

刑辩律师维护当事人利益的行为界限

兰荣杰*

目次

引子：“死磕”律师退庭争议	二、我国刑辩律师面对强势法院的策略选择
一、热忱代言人 vs. 法庭官员：律师定位之争	三、死磕式辩护的未来及其界限

摘要 杭州“保姆纵火案”等一系列争议大案显示，刑辩律师维护当事人利益和尊重法庭的两大根本义务之间经常发生严重冲突。英美传统上要求律师作为当事人“热忱代言人”的角色服从于作为“法庭官员”的角色，但根植于不同的权力结构和诉讼机制中的中国刑辩律师却往往需要诉诸死磕式辩护来维护当事人利益。直接挑战法庭权威的死磕式辩护整体上弊大于利，应当通过在职业伦理规范中合理划界的方式将其纳入良性轨道。

关键词 刑事辩护 死磕律师 热忱代言人 法庭官员

引子：“死磕”律师退庭争议

2017年12月21日，杭州“保姆纵火案”一审开庭。被告人莫焕晶是被害人家雇佣的保姆，因沉溺于网络赌博不能自拔，不仅编造借口向雇主借钱十余万元，还多次盗窃雇主财物以支付赌资，并于2017年6月22日凌晨在室内纵火后逃离，导致女性雇主及三名未成年子女一氧化碳中毒死亡。^{〔1〕}这一本已突破人伦底线的现代版“农夫与蛇”的故事，又裹挟进富人、豪宅、幼童和保姆等鲜明标签，再加上物业管理是否到位、消防救援是否迟延等争议，难免引发舆论的持续关注。即便如此，坊间对于被告人莫焕晶的刑事责任似乎并无争议，毕竟不管是官方勘查还是莫焕晶本人供述，都一致确认莫焕晶的纵火行为导致四被害人死亡这一关键事实。根据《刑法》第115条关于放火罪的规定，考虑到本案中死亡母子四人（三名子女未成年）、纵火动机卑劣等情节，即便在慎杀、少杀的死刑政策

* 西南财经大学法学院副教授、法学博士、法律科学博士。

〔1〕 关于开庭前已经公开的案件细节，可参见徐建国：《“6·22”蓝色钱江放火案热点问题答记者问》，载《钱江晚报》2017年7月17日，第A0004版。

下，被告人基本上也难逃一死。^{〔2〕} 正是因此，公众对于一审开庭大多持一种“看杀场”的预期，一方面希望通过庭审了解更多细节，另一方面也期待法院一锤定音判处莫焕晶死刑的畅快结果。然而出乎意料的是，杭州中院开庭不到半小时，就因为法院和律师的冲突而引发另一场轩然大波。

根据杭州中院官方通告，12月21日开庭伊始，尚未进入法庭调查阶段，担任莫焕晶辩护人的党琳山律师即要求停止审理，理由是该案应由杭州中院以外的法院异地管辖。审判长援引《刑事诉讼法》相关条款驳回该请求后，党琳山“无视法庭纪律，不服从审判长指挥，擅自离庭，拒绝继续为被告人莫焕晶辩护”。^{〔3〕} 另据现场记者报道，党琳山在审判长发言过程中，前后四次表示“我抗议”，并在退庭前出言“请杭州市中院尊重全国人民的智商”。^{〔4〕} 党琳山事后亦在个人微博发表声明，称退庭是对杭州中院违法审理莫焕晶案的抗议。^{〔5〕} 具体而言，党琳山认为本案影响重大，且本地法院因受到外部势力干扰而难以公正审理，^{〔6〕}故应当由最高人民法院比照薄谷开来案、刘汉案等先例，指定外地法院管辖。^{〔7〕} 在党琳山看来，自己在庭前已经向最高人民法院递交了指定管辖申请书，在尚未获得正式答复的情况下，杭州中院坚持审理本案的行为就属违法，因此不得已采取退庭方式阻止法院继续审理。

刑辩律师退庭罢辩行为，在近年来虽然不算多见，但已经不算新鲜事。^{〔8〕} 与退庭行为相伴的，往往是一些被打上“死磕”标签的刑辩律师，以及诸如网络揭批、媒体造势、当庭抗议、抱团取火乃至借助行为艺术进行的辩护策略。前几年轰动全国的常熟民工案、贵州小河案、北海律师案，甚至包括重庆李庄案，都是“死磕”辩护的典型，很大程度上也是“死磕”现象的巅峰。^{〔9〕} 虽然个案必然有其特殊性，对律师辩护策略的评价也必然不能“一刀切”，但从党琳山律师的退庭罢辩行为切入，围绕“死磕”律师与当事人和法院关系的冲突及平衡，至少值得学界和实务界进一步探讨。

〔2〕 比如连担任被告人辩护人的党琳山律师在庭前也表示，对于案件结果“不乐观”，而莫焕晶本人也“早已有了最坏的打算”。熊浩然：《杭州保姆放火案延期审理 莫焕晶手书信曝光：愿意立刻去死》，载《封面新闻》，2017年12月4日。

〔3〕 杭州市中级人民法院官方微博“杭法观微”：《关于被告人莫焕晶放火、盗窃一案庭审情况》，2017年12月21日。

〔4〕 参见王婧祎、杨林鑫、马小龙：《杭州保姆纵火案：一场意外中断的庭审背后》，载《新京报》2017年12月21日。

〔5〕 党琳山的该条微博消息已经删除。具体内容可见前注〔4〕，王婧祎、杨林鑫、马小龙文。

〔6〕 关于本地法院受到干扰的证据，党琳山提出以下理由：一是法院收案后不合常理地一再催促律师阅卷；二是对于律师提出的对莫焕晶做司法精神病鉴定、证人出庭及收集和调取证据的三份申请不予回复，仅在庭前会议中口头驳回；三是案件利益相关方绿城集团表现异常；四是当地媒体有悖常理地保持沉默。参见党琳山：《关于对“莫焕晶放火、盗窃案”请最高人民法院指定管辖的申请书》，2017年11月8日。此外，党琳山亦曾在庭前写信给合议庭成员，其中一些表述直指杭州中院受到不当干扰，比如：“就本案来说，各位是否收到（原文如此）法律以外的上司的命令、指示，你们自己内心很清楚！”“如果仅仅为了保住一个饭碗而屈从于法律以外的上司，那么法律将被你们玷污，法袍将因你们而蒙羞，各位的职业生涯将会有永远也无法洗刷的污点！”“到时候，舆论的怒火将会全部烧向杭州市中级人民法院。纵使用尽西湖三水，恐怕也无法熄灭。各位能否独善其身，我想也不会那么容易。”原文见党琳山律师新浪微博，2018年1月11日。

〔7〕 党琳山：《关于对“莫焕晶放火、盗窃案”请最高人民法院指定管辖的申请书》，2017年11月8日。

〔8〕 比如2015年1月，广东省惠州中院审理的黄萍等15人涉嫌非法采矿等罪一案，为抗议法庭在回避、证人出庭和质证程序等问题上的争议决定，著名律师张燕生等7名辩护人集体退庭抗议。参见侯斌雄：《死磕律师集体退庭抗议》，载《长江商报》2015年1月12日，第B05版。因涉嫌辩护人伪证罪而入狱的李庄，也曾利用退庭策略阻止法庭继续审判，甚至在其获罪的龚刚模案中，也曾有排非不成就退庭抗议的安排。参见贺信、王和岩：《交锋李庄案》，载《新世纪周刊》2010年第3期。

〔9〕 关于“死磕”律师及其争议，可参见《民主与法制》2014年第17期的专题报道，以及兰荣杰：《律师如何批评法官》，载《新世纪周刊》2013年第14期；方娟：《刑事案件律师庭外造势若干法律问题研究》，载《政法论坛》2016年第2期。

首先,一个明确的前提是,现行《刑事诉讼法》《律师法》及相关司法解释都未赋予辩护律师中途退庭的权利。不仅如此,司法部《律师执业管理办法》明确规定,律师参与诉讼活动应当遵守法庭规则,不得擅自退庭,否则构成《律师法》规定的扰乱法庭秩序行为,轻者处以停止执业半年至一年的处罚,重者可以吊销律师执业证书。^[10]司法部《律师和律师事务所违法行为处罚办法》也规定,“无正当理由,当庭拒绝辩护”,属于“扰乱法庭、干扰诉讼正常进行”的违法行为。^[11]全国律协《律师协会会员违规行为处分规则》亦将擅自退庭行为规定为可以中止会员权利乃至取消会员资格的严重违规行为。^[12]正是因此,就在党琳山退庭之后第三天,其所在的广州市律师协会就立案启动执业违规调查程序。^[13]杭州中院则直接以党琳山拒绝辩护为由,先是于当天通知看守所拒绝党琳山会见莫焕晶,进而通知杭州市法律援助中心为莫焕晶另行指定法律援助律师。

其次,需要看到的是,不管党琳山律师的退庭行为在规范上应当作何评价,其在客观上却引发两方面结果:一是将公众对莫焕晶案的关注推升到一个新高度,尤其是物业管理是否到位、消防救援是否延误等问题。二是引发法律界对刑事诉讼管辖权异议制度和证人出庭制度的热烈讨论。前者使舆论不断追问物业公司和消防部门对四被害人之死可能的过错,或多或少使这一原本几无争议的放火案件走向“多因一果”的方向,甚至不排除使莫焕晶最终免死的可能。后者使理论界和实务界再次聚焦管辖权异议制度在刑事诉讼中是否存在、应否存在、如何设计等历久弥新的争论,^[14]以及在证人应否出庭作证问题上法官权力是否过大、辩方权利如何保障这一老生常谈的问题。^[15]一个应属公允的评价是,或许党琳山律师退庭之举于法无据,但这一罕见行为引发的舆论风暴,一则成功地将莫焕晶案件的最大疑点暴露于众目睽睽之下,迫使法院不得不认真回应这些疑点;二则使得法律界集中反思现有管辖制度及证人出庭制度的缺陷,从长远看来或许有助于推动这些领域的制度变革。换句话说,党琳山律师的退庭行为,于他个人多半大有损失,于其当事人在客观上也多有帮助,于司法改革则可能大有裨益。

最后,也是本文最关心的问题是,即使党琳山律师坚信杭州中院违法管辖,或是明显受到案外力量的不当干扰,从而难以公正审理本案,他能不能以执业规范上明令禁止的退庭方式阻止庭审?如果把问题再抽象一点,可以转换为一个更为根本的律师职业伦理问题:当辩护律师认为法院违法审判,且唯有拒绝服从法庭命令才能最大化保护当事人利益的时候,律师是否依然有尊重法庭的义务?换句话说,在尊重法庭和维护当事人利益两项律师义务之间,是否存在优先性差别?当

[10] 参见司法部《律师执业管理办法》(2016年第134号令修订)第39条、第53条,以及《律师法》第49条。

[11] 司法部《律师和律师事务所违法行为处罚办法》(2010年第112号令)第19条。

[12] 参见全国律协《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》(2017年修订)第35条。

[13] 广州市律师协会《关于对党琳山律师进行立案调查的通报》,2017年12月23日。截至本文写作之日,广州市律师协会尚未公布调查结果和处理决定。

[14] 《刑事诉讼法》并未规定被告人或辩护人有提起管辖异议的权利。对照《民事诉讼法》的管辖权异议规定(第127条),按照体系解释的逻辑,似乎应当解释为立法者无意在刑事诉讼中设立管辖权异议制度。但是最高人民法院《关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》第184条关于庭前会议内容的规定中,又要求就控辩双方“是否对案件管辖有异议”听取意见,这似乎是允许辩方提出管辖异议。司法实践中,多数法院并不承认辩方的管辖异议权,尤其是不会在诉讼程序中处理管辖异议;即使辩方对管辖不服,也只能通过诉讼外方式进行。比如在莫焕晶案中,党琳山律师最初就是通过向最高人民法院写信申请指定管辖。

[15] 根据《刑事诉讼法》第187条的规定,通知证人出庭作证需要满足三个条件:一是控辩双方对证人证言有异议,二是该证人证言对定罪量刑有重大影响,三是法院认为有必要。实践中经常出现的争议是,辩方认为前两个条件已经满足,但法庭认为证人无出庭必要,因而否决辩方通知证人出庭的申请。但问题在于,何为“有必要”并无明确规定,基本是由法官自由裁量,从而也常常将法官置于争论的漩涡中。

两者直接冲突时，辩护律师应当选择维护哪一种利益？

一、热忱代言人 vs. 法庭官员：律师定位之争

辩护律师尊重法庭和维护当事人利益两项义务孰先孰后，取决于律师最根本的角色定位，尤其是其中“为私”和“为公”的成色高低。发端于中世纪英国以来，现代律师职业就一直纠缠于一个根本性的伦理争论：在热忱代言人 (zealous advocate) 和法庭官员 (officer of the court) 两种身份之间，律师究竟以何为先？这种两难不仅是道义层面的，首先更体现在规范层面。以美国律协《职业行为模范规则》为例，其前言第一句话就是：“作为法律职业一员之律师，既是客户之代理人 (representative of clients)，也是法律系统之官员 (officer of the legal system) 和公民之一份子，对司法之质量负有特殊义务。”^[16] 欧盟《律师行为规范》前言也开宗明义指出，律师对当事人、法院和公众都负有法律和伦理上的义务。^[17] 日本要求律师一方面保护基本人权，另一方面又必须维护法院的独立性，并珍视律师之荣耀、信誉、正直和高贵性。^[18] 我国《律师法》也有类似表述，其第 2 条对律师职责的界定是“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”。毫无疑问，上述诸目标之间并非永远一致。就如党琳山律师在莫焕晶案中面临的两难，一方面，作为莫焕晶的辩护人，党律师有义务尽力争取从轻判决，而这意味着需要将本案中消防和物业的潜在责任调查清楚。另一方面，按照《律师法》和《律师执业管理办法》的规定，党律师又有义务尊重法官权威，服从法官关于管辖问题和证人出庭问题的决定，至少不得强行退庭以致庭审中断。但问题在于，如果法院的决定正当性存疑，且唯有对抗法庭才有可能倒逼真相暴露，党律师该作何取舍呢？

作为当事人的“热忱代言人”，律师有义务忠诚于当事人的诉求，寻求当事人利益的最大化。“热忱代言人”的说法源于美国律协在 1970 年颁布的《职业责任模范法典》中的第七规约，其标题即为“律师应当在法律界限之内热忱代理当事人”。^[19] 望文生义，其中“代言人”角色源自当事人与律师之间的合同关系，即普通的委托/代理关系；而之所以特别加上“热忱”这一修饰语，是因为律师与一般的代理人不同，其角色伦理 (role morality) 经常需要超越、冒犯甚至伤害社会大众日常遵行的普遍伦理 (common morality)。^[20] 为维护当事人利益，律师甚至可以采取包括欺骗、迷惑或拖延等在内的诸多手段，尽管在处理个人事务的时候，律师都不宜使用相同手段。^[21] 比如在刑辩业务中，律师有义务竭尽全力质疑他明知没有说谎的控方证人，甚至有义务援引他明知是谎言的当事人辩解。^[22] 在对抗制诉讼的起源地英国，曾在 19 世纪上半叶任大法官的布罗汉姆男爵 (Lord Brougham) 曾如此极端地描述律师的热忱代言义务：“在为当事人代言的律师眼中，全世界就只认识当事人一人。

[16] Preamble to ABA Model Rules of Professional Conduct (2013).

[17] Preamble to Code of Conduct for Lawyers in the European Union (2012).

[18] See Kyoike Ishida, “Ethical Standards of Japanese Lawyers: Translation of the Ethics Codes for Six Categories of Legal Providers”, 14 Pac. Rim. L. & Pol’y J. 383 (2005).

[19] ABA Model Code of Professional Responsibility, Canon 7. 需要说明的是，该法典前后经过多次修改，第七规约的具体表述也有多次变动，但关于热忱代理的标题和核心意思一直未变。

[20] David Luban, *Lawyers and Justice* (Princeton University Press, 1988), pp.19-21.

[21] See William Simon, “The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics”, 1978 Wis. L. Rev. 29, 36 (1978).

[22] See Monroe Freedman, “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: the Three Hardest Questions”, 64 Mich. L. Rev. 1469 (1966). 需要指出的是，这一观点在理论和规范上有很大争议，尽管在操作中相对普遍。

其第一天职即挽救客户于危难之中,且不惜一切手段,不吝任何权变,也不在乎给任何人——包括律师自己——带来任何成本、纠缠、伤害乃至毁灭。”^[23]在美国最高法院鲍威尔大法官(Justice Powell)看来,如果律师是为外国政府、外国公民或外国事务代言,那即使其当事人利益与美国的国家利益直接冲突,律师也有义务去保全当事人利益。“这种置国家利益于不顾的行为不仅不应令人反感,相反恰恰是律师职业的荣光所在,因为作为当事人委托的代言人,律师之天职即在于维护当事人合法权益,而不管当事人究竟是谁。”^[24]

与“热忱代言人”角色相对的是“法庭官员”,^[25]这一概念相对模糊,大意指律师负有促进司法公正的公共义务,不仅不能滥用司法程序,还必须通过得体的言行维护司法权威、提升公众对司法的信任。这一义务的范围比较宽泛,至少包括对法庭的坦诚义务、^[26]尊重义务,^[27]对其他诉讼参与人的公平义务,以及提供法律援助的义务等。“这一定位实际是强加给律师一种公益角色,要求律师在对当事人的义务之外,还必须行使一种‘半司法’或‘半官方’的职能。”^[28]身为法庭官员,律师也就和进入诉讼程序的普通公众不一样,其言行不能仅仅满足于“法无明文禁止即可为”的低标,而须符合促进司法公正这一高标。正如卡多佐大法官所言,“成为律协之一员是一种附条件的特权。律师从这一古老职业中获得的不仅仅是个人利益。他成为法庭的一名官员,并同法庭本身一样,构成促进司法公正的关键机构”。^[29]

从词源上分析,“法庭官员”说法源自中世纪英国,并存在两种可能的解释:一是早期英国律师经常被法院聘为书记官,并可同时代理案件,所以从字面上讲也属于法庭官员;二是历史上英国律师执照由法院或王室颁发,日常执业行为也受到法院约束,因此具有“半司法”“半官方”身份。^[30]不过这种充满历史偶然性的出身尚不足以支持今天仍然将律师视为法庭官员的理由,因而主流的观点集中于律师职业的重要性。其一,律师身负引导社会文明的重任。“律师是协助法院实现正义的官员,因为他向法院提供事关人们最重要及最隐私事项的建议。除律师之外,没有其他任何职业有类似机会去塑造人们的行为方式。这一极端重要性使得律师必须拥有正直的品格,并值得其所在社区高度信任。”^[31]其二,律师负有对诉讼案件进行“门槛控制”的责任。因为司法资源的稀缺性,司法系统若要顺畅运行,既需要律师劝阻当事人提起事实或法律依据阙如的诉讼,也依赖于律师精准提炼个案事实和依据,以方便法院审理。^[32]其三,律师具有“预备法官”的特殊角

[23] 布罗汉姆在担任大法官之前长期从事律师职业,并曾在1820年担任英王乔治四世(King George IV)之妻卡洛琳皇后(Queen Caroline)被控通奸案中的辩护人。这一说法即来自其辩护过程中。转引自 James Moliterno, *Cases and Materials on the Law Governing Lawyers* (LexisNexis, 2012), p.3.

[24] *In re Griffiths*, 413 U.S. 717, 724 (1973).

[25] 尽管法庭官员是最为普遍的说法,但也有法律官员(officer of law)、法律侍从(minister of law)、法律系统官员(officer of the legal system)、法律保护者(guardian of law)、司法之分支(branch of the administration of justice)等各种说法。See Eugene Gateke, “Lawyers as Officers of the Court”, 42 Vand. L. Rev. 39, 41 (1989).

[26] 包括向法庭强制披露:1)对己方不利的有约束力的法律渊源;2)当事人利用律师服务从事伪造或欺诈的行为;以及3)其他律师违反职业道德的行为。参见美国律协《职业行为模范规则》3.3条等。

[27] 包括不得轻易评论未结案件、不得单方接触法官或陪审员、不得以任何方式暗示可以影响法庭判决等。参见美国律协《职业行为模范规则》3.5、3.6条等。

[28] Eugene Gateke, *supra* note [25], at 42.

[29] *People ex rel Karlin v. Culkin*, 162 N.E. 487, 489-90 (N.Y. 1928).

[30] See Jonathan Rose, “The Legal Profession in Medieval England: A History of Regulation”, 48 Syracuse L. Rev. 1, 11 (1998).

[31] *In re Application of Dillingham*, 188 N. C. 162 (1924).

[32] See *Nesbitt v. Hopkins*, 907 F. Supp. 1317, 1321 (D. Neb. 1995).

色。因为英美法系的法官几乎都是从律师中选拔，所以“法官的纯洁性就取决于律师的纯洁性”。^[33]如此一来，律师角色就必然与公共利益紧密相关，而非仅仅是其当事人利益的代言人。

其实，在一般情况下，律师作为“热忱代言人”和“法庭官员”的角色互不冲突，甚至是相辅相成。比如当涉案双方都获得律师的热忱代理，则不仅当事人的利益得到律师的最大化保护，也意味着司法公正得以实现。与此同理，当律师严守当事人秘密的时候，其实也是在促进公共利益，因为只有这样才会使人们在寻求法律服务时不用担心泄密。^[34]在刑事案件中，律师在明知当事人有罪的前提下依然不遗余力地质疑指控证据，甚至最终协助当事人逃脱法律制裁，从长远看来也是敦促侦控机关谨慎办案，从而降低无辜者被追诉的风险，因此也算兼顾“热忱代言人”和“法庭官员”双重职责。从这个角度出发，刑辩律师“为坏人说话”的同时，其实就是在“为好人服务”。

然而不可避免的是，一些个案会涉及当事人利益和司法权威、司法公信力等公共利益之间非此即彼的选择。“热忱代言人”角色要求律师优先保全当事人利益，“法庭官员”角色则要求律师以公共利益为重，避免成为当事人“雇佣的枪手”(hired gun)。作为“法庭官员”定位的坚定倡导者，英美法院曾不断强调公共利益的优先性。“律师的第一义务仅仅针对法院。早在获得任何一个客户之前，律师对法院的义务就已产生。律师不可能服务于两个主人，而法院永远是他优先服务的对象。”^[35]“律师需要在每一个案件中仔细分辨自己对客户的私人义务和对法院的公共义务，并在两者冲突时让前者让位于后者。”^[36]然而有批评者认为，“法庭官员”定位在现实中并不具备操作性，除了其定义模糊且内涵不明外，更在于其有违市场规律，因为一个随时可能背叛当事人利益的职业，不大可能依赖当事人的持久信任和广泛付费而立足。从司法实践来看，似乎也鲜有律师以保全公共利益为由理直气壮地背叛当事人。在带有强烈公共色彩的“法庭官员”定位和更加符合市场规则的“热忱代言人”定位之间，多数律师可能都是“说一套，做一套”。正因如此，“‘法庭官员’这一定位与律师的现实义务几无关系。法院、律协及个别律师对此定位的反复强调，无非是一种职业化吹捧，甚至可以说一种蓄意的欺骗。”^[37]“实际上，所谓律师属于‘法庭官员’的说法，更多是一种基于律师的自恋和自夸情节产生的幻想。这一说法不仅让律师感到迷惑，也会误导公众。”^[38]毕竟在司法实践中，当公众耳闻目睹律师基本仅以当事人利益为重，甚至不惜伤害公共利益时，难免会对自称“法庭官员”的律师产生失望和荒谬感，^[39]而这恰恰可能会对司法公信力造成严重冲击。

有意思的是，尽管英美律师常被批评过于以当事人利益为中心，但真正敢于直接挑战法官权威的先例却非常罕见，至于当庭面斥或致信批评法官，抑或强行退庭拂袖而去的行为，基本上可谓闻所未闻。美国律协在对《职业行为模范规则》的官方评述中甚至要求，“律师可以直面法官的滥权或谩骂，但不得做出同等回应。法官的错误并不构成律师自弃原则的借口。律师应当坚持其诉求，确保其记录在案以供后续审查之用，并以坚韧的耐心维护职业尊严，而这绝不比大张旗鼓地逞强好斗丢脸”。^[40]

这种表面看来“自我矮化”的行为选择，个中原因主要有三方面：其一，基于长期形成的宪法体

[33] Timberlake, “The Lawyer as an Officer of the Court”, 11 Vir. L. Rev. 263, 274 (1925).

[34] Preamble to ABA Model Rules of Professional Conduct (2013).

[35] *In re Integration of Nebraska State Bar Association*, 275 N.W. 265, 268 (Neb. 1937).

[36] *Langen v. Borkowski*, 206 N.W. 181, 190 (Wis. 1925).

[37] Eugene Gateke, *supra* note[25], at 45.

[38] Eugene Gateke, *supra* note[25], at 45.

[39] Heinz & Laumann, “The Legal Profession: Client Interests, Professional Roles, and Social Hierarchies”, 76 Mich. L. Rev. 1111, 1140 (1978).

[40] Comment to ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.5.

制和对抗式机制,英美法官总体上较为独立和公正,少有因外界压力而强行违法;即使下级法院犯错,上诉后纠正的几率也比较高。既然有宪法框架和诉讼程序去约束法官滥权行为,当然不宜依赖律师的直接对抗,否则难免使律师角色及其诉讼行为承载过多功能,既不能有效解决法官滥权问题,也导致诉讼三方结构遭到破坏,不利于发挥其原本功能。其二,法官享有广泛的惩罚藐视法庭行为的权力,一般可以迅速处罚冒犯法官尊严的行为,甚至可以直接入罪,对律师形成极大威慑。其三,法律界乃至社会公众普遍持有“一荣俱荣、一损俱损”的共识,认为维护法官尊严往往优先于一时一地的是非曲直。毕竟在一个良性的司法体制下,“诉讼的公正性应当得到大众的高度信任而不是习惯性质疑;法官应当有勇气遵从内心做出持正的判决,而不必担心遭到粗鄙的谩骂;本该是法律专家的律师不应当依赖辱骂和粗陋去误导公众”。^[41] 如果律师需要通过损害法官尊严去维护当事人利益,即使当下看来是大获全胜,长远观之则一定是“杀敌一千,自伤八百”,因为一个缺乏尊严的法院系统必然导致公众对整个法律体系的失望和疏离。

基于以上三方面原因,即使在对抗制色彩最为鲜明的英美国家,律师直接对抗法官的现象也一向不多。然而相比之下,我国法官一则独立性相对较弱,二则对律师的约束力较小,三则长期处于一种“不闹不解决、小闹小解决、大闹大解决”^[42]的非正常亚文化的纠缠当中,因此不仅法官相对容易违法办案,律师也相对容易剑走偏锋。党琳山律师和杭州中院的对抗,或多或少就有这样的色彩。那么问题在于:如果党琳山真诚认为杭州中院违法办案,且正常的辩护活动难以有效维护当事人权利,他究竟有何选择呢?

二、我国刑辩律师面对强势法院的策略选择

我国《刑事诉讼法》经过1996年和2012年两次大修,加上近年来关于非法证据排除、庭审实质化、认罪认罚从宽以及刑事辩护全覆盖等一系列改革措施的完善,已经基本建立起有明显对抗色彩的审判制度。以审判为中心的诉讼制度改革进一步强化了法院的权威地位,虽然有员额制、司法责任制和维护律师权利等措施的牵制,但法官在个别案件中依然表现得过于强势,尤其当法官受到来自地方党政或上级法院的体制性压力的时候,被告人及辩护人的合法权益就容易成为牺牲品。在此背景下,基于不同的诉讼目标和个人偏好,刑辩律师界逐渐形成三类风格迥异的辩护策略,并在近几年关于“死磕”律师的争论中逐渐标签化,被分别称为“形式派”“技术派”和“死磕派”。以下试一一进行描述和分析。

1. 形式派律师:偷懒式辩护与隐蔽性抗争

所谓形式派辩护,指律师仅具辩护人之名,并无尽职辩护之实际行为,当然更无辩护之实质效果。究其原因,部分案件确属律师敷衍塞责,也有部分案件是因法院过于强势,律师知道不可为,所以干脆无所为。这样一种偷懒式辩护,虽然表面看来违背“热忱代言”这一基本职业伦理,但往往也构成一种无声的抗议。不仅如此,律师自我矮化的非对抗不合作态度,对应过度强势的法官,往往给旁观者展现出一种强烈的视觉冲击,也能使公众直观地体会到诉讼程序的非正当性。^[43]

[41] *Grievance Administrator v. Fieger*, 476 Mich. 231, 719 N.W.2d 123 (2006).

[42] 习近平:《在十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话》(2013年2月23日)。

[43] 一些时候,那些与权力合谋的“勾兑派”律师,可能也会表现出较为明显的形式化辩护特征。毕竟,法庭等正式的诉讼程序对于“勾兑派”律师而言纯属过场,真正的工作显然是在法庭以外。正是因此,部分“勾兑派”律师懒于在正式的诉讼程序中装模作样,甚至对严肃对待的律师同行极尽嘲弄乃至打压之能。比如在贵阳“小河”案庭审中,个别被指派介入案件辩护的当地律师不满外地“律师团”将庭审拖得太长,甚至向法庭提出动议要求将每位律师的发言时间控制在5分钟以内。

然而必须承认，尽管形式派律师主观上可能并无助纣为虐的故意，也没有因为非对抗性辩护从公权处获得任何利益，但其介入行为本身就在客观上为争议性裁判提供了合法性外衣，让诉讼程序看起来具有基本的形式合法性。从这个意义上讲，一旦法院真有滥权行为，形式派律师可能间接地成为帮凶。也许正是因此，当杭州中院有意强势推进庭审时，党琳山律师在要么顺水推舟、沦为粉饰，要么退庭罢辩、两败俱伤的两难之间，最终选择了后者。

有意思的是，面对公权力的强势甚至滥权，虽然相当部分形式派律师选择了彻底放弃，庭内庭外均无半点抗争，但还有部分形式派律师仅仅放弃法庭阵地，在法庭外却常有非直接、隐蔽性的抗争，尽管后者不可能对个案结果产生影响。比如一些形式派律师对刑事辩护乃至整个司法制度多有抱怨，甚至毫不掩饰地在公开场合或自媒体上表达出来。又如对于个别司法官员的滥权行为，一些形式派律师可能采取私下“嚼舌根”、背后“戳脊梁骨”等方式，一则适当发泄不满，二则隐约希望影响对方声誉，三则也算提醒同行。个别时候，形式派律师也会来点“小聪明”，比如匿名进行控告，或者向滥权者送上诸如“刑讯逼供先进单位”“不为人民服务先进个人”等锦旗。在社会学研究中，这种放弃公开对抗的弱势一方的“偷懒怠工、装糊涂、开小差、假装顺从或者暗中诽谤”等隐蔽性抗争行为，被美国社会学家斯科特（James Scott）称为“弱者的武器”。^{〔44〕}对于这些形式派律师而言，类似隐蔽性抗争虽说在个案结果上不关痛痒，却或多或少表达出律师的抗争意志，影响着法官的社会评价和职业声誉。有意思的是，即便是一些选择和司法机关“死磕”的律师，在对手过于强大的时候，有时也会借用这种隐蔽性的“弱者的武器”。以党琳山律师为例，在其辩护权被杭州中院剥夺，并因退庭行为遭受广州市律协调查期间，仍然刻意在其微博上反复张贴一幅杭州中院审判大楼黑乎乎的夜间照，其用意可谓路人皆知，但严格从规范上讲似乎又未尝不可。

2. 技术派律师：依法抗争^{〔45〕}但不越雷池半步

所谓技术派辩护，指律师需要穷尽现有法律提供的合法武器为当事人谋取最大化利益，但又严格自我限制，绝不突破法律明文许可的范围。一方面，即使司法机关极为强势甚至滥用权力，技术派律师也必须依赖法律武器据理力争，不管最终结果如何，至少在立场和气势上需要做到寸土不让。另一方面，在技术派律师看来，吃透实体法律的规定、用好程序法律的工具，就是一个优秀辩护律师的标准。只要将证据分析和法律意见呈交法庭，就算是完成当事人的托付。至于法官是否听取律师意见，或者是否蓄意枉法裁判，已经超出刑事诉讼法规定的律师服务覆盖的范围，律师既无义务也无能力加以应对。律师可以不认同法官对案件的评价，甚至不满法官的操守，但不能也不该对法官品行加以质疑甚至攻击。以此观之，所谓技术派辩护，一是指律师的专业技能要精深、个案辩护要用心，二是指律师辩护又仅限于对事不对人的技术性辩护，不能扩展到对法官个人的对抗。

毋庸置疑，面对强势的公权对手，“无论哪个地方，刑事辩护的第一要义在于：不能将律师自己送进监狱”。^{〔46〕}技术派律师既然选择了在法庭上的抗争性辩护，就必须具备充分的自我保护能力。技术派律师的优势在于专业知识，因而也深悉现行法律框架内的行动边界。面对明显的雷

〔44〕 See James Scott, *Weapons of the Weak: Everyday Forms of Peasant Resistance* (Yale University Press, 1985). 中文版可参见[美]詹姆斯·斯科特：《农民的道义经济学：东南亚的反抗与生存》，程立显、刘建等译，译林出版社2001年版。

〔45〕 此处可参考李连江、欧博文和于建嵘关于中国基层社会针对地方“土政策”等滥权行为的“依法抗争”/“以法抗争”模式。弱势一方正是利用法律和政策为武器，借助诉讼和上访等体制内抗争机制，以上级为诉求对象，挑战地方滥权行为。参见于建嵘：《当前农民维权活动的一个解释框架》，载《社会学研究》2004年第2期。

〔46〕 Hall, “Defensive Defense Lawyering or Defending the Criminal Defense Lawyers from the Client”, 11 UALR L. J. 10 (1988—1989).

区,他们当然不敢乱闯;即使面对模糊地带时,出于自我保护的考虑,他们通常也拒绝尝试。比如笔者访谈发现,为了避免辩护人伪证罪的风险,技术派律师一般不调查取证,至少不轻易接触证人(不管是控方证人还是辩方证人);如果确实需要调查取证,一定会安排全程录音录像。有的律师从不在律所以外的地方会见客户,甚至在自己办公室安装录音设备,随时保留和客户沟通的副本,以备发生纠纷时有据可查。如果当事人在会见过程中翻供,技术派律师的第一反应往往不是眼前一亮,也不是追问事实真相,而是马上采取防范措施,比如让当事人亲笔书写“不存在律师教唆”的证明,甚至直接中止会见,要求当事人先向检察官报告。

必须承认,上述种种“小心驶得万年船”的谨慎做法,尽管是技术派律师自保的必要策略,但在一些个案中却可能导致对当事人利益保护不力。也就是说,考虑到强势对手的反击能力,加之执业规范的模糊性,技术派律师往往并没有真正穷尽法律武器以维护当事人利益。那些对律师有风险但对当事人有利益的法律武器——比如调查取证权——往往被这些律师有意放弃。至于像党琳山律师这样明知退庭罢辩于法不合却依然行之的做法,在技术派律师看来显然不够明智。

3. 死磕派律师: 依势博弈与“曲线救国”

“死磕”一词用于辩护律师,源于黑龙江律师迟凤生在贵州小河案中无意之间的一句俗语,但因其极为形象,经社交媒体不断放大后,迅速成为一个众所周知的标签。^[47] 所谓死磕性辩护,有律师定义为“针对办案机关在程序上的违法行为,以较真的态度和方式所采取的针锋相对的抗争,多表现为审辩冲突”。^[48] 有学者将其总结为“庭内对峙+庭外造势”。^[49] 笔者倾向于借用社会学者董海军提出的“依势博弈”理论,将死磕辩护定义为社会多元化背景下对抗性辩护向博弈性辩护的演化,即与公权对抗的弱势一方在深刻洞察公权结构及自有资源的前提下(知势),通过问题化和污名化等策略(造势),借用代理人、关系网络和特殊事件(借势),巧妙找准博弈时机、对象和方法(用势),寻求在博弈场域中的最佳位置,力求实现以弱胜强。^[50]

死磕辩护的“知势”体现为对法院所处权力结构的精准把握。死磕律师深知,法官虽然在诉讼框架内具有绝对权威,但在诉讼之外却必然受到行政、舆论和政治的多重掣肘。如果律师仅在诉讼框架内据理力争,一旦法官比较强势,抗争效果通常极为有限。但是如果成功地将案件推向舆论关注的焦点,就可能将“案件”变成“事件”,使其脱离法官的控制范围,进入更为广泛的政治和社会场域。鉴于当前的政治逻辑和权力结构,一旦司法个案演变为舆论事件、社会事件甚至政治事件,法院背后的决策力量就可能迅速介入,并以“讲政治”“讲大局”的高压态势将越轨的诉讼程序扳回正轨。一个典型例证就是李庄被控合同诈骗的所谓“第二季”审判,由于社会舆论几乎一边倒,连当时风头正劲的薄熙来和王立军也不得不有所顾忌,最终让检察机关在法院宣判前撤诉,避免了“冒天下之大不韪”。^[51] 而在莫焕晶放火案中,一片喊杀的舆论大势本不利于被告人,但除此之外,毕竟还有诸多民众关心物业和消防的潜在责任,因为这才是与局外人息息相关的利益所在,也是法院不敢贸然忤逆的力量。党琳山律师最终之所以“借势”成功,相当程度上造成杭州中院的被动,正是基于对这一背景的精准把握。

[47] 身为死磕律师一员的杨学林律师对此有专文介绍。参见杨学林搜狐博客:《论死磕派律师》(<http://yangxuelin1513.blog.sohu.com/302268199.html>,最后访问时间 2018-01-10)。

[48] 见前注[47],杨学林文。

[49] 见前注[9],方娟文。

[50] 参见董海军:《依势博弈: 基层社会维权行为的新解释框架》,载《社会》2010年第5期。

[51] 关于该案出乎意料的撤诉,参见申欣旺等:《李庄案庭审直击》,载《中国新闻周刊》2011年第16期。

当然,仅仅“知势”尚不足以区别死磕派和技术派。死磕律师的最大特点在于善用案件中的舆论卖点“造势”。其首选方案就是以弱者尤其是蒙冤者为博弈的武器,通过展示肆虐的权力对弱者的伤害来激发公众的同情和关注,从而既建立起弱者对于滥权者的道德优势,又促成对滥权者的舆论压力。^[52]死磕律师于此可谓驾轻就熟,因为常有现成证据揭露公权力的肆意乃至残忍,而不管是网民还是传统媒体都对此较为敏感,容易迅速形成舆论焦点。不仅如此,通过对冤情的形象化展示,以及对个别官员的污名化,既能直接塑造一幕“冤案与酷吏”的现代悲剧,又能将纯粹的法律问题打上强烈的伦理烙印,让律师从“为坏人说话”的“魔鬼代言人”俨然转变为“舍得一身剐,敢把酷吏拉下马”的“孤胆英雄”。^[53]这一策略在李庄案、贵州小河案和北海律师案等个案中尤其明显。相比之下,虽然故意纵火导致母子四人死亡的莫焕晶断不至于让公众同情,但党琳山律师通过暴露杭州中院的强势甚至“别有用心”,也成功地实现了“造势”目的,赢得了舆论的广泛关注,其中甚至不乏相当的支持声音。

“造势”的目的是为了“借势”和“用势”。死磕律师精心打造“冤案与酷吏”的故事之后,还需要借用有效的宣传渠道将其扩散,否则再激烈的死磕也只会悄无声息。实际上,“冤案与酷吏”总难杜绝,死磕式辩护也从来不缺,但死磕律师之所以在近年来才获得普遍关注,最根本的原因即在于网络尤其是微博、博客和微信等“自媒体”的发展,为律师在传统媒体之外获得舆论关注提供了可能。可以这样说,没有网络,尤其是没有微博,几乎就不可能有死磕律师。^[54]但是网络议题转换极为迅速,大同小异的“冤案与酷吏”故事也会导致观众“审丑疲劳”,故而死磕律师可能不得不采取一些反常规做法以博取眼球。比如死磕派中的代表性人物杨金柱律师和李金星律师,先是在吴昌龙案中给福建高院院长“送红薯”,后因孟荣展案在北海市银海区法院门外绝食抗议,^[55]虽然其行为不可谓不出格,但在赢取舆论关注方面却异常成功。在莫焕晶放火案中,党琳山律师在庭前亦曾尝试通过新闻媒体引发公众对物业和消防责任的关注,但有限的新闻报道并无多大效果,最终只有在他做出不无极端的退庭罢辩行为之后,才赢得了各路媒体的迅速聚焦。

需要承认,对多数死磕律师而言,“造势”和“借势”获得的眼球和聚光灯并非最终目的,只不过是借以影响法院判决的工具而已。一旦获得足够的舆论关注,“用势”往往属于顺水推舟。毕竟在强大的舆论压力下,法官背后的决策力量可能不得不直接介入,进而实质性地改变案件走向。至此,死磕律师就完成了一次漂亮的“曲线救国”任务:在法庭上,律师确实无法说服法官;但在法庭外,律师通过对“冤案与酷吏”的不断渲染,借助互联网这一传播平台,成功地引发了舆论的高度关注,进而推动法官背后的决策力量介入案件处理。律师把战场扩展到法庭之外,把诉求对象变成了公众和法官背后的决策者,最终迂回地实现了对法官裁判意志的影响。案件审理确实始于法庭也终于法庭,但中途却必须“绕法庭而行”。^[56]这种“一物降一物”的循环博弈游戏,正是死磕式辩护的根本逻辑所在。

最后,需要特别指出的是,尽管对权力结构的深刻洞察和对大众舆论的巧妙操控才是死磕辩

[52] 参见前注[50],董海军文。

[53] 参见前注[9],兰荣杰文。

[54] 比如陈有西律师的博客(陈有西学术网)截至2018年1月30日时点击量就高达68 266 991次,他的微博关注人数超过69万人。斯伟江律师的新浪微博在被销号以前也有26万关注者;甚至在其不断被销号进而不“转世”时,也基本能在短短几天内重新汇集上万“铁杆粉丝”。与刑辩界死磕律师多有交流的行政诉讼专业律师袁裕来,其新浪微博在被封号前“粉丝”数超过100万,被称为“律师界第一大V”。

[55] 参见张国栋:《两律师在广西北海被逐出法庭在院外绝食抗议》,载《南方都市报》2013年5月24日,第AA24版。

[56] 杨先得:《刑事司法中律师庭外言论法律问题探讨》,载《政法论坛》2015年第2期。

护的精髓,但对事实和法律的精准把握同样重要。成功的死磕派律师绝非徒有一腔热血的莽夫。坊间有云:“要做死磕派,先做技术派。”扎实的专业基础和丰富的执业经验是死磕的前提,事实和法律也是死磕律师最常用的武器和最终的依靠,否则“死磕”将很可能等于“磕死”。一些被贴上死磕标签的知名律师,比如张培鸿、周泽、杨学林、陈有西、斯伟江和徐昕等人,本来就是实务界较为公认的业务精通的律师。党琳山律师在莫焕晶放火案中的辩护方案,尤其是对物业和消防的潜在责任紧追不放的策略,其实也体现出了他的专业素养。

行文至此,论证结果似乎指向一种对党琳山律师的“同情式理解”。从有限的公开信息来判断,至少在应否通知关键证人出庭作证的问题上,杭州中院的决定多少值得商榷。莫焕晶即使罪行确凿,甚至依法该处死刑,党琳山律师身为其辩护人,也有义务竭尽全力寻求从轻量刑。而物业和消防是否失职,对四被害人死亡结果是否有介入作用,可能是最关键的辩护点。鉴于在卷证据不够详尽,传唤相关人员出庭作证就成为辩方最大甚至唯一的希望所在,但杭州中院一条口头回复,就把这一希望直接扼杀。面对如此强势的法院,摆在党琳山律师面前的选择无非有三种:一是顺水推舟当个形式派律师,敷衍走完审判程序,也成为法院从重从快判处莫焕晶的帮手;二是仅以现有书面证据为基础,尽最大努力在技术上完善辩护意见,尽管明知不会有实质效果;三是采取相对极端的死磕方式延缓庭审进程并争取舆论关注,进而希望借助舆论压力迫使法官背后的决策者改变案件走向。这其中没有一个两全其美的选择,要么对当事人利益保护不周,要么对法庭尊重不够。党琳山律师最终选择违背法院命令退庭罢辩,尽管手段上于法不合、效果上也差强人意,但其动机也算情有可原。归根结底,或许正如陈兴良教授评价死磕律师时所言,“律师之所以不像律师,首先是因为法官不像法官”。

然而,更进一步的问题在于,即便本案中可以同情式地理解党琳山律师的行为,但我们在未来的案件中是否应当制度化地容忍辩护律师退庭罢辩呢?除此之外,对于其他直接挑战法庭尊严的死磕式辩护行为,如果律师的初衷确属维护当事人利益,我们又应当给予多大的包容空间呢?

三、死磕式辩护的未来及其界限

如前所述,在西方法律传统中,律师对当事人的义务一般要服从于律师对法庭的尊重义务,因为“法庭官员”是比“热忱代言人”更为优先的律师角色定位,至少在规范和理论层面一向如此强调。但我国刑事司法的权力结构相对特殊,法官更容易受到庭外力量的影响和干扰,现有诉讼机制对辩方权利的保障和救济也不完善,导致当出现党琳山这样当庭抗命径行退庭的辩护人时,我们可能还需要加以同情式的理解。然而在笔者看来,尽管中西之间在司法体制和诉讼机制上的差异将长期存在,却依然不能构成容忍中国刑辩律师动辄以死磕方式随意挑战法庭尊严的理由,即使律师的出发点是最大化地维护当事人利益。

首先,多数死磕案件并未给当事人带来明显利益,相反只留下一地鸡毛。死磕的效果通常取决于舆论关注度,但并非每一次死磕都能成为舆论焦点。实际上,几年以来坊间学界耳熟能详的死磕案件,大概总共也就数十个。更多的案件要么是缺乏新闻卖点,要么是律师的“造势”能力不足,要么是官方的反击迅速而坚决并将其消弭于悄无声息中。在这些未能成为新闻焦点的死磕案件中,辩方期待的足以左右法官意志的庭外力量并未出现,留下的只是依然强势的法官,以及律师和法官短兵相接后的一片狼藉。更麻烦的是,由于自媒体时代议题转换的速度越来越快,公众对“冤案加酷吏”的敏感度越来越低,传统的“造势”手段如较真、退庭、举报等引起的舆论关注越来越少,必然导致死磕成功率越来越低。最近一两年刑辩界死磕现象相对沉寂的局面,可能就是最有力的证据。

其次,死磕策略也有可能损害当事人利益。从常情常理分析,一旦律师选择直接挑战法庭尊严,

甚至指名点姓质疑法官操守，除非舆论压力超过法院承受力，否则几乎一定会遭到强力抵触甚至变本加厉的报复。报复的对象除了律师本人外，更可能的显然是刀俎上的鱼肉一般的当事人。“闹得越凶，判得越重”，死磕不成的直接结果，往往不仅是量刑优待的取消，甚至还包括以“认罪态度差”等酌定情节从重量刑。即使仅仅报复辩护律师，当竭尽全力保护当事人的律师被剥夺了辩护人资格，换上的几乎一定是“循规蹈矩”的法律援助律师，这对当事人而言，多半是“丢了西瓜捡了芝麻”，得不偿失。

再次，死磕的目标是搅动舆论压制法院，而其初衷恰恰又是抵制法庭遭到的不当外界干扰。如此双重标准、以毒攻毒、自相矛盾的做法，虽然可以凭借目的合法性聊以自慰，但终归免不了手段非法的责难，以及“只许州官放火、不许百姓点灯”的尴尬。不仅如此，随着死磕成功案件的增加，法院和法官本就不如人意的独立性必然进一步弱化，长远看来显然不利于法治体系的建设。而且一旦出现这种局面，律师不管是作为名义上的法庭官员，抑或是社会中的普通一员，都可能成为间接受害者。

最后，姑且不论死磕的效果如何，仅基于死磕律师对法庭程序和法官操守的公开质疑，以及法官对律师的反击乃至报复，尤其是为了吸引眼球而不断创新的“行为艺术”等死磕手段，在引发公众猎奇心理的同时，也在不断伤害司法体系及法律职业的形象，降低公众对司法程序及其产品的信任。作为同舟共济的法律共同体之成员，一旦司法整体滑向“塔西佗陷阱”，那么不管是法官还是律师都将深受其害。这一点也正是英美传统上一直强调律师的“法庭官员”角色的关键原因。

当然，死磕辩护并非一概乏善可陈，实际上也多有闪光之处。除了少数成功的死磕案件将一度走偏的司法程序扳回正轨的例证外，死磕辩护最大的贡献还在于引发公众对刑事司法的关注和讨论，从而有助于增强公众对司法的监督，促进司法制度和诉讼制度的改革。典型例证包括源于李庄伪证案的2012年《刑事诉讼法》修改时的“李庄条款”，^[57]以及以任建宇等案为导火索促成的2015年废除劳动教养制度。除此之外，死磕辩护还在一定程度上改变了律师与法官之间的角色关系，使以往习惯性“匍匐于法官面前”的刑辩律师，开始成规模地在法庭上昂首挺胸，从而有助于建立相互平等、互相尊重的审辩关系。

但总体来看，即便是以维护当事人利益为出发点，挑战法庭尊严的死磕式辩护一般也是弊大于利，尤其从长远和全局来看更是如此。只有当律师的死磕行为成功聚集到足够的舆论关注，才有可能扭转个案的走向，甚至进一步推动制度的进步。正是因此，简单地支持或反对死磕式辩护并无意义，真正重要的是，通过律师的职业伦理规范为死磕辩护设定合理的边界，将其定位于极端情况下的极端选择，避免过多、过广地滥用死磕手段。

具体而言，一是要建立当事人同意制度，即只有在当事人合理知晓死磕的内容及风险，并做出明确授权的情况下，才允许辩护律师诉诸法庭的对抗行为。二是穷尽法律武器制度，即律师只能在穷尽现有法律框架内的救济机制后，才能采取相对极端的死磕策略。三是确认死磕辩护的比例原则：一方面要将辩护行为对各诉讼参与人及法庭的伤害减到最小；另一方面要求死磕的侵害性与律师意图保护的当事人利益成比例。唯有如此，才能将死磕辩护这一带有相当中国色彩的刑事辩护策略纳入良性轨道，协调好当事人利益与法庭尊严、法治建设等公共利益间的微妙平衡关系。

（责任编辑：林喜芬）

[57] 学界普遍认为，2012年修改后的《刑事诉讼法》第42条第2款的规定，也即在追究辩护人伪证罪时须由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理，应当是源于李庄案中有关重庆市公安局江北分局是否有权侦查李庄的伪证行为的争议，因此这一条又被称为“李庄条款”。