责任编辑 徐慧 E-mail:xuadaly@126.com

认罪认罚后辩护人能否做无罪辩护?

干恩海

《上海法治报》于2020年7月1日刊 文《认罪认罚中专业辩护与自我辩护的法律 边界》(以下简称"《边界》"),从公诉人的 视角探讨了被追诉人在认罪认罚后能否做无 罪辩解,以及辩护人做无罪辩护时检察官应 如何应对。就后一问题,《边界》一文提 "首先建议辩护律师、值班律师与被追 诉人做好交流沟通工作;如果仍然无法形成 相对一致意见的,则办案检察官须认真听取 辩护律师、值班律师的意见和建议, 客观审 视是否需要调整认罪认罚工作的进程;如果 不采纳相关辩护意见和建议的, 须在提审时 告知被追诉人,考察其真实的态度,以及是 否有更换辩护人的意愿:如果被追诉人确实 愿意认罪认罚但又不愿意更换辩护人的,办 案检察官必须在依法客观办理案件的同时审 慎推进认罪认罚工作,做好应对辩护律师无 罪或罪轻辩护意见的庭审准备。

笔者除不赞同检察官询问被追诉人是否"有更换辩护人意愿"外,其他并无异议,但认为有进一步探讨的必要。该问题可以总结为:当被追诉人签署认罪认罚具结书后,辩护人能否在法庭审理中做无罪辩护?可以说这是现阶段认罪认罚从宽制度适用过程中的热点和难点。笔者认为,应当区分如下两种情况进行讨论。

新任辩护人做无罪辩护的争议

第一,签署具结书时在场的律师与庭审中的辩护人为同一人

在这种情况下,辩护人在法庭审理中不能再做无罪辩护,主要理由是刑事诉讼法第173条第2款规定,犯罪嫌疑人认罪认罚的,人民检察院应当听取辩护人或者值班律师的意见,《人民检察院刑事诉讼规则》第269条第2款进一步明确规定:"自人民检察院对案件审查起诉之日起,值班律师可以查阅案卷材料,了解案情。人民检察院应当为值班律师查阅案卷材料提供便利。"

显然,如果辩护人或者值班律师认为本案系无罪案件,此时就应当向被追诉人解释,说明各种情况及后果,充分沟通协调,在双方意见发生分歧的情况下,原则上应当尊重被追诉人的意见,签署具结书后辩护人在开庭时不能再做无罪辩护,但应当向法庭说明案件证据、法律适用上存在的问题,以

- □ 当被追诉人签署认罪认罚具结书后,辩护人能否在法庭审理中做无罪辩护? 这是现阶段认罪认罚从宽制度适用中的热点和难点。签署具结书时在场的律师与庭审中的辩护人并非同一人时,新任辩护人能否在法庭上做无罪辩护存在争议。
- □ 在被追诉人认罪认罚的情况下,新任辩护人依据《意见》第 15 条的规定,围绕案件证据、法律规定做无罪辩护并没有违反认罪认罚从宽制度,相反是对认罪认罚从宽制度的维护,同时履行了《刑事诉讼法》第 37 条规定的辩护人职责。
- □ 现阶段司法实践中,认为认罪认罚就是被追诉人在法庭上全盘接受公诉 机关的指控,虽不排除存在此类情况,但如此理解无视《意见》第3条的规定,使庭审成为"走过场",与当前的"以审判为中心"的司法改革背道而驰,同时,严重剥夺了被追诉人的辩护权,不可不慎。

保证法庭作出公正裁判。

第二,签署具结书时在场的律师与庭审中的辩护人并非同一人

在这种情况下,新任辩护人能否在法庭 上做无罪辩护存在争议。

主张辩护人不能做无罪辩护的观点认为,被追诉人委托的辩护人当庭发表无罪辩护在一定程度上可以视为被追诉人的授意或者默许,其一方面授意或默许辩护人作无罪辩护而获取利益,一方面自己认罪认罚获取利益,是对司法资源的浪费,违背了认罪认罚从宽制度的初衷。

就此,笔者认为,认罪认罚从宽制度从提出到试点,其立法目的多有波动,但大都认为提高效率是该制度的主要初衷,但"两高三部"于2019年发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称"《意见》")第3条的规定表明提高效率不能以损害公平为代价,当两者发生冲突时,应当优先考虑公平而非效率。

另外,认罪认罚从宽制度适用于所有案件,但在刑法分则规定的 469 个罪名中,最高人民法院只确定了 23 个罪名的量刑规范,公诉机关提出的量刑建议是否规范仍有待法庭综合案件事实予以确定。最后,不可忽视的是,在现阶段的司法实践中,被追诉人的这种做法有被法院认为认罪态度不好的风险,因此,很难说在这种情况下被追诉人获得了额外的利益。

允许无罪辩护不让庭审"走过场"

据此,笔者认为,新任辩护人可以在法庭 上做无罪辩护,理由如下:

首先,《意见》第6条规定:认罪"是指 犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪 行,对指控的犯罪事实没有异议",同时明确 "承认指控的主要犯罪事实,仅对个别事实情 节提出异议,或者虽然对行为性质提出辩解但 表示接受司法机关认定意见的,不影响'认 罪'的认定"。公诉机关对案件事实的确认来 源于对在案证据的审查判断, 但不同承办人对 相同案件事实的审查判断结论并不一致, 尤其 是案件事实完全依赖于言词证据同时各方说法 又不一致的情况下, 如何确认案件事实争议极 大。新任辩护人完全可以基于对证据和法律规 定的理解做出与前任辩护人、公诉机关不一致 的结论,双方意见的分歧有赖于法庭综合双方 意见得出最终结论,在这种情况下,不能认为 被追诉人不认罪。

其次,《意见》第7条规定:认罚"是指犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪,愿意接受处罚","具结书"载明的量刑建议的前提条件是法定刑,而法定刑的前提条件是确认被追诉人的行为涉嫌某一犯罪,在确认案件事实的基础上,该事实是否构成公诉机关指控的犯罪,仍存在极大争议,如为社会公众耳熟能详的"偷换二维码案",对该行为应当定性为盗窃罪

还是诈骗罪迄今为止未有定论,新任辩护人完全可以就该行为的定性发表有利于辩护人的意见,这一辩护意见可以表现为无罪辩护,如案件涉案金额 2000 元,公诉机关认为构成盗窃罪,而新任辩护人认为构成诈骗罪,在这种情况下,因涉案金额未达诈骗罪的起刑点,此时的定性之辩就表现为无罪辩护。

再次,《刑事诉讼法》第201条第1款明 确了法院不接受检察机关量刑建议的 5 种情 形,其中第1种、第4种情形分别为"被告人 的行为不构成犯罪或者不应当追究其刑事责任 "起诉指控的罪名与审理认定的罪名不一 致的",同时,《意见》第3条规定:"办理 认罪认罚案件,应当以事实为根据,以法律为 准绳,严格按照证据裁判要求,全面收集、固 定、审查和认定证据。坚持法定证明标准, 侦 查终结、提起公诉、作出有罪裁判应当做到犯 罪事实清楚,证据确实、充分,防止因犯罪嫌 疑人、被告人认罪而降低证据要求和证明标 准。对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚,但证据 不足,不能认定其有罪的,依法作出撤销案 件、不起诉决定或者宣告无罪。" 法院如何确 认"不能认定其有罪"?除了法院自身通过阅 卷以获得内心确认外,新任辩护人在庭审中发 表的辩护意见是法院得出正确结论的有益补 充,从某种意义上说,在被追诉人认罪认罚案 件中,辩护人的无罪辩护活动是《意见》第3 条得以贯彻实施的有力保障, 有助于法院全面 审查被告人认罪认罚的自愿性和合法性 (《意 见》第39条)。

据此,笔者认为,在被追诉人认罪认罚的情况下,新任辩护人依据《意见》第 15 条的规定,围绕案件证据、法律规定做无罪辩护并没有违反认罪认罚从宽制度,相反是对认罪认罚从宽制度的维护,同时履行了《刑事诉讼法》第 37 条规定的辩护人职责。

在现阶段的司法实践中,认为认罪认罚就是被追诉人在法庭上全盘接受公诉机关的指控,无论是罪名还是量刑,用通俗的话说就是"让被追诉人感谢公诉机关送其进监狱服刑",笔者不排除存在这样的认罪认罚,但不能将这种类型当成认罪认罚的常态,这样的理解无视《意见》第3条的规定,使庭审成为"走过场",与当前的"以审判为中心"的司法改革背道而驰,同时,严重剥夺了被追诉人的辩护权。不可不慎

(作者系华东政法大学教授、刑法教研室主任)

"规范、限缩、轻缓"处理涉企骗贷案

善

在企业复工复产不断提速的同时,涉企 骗贷犯罪呈现常见多发态势。司法机关在惩 治此类犯罪时,应当充分考虑企业"融资 难""融资贵"的实际情况,合理判断行为 的社会危害性,依法慎重作出处理,为服务 保障"六稳""六保"营造良好法治环境。

规范认定犯罪

骗取贷款罪是为弥补贷款诈骗罪"非法 占有目的"难以认定的不足而设立。在行为 构造上,两罪具有一致性,即欺骗手段与取 得贷款之间具有刑法上的因果关系;在犯罪 主体上,骗取贷款罪增加了单位犯罪;在客 观行为上,骗取贷款罪的欺骗行为不仅涵盖 贷款诈骗罪的实行行为,对于在贷款受理、 调查、风险评估、审批、签订协议直至发放 的整个过程中,借款人提供贷款申请资料或 者根据贷款人要求提供相关材料不真实、不 完整、不有效的,或者在贷款调查中串通有 关人员弄虚作假的,亦均可认定为"欺骗手

以 。 从一定行为人罪的社会危害性严重程度 的内在要求看,骗取贷款行为须造成银行等 金融机构重大损失或者有其他严重情节的, 才能成立犯罪。对于"重大损失",不宜以 银行形成不良贷款的数额来认定,但可根据银行对借款人贷款的不良归类,并结合银行贷款损失准备计提比例进行换算认定。比如归入损失类的数额可直接认定为银行的直接经济损失,而归入可疑类、次级类的,则可参照相应比例来认定。对于"其他严重情节",应注意骗贷数额或骗贷次数达到立案追诉标准的行为,需达到与"重大损失"相当的社会危害性程度的才能认定为犯罪,比如将大部分贷款用于经营范围之外的高风险投资、1年内因骗贷受过行政处罚等。

限缩适用罪名

当前,国家与地方持续出台政策为企业 复工复产提供金融支持,帮助民营企业融资 纾困。作为民营经济健康发展的保驾护航 者,司法机关亦应转变传统的泛刑法化思维 方式,进一步严格民营企业骗贷行为的人罪 条件,限缩适用骗取贷款罪。实践中,应重 点考察金融机构工作人员是否明知借款人采 取欺骗行为、是否尽职履职仍未能发现借款 人的欺骗行为等因素。对具有以下情形的, 一般不宜认定为骗取贷款罪:

(一)借款人误认为真实资料不符贷款 条件而采取欺骗手段,但实际上凭真实资料 能够获得贷款的; (二) 金融机构授信工作人 员在履行贷款调查、审查、批准等职责时发现 借款人提供虚假材料或串诵他人在贷款调查时 弄虚作假, 仍发放贷款的; (三) 金融机构授 信工作人员未按照有关法律法规、规章和规范 性文件以及银行内部管理制度勤勉尽职地履行 职责导致发放贷款的; (四) 借款人骗贷数额 虽然超过100万元,但将贷款全部或绝大部分 用于生产经营,且案发时尚未形成不良贷款 的; (五) 借款人多次骗贷但系为了"借新还 贷款全部或绝大部分用于生产经营,且 案发时尚未形成不良贷款的; (六)借款人骗 贷同时提供了足额有效担保,贷款全部或绝大 部分用于生产经营,但因经营不善、被骗、市 场风险等意志以外的原因无力偿还贷款而被执 行担保的; (七)因突发重大疫情、自然灾害 等不可抗力情形导致形成不良贷款的。

轻缓外理案件

涉企刑事案件的特殊性在于,在案件背后还有关系涉案企业发展未来、企业职工权益保障、企业业务关联方利益保护等诸多问题。企业经营者一旦被采取羁押措施或被判实刑,往往"牵一发而动全身",因此司法机关应当积极落实"少捕""少押""慎诉"的司法理

念,从保护企业生存发展的需要出发,切实做到采取强制措施与维护民营企业正常经营秩序、合法权益并重,打击犯罪与依法帮助民营企业挽回和减少经济损失并重。比如在对企业经营者采取羁押措施时,应注重将犯罪嫌疑人认罪认罚积极复工复产、开展生产自救、努力保就业岗位作为审查判断有无社会危险性的重要考量因素。对具有以下情形的,可考虑认为犯罪嫌疑人不具有社会危险性或者无继续羁押

的必要性:
(1)案发后归还了全部贷款或大部分贷款的; (2)案发后积极筹措资金,且有充分理由可预期归还全部或绝大部分贷款的; (3)骗贷资金全部用于生产经营或投资,因意志以外原因无法按时足额偿付贷款的; (4)有自首、立功表现,认罪态度较好的; (5)认罪认罚的。同时,还应坚持依法能不诉的不诉,逐步扩大酌定不起诉在认罪认罚案件中的适用。对在审查起诉阶段已归还部分贷款且具有偿还剩余贷款可能性,或者与银行等金融机构就还款事项已达成协议,或者骗贷资金全部用于生产经营或投资,因意志以外原因无法按时足额偿付致形成次级类贷款的,可考虑适用酌定不起诉。

(作者系上海市人民检察院第一分院研究 室副主任,上海检察业务专家)