

为什么要杀死所有的律师? PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E4\\_B8\\_BA\\_E4\\_BB\\_80\\_E4\\_B9\\_88\\_E8\\_c122\\_483695.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_B8_BA_E4_BB_80_E4_B9_88_E8_c122_483695.htm) 为什么要杀死所有的律师?中国刑事辩护现状扫描及其原因分析 谁知道那不会是一个律师的骷髅？他玩弄刀笔的手段，颠倒是非的雄辩，现在都到哪里去了？一、刑事辩护的路啊，为什么越走越窄？与市场经济相伴随的不仅仅是民商法律业务的繁荣，近年来各级法院审理的刑事案件也逐渐上升。在悲观主义者眼中，这是经济发展所带来的道德沦丧的表征；乐观一点看，社会进步的速度加快，所需要的新陈代谢节奏也必然加快。如果把它解释为社会变革进行到一定程度从而在解决深层次矛盾中不得不付出的成本，我们也必须承认，这个成本的付出是不可避免的。而且从长远来看，这也许只是一个社会的常态。因为即便在美国这样的现代法治国家的“标本”中，刑事案件同样层出不穷，从这个角度看，犯罪的此起彼伏并不能说明什么，关键是社会对待犯罪和犯罪人的态度，这才是法治国与人治国在刑事领域的分水岭。而作为这道分水岭的重要组成部分，一个国家的刑事辩护情况在此凸显出尤其重要的意义。一个国家为什么要有刑法？因为它是“人权保障的大宪章”，它不仅仅是为了打击犯罪，更是对国家刑罚权的制约。一个国家为什么要有刑事诉讼法？因为它是“活的小宪法”，它不仅仅是为了司法机关办案方便，更是要通过程序实现一种看得见的正义。一个国家为什么要有刑事辩护？因为只有在刑事辩护过程中，刑法和刑事诉讼法的真正价值和实质精神才能够得以体现。没有了辩护律师的帮助，弱小

的被告人根本就难以对抗强大的国家机器。无论是实体法上的权利还是程序法上的权利，要想真正地从“纸面上的权利”变成“现实中的权利”，对于法律知识和法律技能的专业性要求就使得被告人必须寻求辩护律师的帮助。这就好比得了一般的头疼感冒自己吃点药也许可以解决，但若患上复杂疑难的大病或者生死攸关的重症，我想每个人都会去医院求医生诊治，这一方面由于医疗技术的专业性，另一方面因为人们对于自己身体健康的重视。刑事辩护律师在保护被告人权益上的作用和重要性同样如此。病人面对的是可怕的病魔，而被告人面对的则是强大的公诉机关。医生用他的医学知识和技能帮助病人康复，辩护律师则用他的法律知识和技能帮助被告人最大限度地保障自身的合法权益生命、自由和重大财产。在这个意义上，一个国家对待刑事辩护的态度表明了这个国家的法律共同体以及这个共同体为之服务的民众对待生命、自由和人权的态度。在美国，最著名的大律师几乎都是做刑事案子的。克莱伦斯丹诺被称为美国历史上最伟大的律师，正是因为他一生为死囚及刑事罪犯辩护近六十载，以二十世纪最伟大的“穷人和劳动者的守护神”而著称，成为激励成千上万美国律师的楷模。<sup>2</sup> 而在中国，情形则颇有不同。与上面提到的刑事案件上升形成鲜明对照的是，从事刑事辩护的律师越来越少。以北京市为例，刑事案件年平均办理数量已经下降到不足1件。据北京市律师协会的统计，2000年北京市有律师5495人，全年办理刑事案件4300件，人均办理刑事案件从1990年的2.64件下降到2000年的0.78件。尽管按照刑事诉讼法中对刑事辩护的一些硬性规定，法院有时候会摊派给律师一些指定辩护的案子。但很多律师对待这些

案子根本没什么积极性，只是装装样子走走过场便草草了事，北京、上海这样的大城市有这种情况，在全国一些中小城市则更为严重。在律师圈内，做得越是成功的律师越是不愿意做刑事案子，甚至先前一些以做刑事辩护出名的律师也开始转向，将重心转移到民商代理或非诉案件上。据不完全统计，迄今为止全国有70%以上的刑事案件没有律师介入，总之，越来越多的律师将刑事辩护视为畏途，这已经是业内人士所共知也毋庸讳言的现状。可是为什么会这样？Kornstein在《KILL ALL THE LAWYERS?》分析莎士比亚作品中的律师，那是对维多利亚时代奸诈的律师形象的憎恶。<sup>3</sup>在今天的中国，没有人愿意做刑事辩护，对于这个行当来说，是否也意味着一种“要杀死所有律师”的暗示和征兆？只是，这样一种情境的出现是自杀还是他杀？如果是自杀，那么律师为什么会主动或者不得不自绝于此道呢？如果是他杀，这种外力又是什么呢？

## 二、现实层面的原因概述

在我看来，就现实层面来说，这种现状的出现至少有三方面的原因：首先，由于与民商代理和证券发行等一些非诉业务相比，在中国做刑事辩护经济收入和社会地位相对较低；其次，中国的司法体制使得位于其中的刑事辩护律师个人发挥的空间很小；最后，但绝非最不重要的，中国的律师做刑事案子要承担很大的风险。

先说收入和地位，在美国，之所以有那么多优秀的律师在做刑事辩护，是由于在美国民众的法律价值观中，事关个人生死和自由的刑事案件远远要比那些民事案子更为重要，他们因此也对刑事律师给予更多的尊敬，并愿意为此付出更多的报酬。我想，这其中，荣誉和收入的双重激励是非常重要的原因。而在中国的法律实践中，一个奇怪的逻辑是，似乎

只有为钱而打的官司才值得去付钱。而做这样一些“值得去付钱”的业务的律师在一般人眼中则有着更高的追求和地位。不那么严格地来观察，这里面折射出中国社会转型期人们对于物质利益和自身生活之间关系的一种看法，同时还有很多其他层次的原因，比如一些可能会进入刑事程序的案件已经在一般的所谓民事案件和经济纠纷中通过种种手段被“消灭”了。富人可以仅仅在经济层面与法律发生关联，而进入刑事程序的一般要么是要载的富人，更多的是“要命有一条，要钱可没有多少”的低收入阶层，更多的是靠一脸的冤相而非大把的钞票来打动律师，这可能是一种有些偏激的解读，但不能否认其中隐含的中国当下的现实性成分。而在一些律师看来，除非万不得已，既然可以在这个阶段让腰包鼓起来，何必去和检察官打交道来挣那一点小钱呢？当然，如果仅仅用这些去回答“刑事辩护的路啊，为什么越走越窄”，似乎有一些小觑律师们的器皿了。事实上，中国还是有很多满腔热血的律师并不把收入作为第一位的考虑，像国外一些优秀的大律师一样，他们更希望在法庭上施展自己的才华去为被告人争取重大的权益。可惜人所共知的司法现实使得这种想法中激动人心的成分被压缩得几近于无，尽管罪刑法定、无罪推定、沉默权、控辩平等、司法独立，居中裁判、程序正义等种种的现代司法理念在最近几年被引入国门并热烈讨论，其中一些还成为纸面上的制度，但毋庸讳言的是，公检法机关联手办案或者说流水作业以打击犯罪，这仍然或显或隐地存在于当下的司法实践中，并且恐怕还将在相当一段长时期内占据司法人员司法意识的主流。这种现状使得律师在法庭上进行刑事辩护时，很难指望与检察机关平等地对抗

，很难指望法官会没有先见地、不偏不倚地居中裁判。事实上，很多辩护律师在法庭上甫一出现，在检察官和法官眼中即成为一种障碍物的象征。我曾数次在法庭上看到检察官当场斥责律师，法官随意训诫律师的荒诞场景，律师唯唯诺诺的窘态让人发笑更让人心酸。再加上“为坏人辩护”的“民情”，党委（纪检委、政法委）与政府机关对一些案件的介入和定性，一个小小的辩护律师还能在法庭上发挥多大的空间呢？所谓唇枪舌战、力挽狂澜云云更多的是一种故事性的夸大和理想主义的乌托邦罢了。除了这些之外，做刑事律师还有一些比较麻烦和不招人待见的原因，那就是做刑事辩护的辛苦和风险，比如要和行行色色的、或真或假的罪犯打交道，连带着家人的精神上都要承负恐惧和经手人命的巨大压力，在取证上则得顶着重重障碍，最后面对小山般的卷宗材料，常常至于挑灯夜战。而为“罪犯”辩护也很难得人心，很多被害人及其家属真是恨不得把辩护律师“这种没人性的动物”连带着罪犯一块给灭了。立法机关和司法机关也觉得律师唧唧歪歪的很令人讨厌，甚至视这一群体为被告人的“共犯”甚至“教唆犯”，打击手段的体现之一便是刑法第306条的“伪证罪”。自97新刑法颁布以来，因这一条而锒铛入狱的律师已近数百人。近年来对律师执业情况颇为关注的陈瑞华教授认为306条已经成为公检法机关对付“不老实”律师的“杀手锏”，律师界对此一条款自然是头疼不已，以陕西律师张燕领衔，30名人大代表两次就废除刑法306条向九届全国人民代表大会提起议案，在全国引起普遍关注，这可以说是代表了深受这一条款所害的绝大多数律师的心声。会场之外，很多律师从理性的角度对此做出细致的分析，认为引诱

证人改变证言不应该承担刑事责任，而且与其他国家的律师监控制度相比，我国刑法中306条的出现进一步加剧了控辩双方在诉讼地位上的失衡，势必助长职业报复的倾向。4学术界的主流声音一般也都认为这一条款在立法层面含有对律师的主体性歧视，而在司法实践中，由于控辩双方的对抗地位，也常常难以避免控诉方的情绪化追诉，律师的正常工作或者一些轻微的违反职业道德的行为可能被上升到犯罪层面。由此可以看出，收入、地位、荣誉以及相应的风险，使得在中国现阶段的刑事辩护之路，只能是越走越窄。可是，这些原因又是怎样形成的呢？换言之，在这些众所周知的原因的背后，还有哪些更深层次的因素促使这些原因形成，并最终导致中国的刑事辩护出现如此的现状呢？接下来，我将从司法改革、法律共同体、民众的法律意识和法学教育等四个方面对此进行分析。

### 三、背景中的阴影：司法改革是盘棋

司法改革在今日已经成为流行话语和一门“显学”，从这一课题的各个方面（包括司法独立）都可以挖掘出很多的律师问题，限于篇幅，我在这里只能就其中的一点，即庭审方式改革与辩护律师的关系发表议论。作为司法改革的一个重头戏，眼下的“抗辩制”改革是在希望在刑事审判中，以控、辩、审的三角模式取代公、检、法流水作业的模式，而辩护律师作为“辩”这一位置的发言人，在改革中尤其会受到来自个方面的利益冲击。首先，公安机关过去是掌控司法力量的核心之一，在打击犯罪的线形程序中处于发起者和牵头人的位置，属于“做饭”的角色，辩护一方的力量和地位相对公安而言简直微不足道，如今学术界的主流声音却鼓吹要把公安机关排除出司法者的行列，所谓“检警一体化”设想的实质是

希望象西方国家一样，将警察置于检察官统领之下，这无形中使得公安机关的地位似乎降了一格，企图让曾经威风八面的司法机关沦为同僚的下属，却要眼看着“弄巧使诈”的“讼棍”们一跃而为舞台上的主角，这样的司法改革取向和氛围怎么能不让我们人民警察恼火？没办法动检察官也倒罢了，难道还收拾不了小小的律师？尽管修改后的《刑事诉讼法》扩大了辩护律师的不少权利，但这些还只是“纸上之法”。以公安部在今天中国官僚体制中的显赫位置，以公安人员在今天办案过程中的实际权力，不用等到法庭上，辩护律师在介入案件之初就面临极大的困难和风险，某些场合下由于上面的原因甚至比过去遭遇的敌意更甚。这种情势和阶段中的辩护律师虽然号称“人权卫士”，其实比他所要保护的所谓“弱势群体”多的只是一些法律条文的知识，实质权力上强大不了多少。其次，在法庭上升格为与检察官平起平坐的对抗者，这对于眼下中国的辩护律师来说，短期内恐怕还是一个梦想。中国的检察机关在司法体系中的地位有不同于一般国家的特殊性。设置一种与法院平行甚至在某些方面高于法院的检察机构的传统来自前苏联。在斯大林时期，维辛斯基担任总检察长的时代，前苏联的检察机关权重一时，炙手可热。<sup>5</sup>中国仿照前苏联建立起来的检察机关模式，不仅本身具有强大的公诉力，而且还保留着对于法院司法活动的监督职能。这样一个对整个司法活动具有监督权力的“官方大家长”，也许在某些场合会作出一些对“民间法律工作者”倾听的姿态，但更多的时候，是一种居高临下的颐使气指。贺卫方教授感慨“异哉所谓检察官起立问题者”，<sup>6</sup>连起立都成问题，还指望平等？指望对话？至于真正的对抗我看就更

不要说了吧。而且就政治文化传统而言，从很早的时代起，中国的官方以及民众便不习惯于将官与民置于平等的地位之上。在传统中国，官方观点具有一种毋庸置疑的合法性。私人创说、处士横议总比不上公文官话来得更有权威。与此同时，私人利益总是应该服从以官方为代表的国家以及集体利益。是以很多人认为，“角色平等要求的是地位平等，地位的平等取决于利益的平等。而公诉人代表的是国家利益，被告人代表的是个体利益，国家利益与个人利益能够平等吗？”<sup>7</sup>刑事诉讼中之所以难以推行对抗制，在贺卫方教授看来，正是由于这样的观点仍具有相当的影响力。<sup>8</sup>最后，法官在中国的司法改革中被赋予了较高的期望，“司法独立”的讨论主要是围绕法官展开的。然而自建国以来，我们的法官被灌输的是首先要“忠于党”，“忠于人民”，最后才是“忠于法律”。近些年来，随着民主化进程的加快和知识界的不懈努力，法治的理念也开始逐渐渗透到司法实践中来，大环境要求对司法资源和权力的分配重新洗牌，在观念和利益的双重驱动下，我们可以觉察到法官开始自觉地要与检察官和警察划清界限。不承认这种动向和苗头是不客观和不宽厚的态度，但是，这毕竟还只是一种倾向，我们也必须看到在很多法官眼中，辩护律师及其所代表的被告人仍然是“民”的身份，而且非常可能是为了保卫社会所要打击的“刁民”。法官即使对公诉机关的起诉意见不以为然，但一般也不会法庭上表露出来，从传统法律文化的角度看，这可能由于官方机构之间的公开争执与大一统的政治传统格格不入。如将分歧昭示天下，让庶民百姓知晓，会导致官方权威的下降。<sup>9</sup>因此在公、检、法一体的司法格局下，法院若在法庭上明显



地支持辩方甚至判检察院败诉，实质上便造成了法院与检察院之间的对抗，这种“同室操戈”的情况无疑是党领导下的法、检双方都不愿意看到的。从这个意义上讲，法官自觉或不自觉地维护控方而贬低辩方，实际上也是在维护某种包括自身在内的官方权威。另外，作为断案审判者，法官常常有一种道德上的冲动，只要是犯罪确实已经发生了，必然是危害到了受害人和社会，所以受害人和公诉人先天地具有道义上的优势和被同情的情感引力，在众目期盼下为受害人主持公道，让社会恢复秩序，对于在“青天”思想熏陶下的中国法官来说，正是职责之所在。至于“避免冤枉好人，使无辜者不受追诉”的念头不是没有，只是很难占据主要的审判意识。这必然会导致法官难以把持住“中立”或者“超然”的立场，他/她会自觉不自觉地倒向控方一边，要从被指控者身上问个究竟出来，这种情形下出场的辩护律师，在法官眼中很容易看成为刁民护驾的另一类刁民，是不会得到青睐的。由此可见，整个司法改革是一盘棋，律师的地位是其中的一子，它的每一步都会牵涉到其他棋子的走向和利益，在这个意义上，刑事辩护的进退摆脱不掉整个大背景的制约。

#### 四、谁之法律共同体？

一个国家的法律事业要发展，有赖于这个国家的法律共同体。法律共同体的概念这几年流行起来，其原因正是人们包括法学家在内开始逐渐认识到，法治不是朝夕之间的事业，也不是哪一个人甚至哪一个职业群体的努力的就可以独立完成的。从历史上看，各国的法治都经历了一个繁复和艰辛的过程，何况对于中国这样一个法治传统极其缺乏而人治盛行的国家。只靠学者写几篇美文，或者只靠法官断几桩疑案，于中国法治的进程和司法改革的步伐而言，

自不能说无甚效果，然而终究只是杯水车薪。因此，这个事业必须需要所有民众的集体关心，其中以法律或法学为业者更是责无旁贷。人们之所以把所有从事法律实践和法学研究的职业群体称为“法律共同体”，不仅仅是为了创建一个新名词，而是要在法律的名义下将相关行业凝聚起来，籍这一概念传递出期盼各法律职业者之间能够齐心戮力、团结以进的良好愿望。这样一种愿望之所以可能，如托克维尔所言，“他们相同的思想和思维方法使他们在思想上相互联结起来。”<sup>10</sup>因此，我在这里所说的法律共同体包括法官、检察官、律师和法学教授等所有从事法律工作的行业。在关于法律共同体的经典分析中，除了托克维尔以外，韦伯曾经从培养方式的角度，<sup>11</sup>帕森斯曾经从职业性质的角度，<sup>12</sup>昂格尔曾经从自治性的角度<sup>13</sup>分别作过很多精彩而富于启发的论述。我在这里想着重提及法律共同体的内部组成问题。这里的内部组成，不是说律师协会，或者法官协会，而主要是指法官、检察官、律师和法学家之间的关系。“法律家”作为一个整体概念被日本著名比较法学家大木雅夫认为是法律秩序的重要创造者，他将“法律家”看作是对德国比较法学家茨威格特所提出的“法律样式”的五个客观性构成要素之外一个主观性要素，<sup>14</sup>他这里的“法律家”或者“法律艺术家”，就是我所说的“法律共同体”。大木雅夫教授在分析在各个法系甚至各个国家的法律共同体的时，发现居于共同体中心的职业是不一样的。同属于大陆法系，在德国，法学教授的对法秩序的形成和解释有着重要的影响力，大学教授的位置举足轻重；而在法国，律师的地位则远高于教授或者法官，因为伟大的《法国民法典》的四位起草者无一例外的都曾经

长期从事律师职业，大木雅夫教授特别提醒我们注意，法国法律史上的著名法律家几乎都是律师。15英美法系的情形又有些不同，在英国，居于法律共同体中心位置的是法官，但我们知道，英国采用法曹一元制，法官主要是从有实际经验的优秀的出庭律师中选拔，根据律师从业时间的长短和表现的优异将其任命为各个级别的法官；16在美国，律师职业本身在社会生活中占有重要地位，而且虽然不是法官唯一的但的确是重要的选拔来源之一，检察官实质上是政府的律师，在受理民事、刑事案件方面，与普通律师并没有什么根本的不同。从各国的情况可以看出，对于现代法治国家来说，律师要么在法律共同体中占据着中心位置，要么与法官、检察官或学者之间有着血缘上的亲密的关系。当然，也有一个例外，那就是曾经作为我们学习榜样的前苏联。在那里，“律师的地位可谓悲惨之至，……俄国历史上，律师职业的形象从来就是萎缩晦暗的，果戈里曾评价说，‘他们的生活是充满污垢的、卑贱的。’屠格涅夫也评价道，‘他们都是一些出身可疑的和卑贱的人，无论在道义上或学识上都名声不佳，有时是被解放的农民，偶而还有原来的农奴。’”17沙皇时代对律师的敌意在苏联时期被继承下来甚至放大了，因为这里面还存在着一个问题：“社会主义社会在什么程度上可以容许这个作为私的权利和利益维护者的职业存在？”18前苏联时代的律师有着独特的律师职业道德，即在委托人自行向律师作了认罪自白之后，律师不能在审判中对这一事实保持缄默，如果委托人对此提出异议，律师可以拒绝为其辩护。在前苏联的法律价值观中，律师有义务与法官和检察官共同发现客观真实、在加强社会主义法制方面相互合作。在社

会上，对律师的地位评价都不高，比如“法官禁止与律师相互问候”，“律师的最终辩论时间受到控制”，“一般人不相信通过律师的努力能改变被告人的命运”，“在被调查的警察中，过半数以上认为社会主义国家不需要律师”等等，<sup>19</sup>这些就是在苏联的法律共同体中“备受轻视”而又必须被“严格管理”的律师形象。其实，说前苏联就是说我们自己。只要看看当下的中国律师在法律共同体中的处遇，就会明白我们为什么始终被其他国家的比较法学家划入到“社会主义法系”之中去，而且大多时候他们认为谈论了前苏联就不需要再说中国了。作为新中国的“政治经济一揽子”的教师和蓝本，前苏联对中国的法律和法学的各个方面有着极其深刻和长远的影响，这种影响不是今天学学德日或者学学英美就可以轻易挥去的，它同样体现在法律共同体的构建和形成中。中国律师尤其是刑事辩护律师在法庭上的地位其实也就反映了其在整个法律共同体中的地位，他们即使不是处于这个圈子的边缘和底层，也差不了多少。律师既不是法庭上的关键人物，也不是社会生活中的必需品，与法官和检察官之间也没什么血缘关系。在国家司法的律考制度尽管使得律师的整体水平高于法官和检察官，也同时不利于三者之间在出身和身份上的认同感。尽管强世功博士曾经满怀激情地写下了《法律共同体宣言》，<sup>20</sup>在他假想的宣言中律师似乎还有很重要的位置，但是我们在现实中更多时候是看到《最高人民法院、最高人民检察院和公安部关于某某问题的联合说明》之类的“宣言”，公、检、法仍然是最有权威也最亲密的共同体核心成员。当然，这几年大学教授也活跃起来，成为三家之外另一支不容忽视的力量，法院和检察院纷纷聘请

学者成立专家咨询委员会，一些高校的各种名头的所和中心也开始纷纷聘请实践部门的官员来做顾问。各种研讨会常常有法官、检察官和学者共同出席。我并非觉得这样不好，恰恰相反，我认为这是一种学术界和实务界打破“不相往来”的陋习而开始良性互动的好兆头。我只是觉得在这样的活动和机构中，律师的身影太少了，有时甚至几乎不见。这是殊可悲哀的事情，其中律师界本身的不够积极也有责任，很多律师事务所和律师认为把业务做好、钱赚足就行了，管那么多做什么？其实，固然是有作为才能有地位，但地位同时也是需要争取的，忽视了对于努力构建合理的法律共同体应负的责任，也必将使得自身在共同体中的位置逐渐式微，使得律师界的长远利益受损，也使得律师界最后有可能在热火朝天的司法改革中成为默默无言的“他者”。眼下律师界的有识之士已经关注到了这一点，我所知道的国内一些优秀的律所已经开始行动，比如德恒所就在北大、清华和社科院等数家高校和研究机构资助开展各种学术论坛，君合所在一些高校设置奖学金等，这既是一种回报社会、推进学术繁荣的表现，也显示出一种与学术界合作以携手共进的大气。我觉得应该有更多的律所表现出这样的公关意识，而且应该努力想办法把这种良性的合作扩展到司法机关和立法机关中去。其实，再说得难听点，与其最后在敌视的目光中逼得去偷偷摸摸地“打关系”，何不在一开始就寻求在法律共同体中建构一种相互尊重和彼此宽容的气氛呢？

五、作为意识形态的民众法律观

在中国古代，“律师”一词原本为佛家语，佛教称熟知戒律，并能向人解说者为“律师”。“能否佛法所作，善能解说，是名律师。”<sup>21</sup>“律师”一词也用于道家修行的

品号。“道家修行有三号，其一曰法师，其二曰威仪师，其三曰律师。”<sup>22</sup>当然，佛家和道家所讲的律师与我们今天所说的律师概念完全不同。但法律意义上的律师确是从此引申而来，指熟知法律、善于解说法律、并且能为诉讼当事人和社会提供法律帮助的专业人员。<sup>23</sup>中国古代春秋时期虽然没有形成律师和律师制度，但却存在着诉讼。适应诉讼之要求，在民间便出现了私下为当事人鸣不平、写诉状、出谋划策的人，这种人被老百姓称为“讼师”。至封建时期，代理、律学博士和代书讼师逐渐发展起来，其中代书讼师有“刀笔吏”和“刀笔邪神”之称，一方面反映了部分讼师故意挑讼架词从中渔利，而被民间讽刺和谴责的情况，另一方面也反映了官衙对某些有正义感且文字水平高的讼师的恐惧心理。因为有些讼师的状词具有要挟官衙的作用，令官衙十分恼火。在唐、明、清，讼师这个行业受到官府的严厉管制。总的来看，中国封建社会的讼师并不一定都熟悉法律知识，只不过是凭着读书识字的优势来维持生计，这种性质决定了从业者素质参差不齐，且社会地位低下，加之活动没有法律的规范和约束，所以很多讼师敲诈勒索，坑害当事人，被老百姓称为“讼棍”。对这种以“吃官司饭”捞钱的讼师，社会民众既痛恨鄙夷但又无可奈何。<sup>24</sup>历史发展到今天，很多百姓对律师的态度可能还是又爱又恨。当需要迫切帮助而又无法从“国家”那里得到时，他们把律师期盼成一种正义的化身；当看到律师靠打官司尤其有时靠“帮坏人说话”去赚“昧心钱”时，他们又恨的咬牙切齿。田文昌律师对此作过精妙的总结，律师为坏人辩护不得人心；律师与司法机关作对碍手碍脚；律师辩护无效果当事人不满；律师给法官送礼腐蚀

司法人员；律师不負責任就知道騙錢。當人們不滿意律師收費時，認為律師的本事就是就是乘人之危，騙取錢財；當人們看到律師為“壞人”辯護還振振有詞時，則會說，“這個人的良心讓狗給吃了”；當人們需要律師的時候，律師被看作無所不能，既可以申冤報仇，又可以起死回生。<sup>25</sup> 在刑事辯護中，民眾對於犯罪人的看法往往會順延到辯護人身上去。長期以來在老百姓心中，一個人一經被指控犯罪，就被認為是事實上的罪犯，其社會與法律地位與罪犯無異，而人們對犯罪的痛恨超過對罪犯或嫌疑人的人權待遇之關注，<sup>26</sup> 自然免不了認為“要保障罪犯人權”的辯護者是助紂為虐。普通民眾的這種看法實際上已經成為一種法律意識形態，它直接影響着律師的辦案，在很多刑事案件中，如果當事人一些不切實際的願望落空時，他們往往會遷怒於律師，認為其辦案不力，甚至要討回律師費，這樣的心態讓刑事辯護的錢掙得十分不容易；而當“民憤”站到被害人一边的時候，律師則需要頂住巨大的心理壓力，這錢掙得同樣難受。作為一種職業，無論它的倫理道德和理想怎樣，如果它作為謀生手段的功能被整天放置到這樣一種意識形態的圍逼之下，那麼這種功能將連帶着職業本身逐步趨於萎縮。

## 六、法學教育：朦朧的定位與難脫的責任

在對律師的培養上，一言以蔽之，中國的法學教育是不成功的。主要體現在三個方面，一是培養的目標，二是培養的模式，三是培養的內容。首先，與國外的法學院相比，中國的法學院普遍缺乏明晰的培養目標。美國的法學院以培養律師為己任，德國的法學院培養出了眾多享有世界聲譽的法學家，英國的法學院則致力於一種紳士的培養，不傳授具體的實定法甚至學說，而是要培養“具有作

为优秀法律家应有的思考和行动之能力的人”。<sup>27</sup>中国的法学院则很少对学生将来的职业选择有一个明白的导向。很多本科生甚至研究生在平日的学习里并没有一个明确的目标，在毕业的时候多半视就业的形势和机会随意地走上了或律师或法官或学术研究的道路，使得由此而律师者往往缺乏对职业自身的心理准备和知识准备以及尤为重要的对律师行业的热爱。其次，培养目标的缺乏导致培养模式的混乱。正如Gravells教授所指出的那样，“是进行学术理论性的法学教育，还是进行从业性的法律培训？”<sup>28</sup>这是各个国家的法学院都必须面临的选择。美国的法学院实行以学士为入学基础的职业教育，全美计180余所法律院校中，读JD的学生人数，少则数百人，多则千余名，毕业后多数做律师，接着读LLM和PHD做研究的学生极少。英国则恰好相反，大学法学院教育只是打下人文基础，至于律师的职业培训需要在律师学院中完成。<sup>29</sup>相比之下，中国的法学（法律）学位中有法学学士、法学硕士、法学博士、法律硕士以及第二学位等。法学教育机构则有一般的综合性大学、专门的政法类院校，再加之法官学院、检察官学院，一些地方还出现了律师学院等，真是数轨并行，而且相互交错。在以第一学位为基础进而修习法律上，法律硕士和第二学位到底有什么区别？法学硕士和法律硕士以及法学学士在就业上又有什么区别？法学博士去做实务到底是好事还是坏事？想做律师和想搞研究应该各自选择什么样的学位和学制才算理想？总之，到底什么机构的什么学位负责培养什么样的人才，到现在还是比较模糊。最后，与模糊的目标和模式相伴随的，是教学内容的不科学。如果要在法学教育中加大职业培训的力度，那么虽不至于



象英国的律师学院一样，完全请高级出庭律师或法官授课，但至少应该有针对性地请一些实务界的人士来讲授包括辩护术在内的法律技能，比之由纯从事学术研究的教授来传授可能更为妥帖。而且若逼得有责任心的教授去兼职以增长授课经验，那么又不能专心学术和课堂，势必两败俱伤。但现在各大学中专门开职业技能课并请专业人士讲解的还很少。抛开这种职业技能不说，即使从基础的理论上来培养法律人，现在大学法学院的课程设置也多半不能让人满意。民国时期的著名法学教育家孙晓楼博士曾对法律的基本科目开了一个单子，其中包括政治学、经济学、哲学、心理学、伦理学、历史学、伦理学、社会学、生物学以及人类学。在他看来，如果在学习法律之前没有学习这些基本科目，那么“一定不配研究种种关于以上各课所发生的法律问题，不配在现代做一个完善的法律学生”。<sup>30</sup>相信这张单子和这番话会让很多学校的课程设置者汗颜。以我所在的北大法学院为例，以上课程涉猎极少，即便有所讲授，也非是专门的课程。好在学校里各系之间可以互选课，沾了综合性大学的光，还可以多少解决一点问题。但全国这么多法学院，并非每一所的身旁都能找到授课的资源，那么如果按照孙先生的标准，我们中没有人是一个完善的法律学生，将来也很难是一个完善和优秀的律师了，可这个责任又该如何分担呢？这里尤其要提到一点，就是现在社会上对律师评价不高，诚然有我前面所说的各种制度和观念上的理由，但律师是否也应该常常自省我们自身的职业道德和职业伦理有没有问题呢？在国外，律师的好坏，国家的安全影响很大，欧美各国的政治家大半是出身于律师的，所以他们办理法律教育者，对于法律伦

理学一课颇为重视。在中国，律师现在还没有这样的政治地位，但不能因此就放开了这个要求，无论是于现在的具体的当事人，还是将来的可能的社会整体，律师的伦理道德都是极其重要的。但无庸讳言，眼下的情况却并不乐观。抛开个人的因素，这里的责任恐怕也有大学教育一份，即法学教育中对于法律伦理的重视程度不够。孙晓楼先生早就指出，“法律伦理学一课，是教我们于研究法律之外，注意到运用法律时在社会上所应有的态度。尤其是于执行律务时，使他知识、技能、品性方面都有相当的准备，明了自身对于法院的责任，如何接受案件。如何应对当事人，如何尽力保障人权，如何接受酬劳。诸如此类，都是指示和训练律师在社会服务的时候，于自身对国家、社会以及当事人所不可不备的道德。诚然我们读了法律，不是希望个个向执行律师的路上走的。不过执行律务，毕竟是我们研究法律的对社会最重要服务之一。”<sup>31</sup>孙晓楼先生之所以看重法律伦理的教育，是因为他看到在民国的时候，“大部分的新律师，好的有道德的固不可说没有；然而拿张律师证书，利用人民缺少法律知识去到处敲诈欺骗乡愚的实在也不少。这样的律师利己损人，甚或残害人类的生命，哪里谈得到保障人权呢。”可贵的是他作为一个法律教育家，并没有推卸自身的责任，在他看来，像这种没道德的律师，社会上当然少一个好一个。“但律师界有这许多败类，法律学校实应负其责，因为中国现有的法律学校专重于法律学的灌输，而忘掉道德的训育。”“我不是说读了法律伦理学，一定可以成为一个有道德的律师；我是说读了法律伦理学至少可以使学生知道他们将来做律师时对于社会所负的使命，不致盲人瞎马，去害人了，还要害

自己。”<sup>32</sup>我在这里大段地引孙先生的话，并非为了偷懒。而是想让读者诸君明白，这法律伦理一课的教育，实在是重要之极。六十年前的教诲和告诫，在今天并没有过时，反而因为随着法治国家的逐步建立，对律师和办教育者的警醒作用越来越大。几十年前兵荒马乱时的律师界和教育界尚有这样的自觉，如果我们于今日反而做得更差，那可真是愧对先人了。

七、余论：一点感慨 1978年1月22日《朝日新闻》在特派员电讯中报导题为“美国律师社会的来临”，描写了美国人从出生到死亡与律师之间的密切关系，<sup>33</sup>引起了东方世界的重视。中国的律师社会何时会来临？恐怕我们首先得解决没有人愿意去作辩护律师的现状。不然，律师界若丧失了对于民众最重要利益的最后一道保护手段，那么即使民商代理和非诉业务再发达，也只是一种虚假的繁荣。因为这个行业最终可能将完全成为“一种大公司的附庸而忽略了利用自己的权力保护大众的义务”，<sup>34</sup>这也就意味着律师将丧失其独立存在的品格。不管怎样，如果一个社会果真要“杀死所有的律师”，那就意味着失去了“辩护”这件上帝赐予人类的最好礼物，我们最终也只能去宗教里寻求上帝的帮助了。可是如何摆脱这种业已出现困境？从上文的分析可以看出，这种解决至少需要向四个方面努力：一是利用控辩制改革的契机，坚决将控辩平等、法官中立的思路贯彻到以庭审为中心的刑事诉讼的各个阶段，这种努力更多的要依靠自上而下的力量；二是在法律共同体的建构中，争取律师的一席之地，律师界要多发言，多参与，不仅仅限于在《中国律师》这样的自家刊物上活跃，要利用各种机会与其他共同体成员对话、合作、交流，对于这种努力，律师界应该有足够的自觉

；三是民众对于律师的观念和看法如何转变，这当然是一个社会发展过程中的文化生成问题，不能依靠某一群体独立完成，但律师界在执业中对行业道德和操守的自爱和自律，至少是一种寻求改变的姿态；四是法学教育模式的转换，要注重对实务人才的培养，尤其是法律技能和职业道德的培养，这将是高校和律师界的共同任务。<sup>35</sup>在诸多问题未得到根本解决之前，刑事辩护之路决不会忽然间就变成通途。律师是司法系统和社会生活中的一个重要元素，辩护律师的权利和地位更是司法改革过程中的重要一环。也正因为如此，它与这个系统整体和系统中的其他因素息息相关，不可能独自生长：看起来似乎是单个问题，实际上依赖于整个司法和社会大环境的改善。当前司法改革的进程缓慢而且艰难，其背后有深刻的政治、经济和传统文化等诸多原因，绝非一日之功。而法律共同体的建构、民众法律意识的进步以及法学教育模式的转换也都不是朝夕之间便可完成的事业。本文之所以没有在文章最后给出更多的所谓“建议”和“对策”，正是这个原因。企图穷尽所有的知识，用几篇文章的规划就能有效地指导和改变刑事辩护的现状，那是唯理主义的谬妄。一切都需要时间来促成，这之中，也许我们能做的，就是在前行途中，不管面对可能出现的多少困难和挫折，都不懈地、默默地努力。

注释：1[英]莎士比亚：《哈姆莱特》，朱生豪译，收《莎士比亚全集》（九），人民文学出版社1978年版，第122页。2参见林正：《我反对克莱伦斯丹诺在被告席上》，新华出版社1999年版。3 Daniel J. Kornstein, KILL ALL THE LAWYERS, PRINCETON UNIVERSITY PRESS. 4王丽：《律师刑事责任比较研究》，法律出版社2002年版，第97-102页

。 5 [德]茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第564页。 6 参见贺卫方：“异哉所谓检察官起立问题者”，收《法边馀墨》，法律出版社1998年版，第77页。当然，现在也有脾气大的律师，据悉在“北海交警诉《南方周末》”一案中，代表《南方周末》的郭律师对法庭要求律师起立发言的做法提出抗议，并退出法庭。见贺卫方：“被告席上的传媒”，收《具体法治》，法律出版社2002年版，第124页。不过，这毕竟是民事代理，我估计一般的刑辩律师是不敢有这么强硬的态度，除非他/她以后不想在当地做了。 7 张毅、刘松山：“刑事审判中的角色不能平衡”，《法制日报》1994年5月12日。 8 贺卫方：“对抗制与中国法官”，收《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版，第95页。 9 贺卫方：“对抗制与中国法官”，收《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版，第98页。 10 [法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，商务印书馆1997年版，第305页。 11 Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Vol:2, eds by Guenther Roth & Claus Wittich, Univ of California Press, 1978, pp. 765-780. 12 T S Parsons, *A Sociology Look at the Legal Profession*, in “*Essays in Sociological Theory*”, 1954, p. 384. 13 [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第46页。 14 [日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第263-264页。 15 [日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第266页。 16 [日]东京第二律师协会：《各国律师制度》，朱育璜等译，法律出版社1989年版，第48页。 17 [日]大木雅夫

：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第345页。 18 [日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第346页。 19 参见Kucherov, *The Organs of Soviet Administration of Justice: Their History and Operation*, 1970, p. 506, p. 553, p. 559. Pfeifer, *Justice in Moscow*, 1964, p. 246, p. 255. 20 见北京大学法学院工作论文。 21 《涅槃经金刚身品》 22 《唐元典祠部郎中》 23 石毅主编：《中外律师制度综观》，群众出版社2000年版，第1页。 24 石毅主编：《中外律师制度综观》，群众出版社2000年版，第17页。 25 转引自胡喜盈、端木正阳：“不敢替刑事犯罪嫌疑人辩护的中国律师”，《中国律师》2002年第7期。 26 王丽：《律师刑事责任比较研究》，法律出版社2002年版，第16页。 27 Lawson, *Further Reflexions on Codification*, in : Lawson, *0selected Essays : Comparison*, 1977, p. 96. 28 Nigel P. Gravells, “ Academic Legal Education and Vocational Legal training ”, 收郭成伟、宋英辉主编：《法学教育的现状与未来》，中国法制出版社2000年版。 29 英国历史上自始自终活跃的律师学院有四所，即林肯律师学院（Lincoln ' s Inn）格雷律师学院（Grey ' s Inn）、内殿律师学院（Inner Temple）和中殿律师学院（Middle Temple）。它们成为垄断性的律师和法官培训机关。 30 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第17页。 31 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第33页。 32 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第33-34页。 33 [日]饭岛登雄：“英美法与律师制度”，收《世界各国律师制度的历史与现状》，张光博等编校，吉林省法学会内部资料。 34 [美]罗伯特戈登：《律师独立论》，周

潞嘉等译，中国政法大学出版社1997年版，第1页。 35 清华大学法学院和上海的高校联合聘请京、沪两地的著名律师为法学院的客座教授，向学生讲授法律实践中的知识和问题，我认为这是一种对于法学教育模式有益的探索。（作者系“德恒杯法治权利律师”征文一等奖获得者）文章出处：普法网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)