

刑事辩护全覆盖背景下新型侦辩、诉辩和审辩关系〔*〕

○ 兰跃军

(上海大学 法学院, 上海 200444)

〔摘要〕推进以审判为中心的诉讼制度改革, 实现庭审实质化, 需要充分发挥辩护职能, 实行刑事辩护全覆盖, 让侦查、起诉、审判期间的每一位犯罪嫌疑人、被告人都可以获得律师的有效辩护或法律帮助。这需要合理定位侦查、起诉、审判三种诉讼职能与辩护职能之间的相互关系, 构建新型侦辩关系、诉辩关系和审辩关系。侦辩关系是一种对抗与协作关系, 诉辩关系是一种合作与对抗关系, 审辩关系是一种制约与合作关系。刑事辩护全覆盖背景下构建新型侦辩关系、诉辩关系和审辩关系, 需要尊重和保障辩护律师执业权利, 完善刑事证据规则, 尤其是侦查取证规则和庭审质证规则, 建立符合我国国情的有被害人参与的认罪认罚从宽制度, 并搭建侦查、起诉、审判与辩护之间良性互动机制, 实现有效辩护。

〔关键词〕刑事辩护全覆盖; 以审判为中心; 侦辩关系; 诉辩关系; 审辩关系

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2018.06.014

推进以审判为中心的诉讼制度改革, 构建以审判为中心的刑事诉讼新格局, 加强人权司法保障, 促进司法公正, 需要充分发挥律师辩护职能。2014 年以来, 国家有关部门先后出台一系列规范性文件, 包括: 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部(以下简称“两高三部”)2015 年 9 月联合印发的《关于依法保障律师执业权利的规定》; 中共中央办公厅、国务院办公厅 2016 年 4 月印发的《关于深化律师制度改革的意见》; “两高三部”2017 年 8 月联合印发

作者简介: 兰跃军, 上海大学法学院教授, 法学博士、博士后。

〔*〕本文系司法部 2015 年国家法治与法理学理论研究重点课题“以审判为中心的诉讼制度改革研究”(15SFB1004)和 2016 年国家社科基金项目“刑事诉讼法律责任研究”(16BFX034)的阶段性成果。

的《关于开展法律援助工作的意见》；以及最高人民法院、司法部 2017 年 10 月制定的《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》(以下简称《刑事辩护全覆盖试点办法》)等等。这些规范性文件都强调尊重和依法保障辩护律师执业权利，充分发挥律师在刑事诉讼中的法律帮助和辩护职能，并且以刑事辩护全覆盖作为推进以审判为中心的诉讼制度改革的综合配套改革措施之一。刑事辩护全覆盖从本意上说，要求在刑事诉讼的侦查、起诉、审判的每一个阶段都保障犯罪嫌疑人、被告人获得律师的有效辩护。2018 年 5 月全国人大公布的《中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)》(征求意见稿)第四条在增设值班律师制度的同时，明确值班律师可以为犯罪嫌疑人、被告人提供辩护服务。《刑事辩护全覆盖试点办法》从 2017 年 10 月开始在北京、上海等 8 个省(直辖市)法院的审判阶段开展试点工作，将总结经验逐步推广到审查起诉和侦查阶段。它在大大提升律师参与刑事诉讼的同时，对律师辩护质量提出更高要求，这需要合理定位侦查、起诉、审判三种诉讼职能与辩护职能之间的相互关系，在刑事辩护全覆盖背景下构建新型侦辩关系、诉辩关系和审辩关系。

一、对抗与协作的侦辩关系

侦查作为刑事案件立案后的第一个诉讼阶段，其诉讼构造也是“控辩式三角结构”，存在利益对立的双方当事人——侦查机关和辩护方(犯罪嫌疑人及其辩护人)，他们分别行使侦查权和辩护权，履行侦查职能与辩护职能。双方利益的对立性决定了侦查与辩护两种诉讼职能的目的、任务不同。《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第 113 条规定，侦查的任务是全面收集、调取证据材料，并通过拘留、逮捕措施保全犯罪嫌疑人。第 33 条明确了侦查阶段律师的辩护人地位，第 35 条规定了实体性辩护与程序性辩护并重的辩护人职责。有学者认为，侦辩关系包含对抗关系、平衡关系、制约关系三重关系。^{〔1〕}从侦查、辩护的诉讼职能看，侦辩关系作为控辩关系的一部分，首先是一种对抗关系，以此形成侦查阶段的诉讼化构造，通过对抗性的侦查行为和辩护行为来收集证据，查明案件事实，查获犯罪嫌疑人，并确保证据收集的合法性。英美法系和部分大陆法系国家(地区)实行双轨制侦查模式，犯罪嫌疑人依法享有保释权，他们与辩护律师在侦查阶段依法进行各种调查取证活动，与侦查机关的侦查取证形成对抗，从而为庭审实质化做好充分准备。我国 1979 年、1996 年和 2012 年三部《刑事诉讼法》都明确规定，在侦查机关第一次讯问犯罪嫌疑人前，不允许犯罪嫌疑人委托辩护人，目的就是为了保证犯罪嫌疑人在没有得到任何法律帮助的情况下向侦查机关陈述其大脑中保存的原始案件事实，或本源事实。这既体现了我国刑事诉讼坚持侦查取证与控制犯罪优先的理念，也是刑事诉讼中侦辩对抗与人权保障的源泉。与此同时，2012 年《刑事诉讼法》第 36 条赋予辩护律师在侦查期间为犯罪嫌疑人提供法律帮助，代理申诉、控告，以及向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，提出意见的权利，第 37 条赋予辩护律

师会见权和通信权,而且律师会见在押犯罪嫌疑人时,不被监听,侦查人员不得在场。为了保障侦查阶段律师的自由会见权,《关于依法保障律师执业权利的规定》第7条、第8条和第9条补充规定了一系列细化措施,明确看守所职责,禁止看守所为律师安排会见设置各种附加条件,禁止侦查机关随意解释和扩大限制律师会见的案件范围等。这样,辩护律师的辩护行为对侦查机关的侦查行为可以进行制约,从而保障侦查取证的合法性。司法实践中盛传的“黄金37天”,正是对检察机关批准逮捕前最长37天拘留期间律师辩护重要性的概括。

另一方面,在我国单轨制侦查模式下,法院没有进入侦查阶段履行裁判职能,检察机关的侦查监督限于违法侦查行为。这样,侦查、辩护成为侦查阶段的两种基本诉讼职能。收集、调取证据材料查明案件事实,既是侦辩对抗追求的共同目标,又是促使侦辩协作的唯一选择。刑事案件发生具有一定突发性,侦查人员一般都不在犯罪现场,他们侦查破案除了收集、调取案发现场留下的各种物品、痕迹等实物证据外,只能通过在案发现场的犯罪嫌疑人、被害人及目击证人的陈述等言词证据来还原案件事实,其中犯罪嫌疑人作为最了解案件事实的人,一直是他们最依赖的对象,也被视为最廉价的一种司法资源,尤其是在我国绝大部分基层公安机关收集实物证据的侦查技术还相对落后的情况下。我国三部《刑事诉讼法》都将讯问犯罪嫌疑人列为首要侦查行为,各种侵犯犯罪嫌疑人权利的违法取证行为几乎都发生在侦查讯问过程中,也体现了侦查破案对口供的严重依赖。有学者将其概括为“口供中心主义”。2012年《刑事诉讼法》第40条增设积极辩护制度,要求辩护律师将其收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据及时告知公安机关,以便尽早核实并终结诉讼。第160条增加规定了公安机关侦查终结移送起诉的告知义务,要求公安机关及时将案件移送起诉情况告知犯罪嫌疑人及其辩护律师。刑事诉讼法赋予辩护律师在侦查阶段的会见权、申请调查取证权、法律帮助权和听取意见权等,都需要侦查机关的配合、协作乃至保障。因此,侦辩关系还应当是一种协作关系。

2012年《刑事诉讼法》立足于构建这种既对抗又协作的侦辩关系,对刑事辩护制度作了较大的修改和完善,包括明确赋予辩护律师在侦查终结前提出意见和被听取意见权(第159条)、申诉控告权(第115条),建立侦查机关整体回避制度(第42条第二款)等,基本解决了律师辩护“老三难”问题。^[2]随着近年来一系列冤错案件被曝光,人们逐步认识到,律师辩护对于加强人权司法保障,促进司法公正具有重要作用。《关于依法保障律师执业权利的规定》在明确律师执业权利的同时,设置了投诉机制、申诉控告机制、维护律师执业权利快速处置机制和联动机制、联席会议等救济渠道,其中90%以上是关于律师辩护的内容。但是,从司法实务看,囿于我国公安机关的强势地位,律师辩护尤其是侦查阶段辩护仍然面临许多障碍,存在一系列突出问题。^[3]有学者调查发现,在侦查阶段,虽然刑事诉讼法已经赋予律师辩护人地位,但是仍然只有30%左右的犯罪嫌疑人聘请

律师,其中只有 10% 的受聘律师到侦查机关了解案件有关情况。^[4]为此,有学者认为,侦辩之间的实质关系依然是求情而非对抗,^[5]构建新型侦辩关系成为“侦查程序改革的未竟课题”之一。

围绕构建这种既对抗又协作的新型侦辩关系,学者们进行过研究。有学者认为,新型侦辩关系兼具公平参与的体育精神特征,应当符合公共利益原则、法治原则和人权原则。还有学者主张构建侦辩协作关系应以平等为前提,通过制度化途径在诉讼机制范围内实现。^[6]笔者基本赞同这些观点,认为“以审判为中心”和刑事辩护全覆盖背景下,侦辩对抗将更加明显,而侦辩协作也更有必要。因此,构建新型侦辩关系,需要进一步强化侦查阶段的律师辩护职能。

首先,侦辩对抗与协作的核心是证据,关键在庭审,应当面向庭审,服务庭审。无论是检察官主导侦查为主的大陆法系国家(地区),还是警察主导侦查为主的英美法系国家(地区),都要求侦查机关履行客观公正义务,在侦查阶段全面收集有利于和不利于犯罪嫌疑人的各种证据,并且向辩护方开示,或者充分保障辩护律师的阅卷权。同时,辩护方收集的积极辩护证据,也应当及时告知侦查机关,从而保证庭审理性对抗,避免庭审突袭,提高诉讼效率。我国《刑事诉讼法》第 40 条、第 50 条和第 113 条规定体现了该要求,要求侦查机关收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的各种证据材料,并保证一切与案件有关或了解案情的公民能客观充分地提供证据。

其次,侦辩对抗与协作的重心是对抗,关键在制约、保障证据收集的合法性。这是由侦辩双方诉讼职能的对立性决定的,也是侦查作为刑事诉讼的基础,通过收集证据还原案件真相的职责所在。协作是对抗的结果,服务并服从于对抗。因此,立法在明确侦查阶段律师的辩护人地位后,应当与《中华人民共和国律师法》和联合国《关于律师作用的基本原则》相协调,进一步明确侦查阶段辩护律师的诉讼权利,尤其是有限的调查取证权,保障律师能依法收集和提出其提供法律帮助和积极辩护所必须的证据材料。严格落实 2012 年《刑事诉讼法》第 159 条增设的侦查终结前听取律师意见的制度,及时听取辩护律师意见或审查其提出的书面意见,全面了解辩护方对案件处理和侦查取证的意见,进一步完善侦查取证工作,包括依职权排除非法证据,搭建侦辩协作的良性互动平台。同时,切实降低审前羁押率,赋予辩护律师讯问时在场权,让辩护律师有机会参与并见证侦查机关收集口供的全过程,侦辩双方共同保障口供的任意性和口供收集程序的合法性,减少犯罪嫌疑人被强迫自证其罪的机会和各种程序性争议。在不妨碍侦查顺利进行的情况下,借鉴俄罗斯的做法,^[7]还可以赋予辩护律师对一些重要侦查行为的参与权,和侦查终结前的阅卷权,实质性地增强辩护制约侦查的能力。

最后,建构一个系统、全面、科学的刑事证据规则体系,进一步完善刑事证据规则,^[8]尤其是侦查取证规则。借鉴德国的证据禁止制度,^[9]构建适合我国刑事司法体制的刑事证据收集规则,取消犯罪嫌疑人“如实回答”义务,将《刑事诉讼

法》第 50 条中规定的“不得强迫任何人证实自己有罪”内容扩张确定为完整意义的不得强迫自证其罪原则,赋予犯罪嫌疑人有限沉默权,强化侦查人员根据《刑事诉讼法》第 118 条第二款规定履行讯问前告知义务,充分保障犯罪嫌疑人陈述的自愿性和认罪的可自愿性。^[10]同时,允许法院进入审前程序履行裁判职能,为各种侦辩、诉辩纠纷提供司法审查和司法救济。^[11]并完善证人、鉴定人、侦查人员出庭作证制度,在现有证据材料不能证明证据收集合法性时,应当适用最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第 25 条和《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》第 20 条、第 23 条规定,由侦查人员出庭说明情况,而不得以侦查人员签名并加盖公章的书面情况说明替代。经法院通知,侦查人员不出庭作证,不能排除以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。这样,可以进一步促进庭审实质化的实现,为侦查、辩护的对抗与协作提供一个规范的舞台。

二、合作与对抗的诉辩关系

诉辩关系与侦辩关系共同组成控辩关系。作为控辩关系的一部分,它也是一种对抗关系,这是由二者职责任务、角色定位等不同决定的,集中体现在审判程序,尤其是庭审过程中。诉辩双方的诉讼主张有时更是针锋相对。根据《刑事诉讼法》第 49 条规定,公诉方提起公诉,指控被告人行为构成犯罪,他们需要承担证明被告人有罪的举证责任,在法庭上提出被告人有罪、罪重或者加重其刑事责任的证据,并说服法庭作出有罪判决。而根据《刑事诉讼法》第 35 条和第 195 条规定,辩护方就是根据事实和法律,提出被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,指出公诉方指控证据体系的疏漏与不足,使法官产生合理怀疑,指控的犯罪没有证据或者证据不足,作出无罪判决,或者被告人存在从轻、减轻或者免除处罚的情节,依法从轻、减轻或者免除处罚,从而推翻或部分推翻公诉方的指控。因此,对抗性是诉辩关系的天然属性,失去对抗的诉辩关系,也就失去了其应有的价值。另一方面,刑事审判的目的在于还原过去发生的案件事实,诉辩双方的对抗分别从不同角度帮助法庭认识和重构案件事实,又是人们所能设计的发现案件事实真相的最佳制度。域外国家(地区)都将交叉询问作为法庭质证的主要方式,就体现了这一诉讼理念。我国刑事诉讼法虽然没有明确规定交叉询问制度,但《刑事诉讼法》第 186~191 条规定的法庭调查流程和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》有关法庭质证的内容也体现了这一理念。

然而,正如最高人民检察院前检察长曹建明指出:“无论从哪方面讲,公诉人与律师都不是简单的控辩关系、对抗关系。”^[12]在审前程序中,诉辩双方在价值目标上具有共同性、一致性,他们都追求个案公平正义。在我国,检察机关与法院一样,都属于司法机关,诉辩职能的诉讼主体——检察官和辩护律师都是法律职业共同体的重要组成部分,检察官还有诉讼照料、真相澄清和客观公正义务。

因此,诉辩存在对话与合作的基础。刑事诉讼法和有关规范性文件也为诉辩对话与合作提供了平台。主要表现在:第一,《刑事诉讼法》第86条规定了一种适度司法化的审查批捕程序,检察机关审查批捕可以讯问犯罪嫌疑人和听取辩护律师意见。在法定情形下,包括犯罪嫌疑人和辩护律师提出要求时,检察机关必须讯问犯罪嫌疑人和听取辩护律师意见。犯罪嫌疑人和辩护人的申诉、控告是侦查监督线索的重要来源。第二,《刑事诉讼法》第170条规定,讯问犯罪嫌疑人和听取辩护人意见是审查起诉的必经程序。检察机关对未成年犯罪嫌疑人作出附条件处理,必须取得未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人同意(第271条第三款)。被不起诉人对检察机关作出的相对不起诉决定不服,有权提出申诉(第177条)。2018年全国人大公布的《中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)》(征求意见稿)第十四条结合认罪认罚从宽制度对检察机关审查起诉阶段讯问犯罪嫌疑人和听取犯罪嫌疑人、辩护人、被害人及其诉讼代理人意见的内容作出进一步细化规定。第三,《刑事诉讼法》第41条规定,辩护律师从审查起诉阶段开始既可以自行调查取证,也可以申请检察机关收集、调取证据。而且辩护律师向被害人及其近亲属、被害人提供的证人收集证据材料,必须经检察机关或法院许可。第40条规定,辩护律师收集到的犯罪嫌疑人不在现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人等证据,应当及时告知检察机关,以便尽早核实依法终结诉讼。第四,根据“两高三部”2017年6月联合印发的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第14条和第17条规定,犯罪嫌疑人及其辩护人在侦查和审查起诉期间都有权向检察机关申请排除非法证据,并提供相关线索或者材料,检察机关应当调查核实,并且将调查结论书面告知犯罪嫌疑人及其辩护人。第五,《刑事诉讼法》第47条、第115条和《关于依法保障律师执业权利的规定》第42~43条规定,检察机关作为辩护律师申诉、控告的受理机关,应当在律师依法行使诉讼权利受到阻碍时提供救济。

由此可见,诉辩之间的合作与对抗贯穿刑事诉讼全过程。正是这种合作与对抗为刑事诉讼程序的推进提供了动力。诉辩关系在审前程序中主要是一种合作关系,在审判程序中主要是一种对抗关系。作为诉辩合作的典型表现,辩诉交易成为许多国家刑事程序分流机制的重要形式。据悉,美国90%以上的刑事案件是通过辩诉交易结案的。然而,从我国司法实践看,诉辩关系呈现出另一幅图景——合作缺乏诚意,对抗流于形式。究其原因,在于诉辩关系的严重失衡。这源于我国审前程序行政化构造,以及在庭审过程中,审判人员不适当地限制辩方诉讼权利,异化为第二公诉人,联合对抗辩护方。这样,起诉、审判只能是对侦查结果的背书,共同为侦查服务,依法隐瞒侦查的不足乃至错误,导致“起点错、跟着错、错到底”的诉讼结局。在杭州保姆纵火案中,针对杭州市消防部门不提供火场信息,公安机关侦查阶段只采集了两名第二批进入火场的消防员的证言,原辩护律师党某在2017年12月21日第一次开庭前向杭州中院提出申请,要求38名消防员出庭作证,均被法院驳回。被害人家属也申请消防部门公开有关火

灾现场录音、调查报告等消防救援信息,也未得到检察机关支持。^[13]笔者认为,这是导致该案第一次庭审中原辩护律师擅自退庭,引发审辩冲突的重要原因之一。由于诉辩对抗流于形式,致使我国刑事审判演变成缺乏对抗的“被告人说话式”审理和“表演式”辩护,表现在审判结果上,就是“辩与不辩一个样”。为此,实践中很多辩护律师消极行使诉讼权利。重庆市沙坪坝区人民检察院的公开数据表明,在该院办理的刑事案件中,仅有约 38% 的案件中辩护律师(包括委托的辩护律师和指定的辩护律师)提出了阅卷和复印卷宗的要求。^[14]这样的律师辩护只能与审判一样,是一种给当事人和社会公众观看的“表演”而已,不可能产生实质意义。因此,推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,实行刑事辩护全覆盖,必须构建新型的诉辩合作与对抗关系。

首先,贯彻党的十九大精神,深化司法体制综合配套改革,全面落实司法责任制,尊重和依法保障律师执业权利。认真落实《关于依法保障律师执业权利的规定》,强化诉讼中律师知情权、辩护权、申请权等各项诉讼权利的制度保障,尊重律师在会见、阅卷、调查取证、收集证据等方面的权利,完善听取律师意见特别是无罪意见制度,发挥辩护律师在全面查清案件事实,保障犯罪嫌疑人、被告人权利等方面的积极作用。这样,待到庭审时,“控辩式三角结构”的诉讼构造才能稳定呈现,辩护方才能基于平等原则与公诉方进行实质对抗。

其次,完善审前程序分流机制,建立符合我国国情的有被害人参与的认罪认罚从宽制度,切实减少进入庭审的案件数量,提高诉讼效率。十八届四中全会决定提出要完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度。全国人大常委会 2016 年 9 月通过《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》,“两高三部”2016 年 11 月联合印发《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》,在全国 18 个城市开展认罪认罚从宽制度试点工作。从最高人民法院院长周强 2017 年 12 月代表最高人民法院、最高人民检察院向全国人大常委会作的中期报告看,试点工作已经取得显著成效。^[15]这种认罪认罚从宽处理制度,本质上就是一种通过诉辩协商处理犯罪嫌疑人、被告人认罪案件的“中国式辩诉交易”。辩诉交易作为美国最具特色也是最主要的刑事速决程序,从产生那一刻起,就因为司法公正和道德等问题而饱受诟病。我国学者对此也存在争议。有学者认为“正义是有代价的”,应当“珍视正当程序,拒绝辩诉交易”。^[16]笔者赞同该观点,认为诉辩在我国不能交易。但是,我国可以借鉴辩诉交易的合理内核及其他国家恢复性、协商性司法经验,构建符合我国国情的有被害人参与的认罪认罚从宽制度或诉辩协商制度,在认罪认罚从宽案件中充分保障犯罪嫌疑人、被告人和被害人权利。具体来说,第一,诉辩协商只能在审查起诉和审判阶段进行,侦查阶段主要是调查、收集证据材料,查明案件事实,原则上不允许协商;且诉辩协商的范围仅限于量刑,不包括定罪;借鉴意大利、俄罗斯等域外做法,最高减刑幅度也不应超过法定最高刑的三分之一。过大的量刑折扣可能刺激无辜者答辩有罪,同时造成选择正式审判

的被告人与答辩有罪的被告人在量刑上的严重失衡,这在我国审前羁押率畸高的背景下会更加突出。第二,贯彻和解前置原则,凡是符合《刑事诉讼法》第277条规定的和解条件、具备和解可能的案件,检察机关首先应当告知犯罪嫌疑人、被告人与被害人进行和解。只有和解不成且符合诉辩协商条件时,检察机关才能指派检察官与犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师进行协商。第三,诉辩协商必须有被害人参与,而且协商结果必须有效解决被害人民事赔偿问题,取得被害人及其近亲属的书面同意或谅解书。第四,诉辩协商必须有律师参与。犯罪嫌疑人、被告人或被害人没有委托律师的,检察机关应当为他们指定值班律师提供法律帮助。犯罪嫌疑人、被告人或被害人必须得到律师的有效法律帮助,在律师在场的情况下,犯罪嫌疑人、被告人自愿、明智地承认犯罪,且被害人自愿和解,达成和解协议。诉辩双方才能协商,达成诉辩协商协议。鉴于我国目前审前羁押率居高不下,绝大部分犯罪嫌疑人、被告人处于羁押状态,因此,不宜引进域外交易式协商程序。应当在合理控制从宽幅度的前提下,探索构建法定职权式协商程序,^[17]即在犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪的基础上,公安机关、检察机关、法院根据案件事实、情节和犯罪嫌疑人、被告人认罚的原则态度,提出从宽处理的建议,与犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师进行协商,达成诉辩协商协议,最后由法院依法作出判决。第五,法官不参与协商,但监督制约协商。诉辩协商协议必须在法庭上公开出示,法庭在审查诉辩协商自愿、合法的情况下,原则上应当尊重诉辩双方所达成的协商结果。^[18]“两高三部”《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》第3~7条规定体现了上述精神,要求办理认罪认罚从宽的案件,既要保障犯罪嫌疑人、被告人依法享有的辩护权和其他诉讼权利,又要保障被害人合法权益,听取被害人及其代理人意见,并将犯罪嫌疑人、被告人是否与被害人达成和解协议或者赔偿被害人损失,取得被害人谅解,作为量刑的重要考虑因素。笔者认为这是符合我国目前司法实践的。2018年全国人大公布的《中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)》(征求意见稿)第十四条要求检察机关必须听取被害人及其诉讼代理人对认罪认罚从宽处理的意见,第二十一条规定的“速裁程序”一节中将“被告人与被害人或者其法定代理人没有就附带民事诉讼赔偿等事项达成调解或者和解协议的”作为不得适用速裁程序的情形之一。

最后,完善刑事庭审证据规则,实现诉辩实质对抗与合作。这不仅要改革完善卷宗移送制度,防止法官预断,让法官真正通过庭审形成心证,作出裁判;保证关键证人、鉴定人、侦查人员出庭作证,保障被告人质证权,为诉辩对抗与合作创造条件;增强裁判文书的说理性,由裁判方对诉辩对抗与合作的结果作出明确回应,而且应当激活处于休眠状态的非法证据排除规则,或建立证据禁止制度,完善关联性规则、传闻证据规则、意见证据规则、作证特免权规则、交叉询问规则等,^[19]促进诉辩理性对抗与合作。

三、制约与合作的审辩关系

辩护是针对控诉作出的一种应然反应,目的是依法维护被追诉人合法权益。在刑事辩护全覆盖背景下,辩护职能的承担主体是犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师。辩护权具有诉权性质,属于犯罪嫌疑人、被告人依法享有的一种诉讼请求权。“律师刑事辩护权是当事人权利的延伸,兼有公权与私权双重属性。”^[20]与诉权相对应的是裁判权,即法院针对犯罪嫌疑人、被告人的诉讼请求,就某一诉讼事项作出附理由的裁判的权力。“两高三部”2016年7月联合印发的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第20条要求加强裁判说理性,通过裁判文书展现法庭审理过程。《刑事辩护全覆盖试点办法》第18条也要求法院重视律师辩护意见,对不采纳的,应当说明理由。这些规定都体现了裁判权对辩护权的尊重与保障,以及辩护权对裁判权的制约。刑事辩护全覆盖要求法院在整个审判期间都要保障被告人获得律师的有效辩护或法律帮助。否则,根据《刑事辩护全覆盖试点办法》第11~12条规定,即构成审判程序违法,法院应当受到程序性制裁——撤销原判,发回重审,有关人员将被追究司法责任——实体性制裁或纪律处分。为此,有学者认为,在辩护权制约裁判权的方式上,存在三种模式,即诉权控制模式、裁判权控制模式和诉权影响裁判权模式。^[21]从这个意义上说,审辩关系首先是一种制约关系。

另一方面,审辩关系还是一种合作关系。裁判中立是现代诉讼“控辩式三角结构”存在的基础和前提,裁判方在诉讼中既无诉讼主张,也与诉讼结局没有直接利害关系。法官、律师都是法律职业共同体成员,通过正当法律程序查明案件事实,维护个案公平正义,促进司法公正是他们共同追求的价值目标。因此,审辩具有合作的基础。而且审判是在法庭主持下,由诉辩双方和其他诉讼参与人共同参与的诉讼活动,没有起诉就没有审判,案件裁判的结果虽然由法庭作出,但裁判的基础取决于诉辩双方在庭上的质证和辩论情况。法庭本身就是“理想的交往情境”,通过诉讼主体之间的平等沟通和理性交流来达成最终的共识,^[22]作出具有可接受性的裁判。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,实行刑事辩护全覆盖,实现庭审实质化,就是要让诉、辩、审三方充分地参与庭审,一切有关定罪、量刑的事实、证据都在法庭上公开展示、质证、辩论、认证,通过庭审尽可能客观、全面、公正地呈现一个真实、完整的案件事实。公诉人必须在法庭上履行证明被告人有罪的举证责任,且达到“证据确实、充分”的证明标准。被告人及其辩护律师享有充分的辩护权,有权对控方证人当面质证,也有权提出有利于被告人的证据,还有权对司法机关的办案程序尤其是证据收集的合法性提出质疑,要求排除非法证据等;而是否认定被告人有罪、是否处以刑罚以及如何处以刑罚,最终由法庭根据庭审查明的事实作出裁判。所以,“以审判为中心”离不开控辩平等对抗,更需要审辩真诚合作。为此,原最高人民法院副院长沈德咏指出,作为法官要认识到,从确保所有刑事案件审判的公正性、合理性、裁判可接

受性而言,辩护律师都是法庭最可信赖和应当依靠的力量。^[23]《刑事辩护全覆盖试点办法》第13条要求法院依法保障辩护律师的知情权、申请权、申诉权,以及会见、阅卷、收集证据和发问、质证、辩论等执业权利,为律师履行职责,包括查阅、摘抄、复制案卷材料等提供便利,就是审辩合作的重要体现。

然而,在司法实践中,以审辩交易和审辩对抗为典型样态的审辩关系异化现象不断出现,诸如“审辩冲突”“辩审冲突”“辩审妥协”,^[24]以及律师“闹庭”“死磕”、擅自退庭、被赶出法庭,以及律师组团辩护、借助新媒体和社会向司法机关施压等,都是审辩关系异化的表现形式。^[25]近年来发生的杭州保姆纵火案、贵州小河案、江苏常熟“菜刀队”聚众斗殴案、广西北海律师伪证案,以及南昌大学原校长周文斌受贿案审理过程中出现的审辩冲突就是典型。截至2017年底,我国执业律师总数已经达到36.5万余人。^[26]虽然绝大部分律师都通过了全国律师资格考试或司法资格考试,但是专业水平尤其是刑事法律专业知识参差不齐。我国至今没有设置专门的辩护律师资格条件,也没有制定一个统一的刑事辩护准则,或无效辩护的认定标准。随着刑事辩护全覆盖的推行,如果所有律师都从事刑事辩护业务,审辩冲突将更加突出。这要求我们重新审视并“以审判为中心”构建新型的制约与合作的审辩关系。

第一,法院要平等对待辩护律师和检察官,始终保证裁判中立,增进审辩互信。审判中立是实现控辩平等对抗的充分必要条件。只有审判中立,控辩双方平等对抗才有可能,审辩互信与合作才有基础,而互信与合作又是相互制约的重要形式。另一方面,为了保证审判中立,不仅要求控审分离,而且要求控辩双方的诉讼地位平等。为此,《关于依法保障律师执业权利的规定》第26条明确禁止法院对律师进行歧视性安检,要求保障律师与出庭履行职务的检察人员同等对待。此外,需要贯彻落实十八届四中全会精神,规范司法行为,加强对司法活动的监督,还要加强对法官和律师违法行为的惩戒。中央全面深化改革领导小组已经审查通过《关于建立法官、检察官惩戒制度的意见(试行)》,明确建立法官、检察官惩戒制度,落实法官、检察官办案责任制。最高人民法院、最高人民检察院分别制定了《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》和《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》,明确法官和检察官要对自己办理的案件终身负责,实行错案责任倒查问责制。我国再次修改刑事诉讼法时应当明确法院、检察院、公安机关及法官、检察官、警察,当事人及其辩护人、诉讼代理人等刑事诉讼法律关系主体的诉讼法律责任,建构一个科学合理的诉讼法律责任认定和追究机制。《刑事辩护全覆盖试点办法》第11~12条对未履行通知辩护职责,导致被告人在审判期间未获得律师辩护的,同时规定了对法院的程序性制裁,和对有关个人、法律援助机构的实体性制裁或纪律处分,就是一个立法典范,值得推广适用。

第二,完善庭前会议听取律师意见制度,促进诉辩、审辩良性互动,构建诉辩、审辩制约与合作平台。在杭州保姆纵火案2017年12月21日第一次庭审

中,前辩护律师党某在开庭后半小时就因为管辖权问题没有与法院达成一致,未经法庭许可擅自退庭,致使法庭休庭。该案之所以导致庭审中止,引发审辩冲突,笔者认为,一个很重要的原因是,杭州中院在庭前没有召开庭前会议听取辩护律师意见,致使律师与法庭缺乏沟通,律师对案件处理的某些程序问题存在意见,无法通过正当渠道传达给法庭,迫使他选择向最高人民法院申请异地审判。^[27]而根据2012年《刑事诉讼法》第182条第二款增设的庭前会议程序,^[28]对于这种有重大社会影响的案件,审判人员可以召开庭前会议,就影响庭审顺利进行的程序性问题了解情况,听取意见。法官在庭前会议上可以听取辩护律师意见,及时作出处理。辩护律师可以在庭前会议上将自己意见告知法官,并说明理由,争取法庭支持。庭前会议程序本身就构建了一个诉辩和审辩合作的平台,可以促进诉辩、审辩良性互动,就回避、管辖权异议、非法证据排除和证据开示等程序性问题了解情况,听取意见,从而确保庭审顺利进行。法官和辩护律师都是法律职业共同体成员,都与案件诉讼结局没有直接利害关系,他们之间具有某种天然的情感,彼此更容易换位思考,理解对方的处境。美国、英国等国家(地区)都从优秀律师中选任法官。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》和最高人民法院《关于全面深化改革的意见——人民法院第四个五年规划纲要(2014—2018)》也提出改革我国法官选任制度,完善将优秀律师等专业法律人才遴选为法官的制度,并于2016年开始在上海试点实施。实践中也出现很多法官辞职做律师,实现法官与律师的职业交流。至于庭前会议听取律师意见的程序,刑事诉讼法和司法解释没有明确,最高人民法院2018年1月试行的《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》作了比较详细的规范。

第三,建立法官与律师互评机制,防止裁判权或辩护权滥用,实现有效辩护。法官作为中立的裁判者,对案件事实的认识,有赖于控辩双方在庭审中的举证、质证和辩论。根据诉讼法理,各种证据的证明力由法官自由心证,法官通过证据还原案件事实,形成内心确信,然后根据良心和理性作出裁判。这是一个主观性很强的逻辑推理过程,容易受到各种因素干扰。因此,各国(地区)都赋予法官自由裁量权。同时,为了防止法官滥用权力,又建立了各种监督制约机制。同样,辩护律师接受委托或指定后,依法独立行使辩护权,如果缺乏制约,也很容易被滥用,导致辩护无效。法官与律师互评机制就是实现辩护权与裁判权相互制约,防止权力或权利滥用的一种制度设计。在美国,法官从优秀的执业律师中选任,法官的任命需要律师协会严格把关。^[29]我国台湾地区设立“法官评鉴委员会”,允许辩护律师参与法官的评鉴工作,使得律师能监督法官权力的行使,同时督促法官重视律师意见。^[30]这些做法值得我国借鉴。我国有关规范性文件已经试点推进法官与律师之间职业交流。为了实现律师对法官的监督制约,防止裁判权滥用,笔者认为,应当研究构建法官与律师之间的互评机制,通过互评增加对对方职业的认同感,在相互制约的同时,增进互信与合作,减少审辩冲突。另一方

面,刑事辩护全覆盖所要求的律师辩护应当是有效的辩护,而不是无效辩护,或者“辩审妥协”的“表演性辩护”。为了实现有效辩护,笔者认为,我国应当研究设置专门的辩护律师资格条件,促进刑事辩护专业化,避免所有律师都从事刑事辩护业务,切实提高辩护质量。同时可以借鉴美国、德国等做法,制定符合我国国情的无效辩护的认定标准,建立无效辩护制度,^[31]或者排除辩护人制度,^[32]以法官裁判权制约律师辩护权的滥用。

四、结 语

刑事辩护全覆盖全面推行后,犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼全过程都能获得律师的有效辩护或法律帮助,将极大地改变我国传统刑事诉讼格局,不仅会促进刑事辩护业务发展和辩护专业化,改变辩护方的弱势地位,而且将在一定程度上纠正不平衡的侦辩关系、控辩关系,防止审辩关系异化,从而加快推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,倒逼庭审实质化的实现。这也会给侦辩关系、诉辩关系和审辩关系带来许多新的问题和挑战,需要我们密切关注并研究解决。

注释:

[1][4]张伯晋:《合力构建新型侦辩关系:对抗、平衡、制约》,《检察日报》2013年7月4日,第003版。

[2]律师辩护“老三难”是指会见难、阅卷难、调查取证难。

[3]参见顾永忠:《以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究》,《中国法学》2016年第2期;韩旭:《新〈刑事诉讼法〉实施以来律师辩护难点问题实证研究——以S省为例的分析》,《法学论坛》2015年第3期;刘方权:《侦查阶段律师辩护问题实证研究》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

[5]周长军:《语境与困境:侦查程序完善的未竟课题》,《政法论坛(中国政法大学学报)》2012年第5期。

[6]龚举文:《审判中心主义与职务犯罪侦查的理论辨析及其制度构建》,《法学评论》2015年第6期。

[7]参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第53条规定的“辩护人的权限”。

[8]兰跃军:《刑事证据规则体系的建构》,《中国刑事法杂志》2015年第6期。

[9]关于德国证据禁止,参见李倩:《德国刑事证据禁止理论问题研究》,《中外法学》2008年第1期;兰跃军:《论言词证据之禁止——以〈德国刑事诉讼法〉为中心的分析》,《现代法学》2009年第1期。

[10]2018年全国人大公布的《中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)》(征求意见稿)第九条结合认罪认罚从宽制度,增加了侦查讯问告知的内容,规定:“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时,应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利,如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定和认罪认罚可能导致的法律后果。”

[11]关于法院进入审前程序的论证与制度设计,参见兰跃军:《审判中心视野下刑事审前程序诉讼化改造》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第38卷),北京:北京大学出版社,2016年,第499—518页。

[12]王治国、郑赫南:《着力提升公诉理念 充分发挥公诉职能 维护国家安全稳定 促进严格公正司法》,《检察日报》2015年6月5日,第001版。

[13]该案2018年2月1日重新开庭审理时,法院依职权不仅通知了浙江省消防标准化技术委员会委员、公安部灭火救援专家等两名有消防专门知识的人出庭作证,而且通知了曾两次参与该火灾现场勘察的侦查人员出庭作证。参见《被告人莫焕晶放火、盗窃一案情况通报(五)》,载杭州市中级人民法院官网“中院新闻”:hangzhou.zjcourt.cn。

[14]钱学敏:《律师参与刑辩不过两成》,《检察日报》2009年6月8日,第007版。

[15]参见《周强就开展认罪认罚从宽制度试点工作作报告》,中华人民共和国最高人民法院官网:ht-

tp://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-75122.html。

[16]龙宗智:《正义是有代价的——论我国刑事司法中的辩诉交易兼论一种新的诉讼观》,《政法论坛》2002年第6期;孙长永:《珍视正当程序,拒绝辩诉交易》,《政法论坛(中国政法大学学报)》2002年第6期。

[17]左卫民:《认罪认罚何以从宽:误区与正解——反思效率优先的改革主张》,《法学研究》2017年第3期。

[18]关于辩诉交易在国内外面临的困境以及我国诉辩协商制度的构建,参见兰跃军:《刑事被害人人权保障机制研究》,北京:法律出版社,2013年,第480—490页。

[19]樊崇义主编:《刑事证据规则研究》,北京:中国人民公安大学出版社,2014年,第213—607页。

[20]王俊峰:《推动实现刑事辩护全覆盖 充分发挥律师职能作用》,《中国律师》2017年第11期。

[21]陈瑞华:《辩护权制约裁判权的三种模式》,《政法论坛》2014年第5期。

[22]“理想交往情境”理论是哈贝马斯提出的“商谈理论”或“交往理性理论”的重要组成部分。详细分析,参见任岳鹏:《哈贝马斯:协商对话的法律》,哈尔滨:黑龙江大学出版社,2009年,第56页。

[23]沈德咏:《我们应当如何防范冤假错案》,《人民法院报》2013年5月6日。

[24]关于“审辩冲突”“辩审冲突”“辩审妥协”现象分析,参见王彪:《刑事诉讼中的“辩审冲突”现象研究》,《中国刑事法杂志》2015年第6期;梅俊广:《刑事诉讼中“审辩冲突”现象研究》,《江西警察学院学报》2016年第1期。

[25]关于审辩关系异化,参见亢晶晶:《说服与判断:审辩关系的异化及回归——以“商谈理论”为视角》,《河南大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期;李章仙:《刑事审辩关系:模式的异化与回归》,《学术交流》2017年第4期。

[26]参见《我国执业律师已增长至36.5万余人》,司法部微博网:weibo.com/6199038235/G74iieqXB?...2018-03-12。

[27]该案在2018年2月1日重新开庭审理前召开了庭前会议。参见《被告人莫焕晶放火、盗窃一案情况通报(四)》,杭州市中级人民法院官网“中院新闻”:hangzhou.zjcourt.cn。

[28]兰跃军:《庭前会议程序若干问题思考》,《上海政法学院学报(法制论丛)》2017年第6期。

[29][美]理查德·L·埃贝尔:《美国律师》,张元元、张国峰译,北京:中国政法大学出版社,2009年,第79页。

[30]亢晶晶:《说服与判断:审辩关系的异化及回归——以“商谈理论”为视角》,《河南大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期。

[31]申飞飞:《美国无效辩护制度及其启示》,《环球法律评论》2011年第5期;陈瑞华:《刑事诉讼中的有效辩护问题》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年5期。

[32]《德国刑事诉讼法典》第138条a、b、c、d分别规定了“对辩护人的排除”“危及国家安全时排除”“排除辩护人的程序规则”,以及排除辩护人的“言词审理”和裁判的“立即抗告”。

[责任编辑:刘 臻]