

# 提高我国刑事辩护质量的另一条路径

## ——再论刑事辩护准入制度的建立

On Another Way To Improve Criminal Defense In China

冀祥德

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

**内容提要:**建立刑事辩护准入制度是提高我国刑事辩护质量的另一条现实路径。在现实国情允许的情况下,我国应从死刑案件开始,分步骤、分阶段地设立刑事辩护的准入门槛,同时设置相应的监督、惩戒以及退出机制,为刑事辩护准入制度的实施营造良好的制度环境。

**关键词:**刑事辩护 准入制度 有效辩护

### 一、应区别不同案件设置不同的刑事辩护律师准入条件

构建我国的刑事辩护准入制度,是笔者十多年来一直在思考和探索的问题,也就此发表过一些文章阐述观点与主张。而今,在刑事诉讼法再修改、关于辩护制度究竟如何改造的激烈争论中,笔者认为有必要从提高刑事辩护质量出发,概括规定刑事辩护准入原则,并在律师法的完善中予以具体规定。

“(美国)联邦宪法要求实质性的平等(substantial equality)和公平对待,如果被告人不能找到有能力的律师为其辩护,所有这一切就无从谈起。”因此,刑事辩护人应该是受过高等教育、接受过严格的专业训练的专门人才,他们不仅应具备完备的法律专业知识、娴熟的法律业务操作能力、缜密的思维能力和敏锐的分析判断能力,还应具有崇高的职业道德,并受到严格的执业纪律的约束。

在一些法治发达国家,出席法庭辩护是律师的一项特权,除律师外其他任何人都不能从事这项业务。德国《刑事诉讼法》第140条通过详尽的列举规定了必须由律师垄断刑事案件的辩护。这些情形包括:联邦最高法院、

联邦高等法院或者联邦地区法院管辖的第一审案件;行为涉及的是一个重要的罪行,不仅是累犯的原因;诉讼程序可以导致做出拘留在医疗处(所)或看守所的处分或者禁止执行某一职业的命令;被告人是聋哑的;被告人在本案或者其它案件中已经羁押满3个月,并在审判开始前不能从羁押中或医疗处(所)或看守所释放出来又届满两个星期;为了对被告人的精神状态做出鉴定意见,有可能把被告人拘留在公立的医疗处(所)和看守所;进行缺席审判。德国刑事诉讼法规定,在其它情况下,审判长鉴于犯罪行为的严重性或者因为事实上或法律上的困难,认为需要辩护人参加辩护,或者发现被告人无能力为自己辩护时,可根据申请或依职权指定辩护人。在丹麦、意大利、德国、法国,侵犯律师对于法庭辩护享有的垄断权利必须承担刑事责任。而在其它一些欧共体成员国,则通过严格禁止非律师人员从事法庭辩护,来确认和保护律师对此享有的特权。

当然,设置刑事辩护进入机制是为了保证刑事辩护人能够帮助被追诉人充分行使辩护权,有效对抗国家专门机关的控诉。但是,实践中的刑事案件千差万别,不同

**作者简介:**冀祥德(1964-),男,汉族,山东青州人,中国社会科学院法学研究所博士后,法学系常务副主任、教授。

**基金项目:**2007年度国家社会科学基金项目“构建我国刑事诉讼中的控辩平等”之阶段性研究成果,项目批准号:07BFX061。

详见冀祥德:《刑事辩护专业资格论》,载《法学论坛》2000年第4期;冀祥德:《建立我国刑事辩护专业资格的法律思考》,载《中国律师》2001年第2期。

Chales F. Hemphill, Criminal Procedure: The Administration of Justice, Goodyear Publishing Co. 1978, at 107 - 108.

参见[法]拉格特、[英]拉登:《西欧国家的律师制度》,陈庚生等译,吉林人民出版社1991年版,第114-115页。

的刑事案件对刑事辩护人的素质要求也有所不同。例如,简单、轻微的刑事案件对刑事辩护人的要求显然要低于重大、复杂的刑事案件。所以,出于合理配置资源的考虑,并不适宜对刑事辩护进入条件设置统一的规定,进行一刀切,分别不同情况区别设置不同的进入条件是更为合理的选择。

第一种情况是,对于辩护律师的资格要求因出庭法院级别的不同而不同。如英国出庭律师和初级律师的不同分工:出庭律师可以在英国任何法院出庭为当事人辩护,而初级律师(又被称为事务律师)则只能在郡法院和治安法院等基层法院出庭为当事人辩护,即基层法院以上的法院都要求出庭为当事人进行辩护的律师为出庭律师。日本有特别辩护人和刑事辩护人之分,在日本,原则上,辩护人必须从律师中选任,但是根据日本刑事诉讼法规定,简单法院、家庭法院、地方法院可以经法院许可选任非律师做辩护人,这类辩护人叫“特别辩护人”。除以上三种法院外,在其它高级法院必须选任有律师身份的人做刑事辩护人。事实上,特别辩护人的选任,多半是在案件的性质需要有特殊技能、经验、学识丰富的场合,或者与被告人有特殊关系根据情况特别需要的场合。丹麦、意大利、法国也有类似的规定。在丹麦,律师只有以到高等法院进行两个实际案件的辩护的形式通过辩护考试,并得到该法院的批准,然后才能取得在高等法院出庭辩护的权利。如果一个律师想要取得在最高法院出庭辩护的权利,还必须具有在高等法院辩护 5 年以上的资历。在意大利,只有那些经过特别授权、并将其名字载入一份专门名录的律师,才能在宪法法院、最高法院、国务会议和审计法院出庭辩护。而要取得这种资格,必须从事一段时间的普通律师业务,或者通过一种专门的公开考试。在这两种情况下,有关律师都必须是从来没有受过纪律惩戒处分的。在法国,只有少数专门的律师才能在行政法院和最高法院出庭辩护。这些律师被称为“行政法院和最高法院的律师”。

第二种情况是,对于辩护律师的资格要求因案件的复杂严重程度不同,刑事辩护进入条件也不同。一般来说,性质严重的刑事案件由于事关被追诉人的人身自由甚至生命,刑事辩护质量也就显得举足轻重,对于刑事辩护人的业务素质要求就更高。以美国为例,美国对于死刑案件的刑事辩护人特别设置了严格的准入条件。在死刑案件的审理过程中,美国联邦和各州法院一般都要求被告至少要有两名律师为其辩护,一个应为死刑方面的专家,另一个则应精通诉讼方面的事务。而且,原则上,死刑案件的辩护律师都应参加过死刑知识和案件辩

护技巧等方面的培训。美国还通过《美国律师协会死刑案件辩护律师的指派与职责纲要》为死刑案件辩护实务提供了一个全国性的标准,严格限制进入死刑辩护的律师资格,以保证给所有面临可能被任何司法机构判处或执行死刑的人进行高质量的法律代理。关于死刑案件辩护律师的资格,该纲要明确指出负责死刑辩护的机构在制定并公布死刑案件的代理律师的资格标准时,应确保:

(1)每一代理死刑犯的律师已经:a 获得在该辖区内职业的执照或许可;b 显示了为死刑案件提供热情的辩护及高质量法律代理的意愿;c 满足纲要 8.1 确立的培训要求,即圆满完成一个由负责机构批准的综合死刑案件的辩护培训计划。(2)确保辩护律师队伍总体上可以使辖区内每一死刑犯都可以获得高质量的法律代理。因此,质量标准应保证该队伍含有足够数量的律师,其已显示出:a 对死刑案件适用的相应的州、联邦和国际法的充分的知识和理解,无论是程序法还是实体法;b 在管理和引导复杂的谈判和诉讼上的技能;c 在法律研究、分析和起草诉讼档上的技能;d 口头辩论的技能;e 运用专家证人的技能和对法律调查的共同领域的熟悉,包括指纹、病理学以及 DNA 证据;f 在调查、准备以及展示与精神状态有关的证据上的技能;g 在调查、准备和展示减刑证据上的技能;h 在初审辩护上的要素技能。

借鉴国外的经验,从我国的现实出发,笔者对在我国建立刑事辩护准入制度的总体构想是:必须取得司法部统一颁发的刑事辩护执业证书的律师才能从事刑事辩护;凡是取得法律职业资格,从事律师业务 3 年以上,并通过专门的刑事辩护考试者,可以在基层法院从事刑事辩护;在基层法院从事 3 年以上刑事辩护的律师,经过培训考核合格者,可以在中级法院从事一般刑事案件的辩护;在中级法院从事 5 年以上一般刑事案件辩护的律师,经过培训考核合格者,可以从事死刑案件的辩护。

## 二、应配合准入制度,建立一套科学系统的制度

对于刑事辩护准入制度的建立,可能有人会有疑问:“我们的法官、检察官都没有这样一个准入制度,对律师来说是否太超前?”“我国辩护率本来就低,犯罪嫌疑人、被告人会不会更难找到辩护人?”“强制性的准入制度是否影响犯罪嫌疑人、被告人的委托权?”

笔者认为,在 2002 年国家实行统一司法考试之前,我国律师的职业准入条件就高于法官、检察官,而国家只在律师职业上设置了规范、严格的统一资格考试制度。现在,统一司法考试制度已经施行 6 年,法官、检察官的队伍素质已经有了显著的提高,在律师职业中率先实行分级设置的准入制度,不仅符合发展规律,而且可以为将来法

参见日本司法研修所编:《刑事辩护实务》,王铁成、秀义译,中国政法大学出版社 1989 年版,第 50 - 51 页。

参见陈庚生等译:《西欧国家的律师制度》,吉林人民出版社 1991 年版,第 113 - 115 页。

参见《美国律师协会死刑案件辩护律师的指派与职责纲要》,2003 年 2 月修订版。

国家实行律师资格考试几年后,法官、检察官也试行了系统内部“补课”式的资格确认考试。这种考试主体所在单位自我组织实施的“先上车、后买票”的执业资格考试,无论从形式上,还是内容上,均没有律师资格考试制度正规严格,资格的社会公信力相对较弱。

官、检察官队伍的分级管理制度探索可资借鉴之经验,在条件成熟时,实行统一的国家法律职业准入制度。另外,据笔者所知,统一司法考试后,获得法律职业资格而从事法官、检察官职业者,所占比例不到四分之一,律师现有人数及储备数量与社会对于辩护律师的需求量之间并没有出现供不应求之状况。换言之,律师数量不足并不是当下刑事辩护率低的主要原因。同时,实行刑事辩护准入制度的初衷就是为了提高刑事辩护的质量,从实质上维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,所以不会影响犯罪嫌疑人、被告人的委托权。当然,刑事辩护准入制度的建立不能是孤立的,而应当是同时建立与准入机制相配套的培训机制、考核机制和退出机制等,将刑事辩护准入制度构建成为一个科学、系统的制度机制。

### 三、强调“有效辩护”有利于提高刑事辩护质量

对于一个国家稳定和信誉最重要的制度莫过于刑事司法制度,而一个国家的刑事司法制度的质量又依赖于辩护律师能否真正履行好刑事辩护的职责。即使在英美这样法治发达的国家,政府对于律师的辩护工作也常常加以干涉,公众对于辩护律师的作用也会产生误解。美国自2001年9月11日恐怖事件以来,政府开始试图在涉及国家安全的事件中限制律师的作用。正如美国纽约大学法学院教授杰罗姆·柯恩在前期“中美律师辩护职能与司法公正研讨会”上所言,美国在重大刑事案件中为被告人提供充分而有效的辩护方面还有漫长的路要走。英国犯罪嫌疑人接受律师帮助的权利,曾经一度被称之为犯罪嫌疑人权利的“一块橡皮图章而已。有研究者就《1984年警察与刑事证据法》实施后,犯罪嫌疑人享有的律师帮助问题进行了专门调查。研究发现,有四分之一案件的律师只是通过电话对犯罪嫌疑人提供帮助,而在提供法律援助的案件中,有不少于44%的案件律师只是通过电话为犯罪嫌疑人提供帮助。尽管犯罪嫌疑人自己聘请的律师能比法律援助的义务律师更负责任,只有17%的案件是通过电话而完成帮助任务的,但是这些律师更愿意通过向警察署寄送法律意见的方式完成帮助任务。”可见,虽然获得律师的辩护是公认的被指控人应当享有的一项基本诉讼权利,也得到了包括国际公约、准则、文件和各国刑事立法的一致确认,但是,能否获得有效的律师辩护,则是另外一个层面上的问题,而且,不仅

是中国的问题,同时也是世界的问题。

有鉴于此,笔者认为,在刑事辩护准入制度研究中,还必须强调“有效辩护”的概念,构建一套有效辩护的保障规则。包括:第一,自由的辩护律师会见制度。主要应包括两个方面的制度:一是确保被指控人应当有充分的时间和便利选任聘请律师以及与所聘律师联系的制度,二是确保被指控人及其律师在不被窃听、不经检查和完全保密情况下自由充分地交流案情和意见。第二,规范的辩护律师讯问在场制度。因为侦查机关与犯罪嫌疑人的力量对比悬殊,犯罪嫌疑人往往又处于被羁押状态下,所以给予并保障犯罪嫌疑人在侦查讯问过程中获得律师帮助,特别是规定辩护律师享有自由而充分的讯问在场权,对犯罪嫌疑人的权利保障尤为重要。一方面,律师介入并参与讯问过程,可以增强被讯问人的信心,平衡讯问人与被讯问人之间的力量对比,迎合“平等武装(equality of arms)”的思想。另一方面,侦查讯问时的律师在场,也可以起到监督或制约侦查权滥用、防止违法现象出现之作用。第三,独立的辩护律师调查取证制度。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;规定任何人对于律师的调查取证都有配合的义务。第四,完全的辩护律师阅卷制度。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。第五,必要的辩护律师执业豁免制度。必须尽快取消《刑法》第306条,<sup>⑩</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。

笔者提出的“车轮说”认为,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。但是,革故鼎新是一项艰苦而复杂的伟大事业。毕其功于一役是不合现实的。审慎考量中国法律变革的历史进路与现实情况,走向法治的中国刑事辩护制度赖以生存的刑事诉讼模式,应当是一种当事人主义与职权主义优势互补的、以公正为基本法律理念兼存高效的中国化模式。

Lee Bridges and Jacqueline Hodgson. "Improving Custodial Legal Advice" *Criminal Law Review* 1995 P. 103.

在讯问阶段,侦查人员不可避免会带有“有罪推定”倾向,并或多或少地将这种倾向表现出来。加之犯罪嫌疑人大多不是法律专家,面对讯问时常常心惊胆战,因此,口供的真实性和自愿性在这种条件下难以保证。显然,警察“一旦发现犯罪嫌疑人是有罪的,他们就会倾向去努力证实他们的看法,而不是去检验他们的看法。参见迈克·麦考韦利:《对抗制的价值和审前刑事诉讼程序》,载《英国法律周刊专辑》,法律出版社1999年版,第125页。所以,只有律师参与到讯问过程中,并且具有某种影响侦查结果的潜在可能,侦查人员才会在行使权力时有所收敛,也才会在讯问过程中对犯罪嫌疑人的人权给予适当的关怀。

<sup>⑩</sup> 详见冀祥瑞:《必须尽快取消刑法第306条》,载《中国律师》2004年第7期。