

# 认罪认罚中无罪辩护的实践图景与理论反思

莫 皓

**摘要:**关于被告人认罪认罚后辩护人能否进行无罪辩护问题,存在诸多理论探讨。基于判决书的实证研究发现,在认罪认罚从宽制度推行过程中,确实存在被告人认罪认罚后辩护人仍进行无罪辩护的矛盾现象,但从结果来看,这种利益兼得的辩护方式效果欠佳。这种现象出现的原因主要源自辩方基于经济人理性作出的选择,以及辩护人基于独立辩护权的勤勉履职和表演心态等主观因素,同时也与对抗性司法传统理念根深蒂固、协商型司法程序机制尚不完善等客观制度因素相关联。其实质是我国对抗性司法迈向协商型司法的过渡性产物,应在容忍其存在的前提下进行规制。未来的完善路径需要以整体主义视角重构独立辩护权,构建认罪认罚真实性的实质审查模式,强化庭前会议的前端分流作用,并进一步完善协商型司法中辩护人的程序权利保障。

**关键词:**认罪认罚; 无罪辩护; 骑墙式辩护

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2023.04.005

## 一、问题的提出

一般认为,辩护人与被告人应保持同样的行为逻辑,而司法实践中时有出现辩护人为认罪认罚的被告人做无罪辩护之怪诞情形,有研究者将此现象称为“骑墙式辩护”或“矛盾性辩护”<sup>①</sup>,其均指向一种逻辑悖论:既然被告人认罪认罚,如何存在无罪辩护之可能? 既做无罪辩护,被告人又所认何罪? 有研究者认为应当宽容待之,在特定情形下应当允许律师对认罪认罚的被告人进行无罪辩护<sup>②</sup>。2021年12月,最高人民检察院印发《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》(以下简称《意见》),专门提及了认罪认罚中的无罪辩护情形,但似乎仍未能平息争论。

归根结底,此种论争的实质在于辩护人能否提出不同于被告人的辩护意见,此问题在数年前便有关案件中引发过探讨<sup>③</sup>,为何在当下仍有研究价值? 这与目前认罪认罚从宽制度的背景有关:其一,认罪认罚从宽制度已经发展为我国刑事诉讼中最为重要的程序处理机制,其适用比例已超过85%<sup>④</sup>。在传统的刑事诉讼模式下,被告人可对指控事实提出异议,此时无罪辩护的空间较大,而在认罪认罚从宽制度下,被告人有罪答辩即是确认了指控事实,而且,被告人还同时认可刑罚,在认可度上较之过往有所增加。其二,过去辩护人存在异议还可将其归结为控辩双方沟通不畅,但在认罪认罚

**基金项目:**四川省社科重点基地“纠纷解决与司法改革研究中心”2021年度课题“专门法庭(院)设置实用主义倾向与优化模式研究”(2021DJKTb4)。

**作者简介:**莫皓,西南民族大学法学院讲师,法学博士(成都 610000; mohao1220@163.com)。

① 参见韩旭:《认罪认罚从宽案件中的“骑墙式辩护”》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2022年第2期;马静华、李育林:《认罪认罚案件的有效辩护:理想模式与实践背离》,《刑事法评论》2021年第2期。也有研究者认为,“骑墙式辩护”包含无罪辩护和罪轻辩护。但笔者认为,罪轻辩护是所有刑事案件之常态,其对抗性弱于无罪辩护,所以司法机关对于罪轻辩护的接纳程度远高于无罪辩护。因此,相对于罪轻辩护而言,无罪辩护特殊性、稀缺性更强,本文主要以认罪认罚中的无罪辩护为研究对象。

② 樊崇义:《认罪认罚从宽与无罪辩护》,《人民法治》2019年第23期。

③ 王明芳、傅潇蕾:《被告人与律师辩护权冲突及解决机制——从李庄案二审谈起》,《兰州大学学报(社会科学版)》2014年第4期。

④ 张军:《最高人民法院工作报告——二〇二二年三月八日在第十三届全国人民代表大会第五次会议上》,《人民日报》2022年3月16日,第2版。

从宽中签署具结书辩护人应当在场的规定,使得辩护人至少在外在行为上同意了被告人的认罪认罚意思表示,而此时若再进行无罪辩护,则与前述行为相悖。在此背景下,辩护人仍进行无罪辩护所表现出来的矛盾更为明显,因此,有必要对此传统问题的新境遇进行探讨。

## 二、认罪认罚中无罪辩护的实践图景

在认罪认罚后仍进行无罪辩护存在诸多论争,但其是否只限于话语层面,还是的确存在于司法实践中?是否取得了“鱼和熊掌兼得”的辩护效果?这些问题均需要来自于实践的回答。有鉴于此,笔者通过裁判文书挖掘对此类案件进行了实证研究。在中国裁判文书网上,笔者以“认罪认罚+无罪辩护”为关键词进行检索,时间设置为2016—2021年,得到相关判决书587篇,经过数据清洗,最后得到符合研究需求的判决书524篇(见表1),此为本文的研究样本。

第一,时间分布与发展趋势。经过统计,案件数量年度分布情况如下:2016年涉及案件2件,2017年7件,2018年37件,2019年148件,2020年267件,2021年则为63件。可以发现,认罪认罚中无罪辩护案件的时间分布有明显的起落现象。2018年以前,因为认罪认罚从宽制度在地方试点,所以存在零星此类案件,2018年认罪认罚从宽制度正式确立后案件数量开始上升,到2020年达到顶峰,之后又迅速回落。回落的原因可能在于:一方面,突发疫情使得线上开庭增加,缺乏线下面对面的空间,使得无罪辩护难度提升,因而案件数量减少;另一方面,文书上传的延迟,裁判文书网收录文书的限缩、调整等系统性因素也可能导致案件数量的减少。但可以确定的是,伴随认罪认罚从宽制度的确立,确实在实践中产生了试图利益均沾的辩护情形。

第二,审理程序与审理层级。按照一般认知,在认罪认罚背景下,如果仍选择难度较大的无罪辩护,更多属于重大争议案件或者大案要案。然而,由表1可以发现,其审理程序几乎集中在一审程序中,比例达到了95.2%,二审程序和再审程序分别占比4.6%和0.2%。再分析审理案件的法院层级可发现,和审理程序相对应,基层法院的占比达到了94.8%,中级法院和高级法院分别占4.2%和1.0%。由此可见,其在实践中呈现出初审程序化、低层级化的特点,并未只在重大疑难案件中出现。笔者认为,基于此现象,在某种程度上可以推测出,案件本身重大疑难与否或许并非无罪辩护策略选择的唯一因素。

表1 审理程序与法院层级统计表

| 审理程序统计 |       |      |      |
|--------|-------|------|------|
| 审理程序   | 一审    | 二审   | 再审   |
| 数量     | 499   | 24   | 1    |
| 占比     | 95.2% | 4.6% | 0.2% |
| 法院层级统计 |       |      |      |
| 法院层级   | 基层法院  | 中级法院 | 高级法院 |
| 数量     | 497   | 22   | 5    |
| 占比     | 94.8% | 4.2% | 1.0% |

第三,涉及罪名及类型分布(见图1)。笔者选取了出现频次较高的罪名进行分析<sup>①</sup>,从案件类型看,单个罪名出现最频繁的为诈骗罪,达到了55件,占所有无罪辩护案件的比例为10.5%。为何诈骗罪占比最多?笔者对55件案件进行案情梳理后发现原因可能有二:其一,其与经济纠纷案件关系紧密,辩护人往往对于被告人的行为性质提出异议,认为应当属于民事纠纷而非刑事犯罪;其二,其多为共同犯罪案件,辩护人往往对属于从犯的被告人提出无罪辩护意见。

<sup>①</sup> 为了更清晰地显示罪名的分布情况,此处的分析样本为数量排名前15的案件。剩余的案件数量为个位数,可能带有偶然性,研究的典型性不强,并且分析样本已包含绝大多数案件,具备研究意义。

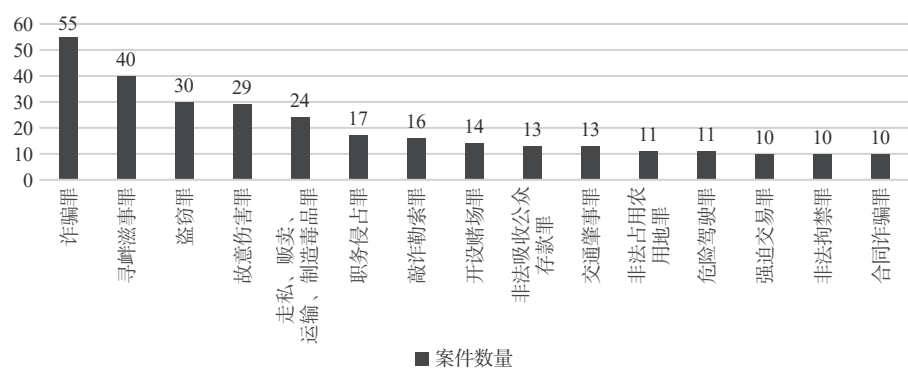


图1 认罪认罚中无罪辩护罪名分布图

第四,辩护方式(见表2)。统计发现,实践中辩护人往往采用“无罪辩护+罪轻辩护”的叠加辩护方式,即同时提出无罪辩护与量刑辩护的主张。从理论上讲,量刑辩护是在无罪辩护无法实施时才存在的辩护方式。由于逻辑上抵触、辩护人精力所限等因素,同时提出无罪辩护与量刑辩护可能无法达到“两者兼顾”的最优辩护效果。但实践中辩护人却颇为青睐此种辩护方式,一方面,从统计情况看,辩护人提出罪轻辩护的意见多为法定或酌定的从轻、减轻量刑情节,并不需要展开论述,实际上并不会花费过多精力;另一方面,辩护人往往采取假定立场,在将决定权交给审判人员的同时也表现出一种谦卑态度,因而不易受到审判人员的排斥。

表2 辩护意见统计表

| 案例                                                      | 辩护意见                                                                                   |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| 金某、王某某等侵犯公民个人信息案【广东省中山市第一中级人民法院刑事判决书(2020)粤2071刑初2545号】 | 如果认定王某某构成侵犯公民个人信息罪,根据相关司法解释,可以免于刑事处罚。王某某不构成行贿罪……即使王某某有罪,建议对其判处缓刑。                      |
| 晏某某、王某玩忽职守案【四川省汶川县人民法院刑事判决书(2018)川3221刑初00005号】         | 如不采纳无罪辩护意见,王某具有自首情节,依法可以从轻或减轻处罚。无犯罪前科,认罪态度好,认罪认罚,可以从轻处罚……希望法庭能考虑实际情况,对其从轻处罚并给予其免于刑事处罚。 |

第五,无罪辩护的理由选择(见表3)。从裁判文书来看,辩护人提出无罪辩护意见包括事实认定和法律适用两个层面的异议。客观而言,由于我国未有事实审和法律审的程序分立,事实认定和法律适用二者之间的界限本身就较为模糊,再加之为了提高无罪辩护意见的充分性和可行性,辩护人往往同时提出多种异议。统计发现,关于事实认定的异议多见于对被告人是否存在犯罪构成要件行为的异议,或者对于证据问题的异议(包括证据的真实性、合法性,证据链的完整性等),而关于法律适用的异议则集中于客观行为的定性方面,或认为应当构成某轻罪,或认为其属于普通民事行为。

表3 无罪辩护理由统计表

| 案例                                              | 辩护理由                                                                                                            | 定性                |
|-------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| 彭某某盗窃案【广西壮族自治区北海市海城区人民法院刑事判决书(2020)桂0502刑初386号】 | 彭某某没有非法占有的目的,其主观上没有犯罪的意识……案发前没有共同商量,无法构成共同犯罪的故意,被告人彭某某不构成犯罪。                                                    | 对事实认定存在异议         |
| 王某危险驾驶案【四川省遂宁市船山区人民法院刑事判决书(2020)川0903刑初507号】    | 物证鉴定所作出的《检验报告》依法不得作为定案依据。因未提供检验检测机构计量认证资质,检验报告出具超过3日期限且报告形式、内容不符合规范;血液样本的抽取、保管、送检过程以及司法鉴定过程严重违反法律规定,关键证据证明能力不足。 | 对事实认定存在异议(相关证据异议) |
| 邓某某、蔡某某职务侵占案【广东省博罗县人民法院刑事判决书(2020)粤1322刑初382号】  | 被告人蔡某某不构成职务侵占罪……涉案款项为土地有偿租用,被告人蔡某某在未获得集体同意情况下将集体土地有偿出租,辩护人认为认定为无因管理之债更为合适。                                      | 对法律适用存在异议         |

续表 3

| 案例                                        | 辩护理由                                                                                                                  | 定性              |
|-------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| 杨某某故意伤害案【贵州省平塘县人民法院刑事判决书(2019)黔2727刑初97号】 | 对公诉机关提出的事实和罪名不认可,起诉书认定的部分事实不清,证据不足,证人当庭证实被告人杨某某并未在案发现场,没有故意伤害被害人袁某某的行为,不希望轻伤结果的发生,不构成故意伤害犯罪,属于过失;鉴定文书违反鉴定标准,不能作为定案依据。 | 对事实认定与法律适用均存在异议 |

第六,实际辩护效果。实践中此种辩护方式到底效果如何?是否能够如预期般实现兼得利益?从实际情况看,总体效果难称理想,524份判决书中明确提出对辩护意见不予采纳的为418份,62份判决书对无罪辩护意见并未明确反驳,但判决结果显示也并未采纳。44份判决书虽然采纳了辩护意见,但是属于采纳同时提出罪轻辩护意见的情形。可见,并未出现认罪认罚之下获得无罪判决的情形。

正面效果不佳,那么无罪辩护是否会引发负面效应,即此种功利性辩护策略是否会引起司法人员的反感进而从重处罚?笔者统计了524份判决书,发现均是在检察院量刑建议限度内量刑,或等同或略低,初步说明不存在这种情形。为了验证此问题,笔者对各级法院共计21名刑事法官进行了问卷调查,就其审理过的案件以及对此问题的看法进行访问,结果显示,85.7%的法官选择采纳检察院的量刑建议,14.3%的法官存在低于量刑建议量刑的情形,没有法官选择超过量刑建议进行量刑。可以发现,辩护人的无罪辩护策略基本不会影响法官对于量刑的判断,也基本不会加重对于被告人的处罚。

公诉人员的态度是否也如此?笔者选取了11名检察官进行访谈,其均表示“以被告人的行为为准,只要被告人仍然认罪认罚,一般不会更改量刑建议,也不会撤回量刑建议。”但如果被告人改变认罪态度,便可能会导致检察人员的负面评价。例如,文某走私、贩卖、运输、制造毒品案判决书<sup>①</sup>指出:“被告人签署认罪认罚具结书,而辩护人进行无罪辩护,在庭审中被告人当庭表示其同意辩护人发表的辩护意见,有理由认定被告人违反认罪认罚具结书的约定。因此检察机关当庭提出对量刑建议书上的量刑幅度予以提高的公诉意见。”可见,无罪辩护策略对于检察官影响有限,看似矛盾的行为在检察官眼中并不复杂——一切以被告人的行为为判断标准。

综上,可以发现,认罪认罚的出现使得无罪辩护进入新的时期:一方面,无罪辩护因被告人认罪而难度增大,但认罪认罚由司法机关主导的特性,使得无罪辩护即便成功率微乎其微,出于权利对等考虑,其仍有必要存在,但更多演化成为一种形式需求;另一方面,与传统的无罪辩护相较,认罪认罚中的无罪辩护在案件类型与辩护方式上仍然具有相当多的共性,客观上对司法人员的影响也极为有限,依旧未改变我国无罪判决率极低的现状,可以说,其更多在实践中呈现为辩护人的“自说自话”。

### 三、认罪认罚中无罪辩护现象的原因探析

在诉讼中采取何种辩护策略是作为诉讼相对人的辩护人、被告人的主观选择,这是认罪认罚中无罪辩护的直接动因。但在更深层次上,辩护行为还会受到诉讼程序制度影响,甚至在某些情况下诉讼理念、诉讼机制也决定着辩护策略的走向。鉴于此,有必要从诉讼相对人、诉讼程序机制双重维度展开分析。

#### (一)诉讼相对人维度

1. 辩护人独立辩护权的行使。独立辩护权是指辩护人具有独立的诉讼地位,可以自主选择辩护立场和辩护策略,不受被告人意志左右。一般认为,辩护人的独立辩护权来源于两方面,一是刑事诉讼中辩护人所隐含的“公权力”,其承担着发现事实真相的义务<sup>②</sup>;二是为保护当事人的实际利益,处

① 参见湖南省永州市冷水滩区人民法院(2020)湘1103刑初229号。

② 龙宗智:《律师法庭辩护涉及义务冲突的几个问题》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2002年第5期。

于独立地位的辩护人可以作出最优判断,避免当事人因为缺乏法律知识而误作不利自身的选择。

独立辩护权是认罪认罚中律师进行无罪辩护的最重要权利根基。从逻辑上看,无罪辩护的最大成效——无罪判决,其收益明显大于认罪认罚所能享受的量刑优惠,此时律师的辩护策略是有利于维护委托人权益的。从此意义上讲,认罪认罚中的无罪辩护具有结果上的正当性与合法性。因此,作为辩护制度的重要基石,独立辩护权的权能本身并无争议之处。当然,需要指出的是,某些情况下独立辩护权被片面、歪曲理解,导致部分不当辩护策略也在独立辩护权的旗号之下得以行使,这实际上是对独立辩护权的过度狭义化、绝对化理解。应当承认,在刑事诉讼程序公正价值愈发重要、认罪认罚愈发强调真实性的当下,无罪辩护的可能空间在逐渐减少,但辩护空间的减少并非意味着独立辩护权的削减。

2.“经济人理性”的策略选择。经济学的理性选择理论存在“经济人”(理性人)假设:行为人只要具备完备的信息、足够的计算能力,便能够比较各种可能行动方案的成本与收益,并从中选择那个净收益最大的行动方案<sup>①</sup>。借鉴理性选择理论中的经济人思维分析认罪认罚中无罪辩护的行动逻辑或可一窥端倪:认罪认罚从宽提升诉讼效率的制度红利主要是面向诉讼机关的,对于被告人而言,其能享有的量刑优惠较为有限,且获得与否还取决于诉讼机关。此时,作为“经济人”的被告人,为了诉讼利益的最大化,出于“取法于上,仅得为中,取法于中,故为其下”的考量,即使无罪辩护不成,也能享受认罪认罚的量刑从宽,即使失败也几乎不会有负面影响(从前述判决书可得知)。当然,被告人囿于法律知识可能难以独自作出此种理性判断,而辩护人作为专业人士,有足够的法律知识为被告人的理性选择提供信息与计算能力支撑。因此,采取此种辩护方式在某些情况下是辩护人与被告人共谋的理性选择,辩护矛盾也并非真实,其目标是追求裁判结果的利益最大化。

当然,选择何种诉讼策略是委托人与辩护人的固有权利,在未损害他人利益、公共利益的前提下无可厚非。尽管认罪认罚后又进行无罪辩护,看似是对此前认罪认罚程序以及所签署具结书的义务违反,但细究之下,认罪认罚的主体是犯罪嫌疑人、被告人,无罪辩护的行为主体是辩护人,其义务承担主体未有变化。同时,实证研究也表明,辩护律师在认罪认罚中实际发挥的主要职能是程序见证<sup>②</sup>,具结书未对其赋予实体的权利与义务,因此,原则上辩护人没有遵守具结书内容的义务。

美国辩诉交易中存在一种类似的认罪答辩形式——阿尔弗德答辩(Alford Plea),其允许被告人作出有罪答辩的同时却不承认被指控之犯罪事实,由美国最高法院在1970年北卡罗来纳州诉阿尔弗德案(North Carolina v. Alford)中确立<sup>③</sup>。这种“有罪但不认罪”的矛盾行为与我国认罪认罚中的无罪辩护现象具有某种相似之处,矛盾背后体现了诉讼相对人在功利主义心态下对于诉讼利益的极致追求。但除了当事人的利益追求外,阿尔弗德答辩的产生更多揭示了认罪自愿性与真实性之间的拉锯与平衡,实质上是美国当事人主义诉讼模式为了谋求认罪自愿性被迫作出的制度妥协。而我国的刑事诉讼程序以事实为依据,即便是认罪认罚也需要对实体真实进行审查,因此,阿尔弗德答辩在我国缺乏存在空间。

3.辩护人的勤勉义务与表演心态。一般情况下,被告人与辩护人是基于民事合同的委托代理关系,作为服务方,辩护人的对价义务是提供勤勉、合格的辩护,在我国刑事诉讼并未区分有效辩护与有效果辩护的背景下<sup>④</sup>,通常认为帮助委托人获得无罪判决便是最为有效的辩护,就此而言,辩护人进行无罪辩护是履行勤勉义务的要求。同时,辩护人基于案件客观证据的理性判断发现无罪辩护空间,这属于实质意义上的无罪辩护,但某些情况下辩护人并非完全出于客观案情,而是带有业务宣传、取悦委托人的“表演性”无罪辩护。在这种情况下,辩护人在庭审中据理力争,与公诉方进行激烈对抗,

① 魏建:《理性选择理论与法经济学的发展》,《中国社会科学》2002年第1期。

② 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。

③ 郭烁:《在自愿与真实之间:美国阿尔弗德答辩的启示》,《当代法学》2020年第4期。

④ 左卫民:《有效辩护还是有效果辩护?》,《法学评论》2019年第1期。

无论成功与否,至少从外在表现上使委托人产生“律师费物超所值”的感觉。

## (二)诉讼理念与机制维度

1. 诉讼理念:对抗性司法理念根深蒂固。诉讼运行模式是诉讼理念的外化,有研究者将刑事诉讼模式划分为“对抗性司法”与“合作性司法”,并指出“对抗性司法”理念存在于我国刑事诉讼制度之中,但认罪认罚从宽制度催生了“合作性司法”的新理念<sup>①</sup>。两种不同的诉讼模式、诉讼理念产生了不同的辩护方式。与传统两造对抗的辩护形态不同,认罪认罚案件中的辩护更多体现为控辩双方的交涉协商,随着认罪认罚成为刑事诉讼主程序,协商型/交涉型辩护开始登上历史舞台并逐步占据重要地位<sup>②</sup>,但对抗性辩护并非因此就会消失殆尽,因为当前的诉讼制度虽然塑造了协商型辩护的“形”,却仍未注入其“神”。究其原因,长期的对抗性司法传统使得控辩双方之间缺乏合作的基因和经验,就辩护律师而言,其对检察机关往往习惯性地带入对抗思维,从证据适用到事实认定容易倾向于反对,而无罪辩护恰好是这种对抗的充分体现。质言之,当前认罪认罚之下进行无罪辩护实则是一种变相的协商型辩护,即糅杂了对抗性的协商型辩护。

这种诉讼理念的根深蒂固在立法层面也未得到解决。从刑事诉讼法条文来看,并未对认罪认罚中的辩护方式进行专门规定,只通过解除委托代理关系的方式规定了辩护人违背被告人本人意愿“一意孤行式”无罪辩护的处理情形,对于被告人本人同意的情况却语焉不详。最高人民检察院发布的《意见》虽然专门提及,但条文用语较为模糊,反而因为控辩对抗立场又增加了认识上的分歧。

具体而言,《意见》第35条规定:“被告人认罪认罚而庭审中辩护人作无罪辩护的,人民检察院应当核实被告人认罪认罚的真实性、自愿性。被告人仍然认罪认罚的,可以继续适用认罪认罚从宽制度,被告人反悔不再认罪认罚的,按照本意见第三十四条的规定处理。”对此条文的解释出现了两种截然相反的路径:一方面,可以认为此条规定是对无罪辩护的实质肯定,因为从条文规定的行为主体看,其并未对辩护人有所涉及,而仅仅是赋予了被告人再次选择的权利,并且依据被告人态度转变与否改变程序进程。实际上,依据条文中被告人仍然认罪认罚情形的规定可知,辩护人仍可进行无罪辩护;只有在被告人态度转变不再认罪认罚时,程序适用才会停止。

另一方面,也可认为此条规定是给了审判机关解决此种矛盾局面的一条路径,若犯罪嫌疑人自愿、真实认罪认罚,则继续适用原程序,若不愿意则变更为普通程序审理。在此理解下,认罪认罚的认定具有高度的综合性、总体性:将被告人与辩护人视为一体,真实、自愿的认罪认罚必然不会在被告人与辩护人之间产生内部分歧,而如何判断其真实、自愿认罪认罚,既要“听其言”,也要“观其行”。

显而易见,辩护人往往认同前者的解释路径,而检察机关则倾向于后者。究其原因,除了立法表述在此处可能存在模糊不清之外,更重要的原因在于辩护人与检察机关基于不同立场的认知分歧,其背后折射出的实际上是对抗性司法传统的牵扯。

2. 诉讼机制:协商型司法程序机制尚不完善。任何诉讼模式都离不开相应的程序机制保驾护航。作为伴随认罪认罚从宽制度出现的新型司法形态,协商型司法理应具备适配的程序机制。然而在司法实践中,由于诸多因素造成程序机制存在缺漏,尤其体现在以下方面:其一,协商双方地位失衡。在当前的控辩协商过程中,控方在协商中占据压倒性优势,使得被告人与辩护人在一定程度上面临着程序权利的部分被剥夺。此种情况的出现多是由于侦控机关过于追求认罪认罚的高适用率,进而在未向被追诉人详细清晰阐明程序后果或者未与被追诉人达成一致时便强行推行,并且还在一定程度上伴随着剥夺被追诉人获得辩护律师帮助权、威胁不接受要求便提高量刑建议等附加行为。对于辩护人而言,有时出现控方干涉其充分履职的情形,仅让其履行见证责任,这实质上架空了辩护人的辩护职能。其二,协商范畴有限。与美国辩诉交易能将指控罪名、指控罪数等问题纳入协商范畴相比,我

① 陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,《法学研究》2007年第3期。

② 李奋飞:《论“交涉性辩护”——以认罪认罚从宽作为切入镜像》,《法学论坛》2019年第4期。

国控辩协商的内容几乎仅限于量刑问题,并且立法还严格限制了从宽幅度,从司法实践来看,被告人最终获得的从宽幅度一般为基准刑的10%—30%之间<sup>①</sup>。所以,名为协商,实际上“讨价还价”的空间有限。其三,协商结果效力不确定。协商结果是否具有确定效力影响着协商的成效。在美国辩诉交易中,检察官享有决定量刑的更大权力,因此其对被告人的许诺更具确定的诱惑力<sup>②</sup>。在我国认罪认罚程序中,检察机关提供的量刑优惠为量刑建议,需要由审判机关最后确认,虽然立法上有审判机关“一般应该接受”的表述,实践中审判机关的高采纳率也吻合立法意图,但对于辩方而言,检察机关提供的建议毕竟仅是概率上的期待利益,司法实践中也不乏审判机关未采纳量刑建议或者检察机关自行推翻量刑建议的情况。

在此种协商型司法配套机制尚不完善的背景下,难以拥有较好的协商效果,因而辩护人将辩护重心放在庭审中,是现有程序机制难以发挥有效作用之下的无奈之举。

## 四、判断与建言

### (一)判断:迈向协商型司法的过渡性产物

认罪认罚案件中辩护人仍然进行无罪辩护,看似荒诞不经,但细想却又有其合理之处。并且,从认罪认罚适用率继续走高、服判息诉率却未有异常变化现象来看,此种“悖论”并未在实质上动摇我国刑事诉讼之根基,更多体现为一种逻辑荒谬。因此,认罪认罚案件中的无罪辩护现象,其实质是在我国对抗性司法迈向协商型司法过程中,由于诉讼传统、配套机制等因素影响而呈现出的过渡性产物。可以预见,由于协商型司法体制尚未成熟,加之辩护律师的主观推动,其仍将作为一种辩护现象存在。笔者认为,对其应当予以充分理解,既应允许存在又需严格规制。

1.何以允许。第一,基于控辩双方同等权利的程序合理性。有研究者认为,被告人认罪认罚,辩护律师便丧失了无罪辩护的必要性和空间<sup>③</sup>,其实这是对认罪认罚行为后果的误读。与美国辩诉交易中被告人认罪答辩后事实调查环节即告终结不同,在我国认罪认罚从宽制度中,被告人的认罪认罚并非意味着免去侦控机关查明案件事实的客观义务,认罪口供更多是为侦控机关提供搜集、完善证据链的线索,侦控机关仍需进行充分的证据调查,审查起诉仍需达到“证据确实充分”的证明标准,庭审在审查认罪认罚自愿性的同时也会审查真实性。在此情况下,司法机关的调查活动仍在继续,单独否定辩护人无罪辩护权有失公正:一方面,基于控辩双方权利、地位的对等性。作为平等的对抗主体,控辩双方在审前享有同等自由,辩护人有权对侦控机关的控诉行为质疑、否定。另一方面,基于程序抗辩理由的正当性。辩护人的无罪辩护理由并非完全来自实体层面,也有针对侦控机关程序失当(例如证据合法性问题),如若不允,则失去了对于侦控机关程序合法性的监督。

第二,基于“听取意见”制度规定的合法性。认罪认罚对听取辩护人意见的要求更加全面、具体:其一,听取意见主体的全面性。立法规定认罪认罚要听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见,特别是听取值班律师的意见,这弥补了在没有辩护人的情况下专业意见的空白,可见立法者认为认罪认罚需要由专业人士进行评价。其二,听取意见要求的强制性。检察机关应当履行听取辩护人或者值班律师意见的义务,并且听取意见是强制性而非选择性的。其三,听取意见的结果重要性。我国《刑事诉讼法》第173条明确规定,对于辩护人或者值班律师的部分意见应当记录在案,这意味着听取意见不仅有程序性意义,也具有实质上的价值。综上,立法上的一系列规定彰显着在认罪认罚程序中辩护人意见的重要性,而听取辩护人的意见,自然包括听取不同意见,若辩护人的意见时刻和被告人

① 吴思远:《我国控辩协商模式的困境及转型——由“确认核准模式”转向“商谈审查模式”》,《中国刑事法杂志》2020年第1期。

② 乔治·费希尔:《辩诉交易的胜利》,郭志媛译,北京:中国政法大学出版社,2012年,第221页。

③ 李辞:《认罪认罚从宽制度下的辩护形态》,《理论月刊》2021年第10期。

保持同步,或者排斥辩护人相反意见,这一规定便没有存在的实际意义。

第三,源于公权的辩护类型拓展了辩护自主性。一般认为,被告人与辩护人之间的代理关系产生于被告人基于私权的委托代理,这种民事法律关系需要尊重意思自治原则,代理人的权限不得超越被代理人的授权。深究此条路径,其源于民事委托关系,因而适用范围理应限定在基于民事委托关系的辩护类型。我国存在自行辩护、委托辩护和指派辩护三种辩护类型,在指派辩护中,辩护人并非完全是基于当事人的意志活动,其参与到诉讼程序中主要是出于特殊情形下保障程序公正需要,在某种程度上可以认为,指派辩护中追求公正的公权因素超过了私权自治,此时,辩护人基于司法公正的考虑提出与被告人相反的无罪辩护意见是符合制度设计初衷的。尤其是在刑事辩护全覆盖等改革措施推动下,我国的法律援助辩护逐渐成为重要辩护形式,辩护人基于私权的委托代理关系不得超出授权的理论解释力开始捉襟见肘,正如有学者所言,法律援助辩护还负有现场见证具结书签署、监督专门机关办案程序合法性、促进司法公正等多项职责,其职能作用的发挥不可能完全以被追诉人意思为准<sup>①</sup>。

第四,无罪辩护带来的程序监督积极效果。无罪辩护会产生一系列连锁效应:在客观上,诉讼程序由简易、速裁程序转为普通程序,独任庭转为合议庭,审理方式的精细化会提升审理结果的公正性;在主观上,辩护人提出和公诉机关完全对立的辩护意见无疑会让审判人员产生警觉心理,强化其对认罪自愿性、真实性的审查。总之,无罪辩护带来的附带后果极有可能改变审判人员对案件的整体认知,甚至认为案件不宜适用认罪认罚从宽制度。

2.何以规制。第一,坚持认罪认罚的效率价值。不可否认的是,效率是认罪认罚最为重要的价值之一。认罪认罚中的无罪辩护可能会在以下方面影响诉讼效率:其一,诉讼程序的变更。为了提升庭审效率,认罪认罚从宽配备了简易程序、速裁程序,尤其是速裁程序的实施,其庭前准备、开庭审判、庭后宣判等各个阶段均数倍简化于普通程序。然而根据立法规定,辩护人做无罪辩护,无法适用简易程序和速裁程序,并且,其往往是从简易程序、速裁程序转化为普通程序,合议庭的组织、开庭的排期等事项均需要重新进行,诉讼效率相比于直接适用普通程序更低。其二,诉讼进程的迟缓。在被告人与辩护人意见不一致的情况下,无罪辩护可能导致被告人拒绝辩护或辩护人罢庭现象的发生,导致法庭审理无法正常进行,损害被告人得到快速审理的程序利益。

第二,强调实际辩护效果不佳可能违反律师忠诚义务。对我国律师职业伦理模式的研究认为,对于当事人的忠诚义务应当是律师首要的职业伦理规范<sup>②</sup>,而忠诚义务最为重要的要求或者判断指标便是维护委托人的利益,关于此种利益应当是预期利益还是结果利益虽然尚无定论,但笔者认为应当以预期利益为主但不可完全忽视结果利益。然而在认罪认罚背景下,无罪辩护的成功率微乎其微,在个别案件中,甚至出现辩护人进行无罪辩护而使检察院撤回量刑建议、法院实际量刑重于量刑建议的情况,在此情形下,辩护人的无罪辩护策略不仅没有帮助被告人,反而使其丧失了从宽处罚机会。这种从轻机会的丧失,可能并非被告人本意而是辩护人“误导”之过,此时,辩护人的辩护活动在结果上有损于被告人的利益,这种方式可能有违律师忠诚义务。有研究者认为,此种情况应当属于无效辩护。借鉴美国无效辩护审查认定标准,在我国认罪认罚情境下,无效辩护应当包括律师未履职尽责或由于工作缺欠造成的诉讼不利结局<sup>③</sup>。

第三,明确独立辩护的权利从属与限度。无罪辩护是否属于律师独立辩护权的一种,这个看似不言自明的问题其实还存在探讨空间。有研究者将作为代理人的辩护律师的权利分为固有权利和继受权利<sup>④</sup>,前者指辩护律师基于其身份享有的、法律明文规定的权利,例如阅卷权、调查取证权、会见通

① 闫召华:《辩护冲突中的意见独立原则:以认罪认罚案件为中心》,《法学家》2020年第5期。

② 陈瑞华:《辩护律师职业伦理的模式转型》,《华东政法大学学报》2020年第3期。

③ 闵春雷:《认罪认罚案件中的有效辩护》,《当代法学》2017年第4期。

④ 万毅:《从李庄案二审看辩护律师的独立性》,《江苏行政学院学报》2011年第4期。

信权等;后者指继受于被告人的权利,例如上诉权。二者的区别在于是否需要被代理人本人同意,以及两种权利对于诉讼程序的影响程度。固有权利对于诉讼程序而言主要是推动性的,而继受权利往往是带有质疑性甚至否定性的,例如上诉实质上带有对一审判决否定与推翻的意志。这种权利之所以需要当事人授权,是因为当事人可以根据意思自治原则自由处分自己的权利。那么辩护人进行无罪辩护是属于固有权利还是继受权利?如将无罪辩护视为辩护策略的一种,自然认为其属于固有权利。然而,将两种标准结合起来,可能会有不同结论。无罪辩护尤其是在被告人认罪认罚情况下的无罪辩护,实际上是对诉讼程序的部分否定,将引发诉讼程序的变动,最直接的影响便在于提出无罪辩护后简易程序要转化为普通程序审理,法庭调查与法庭辩论环节要实质进行。这与被告人想要从认罪认罚从宽制度中获取程序优惠的初衷不符,在某种意义上侵犯了被告人的自由处分权。因此,在被告人认罪认罚情况下提出无罪辩护策略可能不完全是辩护人的一项固有权利,其需要委托人的授权才能行使。

事实上,独立辩护权应当有所限制而非绝对独立。无限制的独立辩护权,将颠覆辩护作为一种代理行为的权利基础,也可能实际上有损被告人权利,也是对司法资源的浪费。因此,对于辩护人来说,不得以独立辩护权为由“越俎代庖”。实践中也对独立辩护权采取了此种“谦抑”限制路径,中华全国律师协会2017年发布的新版律师办理刑事案件规范中,原有的律师“独立辩护”条款最终被删除,新版“独立辩护”条款既包含依法独立履职,同时也要“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出不利于当事人的辩护意见”<sup>①</sup>。

## (二)建言

对于认罪认罚中无罪辩护策略的未来发展,笔者认为需要在理论建构、真实性审查、配套机制完善、程序权利保障等方面入手,从而使其在实践中合理化、限定化。

1. 以整体主义视角重构独立辩护权。“整体主义”的研究视角,是以“系统论”“大局观”的方式应对经济、社会及法治改革中出现的实践难题。具体表现在风险、责任和利益的分配上,在考量多重因素和背景的基础上,权衡作出综合效果最佳的方案<sup>②</sup>。

无论立法或者理论学说,均承认独立辩护权的必要性,但也都对独立辩护权的肆意扩张表达忧思并认为其应当被规限在合理程度内。例如,有学者在坚持律师独立辩护的同时,倡导从“绝对独立”向“相对独立”转型,并建议通过“辩护协商”的工作机制来预防和化解辩护冲突<sup>③</sup>。笔者认为,独立辩护权如果仍然基于辩护人视角的单一面向,或许无法适应当下刑事诉讼之变革。因此,需要在整体主义思路之下,综合考虑辩护人、被告人权利,公正与效率等多种价值,重构独立辩护权限标准,具体而言:

从目标上,应在以说服法官为目的限度内。上文指出,辩护人的无罪辩护策略可能具有目标的多向性,有的针对审判人员,有的着眼于控方,有的针对委托人。在认罪认罚背景下,审判人员是认罪自愿性、真实性核查的唯一主体,合理的无罪辩护应该将策略对象集中于审判人员。

从发表意见范畴上,可考虑按照事实和法律争议划分,独立辩护主要体现在法律争议层面,可以适度独立于当事人。在事实问题上,律师应当更多地尊重被告人的意见。或者,按照权利的类型划分,体现被追诉人诉讼主体地位、与其实体性权益密切相关、牵涉其基本参与权和内心道德自由的权利,应该保留给被追诉人,只有偏重技术性、日常性的权利可由辩护人自由行使。

在行为模式上,辩护人应将辩护策略结合认罪认罚的目的与后果与委托人进行充分沟通。这主要是为了规制辩护人出于专业的“优越感”,未能和被告人就无罪辩护策略进行有效沟通,特别是对于程序的选择,应当充分比对无罪辩护与认罪认罚的后果优劣,尽力和被告人达成一致。这一方面能让

① 陈瑞华:《辩护律师职业伦理的模式转型》,《华东政法大学学报》2020年第3期。

② 冯辉:《破产债权受偿顺序的整体主义解释》,《法学家》2013年第2期。

③ 韩旭:《被告人与律师之间的辩护冲突及其解决机制》,《法学研究》2010年第6期。

被告人全力配合辩护策略,取得更佳的辩护效果;另一方面可提前告知后果,减少庭审中或庭审后被告人突然变卦而影响审判效率、引发后续争议等情况。

在辩护效果上,应谨慎衡量无罪辩护与认罪认罚的风险。应当承认,由于裁判结果具有不确定性,作为诉讼参与者的辩护人只能尽力影响裁判者。从理论上讲,任何辩护策略均带有一定风险性。但这也并非对辩护人苛以无法完成的任务,尽管无法精确预知,但是现有裁判文书挖掘、分析等大数据技术已经为判决结果预测提供了丰富且正确率较高的参照,提出无罪辩护尤其是认罪认罚前提下的无罪辩护,本身就应当更加谨慎,辩护人提前进行类案分析、研判本身也是其应尽的勤勉义务。辩护人应当更加谨慎地对比认罪认罚与无罪辩护的风险、收益,尽量避免孤注一掷式的无罪辩护方式。

当然,考虑到认罪认罚从宽制度之特殊性,可在此制度下对独立辩护标准适当修订以契合制度发展要求,对认罪认罚情境下进行无罪辩护的具体情形进行适度限制。辩护人在对认罪认罚具结书签字确认之后,一般仅允许在法律适用、罪名认定等方面提出无罪辩护意见,例如辩护人认为“被告人的行为不构成犯罪或者不应当追究刑事责任”,或者往罪轻辩护方面着力,除非事实认定确有重大错误,否则不应再纠缠于此。

2. 构建认罪认罚真实性的实质审查模式。在诉讼效率价值引领下,当前审判机关对于认罪认罚的审查仍然以自愿性为核心展开,对于认罪认罚真实性的审查几乎流于形式。当下,认罪认罚从宽成为我国的主导刑事程序,在效率层面可谓已取得预期效果,但为了制度的长期生命力,有必要构建适配于认罪认罚真实性的实质审查模式。具体而言:

对于审查方式,应进一步强化法官讯问被告人,询问证人、被害人,听取辩护律师或值班律师意见,查阅案卷材料等调查方式的应用,以查明是否存在认罪认罚的事实基础。如果法官认为根据现有证据不足以证明案件事实的存在、不能确信被告人有罪的,应当拒绝认罪认罚,将案件转为普通程序审理。

对于审查内容,应重点审查犯罪构成要件中的犯罪事实是否存在以及行为是否确是被告人所为,法官仍要通过证据的审查判断在主观上形成内心确信,达到排除合理怀疑的证明标准,对于其他非核心要素的认定则可适当放宽<sup>①</sup>。

对于证明标准,应在坚持法定证明标准基础上进行适当修改以达到效率与公正的平衡。关于认罪认罚案件是否应当坚持“犯罪事实清楚,证据确实、充分”的法定证明标准,学界聚讼纷纭,主要存在标准降低说和标准同一说两种主流观点<sup>②</sup>。笔者认为,无论是否坚守法定证明标准,认罪认罚案件中简化诉讼程序、放松证据规则等措施都会对证明标准的实际把握产生影响,因为严格的证明标准往往需要严格的诉讼程序加以保障。质言之,审判人员并非存在于真空环境中,难以要求其在相应诉讼程序均已调整的背景下,不受任何影响仍然坚持原有证明标准,这不符合能洞察环境改变而作相应调整的人性本能,制度设计不应将改革对象视为缺乏感性因素的“绝对理性人”。

3. 强化庭前会议的前端分流作用。以审判为中心的诉讼制度改革对庭审实质化提出了新要求,为了达到实质化庭审要求,一系列庭前分流程程序机制被构建起来,庭前会议便是其中一项。在我国庭前会议的制度设计中,对可能导致庭审中断的程序性事项进行前端处理,确保庭审流畅进行是其主要目的。在认罪认罚案件中进行无罪辩护,无疑会影响庭审的快速进行,但庭前会议的制度功效能在一定程度上消解辩护冲突。具体而言,庭前会议的首要功能便是提供审理资讯,尤其是可为控辩双方提供互相展示证据的机会,保证辩方可以查阅控方的全部案卷和证据。这在控辩双方地位、证据搜集能

① 王迎龙:《认罪认罚从宽制度基本原则的教义学分析——以“自愿性”和“真实性”为视角》,《湖北社会科学》2020年第7期。

② 参见孙长永:《认罪认罚案件的证明标准》,《法学研究》2018年第1期;谢登科:《论刑事简易程序中的证明标准》,《当代法学》2015年第3期。

力悬殊以及审前程序中辩护人阅卷权保障不足的背景下具有极为重要的意义,尤其是不利证据的集中展示,对于辩护人的辩护策略毫无疑问有重要影响,在认罪认罚案件中,辩护人仍进行无罪辩护可能源于己方的“证据蒙蔽”,而对方集中展示的不利证据,可能削弱甚至完全否定无罪辩护的根基。在召开庭前会议进行程序分流的情况下,辩护人做无罪辩护的可能性会有所降低。当然,有关实证调研指出,我国庭前会议的总体适用频率并不高<sup>①</sup>。因此,应继续强化庭前会议对于无罪辩护的分流作用,被告人不认罪和辩护人做无罪辩护的案件原则上都应该召开庭前会议。

4. 进一步完善协商型司法中辩护人的程序权利保障。认罪认罚中无罪辩护现象的出现,最根本的原因或许在于司法实践中对于辩方诉讼权利的保障存在不足。因此,强化其权利保障,有助于从“需求”层面进行部分纾解。具体而言,应尽力解决实践中存在的阅卷权、会见权行使不完整、不顺畅问题,在审前程序中不断强化控方证据的展示与辩护人意见的听取,尤其是应在认罪认罚过程中,加强侦控机关与辩护人的沟通,构建科学的量刑协商机制,力争形成基于控辩双方并结合被害人意见的、针对案件事实及量刑情节的定罪量刑合意。应避免仅将辩护人作为单纯程序见证人角色,多注重向其展示认罪认罚的实体合理性,消除可能由认识偏误导致的无罪辩护思路。当然,对于确有无罪辩护的充分、合理理由的情形,司法机关也不能因此将辩护人视为“搅局者”而对其充满敌意,不能在程序中对辩护人加以刁难、处罚。

## 五、余论

作为辩护策略的一种,无罪辩护本不应被赋予过多的解读,但是在案多人少矛盾愈发突出的当下,诉讼效率成为越来越重要的考量因素,因而认罪认罚中的无罪辩护便显得格格不入。平心而论,辩护人和司法机关基于不同立场无疑会持有不同的倾向,认罪认罚案件中的无罪辩护将成为一种长期存在的司法现象。或许,我们需要以更为平常的心态处之,随着案多人少困境的逐步缓解,以及辩护人权利保障的逐渐完善,其可能会自行消失于实践中。

---

### The Practical Picture and Theoretical Reflection of Innocence Defense in Leniency of Guilty Plea

Mo Hao

(Law School, Southwest Minzu University, Chengdu 610000, P.R.China)

**Abstract:** As the leniency system of guilty plea is fully implemented in China, it becomes the most important procedural handling mechanism in practice. This leads to the diminishing scope of defense and the diminishing probability of success which are taken as a topic of concern. One of the important questions is whether the defense can still plead not guilty after the defendant has accepted a lenient plea. This issue has triggered a lot of discussions in the theoretical field, but most of the current discussion remains in the theoretical analysis. Is it really a problem in judicial practice or just a theoretical hypothesis to plead not guilty after a lenient trial? What is the purpose of pleading not guilty when it is clearly impossible to succeed? What is the effect of this approach? All these questions cannot be answered by the existing theoretical discussions.

---

<sup>①</sup> 左卫民:《未完成的变革 刑事庭前会议实证研究》,《中外法学》2015年第2期。

To answer the above theoretical problems from the perspective of practice, this paper adopts an empirical approach, text mining, to analyze judicial texts uploaded to “China Judgments Online”. The findings are as follows:

In current lenient guilty plea system, a paradox may exist when a defendant defends the innocence. Observed from judicial decisions, this defense is more like an individual behavior of the defendant, which has a very limited impact on prosecutors and judges. Further analysis shows that, on the one hand, defendants and defenders are driven by subjective factors from the perspective of rational human utilitarianism; on the other hand, institutional factors such as adversarial judicial tradition and consultative judicial procedure mechanism also play an important role. This phenomenon exists because we are in the transition period from the adversarial judicial model to the consultative judicial model. The reasonable way to deal with it is to acknowledge its existence but strictly regulate it.

This study proposes that if the above-mentioned problems could not be properly solved, this phenomenon may still exist in judicial practice for a long time. With alleviation of the contradiction caused by heavy caseload but insufficient judges, the mechanism for protecting the litigant’s litigation rights being gradually improved, and the relevant litigation procedure mechanism being maturely constructed, this phenomenon may disappear in practice.

**Keywords:** Guilty plea; Innocence defense; Playing devil’s advocate.

[责任编辑:李春明]