

中国刑事辩护制度发展的命运

——以建立中国控辩协商制度为视角

冀祥德

摘要:从立法的角度看,中国刑事诉讼法的修改,无疑是中国刑事司法改革的一个巨大进步,甚至有人把它说成是刑事诉讼立法科学化、民主化的“一个重要里程碑”也不为过。然而,在司法实践中,就刑事诉讼法的修改对中国刑事辩护制度所引起的实质性影响而言,不仅不是巨大进步,而且是严重倒退。中国的刑事辩护正面临着让立法者始料不及的艰难困境。中国目前的辩护制度状况尚无法满足辩诉交易中国化的基本要求。只有实现中国辩护律师队伍的专业化,赋予中国律师必要的辩护权利和执业保障权利,才能使得辩诉交易在中国移植后,被告人有适格的辩护律师提供帮助,以确保其在控辩协商中得到公平对待。

关键词:刑事辩护 现状检视 制度重构 控辩协商

中图分类号:DF73 **文献标识码:**A **文章编号:**1673 - 8330(2007)02 - 0031 - 12

一、问题的提出

“Plea Bargaining”、“Plea Negotiations”、“Plea Agreement”、“Plea Copping”、“Cop of Plea”等都是美国学者对于同一制度现象的概括描述,但美国的法学研究者与法律职业者及社会公众通常使用的还是“Plea Bargaining”,即辩诉交易。这一19世纪70年代在美国自发生成的制度,几十年来,尽管处在一片批评与责难声中,却仍然以其顽强的生命力,深深扎根于美国司法制度的土壤,用以解决90%以上的刑事案件,以至于有人提出,“如果明令禁止辩诉交易,美国刑事审判体系就会崩溃”。令人不得不重视的是,辩诉交易不仅在加拿大、英国等普通法系国家得以迅速发展和实践,而且,目前已经超越了两大法系诉讼模式差异的巨大障碍,在德国、法国、意大利、俄罗斯等国家广为传播,成为这些国家刑事司法制度的重要组成部分。

中国法学界从最初对这一制度的一般性介绍,到有关该制度“进”与“不进”的理论争鸣;司法实务界从诸如“綦江虹桥案”、“污点证人作证交易豁免”的“犹抱琵琶半遮面”,到牡丹江铁路运输法院对“孟广虎故意伤害案”第一个公开“吃螃蟹”的大胆尝试,无不揭示了法学研究者与司法实务者对于该制度能否洋为中用的深切关注。笔者提出了构建“中国控辩协商制度”的刑事司法改革设想:在对中国

[作者简介]冀祥德(1964年—),男,中国社会科学院法学研究所教授,法学系常务副主任,中国社会科学院法学研究所博士后。

Harvard Law Review 1984, 5—6

辩诉交易在德国的传播实践叫“刑事协商”;在意大利刑事诉讼法典中被规定为“依当事人要求适用刑罚程序”;在俄罗斯刑事诉讼法典中被称为“在刑事被告人同意对他提出的指控时做出法院判决的特别程序”,通称为认罪程序;日本学者建议在对其简略程序改造时增加该程序叫做“司法交易”(司法取引);而在英国、加拿大等国家中仍然习惯称之为“辩诉交易”。

文化背景、司法情状与诉讼制度等审慎考察之后,即从应然的视野,系统地阐述了我国引进与移植辩诉交易具有的该当性,又从实然的视域,理性地解读了在我国目前司法体制下尚存在障碍性因素。在笔者看来,当下我国的司法情势,围绕公正与效率的主题,如何在保证诉讼公正的前提之下,节约司法资源,提高诉讼效率,成为司法改革之中心。而借鉴辩诉交易,构建我国的控辩协商制度,则是解决此困境的有效途径。

控辩协商是检察官与被告人(通过其辩护人)双方以合意的方式解决案件的制度,合意的特性是辩诉交易的深刻内涵。这种合意一方面包括实体的合意,即对协议内容的合意;另一方面包括程序的合意,即对解决方式的合意。控辩协商是以充分发挥当事人作为程序主体的功能,鼓励被告人以认罪的合作换取法律的宽大处理,激发当事人自律地设定自己与社会今后的关系而作的努力,并尽量将这种努力反映在控辩协商的程序与结果之中,以获得较之于正式审判更为积极的社会效益。但是,面对拥有着强大检察权和专门法律知识的检察官,如何实现辩诉交易这种“交易”的自愿与平等,完善的辩护制度无疑是保障控辩协商公正性的基本底线。本文正是以构建我国控辩协商制度为视角,全面反思与重构我国的辩护制度,寻求中国刑事辩护制度发展的命运。

二、中国刑事辩护制度现状反思

(一)刑事辩护定位上的缺陷

刑事辩护定位上的缺陷,既包括立法中刑事辩护功能定位的缺陷,又包括司法中辩护律师角色定位的缺陷。

1. 刑事辩护功能定位的缺陷

刑事诉讼结构是指国家专门机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下进行刑事诉讼的基本方式,以及专门机关、诉讼参与人在刑事诉讼中形成的法律关系的格局,或者是由一定的目的所决定的,并由主要诉讼程序和证据规则中的诉讼基本方式所体现的控诉、辩护、审判三方的法律地位和相互关系。可见刑事诉讼的基本含义就包括了控诉、辩护、审判三方在刑事诉讼中的法律地位和相互关系。当今世界分为以法国和德国为代表的大陆法系的职权主义的诉讼结构,以英国和美国为代表的普通法系的当事人主义诉讼结构和以日本为代表的以当事人主义为主、职权主义为辅的混合式诉讼结构三种基本模式。一个国家采取何种刑事诉讼结构模式,取决于其价值取向,古今中外,任何一个国家在设计其刑事诉讼结构时,都不得不在惩罚犯罪与保护人权,实体公正与程序公正的价值目标间进行选择。职权主义强调社会安定和社会秩序,把国家和社会的利益作为第一位的选择,更注重惩罚犯罪。因此,在刑事诉讼中就限制辩护方的权利,在刑事诉讼结构中辩护方的地位就低于控诉方和审判方。当事人主义强调个人尊严,个人利益至上,当个人利益与国家利益发生冲突时,优先选择个人利益,重视人权保障和程序公正。因此,在刑事诉讼中限制代表国家的控诉方和审判方权力,扩张辩护方权利,在刑事诉讼结构中辩护方的地位与控诉方、辩护方完全平等。从当今刑事诉讼的发展来看,任何一个国家进行价值目标选择时,都不能采取单一化和极端化,而应采取价值均衡原则,兼顾当事人主义和职权主义的混合式诉讼结构模式就成了未来刑事诉讼的发展趋势。在混合式刑事诉讼结构中,是以当事人主义为主,还是以职权主义为主,应根据各国的历史文化传统、社会治安状况以及人权保护现状来确定。但从现代法治的发展趋势看,更强调人权保护,以当事人主义为主的混合式刑事诉讼结构应是更好的选择。

我国的刑事辩护功能和刑事诉讼结构模式同样取决于我国刑事诉讼的价值取向。过去,在相当长的一段时间中,由于受极“左”思想的影响,我国对刑事诉讼的价值取向一直是打击犯罪、保护人民、维

参见冀祥德:《建立中国控辩协商制度研究》,北京大学出版社 2006 年版,第 11 页。

陈光中主编:《刑事诉讼法学》(新编),中国政法大学出版社 1996 年版,第 10 页。

李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 7 页。

护社会秩序。刑事犯罪是敌我矛盾,刑事诉讼法是对敌人专政的工具,刑事被追诉人是专政的对象,刑事诉讼中辩护权有限,控诉方、审判方有着强大的职权,共同对刑事被追诉人实行专政。在刑事诉讼结构中,辩护方与控诉方、审判方的地位完全不平等,是超职权主义的刑事诉讼结构。随着我国经济建设的发展,社会主义市场经济的确立,法治建设也随之不断发展,许多现代法制观念被逐渐引入,尤其是世界范围内的人权保护观念引起我国重视,刑事诉讼的价值取向增加了保护被追诉人人权功能。因此,1996年刑事诉讼法修改时吸收了当事人主义的一些内容。但由于对人权保护认识得不到位,只是在审判阶段引进了当事人主义的辩论模式,侦查、控诉阶段仍然实行职权主义,辩护权的内容并没有增加,控辩双方的地位仍不平等。

我国这种在审判阶段实行当事人主义的控辩双方对等与在侦查、起诉阶段实行职权主义的控辩双方地位完全不平等的畸形结构,使刑事辩护在实践中遇到了尴尬的局面。一方面,在侦查、起诉阶段,没有充分辩护权保障的辩护方,不能充分地收集证据,控诉方依据其强大的职权能够收集到足够的证据;另一方面,在审判阶段却要求二者平等对抗,这显然是不公平的。

2 辩护律师角色定位的缺陷

刑事辩护权主要是通过律师的执业活动行使的,因此对辩护权的深入研究不能不考察作为辩护权主体的律师。刑事辩护律师的角色定位是指辩护律师在刑事诉讼结构中所处的地位。这是律师制度存在与发展中的一个最基本的问题,同时也是最重要的问题。对律师的角色或者说是职责进行怎样的定位,影响着刑事辩护在一个国家的法制运行中能够在多大程度上发挥作用。

1979年刑事诉讼法制定的时候,刑事诉讼程序被设计为政策执行的工具和阶级斗争的工具,在这种体制下,律师除了维护委托人的利益之外,还必须维护国家和社会利益,所以,刑事诉讼中的辩护律师就不仅仅是被告人利益的代表者,在特定的场合下,他还要代表国家利益和社会公共利益。但在这种意识形态上将律师视为公共利益的代表的观念,促使决策者同时在稍后不久颁布的《律师暂行条例》中将律师定位为国家工作人员。在我国法制尚不健全的情况下,将律师规定为国家的法律工作者,无疑使律师具有了较大的权威性。而且,将律师作为国家法律工作者,能够改变人们不正确的传统观念,确立律师与法院审判员同等法律地位,有利于发挥律师的作用,是保证律师执行职务、开展业务、保障律师自身合法权益的有效措施。

1997年施行的《律师法》将律师界定为依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员,即社会法律工作者。律师的角色不再被定位为公共利益的代言人,也就是说,律师已经可以不再过多地考虑遥远的国家利益和社会利益,而是更多地强调律师代表其委托人的利益。应该说,这一定性比国家法律工作者更为科学,从国家法律工作者到社会法律工作者的转变,表明我国对律师性质认识上的一大飞跃,具有历史进步意义。

但是,这一变化却带来了一系列消极的后果。将律师界定为国家工作人员实际上是将律师置于与检察官、法官平等的位置上,从理论上说,检察官和法官有更多的理由将律师视为内部人,而不是外部人。因此,律师的权利也能够得到官方的尊重。然而修改后的律师法中,不再将律师视为国家工作人员,相应的,律师更容易被检察官、法官视为外部人,所以,在律师的执业活动中,公、检、法的人员,尤其是公、检部门的人员中认为律师是“异己分子”、“是来找茬的”,远不是个别与少数。律师是非公有制中介机构中社会法律工作者,多数公众更认为律师和“个体户”没有什么区别。

(二)立法上的缺陷

1. 现行法律对于辩护律师调查取证权限制过多

首先,律师在侦查阶段不具有调查取证权。《刑事诉讼法》第37条所规定的律师调查取证权是赋

陈卫东:《中国律师学》,中国人民大学出版社1990年版,第52—53页。

陈兴良:《为辩护权辩护》,载《中美“律师辩护职能与司法公正”研讨会论文集》,第128页。

予辩护律师的权利,亦即只有辩护律师才能享有第 37 条规定的调查取证权,如果不是辩护律师就没有此项诉讼权利。而根据刑事诉讼法对辩护律师的界定,公诉案件只有自移送审查起诉时起,犯罪嫌疑人才能够聘请辩护人,也就是说,在侦查阶段时,犯罪嫌疑人聘请的律师不是辩护人,当然也就没有调查取证权。

其次,辩护律师的调查取证权是附条件的权利。此表现主要有二:第一,辩护律师向证人或其他有关单位和个人收集与本案有关材料时,必须经过他们的同意。此亦即明确规定,辩护律师的调查取证权并不具有自主性,而是由证人掌握。这就给被调查人拒绝律师的调查提供了法律依据,使得律师在调查取证时常常吃“闭门羹”。尤其是目前对证人权利及相关责任没有明确的规定,律师的调查取证工作无疑难以开展。第二,辩护律师在向被害人或其近亲属、被害人提供的证人收集案件材料时,不仅要经过他们本人的同意,还要经过人民检察院或人民法院的许可。笔者认为,这一规定有违刑事诉讼基本原理。法治国刑事诉讼的基本结构是控辩平等对抗、法官居中裁决。要求控方许可辩方收集不利于己的证据,无异于“与虎谋皮”。另外,让受害人同意自己的“仇家”对自己取证,在我国公民目前法律素养总体不高的状况下,简直就是天方夜谭。

再次,我国《刑事诉讼法》第 48 条中虽然规定了凡是知道案件情况的人都有作证的义务,但是没有规定不作证的法律后果。而且,以中国公民意识中之法律概念,“义务”只是对国家机关如公、检、法而言,对于“替坏人说话”的律师,许多公民都认为他们本来就没有作证的义务。

2 公共司法资源的使用对辩护律师限制过多

首先,根据现行法律规定,辩护律师自己无法收集证据时,可以申请检察院、法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。但法律同时又规定,针对辩护律师的上述申请,只有人民检察院、人民法院认为需要时才被许可。这样,如果辩护律师认为属于案件需要而检察院和法院认为不需要时,律师便不能取得这些证据。

其次,现行法律规定,辩护律师自案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制案件的诉讼文书、技术性鉴定材料。这些诉讼文书、技术性鉴定材料只是程序上的公文,对案件事实而言基本没有证据作用。

最后,现行法律规定,自人民法院受理案件之日起,辩护律师可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。但法律同时又规定,人民检察院起诉时,只需向人民法院提供起诉书并附上证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片即可,不允许向法院移送全部证据和卷宗材料。移送的主要证据完全由检察院决定,实践中检察院往往故意将一些重要证据不移送。这样,辩护律师就无法像刑事诉讼法修改以前那样全面阅卷,复制、摘抄控诉方所有的案卷材料。由此,辩护律师在审判阶段获取的证据也是有限的。

3 现行诉讼制度限制了辩护权之质证权与辩论权

现行法律没有规定证人、鉴定人必须出庭作证,控诉方只要宣读证人证言、鉴定结论即可,这使辩护律师无法在法庭上交叉询问证人、鉴定人,只能对证人证言和鉴定结论进行质证,降低了质证质量,不能充分行使辩论权。

辩论权是刑事辩护律师最基本的职业权利。从其本质上看,它是法律赋予双方平等的对抗手段,通过双方充分陈述己方理由,反驳对方主张,使法官得以形成最符合事实和法律的判断。在英美法系国家,辩论原则在刑事诉讼中应用得较为充分,整个庭审活动是围绕控辩双方对抗性活动展开,法官则居中听证和裁判。我国刑事诉讼法也规定了专门的法庭辩论阶段,尤其是 1996 年刑事诉讼法的修改引进了对抗式庭审模式,控辩双方可以就证据问题和事实认定展开辩论。辩护权是律师在发挥辩护职能中所享有的基本权利之一,对于法官查清案件事实,正确进行定罪量刑具有重要的作用。但在实际中,辩护律师的辩论权往往有意无意受到诸多限制。有的法官在辩论过程中针对律师的辩论,不论其是否与案件有关,都任意进行打断或人为缩短其发言的时间,有的甚至不给律师发言的机会。

4 立法没有规定辩护律师的言论豁免权

律师的言论豁免权,是指辩护律师在诉讼期间依法履行职责时,其行为和言论不受法律追究的权利,该项权利是联合国签发的《关于律师作用的基本原则》中明确规定的律师的基本权利,为保障律师正常执业起了巨大作用。我国法律对此不但没有规定,反而在《刑法》第306条中针对辩护人专门规定了辩护人毁灭、伪造证据、妨害作证罪,该条规定使辩护律师行使刑事辩护工作如履薄冰,深怕掉进伪证罪的深渊,极大地降低了律师参与刑事辩护的热情。

5. 立法没有规定辩护律师的在场权

辩护律师的在场权,从最广泛的意义上来说,普遍存在于现代各国的刑事诉讼之中。辩护律师的在场权,尤其是犯罪嫌疑人受到侦讯人员讯问时的在场权,在刑事审判前程序中具有极为重要的功能,它不仅可以有效防止侦查人员侵犯犯罪嫌疑人的人权,抑制非法侦查,而且对于保障犯罪嫌疑人诉讼权利的及时行使,保障程序的诉讼构造,维护程序的正当性和权威性,都有十分积极的意义。正因为如此,现代各国刑事诉讼法多数都规定了辩护律师的在场权。我国侦查机关刑讯逼供现象之所以屡禁不止,除了侦查机关对口供过分依赖之外,在录取口供时缺乏辩护律师的制约也是很大原因。

6. 中国律师法对律师权利保障的力度不够

1996年新的律师法,虽然赋予了律师若干权利,但比较而言,律师法更像一部对律师执业的限制性法律,其中的限制性条款远远多于保障性条款。据统计,《律师法》总共53条、69款,其中规定“律师必须”、“律师不得”、“律师应当”字样的条款共计24处,暗含律师“必须”、“不得”、“应当”意思的条款共15处,两项合计39处,而规定“律师有权”、“律师可以”字样的条款相加总计不过9处。这样的律师法很难让人相信是一部保护律师权益的法律。难怪有人将律师法的弊端和缺陷概括为三个方面:律师权利太少、律师执业的禁区太多、主管部门的权力太大。

(三) 司法实践中的问题

由于刑事诉讼法中关于刑事辩护定位上的前后矛盾,以及公安司法人员和社会公众对辩护律师角色定位的误读,加之有关立法中关于辩护律师权利规定的诸多缺陷,使刑事辩护在司法实践中遇到了很大的困难,突出表现在以下几个方面:

1. 律师在侦查阶段的会见权形同虚设

律师会见在押的犯罪嫌疑人是律师的一项基本诉讼权利,我国刑事诉讼法、律师法及有关司法解释中都明确规定律师可以依照法律会见在押的犯罪嫌疑人。然而在司法实践中,律师的这一法定权利却基本得不到落实。不少公安、检察机关对律师在侦查阶段的介入十分抵触,认为辩护律师就是来和他们“作对的”,是来“捣乱的”,故想方设法阻碍甚至剥夺辩护律师的权利。其表现形式多种多样,有的对犯罪嫌疑人提出的聘请律师的要求迟迟不予转告;有的以“案件涉及保密”等为由拒绝安排会见;有的不在“六机关”规定的时间内安排会见;有的不论案件是否涉及国家秘密,对会见申请均要求履行批准程序;有的要求律师在会见前提交谈话提纲;有的规定会见犯罪嫌疑人的律师必须是受犯罪嫌疑人本人的委托方可;^①有的虽安排会见但一律派员在场,甚至对会见进行监听监视;有的限制会见时间,限制会见内容,限制会见次数。规定会见不得超过两次,每次会见时间不得超过15分钟、半小时或45分钟不等,并且要求会见不得涉及案情。有的地方公安机关干脆以无钱建专门的律师会见室为由,一律不允许

宋英辉:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第398页。

某省的一个市自刑事诉讼法修改施行以来,犯罪嫌疑人申请聘请律师的案件,约有80%~90%被办案部门以涉及国家秘密为由,作了不批准会见的决定;有的市、县公安局自刑事诉讼法修正实施以来,仅象征性地批准了一二起案件允许律师会见犯罪嫌疑人。参见陈卫东:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第221页。

吉林省有一位律师接受犯罪嫌疑人委托后,欲依法会见犯罪嫌疑人。结果从提出会见申请到获得有关部门的批准竟长达46天。参见田文昌:《刑事辩护学》,群众出版社2001年版,第166页。烟台“11·24”海难案件,犯罪嫌疑人的律师足足等了一个月才会见到自己的当事人。参见陈卫东:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第221页。

① 事实上这是变相拒绝律师会见。因为,犯罪嫌疑人被拘捕后,一直处于被羁押状态,其如何直接委托律师呢?

律师会见。各地为限制律师的会见权所采取的措施可谓千方百计,五花八门。^⑩除此之外,目前各地公安机关一般都不允许律师与在押的犯罪嫌疑人或被监视居住的犯罪嫌疑人通信,使得法律规定的律师的该种权利形同虚设。

2 修订后的刑事诉讼法对律师阅卷权的规定名进实退

修订前的刑事诉讼法中虽规定了律师在审判阶段享有的阅卷权利,但是十分有限,其范围包括案件的全部材料,即指控的犯罪事实、各种证据材料及相关目录和各种法律文书、技术性鉴定材料,其中,既包括对被告人不利的材料,也包括对被告人有利的材料。而修订后的刑事诉讼法虽将辩护律师的介入时间提前,并赋予其起诉阶段和审判阶段两次阅卷权,但其范围却受到很大限制。《刑事诉讼法》第 36 条规定,辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料;辩护律师自人民法院受理案件之日起,可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。在审查起诉阶段和审判阶段,律师可以依法查阅法律规定的案卷材料。依据上述法律规定,在审查起诉阶段,律师可以查阅的范围是本案的诉讼文书和技术性鉴定材料。至于何为诉讼文书和技术性鉴定材料,根据《人民检察院刑事诉讼规则》中的规定,诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序性文书;技术性鉴定材料包括法医鉴定、痕迹鉴定、物证鉴定、司法精神病鉴定等由有鉴定资格的人员对人身、痕迹、物品以及其他有关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。在审判阶段,辩护律师可以查阅、摘抄、复制案件所指控的犯罪事实的材料。这里的材料根据《刑事诉讼法》第 150 条的规定,是公诉机关提供的起诉书和证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。但是,在实践中公诉机关提供的这些主要证据都是证明被告人有罪和罪重的证据,而没有无罪和罪轻的证据材料。有相当多的证据材料,比如各种物证、书证、证人证言、被害人陈述以及犯罪嫌疑人的口供材料等许多有关案情的证据材料,律师在开庭前都无法查阅。有的地方还规定,不论律师是否复印材料,只要阅卷就收 5 至 10 元阅卷费。有资料显示,某省仅 1997 年上半年,就发生 137 起检察机关不允许办案律师阅卷或者复印有关材料的事件^⑪。

可见,立法规定本身就存在不少问题;而更令人遗憾的是,在司法实践中就连上述法律并不完善的规定都没有得到真正有效的贯彻。在全国律师协会刑事业务委员会每年的年会上,律师对此问题反映都很强烈;在每年的全国诉讼法学年会上,也都有学者对这些规定与做法提出尖锐的批评与质疑。有的律师还反映,在审查起诉阶段介入诉讼的辩护律师,一般只能看到仅能反映涉嫌罪名的拘留证、逮捕证、搜查证等采取强制措施和侦查措施的诉讼文书以及鉴定结论,至于立案决定书、批准逮捕决定书、起诉意见书等在一定程度和一定范围上能够反映案件情况的诉讼文书,办案机关一般并不向辩护律师提供。另外,司法实践中由于法律上对阅卷没有作详细规定,因此,许多司法机关根据其工作的方便,自己制定有关律师阅卷的具体规则,对律师的阅卷权滥加限制。

3 刑事辩护的路上布满陷阱

完全可以说,中国律师制度的发展历史,就是中国社会民主化、法制化的历史,而律师辩护制度正是该制度的一个核心部分。中国律师制度恢复 20 多年来的实践说明,辩护律师无论其所属行业协会所发挥的社会功能,还是个体所享有的社会地位,皆无法与法治国家比拟。在原来的一种彻头彻尾的职权主义的刑事诉讼模式之下,辩护律师是附属于被告人的角色,其地位和权利保障自不待言;但当修改的刑

^⑩ 某市的看守所大多数将公安、检察院的提审室安排在犯罪嫌疑人生活区外,条件相对较好。而把律师会见室设置在犯罪嫌疑人生活区内,除去一张简陋的木桌和凳子外,夏天连一个风扇也没有。两个律师会见时,只能是一个站着,另一个坐着,犯罪嫌疑人只好蹲着。有一个新建的号称现代化的模范看守所,律师会见犯罪嫌疑人时,与犯罪嫌疑人分别在两个房间,中间隔着透明玻璃墙,墙上仅有几个细小的孔,律师只有把嘴贴在墙上并且大声说话,犯罪嫌疑人才能听得到。

^⑪ 田文昌:《刑事辩护学》,群众出版社 2001 年版,第 166 页。

事诉讼法将当事人主义模式引入我国诉讼中后,这种状况仍没有根本改变。辩护律师被抓、被侵权的事件反呈上升之势。主要表现为两种情况:

第一,辩护律师执业风险加大。辩护律师常常因执业而陷于被刑事追究的风险中。其一,立法中设置了一个针对律师的“口袋罪”,某些公、检部门在案件陷于被动时,“欲加之罪,何患无辞”,以律师伪证罪,即《刑法》第306条的“辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害证据罪”,张开“口袋”,兜抓律师,进行执业报复。据全国律师协会会员部负责人介绍:1995年全国律师协会接到各地律师协会或律师上报的维权案件仅有十几起,而到1997年、1998年每年达到70多起,特别是新刑法实施后,律师执业中涉及伪造证据罪、妨害证据罪的案件竟占全部维权案件数量的80%。其二,司法过程中,有的部门以包庇罪^⑭、玩忽职守罪^⑮、泄露国家秘密罪^⑯,甚至以诽谤罪^⑰陷害辩护律师。

第二,辩护律师人身权利屡遭侵犯。主要表现为一些司法机关及其工作人员恣意将律师逐出法庭^⑱;有的非法限制律师的人身自由或对律师进行羞辱、谩骂、殴打^⑲,甚至给律师错误地定罪判刑。除此之外,还有一些对方当事人对案件的期望目的没有达到,便迁怒于辩护律师,泄私愤、图报复,对律师进行辱骂、甚至残害^⑳。

三、从控辩协商制度构建看中国刑事辩护的发展

从国家追诉权和辩护权产生的那天起,控辩双方的地位就存在着天然的不平等现象^㉑。由于人类

⑭ 例如辽宁省铁岭市律师任庆良被控“包庇罪”案件。

⑮ 例如轰动国内外的湖南省衡阳市南方律师事务所律师彭杰被控“玩忽职守罪”案件。

⑯ 例如河南省焦作市路通律师事务所主任、高级律师于萍被控“故意泄露国家秘密罪”案件。

⑰ 例如广东经国律师事务所律师何伟民、徐作云被诉“诽谤罪”案件。

⑱ 1997年1月10日,太原市中级人民法院对山西省高级人民法院发还重审的王立刚等共同犯罪案件进行公开重新审理。开庭时,审判长只允许11名案犯再作一次陈述,却一律不准他们的辩护律师针对原判决认定的事实和罪名提出疑问并且进行辩护。进入辩论程序后,首先由王立刚的第一辩护人李晓军律师发表辩护词,然后由王立刚的第二辩护人刘秉章律师进行第二轮答辩,刘律师在答辩发言中,被审判长三次打断发言,最后令其停止发言。接着,审判长翻开案卷宣读针对刘律师答辩意见的有关证词,形成审判人员与辩护律师的辩论。审判长宣读完证词,问第一辩护人李晓军律师是否还有辩护意见,李晓军律师针对审判长不让刘律师把话讲完一事说:“有,律师出于职责需要,就是要把事实辩清楚辩明白,辩护意见只能用语言来表达,不让讲话,怎能发表意见……”话未说完,审判长即指使法警:“把她轰出去!”李晓军律师立即被两名法警强行逐出法庭。参见冀祥德:《建立中国协商控辩制度研究》,北京大学出版社2006年版,第194页。

⑲ 吉林通化市抚顺律师事务所一名律师在辉县办案时,因对案件提出了与司法机关办案人员不同的意见,被司法人员打得鼻青脸肿,还以“妨碍公务”为由将其司法拘留15天。1995年,辽宁省新宾满族自治县一律师在依法办理一起经济纠纷案时,竟然被吉林省一家法庭强行抓走,并拘留了15天。类似这种司法机关非法对律师兴师问罪的案件在全国范围内还有很多,例如:河南省律师冯志德因“涉嫌包庇罪”被指控和拘禁事件;山东省律师刘建栋被检察机关认定有罪而免于起诉事件;辽宁省律师任庆良被指控犯有“包庇罪”被拘留、逮捕事件;河南省郑永辉、熊庭富两律师因“包庇嫌疑”被刑事拘留事件;上海市律师陈惠中因“伪证罪”被指控并被判刑7个月;山东省律师孙芳丽、张兆伟因“徇私舞弊罪”被追究事件等。至于律师的人格得不到尊重,遭受司法人员轻慢、侮辱的现象,更是屡见不鲜。实际上,在相当大的程度上,中国律师在公检法人员面前是没有尊严可言的,律师办事时被司法人员呼来喝去的现象早已是司空见惯的了。参见田文昌:《刑事辩护学》,群众出版社2001年版,第176页。

⑳ 1995年,山西省临汾市律师事务所主任马海旺律师因代理李雪梅诉白玉仁离婚案,引起白玉仁的不满。5月18日下午,在律师事务所门口,马海旺律师遭到白玉仁纠集的五六个人的围攻毒打,直至昏死过去,马海旺律师的右眼珠被白玉仁抠出。另据1995年7月8日《中国律师报》报道,1995年3月30日,河北省鸡泽县律师事务所律师任上飞受一法律顾问单位经理委托,并经律师事务所主任和司法局分管局长批准,赴湖南醴陵市解救被绑架人质时,被醴陵市王坊乡联盟花炮厂厂长江孝明等扣为人质,从而被非法拘禁。河北省政法委、司法厅及邯郸市鸡泽县有关部门几次去解救,均告失败。这些案件中,律师参与的虽然未必是刑事案件,但其参加诉讼所面临的来自对方当事人的人身风险却由此可见一斑。

㉑ 控方代表国家行使追诉权,有强大的国家权力作后盾,能够有效获得并充分使用国家提供的各种司法资源。辩护权的行使完全是一种个人行为,即使律师的辩护也是一种没有任何强权支持的自由职业者的权利,既没有强大的权力后盾,也没有可以运用的司法资源。不仅如此,它还有国家追诉权所没有的公众对犯罪的痛恨和仇视以及对律师职业的种种偏见、诋毁甚至是责难。

司法的文明进化与人权运动的崛起,才有了刑事诉讼的控辩平衡理论以及控辩审等腰三角形结构理论。这一理念的实践是通过对警察权和检察权给予必要的限制,同时赋予犯罪嫌疑人、被告人以及辩护律师各种诉讼权利而实现的。在辩诉交易产生和存在的国家,无论是英美国家还是意大利等大陆法系国家,都建立了完整的以辩护权为核心的辩护律师制度,实现了控辩双方在权利平等基础上的对抗。如在美国,犯罪嫌疑人被拘捕后在享有沉默权的同时,有权委托律师或获得免费律师的帮助。辩护律师可以参与对犯罪嫌疑人的侦查活动,包括讯问的在场权;警察不得在场和监听的会见、通讯权;申请保释权等。美国律师有证据调查请求权,辩护律师有权要求法院以强制手段传唤对本方有利的证人或要求有关人员交出对被告人有利的书证或物证。英国律师在犯罪嫌疑人被捕后 24 小时内,最迟不超过 36 小时,便会接到犯罪嫌疑人委托或由政府指定其为犯罪嫌疑人提供法律帮助;律师有权尽快会见或联络犯罪嫌疑人并有权保守其秘密;有权查阅羁押警察制作的羁押记录;有权在讯问时在场;有权代被羁押的犯罪嫌疑人申请“人身保护令”;有权在侦查结束后全面阅读检察官用作指控证据的证据材料。英国律师有言论豁免权,其在刑事诉讼过程中的任何言论都不受法律追究,即使他的言论带有明显的恶意并与他承办的案件没有关系,也同样受到这种特权的保护^②。为保障辩护律师的知悉权,美英两国均设立证据开示制度和完善的法律援助制度。

意大利现行刑事诉讼法“最大的变革便是引进英美法系当事人主义的对抗式诉讼制度”,其规定辩护律师受委托或指定后有权与被拘捕的犯罪嫌疑人及时会见和通讯;有权在其委托人被讯问时在场;有权出席司法警察搜查和扣押的场所;有权出席初步庭审、发表陈述意见并对法官作出初步的庭审结果(即提起公诉并发出审判令或不追诉)提出上诉;有权进行辩诉交易;有权在检察官变更或增加控诉内容后享有充分辩护的机会^③。

二战后日本受美国的影响,在刑事诉讼中大量吸收了当事人主义因素,“在诉讼目的上坚持实体真实与正当程序相统一,在诉讼结构上以当事人主义为主、职权主义为辅”^④。辩护律师有权与被拘捕的犯罪嫌疑人会见往来;有权与犯罪嫌疑人一起出席告知羁押理由的公开法庭并陈述意见;有权对羁押裁判提出准抗告;有权请求对某一证据实施保全;有权与检察官、被告人一起在询问证人时在场;有权与检察官一起在鉴定时在场;有权针对起诉状一本主义而请求控方开示其掌握的证据等等。

由上述分析足以看出,中国控辩协商制度的建立,也决不当是一个孤零零的空中楼阁,发达完善的律师制度是支撑这一制度恒久存在的重要支柱。

(一)观念省思:刑事辩护与辩护律师的重新定位

1. 用法治的思想规范刑事辩护

从人权保护的角度出发,刑事诉讼中增加保护被追诉人人权内容已成为世界范围的发展趋势,世界各国通过对两次世界大战的反思,都深刻认识到专权统治对人性的摧残和压迫,深感保护个人权利的重要性。公正的程序和权力的制约,是反对专权、保护个人权利的基本手段,是现代法治观念的基本内容,因此,我国刑事诉讼中增加保护被追诉人人权的内容是大势所趋。在刑事诉讼结构中自然要提高辩护方的地位,扩充辩护方的权利,这种地位的提高应是诉讼各阶段全方位的提高。特别是以立法变动的方式,确立刑事辩护在侦查与审查起诉阶段的地位与功能,彻底改变我国现阶段刑事辩护的地位在刑事诉讼中前后不一致的局面。

2 用法治的观念认识辩护律师

在我国,辩护律师虽然是犯罪嫌疑人、被告人的法律帮助者,是他们合法权益的保护者,但由于受职权主义诉讼模式的影响,律师并不是完全站在被告人的立场上的,同时还站在国家和人民的立场上,强

^② [英] 赫恩等:《英国律师制度和律师法》,陈庚生等译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 5—6 页。

^③ 程味秋:《〈意大利刑事诉讼法典〉简介》,载《程味秋文集——中外刑事诉讼比较与借鉴》,中国法制出版社 2001 年版,第 197—198 页。

^④ 宋英辉译:《日本刑事诉讼法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 3 页。

调积极维护国家法律的实施。于是经常会出现这样的尴尬情况:一方面,律师接受被告人的委托,与被告人之间存在着一种商业性的雇佣关系,他因此应当服务于被告人的利益;另一方面,他又负有维护法律和司法公正的职责,应当将自己的辩护观点建立在法律和事实的基础上。这其实是违背律师设立的初衷的,设立辩护律师的原因之一就是为了平衡追诉方与防御方的力量,但实际上,辩护律师的参与很难说是加强了平衡还是加剧了不平衡^{②5}。

从总体上讲,律师应当主要成为私权利的维护者,即在现行法律规定的框架中,依法最大限度地维护委托人的利益。“一个高效、廉洁的政府虽然可以体恤民情,造福于百姓,却不可直接代表公民个人去与自身的权利抗衡,只有律师才可以起到这种作用。司法机关公正裁判的基础,是兼听则明和权利的制约,而律师制度正是维系这个基础的有效保障。”^{②6}

辩护律师应当完全代表被告人的利益,根据法律来为被告人进行无罪或者罪轻的辩护,同时也不能实施任何不利于被告人,可能使被告人承担任何不利后果的行为。维护法律和司法公正不应当是律师的职责,当然这样讲并不是说律师就可以置法律与司法公正于不顾,因为律师的职务行为也是有底线的,这个底线就是法律的禁止性规定。关于辩护人与公诉人在刑事诉讼中的不同目的,我国台湾学者蔡墩铭先生曾做过一个精辟的说明:“辩护人为被告正当利益之保护者,亦即为保护被告之利益而附带协助刑事司法之公正实施,在此意义下,辩护人处于公益地位。然而辩护人之公益地位异于检察官之公益地位,盖检察官为站在具体国家目的之立场为追诉犯罪,借以维持社会秩序,但辩护人仅为保护被告之正当利益,以免无辜之人受国家处罚,或返轻罪者受罪重之处罚,是其所关心者仅为个人之保护,不在于全社会之保护,由此可见,二者之公益地位所着重者,不完全相同。”^{②7}

1996年刑事诉讼法的修改虽然吸收了当事人主义的一些内容,但由于对人权保护认识的不到位,只是在审判阶段引进了当事人主义的诉讼模式,侦查、控诉阶段实行的仍然是职权主义,甚至是超职权主义,刑事辩护功能的缺失成为立法的一大缺陷。在这里,刑事辩护功能与地位在立法中的缺陷,直接导致了辩护律师作用受限和诉讼地位畸形。笔者经常在可以代表律师发言的场合强调:国家(社会)需要律师,还是个人需要律师?律师是为了个人辩护,还是为了国家(社会)辩护?这是一个值得认真思考的问题。

(二)立法变动:完善辩护律师的权利保障

从建立中国控辩协商制度的视角透视我国的刑事辩护现状,我国的立法变动至少应当有如下举措:

1. 赋予辩护律师独立的调查取证权

笔者认为,在中国刑事辩护步履维艰的困境中,如果说中国律师的“会见难”、“阅卷难”是基于部门本位主义作祟或司法实践中的有法不依的话,那么,中国律师的“调查取证难”则在很大程度上是囿于立法上的诸多弊端。而究其个中缘由则是源于立法者对被告人人权保障的漠视和对中国法治化进程之信心不足。故而笔者建议,应当通过立法变动取消对律师调查取证权的过多限制,赋予辩护律师享有与司法机关办案人员平等的调查取证权。除此之外,通过立法确立规范的证人作证制度,明确证人的责任,增设对拒不作证的证人予以相应处罚的规定,同时,建立证人保护制度。主要包括:

第一,证人的权利保障制度。即国家对证人作证权利承担保障义务,并以立法形式加以固定,任何人都不得对证人权利进行侵犯。

第二,证人经济补偿制度。即对证人因作证而合理支出的差旅费及由此所减少的正当收入等由国家根据具体情况予以补偿。

^{②5} 赵旭光:《辩护律师的职责、保密义务与作证拒绝权》,载《中美“律师辩护职能与司法公正”研讨会论文集》,第331页。

^{②6} 田文昌:《关于律师职责定位的深层思考》,载《中美“律师辩护职能与司法公正”研讨会论文集》,第397页。

^{②7} 蔡墩铭:《刑事诉讼法论》,台湾五南图书出版公司1993年版,第98页。

第三,奖励制度。即对在重大案件中有立功表现的证人给予适当奖励,以激发证人作证的积极性。

第四,证人保险制度。即国家应为证人投保专项的人身保险和财产保险,保证使其因为作证而导致人身和财产的损失能够得以补偿。

第五,责任追究制度。即对任何侵害证人或其近亲属的行为,一经发现,应依法追究行为人责任。

2 赋予律师充分的会见权

律师会见犯罪嫌疑人是一项双向的法定诉讼权利,它不仅关系到律师辩护职能的发挥,而且关系到犯罪嫌疑人人权的保障。笔者认为,实践中限制或者剥夺律师的会见权之所以比比皆是,一方面是因为有法不依,另一方面则囿于立法不完善以及缺乏可操作性。有鉴于此,除应加强严肃执法外,也应完善立法,加强律师会见制度的可操作性。例如,明确规定对会见时间、次数及会见内容不得予以限制;明确规定对于律师会见不得安装录音录像设备予以监控,切实保障其权利得到行使;增加有关非法剥夺或限制律师会见权的法律后果的规定,明确规定在律师会见权受到剥夺或限制的情况下所取得的犯罪嫌疑人供述不得作为证据使用,由此从根本上杜绝侵犯律师会见权情形的发生等等。

3 赋予律师完全的阅卷权

从上述情况可以看出,立法者规定的模糊与部门司法解释的本位主义,使得律师刑事诉讼中的阅卷权在很大程度上是形同虚设,律师单凭这些材料难以把握案情和提出辩护意见,更妄谈在“控辩平等”的平台上进行控辩协商。笔者认为,中国控辩协商制度的构建,必须首先解决辩护律师的阅卷问题。没有阅卷权保障的辩护律师的法律帮助、控辩协商的操作、辩护人对于被告人的帮助,就像“哑巴”对“聋子”的交流一般,难以真正完成控辩协商的使命。当然,还必须尽快建立我国的证据开示制度,方可有效治疗“律师阅卷难”这一流行性“顽症”。对此问题,笔者将在下文中作专题论及。

4 赋予律师保守职业秘密权

联合国《关于律师作用的基本原则》第 22 条规定:“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内所有联络和磋商均属保密性的。”

第一,拒绝作证权。拒绝作证权是指律师有权拒绝向司法机关提供其在执业过程中知悉的不利于己方当事人的案件事实的权利。拒绝作证权作为一项职业特权,在西方各国得到了普遍的确立。意大利《刑事诉讼法》第 200 条规定:“律师没有义务就自己因职务或职业原因而了解到的情况作证。”德国《刑事诉讼法》第 53 条规定:“律师对于在行使职务时被信赖告知或者所知悉的事项,有权拒绝作证。”日本《刑事诉讼法》第 149 条规定,辩护人被法院作为证人传询时,除特殊情况外,有拒绝提供证言的权利。美国《律师职业道德准则》第 4 条规定:“律师应当保守当事人的秘密和隐私。”

笔者主张在我国设立辩护律师的拒绝作证权,不仅因为这一权利在我国现实的司法环境中有利于减轻律师的执业风险,防止司法机关以律师包庇当事人、隐匿、毁灭证据等理由随意拘禁律师,更重要的原因还在于这一权利对律师职业和辩护人制度本身的稳定和保障功能上。因为,律师执业必须与其当事人保持相互合作和信任的关系。如果法律不规定律师拒绝作证的权利和义务,一旦律师将当事人的秘密向司法机关泄漏,必将使其当事人处于极为不利的境地,当事人也必将对律师彻底丧失信任和尊重。这种情形如果因为制度的原因而普遍化,其后果必将是律师行业在全社会信誉扫地,辩护制度的基础也将被破坏殆尽,控辩协商制度的构建则无从谈起。

第二,律师谈话和通信守密的特权。联合国《关于律师作用的基本原则》第 8 条规定,被羁押的人应当有权“在不被窃听、不经检查和完全保密的情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行”。联合国《关于律师作用的基本原则》第 22 条规定:“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在专业关系中所有联络和磋商均属保密性的。我国刑事诉讼法不仅没有规定律师与犯罪嫌疑人交流的守密权,而且还规定律师会见在押的犯罪嫌疑人时,侦查机关根据案件情况可以派员在场。试想,如果控辩协商制度建立后,被告人与辩护人的沟通还要在侦查人员在场的情形下进行,那还有什么平等协商?”

(三) 行业准入:建立刑事辩护律师的专业资格^②

形成目前我国刑事辩护艰难困境的另外一个不可忽视的重要因素,是刑事辩护律师职业素质与水平的参差不齐。中国要彻底走出刑事辩护的当前窘境,除去前述角色地位的转变以及法律制度所必需的立法变动之外,还必须提高律师参与刑事辩护的门槛,建立刑事辩护律师专业资格,提高律师自身素质,切实保障刑事辩护的质量。

1. 实行国家统一的、专门的刑事辩护律师资格考试

要提高刑事辩护质量,培养高素质的刑事辩护律师队伍,必须从改革资格考试制度入手,在我国现有的全国司法人员资格统一考试的基础上,设立专门的刑事辩护律师专业资格考试。一般律师要想进入刑事业务领域,必须下大功夫对刑事方面的法律进行更加系统、深入地学习,才可能通过专门的考试,取得刑事辩护律师资格。严格的专门考试不仅可以从客观上强化刑事辩护律师的专业知识水平,而且有助于增强刑事辩护律师的职业责任感和精英意识。对于社会来说,基于严格的专业考试而选拔出来的人更容易取得大众的信任 and 尊重,这对于提高刑事辩护律师的社会地位和荣誉感,都将十分有益。

2. 严格实习要求,强化实战素质

刑事辩护律师资格的取得,不仅要进行严格的专门考试,而且应当结合严格的实习训练,培养和强化刑事辩护律师的实战能力。西方国家普遍非常重视律师的素质尤其是执业技能,我国律师法中对通过考试取得司法人员资格的人尽管也有一定的实习期规定,但实际中执行得并不严格,一般实习期满就万事大吉,而对实习效果却无人过问,不需要经过严格的验收。建立刑事辩护律师专业资格制度,必须对上述做法进行改革,不仅要实行严格的、专门化的刑事辩护律师资格考试,而且更应当注重对刑事辩护律师实战能力的培养。

3. 调整收费标准,形成合理的利益驱动机制

要促进刑事辩护律师整体素质的提高,仅靠建立刑事辩护律师专业资格制度、严格把住刑事辩护律师的入口关是不够的,还必须调整刑事辩护的收费标准,使其承担的风险、付出的辛苦劳动与收入形成合理的正比,这样才能改善律师业务领域中不合理的利益驱动机制,使刑事辩护律师与民事、经济案件律师一样,通过自己的辛苦工作获得高额报酬,这是稳定刑事辩护律师队伍、吸引优秀人才向刑事辩护领域靠拢的关键性因素。

总之,刑事辩护律师专业资格制度的建立,将会引导刑事辩护律师行业成为高素质、高收入、拥有崇高社会地位和荣誉感的社会职业,从而吸引最优秀的人才不断加入到刑事辩护领域中来,这必将极大地提高我国刑事辩护的质量,有力地推动司法公正,使刑事诉讼领域中的人权得到更加全面、彻底的保障,为中国控辩协商制度的构建打下坚实的基础。

(四) 制度规范:明确辩护律师在控辩协商中的作用

辩护律师在控辩协商制度中的作用主要是为了保证犯罪嫌疑人、被告人作出有罪供述,与控方达成协议是建立在自愿的、明知的和理智的基础上的。为了达到这个目的,除了提高犯罪嫌疑人、被告人的诉讼地位之外,还必须赋予律师在刑事诉讼中更多的权利,以增强辩护力量,形成与控方势均力敌的局面,从而为供述的自愿性提供条件。具体表现在:

1. 律师应当在最初接触犯罪嫌疑人、被告人之时,就告知他们有关控辩协商的法律事项,并随时提供相关的法律信息。在诉讼过程中,还应根据案件的具体情况进行具体分析,适时地建议犯罪嫌疑人、被告人进行控辩协商。

2. 应当给予律师更自由的会见权、通信权。这样律师就能够及时和犯罪嫌疑人、被告人联系,及时给予他们法律帮助,告知有罪供述的后果和意义,分析案件的事实和证据,衡量认罪与否的利弊,并最终促使犯罪嫌疑人、被告人作出明知且明智的选择。

^② 关于此问题的专题研究,请详见冀祥德:《建立中国刑事辩护资格制度的法律思考》,《法学论坛》2001年第1期。

3. 赋予律师在公诉机关讯问犯罪嫌疑人、被告人时候的在场权。对犯罪嫌疑人、被告人进行讯问是公诉机关取得供述的途径,因此,赋予律师讯问时的在场权,目的是为了监督公诉机关讯问的合法性,避免刑讯逼供以及威胁、引诱、欺骗犯罪嫌疑人、被告人情况的出现,从而保证有罪供述的自愿性。

4. 律师在建议犯罪嫌疑人、被告人进行控辩协商时,应当从他们的利益出发,而不能不顾个案情况,一概建议进行协商。有两点特别注意:一是律师不能够违背当事人的意愿,擅自与公诉方进行协商;二是律师应当以当事人的角度分析并告知案件实际情况,让当事人根据自己的理智作出决定,而不可以为了追求协商的目的对当事人进行虚假陈述或者进行怂恿等有碍自愿性的活动。

四、结 语

笔者认为,从立法的角度看,中国刑事诉讼法的修改,无疑是中国刑事司法改革的一个巨大进步,甚至有人把它说成是刑事诉讼立法科学化、民主化的“一个重要里程碑”,这也不为过。然而,在司法实践中,就刑事诉讼法的修改对中国刑事辩护制度所引起的实质性影响而言,不仅不是巨大进步,而且是严重倒退。中国的刑事辩护正面临着让立法者始料不及的艰难困境。中国刑事司法制度欲引进辩诉交易,则中国刑事辩护必须彻底走出该困境;中国刑事司法制度不引进辩诉交易而欲向法治化、民主化、科学化发展,则中国刑事辩护也必须坚决走出该困境,盖因刑事诉讼的进化历史也可以说是辩护权发展的历史。总之,中国目前的辩护制度状况尚无法满足辩诉交易中国化的基本要求。只有实现中国辩护律师队伍的专业化,赋予中国律师必要的辩护权利和执业保障权利,才能使得辩诉交易在中国移植后,被告人有适格的辩护律师提供帮助,以确保其在控辩协商中得到公平对待。

当然,中国控辩协商制度的构建,除去对辩护制度的重构之外,尚须实现中国公众之契约观念及刑事价值理念、侦查权、检察权、审判权之模式,被告人、被害人之刑事诉讼地位,证据开示、沉默权等刑事诉讼制度等观念、权力(利)、制度的多维改造。笔者认为,辩诉交易在两大法系之成功穿越以及中国经济体制巨大转型之实践无不在向我们昭示:中国的刑事司法改革,通过严格的制度设计,完全可以吸收国外刑事诉讼制度中的合理因素,没有必要拘囿于法系之背景而坐等抑或遏制司法制度之变革。中国控辩协商制度仰赖的应当是一种当事人主义与职权主义优势并蓄的、以公正为基本法律理念兼存的高效刑事诉讼模式,而理论界学者之大胆探索与缜密论证,实务界决策者之锐意创新与勇于实践,皆为该模式以及中国控辩协商制度生成之近因。

Abstract: Judging the modification of Chinese Criminal Procedural Law from the perspective of legislation, the reform of Chinese criminal justice is undoubtedly a great progress and it is no exaggeration to call it "an important milestone" for the scientific and democratic pursuits of the criminal procedural legislation. However, in judicial practice, as far as the substantial impact of the modification of criminal procedural law on the Chinese institution of criminal defense is concerned, there has been serious regression instead of great progression. Criminal defense in China is facing unexpected difficulties of catching the legislators unprepared. The current state of the criminal defense institution in China now fails to meet the basic requirements of localizing defense transactions. Only by realizing the specialization of the defense lawyers in China providing necessary rights to defend and rights for legal practice to the lawyers in China can the defendants have qualified lawyers to defend them after the introduction of defense transaction into China so that they are sure of equal treatment in the prosecution - defense transactions.

Key words: criminal defense; review of the current state; institutional re-construction; prosecution - defense consultation