

# 未完成的“平等武装”

## 刑辩律师非知识技艺理性的养成

刘 忠\*

**摘 要** 控辩平等武装是正当程序理论的基础定理之一。1979—2012年,立法持续对刑事辩护注入攻防对抗权利,但刑辩质量并未因输入而获得等量输出。扩大外部制度供给效能不高的初始原因在于刑辩律师职业的浅准入门槛、低知识壁垒及由此产生的低收益回报和优秀人员的逆向选择。律师结成律所,主要以成本核算为主导因素,这使得律所始终是一个弱集合体。与“检察一体化”原则下以组织方式出现的公诉机关相比,原子化的刑辩律师对抗力量不足。在单一利润目标追求下,律师将更多精力用于报价、开发案源和社交,知识更新缓慢。律师在成本压力下“什么案件都办”,专业化程度较难提升。刑辩效果难以检测等因素,亦对刑辩律师产生较弱激励,由此导致部分刑辩律师工于较多非知识性技艺活动,刑辩产品品质降低。

**关键词** 平等武装 知识壁垒 组织 利润目标 专业化

传统刑事诉讼立论者通过诉讼形态与各种游戏竞技或中世纪决斗的同源关系,<sup>〔1〕</sup>来论证侦查、公诉方与被追诉人、刑辩律师之间在力量上应当对等,认为控辩中的双方当事人之间,不仅应当形式上平等,而且应当力量上对等,实质上力量均衡。<sup>〔2〕</sup>这是粗糙的图像类比,而

\* 上海同济大学法学院副教授。本文系同济大学中央高校基本科研业务费项目(项目编号:0701219051)研究成果。

〔1〕 (荷兰)约翰·赫伊津哈:《游戏的人——文化的游戏要素研究》,傅存良译,北京大学出版社2014年版,页95—109; (英)约翰·基甸·米林根:《决斗》,荀崢译,中央编译出版社2015年版,页37—56。

〔2〕 戈尔丁用一份中世纪材料描述,不平等对手的决斗应进行调整,把男人放到三英尺宽的洼地中央,一只手反绑,只给一根木棒,而对手则手脚放开,用绑在木头上的重石块作武器。参见(美)马丁·P. 戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,页233。

非细密的论证,因为逻辑法则不同的两类事物,在被类比前必须先经证明,而这种要紧的证明在映像类比式的混搭中,被丢弃不提。细析之,游戏竞技和决斗都没有一个存在于经验之先的、作为真相的胜负图景,一切结果由行动而得出。竞技或决斗方式随机产生的、不确定的胜负结果是什么,愿赌服输的当事人就接受什么。其为追求娱乐性、吸引看客,刻意打造双方力量势均力敌。然而,纠纷、冲突、争议或事态、事件,都有一个先验的真相。诉讼活动的展开是国家侦诉审机关通过理性化的证据方式,对在先的真相进行经验证明。查明真相是程序的第一目标,其次是程序作为手段的妥当性。因此,以游戏竞技或决斗论证诉讼,只是一种盗换逻辑的诡诈术。

正当程序理论认为,公平的审判来自对抗制,对抗制应是平等双方的对抗。而对抗双方的平等是出自人之为人的朴素的自然正义观,<sup>[3]</sup>所以对抗制的前要件是实现“平等武装”原则(equality of arms)。<sup>[4]</sup>该原则要求被追诉人(犯罪嫌疑人/被告人)在面临侦查、公诉机关指控时,应具有与侦诉机关相等的对抗力量。从圭恰迪尼以来积极自由和消极自由的分类这一立论出发,<sup>[5]</sup>被追诉人被认为一方面应具有沉默权或不自证其罪等消极自由;另一方面,还应有自我辩护进行反驳的积极自由。由于被追诉人的专业知识训练不足以及人身自由受限而对抗能力被约束等原因,需要获得外部帮助,雇佣律师辩护就成为对抗权的中枢。因此,被设计的公式为:(侦查+公诉机关)=(被追诉人+刑辩律师)。其中,被追诉人雇佣的刑辩律师与侦诉机关进行的对抗,与作战相似,也应当包括两方面:一是发起进攻,如会见、调查取证、质证;另一个是自身安全防御,如会见、通讯不被监听,以及不因从事辩护业务本身被随意追究刑事责任。获得律师帮助进行辩护权(the right to have the assistance of counsel for his defense)作为公民宪法权利,被美国纳入 1789 年《联邦宪法人权法案》。

当代中国刑事程序理论继承了以上论证和原则体系,为近二十年中国律师制度的壮大提供了最大可能的理论正当性支持。从 1996 年《刑事诉讼法》大改到 2007 年《律师法》修正,再到 2012 年《刑事诉讼法》大改,诉讼法极大地延展了刑辩律师的权利,律师在刑事诉讼中的攻防武器和自身防御装备不断改善。但是,实践中部分刑辩律师的实际辩护效果,却并未随更多攻防权利的输入而等比例地增强。在较多个案甚至大要案中,部分刑辩律师的表现未如期盼。

[3] 构成西方文化源头的古典作品中,有以下记述:科林斯人评价科西拉人“他们说他们首先准备把这件事情交给仲裁来解决。一个已经偷偷地占据优势的人,从安全的地位做出这个建议来的时候,这句话是毫无意义的;只有在开始敌对行动之前,和敌人站在真正的,而不是虚伪的平等地位的时候,这种建议才是可以采纳的。”(古希腊)修昔底德:《伯罗奔尼撒战争史》(上册),谢德风译,商务印书馆 1960 年版,页 32。

[4] Mike McConville, *Criminal Justice in China: An Empirical Inquiry*, Edward Elgar Publishing, 2011, p.165. “Arms”作为名词,主要翻译为武器,海明威名著《A farewell to Arms》译为《永别了,武器》。但若用于律师对抗时,还应包括防护之义,非武器能涵盖,因此译为“平等武装”。

[5] 参见(英)J.G.A.波考克:《马基雅维利时刻:佛罗伦萨政治思想和大西洋共和主义传统》,冯克利等译,译林出版社 2013 年版,页 243。

本文认为,在因袭盎格鲁·萨克逊式正当程序理论的“输入→输出”模式下〔6〕并未呈现“输入量值=输出量值”的原因在于,漠视了输入与输出都是行动者承受的输入与输出,实际的表现是“输入→行动者→输出”。而行动者个体因受制于制度结构,影响着输入能否有效转化为等量值的输出。从经验上看,侦检机关与刑辩律师表现出不对等的对抗能力,刑辩律师弱于侦检机关。但这种不对等来自行动者的个体与制度结构所决定的知识能力和专业化差异,并非是刑事诉讼法从外部输入不足所导致,而是由社会心理、职业的组织构成等各种诉讼法之外的因素造成。

本文对这一现象进行不带倾向的描述,方式是目光向内而不是目光向外,即不是从吁求立法赋予刑辩律师更多新的庇护特权、减弱对等义务这一外部视域,而是从职业构成、执业方式对刑辩律师辩护能力的塑造这一内部视域,来重新看待中国刑辩律师与侦诉机关的平等对抗命题。当代中国司法的一个大变化是刑辩律师群体的崛起,尤其是晚近部分强势律师的活跃,迫使侦诉审机关进行严格的自我审查,从而遏制了先前部分人员近乎无所忌惮的肆意滥用权力。但如何能在更高水平上在诉讼结构中作为独立一“极”展示力量,而不是知识技艺劣化,是刑辩律师崛起中显现出的弊疾。本文期待通过对塑造刑辩律师技艺的因果关系进行分析,提示理解“平等武装”原则对当代中国刑辩律师的意义,并从新的路向探寻刑辩律师的技艺转换。

## 一、通过外部制度供给提升刑辩武器水平的可能

从1979年颁布第一部《刑事诉讼法》以及中国律师业恢复,〔7〕到2012年《刑事诉讼法》修正,律师在刑事诉讼中的权利量不断增进。1979年《刑事诉讼法》没有许可律师在侦查、批捕、预审、起诉阶段介入,只是在检察院将案件起诉到法院,法院经过程序、实体审查,完成了对案件的实质性判断并决定开庭审判后(至迟在开庭七日以前),在将人民检察院的起诉书副本送达被告人时,“告知被告人可以委托辩护人,或者在必要时为被告人指定辩护人”。〔8〕1996年《刑事诉讼法》修正,将律师介入刑事诉讼的时间提前至侦查阶段。并且随着程序从侦查、批捕、预审、审查起诉到审判的衍伸,刑辩律师被赋予的对抗侦诉机关的力量逐渐趋强,包括查阅案卷、会见、通信、调查、取证、申请变更强制措施、质证等。2007年《律师法》修正,将律师的会见权再次放大,规定“律师会见犯罪嫌疑人、被告人,不被监听。”〔9〕2012年《刑事诉讼法》进行了第二次大修,律师的对抗力量全面增进,包括检察院批捕、审查起诉时被听取意见、庭前会

〔6〕 参见(美)戴维·伊斯顿:《政治生活的系统分析》,王浦劬主译,人民出版社2012年版,页16-30、64-92。

〔7〕 参见《司法部关于抓紧配备律师以配合实施刑事诉讼法的通知》,1980年4月26日发布,〔80〕司发公字第73号。

〔8〕 参见1979年《刑事诉讼法》(1980年1月1日起施行)第110条。

〔9〕 参见《律师法》(2007年10月28日修订,2008年6月1日起施行)第33条。

议、扩大的排除非法证据权利等。<sup>[10]</sup>

但是,对于刑事诉讼状况,学界另有不同于立法增修的数据检测方式。一种对中国刑事辩护状况进行观察的指标是测量无罪判决率,认为如果无罪判决比率下降或没有大的提高,就说明律师受重视程度堪忧,被告人人权保护倒退,需要给律师再注入更多的对抗权。而目前公诉案件无罪判决率低于修法的 1997 年之前,表明律师权利下降。然而,从犯罪发生和刑法条文变动来看,1997 年前后无罪判决率高,并不表明今日律师对抗权倒退,真实原因在于:

第一,1992 年确立市场经济,鼓励以市场方式配置资源,此后发生大量停薪留职、挂靠企业、机关办劳动服务公司、兼职、指标提成、承包奖励以及混合所有制等 1979 年《刑法》制定时不可预期的现象。

第二,1995 年公司犯罪决定<sup>[11]</sup>和 1997 年大幅修改《刑法》对上述现象做出回应,从而导致大量正在进行的侦查、起诉、审判中的案件法律适用失范。其一,国家工作人员的外延被重新定义,停薪留职、挂靠公司等人员发生的贪污、受贿案主体,被职务侵占、商业贿赂罪主体冲击,部分案件无法确定。其二,此前作为犯罪的投机倒把罪、流氓罪被取消,案情大翻转。一些今日的无罪辩护案,原本系出法律变迁中自身界限出现的紊乱。许多案件涉及经济改革的基本方向,因而引起最高司法机关内部激烈冲突和报纸媒体、街巷热议,并引发最高决策层介入,与律师的法律攻坚能力变化的因果性极小。<sup>[12]</sup>

第三,计划经济向市场经济剧烈变迁,旧的社会控制手段失效,新的手段尚未被摸索出来并真正建立,入罪、出罪的证明手段尤其不足。<sup>[13]</sup>

以无罪判决率衡量刑事诉讼控辩对抗的平等,恰似文初有关竞技和游戏的隐喻,并非在进行分析论证。2003 年,中国公诉刑事案件 81 万人,无罪判决 2368 人。<sup>[14]</sup>但如前述,诉讼的中心是对先验的犯罪事实进行查明、确证,而不是竞技比赛。无罪判决降低,并不能推出刑辩律师对抗能力下降的结论。无罪判决率比二十年前降低,除了撤回起诉方式的消解之外,更可能的原因在于:①社会变迁趋向和缓,法律失范急剧减少;②以公共场所摄像、移动通讯、网络以及身份管理对流动人口监控为主要形式的社会控制能力增强,获取不变证据便利,仅靠易变的言辞证据定罪的案件减少;③审判人员的知识能力和法律供给程度变化,导致侦查控诉的差错程度降低。

当然,滋生冤错案件的原因尚有极多,这种情况积重难返。虽然原因错综复杂,但不

[10] 参见 2012 年《刑事诉讼法》(2013 年 1 月 1 日起施行),第 36、37、86、159、170、182、240 条。

[11] 参见《全国人大常委会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,1995 年 2 月 28 日发布。

[12] 如浙江纠偏专家曹时中案件和承德商禄案。

[13] 呼格吉勒图案发生在 1996 年,余祥林案在 1994 年,手机定位、公共空间的摄像监控、DNA 鉴定在当时罕见。

[14] 2004 年最高人民法院工作报告,唯一一次给出不包括自诉案件的公诉案件无罪判决数量。肖扬:《最高人民法院工作报告——在第十届全国人民代表大会第二次会议上》(2004 年 3 月 10 日);贾春旺:《最高人民检察院工作报告——在第十届全国人民代表大会第二次会议上》(2004 年 3 月 10 日)。

必然是刑辩律师的辩护状况在恶化。尽管如此,学界持续以无罪判决降低等各种逻辑推断和实践中的冤错个案为发力点,断定:①立法赋予律师的权利不足;②即便立法,难以浸入司法实践。

那么,刑辩律师进一步扩展权利的空间是否宽大?

刑事诉讼是侦查、批捕、预审、起诉、审判过程中,被追诉人、辩护人、被害人、已死亡被害人的近亲属、诉讼代理人等多个彼此利益互相冲突的主体进行攻防的“名利场”。历次修法都是《刑事诉讼法》中具有不同诉求的力量者之间的激烈冲撞,是决策机关和全国人大常委会反复平衡的结果。从1979年到2012年的三十三年间,律师的进攻和防御权大步迈进,激起了侦查公诉机关的强烈反弹。2012年《刑事诉讼法》修改后,侦查公诉机关认为,通过当事人自我雇佣辩护律师的方式,实现对于犯罪嫌疑人、被告人的保护,已达到立法顶点。如再进一步保护,就会导致侦检机关的力量与被追诉人和刑辩律师总和对抗力量之间的逆向不平等,即(侦查+公诉机关)<(被追诉人+刑辩律师)。

此外,要求更进一步扩大刑辩律师“武器装备”的主张,忽略了纸上写就的规范力量在落至实践时的巨大落差。这种落差主要不是前述的来自公权力行使机关的掣肘,而是出自社会的抗制。就刑辩律师最为核心的权利取证权而言,1997年后,律师根据修正后的《刑事诉讼法》新赋予的在审判阶段的取证权向“证人、有关单位或其他个人”取证时,证人、有关单位或其他个人对律师完全不信任,普遍不予配合,从而出现刑辩律师“取证难”。律师只好转而求助于侦检审机关。但是:①对于法官依职权进行的调查取证,学界认为是一种司法能动主义,破坏了司法中立性,所取证据既非控方证据,也非辩方证据,无异于足球场上“裁判踢进一球”,因此给予激烈抨击;②对于刑事诉讼中的侦查、公诉机关,此前,程序正义理论将之与被追诉人一起以民事诉讼中的当事人视之。因此,长久以来,侦检机关要求犯罪嫌疑人/被告人如实供述被认为是破坏了“不得自证其罪”原则,并根据霍布斯名言,<sup>[15]</sup>认为这是要求自己向敌人提供进攻自己的武器。然而,在律师出现取证难时,程序正义理论又表现出理论的双重立场,转而主张对侦检机关局部“去当事人化”,认为刑事诉讼中的侦查、公诉机关,作为公权力行使者,不同于民事诉讼中私权拥有者的当事人,应履行国家公权力机关对于公民的积极义务,帮助律师进行取证,否则即是不作为。

对此,侦检审机关采取了表面上不越界,又给予适度支持的中间做法,给律师签发一个“准许调查决定书”,由律师持有、展示给被调查人,意在继续让律师自行收集、调取证据,但律师无法据此获得有关单位和个人的配合。正如1998年“四十八条”规定的:对于辩护律师的调查证

[15] “自然律是理性所发现的诫条或一般法则。这种诫条或一般法则禁止人们去做损毁自己的生命或剥夺保全自己生命的手段的事情,并禁止人们不去做自己认为最有利于生命保全的事情。”(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,页97。

据申请,应当由公检法机关收集、调取,而不得向律师签发准许调查决定书,让律师收集、调取。2012年修正的《刑事诉讼法》正式实施前,各部门的协调意见继续沿袭了此做法。<sup>[16]</sup>

由此可见,立法不断壮大刑辩律师的“武器装备”,扩大刑辩律师的对抗和防御力量,甚至不考虑政治承受力和社会公众的秩序追求等愿望。在复杂利益冲撞的刑事诉讼中,存在一个各种诉求共容的边际线。此外,不断扩展的刑辩律师的对抗权,如果无法获得社会支持,反而会因刑辩律师具有更大的纸面上的能力与更小的可以践行的可能,导致当事人及家属、公众对刑辩律师的责难。

因此,就如何实现平等武装,此前通过外向的方式,不断地为刑辩律师争取更好的装备,但经验表明这种赋权有较大的不确定性。那么,转而通过内向的方式,将刑辩律师的发生、技艺理性的形成和结构,作为制度设计的客体物或能更有助于践成平等武装的诉讼追求。在此逻辑序列中,被纳入起始关注的是中国刑辩律师职业的初始发生。

## 二、律师职业的当代发生:低门槛和逆向选择

提及法官,学界对其的认知原型是被媒体称为流氓、文盲、法官“三盲法官”的山西绛县法院原副院长姚晓红,或初中毕业在军队工作二十年后进入法院、检察院的军转干部“大老粗”。而谈及律师,浮出的形象是北大、清华、人大、政法大学等精英法学院本硕连读,又到哈佛、耶鲁、剑桥、牛津等英美名校读了LLM或JD学位,并兼有律师资格和注册会计师资格(CPA),“打靶(bar)归来”的优等生。塑造典型是艺术的法则,发现典型是媒体的兴奋点,而对于学术研究,须考察的是常态和统计比例中的多数。

在高考精英化时代,法学学历稀缺,各司法机关内部科班出身者极少,如许多法院检察院干部,只是业大学历证书班毕业或专业证书班结业。但当学术界以司法职业主义作为武器,批评军转干部进法院,反对从其他国家机关分流干部进入法院时,忽略了另一个现象:在法律共同体内部,在将学历、出身、法律专业知识进行相对比较时,律师还低于法检两院。学历并不必然代表学识和实际的知识能力,<sup>[17]</sup>当必须以一个客观标准作为评测基准时,在非大众化的高考录取时代,学历作为学习能力的测证,是一个可选的根据。由此切入,我们回溯中国律师在当代发生的背景:

其一,律师职业1979年恢复,在整个八十年代和九十年代中期,大中专院校的就业,

[16] 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家安全部、全国人大法工委关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第8条,2012年12月26日发布。

[17] 许多知名律师第一学历都较低,但并未妨碍其业内优异成绩。如著名的钱列阳律师毕业于北京市警察学校(中专),上海沪家律师事务所创始人、中伦(上海)律师事务所合伙人贾明军毕业于中原石油学校(中专),毕业后在中原油田集油气站工作,1997年考取律师资格。参见贾明军:《人在旅途——小律师到大律师的成长范本》,法律出版社2015年版,页5。

均服从计划体制安排,称为“派遣”,而不是时下的“就业指导”。从恢复之初至1990年代,律师是纳入国家编制的司法行政机关的国家工作人员。1980年代之后,政法部门包括公安、检察院、法院、安全(1983年之后)和司法行政。因司法行政是政法各部门中最弱小的部门,大中专学生被派遣入司法行政机关者数量相对较少,律师又仅占司法行政机关系统的较小部分。<sup>〔18〕</sup>1983年,劳改、劳教从公安划入司法行政,成为司法行政机关最重要的一项职能,分配的学生再二次分配至律所的人数极少。<sup>〔19〕</sup>因此,在高校毕业生按计划指令性分配的时代,大学法律系学生通过人事分配,进入法检两院的比例大大高于进入律所的比例。直到1997年为落实《中国教育改革和发展纲要》,<sup>〔20〕</sup>国家教委规定供需见面、双向选择,只有“必要时,国家采取行政手段,安置毕业生就业”。<sup>〔21〕</sup>但是,因循“进入体制”的就业观念,高校法科学生放弃进入公检法机关而选择律师职业者,仍是少数。

其二,因律师是国家工作人员身份,受“三定方案”限制,不可能大规模扩编,解决律师数量靠的是兼职律师和特邀律师。司法部通知:由于律师编制有限,专职律师很难适应客观的需要……通过当地党政领导,邀请一些办事公道、作风正派、具有相当法律知识和政策水平的机关、团体干部和学校教员,相对固定起来兼做刑事案件的辩护工作;也可邀请一些基本具备律师条件的退休政法干部做刑事辩护人。<sup>〔22〕</sup>这仍然不能解决律师的数量问题。此后,各地通过发展不是国家干部、不要拨款、不受编制限制、自负盈亏的合作制律师事务所,解决律师数量问题。<sup>〔23〕</sup>

降低进入壁垒,发展合作制律所,导致了律师出身的多样化。虽然从恢复律师制度以来,一直有大批高校法学院系老师从事兼职律师,提升了律师学历层次,但在1980、1990年代,多数专兼职律师的最主要来源是破产国企和其他关停并转企业的下岗工人以及民办小学教师,农民也可兼任。<sup>〔24〕</sup>所获学历是以自考、电大、函授等方式获得的中文、政教等专业的大专学历。从时任司法部律师司司长李必达在1990年推荐的优秀律所典型——河北迁安律师事务所——可见当时的状况:全所56人中,有1人是国家分配来的大学本科毕业生,“20人通过自

〔18〕 “律师是国家的法律工作者”,“律师执行职务的工作机构是法律顾问处。法律顾问处是事业单位。受国家司法行政机关的组织领导和业务监督。”参见《律师暂行条例》,1980年8月26日发布。

〔19〕 参见《中央政法委员会、中央组织部、劳动人事部关于政法部门增加编制及分配意见》,1987年9月25日发布。

〔20〕 “改革高等学校毕业生‘统包统分’和‘包当干部’的就业制度,实行少数毕业生由国家安排就业,多数由学生‘自主创业’的就业制度。”参见《中国教育改革和发展纲要》,1993年2月13日发布,中发[1993]3号。

〔21〕 参见《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》,1997年3月24日发布,教学[1997]6号。

〔22〕 参见《司法部关于抓紧配备律师以配合实施刑事诉讼法的通知》,1980年4月26日发布,〔80〕司发公字第73号;《司法部印发〈关于加强和改革律师工作的意见〉的通知》,1984年10月8日发布。

〔23〕 参见《司法部关于下发〈合作制律师事务所试点方案〉的通知》,1988年6月3日发布。

〔24〕 参见《司法部关于农民可否担任兼职律师的批复》,1981年9月14日发布。

学考试获得法律大专以上学历,另有 35 人正在函大、电大、夜大等‘五大’院、校学习。”“目前全所已有 22 人取得律师资格。”〔25〕即使在教育发达的上海,迟至 1995 年 10 月,上海市专业律师总人数 1992 人,法律大专以上 1094 人,其中法律本科 508 人。〔26〕

其三,律师资格考试开始之后,一直设置极低的门槛,以求“多出律师、快出律师”。1986 年第一次全国律师资格考试是条件宽松的系统内测试。尽管如此,在北方文化教育发达的河北省,全省律师 1903 名,专职律师 837 名,取得律师资格的 470 名。其中,政法大专毕业生 7%,其他大专毕业生 14%,初中和初中以下文化程度的占 19%。〔27〕1988 年第二次全国律师考,根据司法部通知,报考人员范围为:现已调入律师事务所的专职人员(含合同工);具有大专以上学历的国家机关、企事业单位的干部工人,解放军、武警部队指战员,农民、个体劳动者和待业青年;不具备大专以上学历的“中华律师函授中心”第一期学员,毕业成绩平均分数 85 分以上者;1988 年 7 月 31 日前毕业于“五大”的学员以及各级检察院的检察员、各级法院的审判员和符合律师(特邀律师)资格条件、欲取得律师资格的离退休人员。〔28〕

以极低的标准设定律师准入资格,主管部门司法部的推动是最大原因。司法行政机关主管律师考试和律师执业,事权决定机构的地位。出于机构利益诉求,多发展律师,使律师执业者规模巨大,则控制、管理的需求上涨,作为主管部门,在整个政府机构中的分量便会加大。从 1982 年以来,政府机构改革的一个主张是压缩司法行政机关,这在 1993 年以“小政府,大社会”思维进行政府机构调整时达到高峰。时任司法部副部长的张耕在讲话中说:对于撤销县区基层司法行政机关“要有思想准备。一旦机构被撤销,我们也要采取各种各样的形式和办法,把队伍保留下来。”“我们强调要大力发展法律服务队伍,只有形成一定的规模,形成一定的气候,才能成为一支重要的社会力量,我们的社会地位也才会提高。如果将来全国有三十万或五十万律师,你说我们有没有事情干?仅这支队伍就够我们管了。”〔29〕

另外一个微观的利益因素,对此时期的律师数量增加有较强影响。为给 1984 年成立的、由司法部主持、地市司法局管理的“中华全国律师函授中心”招徕生源,2002 年“三考合一”之前,具体负责律师报名审核的地市司法局允许未拿到成人函授大专证书、通过十四门课程中八门以上考试的本中心在读律师函授学生参加律师考试。加之,1994 年之前,律考由各省级司法厅局自行划定分数线,通过律师考试的人数比例始终较高,进入律师职业的各种非法专业的低学历出身者激增。1998 年,司法部主持编写的读物中承认:“律师队伍中具有法律专业本

〔25〕 “迁安之路——介绍一个值得学习的律师事务所”,载李必达:《律师的足迹——新时期律师制度沿革》(上),工商出版社 1997 年版,页 236、241。

〔26〕 史秋波主编:《上海司法行政志》,上海社会科学院出版社 2003 年版,页 98。

〔27〕 王大为主编:《河北省志·司法行政志》,河北人民出版社 2012 年版,页 131。

〔28〕 蔡善芳主编:《甘肃省志·司法行政志》,甘肃人民出版社 2009 年版,页 166。

〔29〕 “张耕同志在四川省司法厅机关和厅直单位处以上干部会议上的讲话(根据录音整理)”,载《司办通报》1993 年 8 月 18 日,第 14 期。

科学历的只占17%，其他的都是‘半路出家’，其法律知识往往不扎实、不系统，多是为了拿学历或考律师资格而突击复习，时间上和师资上都不得保证。”〔30〕

其四，2002年修正的《律师法》将律师的学历条件由1995年的大学专科改为本科，面对律师的实际状况，司法部规定“老人老办法，新人新办法”。对于此前已经执业的律师，要求“要继续开展学历教育培训，通过与有关学校联合开办专升本课程，力争到2006年除个别地区外，使45岁以下的律师，全部达到大学本科以上的学历。”〔31〕即使一些资深、知名的刑辩律师的本科学历，也是通过成人教育、业余学习获得。〔32〕

1999年之后高考录取彻底大众化。1989年，全国普通高校本科、大专录取59.71万人。2008年，普通本科、大专录取招生数为607.6万人。〔33〕此外，近十年法硕教育爆炸式增长。2015年，有权授予法律硕士专业学位的单位有186个。〔34〕因在职法律硕士需缴纳3—7万元的学费，遂成为各法学院创收的重要来源。各大高校为争抢生源，以各种方式或明或暗地降低标准，政法各部门人员、律师可轻易获得一张在职硕士文凭。这些法学院中的多数，又拥有一级、二级法学博士授予权，或挂靠本校其他院系、其他学校招收法学博士，博士的招生自主性也极为灵活。因此，即使第一学历较低的律师，也都基本上实现了硕士化、博士化。时下，以本科、研究生学历来区分律师和法官、检察官职业入门差别的作法，基本失去了意义。

由上可见，中国的律师职业，首先，身份上，不分户籍地域和原职业成分，士农工商均可开放式进入；其次，学历上，不区分全日制和业余电大、函授成人教育、自学考试、夜大、职大；再次，专业上，不区分法律和文史政经、理工农医。在形态上，完全是一个开放的职业。在中国，自1986年律师考试以来，特别是自2002年实施统一司法考试以来，出现的结果即是：

第一，不管任何行业、任何专业出身的人，如果在所在部门不得志，都可以选择从事律师。

第二，2012年以前的律考和此后的司考，出题模式导致多数题目以简单记忆足以应对，未起到足够的栅栏作用，致使一个从未学过法律的人，参加考试辅导班，三个月即可以通过司法考试。时有耳闻的反常情形是：法学博士考不过法学硕士，法学硕士考不过法学学士，法学学士考不过自考法律本科生，自考法律本科生考不过从没学过法律仅备考三个月的法检两院军转干部。

第三，法学院的学生要进入公检法机关，要参加竞争强度不低于高考的国家公务员（国考）

〔30〕 张耕主编：《中国律师制度研究》，法律出版社1998年版，页284。张耕时任分管律师工作的司法部副部长。

〔31〕 参见《司法部关于进一步推动律师工作改革的若干意见》，2002年1月30日发布，司发通〔2002〕10号。

〔32〕 部分有详细学习简历的刑辩律师的学历情况，参见赵伟等：《中国刑辩大律师》，法律出版社2008年版，页1—185。

〔33〕 参见国家教委计划建设司编：《中国教育统计年鉴1989》，人民教育出版社1990年版，页3；教育部发展规划司编：《中国教育统计年鉴2008》，人民教育出版社2009年版，页3。

〔34〕 参见“全国法律专业学位研究生教育指导委员会会议暨第九届法律硕士教育论坛在京召开”，载《法制日报》2016年1月11日，第2版。

或地方公务员考试以及严格的面试。考试录取有年龄限制,同高考相仿,年长者永远是跟最有知识锐力的青年竞争,年长是劣势。担任律师,一次考试通过,无最高年龄限制。一些学者曾建议司法考试先笔试再面试,以淘汰一些明显不适合从事律师者。但迄今依然是一次笔试定终身。

这样一种极低的律师考试资格限制,在社会认同和自我认同上都产生一种强烈的差异感。虽然,学历与能力并不必然相关,但学历的标示意义在于具有极强的差异性认同效果。这导致的问题即是学历分层中的优等生不愿从事律师工作的状况。1999年之前,在高考非大众化时代,“千军万马争过独木桥”。以高分被普通大学法学院系录取的学生,在毕业后,与此前中专都未考取而是通过成人教育方式获得文凭的社会青年一起,在同一个律师事务所工作,心理上会有极为强烈的反向认同。因此,即使收入尚可,在此种心理驱使下,基本上都会重新选择职业或参加更高学位的考试,然后再就业,进入公检法机关或其他国家机关。律师内部始终存在逆向淘汰产生的流动。

从1990年代后期,中央国家机关和地方各级国家机关公务员、事业单位人员招录,全面推行公开考试录取。不再依赖个人黑箱操作“托门子”进机关之后,公务员录用对优秀大学生的吸引力远远超过自由职业律师,出现了公务员考试对优秀法律大学生的层层收割。从通过率来看,迄今通过率最低的两次司法考试,2002年首次考试通过率为13.8%,2003年通过率为22.3%。<sup>[35]</sup>对比公务员考试,2015年中央国家公务员竞争比例降至新低,但平均仍为50:1。<sup>[36]</sup>虽然几乎所有普通高校全日制法学院系的本硕博学生,都会参加律师考试(2002年之后的司法考试),但基本的心态是:对自己法学教育经历的一个自我测试、告慰;持证而不入,给自己的职业提供另一种潜在可能性。真正选择长期从事律师职业的人极少。因此,以往的实践中,<sup>[37]</sup>即使有法科学生中的优秀者进入律所,其中的多数只是历练、积累诉讼和非诉经验,在获得从业律师履历和实际经验后,多再会选择进入央企、优质外企、金融机构做法务,或再考公务员。

以上形态,是中国律师制度恢复以来的基本学历格局。

### 三、知识准入壁垒

律师进入的职业资格门槛较低。而从事刑事辩护者,在知识壁垒上又是律师行业内各个专业门类中相对最低的群体。

在知识形态上,刑法与民商事法律规范有极大不同,对犯罪的刑法认定不能脱离社会公众的日常道德伦理观念。如果刑事法律超越公众日常观念,绝大多数公民无违法性认识却符合犯罪构成该当性、违法性,即使阻却罪责,法律也会成为被嘲笑的对象,国家权威丧

[35] 参见“司法考试开考6年,19万人顺利通过”,载《法制日报》2008年1月11日,第1版。

[36] 参见“50:1国考竞争比近5年最低”,载《南方都市报》2015年11月30日,A08版。

[37] 2015年法官检察官官员额制试行后,对于律师职业选择产生新的趋向。

失;或者依照“不知法不免责”的原则进行追究,普通人动辄得咎、赭衣塞路、囹圄成市,导致的结果是暴政,政权的合法性进而丧失。因此,不仅仅是自然犯,包括绝大多数法定犯,之所以被规定入刑法成为由国家强制力打击的犯罪,只不过是公众道德观念中最无法忍受的那一部分。<sup>[38]</sup> 结果即是刑事法律不能脱离公众日常生活,否则就是法律的异化,而不是公众需要启蒙。刑法社会相当性、期待可能性等超规范的阻却违法事由,刑法“不强人所难”的格言<sup>[39]</sup>正是对刑法必须反映公众日常经验感觉的理论反照。因此,对于大量发生的刑事案件,并无智识艰涩。表现为:

第一,实体构成方面,百姓普通的社会常识和个人的朴素人生经验与法律规格相差并不太远。虽然刑法理论,收集古今中西偏僻角落或人为设计了大量生僻疑难案例用于教学,但在司法实践中,多属于“百年不遇”或“千年等一回”。尽管《刑法》第三章也有涉及公司、金融证券等复杂知识领域的犯罪,但是数量比例极少。以2012年一个年度为切口来看,当年法院审理刑事一审案件996611件,贪污贿赂罪占26680件。查“2012年全国公安机关刑事案件分类统计表”得知普通刑事案件的比例为:盗窃案件占65.4%,其中入室盗窃占20.45%;盗窃机动车占10.31%;财产诈骗占8.48%;抢劫占2.75%;伤害占2.5%;强奸占0.52%;拐卖妇女儿童占0.28%;杀人占0.17%。<sup>[40]</sup>

第二,中国实行成文法,不仅犯罪构成,而且证据、程序法规范远没有普通法下由浩繁的判例、法庭意见构成的体系那么复杂、繁琐,并未受专业训练并经久实践者难以发现可能为我所用的微妙之处。

这就导致在绝大多数刑事案件中,刑辩律师所能提供的法律知识服务,在内容和专业水准上,不可能极大地超出未研习过刑事法律的当事人及当事人家属素朴的社会认知范围。而且越是故意杀人、抢劫等重刑罪,当事人家属“四处烧香磕头”、花钱救人的支付愿望极强,知识屏障反而越低,当事人家属和律师的法律专业素养落差越小。<sup>[41]</sup> 这导致,一方面,刑事辩护成为整个律师各业务门类中,知识准入壁垒最低的一个领域。在金融证券、公司、知识产权、海事海商等非讼业务和民商诉讼等领域知识捉襟见肘的律师进入刑辩,可以仅凭日常网络浏览或街谈巷议得来的新闻而夸夸其谈。另一方面,许多刑事案件中,当事人或其近亲属并无强烈的排他的愿望要雇佣律师。多数情况下,之所以雇佣律师,主要原因在于律师被法律和职业卡特尔赋予了一些当事人家属无法享有的会见、阅卷等排他的、垄断性权利。较多当事人雇佣律师

[38] (法)迪尔凯姆:《社会学研究方法论》,胡伟译,华夏出版社1988年版,页52—53。

[39] 参见张明楷:《刑法格言的展开(第三版)》,北京大学出版社2013年版,第396—411页;(日)大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,页252—270。

[40] 《中国法律年鉴(2013)》,中国法律年鉴社2013年版,页1210、1218。此类型案件涉及到的知识均较简单,侦检较难出差错,这也论证了为何近年无罪案件率不高。

[41] 曾有律师气馁地说:某犯罪嫌疑人持刀对被害人连捅八刀致其死亡,刑辩律师向嫌疑人家属讲故意杀人罪构成,只比其多出一点知识,即告诉他们:《刑法》232条故意杀人罪定罪量刑,是刑法罪名中唯一的降幂排列,量刑时先适用死刑,然后是无期。

的目的只在于：①期望通过律师为中介，家属能与被羁押的当事人进行必要的、被许可的传话沟通，从而进行适当的精神抚慰；②如果被追诉人从事商业活动，能继续通过律师为媒质进行业务管理；③多数被追诉人及家属内心都自知有罪，只是要利用律师具有的当事人家属和被追诉人本人都无法行使的阅读案卷等权利，了解进入诉讼的案情的底细、深浅，摸清侦诉机关的底牌；④作为普通百姓的当事人及其近亲属雇佣律师的目的，更在于在自己没有七大姑、八大姨、邻里、老乡、同学等“关系”“门路”可托的境地中，期望律师能作为一个介绍人，建立与法官的勾兑关系，从而获得额外的惠顾。当事人及其近亲属只是将律师作为一个居间客、“二传手”的角色，而不是法律服务人。

前三点法律服务，对于被追诉者最关心的摆脱刑事指控、降低被指控的刑级，无用或作用极为有限。第四点，当事人及其家属对于雇佣刑辩律师的最后一个期待，更与法律服务的专业性无关。由此可见，首先，刑辩律师的知识专业性程度较低，几乎具有完全可替代性；其次，当事人雇佣律师是在托关系，而不是寻求法律服务。那么，如果有其他替代性选择，这种选择能提供更精准的“关系”、“门路”，刑辩律师即是不必要的。因此，刑辩律师所能实际的、专属的带给当事人的收益不高。从所提供的服务的效果来看，刑辩律师的法律帮助，在非常多的情况下远不及从公检法机关退休下来的干部，以及普通百姓所担任的法律工作者，<sup>[42]</sup>或者一些具有特殊人事网络的诉讼“掮客”。甚至不及亲朋好友“人托人，再托人”拉的关系。由于预期收益率较低，当事人或当事人家属愿意就刑辩律师所提供的法律服务所支付的对价即偏少。在许多案件中，有经验的在押人员家属只是花几千元，雇一个毫无名气、刚拿到律师证的小伙子，将案卷复印一下，或定期见一下在押人，对其他打点、托关系，另外寻人。

对比金融证券、公司、海商、房地产、国际贸易、知识产权、反垄断等复杂民商纠纷或私募股权、风险资本、结构性融资与资产证券化、破产重组与清算等非诉讼案件，其所涉及的知识极为细碎繁密，专业化程度极高，相关领域的知识更新替换速度又极快。如果不是长期学习并连续从事相关实践者，则较难胜任相关业务。在这类案件中，不仅是当事人，包括法官，在相当程度上都要依赖专业律师提供的法律帮助：由律师梳理繁琐的事实，摒弃各种枝杈，并修补各种事实空隙，使其符合裁判三段论大前提的需要；由律师承担法律规范供给，在高度细密而且专业化的浩瀚的民商法律数据库中，找到合用的法律适用根据。

从卷帙浩繁的一团乱麻中归纳出清晰的事实框架，并妥帖地提供制定法规范和具有统一性的指导性案例或上级法院的先例，这种知识能力和法律功力，可替代性程度低，知识收益的专属性高。知识可替代性与收益呈反比，知识专属性与收益成正比，民商诉讼律师和非讼律师给客户的收益回报率高，客户意愿付给这些律师的费用也相应较高。

因此，专做和主做刑事案件的刑辩律师，与从事公司、证券、金融等非诉讼业务，以及民事、商事、海事、海商等诉讼业务的律师相比，在收益水平上相差悬殊，相对收入低。以律师收费标

---

[42] 未通过律师考试、2002年三考合一后未取得司法考试资格的人员，并不以律师名义介入刑事诉讼，而是作为法律工作者，以附带民事诉讼代理人身份合法进入诉讼，实质建立与案件承办人的联系，并收取报酬。

准看,在广东,涉及刑事的案件:侦查阶段:2000—6000元/件;审查起诉阶段:6000—16000元/件;审判阶段:6000—33000元/件。集团犯罪等重大、复杂的,可以在不高于规定标准1.5倍之内确定收费标准,禁止刑事诉讼案件风险代理。但是,涉及财产的民事案件,在收取基础费用1000—8000元的基础上,再按其争议标的额分段按比例累加计算收取:5万—10万(含10万):8%……1000万—5000万(含5000万元):1%,5000万元以上:0.5%。<sup>[43]</sup>

此外,民商事诉讼和非诉讼案件,随着中国市场化、社会复杂化的加深,法律、司法解释和有效力的案例在品种和数量上都有爆炸式增长。仅民商事诉讼数量,已经从1992年的一审259万件,增长到2014年的800万件。<sup>[44]</sup>更重要的是,因为中国经济总量爆炸式增长,标的量巨幅攀升,这使得民商事诉讼和非诉讼律师收益巨幅增长。

形成对照的是,1980年代农村联产承包责任制和城市综合经济改革造成流动人口膨大暨第一次犯罪浪潮,1992年之后市场经济体制的确立伴随着第二次犯罪浪潮。晚近以来,中国社会治安稳定,刑事案件主要表现为罪名分布比例变化,而发案数量平缓。在刑辩市场出现以下变化:

第一,从法院刑事审判数量来看,刑事案件仅缓慢增长。1992年,全国法院受理一审刑事案件42万件,2014年受理102.3万件。<sup>[45]</sup>

第二,犯罪罪名分布与社会分层密切相关,具有极强的阶层属性,当代贫苦者在非职务犯罪中的比例居高不下。刑辩律师可获得的收益并未与中国经济增长同步增加,反而下降。

第三,与对刑辩律师的需求始终在一个较低的数量层级的现状相反,律师供给量不断加大。由于所有律师都可以兼做各种业务,无法单独识别专职刑辩律师,但是刑辩律师在律师中的总体比例大致不变。因此,可以从中国律师数量推出数量分布变化:中国律师的数量从1992年的4.5万人,增长到2014年的27万人。<sup>[46]</sup>

由此,整个刑辩市场表现为总供给没有大幅扩展,而切分资源的人倍增。案源供给的稀缺性与律师需求的扩大,导致刑辩律师平均收益份额下降,绝对收入下降。这种收入和律师数量的状况,以全国律协统计2009年的统计数据作为切口,可以清晰地看出态势:2008年全国律师156710人,2009年173327人,上升10%。律师机构由14467上升为15888,上升9%。刑事诉讼辩护及代理由511971件上升为564204件,上升10%。收费由268283万下降为

[43] 参见《关于印发〈广东省物价局、司法厅律师服务收费管理实施办法〉的通知》,2006年12月25日发布,粤价[2006]298号。但是,对于刑事案件而言,何为“一件”,有细节上的差异,在北京,一起犯罪事实可以视为一件,参见《北京市律师诉讼代理服务收费政府指导价标准(试行)》,2010年5月5日发布。

[44] 参见《最高人民法院工作报告》(1993年3月22日八届全国人民代表大会第一次会议)和《最高人民法院工作报告》(2000年3月10日在第九届全国人民代表大会第三次会议)和《最高人民法院工作报告》(2015年3月12日十二届全国人民代表大会第三次会议)。

[45] 同上注。

[46] 参见《中国法律年鉴(1993)》,中国法律年鉴社1993年版,页955;《中国法律年鉴(2015)》,中国法律年鉴社2015年版,页222。

232151万,下降14%。同比民诉代理,1499105件,上升6%,收费上升15%,非诉讼法律事务,569304件,上升6%,收费上升14%。<sup>[47]</sup>再以律师业最发达的北京为例看收入情况,2013年底,办理各类诉讼13万件,其中公诉案件辩护3393件,民事诉讼代理9.8万件,非诉讼法律服务72.5万件,全市国内律所全年营业收入97.61亿元,公诉案件收费1.02亿元,非诉讼法律事务收费42亿元。<sup>[48]</sup>

与民商事诉讼或非诉讼相比的相对收入低,甚至收入绝对下降,极大地影响了有志于从事律师工作的精英法学院学生的就业选择:

第一,职业方向。经过1990年代中后期外资所和国内非诉讼的大所对法学院学生的强吸引力阶段后,自2008年,中国精英法学院的优秀学生的择业倾向再次回转。择业首选是公务员中的党政机关、调干生,其次是法院,再次是国有事业单位、央企和其他大国企等,律所位列靠后。<sup>[49]</sup>

第二,律师业务种类。即使选择律所,外资所和从事非诉讼的本土大所排在第一序列;从事民商、金融、公司、证券等诉讼业务的律所在第二序列。主做刑辩业务的律所在知识吸引力和工资福利水平上,难以大比例地吸引到优秀法学院学生。许多法学院学生如果无法进入前两种律所,则放弃律师职业,亦不进入刑辩业务为主的律所。

第三,就业地域。律师业务与本地的经济水准以及经济交往密集度相关,中国三大经济带是环渤海、长三角和珠三角,从而分别形成以北京、上海和广州与深圳为中心的经济区域带。北上广深四个城市也因此被媒体称为“一线城市”,分布在这三地的律师业务量的密度也最高。有志于到律所工作的优秀法学院学生,在择业地域上,第一目标是北京、上海、广州、深圳等城市。从以下数据可见:2013年,全国26万名律师,总创收80亿美元;北上广深四地律师6万人,占全国律师总数的四分之一,创收接近一半。<sup>[50]</sup>而在2013年,全国尚有164个县(市、区)没有律师。其中126个县(市、区)既没有律师事务所也没有律师,38个县(市、区)有律师事务所但没有律师,还有92个县(市、区)只有1名律师。<sup>[51]</sup>

在中国,刑事案件发生,恰恰表现为与城市经济发展水平负相关。目前以刑辩为基本业务的律师,集中在中小城市和乡镇,一线城市中仅有微弱比例。主做刑辩业务的律师基本是前述1990年代后国企改革、中小学择校入学体制导致学校格局大调整,以及2000年后机关人员分流时由工厂、中小学教师和部分机关分流,后通过律师资格考试,转投律师行业的人员。罕有精英大学法学院毕业的优秀学生在一、二线城市之外的地域专做刑辩业务。

[47] 参见《中国律师年鉴·2009》,人民法院出版社2011年版,页208。

[48] 参见《中国律师年鉴2013》,中国律师杂志社2013年增刊,页211、275-277、293。

[49] 异议者可举出较多反例,但枚举与趋向可能有偏差。选择公务员、国有事业单位、央企,一个重要变量是京沪户籍。

[50] 高树:“四中全会后法律服务新变革”,《深圳律师》2014年第9期。

[51] 参见《司法部关于加快解决有些地方没有律师和欠发达地区律师资源不足问题的意见》,2013年7月3日发布,司发通[2013]111号。

从以上分析可见,由于预期收益率低所导致的职业进入上的低门槛和逆向淘汰,使得刑辩律师从平等武装对抗角度看,知识和能力并不占优。

#### 四、弱组织集合体的律所

相较于刑辩律师,侦检机关的侦查员和公诉人具有超出其上的对抗能力。这种对抗能力习惯上被归结为刑事诉讼法赋予双方的不平等的武器装备。但是,以内部构成的视角重新审视,这种能力差异,主要是因为两个组织体的结构所导致的知识能力外化时的不同。律师事务所是一个松散的、弱的集合体,无法作为协调有序的组织,发挥组织体的力量。刑辩职能的此种武器不平等,亦来自于律所这种组织形式的构成。

在中国,律师不是外部想象的单个人即可以执业的自由职业,每人都需要在一个律所中执业。<sup>[52]</sup>在第一感的反应上,其原因被认为是由于司法行政机关对律师业进行管制的要求,是法律、法规的行政命令要求使然。<sup>[53]</sup>这对于刑辩律师来说,表象上确实如此:刑辩律师去看守所会见犯罪嫌疑人,除了委托书、本人的执业证之外,还要有律师事务所的函。通过律所对律师进行一定控制的原因在于:①通过自组织,规范其收案、收费,控制偷税和服务品质管理;②将数量较多的律师置于一个较小的组织单元进行自我管理,因彼此工作在一起,对各自的品性、工作态度、工作状态有一个大致的了解,会对律师产生一定的内部约束力。2004年之后,要求符合条件的律所建立党支部,其中一个支点也在于此。

但是,如果结成一个律所会与律师的经济利益有较大冲突,而不是符合律师的利益最大化追求,那么,律师们一定会选择以挂靠、名义结合等各种方式进行实质性规避,仅在形式上迎合管制规范。然而,律师们并没有发明各种方式规避行业管制,反而是接受该种管制。由此可推断:结成一个律师事务所,而不是单个人执业,更符合其利益诉求。律师以合约集合的方式,结成一个事务所的估算在于:

第一,生产成本。律师开业,基于门面装点形象考虑,必须租用办公楼,要使用助理、行政秘书、前台接待等辅助人员。为树立大品牌形象,传递资产、服务信用符号,更要租用城市最优地块的大场地豪华办公楼层,这对单个律师来说,边际成本过大。这些人员如果为一名律师服务,工作量很小,律师开支和回报没有效率。如果集合办公,几十人共用设施,办公费用即可以大幅节省。

第二,协作费用。以集合体的方式,经常聚合在一起,协同办理大的民商、非诉业务,因彼此长期协作,互相熟悉特长和工作习性,逐渐可以培发育出一个优势互补的协作团队。临时与其它

[52] 允许开办个人所,与合伙制、国办所,只是出资方式不同。个人所也仍然是多个律师共同执业。参见《律师事务所管理办法》(2012年11月30日发布)第6、9条。

[53] 《律师法》(1997年1月1日起施行)第12条规定,“律师应当在一个律师事务所执业,不得同时在两个以上律师事务所执业。”

所的律师协商,以契约方式协作完成,彼此对实力、特长不摸底,影响对外的整体力量迸发。

第三,创立一个共同的律所商号,确立一系列内部工作制度,并且通过世代的敬业努力,将非物质化的商业信誉、工作机制和机构形象注入到作为一个载体符号的商号内,凝结在律师事务所名称中,可实现律师事务所不因某一个人的进退而进退,不因某一个人的去留而盛衰的稳定的存续。这样,每一个世代的律师的工作努力,不是仅仅表现为当下的货币回报,也以非货币资产的方式蓄积起来,余荫后来者。因为青年律师对这种余荫有期待,对当世的律师来说,可以吸引到更好的律师助理和有望培养成合伙人的优秀年轻法律人。

第四,不同的律师结成一个律所,以律所的名义共同创出品牌,对于不同业务水准的律师均有激励。其一,业务稍弱的初级律师,进入声誉优良的律所,可以分享优良律所的声誉、客户群,并获得一个近距离观察学习有经验律师的技能、快速提高业务能力的机会。自己虽然未对律所声誉积累的前期投入支付成本,但是却分享了这种声誉的收益,是一个事实上的“搭便车者”。其二,初期创立律所品牌的律师,通过在律所内区别全球合伙人、高级合伙人、二级合伙人、普通律师等头衔的方式,设置不同的分成比例。对于新进律师、低端合伙人,虽其工作投入和时下的贡献较大,但对其当期的个人回报却规定一个不对等的比例,从而使得“搭便车者”对律所的前期投入成本进行事后的补偿。

此外,还有其他的非利益社会性因素。如律师作为社会化的人,需要沟通、与人交往,需要一个可以寄托归属感的符号性场所;在同一个所内,可以建立一个相互模仿、切磋、竞赛的机会等。因此,律师是基于经济成本因素和社会心理因素,松散地聚合在一个律所的名号下的原子化个人。这种聚合,并不改变刑辩律师业务的基本形态:

第一,刑辩是个人行为,刑辩案件案源的获得主要靠个人开发出来,是个人社会交往能力及知名度的产物。极少有刑事案件是当事人找到某一个律所,转由律所分配给某一个律师。律所能给刑辩律师带来的案源极少。

第二,刑辩是个人知识能力、风度、智力的表现,而不同于侦查员和公诉人,其能力的很大部分依赖制度力量、组织能力赋予。

因此,总体而言,同一个律所之内的律师与律师之间主要是一种投入—收益衡量之后的合约集合关系,<sup>[54]</sup>彼此只是有一个共同享有的律所名义,完全类似于葛兰西所言的“大雨时在棚下避雨的一群人,这些人彼此不负责任,对集团不负责任。”<sup>[55]</sup>用司法部的批评是:“少数律师事务所内部管理混乱,‘散、乱、差’问题突出,律师事务所形同‘法律个体户’的出租柜台”。<sup>[56]</sup>北京律协的看法是“大部分律师仍主要自行办理业务,相互游离

[54] 参见(美)埃里克·弗鲁博顿、(德)鲁道夫·芮内特:《新制度经济学——一个交易费用分析范式》,姜建强、罗长远译,三联书店上海分店、上海人民出版社2006年版,页421—439。

[55] (意)安东尼奥·葛兰西:《狱中札记》,葆煦译,人民出版社1983年版,页225。

[56] 参见《司法部关于2004年在全国律师队伍中开展集中教育整顿活动的意见》,司法[2004]7号。

程度很高,事务所缺乏高效的合作机制,良好的合作理念,又反导致了所内资源配置能力弱、工作效率低,也会导致执业律师忠诚度低,律师流动性强。目前,北京律所律师的流动率比较高,亦与团队合作松散有关。”〔57〕

这种形态关系决定了刑辩律师之间的状态:①一个律师和另外的所有的律师都是潜在的案源竞争对手;②律所主任、部门主任与普通合伙人之间的管理——服从关系极为弱小。

先审视第一种状态。刑辩律师之间,在业务竞争上,表现出极为强烈的“同行是冤家”的鲜明特点。任何一个律师(即使是同一个所里的律师)业务水平提高,知名度提高,都意味着该律师的案源会扩大。而案源具有高度稀缺性,同行案源的扩大意味着自己案源的缩小,案源的缩小即意味着收入减少。所以,刑辩律师之间始终有着尖锐的冲突。诉讼实践中,常见一个律师和另一个律师在上午开庭的某一起案件中,共同受一名当事人委托作为民事代理人进行搭档,而在下午开庭的另一起民商案件中是对手;或在一起刑案中一个是被害人诉讼代理人,一个是辩护人,双方各为其主。因此,律师之间彼此封锁法律知识、业务技能和办案经验的现象成为常态。

由于每人都是竞争者这种残酷的同行现状,律师行业内部,不仅是合伙人之间高墙壕沟。即使同一个团队的合伙人、律师、助理之间,都几近等同于西欧中世纪行会制下的匠师与帮工、学徒的关系,担心“教会了学徒,饿死了匠师”。帮工、学徒即使在时间、无偿服务、忠诚度磨练等方面交纳足够的未来收益的预支费用,匠师也未必能将其经验、心得传授给弟子。〔58〕作为对比,就作为刑辩律师对手的公安、检察院,至少就北京市各级公安、检察机关而言,有一个因袭多年的传统:对每一个新进来的法科学生,都要安排一个教带的老同志,负责传帮带,将不习于书、不见于文的心得、体会和技能,传给新人。相比律所内的授薪律师、助理称合伙人为老板,公安、检察院内,初入者称教带自己的老同志为“师傅”,这种师徒名分保持终年。这种机制的发生,在于公检机关的组织构成、公共政策的组织目标具有非盈利性。而在以盈利目标为驱动的原子化个人结成的律所,罕有向他人提供这种免费的自我摧折的技艺传授的。

另外,由于律师业务上竞业禁止义务等要求,以及为了防止律师之间为了给彼此代理的当事人推卸、转化责任而互相攻讦,事实上成为“第二公诉人”等原因,律师通常是单兵作战,日常之间也很少交流案件。〔59〕对刑事辩护的活动属性进行细究,尤可见其反集合化的高度个体性的特质。非诉讼案件通常是一个所的律师团队完成,一个人很难胜任。与非诉讼业务不同,

〔57〕“北京律师事务所现状调查报告出炉”,载《法制日报》2008年9月14日,《周末》1、4版。广州律师王超莹等认为:“大部分律师事务所与律师间是一种提成或挂靠关系,哪个所给的提成高或挂靠费低,律师就往哪个所跑。”“律所提高提成比例或降低挂靠费通常是突发性、偶发性的,动机也千奇百怪。”因此,“有的律师一年内提出转所请求多达六七次。”参见王超莹等:“律师流动现象的现状、成因和对策”,载王进喜主编:《律师流动法律问题与对策》,知识产权出版社2013年版,页47。

〔58〕(荷)布洛克曼、霍彭布劳沃:《中世纪欧洲史》,乔修峰等译,花城出版社2012年版,页225—228。

〔59〕上海两位律师“相识多年,都是上海律师桥牌协会会员,两人瓜分了上海社保案的八位副局级高官被告人”,但其中一位律师说“我们对案情从不交流,即使是打桥牌时”。报纸在援引该话之前,该律师“称他至今都没有弄清楚上海社保案的来龙去脉。”参见孟登科等:“为社保案‘贪官’辩护的律师们——社保案司法审判一年回顾”,载《南方周末》2009年4月30日,A1、A4版。

刑辩律师的工作完全个体化。依靠个人聪明才智和知识积累、个人感悟来进行的工作,无法如同IPO及其他各种非诉业务等,可以通过拼接不同律师的工作,结成为一个混合产品,更不可能将他人的工作成果,植入另一个律师头脑之中。

虽然检察官之间也存在竞争,但检察官之间不存在为生存而进行的残酷业务竞争关系。反而,一个案件的公诉成功对于公诉人来说是匿名的,自己是代表国家提起公诉,案件名称是××检察院诉××犯××一案,而非公诉人个人××诉××犯××一案,此正如检察院格式化的公诉意见书所要求的第一句话:“我(们)受×××人民检察院的指派,代表本院,以国家公诉人的身份,出席法庭支持公诉。”<sup>[60]</sup>与辩护律师以个人名义出庭,<sup>[61]</sup>案件的胜诉收益归属于辩护律师个人相反,检察官最后的胜诉结果体现为某某检察院公诉成功,收益归属于公诉人所属的检察院和代表的国家。

与刑辩律师单一的商业利益诉求不同,公诉检察官所处的制度激励语境,决定其行为为组织体内的一个要素,而非以孤立的原子的方式展开。公诉人的激励来自于体制内部的晋级和晋升。一个具有较高业务水平的公诉检察官,封锁自己的知识,不与他人分享,不会给自己带来较大货币或非货币收益。反而是那些主动或应他人请求,与同事分享自己的知识优势,使别人避免业务失误的知识共享者,会获得同事好评,会有利于其获得潜在的晋升、晋级机会,从而给其带来较大的非货币和货币收益。因为在干部提拔使用中,“民主测评”、“群众公认”在提拔任用中是重要参数,<sup>[62]</sup>获得本部门同事的好评,是追求晋职的公诉检察官的必要条件之一。即使是年度的评先、评优也是对晋升具有间接促进作用的符号指标。实践中,目前的检察院公诉部门,不仅对大案要案,而且对稍大的案件,都实行整个公诉部门集体讨论决定。检察官更有较强的激励在同事中表现自己的业务才能和各方面能力,以获得同事群体认同。

再来审视第二种形态。在中国一些大型律师事务所中,执业律师甚至普通合伙人都人数众多,远远超过一些县、州、市检察院或省级检察院的人数。尽管为了管理需要,高级合伙人、全球合伙人之间会推举一些人出任律所的主任,或者分管人事、财务等某一个方面事务的副主任,分出不同的部门和专业委员会,<sup>[63]</sup>但是普通律师、一般合伙人、高级合伙人、部门主任、副主任、主任之间,由于存在前文所分析的律师结成律所的原因,所主任、部门主任等对律师的管

[60] 最高人民法院法律政策研究室编:《人民检察院刑事诉讼法律文书适用指南(2013年版)》,中国检察出版社2013年版,页711。

[61] 在《律师暂行条例》时代,“律师承办业务,由法律顾问处统一接受委托”,“法律顾问处给律师分配任务”,辩护词亦写受律师事务所指派。《律师法》将律师重新定义为“接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员”后,律师辩护词题头突出“受××委托”。

[62] 《党政领导干部选拔任用工作条例》(2014年1月发布),第2、18、26条。

[63] 北京金杜律师事务所2011年有合伙人210名,员工1470名,北京中伦律师事务所所有合伙人130名,员工超过700名。内部组织分部门的典型如国浩律师集团(北京)事务所以和北京市炜衡律师事务所。参见法律门主编:《中国律所100强(一)》,法律出版社2011年版,页1、13-65、66。

理力极其弱小,基本没有支配——服从关系。律所对律师进行规制的最有力的撬杠只是律师收案和当事人缴费至律所的账号,凭批办单盖章出函。

律所内部没有官僚/科层化体系,也因此没有其所带来的机构整体力量,不存在案件承办人——复核人——重大、复杂、疑难案件协商委员会——批准人之间强烈的管理与被管理、服从与被服从的关系。所以,既难以通过案件的协作和层层审批把关来提高办案人的业务水平,也难以通过专业化的训练来增强业务熟练性。即使在一些极端大案中有名家组成的律师顾问团,因利益反激励,顾问团成员中的著名律师都只是通过这种加入,表达一种姿态或一种道义声援,而难以有动力每人各抽出一周或几天时间,将证据事实枝杈丛生、堆积如山的案卷粗看一遍,提出实质性的建议。最后的结果是办案律师“他只是一个人在战斗”。

在职业起点上,单个从事公诉的个人,技能并不必然超过刑辩律师。但是,“检察一体化”<sup>[64]</sup>的制度设计,使得公诉具有超出个体刑辩律师的知识优势。公诉是检察机关整体外化的行动,所以,一起公诉行动的发起,从公诉部门的普通助理检察员到公诉科长/公诉处长、主管检察长、检察长和检察委员会,都是一个组织名义之下的具体功能担当者。因此,一起公诉案件,承办人需写出案件审查报告,经过集体讨论,报公诉科长/处长审核,再报主管检察长决定。重大、疑难、复杂案件上报检察长和检察委员会。<sup>[65]</sup>基层检察院受理侦查、起诉的一些有巨大社会影响和法律难度的案件,要层报上级检察院、省检察院,直至最高检察院。<sup>[66]</sup>在检察一体化制度下,一个检察院内部的整个体系都被调动,效能以组织集合体的方式释放,一起案件要经过多次的查错。<sup>[67]</sup>承办人在每一次汇报时,都既是一次模拟演练,也是业务熟悉提高过程,结果表现为出庭公诉人“他不是一个人在战斗”。

同样具有一副沉重的肉身的律师和检察官,性非异也,而是受动之制度结构不同。马克思、恩格斯说:“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争。”<sup>[68]</sup>此论断落至具体的公诉案件中,清晰呈现出的场景即是:单个的被告人,原子状态的律师,和有协调、配合、分工高度组织化的检察院之间的对抗。从刑辩律师的商业利益集合以及律所的弱集合属性角度来看与作为公诉方的检察官在“武器装备”上的差异,则极为明显:主要不是来自《刑事诉讼法》对一方给予倾

[64] 张丽卿:《刑事诉讼法理论与运用》,台北五南图书出版股份有限公司2008年版,页94。

[65] 检察院的各种侦查手段使用、五种强制措施作出以及审查起诉、法律监督等所有活动,凡是指向外部的行为作出,都要经过三层次的内部控制程序。参见《人民检察院刑事诉讼规则》(2012年11月22日发布)第376条。另外第4条规定,“人民检察院办理刑事案件,由检察人员承办,办案部门负责人审核,检察长或者检察委员会决定。”

[66] 2013年,为公诉四川广汉刘汉案件,湖北咸宁市检察院打破院与院之间界限,在市县区两级检察院集中22名公诉人,从武汉、黄石等地借调5名公诉人。在最高检察院、湖北省检察院有关业务专家指导下,集中食宿、封闭管理。参见湖北日报报道组:《公审刘汉》,九州传媒出版社2014年版,页37-46。

[67] 参见《浙江省人民检察院关于印发〈浙江省人民检察院公诉处大要案指导办法〉的通知》,2006年3月30日发布,检诉[2006]5号。

[68] (德)卡·马克思、弗·恩格斯:“德意志意识形态”,载《马克思恩格斯全集》(第三卷),人民出版社1960年版,页379。

斜的特权导致赋权不均衡,而来自于组织构成和效能所决定的知识能力、对案件耕耘的细致程度的不同。

## 五、单一利润目标

1992年之后,各个领域以市场化为方向进行第二次革命。1994年,根据国务院批复的律改方案,“不再使用生产资料所有制模式和行政管理模式界定律师机构的性质,大力发展经过主管机关资格认定,不占国家编制和经费的自律性律师事务所”“实行自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束的律师体制。”<sup>[69]</sup>律师不再是“国家法律工作者”,而是“为社会提供法律服务的执业人员”,<sup>[70]</sup>不再保留国家事业人员编制和保底工资。在这种自收自支体制下,创收成为压倒性的追求。主管部门司法部律师司在改制十年后曾批评“有些律师执业思想不端正,片面追求经济利益,商业化倾向日趋严重。”<sup>[71]</sup>这显然属于超越制度的评价,因为律师的逐利性本是改制所致。在具体的律师职业实践中,服务于利润目的的各种职业技术,直接的显现了利润目标对律师行为的塑造。

律师的利润在于案件数量。而案件数量稳定,在于不断增加的案源。案源增加首先在于扩大社会交际,在于扩大现实空间的朋友圈。许多刑辩律师,积极参加各种陌生人之间的社交集会,对熟人团体之间的任何互动机会,包括老乡聚会、初高中本硕博不同时期的同学聚会、不同纽带的朋友聚会,律师都是热心的张罗和布置者。此非天性使然,而是职业和收入性质使得律师始终要不断扩大自己的社交群体,要为自己积淀潜在的客户。

这些社交活动,仍基本是一个熟人社会范围,而一个人的熟人圈和社交活动范围终究有限,不可能带来持久的诉讼服务供给,扩大案源的活动一定要扩展到不特定的多数人的陌生社会内。但是,刑辩律师提供的服务不是一种搜寻品(search goods),而是经验品(experience goods)。作为陌生人的客户无法在使用之前,就判断出律师产品的质量,而只有在实际使用之后,才可以感受到品质的优劣。因而出身、学历、名气以及其他作为工具性的符号传递手段,具有重要的道具意义。这包括:

第一,律师执业的区域选择。律师执业地域中,京沪广深占优,刑辩律师首选北京。作为最高人民法院、最高人民检察院、公安部和各个中央机关、中央国家机关部委所在地,“北京律师”总给京外的当事人以各种不切实际的遐想。此外,“北京律师”在京外办案,较之本地律师,会顾忌较少。京外的公检法人员因为熟知本地律师的出身底细和经历,会对本地律师苛刻刁难,而对于“北京律师”,因为不摸底细,则通常会按法律办事。

[69] 参见《司法部关于印发国务院批复通知和〈司法部关于深化律师工作改革的方案〉的通知》,1994年1月18日发布,司发[1994]003号。

[70] 参见《律师暂行条例》(1980年8月26日发布)第1条;《律师法》(2012年10月26日发布)第2条。

[71] 参见《司法部关于2004年在全国律师队伍中开展集中教育整顿活动的意见》,2004年3月19日发布,司法[2004]7号。

因此,在诉讼领域,“北京律师”成为一个巨大的可以带来案源和丰厚利润的符号资产。由于律师执业没有户籍限制,<sup>[72]</sup>因此各地以刑辩业务为主的律师流入北京的极多。<sup>[73]</sup>在北京,房价和生活费用巨大,因为租房、非京籍子女上私立学校或公办学校的择校费用以及各项开支巨大,生活成本较高。分享“北京律师”符号资产的刑辩律师,基本业务来源是全国各地,北京本地业务较少,往来穿梭取证、阅卷、会见,食宿费用、旅费、精力耗用较大。利润追逐成为盖过其他学院内观念的第一追求。为了多盈利,“什么案件都办”。

第二,律所在城市内的微观区位选择。大品牌律所多设在商务区,即使本地法院建在僻远的郊外新行政区,不以非诉为主营业务的有声名的律所也会依然选址在本市最好的中心商务区。主要原因在于:首先,在法院和大公司、大企业之间,律所要选址靠近作为潜在委托者的大跨国公司、大企业集中的写字楼,以降低大公司、大企业的交易成本,吸引客户。其次,律所的区位和办公场所选择的更重要原因,是作为扩大案源、传递信号的一种工具性营销手段。为消解作为经验品的律师服务无法在使用之前识别质量之弊,业内高端服务者都通过自身形象外观设计,来与低端服务者区隔。为了将本律所服务品质精良的信号传递出去,被广为采纳的营销策略是向客户展示自己的资产状况,从律所前台小姐的颜值,到律所所在街区的位置和楼盘,都要刻意考量。意在暗示客户,本所不是棚户区的草台班子、小摊档、小推车生意。这是重要的道具,目的是要通过这些信号来向客户传递一个印象:正因为本所业务卓越、既往服务优良,因此获得丰厚回报,有实力租用如此高档奢华的写字楼,本所具有坚实的资产信誉作为担保。

因此,占了全国律师人数四分之一、收入一半的京沪广深四地的精英律所,集中在北京国贸CBD、上海陆家嘴和南京西路、广州天河、深圳福田中心区等片区,且均租用繁华商务区高档写字楼、五星级酒店办公。其导致的后果是,这些律所均时刻处在高昂的房租追逼压力下,<sup>[74]</sup>每个合伙人都要分摊较高份额。2015年,大成上海分所普通律师使用所内一个窄小的卡座办公,每月要给所里交3300元使用费,超过中西部许多城市新房平米单价。

第三,律师的社会影响、知名度等各种名头。将案源扩大手段从熟人圈社交,扩展至陌生人群体,在时下主要凭借网络。为培育案源,律师在网络点击率、知名度等各种有助于形象塑造和案源增加的名头上,投入了过多精力。部分刑辩律师,热衷于在电视、电台、报纸上担任各种嘉宾、点评专家,或在网络上对各种偏离专业知识之外的公共话题发表意见。在网络媒体时

[72] “律师可以申请在其户籍地以外市、县的律师事务所注册执业”;“律师承办业务可以到其律师事务所所在地市、县以外的地区履行职责”。参见《司法部关于律师异地执业有关问题的批复》,1999年8月31日发布,司复[1999]9号;《北京市司法局关于外省、市人员在北京市所属律师事务所执业的管理规定》,京司发[1998]31号,载北京市司法局律师工作管理处编:《律师管理工作规范性文件汇编》,1999年2月,页500—502。

[73] 北京盈科律师事务所刑事部主任易胜华,原在江西某县工作,自学通过司法考试,在深圳从事律师失败,在北京成名。参见易胜华:《别在异乡哭泣:一个律师的成长手记》,北京大学出版社2013年,页2、72、222。

[74] 譬如大成上海分所,除租用国家开发银行大厦部分楼层之外,另租用位于上海浦东陆家嘴环岛的环球金融中心两层5000平方米,以该中心公布的平均每平方米日房租13元计算,该律所在该中心一年租金支出租算超过2300万元。近期准备转入中国第一高楼上海中心,租部分楼层。

代,信息海量涌现,受众认知疲倦,仅有重大新闻和非庸常、非俗流的言论才会给公众留下深刻的认知痕迹。因此,部分刑辩律师刻意追求言论的新异,“语不惊人誓不休”,不断挑战政权及公众耐受力及言论边界的底限,以达到自己知名度的提升。名声作为一个信号,本身没有承载意义。在网络时代,即使非褒义的名声,也日益不再具有负外部性,因为在如今的信息轰炸和各种平面、网络媒体、自媒体的众声喧哗中,即使当初是因差评事件所托起的名声,具体的事件在记忆中褪去后,所余仅是对某个名号的印象。当面临无所适从的选择时,认知记忆会将某一个片段选择高亮(highlighted)。因此,名声负载的是案源,也即知名度扩展案源。但这种对公共领域的持续关注、跟进,占用了部分律师相当多本可用于精研业务的时间。

此外,律师报价谈判,更耗费了相当的时间和心力。如果不以任何意识形态的矫饰来看待律师职业,而从律师作为竞争性的法律服务销售者的角度来看,在律师技能序列中排在首位的,不是法律规则的熟稔和理论功底的积累,而是商业素养。就商业营销而言,律师与提供有形商品、货物、服务的商人,在手法、技术上没有任何区别,律师必须具备的一项技艺在于洞悉客户心理,贴合当事人的实力和心理,进行服务报价。律师面对的客户大致有以下几种类型:①家人或朋友为保全被追诉人,捞人心切,从亲情、情谊出发,慕名而来,不怕花钱;②亲属或商业伙伴被追诉,自己要舍得出钱,以展演给其他亲属或伙伴,尤其是牢中人看,自己有情有义,但是,作为市场经济下熏陶出来的精明的生意人,在多家律所、律师之间进行感受、比较,货比三家,游走于各个律所和律师之间筛选,随时在用脚行使选择权;③部分狡猾客户,仅仅以前来咨询准备委托为名,实则并无真实的委托愿望,只是通过委托前的会见交流,意在获取免费的对案件实质以及法律走向的点示。

由此,律师作为出卖服务的卖家,既在与作为买家的客户之间进行较量,又在与同作为卖家的其他律所、律师之间进行较量。律师必须做到:充分展示自己的业务能力,以真正打动具有委托意愿的客户,在残酷的同业竞争中胜出;优质的一流案源(有强大现金支付能力并救人心切),获得等效的优质一流收费,而不是业界同行笑话的“一流案源、二流服务、三流收费”;避免被狡猾客户利用。对此锱铢点滴之间的分量拿捏,需要律师具有丰富的叫价经验和商业谈判功夫,能准确窥测出客户心理:对有的客户初始报价不高,分阶段收费,使得即使客户事后有所后悔,但考虑到前期沉淀成本而不会轻易另择他人;对另外的客户,则要一次要价到位,否则时过境迁,付费的意愿会大为萎缩。这种行为心理把握,往往不是一蹴而就,而是需要较长时间、多轮的面谈和观察。业内早有戏说,对于律师而言,MBA课程比JM课程(法律硕士)更有用。其实,这种商业功夫,非课堂教学所可习得,而在于经年累月的时间打磨。

因此,在律师最集中的京沪广深四地,一些刑辩律师将主要精力首先放在社会交际、开发案源(业内习惯称为“开拓”)上,其次为报价收费谈判、促成协议签订。成功签订委托协议后,具体的业务则由初入行的授薪律师、助理律师、担任律师助理或实习生的法学研究生、本科生担当。这些助理律师、授薪律师、律师助理领取固定小额报酬,几个助理和授薪律师挂在一个合伙人名下工作,称为某某合伙人团队。律所内这种合伙人团队工作方式构成的表面促发机制是:①法学院新毕业或高年级的学生有最大的工作热情,加班、出差都无牵挂,甚至为乐;知

识结构适合,知识数据库处于最新,不需要更新,只需要稍加指点技巧并积累经验,即可胜任具体的证据、法律技术性分析;②工资很低,极大的节省了人力成本。以大成上海分所为例,2014年,一位年收入1200万元的合伙人,带一个由两位秘书、七位研究生助理、授薪律师组成的团队,支付给每位法学研究生助理每月的报酬为2400元,每位秘书5000元。对于初来的法学硕士毕业的授薪律师,第一年7000元,每年递增20%。

真正深层的促发机制在于行会式的行业管制和法律产业过剩,逼使法科学生日益接受这种对知识和剩余价值的剥削。

前文将当代的合伙人、授薪律师与律师助理、实习生,与西欧中世纪行会制度下匠师、帮工、学徒对应。除薪酬外,在律所管理上尤可见相似之处。合伙人通过律所行政管理人员,控制律所公函、介绍信、盖章等具体手段,限制助理律师和授薪律师独立接案,更不能独立出庭,只能为合伙人打工,廉价出卖自己的知识和劳动。截止2010年,“教育部审批同意设置法学本科专业的高等学校名单”计有615所。<sup>[75]</sup>前文已述,时下有186所法律硕士单位。研究生教育,除法律硕士、法学硕士、法学博士外,又增加了法本法硕。仅2007年,法律在校学生29万人,当年毕业12万人,与专业有关的就业率60%,最终仅三分之一的毕业生进入政法机关。<sup>[76]</sup>公务员、事业单位、央企等录用考试未通过的普通学生能进入律所做助理已极为不易。此外,从2008年开始允许法学院大三本科生参加司考,每年有大批人涌入律所求职,或申请在各个律所实习。这两个群体,成为律师产业强大的后备军,在实质意义上,保持了任一个时间点上,可测评的、相对的巨大律师过剩。这种“法律人口红利”,为各律所能以更低工资,挑选更有技能的助理律师、实习律师,提供了一个强大的就业压力空间。

韦伯曾评价:“资本主义为了发展确实需要有剩余人口的出现以维持劳动力市场的低价。确实,在某些条件下,过分庞大的工人‘后备军’促进了资本主义在数量上的扩张,然而,它却迟滞了资本主义在质量上的发展。”<sup>[77]</sup>与学界批评法院庭长、主管院长只决定、不办案,“审者不判,判者不审”相当,在律师界,合伙人罕有本人写文书、阅读材料、思考法理问题的。作为真正的代理人,合伙人并不自己打理案件事务、梳理案件事实和法律适用、在法庭上说理论辩。处于代理人地位的合伙人“代者不理,理者不代”。这种榨取授薪律师、助理和实习生劳动能力的律师执业方式,反过来进一步加剧了刑辩律师的知识衰退。在这种态势下,作为客户法律上实际委托人的律师,专业业务日渐荒疏,知识库持久不进行更新。开庭时,许多声名卓越的刑辩律师坐在辩护席上,法庭调查阶段和法庭辩论大部分时间一言不发,仅在法庭辩论阶段开始,宣读一下事先由助理写好打印出来的辩护词,作一个简单的展示秀,给支付了高昂律师费的委

[75] 截止2005年度,设置法学本科专业的普通高等学校共有600所,参见《中国法律年鉴》(2006年),中国法律年鉴社2006年版,页811。此后五年新增15(3+4+1+6+1)所,共计615所,参见各年度《中国法律年鉴》。

[76] 参见中央政法委员会政法研究所:《司法改革中前行》,中国长安出版社2011年版,页412。

[77] (德)马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,(美)斯蒂芬·卡尔伯格英译,苏国勋等译,社会科学文献出版社2010年版,页34。

托人一个“说法”。最重要的法庭调查阶段的交叉询问、质证和法庭辩论阶段的攻防等活动,完全由作为助理的律师担当。而一旦这些初入律师行业的法学院学生,经久熬成合伙人、高伙,自己亦日益陷入挖掘案源的社交活动,并随着业务量增大和客户群管理事务对精力的分担,走上剥削初入行学生做业务,而自己业务荒疏的老路。

## 六、非专业化对刑辩律师技艺的塑造

一个优秀的刑辩律师的最低基本知识训练和日常技能内容包括:①熟稔刑事实体法、程序法的基本理论和《刑法》《刑事诉讼法》规范,包括最高人民法院、最高人民检察院联合或单独做出的各种司法解释、公安部规章;②对侦查技术、证据法的制度和实践形态有深入的了解;<sup>[78]</sup>③熟悉两高公报中的判例、近年最高人民法院开始发布的指导性案例,以及最高法院五个刑庭编辑的《刑事审判参考》和最高人民检察院公诉厅编辑的《刑事司法指南》、最高人民法院中国应用法学研究所编辑的《人民法院案例选》(刑事部分)等具有实际的案例指导作用的“准判例”;④经常性阅读《法制日报》《人民法院报》《检察日报》《人民公安报》《中国律师报》等报纸,对刑事政策、刑事司法、刑事理论的动向和各地在最近判决中表现出的新做法了然于胸。<sup>[79]</sup>

此要求对于一个已经完成大学正规法学院教育、通过司法考试、刚进入刑事辩护领域的律师来说,耗费的时间、精力成本略高。在完成初始投入,进入经常化状态后,并不需较高的学习成本增量。但是,对于一个因生存压力,受驱动于收费和扩大业务量的“什么案件都办”的律师来说,同时涉入民事、商事、知识产权、涉外经贸、海事海商、行政诉讼和金融证券、公司、房地产、IPO 等非诉讼领域,都是日益不可能的重负。

从诱因上,对于刑辩律师学习效应破坏极大的一个方面,在于刑事法官不受限制的自由裁量权。由于犯罪存在于侦查、审判之先,其先验性使得对于犯罪存在与否的确证以及刑罚轻重,仅依赖于行使终局决定权的法院的裁量。所以部分从法院辞职或退休的法官,甚至法官的配偶、子女及少数与法官有特殊交情的刑辩律师,可以不以知识投入作为回报,反而仅凭业余段位、初级段位的刑辩知识,转而选择充当当事人和法官的居间、搭线人,通过勾兑法官即可获得更大的利润总量。既然刑事案件中的收益率与知识无关,只与寻租者的权力贴现率高低

[78] 一案中,律师认为仅有报案材料和书证,公安即立案,属违法。不知刑事诉讼中的证明标准,系依程序推进而提高,美国证据法分九级,第一级为 mere hunch,第九级为 absolute certainty。《刑事诉讼法》第107条只是规定“发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人”,没有证据量的要求,逮捕条件为“有证据证明有犯罪事实发生”。实践中“不破不立”反而被上级机关批评。

[79] 一案中,律师提出应移转管辖至上海市徐汇区公安局,又因区的公安机关侦查员笔录告知中,称自己为市公安局侦查员,据此提非法证据排除。不知迟至根据《中央批转〈第十七次全国公安会议纪要〉的通知》(中发[1978]4号文件),尤其“二十公”之后,京沪和多数地级市城区公安机关人财物,由市局直接管理,所以称谓为“市公安局××分局”,而非“市××区公安局”,此类似法学院教授亦称为某大学教授,无不妥。法检两院由区领导,所以称谓为“市××区人民法院”。律师对此的错解,进而导致提出错误的排非。

有关,或者巨量知识投入仅有极为稀薄的回报,则势必导致“劣币驱逐良币”。以知识素养取胜的刑辩律师没有动力去坐冷板凳、寒窗苦读,而是加入行贿竞赛。司法部调查组发现,2003年武汉、广州等6个城市的法官受贿犯罪中,牵连出88名行贿律师。仅向武汉中院柯昌信、胡昌尤行贿的律师就有13人。<sup>[80]</sup>

但是,这仅能对部分律师的行为作出解释。对于“技术流”、“知识流”律师来说,未能实现平等武装的制度预期,主要在于相较于与检察院不同的律师行业的组织构成和追求目标,直接塑造了不同的知识更新、学习效应。从政治治理上,中共中央对干部的在职培训,是其内部治理不同于西方政党的一项重要方式,尤其是干部教育由主管干部提拔任用的中枢机构中央组织部主管,使得这项工作不被虚化、架空。<sup>[81]</sup>在检察院内,干部教育从2001年机构改革后,纳入政工机构,由分管干部晋职、晋级的政治部主管,<sup>[82]</sup>由于政治部具有极强的支配—命令权,也使得检察院内部干部的培训,较此前强化。<sup>[83]</sup>对于检察院而言,知识形态较单一,主要是掌握刑事实体法、程序法。因为单一,所以目标跟踪方便容易。每有刑事法方面的重要法律、司法解释颁布,上下级领导关系的体制即会启动,以文件形式将内容自上而下发布。内容简单者,会有部门负责人在公诉处/科会议上口头提示并传阅。涉及范围较广、较此前的知识增量较多的司法解释,通常是内部印刷条文原文或印发各种辅助读物、小册子,进行分发。从最高检察院、省级检察院,到地市级检察院,不仅是侦监、公诉等部门自身,更经常是由政治部,组织各种层次、规模的学习、培训,<sup>[84]</sup>或邀请专家前来授课。听课、参加培训,可以不用办案,对于检察官来说还是一种难得的休闲福利。<sup>[85]</sup>

对于律师来说,律所所涉业务的法律分类极其繁多,律所管理层极难跟踪到各个专业领域的进展,并及时组织高水平的培训。在各省和北京、上海、广州等城市,律协通过网络教学或律师学院对律师进行培训,司法部还要求参加规定课时的培训,与年检挂钩,作为律师注册的前提条件之一。<sup>[86]</sup>但在实际效果上,与只面对刑事业务一个方向的检察院公诉部门相比,律协

[80] 肖山:“中国律师业掀起有史以来最彻底整风运动”,载《律师文摘》2004年第3辑,中国法制出版社2004年版,页22—26。

[81] 《中共中央组织部印发〈关于在干部教育培训中进一步加强学员管理的规定〉的通知》,2013年2月19日发布,中组发[2013]8号。

[82] 2001年机构改革,检察院教育培训纳入政工机构,在市和省级检察院政治部设宣教处或教育处,最高检察院政治部设教育局。参见《中共中央办公厅关于印发〈地方各级人民法院机构改革意见〉和〈地方各级人民检察院机构改革意见〉的通知》,2001年3月24日发布,中办发[2001]9号。

[83] 参见《最高人民法院政治部关于进一步加强教育培训管理的通知》,2013年4月22日发布,高检政[2013]108号;《最高人民法院关于印发〈2011—2020年检察教育培训改革指导意见〉的通知》,2011年10月18日发布,高检发政字[2011]77号。

[84] 参见《最高人民法院政治部,最高人民法院渎职侵权检察厅关于印发〈全国检察机关反渎职侵权部门大练兵、大比武活动实施方案〉的通知》,2010年5月27日发布,[2010]高检政发115号。

[85] 2008年,北京市检察院政治部教育培训处,全年累计培训干部8551人次,平均每人参加2.44次。参见《北京检察年鉴2009》,北京市人民检察院出版,页198。

[86] 参见《司法部关于进一步规范律师培训工作的通知》,1997年3月13日发布,司发通[1997]020号。

面对的是法律的所有业务,重大变动尚能跟上,但却完全无力及时跟踪到许多的微小变动。律协也分出各专业委员会,如北京律协即建立了 61 个专业委员会,但各专业委员会因不具有检察院政治部对检察官那样的权威和晋升、处罚激励,所以培训实效不佳。<sup>〔87〕</sup>对于面授培训,众多律所分散在城市各处,而非如法检两院集中办公。由于在途时间和听课时间的成本,律师们难以建立起基本的动力来听课。对于办案的律师们来说,即使接到有处罚后果的培训通知,常见到应对方案是派律师助理、法学院实习生带本人的律师培训卡代刷、代听课。

现实空间的应酬+虚拟空间的社交+其他各种拓展案源活动,不仅占用了律师相当大的精力,长期浸淫于这些活动也抑制了对专业知识的学习思考。<sup>〔88〕</sup>刑辩律师亦知道高度的专业分工才能带来专业技能水平的提高。但是,对于律师和律所来说,除了极少数律师自我限定专业范围专做刑事案件之外,多数律师在残酷的生存压力下,只能“什么案件都办”,而要普遍关注民事、商事、经济、刑事、行政各个领域爆炸式增长的最新的法律、法规、司法解释、法学理论的进展,精力完全不济。即使有些律师有意限定自己的专业范围,专注于刑事,但由于刑事案件发案不稳定,案源有限,如果有送上门来的其他类型案件,在成本压力和利润动机面前,极少不动心,从而一次次的分散专业精力,最后也沦为什么案件都接的“样样通,样样松”的万金油律师。

与之相对,检察院作为科层制机构、检察官作为“公共人”(public man)所具有的对自己机构利益扩张的制度属性,导致检察院在内部机构设置上,不断的裂变、扩展。这种不断分化的内设机构,标准是按照案件罪名或对应审级关系、程序而设。作为刑辩律师对抗方的检察院,在机构设置上进行的分设,使得案件种类应对上具有了不断细致的分工。这导致的一个后果是,公诉检察官因分工而技艺细化。具体表现为三个层次:

第一,与律师不受地域范围,可以在全国任何一个法院参加刑事诉讼不同,侦查、公诉机关有严格的地域管辖和级别管辖限制,地域管辖又以犯罪发生地侦检机关管辖为基本形态。<sup>〔89〕</sup>同北京、上海、省城等地重金聘请、远道而来的刑辩律师相比,行使地域管辖权的、在地的侦查和检察院公诉部门,对案件所牵涉、作为知识视阈背景不可或缺的本地政治、经济、地理、风俗、社情、民风等极为熟悉。

第二,多数地级市检察院和省级检察院均设立至少两个公诉处,其中一个处负责普通刑事案件,另外一个处负责贪污贿赂犯罪和刑法第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序犯罪。如 2009 年之前,北京市检察院设公诉一处、二处,两个分院设公诉一处、二处和二审监督处,除怀

〔87〕 2011 年,北京律协下的律师 2.2 万人,律协共 61 个专业委员会,其中 13 个专业委员会举行了 14 场业务培训,听课人数累计 5435 人次,平均 0.24 人次。除刑法专业委员会举行两次,担保法、并购与重组专业等 12 个委员会各举行一次,其他委员会未显示有培训。参见《中国律师年鉴 2011》,中国律师杂志社出版 2011 年增刊,页 381。

〔88〕 一位律师以精确到小时分钟的方式,附录了自己两周的每天日程事项,参见刘建民:《砺炼:一位执业律师的 30 个感悟》,法律出版社 2014 年版,页 347—349。

〔89〕 参见《公安机关办理刑事案件程序规定》(2012 年,公安部令第 127 号)第 15 条。

柔、密云、门头沟、延庆4个远郊区县之外,14个区县检察院设公诉一处、二处,朝阳区设公诉三处。<sup>[90]</sup>2012年《刑事诉讼法》增设“未成年人刑事案件诉讼程序”之后,多地增设未检处。

第三,依控辩审三分法为标准,侦查是控诉的准备阶段,作为公诉预备职能的公安机关分管的普通刑事案件侦查,分散在国保、经侦、治安、刑侦、交警、监管、网监、禁毒等不同支队/大队。<sup>[91]</sup>在作为最主要的侦查部门的刑侦支队,又根据本地常见多发案件,区分出了具体分工盗抢机动车辆、侵财、抢劫、杀人大要案等更专门化的大队。占公诉案件比例较少的检察院自侦案件,也分散在反贪局、反渎局、监所等部门。

由此,作为个体的公安刑警、经侦等支队的侦查员、检察院自侦部门侦查员,尤其是公诉人,在长期从事一项部门工作多年后,整体的知识容量远远不及“什么案件都办”的律师。但是,就直接分工办理的刑事案件而言,因为分工狭窄,导致技能熟练、知识库更新成本低,本领域每一次纤细的词语表述变化,都能被他们及时捕捉到并迅速领会。而需要跟踪过多领域知识变化的律师,往往因为精力不济而无力跟进。

从专业分工角度看待,律师“什么案件都办”,学科专业门径的自我归类很模糊,同时追踪民事、刑事、商事、行政等多个领域的知识更新目标,不堪其累。这并非性有所异,而是两种不同的职业目标和专业属性所决定:对于法官、检察官而言,是公共政策实现、格栅化的狭窄专业;对于律师而言,是利润最大化、整全的专业追求。一个支持的例证是:原来在法院、检察院业务精良的优秀法官和公诉人,辞职出来做律师,在由以上职业目标和专业属性所决定的学习模式下,十年后会发现,身处社会剧烈变迁、法律快速跃进的时代,自己的知识更新速率日益放慢,对很多新内容,无力跟进,知识掉队已经太多。

技艺增强出路之一在于专业化。律师的专业领域,固然横跨刑事辩护、商事民事、海商海事诉讼或仲裁、企业并购、金融、改制、反倾销、企业法律顾问等非诉法律服务,但由于人的学习能力有限、不完全信息等因素,无人可以是通才,姿态应是“任凭弱水三千,我只取一瓢饮”。亚当·斯密曾以制针工场做例示,认为分工提高效率:“劳动生产力上最大的增进,以及运用劳动时所表现的更大的熟练、技巧和判断力,似乎都是分工的结果。”<sup>[92]</sup>早在1993年12月国务院批示同意的司法部《关于深化律师工作改革的报告》中,即提出律师专业化问题:“‘八五’期间,三分之一的律师事务所要有专业定向。”“根据律师队伍和知识结构状况,有计划地组织律师向着专业性、复合型和外向型的方向发展,逐步实现律师的专业定向。”<sup>[93]</sup>律师业为挣出此境地,也在不断的尝试,比如:有良好口碑和品牌声誉的律所逐渐走向集团化,在律师集团内部实行专业分工,成立包括刑事业务部、知识产权部、金融业务部等各种次级专业化部门;一些在某

[90] 参见《北京检察年鉴2009》,北京市人民检察院出版,页507—536。

[91] 参见《公安部关于印发〈公安部刑事案件管辖分工规定〉的通知》,1998年11月23日,公通字[1998]80号。

[92] (英)亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),郭大力等译,商务印书馆1972年版,页5。

[93] 参见《司法部关于印发国务院批复通知和〈司法部关于深化律师工作改革的方案〉的通知》,1994年1月18日发布,司发[1994]003号。

领域有成就的律师牵头成立专业所,如上海翟建律师事务所、北京尚权律师事务所,即只做刑事案件。但是,专业化方向,遭遇到实践运行中的挑战:

首先,律所虽分出刑事部、知识产权部等,却远无侦检机关那样严格的内部管辖分工。此设计的目的原本是,其他部门的律师基于个人名气、社会交往关系拿到的案源,如并非本人擅长,可提交所内的专业平台,分流给专业部门,而给予该律师一定比例案源介绍提成。但是,越是大型所,成本开支越大,给介绍案源的律师的提成也不会很高,拿到案源的律师不如自己亲自披挂上阵比划,或与有专长的律师合作代理,或个人之间私下商量转案议价提成,在收益上划算的多。因此,通过大型律师集团内部平台分流案件,在许多所内数量都极为有限。知识产权部、商事部律师办理跟自己部门名义完全不同的刑事案件的情形常见。因此,一些律所以刻意的过度分类的方式,分出二三十个部门,较大分量为显示律所气派、招徕客户的广告、招牌意义,律师以××律所××部主任头衔出现,也垫高了身份,有利于吸纳案源。

其次,基于前述成本核算等原因,专业所往往生存艰难。即使具有极高知名度的专业化律师事务所,都可能利润率低于什么案件都做的律所,从而最终放弃专业化。比如上海专做刑事案件的翟建律师事务所 2014 年关闭,整体并入大成上海分所;专做婚姻家庭案件的上海沪家所 2014 年关闭,创办人进入中伦上海分所。

再次,之所以部分刑辩律师并不自我主动选择专业分工,而是“什么案件都办”,在于刑事辩护所提供的产品的性质。如前所述,律师提供的产品是经验品,产品实际的优劣必须在使用后才能判断。由于被追诉人(犯罪嫌疑人/被告人)和作为委托人的被追诉人的近亲属,无法通过观察刑辩律师的行为来识别其努力程度,那么刑辩律师只要完成以下形式行为,即达到了要求:①侦查阶段,因 1979 和 1996、2012 年《刑事诉讼法》都未规定律师侦查阶段可以取证,律师只要去看看守所会见了犯罪嫌疑人,最多加上递交取保候审申请等行为,即兑现了交易约定;②起诉阶段,刑辩律师到检察院复制了案卷,并继续到看守所进行至少一次会见,亦在合规性上实现了履约承诺;③审判阶段,刑辩律师只要参加庭审,即可使被追诉人和其近亲属对合约行为无话可说。

被追诉人和作为委托人的被追诉人的近亲属亦无法通过案件结果,来判断其与刑辩律师签订合约的质量。在目前的量刑体制下,如何测评刑辩律师对案件的辩护效果极为困难。最简单的刑事案件故意伤害(轻伤)罪,法定刑在三年以下有期徒刑,那么可能的量刑结果有有期徒刑两年零十一个月、两年、一年零三个月或判一缓二、判二缓三或免于刑事处罚直到无罪,介于之间的无数个可能。即使法院顶格判处有期徒刑三年,都不表明律师没有起作用。非常多的有经验的刑辩律师在接受委托后,会有意渲染犯罪构成和情节,并引入案外事实,将案件说的很严重。比如:目前正在开展“严打整治活动”,量刑从重从快;据了解被害人家属跟政法机关有什么关系;检察院最近在强调法律监督,法院量刑偏重等等。因此,即使法院正常的量刑了三年,律师会说辩护是成功的。

即使对于较容易识别效果的数量犯,律师所辩护的刑事案件的结果考核标准亦是模糊的,没有一个量化的界限性的指标根据。比如根据两高授权各高院的规定,在北京,盗窃两千元,属于“数额较大”,量刑是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”,而“数额巨

大”的起点为6万,量刑“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”。<sup>[94]</sup>从两千到6万元,都可以在三年以下有期徒刑量刑,这个量刑幅度巨大。而且两高规定了细密的各种幅度调整情节。<sup>[95]</sup>此外法官还可以根据《刑法》总则考虑量刑的各种法定情节、酌定情节。而法院刑事审判的公开性不足,审判中一方面有大量本地本法院掌握的地方性非正式规范,另有大量的考评、责任追究和业绩考核指标体系等既非程序法、又非实体法的内部管理规程,在实际上影响案件程序和实体结论的作出。3年以下,3—7年,7—15年等法定刑的落实,并无具体细致的规程展示给第三人从而得以判断是否存在偏差。检察院对法院较多案件判决结果是否属于畸轻畸重、是否抗诉,都没有一个实在的测评指标体系。而作为制度局外人的律师对上述变动不居的内部知识不尽熟悉,当事人则可能一无所知。所以,只要不是顶格刑期,那么律师的辩护就宣称成功。如有质疑,律师业界经常反问一句说:刑事案件,什么叫胜了,什么叫输了?

一个可能的测评手段是“同案同判”,即相同的案件不同的律师辩护,哪个判决结果更轻,则可能表明律师起到了更大作用。但是,在相对法定刑的量刑制度下,目前既没有细密的判例制度,案例指导制度也未细致建立。<sup>[96]</sup>法院判决书公开严重不足,本地律师都无从建立自备的基本的数据库进行核查,使得同一个法院在同一个时期对同一种案件的判决结果如何,都不可察知。即使可以找寻到相同案件进行比较,那么案件也可能只是近似而非相同,比如均是轻伤,但残级不同。刑事和解制度建立之后,更使得法院自由量刑获得了最大的掩护。师往往会借用这一制度,告知客户:彼案可能进行了案外赔偿,因此刑罚不同,如果肯支付更多赔偿,也可以获得同样结果,从而将可能的责难消解。

刑辩律师在案件中真实的努力程度不够,更在于刑辩本身的一次完结交易属性:

第一,刑事案件不同于公司、自然人之间的民商事纠纷或公司内部常见多发的劳动关系纠纷,尤其是不同于非诉讼业务,刑辩律师和被告人或被告人家属不是一种经常购买、反复交易的服务购买与提供服务关系,几乎都是一次交易即终结的雇佣关系。逻辑上可能一个人或一家人会接二连三连续发生刑事案件,但现实生活中极少。即使有,在事先也完全不可预期,所以罕有被告人或被告人家属,会跟刑辩律师存在互相期待的长期、多次的刑事辩护业务方面的委托——代理关系。对部分刑辩律师而言,当下的案件是一锤子买卖,自己不是开餐馆的,手艺、价钱再好,也不要指望“回头客”。

第二,目前的刑案生态分布的特点,又强化了此种一次完结交易属性。如前述,“外来和尚好念经”,在各地方的刑案中,不从本地找律师,而是从省会城市,尤其是北京、上海等大城市找

[94] 参见《刑法》264条,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]8号,2013年4月4日起施行),《北京市高级人民法院关于适用办理盗窃刑事案件司法解释的若干意见》(2013年)“盗窃公私财物价值一千元至三千元以上”为“数额较大”起点,“三万元至十万元以上”为“数额巨大”起点,北京市分别规定为两千元和六万元。

[95] 两高2013年解释中仅在第2条就规定了八种情形,“数额较大”的标准可以按照前条规定标准的50%确定。

[96] 2013年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》对十五种常见罪名作出量刑规范化的规定。

律师,是大要案当事人的一种普遍心态。“北京律师”、“省城来的律师”和本地当事人,彼此不认识,没有友情关系和熟人社会中共同的熟人朋友的舆论压力,手上的刑案代理是唯一的连接点,案件结束,即成路人。

因此,在刑事辩护中,不存在由于长期反复交易合作关系所形成的人情,以及未来业务期待所产生的制约。即使当事人对当下的法律服务极为不满意,也只是即时消费、一次交易终结,而没有在同类服务类别上,再次交易、多次交易的可能。所以,部分刑辩律师总是力求在当下的这一单雇佣中,将自己的利益放至最大可能,而不会顾及承诺落空或不守信造成自己与对方的二次交易、再次交易、长期交易受损。这与担任法律顾问固定为某一个公司长期提供非诉讼服务,以及民商事、劳动关系诉讼业务的律师业务类型截然不同。

由于前文诸种因素,部分刑辩律师专业技能下降,日益偏离知识技艺理性,而以非知识的技艺理性示人。部分刑辩律师不是通过专业化、精准的法律知识,而是使用夸张甚至戏剧化的言语、动作,进行“法律秀”展示,因而导致尚处艰难之中的刑辩律师行业的声誉有所受损。

## 七、非知识技艺理性的表现

本文隐含的一个暗线为,刑事案件不是竞技,以竞技类比、度量刑事诉讼是逻辑盗换。竞技的公式是“一方 v. 一方”,结果取决于相对性优势,所以对于比赛竞技,哪怕内容简单如赛跑,只要一方有 0.01 秒领先,即为胜出。而刑事案件的公式是“控方→事实问题和法律问题←辩方”,双方在围绕一个先验的事实进行对抗。如果证据、程序支持起来的事实极为简单,控方负荷的知识难度极低,辩方即使技艺盖世,有比较优势,但面对清澈见底的简单构造,也无计可施,完全无力瓦解控方构建出的法律性事实。前文已展示,近年刑案发案的比例分布变化<sup>[97]</sup>以及因为社会控制能力和证明手段增多、人员素养提高等为刑案带来的变化,使得绝大多数案件都是没有新颖性、知识常规化的简单、俗见案件,侦检机关无需复杂知识技艺即可重建、还原犯罪,案件实体、程序、证据都极为明了清晰。<sup>[98]</sup>这种简单化的图景,使得重构、挑战者,极难能发现罅隙。

对此,刑辩界老律师口传的一个秘笈是:越是“无话可说”的案件,越要多说话。如驾豪车撞人后借送医将人带至郊外杀死的案件,案卷内有本人车载行车记录仪和多个公安道路监控摄像,现场目击的多名证人指证,本人侦查起诉阶段供认不讳,尤其有撞人、车内、抛尸三个现场的大量物证、痕迹、人体生物检材等不变证据支撑。这种案件辩护空间极小,但是律师反而要尽可能多挑毛病、多论辩,以造声势。因为这种案件,被告人家属救人心切,往往支付高费用,说少了,客户不满意,而律师最大的敌人就是自己的客户。这是刑辩律师的苦衷,应有移情

[97] 《中国法律年鉴(2013)》,中国法律年鉴社 2013 年版,页 1210、1218。

[98] 近年,在个别涉及到互联网技术、金融、国际经贸等方面细致操作性知识的案件中,传统的侦检知识完全不对称。被告人经年累月重复性的从事该活动,对具有颠覆性的细节信息谙熟,并且个人独占一些私密的要害关节点诀窍。被告人自辩,或告诉刑辩律师后,由律师以法律语言格式化后展示在法庭,导致侦检机关极难以符合证明标准的证据闭合犯罪构成。这从另一个方向支持了本文的论证。

式地理解。对于这种案件清晰简单明了、辩护空间罅隙逼仄的犯罪指控,资深刑辩律师悟出的一个心得是:刑辩服务,并不存在“一分价钱一分货”,并非如有形商品交易,客户依梯次、量级,将钱支付到位,客户即可相应由黄铜,换为白银,再逐级等价交换获得黄金、白金、钻石。刑辩服务,客户砸钱再多,其所心仪的“货”——减等量刑、缓刑、免于刑事处分、无罪,也不一定能成。因此,部分刑辩律师强烈的自我意识到自己提供的是柔性的服务,而不是有形的耐用商品。“一分价钱换一分货”之“货”,在刑辩中是服务,只是一个中间物(客户付费—刑辩服务—法院判决),律师再好的服务也并不必然能带来客户期待的判决效果。行为心理上,客户对律师的评价,也只能从服务外观上获得。因此,客户的每一分付费,一一对应的是服务形式。只要把服务形式的外观一一包装好,即可以回应客户的对价。包装追求胜于内容,形式刻画重于结果,这在近年的部分大要案中日益明显,表现为:

第一,法庭调查阶段(2013年后庭前会议)。个别刑辩律师,如传统评书《杨家将》中的孟良、《岳飞传》中的牛皋、《隋唐演义》中的程咬金,作战套路只有三板斧,此外再无长计。开庭并不是进行细致的证据、事实、法律适用攻击,只有“三板斧”手法:认为庭审前,当地媒体有广泛报道或利益纠葛,对被告人不利,提管辖权异议,要求异地起诉审判;仅凭被告人在审判阶段的言说这一孤证,坚称侦查阶段对嫌疑人有熬夜、精神虐待等无外伤、识别几率极低的刑讯,要求排除非法证据;要求对被告人进行精神病鉴定,断言被告人出生时难产,或作案前因生活压力抑郁等原因患有精神病,不负刑事责任。<sup>[99]</sup> 这些诉求并非总是无来由,只是这种手法均与深入的法学研习和细致的案卷研读无关,一听即知、一看就会,是在任何案件都可通用的“百搭”、“普适”手法。但对个别律师,这成为战术标准版,刑辩出场,不论真实情形如何,都先提出这三点。泛滥使用的结果,使之成为烽火戏诸侯,攻击效能大为降低。

许多政治、社会影响重大的案件,侦查案卷数达几十、几百卷,公诉部门专案专办、专人专办,以数周时间投入阅卷,做细致的阅卷笔录,反复磋商、汇报,并模拟预排,提出各种预案。而律师往往多个案件委托在身,以数周时间投入,深度耙梳一案,成本收益严重失衡。所以,常见部分刑辩律师开庭前连通读案卷一遍都做不到,只好采用“三板斧”战术;将被告人本人感知到的案件缺陷,用法律术语包装一下展示出来;进行一叶障目式辩护。

最后一点在部分刑辩律师的表现中,尤为突出。部分刑辩律师对公诉方出示的每一个事实环节的每组证据,都只抓被告人翻供后的口供这一小点无限放大,完全不理睬书证、物证、现场勘验、鉴定、视听资料、证人证言、被害人陈述等证据,以及被告人在侦查、批捕、预审、审查起诉阶段的多次稳定口供、自书供状等所结成的整个证据体系的指向。不顾保密义务,随意将偏

[99] 重特大案件,从证据、事实、程序,到犯罪构成适当性、违法性辩护,几乎没有裂隙。在刑辩技术上,转从有责性入手,似成唯一出路。1981年辛克利刺杀总统里根,如此惊天大案,以此切入辩护成功。或受此鼓舞,在近年大案中,精神病辩护成为大杀器。陕西邱兴华2006年7月14日预谋杀入,趁暗夜杀死10人,焚烧道观灭迹,并潜逃,7月31日再杀死1人,两人重伤。该案件几乎无辩护空间,邱对自己行为有认识、有意志,并有强烈的自我保护意识,但精神病问题被无限放大。

激、片面的辩护意见投放到博客、微信、微博等自媒体上。这种作法只能在网络媒体上哗众取宠,对没有亲历庭审以及无法完整阅读案卷的普通受众进行煽情。对于刑事诉讼证明上则毫无用处,反而会徒增了解全案证据事实的办案人和被害人及其近亲属的恶感,激起情绪对立。

第二,法庭辩论阶段。审判实践中,部分律师担心法官对自己表述的内容和意义的理解有偏差,在庭审时会不断复述、反复重复表达;或者对习以为常的法律名词、术语的含义以及犯罪构成要件,从教科书中摘抄下来,进行照本宣科的诵读。对此情形,从庭审效率、控辩争议聚焦出发,主审法官往往会阻止律师冗长的发言,要求其简明扼要地讲述,或提供打印好的书面材料。部分律师庭审经验丰富,有意利用庭审中常见的此种庭审变奏,埋下机巧:故意在一些地方多次进行冗长无用的修饰性表述,或言语过激,或古今中西寻章摘句,对现行法条进行超规范效力的批评,而主持庭审的法官势必打断其发言。法官无意识间与律师的这种互动,即会成为律师的借口。一旦败诉,会点拨当事人,以法官不让自己在法庭上讲话作为开脱,暗示或明示意会当事人:必定是被害人或其近亲属将法官买通,或者让被告人及其家属确信有外部政治力量介入审判。当事人家属笃信自己没有受到公正对待而坚持上访信访时,理由之一往往就是“法院不让我们的律师说话”。律师从而将可能的对自己的知识技艺缺陷的责难,转致给法官和法院。

第三,辩护词。刑辩律师的功力集中表现在辩护词。辩护词的对象应是合议庭法官和公诉人。2002年法官、律师、检察官考试“三考合一”后,法官、检察官和刑辩律师日益具有共通的法律知识和职业技术训练背景。对于手上的个案,控辩审各方都对案件的证据、事实、法律适用等各部分稔熟,所以辩护词使用的语词、文句应当平实、简洁、清晰,段落、结构层次分明、逻辑严谨,全文就事论事、不蔓不枝、直击要害,以证据、事实和严谨的法律、司法解释等实定法根据服人,既不在于辩护词口说时的语调高昂,也不在于态度的激越。但一些辩护词语词激昂、亢奋,刻意追求文字的华丽、煽情,并进行不必要的知识炫耀,将法学教材内的法学理论、名人名言或英美、德日的法条、案例,进行大段检索援引,激起旁听的普通群众鼓掌叫好。这种法学知识堆砌,仅对不具有刑事法律初级知识的普通公众而言构成炫耀,对于合议庭法官和公诉人而言是常规性知识。将这种常规性知识壅塞于辩护词显属于冗赘,而且会以辞害意、词不达意,屏蔽了辩护要点。

这种反常态的辩护词之所以出现,是因为预期受众不同。辩护词不是写给法官阅读,也不是用于和检察院公诉人对抗,而是写给出资雇佣自己的被告人家属和旁听观众,以及互联网时代的不特定的公众这一潜在的客户群。因此,刑辩律师优先考虑的是“舞台效果”:向被告人和被告人家属展示,让其看到所付费用物有所值。同时还为自己受理的这单业务的退路埋下了伏笔。如果案件的判决结果最后不如意,即结合法庭表现,暗示给被告人家属一个感觉是权力压倒了真理;作为各种传媒高度关注的案件,“辩护秀”可以被迅即复制、传播于报纸、电视、网络、QQ群、微博、微信和街谈巷议、口耳相传在内的无限空间,而这种传播不需要自己负担任何广告费用,投入—产出比上实现了声名、预期收益的最大化。因此,越是慷慨激昂、偏激,有争议的辩护词,在网络时代越是容易被

传布。<sup>[100]</sup> 平实、冷静、中性的语词、文句表达出的辩护词只有及于合议庭的法律意义,不具有对潜在客户的商业意义。因此,对于以利润最大化为最高诉求的刑辩律师而言,轻易放弃万众瞩目的“公众刑事案件”中的商业机遇,倒是反常态的。这也就是为何在媒体高等关注的案件中,会有律师主动上门免费提供法律帮助或辩护,目的是为了在媒体全覆盖的聚光灯下,将自己的律师名号放大。

第四,庭审后。对于一些案件,部分刑辩律师明知在证据、事实、法律适用和程序方面可辨的空间非常小,甚至几乎没有。但是,因为某些被告人及其近亲属有足够的现金支付能力,刑辩律师不断催化其支付意愿,将“救济手段”用尽,积极运作、协调,争取拿到一个高级别的负责人对案件的批示;以有偿方式购买报纸版面,或直接出资给网络水军,使用片面证据和扭曲材料,在媒体上“制造冤情”;寻找合意的法学研究人员出具专家意见书。

其中,诉诸专家意见书的做法在近年刑辩中尤为常见。实践中,部分案件法律适用存在疑难或案外阻力,需要借助学者意见澄清案件、指示法律线路。不仅律师,包括公安部、最高检察院、最高人民法院,均会就疑难个案聘请专家提供意见。两高一部和部分地方检法机关,较多制度性地设立了常设的专家咨询委员会,许多学者出任委员。<sup>[101]</sup> 另有一类专家意见书,是基于权力贴现、寻租因素,判决意见相对于起诉内容将发生较大偏转,需要一个可以拿得出手的遮蔽性根据。那么,通过刑辩律师寻找中意的专家,然后援引所出具的专家意见书,即消溶了偏离常规做法可能存在的风险。还有一类意见书,即简单商业性购买的专家法律意见书,逐渐成为个别刑辩律师,在代理有强现金支付能力的被告人时的一个标配服务。但是,商业性的专家意见书,对案件影响并无当事人家属预期中那么强大,原因在于:

其一,有分歧的刑事案件与疑难民商案件不同,后者基本是证据事实清晰,法律适用复杂疑难,而律师和承办法院均水平不及,需要有造诣的民商法、经济法专家给出理论线索和思路。多数有分歧或疑难的刑事案件,不存在法律适用上的深邃难解,只是证据事实部分枝杈丛生或无法衔接、互相冲突,或表面看是法律适用龃龉,但细致阅读侦查卷、起诉卷和庭审笔录,独立做一份详细的阅卷笔录后,会发现基本仍是因关键处证据指向分叉,导致法律适用上摇曳多姿。这种案件往往案卷成摞。刑事案卷装订规范要求一本案卷不超过200页,一起大案,文

<sup>[100]</sup> 在一个案件中,侦查询问证人地点在茶楼、宾馆。律师嘲讽“试问证人要边洗桑拿边做笔录行吗”,认为此违反当时《刑事诉讼法》第97条。但证人非嫌疑人,不可强制规定地点,为取证,必须顺遂证人心意。实践中,如证人在夜总会目击了杀人案,虽与案件无涉,但不愿让同事或家人知道自己私行,会主动提出在茶楼等场所见面。《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(2010年7月1日)第14条专门规定此情形的证据效力。律师显然对法条不熟,但因罕有人从法律上点评辩护词,普通公众只被修辞所激发。

<sup>[101]</sup> 参见“北京高院成立专家咨询委员会”,载《人民法院报》2014年6月29日,第1版;《最高人民检察院关于印发〈最高人民检察院专家咨询委员会工作办法〉的通知》,2008年1月28日发布,高检发研字[2008]1号;“关于增聘王亚新等22名同志为最高人民检察院专家咨询委员会委员的决定”,载《检察日报》2011年12月30日,第2版。

书、笔录和各种证据分卷装订,案卷可能有几百册。<sup>[102]</sup> 对此类型案件,公诉人做一份简单概要的阅卷笔录即需要几周。但是,专家论证会罕有耗费几周时间仔细研读案卷并写出阅卷笔录,也不可能通过会见被告人、询问证人,并核对书证、物证、鉴定材料等证据体系,从而形成较准确的心证。基本的做法是在专家论证会上,由律师介绍案情和争议焦点,通过简单翻阅律师提供的案卷,听取律师归纳、总结的意见。这种论证方式,并不能使学者在证据、事实判断上比检察官、法官有更大优势。

其二,此类型的法律意见书中,找寻的专家由律师按照自己的尺码挑选,不是中立第三方机关随机遴选。与检察机关征询专家的咨询意见仅有少量交通费补贴不同,此类型法律意见书出具是由被告人家属支付对价的商业行为,因此专家意见书中不会出现异议。即使有对案件结论不同于刑辩律师意见的专家,那么一定是先前自己选择退出,而非收受报酬后签署反对意见。这与法院、检察院征询的专家意见常有对立观点截然不同。所以,此类型专家意见书多是对刑辩律师意见的背书,以及使用学术语言的重述,对案件裁决影响力较弱。

其三,学界近年来诟病审委会并不参加庭审,却出具意见。对于审委会,有一点需要强调:案件承办人对证据、事实的准确性负责,审委会改变承办人决定的,审委会承担责任。对于同样是不参加庭审却出具案件意见的专家论证,并无强规范要求组织论证的律师对证据、事实负责,因此所有专家意见书在做出结论时,签名的教授们均以一个自我免责表述为前提:“根据律师介绍的情况来看,本案……”。<sup>[103]</sup> 即使律师提供的材料极端片面,与控诉证据体系完全不对称,却无法苛责签名的学者。这也导致专家意见书对判决的影响较弱。

其四,被告人及家属有较强现金支付能力的案件,随经济发展而日益增多。部分有经验的刑辩律师摸准了这些到处“抓救命稻草”、急于“捞人”的当事人家属的心理,会夸大学界对实务界的影响和话语权威,点示部分学者与法官的师承关系,诱惑当事人采用专家意见书方式。所以,在近年法院受理的许多案件中,专家意见书成为常规化表现。<sup>[104]</sup> 由于法院刑庭常年收到大量由片面证据支持起来的,刑辩律师或被告人家属提供的此类型专家意见书,刑事法官已形成陈见。除部分专家意见书,会认真考虑并注入判决书“本院认为”部分之外,对较多专家意见书的应对态度逐渐是不予理睬。入行稍久的刑辩律师对此也是深知,但出于无奈,律师必须以此方式给当事人一个交代,以显示律师已经竭尽救济可能。

刑辩律师各阶段的前述行为,从法庭调查、法庭辩论、辩护词到庭后的诉诸专家意见书,都与律师对侦查、证据、程序法、实体法的功力和口才、辩论能力、知识敏锐度等等毫无关系。任何一个未受过法律训练的外行人,甚至都能做的更好。这些成了刑辩律师能够提供给客户的

[102] 原铁道部部长刘志军案件,抽调崇文区检察院公诉二处处长助理邱爽汇总、整理、分析、审查 6000 余份证据材料,组卷 360 余册,审查案卷 170 余册。参见邱爽:“成长中的喜悦与梦想”,载高保京主编:《足迹——“检察梦·我的成长之路”汇编文集》,中国检察出版社 2013 年版,页 308。

[103] 两份专家意见书,参见翟建:《生死之辩》,中国法制出版社 2008 年版,页 331—335。

[104] 近年,专家论证被关注,因其密集出现在涉黑犯罪和集资诈骗罪等被告人有极强资本能力的案件类型中,并在各种传媒中传播,如湘西非法集资案、浙江东阳吴英案。

主要帮助,成为律师武器库中常规化的、主要的武器。当然,并非所有案件中,部分刑辩律师都会如此操作,其取决于以下因素:

第一,如果可以通过寻租、权力贴现等勾兑法官的方式,完成无、免、缓、减等定罪量刑结果,则罕有家属会许可刑辩律师闹庭或在媒体上进行非知识技艺的舞台秀。进行与知识技艺理性无关的“行为艺术”展示,大部分是无法通过庭下的权力贴现交易完成的重刑和重大案件。重大、重刑案件,案件社会关注度高或政治敏感性强,侦检审机关办案人都不敢进行交易。而且,愈是在较大地域范围内有影响的大案,愈是由高级别侦查、公诉机关抽调各地精锐力量,协同办理。法院亦调用法律素养和驾驭庭审能力最强的法官主审,少有差错。

第二,当事人具有强支付能力。由于2003年之后房产、地产行业的爆发式增长,贪贿、财产性犯罪内容的大案案值迅速攀升。晚近,重大涉黑、巨额贪贿、非法集资等案件频发,这些有强支付能力的当事人渴望通过出重金雇佣律师获得“救赎”。

第三,如前所述,大多数刑案并无如民商案件一般有极复杂的学理构造和法律适用玄妙。因此,律师通过知识回报客户,较为有限。

在这些案件中,通过寻租等曲线道路和知识技艺理性将被告人“捞出”几乎不可能。所以,律师只有在法庭表演、案外活动、网络舆论等与实体法、证据法、程序法等与知识素养无关的活动中,极致发挥。这些与法律知识无关的行为,在相当多案件中奏效,从而部分刑辩律师养成了严重的行动上的路径依赖。而一旦在身体行动上形成了惯习,其他各种可能即逐渐衰微。这进一步抑制了知识路线的刑辩技艺。

## 八、余 论

在美国,律师形象恶劣,并有大量法律笑话以律师为对象,<sup>[105]</sup>刑辩律师也并未如中国学界想象的是特权庇护的制度之外者。美国曾经专门成立了“关于有组织犯罪的总统委员会”(the President's Commission on Organized Crime)对被称为黑帮律师(mob lawyers)的群体进行调查,认为这些律师“不是罪犯的律师而是律师罪犯”(not criminal lawyers, they are lawyer-criminals),许多律师因涉入黑帮犯罪被判刑。<sup>[106]</sup>

对刑辩律师的评价,其意义系于对现代性的认识。现代律师制度建立后,被刑事指控的被迫诉者不再是帝制时期“人为刀俎我为鱼肉”,而是可以通过金钱购买法律服务。如果现代社会“从身份到契约”<sup>[107]</sup>是一种非进化论意义上的革新的话,对刑辩律师在刑事诉讼中的评价亦在于此。对于律师作为依附于资本阶层的状况,韦伯评价现代盎格鲁·撒克逊法时说:“法的形成主要是掌握在律师的手中,而法官就从他们当中来递补;换言之,法的形成是掌握在一

[105] “最高法院就是我们最大的阴沟,律师则是一群老鼠。我的比喻可能对老鼠有点不公平,因为老鼠是非常干净的动物。”参见(美)约翰·S·戈登:《伟大的博弈——华尔街金融帝国的崛起(1653—2004)》,祁斌译,中信出版社2005年版,页126。

[106] See Jay S. Albanese, *Organized Crime in our Times*, Anderson Publishing, 2011, pp.328—331.

[107] 参见(英)梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,页97。

个阶层手中,这个阶层不止积极地为富裕的、特别是资本主义的私人利害关系者效劳,并且在物质上直接靠他们过活。”<sup>[108]</sup>

但是,在中国,自1979年律师恢复以来,律师形象一直被圣化。最近十年,媒体和学界联合对刑辩律师进行的形象塑造尤其成功。在公众心目中,甚至许多法学界人士自己的观念内,律师是“智慧+正义”的化身。同一个人,昔日还是一个未曾科班研习法律的下岗职工、小学老师或普通公务员,一旦转行做了律师,形象立刻转变,顷刻间即成为谙熟法律条文和各种诉讼实战技艺的法律高人,能将普通人和公检法机关看来无懈可击的案件,三招两式就轻易拆解。而且品行高洁,是正义的使者、自由的守护神。在律师业恢复之初,面对强大的纠问式、超职权主义诉讼,刑辩律师尤其需要“扶上马,送一程”,对形象的刻意塑造即出于“扶送”的考虑。<sup>[109]</sup>但过多进行形象刻画,而不是现实地直面存在的问题,当学院派树立的形象与普通人的诉讼经验撞击时,即会动摇公众对整个学院派观点和律师的信心。

律师的负面形象主要来自其商业动机和逐利性,极少数律师在网络空间的恶意炒作,又激起公众的厌烦。就本文来看,刑辩律师的逐利,并无任何不当。依“经济人”的视域,每一行为均被认为是个体利益最大化的。<sup>[110]</sup>律师本非圣贤,亦非意识形态宣泄的正义的守护者,“人的每种实践与选择,都以某种善为目的。”“医术的目的是健康,造船术的目的是船舶,战术的目的是取胜,理财术的目的是财富。”<sup>[111]</sup>对于律师的“唯利是图”不可求全责备,这恰如曼德维尔《蜜蜂的寓言》所寓示:蜜蜂疯狂的逐利,在不同的花朵上采集花粉,蜜蜂天性为自己或无意识,但客观上导致花粉传播,果树结出果实,“各种卑劣的成分聚合起来,便会构成一个健康的混合体,即一个秩序井然的社会。”<sup>[112]</sup>

时下批评刑辩律师的人较多,认为其不以法律对话,只是以“行为艺术”闹庭,是律师的异化。本文认为个人行动主要由复杂的制度结构丛锻造,而非人性使然。对部分刑辩律师的行为,除本文前述因素,另一个外部促动原因在于实体法、程序法、证据法、司法制度围成的结构。刑辩律师异化的先在传导因素是审判的异化所致。作为机构的法院和作为个人的承办法官,肆意裁判范围过大,常不以平等者表现出自己的商谈伦理。然而,经久以来,学界论及侦检司法机关的冤错案件,总是归于制度设计错误,不认为是人的知识能力问题。而述及律师中的异化,则认为是个别人的知识能力问题,与制度设计无关。本文目光向内,从自身寻找原因,细致描述刑辩律师技艺的表现,在于表明制度结构促成的律师技艺下行是更需慎思的方面。

学界较多学者兼职从事刑辩,作为忠实的反对者的知识分子立场,亦使得学界和制度创制的批评者——刑辩律师,成为同路人。激烈的诉讼观念论争,促使两者结成同声相求者。但

[108] 参见(德)韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,页336。

[109] 典型如胡乔木诗:“你戴着荆棘的花冠来了,你握着正义的宝剑来了。黄金买不了你黄金的心,你坚信在法律面前人人平等,只有客观事实才是最后权威。”参见胡乔木:“祝中华全国律师协会成立”,载《胡乔木诗词集》,人民出版社2002年版,页145。

[110] 见前注[92],页14。

[111] (古希腊)亚里士多德:《尼戈马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2003年版,页3-4。

[112] (荷兰)伯纳德·曼德维尔:《蜜蜂的寓言:私人的恶德,公众的利益》,“1714年序言”,肖聿译,中国社会科学出版社2002年版,页2。

是,学界如何不护短,批评者如何也能接受外界批评,将自我对象化,将自己的所思作为思考的对象,进行冷静的再思考,发现内在的真实的因果,是刑事辩护重新出发,进行思想设计之前,需要做的预备之一。律师的力量首先在于技艺理性。从知识技艺训练而言,检察机关内部痼疾同样繁多,只是相对于刑辩律师而言,有本文所述之技艺理性上的部分超出。著名律师张思之有言:“只有踏踏实实地读点书,老老实实地办点事,才是正道。”“律师处境复杂,也能清晰地看出我们的业务——政治素质都有待提高。”<sup>[113]</sup>17世纪英国主张限制君权的首席大法官爱德华·柯克爵士认为,国王也必须服从上帝和法律,因为法律是基于理性的化身。尽管他断言的这种理性主要是由律师行会所掌控的理性,并因此被保王派的培根等人批判,但他确给限制王权论找寻了一个詹姆士一世国王难以反驳的支点。<sup>[114]</sup>刑辩律师如何具体实现知识技艺理性的转换,是继续的主题。

**Abstract:** “Equality of arms” between the prosecution and the accused is one of the fundamental principles of the due process theory. While from 1979 to 2012 the criminal defense bar in China had been increasingly empowered by legislations enacting new procedural rights for criminal defendants, the quality of defense lawyering had not seen improvements of a corresponding scale. The expanding market supply of criminal defense lawyers did not lead to their greater effectiveness, which may be attributed primarily to the profession’s low entry threshold and knowledge barrier, resulting in the low return rate of criminal defense work and high quality lawyers’ opting out of the market. Given that criminal lawyers in China associate to set up firms primarily for the purpose of cost sharing, firms specialized in criminal defense work typically are of weak organizational solidarity. Facing in court prosecutors that operate with full institutional support under the principle of “integrated prosecution work,” atomic defense lawyers expectedly have only inadequate firepower. Being exclusively profit-driven, defense lawyers devote much more of their time and energy to forming pricing strategies, searching for cases and networking than to upgrading their legal knowledge and skills. To cover cost, many lawyers have to take whatever kind of cases that may come before them, and as a result can hardly specialize. The difficulties in evaluating the quality of criminal defense lawyering also result in limited incentives for lawyers to invest in greater legal expertise; they spend, instead, most of their time on activities that are not intellectual nor law-related, and the quality of defense lawyering declined.

**Key Words:** Equality of Arms; Knowledge Barriers; Organization; Profit-driven; Specialization

(责任编辑:章永乐)

[113] 《行者思之一——张思之口述》,孙国栋整理,香港牛津大学出版社2014年版,页558—559。

[114] Catherine Drinker Bowen, *The Lion and the Throne: the Life and Times of Sir Edward Coke (1552-1634)*, Little, Brown & Company, 1957, pp.277-306.