

论“唯庭审主义”之辩护模式

李奋飞*

内容提要 在中国的刑事辩护实践中,始终存在一种“唯庭审主义”的辩护模式。其主要特征是,律师把庭审环节当成辩护的主要场域,甚至唯一场域,而忽视庭审外尤其是庭审前的辩护活动。审前既不与检警机关设法沟通,也未能说服其作出任何有利于己方的决定;庭审辩护又以宣读根据卷宗撰写的辩护词为中心。这一模式的形成,与审前制度空间的局限、刑事辩护理念的偏差、审前辩护技能的欠缺有着紧密的关系,并导致了诸多消极的后果,尤其是辩护效果不佳,无法有效保障被追诉人的利益,也难以及时地促使检警机关自我纠偏。2012年刑事诉讼法赋予了律师在审前程序的辩护人地位,使得部分律师日益重视“辩护前移”,并取得了初步成效。但要让中国律师彻底走出“唯庭审主义”的辩护模式,实现有效辩护尤其是有效果的辩护,至少还应从检察机关的审前定位和办案方式的诉讼化、律师权利的增设与保障、刑事法律援助的质量监管和值班律师的定位等诸多方面,对中国刑事辩护制度乃至刑事司法制度加以改革和完善。

关键词 唯庭审主义 辩护模式 辩护前移 有效辩护

引言

一般认为,在缺乏中立裁判者参与的所谓“诉讼活动”中,辩护是难以有其存在空间的。毕竟,无论是否有律师的参与,也无论其辩护意见是否具有说服力,都无法发挥直接的辩护效果。^① 而在中国刑事审前程序中,由于诉讼构造具有明显的“线形特征”,大大制约了辩护律师与追诉方进行交涉的能力。毕竟,在无中立的第三者倾听与裁决的情况下,即使法律赋予律师充分的诉讼权利,也很难期待其能有效地发挥辩护作用。^② 与此相应的是,有不少律师至今也认为,在中国的刑事审前程序中,其能做的工作异常有限,因而对该时序期间的辩护关注度明显不够。甚至,很多律师只把庭审环节当成辩

* 中国人民大学法学院教授,中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。本研究得到教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“罪犯权利保障实证研究”(项目批准号:16JJD820016)、中国人民大学科学研究基金持续支持项目“刑事错案的制度性治理”(项目批准号:14XNJ003)的支持。

① 参见陈瑞华:《刑事辩护的几个理论问题》,载《当代法学》2012年第1期。

② 参见熊秋红:《刑事辩护的规范体系及其运行环境》,载《政法论坛》2012年第5期。

护权运行的重要场域,甚至是唯一场域,因而比较重视法庭上的质证、辩论等辩护活动。虽然大多数律师已在刑事审前程序行使了会见、阅卷等诉讼权利,也形成了自己的辩护意见;但在此之后却时常不与检警机关设法交涉、沟通,很多时候也不向其提交自己的辩护意见,以至于在整个审前程序中,律师往往未能说服检警机关作出任何有利于己方的决定。在庭审辩护时,律师基本上不会向法庭提出己方的证据,而不得不依赖于控方制作的卷宗材料。在这样的庭审中,宣读辩护词或者发表辩护意见,被认为是律师法庭辩护的高潮环节。只是,其所宣读的辩护词或发表的辩护意见,通常都是根据书面卷宗材料事先拟好的。

对于这种单纯“以法庭为场域”的辩护模式,本文将其概括为“唯庭审主义”的辩护模式。这种辩护模式,可以说“影响了一代又一代辩护律师,具有鲜明的中国特色。”^③其形成与审前辩护空间的局限、认识偏差的普遍性、技能欠缺的突出性等有着紧密的关系,并带来了诸多消极后果,尤其是辩护效果不佳,律师正确的意见得不到法庭采纳,被追诉人的利益难以得到保障,也无法使侦查错误及时获得纠正。2012年刑事诉讼法的修改,认可了律师在刑事审前程序中的辩护人地位。律师在侦查阶段不仅取得了调查取证权,还可以在批准逮捕、侦查终结、审查起诉、庭前会议等程序中向公安司法机关提交辩护意见。该法对辩护制度所作的上述重大修改,为律师在审前程序中发挥作用提供了制度空间。此外,认罪认罚从宽制度等相关司法改革目前也在深入推进,审前辩护的重要性无疑愈发显著。可以说,对于认罪认罚案件而言,审前辩护实际上更具有决定性的意义。正如有学者指出的那样,律师的有效辩护,是保障认罪认罚案件程序公正的理论前提,唯有有效辩护才能保障被告人认罪的自愿性、程序选择的自主性及量刑建议的公正性。^④

目前律师界基于对“唯庭审主义”之辩护模式的反思,已逐渐重视“辩护前移”工作。有的律师在侦查、审查起诉阶段,特别是在检察机关审查批捕环节,就开始发表自己的辩护意见,并通过各种方式与检警机关积极沟通、协商,劝解加害方在法律框架内与被害方达成谅解,努力促使检警机关作出有利于被追诉人的处理决定,诸如撤销案件、不起诉、变更为较轻的罪名、采取取保候审措施、排除非法证据等。有的律师甚至认为,进行有效辩护的黄金阶段就是侦查阶段,特别是犯罪嫌疑人被逮捕之前;还有的律师不仅进行“辩护前移”,还在积极通过庭外、庭后的“程序外交涉活动”,力求实现好的辩护效果。但是,要从根本上突破“唯庭审主义”的辩护模式,目前还面临着一些制度困境。本文认为,如果不能确立检察机关在刑事审前的主导地位并实现办案方式的适度“司法化”,如果不能对律师权利进行必要的增设和有效的保障,又如果刑事法律援助的质量仍然缺乏外在的标准和制约,尤其是值班律师的定位仍然模糊不清,就难以为审前辩护提供更大的制度空间,指望中国律师走出“唯庭审主义”的辩护模式,显然是不具有

^③ 参见陈瑞华:《走出“大专辩论会”式的辩护格局》,载《中国律师》2018年第3期。

^④ 参见闵春雷:《认罪认罚案件中的有效辩护》,载《当代法学》2017年第4期。

现实可能性的。

一、“唯庭审主义”之特征

有学者曾指出,作为社会科学研究方法的一种,“模式论”是一种描述式的理论解释方法,其意图主要在于揭示某一制度或实践的属性和特征,而对某一制度性质的揭示往往要透过与类似制度的比较才可以完成,且揭示得更为透彻和全面。^⑤以刑事辩护为例。刑事辩护要取得良好的效果,既需要律师尽早介入(最好从犯罪嫌疑人被采取强制措施之日起就能介入到案件中),也需要律师全程参与(最好是侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段全程代理)。律师不仅应把法庭作为施展辩护才华的舞台,而且也应将辩护活动延伸到审判程序之前、法庭之外甚至庭审程序之后。只有这样,才能使刑事辩护的空间得到有效拓展。^⑥这样,律师不仅可以通过会见尽早了解案件情况,让辩护工作得以尽早开展,还可以为已被羁押的被追诉人申请取保候审,使其早日获得自由,以便行使调查取证等权利。这样,被追诉人就可以在辩护方面发挥更积极的作用,从而促进有效辩护目标的实现。由于全程参与,律师对案件可以进行全方位把握,从而在与被追诉人充分协商后,制定正确的辩护策略。有了正确的策略作指导,律师辩护就不再是消极被动的。^⑦具有这种全方位思维的律师,可以根据案件的具体情况和所处阶段,适时展开会见、阅卷、调查取证等辩护活动,并在形成辩护思路后,通过与检警机关的有效沟通、协商,让其作出有利于被追诉人的处理决定,或者与其就某些问题达成共识。这样,即使案件被起诉到法院,律师的辩护意见往往更容易为法庭采纳。这种向庭前、庭审、庭外要辩护效果的全方位辩护策略,或可概括为“全方位主义”的辩护模式。与此相对应的则是“唯庭审主义”的辩护模式。这一辩护模式的基本特征是,律师重视审判环节特别是庭审环节的辩护,却忽视审前程序的辩护,甚至把刑事辩护变成了刑事庭审环节的辩护;审前介入后,即使形成了辩护意见,也不与检警机关积极协商、交涉、沟通,更不要说让其作出有利于己方的决定了。由于审前程序中的辩护消极、被动,律师通常都未进行任何调查核实证据的工作,庭审辩护不得不完全依赖于控方的卷宗材料,甚至把发表辩护词当成了法庭辩护的高潮。为了让读者对这种久盛不衰的辩护模式有更为清晰的认识,本文首先对其基本特征进行描述。

(一) 辩护意见的时序特定

1996年刑事诉讼法修改之前,律师只能在刑事审判阶段介入,刑事审前程序的辩护则没有任何制度空间。1996年修改后的刑事诉讼法明确赋予律师介入侦查程序的权利,接受委托的律师会见在押的犯罪嫌疑人,除涉及国家秘密的案件外,不需要经过批

^⑤ 参见陈瑞华:《论法学研究方法》,法律出版社2017年版,第298页。

^⑥ 前引③,陈瑞华文。

^⑦ 参见贾宇、舒洪水:《刑事辩护策略的解读与运用》,载《中国刑事法杂志》2013年第2期。

准。然而在司法实践中,律师要会见“非涉秘”案件的犯罪嫌疑人时,几乎都必须经过批准或者变相批准。即使形式上不需要批准,但办案机关不安排会见,律师仍无法实现会见权利。不仅如此,即使律师的会见要求得到批准,会见的时间、次数、方式也受到严格控制。不仅是会见权,刑事诉讼法授予律师的其他诉讼权利,包括阅卷、申请变更强制措施、调查取证等,也都不同程度地成了难以实现的“书面权利”。2012年刑事诉讼法对中国辩护制度作了重大修改。侦查阶段接受委托的律师,不再只是提供法律帮助的律师,而成为了堂堂辩护人。对于绝大多数案件,律师只要凭“三证”(律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函)就可以到看守所直接要求会见。在审查起诉阶段,律师还可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。检察机关审查案件,也应当听取辩护人的意见,而辩护人提出书面意见的还要附卷。更重要的是,对于公安司法机关及其工作人员阻碍辩护人依法行使诉讼权利的,其还享有合法的申诉控告权利。作为法律监督机关的人民检察院,应当对辩护人的申诉或者控告及时审查,其中情况属实的,通知有关机关予以纠正。上述修改对于保障辩护律师的执业权利,进而对保障刑事审前程序中律师的有效参与,无疑有着积极意义。

但是,对于刑事审前程序中律师辩护权的实现而言,上述修改只是其中一环,尽管可能是非常重要的一环。关键要看,律师能否认识到审前辩护的重要性,能否通过积极运用各种诉讼权利尤其是沟通协商的技巧,以说服审前程序中作为决策者的检警机关。以审查批捕环节的辩护为例。如果律师积极沟通、交涉能够发挥作用,就可以阻止检察官对已被拘留的犯罪嫌疑人作批捕决定,其结果通常是对其变更为取保候审。通过与律师的访谈情况来看,这种变更对审判结果的影响是非常明显的。律师的无罪辩护意见如果被检警机关采纳,还可以及时终止诉讼进程,将案件“消化”在审前程序。但遗憾的是,相关调查结果显示,较少有律师在侦查阶段提出辩护意见,审查批准逮捕程序中的律师参与也明显不足。^⑧而犯罪嫌疑人一旦被逮捕羁押,就将“绑架”后续的司法程序(包括但又不仅仅限于审判程序),甚至成为法院定罪的前奏和量刑的预演。由此,辩护意见在刑事司法进程中的公开时序,也就具有了某种特定性,即集中于庭审环节。

(二) 控辩合意的难于达成

有研究已经指出,律师正确的辩护意见被采纳难,已经成为中国当前刑事辩护中的一大突出问题。^⑨虽然根据2012年刑事诉讼法的规定,公、检、法三机关都可以作为律师意见的采纳主体,但是相对于作为中立裁判者的法院而言,要让作为追诉者的检警机关采纳律师意见显然更为困难。^⑩2016年9月,全国人民代表大会常务委员会通过了

^⑧ 参见刘方权:《侦查阶段律师辩护问题实证研究》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2016年第3期。

^⑨ 参见韩旭:《律师辩护意见被采纳难的多视角透视》,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2008年第4期。

^⑩ 根据陈卫东教授等的调查,对于辩护人了解罪名、相关案情及提出的辩护人意见,有30.5%的受访律师表示:“办案人员一般不接待,书面材料与口头意见均无法落定。”57.2%的受访律师表示:“办案人员收取辩护材料后,未置可否。”仅有12.2%的受访律师表示:“办案人员有时会认真听取意见。”转引自刘方权:《侦查阶段律师辩护问题实证研究》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2016年第3期。

《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》,正式明确在18个城市开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点,从而为中国辩护制度的实质性发展提供了历史契机。^①2018年10月26日,《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》(下称《刑事诉讼法修正案》)总结吸收了速裁程序试点和认罪认罚从宽制度试点工作的经验,明确了刑事案件认罪认罚可以依法从宽处理的原则并完善相关程序规定,契合了我国刑事司法对于优化司法资源配置的实践需要和理性宽容的发展方向。

在认罪认罚案件中,辩护律师协助被追诉人进行程序选择,并保障其认罪认罚的自愿性、真实性、明智性。尽管认罪认罚从宽制度“并不完全具备(辩诉交易)这种预期利益的明确性,在职权主义的影响下,有时从轻或从宽处理更像国家对被告人一种额外的恩惠,被告人并没有讨价还价的余地,实难称之为‘交易’或是‘合同’”,^②但是,辩护律师对此程序的有效参与,不仅可以对检警机关追诉的罪名和理由进行审核,还可以通过积极的协商、沟通和交涉,影响控方的处理决定(尤其是量刑方案)。实际上,认罪认罚从宽本身就包含着控辩双方协商,特别是就量刑问题讨价还价的成分。^③如果控辩双方能够就量刑方案达成共识,律师意见实际就成为检察官量刑建议的一部分。这样可以更有效地约束法院的量刑裁量权,并确保被告人真正得到“优惠”。毕竟,检察机关普遍重视量刑建议的准确率,并为此建立了严格的考核指标,而公诉人一经提出量刑建议,通常会坚持到底。^④

(三) 庭审辩护的卷宗依赖

“唯法庭主义”的辩护模式尤其表现在,律师仅把法庭审理环节当成辩护的主场域,甚至唯一场域,并把当庭发表辩护意见或宣读辩护词,作为法庭辩护的高潮。而且,律师发表的辩护意见或宣读的辩护词,通常是根据控方的卷宗材料事先撰写的。换句话说,律师作的只是“消极辩护”,即在没有任何证据的情况下,仅仅通过攻击、反驳控方证据漏洞的方式来削弱、动摇裁判者的内心确信。而律师要进行“积极辩护”,则需要主动收集和调取有利于被告人的证据,提出被追诉人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的证据和意见。尽管很多时候“消极辩护”比“积极辩护”更重要,^⑤但这绝不意味着“积极辩护”无关痛痒。特别是在公诉方通过宣读案卷笔录,进而主导和控制法庭调查的问题至今尚无法得到有效解决的背景下,则更是如此。要进行“积极辩护”,就需要律师在审前能够主动行使调查取证权,尽可能获取有利于被追诉人的证据材料。必要

① 参见赵恒:《认罪认罚从宽制度适用与律师辩护制度发展——以刑事速裁程序为例的思考》,载《云南社会科学》2016年第6期。

② 樊崇义、李思远:《认罪认罚从宽程序中的三个问题》,载《人民检察》2016年第8期。

③ 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016年第2期;陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,载《中国法学》2017年第1期。

④ 参见陈瑞华:《量刑程序中的理论问题》,北京大学出版社2011年版,第144页。

⑤ 参见李奋飞:《“作证却免于强制出庭”抑或“免于强制作证”——〈刑事诉讼法〉第188条第1款的法教义学分析》,载《中外法学》2015年第2期。

时,律师还应在庭外通过让加害方与被害方达成和解、说服被追诉人及其家人积极退赃退赔等方式,促成一些有利于被追诉人的量刑情节。

实证调研的结果显示,律师认为应该调查而没有调查的最主要原因,是律师担心自己被追究刑事责任(42.2%),担心自己或被调查人的人身或财产安全受到对方威胁(15.3%),担心公检法机关可能因此对犯罪嫌疑人或被告人进行报复性处理(12.3%)。不少律师基于调查取证工作存在的困难和风险,^{①⑥}常常放弃调查取证权行使,也不积极促成新的量刑情节。而如果辩护律师既不在开庭前调查核实证据,也不积极促成新的量刑情节,很难说其已在庭前进行了充分的防御准备。这样,庭审时律师往往只能依赖于控方的卷宗材料来进行“消极辩护”,刑事辩护的“表演化”就不可避免了。^{①⑦}有人在查阅某基层法院的120份刑事卷宗材料后发现,只有30起案件中律师出示了辩护证据,对罪与非罪、罪名和量刑可能有重要影响的证据只有5起案件中的8份证据;其余多数是基层群众组织或者邻居朋友出具的品格证明。^{①⑧}这份调研材料虽然形成于十年前,但是大体上可反映出多年以来庭审辩护依赖控方卷宗的事实。如果说律师调查收集被追诉人无罪的证据,有时确实会存在职业风险的话,那么调查收集罪轻的证据——尤其是量刑证据——通常没有什么潜在危机。很多律师之所以连量刑证据也未提交,不是调查不能,而是重视不够。实际上,就量刑情节特别是酌定量刑情节而言,诸如被害人存在过错、被告人一贯表现良好、属于初犯、偶犯或激情犯、需要赡养老人、抚养孩子等,都存在很大的挖掘空间。

二、“唯庭审主义”之成因

“刑事诉讼的历史就是扩大刑事辩护权的历史”。^{①⑨}无论旧法还是新法,都在完善辩护制度方面取得了重大进展,甚至被理论界认为是突破和亮点。比如,1996年刑事诉讼法修改就被诉讼法学界普遍认为有四大突破或四大亮点:废除了收容审查、取消了免于起诉、加强了辩护制度、改革了庭审模式。^{②⑩}虽然一些困扰刑事辩护的突出问题基本获得解决,但完善后的刑事辩护制度的切实贯彻却依然任重道远。^{②⑪}别的不说,侦查阶段接受委托的律师纵然已在立法上取得了辩护人的诉讼地位,却未能在刑事审前程序发挥辩护人的应有作用,甚至仍然将辩护的重心放在审判阶段乃至庭审环节,呈现了一种“唯庭审主义”的辩护模式。从笔者的访谈情况来看,在中国刑事辩护领域之所以长期存在着“唯庭审主义”的惯性,主要有如下三个方面的原因。

^{①⑥} 参见陈瑞华主编:《刑事辩护制度的实证考察》,北京大学出版社2005年版,第18页。

^{①⑦} 参见李奋飞:《论“表演性辩护”——中国律师法庭辩护功能的异化及其矫正》,载《政法论坛》2015年第2期。

^{①⑧} 参见康怀玉:《让我看到法律——刑辩律师的真实处境及其他》,载《律师与法制》2005年第1期。

^{①⑨} [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌、穆津译,法律出版社2000年版,第89页。

^{②⑩} 参见崔敏:《中国刑事诉讼法的新发展》,中国人民公安大学出版社1996年版,第15-16页。

^{②⑪} 参见顾永忠:《我国刑事辩护制度的回顾与展望》,载《法学家》2012年第3期。

(一) 审前空间的局限性

刑事辩护制度的进步、发展不仅体现在自身上,而且受刑事诉讼制度的极大影响并推动诉讼制度的整体进步与发展。^② 尽管立法上赋予律师在刑事审前程序中的辩护人地位,但辩护空间的大小却受制于司法改革的进程。正如有学者曾指出的,中国刑事审前程序中的辩护之所以没有空间,是因为侦查程序的高度封闭和警察、检察官与案件结局的明显利害关系以及缺乏中立第三方的裁判机制等。^③ 但是,这些问题并没有随着新法出台得到解决。很显然,如果只是赋予刑事审前程序中的律师以辩护人地位,却不能相应构建中立的裁判者参与、控辩双方平等交涉的司法格局,辩护活动一旦受到追诉机构的阻挠和限制,就势必难以获得及时有效的救济。

尽管2012年《刑事诉讼法》第47条为律师创设了权利救济途径,^④但救济方与侵权方要么存在同一关系,要么具有先天的亲近感。尤其这种主要靠检察机关“自觉”遵守的制度设计,不可能有效保障律师获得救济的权利。假如检察机关怠于提供救济,律师又为之奈何? 结果只能是,立法的慷慨授权处于“休眠”状态,无法成为维护被追诉人合法权利的真实力量。^⑤ 而中国的刑事审前程序在某种程度上至今仍然是一种单方追究机制。其体现为一种线形构造,使被追诉者主要向追诉者而非裁判者主张权利,这种状态使辩护权行使的有效性受到抑制。^⑥

作为社会治理平台的执法部门,追诉机构在理论上没有任何职业的或者部门利益,而是代表国家实现法律意志,特别是检察机关还被赋予了客观义务。但是,制度形态的追诉机构与承担具体追诉职责的追诉人员,有时会“貌合神离”。毕竟,实际的程序操作者都是活生生的个人。无论他们是警察还是检察官,都具有趋利避害的本能,且深深地镶嵌在特定的文化、体制、人际网络与舆论环境之中。^⑦ 长期以来,律师在侦查阶段的法定诉讼权利之所以陷入困境,与警察、检察官对律师的态度有直接关系。虽然在刑事审前程序中律师享有发表辩护意见的权利,尽管新法也要求公安、检察机关在办案过程中认真听取律师的意见,但无论是案件侦查终结前还是审查起诉环节,抑或是审查批捕过程中,警察、检察官一般都不会主动听取辩护律师意见。即便在律师明确提出要求时,办案人员通常也不会当面听取意见,而是采取变通方式,即要求律师提交书面意见来代替当面的口头陈述。对于律师提出的意见,办案机关通常也不会采纳。有学者通过线上线下载卷填答的方式,调查了557位执业律师向检警机关提出取保候审申请后的批准情况。调查结果表明,至2015年底,超过半数的律师表示,在向检警机关提出取保候

^② 参见顾永忠:《刑事辩护的现代法治涵义解读——兼谈我国刑事辩护制度的完善》,载《中国法学》2009年第6期。

^③ 参见陈瑞华:《增列权利还是加强救济——简论刑事审判前程序中的辩护问题》,载《环球法律评论》2006年第5期。

^④ 参见陈卫东、杜磊:《检察官客观义务的立法评析》,载《国家检察官学院学报》2015年第3期。

^⑤ 参见李奋飞:《中国律师业的“格局”之辨》,载《政法论坛》2017年第4期。

^⑥ 参见熊秋红:《审前程序中的律师辩护权》,载《法律科学》2004年第5期。

^⑦ 参见李奋飞:《刑事被害人的权利保护——以复仇愿望的实现为中心》,载《政法论坛》2013年第5期。

审申请后,极少获得批准;仅有 3.2% 的律师表示申请大多会被批准。^⑳ 如果说律师的法定诉讼权利都难以得到保障,那些法律或司法解释没有明确规定的权利,就更无法行使了。以侦查阶段律师是否享有阅卷权为例。在包括侦查人员在内的执法人员看来,凡是法律或司法解释没有明确规定的权利,律师就不享有此项权利。其实,法律或司法解释没有明确规定的权利,不等于其不存在,更不意味着其不应该存在。而且,某种权利的实际存在与否,也与其在实践中能否获得尊重和保障无关。^㉑ 因此,在侦查阶段,接受委托的律师要查阅卷宗材料是不太可能得到允许的。

(二) 认识偏差的普遍性

作为从刑事诉讼启动到法院审理前的程序(具体包括侦查和起诉两个诉讼阶段),审前程序尤其是侦查程序在整个刑事诉讼中无疑居于重要地位。以侦查程序为例。一般而言,侦查人员收集的证据以及认定的案件事实,既是检察机关提起公诉的依据,也是人民法院的裁判根据。^㉒ 正因如此,侦查被认为是决定被追诉人命运的关键阶段。^㉓ 侦查序幕一旦拉开,其他诉讼环节的价值就更多体现为保障前者的目标实现。这样,强制措施不再单纯服务于诉讼保障,而异化为特殊的侦查手段。特别是未决羁押,基本沦为保证侦查起诉手段,甚至还“绑架”了审判。^㉔ 即,对于已被逮捕的被告人,法院将会尽可能地宣告其有罪,并根据羁押期限对其判处相应的刑罚。

这种“侦查中心主义”的诉讼模式具有强大惯性,且不会随着以审判为中心的诉讼制度改革的推进即刻退出历史舞台。正因为如此,强调律师在刑事审前程序的尽早介入,特别是在检察机关的批准逮捕程序中充分行使辩护权,具有极为重要的意义,即可以对批准逮捕的决定施加有效影响,使其更有可能作出取保候审的有利决定。然而遗憾的是,不少人(包括但不限于律师)大都认识到审前程序尤其是侦查程序的重要性,但对审前辩护的重要性却认识不够。有检察官曾统计了 2013、2014、2015 年(截至 2015 年 9 月 1 日)自己办理的审查逮捕案件 312 件 401 人,其中律师提出意见的仅 4 件 6 人,占总件数 1.28%、总人数 1.5%。^㉕ 甚至有的律师仅将审前辩护看作是未来法庭辩护的准备活动。因此,尽管有的律师在侦查环节就已介入,却没有发挥辩护人的应有作用。^㉖ 虽然也进行了会见、阅卷等工作,却没有真正展开审前辩护,而只是将这些工作看作庭审辩护的准备活动,其更在意的还是法庭上的表现。由于很多律师没有认识到审前辩

^⑳ 参见郭烁:《取保候审适用的影响性因素实证研究》,载《政法论坛》2017 年第 5 期。

^㉑ 前引⑮,李奋飞文。

^㉒ 参见陈瑞华:《论侦查中心主义》,载《政法论坛》2017 年第 2 期。

^㉓ 参见陈卫东、李奋飞:《论侦查权的司法控制》,载《政法论坛》2000 年第 6 期。

^㉔ 参见汪海燕:《论刑事庭审实质化》,载《中国社会科学》2015 年第 2 期。

^㉕ 有学者也认为,在侦查阶段,案件尚未侦查终结,犯罪嫌疑人是否有罪尚未有明确的结论,辩护律师很难提出针对性的辩护意见。参见张中:《论侦查阶段的有效辩护》,载《当代法学》2017 年第 6 期。

^㉖ 参见闵丰锦:《论审查逮捕程序中新型检律关系的重塑》,载《重庆理工大学学报》2017 年第 1 期。

护的重要性,加上习惯性认为审前辩护的作用不大,审前辩护的收费也“理不直气不壮”。^⑤

但是,如果律师在审前环节收费太低,就可能使其丧失积极辩护的动力。再加上审前辩护的职业风险较大,结果造成不少律师在漫长的审前程序几乎无所作为。毕竟审前辩护不像庭审辩护那么透明,由于没有群众旁听,即使律师有着较好的表现和努力,^⑥通常难以为其赢得声誉、提高知名度,亦无助于挖掘潜在客户。所以,没有收入的激励,律师审前的辩护远不如法庭上的辩护那么卖力。实际上,从相关的数据来看,^⑦审前辩护还是有一定的“空间”的。这些“空间”,已为律师提高收费提供了充分的理由。当然,提高审前辩护的质量,仅仅靠提高审前辩护的收费是不够的。如果律师自身不能充分认识到审前辩护的重要性,还是将法庭审判作为辩护的重心,甚至唯一场域,即便提高审前辩护的收费,也未必能提高审前辩护的质量。

(三) 技能缺失的突出性

应该承认,不少律师在介入到刑事审前程序后,也希望能够充分发挥辩护人作用,更希望能够通过自己的工作,促使检警机关作出对犯罪嫌疑人有利的决定。但是,由于相关专业训练存在不足,以及对审前辩护技能的生疏,致使很多律师根本不擅长与检警机关进行沟通、协商、交涉(从辩护策略上看,由于审前程序并不具有对抗争辩的平台,律师辩护确实应从对抗争辩走向沟通、协商、交涉),更谈不上说服其接受自己的观点了。正如有学者指出:“迄今为止,任何人只要取得了本科学历,就可以报考国家统一司法考试。这就意味着,大量没有受到系统法律专业训练的人士,通过短期的法律集中培训,通过了司法考试,就可以取得律师资格。不仅如此,取得律师资格的人只需要经过一年的律师事务所实习,就可以取得执业证书,并进而接受委托担任辩护人。相对于英美律师同行而言,中国律师不需要经过学徒式的实务研习,没有取得太多执业经验,就可以从事包括辩护在内的律师业务了。而与大陆法国家的律师同行相比,中国律师也没有在司法研修机构学习法律实务的经历,没有法官、检察官、律师的实务指导,更无法经受带有实务能力检测性质的第二次司法考试。这种在法律专业训练和实务研习两个方面的不足,最终对律师辩护水平造成消极的影响。”^⑧

更何况,在刑事审前程序尤其是侦查程序中,律师辩护需要的技能与法庭上的辩护存在着很大不同。中国辩护律师训练较多也更擅长的——诸如撰写、发表辩护意见等法庭辩护技能——在此阶段经常并不管用。在认罪认罚从宽改革的背景下,更需要律师具备与检警机关就相关的实体和程序问题进行对话、协商、谈判、交涉等沟通技能。

^⑤ 张兵:《“审前辩护”催生中国律师收费改革》,载《中国经济周刊》2013年第19期。

^⑥ “实际上,可能有辩护意见部分采纳,但犯罪嫌疑人及其亲属往往只要看到批捕,就认为律师没有起到作用,忽视了律师介入过程中付出的系列努力。”前引^⑤,闵丰锦文。

^⑦ 参见曹建明:《最高人民法院工作报告(2018年3月9日)》。

^⑧ 陈瑞华:《刑事诉讼中的有效辩护问题》,载《苏州大学学报》2014年第5期。

但是,从日本侦查辩护的实践来看,每一位律师进行的侦查辩护都是在舞台后面进行的,既没有审判阶段辩护那样的记录,也没有形成共同认识的基础。其结果是,人们所说的侦查辩护的“技术”,至今基本上还不存在。^③与日本相比,中国审前辩护的历史更短,且审前程序中的律师辩护率多年以来一直处于低迷状态,律师对审前辩护的技能训练本就不足,从认罪认罚从宽制度改革试点的情况看,很多时候律师并不知道该如何与办案人员进行沟通,更谈不上说服其采纳自己的意见了。有的律师在遇到沟通障碍后,要么消极放弃,要么据理“死磕”。这其实都是不明智的,也都是不擅长沟通的表现。律师要提升辩护效果(包括但不限于审前辩护),不能只是坐等办案机关主动保障自己的辩护权利,而要努力训练提高自己的沟通技巧。

三、“唯庭审主义”之反思

对于中国的刑事辩护律师而言,“唯庭审主义”通常并没有什么挑战,也不会轻易使自己面临职业风险。但在“唯庭审主义”的辩护模式下,律师能发挥作用的空间也比较有限。对此,不仅律师们心知肚明,律师服务的对象可能也是清楚的。有学者对在押人员进行问卷调查后发现,部分被告人之所以没有聘请辩护律师,认为“律师起不了作用”是主要原因。尤其表现在,律师法庭上的质证或辩论很难影响诉讼结果。^④2010年以后,在法院获得无罪判决的被告人人数逐年下降,无罪判决率逐年持续走低,^⑤这既可以说明,法庭审判流于形式的问题依然没有得到根本解决;也足以解释,那种“唯庭审主义”的辩护模式存在严重缺陷,已不能满足保护被追诉人利益的现实需要。在刑事辩护制度发生重大变化的背景下,我们不仅仅满足于让被告人获得律师的法律帮助,而且还希望其可以获得律师有效的法律帮助。要实现有效辩护,就必须提升律师辩护质量,防止辩护职能的萎缩,这除了要求公安司法机关为律师执业营造更为宽松的法治环境,^⑥律师自身也应认真反思这种“唯庭审主义”的辩护模式所存在的问题。

(一) 辩护意见得不到应有的采纳

“唯庭审主义”的首要弊端是:辩护效果不佳,且辩护意见得不到应有采纳。如前所述,多年以来,律师辩护意见采纳难一直都被认为是中国刑事辩护的突出问题。以近期被纠正的冤错案件为例。辩护律师当时大都作了无罪辩护,但其正确的辩护意见,却没有得到法庭应有的重视和采纳。律师辩护意见之所以难以得到法庭的正常采纳,原因

^③ 参见[日]佐藤博史:《刑事辩护的技术与伦理》,于秀峰、张凌译,法律出版社2012年版,第7页。

^④ 在487份有效问卷中,认为律师在法庭上的质证或辩论一定能影响诉讼结果的比例只有7.6%。参见欧卫安:《关于律师辩护的调查报告——以监狱服刑人员为调查对象》,载《中国刑事法杂志》2007年第1期。

^⑤ 前引③,陈瑞华文。

^⑥ 有数据显示,64.6%的律师认为当前执业环境“差”或“很差”,认为“一般”的有31.6%,两者共计比例高达96.2%。参见冀祥德:《刑事辩护准入制度与有效辩护及普遍辩护》,载《清华法学》2012年第4期。

是非常复杂的。在过去的研究中,学者们更多将其归结为司法观念和诉讼构造层面的原因,或者证据和法官心理层面的原因。^⑬笔者也曾在之前的研究中指出,刑事庭审的空洞化和刑事审判权的异化,是律师辩护“表演化”(即辩护不以说服裁判者接受其辩护意见为目标)和“审辩冲突”不断上演的主要原因。^⑭从笔者的观察来看,有些法官在讯问被告人时确实存在偏向公诉方的问题,还有些法官无理限制律师的发(问)言。有的案件中,律师才说几句话就被法官打断,而公诉人发表公诉意见则洋洋洒洒数千言。甚至,律师仅仅是为了争取话语权就与法官发生了激烈的争吵,^⑮严重背离了“审辩关系”的本质。^⑯

十八届四中全会明确提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,其锋芒所指无疑是这种长期饱受诟病的司法体制和诉讼构造。“以审判为中心”的诉讼制度改革,并非为了塑造法院抑或法官至高无上的诉讼地位,而是着眼于批判性地继承原有的诉讼模式,使刑事诉讼的重心从侦查转向审判,以便案件可以随着诉讼程序的递次推进,而接受愈加严格的审核。^⑰在“以审判为中心”的背景下,强调庭审在整个刑事诉讼程序中的重要地位,发挥庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的决定作用,当然无可厚非。基于多方参与的形式特征,庭审确实是最适宜的事实认定模型。正如有学者所言:“刑事诉讼的事实认定,应以一审庭审为中心,即以审判为中心、庭审为中心、一审为中心;而不应当以庭前程序为中心、庭下活动为中心、上级审为中心。”^⑱随着此项改革的持续推进,刑事庭审的实质化或将增强,律师庭审辩护的效果也将会有所改善。

但要实现有效辩护,特别是实现有效果的辩护,律师还是不能仅仅将法庭作为辩护的场域。乍看起来,这似乎与以审判为中心的诉讼制度改革存在矛盾之处。实际上二者并不矛盾。“以审判为中心”并不意味着,所有的案件都要推向审判,更意味着,推向审判的案件都要进行庭审实质化的审判。对于那些被告人自愿如实供述自己的犯罪,且对于指控犯罪事实没有异议的案件,不仅实体上要从宽,程序上也会简化,甚至通过“速裁程序”或“简易程序”等非实质化甚至形式化的庭审进行快速处理,以节约司法资源,提高诉讼效率。如果说,在那些被告人不认罪因而需要进行庭审实质化审判的案件中,律师将庭审作为辩护的重要节点还有情可原的话,那么在那些并非进行实质化审理的案件中,律师再将庭审作为辩护的重要场域,甚至唯一场域,就没有多少意义了。实际上,对于这些被迫诉人已然认罪认罚的案件,如果辩护律师不能通过庭外尤其是庭前的专业交涉,“生成”一些有利于被告人的量刑证据,即使辩护词雕琢的再精美,法庭

⑬ 前引⑨,韩旭文。

⑭ 前引⑰,李奋飞文。

⑮ 参见李奋飞:《程序合法性研究——以刑事诉讼法为范例》,法律出版社2011年版,第121页。

⑯ 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》,载《河南大学学报》2017年第3期。

⑰ 参见李奋飞:《从“顺承模式”到“层控模式”——“以审判为中心”的诉讼制度改革评析》,载《中外法学》2016年第3期。

⑱ 龙宗智:《论建立以一审庭审为中心的事实认定机制》,载《中国法学》2010年第2期。

上讲的再精彩,怕也难以实现有效果的辩护。而根据相关的调研统计数据,被追诉人供认有罪的比率是非常高的。^{④⑨}即使是在那些可能按照庭审实质化要求进行审理的案件中,律师也应探求审判之前的及时救援,法庭程序之外的诉讼准备和非正式交涉,并在庭审结束之后,对那些事实上的裁判者施加更为积极有效的影响。^{⑤⑩}

(二) 被追诉人的利益难以保障

“唯庭审主义”的第二个弊端,是在刑事审前程序中,被追诉人的权利无法得到切实保障。作为刑事诉讼程序的重要环节,侦查、起诉等审前程序直接关系到被追诉人权利的保障。从刑事司法的实践来看,最容易发生侵犯被追诉人权利的场域就是刑事审前程序,特别是侦查程序。那些身处羁押状态下的被追诉人,其权利更是时刻处于被侵犯的危险之中。^{⑤⑪}因此,如何通过程序的合理设计和有效实施,来防范和约束国家追诉权的滥用或异化,并确保被追诉人拥有最基本的防御权,从而成为真正的诉讼主体,是许多国家的刑事司法需要认真关注的课题。

作为被追诉人最基本的诉讼权利,辩护权的行使可以有效地制约国家追诉权,防止其滥用或异化,从而维护被追诉人的权利。刑事审前程序中律师辩护权运作的实践生态,尤其是审查批捕环节律师作用的发挥状况,在某种意义上昭示了被追诉人权利保障的程度。^{⑤⑫}如前所述,2012年《刑事诉讼法》对辩护制度作了较大完善,审前程序的律师辩护得到了一定程度的加强。但被追诉人能否在审前程序中获得有效、充分的律师辩护,取决于诸多因素,辩护权利外延的扩大只是其中一个因素。特别是在“唯庭审主义”的辩护模式下,审前辩护的效果就很难理想,被追诉人的利益可能也将无法得到保障。以刑事速裁程序为例。如果律师还是把辩护的重心放在庭审中,可能很难真正保护被追诉人的利益。因为按照速裁程序审理时,法庭调查和法庭辩论环节都被省略,律师在开庭过程中通常仅需回答两个问题,即“是否申请回避”、“对本案指控的事实、证据、罪名及量刑建议是否有异议”。对辩护律师而言,如果对检察机关的量刑建议、适用程序无异议,其在庭上可能将无言可发。因此,在速裁程序中,要切实保障被追诉人的利益,律师显然不能再固守那种“唯庭审主义”的辩护模式,而需把职能定位从庭审辩护向庭前辩护转移,及时为被追诉人提供法律咨询和建议,告知其适用速裁程序的法律后果,帮助其进行程序选择,确保其认罪自愿性以及程序选择的自愿性。^{⑤⑬}

(三) 侦查错误无法得到及时纠正

“唯庭审主义”的第三个弊端是,由于辩护律师在刑事审前程序的作用得不到发挥,

^{④⑨} 参见成安:《无罪辩护实证研究——以无罪辩护率为考察对象》,载《西南民族大学学报》2012年第2期。

^{⑤⑩} 参见陈瑞华:《“体检式刑事法律服务”的兴起》,载《中国律师》2018年第1期。

^{⑤⑪} 参见李奋飞:《在押人员投诉处理机制实证研究》,载《国家检察官学院学报》2014年第4期。

^{⑤⑫} 参见江雁飞:《审前程序中辩护权运作的实践生态与立法完善——以我国新〈律师法〉文本为基点的分析》,载《法学杂志》2011年第3期。

^{⑤⑬} 参见魏化鹏:《刑事速裁程序之检视》,载《国家检察官学院学报》2017年第2期。

无法适时激活追诉机构的纠错功能,致使侦查错误难以得到及时纠正。由于公检法三机关职能及关系的异化,中国刑事诉讼通常被认为具有“以侦查为中心”的构造模式。其最大的弊端是,侦查权缺乏司法权的有效介入,在运行机制上缺乏公诉权的合理引导,此过程中又缺乏辩护权的充分参与,^{⑤4}可以说侦查基本上游离于“诉讼”之外,甚至在“诉讼”中占据主导乃至“中心”地位,随后的起诉和审判环节很难发现和纠正侦查犯下的错误。正因如此,侦查被认为是决定被追诉人命运的关键阶段。在之前的研究中,笔者还将这种诉讼模式概括为“顺承模式”。^{⑤5}“顺承”一词内含的服从、接受,在中国刑事诉讼中表现为起诉、审判等诉讼环节对侦查成果的“逆来顺受”。在“顺承模式”的影响下,一旦出现侦查错误,尤其是认定事实上的错误,就将因纠正机制失灵而在很大程度上得到维持,由此导致刑事误判的发生。这既是对人类文明底线的挑战,也是一种最大的非正义,其后果极为严重,不仅会对被冤枉者本人及其家庭造成严重伤害,还会对司法公信力乃至国家的形象造成破坏。^{⑤6}

为了遏制非法侦查,防止侦查权的滥用,确保侦查的客观全面,以准确查明犯罪事实,防止刑事误判的发生,必须强化辩护制度,让律师在刑事侦查程序中能够充分发挥作用。这样才能提升被追诉人的诉讼地位,并激活追诉机构的纠错功能。在刑事诉讼中,检察机关作为法律监督机关,虽然可以通过审查批捕、排除非法证据、审查起诉等方式对侦查活动进行质量控制,但由于其与公安机关均承担着追诉犯罪的任务,彼此之间有着内在的不可分割的联系,这就使检察机关很难摆脱追诉犯罪的角色,往往在监督公安机关时“心太软”。以检察机关排除非法证据为例。2012年《刑事诉讼法》创造性地赋予了检察机关排除非法证据的职权。即无论是在审查批捕环节,还是在审查起诉环节,检察机关都可以排除非法证据。但从近年的司法实践来看,检察机关排除非法证据的案例实属罕见。

可见,要使侦查程序回归诉讼程序的本来面目,真正形成“以权利制约权力”的局面,从而有效地防止侦查权的异化,及时发现和纠正侦查过程中的错误,还需要切实提升侦查阶段的辩护质量。但在律师的辩护实践中,由于受“唯庭审主义”辩护模式的影响,不少律师还程度不同地存在对审前辩护——尤其是侦查阶段的辩护——重视不够等问题,更不要说将辩护的重心前移到侦查阶段了。有的律师在接受委托后,虽然也积极地行使会见、取证、控告等诉讼权利,甚至希望能够与侦查人员积极沟通,但却因为“沟通力”不足,加上侦查人员本就提防和排斥律师意见,导致侦查阶段的辩护并不能产生任何实质效果,也很难发挥辩护制度的挑错、纠错的功能。

^{⑤4} 参见卞建林、张可:《侦查权运行规律初探》,载《中国刑事法杂志》2017年第1期。

^{⑤5} 前引^{⑤4},李奋飞文。

^{⑤6} 参见李奋飞:《美国死刑冤案证据剖析及其启示》,载《中国人民大学学报》2013年第6期。

四、“唯庭审主义”之突破

或是基于对这种“唯庭审主义”的反思,部分律师已不再将刑事辩护局限在法庭审判阶段,而开始重视“辩护前移”,并进行了积极探索。特别是在2012年《刑事诉讼法》修改明确认可了律师在审前程序中的辩护人地位以后,部分律师的“辩护前移”工作可以说已初见成效。有的案件,经过律师的努力,促使检察机关在审查起诉阶段采纳了辩护意见,将之前公安机关认定的涉案金额大大减少,或者最终作出了不起诉决定;有的案件,经过律师的奔走,促使公安机关在侦查阶段就作出了撤销案件的决定;有的案件,通过律师的申请,犯罪嫌疑人被取保候审走出看守所。甚至,有的律师在刑事指控来临之前,就开始未雨绸缪,帮助公司企业及其高管进行相关调查,诊断法律风险,依法化解可能的刑事追诉,提出应对刑事调查的具体方案,帮助公司(企业)或者自然人进行带有“养生保健”式的建章立制,避免“脚踩法律红线”,远离可能的刑事法律风险。对于这种发生在刑事诉讼程序启动之前的法律服务,有学者将其概括为“体检式刑事法律服务”。^{⑤7}当然,律师正在积极实践的“辩护前移”工作,尚有很大的提升空间。甚至,还面临着诸多制度上的困境。要为审前辩护提供更大的制度空间,让中国律师逐渐走出“唯庭审主义”的辩护模式,至少还应从检察机关的审前定位和办案方式改革、律师权利的增设与保障、刑事法律援助的质量监管和值班律师的定位等方面,对中国刑事辩护制度乃至司法制度进行改革和完善。

(一) 检察机关的审前定位及办案方式改革

走出“唯庭审主义”的第一个关键点,是检察机关审前主导地位的确立和办案方式的“诉讼化”改革。“辩护前移”能否兴起和有效,既与检察机关在审前主导地位能否得到确立直接相关,也与检察机关的办案方式能否走向“司法化”密切相连。表面上看,在监察体制改革之后,检察权似乎因职务犯罪侦查权的转隶受到了削弱,实则暗含了持续勃兴的机遇和潜能。检察权由诸多不同类型的权力组合而成,并各自在刑事诉讼流程中扮演着不可或缺的角色。^{⑤8}通过审查批捕(羁押控制)、审查起诉以及司法救济三项具有司法权性质的重要权能,检察机关可以成为审前程序中当仁不让的主导者。检察机关的这种主导地位体现在,其既是侦查质量的评价者,也是司法资源的调控者,^{⑤9}还是诉讼权利的保障者。这种“三位一体”的角色扮演,并非以争取新的职能为直接诉求,而是对检察机关的固有权力加以有机整合后的当然结论。

^{⑤7} 前引^{⑤0},陈瑞华文。

^{⑤8} 参见孙皓:《论检察权配置的自缚性》,载《环球法律评论》2016年第6期。

^{⑤9} 对刑事案件在审前进行科学分流、完善多元化的案件处理机制,是“以审判为中心”的应有之义。这就要求扩大检察机关的起诉裁量权,强化其审前调节职能。参见李奋飞:《论检察机关的审前主导权》,载《法学评论》2018年第6期;王守安:《以审判为中心的诉讼制度改革带来深刻影响》,载《检察日报》2014年11月10日,第3版。

检察机关审前主导地位的确立,必然对检察权的运行方式改革提出新的更高要求。这是检察机关作为“世界上最客观的官署”的应有之义,也是为审前辩护搭建适宜平台的关键所在。新法实施后,从审查逮捕程序的“诉讼化”探索,到司法救济权的赋予,再到不起诉听证制度的建构,越来越多的检察权能在运行方式上表现出了司法属性,也使检察机关的办案方式如何实现“诉讼化”的问题摆在了改革者面前。^⑩ 检察机关办案方式的“诉讼化”改造,要遵循司法活动的基本规律,尤其需要认真反思当前检察权能在运行方式上的弊端,找准适宜进行“诉讼化”改造的检察权能,例如,审查逮捕权和审查起诉权。当然,在对检察机关办案方式进行“诉讼化”改造时,既要考虑为检察权的运行植入更多的司法元素,也要注意检察权自身的特殊性,不宜完全照搬法院的庭审模式。^⑪ 以公诉权的“诉讼化”改造为例,由于公诉权运行的合理化程度直接影响着刑事司法活动的公正、效率以及权威等方面的要素,^⑫ 因此,应当改变固有的行政审核模式,尽量塑造成一种公开、透明的对质式模式。^⑬ 这种新的审查模式,无论是对侦查质量的把关,还是对审前辩护的保障,都会产生有益的影响。

“几乎所有在刑事司法制度中行使权力和裁量的官员,都因裁量权的行使造成差别性的或者不公平的结果,而受到了批评,承担了责任,在某些情况下还被剥夺了权力和裁量权,只有一个例外——检察官。”^⑭ 某种程度上,检察官的权力释放是世界范围内的大趋势。在这样的背景下,中国的检察机关既需要进一步明确自身定位,亦应约束过度追诉的心理趋向,唯有如此,才能真正激活刑事诉讼体制的流畅因子,打造出符合本土资源的格局体系。考虑到中国的制度现实,如果缺失了公权力的容忍与支持,代表社会自发力量的律师群体,断难以职业共同体成员的身份有效地参与到程序场域中来。

(二) 律师权利的增设与保障

走出“唯庭审主义”的第二个关键点,是律师权利版图的扩大与保障。在2012年《刑事诉讼法》修改完成之后,刑事审前程序中的律师辩护得到了加强。特别是律师在侦查阶段取得了辩护人地位,不仅可以“凭三证”无障碍地会见绝大多数在押的犯罪嫌疑人,还拥有了调查取证权,^⑮ 并可以在批准逮捕、侦查终结前、审查起诉等程序环节,向办案机关提交辩护意见。但是,上述权利版图尚不足以支撑审前程序的有效辩护。例如,由于律师在侦查阶段无法行使阅卷权,基本上只能通过与侦查人员和犯罪嫌疑人及

^⑩ 参见龙宗智:《检察机关办案方式的适度司法化改革》,载《法学研究》2013年第1期。

^⑪ 参见孙静:《检察权运行司法化的边际概览与可能方式》,载《西南政法大学学报》2013年第5期。

^⑫ 参见孙皓:《论公诉权运行的机械性逻辑》,载《法制与社会发展》2017年第5期。

^⑬ 参见李奋飞:《检察再造论——以职务犯罪侦查权的转隶为基点》,载《政法论坛》2018年第1期。

^⑭ [美]安吉娜·J·戴维斯:《专横的正义:美国检察官的权力》,李昌林、陈川陵译,中国法制出版社2012年版,第7-8页。

^⑮ 参见汪海燕、胡广平:《辩护律师侦查阶段有无调查取证权辨析——以法律解释学为视角》,载《法学杂志》2013年第11期。

其家人的接触,了解些许案件情况。在律师掌握信息相对有限的情况下,指望其在侦查阶段特别是审查批捕环节,提出有理有据的辩护意见,实在有些勉为其难。鉴于此,在《刑事诉讼法》再修改时,有必要继续扩大审前程序中律师的权利版图,明确赋予律师在侦查阶段的阅卷权^⑥、调查取证权。此外,条件成熟时,还可以考虑赋予律师侦查讯问程序中的在场权。^⑦ 毕竟,“建立侦查辩护制度的目的旨在使嫌疑人于侦查中即可获得辩护人实质的法律援助,……不应以所谓侦查不公开为由,限制辩护人参与侦查程序及适当接触侦查资讯的机会;亦不宜以部分辩护人可能有妨碍侦查或将侦查资讯做诉讼目的外之使用为由,因噎废食地反过来禁止辩护人的阅卷权、在场权等协助嫌疑人或被告人之防御所不可或缺的实质辩护权益。”^⑧

当然,刑事审前程序中律师的辩护权利问题,不仅涉及到律师权利版图的扩大,更涉及到已有权利的救济,以使那些法定权利能够真正得到实现。2012年刑事诉讼法在明确了律师可以就司法机关及其工作人员的违法行为提出申诉控告的同时,也申明其在辩护权利受到侵害时的救济途径。但由于没有规定具体审查程序、期限,纠正与救济程序也存在模糊性,这些规定目前并不具有实际操作意义,如果不及时加以完善,将面临被虚置的危险。^⑨ 因此,应对辩护律师的检察救济权予以完善。尤其是对控告申诉的检察处理结果不服的,应赋予辩护律师有向更高一级检察机关复议的权利。^⑩ 归根结底,公权力的态度以及行为模式会影响到律师辩护权利的存续样态。否则,近年来对于律师执业保障的维系,也不会始终归口于公检法司的权力主体。^⑪ 但是仅有表态还远远不够,倘若具体的制度设计不予以呼应,所谓的权利保障不过是“水月镜花”罢了。

(三) 刑事法律援助的质量监管及值班律师的定位

走出“唯庭审主义”的第三个关键点,是刑事法律援助的质量监管及值班律师的定位。没有理想的刑事法律援助制度,指望法律援助律师走出“唯庭审主义”的辩护模式显然不现实。而作为法律援助制度的组成部分,^⑫ 值班律师的未来定位,是建构理想的刑事法律援助制度的关键点。通常认为,理想的刑事法律援助制度,不仅应当具有普遍性、及时性,更须具备有效性。^⑬ 而要实现刑事法律援助制度的有效性,不仅要求援助律

^⑥ 有学者认为,对《刑事诉讼法》第38条有关辩护人阅卷之阶段与范围的规定,应抛弃传统的形式解释方法,而代之以实质解释论视角。参见孙远:《论侦查阶段辩护律师的阅卷权》,载《法律适用》2015年第2期。

^⑦ 参见李奋飞:《侦查讯问程序中的律师在场问题》,载《中国监狱学刊》2008年第3期。

^⑧ 陈运财:《侦查与人权》,元照出版有限公司2014年版,第96页。

^⑨ 参见林琳:《辩护律师权利的保障与救济——以我国新〈刑事诉讼法〉背景下检察机关发挥法律监督为视角》,载《法学杂志》2015年第11期。

^⑩ 参见董坤、段炎里:《当前检察环节律师权利的保障现状与新现问题研究——以阅卷权、会见权和检察救济权切入》,载《河北法学》2017年第6期。

^⑪ 前引^⑤,李奋飞文。

^⑫ 参见顾永忠、李逍遥:《论我国值班律师的应然定位》,载《湖南科技大学学报》2017年第4期。

^⑬ 参见刘方权:《刑事法律援助实证研究》,载《国家检察官学院学报》2016年第1期。

师在介入案件后,能积极地行使会见、阅卷、调查取证等诉讼权利,还要求其能认真负责地研究案件,并在形成辩护意见后积极与检警机关进行沟通、协商,而不只是在法庭上简单发表辩护意见。然而,目前中国的刑事法律援助质量实在令人堪忧。不少援助律师不仅素质不高,责任心也明显不够。在接受指派后,有时既不进行会见工作,也不认真阅卷,更不要说去调查取证了。审前程序中,援助律师基本上无所作为,甚至就连庭审时的辩护也常常敷衍了事,且大都是带有求情性质的量刑辩护意见。可以说,不少援助律师的这种辩护样态,就是典型的“唯庭审主义”模式。这样的辩护样态,即使不能被看作“无效辩护”,也与“有效辩护”的理念相差甚远。因此,必须认真对待刑事法律援助质量监控问题。正如有学者指出的:“如辩护人为被告自行委托,透过市场机制之调解,会淘汰不尽职之律师,鞭策律师不敢懈怠,或可减少辩护人弱而无力之情形。然公设辩护人或法院指定之律师,并无市场机制予以淘汰或鞭策,如何确保其发挥强而有力之辩护,乃极为重要问题。”^⑭因此,只有建构起科学的绩效考核体系,才可促使援助律师恪守职业伦理,尽职尽责维护被追诉人的合法权益。对于那些无法满足服务质量最低要求的援助律师,亦得按规则行使不同层级的惩戒,直至将其彻底排除出法律援助领域。^⑮

2014年,在法院、看守所设置法律援助值班律师办公室,被中央深化体制改革领导小组列为司法体制改革的重要内容。这意味着值班律师制度在中国正式建立,从而实现了刑事法律援助在案件范围上的全覆盖,无疑有助于保障被追诉人平等、及时地获得律师帮助的权利。^⑯但由于值班律师制度建立不久,对其性质、功能等问题还存在不同认识,甚至就连值班律师究竟是否具有辩护人的身份也未得到明确,已被认为严重影响了其诉讼权利的行使。^⑰从《刑事诉讼法修正案》第4条的规定来看,目前值班律师尚不具备辩护人的身份,其还只能为被追诉人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见等相对有限的法律帮助。^⑱在一些地区,值班律师甚至只被司法办案人员视作见证人,而不免成了“花架子”。不过,根据“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5条的规定,^⑲某种程度上值班律师实际上扮演的就是辩护人的角色,至少也是“准辩护人”。因此,未来应考虑赋予值班律师以“准辩护人”的身份,或者让值班律师走向完全“辩护人化”,以实现值班律师的有效帮助。这样,值班律师不仅可以为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询,程序选择建议,代理申诉、控告,申请变更强制措施,还可以对案件处理提出意见等。在认罪

^⑭ 王兆鹏:《受有效律师协助的权利——以美国法为参考》,载《月旦法学杂志》2005年第8期。

^⑮ 前引⑮,李奋飞文。

^⑯ 参见熊秋红:《审判中心视野下的律师有效辩护》,载《当代法学》2017年第6期。

^⑰ 参见程衍:《论值班律师制度的价值与完善》,载《法学杂志》2017年第4期。

^⑱ 参见陈文聪:《值班律师制度的反思与重构》,载《中国律师》2016年第10期。

^⑲ 参见张泽涛:《值班律师制度的源流、现状及其分歧澄清》,载《法学评论》2018年第3期。

认罪案件中,值班律师的职责应当是围绕犯罪嫌疑人、被告人是否了解认罪认罚的内涵及其法律后果,认罪认罚案件是否具有事实依据,犯罪嫌疑人、被告人是否自愿认罪认罚以及如何量刑协商等问题提供辩护。^⑩当然,明确值班律师的身份固然重要,但实践领域的持续推进,则扮演着更具主导性的角色趋向。

结 语

发展,是书写当下“中国故事”的核心命题;而持续发展,则构成了影响这场全局变革的内在驱动。对于中国刑事辩护制度的变革而言,持续发展代表了其自身逻辑演进的一种动态模型。随着中国刑事司法改革的深入推进,刑事辩护领域已经发生了重大的变化。在中国当下的刑事诉讼中,辩护律师已从“奢侈品”发展为“必需品”。在此背景下,不仅要求被追诉人能够获得律师辩护,还要求其能获得律师的有效辩护。令人欣慰的是,有效辩护的观念逐渐得到了法律人的广泛认可。甚至在一些个案中,已有法院开始将律师的无效辩护纳入程序性制裁的对象,并通过向司法行政机关发出司法建议书的方式,来对那些不尽职责的辩护律师启动纪律惩戒程序。

无论将来中国是否会引入无效辩护制度,但有一点可以肯定,有效辩护的理念已经并将继续对中国刑事辩护制度的改革和完善提供重要动力。钱穆先生亦曾指出:“一项制度之创建,必先有创建该项制度之意识与精神。一项制度之推行,亦同样需要推行该项制度之意识与精神。”^⑪虽然律师界未必同意将“有效辩护”确立为刑事辩护的基本原则,但是“辩护前移”的理念已在不少辩护律师心中扎下了根。这一新的辩护理念的形,与中国近期正在推进的认罪认罚从宽制度的改革、刑事辩护制度的新发展以及对这种“唯法庭主义”的反思都有着直接的关系,并已为当前的刑事辩护业务注入了新的活力。在那些检警机关通过撤销案件、不起诉决定等方式进行“无罪化处理”的案件中,可能就有律师们“辩护前移”的功绩。不过,就总体而言,中国律师尚没有彻底走出“唯庭审主义”的辩护模式,刑事法律服务的质量——尤其是刑事审前程序中的辩护质量——还有待于继续提升。

显然,要走出“唯庭审主义”的辩护模式,律师辩护不仅不能“唯庭审主义”,还应当树立“全方位主义”,即刑事辩护不仅可以进行“前移”,还可以向庭外、庭后进行全方位的延伸。当然,这里有个前提,就是律师的辩护,一切应以有利于最大限度地维护被追诉人的合法权益为中心。虽然在辩护策略的选择上,律师具有一定的独立性,也应与被追诉人进行充分沟通,并尽可能尊重其自由意志。如果律师们仍然抱着所谓的“独立

^⑩ 参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期。

^⑪ 钱穆:《国史大纲》,商务印书馆2010年版,第415页。

辩护观”^②,完全不受被追诉人意志的约束,不仅会损害律师与被追诉人之间的信赖关系,也不利于被追诉人获得有效的法律服务。最终,是否走出“唯庭审主义”的辩护模式将在很大程度上失去意义。

Abstract: There is a trial-centered defense pattern in the criminal defense practice of China for long. The key features of this pattern are that defense lawyers consider trial proceedings as the major and even the only field of defense, while ignoring the defense outside the court, especially before the trial; defense lawyers choose neither to communicate with police and procuratorate authorities, nor to persuade them to make any decision in favor of their own parties; the trial defense is also focused on reading out the already-written pleadings based on the case files of the prosecution. Many factors, such as the limitations of pre-trial system, the conceptual deviation of criminal defense, the absence of pre-trial defense skills, all lead to this pattern, which brings about numerous negative consequences, especially ineffective defense, failure to protect the interests of the accused, and incapability of prompting police and procuratorate organs to correct themselves in a timely manner. The Criminal Procedure Law amended in 2012 gave lawyers the status of defenders in the pre-trial procedure, which made some lawyers to pay more attention to the “pre-trial defense” and achieved initial results. However, at least three aspects should be addressed to assist Chinese lawyers to get rid of the trial-centered criminal defense pattern, to achieve effective defense, and to reform and perfect Chinese criminal defense system and even criminal justice system, namely, the right pre-trial orientation and the substantiation of litigation of the procuratorial organs, the expansion and protection of the rights of defense lawyers, and the establishment of quality assurance system of criminal legal aid and duty counsel system.

(责任编辑:李 游)

^② 参见吴纪奎:《从独立辩护观走向最低限度的被告中心主义辩护观——以辩护律师与被告人之间的辩护意见冲突为中心》,载《法学家》2011 年第 6 期。