

强制辩护制度:域外经验与中国启示

刘奕君

(中国政法大学证据科学研究院,北京 100088)

摘要:当前司法改革中,强制指定辩护制度成为实现律师辩护全覆盖的重要方式,但尚存在诸多理论和实践问题。强制辩护制度与强制指定辩护制度的根本目的均在于保障被追诉人获得律师辩护。域外强制辩护制度在适用范围、启动方式、适用阶段、辩护自主性问题以及法律救济方面具有较为成熟的经验。对我国而言,强制辩护制度对于完善强制指定辩护制度具有启示意义,可以在量刑标准、诉讼程序、诉讼全阶段方面着力扩大适用范围,明确违反强制指定辩护制度可能产生证据资格和程序效力否定性后果,构建法律援助辩护律师选择制度以及健全强制指定辩护质量保障体系。

关键词:强制辩护;强制指定辩护;域外经验;适用范围;律师辩护全覆盖

中图分类号:DF74 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)01-0149-12

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.01.015

强制辩护,是指在必须有律师参与的案件中,国家应当为没有辩护人的被追诉人指定辩护律师,否则将产生一定的法律后果^[1]。强制辩护制度是对被追诉人获得律师辩护的保障,联合国相关文件确立了强制辩护基本原则,许多域外国家和地区也构建了较为成熟的强制辩护制度。在21世纪初,我国学者围绕构建强制辩护制度的必要性和可行性、强制辩护与强制指定辩护的关系等问题展开了讨论,但关注度并不高。近年来,随着司法改革的纵深推进,在以审判为中心的诉讼制度改革、律师辩护全覆盖试点改革的推动下,如何保障每个被追诉人都能获得律师辩护成为刑事诉讼制度的重要议题。在此之前,我国刑事辩护率只有约30%^[2],除应当为被追诉人指定律师情形以外,大量被追诉人并未获得律师帮助,辩护权保障程度并不高。因此,只有依靠刑事法律援助提高律师辩护率,才能实现律师辩护全覆盖^[3],强制指定辩护制度再此进入研究视野。强制指定辩护要求公检法机关必须为被追诉人指定律师,并且同时限制被追诉人对律师辩护的放弃,体现出强制性特征,但是并非完整意义上的强制辩护制度,主要差距在于缺乏程序性法律后果、适用范围狭窄、强制性与自主性关系模糊^[4]。为保障每个被追诉人都能获得律师帮助,最高人民法院、司法部2017年颁布的《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《全覆盖办法》)扩大强制指定辩护适用范围,明确法院违反强制指定

收稿日期:2021-05-23

基金项目:国家社会科学基金重点项目“中国司法的政治性及其边界研究”(17AFX003)

作者简介:刘奕君,女,中国政法大学证据科学研究院师资博士后,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究。

辩护的法律后果,提出律师辩护全覆盖的双轨模式等,缩小了强制指定辩护制度与强制辩护制度之间的差距,但仍有完善空间。域外国家和地区在强制辩护制度适用标准、适用阶段、启动方式、法律救济等方面积累了丰富的经验,对于完善我国强制指定辩护制度,深化律师辩护全覆盖改革具有启发和借鉴意义。是故,本文试图梳理不同国家和地区强制辩护制度的适用,以期为我国强制指定辩护制度的改革方向提供“他山之石”。

一、强制辩护制度的适用标准

适用强制辩护的首要问题是明确其适用范围。刑事诉讼程序是国家解决何人实施何罪的一项活动,主要围绕两大主线展开:一是“人”,明确犯罪行为的实施主体;二是“案”,在罪名和量刑上给予法律评价。以此为分类依据,强制辩护适用范围可以分为主体标准和案件标准。

(一) 主体标准

以被追诉人特征为依据,强制辩护主体标准分为经济标准和行为能力标准。经济标准,是指被追诉人因经济困难无力聘请律师时,国家为符合条件的被追诉人提供律师帮助。行为能力标准,是指被追诉人因年龄、身体或精神残障而不能有效自行辩护,国家有责任为其指定律师保障辩护权的有效行使,主要适用于未成年人,盲、聋、哑以及精神障碍者等。

1. 经济标准。保障经济困难被追诉人获得律师帮助是刑事法律援助制度建立的初衷,亦是强制辩护制度最初适用的对象。通常而言,律师服务的有偿性和市场化的特点决定了市场律师不可能惠及所有被追诉人,贫困的被追诉人会因无力聘请律师而缺乏实现控辩平衡的手段和条件。许多国家和地区以及联合国相关文件要求保障贫困被追诉人的辩护权。在美国,贫穷被追诉人获得指定辩护的适用范围经历了死刑案件—重罪案件—轻罪案件逐步扩大的演变,最终实现贫困被追诉人律师辩护全覆盖。详言之,在1932年鲍威尔诉亚拉巴马州案中,联邦最高法院首次明确政府应当免费为死刑案件中的贫穷被追诉人提供律师,并认为法庭未指定辩护是对正当法律程序的否定。^①在1963年吉迪恩诉温赖特案中,联邦最高法院强调“律师是必需品而非奢侈品”,要求各州政府应当为重罪案件中的贫困被追诉人聘请律师。^②联邦最高法院在1972年阿格辛格诉哈姆林案中,将政府为贫穷被追诉人免费聘请律师的范围扩大至轻罪案件。^③至此,所有可能判处监禁刑的贫困被追诉人都有权获得律师辩护。根据我国台湾地区“刑事诉讼法”第31条第1项的规定,低收入户被告没有辩护人而申请指定律师的,审判长应当为其指定公职辩护人或律师。联合国相关文件也作出规定,如《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第(丁)项、《关于律师作用的基本原则》第6条均规定,被追诉人在法律帮助案件中,如果没有足够偿付能力,不需要支付法律帮助费用。与此不同的是,德国并未将经济困难作为强制辩护的适用标准,强制辩护的适用与被追诉人经济贫富能力无关,而是完全基于程序正义的要求^{[5]58}。

2. 行为能力标准。被追诉人作为诉讼主体参与诉讼应当具备理解诉讼行为以及做出有效诉讼行为的能力。受年龄、身体健康、精神状况等因素影响,未成年人,盲、聋、哑人以及患有精神障碍的被追诉人存在一定诉讼认知偏差或行为能力缺陷,导致自我辩护存在障碍,需要律师协助其参与诉讼。

第一,未成年强制辩护。相较于成年人而言,未成年“理性地自我决定和自我保护能力较低”^[6],在

^①Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).

^②Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).

^③Argersinger v. Hamlin, 407 U. S. 25 (1972).

封闭、高压的审讯环境中容易恐惧不安,无法有效自行辩护。未成年强制辩护已被许多国家和地区的法律、相关规定以及国际公约认可。例如,法国1945年2月2日法令第13条第1款规定,司法官员应当确保未成年被追诉人获得律师帮助。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51条明确,未成年人案件实行强制辩护。我国台湾地区“少年事件处理法”第31条规定,最轻本刑为3年以上有期徒刑的未成年人案件当然适用强制辩护。联合国相关公约亦明确未成年强制辩护原则,例如,《儿童权利公约》第40条第2款第(B)项和《联合国保护被剥夺自由少年规则》第18条。

第二,身体、精神残障强制辩护。盲、聋、哑人,患有精神疾病的人因身体或精神残障,缺乏正常的沟通表达能力或认知能力,许多国家和地区将其纳入强制辩护范畴。例如,《德国刑事诉讼法》第140条第1款第6项和第2款规定,被追诉人为聋、哑、需要进行精神鉴定或治疗的案件必须有辩护人参与诉讼。《法国刑事诉讼法》第417条规定,当被告人因罹患疾病而导致其辩护权行使存在障碍时,辩护人协助具有强制性。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51条第1款规定,犯罪嫌疑人、被告人因身体障碍或心理缺陷不能独立自行辩护的,辩护人必须参与;第438条明确强制医疗程序中辩护人必须参与。根据我国台湾地区“刑事诉讼法”第31条第1项和第5项的规定,对于因智能障碍不能完全陈述的被追诉人,自侦查阶段起实行强制辩护。在美国,联邦最高法院在爱德华兹案中指出,患有严重精神疾病而没有能力自我辩护的被告人,必须具有辩护律师。

(二) 案件标准

基于案件可能判处的刑罚、程序的繁简程度,强制辩护可以分为实体标准和程序标准,前者以可能判处的刑期为依据,后者以程序的繁简程度和特殊性为标准。

1. 实体标准。以刑期为标准,强制辩护主要适用于可能被判处无期徒刑、死刑以及其他重罪的案件。此类案件限制或剥夺被追诉人自由、生命、财产程度较高,一旦出现司法不公现象,将对被追诉人造成不可挽回的损失和伤害,因此,许多国家和地区要求重罪案件必须有律师参与。例如,德国强制辩护适用于被判处1年以上监禁的案件。在美国,强制辩护的实体标准从最初仅限于死刑案件,随后发展至重罪案件,最终扩大至所有可能判处监禁刑的案件。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51条第1款第5项规定,强制辩护适用于可能判处15年以上剥夺自由、终身剥夺自由或死刑的案件。法国要求对判处10年以上监禁刑和无期徒刑的被追诉人适用强制辩护。《日本刑事诉讼法》第289条明确规定,对于审理相当于死刑、无期或者3年以上惩役或禁锢的案件时,没有辩护人的,不得开庭。

2. 程序标准。以程序的繁简程度和特殊性为标准,强制辩护主要适用于简易程序(本文作广义理解)和缺席审判程序。为只简程序不减权利,保障被追诉人的辩护权成为简易程序正当合理的基础。许多国家和地区实行简易程序强制辩护,以恪守底线正义。例如,《德国刑事诉讼法》第140条第1款规定,保安处分程序中必须有辩护人参与。《法国刑事诉讼法》第495-3条第3款以及第495-8条第4款要求,简易程序和庭前认罪程序必须有律师在场。《日本刑事诉讼法》第350条之4提出,即决裁判程序申请的被告人没有辩护人的,审判长必须及时依职权指定辩护人。此外,审前整理程序、审理期间整理程序、交付审理前整理程序或者审理期间整理程序的案件的审理也实行强制辩护。^①《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51条第(7)项、第(8)项明确,必须有辩护律师参与遵循特别程序和简易程序进行调查的案件。按照我国台湾地区“刑事诉讼法”第455-5条的规定,对于协商程序中可能判处6个月以上有期徒刑且不适用缓刑的被告,法院应当为没有辩护人的被告指定律师协助协商。在美国辩护交易中,“被告人通常必须靠律师在答辩协商中代表他,并由律师提出是否认罪的建议”^[7]。

^①参见《日本刑事诉讼法》第316条之4、第316条之7、第316条之28和第316条之29。

缺席审判程序有利于及时解决刑事纠纷,维护程序的正常性和安定性,但会影响被追诉人的自行辩护权、对质权等一系列基本权利,不利于实现两造具备、兼听则明。为维护缺席被追诉人的合法权益,增强制度的正当性,许多国家确立了缺席审判强制辩护制度,弥补对缺席审判功能减损对被追诉人权益的损害。例如,《德国刑事诉讼法》第231a条第4款规定,被告人缺席并且其无审理能力时,应当为没有辩护人的被告人指派辩护律师。《意大利刑事诉讼法》第487条第2款规定,被告人缺席审判时,由辩护人在庭审中代表被告人。《保加利亚刑事诉讼法典》第70条第1款第6项明确规定,必须为缺席审判中的被告指定辩护律师。^①在捷克,法院也应当为缺席审判程序中没有律师的被告人指定律师。^②

需要说明的是,实体标准与程序标准并不冲突。在审查判断案件是否满足强制辩护条件时,如果符合量刑标准,则适用实体标准;如果属于简易程序或者缺席审判程序,则适用程序标准,二者适用的结果均是为被追诉人指定辩护律师。

二、强制辩护制度的启动方式

强制辩护的启动方式决定了以何种途径开始适用强制辩护。依据启动主体的不同属性,强制辩护采用公权力机关依职权和被追诉人依申请的二元启动模式。所谓依职权启动,是指当案件符合强制辩护适用条件时,侦查机关、检察机关、审判机关、司法行政机关应当依职权为被追诉人指派辩护律师。所谓依申请启动,是指案件符合强制辩护条件,侦检审机关未为被追诉人指派律师的,被追诉人可以主动申请强制辩护。基于强制辩护的国家责任本质^[8],强制辩护的启动以依职权为主,依申请为辅。

(一) 依职权启动

依职权启动是强制辩护制度最主要的启动方式。一方面,强制辩护的国家责任属性决定了国家在强制辩护适用中发挥主导作用,侦检审机关和司法行政机关应当及时、主动履行指定律师职责;另一方面,可以避免被追诉人因信息不对称、缺乏对强制辩护制度的了解,而丧失获得强制指定辩护的机会。大多数国家强制辩护制度以依职权指定为主,但在指定规则上存在差异,主要表现为:第一,指定律师模式不同:随机分配或个案匹配。多数国家遵循随机分配模式,在事先已经确定的律师名册中随机抽选或者按照顺序轮流选择指定律师,如美国^[9]。有的国家则强调指定辩护个体化,在为被追诉人指定律师时会考虑被告人的个人特征,根据案件的具体情况选择合适的律师与其相匹配,从而保障不会因为是指定辩护而降低辩护的质量和水平,如德国^{[10]325}。第二,指定律师主体不同:司法行政人员或法官。在美国,不同法律援助类型的指定主体有所不同,采用公设辩护人计划的,由公设辩护人办公室的内部官员决定律师的指定;采用指派律师计划的,通常由办案法官或其他法院官员决定^[9]。在德国,由法官根据案情为被告人选择合适的指定辩护律师。这与美国和德国采用不同诉讼模式相关。美国奉行当事人主义诉讼模式,法官保持中立,负责引导诉讼程序的开展,不会为被追诉人指定公设辩护人或律师。而在职权主义诉讼模式的德国,法官居于主导地位,指定辩护律师关乎公正审判的实现,法官基于实质真实主义要求会为被追诉人指定律师。

(二) 依申请启动

依申请启动是对依职权启动方式的重要补充。通常而言,侦检审机关办案人员对案件的了解是随着诉讼程序的推进而不断深入,在初期难免未能及时判断案件是否符合强制辩护条件。例如,有的被

^①Stoichkov v. Bulgaria, App no. 9808/02, (ECHR, 24 March 2005), para. 35.

^②Criminal Procedural Code of the Czech Republic, Prague. 141 (1961), Retrieved July 8 2013, §302-303.

追诉人特征比较显而易见,如未成年、盲、聋、哑,但有的案件信息则需要进一步调查和认定,比如经济困难认定、精神病鉴定等。并非所有经济贫困的被追诉人都能获得指定辩护,只有当其达到法定经济困难标准时才能适用强制辩护,通常需要被追诉人主动申请并提供相应的资产证明,再由司法行政机关进行审查并作出决定。因此,依申请启动有助于防止公权力机关的疏忽或不作为导致被追诉人丧失强制辩护制度的保障。有的国家在刑事诉讼法中明确了依申请启动强制辩护的方式,例如,《德国刑事诉讼法》第140条第2款规定,有听说障碍的犯罪嫌疑人申请强制辩护的,应当批准;《法国刑事诉讼法》第417条规定,在轻罪法庭审理前,被追诉人可以要求获得辩护人协助。

三、强制辩护制度的适用阶段

在确立强制辩护制度的国家和地区,强制辩护无一例外地适用于审判阶段,因为庭审被认为是整个诉讼程序中具有决定性的阶段,法庭审判活动必须有辩护人参与才合法有效。至于侦查阶段是否适用强制辩护制度,不同国家和地区秉持不同做法。从应然而言,辩护权是被追诉人与生俱来的权利,自被追诉人进入刑事诉讼程序之时起便贯穿始终。既然设立强制辩护制度的目的在于保障被追诉人获得律师帮助,那么强制辩护的适用阶段理应同步于辩护权的存续阶段。再者,侦查环节程序不公开、诉讼结构单线性的弊端,容易成为滋生侵害被追诉人权益行为的温床。因此,侦查阶段律师辩护的重要性和必要性不亚于审判阶段辩护。以适用阶段不同为划分依据,强制辩护制度的适用可以分为审判阶段型和全流程型。

审判阶段型强制辩护是指,应当为审判阶段没有辩护人的被追诉人指定辩护律师,否则不得径自审判或审判归于无效。在德国,对于州高等法院或州法院进行的第一审法庭审理,被指控重罪,程序可能导致执业禁止,依据法官命令或经法官许可,被指控人在机构接受执行至少已3个月,且开始法庭审理至少2周前不会被释放,为对被指控人精神状态作鉴定准备进行安置观察的,适用保安处分程序,辩护人被裁定不得参与程序,依照法律规定为被害人指定律师,其他辩护人应当参与情形,以及被追诉人陷入不能自行辩护的案件,自“被追诉人就公诉书作出陈述”时起指定辩护人,而被追诉人陈述属于审判环节,因此,德国强制辩护主要适用于审判阶段。^①依据《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51条第2款的规定,对于适用陪审法庭、简易程序以及被告人同意指控的特别诉讼程序审理的案件,自开始审理之时起保证辩护人参与。根据我国台湾地区“刑事诉讼法”第31条第1项以及第455条第1项的规定,低收入户、最轻本刑为3年以上有期徒刑、“高等法院”管辖的第一审案件以及协商程序案件,适用审判阶段型强制辩护。

全流程型强制辩护,是指自侦查阶段起,国家应依职权为满足强制辩护条件的被追诉人指定律师。美国强制辩护制度属于典型的全流程型,被追诉人自警察讯问或者羁押听审阶段起即可获得指定律师辩护。日本强制辩护最初仅适用于审判阶段,随着侦查阶段人权保障重要性的日益凸显,从2009年开始,在押犯罪嫌疑人也可以适用强制辩护^{[11]185}。如今,对于相当于死刑、无期或3年以上惩役或禁锢案件,被追诉人自侦查阶段起可以获得指定辩护。《意大利刑事诉讼法》第350条和第356条确立了侦查阶段强制辩护,当司法警察询问被调查人时,对于没有委托辩护人的,司法警察有义务为被调查人

^①需要注意的是,《德国刑事诉讼法》第141条第3款规定,在侦查阶段,如果检察官认为州高等法院或州法院进行的第一审法庭审理以及指控重罪案件,辩护人有必要参与审判阶段,可以提出申请,待侦查终结后,应依检察院申请指定辩护人。此指定辩护申请虽然发生在侦查期间,但是辩护人参与实则是在审判阶段,不能因此认为确立了侦查阶段强制辩护。

指定律师,如果辩护人没有出席,司法警察可以要求检察官另行指定可以立即出席的辩护人。在 Pishchalnikov 诉俄国一案中,欧洲人权法院也明确指出被追诉人获得律师帮助的起点为侦查阶段^[12]。依据《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51条,对于未成年人,由于身体残疾或精神缺陷不能自行辩护的,不通晓诉讼所使用语言的,以及被指控可能被判处15年以上剥夺自由、无期或者死刑案件的,自提起控诉之时,或被实际羁押之时,或采取影响其权利与自由的其他强制性诉讼措施或行为之时,为没有辩护人的被追诉人指定律师,从而确立了全流程型强制辩护。在我国台湾地区,强制辩护制度最初仅适用于审判阶段,直到2006年修订“刑事诉讼法”时,才将被追诉人存在智能障碍案件的适用提前至侦查阶段,因此,“因智能障碍不能完全陈述”的被追诉人适用全流程型强制辩护。

四、接受或者拒绝:强制辩护制度中被追诉人辩护自主性问题

权利具有可处分性,辩护权的“权利”属性决定了被追诉人既可以选择行使辩护权,也可以放弃辩护,包括律师辩护。但在强制辩护中,被追诉人不得拒绝强制辩护得到许多国家和地区的认可。“在强制辩护的情况下,德国法律不承认被告人有自行辩护的权利”^{[5]59},即使被追诉人自身从事律师职业,也不能自行辩护^[13]。这与德国将辩护人定位为“独立或限制的司法机关”的理论有关。该理论认为辩护人不仅是个人私益的维护者,而且是公共利益的保护者,当私益与公益发生冲突时,保护公益具有优先性^[14]。基于此,当被追诉人辩护自主性与强制辩护发生冲突时,国家可以不考虑被追诉人意愿而为其指定律师并要求其接受。在日本必要辩护制度(同强制辩护制度)中,即使违背被追诉人的意愿也可以指定辩护人。而且,日本并不认为委托辩护可以取代必要辩护,即使被追诉人已经聘请了辩护人,在必要时,可以根据案件情况为其指定国选辩护人^{[11]186}。当然,日本强制辩护制度存在例外情形:被告人妨碍辩护人出庭等导致辩护人无法出庭参与审理,并且很难消除这种事态的,被告人丧失必要辩护制度保护的资格。^①虽然被追诉人妨碍公正审理时不适用强制辩护制度,但不能因此认为被追诉人有权拒绝强制辩护。在俄罗斯,被追诉人有权在刑事诉讼的任何阶段拒绝辩护人帮助,但在特定类型案件中,如被追诉人是“未成年人”“身体或心理缺陷”“不通晓刑事案件诉讼所使用的语言”“可能被判处5年以上剥夺自由、终审自由或死刑”“同意法院作出的指控”的,“拒绝辩护人对于调查人员、侦查员、检察长或法院没有约束力”。^②在我国台湾地区,“被告并无放弃接受强制辩护之余地”^[15],即使被告人拒绝辩护人的帮助,仍然要为其指定辩护人。

诚然,强制辩护制度有益于保障和实现程序正义,但自行辩护在我国辩护体系中具有本源性、基础性地位^[16],将律师强加于被追诉人是对其辩护自主决定权的限制或剥夺。如何体现被追诉人的辩护自主性,调和强制辩护强制性与辩护自主性之间的冲突是适用强制辩护的突出问题。

受诉讼模式影响,不同国家对此存在不同解决方法。《德国刑事诉讼法》第142条第1款确立了强制辩护律师选择制度,即法官在指定辩护律师之前,给予被追诉人在法定期限内提名律师的机会,除非有重大理由相抵触,审判长应当同意被追诉人的提名要求。如果被追诉人提名的律师未在法院管辖的区域内任职,法官在驳回律师提名时也需提供详尽且有说服力的理由。在指定律师之后,如果被追诉人不满意指定的辩护律师,可以申请另行指定,但只有当被追诉人申请理由客观、充分时,法庭才会允许更换,以防止影响法庭秩序。此外,德国允许以自行委托律师的方式替代强制辩护,在指定辩护人之

^①参见最高裁判所1995年3月27日裁定,最高裁判所刑事判例集49卷3号第525页。

^②参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第51-52条。

后,如果被追诉人另有辩护人被选任,且其接受选任,应当撤回指定。^①因此,德国强制辩护制度并非完全不顾被追诉人意愿而强加指定律师,而是通过在指定律师之前给予被追诉人提名律师的机会,以及在指定律师之后赋予被追诉人合理更换律师的方式,充分尊重被追诉人对辩护权的选择,有益于减少被追诉人对强制辩护制度的抵触,在保护公益与维护私益之间趋于平衡。

美国是典型的当事人主义国家,强调律师是刑事诉讼的必需品,但是基于对被追诉人自治权的尊重,也允许被追诉人拒绝指定辩护。20世纪三四十年代,联邦最高法院在多个判例中认为,第六修正案中确立的被告人获得律师帮助权包含两层含义:一是明示的权利,被追诉人有权获得律师帮助,二是隐含的权利:被追诉人有权放弃律师帮助进行自我辩护。^②直到1975年法瑞塔案,联邦最高法院才明确将被追诉人放弃律师帮助权确立为一项宪法权利,认为被追诉人在自愿、明知且明智的条件下有权放弃律师帮助并进行自我辩护,即使自主选择的结果不利于他本人,但基于“对作为法律生命之源的个人的尊重”,也应尊重被追诉人的选择。^③然而,法瑞塔案确立的拒绝律师辩护权并未受到主流观点的支持。由于律师是否参与在很大程度上会影响对抗式诉讼结果,在承认被追诉人可以拒绝指定辩护的同时,美国联邦最高法院在法瑞塔案中确立了旁观律师制度,初审法院可以不顾被告人的反对意见,在自我辩护案件中指定旁观律师。当审判必须终止自我辩护时,旁观律师能够及时介入案件给予被追诉人帮助。^④除此之外,为确保被追诉人放弃律师帮助权的有效性,美国判例法确立了附条件的放弃指定律师帮助权:(1)明知。被追诉人应在知晓强制辩护权内容的基础上进行放弃。(2)明示。被追诉人主观存在放弃律师帮助权的意图,并以明确的方式被知晓。(3)明智。被追诉人在作出放弃决定之前,应清楚自行辩护的弊端和危险,对案件情况有所了解。(4)自愿。被追诉人必须基于真实意思表示,未受到威胁、胁迫或欺骗。(5)有能力。被追诉人具备放弃权利的理解能力、沟通能力、行为能力等,能够理性地与律师交流,对程序具有理性且实际的认识。^⑤在英国,被追诉人有权拒绝指定辩护,但对其拒绝指定辩护的主张时间和案件类型进行了限制。比如,当公诉人指控结束时,被追诉人提出拒绝律师辩护的,法院应当拒绝。^⑥又如,在一些特殊案件中,也只能由律师辩护。如1988年《刑事司法法》第34A条禁止被告人亲自对暴力犯罪或性犯罪中的儿童证人进行交叉询问,又如1999年《青少年司法和刑事证据法》第34条规定,禁止被告人与强奸案件中的被害人质证,应当交由律师进行交叉询问。

五、强制辩护制度的法律救济

一项完善的法律制度应具备基本的救济途径,否则形同虚设。概括而言,域外国家和地区刑事诉讼法主要从证据排除和否定程序效力的角度,明确违反强制辩护制度的救济途径,主要包括非法证据排除和撤销原判、发回重审。

^①参见《德国刑事诉讼法》第143条。

^②Adams v. United States, 317 U. S. 269(1942). Snyder v. Massachusetts, 291 U. S. 97(1934).

^③Faretta v. California, 422 U. S. 806(1975).

^④Faretta v. California, 422 U. S. 806(1975).

^⑤Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 458(1938). Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436(1966). Von Moltke v. Gillies, 332 U. S. 708(1948). Moran v. Burbine, 475 U. S. 412(1986). Godinez v. Moran, 509 U. S. 389(1993). Dusky v. United States, 362 U. S. 402(1960).

^⑥R v. Lyons(1979)68 Cr App R104(CA).

（一）非法证据排除

在美国,对于违反强制辩护制度取得的证据可以启动非法证据排除。依据美国联邦最高法院解释,第六修正案确立的被告人获得律师帮助的权利可以通过非法证据排除规则提供救济^{[17]431}。联邦最高法院在马修诉合众国案中确立了证据无效规则,即侦查人员有意在律师缺席的情况下获取的有罪供述,因剥夺宪法第六修正案赋予的律师帮助权而无效。^①适用于强制辩护案件中,侦查人员在被追诉人未获得律师帮助的情况下获取的口供或其他证据,即使取证手段合法,但因侵犯了被追诉人获得律师帮助的宪法权利而不具有可采性,该证据不得作为定案依据。在德国,违反强制辩护制度获取的证据适用证据使用禁止规则。证据使用禁止规则分为“自主性证据使用禁止”和“非自主性证据使用禁止”,前者是宪法救济,后者是刑事诉讼法救济。自主性证据使用禁止以证据的使用是否侵犯宪法性权利为标准。《德国基本法》第19条明确规定,任何人的基本权利受到公权力侵害时,都可以提起诉讼。获得律师帮助权是宪法对政府应当遵循法律和公正的要求^{[10]324},违反强制辩护制度获取的证据侵犯了被追诉人的获得律师帮助权,违背了宪法要求,可以适用自主性证据使用禁止规则。而且,德国联邦宪法法院在判例中明确,倘若警察、检察官、法官侵犯了告知并保障被追诉人获得律师帮助权或保障律师参与权和到场权,法院可以直接禁止使用证据。在俄罗斯,非法证据排除规则同样适用于强制辩护制度。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第75条第2款详细列举了排除证据的范围,其中包括:“犯罪嫌疑人、刑事被告人在没有辩护人在场时,包括在他拒绝辩护人的情况下在审前诉讼过程中所做的,而没有被犯罪嫌疑人、刑事被告人在法庭上证实的陈述。”因此,违反强制辩护获取的犯罪嫌疑人、被告人陈述应当予以排除,除非在法庭上得到证实。

（二）撤销原判、发回重审

撤销原判、发回重审是从宣告原审程序无效的角度,对未生效或生效裁判违反强制辩护制度的救济方式。在美国,上诉审如果发现原审侵犯了被追诉人的强制辩护权,可以撤销原判、发回重审。美国上诉审只解决法律问题,只有当原审法律错误达到“可撤销错误”时,才会产生撤销原判的后果。如果原审法律错误未对被追诉人的实体性权利造成不利影响,属于“无害错误”,则不会导致撤销原判^{[17]461}。而在初审和初次上诉阶段剥夺被追诉人获得指定律师帮助的宪法性权利,属于自动撤销原审判决的宪法性错误,无需进行无害错误检验。^②因此,违反强制辩护剥夺了被追诉人获得律师帮助的权利,属于可撤销的宪法性错误,上诉法院可以撤销原判、发回重审。在德国,被追诉人可以对违反强制辩护的行为提起上告,要求撤销原判、发回重审。《德国刑事诉讼法》第338条列举了8种绝对上告情形,其中第5项为“在检察院或其他依法应当在场的人员缺席情形下进行了审判”,而该法第140条确立了强制辩护制度,依此逻辑,强制辩护律师属于“其他依法应当在场的人员”,辩护人缺席的强制辩护案件符合上告情形。依据《日本刑事诉讼法》的规定,未生效判决违反强制辩护的,属于诉讼程序违反法令,明显影响判决的,被追诉人可以提出控诉要求撤销原判决。对于已生效判决违背强制辩护规定的,检察总长发现案件审判违反法令时,可以向最高法院提起非常上告,撤销违反法令的程序。^③在俄罗斯,对于违反强制辩护制度而形成的判决,若未生效,依据《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第389-17条第2款第4项的规定,第一上诉审法院应撤销或者变更判决;若已生效,根据该法第51条和第412-9条第1款内容,违反强制辩护是对刑事诉讼法的实质违反,应通过监督审程序(即再审)撤销或变更。在我国台

①Massiah v. United States, 377 U. S. 201 (1964).

②Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963). Penon v. Ohio, 488 U. S. 75 (1988).

③参见《日本刑事诉讼法》第379条、第397条、第454条和第458条。

湾地区,对于未生效裁判,“依本法应用辩护人之案件或已经指定辩护人之案件,辩护人未经到庭辩护而径行审判”,属于当然违背法令,适用第三审上诉程序,法院应将案件发回原审法院或与原审法院同级的其他法院。对于已生效裁判违反强制辩护制度的,依据我国台湾地区“刑事诉讼法”第441条、第447条规定,“最高法院”检察署检察总长应向“最高法院”提起非常上诉,符合非常上诉理由的,法院应撤销违背法令的部分,如果原判决不利于被告人,则应当另行判决。

六、强制辩护制度在中国:改革启示与未来走向

强制指定辩护制度成为实现律师辩护全覆盖的重要举措,其在保障被追诉人获得律师帮助方面,与强制辩护制度具有相同的目的和相似的制度运行。通过梳理域外国家和地区的强制辩护制度,可以检视我国强制指定辩护制度,为推进律师辩护全覆盖改革提供以下启示与借鉴。

第一,广泛的适用范围有益于提高律师辩护率。在量刑适用范围上,无论是英美法系国家,还是大陆法系国家,均未设置较高的强制辩护实体标准,以让更多的被追诉人获得律师帮助。如前所述,在美国,所有可能被判处监禁刑的被追诉人均有权获得指定律师帮助。德国、日本、法国和俄罗斯的强制辩护适用刑期准入标准分别为1年、3年、10年和15年。在简易程序适用问题上,无论是英美法系的辩诉交易制度,还是大陆法系的认罪协商制度,均强调律师参与认罪案件的必要性,将律师参与作为对被追诉人权利损失的弥补。关于适用阶段,大多数国家的强制辩护制度覆盖至审前程序,从而保障律师参与侦查阶段。

第二,明确强制性的同时,尊重被追诉人的辩护自主性,以有效缓解强制辩护制度中的权力与权利的冲突。无论是当事人主义的美国,还是职权主义的德国,都并非完全承认或否定强制辩护制度中被追诉人的辩护自主性,而是在强制性和自主性之间趋于平衡。例如,美国不仅允许被追诉人在满足实质条件下放弃指定辩护,而且还确立了“旁观律师”制度,当必须终止自行辩护时,旁观律师直接介入案件,以此实现自主性与强制性的融合。德国在强制辩护制度中虽然并不承认被追诉人的自行辩护,但赋予被追诉人提名指定律师的权利,在强制性中增添了自主性色彩,既实现对被追诉人获得律师辩护的保障,又体现了被追诉人的自主选择权和决定权。

第三,程序性制裁为强制辩护制度的必要条件,为制度运行提供后盾。比较考察发现,设立强制辩护制度的国家和地区主要从证据资格^[18]和程序效力两个层面对违反强制辩护的行为进行程序性制裁:一是明确强制辩护律师不在场时取得的证据应予以排除;二是否定无辩护人参与的审判的有效性,通过上诉或再审程序撤销原判、发回重审。强制辩护程序性制裁以否定性后果评价为导向,以法律强制力为后盾,规范侦查机关、检察机关、审判机关指派辩护律师的职责,不仅落实了强制辩护责任,而且还为被追诉人提供了救济途径。

与之相比,我国强制指定辩护制度实践效果并不理想,为实现强制指定辩护“量变”的同时,又保障其“质变”,在立足我国实践现状与司法需求的基础上,未来律师辩护全覆盖改革可以从以下几个方面推进。

第一,进一步扩大强制指定辩护的适用范围。根据《刑事诉讼法》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》(以下简称《最高法解释》)的规定,我国强制指定辩护适用类型与域外强制辩护制度基本保持一致,具体包括:未成年,盲、聋、哑,尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人;无期徒刑、死刑案件以及高级人民法院死刑复核案件;缺席审判程序和强制医疗程序。虽然适用类型丰富,但适用率并不佳。一方面,被追诉人是未成年、盲聋哑或者尚未完全丧失辨认

或控制自己行为能力的精神病人的案件,占全部案件比例非常低;另一方面,我国刑事犯罪呈现出轻型化趋势,近5年来被判处3年有期徒刑以下刑罚的案件占80%以上,被判处5年有期徒刑以上至死刑的被告人数量维持在10%左右^[4]。《全覆盖办法》突破了《刑事诉讼法》规定,将强制指定辩护适用范围扩大至所有“适用普通程序审理的一审案件、二审案件、按照审判监督程序审理的案件”,而且对于适用认罪认罚从宽程序的案件,被追诉人没有辩护人的,要求法院应当指派值班律师提供法律帮助,由此形成审判阶段法律援助辩护律师和值班律师并行的全覆盖双轨模式。这无疑能大幅度提高律师参与率。但是,法律法规有意将值班律师与法律援助辩护律师区分为“法律帮助”和“辩护”提供者,对值班律师临时性、初步性的职能定位和有限的权利保障,无法保障值班律师有效发挥程序选择建议、案件处理意见等职能,容易使其异化为“见证人”“背书者”^[19]。而如今包括重罪案件在内的大量刑事案件适用认罪认罚从宽程序,希冀通过值班律师的法律帮助保证被追诉人认罪认罚真实性、合法性的方案令人堪忧。此外,目前的律师辩护全覆盖并非实质意义上的全覆盖,遗留下审前阶段^[20]和最高人民法院死刑复核程序。侦查是刑事诉讼之源头,对于审查起诉、审判阶段结果的形成具有指向性影响。死刑复核程序是谨慎适用死刑的最后关口,却有85%以上的死刑复核案件中的被追诉人未获得律师辩护^[21]。因此,律师对于规范侦查程序、控制死刑适用的重要价值不容忽视。为此,强制指定辩护适用范围的扩大包括量刑标准的降低、诉讼程序的延伸,以及诉讼阶段的全覆盖。具体而言:其一,囿于司法资源限制,短期内可以将强制指定辩护的适用范围扩大至所有可能被判处3年以上有期徒刑的案件,包括认罪认罚案件;从长远来看,待时机成熟,所有可能被判处监禁刑的案件均可适用强制指定辩护制度。其二,增加最高人民法院死刑复核程序强制指定辩护。立法应明确最高人民法院死刑复核案件,被告人没有辩护人的,人民法院应当通知法律援助机构为其指定律师。其三,待律师资源、经费等条件成熟,实现侦查、审查起诉、审判全流程全覆盖。

第二,明确强制指定辩护的法律后果,提供制度保障。我国《刑事诉讼法》《最高法解释》仅对公检法机关依职权指定律师作出义务规范,但对于未履行指定义务是否产生法律后果以及产生何种法律后果未予以明确。从严格意义上而言,强制指定辩护制度缺乏违法性与制裁性要件。《全覆盖办法》规定了违反审判阶段强制指定辩护的法律后果,当一审法院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时,符合上诉情形中的“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”,二审法院应当裁定撤销原判、发回重审。这是首次明确强制指定辩护制度的法律后果,开启了程序性制裁之路。不足之处在于,审前程序强制指定辩护的法律后果仍处于空白,程序性制裁的法律位阶有待提高。我国现行法律已确立了非法证据排除规则和撤销原判、发回重审制度,二者均可以适用于强制指定辩护制度中。鉴于此,立法可以明确:侦查阶段违反强制指定辩护获取的犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,应当予以排除;审判阶段未依法履行通知指定律师职责,违反强制指定辩护的,属于上诉情形中的“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”,或者再审情形中的“违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的”,上诉法院、再审法院应当裁定撤销原判、发回重审。

第三,建立法律援助辩护律师选择制度,彰显强制指定辩护案件中被追诉人的辩护自主性。我国《刑事诉讼法》虽未明确被追诉人能否拒绝强制指定辩护,但《最高法解释》对被追诉人拒绝强制指定辩护作出了解释,限制了被追诉人的辩护自主性。虽然,《最高法解释》第51条规定,当强制指定辩护与委托辩护发生冲突时,听取被告人的意见,体现了“被追诉人中心主义”,但是,并未明确被追诉人在强制指定辩护中的选择权,容易导致被追诉人与指定律师缺少信任基础。为尊重被追诉人的辩护自主权,加强被追诉人与指定律师的合作,可以建立法律援助辩护律师选择制度,让被追诉人在名册中选择指定律师,除非存在法定回避等重大理由,否则法律援助机构应当为被追诉人指定其提名的律师。

尤其是近年来随着人工智能、网络信息等元素在刑事诉讼中的介入和发展,刑事辩护的专业性越来越高。例如,人工智能辅助可能导致控辩不平等,倘若律师缺乏人工智能领域的基础知识,很难形成有效辩护;网络信息时代,数据的分级分类管理需要律师有效甄别和利用^[22];远程审判使得辩护在空间上发生转变,倘若缺乏操作经验则可能降低辩护实效^[23]。因此需要给予被追诉人一定的选择权,选择具备专业能力解决其所面临问题的律师。与之相配套,法律援助机构可以借助信息化技术,建立刑事法律援助律师信息库,录入刑事法律援助律师的姓名、学习经历、工作经历等个人基本信息,使被追诉人能够了解指定律师的基本情况,然后在律师信息库中选择意向律师。

第四,完善相关配套机制建设。获得指定辩护并不代表获得有效指定辩护,应健全强制指定辩护质量保障体系,实现律师辩护全覆盖的有效性。可以建立事前审查、事中跟踪、事后考核的三重监管机制,从而保障法律援助辩护的质量。事前审查主要是规范法律援助辩护律师的准入机制,提高对辩护律师资质的审查,加强对法律援助辩护律师的定期培训;事中跟踪主要是指公检法机关发现法律援助辩护律师存在不尽职行为时,应及时向法律援助机构提出意见并移交相关证据材料,被接受法律援助辩护的当事人也可以就法律援助辩护律师的不当行为进行投诉;事后考核主要是指完善法律援助辩护质量评价体系,可以根据会见、阅卷次数,法庭辩护效果,判决结果,法律援助辩护律师提交的案件总结材料,如卷宗、辩护意见等,对法律援助案件质量进行评价考核并记录在案。

参考文献:

- [1] 刘奕君. 强制辩护制度之类型化分析与本土化实践——以认罪认罚从宽制度为切入点[J]. 当代法学, 2021(6): 133-143.
- [2] 顾永忠. 刑事法律援助的中国实践与国际视野——刑事法律援助国际研讨会论文集[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 15.
- [3] 顾永忠. 律师辩护全覆盖试点: 具有历史意义的创新之举[J]. 中国司法, 2017(11): 39-40.
- [4] 刘奕君. 强制辩护制度之法解释学分析与本土化改革[J]. 中国刑事法杂志, 2021(3): 160-176.
- [5] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲, 温小洁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [6] 陈学权. 被告人能否拒绝指定辩护问题研究[J]. 当代法学, 2021(1): 49-60.
- [7] 约书亚·德雷斯勒, 艾伦·C. 迈克斯. 美国刑事诉讼法精解: 第2卷·刑事审判[M]. 魏晓娜, 译. 北京: 北京大学出版社, 2009: 168.
- [8] 樊崇义. 我国法律援助立法与实践的哲理思维[J]. 江西社会科学, 2021(6): 167-178.
- [9] 王进喜, 赵珉. 美国刑事法律援助模式简介[J]. 河北法学, 1998(1): 65-66.
- [10] 弗洛伊德·菲尼, 约阿希姆·赫尔曼, 岳礼玲. 一个案例、两种制度——美德刑事司法比较[M]. 郭志媛, 译. 北京: 中国法制出版社, 2006.
- [11] 田口守一. 刑事诉讼法[M]. 张凌, 于秀峰, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2010.
- [12] CAPE E, NAMORADZE Z, SMITH R, et al. 欧洲四国有效刑事辩护研究——人权的视角[M]. 丁鹏, 彭勃, 雷雨田, 等, 编译. 北京: 法律出版社 2012: 4.
- [13] 克劳思·罗科信. 刑事诉讼法[M]. 吴丽琪, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 156.
- [14] 吴俊毅. 辩护人论[M]. 中国台北: 正典出版文化有限公司, 2009: 15-16.
- [15] 陈运财. 刑事诉讼正当之法律程序[M]. 中国台北: 月旦出版社, 1998: 387.
- [16] 韩旭. 自行辩护问题研究[J]. 当代法学, 2021(1): 37-48.
- [17] SAMAHA J. Criminal Procedure[M]. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1999.
- [18] 谢澍. 刑事司法证明模式之“作用维度”——反思“印证证明模式”的另一种理论框架[J]. 东方法学, 2021(5): 187-200.
- [19] 陈卫东, 安娜. 认罪认罚从宽制度下律师的地位与作用——以三个诉讼阶段为研究视角[J]. 浙江工商大学学报, 2020(6): 71-85.

- [20] 洪浩, 朱良. 论检察机关在刑事审前程序中的主导地位[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020(4): 70-77.
- [21] 陈学权. 死刑复核程序中的辩护权保障[J]. 法商研究, 2015(2): 44-54.
- [22] 贝金欣, 谢澍. 司法机关调取互联网企业数据之利益衡量与类型化路径[J]. 国家检察官学院学报, 2020(6): 128-142.
- [23] 段厚省. 远程审判的程序正当性考察——以交往行为理论为视角[J]. 政法论丛, 2020(2): 113-126.

Compulsory Defense System: Foreign Experience and Implications for China

LIU Yijun

(*Institute of Evidence Law and Forensic Science, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China*)

Abstract: In the current judicial reform, compulsory designated defense system has been an important way to realize the full coverage of lawyers' defense, but there are still many theoretical and practical problems. The fundamental purpose of the compulsory designated defense system and the compulsory defense system is to ensure that the accused obtains a lawyer's defense. The extraterritorial compulsory defense system has relatively mature experience in the scope of application, initiation method, application stage, defense autonomy and legal remedies. For our country, the compulsory defense system has enlightening significance for improving the compulsory designated defense system. Specifically, it includes expanding the scope of application of the mandatory designated defense system focusing on sentencing standards, litigation process and litigation stage, clarifying legal consequences of violating the mandatory designated defense system in evidence qualifications and procedural validity, establishing a legal aid defense lawyer selection system, and improving the quality assurance system for mandatory designated defense.

Key words: compulsory defense; mandatory designated defense; extraterritorial experience; scope of application; full coverage of defense



(责任编辑 张伟 郑英龙)