

管窥：新刑事诉讼法

文 本刊记者 陈谦

解读新刑诉法

3月14日，十一届全国人大五次会议表决通过了关于修改刑事诉讼法的决定，国家主席胡锦涛签署第55号主席令予以公布。刑事诉讼法1979年制定，1996年第一次修正，本次修正是刑事诉讼法时隔16年后的第二次“大修”。修改后的刑事诉讼法条款从225条增加到290条，内容增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”行政与刑事证据衔接等规定，明确了非法证据排除的具体标准，对采取强制措施后不通知家属的情形作了严格限制，加强了对死刑复核程序的法律监督，并将“尊重和保障人权”写入总则，修改涉及强制措施、证据制度、侦查措施、辩护制度、审判程序、执行程序以及特别程序等。

在刑诉法大修后，刑辩律师将面临新的机遇与挑战，如何应对挑战、抓住机遇，成了当下刑辩律师亟待思考的问题。近日，浙江省律师协会刑事专业委员会、宁波市司法局、宁波市律师协会、浙江靖霖律师事务所分别召开了关于解读新刑事诉讼法的研讨会、讲座等，刑诉专家、律师从不同的角度畅谈了自己的观点。



全国人大常委会法制工作委员会刑法室副主任
李寿伟

“完善法律是个过程，要循序渐进。法律不能单考虑粗细，要考虑实际情况。”

《刑事诉讼法》为什么要修改？1979年制定，96年修改过一次，16年后修改完善。基本原则框架是科学、合理的，但经济社会发展快，生活意识在改变，法律意识在提高，对司法公正的要求在提高，社会主义法律体系形成，但根据实际完善法律是更重要的环节，3月14日全国人大高票表决通过，得到全国人大代表的普遍认可，引起社会高度关注。其立法过程本身就是个普法过程。



李寿伟

刑法修改的特点可以用五个关键词来概括

关键词一，深化司法体制改革，在中央统一部署下进行，是个重大立法活动，体现了顶层设计。完善证据制度、强制措施、律师权力等。关键词二，加强和创新社会管理。这是对社会治安与稳定的一个管理。关键词三，尊重和保障人权。第二条写上此，画龙点睛，水到渠成。尊重和保障人权是宪法的原则，所有的法律都要贯彻，体现了司法的社会主义性质，刑法是打击犯罪的，刑罚是保障人权的，惩治犯罪与保障人权对立起来，惩治大了，保障就小了，这些说法不准确，两者不是同一层次的问题。刑诉规定诉讼参与人的诉讼权利目的主要在于辩护辩解，准确及时地追究犯罪，避免错案。统一到司法公正，目的合法，方式重要，过程重要。关键词四，科学民主立法。所有立法是尊重民意、集中民智的过程。草案公布在中国人大网，收到80000多条意见和300多封信件，经历常委会草案、建议表决稿、表决稿形成。体现出法律的本质，是人民的意志。关键词五，从国情出发。完善法律是个过程，要循序渐进。法律不能单考虑粗细，要考虑实际情况。

刑诉法修改的主要方面。新刑诉法有290条，较之前增加65条，有实质内容修改的涉及82条。修改涉及的可概括为“1+7”模式，“1”就是尊重保障人权，“7”就是证据制度、强制措施、辩护制度、侦查制度、审判程序、执行程序、特别程序等七个方面。

刑诉法修改后与律师执业关系密切的证据制度与辩护制度

如证据概念、种类、举证责任、证明标准、基本证据类型、行政与刑事证据衔接、不强迫自证其罪原则、非法证据排除制度、证人鉴定人出庭保护等。辩护制度中，一是辩护原则，

二是委托辩护人，三是辩护人的责任，四是辩护律师的会见阅卷，五是具体诉讼权利，六是法律援助执业保障。



李永红

浙江工业大学法学院副教授
李永红

“刑诉法修改，修正的是文本，难变的是现实。”

第一、进步与差距

大家都知道在1959年的时候，全人类有1500个法学家在印度德里开过一次大会，在人类法治史上，这是具有里程碑意义的一次重要会议。这次大会形成了著名的“德里宣言”，其对法治在立法环节、法律实施环节的基本原则作出了界定。尤其是在法律实施环节所明确提出的基本原则，即“正当程序”、“司法独立”和“律师自由”。从此开始，律师自由成为全人类法治建设中一个非常重要的原则。到今天为止，中国刑事法治建设的现状，对照1959年人类已经达成的共识，我们会发现，总的趋势是向法治进步的，比如，从法源上的无法可依到有了基本的法典，从内容上的偏重打击犯罪到兼顾保障人权，但是，这种进步远未达到理想的境界，甚至还有很多不尽如人意的地方。结合我国已经批准或者签署的国际人权宪章的相关内容，我们应该把德里宣言中的正当程序、司法独立和律师自由等法治原则作为一个标准，凡是不利于这些原则的立法都是恶法，凡是有利于这些原则的立法都是良法。这样的判断是否太过简单呢？其实，法律的终极价值取向是非常简单而明亮的，它一点儿都不晦涩难懂，连儿童都应该能够理解，我们不当将其搞得太复杂。因此，我们对照着这些法治原则看我们中国最新的刑事诉讼法立法，其实是喜忧参半的。

第二、尊重保障人权与律师执业自由

为什么是喜忧参半呢？我一直主张要准确区分刑事诉讼和刑事诉讼法这两个不同的概念。刑事诉讼，有国家以来它就一直存在着，即使没有刑事诉讼法的存在，它也照样在进行。刑事诉讼本身是强弱的对抗，其实就是政府告个人的一种活动，其本身双方就是不对等的。为什么要制定刑事诉讼法呢？不是为了让政府更加方便地去惩治政府认为犯了罪的个体，而恰恰是为了限制国家的刑罚权，所以刑事诉讼法其本质上应当是抑强扶弱的，抑制强者以保护弱者，通过强化被告人的权利，确立律师自由执业这样的基本原则，使刑事诉讼能够公正进行，至少达到人类自古以来就主张的那种“中庸之道”。什么叫法律的公正？其实也就是一个中道的衡平。如果我们没有这样的价值取向的刑事诉讼法，那么刑事诉讼其

实就是弱肉强食，是非常令人恐惧的，这样的话，律师将没有任何的生存空间，所以我们说刑事诉讼法所规定的“尊重和保障人权”，如果律师的执业是不自由的，尊重和保障人权也是不可能兑现的。其实作为刑辩律师，对“尊重和保障人权”要做一个全面的理解才行。为什么不光说尊重人权或保障人权，而要说“尊重和保障”人权呢？我们必须明白刑辩律师所面对的犯罪嫌疑人、被告人，他的人权分为两种，一种叫消极人权，一种叫积极人权。所谓消极人权就是指不被强迫的一种人权，所谓积极人权就是指其获得帮助的那种人权。而恰恰作为辩护律师来讲，依法帮助被告人、犯罪嫌疑人实现的权利其实就包括这两个权利。如果强大的刑事司法机关要来强迫你的委托人（如刑讯），那么你必须帮助他不受强迫自证其罪，这就叫消极人权；如果你的委托人还想继续做些什么，而他却对法律一窍不通，那么你用你的专业知识来帮助缺乏法律知识的委托人实现他的主张，这就叫积极人权。面对强权机关，嫌疑人和被告人是弱势的，弱势者被强迫或者无能为力，是必然会出现的，立法之所以确立正当程序和律师制度，就是基于对这种强势不对等现实的考虑。

第三、简单的道德宣示还是严谨的逻辑结构

如果我们用严谨的逻辑来审视这部新修正的刑事诉讼法，其实一个基本的原理是不能绕过的，那就是没有义务的

权利肯定不是真正的权利，没有责任的义务也不是真正的义务。当刑事诉讼法赋予我们很多权利时，我们回头看，如果任何司法机关对这种权利不负有任何义务，这种权利只是绚丽的肥皂泡。当形式上诉讼法规定公检法机关很多义务，但又没有规定被告人和辩护人有什么权利的时候，这些公检法机关的义务也不是真正的义务。新修正的刑事诉讼法文本仍然存在诸多单纯道德宣示（即道德提倡，不做你也无法追究）的条款，这是一个很无奈的现实。我们在研读刑事诉讼法的时候，我觉得还是要从法律逻辑的常识出发，认真地看看那些条文之中的权利和义务到底是真的还是假的。如果法律文本字面上规定了你有某种权利而又不规定司法机关对此负有什么义务，或者规定了义务但又不规定司法机关违反了应如何追究责任，那么这样的权利能否真正实现，我对此是持悲观态度的。指望公检法机关能够保障这些他们根本不负有义务的权利，这基本上是一种幻想。所以我对文本的逻辑分析出发，对于新修正的刑事诉讼法是否能够真正完全落实宪法关于“国家尊重和保障人权”原则，还需要具体的保障措施。

以上几个观点，旨在提醒律师界的刑辩同行，不但要关注法律文本的修改，更要关注法律在实践中的运行。逻辑完善的法律是非常重要的，同时，面对现实认真地对待每一个具体个案所在的执法环境，也是必需的。只有这样，才能安全地执业，才能帮助当事人依法实现其诉讼权利和其他合法权益。

刑诉法修改后刑辩律师面临的“四新”

话题一 新变化：新刑诉法给刑辩律师工作带来哪些新变化？

杭州师范大学法学院副教授 谢如程

“了解新刑诉法的新变化，就是为了抓住机遇、迎接挑战、谋求发展。”

变化之一：新刑诉法比过去更重视人权、辩护权，因此，刑事辩护执业环境、刑辩律师地位将有所改善，有利于开展刑辩工作，如第二条、第十四条之规定。

变化之二：辩护制度得以充实，辩护律师执业权利更加具体、明确，刑辩工作实效和安全系数或将有所提升。

1、赋予辩护人申请回避权及复议权，如第三十一条之规定。

2、明确侦查阶段身份为“辩护人”，如第三十三条之规定。

3、援助辩护对象增加，援助案件数量可能会上升，如

第三十四条之规定。

4、将维护“诉讼权利”明确为辩护职责之一，如第三十五条之规定。

5、明确侦查阶段辩护律师的权利，侦查阶段辩护更具实质性意义，如第三十六条之规定。

6、一般案件凭“三证”即可会见，会见过程中的权利更有保障，“会见难”问题将有所缓解，安全系数也或将提高，如第三十七条之规定。

7、阅卷范围扩大，如第三十八条之规定。

8、辩护律师调取证据相关权利义务进一步明确，如第三十九条、第四十条之规定。

9、在追究毁灭证据、伪造证据、妨害作证的罪责问题上，辩护人首次受到与“其他人员”的平等对待，原侦查机关应

回避办理且应告知“娘家”，从法条层面看，职业风险有所降低，如第四十二条之规定。

10、明确规定辩护律师的执业保密权，如第四十六条之规定。

11、辩护律师执业维权有法定渠道，将为刑辩工作提供靠山，如第四十七条之规定。

变化三：辩护律师介入刑案各环节均有所拓展、明确，刑辩工作将能更加有效地维护被告人合法权益、提高我国刑案质量。

1、批捕阶段，必须重视律师意见，如第八十六条之规定。

2、辩护人有权申请变更强制措施，如第九十五条之规定。

3、对司法机关违法办案，辩护人有权申诉或控告，并有明确的调查处理程序予以保障，如第一百一十五条之规定。

4、案件侦查结案，应重视辩护律师意见，如第一百五十九条之规定。

5、对违法证据排除，有刚性调查核实程序，有利于减少非法取证行为，中国刑案质量有望进一步提高，如第五十五条之规定。

6、辩护律师执业知情权更有保障，如第一百六十条、第一百九十六条之规定。

7、辩护律师介入审查起诉有依据，如第一百七十条之规定。

8、庭前全面阅卷、准备时间等更有保障，如第一百七十二条、第一百八十二条之规定。

9、辩护人申请证人（包括目击警察）、鉴定人、专门知识人员出庭将更有可能落实，如第一百八十七条、第一百八十八条、第一百九十二条之规定。

10、控辩可直接互辩，法庭辩论将更有对抗性，如第一百九十三条、第二百一十二条之规定。

11、不公开审理案件及死刑复核案件，也应当听取辩护人意见，如第二百二十三条、第二百四十条之规定。

12、未成年犯罪案件，辩护律师作用更为突出，如第二百六十九条之规定。

浙江国圣律师事务所刑事部主任 周良

“全面了解新变化、正确看待新变化才能自如应对新变化。”

一、明确辩护人、诉讼代理人可以提出回避的权利

依照现行刑事诉讼法的规定，对侦查人员、检察人员、审判人员以及书记员、翻译人员、鉴定人的回避申请，只能由当事人及其法定代理人提出。新刑诉增加了“辩护人、诉讼代理人可以要求回避以及回避复议”权利，使辩护人要求司法人员回避的请求权得以明确。

二、将律师在侦查期间的地位确定为辩护人，并相应增加了辩护权利

新刑诉法将参与侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师明确为辩护人，不仅是名称的改变，重要的是，增加了律师在侦查期间两项体现辩护人地位的权利：

1、辩护律师在侦查阶段可以向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况。

2、根据掌握的情况提出意见。新刑诉规定，在案件侦查终结前，辩护律师提出要求的，侦查机关应当听取律师的意见，这里强调的是“应当”不是“可以”，并且辩护律师提出书面意见的，应当附卷。

三、会见权的变化

1、会见时间。侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的时间，由现行刑法的“第一次讯问后”改变为“第一次讯问或者采取强制措施之日起”。

2、会见手续。新刑诉吸收了律师法第三十三条之规定，律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函（三证）即可会见的规定。

3、会见程序。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听的规定，取消了现行刑法侦查阶段的会见侦查机关根据情况可以派员在场的规定。对一般案件，律师会见直接向看守所提出，看守所必须最迟在四十八小时内予以安排。

4、会见范围。与律师法不同的是，新刑诉虽然取消了涉及国家秘密的案件律师侦查阶段的会见应经侦查机关批准的限制，但是增加了“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押人员的，应当经侦查机关许可”的限制。

5、会见次数的变化。现有的刑法下，大部分案件在侦查阶段，侦查机关都要安排人员陪同会见，整个侦查阶段律师会见犯罪嫌疑人的次数经常被限制在一到两次，导致当事人非常不理解也很不高兴，律师也很无奈，但新刑诉法实施后这个困扰应该可以得到解决。

四、调查权的变化

明确侦查期间律师调查取证的权利，同时也为律师增加了提交义务。当然也为新刑诉增加了辩护人在侦查阶段自行收集无罪证据的权利，即可以收集犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任能力、属于依法不负刑事责任的精神病人等三类证据，我认为在提交该类证据时最好让收受机关出具收条。

五、辩护律师阅卷问题有望较好解决

与律师法衔接，确定辩护律师自审查起诉之日起可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。

浙江泽厚律师事务所刑事部主任 杨文斌

浙江六和律师事务所律师 蒋晓峰

律师在侦查阶段的调查取证权应当仅限于犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任能力、属于依法不负刑事责任的精神病人三类证据。除此之外，律师不应享有调查取证权。

律师在侦查阶段有调查权，但不应有取证权，否则会与侦查机关的取证权相冲突。律师可以调查、走访、了解案件的相关情况，对不利的证据不应当隐匿，对有利的证据应当提请侦查机关予以调取，当事人主动提供给律师的，律师可以提交给侦查机关。

话题二 新刑辩难：新刑诉法实施后可能遇到哪些新刑辩难？

浙江金道律师事务所副主任 胡东迁

“《刑事诉讼法》这次修改看上去很美，律师的执业权利有了进一步提升，但要真正落到实处，还需配套措施保障。”

浙江工业大学法学院副教授 张曙

“立法上漂亮的规定可能会成为律师受责难的根源”

我们今天对新刑诉法探讨，基本上都是停留条文字面的理解及先前自身的执业经验。目前公、检、法部门正在加紧

一、辩护律师可能无法实现对案情的了解权

新刑诉法第36条新增加规定了侦查阶段辩护律师可以



谢如程



周良



蒋晓峰



杨文斌

出台相关司法解释，可以预见，司法解释出来后，各个部门都会对律师的执业权利作出这样或那样的限制。根据多年的执业经验和感悟，《刑诉法》执行的总体感受是：我们辩护律师拥有的只是“权利”，但面对的却是强大的“公权力”，“权利”与“权力”对抗，我们总是处于弱势的一方。虽然新《刑诉法》规定，今后辩护人涉嫌伪证犯罪的，应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理，可以在一定程度上防止“职业报复”，但是在现行体制及国情下，像重庆“李庄案”，不论是换成重庆别的什么区公安机关来办理，结果并不会太大的区别，这就是现实。如果认为这一管辖制度的变革，就可彻底避免“职业报复”，那就太天真了。所以，我认为，新刑诉法实施后，辩护难依然存在，还需要我们共同去努力，去争取落实我们的权利。同时，还要特别注意保护自己。

向侦查机关了解案情，这项规定，对于辩护律师及时有效地行使辩护权有一定的帮助。但由于法律采取了辩护律师“单向了解”的立场，并未明确规定侦查机关对于案情有披露或主动告知给辩护律师的义务。

当辩护律师了解案情的权利受到阻碍时，立法上漂亮的规定可能会成为律师受责难的根源。此时嫌疑人家属认为法律既已明确规定律师可以了解案情，为什么现实中律师对案情不能完全掌握？委托人又开始对律师不信任，律师的后续辩护工作难以受到充分的积极评价。所以说，新法第36条，看上去很美好，但实施起来难度肯定不小。

二、证据合法性辩护的空间受到程序的挤压

由于受到证据调查程序的限制，新法规定的证据合法性辩护也难免会有诸多困难。

第一，第54条规定，采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。这里的“等”字，在理解时，是否包括威胁、引诱、欺骗这三种非法方法？从法律的规定来看，实际上是不明确的。

第二,第56条规定了辩护方提供初步证据证明证据合法性的责任。那么,通过刑讯方法导致嫌疑人身上有伤时,还容易证明,如其他无明显伤迹的非法方法,则难以证明。我个人的观点,如果不将证据收集的合法性证明机制进行改造,比方说同步录音录像的启动机制要有中立第三方的参与,同步录音录像要作为案卷材料的内容让辩护律师阅卷,否则辩护方很难提供此种非法证据的线索或材料。因此,在证据合法性辩护的环节中,辩护律师的工作也将遭遇一系列难题。

三、辩护意见的采纳会因庭审的形式化而变得越来越难

新刑诉法规定检察机关提起公诉时采用全卷移送主义,这一规定的好处是彻底解决了律师的阅卷难问题,但同时也可能导致严重的庭审形式化。全卷移送可能导致法官庭前全面阅卷,对案件未审先判,从而使得庭审活动陷入走过场。从基本的审判原理看,判决应从庭审对抗辩论、证据的举证

京衡律师集团事务所刑事法律部主任 王军

“直面刑事辩护新困难 推动尊重保障人权事业”

这次的修正案中的许多条款在立法设计上和辩护制度上对律师全程参与刑事诉讼有很大的突破和创新,对当前普遍存在的律师会见难、调查取证难、阅卷难等问题将有较大层面的缓解和改善,但是,由于体制原因、思想观念因素、司法环境、律师执业水平等因素的客观存在,律师在修正案实施后还将面临向侦查机关了解案情难、要求侦查机关调取未提交证据难、申请变更强制措施难、排除非法证据难、关键证人出庭难、二审开庭难、申诉控告难、避免执业报复难、参与死刑复核难、代理没收违法所得案件和代理被强制医疗案件难等新的刑辩难。律师在参与具体的个案过程中,应当保持清醒的头脑,直面可能出现的各种新的刑事辩护困难,用好修正案赋予律师的执业权力,用智慧克服执业障碍,化解和战胜困难,为保障修正案的正确实施,落实刑事诉讼任务,



胡东迁



张曙



王军



周葵

质证,通过言词审理得出来,而不是从庭前阅卷得出判决的结论。庭审的形式化将会使辩护律师对刑事法官案件事实心证的形成影响越来越小,从而导致庭审辩护意见被采纳也将越来越难。

在这里,能够避免庭审形式化的唯一制度希望就是证人出庭制度的切实实施。新法第187条规定与此前公布的修正案草案一审稿截然不同,草案认为只要辩护方对控方证言有异议,且该证言对定罪量刑有重大影响,那么证人就应当出庭作证。与此相比,新法实际上将证人是否出庭的裁量权完全授予了审判人员。那么,在实践中完全可能演变为:哪怕辩护方对证言有再大的异议,而审判人员认为不需要证人出庭的,就不会通知证人出庭。基于以上两点判断(一个是全卷移送,一个是证人出庭难以有效改观),得出一个结论:律师辩护意见被采纳将会变得越来越难。

推动尊重和保障人权事业努力开拓。

京衡律师集团事务所 周葵

新刑诉法规定检察机关提起公诉时采用全卷移送主义,优势在于彻底解决了律师的阅卷难问题,但全卷移送导致法官庭前全面阅卷,可能对案件未审先判,造成庭审活动走过场。这种情况下,辩护律师对刑事法官案件事实心证的形成影响会有缩小趋势,导致庭审辩护意见被采纳会更难。

杭州师范大学法学院副教授 汪红飞

律师能否了解到案情,了解的案情是否全面充分,完全由侦查机关决定,律师没有主动权。只有确保让侦查机关全面充分地向律师提供案情,律师这项权利才不至于落空。

话题三 新风险：新刑诉法实施后可能遇到哪些新执业风险？

浙江金道律师事务所刑事部副主任 王晓辉

“机遇与风险同在，辩护空间在扩张，风险也随之增加。”

新刑诉法关于辩护空间大大扩张，不仅在横向上得以扩展，而且在纵向上得以延伸。辩护人的职责除了维护当事人的合法权益还特别强调保障其诉讼权利，这表明辩护不仅仅强调实体结果，还在于程序公正和诉讼权利的行使。律师在侦查阶段的身份明确为辩护人，除了提供法律咨询以外还可以收集证据、提出意见。然而，与机遇相伴相随的是风险也在不断增加，因此，这需要我们每一位刑辩律师保持高度警惕。

随着“尊重和保障人权”写入新刑诉法，公众的人权保障意识越发增强。近两年，我们注意到很多当事人在决定投案之前向律师咨询。我认为这里面也是有风险的，一是在咨询之后改变主意不投案而是畏罪潜逃，二是在咨询之后基于趋利避害的心理避重就轻，甚至违心供述。这些风险很容易被忽视。建议在咨询时仅限于现有法律法规的解读，最多结

浙江君安世纪律师事务所副主任 胡红星

“对于新刑诉法下律师执业的风险主要应当从以下二方面来把握，一方面是在面上对执业风险做一个总的评估和判断，以此来考量和把握新刑诉法实施以后我们的刑辩执业风险；另一方面是在具体的点上对执业风险做一些思考和探讨，究竟新刑诉法实施后在哪些刑辩执业环节上要重点把握防范风险。”

一方面，新刑诉法修改带来的律师执业风险在面上应该做怎么样的评判和评价。或许有很多人认为，新刑诉法增加了律师执业权利，拓展了律师执业空间，因而是机遇大于风险。但我个人的看法是，新刑诉法下，“机遇不明显，风险更实在”。因为所谓的机遇，我们做刑事辩护那么多年都知道，律师刑辩业务不会仅仅因为一次刑诉法的修改就有多大的增长，我们所面对的刑辩还是同样的刑辩，业务还是相同的业务，所以说机遇不明显。但从风险而言，却更加地显现出来。



合案例分析犯罪构成要件以及量刑情节等。

新刑诉法实施后，会见相对要方便、容易些。虽然规定办案机关不能派员在场，不被监听，但越是如此我们越是要谨慎。切不可放松警惕，迎合当事人。

虽然新刑诉法规定辩护律师在侦查阶段可以提出意见，但由于在此阶段我们了解案情的途径和内容有限，甚至真实性存疑，因此，发表意见尽可能多地依赖书面或实物证据，对当事人的陈述要慎之，或者注明前提，即“以当事人所述为真实”为前提，否则容易被抓把柄，导致不利的局面。

新刑诉法规定在审查起诉阶段可以向当事人核实证据，但是哪些证据、如何核实是很讲究的。如果因为核实证据导致当事人翻供，很容易被无端猜忌甚至追责。

此外，刑辩律师在调查取证、保密职责等很多方面都存在风险。

尽管这些风险大多在之前就已经存在，但在新刑诉法背景下，有的更容易发生，有的还是新条件下新产生的。但在新刑诉法颁布并即将实施的情况下，我们能够清醒地认识到这一点，同时保持高度警惕并注意防范，这是我们专业的态度，也是安全执业的前提。

为什么做这么一个评判，这是由我们当前的刑事诉讼体制所决定的，律师辩护仅仅是一个诉讼参与者的身份，而新刑诉法对这一基本诉讼体制并未有多大的改变。

另一方面，从点上来讲，在新刑诉法实施后律师参与刑辩的各个环节中，有哪些值得关注的风险点呢？主要应该是在会见、调查、保密等这几个点上。新刑诉法增加了律师参与刑事诉讼的一些新规定，但是就这些规定条文本身来看又不明晰，相应的就增加了律师刑辩执业的风险。

其一是会见的问题，律师会见被监视居住的犯罪嫌疑人，新刑诉法规定参照会见在看守所羁押的犯罪嫌疑人相关规定。在看守所会见刑诉法有明文规定即由看守所安排落实会见，可会见监视居住的犯罪嫌疑人刑诉法就没有明确由哪个机关来承担落实会见的职责，这样到时候就有可能存在会见难的问题。再说法条虽规定了律师会见不被监听，但这是否就意味着公安机关不可以监视了呢？法条规定并不明确。

其二是调查的问题，关键是侦查阶段的调查取证，虽然也可以理解为既然新刑诉法规定律师在侦查阶段就已经是辩护人，按照刑诉法有关辩护人职责的规定，当然可以得出律师在侦查阶段就具有了调查职权的结论。但我个人还是审慎

地认为，刑诉法关于辩护人职责的规定是不是一个总括性的规定，而对于律师在侦查阶段的执业权利新刑诉法又专门有条款作出规定，这样从法律上来讲是不是特殊条款和一般条款的关系呢？在新刑诉法对于律师在侦查阶段有没有调查取证权没有明确作出规定的情况下，如果确实是为了辩护的需要，律师可以进行调查，但调查要依法依规进行；至于取证的问题，应该是尽量局限于新刑诉法规定的三类证据，对三类证据以外证据的取证一定要慎重。

其三是保密的问题，新刑诉法新增加规定了律师保密的问题。虽然法律规定是辩护律师对于所知悉的有关委托人的情况和信息有权保密，似乎保密是律师的权利，但我们更应当关注的是法律规定的例外情况，即“辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知司法机关”。对于什么是“危害国家安全的犯罪”、“严重危害他人人身安全的犯罪”我们都能理解、把握，但什么是“危害公共安全的犯罪”似乎就不太好把握了。

像这些问题可能都需要我们多做思考，实际上，“风险

浙江海浩律师事务所合伙人 李慧

新刑诉法规定在审查起诉阶段可以向犯罪嫌疑人核实证据，但是哪些证据、如何核实是很讲究的。如果因为核实证据导致当事人翻供，很容易被无端猜忌甚至追责。

浙江靖霖律师事务所副主任 胡瑞江

对嫌疑人本人的笔录当然可以全部宣读核对，对书证、物证进行辨认及对鉴定结论进行告知是正当的也是必要的，但对同案犯的笔录全文宣读是有可能导致其翻供或作不实辩解，辩护律师应当坚持实事求是，对同案犯反映的与嫌疑人所述不一的内容直接提出核实，真即为真，假即为假。

浙江君安世纪律师事务所合伙人 王忠涨

侦查阶段律师应当依据客观事实提出有把握的意见，如果依据的不是事实，意见对办案机关毫无参考价值；如果仅



由人”，有没有风险，关键还在于律师自己是不是严格规范执业，是不是依法开展刑辩活动。

仅是分析意见，反而会使辩方的辩点过早地暴露。

话题四 新方法：刑辩律师如何运用新方法用好刑诉法？

浙江大学光华法学院教授 阮方民

刑辩律师要深刻领会写入新刑诉法总则的“尊重和保障人权”对辩护工作的重大意义。保障刑辩律师执业权利，就是保障犯罪嫌疑人、被告人的人权，就是落实刑事诉讼法的基本原则精神。侵犯律师执业权利，就是侵犯犯罪嫌疑人、被告人的人权，就是违反刑事诉讼法的基本原则，就是违法行为。刑辩律师要把这条原则作为刑辩工作的引领，要把这条原则宣传好、贯彻好、运用好。

浙江思源昆仑律师事务所主任 吕思源

“刑辩成功的根本要诀：趋利避害、敢辩善辩。‘刑辩

难’这个‘难’字，会出现三种现象：一是迎难而上，勇也；二是见难避难，怯也；三是屈服于难，怂也！”

一、看清“利害”

我对新刑诉法的总体印象是：八大亮点，特别是将“尊重和保障人权”纳入刑诉法的任务，不得强迫任何人自证其罪，防止刑讯逼供等等，这是在2007年1月13-15日由最高法院、最高检、公安部联合举办的“中国刑事法律制度的科学构建及法律适用高层论坛”上刑法学专家、公、检、法代表、律师代表一致发出的呼声，如今这呼声，终于变成法律，作为当年的与会代表，亲历其境，故对新刑诉法的这些修改倍感亲切，我坚信新刑诉法的颁布，必定会对律师的刑

辩工作产生巨大的促进作用，但是毋庸讳言，即便这八大亮点，也存在着“提倡式”的问题，如何落实，仍然缺乏保障，有的方面反而加大对律师辩护权的限制，如新刑诉法第40条，辩护人在侦查阶段有自行收集疑犯无罪的证据权利，但限定只能收集三类证据，即可以收集疑犯不在场、未到达刑事责任能力、属于依法不负刑事责任的精神病人等三类证据，而且还规定，收集到的上述证据，辩护人负有必须及时告知公安机关、人民检察院的义务，这有给律师带来新的风险的可能。一方面，律师不履行提交义务是否会成为被追诉的新借口？另一方面，律师如何防止有利证据灭失风险？更令人担忧的是会不会追究辩护人伪造证据、妨害作证罪？还有新刑诉法虽然增加了律师诉讼权利被侵害的救济程序，但规定得十分粗糙，只规定人民检察院可以对申诉或控告进行审查，情况属实的通知有关机关予以纠正，但没规定审查程序、期限及“纠正通知”的效力、对处理结果不服后的申诉复议程序等等。上述只是略举新刑诉法中对律师刑辩工作存在着利与害，我们律师，特别是以刑辩为主的律师，应深入地、全面地研究，特别是对“不利”方面的研究，以期趋利避害，达到做好刑辩事业的目的。

二、趋利敢辩

我对刑辩的体会之一就是“敢辩”是刑辩成功的先决条件。勇者“敢”字当头，如何能“敢”字当头，有一次我在某大学演讲。结束后，有位小伙子给我递了一张纸条，上书曰：吕律师，我胆子小，怎么能使我从胆小变成胆大，请指点迷津。我看后，即回其十二个字：无私无畏、艺高胆大、剑锋砺出。这是写给那位小伙子的，也是我要求自己的，我亦将其用于自己的刑辩执业中，只要我们律师依法据实辩护，就会无私无畏，只要律师能运用好刑辩技巧，练就刑辩的本领，就会艺高人胆大。

我以为趋利敢辩，必须把法律有利于律师刑辩的规定，用足、用好。具体要落实在如下问题上：

1. 以新增的“尊重和保障人权”的任务为每个刑辩个案的任务，对侵犯人权的行为要敢于针锋相对，每次会见必须询问疑犯、被告人有否遭受刑讯逼供行为，如有要告知疑犯、被告人依法行使控告的权利，刑辩律师要敢于抗争，绝对不做“鸵鸟”听之任之，放任就是推波助澜。

2. 敢于行使侦查阶段的调取“三类”证据的权利，并及时履行对公安或检察的告知义务，特别要行使好听取辩护律师意见制度规定的建议权，这项工作我们以前一直在做，我们称之为“拦网”（即以打排球为例，将案子解决在批捕或者起诉之前）。在此我特别强调刑辩律师敢不敢大胆地行使取证的权利（注意：不是责任，而是权利），是成败的关键。

当然，刑辩的举证责任在控方，如果能用控方证据之矛盾或控方的证据体系本身达不到“确实充分”的证明标准，我们不需要取一个证据，也可获胜。所以，律师取证与否，要视具体案情而定。

3. 在庭前会议中，我们要充分行使律师辩护权，在如下问题上要针锋相对，寸步不让，认真做好程序上的挑刺和控洞工作。

其一，有需要回避情形的，要敢于提出回避意见，充分行使回避申请权，防止审判不公。

其二，敢于坚持要求证人出庭接受质证，充分行使质证权力。

其三，敢于坚持非法证据的排除，当该案有刑讯逼供的线索时，我们要坚持查清有无刑讯逼供。新刑诉法也仍然只笼统地规定了应当排除“毒树之果”，并未硬性规定必须同步录音录像的案件，当被告人和辩护律师提出排除要求的，必须调取同步录音录像组织质证，拒不交出录音录像的，则视为以非法手段取得的证据，予以排除。

鲁迅先生说过：人不能拎着自己的头发离开地球。我们律师就是生活在这样的刑辩环境中，故而律师的“敢辩”两字，不是轻松地唱歌，不是高亢地喊口号，而是迎着风险而上的舍命拼搏，如果没有一点拼命三郎的精神，没有一点牺牲精神，没有一点舍身护法的精神，是做不到真正敢辩的！这绝非危言耸听。

4. 至于庭审中的辩护，敢于为被告人争取辩护权，敢于质证，敢于针锋相对地辩论，这是律师们的看家本领，我不赘述。

三、避害善辩

前面我们讲了“敢辩”，其实“敢辩”的前提一是“据实”，二是依法，只有如此，才能身正不怕影子斜。但光靠一个“敢”字是不够的，鲁迅先生曾批评过：许褚赤膊上阵，中了箭真是活该！不讲保护自己，不讲策略，是蛮干，敢字必须有个善字相伴，才能相得益彰。我们律师的刑辩强调善辩由为重要。

所谓善辩，我认识是：

1. 远离“高压线”（不做伪证、不引诱证人改变证言等等）据实合法而辩，可谓“善辩”。

2. 凭证据说话，立论、论述言必有据。故实事求是善辩之基础，因为事实胜于雄辩嘛，因此辩护律师必须十分熟悉案情。

3. 靠法律判断，具体就是以被指控的罪名的构罪要件，件件对照，四缺一，则不构成该罪。虽然各案案情不同，但要定罪，被告人的行为必须符合构罪四要件，这是共同的。

4. 根据新刑法关于“证人、鉴定人、专家证人的出庭”的规定，做好询问提纲，提高询问技巧，这些言辞证据的效果优劣某种意义上可以说取决于律师法庭询问的技巧，当然这种技巧必须建立在符合客观真实之上，它与法律适用的水平，实战经验有着直接的关系，诚然按需设问，讲究实效是根本的。

5. 要将法律、法理、哲学、文学、逻辑学、心理学、社会学的知识综合运用，结合案情，写好辩护词，辩词不在长短，而在于纲举目张、逻辑严谨、以理服人。即便小到遣词造句，也要用心精选，分析心态和人的心理承受能力，使人易解易懂，达到文章效果最大化。有书面辩护词，法官可以反复看，这对公正审案有利。

最后我认为：趋利避害，适用新刑法不失为刑事辩护的一个策略。面对充满风险的刑辩领域，刑事辩护律师更应趋利避害，严格据实，依法辩护，千万不要为了出名，为了一点律师费，不顾事实、不顾法律地乱辩，千万不要去碰高压线——制造伪证，引诱证人改变证言，作茧自缚。这方面的教训，永远应当吸取，警钟长鸣！但是我们不能因此位畏惧刑辩，不能将违法乱辩与依法敢辩混为一谈，刑辩无作为的思想和行为都是应当摈弃的。我们应该敢于正视现实，要充分认识到只要有刑辩，就会有风险，只因为有风险，才更能锻炼刑事辩护律师，“苍海横流，方显英雄本色”，律师面对强大的公权，看似渺小，但律师是私权的代表，某种意义上说，律师是民意的代表，而人类社会的真正力量就是民心，律师为尊重和

保障人权，为被告人提出“无罪”或“罪轻”的辩护，这正是为了社会和国家的长治久安。我们每案的辩护意见，都要能经得住三方面的检验：事实的检验、法律的检验、历史的检验。广大刑辩律师同仁，只要我们敢辩、善辩，律师在刑辩领域定会大有作为！

浙江靖霖律师事务所主任 徐宗新

刑辩律师应当抱团作战。遇到困难，除了自己通过新刑法赋予的申诉控告权争取权利以外，还可以及时将侵犯律师执业权利的情况上报律协刑委会，通过组织来解决困难。省律师协会与省高院、省检察院都已经制定了良性互动机制，我们充分发挥集体的力量，用好良性互动机制。刑辩律师，不要自己在战斗，只有团结起来，推动法治的力量才更强大。

浙江思源昆仑律师事务所副主任 吕俊

新刑法规定了庭前会议制度，辩护律师在庭前会议中，要充分行使辩护权，在如下问题上要针锋相对，寸步不让，把程序工作做到滴水不漏：其一，有需要回避情形的，要敢于提出回避意见；其二，敢于坚持要求证人出庭接受质证；其三，当该案有刑讯逼供的线索时，我们要坚持适用非法证据排除规则。

