。因此，评价其为发展过程中的“里程碑”，似有不

妥。我以为，在刑事辩护的发展过程中，真正具有里程碑意义的变化，即本质的发展，首先是指刑事辩护由被告人的辩解转变为以无罪推定原则为基础的、以律师广泛参与为必要条件的辩护权。[5]被告人就刑事指控可以提出无罪或者罪轻的辩解活动，自古就有，但刑事被告人的辩护权，则是在无罪推定被确立为刑事诉讼法的原则以后才出现的现象和概念。当然，在辩护权被确立以后，刑事被告辩护手段的不断发展、辩护律师参与刑事诉讼的范围不断扩大、其作用不断加强的过程中，每一次变化也都可以说是一个“里程碑”，对这些变化的意义也不应低估。例如，在辩护权确立以后所发生诸多变化中，增设被告人的沉默权、允许辩护律师介入刑事诉讼的时间从审判阶段到起诉阶段再到侦查阶段，甚至于在侦查阶段审讯时从律师可以在场发展到应当在场等等，这种种变化，对于强化辩护权均具有十分重要的意义。[6]笔者在此所要探讨的问题并不是上述已被普遍关注的刑事辩护的各种不同类型的变化，而是尚未引起重视的另一种可以并应当期待的变化，即刑事辩护中的程序性辩护。关于程序性辩护的涵义，本文后面将予说明。但在说明这个问题之前，为对比的需要，应首先对刑事辩护中的实体性辩护的涵义作简要说明。鉴于此，本文所要讨论的刑事辩护的概念问题主要包括以下几个方面：现有刑事辩护概念的含义；程序性辩护的意义；刑事辩护概念的重新理解。以下分别简要论述。

## 二、刑事辩护的含义

刑事辩护的含义问题是每一本刑事诉讼法学教材均予以关注的问题，与刑事辩护有关的论著对此也从未忽视。虽然人们对刑事辩护的含义从不同的角度所进行的探讨，丰富了刑事辩护的内容，形成了不同的解释，诸如“

活动说”、“职能说”、“权利说”等等，[7]然而，不同的解释对刑事辩护的核心内容几乎完全一致，即均以刑事诉讼法关于刑事辩护的规定为其核心内容。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。”根据这一规定，人们对刑事辩护——不论是犯罪嫌疑人、被告人自己辩护还是辩护人辩护??的基本含义的解释几无差异：刑事辩护就是根据事实和法律，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。然而，对刑事辩护的这种解释存在着不容忽视的严重问题，即刑事辩护的范围受到了极大地限制，排除了本应受到重视的程序性刑事辩护方法。根据这种解释，刑事辩护只是实体性质的，即仅仅是指针对有关刑事实体问题所进行的辩驳、辩解性的活动。不论是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，还是提出意见，刑事辩护均只是围绕着刑事实体法律问题进行的。然而，除了这种实体性质的刑事辩护之外，还存在着另一种刑事辩护，即程序性刑事辩护。所谓程序性刑事辩护是指：在刑事辩护中以有关部门的侦查、起诉、审判活动程序违法为由，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者不应追究刑事责任的意见，以及要求诉讼程序应予补充或者重新进行的辩护方法。例如，辩护方提出侦查、起诉、审判中的职权机关存在违反刑事诉讼法的情况，据此要求撤销案件或者诉讼程序重新进行；又如，辩护方提出控诉方所出示的证据系应排除的非法证据，不应作为认定有罪的根据等，就是程序性刑事辩护。显然，程序

性辩护是一种典型的刑事辩护方法。但根据以往对刑事辩护的解释，这类依据刑事诉讼程序规则所进行的辩护，就将不予认可。刑事诉讼法对辩护所规定的只是“根据事实和法律”，虽然并未明确排除程序性的事实和法律，然而，人们对此一般均理解为：这里所谓的“事实”，是指刑事案件中的有关事实、证据，而“法律”则仅是指刑事实体法律。[8]司法实践也表明了对这种理解的认可。[9]虽然在司法实践中辩护律师也经常依据刑事诉讼法关于程序的规定进行辩护，例如在辩护中提出侦查存在违反刑事诉讼法的情况，或者提出控诉方所出示的证据系应排除的非法证据，但这种辩护却很少受到重视，甚至可以说几乎被忽视。这种情况的发生，与辩护的概念外延过窄，未能包括程序性刑事辩护有着密切的关系。

### 三、程序性辩护的意义

程序性刑事辩护的重要意义在于：第一，有助于进一步强化刑事诉讼程序的地位，维护诉讼程序的尊严。诉讼程序的尊严有赖于人们对其的尊重和遵守。程序性刑事辩护的存在，使违反诉讼程序的行为、现象成为刑事辩护的对象，对于促进人们重视并遵守诉讼程序，无疑具有积极的意义。作为与刑事实体性辩护完全不同的一种辩护，刑事程序性辩护对于“重实体、轻程序”现象和观念的纠正，具有直接的、积极的作用。第二，有利于丰富刑事辩护的方法，更有效地保障刑事被告人的合法权益。以往人们所重视的刑事辩护的方法只是实体性辩护，[10]然而，实体性辩护能在司法实践中地有效进行，而不是强词夺理的话，就必须以侦查、司法机关在刑事实体问题上存在错误为前提，但这种前提的广泛存在却并非现实。因此，单一的实体性辩护方式，有使刑事辩护的广泛存在受到怀疑的危险。[11]

而增加了程序性辩护这种方式，将使刑事辩护的广泛存在有了更为扎实的基础。第三，有助于规范侦查、司法部门的行为，减少其违反诉讼规则的现象。司法实践表明，违反诉讼规则的行为主体往往是刑事诉讼中的职权机关。虽然我国的有关法律对此作了严格禁止的规定，并设置了其相互之间的监督制约机制，以防止、纠正违反诉讼规则的现象。但实际效果并不令人满意。违反诉讼规则的行为，尤其是在侦查阶段，并非罕见。这与违反诉讼规则的行为难以被揭露或被揭露后不被重视，有着密切关系。被告方利用程序性辩护方法，不仅可以更充分地揭露程序违法现象，而且可以更迫切要求予以纠正。因为其对违反诉讼规则的行为予以揭露和要求纠正的积极性远胜于刑事诉讼中的职权机关，因此，可以预期效果也将更为显著。当然，程序性刑事辩护方法在现实中已被辩护方经常采用，但作用却不明显，其原因在于，程序性辩护上述重要意义的实现，有赖于相关法律的完善。只有在刑事诉讼法对此予以充分肯定、明确保障的基础上，其一系列意义才有可能实现。但我国现行刑事诉讼法和有关规定对此却尚未予以明确、充分地肯定。例如，非法证据的排除，仅限于非法言词证据，并不包括非法实物证据，这使针对非法收集证据行为的程序性辩护，变得毫无意义。因此，程序性辩护的广泛、有效的展开，有赖于法律对其的充分肯定。然而，法律的相应修改，需要我们首先从观念上对此予以认可。从这个意义上说，我们需要对刑事辩护的本质、辩护概念的含义，予以重新理解、解释。四、刑事辩护概念的重新理解 然而，只要从观念上对程序性辩护予以认可，也没有必要对“刑事辩护”这个概念重新下定义。我以为，“程序性

辩护”作为一种诉讼活动，其定义不妨仍为：犯罪嫌疑人、刑事被告人及其辩护人根据事实和法律，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。但对这个定义中的“事实和法律”的含义，应当予以进一步揭示，即不仅包括刑事实体意义上的事实和法律，而且包括刑事程序意义上的事实和法律。这样一来，既能明确肯定程序性辩护也属于一种刑事辩护，以充分反映现实中的刑事辩护的全部内容，并进而不断加强对它的重视；而且，在现行刑事诉讼法尚未修改的前提下，与法律的规定也不冲突。当然，更重要的是，通过对“事实和法律”的含义的重新解释，可以进一步促进人们对程序性辩护的重视，以有利于充分发挥这种辩护方式的作用，并有利于进一步提高司法实践对刑事诉讼程序的尊重程度。另需要特别指出的是，即使是实体性辩护，这里所说的辩护所依据的“事实”，并不全然是辩护方单独掌握的证据、事实。在司法实践中，辩护方通过自己的调查独自掌握了某些或某个证据、了解到某些或某个控诉方所不知晓的案件事实，并据此进行实体性辩护的情况虽说时有发生，然而，辩护方会因各种不同限制条件，尤其是调查权利、手段、能力等因素的限制，通过自己的调查独自掌握控诉方所不知晓的对于否定刑事指控有意义的案件事实和证据，将是十分困难的，也并不常见的。现实中更常见的实体性辩护，主要针对的是控诉事实和控诉证据，而常见的辩护方法是：或说明控诉事实不清楚，或揭示控诉证据不够确实、充分，以此作为“根据”辩驳刑事指控。因此，所谓辩护依据的“事实”，往往就是控诉方所掌握的事实，辩护方只是对同

样的事实作有利于被告人的解释。这种情况，可以使我们对辩护人的职责之一——提出有利于被告人的“意见”——的重要性，有了更深的理解

。 [12]----- [1]参阅熊秋红：《刑事辩护论》，法律出版社1998年出版，第26?71页。 [2] 1996年对刑事诉讼法所进行的修改被许多人认为是刑事诉讼发展中的一个“里程碑”，而律师可以提前到侦查阶段介入诉讼，为犯罪嫌疑人提供法律帮助等有利于刑事辩护的变化，则是其之所以被肯定为“里程碑”的原因之一。详细的分析可参阅拙文：修改刑事诉讼法评析，载《刑事司法理论与实践检讨》，中国政法大学出版社1999年出版，第231?240页。 [3] 虽然对有关刑事辩护的规定应如何修改存有争议，但从参加刑事诉讼法修改工作的各有关部门和人员的主观愿望来看，对强化刑事辩护及辩护人作用均予以肯定。从全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会主任顾昂然《关于中华人民共和国刑事诉讼法修正案（草案）的说明》（1995年12月20日）、全国人民代表大会法律委员会主任委员薛驹《关于中华人民共和国刑事诉讼法修正案（草案）审议结果的报告》（1996年3月15日）等有关文件来看，均对此作了肯定。 [4] 有兴趣的读者可以参阅相关著作。如陈光中主编的《刑事诉讼法实施问题研究》（中国法制出版社2000年5月出版）；刘根菊的《刑事诉讼法与律师制度热点问题研究》（黑龙江人民出版社2000年5月出版）；陈卫东主编的《刑事诉讼法实施问题调研报告》（中国方正出版社2001年5月出版）；樊崇义主编的《刑事诉讼法实施问题与对策研究》（中国人民公安大学出版社2001年9月出版）等。 [5] 从某种意义上说，尽

管从追本溯源的意义上可以探讨古代的刑事辩护问题，但没有无罪推定原则为基础的、缺乏律师广泛参与的刑事辩护，是无所谓“制度”涵义的，至多只能说是刑事辩护制度的“渊源”。[6]只是每一次变化若均被作为里程碑，那将使辩护权的发展道路上出现“里程碑”林立之状，里程碑应有的涵义因此大减。当然，由于时间在历史的“里程”中所具有的重要性，因此，如果辩护权的每一次变化发展都要经历漫长岁月，那么，这些发展均被视为“里程碑”，就是有理由的，也是可以理解的。[7]对这些不同的解释予以的分析，可以参阅熊秋红所著的《刑事辩护论》，法律出版社1998年出版，第3?5页。[8]参见胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义》，法律出版社1996年出版，第41?42页。[9]虽然1996年修改刑事诉讼法以后，刑事诉讼法对某些纯粹的违反程序的审判规定了应予否定，有关部门的司法解释对非法言词证据应予排除也做出了明确规定，为程序性辩护奠定了基础，但是，由于这些规定尚不系统、全面，使程序性辩护难以全面、深入、有效进行。司法实践中鲜有对纯粹的违反程序的侦查、起诉予以否定的案例。对此，后文还将予以进一步说明。[10]即使在十分重视程序性辩护的美国，广泛采用这种辩护方法，也是20世纪中期以后的事，因为此前，这种辩护方法并未被判例所认可。例如，在《舌战大师丹诺辩护实录》（欧文·斯通著，陈苍多等译，法律出版社1991年出版）中，就难以看到这种辩护方式。而在（美）艾伦·德肖微茨的《最好的辩护》（唐交东译，法律出版社1994年出版）这本书中，针对违法的刑事侦查，辩护律师在法庭审判时采取的辩护策略常为将控诉方置于被指控的地



位，就程序性问题进行积极的辩护。 [11] 在只重视实体性辩护的前提下，人们往往是从防止可能出现的实体性错误来强调辩护的必要性的，因为就纠正实体性错误来说，其必要性现实中虽然存在，但客观地说，并不普遍。然而，以“可能性”作为刑事辩护广泛存在的必要性的基础，终究给人以基础不够扎实的感觉，极易受到怀疑。在公安、司法机关认为案件并不存在实体性错误的时候（这是实践中的常例），辩护就不可能再受到重视。即使是辩护律师，在认为不存在实体性错误的时候，也往往会感到辩护的必要性十分可疑。

[12] 认识到辩护人的一个主要职责是提出有利于被告人的意见，可以使我们对辩护技巧的作用及其重要性有更充分的认识。显然，“意见”的影响力是个与表达的方式、时机等技巧性因素密切相关的问题。因此，从某种意义上可以说，（司法机关）不重视辩护技巧，也就意味着不重视辩护意见。而我国的刑事辩护技巧极不受重视，因此就是刑事辩护经常受到忽视的重要原因。鉴于进一步研究辩护技巧及其作用，有利于更加重视刑事辩护，因此，这是一项摆在学术界和实务界面前的紧迫而又重要的工作。当然，这是另一个话题，应另作文章予以说明。 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)