

论委托人与辩护律师的关系

——以美国律师职业行为规范为切入的分析

刘译研

(北京大学法学院,北京 100871)

摘要:“委托人与辩护律师的关系”在律师职业行为规范中处于核心的地位。相较于委托人与辩护律师基于合意而成立的民事合同关系,律师职业行为规范对辩护律师提出了更多更高的要求。这些要求体现在二者交往的多个方面,包括关系的成立、权利的分配、利益冲突的解决、关系的终止等。在这些规则的背后,辩护律师的忠诚义务和维护司法正义义务是贯彻始终的两大基本理念,其中,忠诚义务是核心,维护司法正义则为律师划定了行为的边界。在律师职业伦理亟待重新构建的我国,美国律师职业行为规范对我国在诸如调整委托人与律师的关系,即强调忠诚义务、引入有效辩护等方面具有重大的启发意义。

关键词:美国律师职业行为规范;律师职业伦理;忠诚义务;维护司法正义;有效辩护
中图分类号:DF715 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)03-0055-17
DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.03.005

Relationship Between the Client and the Defense Counsel ——Analysis of the American Model Rules of Professional Conduct

LIU Yi-fan

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: The relationship between the client and the defense counsel is the central part in the Model Rules of Professional Conduct. Compared with the contract established by the client and the defense counsel on the basis of civil consultation, the counsel's professional conduct standard has claimed higher requirements for the defense counsel. These requirements are reflected in aspects of the contract between the client and the defense lawyer, such as the establishment of relations, the allocation of rights, the resolution of the conflicts of interest, the termination of relationships and so on. The defense counsel's loyalty to the client and the obligation to safeguard the justice are the two basic concepts all the time, of which the first is the core and the second is the boundary for the counsel's action. In the urgent need of the Model Rules of Professional Conduct in China, American Model Rules of Professional Conduct and related principles have great enlightening significance to the construction of professional ethics of lawyers in our country, such as the emphasis on the duty of loyalty and the introduction of the effective defense.

Key words: American Model Rules of Professional Conduct; professional ethics; obligation of loyalty; obligation to safeguard the justice; effective defense

收稿日期:2018-04-25

作者简介:刘译研,女,北京大学法学院博士研究生,主要从事刑事訴訟法、证据法研究。

一、引言

近年来,随着我国法治建设水平的不断提高,被告人的辩护权得到了越来越多的制度保障,律师业也在我国得到了迅猛的发展。^①但与此同时,律师执业过程中出现的一些乱象也频频引发社会各界的关注。例如,有的律师不以说服裁判者接受其辩护意见为目的,而在法庭上大演“表演性辩护”,或者漠视被告人的基本权益,配合公检法三机关“走程序”,或者在法庭上“死磕”,与法官发生激烈的冲突。^②有的律师为了实现诉讼上的利益,在庭外借助各种非理性的方式对法官施加压力,利用博客、微博、微信等新媒体对案件进行大肆宣传,不惜泄露当事人的隐私。^③还有的律师在接受委托或者指定担任辩护人后,既不会见、也不阅卷、更不调查,在刑事法庭上大量进行无效辩护,使被告人的辩护权难以得到真正的实现。实证研究的数据显示,在我国,“近47%的被告人都对自己辩护律师感到不满意”。^④

上述出现的诸多实践乱象对我国律师的职业行为规范提出了迫切的要求。尽管我国已在规范辩护律师职业行为方面出台了不同层次的规范性文件,并取得了较大的进步,特别是2017年8月由中华全国律师协会颁布的《律师办理刑事案件规范》为我国刑事辩护律师提供了最新的、全方位的和系统的职业行为操作指南。但不可否认的是,受理论发展滞后、制度保障不足等因素的制约,这些规范性文件尚难以在理论上真正做到与时俱进,也无法在实践中有效地发挥指导作用,更难以同我国律师业的发展趋势相适应。因此,有学者指出,在律师业迅猛发展的今天,我们应当去思考“法律人的灵魂何处安放”这一终极问题了^[1]。

在律师职业行为规范的诸多内容中,委托人与辩护律师的关系无疑处于核心的地位^[2]。相比于我国在这一领域发展的滞后和不足,美国律师职业行为规范经过近二百年的发展,已经形成了高度成熟和完备的制度体系,这与美国律师行业本身的高度发达息息相关。在美国,支撑律师制度和律师行业规范发展的基础有二:一是相对真实的价值观;二是对抗制的刑事司法体制。在对“真相”的认识上,美国主流观点不承认所谓的“客观真实”或者“绝对真实”,他们认为“对抗是探明‘真相’的最佳方法”^[3]。因此,事实的裁判者在平等的控辩双方所提出的各执一词的、相互对抗的证据中所获得的认识就是“最好的真实”。这种建立在法官消极、两造对抗基础上的刑事司法制度,无疑对辩护律师提出了极高的要求,甚至在某种意义上,“辩护律师的能力绝对会影响审判的结果”^[4]。这是因为,在形式对抗的意义上,假如没有辩护律师,两造平等对抗的庭审形式就无法存在;而在实质对抗的意义上,假如没有辩护律师的有效协助,通过充分对抗发现实体真实和实现审判公正的目标就无法实现。^⑤基于此,在

^①据统计,我国执业律师近年来正以年均9.5%的速度持续增长,目前总人数已突破30万。同时,全国律师事务所也保持着年均7.5%的增速,现已达到2.5万多家。全国律师平均每年办理诉讼案件330多万件,办理法律援助案件50多万件。参见新华社:《我国执业律师人数已突破30万》,载新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2017-01/09/c_1120275319.htm,最后访问日期2017年11月20日。

^②关于“表演性辩护”,有学者将其进一步划分为“配合性辩护”“对抗性辩护”两大模式,可参见李奋飞:《论“表演性辩护”——中国律师法庭辩护功能的异化及其矫正》,载《政法论坛》2015年第2期。

^③例如,在李某某等涉嫌轮奸案中,李某某的辩护律师在网络上大肆宣传;在王刚涉黑案中,该案辩护律师打印多张标语,在法院门口抗议。

^④有关我国律师执业的实践情况,可参见侯晓焱等:《刑事审前程序获得律师帮助权之实证研究——对北京市海淀区看守所200名在押人员的调查》,载陈卫东主编《3R视角下的律师法制建设》,中国检察出版社2004年版,第231页。

^⑤律师帮助权保证了对抗制程序的正当性(Kimmelman v. Morrison, 1986)。参见詹姆斯·J. 汤姆科维兹:《美国宪法上的律师帮助权》,李伟译,中国政法大学出版社2016年版,第46页。

美国,被告人的辩护权与律师帮助权都是由宪法加以保障的基本权利。^①正是在这一制度背景下,美国的律师业得到了充分的发展,与此同时,美国律师职业行为规范也经过多年的积累和完善,成为调整律师执业行为最为成熟和最有影响力的规范之一,对于我国律师职业行为规范和相关理论的发展具有重要的启发意义。

有鉴于此,本文拟以美国律师职业行为规范为切入点,将委托人与辩护律师的关系这一核心问题作为研究对象,从调整二者的规范、领域和理念三个方面展开分析,最后立足于我国实践中存在的问题,总结出对我国律师职业行为规范发展的若干启发。需要说明的是,由于美国律师职业行为规范具有刑民不分的特点,而我国律师在刑事和民事执业方面存在较大的区别,因此,本文主要侧重于从刑事辩护的角度对美国律师职业行为规范加以分析。

二、辩护律师职业行为规范的性质与功能

概括说来,美国刑事辩护律师具有四重身份,一是委托人的代理人;二是从事法律职业的一员;三是服务于法律制度的职员;四是对司法质量富有特殊职责的公民。^②但是,在这四重身份中,作为委托人代理人的身份是律师所有执业活动的基础,因此,在律师职业行为规则所要调整的对象中,委托人与辩护律师之间关系处于核心的地位。在某种意义上,如果没有这一关系,也就没有律师的其他职责问题。

从委托人与辩护律师关系建立与发展的动态过程来看,二者之间的关系既要受到私法层面的合同规范约束,又要受到行业协会层面的职业行为规范调整。比较看来,这双重规范隶属于不同的领域,在多方面都存在显著的不同。而作为处于合同规范之上的更高要求,律师职业行为规范在调整委托人与辩护律师关系方面发挥着更为重要的作用。

(一) 职业行为规范与合同规范的比较

在委托人与辩护律师关系存续的整个过程中,职业行为规范与合同规范同时对二者的权利义务关系进行调整,前者属于律师行业协会的规范要求,后者则来源于私法层面的协商一致。尽管这双重规范都会对委托人和辩护律师的关系产生影响,但二者在产生的基础、调整的内容以及违反规范的后果等方面还是存在很大的差别。

首先,职业行为规范与合同规范产生的基础不同。一般而言,委托人与辩护律师之间的关系是双方在协商协议的基础上,通过签订书面协议而成立的,二者在本质上是委托代理的民事关系,即使是在那些由国家出资聘任的律师担任辩护人的案件中,被告人与辩护律师之间的关系也是如此。因此,委托人与辩护律师首先要受到民事合同规范的约束,这来源于在法律上处于平等地位的双方主体基于意思自治、自我协商而形成的私法规范,并且这种私法规范不受公权力的介入和干预。在美国律师制度发展的历史早期,尤其是在没有律师职业行为守则的时候,这种私法规范就发挥了重要的调整作用,对律师的控制也主要是通过委托人来实现的。^③而职业行为规范则来源于律师从事法律职业的这种身份,为了维护和促进整个职业的名誉和尊严,律师必须要在日常的执业活动和个案的代理中,遵守职业道德规范。尽管这些职业行为规范可能并没有被规定在具体的民事合同之中,但律师还是应当

^①美国联邦宪法修增条文第6条规定,“在所有刑事控诉案件,被告享有受律师协助的权利”。

^②美国律师协会:《美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》》,王进喜译,中国人民公安大学出版社2005年版,第3页。另外,美国律师职业协会惩戒规定中对律师进行惩戒的基础也隐含了对上述四重身份的划分。

^③当然,法官也会对律师施加一定的控制。参见:Charles W. Wolfram: Toward a History of the Legalization of American Legal Ethics-I. Origins, 8 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 469(1986)。

要自觉地承担这些超出合同规定之外的义务。

其次,职业行为规范与合同规范调整的内容不同。律师职业行为规范涵涉的领域十分广泛,几乎涉及律师执业行为的方方面面,^①但“委托人与律师的关系”是其首要规制的对象。由于律师职业行为规范设立的目的是约束律师的执业行为,因此,该规范对于律师职业群体具有普遍的约束力,不具有差异性。除此之外,该规范也基本上是关于律师执业行为的标准和指引,并不过多地涉及委托人在代理过程中的具体行为。与此不同的是,合同规范是委托人和辩护律师自我协商的结果,二者通过签订民事协议,就双方与代理相关的权利义务内容进行约定。例如,律师为委托人提供法律服务的阶段、范围和方式,委托人对律师费用的给付以及合同的解除等。由此可见,合同规范在约束二者的关系方面存在一定的特殊性,在每个个案中可能都有所不同,但合同规范对于二者关系调整的基础性作用是一样的,即任何律师都必须首先要遵守合同规范的内容。合同义务是律师最基本的义务,一旦违反了这一底线义务,委托人与辩护律师之间赖以存续的基础就有可能丧失,这样的话,律师职业行为规范发挥作用的空间也就无从谈起了。

最后,违反职业行为规范与合同规范的后果也不同。如果律师违反合同规则,那么委托人就可以基于二者之间的委托关系要求辩护律师承担相应的民事责任。比如,被告人可以要求解除代理合同,拒绝支付相关的辩护费用,追究辩护律师的违约责任。在被告人因律师的失职行为而遭受自由丧失、经济损失或者精神痛苦的情形下,被告人还可以向法院提起民事诉讼,要求辩护律师承担与此相对应的补偿性赔偿。当辩护律师是出于故意或者过失的主观心态而实施某一失职行为时,美国绝大多数州还规定,被告人有权向辩护律师主张惩罚性赔偿。^②由此可知,民事责任是违反合同规范的应有之义,其意义在于保证律师履行最基本的合同义务。与违反合同规范带来的单一责任不同,违反职业行为规范,律师可能要承担不同类型的责任。例如,当违反某一职业行为规范时,律师可能要承担纪律惩戒责任。假如这一失范的职业行为给委托人带来不利的后果,并被法院宣告为无效辩护,那么,律师要承担程序性制裁责任,而假如该行为还不幸触犯了刑法典,那么,律师还有可能遭受刑罚的处罚。因此,违反职业行为规范所要承担的责任形式是多样的,其目的不仅在于确保每一个被告人都能在被定罪判刑的审判中实现“得到律师有效帮助”的宪法权利,也是为了通过职业惩戒对辩护律师本人进行惩罚,对其他律师进行威慑,维护律师职业群体的有序发展和整体声誉。

通过上述三个方面的比较,可以发现,在委托人和辩护律师关系发展的过程中,合同规范和职业行为规范都发挥着十分重要的调整和约束的作用,但在这双重规范的内部,合同层面的规范是基础,行业协会层面的行为规范则是更高的要求,前者决定了委托人与辩护律师的关系是否能够存续,而后者则决定了二者关系是否能够顺利发展。

(二) 律师职业规范的性质

在美国,规范律师执业活动的行业规范有一套完整的法律体系,其中包括美国律师协会及各州的律师协会制定的规范、各法院制定的法庭规则、权威法律文献以及法院的相关判例。在这一系列的规则之中,由美国律师协会(American Bar Association)制定的法律职业统一规范即《职业行为示范规则》(Model Rules of Professional Conduct)具有最为广泛的影响力,因此,本文也主要以该规则作为蓝本,对

^①除了“委托人与辩护律师的关系”外,美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》还包括“法律顾问”“诉辩者”“与委托人以外的人交往”“律师事务所”“公众服务”“法律服务信息”“维护法律职业的适正性”等八个方面的内容。

^②美国各州对惩罚性赔偿的规定存在不同,例如阿拉巴马州规定,无论辩护律师在主观状态上是故意或者过失,只要符合法定条件,被告人都可以基于辩护律师的失职行为向法院主张惩罚性赔偿。与此不同的是,新墨西哥州、北卡罗来纳州规定,只有存在重大过失或者故意、恶意实施的律师失职行为,才可以支持惩罚性赔偿。也有州规定,对于律师的失职行为提起的惩罚性赔偿均不予支持。参见吴纪奎:《论辩护律师的民事责任》,载《环球法律评论》2012年第6期。

美国律师的职业行为规范进行分析。

《职业行为示范规则范本》由美国律师协会制定,其在性质上属于行业自治规范,目前美国几乎所有州^①的律协都将该规则的全部或者部分内容作为约束本州律师执业活动的行为规范^[5]。该规则制定的目的在于促进律师行业的有序发展、明确律师的统一行为准则并促进实现律师群体的自我管理。

由于该规则是由律师协会制定的,而律师协会只是民间性的律师组织,因此,该规则本身并不具有法律拘束力。但一直以来,美国律师协会都致力于呼吁各州法院将该规则作为律师行为的最低法律标准,美国联邦、州、地方法院也在处理有关律师违规的案件中,逐渐援引该规则作为证明律师执业行为标准的证据。^②通过法院对这一证据加以采信,并进而作出生效判决,该规则由此就在实践中间接成为具有法律效力的规范。于是,律师在执业的过程中,就必须遵守该规则,否则就有可能受到法院的处罚。

(三) 律师职业行为规范的功能

作为由律师协会制定的一部行业规范,《律师职业示范规则》在维护律师群体的职业声誉和尊严、促进律师行业的整体发展等方面发挥了不可替代的作用。^③在调整委托人与辩护律师的关系方面,该规则也产生了重要的影响,这主要表现为其弥补了合同规范在约束二者关系方面存在的一些缺陷,为律师处理与委托人交往过程中产生的各种问题,提供了较为清晰的行为指引和规范准则。具体说来,以合同规范的约束为参照,我们可以发现,律师职业行为规范在调整委托人与辩护律师关系方面的功能大体上可以表现为以下三点。

其一,职业行为规范可以弥补合同规范约定事项有限的不足。委托人与辩护律师通过合同约定代理服务的事项毕竟有限,委托人无法对辩护律师从事合同约定之外的行为加以约束,而这些行为很有可能影响委托人利益,例如对第三人的行为、利益冲突的选择等。在这种没有约定或者约定不明的情况下,律师职业行为规范可以作为合同规范的补充,在“忠诚于委托人”理念的指导下,为律师的执业活动提供基本的行为指引。

其二,职业行为规范可以改善委托人在合同关系中的劣势地位。相对于辩护律师,委托人在专业知识和经验技能上处于天然的劣势地位。这种在诉讼行为能力方面的不平等性决定了二者实际上很难进行平等的协商,辩护律师更容易在二者的关系中处于操纵者的位置,而委托人也难以通过形式上平等的合同关系对律师加以约束。在这种实际不平等的状态下,律师职业行为规范在合同规范的基础上为律师提出了更高的要求,苛以更多的职责,体现了“保护弱者”的理念。

其三,职业行为规范可以在合同之外帮助委托人获得更好的律师帮助权。相对于国家,被告人处于法律上的危险境地,面临着人身自由、个人财产被剥夺的风险,为了抵御强大的公权力,被告人被赋与了获得有效律师帮助的宪法权利。但私法层面的合同规范一般难以对这种体现在过程中的“有效辩护”^④进行明确的约定,即便进行了约定,一旦律师违反约定,委托人也只能向律师主张违约责任,这难

^①到2003年5月,共有44个州采用该规则,其他的州则采用了部分内容。

^②1973年,《职业行为示范规则》被各州及联邦法院在172个案件中引用,1992年,该规则被在981个案件中引用。参见:Stephen Gillers, Ethical Cannons, Litigation, Vol. 20, No. 1 (Fall 1993), pp. 15-16.

^③当然,由于美国律师执业的人员和环境在不断地发生变化,对律师进行管理的形式也处于变迁的状态中,例如有些州开始摒弃律师协会的《职业行为示范规则》而另起炉灶。但从整体上看,该示范规则仍然发挥着重要的作用。可参见【美】德波拉·L. 罗德、小杰弗瑞·C. 海泽德:《律师职业伦理与行业管理》(第二版),许身健等译,知识产权出版社2015年版,第362页。

^④“有效辩护”应当体现在“说服法官的过程中”,而不能根据某种诉讼结果或诉讼效果来评价一项辩护活动的有效性。可参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期。

以弥补其在诉讼中已经遭受的不利。而律师职业行为规范可以在合同规范的基本要求之外,对律师的执业行为提出更高的要求,并督促律师在整个辩护的过程中,落实有效辩护的理念,从而更好地维护委托人的利益。

(四) 违反律师职业行为规范的法律后果

如上文所述,对于辩护律师而言,律师职业行为规范是建立在合同规范之上的更高要求。与违反合同规范只存在民事责任不同,违反律师职业行为规范的法律后果具有一定的复杂性。根据辩护律师违反职业行为规范的内容和程度不同,可能存在三种不同的责任:一是职业惩戒责任;二是程序性制裁责任;三是刑事责任。

“职业惩戒责任”是美国及各州律师协会对于那些违反职业规范的行为,根据《美国律师协会律师处罚标准》对律师施以的相应惩戒责任,具体包括取消律师资格(disbarment)、暂停执业(suspension)、谴责(reprimand)、训诫(admonition)。具体说来,首先,在责任的性质方面,职业惩戒责任是一种结果责任,即以律师对委托人、社会公众、司法制度以及职业伦理已经或者可能造成的损害后果为前提,同时结合律师实施失职行为的主观状态决定具体的惩戒方式。其次,在责任的确定程序方面,美国律师协会往往以一种准司法程序的方式来进行,^①即对律师的惩戒程序必须满足正当程序的要求,充分保障投诉方与被投诉方表达意见的权利。最后,在责任的救济方面,律师协会所做的惩戒决定并不具有终局性,法院保留了对律师惩戒固有的管理权,辩护律师可以通过向法院提起诉讼的方式,挑战律师协会对其所作出的惩戒,以维护自己的合法权利。

除了职业惩戒责任,假如律师的执业行为不仅违反了职业行为规范,而且还导致被告在实体结果上受到了不利的结局,并被法院宣告为“无效辩护”,^②那么,辩护律师还要承担由此所带来的“程序性制裁责任”,即上诉法院的“撤销原判、发回重审”^{[6]629}。表面看来,这一结果似乎只是给予了被告人重新进行法庭审判的补救机会,与律师的关系不大,但其实上诉法院所作的“无效辩护”这一决定,事实上就是对其具体执业活动的一种否定,对其职业声誉的一种负面评价,这势必会直接影响律师对未来客户的选择和代理。不仅如此,一旦被法院认定为“无效辩护”,律师接下来就有可能遭受相应的职业惩戒。

对于辩护律师而言,“刑事责任”是一种最为严厉的责任形式,它指律师既违反职业规范,又直接触犯刑法典后所要承担的法律后果。尽管美国各州在这一问题上的规定不尽相同,但概括起来,律师承担刑事责任主要有以下两种情形:一是律师的执业行为违反了特定的职业规范;二是律师违反职业行为规范达到了一定的严重程度。前者的典型表现是律师违反了维护司法廉洁性的职责,向司法机关实施某种贿赂行为,试图对司法程序和诉讼结果施加不正当的影响,例如,加利福尼亚州规定,向州的任何公职人员行贿的,根据贿赂物的价值情况,确定重罪或者轻罪。而后者通常表现为那些严重违反职业规范的行为,例如亚拉巴马州规定,故意作虚假陈述或者报告、在代理的过程中未能明示利益冲突的行为被视为轻罪,对这一轻罪,法院最高可判处1年监禁刑并处6000美元的罚金。^③

三、调整委托人与辩护律师关系的六大领域——职业行为规范的视角

由于“委托人与辩护律师的关系”在美国律师职业行为规范中处于核心的地位,并用来统领律师的其他责任^[7],因此,美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》确立了与此相关的大量规则。本文在

^①In re Ruffalo, 309 U. S. 544(1968).

^②“无效辩护”的构成要素之一就包括律师没有进行尽职尽责的辩护,或者在辩护过程中存在重大的过错或者瑕疵。

^③关于美国各州的具体规定,可参见 <http://www.ncsl.org/research/ethics/50-state-chart-criminal-penalties-for-public-corr.aspx>,最后访问日期2017年11月26日。

参考范本条文顺序的基础上,以委托人与辩护律师关系的发展为主线,依次对“委托人与辩护律师关系”调整的六大领域进行分析。

(一) 关系的建立

委托人与辩护律师之间的关系是律师执业活动的核心,这一关系直接决定了委托人与律师的权利义务,并影响了律师的其他执业活动。正因为如此,在美国,当事人与律师之间是否存在委托代理关系可以作为单独的一项“诉讼标的”,请求法院予以裁判,而对是否存在这一关系的判断也成为解决委托人与辩护律师权利义务的前置问题。^①通常而言,委托人与辩护律师是在双方协商一致的情况下,通过签订委托合同或者其他形式的书面协议而正式建立的。但是明确的书面协议并不是确定二者关系的唯一标志,在实践中,委托人与辩护律师关系的存在被认为是一个事实问题,律师的职责也并非起始于合同的正式签订,这意味着对于那些寻求法律建议而向律师咨询的“潜在委托人”,律师也应当承担一定的注意义务。例如,律师应当对其在交流过程中谈论的信息进行保密,律师应确保其提出的法律意见具有一定的精确性和充分性。^②

既然委托人与辩护律师的关系如此重要,二者一旦建立起关系,辩护律师就应当尽职尽责的维护委托人的利益,并始终忠实于委托人,那么,在与辩护律师交往或者洽谈的诸多“当事人”中,谁才是律师真正的委托人呢?毫无疑问,在刑事诉讼中,授权辩护律师帮助其有效行使辩护权的被告人是委托人,即使是在第三者支付报酬或者国家指定辩护的情形下,辩护律师也应当始终将被告人视为委托人,并将被告人的利益放在首位,排除其他利益的干扰。例如美国律师职业行为规范规定,当作为支付者的第三方存在不同于被告人的利益时,律师应当禁止或者拒绝继续接受代理,除非律师确定这对其职业判断不存在干预,并且得到了被告人的明智同意。^③再比如,在委托人是未成年人或者出现能力减损的情况下,律师也应当给予其委托人的地位,尊重委托人而非其法定代理人或者家庭成员的决定,尽可能地与他保持正常的委托人与律师的关系。

通过分析上述规则,不难发现,一方面,基于委托人与辩护律师之间民事合同关系,律师要承担合同约定的基本义务;但另一方面,美国律师职业行为规范又对律师提出了一些超出合同的更高要求,例如,律师不能唯支付方马首是瞻,而应当始终将被告人视为委托人。所以,在美国,委托人与律师的关系实际上是合同要求和法律要求相结合的产物。

(二) 权利的分配

在委托人与辩护律师的关系中,委托人授权辩护律师帮助其行使辩护权,由于“辩护权”是一个较为抽象的概念,这里就出现了律师在多大范围内进行代理以及与委托人如何划分职权的问题。关于这一问题,美国学者曾在理论上提出了二种模式,一种是传统模式(the traditional model),另一种是参与模式(the participate model)^[8]。传统模式认为由于法律职业活动需要专门的知识 and 技巧,所以作为外行人的委托人就应当充分地信任律师的职业判断,遵从律师的意见并具有合作的义务。参与模式则认

^①关于美国法院裁定委托人与律师关系是否成立的判例,参见美国律师协会:美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》,王进喜译,中国人民公安大学出版社2005年版,第31页。

^②律师对委托人的意见对委托人后续的行为选择可能具有非常重要的意义,或者说委托人有的时候会基于律师的意见决定诉讼行为,为了保护委托人的这种可能性,美国法院在判例中指出,律师要为自己的咨询意见承担注意义务,并应当提醒委托人寻求进一步的法律帮助,否则,律师就有可能承担一定的责任。例如 *Togstad v. Vesely, Otto, Miller & Keffe*。

^③这里本质上其实是利益冲突的问题,当存在付费的第三方的情况下,律师对委托人的代理将会受到律师在律师费协议中的利益或者律师对作为支付者的第三方的职责的严重限制,存在利益冲突,但在此利益冲突的情况下,辩护律师还是应当优先保护委托人的利益。

为委托人与律师具有平等的地位,委托人有权与辩护律师就辩护权行使的相关事宜进行协商,甚至没有委托人的同意,律师不得采取任何行动。

上述两种模式的划分完全是理论上的一种讨论,其目的是为解决实践问题提供某种对比的视角。具体到实践中,美国律师职业行为规范对委托人和律师的权利分配作出了原则性的规定,该规定在一定程度上体现了参与模式的基本思想,即律师应当遵循委托人就代理的目标所作的决定,应当就追求这些目标所要使用的手段同委托人进行磋商。^①根据这一规定,我们可以把委托人的权利分为二种:一是决定权,二是协商权。首先,委托人对代理服务的目标具有决定权;其次,委托人有权就实现代理目标的方案与律师进行协商;最后,在就代理方案进行协商的过程中,委托人在“进行何种答辩、是否放弃陪审团审判、是否作证以及是否提起上诉”^②等重要事项上享有最终的决定权^③。

“代理目标”与“代理方案”是美国律师职业行为规范在权利分配事项方面的简单划分,但是由于概念存在模糊,代理事项纷繁复杂等原因,委托人与律师的权利分配在美国的司法实践中仍然还存在着很大的争议。例如,有法院认为,当一个被告人接受律师作为辩护人的时候,律师有权在辩护程序的安排上作出一些决定,“被告人不享有强迫律师按照其要求提出主张的宪法权利,所以,律师在辩护事项的多数方面享有决定权而无需得到委托人的批准。”^④但也有观点认为,“被告人对程序的控制是正义得以实现的重要组成部分”^⑤,并且“辩护权是直接赋予被告人的权利,被告人将直接承受案件失败的后果”,^⑥所以,即使在诸如是否放弃对某证人进行交叉询问的程序安排上,未经当事人的同意就选择放弃也是“宪法上的巨大错误且无法补救”。^⑦

其实,影响委托人与律师权利分配的根本问题是,律师如何在尊重当事人的自治权和为其提供专业建议的责任之间实现平衡。在这一问题上,被视为委托人“利益代理人”的美国律师在实践中更偏向于尊重当事人的自治权,而在具体的辩护策略和手段上,委托人更多地依从于律师的特定知识和技巧,律师可以在与委托人进行充分协商的情况下,就辩护策略等事项自由决定。当然,律师对委托人自治权的这种偏向性尊重并不意味着,律师可以完全放任委托人作出不理性、不明智或者可能有损于自己利益的决定,或者律师只是委托人的“传话筒”,完全根据委托人的意愿开展代理活动。律师在尊重委托人自治权的同时,也存在一定的独立性和必要的限度。这具体表现为,一是专业判断上的独立性,即律师在委托人作出选择之前,应当与其进行充分协商,从专业的角度,独立、公正地为他提供有效的建议^⑧。假如律师与委托人经过充分协商,仍然存在根本性的分歧,律师可以在不损害委托人利益的前提下退出代理。二是合法性的限度,即律师不得在明知委托人的行为构成犯罪或者欺诈的情况下,故意为他提供咨询或者帮助。^⑨

(三) 称职、勤勉、交流

称职、勤勉和交流是美国律师职业行为规范对律师在代理的过程中提出的明确要求。这三项规则并非简单、抽象的行为规范,而是具有十分丰富的内涵要求和行为标准。在某种意义上,这三项构成了有效辩护最基本的要素,与此同时,律师一旦违反了最低的要求,就有可能被法院宣告为无效辩护,并受到相应的职业纪律惩戒。

①参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规则1.2。

②联邦最高法院也已经明确,这四种事项属于“根本事项”,被告人享有宪法上的作出最终决定的权利。

③Faretta v. California, 422 U. S. 806, 819-820(1975)。

④Brookhart v. Janis, 384 U. S. 1, 3, 86 S. Ct. 1245-1246(1966)。

⑤关于律师在委托人可能涉嫌犯罪、欺诈情况下的行为规范问题,美国学界存在很多的争论,由于这一问题在我国尚不明显以及本文篇幅有限,笔者并没有对这一问题作过多的探讨,有关讨论参见美国律师协会:美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》,王进喜译,中国人民公安大学出版社2005年版,第14-15页。

所谓“称职”,在美国律师职业行为规范中体现为两方面的要求,^①一是作为律师本身的称职性;二是提供代理服务的质量和过程的称职性。具体而言,首先,作为一名称职的法律职业人员,律师本身应当具有必需的法律知识和技能,包括专业能力、执业经验、研究能力和与其他律师合作的能力。其次,在开展代理的过程中,律师应当细心,并进行充分的准备,例如对涉及的事实和法律问题进行调查和分析。最后,为了保持长期的称职性,律师还应当在职的过程中持续学习,适应法律和实践的不断变化,例如在美国的绝大多数州,各级律师协会都会为律师提供各种形式的继续法学教育,这已成为律师生涯的组成部分^{[12]24}。

所谓“勤勉”,是指“在代理委托人的过程中,律师的行为应当合理地勤勉、迅捷。”^②这包含了以下三个方面的要求。一是“尽力”,即律师应当热忱地为委托人辩护,为维护委托人的利益而克服任何障碍和个人不便,采取任何合法和道德的措施。二是“及时”,即律师应当合理、迅捷地履行相应的职责,避免因拖延而使委托人的利益受到实质影响或者引发委托人不必要的焦虑。三是“善始善终”,即律师应当就代理的事务为委托人服务至终,在代理关系即将终止的时候,律师也应本着维护委托人利益的原则,向委托人交代有关的重要事宜。

所谓“交流”,是律师在进行有效代理的过程中,必须合理履行的职责。对于律师而言,与委托人进行合理、充分、有效交流的意义在于:其一,在委托人就代理的目标及其他事项作出决定前,保证他能够了解足够的信息,进而作出明智的决定;其二,告知委托人代理事态的发展情况,尊重委托人对代理事项的知情权和控制权。当然,为了实现有效交流的目的,律师还应当注意交流的方式,避免专业上的优势给委托人带来压迫,例如在就某代理事项进行协商时,律师应告知委托人有权作出决定、存在哪些选择以及各种选择的利弊。再例如,通常情况下,律师提供的信息应当适合于有理解能力和责任能力的成年委托人,但是对于未成年或者能力减损的委托人,律师也应当尽到充分的交流义务,必要的时候,还可以从委托人的立场出发,与有能力保护委托人的个人或者实体进行磋商。

(四) 保守职业秘密

在保守职业秘密的问题上,美国律师职业行为规范确立的基本原则是,“在没有委托人明智同意的情况下,律师不得披露与代理有关的信息”。保守职业秘密是律师最为重要的职责之一,这一职责既是律师与委托人之间建立信赖关系、开展有效代理的基础,也是律师忠诚于委托人利益的最低要求。具体说来,美国律师的保守职业秘密规则有三个重要的特点。一是保护范围的广泛性,除了特定情况以外,“与代理委托人相关的信息”都受到保护,不论这些信息来源于何处,律师均不得公开。其中,委托人与律师的秘密交流受到更为严格的保护,属于证据法上律师—委托人特权保护的客体,任何人均不得强迫律师就其与委托人之间的职业秘密交流作证。二是信息保护的自动性,律师在获悉“与代理委托人有关的信息”后,应当主动对该信息予以保护,不论公开该信息是否会使委托人尴尬或者有损于委托人的利益,也不论委托人是否对此向律师提出了明确的保密要求。三是保护期间的持续性,这意味着,该规则不仅在律师对委托人的关系存续期间存在,而且也一直延续到二者关系的结束,即使律师已经开始代理新的委托人,他也不能用前委托人的秘密来促进后委托人的利益。

当然,律师对委托人信息的保密也并非绝对的,基于价值平衡等因素的考量,美国律师协会赋予了律师在有限范围内披露信息的权利,概括起来主要有以下两种情形。其一,防止委托人的行为在未来造成合理确定的严重人身伤亡和重大财产损失;其二,在针对律师本人提起的诉讼中,律师合理

^①美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规则1.1称职,“律师应当为委托人提供称职的代理。称职的代理要求律师具备代理所合理必需的法律知识、技能、细心和准备工作”。本文在这部分对称职的讨论主要依据的是该条的规定,当然从更广义的角度来讲,“称职”的含义和要求还远不止此,律师在代理活动中的每一步都有可能影响其是否称职。

^②参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规则1.3。

地认为为自我防护所必需。^①在这二种情形下,律师可以对委托人的信息进行披露,但同时也受到了诸多的限制。例如,首先,律师披露信息是“最后的手段”,在可行的情况下,律师应当首先寻求说服委托人采取适当的措施来消除信息披露的需要。其次,律师对信息披露必须“合目的性”,不利于委托人利益的披露不得超过为实现特定目的所必需的程度。最后,律师披露的对象还应当具有“有限性”,律师所要进行的披露必须限定在法庭或者其他需要知道该信息的人的范围内,并应当尽力要求对该披露的信息进行有效的保护。

保守职业秘密规则是一个充满价值冲突的问题,涉及多种利益的平衡,到目前为止,这一规则仍在美国法学界引发着激烈的争论。但从美国律师协会当前对律师保守职业秘密的规定来看,保守职业秘密、维护委托人的利益被视为律师的首要职责,保障委托人与律师之间的信赖关系也具有优先保护的价值,只有在涉及生命和身体的完整性,或者对律师保守秘密不具有期待可能性的时候,才允许律师对特定有限的主体披露委托人的信息。

(五) 利益冲突解决

对于律师执业活动而言,利益冲突无处不在,甚至构成了律师职业的中心道德问题。在委托人与律师的关系中,律师对委托人代理活动的有效性^②可能受到来自多方面因素的影响,例如律师自身的利益,律师对其他现委托人、前委托人或者第三人的职责。为了避免这一情形的发生,美国律师职业协会为律师处理利益冲突确立了大量的行为规则。^③从整体上看,这些规范由两部分构成,一是利益冲突规则的本体,二是利益冲突规则的例外或者豁免。前者一般要求律师在利益冲突规则的指引下,尽可能地在事前避免利益冲突的发生,保证律师对委托人的忠诚和代理的有效性。而后者则从现实生活的角度出发,为了避免过于严苛的利益冲突规则损害委托人选择律师的自主权,给律师继续开展代理活动设置了若干的例外。概括而言,对于这些利益冲突规则,以冲突的存续状态为标准,可以将其划分为“同时性利益冲突规则”与“连续性利益冲突规则”;以冲突的强制效力为标准,可以将其划分为“任意性利益冲突规则”与“强制性利益冲突规则”。

“同时性利益冲突规则”解决的是律师对其他现委托人、第三人的职责同时产生冲突的问题,此时禁止律师从事直接不利于其现委托人的代理活动。而“连续性利益冲突规则”针对的则是前后存在的职责发生冲突的情况下,律师对现委托人的代理能力要受到一定的限制。同时性利益冲突规则体现了律师对现委托人利益的全方位保护,这意味着一旦与某委托人建立代理关系,只要是不利于该委托人的案件,无论是否与本案有实质联系,律师均不得代理(除非满足例外的条件)。而在连续性利益冲突中,律师对前委托人提供的是一种相对有限的保护,仅在在“实质联系”的案件中,律师才被明确剥夺了代理的资格。而判断二个案件之间是否存在“实质联系”,就是要看是否存在这样的一种风险,使得律师可以利用其掌握的前委托人的秘密信息来从事不利于其利益的代理活动。^④

“任意性利益冲突规则”是指尽管存在利益冲突,但代理可以经受影响的委托人明智同意而存在,也就是说,只要符合利益冲突规则的例外规定,律师就可以从事相关的代理。通常情况下,这些例外包

^①参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规则1.6。

^②利益冲突的识别标志是,其一,使得律师作出直接不利于委托人利益的代理活动,其二,使得律师对委托人的代理活动受到了严重的限制。参见美国律师协会:《美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》,王进喜译,中国人民公安大学出版社2005年版,第23页。

^③有关利益冲突的行为规则,可参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规范1.7-1.11。

^④“实质联系”的标准也在实践中得到不断发展,最典型的表现有案件涉及前委托人的秘密信息、律师在后代理案件中的活动可能存在攻击其前代理的工作等,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109页。

括以下四个方面的条件。其一,律师合理认为,其有能力为每个委托人提供称职和勤勉的代理;其二,不为法律所禁止;其三,不涉及在同一诉讼中双方代理的情形;其四,每个受影响的委托人都作出了经书面确认的明智同意。尽管存在上述四个方面的例外规定,但在这种情况下,律师仍然需要考虑其是否能使委托人的利益得到真正的保护。与“任意性利益冲突规则”相反,“强制性利益冲突规则”是指由于该利益冲突被相关法律所禁止,即使得到了委托人的同意,律师也不得进行代理。例如,有些州规定,在刑事案件中代理多个被告人产生冲突的可能性极大,律师应当谢绝代理多个共同被告人。无论委托人是否作出了同意,同一律师不得在同一诉讼中代理对方当事人^[13]。

在美国律师诸多的行为规范中,利益冲突规则是最为复杂的规则之一,在行为守则中占有大量的篇幅,笔者以冲突的存在状态和强制效力作为划分依据,试图对这些利益冲突规则进行分类,从而体现其对不同主体保护的力度。尽管在利益冲突的解决上,很多问题尚未达成普遍的共识,仍在学理和实践中引发着激烈的冲突,但这些大量利益冲突规则显示,在发生利益冲突时,委托人的利益始终放在优先保护的位置,委托人与律师之间的信赖关系始终是不可动摇的价值基础,如何在实现这一价值的基础上,兼顾代理关系的持续发展、律师利益的保护等其他价值是解决利益冲突的核心思路。

(六) 关系的终止

通常而言,委托人与律师关系的终止分为自然终止和人为终止两种情况。自然终止一般由委托合同加以调整,合同双方可就解除代理关系的情形进行约定。除了自然终止,委托人和律师还可以在代理的过程中人为地终止关系,由于这一行为将会对二者之间的权利义务关系产生直接的影响,因此,美国律师协会对委托人和律师人为终止关系的情形进行了规范。

根据美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》,委托人与律师关系的人为终止分为两种情况:一是强制性终止,二是任意性终止。所谓强制性终止,是指在特定的情形下,律师必须要退出代理关系,没有选择的自由。例如,律师对委托人的代理将会导致违反律师职业行为规则或者其他法律、律师的生理或精神状态严重破坏了代理能力或者律师被委托人所解雇。在前二种情形下,委托人与律师之间的代理关系由于不具有合法性和现实性的基础,因此当然应当被强制终止。而委托人无理由的解雇律师引发关系的强制终止,则源于委托人与律师关系存续的信赖基础,假如委托人对律师已经丧失了信任,再勉强维系这种关系无疑会损害委托人的利益,因此委托人享有无因终止关系的权利。^①当然,委托人的这种权利也受到了一定的限制,例如,在法庭审判中,委托人对律师的解雇要得到法院的批准,假如委托人在解雇律师后无法得到其他律师的及时帮助,进而导致法庭审判有迟延的风险,法院也有可能驳回委托人的解雇请求。

不同于强制性终止,任意性终止对于关系的解除具有一定的灵活性,主要表现为律师选择退出代理。与委托人可以强制终止关系不同,律师退出代理不具有强制性,或者说,在终止关系方面,律师不享有与委托人同样的自由。概括而言,律师可以选择退出代理的情形主要包括:其一,律师退出代理不会给委托人带来严重不利影响;其二,委托人坚持或者已经利用了律师的服务从事律师认为是犯罪或者欺诈的行为;其三,律师和委托人就辩护方案存在根本性的分歧,无法协商一致;其四,委托人未履行其基本义务或者该代理给律师带来了不合理的经济负担和困难。在这些情形下,律师可以选择退出代理关系,但同时也会受到法院的约束,例如,律师要向法官进行汇报或者得到法官的允许,假如法官命令律师继续代理,即使存在退出代理的正当理由,律师也应当继续代理。

无论是强制性终止还是任意性终止,委托人与律师的代理关系终止后,律师并不意味着立刻就与委托人没有任何关系,其还要采取合理、可行的措施,尽可能地保护委托人的利益。例如,即使是在委

^①这一权利意味着,委托人在任何时候解雇律师不被认为是对合同的违反,且委托人不需为此而向律师支付赔偿金。

托人解聘律师的情形下,律师也应当留给委托人聘请其他律师的时间。如果委托人解聘的是指定律师,律师还应当向其说明解聘后可能存在无人为其代理的后果。除此之外,律师还应当返回尚未耗费的律师费用和相关的案卷材料。

在委托人与律师关系的终止问题上,委托人显然受到了更多的保护,有利于委托人以此对律师进行执业活动的监督,体现了“天平倒向弱者”的理念。与此同时,律师对关系的选择性终止权也在一定程度上确保了律师执业活动的自由性和独立性。

四、调整委托人与辩护律师关系的基本理念

在委托人与辩护律师的关系上,美国律师职业行为规范在合同规范的基础上,为律师确立了更高的要求,这些要求涉及二者交往的方方面面,贯穿于关系发展的整个过程。尽管上述规范调整的领域十分广泛、规定的内容也十分繁杂,但通过上述的梳理和分析,我们可以发现,“忠诚于委托人”是隐藏在大量规则背后的共同理念,这一理念也体现于调整委托人与辩护律师关系的各项规则之中,成为律师开展职业活动的金科玉律。正如英国法官布鲁厄姆(Brougham)所说,“一个诉辩者,在履行其职责的时候,在整个世界只知道一个人,那个人就是他的委托人。为了挽救委托人,使用所有方式和手段,不顾对他人的危险和耗费,这些人也包括他自己,这是他首要的和唯一的职责。”^{[12]152}

作为委托人的代理人,律师要履行“忠诚于委托人”的首要职责,但是除了委托人的代理人,美国律师还在司法实践中扮演着其他多重的角色,并由此承担着不同的职责。例如,作为从事法律职业的一员,律师要维护法律职业群体的共同声誉;作为服务于法律制度的职员,律师要积极地维护法律的实施;作为对司法质量富有特殊职责的公民,律师不能引导法官作出错误的裁判。上述这些在整体上“维护司法正义”的职责构成了律师“忠诚于委托人”的限度,成为调整委托人与律师关系的另一个重要的理念,这一理念意味着律师不能完全成为委托人的“传话筒”,完全依照委托人的意志行事,应当在职业身份和专业判断上保持一定的独立性。但是,不论如何,相比于维护司法正义的义务,忠诚于委托人仍然是律师的首要职业行为规范^[14]。

(一) 忠诚义务

关于忠诚义务,我国已有学者对其进行了系统性的研究,并指出“它是指辩护律师应将维护嫌疑人、被告人的利益作为辩护的目标,尽一切可能选择有利于实现这一目标的辩护手段和辩护方法。”^①其实,从美国律师职业行为规范的诸多内容来看,笔者认为,辩护律师对委托人的忠诚义务是一个内涵及其丰富的概念,包含了两个层次的要求,一是消极的忠诚义务,二是积极的忠诚义务。

1. 消极的忠诚义务。忠诚义务的第一层次要求应当是“消极的忠诚义务”,这是对忠诚义务最狭义的理解。具体说来,消极的忠诚义务包含以下两方面的要求。其一,辩护律师不得从事损害委托人利益的行为,例如,律师要严格遵守保守职业秘密规则,不泄露、不出卖委托人的信息,不使委托人的利益处于危险的境地。律师有正当的理由解除合同时,要为委托人预留充分的时间找到新的辩护律师,不能因为律师的离开而使得委托人陷入没有律师帮助的困境。其二,辩护律师还不得从事违背委托人意志的行为。在某种意义上,对委托人意志的尊重是保障其程序性主体地位的方式之一。^②尽管作为熟

^①例如,有学者指出,忠诚于委托人的利益,应当成为律师辩护的第一职业伦理。参见陈瑞华:《刑事辩护的理念》,北京大学出版社2017年版,第120页。

^②正如有学者指出,虽然被告人自行辩护、自行作出有关辩护的决定可能会导致对其不利的结果,但他的选择必须被尊重,大概这是因为法律的生命就源自对人民的尊重。参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2016年版,第382页。

悉法律知识和职业技能的人员,律师相对于委托人而言具有强大的专业优势,但是律师必须要尊重委托人就辩护权行使的相关意见,这突出表现在权利分配的问题上,律师要听从委托人就辩护目标所作的决定,并就辩护策略与委托人进行协商,不得违背委托人的意志开展辩护活动,例如,未经委托人的同意,律师不得放弃陪审团审判或者强迫委托人作证;未与委托人协商,律师不得发表与委托人不一致的辩护观点,或者提交委托人不能接受的证据材料。

消极的忠诚义务不仅是忠诚义务的最低限度,也是律师行为规范对律师的基本要求,同时也是宪法赋予被告人获得律师帮助权的应有之义。假如律师违反了消极的忠诚义务,违背委托人的利益或者意志开展辩护活动,与委托人“同室操戈”,对于委托人而言,这无异于“引狼入室”,其不仅无法得到律师的帮助,反而还使得自己的利益受到了损害。所以,美国律师协会的《职业行为示范规范》对律师的消极忠诚义务一般都给予了明确的规定,一旦律师违反了这一底线要求,就要承担相应的惩戒责任。

2. 积极的忠诚义务。“积极的忠诚义务”可以视为对忠诚义务的广义理解,这也是忠诚义务的第二层次要求,即律师应当尽职尽责地为委托人服务,并尽一切可能维护委托人的利益,实现委托人的辩护目标。在某种意义上,积极的忠诚义务就相当于有效辩护的理念,而有效辩护的原则已经被美国宪法所确立并加以保护,美国律师职业行为规范中的大量规则也都体现了这一理念,例如,律师应当秉持基本的诚信原则,将被告人视为委托人,无论委托人自身处于何种境地,都应当从维护委托人利益的立场出发开展各项辩护活动。律师应当满足作为称职律师的基本条件,并在代理的过程中,为委托人提供勤勉、有意义的服务。律师还应当尊重委托人就辩护目标所作的决定,并就实现这一目标,与委托人进行有效的交流,保障委托人对案件信息的知情权;在委托人对重要事项做决定时,律师还应当为其提供充分的专业意见;假如与委托人的辩护观点不一致,律师还应当尽到充分的交流义务,并尽量说服委托人接受自己的辩护意见。如果在各种告知、协商和说服的手段都用尽后,委托人仍然坚持自己的意见,那么,律师要么应当尊重委托人的观点,要么可以在不损害委托人利益的情形下退出代理关系^[15]。

积极的忠诚义务既是对律师执业活动的正向要求,也是一种有效辩护的理念,即作为被告人辩护权的帮助者,律师应当尽一切可能维护委托人的权益,至于满足了何种条件才算履行了积极的忠诚义务或者实现了有效辩护,无论是律师职业行为规范还是刑事诉讼法都没有明确的规定。这说明,积极的忠诚义务或者有效辩护是一种没有上限的理念,这一理念积极鼓励着律师竭尽所能地维护委托人的利益。尽管那些没有从事有效辩护工作也没有违背消极忠诚义务的平庸律师看似不会遭受惩戒,但长此以往,在执业市场优胜劣汰竞争机制的作用下,这些辩护效果不好、职业声誉欠佳的律师就会逐渐缺乏案源,进而被淘汰。因此,与消极的忠诚义务通过执业惩戒来督促律师履行职责不同,积极的忠诚义务一般是通过市场规律的调节来加以实现的。

(二) 维护司法正义

美国律师在司法实践中被赋予了多重的角色,因此,除了要对委托人承担忠诚义务外,律师还要对其他的主体承担多重的职责,笔者将这些职责统称为“维护司法正义”的义务。从美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》的规定来看,这一义务一方面散见于“调整委托人与律师关系”的规范中,一方面则集中体现在律师作为诉辩者的职责中。^①具体说来,辩护律师“维护司法正义”的义务主要包括以下三个方面:一是消极的发现真实;二是维护法律实施;三是维护司法的廉洁性和权威性。

1. 消极的发现真实。在美国对抗制的诉讼制度下,双方当事人之间的对抗和竞争被认为是发现真相的最好方式。作为委托人的代理人,辩护律师有职责提出有利于被告人一方的证据或者主张,为法

^①参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》“3. 诉辩者(ADVOCATE)”。

官呈现一个有利于被告人的案件“故事”。但与此同时,作为法庭的职员,律师也负有对法庭坦诚的义务,要避免法官的裁判建立在虚假事实的基础之上。如果说辩护律师对有利于被告人证据的提出是一种积极主张的话,那么,其对法庭的坦诚更多地表现为一种消极的职责,即律师不得引导法官作出可能错误的裁判。除此之外,由于真相的发现建立在平等双方充分竞争、相互监督的基础上,为了避免恶性竞争或者缺乏竞争而影响对抗制诉讼程序的正常运转,作为对抗一方的律师也要对对方当事人承担一定的职责。所以,辩护律师消极发现真实的职责通常表现为两个方面,一是对法庭的坦诚义务,二是对对方的公平义务。

律师对法庭的坦诚义务主要表现为律师不得向法庭作虚假陈述,不得向法庭提交明知是虚假的证据,也不得引导证人作出明知是虚假的证言。^①如果律师在提交了某项重要证据之后,才发现该证据是虚假的,则其应当采取合理的补救或者修正措施,必要时不排除向法官进行适当的披露。而这种披露可能会不利于委托人的利益,这又与律师所承担的忠诚义务是相背离的,所以,对于律师而言,最恰当的做法应当是在向法庭提交证据前,就告知委托人其对法庭所承担的坦诚义务,规劝委托人不要作出虚假的证言或者提交虚假的证据,或者是在采取补救或者修正措施的过程中,积极地与委托人进行协商,寻求他的合作,尽量减少对委托人利益的影响。

相比于对己方委托人的积极忠诚义务,辩护律师对对方的公平义务同样具有消极性,这一义务旨在避免恶性竞争或者过度竞争影响对抗制下法官发现真相的准确和效率。根据律师职业行为规范的要求,辩护律师对对方的公平义务主要表现为:不得妨碍对方当事人获得证据,不得非法变造、毁灭或者隐匿书证或者其他具有潜在证据价值的材料,除此之外,律师还不得要求委托人以外的人拒绝向对方当事人提供有关信息,或者不尽合理地努力来满足对方合法、适当的要求。^②

2. 维护法律实施。作为“服务于法律制度的职员”,辩护律师承担着“维护法律实施”的职责,但这一义务并非对辩护律师提出的额外要求,或者要求其在维护委托人利益之外单独地完成这一职责,更不是忠诚义务之上的更高责任。事实上,“维护法律实施”贯穿于辩护律师为委托人提供代理服务的整个过程中。具体说来,这一义务既指律师为维护委托人利益所采取的方式和方法,不得违背法律和职业行为规范中的各种禁止性规定,保证法律的正常实施,也指律师在某个具体案件适用、应用法律时能够做到诚实和客观。例如,在审判前及审判程序中,律师应当遵守裁判庭规定的各项义务,不得提出毫无意义的要求。律师的法庭辩护不得建立在关于法律的故意虚假陈述的基础上。再例如,律师应当完整地援引法律条文,当明知存在直接不利于委托人的法条,而对方没有发现时,律师应当向裁判庭及时公开。^③尽管这种披露不利法律根据的行为可能会恶化委托人的处境,但律师也必须要完整、全面地加以援引。之所以为辩护律师规定这一义务,是因为一方面裁判庭需要律师来提供法律根据,另一方面,法律根据被认为并不像案件事实那样属于委托人。

由此可见,律师维护法律实施的义务具有多面性,既具有一定的消极性,也呈现出积极性的特点。消极性的义务层面,即律师不得违反法律和职业行为规范的禁止性规定,构成了律师职业行为的最低要求和忠诚义务的外部限度,而积极地全面援引法律、适当理解法律的义务层面则是对律师所提出的一种特殊要求。

^①这种情况在刑事辩护中存在一种例外,在某些司法辖区,当法院要求律师将被告人作为证人来提出,或者被告人自愿作出叙述性的陈述的情形下,律师即使合理地认为该证言或者陈述会是虚假的,也不得拒绝提出这种委托人的证言。

^②参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规范3.4-3.5。

^③参见美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》规范3.3。

3. 维护司法的廉洁性和权威性。廉洁性是司法维护社会正义的本质生命,所以,在任何社会,律师都被禁止与法官进行不正当的交往,或者通过不正当的方式对司法裁判施加影响。这意味着,律师在竭尽所能地维护委托人利益的时候,不得采取这些从根本上破坏司法廉洁性的方式,这一行为规范不仅被确立在美国律师职业行为守则之中,也直接规定在几乎各州的刑法典中。一旦违反这一规定,律师就将有可能面临最为严厉的惩罚,甚至承担刑事责任。

在美国律师职业行为规范中,律师对司法廉洁性的维护主要表现为,律师要保护裁判者不受那些可能对正当程序加以破坏的行为影响,例如对证人、陪审员、法院职员或者其他程序参与者进行贿赂、恐吓。律师不得运用法律禁止的方式对法官、陪审员或者陪审员候选人施加影响,或者与其进行不当的交流,这种不当的交流包括,在陪审员明确表示不愿意后,仍然与其交流;这种交流涉及不实陈述、利益诱惑或者骚扰,等等。

律师在维护司法廉洁性的同时,也应当尊重司法的权威,这集中表现为对法庭上法官的尊重,即使是在法官出现过错或者滥用权力的时候,律师也应当以理性的方式抵制法官的不当行为、维护委托人的利益,例如,律师应做好记录,为后续寻求救济做好准备。相反,律师不能以法官存在过错为由,采取一些不当或者过激行为影响法庭的审理,进而直接破坏司法的权威性。

除此之外,美国律师还应当处理好言论自由与庭外言论之间的关系。这也就是说,律师有权就案件的相关情况发表意见,但也必须要注意自己言论所涉及的内容,尤其是在陪审团审判的案件中,律师要避免自己程序外所作的言论对司法程序产生影响甚至是损害。一般说来,对于那些与案件当事人的个人信息、案件待证事实相关的信息,或者尚未被法庭确定的信息,辩护律师在庭外发表意见时应格外注意。

(三) 二大理念之间的关系

应当说,忠诚义务和维护司法正义是美国律师职业行为规范在调整律师与委托人关系方面所体现的两大基本理念,这两大理念源于美国律师在司法程序中所具有的多重身份。但在实践中,忠诚义务和维护司法正义有时会发生直接的冲突,这难免会使得辩护律师陷入左右为难的尴尬境地之中。例如,按照忠诚义务的要求,律师应当保守职业秘密,不得向任何人泄露有关委托人的任何信息,特别是不利于委托人的信息,但是对法庭的坦诚义务又要求律师在发现委托人提交的证据存在虚假情况时,有职责予以纠正,甚至不排除要向法庭披露。由此可见,在这两种不同职责的要求下,辩护律师面临着两个完全截然相反的选择:是选择保守秘密还是向法庭坦诚呢?是履行忠诚义务还是坚持维护司法正义呢?归根结底,到底应当如何协调忠诚义务和维护司法正义这两大理念之间的关系呢?

通过分析美国律师职业行为规范,笔者认为,在调整委托人与辩护律师的关系方面,忠诚义务是核心,维护司法正义为律师划定了行为的边界。正如前文所说,在美国辩护律师的多重身份中,“作为委托人的代理人”是辩护律师最核心的身份,正是这一身份,才使得其能够在具体的个案中,通过具体的代理活动,履行其所承担的其他职责,所以说,律师作为委托人的代理人所承担的忠诚义务构成了其他职责的基础,并优先于律师对其他主体所承担的职责。

但与此同时,辩护律师对忠诚义务的履行也受到了维护司法正义义务的限制,这意味着律师在维护委托人利益的时候,不能为所欲为,也不能不择手段,必须要在合理的限度内,而维护司法正义就为律师划出了这样的一条界线,即律师不得妨碍发现事实真相,不得违反法律或者阻碍法律的实施,也不得损害司法的廉洁性和权威性。

除此之外,在某种意义上,忠诚义务(尤其是积极的忠诚义务)对律师提出更多是积极作为的要求,只要是律师职业行为守则或者法律没有禁止的行为,律师都可以通过采取积极的措施来维护委托

人的利益,因此,忠诚义务中所包含的有效辩护的理念对辩护律师而言更多的是一个目标。而维护司法正义对于律师而言更多的是一系列消极不作为的规定,律师只要不去实施这些禁止性的行为,就算是对这一义务的履行。当忠诚义务与维护司法正义的义务发生冲突时,律师应当在不损害委托人现有利益(消极忠诚义务)的基础上与委托人进行积极、有效的协商,在涉及维护司法正义的事项上寻求委托人的合作。如果辩护律师无法与委托人达成一致,那么,在这种情况下,律师只能作出退出代理关系的选择,这也是律师最后的底线。无论如何,律师不能为了维护司法正义,置忠诚义务于不顾,甚至违背消极忠诚义务,直接或者间接的损害委托人的利益。

五、美国律师职业行为规范对我国的启示

行文至此,可以发现,美国委托人与辩护律师之间的关系是合同规范、职业行为规范和法律规范相结合的产物。从委托人与辩护律师建立委托代理关系,到关系终止,在这一过程中,辩护律师始终都要受到多重规范的调整。而在这多重规范中,合同义务是律师所要履行的最基本的义务,职业行为规范则是高于合同义务的更高要求。这双重规则是具有不同性质并处于不同层面的规范文本,在委托人与辩护律师关系的发展过程中,分别发挥着不同的作用。

但无论是合同义务还是职业行为规范,辩护律师对委托人的忠诚义务都是这二者最为重要的内容,它体现为维护委托人的利益、尊重委托人的意志,并贯穿于委托人与辩护律师关系发展的整个过程中。除了忠诚义务,有效辩护的理念也在深刻地影响着辩护律师对委托人的代理活动,指引着辩护律师在辩护的过程中尽职尽责,并争取获得有利于被告人利益的结局。当然,维护司法正义的义务是律师作为法律职业群体的一员所要承担的职责,这一义务构成了律师忠诚义务和有效辩护的边界。

正是建立在这些原则和理念之上的美国律师职业行为规范,促成了美国委托人与律师之间坚不可摧的关系,使其成为与检控方进行实质对抗的一方,为美国对抗制诉讼程序的实现奠定了基础。与此同时,这些调整委托人与辩护律师之间关系的规则也对我国未来构建律师职业行为规范具有重大的启示。

例如,到目前为止,我国在调整委托人与辩护律师关系的规范性文件方面,仍然就合同规范和职业行为规范混淆不清,委托人难以通过民事合同对辩护律师进行最基本的约束,也无法提出自己个性化的要求,有的时候律师连最基本的合同规范都没有履行,我们却还以为律师违反了职业行为规范。在这一问题上,美国给我们的启发是,我们应当认识到合同规范和职业行为规范属于不同层次的规范要求,并且应当构建独立的、相分离的惩戒措施,尤其是应当加强委托人对辩护律师的合同约束力。

再例如,在刑事辩护领域,由于曾过多地受到独立辩护论的影响,长期以来,我们都忽视了律师的忠诚义务,而过多地强调律师身份的独立性,强调律师要承担维护法律实施和实现司法正义的义务,这些观点使得我国辩护律师在定位上出现严重的偏差,也给委托人与辩护律师关系的发展带来了一些混乱,实践中委托人与辩护律师在法庭上意见相抵甚至“同室操戈”的现象时常发生。当然,近些年来,实务界有关律师定位的观点也在不断地发生变化,整体上处于变迁的状态,尤其是2017年新出台的《律师办理刑事案件规范》预示着我国正在从“独立辩护”的价值观逐渐走向“忠诚于委托人”的理念,^①委托人和辩护律师的关系终于回到了正常发展的起点。在未来调整委托人与辩护律师关系的过程中,我们应当借鉴美国在这方面的成熟经验,全面引入并充实辩护律师的“忠诚义务”,帮助辩护律师树立起“委托人意识”,

^①参见《律师办理刑事案件规范》第5条第3款规定,“律师在辩护活动中,应当在法律和事实的基础上尊重当事人意见,按照有利于当事人的原则开展工作,不得违背当事人的意愿提出不利于当事人的辩护意见。”

并将维护委托人的利益和尊重委托人的意志作为辩护律师执业活动的根本出发点。

再例如,一直以来,我国刑事辩护领域不存在有效辩护的理念,对律师执业活动的质量也不存在任何有效的评估和控制机制,这导致无效辩护在我国的刑事法庭上大量发生,辩护律师在帮助被告人有效地实现辩护权方面难以发挥真正的作用。在这一问题上,美国“有效辩护”的理念启发我们,在未来应当建立最低限度的辩护要求,并为评估律师的辩护效果确立一套评价标准,^[16]必要时还可以引入无效辩护的制度,逐渐实现从“有人辩护”到“有效辩护”的过渡。

另外,频频发生的律师庭内外不端行为、不理性维权活动^[17]也提醒我们,必须要强调律师作为法律职业群体所应承担的社会职责,即律师必须要维护司法正义、尊重司法裁判者、维护法律的统一实施。即使是在一些执业环境不甚理想的情况下,辩护律师也应当用理性、合法的方式维护当事人的权利。

参考文献:

- [1]吴洪淇.法律人的灵魂何处安放?[M]//门罗·弗里德曼.对抗制下的法律职业伦理.北京:中国人民大学出版社,2017:151.
- [2]陈瑞华.刑事辩护的理念[M].北京:北京大学出版社,2017:122.
- [3]TOMKOVICZ J. An Adversary System Defense of the Right to Counsel against Informations; Truth, Fair Play, and the Massiah Doctrine[J]. U. C. Davis Law Review. 1988, 22(1):1-92.
- [4]王兆鹏.美国刑事诉讼法[M].北京:北京大学出版社,2016:6.
- [5]许身健.欧美律师职业伦理比较研究[J].国家检察官学院学报,2014(1):45-57.
- [6]约书亚·德雷斯勒,艾伦·C. 迈克斯.美国刑事诉讼法精解[M].吴宏耀,译.北京:北京大学出版社,2009.
- [7]吴洪淇.“执业规范”抑或“职业规范”——以中美律师行业规范比较切入[M]//卞建林.中国诉讼法判解:第6卷.北京:中国人民大学出版社,2008.
- [8]ROSENTHAL D. Lawyer and Client: Who is in Charge? [J]. Stanford Law Review, 1974, 27(1):207-208.
- [9]詹姆斯·J. 汤姆科维兹.美国宪法上的律师帮助权[M].李伟,译.北京:中国政法大学出版社,2016:73.
- [10]ZUPANCIC B. Truth and Impartiality in Criminal Process [J]. Journal of Contemporary Law, 1982, 7(39):39-134.
- [11]蒙罗·H·弗里德曼,阿贝·史密斯.律师职业道德的底线[M].王卫东,译.北京:北京大学出版社,2009:66.
- [12]王进喜.美国律师职业行为规则理论与实践[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.
- [13]美国律师协会.美国律师协会职业行为示范规则(2004)[M].王进喜,译.中国人民公安大学出版社,2005:27.
- [14]陈瑞华.独立辩护人理论的反思与重构[J].政法论坛,2013(6):13-24.
- [15]德博拉·L. 罗德,小杰弗瑞·C. 海泽德.律师职业伦理与行业管理[M].许身健,程滔,委登峰,等,译.北京:知识产权出版社,2015:65.
- [16]熊秋红.有效辩护、无效辩护的国际标准和本土化思考[J].中国刑事法杂志,2014(6):129-135.
- [17]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[J].政法论坛,2015(2):77-92.



(责任编辑 陶舒亚)