

## “刑事辩护研究”专题

主持人:陈瑞华(北京大学法学院教授,博士生导师,长江学者奖励计划特聘教授)

近年来,随着刑事司法体制改革的不断推进,我国刑事辩护制度也在发生迅速的转型。2017年,最高人民法院、司法部印发的《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》、全国律协修订的《律师办理刑事案件规范》等文件的相继出台,使得刑事辩护的相关问题再次成为学界关注的重点。其中,“委托人与辩护律师的关系”“认罪认罚制度中的值班律师定位”“有效辩护”“大数据时代下的刑事辩护”等问题格外突出。为此,本专题收录的五篇论文都立足我国当前的刑事司法改革实践,围绕刑事辩护问题而展开,试图或对我国刑事辩护理论进行革新,或对核心的辩护理念和制度进行阐释,或对刑事辩护制度的最新发展进行分析。这五篇论文具有较强的中国问题意识和理论推进意识,对我国刑事辩护相关问题的探讨具有一定的推动作用。

在委托人与辩护律师的关系方面,学界曾对过去多年盛行的“独立辩护人理论”进行了反思。2017年全国律协出台的《律师办理刑事案件规范》对二者的关系作出了重新的界定,即“(律师)应当按照有利于当事人的原则开展工作,不得违背当事人的意愿提出不利于当事人的辩护意见”。以该条为理论线索,北京大学法学院陈瑞华教授按照社会科学的研究方法,对委托人与辩护律师的关系作出了重新解释,提出了一种“协同性辩护理论”。在《论协同性辩护理论》一文中,作者认为,辩护律师作为委托人辩护权的协助行使者,不仅要维护委托人的利益、尊重委托人的意志,还要真正将委托人视为“客户”,与之进行协商、讨论、对话和说服活动,形成协调一致的辩护思路,并确立各自在刑事辩护中的分工角色,最大限度地形成刑事辩护的合力,从而追求较为理想的辩护效果。

在当前以大数据和人工智能为代表的智能科技被普遍运用的大背景下,我国刑事司法实践中已经出现了诸如“智慧法庭”等一系列的制度性变化。那么,大数据时代背景又会给我国的刑事辩护产生怎样的影响呢?中国人民大学法学院李奋飞教授和中国矿业大学(北京)文法学院朱梦妮讲师合作撰写的《大数据时代的智慧辩护》,以大数据下的刑事司法为切入点,总结了当前我国刑事辩护领域已经出现的有限回应,分析了人工智能在微观、中观和宏观等不同层面给刑事辩护实践带来的影响,并提出在大数据的时代背景下,刑事辩护的“智慧”根源仍在于律师,智慧辩护就是“把生发于实践的律师智慧整合好,使之能与隐藏的司法规律、动态的服务需求形成良好的协同互动”。

在2016年出台的有关认罪认罚从宽制度试点工作的文件中,作为法律援助的值班律师制度被得以明确的规定。但对于值班律师的功能与职责,理论界和实践界仍存在争论。吉林大学法学院杨波教授在《论认罪认罚案件中值班律师制度的功能定位》一文中,细致地梳理了值班律师在我国和域外国家就具体功能指向上的差别,并提出当前我国值班律师见证人化的这一功能异化的表现给我国司法实践带来了诸多的不利后果;对此,未来我们应当以有效辩护为核心,从诸如赋予值班律师在场权、明确值班律师介入时间点、细化值班律师法律帮助

的具体内容等多方面来实现认罪认罚案件中值班律师辩护权的强化。

作为一项重要的辩护理念,“有效辩护”近年来被学界给予了高度的重视。西北政法大学公安学院桂梦美副教授和西安交通大学法学院张蕾博士生合作撰写的《有效辩护理念的本体展开》,从“有效辩护理念”的本体概念展开,探讨了这一理念背后所存在的包括程序正义、无罪推定与人权保障、刑事诉讼结构等在内的理论基础,并指出对于因辩护律师自身不称职而导致达到“实际无效”标准的辩护行为,应当建立程序内与程序外的两种救济模式,使无效辩护面临程序性制裁、民事赔偿或者职业惩戒等后果。

关于委托人与辩护律师的关系,域外国家多将其纳入律师职业行为规范调整的范围内,因此,从律师职业伦理的角度研究二者的关系也不失为一个较好的视角。北京大学法学院刘译砚博士生在《论委托人与辩护律师的关系——以美国律师职业行为规范为切入的分析》一文中,以美国律师职业行为规范作为分析的切入点,探讨了委托人与辩护律师之间的民事合同规范与职业行为规范的关系,并从关系的成立、权利的分配、利益冲突的解决、关系的终止等六个方面分析了美国律师职业行为规范在二者关系方面所调整的内容。最后,文章落脚于辩护律师的忠诚义务和维护司法正义义务这两大基本理念上,并探讨了美国律师职业行为规范对我国律师职业伦理构建所具有的启发意义。

## 论协同性辩护理论

陈瑞华

(北京大学 法学院,北京 100871)

**摘要:**在对独立辩护人理论进行反思的基础上,在将被告人辩护能力加以激活的前提下,有必要提出一种旨在对辩护律师与委托人关系进行重新调整的协同性辩护理论。根据这一理论,辩护律师作为委托人辩护权的协助行使者,不应垄断这一诉讼权利的行使,而应在激活委托人辩护权的前提下,与其经过充分协商和讨论,形成协调一致的辩护思路,并确立各自在刑事辩护中的分工角色,最大限度地形成刑事辩护的合力,从而追求较为理想的辩护效果。假如我们接受了这一新的理论,那么,诸如被告人的阅卷权、辩护律师的告知和沟通义务、法庭上被告人与辩护律师席位的布局、辩护律师无效辩护的后果等一系列制度安排,都应被纳入辩护制度改革的议程。

**关键词:**独立辩护;自主性辩护;协同性辩护;委托代理关系;忠诚义务;有效辩护

**中图分类号:**DF715 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)03-0006-16

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.03.001

**收稿日期:**2018-04-08

**作者简介:**陈瑞华,男,北京大学法学院教授,博士生导师,长江学者奖励计划特聘教授,主要从事刑事诉讼法、证据法、司法制度、程序法理论、法学方法研究。

## On the Theory of Coordinating Defense

CHEN Rui-hua

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** On the basis of the reflection on the theory of the independent defender and activating the defense ability of the defendant, it is necessary to put forward a theory of coordinating defense, which aims at reorganizing the relationship between the defense lawyer and the defendant. According to this theory, as the assistance in the exercise of the right of defense, the lawyer should not monopolize the exercise of the right of litigation. In the premise of activating the defense right of the defendant, the lawyer should carry out full consultation and discussion with the defendant, form a coordinated and consistent defense strategy, and establish their respective roles in the process of the criminal defense to maximize the resultant force of the criminal defense so as to pursue a better defense effect. If we accept this new theory, a series of institutional arrangements should all be included in the agenda of the reform of the defense system, such as the defendant's right to read files, the lawyer's obligation to inform and communicate, the layout of the seats of the defendant and the defense counsel in the court and the consequences of the invalid defense.

**Key words:** independent defense; automatic defense; coordinating defense; relationship of commission and delegation; duty of loyalty; effective defense

### 一、引言

有关辩护律师与委托人的关系问题,向来是刑事辩护领域的重要研究课题。在以往的研究中,笔者曾对我国多年盛行的“独立辩护人理论”进行了反思,并提出了建立在委托授权和信任前提下的独立辩护理论的思路。<sup>①</sup>同时,针对我国刑事辩护实践中忽视被告人的诉讼主体地位、弱化被告人的辩护能力的状况,笔者还提出了一种“自主性辩护理论”,强调要借助于制度变革和观念革新,来激活被告人的辩护能力,强化被告人在刑事辩护中的主体意识和主导地位,从而使被告人真正成为刑事辩护权的有效行使者。<sup>②</sup>

对于这些理论和观点,笔者至今仍然予以坚持。但是,仅仅要求辩护律师尊重被告人的辩护观点,或者仅仅重视提高被告人行使辩护权的能力,似乎还是不够的。假如被告人所坚持的辩护观点有着致命的缺陷,而该被告人又具有“致命的自负”,那么,被告人自主性地行使辩护权,势必会与律师发生辩护观点的冲突问题。而这种辩护观点冲突一旦发生,律师究竟如何选择呢?毕竟,大多数被告人并不精通法律,也缺乏法庭质证、辩论的技巧,他们作为法律外行,即使在行使辩护权方面拥有更大的空间,也存在着如何与律师的辩护相互协调、形成合力的问题。

由此看来,在对传统的独立辩护人理论进行反思的基础上,提出被告人的“自主性辩护权”理论,似乎还是不够的。我们有必要对辩护律师与委托人的关系做进一步的讨论。

2017年9月,全国律师协会发布了修订后的《律师办理刑事案件规范》,对原有的“律师独立辩护”条款作出了重大调整,该规范在坚持律师“依法独立履行辩护职责”观点的同时,又明确要求律师“在法律和事实的基础上尊重当事人意见,按照有利于当事人的原则开展工作,不得违背当事人的意愿提

<sup>①</sup>有关独立辩护理论的研究,参见陈瑞华:《独立辩护人理论的反思与重构》,载《政法论坛》2013年第6期,第13-24页。

<sup>②</sup>关于自主性辩护理论,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》,载《法学家》2013年第6期,第140-152页。

出不利于当事人的辩护意见。”与此同时,该规范还要求,律师与委托人就辩护方案产生严重分歧,不能达成一致的,可以“代表律师事务所与委托人协商解除委托关系”。<sup>①</sup>

根据律师界的权威解读,作为律师辩护的基本准则,独立辩护原则固然是不容置疑的,但它所要求的是律师独立于当事人以外的任何人,也独立于任何“法外因素”,而绝不意味着独立于当事人的意志。相反,与当事人的意志保持一致,才是辩护权的基本属性。在这一方面,原规范所作的律师辩护“不受当事人意志的左右”的表述,属于对律师职业伦理和辩护原则的一种误判,导致部分律师“在法庭上错误行使辩护权,造成律师与被告人之间的冲突,也导致了人们对于律师职责和律师制度的误解”<sup>[1]</sup>。联想到有些律师违背当事人的意志,在被告人不认罪的情况下作有罪辩护,或者在被告人认罪的情况下作罪重的辩护,这种辩护方式过去曾经受到律师界的支持,现在开始受到普遍的质疑。

那么,律师是不是在任何情况下都要尊重当事人的意志呢?答案是否定的。律师界主流的观点所反对的只是违背当事人意志所作的“不利于当事人”的辩护,但对于那些“有利于当事人利益”的辩护,律师即使违背当事人的意志,也是无可厚非的。有的律师就认为,这种辩护表面上看违背当事人的意志,但其实仍然符合有利于当事人利益的原则。因为被告人经常为了争取有较好的认罪态度,而作出了供述有罪的选择,但是辩护律师依据事实和法律仍然可以作重罪改轻罪的辩护,或者直接作无罪辩护。对于这种表面上违背委托人意志,实质上是经过双方协商所选择的诉讼策略,“本质上有利于当事人的利益,不违背律师行业的职业道德,大家也普遍接受认可”<sup>[2]</sup>。况且,很多被告人对法律并不精通,也未必真正理解如何辩护才是最明智的选择,因此,当律师对法律适用问题发表的辩护意见对委托人是有益的,就应当承认律师的独立辩护权<sup>[3]</sup>。很显然,修订后的《律师办理刑事案件规范》接受了这一观点。

但是,律师即便是出于维护委托人利益的考虑,独立选择了“有利于被告人利益”的辩护思路,也经常会面临委托人不理解、不支持甚至坚决反对的问题。在此情况下,律师究竟怎么办?比如说,有些委托人执意要求辩护律师接受自己的辩护方案,强迫律师对原来作有罪辩护的案件改作无罪辩护,要求律师对本来有无罪辩护空间的案件则改作有罪辩护。在此情况下,律师就不能违背委托人的意志,强行按照自己的意愿进行辩护<sup>[2]</sup>。根据修订后的《律师办理刑事案件规范》,律师需要与当事人进行协商,经过协商无法达成一致意见的,可以解除委托关系,退出案件的辩护工作。

可以看出,这部律师办案规范对于辩护律师与委托人的关系作出了全新的规范,体现了我国律师界对律师职业伦理以及刑事辩护准则的最新认识。律师界尽管对一些条文表述还有着不同的解读,但是,律师要维护委托人利益以及尊重委托人意志的精神,尤其是不得在违背委托人意志的情况下作不利于委托人利益的辩护的思想,显然已经深入人心,取得了最大程度的共识。从过去的“独立辩护论”到今天的“尊重委托人意志论”,这种辩护律师职业伦理观念的重大转变,显然是得之不易的。

制度是灰色的,而理论之树是常青的。面对正在发生迅速转型的刑事辩护制度,我们有责任按照社会科学研究的一般方法,对制度变革作出理论上的提炼。在原有的“独立辩护理论”逐渐式微的情况下,笔者拟提出一种“协同性辩护理论”,试图对辩护律师与委托人的法律关系作出重新解释。这一理论的核心内容是,辩护律师作为委托人辩护权的协助行使者,不应垄断这一诉讼权利的行使,而应在激活委托人辩护权的前提下,与其经过充分协商和讨论,形成协调一致的辩护思路,并确立各自在刑事辩护中的分工角色,最大限度地形成刑事辩护的合力,从而追求较为理想的辩护效果。协同性辩护理论不仅要求辩护律师维护委托人的利益,至少不能损害委托人的利益,也不仅仅要求辩护律师尊重委托人的意志,更重要的是要求辩护律师真正将委托人视为“客户”,与之进行协商、讨论、对话和说服

<sup>①</sup>相关的具体内容,参见中华全国律师协会2017年9月20日发布的《律师办理刑事案件规范》第5条和第12条。

活动,使辩护律师和委托人在刑事辩护方面的积极性和能动性得到最大程度的发挥,避免因相互冲突和发生内耗所带来的负面作用,追求刑事辩护的最佳效果。

在以下的讨论中,笔者拟讨论协同性辩护理论的基本要素,论证这一理论的正当基础,分析这一理论的实现路径,反思这一理论的内在限度,并对这一理论的未来作出一定的预测。

## 二、协同性辩护理论的提出

我国原有的“独立辩护人理论”将辩护律师视为唯一的辩护主体,允许他们运用其法律专业的优势地位,而不顾及委托人的想法和意志,甚至将委托人变成一种被动接受律师辩护结果、消极承受律师辩护方案的“诉讼客体”。而“自主性辩护理论”则主张要激活被告人的辩护能力,使其在会见、阅卷、调查活动乃至在参加法庭质证、辩论过程方面增强一定的“主体意识”。但仅仅注重被告人辩护权的自主行使,也可能带来被告人与辩护律师分庭抗礼、自说自话的问题,有可能进一步加剧委托人与辩护律师的辩护冲突问题。那么,究竟如何从理论上解决这些问题呢?

“协同性辩护理论”提出了一条新的思路,那就是辩护律师在尊重委托人利益的前提下,在激活委托人的辩护能力之后,应当与委托人通过协商、对话和说服活动,来进行协调一致的辩护,既尽量化解委托人与辩护律师可能发生的辩护冲突,也追求最佳的辩护效果。具体说来,这一理论具有以下几个方面的基本内容:一是激活被告人的自主性辩护权,使其具有最低限度的辩护能力;二是律师以不损害委托人利益为底线,追求被告人利益的最大化;三是保障被告人的知情权,律师向被告人告知辩护思路,并告知有关证据材料;四是律师与被告人进行充分的沟通、协商、讨论活动,说服其接受辩护思路;五是律师与被告人协商,确定辩护的分工协作,各自承担的诉讼角色;六是在律师与被告人发生严重分歧并且协商无法达成一致的情况下,可以及时退出辩护活动,解除委托关系。以下将依次对此作出简要分析。

### (一) 被告人辩护能力的激活

被告人不仅是律师提供法律帮助的对象和受益者,而且也是一个有权行使各项辩护权的“辩护者”。在一定程度上,被告人与其辩护律师一起,构成广义上的“辩护方”。在行使各项诉讼权利时,被告人还属于“第一顺序辩护者”,在行使这些权利方面具有优先性;辩护律师只有在被告人行使完辩护权或者放弃行使辩护权的情况下,才能行使辩护权。这一基本事实决定了被告人具有辩护能力的重要性。但是,大多数被告人身陷囹圄,失去了人身自由,属于法律外行,不了解法律知识,不具有法庭论辩的技巧。那么,被告人的辩护能力如何得到保障呢?

根据协同性辩护理论,辩护律师要与被告人进行充分的协商和沟通从而形成最大的辩护合力,首要前提在于激活被告人的辩护能力,使其不仅享有辩护权,而且能够切实地行使辩护权。被告人不仅可以自主性地行使会见律师的权利、查阅案卷的权利以及调查取证的权利,而且还可以亲自当庭行使举证权、质证权和辩论权等权利。无论是侦查机关、公诉机关还是法院,都应为被告人有效行使辩护权创造基本的条件,而且辩护律师也应为作为其委托人的被告人行使辩护权提供基本的便利。

### (二) 对被告人意志的尊重

激活被告人的辩护权,固然为被告人有效行使辩护权创造了条件,但是,也会带来被告人与辩护律师“自说自话”“各自为政”的问题,埋下双方同室操戈、发生辩护观点冲突的隐患。这就必然牵扯出一个不容回避的问题:辩护律师如何看待被告人的意志?

在是否尊重委托人意志问题上,经常有律师提出异议:律师作为法律专业人员,更懂得如何有效

维护委托人的利益;而被告人尽管有维护自己利益的强烈愿望,但并不懂如何有效实现这种利益。因此,律师有时不尊重被告人的意愿,按照自己的独立判断来进行辩护,反而更有利于维护被告人的利益。这就如同患者有治愈疾病的愿望,却无治疗疾病的能力一样,需要医生来施以援手,而医生显然不能事事都遵循患者的意志。

而根据协同性辩护理论,律师在维护被告人利益的前提下,也应对被告人的意志给予尊重,并尽量形成共同的辩护思路。当然,这并不意味着律师事事都要听从被告人的意见,而失去自己独立的专业判断。从积极的方面来说,律师作为法律专业人员,应当通过与被告人沟通形成一种较为成熟和现实的辩护思路,并通过沟通说服被告人接受这一辩护思路。而从消极的角度来说,在无法说服被告人接受自己辩护思路的情况下,律师绝对不能按照自己的意志,将某一辩护思路强加给被告人,从而与委托人发生辩护观点的冲突。这与医生治疗疾病也很相似,医生在形成自己专业治疗方案的情况下,应当尽量说服患者接受这一方案,而不能不顾患者的感受和意志,强行施加某一治疗方案。未经患者及其近亲属的签字同意,任何手术都是不能实施的。

前面提及的《律师办理刑事案件规范》,强调律师不得在违背委托人意志的情况下作不利于委托人的辩护,就体现了协同性辩护理论的要旨。相对于原来律师辩护可以“不受当事人意志左右”的做法而言,这显然是一种重大的规范调整。其实,所谓辩护的“协同性”,其核心思想就在于辩护律师与被告人在辩护思路上调一致,不能发生辩护观点的冲突或者对立。而尊重被告人的意志或者意愿,显然属于双方形成协调一致辩护思路的重要标志。

### (三) 沟通和协商的义务

假如辩护律师和被告人都形成了自己独立的辩护思路,或者辩护律师形成了自己的辩护思路,而被告人还没有形成辩护思路,那么,要使被告人接受律师的辩护思路,就必须有一种沟通和协商的渠道。这也如同医生与患者的关系一样,医生一旦形成自己的专业判断,也需要尽到说服责任,劝说患者接受自己的用药、检查或手术方案。

根据协同性辩护理论,辩护律师在进行充分的辩护准备的情况下,形成了较为成熟、较为专业也较为现实的辩护方案。律师的辩护工作不能到此为止,还应更进一步,保证被告人对辩护方案的知情权,在确保被告人全面理解辩护思路的前提下,征询其对这一辩护思路的意见,讲清楚这一辩护思路的事实根据和法律依据,分析这一辩护思路所要达到的辩护目标,评估这一辩护思路的现实可行性。在被告人难以接受或者拒绝采纳这一辩护思路的情况下,律师还要尽到进一步的说服责任,劝说被告人接受这一辩护方案。

修订后的《律师办理刑事案件规范》,要求律师与委托人就辩护观点进行反复沟通和协商,尽可能达成共识。这在一定程度上体现了协同性辩护的思想。在多年的辩护实践中,受传统的“独立辩护理论”的影响,很多律师对辩护律师职责的理解仅仅是,形成较为成熟和较为专业的辩护思路,并当庭说服法官接受这一辩护思路,而不顾忌被告人的感受,不承担说服委托人接受这一辩护思路的责任。这显然会造成律师与委托人当庭发生辩护冲突的情形,造成无效辩护的后果。这是不足取的一种辩护选择。相反,根据协同性辩护理论,辩护律师在形成较为专业化的辩护思路的前提下,还要尽到对委托人的说服责任,在保证委托人全面理解辩护思路的前提下,通过对话、沟通、协商和讨论,说服委托人接受这一辩护思路。

### (四) 分工协作关系的确定

中国刑事法庭经常出现这样的一幕:律师在法庭上或者对证人提出咄咄逼人的问题,或者侃侃而谈,发表无罪或者罪轻的辩护意见。而被告人则要么对律师的辩护露出茫然无知的神情,既无法向证

人提问,也无法发表任何有说服力的意见,而不得不说“请我的辩护律师代为提问或者代为发表意见”。甚至有时候,被告人还会发表一些不着边际的观点,引发辩护律师的纠正甚至呵斥;或者对于辩护律师的辩护意见,被告人也当庭表示异议。这一现象走到极端,就是被告人与辩护律师当庭发表不一致的辩护意见,如被告人作出了有罪供述,辩护律师大惊失色,仍然坚持无罪辩护意见;或者被告人拒绝承认自己有罪,而辩护律师仍然不管不顾地发表罪轻辩护意见<sup>[4]</sup>。

为什么会出现上述场景呢?原因很简单,辩护律师在开庭前有可能没有与被告人进行充分的沟通和协商,有时就连被告人对辩护思路的知情权都没有满足。当然,即便被告人了解并接受了律师的辩护思路,但律师并没有对实现这一辩护思路的方式和步骤做出任何有针对性的指引,没有对被告人如何配合律师的辩护提供指导。结果造成被告人与辩护律师各说各话,无法形成良好的分工协作关系。

而根据协同性辩护理论,辩护律师在说服被告人接受辩护思路的前提下,应当往前更进一步,也就是为被告人安排适当的诉讼角色,以便使自己的当庭辩护得到最大限度的支持和配合。按照律师界的行话,“被告人是辩护律师的最好助手”。辩护律师将被告人塑造成自己的辩护助手,这是刑事辩护的最高境界。这就意味着,律师不仅要有较为成熟的辩护思路,而且还要有为实施这一辩护思路而采取的行动方案,也就是较为可行的谋篇布局和角色安排。

例如,律师假如要做量刑辩护,就应说服被告人当庭认罪、退赃退赔或者与被害方达成和解协议,以便说服法院确认被告人存在坦白、自首、立功等量刑情节,从而追求最有利于被告人的量刑裁决。

又如,律师假如要做无罪辩护,那么,被告人就应当庭作无罪的辩解。无论如何,在被告人当庭认罪的情况下,律师再作无罪辩护,这都是极难获得成功的。律师需要做的是询问被告人对检察机关指控事实和法律适用的意见,发现被告人有不认罪的正当理由,或者被告人有不认罪的意思表示的,律师应当引导被告人当庭作出无罪陈述的选择。

再如,律师假如要作程序性辩护,尤其是要挑战侦查行为的合法性,向法庭提出排除非法证据的申请,那么,就应将被告人变成一种就程序性争议事实发表意见的特殊“证人”,引导其陈述侦查人员非法取证行为的过程和细节,并当庭就此作出有根据的陈述。在法庭审理中,律师通过对被告人当庭发问,引导其讲述侦查人员刑讯逼供或其实施其他非法取证行为的过程,从而对律师的程序性辩护观点形成重要的支持和配合。

当然,律师对被告人诉讼角色的上述安排,应当有一些法律底线,那就是不得违背事实和法律诱导被告人作出不真实的陈述,尤其不得诱导其动辄推翻有罪供述。很多有经验的辩护律师都指出,在选择何种诉讼角色问题上,应当采取“律师画地图,被告人选择道路”的做法,而不要采取威胁、引诱或者欺骗的手段,迫使被告人不情愿地选择某一诉讼角色。律师所要做的应当是因势利导,发现被告人坚持作出有罪供述的,律师制定有罪辩护的方案和角色分工安排;律师发现被告人不认罪,而案件也具有无罪辩护空间的,就可以按照无罪辩护思路来确定角色分工安排;律师发现案件确实存在侦查人员违法取证行为的,可以根据程序性辩护的思路来制定辩护方案。

### (五) 委托关系的自愿解除

在律师辩护实践中,经常发生这样的情况:律师穷尽全部精力,既无法说服被告人接受自己的辩护思路,更无法说服其采纳自己确定的辩护分工安排。典型的例子是,被告人固执己见,坚持认为自己是无罪的,不接受律师提出的量刑辩护方案。或者被告人为追求缓刑或者定罪免刑等有利的诉讼结局,而拒绝律师提出的无罪辩护思路。还有的被告人在律师已经告知其辩护思路,并对辩护实施方案做出精心安排的情况下,仍然当庭出人意料地变更辩护思路,要么突然“当庭认罪”,要么突然“当庭翻供”,打乱了辩护律师开庭前的战略部署。这种情况发生的原因,既有可能是被告人自作主张,拒不服

从律师的辩护安排,也有可能是被告人受到了外部的诱导或者影响,对某种诉讼结局的出现产生了不切实际的预测<sup>[5]</sup>。

而根据协同性辩护理论,律师通过充分沟通和协商,无法说服被告人接受自己的辩护思路,或者无法说服其采纳自己的诉讼协作安排的,可以解除与被告人的委托关系,退出案件的辩护工作。辩护律师与被告人的“协同辩护”是一种理想状态,既然无法达成这种状态,而辩护律师又不能接受被告人的非理性辩护方案,那么,及时解除委托关系,为被告人选择新的辩护人创造条件,这可能是唯一的现实选择。

修订后的《律师办理刑事案件规范》,对律师与委托人发生重大辩护观点分歧时可以解除委托关系的规定,就体现了协同性辩护理论的精神。无论如何,在辩护律师与被告人发生辩护观点重大分歧的情况下,律师不能置被告人意志于不顾,而从事所谓的“独立辩护”,甚至与被告人的观点发生冲突,这是不可容忍的,也违背协同性辩护理论的基本要求。当然,也会有部分辩护律师,基于要保住“辩护业务”的考虑,而被迫选择与委托人合作,违心地接受被告人的辩护思路或辩护实施方案,这似乎从实质上有损被告人的利益。但根据协同性辩护理论,被告人既然有权自行选择哪位律师担任辩护人,也有权拒绝某一律师的辩护,当然也有权决定采取哪一种辩护思路或者辩护实施方案。这本身不存在“对”或者“错”的问题,而属于被告人行使权利的范围。

### 三、协同性辩护理论的正当性

为什么要坚持协同性辩护理论?强调辩护律师与被告人通过沟通形成一致的辩护思路,通过协商进行一定程度的分工协作,这究竟具有怎样的正当性呢?通常说来,我们之所以提出一种理论,一方面是因为这一理论能够符合公认的理论或者准则,在逻辑上是正当的;另一方面也是因为该理论得到经验事实的验证,在经验上是有用和可行的,也是能够取得积极效果的。我们对协同性辩护理论的正当性,也可以从这两个角度加以论证。

#### (一) 理论上的论证

协同性辩护理论的提出,主要与三个基本理论具有密切的联系,属于这三个理论的逻辑演绎结果:一是辩护律师与被告人的诉讼代理关系理论;二是辩护律师的忠诚义务理论;三是有效辩护理论。

1. 协同性辩护理论建立在律师与被告人诉讼代理关系的基础上,是律师承担代理人的契约义务的必然结果。传统上,我国法律界不承认律师与被告人的诉讼代理关系,而坚持“独立辩护论”的观点。根据这一观点,辩护律师不是被告人的“代言人”或者“喉舌”,不能对被告人言听计从,而可以有自己独立的意志和判断,甚至可以违背委托人的意志,从事所谓的“独立辩护”。如今,律师界已经整体上抛弃了独立辩护理论,全国律师协会的规范性文件也删除了“独立辩护,不受当事人意志左右”的条款。这为确立辩护律师的诉讼代理人地位扫清了法律障碍。但是,不少法律界人士仍然以律师不能对委托人一味服从为由,对辩护律师的诉讼代理人地位持有异议<sup>[6]</sup>。

其实,承认辩护律师与被告人的委托代理关系,并不意味着律师可以完全听从委托人的指令或者成为委托人的代言人。被告人委托或者被指定律师辩护之后,双方的诉讼代理关系即告成立,但被告人并没有因此失去行使辩护权的资格,而是与辩护律师同时拥有行使辩护权的资格,从而组成一种“辩护方”。辩护律师只是被告人辩护权的协助行使者,并没有完全接管或者替代被告人,成为辩护权的独断行使者。这种协助行使辩护权的律师,与被告人之间仍然具有一种特殊的诉讼代理关系。作为委托方,被告人委托律师从事辩护活动,最终的诉讼结果完全由被告人本人承担;作为诉讼代理方,律



师行使的辩护权,来源于被告人的授权,也受到被告人授权的约束。只是与民事诉讼代理关系不同的是,辩护律师与被告人的诉讼代理关系,并不会带来被告人全权委托律师代为行使诉讼权利的情况。毕竟,民事诉讼遵循当事人处分原则,无论是原告还是被告都可以不参与诉讼活动,法院也可以进行缺席审判,作为诉讼代理人的律师可以全权代表当事人参与诉讼活动,行使诉讼权利,由此所产生的诉讼结局都要由当事人承担。但刑事诉讼并不赋予当事人对诉讼权利和实体权益的处分权,而要求被告人与辩护律师一起参与诉讼活动,共同行使辩护权利。然而,这种诉讼机制上的差异,并不能否定辩护律师与被告人的诉讼代理关系。

无论如何,在辩护律师与被告人签订委托代理协议之后,律师就应承担基本的契约义务,也就是针对委托人的委托事项,为维护委托人利益而提供法律帮助的义务。可以说,遵守契约条款,履行诉讼代理责任,这是辩护律师所要承担的基本义务。既然如此,律师不仅要形成专业化的辩护思路,制定可行的辩护操作方案,而且还应与被告人进行充分的沟通和协商,说服被告人接受辩护思路和操作方案,从而产生最佳的诉讼效果。可以说,协同性辩护理论为辩护律师所提出的各项义务,都是律师承担契约责任的必然要求,也是履行诉讼代理人义务的内在应有之义。

2. 协同性辩护理论还与辩护律师的忠诚义务具有密切的联系。律师履行委托代理协议所确立的代理义务,这还只是民法意义上的法律要求。在此基础上,律师还应承担特定的职业伦理职责。这些职业伦理责任高于契约义务,对律师的辩护活动提出了更为严格的要求。其中,对忠诚义务的承担应是辩护律师所要承担的首要职业伦理义务。

所谓“忠诚义务”,也就是“忠诚于委托人利益的义务”。律师界通常所说的“受人之托,忠人之事”,指的就是这个意思。一般说来,忠诚义务有积极义务和消极义务之分,前者是指律师通过积极的努力维护委托人的利益,追求最大限度的有利结果;后者则是指律师不得损害委托人的利益,不使委托人的利益处于更为不利的境地。前者是律师辩护的目标,后者则是律师执业的底线<sup>[7]123</sup>。

协同性辩护理论的提出,有着实现辩护律师的忠诚义务的重要考虑。传统的独立辩护理论经常导致律师从事独立辩护,而罔顾被告人的利益和意志,甚至作出损害委托人利益的举动。而被告人自主性辩护理论,强调激活被告人的辩护能力,却没有对被告人与辩护律师的辩护立场加以协调,容易造成被告人与辩护律师各执一词甚至发生辩护观点冲突的局面。这既有可能导致辩护律师损害委托人的利益,也难以说服法官作出有利于被告人的裁判结论。而协同性辩护理论则要求辩护律师与被告人通过充分对话和沟通,保障被告人的知情权,在形成辩护思路时充分考虑被告人的需求和案件情况,说服被告人接受律师的辩护思路,并为被告人量身定做可行的辩护操作方案,为其法庭上的辩护提供战略或战术上的指导。这种辩护方式消除了辩护律师损害委托人利益的可能性,大大减少了辩护律师与委托人发生观点冲突的机会,双方所进行的辩护操作方式,既经过专业化的检验,也经过了双方的反复审核,往往成为兼顾专业化和现实可行性的辩护方案。通过这种律师与被告人的协同辩护,律师与被告人同室操戈的情形得到避免,法官所接触的将是深思熟虑的辩护思路,以及协调一致的辩护操作方式。很显然,这可以最大限度地确保律师忠诚义务的履行,使得被告人的利益得到最大限度的维护。

3. 辩护律师与被告人的协同性辩护,有助于最大限度地实现有效辩护。有效辩护是指律师尽职尽责的辩护。有效辩护并不意味着律师成功地说服法官做出了有利于被告人的裁判结论,而只是要求律师进行了符合专业水准的辩护操作过程,提出了最符合委托人利益的辩护观点。在一定程度上,有效辩护的这一含义与积极的忠诚义务具有密切的联系。律师只要恪尽职守,从事了尽职尽责的辩护,我们往往会说这等于律师履行了积极的忠诚义务,也意味着律师进行了有效辩护。

有效辩护理论的要求并不仅仅限于这一方面。律师假如违背了最低限度的专业要求,没有提供尽

职尽责的辩护,并且又造成不利于委托人的诉讼结果的,就有可能构成无效辩护。对于无效辩护案件,法院可以撤销原审法院的判决,也可以提出司法建议,启动针对律师的职业惩戒程序。<sup>①</sup>

协同性辩护理论的贯彻,可以促使律师在维护委托人利益的前提下,最大限度地尊重委托人的意志,并通过积极的对话和沟通,引导被告人接受律师的专业辩护思路和操作方案,成为律师辩护的协助者。在律师的指引下,被告人无论是发表无罪辩护意见,还是作出有罪陈述,也无论是提出量刑辩护意见,还是充当证明侦查人员非法取证行为的证人,都可以为律师的辩护提供程度不同的支持,令律师的辩护意见变得更加可信,更容易达到说服法官接受辩护意见的效果。很显然,这种协同性辩护是律师实现有效辩护的必要保障。

不仅如此,律师对被告人知情权的保障,与被告人就辩护思路的对话和沟通,以及对被告人辩护角色的精心安排,可以使律师的辩护接受被告人的有效审查、监督和制约。在了解到控方证据的情况下,被告人不再只是被动接受律师帮助的弱者;在充分听取律师辩护思路的情况下,被告人不再是消极等待律师“救援”的诉讼客体;在律师精心安排辩护角色布局的情况下,被告人也不再只是对如何辩护茫然无知的受审判者。在被告人的全面知情、积极参与和有效配合下,律师的辩护潜能可以得到最大限度地激发,那种敷衍塞责、消极懈怠甚至蒙骗表演的辩护,将失去存在的空间;那种动辄出言不逊、诉诸媒体甚至激怒法官的辩护有可能销声匿迹,而有效地说服法官接受辩护思路,将成为律师追求的诉讼目标。一言以蔽之,协同性辩护可以在最大程度上避免无效的辩护。

## (二) 经验上的支撑

协同性辩护理论深深扎根于我国特有的刑事辩护模式的基础上。在我国刑事诉讼中,无论被告人是否委托或者被指定了辩护人,他都是各项辩护权利的行使者。在被告人委托或者被指定辩护律师的情况下,被告人的辩护权并没有消失,也没有完全被转让给辩护律师。我国法律几乎对于每一项诉讼权利,都是首先给予被告人亲自行使的机会,使其在行使辩护权利方面具有优先性;辩护律师只有在被告人行使完诉讼权利,或者放弃行使某一诉讼权利之后,才能行使该项诉讼权利。这种辩护模式造成被告人与辩护律师各自行使辩护权利的现象,也埋下了被告人与辩护律师发生辩护观点冲突的现实可能性。

为避免与被告人发生辩护观点的冲突,辩护律师在行使辩护权利方面就不能自说自话,或者完全包办替代被告人的辩护活动,而必须与被告人进行必要的沟通和协商,从而形成共同的辩护思路,并进一步作出适当的辩护角色分工。大量案件的辩护实践表明,只要辩护律师与被告人不进行充分的沟通和协商,被告人无法接受律师的辩护思路,或者对于律师的辩护操作方案不明就里,就会带来法庭辩护过程中的“失控”现象,也就是辩护律师对被告人的诉讼立场没有形成预期,更谈不上对其辩护观点进行必要的掌控了。结果,律师与被告人就有可能发生辩护观点的冲突。比如说律师做无罪辩护,而被告人当庭认罪;辩护人做有罪辩护,而被告人当庭翻供;辩护人提出排除侦查人员非法证据的申请,而被告人拒绝提供这方面的陈述,或者在提供这种陈述方面不具有基本的说服力……<sup>[8]</sup>

更严重的是,在同一被告人委托两位辩护律师的情况下,这两位辩护人相互之间有时也没有形成协调一致的辩护思路,也不与被告人进行必要的沟通和协商,结果就有可能出现两名辩护律师各说各话、被告人无所适从的情况。典型的例子是,一位辩护律师作出无罪辩护,而另一位辩护律师作有罪辩护,但双方都没有与被告人进行任何有价值的沟通和协商,造成被告人左右为难,不知道究竟听从哪

<sup>①</sup>有关“无效辩护”相关研究,参见陈瑞华:《刑事诉讼中的有效辩护问题》,载《苏州大学学报》2014年第5期,第94-105页。另参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期,第3-13页。

一位律师的辩护指引。

经验表明,辩护律师与被告人所发生的各种辩护冲突,几乎都存在着双方沟通不畅、协商不足的问题。而这种冲突一旦发生,必然导致被告人的利益受到损害,刑事辩护的效果大打折扣。毕竟,面对辩护律师与被告人就同一案件发出不一致的辩护观点,公诉方肯定会强调其中对被告人不利的观点,法官也往往会采纳那种更不利于被告人的观点。比如在辩护律师与被告人就是否构成犯罪发出不一致声音的情况下,法官一般更倾向于认定被告人构成犯罪;在辩护律师与被告人就侦查人员是否存在非法行为发生分歧意见的场合,法官往往会拒绝那种排除非法证据的申请。

当然,那些辩护效果良好的案件,往往是辩护律师与被告进行了充分沟通和协商的案件。通过这种沟通和协商,辩护律师在较早的阶段形成了较为成熟的辩护思路。这种辩护思路可以是无罪辩护思路,也可以是有罪辩护思路;其中的有罪辩护思路可以由重罪改为轻罪的罪轻辩护思路,也可以是单纯的量刑辩护思路。这种辩护思路可以是实体性辩护思路,也可以是程序性辩护思路。在形成辩护思路的基础上,辩护律师向被告人进行详细告知,使后者领会律师的辩护意图。然后,在开庭审理之前,律师会形成一种较为可行的辩护操作方案,通过开庭前的会见,既及时掌握被告人的心态,又将辩护操作方案向被告“和盘托出”,在征得被告人同意的前提下,对被告人进行必要的诉讼指引和教导。在辩护实践中,很多律师将这种开庭前对被告人的指引和教导称为“辅导”。其目的在于引导被告人按照辩护律师的战略意图和角色安排来进行辩护,在举证、质证、辩论以及提出各自诉讼申请方面,服从辩护律师的战略部署。

要取得成功的刑事辩护,辩护律师往往要与被告人形成一种相互信任和协调一致的“战友”关系,或者形成一种心悦诚服和“令行禁止”的“师生”关系。正因为如此,律师界才普遍认为,最好的辩护是律师将被告人转化为辩护助手的辩护。一方面,辩护律师运用其智慧、经验和技巧,秉承着尽职尽责的职业精神,提出了专业化的辩护思路和操作方案。另一方面,被告人基于对辩护律师的信任、尊重甚至推崇,在全面理解辩护思路的前提下,对律师辩护进行全方位的支持和配合。这样,辩护律师与被告人之间就不再存在任何负面和消极的影响因素,双方的辩护协调一致,可望达成最大的诉讼合力。理想诉讼结局的取得通常是在所必然的事<sup>[9]</sup>。

因此,协同性辩护理论从无数成功或失败的刑事辩护经验总结而来,提炼出了刑事辩护的基本规律,揭示了辩护律师与被告人的沟通、协商与有效辩护结果之间的因果关系。这一理论并不是逻辑演绎或者理论推导的结果,而来自鲜活的刑事辩护经验。经验表明,凡是遵循了协同性辩护理论的要求,律师的刑事辩护就可能取得积极的效果;凡是违背协同性辩护的理论,律师的辩护注定会带来负面的结果,甚至走向无效辩护。

#### 四、对若干质疑的澄清

协同性辩护理论对辩护律师提出了一些新的要求,这些要求挑战了我国律师辩护的基本经验和惯例,与一些传统的辩护理念发生了冲突,也很可能引发进一步的异议和争论。为了对这一理论的正当性进行充分论证,我们需要对一些可能的异议和质疑进行预测,并对其给出必要的回应。在社会科学研究中,这种澄清具有一定的“证伪”属性,也就是“证明自己观点没有被驳倒”的一种论证活动。

那么,协同性辩护理论有可能引发哪些方面的批评呢?根据笔者的分析,批评者有可能从四个角度挑战这一理论的正当性:一是根据美国律师与被告人在辩护决策权的分配,认为除了少数几项“根本性事项”要由被告决定以外,其他与审判有关的策略性和战术性事项一概要由辩护律师决定,被告人要受律师所作决定的约束,这足以说明,美国刑事辩护不适用协同性辩护理论;二是大陆法国家

的刑事诉讼法承认辩护律师的独立地位,特别是德国刑事诉讼法将辩护律师视为“独立的司法机关”,要求律师不能事事受被告人意愿的控制,他可以违背被告人的意志,去从事有利于被告人利益的辩护行为,这显然也不适用协同性辩护理论;三是我国修订后的《律师办理刑事案件规范》体现了律师界的主流观点,强调律师不得违背被告人意志去从事不利于被告人的辩护,但是,对于有利于被告人的辩护,如无罪辩护、罪轻辩护、程序性辩护等,律师则不必尊重被告人的意愿,这显然与协同性辩护理论的要求不相符合;四是大多数被告人素质不高,文化水平低下,其辩护能力难以被激活,更无法与辩护律师形成协调一致的积极辩护格局,他们大都更倾向于将辩护权利完全交由律师去行使,因此协同性辩护理论对于这些案件无法适用。对于这些可能的批评或者质疑,笔者下面依次作出简要的澄清。

其一,美国律师与被告人的辩护决策权分配机制,是否与协同性辩护理论相容呢?

的确,美国刑事诉讼中存在一种辩护决策权的分配机制。在被告人自行辩护的案件中,这一机制是不存在的;而在被告人委托或者被指定律师辩护的案件中,这一机制自律师参与刑事诉讼之后即会发挥作用<sup>[10]</sup>。具体而言,美国联邦最高法院通过判例法将辩护决策权分为两大部分:一是由被告人决定的“根本性事项”;二是由辩护律师决定的“策略性”或“战术性”事项。所谓“根本性事项”,主要是指涉及被告人重大利益的四个诉讼事项,包括“是否作出有罪答辩”“是否放弃陪审团审判”“是否为自己利益作证”以及“是否提起上诉”。对于这四项根本性事项,律师固然可以代为做出决定,或者为被告人提供建议,但最终决定将由被告人做出。假如辩护律师不顾被告人的意志而代为做出这些决定,那就侵犯了被告人的宪法性权利。相反,那些被归入策略性或战术性事项的决策问题,则属于辩护律师的决定范围,律师可以就这些事项做出有约束力的决定。这些事项有很多方面,典型的例子有传唤证人、提出抗辩、提出异议、对证据采纳达成协议、开庭审理时间的确定、上诉中如何陈述理由,等等。对于这些事项,辩护律师可以自行做出决定,而被告人必须接受这些决定的后果。原因在于律师如果在每一事项上都征询被告人的同意,将会导致诉讼程序反复中断和诉讼拖延,同时辩护律师在处理这些事项方面具有更为专业的知识、技巧和能力<sup>[11]</sup>。

那么,上述辩护决策权的分配机制真的会排斥辩护律师与被告人的沟通和协商吗?答案是否定的。即便是那些根本性事项的决定过程,律师也承担为被告人提供咨询、建议和指导的义务,包括充分告知这些事项的意义和后果,与被告人进行充分的沟通和协商。只不过,这些根本性事项的最终决定权将由被告人行使。至于在辩护律师行使决策权的场合,被告人也不是消极等待和被动承受律师决定的当事人,律师有义务告知被告人诉讼程序的重大进程,与被告人沟通和交流辩护中的重大决策,在做出每一项决定之前,律师都要与被告人进行充分商议。当然,在紧张的法庭审理中,律师需要立即作出决定的事项,一般不受此限。假如律师不告知被告人有关的诉讼进程和诉讼事项,也不与被告人进行适当的沟通商议,由此所造成的不利诉讼结果,就有可能被视为律师的不正当决策或者不称职辩护,并进而被法院认定为无效辩护。在一定程度上,被告人对律师辩护有效性的异议,以及法院对无效辩护的认定,阻止了辩护律师在行使决策权方面过于独断的倾向。正因为如此,无论是在被告人拥有决定权的根本性事项上,还是在辩护律师可以做出有约束力的普通决策事项上,辩护律师与被告人的沟通和协商都是必需的,都构成有效辩护的前提条件。那种认为美国辩护律师可以不顾被告人的意志而做出诉讼决策的观点,显然是一种有意无意的误读。协同性辩护理论是可以适用于美国刑事辩护制度的。

其二,德国的独立辩护机制是否完全排斥协同性辩护理论呢?

的确,德国刑事诉讼的主流观点认为,辩护律师不仅是被告人利益的维护者,而且还是整个刑事司法体系中“自主的司法单元”,也就是立于被告人一侧的独立司法机关。据此,辩护律师承担一定的公法职能,其辩护带有维护公共利益的色彩。在刑事诉讼过程中,律师不仅仅要维护被告人的利益,还要遵循更高标准的行为准则,如负有“真实义务”,不必听命于被告人的不合理要求,而可以有自己独

立的专业判断和辩护方式。这似乎表明,那种强调辩护律师与被告人通过沟通和协商来形成共同辩护思路和辩护方案的协同性辩护理论,在德国是难以适用的<sup>[12]149</sup>。

但是,所谓辩护律师的独立地位,或者律师所具有的“独立司法机关”的地位,本身在德国就面临极大的争议。这应该是老一代法学家所秉承的学术观点。而不少新生代的法学研究者对这一观点越来越持保留态度,取而代之的是一种“利益代理人”理论或者民事契约理论。根据这些理论,辩护律师就是按照被告人指令行事的代理人,维护被告人的利益,尊重被告人的意志,是其代理人地位所带来的必然结论<sup>[12]149</sup>。

不论法学研究者对德国辩护律师的诉讼地位持有何种观点,但一个不争的事实是,被告人有权委托自己所信任的律师担任辩护人,也有权拒绝某一律师担任辩护人,这是确凿无疑的。即便在适用所谓“强制辩护”制度的场合,法院要求被告必须接受一名律师的辩护,但是被告人在提出“客观”和“有说服力”的理由,认为无法与法院指定的某一律师进行合作时,法院可以更换辩护律师。这说明,无论是委托辩护还是指定辩护,都必须征得被告人的同意,法院无权强迫被告人接受某一辩护律师。与此同时,辩护律师必须按照有利于被告人的原则从事辩护活动,并与被告人进行密切的配合,如及时告知被告人相关的诉讼进程,与被告人就辩护活动进行沟通和协商。根据德国学者魏根特的观点,辩护律师必须得到被告人的完全信任,否则他就不能有效地开展工作<sup>[13]</sup>。当然,辩护人也要承担对法院的诚实义务,这仅仅意味着辩护人不得向法庭说谎或者主动误导法庭,也绝对不能伪造证据或者怂恿证人、被告人作出不真实的陈述。在这些方面,辩护律师当然不受被告人意志的左右,而拥有辩护的独立自主性。但是,在辩护思路的形成和辩护方案的确定等方面,在被告人提出合法合理的辩护观点的情况下,辩护律师还要完全不听从被告人的意见吗?答案显然是否定的。在这些领域,维持被告人对辩护律师的基本信任,与被告人保持良好的沟通,显然是非常重要的。这也说明,在德国这样一个高度强调独立辩护观点的国家,辩护律师与被告人进行最低限度的沟通和协商,从而形成诉讼共识,追求一种协调一致的辩护立场,这也是完全有可能的。

其三,律师可以不顾被告人的意志,而提出“有利于被告人”的辩护意见吗?

所谓“有利于被告人”的辩护,无非是指律师提出了比被告人更为激进的辩护观点,也就是在被告人认罪的情况下,做出无罪辩护;在被告人承认犯有重罪的情况下,提出被告人构成轻罪的辩护意见。目前,我国律师界普遍赞同这种辩护方式,认为这并不损害被告人的利益,也有利于律师提出更为专业的辩护意见,以避免被告人因受到外部威胁、引诱、欺骗而做出不理智的选择。

但是,在被告人自愿认罪的情况下,律师擅自提出无罪辩护的意见,这真的属于一种有效辩护吗?的确,有一部分被告人因为身陷囹圄,容易受到外部的威胁、引诱、欺骗,以至于作出了违心的诉讼选择。对于这种被告人,律师不听从其“错误”选择,而提出一种独立的辩护意见,这似乎是可以理解的。但是,假如被告人经过理性的考虑,认为案件根本没有无罪辩护的空间,而选择了当庭认罪,就有可能说服法院认定其构成坦白或者自首,或者对其适用缓刑甚至不判处刑罚,那么,律师还能不考虑被告人的这种选择,而作出无罪辩护吗?

根据刑事司法的基本经验,在被告人认罪的情况下,律师所作的无罪辩护,几乎都无法获得成功。在被告人与律师发生辩护观点冲突的情况下,法院更倾向于选择其中更不利于被告人的辩护观点。这是一个不争的事实。既然如此,律师所作的无罪辩护,尽管表面上是“有利于被告人”的辩护,却很难达到说服法官的效果。不仅如此,即使作出这种“有利于被告人的辩护”,律师也会将被告人置于不利的境地。因为这种辩护客观上导致那种罪轻辩护或者量刑辩护受到忽视,相关的论证难以得到充分展开,律师难以为被告人争取最大程度的量刑优惠。既然如此,律师为什么不能与被告人进行充分对话、沟通或者协商呢?为什么要擅自做主,从事一种自认为“有利于被告人”的辩护呢<sup>[14]</sup>?

在司法实践中,一些有经验的辩护律师经常会采取一种折中的办法,也就是遵循所谓“被告人从事实上作出陈述,律师从法律上提出辩解”的原则,安排被告人承认检察机关指控的“案件事实”,但律师从法律上提出无罪的辩护意见。据说,这种辩护安排既可以确保被告人获得量刑上的宽大处理,又可以充分地阐述无罪辩护意见。这种辩护方式其实已经包含了沟通和协商的因素,甚至已经体现了律师的辩护意图,被告人已经服从律师的安排,担任了律师辩护的“助手”。而这种做法恰恰体现了协同性辩护理论的精髓。

其四,大多数被告人难道只能被动接受律师的辩护安排,而没有沟通和协商的能力吗?

的确,不少被告人文化水平低下,素质不高,辩护能力无法得到激活,更因为失去人身自由,且经常处于情绪激动的状态,而无法与辩护律师进行富有成效的对话、沟通和协商,对于律师的辩护思路难以理解,更谈不上对律师的辩护方案提供配合和支持。但是经验表明,也确实有一些文化素质较高的被告人,不仅具有一定的辩护能力和论辩技巧,而且也具有强烈的辩护意识。诸如那些曾经身居高位的官员、企业家、知识精英,以及不少本来就从事法律职业的人士,就属于这类人群。在刑事诉讼中,这些被告人不仅向律师提出多次会面、了解案卷情况的请求,也会要求律师及时告知诉讼的进程,了解律师的辩护思路,甚至还会就自己在法庭上作出何种陈述向律师征求意见。换言之,这些被告人具有强烈的参与辩护并接受律师指导的意愿。

协同性辩护理论并不要求每一位被告人都与律师进行有效的沟通和协商,也不要求每一位被告人都能成为律师辩护的“助手”,这确实是不切实际的。从刑事辩护的规律来看,被告人可能会作出多种诉讼选择:他可能完全放弃行使辩护权,而全权委托律师进行辩护活动;他也可能在要求律师告知诉讼进程、诉讼证据以及辩护思路的情况下,配合律师提出一些辩护意见;他还可能全方位参与辩护的过程,在每个环节都向律师提出辩护建议,并在法庭上充当辩护的主力……但是,无论被告人作出何种选择,律师都要尽到告知、沟通、协商和说服的义务,与其进行充分的对话和交流,使其在享有知情权的情况下,慎重选择每一辩护行动。不仅如此,律师即便要安排被告人担任“求情者”的角色,而自己充当“抗辩者”的角色,也应说明这种角色安排的根据和预期效果,说服被告人接受这一角色安排。一言以蔽之,协同性辩护理论并不反对律师作出专业上的独立判断,它所要求的是律师不得自说自话、自以为是或者以自我为中心,而应将被告人视为真正“客户”和委托人,遵守忠诚义务,对其给予充分的尊重,与其尽到告知、沟通和协商义务。在此基础上,律师所作的辩护才是尽职尽责的。

## 五、协同性辩护理论的实现

一项科学的理论不仅要能对既往发生的事实具有解释力,而且还要对未来的制度发展具有预测力。无论是我国刑事辩护制度的改革,还是律师辩护的实践,都说明辩护律师与被告人通过对话和协商进行协调一致的辩护,可以达到较为理想的辩护效果,符合刑事辩护的发展规律。2012年刑事诉讼法确立了律师向在押嫌疑人、被告人“核实有关证据”的权利,首次给予在押嫌疑人、被告人了解案卷材料的机会,这有助于激活被告人的辩护能力,有利于被告人有效地行使举证、质证和辩论的权利<sup>[15]</sup>。2017年《律师办理刑事案件规范》确立了辩护律师“不得违背当事人意志做不利于当事人利益的辩护”的原则,首次要求律师不仅要维护被告人的利益,而且还要尊重被告人的意志。同时,该项规范还确认了辩护律师与被告人的诉讼代理关系,要求在辩护律师与委托人就辩护观点达不成一致意见的情况下,可以及时终止代理关系,退出辩护工作,给予委托人另行委托辩护人的机会。

上述制度发展都从不同方面体现了协同性辩护的精神,意味着律师应协助被告人有效行使辩护权,追求被告人利益的最大化,并对其辩护观点给予适度的尊重。但是,在制度和实践层面上,相关的

制度改革似乎不会就此止步,还可能有更大的空间。对相关制度改革作出预测和展望,不仅是必要的,而且具有现实的可能性。

首先,律师向在押嫌疑人、被告人“核实有关证据”的规则,应得到进一步的发展,使其最终变成在押嫌疑人、被告人的“阅卷权”。

所谓律师“核实有关证据”的权利,其实是一种含义不明的“权利”。在在押嫌疑人、被告人要求查阅相关证据材料的情况下,假如律师拒绝向其加以展示,这似乎并不违背相关规则,却侵犯了嫌疑人、被告人的知情权。假如是否展示证据完全属于辩护律师的自由裁量权,那么,嫌疑人、被告人的辩护能力是根本无法得到激活的。因此,自案件进入审查起诉环节之后,在押嫌疑人、被告人应被赋予“阅卷权”,也就是要求查阅案卷材料的权利。据此,在嫌疑人、被告人自行辩护的情况下,检察机关或者法院有义务向其提交一份案卷的复制件,以确保其获得了解控方指控根据的机会。而在嫌疑人、被告人委托或者被指定律师辩护的情况下,一旦嫌疑人、被告人提出请求,辩护律师有义务向其展示案卷材料,或者就案卷材料向其作出说明和解释。对于嫌疑人、被告人查阅案卷的范围,法律不应作出任何限制,只要是那些被作为指控根据的证据,被告人都有权要求进行查阅,律师也都负有说明和解释的义务。这样,我们有必要将律师“核实有关证据”的条款,逐步改造成嫌疑人、被告人查阅案卷的权利<sup>[7]293</sup>。具体而言,对于检察机关或者法院而言,保证被告人、辩护律师查阅案卷,属于一项诉讼义务;对于辩护律师而言,保证被告人获悉案卷内容,并对此作出解释和说明,也属于向被告人的义务。而对于嫌疑人、被告人而言,要求检察机关、法院提供案卷材料,要求辩护律师提供相关证据材料的情况,应属于一项诉讼权利。

其次,无论是在庭审之前,还是在法庭审理过程之中,被告人应获得与辩护律师进行沟通、协商的机会。

在审判阶段,辩护律师通过申请会见与在押被告人进行沟通,这在绝大多数案件中都是不存在障碍的。但是,案件一旦进入法庭审理环节,辩护律师与被告人的对话和沟通就存在很多方面的困难,有待于从制度层面得到切实充分的保障。一方面,法庭布局应当进行全面、彻底的改革。一些地方法院曾经对刑事法庭布局作出过一些改革尝试,在对被告人“去犯罪标签化”的前提下,将被告人的法庭席位置于辩护律师的旁边,以确保辩护律师与被告人随时进行沟通和交流。最高法院向全国推广了对被告人“去犯罪标签化”的改革经验,却拒绝对被告人的法庭席位作出调整。未来,随着司法观念的进一步变化,刑事法庭的席位布局发生变革将是必然的。这种法庭席位布局改革的基本原则应当是,保证辩护律师与被告人当庭随时进行沟通和交流的便利,确保两者有机会就辩护思路和辩护方案进行讨论。这是实现协同性辩护的物质保障。<sup>①</sup>

另一方面,在法庭审理过程中,遇有被告人要求与辩护律师进行私下协商,或者辩护律师申请与被告人进行单独协调辩护立场的,法庭应作出暂时休庭的决定。在刑事法庭布局尚未改变的情况下,由于辩护律师与被告人的席位不在一起,这种短暂的休庭对于辩护律师与被告人沟通信息、消除分歧并形成协调一致的辩护立场,是十分重要的。即便将来刑事法庭的席位布局发生上述改变,辩护律师可以随时与被告人进行当庭对话和协商,这种应被告人、辩护律师的申请而暂时休庭的制度安排也是非常必要的。这是因为,辩护律师假如与被告人在辩护观点或辩护角色分担发生严重的分歧,那么仅仅依靠法庭上的即时沟通还远远不够。这时候需要法庭审理暂时中止,辩护律师向被告人进行充分的告知,并与被告人进行充分的讨论。直到双方达成一致意见后,法庭才恢复开庭审理。或者在双方无法

<sup>①</sup>有关“法庭布局”的相关研究,参见张立勇:《完善我国庭审布局的若干思考》,河南法院网,“公民与法”,<http://hnfy.chinacourt.org/article/detail/2011/09/id/777446.shtml>,最后访问时间2018年4月2日。

达成一致意见的情况下,被告人假如同意律师发表独立辩护意见的,法庭审理仍然可以继续。否则,法庭就应允许辩护律师退出案件的辩护工作,并给予被告人另行委托辩护人的机会。

再次,在辩护律师的建议和指导下,被告人可以对所承担的诉讼角色进行选择。

在刑事审判过程中,被告人有可能同时承担双重诉讼角色:一是行使辩护权利的“辩护者”角色;二是就案件事实作出陈述的“证人”角色。这两种诉讼角色经常会发生冲突。在英美法国家,被告人在审判过程中有两次选择机会:一是在开庭之前作出答辩选择,一旦作出无罪答辩,就意味着要接受完整的法庭审判;二是在法庭审理中,被告人可以在保持沉默和充当本方证人之间作出选择,一旦选择出庭作证,就等于放弃了“辩护者”的角色,而成为一个“辩方证人”。而在大陆法国家,被告人在三种诉讼角色之间作出选择:一是保持沉默,此时不能行使辩护权,也不再作出事实陈述;二是作出无罪陈述,但所提供的只能是被告人辩解,而不是证人证言,同时还可以行使辩护权利;三是作出有罪供述,所提供的是被告人供述,也不是证人证言,同时还可以就量刑问题行使辩护权利<sup>[7]307</sup>。

我国刑事诉讼的情况与上述两大法系国家都不相同。刑事被告人没有保持沉默的权利,而只能作出两种选择:一是作出有罪供述,放弃行使无罪辩护权,但可以就量刑问题作出辩护;二是作出无罪辩解,并充当无罪“辩护者”的角色。根据协同性辩护理论,被告人无论选择怎样的诉讼角色,都应与辩护律师进行充分的对话、沟通和讨论,并遵循被告人利益最大化的基本原则。在说服被告人接受辩护思路的前提下,辩护律师可以与被告人所充当的诉讼角色进行讨论,找到双方都能接受的最佳角色安排。例如,辩护律师假如作出无罪辩护的,被告人可以同时充当“无罪事实的陈述者”和“无罪辩护者”的角色;辩护律师假如作出有罪辩护的,被告人可以充当“有罪供述的提供者”以及“罪轻或者量刑问题的辩护者”角色。当然,作为一种例外,在被告人同意的前提下,辩护律师也可以作出与被告人不一致的辩护意见,如在被告人作出有罪供述的情况下,律师作出无罪辩护;在被告人作出重罪供述的情况下,律师作出罪轻辩护。但无论如何,辩护律师必须与被告人进行充分协商和讨论,并就上述角色分工征得被告人的同意,而不得违背被告人的意志,发表与被告人不一致的辩护意见。

最后,辩护律师拒绝承担协同性辩护义务的,应当承担相应的法律责任。

鉴于协同性辩护是实现律师有效辩护的必要保障,因此,律师违背协同性辩护义务的,所作的辩护应被归为无效辩护。在这一方面,可以根据律师怠于履行职责的情形,确立两种无效辩护情形:一是绝对的无效辩护;二是相对的无效辩护。前者主要是指那些特别严重的不履行职责的情形,如没有与被告人进行必要的会见,无理拒绝被告人了解指控证据的请求,拒绝将辩护思路告知被告人,当庭与被告人就辩护观点发生严重冲突,违背被告人意志作出了不利于被告人的辩护,等等。而相对的无效辩护,则主要是那些在履行辩护职责方面存在缺陷或者瑕疵的情形,假如由此造成了裁判者拒不接受辩护意见的消极后果,就可以被认定为无效辩护。例如,律师没有与被告人就辩护思路进行多次讨论,律师拒绝对被告人的诉讼角色作出任何安排,律师违背被告人意志作出了有利于被告人的辩护,律师在没有与被告人协商的情况下没有及时提出某一诉讼请求,等等。

对于律师作出无效辩护的,二审法院应当将其视为剥夺被告人辩护权利的情形,并作出撤销原判、发回重新审判的裁定。不仅如此,对于律师拒绝履行协同性辩护义务而造成无效辩护后果的,委托人还可以向司法行政机关、律师协会或者法律援助机关提出投诉,法院也可以向这些机构提出司法建议。这些机构可以对无效辩护的律师进行调查,必要时作出相应的纪律惩戒。

## 六、结 论

在对律师独立辩护理论进行全面反思的基础上,通过总结我国刑事辩护制度的发展经验,我们提



出了一种协同性辩护理论,要求律师在承担忠诚义务的前提下,及时将指控证据和指控根据告知被告人,在激活被告人辩护能力的前提下,与被告人就辩护思路进行充分沟通和协商,并就法庭上的辩护角色安排,与被告人进行进一步的对话,最终促使双方形成协调一致的辩护立场,以便达到较为理想的辩护效果。

这种协同性辩护理论的提出,符合辩护律师与被告人的诉讼代理关系,符合被告人利益最大化的诉讼原则,有利于贯彻有效辩护的理念,也符合我国刑事辩护实践的基本惯例。这一辩护理论既是对既往刑事辩护经验的总结,也可以成为未来刑事辩护制度改革的指导性理念。在这一理论的启示下,法律应逐步确立被告人的阅卷权,确保辩护律师与被告人在沟通和协商方面获得更大的便利和保障,使得被告人在辩护律师指导下就诉讼角色作出更为适当的选择。不仅如此,律师承担协同性辩护义务的情况,还应与无效辩护制度建立有机的联系,对于不履行沟通和协商义务的律师,应当确立无效辩护的后果,并使其承担相应的法律责任。

#### 参考文献:

- [1]田文昌.关于《律师办理刑事案件规范》修改的几个问题[J].中国律师,2017(9):36-37.
- [2]韩嘉毅.修改《律师办理刑事案件规范》的几点说明[J].中国律师,2017(9):45-47.
- [3]许兰亭.《律师办理刑事案件规范》的几点理解[J].中国律师,2017(9):43-44.
- [4]赵蕾.李庄案辩护:荒诞的各说各话?[N].南方周末,2010-08-11(A4).
- [5]田文昌,陈瑞华.刑事辩护的中国经验[M].北京:北京大学出版社,2012:序言.
- [6]陈瑞华.论辩护律师的忠诚义务[J].吉林大学社会科学学报,2016(3):5-20.
- [7]陈瑞华.刑事辩护的理念[M].北京:北京大学出版社,2017.
- [8]陈瑞华.独立辩护人理论的反思与重构[J].政法论坛,2013(6):13-24.
- [9]徐宗新.辩护人认为(第二辑):刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用[M].北京:法律出版社,2013:74.
- [10]斯泰克.刑事程序故事[M].吴宏耀,译.北京:中国人民大学出版社,2012:115.
- [11]詹姆斯·J.汤姆科维兹.美国宪法上的律师帮助权[M].李伟,译.北京:中国政法大学出版社,2016:73-79.
- [12]克劳思·罗科信.刑事诉讼法[M].吴丽琪,译.21版.北京:法律出版社,2003.
- [13]托马斯·魏根特.德国刑事诉讼程序[M].岳礼玲,温小洁,译.北京:中国政法大学出版社,2004:62.
- [14]方柏兴.论辩护冲突中的权利保留原则——一种协调被告人与辩护律师关系的新思路[J].当代法学,2016(6):138-147.
- [15]陈瑞华.论被告人的阅卷权[J].当代法学,2013(3):127-137.



(责任编辑 陶舒亚)