

论律师的辩护豁免权

谭文键*

内容摘要:《刑法修正案(九)》对部分罪名的修订与《律师法》再修改的趋势成为讨论辩护律师豁免权的实务背景。言论豁免权作为辩护豁免权体系的必要组成部分,虽然在我国已有规范表达,但是,在借助刑事诉权理论对辩护豁免权的属性予以研判后不难发现,庭审实质化背景下的言论豁免权条款不仅应当赋予更多内涵,也应对其行使场域及例外情形作出学理上的解释。同样,从与亲属拒证权在程序价值层面的相通之处切入,可以为律师拒证权的存在提供合理依据。立足律师业未来的发展格局,从行业管理与自治的角度引入律师协会的纪律惩戒程序,针对豁免例外的情形构建辩护追责的制度体系不失为有益尝试。

关键词:辩护豁免权 诉权理论 律师执业纪律与惩戒

我国《律师法》第37条规定,律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是,发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。本条款可以视为我国律师法庭言论豁免权的规范表达。辩护豁免权作为保障辩护权有效行使的附属性权利,不仅从法律授权的角度对辩护权的规范体系形成有益巩固,也在司法实务中特别是在增强庭审对抗、督促辩护律师提供有效法律服务方面获得认可。同样,从我国《刑事诉讼法》(以下简称新《刑诉法》)对辩护制度的大幅度修订,到随后的律师制度改革,再到2018年1月召开的第十届中国律师论坛中涉及的律师制度改革相关问题,无论是立法旨意、文件精神还是官方态度^[1]都表明,保障辩护律师依法执业,强调对律师权利的维护和救济,以及对不当辩护行为的惩戒,将在未来一段时间内成为立法与司法关切的对象。

现行法律对律师言论豁免权的表达固然值得肯定,但是,作为律师诉讼权利体系的必要组成部分,辩护豁免权在权利属性、实践样态及救济与保障方面均值得作进一步的研究。例如,从消极层面而言,豁免权的功能常常体现为保障辩护权有效行使,但是,能否从促进诉讼对抗并主张公正审判的积极角度进行理解;又如,在庭审实质化背景和要求下,辩护豁免权的不同样态如何实现辩护方利益最大化;再如,完整的程序法条款固然存在救济与保障的渠道,但能否尝试从行业管理与程序类属的角度构建辩护追责的制度体系;等等。笔者将围绕这些问题渐次展开研讨。

*湖南大学法学院博士研究生。

[1]蒋安杰:《新时代满足人民新期待是律师法修改主旋律——熊选国在第十届中国律师论坛上作报告》,《法制日报》2018年1月9日,第1版。

一、辩护豁免权属性研判——以刑事诉权理论为切入点

在我国,有关刑事诉权理论的研究肇始于20世纪90年代,并参照和借鉴民事诉权理论作为主要研究方法。就内容而言,则侧重于诉权理论在价值与功能上的优越性。然而,诉权理论的抽象和深奥(学界多将诉权理论称为民事诉讼理论中的“哥德巴赫猜想”)致使民事诉讼法学界也形成了诸如“私法(公法)诉权说”“抽象(具体)诉权说”“本案判决请求权说”以及“司法行为请求权说”等。^[2]值得一提的是,诉权研究视角的转换得益于20世纪中期“宪法诉权说”的兴起与传播,该学说将诉权与宪法上的接受裁判权关联起来,通过将诉权上升为宪法基本权利,不仅强调了诉权的重要性,也为诉权应用至其他部门法创造了可能。

具体地讲,刑事诉讼中能否引入诉权理论?学界早期的研究对此问题作出了肯定性的回答。^[3]例如,有学者指出,刑事诉讼中是否有“诉”的存在,是刑事诉讼是否需要诉权理论的关键。在刑事诉讼中,大量的实体法规则决定案件的进程,左右最终的处理结果,其作用之发挥事实上就是通过诉的制度完成的。诉,微观而言,是一种请求,请求确认行为是否具备刑事违法性及行为人的可罚性;宏观而言,是以诉讼方式实现维护社会秩序和保障被告人合法权益平衡的法律制度。^[4]近年来,有观点认为,由于罗马法早期并未严格区分实体法与程序法、公法之诉与私法之诉,进而围绕“actio”概念产生的诉权制度实际上同时涉及民事、刑事法律意义上的诉权。此外,从诉讼制度的角度而言,国家本位主义的出现虽然模糊了刑事法与侵权法的界限,但是,法益侵害说的主张却使犯罪行为与侵权纠纷发生关联。正是由于犯罪行为的“法律纠纷性质”得以强调,促使刑事诉权在“纠纷及其解决机制”的层面上与民事诉权并无差异。换句话讲,纠纷的多样性决定了诉权的类型化,本质上都是一种冲突解决机制。^[5]由此不难看出,将诉权理论引入刑事诉讼是可行的。据此展开的研究可称之为“刑事诉权理论”。

值得强调的是,在刑事诉讼领域强调诉权具有特殊的价值追求:首先,从“权益受到侵害”并“请求启动国家司法权”对此予以救济和保护的角度,诉权理论在刑事诉讼与民事诉讼中的表现形式是相同的,不同的仅仅是“诉”的利益类别。其次,对比民事诉讼中典型的诉权理论,刑事诉权理论的实践样态可以这样描述:作为控辩双方进行诉讼活动的基本权源,诉权在静态方面体现为立法对控辩双方诉讼权利的规范表达;在动态方面则反映出相同或者相对的诉讼权利在伴随程序逐渐推进的过程中得以行使和保障。就后者而言,刑事诉权理论在主体与内容上被赋予更多内涵,尤其表现在被追诉人辩护权领域:一方面,与民事诉讼中诉权主体单一化不同,刑事公诉程序中,诉权主体同时包括控诉机关和犯罪嫌疑人、被告人;另一方面,刑事诉权的权能也超过了起诉权、应诉权、主张权、胜诉权等具体权利,而加入了辩护权的内容。强调辩护权作为刑事诉权的必要组成部分,并不在于规避或超越学界既往有关辩护权属性的论述,而是通过回顾刑事辩护制度生成与发展所历经的“三次嬗变历程”,^[6]从中梳理出辩护权属性与刑事诉权理论在制度功能和价值层面上的相通之处:关注诉讼主体的权利(力)配置并在控辩双方实质平等(对等)、有效对抗的格局中,借助公正裁判程序合理解决刑事实体纠纷,以实现“更好保障被追诉人合法权益”的诉求。由此可知,在某种程度上,辩护权因作为平衡差异的法律机制而具备了诉权的属性。

然而,由于犯罪嫌疑人、被告人的自我辩护权常常被言词证据提供者的角色所“稀释”;同时,“被告常不知法律,且多为法庭之初次造访者,对于法庭环境、程序皆极为陌生。反之,检察官具有丰富之

[2]黄豹:《刑事诉权研究》,北京大学出版社2013年版,第29—32页。

[3]参见徐静村、谢佑平:《刑事诉讼中的诉权初探》,《现代法学》1992年第1期。

[4]汪建成、祁建建:《论诉权理论在刑事诉讼中的导入》,《中国法学》2002年第6期。

[5]陶杨:《刑事诉权研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第25—39页。

[6]谢佑平:《生成与发展:刑事辩护制度的进化历程论纲》,《法律科学》2002年第1期。

法律知识,以进出法院为职业,对于法庭、程序皆极为熟悉。在此情形下,应赋予被告律师权以平衡当事人之间之极端不对等。”〔7〕因此,承认犯罪嫌疑人、被告人享有律师辩护权便符合程序法理与实践需求。为促使此项权利发挥实效,域外立法往往侧重强调豁免权条款的救济与保障功能。例如,美国律师协会制定的《律师职业行为标准规则》规定:“在就现行法律的范围、限制及撤销进行辩论时,律师需出于良好的愿望。但在刑事诉讼或者可能导致监禁的诉讼中,涉及要求证实案件的每一环节时,律师的辩护不受上述限制。”〔8〕随后,美国律师协会对本条作出进一步解释:“如果律师能出于良好的愿望,对现行法律的适用范围、限制以及撤销进行争辩,那么,他能进行现行法所不允许的起诉或者辩护。在刑事案件或者可能导致监禁的诉讼中,即使无意义,律师也可以进行辩护。”〔9〕又如,法国学者认为,“律师在进行诉讼辩护的过程中享有发言的豁免权,即对律师在法庭上的讲演和书面发言,不得进行诽谤、中伤和污蔑。但是律师不能利用这种豁免权作为其不尊重法院和政府机关的理由。”〔10〕因为,发言的豁免权(或称之为“不受侵犯性”)不是律师的特权,而是辩护职责道德的自然补偿。律师根据职责必须讲一切对自己委托人有好处的话,尽管这样做会使法官和权力机关不满意。但是,律师却是要严格地按照义务行使自己的职权。

豁免权的规范表达往往与律师行使辩护权的内容同时出现,并对后者从范围和效力上作出限定。从律师职业道德(纪律)的角度考量,豁免权条款能在积极履职的辩护律师与恪尽职守的控诉机关之间建立权利——权力的合理防线,消除践行忠诚义务律师的内心担忧,不至于存在控诉机关肆意针对律师尽职辩护行为开展追诉的隐患。最终在制度功能上允许控辩双方就案件事实问题、证据问题以及法律问题展开争辩。可以说,豁免权的内容不仅在规范层面依托辩护权的条文表述,而且在价值层面体现出保障辩护权有效行使的功能。因此,豁免权作为保障辩护权的附属性、衍生性权利,理应获得刑事诉权理论的认可。

二、庭审实质化背景下辩护豁免权的范围与限度

我国司法体制改革的具体措施主要围绕“两个体系”渐次展开,一是以司法责任制为核心的司法体制改革;〔11〕二是以审判为中心的诉讼制度改革。就后者而言,主要包括规范法庭调查、完善法庭辩论、保障律师执业权利等内容。有关“以审判为中心”的法教义学分析已有诸多论述,〔12〕虽然在内涵与外延方面侧重不同,但庭审程序发挥查明事实、认定证据、保护诉权、〔13〕公正裁判中的决定性作用均被突出强调。从某种意义上而言,以审判为中心几乎可以等同于庭审实质化。为改变我国刑事审判中呈现出的“实体真实发现主义——当事人进行主义”双重构造的司法现状,以及成就形成判决基础的信息有机会得到反驳性验证这一关键要素,庭审实质化的具体要求和实现路径成为学界研究的落脚点。

〔7〕王兆鹏:《贯彻平等与实质之辩护制度》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2006年10月第137期。

〔8〕美国律师协会编:《美国律师职业行为标准规则》,余兆平、姜福丛译,中国政法大学出版社1989年版,第64页。

〔9〕同上书,第65页。

〔10〕〔法〕雅克·阿默兰·安德烈·达米安:《法国律师的权利与特权》,李秀兰译,北京大学法律系国外法学研究室译编,陕西人民教育出版社1996年版,第113页。

〔11〕主要包括完善司法人员分类管理、完善司法责任制、健全司法人员职业保障、推动省以下地方法院检察院人财物统一管理四项基础性改革,这被称之为司法体制改革中的“四梁八柱”。

〔12〕例如魏晓哪:《以审判为中心的刑事诉讼制度改革》,《法学研究》2015年第4期;叶青:《以审判为中心的诉讼制度改革之若干思考》,《法学》2015年第7期。

〔13〕例如,最高人民法院颁布并于2018年1月1日正式施行的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第四条指出,法庭应当坚持诉权保障原则。依法保障当事人和其他诉讼参与人的知情权、陈述权、辩护辩论权、申请权、申诉权,依法保障辩护人发问、质证、辩论辩护等权利,完善便利辩护人参与诉讼的工作机制。

法官(法院)应当与政府和辩护方保持同等距离,法庭审判应当进行实质性调查,判决的结果应当以法庭审判中形成的心证为依据;法庭辩论应当充分,辩护律师应有使自己的辩护意见得到完整表达的权利,其自由应当得到保障。由此形成的实质性审判要求有效辩护以及作为保障手段的强制辩护和独立辩护。^[14]实现庭审实质化,需要适度阻断侦审联结,直接、有效地审查证据,强化证人出庭作证制度。庭审实质化在理念上着眼于保护诉权,在具体制度上则强调律师有效辩护与证人出庭作证。在此背景下,应该关注辩护豁免权关涉范围与限度:

(一)“追责”抑或“免责”

对于中国律师业的发展而言,2015年或许可以成为重要的分水岭。在这一年,有关律师权利行使及其保障,律师与人民法院、人民检察院的关系等问题成为颇具热点性的话题。例如,《刑法修正案(九)》的颁布由于涉及律师行为的若干罪名,在草案讨论阶段就在律师界与法学界引起不小争论。尤其是针对我国《刑法》第309条扰乱法庭秩序罪的修订,就被不少人解读为将律师的法庭言行入罪。^[15]随后,有关该修正案中此罪的学术讨论也并不少见。^[16]就实体法的学者而言,对危及辩护律师人身自由的特殊罪名作法教义学的解读,并从犯罪构成要件角度提供完善的对策固然可取,尤其在我国“重实体、轻程序”的司法传统背景下更是如此。然而,从已经公布的扰乱法庭秩序罪^[17]以及律师伪证罪^[18]的典型案例来看,对涉案律师的刑事问责往往发生在原案诉讼尚未审结的过程中,由此导致律师不仅难保自身安全,也直接影响到辩护职责的继续履行,对原案被告人合法诉讼权利的保护而言无疑是个重大打击。更有甚者,许多涉及律师犯罪的案件最终都以侦控机关撤销案件或者不起诉了结,从而变相对律师进行职业报复,将其排除出诉讼程序。因此,从程序法角度看,如何保障辩护律师免受无理的刑事追诉成为亟待解决的问题。尤其在强调实质庭审、有效对抗的背景下,辩护方与控诉方针对案件事实、证据以及法律问题展开辩论是必然趋势,也是其行使诉权、获得公正裁判的必然要求。同时,根据司法部有关负责人在2018年1月召开的第十届中国律师论坛传来的消息,高层已经开展部署针对《律师法》的修改工作,其中,健全完善律师执业权利保障有关规定将是重点研究的问题。^[19]对此,我们以为,言论豁免权的规范表达在保障律师庭审辩论权方面已经迈出关键一步。然而,单一条款折射出的价值不仅应当被突出强调,其中容易引发的争议也应当获得清晰解释。具体而言:

首先,实质化庭审所需要的控辩对抗旨在保障被追诉人获得公正审判,在价值层面,与豁免权的诉权属性在内涵上具有一致性。豁免权作为保障辩护权的附属性、衍生性权利理应获得刑事诉权理论的认可。换句话讲,豁免权在功能层面与辩护权具有同质性。因此,律师为提供富有实质意义的辩护服务,与控诉方基于职能与利益的相对而开展辩诉对抗具有初始的必然性。然而,诉辩之间的实力差异与诉审之间的“粘性”不仅要求控诉方、审判方分别履行客观义务以及保持被动、中立的裁判地位,也必须赋予辩护方有效抵御的诉讼手段。就辩护律师诉讼权利而言,无论呈现出权利体系(类型化)还是权利约束等表现形式,都应当着眼于保障性、救济性条款的构建。在某种程度上,我国言论豁免权条款的立法旨意不仅在于“确权”,更应当包含“控权”的意味,即以明确辩护律师人身自由保障权的方式提高辩护方诉讼实力,从而与控诉方之间形成权利制约权力的格局并展开实质对抗。

其次,围绕2012年《律师法》第37条所作的法解释学分析,需要明确:第一,言论豁免权的权利主

[14]张建伟:《审判中心主义的实质内涵与实现路径》,《中外法学》2015年第4期。

[15]祁彪、宋韬:《“刑法修正案(九):让律师离刑事法庭更远?”》,《民主与法制》2015年7月7日。

[16]例如陈兴良:《扰乱法庭秩序罪的修订:以律师为视角的评判》,《现代法学》2016年第1期;林维:《扰乱法庭秩序行为的认定及处罚》,《人民法院报》2016年5月3日,第2版。

[17]王凤涛:《“磕出”中国法治的“进步”?——死磕派律师的制度角色与中国司法的策略选择》,《时代法学》2014年第6期。

[18]汪文涛、刘文元:《律师界的“打捞队长”》,《方圆杂志》2010年第3期。

[19]蒋安杰:《新时代满足人民新期待是律师法修改主旋律:熊选国在第十届中国律师论坛上作报告》,《法制日报》2018年1月9日,第1版。

体是接受委托或者指派承办刑事案件的辩护律师。无论接受当事人委托或者法律援助机构的指派,若想援用此项权利进行抗辩,该主体必须具备办理刑事案件的辩护人或者诉讼代理人的特定身份,^[20]这是判断和识别能否享有言论豁免权的首要条件。因此,当不具备承办案件的律师身份时,该律师发表的言论与普通公民言论在性质上是一样的,并不属于特权涵射的范围。第二,言论豁免权存在的场域和空间仅指法庭审理程序之内的言论。“法庭内”与“法庭外”的区分并不仅限于物理空间,而是特指刑事诉讼程序进行的特定时空。根据《布莱克法律词典》的解释,“庭外”等同于“司法程序之外”,是指在法庭审理程序之外。^[21]因此,即便该律师具有承办刑事案件的资格,若其仅仅在案件审理程序之外(包括审判前和审判中)发表看法,也只是符合庭外言论的范围。

再次,作为例外情形,言论豁免权保护的对象并不包含危害国家安全、恶意诽谤他人或者严重扰乱法庭秩序的言论。结合《刑法修正案(九)》修订的条款内容可知,行为主体以承办律师的身份在庭审期间发表侮辱、威胁司法工作人员的言论,同时,不听法庭制止并且严重扰乱法庭秩序,此时不能以该权利主张豁免。与律师庭外发表的评论意见、事件陈述、混合意见、诉讼主张和象征性言论相似的是,^[22]律师在法庭上发表的辩护意见应当围绕案件本身,并且不能有违司法公正。尤其在当下为了实现“案件事实、证据调查在法庭,定罪、量刑辩论在法庭”的改革目标,庭审中控辩对抗日趋激烈,突出表现在对证据问题与程序问题的认识分歧,极易出现律师“罢庭”或者“闹庭”的现象。^[23]对此,应当强调即便律师对庭审进程有异议,也可通过庭后投诉、上诉等合法渠道反映情况,因而对律师当庭的前述举动应当持否定态度。

(二)“作证”抑或“拒证”

《刑事诉讼法》第180条但书部分增设的亲属作证义务豁免权规定,填补了我国现代亲属拒证权在法律制度层面上的空白,成为总则部分“国家尊重和保障人权”这一宪法原则在刑事诉讼领域(尤其在证据法领域)的具体表现。然而,学界对该但书条文真实含义的理解仍未统一。概括来讲,争议集中围绕在该条款所确立的是“亲属作证却免于出庭”抑或是“免于强制作证”这一问题展开,进而形成“(部分)肯定说”与“否定说”的认识分歧。^[24]引入对亲属拒证权的学术讨论,意在强调通过阐明立法者在本条款中可能寄托的价值,从而为律师拒绝作证权在我国法律中的规范表达培育存在的空间。

立法机关考虑到将不愿意出庭作证的被告人的配偶、父母、子女押到法庭上,强迫他们作证,不利于家庭关系的维系和社会和谐的构建。因此,第188条规定对拒不出庭作证的亲属证人不采取强制到庭措施,体现了人道主义精神。据此可以认定,该条款旨在维系亲属证人与被告人的家庭关系(或称之为亲情伦常关系)。这种立法表达不仅具有宪法根据(即《宪法》第96条第二款的“家庭受国家保护”),也符合国民朴素的正义观和道德感。但是,亲属作为一类特殊的证人,现行法赋予其不出庭作证的权利并非没有争议。例如,允许亲属证人不出庭,仅仅依托其庭前提提供的证言笔录开展法庭调查和辩论,将无法保障被追诉人与不利(亲属)证人当庭对质的权利。而基于法定权利之间的价值位阶

[20]有关“特定身份”的含义,联合国《关于律师作用的基本原则》规定,与其他公民一样,律师也享有言论、信仰、结社和集会的自由。但相对而言,律师发表庭外言论并不要求符合主体适格的条件,也就是说,当律师在法庭之外对特定案件发表评论、阐述个人看法时,并不能声称受到此项权利的保护。

[21]See Black's Law Dictionary (8th Edition), Thomson West, 2004, p. 1762.

[22]陈实:《论刑事司法中律师庭外言论的规制》,《中国法学》2014年第1期。

[23]当“罢庭”或者“闹庭”作为诉讼手段与策略出现时,通常具有与“死磕”相类似的含义。此时,律师的辩护活动早已不具有“说服法官接纳本方观点”的初衷,而异化为一种“辩护表演”。参见李奋飞:《论“表演性辩护”——中国律师法庭辩护功能的异化及其矫正》,《政法论坛》2015年第3期。

[24]例如谢登科:《困境与突破:我国亲属拒证权制度反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第4期;陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2012年版,第271页;张军、江必新主编:《新刑事诉讼法及司法解释适用解答》,人民法院出版社2013年版,第227页。

考虑,对质证却是应当获得优先保护的。又如,在我国主要以案卷笔录为中心的刑事审判方式中,对控诉方提供的证言笔录不仅采取印证规制予以评判,并且在多数情况下此类证据材料的证据能力和证明力被优先推定为可接受。不难想象,此种方式间接损害辩护权的有效行使,也对查明案件事实形成客观阻碍。

同样,辩护律师作为获知被追诉人不利信息的特殊人群,在证据法层面固然具备证人适格性。但实际上,刑事诉讼因聚焦于保障被追诉人合法权益的宪法宗旨而非仅仅为了发现案件真实,则被视为多元价值的平衡机制。就此而言,赋予辩护律师拒绝作证的权利,不仅回应了被追诉人基于专业知识对其产生的信任,同时,双方秘密的交流与沟通也可以淡化被追诉人言词证据提供者角色导致的负面效果,进而以协同辩护的姿态保障诉权有效行使。具体来讲,从权利的性质与归属角度分析,律师拒证权起初作为律师职业荣誉感的存在标识与委托人并无关联。但是,伴随人们对律师及其委托人之间的秘密交流给予更多的价值评判与法理思考,律师拒证权遂转而归属于委托人的诉讼权利体系中。相较于律师保密权(义务),虽然律师拒证权在规范位阶上并未朝向权利保障宪法化的方向发展,但其中对律师与委托人之间的秘密交流和信任关系的保障,不仅肯定了委托人的诉讼主体地位,也与保密权的立法旨意密切相关。

正如前文所述,被追诉人自我辩护的局限恰恰彰显律师辩护的必要性。从理论上讲,律师与被追诉人(或者说自我辩护与律师辩护)之间的关系应遵循“圆形理论”而非“椭圆理论”的理论模型,^[25]那种认为“律师独立从事辩护活动,不受委托人意志的控制和左右”的独立辩护观点^[26]值得商榷。因此,不难理解,即便被追诉人言词证据提供者的角色存在“侵蚀”律师辩护效果的可能,但是,赋予律师拒绝作证的权利符合人权保障(尤其是获得律师帮助、反对强迫自证其罪等宪法权利)与司法公正之间的法益衡量。^[27]也就是说,律师有权拒绝作证的权威表达一方面消除了被追诉人因陈述意见和观点而产生的忧虑,体现了立法对其主体地位和人格尊严^[28]的认可;另一方面,则肯定了双方可通过自由沟通巩固整体实力:在辩护方案的选择、策略的拟定方面达成一致,促使两种类型的辩护能够充分发挥各自优势,以便在与控诉方开展诉讼争辩时能够更好实现自身利益。

如果将律师拒证权(或者制度)定义为“客户(或者客户代表)对在寻求律师(或者律师代表)的法律咨询的过程中与律师之间所作的秘密陈述或者信息交流等享有不被披露的特权”,那么,我国未来的律师拒证权条款可表述为:律师对因业务所知悉的有关他人秘密事项有拒绝提供证言的权利。对此,需要明确:

第一,律师拒证权条款的核心即“秘密交流”的含义如何界定?通常来讲,不仅要考虑当事人在主观上是否有意将交流视作保密的内容,也应当关注交流的当时所依托的客观条件与场景。例如,可以参考当事人对其与律师的交流是否有保密的预期,是否有第三人在场等因素。当然,律师与当事人之间可能进行多次沟通,但只要交流内容不便公开并保持连贯持续的沟通状态,其涉及的内容依然能够得到豁免。此外,作为交流的反馈信息,律师所提供的答复必须具备“法律性”,当事人应以寻求法律服务、获取律师意见等作为交流目的。也就是说,双方交流的“私密性”不能取代“专业性”。例如,英国证据法规定,律师从当事人或第三方处获得的早已存在的文件,虽然本身因不具有“私密性”而不受特权保护,但如果经过律师的复制或整理,从而可能暴露律师准备向其当事人提出的法律意见时,该文件应受到特权保护。

第二,什么情况下构成律师拒证权的放弃?认定放弃拒证权的主要依据是作为拒证权基础的律师与当事人之间的交流欠缺“保密性”。因此,明示的、自愿披露双方交流内容的情形并不存在认定上

[25]参见[日]佐藤博史:《刑事辩护的技术与伦理》,于秀峰、张凌译,法律出版社2012年版,第42页。

[26]有关“独立辩护人理论”,参见陈瑞华:《刑事辩护的理念》,北京大学出版社2017年版,第59—88页。

[27]相关研究参见陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社2003年版,第251页。

[28]有关程序正义理论中“尊严价值”理论的有关内容,参见陈瑞华:《程序正义理论》,中国法制出版社2010年版,第251页—273页。

的分歧。然而,默示放弃、^[29]秘密交流的内容被窃取或者律师和当事人故意有选择性的泄漏彼此间交流的信息^[30]等情形,成为值得讨论的问题。通常来讲,法院会根据公平原则在“律师及其委托人是否采取了必要的保护措施”和“保密信息披露给控诉方带来的利益”之间予以衡量,如果非因律师及其委托人的原因致使交流的内容外露,责令其在证据法上承受不利后果无疑有违公平;同样,控诉方被动地利用经过“选取”或者“摘录”的信息履行追诉职责也难以实现司法公正。

第三,如何合理界定该条款的例外情形?在立法上明确列举拒证权例外情形对于保护私利和公益都是最佳方式。但列举式与概括式的条文结构和表达技巧也受限于对例外因素的类型化分析。例如,如果控诉方有证据表明,当事人与律师之间的沟通并非寻求法律咨询,而是与未来的犯罪行为密切相关,或者已经发生的干扰诉讼活动的行为存在与当事人相关的可能性时,控诉方可以据此向法庭申请强制律师作证,或者要求其披露与委托人之间就此事的沟通文件、记录等内容。又如,基于控辩对等原则,当控诉方作为拒证权的反对者提出异议时,律师作为拒证权的行使者应当对此作出回应,即例外说服责任虽然由控诉方承担,但是,为避免拒证权被辩护方滥用,律师对己方声称的“例外情形不存在”的主张也应负有举证责任。如果律师对此难以作出合理解释,法庭可能作出决定要求律师提供其与委托人秘密交流时涉及的信息。

三、辩护豁免权的程序性保障——以辩护追责的制度设计为视角

作为一项完整的诉讼请求权,辩护权的任何一项单一权能如果想要达到影响裁判权的目的,至少需要具备授权、受理、审查、使用条件、附理由裁决和救济六个方面的程序保障。从程序法和证据法的角度讲,豁免权立法虽然是经过价值衡量的规范表达,但从纸面上的静态文字转换成司法运行中的动态实效往往需要权利所有者诉诸中立的司法机关作出裁判。然而,对该问题的思考也可从豁免权主体的角度切入,尤其在中国律师业的发展格局出现调整的大背景下更是如此。伴随律师人数在过去三十年来的缓慢增长,一个具备共同法律技能和专业价值观的职业群体已然形成。作为法律职业共同体的成员,国家公权力并不能因律师群体的市场属性否定其职业特性,也不能因该群体容易受到经济利益的诱惑而忽视其在维护法律正确实施方面发挥的有效作用。正如法官群体和检察官群体具备独立的奖惩制度一样,日渐壮大的律师群体也应当强化维护成员利益的话语权,尤其表现在行业协会针对成员作出的纪律处分决定应当获得国家公权力的认可。

对辩护豁免权的程序性保障并不应局限于法律规范层面确立的诉讼渠道,而可从行业管理与自治的角度作出适度调整。具体讲,我国追究律师纪律责任和法律责任的制度设计可改采“律师协会主导、审判机关监督”的模式。也就是说,由律师协会优先对涉事律师违背法定义务的行为给予纪律处分,同时,在人民法院对该律师所承办案件作出的生效裁判之后,另附一份关于“该律师是否存在干扰诉讼活动的行为”的情况说明。若终审裁判对此问题做出肯定性结论,则由律师协会将纪律处分程序和复查程序中形成的处分决定、复查决定等文书,一并转交具有管辖权的控诉机关,并由后者展开刑事追诉。当然,在此制度项下,追究辩护律师刑事责任的过程将依次历经性质不同、标的各异的两种程序,即律师协会内部纪律惩戒程序、律师渎职行为引起的刑事追诉与民事赔偿程序。将“二元监管”的主体调整为律师协会和人民法院,其合理性在于:

第一,将评价律师执业行为的权利交由律师协会主导,有利于改变委托人利益至上带来的道德壁垒和商业利益诱导下产生的消极怠工情况。从律师职业道德与伦理角度阐述律协惩戒制度的合理

[29]对于是否构成默示放弃,域外也有不同的观点和处理方式,有些法院采纳“严格规则”,参见张小萍:《论新〈律师法〉的律师免证制度》,《南方论刊》2009年第2期。

[30]关于“有选择性的弃权”,参见葛同山:《辩护律师保密特权研究》,上海交通大学2009年博士学位论文。

性,不仅弥补了司法行政机关针对特定范围即“明显违背规范条文的行为”才有权行政处罚的局限性,也尊重了律师职业中特有的技术理性和程序伦理的专门逻辑。^[31]也就是说,为了厘清诸如“辩护律师忠诚义务”“律师—委托人特权”等涉及委托人利益至上原则在我国法上产生的误解,^[32]以及改善律师因经济问题导致的以“辩护技艺不足”为表象的差额法律服务,^[33]律师行业的惩戒手段具备了“从广度上强调塑造职业伦理与价值观、深度上提供更加精准的行为细则”两个维度的优势。

第二,强调人民法院对律师职责的监管,不仅体现了司法最终原则,也提高了监管主体的专业性和权威性。相较以往由司法行政机关作出处罚决定而言,法官另附的情况说明^[34]不仅确保原案审判程序的流畅与连贯,也可有效避免对涉案律师的职业报复。此外,2017年修订的《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》中规定,律协中的惩戒委员会可以聘请“相关领域”的专家担任顾问,尤其在复查程序中,也可以邀请“司法机关有关人员”作为复查委员会成员。可想而知,法官作为职业人员参加对律师行为的评定,在保持中立地位的同时,也使处分决定与复查决定更具说服力。我国实践中还出现了司法机关以整体名义监督律师履职状况的案例。可以说,在现有的“二元监管”模式下,法院通过“司法建议书”的形式监督律师的辩护行为,不仅开创了个案先例,也为将来的制度改革提供了有益经验。^[35]

值得强调的是,当具有管辖权的司法机关依据律协移送的文书材料与法院作出的生效裁判展开侦查时,即启动以“辩护律师刑事责任”为诉讼标的的渎职诉讼:一方面,侦控机关将根据法院的裁判文书对涉案律师展开刑事追究,该律师在原案中的委托人(即律师所承办案件的被告人及其近亲属或者监护人,下文统称委托人)也因此获得了追究过错律师刑事责任的机会。另一方面,委托人也将作为过错律师渎职诉讼中的原告人,基于其与该律师签订的委托合同,请求法院支持提出的民事赔偿请求。当然,强调委托人有权提出此种诉求在学理上并非没有争议。例如,主张民事赔偿豁免的学者认为,如果允许委托人对辩护律师提起失职诉讼,会导致律师因过度关注避免失职诉讼而不敢独立判断。这与现代社会鼓励辩护律师有选择地提供高效的、特定的辩护服务的现实需求相反。^[36]此外,也可能出现针对辩护律师过错提起的民事赔偿诉讼数量大幅增加的情况。^[37]但是,我们认为,如果基于有效辩护的理念并对被告人利益采取实质维护的立场,采纳民事义务赔偿论的观点更具说服力。委托合同的目的是要求律师运用专业知识维护委托人利益。此种合同关系或私法契约蕴含了“律师的勤勉、注意和技能义务”“忠诚义务”以及“保密义务”等义务规范和职业伦理,也因此构成委托人诉请法院追究辩护律师违约或者侵权责任的理论基础。当然,从程序性制裁的角度考量,委托人可从无效辩护制度的角度获得“上级法院撤销原判、发回重审”的程序利益。然而,正如美国学者所主张的,对律师不符合标准的辩护和代理行为予以罚款是一种有效的威慑机制。^[38]此外,对律师采取“声誉罚”与“资格罚”能够有效影响其在法律服务市场上的竞争力,也能够填平委托人因律师不当行为遭受的损失。

[31]关于律师职业的技术理性和职业伦理中的程序伦理,参见孙笑侠:《法律家的技能与伦理》,《法学研究》2004年第4期。

[32]委托人利益至上原则并非等同于客户本位主义,在强调律师职业伦理规定的同时,还需要匹配法官伦理和检察官伦理。对此,参见季卫东:《律师的重新定位与职业伦理》,《中国律师》2008年第1期;[美]蒙罗·H·弗里德曼:《律师职业道德的底线》,王卫东译,北京大学出版社2009年版,第81页。

[33]有学者指出,有一种失职是不言而喻的,这种失职与其说是律师的知识和技能不足,不如说是其个人问题和经济问题所致。有些律师的表现糟糕,是因为他的贪婪以及对委托人的利益漠不关心。参见[美]德博拉·L·罗德:《律师职业伦理与行业管理》,许身健译,知识产权出版社2015年版,第351页。

[34]对此“情况说明”,笔者认为:第一,受制于诉因制度的基本原理,法官仅需针对原案被告人的刑事责任问题行使裁判权,因此,对辩护律师在原案中“是否存在干扰诉讼活动的行为”的认定,应以律师协会的专家顾问或者复查委员会成员的身份作出。第二,该份“情况说明”在证据法上并不具备效力优先性,可参考适用(专家)鉴定意见的有关规范,该律师(及其辩护人)与公诉机关应对此展开质证和辩论。

[35]有文章指出,经过对比域外国家的律师惩戒制度发现,法院在律师惩戒中都扮演着重要角色,有些享有惩戒监督权,有些掌握惩戒决定权。参见郭志媛、焦语晨:《对律师职业道德弱化的规范与反思——以律师惩戒制度为视角》,《中国司法》2015年第1期。

[36]See George Hampel and Jonathan Clough, “Abolishing the Advocate’s Immunity from Suit: Reconsidering *Giannarelli v. Wraith*”, 24 Melbourne University Law Review (2000).

[37]吴纪奎:《论辩护律师的民事责任》,《环球法律评论》2012年第6期。

[38]See generally, Steven G. Bene, “Why not Fine Attorneys? An Economic Approach to Lawyer Disciplinary Sanctions”, 43 Stan. L. Rev. 907 (1991).