

陈瑞华:从刑事辩护两种形态看法律价值取向 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_99_88_E7_91_9E_E5_8D_8E__c122_485648.htm 德肖微茨将这种带有进攻性的程序性辩护视为“最好的辩护”。原因在于这种辩护将侦查官员、公诉人乃至初审法官置于一种被控告和受审判的诉讼境地，使得他们所实施的违反法定诉讼程序特别是侵犯被告人宪法性权利的行为处于不得不接受审查和裁判的位置。长期以来，中国刑事法庭上的辩护绝大多数都属于“以实体法为依据的辩护”。这种从事实和法律的角度来寻求被告人无罪或者罪轻之结局的辩护活动，由于直接与检控方的犯罪指控处于对立的境地，其目的在于从实体上反驳指控方的主张，因此可称为“实体性辩护”。根据被告方所提出的辩护主张的不同，“实体性辩护”一般具有两种基本的辩护形式：一是以实体法为依据的辩护，二是以推翻指控事实为目的的辩护。应当说，这种实体性辩护已经成为中国刑事辩护的基础形态，至今还具有其旺盛的生命力。从立法层面来看，只要刑法分则仍然以“空白罪状”或者“简明罪状”的方式设定大量具体的罪名，只要罪与非罪、此罪与彼罪的界限仍然有可混淆之处，只要刑法分则在量刑幅度上仍然采取极为粗糙的立法模式，那么，这种实体性辩护就永远有其存在的空间。而从司法层面来看，只要中国法官仍然倾向于追诉犯罪，而不具备最基本的中立裁判者的地位，只要法官无法独立自主地行使裁判权，只要法官在定罪和量刑方面继续享有几乎不受限制的自由裁量权，那么，实体性辩护就仍将长期存在下去。实体性辩护是当前中国刑事辩护基础形态

从20世纪80年代中国恢复建立律师制度以来，这种“以实体法为依据的辩护”就几乎成为律师辩护的最主要形式。当然，在绝大多数案件的辩护中，律师所作的都是“有罪辩护”，也就是以减轻量刑为目的的实体性辩护。但在少量刑事案件中，律师也会从刑法犯罪构成规则的角度，为促使法院宣告被告人无罪而进行辩护活动。但是从90年代中期开始，随着刑事法官对证据问题的逐渐重视，也由于在很多刑事诉讼中证据运用存在着越来越多的问题，律师在刑事审判中以证据为依据所作的辩护越来越多。律师通过这种“证据辩护”活动，要么寻求法庭宣告检控方提交的某一证据不具有证明力，要么促使法庭宣告检控方的起诉“事实不清，证据不足”，也就是不具备证明被告人有罪所需要的法定证明标准。事实上，这种以证据为依据的辩护，最终目的还在于证明检控方起诉所赖以存在的事实不成立，也就是说说明检控方的指控缺乏事实基础。因此，所谓的“证据辩护”，其实质还是以推翻检控方指控事实为目的的实体性辩护。毕竟，根据最基本的法律思维方式，“凡是在法庭上得到证明的事实，都是存在的”；而“凡是在法庭上得不到证明的事实，则一律应视为不存在”。辩护方要想说服法庭拒绝接受检控方指控的“犯罪事实”，只能从检控方提交的有罪证据上寻找对被告人有利的方面。在刑事诉讼中，辩护方要推翻检控方指控的犯罪事实，一般可以走两条路径：一是论证检控方提交的某一证据不可靠或者不具有相关性，从而排除其证明力，使其无法转化为法庭据以定罪的根据；二是说明检控方提交的证据从总体上尚未达到法定的证明被告人有罪的标准，从而促使法庭直接作出“疑罪从无”之裁决。对于前一辩护路径

，我们可称之为“单个证据的辩护”，而对于后者，我们则可以称为“证明标准的辩护”。由于这种“证据辩护”最终都是要达到促使法庭宣告被告人无罪的结果，因此，我们仍然将其视为广义上的“实体性辩护”。只不过，那种“以实体法为依据的辩护”是从实体法中寻找有利于被告人的辩护依据，而这种“以推翻指控事实为目的的辩护”，则是从证据和事实的角度来说服法庭作出有利于被告人的裁决。近年来，各地法院以“事实不清、证据不足”为由作出无罪判决的案件出现了逐步上升的趋势。而促使法院对那些有罪证据不足的案件作出无罪判决的，除了有刑事法官坚持独立审判等方面的因素以外，当然也有辩护方施加积极影响的因素。可以说，这种“以推翻指控事实为目的的辩护”，正在发挥越来越明显的作用和效力。但是，受诸多方面因素的制约，这种实体性辩护尽管在越来越多的案件中出现过，却仍然在生存空间上受到较大的限制。在立法层面上，由于刑事诉讼法所规定的证据规则还十分简单、抽象，很多规则还带有一种宣言和口号的形式，而缺乏最基本的可操作性和可实施性，因此，控辩双方在法庭上还缺乏最起码的“公平游戏规则”；而在诸如证明对象、证明责任分配和证明标准等问题上，刑事诉讼法也没有建立一些具体的规则，使得刑事法官无论是在采纳证据还是司法证明环节都拥有几乎不受限制的自由裁量权……这些问题无疑给辩护方从证据角度进行实体性辩护带来了巨大的困难。而在司法层面上，刑事法官、检察官与辩护律师还没有就一些最基本的证据理论问题达成共识，中国的法官还普遍地坚持“成文法至上”的观念，对于一些在刑事诉讼法上没有规定、在司法解释中缺乏规范的事项

，往往不愿根据基本的法律理念做出裁决……这些问题也使得实体性辩护更加缺乏广阔的生存空间。无论是“以实体法为依据的辩护”，还是“以推翻指控事实为目的的辩护”，都属于实体性辩护的具体形态。辩护方在从事这些辩护活动的时候，要么从刑事实体法中寻找辩护的依据，要么从证据的角度发现足以推翻指控事实的理由。可以说，实体性辩护主要是围绕着裁决结果而展开的辩护，辩护方通过这种辩护活动，尽量说服裁判者做出无罪、罪轻或者其他有利于被告人的裁决结论。正因为如此，实体性辩护只能存在于法庭审判阶段，并着重从刑事实体法的适用和指控事实的可成立性上推翻或者削弱检控方的指控主张。

程序性辩护波澜初起 近年来，随着中国刑事诉讼制度的发展以及法官司法观念的变化，也由于公安机关、检察机关在侦查阶段违反法定诉讼程序的现象越来越多，非法证据排除规则在最高法院司法解释中悄然登堂入室。这无形之中为被告方的辩护提供了一项新的有利的防御手段。于是，在越来越多的法庭审判中，被告人都当庭提出了侦查人员刑讯逼供问题，并直接要求法院将检控方提交的非法有罪证据加以排除。与此同时，随着超期羁押、违反法定回避制度、无理剥夺律师诉讼权利等现象的大量发生，有的辩护律师也开始对警察、检察官的其他违反法定诉讼程序的行为，提出激烈的抗辩。而这种辩护的目标则在于申请法院宣告侦查人员的某一诉讼活动无效，当然包括宣告那些非法所得的证据材料无效。不仅如此，根据现行刑事诉讼法第191条的规定，第二审法院发现第一审法院的审判违反法定诉讼程序，影响公正审判的，可以撤销原判、发回重审。也有一些辩护律师根据这一条文，针对第一审法院

审判中存在的程序性违法问题，向第二审法院提出了申请宣告一审判决无效的辩护。不难看出，被告人及其辩护人就警察、检察官、法官违反法定诉讼程序问题所作的辩护，实属于一种新型的辩护形态。用美国著名辩护律师德肖微茨的话来说，这种辩护是一种“以攻代守”地对付政府检控方的辩护方式，也就是通过指控侦查人员的违法行为和侵权行为，将“政府置于被告的地位让他为自己的非法行为受审”。对于这种新型的辩护形态，笔者将之称为“程序性辩护”。当然，“程序性辩护”可以有广义和狭义之分。广义上的程序性辩护可泛指所有以刑事诉讼程序而依据的辩护活动。例如，辩护方认为某一法官或陪审员参与审判将影响案件的公正审判，从而提出了要求裁判者回避的申请；辩护方认为某一法院不具有法定的管辖权，或者认为有该法院审判案件将会影响案件的公正审判，从而提出了变更案件审判管辖的申请；辩护方认为案件按照法院所确定的日期开庭审判，将影响被告人辩护权的充分和有效形式，从而提出了延期审理或者变更审判日期的申请；辩护方认为检控方所提交的某一证据材料对于被告人极为不利，而开庭前检控方并没有将该证据向其展示，因而提出了要求休庭并针对该证据进行防御准备的申请……上述程序性辩护的直接目的，是促使法庭就某一诉讼争议做出有利于被告人裁决，借此维护被告人的诉讼权利，或者确保某一诉讼程序规范的实施。但是，假如警察、检察官、法官在诉讼过程中违反了法定的诉讼程序规范，或者严重侵犯了被告人的基本权利，辩护方针对这种程序性违法所进行的程序性辩护活动，就与一般的程序性辩护发生了明显的差别。对于这种旨在申请法庭宣告警察、检察官或下

级法官存在程序性违法行为的辩护，我们可以称之为“狭义上的程序性辩护”。与一般的程序性辩护也不相同，“狭义上的程序性辩护”所涉及的不是一般意义上的刑事诉讼程序问题，而主要是警察、检察官、法官在诉讼过程中是否存在违反法定诉讼程序或是否实施过诉讼侵权行为的问题。辩护方所提出的程序性申请也不是一般的旨在实施某一诉讼程序的诉讼请求，其最终目的是通过说服法庭判定警察、检察官、法官存在程序性违法或者诉讼侵权行为，从而宣告某一侦查、公诉或裁判行为丧失法律效力。换言之，程序性辩护所寻求的是对侦查、公诉和裁判行为违法之宣告，以及针对这种程序行为法所施加的程序性制裁。在本文以下的讨论中，如无特别的强调和指明，“程序性辩护”就是指这种“狭义上的程序性辩护”。司法审查之诉 德肖微茨将这种带有进攻性的程序性辩护视为“最好的辩护”。原因在于这种辩护将侦查官员、公诉人乃至初审法官置于一种被控告和受审判的诉讼境地，使得他们所实施的违反法定诉讼程序特别是侵犯被告人宪法性权利的行为处于不得不接受审查和裁判的位置。通过这种“以攻为守”的辩护活动，被告人是否应承担刑事责任的问题暂时被放置一边，警察、检察官甚至初审法官的诉讼行为之合法性问题则变成法庭审判的对象，从而构成一项新的、独立的诉讼。因此，在一个宪法性权利和程序性救济制度较为发达的社会里，程序性辩护所引发的其实是一种新的、独立的诉讼形态，也就是英国学者所说的“审判之中的审判”、“案中案”或“诉中诉”（英文均为trial within a trial）。如果说原来的诉讼属于典型的刑事诉讼形态的话，那么，这种旨在解决侦查、公诉或裁判官员是否存在程序性违

法行为的诉讼活动，则属于一种独立的“司法审查之诉”。如果说原来的刑事诉讼属于传统的“政府诉被告人”也就是所谓的“官告民”的诉讼形态，那么，这种“司法审查之诉”则属于新型的“被告人诉警察”、“被告人诉检察官”或者“被告人诉初审法官”的形态，也就是中国人通常所称的“民告官”形态。当然，与实体性辩护不同的是，程序性辩护并不直接从实体法和证据的角度追求被告人无罪或罪轻之裁判结局，而是促使法庭裁判某一侦查行为、公诉行为或者裁判行为丧失法律效力。具体而言，一旦程序性辩护获得成功，法庭就会以权威的方式宣告检控方的某一证据无效、某一起诉无效或者初审法院所作的有罪裁决被推翻。程序性辩护所寻求的恰恰就在于程序性制裁措施的实施。通过一系列的抗辩和交涉活动，辩护方需要将刑事诉讼中存在程序性违法的情况诉诸中立的法庭。这就意味着辩护方在对检控方指控的犯罪事实加以防御的过程中，采取了一种新型的、带有攻击性的策略：辩护方不是消极地指称“指控不具备刑法所确立的犯罪构成要件”或者“指控并不具备法定的证据和事实基础”，而是积极地“指控”侦查官员、检察官或法官存在违反法律程序的行为，并要求法庭对这一点加以审查和确认。而一旦法庭真的认定侦查官员、检察官或法官在刑事诉讼过程中存在程序性违法行为，或者严重侵犯了嫌疑人、被告人的基本权利，那么，辩护方所进一步寻求的就必将是促使法庭宣告有关官方诉讼行为无效。具体到中国现行的刑事诉讼制度中，这种“诉讼行为无效”意味着侦查人员以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法手段所获取的言辞证据不再具有可采性，法院拥有排除该非法证据的最后权利；同时，

第二审法院对于第一审法院所实施的严重违反法律程序，影响公正审判的审判行为，也可以做出撤销原判、发回重审的裁定。正因为如此，程序性辩护实际是一种旨在寻求对官方侵权行为实施程序性制裁的辩护形态。这种辩护的直接目标就在于促使法庭宣告警察、检察官或法官的程序性违法行为无效，从而使得这些违反诉讼游戏规则的“官方违法者”遭受某种程度的惩罚和制裁。这种辩护形态，我们可以称为“攻击性辩护”。通过程序性辩护活动，辩护方就从消极的防御变为积极的进攻；辩护方从被动地作出无罪或者罪轻的抗辩，变为主动地对警察、检察官或法官的程序性违法行为提出指控；这种辩护还使得被告人在受到刑事指控的过程中提出了一种独立的诉讼主张，导致检警机构竟然称为“程序意义上的被告人”，甚至成为接受法庭审判的被裁判者，成为接受程序性制裁的被惩罚者。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com