

# 中国刑事辩护本体省思

*Reflection on the Noumenon of Chinese Criminal Defense*

冀祥德 (中国社会科学院法学研究所博士后、法学系副主任 北京 100720) ■ 文



## 一、引言

1996年全国人民代表大会对我国《刑事诉讼法》进行了一系列重大修改,其中关于刑事辩护制度的修改是带有历史性的重大改革。与1979年《刑事诉讼法》相比,修改后的《刑事诉讼法》将律师或者其他辩护人参加刑事诉讼的时间大为提前,明确规定了辩护人的数量、资格,扩大了法院指定辩护的范围,扩充了律师或者其他辩护人的诉讼权利,引入了庭审控辩对抗机制等,律师能够多阶段、多形式介入刑事诉讼活动。这一立法变动旨在通过对辩护制度的完善,提升人权保障的力度,使我国的刑事辩护制度得以沿着法治的轨道前行。笔者认为,仅仅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》的修改对于中国刑事辩护制度所引起的实质性影响而言,不仅并非巨大进步,而是严重倒退。有关部门权利本位的司法解释或规章使得中国的刑事辩护正在面临着让立法者始料不及的滑稽、尴尬而艰难的困境。

修改后的《刑事诉讼法》实施至今,中国刑事辩护的路却越走越难。以浙江省为例,《刑事诉讼法》修改前后,刑事辩护率呈逐年下降之势。详见下表:

浙江省1995年至2002年上半年律师刑事辩护数据

| 年 份    | 辩护案件  | 法院指定的法律援助 | 刑事辩护率  |
|--------|-------|-----------|--------|
| 1995 年 | 13689 | 993       | 21.89% |
| 1996 年 | 14912 | 1359      | 19.3%  |
| 1997 年 | 13247 | 1300      | 15.3%  |
| 1998 年 | 14692 | 1575      | 15.37% |
| 1999 年 | 17754 | 2001      | 16.26% |
| 2000 年 | 16164 | 2224      | 14.48% |
| 2001 年 | 20471 | 2680      | 16.26% |
| 2002 年 | 9104  | 1144      | 14.89% |

杭州1997年至2002年上半年律师刑事辩护数据

| 年 份    | 辩护案件 | 辩护率   |
|--------|------|-------|
| 1997 年 | 2308 | 20.4% |
| 1998 年 | 2637 | 19.8% |
| 1999 年 | 3027 | 19.2% |
| 2000 年 | 3090 | 16.7% |
| 2001 年 | 3200 | 14.6% |
| 2002 年 | 1269 | 11.6% |

根据资料显示,目前全国法院每年审结的刑事案件没有辩护人的达到70%以上。不少律师事务所干脆取消了刑事辩护业务,一大批原来从事刑事辩护的律师也拒绝办理刑事案件,与之相对应的是,在目前尚有的刑事辩护律师中,初出茅庐的律师占有了相当的比例。检察部门和法院均反映,律师办理刑事案件的质量,特别是法院指定的刑事案件质量较低,发表的辩护意见谈不到关键要害上;被告人、犯罪嫌疑人

\* 作者简介:冀祥德(1964-),男,山东青州人,北京大学法学博士,中国社会科学院法学研究所博士后,法学系副主任。主要研究方向为诉讼法学、刑法学、司法制度与司法改革。

“毋庸置疑的是,修正后的《刑事诉讼法》在体例上更具有科学性,在内容上更具有民主性,在惩罚犯罪与保护人民方面发挥了重要作用。”(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5月第1版第1页。)陈光中教授评价“《刑事诉讼法》的修改与完善,标志着中国法制建设史上一个新的新发展”。

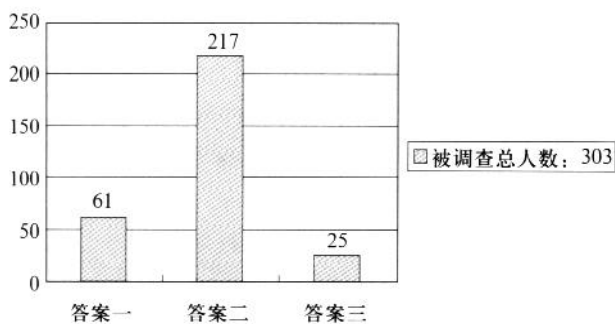
2001年12月7日至9日,由全国律师协会刑事专业委员会和中国人民大学法学院共同举办的“司法公正与刑事辩护国际学术研讨会”在北京市稻香湖培训中心举行。代表报到之日,适逢北京首场瑞雪,隆冬的冰天雪地给代表们的行程带来了很大的困难。次日,在大会的交流中,北京大学法学院贺卫方教授深有感触把中国刑事辩护的现状比喻为冰天雪地上的行车人。话音落罢,会场上雷鸣般的掌声经久不息。笔者作为与会代表深刻地感受到,掌声既表达了与会学者、律师以及实务部门代表对贺卫方教授才思敏捷的赞誉,同时也更表明了对中国刑事辩护当前困境与窘况的首肯。

参见孙业群:《做一个刑辩律师究竟有多难——律师参与刑事诉讼活动有关问题的思考》,载《中国律师》2003年第4期,第69页。

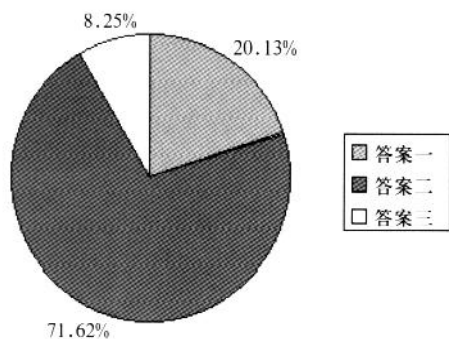
樊崇义:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第100页。

冀祥德:《建立刑事辩护专业资格的法律思考》,《中国律师》2001年第2期,第11页。

人对辩护律师的信任度越来越低;社会公众认为刑事辩护的作用越来越小。笔者对此问题专门设计问卷,于2004年3月以烟台市3个看守所的被羁押人员和北京大学法学院学生为对象进行了调查。调查结果如下:在被调查的303名犯罪嫌疑人、被告人中,回答“信任辩护律师(答案一)”的61人,占总人数的20.13%;回答“有辩护律师比没有好,但关键要靠自己和亲属(答案二)”的217人,占总人数的71.62%;回答“辩护没用(答案三)”的25人,占总人数的8.25%。见下图:

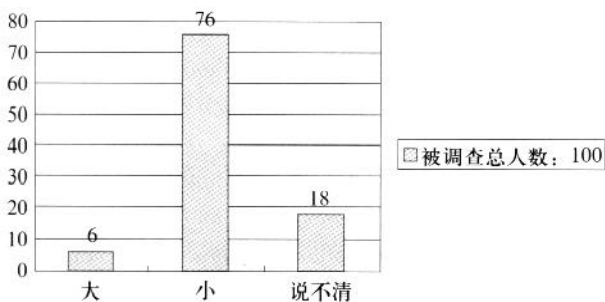


图一:各选项人数分布图

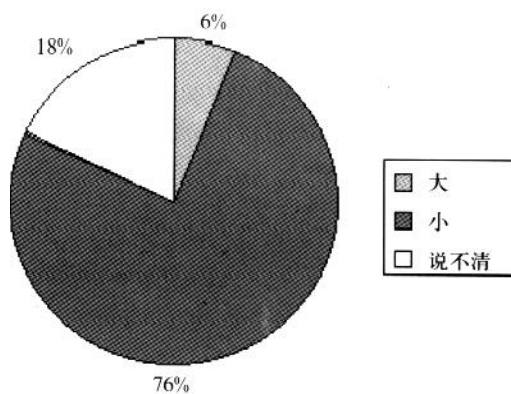


图二:各选项比例分布图

笔者以“当前刑事辩护在刑事审判中的作用”为题,对北京大学法学院的学生(含本科生15%、硕士研究生80%、博士研究生5%)进行了问卷调查。在被调查的100人中,回答“作用大”的6人,占总人数的6%;回答“作用小”的76人,占总人数的76%;回答“说不清”的18人,占总人数的18%。见下图:



图三:各选项人数分布图



图四:各选项比例分布图

面对上述现象与问题,立法部门在反思,律师在着急,学者在呼吁,百姓在困顿,司法部门在麻木?近年来,关于刑事辩护的研讨会一个接着一个,中美、中英、中加、中欧……每年的全国诉讼法年会,刑事辩护问题的研讨都成为一个炙手可热的重点。立法乎?司法乎?观念乎?素质乎?管理乎?笔者拟以从事刑事辩护十多年之亲历以及近年来对该问题之专门研究思考略述管见。

## 二、从刑事辩护的历史嬗变看辩护权的本体属性

辩护权是一项基本人权,古已有之。这从人类刑事辩护的发展史中可清晰辨明。刑事辩护史可以分为以下几个阶段:

### (一)萌芽阶段

作为一项对被追诉人的权利进行保护的制度,一般认为辩护可以追溯至氏族部落时代。随着原始社会中社会分工和交往的扩大,氏族成员间的纠纷不断出现,在缺乏法律手段予以解决的情况下,血亲复仇的私力救济成为解决纠纷的唯一途径。血亲复仇在当时有一套完整的程序。摩尔根在《古代社会》一书中详细描述了这一过程:“氏族的一个成员被杀害,就要氏族去为他报仇,但是,在采取非常手段之前,杀人者和被杀者双方的氏族有责任设法使这件事情得到调解。双方氏族的成员分别举行会议,为对杀人的行为从宽处理提出一些条件,如果罪行有辩护的理由或具备减轻罪行的条件,调解一般可达成协议。”可见,在人类社会最初的原始状态,在没有阶级的天然状态下,人类解决“刑事案件”的方式已经有了辩护的成分在其中,刑事辩护和代理的雏形开始显现。

### (二)形成阶段

古希腊的雅典是刑事辩护制度的发源地。众所周知,雅典的历史上进行过多次著名的社会改革,如公元前594年的梭伦改革,公元前443~429年的克里伯利改革,这些改革在刑事领域废除了重刑,并且设立陪审制度、议事制度,使

审判方式更加民主化,诉讼双方可以广泛采取辩论方式。正是在雅典的这种民主气氛中,刑事辩护应运而生。雅典法律中规定,当事人可以通过辩论方式自己行使辩护权,也可以委托他人行使,并对辩论的内容、时间、地点等都有明确而完备的规定。当然,古希腊还没有出现职业的辩护人,通常认为职业辩护人,即现在所说的律师是在古罗马出现的。

古罗马是律师制度的诞生地。罗马法以民法著称于世,但诉讼法在罗马法中也占有重要地位,其一大贡献就是创制了律师制度。公元前3-1世纪,古罗马共和时期,由于商务的发展,衍生自商业纠纷的社会冲突也日益加剧,诉讼日益增多,但是商人们往往由于忙于商务而无暇顾及,社会上出现了专门为诉讼当事人提供法律帮助的辩护士。辩护士的职责是:为当事人进行诉讼代理活动,在法庭上为被告人发言,反驳控诉。公元1世纪,罗马进入帝国时期后,这一诉讼代理制度和辩论原则逐渐发展成律师辩护制度。

### (三)断层阶段

人类社会进入中世纪,即封建制社会后,刑事辩护进入了断层期。这一时期,东西方专制统治盛行,毫无民主自由空气,刑事辩护失去了生存空间。在东方,封建时期的中国,实行国家追诉和纠问式的诉讼方式。在诉讼中,法官是唯一的享有各种权利的人,最为严重的是集审判职能与控诉职能于一身,不仅有权进行审判,而且有权进行侦查和追诉,被告人只是被拷问的对象,只有供述的义务而无辩护的权利。正如意大利学者指出,随着纠问式的建立,控告所引发的范围广泛的辩论失去了一切存在理由,因此,辩护也变得不那么至关重要。因为,纠问式诉讼所要做的正是要竭力防止过分尊重个人权利而不能确保对犯罪人进行追究的情形发生,按照这种诉讼程序,可以认为在某种程度上,结果始终可以证明使用的手段正确。在西方国家,宗教、神学统治盛行,并逐渐介入诉讼,占据了裁判的地位,宗教要求人们思想统一,不允许异端邪说,自由辩论也是不存在的,诉讼就演化成国家单方面的、赤裸裸的、随心所欲的暴力,刑事辩护制度近乎中断。在这一时期,英国虽然以法令方式对陪审团制度予以确认,在刑事诉讼中予以适用,从而使辩护制度得以有限的保存,但与真正意义上的辩护制度仍有较大差异。

### (四)发展繁荣阶段

16、17世纪的资产阶级思想启蒙运动和18、19世纪的资产阶级民主革命,使刑事辩护制度得以在这一时期复兴并长足发展。资产阶级民主、自由、平等思想的提出,尤其是刑

事诉讼中无罪推定原则的确立,为刑事辩护的复兴和发展奠定了坚实的理论基础。世界范围内出现了英美法系和大陆法系两大法系。两大法系在刑事诉讼中都确立了刑事辩护制度,但由于历史传统不同,两大法系对刑事辩护制度的内容规定的不太一致。英美法系从保护人权的价值观念出发,主张程序本位主义,认为程序本身有其独立存在的内在品质,程序的目的不仅在于发现案件事实,还在于通过程序的公正使被追诉人得到公正的裁判。因此英美法系特别重视刑事辩护制度,在刑事诉讼中辩护方与控诉方、审判方地位完全平等,法律上赋予辩护方在侦查、起诉、审判各阶段都享有充分的辩护权。大陆法系从维护社会整体利益的价值观念出发,主张程序工具主义,认为刑事诉讼的价值就在于发现案件事实,维护社会秩序,它本身没有内在的价值,因此,大陆法系的刑事诉讼中,辩护方的地位与控诉方、审判方完全平等,被追诉人及其辩护人的诉讼权利在一些方面受到较大的限制。

二十世纪后,随着两大法系的不断借鉴融合,世界各国普遍认识到,保护人权已经成为法治社会的必然要求,各国在加强保护人权的同时注意到保护刑事被追诉人人权的重要性,因此在本国的刑事诉讼中都把辩护权明确确立为一项基本人权。各国刑事辩护的重点,也逐渐由泛泛地从法律上宣布被告人享有此项权利转向加强对辩护权的保障措施的建设。同时被指控人有权获得辩护在现代不仅成为各国国内法原则,而且也成为联合国人权活动的基本原则之一,在一系列国际文件中得以规定,刑事辩护进入了繁荣期。

通过上述对刑事辩护制度历史演变的描述,至少可以得出两点结论:

第一,辩护权是一种自然权利。辩是诉的本能反应,作为一种事实现象,它普遍存在于各个历史时期以及现代三大诉讼程序之中。在人权之生命权、健康权、自由权等诸多内容中,犯罪嫌疑人、被告人的辩护权是存在于其中的一项特殊权利,他是犯罪嫌疑人、被告人作为人的一项天然权利或曰自然权利。

第二,辩护权作为被追诉人的权利是一种自然权利,在不同的历史条件与制度背景之下,辩护权的体现形式虽有差异,但从总体上讲,刑事辩护经历了一个从无到有,从强调被追诉人权利到兼顾被害人权利的过程,同时对被追诉人的保护也在不断强化与完善。“刑事诉讼的历史就是扩大辩护权的历史”,就是这样的一个描述。

### 三、刑事辩护的理论基础

为何要要为有罪的人辩护?是研究刑事辩护制度首先要回

(意)朱赛佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第372页。

(日)田口守一:《刑事诉讼法》,法律出版社2000年版,第89页。

答的问题。要回答这个问题必须对刑事辩护制度形成的条件和价值做深入的理论分析。现代刑事辩护制度发展到今天必然有强大的理论支持。笔者认为,刑事辩护的理论基础可以从以下三个方面得以阐述:

### (一)哲学基础:对立统一规律

刑事诉讼活动的基本内容是查明已经发生的客观存在的案件事实,在此基础上正确适用法律,惩罚犯罪分子,保障无辜的人不受刑事追究。作为一种认识活动或者证明活动,它离不开唯物辩证法的指导。对立统一规律是我国建立刑事辩护制度的哲学基础,这是我国学者的共识。对立统一规律是唯物辩证法的三大规律之一,是人们认识客观世界及其发展规律的科学理论。它认为,世界上的一切事物都包含着两个既互相联系又互相排斥的方面,这两个方面既对立又统一,它们的斗争和统一推动着事物的运动和发展。对立统一规律要求按照事物的本来面目去认识世界和改造世界,采取矛盾分析的方法,全面地、科学地考察事物和处理问题。

刑事案件是已经发生了的过去,案件的审判者并没有亲眼目睹犯罪事实发生,要使审判公正,就必须全面、客观地审查判断证据,从控诉方那里得到的往往是不利于被告人的材料,如果过于相信,势必产生偏见。而控辩双方平等地进行辩论,可以各扬其长,克服偏见,互相补充,修正对方的意见,使有关事实和证据愈辩愈明,从而为正确处理案件奠定可靠的基础。正如美国学者指出的:“相互申辩似乎是唯一有效的对策,借以抵御人们借熟知事物对并未完全清楚的事物作过分轻率结论的人性之自然倾向。”

### (二)物质基础:社会分工和经济发展

人类为自己辩护的实践自从有了人类社会就开始出现,但仅有辩护权存在还不能自然产生辩护制度,辩护制度的产生要有物质基础的支持。原始社会生产力低下,人们共同劳动,社会关系简单,没有太多的纠纷出现,解决纠纷的方式主要靠氏族习惯,不可能产生职业的辩护人。随着人类文明的进步,生产力的发展,人类社会出现了三次社会大分工,使人类社会经济繁荣,尤其是第二、三次社会大分工后,手工业、商业发达,人类的经济关系复杂,纠纷增多。为了解决纠纷,国家必须制定一系列的法律,随着法律的不断增多,日渐复杂,诉讼程序也日益显露出越来越明显的技术化、专门化倾向。当事人在诉讼中需要熟悉法律的人的帮助,诉讼逐渐职业化,律师作为独立的阶层就应运而生。可见,社会分工和经济的发展是刑事辩护

制度产生的物质基础。

### (三)价值基础:被追诉人的权利保障

刑事辩护存在的价值到底是什么,这是一个在刑事诉讼法理论上存在争议的问题。但无论是目前的真实发现理论或是公平裁判理论都无法为刑事辩护制度的进一步发展找到坚实的理论基础,刑事辩护的价值基础只能从保障被告人权利这一点得到论证。

刑事诉讼主要是围绕着国家与被告人的刑事追诉而展开的,国家为达此目的,动用司法权,包括采取各种限制甚至剥夺被告人的人身自由的强制措施,一旦刑事追诉成功,更会涉及对被告人的生杀予夺,在强大的国家机器面前,被告人是一个弱者。在这种情况下,如果被告人的权利得不到保障,就会造成不可逆转的重大伤害。为此,为了防止过于强大的追诉机关滥用权力压制被追诉人,必须引入平衡二者的因素,以维持诉讼构造的基本均衡。这种理论反映在刑事诉讼中就要求对被追诉人赋予充分的参与机会,使其能够攻击防御、陈述意见或辩论,并且保证其辩护的有效性,以避免发生有失公正的突袭性裁判。因此,人权保障就成为刑事辩护正当性的价值论基础。

## 四、中国刑事辩护现状检讨

### (一)刑事辩护定位缺陷

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

熊秋红:《刑事辩护论》,法律出版社1998年版,第104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。

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。

我国的刑事辩护的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的不到位,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,不能充分的收集证据,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,律师作为国家法律工作者对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,是有助于发挥律师的作用,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<sup>①</sup>。

1997年起施行的《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<sup>②</sup>。

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,将律师不再视为国家工作人员,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)立法之不足

### 1. 辩护律师行使调查取证权受限。

我国《刑事诉讼法》对律师取证权作了规定,但又有诸多的限制,这种限制主要表现为以下三个方面:第一,法律

①陈卫东:《中国律师学》,中国人民大学出版社1990年版,第52~53页。

②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。

没有明确赋予律师在侦查阶段享有调查取证权。《刑事诉讼法》第96条规定律师在侦查阶段可以参与诉讼,为犯罪嫌疑人提供法律咨询,代为申诉、控告;向侦查机关了解涉嫌的罪名;会见犯罪嫌疑人,向其了解有关案件情况;为犯罪嫌疑人申请取保候审等,但是不能调查取证。第二,辩护律师只能有限行使调查取证权。在审查起诉和审判阶段,法律虽然规定律师可以向证人、被害人或者被害人的近亲属、被害人提供的证人或者其他有关单位和个人收集与本案的有关材料,但同时又规定,向证人或者其他单位和个人收集材料必须经被调查者同意;向被害人或其近亲属以及被害人提供的证人收集材料时,除必须经这些人的同意外,还必须经过人民检察院或者人民法院的许可。这意味着律师以辩护人的身份参加诉讼后,其收集证据的权利仍受到很大的制约,一旦上述人员不同意或者司法机关不许可,就意味着辩护律师调查取证权利之虚设。第三,律师调查取证权缺乏法律保障。立法虽然赋予了辩护律师申请人民检察院、人民法院收集、调取证据的权利,但这一规定对人民检察院来说并没有实际的约束力,因为许可与否,没有明确的条件限制,人民检察院完全可以视其需要来作出相应的处理。实践中人民检察院对于这种申请往往也是不予理睬。

## 2. 辩护律师的人身权利缺乏保障。

律师的言论豁免权是联合国签发的《关于律师作用的基本原则》中明确规定的律师基本权利,目的在于使辩护律师在执业中获得了某种特权,以抵御可能来自控方的侵害,并且使律师在义务冲突中得到解脱,保障辩护律师的正常执业活动。我国《刑事诉讼法》与《律师法》中不仅没有关于律师执业豁免的规定,而且在《刑法》第306条还针对辩护人规定了辩护人毁灭、伪造证据、妨碍作证罪,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,极大降低了律师参与刑事辩护的热情。辩护律师的人身权利缺乏保障是实践中刑事辩护步履维艰的一个重要原因。

## 3. 立法上没有规定辩护律师的在场权。

辩护律师的在场权,普遍存在于现代各国的刑事诉讼之中,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<sup>①</sup>。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。

## (三)司法之缺憾

由于刑事辩护律师角色定位的前后矛盾和立法上的缺陷,使刑事辩护在司法实践中遇到了很大的困难,突出表现于以下几个方面:

### 1. 律师在侦查阶段的会见权被“司法剥夺”。

律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人是《刑事诉讼法》规定的律师的一项基本诉讼权利,是辩护律师了解案情、准备辩护以及维护犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的前提条件。但是这一立法规定在司法中却被“依法”剥夺:一是律师会见批准制由例外变成了通例;二是侦查机关阻挠律师会见犯罪嫌疑人,以各种理由拖延安排会见时间,并对会见的次数和时间进行限制;三是限制会见内容,不允许律师向犯罪嫌疑人了解有关案件情况;另外律师会见犯罪嫌疑人,侦查机关普遍派员到场,律师与犯罪嫌疑人的交流完全由侦查人员控制。

### 2. 律师的阅卷权较旧法有倒退而无进步。

《刑事诉讼法》第36条规定,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。立法的这一规定本身就是对律师阅卷权的限制,因为律师们最希望看到的证人证言、物证、书证等对定罪量刑有决定意义的证据材料都不在此范围内,而且在实践中检察机关还故意设置障碍对这有限的阅卷权进行限制。在审查起诉阶段,介入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。

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。实践中公诉机关提供的这些证据目录,往往只有目录而没有证据,证人名单往往只有证人的名单而没有证人证言,主要证据往往只提供有罪和罪重的证据,而没有无罪和罪轻的证据材料。因此律师无法了解到与案件事实相关的证据和案情,包括公诉机关指控犯罪的证据和对犯罪嫌疑人、被告人有利的证据,也就难以进行充分的辩护准备,显然处于不利的地位。

① 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。

### 3. 律师调查举证权的行使布满“陷阱”。

由于法律本身存在的问题,加上当前我国公民普遍缺乏法律意识,实践中证人往往不愿作证。根据法律规定,只要证人自己不同意,律师显然是难以取证的,因此,律师在刑事诉讼中进行调查取证非常难,难以收集到有力的辩护证据。而且,律师一旦收集到与侦查机关相反的证据时,还有可能被侦查机关或者检察机关以伪证或者妨碍证据罪而被羁押甚至判刑。面临随时可能出现的这些职业风险,大部分律师都尽量少做这些本来辩护律师必须进行的工作,这必然严重影响刑事辩护的质量。

#### (四)观念之愚顽

任何一套现代制度的设计和运行的背后都有一套与之相应的价值理念的支撑。辩护制度在我国司法实践中遇到的压力与阻碍说到底仍是一种司法观念的问题。根据诉讼模式理论,对一个国家之诉讼模式起决定性影响的因素是国家意识形态和司法官僚结构<sup>①</sup>。笔者认为,辩护律师作用之大小及刑事辩护功能之强弱,与一个国家的司法官僚结构和意识形态紧密关联。

#### 1. 司法官僚结构分析。

达马斯卡把司法官僚结构分等级模式与同位模式两种类型。他认为,在等级模式的司法官僚结构下,职业化的官僚以及长时期的任职,均不可避免地导致专业化和程式化,而这些又导致法官划定一个他们认为属于他们领域的区域,并发展出内部之间自我认同的身份意识。逐渐地,内部人和外部人之间的区别变得严格化,从而外部人对程序的参与对法官而演变的无关紧要<sup>②</sup>。在这种司法官僚结构之下,辩护律师的作用会由于这种司法官僚结构的限制而受到影响。

与之相对应,理想的同位模式结构由未受过法律训练的外行人组成法官,这些外行人只是临时的在有限的时间内履行当局的职责,内部人和外部人的区分因而并不明显<sup>③</sup>。在这种模式结构之下,辩护律师的作用就得到极大地加强。

#### 2. 意识形态分析。

达马斯卡把意识形态也分两种类型,即保守主义意识形态与激进主义意识形态。在一个保守的国家,国家的职责仅

仅在于为社会的交往提供一个框架,政府通常被称为最小主义的政府,其职责仅仅在于保护社会秩序和解决不能由当事人自己解决的纠纷。在诉讼中,程序规则仅仅是当事人应当遵守的一种规则,公平成为涉及法律程序的主要考虑因素。为了实现诉讼程序的公平,必须要为当事人配备平等的武装。因而,保守主义的国家通常选择为较弱的一方提供律师帮助,从而,律师的角色就是热情地维护他的委托人的利益,并且这一利益也应当由其委托人来界定<sup>④</sup>。

与保守主义国家相反,在一个激进主义意识形态占据主导地位的国家,国家和政府有权为社会设定目标,并且有权在全国范围内执行它的意识形态。如果说保守主义的国家是将它的政府功能限定于维持社会的平衡,那么,激进主义的国家则允许政府侵入公民生活的各个领域。相应的,这样的诉讼程序中,判决合法性主要来自于它的正确性,而不是来自于程序的公正性。所以,诉讼程序就有必要尽最大可能的获得一个实体上正确的结果,而不是加强公正的观念或者保护并列的实体价值。私人律师对他的当事人的忠诚还要受制于遥远的国家利益的考量,当个人利益与国家利益发生冲突时,个人利益要服从国家利益<sup>⑤</sup>。所以,律师的作用并不彰显。

我国在1979年《刑事诉讼法》制定时,显然是一个奉行激进主义意识形态的国家,法律被视为阶级斗争的工具,强调社会安定和社会秩序,把国家和社会利益作为第一位的选择。为了保证国家政策的执行,司法官僚体制也被设计为纯粹的等级模式,这种模式天然地排斥辩护律师作用的发挥。1996年修改的《刑事诉讼法》,诉讼模式虽然更多的体现了保守主义意识形态的因素,一些制度的设计都在一定程度上体现了程序正义的思想,但是,从总体上看,中国仍然不是一个保守主义意识形态占主导地位的国家,同时由于长期存在的“官本位”思想,司法官僚结构也没有发生实质性改变,这些都从根本上导致了政府与公众对于辩护律师功用的认识,成为严重影响了辩护律师作用发挥的观念原因。

对于刑事辩护功能弱化的原因分析,笔者于2004年3月进行了专题问卷调查。对北京大学法学院学生的调查结果如下:在被调查的100人中,回答“立法问题”的16人,占总人数的16%;回答“司法问题”的81人,占总人数的81%;回答“律师自身问题”的3人,占总人数的3%。见下图:

① Mirjan Damaska, *Faces of Justice and State Authority*, Yale University, New Haven and London, 1986.

② Mirjan Damaska, *supra* note 1 pp. 18 ~ 22.

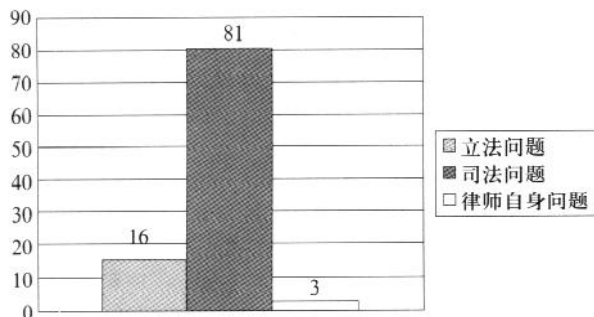
③ Mirjan Damaska, *supra* note 1 pp. 23 ~ 28.

④ Mirjan Damaska, *supra* note 1 pp. 73 ~ 146.

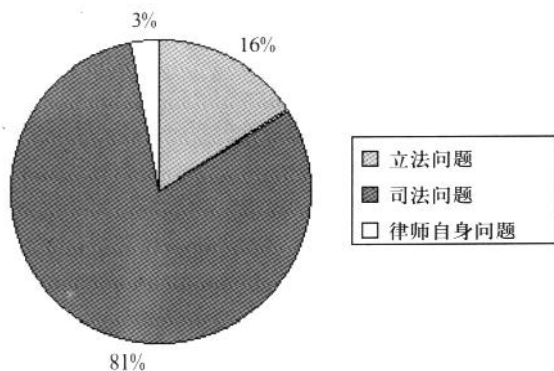
⑤ Mirjan Damaska, *supra* note 1 pp. 80 ~ 180.

## Reflection on the Noumenon of Chinese Criminal Defense

被调查总人数: 100



图五: 各选项人数分布图



图六: 各选项比例分布图

这个数据的得出,与笔者从事刑事辩护的亲历感知与理论分析是一致的。

### 五、中国刑事辩护的基础置换与制度构建

#### (一) 对于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,刑事诉讼中保护被追诉人人权的内容的增加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,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,同时站在国家和人民的立场上,强调积极维护国家法律的实施。于是经常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,但在实际上,辩护律师的参与很难说是加强了平衡还是加剧了不平衡<sup>①</sup>。

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。”<sup>②</sup>

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

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 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。

Reflection on the Noumenon of Chinese  
Criminal Defense

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。<sup>①</sup>”

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国际、国内会议上强调: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) 给予辩护律师必需的权利保障

目前,我国《刑事诉讼法》应增加辩护律师的以下权利:

1、赋予辩护律师独立的调查取证权。应在法律中明确规定,律师在刑事诉讼的各阶段有独立的调查取证权;取消律师向司法机关申请调取证据的规定;规定任何人对律师的调查取证都有配合的义务。

2、赋予律师完全的阅卷权。建议在庭审前建立证据展示制度,控诉机关的一切证据在庭前必须向辩护方出示,保证辩护方完全的阅卷权。当然,为了确保司法公正和审判效率,控诉方和辩护方都负有向对方开示相应证据的义务,至于双方各自所应当开示的证据范围,可以根据我国当前的司法体制、诉讼程序以及辩控双方的地位等因素予以规制。

3、赋予律师执业豁免权。必须尽快取消《刑法》第306条<sup>②</sup>明确规定辩护律师在刑事诉讼中依法履行职责的行为和

言论不受法律追究。

## (三) 转变对辩护律师的愚顽观念

笔者早已提出“车轮说”,指出公、检、法、律是推进社会法治进程不可或缺的四个车轮,缺乏现代辩护律师制度的刑事司法制度,永远不可能驶入现代法治的轨道。为此,司法机关包括公安机关必须改变过去长期以来形成的那种律师参与刑事诉讼,会给侦查、起诉、审判工作造成困难的观念,树立律师参与诉讼是为了保障被追诉人的合法权益、保障程序公正的现代法治观念,在刑事诉讼中平等地、善意地对待辩护律师,与辩护律师携手并肩,共同推动我国法制建设的进程。

## (四) 设立刑事辩护律师专业资格制度<sup>③</sup>

毋庸置疑,形成我国刑事辩护目前艰难困境的另外一个不可忽视的重要因素,还有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”,彻底改变当前凡是取得律师职业资格的人员无论执业时间之长短、执业水平之高低均可从事刑事辩护的不正常状况,建立刑事辩护律师专业资格,提高刑事辩护律师素质,保障刑事辩护的质量。

笔者认为,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和尊重,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。

<sup>①</sup>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。

<sup>②</sup>对于取消《刑法》第306条的探讨,详见冀祥德:《必须尽快取消刑法第306条》,载于《中国律师》2004年第7期。

<sup>③</sup>对于此问题的专题研究,详见冀祥德:《建立刑事辩护专业资格的法律思考》,载于《中国律师》2001年第2期,第11页。