

# 我国死刑复核法律援助制度的发展与重构

——以《法律援助法》颁行为研究视角

冀祥德

**内容提要:**2022年1月1日起施行的《法律援助法》是我国首部关于法律援助制度的立法规范,该法在死刑复核案件的法律援助方面有了突破性规定,尤其是打通了刑事辩护全覆盖的“最后一公里”,标志着中国特色法律援助制度初步形成。然而,基于对维持传统法律习惯、追求司法效率、平衡社会矛盾等需要的妥协,我国死刑复核制度在一定程度上还存在行政化的特征,对法官审查的迷信等原因阻碍着死刑复核程序中法律援助的介入,以致影响死刑复核程序价值目标的实现。在建设中国特色社会主义法治体系新的时代要求下,围绕中国特色法律援助制度的死刑复核程序定位、质量监督体系构建、程序性违法后果设置等关键性构成要素,以死刑复核案件的法律援助为研究基点,以用中国方案解决问题的态度和立场,系统解构、反思、重建我国的死刑复核法律援助制度,实现设置死刑复核程序的价值目标。

**关键词:**死刑复核 法律援助 律师辩护权 《法律援助法》

冀祥德,中国社会科学院大学法学院教授。

## 一 问题的提出

死刑复核是死刑执行前的最后一次把关,设置死刑复核程序的目的在于统一死刑适用标准,少杀慎杀,当杀则杀,用制度控制死刑,保障死刑判决的慎重与公正。自古至今,我国对死刑适用一直持审慎态度,隋唐时期,出现了关于死刑“三复奏”“五复奏”的制度规定。<sup>[1]</sup>“统一复核”控制死刑适用的模式在我国有着深厚的思想文化基础,是符合我国

[1] 参见《隋书·刑法志》:“开皇十五年制:死罪者,三奏而后决。”《旧唐书·刑法志》:“凡决死刑,虽令则杀,乃三复奏。”《贞观政要·刑法》:“凡有死刑,虽令即决,皆须五复奏。”

历史文化传统及实际国情的制度。1979年制定的《刑事诉讼法》对死刑复核程序进行了规定。出于刑事政策的考量,死刑复核权由最高人民法院和各高级人民法院分别行使了近二十余年,直到2007年才收归最高人民法院统一行使。同年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》,从死刑案件辩护权的保障等方面对死刑案件质量作出了进一步要求,这些司法解释的规定在2012年《刑事诉讼法》修改时被转化为立法内容,死刑案件的质量保障有了进一步的提高。

法律援助是刑事司法正义的基本保障,是公民获得公正审判权的基本配套制度。<sup>[2]</sup>我国1954年《宪法》以国家根本法的形式规定“被告人有权获得辩护”,1979年颁行的《刑事诉讼法》不仅具体化了这一规定,而且进一步明确“人民法院有义务保证被告人获得辩护”。法律援助作为被追诉人实现辩护权的有效保障制度,在我国起步较晚,其以立法的形式出现在我国的法律规范中,最早见于1996年《刑事诉讼法》的第一次修改。其后,我国逐步完善法律援助制度,2003年《法律援助条例》的颁布,标志着我国刑事法律援助制度基本建成。2018年《刑事诉讼法》又增加了值班律师制度。2021年8月20日,第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《中华人民共和国法律援助法》(下称“《法律援助法》”),并于2022年1月1日起施行。该法总结和吸收了1949年以来,特别是改革开放后我国在法律援助制度构建中的改革成果和经验教训,不仅扩大了法律援助的范围,扩张了实施法律援助者的权利,增加了实现法律援助的若干保障性措施,而且突破性地规定了死刑复核程序中的法律援助,打通了刑事辩护全覆盖的“最后一公里”,同时还针对无期、死刑以及死刑复核案件特别规定了辩护律师的准入制度,从立法的角度保障死刑复核法律援助的高质量运行。在笔者看来,《法律援助法》的颁布,既标志着我国法律援助制度发展的新起点,又标志着中国特色法律援助制度已初步形成,<sup>[3]</sup>特别是建构了较为完善的死刑复核法律援助制度。此外,2022年1月实施的最高人民法院和司法部《关于为死刑复核案件被告人依法提供法律援助的规定(试行)》(下称“《死刑复核法律援助规定(试行)》”)进一步针对性地指出了死刑复核案件中的法律援助活动规范,以切实保障死刑复核案件被告人的权利。

但是,我国的死刑复核法律援助制度在实际运行中仍存在着从制度定位到配套制度建设等诸多问题,这些问题相互交织融合,使我国死刑复核法律援助即使在《法律援助法》《死刑复核法律援助规定(试行)》等新规的明确指引下仍难以达到降低死刑核准率,确保少杀、慎杀的目的。具体而言,这些问题包括死刑复核程序行政化,辩护方参与度不高,法律援助质量保障体系缺乏,没有设置程序性违法后果等,下文将就其存在背景及解决对策展开论述。当然,受篇幅所限,本文所重点讨论的死刑复核案件仅指由最高人民法院核准的死刑立即执行的案件。

[2] 参见樊崇义:《我国法律援助立法与实践的哲学思维》,《江西社会科学》2021年第41期,第172页。

[3] 关于中国特色社会主义法律援助制度初步形成的论证,参见冀祥德:《论法律援助制度的中国特色》,《政治与法律》2022年第6期。

## 二 死刑复核程序定位流弊及其克服

死刑复核的行政化特征使其与鼓励控辩双方深度参与、打造控辩平等的诉讼环境之大趋势相背离,被告人乃至辩护人在很大程度上被排斥于死刑复核程序之外,辩护权利难以得到保障。不去除死刑复核程序本身的行政化流弊而仅为该过程规定法律援助保障,无异于隔靴搔痒,难以真正实现死刑复核法律援助保障被告人辩护权,进而确保案件实体公正,防止滥杀之目的。因此,在探讨死刑复核法律援助制度如何有效运行这一问题之前,本文欲先就死刑复核程序自身之定位流弊及其改造路径进行简要分析。

### (一) 死刑复核程序行政化特征明显

我国死刑复核程序具有明显的行政化特征,主要体现在其程序运行的封闭性以及审理过程的书面性和秘密性。我国现行法律虽规定死刑复核案件应由三名法官组成合议庭审理,但并未形成控辩审对抗、互动的庭审模式。死刑复核案件以案卷审查为主要形式,剥夺了控辩双方参与庭审、行使诉权的机会,特别是,控方尚可列席审判委员会对死刑复核案件的讨论会议并发表意见、出示证据,而辩方仅限于“可以听取意见”。事实上,经过控方(公安机关、检察机关)长时间的精心整理,又经过一审法院庭审质证、庭审后审查核实、二审法院再次审查等程序,报送至最高人民法院的死刑复核案件材料,很难通过书面审查发现有利于被告人的不核准死刑的因素。秘密化的审理过程除与中国古代复核程序行政报核模式的司法惯性相关联,还与有关部门“对死刑数量过分敏感的神秘主义观”相联系。<sup>[4]</sup>最明显体现在死刑数量难以统计和死刑复核裁判文书公开不充分且缺乏说理。笔者对2018年到2021年中国裁判文书网公开的300份最高人民法院死刑复核案件裁定书进行统计,<sup>[5]</sup>发现其中仅有34份提及“听取辩护律师意见”,占比11.33%。换言之,88.67%的死刑复核案件没有听取辩护律师意见。上述裁判文书中的绝大多数也并未对所听取的律师意见具体内容予以记载,通过文书只能得知有听取行为存在,听取效果如何,是否对律师意见进行有效反馈等均无从知晓。在统计过程中还发现,并不是每一份死刑复核裁判文书都能找到对应的一、二审判判决书,甚至许多最终不核准的死刑复核案件也无法查询到对应的一、二审裁判文书。众所周知,司法公开是社会主义法治建设的基本要求,审判公开是刑事诉讼的基本原则。那么,对行为人依法判处死刑这种极刑的裁判文书为何不能公开呢?可见,死刑复核程序的行政化加剧了死刑案件处理的不透明,极易减损民众对司法的信赖。

### (二) 死刑复核程序行政化特征的原因

我国死刑复核程序之所以具有明显的行政化特征,不仅有其历史原因,也与人们“多一事不如少一事”的传统观念有一定关系,除此之外,还受到对效率的追求以及特定大国

[4] 参见陈学权:《死刑复核程序中的辩护权保障》,《法商研究》2015年第2期,第48页。

[5] 统计时间为2018年1月1日至2021年12月31日,设置搜索条件为“最高人民法院、刑事案件、死刑复核程序”,搜索时间为2022年3月29日。

国情等要素影响。

其一,我国死刑复核程序呈现行政化特征有其历史渊源。我国古代,皇帝集立法权、行政权和司法权于一身。秦汉时期,对俸禄达两千石以上的官吏判处死刑就需要由皇帝进行核准。<sup>[6]</sup>隋唐时期,死刑复核制度正式确立,京师内外死刑案件在执行前还应分别以“五复奏”“三复奏”的形式交由皇帝进行最终核准;明清时期,死刑案件在州县审理后需逐级送审并由专门机关最终送交皇帝核准,在清代还形成了立勘、九卿会审、秋审等诸多较为完备的复核制度。<sup>[7]</sup>这种自下而上层层核准的复核模式体现出浓重的行政化色彩。不仅如此,我国古代主要奉行纠问式的诉讼模式,控、审角色集于审判者一身,被告人在这样的模式中仅仅被当做客体对待,权利保障机制缺失、诉求表达通道受阻,被告人的意见和权利被忽视,审判者仅凭书面化的秘密审理方式就可以完成对被告人的终极判决。我国近现代的死刑复核程序并未完全摆脱这种行政化传统的影响。

其二,死刑复核程序行政化特征的形成一定程度上可以归因于人们潜意识中对法官审判的迷信。行政化的死刑复核程序具有较强的封闭性、秘密性和排异性。人们相信法官通过对死刑案件卷宗、证据的审查就可以做出符合实质正义要求的判断。但是法官对事实真相的发掘和其中立态度的保持并非仅靠其自身就能实现。控辩平等原则尚未深入渗透至死刑复核程序之中,因此,相较于其他诉讼程序,死刑复核程序中更易形成对法官审判的迷信和对其他诉讼主体推动发掘案件事实真相作用的漠视。

其三,死刑复核程序的行政化是为了巩固司法权威、防止激化社会矛盾而做出的妥协。死刑复核是死刑案件的“最后一公里”,同样也代表着上级法院对下级法院案件裁判结果的评价。对裁判结果正确性、稳定性的追求使得司法机关对不确定性有更强的抵触情绪,尤其是在面对被害人家属及社会舆情的压力时,“不核准”的决定往往会被解读为朝令夕改甚至司法不公。如果死刑复核程序能够给予辩方和控方深入参与死刑复核程序的机会,则会为该程序的运行带来更多可能性。此外,由于我国死刑数据是保密的,死刑复核案件难以做到完全向社会公开,信息不透明、说理不充分等情形令外界极易对与一、二审判决相矛盾的复核结果形成负面推断。被害人家属在先前“判处死刑”与事后“不核准死刑”结果的对比中也极易将“愤怒”转移至最高人民法院。正是为了避免此类矛盾的激化或加剧,最高人民法院更倾向于对死刑复核案件采取行政化的处理方式。

其四,死刑复核程序的行政化是基于司法效率的压力而做出的让步。行政化的死刑复核程序的书面审理模式的确在某种程度上保证了死刑复核案件的审理效率。2007年死刑复核权收归最高人民法院,标志着死刑复核权“由分散到集中”的巨大转变。在推动死刑复核权向最高人民法院“复位”的过程中,亦有许多学者表示了对“最高人民法院如何应对巨量死刑复核案件压力”等问题的忧虑。<sup>[8]</sup>虽然我国通过《刑法》修订减少了可

[6] 参见《汉书·刑法志》:“自今以来,县道官狱疑者,各言字旁献所属二千石官,二千石官以其罪名当报。所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之。廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律,令以闻。”

[7] 参见张晋藩:《中国法制史》,中国政法大学出版社1999年版,第231-232、317-318、376-378页。

[8] 参见林维:《死刑案件应当如何复核》,《瞭望》2006年第5期;赵秉志、王超:《中国死刑控制的程序困惑及其出路——以死刑复核程序为中心》,《中国刑事法杂志》2006年第3期。

能判处死刑的罪名,但目前仍然存在大量的死刑复核案件处理需求,在以效率作为追求目标的情况下,死刑复核程序更难主动摆脱行政化的审理模式。

其五,死刑复核程序的行政化现象是政治、外交等综合因素影响之下的一种表现形态。自 1764 年贝卡利亚对死刑合理性提出质疑以来,废除死刑的呼声就逐渐成为一股世界性浪潮。目前已有 170 余个联合国成员国废除了死刑或不再执行死刑。<sup>[9]</sup> 1949 年以来,我国在控制死刑方面做出了持续的努力,但是基于历史文化传统以及惩罚与预防犯罪的需要,我国目前还不具备完全废除死刑的条件,一些别有用心心的西方国家或者组织不断打着“人权”的幌子,提出死刑数量透明化等要求,还试图借死刑之名对我国声誉进行贬损,这在一定程度上也会使得我国司法机关在处理死刑案件时更加谨慎。

### (三) 死刑复核程序的定位

死刑复核程序定位的争论焦点在于死刑复核程序究竟属于审判程序还是具有行政性的非审判程序。<sup>[10]</sup>

首先,死刑复核程序不是行政审批程序。第一,我国死刑复核程序在《刑事诉讼法》中位于第三编审判编第五章,从体例结构来看显然属于审判程序而非行政程序。第二,行政程序是完全没有辩护律师参与空间的,更不会有听取控辩意见的要求。而我国死刑复核程序在制度规定上却一再强调律师参与、合议庭审理以及对控辩双方意见的听取。第三,行政程序以行政官员为主导,代表行政机关,未必具有法律职业资格,而死刑复核程序以法官为主导,代表司法机关,具有较高的准入要求。第四,反面观之,若将死刑复核程序认定为行政审批程序,会使法院独立行使审判权原则、直接言词原则以及辩护原则等保障法官公正审判的原则失去意义。<sup>[11]</sup> 概言之,虽然我国现阶段死刑复核程序有很强的行政化特点,但应当避免以事物发展进程中某一阶段的表象去认定事物的性质。

其次,死刑复核程序也不是审判监督程序。有观点认为死刑复核程序是“对死刑判决和裁定进行审查核准的程序,是一种特殊的审判监督程序”,<sup>[12]</sup> 其理论基础是死刑复核程序现有的特殊性及其“保障死刑统一、正确实施”之作用。但死刑复核程序针对的是未生效的判决,而审判监督程序针对的是已生效的判决;死刑复核程序是每一个被判处死刑的案件的必经程序,不需要特定主体提出,而审判监督程序针对的只是少数案件,在特定情形出现时,由特定主体提出方能开始。因此,死刑复核程序虽然是审判程序中“对死刑判决和裁定进行审查核准的程序”,却不属于“特殊的审判监督程序”。

最后,死刑复核程序应当是一种与一审、二审程序有机衔接的,对死刑的适用进行审查核准的特殊的审判程序。相比于审判监督程序,死刑复核程序与一审、二审程序的衔接更为紧密,是一审、二审程序的合理延伸,在其核准之前,死刑判决不生效,死刑也不能交付执行。从制度设计目标来看,将死刑复核定位为审判程序,可使诉讼程序更加系统、全

[9] 参见《人权高专赞扬中非共和国废除死刑》,联合国官方网站, <https://news.un.org/zh/story/2022/06/1103912>, 最近访问时间[2022-09-17]。

[10] 参见陈光中、唐露露:《我国死刑复核程序之完善刍议》,《法学杂志》2020年第4期,第3页。

[11] 参见冀祥德:《死刑复核程序的现代定位——以死刑的程序控制为视角》,《法律适用》2007年第5期,第5页。

[12] 陈卫东:《关于完善死刑复核程序的几点意见》,《环球法律评论》2006年第5期,第546页。

面、理性、公正,尤其是凸显其独立的程序价值。

#### (四)死刑复核程序行政化流弊之克服

基于死刑复核程序是特殊审判程序的定位和去行政化的改革思路,我国死刑复核程序应当从以下几个方面予以改造。

第一,以远程庭审技术为依托,以案件分流制度为辅助,逐步推动死刑复核“准三审”模式改造。“准三审”模式能有效保障死刑复核中控、辩、审三方主体的参与,但会不可避免地增加司法资源消耗,而且,要求全国各地每一位死刑案件被告人及其辩护律师都赶赴北京参与庭审也并不现实。远程庭审能大大节省“准三审”死刑复核的资源,为死刑复核“准三审”模式改造所带来的司法成本激增之压力提供有效缓冲。实际上,在新冠肺炎疫情的冲击下,我国已就远程庭审展开深入探索和实践,但考虑到远程庭审对直接言词原则的减损及对被告人权益的限制,该技术在刑事司法领域的应用还主要停留在认罪认罚案件或简易程序、速裁程序案件上。死刑复核案件书面审理的方式本身就是对审判程序所要求的直接言词原则的违背,对被告人权益的减损亦远甚于采用远程庭审方式可能带来的危害,因此,在死刑复核案件不具备线下开庭审理条件的现实情况下,可以考虑以远程庭审的方式审理。此外,还可将死刑复核案件分流,对部分案件优先进行“准三审”审理。有学者曾进行统计,发现被核准的死刑案件中被告人曾上诉的约占82.4%,其中8.05%对事实问题有争议。<sup>[13]</sup>这部分事实存在争议的案件只占全部死刑复核案件的一小部分,有优先进行“准三审”审理的必要性和可能性。这样的分流模式也能有效缓冲死刑复核案件“准三审”改造带来的案件办理效率压力。

第二,强化死刑复核案件控、辩、审三方参与程度,构建起平等武装与平等对抗的死刑复核庭审模式。远程庭审是死刑复核程序去行政化的技术依托,而死刑复核过程中各方主体的平等与深度参与则是死刑复核审判程序定位的实质要求。否则,即使形式上实现了“准三审”审理模式改造,也无法真正克服死刑复核程序的行政化流弊。要保障各主体的平等与深度参与,一方面应当规定控方在死刑复核庭审过程中必须派员出庭,另一方面应保障被告人、辩护律师对庭审的全程参与和有效参与。对于适用远程庭审的案件,应当确保辩方享有同线下开庭相当的诉讼权利,换言之,不得因采取线上开庭的形式就对庭审过程有所简化。此外,被害人及其近亲属也有权参与死刑复核案件审理过程并依法发表意见。

第三,加强死刑复核案件裁判文书的说理性,尤其是对辩护律师意见予以充分回应。《死刑复核法律援助规定(试行)》第11条规定,“死刑复核案件裁判文书应当写明辩护律师姓名及所属律师事务所,并表述辩护律师的辩护意见”,这无疑是对学界、实务界关切热点的回应。需要注意的是,该规定仍停留在对律师辩护意见的“表述”上,这是不够的。死刑复核“人命关天”,所以,必须对控辩双方(含被害人及其近亲属)的意见予以完全表述与充分回应,论述清楚“杀”或者“不杀”的理由。加强死刑复核案件裁判文书说理性,

[13] 参见翟薇:《死刑复核程序的模式选择——以指定辩护写入〈法律援助法(草案)〉为契机》,《中州学刊》2021年第8期,第73页。

一方面有助于法官改变思维习惯,强化其中立的裁判思路;另一方面有助于提高裁判文书说服力,增强诉讼各方及社会公众对复核结果接受度;同时,也有助于控辩各方工作的“可视化”,实现死刑复核案件的“阳光”裁断,促进各方责任意识的提升。

第四,以“死刑复核程序是特殊审判程序”的理念和制度指引、规范司法人员,将死刑复核案件办理方式的转变深化为案件办理理念的转变。在关于是否去行政化的争议之中,死刑复核程序行政化的模式在我国运行时间较长,立法司法机关出于法律传统、诉讼成本等多方面原因的考虑,在程序的诉讼化改造中,虽不断有推进,但是一直没有坚定按照审判程序构建改制的决心。行政化法律传统的影响本应随着世界刑事诉讼的法治化发展而逐步消解,诉讼成本的顾虑则因我国经济社会的强势昂起而“放下包袱”。如果说还有基于律师数量满足与否的考虑的话,刑事辩护全覆盖工作的开展已将刑事案件辩护率不断拉高,<sup>[14]</sup>部分城市更已取得审判阶段刑事辩护百分百覆盖的阶段胜利,<sup>[15]</sup>将其延伸到死刑复核程序是顺其自然的事情。当下,应以《法律援助法》施行为契机,在刑事辩护已经打通死刑复核程序“最后一公里”后,倡导死刑复核程序是特殊审判程序的理念,建构起规范的死刑复核案件审判程序。

### 三 构建符合国情的死刑复核法律援助质量监督制度

随着《法律援助法》的出台,我国已初步探索出“准入辩护+审查考核”的法律援助案件质量保障路径,但是并未形成规范、系统、有效的质量监督体系。

#### (一)对我国现行死刑复核法律援助质量监督法律规范的实证考察

本文初步整理出我国有关法律援助质量监督的立法状况(见表1),可以看到,除了10个省市自治区地方性法律援助规定外,只有《法律援助法》对法律援助案件办理的监督方式进行了概括性规定,相较于《法律援助条例》《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》等仅对监督主体做出规定的法律规范,《法律援助法》对质量监督问题有了明显细化和推进。但《法律援助法》所规定的监督方式还停留在对抽象的法律援助案件进行监督的层面,对办理具体案件指导意义不大,其提出的“庭审旁听、回访受援人”等看似针对个案的监督措施也缺乏实施范围、实施主体、实施标准等可操作性规定。

考察31个省市自治区的地方性法律援助规定,发现两个突出问题:其一,地方性立法推进不平衡。河北省等18个省市自治区仅对法律援助质量监督主体进行规定。山西省等10个省市自治区的地方法律援助规定中规定了监督主体和监督方式,广东省、天津市、福建省还对检查形式、检查内容、检查标准等法律援助案件质量监督问题做出单独规定。

[14] 根据司法部公布的数据,截至2021年,全国共有2300多个县(市、区)开展了试点工作,占县级行政区域总数的80%以上,全国刑事案件律师辩护率达到了66%。参见《司法部:全国刑事案件律师辩护率达到66%》, <https://www.chinanews.com.cn/gn/2021/09-24/9572591.shtml>,最近访问时间[2022-07-02]。

[15] 广东省广州市在开展刑事辩护全覆盖工作后,刑事案件审判阶段律师辩护覆盖率达到100%,全市检察院、法院办理的过半数已办结刑事案件均有法律援助机构参与,刑事辩护法律援助案件较之前提高近七成。《领先全国!广州落实刑事案件律师辩护全覆盖试点工作》, <https://www.gzdaily.cn/amucsite/web/index.html#/detail/1417304>,最近访问时间[2022-09-18]。

黑龙江省、西藏自治区和内蒙古自治区未针对法律援助活动进行单独立法。这种地方性立法的不平衡,不仅影响着我国法律实施的统一性,而且侵蚀着《宪法》规定的公民平等权。其二,地方性法律援助立法多止步于对上位法的复述,未进一步制定具体监督方案,也未根据本地区实际状况作出因地制宜的调整,这就使得本来就不具有较强可操作性的上位法到地方后仍然难以“落地”。

表1 我国法律援助质量监督的立法状况

法律规范名称	案件质量监督规范内容	监督方式	监督主体
《法律援助法》	监督主体 + 概括性监督方式	制定法律援助质量标准 建立投诉查处制度 引进第三方评估机制 综合运用庭审旁听、案卷检查、征询司法机关意见和回访受援人等方式	司法行政部门 法律援助机构 社会公众
《法律援助条例》	仅规定监督主体	无	律师协会 司法行政部门
《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》	仅规定监督主体	无	法律援助机构
《关于为死刑复核案件被告人依法提供法律援助的规定(试行)》	仅规定监督主体	无	法律援助机构
《地方法律援助规定》 <sup>[16]</sup>	18个地区仅规定监督主体 10个地区规定了概括性监督方式 3个地区未针对法律援助进行专门立法	制定质量评估标准 定期公开检查评估结果 设立监督投诉电话 引入第三方评估机制 综合运用庭审旁听、案卷检查、征询司法机关意见和回访受援人等方式	律师协会 司法行政部门 法律援助机构 社会公众

此外,上述法律规范对监督主体的规定虽有差别,但均以“律师协会、司法行政部门、法律援助机构、社会公众”为限。根据《法律援助法》规定,律师协会在法律援助工作中主要负责支持和指导律师事务所和法律援助律师的工作,司法行政部门主要负责法律援助

[16] 仅统计我国大陆各省、自治区、直辖市,不包括我国港澳台地区。



服务的采购和宏观指导,法律援助机构主要负责组织实施法律援助工作、受理法律援助申请、指派法律援助人员,这些机构虽在一定程度上参与法律援助案件质量监督,但参与程度明显不够,难以将质量监督通过个案落到实处。

## (二) 建构死刑复核案件辩护准入制度

我国刑事辩护准入制度还一直停留在理论层面。《法律援助法》第 26 条创设性地提出了无期、死刑以及死刑复核案件指定辩护律师需“三年以上相关执业经验”的准入要求。早年,不支持建立刑事辩护准入制度的主要理由是律师数量不足,经过二十余年的发展,我国律师事业有了强劲发展,律师队伍迅速壮大。据统计,截至 2020 年底,我国共有 52.2 万余名执业律师(其中专职律师 42.4 万余人,占比 81.23%),21 个省级行政区律师人数超过 1 万名,北京、山东、广东等城市律师人数更是超过 3 万余名。<sup>[17]</sup> 以北京为例,2021 年全市共有律师事务所 2951 家,律师 37856 人(专职律师 33901 人,占比 89.55%),且多年来一直保持稳步上升之趋势。<sup>[18]</sup> 司法部《全面深化司法行政改革纲要(2018 - 2022 年)》中预计,2022 年全国律师总数将达到 62 万人。与之形成对比的是,我国的刑事案件犯罪人数虽也呈上升趋势,但上升比率却远小于律师人数的增长比率,就平均增长率来看,律师人数增长率是犯罪人数增长率的 2.48 倍有余。<sup>[19]</sup>

由此可以考虑,在制度的设计中,首先应当在无期徒刑、死刑案件中建立起辩护准入制度,然后再分阶段、分步骤地构建起符合我国国情的全面刑事辩护准入制度。在笔者研究的制度设计方案中,一个完整的刑事辩护准入制度包括进入、监督、惩戒、退出、防范、环境建设等系统的机制构建,受篇幅所限,本文仅谈死刑复核案件进入机制的两个关键要素。<sup>[20]</sup>

第一,应当为死刑复核案件辩护律师在执业年限、执业经验、执业数量、执业质量等方面设置准入门槛。从现有制度看,《法律援助法》设置的“辩护律师三年以上相关执业经验”标准仍然过于模糊,如“三年执业”是否应当连续,“相关执业经验”是指哪方面的经验,三年执业期间是否有办案数量要求等,都需要进一步明确和细化。虽然《死刑复核法律援助规定(试行)》第 4 条<sup>[21]</sup>在《法律援助法》的基础上明确了“三年执业经验”应为“刑事辩护执业经历”,但此规定仍较为笼统。刑事辩护范围十分广泛。按该条理解,若

[17] 信息来源:司法部《2020 年度律师、基层法律服务工作统计分析》, [http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzdgknr/fdzdgknrtjxx/202106/t20210611\\_427394.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzdgknr/fdzdgknrtjxx/202106/t20210611_427394.html), 最近访问时间[2022-01-08]。

[18] 信息来源:北京市司法局《2021 年 1-3 月司法行政统计数据及分析》, <http://sfj.beijing.gov.cn/sfj/zwgk/ywsj28/jdsj/10977041/index.html>, 最近访问时间[2022-09-18]。

[19] 参见《中国法律年鉴(2021 年)》,法律年鉴出版社 2021 年版,第 1401 页;《中国法律年鉴(2020 年)》,法律年鉴出版社 2020 年版,第 1284 页;《中国法律年鉴(2019 年)》,法律年鉴出版社 2019 年版,第 1331 页;《中国法律年鉴(2018 年)》,法律年鉴出版社 2018 年版,第 1185 页;《中国法律年鉴(2017 年)》,法律年鉴出版社 2017 年版,第 1172 页;《中国法律年鉴(2016 年)》,法律年鉴出版社 2016 年版,第 1299 页。

[20] 关于刑事辩护准入制度的进入机制、监督机制、惩戒机制、退出机制、防范机制以及环境建设机制之具体构建,参见冀祥德著:《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 160 - 188 页。

[21] 《关于为死刑复核案件被告人依法提供法律援助的规定(试行)》第四条规定:“司法部法律援助中心在接到最高人民法院法律援助通知书后,应当在三日内指派具有三年以上刑事辩护执业经历的律师担任被告人的辩护律师,并函告最高人民法院。”

某辩护律师三年执业期间只进行过轻罪案件的刑事辩护,其三年后直接从事死刑复核案件辩护是完全符合法律规定的,但这样是否能实现立法者所期望的保障死刑复核案件辩护有效性的初衷呢?笔者认为,“相关执业经验”不仅应指律师办理刑事案件的经验,还应指重罪乃至死刑案件的辩护经验,这些经验既包括程序辩护的经验,也包括实体辩护的经验,还应当是有效辩护的经验。“三年执业”则应当是连续的,而不是有间断的累计时间。除此之外,还应当对三年内律师办理刑事案件的数量作出要求,如果一名律师三年仅办理了三、五起刑事案件,也不能承担死刑案件的辩护。在死刑案件的准入辩护制度设计上,应当设置专门的死刑案件辩护资格考试或考核制度,对死刑案件辩护律师的专业、品行等综合素质设置门槛标准。

第二,应当建立死刑复核案件律师(人才)数据库。首先,这样可以有效提高死刑案件的辩护质量。因为数据库的建立是按照死刑案件辩护律师的准入条件设置的,该数据库中的律师都是适格的死刑案件辩护律师。其次,建立死刑案件辩护律师数据库,不仅可以为可能判处死刑的被告人提供对辩护律师的多元选择机会,而且还可以根据被告人的自身需要选择辩护律师。数据库可以将全国符合具体条件的律师都纳入其中,记载内容包括律师姓名、性别、年龄、籍贯、学历学位、工作经历、办理过的案件、当事人评价、辩护意见采纳率、考核评价、奖惩记录等信息,当事人可以根据自己的诉求自由选择。再次,建立死刑案件辩护律师数据库,有利于激励律师积极参与死刑案件辩护。死刑案件律师数据库,也是死刑案件律师人才库,能够进入全国死刑案件律师人才库本身就是律师的一种荣誉,数据库中的律师形象既是律师辩护水平的宣传,更是其获取案源、扩大影响力的“活招牌”。最后,建立死刑案件辩护律师数据库,还有利于对死刑案件辩护律师的统一考核和管理。

### (三)完善死刑复核法律援助之审查考核制度

研究认为,我国死刑复核法律援助审查考核制度亟需从以下两个方面完善。

一方面,应当制定明确的、具有实际可操作性的考核标准。在《法律援助法》出台前,不仅《法律援助条例》没有对死刑复核法律援助质量审查考核的具体规定,各地的地方法规中也鲜有此内容,而广东省《法律援助案件质量检查办法》的相关内容则可以提供借鉴。该办法第4、5、6条分别对质量检查形式、检查内容、评估结果做出规定。其中,第3条第3款“通过《法律援助案件征询意见表》回访受援人”的要求,以及第5条第1款对法律援助人员“是否完成案件所必需的调查取证、会见、阅卷、调解、出庭及提交辩护词、代理词及调解协议书等办案所必需的工作”的考察要求,都有很强的针对性和可操作性。面对《法律援助法》“制定法律援助质量评价标准”的倡导性规定,各地应当从实际出发,适当学习借鉴广东省的做法,制定出切实可行的死刑复核法律援助审查考核制度,使对死刑复核法律援助质量的审查考核有据可依。

在具体制度的构建中,可以委托辩护为参照,确定死刑复核法律援助案件质量考核标准。在 *Strickland v. Washington* 案中,美国确立了有效辩护的双重检验标准——从行为、结果两个方面对律师是否尽到有效辩护义务进行判断。<sup>[22]</sup> 然而该标准具有主观性和模

[22] *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668 (1984).

糊性,对此,美国联邦最高法院认为,律师实施的某一行为很多时候是出于策略性考虑,因此很难制定出包含所有律师辩护的必做事项“清单”。甚至在 Strickland 案后的三十余年间,美国联邦最高法院都没有碰到过一起符合该无效辩护标准的案件。<sup>[23]</sup>由此可见,仅针对“律师辩护有效性”很难制定有参考性且能广泛适用于各个案件的考核标准,但可将委托辩护作为法律援助辩护的参照,以客观的实践数据判断法律援助律师是否应尽义务。当下,为提升我国死刑复核法律援助辩护质量,可以考虑将其作为试点,率先着手构建死刑复核法律援助质量考核标准。有学者就通过对会见次数、会见时长等数据的研究,发现法律援助辩护倾向于“客观职守型援助”,而委托辩护则倾向于“合理有效性援助”。<sup>[24]</sup>因此,可对死刑复核案件委托辩护律师的平均会见次数、频率、时长、提出新证据时间、个数以及死刑复核结果等数据进行统计并取其平均值,作为对死刑复核法律援助律师辩护质量的考核标准。需要注意的是,这样的考核标准要以大量具有典型代表性数据的收集和统计为基础,只有用于对照的样本足够充足时,依据其制定出的考核标准才有说服力和普适性。

另一方面,成立专门的死刑复核法律援助质量考核机构。如上文所述,我国现行法律规范所规定的法律援助质量监督主体无法对个案进行有效监督。笔者认为,控、辩、审三方都不适宜承担法律援助质量考核主体之角色。因为,控方作为案件的起诉机关,在个案中与辩方呈“对抗”之态势,法律为其规定的“监督”职能本就破坏了案件审理过程中的控辩平等,影响着法院审理案件的独立性,若再使其身兼“法律援助质量考核主体”的角色,就会对法律援助律师的工作产生无形的束缚,进一步破坏控辩平等。由辩方作为法律援助质量考核主体亦不现实,原因在于辩方不具备对“法律援助质量不合格”事实的举证能力,且不具备“公权力主体”之身份,无法在上述情形出现时对案件办理产生直接影响。由法院作为法律援助质量考核主体看似公平稳妥,但仍存在问题——作为案件裁判者,法院在案件审判过程中如果将注意力转向考察法律援助律师提供的辩护服务质量是否合格,难免会使其代入被告人视角,在无形中影响法院的中立地位。笔者建议,鉴于死刑案件的特殊性和有限性,可以在司法行政机构设立专门部门,负责死刑复核法律援助质量监督考核。这个机构与案件结果并无利害关系,参与案件法律援助程序之目的在于作为一种法律援助质量监督者,类似一种特殊证人,保障被追诉人在刑事诉讼中的正当权利不受侵害。事实上,许多国家的刑事诉讼法早已对见证人制度做出规定,<sup>[25]</sup>我国《刑事诉讼法》也要求“勘验、检查、搜查、扣押时需见证人在场”,但其主要着眼于确保审前程序之合法性,见证范围尚不包含庭审过程,更不必说还未完成“准三审”模式改造的死刑复核程序。在司法行政部门中设立一支主要职能为全程跟踪死刑复核案件并考察法律援助律师办案质量的见证人队伍,不仅能够解决现行法律中监督主体难以参与死刑复核具体案件

[23] 参见姜丹:《美国有效辩护标准的新发展》,《人民法院报》2021年2月5日第08版。

[24] 参见马静华:《指定辩护律师作用之实证研究——以委托辩护为参照》,《现代法学》2010年第6期,第169页。

[25] 如《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第60条规定:“见证人是与刑事案件的结局无利害关系,被调查人员、侦查人员或者检察长邀请来证明侦查行为的事实、内容、过程和结果的人员。”《意大利刑事诉讼法典》第120条也规定:“诉讼行为的证人是指见证人和被扣押后物品的指定保管人等人员的总称。”

之问题,还能推动见证人制度适用范围的扩张。该机构主要承担两大职能,一是实施法律援助质量监督,二是发现影响法律援助质量的行为时对案件施加影响。前者不局限于庭审过程,还应包含对死刑复核案件法律援助律师庭前工作的考察(如征询受援人意见、考察律师辩护意见提交时间、是否有新证据提出等情况),庭审中则应要求其派员出庭,对律师参与庭审之表现(如对辩护意见熟悉程度或与控方进行交流、质证积极性等)进行记录,在案件办理结束后还应要求其向受援人发放《法律援助案件征询意见表》,确保受援人意见表达渠道的畅通。后者实质上是“将监督结果加以应用”之职能,发现死刑案件诉讼程序和死刑复核程序中法律援助律师不尽职之情况,及时报告司法部,或者为死刑案件被告人提供重新选择法律援助律师之机会,或者由司法部向最高人民法院提出意见,重新启动死刑复核程序,确保为被告人提供合格的法律援助。

#### 四 死刑复核法律援助程序性违法后果

程序性违法后果是指“对职权机关实施的违反刑事诉讼程序法律规范的行为从程序法的意义上予以否定并因此导致的相应刑事程序法后果”。<sup>[26]</sup>换言之,它将程序性违法行为与程序的重新进行、程序效果的全部(部分)否定直接联系起来。程序性违法后果是确保法定程序被严格遵守的有力武器,像非法证据排除规则的应用就在很大程度上保证了证据获取过程的合法性。考虑到我国死刑控制的实际需要,率先在死刑复核法律援助制度中规定程序性违法后果,既有必要又有可行性。

##### (一)对死刑案件程序性违法后果缺位的考察

着眼域外,美国、日本、德国等国家都为死刑等重罪案件设置了相应的程序性违法后果。1932年美国 Powell v. Alabama 案中,州法院在没有为被告指定辩护律师的情况下判处其死刑,该案上诉到联邦最高法院后,最高法院认定此判决违反《权利法案》的正当程序条款并最终推翻了对被告人的有罪判决。<sup>[27]</sup>日本《刑事诉讼法》第 289 条规定,在死刑、无期徒刑等案件中,没有辩护人不得开庭,如果辩护人没有出庭或因没有辩护人而导致不能开庭,法官必须为被告指定一名辩护律师。德国则为重罪案件设置了“强制辩护”制度,一方面,如果强制辩护之事由是在审判中才发现(出现),法院应延期审理,为新指定的辩护人留有必要的准备时间;另一方面,如果案件符合强制辩护条件却没有适用强制辩护为被告人指定律师,或律师在部分庭审中没有出庭,在上诉时原判决将被撤销。

我国《刑事诉讼法》及《法律援助法》只是分别在第 35 条第 3 款和第 25 条以设定义务的形式规定了人民法院、人民检察院和公安机关为可能判处无期徒刑、死刑的被告人提供法律援助之责任,却并未设置违反相应条款时的法律后果。此外,《法律援助法》第 49 条规定了申请人、受援人在对法律援助机构不予法律援助、终止法律援助的决定有异议时,具有向司法行政部门“提出异议”之权利;第 55 条规定了受援人在法律援助人员未依

[26] 王敏远:《刑事程序性法律后果新论》,《法商研究》2021 年第 3 期,第 92 页。

[27] Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).

法履行职责时向司法行政部门“进行投诉”之权利。但“异议”“投诉”的提出需要提出者本身具备一定的法律素养,能够意识到自身接受法律援助之权利。将现实案件中年龄、经济实力、文化背景千差万别的被告人都视作具备维护自身权益的理性人显然并不现实,仅由这些个体背负维护程序正义之重担也过于理想主义。该法第六章规定了相关法律援助机构人员、律师、国家机关工作人员等不提供法律援助、怠于履行法律援助义务等行为的处分和行政处罚,但这些都是针对司法人员不履行相应职责的行为的处罚,而不是针对违反相关诉讼程序要求行为规定的法律后果。甚至在《死刑复核法律援助规定(试行)》中,也只从正面规定了最高人民法院、司法部法律援助中心等主体在死刑复核程序中按时、有效提供法律援助的义务,并未提及相关程序性违法后果。

## (二)程序性法律后果在死刑复核环节的设置

在死刑复核法律援助制度重构中,哪些程序性违法行为将会承担法律后果?这些程序性违法行为应承担何种违法后果?笔者认为,程序性违法行为主要有两类,一类是违反法律规定未给死刑复核案件被告人提供法律援助行为,另一类是提供不合格的法律援助行为。就前者而言,《法律援助法》第 25 条第 5 款规定,人民法院、人民检察院、公安机关应当为申请法律援助的死刑复核案件被告人提供法律援助。从字面角度看,三机关未依法为提出申请的死刑复核被告人提供法律援助即构成前文所述之程序性违法,但被告人并不必然知晓自身获得法律援助的权利。《法律援助法》第 35 条也规定人民法院、人民检察院、公安机关和有关部门负有及时告知有关当事人有权依法申请法律援助的义务,因此,在上述机关未充分履行告知义务且死刑复核案件被告人未申请法律援助时,也应认定有“违反法律规定未给死刑复核案件被告人提供法律援助”的程序违反事由存在。提供不合格的法律援助行为则包括提供法律援助不及时、指定法律援助律师资质不合格、未保障被告人对法律援助律师的自主选择权等情况。程序性违法后果可以分为“宣告无效”和“采取补救措施”两种。足以使死刑复核案件被告人辩护权受到实质性损害的严重程序性违法行为可能直接影响到死刑复核裁判结果,应承担“宣告无效”之法律后果。具体而言,可通过《刑事诉讼法》修改,规定“未依法为死刑复核案件被告人提供法律援助律师或为被告人提供资质不合格的法律援助律师的,裁判结果无效”。如果程序性违法行为较轻,未对被告人辩护权造成实质性损害的,如指定法律援助律师不及时,但法律援助律师仍有较长庭前准备时间,或未为被告人提供自由选择法律援助律师机会,但被告人对被指定的法律援助律师无异议等情形,承担“责令采取补救措施”之法律后果。对此,可通过《刑事诉讼法》立法变动规定,“未及时指定法律援助律师的,应当立即采取补救措施,为被告人指定法律援助律师,并推迟死刑复核开庭审理期限,为法律援助律师留有充足的庭前准备时间,未保障被告人自主选择权的,应当给予其重新选择法律援助律师之机会”等内容。

如果仅以追求实体正义为目标,审判应当没有期限和次数限制,但程序逆行不仅会耗费大量司法资源,更侵犯了被追诉人获得及时、有效审判之权利,使被追诉人遭受身心折磨。《刑事诉讼法》第 236 条规定了“事实不清、证据不足”时发回重审的次数限制,却并未对程序性违法造成的发回重审做出次数限制规定,然而这二者不论是对司法资源还是

对被告人权益的损害都具有相当性,因此,应为因严重程序违法导致死刑复核裁判无效并重新进行裁判这一程序性违法后果设定必要的次数限制,类比《刑事诉讼法》第236条规定,笔者建议重新启动死刑复核程序的次数以一次为限,在第二次死刑复核程序中仍发生足以导致裁判无效之严重程序性违法行为时,应直接作出不予核准之裁定。

此外,有必要将程序性违法后果的承担同死刑复核法律援助质量监督体系相衔接。死刑复核法律援助质量监督并非简单的统计或测评工作,其最终目的是将质量考核结果用以推进死刑复核法律援助质量提高。可以考虑将质量考核结果类型化区分为“优秀”“合格”“不合格”三种,将质量考核“不合格”的纳入“提供不合格法律援助违法行为”评价范围,衔接死刑复核程序性违法法律后果承担评判程序。“优秀、合格、不合格”的设计评价标准可参考广东省《法律援助案件质量检查办法》第6条,<sup>[28]</sup>并参照死刑复核案件委托辩护的相关规定。

## 五 结 语

贝卡利亚认为,“滥施极刑从来没有使人改恶从善”,“用死刑来向人们证明法律的严峻是没有好处的”。<sup>[29]</sup>随着法治的发展和人权意识的增强,目前全球已有超过2/3的国家彻底废除了死刑,死刑执行的数量也在不断降低。我国1998年就签署了《联合国公民权利和政治权利国际公约》,但由于死刑问题,直到二十余年后的今天该公约仍未获得我国人大常委会批准。当然,正如我国在联合国人权理事会第48次会议中所回应的,中国实施“保留死刑,严格适用死刑”的政策是由“中国社会打击犯罪的具体需要所决定的”,刑事诉讼制度兼具稳定性与变化性,其改革亦需遵循司法规律、符合实际国情,我国现阶段并不具备废除死刑的国情条件,只有法治发展成熟,废除死刑才能真正提上日程。

我国目前正处于世界百年未有之大变局中,在新冠肺炎疫情的交织影响下,我们所临的外部环境更加复杂,要稳固我国国际地位、提升我国国际影响力,必须深入贯彻习近平法治思想,而其核心要义之一就是“坚持以人民为中心”。法律援助制度蕴涵着国家为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民的法治精神,体现着刑事诉讼中辩护权对司法权的制约,当下我国刑事案件法律援助制度已基本实现了“量”的要求,能够满足刑事诉讼法律援助的“全覆盖”,接下来要着眼“质”的需求,让人们真正能通过法律援助服务感受到司法的公平正义,其中又以死刑案件最为紧迫。具言之,应不断坚持惩罚犯罪、保障人权的法治理念,厘清程序定位、改革监督体系、填补程序性违法后果立法空白,以不断发展的信息技术为支撑,构建符合我国实际国情的死刑复核法律援助制度。

[28] 广东省《法律援助案件质量检查办法》第6条规定:“法律援助机构根据本办法第四条、第五条规定的形式和内容对法律援助案件质量进行评估。评估结果分三等:优良、合格、不合格……(三)不合格等级的标准:没有完成办理法律援助案件所必需的程序;因不尽职责而导致出现延误出庭、错过诉讼时效或没有及时送达裁判文书给受援人等技术性疏漏或失误,给受援人造成损失的;办案中收取当事人财物;有拒绝、拖延或无故终止法律援助等其他违反职业道德和执业纪律的行为;被投诉并被证实有过错的;法律援助人员的行为符合上述不合格等级标准中的其中一项的,其办案质量均为不合格等级。”

[29] 参见[意]切萨雷·贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社2005年版,第45、49页。

[ **Abstract** ] Controlling and reducing the application of, or even abolishing, the death penalty is the development trend of criminal penalty in the world. Highlighting and strengthening the defense function of lawyers not only plays an obvious role in but also is of great significance for the process of continuously reducing the application of the death penalty. The death penalty review procedure is the last resort for China to control the number of death sentences and achieve the goal of prudent application of the death penalty. In recent years, during the gradual reform of the death penalty review procedure, the legal aid system in China has become more and more mature, evolving along the reform path from full coverage defense to access to defense and then to effective defense and producing more and more significant results. The Legal Aid Law, which came into effect on January 1, 2022, is the first legislative norm on the legal aid system in China. The law has made breakthroughs in legal aid in death penalty review cases, especially in clearing out the final hurdles to the full coverage of criminal defense, marking the initial formation of a legal aid system with Chinese characteristics. However, there are still many problems in the overall structure of the system of legal aid in the death penalty review procedure, including such aspects as system orientation, system ontology construction and supporting system design. Due to the compromises on such needs as maintaining traditional legal customs, pursuing judicial efficiency, and balancing social contradictions, the death penalty review system in China still has some administrative features. Factors such as superstition about the judge's review have hindered the intervention by legal aid in the death penalty review procedure, thus affecting the realization of the value goal of the procedure. Today, in building a socialist system of rule of law with Chinese characteristics in the new era, China needs to focus on some key elements, such as defining the modern position of the death penalty review procedure in the legal aid system with Chinese characteristics, building a high quality supervision system and setting the consequences of procedural violations, take the realization of effective legal aid in death penalty review cases as the logical base point, systematically deconstruct, reflect on, and rebuild the system of legal aid in the death penalty review procedure with the attitude and position of dealing with Chinese problems with Chinese solutions, so as to realize the value goal of the death penalty review procedure. The legal aid system takes the people-centered approach as its core meaning and embodies the rule of law spirit of "for the people, relying on the people, benefiting the people and protecting the people". In the criminal proceedings, it means to restrict the judicial power and protect the rights of the parties by the right of defense. China has basically met the "quantity" requirement, namely "full coverage", of legal aid in criminal cases. In the next step, it should focus on the "quality" requirement of legal aid, especially in death penalty cases, so as to enable the people to truly feel the fairness and justice of the judiciary through legal aid services.

---

---

(责任编辑:贾元)