

# 以刑事辩护八大学说助推 法治现代化

冀祥德

---

**【摘要】**党的十八届三中全会作出推进法治中国建设的战略决策，将法治与富强、民主、文明、和谐作为共筑中国梦的核心要素，法治现代化成为中国式现代化的重要助推器。然而，刑事法治建设是我国法治建设“木桶之短板”，在刑事法治建设中刑事辩护又是其短板，要以法治现代化助推中国式现代化，实现刑事辩护现代化不可或缺。对新中国成立70多年来刑事诉讼的发展历史进行考察可以发现，我国的控辩关系主要经历了无序、失衡、对抗、对抗兼合作四个阶段，刑事诉讼在不同的阶段呈现不同特质，刑事辩护活动受控辩关系的影响也相应呈现不同样态、受到不同挑战。但不论外化为何种表现形式，刑事辩护的内核终究受制于控辩审的关系，其中以控辩关系为甚。刑事辩护八大学说从我国法治现代化建设理论指导出发，着眼刑事辩护的显性问题，切入控辩关系之内核，以求通过刑事辩护理论的发展助推刑事辩护制度的完善，进而助推法治现代化的实现。

**【关键词】**法治现代化 刑事辩护 八大学说

**【作者简介】**冀祥德，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员，中国社会科学院大学法学院教授、博士生导师。

**【中图分类号】** D925.2      **【文献标识码】** A

**【文章编号】** 2097 - 1125 (2024) 04 - 0023 - 17

---

法治现代化是以中国式现代化为鲜明特征的中国之治的应有之义。<sup>①</sup> 综观1949年新中国成立以来我国的法治建设历程，不难发现有两条主线。第

---

<sup>①</sup> 参见冀祥德：《中国式现代化是国家治理模式的“中国之治”》，《人民司法》2022年第34期，第14~19页。

一，从“法制”到“法治”转变的主线。新中国成立初期，以毛泽东同志为核心的中国共产党第一代中央领导集体很重视法制建设，仅1950年至1953年，中央立法就有435件，包括《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国选举法》《中华人民共和国土地改革法》等，1954年《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）的颁行是法制建设的重要里程碑。虽然之后的“文化大革命”导致法律虚无主义肆虐，刚刚起步的法制建设遭受严重破坏，但是，党的十一届三中全会提出的“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”，成为健全社会主义民主、建设社会主义法制的基本要求。及至党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出了新时代建成社会主义法治国家新的十六字方针，即“科学立法，严格执法，公正司法，全民守法”，展现出我国法治建设从“法制”到“法治”的深刻转变。<sup>①</sup> 第二，从打击犯罪到惩罚犯罪，再到惩罚犯罪与保障人权并重的主线。1979年我国颁行的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）在第1条“立法宗旨”中鲜明指出是为了“打击敌人、保护人民”。1996年《刑事诉讼法》修改、1997年《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）修改时，将“打击敌人”修改为“惩罚犯罪”。2012年《刑事诉讼法》再修改时，将国家“尊重和保障人权”写入第2条。沿着我国法治建设的这两条主线，我们不难发现，我国法治建设的历程是一个辩护权不断扩张、辩护制度不断完善的过程，盖因刑事辩护是任何一个国家法治建设“木桶”的“一块最短木板”。所以，法治现代化的过程必然也是一个刑事辩护现代化的过程，以刑事辩护的理论指导刑事辩护现代化建设实践必不可少，以刑事辩护现代化推进法治现代化实现必不可少。站在高质量发展的新时代，我们要立足实际、扎根国情地看待中国式现代化与法治现代化的关系，以及法治现代化与刑事辩护现代化的关系，本文提出的刑事辩护八大学说，就是此种研究的一点尝试。

## 一、刑事辩护的根基：控辩关系说

综观自1949年新中国成立以来我国控辩关系发展历史，可以将其划分为四大阶段：新中国成立初期至1979年《刑事诉讼法》颁布的无序阶

<sup>①</sup> “法制”与“法治”是两个不同的概念。在我国，从建设社会主义法制国家到建设社会主义法治国家，历经几十年。1999年3月《宪法》修改时，在第5条增加一款“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。1997年9月，党的十五大报告首次提出“建设社会主义法治国家”的目标。

段，1979年至1996年《刑事诉讼法》修改的失衡阶段，1996年至2012年《刑事诉讼法》再修改的对抗阶段，以及2012年至今的对抗兼合作阶段。其中，对抗阶段又可以分为非理性对抗和理性对抗两个阶段，对抗兼合作阶段又可以分为以对抗为主、合作为辅和以合作为主、对抗为辅两个阶段。<sup>①</sup>

在控辩关系的无序阶段，我国缺少一部统一的规范刑事诉讼中的控辩关系的法律，仅在《宪法》《中华人民共和国人民法院组织法》（以下简称《人民法院组织法》）等法律中笼统地规定了部分相关内容。甚至可以说，直到1979年《刑事诉讼法》颁布，新中国才有了第一部规范调整控辩关系的法律，控辩关系才实现了有法可依。<sup>②</sup>在该阶段，法治意义上的刑事诉讼控辩关系无从谈起，刑事辩护更无用武之地。

在控辩关系的失衡阶段，虽然有统一的《刑事诉讼法》对控辩关系加以规定，但是，在当时的历史条件下，刑事诉讼中以“敌人”等政治概念代替法律概念的理念尚存，控审职能分离不够，控辩权利（力）配置明显失衡，不仅没有“犯罪嫌疑人”之说，而且用“人犯”“罪犯”“犯罪分子”等明显带有有罪推定色彩的概念称呼被追诉人。在这个阶段，刑事辩护发挥作用的空间依然不足。有一个典型的事例可以说明该阶段的刑事辩护制度：有学者对某市司法局《法律顾问处工作试行细则》中“律师在所承办的案件判决后，应会见委托人，征询意见，判决正确，劝其守法、服判；判决不当，可支持上诉”的规定大为赞赏，就是因为该司法局首先允许辩护律师与被告人进行会见。<sup>③</sup>彼时，控与辩虽然在形式上分开，但仍没有形成明显的两造对抗机制。此外，由于会见权、阅卷权等基础性的辩护权利都尚未得到保障，辩方也没有与控方对抗的可能性。

1996年《刑事诉讼法》的修改，标志着控辩关系进入了对抗阶段。这次修改在审判程序中融入了一些无罪推定原则的精神，强化了被追诉方的主体地位，将原有的审问式程序转化为主要由控辩双方推动的对抗式程序，其进步是明显的。此次修法大幅度提前了辩护律师介入刑事诉讼的时间，为辩护律师同控方展开对抗开启了大门。但不得不承认的是，控辩对抗虽然已经开始，但常处于“你辩你的，我判我的”的状态。对此，有学者在文章中

---

① 参见冀祥德：《从控辩关系看我国刑事诉讼制度的演进发展》，《中国刑事法杂志》2022年第1期，第139~157页。  
② 参见冀祥德、张文秀：《从对抗转向合作：中国控辩关系新发展》，《中国司法》2011年第12期，第50页。  
③ 参见陈旭：《刑事一审判决后应允许律师会见被告人》，《法学》1985年第9期，第38~39页。

引用一位法官的话说：“我们现在判决刑事案件，仍然只是依靠控方证据作出裁判，一方面是律师难请，听不到律师的声音，另一方面是法官对律师庭上的意见不重视，听不进去”。<sup>①</sup>甚至由于这次《刑事诉讼法》的修改过多地借鉴了域外的一些制度，缺乏对我国国情的审慎分析，一些域外制度引入后和我国原有制度出现了较为严重的“排异”现象，控辩关系在对抗中迅速恶化，以至于出现长达数年的非理性对抗：一方面，律师伪证罪“吓退”了不少刑事辩护律师；另一方面，“死磕”派律师应运而生。

在控辩关系的对抗兼合作阶段，人权的司法保障进一步得到明确和加强，律师的辩护权利和辩护能力也随之不断强化，对抗式诉讼结构愈发完善。理论上，随着以控辩协商为内核的认罪认罚从宽制度全面推开，在刑事诉讼中控辩“合作”的机会大大增加，这种控辩关系的变化在一定程度上平衡了刑事司法对公正与效率的现代价值追求。

控辩关系是刑事诉讼主体之间的一对基本关系，甚至可以说是刑事诉讼主体关系中最重要的一对关系，不仅关乎刑事诉讼的基本构造和价值取向，而且直接决定刑事诉讼活动公正与效率的实现。回顾我国刑事诉讼发展的历史，可以看出，控辩关系的发展基本上沿着从“法制”向“法治”转向的轨道变化的：控辩关系不畅，则刑事诉讼问题多多，直接牵制着法治建设进程；控辩关系和谐、理性地对立与统一，有效推动着刑事诉讼法治现代化进程。

## 二、刑事辩护的地位：木桶说

如果把国家与社会治理比作一个木桶，在多种治理手段中，法治就是国家与社会治理木桶中最短的木板；如果把法治也比作一个木桶，在行政法治、民事法治、经济法治等多元法治中，刑事法治就是法治木桶中最短的木板；如果把刑事法治也比作一个木桶，在侦查法治、检察法治、审判法治等刑事法治中，刑事辩护就是刑事法治木桶中最短的木板。综观之，刑事辩护可谓国家法治建设中最短的木板。

综观世界各国的刑事辩护制度，无一不是刑事司法制度的后生制度，即刑事辩护在司法权从行政权中分离、控诉权与审判权又进一步分离后，方才出现。从这种意义上讲，相较控诉权（含审查起诉权）和审判权，辩护权是一种后生性权利，具有“先天不足”的劣势。<sup>②</sup>正因如此，刑事辩护在刑

<sup>①</sup> 樊崇义：《刑事辩护的障碍与困惑透视》，《河南省政法管理干部学院学报》2001年第3期，第13页。

<sup>②</sup> 参见冀祥德：《世界刑事诉讼的四次革命》，《中国法学》2024年第1期，第64页。

事诉讼中的地位有其特殊性，它站在被追诉人一方抵御国家公权力可能造成的侵害，是一种对抗与制约公权力的权利，从诞生之日起就是法治“木桶”中最短的一块“木板”，所谓“刑事诉讼发展的历史就是辩护权不断扩张的历史”正是此意。

在我国，1979年《刑事诉讼法》颁行前，控辩关系处于无序之中。在此阶段，控辩关系基本处于“无法可依”的状态，也不存在诉讼形态下的控辩关系。1954年《宪法》虽有被告人有权获得辩护的规定，但规定过于笼统。其后的《人民法院组织法》《中华人民共和国拘留逮捕条例》也仅在非常有限的范围内对被追诉人的权利予以规定，如搜查时的在场权或见证权。从法制建设初期进程看，我国的刑事辩护制度一度初见成效，但在其后很长的一个时期，法制建设受挫，刑事辩护之萌芽未及展开。在此期间，司法机关办理刑事案件采取侦查、起诉、审判“一竿子插到底”的做法，有罪推定是显性原则。“木桶说”是笔者在充分考察并反思控辩关系扭曲、无序状态对我国法治建设的不利影响后提出的，旨在阐明刑事辩护在法治建设中的重要地位。

刑事辩护在我国经历了多年的曲折发展。1979年《刑事诉讼法》颁布，被摧毁的律师制度重新恢复，但律师参与刑事诉讼的正当性、在刑事诉讼中的地位以及辩护律师权利的规定与保障等基本问题都没有得到很好的解决。“打击犯罪”成为我国刑事诉讼活动的主要目的，辩护律师不论是在司法工作人员还是在普通人民群众眼中，都被视为“为坏人说话的人”，开展辩护工作困难重重。随着1996年《刑事诉讼法》的修改，律师参与刑事辩护的空间和能力都大大提升，刑事辩护的短板有了较大改善，但是，辩方权利的扩张加剧了控辩对抗，尤其是1997年《刑法》在修订中增设了辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，引发了持续几年的控辩非理性对抗关系，直至2012年《刑事诉讼法》的第二次修改，再次“拉长”的刑事辩护“木板”才使得法治“木桶”的“容积”扩大，控辩关系也由非理性对抗转向理性对抗。党的十八大以来，全面依法治国成为“四个全面”战略布局之一，特别是党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，我国法治建设开始向纵深发展。2018年《刑事诉讼法》的第三次修改建构起认罪认罚从宽制度，辩护律师的作用得到进一步彰显，普遍辩护在审判阶段得以实现，法治“木桶”中刑事辩护的“木板”有了长足增长。

笔者提出的世界刑事诉讼的四次革命理论认为，司法权与行政权的分离是世界刑事诉讼的第一次革命，控诉权与审判权的分离是世界刑事诉讼的第二次革命，控辩平等是世界刑事诉讼的第三次革命，控辩合作是世界



刑事诉讼的第四次革命。<sup>①</sup>在这四次革命的历史进程中，可以清晰地看到刑事辩护这一“木板”在法治（法制）“木桶”中从无到有、从短到长的演进过程，刑事辩护“木板”的每一次“拉长”，都代表法治建设的一次进步。

我国正处在“世界刑事诉讼的第一次革命尚未结束，第二次革命还在继续，第三次革命正在进行，第四次革命已经到来”的混合交织时期，刑事辩护的地位不仅需要被重视，而且需要被重新认识。理论界及实务界，尤其是立法者需要明确，我国要在新中国成立100周年之际建成社会主义法治国家，必须要拉长刑事辩护这一“木桶短板”的高度，必须保持对刑事辩护这一“木桶短板”的长期关注。刑事辩护律师则应当清醒地认识到自身作为法律职业共同体组成部分的重要使命与不可或缺的价值，在社会责任、职业追求、职业素质与伦理等方面进行深刻的自我反思与提高。

### 三、刑事辩护的功能：车轮说

笔者提出，从1979年《刑事诉讼法》颁布至1996年《刑事诉讼法》第一次修改，是我国刑事诉讼中控辩关系的失衡阶段。1979年《刑事诉讼法》以专章规定了辩护权，明确了被告人及其辩护人的辩护权，对控审机关权力行使进行了规范。其后出台的《中华人民共和国律师暂行条例》又进一步明确了律师定位，为其进行刑事辩护提供了更细致具体的依据。刑事辩护摆脱了控辩关系无序阶段的无法可依状态，初步实现了有法可依的目标。

虽然随着政治、经济、文化的快速发展，自由、平等、权利等观念逐渐深入人心，以立法为中心的法制建设驶入了“快车道”，控辩关系也得到了法律的规制，但是控辩双方权利义务的界定带有明显的时代特征：一方面，辩方自身定位不明；另一方面，公检法三机关配合有余而制约不足。公检法三机关权力同质（都属于公权力性质）同向（权力产生之始都是为了打击犯罪）、紧密捆绑，作为被追诉人权利守护者的辩护人则或被忽视，或行使着与其相同的“打击犯罪”职能，并没有作为刑事诉讼中独立的主体获得应有的尊重和权利保障。在此背景下，笔者提出刑事辩护“车轮说”，在对刑事辩护的功能定位和辩护律师的角色定位进行反思与重构的基础上，将公安、检察官、法官、律师比作“法治之车”的四个车轮，形象地说明律师在我国法治建设中作为法律职业共同体重要成员不可或缺的

<sup>①</sup> 参见冀祥德：《世界刑事诉讼的四次革命》，《中国法学》2024年第1期，第44～64页。

地位与作用。

对“车轮说”的认识不能仅止于对“公检法律”四主体平等视之。事实上，如果在四主体构成的矩形的每个顶点间进行连线，可以发现每个主体均与其他主体有密切的互动关系——律师要与作为审判者的法院充分对话，使法院听取、采纳自身的想法和意见，避免其对控方的偏听偏信；要与控方进行充分对抗以保障被追诉人的合法权益不受公权力倾轧（即使是在协商式纠纷解决机制中，也要以律师充分对抗的可能作为保障协商公平性的手段）；要以监督的形式防范公安机关在侦查阶段对被追诉人人身权的侵害。正是律师的参与，在刑事诉讼中原本同质同向、配合有余却制约不足的公检法三机关之间引入了一股对抗、拉扯的平衡的力量，使四主体之间更丰富、紧密的互动成为可能，而这种充分的交互又恰为诉讼程序探寻事实真相所必需。是故，要理解笔者所言之“车轮说”，不仅要强调对律师主体的重视和权利保障，更要关注如何使律师主体更深入地参与刑事诉讼、在律师与公检法三主体间建立更加良性、长久的互动机制。值得高兴的是，经过几十年的法治发展，律师参与刑事诉讼活动的深度和广度已然持续得到加强，原本难以同被追诉人进行会见的律师已经可以越来越早地进行会见，原本“你辩你的，我判我的”的法官群体也逐渐重视律师意见，专门对律师意见进行释法说理，甚至在原本由公安机关牢牢掌控的“密不透风”的侦查领域，律师的活动范围也在不断扩大，律师在侦查讯问中的在场权等新兴辩护权利不断进入人们的探讨范围。<sup>①</sup>

笔者认为，以司法权与行政权分离为特征的世界刑事诉讼第一次革命，主要解决行政权与司法权合一的问题；以控诉权与审判权分离为特征的世界刑事诉讼第二次革命，主要解决控审职能不分的问题；以控辩平等为特征的世界刑事诉讼第三次革命，主要解决辩护权作为私权利对控诉权、审判权等公权力的制约的问题；以控辩关系从以对抗为主转向以合作为主为特征的世界刑事诉讼第四次革命，主要解决以公正为前提的诉讼效率的问题。在这样一个理论体系下，公检法同质、同向，权力植根于打击犯罪的需求，律师的辩护权则与之异质、逆向，权利来源于刑事诉讼中的人权保障需要。在人权保障理念不断增强的法治发展路径中，刑事辩护的出现是必然的。进言之，我们也应当时常反思，究竟是国家（社会）需要律师，还是个人需要律师？律师是为个人辩护，还是为国家（社会）辩护？在笔者看来，法律永远难以达至完美，而不论律师、检察官还是法官，都难以

<sup>①</sup> 参见孙长永：《侦查阶段律师辩护制度立法的三大疑难问题管见》，《法学》2008年第7期，第25～32页；陈卫东、孟婕：《重新审视律师在场权：一种消极主义面向的可能性——以侦查讯问期间为研究节点》，《法学论坛》2020年第3期，第120～129页。

仅凭自身实现法律正义，唯有通过互相牵制、配合，促进程序正常运转，方能共同追求正义。

#### 四、刑事辩护的处境：三难说

刑事辩护难不仅是我国的问题，而且是世界的问题。任何一个国家的辩护律师并不都像人们从影视上看到的西装革履、叱咤法庭、鸣正洗冤、一副正义化身的样子，在实际的律师执业过程中，每个国家的辩护律师大多面临着讥讽、打压、阻碍、委屈并不断地抗争。

在我国，辩护律师会见难、阅卷难、调查取证难的“三难”问题的出现有其历史原因与时代背景。前已述及，1996年《刑事诉讼法》在修改中引进了控辩对抗制度。虽然此次修法具有追求控辩平等原则、扩张辩方权利、推动刑事诉讼法治化进程的里程碑意义，但刑事诉讼毕竟是一项牵一发而动全身的体系性制度，囿于修法时并未充分考虑引进的某些西方制度与我国刑事诉讼本体的适配程度，制度移植后出现“水土不服”现象就是必然的。加之在1996年修改《刑事诉讼法》时，《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）也于同年修改，将律师定位由“国家法律工作者”改为“为社会提供法律服务的执业人员”。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>达马斯卡认为，在司法官僚结构中，职业化官僚的长期任职使他们不可避免地划定一个他们认为是“自己人”的阶层。<sup>②</sup>当律师的定位是“国家法律工作者”时，公安司法人员就对律师有“自己人”的职业认同感；而当律师成为“为社会提供法律服务的执业人员”这种带有中介性质的人员时，公安司法人员就没有了“自己人”认同，控辩双方在诉讼程序中可能就会出现不沟通、不合作、不留情、硬碰硬的非理性对抗状态。譬如，控辩关系不仅没有如预期的那样直接进入平等的理性对抗，反而出现了非理性对抗，一些地方公安、检察机关采取多种手段限制、阻挠辩护律师会见、阅卷，不给予辩方取证的便利，甚至公然利用职权打压辩护律师。在司法实践中，有的侦查机关会以“案件涉及国家秘密”为由拒绝律师会见，有的侦查机关不及时安排律师会见或限定会见的次数和时间，或者对会见的谈话内

<sup>①</sup> 参见 Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 18 - 23.

<sup>②</sup> 参见冀祥德：《控辩平等论》，法律出版社2008年版，第228页。



容或记录进行限制,<sup>①</sup>更有甚者,一些司法机关滥用《刑法》第306条“报复”辩护律师,使辩护律师身受其苦。在这样的背景下,1998年8月,在中国法学会诉讼法学研究会举办的“新刑事诉讼法实施一周年座谈会”上,笔者第一次提出了刑事辩护会见难、阅卷难、调查取证难的“三难说”,这“三难”在很大程度上成为《律师法》修改和2012年《刑事诉讼法》再修改的“导火索”。

刑事辩护的“三难”问题长久困扰着我国的刑事辩护律师,它产生于各界对律师在社会法治建设中地位的错误认识,在本质上是控辩之间非理性对抗的结果。笔者当时提出“三难说”的首要目的在于呼吁立法、司法以及学术界关注刑事辩护律师的辩护权保障问题,但“三难说”并不仅仅是将律师在实践中的困境进行简单归纳,除了这“三难”,律师的获得通知权、辩论权等其他诸多权利均整体性地受到打压。之所以将会见难、阅卷难、调查取证难抽象概括为律师辩护“三难”,原因在于会见、阅卷、调查取证最为基础性地关涉律师的辩护质量,因为会见权、阅卷权是律师办理案件的信息基础,没有会见权、阅卷权保障就好比在一场对抗中蒙住了一方选手的眼睛。调查取证权是律师在刑事诉讼中发挥作用的攻防基础,没有调查取证权保障就像是选手在竞技比赛中被捆住了手脚。

2012年《刑事诉讼法》的修改明确了看守所安排辩护律师及犯罪嫌疑人、被告人会见至迟不得超过48小时的限制性规定以及辩护人拥有会见时不被监听的权力,扩张了辩护人的阅卷范围。2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》又在传统的拍照、扫描、复印等阅卷方式上增加了电子数据拷贝的方式。可以看出,在“三难”中会见难、阅卷难的问题已经得到了很大程度的改善,其受到的整体性关注也逐渐转向“被告人自主性会见权”<sup>②</sup>或“职务犯罪中的会见权”<sup>③</sup>等新的困境。然而,直至今日,辩护律师调查取证难的问题仍然没有得到根本改善,现行《刑事诉讼法》第43条以各种形式限制辩方的调查取证权(如规定其在调查取证时须获得人民检察院或人民法院之许可等)。充分的律师调查取证权即使不能帮助形成控辩两造平等对抗的局面,也能在相当大的程度上规

<sup>①</sup> 参见陈卫东主编:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第223~227页。

<sup>②</sup> 参见陈瑞华:《论被告人的自主性辩护权——以“被告人会见权”为切入的分析》,《法学家》2013年第6期,第140~152页。

<sup>③</sup> 参见董坤、段炎里:《当前检察环节律师权利的保障现状与新现问题研究——以阅卷权、会见权和检察救济权切入》,《河北法学》2017年第6期,第101~112页。

范侦查行为，“对案件侦查带有‘补遗’、‘纠偏’的辅助性效果”。<sup>①</sup>但面对侦查、控诉机关以各种方式作出的重重限制，律师为降低职业风险，不敢轻易在侦查阶段自行调查取证。而且，在认罪认罚从宽制度实施后，刑事辩护律师又有新“难”的感慨，有的律师甚至说，新一轮刑事辩护“寒冬”的到来，表面上看是值班律师对委托律师的冲击，实际上是有权机关在以普遍辩护之名、行无效辩护之实，这进一步造成了刑事辩护质量的整体下滑。<sup>②</sup>如此种种，刑事辩护中的诸多困难还有待我们与时俱进地跟进研究。

## 五、刑事辩护的质量控制：准入说

刑事诉讼活动事关当事人人身自由乃至生命权等最基础的宪法性权利，因而刑事辩护对律师之综合素质要求极高，如今却屡屡成为实习律师的“练兵场”，“初犯、偶犯、认罪态度良好”的辩护三段论已在司法实践中留下诸多遗憾和笑柄，很多冤假错案的发生与刑事辩护质量低下有很大关系。是故，笔者多年来不断撰文呼吁建立刑事辩护准入制度。刑事辩护准入说，是笔者主张并研究多年的有关建立刑事辩护律师准入制度的研究成果的统称，即由国家（或国家委托相关行业及组织）对刑事辩护的主体之资格予以考核、批准、监督及管理并建立配套准入、考核、退出、收费机制，由适格的律师作为辩护人承担刑事辩护职能。<sup>③</sup>

当下，至少应当从以下几个方面着手。

第一，首先从死刑案件开始实行刑事辩护准入制度，然后分层级设置刑事辩护准入门槛。作为一种剥夺人类生命的终极刑罚，死刑在大多数国家被认为是残忍且非人道的。美国通过《死刑案件辩护指导纲要》《律师刑事诉讼辩护准则》《死刑案件中律师的指派与行为指南》等文件确立了有效辩护的具体准则。我国虽仍将死刑作为刑罚的一种，但不论是司法政策还是司法实践均表现出“少杀、慎杀”的改革追求。<sup>④</sup>刑事辩护质量参差不齐是我国

① 董坤：《律师侦查阶段调查取证权新探》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2016年第2期，第113页。

② 参见汪海燕：《三重悖离：认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》，《法学杂志》2019年第12期，第12~23页。

③ 参见冀祥德：《建立中国刑事辩护准入制度理论与实证研究》，中国社会科学出版社2010年版，第7页。

④ 参见赵秉志、袁彬：《中国死刑制度改革路在何方——高铭暄教授死刑改革思想及其启迪》，《法治现代化研究》2023年第3期，第1~11页；胡云腾：《论中国特色死刑制度的“三个坚持”》，《中国法律评论》2023年第4期，第1~17页。

刑事辩护面临的现实问题，在死刑案件中辩护质量利益关涉最为巨大，同时这些案件的数目远少于轻罪案件，故而具备率先实施刑事辩护准入制度的必要性和可行性。其后，按照轻罪重罪分类，分别设置可以出席基层人民法院审理的刑事案件和中级及以上人民法院审理的刑事案件诉讼活动的辩护律师资格要求，实现刑事辩护准入制度全覆盖。

第二，设置刑事辩护资格考试制度，以考试的形式考核欲从事刑事辩护人员的职业技能和专业技巧，为通过考试的人员颁发从业资格证。在我国建立刑事辩护准入制度要以严格的专业考试制度强化辩护律师的职业技能，培养其行业精英意识和职业责任感。此外，通过严格考试选拔出来的人员更容易获得公众的信任和认同，有助于构建当事人及辩护律师之间的信赖关系。

第三，严格刑事辩护律师实习要求。阅卷、取证、质证、辩论等刑事辩护基本技能最能考验辩护律师的机智与灵活，与民事诉讼相比，在我国刑事诉讼活动中律师履职困难更多，对律师的综合素质要求更高。为防止没有经验的律师贸然从事刑事辩护，应严格刑事辩护律师的实习要求，这种严格并非简单地为其规定一定实习期，而应要求其在有刑事辩护资格证的律师带领下，有针对性地学习实践刑事辩护技能，并达到一定要求。

第四，善用利益驱动机制，提高刑事辩护律师收费标准。只有同高收入联系在一起，对刑事律师的高要求才具有可实现性。刑事辩护准入制度对辩护律师提出了更高要求，势必会大幅度增加他们为从业投入的时间、精力、经济成本，要吸纳素质高的律师参与刑事辩护，不能仅靠律师的兴趣，还必须要有现实的激励机制，除了辩护费用的科学设置，应在律师荣誉、职称评定等多方面给予辩护律师更多关照。

第五，设立相应监督、惩戒、退出机制。除了严把“入口”关，刑事辩护律师在执业过程中还应受到更严格的监督，可以通过建立刑事辩护律师数据库等方式对其辩护行为进行量化，如将被追诉人纳入监督主体范围，允许被追诉人在更加公开透明的平台对刑事辩护律师进行评价。要建立“自愿退出”和“强制退出”通道，及时清退不能继续满足执业要求的刑事辩护律师。

## 六、刑事辩护的机理：控辩平等说

刑事辩护必须以控辩平等为制度运行机理。控辩平等是现代法治的基础理念，在世界刑事诉讼发展的大趋势中，不论是“繁者更繁”的控辩对抗，还是“简者更简”的控辩协商，都必须以控辩平等为前提。笔者提出的“控辩平等说”，不仅深入挖掘推进了控辩平等理论，彰显现代刑事诉讼中

国家追诉权与公民权利应当调整构建的新型模式，同时突破了传统刑事诉讼理论中将控辩平等解释为平等武装的局限，将平等辩护、平等对抗、平等合作纳入控辩平等的现代意蕴。

控辩平等以权力制衡理论为哲学思想基础。从权力的性质来看，权力需要制约；从权力与权利的关系来看，权力需要用权利进行制衡。在刑事诉讼中，权力与权利的对立体现为控诉与辩护之间的对立，唯有通过辩护权有效制衡控诉权，方能实现控辩平等。

控辩平等以程序主体性理论为法律文化基础。由对立统一规律可知，平等主体之间方存在对抗，不平等主体之间的对抗并不是真正的对抗。从这种意义上讲，当辩方作为诉讼主体并拥有与控方平等的地位时，控方与辩方之间才产生对抗，控辩平等的意义方能真正体现。

控辩平等以个人本位、实体公正和程序正义为价值基础。个人本位是相对国家本位而言的，从法治理念来看，它表现为法律必须平等地对待政府公权力和公民私权利、个人与国家享有相同的法律地位，在刑事诉讼活动中则进一步体现为对被追诉人的权利保障。就个人本位的追求而言，控辩平等原则是刑事诉讼法治发展过程中的应有之义。实体公正在刑事诉讼中表现为两个方面，一为罪、责、刑相适应，二为保护被追诉人的人身权、财产权。只有控辩双方平等调查取证（或者对证据有平等知悉权）、平等举证、平等质证，才会使证据的获取更加全面、证据的判断更加细致，进而更利于裁判者去伪存真，发现事实真相。就保护被追诉人的权利而言，控辩平等原则要求司法机关充分肯定并尊重被追诉人的主体地位，在保障被追诉人的合法权益不受侵犯的前提下，查明被追诉人应否承担以及应当承担何种法律责任。程序正义则追求一种“看得见的外化的过程价值”，刑事诉讼作为解决社会刑事纠纷冲突的一种理性方式，自产生之时起，其价值目标就是正义，其内在要求就是努力减少控辩双方地位差距和力量悬殊产生的影响，从而实现正义。

笔者在研究过程中发现，学界以往有关控辩平等内涵的解读并不深刻，而且多数研究者对控辩平等内涵的界定仅仅局限于平等武装，但事实上，控辩平等包含平等武装、平等保护、平等对抗和平等合作等多重本体意蕴。控辩平等从内在的权力（利）配置原则上要求平等武装和平等保护，但二者的追求不同，平等武装追求的是一种实质的平等，平等保护追求的是一种形式的平等；控辩平等从外在的权力（利）行使目的上规定平等对抗和平等合作，其中平等对抗是手段和现象，平等合作是目标和本质。由此可知，平等武装、平等保护、平等对抗和平等合作是控辩平等的应有之义。平等武装、平等保护、平等对抗和平等合作相互配合，以消解国家和个人的纠纷为总目标，以控制犯罪和保障人权为基本目的，以实体正义和程序正义为根本

要求，以被追诉人受到公正审判为核心，以赋予被追诉人沉默权、辩护权、知情权、上诉权等防御性权利为手段，以确立不得强迫自证其罪原则、无罪推定原则、程序法定原则、禁止双重危险原则、非法证据排除原则为保障，在刑事诉讼中全面实现有效辩护，推动控辩双方在平等的对抗与合作中和谐发展。<sup>①</sup>

## 七、刑事辩护的发展：控辩协商说

2018年10月，《刑事诉讼法》第三次修改新增认罪认罚从宽制度的规定，向“简者更简，繁者更繁”的刑事诉讼程序改革方向迈出了实质性的一步。2019年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部共同发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》，回应了认罪认罚从宽制度全面实施以来理论界和实务界出现的若干争议问题，为在刑事案件处理过程中准确及时惩罚犯罪、强化人权司法保障、推动案件繁简分流、节约司法资源奠定了制度基础。至此，可以说，中国特色的控辩协商制度已经形成。

事实上，平等对抗和平等协商都是笔者曾提出的控辩平等理论的重要组成部分，其中，对抗是手段和现象，合作则为目标和本质，这也是为什么在“简者更简，繁者更繁”的控辩关系发展规律中，“对抗”会自然地转向“协商”。

控辩对抗与原始的私力纠纷解决方式有本质区别，它是在现代刑事诉讼程序之中，以中立的审判者为核心、存在于控辩两造之间的平等对抗。控辩平等对抗之重要价值在于以下三点。第一，为获得公平审判结果所必需。在没有以控辩平等对抗为基础的现代刑事诉讼制度之前，被追诉人一旦进入刑事诉讼，便成为程序运行的客体与对象，当司法权出于打击、惩罚犯罪之目的对被追诉人实施强制处分时，被追诉方只能被动接受，并没有任何能与之抗衡的能力。同时，为了证明追诉行为的正当性，追诉者必定倾向于对不利于被追诉人证据的收集，审判者对被追诉人的成见亦没有被纠偏的机会，公平审判无从建立。唯有将控审职能彻底分离，在审判者中立的前提下构造控辩双方平等攻击与防御的刑事程序，使控方拥有的强制处分权与被追诉方拥有的防御权相抗衡，双方论点均得到中立裁判者的平等关注，双方诉求和主张受到同等重视与评判，方能达到法治国家公平审判之要求。第二，为实现刑事诉讼正当程序所必需。正当程序之本质在于以正当之法律程序限制政府

<sup>①</sup> 关于本学说之专论，参见冀祥德：《控辩平等论》，当代中国出版社2022年版。



权力，防止政府滥权，保障人民基本权利。刑事诉讼之目的不应止于发现真实，更在于以公平、正义且符合人民情感的方式发现真实。故正当法律程序不仅意在避免处罚无辜，更要维持法的正当程序，以确保人权免于受到侵害。<sup>①</sup> 没有两造之平等对抗，仅以控诉方和审判方之良知和自制是难以确保正当程序被严格遵守的，这与世界刑事诉讼革命过程中行政权与司法权分离、控诉权与审判权分离的内在逻辑是相似的。在现代刑事诉讼程序中，唯有赋予辩方与控方平等对抗之资格、平等对抗之能力，方能以其“自我防卫”和“自我保护”确保正当程序之实现。第三，为探明事实真相所必需。控辩两造平等对抗是刑事审判中发现实体真实最有效的途径。被追诉人作为被指控事实的亲历者，是各个诉讼主体中最深入掌握事实真相的一方，若只是将其作为诉讼活动的客体或研究对象，相当于主动放弃了一条探寻事实真相的通路。但被追诉人通常又是不具有法律专业知识的个体，而且常常受到来自控方的人身强制，他们的解释、辩驳很容易被扭曲或异化，如果没有具备专业法律知识并享有多种辩护权利保障的辩护律师的帮助，实质上的压制会被形式上的对抗掩盖，难以达到诉讼活动探明事实真相的最佳效果。

“互问强有力的问题是发现事实真相的最好办法。”<sup>②</sup> 对抗固然有利于查清案件真相，但是，随着辩方权利的扩张，控辩双方的力量越趋于平衡，诉讼对抗的成本就越高。而在工业革命后，尤其是信息革命以来，世界各国的刑事司法活动普遍面临着快速增长的犯罪率与有限增长的司法资源之间的紧张关系问题，同时公正与效率的关系问题也愈发突出。在这种时代背景下，“控辩合作”悄然兴起。

控辩协商说亦即控辩合作说，控辩协商是控辩合作的实现方式，是在控辩平等的基础上发展形成的，它通过强化控方与辩方间的沟通交流，使双方在一定限度内秉持自愿、协商、参与、合法的原则，就刑事诉讼的程序、实体问题达成一致意见，以达到在实现诉讼正义的同时提升诉讼效率、节约司法资源之目的。

以控辩合作模式解决刑事纠纷成为世界多个国家刑事司法制度的重要组成部分，并具有不同的表现形式。这种模式在美国通常被称为“plea bargaining”，也即“辩诉交易”，这种诉讼形式最初是作为一种提高司法效率的非正式手段被加以运用的，直至1974年《联邦刑事诉讼规则》对之进行明文规定，方成为一种正式的控辩协商方式被推广开

① 参见黄东熊：《刑事诉讼法论》，台湾三民书局1995年版，第20页。

② 参见 Irving R. Kaufman, Does the Judge Have a Right to Qualified Counsel?, *American Bar Association Journal*, Vol. 61 (5), 1975, pp. 569 - 572.

来。德国将蕴含这种协商理念的司法方式称为“刑事协商”，早在50年前，德国学界和实务界就普遍认为刑事协商不能与刑事诉讼程序兼容，但这种协商在司法实践中不断地、秘密地出现，根据对法官的访谈和问卷调查，德国的认罪协商的比例在12%~13%，并且自《认罪协商法案》（Verständigungsgesetz）通过以来，认罪协商的案件比例一直在增加。<sup>①</sup>意大利、俄罗斯、日本等国家也分别以“依当事人要求适用刑罚的程序”“在刑事被告人同意对他提出的指控时法院判决的特别程序”“司法交易”等方式引入控辩协商制度。

在我国，认罪认罚从宽制度从试点到成为法律制度，目前已经用以解决超过85%的刑事案件，成为我国刑事司法大厦不可或缺的组成部分。该制度对我国法治建设的推进价值巨大，是改革开放以来最有影响力的制度之一，但对其在立法和司法中存在的问题也必须客观分析研究。

当下我国的认罪认罚从宽制度最大的问题是在从控辩对抗到协商关系转化的过程中，协商的前提是否真正具备，如何确保控辩双方在平等地位下进行真诚、自愿的协商。律师界反响强烈的一个现象是，大量案件是在缺乏辩护律师参与的情况下匆匆进行的，只是在签署认罪认罚具结书时由值班律师进行“见证”式的帮助。异化的值班律师制度不仅没有起到控辩协商制度中该有的被追诉人权利保障作用，反而实现了一些办案单位的“占坑式”辩护目的。

笔者认为，控辩协商是我国在构建和谐社会的语境下、建立高效刑事司法制度的过程中，控辩关系发展形成的一种新型的、理性的、当然的模式。构建控辩协商制度要遵循以下原则。第一，尊重国情原则。充分认识“百年未有之大变局”带来的复杂国情以及五千年文化传承塑造的民族气质和思想文化。第二，公正与效率并重原则。一方面，不能因为过度追求与被追诉人的协商而减弱甚至放弃行使惩罚的权力；另一方面，也不能违背被追诉人的意愿，强迫性地达成协议。第三，意思自治原则。在协商程序的全过程中尊重各程序主体的自由选择。第四，循序渐进原则。考虑到民众的传统思想观念和道德法律素质以及现有的制度环境和物质基础，有关如何顺利地建立控辩协商制度并使之和谐地融入司法体制中的问题，应当从长远考虑，切忌急功近利。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见[德]贝恩德·许乃曼：《德国刑事认罪协商制度的新进发展及评析》，黄河译，《法治社会》2023年第1期，第119~126页。

<sup>②</sup> 关于本问题的专论，参见冀祥德：《建立中国控辩协商制度研究》，北京大学出版社2006年版。

## 八、刑事辩护的未来：“三步走”说

伴随着人权保障运动的不断深入推进，被追诉人的权利日益得到有效保障，辩护权不断加强，这是刑事诉讼发展的必然。我国刑事辩护制度建立以来，进步明显，对法治建设贡献卓著，但是需要守正创新之处也有很多。为此，笔者提出了新时代刑事辩护制度改革“三步走”说。

刑事辩护制度改革“三步走”说是对刑事辩护制度发展到一定程度后进一步演进的研判。笔者认为，我国刑事辩护制度的痼疾不是被追诉人权利保障体系上的修修补补，也不是刑事辩护技能或者技术的覆盖，而是整体制度的系统性建构和刑事辩护的高质量发展，必须首先实现“普遍辩护”，然后建立“准入辩护”，进而建成“有效辩护”。

“普遍辩护”解决的是刑事辩护率问题。要强调的是，“普遍辩护”所称之“普遍”不仅体现为贫富不同、受教育程度不同、社会地位不同的人都能够获得律师辩护，更体现为在单一案件中被追诉人能够获得全过程辩护。易言之，不仅在审判阶段要有律师辩护，而且在侦查、审查起诉及至死刑复核阶段都应普遍地提供辩护权保障。近年来，我国已经推行审判阶段普遍辩护制度，遗憾的是，意外出现的“占坑式辩护”让普遍辩护制度实施的现实境况与初衷背离，如果不迅速有效解决这一问题，继后在审查起诉阶段、侦查阶段的普遍辩护就会变成一种形式主义。

“准入辩护”和“有效辩护”都是为了解决刑事辩护的质量问题，不同的是，“准入辩护”解决的是辩护质量的实现路径问题，“有效辩护”解决的是辩护质量的保障机制问题。对“准入辩护”，前已述及，不再赘述。“有效辩护”在一些法治国家的司法制度和国际条约、国际准则之中早已确立，它包含以下三重含义：第一，被追诉人因其当事人地位在刑事诉讼中充分享有辩护权；第二，被追诉人有权聘请能够充分履行辩护义务、实现其辩护权的辩护律师；第三，国家应充分保障被追诉人的上述权利。“无效辩护”则是与“有效辩护”相对的概念，其意义在于为无法达到“有效辩护”的案件被追诉人提供一定程序上的救济和保障。

从形式上看，“普遍辩护”与“有效辩护”都是对特定刑事辩护样态的描述，而“准入辩护”则是作为实现这些样态的手段而存在的。“有效辩护”是在“准入辩护”基础上提出的，就“准入辩护”与“有效辩护”的关系而言，一方面，刑事辩护准入制度是“有效辩护”实现的前提和保障；另一方面，“有效辩护”是刑事辩护准入制度追求的目标。

## 九、结语

社会复杂化使我国刑事司法面临的资源压力愈发巨大，人权理念的发展则对刑事诉讼中的人权保障提出了更高要求。在“简者更简”改革理念的指导下，案件的处理过程更多地展现出对效率价值的考量，程序简化、节奏加快；而在“繁者更繁”的制度完善下，诉讼双方投入更多时间、经济和人力成本，以愈发严格的程序保障通过对抗让裁判结果实现公正。可以说，“简者更简，繁者更繁”是我国刑事法治现代化发展的必然路径。

然而，综观我国刑事辩护之发展历程，可以发现，不论哪一阶段刑事辩护困境的出现，都根源于其所处的控辩关系，控辩关系异化，尤其是非理性对抗，在诉讼中就转化为对程序的侵蚀，甚至催生出错案。笔者试图站在世界刑事诉讼四次革命和中国刑事诉讼三次转型划分的研究视域，以警察、律师、检察官、法学教育者、法学研究者 40 余年的司法亲历，从立足刑事诉讼惩罚犯罪与保护人权的二元价值取向，改刑事诉讼基本关系的“公检法三机关”为“公检法律四主体”，提出“刑事辩护车轮说”；从刑事辩护对建成法治国家的不可或缺性，提出“刑事辩护木桶说”；从中国特色社会主义法治事业的高质量发展要求，提出“刑事辩护准入说”；从加强被追诉人权利保障、让每一个人都能感受到司法的公平正义角度，提出“控辩平等说”；从尽力消解犯罪纠纷矛盾、构建和谐社会、厚植执政党执政基础、节约司法资源、提高诉讼效率需要出发，提出“控辩协商说”；从中国现实国情和世界刑事诉讼发展基本规律出发，提出我国刑事辩护制度从普遍辩护到准入辩护再到有效辩护的“‘三步走’说”，期待能对我国法治现代化建设有所裨益。

（责任编辑：方 军）