

建立刑事辩护准入制度 实现刑事辩护专业化

——兼与张青松律师商榷

Establishing the Criminal Defense Admittance System and Improving the Professionalism of Criminal Defense

冀祥德 (中国社会科学院法学研究所法学系常务副主任、教授、博士后 北京 100720) 文

一、问题的提出

从比较法考察的视角,辩护权是一项被普遍承认的权利。尽管世界各国的政治体制、社会制度、意识形态、文化传统不同,但是,被指控人有权获得辩护却是公认的法律原则,并且得到国际社会的高度认同。从历史考察的视角,在固属自然权利之辩护权中,律师辩护权是一项能将被告人的辩护权真正还原为一种现实权利的派生权利,所以,“刑事诉讼的历史就是扩大辩护权的历史”。囿于激进主义国家意识形态和等级模式司法官僚结构之背景,中国法对于刑事辩护的功能定位缺失,辩护律师的角色定位偏颇,辩护制度结构存在根本性缺陷,使得刑事辩护之时下境况犹如“冰雪行人”一般。

时下,中国正处在一个不可逆转的法律变革与转型时期。尽管《刑事诉讼法》的再修改可谓一波三折,纳入十届人大立法变动的规划未能如期完成,但是,再修改也只是一个时间问题。值得令人思考的是,对于这部1996年修改后曾经一度被称为中国刑事诉讼历史上具有里程碑意义的法律,其关于刑事辩护的变革曾经是当时最受褒扬的“精彩之笔”。但时过经年,当《刑事诉讼法》之再修改被纳入全国人大立法规划时,辩护制度的立法变动却又成为“首当其冲”。原因何在?

记得1998年,在中国诉讼法学会刑事诉讼专业委员会召开的修改后《刑事诉讼法》实施一周年研讨会上,笔者作为律师界的唯一代表,率先提出了“刑事辩护的三难”,即会见难、阅卷难、调查取证难,颇有些“冒天下之大不韪”。其后,笔者曾经撰文认为,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——辩护率越来越

低,辩护律师越来越少,辩护信赖越来越弱……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,刑事辩护的路越走越难。

但是,在近年的多次研讨会议上及研究文章中,我注意到,对于如何完善我国的刑事辩护制度,法学界与法律界人士,多是从辩护权利的扩张和控诉权力的规制等方面献计献策,似乎刑事辩护率提高了,中国法治木桶最短的那块刑事辩护的木板就增长了,刑事辩护的困境就走出了。对此,我认为,从权力制衡的角度主张对辩护权的扩张和控诉权的规制固然重要,但是,刑事辩护率低只是一个表象的问题,应当深刻地看到,在刑事辩护率趋于低下的背景之下,还有律师辩护质量越来越低和律师辩护信赖越来越弱的现实。刑事辩护质量的低劣,要比刑事辩护率低更影响被追诉人合法权利的保障;同时,律师辩护信赖越来越弱,则必然使得刑事辩护率越来越低。我国的广大执业律师对于刑事辩护制度的艰难困境,也多是对律师执业环境恶化的声讨和对执业权利扩张的呼吁,少有从律师自身的原因剖析。对此,我认为,“春江水暖鸭先知”,律师们的声讨与呼吁当值首肯。在律师尤其是刑事辩护律师执业风险加大、执业陷阱增多、执业权利禁锢这些问题上,律师们当然是最有发言权的。但是,中国的刑事辩护律师应当进行深刻地自我反思:律师们不能仅仅强调客观,不能只想到自己的权利;律师们还应当反思主观,还应当想到自己的义务。一方面,毋庸置疑,我们辩护律师中的非个别人在履行辩护律师职责上存在重大问题,受功利主义影响,在会见、调查取证等执业活动中,背离职业道德,违反执业纪律的问题、事件屡见不鲜。另一方面,刑事辩护律师业务不精,辩护方式古板,方法陈旧,刑事案件辩护意见“三段论”——“初犯、偶犯、认罪态度好”,“一份辩护词天天讲”,辩护意见谈不到关键要害上。更为重要的是,刑事辩护资格门槛过低,甚至没有门槛,刑事辩护业务对取得法律职业资格者没有任何准入制度,刑事辩护在很大程度上成了初出茅庐的律师“糊口”和实习的业务。不仅如此,按照我国现行《刑事诉讼法》第32条之规定,“人

本文为笔者主持之中国社会科学院2008年度重点课题“建立我国刑事辩护准入制度研究”之阶段性成果。

详见冀祥德:《中国刑事辩护本体省思》,《中国司法》2005年第6期。

民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人”、“犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友”也可以作为辩护人。如此以来，刑事辩护的质量何以保障？是否需要建立辩护律师准入制度？是否需要提出一个“有效辩护”的概念和构建一套“有效辩护”的保障规则？如此等等。我认为，这些问题的存在已经成为中国刑事辩护能否走向法治的瓶颈。

众所周知，中国现代刑事辩护制度较侦查、起诉、审判制度起步较晚，在多元权力和利益的博弈中，刑事辩护制度的构建、发展一直不断面临重重障碍与困难。虽然不乏律师辩护成功的要案、名案，但是律师辩护的质量较低是一个不争的事实。被告人、犯罪嫌疑人不满，出庭公诉人讥笑，裁判者摇头叹息，社会公众对辩护律师的信任度越来越低。在我对此问题的研究中，曾经专门设计问卷，以山东省烟台市3个看守所的被羁押人员和北京市的部分公众为对象进行了调查。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”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 and 亲属”的217人，占总人数的71.62%；回答“辩护没用”的25人，占总人数的8.25%。

以“当前刑事辩护在刑事审判中的作用”为题，对北京市部分社会公众进行了选样问卷调查。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%。

基于上述理论分析与实证调查，我认为，律师自身除去强化职业道德与执业规范要求、提高辩护业务素质外，国家必须尽快建立刑事辩护准入制度。

二、中国刑事辩护30年与刑事辩护准入制度

回顾刑事辩护制度的产生与发展历史，应当说大致经历了三个不同的发展阶段：第一个阶段是刑事辩护的产生阶段。应当说，古希腊的雅典是刑事辩护制度的发源地，而古罗马是律师制度的诞生地。正是由于专业化的分工，所以才出现了律师和“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。二是断层时期。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。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。第三个阶段是发展繁荣阶段。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，从普通化到职业化再到专业化发展的过程。刑事辩护的专业化是社会分工发展和刑事辩护制度发展的必然。

当下，对于中国刑事辩护制度30年，目前出现了两种不同的评价：第一种评价，有人认为，目前中国的刑事辩护制度已经与世界发达国家的刑事辩护不相上下，说我们现在的刑事辩护制度，与国际规则基本适应，并且已经完善，只要贯彻落实就可以了；第二种评价，认为我国的刑事辩护制度虽然经过30年的发展，但是仍然存在根本性缺陷。中国刑事辩护经过了30年的发展，在党中央提出深化司法体制改革，全面落实依法治国基本方略的今天，对刑事辩护30年的成绩与不足予以回顾总结和反思，我认为十分重要。我个人认为，目前中国刑事辩护的状况，既不是与世界法治发达国家的刑事辩护不相上下，也没有实现与国际公约和国际规则基本适应；即使目前的法律制度规范贯彻落实了，仍然存在与一些国际公约和国际规则的不协调，有些制度性的缺陷是根本性的。中国刑事辩护制度经过30年的发展，在充分肯定进步和成绩的同时，必须客观地面对挑战。这些挑战我概括为“三无三奈何”：

律师的辩护权是基于被追诉人的权利而产生的，那么仅

仅就犯罪嫌疑人而言，与国际公约，与国际规则，与法治发达国家的刑事诉讼制度相比较，我们的犯罪嫌疑人，至少还有“三无”：第一，我们的宪法中没有规定不得强迫自证其罪原则；第二，我们的《刑事诉讼法》中没有规定本原意义上的无罪推定原则；第三，我们的强制措施中对刑事拘留、逮捕等羁押措施没有规定中立司法官的审查制度，也没有规定羁押听证和审查制度。就辩护律师而言，辩护人在中国的司法现实中，也存在“三个奈何”：一是有法不依奈何；二是违法不究奈何；三是职业歧视奈何。所谓的有法不依奈何，就是目前的《律师法》已经在2008年6月1日实施了，其中的第33条、第34条、第35条有法不依的状况尤为明显。如果《律师法》是部法律的话，到现在尚不能执行，辩护律师奈何？第二是违法不究奈何，对于擅自剥夺律师的会见权、阅卷权、举证权、甚至出席法庭权这样严重的违法行为，辩护律师奈何？第三，职业歧视奈何，关于《刑法》第306条，世界各国的刑法中，只有中国刑法中有这样一条规定，那么面对这样一个显然带有职业歧视的法律规定，中国的律师奈何？在“三无三奈何”的现实情况下，难道说我们已经与法治发达国家的刑事辩护不相上下了吗？我觉得这个问题应当引起我们的思考，切忌闭门空想。

回顾中国刑事辩护的30年，在充分肯定发展成绩的同时，也必须深刻认识到存在的问题，特别是面临的挑战。在伴随着刑事辩护率越来越低、刑事辩护质量越来越差的现实之下，人们在反思和总结的过程中，刑事辩护质量无疑成为首当其冲的问题。假如我们把法律服务的市场，也当作是一种市场的话，那么市场中这种刑事辩护产品的提供者，无疑质量的主体就是我们的辩护人。试想，一个不合格的辩护人，能够向消费者（被追诉人）提供出合格的、有效的刑事辩护消费品吗？答案显然是否定的。正是在这样的意义之下，刑事辩护的准入制度就有了它产生、存在和发展的正当性基础。而且，从另外一个方面讲，不仅在中国，即使从国际法的规则和公约中，以及在世界一些法治发达国家的立法例中，我们也可以看到刑事辩护准入制度的相关规定。比如说在《公民权利与政治权利公约》有关条款中，均对有效辩护等内容作了具体的规定，它规定了被追诉人不仅要享有律师辩护的权利，而且要享有有效辩护的权利，有效辩护与辩护相比较，无疑是对质量的要求。

同时，我们在德国、法国、日本、丹麦、意大利这些国家的刑事诉讼法典中，都可以找到关于刑事辩护准入制度的规定。像德国《刑事诉讼法》140条规定，如果社会上的其他人员侵犯了律师对刑事辩护的垄断权，国家要追究他的刑事责任。我们也知道，在美国还存在死刑的那些州里面，对于死刑案件的辩护不仅要由律师进行，而且还必须要由经过专门死刑辩护经验培训的律师担任。美国的律师协会以及各州的律师组织均对这个问题进行了强制性的规定。如果一旦没有获得死刑辩护资格的律师为死刑的犯罪嫌疑人作了辩

护，这样的辩护可能就面临一种质疑或者甚至是撤销。

上述国际规则、国际公约和法制发达国家的规定以及立法例无疑也对我们从另外一个层面上提供了一些借鉴的意义。对于一个国家的稳定和信誉而言，最重要的莫过于司法制度，而司法制度中人们最希望稳定和信赖的莫过于刑事司法制度，刑事司法制度的质量无疑端赖于辩护律师能否履行他的辩护职责，而辩护律师能否履行他的职责就在于辩护资格的确立是否符合社会特别是符合被追诉人对于刑事辩护的需求。在这样的背景下，我认为刑事辩护准入制度，可以作如下界定：

刑事辩护准入制度，是指政府部门或者是受委托的行业组织，出于保护被追诉人辩护权有效实现的需要，依法对在刑事诉讼活动中，提供刑事辩护法律服务的主体的资格进行确认和批准，并对其进行监督和管理的各项规则的总称。

需要强调的是，在这个制度里面，不仅仅是就刑事诉讼辩护准入制度本身而谈，而是应当以系统论的方法，同时建立与准入机制相配套的律师收费机制、培训机制、考核机制和退出机制、监督机制等，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、通过建立刑事辩护准入制度，实现刑事辩护专业化

“专业化”是一个社会学概念，其含义是指一个普通的职业群体在一定时期内，逐渐符合各专业标准、成为专门职业并获得相应的专业地位的过程。

自从人类社会出现了各种职业后，各种职业之间的高低及贵贱之别就成为人类社会中的普遍现象。到17世纪，在欧洲部分职业群体更从诸多职业中分化出来，被社会认可为“专业”。由于那些被社会认可为专业的职业群体一方面对社会有不可或缺的功能，社会赋予从业人员极大的责任并提出了很高要求；另一方面，从业人员在掌握专业知识和技能、履行社会职责过程中要花费更多的社会必要劳动时间，因此专业群体拥有更多的社会地位资源，例如权力、工资、晋升机会、发展前途、工作条件、职业声望等，换言之，能占据社会分层中的较上层。因此，对于一些新兴职业来说，其专业化的过程就是提升职业群体社会地位的过程。霍尔提出了专业化过程的若干构成：清楚地定义专业的功能；掌握理论知识；解决问题的能力；实际知识的运用；为维护前途而进行超越专业的自我提高；在基本知识和技术方面的正规教育；对能胜任实践工作的人授予证书或其他称号；专业亚文化群的创建；用法律手段强化专业特权；公众承认的独特作用；处理道德问题的道德实践和程序；对不符合标准的行为的惩处；与其他职业的关系；对用户的服务关系。

参见“教师专业化发展的概念参考”，<http://www.hedu.com.cn/news/info.aspx?pkId=8443>，作者不详。

有人认为,我国现在的司法现实所面临的是刑事辩护率低下、并且逐年低下的状况。提高辩护率解决的是“量”的问题,刑事辩护准入考虑的是“质”的保障,在量没有积累到一定的度,难以实现质的飞跃。据此认为,首先应该采取有效措施提高刑事辩护率,逐步实现刑事辩护的专业化,在刑事辩护专业化发展的基础上建立刑事辩护的准入制度。

分析上述说法,可以发现该论者两个相互对应的基本观点:一是提高了刑事辩护率,就实现了刑事辩护的专业化;二是实现刑事辩护专业化后,方才可能考虑建立刑事辩护准入制度。

就刑事辩护率与刑事辩护专业化的关系而言,无论从哪个逻辑起点予以考察,均不可能得出刑事辩护率的提高与刑事辩护专业化必然实现之间的因果关系。试想,如果按照目前《刑事诉讼法》第32条的规定,任由律师以外的人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人以及其监护人、亲友担任辩护人,则无论刑事辩护率多高,其刑事辩护的专业化可能都只是空谈。没有人相信,一个制度在允许没有医师资格的“江湖医生”可以给病人看病的情况下,只要给病人看病的人多了,医疗专业化就提高或者实现了。这样的简单类比可以告诉我们,刑事辩护率的提高必须端赖于辩护人的资格准入,只有首先实现辩护人队伍的专业化,才能实现辩护“产品”的专业化。至于有人担忧,我国目前律师数量与准入制度建立的供需关系问题,担心全国尚有200多个县没有执业律师,设立刑事辩护准入制度不现实。据我了解,从2002年国家实行司法考试至今,7年以来,大约有不到1/4通过司法考试的人员进入了法院和检察院队伍,而另外有1/4的人员进入了律师队伍,还有1/2的人员现在处于社会法律人才储备之内。根据我们课题组的初步调查,目前我国律师的数量并不是建立准入制度的障碍。而辩护律师分布不够合理,恰恰是刑事辩护准入制度的多元化设计所要解决的问题之一。从该种意义上讲,该论者提出的“现行中国首先需要的是建立吸引律师从事刑事辩护的制度,使更多的律师有热情、有意愿从事刑事辩护”,其所谓“吸引律师从事刑事辩护的制度”,正是笔者10年前即开始主张的刑事辩护准入制度,这与“增设从业门槛,使业已凋零的刑事辩护队伍更加凋零”显系南辕北辙。

就刑事辩护准入制度与刑事辩护专业化的关系而言,我认为,二者是手段与目的之间的关系。刑事辩护专业化作为刑事辩护制度发展的目标追求,需要通过建立刑事辩护准入制度等手段予以实现。该论者提出的“刑事辩护准入制度的建立必须以刑事律师的专业化发展到一定程度为前提,只有实现了刑事律师的大规模专业化,刑事辩护准入制度才有现实意义,也才能真正成为一项保障性制度,否则刑事辩护准入制度就是空中楼阁”,显然是混淆了手段与目的之间的关

系,而且对刑事辩护专业化的概念未作全面解读,仅仅将刑事辩护专业化理解为刑事辩护律师数量的增加和辩护率的提高。

值得注意的是,关于律师专业资格制度,如证券律师等未能在我国久远存在,甚至1997年司法部试图确立的辩护律师培训制度也未获成功,这与当时的法治与社会环境等因素是息息相关的,并不意味着对建立刑事辩护准入制度的根本性否定。伴随着依法治国与人权保障入宪,以提高刑事辩护质量、维护被追诉人合法权益为目的的刑事辩护准入制度的建立,已经成为包括中国在内的世界各国人权保护的共同话题。2008年5月21日最高人民法院、司法部联合发布的《关于充分保障律师依法履行辩护职责确保死刑案件办理质量的若干规定》,其第三条规定“法律援助机构在收到指定辩护通知书三日以内,指派具有刑事案件出庭辩护经验的律师担任死刑案件的辩护人”,就是我国在刑事辩护准入制度构建中迈出的一大步。笔者预见,此有望在本次《刑事诉讼法》的再修改中得到进一步确认。

关于辩护准入制度的构建时间,我认为,应当在本次《刑事诉讼法》的修改中规定所有的刑事辩护均应由律师来承担,把现行《刑事诉讼法》中规定的其他辩护人排除在外,就像不能让没有医师资格的人给病人看病是一样的道理。在具体时间上,我认为应当首先在所有的死刑案件和所有的法律援助案件中,建立刑事辩护准入制度,然后逐步探索和积累经验,再对其他的一些特定的犯罪案件,比如说按照犯罪情节或者是量刑轻重逐步实行这个制度,这是个时间的问题。关于空间,我们可以在一些符合条件的地区率先试点推行,尝试在不同地区设立有所区别的制度实行准入制度的分层次设立。

同时,我认为,任何一项制度的构建,无论古今中外,都不是等人们一致举手赞同后方才建立。例如辩诉交易制度从美国1970年产生后至今,一直备受争议,但它已经成为美国司法制度中不可或缺的部分。法国修改刑事诉讼法时要建立辩诉交易制度,反对者甚至举行了大规模的游行示威,但是,2004年8月辩诉交易依然写进了刑事诉讼法典。欧盟死刑废除过程也是这样,尽管当初也有不少的人反对死刑的废除,但是当欧盟毅然决然废除了死刑之后,现在执行的情况也没有反对者当初想象的那样糟糕。因此,对于建立我国刑事辩护准入制度的研究,我们既应当重视各种观点,也应当把握问题的本质,这个本质就是:制度的构建,只要有利于中国法治的发展,有利于中国刑事法治的发展,有利于中国刑事辩护制度的发展,就应当大胆地予以探索。

(责任编辑 张文静)

参见张青松:“从刑事辩护的专业化到刑事辩护的准入制度”,<http://www.xici.net/b366543/d81573858.htm>。

张青松:“从刑事辩护的专业化到刑事辩护的准入制度”,<http://www.xici.net/b366543/d81573858.htm>。