

在忠实和诚实之间游走--从美国司法对抗制的自我质疑到中国律师责任的定位 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_9C_A8_E5_BF_A0_E5_AE_9E_E5_c122_480621.htm 经常在电影中看到这样的场景：一位律师在当事人的违法行为与社会的公平正义之间无比困顿，不知该选择为当事人隐瞒秘密，还是揭发出来维护公共利益。经过一番激烈的思想斗争后，律师选择了揭发当事人，由此在影片结尾树立起其光辉形象。观众无不为之称颂。其实，在这样的选择中，不难看出律师对于对当事人的忠实义务和对法庭的诚实义务之间的思量，那么，他究竟是怎样判断的呢？他的决定是否具有法律依据呢？一、美国司法对抗制的自我质疑 笔者在多次赴美办理有关法律事务的过程中发现，虽然美国传统的法学家会认为，在对抗制度的安排下，当事人能被激发去发现并提出有利于他们的证据，反驳有利于对方的证据，并且由消极的、和双方当事人毫无干涉的法官听讼，因此它在查明真相方面是行之有效的。但在实践中，这种制度确实暴露了很多缺点，受到了很多学者的批评。在某种意义上，由于对抗程序的制度设计，容易使得律师自觉不自觉地扮演“职业枪手”或者法律技术员的角色，从而引发程序伦理与大众道德、角色伦理和一般道德之间的激烈冲突，成了美国公众对律师不满的一个重要原因。对抗制的鼓吹者认为律师为当事人辩护的角色，决定了他的角色伦理会与大众道德冲突，在这种冲突面前，出于律师角色存在的意义，大众必须容忍律师的角色伦理凌驾于大众道德之上。律师在对抗制程序中的角色（义务）就是，为

他所代表的一方辩护，并为了客户的利益而攻击对方。依据角色道德的逻辑，排除了律师对其他人的“一般道德义务”。律师对一般道德义务的豁免，必然推导出律师角色的标准概念，包括对顾客的“党派性忠诚”原则和对其他人的“无责任原则”（Nonaccountability）。从这种对抗制的理念中，我们也可以抽象出律师的角色就是“法律技术员”

（lawyer-technician）；他的角色伦理就是对公众的“无伦理”；他应承担的义务是：为顾客积极辩护（Zealous Advocate）、无条件的保守秘密。可见，在对抗制文化的语境中，律师遵循的路线是对当事人绝对的义务，除此之外，对他人没有义务。然而并非所有美国学者都认同这种文化，从职业伦理学的角度，戴维·鲁邦（David Luban）、黛博拉·罗德

（Deborah L. Rhode）、詹姆士·弗莱明（James Fleming）等人对此作了激烈的抨击。戴维·鲁邦等人批判了对于那种以“律师的天职是维护当事人自治（自由）”的理论作为幌子，要求律师出于“党派性忠诚”，而不管当事人目的和动机如何，尽力以工具性伦理（instrumental morality）的角度去服务于顾客、替顾客利益积极辩护（zealous）的观点。他们认为，律师在这种制度中，不仅仅是积极代表顾客利益的辩论手，而且也是“法庭的官员”（officers of the court），所以，“客户可购买的忠诚是有限的，律师职业的人格的一部分必须另外贡献给公益”；他有追求正义的特殊义务--他的义务所服务的并不是顾客的不可告人的目的，而是法治、诚实、公正的核心价值。进而，他们批判了为客户绝对保密的职业伦理规范和理论。他们提出，美国其他职业，如会计等都有揭露信息的义务，法律职业为什么不能呢？律师对这一特权的

享有是不符合逻辑的。并且，普通人协助他人从事违反道德的行为尚无法免除道德上的责难，何况作为法律专家的律师？斯坦福大学的黛博.罗德教授认为，应该通过加强律师在执业中对公共利益的责任，即现有的职业伦理标准应得到较程度的提升，取消律师在代理过程中对公众或者第三方的“无伦理”原则及相关规定。具体内容包括：律师可以基于自己的良心和信念，在规劝无效的情况下，拒绝为某个欲达到不良目的的客户代理和辩护，如可以拒绝替“烟草公司”辩护；允许律师披露客户那些会损害公共利益或者公共政策的行为。她承认，提高律师的道德责任（如披露非法信息），确实会使顾客不信任律师而隐瞒相关信息，从而使律师无法理解顾客的目的，最终无法提供完美的法律服务。但这是有好处的，一方面，因隐瞒某些非法信息而无法得到应有的法律服务，是某些当事人恶果的应得报应，另一方面，律师也会从心安理得的道德安全感中获得好处。确实，这种观点有其可取之处--实践已经证明，正是这种绝对的“党派性忠诚”，使得民众将律师视为某些“邪恶”大公司、明星人物的“同谋”，从而加深了对律师界的不信任感。限制这种“忠诚”，也是美国律师摆脱公众不信任的有效方法之一。针对传统的说法“律师应该行使不理睬舆论压力以及来自第三者的良心谴责的特权；否则，保持个人权利的法律机制就有可能逐步失灵”，黛博拉·罗德认为，因道德问题拒绝为当事人服务，并不必然对个人权利有所侵害，除非他是小镇上唯一的律师，其拒绝会造成当事人无法得到律师帮助。况且，它能促使当事人在行事中认真顾及道德后果，或者增加他寻找其他律师时的经济成本和心理压力。美国对抗制的语

境下容易诞生弃大众道德于不顾的单向忠诚律师，学界也呼吁尽快加强律师的社会责任感，其实说到底，这就是律师的定位，在他的信念中，是当事人更高，还是社会大众的利益更重要。其实，两者并不是鱼和熊掌的关系。

二、律师的责任--当事人利益的代言人（忠实义务）还是法律的坚定维护者（诚实义务）

中国不是对抗制的庭审制度，似乎这种划分党派的必要性问题没有那样突出。然而不论是对抗制抑或纠问制，律师似乎不能是一个中立地位的存在者。《中华人民共和国律师法》第27条规定：律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的，应当在受委托的权限内，维护委托人的合法权益。这一规定显然是给律师一个立场，是律师职业伦理的表征，是律师行使对当事人忠实义务的法律依据。然而《律师法》第35条又规定了律师在执业活动中不得有几项行为：其中包括不能提供虚假证据，隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据。不能隐瞒事实，意味着对于“事实”，律师必须同时扮演“法庭的官员”，这一矛盾的角色。在当事人利益与公共利益之间，大多数时候是同向进行的，因为当律师成功的维护了当事人的权益时，其实也是为公共利益增加了砝码，为法治建设贡献了力量。但是偶尔，冲突也会发生。因为律师，作为法律职业者中的一员，作为法庭上平衡对抗格局的重要力量的一方，肩负着维护法律正义与维护委托人利益的双重任务。这就是表现出律师到底是要履行诚实的义务，成为法律的坚定维护者，还是要履行忠实义务，尽量维护当事人最大利益这样一种矛盾的角色，换言之，就是表现为诚实义务与忠实义务的冲突或者紧张关系，而这种冲

突或者紧张关系几乎贯穿在律师执业生涯的始终。只要有律师，就难免会遇到这两种义务的冲突。这两种义务对于律师而言，对当事人的忠实义务高于对法律的诚实义务（律师这种忠实于当事人的义务履行本身也是对法律的坚定维护，因为《律师法》第27条和第28条以及《律师职业道德和执业纪律规范》第4条就明确指出，律师的职责就是维护当事人的合法权益），只有当律师对当事人履行了忠实的义务，才能维系当事人对律师的信赖，律师的行业才能得到发展，否则，就会从根本上摧毁了律师行业存在的根基。这种“放弃”并不构成刑法上的“包庇罪”，而是刑法中一种称为“正当的业务行为”，或者按照台湾著名律师陈长文的说话：“律师对当事人的忠实义务并不是要求律师颠倒黑白、让当事人有罪变无罪，而是要以当事人利益为中心，在不违反诚实义务的情况下，为当事人争取最佳的法律待遇。”律师的责任是在维护法律的前提下，尽量维护当事人的合法权益，当忠实义务与诚实义务发生冲突的时候，我们要维护的是前者，而不是后者。当然，如果当事人利用律师的职务来从事一些不正当行为的时候，律师则毫无疑问要站在法律的一边，作为法律忠诚的卫士。《律师法》第29条就给律师留了退路，律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。这条是律师承担对当事人忠实义务的底线，也是律师对公众承担诚实义务的起点。在1949年美国戏剧《侦探故事》中，侦探麦克里痛打某犯人，并差点将他打死。刑事辩护律师塞姆斯反对侦探痛打其当事人，并警告侦探麦克里，他没有被指控谋

杀就算他走运。侦探十分恼怒。侦探：我可以让你为我辩护。律师：也许我会的。那是我的工作，我的私人感受是另一码事。侦探：只要给钱你就会干。律师：可是我已经免费为别人辩护过很多次了。每个人都有请律师的权利，无论他对你我而言显得如何的十恶不赦。每个人都有权不接受专制的判决，政府部门的人尤其没有权利决定别人的命运。你没有这权利，我也没有这权利，甚至连美国总统都没有这权利。侦探：他是有罪的，这点你和我都一样清楚。律师：我不清楚。我从不允许自己去推测当事人是无辜的还是有罪的，推测的时候我是在裁决--而这不是我的本份。我的工作是为当事人辩护，而不是对他作出裁决。审判是法庭的事儿。这个故事里给人的感觉律师的安守本分和明事理。律师不是法官，不能把法官式的标准留给律师职业来承受，否则世界上就没有律师这个职业了。真相只有一个，但发现真相的任务应当留给局外人，在审判中，律师并不公正，但这无可厚非。没人能否认，这个时候，忠实高于诚实。否则没人会愿意请这个律师。法治的追求归根于法治的建设，法治的建设之基石在于法律的遵守，而法律的遵守与否在与法律的善恶，法律善恶之根在于法律的信仰。律师恰是法律最紧密的追随者。因此也是最坚定的信仰者，因为律师就靠这个为生。既然法律规定了律师首要义务是维护当事人的权益，那么律师就应当尽量遵从，在存在违法的情形下，其实就已经触及了社会利益这一神经，律师应当履行作为一个普通公民的职责，律师首先是公民，其次才是律师。如果不是律师，他还是公民；如果他不是公民，那他也成为不了律师。这就是这一原则的简单逻辑。每个人在生活中不可避免会有很多角色，在

不同的时刻或者相同的时刻，难的就是同一时刻不同的角色冲突下该如何抉择，这个时候，不要忘了角色的本源性含义，也许，抉择就没有那么难了。参考书目：1.李学尧：《这是一个“职业危机”的时代吗？--“后职业时期”美国律师研究的述评》，《中外法学》2004年第5期。2.David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, New York: Princeton University Press, 1988. 3.Robert W. Gordon, *Portrait of a Profession in Paralysis*, 54 *Stan. L. Rev.* 1427 (2002)。4.Cf. ABA Model Rules, Preamble. 5.R.W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 *Boston University Law Review* (1988)。6.Deborah L. Rhode, *Keynote Law, Lawyers, and the Pursuit of Justice*, 70 *Fordham L. Rev.* 1543 (2002)。具体内容可参见李学尧、余军：《危机与出路：评Deborah L. Rhode的》，《法制与社会发展》2004年第5期。7.Deborah L. Rhode, *The Profession and the Public Interest*, 54 *Stanford. Law Review* 1501 (2002)。8.参见孙笑侠等著：《法律人之治--法律职业的中国思考》，中国政法大学出版社2005年版第277页。9.管军军：《何以蔑视律师？(法治信仰的危机)》，<http://www.fsou.com/html/text/art/3355766/335576620.html>，2007-7-12访问。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com