

后疫情时代法院在线审理刑事案件之隐忧及纾解

韩旭

(四川大学法学院,四川成都610207)

摘要:“智慧法院”建设的倡导和新冠肺炎疫情防控的需要,推动法院在线审理刑事案件呈迅猛发展之势。但是在线审理存在冲击直接言词原则、减损司法的威仪、被告人辩护权保障不到位等问题。不仅加剧庭审的形式化,而且导致审理程序公正性和司法权威性的降低。在线审理刑事案件仅是线下物理空间审理的例外和补充,主要适用于速裁程序审理且被告人同意的案件和召开庭前会议以及证人、鉴定人在特殊情况下作证的环节,不能将线上审理常态化和普遍化。法院应尊重和保障被告人的程序选择权,法律援助全覆盖应“覆盖”至在线审理的案件,在线审理具有不同于线下审理的特点,应当建立相对独立的庭审规则。最高人民法院应尽快制定在线审理的技术规范,并将5G技术应用于在线审理。

关键词:疫情;线上审理;权利保障;程序正当;司法威仪

中图分类号:DF71 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)01-0044-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.01.005

一、引言

随着网络技术的发展,人类进入了互联网时代,这不但改变了人们的生活、工作方式,也改变了法院的纠纷解决方式。随着最高人民法院“智慧法院”建设的提出,特别是2020年以来新冠肺炎疫情的影响,在“零接触”“零聚集”“零感染”的要求下,“线上庭审”得到迅猛发展。虽然是在提升结案率和避免超期审理问题上的无奈之举,但在客观上促进了矛盾纠纷的及时化解。“线上审理”一时间成为“线下审理”的替代措施,而受到各级各类法院的青睐。在看到受疫情影响的特殊时期,“线上审理”在及时处理纠纷方面功能价值的同时,必须清醒认识到该种审理方式可能存在的问题,对公正司法的影响。笔者认为,“线上审理”只能是特殊时期的特殊处理方式,是“线下审理”的补充,而不可能代替“线下审

收稿日期:2021-08-12

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金“司法和监察体制改革背景下刑事诉讼法修改问题研究”(YJ201760);四川大学法学院2020年度中央高校基本科研业务费新冠肺炎疫情防控专项研究课题“疫情防控中的违法行为及其应对”(2020FXZY-02)

作者简介:韩旭,男,四川大学法学院教授,博士生导师,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、司法制度研究。

理”,将其常态化和普遍化。毋庸置疑,“线上审理”具有方便、快捷、降低成本的特点,即“让网络多跑路,让人民少跑腿”的优势,因应了互联网时代的发展,“一片叫好”之声。“在线纠纷解决机制与传统纠纷解决机制相比,其最大的优势是便捷高效、成本低廉。”^[1]对刑事案件而言,节约了提审押解时间,避免了路途中的安全隐患,减少了包括法警提审在内的司法投入。但是,越是在此种情形下,我们越应该理性、审慎地看待“线上审理”方式的利弊、其对现代司法程序公正的冲击和影响等问题。互联网仅是手段,诉讼是本质。技术的发展并不能改变诉讼的司法本质。“智慧法院”建设也一样,仅是实现司法公正的手段,并非目的,不能错把手段当作目的。既然如此,诉讼的运作包括庭审方式都应符合司法规律,强化人们对法律的信赖和对公平正义的追求。“线上审理”方式,虽然有可能提升庭审效率和方便当事人诉讼的优点,但是其对直言词原则的冲击、对庭审仪式化的背离、对被告人辩护权保障的影响均不可低估。因此,作为特殊时期的一种“权宜之计”,具有实践理性,但是随着国内疫情被逐渐控制,防疫形势渐趋好转,在后疫情时代,庭审方式尤其是刑事庭审方式仍应以“线下审理”为主,“线上审理”只能作为一种例外情形,不应因在疫情期“尝到甜头”而继续在各类案件中适用,甚至成为“线下审理”的替代措施。“线上审理”作为一种新的审理方式之所以得以流行,可以运用以下两种理论进行解释。一是权利位阶理论:相对于“线下审理”诉讼各方面面临健康权乃至生命权受损的危险,在线审理解决的事务是平等主体之间的财产关系、身份关系等和被告人被判处一定期限自由刑以及可能丧失一定财产的刑罚,无论是民事案件中的财产归属还是刑事裁判中自由权的限制和剥夺,相较于生命权、健康权,均处于比较低的权利位阶。为了保障生命权、健康权,采取在线审理似可被各方接受。二是安全诉讼理论:庭审应当在保障各方安全的环境中进行,这不仅是法院作为国家机关所负的安全保障义务,而且体现了“以人民为中心”的新时期执政理念。为此,当事人牺牲一定的诉权,换得各方的安全,也是一种不得已的无奈之举。

二、“线上审理”之忧思

在疫情期间,笔者观摩多起刑事案件的“在线审理”,有一些直观的感受,同时对一些基层法院、检察院的法官、检察官进行了调研、访谈,以下笔者拟结合上述亲历性获得的直接知识和查阅相关资料获得的间接知识,对“线上审理”刑事案件可能存在的问题进行分析,以期充分认识“线上审理”之不足,对该种审理方式保持必要的清醒认识。

(一) 直言词原则受到冲击

对于“线上审理”是否会动摇刑事诉讼的直言词原则,存在不同认识。有学者认为:“在线诉讼并不违背‘直言词原则’。在线庭审采取的诉讼各方参与者通过现代即时通信技术进行视频面对面的审理方式,未尝不是一种直接的审理方式;诉讼各方参与者通过视频通话开展诉讼活动,亦不能否认其系直言词审理方式。”^[2]但是,更多学者认为此种审理方式违背直言词原则或者对该原则造成严重冲击。例如,王福华教授认为:“电子诉讼在一定程度上打破了物理意义上的司法亲历性,法官‘在场’的形式发生了改变。法官虽然仍亲自参加证据审查、亲自听取法庭辩论,但在物理空间上隔绝了与当事人、证人、律师的直接接触,法官察言观色的环境也不复存在,直言词原则被架空。”^[3]吉林大学法学院张兴美助理研究员认为:“电子诉讼的适用会使法官直接接触证据材料原件和把握庭审细节的可能性降低。相反,当事人在镜头前作虚假陈述的概率会增加。由此,电子诉讼的适用不仅形式上弱化了直言词原则,更在实质上消减了直言词原则所承载的公正价值。”^[4]直言词原则作为国际通行的一项刑事诉讼基本原则,由直接原则和言词原则组成。然而,即便是高清晰的设置,也无法达到在场

直接观察的效果。英国的萨斯坎德教授也对此发出疑问:如果证人作证时不能在法庭上直面他们,会不会对法官、陪审团、律师办案不利?如果远程作证的过程很可能不如身处法庭那么令人生畏,那基于远程作证的证明力是不是同样可信,作出的判决是不是同样权威和严密?甚至如果法律的主要象征之一——法庭——被取代了,这会如何冲击公众对公平正义的理解?^[5]目前的“线上审理”方式完成既定程序、庭审虚化的痕迹较为明显。这与当前的改革背道而驰,有削弱或者抵消改革成果之嫌。

“传统的直接言词原则建立于诉讼参与主体在真实物理空间的面对面交流,中间无任何媒介传递工具的帮助,属于人与人之间的单纯关系,视听传输技术作证则在诉讼参与主体之间插入了技术设备的媒介工具,呈现人与人、人与物之间的双重关系,并且人与物的关系是否协调,直接影响着人与人的沟通。”^[6]无论是证人隔着电脑屏幕作证还是被告人陈述,审判人员都很难及时“捕捉”到那稍纵即逝的细微之处,从而形成准确的“心证”。“在场性的意义在于,任何一个程序参与者都将自己现实地呈现于其他程序参与者视觉与听觉感官所能感受到的范围之内,且其通过言语和动作所表达的信息可以立即为其他程序参与者获取。”^[7]由于“线上审理”在场性的缺失,信息的获取具有滞后性,无论是审判人员还是诉讼相对方对信息的理解和反馈都会发生迟延,法官“心证”的形成过程和清晰度都会受到影响。证据调查的直接原则意味着当事人在场,法官探知真相的方式不外乎证据调查与法庭辩论。正是基于法官证据调查的在场,方可基于五官的作用和直观体验获得第一手的判决资料,从而及时对证据价值与调查结果作出评价以便于发现真实。从司法认知心理学角度出发,隔着电脑屏幕在摄像头前的法庭调查与辩论,其真实性同直接面对面进行法庭调查与辩论必然存在观感上的偏差,而这一偏差至少包含了情感上的偏差。“在以言词辩论全部意旨单独作为法官认定案件事实依据之情形下,互联网在线审理的法官难以透过屏幕间的辩论过程探知当事人的情感、仪态所能呈现的言词辩论全部意旨。”^[8]例如,不经意的停顿、偶尔的沉默、眼神的游离不定、手足无措的不自在举动等均包含证据调查结果的信息,对法官的“心证”也会产生重要影响。远程审判的“远程”性之所以能够实现,乃是借助于互联网络和终端设备,将程序参与者的言语(包括动作、表情等与言语相配合的信息)通过终端设备传递给对方。接受言说者一端接收言语信息的终端设备主要是麦克风和摄像头,而听者一端释放信息的终端设备是扬声器和显示屏。这样一种言语信息传递方式,在传递信息的充分性方面没有传统诉讼程序中面对面进行言语交流所传递的信息充分。诉讼参与主体面对画面的交流与面对真实个人的交流,其心理效果不可同日而语,庄重肃穆的法庭审判演化为大众化、平民化的普通活动。笔者在S省C市S区人民法院调研时,该院院长表示:不少被告人提出自己连决定其命运的法官都没见过,结果就被判了刑罚,剥夺了自由。这也印证了刑事审判中贯彻直接言词原则的重要性。

(二) 庭审秘密难以保障

庭审秘密可从三个方面来理解:一是对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私案件和未成年人涉嫌犯罪案件的不公开审理;二是对证人出庭作证案件通过物理隔离,防止其旁听庭审,从而使其作证的证言受到“污染”,导致作证的质量下降;三是即便是公开审理的案件,庭审图像、内容等信息也存在庭外被扩大传播的风险。但是目前的技术手段在保障庭审秘密的上述两个方面均不尽完善。例如,有学者即提出:“在线情况下如何保证证人不旁听案件、不受他人指挥,就是当前亟待解决的难题。”“线上审理”如何避免被告人亲属、被害人一方与证人各自进行的诉讼行为不被窥视、偷听,从而不被干扰,也是需要认真对待的问题。证据调查要求当事人与证人相分开,而在线诉讼无法确保这一点。当事人陈述时无法杜绝证人同步知道甚至在场的可能性,存在证人旁听案件审理的可能。“由于远程审判高度依赖信息技术,技术系统自身潜藏的风险就有可能传导入法律系统中,而表现为诉讼程序正当性缺失的风险,因此远程审判所承载的法律系统运作正当性与信息技术所体现的技术系统之固

有风险之间也存在张力。”线上审判的非亲历性诉讼方式存在技术安全风险、信息安全风险、身份真实性风险和行为恣意性风险等。且风险既可能来源于法院,也可能来源于当事人。例如,法院提供的电子诉讼平台可能存在技术漏洞,致使诉讼信息被泄露、篡改或者冒用等。

(三) 被告人辩护权难以实现

“线上审理”模式下被告人与辩护人在庭审时身处两地,线下审理中为了协调辩护立场、统一辩护思路,可能存在休庭后秘密协商的可能。例如,被告人是否认罪认罚、对指控犯罪的证据是否提出反驳意见等。而这一切如果采用“线上审理”模式,辩护人与被告人之间的秘密交流将不复存在。被告人只能孤立无助地应对指控,控辩不平衡的格局将进一步加剧。被告人在遇到涉及自身重大程序利益的事项时便不能求助于辩护人,其在庭审中的辩护权将大打折扣。被告人自行辩护与辩护人辩护,可能会形成“两张皮”的现象,甚至辩护效果相互“抵消”。“隔空喊话”固然可在一定程度上实现被告人的辩护权,但交流的私密性无法保障,此种辩护效果与面对面的沟通交流效果不可同日而语。作为被告人庭上辩护权主要内容的对质权,其实就是“面对面”“眼对眼”的权利,由于证人不出庭作证,被告人只能“退而求其次”,对质权异化为“面对屏幕”的权利,也难以形成对证人如实作证的威压。在线庭审中,远程开庭、视频作证是否侵犯了被告人包括获得公正审判权在内的诉讼权利,是一个值得认真思考的问题。美国联邦最高法院在 *Coy v. Iowa* 一案中认为,不问个案具体情况,采取概括方式规定以透过视频传讯方式将证人陈述现场转播至法庭的做法,虽不违反被告人的诘问权,但可能侵犯被告人的对质权^[9]。在认罪认罚从宽制度全面实施的当下,检察官可能会当庭调整量刑建议,对此量刑建议,被告人是否应当予以接受,需要征求其辩护人的意见甚至与辩护人进行秘密协商。但是,如果辩护人不在场,被告人难以获得其是否同意的建议,也就无法作出理性的判断。这又直接影响程序适用,在被告人同意的情况下案件可能会适用简易程序或者速裁程序审理,在被告人不接受时,案件只能适用普通程序审理。

对质权作为对抗控诉的权利,具有防御性。因此,联合国国际公约将其作为被追诉人最低限度的公正审判标准予以规定。^①其“基本要素是面对和质询,它有利于防止说谎、发现错误、揭穿虚假、把握事实”的功能^[10]。对质制度的运行以同在一个物理空间的同时性和提问及回答的连续性为前提,但是“在线审理”中无论是同案被告人之间的对质还是被告人与被害人、证人之间的对质,因不具备上述条件,被告人的对质权无法行使,法院也不会组织对质。

(四) 庭审的仪式性无法体现

庭审不仅仅是按照既定程式完成某些规定动作,更是通过法槌、服饰乃至法庭的布局构造而塑造出一种威仪,这种威仪令置身其中者肃然起敬,内心由衷产生一种对法律的敬畏。然而,在“线上审理”模式下,检察官可能在办公室通过视频连线进行举证、质证,被告人可能在看守所进行陈述和接受讯问,即便法官在法庭进行在线审理,法庭旁听席上也可能空无一人。在此种情形下,不仅法庭纪律宣读被省略,法警值庭也无必要,法官进入法庭时全体起立的惯常动作也被取消,连法槌也可能较少使用。如此一来,法庭的仪式性和庄严感荡然无存。在欠缺仪式感的情况下,庭审缺乏庄严肃穆的氛围,当事人对诉讼程序可能不再那么敬畏,程序法也有遭到轻慢的可能。在电子诉讼的虚拟环境下,司法仪式全部或部分丧失了,伯尔曼所言象征“法律客观性的形式程序”的仪式性要素大为弱化。也许认识到在线审理方式的局限,《人民法院在线诉讼规则》第24条第1款规定:“在线开展庭审活动,人民法院应当

^①《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款第戊项规定:“讯问或业已讯问对他不利的证人,并使对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和受讯问。”

设置环境要素齐全的在线法庭。在线法庭应当保持国徽在显著位置,审判人员及席位名称等在视频画面合理区域。”以此尽量保证法庭的庄严性和仪式感。

“线上审理”模式使司法审判仪式性和表演性丧失,司法审判重又回到“广场化”的场景当中。正如有学者所言:“从广场化的司法到剧场化的司法之后又进入另一种形式化的广场化。”^[11]“司法活动在以剧场为象征的建筑空间内进行,将法律与建筑两者的审美特性融为一体,使法律原则和规则的刚健质朴和简洁对称的风格凝固成建筑的雕塑形态,这无疑会增强法律的庄严肃穆之美,从而内化人们的法律精神,唤醒人们对法律的信仰和尊敬。”^[12]在大力推进司法改革,重拾民众对法律信仰的时代背景下,庭审的仪式性只能加强,不能削弱。“在线审理”不是“在线购物”,不可以随随便便进行,必须以威严、庄重、肃穆体现和实现。在迈向法治现代化的过程中,体现庭审仪式化的元素不是可有可无的摆设,不是“奢侈品”,而是“必需品”。有学者即指出:诉讼是具有象征性和表演性的活动。诉讼过程中,得体的衣着、庄严的法庭陈设、良好的庭审秩序等,既是司法权威的象征,也是相关诉讼主体在相互尊重中形成审判认同的保证。电子诉讼的适用在使诉讼像网上购物一样便捷的同时,也可能使诉讼像网上购物一样“随意”。由于缺少特定物理场所的制约,着装标记、行为态度、庭审环境等方面都可能存在随意性。这加剧了法官把控诉讼秩序的难度,降低了诉讼的严肃性。

三、“线上审理”对公正审判的影响

“线上审理”可能带来“技术崇拜”或者“技术迷信”,庭审沦为形式化的程序“背书”,司法的权威受到挑战和损伤。

(一) 庭审可能沦为“走过场”

庭审实质化作为“审判中心主义”的核心内容,要求“四个在法庭”,即“证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭”。^①庭审实质化的同时还要求辩护的实质化和法官“心证”形成的清晰化。但是,由于技术支撑不足和员额制改革后加剧了法院“案多人少”的矛盾,法官对效率的追求,“线上审理”大行其道。^②对于地方财力不足的法院而言,难以达到在线审理的硬件设备、基础建设和技术人才储备等要求。在设备不足和案件积压的情况下,庭审必然出现虚化、快速化倾向。从笔者的观察看,“线上审理”的案件,语言表达的完整性、连续性和流畅性均较差,旁听效果难尽如人意,遑论法官由此形成准确的“心证”。如上所述,被告人在庭审中的辩护权也难以保障。“两造在场,师听五辞”的诉讼构造被消解。当“线上审理”效果较差,法官难以从庭审中建立“心证”时,又会求助于庭后阅卷。由此“案卷笔录中心主义”进一步加剧,庭审实质化改革面临夭折的风险。

笔者在J省省会城市Q区人民法院参加一起虚假诉讼案件“在线审理”时,审判长给人以“匆匆再匆匆”之感,恨不得马上结束庭审。开庭似乎是为了完成既定的程序“不得已而为之”。在“线下审理”的案件中,法官“心证”的形成和判决依据主要是法官庭前或者庭后阅卷,“线上审理”具有为形成裁判“背书”的意味,避免了超期羁押和延期审理等一系列程序违法情形的出现,也满足了法官对效率的追求。其广受法官推崇,具有上述的所谓“正当化”理由。

在庭审举证、质证环节,即便公诉人出示物证原物,对“线上审理”的被告人而言,原物的证据价值

^①最高人民法院《人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》。

^②从笔者的实证调研看,除却庭前准备时间,“线上审理”因其程序简化而使得庭审效率高于“线下审理”。

无从体现。^①在“线下审理”中的“触手可及”,在线审理时被告人即便“触手”也“不可及”。其只能看到物证的大致轮廓,进行大体上的辨认,而难以感知、触摸和演示。因此,最佳证据规则在线上审理时,其适用受限。在举证质证的环节,远程审判在可理解性方面遭遇了某种程度的障碍。因为很多情况下无法通过信息网络设备展示证据原件,尤其是具有物理形态的证据。

(二) 审理程序的公正性受到质疑

在公正与效率的关系上,公正永远是第一位的。“电子诉讼本质上是诉讼活动,必须严守正当程序原则,按照程序规则规范化运行。”^[13]如上所述,“线上审理”可能会使被告人的律师帮助权、与不利证人的对质权和原物辨认权等权利造成伤害。除此之外,还可能侵害被告人作为诉讼主体应受到尊重的程序选择权。虽然程序选择权在非认罪认罚案件中未被作为一项明示的权利为法律所规定,但是根据被告人的当事人身份和诉讼主体地位,可以推导出其享有审理程序选择权。对适用“线上审理”还是“线下审理”的审理方式,不能由法院垄断该项权力,否则难逃权力的“傲慢与偏见”质疑。实证研究表明:老年当事人并不习惯于“线上审理”模式,对运用手机上网感到陌生。与所有电子化的公共服务一样,电子诉讼能否实现程序上的平等,在很大程度上取决于其能否克服“数字鸿沟”造成的障碍。受技术条件和知识技能制约,并非每个人都有电脑等终端设备且连接互联网,并非每个人都会操作,电子诉讼的设备和技能要求对那些没有能力利用电子技术的当事人而言是不公平的。基于此,“线上审理”应当因人而宜、因案而宜,而不能“一刀切”地适用于所有的案件、所有的人,否则有可能造成新的不平等。程序的自决权是吸纳不满的最佳装置。有效的办法是将“线上审理”还是“线下审理”的选择权交由被告人行使。打破现有法院“说了算”的局面,使所有被告人都能以自己选择的方式接近正义,以此实现程序的公正性。

尽管《人民法院法庭规则》是对“线下审理”设定的规则,并不一定完全适合于“线上审理”。但在线上法庭规则出台前,仍然是庭审的规则依据。传统意义上的法庭布局、区域划分、器物设置以及审理程序、法庭规则、法庭用语,直到对法庭审理中相关情形的处置,基本上围绕着线下法庭空间形成一整套体系化标准和规则,但难以简单适用于在线诉讼所依赖的虚拟空间。

(三) 司法权威性难以彰显

司法权威性来源于司法公正性,司法公正包括实体公正和程序公正,“同案同判”“相似情况相似对待”的实体公正是一种事后公正,事前和事中难以评判。但是,程序公正是一种“看得见的正义”,是过程公正。要求程序透明、程序参与、程序理性和有效辩护等作为保障。然而,从上述这几个方面进行审视,可以发现“线上审理”与公开审判原则相抵牾、程序参与的间接性明显、程序恣意、辩护有效性不足等问题,减损了司法权威。

此外,法庭规则普遍不予宣读、法警不在庭、法槌较少使用、证人和鉴定人基本不签署具结书等,虽然这些法庭内的权力符号更多具有一种仪式化色彩,但是也彰显了司法的威仪。如果这样一些符号在法庭内“褪去”,那么意味着司法权的萎缩。在全面依法治国的进程中,司法权威必须被提升,而不是被贬抑。否则,法治社会、法治国家实难建成。须明白,技术是为法治服务的,我们应祛除技术崇拜,多些对法治的信仰。

^①最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第83条第1款规定:“据以定案的物证应当是原物。原物不便搬运,不易保存,依法应当由有关部门保管、处理,或者依法应当返还的,可以拍摄、制作足以反映原物外形和特征的照片、录像、复制品。”

四、路在何方?

(一) “线下审理”为原则、“线上审理”为例外

如上所述,由于“线上审理”对当事人诉讼权利的克减,对司法权威性的贬抑,是在疫情防控的特殊时期“不得已而为之”的庭审方式,至少在刑事案件的审理中不能常态化。在后疫情时代,需要限缩在线审理的适用。刑事案件的结局事关公民的生命权、人身自由权和财产权,利益重大,因此对其适用的审理程序应当规范、严谨,权利保障应当到位,如此才符合“比例原则”。对此,《人民法院在线诉讼规则》第3条第2项规定,“刑事速裁程序案件,减刑、假释案件,以及因其他特殊原因不宜线下审理的刑事案件”,可以在线审理。同时,该规则第2条规定,人民法院开展在线诉讼应当遵循以下原则:公正高效原则;合法自愿原则;权利保障原则。在线审理应主要适用于民事案件和行政案件,需注意到刑事诉讼与民事诉讼、行政诉讼性质的不同,给当事人权利带来影响的程度也不同。最高人民法院《关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》规定:“刑事案件可以采取远程视频方式讯问被告人、宣告判决、审理减刑、假释案件等。”对刑事案件,仅规定在“讯问被告人”的场合适用,没有规定在线审理。2021年6月,最高人民法院发布的《人民法院在线诉讼规则》已经注意到刑事案件与民事案件的区别。因此,在笔者看来,至少在刑事案件中不能将“线上审理”普遍化,应以“线下审理”为原则,“线上审理”为例外。相关实证研究也表明:“线上审理”的效果不及“线下审理”。有学者亦指出:庭审环节不应作为电子诉讼的重点——视频庭审只应被作为例外对待。刑事诉讼在线审理的例外原则,体现了“便民利民”的诉讼原则,在兼顾效率的同时,不会严重伤及公民获得公正审判的权利。

即便是少部分采用“线上审理”的案件,也应注意司法礼仪和司法的权威性。对于没有正当理由的“下线”行为视为“擅自退庭”,可给予训诫、罚款乃至司法拘留等处罚措施。可考虑在法律援助律师参与得到保障的情况下,对于被告人无故退庭的案件进行缺席审判,借此扩大我国刑事缺席审判的案件范围。一方面,最高人民法院应当就庭审场所、环境、着装、行为、旁听案件等方面作出具体规定;另一方面,应当严格禁止违规录制、截取、传播在线庭审过程等行为,对不按时参加在线庭审或庭审中擅自退出的,可以视为“拒不到庭”或“中途退庭”,对违反庭审纪律和礼仪的应当作出训诫等强制措施。

对采取在线模式审理的案件,应当保障被告人与辩护人的秘密交流权,可采取法官、检察官和旁听群众等全体回避的方式或者搭建专门的网络平台,在保障不被监听的情况下由被告人与辩护人进行秘密的网络沟通。这是事关被告人宪法权利和能否获得公正审判的大问题。

虽然“线上审理”系例外,但也需要充分注意到在线审理与线下物理空间审理的区别,应当根据“线上审理”的特点,尽快制定出适用于在线审理的庭审规则。

根据笔者对某法院“在线审理”情况的了解,作为经济较发达的S省省会的C市,2021年全市两级法院采取“在线办理”的案件不足5%,包括刑事、民事、行政、执行在内。这说明法院对在线审理采取比较审慎的态度,也印证了以“线下审理”为原则,以“线上审理”为例外的判断。

(二) 尊重和保障被告人的审理程序选择权

电子诉讼在特定时空内切断了当事人与法官之间的物理上的直接联系,如果这是当事人的程序利益损失,那么就应以必要的赋权来置换。电子诉讼权利保护须从技术和法律两个方面着手:在法律角度,要充分尊重当事人的自主性和程序选择权。鉴于“线上审理”存在诸多局限性,不能适用于所有刑事案件,应当区别对待。在笔者看来,“线上审理”主要适用于适用速裁程序、简易程序审理的轻罪案件和减刑、假

释案件,对适用普通程序审理的案件,无论被告人是否认罪认罚,均不适宜适用“线上审理”模式。即便是适用速裁程序、简易程序审理的案件,也并非一概在线审理。在此类轻罪案件中,被告人也有获得公正审判的权利,可以选择所适用的程序。另外,对召开庭前会议和证人、鉴定人、被害人确因客观原因无法出庭而又有出庭必要的案件,也可通过在线方式进行。对适用速裁程序审理的案件,一般不进行法庭调查和法庭辩论,并非一概不进行法庭调查,在法官认为有必要的例外情况下,仍可进行法庭调查。在法庭调查中,控方申请的关键证人、鉴定人、辩方证人、有专门知识的人也有可能出庭作证。最高人民法院《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第35条第1款规定:“控辩双方对证人证言、被害人陈述、鉴定意见无异议,上述人员不需要出庭的,以及上述人员因客观原因无法出庭且无法通过视频等方式作证的,可以出示,宣读庭前收集的书面证据材料或者庭前制定的作证过程录音录像。”我们既要看到线上诉讼在司法便宜、诉讼效益等方面的优势,也要看到其在隐私保护、诉讼仪式感、证据审查等方面的不足。对个人信息保护而言,知情同意原则是最基本的原则,必须予以坚持^[14]。线上诉讼在诉讼事项/程序和案件类型方面均应有所限制。鉴于此,“线上审理”适用于那些对程序规范性、严谨性要求不高,庭审仪式性不强的案件。信息通信技术在诉讼中的运用存在限度,适用范围要受制于诉讼权利的重要程度及案件性质。在线审理的公众接受度并不高,某些特殊群体不习惯于此种审理方式。因此,应当尊重被告人的选择权,这是程序正当性的基础。最高人民法院《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》第10条规定:“对于适用简易程序审理的民事、刑事案件,经当事人同意,可以采用远程视频方式开庭。证人、鉴定人、被害人可以使用视听传输技术或者同步视频作证室等作证。”电子诉讼适用应当充分考虑案件的性质、特点、证据类型等方面因素,实践中要注重防止刻意追求所有案件在线审理。对于诉讼参与人多、案件重大、案情复杂、证据繁杂、审理耗时长的案件,一般不宜在线审理。当事人既有选择诉讼方式的自由,也有实现电子诉讼和线下诉讼相互转换的自由。对当事人程序选择权的正当行使,法院应当给予充分尊重和保障。在新冠肺炎疫情期间,S省C市某基层法院在线审理的案件系被告人认罪认罚的案件,说明该法院已经认识到非认罪认罚案件程序应更加规范,被告人权利保障应更加到位,因此将其排除在“线上审理”范围之外。最高人民法院《关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》要求“尊重当事人对案件办理模式的选择权”。《人民法院在线诉讼规则》第2条第2项规定:“尊重和保障当事人及其他诉讼参与人对诉讼方式的选择权,未经当事人及其他诉讼参与人同意,人民法院不得强制或者变相强制适用在线诉讼。”尊重当事人的选择权、保障当事人的自由意志,是当事人诉讼主体地位的体现,有利于提升司法公信力。

关于“线上审理”与“线下审理”的转换问题,一旦被告人庭前同意进行“线上审理”,那么在审理过程中被告人不能再提出异议,主张“线下审理”。这主要是基于庭审效率和庭审秩序的考虑,否则会造成法院人、财、物等诉讼资源的浪费。

为鼓励更多的被告人选择适用在线审理,可否考虑对选择该方式审理的被告人,在同等条件下比仅认罪认罚而拒绝适用该模式审理的被告人,在量刑方面给予更大的优惠。

(三) 将法律援助制度覆盖至“线上审理”的案件

“线上审理”既然会对被告人获得公正审判的权利进行一定的克减,那么必须有适当的补偿机制,以使被告人获得最低限度的公正审判权。鉴于被告人受审时多在看守所审讯室或者家中,因不在法庭造成的权利行使缺位,例如获得律师辩护权、出庭受审在场权、与不利证人对质权、查看原件原物的权利等,均可以由辩护人代为行使,如果其因经济原因无力聘请律师的,国家应当通过法律援助制度为其提供法律援助律师进行辩护。在域外,被告人缺席审判的案件,均由代理人或者律师代行诉讼权利,这可以给我国的在线审理以启示。目前的刑事案件律师辩护全覆盖仅“覆盖”至适用普通程序审

理的案件,而对适用速裁程序和简易程序审理的案件则不提供辩护服务。^①这部分案件恰是“线上审理”的重点。因此,下一步可以考虑将法律援助辩护制度“覆盖”至在线审理的案件,被告人没有辩护人的,人民法院应当为其提供法律援助律师,否则不能在线审理。当然,无论是被告人及其家属聘请的律师还是法律援助辩护律师,均应勤勉尽责,在被告人行使审理程序选择权时应提供积极有效的帮助,通过提出合理的建议保障被告人权利行使的明智性。

有实证研究表明,律师对“线上审理”持支持态度,一种可能的解释是如此一来既保证了自身安全,也实现了经济利益最大化。这不禁促使笔者思考被告人与辩护人诉讼权利的分配问题。对是否适用“线上审理”模式,辩护人仅是建议者,被告人才是决定者,律师不能越俎代庖。实践中,律师可能会利用作为法律人的优越地位凌驾于当事人之上,从而把自己的意见强加于当事人。他们通常自以为是地认为自己提出的辩护意见或设计的辩护方案是如何“英明”,又是如何最有利于自己的当事人^[15]。根据美国律师《职业行为示范规则》第1.2条的规定,律师应当遵循委托人就代理的目标所作出的决定,应就追求这些目标所要使用的手段同委托人进行磋商。在刑事案件中,委托人就进行何种答辩、是否放弃陪审团审判以及委托人是否作证等事项同律师磋商后所作出的决定,律师应当遵守。

(四) 尽快制定在线审理的庭审规则

如前所述,在线审理具有不同于线下审理的特点,因此庭审规则也应当有别于现行的庭审规则。在线审理模式下至少应当确立如下规则。一是控辩平等规则。通过对疫情期间在线庭审的调研发现,庭审中辩护律师需到法庭参加庭审,而作为检察官的公诉人则可以在检察院办公室履行职责,这明显有违控辩平等原则。控辩平等是刑事诉讼的一项基本原则,具有底线公正的价值,不能因为在线审理而突破。控辩平等也称为平等武装,是一项专门应用于审判阶段的原则、理念。平等武装原则是正当法律程序的重要体现。二是提示和重复规则。由于目前技术条件的限制,庭审发言中含混、不连贯表达时有发生,为了使法官和控辩双方了解、理解发言者的陈述内容,法庭在必要时可提示发言者再重复一遍,控辩双方也可向审判长提出此项申请。而重复性在线下审理中一般是被禁止的。三是审理模式的转换规则。如果是认罪认罚案件且适用速裁、简易程序在线审理的案件,被告人有可能在庭审中不认罪认罚,案件需要转换为普通程序审理。随着普通程序的适用,审理的规范性、仪式性、公正性程度提高,案件再适用在线审理模式可能已不合适,此时需要转换为线下审理模式。基于庭审效率的考虑,已经完成的庭审活动仍然有效,在转换为线下审理时可不再重来。四是异议规则。当被告人对出示的物证有意见时,可以及时提出异议,请求转为线下审理或者将该物证原件交与被告人辨认并发表质证意见。五是法庭指挥权固守规则。“法院,就遂行诉讼进行任务所实施之诉讼行为,得将之称为诉讼指挥。但是,法院的诉讼行为可以说皆与诉讼进行有关,故与当事人的关系、对法院具有一定异议及是否承担促进诉讼的责任等事项具有关联性者,始有诉讼指挥概念的适用。”^[16]法庭的指挥权不仅体现在对不遵守庭审纪律的行为人进行制裁,例如无正当理由随意“下线”行为相当于未经法庭许可擅自离开法庭,而且对在看守所的值庭警察拥有指挥权。尽管看守所的警察隶属于公安机关管辖,但是其在庭审期间对被告人的看守相当于值庭法警,应当服从于审判长的指挥和调遣。除此之外,书记员仍应宣读法庭规则,这不仅宣示法庭威仪,而且对被告人、诉讼参与人和旁听群众来说具有警示作用,因为这

^①最高人民法院、司法部《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》第2条第2、3、4款规定:“被告人具有刑事诉讼法第三十四条、第二百六十七条规定应当通知辩护情形,没有委托辩护人的,人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。除前款规定外,其他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,被告人没有委托辩护人的,人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。适用简易程序、速裁程序审理的案件,被告人没有辩护人的,人民法院应当通知法律援助机构派驻的值班律师为其提供法律帮助。”

些人对法庭规则是陌生的,一生中可能只来过一次法庭,要求他们遵守法庭纪律,必须事先告知其基本规则,以便有所遵循。“不教而诛”总是有违基本的程序公正。同时,这也体现了法庭的指挥权。因此,即便在线审理,该项程序也不能省略。遗憾的是,《人民法院在线诉讼规则》确认了在线审理适用线下审理的庭审规则,而没有提出有别于线下审理的规则。该规则第25条第1款规定:“人民法院根据在线庭审的特点,适用《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》相关规定。”因此,目前亟待建立不同于线下审理的线上审理庭审规则。

(五) 网络技术提质升级以保障“线上审理”的需要

“线上审理”以互联网诉讼平台为依托,因此网络技术对在线审理具有重要的支撑作用。实践中出现的语言表达不流畅、画面不清晰等问题均与网络技术有关,特别是流量和网速。为此,需从三个方面加以改进:一是在线审理时应当由技术人员在场提供技术支持和网络维护服务,保障网络的顺畅运行;二是建议最高人民法院尽快发布在线庭审的技术标准,通过制定工作规划和实行目标考核,并给予资金支持,使各级各地法院尽快达到该技术标准;三是大力发展5G技术,并使其充分运用于在线审判中,以先进的网络技术做支撑,推动“线上审理”的高效运转。当前需要国家通过加大5G网络建设等措施在通信领域提质增速。同时,各级法院也要投入充分的人、财、物资源,配备与线上诉讼要求相适应的软件和硬件设备。

需要注意的是,即便是采取在线审理的方式,无论是被告人还是证人、鉴定人都不应佩戴口罩受审或者作证,因为一旦佩戴口罩,法官就失去了“察言观色”的机会,不利于法官形成准确的心证。

五、结 语

大数据等新的科技手段,会不会使我们的司法也有一个新时代?答案是,不但是,而且到来得很快。随着新冠肺炎疫情的流行,“线上审理”大有蓬勃发展之势。但是,理性审视和看待“线上审理”可能存在的问题有助于我们正确处理好“线上审理”与“线下审理”的关系。“线上审理”对直接言词原则的冲击、对司法威仪的影响、对被告人辩护权行使的妨害等问题不应被忽视。在线审理并未改变审理的司法属性,不应过度损害司法的程序公正和司法权威。在当前推进的庭审实质化改革中,过度强调“线上审理”可能与此发生抵牾,不利于以审判为中心刑事诉讼制度改革的发展。在线审理刑事案件,只是特殊时期的一种权宜之计,不应常态化和普遍化。其适用范围应受到限制,即仅适用于适用速裁程序和简易程序审理的案件、开庭前会议和控辩双方对证人证言、鉴定意见没有异议或者证人、鉴定人确因客观原因无法出庭作证的案件,且应尊重被告人对审理模式的选择权,这是“线上审理”程序正当性的基础。对于没有聘请辩护人的被告人,一旦其案件选择“线上审理”,应当为其提供法律援助辩护,扩大刑事案件律师辩护全覆盖的范围势在必行,有助于维护底线正义,使被告人获得最低限度的程序保障,弥补因“线上审理”带来的程序克减。由于在线审理具有不同于线下审理的特点,因此应当尽快制定在线审理的庭审规则,当前至少应确立以下规则:控辩平等规则、提示和重复规则、审理模式转换规则、异议规则和庭审指挥权固守规则。同时,应当将5G技术尽快应用于在线审理,为“线上审理”的流畅性、连续性和完整性提供技术支撑。

参考文献:

- [1] 龙飞. 中国在线纠纷解决机制的发展现状及未来前景[J]. 法律适用, 2016(10): 2-7.
- [2] 左卫民. 中国在线诉讼: 实证研究与发展展望[J]. 比较法研究, 2020(4): 161-172.

- [3]王福华. 电子诉讼制度构建的法律基础[J]. 法学研究, 2016(6):88-106.
- [4]张兴美. 电子诉讼制度建设的观念基础与适用路径[J]. 政法论坛, 2019(5):117-126.
- [5]理查德·萨斯坎德. 法律人的明天会怎样? [M]. 何广越, 译. 北京:北京大学出版社, 2019:140.
- [6]李峰. 司法如何回应网络技术进步——兼论视听传输技术作证的运用规则[J]. 现代法学, 2014(3):133-142.
- [7]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.
- [8]占善刚, 王译. 互联网法院在线审理机制之检讨[J]. 江汉论坛, 2019(6):115-122.
- [9]王兆鹏. 美国刑事诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社, 2014:449.
- [10]龙宗智. 论刑事对质制度及其改革完善[J]. 法学, 2008(5):12-23.
- [11]宋朝武. 电子司法的实践运用与制度碰撞[J]. 中国政法大学学报, 2011(6):62-76.
- [12]舒国滢. 从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角[J]. 政法论坛, 1999(3):12-19.
- [13]李承运. 正确把握推进电子诉讼的四个维度[N]. 人民法院报, 2020-04-02(8).
- [14]王立梅. 健康医疗大数据的积极利用主义[J]. 浙江工商大学学报, 2020(3):32-40.
- [15]韩旭. 被告人与律师之间的辩护冲突及其解决机制[J]. 法学研究, 2010(6):143-160.
- [16]土本武司. 日本刑事诉讼法要义[M]. 董璠舆, 宋英辉, 译. 中国台北:五南图书出版公司, 1997:327.

Hidden Problems and Solutions in the Court Online Trial of Criminal Cases during the Epidemic Period

HAN Xu

(Law School, Sichuan University, Chengdu 610207, China)

Abstract: The advocacy of the construction of “smart court” and the need of prevention and control of the Covid-19 epidemic situation have promoted the rapid development of the court’s online trial of criminal cases. However, there are some problems in online trial, such as impairing the principle of direct speech, undermining the dignity of justice, and insufficient protection of the defendant’s right to defense. It not only aggravates the formalization of the trial, but also leads to the reduction of the fairness and judicial authority of the trial procedure. The online trial of criminal cases is only an exception and supplement to the offline physical space trial. The online trial is mainly applicable to the cases in the quick trial procedure and agreed by the defendant, the pre-trial meeting and the testimony of witnesses and experts under special circumstances, and cannot be normalized and generalized. The court should respect and protect the defendant’s choice of procedure. Legal aid should cover all cases that should be tried online. The Supreme Court should formulate technical specifications for online trial and apply 5G technology in online trial as soon as possible.

Key words: epidemic situation; online trial; protection of rights; due process; judicial authority



(责任编辑 张伟 郑英龙)