

如何有效保障律师的辩护权

前沿话题

白晨

刑事辩护权是公民的一项基本权利,是衡量一个国家民主法治发展水平的重要尺度,我国宪法、刑事诉讼法等均规定公民有获得刑事辩护的权利。但近年来,“刑事辩护难”一直是困扰我国刑事司法的重大问题,甚至不乏辩护律师在庭前或者庭中与法官发生冲突的事件,距离“有效辩护”标准还存在较大的差距。鉴于此,笔者以法官的视角为切入点,认为:对律师辩护权的有效保障应当以对辩护律师的职业尊重为前提,以其基本权利保障为核心,并审慎对待其辩护意见为最终体现。

以职业尊重为前提

从历史的角度来看,律师是法治文明的产物。但从一般的社会评价来看,对律师职业的评价几乎是毁誉参半,这是由于律师职业的逐利性与个别律师缺乏职业道德所导致的后果。法官对律师职业存在不尊重现象,主要源于我国长期的“官本位”思想,很多法官在习惯上认为公检法三机关都是体制内的,在办案过程中协作配合较多,而律师的进入则增加了“诉累”和不确定性,因此把律师视为“局外人”。这是对我国诉讼构造的不理性认识,需要予以纠正。事实上,无论法官、检察官还是律师都是司法制度体系中不可或缺的部分,其共同组成了法律职业共同体。他们有着相同的知识背景而且有着共同的法治信仰,更为重要的是都以捍卫公平正义为工作目标。法

以权利保障为核心

官只有对律师职业尊重,才能发自心底地尊重法律,尊重对被告人辩护权利的保护,尊重公平正义的实现。

以权利保障为核心

在刑事审判过程中,除了对诉讼职能进行区分外,由于刑事诉讼的特殊性还有必要保持控诉和辩护职能的相对平衡,这在很大程度上取决于控辩双方诉讼地位的平等以及对被告人一方诉讼权利的保障。从整个刑事诉讼的进程来看,检察机关作为国家利益的代表,以国家的名义行使刑事追诉权,检察官作为案件的具体代表进行控诉,具有较高的专业能力,并可以获得国家提供的司法资源,以国家权力作为后盾。而被告人往往文化水平不高、专业能力不足,在进入司法程序后还常常处于被限制人身自由的状态,本人无法充分地从事收集、调查证据的活动,同时心理上处于恐慌和孤独的劣势地位,并承担着“应当如实回答”的义务。因此,法律赋予被告人一系列特殊的程序保障和特权,以使其能够有能力 and 控诉方进行对抗,这当中最为重要的就是具有专业技能辩护律师参与刑事辩护中尤其是庭审中。

辩护律师在庭审中虽然不具有诉讼主体的地位,但作为辩护职能的协助承担者,具有独立的诉讼地位,在不违反法律规定的情况下,以维护被告人的合法权益为宗旨。依法保障辩护律师诉讼权利尤其要做好以下三个方面工作:第一,保障辩护律师的知情权,对公诉机关移送至人民法院的案卷材料,保障辩护律师有全面查阅、摘抄、复制的权利,并为其提供方便;第二,保障辩护律师在法庭中的举证、质证权,对其提出的非法证据排除申请、证人出庭申请、调查证据申请等诉讼请求,认

以审慎判断为落脚点

真对待,依法处理;第三,保障辩护律师充分发表辩护意见的权利,给予其充足的时间和机会。在司法实践中,部分法官以提高庭审效率为由,限制辩护律师发表意见,更有甚者直接让辩护人提交书面意见代替在庭审中辩护意见的发表,这些都是法官侵害辩护律师辩护权的错误做法。

以审慎判断为落脚点

“审慎”一词的释义为周密而慎重,出自《汉书·于定国传》,“其决疑平法,务在哀矜,罪疑从轻,加审慎之心”。法官充分保障辩护律师辩护权的落脚点,在于法官对其提出的辩护意见审慎对待,并在裁判文书中予以详细回应,这也是庭审实质化改革的应有之意。对辩护权的真正保障,就是要从

“形式上辩护权的行使”向“实质上法官认真全面地听取辩护意见”转变。

在充分听取辩护律师意见的基础上,案件的事实认定、法律适用应当充分考量其意见的合理性,并据此慎重作出最终的裁判。具体而言,法官应当根据法庭调查、法庭辩论程序的开展情况,综合运用证据规则、逻辑推理和经验法则等,对于辩护人所提出对被告人有利的辩护意见,在裁判文书中依法予以回应,并进行相应的解释说明与理由阐述。“裁判文书是司法的语言,是审判活动的载体,是法官的证明书,彰显着司法的公平正义。”只有将法官的心证过程一一落实在裁判文书的文字之中,通过详细的裁判理由阐述,方能做到裁判有理有据,是体现司法公正的重要载体。



政府投资工程项目代建制的依法规范与完善

前沿观点

谭吉

政府投资工程项目代建制(以下简称代建制)对于提升项目管理的专业化水平,克服政府投资项目“重审批、轻管理”的弊端,节省建设成本具有重要意义。在代建制中,由于有政府投资的信用保证,加之有代建管理费这一合理且独特的利益安排,因而受到代建企业的普遍青睐。近年来,由于多种原因,代建制领域的工程款纠纷案件数量不断增多,进而影响到该制度实践的效果。

代建制实施及纠纷解决中存在的突出问题

(一)提高工程项目管理专业化水平的代建制政策初衷被异化,逐渐成为政府建设方借以推诿其付款责任的工具

在政府投资工程建设中探索实行代建制,制度初衷的主要目的在于隔离建设单位的风险。对此,通过代建制实施之初的《国务院关于投资体制改革的决定》(国发〔2004〕20号)、《财政部关于切实加强政府投资项目代建制财政财务管理有关问题的指导意见》(财建〔2004〕300号)、国家发展和改革委员会2014年发布的《中央预算内

直接投资项目管理暂行办法》(以下简称《办法》)等政策文件,我们可以确定,代建制的基本政策框架为:第一,对非经营性政府投资项目加快推行代建制,即通过招标等方式,选择专业化的项目管理单位负责建设实施,严格控制项目投资、质量和工期,竣工验收后移交使用单位;第二,实行代建制的工程项目建设资金由财政部门按规定向代建单位或建设单位拨付,代建管理费由代建单位向财政部门申请另行拨付;第三,对于项目单位缺乏相关专业技术人员和建设管理经验的直接投资项目,项目审批部门应当在批复可行性研究报告时要求实行代理建设制度(代建制),通过招标等方式选择具备工程项目管理资质的工程咨询机构,作为项目管理单位负责组织项目的建设实施;第四,代建单位按照合同约定,履行工程建设相关职责,对代建项目的工程质量、安全、进度和资金管理负责。按照上述政策规定,在代建制中,政府建设方作为业主方负担建设资金的义务是非常明确的,所要隔离的“风险”主要是建设单位因缺乏专业能力可能导致的成本超支、质量低劣、工期超限等工程管理风险。

(二)代建制中的委托代理关系不明确,案类裁判差异明显,项目业主方付款责任承担不一

实践中,政府投资工程代建项目一般都通过签订政府业主方与代建方的《委托代建合同》和代建方与施工方的《建设工程施工合同》两个合同来完成,此种合同结构安排,形式上即阻断了政府业

主方与施工方之间的法律关系。由于没有法律规定和统一司法指导意见,基于对代建制设计的初衷目的、合同相对性原理及其委托代理关系的不直接等的认识差异,进而导致一些自相矛盾的地方司法指导意见或裁判结果迥异的判决出现,对于因代建而形成的工程款纠纷,在代建工程款责任主体认定上,有关法院的裁判结果也是差异巨大。有的认为,政府投资项目中的代建制不属于民事委托代理关系,虽然代建方与承包人签订了施工合同,但业主以发包人的身份参与涉案工程招标,履行了项目法人的部分责任,因而判决业主与代建方承担连带责任;有的认为代建制构成委托代理关系,业主作为被代理人理应承受代建方实施的代理行为的法律效果,因而判决业主单独承担付款责任;有的基于合同相对性原则,认为代建方与承包方之间的施工合同不能约束业主方,判决由代建方单独承担付款责任。如,(2015)冀民一终字第240号判决书,(2014)苏民终字第00419号判决书,(2020)最高法民终848号判决书,(2016)浙01民终3532号判决书,(2018)最高法民申4333号裁定书等。同类案件的不同裁判结果,导致类案纠纷的增加和施工方利益保护的困惑,同时对不同地区的营商环境构成不同的影响。

代建制依法规范和完善的重点

(一)明确代建制法律关系的性质和法律适

用的根据

《中共中央、国务院关于深化投融资体制改革的意见》和前述《办法》等文件,明确将“代建制”中的“代建”表述为“代理建设”。基于前述代建关系中两个合同标的的同一性,笔者认为,应将代建制的法律关系性质确定为我国民法典第九百二十五条和第九百二十六条规定的间接代理制度。在代建法律关系中,政府建设方应是被代理人(发出人),代建单位是工程建设管理的代理人(非总承包人),施工方是代建工程的施工承包方。代建制的主要价值和作用在于隔离政府建设方因缺乏专业能力所可能导致的成本超支、质量低劣、工期超限等工程管理风险,而不能成为政府建设方不承担工程建设资金付款责任的“挡箭牌”。

(二)明确建设方对工程价款的最终承担责任

无论是在经营性政府投资项目中,还是在非经营性政府投资项目中,除非政府建设方与代建方有符合公平、诚信交易原则的相反约定,或者政府建设方向代建方预支了建设资金或承诺了相应支付工程价款的最终责任主体。唯有如此,代建制才能更加规范健康地发展,与代建有关的个案公平正义才能得到真正实现,也更能法治轨道上助推法治政府建设目标的实现,法治化营商环境水平的不断提升。

少捕慎诉慎押刑事司法政策的贯彻落实

前沿关注

闫薇

近20年来,刑事犯罪结构发生重大变化,起诉严重暴力犯罪从16.2万人降至6万人,醉驾、侵犯知识产权、破坏环境资源等新型危害经济社会管理秩序犯罪大幅上升,被判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件占比从54.4%上升至83.2%。最高人民检察院发布了《“十四五”时期检察工作发展规划》,要求全面贯彻宽严相济刑事政策,落实少捕慎诉慎押刑事司法理念。2021年4月,中央全面依法治国委员会把“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策,依法推进非羁押强制措施适用”确定为年度工作重点,将少捕慎诉慎押从司法理念上升为党和国家刑事司法政策。

在此之前,司法实践中长期存在着“构罪即捕”“构罪即诉”的惯性做法,将逮捕的标准、起诉的标准和构成犯罪的标准混为一体,将诉讼程序保障与实体处罚混为一体,不考虑羁押必要性和起诉必要性,存在着羁押率、起诉率过高的问题。对于可能被判处三年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件依然不敢适用取保候审、监视居住等非羁押性强制措施,甚至强制措施与判决量刑被绑定在一起,一般采取羁押性强制措施的犯罪嫌疑人多被

起诉且判处实刑。

羁押本身也是一种刑罚,羁押是对人身自由的限制和剥夺,而在被判决有罪之前,被追诉人在法律上处于无罪状态,对其人身自由这类基本权利的的限制和剥夺应当慎重。羁押不仅不利于保障人权,且羁押需要大量的人力、物力资源投入,还存在着因被羁押人员不能正常工作生活,创造社会价值带来的隐性成本。在看守所内由于资源有限通常管理精细化程度不高,实行不区分犯罪类型关押,因为被羁押在看守所内发生“交叉感染”的情况比比皆是,反而可能进一步加大了社会治理的成本。当然,在某些案件中,需要在诉前进行羁押以保障证据不被破坏、诉讼程序顺利进行和防止犯罪嫌疑人再次危害社会等,但必须根据具体情况综合判定羁押的必要性,而非将羁押作为常态措施。

起诉是刑事诉讼流程中的一个独立的程序,不起诉是诉讼程序中重要的过滤和分流机制。司法资源的有限性以及刑事案件的多样性,决定了没有将所有案件均置于法庭中接受审判的必要。若对刑事案件不加以区分一律起诉,不仅会对司法资源形成浪费,降低诉讼效率,也会对实质上司法公平造成损害,造成刑罚权的滥用,同时不利于起诉独立程序的价值体现。案件被起诉后,被告人即产生前科记录,对其本人及子女均将产生不利影响,犯罪治理不应只有单一路径,多种处理方

式结合更有利于合理分配资源和科学化犯罪治理。近年来,“昆山反杀案”等一系列受到社会广泛关注的案件以检察机关不起诉的方式解决,均取得了较好的法律效果和社会效果。科学地评估案件的起诉必要性,谨慎地使用起诉权力,正是“慎诉”的题中之义。

综上,少捕慎诉慎押刑事司法政策不仅是严重暴力犯罪大幅减少、刑事犯罪结构变化的要求,更是司法文明程度提高、犯罪治理更加精细化、科学化的体现。这一政策需要司法人员持续更新司法理念,准确把握少捕慎诉慎押的功能作用。同时,为了更好地贯彻落实少捕慎诉慎押刑事司法政策,还需要对相关的司法制度或机制做进一步完善。

首先是对逮捕程序的完善。逮捕程序关系到犯罪嫌疑人的人身自由,其重要程度不言而喻,决定的作出应当慎之又慎,但却多以封闭式结构进行,检察机关工作人员多以书面材料审查的方式单方面作出,难以保障其公正性。故应当健全审查逮捕意见听取与说理机制,允许犯罪嫌疑人及其律师参与并提出意见,使各方意见得以有效表达,以公开促公正,提高逮捕决定作出的准确性、权威性。同时,关于逮捕条件的规定虽然在不断细化,但在针对性方面仍然有所欠缺,存在较大主观解释空间,比如一些司法人员仅根据犯罪嫌疑人是否系本地居民、有无固定职业而简单判断其是

否具有社会危险性,而非从实质角度判断犯罪嫌疑人是否真正具有社会危险性。

其次是对取保候审程序的规范。9月21日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部联合发布《关于取保候审若干问题的规定》,对1999年印发的原规定内容进行了修订,对取保候审工作作了更进一步的细化规范,明确了取保候审的适用条件,规范了取保候审的工作流程,规范程序是扩大取保候审强制措施适用的前提,此外,通过增设相应机制和提高资源投入,提高社会监控能力,增强对被取保候审人的动态管理,消除影响诉讼进程的风险,有利于进一步消除采取取保候审强制措施的障碍。

最后是加强羁押必要性审查。自2021年7月1日最高人民检察院决定在全国检察机关组织开展羁押必要性审查专项活动以来,审前羁押率明显下降,一些长期羁押的情况得到一定清理,但羁押必要性审查作为一项司法制度在专项活动结束后在司法实践中如何不被虚化,还需要得到更多关注。根本上还需要在司法理念及制度构建方面加以完善,完善启动方式、审查主体、审查方式、救济途径等,科学化司法人员考核指标,避免捕后轻缓刑率和羁押必要性审查制度相冲突,消除办案人员的心理负担,使得犯罪嫌疑人、被告人的人身自由权利在其被逮捕后,在案件的侦查、审查起诉、审判阶段全流程均能获得重新被评估的机会。

观点新解

丁晓东谈个人信息私法融合保护的解读——其法律渊源包括宪法与民法



中国人民大学法学院丁晓东在《法治研究》2022年第5期上发表题为《个人信息私法融合保护的多维解读》的文章中指出:

个人信息保护制度在多个层面呈现了公私法融合特征。其法律渊源同时包括宪法与民法;其调整关系为持续性不平等的处理关系;其保护群体同时囊括个体与群体;其保护法益兼具公益与私益;其告知同意制度具有合同的表面特征,但与合同具有本质性区别;其损害赔偿需要面对大规模、微型、不确定性的伤害,与违约责任和侵权救济具有很大区别;其监管采取了合作治理模式,很多措施介于政府监管与自我规制之间。公私法本身是一种人为想象,其二元划分也并非历史必然。从公私法融合的角度出发,不仅有利于深化对个人信

宋伟哲谈既有住宅加装电梯——应当充分尊重业主自治原则



华东政法大学宋伟哲在《河北法学》2022年第9期上发表题为《既有住宅加装电梯的困境、批判与对策》的文章中指出:

既有住宅加装电梯,引发大量矛盾冲突。主要存在安全隐患巨大、资金筹集困难、侵犯相邻权益、高额经济损失等问题。透过这些表面现象,会发现导致这些问题背后的深层次原因,比如巨大市场的推动、误解物权法律、政府角色迷失、司法公正存疑等。在未来的加装电梯过程中,应当充分尊重业主自治原则,政府部门要制定严格的加装标准,出台合理的补偿方案,正确适用法律进行表决。从长远角度看,这一问题的解决不但需要法律制度的完善,更需要改变传统的养老观念。

孙丽岩谈政府数据开放——可满足部门日常行政管理的需要



厦门大学法学院孙丽岩在《法学家》2022年第5期上发表题为《政府数据开放范围裁量权的法律控制》的文章中指出:

开放政府掌握的大数据兼具提升政府治理和服务社会发展等多重价值,适当的开放既可满足部门日常行政管理的需要,又能够从公共利益出发将开放限定在合理范围内。实践中对数据开放范围、强度的裁量存在概括性规定过多,操作空间过大等问题,为管控数据的行政权力专断提供了可能。控制数据开放裁量权应在严格控制目的和灵活管理需要之间寻求平衡,按照“两端缩小,中间引导”建立权力控制机制,在重点领域开放与敏感数据不开放的内容上寻求裁量空间,同时严格规范依申请开放的程序,保证裁量权在符合行政目的理性空间内得到充分行使。

李浩谈对民事讼案件实行繁简分流——是深化我国诉讼制度改革的重要内容之一



南京师范大学法学院李浩在《法制与社会发展》2022年第5期上发表题为《区分民事案件繁简的标准与方法——繁简分流基础性问题研究》的文章中指出:

对民事讼案件实行繁简分流是深化我国诉讼制度改革的重要内容之一。用何种标准区分繁案与简案以及采用何种方法对繁案与简案进行识别、筛选,是进行繁简分流的基础性工作。区分案件繁简的标准有形式性标准和实质性标准之分,我国采用的是实质性标准,就是要根据案件本身是简单还是复杂以及法院审理起来是难还是易来对案件进行区分。

(赵珊珊 整理)