

律师辩护权保障需要体系化重构

韩旭

《刑事诉讼法》第四次修改前瞻(之七)

辩护权是制约公权、保障私权的重要力量。近年来频频发生的侵犯律师辩护权事件，除了司法人员法治观念偏差，制度不健全也是重要的因素。因此，以修法为契机，完善辩护制度，强化辩护权保障应是《刑事诉讼法》修改的方向和重点。

建立程序性制裁机制 明确侵犯辩护权后果

新一轮司法改革的一项重要任务是保障律师辩护权利，但实践中屡屡发生律师辩护权被侵害事件。例如，广西来宾市中级法院审理的“冯波案”，辩护律师尚未到庭，庭审已经结束，律师出庭辩护权完全被剥夺。除此之外，辩护律师的会见权、阅卷权等权利未能得到保障的情形也不在少数。如果侵犯律师辩护权没有任何不利后果，指望公权力主体主动严格履行《刑事诉讼法》规定的程序和义务并不现实。我国已经建立的非法证据排除规则就是对公权力机关非法取证的制裁性措施，但该规则在遏制公权力违法方面具有明显的局限性，建议可以考虑借鉴大陆法系国家的做法，建立诉讼行为无效制度。

我国《刑诉法》第238条规定：“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。”“撤销原判、发回重审”其实就是宣告原审程序无效。问题是“其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的”是否包括侵犯辩护权的情形。实践中，侵犯律师辩护权的行为大都发生在侦查和审查起诉阶段。又如何对侦查机关和检察机关进行程序性制裁呢？对此，可借鉴法国的诉讼行为无效制度，原则上法律应当明确规定违反哪些诉讼程序的诉讼行为无效，即“法定无效”，同时还应规定“实质性无效”，将侵犯律师辩护权的行为均规定为“实质性无效”。

设立刑事证据保全制度 完善申请取证制度

在关键证人病危、出国或者物证性状发生改变、甚至不复存在等证据不及时收集就面临灭失或者难以取得的情况下，就有必要将相关证据收集保全。现有的辩护律师申请取证制度并不能完全代替证据保全制度的功能。例如，如果辩护方需要在侦查阶段保全证据，但是申请取证制度主要适用于审查起诉阶段

- 我国已经建立的非法证据排除规则就是对公权力机关非法取证的制裁性措施，但该规则在遏制公权力违法方面具有明显的局限性，建议可以考虑借鉴大陆法系国家的做法，建立诉讼行为无效制度。
- 我国刑诉法修改应当确立法庭同意证人出庭为原则，不同意为例外的规则。同时，应建立有限传闻证据规则，确保关键证人出庭作证，保障庭审实质化改革取得实质性成效。
- 刑诉法修改应当重构侵犯律师辩护权的救济机制，可以考虑设立相关规定：侦查机关侵犯律师辩护权的，由检察机关提供权利救济；检察机关侵犯律师辩护权的，由同级法院提供救济；第一审人民法院侵犯律师辩护权的，由上一级法院提供救济。

和审判阶段，自然无适用余地。又如，证据保全与申请取证的条件和功能均有不同。申请取证主要是为了排除证据障碍，而证据保全则是为了固定证据，防止以后难以取得。我国《民事诉讼法》《行政诉讼法》均规定了证据保全制度，唯有《刑事诉讼法》尚未建立该项制度。刑事诉讼事关人的“生杀予夺”等基本权利，解决事项的重大性决定了更有必要确立该项证据制度。《日本刑事诉讼法》第179条、《德国刑事诉讼法典》第166条、《美国联邦刑事诉讼规则》第15条，均专门对“证据保全”程序作了详细规定。1988年《意大利刑事诉讼法典》增设了类似于证据保全程序、具有证据保全功能的“附带证明”程序，专门用一章13个条文对“附带证明”程序作出了详细规定。可见，域外普遍在刑诉法中确立了刑事证据保全制度。

实务中，辩护律师无论是申请人民法院、检察机关调取证据还是申请证人出庭作证，均难获得同意，司法机关通常以“没有必要”为由拒绝辩护律师取证申请。司法解释均适用了“确有必要”的表述，该表述弹性较大，赋予了法官很大的自由裁量权。在“案多人少”的情况下，法官无暇顾及辩护律师的申请，轻率予以拒绝的情形比较常见。刑诉法仅规定了辩护律师的申请权，但是权利的实现有赖义务的履行，决定权掌握在司法机关手中。在刑诉法规定人民检察院、人民法院代为取证或者通知证人出庭作证义务比较模糊和缺乏刚性的情况下，义务很难得到有效履行，权利自然也无法实现。

对此，建议借鉴《德国刑事诉讼法》相关规定，原则上同意辩护方的调查证据申请。我国刑诉法修改应当确立法庭同意证人出庭为原则，不同意为例外的规则。即只有在依据显而易见的事实收集该证据无必要、需要调取的证据与待证事实无关联、申请调取的证据即便经过努力也无法取得、申请调取证据是为了拖延时间这四种情形之外，均应同意辩护律师的取证申请。对于证人出庭作证的申请，法院一般应当同意，只有在辩护律师所申请的证人与案件无关的情况下才可以拒绝，这是事关法院能否公正审判的问题。庭外的书面证言笔录并无“真实性的情况保证”，证人的感知、记忆、表达能力和证人的诚实性问题都无法接受挑战和检验，办案人员“选择性记录”也无法予以揭露。从保障被告人与不利证人对质权的角度看，

证人有必要出庭接受反询问。我国政府1998年签署的联合国《公民权利和政治权利国际公约》中规定：“被告人与不利于己的证人对质是其基本权利”，以及人人享有最低限度的司法保障：“得亲自或间接诘问他造证人，并得声请法院传唤其证人在与他造证人同等条件下出庭作证。”

建立有限传闻证据规则 促使关键证人出庭

所谓传闻规则，是指除非法律另有规定，传闻证据（hearsay evidence）不得采纳，包括口头和书面传闻（例如各种笔录类证据）。庭审实质化改革需要证人出庭作证，当庭接受控辩双方发问。在全部证人到庭作证难以实现的情况下，至少关键证人应当出庭作证。所谓的“关键证人”，是指控辩双方对其庭前证言内容有争议，且该证人证言对定罪量刑有影响。这类证人到庭作证，既可保障辩护方质证权的行使，又有利于查明案件事实真相，实现司法公正。

为了保证关键证人能够到庭作证，刑诉法再修改应当建立有限的传闻证据规则。法律上可规定：如果关键证人没有正当理由拒不出庭作证或者到庭后拒不回答辩护方发问的，其庭前和庭外所作的书面证言不得作为诉讼证据使用。这是解决当庭“人证”出庭率低、庭审流于形式的有效之举。传闻证据规则不仅是英美法系国家最重要的证据规则，近年来为传统的大陆法系地区和国家引进。例如，我国台湾地区2003年刑诉法修改确立了该规则，理由为“采直接审理主义及言词主义，原在使裁判官，凭其直接之审理，及言词之陈述，获得态度证据，形成正确之心证，以为证据证明力之判断。证人以书面代到庭之陈述，与直接审理主义及言词审理主义有违，故规定除法律有规定者外，不得作为证据。”日本作为“程序转型”国家，也在其刑事诉讼法中引进和确立了该规则。我国正深入推进庭审实质化改革，传闻证据规则将是保障改革取得实质性成效的关键。

赋予被追诉人阅卷权 保障认罪认罚中的知情权

阅卷权系辩护权的核心。在被追诉人事先不了解指控证据信息的情况下，何谈有效防御。我国台湾地区学者认为：“在刑事诉讼程序内，阅卷权向来

被认为是一被告有效防御的条件，甚至可以说在被告的防御里，除了证据调查请求权及对质诘问权以外，阅卷权亦居于核心的地位。”阅卷权的权利主体应该是被告，但法律文本却将之明定为辩护人，道理何在？因为卷宗与证物是认定案件犯罪事实的重要基础，由于利害关系过大，如果容许被告人亲自行使阅卷权，难保被告人不会篡改或湮灭卷证。相较之下，辩护律师与本案的利害关系极有限，辩护律师因为一个案件的辩护利益就冒着篡改或湮灭卷证的危险，其几率毕竟较低。而在卷证电子化的今天，“篡改或者毁灭卷证的危险”不复存在，规定只能由律师代为行使权利实无必要，域外被追诉人也普遍享有庭前知悉控方指控证据的权利。

认罪认罚案件中，如果犯罪嫌疑人没有阅卷权，也就是没有知情权，其认罪认罚必然具有较大的盲目性，且在庭审质证程序中，也无法对不完整乃至虚假证据提出反驳意见。被追诉人作为当事人，比值班律师和辩护律师更具有“事实”方面的优势，更容易对证据提出异议。因此，赋予被追诉人阅卷权势在必行。

重构侵犯律师辩护权的 权利救济渠道

我国刑诉法对阻碍律师行使辩护权的行为规定了“检察救济”的渠道。但是，由于检察机关通常是律师辩护权行使的对手主体，寻求检察机关给予救济，实践效果不彰。一方面，控辩双方诉讼立场对立，存在角色冲突，让作为诉讼对手的检察院提供权利救济确实过于理想化；另一方面，律师担心申诉、控告会得罪办案机关，害怕今后执业过程中受到公权力的职业报复，这在一些经济不甚发达、律师人数相对较少的地方表现得尤为明显。因此，即使律师权利受到侵害，也不愿意向检察院寻求救济。

“无救济即无权利”。所谓“救济”应当是有效救济。司法实践中“检察救济”近似无效，在保障律师执业权利方面难以发挥作用。刑诉法修改应当重构侵犯律师辩护权的救济机制，可以考虑设立相关规定：侦查机关侵犯律师辩护权的，由检察机关提供权利救济；检察机关侵犯律师辩护权的，由同级法院提供救济；第一审人民法院侵犯律师辩护权的，由上一级法院提供救济。这一方案充分考虑到我国现行诉讼体制的运行状况，待审判权能够介入到审前程序当中，真正形成“以审判为中心的刑事诉讼体制”，届时再考虑统一由法院提供权利救济。

（作者系四川大学法学院教授、博导，中国刑事诉讼法学研究会常务理事）



扫描左侧二维码关注