

人权丛书
Human Rights

刑事辩护制度的 实证考察

北京大学法学院人权研究中心 编
陈瑞华 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑事辩护制度的 实证考察

北京大学法学院人权研究中心 编
陈瑞华 主编

图书在版编目(CIP)数据

刑事辩护制度的实证考察/陈瑞华主编. —北京:北京大学出版社, 2005. 11

(人权丛书)

ISBN 7-301-09246-6

I. 刑… II. 陈… III. 刑事诉讼-辩护-研究-中国
IV. D925.215.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第064987号

书 名: 刑事辩护制度的实证考察

著作责任者: 陈瑞华 主编

责任编辑: 王锦娜 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-09246-6/D·1219

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排版者: 北京高新特打字服务社 82350640

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5 11.125印张 324千字

2005年11月第1版 2005年11月第1次印刷

定 价: 19.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

人权丛书编辑委员会

(以姓名汉语拼音为序)

- | | |
|-----|--------------------|
| 白桂梅 | 法学博士,北京大学法学院教授 |
| 陈瑞华 | 法学博士,北京大学法学院教授 |
| 龚刃韧 | 法学博士,北京大学法学院教授 |
| 李红云 | 法学博士,北京大学法学院副教授 |
| 钱列阳 | 法学硕士,北京高朋天达律师事务所律师 |
| 沈 岍 | 法学博士,北京大学法学院副教授 |

北京大学法学院人权研究中心简介

北京大学法学院人权研究中心成立于1997年4月25日,是一个由宪法学、刑法和刑事诉讼法学、行政法学、比较法学和国际法学等不同学科的中青年法学教授和学者组成,与国内外法学界、司法和律师界同仁进行广泛合作的学术团体。

北京大学法学院人权研究中心的宗旨是:从事人权的学术研究和教学工作;促进人权领域国际学术交流;提高国内公民的人权意识;形成一个面向公众的人权研究的信息和资料中心。

为以上宗旨,北京大学法学院人权研究中心的任务是:组织人权领域的各种科研项目;开展人权法的教学活动。目前已开设人权与法治、刑事法律与人权保护、国际人权法、人权国际保护机制以及其他人权法专题等课程。中心业已开设人权法硕士课程;主办有关人权问题的国内或国际学术论坛;向中国的立法,行政及司法机关提供有关国际人权法的遵行和实施等方面的法律咨询服务;组织编写和翻译人权问题的学术著作,编辑出版人权方面的文献资料。

人权中心成立以来,已开展了大量的教学和研究活动,出版了一些有关人权的书籍,其中包括:《司法公正与人权保障》(中国法制出版社,2001年)、《国际人权文件选编》(北京大学出版社,2002年)、《法治视野下的人权问题》(北京大学出版社,2003年)、《未决羁押制度的实证研究》(北京大学出版社,2004年)。近期即将出版的还有陈瑞华教授主编的《刑事辩护制度的实证考察》(北京大学出版社,2005年)。中心还将编辑出版有关人权研究、案例、文献、译著等丛书。

序 言

本书是北京大学出版社“人权丛书”的系列研究成果之三,属于运用实证调查方法研究中国刑事辩护律师执业状况和问题的著作。

本书的最大特点是在设计出调查问卷的基础上,就刑事辩护律师的执业状况问题在近七百名律师中进行了广泛和深入的调查;在总结和分析调查问卷的基础上,对律师刑事辩护活动遇到的六大主要问题作出了研究和分析,并得出了一系列新的结论。在研究过程中,研究者充分利用了实证调查的报告和数据,所得出的评论和结论都尽量建立在实证分析的基础之上。据我所知,这种研究方法在国内近年来的法学研究中并不多见。无论是律师还是法学研究者,在以往的研究中都已经发现了刑事辩护中存在的问题,如“会见难”、“调查难”、“阅卷难”、“质证难”以及律师的权益保护等,并对这些问题进行了分析和评价。甚至很多研究者还提出了改革中国刑事辩护制度、保障刑事辩护律师依法执业的立法构想。但是,以往的研究也确实存在着一些不足之处,如定性分析的较多,定量分析的则较少;提出立法对策意见的较多,对问题的发现和解释则明显不够;情绪化地谴责那些违反法律程序的办案人员的较多,冷静地分析问题原因的则少……本书的研究者一反过去的研究方法,将近年来存在的问题转化成为详细、具体的实证调查问题,并通过分析律师的回答来揭示出问题的真正之所在。或许,这样的研究对于刑事辩护制度所存在的问题具有更强的解释力,对于问题成因的分析也更加令人信服。

本书的研究者由两部分人士构成:一是处于执业第一线的知名刑事辩护律师;二是法学研究者,其中大部分是在读的法学博士研究生。前者基于其长期的刑事辩护实践经验,对于相关问题的存在及其严重程度会有着十分真切的感受。他们在研究中显然可以提供大量鲜活的案例和直观的体验。而后者作为接受或正在接受系统法学

研究方法训练的人,则可以运用既往的法学理论和科学的方法,对于问题及其成因作出尽量科学的分析。他们在研究中可以大胆地提出理论上的假设,按照科学研究方法作出论证,并进而将辩护律师个人的经验上升为普遍命题,提出一些带有通则性的理论。从研究的成果来看,这种由辩护律师和法学研究者组合而成的“研究模式”,可以为今后的法律实证研究提供一种可资借鉴的思路。

本书是在美国福特基金会直接资助下完成的,也是一项法律合作项目的初步成果。2002年7月,在福特基金会的资助下,北京市律师协会刑事业务委员会在北京市司法局和北京市律师协会的大力支持下,承担了“刑事辩护律师的执业状况与问题研究”的研究课题。当时承担这个项目的主要是刑事业务委员会的六位著名辩护律师:张燕生、许兰亭、钱列阳、李肖霖、张青松、张星水。作为该研究项目的学术顾问,我参与了该项目的大部分活动。为便于开展研究活动,课题组邀请了北京大学法学院的一位诉讼法学博士后和五位博士研究生,与六位辩护律师分成六个研究小组,并分别对六个涉及刑事辩护问题的课题进行调查和研究。

经过近半年的研究,课题组设计出了六套调查问卷,分别涉及“律师会见”、“律师调查权”、“证人出庭与法庭质证”、“律师辩护意见的采纳”、“刑事法律援助”以及“律师在执业中的刑事责任”等为人们所普遍关心的问题。课题组经过多次全体讨论、分头修改,最终完成了调查问卷的设计工作。2002年秋,借着北京市律师协会举办律师业务培训的机会,课题组将调查问卷发放给律师,有千余名律师收到了问卷。在随后的一个月之内,课题组共收到调查问卷699份,其中有效问卷694份。课题组委托北京零点市场调查与分析公司(零点公司)对全部有效问卷作出了详细的分析报告和数据统计。在零点公司提交的分析报告的基础上,课题组对调查所涉及的六大课题写出了研究报告。经过多次讨论和修改,六份研究报告最终于2003年底完成,并被提交给福特基金会。课题组经过慎重的考虑,决定将这六份报告连同调查问卷以及零点公司的分析报告予以公开出版。在这六份研究报告的基础上,我经过认真的统稿和修改,最终编辑完成了这部《刑事辩护制度的实证考察》一书。

本书由两大部分组成:一是修改过的六份研究报告,分别各由一位辩护律师和一位博士生或博士后完成;二是体现课题组集体智慧的调查问卷和问卷分析报告。在六份研究报告中,张燕生律师和刘忠博士对于律师调查权的现状和问题做出了全面的研究,并运用法律社会学的方法,对于调查权所折射出来的国家与个人的关系问题进行了分析。张青松律师和房保国博士对律师会见难的问题作出了研究,剖析了会见难的现状和原因以及解决会见难问题的出路。李肖霖律师和陈永生博士对律师质证难的问题作出了实证分析,并结合“抗辩式审判方式”在中国实施的状况,对质证难问题产生的原因进行了深入的解释。许兰亭律师和姜涛博士对律师辩护意见采纳的问题作出了研究,分析了实体性辩护和程序性辩护意见被采纳的情况,并对律师刑事辩护空间狭小的问题进行了学理上的解释。张星水律师和马明亮博士对于刑事法律援助问题作出了研究,分析了刑事法律援助的现状和困境。钱列阳律师和张薇薇博士则对律师在执业过程中的刑事责任问题进行了研究,通过分析近年来追究律师刑事责任的典型案例和数据,解释了问题的由来和成因,并透过对《刑法》第306条成败得失问题的讨论,提出了解决这一问题的理论思路。

在本课题的研究过程中,除了上述六位律师和六位博士的全程参与以外,胡斌作为项目组的行政秘书,承担了大量的事务工作;黄永和张琳琳参与了课题的前期研究活动。房保国在承担一项课题研究工作之余,还为本书的出版付出了很多劳动。对于他们的工作,我们表示衷心的感谢。我们尤其要感谢福特基金会的项目官员刘晓堤女士,没有她的全力支持和对中国刑事司法改革的关注,本项目的研究既不可能启动,也不可能取得最后的成果。

陈瑞华

2005年3月于北京大学

目 录

第一部分 研究报告

刑事诉讼中律师调查权的配置

——个人权利与国家权力优先性的分析

..... 刘 忠 张燕生(3)

律师会见难的现状与出路 房保国 张青松(34)

辩护律师质证难的实证调查与分析 陈永生 李肖霖(63)

诉求的归宿

——我国律师刑辩意见采纳情况之报告

..... 姜 涛 许兰亭(117)

中国刑事法律援助的实证分析

——兼述法律援助对现代诉讼制度的影响

..... 马明亮 张星水(145)

律师刑事责任的追诉与困境

——立足实证之研讨 张薇薇 钱列阳(184)

第二部分 附 录

附录1 刑事辩护律师的执业现状与问题研究调查

问卷 (217)

附录2 调查结果技术分析报告 (237)

第一部分

研究报告

刑事诉讼中律师调查权的配置

——个人权利与国家权力优先性的分析

刘 忠 张燕生*

1996 对于中国公检法三家和律师来说,都是一个有太多回忆的一年。六七年过去了,很多人都还记得当年那次自 1979 年以来中国刑事诉讼领域最大的一次利益大重组对各自的冲击和喜悦。经过艰苦的争吵、互相指责、讨价还价后,在这场重新洗过的刑事诉讼牌局中,律师从法律的纸面规定上得到了很大的实惠,其中一项就是律师调查权利的适度扩大。但是法律从来就不是一个自给自足的系统,法律的实施在实践中要受到各种各样的牵掣,律师调查权同样也不能例外。时至今日,律师调查权的配置依然是刑事诉讼实践和理论上的一个难题,甚至我一直觉得它是制约中国刑事辩护制度发展的一个最关键的瓶颈,尽管这样一个论断缺乏经验性的数据支持。

在中国当下,公检机关是不折不扣的强力集团,律师作为为社会提供法律服务的人员和自由职业者,是名副其实的幼小群体。在整

* 刘忠,北京大学法学博士;张燕生,北京市大禹律师事务所律师。

个主流媒体中,公检机关的声音作为强势话语一直是要被弘扬的主旋律,处于一种具有垄断优势的话语霸权地位,而律师的声音通常是被掩盖在洪流中,发不出声来。本文的材料来自于北京律师协会和零点调查公司所作的联合调查。由于这个调查的对象全部是北京市的执业律师,因此代表的是律师的声音。但是刑事诉讼是一个公民个人与国家、被害人与被告人激烈冲突的一个场域,因此作为一项现状的调查分析研究,为了使结果更可能的反映冲突各方关于律师调查权配置的观点,笔者还在不同的场合就这个问题对一些警察、检察官、法官作了一些访谈。尽管规模很小,但是却较能反映在这一问题上检控方、公权力行使者的一些情绪观点。

在本文写作之前,笔者设计了以下几组变量,试图用 SPSS 进行双变量分析。它们是:侵害法益与调查被拒绝关系、有无被害人与调查被拒绝关系、检察自侦案件与调查被拒绝关系、公安侦查案件与调查被拒绝关系、同一案件在检法机关被拒绝的变量分析等几组。但是在对调查问卷的回答中没有完全显示这些分析所要求的数据情况,因此这样一个分析只能是一个畅想。笔者清楚的记得在整个问卷设计的时候,北京律师协会刑辩委员会的诸位资深大律师对于每一个执业律师回答这样一套问卷的困难已经作了充分的估计,因为很多案件必须翻阅当时的案卷,而更多的案件由于业务十分繁忙是没有记录的、也回忆不起来,案卷里也不会记载当时的详细情况。因此要作这样一个分析确实很难。但是北京律协的钱列阳大律师在一次讨论的时候有一句话笔者印象深刻:同意律师会见和调查的案件就那么几起,一回忆就回忆起来了,剩下的都是不允许的。如果是这样的话,那么我以上所设计的各组变量在实践中都是没有意义的,因为有一些变量的频次可能一直是零。但是我还是想把这些想法列出来,以供后来的研究者借鉴。

一、律师调查权确立的伸张

在此陈述支撑律师调查权利确立的根据,笔者只是想使这个问题在逻辑上更恰当一些,并不具有当然的大前提的意义,更不是如有

的人一样拿应然来裁剪司法事实,进行道德优越的批判。赋予律师在中国刑事诉讼中以调查权,就很多人看来,也并不是生来与俱当然就享有的先赋权利,在西方被视为当然的权利在中国还必须辨正。笔者将律师调查权利的伸张作为第一部分,是想与此后的中国法律规定与司法的现实描述作一个反衬对比,然后探求二者紧张对立的政治社会原因,进行一种因果分析。

1. 积极的自由

律师的调查权并不是一个律师的权利,就笔者看来,这个权利其实是犯罪嫌疑人、被告人的权利。因为在刑事诉讼中律师是以犯罪嫌疑人、被告人的代理人的身份出现的,因此他的权利依附于委托人。律师的调查权利实际上是犯罪嫌疑人、被告人权利的自然延伸。

在思想史上,柏林在贡斯当的古代人的自由和现代人的自由的基础上^①提出了消极的自由和积极的自由^②,即一个是“freedom from ... (免于……的自由)”,“一个是 freedom to do ... (去做……的自由)”。柏林认为,否定的自由的含义来自对一个或一群人在不受他人干涉和强迫的情况下从事活动的那一空间的追求,与之相关的问题是:“在什么样的限度以内,某一个主体(一个人或一群人),可以或应当被允许做他所能做的事,或成为他所成为的角色,而不受到别人的干涉?”而肯定的自由的要求则产生于“每个人都想成为自己的主人,都要自我导向。自我实现的那种愿望”,与之相关的问题是:“什么东西或什么人,有权控制或干涉,从而决定某人应该去做这件事,成为这种人,而不应该去做另一件事,成为另一种人?”^③柏林的这样一种论断对应于刑事诉讼中,就成为犯罪嫌疑人的两种权利的理论支撑,这就是沉默权和律师调查权。

在侦查阶段,犯罪嫌疑人的权利一个是消极的权利即沉默

① [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,商务印书馆1999年12月第1版。

② Negative liberty、positive liberty 也有译为肯定的自由、否定的自由,负面的自由、正面的自由。

③ 胡传胜:《自由的幻象——柏林思想研究》,南京大学出版社2001年6月第1版,第84页。

权——不能被强迫自证其罪,即在国家权力对自己进行追究的时候享有一个防御权;另一个是积极的权利即聘请律师开展同步平行调查的权利,即在国家权力对自己进行追究的时候享有一个主动的进攻权。犯罪嫌疑人沉默权的确立在中国当下还是一个学术话题,成为现实的权利还需时日。因此,较之这样一个消极防御权利的确立更为激进的积极进攻权的配置可能还是一个下时段的问题。

2. 平等武装

现代刑事诉讼的一个最基本的假设前提就是对抗制更有利于发现真相。而对抗意味着双方的势均力敌,只有势均力敌才可能存在对抗,如果是一方过于强大,另一方过于弱小的话,那么对抗就演化为了以强凌弱,成了“作秀”。某法院的一位刑庭庭长曾经对于律师辩护说过这么一句话:律师做刑事辩护就是给死人烧纸!言下之意,有两点:第一,刑事辩护没用;第二,明知没有用,但是可以给活着的人一个心理安慰。我想如果对抗制是排除了万能的上帝的存在,是人类的思维所能想到的发现诉讼真相的最好的办法的话,如果不给予控辩双方一个平等武装的话,那么可能律师辩护只是比给死人烧纸更多心理安慰的意味,而没有任何实际的功用。埃尔曼曾经有过这样一个断言:“社会越是趋向专制,检察机关的地位便会越高,他们的对手所受到限制便会越多。”^①控辩双方平等,通常只是狭隘的理解为法庭上公诉人和辩护人的权利义务安排对等和平等。但是在法庭上公诉人的公诉活动是否能够成功,是以侦查阶段的侦查工作能否顺利的展开为前设要件的,所以近年在理论界提出要检警一体化,实践中很多检察院也搞了检察引导侦查办案等具体做法。因此控诉任务实际是由公诉人和侦查人员共同完成的。因此在刑事诉讼实践中,律师与控诉方的平等武装就应该是律师调查权大致与侦查权对等,然后才是律师的法庭上的辩护权大致与公诉人的公诉权对等。实际上,由于1997年刑事诉讼法将公诉人当庭的法律监督权去除以后,律师的法庭辩护权利与公诉人的公诉权已经基本上做到了

^① [美] 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年3月第1版,第168页。

均衡。但是与公诉人的公诉活动依赖于侦查权的展开一样,律师的辩护成功也依赖于律师在整个检警机构进行侦查和审查起诉阶段独立从事调查权的展开。而这样一个意义的控辩平等,也就是律师调查权恰恰是整个刑事诉讼中最敏感,对于检警机构最富有刺激的一个问题。

在英美对抗制的刑事诉讼制度下,控诉方和辩护方是平等的当事人,因此英美的这种诉讼制度又被称为当事人主义。但是这种控辩双方作为平等当事人的平等是法庭对抗时的庭上平等,也是包括控诉方在出庭公诉之前所作的准备,即在侦检一体化思维下的侦查权和与其平行展开进行对抗的律师的调查权的平等。我国将诉讼分为三种形态:民事、行政和刑事。在民事诉讼领域,原告被告双方作为当事人进行平等对抗。但是在行政和刑事诉讼领域,由于对抗的一方是国家,因此始终强调国家对于个人的优先性。而英美是按照结果进行划分,不区分什么行政诉讼或刑事诉讼,只要国家对公民或法人一方当事人进行了人身和财产限制,那么公民、法人当事人一方就可以提出诉讼,直至提出违宪性审查诉讼。同样,在英美不区分什么刑事诉讼还是民事诉讼,在法庭上,检控方和律师是平等的主体,双方的权利义务配置相当。但是对于作为检控基础的侦查权和律师辩护基础的律师调查权是否平等,就不是那么想当然贯彻平等武装原则了。

3. 对公权力的怀疑

政治思想史上的很多人对于公权力行使过程中可能滥用的怵惕已经做过很多经典表述。如休谟说:“在设计任何政府体制和确定该体制中的若干制约、监控机构时,必须把每个成员都设想为无赖之徒,并设想他的一切作为都是为了谋求私利,别无其他目标。我们必须利用这种个人利害来控制他,并使他与公益合作,尽管他本来贪得无厌,野心很大。”^①

联邦党人有一句被人多次引用的名言:“如果人都是天使,就不

^① [英]大卫·休谟:《休谟政治论文选》,张若衡译,商务印书馆1993年1月版,第27页。

需要任何政府了。如果是天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。在组织一个人统治人的政府时,最大的困难在于必须首先使政府能管理被统治者,然后再使政府能管理自身。毫无疑问,依靠人民是对政府的主要控制;但是经验教导人们,必须有辅助性的预防措施。”^①诚然,经典表述不能作为我们考察现实、观察问题的出发点,更不能作为我们设计制度的依据,如果是那样的话,无异于另外一种翻版的“两个凡是”——凡是经典思想家说过的话我们都要执行,凡是经典思想家的指示我们都要始终不渝的贯彻。公共权力产生几千年来的历史,当然也包括中国当下的公检法人员的权力运作现状,使每个人哪怕最善良的人也会清醒地认识到:权力者也是凡人,作为公权力的行使者——公检法人员有着生杀予夺的大权;作为一个普通的自然人,他有着常人一样的七情六欲。作为公权力行使者的公共人格和具有同样一副沉重的肉身的自然人人格,无时不在互相冲突。于是,套用鲁迅的一句名言就是:我向来是不惮以最坏的恶意来揣测权力行使者的。因此,整个刑事诉讼制度的设计无非都是在约束、防止他们人格的越位。

4. 刑事诉讼的逻辑

一起刑事案件的发生会在空间留下很多痕迹,由于时空不能倒转以及人的认识能力的局限,我们对既往案件的认识只能通过它发生时留在时空中的印痕来回溯。比如,作为一起普通的故意杀人案件,侦查人员查明作案的犯罪嫌疑人和犯罪事实,无非是通过:一、勘验现场;二、寻访、调查目击证人。但是如果一个侦查人员故意毁损证据、甚至制造假证,或者仅仅是由于能力所限,对于许多应当收集的证据——可能是犯罪嫌疑人无罪、罪轻、减轻的证据,没有收集到。如果这个涉案的犯罪嫌疑人是在当下的中国的话,那么他可能就必须等到法庭审判阶段才有救济机会。这还只是乐观的推想,其实在中国马拉松式的刑事诉讼案件推进过程中,等到了审判阶段,一个当初案发的现场通常早已毁损或者面目全非;当初的目击证人也

^① [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第264页。