

金陵法律评论

JIN LING LAW REVIEW

南京师范大学法学院《金陵法律评论》编辑部 编

春季卷

2014



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

金陵法律评论

JIN LING LAW REVIEW

南京师范大学法学院《金陵法律评论》编辑部 编

春季卷

2014



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金陵法律评论. 2014. 春季卷 / 南京师范大学法学院
《金陵法律评论》编辑部编. —北京: 法律出版社,
2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7497 - 9

I. ①金… II. ①南… III. ①法律—文集 IV.
① F D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 021232 号

金陵法律评论·2014 春季卷

南京师范大学法学院
《金陵法律评论》编辑部 编

责任编辑 孙东育 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2014 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 22.75 字数 476 千

印次 2014 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7497 - 9

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《金陵法律评论》编辑委员会

主 任：公丕祥

副 主 任：龚廷泰 李 浩 李 力

委 员（按姓氏拼音排序）：

蔡道通 公丕祥 龚廷泰 贺日开 黄和新

季金华 李 浩 李建明 李 力 刘 敏

李玉生 刘旺洪 刘 远 庞 正 睢鸿明

孙文恺 夏锦文 杨登峰 张国平

编辑部主任：季金华

责 任 编 辑：程德文 崔栓林 屠振宇 郑玲丽 李 飞

姜 涛 方 乐

目 录

Contents

现代司法理论研究

共同犯罪法庭辩论程序初探	马贵翔	孔凡洲/ 3
预测式证明:一种新的诉讼证明类型		
——围绕人身危险性评估展开		秦 策/ 12
网络民意的司法回应之实证研究	季金华	蒋 飞 徐 骏/ 19
民事审前程序的功能及其实现		舒瑶芝/ 50
对“非法证据”概念的反思和解构		吴承栩/ 60
论国家教唆之下被教唆人的诉讼救济		
——以刑事诉讼条件理论为视角		王一超/ 69
论美国法下民事诉讼中的“对物管辖”与“对物诉讼”		夏 亮/ 86
当代中国仲裁制度热点法律问题博弈论		丁莲芝/ 99
作为纠纷解决机制的诉前鉴定研究		潘 溪/ 109

法理探索

历届三中全会的法制改革与法治中国建设		
——从十一届三中全会说起		谢冬慧/ 119
论城乡社区建设中的硬法、软法综合规制		潘爱国/ 145
一种经验主义权力观		
——达尔权力理论初探		丁延龄/ 161
法律中的可辩驳思维与法治		邱成梁/ 176
“中华民族”入宪与统一之国家观念建构		夏引业/ 205
国内外出租车经营管理模式比较研究		
——以数量管制和经营者准入资格为核心		王智斌/ 217
论对行政机关强制撤离行为的司法审查		王 鹏/ 230
全球化时代下美国的反托拉斯对外政策及其影响		周劲松/ 240

刑事法专题研究

欧洲大陆国家的实质犯罪概念与俄中实质犯罪概念之不同	孙 倩	赵晓耕/ 257
渎职相关犯罪之间的界限与竞合		陈洪兵/ 264
共犯的共犯初论	白星星	马荣春/ 282

论犯罪构成体系中定量因素之定位	商浩文/301
“扒窃”在立法论与解释论上的展开	王复春/311
不纯正不作为犯的等置性分析	孙晶晶/322

会议综述

比较法与法律文化	
——中国法学会比较法学研究会 2013 年年会学术综述	汤善鹏/337
第四届海峡两岸医药法研讨会综述	韦宝平 周庆怡/347

现代司法理论研究

共同犯罪法庭辩论程序初探*

马贵翔** 孔凡洲***

内容摘要:共同犯罪法庭辩论程序依现行立法是指法庭调查之后,就共同犯罪案件的定罪量刑事实、证据以及法律适用等问题进行辩论的程序规则集合体。共同犯罪法庭辩论程序以诉讼效率为首要价值,兼具公正价值。共同犯罪法庭辩论程序应当包括辩论内容遵循先定罪后量刑的推进模式,辩方发言以公诉指控为原则、法庭指定顺序为例外,无利益则无辩论规则,法官依职权全程控制等基本规则,以及遵循先易后难、先重后轻和辩方内部辩论与控方整体回复相结合等具体规则。

关键词:共同犯罪 法庭辩论程序 规则

一、问题的提出

在我国共同犯罪案件数量和规模(典型的如毒品犯罪案件)呈上升和扩大趋势的背景下,关于共同犯罪案件的审理程序在司法实务中却面临着现实困境。比如,在一个涉及多个主犯的共同犯罪案件中,如何安排主犯的辩论次序;或者在一个既有主犯,又有从犯、胁从犯的共同犯罪案件中,如何安排他们的辩论次序,属于司法实践中不可避免的问题。共同犯罪辩论程序立法的缺失,导致司法实务中无法可依,使共同犯罪的法庭辩论没有章法。长久以来,在共同犯罪诉讼程序中,主要依据法官审判案件的经验进行,没有一套较为稳定的规则,随意性较大。在法庭辩论程序中,各被告人的辩护人之间产生争议,是否应当允许他们互相辩论,至今没有定论。单个被告人的刑事案件,由于法庭审判对抗主要涉及控诉方和辩护方,主体单一,辩论主要是围绕检察机关的指控而进行定罪和量刑方面的反驳,容易进行和控制。而共同犯罪辩论程序,不仅涉及对抗双方即检察机关和辩护方,辩护方内部还存在多元主体;不仅涉及控辩双方如何对抗,还要协调辩护方内部的顺序。共同犯罪的被告人和辩护人如何辩论,公诉人员在辩护人相互辩论时可否打断从而对特定问题进行补充和澄清,也没有明确的规定。共同犯罪法庭辩论程序中如何体现控辩平等原则等都是亟须解决的问题。迟来的正义非正义,共同犯罪本身具有复杂性,其诉讼程序的周期也较长。如果在辩论程序中组织混乱,造成诉讼拖延,不仅无益于案件事实的查清,也难以保障被告人的程序权利,最终影响被告人实体权利的实现。

* 本文系国家社会科学基金项目“共同犯罪诉讼程序研究”(13BFX072)的阶段性成果之一。

** 马贵翔,复旦大学法学院教授,博士生导师。

*** 孔凡洲,复旦大学法学院2014级博士生。

共同犯罪法庭辩论程序不仅属于我国立法的空白地带,也属于理论研究的处女地。通过检索法律规范,发现关于共同犯罪庭审程序的规定阙如,没有专门规制共同犯罪法庭辩论程序的规范。有关共同犯罪问题的理论研究主要集中在实体法领域,而程序层面的研究主要围绕并案审理和分案审理等宏观问题。对刑事法庭辩论程序方面的研究成果,也主要是基于司法实践中单一被告人案件审理程序中出现的轻重量刑辩论的现状而提出的对策如主张在法庭辩论阶段应给予量刑辩论同等关注等方面。对共同犯罪法庭辩论程序的基本规则和具体规则的研究均无涉及。

二、共同犯罪法庭辩论程序的概念界定与价值评析

刑法学界关于共同犯罪概念的认识存在争议。^[1]传统观点认为共同犯罪是“二人以上”“共同故意”实施的“犯罪行为”。^[2]关于共同犯罪立法上的含义体现在我国现行《刑法》第25条第1款:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”第2款做了进一步的说明:“二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。”本文正是立足于共同犯罪的传统概念来讨论其法庭辩论程序问题的。法庭辩论活动既是控方揭露犯罪、证实犯罪的活动,也是辩方据理反驳控诉、维护被告人合法权益的活动,它是法庭作出判决的基础之一。^[3]共同犯罪法庭辩论程序是指法庭调查结束以后,就共同犯罪案件的定罪量刑事实、证据以及法律适用等问题进行辩论的规则集合体,主要涉及多个被告人辩论次序的安排以及辩论内容的展开,包括基本规则和具体规则。有关法庭辩论的次序问题,《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《解释》)第229条规定:“法庭辩论应当在审判长的主持下,按照下列顺序进行:(一)公诉人发言;(二)被害人及其诉讼代理人发言;(三)被告人自行辩护;(四)辩护人辩护;(五)控辩双方进行辩论。”而我国《刑事诉讼法》^[4]第193条规定了法庭辩论的内容:“法庭审理过程中,对与定罪、量刑有关的事实、证据都应当进行调查、辩论。经审判长许可,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。”共同犯罪法庭辩论程序处理遵循此规则之外,还包括多个被告人及其辩护人在法庭辩论阶段发言的先后顺序问题,以及各被告人对不同事实和证据的辩论次序和辩护方内部辩论规则。

[1] 主要观点有:“共同犯罪,是指两人以上共同实施的犯罪,被认为是一种违法形态”。参见张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第348页,以及张明楷:“共同犯罪的认定方法”,载《法学研究》2014年第3期。而刑法学界普遍认为共同犯罪是一种犯罪形态。参见李晓明、李洪欣、陈珊珊:《中国刑法基本原理》(第4版),法律出版社2013年版,第449页。“共同犯罪,是故意犯罪的一种特殊形态。”参见赵秉志:《刑法新教程》(第3版),中国人民大学出版社2009年版,第193页。

[2] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第163页以下。

[3] 参见詹建红主编:《刑事诉讼法》,清华大学出版社2012年版,第279页。

[4] 除特别说明外,本文所引《刑事诉讼法》乃是依据2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第二次修正,并已于2013年1月1日起生效的版本。

共同犯罪法庭辩论程序具有特殊性。共同犯罪法庭辩论程序应当遵循单个人犯罪案件的法庭辩论模式,这是共同犯罪法庭辩论程序与单个人犯罪法庭辩论程序的共性。但是,共同犯罪由于涉及的被告人人数多且部分被告人可能要对同案犯的犯罪事实承担刑事责任,又有其复杂性。因此,共同犯罪法庭辩论程序基于诉讼经济的考虑,除了遵循现行立法上关于法庭辩论程序的规定外,还应当区别于单个人犯罪的法庭辩论程序,构建特殊规则。比如单个人犯罪的法庭辩论程序中,并不涉及各被告人辩论次序的协调问题,被告人仅对自己的犯罪行为承担刑事责任,而在共同犯罪法庭辩论程序中,对案件的定性均需要听取所有被告方的意见。由于在单维度的空间内,法庭不可能同时听取所有被告人及其辩护人的发言,由此则涉及各被告人及其辩护人的发言顺序。可见现行刑事诉讼法以及司法解释中有关法庭辩论程序主要适用于单个人犯罪案件的法庭辩论,缺乏共同犯罪法庭辩论程序规则,应当在先行规范的基础上构建专门针对共同犯罪法庭辩论程序的适用规则。

共同犯罪法庭辩论程序价值包括以下三个方面:首先,共同犯罪法庭辩论程序的首要价值是效率。迟来的正义非正义,效率是程序价值的应有之义,完善的程序可以有效地促进效率的提高,节约诉讼成本。共同犯罪法庭辩论程序是基于共同犯罪法庭辩论实践中面临的困境而构建的制度,主要目的是避免辩论顺序和辩论层次的混乱,理顺多个被告人以及多项罪名辩论的次序,规范法庭辩论秩序,进而改善诉讼拖延、程序倒流和重复辩论等弊端,提高共同犯罪案件的审判效率。其次,共同犯罪法庭辩论程序也兼具公正价值。审理共同犯罪在无法可依的情形下,辩论程序混乱,法庭辩论无限期拖延,法庭审判不能贯彻集中审理原则,共同犯罪案件的繁杂线索搅为一团,对无关紧要的事实纠缠不清,扰乱法官思维,难以保障裁判者形成完整的心证,导致共同犯罪法庭审判效率与公正价值俱损的局面。真理越辩越明,共同犯罪法庭辩论程序以提升法庭审判的效率为主要价值,但也兼具公正价值的底线。在规则的指导下就案件争议的问题有条不紊地展开辩论,以规则的形式赋予各被告人及其辩护人充分发表意见的权利,使案件结果尽可能地接近事实真相,使法庭在规范的程序中能够对案件事实和证据以及法律适用问题进行准确地把握,形成完整的心证,并在随后的判决中给予案件公正的回应。最后,有助于促进单个被告人犯罪案件法庭辩论程序的改革。通过共同犯罪法庭辩论程序的构建,一方面可以厘清现行法律中有关单个人犯罪案件辩论程序的相关规定,如明确“相互辩论”的具体含义,增强法庭辩论程序规则的可操作性;另一方面共同犯罪法庭辩论程序属于特殊程序,而单个被告人犯罪案件法庭辩论程序属于一般程序,特殊程序应当构建于一般程序之上,特殊程序之构建,需要一般程序提供必要的支撑。在我国一般辩论程序还不完善的情形下,对特殊辩论程序的构建,可以促进一般辩论程序的进化。因此,从这个意义上而言,探讨共同犯罪法庭辩论程序对于促进单个人犯罪案件的法庭辩论程序之完善也大有裨益。

三、共同犯罪法庭辩论程序的基本规则

(一) 辩论内容遵循先定罪后量刑的推进模式

定罪和量刑目的各异,侧重点各不相同,前者解决被告人是否构成犯罪或者承担刑事责任问题,后者则解决承担刑事责任的大小问题,因此,对定罪量刑有关的事实和证据都应当给予充分的辩论,并且应当同等受到重视。为了从规范上确立量刑辩论的地位,《解释》第 231 条规定:“对被告人认罪的案件,法庭辩论时,可以引导控辩双方主要围绕量刑和其他有争议的问题进行。对被告人不认罪或者辩护人作无罪辩护的案件,法庭辩论时,可以引导控辩双方先辩论定罪问题,后辩论量刑问题。”定罪辩论和量刑辩论不分,导致在法庭辩论中,除非被告人认罪,否则控辩双方主要围绕定罪问题进行辩论,这直接削弱了量刑辩论的力量。定罪程序与量刑程序分离成为学界目前关注的重点,此类文献也颇为丰富。^[5] 由于定罪和量刑具有不同的价值和意义,因此两者对证据能力以及证明标准的要求也有所不同。共同犯罪法庭辩论内容也应当遵循先定罪后量刑的推进模式。首先,对定罪事实、证据以及法律适用问题进行辩论。法庭审理中固定的事实和证据是法庭审判的事实依据,经过法庭调查之后,控辩双方可以就存在争议的案件事实和证据相互辩论,法律适用问题也属于辩论的范围。经过定罪辩论,辩明公诉人对案件的定性是否准确,是否有违法阻却事由,明确被告人是否构成犯罪以及构成何种犯罪。对定罪问题无异议的被告人,则等待与有罪的同案犯一起进入量刑辩论阶段。经过定罪辩论,有罪的被告人进行量刑辩论,无罪的被告人则无须进行量刑辩论。其次,对量刑有关的事实、证据及法律适用问题进行辩论。经过定罪辩论,认罪的被告人以及辩论有罪的被告人,应当进行量刑问题的辩论。新刑事诉讼法特别规定“对与定罪量刑的有关事实、证据都应当进行辩论”。^[6] 主要是针对司法实践中过分强调定罪辩论,忽略量刑辩论的现状而提出的规范要求。在辩论阶段,控辩双方应先就案件的定罪事实及证据进行充分的辩论,随后对量刑事实和证据进行辩论。但无论是定罪还是无罪的事实和证据,以及无论是罪轻还是罪重的事实和证据,都应当给予同等重视,同样进行充分辩论。值得一提的是,定罪要求准确,量刑要求适当,定罪问题一般适用严格证明,量刑问题只需进行自由证明,而且量刑问题的证明标准也可以低于定罪问题。因此,先辩定罪问题,再辩量刑问题,不仅符合先确定是否承担责任,进而确定责任大小的逻辑规律,也体现了两者在诉讼程序中的差异性。

[5] 例如,陈瑞华:“论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的的程序理论”,载《中国法学》2009 年第 1 期;陈瑞华:“定罪与量刑的程序分离——中国刑事审判制度改革的另一种思路”,载《法学》2008 年第 6 期;李玉萍:“构建我国相对独立的量刑程序的思考”,载《人民司法》2009 年第 3 期;江苏省南京市下关区人民法院课题组:“多方参与下的量刑程序独立化改革”,载《法律适用》2012 年第 1 期。

[6] 《刑事诉讼法》第 193 条规定:“法庭审理过程中,对与定罪、量刑有关的事实、证据都应当进行调查、辩论。经审判长许可,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。”

(二) 辩论次序以控方指控顺序为原则, 法庭指定顺序为例外

共同犯罪由于涉及多个被告人, 多个被告人法庭辩论次序的安排是共同犯罪法庭辩论程序不可回避的问题。目前司法实务中关于共同犯罪的审理程序中, 控方一般会根据案件事实及各被告人在案件中所处的地位或作用对被告人进行排序。我们认为, 控方的指控顺序有其内在的逻辑关系, 另外控诉方的指控原则上为法官和辩护方划定了审理和辩护的边界, 为了有效推进辩论程序, 特别是辩护方针对公诉词的首轮发言, 可根据控诉方提出的指控次序安排各被告人及其辩护人的辩论顺序。当然, 依据公诉人指控的顺序展开辩论是原则, 但是, 有原则就有例外, 根据公诉人指控的顺序进行辩论难以让法庭辩论取得实质性进展的情形下, 可以赋予法官根据法庭审理顺利推进的需要指定法庭辩论优先次序的职权。在法庭辩论程序中, 各被告方依据指控的顺序进行首轮发言后, 如果指控顺序在前的被告人及其辩护人拒绝提供有助于案件事实查清的意见, 反而纠缠一些与案件事实关联不大的事实和证据, 则法官可以在随后的法庭辩论中以提高诉讼效率和增强公正性为价值追求, 灵活安排各被告方法庭辩论的次序。应当注意的是, 诉讼程序中坚持无罪推定原则, 法庭辩论程序也不例外。控辩双方在刑事诉讼程序中应当处于平等的地位, 各被告人也都平等地享有获得公平审判的权利。法庭辩论的先后顺位并不意味着其实体或者程序利益的减损, 因此, 无论是先辩论还是后辩论, 都应当给予各被告方进行辩论的机会, 保障各被告人辩护权的平等行使。

(三) 无利益则无辩论规则

控辩双方能够充分对抗的内在动因就在于各自对利益的最大争取。法庭辩论阶段是法庭审判中控辩双方就争议问题依法发表观点的关键阶段。控辩双方之间有利利益冲突, 乃是因为控诉方的指控目的在于追究犯罪, 维护社会公益, 而此目的能否实现又涉及被告人是否承担刑事责任或者承担刑事责任大小的问题, 这与被告人的人身自由以及财产利益息息相关。从辩护权的性质来看, 各被告人及其辩护人均有平等的机会参与法庭辩论。然而, 这并不意味着各被告人及其辩护人对所有问题都要发表辩论意见。涉及当事方自身利益的事实和证据, 当事方最具有发言权, 而其他被告人则不应当管闲事, 其他被告人对不涉及自身利益的指控应当保持沉默。如公诉人仅就甲是否构成累犯与甲的辩护人进行辩论, 此时, 乙及丙的辩护人则不应就甲是否构成累犯发表意见。原因在于, 其一, 甲是否构成累犯仅涉及甲本人的量刑轻重问题, 公诉人与甲方应当进行充分辩论, 使法庭对甲是否构成累犯作出认定; 其二, 甲是否为累犯并不影响共同犯罪案件的定性问题, 以及甲的累犯情节是否成立并不影响乙、丙的刑事责任承担和轻重, 与乙、丙无法律上的利害关系。因此, 共同犯罪法庭辩论程序中, 各被告方应当仅就对本案定性以及本人量刑有实质影响的事实、证据以及法律适用问题展开辩论, 与案件定性无关, 或者不涉及本人量刑的问题, 则无权发表辩论意见, 正所谓“各人自扫门前雪, 莫管他人瓦上霜”。

(四) 法官依职权全程控制规则

当事人主义诉讼模式是诉讼程序改革的样板和目标, 长久以来职权主义诉讼模

式由于法官具有较强职权、对庭审的干预过多而受到学术界的广泛批判。理想的诉讼模式要求法官在法庭审判程序中保持消极,以此达到中立的目的。但是,法官的消极中立应当是指法官在庭审中不负举证或证明责任,指挥庭审不能介入实质调查,^[7]法官的消极中立并不代表法官要放弃对庭审的控制权。相较于单个被告人犯罪的庭审程序,共同犯罪案件因为被告人人数较多而更具复杂性。我国属于成文法国家,立法机关只能从业已存在的共同犯罪案件审理情形进行抽象总结,最终形成规范。然而成文规范具备明确性等优点的同时,也具有滞后性的弱点。“法律游离于现实,而现实远比法律丰富。”^[8]共同犯罪法庭辩论程序中,法官应当指挥控辩双方就争议事实、证据和法律适用问题展开辩论,及时整理争点,以职权根据辩论情况安排被告人及其辩护人的辩论发言顺序和辩论内容,保障控辩双方对实质争议展开充分辩论,辩论以轮计算,保障有异议的被告人及其辩护人充分发言的权利,但法官应当阻止被告人及其辩护人发表与案件无关或者与己无关的辩论意见等。对于各被告方同时要求发言的申请,法官应当根据便于法庭辩论、考量发言人利害相关性的高低和发言的紧迫性等因素做出安排,防止各被告方同时发言,扰乱法庭秩序。扰乱法庭秩序的,法官有权根据相关规定进行处置。与此同时,在共同犯罪庭审程序中,对法官的素质特别是业务素质也有更高的要求。

四、共同犯罪法庭辩论程序的具体规则

(一) 先易后难规则

共同犯罪法庭辩论不仅涉及多个被告方,而且法庭辩论关注的辩论内容也随着被告人数的增加而更为复杂。因此,共同犯罪法庭辩论程序首先为各被告人在法庭辩论中发言顺序设定规则后,还应当对如何安排各被告方进行法庭辩论的内容进行规制。对此,我们认为,在共同犯罪法庭辩论中,除了遵循前述基本规则之外,对定罪量刑辩论还应当遵循先易后难规则。此处的“易”是指经过法庭调查,依旧有争议但争议不大或者虽然争议较大,但容易查清和辩明的事实、证据以及法律适用问题。而剩下较为复杂的问题则属于此处的“难”。比如,在定罪辩论中,被告人的主观心理状态就属于一时较难辩明的问题,而从实体法来看,通常情形下此罪与彼罪的分界点主要体现在主观方面,如故意杀人和过失致人死亡,其社会危害性和刑事责任的大小是不同的。而对被告人主观过错的认定一般都是依据案件其他外观事实和证据进行推论而得出,因此,被告人主观方面的辩论就应当安排在其他要件之后。又如,在量刑辩论中,无涉他人的量刑情节应当先辩论。如在诈骗案件中,公诉人指控甲、乙、丙三人均为主犯,且乙属于累犯,那么甲、乙、丙三位被告人的辩护人针对公诉人的指控可能分别提出三人在共同犯罪中起辅助作用,系从犯,且甲、丙的辩护

[7] 参见马贵翔:《刑事司法程序正义论》,中国检察出版社2002年版,第50~51页。

[8] [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第126页。

人可能提出甲、丙具有立功或者自首等情节。此时,关于甲、乙、丙三人是否具有累犯、自首、立功情节的辩论具有独立性,主要在某一被告方与公诉人展开辩论,此类情节应当先辩论,而主从犯的认定则涉及其他被告人刑事责任的大小问题,应当后辩论。如上述诈骗罪中,是否为从犯直接影响着被告人量刑的轻重。并且在三位被告人的场合下,至少有一位被告人属于主犯。主从犯的认定问题涉及三方关系,辩论的焦点分别为甲、乙、丙是否为主犯,其中一人的地位的认定,直接影响到他人,因此,甲、乙、丙在共同犯罪中所起作用 and 地位的辩论属于此处的“难”。此外,存在法定情节和酌定情节时,由于法定情节具有明确性,而酌定情节认定的主观随意性更大,因此,法定情节的辩论具有优先性。坚持先易后难规则,并不意味着共同犯罪法庭辩论程序回避难题,而是基于提高法庭辩论的有效性,便于法官对案件形成完整的心证,进而作出公正判决的考虑。

(二) 先重后轻规则

共同犯罪案件可能涉及较多犯罪事实,公诉指控可能涉及多项法定刑高低不等的罪名,即使是同一项罪名,也存在此罪与彼罪的争议,并且每个被告人的量刑情节也有轻有重。因此,共同犯罪法庭辩论内容在遵循先易后难的情形下,对涉及的多个“易”和多个“难”进行辩论时,还应当遵循先重后轻规则。此处的“重”就是多项罪名中的重罪、单向罪名中可能成立的重罪、定罪事实中成立犯罪的事实和量刑情节中从重处罚的情节;相反,此处的“轻”则是指轻罪、违法阻却事由和量刑情节中从轻或者减轻处罚的情节。比如,在对故意杀人罪进行辩论时,被告人的主观过错分为故意和过失,而故意又有直接故意和间接故意之分,因此对被告人的主观过错的辩论应当先辩是否存在故意,无故意则再辩是否存在过失。而对故意的辩论,则应当先进行直接故意的辩论,再辩间接故意。如果有杀人的故意,成立故意杀人罪,则再辩是否存在正当防卫等违法阻却事由。而在量刑辩论方面,如果其中一个被告具有自首情节,又可能构成累犯。根据《刑法》第65条关于累犯的规定,除非被告人不满十八周岁,否则应当从重处罚。而根据《刑法》第67条和第68条之规定,自首和立功可以从轻或者减轻处罚,甚至可以免除刑罚。因此,在涉及自首和累犯情节的辩论时,应当先就是否构成累犯条件辩论,随即再对是否满足自首条件进行辩论。之所以在先易后难规则下坚持先重后轻规则,主要原因在于多个易或者难的事实中,构成重罪或者从重处罚的辩论具有紧迫性,特别是量刑情节方面最为典型。对被告人进行量刑时,首先综合判断被告人应当承担多重的刑事责任,其次就是对否从轻、减轻或者免除刑事责任进行认定。因此,先重后轻规则符合人类认识和客观评价事物的逻辑规律。

(三) 辩方内部辩论与控方整体回复相结合,控辩对抗的基本格局不打破

共同犯罪在诉讼外观表现上是一个整体利益集团,共同对抗控诉方的指控,但是其内部确有分歧存在。无论是对案件整体定性的认识还是刑事责任的分配,在辩论程序中,辩方之间很容易就某些问题相互辩论,辩护人互相之间的辩论已经成为

常态。^[9] 有文献认为:若共同被告人之间的利益存在冲突关系,整个庭法庭审判过程就如同共同被告人彼此之间的控诉和辩驳,而不是在公诉方和被告方之间展开,公诉方甚至如同隔岸观火,静看共同被告人彼此之间进行攻击和防御,控方不费吹灰之力而坐享渔人之利,对被告人防御非常不公平。^[10] 事实上,虽然共同犯罪被告人相互之间有牵连关系,但是并不能代表他们的利益就是一致的,共同犯罪案件即使在合并审理的程序中,各自当事人也是独立的,也就是说,控诉方对每个被告人的指控是独立的^[11],互相之间有争议属于正常。共同犯罪各被告人的辩护人相互辩论,不仅体现了辩护人的职责,也是查明案件事实,实现案件实体公正的需要。因此,我们认为,应当理性看待共同犯罪辩护人相互辩论的问题。对于一些细枝末节的问题和能够在庭前协调达成一致的问题,则没有必要在审判程序中进行辩论;对于争议较大的问题,应当允许辩护人之间进行充分的辩论。从控辩审的结构上看,控辩平等,控辩双方应当针锋相对,而辩护方内部则不应当相互削弱,这是由控辩双方的法律地位和职能决定的,但是从发现案件真实的角度看,对案件的认识是一个不断接近的过程,只要辩方相互之间的辩论涉及案件的实质问题,虽然相互辩论消减了辩护方的力量,但是对整个案件事实真相来说,则是值得的。所以,从实体公正和程序公正平衡的角度看,应当允许各被告人及其辩护人之间相互辩论,尽可能地接近案件真实。此外,辩护人之间相互辩论,并不是意味着公诉人可以“作壁上观”。公诉人应当针对辩护人争论的问题,做出整体性地回应和总结。各辩护人可以针对公诉人的总结和回应,展开新的辩论,直到实质意见基本一致。辩方内部辩论与诉讼程序中控辩对抗的基本格局并不冲突。控辩双方进行有效的对抗,才能充分暴露矛盾,从而有利于法官形成确信。^[12] 控辩对抗,要求辩护方仅就控诉方的指控发表意见,不得对未指控或者无争议事实和证据发表意见。在法庭辩论程序中,控辩双方充分对抗,从控辩不同的角度对案件发表看法,才能进一步揭露案件事实,尽可能地接近事实真相。

五、共同犯罪法庭辩论程序的立法建议

从立法上确立共同犯罪法庭辩论规则,除首先明确共同犯罪法庭辩论应遵循单人犯罪法庭辩论基本规则外,可作以下设计:

首先,确立共同犯罪法庭辩论的整体运作秩序。具体做法是:

其一,明确规定法官在实质辩论开始前应先宣布争点辩论顺序。

[9] 陈忠槐:“关于共同犯罪辩护的几个问题”,载《中国律师》1994年第5期。

[10] See Robert O. Dawson, Joint Trials of Defendants in Criminal Cases: An analysis of efficiencies and prejudices, 77 Mich. L. Rev. 1379, 1385 (1979).

[11] 在共同犯罪的情况下,被告人行为之间虽然互有牵连,但仍应视为数个案件。参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题研究》(第4版),中国人民大学出版社2013年版,第91页。

[12] 马贵翔:《刑事司法程序正义论》,中国检察出版社2002年版,第52页。

其二,确立约束法官确定争点辩论顺序的实体规则,这些实体规则的内容按照本文前面的论述依顺序包括先易后难规则和先轻后重规则。为了使辩论更具有可操作性,建议对先易后难、先重后轻的含义作出立法界定,主要可采用列举的方式予以限定。

其次,就每一个争点的辩论顺序而言,法律宜对以下程序作出规定:

其一,公诉人发言后,法官应公开征询要求发言的辩护方人数,可要求用举手的方法表示。

其二,如果有两个以上被告人或者他的辩护人要求发言时,由法官指定发言顺序。如果要求发言的被告人或辩护人与争点无直接利益关系时,由法官予以制止或公开宣布排除发言机会。法官指定发言顺序应遵循的实体规则是依指控顺序排序,只有在认为打破此顺序更有利于辩明争点时,才可以打破指控顺序。

其三,在所有允许发言的被告人或辩护人全部发言完毕后,法官如认为观点存在冲突有必要继续辩论时,法官应宣布开始辩护方内部辩论。内部辩论如发生两个以上被告人或辩护人同时要求发言时,可由法官直接指定。法官认为内部辩论已全部阐明观点时宣布内部辩论结束。

其四,在辩护方内部辩论结束后,法官应宣布公诉人有权对全部内部辩论作整体回复。

其五,在公诉人作整体回复后,法官如认为有必要继续征求辩护方对整体回复的意见时,按前面确立的规则继续进行即可。

此外,与共同犯罪法庭辩论程序的立法相关的以下问题需要特别强调:第一,关于相关配套制度的完善,应主要关注庭前会议制度的相应变革。现行刑事诉讼法确立的庭前会议制度,主要内容是审判人员召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人对回避、出庭证人名单、非法证据排除等问题了解情况,听取意见。在坚持公正和有利于辩论程序顺利展开的原则下,应当允许共同诉讼各辩护方在庭前会议中互相协调辩论观点。庭前会议中能够达成一致的辩护意见,则无须在法庭辩论程序中相互辩论,提高审判效率。第二,关于立法表现形式。我国刑事诉讼法对法庭辩论程序的规定较为简单,比较完整的法庭辩论程序主要体现在司法解释中。司法解释在我国虽然在事实上指导着司法实践的运行,但其效力较低。刑事诉讼法应当借鉴司法解释中有关法庭辩论程序的规定以及司法实务中的有益经验,就共同犯罪法庭辩论程序设立专节,专门规范共同犯罪法庭辩论程序。第三,关于立法前景需关注整个庭审制度的改革。改革现行庭审制度,言辞辩论应当贯彻庭审始终。在法庭调查阶段,应当着重解决定罪问题,控方与各辩护方应当就案件的定罪问题展开言辞辩论,法庭调查结束后,法官有权就定罪问题作出裁定。裁定有罪的被告人,才有权进入法庭辩论阶段。在法庭辩论阶段,控方与有罪的各被告方仅就量刑问题展开言辞辩论。如此,不仅可以理顺定罪、量刑的关系,也是解决司法实践中重定罪、轻量刑之怪象的手段之一。