

被告人与律师之间的 辩护冲突及其解决机制

韩 旭*

内容提要：被告人与其辩护律师之间的辩护冲突是我国辩护实践中的一个突出问题，这一问题无论在理论上还是在实践中都没有得到很好的解决。域外处理辩护冲突有两种模式：一种是以美国为代表的“当事人主导辩护”模式，另一种是大陆法系国家的“律师独立辩护”模式，两种模式分别有其形成的内在机理和运行逻辑，且各有利弊。我国辩护冲突的解决应当借鉴“律师独立辩护”模式之所长，实现从“绝对独立”向“相对独立”的转型，并通过“辩护协商”的工作机制预防和化解辩护冲突。

关键词：辩护冲突 当事人主导辩护 律师独立辩护 相对独立 辩护协商

一、引 言

在我国刑事辩护实践中存在着律师与被告人之间的辩护冲突现象，这种冲突既体现在审判法庭上二者所发表的辩护意见或辩护观点方面，也体现在辩护策略的选择方面。前者如，被告人当庭否认犯罪、宣称自己无罪，而辩护律师根据自己对案情的了解和内心确信仍作有罪的罪轻辩护〔1〕；被告人当庭对指控的犯罪供认不讳，而辩护律师却为被告人作无罪辩护〔2〕或者罪轻辩护〔3〕；同

* 四川省社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 笔者作为兼职律师于2005年在广东省广州市增城区法院曾担任一起强制猥亵妇女案的被告人的辩护人，在庭前会见被告人时，被告人矢口否认实施了犯罪，笔者耐心劝说，试图动员其认罪并配合辩护人在法庭上作量刑辩护，但被告人在庭审中仍坚持作无罪辩护。笔者根据所查阅的案件证据资料，内心确信被告人实施了犯罪，于是在法庭上作了从轻处罚的量刑辩护，而没有按照被告人的意思作无罪辩护，法官当庭征求被告人意见，询问其是否同意笔者继续为其辩护，被告人并未表示反对。后一审判决宣告被告人罪名成立。在中国法学会刑事诉讼法学研究会2007年兰州年会上，笔者就此案与清华大学法学院的张建伟教授进行交流，张教授认为在被告人否认犯罪的情况下，辩护人不应作量刑辩护，要么仅就程序和证据问题进行辩护，要么退出本案的辩护。另外，在北京崔英杰案中，被告人在一审法庭上提出本案系意外事件、否认自己犯罪，但两位辩护律师作了故意伤害罪的罪轻辩护。参见“北京崔英杰案庭审实录”，<http://www.yadian.cc/blog/7135/>，2007年1月2日访问。

〔2〕 在“华南虎照”案件的二审法庭上，被告人周正龙多次认罪，而其辩护律师仍坚持为周正龙作无罪辩护。参见梁娟：《认罪与无罪辩护冲突，二审改判周正龙落泪》，http://www.china.com.cn/news/txt/2008-11/19/content_16787943.htm，2008年11月18日访问。另外，在“央视大火案”的一审庭审中，被告人沙鹏在法庭上认罪，但其辩护律师却提出了无罪辩护的意见，<http://bjyouth.yinet.com/article.jsp?oid=64460687>，2010年3月26日访问。

〔3〕 在许霆案中，被告人许霆对公诉机关指控的盗窃罪不持异议，但是两位辩护律师在法庭上认为被告人许霆的行为应当构成侵占罪而非盗窃罪。参见（2007）穗中法刑二初字第196号广东省广州市中级人民法院刑事判决书，<http://tieba.baidu.com/f?kz=439645545>，2008年7月17日访问。

一被告人委托的两位辩护人一个作有罪辩护,另一个作无罪辩护;或者一个作甲罪的辩护,另一个作乙罪的辩护。〔4〕后者如,辩护律师欲提出神智障碍的辩护意见,以被告人存在精神疾病为由申请进行司法精神病鉴定,而被告人坚称自己作案时精神正常,拒绝进行精神病鉴定;律师欲申请通知某特殊证人出庭作证,而被告人基于各种考虑拒绝该证人到庭作证。对于辩护实践中一直存在的这种冲突,虽然学术界和司法实务界有所察觉和认识,但对该问题普遍重视不够,理论上也缺乏深入系统的研究。直到最近北京大学法学院陈瑞华教授在给山东省刑事辩护律师讲授“死刑案件的辩护技巧”时,质疑李庄案辩护中“被告人和律师南辕北辙的局面”,以及随着《南方周末》发表了题为《李庄案辩护:荒诞的各说各话?》的文章之后,这一被陈瑞华教授称之为“中国刑事辩护律师三十年来最不成熟的表现”的问题才引起律师界的重视和讨论。〔5〕在这场讨论中,面对学术界的质疑,律师界普遍以“辩护独立”论作为反驳质疑、解释冲突合理性的理论基础,未能对该问题作进一步的深入思考和检讨。但是,仅仅满足于律师“辩护独立”论,对于解释实践中的辩护冲突问题显得苍白无力。理论研究的不成熟,导致对上述冲突难以从理论上作出有力的解释,更难以建立起一套应对冲突、解决矛盾的有效规则,不利于我国刑事辩护制度的健康发展。因此,需要对不同制度背景下的冲突解决模式进行比较考察,对其利弊得失作深入分析,在此基础上,结合我国实际,提出解决我国辩护冲突问题的原则和规则。

二、域外辩护冲突的两种解决模式

只要存在律师参与辩护的情形,被告人与律师之间的辩护冲突就不可避免。在英美法系国家和大陆法系国家,由于不同的诉讼理念、诉讼制度以及对律师角色认识的差异,决定了两大法系解决冲突的模式也各有不同。从整体上看,英美法系国家更注重对当事人意志的尊重,而大陆法系国家则更强调律师在辩护中的独立地位。因此,大致形成了两种不同特色的冲突解决模式,即“当事人主导辩护模式”和“律师独立辩护模式”。

(一) 当事人主导辩护模式

以美国为代表的英美法系国家奉行“当事人主导辩护模式”,这体现在有关律师职业的行为准则和相关判例之中。在美国,处理委托人与律师权利分配问题的法律文件主要是美国律师协会制订的用以指导律师执业活动的《职业行为示范规则》。根据该规则1.2的规定,律师应当遵循委托人就代理的目标所作出的决定,应当就追求这些目标所要使用的手段同委托人进行磋商。在刑事案件中,委托人就进行何种答辩、是否放弃陪审团审判以及委托人是否作证等事项同律师磋商后所作出的决定,律师应当遵守。从该规定来看,委托人对通过代理服务所要达到的目标有最终的决定权,在实现这些目标所使用的手段问题上律师也要与委托人进行磋商。因此,在委托人和律师之间的关系中,委托人并不是被动的,律师应当尊重委托人的权利。然而,“目标”和“手段”的区分有时并不能反映律师和委托人在决策权上的分野。某些决策虽然是策略性的,可以解释为“手段”,但是对整个诉讼的进行有全局性的影响,如是否放弃陪审团审判的问题。因此,上述规则在作了“目标”和“手段”的区分后,又对“进行何种答辩”、“是否放弃陪审团审判”等问题作了特别规定。〔6〕在“目标”问题上虽然律师要遵从委托人的决定,但是如果律师认为对这一“目标”的追求会对委托人的利益造成实质性的危害,律师可以选择退出辩护。《职业行为示范规则》1.16(b)(3)规定:即便对当事人的利益有“实质的不利影响”,如果当事人

〔4〕 这种情况在实践中虽然并不多见,但是从理论上讲并非没有存在的可能。因此,作为一种辩护冲突的特例在此指出。

〔5〕 参见赵蕾:《李庄案辩护:荒诞的各说各话?》,《南方周末》2010年8月12日。

〔6〕 参见王进喜:《美国律师职业行为规则理论与实践》,中国人民公安大学出版社2005年版,第27页以下。

坚持要追求律师认为是“矛盾的或者鲁莽的”的目标，律师也可以退出辩护。对当事人决定权的尊重建立在这样一个前提之上，即上述规则认为的“正常的律师和当事人的关系是建立在假设适当的建议和帮助的时候，当事人有能力对一些重要的问题作出决定的基础之上的”。可见，律师在当事人作出决定前的建议、沟通和帮助是何等重要，律师应该尽最大努力保证当事人是在被告告知了相关的因素之后才作出决定。

此外，全美法律协会颁布的《律师执业法重述》也是调整律师与当事人之间关系的一个有意义的法律文件。“重述”认识到对“目标”和“方式”进行有意义的区分是不可能的，要求律师“在与当事人商量之后，以合理的方式去实现当事人规定的法律目的”；明确“当事人对律师的所作所为有基本的控制”，因为律师是“代理涉及当事人的事宜并且是为了实现当事人的合法目的”。

上述法律文件在处理律师与当事人辩护冲突问题上具有以下特点：一是当事人对辩护目标的选择有最终决定权，律师在当事人作出决定之前应当向当事人提供有利于其作出正确决定的相关信息，并提供适当的建议和帮助。二是律师在实现当事人目标的具体方式上享有自主权，但是该决定应当在与当事人磋商、征求其意见之后作出，并且所采用的方式是合理的，不会损害到当事人的权利。三是对当事人决定的辩护目标，如果律师认为其会对当事人的利益造成实质上的不利影响，律师应当劝说当事人改变这一决定；如果当事人仍坚持己见的，律师要么退出本案的辩护，要么在当事人选择的范围内进行辩护。

美国还通过一系列的司法判例，确认了当事人对辩护的主导和中心地位，而辩护律师仅仅是被告人权利的保护者和辩护的协助者，处于从属地位。大法官 William J. Brennan 认为：“辩护律师的角色首先是保护者，保护当事人在刑事案件审判整个过程中的自治权以及尊严。”〔7〕 Harry A. Blackmun 法官在 Jones 案中强调，“作为一个道德上的问题”，律师应该遵循当事人的意愿：“在给完当事人最大可能赢得官司的最好的理由之后，律师应该对当事人作出的一些并不琐碎的请求持默许的态度。”〔8〕 联邦最高法院在 Faretta v. California 案中指出：“辩护的权利是直接给予被起诉人的，因为他将可能直接承受案件失败的后果”；“一个助手，虽然是一个专家，但还是一个助手”；“第 6 修正案的条文和精神都认为：跟其他被修正案保证的辩护手段一样，辩护律师应当是对被告人的一种协助，否则律师将不会是提供帮助的人，而变成了主导者，结果是辩护成了剥夺修正案所坚持权利的一种方式”。〔9〕 在 Faretta 案中，联邦最高法院把当事人控制自己案件的权利上升到了宪法的高度。具体到个案当中，在当事人承认有罪的情况下，律师能否违背被告人的意思而独立进行无罪辩护？下面的一个案例给出了关于这一问题的答案。

一个能生动地表现平衡律师责任和当事人自主权中出现的难题的案件是美国 20 世纪 90 年代晚期的 Unibomber 案。自首的炸药客 Theodore Kaczynski 因为在一个反“科技”的运动中通过邮件发送炸弹给很多学者和科学家而被以杀人罪起诉。Kaczynski 的辩护律师，即经验丰富且训练有素的公设辩护人 Judy Clarke 和 Quin Denver 律师认为，唯一的、有可能避免死刑的途径是作被告精神有障碍的辩护。但是 Kaczynski 坚决反对被描述为精神上有疾病，他认为这样的描述是对他人格的侮辱。辩护律师认为通过说明他们的当事人处于一种不正常的精神状态就能够在最大程度上保护他的利益。但是同生命相比，Kaczynski 更在意其精神上的尊严。在此情形下，辩护律师是否应该遵循当事人提出的策略，即便这样很可能导致当事人被判死刑。美国学者认为，辩护律师应该建议被告人去走那条有可能让他活下来的道路，但是如果被告人没被说服而拒绝在

〔7〕 Jones v. Barnes, 103 S. Ct. 3308, 3318—3319 (1983).

〔8〕 Jones v. Barnes, 103 S. Ct. at 3313, note 6. 转引自 [美] 蒙罗·H·弗里德曼等：《律师职业道德的底线》，王卫东译，北京大学出版社 2009 年版，第 65 页。

〔9〕 Faretta v. California, 422 U. S. 806, 819—821 (1975).

法庭上作无罪辩护并且在量刑时也拒绝以精神有问题作为减轻的理由,那么辩护律师可以采取如下做法:如果不会伤害到当事人,那么可以选择退出,并且建议他去找另外的辩护律师;如果要他去找其他的律师是不太可能的,或者说这么做有可能对他不利,那么可以继续做辩护律师并且按照他的选择进行辩护。^[10]

上述案例表明,在被告人选择认罪的情况下,律师不能违背被告人的意志选择无罪辩护的策略,即便这样做事实上对被告人有利,律师也不能置当事人的意愿不顾而进行自认为“正确”的“独立辩护”,“一旦委托人在案件中作出了关键的选择,辩护律师就要以律师观点,采取与委托人的选择相当的战略决定”。^[11]在相反的情形下,即如果被告人坚持自己无罪,那么律师是否可以依据自己对案件事实和法律的判断而作有罪辩护呢?答案同样是否定的。“如果律师认为判决有罪是不可避免的,但被告人对赢取指控却固执和不现实地抱乐观态度,辩护律师不能强迫或威胁被告人答辩有罪。律师只是因为被告人坚决要行使法律权利而威胁他妥协处理案件,这是不道德的……律师只限于道德地通知和建议。如果被告人拒绝接受律师的建议,律师仍旧必须尽可能提供这种情形下最好的辩护。”^[12]这充分体现了美国刑事辩护中对当事人人格尊严和自主权的尊重。正如蒙罗·H·弗里德曼和阿贝·史密斯两位教授所言,“既然人的尊严和自治权如此受到重视,而且这些能够在道德哲学、心理学、职业道德规范以及在宪法上找到相关表述,有什么正当的理由可以使律师去推翻一个当事人的决定呢?”^[13]

(二) 律师独立辩护模式

在解决辩护冲突问题上,大陆法系国家采取的是“律师独立辩护模式”,这与其对律师角色的定位密不可分,即认为律师具有独立的诉讼地位,不是当事人的利益代言人。德国的法学理论认为,“辩护人既不是被告人的纯粹的代言人,也不是中立的司法官员。他的特征应当表述为,是刑事司法制度中的独立机构,单方面忠实于被告人的利益。德国的法学理论强调辩护人的独立地位,是为了防止其听命于当事人的不合理要求;而且,只有辩护人具有独立地位,他才能与法院和检察官在平等的层面上进行谈判和辩论。鉴于其独立的地位,辩护人不是帮助被告人作出或接受有约束力的程序性指令的代理人。”^[14]

采取混合式诉讼模式的日本,其刑事辩护具有实现社会正义的公益性特点,辩护人同样具有独立的诉讼地位。判例中经常使用的“总括性的代理权”的用语,表现了辩护人的这种地位。辩护人的诉讼活动通常建立在与被告人的“总括性的”信赖关系之上,对于辩护人的每一个诉讼行为,没有被告人的意思表示也不会特别成为问题。因此,只要辩护人的诉讼活动是在行使刑事诉讼法明文规定的权利,就可以与被告人的意思“独立”出来。^[15]日本刑事诉讼法第41条明文规定了“辩护人的独立行为权”,即“辩护人,以本法有特别规定的情形为限,可以独立进行诉讼行为”。

我国台湾地区学者林钰雄教授认为,就整个刑事司法体系的结构设计而言,辩护人虽为被告利益,但同时带有公共利益的色彩,并且担当一定的公法机能。基于辩护人担当一定公益功能并且独立于被告意思之外的自主地位,辩护人可谓整个刑事司法体系中自主的司法单元。^[16]

在大陆法系国家,基于辩护人具有独立于当事人意志的自主性以及具有当事人所不具备的专

[10] 参见前引〔8〕,弗里德曼等书,第62页以下。

[11] [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事诉讼程序》,陈卫东等译,中国人民大学出版社2002年版,第241页。

[12] 同上。

[13] 前引〔8〕,弗里德曼等书,第65页。

[14] [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第61页。

[15] 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》上卷,丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第249页以下。

[16] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》上册,中国人民大学出版社2005年版,第161页以下。

业法律素养,在当事人与其辩护人发生辩护冲突时,允许辩护人独立开展辩护活动,不受当事人意志的约束,有时为了维护当事人的利益甚至可以违背其意思。“辩护人在诉讼程序中的独立地位亦显现在当其在维护被告之利益时,并不像一代理人一样,处处受被告意愿控制。因此,其亦得违背被告之意愿,为被告之有利而自行声请讯问证人,虽然被告可能不愿该证人曝光;同样地,其亦得声请对被告进行心理调查(刑诉法第81条),虽然被告自己觉得很正常,也根本不想进入精神病院被观察;而虽然被告自己已经承认有罪(不管其因何理由为此承认),辩护人仍得为促请无罪判决之辩护。”〔17〕在被告利益与被告意思冲突时,最能彰显辩护人独立于被告意思之外的自主地位。例如,杀人案件之被告,案发当时与其情妇过夜故有不在场证明,但为避免外遇曝光的情绪因素而忽略被误判杀人的危险及后果。类似情形,辩护人在不违反其保密义务的前提下,有可能乃至有必要为被告利益但反于被告之意思而进行辩护。〔18〕尽管辩护人可以不受当事人意志的支配进行独立辩护,但是作为当事人权利的专门维护者,辩护人不得实施有损当事人利益的辩护行为。例如,被告人对辩护人坦白自己是替身犯,辩护人也确信被告人无罪,此时即使被告人希望被认定为有罪,但辩护人为了维护被告人的正当利益也应该作无罪辩护。此外,辩护人的责任是维护被告人的正当利益,所以不允许作出不利于被告人的行为,也不允许违背被告人主张无罪的意志而作有罪辩护。〔19〕

(三) 两种模式的形成机理

上述两种不同的冲突解决模式,其背后有着内在的形成机理或者逻辑必然,即与两大法系国家对律师角色的不同认识、文化观念和诉讼制度的差异有着密切关系。

1. 对律师角色认识的差异

两大法系国家的律师在尽最大努力维护当事人正当权利这一职责要求上是相同的,但是,在对律师与当事人关系的认识及律师的定位上则存在着一定的差异。在美国刑事诉讼中,当事人与律师之间实质上被视为委托代理关系,“美国的律师在与客户的关系中,处于受托人的位置”。〔20〕因此,律师与委托人之间是服务与被服务的关系,律师相对于其委托人处于协助者的从属地位,律师一般情况下不得违背委托人的意思而独立行为。为了体现这种关系中律师服务于委托人的性质,美国律师协会库塔克委员会在制定《职业行为示范规则》时,将通常所说的“律师—委托人”关系重新订正为“委托人—律师”关系,以凸显委托人的中心地位。美国法律协会制定的《律师执业法重述》也采用了同样的方法。〔21〕除了律师的这种受托人或代理人角色之外,从职能角度看,律师更像是当事人的一个专门“法律顾问”,在诉讼中为当事人提供相关的法律信息和建议,以利于当事人在综合考虑各种情况后作出正确的选择。“实质上,律师通知和向被告人提出建议,被告人决定该怎么做,律师决定如何最好地完成委托人的选择。”〔22〕在律师与国家的关系上,律师的工作并不代表国家,作为自由职业者其功能是为当事人合法利益的最大化服务,哪怕这些利益与国家利益相冲突。

在大陆法系国家,辩护律师的角色与美国对抗制下的律师角色有着较大的差别。辩护律师不是当事人的“代言人”,更不是当事人“雇来的枪”,辩护关系不同于民法上的纯粹契约关系,其具有公益色彩和公法上的自主地位。因此,与当事人不同,辩护律师的行为必须符合具有更高标

〔17〕 参见〔德〕克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第150页。

〔18〕 参见前引〔16〕,林钰雄书,第161页。

〔19〕 参见〔日〕田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第157页。

〔20〕 宋冰:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1998年版,第189页。

〔21〕 参见前引〔6〕,王进喜书,第25页。

〔22〕 前引〔11〕,斯黛丽等书,第241页。

准的行事准则,承担一定程度上的真实性义务。作为立于被告之侧的“独立的司法机关”,其在司法上有其社会上公家性质的功能。^[23]既然律师被视作一独立的司法机关,那么刑事辩护在性质上不仅具有维护当事人利益的“私利性”,而且还具有保护人权、实现社会公平正义的“公益性”,律师的执业活动不仅是在为当事人服务,而且是代表国家在工作。因此,辩护律师不能“唯当事人马首是瞻”,而只能在法律以及职业伦理的框架内进行辩护。

从两大法系的上述比较看,美国更重视律师为当事人服务的属性,而大陆法系国家则强调律师服务于当事人与服务于公共利益的统一。这就导致美国的律师与当事人之间的联系比较紧密,对当事人的意思自治更加尊重,因此律师在辩护中的独立性相对较弱;而大陆法系国家的律师不是把服务于当事人作为唯一的目标,律师同时还要兼顾社会公益和其他政策目标的实现。因此,律师为当事人服务的特性与美国相比就显得淡化,对当事人的个人意愿也缺乏足够的重视,律师的独立性得以强调,但是这不可避免地会导致律师与当事人之间关系的疏离、紧张乃至发生信任危机。

2. 文化观念和诉讼制度的差异

英美法系国家奉行当事人主义的诉讼制度,由当事人双方主导和推进程序的进行,被告人不但可以处分程序性权利,而且可以处分实体性权利,通过双方的对抗和合作促进纠纷的解决。当事人主义的诉讼理念和制度对“当事人主导辩护模式”的影响主要体现在以下方面:

第一,“个人主义”与“国家主义”文化观念的分野。个人主义在美国人的文化观念中占据重要地位,构成了美国文化的核心,塑造了美国人的民族性格,成为美国精神的真实写照。当事人主义的诉讼制度恰恰是个人主义文化观念在刑事诉讼程序上的反映,“因为个人主义着重当事人对程序的自行发动及控制,所以由当事人双方自行决定问题的争点,自行决定证据的呈现”。^[24]在当事人主义中,当事人的诉讼主体地位和自主权得到充分的尊重和实现。正如罗伯特·N·贝拉等指出:“我们尊崇个人尊严,确切地说,我们信奉个人的神圣不可侵犯性。任何可能破坏我们自己思考、自己判断、自己决策并按自己认定的方式生活的东西,不仅在道德上是错误的,而且是亵渎神明的。”^[25]在这种文化观念的支配下,诉讼中的当事人对于与自身利益有关的事项拥有决定权,任何人都不能代替其作出选择,律师只是作为当事人的助手而存在。当事人始终是诉讼的主人,即使律师对案件的代理对于能否胜诉已经变得至关重要,在所有重要的决策上,当事人的同意仍然是必要的前提。^[26]因为“案件属于当事人,而不是律师”,所以律师应当把自己看成是一个让当事人可以对案件整个过程进行有益控制的代理。^[27]

与英美法系国家相比,在大陆法系国家存在着“国家主义”的文化观念。欧陆国家在废除问制、实行职权主义诉讼后,虽然法律上确认了被告人的诉讼主体地位,赋予了被告人包括辩护权在内的一系列诉讼权利,但是由于受问制下被告人长期所处的客体地位这一传统的影响,被告人在刑事诉讼中的自主性并没有提高到如美国一样的水平。反映在辩护权的行使上,就是被告人的意志对辩护人的行为不产生约束力,其不享有对辩护的控制和决定权。^[28]因此,被告人并不是一个完整、自治的辩护主体,很多时候这一决定权掌握在具有公家性质、被视为一“独立司

[23] 参见前引[17],罗科信书,第149页以下。

[24] 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第489页。

[25] [美]罗伯特·N·贝拉等:《心灵的习性:美国人生活中的个人主义和公共责任》,翟宏彪等译,读书·生活·新知三联书店1991年版,第82页。

[26] 参见[美]米尔伊安·R·达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第215页。

[27] Laurens Walker, E. Allen Lind John Thibault, *The Relation between Procedural and Distributive Justice*, 65 Va. L. Rev. 1401, 1417 (1979).

[28] 当然,在聘用和解聘辩护人这一点上,被告人具有意志自由,享有最终决定权。

法机关”的律师手中，而法院也似乎更愿意听取律师的意见而不是当事人的意见。

第二，“纠纷解决型”与“真实发现型”诉讼制度的分野。基于各自诉讼理念和诉讼目的的不同，美国把刑事诉讼视为国家与当事人之间的一场纠纷，诉讼目的就是为了解决纠纷，受实用主义哲学的影响，诉讼被设计为“纠纷解决型”模式。这一模式的特点是把检察官与被告人作为法律地位平等的主体对待，被告人不但有较大的程序控制权，而且还可以处分自己的实体权益。因此，刑事诉讼具有类似于民事诉讼的特征，这就决定了美国的刑事辩护更接近于民事代理的特点。民事代理中受托人不得违背委托人意志进行代理活动的规则在刑事辩护中同样得以体现，正如前文所述“美国的律师（无论是民事代理还是刑事辩护）都处于受托人的位置”。为了提高纠纷解决的功效，美国还发展出被告人认罪答辩程序和辩诉交易制度，一旦被告人在自愿、明知和明智前提下认罪，就不再进行正式审判，直接进入量刑程序。虽然被告人在是否认罪问题上一般会与律师磋商，但是认罪与否的决定权在被告人，律师不能代为作出，这已为美国《职业行为示范规则》所确认。因此，一旦被告人作出认罪答辩，律师只能服从被告人的这一决定并就量刑问题与检察官进行“讨价还价”，而不能再作出与被告人意思相反的无罪争辩。相反，在被告人作无罪答辩的情况下，在正式的法庭审判中，律师在负责裁决罪与非罪问题的陪审团面前只能按照被告人的无罪意见进行辩护。

大陆法系国家的刑事诉讼重视查明案件的事实真相而不仅仅在于解决纠纷，其刑事诉讼程序被设计为“真实发现型”。其特点是，法官依职权积极主动地调查案件事实，并控制审判程序的进程；检察官不被视为与被告人平等的一方当事人，而是承担客观义务的“官署”；即便被告人认罪，仍需进行法庭审判，并根据法庭调查证据的情况作出判决。这些特点决定了其刑事诉讼程序的运行并不遵循民事诉讼的规则，当事人与律师之间的辩护关系也不同于民事代理关系，律师不必在当事人的意志范围内进行活动。美国那种用于快速解决纠纷的认罪答辩和辩诉交易制度在大陆法系国家也并不存在，因此，即使被告人在法庭上已经认罪，律师基于对事实真相的追求和自己的“内心确信”，仍然可以在“维护被告人合法权益”的旗帜下，违背被告人的意志作独立的无罪辩护。

三、两种模式的异同及其利弊分析

（一）相同点与差异——两种模式之比较

无论是“当事人主导辩护”模式还是“律师独立辩护”模式，都是在典型意义上所作的类型化分析，两种模式的区分只具有相对性而非绝对性。虽然两种模式分别代表了两种不同的冲突解决方式，但是它们仍具有一些共同特点。

首先，在对律师性质的认识上，“当事人主导辩护”模式也并未把律师视为当事人的诉讼代言人，律师的职责受制于他的“法院官员”或“律政人员”的角色，这与“律师独立辩护”模式下律师被视为独立的司法机构、具有公法上的性质相似。律师的公共或公益性质使得律师独立于当事人，决定了律师为当事人服务的边界。即律师在“片面”地忠实于其当事人利益的同时，还承担着对法庭的诚实义务，例如不得撒谎、故意欺骗、误导法庭、不得帮助当事人毁灭、伪造证据。从这个意义上看，尽管英美法系国家被称为“当事人主导辩护”模式，但是律师仍保持一定的独立性。尤其是在辩护的方法和技巧方面，律师的独立性更强。因此，两种模式下律师辩护都具有独立性，只是独立的程度不同而已。

其次，在律师工作方式上，两种模式均强调律师与当事人之间的沟通协商。沟通协商既可以维系律师与当事人之间的信赖关系，也可以避免和化解二者之间的辩护冲突。在大陆法系国家“律师独立辩护”模式下，虽然强调律师辩护的独立性，但是律师与被告人交流协商、尊重被告

人意愿同样受到重视。日本学者认为,通过辩护人的活动受到保护的应当是被告人本人,因此必须尊重被告人本人的意思。对于被告人,辩护人应尽可能让其理解自己只能在法律以及职业伦理的框架内进行辩护,必须尽力维持双方的信赖关系。^[29]德国学者认为:“辩护人必须得到当事人的完全信任,否则他就不能有效地工作。”^[30]在德国,辩护人与当事人之间的自由交流权受到法律的有力保障。在“律师独立辩护”模式下,即便律师对实现辩护目标的手段和方式有独立的决定权,但应当事先与委托人进行磋商。

最后,在冲突的解决手段上,一旦双方的信任关系遭到破坏,退出辩护作为冲突的最终解决机制在两种模式下都存在。律师退出辩护既包括律师辞去委托主动退出辩护,也包括由于当事人行使解聘权律师被动退出辩护。不过,在律师主动退出辩护的情况下,两种模式的处理稍有不同。在美国,律师一旦接受了案件,那么该律师终止与客户之间关系的自由就被严格地限制了,律师仅在紧迫的情况下才可以退出。相反,德国律师却可以在任何时候自由地终止委托关系。^[31]

两种模式的差异主要体现在律师对当事人的依附性和律师的独立程度方面。在发生辩护冲突时,英美法系国家的“当事人主导辩护”模式更加重视律师对当事人的忠实性,律师服务当事人的“私人”属性得以凸显,因此律师对当事人的依附性更强,律师独立辩护的程度较弱,当事人的意志居于主导地位;相反,在大陆法系国家的“律师独立辩护”模式下,律师职责中具有服务公共利益的“官方”色彩,其服务当事人的“私人”属性相对淡化,这决定了律师对当事人的依附性较弱,律师独立辩护的程度相对较强。为了维护当事人利益和司法公平正义,即便违背当事人意思,律师仍可展开独立的辩护活动。正如美国学者迪特里希·鲁施迈耶教授所分析的那样:有证据表明,一般情况下德国律师更具“官员”特性。对客户的忠诚和提供高效的服务是美国律师正式和非正式规范的主流命题,而德国规范则更强调律师的法院官员角色,以及律师作为有学识的职业者的独立性和尊严。当然,律师作为法庭官员的地位,也并没有被美国法律伦理所忽视,只是这一点在美国没有得到像德国一样的强调,也没有在成文规则的细节中被反复加强。同样的道理,德国法律伦理更加强调律师保持其独立性的义务和与客户保持一定距离的义务。这种独立性限制了客户的要求和权利。^[32]

(二) 两种模式的利弊分析

两种模式各有所长,且利弊共生,其存在与各自的文化传统、价值取向、诉讼制度相适应,很难说孰优孰劣。

1. “当事人主导辩护”模式的利弊分析

“当事人主导辩护”模式强调当事人在辩护中的中心地位,当事人的意志和诉讼主体地位得到最大程度的尊重。辩护律师认为无论什么问题,只要是重要的,都应向被告人进行说明,然后由被告人自己决定。这种做法被称为“当事人中心主义”。^[33]既然是“当事人主导辩护”或者“当事人中心主义”,那么一旦在重大辩护事项上发生冲突,律师就必须调整自己的辩护思路,按照当事人确定的辩护目标和方案进行辩护,否则只能退出辩护。这一冲突解决模式充分体现了律师对当事人的忠诚义务和律师服从、服务于当事人的属性。在这种模式下,当事人对所要实现“辩护利益”的判断高于律师的专业判断,这是以英美法系国家普通人的“理性人”假设为前提。

[29] 参见前引 [15],松尾浩也书,第249页,第251页。

[30] 前引 [14],魏根特书,第62页。

[31] 参见 [美] 迪特里希·鲁施迈耶:《律师与社会——美德两国法律职业比较研究》,于霄译,上海三联书店2010年版,第124页。

[32] 同上书,第142页,第187页,第122页。

[33] 参见 [美] F·费尼:《刑事辩护的伦理道德问题——美国的经验与教训》,郝红宇译,《外国法译评》1998年第2期。

所以,在英美法系国家的辩护中,律师与当事人之间“南辕北辙”的现象几乎是难以想象的。

但是,过分重视当事人意志的“至上性”、一味强调律师的忠诚义务也会带来一系列的弊端:最明显的是律师可能会沦为当事人达到个人非法目的的工具,因为律师的有用性和忠实度经常是以其对当事人愿望和计划的贡献来衡量的。其次,在当事人所坚持的“辩护利益”与司法的公平正义相冲突时,律师对当事人愿望的迁就可能致其放弃对司法公平正义的追求。“因为,在美国律师接手一个案件后,只要客户坚持,他就有义务进行诚实、但不正义的辩护。”^[34]就像前面提到的 Unibomber 案,律师对当事人意见的尊重使其放弃了作精神障碍辩护的机会。最后,被告人在一些指控上承认有罪,并因此而被判处了死刑。笔者认为,辩护律师指出被告人有精神障碍的疑点,进而由法庭查明该事实,使被告人得到一个罚当其罪的合理判决,乃司法公平正义的体现,公平正义实现所带来的司法利益(生命权的保护)应高于当事人所在意的“精神尊严”利益。从这个意义上讲,律师在辩护策略的选择上尽管尊重了当事人的愿望,但很难说是一次正义的辩护。律师过分迁就被告人的辩护要求从而丧失独立辩护的精神,不但难以维护当事人的正当利益,而且客观上会使当事人利益遭受实质性的损害。

2. “律师独立辩护”模式的利弊分析

“律师独立辩护”模式强调律师相对于当事人的独立性,即律师与当事人之间要保持适度的距离,在当事人的意见与律师的专业判断发生冲突时,律师可以自己的专业判断代替当事人的意见。该模式的优势体现在以下两个方面:

第一,可以帮助当事人更充分、有效地行使辩护权。律师作为法律专业人士在对辩护意见的把握和辩护策略的选择上,具有被告人所不具备的优势。一是辩护律师享有被告人所不具有的诉讼权利。例如,作为辩护防御权基础的阅卷权、调查取证权、申请取证权等,法律都是赋予辩护律师而非被告人,这就决定了律师可以获得更多的案件信息,对证据和事实的了解更加全面、客观。虽然被告人对事实真相最为清楚,但作为当事人,案件的处理结局与其有直接的利害关系,在趋利避害的人性本能驱使下,被告人通常会“避重就轻”,从有利于自己的角度进行事实描述;而辩护律师通过阅卷和调查取证,可以从有利、不利的正反两面认识案件事实。二是辩护律师在法律专业知识和辩护经验方面具有优势。律师作为受过长期专门法律知识训练的专业人士,无论是对实体法上犯罪构成的认识还是对诉讼程序、证据规则的运用都是作为普通公民的被告人所无法比拟的。律师在参与庭审的长期实践中也积累了丰富的辩护经验,掌握了一定的辩护技巧,对现实中法官的职业心理和判决规则比较熟悉。这些优势决定了律师提出的辩护意见更加专业和合理,尤其是对罪与非罪、此罪与彼罪界限的把握相对准确,更容易被法庭所采纳。三是律师的“第三人”身份有利于其客观冷静地判断形势。律师作为与案件结局没有直接利害关系的诉讼参与者,其实是一“案外人”的角色,这一角色有利于其客观冷静地观察、分析案情,提出最佳的辩护思路和方案。与当事人的“片面性”相比,律师所具有的“中立性”和“超然性”决定了其提出的辩护方案更为切实可行。“当事者迷,旁观者清,纵使是具有法律专业知识的被告,由于被追诉的心理压力,也很容易发生误判情势乃至六神无主的混乱状态,因此,往往必须借助另一个法律专业知识者来为其辩护。”^[35]在被告人与其辩护律师意见不一致的情况下,律师依法进行独立辩护可以帮助被告人更充分有效地行使辩护权。

第二,有利于促进司法利益之实现。在刑事辩护中,当事人提出的要求和要实现的“利益”有时会与司法利益相冲突,其提出的可能是不合理的要求,其要维护的利益可能是不正当的甚至是非

[34] 前引 [31], 鲁施迈耶书, 第 126 页。

[35] 前引 [16], 林钰雄书, 第 158 页。

法的利益。例如,对于“替人顶罪”而故意作虚假认罪的问题,律师作为“法庭官员”具有更高的行事准则,负有对法庭的诚实义务。因此,律师一旦知悉上述情况就不能听命于当事人的要求,而必须作出独立的无罪辩护,以实现司法的公平正义。司法利益中也包含了当事人利益,只不过律师是站在一个更高的层面来维护当事人的利益,其在听取被告人意见的同时还必须兼顾社会公共利益的实现。

第三,促使律师业形成良好的职业伦理。“独立辩护”模式下律师不必听命于当事人的不合理要求,不仅可以预防和减少律师违反职业规则行为的发生,而且能够促使其养成较好的职业伦理。正是律师独立于当事人,其才能与法官、检察官一道形成一个法律共同体,从而维持了整个律师业的尊严、荣誉和声誉。“虽然没有系统的对比证据,但毫无疑问的是,美国律师的行为游离于职业伦理的情况,特别是对职业伦理系统地 and 持续地违反,(与德国相比)更为普遍。”〔36〕

但是,“律师独立辩护”模式会造成以下弊端:一是当事人的合理愿望和正当诉求易被忽视,被告人的诉讼主体地位受到贬抑。在此种模式下,律师有利用自己的专业优势“越俎代庖”之嫌,在当事人自身所追求的“辩护利益”与律师欲实现的“辩护利益”不一致时,律师通常会以自己的判断代替当事人的意见。二是导致律师对当事人忠诚义务的降低。律师不受当事人意志约束甚至可以违背当事人意志进行独立辩护,这本身就削弱了律师对当事人的忠诚度。“律师作为‘法庭官员’的身份限制了他对客户的忠诚义务。其结果就是形成了律师各种担当和义务的微妙平衡。”〔37〕在当事人利益与各种公共利益的平衡中,律师为当事人利益服务的功能被弱化。三是导致律师与当事人之间交流协商不够充分。一方面,在发生辩护冲突时,二者之间的辩护协商缺乏制度性的保障;另一方面,律师对“独立辩护”的强调使得其缺乏与当事人进行沟通协商的动力。四是导致法庭上可能会出现两种不同甚至相反的辩护声音。强调律师辩护的独立性而又缺乏必要的辩护协商,法庭上必然会出现“自说自话”的局面。如果一个辩护共同体内部发出两种相反的声音,这势必会冲淡辩护的整体效果。五是导致律师与当事人之间的信任关系被破坏。在当事人的愿望和要求不被重视、律师与当事人的沟通交流不够充分的情况下,律师的独立辩护行为很难取得当事人的理解和认可,这不可避免地会导致律师与当事人之间关系的疏离、紧张乃至发生信任危机。

四、“相对独立”——处理我国辩护冲突的基本原则

面对域外的两种冲突解决模式,我国应该作出何种选择,这是处理我国辩护冲突不容回避的问题。通过前文的分析可知,两种模式各有所长、亦有所短,可谓利弊兼有。不过,无论是从对律师的性质及其角色定位还是从文化观念和诉讼模式等方面考察,我国与大陆法系国家更具有相似性。这种相似性不仅体现在辩护制度的基本理论方面,也反映在辩护冲突的解决实践方面。此外,律师制度作为西方的“舶来品”在我国引入较晚,且经历了被破坏和恢复重建的过程,辩护制度目前尚不发达,律师执业中的违法和违纪行为时有发生,律师的职业伦理仍有待培育和提。面对这一历史和现实,强调律师与当事人之间的适度分离,强调律师辩护的独立性对律师制度和辩护制度的良性发展无疑具有积极意义。因此,处理我国的辩护冲突应当以大陆法系国家的“律师独立辩护模式”为基本参照,在吸收该模式优点的基础上,探索出一条适合我国国情的“第三条道路”——既坚持律师辩护的“独立性”,又坚持辩护的“协商性”,从而实现从“绝对独立”辩护向“相对独立”辩护的转型。与完全不受规制的“绝对独立”辩护相比,“相对独立”辩

〔36〕 前引〔31〕,鲁施迈耶书,第142页。

〔37〕 同上书,第20页。

护凸显以下几方面的特征：第一，辩护的协议性。除指定辩护外，律师能够参与诉讼、进行辩护的前提是与被告人签订辩护委托协议，从而建立起委托关系，而这种委托关系又是建立在被告人对律师信赖的基础上。辩护委托关系一旦成立，律师虽然可以独立行使职权，依法履行职务，不受被告人意志的控制，但是为了维系和巩固这种信赖关系，也为了保障辩护职责的顺利完成，律师在进行辩护时不可能置被告人意愿于不顾而进行“完全独立的辩护”，因为一旦信赖关系遭到破坏，被告人随时可能终止辩护协议，解除委托关系。第二，辩护的协商性。一方面律师在制定辩护思路、提出辩护意见前应加强与被告人的沟通协商，以期达成一致的辩护意见，从而预防法庭上辩护冲突的发生，为此需要进一步保障和落实律师的会见交流权；另一方面当被告人在法庭上突然改变了庭审前与律师达成一致的辩护意见时，律师应询问其改变的原因，通过与被告人协商，以协调彼此的辩护观点，从而提出最佳的辩护方案。这种协调未必要求二者完全一致，有时基于辩护策略的考虑或者在被告人不明确表示反对且不损害被告人利益的情况下，允许彼此观点的差异。第三，辩护的有效性。律师独立辩护受到辩护有效性的制约，即律师独立辩护不得损害辩护的有效性。辩护的有效性是从裁判者接受辩护意见的程度和对法官心证形成的影响力角度来考察的。从辩护的逻辑力量看，辩护有效性拒绝自相矛盾的辩护观点并存，尤其是排斥同一被告人的两个辩护人发表相互冲突的辩护观点，各自进行“独立”辩护。第四，辩护的增益性。律师进行独立辩护应当以增进被告人的利益为目的。辩护的增益性要求律师不得提出重于指控罪名的辩护罪名，不得在指控一罪的情况下作构成数罪的辩护，不得在被告人否认有罪的情形下作“独立”的有罪辩护。

（一）律师依法独立辩护应当是我国辩护理论和实践坚持的方向

1. 律师独立辩护在我国既有学理基础又有法律根据

关于律师作为辩护人在刑事诉讼中的地位问题，我国学界经过多年的讨论，基本上已经达成共识，认为律师并非被告人单纯的利益代言人，而是具有独立的诉讼地位。^[38] 律师所具有的独立诉讼地位决定了其具有不受当事人意志约束的独立辩护权能。可以说，在我国强调律师独立辩护具有相当坚实的理论基础。

律师独立辩护的法律根据体现在我国刑事诉讼法和律师法的相关规定当中。刑事诉讼法第35条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”律师法第2条第2款规定：“律师应当维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义。”该法第31条规定：“律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”按照对该条的权威解释，“律师担任辩护人，在刑事诉讼中是具有独立诉讼地位的诉讼参与者。律师依自己的意志依法进行辩护活动，独立履行职务，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，不受犯罪嫌疑人、被告人意志左右。”^[39] 另外，中华全国律师协会颁布的《律师办理刑事案件规范》第5条规定：

[38] 例如，熊秋红教授认为：辩护人原则上不受被指控人意志约束，辩护人的诉讼地位可以界定为辩护人是刑事诉讼中具有独立诉讼地位的诉讼参与者。参见熊秋红：《刑事辩护论》，法律出版社1998年版，第163页。陈瑞华教授认为：辩护律师在刑事审判中的独立性表现为其不得为追求对被告人有利的诉讼结局而不择手段，以至于违背法律和正义，因而独立于作为其委托人的被告人。参见陈瑞华：《辩护律师在刑事诉讼中的地位》，《中国律师》1996年第7期。宋英辉教授认为，辩护律师具有独立于犯罪嫌疑人、被告人的独立自主地位，辩护律师在维护犯罪嫌疑人、被告人的利益的同时，还负有维护司法公正与社会正义的义务。如果将辩护律师界定为当事人的利益代理人而不要求其承担维护司法公正与社会正义的义务，可能导致犯罪嫌疑人、被告人滥用辩护律师诉讼权利逃避罪责的恶果。参见宋英辉：《论律师的职业属性》，《中国司法》2007年第4期。有的学者还从辩护人“固有权”和“传来权”区分的角度论述了辩护人具有独立的诉讼地位。参见韦忠语：《论辩护人在刑事诉讼中的地位与责任》，《现代法学》1998年第3期。

[39] 王胜明、赵大程主编：《中华人民共和国律师法释义》，法律出版社2007年版，第99页。

“律师担任辩护人或为犯罪嫌疑人提供法律帮助，依法独立进行诉讼活动，不受委托人的意志限制。”从上述法律规定看，律师辩护依据的是“事实和法律”而非“被告人的意思”，律师的职责也不单是“维护当事人合法权益”，还要“维护法律正确实施”，“维护社会公平和正义”。这说明，当被告人意志与事实和法律不符时，当被告人利益与法律和社会公平正义发生冲突时，律师可以违背被告人意思而以对事实和法律负责的精神进行独立辩护。

2. 被告人辩护能力普遍低下的现状要求律师依法独立辩护

从我国刑事被告人的构成主体^[40]看，他们不但法律知识欠缺，而且文化程度普遍较低，其中大多数人不但对法律术语的涵义缺乏了解，而且难以运用法言法语准确、清晰地表达自己的思想，这使其参与诉讼的能力大大降低，在诉讼中无法向法庭提出中肯有力、全面系统的辩护意见，这从法庭上被告人在自行辩护中的茫然不知所措的神情和寥寥数语、无的放矢的有限辩解中可见一斑。面对此种现状，要求律师辩护听命于被告人意见或者要求律师意见与被告人的辩护意见保持一致显然是不可能的，也不利于维护被告人合法权益。因此，在被告人与其律师在辩护能力悬殊的情况下，律师依法进行独立辩护有利于辩护权正确、充分和有效行使。

3. 律师独立辩护有助于发现真实、防止冤假错案发生

律师独立辩护还具有一项重要功能，那就是防止冤假错案的发生，特别是在被告人虚假承认有罪的案件中，律师依据事实和法律进行独立的无罪辩护更有必要。现实中，被告人虚假承认有罪主要有以下三种情形：一是犯罪嫌疑人遭受刑讯逼供或者变相刑讯逼供，因而被迫承认有罪。这种现象在实践中比较常见，例如杜培武案、余祥林案以及赵作海案，虽然被告人都曾供认有罪，但是律师在法庭上仍作了无罪辩护。二是被告人与检察机关或者法院私下达成某种交易，迫使被告人认罪从而换得较轻的处理，这种情况主要是针对实践中一些证据不足的敏感案件。三是被告人为了“替人顶罪”而主动承认犯罪，这主要发生在家庭成员、亲友以及领导和下属之间。这类情形虽然在实践中并不常见，但仍不可避免。前两种情形下，律师依法进行独立的无罪辩护可以对公权力的滥用形成监督和制约，使违法的侦查、起诉和审判行为得以揭露和纠正。无论是杜培武案还是余祥林、赵作海案，事后证明律师当时所作的无罪辩护意见都是正确的，遗憾的是都没被法院采纳。后一种情况下，律师进行独立辩护有助于发现案件事实真相，避免司法错误发生。

4. 律师独立辩护作为一种辩护策略具有现实合理性

偏重于惩罚犯罪的诉讼目的以及司法一体化的诉讼体制决定了我国法院的无罪判决率极低的现实，尤其是无罪推定原则在我国尚未真正确立和贯彻实施的情况下，有相当一部分证据不足、达不到定罪标准的案件，法院基于各种考量作出了“疑罪从轻”的判决。特别是对于那些犯罪性质、后果不严重、情节较轻的案件，如果被告人认罪甚至悔罪，通常可以在制度、政策上获得刑罚适用上的优惠。^[41]在我国鼓励认罪的政策导向和司法环境下，被告人基于自身现实利益的考虑通常会选择认罪，以期在量刑上获得从宽处理。面对被告人认罪的情况，对于那些证据不足或者罪与非罪界限不明的案件，律师究竟是和被告人意见保持一致从而在承认有罪的情况下作量刑

[40] 我国刑事被告人以农民和进城务工人员（农民工）为主体，据公安机关的调查，在一些大中城市，外来人口犯罪占到刑事案件犯罪总数的70%以上；据2006年9月19日《新京报》报道，从2005年到2006年4月，北京被提起公诉的被告人中，流动人口占67.2%。参见郝英兵：《2000—2008年中国犯罪现象分析》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2010年第1期。

[41] 最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第9条规定：“人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。”我国长期以来奉行的“坦白从宽，抗拒从严”的刑事政策，也是鼓励和倡导被告人认罪。我国刑法第72条规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。”可见，适用缓刑的条件之一是有“悔罪表现”，司法实践中掌握的底线标准是必须“认罪”，如果被告人不认罪，法院一般不会适用缓刑。

辩护还是作独立的无罪辩护？此时，律师面临辩护策略的权衡和选择问题。笔者作出以下三种假设：第一，如果律师不按照自己的内心信念提出无罪辩护意见而是一味顺从被告人的有罪意见从而作量刑上的辩护，那么也许被告人会得到判处缓刑等从宽处理的结果，但是这样做的代价是律师放弃了辩护人依据事实和法律进行辩护的职责，丧失了维护社会公平正义、维护法律正确实施的职业精神。第二，如果律师劝说被告人和自己的辩护意见保持一致，坚持作无罪辩护，那么不仅难以获得无罪判决的结果，而且很可能由于被告人不认罪从而失去了适用缓刑或从轻量刑的条件，被告人将无法获得现实利益。第三，如果一方面让被告人在法庭上承认有罪，另一方面律师根据自己的独立判断提出证据不足或不构成犯罪的无罪辩护意见，即使明知获得无罪判决的希望非常渺茫，这样做的结果是：一方面因为被告人认罪而在刑罚适用上得到了从宽处理，被告人由此获得了现实利益；另一方面律师的无罪辩护意见尽管没有被法院采纳，但因其指出了证据不足或法律上不构成犯罪的问题，按照实践中流行的“疑罪从轻”的判决逻辑，可以促使法官在判决时将定罪问题转化为量刑问题来处理，被告人由此可以获得一个相对有利的判决结果。此外，律师提出的无罪辩护意见也为日后的申诉和再审创造了机会和条件。以上三种假设中，从辩护策略的角度考虑，第三种假设虽然律师与辩护人的辩护观点相互冲突，但是似乎更符合我国的司法实际和司法特色，也是目前条件下争取被告人利益最大化的现实可行的辩护方案。

（二）律师辩护“绝对独立”可能带来一系列负面后果

律师独立辩护虽然整体上有益于被告人权益的维护，但是过分强调律师辩护的“独立性”，被告人与辩护律师之间、同一被告人的两个辩护人之间“自说自话”，发表相互矛盾的辩护意见，在实践中可能会带来一系列的问题。

1. 过分强调律师独立辩护会削弱辩护的逻辑力量

被告人与辩护人共同构成了辩护阵营，通过辩护活动的开展共同防御控诉方的指控，削弱控诉的力量，从而说服法官接受其辩护意见。为了增强辩护的力量就要求辩方观点明确、焦点集中、不违反基本的逻辑思维规律。被告人与辩护人之间、同一被告人的两个辩护人之间都是一个辩护共同体或统一体，对外均代表辩方，发出的都是辩护的声音，如果“各说各话”，一个说“无罪”、一个说“有罪”，不但缺乏统一的辩护焦点或者辩护核心，而且因自乱阵脚会造成逻辑上的混乱。被告人要么是有罪的，要么是无罪的，不存在有罪与无罪之间的中间地带。作为一个辩护共同体同时发出“有”和“无”两种不同的声音，违反了逻辑学上的同一律（不矛盾律），陷入一种思维混乱的状态。逻辑上的自相矛盾必然会大大削弱辩护的说服力，降低辩护的效果，从而达不到有效辩护的目的。如果辩护意见中“有罪”与“无罪”并存，无疑是“授人以柄”，当一个人（辩护人或被告人）辩无罪时，公诉人的第一反应就是“你们自己（被告人或者辩护人）都已经承认有罪了，还辩什么无罪”。当重大辩护意见发生冲突时，其效果反倒是帮了控方的忙。正如陈瑞华教授所言：“公诉方会很自然地将被告人认罪、律师做有罪辩护的情况，视为支持本方公诉主张的佐证，从而对那些无罪辩护意见进行有力的反驳，辩护方等于自行为公诉方提供了进攻本方的武器。这种情况下的无罪辩护意见显得既是无力的又是可笑的。”^{〔42〕}对此，法庭也会感到困惑，不禁要问：“你们一个说无罪、一个说有罪，你们的辩护意见究竟是什么？”此种情况下，法院在判决说理时因辩护主旨不统一、不明确也难以展开充分的说理论证。在辩护方自身对被告人有罪与否都拿不准的情况下，又怎么能指望法院采纳无罪辩护意见从而作出无罪判决呢？

〔42〕 陈瑞华：《律师辩护能完全独立吗？》，<http://www.chineselawyer.com.cn/pages/index.html>，2010年8月31日访问。

2. 过分强调律师独立辩护会损害被告人的正当利益

律师独立辩护有一个基本底线,那就是不能损害当事人的正当利益。无论律师对被告人有罪的内心确信多么强烈,对罪名的判断多么准确,如果有可能损及被告人利益,律师不得以自身的专业判断代替被告人的意志自由。具体言之,在被告人否认犯罪的情况下,律师如果根据自己的独立判断在确认有罪的前提下进行量刑辩护,那么无疑背离了自己的辩护职能,充当起了“第二公诉人”的角色,等于是代被告人承认了犯罪。在法庭看来,既然作为法律专业人士的辩护律师都认为自己的当事人构成了犯罪,那么被告人独自所作的无罪辩护更多的可能是一种“狡辩”。此外,在被告人只承认一个较轻罪名的情况下,律师提出一个也许更符合事实和法律的较重罪名,例如被告人认为自己构成职务侵占罪,而律师则认为构成贪污罪,这同样会损害被告人的正当利益。北京曾发生某律师在为被指控为诈骗罪的被告人辩护时,在被告人否认犯罪的情况下仍作有罪辩护,并且提出被告人构成比指控的诈骗罪更重的非法集资罪和合同诈骗罪的辩护意见。律师此言一出,被告人便向法庭提出申请,要求该律师“回避”。^[43]该律师因为被告人作“重罪辩护”而被戏称为“倒戈律师”,并受到社会的普遍质疑。也许该律师认为,我的辩护完全是在表达自己的观点,未受任何人左右,体现出独立辩护的精神。但是,这样的“独立辩护”显然背离了当事人的利益。

3. 过分强调律师独立辩护会削弱被告人的诉讼主体地位

被告人在诉讼中的主体地位体现在其能够通过平等对话和有效参与的方式对裁判结论的形成施加积极影响,从而在一定程度上成为能够主宰自己命运的个体。被告人在刑事诉讼中有效参与的最重要途径是为自己辩护的权利,律师的帮助是为了维护和巩固被告人的辩护权。从辩护权的产生看,“辩护权的基础是嫌疑人、被告人自己本人有辩护的权利。这是产生委托辩护人辩护权利的根据。”^[44]因此,被告人的辩护权具有原生性,而辩护人的辩护权具有派生性。从辩护与诉讼结果的关系看,被告人与诉讼结局有直接的利害关系,是诉讼结果的直接承受者,而辩护人不必要因辩护的失败而承担不利的诉讼结果。由于辩护的效果与被告人的联系如此紧密,因此辩护律师不能不尊重和保护被告人辩护上的自治权。“但是(律师)这种专业的态度通常并没有被用来提高个人的自主权和自我控制,而是被用来剥夺人们的自主权和权利。这些法律专家恰恰打击了当事人控制和参与自己的合法诉求,而不是鼓励他们去了解和控制他们自己的选择和生活。”^[45]实践中,律师可能会利用作为法律人的优越地位凌驾于当事人之上,从而把自己的意见强加于当事人。他们通常认为自己提出的辩护意见或设计的辩护方案是如何正确,又是如何最有利于自己的当事人。殊不知,在利益多元化的时代,当事人同样拥有多种相互冲突的正当利益,律师提出的辩护方案在维护一项利益的同时可能牺牲在被告人看来更为重要的其他利益。尤其是在我国刑事和解制度蓬勃发展的新形势下,尊重当事人的意见显得更为重要。如果律师不把被告人当作一个具有理性选择能力的人看待,只是站在自己的专业立场而不是站在被告人的角度设身处地替被告人着想,那么很可能是“好心办坏事”、“出力不讨好”,因为在律师看来所要实现的利益有时未必是“被告人想要的利益”。

[43] 参见汪震龙:《律师爆冷门,为被告作“罪重辩护”》, <http://www.lawyers.org.cn/info/01ba7a14ec6347739cfafdbdb9baf13>, 2008年7月2日访问。

[44] [日]村井敏邦:《日本的刑事辩护问题》,刘明祥译,载王丽、李贵方主编:《走有中国特色的律师之路》,法律出版社1997年版,第90页。

[45] Sylvia Law, *Afterword: The Purpose of Professional Education*, in Gillers (ed.), *Looking at Law School*, 1977, pp. 205, 212-213.

五、实践中几种具体冲突的解决

(一) 被告人当庭认罪情形下律师能否作无罪或罪轻辩护

在被告人当庭认罪的情况下，辩护律师原则上可以为被告人作无罪或者罪轻辩护，但是被告人解除委托关系的除外。其理由是：实践中被告人当庭认罪的原因比较复杂，有的是被告人虽然明知自己无罪，但是基于各种外部压力被迫违心地认罪；有的是为了包庇他人犯罪故意虚假地认罪；有的明知有罪证据不足或者罪与非罪界限不明，但考虑到法院判决无罪的可能性较小，如果认罪还有可能适用缓刑，因此被告人在权衡之后选择认罪；有的是由于对行为的法律性质缺乏正确认知，对此罪与彼罪的界限不甚明了而盲目地承认指控罪名。在上述这些被告人认罪的场合，如果律师不能据理力争，依据事实和法律进行独立的无罪辩护或者罪轻辩护，那么将不能最大限度地维护被告人的合法权益，实现司法的公平正义。在具体程序上，一旦被告人庭前否认犯罪而在庭审中突然认罪，那么律师应当立即申请法庭休庭，询问被告人认罪的真实原因，告知其认罪后果，在协商的基础上争取达成一致的辩护意见。如果律师确信被告人无罪或构成另一个较轻的罪名，那么律师应尽量说服被告人与其一道作无罪或罪轻辩护；如果被告人仍坚持作有罪辩护或坚持承认指控的罪名，那么律师可以选择退出本案的辩护，也可以在被告人不反对的情况下继续作独立的无罪或罪轻辩护。但是，如果律师退出本案的辩护将会使被告人失去其他律师的帮助，从而对其辩护防御明显不利时，或者法庭认为律师退出辩护将会拖延审判，严重影响诉讼效率时，法庭可以拒绝律师退出辩护。在美国，律师退出辩护需要受到法院的约束。根据《职业行为示范规则》的规定，律师必须遵守要求在终止代理时对裁判庭进行通知或者得到裁判庭的允许的现行法律。如果裁判庭命令律师继续代理，则尽管存在着终止代理的正当理由，律师仍应当继续代理。例如，在一些情况下，如果律师退出代理会给委托人的利益带来严重不利影响，即使继续代理会给律师造成很大的困难，法院也不会批准律师退出代理。^[46]我国一些地方律师协会制定的有关律师辩护的指导意见，对于在被告人当庭认罪情况下律师能否作独立的无罪辩护也是予以有条件地认可。^[47]

(二) 被告人主张无罪情形下律师能否作有罪辩护

在被告人当庭否认犯罪的情况下，即使辩护律师庭前是按有罪前提下的量刑辩护准备的，此时律师也不能违背被告人的意思，代为承认有罪并作量刑方面的辩护。无论是英美法系国家还是大陆法系国家，在这一点上都坚持相同的原则。这可以从以下方面得到解释：一是被告人作为案件的当事人对于自己是否犯罪最为清楚，也最具有发言权，律师虽然是法律方面的专家，但是他毕竟是案件的局外人，并没有亲历案件的发生过程，因此律师不能代当事人作出有罪的承认；二是根据律师辩护应“最大限度地维护被告人合法权益”的底线要求，在被告人否认犯罪的情况下，律师不顾及被告人的意志仍作量刑辩护，将在实质上损害被告人的正当利益，并且如上文分析的那样，被告人的无罪辩护意见因为律师作出了量刑辩护更难以被法官所采纳，从而达不到说服裁判者的有效辩护目的。在程序设置上，如果律师确信被告人有罪并已经作了量刑辩护的准备，而被告人庭前认罪、庭审中却突然翻供，那么律师应申请休庭，与被告人进行交流和协商，争取就量刑辩护达成一致意见。如果被告人坚持己见，未能达成一致意见，律师要么申请法庭退

[46] 参见前引[6]，王进喜书，第135页。

[47] 参见《山东省律师协会死刑案件辩护指导意见（试行）》第66条之规定：“开庭前辩护律师与被告人达成无罪辩护意见，开庭后被告人当庭认罪的，辩护律师应当申请法庭休庭。休庭后，辩护律师应当与被告人协商，以达成一致的辩护意见。无法达成一致意见的，辩护律师可以与被告人解除委托关系，并向法庭申请退出本案的辩护工作。辩护律师有确凿的证据证明被告人无罪的，辩护律师可以继续作无罪辩护，但被告人主动解除委托关系的除外。”

出本案的辩护,要么改变既定的辩护方案,按照被告人的无罪辩护思路,从证据上、程序上以及法律适用上进行相应的无罪辩护。我国一些地方律师协会的指导意见是,在被告人突然否认犯罪的情况下,律师应与其协商以达成一致意见,否则,律师应与当事人解除委托关系,退出本案的辩护。^[48]应当说该规定的基本精神是可取的。

(三) 同一被告人的两位辩护人的辩护意见能否相左

为同一被告人辩护的两名律师因各自进行“独立辩护”从而发生辩护冲突的现象在现实中并不少见。这种冲突主要表现在两个方面:一是有罪与无罪的冲突,即一个律师作无罪辩护,另一个律师作有罪前提下的量刑辩护。二是此罪与彼罪的冲突,即一个律师认为被告人构成指控的犯罪,而另一个律师认为构成指控犯罪以外的其他罪名;或者两个辩护律师都不同意指控的罪名,一个辩甲罪,另一个辩乙罪。当发生前一种冲突时,其结果正如陈瑞华教授所指出:“两名同为同一被告人提供辩护服务的律师,如果真的出现分别作无罪辩护和有罪辩护的情况,这要比被告人与律师辩护思路不一致的情况更成问题。如果说被告人的认罪或不认罪最多影响的是法官对案件事实的判断的话,那么,两名律师相互矛盾的辩护意见最终会带来相互抵消的后果,两种辩护都难以发挥影响法官的作用。至少,在有罪辩护意见的影响下,无罪辩护意见很难得到法官的采纳”。^[49]当发生后一种冲突时,同样会损害辩护的效果,因为同意检察机关指控罪名的辩护意见会给公诉方提供进攻辩护方的“武器”,使得另一个反对公诉方指控罪名的辩护意见变得苍白无力。在一个辩甲罪、另一个辩乙罪的情况下,给法官和公诉人的感觉是“连你们自己都拿不准,你们的辩护意见究竟是甲罪还是乙罪,被告人不可能既构成甲罪又构成乙罪”。

两位律师的辩护意见发生冲突,其实也是被告人与律师意见的冲突。因为被告人与其两位律师共同构成了“辩护方”,两位律师的意见无论是有罪与无罪的冲突还是此罪与彼罪的冲突,被告人只能认可其中的一种意见,不可能既同意有罪意见又同意无罪意见,也不可能既同意自己构成甲罪又同意自己构成乙罪。所以,被告人必然会与“互唱反调”的两位律师中的一位发生意见冲突。被告人的辩护意见也会因为那位与其“唱对台戏”的律师的“反向意见”而被抵消或者弱化。因此,两位律师之间、被告人与律师之间必须坚持统一的诉讼立场,形成“辩护合力”,才能共同抵御公诉方的强大指控。

为了避免两位辩护人之间、被告人与辩护人之间上述辩护冲突局面的发生,应当建立庭审前和庭审中的辩护协商机制。协商既包括两位律师之间的沟通交流,也包括两位律师分别与当事人进行沟通协商。在两位律师经过必要的辩护准备形成辩护思路后,应当就各自拟在法庭上提出的辩护思路交换意见,通过分析论证共同确立一个最佳辩护方案,或者从中选择一个双方都能接受的辩护意见在法庭上发表。如果两位律师各持己见,彼此不能说服对方,那么两位律师应当分别征求当事人的意见,如果当事人只认同其中一位律师的意见,那么与此意见不同或相反的另一位律师要么改变自己的立场,作为第二辩护人协助前者进行补充性辩护,要么与当事人解除委托关系,退出本案的辩护。在庭审中,如果出现两位律师辩护意见相反的情况,法庭应主动征求被告人的意见,询问其同意哪一位辩护人的意见,对于被告人不认可其意见的辩护人,此时只有两种选择:一是改变自己的辩护思路;二是如果仍坚持自己的辩护意见,那么只能选择退出辩护。

(四) 辩护方式、方法发生冲突的解决思路

在辩护意见或辩护目标基本一致的前提下,当事人与律师之间有时会就实现目标的手段或具

[48] 参见《山东省律师协会死刑案件辩护指导意见(试行)》第67条规定:“开庭前辩护律师与被告人达成量刑辩护意见,开庭后被告人不认罪的,辩护律师应当申请法庭休庭。休庭后,辩护律师应与被告人协商,以达成一致的辩护意见。无法达成一致意见的,辩护律师可以与被告人协商解除委托关系,并向法庭申请退出本案的辩护工作。”

[49] 前引[42],陈瑞华文。

体方式发生冲突。例如,对于是否申请鉴定、是否申请通知证人出庭作证、是否向某一证人、被害人调查取证以及是否出示某一证据等。笔者认为,对于辩护的具体方式方法问题,一旦发生冲突,律师应当在听取当事人意见的基础上自行作出决定,在此问题上律师具有更高的独立性,拥有更大的决策权和自主权。

首先,律师自主决定辩护的方式方法通常不会损及当事人的合法权益,因为律师与当事人具有共同的辩护目标,只要律师采用的方式方法不偏离这一目标,在辩护目标范围内活动都应当是允许的。

其次,律师在辩护中采用什么样的方式方法更多的属于专业技术性问题,而律师作为具有诉讼经验的专业人士在辩护手段的选择和运用上要比当事人更具优势,因此宜把这一权利交由律师行使。美国律师协会《职业行为示范规则》也是区分“目标”与“手段”,将辩护“目标”的决定权交给委托人,而将为达致这一目标所采用“手段”的决定权分配给律师行使。

再次,律师作为法律共同体成员具有高于当事人的行事标准,律师隶属于律师事务所这一组织,并受司法行政机关和律师协会的监督指导。在执业中,律师不但要遵守法律法规,而且要受到律师执业纪律和职业伦理准则的约束。因此,将辩护手段的决定权交给律师不会导致辩护权的滥用。相反,如果由当事人来决定采用何种辩护手段,那么可能会造成“为达目的不择手段”的情形。

最后,律师对辩护方式方法的决定权具有法定性,属于律师的“固有权”而非“传来权”。无论是调查取证权、阅卷权还是申请鉴定权、出示证据权、申请通知证人出庭作证权等,都是我国刑法赋予辩护律师的权利,有些权利如调查取证权和阅卷权连当事人都不享有,是专属于辩护律师的权利。

综上,一旦辩护方向和辩护思路确定后,采用什么样的辩护方法,一般应当由辩护律师决定,律师不必听命于当事人及其家属的安排。

六、结 语

律师辩护权的取得和行使,既有当事人的授权属性,又有法律的规定性。律师辩护的授权性决定了律师在辩护重大事项上不能完全脱离当事人的意志而自作主张,律师能够参与诉讼进行辩护毕竟是建立在当事人与律师之间的辩护委托协议的基础上,而辩护委托协议虽然不是纯粹的民事契约关系,但具有民法上委托代理合同的性质,无论是刑事诉讼中的辩护人还是民事诉讼中的代理人,都是为了维护委托人的合法权益而存在,通过参与诉讼帮助委托人更好地行使诉讼权利。这就为律师行使辩护权设定了两条底线:一是律师辩护不能损害委托人的合法权益,而要实现被告人正当利益的最大化;二是律师辩护虽然不完全受当事人意志左右,但在重大辩护事项上仍须征求并尊重当事人的意见,这是取得被告人理解和信任的前提,也是辩护活动得以顺利开展的基础。律师辩护的法定性决定了律师在法律范围内具有一定的辩护独立性,律师作为法律共同体的成员,辩护的独立性要求其在辩护时不得违反法律规定,不得有悖于律师职业道德及职业纪律,不能片面迎合当事人,甚至对当事人惟命是从,无原则地迁就被告人的无理或者非法要求。在这个意义上,律师独立于其当事人。但是,律师的辩护独立只能是一种“有限独立”或者“相对独立”,而非“完全独立”或者“绝对独立”,律师需要在当事人意志与独立辩护之间作出必要的协调和平衡。一方面,要认识到律师辩护独立对维护被告人合法权益、实现司法公平正义的积极意义;另一方面,也应当注意到过分强调律师独立辩护甚至倡导那种所谓的“绝对独立”、“完全独立”在实践中所可能产生的负面效应。我国辩护冲突的解决应当尊重并体现被告人意志,尤

其是注意被告人合法、合情、合理的辩护意见的充分表达。为此，一旦发生辩护冲突，律师与被告人进行“辩护协商”应当成为律师辩护的基本工作方式。律师在与被告人协商后如果双方意见仍无法统一，除非被告人明确表示反对，律师可以按照自己对案件事实的认识和对法律的理解发表辩护意见，但是该独立意见的发表不得实质上损害被告人的正当利益。在制度设计上和辩护实践中应当注意：在辩护协商中律师不能利用自身的资源优势对被告人形成不适当的压力；法院应当对律师拒绝辩护的权利给予必要的限制，防止因律师退出辩护使被告人在辩护防御中处于孤立无援的不利境地。

Abstract: The defense conflict between the accused and his attorney is a prominent problem in the defense practice in our country. There are two major modes to solve defense conflict in other countries, one is the “litigant-oriented” mode, which is represented by the U. S., and the other is the “independent attorney defense” mode, which mainly exists in Continental countries. The former mode stresses the loyalty of the attorney to his client, while the latter stresses the attorney’s duty to serve public interest and to promote the correct implementation of the law. Both modes have their respective theoretical basis and operational logic, and they are closely related to the different recognition of the attorney’s responsibility in the two law families as well as to their different cultural ideology and litigious systems.

The solution of defense conflict in our country should mainly refer to the “independent attorney defense” mode in Continental countries. Taking in the merits of this mode, we should develop a mode which suits the unique situations in our country. We stress not only the independence of the attorney’s defense activity, but also the communication between the attorney and his client and the efficiency of defense activity, thus turn from “absolutely independent defense” to “relatively independent defense”. On the one hand, we should clarify that the independence of attorney is the basis of defense theories and practice in our country. On the other hand, we should be aware that excessively stressing the independence of attorney may bring about a lot of negative results in practice.

In solving defense conflict, we should respect and reveal the will of the accused, especially the full expression of the defense grounds by the accused. When defense conflict happens, the attorney should have full communication with the accused which can urge the accused to give up his unreasonable ideas and accept his attorney’s reasonable opinions. Moreover, it can also help the attorney to modify his original defense opinions and tactics. If the attorney and the accused can not reach an agreement after communication, unless the accused clearly states his refusal to the attorney’s defense, the attorney can present his defense opinions according to his understanding of the facts and law, but such opinions should not harm the rightful interests of the accused.

Key Words: defense conflict, litigant-oriented defense, independent attorney defense, relative independence, communication between the attorney and the accused
