中外法学 Peking University Law Journal
Vol.28, No.2(2016)pp.447－461

律师与当事人决策权的分配

以英美法为中心的分析

陈 虎*

摘 要 律师与当事人之间决策权的分配分为两种模式:律师控制模式和当事人控制模式。英美实行的当事人控制模式理论认为,律师与当事人之间主要是一种私法上的契约关系,在诉讼目标上,律师应当尊重当事人的意志,在诉讼策略上,律师也应当在充分告知服务方案及其法律后果的基础上协助当事人进行选择。如果无法达成一致意见,律师只能选择听从被告人的意见或者退出委托代理关系。我国的律师控制模式过于僵化和绝对,由于诉讼环境的改变,应当建立起最低限度的当事人控制模式。

关键词 决策权 独立辩护 对抗制 党派性忠诚

在诉讼中,究竟应由谁来决定刑事辩护的目标和策略?辩护律师是否必须服从被告人的意志?如果辩护律师并不认同被告人的辩护目标和策略,可否强行按照自己的辩护思路组织辩护?这些都涉及到律师与当事人的决策权分配问题,关于这一问题,存在两种典型的解决模式:律师控制模式和当事人控制模式。

大陆法系国家将辩护人视为具有独立地位的诉讼参与人,因而在决策权分配上更为强调律师控制模式。这种律师控制模式在诉讼理念和制度设计上具有以下一些具体特征:首先,在关系定位上,辩护人与委托人之间的关系具有强烈的公法色彩,辩护人必须承担对于法院的真实性义务,而不能仅仅着眼于被告人的利益维护,故意阻碍真相的发现。〔1〕按照这种理论,

* 中南民族大学法学院副教授。本文系国家社会科学基金青年项目“死刑案件有效辩护论”(编号:13CFX058);教育部人文社会科学青年基金项目“犯罪论体系的程序效应——以刑法和刑事诉讼法关系为中心”(编号:10YJC820009)成果。

〔1〕 参见吴俊雄:“辩护人与其当事人的关系——以德国法为中心的探讨”,《法令月刊》第54卷,页31。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

一旦被告向辩护人坦白自己的犯罪行为,辩护人不得向法庭做事实上的无罪辩护,以此阻碍真相的发现,但法律允许其根据案件具体情况,选择进行证据不足的无罪辩护或罪轻辩护,其决策权由辩护人享有。[2] 其次,在辩护目标上,辩护人具有自主的决定权,不受被告人意志的约束。即使被告人自己已经承认有罪,辩护人仍然可以为其作无罪辩护。客观事实而不是被告人的意愿才是最终的标准。[3] 再次,在辩护策略上,辩护人也具有自主决定权,不受被告人意志的约束。辩护人是法律专家,被告人聘请其为自己辩护,正是对其法律知识和经验的雇佣,因此,在采取何种辩护策略的问题上,被告人也应当听从辩护人的意见。[4] 与之相对,当事人主义的诉讼模式则更加强调当事人的自治权,因而更倾向于将辩护人定位为被告人的利益代言人,尽管近年来已经日益出现强调律师公共责任的倾向,但服从当事人的意志一直都是律师的首要义务。当事人控制模式要求辩护律师在被告人授权范围内活动,受被告人意志的约束,以被告人利益为辩护活动的最高准则,由当事人控制辩护活动的决策。其理论要素有三:第一,在关系定位上,辩护人与委托人之间为契约关系,辩护人并不承担公法角色和公法责任,因此,其辩护活动的主要准则就是维护当事人的权益而无需过多考虑公共利益;[5]第二,在辩护目标上,究竟何为符合被告人最大利益取决于被告人的自主决定,辩护人无权代为决定,相反,辩护人必须听从被告人对自身利益的判断,并尽其全能辅助被告人达成其利益与目的;第三,在辩护策略上,辩护人只能利用自己的专业知识和特殊权利,将所知信息尽可能全面地告知被告人,由被告人从中选择最符合其利益的方案,辩护人在辩护准备的过程中,只起到协助辩护的作用,本身并无自主性。[6]

尽管已经彼此借鉴,但两种模式仍然有较为明显的区分。我国传统上采取的一直是律师控制模式,强调律师独立的诉讼地位,但近年来,一系列案例的出现对这种传统理论提出了巨大的挑战。本文将主要以美国法为分析对象,研究律师与当事人之间决策权分配的规则及其原理,以期为我国实行的律师控制模式提供改革的思路和灵感。

一、从“律师控制”到“当事人控制”:决策权分配的历史演进

自从诉讼代理制度在历史上出现以后,究竟应当以法律专家负责诉讼决策,还是由当事人

〔2〕 同上注,页33。

〔3〕 吴俊雄,见前注〔1〕,页30-31。

〔4〕 比如,根据德国刑事诉讼法第81条的规定,即使被告人不愿让证人曝光,但辩护人仍然可以违背被告人的意志,为被告人利益而自行声请传唤证人,例如某杀人案件的被告,虽然有案发当日与情妇幽会的不在场证明,但由于其更为担心外遇曝光后给自己名誉和社会地位造成的影响,而相对忽略被判有罪的危险,则此时为了被告人利益,辩护人完全可以违背其意志提出该不在场证明。同样地,虽然被告人认为自己精神正常,也根本不想接受精神病鉴定,但辩护人根据自己的判断完全可以违背被告人意志申请对被告人进行精神病鉴定。

〔5〕 林钰雄:《刑事诉讼法》(上),中国人民大学出版社2005年版,页161。

〔6〕 参见韩旭:“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。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

自己负责诉讼决策，就是一个十分现实的问题。在最早的诉讼实践中，各国普遍实行律师中心的决策权分配模式，但因为不同的诉讼环境和诉讼理念，英美法逐渐从最早的“律师控制模式”演变为“当事人控制模式”，与大陆法保存并施行至今的“律师控制模式”形成鲜明的对照。

有关律师和当事人诉讼决策权分配的历史，最早可以追溯到古罗马时期。当时的律师往往具有较高的社会地位和职业地位，这种由社会地位的不平等和专业知识上的精英主义导致的职业主义思维模式，使得律师往往控制了当事人的全部或大部分法律决定，而且，在相当长的一段历史时期内，各种法律制度都采纳或是鼓励律师控制当事人的决定，各种成文或不成文的规制律师与当事人关系的规则普遍忽视了当事人在控制其法律事务方面的利益，而是鼓励律师以自己的道德和法律判断替代当事人的相关判断，而那些寻求法律代理的当事人也往往乐于将决策控制权交给法律专家，并祈祷最终的结果会有利于自己，因此形成了一种以律师为中心的职业主义垄断决策模式。[7] 不仅如此，在古罗马法中确立的监护人制度也间接促进了“律师控制模式”的发展。根据当时的监护人制度，罗马贵族作为保护者，有义务保护其家族成员，同时还要保护那些非贵族的家庭成员。[8] 可以说，控制被代理人的规则其实是当时由社会贤达控制第二等公民的社会结构的反映。[9]

当西罗马帝国在 15 世纪被德国侵略者攻陷后，这种应由律师控制诉讼决策权的观念在欧洲法院差点消失。诉讼者重新开始自我代理、决斗或神明裁判，直到 12 世纪晚期第三方代理的观点重回欧洲法院的时候，大部分律师事实上已经不再为当事人指导法律决策。[10] 但这只是短暂的历史插曲，特别是 16 世纪之后，律师更多的关注如何保护其职业的独占度和声望，以及如何爬升社会地位，而不再关注如何提高当事人的自治或改善律师与当事人之间的关系。由于社会和经济地位的巨大不平等，[11]人们很难期望律师和当事人之间能够取得真正的平等并尊重后者的自治。自我决定和尊重个体价值的理念没有机会获得立身之处。当人们开始关注律师与当事人的关系时，就是开始重新拥抱古罗马模式下的律师保护角色。甚至有人直率地指出：“当事人应当顺从律师的建议，否则就不配得到律师的帮助。”因此，在这个阶段，律师控制模式仍然是欧洲大陆司法实践中的主流做法。[12]

英国的律师二元制进一步强化了律师与当事人之间地位的差异和律师控制模式。根据英国法律，律师分为事务律师和出庭律师两种。前者负责接触当事人、了解案情、核实证据、掌握

---

〔7〕 作为例外，在当事人社会地位和律师相等甚至高于律师时，很多当事人往往自行就案件中的法律问题作出决定。当然，这种由当事人控制决策权的情形只是例外而非常态。

〔8〕 J. A. Crook, “Legal Advocacy in the Roman World”, 31－32 *Journal of Roman Studies*, 172 (1995).

〔9〕 Anton－Hermann Chroust, “Legal Profession in Ancient Republican Rome”, 30 *Notre Dame Law Review*, 97(1954).

〔10〕 Lucien Karpik, “French Lawyers: A Study in Collective Action, 1274－1994”, *Modern Law Review*, 44(2001).

〔11〕 当时的律师更多的都是担任圣职的人员，后来更多的是从特权阶层出身。

〔12〕 Lucien Karpik, supra note 10, p.45.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

法律要点,然后再交给出庭律师,而出庭律师则不得直接接触当事人,只能根据事务律师对当事人问题的描述进行独立的职业判断,这一制度有效地将当事人和出庭律师分割开来,由此可以避免辩护律师过分"当事人化",防止个人感情因素影响司法过程,保证出庭律师以相对超脱客观的态度陈述和分析案情,同时也使得当事人无权控制司法程序,在某种程度上强化了律师控制模式。[13] 这对美国律师的执业习惯产生了深刻的影响。在19世纪的美国,法律界仍然致力于阻碍而不是提升当事人的自治权,在1836年发表的一篇研究律师行为的文章中,作者认为律师更多的是为法庭而不是为当事人服务。当事人最多只是一个没有完全行为能力的被监护者,甚至是一个不道德的寄生虫。他需要律师在法律问题上准确无误的判断以及在道德上正确做法的直觉。这一观点在当时的美国颇具代表性。

但是,到了19世纪晚期,情况开始悄悄发生变化。一种新的观念开始统治美国律师界,人们开始认为,律师应当同时担任法官的助手和当事人的代理人两种角色。从1887年到19世纪初的这段时间内,有11个州的律师协会都采纳了职业道德法典。不过当时只有一个条文规定了律师应当服从当事人的决定,而且只适用于两名律师存在针锋相对的两种观点的场合。绝大部分条文仍然鼓励律师控制当事人可能作出的冲动鲁莽的决定。1908年,美国律师协会(ABA)通过的律师职业道德规范对律师是否应当听从当事人的指示这一问题并未表态。在美国律师协会看来,律师和当事人之间的关系与2000年前的古罗马并没有什么根本的变化,律师同样应当代表当事人行使没有任何约束的控制权。但是,美国律师协会也承认,在一些重要问题上,他应当与当事人协商,并听从当事人的意见和指示。律师控制模式开始出现了某种松动的迹象。

随着美国20世纪60年代民权运动和正当程序革命的兴起,自由派法律理论开始占据上风,社会也开始日益重视当事人的个体权利和自我决策权。法律的首要目标已经不再是维持法律体系的纯洁和不可侵犯性,而是开始致力于提高个体权利。在这一环境之下,律师再也不能够在个案中控制当事人的决策了,因为只有当事人才是自身利益的最佳判断者。美国社会的这些变化促使立法者重新考虑律师与当事人之间决策权的分配问题。正是在这样一个社会背景之下,法律学者逐渐偏离当初律师与当事人关系的传统模式,开始建立以当事人为中心的决策权分配模式。1969年8月12日,美国律师协会废除了陈旧的道德规范而代之以一份新的职业责任模范法典。在该法典的开篇即赋予当事人以核心地位,规定其有权指导律师的法律代理事务,从而将当事人个体和他的尊严与自治置于核心位置。1977年,戴维·宾得(David Binder)和苏珊·普雷斯(Susan Price)撰写的著作更是首次提出了"当事人中心"的决策模式理论,这一理论从根本上改变了美国法律实践教育并迅速成为主流理论。[14] 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

---

[13] Samuel Haber, *The Quest for Authority and Honor in the American Professions* 1750—1900, University of Chicago Press, 1991, p.85.

[14] David A. Binder, Susan C. Price, *Legal Interviewing and Counselling: A Client—Centered Approach*, West Publishing Company, 1977, p.232.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

正为“委托人—律师”关系，以凸显委托人的中心地位。[15] 从此，20 世纪晚期的律师们最终被要求听从于其当事人的指示并受当事人的指引。经过漫长的历史演进，美国法中律师与当事人之间的关系终于从律师控制模式开始转向当事人控制模式。

二、当事人控制模式的要素与成因

尽管理论界和实务界仍有维持律师控制权的零星意见，[16]但总体而言，美国已经开始确立起以当事人为中心的代理观念。这种理念的本质就是将律师和当事人关系视为代理关系，将律师定位为当事人的利益代言人，受当事人意志的约束，并以当事人利益为代理活动的最高准则。其理论要素有三：第一，在关系定位上，将律师与当事人之间的关系定位为契约关系，律师并不承担公法角色和公法责任，因此，其诉讼活动的主要准则就是当事人的权益而无需过多考虑公共利益；[17]第二，在诉讼目标上，究竟何为符合当事人最大利益取决于当事人的自主决定，律师无权代为决定，相反，律师必须听从当事人对自身利益的判断，并尽其全能辅助当事人达成其利益与目的；第三，在诉讼策略上，律师只能利用自己的专业知识和特殊权利，将所知信息尽可能全面地告知当事人，由当事人从中选择最符合其利益的方案，律师在诉讼准备的过程中，只起到协助诉讼的作用，本身并无自主性。

之所以形成上述当事人控制的代理模式，主要源于以下一些原因：首先，对抗制的诉讼模式内在地要求律师与当事人结成强大的辩方与控方进行对抗。在职权主义诉讼模式之下，更

---

〔15〕 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，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，页 25。

〔16〕 比如，在一次题为法律职业的专业性的法学院毕业典礼致辞中，后来的美国上诉法院第四巡回审判庭首席法官 Clement F.Haynsworth 就认为：“（律师）为当事人服务但并不是他们的仆人，他提供服务以促进当事人合法和适当的目的，但律师永远不要忘了，他才是主人。他并不完全是为了完成当事人的命令。律师需要自己决定什么才是道德上和法律上正确的做法，并且，作为一名专业人员，他也不能服从当事人让他站在其他立场的要求。……律师必须从他自己的角度而不是当事人的角度来为当事人提供法律服务。”参见 Haynsworth，“Professionalism in Lawyering”，27 *S.C.L.Q.*627，628(1976). 联邦上诉法院法官 Thurman Arnold 不允许当事人来规定或者决定代理的策略和实质内容，即使当事人坚持认为自己对于诉讼的指示对于服务于案由是有必要的。参见 Fortas，“Thurman Arnold and the Theatre of the law”，79 *Yale Law. Journal*. 988，996(1970).

〔17〕 林钰雄，见前注〔5〕，页 161。一种极端的代理人理论甚至认为，只要当事人可以做的事情，律师也可以做，比如，被告如果可以毁灭证据而不成立犯罪的话，则辩护人也可以教唆、帮助或共同毁灭该证据，同样不成立犯罪。一位名叫亨利·布鲁厄姆（Henry Brougham）的英国律师在 1820 年的时候说过这样一段话：“一个辩护律师，对当事人负有神圣的职责，他在这世界上只认得一个人，就是受到官署控告的当事人，别无其他。要用各种必要的手段来救当事人，保护那个当事人免于必须负担任何其他人的风险或损失，也不使任何人侵害他，这是最高且毫无疑虑的职责；他必须无视于对其他任何人可能造成的一切不安、痛苦、折磨与伤害。必须要把爱国的职责跟作为一个辩护人的职责区分清楚，并将前者揉碎，让它随风而逝，如果有此必要的话。他必须无视于任何结果地去做，如果他的命运如此不幸让他的国家跟他的当事人陷于利益冲突的话。”参见（美）德肖维茨：《合理的怀疑——从辛普森案批判美国司法体系》，高忠义，侯荷婷译，法律出版社 2010 年版，页 168。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

为强调发现真相的诉讼目的,各种诉讼角色都被赋予了发现真相的不同功能,如检察官应当承担客观公正义务,对有利和不利被告的各种证据和线索都应加以关注和搜集;法官必须依职权调查核实证据,积极发现案件真相。辩护律师同样服务于发现真相的诉讼目的,只不过其对发现真相的作用体现在对检察官、法官工作的监督、补充和引导方面,职权主义的诉讼模式将保护被告人利益的职责更多地赋予了检察机关和法院,既然他们都有义务对有利于被告的证据和信息加以注意,至少在理论上,就不需要为被告人增设一个代理人以平衡控辩双方的力量,辩护人的制度功能仅仅是补充有利于被告人的证据信息,以防止发生司法错误而已。因此,这在客观上决定了辩护律师与被告人之间不可能形成当事人主义国家一样的紧密关系,辩护律师必然更接近于准司法官员而非单纯的被告人利益代言人,其必须承担对于法院的真实性义务,而不能仅仅着眼于被告人的利益维护。[18] 易言之,强调国家利益的职权主义必然只能发展出律师控制的代理模式,借以防止出现律师和当事人利益的过度融合,使律师职责与国家利益尽量接近,以保证被告人在诉讼中实际上的客体地位,从而便于国家利益和政策能够顺利地在诉讼程序中得以贯彻。与之相反,在当事人主义的诉讼构造之下,法官消极中立,被告人与控诉方力量差别悬殊,为了维持公平游戏规则,贯彻平等武装原则,就必须为被告人提供各种诉讼防御武器,辩护人作为被告人的代理人弥补其诉讼力量的不足,维持控辩平等的诉讼构造,发挥着极为重要的作用。因此,在当事人主义的诉讼构造之下,就更为强调辩护律师和被告人之间的紧密关系,以保证其能够形成强大的辩方力量和控方对抗。[19] 在这种当事人主义的诉讼模式之下,律师任何攻击性的诉讼行动指向的都只是对方当事人及其律师,而不是主持程序的国家司法机关,相比于职权主义国家而言,律师与当事人利益的结合对国家司法机关所产生的威胁要小得多,因此,从制度设计的层面而言,对抗制天然地具有容许当事人控制模式生成和发展的制度基础和成长空间。

其次,对抗制下复杂的程序和证据规则必然要求出现当事人控制型的代理模式,否则将使当事人的诉讼地位急剧恶化。对抗制往往与判例法和陪审制相伴而生,日益庞杂的判例体系和证据规则使得诉讼程序变得日益复杂和精细可以说,与职权主义国家更为强调发现真相的所谓"事实审"相比,对抗制国家则更为强调"法律审",也正因为如此,外行在两种诉讼模式之下的诉讼地位也是迥然不同的。一个对诉讼规则完全不了解的外行被告在职权主义模式之下仍有可能为自己进行事实辩护,但我们却难以期待同样一个人在对抗制下仍然能够利用复杂的程序规则争取对自己有利的诉讼结果。因而,比较而言,对抗制下的被告人可能更为需要律

---

〔18〕 实际上,正是法官对被告利益的关照决定了律师作用的可有可无。1663年,当一名被告被控出版一本带有叛逆性质的书籍时,带有强烈早期职权主义色彩的御座法院的首席法官海德就告诉被告:"法庭……会确保你不会因为不懂法律而遭受冤屈,我是说,我们就是你的律师。"参见(美)兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,页96。

〔19〕 从诉讼制度发展历程来看,正是公诉机构的立场和定位决定了辩护人的立场和定位。以英国为例,受制于历史经验和传统的影响,英格兰始终没有建立起议题中立的公诉制度,1696年《叛逆罪审判法》的出台使得这一愿望再次落空,人民不得不感叹,既然公诉机构不再中立,而带有强烈的追诉倾向,辩护律师就必须取得与偏执一端的控方同等的地位,否则就将难以维系诉讼构造的平衡。同上注,页96。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

师的协助。“律师输掉官司的最有把握的方式之一就是让当事人操作审判。”[20]“只要你拥有了最好的律师,你就拥有了世界上最好的司法制度。”毫不夸张地说,对抗制的法庭已经日益被律师所主宰(lawyerization),因而,在对抗制下,当事人对于律师的依赖程序要远远大于职权主义国家。如果说,在职权主义体制下,即使没有律师,至少在理论上也可以由法官进行诉讼关照的话,那么在对抗制的诉讼背景之下,一旦没有了律师的协助,被告人的诉讼地位将急剧恶化。因此,对抗制内在的逻辑必然要求当事人和律师形成紧密型的代理关系,以防止这种情况的发生。不仅如此,在律师主宰化的大背景之下,因为律师之间在法庭技巧上的水平差异从总体上讲要小于一般大众之间在法庭技巧上的水平差异,所以当事人控制型的代理模式也有助于保证更大程度上的当事人平等,而这正是对抗制最为珍视的价值。[21]

第三,程序参与理论和医患关系相关理论的发展也是当事人控制型代理模式形成的重要推动因素。当事人控制型代理理论兴起的时间,正值美国社会程序正义理论风起云涌的历史时期。这种理论将积极参与诉讼程序与程序满足感联系起来。上世纪七十年代中期,在医学领域内兴起的对于职业主义传统观点的抨击开始影响法学领域。法学学者开始将“经告知的同意”的医学模式应用于法律职业领域。人们对律师家长式作风日益不满,加上当时法律职业已经开始去神秘化,这些都促使决策权在专业人士和当事人之间重新进行分配,更为强调当事人决策的优先权,对专业律师的权力进行一定的限制。几乎是同一时期,1975 年,约翰·蒂博(John Thibaut)和劳伦斯·沃克(Laurens Walker)也出版了一系列实验结果,这些结果表明,能够让争议双方更多控制诉讼进程的程序更可能被其视为公平,并更容易被接受,即使最后的结果对其不利。该研究是以职权主义诉讼程序为参照系的。在职权主义的诉讼背景之下,更为强调法律专业人士对诉讼进程和结局的控制权,律师具有独立的诉讼地位,辩护策略和辩护目标可以不用征得当事人的同意,在这样的诉讼模式之下,当事人连辩护活动都主导不了,更何谈对整个诉讼程序的主导?被告人在诉讼中的实际地位必然更倾向于证据来源,而非诉讼主体。但是,在当事人控制型代理模式中,情况正好相反,律师必须在诉讼目标上听从当事人的意见,并在诉讼策略上征求当事人的同意,当事人可以真正主导整个辩护活动,并将自己对案件的知情权建立在律师的告知义务之上,当事人可以要求律师向其提供案卷信息、对诉讼进程充分知情、对诉讼策略进行全面了解、并与辩护律师进行充分协商,使委托关系回归代理关系的本质,使自己成为真正意义上的诉讼主体。

最后,对代理目标的重新定位也间接促进了当事人控制型代理模式的兴起。1974 年,道格拉斯·卢臣泰(Douglas Rosenthal)出版了一本有关个体伤害案例(Personal Injury Cases)的经验研究成果,该著作挑战了职业主义的流行观点,得出结论认为采纳了当事人参与模式的律师要比传统模式下更能够得到有利于自己的诉讼结局。1977 年,戴维·宾德(David Binder)与心理学家苏珊·普瑞斯(Susan Price)合作撰写了一篇经典的文献,提出了一种以当事人

〔20〕 346 F. 2d 73(9th Cir.), cert. denied, 382 U. S. 964(1965).

〔21〕 (美)达玛斯卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社 2004 年版,页 216。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

为中心的代理模式理论，该理论以心理学为基础构建了一整套促使当事人参与法律过程的技术。作者在书中的第一句话就是："不论当事人是谁，不论法律问题是什么，……作为一个律师的主要角色都是一样的，帮助当事人有效解决他们面对的问题。"[22]在传统的职业主义观点看来，当事人遇到的问题无非是一些技术性问题，法律专业完全可以独立地替当事人作出有利于他们利益的判断和选择。但是，这句话几乎第一次正式的重构了律师作用的核心是帮助当事人解决问题而不仅仅是解决法律问题。既然律师代理是以解决问题而不仅仅是解决法律问题为目标导向，就势必要求律师必须将当事人所面对的非法律情境也作为考量的重心。如此一来，当事人所处于的经济、社会和心理道德政治以及宗教的后果都应当成为重点。如果律师不能很好地处理好法律问题和这些非法律问题的关系，最多只能部分解决当事人的问题，甚至会让当事人的处境更糟。因此，专业律师仅能判断法律后果，而当事人却更有资格和能力去判断不同诉讼策略的各种非法律后果，而后者往往更为重要。因此，律师代理必须尊重当事人对自身最大利益的判断，当事人控制型代理模式由此具有了更为坚实的理论基础。

三、当事人控制模式下决策权的分配

在律师与当事人的关系定位上，当事人控制模式将当事人置于关系的中心地位。这种以当事人为主导的辩护模式势必要求在当事人和辩护律师之间科学划定决策权限，以体现当事人的这种中心地位。那么，在当事人控制模式之下，律师与当事人之间的决策权究竟是如何划分的呢？

根据美国有关律师职业的行为准则和判例，原则上由当事人负责"目标"决策，而律师负责"手段"决策。换句话说，当事人决定诉讼的目标，而辩护律师则选择达到这种目标的最佳方式和途径。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》1.2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。比如，究竟是选择认罪还是不认罪就属于目标事项，对此类事项的决策权应当由委托人自行决定，辩护律师不可代为决策，因为认罪与否的法律后果最终要由委托人自行承担。辩护律师与被告人之间最本质的关系应当是私法上的契约和代理关系，公法义务是第二位的和辅助性的。辩护律师的辩护活动应当以被告人的同意或授权为前提，以不违背被告人的意志为其限度。因此，在辩护目标上，律师必须尊重被告人的意志，但在辩护策略的选择上，则可以适度独立于当事人，用一个类比加以说明，律师更像是出租车司机，具有丰富的驾驶经验，对该地交通状况非常熟悉，而被告人则相当于初到该地的乘客，被告人负责告诉司机目的地，而司机则负有诚实的义务，以最快地速度和最低的价格，选择最合适的路线将被告人送达目的地。比如，在Jones v. Barnes一案的判决中，最高法院就认为，如果上诉律师认为更好的策略是限制当事人所希望提出的某个不严肃的诉讼请求，并应当主攻其他争议问题的话，那么他就

[22] David A. Binder, *Legal Interviewing and Counselling: A Client-Centered Approach*, West Publishing Company, 1991, p.2.

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

可以这么做。决定哪些诉讼请求有足够的说服力且与其辩护策略相一致,并能够在法庭上提出,这应当是律师的工作。[23]

但是,尽管目标和手段的划分标准十分清晰,但有时却难以确定。从某个角度来看属于手段的事项可能换个角度同时也是诉讼的目的。反之亦然。"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,比如是否放弃陪审团审判的问题。[24] 兹举一例说明:Alger Hiss 被指控为共产主义分子,并且触犯了间谍法。他的妻子曾经是一位共产党员,只要曝光她的行为就可以消除对他最有力的指控证据,律师告诉她唯一能够成功辩护的方法就是把他和他妻子与此案有关的事实都说出来,但 Hiss 却回答说,即便这将会导致他被错误宣判,也不希望他妻子被卷入这起案件,不论是直接的还是间接的。[25] 在此案中,也许通过什么方式达到无罪的结果才是目的,而通过什么方式达到最佳辩护效果则是手段,但是显然,这一手段也牵涉到某些道德判断和道德选择,当事人独特的个人倾向也必须加以考虑,律师仍然不能代为决策。因此,如何区分目的和方法就成为困扰当事人控制模式倡导者的一大难题。[26]

因此,有学者和判例又提出个人事项和策略性事项的划分标准。由当事人负责"个人事项"的决策,由律师负责"策略性事项"的决策。二者划分的标准主要在于是否仅仅局限于法律问题。比如,在决定是否需要传召本案唯一关键目击证人出庭作证这一问题上,既可以将其作为目标事项,也可以将其作为手段事项,因此使得划分标准变得十分不清晰,此时就需要引入个人事项和策略性事项的标准来帮助判断。如果被告人认为,该目击证人是自己的情人,为了不让家人知道自己有婚外情,被告人宁愿承受被冤枉入狱的诉讼结果,此时,由于混杂了被告人法律之外的各种考量,因此具有浓厚的个人色彩,而这些情感因素和被告人独特的成长经历、家庭环境、生活现状都有十分密切的关系,即使作为法律专家也无法准确感知和认同,被告人自己才是其自身利益的最佳判断者,因此就属于应由被告人自行决策的个人事项,但是在一些不涉及法律外因素的纯技术场合,则可以作为策略性事项,对这种专业性极强的领域,必须尊重辩护律师的专业判断,因此可以交由辩护人独立决定。

在决策权得到初步划分之后,随之而来的两个问题是:第一,在被告人自主决策的范围内,如果律师认为被告人就诉讼目标或个人事项的选择过于鲁莽,会导致对己不利的诉讼后果,或

---

〔23〕 (美)伟恩·R·拉费弗,杰罗德·H·伊斯雷尔,南西·J·金:《刑事诉讼法》,卞建林、沙丽金译,中国政法大学出版社 2003 年版,页 654。

〔24〕 王进喜,见前注〔15〕,页 27 以下。

〔25〕 (美)蒙罗·H·弗里德曼、阿贝·史密斯:《律师职业道德的底线》,王卫东译,北京大学出版社 2009 年版,页 58。

〔26〕 弗里德曼教授在一次学术研讨会上专门探讨了如何区分策略与方法这一问题,最后形成的共识是:策略也应被理解为目的,只有每天需要解决的具体问题才是方式,前者由当事人决定,而后者则仍由律师决定。但是这种区分随即也遭到了挑战,比如在一起婚姻案件中,如果当事人不愿意他们的孩子遭受作为证人的伤害,则即便这个孩子的证词将会是赢得案件的关键,也应尊重当事人的意愿。有学者认为,爱情,忠诚、以及信仰并不是方式或策略可以处理的事情,这些案件中很少纯粹的技术性决定,而包含很多道德因素,对于此类案件,必须加以平衡。同上注,页 59。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

者会使自己的职业声誉受到损害,应当如何处理?第二,律师自主决策的事项范围,在付诸实施之前是否需要与被告人沟通,并征得其同意呢?

先分析第一个问题。显然,辩护律师如果对该诉讼目标没有不同意见,则应当遵循被告人的指示,而无需协商和沟通,这一点自不待言。但是,如果律师认为被告人的诉讼目标选择过于鲁莽,会导致对自己不利的诉讼后果,律师是否还应盲目遵循其不当指示?这的确是一个十分棘手的问题。与之相关的一个经典判例是上世纪90年代末发生的Unibomber案。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以杀人罪被起诉。Kaczynski的辩护律师Judy Clarke和Quin Denver认为,唯一可能避免死刑的途径就是作被告有精神障碍的辩护。但是Kaczynski坚决反对被描述为有精神上的疾病,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。这一案例对当事人控制型的代理模式提出了一个极大的挑战:是不是应该遵循当事人提出的策略,即便这样可能会导致当事人被判死刑?[27] 在这种情况下,美国学界较为一致的看法是:律师必须在尊重当事人的自主权和风险提示义务之间做一个平衡。[28] 比如,如果客户的需求可能造成司法错误,即案件中还包括公共利益,律师就应该在两者之间取得平衡,而不能盲目服从当事人的意见。因此,辩护律师必须就其坚持的辩护策略可能导致的诉讼后果对被告人做详细的解释和说明,如果仍然无法说服被告人接受辩护律师的观点放弃鲁莽的决定,则辩护律师有权选择从委托代理关系中退出。在不同意被告人的自主决定或无法取得被告人知情同意的情况下,辩护律师不得坚持发表与被告人意见相左的辩护观点。《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",如果当事人坚持追求律师认为的矛盾的或者鲁莽的"的目标,律师也可以退出辩护。[29]

第二种情形对当事人控制模式提出的挑战是,在律师专业事项决策范围内是否还应以保障被告人的知情同意为前提?答案是肯定的,尽管在手段和策略性事项上,辩护律师具有最后决断权,但这并不等于这些事项就不应该与被告人进行沟通。事实上,辩护律师必须负有将所有法律方案的法律后果向被告人加以详细解释的义务,在取得其知情的同意的基础上,方可采取该辩护策略。这种知情的同意必然要求辩护律师将案件进展情况、案件证据情况、法律方案的利弊分析

---

[27] 同上注,页62。

[28] See Stephen Ellman,"Lawyers and Clients", 34 *UCLA Law Review*.717, 733-753(1987).

[29] 有一个与当事人控制模式密切相关的比较法现象值得关注:在实行当事人控制模式下的国家,辩护律师退出代理关系受到的限制比较多;在强调律师控制模式的国家,辩护律师退出代理关系受到的限制要相对小一些。比如,在美国,律师受理案件后,除非有非常极端必要的情形,是不得任意中止委托的。在德国,原则上律师可自由终止委托。参见黄瑞明:《美国与德国律师伦理之比较对台湾之影响与启发》,载东吴大学法学院主编:《法律伦理学》,新学林出版股份有限公司2009年版,页76。这种制度上的不同主要原因在于:既然法律允许甚至要求律师在诉讼目标和诉讼策略上遵从了当事人的意志,鼓励其和当事人结成利益共同体,因此在制度层面上所产生的职业伦理冲突就相对较少,因而对退出代理关系的限制较严,而在律师控制模式之下,由于强调律师独立辩护的立场,因此,律师往往会面对职业伦理的内心冲突,此时必须在退出委托代理关系方面给予更多的自由,因而限制相对较少。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

等等及时全面告知被告人,既保证了会见的有效性,又保证了被告人对辩护活动的控制权,使其真正成为程序的主体,避免沦为单纯的证据来源的角色。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”。[30]

进一步的问题是,如果律师不当侵犯了被告人的自主决定权,强行按照自身意志实施了某种辩护方案,违背了被告人的意志,被告人有何种手段可以对此提出救济?美国法上的无效辩护制度为我们提供了一个新的思路。在 Strickland v. Washington 一案中,最高法院提到,律师具有就重要的决定与被告人进行协商,以及使被告人始终知晓诉讼过程的义务。联邦第三巡回法院指出:即使在律师具有最后发言权的问题上,律师的上述义务也具有四项重要的功能,第一,确保律师获得任何与被告人可能知道的问题有关的重要信息;第二,给被告人考虑寻找替代律师或进行自我辩护可能性的机会;第三,促进并维持相互合作的当事人——律师之间的关系;第四,给律师一种当事人希望诉讼对其最为有利的观点和要求修正其决定的机会。在特殊案件中,没有满足上述两项要求可能会导致无效辩护的重大后果。[31]

综上,我们可以总结出当事人控制模式下决策权分配的一些基本规律:首先,在诉讼目标和个人事项上,被告人应享有最终决定权,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;第二,律师在诉讼手段和策略性事项上有自主决定权,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;再次,在律师不同意被告人有关诉讼目标的决定、认为其会对当事人的利益造成实质上的不利影响时,应当尽到合理规劝的义务,在无法达成一致的情况下,律师可以审慎地退出代理关系,否则只能在被告人同意的范围内继续辩护;[32]最后,如果律师违反上述义务,侵犯了被告人的自主决策权,并因此导致了对被告人不利的诉讼后果,被告人可以以无效辩护为由提出救济。可见,当事人控制模式下的决策权分配由权限划分、知情同意、合理规劝、退出委托、无效辩护共同构成了一个完整的规则体系,这一点颇值得我们借鉴。

四、最低限度的当事人控制模式:中国的问题

我国律师与当事人的关系模式显然属于律师控制模式,“律师具有独立的诉讼地位”就是

〔30〕 在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”。

〔31〕 466 U.S.668(1984).

〔32〕 参见韩旭:“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。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

这种模式的理论表达。在轰动一时的陕西华南虎照事件中,涉嫌诈骗罪和非法持有枪支罪的被告周正龙,在二审中突然认罪,检察院因此明确告诉该案辩护律师可以不用继续辩护了,但辩护律师顾玉树最终仍然决定按照原先的辩护策略继续为被告做无罪辩护,他认为:"刑事辩护不同于民事代理,律师是有独立性的,不能说当事人认了,我们就举手投降。在当时,我们觉得应该继续履行律师的职责,中途退出是存在违约嫌疑的。"〔33〕在李庄案的审理过程中,也曾发生类似情形。因涉嫌伪证而被追诉的律师李庄在二审法庭上突然认罪,让为其辩护的律师陷入了两难境地:究竟是按事先准备好的无罪辩护意见继续为李庄辩护,还是按照当事人李庄在法庭上的表态及时调整辩护方向,为其作有罪但罪轻的辩护?该案辩护律师高子程最终选择继续为李庄进行无罪辩护,其理由是:辩护人是独立的诉讼参与人,其辩护意见不受被告人意志的约束,即使被告认罪,辩护律师仍然可以根据事实和法律独立发表不同于被告人的辩护意见。两个案件中的辩护律师在被告人突然改变辩护立场之后,都选择了坚持原有辩护思路的做法,其理由也是一致的——辩护人具有独立的诉讼地位,可以自主选择辩护立场,而不受被告人意志的左右。中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范》第 5 条甚至明确规定:"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。"

应该说,传统上我们坚持律师独立辩护论以及与之相关的律师控制模式有其历史的必然性。首先,在职权主义的诉讼构造之下,对客观真实的追求和检察官所具有的客观公正义务决定了辩护律师应具有独立的诉讼地位;其次,辩护律师与被告人之间的关系兼具公法和私法双重性质,辩护律师对法院的真实义务应当优先于其对当事人的忠诚义务,因此,律师不必听从于当事人的意见而可以独立做出决策;第三,辩护律师基于专业法律素养作出的独立判断有利于维护被告人的最大利益。〔34〕但是,现在看来,这些律师控制模式曾经赖以建立并维系的理由至少已经部分的发生变化。

首先,在传统的理论假定中,职权主义诉讼模式将保护被告人利益的职责更多地赋予了检察机关和法院,既然他们都有义务对有利于被告人的证据和信息加以注意,至少在理论上,就不需要为被告人增设一个代理人以平衡控辩双方的力量,辩护人的制度功能仅仅是补充有利于被告人的证据信息,以防止发生司法错误,因此,这在客观上决定了辩护律师与被告人之间不可能形成当事人主义国家一样的紧密关系,辩护律师必然更接近于准司法官员而非单纯的被告人利益代言人,其必须承担对于法院的真实性义务,而不能仅仅着眼于被告人的利益维护。但是,这一理论上的推演在实践中已经不复成立。我国虽然表面上实行的是职权主义诉讼模式,但实际上由于控辩双方利益的高度对立,辩方的胜诉往往意味着控方的失败。其实,在利益层面上,我们早已实行着当事人主义的诉讼实质。从诉讼制度的发展历程来看,正是公诉机构的立场和定位决定了辩护人的立场和定位。如果公诉机构在实践中已经完全当事人化,带有强烈的追诉倾向,而法官也不再对被告人进行诉讼关照,那么再片面地强调辩护律师

〔33〕 转引自赵蕾:《李庄都认罪了,律师还辩什么?》,http://news.qq.corn/ x/20100812/001057_1.htm,最后访问日期:2010 年 10 月 21 日。

〔34〕 陈虎:"独立辩护论的限度",《政法论坛》2013 年第 4 期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

的独立诉讼地位和律师控制模式,就会极大地损害被告人的利益。[35]

其次,在传统理论中,之所以强调律师相对于法院的公法义务要高于其相对于被告人的私法义务,是因为传统上律师的定位是国家法律工作者。1979年我国第一部《刑事诉讼法》正式颁布实施,次年,1980年即通过《律师暂行条例》,将"律师"规定为"国家的法律工作者"。应该说,律师控制模式和独立辩护论就是在这种制度背景下产生的理论。既然律师是国家法律工作者,其对于国家的公法义务自然应该高于相对于当事人的私法义务,真实义务自然应该高于所谓的忠诚义务,律师自然不应该是当事人的私人利益代言人,而必须有自己的独立判断,控制辩护目标和辩护策略,而不应听命于当事人的意志。但是,随着社会的进步和人们对诉讼本质认识的不断深入,律师群体的这一定位也在逐渐发生变化,在1997年的《律师法》中,律师被定位为"依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员"。到了2008年,新《律师法》第二条更是将律师定位为"依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。"从"国家法律工作者",到"为社会提供法律服务的执业人员",再到"为当事人提供法律服务的执业人员",国家、社会和当事人三种服务主体的渐次变化透射出律师业日益民间化和社会化,甚至商业化的发展脉络。在律师定位发生如此变化的今天,仍然僵化地坚持在计划经济时代所形成的律师控制模式和律师独立理论,自然是不合时宜的。[36]

最后,传统观念认为,律师是专业人士,因此,其基于专业法律素养所做出的独立判断有利于维护被告人的最大利益,在这一点上,往往是律师而不是被告人本人才是其自身利益的最佳判断者。这种观念透露出一种极为自负的专业精英主义心态,根本不能成立。第一,是否符合被告人的最大利益往往并不局限于法律问题,而必须结合被告人的诸多非法律的个体因素加以判断,而在这一点上,律师往往无从掌握,与被告人处于信息不对称的状态,如果自负地将法律利益和其个人利益盲目划上等号,往往会事与愿违。第二,即便是法律问题本身,也很难认为律师做出的判断就一定优于被告人本人。众所周知,我国律师执业水准参差不齐,尤其是对一些重特大案件的辩护尚未建立律师准入制度,很多律师的专业素养并不如理论上设想的那样的乐观,实际上,相反的状况倒是经常出现。第三,认为律师优于被告人判断的另一个潜在预设是,现行审判制度主要实行的是法律审,因而律师的法律知识将会使得在一些具体诉讼策略的判断上比被告人更为专业,但实际上,我国的审判制度并非如此,相反,我国的法院审判仍然以事实审为主。这首先表现在程序规则和证据规则并不如对抗制国家那么发达,被告人即

---

〔35〕 以英国为例,受制于历史经验和传统影响,英格兰始终没有建立起一套中立的公诉制度,1696年《叛逆罪审判法》的出台使得这一愿望再次落空,人民不得不感叹,既然公诉机构不再中立,而带有强烈的追诉倾向,辩护律师就必须取得与偏执一端的控方同等的地位,否则就将难以维系诉讼构造的平衡。兰博约,见前注〔18〕,页96。

〔36〕 在当下,既然律师参与刑事诉讼是基于被告人的委托,其辩护权自然来源于被告人,从这个意义上说,律师的任何诉讼权利本质上都应该是传来权,而不应存在所谓的固有权。即便有一些权利看似只有辩护律师可以享有,但实际上也必然有更高层次的权利来源,比如,律师享有阅卷权,而被告人却并不享有此项权利,但实际上,律师的阅卷权同样来自于被告人的知情权或资讯请求权,很难想象,没有被告人的辩护权,没有被告人的委托,辩护律师可以基于律师身份自动取得某一案件的阅卷权。关于此点,笔者将专文论述。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/

使通过短暂的自我学习也能达到和一般律师相当的水平,并不存在难以跨越的专业障碍。其次,法庭上法律问题的辩论也并不发达,更多时间集中于对事实问题的法庭调查阶段,对于法律问题的法庭辩论往往耗时极短,可能涉及法律问题审理的二审阶段又往往不开庭审理,在死刑复核阶段,虽然也可能涉及法律问题,但最高法院复核程序却并不开庭。法官对被告人的讯问往往都是为了解决事实问题,都是将其看作一个证据来源了解更多事实细节。在这一事实审要远远比法律审发达的审判制度之下,律师的法律专业素养其实并不具有自己想象的重要地位,相反,在法庭上一旦律师和被告人就事实问题产生的分歧,法官仅会采纳被告人的立场,律师反而会处于更为弱势的辩护地位。

综上,绝对的律师控制模式所赖以建立的三大基础在我国现行诉讼制度下都不成立或都已经发生了巨大变化,因此,这势必要求在律师与当事人的关系问题上采纳当事人控制模式的部分做法,建立起最低限度的当事人控制模式。在笔者看来,这种最低限度的当事人控制模式至少包含以下几个方面的要素:

第一,在辩护目标上,应当尊重被告人的意志,但在辩护策略的选择上,可以适度独立于当事人。辩护律师与被告人之间最本质的关系应当是私法上的契约和代理关系,公法义务是第二位的和辅助性的。辩护律师的辩护活动应当以被告人的同意或授权为前提,以不违背被告人的意志为其限度,只有在取得被告人同意的情况下,才可以采纳与其不同的辩护策略。据此,我们至少可以明确独立辩护论的以下三个操作指引:首先,在辩护目标上,原则上应当尊重被告人的自主决定权。之所以如此限定,是因为辩护目标并非一个纯粹的法律问题,往往要考虑很多法律之外的情感因素,被告人独特的成长经历、家庭环境、生活现状都将决定被告人自己才是其自身利益的最佳判断者。其次,在辩护策略上,则应当更多强调辩护律师的职业自主性,允许其独立选择辩护策略,但必须保证被告人具有知情权和同意权,以此作为律师独立辩护的界限。但是,为了保障被告人在辩护活动中的主体性地位,这种独立性也应当有一定的边界。辩护律师必须负有将所有法律方案的法律后果向被告人加以详细解释的义务,在取得其知情的同意的基础上,方可采取该辩护策略。这种知情的同意必然要求辩护律师将案件进展情况、案件证据情况、法律方案的利弊分析等等及时全面告知被告人,既保证了会见的有效性,又保证了被告人对辩护活动的控制权,使其真正成为程序的主体,避免沦为单纯的证据来源的角色。第三,在不同意被告人的自主决定或无法取得被告人知情同意的情况下,辩护律师不得坚持发表与被告人意见相左的辩护观点,而只能选择退出辩护,[37]这又是对其独立辩护立场的另一重限制。因此,在对律师控制模式进行改造的同时,必须同时修改律师退出委托关系的相关制度,在一定程度上放宽退出的法定条件。但必须强调的是,即使是退出辩护,也应该与被告人进行充分的协商,以保证不会因为退出而让被告人处于更为不利的诉讼境地。

第二,在事实问题上,律师应当更多地尊重被告人的意见,而在法律问题上,可以适度独立于当事人。独立辩护论的适用领域应当局限于法律领域,在事实问题上,律师应当更多地尊重被告人的意见,而在法律问题上,则可以适度独立于当事人。比如,一旦被告人选择承认杀人

〔37〕 在美国,律师受理案件后,除非有非常极端必要之情形,不得任意终止委托,而在德国,原则上律师可自由终止委托。参见黄瑞明,见前注〔29〕,页76。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.cn/

事实，辩护律师就不应该以独立辩护论为由否认该事实的存在，而首先应该审查其认罪的自愿性和真实性，以此为前提，辩护律师应该独立地对该事实作出法律判断，并提供给法庭参考，比如，可以以被告人具有阻却违法事由（如正当防卫、紧急避险等）作为辩护理由对该事实进行法律辩护，也可以以证据不足为由对被告人杀人的事实进行法律辩护，从而使得独立辩护始终服务于维护被告人最大利益的目标，而不是相反。举例说明：如果辩护律师始终应与被告人意见保持一致，则无非出现以下两种情况：第一，两方都承认有罪，这种情况下被告人肯定会被判有罪，尽管由于认罪态度较好而使得量刑可能有所减轻，但却丧失了无罪辩护的机会，法院没有理由在辩护方自己都不主张无罪的情况下判决被告无罪。因此，在被告人的确存在无罪辩护空间的时候，仅仅为了取得从轻量刑的效果而放弃无罪辩护，是违背辩护律师的职业伦理的，也不利于维护委托人的最大利益；第二，被告人和辩护人都进行无罪辩护，一旦法院不采纳这一意见，往往会因为认罪态度不好，而对被告从重处罚，更为重要的是，辩护方还可能丧失宝贵的量刑辩护的机会。如果在事实领域内尊重被告人的意见，承认了指控的事实行为，但辩护律师根据独立辩护论的理论立场，对被告人认罪事实不持异议，但同时表示，被告人认罪态度很好，但由于其不是法律专家，因此，对法律的理解存在偏差，基于独立辩护的立场，律师从法律角度论证其不构成犯罪，这样，法官一旦采纳律师的意见，则可以对被告人无罪释放，即使不采纳律师的意见，在判处刑罚的时候，也会因为被告人的认罪态度较好，而会予以从轻处罚。

综上，最低限度的当事人控制模式并没有实质性地改变律师做出独立决定的传统领域，但却为其加上了知情的同意、必要的合理的规劝和说服以及审慎地退出代理关系等几重限制，从而吸收了当事人控制的某些合理因素，以更好地适应变化了的制度环境，建立起符合我国制度背景，同时又符合诉讼规律的律师与当事人关系模式。[38]

Abstract：The allocation of decision－making authority between lawyers and clients is divide into two ways：lawyers－control model and client－control model.Client－control model regards the relationship between lawyers and clients as a private contractual relationship，which means lawyers should obey the client's will on the goal of action，lawyers should help clients to choose on the basis of informing legal service proposals and consequences.If they can't reach an agreement，lawyers can only obey the clients or resign.Lawyers－control model in China is unduly absolutely，the minimal client－control model should be established due to the change of circumstances.

Key Words：Decision－making Authority；Independent Defense；Adversary System；Party Loyalty

（责任编辑：傅郁林）

〔38〕 吴纪奎："从独立辩护观走向最低限度的被告人中心主义辩护观——以辩护律师和被告人之间的辩护意见冲突为中心"，《法学家》2011年第6期。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.cn/