



图书馆

二〇二四·第二期·夏

简讯

浙江大學光華法學院
Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School

Background text in seal script (Zhuanshu) repeating the characters '光華' (Guanghua) and '法學院' (Law School).

《浙江大学光华法学院图书馆简讯》编辑部

主 编: 何灵巧
副 主 编: 袁 杰 马金江 沈佳丽 谢祎晨
排版和美工: 袁 杰
顾 问: 赵 骏 罗 伟

《浙江大学光华法学院图书馆简讯》系浙江大学光华法学院主管、光华法学院图书馆主办的期刊。本刊是季刊、内部刊物，每逢季度底出刊。

本刊编辑部地址: 浙江大学之江校区光华法学院图书馆
E-mail: hdhlq@zju.edu.cn
电话: 0571-86592715、0571-86592716
网址: <http://www.lawlib.zju.edu.cn/>

创办《浙江大学光华法学院图书馆简讯》，旨在架起读者和图书馆之桥梁，提升图书馆之服务，宣传图书馆之资源，发展法学图书馆，进行馆际交流。本刊欢迎校内外学者赐稿。来稿可寄电子邮箱。本刊所载原创文章，均由其作者和本刊所有，任何转载、摘登、翻译或结集出版均须事先得到作者和本刊书面许可。

The “Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School” is a periodical supervised by Zhejiang University Guanghua Law School and sponsored by the Law School’s library. It’s a quarterly and internal publication which is published at the end of each quarter.

Address of Editorial Office: Room 102, Library, Zhijiang Campus of Zhejiang University
E-mail Address: hdhlq@zju.edu.cn
Telephone: 0571-86592715, 0571-86592716
Website: <http://www.lawlib.zju.edu.cn>.

The goal of founding the “Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School” is to build a bridge connecting the library with the readers, to improve the Library’s service, to propagate our resources, to developing the Law Library and to communicating with other libraries. We welcome article contributions by scholars at Zhejiang University and scholars from other institutions. The authors and this Newsletter reserve the ownership of all the original articles published in this Newsletter. Advance written permission from the authors and this Newsletter is required for any reproduction, extraction, translation and compilation.

目 录

第一部分 图书馆动态	1
❖ 本馆动态	1
● 浙江大学光华法学院图书馆与法律出版社好书巡展联合活动圆满成功	1
❖ 国内外图书馆动态	1
● 数智时代，未来已来——“浙江大学未来图书馆”揭牌成立	1
● “2024 数智时代图书馆资源建设与服务创新”学术研讨会成功举办	3
● 第二届中俄图书馆论坛聚焦 AI 技术在图书馆的应用	4
第二部分 漫谈	5
❖ 读《民法总则讲要》	5
第三部分 文献检索实例	9
❖ “值班律师参与认罪认罚从宽案件的问题研究”之文献检索报告	9
第四部分 新书导读	18
第五部分 新书通报	19



浙江大学光华法学院图书馆与法律出版社好书巡展联合活动圆满成功

时至五月，春光明媚，之江四处绿色葱茏，正是读书的好时节，在这美好春日里，图书馆与法律出版社于李作权学生活动中心联合举办了好书巡展活动。

2024年5月14日至5月16日为期三天的巡展中，法律出版社精选了近年来出版的数百种新书及经典图书进行集中展示，不仅囊括了法学经典教材、优秀学术专著、实务应用指引、国外比较法学、法律文化理论等诸多门类，还涵盖了行政法、刑法、法理学、环境法、证据法、民商法、经济法、国际法、宪法、海洋法、法学理论等学科，让每一位参与者都能在书展中获取所需。



图片源自浙江大学光华法学院图书馆

图书馆与法律出版社希望通过此次巡展，为广大师生提供更优质的图书资源，营造浓厚的读书氛围，图书馆将继续提供更加多元的服务，为师生的学习和研究保驾护航。

消息来源：光华法学院图书馆 <http://www.lawlib.zju.edu.cn>

数智时代，未来已来——“浙江大学未来图书馆”揭牌成立

当今世界，AI 领航的智能时代与科研范式革命正加速演进，深刻影响着教育变革与重塑。从传统藏书楼、近代图书馆，到数字图书馆、智慧图书馆的不断转型，高校图书馆作为学校推动知识传承创新的重要载体，其智慧服务正在进一步实现能级跃升。2024年5月29日，“浙江大学未来图书馆”揭牌仪式在浙江大学玉泉校区举行。中国工程院院士潘云鹤、浙江大学党委书记任少波、浙江大学副校长黄先海以及浙江大学图书馆馆长孙周兴共同为浙江大学未来图书馆揭牌。



图片源自浙江大学图书馆

任少波代表学校致辞，他指出，大学是面向未来的，大学应走在未来之前。浙江大学正在构建以学生成长为中心的全链路一体化教学支撑体系，推动 AI for Education 教育教学改革，布局 AI for Science 基础平台及面向各学科领域大模型，打造支撑多场景应用的整体智治系统，以数字化全方位赋能学校高质量发展。图书馆作为大学的文化地标，其交流、传承、传播的使命始终不变，通过建设未来图书馆这一革命性的努力，可以为大学图书馆建设寻找新的范式，构建新的生态。

任少波对浙江大学未来图书馆提出了三点希望：一是聚焦技术赋能资源、服务、空间多维度要素重组，加快建设高能级知识创新基础设施；二是聚焦拓展资源深度和广度，不断完善多跨资源协同机制；三是聚焦馆藏创造性转化和创新性发展，持续打造高品位教学研究新场域。学校期待未来图书馆能进一步发挥示范精品效应，加快构建多元协同、跨域合作的数智生态。

揭牌仪式后，浙江大学图书馆与校内外合作单位举行合作签约仪式。浙江大学图书馆馆长孙周兴代表浙江大学图书馆，先后与超星集团有限公司、深圳影目科技有限公司、正元智慧集团股份有限公司等校外单位，以及与浙江大学传媒与国际文化学院、浙江大学计算机科学与技术学院、浙江大学信息技术中心、浙江大学出版社等校内单位签署了战略合作协议。相信以此次未来图书馆的成立为契机，浙江大学必将用好图书馆的优质资源、整合校内外多方力量、更好地服务教育强国战略。

浙江大学图书馆研究馆员、CADAL 项目管理中心副主任黄晨向与会代表介绍了浙江大学未来图书馆的理论内涵、建设思路和目标愿景。他指出，未来图书馆是以经过训练并不断自组优化的图书馆大模型为技术支撑，以跨媒体的大数据为核心，以多模态服务为手段，以经典艺术和现代装置碰撞共生的文化空间、在线场域为载体的，集知识发现、获取、生产、传播乃至知识汇聚、管理全链条闭环的大平台。

浙江大学图书馆馆长孙周兴致答谢词，他首先感谢学校对图书馆一直以来的关心与支持以及兄弟单位对图书馆的鼎力相助。他提出，在这个技术日日新的加速时代，未来图书馆是一个不断生成中的未定的概念，但它的基本理念已经确定：数字化、多媒体、艺术化。图书馆不是大学的，不是城市的，是属于人类的。我们的未来图书馆应在这样的理念下，去建成一个以数字为基础，由多媒体组合起来的未来信息中心。

浙江大学文科资深教授黄旦、发展规划处处长尹建伟、发展联络办公室副主任黄任群、党委宣传部副部长艾静、社会科学院副院长程丽、计财处副处长娄青、总务处副处长温晓贵、计算机科学与技术学院副院长杨易、出版社原总编徐有智、出版社总编特别助理葛玉丹、图书馆党委书记兼副馆长吴晨、图书馆副馆长田稷、图书馆党委副书记余敏杰、图书馆副馆长鲁平等参加活动。

含道映物，澄怀味象。数智时代，未来已来。让我们共同期待有声有像、多维多彩的未来图书馆自此蓬勃生长！



图片源自浙江大学图书馆

消息来源：浙江大学图书馆 <https://libweb.zju.edu.cn>

“2024 数智时代图书馆资源建设与服务创新”学术研讨会成功举办

2024年5月22日-24日，由《图书情报工作》杂志社联合南京大学图书馆、苏州大学图书馆、北京爱迪科森教育科技股份有限公司举办的“2024 数智时代图书馆资源建设与服务创新学术研讨会”在江苏苏州召开。



图片来源：苏州大学图书馆网站

本次大会邀请十余位专家学者共同探讨图书馆如何应对数智技术对资源建设和用户服务的影响及应对策略，来自全国高校图书馆界 300 余位业内同仁参加了大会。专家报告内容丰富，涉及图书馆智慧化转型、信息服务、人才培养、定位发展、资源建设、资源保障、服务模式等热点议题。国家图书馆副馆长霍瑞娟就《图书馆智慧化转型中数据治理体系建设路径探究》进行了探讨，从数据治理的意义、现状、面临的挑战、体系建设路径等方面进行了阐述。清华大学图书馆馆长金兼斌做《开放获取的认知与实践——基于清华大学的经验与观察》的报告，从开放获取的认知现状、清华大学的开放科学实践及未来发展的思考三个方面，分享了清华馆面对开放科学大潮所进行的前瞻性、前沿性探索和实践。北京大学图书馆馆长陈建龙以《数智时代图书馆信息服务系统架构》为题作报告，介绍信息集成服务系统、信息协同服务系统、信息计算服务系统的架构特征。上海交通大学图书馆馆长李新碗以《高校大图书馆时代的未来人才培养思考与探索》为题作报告，阐释人才培养新理念——大图书馆的建设及其对第一课堂、第二课堂困境的突破。中国人民大学图书馆馆长张斌以《教育变革中的未来图书馆：定位与发展》为题作报告，介绍未来图书馆的角色定位，并以人大图书馆为例展现建设思路。《图书情报工作》杂志社社长初景利以《数智时代图书馆的能力建设》为题作报告，从传统图书馆的传统能力出发，提出数字时代对图书馆发展的挑战以及图书馆应具备的多种能力。南京大学图书馆副馆长邵波以《高校图书馆新联盟资源保障管理与实践探索》为题作报告，介绍了高校图书馆资源管理现状和困境，提出新联盟建设的理论与案例实践。东南大学图书馆馆长李爱国以《再构图书馆资源体系，服务学校高质量发展——以 SEUL 为例》为题作报告，展示对国内外图书馆馆藏发展趋势的研究，同时介绍了东南大学图书馆馆藏发展的思路和实践。复旦大学图书馆副馆长王乐以《面向高质量发展的高校图书馆资源建设》为题作报告，系统地提出资源规划管理的高质量与文献资源的高质量两条主线，全面制定长期、中期、短期规划，管理上规范业务流程；创新馆藏评价方法，积极应对 OA 挑战。

数智时代背景下，图书馆资源建设和用户服务的理念、技术、方法、模式、机制等都将发生重要的变化。图书馆如何因时而变，主动谋划，前瞻布局，积极应对数智技术对资源建设和用户服务带来的影响，以持续的创新引领图书馆更好地适应用户的新需求和时代的新变化，是本次会议的背景和初衷。本次学术研讨会为数智时代图书馆的发展提出了富有前瞻性的建议和展望，引发与会者对资源建设和用户服务转型升级的积极思考。

消息来源：清华大学图书馆 <https://lib.tsinghua.edu.cn>

第二届中俄图书馆论坛聚焦 AI 技术在图书馆的应用

2024年6月4日至6月5日，由中国国家图书馆、俄罗斯国立图书馆共同主办，中国图书馆学会协办的第二届中俄图书馆论坛在北京举行。论坛以“AI技术在图书馆的应用”等为主题，围绕“专业特色图书馆”“文献保存与保护”“社会公众服务”“智慧图书馆”“全民阅读”等内容进行深入的交流和探讨。

俄罗斯国立图书馆馆长瓦季姆·瓦列里耶维奇·杜达在第二届中国俄罗斯图书馆论坛上发言时表示，图书馆领域的数字化转型不是一种时尚潮流，而是成功的必要条件。他认为，可以预见，我们接收的文献数量将大幅增加，形式也将越来越丰富多样，我们将对文献进行更深入的归纳和整理。他相信，人工智能技术将在图书馆的工作中发挥重要作用。



图片来源：国家图书馆通讯微信公众号

中国国家图书馆副馆长陈樱指出，图书馆面临更加多元复杂的用户信息需求和阅读服务场景，这要求我们必须更加深入地思考如何利用现代先进技术，不断丰富阅读资源、创新服务模式、提升用户体验，吸引全社会更广泛地参与到阅读中来。她表示，期待与俄罗斯同行继续深化交流与合作，进一步开阔视野、创新思路，为两国人民提供更加多元的阅读体验。

2024年是中俄建交75周年，也是“中俄文化年”开启之年。近年来，中俄两国图书馆界的交流不断增强，中国国家图书馆、俄罗斯国立图书馆等双方机构踊跃加入“丝绸之路国际图书馆联盟”“金砖国家图书馆联盟”，并开展良好合作。越来越多来自两国的优秀图书与对方国家的人民见面，为民众提供了丰富的精神食粮，让民众更加了解彼此的发展成就、感知对方的文化魅力。

首届中国俄罗斯图书馆论坛于2023年7月在俄罗斯莫斯科举行。

消息来源：e线图情 <http://www.chinalibs.net>

读《民法总则讲要》

邵敏杰^①

近几年，国内引进了不少德国主流的民法总则教材，既有 Köhler 教授《德国民法总论》（刘洋译，北京大学出版社 2022 年版）这样的简明教材，也有 Bork 教授《民法总论》（谢远扬、郝丽燕译，北京大学出版社 2024 年版）这样的大部头经典。此外，国内学者所著的教材，如杨代雄教授《民法总论》（北京大学出版社 2022 年版）等，也备受好评，获得越来越多的关注。

但是，与此同时，本土民法学发展中的一些重要作品却似乎没有得到足够的重视。此类作品，不仅见证了民法学说的变迁，其中的某些观点，还可能经由作者笔耕甚至授课、讲演等途径，影响到其时的年轻学习者，从而成为当代民法学说中“执拗的低音”，个中机缘，也等待着后人的重访。

谢怀栻先生的《民法总则讲要》就是这样一部作品。严格地讲，此书不是由谢老依据民法总论的基本原理或立法结构专门撰写的教材，而是在谢老身后，由学者根据我国民法总则体系编排的文集。不过，从内容上看，除第一章为对《民法通则》的整体阐述之外，后续各章，分别论述了民事权利体系、公民（自然人）、经济组织的法律地位、民事法律行为、合同的订立、时效，对于民法总论中的重要议题，除代理外，均已涉及，因此仍不妨碍其成为一本体系书。

第一章“正确阐述《民法通则》以建立我国的民法学”是谢老在纪念《民法通则》公布一周年讨论会上的发言。《民法通则》的通过，使得民法的地位得到最终的肯定，“这一点，无论从哪方面看，都不能不说是一件振奋人心的事”。对于新通过的法律，谢老提出了正确阐述的三个方面的标准：“在《民法通则》有明文规定的地方，我们要正确地阐述它。在《民法通则》由于立法技术的关系，有不足之处时，我们要从理论上加以弥补或纠正。在《民法通则》没有规定的地方，我们如何从理论上加以补充。”这三项标准，即使放在今天，也是极为妥当中肯的。比起如今立法论/解释论之争，这样实事求是的标准，或许才更加科学可行。本章还对《民法通则》中某些法条作了评析，下文将在各自章节提及。

第二章“论民事权利体系”，是谢老 1996 年发表于《法学研究》的同名论文。在本章中，谢老将民事权利（私权）划分为五大类：人格权、亲属权、财产权、知识产权、社员权。他首先从历史发展的角度，扬弃了财产权与非财产权（或人身非财产权）的二分法。无论是以有无金钱价值，还是以权利人能否处分作为标准，财产权和非财产权的二分都难以有明确界限。在他看来，财产权一词是不可回避的，而非财产权则标准不一。在前一章中，他还着重批判了内涵和外延均不清的身份权理论。的确，仅从外延来看，此类理论将著作权、发明权、发现权，甚至婚姻自主、亲属、抚养、继承等等一系列权利，全部列为身份权之下，显然破坏了科学的权利体系。而在人身权中，谢老提到了个人尊严权、个人情报知悉权、出卖或捐赠人体器官、妇女出租或出借子宫为他人养育胎儿、由隐名人的精子育成的子女应否知道他生理上的父亲等等话题。近些年引发热烈讨论的个人信息保护、代孕、体外受精婴儿的血缘关系等问题，似乎都在谢老的可预见范围之内。

该章所构建的民事权利体系，与现行学说最大的不同，在于继承权的地位。谢老认为，在当然继承的前提下，继承人在继承开始后就立即取得遗产上的各种权利，表现为诸多物权、债权等权利的集合，故不存在另外的继承权。至于继承开始前的“继承权”（本质上为继承地位），应划归于各种亲属权之下，“没有位于亲属权之外的与亲属权并列的继承权”。以上见解，即使在目前，也是绝对的少数说，但有其充分的论证，只是如何与民事立法与学科体系相配合，还值得我们深思。

^① 作者系浙江大学光华法学院专职研究员。

第三章“公民（自然人）”为谢老参与撰写的《民法基本知识》（王家福主编，人民日报出版社1987年版）一书的第三章，阐述了民事法律关系的主体、权利能力、行为能力、住所、监护、宣告失踪和宣告死亡、个体工商户和农村承包经营户、个人合伙。在本章中，谢老根据《民法通则》的体系结构，阐述了与自然人主体相关的问题，其中宣告死亡一节，尤其值得关注。对于宣告死亡的法律效果，不少意见认为与生理死亡相同，即使得被宣告人的权利能力终止。但是，谢老则准确指出，宣告死亡制度要解决的，是使一些长期处于不稳定状态的法律关系得到确定。在第一章中，他还对那些错误理论的来源作了梳理，认为是来自于苏联的民法教科书。如格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编的《苏联民法》一书（法律出版社1984年版）中曾有“宣告公民死亡所引起的法律后果实际上与自然死亡所引起的相同”。受此影响，那个时期不少影响较大的民法教材，如《民法原理》（法律出版社1983年版）、《民法教程》（北京大学出版社1983年版），都认为宣告死亡将导致权利能力消灭。在正确理解了宣告死亡的法律效果之后，谢老认为，为了不使《民法通则》第9条和第24条产生矛盾，应当将第9条中的“死亡”仅仅解释为生理死亡。

其次，关于宣告死亡经撤销后的身份法效果，谢老认为：“较为合理而又较为现实的办法是，如果公民被宣告死亡后，其配偶再婚时，前婚姻关系即行消灭；如死亡宣告又经撤销时，后婚姻仍有效，前婚姻并不因而恢复。但如公民被宣告死亡后，其配偶并未再婚，原婚姻关系并不消灭，因而死亡宣告经撤销时，原婚姻关系继续有效，原来的配偶间并不需办理复婚或再行结婚的手续。”这样的处理方式，充分兼顾了各方利益，应当是较为妥当的。可以对照的，是现行《民法典》第51条第1句直接规定“被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消除”，比较之下就显得太过僵硬，对配偶利益保护不周。目前，有学者主张对该条进行目的性限缩。^①只是，如果谢老的著作得到重视，立法上的此类瑕疵，是完全能够避免的。

第四章“经济组织的法律地位”，为谢老参与撰写的《经济建设中的法律问题》（中国社会科学出版社1982年版）一书的第二章。本章是唯一在《民法通则》通过前撰写的一章，也是全书在如今看来最显“过时”的一章。谢老从经济组织出发，首先开宗明义点明“经济组织的法律地位，是指经济组织的权利主体性，即法人资格”，接下来分别讲述了我国经济组织法人的特征和种类、成立、权利能力与行为能力、组织与管理，以及整理、变更和解散。

在本章中，谢老应当是有意识地使用了马克思主义的一些论述，无论是《资本论》，还是《马克思恩格斯全集》，均在参考文献之列。个人冒昧揣测，除了时代背景使然，谢老还试图通过这种方式，使法人制度能够在中国获得其政治上的合法性。如他不止一次地对比资本主义经济组织法人与社会主义经济组织法人的差异，指出：“无产阶级夺取政权，创立了社会主义公有制经济以后，还要不要运用人民的国家政权建立和健全自己的经济组织法人制度呢？马克思主义法学对这一问题的回答是肯定的”，“资本主义经济组织法人，是一种为资本家服务，以更巧妙的方式攫取剩余价值，保障资本家取得最大利润而只承担最小风险的精巧制度。资本主义经济组织组织取得的利润通过各种形式（股息、红利等）源源不断地流入资本家的腰包。我国社会主义经济组织法人的目的，则是创造社会财富，扩大社会主义积累，满足人民的物质和文化生活的需要。它所取得的利润或归之于国家（以税利的形式），或归于经济组织本身（利润留成），而最终都归属于人民。这里根本没有对劳动者的剥削，也根本不会发生少数人对社财富的无偿占有”。这样类似的论断，不是从民法基本原理出发展开的，而更接近于政治性辩论。当然，我愿意相信谢老是真心实意的写下此类文字，即使出于特定需要，他也不会违心地说一些话。但正是如此，更让我们见到法人制度在中国落地生根、发展壮大的艰辛与不易。及至《民法通则》通过，将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人，

^① 参见翟远见：《论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力》，载《中国法学》2021年第2期。

法人制度从此就不必依附于经济组织来得到认可了。此时，谢老曾直接指出《民法通则》第51条所谓“法人型联营”，实际上就是公司。正确的立法道路，对蓬勃学术讨论的促进作用，在这里即能够深刻体现。

第五章“民事法律行为”，与第三章相同来源，为《民法基本知识》一书的第五章。法律行为理论是民法总论的核心内容，在成熟的民法总论教科书中，法律行为章节的篇幅往往占据一半以上。本书中，法律行为的内容（本章与第六章）也接近全书的一半篇幅。本章依次阐述民法法律行为的意义、种类、要件、效力，以及附条件的民事法律行为。

在语词使用上，谢老充分尊重《民法通则》的立法用语，选择了“民事法律行为”的表达，但与其他论著不同的是，谢老将民事行为作为合法行为（即法律行为）和违法行为（侵权行为与债务不履行）的上位概念，并认为，“在民法上，特别把这种合法的民事行为称为民事法律行为，简称为法律行为”。如此一来，就把立法中所谓的“民事法律行为”直接与“法律行为（Rechtsgeschäft）”等同起来，避免了诸多无谓的纷争。可以说，中国民法学对法律行为的研究，浪费了太多精力在民事活动、民事行为、民事法律行为等概念的辨析上。此类讨论，不能说全无益处，但不免对法律行为核心议题的深入研究产生消极影响。谢老在这里的处理方式，干净利落，接续了源自德国的法律行为理论，如果自那时就得到广泛接受，今天中国民法学界关于法律行为理论的系统研究，或许就会是另一番景象。

在法律行为分类部分，谢老首先将法律行为分为单方法律行为、双方法律行为和共同法律行为。需要注意的是，首先，“合同是以发生债的关系为目的的一类双方行为……合同是双方行为的一部分，并不是一切双方行为都是合同。”此处的合同，遵从立法用语，实际上是债权契约，而双方行为则为上位概念即契约。其次，共同法律行为，更详细分为两种情形：“一种是所有的意思表示都相同而形成决议（全体一致通过）。一种是多数意思表示相同而形成决议（多数决议通过）。”不难看到，此处谢老虽然使用了共同法律行为的表达，但这个概念所指向的，却是决议行为。于是，在谢老的法律行为分类中，呈现出单方行为、契约、决议的三分法。对于一本出版于1987年的“基本知识”手册，如此先进科学的分类，是很让人感到惊讶的。

当然，谢老在尊重立法表达的前提下，也会对之进行灵活解释，使之趋于完善。如《民法通则》第62条仅规定“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。”从字面上看，该条仅规定了附生效条件这一种情形，但谢老认为，这一条中的“条件”，是为广义的条件，包括了停止条件、解除条件、始期、终期四种具体情形。这样解释，实际上是将法条中“条件”一词，扩张为法律行为的“附款”，大大丰富了通过私人自治控制法律行为效力的可能性。这也印证了上文提到的，“在《民法通则》没有规定的地方，我们如何从理论上加以补充”。

第六章“合同的订立”，为谢老在《合同法》通过后参与撰写的《合同法原理》同名章节。在概述概念、合同成立的要件、形式、条款、方式后，本章详细讨论了要约、承诺、合同成立的时间和地点、依照国家任务订立合同、格式条款、缔约责任等。由于《合同法》立法参考了国际条约，谢老在这里不仅多次将《合同法》规则与相应的《联合国国际货物销售合同公约》以及《国际商事合同通则》规则进行对比，细致揭示了规则的内在含义。在讨论订立合同的方式时，谢老逐一分析了交叉要约、同时表示、意思实现、事实上契约等情形，认为各种情形只是要约承诺方式的变形或特殊形态。特别就事实上契约理论，他从当时的社会经济现状出发，认为“如果完全离开当事人的意思表示而成立合同，于市场经济的实际恐怕多有不合。在我国过去的计划经济体制下，即使那些只具合同外壳的合同行为，也还是要在表面上通过当事人的意思表示来实现”。但可惜的是，嗣后最高人民法院《合同法解释二》却希望引入事实契约理论作为依据。^①作为总结，谢老明确指出：“订立合同的要约承诺方式仍是不能抛弃的，不能为他种方式所取代的。”与《合同法》第

^① 对此的批评，参见朱庆育：《民法总论（第2版）》，北京大学出版社2016年版，第192页。

13条“当事人订立合同，采取要约、承诺方式”规定不同，《民法典》第471条规定：“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”此处的“其他方式”具体包括哪些情形、是否意味着突破了契约订立的要约-承诺方式，值得反思。有学者认为这里的“其他方式”包括交叉要约、意思实现等情形，^①并未获得多数意见支持。^②如此一来，《民法典》第471条中所谓“其他方式”，所指究竟为何，至少从现有的文献来看，还难以得出令人信服的结论。

第七章“时效”，为谢老1986年夏在中央党校和最高人民法院主办的“民法通则培训班”上的授课内容，讲授了诉讼时效的意义、诉讼时效制度的效力、时效期间以及特殊法上的诉讼时效。囿于立法的限制，谢老在书中对诉讼时效的效力采取的是胜诉权消灭说，并指出与资本主义国家的不同之处在于法院应对诉讼时效问题以职权进行调查。不过，在具体规则的解释上，谢老仍对此有所保留，如《民法通则》第137条规定“有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间”。谢老认为，这种规定之下审判人员权力太大，在实践中要考虑诉讼时效制度的精神，违反了诉讼时效制度的精神，就丧失了规定诉讼时效制度的意义，故法院应当特别从严掌握。此后，随着我国诉讼时效的效力转向为抗辩权发生说，诉讼时效严重制度也接近于失去适用可能性。《民法典》第188条第2款则增加了“根据权利人的申请”的要件。还有学者进一步认为应当为时效延长设置更严格的适用程序，如必要时应经最高人民法院批准。可见，谢老关于时效延长制度的基本观点，在今天仍不过时。

此次多次重读全书，给我留下最深印象的一段话，不是谢老对民法原理的精准阐述，而是他回顾新中国民法的命运，说道：“在我国，由于种种原因，民法几乎在法学中失去地位。后来，也由于种种原因，民法重新恢复了一个部门法的地位。这一段曲折的历史，将来会载入我国的法制史中，现在我们不必论述。”在这里，谢老显然是有诸多感慨的，却以两处“种种原因”的含蓄表达，概括了复杂的历史和社会背景，留待思考。在《民法通则》顺利通过之后，谢老首先想到的，不是民法学人或者民法学科的荣辱，而是这一段曲折进程，将来在国家的法制史中会如何书写。最后“现在不必论述”数语，更让人不禁联想起谢老在回忆自己人生经历时所说的话：“看着现在我国法学界人才辈出、著作如林的繁荣景象，我并不认为我个人荒废了30年岁月算得了什么”。^③但作为读者，我们仍然会为谢老个人的历史感到沉重，会为中国民法的曲折发展感到沉重，为国家法治和社会发展经受的若干重大挫折感到沉重，并祈求民族理性的进步。



谢怀栻先生 图片源自网络

^① 参见韩世远：《合同法学（第2版）》，高等教育出版社2022年版，第53页。

^② 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编通则（1）》，中国法制出版社2020年版，第91页以下；崔建远：《合同法总论（上卷）》，中国人民大学出版社2024年版，第404页以下。

^③ 谢怀栻：《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社2002年版，第466页。

“值班律师参与认罪认罚从宽案件的问题研究”之文献检索报告^①

陈晗钰^②

指导老师：魏立舟 何灵巧

第一部分 引言

值班律师制度是在中共十八大以后推行的新一轮司法改革中，伴随着刑事速裁程序试点、完善认罪认罚从宽制度应运而生的。在此期间，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2017年8月8日共同制定发布的《关于开展法律援助值班律师工作的意见》，对值班律师的来源、性质、具体职责等作了比较系统的规定。在总结以往试点经验的基础上，2018年《刑事诉讼法》修正时正式确立了值班律师制度。《刑事诉讼法》第36、173、174条对值班律师参与刑事诉讼活动作了相关规定。值班律师制度的设立是认罪认罚从宽制度完善的内在要求，不仅解决了认罪认罚推进过程中被追诉人没有律师帮助的问题，符合正当程序的要求，而且能够有效保障认罪认罚从宽的自愿性，维护被追诉人的合法权益，也在很大程度上避免认罪认罚程序中冤错案件的发生。毋庸讳言，该制度在法律和实践层面仍面临着较多的问题，而这些问题又影响该制度立法初衷的实现。因此，探究值班律师参与认罪认罚案件的问题，不仅有利于消解多年来的理论争议，明确值班律师的定位；也有利于回应值班律师制度设立的规范初衷，完善认罪认罚制度，保障被追诉人的合法权益。

第二部分 法律文献检索指南综述

一、检索路径 (Path)

检索“值班律师”相关法条，梳理其历史发展沿革，并找到其中与“认罪认罚”相关的内容，再对相关法条的引申案例以及经典案例进行梳理，最后进行文献检索，以关键词为例梳理近年来核心期刊相关中外论文。

二、数据库 (Databases)

知网、北大法宝、台湾月旦知识库、Lexis、Westlaw。

三、关键词 (Keywords)

认罪认罚从宽 (The leniency system of guilty plea and punishment)；值班律师 (Duty lawyer；Public defender)；辩护律师 (Defense lawyer)；诉讼权利 (Procedure right)；法律帮助 (Legal aid)；实质化参与 (Substantive participation)。

第三部分 中文检索报告

一、大陆法检索

(一) 一次资源

1. 法律法规

(1) 《刑事诉讼法》第36、173、174条；值班律师参与刑事诉讼活动的概括性规定。

^① 本文为原检索报告缩减版。

^② 浙江大学光华法学院2022级法律硕士(法学)。

(2) 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第10—15条：值班律师参与刑事诉讼活动的细化规定。

(3) 《法律援助值班律师工作办法》第6-10、25、26、30条：值班律师的职责及相关保障。

(4) 《中华人民共和国法律援助法》第14条、22条、30条、37条、39条：值班律师职责及相关保障的进一步细化规定。

2. 司法案例

(1) (2019) 黔27刑终170号

公诉机关福泉市人民检察院不服原判，认为对被告人陈小露的判决量刑未按《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零一条对认罪认罚案件量刑的规定，量刑不当，适用法律错误，提出抗诉。而法院审查后认为，虽然公诉机关在原审庭审中出具了一份认罪认罚具结书且在值班律师见证下被告人陈小露签署了认罪认罚具结书，但有以下三点存在问题：其一，在案件卷宗中，没有反映出检察机关听取本案犯罪嫌疑人、辩护人或值班律师、被害人及其诉讼代理人以上意见的材料；其二，起诉书内容没有将认罪认罚的法律后果明确告知被告，也没有听取值班律师的意见；其三，公诉机关没有对被告认罪认罚的情况向法庭作出清楚的说明，亦未提供相应的证据证明。综上所述，二审法院认为，由于检察机关未就陈小露的认罪认罚情况向法庭提出过请求，所以，一审法院不启动认罪程序、对本案按照一般的刑事案件进行审判并作出相应判决的处理方式是正确的。此外，法院还认为，由于检察机关未征求被告及其值班律师、被害人对认罪认罚从宽处理的意见，并且未考虑被告人赔偿被害人经济损失的情况，因此对庭审中检察员调整量刑的建议不予采纳。

(2) (2020) 豫13刑终390号

二审法院认为，第一审程序中六名被告签署的《认罪认罚具结书》都未有值班律师签名，程序违法，判决撤销河南省唐河县人民法院(2020)豫1328刑初110号刑事判决并发回河南省唐河县人民法院重新审判。此外，二审法院还专门致函一审法院，要求其“审查被告人认罪认罚的自愿性、真实性和合法性，告知当事人认罪认罚的法律规定，争取案结事了，节约司法资源”。

(3) (2020) 湘0203刑初401号

公诉机关认为被告人陈某某签署的认罪认罚具结书中没有律师或者值班律师签名，且经查被告人陈某某在签署认罪认罚具结书时没有律师或者值班律师在场，不符《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十四条第一款之规定，对该具结书不予采信。但法院认为被告人陈某某在庭审中明确表示认罪认罚，可以依法从宽处罚。因此判决被告人陈某某犯盗窃罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币二千元。

(二) 二次资源

1. 贾志强：《回归法律规范：刑事值班律师制度适用问题再反思》，载《法学研究》2022年第1期。

笔者认为，值班律师存在的问题主要为以下三点：首先，在确保被追诉人及时获得值班律师法律帮助方面，国家权力的行使有些消极被动；其次，相关规范限缩了值班律师关键诉讼权利的权能范围，值班律师相关职责受制于办案机关需求，可能偏离了保障被追诉人获得有效法律帮助的制度初衷，将“约见”解读为国家指派值班律师需以被追诉人申请为前提，这混淆了律师会见与介入案件的关系，且将国家责任转嫁给个人，弱化了对被追诉人获得最低限度法律援助权利的保障；最后，值班律师角色定位不清，严重限制了值班律师制度功能的发挥，对于认罪认罚从宽程序正当性的保障功能失灵。

笔者认为解决这些问题，需要采取以下措施：包括认罪认罚案件在内的所有刑事案件，值班律师均应通过国家“强制指派”方式介入案件。此乃值班律师制度法律规定的应有之义；值班律师应与辩护律师一样享有“查阅”“摘抄”“复制”案卷材料的完整阅卷权。在目前制度框架内，应对值班律师功能“见证化”的主要对策是，明确值班律师有量刑异议时有权拒绝签署具结书，这是值班律师作为量刑协商主体的应有之义。

2. 蔡元培：《法律帮助实质化视野下值班律师诉讼权利研究》，载《环球法律评论》2021年第2期。

笔者认为，值班律师存在的问题主要为以下三点：首先，一些值班律师提供法律帮助的主动性不强，甚至直接放弃阅卷和会见的权利，只是为犯罪嫌疑人提供简单的法律咨询，而帮助申请变更强制措施、进行量刑协商的很少。一些司法机关为了办案的便利，只在签署认罪认罚具结书时通知值班律师到场，对于值班律师其他的法律帮助心存抵触，甚至不予提供“必要便利”。事实上，如果仅仅需要见证认罪认罚的自愿性，是不需要律师的，任何一名普通证人都可以见证，甚至同步录音录像也可以实现这一目的。其次，笔者认为法律援助经费不到位。值班律师的补助多由法律援助机构发放，每天大约在100至200元不等，发达城市可达500元。相对于社会律师而言，这个补助十分微薄，与其付出的工作量及可能承担的诉讼风险不成比例。此外，笔者还认为值班律师现存问题之原因还有人员结构问题，即值班律师稀少导致人均咨询量大值班律师的咨询量较大，人员紧缺。在一些偏远地区，法律援助机构的人员十分稀少，无法满足看守所、人民检察院的需求，有些地方还存在值班场所受限的问题。就目前的机制来看，法律援助机构动员社会律师的难度也较大。值班律师的人均办案量过大，也不利于保证每个案件的质量。最后，笔者认为法律援助机构对值班律师缺乏相应的管理、培训和考核，缺乏制度上的约束和激励。

为了解决这一问题，笔者认为，首先公检法机关需要足额提供办公场所和设施，法律援助机构需要足额提供值班律师人员。其次，需要全面探索鼓励值班律师积极履行职责的机制和措施，提高值班律师法律帮助的积极性。再次，司法行政部门或律师协会应当构建值班律师的质量控制体系，为值班律师设定最低的服务标准。最后，司法行政部门或律师协会应当制定规范明确值班律师的勤勉尽责义务，并规定值班律师违反这一义务时应当承担的不利后果。

3. 左卫民：《量刑建议的实践机制：实证研究与理论反思》，载《当代法学》2020年第4期。

笔者认为在认罪认罚案件中，多数情况下没有辩护律师，被告人往往是在值班律师的见证下签署认罪认罚具结书。实证调查显示，在认罪认罚案件中，值班律师存在的问题是在多数情况下只能起到见证作用。

4. 汪海燕：《三重悖离：认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》，载《法学杂志》2019年第12期。

笔者认为值班律师应当履行辩护职能。法律应该明确以下两个方面：一方面，明确值班律师履行的是辩护职能，即在诉讼中，值班律师是被追诉人的合法权利的维护者。虽然值班律师也具有见证认罪认罚从宽具结自愿、真实的功能，但是，这应与辩护人的功能一致，即此种见证的主要目的是保证诉讼权利行为的合法性，而不是诉讼行为合法性的背书人。另一方面，为了使值班律师不致沦为诉讼权力机关的附庸，同时能够胜任法律帮助者的角色，应当配备其必要的诉讼权利。笔者认为，为解决此矛盾，应该将值班律师制度与法律援助辩护制度相衔接，允许值班律师在特定案件中转化为法律援助辩护律师，甚至允许值班律师接受当事人及其近亲属的委托，担任其委托辩护人。

而对于这些问题的解决，笔者认为，如欲更大程度发挥刑事法律援助之功能，同时实现认罪认罚从宽制度立法初衷，仅仅明确值班律师的功能、充实诉讼权利还远远不够，还要从根源上明确法律援助的责任主体，设立公设辩护人制度，并在此基础上扩大刑事法律援助的范围。其一，明确法律援助责任主体为政府。其二，扩大刑事法律援助辩护案件范围。

5. 吴宏耀：《法律援助法注释书》，中国政法大学出版社2022年版，第145页。

笔者认为，在认罪认罚案件中，值班律师除负有一般职责外，还依法享有更多的诉讼权利。因此，在认罪认罚案件中，值班律师的诉讼地位更类似于“一种准辩护人地位”，其所提供的法律帮助服务是一种准辩护服务或者特殊形式的法律援助服务。

6. 刘泊宁：《认罪认罚案件中值班律师有效法律帮助制度探究》，载《法商研究》2021年第3期。

笔者认为值班律师存在的问题主要是由于立法方面存在的问题以及受客观条件的限制，导致一些值班律

师提供的法律帮助缺乏有效性，被追诉人认罪认罚的自愿性和真实性难以得到充分的保障，甚至为冤假错案的发生埋下了隐患。

为了解决这一问题，笔者认为需要完善值班律师准入机制并构建值班律师职责清单制度。首先，完善值班律师准入机制。其次，构建值班律师职责清单制度。

7. 胡铭：《律师在认罪认罚从宽制度中的定位及其完善——以Z省市为例的实证分析》，载《中国刑事法杂志》2018年第5期，第116页。

笔者认为，《刑事诉讼法》第173条第3款规定的“必要便利”内涵过于笼统、模糊，从而导致值班律师诉讼权利不明朗的问题，法律对于权利规定的模糊性导致值班律师很难开展实质性的辩护。

8. 朱孝清：《认罪认罚从宽制度相关制度机制完善》，载《中国刑事法杂志》2020年第4期，第4页。

笔者认为，不可否认的是值班律师参与刑事诉讼程序的时间早晚对保护被追诉人的权利、为其提供更高质效的法律帮助具有十分重要的影响。但在《指导意见》中，仅仅规定被追诉人自愿认罪认罚且没有自行委托辩护律师的前提下办案机关应当通知值班律师介入提供法律帮助，这就导致了值班律师介入时间点不明的问题。

9. 吴小军：《我国值班律师制度的功能及其展开——以认罪认罚从宽制度为视角》，载《法律适用》2017年第11期。

笔者认为，介入时间不明确导致值班律师帮助效果堪忧。被追诉者一旦被羁押则面临着隔离、恐惧和无助，此时最需要专业人士就刑事诉讼流程、认罪与否对刑事程序的影响、申请法律援助等问题提供法律咨询意见。从试点情况来看，由于未明确规定值班律师在刑事诉讼各阶段介入的时间，特别是在关键的程序节点，如“被侦查机关第一次讯问或采取强制措施之日起”，“审查起诉阶段同意量刑建议、签署具结书时”，值班律师介入时间的迟延无法有效地保障被追诉者的辩护权。

10. 胡云腾主编：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》（第1版），人民法院出版社2020年版，第139页。

笔者认为片段化的参与方式会导致值班律师参与诉讼程序衔接不畅的问题。司法实践中，对某一认罪认罚的嫌疑人，值班律师要么提供短暂的当面咨询，要么通过视频、电话等方式解答他们的问题。与此同时，同一值班律师到同一地点值班的时间并不规律，很难为同一被追诉人提供持续的法律帮助。等到在押的被追诉人再次需要法律帮助时，原先的值班律师已经不见踪影，而新的值班律师需要在极为有限的时间内重新熟悉案情。这大大影响了值班律师提供法律帮助的质量，使得值班律师的服务往往流于形式。由于值班律师没有足够的时间阅卷，只能被动地接受被追诉人的咨询；甚至在同一时间接受多起案件、多名被追诉人的咨询，而此时，值班律师只能机械地提出法律意见，难以谈有效性的与否。

11. 戎静：《认罪认罚从宽制度中值班律师职责定位及完善思路》，载《华侨大学学报（哲学社会科学版）》2019年第2期。

笔者认为值班律师存在报酬微薄，律师发挥作用积极性受限的问题。与低微的薪酬标准相对应，案件量较大地区的值班律师甚至一天要处理四五十个案件，付出与回报严重不成比例。同样不成比例的还有值班律师需要承担的职责，调查显示试点地区律师普遍认为，具结书上写明的责任和义务过重，在不了解案情且收入微薄的情况下，承担了过高的风险，个别地区出现值班律师拒绝在具结书上签字的现象。实践中也有地区值班律师不到位，导致检察机关只能委托嫌疑人的近亲属作为嫌疑人的辩护人共同签署具结书，既不符合认罪认罚从宽制度的精神实质，也严重影响了认罪认罚从宽制度的顺利进行。

为解决这些问题，笔者认为应明确规定值班律师享有阅卷权，并赋予部分值班律师“阅卷选择权”。其次，应保证值班律师的单独会见权。再次，明确值班律师的在场权；最后，笔者认为可以按量计酬，建立弹性补贴制度。也可在充分调研的基础上，区分案件的罪行轻重和难易程度，对速裁程序案件和简易程序案件

分别设定不同的补贴标准，以避免出现值班律师“拈轻怕重”的现象发生，可有效调动值班律师深入介入案件的积极性和主动性，为认罪认罚从宽程序中法律服务质量提供有力保证。

12. 肖沛权：《论我国值班律师的法律定位及其权利保障》，载《浙江工商大学学报》2021年第4期。

笔者认为解决值班律师参与认罪认罚案件的问题，首先，需要完善值班律师的阅卷权。值班律师提供法律帮助的性质应理解为辩护行为，因此不应值班律师的阅卷权作限制。具体而言，笔者建议应当赋予值班律师“摘抄、复制”案卷材料的权利。唯有如此，才能真正保证值班律师在充分了解案件情况的基础上提出有利于被追诉人的程序选择和实体处理建议。其次，需要采取有效措施提高值班律师的经济补助、允许值班律师向辩护律师转化。

13. 杨波：《论认罪认罚案件中值班律师制度的功能定位》，载《浙江工商大学学报》2018年第3期。

笔者认为解决值班律师参与认罪认罚案件的问题首先可以通过赋予值班律师在场权，明确值班律师介入的时间点。其次，围绕被追诉人认罪的真实性和自愿性细化值班律师法律帮助的具体内容。再次，以有效辩护为目标，明确值班律师的各项权利。最后，强化值班律师对程序性事项的有效辩护。

14. 周新：《值班律师参与认罪认罚案件的实践性反思》，载《法学论坛》2019年第4期。

笔者认为，为了解决值班律师参与认罪认罚案件的问题，改革者需要在总结试点经验的基础上，对值班律师的任职条件确定顶层设计的遴选标准。此外，笔者认为可以借助协同性法律帮助理念的指引。第一，在现有保证值班律师集体在场的基础上，改革者可以探寻讯问时值班律师在场制度；第二，改革者应当保证提供法律帮助前获得与个案相关的证据材料。

二、台湾地区法律检索

（一）一次资源

1. 法律法规

（1）台湾“刑事诉讼法”第31、455条：强制辩护案件与指定辩护人细节规定、指定公设辩护人规定。

（2）台湾“公设辩护人条例”全文：台湾公设辩护人的适用情形、任职资格、薪酬发放等。

2. 司法案例

50年台上字第511号：审判长对于最轻本刑为五年以上有期徒刑之案件，指定公设辩护人为其辩护，以被告未经选任辩护人或虽经选任辩护人而于审判期日无正当理由不到庭者，始有其必要。备注写道，民国95年4月25日第6次刑事庭会议决议加注，最高法院于95年5月25日依据判例选编及变更实施要点第九点规定公告（台资字第0950000460号）。本则判例保留，“应注意刑事诉讼法第三十一条已修正”。

由此可知，在台湾地区，公设辩护人的制度改进也是根据案例实际情况演化而来的。

（二）二次资源

1. 林钰雄：《刑事诉讼法（上）》，台湾元照出版有限公司2017年版，第216-218页。

笔者认为，指定辩护之原因计有：（1）最轻本刑为三年以上有期徒刑案件。（2）高等法院管辖第一审案件（3）被告因精神障碍或其他心智缺陷无法为完全之陈述。（4）被告具有原住民身份，经依通常程序起诉或审判者。（5）被告为低收入户或中低收入户而声请指定者。（6）其他审判案件，审判长认有必要者。

（7）协商程序，若被告合意范围已逾有期徒刑六月且未受缓刑宣告者。依2013年1月增修新法，检、警于下列情形有通知法律扶助律师到场之特定义务，亦即「被告或犯罪嫌疑人因精神障碍或其他心智缺陷无法为完全之陈述或具有原住民身份者，于侦查中未经选任辩护人，检察官、司法警察官或司法警察应通知依法设立之法律扶助机构指派律师到场为其辩护。于指派律师到场前应停止讯（询）问，但经被告或犯罪嫌疑人主动请求立即讯问或询问，或等候律师逾四小时未到场者，得径行讯问或询问。」

2. 陈文贵：《当前刑事辩护制度之问题与建议》，《月旦法学杂志》2018年第276期。

笔者认为，法律扶助的有无，往往是决定被告是否能够有效诉诸诉讼的前提，因此刑事诉讼中律师援助辩护的保障问题，就更重要。但所有遭到刑事追诉的被告，有权亲自替自己辩护或通过自己选择的律师协助辩护，因此，被告有权拒绝国家所提供之任何公设辩护人或指定律师的协助辩护。自我辩护权是基本审判权利，法院亦应当避免绝对地限制个人在刑事诉讼中无辩护人协助，而亲自为自己答辩之权利。此外，刑事被告的法律扶助，是公正审判权之基本要素，现行法相关辩护制度之规定，仍有待配合修正。

3. 焦点判决编辑部：《强制辩护——最高法院106年度台上字第1965号判决》，《裁判解读：刑事法》2018卷1期。

笔者认为，强制辩护案件，第一审系由公设辩护人协助辩护，上诉人提起第二审上诉时，该公设辩护人未代为制作上诉理由状，仅由上诉人自撰，因过于简略，致欠缺具体理由，原审为充分保障上诉人辩护倚赖权及防御权，乃指定该第二审法院之公设辩护人为上诉人辩护，并先后进行二次准备程序，客观上应认为上诉人已受有完足的辩护倚赖权及实质有效的上诉救济机会之程序保障。

第四部分 国外法律资源

一、美国法检索

(一) 一次资源

1. 法律法规

U.S.C.A. Const. Amend. VI Rights of the accused: 在所有刑事诉讼中，被告应有权由犯罪所在州和地区的公正陪审团进行快速公开审判，该地区应事先依法确定，并被告知指控的性质和原因；与指控他的证人对质；有强制程序来获取对他有利的证人，并有律师协助为他辩护。

2. 司法案例

(1) 必须保证被告在所有刑事诉讼中获得律师协助的权利——*Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335.

根据佛罗里达州法律，这名囚犯被指控的罪行是重罪。他在没有资金和律师的情况下出庭，并要求法院为他任命律师。州法院拒绝了，因为只有死罪的被告才有权获得指定的律师。犯人被判有罪。他对自己的定罪和判决质疑，理由是初审法院拒绝为他任命律师，剥夺了《美国宪法》和《权利法案》保障的权利。法院认为：①《第六修正案》保障被告在所有刑事诉讼中获得律师协助的权利；②法院考虑了《权利法案》保障的基本性质，以决定第十四修正案是否使其对各州具有义务；③第六修正案对律师的保障是第十四修正案使各州具有义务的基本权利之一；④*Betts v. Brady*, 316 U. s. 455 (1942)，被驳回。结果：法院推翻了囚犯人身保护申请的拒绝，并将案件发回州最高法院进行进一步诉讼。

(2) 律师提供辩护有效/无效的标准问题——*Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668.

在最高法院的审查中，被告辩称，他的死刑判决本应被推翻，因为他的律师在审判的有罪和刑罚阶段为他提供建议的战略决定构成了律师的无效协助，从而侵犯了他根据《美国宪法》获得律师辩护的权利。在上诉中，死刑判决得到了确认。为了支持其裁决，最高法院认为，为了证明律师的协助有缺陷到以至于需要撤销死刑判决的程度，被告必须证明律师的表现有缺陷，并且这种缺陷的表现损害了辩护的效果。在适用这一标准时，法院进一步认为，被告律师的表现不能被视为不合理，被告也没有受到足够的偏见到有理由撤销对他的死刑判决的程度。此外，被告未能证明其判决的公正性因律师协助不足导致的对抗程序中断而变得不可靠，也未能证明其量刑程序根本不公平。被申请人的死刑判决得到了确认，因为被申请人律师的表现不能被认为是不合理的，没有理由撤销他的死刑判决。

(3) 律师提供无效帮助的结果问题——*Rompilla v. Beard*, 545 U.S. 374 (2005).

Rompilla的律师——工作过度的办公室里的公职辩护人——未能获得现成的文件，其中包含被告可怕童年的线索、严重酗酒和其他精神疾病的证据。在减轻死刑方面，没有向陪审团介绍这段历史。结果：法院推翻了巡回法院的判决。

(二) 二次资源

1. Barbara Allen Babcock, *INVENTING THE PUBLIC DEFENDER*, 43 Am. Crim. L. Rev. 1267.

笔者认为，公职辩护人的义务是，对抗和纠正检察官，平衡证据的陈述，并使诉讼程序有序公正；将在深层次上参与法律的无罪推定——调查有利证据，传唤证人，寻求专家证词，并准备盘问。

2. Carrie Dvorak Brennan, *The Public Defender System: A Comparative Assessment*, 25 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 237 (2015).

笔者认为，在刑事审判中由律师代理的权利，无论被告是否负担得起，对司法系统至关重要，而且必须有效，也就意味着律师应该拥有他们案件应得的经验、资源、时间和精力。

3. Stephen F. Hanlon, *SYMPOSIUM: CASE REFUSAL: A DUTY FOR A PUBLIC DEFENDER AND A REMEDY FOR ALL OF A PUBLIC DEFENDER'S CLIENTS*, 51 Ind. L. Rev. 59.

格罗斯教授认为，密苏里州、佛罗里达州和路易斯安那州的法院（以及所有其他解决这一问题的法院）虽然似乎对这一问题口惠而实不至，但在很大程度上未能对抗这些州的立法机构，这是他最坚定的立场。法院未能坚持公职辩护人的资金足以根据现行职业规范为该州公职辩护律师代表的每一位客户提供合理有效的律师协助（Strickland标准），这表明了法院的失败。此外，笔者认为，每个贫困刑事被告人有权获得律师合理有效协助、提供法律平等正义；主审法官有首要义务确保律师在法庭上提供合理有效的协助。

4. George Fisher: 《辩诉交易的胜利：美国辩诉交易史》，中国政法大学出版社2012年版，第199页。

笔者认为，由于公职辩护人制度在美国被广泛采用，公职辩护人的策略是通过高有罪答辩率来获得法官和检察官的好感并节约成本。此外，与私人执业律师不同，公职辩护人只有减轻工作强度的有限权力，为了适应工作量激增与人员有限的问题，公职辩护人会促使其当事人答辩有罪。

5. Stephanie L. McAlister, *Between South Beach and A Hard Place: The Underfunding of the Miami-Dade Public Defender's Office and the Resulting Ethical Double Standard*, 64 U. Miami L. Rev. 1317 (2010).

笔者认为，需要为全国范围内的公职辩护人提供充足的资金，这是解决贫困辩护危机引发的道德和宪法问题的答案。

6. Paige Masters, *Caught Between A Rock and A Hard Place: A Missouri Court's Tough Choice and the Power to Change the Face of Indigent Defense*, 37 Okla. City U. L. Rev. 97 (2012).

笔者认为，密苏里州因为经费问题无法为贫困的被告人提供公职辩护人导致其再次入狱：无论法院确定什么解决方案，检察官、公职辩护人和审判法官都必须制定合作解决方案。

二、欧盟资源检索

一次资源。The European Convention on Human Rights ARTICLE 6: 每个被指控犯有刑事罪行的人都有最低权利之一，亲自或通过自己选择的法律援助为自己辩护。

三、其他国家相关法律规定检索

(一) 一次资源

1. 《德国刑事诉讼法典》§ 408b Bestellung eines Verteidigers bei beantragter Freiheitsstrafe: 如果法官正在考虑批准公诉机关发布具有第 407 条第 (2) 款第二句所述法律后果的刑事命令的申请, 他应为尚未配备辩护律师的被起诉被告人任命辩护律师。

2. Pishchalnikov v. Russia, ECtHR 24 September 2009, no.7025/04(由于未能在欧盟判例官网 curia.europa.eu 找到原文, 仅列举国内学者有关论述):

刘奕君:《强制辩护制度:域外经验与中国启示》,载《浙江工商大学学报》2022 第 1 期;在 Pishchalnikov 诉俄国一案中,欧洲人权法院也明确指出被追诉人获得律师帮助的起点为侦查阶段。

(二) 二次资源

1. [德]约阿希姆·赫尔曼:《协商性司法——德国刑事程序中的辩诉交易?》,载《中国刑事法杂志》2004年第2期,第121页。

笔者认为,当进行自白协商时,一般来说,德国的辩护律师比参与有罪答辩的美国同行们处于更有利地位。德国的辩护律师在审判前有权检阅、复制官方的案卷材料。因而辩护律师可以将检察官掌握的证据情况通知给被告人,而且被告人与辩护律师也非常清楚,如果不选择有罪答辩等待被告人的将是什么后果。因此,这种自白协商已经成为要求另一方摊牌而进行的游戏。

2. 松尾浩也:《日本刑事诉讼法(上卷)》,中国人民大学出版社2005年版,第131页。

笔者认为,因为日本的值班律师没有专门的法律规制,并不是由政府直接管理,而是交由律师联合会负责,所以各地的律师协会都有自己的工作模式。具体来说有“名簿”和“待命”两种参与诉讼的模式。“名簿”模式与老师在班级点名很像,当被控制的犯罪嫌疑人选择了名单上的某位律师后,该律师就会尽快赶去为其解答问题。当然,律师并不是总有空闲的,如果没有办法尽快赶到的话,律师协会就会建议被追诉人更换距离更近的律师。“待命”模式较之前者的优点在于几乎不会出现律师不能按时赶到的情况。因为值班律师在轮值全天都会在办公室待命,只要警署通知,他就会立马赶往警署与犯罪嫌疑人见面。

第五部分 结 语

较之国外,值班律师在我国司法实践中尚属年轻,对于值班律师是否在认罪认罚案件中真正发挥法条赋予的相关作用以及职责,难以从案例中得到明确的答案。有关此问题的文献研究也非常多,通过检索阅读已经可以大致将此问题的原因以及普遍提出的破解之道作出详尽的整理,简单而言,现实中主要存在的问题有值班律师参与形式化特征明显,值班律师相应权利尚未落实,值班律师资源短缺与经费保障不足,以及不同诉讼阶段值班律师衔接不畅等;普遍的破解之道主要是需要明确赋予值班律师实质性诉讼权利以及加强配套制度的供给等。在比较法经验上,可借鉴的也有很多,限于篇幅笔者并未穷尽,只是选取了与我们相近的台湾地区以及日本等国相关规定一探究竟,也为解决方案提供了一定的思路。但要真正从中找寻到适合我国国情的改进方式,却也需要再深入思考。为什么域外有如此多的实践,而在我国值班律师却最终呈现如此的形态?为什么实践中的情况总不如制度初定的设想?这些问题都是值得进一步探究的。

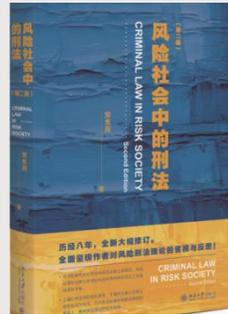


《中国民法典评注》

作者：朱庆育
出版社：中国民主法制出版社
ISBN：9787516234396

内容简介：

本书以德国大型民法典评注为参照，汇集了中国民法学界七十位知名学者以及资深实务界人士共同参与和撰写，对中国民法典进行体系化、规范化评注的一项长期而宏大的学术工程。每一个民法条文，内有其规范目的，外有其所处体系，上有其学理依据，下有其实践发展。民法典评注是以每一个法条为基本对象，揭示规范目的以锚定体系定位，借助民法原理而观照实践得失，尽可能全面地涵盖该条文可能涉及各类法律适用问题，并提供对应的答案。同时，评注还可以针对条文文义未及之处，借助民法原理和裁判智慧发展法律体系。



《风险社会中的刑法》

作者：劳东燕
出版社：北京大学出版社
ISBN：9787301343937

内容简介：

本书的上篇旨在从宏观层面全面勾勒与描绘刑法体系所经历的重要变动，分析这些变动所具有的共同本质，并力图揭示促成这些变动的社会根源。下篇进行专题性探讨，按阶层论的体系顺序进行编排，从因果关系与结果归责、故意、过失、危害、不法、罪责和违法性认识等基本概念或制度切入，单线梳理其所经历的演变及带来的影响后果。

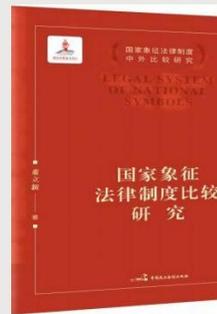


《商标反向混淆的法律保护》

作者：任毅
出版社：知识产权出版社
ISBN：9787513086646

内容简介：

在我国，反向混淆理论存在一些理论争议，对这类案件的司法处理缺乏统一规范和一致认识。本书从商标反向混淆的发展历程入手，探讨商标反向混淆的基本范畴，分析商标反向混淆的性质，研讨商标反向混淆的判定方法、法律责任及其制度构建，以期对相关立法和司法实践有所助益。



《国家象征法律制度比较研究》

作者：董立新
出版社：中国民主法制出版社
ISBN：9787516230770

内容简介：

本书主要从比较法的角度，梳理各国国家象征法律制度的异同。本书能够较为全面、系统地归纳总结国家象征法律制度的基本脉络、主体内容等，为宪法学关于国家象征法律制度研究奠定了一定基础，有利于进一步明晰国旗、国歌、国徽等制度的具体内涵，促进国家象征法律制度的宣传，塑造中国特色的宪法爱国主义。

序号	书名	出版时间	出版社
1	Taylor on Criminal Appeals	2023	Oxford University Press
2	Tort Law Directions:(Directions)	2023	Oxford University Press
3	Criminal Law:Text, Cases, and Materials,(Text, Cases, and Materials)	2023	Oxford University Press
4	Private International Law in English Courts :(Oxford Private International Law Series)	2023	Oxford University Press
5	The Additional Protocols to the Geneva Conventions in Context	2023	Oxford University Press
6	International Monetary and Banking Law post COVID-19	2023	Oxford University Press
7	Family Law	2023	Oxford University Press
8	The Oxford Handbook of Psychology and Law:(OXFORD LIBRARY OF PSYCHOLOGY SERIES)	2023	Oxford University Press
9	Constitutional and Political Theory:Selected Writings,(Oxford Constitutional Theory)	2023	Oxford University Press
10	The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume II: Constitutional Foundations:(Max Planck Handbook Public Law in Europe)	2023	Oxford University Press
11	Intellectual Property Law	2023	Oxford University Press
12	Mayson, French, and Ryan on Company Law	2023	Oxford University Press
13	Evidence:(Bar Manuals)	2023	Oxford University Press
14	Opinion Writing and Case Preparation:(Bar Manuals)	2023	Oxford University Press
15	Professional Ethics:(Bar Manuals)	2023	Oxford University Press
16	Criminal Litigation:(Legal Practice Course Manuals)	2023	Oxford University Press
17	Civil Litigation:(Legal Practice Course Manuals)	2023	Oxford University Press
18	Property Law:(Legal Practice Course Manuals)	2023	Oxford University Press
19	Business Law:(Legal Practice Course Manuals)	2023	Oxford University Press
20	Company Law:(Core Texts Series)	2023	Oxford University Press
21	Who Decides:States as Laboratories of Constitutional Experimentation	2023	Oxford University Press
22	Wills, Probate and Estates:(Law Society of Ireland Manuals)	2023	Oxford University Press
23	Lunney & Oliphant's Tort Law:Text and Materials	2023	Oxford University Press
24	Complete Land Law:Text, Cases and Materials,(Complete)	2023	Oxford University Press
25	The Ex Post Facto Clause:Its History and Role in a Punitive Society,(STUDIES CRIME AMD PUBLIC POLICY SERIES)	2023	Oxford University Press

图书馆简讯



浙大光华法学院图书馆



微信公众号

版权所有©浙江大学光华法学院图书馆（浙江大学图书馆法学分馆）

地址：浙江大学之江校区（之江路51号） 联系电话：0571-86592716