



## 程序协商性视角下的律师独立辩护

夏宜琨

中国刑事警察学院，沈阳

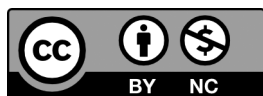
**摘 要** | 程序协商性作为新兴刑事诉讼价值之一，越来越受到学界和实务界的关注。为了更好地惩治犯罪、保障人权、提高诉讼效益，我国于2018年将“认罪认罚从宽制度”正式纳入《刑事诉讼法》。然而，该制度的适用存在值班律师工作形式化以及律师在认罪认罚案件中缺乏独立性和有效性的问题。对于认罪认罚案件中律师独立辩护权的行使进行分析，应该适时引入“无效辩护”制度，同时完善诉讼模式，变革控辩审关系。

**关键词** | 刑事诉讼价值；认罪认罚从宽制度；律师独立辩护权；无效辩护；诉讼模式

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、刑事诉讼价值的革新

关于刑事诉讼价值的含义，在我国建立社会主义市场经济初期，学者普遍将其定义为刑事诉讼活动通过满足社会及其成员的需要而对国家和社会所具有的效用和意义。<sup>[1]</sup>不难看出，在当时的历史背景下，学者将刑事诉讼的法认为是刑法的实施工具，该观念深受“工具主义”影响。近年随着理论和实践的发展，学者对刑事诉讼价值的定义有了新的认识，即刑事诉讼价值是指刑事诉讼程序在具体运转中所要实现的价值目标，又是人们评价和判断一项刑事审判程序是否正当、合理的价值标准。<sup>[2]</sup>

关于刑事诉讼价值的具体内容，近年来除传统的三大诉讼价值即程序的正义性、程序的公正性、程序的经济性以外，还有另外三种新兴价值理念逐步在刑事程序中显现。它们分别是程序的和谐性、

程序的诊疗性以及程序的协商性。程序的和谐性通常表现在被告方与被害方达成刑事和解的案件中，程序的诊疗性通常表现在青少年刑事案件中，其体现的是对涉罪青少年的关爱、感化和教育理念。对于程序的协商性，其最明显且直接的体现就是认罪认罚从宽制度的确立和适用。

### 二、认罪认罚从宽制度与程序协商性的关系

2018 年，我国《刑事诉讼法》确立了认罪认罚

[1] 陈光中，陈瑞华，汤维建．市场经济与刑事诉讼法学的展望[J]．中国法学，1993（5）：3-12．

[2] 陈瑞华．刑事程序法理（上卷）[M]．北京：商务印书馆，2021：164．

从宽制度,也标志着我国正式将量刑协商制度纳入刑事诉讼程序之中。从现有法律规范进行理解,认罪认罚从宽即犯罪嫌疑人、被告人认罪的,可以从宽处罚。<sup>[1]</sup>关于程序协商性的定义和具体形式,从比较法的角度来看不同国家有所不同,如美国的“辩诉交易”、德国的“量刑协商”等<sup>[2]</sup>,受本文讨论主题和篇幅限制笔者将不再赘述。就我国的程序协商性而言,陈瑞华教授认为,程序协商性又被称为协商性司法,其核心不同于传统的对抗性司法,而是在诉讼程序中通过控辩双方的对话,在司法机关的主持下和辩护人的参与下就量刑问题进行协商,以终结诉讼程序。<sup>[3]</sup>

在传统的刑事诉讼程序中,受“职权主义”的影响,即便是在我国大力推进“审判中心主义”改革的大背景下,无论是立案、侦查、提起公诉还是审判程序,在整个过程中被告人始终处于被动地位,扮演着“如实供述”“服从于司法机关打击犯罪的需要”的角色。能够启动刑事诉讼程序的,推动刑事诉讼程序进程决定刑事诉讼结果的,只能是具有法定职权的专门机关。无论是嫌疑人、被告人,或是被害人、辩护人等,其意志都没有控制力。但在认罪认罚从宽制度的框架下,嫌疑人、被告人选择对司法机关指控的罪名予以承认,并在律师的帮助下同司法机关协商、妥协,争取量刑上的优惠,以实现控辩双方的“最佳利益”,并促使刑事诉讼程序的终结。

通过对认罪认罚从宽制度与程序协商性二者定义的比较,不难看出认罪认罚从宽制度是程序协商性这一新兴刑事诉讼价值的具象化体现和实践。

### 三、刑事诉讼价值与律师独立辩护权

在本文开头,笔者提到了当今主流的三大传统刑事诉讼价值与三大新兴刑事诉讼价值理念。对于我国的律师独立辩护权的理论渊源,来源于“独立辩护人”理论。<sup>[4]</sup>目前,“独立辩护人”理论的定义,在学界和实务界尚未达成一致,但主流观点认为,其本质是指律师基于自身的独立人格,在排除委托人意志干扰的前提下,依据客观事实和法律依据从事诉讼活动。

#### (一)有效独立辩护实现刑事诉讼正义性的所需

我国《律师法》第二条第二款明确规定了律师

的使命和职业价值,即“维护当事人合法权益,维护法律的正确实施,维护社会公平和正义”。律师辩护制度之所以设立,一方面是为了维护嫌疑人、被告人的权益,而另一方面更关键的作用是维护刑事诉讼的程序正义,尽可能避免冤假错案的发生。独立辩护的核心理念在于其“独立性”,要求辩护律师无论面对委托人、司法机关或公众舆论的要求、建议甚至压力,仍要以自己的自由意志进行思考、判断,参与刑事诉讼活动,以达到辩护活动的目的。

但同时,我们也要注意,律师职业伦理要求律师行使独立辩护是有限度的。律师在接受嫌疑人、被告人委托为其辩护时,首先要忠诚于委托人,维护委托人的利益,不得与委托人的意愿相悖。其次,律师必须恪守诚信。嫌疑人、被告人之所以委托律师为其辩护,其基础便是信赖关系,这种信赖不仅是民事法律规范对成立双方委托关系的原则<sup>[5]</sup>,同样是律师职业伦理所要求的。恪守诚信,在律师行使辩护权时,特别是那些法律规定只得由当事人行使的权利时,应当取得当事人的同意或授权。在开庭辩护时,也应将辩护思路和角度如实告知委托人。同时,辩护人必须进行有效的辩护。我们对辩护的要求,不仅是形式上的,更是要求实现辩护的有效性。我们要明确的是,有效辩护并非以诉讼活动的结果是否达到委托人的愿望和辩护人的预期来判断,而是指律师在接受委托后,切实履行了诚信、沟通义务,尽其所能为委托人在程序上争取利益,并以明确、专业的辩护思路在实体裁判上提出富有意义的辩护意见。

据此,有效辩护理念的提出,从私法意义上说,

[1] 马静华,李科.新刑事诉讼法背景下认罪认罚从宽的程序模式[J].四川大学学报(哲学社会科学版),2019(2):31-41.

[2] 约阿希姆·赫尔曼,程雷.协商性司法——德国刑事诉讼中的辩诉交易?[J].中国刑事法杂志,2004(2):116-126.

[3] 陈瑞华.论协商性的程序正义[J].比较法研究,2021(1):1-20.

[4] 陈瑞华.独立辩护人理论的反思与重构[J].政法论坛,2013,31(6):13-24.

[5] 梁慧星.诚实信用原则与漏洞补充[J].法学研究,1994(2):22-29.

是辩护律师履行忠诚义务的法律保证；而从公法意义上说，也是维护程序正义的必要制度安排。<sup>[1]</sup>

## （二）律师独立辩护的实现在新兴刑事诉讼价值中无处可寻

传统观点认为，律师在刑事诉讼中有效地行使独立辩护权，是程序正义性的重要体现。但就律师独立辩护与程序的和谐性、程序的诊疗性或程序的协商性之间是否存在联系，仅从文义本身来看，似乎是相互独立的。然而，如果深入挖掘新兴刑事诉讼价值的内涵，我们不难发现，二者之间仍然存在某种必然的联系，对此学界形成的观点也比较一致。基于本文研究的范围是认罪认罚案件中的律师独立辩护权，上文得出了认罪认罚从宽制度是程序协商性的体现，因此我们暂不讨论律师独立辩护与程序的和谐性及诊疗性的联系。龙宗智教授认为认罪认罚制度适用所面临的最大问题是“控辩失衡”，即权力的行使集中向控方倾斜。<sup>[2]</sup>陈卫东教授提出，认罪认罚从宽制度的核心便是控辩合意程序，即“协商”。

尽管目前无论是《刑事诉讼法（2018）》还是其他相关规范性文件均未将“协商”二字写明，但例如《刑事诉讼法（2018）》第173条第2款规定：“犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定，听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人对下列事项的意见。”再如《人民检察院刑事诉讼规则（2019）》第269条规定：“犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定，听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人对下列事项的意见，并记录在案。”这些条文无不是辩护人参与“协商”的实质体现。

可见，在认罪认罚案件中，律师的独立辩护参与是必不可少的。正是辩护活动的进行，才使得认罪认罚从宽制度的“协商性”更加突显。其与程序的协商性这一新兴刑事诉讼价值的联系，也无需赘言。

## 四、认罪认罚案件中律师独立辩护权行使的现状分析

2017年10月，最高人民法院、司法部联合印发了《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》，推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，加强

人权司法保障，促进司法公正，充分发挥律师在刑事案件审判中的辩护作用。笔者认为，该项工作的启动是具有历史性意义的。长期以来，受律师资源、律师执业权利保障、律师执业能力等因素影响，刑事诉讼案件律师辩护率较低。随着“审判中心主义”改革的不断深入，对提高刑事案件的辩护率和辩护质量提出了更高的要求。笔者认为，在认罪认罚案件中的辩护，不仅要求实现独立性，还要求兼顾有效性。

## （一）律师独立辩护权的行使推动认罪认罚从宽制度适用

2021年9月22日，国务院新闻办公室举行全面建成小康社会贡献检察力量新闻发布会。会上披露，2019年1月至2021年8月，认罪认罚从宽制度适用率为72.2%；量刑建议采纳率为92.7%；一审服判率为96.1%，高出其他刑事案件13.7个百分点。就此数据来看，随着认罪认罚从宽制度的广泛适用，协商性司法已经占据刑事案件诉讼程序的主流，而实现这一成果，律师的辩护活动功不可没。高达96.1%的一审服判率更是说明协商性辩护在提起公诉程序和庭审程序中发挥了关键作用。

## （二）值班律师工作开展的形式化

《刑事诉讼法（2018）》第三十六条规定：“犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人，法律援助机构没有指派律师为其提供辩护的，由值班律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见等法律帮助。”该条文的增设，标志着值班律师制度在我国正式建立。与此相对应关于“认罪认罚从宽”制度的条文也将“值班律师”作为维护嫌疑人、被告人权利的主体。

但就法律规范和司法实务来看，值班律师在认罪认罚案件中仅具有帮助权，并不具有实质的辩护权，甚至仅仅是充当程序确认“见证人”的角色。<sup>[3]</sup>如出现司法机关与犯罪嫌疑人、被告人就程序和量

[1] 陈瑞华. 有效辩护问题的再思考[J]. 当代法学, 2017, 31(6): 3-13.

[2] 龙宗智. 完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡[J]. 环球法律评论, 2020, 42(2): 5-22.

[3] 陈光中, 魏伊慧. 论我国法律援助辩护之完善[J]. 浙江工商大学学报, 2020(1): 5-15.

刑协商完成后,再由司法机关通知值班律师到场见证认罪认罚具结书的签署。这种只重视司法效率而忽略司法公正的做法,很难使得值班律师发挥其作用,使得其存在趋于形式化。

### （三）律师在认罪认罚案件中的辩护缺乏独立性与有效性

早在2016年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布的《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》第五条明确规定,“办理认罪认罚案件,应当保障犯罪嫌疑人、被告人获得有效法律帮助,确保其了解认罪认罚的性质和法律后果,自愿认罪认罚。”笔者认为,辩护的有效性是法律帮助有效性的一个方面,辩护的有效性是辩护独立性的目的,而辩护的有效性也依赖于辩护的独立性。

然而,在实践中,律师辩护的独立性和有效性却难以实现。由于认罪认罚从宽程序的启动和推进决定权只属于控方,具有辩护权的律师往往和值班律师面临同样窘境,始终被司法机关牵着鼻子走,只是象征性地进行辩护活动。这种表现包括以下几个方面。

一是司法机关为了追求司法效率或其他政治利益,欺骗、引诱甚至采用暴力手段迫使嫌疑人、被告人认罪认罚。加之嫌疑人、被告人通常缺乏法律知识和维权意识,他们“被认罪”,之前可能已经被赋予“罪犯”名号,这使得律师若想进行无罪辩护几乎不可能。

二是律师可能与司法机关达成不利于嫌疑人、被告人的“协议”。在司法实践中,即使律师在第一时间介入诉讼活动,但由于自身与司法机关之间的不平等地位或某些利益输送,律师很有可能会违背嫌疑人、被告人的意愿,与司法机关达成一致,帮助司法机关说服嫌疑人、被告人认罪认罚。这种情况下,律师辩护的独立性已经彻底丧失,有效性更是无从谈起。

三是认罪认罚从宽制度所启动的庭审程序加大辩护难度。<sup>[1]</sup>《刑事诉讼法》第222条规定:“基层人民法院管辖的可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件,案件事实清楚,证据确实、充分,被告人认罪认罚并同意适用速裁程序的,可以适用速裁程序,由审判员一人独任审判。”此外,第224条规

定:“适用速裁程序审理案件,不受本章第一节规定的送达期限的限制,一般不进行法庭调查、法庭辩论,但在判决宣告前应当听取辩护人的意见和被告人的最后陈述意见。适用速裁程序审理案件,应当当庭宣判。”在适用普通程序审理的刑事案件中,法庭调查和法庭辩论是律师进行质证辩护的重要环节,往往会对法庭的裁判结果产生重要影响。然而,基于认罪认罚从宽而省略法庭调查和法庭辩论的速裁程序,难以为律师开展实质性辩护提供便利。

除此之外,影响认罪认罚案件中律师独立、有效辩护的因素还包括嫌疑人、被告人、辩护律师救济制度的不完善、辩护律师自身专业程度欠佳等问题。

## 五、推进认罪认罚案件中律师独立辩护权行使的举措

早在清末,我国的法学研究者就对辩护权的重要性进行了论述。沈家本在《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折》中讲到“司法者一人,知识有限,未易周知,宜赖众人之为听察,斯真伪易明”,“盖人因讼对簿公庭,惶悚之下,言词每多失措,故用律师代理一切指纹、对诘、复问各事宜”。推进认罪认罚案件中律师独立辩护权的行使,我国学者有着广泛深入的讨论,笔者较认同的是“无效辩护”制度的引入和诉讼模式的完善。

### （一）适时引入“无效辩护”制度

“无效辩护”制度来源于美国,并随着美国的司法实践,已确立起一套完整的理论体系和实践制度。简单来说,无效辩护制度的核心内容是指在刑事诉讼中,为了保障对抗主义诉讼模式基本功能的发挥,律师提供的帮助对被告人而言必须符合一般的执业标准,否则法院基于此做出的判决将会被撤销。<sup>[2]</sup>

就其本质而言,该制度是当律师的不当辩护行为侵害委托人的诉讼权利时的一种救济。从美国的司法实践来看,该制度的适用对于提高辩护质量、

[1] 闵春雷. 认罪认罚案件中的有效辩护[J]. 当代法学, 2017, 31(4): 27-37.

[2] 彭江辉. 有效辩护与辩护质量——美国有效辩护制度窥探[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2015, 39(4): 45-49.



避免辩护形式化经常有积极的促进作用。笔者认为,在我国进一步推进“审判中心主义”改革的大背景下,在相关配套司法制度逐步完善的情况下,适时引入该制度是必要的。

## (二) 完善诉讼模式, 变革控辩审关系

提高律师辩护的有效性,有利于实质意义上控辩关系的平等,在此基础上控辩双方达成的协商才有公平与公正可言。<sup>[1]</sup>而如前文所述,在我国的司法实践中,嫌疑人、被告人所处的地位是消极、被动的。面对司法机关的指控,他们只得“如实供述”。因此,律师的权利行使也受到了种种限制。

在“审判中心主义”改革的视野下,我们必须将原有诉讼模式加以完善。<sup>[2]</sup>在庭审程序之前,应给予律师充分的准备空间。即使在嫌疑人、被告人认罪认罚的情况下,通过保障律师的会见权、阅卷权以及收集证据等权利,使得律师获得更加真实完备的信息。在庭审过程中,即使适用速裁程序,也应赋予律师一定的质证、辩论权利。同时,赋予认罪认罚案件中值

班律师与辩护人等同的诉讼地位和辩护权利,也是保障嫌疑人、被告人诉讼权利,努力达到控辩审三方的平衡,真正实现辩护的目的的重要举措。

## 六、结语

在笔者看来,法律存在的诸多价值如正义、秩序、效率、平等中,正义价值应是首位的。虽然自我国逐步建立社会主义市场经济以来有学者提出的“效率价值优先论”不无道理,但法治之所以被人们所信仰并追求,其核心原因就在于法治代表着正义。<sup>[3]</sup>我们必须承认,认罪认罚从宽制度的设立适用是节约国家诉讼成本、整合国家诉讼资源的优良选择,无不体现着程序经济性这一传统刑事诉讼价值。但我们更要重视的是,正义终究是该制度设立适用的最终目标。该制度正义何来?源于“协商”。而“协商”何至正义?归于辩护之有效独立。

(责任编辑:郭志姣)

# The Lawyer's Independent Defense from the Perspective of Procedural Negotiation

Xia Yikun

National Police University of China, Shenyang

**Abstract:** As one of the emerging values of criminal procedure, procedural consultation has been paid more and more attention by academic and practical circles. In order to punish crimes better, protect human rights and improve the efficiency of legal proceedings, our country officially included the “System of leniency for confession and punishment” in the “Criminal Procedure Law” in 2018. The application of this system has the problems of formalization of duty lawyer’s work and the lack of independence and validity of lawyer’s defense in the case of guilty plea. From the perspective of the emerging value of criminal procedure, this paper analyzes the exercise of the independent defense right of the lawyer in the case of pleading guilty to punishment, change the relationship between prosecution and trial.

**Key words:** The value of criminal procedure; the leniency system of guilty plea; the lawyer’s independent right to defense; invalid defense; litigation mode

[1] 樊崇义,李思远.认罪认罚从宽程序中的三个问题[J].人民检察,2016(8):5-9.

[2] 卞建林,谢澍.“以审判为中心”视野下的诉讼关系[J].国家检察官学院学报,2016,24(1):33-42,172.

[3] 李兵.“法律价值效益优先论”质疑[J].法学研究,1995(5):44-47.