

法律帮助实质化视野下值班律师诉讼权利研究

蔡元培

内容提要:法律修改和司法解释的出台并没有为围绕值班律师的相关争论划上句号。法律地位并不必然决定诉讼权利,值班律师拥有哪些诉讼权利仍然需要对具体规则和法律价值进行解释和分析。运用多种解释方法可知,《刑事诉讼法》已经明确值班律师享有会见权、阅卷权、核实证据权、调查取证权等权利,还建立了相应的程序机制来保障这些权利得以实现。为了破解实践中法律帮助形式化问题,学界提出了“辩护人化”和“全覆盖化”两种进路,但两种方案均脱离实际,而且会否定值班律师制度的独立价值。可行的方案是以诉讼权利为核心实现法律帮助的实质化,认真对待值班律师的诉讼权利,完善值班律师诉讼权利的保障机制,激励并监督值班律师对诉讼权利的积极行使。刑事诉讼法真正的难题不是“法律如何修改”,而是“法律如何实施”。

关键词:值班律师 诉讼权利 法律帮助 辩护人化

蔡元培,中国政法大学刑事司法学院讲师。

一 引言

2018年《刑事诉讼法》的第三次修改正式在法律层面确立了我国值班律师制度。2019年10月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部制定《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称“《认罪认罚意见》”);2020年8月,两高三部又出台了《法律援助值班律师工作办法》(下称“《值班律师工作办法》”)。这些司法解释对值班律师的地位、职责、诉讼权利等内容进行了细化。按理说,我国值班律师的法律地位和诉讼权利已经基本明确,然而事实是,学界围绕值班律师的分歧越来越大。在《刑事诉讼法》修改之前,法学界已经围绕值班律师的法律定位和诉讼权利展开了争论,但《刑事诉讼法》的修改并没有为这一争论划上句号。

围绕值班律师的研究大致分为两类。第一类是从立法论的角度对2018年《刑事诉讼法》进行批判,认为法律帮助的作用过于局限,应当进一步修改立法,赋予其辩护人地位。

如有学者提出,“值班律师如果无法作为辩护律师,继而无法全程充分行使辩护权,仅停留在法律帮助层面,无法主动会见当事人、无法阅卷等,导致其发挥的作用有限,对有效辩护的贡献也相对较小”。^[1] 有学者认为,当下值班律师抽象的“提供法律帮助”的定位抑或具体的五项职责,与刑事诉讼法规定的辩护人及其辩护职责并无本质区别,因此从应然层面讲其属性应当是辩护人。^[2] 第二类是从解释论的角度出发,认为值班律师“法律帮助人”的地位会导致其诉讼权利过于狭窄。按照通常的理解,诉讼地位决定诉讼权利,由于值班律师不具有辩护人地位,自然可以推导出其不享有辩护人所具有的诉讼权利。基于此,有学者提出,值班律师地位、权利不明朗,立法不应当在普通的辩护律师之外,再创造出一种值班律师。^[3] 有学者认为,认罪认罚案件中值班律师的见证人化是其功能异化的体现,将会导致值班律师的权利被极大地限缩,有效辩护难以实现。^[4] 有学者认为,《刑事诉讼法》第173条第3款规定的“必要便利”内涵过于笼统、模糊,从而导致值班律师诉讼权利不明朗,法律对于权利规定的模糊性导致值班律师很难开展实质性的辩护。^[5]

上述研究尽管对于推动立法的变革有一定的启发作用,但也有较为明显的局限性。其一,尽管值班律师的法律定位已经确定,但不意味着值班律师的诉讼权利没有任何解释的空间。学者们围绕值班律师的诉讼权利表达了一些观点和立场,但是最重要的立场——法律的立场被忽视。其二,2018年《刑事诉讼法》刚刚修订,短期内不可能再次修改,司法解释也不可能提前预见实践中的所有问题。即便《值班律师工作办法》明确了值班律师享有会见权、阅卷权,但是回避了值班律师的其他权利,对于保障值班律师诉讼权利实现的相关机制也缺乏规定。既然法律和司法解释已经在全国范围内正式生效,司法工作人员就应当执行最新的规定。立法论者动辄主张修法或制定司法解释来解决问题是不现实的。

本文认为,并非只有将值班律师“辩护人化”才能赋予其相应的诉讼权利,值班律师拥有何种诉讼权利需要分析法律的具体规定。通过文义解释、体系解释、目的解释等方法,从法教义学视角分析,我们有理由认为,《刑事诉讼法》不仅对值班律师享有会见权、阅卷权、核实证据权、调查取证权等诉讼权利持肯定立场,还建立了相应的程序机制来保障这些权利的行使。目前学界提出的“从法律帮助走向有效辩护”的改革设想,既缺乏可行性,也否定了值班律师制度的设立初衷。

二 值班律师的诉讼地位

(一) 值班律师的性质

在2018年修改的《刑事诉讼法》中,涉及值班律师的规定共有三处,分别是第36条关

[1] 樊崇义:《2018年〈刑事诉讼法〉最新修改解读》,《中国法律评论》2018年第6期,第11页。

[2] 参见顾永忠:《追根溯源:再论值班律师的应然定位》,《法学杂志》2018年第9期,第13页。

[3] 参见魏晓娜:《结构视角下的认罪认罚从宽制度》,《法学家》2019年第2期,第121页。

[4] 参见杨波:《论认罪认罚案件中值班律师制度的功能定位》,《浙江工商大学学报》2018年第3期,第34页。

[5] 参见胡铭:《律师在认罪认罚从宽制度中的定位及其完善——以Z省H市为例的实证分析》,《中国刑事法杂志》2018年第5期,第116页;詹建红:《刑事案件律师辩护何以全覆盖——以值班律师角色定位为中心的思考》,《法学论坛》2019年第4期,第24页。

于值班律师的适用条件、职责和介入程序的规定,第 173 条关于听取值班律师意见和提供必要便利的规定以及第 174 条关于签署具结书时值班律师享有在场权的规定。对于值班律师的性质可以从三个方面理解。

1. 值班律师是犯罪嫌疑人、被告人的“法律帮助者”而非辩护人

所谓“帮助”,意指“替人出力、出主意或给以物质上、精神上的支援”。^[6]“法律帮助”一词,最早见于 1996 年《刑事诉讼法》关于侦查阶段律师职能的概括。该法规定,犯罪嫌疑人自第一次讯问或采取强制措施之日起可以委托律师提供法律咨询、代理申诉、控告。但是,该法同时又规定,自审查起诉之日起才可以委托辩护人,也即律师在侦查阶段可以聘请律师,但还不能享有辩护人的地位。于是,理论界提出用“提供法律帮助的人”来概括侦查阶段的律师地位。根据 2018 年《刑事诉讼法》第 36 条,将值班律师提供的服务规定为“法律帮助”,而非辩护。此外,在该法第 173 条和第 174 条中,立法者也将值班律师和辩护人并列规定,显然二者不是同一主体。但是法律帮助并不是纯粹的辅助或者协助。真正意义上的法律帮助,是要替他人切实解决法律问题,排除具体的法律困难,主动地从实务上、精神上给予法律上的支持。总之,值班律师不是一个被动的法律顾问,也不是国家对穷人的“施舍”。^[7]作为被追诉人最忠实的依靠,值班律师的法律帮助应当能够帮助被追诉人预见司法裁判的各种可能结果,使其合法权益得到更好地维护。

2. 值班律师制度是辩护制度的有益补充

虽然法律帮助不同于辩护,但是“法律帮助”和辩护有着相同的目标,均是为了维护被追诉人的合法权益。尽管立法者使用“法律帮助”一词,认为我国值班律师尚无法完全承担辩护人的使命,但是就目标而言,“法律帮助”和“辩护”也有相同之处,其目的都是为了保障犯罪嫌疑人、被告人辩护权的行使,推动有效辩护的实现。尽管值班律师的法律帮助在具体操作层面与辩护律师有异,但在立法者看来,值班律师的便捷性和灵活性可以弥补传统辩护制度的不足,切实维护当事人的合法权益。因此,值班律师制度和辩护制度应当是相辅相成、互相补充的关系。

3. 值班律师的法律帮助具有公共性、便捷性和灵活性的特征

囿于我国刑事辩护率和发达国家差距较大,值班律师在未来一段时间内需要充当本应由辩护律师承担的角色,但是这并不意味着值班律师制度和辩护制度相比毫无特色。相比辩护律师,值班律师的优势主要体现在公共性、便捷性和灵活性三个方面。首先是公共性。值班律师是无偿为被追诉人提供法律服务的人,是我国法律援助制度的重要组成部分,值班律师的管理、分配和指派也都由法律援助机构来完成。其次是便捷性。值班律师由于在固定场所值班,可以随时为当事人提供法律帮助,相比辩护律师“接受委托—预约会见—了解案情—提出意见”的方式,成本更低,更加便捷。如果将来在立法上赋予律师讯问在场权,值班律师也可以应对那些辩护律师缺席的临时性讯问,充分发挥其在固定场所值班的优势。最后是灵活性。由于立法者对值班律师采取概括和开放的态度,值班

[6] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第七版),商务印书馆 2019 年版,第 40 页。

[7] 参见蔡元培:《法律帮助的理念误区与教义形塑》,《宁夏社会科学》2021 年第 1 期,第 95 页。

律师的工作内容、工作方式都有相当的弹性,可以满足多元化的司法实践需要。

(二) 值班律师与辩护律师的区别

尽管值班律师同辩护律师有诸多相同点,但是,他们的不同之处也十分明显,主要表现在身份、职责、法律责任三个方面。

1. 身份不同

辩护律师是法律服务市场上的自由职业者。而值班律师则是法律援助机构的工作人员,值班律师和当事人之间的法律关系是基于法律援助机构的指派而产生的,而非当事人的委托,因而不具有商业性。身份的不同是值班律师和辩护律师之间的根本区别。实践中,辩护律师受利益的驱动,凡事以当事人为中心,以胜诉为目标。对于值班律师而言,由于服务的低回报以及办案的压力,问题更多体现在是否积极提供帮助和具有奉献精神等方面。

2. 职责不同

辩护律师的职责是全面维护委托人的合法权益,而且必须尽职尽责,否则有违辩护律师的职业伦理。而就值班律师的履职情况看,无论是工作内容还是忠诚义务,和辩护律师相比都相对有限。《刑事诉讼法》第36条规定了值班律师四项基本职责,《值班律师工作办法》第6条对此做了进一步细化,值班律师的职责不包括出庭辩护,对其履职的勤勉和专业性要求也没有辩护律师那么严格。在一些资源紧缺的地区,一名值班律师在值班期间需要同时承担数十名当事人的法律帮助任务,如果以辩护律师的工作职责和勤勉程度要求值班律师,既不现实,也不利于吸引更多的年轻律师加入到值班律师的工作队伍。正如有学者所言,既强调值班律师参与的广度又要求参与的深度,那么对值班律师而言确实是一对矛盾、一个难题。^[8]

3. 法律责任不同

辩护律师作为被追诉人合法权益的专门维护者,一旦违反了忠诚勤勉义务,可能面临相对严厉的法律后果,当事人也有权向辩护律师所在的律师事务所和律师协会进行投诉。实践中,甚至有法院借鉴了美国的“无效辩护”制度,将律师的无效辩护行为纳入程序性制裁的对象,并通过向司法行政机关发出司法建议书,对不履行辩护职责的律师启动纪律惩戒程序。^[9]值班律师则不承担这么严重的法律后果。值班律师如果违反勤勉义务,尽管法律援助机构可以通过质量控制的方式加强对值班律师的监督,但目前来看,对值班律师的惩戒仍然是极个别的情况。

(三) 值班律师法律帮助的实质化及路径设想

设立值班律师制度的初衷是最大限度地维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,弥补辩护律师队伍的不足,然而在实践中,值班律师的法律帮助逐渐走向形式化,立法者的预期远远没有实现。一些值班律师提供法律帮助的主动性不强,甚至直接放弃阅卷和会见的权利,只是为犯罪嫌疑人提供简单的法律咨询,而帮助申请变更强制措施、进行量刑协商

[8] 参见韩旭:《2018年刑法中认罪罚从宽制度》,《法治研究》2019年第1期,第45页。

[9] 参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,《当代法学》2017年第6期,第3页。

的很少。^[10] 一些司法机关为了办案的便利,只在签署认罪认罚具结书时通知值班律师到场,对于值班律师其他的法律帮助心存抵触,甚至不予提供“必要便利”。事实上,如果仅仅需要见证认罪认罚的自愿性,是不需要律师的,任何一名普通证人都可以见证,甚至同步录音录像也可以实现这一目的。

导致值班律师积极性不高的原因是多方面的。首先,法律援助经费不到位。值班律师的补助多由法律援助机构发放,每天大约在 100 至 200 元不等,发达城市可达 500 元。相对于社会律师而言,这个补助十分微薄,与其付出的工作量及可能承担的诉讼风险不成比例。^[11] 其次,值班律师的咨询量较大,人员紧缺。在一些偏远地区,法律援助机构的人员十分稀少,无法满足看守所、人民检察院的需求,有些地方还存在值班场所受限的问题。就目前的机制来看,法律援助机构动员社会律师的难度也较大。值班律师的人均办案量过大,也不利于保证每个案件的质量。最后,法律援助机构对值班律师缺乏相应的管理、培训和考核,缺乏制度上的约束和激励。

为了破解法律帮助形式化问题,最大程度保障犯罪嫌疑人的合法权益,学界提出了多种改革设想,其中呼声较高的方案有两种。第一种方案是值班律师“辩护人化”。有学者认为,只要值班律师提供的是“法律帮助”而不是“辩护”,其辩护的有效性就难以得到真正保障。^[12] 有学者提出,应当将值班律师制度改造成真正的指定辩护制度,确保每个被告人获得律师辩护的机会,有效行使会见、阅卷和调查的权利,并与公诉方进行平等的协商和对话。^[13] 第二种方案是将值班律师制度当作法律援助全覆盖的过渡性机制,提倡在未来的改革中进一步扩大指派法律援助律师的范围,值班律师可以作为法律援助律师到来之前的应急性角色。有学者指出,无论是认罪案件,还是不认罪案件,审前阶段的辩护都是不可或缺的,应当对所有可能判处三年以上有期徒刑的被追诉人提供法律援助。^[14] 也有学者提出,应在坚持值班律师属于特殊的法律援助律师这一角色定位的基础上,充分发挥值班律师的辩护前法律帮助功能,并进一步发展完善法律援助制度,值班律师则作为必要补充。^[15]

笔者认为,无论是值班律师“辩护人化”,还是法律援助的“全覆盖化”,都具有一定的局限性。

关于“辩护人化”问题,首先,立法者在 2018 年《刑事诉讼法》修改论证过程中已经否定了这一方案。修正案第一稿对值班律师的定位是“辩护”,但是来自各界的反对声音较大,第二稿和第三稿将其改为“法律帮助”,可见这一方案难以获得多数人的认同。其次,

[10] 参见李寿伟主编:《中华人民共和国刑事诉讼法解读》,中国法制出版社 2018 年版,第 412 页。

[11] 参见闵春雷:《认罪认罚案件中的有效辩护》,《当代法学》2017 年第 4 期,第 29 页。

[12] 参见姚莉:《认罪认罚程序中值班律师的角色与功能》,《法商研究》2017 年第 6 期,第 42 页;熊秋红:《审判中心视野下的律师有效辩护》,《当代法学》2017 年第 6 期,第 18 页。

[13] 参见陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,《中国法学》2017 年第 1 期,第 35 页;谭世贵、赖建平:《“刑事诉讼制度改革背景下值班律师制度的构建”研讨会综述》,《中国司法》2017 年第 6 期,第 28 页。

[14] 陈光中、张益南:《推进刑事辩护法律援助全覆盖问题之探讨》,《法学杂志》2018 年第 3 期,第 10 页。

[15] 参见詹建红:《刑事案件律师辩护何以全覆盖——以值班律师角色定位为中心的思考》,《法学论坛》2019 年第 4 期,第 20 页。

值班律师辩护人化会否定值班律师制度本身的价值。根据法治发达国家的经验,值班律师制度是传统辩护制度的有益补充,可以弥补强制辩护的不足。一旦值班律师不再值班,而是走出值班室成为辩护人,那么就会和现有的法律援助制度完全重合,值班律师将被法律援助律师所取代,“角色混同”的结果是从根本上瓦解我国新建立的值班律师制度。^[16]最后,即便值班律师获得了辩护人身份,解决了“名分”问题,但辩护的质量问题仍然无法解决。由于值班律师人员紧缺、办案量大、监管弱化、素质参差不齐,值班辩护人的辩护质量未必会因身份的转变而提高。

关于“全覆盖化”问题,首先,这种方案本质上仍然是寄希望于完善法律援助制度,将值班律师制度作为一种法律援助制度的过渡,一旦法律援助的覆盖面达到改革要求,值班律师制度就会回归“应急性”“补充性”的地位。其次,这种方案极大地受制于人、财、物等经济状况,尤其是我国当前的刑事律师队伍还远不够壮大,为所有被告人提供法律援助辩护尚存在难度。最后,即便这种方案经过努力可以实现,使得被追诉人获得了律师辩护,但是也无法解决法律帮助形式化问题。值班律师的法律帮助相比律师辩护,具有及时性、便捷性的特点,在引导被追诉人申请法律援助、转交相关材料、讯问时律师在场等方面具有一定优势。不能说只要辩护率提高了就不再需要值班律师制度了,辩护和法律帮助互不排斥,都需要完善。

值班律师制度真正的出路,不在于其身份如何界定,而在于其作用如何发挥。对此,笔者提倡的解决方案是——以诉讼权利为核心的“法律帮助实质化”。这一方案旨在通过认真对待值班律师的诉讼权利实现值班律师法律帮助的实质化,具体包括两个层面,一是赋予值班律师相应的诉讼权利,二是完善值班律师诉讼权利的保障机制,同时激励并监督值班律师对诉讼权利的积极行使。

三 值班律师的诉讼权利

(一) 诉讼地位与诉讼权利的关系

如前所述,值班律师在诉讼地位上不同于辩护律师,是“法律帮助者”而非辩护人。但是,不能仅仅从“值班律师不具有辩护人地位”中直接推导出“值班律师不享有辩护人的诉讼权利”这一结论。事实上,诉讼地位并不必然决定诉讼权利。诉讼地位虽会影响诉讼权利,但并不必然决定诉讼权利的多少。决定诉讼权利的核心要素,仍然在于制度所欲保护的法律价值。

随着刑事辩护制度的发展和辩护权的完善,有效辩护问题得到更多关注。但是我国40年来的司法实践表明,仅仅靠辩护人很难承担起“有效辩护”这一重任。我国刑事案件的辩护率平均为20%左右,这意味着八成的犯罪嫌疑人、被告人在受到刑事追诉时,只能靠自行辩护,无法获得律师的专业帮助。在认罪认罚从宽制度改革的推进过程中,一些地方率先探索设立值班律师制度,以保障犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性。需要强调

[16] 参见韩旭:《2018年刑法中认罪认罚从宽制度》,《法治研究》2019年第1期,第38页。

的是,值班律师制度的形成虽然得益于认罪认罚从宽制度试点,但是自 2018 年《刑事诉讼法》修改以后,值班律师制度就不再仅仅局限于认罪认罚案件,而是扩展到了所有刑事案件。无论是认罪案件还是不认罪案件,只要没有委托辩护人,也没有被指派法律援助律师的,均由值班律师提供法律帮助。

尽管值班律师的地位极为重要,但遗憾的是,2018 年《刑事诉讼法》对值班律师的诉讼权利却未作明确规定,只是在《刑事诉讼法》第 173 条第 3 款中规定,检察机关应当为值班律师表达意见“提供必要便利”,这为解释值班律师的诉讼权利留下了空间和余地。尽管学界围绕值班律师还有诸多争议,但是 2018 年《刑事诉讼法》已经生效实施,值班律师制度已经得到法律的认可而确立。对于值班律师的诉讼权利问题,同样应当坚持《刑事诉讼法》的基本立场,从教义学角度去寻找出路。

(二) 值班律师诉讼权利的法律依据及教义分析

值班律师诉讼权利的法律依据主要体现在《刑事诉讼法》第 173 条第 3 款,即“人民检察院依照前两款规定听取值班律师意见的,应当提前为值班律师了解案件有关情况提供必要的便利”。《认罪认罚意见》第 12 条也规定,值班律师可以会见犯罪嫌疑人、被告人,自审查起诉之日起可以查阅案卷。但是对于其他诉讼权利,包括核实证据权、调查取证权,却尚无明确的法律规定。法律上的模糊并不意味着值班律师不享有这些权利。法教义学的应用不仅在于解释、应用法律,还包括发展法律(法律续造)。^[17] 通过教义学的分析可以推知,刑事诉讼法不仅不排斥值班律师享有完整的阅卷权、会见权、核实证据权和调查取证权,还要求相关部门为其实现这些权利提供必要的便利。

1. “提供便利”意味着“保障权利得以实现”

《刑事诉讼法》中的“便利”除了第 173 条之外,第 36 条第 2 款还规定:“人民法院、人民检察院、看守所应当告知犯罪嫌疑人、被告人有权约见值班律师,并为犯罪嫌疑人、被告人约见值班律师提供便利。”此处的“便利”是指司法机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人可以随时见到律师。约见律师,是被追诉人的法定权利。不仅被追诉人有权约见律师,律师也有权主动会见被追诉人,因为会见权从理论上讲应当是双向的。^[18] 当值班律师主动要求会见被追诉人时,司法机关同样应当予以保障。简言之,“提供便利”等同于“保障权利得以实现”。根据体系解释方法,第 173 条中的“提供便利”也同样具有以下两层含义:第一层含义,了解案情是值班律师的一项法定诉讼权利;第二层含义,当值班律师要求行使这项权利时,检察机关应当予以配合和保障。因此,“提供便利”一词本身便意味着值班律师享有相应的诉讼权利,并且检察机关对值班律师行使这些权利负有关照义务。

2. 值班律师通过“必要便利”了解案件情况是为了更好地表达意见

从《刑事诉讼法》第 173 条第 3 款可以看出,检察机关为值班律师提供“必要便利”的目的是为了让其更好地“了解案件有关情况”。而该条前两款规定的正是关于“检察机关

[17] 参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013 年第 5 期,第 937 页。

[18] 参见陈瑞华:《论被告人的自主性辩护权——以“被告人会见权”为切入的分析》,《法学家》2013 年第 6 期,第 140 页。

如何了解案件情况”这一问题的。对于公权力机关而言,了解案件有关情况的方式是多样的,公安机关可以通过侦查了解案件情况,这一点在刑诉法“侦查”一章中已经做了较为全面的规定。对于检察机关,主要通过书面方式(阅卷)和口头方式(讯问和听取)两种方式了解案情。既然第173条规定“了解案件情况”应当从书面和口头两个方面进行,那么司法机关为值班律师提供必要的便利也应当从这两个方面进行。同时,还需特别指出的是,了解案情是提供法律帮助的前提,而“了解案情”除了阅卷和会见被追诉人外,势必包括核实和调查证据的内容。

3. “必要”的旨趣在于要求检察机关所提供的便利应当以有效辩护为最高目标

反对者也许会认为,如果阅卷、会见、调查取证是值班律师的法定诉讼权利,法律为何不做出明确规定,而使用“提供必要便利”一语?这是因为,并不是值班律师所有的请求司法机关都必须予以满足,司法机关具有一定的裁量权。如何规制司法机关裁量权的行使,关键在于如何理解“必要”一词。由于“必要”一词的主观性较强,需要求助于目的解释。正如德国恩吉施教授所言:“每一个法律规范,当他们大部分承担着与其他规范一道实现具体的目的,最终补充其他规范这一任务时,在意义上关系到整个法律程序,他们主要是目的性的,所以,体系解释很少可以与目的解释分开。”^[19] 根据《刑事诉讼法》第173条,检察机关为值班律师提供必要便利的目的是为了让其更好地提出意见,而值班律师所提的意见也是为了更好地维护被追诉人的合法权益,从而实现案件实体和程序上的公正。从这一点讲,法律帮助和辩护在内涵上是一致的。因此对于“必要”一词的解释必须站在“被告人有权获得辩护”这一基本立场上展开。^[20] 在国际公约以及西方发达国家的立法上,法律帮助与刑事辩护或律师辩护几乎是可以互为替代的同义语。^[21] 既然值班律师在目标上和辩护人没有区别,其辩护手段也应当尽量相同。出于现实情况的考虑,立法者希望每一位值班律师都能尽职尽责地行使权利。值班律师如果要求行使核实证据、调查取证等权利,检察机关不应以缺乏法律依据而予以拒绝,因为,调查核实证据是提出意见和提供法律服务的前提。只要值班律师提出了解案情的请求是有利于被追诉人的,就应当认为属于“必要”的范围;当然,如果值班律师的请求不利于被追诉人,检察机关有权以“不属于必要便利”为由予以拒绝。

综上所述,《刑事诉讼法》第173条中的“必要便利”可以做如下理解:值班律师有权通过行使会见权、阅卷权、核实证据权、调查取证权等权利来了解案情并提出意见,只要这些请求是有利于被追诉人的,检察机关就应当确保值班律师的上述权利得到实现。我国

[19] [德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》(修订版),郑永流译,法律出版社2014年版,第92页。

[20] 《刑事诉讼法》规定的“法律帮助”除了值班律师制度以外,还体现在第38条、第277条第2款和第304条第2款当中。第38条规定:“辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;申请变更强制措施;向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见。”第277条第2款规定:“人民法院、人民检察院和公安机关办理未成年人刑事案件,应当保障未成年人行使其诉讼权利,保障未成年人得到法律帮助,并由熟悉未成年人身心特点的审判人员、检察人员、侦查人员承办。”第304条第2款规定:“人民法院审理强制医疗案件,应当通知被申请人或者被告人的法定代理人到场。被申请人或者被告人没有委托诉讼代理人的,人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供法律帮助。”在这三个条文中,法律帮助的目标均是为了实现有效辩护,其立法宗旨均体现了“被告人有权获得辩护”这一宪法理念。

[21] 参见顾永忠、李逍遥:《论我国值班律师的应然定位》,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2017年第4期,第81页。

《刑事诉讼法》第 14 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利。”显然，检察机关有义务保障犯罪嫌疑人、被告人获得值班律师提供法律帮助的权利。而且，由于“必要便利”条款的存在，检察机关成为了所有国家机关里和值班律师关系最为密切的机关。当然，有学者可能认为，承认值班律师的核实证据权和调查取证权本质上属于一种类推解释。需要说明的是，根据《刑事诉讼法》第 3 条第 2 款，程序法定原则主要规制的是公权力机关，而非被告方。对于刑事追诉程序，由于涉及公民的基本权利，必须坚持严格解释，不得适用类推；但对于有利于公民基本权利的事项则不受此限制，可以进行适当的扩大解释和类推解释。^[22]

（三）值班律师享有广泛诉讼权利的意义

也许有人会认为，值班律师提供的法律帮助主要是法律咨询和最低限度的法律服务，无需提供全面的法律帮助，赋予值班律师过多的诉讼权利没有必要。笔者认为，这实际上是对值班律师制度的一种误解，值班律师享有广泛诉讼权利对刑事诉讼制度的现代化具有重要意义。

其一，广泛的诉讼权利可以确保值班律师的价值和功能得到最大限度地实现。刑事诉讼程序虽然由国家公权力机关掌控，但是其他诉讼主体有权对实体和程序问题提出不同的意见，在各方意见中便包括辩护方的意见，司法机关不可忽视。^[23] 我国《宪法》第 130 条规定“被告人有权获得辩护”。为了落实这一条款，《刑事诉讼法》专门设置了“辩护”一章，规定了自行辩护、委托辩护、法律援助等制度保障被告人的宪法性权利。2018 年《刑事诉讼法》所设立的值班律师制度也正规定于“辩护”一章。根据《刑事诉讼法》第 173 条第 1 款，检察机关听取辩护人 or 值班律师意见，并不受限于案件类型或者是否认罪。对于不认罪认罚、又请不起律师、还不属于强制辩护范畴的嫌疑人而言，值班律师是可能的选择。在这些案件中，值班律师当然要全面了解案情。

其二，广泛的诉讼权利可以确保值班律师深度介入案件，以促进控辩平等的实现。值班律师不是一个被动的法律顾问，也不是国家对穷人的“施舍”。值班律师的法律帮助应当是主动的，而不是被动的。作为被追诉人得到依法追诉的希望，值班律师的法律帮助应当能够增强被追诉人知法信法的信念，帮助其预见司法裁判的各种可能结果，并使其合法权益得到更好地维护。为了使值班律师能够全面参与到案件的办理当中，促进控辩双方的平等，有必要对值班律师进行一定的“武装”，赋予其必要的手段和权利，以最大限度地维护被追诉人的利益。

其三，值班律师享有广泛的诉讼权利可以确保认罪认罚从宽制度的实现。认罪认罚从宽制度的适用离不开健全的量刑协商制度，量刑协商被认为是我国认罪认罚从宽制度的本质属性。^[24] 在量刑协商中，值班律师到底是应当深度介入，还是仅仅承担“见证”的

[22] 参见杨文革：《刑事诉讼法上的类推解释》，《法学研究》2014 年第 2 期，第 183 页。

[23] 参见蔡元培：《辩护律师程序异议机制初探》，《法学杂志》2020 年第 10 期，第 133 页。

[24] 参见陈瑞华：《刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起》，《法学论坛》2019 年第 4 期，第 8 页。

作用?笔者认为,既然是“协商”,那么必须是在平等、公开、透明的环境下予以协商,否则便不符合协商的本质特征。值班律师必须有足够的力量提出从轻、减轻处罚的证据或建议,这样才能与检察机关“平起平坐”地协商量刑问题,防止量刑建议有失公允。目前,值班律师无论是地位、还是力量,都无法和代表国家提起公诉的检察机关相提并论。因此,赋予值班律师广泛的诉讼权利势在必行。尤其是值班律师核实证据和调查取证权,对于促成公平的量刑协商具有重要作用。从这一点来讲,承认值班律师享有核实证据权和调查取证权是教义学题中之意。

其四,值班律师享有广泛的诉讼权利不仅不会增加司法机关的负担,反而可以提高办案效率。值班律师的法律咨询可以减轻司法机关的释明义务,值班律师对案件处理提出的意见也可以弥补司法机关客观义务的不足。如果没有值班律师的意见,案件的审查工作则全部依赖检察官、法官,不仅加重了检察官、法官的审查义务,还会增加错案的风险。既然《刑事诉讼法》确立了值班律师制度,并要求检察机关在审查起诉时必须听取值班律师的意见,那么检察机关当然有义务保障值班律师享有和辩护律师同样的诉讼权利。事实上,很多值班律师连会见权和阅卷权都未能顺利行使,更遑论调查取证和核实证据了。故而,一旦值班律师要求行使这些诉讼权利,检察机关就应当认真对待,为其提供必要便利,充分保障其权利的实现,这是“检察机关应当为值班律师提供必要便利”条款的核心要旨。

需要说明的是,尽管值班律师可以通过会见、阅卷、核实证据、调查取证了解案情并提出意见,具有和辩护律师大体相同的诉讼权利,但是并不等于值班律师在事实上就和辩护律师没有任何差异。值班律师要想成为实质意义上的辩护律师,必须同时具备主体、权利、义务、责任四个要素。值班律师是政府提供的免费律师,承担的责任和义务等方面有异于辩护律师,因此而无法和辩护律师相提并论。即使承认值班律师上述诉讼权利,值班律师和辩护律师仍有较大的差距。

四 值班律师诉讼权利的实现

刑事司法改革的历史经验告诉我们,仅有权利是远远不够的,还要有保障权利得以顺利实现的程序机制。正如辩护权作为刑事诉讼中最重要权利,尽管《刑事诉讼法》多次修改,相关司法解释反复重申其重要性,但“辩护难”一直是司法实践中长期存在的难题之一。对于值班律师的诉讼权利,需要保持同样的警惕,不能仅局限于“有哪些权利”,还应当关注“权利如何实现”。考虑到实践中值班律师制度的异化,^[25]后一问题可能更具有现实紧迫性。笔者认为,保障值班律师诉讼权利的顺利行使,应当从两个层面入手。一是站在司法机关的角度,建立值班律师诉讼权利的保障机制。这种保障机制是指当值班律师要求行使会见权、阅卷权、核实证据权、调查取证权等核心权利时,司法机关应当积极配

[25] 有关值班律师制度在实践中的困境,参见汪海燕:《三重悖离:认罪罚罚从宽程序中值班律师制度的困境》,《法学杂志》2019年第12期,第12-23页。

合、协助,不得为其造成任何法律上的障碍。^[26] 二是站在值班律师的角度,建立相应的机制确保值班律师积极地、主动地通过行使上述权利履行职责,从而实现法律帮助的实质化。

(一) 值班律师诉讼权利的保障机制

1. 认罪案件中值班律师的权利保障

《刑事诉讼法》第 174 条规定了认罪认罚具结书的签署程序。仅就本条来看,签署认罪认罚具结书的核心条件在于犯罪嫌疑人的同意,也即认罪认罚必须具有自愿性。因此,检察机关和值班律师在见证时需要格外注意犯罪嫌疑人是否属于自愿认罪认罚。但事实上,《刑事诉讼法》对审查起诉阶段的认罪认罚要求极高,不仅要具备自愿性,还要具备真实性和合法性(第 190 条第 2 款)。尽管第 190 条是在“审判”一章中规定的,但是随着以审判为中心的诉讼制度改革不断深入,审判一章中的部分规定会对审前程序起到形塑作用。既然认罪认罚需要具备自愿性、真实性和合法性,那么没有为值班律师提供“必要便利”是否应当被认为缺乏自愿性、真实性或合法性?

首先,检察机关未提供“必要便利”通常不影响认罪认罚的自愿性。根据《认罪认罚意见》第 39 条规定,所谓自愿性,通常指被追诉人是否受到暴力、威胁、引诱。检察机关未给值班律师提供“必要便利”属于消极的不作为,不作为的方式通常不涉及暴力、威胁、引诱等情形。

其次,检察机关未提供“必要便利”可能会影响到认罪认罚具结书的真实性。要想认罪认罚具结书具有真实性,不仅需要被追诉人在认罪认罚时具备正常的认知能力和精神状态,还需要其理解认罪认罚的性质和可能导致的法律后果。认罪认罚具结书在法律上不是被追诉人的单方保证书或者证明材料,而是一种控辩协议。既然是协议,双方当然有权利充分了解支撑这一协议的各种信息,也即所有和指控犯罪有关的案卷材料。如果辩护方无法全面了解这些案卷材料,被追诉人对案件性质和法律后果的理解可能就不够全面,具结书的真实性就会存在瑕疵。

最后,检察机关未提供“必要便利”必然会影响到认罪认罚具结书的合法性。根据《刑事诉讼法》第 173、174 条的规定,合法性包括四个方面:权利告知、听取意见、权利保障、律师在场。对于有辩护人的案件,权利保障意味着辩护人的诉讼权利得到了充分的行使,不存在阻碍其行使诉讼权利的情形;对于没有辩护人的案件,权利保障意味着要为值班律师提供必要便利,满足值班律师了解案情的诉讼请求。如果值班律师向检察机关提出了主动会见、阅卷或调查取证的要求,但检察机关未予以保障,值班律师和嫌疑人有权拒绝在认罪认罚具结书上签字;如果法院在庭审中审查发现检察机关未对值班律师的诉求提供必要便利,应当认定认罪认罚具结书的合法性存在瑕疵。

当认罪认罚具结书的真实性、合法性存在瑕疵时,是否意味着具结书应当排除在法庭之外呢? 笔者认为,原则上应当排除,但是,在满足一定条件的情况下,具结书可以进行补

[26] 参见胡铭:《律师在认罪认罚从宽制度中的定位及其完善——以 Z 省 H 市为例的实证分析》,《中国刑事法杂志》2018 年第 5 期,第 125 页。

救或者重做。这里涉及到认罪认罚具结书的属性问题。认罪认罚具结书具有三重属性：证据属性、契约属性和文书属性。对于这三种属性,《刑事诉讼法》在 190 条第 2 款、174 条和 176 条第 2 款中进行了规定。既然认罪认罚具结书不仅是证据,还是契约和文书,那么就不应直接套用口供的排除规则,而应尊重其契约属性和文书属性。当法庭对认罪认罚具结书的真实性、合法性存有疑问时,应当以具结书为中心进行全面审查,审查的方式可以包括以下四种:一是对有关认罪认罚的过程进行发问;二是加重司法机关的权利告知义务;三是就具结书的效力问题征求控辩双方的意见;四是满足《刑事诉讼法》第 201 条规定时,依法建议检察机关调整量刑建议。经过上述四个步骤,如果被告人当庭明确表示继续选择认罪认罚并同意量刑建议的,人民法院可以视为具结书的真实性和合法性已经得到了补救。此时,人民法院不宜强行将认罪认罚具结书排除,而应当基于对被告人意愿的尊重继续适用认罪认罚从宽程序进行审理。^[27] 在必要情况下,人民法院也可以决定休庭,以便值班律师提供进一步的法律帮助或者控辩双方开展新一轮的协商。如果被告人不认可具结书的真实性、合法性,则具结书当然无效,此时可以由法院转化程序或者由检察院变更起诉。

2. 不认罪案件中值班律师的权利保障

对于不认罪案件以及被告人反悔的案件,由于不存在认罪认罚具结书问题,在我国现行刑事诉讼法框架下,除了排除非法证据,法庭也无法对审前程序的合法性进行审查。因此,从理论上讲,当值班律师的诉讼权利受到侵犯时,很难通过救济的方式对其诉讼权利加以保障。由于同时存在“被追诉人不认罪”和“辩护权可能无法得到充分行使”两种情形,此时仍然指派值班律师维护其诉讼权益是明显不够的,而应当将“法律帮助”转化为“法律援助”,即不再由值班律师为被追诉人提供法律帮助,而直接由法律援助律师作为辩护人为其提供完整意义上的辩护。这既是辩护权保障的基本要求,也是实现普遍辩护的重要举措。

2017 年,在北京等 8 个省市开展了刑事辩护全覆盖的试点工作。2019 年,这一试点被推广至全国。根据相关司法解释,所有适用普通程序审理的一审案件(通常是不认罪案件)、二审案件、再审案件,只要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。^[28] 由此可见,对于不认罪案件及其他重大复杂案件,只要进入审判阶段,法院都必须采用普通程序进行审理并将值班律师的法律帮助转化为指定辩护。此时,值班律师退出刑事诉讼,法律援助律师作为辩护律师加入诉讼。相比值班律师,辩护律师具有较高的参与程度,其可以在介入后行使全部诉讼权利,并要求司法机关予以保障。

(二) 值班律师诉讼权利的积极行使

为了促使值班律师积极地行使诉讼权利,实现法律帮助的实质化,可以考虑从以下方面加强制度建设。

[27] 参见万毅:《认罪认罚从宽程序解释和适用中的若干问题》,《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期,第 96 页。

[28] 参见 2017 年《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。

首先,公检法机关足额提供办公场所和设施,法律援助机构足额提供值班律师人员。^[29] 有数据显示,截止到 2018 年 9 月底,司法行政机关在试点法院设立法律援助工作站共计 132 个,指派律师提供辩护 2.4 万余人,占全部认罪认罚案件被告人的 10.38%,指派律师提供法律帮助 7.7 万余人,占全部认罪认罚案件被告人的 33.15%,两项相加占比不到 50%。^[30] 充足的人财物是值班律师制度的基石,在北京等一线城市,律师资源、经费和配套相对充足,但就全国情况来看,形势仍不容乐观。对于人员稀缺的地区,可以根据情况探索网络值班、电话值班的方式,以保障值班律师的人员配置。

其次,全面探索鼓励值班律师积极履行职责的机制和措施,提高值班律师法律帮助的积极性。第一,司法行政部门可以通过政府购买服务等多种渠道逐渐提高值班律师的补助。法律援助是国家的责任,给予值班律师适当的经济补助是国家承担责任的重要表现,同时也是调动值班律师办案积极性的重要途径。^[31] 法治发达国家普遍对值班律师提供高额补助,如在澳大利亚昆士兰州法律援助署规定,私人律师做值班律师时的薪酬为每小时 84 澳元(约 430 元)。^[32] 第二,司法行政部门应完善不同阶段值班律师的衔接机制,保障被追诉人在不同阶段获得值班律师法律帮助的同质性,减少值班律师了解案情的成本。《认罪认罚意见》第 13 条对值班律师的同质性进行了规定,值得肯定。第三,建立并完善值班律师接受委托转化为辩护律师的相关机制。允许值班律师在取得被追诉人同意后担任辩护人有利于增强其责任心、调动其工作积极性,并吸引更多的优秀律师投身于法律援助事业,也有利于值班律师与被追诉人建立长期稳定的委托关系,更好地保障被追诉人合法权益。^[33]

再次,司法行政部门或律师协会应当构建值班律师的质量控制体系,为值班律师设定最低的服务标准。可以考虑运用大数据的方式对值班律师的法律帮助进行质量评估。《认罪认罚意见》第 12 条第 3 款规定:“值班律师提供法律咨询、查阅案卷材料、会见犯罪嫌疑人或者被告人、提出书面意见等法律帮助活动的相关情况应当记录在案,并随案移送。”司法行政部门可以据此统计会见、阅卷、咨询、提出书面意见的次数或时长等数据,对法律帮助的质量进行评估,并制定最低服务标准。中华全国律师协会在 2017 年结合法律法规、司法解释和办案实践,制定了《律师办理刑事案件规范》,以保障和指导律师办理刑事案件。目前这一规范主要运用在刑事辩护领域,起到了一定的指引效果。对于值班律师的法律帮助,相关部门或协会同样可以制定类似的规范,以规范值班律师的法律帮助行为,提高法律帮助的质量。

[29] 《刑事诉讼法》第 36 条规定,“法律援助机构可以在人民法院、看守所等场所派驻值班律师。”这里的“等”字显然也应当包括人民检察院。尤其是对于犯罪嫌疑人没有被羁押的轻罪案件而言,在人民检察院派驻或安排值班律师是十分必要的。在试点过程中,一些检察机关进行了类似的探索,取得了良好的效果。参见孙谦:《检察机关贯彻修改后刑事诉讼法的若干问题》,《国家检察官学院学报》2018 年第 6 期,第 9 页;陈国庆:《刑事诉讼法修改与刑事检察工作的新发展》,《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期,第 32 页。

[30] 参见杨立新:《认罪认罚从宽制度理解与适用》,《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期,第 56 页。

[31] 参见张泽涛:《值班律师制度的源流、现状及其分歧澄清》,《法学评论》2018 年第 3 期,第 78 页。

[32] 参见郑自文:《澳大利亚法律援助制度的发展》,载贾午光主编《国外境外法律援助制度新编》,中国方正出版社 2010 年版,第 242 页。

[33] 参见韩旭:《2018 年刑诉法中认罪认罚从宽制度》,《法治研究》2019 年第 1 期,第 44 页。

最后,司法行政部门或律师协会应当制定规范明确值班律师的勤勉尽责义务,并规定值班律师违反这一义务时应当承担的不利后果。值班律师的勤勉尽责义务包括以下四个方面的内容:一是供给法律知识的准确性与充分性;二是程序权益维护的及时性;三是在场义务的实质性;四是法律意见的针对性与建设性。^[34] 如果值班律师因故意或重大过失违反了上述勤勉尽责义务,是否应当承担一定的法律责任? 对于委托辩护而言,委托人可以向律师协会进行投诉。考虑到值班律师属于一种特殊的法律援助制度,此时应当既允许被追诉人向法律援助机构进行投诉,也应允许法律援助机构在自行发现时主动对其实施惩戒。基于值班律师制度的现实困境,这种惩戒目前主要是在绩效考核上对值班律师作出不利评价,但对于十分严重的,可以适当进行处分。如此一来,才能真正促进值班律师尽职尽责完成本职工作,保持奉献精神。

[本文为作者参加的2019年度中国政法大学青年教师学术创新团队项目的研究成果。]

[**Abstract**] The 2018 revision of the Criminal Procedure Law and the promulgation of the related judicial interpretations have failed to put an end to the debate surrounding the duty counsel. Legal status does not necessarily determine procedural rights. The question of what procedural rights a duty counsel enjoys still needs to be answered through the interpretation and analysis of specific rules and legal values. An analysis of Articles 173, 36, and 190 of Criminal Procedure Law by such methods as textual interpretation, system interpretation, and purpose interpretation shows that the law has clearly granted duty counsels the right to meet their client, the right to consult case files and the right to take evidence, and established a procedural mechanism to ensure the realization of these rights. To solve the problem of formalism of legal aid in practice, scholars have put forward two approaches: “transformation of duty counsel into defense lawyer” and “full coverage of pretrial defense”. However, these two approaches not only are impractical, but can also negate the independent value of duty counsel. A feasible solution to this problem is to realize the substantiation of legal aid by taking procedural rights as the core, to take procedural rights of duty counsel seriously, to improve the mechanism for safeguarding these rights, and to encourage and supervise duty counsels to actively exercise these rights. The biggest question faced by criminal procedure law is not how to modify the law, but how to implement the law.

(责任编辑:雨 沐)

[34] 有关值班律师的勤勉尽责义务的更多论述,参见马明亮:《论值班律师的勤勉尽责义务》,《华东政法大学学报》2020年第3期,第43页。