



On the Theories  
of  
Criminal Defense

# 刑事辩护的理念

陈瑞华/著

陈瑞华教授十年潜心力作

——权威阐释刑事辩护的中国理念——

当西方的理念遭遇中国的现实，当理论的缺失伴随实践的困窘  
如何让刑辩的律师充满底气？如何让律师的刑辩闪耀理论的光辉？



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

On the Theories  
of  
Criminal Defense

# 刑事辩护的理念

陈瑞华/著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事辩护的理念/陈瑞华著. —北京:北京大学出版社, 2017. 1  
ISBN 978-7-301-27682-2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼—辩护—研究—中国  
IV. ①D925.215.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第256185号

- 书 名 刑事辩护的理念  
XINGSHI BIANHU DE LINIAN
- 著作责任者 陈瑞华 著
- 责任编辑 白丽丽
- 标准书号 ISBN 978-7-301-27682-2
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965毫米×1300毫米 16开本 24.75印张 328千字  
2017年1月第1版 2017年1月第1次印刷
- 定 价 58.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

## 序言

呈现在读者面前的《刑事辩护的理念》一书，是笔者研究刑事辩护问题的著作。

屈指算来，笔者涉足刑事辩护问题的研究，已经有十几个年头了。最初，笔者只是作为一个辩护制度的旁观者，以各级律师协会刑事业务委员会“顾问”的身份，参与了辩护律师界的各种论坛和讨论会，对律师辩护的艰辛和酸楚有了较为直观的认识，对刑事辩护制度中存在的问题也有了初步的感悟。后来，笔者在辩护律师界有了越来越多的朋友，有时会接受他们的委托，对一些存在疑难法律问题的案件帮忙出主意，提供一些新的辩护思路。通过不断地接触律师朋友转来的疑难案件，笔者发现了不少制约刑事辩护制度发展的因素，开始从政治、经济、社会、文化的角度思考刑事辩护问题。再后来，通过与各地律师协会合作一些研究课题，接触了不计其数的精英律师，开始了解律师辩护的成功经验和失败教训，尝试着从律师辩护的经验中进行一定的理论总结，通过概念化的努力，将一些带有普遍性的经验上升为刑事辩护理念。于是，就有了这一篇篇的研究论文，也最终形成这部刑事辩护理论著作。

作为一名关注刑事辩护问题的法律学者，笔者与各地律师协会开展了诸多研究项目的合作。2005年，笔者曾经接受全国律师协会刑事业务

委员会的委托，组织研究生协助起草了一部“律师版”的刑事诉讼法立法建议稿草案。笔者还与该委员会进行过第二次合作，就律师会见问题起草了一部专题立法建议稿。在随后的八年时间里，笔者曾与一些地方律师协会进行过三次大规模的项目合作：一是与山东省、河南省和贵州省的律师协会，起草死刑案件刑事辩护的最低工作标准；二是协助贵州省遵义市、山东省东营市和济南市的律师协会，就量刑辩护问题起草工作指引；三是与江苏省律师协会和山东省律师事务所刑事专业联盟合作，就律师申请非法证据排除的辩护问题起草指导意见。这些项目合作最终都取得了预期的效果，这些地方律师协会都将我们协助起草的辩护指引或辩护指导意见，以红头文件的形式予以发布，使其成为指导律师辩护工作的规范性文件。

与律师界进行各种研究项目的合作，可以使笔者为刑事辩护制度的改革发挥一些力所能及的作用，而笔者从中也获益良多，甚至可以说它为笔者“打开了一扇又一扇窗户”。笔者发现，即使在目前并不令人满意的司法环境下，律师界也在努力开拓刑事辩护的空间，探索刑事辩护的策略和技巧，为委托人的权益进行有勇有谋的斗争。我国律师界在长期辩护实践中逐步形成一些独特的执业风格，也积累了不少行之有效的辩护经验。数年前，在与田文昌大律师的一场学术对话中，笔者就试图对中国刑事辩护的经验进行学术总结，形成了一部名为《刑事辩护的中国经验》的对话录作品。就在笔者起草本书序言的同时，笔者与叶逗逗女士共同完成的一部对话体作品《刑事辩护的艺术》，正在进行后期的编辑加工工作，将在稍后推出。在这两部作品中，笔者都将自己塑造成“学术搬运工”的角色，将众多律师创造的辩护经验加以总结和提炼，以较为简练轻松的叙述方式，奉献给那些愿意从事刑事辩护的律师朋友。

但是，在总结和传播律师辩护经验的过程中，笔者深深体会到“授人以鱼不如授人以渔”的道理。对于中国刑事辩护律师而言，一方面要

善于从那些成功的刑事辩护中总结经验，进行“举一反三”的执业训练，但另一方面也需要加强自己的学术积累，了解刑事辩护的前沿理论，打好法律理论的基础。而对于研究法律问题的学者而言，与其从西方法律理论中引入一些新的概念、理论和原理，来对中国刑事辩护问题进行“指点江山”式的学术讨论，倒不如脚踏实地地进行辩护经验的总结，在与现有法律理论进行学术会话的基础上，提炼出一些富有说服力的刑事辩护理念。在那些受过社会科学方法训练的学者眼里，无论是刑事辩护制度存在的问题，还是辩护律师所创造的经验，都属于学术研究的对象，而揭示出这些制度和实践表象背后的经验、规律或其他制约因素，并通过概念化的努力，将其上升为抽象的理念，从而将法学研究推向深入，这才是法学研究的终极目的。

从经验到理念，从中国刑事辩护的经验事实中提炼出理论命题，这是笔者从事法律研究的学术志趣，也是本书所力图达到的学术目标。在本书的讨论中，笔者试图对刑事辩护的主要理念作出提炼和总结。例如，笔者将刑事辩护区分为“自然意义上的辩护”与“法律意义上的辩护”，将刑事辩护区分为“无罪辩护”“量刑辩护”“罪轻辩护”“程序性辩护”和“证据辩护”等五种形态，并对这种“五形态分类法”进行了理论反思；笔者对“独立辩护理论”和“有效辩护理论”进行了分析和评论，讨论了辩护律师的“忠诚义务”问题，从而对辩护律师的职业伦理作出了理论上的思考；笔者还对近年来兴起的“量刑辩护”和“程序性辩护”进行了理论反思，对审判前阶段律师权利的救济问题提出了理论思路；笔者结合辩护律师与委托人的关系问题，提出并论证了被告人享有“自主性辩护权”等理念，等等。

在对刑事辩护问题进行探索的过程中，笔者尽管“使尽了浑身解数”，力图在辩护理念的总结上有所建树，但是，由于自身理论功力存在不足，而海内外有关刑事辩护理论的研究十分有限，因此不少研究都是浅尝辄止，有待后来者继续开拓。学术研究是一项永无止境的事业，

那些对刑事辩护问题有兴趣的研究者，如果能与律师界进行广泛而深入的接触，如果能进行更加系统的理论思考，并辅之以科学的研究方法，就可以在此领域作出更大也更有开创性的理论贡献。笔者期待着，我国法学界对刑事护理理论的研究取得实质性的进展。

陈瑞华

2016年9月21日于北大中关园

## 第一章

### 刑事辩护的理论挑战

- 一、刑事辩护的旧理论与新问题 / 003
- 二、刑事辩护的双重意义 / 006
- 三、程序性辩护和量刑辩护的兴起 / 010
- 四、辩护权的诉权性质 / 015
- 五、辩护权的权利主体 / 018
- 六、辩护制度发展的理念支撑 / 022

## 第二章

### 刑事辩护的基本形态

- 一、问题的提出 / 027
- 二、刑事辩护的“五形态分类法” / 030
- 三、审判前的辩护形态 / 038



四、“五形态分类法”的局限性 / 043

五、辩护形态分类理论的完善 / 051

### 第三章

#### 独立辩护人理论

一、独立辩护人理论的提出 / 059

二、德国的“独立司法机关”理论 / 063

三、中国的独立辩护人理论 / 067

四、对独立辩护人理论的反思 / 072

五、律师独立辩护的限度 / 081

六、以委托人授权和信任为基础的独立辩护 / 087

### 第四章

#### 有效辩护理论

一、有效辩护问题的提出 / 091

二、美国的无效辩护制度 / 093

三、美国无效辩护制度的理论贡献 / 098

四、中国的有效辩护制度 / 105

五、我国引入无效辩护制度的可能性 / 113

六、有效辩护视野下的辩护制度 / 116

## 第五章

### 辩护律师的忠诚义务

- 一、辩护律师职业伦理的难题 / 121
- 二、忠诚义务的多重含义 / 123
- 三、忠诚义务的基本依据 / 128
- 四、忠诚义务的边界 / 138
- 五、忠诚义务的实现 / 147

## 第六章

### 刑事诉讼中的量刑辩护

- 一、量刑辩护的出现 / 155
- 二、量刑辩护的性质 / 158
- 三、量刑辩护的独特方式 / 165
- 四、既存情节与后发情节 / 169
- 五、认真地对待量刑辩护 / 173

## 第七章

### 刑事诉讼中的程序性辩护（上）

- 一、程序性辩护的出现 / 179
- 二、程序性辩护的性质 / 181
- 三、作为诉权行使方式的程序性辩护 / 186

四、程序性辩护的目的 / 198

五、程序性辩护的两种模式 / 202

## 第八章

### 刑事诉讼中的程序性辩护（下）

——以申请非法证据排除问题为切入的分析

一、律师申请排除非法证据的难题 / 209

二、案例的引入 / 211

三、程序性辩护的独特方式 / 218

四、程序性辩护的制度困境 / 225

五、律师界对程序性辩护的探索 / 234

六、制度夹缝中的程序性辩护 / 241

## 第九章

### 审判前程序中辩护权的救济问题

一、辩护权救济问题的提出 / 245

二、2013年以后的“会见难”问题 / 247

三、通过行政诉讼的司法救济? / 250

四、向谁辩护，谁来倾听? / 254

五、侦查程序的可诉性问题 / 258

## 第十章

### 被告人的自主性辩护权

——以“被告人会见权”问题为切入的分析

- 一、被告人自主性辩护权问题的提出 / 269
- 二、“会见权”的重新定位 / 271
- 三、被告人自主性辩护权的提出 / 275
- 四、确立被告人自主性辩护权的正当性 / 278
- 五、被告人自主性辩护权的实现 / 283
- 六、作为辩护权行使者的被告人 / 288

## 第十一章

### 被告人的阅卷权

- 一、从律师阅卷权到被告人阅卷权 / 293
- 二、被告人行使阅卷权的正当性 / 296
- 三、被告人行使阅卷权的消极后果 / 303
- 四、被告人的双重诉讼角色与阅卷权 / 307
- 五、解决被告人阅卷权问题的基本思路 / 311

## 第十二章

### 辩护律师调查取证的三种模式

- 一、律师调查取证的难题 / 317
- 二、自行调查模式 / 320

- 三、申请调查模式 / 330
- 四、委托调查模式 / 336
- 五、律师调查取证的发展方向 / 347

## 第十三章

### 辩护权影响裁判权的三种模式

- 一、辩护律师说服法官的难题 / 351
- 二、诉权控制模式 / 353
- 三、裁判权控制模式 / 358
- 四、诉权影响裁判权的模式 / 362
- 六、辩护权实现的最低程序保障 / 373
- 七、结论 / 381

On the Theories  
of  
Criminal Defense

第一章  
刑事辩护的  
理论挑战



## 一、刑事辩护的旧理论与新问题

刑事诉讼制度的发展史，在一定程度上就是辩护权扩大和加强的历史。我国1979年通过的第一部《刑事诉讼法》，确立了被告人有权获得辩护的制度。1996年，立法机关通过修改《刑事诉讼法》，加强了嫌疑人、被告人的权利保障，将律师参与辩护的范围从原来的审判阶段延伸到侦查和审查起诉阶段。而2012年《刑事诉讼法》则首次明确了律师在侦查阶段的“辩护人”身份，使得律师在侦查、审查批捕、审查起诉和庭前会议环节可以发表辩护意见，律师的会见权、阅卷权获得更为有效的程序保障。同时，刑事诉讼中的法律援助范围得到显著的扩大，嫌疑人获得法律援助的阶段也从审判阶段延伸到侦查和审查起诉环节。这些都显示了我国刑事辩护制度经历了从无到有、从弱到强的不断发育过程。

然而，书本上的刑事辩护制度是一回事，实务中的辩护形态则是另一回事。迄今为止，我国律师辩护的制度环境一直存在着诸多不尽如人意之处。就在2012年《刑事诉讼法》实施之后，律师的各项诉讼权利仍面临着难以得到保障的困境。例如，在贪污受贿案件的侦查程序中，律师会见在押嫌疑人的，仍然要经受侦查机关的审查批准，而实际获得批准的则寥寥无几。又如，被告人及其辩护律师申请排除非法证据的，很多法院仍然拒不受理，或者在受理后，听取检察官当庭宣读侦查人员所作的“情况说明”，就草草作出驳回被告方申请的决定。再如，被告



人及其辩护人提出无罪辩护意见的，法院一般都以“辩护没有证据支持”或者“于法无据”为由，草率地驳回被告方的辩护意见。

刑事辩护的实际状态显示，律师辩护制度所面临的问题并没有得到全部解决，律师界“为权利而斗争”的道路仍然曲折而漫长。但是，在律师界为改善律师执业环境而展开持续努力的时候，在新的刑事司法改革又将启动的时刻，我们也需要对刑事辩护问题保留一点理论思考的空间。或许，推进制度变革的努力是需要更多激情和勇气的。但是，对刑事辩护制度改革的目标和方向则需要理性的分析和冷静的反思。

比如说，对于会见权，传统的观点认为这是律师不容置疑的诉讼权利，我国刑事诉讼立法也是朝着这一方向发展的。但是，难道“会见权”仅仅属于律师专属的诉讼权利？难道在押的嫌疑人、被告人就不能享有“要求律师会见的权利”？假如我国刑事诉讼法为在押嫌疑人、被告人确立了这种“会见权”，那么，他们一旦提出会见律师的请求，看守所就应及时安排律师会见，那些接受委托或指定而从事辩护活动的律师，则有义务前来会见在押的嫌疑人、被告人。这种对会见权的理论讨论一旦取得立法效果，那么，整个会见制度的面目岂不将变得焕然一新么？

又比如说，对于阅卷权，传统的观点认为这是律师所独享的诉讼权利，嫌疑人、被告人都被排斥在阅卷权的主体之外。但是，作为辩护权享有者的嫌疑人、被告人，为什么就不能行使阅卷权呢？2012年《刑事诉讼法》所确立的律师向在押嫌疑人、被告人“核实有关证据”的权利，不就使后者有机会了解控方证据了吗？假如在押嫌疑人、被告人真的获得了阅卷权，那么，他们不仅可以为法庭的举证、质证活动进行有针对性的准备工作，而且还可以就辩护思路与律师进行实质性的讨论，从而有效地协调委托人与辩护律师的辩护立场，避免可能出现的辩护观点上的分歧和冲突。相对于委托人与律师不沟通、不协商的情况而言，这岂不可以达到更好的辩护效果？表面看来，被告人是否获得阅卷权属

于一个理论问题，但这一问题一旦得到解决，那么，律师辩护制度不就发生实质变化了吗？

再比如说，传统的观点认为调查权就是律师调查核实证据的权利，无论是律师法还是刑事诉讼法，都是通过强化律师的自行调查权来维护其诉讼权利的。但是，律师调查取证毕竟不同于公检法三机关的调查活动，不具有国家强制力。律师向有关单位或个人进行调查取证，一旦遭到拒绝，他们单靠个人力量是无法调取证据的。其实，相对于律师的自行调查权而言，律师的申请调查权才属于真正意义上的诉讼权利。在“有关单位或个人”拒绝律师调查请求的时候，律师唯有向法院提出协助调查的请求，申请后者运用国家强制力来调查取证，或者传召证人出庭作证，这样才能从根本上解决律师调查难的问题。假如律师的调查权被界定为自行调查权与申请调查权的结合，假如申请调查权被确定为律师申请法院以强制手段调取证据的权利，那么，律师“调查难”的问题或许可以迎来彻底解决的机会。

笔者拟以辩护制度的改革为背景，对这一制度所涉及的几个基本理论问题发表初步的看法。首先，根据裁判者是否参与的标准，本书将辩护区分为“自然意义上的辩护”和“法律意义上的辩护”，并据此提出了改革审判前的诉讼构造和重塑职业伦理的思路。其次，根据近年来刑事证据制度发展和量刑制度改革的实际进程，本书认为中国刑事辩护逐步具有了包括“无罪辩护”“量刑辩护”和“程序性辩护”在内的多元化辩护形态。再次，本书将辩护权定位于“诉权”，强调这种权利的实现，一方面取决于辩护律师自身的努力和争取，另一方面更取决于司法机关的强力协助和有效救济。最后，基于辩护律师与被追诉者之间所具有的委托代理关系，本书将辩护权的权利主体设定为律师与被追诉者，尤其是强调被追诉者直接行使辩护权的重要性，对于会见权和阅卷权的行使方式，提出了新的理论见解。

## 二、刑事辩护的双重意义

按照传统的刑事诉讼理论，刑事辩护是指那些受到刑事控告的人为推翻或者削弱起诉方的指控，提出被告人无罪观点或者罪轻主张的诉讼活动。其中，被告人通过律师或其他人的帮助而进行的辩护，属于“辩护人辩护”；被告人在没有他人帮助的情况下自行实施的辩护，属于“自行辩护”。而根据辩护人的身份，辩护人辩护又可以被区分为“律师辩护”与“非律师辩护”。其中的“律师辩护”则可以被进一步区分为“委托辩护”与“指定辩护”。

应当说，这种对刑事辩护的类型化分析并没有什么不当之处。刑事辩护发生的前提确实是有刑事指控的存在，辩护的目的也是将刑事指控予以削弱或者推翻。但是，这种对刑事辩护的界定却忽略了一个重要因素：辩护方与作为第三方的裁判者的关系。其实，刑事诉讼之所以被称为“诉讼”，就是因为其中既要有可以平等对抗的控辩双方，也要有居于中立地位的裁判者。在没有裁判者参与的“诉讼活动”中，那种由控诉、辩护和裁判所组成的三方诉讼构造并不存在，而只能形成一种由刑事追诉机构与被追诉者所组成的二方构造。而这种“二方构造”并不具有基本的“诉讼形态”，而只能带有行政处罚程序的性质。这是因为，这种“诉讼活动”要么根本不存在任何裁判者的参与，要么是侦查官员、检控官员事实上在充当着裁判者，从而使得指控者与裁判者完全合而为一了。于是，我们不得不面对这样一个实际的问题：在没有第三方参与的所谓“诉讼活动”中，嫌疑人、被告人所进行的申辩或防御活动真的属于“辩护活动”吗？

或许，有人会认为，在指控者与裁判者合而为一的“诉讼活动”

中，嫌疑人、被告人完全可以从事辩护活动，也可以提出各种诉讼主张和辩护意见，只不过这种申请和辩护一般不会发生实质性法律效果罢了。然而，按照德国法学家拉德布鲁赫的观点，“假如原告本身就是法官，那只有上帝才能充当辩护人”。〔1〕在没有裁判者参与的“诉讼活动”中，被告人的辩护是不会有存在空间的。毕竟，无论是否有辩护律师的参与，也无论这种辩护是否具有说服力，这种辩护活动都无法发挥直接的辩护效果。因为在这一“辩护活动”中，裁判者并不保持中立和超然的地位，而与案件的结局有直接的利害关系，对于被告方的诉讼主张无法保持客观对待和认真倾听的态度；无论是被告人还是辩护律师，辩护意见越有力量，就越会与裁判者的利益和观点发生严重的抵触，最终带来更为消极的辩护效果，而那种服从和配合的辩护方在这种裁判者面前，则会得到更大的实惠。

考虑到中立裁判者参与诉讼活动的重要性，我们将辩护作以下两种类型的区分：在没有裁判者参与的诉讼活动中，被告方针对刑事指控所进行的申辩活动，属于“自然意义上的辩护”；而在中立裁判者参与的诉讼活动中，被告人及其辩护律师为削弱或者推翻刑事指控所进行的防御活动，则属于“法律意义上的辩护”。

当然，“自然意义上的辩护”也不失为一种辩护活动。社会学、心理学的研究表明，任何一个有理性的人在面临刑事指控时，都会有一种进行防御和辩解的本能欲望，并会作出各种申辩行为。但是，在没有中立第三方参与的情况下，这种申辩注定是不会发生任何法律效果的。毕竟，“自然意义上的辩护”很难削弱指控的效果，更不可能推翻指控；提出此种辩护的被告人也有可能提出各种程序上的申请或申辩意见，但侦查人员或公诉方要么不予置评，要么直接驳回。

“自然意义上的辩护”的最典型样本，莫过于嫌疑人在审判前阶段

---

〔1〕〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第121页。

所作的各种辩护活动。由于不存在中立的第三方和裁判者，无论是侦查还是审查起诉都是在公安机关或检察机关直接控制下进行的。也无论是各种旨在剥夺嫌疑人人身自由的强制措施，还是那些可能导致嫌疑人隐私权和人格尊严遭受侵犯的强制性侦查行为，都是由检察机关、公安机关自行授权、自行决定实施的。对于辩护律师的会见、调查、阅卷以及有关变更强制措施的申请，一律都是由公安机关或者检察机关自行作出裁决，而几乎不可能提交中立的司法官员加以裁决和救济。在这种带有行政罪性质的“诉讼”活动中，除非侦查官员、检控官员自己愿意采取某种诉讼行动，否则，无论是嫌疑人的申辩还是辩护律师的交涉，都很难发生实质效果。

与“自然意义上的辩护”不同，“法律意义上的辩护”是指被告方在中立裁判者面前所进行的防御和辩解活动。由于有中立的司法官员作为裁判者参与诉讼活动，被告方的所有辩护活动就有了一个倾听者和审查者。即使是那些明显倾向于刑事追诉的裁判者，也不会明目张胆地站在检控方的立场上，不给被告方任何实质的辩护机会。当然，即使是在裁判者参与诉讼活动的情况下，辩护空间的大小和辩护有效性的强弱，也在很大程度上取决于裁判者独立性和中立性的高低。而一个不具备最起码的中立性的裁判者，或许本身就等于检控方的延伸和帮手，都不成其为真正意义上的“裁判者”。

无论如何，要使刑事辩护活动发生实质性的效果，被告方就只能在作为第三方的裁判者面前进行各种辩护活动。事实上，辩护方无论是提出各类程序性申请，还是针对侦查、公诉、审判的合法性提出程序异议，都只能在裁判者面前进行，并直接向裁判者提出。被告人及其辩护律师所进行的所有辩护活动，只有在裁判者亲自参与的情况下才具有法律上的意义。

由此可见，所谓“法律意义上的辩护”，其实就是被告方为推翻或者削弱检控方的犯罪指控，在作为裁判者的法庭面前所作的辩解和交涉

活动，其目的在于说服裁判者接受本方的辩护意见。从实质上看，被告方要达到推翻或者削弱检控方指控的目标，就必须说服作为裁判者的法庭接受其诉讼主张，从而对法庭的裁判结论施加自己积极的影响。因此，刑事辩护成功的标志并不仅仅在于将检控方的指控加以驳倒，而更重要的在于说服裁判者，使其在裁判结论中接受或者容纳本方的辩护意见。

这种对“自然意义上的辩护”与“法律意义上的辩护”的区分，对于我们重新思考刑事审判前程序的改革，是有启发意义的。在中国刑事审判前程序中，由于不存在中立的第三方，法院基本不参与侦查和审查起诉活动，因此，所谓的“法律意义上的辩护”并不存在。今后，随着中国司法体制改革的逐步推进，在审判前程序中构建一种司法审查机制，将是一项重大的司法改革课题。通过确保一种中立司法官员（可以称之为“预审法官”或者“侦查法官”）的参与，可以在那些涉及限制、剥夺公民基本权利的事项上，确立一种司法令状主义的审批机制。这种司法审批可以适用到诸如拘留、逮捕、羁押延长、搜查、扣押、监听等强制性侦查措施上面。同时，遇有侦查人员、检察官剥夺律师诉讼权利的场所，律师应有权向这些司法官员申请司法救济。例如，对于侦查人员、看守所剥夺律师会见权，对于公诉人剥夺律师阅卷权，对于有关单位或个人拒绝律师调查请求的，律师都可以向司法官员提出申请，由该司法官员发布有关的司法令状，以便作出强制性的命令，责令侦查人员、看守所满足律师的会见请求，责令公诉人满足律师的阅卷要求，责令有关单位或个人接受律师的调查取证行为，或者直接出庭作证。<sup>〔1〕</sup>

这种对“法律意义上的辩护”的重新界定，对于重新构建律师的职业伦理，尤其是重新调整辩护律师与法院之间的关系，也具有重要的理论指导意义。在现行刑事司法制度中，刑事法官并没有将辩护律师视为

---

〔1〕 有关审判前程序中的诉讼形态的建构问题，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》（第三版），中国人民大学出版社2011年版，第278页以下。

“法律职业共同体”，对其诉讼权利要么采取不闻不问的态度，要么进行直接的限制或剥夺。应当说，如何促使法院尊重辩护律师的辩护权，理性地看待辩护律师的辩护意见，这确实是一个值得关注的重要问题。但不容忽视的是，辩护律师不尊重法庭，没有将刑事法官当做需要说服和对话的一方，甚至采取一种“政治演说式的辩护”，将法庭当做一种向公众发表观点的场所，这也是一种十分危险的倾向。这会导致本方的诉讼主张不被采纳，也无助于维护委托人的合法权益。需要强调的是，刑事辩护的目的不仅仅在于发表本方的辩护意见，而更在于说服法官接受这种辩护意见。为了有效地与法官展开法律对话，辩护律师应当遵守一种特殊的职业伦理。具体而言，辩护律师应当对法庭保持基本的尊重，而不能有藐视法庭的言行；辩护律师应当始终面向裁判者进行有理有据的申辩和论证，而不应面向旁听者发表演讲；律师应当通过法庭这一途径表达本方的辩护意见，而不应将正在争议的案件诉诸新闻媒体，不应通过社会舆论对司法裁判者施加压力；辩护律师应当使用与法官相同的理论、案例、政策和思维方式，来形成本方的辩护思路，如可以援引最高人民法院法官的学术观点，援引最高人民法院指导性案例对相似案件的裁判理由和裁判结论；对法院的裁判不服，辩护律师可以通过审级制度向上级法院提出上诉，争取在审级制度范围内获得有效的司法救济……

### 三、程序性辩护和量刑辩护的兴起

在传统的刑事诉讼理论中，刑事辩护主要被界定为一种为追求无罪或罪轻之结局而展开的辩护活动。这种对刑事辩护概念的界定，着重强调了“实体性辩护”的重要性，而没有将“程序性辩护”视为一种独立的辩护形态，更没有对“实体性辩护”本身作进一步的区分，因此，无

法反映刑事辩护的实际情况，无助于律师根据案件的具体情况确立不同的辩护思路。

随着中国刑事司法改革的逐步推进，审判制度和证据规则都发生了深刻的变化，刑事辩护的空间也随之有所扩展。那种以推动实体法实施为核心的辩护理念，已经无法对中国的辩护实践作出富有说服力的解释，那种对刑事辩护的理论界定也不足以包容越来越丰富的辩护形态。因此，无论是刑事司法改革还是刑事辩护的实践，都呼唤着一种新的辩护形态理论。

2010年，最高人民法院参与颁布实施的两部刑事证据规则，首次确立了非法证据排除规则。根据这一规则，被告人及其辩护人提出排除非法证据申请的，法院应当中止案件的实体审理活动，专门对这一程序争议作出裁决。特别是对被告人供述的合法性问题，法院经过初步审查，确认对侦查行为的合法性存有疑问的，就可以启动正式的听证程序。届时，公诉方需要对侦查行为的合法性承担举证责任，为此可以出示全部讯问笔录、播放录音录像资料以及传召侦查人员等出庭作证。由此，一种以审查侦查行为合法性为目的的司法裁判机制逐步确立起来，我们可以将其称为“程序性裁判”。〔1〕

这种旨在审查侦查程序合法性的程序性裁判机制，在刑事诉讼法修正案草案中也得到了确立。作为一种可以预期的结果，未来的刑事诉讼法将正式确立这种独立于实体性裁判的裁判形态。在这种“程序性裁判”过程中，被告人属于侦查行为合法性之诉的发动者，具有“程序性原告”的身份，而侦查人员则成为“程序性被告”，这一诉讼所要解决的是侦查行为是否合法以及有关证据应否排除的问题。〔2〕辩护律师为此所展开的辩护活动，并不是要直接追求法院作出无罪或者罪轻的结果，

---

〔1〕 有关非法证据排除规则的讨论，参见陈瑞华：《非法证据排除规则的中国模式》，载《中国法学》2010年第6期。

〔2〕 参见翟建、张培鸿：《证明还是反驳：对辩护人责任的思考》；李鹏等：《语境与困境中的辩护律师程序请议权》，均载《律师与法制》2004年第6期。



而是促使法院宣告某一侦查行为无效，否定公诉方某一证据的证据能力。结果，在侦查行为的合法性以及公诉方证据是否具有证据能力问题上，辩护律师往往与公诉方具有不同的诉讼立场，并发生直接的诉讼对抗活动。对于这种新的辩护形态，我们可以称之为“程序性辩护”。〔1〕

在两部刑事证据规则正式颁行之后，另一项重大的刑事司法改革也在全国范围内开始推行。根据最高人民法院参与颁布的《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》，我国法院确立了一种“相对独立的量刑程序”，使得“量刑被纳入法庭审理程序”之中。在中国的刑事审判过程中，无论是在法庭调查还是在法庭辩论环节，都出现了“定罪审理”与“量刑审理”的程序分离。于是，对同一个刑事案件，法院先要对被告人是否构成犯罪的问题进行法庭审理，然后再对被告人的量刑问题启动司法裁判程序。对于这种以解决量刑问题为目的的法庭审理活动，我们可以称之为“量刑裁判”。〔2〕

在这种量刑裁判过程中，公诉方可以提出量刑建议，被害方可以提出量刑意见，辩护律师也可以有针对性地提出本方的量刑意见。为形成量刑辩护的思路，律师可以对公诉方、被害方提出的量刑情节进行审核，也可以通过会见、阅卷、调查等途径发现新的量刑情节，并最终就量刑种类和量刑幅度提出本方的量刑观点。在庭审中，律师还可以通过举证、质证和辩论论证本方的量刑情节，并运用这些量刑情节来论证某一量刑方案。很显然，这种从量刑情节角度所展开的辩护活动，并不是要推翻公诉方的犯罪指控，而是为了说服法院选择较轻的量刑种类和量刑幅度，使被告人尽可能受到宽大的刑事处罚。对于这类辩护活动，我们可以称之为“量刑辩护”。〔3〕

〔1〕 关于程序性辩护问题的讨论，参见陈瑞华：《程序性制裁理论》（第二版），中国法制出版社2010年版，第294页以下。

〔2〕 参见李玉萍：《中国法院的量刑程序改革》，载《法学家》2010年第2期。

〔3〕 关于量刑辩护的性质和问题，参见陈瑞华：《量刑程序中的理论问题》，北京大学出版社2010年版，第188页以下。

在定罪程序与量刑程序逐步分离的制度下，法院的刑事审判就分出了“定罪审理”和“量刑审理”这两种相对独立的审判程序。在这种“定罪审理”程序中，假如被告人自愿作出有罪供述，并对公诉方指控的罪名不持异议，那么，所谓的“定罪审理”程序就将得到大大简化，律师一般不会对被告人构成犯罪的的问题提出挑战，而着重从量刑的角度展开辩护。但是，一旦被告人拒绝作出有罪供认，或者对公诉方指控的罪名提出异议，或者被告人同意由辩护律师挑战公诉方的有罪指控，那么，法院就将举行正式的“定罪审理”活动。这种审理活动所遵循的程序也就是法定的“普通审理程序”。在这种审理程序中，辩护律师为推翻公诉方的有罪指控所进行的辩护活动，通常被称为“无罪辩护”。

从辩护律师所提出的辩护理由来看，无罪辩护可以分为“实体法意义上的无罪辩护”和“证据法意义上的无罪辩护”。前者是律师依据犯罪构成要件论证被告人不构成某一犯罪的辩护活动。后者则属于律师根据司法证明的基本规则论证案件没有达到法定证明标准的辩护活动。而从辩护的效果来看，无罪辩护又分为“完全的无罪辩护”与“部分的无罪辩护”。前者是指律师对公诉方指控的所有罪名全部予以否定，从而要求法院直接对被告人作出无罪裁判的辩护活动。后者则是律师对公诉方指控的部分犯罪事实予以否定的辩护活动，可以表现为对公诉方指控的部分罪名的否定，或者对公诉方指控的部分犯罪事实的否定，或者对公诉方指控的部分被告人犯罪事实的否定。这类辩护尽管没有对公诉方指控的全部犯罪事实予以否定，却属于旨在推翻部分指控犯罪事实的辩护活动，因此也属于广义上的“无罪辩护”。

这样，与中国刑事司法改革的进程相适应，“程序性辩护”“量刑辩护”逐步从原来较为单一的辩护活动中脱颖而出，形成了相对独立的辩护形态。而在程序性审查优先原则的作用下，辩护方就侦查行为的合法性提出的程序异议，不仅启动了程序性裁判活动，而且中止了定罪审理程序，这就使得“程序性辩护”相对于“无罪辩护”而言，具有一定程

度的独立性和优先性。<sup>〔1〕</sup>与此同时，被告方对无罪辩护的自愿放弃，导致定罪审理程序大大简化，刑事审判基本变成一种单纯的量刑裁判程序，辩护律师所要着力展开的是量刑辩护活动。而在被告方选择无罪辩护的情况下，辩护律师需要在普通审判程序中展开无罪辩护活动，然后在量刑裁判程序中进行量刑辩护。与定罪程序和量刑程序的交错进行相对应的是，无罪辩护与量刑辩护这时也具有相互交叉的特征，而难以形成那种纯粹的“先无罪辩护、后量刑辩护”的格局。

三种辩护形态并存的局面，为我们研究刑事辩护问题提出了很多理论课题。例如，在被告人同时选择无罪辩护和量刑辩护的情况下，如何有效地确保无罪辩护的有效性，避免被告人在挑战指控罪名的同时又提出从轻或减轻量刑的请求，这成为一个亟待解决的问题。与此同时，在被告人坚持无罪辩护意见的情况下，如何避免量刑辩护受到冲击，这也是一个值得关注的课题。又如，在中国法院对无罪判决的选择越来越谨慎的情况下，辩护律师对无罪辩护意见的坚持，有时会产生一个附带的诉讼效果：促使法院选择一种“留有余地”的裁判方式，也就是对本来不应宣告有罪的案件作出有罪判决，但在量刑上作出一定幅度的宽大处理，尤其是尽量不适用死刑。这就使得“无罪辩护”与“量刑辩护”的关系存在着相互转化的关系。而从律师辩护的实践来看，“程序性辩护”与“量刑辩护”有时也会发生类似的转化关系。再如，对于案件是否选择“无罪辩护”“程序性辩护”和“量刑辩护”，辩护律师究竟如何形成自己的辩护思路，尤其是在辩护思路的选择上是否与被告人进行充分的协商和沟通，遇有被告人与辩护律师在辩护思路发生冲突的情况时，律师究竟如何处理，这都是需要深入研究的理论和实践课题。

---

〔1〕 有关程序性辩护的性质和法律意义，可参见〔美〕艾伦·德肖微茨：《最好的辩护》，唐交东译，法律出版社1994年版，第5页。

## 四、辩护权的诉权性质

辩护律师不是国家工作人员，不享有国家公权力，他们所行使的所有诉讼权利都不可能像侦查权、公诉权和审判权那样具有国家强制力，因此，律师不可能拥有所谓的“强制会见权”“强制阅卷权”或者“强制调查权”。假如有关部门或个人尊重辩护律师的权利，不为这种权利的行使设置障碍，那么，律师的这些权利就可以得到自动的实现。但是，律师的诉讼权利一旦遇到阻碍、拖延、困扰的情形，他们就无法依靠自身的力量来促成其诉讼权利的实现，而只能求助于司法机关的帮助。

另一方面，辩护权也具有“诉权”的性质，也就是诉诸司法机关进行裁判的权利。从这种权利的行使方式来看，辩护权也可以被分为程序申请权、程序选择权、程序参与权和程序救济权。作为一种诉权，辩护权往往需要通过申请司法机关给予协助或保障的方式，才能得到有效的实施。而在遇到阻碍或者无法申请司法保障的时候，辩护方还应当获得有效的司法救济机会。正因为如此，律师的诉讼权利几乎都包含着“自行辩护权”和“申请辩护权”两个组成部分。<sup>〔1〕</sup>

“会见权”就是一个值得反思的例子。针对侦查机关和看守所任意拒绝律师会见的普遍现象，律师法和刑事诉讼法都确立了一种“律师持三证无障碍会见权”，也就是律师只要携带和出示法定的证件和证明材料，看守所就应当允许律师会见在押嫌疑人。换言之，会见无需征得办案机关的批准，看守所对律师会见更没有审批权。应当说这一制度设计

---

〔1〕 有关诉权与裁判权的关系，可参见〔法〕让·文森等：《法国民事诉讼法要义》（上），罗结珍译，中国法制出版社2001年版，第97页以下。

的初衷当然是无可非议的。但是，在中国现行司法体制下，那些隶属于公安机关的看守所，作为法定的未决羁押机构，难道真的会自动放弃它们已经行使十多年的“会见审批权”吗？那些对大多数刑事案件负有破案责任的侦查机关，真的会主动执行法律规定，不再对律师会见进行批准了吗？经验表明，至少在部分案件的侦查阶段，律师的会见还要经过侦查机关的批准。而侦查机关则通常都拒绝批准律师的会见申请。之所以会发生这种情况，原因就在于，“会见权”并不是律师自行实施的权利，而是一种“申请权”，也就是申请看守所或侦查机关批准会见在押嫌疑人的权利。假如看守所准许律师会见，这一诉讼权利也就得到实现了。而假如看守所动辄拒绝安排律师会见，或者侦查机关拒绝批准会见的话，那么，律师的会见权也就无法实现了。<sup>〔1〕</sup>

很显然，律师的“会见权”其实应当表述为“申请会见权”。假如嫌疑人、被告人没有丧失人身自由，律师当然享有完全的“会见权”，也就是自行会见嫌疑人、被告人的权利。但是，律师要成功地会见那些在押的嫌疑人、被告人，就只能征得未决羁押机构的批准。要解决律师的“会见难”问题，根本的立法思路应当是消除看守所在审批方面的所有阻碍，而不是完全拒绝看守所的审批机制。同时，要防止办案机关任意限制律师会见的问题，最根本的出路也是严格限制办案机关对会见加以审批的案件范围，对审批的程序作出严格规范，对无理拒绝审批的行为确立程序救济机制。

辩护律师的“调查权”是另一个更为典型的例子。

刑事辩护的实践表明，律师的“调查难”问题始终没有得到有效的解决。一方面，律师向有关单位或者个人搜集、调取证据，或者向有关证人进行调查取证，经常遭到拒绝。另一方面，辩护律师向检察机关、法院申请协助调查证据，或者申请法院通知证人出庭作证，也往往得不

---

〔1〕 有关律师会见难及其司法救济问题，参见陈瑞华：《刑事诉讼中的问题与主义》，中国人民大学出版社2011年版，第343页以下。

到有效的支持。不仅如此，“调查难”问题还衍生出律师的职业风险问题。尤其是在向被害人、公诉方的证人进行单方面调查时，遇有被害人改变陈述、证人改变证言的情形，侦查机关、公诉机关一旦深究下去，向证人、被害人调查改变证言的情况，律师就有可能被认为“唆使”“引诱”证人、被害人改变证言，甚至面临诸如“伪证罪”或者“妨碍作证罪”的刑事指控。有些辩护律师甚至因此受到拘留、逮捕，被提起公诉甚至被定罪判刑。于是，由律师调查难问题更进一步地引出辩护律师的执业风险问题。

从理论上说，将律师的“调查权”定位为一种独立的辩护权利，指望律师通过自身力量来进行调查取证，其用意是可以理解的，但却是难以成立的观点。一些地方法院在民事诉讼中探索创立的“调查令”制度，允许律师提出申请司法调查的权利，法院对那些合理正当的调查请求，直接发布专门的“调查令”，从而为律师的调查取证提供了有力的司法保障。这对于解决律师的“调查难”问题开创了一条新的途径。<sup>〔1〕</sup>但令人遗憾的是，这类改革试验在刑事诉讼中尚未出现。

“调查令”制度的推行经验表明，律师的“调查权”不能被仅仅定位于律师“自行调查证据的权利”，而必须辅之以“申请法院强制调查”的权利。两者结合起来，律师向有关单位或个人的调查取证，才能得到有效的实现。辩护律师一旦将自己的调查请求提交司法机关，而司法机关经过审查，认为律师的调查请求是合情合理、有助于查清事实真相的，就应当发布诸如“调查令”“强制证人出庭令”之类的司法命令。对于司法机关发布的这种司法令状，有关单位和个人假如继续予以抵制，就等于拒绝司法机关的强制调查，就要因此遭受不利的法律后果。在不少国家，在法院发布类似司法令状后仍然拒绝接受调查或者拒绝出庭作证的人，轻则会受到强制传唤、拘留，重则可以构成蔑视法庭罪，

〔1〕 参见梁建军等：《湖南法院发出首批调查令》，载《人民法院报》2011年9月28日。

从而受到直接的刑事处罚。正因为如此，美国联邦宪法前十条修正案尽管没有确立诸如“调查权”或者“自行调查权”之类的宪法表述，却将“获得法院以强制手段确保证人出庭的权利”列为一项重要的宪法权利，并把这一权利与“获得与对方证人进行对质盘问的权利”并列为“对质询问权”的两大组成部分。

归根结底，只有将“调查权”定位为“律师自行调查权”与“申请法院强制调查权”的有机结合，要求法院在律师自行调查遇到困难并提出协助调查申请之后，及时发布相关司法令状，强制有关单位或个人提供有关实物证据，承担出庭作证的义务，才能从根本上解决律师“调查难”的问题。

## 五、辩护权的权利主体

2012年《刑事诉讼法》所确立的律师向在押嫌疑人核实有关证据的权利，引发了有关被告人是否享有阅卷权问题的讨论。在律师界看来，唯有赋予在押嫌疑人、被告人查阅案卷的权利，才能保证其有效地行使辩护权。但很多检察官、法官对这一主张提出了异议。他们认为嫌疑人、被告人尽管是辩护权的享有者，但阅卷权却只能由辩护律师独立行使。无独有偶。在如何保障律师“会见权”问题上，也出现了一种要求确立在押嫌疑人、被告人“申请会见权”的观点，认为会见权并不是辩护律师单方面行使的诉讼权利，在押嫌疑人、被告人也应属于会见权的主体，他们一旦提出正当的会见请求，不仅未决羁押机构应当安排律师会见，而且那些从事辩护活动的律师，也有尽快会见委托人的义务。当然，也有律师提出了担忧：目前就连律师“会见在押嫌疑人的权利”都遇到重重困难，在押嫌疑人获得“会见辩护律师的权利”并不具有太大

的可能性。

在被告人是否享有“阅卷权”“会见权”问题的背后，其实存在着辩护权的权利主体这一理论问题。具体而言，作为辩护权的享有者，被告人只能通过辩护律师行使其诉讼权利，这是否具有正当性？难道我们在承认被告人拥有“诉讼权利能力”的同时，却要否定其“诉讼行为能力”吗？由此看来，作为辩护权利的享有者，被告人能否独自行使各项诉讼权利，这不仅是一个制度问题，更是一个有待解决的理论问题。

按照传统的诉讼理论，阅卷权尽管来源于被告人的辩护权，却是辩护律师所独享的诉讼权利，无论是嫌疑人还是被告人，都没有阅卷权。所谓的“证据展示”或“证据开示”，也是在检察官与辩护律师之间展开的证据交换活动，嫌疑人和被告人都被排斥在这一活动之外。这是因为，设置阅卷权的目的在于保证辩护律师进行防御准备，有效地展开庭审质证。而被告人一旦有机会查阅案卷材料，就会了解公诉方所掌握的全部证据信息，轻则容易进行串供、翻供，重则会导致仇视、报复被害人、证人甚至同案被告人的现象出现。更何况，被告人假如获得了查阅、摘抄、复制公诉方案卷笔录的机会，就有可能全面了解案件证据情况，并根据这些证据情况来确定供述和辩解的内容，从而出现故意提供虚假陈述的情况。在这一方面，被告人与证人的情况有些相似。法学理论强调证人的特殊性和不可替代性，要求证人在作证之前不得接触其他证据，不得旁听案件审理过程。同样，被告人作为了解案件情况的“特殊证人”，也不能通过接触案卷来产生先入为主的预断。

然而，这种将嫌疑人、被告人排斥在阅卷权主体之外的观点是很难成立的。这是因为，被告人是辩护权的享有者，当然也可以独立行使阅卷权。在中国刑事审判制度中，被告人在行使举证权和质证权方面，与辩护律师享有完全相同的权利，他们既可以向法庭提出本方的证据，也可以对公诉方的证据进行质证，对控方证人也可以进行当庭交叉询问。既然如此，不去阅卷，不了解公诉方掌握的全部证据材料，被告人怎么



进行有效的法庭质证呢？另一方面，有些为被告人所熟知的专业问题或者案件事实，只有允许被告人亲自阅卷，才能提出有针对性的质证意见，并最终协助辩护律师做到有效的辩护。尤其是在被告人与辩护律师的辩护思路存在分歧的情况下，让被告人充分地获悉公诉方的证据材料，了解公诉方掌握的指控证据，可能是保证被告人作出理智选择的重要手段，也是督促辩护律师展开有效辩护的必由之路。

中国刑事诉讼制度赋予了被告人“当事人”的诉讼地位，使其享有辩护权，律师属于其辩护权的协助行使者。但与此同时，被告人供述和辩解在证据法上又属于独立的法定证据种类，被告人其实具有“证人”的品格，属于案件事实的信息来源。被告人作为当事人的地位与作为“证据信息之源”的身份，其实经常会发生冲突和矛盾。主流的诉讼理论强调被告人拥有选择诉讼角色的自由，也就是承认所谓的“供述的自愿性”，强调禁止强迫被告人“自证其罪”。但是，对被告人阅卷权的剥夺，对其翻供、串供的严密防范，无疑将被告人置于无法自由选择诉讼角色的“诉讼客体”境地。而唯有赋予被告人独立的阅卷权，使其有机会通过全面阅卷来展开充分的防御准备，才能使被告人的当事人角色得到有效的发挥，而被告人与辩护律师共同的防御下，被告人的辩护权才能得到真正的实现。

在辩护权的权利来源和权利主体方面，值得反思的还有“会见权”问题。在这一方面，中国法学界和律师界主要关注的都是“辩护律师如何会见在押嫌疑人”的问题。那么，作为一项辩护权利，“会见权”究竟是律师的权利还是在押嫌疑人的权利？如果这一权利仅仅属于律师所独有的“诉讼权利”，那么，辩护律师就要“争取从外围进入羁押场所”，突破侦查部门和看守所的两道审批“门槛”。但是，会见权与其他辩护权利一样，都来源于作为委托人的嫌疑人，也当然应当为嫌疑人所直接享有。假如会见权只是意味着律师主动会见在押嫌疑人的权利，那么，嫌疑人在未决羁押状态下就不能提出“会见辩护律师”的申请，而

只能被动地等待律师的会见，消极地接受律师所安排的会面。但嫌疑人在丧失人身自由的情况下，一旦遇到亟待解决的法律问题，尤其是需要及时与辩护律师协商的情形，难道他就不能提出会见律师的请求吗？这种单方面强调“律师会见权”的制度，怎么能保证嫌疑人获得有效帮助呢？

很显然，所谓“会见权”，其实是“律师申请会见在押嫌疑人”与“在押嫌疑人要求会见辩护律师”的有机结合。我们过去一直将“会见权”界定为“律师会见在押嫌疑人、被告人”的权利，这是非常不完整的。律师作为嫌疑人、被告人的法律帮助者，通过会见在押的委托人，可以了解案情，获悉相关的证据线索，进行充分的防御准备，逐步形成和完善自己的辩护思路，并且说服委托人接受并配合自己的辩护思路，从而达到最佳的保护效果。这些都是律师会见在押委托人所能发挥的诉讼功能。但是，作为身陷囹圄的当事人，嫌疑人、被告人一旦委托律师提供法律帮助，就应当拥有要求会见辩护律师的权利。一方面，对于嫌疑人、被告人是否有会见律师的需要，律师有时候并不十分清楚，单靠律师的主动会见经常难以满足委托人的法律服务需求。另一方面，在押的委托人一旦遇到诸如侦查人员违法取证、管教民警纵容同监所人员虐待或者有关部门威胁、利诱嫌疑人、被告人改变诉讼立场（如将拒绝供述改为当庭认罪）等情形，只有获得及时会见辩护律师的机会，才能向律师进行必要的法律咨询，协调诉讼立场，避免作出不明智的观点改变。而对于这些发生在未决羁押场所的情形，律师在“外面”是很难预料到的，也往往无法通过主动的会见来加以解决。

由此看来，无论是阅卷权还是会见权，其实都是为实现辩护权而存在的。嫌疑人、被告人既是辩护权的享有者，也当然应当属于辩护权的行使者。作为嫌疑人、被告人的法律代理人，辩护律师可以依据嫌疑人、被告人的合法授权，有效地行使各项辩护权利，这是确保被告人辩护权得以有效行使的制度保障。但是，辩护律师所行使的辩护权利既来

自被告人的授权，也不能完全替代被告人本人对各项辩护权利的行使。作为辩护权利的享有者，被告人假如对辩护律师失去了信任，完全可以撤销授权委托，也可以否决辩护律师对某一辩护事项的处置。不仅如此，被告人在信任辩护律师的情况下，既可以完全委托辩护律师代行各项诉讼权利，也当然可以与辩护律师一起，各自独立地行使辩护权。事实上，被告人对阅卷权、会见权的有效行使，既可以对辩护律师的阅卷、会见形成必不可少的补充和保障，又可以发挥难以替代的价值和作用。

赋予被告人阅卷权和会见权的理论意义在于，保证被告人在阅卷、会见等方面发挥独特的作用，使得被告人与辩护律师作出更为充分的防御准备。应当强调的是，辩护律师参与刑事诉讼活动的主要目的，在于最大限度地维护委托人的合法权益，有效地实现委托人的辩护权。无论是“阅卷”还是“会见”，都不应当成为辩护律师的“独享权利”，甚至成为嫌疑人、被告人所无法“染指”的律师权利。否则，阅卷权、会见权的制度设置，势必发生功能上的“异化”，这些权利甚至会变成辩护律师所独享的权利。从理论上讲，嫌疑人、被告人放弃行使辩护权的唯一正当理由应当是，嫌疑人、被告人相信辩护律师代行这些权利，会取得更好的辩护效果。但前提是嫌疑人、被告人应当拥有独立行使这些权利的机会。而在剥夺嫌疑人、被告人辩护权的前提下，辩护律师完全代为行使这些权利，可能并不符合嫌疑人、被告人的利益。

## 六、辩护制度发展的理念支撑

在刑事辩护制度发生重大变革的背景下，笔者提出了几个重要的理论命题。传统的诉讼理论较为重视辩护的“抗辩”属性，而忽略了辩护的“说服裁判者”的性质。而通过将辩护区分为“自然意义上的辩护”

与“法律意义上的辩护”，我们可以发现辩护的目的不是形式上的抗辩，而是说服裁判者接受其辩护主张，而后者才是辩护活动的真正归宿。传统的诉讼理论主要强调实体性辩护形态，将辩护定位为辩护方依据刑事实体法提出被告人无罪或罪轻意见的活动。但随着非法证据排除规则的确立和量刑程序改革的兴起，程序性裁判和量刑裁判逐步从传统的刑事审判中分离出来，那种以挑战侦查行为合法性为目的的程序性辩护，以及那种以说服法庭作出从轻、减轻处罚为宗旨的量刑辩护，逐渐出现在中国刑事诉讼之中，成为两种新型的辩护形态。与此同时，传统的诉讼理论将辩护权视为“辩护律师主动行使的诉讼权利”，而不强调辩护权的诉权属性。但是，这一权利单靠律师的力量经常是难以实施的。只有将辩护权定位为“诉权”，强调其程序申请属性，同时重视司法机关的司法保障义务，才能有效地保障该项权利的实现。不仅如此，按照主流的观念，辩护权尽管是被追诉者所享有的诉讼权利，但人们却普遍强调“辩护律师所享有的权利”，而忽略了辩护权的真正权利主体。而根据辩护律师与被追诉者之间的授权委托关系，律师只是协助被追诉者行使诉讼权利的法律代理人，而不是被追诉者权利的完全替代行使者。只有真正赋予被追诉者以当事人的诉讼地位，确保其诉讼权利能力与诉讼行为能力的有机结合，才能最大限度地保障辩护权的实现。

提出并论证上述理论命题，不仅有助于我们加强对刑事辩护规律的认识，而且对于刑事辩护制度的深入发展也具有指导意义。假如我们接受前面的几个理论命题的话，那么，我们对于刑事辩护制度的改革路径就可以提出一些新的看法。例如，在辩护制度的长远发展方面，立法部门需要认真思考审判前程序中“诉讼形态的重建”问题，尤其是对侦查、强制措施确立司法审查机制，唯此方能确保辩护活动具有“法律意义”。又如，在程序性辩护和量刑辩护的保障方面，立法者似乎应确立不同于无罪辩护的制度安排，确立新型的证据规则和裁判机制，为被追诉者提供一些新的救济方式。再如，既然辩护权具有“诉权”的意味，

那么，对于诸如会见权、阅卷权、调查权等辩护权利的设置，就应充分地保护辩护律师的“申请权”，对于律师申请会见、阅卷、调查的，司法机关应当作出附具理由的决定，对此决定，被追诉者和律师都应获得司法救济的机会。还有，既然辩护权的权利主体是被追诉者，那么，未来对会见权的设置就不应仅仅沿着保障辩护律师会见在押嫌疑人这种唯一的思路进行，而应赋予在押嫌疑人、被告人要求会见辩护律师的权利，并以此为契机确立值班律师制度，改造法律援助制度，赋予在押嫌疑人主动联络辩护律师的权利。

很显然，通过对刑事辩护制度运行状况的考察，我们可以将那些带有规律性的理论命题总结出来，从而发展中国刑事诉讼的理论。辩护理论越是发达，相应的制度变革也就越发成熟，从而避免不必要的风险和错误。当下刑事辩护制度所存在的种种问题，一方面可以归因于司法体制改革的滞后性，另一方面也与刑事辩护理论的不发达、不成熟有着密切的关系。对此，法学界是需要认真反思并汲取教训的。

On the Theories  
of  
Criminal Defense

第二章  
刑事辩护的  
基本形态



## 一、问题的提出

长期以来，我国法学界对刑事辩护的研究一直没有取得实质性的进展。很多研究者对刑事辩护实践中的具体问题给予了关注，但在理论分析方面却直接套用了一些源自西方的结论，研究成果也大都是一些对策法学作品，而那种真正从中国刑事辩护实践中总结规律、提炼出理论的作品并不多见。其中，有关刑事辩护分类问题的研究不仅少之又少，而且已经远远落后于刑事辩护制度发展的实践。

在一些法学教科书中，刑事辩护被大体区分为自行辩护、委托辩护和指定辩护等三种类型。<sup>〔1〕</sup>这是根据辩护人的产生方式和辩护权的行使主体，对辩护所作的基本分类。这种几乎为所有法学教科书所接受的分类型式，直接来源于刑事诉讼法的规定。当然，也有学者从另外的角度对辩护作出了分类<sup>〔2〕</sup>，如根据审判程序是否必须有辩护人参与的标准，将辩护分为强制辩护与任意辩护；根据辩护人的产生方式，将辩护分为选任辩护与指定辩护；根据辩护人的人数，将辩护分为单独辩护、多数辩护与共同辩护，等等。<sup>〔3〕</sup>

---

〔1〕 参见陈光中主编：《刑事诉讼法》（第四版），北京大学出版社、高等教育出版社2012年版，第137页以下。

〔2〕 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（上册总论编），2004年首版，台湾元照出版有限公司经销，第193页以下。

〔3〕 参见黄朝义：《刑事诉讼法》（第二版），台湾新学林出版股份有限公司2009年版，第87页以下。



那么，律师通过辩护活动究竟要达到什么样的目标呢？迄今为止，刑事诉讼法一直保留了一个标准规则：“依据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见”。这种对辩护人所提出的规范化要求，显示出刑事辩护的目标要么是完全推翻公诉方的实体指控，说服司法机关作出无罪的决定，要么是削弱控方的诉讼主张，促使司法机关作出从轻、减轻或者免除刑罚的结论。而要达到这些目的，辩护人就需要依据刑事实体法的规定，从犯罪构成要件或者量刑规范上找出有利于被告人的论点，提出有利于委托人的实体性辩护意见。可以说，传统的刑事辩护主要是一种以刑事实体法为依据的辩护形态。而维护刑事实体法得到准确而公正的实施，也是律师辩护所要达到的理想结果。

理论研究的重要价值在于总结制度和实践的运行规律，通过概念化的努力，进行一种富有效率的理性对话和交流。上述对刑事辩护所做的类型化分析，对于解释辩护权的来源、主体以及行使方式，确实具有一定的价值。但是，随着中国刑事司法改革的逐步推进，也随着律师界对刑事辩护实践的广泛探索，刑事辩护的实践形态出现了多元化发展的趋势，对于刑事辩护理论分类的研究也应当与时俱进，从刑事辩护的经验中总结出一些新的理论。

例如，律师行使辩护权的阶段逐步从审判程序向审判前程序扩展，他们在审判前阶段有了越来越大的辩护空间。又如，原来那种主要以犯罪构成要件为依据的辩护形态，开始发生变化，律师越来越普遍地就非法证据排除、变更管辖等问题提出诉讼主张，出现了种类多样的程序性辩护主张。再如，原来以当庭宣读辩护意见为核心的辩护方式，已经越来越被人所诟病。刑事辩护的重心开始转移到法庭调查环节，律师通过对公诉方证人的当庭盘问，对公诉方证据的有效质证，来论证公诉方对指控事实的证明无法达到排除合理怀疑的程度。不仅如此，诸如量刑辩护形态的出现，积极辩护与消极辩护的选择性使用，对抗性辩护与妥协

性辩护的交替转换等，也都显示出刑事辩护的形态日趋多元化、辩护的专业化水平越来越高的发展态势。

在2011年发生的章国锡受贿案中，律师的辩护主要围绕着被告人章国锡受到非法侦讯的事实来展开，提出了排除非法供述的诉讼请求。在辩护律师的强烈坚持下，浙江省宁波市鄞州区法院对侦查行为的合法性问题调取了证据，组织了专门的举证和质证活动，最终确认了侦查人员非法取证的事实，并作出了排除非法供述的决定，从而最终影响了本案的量刑结果。<sup>〔1〕</sup>而在2014年的念斌投毒案件中，律师不仅对被告人供述、证人证言的证明力发起了挑战，而且还聘请了多个相关领域的专家，就侦查机关所做的鉴定意见提出了专家意见，甚至还说服法院传召这些专家出庭作证，对公诉方鉴定人出具的鉴定意见提出了质疑。最终，福建省高级人民法院采纳了辩护方专家的意见，将公诉方的鉴定意见排除于裁判根据之外。这种对专家辅助人制度的灵活运用，最终促成了本案的无罪裁判结果。<sup>〔2〕</sup>

上述两个案件在律师界产生了极大的反响，也促使不少律师开始探索新的刑事辩护道路。那么，面对处于司法改革“风口浪尖”上的辩护制度，面对刑事辩护实践越来越走向专业化的现实，法学研究者究竟该如何展开研究呢？假如我们仍然像过去那样从西方法学中引入一些概念和理论，来解释中国刑事辩护现象，或者动辄根据逻辑推演来提出改革刑事辩护制度的方案的话，那么，我们可能既无法与时俱进，也会感到力不从心。相反，假如我们放下既有法学理论的“包袱”，从中国刑事辩护的经验出发，通过发现问题、揭示制约因素并进行概念化的努力，对刑事辩护的形态进行理论总结，那么，我们或许可以揭示出更多的刑事辩护规律，从而作出一些理论上的贡献。

---

〔1〕 参见陈霄等：《程序正义催生排除非法证据第一案》，载《法治周末》2011年8月31日。

〔2〕 参见福建省高级人民法院（2012）闽刑终字第10号刑事附带民事判决书。

基于上述考虑，笔者拟以中国刑事辩护的实践经验为出发点，对刑事辩护的“五形态分类法”作出初步的分析和评价。

## 二、刑事辩护的“五形态分类法”

为了对实践中的刑事辩护形态作出理论上的分析，我们可以先来看一个案例。

被告人王某系某医院血液科主任。检察机关指控其构成受贿罪。起诉书认定的基本“犯罪事实”是，王某在担任医院血液科主任期间，利用临床诊断和开药方的便利，按照所开出的药物20%的比例，先后收受药商近80万元的用药回扣。在法庭审理过程中，辩护律师认为王某通过开药收受回扣的行为，系利用了其血液科医生的便利，而没有利用血液科主任的职务便利，因此不构成受贿罪，而构成非国家工作人员受贿罪。律师在检察机关侦查和审查起诉期间，一直提出上述辩护意见，但检察机关不作任何回应。律师认为，假如法院认定王某构成非国家工作人员受贿罪的话，那么，此案就应依法由公安机关负责立案侦查，检察机关也就失去了管辖权。而检察机关对一个不具有管辖权的案件所进行的侦查，显然是不具有合法性的，所获取的证据也应属于非法证据。据此，律师向法院提出了排除本案全部公诉证据的申请。不仅如此，律师还向法院提交了多份证据，证明王某认罪态度较好，有悔改表现；身患绝症，需要特殊护理，不适宜受到羁押；王某医术高超，曾获得多项国家级奖励，治愈过数十位身患严重白血病的患者；王某收受药商用药回扣的行为，系公立医院普遍存在的现象，是“以药养医”这一医疗体制弊病的产物，这种不正常的医疗环境才是罪魁祸首。据

此，律师提出了对王某从轻量刑甚至适用缓刑的辩护意见。最终，法院部分采纳了律师的辩护意见，对王某判决构成非国家工作人员受贿罪，并判处五年有期徒刑。

在这一案例中，辩护律师提出了多方面的诉讼请求。这些请求既有实体方面的主张，如被告人不构成受贿罪、对被告人应适用缓刑等，也有程序方面的意见，如检察机关对案件没有管辖权、检察机关所获取的证据应被排除等。但是，仅仅根据实体性辩护和程序性辩护的传统分类，已经无法对律师所做的辩护作出有效的解释。其实，本案的实体性辩护本身就是较为复杂的，其中既有针对公诉方指控罪名的辩护，又有针对公诉方量刑建议的辩解；而本案的程序性辩护也是多元化的，其中既有对检察机关侦查行为合法性的挑战，也有对公诉方证据合法性的否定性评价。从实用的角度来看，根据辩护所要达到的具体目标，律师界将刑事辩护划分为五种形态：无罪辩护、量刑辩护、罪轻辩护、程序性辩护和证据辩护。

### （一）无罪辩护

无罪辩护是我国律师普遍高度重视的辩护形态。曾几何时，通过对公诉方的指控作出彻底的否定，并说服法院作出无罪判决，这通常被视为律师辩护大获全胜的标志。无罪辩护经常被视为“刑事辩护皇冠上最亮丽的一颗明珠”，也是体现律师辩护最高专业水准的辩护形态。

从所要实现的诉讼目标来看，无罪辩护是以彻底推翻公诉方指控的罪名、说服法院作出无罪判决为目的的辩护形态。在前面的案例中，律师首先要做的是论证公诉方指控的受贿罪不能成立，并要说服法院作出被告人不构成受贿罪的裁判结论。律师一旦提出无罪辩护意见，即与公诉方处于完全对立的状态，那种最典型的控辩双方平等对抗、法院中立裁判的格局也才真正出现。

根据律师运用的辩护方法和手段，无罪辩护可分为实体上的无罪辩

护与证据上的无罪辩护这两个基本类型。前者是指被告方根据刑法犯罪构成要件或法定的无罪抗辩事由，论证被告人不构成指控罪名的辩护活动。例如，被告方根据刑法对特定罪名所设定的主体、主观方面、客观方面等要求，来说明被告人不构成特定罪名的辩护活动，就属于这类无罪辩护。又如，被告方根据刑法所确立的正当防卫、紧急避险或者“但书”“豁免”等条款，来论证被告人不应承担刑事责任的辩护活动，也具有实体上的无罪辩护的性质。在前面的案例中，律师根据被告人没有利用血液科主任的职务之便、而仅仅利用医生开处方的职务便利等方面的事实，来论证被告人不构成受贿罪的辩护活动，显然属于实体上的无罪辩护。

与实体上的无罪辩护不同，证据上的无罪辩护是指被告方综合全案证据情况论证公诉方没有达到法定证明标准的辩护活动。通过这种辩护活动，被告方既可能挑战公诉方证据的证明力或证据能力，也可能说明公诉方的证据没有达到“事实清楚”“证据确实、充分”的最高证明标准，裁判者对被告人实施犯罪行为存在合理的怀疑。在2014年福建省高级人民法院对念斌案件的审理中，辩护律师就在论证被告人供述笔录、证人证言笔录、鉴定意见等控方证据不具有证明力的基础上，认为公诉方证据相互之间存在重大矛盾、诸多证据无法得到其他证据的印证、间接证据无法形成完整的证明体系、综合全案证据来看无法排除合理怀疑，并成功地说服法院作出了“事实不清、证据不足”的无罪判决。

## （二）量刑辩护

在前面的案例中，辩护律师向法院提出了多种量刑情节，论证被告人的行为没有造成较大的社会危害，其主观恶性不深，且有过较大的社会贡献，因此建议对被告人适用缓刑。这就属于一种量刑辩护活动。可以说，量刑辩护建立在对被告人构成犯罪不持异议的基础上，通过提出若干法定或酌定的量刑情节，来论证应对被告人作出从轻、减轻或者免

除刑罚的裁决。

从所要追求的目标来看，从事量刑辩护的律师并不试图推翻公诉方的有罪指控，而只是追求对被告人有利的量刑结果。在这类辩护活动中，被告方与公诉方并不处于完全对立的地位，而对指控的犯罪事实的成立存在某种合意。在对被告人构成某一罪名没有异议的前提下，辩护律师所追求的只是对被告人的宽大量刑结果，如建议法院从轻处罚、减轻处罚或者免除刑罚。在前面案例中，律师所追求的就是从轻处罚结果。

而从所使用的辩护手段来看，辩护律师主要是通过提出并论证特定的量刑情节，来论证被告人具有可被宽大处理的量刑理由。这些量刑理由既有面向过去的量刑事由，如主观恶性不深、社会危害性不大、有悔改表现、事出有因、对社会作出过较大贡献等，也有面向未来的量刑事由，如具有帮教条件、可以回归社会、具有矫正可能性等。通过论证被告人具备这些量刑事由，辩护律师可以在量刑情节与量刑辩护意见之间建立起合理的联系，并为说服法院作出宽大的量刑处理奠定基础。自2010年以来，最高人民法院领导了一场量刑规范化改革运动，强调通过量刑方法的数量化和量刑程序的诉讼化来约束法官的自由裁量权。辩护律师可以针对公诉方提出的量刑建议，提出一些新的量刑情节，并通过确定案件的基准刑，来对这些量刑情节的调节比例作出评估，从而提出一种较为合理的量刑方案。这种对量刑情节作出数量化评估的辩护方法，也为量刑辩护确立了一种新的思路。

### （三）罪轻辩护

在上述案件的辩护过程中，律师除了论证被告人不构成受贿罪、建议法院从轻量刑以外，还提出了被告人构成非国家工作人员受贿罪的辩护意见，并得到法院的采纳。这种论证被告人不构成某一较重的罪名而构成另一较轻罪名的辩护，被称为“罪轻辩护”。

罪轻辩护与无罪辩护和量刑辩护有着密切的联系。首先，这一辩护

形态建立在辩护律师认定公诉方指控罪名不成立的基础上，因此包含了对较重罪名的无罪辩护活动。其次，罪轻辩护包含着“先破后立”的论证过程，辩护律师需要论证被告人构成另一较轻的罪名。再次，这种罪轻辩护的目标并不是说服法院作出无罪的裁决，而是说服法院将重罪改为轻罪。相对于较重罪名而言，较轻的罪名本身在量刑幅度上就轻于较重罪名，甚至还有可能适用较为宽大的刑罚种类。因此，通过这种将重罪改为轻罪的辩护活动，辩护律师最终可以说服法院降低量刑的幅度，或者适用较为宽大的量刑种类。

司法实践中还有两种类似的罪轻辩护：一是将公诉方指控的犯罪数额予以降低的辩护活动；二是将公诉方指控的多项罪名中的部分罪名加以推翻的辩护活动。前者的最典型例子是在贪污、贿赂、盗窃、走私等案件的辩护中，律师论证公诉方指控的部分犯罪数额不成立的辩护。例如，在公诉方指控被告人受贿 100 万元的案件中，律师论证其中的 50 万元受贿数额不能成立。通过这种辩护，被告方试图达到否定部分犯罪事实、说服法院作出从轻处罚的效果。而在后一种辩护活动中，辩护律师通过论证公诉方的部分指控罪名不成立，从而达到降低刑罚幅度的效果。例如，检察机关指控被告人构成贪污罪、受贿罪和挪用公款罪，辩护律师认为被告人不构成贪污罪，并从实体或证据角度进行了论证，最终说服法院判决认定被告人仅仅构成受贿罪和挪用公款罪。

在司法实践中，罪轻辩护体现了一种现实主义的辩护理念，是一种“两害相权取其轻”的辩护策略。考虑到我国法院极少作出无罪判决，这使得律师要想取得无罪辩护的成功变得异常困难，因此律师有时不得不放弃无罪辩护的思路，而选择一种更容易为法院所接受的辩护策略。又因为我国法院不是对公诉方指控的罪名作出是否成立的裁判，而可以在对公诉方起诉事实加以认定的基础上，对公诉方指控的罪名作出变更，因此，律师在不同意公诉方指控罪名的情况下建议法院选择另一较轻的罪名，这既容易获得法院的支持，也可以减少与公诉方的对立和冲

突。中国刑事司法实践的经验表明，律师要说服法院接受被告人无罪的观点，可能是非常困难的，但要说服法院将重罪改为轻罪，这却是较为容易的。

当然，罪轻辩护有时也会引起一些争议。从外观上看，这种辩护容易给人产生律师“摇身变成公诉人”的印象，因为另一个较轻的罪名并不是检察官提出的，而是辩护律师建议法院判处的，律师确实是这个新罪名的倡导者。有时候，就连被告人或其近亲属本身，也可能对律师的这种辩护策略产生抵触情绪，并因此对辩护律师的忠诚度产生怀疑。但是，律师只要坚持两条职业底线，就可以对上述争议给予成功的化解。首先，律师必须在推翻原罪名的前提下提出一个较轻的新罪名，并且该罪名要与原有罪名具有内在的关联性。所谓“较轻的新罪名”，必须是在法定量刑种类和量刑幅度上更为宽大的新罪名。最典型的例子是将贪污罪或受贿罪改为巨额财产来源不明罪，将抢劫罪改为抢夺罪，将制造、走私、贩卖、运输毒品罪改为非法持有毒品罪，等等。律师既不能提出一个更重的新罪名，也不能提出一个与原有罪名毫无关联的新罪名。其次，律师的罪轻辩护思路要征得被告人及其近亲属的同意，为此需要履行告知、提醒、说服、协商、讨论的义务，取得后者的支持和理解。律师不得在不告知、不提醒、不协商、不讨论的情况下，擅自作出这种罪轻辩护。否则，就有可能作出损害委托人利益的举动，以至于违反忠诚义务。

从说服法院作出宽大量刑的角度来说，罪轻辩护在死刑案件中可能有更大的存在空间。在那些可能适用死刑的案件中，法院只要认定公诉方指控的罪名成立，即很可能对被告人判处死刑。要挽救被告人的性命，避免被告人受到死刑判决，律师唯有论证公诉方指控的罪名不能成立，说服法院改判另一法定最高刑不是死刑的轻缓罪名，才能达到预期的目的。通过说服法院作出将重罪改为轻罪的判决，律师最终可以达到与量刑辩护相似的辩护效果。甚至在有些案件中，这种罪轻辩护的成功



可以使被告人比在量刑辩护中获得幅度更大、效果更加明显的宽大量刑。

#### （四）程序性辩护

在刑事辩护的传统分类理论中，程序性辩护被视为一种独立于实体性辩护的辩护活动。具体而言，凡是以刑事诉讼程序为依据所提出的主张和申请，都可以被归入程序性辩护的范畴。根据所追求的辩护目标的不同，程序性辩护又有广义和狭义之分。广义的程序性辩护是指一切以刑事诉讼法为依据所进行的程序抗辩活动。如申请回避、申请变更管辖、申请法院召开庭前会议、申请证人出庭作证、申请法院调取某一证据材料、申请二审法院开庭审理等，就都属于广义的程序性辩护活动。

狭义的程序性辩护则是指以说服法院实施程序性制裁为目的的辩护活动。换言之，遇有侦查人员、公诉人或者审判人员违反法定诉讼程序之情形的，辩护律师将此问题提请法院予以审查，并说服法院作出宣告无效的裁决结论。在我国现行的刑事诉讼制度中，狭义的程序性辩护主要发生在两种情形之下：一是针对侦查人员实施的非法侦查行为，申请司法机关启动司法审查程序，并说服其作出排除非法证据的决定；二是针对一审法院违反法律程序、影响公正审判的行为，说服二审法院作出撤销原判、发回重审的裁决。

作为一种“反守为攻”的辩护，程序性辩护是通过“指控”侦查人员或审判人员违反法律程序，来说服司法机关作出宣告无效之决定的抗辩活动。<sup>〔1〕</sup>要取得程序性辩护的成功，律师需要完成以下几项说服活动：一是说服法院接受本方的诉讼请求；二是说服法院启动正式法庭审理程序，从而将某一侦查行为或审判行为的合法性纳入司法审查的对象；三是举证证明侦查行为的非法性，或者审判行为违反法定程序，并对

---

〔1〕 参见陈瑞华：《程序性制裁理论》（第二版），中国法制出版社2010年版，第294页以下。