

- [2] 黄建武. 法权的构成及人权的法律保护[J]. 现代法学 2008 (4).
- [3] 韩大元. 宪法文本中“人权条款”的规范分析[J]. 法学家 2004 (4).
- [4] 国务院新闻办公室. 《中国特色社会主义法律体系》白皮书[EB/OL]. [2013-05-02]http://news.xinhuanet.com/legal/2011-10/27/c_111127963.htm.
- [5] 刘丹冰. 中国西部法治发展报告: 刑事诉讼中律师作用及其工作状况调研(2012) [M]. 北京: 法律出版社 2012.
- [6] 李亮, 周斌. 我国冤假错案数量下降 10 年 4 万余人无罪释放[N]. 法制日报 2007-04-02.
- [7] 南都社论. 尊重律师会见权就是尊重人权[N]. 南方都市报 2007-10-31.
- [8] 冯玉军. 西部大开发的法治研究视野[EB/OL]. [2013-05-06]http://www.jus.cn/ShowArticle.asp? ArticleID=9.
- [9] 陈晓. 守望西部法治光明[EB/OL]. [2013-05-06]http://paper.people.com.cn/mszk/html/2011-02/28/content_760681.htm? div = -1.

(本文作者系西北大学教授, 主要从事法经济学、经济法研究)

刑事诉讼中律师的意义、困境与定位

于欣华

(西北大学 法学院, 陕西 西安 710069)

摘要: 刑事诉讼中, 律师的加入能使得法律的天平达到平衡, 确保犯罪嫌疑人不会因为贫穷而得到一场不公正的审判。但是, 通过实证调研发现, 不少民众, 甚至是作为司法过程的参与者、执行者、监督者的法官和检察官, 有些竟然也对刑事诉讼中律师的作用和意义认识不清。我国由于特有的法律传统文化, 使得律师往往处在尴尬境地。依据律师自身的特点, 认为其法律定位不能局限于法律工作者, 应定位为倡行法律正义的实践者和维护自由的独行者。

关键词: 刑事诉讼; 律师; 辩护

—

刑事诉讼中为什么需要律师辩护, 对于普通民众而言似乎是一个既简单、又复杂的问题。还会有不少民众认为刑事诉讼中有没有律师参与辩护, 是一个无关痛痒的问题, 甚至是一个“伪”问题, 因为即便《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)也未特别规定, 必须给予犯罪嫌疑人、被告人指派律师为其提供辩护, 仅规定“犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑, 没有委托辩护人的, 人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的犯罪嫌疑人、被告人仅是“可以”向法律援助机构提出申请, 至于最终是否申请、申请是否予以批准, 则在两可之间。但是, 早在 1961 年, 美国佛罗里达州一起刑事案件中, 一个名叫克拉伦斯·厄尔·吉迪恩的犯罪嫌疑人坚定地认为他有权获得律师辩护的权利, 正是因为他的这个坚定信念, 最终改变了美国的法律^{[1] P168}, 正是因为他所做的这件平凡却意义重大的事, 潜移默化地改变着人们对刑事案件中律师意义的理解。

事情还要从 1961 年 6 月 3 日凌晨 5 点半的时候说起, 一个名叫亨利·库克的人指证说, 那天凌晨

他看到吉迪恩从佛罗里达州巴拿马市海湾港桌球室走出来,到街拐角处的电话亭打了一个电话后,就钻入一个明显安排好的出租车内,扬长而去。等库克走到桌球室的时候才发现,桌球室被盗了。于是,吉迪恩被控在桌球室行窃,由于他穷困潦倒,无钱聘请律师,无奈自我辩护。在法庭上,吉迪恩指出自己有权获得律师的协助进行辩护,佛罗里达州的法官没有理睬吉迪恩的请求。因为20年前,在贝茨诉布莱迪案(Betts v. Brady)及其后的判例中,美国联邦最高法院认为,在刑事诉讼中州法院有权拒绝为被告指派律师,除非被告人是文盲、患有精神病,或可能因谋杀、绑架被判刑。由于没有娴熟的辩护技巧,加之控方提供了强有力的直接证据,陪审团最终裁定吉迪恩盗窃罪名成立,被判入狱五年。

狱中,无辜的吉迪恩认为如果自己获得律师的援助,情况将会有天壤之别。他坚定地认为根据美国宪法,像他这样的穷人有权获得律师帮助。于是,吉迪恩在狱中向联邦最高法院写了一份申诉书,认为公民无论贫富在刑事案件中都有获得律师辩护的权利,佛罗里达州法院对他的审判是不公正的,违反了美国宪法第14修正案的正当程序条款。联邦最高法院受理了吉迪恩的上诉,并最终推翻了吉迪恩的有罪判决,将案件发回重审,要求法院为其指定免费律师。经过州法院的重新审理,最终发现控方的关键证人库克才是真正的罪犯。在监狱中被关押了两年之后,吉迪恩重获自由。联邦最高法院布莱克大法官在判决书中说出了刑事诉讼中律师的意义:刑事诉讼中的律师能尽可能使得天平达到平衡,确保犯罪嫌疑人不会因为贫穷而得到一场不公正的审判。在刑事审判中,律师是必需品,而非奢侈品^{[1] (P168)}。

二

在中国,特别是中国的西部,普通民众由于贫穷等原因,在刑事诉讼中无法聘请律师辩护的情形并不少见。但是,与美国民众主动要求刑事诉讼中律师参与,进而改变美国法律不同的是,中国民众对于刑事诉讼中律师的作用和意义的认识还有很大局限,他们中的不少人并没有将刑事诉讼中获得律师辩护视为自己的权利。西北大学中国西部法治调研课题组在2011—2012年,针对西部八省市的少年、公众、公安、律师、检察官、法官等六类群体发放数万份问卷,专题调研“刑事诉讼中律师的作用及其工作状态”,其数据统计证实了我们的判断。当问及受访公众,“您是否知道公民有权聘请律师维护自己的合法权利,是普通百姓追求公平与正义的重要实现途径?”时,20%的受访公众回答并不知道。当问及“如果被告无力聘请律师,法院可以为其指定律师进行辩护,这项法律规定您知道吗?”时,34.34%的受访公众并不知晓。当问及“您觉得律师是否应当为故意杀人等犯罪嫌疑人、被告人辩护?”时,25.01%的受访公众表示不应该^{[2] (P50-123)}。一方面,普通民众对于刑事诉讼中律师的作用和意义没有足够认识;另一方面,律师自身对于刑事案件辩护也不热心,甚至还心有余悸。在我国律师实务中,已经存在比较严重的重民商事案件,轻刑事案件的倾向。根据北京市律师协会的统计,约有70%的刑事案件被告人没有辩护律师,北京市律师每年参与辩护的刑事案件平均不到一件^[3]。西北大学中国西部法治调研课题组就西部地区律师参与辩护的情况调研,也得出类似结论。45.74%的受访律师主要从事民商事法律业务,从事刑事法律业务的律师仅占21.2%。当问及“您是否愿意办理刑事案件”时,60.82%的受访律师虽然表示愿意办理刑事案件,但是仍有39.18%的律师不愿意办理刑事案件。不愿办理刑事案件的受访律师中,59.47%的认为办理刑事案件风险较大,认为办案难和收入较低的受访律师仅占22.61%和11.84%。还有55.15%的受访律师指出,在辩护过程中,遇到过法官以既成观点审理案件,而无视自己的辩护意见的情形^{[2] (P50-123)}。

作为司法过程的参与者、执行者、监督者的法官和检察官,有些竟然也对刑事诉讼中律师的作用和意义认识不清。6.7%的受访法官不知道公民有权聘请律师,维护自己的合法权利;5.2%的受访法官明

确表示,在审理刑事案件的过程中,不希望律师介入,认为律师会妨碍司法机关对案件的审判,帮助犯罪嫌疑人或被告人逃脱罪责;仅有 33% 的受访法官认为在庭审过程中,律师的辩护意见很重要,应该听取。受访检察官仅有 48.09% 的愿意在办案的过程中让律师介入,更多的受访检察官持无所谓、不能确定和不希望的态度。如果在工作中让律师介入,有将近 84.93% 的检察官会产生抵触情绪^[2] (P50-123)。

通过调研显示,公众、律师、法官、检察官等各个群体对刑事诉讼中律师的意义还没有足够的认识。造成刑事诉讼中律师的意义没有得到足够尊重、充分认识的原因是多方面的,这其中既有法制宣传不到位的普法原因,有法律职业共同体构建还不完善的制度建设原因,有律师言论豁免权、会见权、阅卷权等权利无法落实的实践原因,还有刑法设置“辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪”罪名的立法原因。究其这些原因,虽都不同程度妨碍人们对于刑事诉讼中律师的作用和意义的认识,但是在诸种原因中,律师自身法律定位不明确却是至关重要的阻碍因素。准确定位中国特色社会主义国家律师的法律地位,是凸显刑事诉讼中律师的意义和作用的关键。

三

中国律师的法律定位经历了颇为复杂的过程。著名比较法学家勒内·达维德(René David)曾将中华法系的特征表述为:法并不是达至和谐、正义的手段,相反是制造混乱的罪魁祸首。一个内心存仁守信的人,不应该依靠法律,不应当通过打官司的方式解决纠纷,应在不断提高内心修为的过程中寻求和谐^[4] (P32)。中国古代法律文化主张“无讼”,在这种法律文化下,律师自然无有生成的余地。虽然,中国古典文献中出现过“律师”,但是彼“律师”并非我们今时今日所言及的“律师”,中国古典文献中的律师更多是宗教方面的用语^[5]。与西方律师提供法律咨询、代写诉状等类似民间司法服务功能的人,在中国古代社会被称为“讼师”。由于中国古代社会倡导“无讼”,讼师往往被污为教唆、使坏的“元凶”,被嗜为“讼棍”“刀笔吏”。讼师的鼻祖邓析更是被口诛笔伐,被蔑为颠倒黑白、是非不分、唯利是图的小人。讼师在民间没有好的声誉,在官方也没有正当的身份。不仅如此,官方还将讼师从事的类似活动定性为违法犯罪行为。根据《唐律疏议·斗讼》的规定,替别人代写讼词,如果有点滴夸张,所告不实的,要受笞刑。在《大明律例》中,对于讼师相关行为的刑罚规定更为严苛,只要是代替别人写状子的,可发配充军。到了清代,对讼师的惩罚更重,《大清律例》的法律条款中多处涉及讼师,仅仅刻印、售卖、教人诉讼之书者,都要遭受处罚。由于传统文化观念作祟,即便日后从西方引入的律师制度在本质上不同于中国传统社会的讼师,人们也不免将律师视为讼师的近现代演变,进而影响人们对律师的认识及其在中国近现代社会中的法律定位。

清末修律,沈家本、伍廷芳等人制定了《刑事民事诉讼法草案》,初步提出了建立律师制度的设想,并将律师定位为诉讼过程中代为覆问、对话的人。1910年清朝起草了《大清刑事、民事诉讼法》,首次规定了律师可以参加诉讼。1912年9月,当时的政府制定颁布了《律师暂行章程》,虽使得律师概念得到较为明确的界定,律师具备了合法性和正当性,但是并未赋予律师相对独立之法律地位。

新中国成立之初,1950年中央人民政府发出《关于取缔黑律师及讼棍事件的通报》,足以显示当时人们对律师的认识仍然深深遗留了传统的偏见。此后,我们仿照苏联模式,将律师纳入国家公职人员范畴。随即到来的1957年反右斗争,许多律师被错误定性,打为“右派”,刚刚恢复建立的律师制度就夭折^[6]。直到十一届三中全会以后,1979年7月《刑事诉讼法》颁布,专列辩护一章,标志律师制度重新确立。1982年1月1日起实施的《中华人民共和国律师暂行条例》,仍将律师定位为“国家法律工作者”。直至1996年5月15日八届全国人大常委会第19次会议通过《中华人民共和国律师法》,才抛弃

了对律师是国家法律工作者的定位,将律师确立为为社会提供法律服务的职业人。

将律师定位为为社会提供法律服务的职业人,并明确赋予律师相应的权利,应当说是我国律师制度的一项进步。但是,我们还应当清醒地看到,无论是从国家层面的界定,还是从社会层面的界定,我们都没有从个体公民的角度去审视律师。无疑,律师是我国法治建设的重要元素,是实现国家长治久安、社会公正和谐的关键,但是我们也应当看到律师更是维护和实现公民权利必不可少的要素。律师行使权利的根本是公民权,是公民权利的延伸^[3]。在刑事案件中,律师的辩护权,不仅是犯罪嫌疑人、被告人个人权利的延伸,更是人权的最基本体现。因而,律师的法律定位不能局限于法律工作者,应定位为奉行法律正义的实践者和维护自由的独行者。

参考文献:

- [1] 安东尼·刘易斯. 吉迪恩的号角: 一个穷困潦倒的囚徒是如何改变美国法律的? [M]. 陈虎,译. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- [2] 刘丹冰. 中国西部法治发展报告: 刑事诉讼中律师作用及其工作状况调研(2012) [M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [3] 陈兴良. 七个不平衡: 中国律师业的现状与困境 [J]. 中国司法, 2005 (3).
- [4] 达维德. 当代主要法律体系 [M]. 漆竹生,译. 上海: 上海译文出版社, 1984.
- [5] 邱志红. 从讼师到律师——从翻译看近代中国社会对律师的认知 [J]. 近代史研究, 2011 (3).
- [6] 张志铭. 当代中国的律师业: 以民权为基本尺度 [J]. 比较法研究, 1995 (1).

(本文作者系西北大学副教授,从事民商法、经济法研究)

公众对辩护律师作用认识误区的反思

王 芳

(西北大学 法学院, 陕西 西安 710069)

摘 要: 律师作用的发挥水平是一个国家法治发达程度的重要衡量标志,公众对律师作用认识的偏差会抑制律师作用的有效发挥。调研数据显示,我国公众对辩护律师的性质、基本作用、职责、自身权利保障认识上均存在误区,其形成有传统文化浸染、制度不完善、公众权利意识薄弱等多方面原因。为此,必须从制度完善、公众自身权利意识和法律知识提升层面采取有效对策解决之。

关键词: 辩护律师; 法律服务; 人权保障

一、问题的提出

早在古希腊时期,就有类似于律师的雄辩师、辩护士的存在,但真正意义上的律师却是在罗马帝国时期伴随律师制度的建立才正式得以确认。从其设立之初的作用看,主要表现为在法庭上充分陈述意见、提出证据、反驳对方的诉讼请求。演进到今天,西方法治国家普遍视律师为法律专家,主要作用是接受委托人的委托,为其提供法律帮助,使公民及社会组织的合法权益免受不法侵害,以实现公民权利对国家权力的制约与平衡。在公众对律师作用认识的层面上,基本表现为与制度规定的相统一。这从辛