

律师刑事辩护中的职业伦理

——中美比较制度与实践对话录*

柏恩敬** 刘思达*** 整理

目次

一、律师的调查义务
二、律师的沟通义务

三、律师的坦诚义务和忠诚义务
四、律师与媒体交流中的义务

刑事程序是律师职业伦理最好的试金石。2012年《刑事诉讼法》修订后,中国律师在刑事辩护过程中的权利保障显著增强,不仅在侦查阶段就能以辩护人身份为犯罪嫌疑人提供法律服务,在调查取证和非法证据排除等方面也都较此前有了更多程序性权利。然而,更多的权利也意味着律师在实践中要对当事人和法庭承担更多的职业伦理义务,但目前国内学界对于律师职业伦理问题的探讨还基本停留在理论层面,缺乏以案例和实践经验为基础的研究。中国律师在刑事辩护中都遭遇了哪些具体的伦理问题?对这些问题是如何处理的?又有哪些国外经验值得我们借鉴?对这些问题都还没有令人满意的答案。

正是在这样的背景下,中美双方五家机构举办了两次研讨会,从四个由中美刑事司法实践中提炼出来的虚拟案例出发,深入讨论中美两国律师在刑事辩护中的调查义务、沟通义务、坦诚与忠诚义务、与媒体的关系等问题。以下的对话录正是基于两次研讨会的记录整理而成。

* 2016年12月30日、31日,由纽约大学法学院亚美法研究所(U.S.-Asia Law Institute)主办、京都律师事务所、炜衡(上海)律师事务所、中国政法大学法学院、上海交通大学凯原法学院协办的以“中美律师职业伦理比较”为主题的两次研讨会分别在京沪两地举行。研讨会参加者有北京和上海的众多资深律师与知名学者以及纽约大学法学院的兰迪·赫兹(Randy Hertz)教授、柏恩敬(Ira Belkin)教授和纽约 Ballard Spahr 律师事务所的合伙人查尔斯·斯蒂尔曼(Charles Stillman)律师。

** 纽约大学法学院教授、法律博士。

*** 加拿大多伦多大学社会学系助理教授、社会学博士。

一、律师的调查义务

【虚拟案例一】

刘律师接受被告人琼斯父亲的委托,代理被告人琼斯参与的累计五起、连续发生在纽约市的抢劫案。刘律师接受代理时,被告人琼斯与其他三名共同被告人被警方逮捕,并被检方提起公诉。刘律师通过翻阅案卷资料获悉,被告人琼斯在警方讯问过程中对参与五起抢劫案的事实供认不讳。

然而,琼斯在与刘律师会见时表示,事实并非起诉书中所写的那样。琼斯承认参与了后三起抢劫案,但否认参与了前两起抢劫案。琼斯告诉刘律师,前两起抢劫案发生时,他并不在纽约市。当时他正在洛杉矶工作,并没有时间回到纽约市参与作案。

琼斯的话让刘律师心生疑惑。琼斯为什么承认参与了两起他并未参与的抢劫案?他是否被屈打成招?琼斯是否告诉了警方他有不在场的证据?对于这些问题,琼斯表示警方的讯问过于冗长,而且剥夺了他的睡眠时间。同时,警方保证,一旦琼斯认罪,他在案件处理过程中就能得到善待。恐惧、紧张、精疲力竭的琼斯不得不向警方供述了所谓“犯罪事实”,而并未提及他不在场的证据。

刘律师继续追问:琼斯是否能够提供不在场证据?是否有相关证据证明他当时在洛杉矶工作?由于琼斯在洛杉矶从事的是非正式的工作,工资是以现金方式支付的,琼斯表示没有任何正式的工作证明或者其他证据证明当时他在洛杉矶打工。但琼斯表示他认识不少人可以证明案发当时他正在洛杉矶工作,比如他的妻子,另外还有和他一起工作的同乡。琼斯建议刘律师向他父亲了解情况,以便寻找那些能为他提供不在场证明的人。

【主要讨论问题】

1. 刘律师是否有义务收集当事人的不在场证据?如果有该项调查义务,其法律依据是什么?如果没有,为什么调查义务没有成为中国法下维护当事人合法权益的义务或者美国法下积极维护当事人利益的义务的一部分?
2. 如果当事人已经做出了认罪供述,律师的调查义务是否仍然存在?如果当事人向律师承认犯罪,或者律师本人认为当事人涉嫌此罪,律师是否还需要履行调查义务?
3. 如果律师没有收集当事人的不在场证据,对该律师将造成怎样的后果,对其当事人将产生怎样的后果?
4. 如果律师决定收集不在场证据,该建议他如何取证?
5. 律师在核实案件事实时,如何减少被指控伪证罪或者妨碍司法罪的风险?

赫兹(纽约大学):在美国一个人被定罪以后,如果以律师无效辩护为由提起诉讼,要求撤销原判,是非常困难的一件事。但如果真要通过无效辩护推翻原案,一个可能的切入点就是你能够证明你的律师应该去调查取证,却没有去。有时候一个辩护律师应该去寻访不在犯罪现场的证人,他却并没有去做,这样的话他的行为可能构成无效辩护,构成撤销原来判决的理由。之所以有些律师不去调查取证,往往是有这样一种心态:即便我去追寻这个证据线索,最后也可能无果而终。律师可能会认为,这样一个不在犯罪现场的证人,怎么可能会存在呢?或者怎么可能会对我们有用的呢?所以从开始调查之前,他就有这样一个事先的认定和判断,有了这样一个判断,就会限制他的调查范围。

提几点调查取证的建议:在首次接触到案件的时候,你要非常具有创造性地去思考,这个案件

在证据方面存在着哪些可能性。你还要思考另外一个问题,就是公诉人或者是警察所提供的案情,在多大程度上会限制你对这个案件各种可能性的想象。同时也不能完全相信自己的委托人,因为委托人掌握的信息也可能不全,而且所掌握的可能是扭曲的信息。

斯蒂尔曼(Ballard Spahr 律师事务所): 我们作为律师,应当把每个当事人看作是一个无辜的人来开展调查。律师如果时刻担心自己因为尽职的调查而受到追究的话,那就不可能做好工作。在我看来作为一个律师,你要是担心职业风险,就不应该做律师,应该去干别的事情。这并不意味着做律师就要莽撞。你去调查取证的时候,带一个人去,作为调查取证的证人。我们要尽职、勤勉、有决心去做好我们的工作,但是我们在做工作的时候,要牢记保护好自己,不要让自己陷入麻烦。

许身健(中国政法大学): 中国刑辩律师进行证据调查的现状,不是特别乐观。当下对于被告人的有罪判决率比例非常高,在此情形下,让检察官抱着无罪推定这样一种想法,是比较困难的。为了打破有罪推定,律师应该非常积极地热忱辩护,积极地进行证据的调查。但另一方面,我们也应该看到,在这么高的有罪判决率之下,有一部分刑辩律师对于被告人也抱着有罪推定的态度,因为消极不作为没有尽到调查义务,造成错案,造成冤案,却并没有受到任何的处罚。

另外要考虑《刑法》第 306 条律师伪证罪,这是悬在刑辩律师头上的达摩克利斯之剑,确实有很多律师被指控该罪。但是我们也应该看到第 306 条所针对的是律师积极做伪证,编造证据,它是一种危险,这种危险多大程度上能够成真,值得我们去考虑,306 条不能成为部分刑辩律师不积极尽到调查义务的挡箭牌。

还要考虑证据调查的方式问题,从目前来看,我们的刑事辩护比较关注的是卷宗,从卷宗当中寻找矛盾,寻找问题。我个人认为应该把证据调查的范围放得更广一点,不能将全部的火力几乎都集中在书面案卷当中,这是一种防守式的辩护,应该倡导一种进攻式的辩护,把证据调查的范围扩大一点。

毛立新(尚权律师事务所): 还有一个非常重要的渠道,就是与在押的犯罪嫌疑人、被告人的会见,和他本人进行深入的沟通,他会说出来很多在供述笔录上所没有的东西——那些东西他可能说过,但是侦查员是有选择地记录的——包括一些无罪的证据,更多是一些量刑的情节。比如说我办理一件案件的时候,从案件材料本身看不出当事人有任何投案自首的行为和迹象。但是会见的时候,我问他怎么被抓到的,他说那天都准备好了,收拾行李准备到公安局自首去,一出门就被警察抓到了,按照中国《刑法》规定,投案途中被抓获是构成自首的。但是警察取证的时候完全没有提这个情节。我就问他谁来证明这个事情,他说第一他给父亲打了一个电话,告诉他我去自首去了。第二,他一个朋友开摩托车在楼下等他,载他去自首,他一开门一下楼梯就被警察抓到了。那就很简单了,找他父亲取个证言,或者电话的通话记录,找他当时在楼下的那个朋友问一下他那天是来干什么的,他说来载他去自首,自首最终就被成功认定了。

赫兹(纽约大学): 在看检察院提供的案卷的时候,我们不是看里面写了什么,而是看里面没有什么。在看这些案卷的时候,你心里要问一个问题,如果一个检察官是称职的检察官的话,他会怎么做? 有一些证人和线索,一个好的公诉人是应该去追究的,如果你发现没有这些证人和线索相关的信息,就要想为什么相关的信息没有出现在卷宗里面? 可能他的工作没有做好,这个时候你积极去进一步调查这个证人,或者去发现这样的书证,也许会找到对己方有利的证据。也可能不是因为他的工作没有做好,疏忽了,而是因为他是故意的,可能已经去做了调查,已经做了询问,但是发现结果对其不利,所以没有把这个事情记下来。无论如何,调查取证是我们最终赢得案件的最佳手段和方法。

邹佳铭(京都律师事务所): 我也可以分享我办过的一个案子,是一个中国留学生在加拿大涉嫌杀人。我们看了案卷之后,发现很大的纰漏,因为指控他在出租的房间把女朋友杀死之后,用车把尸体转移到郊外很远的地方,但是在整个证据体系里面没有沿路车子的相关的信息。还有一个很重要的线索,是被告人在转移尸体的时间段有打电话,这是一个很重要的证据,如果说能够调取到打电话的时间点他的位置的话,就能证明他确实有转移尸体的行为。但是这两个关键的证据都没有在案卷中出现。我们委托了另外一个律师到加拿大,去找当时的办案警官,这个警官没有接待我们,我们找到了一个他们警局退休的警长,他说在这种情况下,警方按理就应该会调取这个证据,但是没有,很有可能就是调取的证据是对控方不利的。当时我们在法庭上就指出了控方证据体系中间的问题。如果我们只看卷中有的证据,会被控方思路牵着鼻子走;而要把自己作为一个侦查人员去思考这样一个案子需要什么样的证据,如果没有,要考虑到有的时候不是控方的疏漏,而是这种证据是对辩方有利的。

王誓华(典谟律师事务所): 在调查取证过程当中,如何来进行取证,如何来进行防范? 我的一个基本思路是倾向于对每个案件客观材料的调取,客观材料调取之后,证人作为组成证据进行取证。我的一个案例,一个老板被指控骗贷款 3.2 个亿,公安机关给他公司的上上下下 18 个证人做了笔录。这个案件我就调取了 364 份客观材料,是从银行和他们公司调取的,形成这几笔贷款的整个脉络很清楚,并且查到了这几笔款都是当天贷出,当天出账和入账都在一个银行。把这些客观证据调查了之后,我再找财务人员,找了 8 个人做了笔录,同时进行录像。因为现在在我们刑事侦查过程当中,刑事侦查权十分强大,他们可以对证据进行比较随意的筛选,有些时候是在制造证据。所以我认为在律师调查取证的时候,我们要去扒这些客观材料,再去找人证补充。我的理念是可以把律师取证的风险降到最小,但是绝对不会是零,不可能的。不做律师可以,只要你做律师,这个风险肯定存在。

赫兹(纽约大学): 我们有时会请一些私人侦探来协助调查,原因就是为了保护律师本人,将律师隔离。我在做法学教授之前,在华盛顿特区做法律援助律师,处理过各种各样的案子,包括街头犯罪等。我有时候会去寻访控方的证人,我会带着侦探一起去,在侦探在场的情况下,问证人一些问题。我作为一个律师,对案情是比较了解的,知道怎么发问可以了解到我想要的信息。同时对证人直接发问的话,可以和证人有一定的互动,可以知道证人对我的问题的反应。对法官来说,如果派一个侦探去调查的话,他可能会怀疑侦探会操纵证人,但是如果是一个律师去调查,他就会更加相信一些。

现在我在法学院教授法律诊所课程,学生在诊所老师的带领下去代理真实的案件。我们经常代理青少年案件,我会派遣我的学生调查这些案件,学生会结伴而去,一个作为辩护律师的身份,一个作为侦查员的身份。经常情况下,学生去控方证人家的时候,会受到控方证人的邀请,进去聊一聊,即便我们的学生已经明确告诉他们,他们现在的身份是辩方的辩护律师和侦查员。因为他们都是学生,比较容易有亲近感,证人经常滔滔不绝,叙述整个案件的情况,这里面会透露出很多对我们有用的信息。后来公诉人知道我们去找过他的证人之后,非常愤怒,问证人说为什么你要说这么多,让他们了解那么多,这时候证人往往会撒谎,说我那个时候不知道他们是给被告人工作的。所以我就给我的学生明确交代,去找控方证人的时候,第一件事情就是签署一份知道我们是为被告方服务的文件,我们总是要做好防范,保护自己。

张绍谦(上海交通大学): 在中国刑事诉讼辩护制度的设计上,基本制度和美国差不多,也是三角形的构造,也是法官、公诉人、辩护律师。差异可能在具体操作的一些标准上。如果遇到案例中提到的被告提出我当时不在现场,没有犯罪的时间也有证人,律师可以去调查的情况,如果律师知

道被告有这样的要求,并且确信被告可能是无罪的,但是没有尽到责任、没有去调查的话,对律师会产生什么样的不利后果?在这个问题上中国是没有法律制度设计的,不像美国的无效辩护。由于没有这个制度设计,就导致了律师即使没有履行这个责任,从法律上也很难找到追究他职业责任的法条。当然司法部有关律师的一些纪律条例里面有,但是在具体操作上很难有操作规则和证明标准,因此在这点上,中国律师在尽责方面主要还是靠自身的责任感,和自身对法律职业的尊重。

《刑法》第306条的立法本意是为了避免我们律师在执业当中去实施一些明显的违规违法行为,从而妨碍刑事诉讼的正常进行。但是因为法条设计过于宽泛,导致在实践中一旦出现一个案件中律师和证人发生了冲突,而这个证人恰恰做出一个和以前不一样的证言,就会导致公安机关可以随时回过头来用这一条对辩护律师采取措施,先把你抓起来再查,不给你辩护的机会。1997年《刑法》修改之后,发生了上百起律师被追诉的案件,说明律师的风险的确很大。那么遇到这种情况该怎么办呢?如果我是律师的话,就尽量想办法,能不能先找到他不在现场的其他证据,如果一定要和证人接触的话,那就要找第三方在场,不能自己单独接触证人。但是我们中国没有宣誓制度,所以只能跟证人说你不可以作伪证,作伪证要负法律责任。如果证人作伪证,在有第三方在场的情况下,至少可以减轻未来被公安抓住把柄的风险。

林东品(博和律师事务所):目前在中国对于律师的职业伦理,特别是刑辩律师的职业伦理,法律规定是缺失的,这个缺失更多地表现在义务规定的缺失,相反作为限定的条款是大量存在的。我觉得在没有法律保障的情况下,要求律师履行职业伦理是不道德的。为什么这么说呢?因为我们现在存在大量的、非常高的职业风险,调查取证的问题,会见过程中的证据和核实问题,所以职业操守一定要建立在规则之上。

在中国法律当中,如果我不去调查,是没有法律后果,没有法律风险的,最多是道义上的追责。人民法院绝对不会说因为你道德而追责。因为就整个刑事诉讼的设计来说,指控被告方有罪的责任在于控方,辩护人通常来说没有证明他无罪的责任,更多的是证明控方的指控不成立,看控方的指控能不能达到充分、确实,能不能达到排除一切合理怀疑。在调查取证的时候,首先要做好自我保护,下一步再给我们的被告人更好的辩护。这两者的关系是有取舍的,在某种意义上是需要牺牲一定的公益的。

李琦(炜衡律师事务所上海分所):我不认为我们的调查有制度性的基础,更多的是源于律师的自觉和责任。实际上我们的立法是国家本位的,非常清楚,更多的制度都是在说律师可以去辩护,但是不可以捣乱,要保证公检法的流程顺利进行。律师调查需要经过各方面的同意,比如说你要去了解证人,要经过证人的同意。但是在我们没有一个很好的证人保护制度的前提下,证人怎么可能同意?你要去了解控方证人的话,需要检察机关、法院和证人的多重同意,这很难办到。

二、律师的沟通义务

【虚拟案例二】

被告人高某因涉嫌为贩毒组织洗钱而被捕起诉。公诉机关宣称,高某通过向他与合伙人徐某为洗钱目的专门设立的房地产公司投资的方式,为当地的一个贩毒组织洗钱。被告人家属委托辩护律师李某为高某进行辩护。

在聘用李律师之前,高某在警方的审讯中承认了所有指控,并承认他知道他所投资的资金来自毒品交易。当李律师在看守所会见高某时,他询问高某其认罪是否因受到刑讯逼供。他还告诉

高某：“如果想要推翻先前的供述，必须要对你为什么认罪做出合理的解释。如果你在做之前的供述时受到过刑讯逼供，那么必须在法庭上提出。”

在会见高某的同时，李律师还向高某宣读了其他同案犯的讯问笔录材料，这些供词都确认高某和徐某为贩毒组织进行了洗钱。李律师还向高某透漏，他的合伙人、重要同案犯徐某，仍然在逃。在此次会见的尾声，李律师向高某透漏，高某的妻子告诉警方，高某并不知道他投资的钱来自毒品交易。高某只是按指示将钱进行了投资，但并不知道钱的来源。

在庭审时，高某推翻了之前的认罪供述，称之前的供述乃遭到警方刑讯逼供所致。他还表示他并不知道他投资的这笔钱是贩毒的收益，这与其妻子对警方的说法相印证。负责本案的公诉人和侦查机关被高某突然撤回供词的行为所挫，随即针对李律师可能的伪证、“串供”及伪造证据等妨碍司法的行为展开了调查。

【主要讨论问题】

1. 李律师询问被告人高某其供述是否受到刑讯逼供，以及建议高某在庭审中提出其被刑讯逼供以推翻其供词的行为，是否不当或者不符合职业伦理？

2. 对于同案犯向本案侦查机关所做的陈述，李律师是否有义务向被告人高某告知其内容？法律是否允许李律师这样做？

3. 李律师是否有义务告知被告人高某，本案同案犯中有一人仍在逃，并且不会出现在庭审中？法律是否允许李律师这样做？

4. 李律师是否有义务向被告人高某告知其妻子的陈述？法律是否允许李律师这样做？

梁雅丽(京都律师事务所)：这个案例所说的情况在中国是比较常见的。我们作为刑辩律师在跟当事人沟通的时候，要讲究一定的方式方法，内容要分层次，对案件事实你应该仔细倾听他的陈述，倾听的过程中你可能会发现卷宗里没有的东西，因为陈述的前后原因以及中间的细节会讲得非常详尽，甚至你可以就这个过程问他，当时什么样的情景，有什么样的人，或者什么样的线索能提供给我们。通过这样一个程序，你会发现卷宗里没有的东西。

如果一案多被告的话，同案其他被告人的供述如何解决？当事人也会问，别人会怎么讲？但是你如果告诉他别人怎么讲了，因为趋利避害是人的本性，他可能会从有利于自己的角度去改变以前的说法，甚至可能就把一些客观的东西给隐匿掉了，你会发现不了，其实妨碍了你帮助他。同案被告人的供述或者证人证言，毕竟都是比较主观性的东西，作为同案的被告人他同样会趋利避害，说对自己有利的、对别人不利的。对于同案的其他人的供述，对你当事人不利的部分，我一般的做法，不会告诉他对方是怎么说的。我只是提出若干问题，根据同案被告人的供述对我当事人不利的若干问题。比如，同案的被告人会说，当时就是我的当事人持枪射杀了那个人，那我不能说别人怎么讲的，我会问他很多问题：当时持枪了吗？当时过程是怎么样的？你有没有持枪？你有没有可能接触到枪支？你所知道的现在死亡的那个人，当时你发现的时候他有没有什么异常？通过一些发问来对不利的部分仔细核查，来发现对当事人有利的部分。

吴洪淇(中国政法大学)：律师和委托人的交流，无论对于刑事辩护还是其他的代理来说，是一个根本性的问题，没有充分的交流，辩护和代理是不可能的。中美两国的规则有什么差异？我特别注意到美国规则的一个出发点，就是以委托人为中心，保障委托人和律师之间充分的交流，无论是美国律师协会规则，还是美国宪法修正案，律师不但有权利将许多信息告诉当事人，而且是必须告诉当事人，如果不告诉当事人，不仅可能构成一种职业上的不当行为，而且可以构成无效辩护。这里要强调的是要使信息进行充分的、畅通的交流，这是美国的一个基本做法。

反过来回到中国，我们就会发现中国所有规则的出发点，是把犯罪嫌疑人或者被告人作为重

要的甚至是最为重要的证据来源来使用。当我们把他作为一种证据来源来使用的时候，所有制度的出发点，就是防止他被影响、被污染，受到外界的各种影响，这表现在几乎 70%—80% 的犯罪嫌疑人、被告人在审前都会被羁押，羁押的原因就是防止他被污染。在 2012 年《刑事诉讼法》修改之前，律师的会见受到很多限制，会见会被监听，2012 年之后好一点，可以无障碍会见，除了三类案件之外。在庭前会见的时候如何进行交流，依然有很大的限制。在庭上，我们的律师和委托人中间隔了一个“太平洋”，当有什么问题的時候，双方不可能进行交流。

2012 年《刑事诉讼法》修改之后，第 37 条第 4 款规定，自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关的证据。2012 年学术界关注和争论的一个热点，就是哪些证据是可以核实的。学术界对此存在着很多种观点，我只介绍其中最重要的或者说大家都比较有共识的一种观点。现在很多的律师甚至公诉方都觉得辩护律师只能将有罪的实物证据告知你的委托人，言词证据肯定是不能告知的，包括证人证言、同案犯供述，这些是肯定不能告知的。再就是无罪证据，也尽量不要告诉委托人，这是许多律师的观点，可能是从保护自己的角度出发的。尽管现在法律赋予了律师权利，可以就证据进行核实，但是对范围做了非常狭窄的限定，这很大程度上妨碍了双方沟通和交流。

我也注意到在司法实践当中，很多实务部门会限定律师核实证据的方式，主要表现为两种。第一种方式是给很多律师戴上保守国家秘密这样一个“枷锁”。现在很多地方都是电子阅卷，阅卷后他就说所有这些都是国家秘密，你把这些内容告诉你的被告人，你可能就涉嫌泄露国家秘密。这是一种方式。还有一种方式，我注意到有些地方规范性的文件，比如说浙江省 2014 年发布了一个保障律师职业权利的若干规定，就谈到了刑辩律师在会见犯罪嫌疑人和被告人的时候，除了核对犯罪嫌疑人和被告人本人的口供和辨认笔录之外，不能把办案人员复制的案卷材料给犯罪嫌疑人和被告人看。这就从规范性的角度上，直接做了一个限定。

还有最后一个问题，目前律师职业规范的建设也没有跟上，比如律协关于律师参与刑事诉讼办案规范，里面反复在强调，不得向犯罪嫌疑人提及同案犯罪嫌疑人以及亲友。所以总体上概括来说，就是中国的职业规范还没有跟上刑事辩护新的发展趋势。原来旧的做法，导致了很多律师在这个方面特别谨慎，很大程度上妨碍了双方有效的交流。

柏恩敬(纽约大学)：我第一次看中国的《刑事诉讼法》，看到“串供”这个词，觉得不好翻译。我做检察官的时候，碰到一个证人，觉得这个证人的证词重要，我们一定会用合法的方法，把这个言辞证据固定下来。在美国是大陪审团制度，我们可以让证人在大陪审团作证，如果他做伪证，构成犯罪。到了最后开庭的时候，他改变证词的话就要负法律责任。所以我一直觉得很奇怪，为什么中国的公安机关或者是公诉人，对言辞的可变性那么害怕，因为你在查明真相，你就应该在做侦查工作的时候，搞清楚一些证人的证词是不是可靠的，如果是可靠的话，要用各种方法把它固定下来。被告人改变他的证词，或者其他证人改变他的证词，这个是要负责任的。

还有一点不符合逻辑，律师的阅卷权不是来自律师的身份，而是来自当事人的代理，事实上你是代替当事人阅卷，律师自己没有权利去阅卷，如果不是当事人的律师的话，你根本没有这个权利。你替当事人阅卷，但是又不能把所看到的内容跟当事人沟通，这是没有道理的。如果侦查机关可以认识到律师做这些事情，不是在行使他的权利，而是在履行他的义务，也许态度会更好一些。

赫兹(纽约大学)：有些信息可能当事人觉得披露出来，自己的面子上过不去，而且觉得这个信息也不重要，没有必要告诉律师。但是这样一个信息也许是非常重要的信息，可能会导致你发现更为重要的证据，最后赢得一场官司。如果你把案卷材料告诉他，当事人可能会突然意识到，即便

再难堪,也必须向律师披露这样的信息,通过披露可能会发现更多有用的证据。

斯蒂尔曼(Ballard Spahr 律师事务所): 在一个案件当中,有一个公诉人找到我,说会向你披露一个信息,但是这个信息不能跟被告人说。我就问他这样一个信息对于我的辩护是不是很重要的,对方说是。我就跟他说,你不要告诉我,除非我可以告诉我的当事人,否则你就不要跟我说。归根到底最后要坐牢的话,也是被告人去坐,不是律师去坐,所以一切都得围绕着被告人的权利。

邹佳铭(京都律师事务所): 我最近办了一个指控受贿的案件,在接受这个案件很长的时间里面,被告人没有跟我讲,她跟行贿人之间存在着男女朋友关系,她认为这是个人隐私,她对个人隐私特别看重,而且觉得跟案子没有关系。但是在这个案件的阅卷过程中,我就很奇怪,为什么这个人跟她三笔金钱往来全部是他个人出的,而且高达数百万,一个人拿几百万给你去行贿,他是国有公司的老总,私人拿自己的钱去行贿,原因是什么?她一直对我守口如瓶,后来快开庭的时候,她告诉我,说跟他有二十多年的往来,两个人有很亲密的男女关系,这是一个至关重要的信息。庭上当我以询问的方式把这种关系引出来的时候,公诉人都呆了,这个庭开到下午两点钟,公诉人就要求休庭,现在是通知不开庭了。很多时候被告人本人对什么是重要的信息,是不知道的,而且她对信息的掌握,有很多的考虑,当然我们可以尊重她的考虑,我在开庭之前一直跟她说,说和不说是你的权利,律师只是提供服务,但是你如果不说的话,可能的后果是什么,如果说的话,可能的后果是什么,最后被告人做了一个艰难的选择,她在庭上很坚定地把这个事情说出来了,这对公诉人来说,是很出乎意料的一个点,案情出现了逆转。这说明律师和当事人的沟通是特别重要的,因为在中国控方取证的倾向性特别明显,在做案卷的时候,很多的时候对犯罪嫌疑人有利的信息不记,有利的线索不记,这不是例外,应该说是一种常态。

林东品(博和律师事务所): 在刑事诉讼制度上,现在司法改革中讲到直接证据原则,但是我们实践当中是采用卷宗主义,庭审中间是根据公安机关制作的卷宗来进行庭审,对事实查明和证据采信,最后达到法律的适用,这个与证人到庭直接言辞证据的制度是完全不同的。在中美的刑事诉讼制度当中,可以说庭审是一个根本性的差异。由于这样的一种差异,我们对于前面的证据核实,就会有不同的看法。有些做法可能美国法是允许的,但在中国是绝对禁止的。比如说内外串供的问题,被告人跟辩护律师说,你告诉我家里某某某,我们家里的出租房的某个角落里有一个化妆品,让她给我保管好。这个化妆品有可能是真的化妆品,但也有可能是毒品或者赃款赃物,那就可能涉及毒品或者赃款赃物的转移问题。那么这时候辩护律师就要有一个内心的判断,这种话到底要不要转达。我们在办案中还会碰到有人讲,请你转告我大哥,我们一时是兄弟,一世是兄弟,其他话都不要讲。这种话我们怎么转告?因为这个人是在逃的,那么这种话我们建议不能转告,绝对禁止。在法律强大的禁止状态下,随时会触犯刑事底线的情况下,我觉得对律师不能做出过高的要求。如果有这种要求,也是不道德的要求。

张绍谦(上海交通大学): 在美国律师看来,一旦证言、供述固定下来,怎么能够变呢?这在他们看来是一个不可理解的问题。改变可能就会面临是不是伪证的问题,因为肯定有一个是假的。但是在中国目前的环境下,这恰恰是一个问题。在中国的现行刑法中,被告人改变自己以前的供述,不存在构成犯罪的问题。而且我们侦查机关在讯问被告人的时候,律师一般是不在场的,法律也没有规定律师必须到场。因此你保证不了在供述的时候被告人本意是讲真话,但可能因为各种原因,出现理解错误、误导等,或者去讲一些不正确的情况。所以我们经常发现,针对同一个事实,被告人的供述出现多次变化,而且变化很大。我们也没有大陪审团制度,一旦在陪审团面前讲了,你就不能再变了,变了就是伪证。我们没有这个制度,所以就会出现可以改变,并且是随时可以改

变的问题。所以就出现了串供的问题：以前你讲的东西已经固定了，但是你知道新的情况了，根据新的情况修改你的内容，这个新的情况就可能是律师在自己的业务活动中掌握了其他的证据，然后将证据提供给被告，然后被告根据新的证据来改变自己做过的供述。这样就出现了串供。这是中国和美国司法制度不同的地方。再一个就是律师辩护权的来源问题，这在中国也的确是一个问题。美国律师的辩护权的确是从当事人那里来的，因此你必须一切为了当事人服务。可是我们的法律并没有说，你律师的辩护权只能是来源于被告和当事人的。我们的规定是辩护权是法律赋予你的，这似乎给予了律师独立的、不完全受到委托人制约的权利，所以就会出现律师在执业活动中如何处理和当事人的关系的问题。这确实也是一个难题。

赫兹(纽约大学)：我想补充一点，就是刚讲的所有权利，包括质证的权利，都是当时美国开国的国父们定下来的，他们就是要确保当时英国滥用司法的情况在美国不会出现。我们知道美国的检察官经常会滥用一些规则，那么结果就是联邦政府和州政府又制定了一些新的规则来防止这些滥用。比如，为什么会有米兰达规则，就是因为警察经常用一些违法的诡计来胁迫、骗取一些供述，甚至是虚假的供述。现在我们知道美国有些地方的规则是讯问要录像，因为我们知道有些警察会胁迫证人，没有录像的话警察也会说谎，所以好多州要求讯问必须要录像。但是如果你想做坏事，一定会有办法。比如在录像之前，先讯问完以后再录。我们现在说证据开示，检察官必须开放案卷上的信息，但是现在有一些案子检察官故意不把一些材料放在案卷中。我认为最重要的是我们应该有方法来找出这种滥用。谁最可能滥用权力？就是有权力的人。

三、律师的坦诚义务和忠诚义务

【虚拟案例三】

作为上述高某案的一部分(同案例二)，警察逮捕了高某的同案犯徐某，并对其进行讯问。徐某承认他和高某对贩毒收益进行洗钱，即以洗钱为目的专门设立房地产公司，并通过该公司用贩毒收益投资房地产。徐某在押期间，徐某的家人聘请了刘律师为其辩护。

刘律师在第一次会见犯罪嫌疑人前了解到徐某已认罪。刘律师也得知高某已翻供，并且高某及高某的妻子计划出庭作证，证明高某不知道他和徐某代表他人进行投资的款项是贩毒收益。

刘律师认为他应当将高某的计划告知徐某。刘律师告诉徐某，高某计划当庭作证，高某的妻子也计划当庭证实高某对钱款来源完全不知情。徐某告诉刘律师他是因为受到警察威胁才认罪，事实上，同高某一样，他也不知道投资款的来源是贩毒所得。

刘律师怀疑徐某可能是为了迎合高某的说辞而改变其供述，同时他可能准备作伪证。刘律师反复问徐某，但徐某坚持他告诉刘律师的第二种说法，也就是他和高某对于投资款是犯罪所得一事完全不知情才是事实的真相。

【主要讨论问题】

1. 尽管刘律师怀疑徐某有罪，但在庭审中为刘某做无罪辩护是否符合职业伦理？
2. 假设徐某告诉刘律师他和高某都明知他们的投资款是贩毒收益，但是他觉得他们可以瞒天过海。在这种情况下，刘律师做无罪辩护是否符合职业伦理？
3. 当徐某听说高某夫妇准备作证证明高某和徐某不知道投资款是犯罪收益时，如果徐某改变其供词并说高某所说为实，并且说自己此前的供述是因为受了警察逼迫而做出的，他们实际上并不知道他们代为投资的投资人是如何取得投资款的。基于以上事实，特别是徐某仅在得知高某夫妇准备作证的内容之后翻供，刘律师强烈怀疑徐某在撒谎并准备作伪证。对于徐某的翻供决定，

刘律师的职业伦理义务是什么？

4. 依照上述问题3的事实情况,如果徐某主动向刘律师承认他将作伪证。对于徐某的翻供决定,刘律师的职业伦理义务是什么？

5. 依照上述问题3的事实情况,如果徐某当庭作证他不知道钱款是贩毒收益,而作证结束后,徐某向刘律师承认他在作证时撒谎了,刘律师的职业伦理义务是什么？

赫兹(纽约大学):在美国,犯罪嫌疑人被拘捕之后,有一个认罪答辩程序,就是到法庭面见法官,由犯罪嫌疑人来决定认罪与否。在这个认罪答辩程序里面,当事人可以承认有罪,也可以否认有罪。如果他做出无罪答辩,就会产生无罪推定的假设,也就是说直至公诉人在法庭上排除合理怀疑地证明这个人有罪,否则这个人在整个法庭程序当中被假定是无辜的。当然在随后的法庭程序当中,任何一个环节,委托人都可以随时做有罪答辩,原来不承认,现在可以承认。除非被告人在中间做出了有罪答辩,否则法庭审理过程中,所有的参与方,包括法官和检察官、陪审团,还有辩护律师,都要在自己的行为上表现出无罪推定的这样一个假设,所有的行为都要假定这个人是无辜的。律师觉得他有罪这不重要,律师在这个过程中,就是代表委托人发出自己的声音,来检验公诉人所提出的主张,是不是能够排除合理怀疑的证明,不在于律师的主观判断。你觉得这个人是有罪的,不重要,要通过对抗证明他有罪。

我们提到美国律师协会的律师执业行为示范规则,如果律师明知一项证据是虚假的证据,那么就不应当把这项证据提交给法院。如果律师仅仅是怀疑委托人会作伪证,那这个时候还是得让他去作证,因为怀疑不等于明知,你只有在明知,才可以阻止这项证据走向法庭。

但如果当事人已经明确告诉律师要在法庭上做假证,现在律师就等于明知了。美国各州对律师有不同的职业伦理的要求,各州最高法院有最高的决定权。虽然各州的规定细节上有很多不同,但是大多数州在这种情况下,有什么样的规则呢?它们一般会这样要求:律师首先要尽力说服委托人,不要在法庭上做假证。如果没有办法说服,律师要尊重当事人的选择。选择作证是被告人的权利,他可以保持沉默,也可以选择作证。假如委托人说,我就是打算到法庭去作假证,这个时候律师就处于两难境地,一方面是要对法庭保持一个坦诚义务,另一方面要尽力协助自己的委托人,两者之间怎么来平衡?这种情况下,律师可能要做的第一件事情就是说我不干了,我不代理这个案子了。

但是很多情况下律师退出也不是那么容易,前面都代理得好好的,案子到了最后审判的阶段,你的委托人突然说要上证人席去作证,要说假话,你说不代理了,案子都审到这个阶段了,不代理了就很不方便,除非法官允许你终止代理,宣布审判失败,重新组织庭审再来进行审判,否则退不出来。那么在这种情况下,很多州就规定,律师可以答应委托人的要求,委托人如果愿意站在证人席去说话,你让他去作证,但是这个作证的方式跟平常作证不一样。平常传证人作证,或者是被告人作证,律师是通过问答的形式,让证人把他想说的证词一段一段地说出来。如果你明知他会说假话,他又想上庭作证,你不要以问答的形式,就让他在那里发表一个演讲,而不要通过问问题的方式,把他想说的假话引导出来。

这种安排显然是一种妥协,一方面照顾了当事人希望作证、作假证的想法,另一方面也使律师置身度外,因为他没有去协助当事人作假证。在法庭审理的最后,公诉人和辩护人都会分别做一个论证,利用庭审当中的证据来进行论证,公诉人先讲,辩护人在论证自己观点的时候,不得引用当事人在法庭上所作假证。为什么不能引用?这也是美国律师的一个职业行为规范,因为你如果引用的话,就等于为当事人所作的伪证背书,给这个伪证的证词增添可信性,这是不允许的。被告人已经作证了,法官也听到了,陪审团也听到了,他们愿意相信也可以相信,但是

律师不能为他的假证打保票。

田文昌(京都律师事务所): 这个问题确实非常复杂,我也思考过多年,现在在我的认识里面,也没有完全弄清楚。首先从律师的职责来看,是维护被告人的合法权利,所以在庭审当中,律师不负责查明真相,其没有查明真相的义务。为什么呢?因为在审判的规律当中,只有分工制约,才有利于查明真相,任何一个单方,都没有权利和能力去查明真相,所以多少年来才形成一个控、辩、审三方制约和对抗的格局,才能查明真相,这是审判规律所确定的。反过来,如果你认为律师有义务查明真相,恰恰相反,这却可能影响他、歪曲他。所以律师不代表正义,也不可能代表正义,只能通过三方的对抗的审判方式整体运作,才能实现公正。这是我认为的第一个前提,律师没有查明真相这个义务。

正因为没有这个义务,所以按照《刑事诉讼法》的规定,律师的职责就是依法对被告人做罪轻或无罪辩护。所以当律师怀疑甚至律师明知被告人有罪却拒不认罪的时候,你也不能做有罪辩护,你也必须尊重被告人的意思,做无罪辩护。当然我认为律师不能颠倒黑白,无中生有,但是你可以从证据的角度提出你的质疑。因为查明事实的责任在法庭,不在律师,证明一个犯罪事实的责任在公诉方,不在律师,他们提出各种质疑,最后还能证明他有罪,那他就有了罪。如果不能证明有罪,法庭不能定罪,那不是律师的问题。如果说明知道这个被告人有罪,律师做了证据不足的辩护,最后法庭也认定无罪,错判了被告人,责任在于公诉人的不尽职守,在于法官的失察。

所以有罪无罪的辩护问题比较好解决,难的是下一个问题,就是举证的时候怎么办。美国同行提出了几个问题,其中最难的一个是明知被告承认证据是假的,还有事后知道证据是假的,这个时候怎么办?这涉及律师对委托人保密的义务和律师对法庭忠诚义务之间的问题,确实是比较难的。我一直认为,律师的辩护和举证,存在着积极作为和消极不作为的情况。积极作为,律师宁可出假证,帮助他做假证,是积极作为。或可以采取消极的办法,不作为的办法,总之不能去揭穿和披露他。如果你披露他,显然违背了律师为委托人保密的义务,律师对委托人的保密义务如果被打破了,那么就整个颠覆了律师制度的根基,就没有被告人敢于相信律师、委托律师。这就像神父在听完忏悔以后揭发你一样,人人都向神父去忏悔,忏悔之后神父就去报案,神父这个体制就没有了。律师也是一样的,不管什么情况下,你去披露,律师制度就受到了挑战 and 质疑。所以,我个人认为,当你明知道它是假证或者事后知道它是假证的时候,你可以采取拒绝辩护,或者是消极的态度,让他直接陈述,你不做补充,但无论如何不应当去主动向法庭披露这个事实。

樊崇义(中国政法大学): 作为律师,当事人既然委托你,你一定要成为当事人最忠实的朋友,要忠于他,就像是一条战线上、一条战壕里的战友,这样亲密无间才行。为什么我要说这个问题呢?当事人都不信任你,你就搞不好辩护。前年河南要搞改革,研究法庭的设计,准备让律师和当事人坐到一起,不要离这么远,结果有一个律师站出来反对,说我坚决反对这个坐法。你不知道当事人是一个什么样的人,跟他坐在一起,把我杀了、打了怎么办?我说你既然当律师,受了人家的委托,就得要有一点牺牲精神。你得用这样一种精神,让他相信你,确实敢跟你讲真话。这是我的一个观点,律师是一个忠实的服务者,要服务当事人。

第二个观点,维护合法权益,不能披露当事人的隐私。他说了假话,你甚至可以拒绝为他辩护,也不能在法庭上揭露他,你要揭露就成了公诉人。你了解了情况,也要为他保密,要忠实于他,不得在法庭上揭露,不得向新闻媒体披露。按照我国的法律规定,有几个除外,一个就是当事人准备或正在实施危害国家安全和公共利益,以及严重危害人身安全、财产安全的犯罪事实和信息,这个不在保密范围之内,但不得在法庭上揭露,第一你拒绝为他辩护,第二下来通过你的律协、通过司法组织和行政机关来披露这个情况。也不得在公共场合和法庭上进行披露,这样披露就有损于

我们的职业了。

杨照东(京都律师事务所):有一个问题想问一下美方专家,刚才赫兹教授讲到当我们明知证人说假话,做假证,我们可以消极应对,不去问,最终评论的时候不引用证据,这似乎是自己置身度外,对自己有一个很好的保护。但是当你这样做的时候,你毫无疑问会让陪审团和法官相信这个人在做伪证,律师一改以前的做法,他不问了,这种不作为,显然坚决告诉了法庭这个证言是假的,这样一种坚决的告诉和这种不作为是不是损害了委托人的利益呢?是不是违背了法律赋予律师的职责和义务呢?

赫兹(纽约大学):我回应一下,这个问题是表达艺术而不是道德的问题,是一个策略问题,你做最后陈述和辩论的时候怎么去做的问题。我要是辩护律师,我会这样说,法官和陪审团已经听到了当事人的陈述,但是我现在做最后辩论的时候,我不想谈当事人的陈述,我要侧重于谈检察官的观点,因为检察官有义务排除合理怀疑的证明。然后一一列举检察官举出的例子,再做出评论,说检察官没有排除合理怀疑地证明我的当事人是有罪的,所以我的当事人是无罪的。前面也说了,这是一个很极端的例子,律师确信当事人在说谎。我想强调田律师提到的一点,大家在任何情况下都不应该忘记,在大多数的情况下,律师是不知道被告或者当事人是不是在说真话,也没法知道。就像田律师指出的,即便当事人告诉你他是他自己作的案,他可能是想替他的家人顶罪,或者替其他人顶罪。在美国有这样的案子,我们已经给被告定罪了,而且辩护律师也相信他们是有罪的,因为当事人做了有罪供述,事后证明这些人都是无辜的,错了。

斯蒂尔曼(Ballard Spahr 律师事务所):美国刑事司法制度有几个基石,第一个就是无罪推定,第二个即举证责任是在检察官排除合理怀疑的证明。但是如果当事人在审判时作证的话,举证责任马上改变了,一旦当事人作证,法官和陪审团判断的是被告是否说的是真话,而不是在考虑检察官是否排除合理怀疑的证据。其实法律的举证责任并没有改变,我只是从人性的角度说,只要被告作证,法官和陪审团都在想,他是不是在说真话?多年来我代理了很多当事人,当事人在庭上作证的时候,心里面想一套,嘴上说另一套,这个是很少的。

吴洪淇(中国政法大学):辩护人和其他任何人不得帮助被告人隐匿、毁灭和伪造证据,这里面有一个问题,什么叫不得帮助?当你在法庭上,明知道他说的是假的,你按照这个东西进行辩护,这算不算帮助?什么叫帮助,这本身有很含糊的地方。因为含糊性,导致很多律师会自觉不自觉地要去避免这种情况。因为我们是从刑法的角度来规定这个问题的,而不是从职业伦理的角度,这就导致一旦踏入了这条红线,后果是非常严重的。这是中美之间一个很深刻的差异。

刘思达(多伦多大学):在中国,伪证问题不只是一个律师伦理的问题,而是刑法的问题,尤其是《刑法》第306条。这种背景下,如果出现了这种当事人坚持要作伪证的情况,实际上中国律师面临的风险比美国律师要大。律师采取消极态度,不支持,辩护中不引用,但检察官还是可以说当事人翻供了,然后去追究律师的责任。在实践中作为刑辩律师,有什么措施来应对和减少这种律师妨害作证罪的风险?

邹佳铭(京都律师事务所):我们在实践操作过程中,要求所有的律师主动调取证人证言的时候,必须有两个律师在场,风险比较大的时候,我们会录音和录像,再极端的情形可以考虑公证。我们辩护律师在履行自己的职责和要承受的风险之间,要尽量做到一个平衡。

相憬晶(京都律师事务所):我曾经代理过一个贩毒案件,那个案件最终是无罪辩护,就涉及一个取证的问题,在取证的过程中,我们也同样面临着《刑法》第306条律师帮助做伪证的风险。刚才邹佳铭律师介绍了三种情况,一个是调查取证,一个是同步录音录像进行取证,再就是公证取证,那我采取的是第四种方式,我找了同行的一个律师。因为涉及侦查、审查起诉和审判三个环

节,在侦查环节律师是没有权利去取证的,只有到审查起诉环节才可以取证。我找了一个合作所的律师,由他去取证,来证明当事人没有作案时间,而到了审判阶段,我的这个同行就不参与了。因为审查起诉环节对抗性不是很强,到了法庭上之后,对抗性就特别强了。我就采用他取的证,来给当事人做的无罪辩护,这样我们就很好地化解了第306条帮助作伪证这样一个风险。

在这里我想问一下美国的专家们,当大家遇到这种情况的时候,取证比较困难,而且又危险,以律师的职业伦理的角度来说,在我们不得不取证的情况下,是否可以采取同行抱团取暖,或者是互助,来达到和实现取证的目的?你们采取什么样的方式,能不能给我们分享和介绍一下?

斯蒂尔曼(Ballard Spahr 律师事务所):你刚才所提到的风险,对中国律师和美国律师来说,都是真实存在的风险。我去寻访证人,或者潜在的我可能要用的证人的时候,我总是带着一个人跟我一块儿去,以防止这个证人将来会做出对我不利的事情。有时候我们也会把证人的谈话录下来,有时候我们会让这个证人写一个书面的证词,这个证词是他宣誓过的,也就是说经过公证的,所以我同意你的说法,就是在取证的时候,要尽一切努力保护自己,同时获得必要的信息。

安宁(盈科律师事务所):我在做检察官的时候,曾经有一个毒品犯罪的死刑犯,他对自己的犯罪行为竭力否认。当然他有特殊情况,他患了重病,生命即将结束,我们开庭都是去监狱开的。事实证明被告人在死刑执行命令下达之前,已经因病而去了,但是当事人自己是做无罪辩护的,辩护人做的是有罪辩护。当然他也有依据,就是《刑事诉讼法》规定的辩护人独立辩护的义务。但是从辩护制度设立的目的来说,我是不太赞同这种辩护的。因为当你的当事人在否定自身犯罪的时候,辩护人却说他是构成犯罪的,在构成犯罪的情况下是从轻的,我觉得这个场面就非常尴尬。当然另外一种情况是可以的,就是你的当事人承认自己有罪,但是辩护律师做无罪辩护,你从专业判断上认为他从法律上是无罪的,证据存疑时应该有利于当事人。这样的原则之下,我觉得法律人可以基于自己的判断,有自己独立的辩护,可以不迁就于当事人。

柏恩敬(纽约大学):刚才对于刑事辩护律师和当事人的关系,有一点我还是不太明白,就是当事人是有辩护权的,并且是第一位的,而辩护律师是第二位的。我旁听了一些中国的刑事案件庭审,看到程序是法官问公诉人有什么证据,问辩护律师有什么意见,再问被告人有什么意见,这意味着他们的意见可能会不一致。在美国这个可能很难明白,为什么他们的意见会不一致。辩护律师到底是什么角色?他是代理他的当事人的利益,还是作为法院的独立的法律顾问?我们跟很多中国律师交流的时候,讨论到被告人承认有罪,但是你开庭的时候还是做出无罪辩护的情况,大家都是同意的,但是很多学法律的人给我们提问,你知道你的当事人是有罪的,怎么能在开庭的时候说他是无罪的?这是一个非常核心的问题。我们谈的整个话题,我还是不明白,就是当事人和你说不要做无罪辩护,律师却作为一个独立的身份说我要做无罪辩护,这一点搞清楚,那其他方面也可以理解了。

肖凯(上海市人民检察院):在中国的刑事案件中,聘请辩护律师的权利,包括犯罪嫌疑人和律师进行交流的机会,其实是受到限制的。所以在中国强制措施率是非常高的,大多时候都是由犯罪嫌疑人委托其他人为他聘请辩护律师。这些其他人可能是亲人或者朋友,甚至是单位。羁押过程中是由辩护律师去看看守所会见,所以这不像美国,羁押作为例外,取保作为高频率的情况。这就使犯罪嫌疑人和辩护律师之间的交流机会会有很大的局限。

在中国还有一个情况是辩护律师对当事人的忠诚义务是比较弱的,是比较松弛的。比方说,辩护律师的个人诉求,包括他的利益诉求,和当事人在案件当中的利益诉求之间有没有冲突,我觉得在中国语境中是存在的。辩护律师是以当事人的最大利益为出发点和最大目的的,如果背离了这样的目的,你去和委托人沟通是不合适的。包括刚才所提到的当事人的策略和律师自身的专业

判断不一致的时候,如何向委托人做出提示和提醒?如果当事人坚持他的选择,我认为辩护律师还是应该尊重当事人的选择。从当事人的角度,他最关心的是他会不会被判刑,如果会,要判几年?当事人认为自己要做有罪辩护,而辩护律师如果要做无罪辩护,就会产生很多问题。比如说当事人在庭审的时候的自首就可能会被取消,从轻量刑就没有了可能。而最后的结果是由当事人而不是辩护律师承担的。

柏恩敬(纽约大学):这个我可以理解,因为这是一种策略,如果成功的话,会对被告人有利,并且可以使他获得认罪态度好的评价。但我认为这不一定是辩护律师在扮演独立的角色,因为这还是辩护律师在帮他的当事人保护利益。我的问题是,有没有这种情况,在开庭时律师为了发挥他的独立判断,对法官提出一些对当事人不利的意见,中国的法律允许还是不允许?

刘思达(多伦多大学):我可以介绍一下立法背景,这个现象在中国的律师发展史上是有原因的。1979年《刑事诉讼法》的架构和现在不一样,律师和当事人的关系不是基于委托,而是完全独立的辩护人。即使辩护律师说了什么对当事人不利的話,也是完全合法的。后来通过1996年、2012年两次修改《刑事诉讼法》,有了很大的变化,但是直到现在,检察机关和律师界对这个问题的认识都是有争议的,79刑诉法的影响一直存在。

四、律师与媒体交流中的义务

【虚拟案例四】

被告人李某是一个小城市的市长,因涉嫌收受他人上百万美元贿赂,利用职权为他人牟取利益而被逮捕、起诉。逮捕并宣布指控罪名当日,检察官周某代表检察院举行了新闻发布会并宣布:

“逮捕并起诉李某是检察机关清理政府腐败行动的最新举措。此项指控将对有贪腐行为的政府官员起到警示作用。政府官员收受财物,利用职务便利为行贿人谋取利益的行为令人发指。我们期待在庭审过程中证明对被告人李某的所有指控罪名都成立。”

检察官周某还在社交媒体上发表以下言论:“对被告人李某的起诉显示我们正在严厉打击本市的政府机构腐败问题。”

被告人李某的辩护律师张某不满于检察官的公开言论,对媒体公布了下列内容:“我们的当事人李某是无辜的,我们期待在庭审中证明他无罪。检察官周某通过新闻和社交媒体发表声明,否认对我方当事人的无罪推定,并煽动公众形成反对被告人的舆论。这将大大阻碍我方当事人获得公正的审判。”

在案件审理过程中,张律师在接听一通记者电话时回答道:“从检察官在公开庭审时出示的证据来看,所有的检方证人都有问题。一些是收了钱的线人,另外一些是以获利为条件才为检方作证的。尽管检方在庭审时没有提及,但我们从检方收取的材料显示,检方的一位关键证人甚至因为涉嫌猥亵一名六岁的儿童被调查。你敢相信么?检察官为了诬陷我的当事人什么都做得出来。”

【主要讨论问题】

1. 检察官周某在与公众就一项逮捕或刑事指控进行交流时,其职责是什么?周某的声明是否符合其伦理义务?他在社交媒体上发表的言论是否符合其伦理义务?如果认定周某的声明欠妥,对案件来讲,以及对检察官周某个人来讲,后果是什么?

2. 在庭审期间,张律师在法庭之外与媒体交流时其职责是什么?张律师是否有权回应检察官所做的公开言论?

3. 在庭审期间,张律师是否可以向记者谈及公开庭审过程中发生的有关检方证人的情况?张律师是否可以谈论他从检方获取的有关一位证人因为涉嫌猥亵儿童而被调查的材料?

柏恩敬(纽约大学): 律师跟媒体的关系是中国比较热门的话题,我跟很多人交流的时候,他们说美国完全禁止律师在案件正在审判的时候跟媒体有任何的交流,这个不太准确。美国的规则是在一般情况下禁止律师对媒体披露与这个案子有关的信息,但是有两个大的例外。一个是被刑事起诉对当事人的名誉是很大的打击,你有权为了保护他的名誉,对媒体做一些回应。第二个例外就是我们的审判是公开的,公开发生的事情,媒体都可以报道,媒体也可以派记者去旁听庭审。参加审判的人,可以将公开发生的事情,跟媒体分享。

斯蒂尔曼(Ballard Spahr 律师事务所): 从现实来看,每发生一次刑事案件审理,所有的宣传都是对被告人非常不利的,对他造成很消极和负面的影响。公诉人如果起诉一个案件,起诉书就可能长达 100 页,起诉书属于公务文件,可以给媒体,媒体愿意怎么发布就怎么发布。职业伦理规则规定公诉人只能向公众披露起诉书内所涉及的内容,但实际上这个制度运作起来并不是这样。

在美国,被指控的人会受到媒体的狂轰滥炸,往往是从提出指控的第一天,从公布起诉书的第一天,就受到很消极的影响,几乎不可能再反过来纠正这样的印象。所以你作为一个辩护律师,面对着对方的狂轰滥炸,一系列负面的报道,要制定你的媒体策略,怎么发起反攻,来纠正对公众的消极影响。消极的报道铺天盖地,说被告人窃取国家财产,或者说被告人危害了公共安全。很遗憾的是作为一个辩护律师,能够反击的余地非常少,你只能对媒体说,当事人否认所有的指控,当事人期待通过审判,还自己的清白。对公诉人铺天盖地的宣传来说,这些反击是非常无力的。

赫兹(纽约大学): 我再补充一点,很难组织反攻之外,律师在审前阶段不需要披露太多的消息,你希望把信息留着,审判的时候再给公诉人一个突然袭击,你提前告诉他的话,到时候就没有用了。一个技巧性的东西,就是在做媒体公关的时候,要跟媒体方面的专家合作,通过媒体专家告诉公众,这个案子不像公诉人所说的那样,还有另外一面,等到庭审的时候再来看另外一面。

刘桂明(《民主与法制》杂志社): 在我个人看来,律师与媒体的关系,是一个太自然、太必然、太当然的关系,因为这两个职业有一个共同特点,都是在说,而我们这个单元讨论的就是说,说的是律师与媒体沟通的义务。其实在我个人看来,应该是叫律师表达与表现的义务,或者说律师如何面对媒体。

先从检察官来讲,美国和我们不同,美国的检察官也是律师,中国的检察官是检察官,律师是律师,检察官是官,律师是师,这两者是完全不同的。所以从检察官的角度来讲,要做的事情实际上就是发布信息和告知程序。因为检察官的表达和表现,对于案件来讲,有可能因为误导公众而导致被告人丧失得到公正的机会,对于检察官自身,作为法律人来讲,他可能将面临个人的失业乃至停业的处罚。再就是从律师的角度来讲,律师面对媒体要正确回应和保障权利。律师没有做好坦诚和忠诚义务,动摇的是律师职业的根本。律师如果没有在表现和表达方面做好,动摇的是律师职业的形象。

中国人特别喜欢用成语去表达对某个事情的看法,我认为在这个案件中的检察官和律师,可以从两个角度来讲。从检察官的角度来讲,应当考虑你是发布,而不是宣传,就要求做到就事论事。对于律师来讲,面对检察官所发表的言论,你是回应,而不是披露,你是防守,而不是攻击,你要做到有一说一,检察官说了什么,你就回应什么,就足够了。这是第一个要求。

第二个要求,要注意一下程序正义的顺序和次序,作为检察官来讲,一定要考虑到内外有别,哪些话是能够面对公众讲的,哪些话是不能面对公众讲的,因为你面对媒体就是面对公众,所以美国的职业行为规则当中提到了如果知道或者按理应当知道,面对媒体你就应当知道这是在面对公

众表达。

从律师的角度来讲,要求做到前后有序,所谓前后有序,就是后面还没有发生的,或者还没有开庭的,你就不应该先披露,不应该先表达。中国类似的案件也发生了不少,前几年在北京发生了涉及未成年人权益保护的李某某案件,为什么成了热点?现在是一个互联网时代,媒体范围越来越广,不仅仅包括传统媒体,也包括互联网时代带来的新媒体、自媒体。作为律师来讲,你应该考虑到哪些话是这个时候说,哪些话不应该在这个时候说,要考虑到前后。我们有些律师在这一方面就没有做好,后来遭到了整个公众乃至律师行业的质疑,有些律师因此受到了处罚,这就是典型的没有做好前后。

最后一个要求,是关于检察官和律师共同的要求,就是怎么说。作为检察官也好,作为律师也好,我觉得有两个要求非常关键,第一个就是有的放矢,而不是无的放矢,也就是要有针对性,你只能说这件事,只能说这个人,只能说这个案,不能涉及其他的人。在这个案件中的这两位检察官和律师都涉及了其他的人,包括涉及了政府,而且还犯了以偏概全的一个错误。第二个要求就是做到平铺直叙,而不是添油加醋,所谓的添油加醋就是你添加了更多形象性的语言,更多形容的语言,更多褒奖和贬损性的语言,或者更多带有情感性的语言,这都是不对的。律师这个时候的表达要非常理性、非常客观。

我认为职业伦理用中国的三个成语来表达,第一个是约定俗成,第二个是显而易见,第三个是自圆其说,律师说的话一定要自圆其说,才是一个正确的表达,一定要平铺直叙,不要加任何情感性的语言。当然律师和媒体也有很多的区别,很多的误会。因为对媒体来讲,它希望透明,希望有更多的“料”,更有趣。对律师来讲,对媒体的期望是一个准确的或者是精确的报道,希望我说的话能够表达出去,表达得很好。这只是说记者采访的时候,你自己说的时候,你说错了就是你的事,你说对了,但是写错了,这是媒体的事。如果律师和媒体合作得很好,将使这个案件如虎添翼。我们很多案件,有的律师利用媒体,使用得好,这个案件事半功倍,使用不好的话,就事倍功半。

毛立新(尚权律师事务所):中国对检察官职业道德方面的规范,和律师不是一个体系,是由《检察官法》和检察官的职业行为规范来进行约束的。中国的检察官个人是没有独立发布案件信息的权利的,必须经过授权和批准,所以原则上检察官个人召开新闻发布会,或者在个人媒体上发布有关案件的信息,必须经过批准和授权,否则本身就违反了纪律。即使经过授权和批准的,现行规范里面对他的要求没有太多具体性的规范,但是也能找到几条原则性的要求。第一,是不能泄露国家秘密、个人隐私、商业秘密,不公开审理的案件,当然有一些内容是法律规定不允许公布的,这是第一个底线。除此之外,还附有谨慎发表评论的义务,现有的规范里面,只是要求不能谈不当的言论,也就是对检察官工作造成负面影响的言论,这也是很抽象的。第二,不得散布不符合检察官身份的言论。说我们正在肃清这个城市的政府机构,这个按照目前对检察官的要求是绝对不允许的,检察官和政府之间是很亲密的关系,已经违反了政治纪律或者是工作纪律了,肯定会造成对检察工作的一些负面影响,属于不符合检察官身份的言论。除了这两个要求之外,对于检察官或者检察机关发布案件信息,实际上没有其他任何的约束,实践中中国的控方,尤其是对一些重大的案件,在审前往往发布大量不利于被告人的信息,违反了无罪推定的信息,找不到任何可以约束他或者制裁他的规范性文件,而且也不受律师职业道德全部规范体系的约束,这一块儿实际上是失控的。

律师对外发布信息,在中国现在是一个热点的问题,因为随着网络和自媒体的发展,律师发声的意愿和行为越来越多,不可避免地会出现一些争议,也可能出现一些问题。现在从管理部门来看,是想把这一块儿管理起来,给它更多的约束。现在在中国这个问题争论非常激烈,如果说从

规范的层面,也就是说已有的法律规范和职业道德规范而言,其实是没有多少可以用来指导律师行为的具体规范,都是一些抽象性、原则性的规定。但我们还是能够提炼出来一些基本的规则,对律师的要求有几个限制,第一个和检察官一样,不公开审理的案件,国家秘密、个人隐私和商业秘密,包括不利于被告人的相关信息,都是明确不允许公布的,一旦公布了,甚至有可能承担刑法上的责任,《刑法修正案(九)》已经把它列为犯罪了。这是一个红线,没有什么可讨论的。

除此之外,哪些东西可以对外发布呢?在中华全国律师协会的一些相关要求里面,比如说要求谨慎发表司法评论,现有的规范是从两个层面要求的,第一,发布的信息要客观、真实,不能无中生有编造信息,否则可能涉及诽谤和诋毁的问题。第二,即使不是编造的,是真实的信息,也要注意不能被合理地认为损害了司法公正,这个和美国的要求基本上是一致的,就是你不能妨碍到司法的独立和公正,但仅仅是这么一个抽象的要求,再没有具体的规则。在中国这些规范不像美国律师协会的规范那么具体和详细,哪些东西是可以发布的,有一个指南,然后有一个回应权,你可以回应控方事先已经发布的不利于当事人的信息,这些东西在我们的规范里面都是没有的。

案例中,在案件审理过程中,律师接受了媒体记者的采访。为什么要界定这么一个时间点?就是因为最起码在中国有一个共识,只要是公开审理过的案件,信息发布原则上是没有什么太大障碍的,因为公开审理本身就是允许旁听和报道的。如果还没有开庭,也就是说开庭之前的信息发布,确实应该有更严格的要求,公开审理后的信息发布,原则上是不存在什么障碍的,但是仍然要遵守前面讲的谨慎司法评论的要求。是不是客观真实,有没有根据,还是无中生有去编造?只要有真实的依据,那么也问题不大,比如说到了所有检方证人都是有问题的,这是他的一个判断。这个判断如果是客观依据的,而且庭审过程中有一部分已经披露过的,或者全部已经披露过的,也是没问题的。因为有些案件中就是所有的证人都有问题,这是客观真实的。只要你这个说法是客观真实或者有客观依据的,就不构成捏造,不构成对司法机关和司法人员的诋毁。反过来说如果是没有客观依据的,无中生有的,那么肯定是违反了现行规则,不客观地发布一些信息,来诋毁司法机关和司法人员的品行和声誉,这个是禁止的。

最后还有一个行为,就是说到了一个检方关键证人另外涉嫌猥亵儿童的犯罪,正在接受调查,这个说法我认为是不妥的,因为和这个案件本身没有太大的关联,即使证人有前科,也不影响他作证的真实性,这是没有关联性的。接下来说检察官为了诬陷当事人,什么都做得出来,这是一个很主观的评价,针对的对象是司法机关和司法人员的品行和声誉问题,这个话说得过于绝对,情绪化的倾向特别明显。最后这两点,我觉得确实是不妥的,根据我们目前这些规范也是不适宜的。

至于说能够给予什么样的处罚,检察官的处罚是另外一套体系,有内部的行政处分。律师的处罚可能就涉及律协的一些处罚权,会涉及一些警告和训诫,还有公开谴责。但是这种处罚在实践中很少发生,前面也讲到了李某某涉嫌强奸案件,有几个律师受了处罚,这是比较少见的,那个案件最关键的问题是不公开审理的案件,几名律师是以散布相关当事人的隐私信息为理由受处罚的。除此之外,有很多言论是超出了律师谨慎发表评论的范畴,有一些夸大其词,有一些耸人听闻的说法,这些实际上没有被处罚。我觉得中国目前都是很原则性的讨论,还没有像美国那么具体的、可操作性比较强的规则,这个是全国律协下一步工作的一个努力方向。

刘铭(京都律师事务所):媒体和司法是两种价值体系,媒体的价值在于监督,是一种监督体系。司法的价值在于独立性,保障公正性。这两种价值体系的目标是一致的,我们很多个案都是通过媒体的介入来矫正,没有媒体,很多案子很难办理的,包括聂树斌的案子也是这样,我们需要媒体的力量,这个价值是统一的。但是二者也有冲突,比如说你侵害人家的隐私权,人家说有协议,你披露,合适不合适?另外最大的冲突也是司法系统最头疼的,是容易形成一种负面民

意,容易绑架司法,中国有太多这种情况。民意不代表正确,民意没有思考,没有科学性,没有程序。民意一旦形成会绑架司法,司法被绑架往往形成错判。举一个简单的案子,幼儿园的阿姨把小孩的耳朵揪起来了,媒体铺天盖地地报道,说抓起来,后来无罪。我说当然无罪,道德归道德,法律归法律,没有什么伤害,当然不构成刑事责任。当时很多观点批评说我没人性,老百姓的观点是杀之后快,民意代表正确吗?有时候处于民意沸腾的时候,我们律师一定要冷静地思考,理性地思考。

所以对媒体和司法的统一性和冲突性,怎么办?司法系统包括律师没有细致的规则,我认为对于检察官,包括法院,应该有更高的标准和更高的要求,因为他们代表权力机构,应该是更严谨的,不允许有一点点轻浮,应该更节制地表达观点。中国的司法机关不允许表达观点,表达观点是通过媒体的,媒体审判,那代表谁?那对律师怎么办?我觉得律师不仅仅是更高的标准问题,应该是更多的约束问题。律师可以宣传,但是绝对不能炒作,特别是刘桂明总编说的要考虑律师的形象。检察官、律师要去约束,那么媒体怎么办,媒体最难管,因为它自由,失去了自由,媒体就不叫媒体了,所以最难去约束。

斯蒂尔曼(Ballard Spahr 律师事务所):刚才谈到了律师和媒体应当承担的义务,但好像我们没有谈到被告人的权利,在媒体上被炒来炒去,影响了被告人本身的权益。我们最终的义务对象是被告人,因为最后去坐牢的是被告人,所以我们要考虑的是被告人本身。我执业这么多年,发现媒体、公诉人和我本人作为辩护律师之间存在一种紧张的关系,我极力替我的当事人辩护,公诉人极力希望给当事人定罪,媒体希望炒作这样一件事情。作为一个律师,我想假如我们的当事人同意,我们应当尽力把当事人所认为的案情和事实向公众传递出来,从而改变公众对他可能形成的这种敌对的气氛。

刘思达(多伦多大学):这几年中国发生了很多案例,其中尤其是律师用微博和社交媒体来宣传案件,或是揭露司法不公。我们也有这种情况,组成一个律师团,有的人在法庭辩护,有的在庭外通过微博等其他方式来获得媒体和公众的关注,这个实际上不管在美国还是中国,还是其他国家,都是一个新问题。因为原来律师的职业伦理要求他们处理和媒体的关系,都是指传统媒体,比如说报纸和电视,这些是有比较明确的规范的。在美国记者有很严格的伦理操守,不是什么东西都可以报道的。新的社交媒体出现之后,带来了很大的挑战,各国都在探索这个问题。美国的律师伦理规则,怎么应对社交媒体,现在也在探索。中国也一样,几年之前,律师还可以在法庭里发微博,现在都已经禁止了,《刑法修正案(九)》出来了之后,律师使用社交媒体的方式受到了很大限制。

吴洪淇(中国政法大学):实际上中国律师在媒体回应的问题上,有两个极端,第一个极端是过度使用媒体,这是一个问题。第二个问题,比如说最近这几年,很多央视审判的例子,把被告人放到中央电视台来审判。我们看到在这些案件当中,律师完全是没有声音的。也就是说一方面律师过度地利用媒体,另一方面律师不擅长利用媒体,该回应的时候他并没有回应,这是两个极端,而且这两个极端原因是一样的,我们整体上是一个控制状态。

柏恩敬(纽约大学):我们也可以理解中国的一些司法政策,法院在做判决的时候,要考虑到社会稳定。一提到社会稳定,又要考虑到公众舆论,如果公众舆论可以影响案子的判断,这个是对公正的牺牲。现在的口号和政策是以审判为中心,不知道以审判为中心,是不是意味着要由审判来决定公正,不要让公众舆论来影响个案。我们看到很多案子,判决结果受公众舆论影响很深,这些案子应该让司法体系来决定最公正的结果是什么。法院处理个案的时候,考虑到社会稳定,跟以审判为中心是自相矛盾的。压缩律师的发言权或者是限制律师和媒体打交道,我觉得不见得会加

强司法公正,而只会让一方的声音无法发出。

田文昌(京都律师事务所): 面对信息时代的到来,我们怎么样来分析舆论和审判的关系,我觉得要有全新的思维方式。我们有各种各样的担忧、各种各样的控制、各种各样的约束来处理这些问题,但是总有一天,很快这一天就会到来,一切手段都没有办法约束。所以到那个时候,法庭上不能拍照、不能记录、不能宣传,我觉得没有任何的意义。所有的媒体都可以通过各种手段、通过任何人发出信息。所以我想不久的将来,今天我们的讨论全都成为多余,不是你想人为控制就能控制得了的。对这种势不可当的、如洪水猛兽一般迅猛到来的信息力量,不可能去阻挡、去限制它,我们只能去应对。将来一切都在光天化日之下,真正的司法公开,彻底的公开,这种形势是我们要研究的问题,最明智的举动是迎接未来、迎接挑战,而不是阻挡未来,任何人都没有这个力量。

肖凯(上海市人民检察院): 在中国律师和媒体的互动要远比检察官、法官和媒体的互动来得积极一些,基本不会出现检察官个人新闻发布会,在中国的语境中,一定是检察机关的头头做一些决定,或者碰到一些具有全国影响的案件,由更高级别的检察院就案件事实召开记者发布会。我举一个例子,我们在处理一个广泛关注的证券犯罪案件中,在休庭的时候,很多旁听的媒体记者都去围着辩护律师采访,最后形成的结果就是第二天的报纸只报道了这个案件中辩护律师单方面的说辞。在这个状况下,检察官是需要进一步请示、批准来向公众发表意见,还是说可以为了争取更加公平的媒体对案件事实完整、平衡地描述,而去自由表达控方的立场? 这是在上海真实的情况,在这个案子中,因为我们之前做过案件的舆情风险的评估,所以我们判断出媒体、辩护律师大概在哪些地方和公诉人有不同意见。在辩护律师和媒体交流的时候,我们出庭的检察官也向当时旁听的记者发表了检察机关的意见。这是在目前对于接触媒体有着不同的自由度的情况下,检察官为争取更为平衡的报道和观点所做的努力。在中国,检察官和辩护律师使用媒体的自由度是完全不一样的。

对于辩护律师来说的话,我觉得在中国很重要的一点就是,考虑怎么样能够在保护当事人权益的前提下维护司法公信力,职业共同体的诉求,最大的追求就是不要减损司法的权威,我觉得这个是很重要的。无论是对检察官人身的攻击,还是对法官的攻击,可能都不是明智的选择。我曾经问过浦东法院的基层法官——这可能是全世界最大的基层法院,有几百个法官——他们的回答是,没有任何一个法官没受到过律师或者当事人的辱骂。所以在中国,除了对媒体公众披露信息的界限之外,可能还要考虑如何维护司法权威。

肖波(中伦律师事务所): 律师是自己利益的喉舌还是当事人的喉舌? 是不是要为当事人的利益考虑? 有些当事人不愿意接受采访,认为会影响他的形象,暴露他的隐私,这个时候你是否还可以自我宣传? 有的案件中为了宣传,为了通过舆论影响审判结果,我们会有意无意地突出律师在个案中的作用,会有一些夸大。这里面是否存在一种可能性,就是律师在消费当事人。因为这个时候突出的是律师个人的光辉和立场,没有切实维护好当事人的自身利益。

李学尧(上海交通大学): 前面这么多的评论人,已经达成了一种共识,大家都高度警惕律师利用民众的认知偏差来对媒体进行不当运用而影响司法公正。在中国的司法制度下,律师和媒体的关系的职业伦理,实际上比美国的场景更加复杂。共识之后还要找到一个平衡点,来转变为职业伦理的实际的、实在的规则,让我们律师在日常工作中,能够越过公众舆论的雷区,这是非常重要的。

季卫东(上海交通大学): 谈不上总结,我仅仅谈三点体会。第一点体会,对律师的伦理道德,中国有很多不同的看法。比如说刚才美国的几位专家都谈到了美国的执业律师对客户非常忠诚,

中国的法律条文中虽然是这样规定的,但是在实际中似乎不是这样,更强调对法律秩序的忠诚。虽然美国也强调这一点,但是二者有很好的平衡。在中国这个关系是不确定的,强调另外一种道德,强调律师对客户的忠诚是为了防止冤案,为了保护犯罪嫌疑人的权利。《刑事诉讼法》中规定了被害人的地位,中国自古以来特别强调被害人的地位和被害人亲属的感受,这又是另外一种道德标准。在关于律师的营利性和职业伦理的关系中,一定是高尚的职业伦理在起作用,就是对人权的保障。但是在中国这个问题又被转化为对穷人的保障,变成了《律师法》中对法律援助的强制义务。所以我们可以看到,设置了三个不同的标准,来对抗现代律师的职业伦理。这是我的第一点体会。

第二点感想和舆论有关系,自古以来中国的审判都是和舆论密切相关。那为什么会这样?这是值得我们考虑的。过去因为法律不完善,只有原则性的规定,各个地方的风俗、伦理需要在审判过程中得到考虑,而反映的过程往往就表现为舆论。在现代化的过程中,接受了一种激进的社会革命的观点,所以有一种司法的直接民族主义的理想,或者说幻想。这就导致了对舆论的重视,在当代中国,由于法律本身不详细、不完备,舆论就起到了规范的作用,起到了正当化根据的作用。所以中国的法官、检察官,在过去的判决中非常强调民愤,用民愤作为正当性的根据。在这样的背景下,律师不得不考虑舆论之言,不得不对抗这种所谓民愤,他要争取民意的支持。更重要的是,由于中国缺乏程序公正的制度设计,导致法庭内部的辩护声音不能够传递到判决中,得不到司法机关的充分尊重。律师为了加强自己的谈判地位和主张力量,不得不诉诸舆论。所以我们在看舆论问题的时候一定要在社会环境中看。这是我的第二点体会。

第三点体会涉及对律师职业的定位问题。在美国一位华裔学者曾经出版过一本书,叫作《没有律师的法律秩序》(*Law without Lawyers*),他抓住了一个很关键的问题,就是在秦代中国有法家主张的法治,强调的是官僚在法律实施中的作用,完全是靠官僚,以法为教,以吏为师,这是基本逻辑。而且在这个过程中,不允许对法律有不同的解释,要统一于官僚的解释。执法受制于官僚,如果加强法治,就有可能导致酷吏横行的局面。而如果进一步加强法律实施的话,就会导致制度成本过高。这是个很大的问题。反过来我们看美国、欧洲出现的现代法治,最重要的特点是法律的动员和实施,不是仅仅依赖于官员,而是依赖于当事人。因为权利受到侵犯的当事人,最有动机动员法律、运用法律。这个时候律师帮助当事人有效地运用法律,就会使法治落到实处。而这个过程中律师当然非常重要,他通过技术方面的指导,使当事人可以有效保障自己的权利。这是一个非常成功的制度设计和对法律制度的理解。正因为这样,中美之间的比较才很重要,使我们可以克服自己认识论上的盲点,对律师职业伦理有更好的理解。

(责任编辑:林喜芬)