

SHENZHEN LAWYERS



深圳律師

非常视线 专业见解

设立公设辩护人制度提升司法文明

从“身份”到“契约”浅析刑事检控外聘律师制度

徐建：深圳法律创新的开拓者



NO. 61

深圳市律师协会主办
法人杂志社协办

口述历史——深圳律师业回顾与展望

铭刻辉煌 传承荣耀

口述历史—深圳律师业回顾与展望活动于2015年7月正式启动，历时7个月有余，目前人物采访环节已近尾声。该活动主要梳理深圳律师体制改革发展脉络，记录深圳律师业发展历程，以深圳律师业体制改革的探索者、推动者、亲历者为重点采访对象，相继采访了陈野、郭星亚、徐建、邹旭东、童新、陈宝权、蛇口律师事务所代表人物任湘清和陈增源、段武刘律师事务所代表人物段毅和刘雪坛、黄思周等。

人物采访环节即将杀青的时候，我们本以为会有一种如释重负的轻松，但是我们感到的却是沉重的使命与托付。

我们抢救的历史只是很少的一部分。由于篇幅的原因，许多开拓的英雄、更多精彩的故事并没有被我们记述和展示。仅仅是这很少的一部分，就足以让我们激动和自豪不已；仅仅是这很少的一部分，就足够我们用很长的时间去学习和回味。

历史，逐渐的远去；历史其实从来没有远去。

向深圳律师的前辈致敬，包括被记载的英雄和更多的无名英雄！他们的历史是我们无价的宝藏。

我们深圳律师的历史还在续写，甚至我们这些记录者也将成为历史的一部分。

我们希望，深圳律师界的开拓者成为你我心目中永远矗立的群体雕塑；我们希望，这一部口述历史永远激荡千千万万深圳律师的情怀；我们更希望，以此激发深圳敢闯敢拼的气质，开展第三次改革，捍卫我们作为深圳律师共同的荣誉。



《口述历史——深圳律师业回顾与展望》纪录片即将精彩上演，敬请关注
感谢绿茶网（www.lawcheck.com.cn）对本次活动的赞助

中国为什么需要“公设辩护人”？

文 《民主与法制》总编辑 刘桂明

一个有些陌生的法律词汇开始渐渐地出现在我们的眼前，一种曾经耳闻的服务方式开始悄悄地进入我们的生活，一项经过试点的制度转型开始慢慢地改变我们的思维，那就是“公设辩护人”。

“公设辩护人”到底是什么？所谓“公设辩护人”，在我国就是指通过国家司法资格考试，具有一定司法实践经验，由国家资助，为贫穷被追诉人提供刑事法律援助，具有国家公职人员身份的专职或兼职刑事辩护律师。

为什么需要“公设辩护人”呢？在我看来，一是为了实现有权辩护。根据我国《宪法》第一百二十五条的规定，“被告人有权获得辩护”既是一项司法原则，更是一项基本权利。所以，获得辩护权是人权保障原则的内在要求。换言之，作为在刑事法律关系中处于不利地位的被告人，无论是在公平道义上还是从法律规定上，在刑事诉讼每一个阶段都有权获得辩护，尤其是获得律师提供的专业辩护。二是为了实现有人辩护。尽管有权辩护已经写进法律，刑事诉讼法第十一条也明确规定人民法院有义务保证被告人获得辩护，但我国刑事辩护的实际状况却并不乐观。据统计，多年来我国的刑事辩护率不足30%，即大约有70%的刑事案件被告人在刑事诉讼过程中并没有获得律师辩护。三是为了实现有效辩护。自我国律师不再具有“国家法律工作者”的身份之后，作为社会法律工作者的“私人律师”，其应当享有的程序权利与实体权利常常难以获得国家公权力机关的支持与认可，甚至有些司法机关处处阻挠辩护律师依法行使权利，无视辩护律师合法合理的辩护意见，致使刑事辩护制度在很多情况下形同虚设。因而，被告人获得有效辩护的基本权利往往成了一句空话。

现在，“公设辩护人”制度来了！一项致力于为经济上有特殊困难的犯罪嫌疑人、被告人提供及时的、专业的律师帮助，以协助其行使辩护权的新型法律援助制度来了！一项改变我国司法实践中律师刑事参与率不高的状况并有效提高刑事辩护质量的革新法律援助制度来了！

那么，“公设辩护人”究竟应该如何推行呢？据了解，为了完善法律援助制度，提升刑事辩护质量，五年前，司法部就在上海浦东新区、江苏扬州、福建厦门等地的法院开展“公设辩护人”的工作试点，上海市浦东新区“公设辩护人办公室”还曾经在媒体的关注下高调挂牌。试点效果如何，至今未见消息。但在试点中，“公设辩护人”到底是姓“公”还是姓“私”、政府财力如何“埋单”等问题引出了不少争议。依我之见，有争议就是关注，有关注就是动力，有动力就是亮点。

接下来，如何推行其实不重要，重要的是大胆的试、大胆的闯。在这方面，深圳完全可以先行一步。习近平总书记说，要让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义。可以预计，“公设辩护人”的出现，一定能够让我们中国人实现这个朴素而亲切的愿望。



法人

主办：深圳市律师协会
协办：法人杂志

粤内登字B11277号



本刊随《法人》杂志赠阅发行

编委会主任	高树
编委会成员	张斌 黄思周 韩俊 胡宁可 张鹏 张弢
主编	张斌
执行主编	王红 张鹏
栏目编辑	周争锋 陈伟 杨新发 舒笑 陈旭绯 颜宇丹
本期责任编辑	贺鹏
编辑	刘峰 王颖
美编	刘晓莹 赵佳
电话	0755-83025789 83025728
传真	0755-83025177
地址	深圳市福田区深南大道4001号 时代金融中心20楼
邮政编码	518048
电子信箱	shenzhenlawyers@163.com

视线 VIEW

P4-P5

- ◎ 场外股票配资 风险不容忽视
- ◎ 房产纠纷的背后有顽疾
- ◎ 鸟事就是天下事，关乎民智与法治
——对“河南大学生掏鸟被判刑事件”的评析

热点 HOTSPOT



专题：设立公职辩护人制度探讨

P6 设立公职辩护人制度 提升司法文明

P12 创立公职辩护人制度
确保刑事司法正义

P17 设立公益诉讼制度势在必行

P19 浅谈深圳设立公益诉讼制度的
几点看法

P21 公益诉讼制度是
法律援助的一种模式

P24 公益诉讼制度困境初探

论道 DISCOVERY

P26 从“身份”到“契约”
浅析刑事检控外聘律师制度

P30 浅议律师辩护两段论与律师收费改革

实务 PRACTICE

P32 律师在遗嘱见证业务中的角色定位

拍案 CASE AND EXAMPLES

P34 民间借贷案件中如何认定证明力达到
盖然性标准

P37 担保公司“搭便车”
实现抵押权的实践与思考

人物 PROFILE

P40 徐建：深圳法律创新的开拓者



生活 LIFE

P44 新年 你好

律协动态 INFORMATION

VIEW | 视线

场外股票配资 风险不容忽视

证监会严查场外股票配资引发股市剧震，近期由于配资而产生的法律纠纷大量涌现。曾作为“金融创新”而广受炒股者欢迎的这一商业行为，法律效力应如何认定、责任应如何划分引发金融界和法律界广泛关注。

(综合媒体报道)

所谓股票配资，是炒股者提高其资金杠杆的一种融资方法，主要可分为信托模式和借贷模式。现实中，炒股者（融资方）与配资方签订的此类合同名目繁多，如投资咨询协议、委托理财合同、借钱炒股合同等等，其实质都是场外股票配（融）资合同。

根据《证券法》、《证券公司监督管理条例》的规定，股票配资属于经营证券业务。一般法人或自然人以股票配资作为日常经营业务，违反了证券业务特许经营的法律强制性规定，且扰乱股票市场，损害公共利益，根据《合同法》第五十二条之规定，此类合同应认定为无效合同，处理原则应为各自返还。

但合同无效并不意味着合同的所有条款均无效。场外股票配资合同一般都会对强行平仓进行约定。笔者认为，平仓减损作为风控手段，其对合同的有效性而言是中性的，虽然合同无效，合同双方仍有减损的义务，所以平仓可视为当事人为控制风险、减少损失所采取的措施。如股票市值触及平仓线，配资方未及时平仓减损而起诉炒股者的，炒股者无需担责；反之，如配资方按约强行平仓，炒股者要求配资方返还保证金或赔偿损失的，也缺乏事实和法律依据，难以得到法院的支持。

利用场外配资投入股市，在规避市场监管的同时也成倍的放大了风险。不少炒股者因此在股市震荡时遭受极大损失，有的甚至倾家荡产，商业风险和法律风险都不容忽视。

(广东联建律师事务所 王劲松律师)



房产纠纷的背后有顽疾

一则图文并茂的关于深圳二手楼违约的新闻引爆了网络，买卖双方公然对峙，房主组织多人向买房人强行收房，引起国内网民的一片惊呼。然而，深圳房地产市场面临的更多的纠纷是买卖双方在法律上的“斗智斗勇”。

(腾讯财经)

自国家颁布“330”政策以来，深圳房价同比去年上涨近五成，二手房违约潮经久不息。事实上，二手房违约潮频发并不只是因为房价飞速上涨，而是二手房交易市场有一定的顽疾。

因买方行为引起房产纠纷的顽疾有两点：第一，提交虚假资料贷款，如假离婚证，假证明等。在房价过快上涨时，只要业主发现买方有此情形，到银行投诉要求撤销贷款，纠纷不可避免。第二，签订有避税协议或没有明确约定交税方式。目前的市场交易惯例是卖方实收，买方为规避高额税费，事先与卖方约定按照最低的评估价缴纳税款，但这种避税协议却因损害国家利益而不受法律保护，房价上涨时，很容易成为业主违约的借口。若非买方在缴纳巨额税费后还有收益，想必诉讼继续履行的买方甚少。

对于业主而言，引起房产买卖纠纷的顽疾亦有二点：一、合同约定事项不明确导致履约时间过长或约定的权利义务不对等。深圳的二手房交易普遍使用的合同没有对买方出具按揭贷款承诺书的最晚时间做出约定，而就业主还清抵押贷款、注销抵押登记的时限等有明确约定。如此，若银行贷款审批较慢，必然引发纠纷。二、被人吃差价，俗称ABC单。双方签订合同后，业主须向担保公司或中介出具全权公证委托书，加大了业务的风险。取得公证书的一方可轻而易举的绕开业主将房产转卖他人，纠纷不可避免。以往违约方的违约成本低也是个顽疾，虽然有些法院开始按照合同交易价20%的违约金顶格处罚违约方，但几乎未见支持差价损失诉讼请求的。由此，即便是卖家恶意违约，也能获利。笔者认为，只要这样的顽疾不消除，房价上涨随时可能引发违约潮。

(广东华商律师事务所 周争锋律师)

鸟事就是天下事，关乎民智与法治

——对“河南大学生掏鸟被判刑事件”的评析

文 广东卓建律师事务所 杨新发律师

一份关于“河南大学生掏鸟”的刑事判决引发了公众的高度关注，陈杰人的评论《被重判的鸟事和被轻放的贪官》更将舆情推向高潮。在两级法院遭受炮轰以后，舆情发生了反转：那位“比窦娥还冤、比屈原更屈”的大学生闫啸天，被还原成一个多次捕杀、贩卖珍稀鸟类的罪犯，各方高舞的大棒徐徐落下。然而，这场“鸟事”却给我们研究民智与法治提供了绝佳的本标！笔者认为应从以下几个方面进行深入思考。

依法规范媒体对案件的报道，防止标题党误导舆论。

《郑州晚报》新闻报道的标题是《河南90后大学生家门口掏鸟16只被判刑十年半》，这个标题非常抓人眼球，而反映的信息却与法院查明的事实相去甚远。正是基于此篇报道，河南两级法院被公众批评为“葫芦僧乱判葫芦案”，相关审判机构承受了巨大压力，社会公众也受到愚弄。《郑州晚报》作为始作俑者，既没有向相关办案机构和公众道歉，也未受到追责。

尽管我国尚未制定《新闻法》，但并不意味着媒体能够为所欲为、不受限制。客观、公正地进行报道和评论，是新闻报道与媒体监督的基本伦理与准则。在当今这样一个信息爆炸和信息碎片化的时代，标题党的危害也是显而易见的。涉及到刑事案件的不实报道更会引发公众对司法机关的攻击，文不对题的报道与评论必然会给公众造成误导，从而产生负面和反向的舆论监督效果。

因此，有必要对新闻报道和舆论监督进行法律规制，特别是对涉及刑事案件的新闻报道更应当有明确、细致的规范和追责程序。否则，类似“鸟事”案引发的闹剧将会给社会造成更大的混乱和撕裂。

司法机关应积极面对媒体的监督。

在这次关于“鸟事”案的闹剧中，河南两级法院是直接受害者。但是面对媒体的歪曲报道和炒作，河南两级

法院的应对是滞后和被动的。其没有在第一时间召开新闻发布会和公布全部案情，给媒体炒作留出了空间。

在依法治国的大背景下，司法机关的执法行为将成为舆论监督的重点、公众关注的焦点。因此，如何面对舆论监督将是司法机关不可避免和懈怠的课题。而网络传播的快速和自媒体的兴起，给司法机关应对舆论监督提出了严峻挑战。

笔者认为，面对公众的关注和媒体的监督，司法机关首先要切实提高执法水平、做到心中有数；其次，要未雨绸缪，对可能产生争议、引发关注的案件、事件作出应对预案；再次，当舆情发生后要迅速、主动和准确地应对。

对律师界的警示。

在这次的闹剧中，被告人闫啸天的辩护律师也是一个不可忽略的人物，《郑州晚报》的许多信息就来源于对律师的采访。

也许辩护律师认为法院对闫啸天的定罪量刑不当，希望借助媒体帮助被告人维权。从这个角度出发，辩护律师的行为可以理解。但是，无论是在法庭上辩护还是接受媒体采访，律师都应当尊重事实和法律，做到言之有理、言之有据，这是一个基本的职业操守和执业纪律。如果罔顾事实和法律，其结果一定是南辕北辙、适得其反。

在该案中，最初由于媒体的不实报道，被告人闫啸天获得了舆论的同情，要求翻案和公正审判的呼声甚高。但是随着事实的公开，舆情发生了反转，公众将同情化为批评和指责，显然更不利于对被告人予以从轻或减轻处罚。

律师界要从这件事情中汲取教训，我们可以合理、合法地借助媒体监督的力量，维护委托人的合法权益、促进法治建设的进步，但千万不要自作聪明，不要企图通过隐瞒真相、歪曲事实的方法浑水摸鱼。

设立公职辩护人制度 提升司法文明

文 本刊编辑部根据录音整理

编前语

刑事司法正义是现代法治国家的显现特征之一，我国的一切权力属于人民，国家尊重和保障人权。政府承担维护社会稳定、保障社会成员生存权、增加社会福利等职责，并在社会成员遭遇各种不测时给予相应的救助本是题中应有之义。刑事辩护制度是国家在公民将要受到刑罚追究时应当给予公民通过获得有效辩护而使其基本人权获得切实保障的重要制度设计。我国于1998年签署的联合国《公民权利和政治权利国际公约》已明确规定出庭受审的被告人可以自行或者委托律师为其辩护，如果他没有获得律师的帮助，则应当告知他享有这种权利。

尽管我国《刑事诉讼法》已明确规定了在刑事审判过程中的被告人有权获得辩护，但我国刑事辩护的实际状况并不乐观，据统计，多年来我国的律师参与刑事辩护率不足30%。虽然我国的《刑事诉讼法》和《法律援助条例》已规定了在特定情况下，可以由法律援助机构的律师为符合条件的部分被告人提供辩护，但我国法律援助框架下的指定辩护制度仅限于盲、聋、哑、尚未完全丧失辨认或者控制自己行为的精神病人以及可能被判处无期徒刑、死刑而没有委托辩护人的被告人，对于因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的被告人，并不能完全被涵盖在法律援助的范围内。一方面，大多数刑事案件被告人由于家庭经济状况等原因，一旦涉嫌犯罪，其本人和家属往往会自暴自弃；另一方面，由于辩护律师的专业水准和辩护能力良莠不齐，加之刑事辩护本身存在的收费标准偏低、执业风险较高的特性，使得许多律师不愿以刑事辩护作为主要业务领域。由于社会律师的“私人”身份，使得其在刑事诉讼过程中发表的辩护意见很难获得国家公权力机关的认可，甚至有的司法机关将辩护律师

看作是其行事公权力的障碍，处处阻挠辩护律师依法行使权利，反感辩护律师根据案件事实和证据情况所做出的无罪辩护，无视辩护律师合法、合理的辩护意见。刑事审判中的冤假错案、刑讯逼供也往往与辩护律师的刑事辩护功能未能充分发挥密切相关，被追诉人及其辩护人只能以弱势群体的姿态出现在刑事诉讼过程中，与代表国家公权力的司法机关进行控辩博弈，并最终无奈接受“有罪推定”的审判过程和结果。

早在2010年，司法部就进行过公职辩护人制度试点工作，试点单位包括上海浦东新区、江苏扬州、福建厦门等。同年10月27日，上海市浦东新区“公职辩护人办公室”正式挂牌，成为我国首个公职辩护人办公室，为公职辩护人制度的具体实践提供了宝贵的经验。

2015年10月31日，由深圳市律师协会主办、深圳图书馆协办的《深圳律师》杂志主题圆桌会议——“设立公职辩护人制度提升司法文明”在深圳图书馆贵宾厅举行。本期《深圳律师》将聚焦这一主题，探讨在深圳设立公职辩护人制度的可行性，以期推动这一制度在深圳落地，提升深圳一流法治城市的司法文明。



圆桌主题：设立公职辩护人制度提升司法文明

圆桌时间：2015年10月31日

圆桌地点：深圳图书馆

主持人：张 弢 业务创新与发展委员会主任

参会嘉宾：

李振河 深圳市政协社会法制和民族宗教委员会主任

高 树 深圳市律师协会会长

张 斌 深圳市律师协会副会长

华 瑜 南山区人民法院刑庭庭长

黄美玲 深圳市法律援助处律师

张若平 深圳市检察院检察官

郝纪柳 福田区政协委员

刘克坚 福田区人大代表

陈 伟 宣传与公共关系委员会副主任

蔡 华 刑事法律专业委员会主任

郑剑民 刑事法律专业委员会顾问

任忠孙 刑事法律专业委员会副主任

甘定中 北京市尚权（深圳）律师事务所律师

龚生超 广东广和律师事务所律师



李振河



高树



张斌



华瑜



黄美玲



张若平



刘克坚



郝纪柳



张弢



蔡华



郑剑民



任忠孙



甘定中



龚生超

公职辩护人是指由国家或者政府作为主体聘请的一部分具有一定执业经验的律师，或者是国家自主的专（兼）职刑事辩护律师。面对我国刑事案件辩护率较低的情形，一部分学者认为可以探讨在我国设立公职辩护人制度，为经济上有特殊困难的犯罪嫌疑人、被告人提供及时的、

专业的律师帮助，以协助其行使辩护权，改变我国司法实践中律师刑事参与率不高的状况，并提高刑事辩护的质量。也有学者认为公职辩护人制度如何保证律师具有自治权，既然是“公”的，拿着公家的钱，那么律师在行使其职权、发挥其作用时怎么避免公权力的影响和干涉，从而

怎么保障被告人的实际辩护权。各位代表围绕实行公设辩护人制度是否必要、深圳先行先试公设辩护人制度是否可行、实行公设辩护人制度具体适用范围、机构设置、人员编制、财政支持等开展激烈讨论。

是否有必要设立公设辩护人制度？

主持人：设立以及实行公设辩护人制度是近期一个热点话题，那么，实行公设辩护人制度是否必要？有人说，现有的法律援助制度能够覆盖公设辩护人制度，有人认为不能，需要改良。各位代表有什么看法？

黄美玲：关于公设辩护人制度，个人认为它就是属于刑事法律援助当中一个特殊的形式，是国家对经济困难的被告人、犯罪嫌疑人基于国家的责任给他的一个帮助。如果下一步我国要设立公设辩护人制度，那么公设辩护人制度在我国就是刑事法律援助这种辩护类型的专业化。关于公设辩护人，我想国家不是要把这类律师变为国家干部，他在从事辩护的时候，跟普通的律师是没有区别的。

高树：我认为，就深圳而言，政府不需要在我们9000多名律师之外单独建立一支公设辩护人队伍，这与深圳把法律服务发展提升到城市发展战略的高度是相矛盾的。深圳律师需要转型升级，我们要打造专业法律服务体系、公共法律服务体系和公益法律服务体系三个完备的法律服务体系。应当在现有的基础上，把公设辩护人制度是纳入到公共法律服务体系中，我们甚至有义务给贫困的被告人、犯罪嫌疑人提供辩护。

华瑜：我希望公设辩护人制度是完整的制度，而不是从法律援助来过渡。如果将其作为法律援助制度的过渡，就失去了公设辩护人的意义。公设辩护人，会让我感觉有一个更为专业的人士来为我服务。所以就从字面上的理解来说，我认为公设辩护人不应该还是沿用法律援助的制度或者模式。

蔡华：个人认为，公设辩护人不应当是法律援助这一块延伸和变化，那没有任何的意义。深圳作为国际化的大都市，需要的是公设辩护人制度的设立，而不是演变。

任忠孙：公设辩护人制度尽早落实对打破刑事辩护率不高的局面有一定的积极作用。我赞成不能把这个制度变成目前法律援助制度的一个扩大。但如果由政府承办，其

只能进行最基本的形式审查，我们对政府提出更高更多的监管要求也不切实际。我认为通过行业协会来落实，将会使之更为有效。

龚生超：公设辩护人制度的建立能够体现深圳作为前沿城市对人权的尊重，能够查明案情做出公正判决。我个人认为可以单独设立公设辩护人制度，为经济困难、有法律需求的被告人提供帮助，找出对被告人有利的证据，和承办法官共同查明案情，维护司法公正。深圳有近一万名律师，我们有人力资源作为支持。当然，我们要对公设辩护人进行严格的遴选，并且建立案后评价机制，由家属、承办法官对律师的会见、阅卷情况进行评价。同时还应当有退出机制。

郑剑民：我认为设立公设辩护人制度是有必要的，因为他弥补了法律的不足，使得一些被受到刑事追究的人获得法律上的救济。深圳打造一流法治城市，为什么不设立一种对民众有好处、在保障人权上起到作用的这么一种制度呢？

设立公设辩护人制度的路径选择

主持人：当前的法律援助制度并不完善，就如何充分保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，我们曾与各方进行了多次交流。对此，各位代表认为设立公设辩护人制度的路径选择有哪些？

黄美玲：我认为，《刑事诉讼法》已经指明我国设立公设辩护人的机制选择。该法第34条和267条规定：经济困难的犯罪嫌疑人和被告人提出刑事法律援助申请的，向法律援助机构提出；法院、检察院和公安机关在办案过程中，认为需要指定法律援助律师的，应该通知法律援助机构来指派律师。而法律援助机构会依据国务院、广东省、深圳市的法律规定判定当事人是否符合申请的条件，进而决定是否为当事人指派法律援助律师。《刑事诉讼法》与《国务院国家法律条例》是衔接的，均规定了这项职责是政府的职责，而不是律师的职责。从分析《刑事诉讼法》的具体规定来看，个人认为，如果未来我们要设立公设辩护人机制，那么这种机制就应该是法律援助的模式，而且从政府承担上也是这种走向。所以，我认为公设辩护人制度本质上是法律援助的一种模式。

张若平：如果让政府重新组织一支队伍来做公益诉讼人，编制问题、待遇问题、级别问题等都是一系列问题需要解决。同时，作为公有化的辩护人，如何保证其工作的积极性也值得思考。如果参照公务员，由财政给公益诉讼人发工资，那么辩护质量如何衡量？这都是一系列要面临和解决的问题。国外的一些辩护制度，就是分为聘请和购买服务，我认为这是比较可行的。但是我们怎么样在购买服务中购买到比较高质量的服务？我们能否通过一定的审核条件，组建一批相对比较稳定、比较专业的刑辩律师队伍，这是可以探讨解决的一个问题。

华瑜：我更愿意理解为公益诉讼人是一些事业比较成功的人士，愿意以类似于社会义工的服务形式参与社会管理，是属于公共法律服务的范畴。

蔡华：作为刑事辩护律师，我们非常愿意担任公益诉讼人。公益诉讼人自然要成为公职人员的身份，但又不能直接突破现有的编制管理，所以这在实际操作上很难。因此，深圳在制度建设上能否再次发扬改革创新的精神，使得公益诉讼人既不是公务员的编制，又由深圳市人民政府发放薪水。而薪水的配置问题也值得思考。目前，一个成熟的刑辩律师的薪水要高于一名公务员的薪水，那么，如何平衡优秀人才的选拔和薪水的匹配也是考验该项制度能否设立的一个难题。

公益诉讼人制度可否在深圳先行先试？

主持人：2010年10月27日，公益诉讼人制度试点单位之一上海市浦东新区“公益诉讼人办公室”高调挂牌。而司法部公益诉讼人制度的试点单位还包括江苏扬州、福建厦门等地的法院。对此，各位认为深圳是否具备试点设立公益诉讼人制度的条件？

张斌：我认为，在深圳全面引入公益诉讼人制度是具备相关条件和因素的：第一，深圳正全面加强建设一流法治城市，公益诉讼人制度不应缺失；第二，十八届三中全会将法治中国的建设提到了新的历史高度，其中明确指出要在审判过程中保障人权，我认为，在审判当中的人权保障最首要的可能就是犯罪嫌疑人的人权保障，公益诉讼人制度符合党的方针政策。第三，深圳有足够的财政力量支撑公益诉讼人制度建立所需要的经费支出。第四，根据相

关调研，很多深圳的基层法院、刑事法庭的法官赞同并支持建立此项制度，因为这项制度有利于减少冤假错案的发生。第五，这项制度有助于进一步提升刑辩律师的专业水平，我们将有一支队伍专业从事刑事辩护，对深圳律师业的专业化建设与发展也是一大利好。

黄美玲：我认为这是可行的。第一，公益诉讼人制度有助于提高刑事辩护的服务质量。第二，设立这项制度成本不高。如果是政府把案件指派给一个公益诉讼人去履行辩护职责，那么无论他做多少宗案件，他的支出就是办公和薪金，是相对固定的。而如果是由社会律师代理，我们是依据案件数量、案件的杂难程度和出庭次数支付相应的成本。从这个角度来分析的话，这项制度的成本相对较低。第三，它无需突破深圳现有的法律援助规定。第四，深圳有足够的律师资源。第五，深圳有足够的财力保障的。第六，有先例可行。最后，现在处于比较有利的时机，法律援助已经受到国家的重视，并通过了《关于完善法律援助制度的意见》，专门提到加强法律援助工作，探索法律援助队伍专业化、职业化发展模式，加强法律人才建设，培养一批擅长办理法律援助案件的专业人员。

蔡华：美国1914年设立公益诉讼人制度，并且是在人口密集的地方设立，这项制度经过101年的演变已经非常的完备。而深圳，恰恰就是人口密集的地方。可以说无论是从人口、从面积、从它的经济来看，深圳这块土壤上都应当是符合设立公益诉讼人制度的基本条件的。

实行公益诉讼人制度的具体构想

主持人：经过讨论，各位基本是支持设立公益诉讼人制度的。那么，具体而言，各位对如何设立公益诉讼人制度有什么建议？

黄美玲：《深圳市法律援助条例》第12条对申请法律援助的事由没有严格的限制。该条例第14条还规定，如果是法律指定要辩护的，只要有申请，我们就有义务指派辩护律师。我认为公益诉讼人制度应当吸收这两个方面。此外，最高人民法院对《刑事诉讼法》有关刑事辩护的第43条进行了进一步的司法解释，明确五类案件是“可以”通知法律援助机构，而不是“应当”，这是导致刑事辩护

率不高的一个原因。综上，目前深圳法律援助制度还没有涵盖上诉至中级人民法院的刑事案件。如果真正建立公职辩护人机制，我认为要做到涵盖上诉至中级法院的刑事案件，以及侦查阶段和审查起诉阶段。

张若平：公诉人和律师的职责都是一致的，都是为了最终实现司法公正。具体而言，如何提高刑事辩护率是我们共同面临的问题。在机制构建中，我们可否明确在一定情况下，我们有义务必须为被告人指定辩护人，而不是现在法律规定的“可以”，“可以”这个尺度在很多的司法领域中就是选择性的没有必要。此外，很多被害人的权益也应当得到保障，所以，建议探讨将被害人纳入到法律援助或者公职辩护人的机制中。

华瑜：我认为，律师是帮助法庭的，法官和律师应当是合作的关系而不是对抗的关系，律师帮助我们更加清晰的了解案件，避免遗漏。而这是否与社会律师业的发展有碰撞？所以我建议，限定公职辩护人的服务程度，超出一定服务程度的，由当事人委托社会律师进行辩护。公职辩护人应当在刑事案件的哪个阶段介入呢？我认为越早越好。但在刑事案件非常依赖口供的情况下，公职辩护人的过早介入会面临侦查机关和检察机关的阻力。

郝纪柳：我们应当探讨如何建立一种机制，吸引专职从事刑事辩护的优秀律师愿意担任公职辩护人，并将担任公职辩护人作为律师的一种职业成就感和荣誉感。同时，在制度设计层面，要明确规定公职辩护人未尽职、未履职的执业风险和成本，要建立完备的遴选和退出机制。具体而言，设立公职辩护人不一定是依赖于政府的行为，我认为律师协会就是最好的承办机构。

刘克坚：要设立公职辩护人，谁来当公职辩护人？谁愿意来做？谁能做？我认为吸引人才的机制和留住人才的机制很重要。当前，政府改革会将很多事务性工作通过购买服务的形式交给社会中介机构来完成，中央进一步明确要加大社会中介的作用。那么，我认为律师协会在这方面应该发挥更大的作用。在建立公职辩护人队伍时，以政府购买服务的形式，由律师协会组织、建立、遴选、管理、考核这支队伍，并推荐给法律援助机构备案。法律援助机构在有需要的时候，律师协会依照具体的法律援助申请和需求委派律师担任某一案件的公职辩护人。

郑剑民：打铁还需自身硬。无论是公职辩护人、法律援助还是被委托的律师，我们首先要提升律师的业务水平。作为业务的执行者，如果没有过硬的专业素养，一切都是免谈。我认为，第一，律师要自强；第二，不论设立什么制度，执业环境要与之配套建设，律师才能真正发挥应有的作用。探讨设立公职辩护人制度，指出了现有法律援助制度还有完善的空间，我认为是有必要建立这个制度来弥补法律援助制度的不足。深圳作为改革开放的前沿和一流法治城市，有能力设立一种有利于民、更加充分保障人权的制度。

甘定中：这个制度设立，首先要考虑法律服务的市场化。一旦真正由国家设立公职辩护人制度，由国家给予编制、给予实质权限、给予国家待遇，将来纳入政府管理，将极大增加政府的管理成本，这也远离了最初设立公职辩护人制度的初衷。而律师协会作为一个社会服务组织和律师行业自律管理组织，在行业自律管理方面有一定成熟的经验。我们有司法局的指导，如果以政府购买服务的形式把这个职能交给律协，只要加强监督，律协可以胜任这个任务。我认为，无论是法律援助还是公职辩护人，关键在于律师的自律管理，在于律师坚守职业操守，承担社会责任。

龚生超：建立公职辩护人制度，关键是要建立一个科学、合理、公正的评价机制。公职辩护人办理完一个案件后，要对这个律师的会见情况、阅卷情况、辩护情况进行评价。评价主体要包括当事人家属、承办法官等，这样就能对这个队伍的管理和评价实现具体化。同时，还要建立退出机制，对没有尽职尽责、低价竞争的公职辩护人清除队伍，保证这支队伍的健康、良性发展。

李振河：近年来市政协围绕着建设一流法治城市、一流法治政府、一流法治社会三大主题推动着深圳的司法体制改革。司法文明是法治文明重要的组成部分，法治文明又是人类文明的重要体现。我们每一个深圳人、深圳的法律工作者都有义务和责任推动这个城市的文明进步，尤其是法治文明的进程，使得深圳的法治环境与城市改革创新发展相适应，使社会更加公平正义。市政协社法民宗委将持续关注设立公职辩护人制度的可行性、关注深圳律师的发展、关注深圳法治的建设。

► 延伸阅读：美国公设辩护人制度的状况

当前美国公设辩护人制度的状况分析主要根据美国司法部司法统计局公布的四个调查报告：Public Defender Offices, 2007—Statistical Tables (Revised) (公设辩护人办公室统计分析表修订版, 2007年); Indigent Defense Services in Large Counties, 1999 (人口大郡贫穷被告辩护服务状况调查, 1999年); State-Funded Indigent Defense Services, 1999 (州资助贫穷被告辩护服务调查, 1999年); National Criminal Defense System Study, 1982 (全美刑事辩护制度研究, 1982)。

一、公设辩护人办公室的界定。公设辩护人办公室是指以官方或者公共的、私人非营利性的组织形态出现, 配置有专职或兼职的领薪律师的机构。这个界定是从美国的实际出发, 因为美国公设辩护人办公室有官方设立的, 也有非营利性组织设立的, 而且办公室里的律师有专职, 也有兼职的。这和有些国家或者地区公设辩护人办公室仅限于国家机关设立有一定的差异。

二、公设辩护人办公室在美国刑事法律援助中的地位。1982年研究报告显示: 以服务的郡来看, 采用指定律师的形式占到将近60%、公设辩护人制度占到34%多、合同制占到6%; 以服务的人口来看: 采用公设辩护人制度占到60%多、指定律师的形式不到30%、合同律师占到不到10%。这表明在美国绝大多数人口大郡都采用公设辩护人办公室的形式。1999年人口大郡贫穷被告辩护服务全国调查显示: 在美国人口最多的100个郡, 其中90个郡设有公设辩护人办公室; 89个郡设有指定律师制度; 42个郡设有合同律师制度。

三、公设辩护人办公室的设立层次与经费来源。2007年统计分析显示: 全美22个州是州立公设辩护人办公室, 管理和经费来源是它们各自的州。27个州和哥伦比亚行政区是郡立公设辩护人办公室, 这其中, 12个州的公设辩护人办公室经费来源于郡级层次, 16个州的公设辩护人办公室经费来源于郡级和州级两个层面的共同承担。值得说明的是: 缅因州为贫穷被告提供辩护服务是通过指定律师和合同制形式, 并未采用公设辩护人办公室形式。

四、公设辩护人办公室受理案件数量及案件性质。

2007年统计分析显示: 957家公设辩护人办公室受理案件数为550多万件。其中, 州立公设辩护人办公室受理了150万件案件; 郡立公设辩护人办公室受理了400多万件案件。1982年研究报告显示: 当时所有公设辩护方案受理的案件数是320万件。州立公设辩护人办公室平均每位等效全职诉讼律师每年受理82件重罪案件 (felony, 不包括死刑案件)、217件轻罪案件和2件上诉案件, 共301件。郡立办公室平均每位等效全职诉讼律师每年受理100件重罪案件和146件轻罪案件, 共246件。

五、公设辩护人办公室的律师人员及运作。2007年报告显示, 全美公设辩护人办公室雇佣了15026位全职的等效全职诉讼律师。其中, 州立公设辩护人办公室雇佣了4321名等效全职诉讼律师, 平均每个办公室雇佣了163名等效全职诉讼律师。郡立公设辩护人办公室雇佣了10705等效全职诉讼律师, 平均每个办公室雇佣7名等效全职诉讼律师。与1982年报告相比, 现在的等效全职诉讼律师总数和每个办公室的雇佣等效全职诉讼律师平均数都有了显著的增加。公设辩护人办公室里的公辩律师, 主要包括首席公设辩护人、行政管理律师、督导律师和助理公设辩护人。

六、公设辩护人办公室支援性职员。2007年统计分析显示: 全美公辩人办公室雇佣了近9700位支援性职员。包括调查员、律师助理、行政管理人员以及秘书, 其中秘书和调查员基本上是必备的。州立办公室, 支援性职员平均为85人; 郡立办公室, 支援性职员平均为4人。

七、经费开支。2007年统计分析显示: 花在公设辩护人办公室方案上的经费为23亿多美元。其中, 州立办公室经费为8000千多万美元; 郡立办公室经费为1亿4000多万美元。1982年研究报告显示: 花在所有公设方案的经费为6亿2500万美元, 由此可见, 美国在不断加大对公设辩护人办公室的经费投入。

八、公设辩护人的管理标准。2007年统计分析显示: 州立公设辩护人办公室一般都有公辩律师管理的正式标准或书面方针, 如较常采用法律继续教育、年度绩效考核、在所有程序阶段为客户提供的代理、案件的复杂程度与律师经验的匹配等; 郡立公设辩护人办公室, 也有类似州立的标准, 其中法律继续教育最为常见的。

(以上内容来源网络资料)

创立公设辩护人制度 确保刑事司法正义

文 广东华商律师事务所 余俊福律师

深圳有责任、有能力探索建立公设辩护人制度，提高刑事案件的辩护率和律师参与度，改善刑事辩护律师的执业环境和执业保障，妥善解决刑事辩护律师的后顾之忧，加速实现刑事诉讼领域内的司法公正，通过切实保障刑事诉讼中的人权来达到《决定》中提出的“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施”的目标。

引言

公设辩护人制度是国际上通行的刑事法律援助的实施模式，是指由国家设立的公共机构或者以非营利组织形态出现，通常以公设辩护人办公室的形式，雇用全职或兼职公设辩护人，为贫困或其他处于困境未聘请律师的犯罪嫌疑人、被告人提供辩护服务的制度体系。^[1]公设辩护人制度促使辩护律师与国家公诉机关处于平等的控辩地位，辩护律师可以在无后顾之忧的前提下潜心研究相关法律、法规和案件事实，从而更好地为被追诉人提供辩护，有利于通过大幅提高刑事审判的律师辩护率，增强对刑事诉讼公权力的外部监督，改善刑事案件被告人的人权状况，确保刑事司法的程序正义，降低冤假错案和刑讯逼供发生的风险，实现刑事司法的实质正义。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出要加

强人权的司法保障，强化诉讼过程中当事人和其他诉讼当事人的知情权、陈述权、辩护辩论权、申请权、申诉权的制度保障，健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度，完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督，加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防，健全冤假错案有效防范、及时纠正机制。在2015年8月20日召开的全国律师工作会议上，相关部门负责人强调指出：“要健全侦查、起诉、审判各环节重视律师辩护”，“要依法保障刑事案件犯罪嫌疑人聘请律师权利，使律师能够及时向被监管人员提供法律援助服务”。

因此，无论是从履行相关国际公约的要求出发，还是从全面建设社会主义法治国家的实际状况和实际需求出发，引入或创立公设辩护人制度，已成为完善我国刑事司法制度的当务

之急和必然选择。

公设辩护人制度探源

目前，世界范围内的刑事法律援助制度主要包括指定律师制度、聘用制度和公设辩护人制度，其中指定律师制度和聘用制度中的律师身份是私人的，即国家是通过向私人律师购买法律服务的方式向被追诉人提供律师辩护服务，由私人（民间）律师提供具体的刑事辩护法律服务，而公设辩护人制度则是由国家直接聘用律师专职从事刑事辩护活动，公设辩护律师以国家公务人员的方式参加刑事诉讼活动，通过维护被追诉人合法权益监督国家刑事追诉权的行使过程，以保障被追诉人的诉讼权利。

现代意义上的公设辩护人制度于1914年诞生于美国，随后被英国、加拿大等英美法系国家所接纳，上世纪末开始，一些具有大陆法系特征的国

[1] 参见谢佑平、尹晓红：《公设辩护人制度的价值分析》，载《中国刑事法杂志》2013年第11期。

家如南非、立陶宛、亚美尼亚也纷纷建立起自己的公设辩护人制度，我国台湾地区沿用南京国民政府的刑事诉讼立法，保留了公设辩护人制度。公设辩护人制度的存在是基于以下理论假设：领薪的全职公设辩护人专门从事刑事案件辩护，与并非专攻刑事法律的法庭指定私人律师相比，能够为贫困者提供质量更高的辩护服务。^[2]根据这一理论以及相关国家的实践经验，公设辩护人制度的功能主要体现在如下方面：

专职性。相比于私人律师，公设辩护人专门从事刑事辩护业务，可以专心研究刑事辩护领域内的法律、法规和司法实践，不必为增加收入而涉足其他法律领域，有利于提高刑事辩护的水平和技能。

制衡性。不同于私人律师，作为国家公务人员的公设辩护人与代表国家行使刑事公权力的检察官、法官等司法人员处于平等的身份地位，可以平等且客观地与检察官、法官研讨相关案件，并发表相应的法律意见，地位的平等性可以促使检察官、法官更加尊重公设辩护人的辩护意见，有利于检察官、法官和公设辩护人公平地站在各自的职责范围内行使权力（权利），促进刑事案件的公正处理。

保障性。公设辩护人作为国家公务人员，其身份和待遇具有良好的保障性，公设辩护人不必像私人律师那样担忧自己的生计问题，可以全身心地投入到保障被追诉人合法权益的工

作中。同时，公设辩护人还可以获得充分的办案经验和职业培训，有助于其不断提高办案技能和水平，良好的职业升迁机制也可以使公设辩护人拥有比私人律师更高的工作积极性，从而更好地适应刑事辩护对于辩护律师敬业和献身精神的要求，而不必受到自身经济利益得失的影响。

监督性。与私人律师的业务办理模式不同，公设辩护人的刑事辩护活动会受到更为直观和具体的工作标准约束，公设辩护人办公室一般都有正式的管理和评价标准，有助于相关部门对公设辩护人的辩护活动进行有效监督，从而控制辩护质量。

经济性。除了有助于提高刑事辩护质量外，公设辩护人制度还可以起到控制社会刑事法律援助成本的作用。公设辩护人专职从事刑事辩护，使其提供的刑事辩护法律服务的边际成本不断降低，国家以相对固定的成本聘用公设辩护人为社会成员提供刑事辩护法律服务，节省了被追诉人寻求合适辩护律师的机会成本和因刑事司法不公而产生的社会矫正成本，国家为设立公设辩护人而支出的成本将远远小于社会整体为刑事辩护而付出的成本。

公设辩护人的制度要素

立法保障

在我国现有法律框架内，刑事被追诉人可以委托的辩护人既可以是律师，也可以是人民团体或被追诉人所

在单位推荐的人或其监护人、亲友，辩护人的来源范围较为宽泛，这主要是因为我国目前律师分布不平衡，也并不是所有的犯罪嫌疑人、被告人都具备聘请私人律师的经济能力，而我国刑事法律援助的范围还难以覆盖所有犯罪嫌疑人和被告人，所以才需要有律师以外的人承担起维护被追诉人合法权益的职责。然而，暂未专职从事刑事辩护的律师尚且难以有效刑事辩护职责，遑论不具备法律职业资格的人民团体、犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人或其监护人和亲友了。因此，我国刑事诉讼法律应当缩小刑事辩护人的来源范围，规定只能由律师为被追诉人提供辩护服务，并确定公设辩护人的法律地位，以便为被追诉人获得有效的刑事辩护奠定组织基础。

财政支持

鉴于目前我国的刑事法律援助范围尚未涵盖所有刑事被追诉人，有必要通过建立公设辩护人制度扩大刑事辩护服务受众的范围，促使所有的刑事被追诉人都可以获得专业而有效的刑事辩护服务。结合我国目前的实际状况，可以逐步通过财政支持设立公设辩护人办事机构，由国家财政通过政府购买法律服务的方式聘用符合相应条件的律师作为公设辩护人，专职为刑事被追诉人提供刑事辩护服务，所需费用和报酬均由财政负担。

常设机构

在我国现有的法律援助框架下，

[2] See Douglas W. Vick, Poorhouse Justice: Underfunded Indigent Defense Services and Arbitrary Death Sentences, Buffalo Law Review, Vol. 43, 1995, p. 389.

我国为特定人群提供法律援助的机构为司法行政部门下设的法律援助办公室，除了刑事辩护法律援助外，该机构还可以提供民事和行政法律援助。鉴于刑事辩护的特殊性，我国未来的公设辩护人制度可以将现存的刑事辩护法律援助职责从法律援助机构中分离出来，并入公设辩护人制度，由公设辩护人办公室具体负责为所有刑事被追诉人提供刑事辩护服务，统一履行国家刑事救助义务。

专业律师

由于刑事辩护的专业性特点，公设辩护人应当全部由专门从事刑事辩护的律师担任，公设辩护人办公室的业务部门应由聘任的专业辩护律师组成，并由其他专职人员为辩护律师提供辅助性的帮助，协助并监督公设辩护人完成刑事辩护法律服务。公设辩护人应从具备一定的律师执业经验，且有志于终身从事刑事辩护业务的律师中择优选聘，并设定相应的准入、晋升和退出机制，确保公设辩护人队伍的稳定和素质。

公设辩护人的价值分析

公设辩护人制度作为刑事法律援助的重要方式，已成为现代法治国家保障人权的重要形式。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利是保障其基本人权的必要条件，只有被追诉人的实体权利和诉讼权利均获得保障，被追诉人在刑事诉讼过程中的人权才是完整的，才能符合宪法关

于保障人权的規定。在刑事诉讼中，被追诉人面对的是强大的司法机关，而且诉讼的结果将决定他们的财产权、自由权乃至生命权的取得丧失，可以说律师不仅仅是在为被追诉人辩护，更是在为自由和生命辩护，自由、财产、生命这一系列实体性权利的重要性决定了辩护权的重要性，被追诉人获得辩护权的有无、大小是衡量一国人权保障水平的基本标准。^[3]公设辩护人制度确保了因经济困难或其他原因没有委托辩护人的被追诉人获得平等辩护的机会，同时，相对于一般意义上的刑事辩护法律援助，公设辩护人制度还为被追诉人获得切实有效的辩护服务提供保障，使被追诉人在刑事诉讼过程中获得实质上的公平对待，真正实现“法律面前人人平等”。

司法公正是公平和正义对司法活动的基本要求，也是依法治国的必然选择。刑事诉讼不断进化的历史，实际上就是司法公正不断实现的历史，辩护权的形成和发展正是实现刑事诉讼程序正义和结果正义的必要产物，而律师辩护则是传统刑事诉讼与现代刑事诉讼相区别的重要标志。公设辩护人制度与其他法律援助模式相比，具有专业性、对抗性和保障性等特征，可以更好地为被追诉人提供刑事法律援助。作为国家公权力象征的司法机关在刑事诉讼中占据绝对优势，缺乏法律基础知识的个人或者尚未专职从事刑事辩护的律师很难与控方构成平衡的诉讼三角结构，不稳定的诉

讼三角关系使得刑事诉讼常常变成控方的独角戏，不利于审判机关从控辩双方的举证和质证过程中查明案件事实和正确适用法律。与私人律师相比，公设辩护人的公职身份可以促使其成为刑事司法体系的一部分，有利于控辩双方全面查明案件事实，并正确适用法律，能够确保国家在履行惩罚犯罪义务的同时，也可以充分履行确保无辜者不受错误追究的职责，是刑事司法正义的重要支撑。

深圳经济特区可以先行先试 公设辩护人制度

为贯彻落实党的十八大作出的战略部署，加快建设社会主义法治国家，党的十八届四中全会研究了全面推进依法治国若干重大问题，并作出了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称“《决定》”），《决定》指出应当强化诉讼过程中当事人和其他诉讼参与人的知情权、陈述权、辩护辩论权、申请权、申诉权的制度保障，健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度，完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督，加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防，健全冤假错案有效防范、及时纠正机制。公设辩护人制度有利于促使刑事诉讼程序当中的犯罪嫌疑人、被告人获得有效辩护，充分行使辩护权，贯彻落实刑法领域关于罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等

[3] 谢佑平、尹晓红：《公设辩护人制度的价值分析》，载《中国刑事法杂志》2013年第11期。

“

公设辩护人制度作为刑事法律援助的重要方式，已成为现代法治国家保障人权的重要形式。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利是保障其基本人权的必要条件，只有被追诉人的实体权利和诉讼权利均获得保障，被追诉人在刑事诉讼过程中的人权才是完整的，才能符合宪法关于保障人权的规定。在刑事诉讼中，被追诉人面对的是强大的司法机关，而且诉讼的结果将决定他们的财产权、自由权乃至生命权的取得丧失，可以说律师不仅仅是在为被追诉人辩护，更是在为自由和生命辩护，自由、财产、生命这一系列实体性权利的重要性决定了辩护权的重要性，被追诉人获得辩护权的有无、大小是衡量一国人权保障水平的基本标准。

”

法律原则，有利于加强对司法公权力的监督，预防刑讯逼供和冤假错案。

深圳作为中国最早的经济特区，除了担负国家经济改革探索者的重任以外，在法治建设领域，也担负着为国家先行先试的使命。结合中共中央十八大作出的加快建设社会主义法治国家的战略部署，深圳提出了创建一流法治城市的目标，并率先探索改革现有的司法体制。针对我国刑事诉讼中律师辩护率低的实际情况和客观原因，笔者认为，深圳有责任、有能力探索建立公设辩护人制度，提高刑事案件辩护率和律师参与度，改善刑事辩护律师的执业环境和执业保障，妥善解决刑事辩护律师的后顾之忧，加速实现刑事诉讼领域内的司法公正，通过切实保障刑事诉讼中的人权来达到《决定》中提出的“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施”的目标。具体理由如下：

一、尽管基于经济较为发达，深圳的犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼过程中聘请律师担任辩护人的比例相对略高，但由于很少有律师专职从事刑事辩护，深圳律师参与刑事辩护的比例以及从事刑事辩护业务的技能

还有待进一步提高。通过建立公设辩护人制度，可以有效提高律师参与刑事辩护的积极性和刑事案件辩护率，增强相关被追诉人及其亲属对司法公正的信赖感，强化深圳刑事司法公信力，从而有效降低犯罪复发率，有利于深圳创建一流法治城市。

二、早在2012年，深圳市委和市政府在（2012）市办发1号文中就已经提出了探索建立公设辩护人制度的设想，加之深圳具有地方立法权，可以借党的十八届四中全会的“东风”深入推进科学立法和民主立法，通过制定《深圳经济特区公设辩护人条例》（正式立法前可采用相关部门联合发文的方式试行），建立公设辩护人制度，切实保障公设辩护人从事刑事辩护的执业权利，加强公设辩护人与公安机关、检察机关和审判机关的沟通和协调，通过完善培训机制提升公设辩护人的执业技能，解决深圳辩护律师的生存问题，促使其专心从事刑事辩护业务。

三、据统计，2014年深圳市的地方公共财政收入为人民币2082.7亿元，截至2015年7月，深圳市累计完成公共财政预算收入人民币1731.83亿元，同比增长30.24%，深圳市的地

方财政有能力支持公设辩护人制度的设立，并可以根据深圳市的实际情况向依法设立的公设辩护人机构拨付财政经费，保障其正常发挥作用。据最新统计，目前深圳市已拥有600家律师事务所，执业律师9429人，其中有相当一部分律师希望将刑事辩护业务作为自己的主攻业务方向，深圳律师协会也设有刑事法律专业委员会，深圳已具备了设立公设辩护人的组织基础，完全有条件从现有执业律师队伍中选聘公设辩护人。

深圳创立公设辩护人制度的具体构想

一、通过深圳市人民代表大会及其常委会立法创设或深圳市人民政府和深圳市中级人民法院联合发文试行设立公设辩护人制度。

《决定》指出要健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制，发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用，并要求通过加强重点领域立法，依法保障公民权利，加快完善体现权利公平、机会公平、规则公平的法律制度，保障公民人身权、财产权、基本政治权利等各项权利不受侵犯。深圳市人民代表大会及其常委会作为拥有地方立法权的权力机关，有权力也有能力主导制订有关建立公设辩护人制度的立法工作，以彰显深圳经济特区依法保障公民人身权、财产权和基本政治权利不受侵犯的决心，使深圳市民亲身体会到司法改革的红利。具体说来，深圳市的立法机关可在政府有关部门或人民法院试点设立公设辩护人制度的基础上起草、论证、协调和审议《深圳经济特区公设

辩护人条例》，进一步通过立法的形式明确公设辩护人的概念、作用、选任、权利、义务、执业机构、培训、经费来源、监督、退出等方面的具体程序和条件，以科学立法和民主立法切实推进公设辩护人制度确立。

二、深圳市各级人民法院可增设公设辩护人办公室，负责协调具体的委托辩护事宜，该机构接受政府司法行政部门和人民法院的双重领导和监督。

未来的《深圳经济特区公设辩护人制度》可规定在深圳市的各级法院设立公设辩护人办公室，因应需要可在公安机关、检察机关设立相应的派出机构，由该办公室根据有关刑事案件委托辩护人的具体情况在犯罪嫌疑人、被告人第一次被采取强制措施后告知其有权自行委托辩护人或由国家为其指定辩护人，在犯罪嫌疑人、被告人没有自行委托辩护人的情况下及时从相关辖区或全市的公设辩护人名单中选任合适的辩护人为其提供刑事法律帮助，并就有关委托事项与相关司法机关进行沟通和协调，确保被追诉人第一时间获得切实有效的刑事法律帮助。公设辩护人办公室应当同时

接受政府司法行政部门和相关司法机关的双重领导和监督，以便其及时、有效地履行刑事辩护职责。

三、公设辩护人的办公经费应由市、区两级财政予以保证。

作为国家为被追诉人提供刑事法律帮助的法定机构，公设辩护人办公室的办公经费以及公设辩护人的报酬应分别由深圳市、区两级财政予以支持，并纳入市、区两级政府年度预算，接受政府财政部门的监督。对于公设辩护人承办案件的报酬，可根据承办案件的难易程度以及公设辩护人自身的执业年限和办案技能分级确定，由政府司法行政部门根据公设辩护人的承办案件数量按月支付。

四、公设辩护人办公室的专职人员采用雇员制，专职从事公设辩护人的工作协调和后勤支持工作，公设辩护人则采用聘任制，从深圳本地符合一定条件的执业律师中选任。

公设辩护人办公室作为国家设立的法定机构，其职员应属国家公务员序列，具体可从政府司法行政部门和司法机关中的公务人员中选调，专门从事公设辩护人的工作协调和选任

工作，并为公设辩护人的具体辩护工作提供后勤支援。负责承办具体刑事案件公设辩护人可以根据政府编制和财政支持的具体情况采用雇员制或聘任制，由本市具备一定条件（如律师执业满五年，未受过违纪处罚，愿意专门从事刑事辩护业务）的执业律师通过一定的程序予以选任，公设辩护人办公室作为公设辩护人的执业机构，可以为其提供相应的执业手续，并缴纳相应费用。公设辩护人聘任期限（一般为三至五年）届满后，可根据业务考核情况继续留任，连续担任公设辩护人达到一定年限（可为十年），可晋升到更高级别的公设辩护人或转入国家公务员序列，成为公设辩护人办公室的专职人员。公设辩护人可根据承办案件的具体需要，聘请符合相应条件的法律专业人员担任辩护人助理，辅助公设辩护人办理案件，所需费用由政府财政负担。

五、公设辩护人的监管由人民法院与同级司法行政部门联合进行，业务考核由深圳市律师协会完成。

由于公设辩护人身份的特殊性和刑事辩护业务的专业性，为切实保障刑事被追诉人的获得辩护权可以在刑事诉讼过程中获得实现，对公设辩护人日常工作的监督和管理可以由相关人民法院和同级司法行政部门联合进行，而对包括公设辩护人在内的所有刑事案件辩护人的业务考核则应由律师协会完成，公设辩护人经考核合格后继续从事刑事辩护业务，如经两次考核不合格或者在刑事辩护过程中存在违法违纪的情况，则应当承担相应的法律责任并终身退出公设辩护人队伍。



设立公职辩护人制度 势在必行



文 广东守静律师事务所 林昌炽律师

公职辩护人制度由于其保障被追诉人获得有效辩护的天然优势，在法治发达地区是相当成熟的法律制度，在刑事司法实践中具有重要地位和作用。具体到我国，公职辩护人制度于2010年在上海试点运行，各地也都在积极推行此制度。虽然目前深圳尚未设立公职辩护人制度，但已在酝酿筹备中，2012年2月中共深圳市委办公厅、深圳市人民政府办公厅联合转发的《市司法局关于进一步加强和改进律师工作实施意见》的通知（深办发【2012】1号）第16条明确提出“探索建立公职辩护人制度，为未委托律师且不符合法律援助条件的刑事被告人指定公职辩护律师。”

为推动我国司法制度建设，保障被追诉人的辩护权，我们认为有必要设立公职辩护人制度。

设立公职辩护人制度的优越性

公职辩护人制度具有其他法律援助模式无可比拟的优势，这是设立公

设辩护人制度最根本的原因，其优越性具体体现在以下三个方面：

专业性。公职辩护人制度最显著的优越性体现在公职辩护人的专业性上。公职辩护人，在我国是指通过国家司法资格考试，具有一定司法实践经验，由国家资助，为贫穷被追诉人提供刑事法律援助，具有国家公职人员身份的专职或兼职刑事辩护律师。首先，专门从事刑事辩护的公职辩护人会积累更多的刑事辩护经验，丰富的辩护经验可以促使公职辩护人比私人律师更精通刑事辩护业务，使他们成为刑辩专家，被追诉人获得专业的辩护有助于实现控辩平等。其次，公职辩护人由于公职身份，必然会有严厉的考核制度，督促公职辩护人保持其专业性。

保障性。公职辩护人制度的保障性表现在两个方面：一是对公职辩护人的保障，公职辩护人作为国家工作人员，具有良好的身份保障，诸如稳定薪水、合理的升迁渠道等，这些待

遇上的保障能够让公职辩护人更专注于对被追诉者权利保障上。二是对被追诉人的保障，由于有成熟的监督和管理体制以确保被追诉人得到有效辩护。

制衡性。刑事诉讼中公设辩护人与公诉人“平等武装”使得控辩之间更有可能达到平等对抗，有利于保护被追诉人的合法权益。我国一直在完善刑事诉讼中的辩护权，其中一个重要的途径便是通过实现控辩双方的制衡来实现，公诉辩护人由于其专业性，能够与专门从事公诉工作的检察官形成必要的制衡。

设立公职辩护人制度的必要性

设立公职辩护人制度不只是因为其优越性，更在于其设立的必要性。首先，公职辩护人制度是法律援助体系中一个非常重要的单元。诚然，我国法律援助制度在我们的司法实践中发挥了非常大的作用，但是由于法律援助制度本身设计的不足，需要对其

进行完善，而公设辩护人制度是对法律援助制度的进一步细化、深耕。人的自由与生命高于一切，设立公设辩护人制度是人权保障的核心要求。目前，司法实践中仍有70%的被追诉人因为经济困难而得不到有效辩护，必然要求对这部分人的权利进行特殊保护。随着法律服务行业的精细化、专业化发展，设立公设辩护人制度也是顺应时代大潮的必然选择！

其次，设立公设辩护人制度有利于中国刑事司法制度的改革。刑事诉讼涉及到控辩审多方的参与，尤其在对抗制的庭审中如果缺少辩方的参与，有些改革可能造成新的控辩失衡，改革很难实现预期效果。比方说目前推行的普通刑事案件简化审，虽然大量的减轻了庭审的工作量，但是严重缺乏辩护律师的参与，难以保障被告人的合法权益，不利于司法制度改革顺利进行。

最后，公设辩护人的设立有利于保障人权，实现社会的和谐。“社会和谐是中国特色社会主义的本质属性，是国家富强、民族振兴、人民幸福的重要保障。”和谐社会应当是法治社会，在被限制自由和生命的时刻，自由和尊严是第一位的，任何人都需要专业的刑事辩护律师来帮助我们来捍卫自由和尊严。

设立公设辩护人制度的可行性

设立公设辩护人制度的可行性主要体现在以下几个方面：

我国已有设立公设辩护人制度的法律基础。我国《宪法》第33条规定“公民在法律面前一律平等”，

第125条规定“被告人有权获得辩护”。2012年我国新《刑事诉讼法》第34条、第267条规定了国家应当为下列四种情形没有委托辩护人的犯罪嫌疑人、被告人提供刑事法律援助，以保障其辩护权：1、因经济困难或其他原因；2、盲、聋、哑人，或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人；3、可能被判处有期徒刑、死刑的；4、未成年人。

我们有国内试点经验可供借鉴，国外成熟经验可供参考。尽管有异议者会提出“2010年公设辩护人在上海试点之后，至今为什么没有全国推广？”对此，我们认为每个制度的创设都是需要经过孕育和发展的，而且现在全国多地已在设点设立公设辩护人制度，越来越多的城市也在讨论如何设立公设辩护人制度。

设立公设辩护人制度有充足的财政及法律人才保障。我国法律工作者基数大，且每年以较高的态势增长，人才方面的保障无需赘言。存在争议的是财政方面，或许有论者会认为我国目前设立公设辩护人制度最大的掣肘便是财政问题，有充足的财政不如解决民生问题。对此，我们认为：首先，在同一单位时间内或在稳定资金投入前提下，公设辩护人制度的设立在成本上并不必然比现有的模式花费大。其次，民生问题和公民的权利保障问题同样重要，都应当尽全力保障。被告人如果因为经济困难而无法得到专业辩护，这是国家社会制度的失灵，无情剥夺了我们每一位公民的天赋权利，包括你我都是潜在的被剥

夺者！人人生而自由平等又何谈？我们应该承认“每一个人，得到辩护律师的专业辩护，是一件必需品，而不是奢侈品”。

关于公设辩护人的独立性及其辩护质量能否保障的问题。有反对者认为公设辩护人制度可能检法一家亲，对被追诉人的权益置若罔闻。我们认为，公设辩护人的身份虽然具有双重性，既是公务员，也是律师。但不能因为其公职身份便否定其律师的使命，在我国法官和检察官也是属于公职人员身份，但是一直致力为实现司法公正而努力。是否能独立办案，是否能高质量办案，关键在于律师是否坚持法律至上。何况，公设辩护人有充分的时间和精力研究案件，在法律上独立表达观点，与公诉人一样，在经验、知识、诉讼策略方面有平等的武装，更有利于控辩双方平等对抗。

回首我国改革开放以来的法制建设，尤其是刑事诉讼法律制度的建设和发展历程，我们可以发现，每一项新的法制制度从设计到具体实施，都需经历曲折的研究和论证的过程。破除旧的法律制度，建立新的诉讼规则，就要解放思想、更新观念，就要有大胆吸收人类司法优秀文明成果的胸怀，要有敢于无畏开拓的勇气。公设辩护人制度是一项涉及公民社会地位、涉及犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利和司法公正的具有重大价值的诉讼制度。因此，我们相信，公设辩护人制度能够在深圳特区这一片改革热土上绽放法治之花。

浅谈深圳设立公设辩护人制度的



文 广东晟典律师事务所 刘辉律师

近年来，刑事案件辩护率过低、辩护质量良莠不齐的现象是刑辩律师关注的焦点之一，也是困扰着刑辩律师的发展难题。由此，公设辩护人这一概念逐渐走入刑辩律师的视野。关注公设辩护人，不仅仅是关注刑辩律师的发展，更重要的是这关乎每一个犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。笔者认为，公设辩护人是指国家雇佣出资，为经济困难等原因未聘请律师的犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助的刑事辩护律师。可以明确的是，公设辩护人设立的资金来源是国家财政、公民纳税，面向的是因经济困难等原因的嫌疑人群体，聘请的是具有法律职业资格的律师。本文将从如下几个方面浅谈在深圳设立公设辩护人制度的几点看法。

公设辩护人制度是否具有单独设立的必要？

有人认为，我国现有的法律援助制度可以覆盖公设辩护人制度。对此，笔者认为，法律援助除了盲聋哑以及可能被判处无期徒刑、死刑的重罪犯是需指定辩护，还有因经济困难

和其他原因的嫌疑人可以申请援助。所以，公设辩护人制度保障的群体其实已经在法律援助中涵盖了。

制度的建设应当是一个统一的整体，若是对于法律援助的细化、深耕，那么其实是没有必要单独设立公设辩护人制度的，只需要在法律援助的框架下进行补足；若公设辩护人制度是代表新的司法理论和方向，那么应当设立新制度。所以，公设辩护人作为先进的制度设立，需要对未来的司法进程有促进作用，还需更多理论的探讨。虽然公设辩护人制度保障的群体已经在法律援助当中有所覆盖，但毋庸置疑，这一制度代表着新的司法理论和方向。所以，笔者认为，应当将法律援助和公设辩护人进行整合，无论如何确定这一制度的称谓，其目的都是为了帮助有需要的犯罪嫌疑人或者罪犯获得他们在法律上应有的权利，也旨在提高我国刑事诉讼中律师的参与率。

应当以何种形式设定公设辩护人制度？

我们虽然探讨公设辩护人制度

在深圳试点，但是权利保障不应当因深圳是特区而有特殊，深圳的经验要具有可以推向全国的作用。所以，该种制度的设立不应当以特区立法的方式。至于是部门规章还是地方性法规，要看设立和管理这个制度的机构而定。

公设辩护人执行机构的主管单位如何确定？

从身份看，公设辩护人是公务员和律师的结合体，既要有行政制度来管理，也要有职业道德来约束。从管理的方面看，当然是由行政机关管理更为适合。在公设辩护人的来源方面，由于普遍反应现行的法律援助制度提供法律援助的律师素质不尽人意，没能将法律援助制度的功效最大化。那么在实行公设辩护人的制度时候，应当着力提高公设辩护人的业务水平。笔者认为，单独规定专人专事为公设辩护人，恐怕是种资源浪费。我们可以采用聘任执业律师的方式，通过现有的律师事务所提供公设辩护人，一是公设辩护人的业务素养有所保障，二是加强了律师事务所和律师

对我国刑事诉讼的参与度，在不需法律援助和公设辩护人的案件中，也能有律师和律师事务所积极参与。

设立公设辩护人制度， 由谁买单？

从设立所需的成本和资金来源看，公设辩护人设立的资金来源于国家财政，来源于公民纳税，也就是说，为经济困难的嫌疑人群体委派或聘请律师是国家责任，由每一个纳税的公民来买单。

我们说，什么是国家责任，国家在保障权利失守的最后防线的时候，需要国家和全体公民做出一定的行为，就是国家责任。所以，我们国家设立了刑法和刑罚，设立了司法机关和司法的制度，然后又设立了辩护和法律援助制度，保障的是全体公民或者面对强大公权力的无能为力的弱势群体的利益。而公设辩护人保障的群体是经济困难的群体，如果所有的经济困难群体的权利都要保障，那么医院是不是不能向贫穷的人收费，餐馆是不是要有义务免费向贫穷的人派发食物？如果说自由是人权重要的部分，那么生命权也是人权重要的部分，生命和自由两者的价值不相上下。如果经济困难是国家出资保障自由的条件的条件，那么经济困难也应是国家出资保障生命的条件的条件。所以，设立公设辩护人制度会带来很大的道德难题和国家财政的难题。现在中国的情况是，国家养老财政已经负担不起，教育、医疗更是需要改善，经济和司法发展的水平都是东西分布不均。纳税人应不应该买单、愿

不愿意买单也是这个制度设立和推行的难题。

公设辩护人如何遴选与考核？

公设辩护人一定要通过法律资格考试，可以面向社会招聘，也可以直接聘请律师、检察官等等具有法律资格的人。但公设辩护人是一个职业，不同于律师、检察官的职业。那么这个职业怎么发展？是参照律师多劳多得？还是参照检察官、法官来评级？从这个角度看，公设辩护人的发展和完善还需要更多的理论和实践支持。

虽然设立公设辩护人能够很大程度上保障被告人的诉讼权利，但要真正使被告人的诉讼权利落到实处，还需要律师、检察官、法官各司其职、互相监督。只有这样，辩护人的作用才能够得到体现，公设辩护人制度才不会被束之高阁。

公设辩护人收费标准如何确定？

既然公设辩护人制度保障的是经济困难的群体的辩护权，如果按照市场经济由一般标准来收费，设立这个制度就失去了意义。所以，收费必然要比普通的律师收费低。那么，是用更低的标准按劳计费，还是参照公务员的工资制度。笔者认为，参照公务员的工资模式更为合理。

首先，公设辩护人是国家出资设立，需要由行政机关进行管理，那么收入也应当配套行政管理的制度。

其次，更低的收费标准无法确立。关于贫困程度的问题，没有最贫困，只有更贫困。一旦有标准，那么就有更贫困的人无法得到保护。有收

费标准，就达不到这个制度本身目的，制度也就没有价值。

参照公务员工资模式也从另一个角度提醒公设辩护人，自己的职责是为有需要的犯罪嫌疑人服务，而不是出于经济效益的考量。

深圳引入公设辩护人制度， 条件是否成熟？

2010年公设辩护人制度首先在上海试点，上海和深圳同属一线城市，有相当的财政基础和司法资源，对于人权保障确实应当走在国家的前面。如果上海有条件设立和支持公设辩护人制度，那么深圳政策和财政的条件也一样成熟。

但是，制度设立的条件成熟了，要有好的执行力。在中国，不管是讨论社会现象也好，还是论证制度的设立也好，我们都会不自觉的将眼光放在政府管理上的执行上。行人闯红灯、司机违规驾驶、道路拥堵等等和我们公民普通的生活相关的公共事务的弊端，我们都要放在政府部门管理的缺失、惩罚的不足而导致违法、违规成本低，造成民众不会将守法的观念内化于心。同样地，公设辩护人制度的设立，不仅仅考验的政府部门的执行力，还考验着每一名司法工作者的执行力，执法机关、监督机关和审判机关也将面临再一次的考验。

深圳的司法水平走在全国的前沿，笔者认为，深圳完全有条件设立公设辩护人制度，由政府财政来保障，有司法工作人员来执行，良好的社会环境足以让这个制度生根发芽。



公设辩护人制度是法律援助的一种模式

文 深圳市法律援助处 黄美玲

何谓公设辩护人

公设辩护人是指由国家或者政府作为主体聘请的一部分具有一定执业经验的律师。学界、律师界接受的公设辩护人概念，是国家资助的专兼职刑事辩护律师。也有学者将公设辩护人定义为通过国家司法资格考试，具有一定司法实践经验，为贫穷被追诉人提供刑事法律援助，具有国家公职人员身份的专职或兼职刑事辩护律师。

公设辩护人办公室是在国家相关机构设立的为刑事案件中的被告人及符合条件的其他当事人指定公设辩护律师(即由国家或者政府负责聘请的具有一定执业经验,在刑事案件中为当事人提供免费法律服务的辩护律师)的专门办公室,是对传统指定辩护制度的发展和完善。

目前，世界范围内刑事法律援助模式主要包括三种方式：指定律师制度、合同制度与公设辩护人制度。前两者属私人律师（我国亦称社会律师）模式，即国家履行为经济困难者提供辩护服务的职责，而向私人律师

购买法律服务，私人律师具体实施辩护服务的刑事法律援助模式。当今我国的刑事法律援助大多是这种模式。公设辩护人制度则是国家直接雇用辩护律师，即公设辩护人，作为国家公务人员的公设辩护人专职从事辩护服务。公设辩护人和指定辩护律师在从事刑事法律援助时，没有本质区别，公设辩护人不享有特权。两者都由国家出钱提供刑事辩护。

但两者又有明显的区别。一是指定辩护的法律援助是国家只出钱，但公设律师是国家既提供资金又提供律师。二是公设辩护人只能从事公职，是国家工作人员，领取的是国家支付的固定薪金，不能私下做其他有偿工作，承办刑事法律援助工作不再领取补贴。指定辩护律师主要从事收费业务，同时承担了法律援助的义务，承办刑事法律援助工作时，领取的是国家支付的办案补贴。

因此，从经济困难的犯罪嫌疑人和被告人获得辩护服务的经济来源看，公设辩护人制度属于刑事法律援助制度其中的一个特殊的表现方式或

者形式。也就是说公设辩护人制度是法律援助特殊的分支，是国家对经济困难的犯罪嫌疑人、被告人基于责任和义务对其提供的一个援助。

如果说，我国设立公设辩护人制度，那么公设辩护人制度在我国就是法律援助制度刑事辩护的专业化。公设辩护人并不是要把律师的身份变成国家干部。公设辩护人在从事刑事辩护时本质上是律师，而不是国家机关工作人员。

法律援助的实施模式多样，其中公设辩护人模式的特征是采用公职律师形式，即雇用公设辩护人专职从事辩护服务，其具有公职身份，领取固定薪水。

我国公设辩护人的机制选择

《刑事诉讼法》第34、267条规定，经济困难的犯罪嫌疑人和被告人提出刑事法律援助申请的对象是法律援助机构；法院、检察院和公安机关“应当通知法律援助机构指派律师”。也就是说，当事人因困难需要刑事法律援助服务时，只能向法律援

助机构提出申请。法院、检察院和公安机关面对必须指派辩护人的当事人时通知的也是“法律援助机构”而不是律师，法院、检察院和公安机关承担为符合条件的犯罪嫌疑人和被告人通知法律援助机构指派律师的责任，而不是直接指派律师承担刑事法律援助辩护人职责。言外之意，承担法律援助责任的具体部门是法律援助机构，不是律师。能否给予刑事法律援助完全由法律援助机构按照法律援助条件来决定，这与《国务院法律援助条例》规定的法律援助是政府职责完全一致。

因此，从现行的《刑事诉讼法》对刑事法律援助的规定分析来看，已经指明了如果未来建立公设辩护人机制，那么这种公设辩护人机制模式就是法律援助模式的一种。从政府承担法律援助责任的基础上，来构建公设辩护人制度。

我国公设辩护人的制度来源

在我国，公民享有获得律师帮助的权利是一项宪法性权利，我国《宪法》第125条规定：被告人有权获得辩护。

《刑事诉讼法》第11条也明文规定：被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。第34条规定：“犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请。对符合法律援助条件的，法律援助机构应当指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人，或者是尚未完全丧失

辨认或者控制自己行为能力的精神病人，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”第267条规定：未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

此外，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部制定的《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》，共28条，主要内容是犯罪嫌疑人、被告人因经济困难没有委托辩护人的，就申请、指派刑事法律援助工作的相关规定。

设立公设辩护人的可行性

有助于提高刑事辩护服务质量

专设辩护人机构目的在于维护犯罪嫌疑人、被告人的律师辩护权，同时也履行国家对法治的基本承诺，然而，这些目标的实现，有赖于公设辩护人制度能够提供实质、有效的辩护，从另一个角度上说，这也是公设辩护人制度存在的正当性所在。

为什么说公设辩护人机制可以提高辩护质量？原因就是，公设辩护人制度可以帮助刑事法律援助专业化、专职化，简单一点说，作为公设辩护人的律师长期专业、专职从事刑事辩护，从而提升他的辩护水平，进而提高辩护的质量。

在我国较早研究公设辩护人制度

的是复旦大学司法与诉讼制度研究中心主任、《公设辩护人制度研究》课题的负责人谢佑平教授，他一直在关注公设辩护人制度的发展。2012年3月开始，他承担的关于公设辩护人科研项目在湖南省长沙市法律援助中心专职辩护人办公室开展，为期半年。半年的试点发现，公职律师的精力更加充足，专业更强，责任心更强，效果也更好。

无须突破深圳现有的法律援助规定

根据《深圳市法律援助条例》第12条规定，法律援助的事项或者说范围没有限制。该条例第14条进一步规定，如果是法院指定辩护的，那么法律援助机构还应当提供法律援助且无需进行经济状况审查。

《刑事诉讼法》第20条规定，中级人民法院管辖的第一审刑事案件主要是可能判处无期徒刑、死刑的案件及危害国家安全、恐怖活动案件。

《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》【法释〔2012〕21号】第43条：具有下列情形之一，被告人没有委托辩护人的，人民法院可以通知法律援助机构指派律师为其提供辩护：（一）共同犯罪案件中，其他被告人已经委托辩护人；（二）有重大社会影响的案件；（三）人民检察院抗诉的案件；（四）被告人的行为可能不构成犯罪；（五）有必要指派律师提供辩护的其他情形。

也就是说，根据《深圳市法律援助条例》和《刑事诉讼法》及其司法解释的规定，其实现在的深圳刑事法律援助服务几乎涵盖了中级法院以上

“

这些规定，与公益诉讼人具有的特征即专业化、专职化、全职化等不谋而合。建立公益诉讼人队伍，正是法律援助人才专业化、擅长办理法律援助案件的体现。

”

的刑事案件，仅仅剩下上诉至中级法院的刑事案件没有完全涵盖。

下一步，关键是如何通过建立公益诉讼人机制来推进提升在侦查及审查起诉阶段和基层法院审理的刑事辩护率。

深圳有足够人力、财力保障

据深圳市律师协会网站记载，深圳有超过9000名律师执业，而且深圳每年通过法律职业资格考试的比例达百分之十几，深圳具有充足的人力资源——律师可以担任公益诉讼人。此外，据研究表明，与私人律师模式相比，公益诉讼人制度被认为花费最少，能更好地利用有限的公共资金，管理费用也低于私人律师模式，因此，其有助于节省政府开支，实现成本控制的目的。现行的市级法律援助机构已经获得市财政的充足保障，因此如果推动公益诉讼人建设，在法律援助服务的财政方面只要少量增加就可以解决公益诉讼人财政保障问题。

设立公益诉讼人机制有先例可循

司法部曾经进行过公益诉讼人制度试点工作。司法部公益诉讼人制度的试点单位，包括上海浦东新区、江苏扬州、福建厦门等地的法院。2010年10月27日，上海市浦东新区“公益诉讼人办公室”正式挂牌，成为全国首家成立的公益诉讼人办公室，为公益诉讼人制度的具体实践提供了可贵的经验。公益诉讼人制度研究也不少。早在2010年12月18日，复旦大学司法与诉讼制度研究中心就主办了首届“公益诉讼人制度建设理论研讨会”。

法律援助工作处于有利时机

2015年5月5日，习近平总书记主持召开中央全面深化改革领导小组会议，审议通过《关于完善法律援助制度的意见》，习近平总书记发表了重要讲话。6月24日，中共中央办公厅、国务院办公厅以中办发[2015]37号文件印发了《关于完善法律援助制度的意

见》(以下简称中办发[2015]37号文件)，对进一步加强法律援助工作、完善法律援助制度作出全面部署。9月15日，孟建柱书记对法律援助工作作出重要批示，充分肯定法律援助工作取得的成绩，对做好新形势下法律援助工作提出了明确要求。党中央、国务院对法律援助工作的高度重视是对进一步做好法律援助工作的极大鼓舞和鞭策。

《关于完善法律援助制度的意见》共五项十四点，在第二项“扩大法律援助范围”专门提到加强刑事法律援助工作，发挥法律援助在人权司法保障中的作用，保障当事人合法权益。在第四项“提高法律援助保障能力”中提到加强机构队伍建设，探索法律援助队伍专业化、职业化发展模式，加强法律援助人才库建设，培养一批擅长办理法律援助案件的专业人员。

这些规定，与公益诉讼人具有的特征即专业化、专职化、全职化等不谋而合。建立公益诉讼人队伍，正是法律援助人才专业化、擅长办理法律援助案件的体现。



公设辩护人制度困境初探

文 上海市律师协会刑事业务研究委员会 谢向英律师

2010年10月，上海市浦东新区公设辩护人办公室正式挂牌，成为全国首家成立的公设辩护人办公室，为公设辩护人制度的具体实践提供了可贵经验。但时至今日，公设辩护人制度并没有在全国进行推广，甚至有偃旗息鼓之势。其原因何在，本文笔者将以专职律师的角度予以初探，希望厘清公设辩护人制度如今面临困境，并简单提出相应的意见与建议。

公设辩护人制度的适用范围

我国《刑事诉讼法》对应当指派律师为犯罪嫌疑人或被告人提供辩护的范围进行了规定。而对于犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请。但是这两种方案或多或少都存在一些问题，并且逐渐暴露出口趋严重的趋势。

公设辩护人制度的设立初衷实质上是为了解决我国刑事案件辩护率低下，以及辩护品质不高的问题。因此，如果设立公设辩护人制度，其所适用的范围应该是那些法律援助无法覆盖的，同时又没有经济能力聘请私人律师的犯罪嫌疑人、被告人。

但是，是否这些人都适合公设辩护人制度呢？对此，笔者持否定的态度。众所周知，刑事辩护存在有罪辩护与无罪辩护之说，其所对应的是被

告人认罪与不认罪的案件。对于公设辩护人制度，笔者认为应该适用于那些被告人不认罪的案件，如果范围大一些，可以包括那些被告人主动要求公设辩护人介入的案件。考虑到该项制度所需要的人力、物力、财力是巨大的，因此不建议全面适用，而应有选择、有重点地适用。

那么，对于更为专业的公设辩护人，其所承担案件的严重程度却远远低于被认为并不怎么专业的法律援助律师（因为根据法律规定，法律援助对于可能判处无期、死刑案件必须指定辩护），这种能力越大的律师，承担的责任反而更小，费用更高的律师所付出的工作看似更少，显然是有很大的不合理之处。因此，公设辩护人制度的设立，其适用的范围究竟是哪些案件，这可能是该制度推广最应明确的一件事。

公设辩护人制度的地位及性质

对于公设辩护人制度，有观点认为具有“专业性、协调性、对抗性”等优势，“因为他们每日都在法庭上从事同样的工作，所以能够在短时间内获得大量的经验”。笔者赞同这种数量决定专业的说法，假如一年从事一百件刑事辩护的律师，肯定比一年偶尔做一两件刑事案件的律师来得专业。但是，对于所谓的“对抗性”而

言，笔者却不敢予以认同。有观点认为，现如今辩护人因为属于“私”性质，与公诉人、法院均属于“公”性质对抗，没有任何优势，因此如果是公设辩护人，其也属于“公”的性质，更能够发挥其对抗优势，为当事人谋取利益。对此，笔者认为，如果按照上述逻辑，当公设辩护人制度下的辩护人也属于“公”的性质，其与公诉人、法官均属于同一性质，法庭上只剩下被告人属于“私”的性质，对抗性是增强还是减弱，一眼就看出来了。因此，强调公设辩护人对抗性强，或者说认为现有辩护人在法庭上无对抗性，实质上并不全是姓“公”姓“私”的原因，而更深层次的原因是，现有司法制度下对于辩护人提出的有效辩护是否有足够的耐心和尊重，倘若法官居中，控辩对抗这三角关系无法真正落实，想必公设辩护人制度的“对抗性”亦不一定带来良好的效果。

公设辩护人，其地位究竟属于“公”还是“私”也是如今制约该项制度推广的症结。如果公设辩护人属于公务员，其经费等均由国家出资，并且按照公务员法的规定，其不能从事私人律师所承接的案件，那么对于这些公设辩护人，其是否有足够的热情及兴趣将这份工作做好呢？特别是在与其他私人律师对比，收入差距可

能是巨大的。但是仅以公益诉讼人来维系所有的刑事辩护工作，这显然是不可取也是不可能做到的。有观点认为，可以允许公益诉讼人像私人律师承接刑事案件，当时这样一来同样会带来问题。一个用心的刑事律师，一年做20个刑事案件可能已经达到饱和，如果允许其接受私人案件，那么当初设立公益诉讼人所倡导的比法律援助更为专业的优势是否会消失呢？另外，如果当公益诉讼人承接的案件与私人案件发生时间冲突的，以何种案件为准？诸如此类的问题可能会接踵而至。

因此，对公益诉讼人的性质的确定，将是明确其所承接工作范围，这也是这项制度是否能予以推广的重心之一。

公益诉讼制度的经费来源？

建立公益诉讼制度，面临的另一个大问题就是，刑事案件发案率较高，政府能否有足够的财力支持法律援助制度以外的公益诉讼制度。当然，在北京、上海、广州、深圳等大城市，财政买单聘请公益诉讼人也许不是一件困难的事情，但是一旦在西部

地区推行，财政显然会面临很大的困难。有观点认为，公益诉讼人的经费可以从多方面考虑，不一定是国家财政，国外的经验也是国家财政拨款一部分，社会资助一部分，企业赞助一部分，是有专门管理机构的。对此，笔者认为在西部地区，连正常的律师都缺少的情况下，很难越俎代庖，推行公益诉讼制度。实际上，公益诉讼制度是否存在这样的悖论，在沿海发达地区，其实并不那么需要这么多公益诉讼人为其提供法律服务，而在西部缺少律师的情况下，往往需要公益诉讼人为其提供免费的法律服务？因此，如何真正调动资源，解决真正需要的，才是这项制度能够推广的关键。

公益诉讼制度的社会理解

存在于所有的刑事辩护中，社会对于刑事律师的不理解，将加倍体现在公益诉讼人上。在被害人的援助制度尚未建立的前提下，老百姓肯定会对政府花大力气去设置公益诉讼制度抱有偏见，特别是在暴力犯罪，涉及犯罪的案件上，被害人与公益诉讼冲突将更加明显。当前我国刑事法律制度，被害人在案件抗诉均依附于检

察机关，对于案件的走势往往也无法得到专业的帮助。这种不方便甚至不透明的机制，使得被害人对于公益诉讼的存在产生很大的不理解。如果公益诉讼制度的设立，可能将这一种矛盾和冲突加剧扩大，让本来就无助的被害人感到更无助，甚至将矛头指向公益诉讼背后的政府。

因此，笔者认为，居于社会理解及和谐的原因，是否可以将公益诉讼制度衍生到包括被害人的律师代理上，让被害人也有权免费获取法律服务，如果这样，可能会更有利于该项制度被社会公众所理解。

公益诉讼制度的政府管理

我国现有的律师制度，律师协会是隶属于司法局管理，因此司法局对于律师有监督管理的职责。但是如果公益诉讼制度推行之后，其下属的公益诉讼人隶属于何种行政机关呢？且因为其有了“公务员”的性质，能否真正做到监督管理呢？对于该问题，也许正是目前该制度无法真正推广的原因。

余论

尽管笔者认为当前我国刑事辩护律师存在的诸多问题，并非公益诉讼制度的建立及推广就能解决，但是对于公益诉讼制度的建立与推广，笔者还是持乐观的态度，毕竟其对现有的刑事辩护制度有弥补功效。虽然并没有一个万能之计可以解决刑事司法制度中的所有问题，但是，如果有全职的公益诉讼人和适当的经费支持，贫困被告辩护体现将会产生积极的结果。



编者按

本文将试图抛开现有法律的相关规定，借鉴普通法系国家尤其是我国香港地区的相关做法，更进一步探讨在大陆地区构建将相关检控权交由特定的法律专业人士来完成的可行性，即刑事检控外聘律师制度的可能性。

从“身份”到“契约” 浅析刑事检控外聘律师制度

文 深圳市人民检察院 周传飞检察官

前言

依据目前《中华人民共和国公务员法》第2条、《中华人民共和国检察官法》第6条之规定，检察官代表国家行使法律监督职能，属于国家公务员，非自诉的刑事案件只能由检察官检控，即代表国家提起公诉。

“代表国家提起公诉”与“由公务员代表国家提起公诉”是不同的概念。在不动摇官僚化刑事检控制度的前提下，基于现实考虑，在同样通过了司法考试的律师中选聘具有特殊专业经验的律师担任检控官，在法律专业水准上应该不存在障碍。部分法律援助案件可以指定辩护律师，同样的刑事案件，由具有法律权限的检控机构指定具有专业能力的律师代表国家进行检控，完全可行。在技术层面，如何具体设计外聘律师制度，包括外聘律师的准入、监督、考核、任免等，甚至称呼（如英国即有“皇家律师”）

等，可以与当下的检察官遴选制度一起共同研究。法律职业共同体的竞争及检控人员之间的优胜劣汰，有助于提升整个社会的法治文明。

刑事检控权姓“公” 还是姓“私”？

两大法系的形成是历史选择的结果，均与当时社会的发展水平和公民的法治素养密切相关。而刑事检控作为追诉犯罪的权力，在刑事司法权力分配格局中亦经历着变化。纵观古罗马的刑事检控体制和普通法诞生后的英国刑事检控制度，刑事检控的权力并不天生属于国家或者政府，至于大陆法系与英美法系在演变过程中形成的各具特色的质问式和对抗式的检控模式，与普通法形成的历史过程密切相关。从实用角度出发，任何一国的检控模式都与本国的经济社会发展、历史文化传统息息相关。普通法系的

案例法衡平法的传统，诉讼模式的灵活性等优点，都可以值得大陆法系尤其是法治水平尚不发达的大陆法系地区借鉴和吸收，不应该有天然的鸿沟。既然刑事检控权力的行使更多是基于现实角度考虑，当官僚体制不足以满足刑事检控的实际司法需求时，将刑事检控权力外派至私人来承担亦未尝不可。

香港律政司刑事检控案件 外判制度

以普通法和衡平法为传统的香港，其诸多优秀的司法制度值得大陆法系借鉴和学习，尤其是香港律政司刑事检控案件外判制度较为成熟，值得参考借鉴。

律政司刑事检控工作概况。

香港律政司下辖7个部门，包括律政司司长办公室、刑事检控科（Prosecutions Division）、民事法

律科、法律政策科、法律草拟科、国际法律科、政策及发展科。香港的刑事案件可在裁判法院(较轻微的案件)、区域法院或原讼法庭(较严重的案件)审理。是否提出检控和以什么罪名提控的决定,由律政司司长或由刑事检控科的律师代表律政司司长作出,而司长则为所有检控决定负上最终责任。作出决定时,律师会依据刑事检控政策指引(于1993年首次发表并于1998年、2002年及2008年更新)行事。裁判法院的检控工作大部分都是由称为法庭检控主任的公职检控人员负责。法庭检控主任由律政司司长根据《裁判官条例》(第227章)第13条委任,有权在裁判法院出庭发言。每名法庭检控主任都会参加为期九个月、由司内律师讲授的入职培训课程,然后才正式展开工作。其后,法庭检控主任会于在职期间参加持续法律进修课程。刑事检控科的律师有时会在裁判法院进行检控,主要是因为案件重要或涉及复杂法律观点。刑事检控科的律师处理几乎所有上诉案件、大部分原讼法庭的检控工作,以及相当数目的区域法院案件。私人执业大律师和律师经常受聘代表该科执行检控工作(称为外判大律师或外判律师)。案件审讯前,刑事检控科的律师需要完成大量工作,包括整理和评估证据,并进行所需的法律研究。

可见,香港的刑事检控工作中,承担检控职责的人员主要包括法庭检控主任(Court Prosecutor, CP)和检控

官(Public Prosecutor, PP)。其中,CP是刑事检控科最前沿的工作人员,是刑事检控工作不可或缺的力量。根据《裁判司条例》(第227章)第十三条规定:律政司司长可以委任任何公职人员或任何类别的公职人员为公职检控官,以一般性地代表他在裁判官席前进行任何检控,或进行任何特定类别的检控。同时,外聘担任检控的律师于执行刑事检控职务时,也应遵从专员发出的一般指示,并按其指示行事。刑事检控守则的作用,是为所有在香港执行刑事检控工作的人员(包括外聘律师)提供指引。

律政司刑事检控外判制度实践。

“由于缺乏政府律师,97回归前的香港律政署便把裁判法院的检控工作交由律政署内部培训的法庭检控主任来负责。这一做法一直沿用至今。法庭检控主任负责裁判法院的大部分案件,包括违法交通规则以及少量勒索及贩运少量毒品的案件。法庭检控主任通常负责处理刑罚不超过二年最多不超过三年的案件,处理一般不涉及法律政策,法律观点之争的案件。如果涉及法律政策,则大多数由政府律师去出庭辩论,但有时候也可由检控主任代表政府律师去辩论。香港法律界人士指出,根据现时机制,律政司在人手不足或政府律师与案件有关联时,会外判律师处理案件。律师可先向律政司申请成为外判律师,在由律政司评核其资格及年资。至于收费,则视乎案件的复杂性及律师身

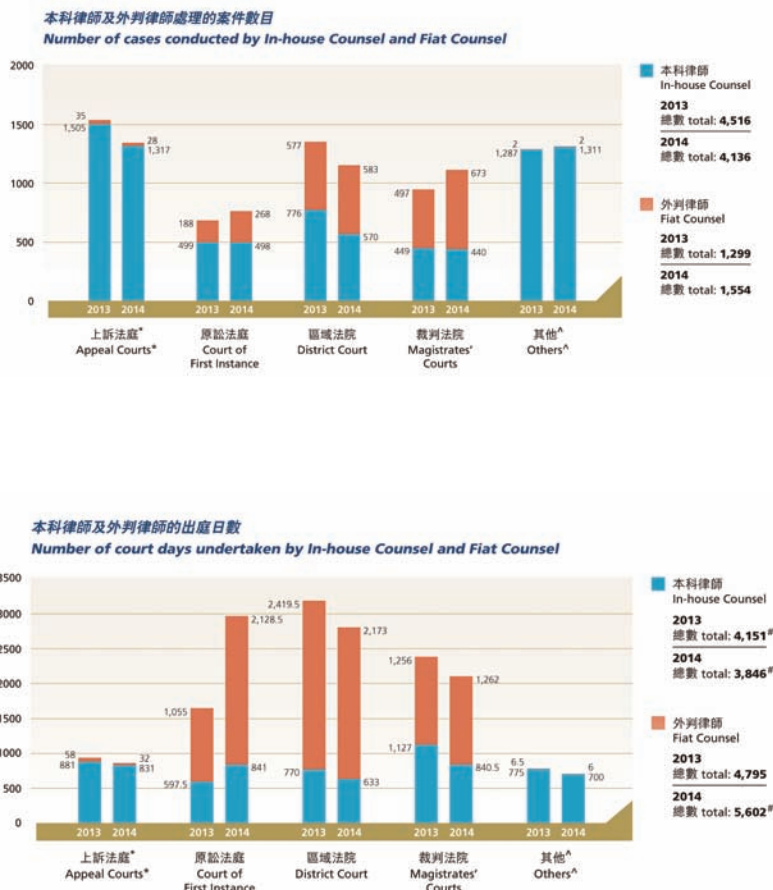
价。而涉及宪制法律,才会寻求海外大律师的法律意见。律政司发言人指出,律政司会基于多个因素把案件外判,如律政司内并无合适的律师代表政府出庭或无所需专家,便会外判。”^[1]目前,律政司有超过350名律师,可调派负责刑事诉讼、民事诉讼、提供法律意见(刑事、民事及国际公法)等,属于公务员或者合约聘请。

据公开出版的《2008年刑事检控工作回顾》中外判案件章节(“Briefing out Cases”)中指出:2008年,刑事检控科将部分案件外派予私人执业的大律师及律师处理。虽然大多数刑事案件皆由检控官和法庭检控主任负责,但私人执业律师在审讯法院刑事案件中也发挥十分重要的作用。刑事检控科有3份承办标准外判案件的律师名单:1、在取得专业律师资格最少有10年执业经验的律师,可以在原诉法庭进行检控;2、具有最少5年执业经验,可以在区域法院进行检控;3、具有最少1年执业资格的律师,可以在裁判法院进行检控。大部分外判案件的费用是以民政事务局局长定时检讨的标准定额支付。如果基于公众利益,有需要以非标准定额支付,刑事检控科会进行投票,并由刑事检控科遴选委员会就律师人选和聘用条款的事宜,向刑事检控专员提供意见。遴选委员会的主席是刑事检控专员,成员包括4位副刑事检控专员、律政司政务专员和一位

[1] 香港《东方日报》,2014年4月16日, http://orientdaily.on.cn/cnt/news/20140416/00176_046.html

廉政公署代表。

《2012年刑事检控科工作回顾》刑事检控科的实况及统计资料显示如下：



对比图1、图2可以发现，在原讼法庭及区域法院，外判律师在较少案件数目的前提下，所出庭日数却远超刑事检控科律师，即单宗案件所投入的时间精力远大于刑事检控科律师，这种现象值得关注。

大陆刑事检控的相关情况

大陆检察机关的刑事检控任务由检察机关的公诉部门完成。基于不同的案件类型和分工，公诉部门往往会进行不同的功能组别区分，如以是否涉及财产而进行区分，或如成立未成年人检控团队、人身伤害类检控组。某些地区金融类犯罪或者诈骗类犯罪较多，还会成立金融犯罪、诈骗犯罪的检控部门，如上海市检察院成立有金融犯罪检察处。另外，依据刑事诉讼法及刑诉规则，不同

类型的案件在一、二审程序中都会由不同的公诉部门进行办理。目前，在区一级检察机关，人多案少的矛盾尤为突出。高度的办案压力，层处不穷的案件类型，使基层公诉部门的办案压力倍增，办案骨干流失现象严重，势必影响案件质量。

修改后的《刑事诉讼法》拓宽了适用简易程序审理的案件范围，并要求检察机关派员出庭支持公诉，使基层司法机关适用简易程序审查办理的案件大幅度增加，对基层检察院公诉工作提出了新的要求。基层检察机关面对大量的简易程序案件，由于人少案多，往往由一个案件公诉人集中检控，实行集中起诉、集中开庭的办案模式，虽提高了简易程序公诉案件的办理效率，但能否保障案件庭审效果或者案件质量，值得商榷。

大陆刑事检控案件外判于律师完成的可行性探讨 身份之争。

将法官、检察官混同于政府公务员，无法体现司法机关的专业性。我国《公务员法》第45条规定，确定初任法官、检察官的任职人选，可以面向社会，从通过国家司法考试取得资格的人员中公开选拔。《人民检察院组织法》第27条第2款规定：助理检察员、书记员由各级人民检察院检察长任免。《检察官法》第12条规定：人民检察院的助理检察员由本院检察长任免。第13条规定：初任检察官采用严格考核的办法，按照德才兼备的标准，从通过国家统一司法考试取得资格，并且具备检察官条件



的人员中择优提出人选。至于第20条：检察官从人民检察院离职后二年内，不得以律师身份担任诉讼代理人及辩护人。现实中，离职后的检察官通过其他身份代理案件或者以其他方式承接案件屡见不鲜，该条规定在现实中其实作用不大。因此，刑事检控工作可突破身份限制，形成以案件为基础，由检察长指派体制外检控官的格局。

大陆的律师按薪酬的计算方式不同可分为授薪律师与提成律师。某种程度上，大陆检察机关的公诉检察官，类似与国家的“授薪律师”，即工资较为固定，办案没有提成。此种薪酬制度在目前的公务员官僚化体制下，容易形成“干多干少一个样”的大锅饭格局。即使实行检察机关人财物的省一级统一管理，也难以平衡经济发达地区的检察官薪酬待遇。检察官的薪酬仍参照公务员来设定，基本不会有案件提成收入。正是由于官僚体制的封闭性和稳定性，导致刑事检控岗位固步自封，竞争缺乏，形成“低收入—低竞争—低水平”的恶性

循环，不利于刑事司法水平的整体提升。如果以刑事案件为基础，实行灵活的案件外派模式，辅之以合理的外聘律师薪酬计核制度，便可化解公务员官僚体制的僵化弊端。在现行司法体制改革的浪潮中，有必要在修改相关法律法规的同时对这一制度予以统筹考虑。

刑事检控外聘制度设计。

实际探索层中，在建立刑事案件检控外聘制度的初期，可从简易程序案件、商标或者知识产权专业案件、舆论关注案件等类型进行试点。案件移送检察机关公诉部门以后，在决定是否外聘刑事案件前，由刑事检控部门内经验丰富的检察官进行审核，由检察长委派部分工作经历长、业务经验丰富、职业道德过硬的律师（政府律师、律协专业协会律师）承担检控工作。另外，刑事检控部门可针对复杂案件制订相关工作指引。如针对诈骗案件制定《检控复杂诈骗案件指引》，为外聘律师提供参考。同时，在外聘律师的阅卷、提审等方面给予公诉人同等的便利。在案件办理过程

中，突出案件的公开性，强化监督，以案件司法裁判来衡量外聘律师的实际检控成绩。例如在评估外聘律师的表现时，考虑各方面的评估，包括来自法官的报告；如果法官对个别外聘律师表现有具体的批评，可知会主任检察官或刑事检控部门分管检察官，甚至律师协会，以便得到跟进处理。

在外聘律师的案件薪酬方面，可参考律师协会的相关行情，按案件类型或涉案金额比例计算，以“契约”的形式由财政予以支付。对于部分案件，亦可参考英美法系国家的刑事诉讼费用制度，由部分已定罪的被告人承担。即可以实行国家负担为主、有罪被告人负担为辅的原则。征收刑事诉讼费用可以用于补偿证人、鉴定人等诉讼参与人因参加诉讼而耗费的必要开支，同时亦可以增加被告人的经济负担和心理负担。

刑事检控外聘律师制度必将促进我国律师管理及分类制度的变革。各级律师协会可参考香港大律师公会的管理模式，选择部分办案经验丰富成为“政府御用律师”或者“检控大律师”等类似名称的律师人才备选库。外聘检控律师与公务员身份公诉人之间的竞争，好比将“狼”引入“羊群”，但并不将“狼”圈养在体制的栏杆内，对于检察机关的刑事检控水平、检察官的职业化和专业化、提升官僚检控人员薪酬待遇都将大有帮助。在聘用制公务员逐渐盛行的今天，以合约或者相关协议的形式外派案件、外聘律师，对于法律共同体的交流与共同进步，必将起到相辅相成的作用。

浅议律师辩护两段论



律师收费改革

文 北京市盈科（广州）律师事务所 丁一元律师
郑泳彬律师

一直以来，律师辩护工作被人们自然而然地以公检法三阶段来划分，而律师收费也是以这三阶段采取分段收费模式，鉴于笔者长期从事刑事辩护，对这种辩护工作划分和律师收费模式不无疑问。故形成此文，不妥之处，还请同仁多多指正！

律师辩护两段论的提出

笔者认为律师辩护不是三阶段而应分为两阶段，即：刑事辩护案是否进入法院的审理区分标准，分为“审前辩护”和“庭审辩护”。这两概念的并合，可以很好厘清律师辩护工作划分模糊不清的问题。国内学界普遍认为，审前程序包括立案、侦查、审查起诉程序。^[1]根据刑法的规定，刑事审前程序在我国主要指刑事案件开庭一审前的程序。那么，律师在审前程序以辩护人身份开展辩护工作，则统称为“审前辩护”，其以书面辩护为主，目的是说服侦查和审查起诉

机关，对当事人变更强制措施，采纳罪轻和无罪的意见。在这个阶段，律师为当事人提供防御式辩护为主。

“庭审辩护”则以言辞辩护为主，主要在实体和程序对抗公诉机关的指控，说服审判机关采纳有利于当事人的意见。这个阶段，律师主要为当事人提供对抗式辩护。

新刑诉修改后，辩护的两阶段工作内容得到扩充，律师发挥作用的环节也增加。例如在庭前辩护阶段，律师工作可以细分为三个环节：刑拘环节、捕后环节、审查起诉环节。与之相对应的，我们可以分别发表意见，如《建议不予批捕意见书》、批捕后的《羁押必要性审查申请书》及《不起诉意见书》；律师还可在阅卷后有针对性地调查取证；对案件有重大疑问，律师也可约见经办人当面陈述沟通案件问题。庭审辩护的效果有时远不如庭前辩护的效果好。在公安机关经手经济纠纷、聚众斗殴或者寻衅

滋事案件中，通过律师“审前辩护”有时可以使当事人避免被错捕。

近期，笔者承办一起11人涉黑案件，公安先以寻衅滋事立案刑拘，后以涉嫌组织、参加黑社会性质组织罪呈捕，经团队集体研讨后，提出了不构成涉黑刑事案件充分理由。辩方书面提交的不予批准逮捕意见被检察机关采纳，涉案人员于黄金期37天的最后一天晚上12点前全部被释放。只要辩护人予以重视，审前辩护大有可为。

而在庭审辩护阶段，又可以分为参加庭前会议和出庭辩护。因为庭前会议各地做法有差异，有的有发问、质证和辩论环节，有时是法院依职权召开，有时是律师申请召开，形式也不尽相同。庭前会议阶段，律师可以提交新证据，申请排除非法证据，尽量争取维护委托人的程序性合法权益，通过罪轻辩护“打掉”部分罪名，把罪名从重罪改成轻罪等。

[1] 陈卫东主编：《刑事审前程序研究》，中国人民大学出版社，2004年版，第3页。

如笔者在清远中院办理的一起钟某富等涉嫌制造毒品和买卖制毒物品案，法官主持召开了庭前会议，全部被告人到庭，笔者提出了充分排非申请理由。案件焦点是：几名主要被告从山东、湖北上家处购买数量达几吨的制造K粉原料盐酸羟亚胺（俗称“料头”）后，再通过中间人介绍转卖给下家过程中，是否明知下家是用来制造毒品的？如果明知便是制造毒品的共犯，否则只构成买卖制毒物品罪，两者最高刑分别是死刑和十年，有天壤之别！几名被告之前口供中都有一、二次承认过知道下家是用于制造毒品的。但笔者认真审查笔录后发现，有的是在刑拘24小时后仍在看守所外做的笔录，有的没有录像。在法庭上笔者先就被告被抓后24小时内有无关进看守所进行发问。接着根据刑事诉讼法第121条“对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像。录音或者录像应当全程进行，保持完整性。”申请排非。第二次开庭时，由于公诉人不能提供同步录音录像也无法自圆其说，笔者在庭审时继续庭前会议的排非申请，最终法院采纳辩方意见，没有认定制造毒品共犯，只判决买卖制毒物品罪6年。律师的罪轻辩护成功实现！

刑辩律师收费改革的建议

虽然新刑法拓展了律师辩护空间，律师辩护工作也在加重，但是律师收费制度却未相应改革。就目前而言，我国的律师收费模式是按案件进展的阶段收费为主，这种阶段收费就

是以律师辩护三阶段划分，且有限制收费的幅度。笔者认为，这种收费标准是不考虑工作量和案情难度的。案情简单，当事人觉得亏；案情复杂，律师觉得亏。虽然有规定可以计时收费，但是计时收费也是有幅度限制，如广东省的计时收费的幅度限制是200元—3000元/小时。如此，律师如遇见重大疑难案件，收取符合自己工作付出的费用只能增加单位小时的总量。但在实践中，往往依照案件难易程度，刑辩律师大多将业务“统一打包”，提供全程服务，以计件收费方式为主。

我国计时收费模式虽然和美国的收费模式类似，但是美国模式却是按市场调节价而非政府指导价限定在一定的幅度内。虽然《国家发展改革委关于放开部分服务价格意见的通知（发改价格[2014]2755号）》明确规定了律师服务实行市场调节价，但刑事案件辩护不在此范围内。

笔者认为，在律师辩护两阶段里，审前辩护与庭审辩护同等重要，而庭前辩护业务越来越多，其辩护质量也越来越重要，收费模式应相应改变。审前辩护作用已日益凸显，辩护方式也呈现多样化，无罪辩护、罪轻辩护、程序辩护都会出现在审前辩护中。律师收费不宜固守三阶段的划分收费，建议应当以市场调节价的计时收费，或将重大、疑难、复杂计件收费标准提高。

就目前而言，按照政府的指导价，按件收费三阶段基础最高标准是5.5万元。刑事案件因时间或地

域跨度极大、属集团犯罪和其他案情重大的、复杂的，可以在不高于规定标准1.5倍之内协商确定收费标准。另，收费标准允许上下浮动20%。如此，一个刑事案件最高可按件收费9.9万元。

就按件收费而言，针对重大、复杂、疑难案件，笔者建议律师费可在10万—50万之间。这类案件主要包括黑社会性质犯罪、走私犯罪、毒品犯罪、诈骗犯罪、职务犯罪中符合下列条件之一的刑事案件：可能被判无期徒刑、死刑的案件；同案犯多达10人以上的案件；案卷材料达50卷以上的案件；连续开庭可能达5天以上或需多次开庭案件；引发当地或外地媒体高度关注或者公安部、海关部署督办的案件；涉外或涉港、澳、台的案件等。

如果不调整按件收费的幅度，律师办理这类案件成本远远超过政府指导价。笔者曾为一起海关部署督办的305走私专案其中一名被告的辩护人，该案有2970卷的卷宗、45名被告；案件分三次开庭，每次开庭一个星期；从接受委托到第三次开庭，该案已经超过一年多，但本案尚未结案，仍有可能再次开庭。笔者在本案花费的时间成本和工作量已经远远超过当初收取的不到十万元的律师费了。

总而言之，律师收费不应固守之前的模式，在律师工作两段论的重新划分下，律师收费可进行相应的调整，如此方能更加充分肯定律师的辩护工作和辛苦的付出。

律师在遗嘱见证业务中的角色定位



文 广东广和律师事务所 王文凤律师

见证遗嘱和公证遗嘱

律师提供的遗嘱见证法律服务因为是“私人化定制服务”，故相较遗嘱公证业务而言，服务方式更加人性化、范围更加广阔。如律师可以提供详尽的法律咨询，代为起草遗嘱，甚至可以为身体不便的客户上门服务，所以，当事人更愿意委托律师办理遗嘱见证。但是，律师见证遗嘱和公证遗嘱具有相同的法律效力吗？

笔者认为，律师见证遗嘱和公证遗嘱当然不具有相同的法律效力。原因有三：首先，公证遗嘱是《继承法》规定的五种遗嘱形式之一，而律师见证遗嘱并非法定的遗嘱形式。《继承法》第17条第一款规定，公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。而关于律师见证遗嘱，《继承法》没有单独的规定。其次，公证遗嘱在五种遗嘱形式中具有最高的法律效力。《继承法》第20条第三款规定，自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。公证遗嘱只能以公证遗嘱的方式来撤销和变更。最后，律师见证遗嘱仅有一般的证据效力，公证遗嘱则具有法定的证据效力，有些公证文书还被赋予强制执行效力，而律师见证遗嘱性质上还是“私证”的属性。那么，律师如何办理好遗嘱见证业务呢？

《继承法》之规定

我国《继承法》第17条共规定了五种遗嘱形式，即公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱，除此之外再没有其它形式的遗嘱。上述五种遗嘱形式中，除自书遗嘱外，都把见证人作为合法有效遗嘱的重要条件之一。因为见证人的证明真实与否直接关系到遗嘱的法律效力。所以法律规定见证人必须具备一定的

资格，不具备这些资格不能作为遗嘱见证人，其所见证的遗嘱无效。关于见证人的资格，我国《继承法》未作正面规定，但第18条从反面规定了不能作为遗嘱见证人的范围。所以，在目前的情况下，找符合条件的律师作为遗嘱见证人较为稳妥，虽然律师见证遗嘱显然不属于单独的一种遗嘱形式。

《继承法》第16条规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产”，言下之意，公民须依照法律规定的形式订立遗嘱、处分个人财产，如果不按照法律规定的形式立遗嘱，将可能导致遗嘱无效，继承人最终不能按遗嘱继承财产。在现实生活中，遗嘱因不符合法定形式而导致无效的案例并不少见。因此，律师在办理遗嘱见证业务时，应当积极引导、协助当事人依照法律规定订立遗嘱，确保遗嘱符合法定形式。

律师观点

订立遗嘱必须严格按照法律规定的形式要件实施，即使细微的瑕疵都会影响立遗嘱人的真实意思表示。而遗产事关重大，立遗嘱人又死无对证，有瑕疵的遗嘱往往引来继承人之间的纠纷和争夺，所以不得不谨慎。笔者以为，律师在遗嘱见证中的法律身份是见证人，《继承法》第17条、第18条对遗嘱见证人进行了规定，律师在遗嘱见证业务中应严格遵守《继承法》第17条、18条的规定，否则将可能导致遗嘱无效。在现实生活中，因见证人见证瑕疵导致遗嘱无效的案例屡见不鲜，甚至包括律师见证。如王保富与北京某律师事务所因遗嘱无效索赔一案中，因律师事务所当时只指派了一名律师为原告的父亲见证立遗嘱过程，导致遗嘱被法院确认无效，

律师事务所最终被判赔偿原告损失。

虽然律师在遗嘱见证中的法律身份是见证人，但律师又区别于普通的遗嘱见证人，因为作为专业的有偿法律服务者，律师须承担遗嘱见证的合同义务和过错赔偿的风险。具体说来，在办理遗嘱见证业务中，建议律师遵守下列操作程序：1、由遗嘱人向律师事务所提出见证申请；2、遗嘱人应提供见证材料，包括身份证明、遗嘱涉及的财产所有权证和其它证明材料；3、制作谈话笔录，记录有关遗嘱见证的情况；4、律师核实遗嘱人身份、行为能力和遗嘱所涉财产所有权证明的真实性、合法性；5、完备各种形式遗嘱的法定要件；6、遗嘱见证应由两名律师共同办理，并在见证书上签名，加盖律师事务所公章或见证专用章。

其中，在完备各形式遗嘱的法定要件中，应着重注意以下两个方面：

自书遗嘱。依据《继承法》第17条第二款，“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日”。律师在办理相关业务时，要注意遗嘱必须由遗嘱人全文亲笔书写，并签名，注明年、月、日；如有涂改、更正、添加之处，须由遗嘱人签名并注明修改字数、日期。

代书遗嘱。根据《继承法》第17条第三款的规定，代书遗嘱有4个法定要件：1、两个现场以上的见证人；2、由见证人之一为代书人；3、注明年、月、日；4、遗嘱人、代书人、见证人签名。四个要件缺一不可，否则代书遗嘱无效。现在一般律师事务所都采用打印遗嘱，然后由遗嘱人签名注明年、月、日的方法写遗嘱，司法实践中较主流的观点是将其视为代书遗嘱。而代书遗嘱上应有两名见证人签名方为有效，这是最容易忽略的地方。

共同遗嘱的设立

遗嘱见证业务中不得不说的是共同遗嘱设立问题。夫妻共同遗嘱在我国很普遍，但《继承法》没有规定，司法实践中夫妻共同遗嘱的效力纠纷层出不穷，法律上的空白导致各地法院没有统一标准而作出不同的判决。当律师事务所遇到夫妻共同遗嘱见证业务应该怎么处理呢？笔者认为，夫妻共同遗嘱的效力

是一个相当复杂的法律命题，目前我国法学界的争论也非常激烈，肯定说和否定说两种观点针锋相对。所谓共同遗嘱，《德国民法典》第2269条是这样规定的：由两个或者两个以上的人，将死亡后各自或者共同遗留的财产，经过协商一致，写在同一份遗嘱中，指定特定的继承人继承的遗嘱，叫做共同遗嘱。除了德国，英国、美国、奥地利等世界上其他国家也承认共同遗嘱，并且有类似的规定。但是，日本、法国、西班牙等国家以及我国台湾、澳门地区却并不承认共同遗嘱。其中台湾学者陈其炎教授坚决否认共同遗嘱，他认为：共同遗嘱违反了遗嘱自由原则，且不符合遗嘱形式的强制性规定等。而我国法律关于共同遗嘱的唯一规定是司法部《遗嘱公证细则》第15条，“两人以上的遗嘱人申请办理共同遗嘱公证的，公证处应当引导他们分别设立遗嘱。遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件。”从这一规定的立法精神来看，我法律是不提倡公民订立共同遗嘱的，但并不否认共同遗嘱的效力。

参照《遗嘱公证细则》第15条规定，律师事务所在办理共同遗嘱（仅限于夫妻共同遗嘱）见证时，应尽量引导当事人分别设立遗嘱，向其说明共同遗嘱的立法空白及风险，并记录在案。如果当事人仍然坚持要设立共同遗嘱，建议由当事人签署风险同意书后才办理，并在共同遗嘱中应明确规定共同遗嘱的变更及撤销和生效的条件。共同遗嘱属于民法上的共同法律行为，因此变更和撤销具有非自由性。夫妻共同遗嘱的生效条件也不同于一般的个人遗嘱，由于篇幅有限，笔者不再赘述，律师可根据具体情况拟定。

结语

以上是笔者办理业务的一点体会和经验总结，不妥之处，敬请指正。遗嘱见证业务看似简单，实则难办，因为稍有不慎，哪怕一个细节出错就足以导致遗嘱部分或全部无效。而一旦遗嘱无效，其后果往往无法补救，不但当事人利益受损，代理律师和律师事务所也终将难辞其咎。

民间借贷案件中如何认定证明力达到盖然性标准

文 最高人民法院民事审判第一庭 王林清法官

在民事诉讼中，法官根据高度的可能性审查认定证据确定案件事实，此即盖然性证明标准。^[1]换言之，在证据对待证事实的证明无法达到确实充分的情况下，如果一方当事人提出的证据已经证明该事实发生具有高度的盖然性，人民法院即可对该事实予以确定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第73条对此予以规定。确立此证明标准旨在消除法院对案件客观事实的盲目追求，将法院职责限制在审查核实证据上，减少诸多案件真伪不明的状态，提高诉讼效益，切实强化对诉讼公正的追求。目前，在民间借贷案件中，对于如何认定举证证明达到盖然性标准，实务中大致形成两种观点：

第一种观点认为，只要借款人出具了收条、承诺收到了款项或者以其他形式明示或默示收到款项的，即应认定出借人履行了提供借款的义务；如果借款人事后又反悔否认收到该款项的，则其应对未收到款项承担举证责任。

第二种观点认为，虽然借款人为出借人出具了收条，或者在借款协议中表明其已收到大额款项，但现实生活中的确存在有的借条或收条是被胁迫而写，也有的是为了掩盖高额利息。因

此，不能仅凭贷款人向出借人出具的收据就认定出借人已经履行了提供借款的义务，如果借款人的抗辩事由足以引起法官的合理怀疑，人民法院还应进一步审查贷款事实，并就出借款项要求出借人进一步提供证据证明。

笔者倾向于第二种观点。就借条或者借据的审查而言，应当把握民间借贷合同关系的性质，全面细致地了解 and 调查借条的形成过程、借款原因和借款目的、债权人资金的具体来源、借款与还款时间等。对于民间借贷纠纷案件的证据认定，不仅要审查判断各证据之间的联系，还要审查判断各证据与案件事实的关联程度。

典型案例

【案情简介】2004年12月30日，周歆焱与康发公司、张亚辉签订借款合同，约定：康发公司向周歆焱借款1640万元以及张亚辉对该借款的担保责任、利率、还款期限、违约责任等内容。后，周歆焱用现金或转账支票的方式先后借给康发公司共计1640万元。康发公司收到借款后，向周歆焱分别出具了借条。后，康发公司未按借款合同约定归还借款。

2006年11月23日，周歆焱与康

发公司、张亚辉签订《借款及还款协议》，约定：1、康发公司收到周歆焱借款1640万元，该借款到期后，康发公司未履行还款义务。2、本协议签订后，周歆焱再借给康发公司现金1500万元，康发公司出具书面收据，张亚辉在该收据上署名，以证实周歆焱出借行为的真实性。3、还款期限、利率、违约责任等内容。次日，康发公司、张亚辉履行协议约定的义务。借款到期后，康发公司仅向周歆焱支付利息270万元，其余款项一直未付。

周歆焱于2009年5月18日向重庆市第五中级人民法院提起诉讼，请求判令康发公司偿还周歆焱借款本金3140万元，支付至实际还款日止的利息以及其他诉讼主张。康发公司辩称：未收到1500万元现金借款、借款收据是在周歆焱胁迫之下出具的、不应采信等答辩意见。

【法院判决】法院一审认为，借款合同、借款及还款协议应属有效合同。借款合同签订后，周歆焱已按约支付康发公司借款1640万元。此后其与康发公司、张亚辉签订借款及还款协议，又约定周歆焱在3日内再借给康发公司现金1500万元。在签约

[1] 徐莹：《我国民事诉讼证明标准之重构》，载《太原师范学院学报（社会科学版）》2006年第1期。

次日，康发公司即向周歆焱出具了收据，张亚辉也在该收据上署名。康发公司、张亚辉辩称该借款收据是在周歆焱胁迫之下出具的，但未提供任何证据予以证明，对该辩称理由不予支持，故应认定周歆焱共计支付给康发公司的借款为3140万元。判决：康发公司于本判决生效之日起15日内返还周歆焱欠款3140万元及利息等。

宣判后，康发公司不服一审判决，提起上诉。

重庆市高级人民法院经审理认为，关于1500万元现金借款是否履行的问题，因康发公司向周歆焱出具了收据，且周歆焱提供了其具备支付1500万元现金的资信证据，并对现金划款作出了合理解释。康发公司虽然辩称该借款收据是在周歆焱胁迫之下出具的，1500万元系其支付周歆焱的高息，但是其未提供任何证据予以证明，故应认定周歆焱已经向康发公司实际履行了贷款义务。判决：驳回上诉，维持原判。^[2]

【法官说法】笔者赞同二审法官的敏锐分析，并进而认为，本案还应当对以下几个问题作出思考，或许可能对案件的处理更为周全、得体。

第二笔1500万元借款是否符合日常经验？

笔者认为，本案中第二笔1500万元的借贷似乎与日常经验不符。2004年12月，周歆焱借给康发公司1640万元。从双方签订该笔借款合同看，对于民间借贷的担保责任、利率、还款期限、违约责任等内容都作了十分



详细的约定，而这些详尽的约定恰恰是作为债权人的周歆焱特别在意和关心的。由此可见，周歆焱对于放贷产生的风险和利益有较为充分的认识。民间借贷合同到期后，康发公司分文未还，一般情况下，周歆焱应当通过各种途径追偿该笔借款。然而，周歆焱却于2006年11月又借给了康发公司1500万元，这点让人感觉与一般常理有些不太相符。对于借款人而言，第一次的借款分文未还，再想获取第二次放贷，而且是如此之大的数额，基本上是不可能的，出借人不可能再冒一次风险，除非第二笔借贷是为了以新还旧，或者出借人为追求巨额的高利贷铤而走险，或者出于其他原因，自然另当别论。然而从案情介绍看，这些疑虑无法在案情中获得合理的解释，第二笔1500万元的借贷让人疑窦丛生也就不足为奇了。

是否存在其他容易让人产生合理怀疑的现象？

关于1500万元现金的支付问题。根据笔者的调研，在浙闽区域一带以大额现金支付款项几近成为一种交易习惯。所以，不能因大额款项以现金支付而想当然地认定为不符合常理，也不能仅因为没有银行转账凭证认为

没有支付款项。然而，本案中的第一笔1640万元，周歆焱是以现金或转账支票的方式支付给康发公司，然而第二笔1500万元，除了康发公司向周歆焱出具的收据外，出借人再没有提供出任何其他证据加以佐证，这与当事人交易习惯不太吻合。

关于约定出借行为真实性问题。在商业交易习惯中，很少有对真实的交易关系通过约定来确认，真实的交易关系是建立在真实的支付价款和履行义务上。而周歆焱与康发公司、张亚辉于2006年11月23日通过约定证实出借1500万元的真实性与一般交易习惯不符。

关于1500万元支付的时间问题。2006年11月23日签订的《借款及还款协议》中约定的是协议签订的3日内再借给康发公司现金1500万元，假设周歆焱真有放贷的计划，用3天的时间准备1500万元现金大致还算正常，毕竟，如此大额的现金筹集确需一点时间，这也恰恰说明周歆焱考虑到了这一点。然而，周歆焱于签订协议的次日即支付1500万元现金。可见其准备现金的速度甚至超出了自己的预期。

关于出借人的资产状况问题。二审法官向周歆焱释明，其应就1500万

[2] 周歆焱与重庆康发物业发展有限公司民间借贷纠纷一案，一审案号（2009）渝五中法民初字第151号；二审（2010）渝高法民终字第78号。转引自彭贵：《民间借贷中巨额现金交付的证据规则》，载《人民司法·案例》2010年第16期。

元现金借款的履行情况进一步举示证据。周歆焱举示了2005—2006年重庆大江摩托车发动机制造有限公司、重庆大江动力设备制造有限公司的现金明细账，其中载明两公司的现金流量约2000万元。周歆焱支付给康发公司的1500万元现金就是其从上述两公司提取的。“因上述公司系周歆焱家族的公司，可以确信出借人具有相应的履行贷款合同的资信能力。”然而，笔者却有疑问，两家家族公司2005—2006年期间的现金流量2000万元，根据案情介绍，仅在2006年11月24日，周歆焱就动用了其中的1500万元现金。难道这两个家族公司在这一天的现金流量就达到如此之多？

关于家族公司资金管理问题。根据案情介绍，周歆焱对外放贷的1500万元现金，来源于其两个家族公司，遗憾的是，这两个家族公司对于如此之大的现金流动情况，既没有内部划款凭证，也没有相应的财务记载。由于案情尚未提及周歆焱是否为该两家公司的实际控制人或者控股股东，因而不宜妄加揣测，但两家公司动用如此之大数额的现金却未留下相关凭证，似乎与公司治理结构和日常经营管理的要求格格不入。

未排除合理怀疑的证据能否适用证据优势？

《民事诉讼证据规定》第73条对民事诉讼“高度盖然性”的证明标准作出了具体规定。因此，高度的盖然性必然是建立在证据优势的基础之上的。

二审法院显然是在确认周歆焱的

证据具有明显优势的前提下，支持了周歆焱的主张。对此，笔者的看法与二审法官的认识略有不同。虽然康发公司称该借款收据是在周歆焱胁迫之下出具的，却未提供任何证据予以证明，周歆焱提供的证据包括资信证据、收款证据以及当事人陈述，但是这些证据并不一定构成证据优势，关键原因就是它们无法排除上述合理怀疑，且与日常经验不相符。

笔者认为，对于证据优势的要求，必须达到足以令人确信其待证的事实确实存在的程度。当然，其所要求的证明标准是一种相对的“法律真实”，而非绝对的“客观真实”。这种“法律真实”在内心确信的程度必须至少达到足以令人信服的高度盖然率。因此，优势证据最起码要达到认定待证事实的最低限度。即使一方当事人所举证据相较于对方当事人处于优势，但是如果其所举的证据并不能证明其所主张的事实，不能排除合理怀疑，即使其证据处于优势，也不能达到“高度盖然性”的证明标准，就不能支持其诉讼请求。^[3]

具体运用到本案，周歆焱所提供的证据并不因证据数量的优势而构成相应证据证明力的优势，其所证明的结果尚未达到一般具有普通常识的正常人认为具有某种必然的或合理的盖然性或确信程度。或许正是基于此，甚至二审法院亦认为，从法官内心确信来看，其系高息的可能性较大，因为此种情况在现实生活中比比皆是。

结语

总之，民间借贷案件的借贷事实发生非常复杂，情况各不相同，尤其是大额款项的交付，在审判实践中，应当加强对借条记载内容真实性、合法性审查以及对借条本身真实性的审查，具体案件具体分析。特别是在当事人双方和证人的证言存在诸多相互矛盾的时候，要进一步调查出借人的出借能力及借款人的还款能力、借贷的起因及用途、出借人交付款项的时间、地点以及交付的形式。综合考量债权债务人的关系、交易习惯以及证人证言的可信度等因素予以认定，同时，还要按照《民事诉讼法解释》第105条之规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断。

出借人仅提供借贷合意凭证但无法提供交付凭证的，应将举证责任分配给主张协议已实际履行的出借人，出借人应当就履行了“提供借款”的义务承担举证责任；之后借款人如果否认借款事实或主张已经将债务偿还的，应对相应事实承担举证责任，但要将借条和其他证据结合起来审慎认定。需要强调的是，即使借款人的举证未完成，只要对出借人的证据存在合理怀疑，且这些合理怀疑是由于出借人的行为造成的，其即负有排除这些合理怀疑的义务，否则不能适用“高度盖然性”标准，其诉讼请求并不一定会得到支持。唯有如此，方可以减少司法随意性，从而有助于维护司法的连续性、一致性。

[3] 王林清：《民间借贷纠纷裁判思路与规范指引》（下），法律出版社2015年版，第827页。



担保公司“搭便车” 实现抵押权的实践与思考

——B担保公司另案执行中申请优先受偿案

文 广东卓建律师事务所 金振朝律师

案情简介

B担保公司成立于2001年，注册资本8亿元人民币，自成立以来累计融资担保金额已过百亿元，是Z市政府为缓解中小企业融资难成立的融资性担保机构，为G省首批中小企业融资服务示范单位，相继荣获多项荣誉称号。

J公司为B担保公司的多年客户，主要经营印刷业务，拥有海德堡等品牌印刷设备多台，在Z市印刷行业较为知名，与B担保公司以往合作中信誉较好，从未出现逾期。2013年前后，受印刷行业不景气和当地政府“腾笼换鸟”政策影响，加之经营不善，J公司业绩出现下滑。2013年6月，B担保公司为J公司向A银行申请的一笔1200万元一年期贷款提供保证担保，反担保措施包括：1、J公司的法定代表人王某以其名下的一套别墅抵押；2、J公司的一台海德堡印刷机抵押；3、J公司的法定代表人王某夫妇连带责任保证。项目评审时，虽有个别评委提出印刷行业不景气，J公司经营业绩有下滑迹象，但由于抵押物基本足值，加上J公司为长期合作

的老客户和项目经理经验不够，该项目最终还是获得评审会通过。

上述贷款发放后，开始几个月J公司等额还款及付息正常，但从2013年底开始出现逾期，B担保公司和A银行相继向J公司发出多份催收通知，J公司一直未能还款。B担保公司经调查得知，J公司由于逆势扩张，大举外债，导致资金链断裂，不能清偿到期债务，法定代表人王某已经失踪。由于J公司连续数期未能依约还款及支付利息，2014年1月，A银行宣布提前收贷并向B担保公司发出代偿通知，B担保公司依约向A银行代偿了借款本息960万元。就在B担保公司与A银行协商确定代偿事宜期间，因J公司欠H市赵某本金2000万元的民间借贷到期未能偿还，王某为该笔借款向赵某提供连带责任保证担保，赵某遂向H市人民法院起诉J公司和王某，并申请保全查封了J公司及王某名下的财产，包括已抵押给B担保公司的房产及机器设备，由于被告缺席，H市人民法院很快便判决赵某胜诉，该案已进入强制执行阶段，

B担保公司后来还了解到，2013

年8月，J公司还与总部位于S市、主营融资租赁业务的Y公司以售后回租的方式与J公司开展融资租赁业务合作。即J公司将两台海德堡印刷机出售给Y公司，Y公司再将该两台印刷机出租给J公司，按月收取租金，包括其中一台已抵押给了B担保公司的印刷机。因J公司未能依约支付租金，Y公司于2014年5月向S市人民法院起诉，请求确认Y公司对上述两台印刷机享有所有权和要求J公司支付所欠租金。

抵押权的实现过程

（一）方案选择

虽然抵押物基本足值，但由于抵押物被另案查封以及抵押权和所有权之间存在冲突，抵押权的实现存在明显障碍，而且通过诉讼方式实现抵押权的时间较长，不利于B担保公司减少损失。本所代理律师经与B担保公司讨论分析，认为有两种追偿方案可供选择：

【方案一】B担保公司立即以J公司、王某夫妇为共同被告向委托担保合同约定的Z市人民法院起诉，同

时申请对抵押物进行轮候查封，待执行中再通过执行法院与首轮查封人赵某和Y公司进行沟通协调。此方案符合一般做法，判决胜诉并获得执行几无悬念，但从起诉到获得受偿的时间间隔较长，而且同样面临首轮查封和权利冲突问题，还要支付较高的诉讼成本。

【方案二】暂不起诉J公司、王某夫妇，直接向H市人民法院提交优先分配申请，同时与首轮查封人赵某和Y公司进行沟通协调，待抵押物优先受偿完毕后，再以就未受偿的部分向Z市人民法院起诉。这种实现抵押权的方式属于“搭便车”，少有先例可循，能否获得Z市人民法院支持没有必然把握，但可以极大地节省实现抵押权的时间和经济成本。B担保公司最终选择了此种方案。

（二）申请优先分配

为此，B担保公司立即起草了申请参与优先分配申请书并附上《委托担保合同》、《保证合同》、《抵押反担保合同》、房产证、房产及印刷机抵押登记证明、B担保公司代偿划款凭证、A银行出具的代偿证明及主体资料等证据复印件，提交给了H市人民法院并联系执行法官。

在申请材料被接收后，B担保公司立即主动联系主办法官，携带所有证据原件到H市人民法院供其审核，并说明B担保公司成立的政策背景和本案情况，争取法官的支持和理解。起初，执行法官以未有此先例，法律上也没有明确规定为由，提出要求B担保公司提供生效的裁判文书作为申请依据。如果提交生效裁判文书，

则等于B担保公司申请优先受偿必须以对J公司、王某夫妇提起诉讼为前提，“搭便车”的目标就无法实现。代理律师据理力争，终获法院认可，但表示要得到首轮查封人同意后才能对抵押物进行拍卖。

（三）艰难协调

对于首轮查封和权利冲突问题，B担保公司也同时积极联系相关权利人，多次进行协商谈判。赵某明确表示不同意解封房产、机器设备。按照有关法律规定，B担保公司虽然对抵押物享有优先受偿权，但法律并未规定抵押权人对抵押物有优先申请处置权。如果首轮查封人既不申请解封，又不申请对查封的抵押物进行处置，抵押权人只能干着急。加之B担保公司并非执行案件的申请人，在启动执行拍卖抵押物方面就显得更为被动。

为此，B担保公司制定了如下谈判策略：

第一步，与Y公司协商达成共识，因为B公司与Y公司都属于金融行业，并且都是国有性质，双方都有多年处置不良资产的实践经验，明白如果斗则两伤、和则共赢的道理。且Y

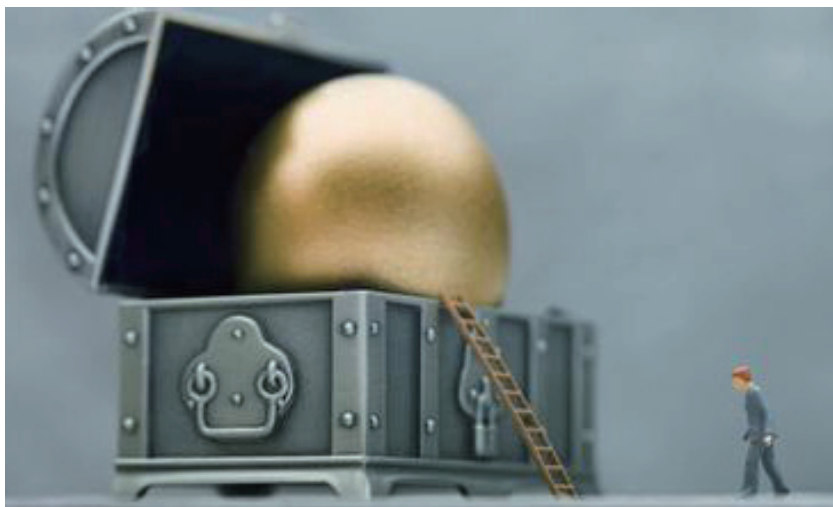
公司长期从事该类设备租赁业务，对市场行情和需求方较为了解，易促成抵押机器以较高的价格变现。因此，B公司与Y公司达成共识，双方对于抵押给B担保公司的机器设备各享有一半的权益，共同推动机器设备的变现处置。

第二步，联合Y公司，共同向赵某试压。在法律层面，赵某仅为首轮查封人，不能仅凭查封对抗抵押权或者所有权人，赵某也知道阻碍执行只能是“损人不利己”。在利益层面，为了保障房产拍卖顺利进行，B担保公司以在机器设备拍卖款分配方面做出少量让步为条件，终于取得了赵某同意法院拍卖房产，所得价款全部向B担保公司清偿。

执行法院将上述房产委托拍卖后，B担保公司多方努力，积极寻找买家。2014年底，该抵押房产在Z市土地房产交易中心第一次拍卖中成交，所得款项最终全部分配给了B担保公司。

律师评析

本案中，B担保公司可不通过诉



讼、直接申请参与另案执行优先分配的主要理由及原因如下：

第一，B担保公司享有的抵押权真实、合法、有效。根据担保法、物权法有关规定，申请人享有的抵押权是法定优先受偿的权利，申请人有权以上述抵押房产拍卖所得款项优先受偿。申请人向执行法院申请优先分配符合法律规定。

第二，根据有关规定，申请人无需提供生效法律文书作为依据。依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第92条、93条之规定，普通债权人申请参与分配应当附有“执行依据”，但对于抵押权人申请参与分配，并未要求必须提供“执行依据”，申请人可以直接凭借债权文书申请参与分配。

第三，依据《物权法》第195条规定，如果债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。倘若双方没有就抵押权实现方式达成协议，则抵押人可以直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。这里所谓的“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”是指抵押权人无须通过诉讼来实现抵押权。

第四，有利于节约司法资源，提高执行效率。如果B担保公司立即向Z市中级人民法院起诉，无疑能获得胜诉判决并顺利进入执行程序，但增加了诉讼成本。

第五，申请人已与其他有关债权人就分配方案达成一致。在执行法院

主持下，B担保公司就享有抵押权的机器设备处置分配款作出适当让步，以此为代价，与首轮查封人及Y公司就抵押房产拍卖款分配方案达成一致，各方同意上述房产拍卖款全部向申请人优先受偿，并制作笔录，亦为重要关键。

思考与启示

抵押权的非诉实现并非说梦。根据《物权法》第195条规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。该条规定开创了抵押权人无须通过诉讼实现抵押权的先例，对于抵押权的实现是一重大利好消息。但该法实施后，各级法院多以缺少配套规定为由拒绝受理或者拒绝作出强制执行裁定，使该条规定搁置。2015年出台的最新民法司法解释对于申请实现担保物权作出了细化解释，尽管规定当事人对实现担保物权有实质性争议的，裁定驳回申请，并告知申请人向人民法院提起诉讼，也仍属不小进步。本案中，虽然B担保公司并非直接根据该条申请实现抵押权，但相关法律原理实属殊途同归。

积极推动执行，逐一化解各种难题。初接手案件时，感到本案面临难题较多。但B担保公司并非消极回避，而是积极与各方沟通协商，并采

取分头出击，各个击破的方法。在利益面前，适当作出让步来换得支持是十分必要的，毕竟对于首轮查封人来说，支付了诉讼费、律师费成本，为案件的执行起到了关键推动作用，不能仅主张己方的优先受偿权，不顾他人的利益关切。

追偿措施灵活多样。在案件讨论时，可以制定多套方案，这样的好处是不仅可以依据优劣比较选择最佳方案，还可以预留备选方案。本案中，B担保公司虽然将方案二作为首选方案，但也随时做好了启动方案一的准备。

第一时间查封抵押物。抵押权人享有法律上的优先受偿权。但现实中，大量的抵押物被他人查封导致抵押权人无法申请法院处置。如果抵押权人申请执行的法院和首轮查封法院分属不同省市，沟通协调将更为麻烦。不少抵押权人认为抵押在手就可以高枕无忧，实际如上文分析，优先受偿权不等于优先处置权，如其他债权人利用这一不足，抢先申请查封抵押物，则必然造成抵押权实现的被动，不可不防。

以和为贵，才能化执行阻力为动力。本案中，尽管存在多方利益冲突，但最终各方握手言和，共同处置抵押物并按约定比例受偿，堪称经典。设想如三方互不相让，鹬蚌相争，结果必然不会顺利。特别是在机器设备的处理上，充分发挥出了Y公司的行业经验优势，顺利卖出了高价。三方还通过执行商谈，加深了解，还可为以后开展业务合作奠定基础。

徐建，1952年出生于江苏省徐州市，曾是一名原子侦察兵，1983年8月从中国人民银行总行条法处任上来到深圳，是改革开放时期中国律师制度的开拓者，亲历了中国第一家合伙制律师事务所、第一家以个人命名的律师事务所成立等中国律师业的里程碑事件；1985年任深圳市司法局副局长，曾为深圳市律师协会首位民选会长，现任中国人民大学律师学院院长、广东融关律师事务所主任。近日，深圳市律师协会“口述历史”摄制组走近徐建，听徐建讲述如何在深圳法治建设道路上锐意创新。

徐建：深圳法律创新的开拓者

文 特约记者 郑健阳

青葱岁月中的“叛逆”

徐建是1979年全国恢复高考的首届考生，当年，他以26岁的“高龄”、徐州市第一名的成绩进入了中国人民大学法律系。大学毕业后，徐建被分配到中国人民银行，成为金融管理司条法处处长。1983年，报纸上一则来自深圳特区的干部招聘启示引起了徐建的注意。徐建不假思索地成为第一个报名的应聘者。招聘组一看他的简历，二话不说就录取，当场开出了介绍信。当向中国人民银行请辞时，行长无法理解徐建的行为，“放着好端端的北京官员不做，却要跑到南方的一个小渔村？”行长开出了好的条件和更高的职位挽留徐建，但他去意已决。“中国不缺高官，缺的是德高望重的大律师，我就是要成为深圳的一名律师，这才是真正适合我的职业。”徐建对此坚定不移。在他的坚持下，行长终于接收了他的辞呈。

1983年的夏天，徐建来到那个以为拥有高楼大厦的经济特区——深圳。在徐建的想象中，深圳特区应该是改革开放的现代化城市，可一下火



车，他的心就凉了。当时的深圳只有两座楼房，其他的是一片大荒地，尘土飞扬。他和其他7个同事就挤在一个两房一厅的房子里。徐建回忆说，当时每天骑着单车上下班，正在筹建对外律师事务所。因为心中有激情，所以生活工作的艰苦丝毫没有浇灭他们建设律师事务所的热情。

开拓改革开放中的“第一”

上世纪80年代，正值深圳招商引资的高峰期，但在此过程中却屡屡遭遇各种法律问题，这种法制上的空白，才是当时到深圳开疆拓土的法律

人士遇到的大挑战，但徐建正是在这种挑战中开创了法律领域的多个“第一”。

经过了紧张的筹备，1983年10月，深圳对外律师事务所成立了，除了主任，只有4位年轻的大学生，徐建就是其中一位。律所开张的第一个单子——东湖宾馆破产案，这应该是新中国历史上第一单并购案。当年的东湖宾馆是属于深港合资经营，香港母公司占有其50%的股权，但母公司在港因经营不善破产。香港清盘官向深圳政府发出通知，表示要接管东湖宾馆。深圳政府从未遭遇这种情况，

法律又不健全，这种案子在1984年的深圳很罕见。为此，深圳政府向律师咨询意见。如何运用国际法则，既保护外商的合法权益，又不损害深圳的各项经济建设和国家主权，是当时深圳每一位法律工作者的首要任务。徐建依照“有法依法律，无法依惯例，无惯例依法理”的法律精神，向政府提出四点建议：第一，承认香港法院接管香港公司的域外效力，否则以后没有外商愿意到大陆投资；第二，清盘官的身份必须获得深政府的批准才能行驶权利；第三，清盘只能把外商50%的股份进行变卖；第四，变卖后的款项要偿还国内债务并上交国家税收，清盘官才可以把剩余款项带回香港。市政府同意他们的建议，徐建作为代表外商的律师在东湖宾馆待了4个月处理此事，还被中方董事长说是“卖国贼”，“捍卫国家的合法权益就是捍卫国家的利益。”徐建十分坚定。4个月后，香港公司将50%的股权转让给中方，双方对此结果很满意。

徐建将“律师见证”引入了法律程序中。1984年上半年，新都酒店贷款8000万港币建立新的大酒店，谈判结束签约时，外方律师说，咱们做个“见证”吧，这启发了徐建。当时国内只有公证，而没有见证，随后，徐建向司法局作出汇报，建议将“见证”引入法律程序。在后来的《深圳经济特区律师条例》修改时，深圳开始同时使用“见证”和“公证”这两个法律名词。

1985年，徐建借鉴国外经验，在一家国企和一家私企之间的合作中承

接了中国第一单民间仲裁业务。仲裁当天，徐建担任首席仲裁员，段毅、王延放任边裁。双方均到场质证后进行辩论，最后进行陈述。休庭之后进行了合议，作出裁决。而此事到此永远没有结束，仲裁后，一方当事人表示不服，控告徐建他们“私设公堂、违法裁判”，并向深圳市中级人民法院提起诉讼，要求撤销裁决书。法院经过研究认为此案既不是经济纠纷，也不是行政案件，不属于法院受理范围，决定不予受理。随后当事人又继续向深圳市司法局、广东省司法厅以及全国人大控告，上级责成深圳市司法局调查。1988年，深圳市司法局作出报告，认为我们根据双方当事人的授权委托，作为履约监督人，作出裁决并无不妥；而且律师进行此裁决的动因是为了律师业务的创新，探索双方自愿授权通过律师解决纠纷，减少诉累。但是报告也指出，以后不宜采用“裁决书”的形式，注意法律

权限。从此之后，深圳律师再也没有开展过民间临时仲裁业务。伴随着市场经济的发展，目前大量的民间争端只依靠法院和有限的常设仲裁机构已经杯水车薪，国内对设立临时仲裁的呼声越来越高，而当年的“民间第一裁”，对现在的仲裁改革立法起到了重要的示范作用。

下海律师到律师业改革

从1979年起，中国律师制度开始恢复，到1981年，深圳建立了第一家律师事务所，直到上世纪80年代中后期，深圳律师业一直发展缓慢，1988年深圳才有53名律师，远远跟不上深圳经济的发展和法律服务市场的需求。这与当时律师事务所都是国办、律师占有国家编制的体制是分不开的，因此律师体制改革一直在探索。

深圳对外律师事务所的发展很快，1984年底，律所已经由几个人扩展到十几个人，恰逢市司法局准备进



“

2002年秋天，100多位律师向司法局递交了推荐信，推荐徐建出任深圳市律师协会会长。直到这时候，他才知道深圳律协已有6年没有换届，深圳律协会长一直由司法局任命的副局长担任，深圳律师行业远远落后于北京、上海。随着律师队伍规模化、专业化的发展，传统的管理模式已无法适应新形势的要求，律师管理体制由行政管理向行业自律管理发展势在必行，这也符合国际律师管理的惯例。于是，徐建提出以民主宪政为基础，以民选、直选、竞选为特点的新选举制度并得到认可。2003年7月15-19日，在召开的深圳市第四次律师代表大会上，新一届律师协会会长、理事由160多名律师代表以不记名、差额选举的方式选举产生，不再由司法局有关官员及指定的人担任。

”

行体制性改革，询问对外律师事务所能否进行承包制，“自己给自己发工资”。徐建思维活跃，很想要承包，可是律师事务所的主任却不同意。“要不我再成立一家律所，一年向司法局交十万，其他的费用和开支都是我自己来负责，包括房子。”积累了丰富经验的徐建作出了一个大胆举措，下海当律师，并立下军令状，不要国家一分一毫，自负盈亏。在招聘了六个人之后，1985年，徐建成立了深圳市经济贸易律师事务所。“我们当时干劲特别足，研究案子都到半夜一两点钟，8个月就赚了40多万元，1985年，买了第一台汽车，每个人还能分到几万。”徐建回忆当年，那份勇气、自信和胆识，至今仍让人动容。

1985年，组织上调徐建出任深圳市司法局副局长，成为当时特区最年轻的副局级干部。徐建深知，在社会主义市场经济条件下，用行政手段、计划经济手段办律师业，最终会被市场抛弃，要公正、公开、公平地维护法律的尊严，就必须把律师从国家工作者转变为社会工作者，更好地为社会主义市场经济服务。那时候，时任司法部部长蔡诚来深圳考察，了

解经济特区律师发展情况，看能不能找到一条新路，让律师业发展更快。徐建提出按照香港的做法，把律师全部“私有化”。蔡诚部长表示支持，并接见了自愿辞去公职、发起成立合伙制律师事务所的段毅、武伟文、刘雪坛3位青年律师。在听取了他们对律师管理体制改革的设想后，蔡诚部长鼓励他们做第一个吃螃蟹的人，为全国律师业的改革发展闯出一条新路。3位律师很快开始起草合伙制律师事务所的章程，并仿效香港律师行的做法，将每个合伙人的姓氏加在一起，取名“段武刘律师事务所”。徐建随后草拟了《深圳合伙制律师事务所管理条例》，将相关的管理规定加以明确，并率先在市政府《改革参考》上提出了在深圳试行个人律师事务所、合伙制律师事务所以及中外合作律师事务所的建议，得到了市政府领导的批示支持。

但真正实行，阻碍仍很大，徐建说，当时，最大的阻碍其实是来自一些老干部的观念，他们害怕一放手就乱。“律师，往大的说能治国，往小的说可以治理一座城市。”徐建力排各种守旧的观念和非议，和当年同仁、司法局副局长陈野共同努力，促

成了中国第一家合伙制律师事务所的成立。1988年5月4日，段武刘律师事务所在国贸大厦挂牌，并取得快速发展。不久后，中国第一家个人律师事务所——李全禄律师事务所也在深圳开业。

此次改革对深圳律师行业的发展影响很大，律师成为自由职业后，发展没有了限制，到1989年，深圳的律师队伍已经发展到五六百人，比1988年增加了十倍以上。而到现在，深圳的律师已经突破了九千人，仅次于北京和上海。

首位民选会长遇“罢免风波”

1989年，受司法部的委派，徐建调任驻香港中国法律服务有限公司董事兼副总经理、香港中国法律律师事务所合伙人，是香港注册的第一批中国律师。2001年，年值五十的他辞去了30多年的公职，抛开了司法部派驻香港的副厅级公职待遇，成为了第一个辞去副厅级公职的司法领导。怀揣着“律师梦”，辞职后的徐建与5位老同学和老乡一起开办了广东融关律师事务所。那时，他见多识广，又有丰富的人脉资源，找他打官

“

“深圳律师只需要提高业务水准和道德，依靠互联网进行传播，定能再创辉煌。”徐建寄语深圳律师。

”

司的人很多，业务可谓应接不暇。但是，为了有更多的时间学习和思考，他让自己处于半工作、半休息的状态，许多业务都放弃了。这样的日子仅仅过了两年多。他再次进入中国法治变革的风暴眼。

2002年秋天，100多位律师向司法局递交了推荐信，推荐徐建出任深圳市律师协会会长。直到这时候，他才知道深圳律协已有6年没有换届，深圳律协会会长一直由司法局任命的副局长担任，深圳律师行业远远落后于北京、上海。随着律师队伍规模化、专业化的发展，传统的管理模式已无法适应新形势的要求，律师管理体制由行政管理向行业自律管理发展势在必行，这也符合国际律师管理的惯例。于是，徐建提出以民主宪政为基础，以民选、直选、竞选为特点的新选举制度并得到认可。2003年7月15-19日，在召开的深圳市第四次律师代表大会上，新一届律师协会会长、理事由160多名律师代表以不记名、差额选举的方式选举产生，不再由司法局有关官员及指定的人担任。此次会议中，不少律师毛遂自荐参与协会管理，而徐建关于“对深圳律师现状的十大改革设想”的竞选演说赢得代表们的广泛认同，在三位候选人中脱颖而出，高票当选。徐建成为中国律师业第一位民选的会长。

在上任会长后的一年里，徐建为律协购买办公楼。“当时，司法局给

了律协两个办公室，这不足以适应律协的发展。”徐建说，所以，他找到时代金融中心20楼，与20多位理事一起到现场勘查，最后当场拍板决定买下这一层楼作为市律协的办公楼。如今看来，徐建认为当初的“买楼决定”是正确的，这不仅使得律协拥有了自己的办公楼，也让律协的资产升值。可是，就是这个买楼行为，让徐建在成为民选会长的一年后，也成为中国第一位遭遇“罢免风波”的律协会长。2004年7月25日，在深圳市第四届律师代表大会第二次会议上，广东正翰律师事务所刘子龙等60名律师联名提出关于罢免徐建深圳市律师协会会长职务的提案。刘子龙等律师要求罢免徐建会长的主要理由有18条，但焦点还是集中在2003年深圳律协购买办公楼一事。

该罢免风波把徐建推到了风口浪尖，徐建上任一年便遭遇罢免成为了媒体的头条新闻。罢免案交到大会后，根据《章程》的规定，是否列入大会议程应该由大会主席团决定，由司法局领导、全国及省、市律协部分理事、律师代表组成的主席团经过连夜的紧张讨论，认为罢免案没有附相关证据，提案人也承认所投诉事实未经核实，主要投诉已经司法局调查排除，另外，律协章程对罢免的程序没有规定，因此最后作出决定不把罢免案列入大会议程。

至今，徐建对“罢免风波”很

坦然，“我既然选择了民主政治的道路，就不会惧怕投诉罢免。”徐建坚信，他的行为是符合章程规定的。在当年的律师代表大会上，徐建对十八个问题进行了逐条反驳。最终，司法局公布了对律协买楼的调查结论：购楼是必要的，符合律协章程并经理事会讨论决定，属于正常业务。徐建说：“工作报告代表律协一年的成绩，如果报告未获通过，我就引咎辞职，为律协的民主改革作一次烈士。”结果是大多数代表同意了工作报告，实际上否决了罢免案。

徐建也利用此次罢免风波完善律协制度，提出修改《深圳市律师协会章程》的建议，并专门组建工作小组经过多次调研，几下香港，八易其稿，将原来5000字的《章程》增改为1万字，创新就达15处之多，如：律协会会长、副会长、理事及秘书长全部由执业律师担任；竞选产生会长、副会长、理事，候选人一律多于实际当选人数等等。“在好的章程之下，坏人进不来，好人没法干坏事，在这种制度下，没人可以有腐败的机会，这给全国律师闯出了一条路子。”新《章程》代表了深圳法治建设的最高水平，其制度创新之多，民主化程度之高，堪称中国行业协会《章程》的经典，各地律协纷纷到深圳律协取经。

“深圳律师只需要提高业务水准和道德，依靠互联网进行传播，定能再创辉煌。”徐建寄语深圳律师。

 绿茶网 该活动由绿茶网赞助支持

新年 你好

文 自由撰稿人 周广玲

迎着纷纷扬扬的雪花，倾听冬的声音，有一种动人的旋律，是那样亲切，敲击在我们的心里，那是新年的音符，新年的脚步在向我们走来。新的一年，是全新的，翻过逝去的一页，便是一个闪亮的日子。

新年是过去一年的终点。过去的三百六十五个日子里，尽管有着曲折和磨难，但我们奋斗过，努力过，进取过，再多的坎坷和挫折终也走到了终点。新年，是新的一年的开始，万象更新，总结过去，积累经验，畅想未来。背起行囊，我们重新出发，新年充满着希望和憧憬，让我们期待着美好。

新年总是在一年最冷的季节里到来，真诚的问候，真切的友谊，却总能够温暖我们的心房。新年来了，春天就在眼前。新的一年，开启新的梦想，新的起程，承载着新的希望，等待我们去抒写，“年年岁岁花相似，岁岁年年人不同。”新的一年，有着太多的愿望等待我们实现，也有太多的梦想在心底完成。新的一年，是号角，是源泉，是动力，给我们增添信心，注入力量，铸造信念，让我们有着一个好的开头。

新年，你好！我们坚定前进的步伐，踏着365个节拍，抛掉忧愁，抖落疲惫，带着喜悦和祝福，举起有力的臂膀，敲响新年的钟声。那浑厚的钟声，送走了昨天的星辰，清脆的爆竹，宣告了一个崭新的年轮。新年里的缤纷祝福，在新年的钟声里，会盛开一朵朵美好的花儿，送给您丰硕和芬芳。

翻开新年的第一页，把美好的祝福注进崭新的日子，我们前进的步伐会更加的铿锵，更加的有力。新年的到来，让我们向未来献上最虔诚的祈祷。新年，你好，新年的钟声敲响的时候，我们会尽情的欢唱，那是生命中最美的交响曲，那是迎接新年的兴奋和惊喜。

你好，新年！每一天都是新的一天，花开花落，只要我们从容的面对生活，用心做好每一件事，新年里的每一天都会怒放幸福。你好，新年！祝福新年的每一个人都心想事成，祝福每一个人的新年都幸福美满。祝福人们平平安安，有一个安康的新年。

新年，你好！在这和气致祥的时节，我们以花朵的姿势祝福每一个人新年愉快。幸福在新年的钟声里绽放，阳光依然很年轻，在万物的呢喃中抽芽出一片嫩黄的情节，温暖人们祝福和和心愿。

新的一年，又是一个充满欢声笑语的新年，冬姑娘蠢蠢欲动，下一场银白色的大雪，为新年添上一幅美丽的图画。



晶莹剔透的雪花被风儿带起轻捷的身子，飘落在寰宇，把大地装扮得亮丽如新，以全新的姿态迎接新的年华，薄冰下的水流唱起欢快的歌谣，涌流到大海，共同庆祝新的年辰。

在新年，所有纷乱的思绪，不再雾遮云锁，那些被日历捆绑的生活，再一次清晰起来，每一张笑脸都泛着祥和的气氛。在新年亮丽的早晨，让我们重新制定一个目标，开始我们新的旅程。

新年，燃起的爆竹，兴奋着我们的希冀。烟花满天，那是快乐的绽放。我听见了泥土下草根的蓬勃以及它们歌唱春天的歌谣。这是一种生命的颤动，每一次律动都跳动着欢乐的音符，在新年中我们一路追逐那些跳动的音符。面对未来，我们充满着憧憬，走进新年，我们要写下好心情。在这祥和的时节，让我们拥抱未来，拥抱希望，拥抱属于自己的那一份满足和踏实。

站在这一新起点，向着那轮冉冉升起崭新的红日，让我们放飞心中的美好，以奔跑的姿势，以快乐的姿态，迎接新年，把所有的情愫凝聚成一声真诚的问候：新年，你好！

【数字】

1153万

据国家安全生产监督管理局网站消息，全国安全生产大检查继续深入推进。截至目前，打击各类非法违法行为1153.3万起，停产整顿企业27677家，关闭取缔企业6581家，依法暂扣或吊销许可证照33664个，移交司法机关追究刑事责任4667人。

420项

财政部部长楼继伟披露，中央层面累计取消、停征和减免了420项行政事业性收费和政府性基金，每年可减轻企业和个人负担约920亿元。目前，中央层面保留的行政事业性收费和政府性基金项目，已经减少到了138项；地方层面也取消、减免了一大批本地区设立的收费项目。

2.34亿美元

据中国之声《央广新闻》报道，美国一个陪审团近日裁定，苹果公司在未经许可情况下在iPhone和iPad中使用了威斯康辛大学的芯片技术专利，因此判决苹果应当赔偿2.34亿美元。这起诉讼实际上最早追溯到2014年1月，当时美国威斯康辛大学校友研究基金会对美国苹果公司提起诉讼，称苹果侵犯了威斯康辛大学校友研究基金会在1998年命名的一项名为“预测电路”的专利。

【关键词】

法治地图

深圳“法治地图”是深圳市司法局搭建在微信平台上的公共法律服务移动互联窗口，全国独创。通过“法治地图”，市民可以方便的找到离自己最近的法律服务机构及人员信息，打通线上线下，为深圳市民提供指尖上的公共法律服务。

庭前独角兽

“庭前独角兽”是全国法院第一个传承弘扬邹碧华精神、打造法律人精神家园的公众号，它旨在展现法院人职业形象、弘扬法治精神、记录法院历史、塑造法律职业共同体文化。目前，该公号由上海市高院团委负责运营，于去年12月10日开始试运行。

24小时自助法院

深圳宝安法院推出全国首家网上网下、线上线下全天候的24小时开放、动态、透明、便民的全覆盖、一站式、综合性诉讼服务平台。自助服务终端操作区实现立案诉讼材料扫描上传、缴费、查询案件信息、庭审公告、打印法律文书、法官预约、预约阅卷等7大功能，真正推动互联网与法院司法办案、司法为民、司法改革等领域环节的深度融合，让当事人获得全方位、全天候、便捷高效的诉讼服务。

【声音】

律师事业发展程度体现了一个国家司法文明程度。律师处于全面依法治国第一线，既有扎实的法律专业素养，又有丰富的法律实务经验。充分发挥广大律师的重要作用，对于进一步深化司法体制改革，建立公正高效权威的社会主义司法制度具有重要意义。

——中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱

要坚持问题和需求导向，充分运用信息化建设成果，建设好、运用好律师服务平台，切实为律师依法履职创造良好环境，进一步发挥律师在全面依法治国中的重要作用，共同促进司法公正和法治文明进步。

——最高人民法院院长周强

第三方机构设置指标体系评价法治发展状况，可以避免法治实施主体自我评价盲区，客观中立地反映其法治状况，改变其自说自话、自我评价、公信力差的困境。

——中国社科院法学研究所所长李林

【业界前沿】

最高人民法院律师服务平台正式开通

12月30日上午，最高人民法院律师服务平台正式开通。律师在律师信息库系统注册登记后，便可通过该平台提出网上立案申请，并按照要求上传材料。新开通的律师服务平台具有网上立案、网上阅卷、案件查询、电子送达、联系法官等五大功能。目前，最高人民法院律师服务平台已经收集律所信息21707家，录入律师信息81476条，全国31个省区市高级人民法院和解放军军事法院上报了律师事务所信息。

杭州：出台全国首个法援地方标准

DB3301/T0168-2015——这是由浙江省杭州市质量技术监督局认证发布独属于法律援助服务的标准号。近日，杭州市司法局起草的《杭州市法律援助服务标准》正式发布，于10月31日起实施。标准全文分法律咨询，法律援助案件申请、受理、审批、服务质量控制等七章30节，近3万字内容。据悉，这是全国首个全面规范法律援助工作地方标准。

最高检：违法行使职权存入司法档案

最高人民检察院近日制定出台《最高人民检察院关于对检察机关办案部门和办案人员违法行使职权行为纠正、记录、通报及责任追究的规定》(简称规定)，分别从违法行使职权行为的范围、对象、情形；办案部门和办案人员、其他职能部门、检察长和分管副检察长的责任；违法行使职权行为线索的受理、登记、移送、纠正、记录、通报制度及责任追究等方面提出具体要求。

法治建设成效纳入政绩考核指标体系

近日，中共中央、国务院联合印发《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》，该《纲要》将我国法治政府建设事业带入了一个新阶段，它是我国第一个法治政府建设五年计划，第一份中共中央和国务院联合印发的有关法治政府建设的中央文件，其自出台以来备受关注。《纲要》要求各级党委要把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩的重要内容，纳入政绩考核指标体系。各级政府及其部门的党组织要领导和监督本单位模范遵守宪法法律，坚决查处违法用权等行为。

深圳：福田公共法律服务中心挂牌

广东省深圳市福田区公共法律服务中心经深圳市福田区委、区政府批准成立，隶属于福田区司法局，是综合性公共法律服务机构。中心现设置咨询接待、服务窗口、办公服务3大功能区，提供包括法律咨询、法律援助、律师管理、司法公证、司法考试、司法鉴定等服务项目。中心同时协同运用“福田普法”、“法润福田”和“一社区一法律顾问”3个微信平台，采取网上网下相结合服务方式开展法治宣传、人民调解、法律援助等公共法律服务。

上海：启动“法治电影展播周”

上海正式启动“法治电影展播周”活动，该活动由上海市法宣办策划、上海市法宣办和上海电影集团联合推出。12月1日至7日，在首个国家宪法日暨上海市第26届宪法宣传周期间，上海市东方电影频道播映《生死抉择》、《肖申克的救赎》等7部中外法治影片，法宣不仅要宣传法条知识还要宣传法治的意识，同时要依靠新兴媒体传播法治，引导相关活跃群体。

两高解释:13种情形受害人有权获国家赔偿

最高人民法院、最高人民检察院联合发布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》，明确在特定情况下，办案机关决定对犯罪嫌疑人终止侦查的；解除、撤销取保候审、监视居住、拘留、逮捕措施后，办案机关超过一年未移送起诉、作出不起诉决定或者撤销案件的等13种情形属于终止追究刑事责任或侵犯财产权，受害人有权获得赔偿。

律师专家学者做客中政委乐当“啄木鸟”

1月7日、8日，中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱，携中央政法委秘书长汪永清、司法部部长吴爱英等人，邀请12位律师和12位法学专家学者代表，连续两天“热聊”政法工作和司法体制改革。据悉，律师代表集体走进中央政法委机关，专门就政法工作提意见建议，这还是第一次。律师们指出目前有的地方法院存在案多人少的突出矛盾，提出要优化法院内部资源配置、利用多种渠道化解矛盾纠纷，建议加强对司法活动的内外部监督，充分发挥宪法赋予各级人大及其常委会的监督职能。

NO.1 市委副书记、政法委书记李华楠调研我市律师工作

11月26日，深圳市委副书记、政法委书记李华楠率队到我会调研。市委政法委副书记梁增昌、市委办公厅副主任刘平生、市司法局局长蒋溪林、副局长徐鹏等陪同调研。九届律协理事会、党委、监事会领导班子及律师代表参加座谈。

高树会长和张丽杰书记分别汇报了深圳律师业发展情况和深圳律师党建工作：九届律协团结深圳律师积极参政议政、参与立法，在全国首创律师参与法院执行工作评估，保障律师依法执业，加强行业建设；律协党委积极发挥政治核心作用，推动行业科学发展，成为深圳社会组织党建工作的亮丽名片。与会律师代表就律师如何参与社会治理及律师业自身发展困境提出建议。

李华楠书记指出：深圳律师队伍觉悟高、素质好、能



力强，是一流法治城市建设中不可或缺的重要力量；市委政法委将牵头推动出台律师业发展的财政扶持政策，力争在深圳“十三五规划”中体现支持现代法律服务业发展的相关内容；希望市律协进一步加强行业自律，不断提高自治水平，在自我管理中实现自我发展，推动深圳律师业实现新的飞跃。

NO.2 推进法律职业共同体建设 保障律师执业权利

12月11日上午，市检察院党组书记、检察长王雁林率队到我会调研。市司法局局长蒋溪林、律管处处长熊松青，市律协党委书记张丽杰、副书记张善华，副会长黄思周、胡宁可等参加座谈。

张丽杰书记汇报了深圳律师行业与党建工作总体情况，并就律师参政议政、推进法律职业共同体建设及落实规范司法行为专项整治工作作专项汇报。与会律师代表围绕电子阅卷、信息公开、会见管理等与律师业务紧密相关的问题提出建议。

蒋溪林局长表示，市司法局将搭建更广阔的良性互

动、规范互动的平台，推动法律职业共同体建设，积极推进保障律师执业权利、法律服务市场、律师的培训和业务升级三项工作。

王雁林检察长表示，此次调研旨在规范检察机关司法行为，贯彻落实全省律师工作会议精神，依法保障律师执业权利。深圳律师在深圳一流法治城市建设中发挥积极作用，律师和检察官具有相同的执业目标，希望双方进一步加强互动交流，共同努力、携手共建，维护人民群众的合法权益和社会和谐稳定，为建设深圳一流法治城市奋进。

NO.3 创新体检工作模式 打造便捷高效服务

11月28日下午，“2015深圳律协健康主题讲座暨深圳律协体检启动会”召开，本年度律师体检工作正式启动。

市律协文体与福利工作委员会秉持为全市律师健康谋福祉的服务理念，三大举措创新体检工作模式：一是与体检服务机构联合打造“律师体检服务平台”，在协会网站开辟体检服务端口，方便广大律师、实习人员、律所行政通过网站、电话双平台预约服务，提高效率；二是与第三方机构合作，将目前市内各大体检中心纳入体检服务范围，体检机构

由去年的1家增至5家、体检开放门店由6间增至17间，遍布各区，方便广大律师就近享受体检服务；三是扩大体检补贴范围，加大体检补贴力度，本年度体检补贴对象除保留原有的在深执业累计满20年及以上的律师以外，还将在深执业15年以上不满20年的纳入补贴范围，并提高补贴金额。

启动会上，新加坡中医医师协会常任理事王齐生围绕如何告别代谢综合征、办公室疾病防治举行了健康主题讲座，并具体针对律师职业中的常见疾病的防控进行了讲解。

NO.4 深圳市律师协会新执业律师宣誓仪式举行

12月4日，我会在莲花山经济特区纪念园举行2015年深圳市律师协会新执业律师宣誓仪式，宣扬宪法精神，增强律师的职业使命感、荣誉感和社会责任感，培育和形成中国特色社会主义律师执业精神。市司法局局长蒋溪林、市律协副会长黄思周、秘书长王红出席，200余名新执业律师参加宣誓。市律协副会长张斌主持仪式。

宣誓仪式上，全体律师身着律师袍，佩戴徽章，面向国旗，举起右手庄严宣誓，表达了他们忠于宪法和法律，维护宪

法和法律权威，维护当事人合法权益和社会公平正义，努力建设法治中国的崇高信仰和坚强决心。黄思周副会长现场讲解了律师袍的正确穿法并诠释了其中的含义，希望新执业律师能够忠于法律、坚守誓言。

蒋溪林指出，律师作为法律人的首要任务是维护法律的公平公正，新执业律师将成为增强法治整体实力的生力军，为深圳营造法治化软环境律师责无旁贷；希望新执业律师能够仰望法治星空，脚踏实地为民服务，做好法律的践行者、信仰者和传播者。

NO.5 提高认识 统一标准 把好律师行业准入关

12月4日—5日，市律协组织全体实习人员面试考核评议团成员（考官）培训。市司法局副局长徐鹏出席，省律协实习委副主任、广州市律协秘书长朱宝莲，东莞市律协实习委副主任吴建武、副秘书长刘丽芳受邀参加，考核评议团成员百余人参加培训。

黄思周副会长感谢考核评议团成员（考官）的辛勤付出，并表示此次培训旨在提高认识，统一标准，健全制度，减轻压力。朱宝莲秘书长表示深圳律协在输送合格后备律师人才、严把行业准入关等方面做出了许多有益的探索，值得兄弟单位学习和借鉴。

徐鹏副局长肯定了我会在实习人员管理上开拓创新、大胆尝试所取得的成绩，并指出：此项工作是强化律协行业自律管理职能的重要举措，责任重大、使命光荣、任务艰巨；希望市律协建立健全工作机制，完善工作规范，细化管考核标准，确保考核工作公平公正，推进我市实习人员考核管理制度改革和创新。

徐鹏副局长、历任老会长为50名新增补考官颁授任职匾牌。实习委陈方主任介绍了2015年实习委开展的工作情况，并组织考核评议团学习全国、省、市三级律协申请律师执业人员相关管理办法与配套规则。

NO.6 深圳律师服务团进驻12.20光明事故现场

12.20光明事故发生后，根据市委，市政府统一部署，按照事故处理的迫切需求，在市司法局的指导与协调下，深圳市律师协会践行深圳律师服务深圳，积极履行社会职责的宗旨，根据市律协重大社会事件处理工作机制，迅速行动，成立由高树会长任组长的律师应急服务工作领导小组，并紧急抽调由22名律师组成首批律师服务团。

12月22日下午，深圳律师组成的服务团进驻事故善后处理小组，分别安排在22个小组，协助配合政府相关部门到灾民安置点进行善后处理工作，主要包括详细登记1000多位受灾群众具体情况和解答灾民提出的相关法律问题，并就相关



灾后处理工作出具专业法律意见。工作小组以及律师服务团将一直跟踪协助事故的善后处理工作。

▶ 征稿启事

《深圳律师》杂志是由深圳市司法局主管，深圳市律师协会主办的专业性杂志，旨在展现深圳律师职业风采，搭建深圳律师与社会沟通的平台和桥梁，欢迎广大法律服务工作者踊跃投稿。

栏目分布：

【视线】关注国内外重大政经事件、社会新闻、政策动态等新鲜资讯，同时通过精辟的观点来剖析新闻中所蕴含的法律问题或社会问题，提出自己的意见或建议。字数要求：600——700字，如有配图，请同时提交；

【热点】重大、热点事件深入探析，对某类现象、事物、人物进行法律分析、总结。字数要求：1200——4000字；

【论道】侧重法律人之“论”，对法律热点及政策等进行分析、论述，探寻法律服务从业人员的职业方向及价值追求。字数要求：1200——4000字；

【拍案】通过分析、解读典型案例，发表专业见解，侧重案例分析解读。字数要求：1200——4000字；

【实务】展示律师办案实务、解读法律条文或分享法律服务实务经验，发表研究成果，促进学术交流。字数要求：1200——4000字；

【生活】讲述律师及其他法律服务从业人员的动人故事，反映其工作、生活、感悟、思考。字数要求：1200——4000字。

投稿须知：

1. 稿件文字叙述流畅、主题鲜明，若有相关配图，请同时提供文章配图；
2. 投稿请使用word格式，并标注作者姓名、电话、单位、地址、邮编、邮箱、本人有效银行账号信息，并发电子邮件（附件）至本刊编辑部邮箱 shenzhenlawyers@163.com，在主题栏内注明“投稿”；
3. 所投稿件须为原创作品，本刊编辑部有权对所投稿件进行修改、编辑。

《深圳律师》编辑部
2016年2月

