

Research on the Regulation of Lawyers' Extrajudicial Speeches in Chinese Criminal Justice

Yueting Mao, Xiaofei Guo

China University of Political Science and Law, Beijing

Email: yuetingmao2018@163.com

Received: Jun. 12th, 2019; accepted: Jun. 27th, 2019; published: Jul. 4th, 2019

Abstract

Under the judicial background of trial formalization and absence of the judge's independence, it becomes a trend at present that lawyers in the criminal cases of China give their extrajudicial speeches. This inevitably leads to chaos. Based on the careful speed obligation of litigation participants, the principles of fair trial and the confidentiality duty of lawyers, regulation of lawyers' extrajudicial speeches is the measure prevailing in all countries. However, there are many problems in the legal regulation of lawyers' extrajudicial speeches in China, which should be fully discussed in order to build more reasonable regulations for extrajudicial speech. In addition, the special criminal judicial environment in our country should be taken seriously, and through the reform of the trial system or even judicial system to break the root of the popularity of lawyers' extrajudicial speeches.

Keywords

Speech Regulation, Lawyers' Extrajudicial Speeches, Screwing Send Lawyer

刑事司法中律师庭外言论规制的中国研究

茅月婷, 郭晓飞

中国政法大学, 北京

Email: yuetingmao2018@163.com

收稿日期: 2019年6月12日; 录用日期: 2019年6月27日; 发布日期: 2019年7月4日

摘要

在庭审流于形式、法官独立性缺失的司法背景下, 当今中国刑事案件中律师发表庭外言论已经成为一种

文章引用: 茅月婷, 郭晓飞. 刑事司法中律师庭外言论规制的中国研究[J]. 法学, 2019, 7(3): 40-50.

DOI: [10.12677/ojs.2019.73006](https://doi.org/10.12677/ojs.2019.73006)

风潮, 言论盛况之下难免乱象丛生。基于诉讼参与者的慎言义务、公正审判、保密义务, 对律师庭外言论进行规制是各国通行之法, 但当前我国律师庭外言论之法律规制存在诸多问题, 应充分探讨以构建更为合理的律师庭外言论规则。此外, 应立足于我国特殊的刑事司法环境, 以审判制度乃至司法制度改革破除庭外言论盛行之根源。

关键词

言论规制, 律师庭外言论, 死磕派律师

Copyright © 2019 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

在当前中国的刑事司法活动中, 律师发表庭外言论似乎已经成为一种风潮。尤其是随着死磕派律师群体的出现, 中国出现了一种独特的“死磕程序”的庭外言论。死磕派律师之庭外言论与此前一些刑事案件中出现的律师庭外言论在“直接目的”“言论内容”“蕴含的对抗形态”上存在明显不同, 因此, 本文将律师庭外言论区分为“程序性庭外言论”和“实体性庭外言论”。在此基础上, 本文试图分析为何当今中国刑事司法中“程序性庭外言论”盛行? 亦即“死磕派律师”群体因何而生。

在理解庭外言论现象成因的基础上, 本文试图探讨“言论盛况之下的乱象丛生该如何约束”。约束律师庭外言论之正当性何在, 是否违背言论自由之宪法精神? 当前中国刑事司法中律师庭外言论规制存在哪些弊端, 该如何构建更为合理的律师庭外言论规则? 如何从根源改善我国律师庭外言论现状? 本文将对上述问题进行详细的论述与分析。

2. 律师庭外言论之内涵与分类

2.1. 律师庭外言论之内涵

在刑事司法中, 律师庭外言论是指律师在法庭之外就其被委托、指派或代理的刑事案件公开发表的言论[1]。具体判断一个言论是否属于律师庭外言论, 标准如下: 第一, 主体标准: 律师应当基于当事人的委托或者法律援助机构的指派取得案件辩护人或诉讼代理人之资格。第二, 时间标准: 言论之发表应在法庭审理案件之前或审理过程中, 不包括在案件审结之后律师发表的评论。第三, 空间标准: 言论之发表应在法庭审理程序之外。第四, 方式标准: 言论须以公开之方式发表, 即面向不特定之多数人。第五, 内容标准: 言论须与律师被委托、指派或代理的案件相关, 既包含与案情实体相关的言论, 也包含与案件的侦查、起诉、审理程序相关的言论。

2.2. 律师庭外言论之分类

关于律师庭外言论的种类, 有学者根据言论内容之不同将其分为五类, 即: 评论意见(statements of opinion)、事件陈述(statements of fact)、混合意见(mixed opinion)、诉讼主张(legal claim)、象征性言论(systemic speech) [1]。这种分类方式虽然以其全面性被学者广泛认可, 但就探讨律师庭外言论规制而言, 其意义并不十分明显。因此, 通过大量分析司法实践中涉及律师庭外言论的标志性个案, 本文将中国刑事司法中主要的律师庭外言论分为两大类: “实体性庭外言论”和“程序性庭外言论”。

此分类有借鉴刑事辩护“实体性辩护”“程序性辩护”二分之意,根据辩护所依据的内容不同,刑事辩护分为实体性辩护和程序性辩护。实体性辩护是辩护人根据事实和实体法律维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的一种辩护手段;而程序性辩护,根据陈瑞华教授的观点,有广义与狭义之分。“广义的程序性辩护”是指辩护方依据刑事诉讼法所确立的诉讼程序规则,向裁判机构提出一系列的程序申请,或者直接就检控方的某一诉讼主张提出程序上的异议,目的是要求法庭就某一诉讼程序问题作出专门的裁定或者决定,以便维护被告人的诉讼权利,如申请回避、申请变更管辖、申请变更强制措施、申请证人出庭作证、申请重新鉴定等等[2];而“狭义的程序性辩护”指辩护方针对国家专门机关的程序性违法行为,申请司法机关宣告无效的辩护活动,如非法证据排除等[3]。

“庭外言论场”作为法庭之延伸,其中的律师言论虽可借鉴刑事辩护之二分,但与刑事辩护存在诸多实质不同。遵循从现象出发的实证研究思路,本文从具有代表性意义的个案出发,以此为据分析“实体性庭外言论”与“程序性庭外言论”之共性与个性。

2.2.1. 实体性庭外言论

“实体性庭外言论”掀起舆论审判热潮的典例莫过于“李天一案”。在李天一案中,被告人的辩护律师通过微博、博客等自媒体不断强调被告人李天一是未成年人、并且大谈娱乐场所、宾馆之责,以及多名成年男女、酒吧人员陪酒劝酒之过,力图凸显被告人“年幼无知”而非“十恶不赦”;更为甚者,律师公布了被害人的妇科资料、强调被害人为陪酒女、卖淫女的同时不遗余力地“恶化被害人形象”,但由于李天一案本身裹挟着民众强烈的仇官仇富情绪,这样的言论策略反而进一步激发了民愤,使“重惩李天一”成民意导向,形成强大的舆论压力,最终导致未成年人李天一被判处有期徒刑十年。

2.2.2. 程序性庭外言论

“程序性庭外言论”则是“死磕派”律师的一大武器——利用庭外言论“死磕”公检法等专门机关的程序性违法行为。这种律师言论真正形成于“小河案”。“小河案”中号称“史上最华丽律师团”的律师们通过博客、微博等自媒体发布了100多篇文章实时披露案件相关情况,举报专门机关的程序性违法行为,如刑讯逼供、阻碍律师会见、驱逐律师等。此后,死磕派律师的“程序性庭外言论”空前活跃,在“聂树斌复查案”“王刚涉黑案”“桂松案”“顾成刚案”等案件中,律师不断利用自媒体公开“申请回避”“管辖权异议”“非法证据排除”“申请证人出庭”等诉讼程序问题上公检法的违法行为。

“程序性庭外言论”是“死磕派”律师死磕的主要手段。有学者将死磕派律师的死磕手段总结为“法庭抗议(反对、扬言退庭等)”“苦肉计(昏倒、绝食等)”“行为艺术(送红薯、翻跟斗、滚钉板等)”,但上述行为手段通常只是前奏,死磕派律师要真正实现其死磕目的,必须进一步利用微博、博客等自媒体平台,发布上述行为的图片,再辅以具有煽情意味的文字,最终利用这些“程序性庭外言论”引发舆论热议,从而“迫使”法官就某一诉讼程序问题满足其诉讼要求或者对公检法的程序性违法行为宣告无效。

2.2.3. 两种庭外言论之共性与个性

分析上述现象,不难发现,无论是“实体性”还是“程序性”,律师的庭外言论都绝非漫不经心的话语,而是一种精心的诉讼策略,意在通过庭外言论造势,塑造公众舆论,以影响案件审判,使其朝着有利自身的方向发展[4]。但在共同的逻辑之下,“实体性庭外言论”与“程序性庭外言论”有三点重要区别。

第一,直接目的不同。虽然最终目的都是以舆论影响司法,使案件审判朝着有利自身的方向发展,但“实体性庭外言论”与“程序性庭外言论”有着不同的直接目的。“实体性庭外言论”是律师在庭外有选择性地发布与案情、被告人/被害人的个人信息有关的言论,以“塑造”被害人/被告人形象,利用公众的道德情绪,形成对被告人该如何定罪量刑的公众审判,以“民意审判结果”直接影响司法审判结果。

而“程序性庭外言论”则是律师通过在庭外发布诉讼过程中公检法的程序性违法行为,以期通过民意“迫使”法官就某一诉讼程序问题满足律师的诉讼要求或者对公检法的程序性违法行为宣告无效,以保障被告人的程序性权利。

第二,言论内容不同。由于直接目的不同,言论内容自然存在差异。“实体性庭外言论”往往包含的是有利于己方的案件信息、被告人/被害人其他个人信息(可能涉及隐私)以及律师对案件、双方当事人的评论。其中包含的信息有时具有线索和证据,有时则完全是捕风捉影,甚至是虚假捏造;评论之间亦常有诋毁个人声誉之嫌。而“程序性庭外言论”往往包含庭审细节、对公检法机关工作人员程序性违法行为的描述以及评价、律师对该类行为的对抗(法庭抗议、苦肉计、行为艺术等)。其中包含的信息亦有真有假,具有误导性的信息也掺杂其中;对国家机关以及其工作人员的评价亦时有诋毁之嫌。

第三,蕴含的对抗形态不同。“实体性庭外言论”往往直指对方当事人,背后是刑事司法中常见的“控辩对抗”形态,因此“实体性庭外言论”在其他国家也会出现,比如在美国2003年的科比涉嫌强奸案中,科比的辩护律师多次在公开场合发表庭外言论,公布被害人既往性史,声称被害人在和科比发生性行为后的三天内还与其他三名男性发生了性关系,并指责被害人的控告是为了名利,以此丑化被害人,以削弱其指控,这便是在美国刑事司法中的律师“实体性庭外言论”;而“程序性庭外言论”常常直指公检法等国家机关及其工作人员,其中最为突出的便是辩方与法官的对抗,即“辩审对抗”之态。这种对抗形态打破了我们对于“控辩两造对抗、法官居中裁判”这种充满“形式理性”的司法活动的想象,进而从一个侧面反映出当今中国独特的司法生态。

3. 中国刑事司法中律师庭外言论现象之成因

正如杨先德先生^[5]所言,即使在极其推崇言论自由的美国,他们的律师也不会像今天中国的律师这样,在许多案件中如此主动和深入地发表庭外言论,以至于让人产生今日中国之刑事司法还有一个“法庭”的错觉。为什么中国刑事司法中律师那么喜欢将“力气”花在法庭之外,而非法庭之上?尤其是,为什么中国会出现独特的“辩审冲突”现象以及律师“程序性庭外言论”?这些问题都指向同一个答案——当前中国独特的司法生态。

法庭上,控辩两造对抗,法官居中裁判。贯穿于刑事审判的一个重要原则是直接言词原则,在法官的主持下,所有诉讼活动参与者都要亲历审判,庭审以言词形式进行,法庭是一个“言论场”,主张、事实、信息、观点、意见、评论和情感在这里充分流动。在法庭上,检察官和律师的唯一任务是围绕庭审用事实、证据和意见说服法官作出有利于己方的判决。而法官被认为是公正不阿的“法条主义者”,在裁判活动中,只需依据法律和事实,就可以得出一个明确的判决,而且这个判决被假定是公正的,代表着正义,具有不可更改的拘束力。这就是近代法哲学中流行的具有“形式理性”和程序正义价值的完整性(integrity)的刑事司法活动。

不难发现,具有“形式理性”和程序正义价值的完整性(integrity)的刑事司法活动具有两个基本特征:一为控辩双方的实质性对抗,二为法官依法独立审判。由此,本文围绕这两个方面对中国当前之刑事司法现状进行思考,并据此分析中国刑事司法中律师庭外言论现象之成因。

3.1. 控辩双方的实质性对抗

在中国当前的刑事司法活动中,庭审流于形式,控辩双方难以进行充分的实质性对抗。而这与我国长期以来盛行的“案卷笔录中心主义”、律师诉讼权利未受充分保障密切相关。

3.1.1. 案卷笔录中心主义

“案卷笔录中心主义”是我国刑事诉讼过程中一种独特的、“以案卷笔录为中心”的审判方式。法

官在开庭前充分阅卷, 庭审结束后还可以继续认真研读案卷, 而在庭审过程中, “直接言辞”被公诉方有选择地、概括式地宣读案卷笔录所替代, 辩方律师的质证与交叉询问演变为对“纸”的质问与询问, 由此整个庭审围绕公诉方的案卷笔录而展开。

根据 1979 年的刑事诉讼法规定, 法官只有在“犯罪事实清楚、证据充分”的情况下才能开庭, 同时法官在开庭前还可以就公诉方提供的证据进行庭外调查核实工作, 这样的开庭条件和审前准备工作就几乎将庭审“完全架空”, 使得整个庭审过程变成一种“配合表演”; 立法者在 1996 年修法时明确将发挥法庭审理功能作为最重要的刑事司法改革目标。近年来, 随着司法改革的不断推进, 证人、鉴定人已经开始出庭作证, 言辞审理原则逐步得到贯彻, 但是刑事法庭仍然通过庭前阅卷和当庭审查侦查案卷笔录来形成对案件事实的认定, 法庭审判仍然以“案卷笔录”为中心, 呈现出“新闻接审理主义”的形态[6]。

3.1.2. 律师诉讼权利未受到充分保障

1996 年刑法修改后, 允许接受委托的律师提前介入到侦查过程中, 并可以行使包括会见、为犯罪嫌疑人提供法律咨询在内的若干诉讼权利。但在司法实践中, 律师仍旧面临会见难、阅卷难、调查取证难等问题。即使近年来会见难、阅卷难的问题有所改善, 但《刑法》第 306 条仍旧是悬在辩方律师头上的一把达摩克利斯之剑, 使得律师在调查取证上“如履薄冰”, 这样的限制导致律师在法庭上往往难以举证, 从而难以具有与控方对抗的实质力量。

不仅在审前律师的诉讼权利难以被保障, 在庭审过程中, 辩方律师的辩护权也时常不能实现。有学者形象生动地描绘了这样一幅景象: “在讯问被告人阶段, 无论公诉人在正常发问之外对被告人施加压力、进行胁迫, 还是与被告人进行争辩, 法官都无动于衷, 而当辩护人的询问不符合其心理预期时, 则毫不犹豫地予以打断; 在举证质证阶段, 无论公诉人的举证如何冗长, 法官都毫无异议, 而当辩护人就证据中有利于被告人的部分展开说明时, 法官会毫不掩饰地表露其内心的不快, 并毫不客气地予以警告、制止; 进入法庭辩论环节后, 法官可以任由公诉人充分全面地发表公诉意见、进行大段的法制教育, 而当辩护人发表辩护意见时, 要么以辩护意见与法庭调查的发言有重复, 要么以辩护人的最后陈词与案件无关为由, 极不耐烦地打断[7]。”王彪先生精准地总结道“这样的法官, 俨然是一副官老爷训斥刁民的态度对待辩护人, 把自己当作对犯罪进行追诉的‘第二公诉人’, 我们可将其模型化为‘追诉型法官’[7]。”

3.2. 法官依法独立审判

我国宪法第 126 条明确规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权, 不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”然而, 正如陈卫东教授所言, 我国特色的依法独立行使职权却是以“不独立”为显著特征的。这主要表现在两点: 一是法院在三者之中处于最为弱势的地位, 公安机关属于强势政府部门, 法院对其制约不足反受其不当干涉, 检察机关拥有法律监督的权限能够轻易否决法院的生效裁判; 二是三者之间功能的趋同性, 即法院在其职能目标方面也忽略人权保障, 以打击犯罪为侧重, 忽视对公安机关、检察机关的制约[8]。

法院、检察院、公安三大机关之间的地位及相互关系使得司法实践中法院难以独立行使审判权, 也在一定程度上导致了律师程序性辩护的司法困境, 办案机关的程序性违法行为在刑事庭审中难以得到有效纠正, 甚至法官也可能成为程序违法的主体。

于是, 这里出现了一个十分有趣的问题: 司法不独立致使刑事司法中程序性违法行为大量存在, 于是死磕派律师利用“程序性庭外言论”与其进行对抗, 但这种通过“程序性庭外言论”掀起舆论向法院施压的对抗方式, 本质上恰恰又利用了司法的不独立。简而言之, 司法不独立带来的问题又因司法不独立被一定程度上解决, 这看似一个悖论, 实质上是一个怪圈与恶性循环。

诸上所述皆从中国当下独特的司法生态出发, 以求律师庭外言论现象之解(尤其是死磕派律师出现与

“程序性庭外言论”盛行之因)。当下律师庭外言论之盛行不仅仅与此有关,还与互联网技术的发展、自媒体的兴起等社会因素密切相关。

另外,为何在当下律师程序性庭外言论如此兴盛?而非以往的任何一个时间,比如1996年以前律师权利更加没有保障的时候?按照托克维尔在《旧制度与大革命》中的观点,革命并不发生在最专制的时候,而往往是在开始改革的时候,因为在这个时候已经被去除的流弊使人们更容易发现、更不能容忍其他流弊的存在。那么事实上可能恰恰由于96年以后律师的权利逐步得到改善而使得现存的弊端更令人难以忍受,故而不妨认为程序性庭外言论的兴起(或者说辩审冲突的出现)在某种程度上是中国司法进步的一种表现。

4. 律师庭外言论规制之正当性

律师的庭外言论从宪法意义上说,属于律师的言论自由。言论自由是伴随着人类近现代民主制度的产生而出现并获得宪法确认的公民基本权利之一^[9]。我国《宪法》第35条明确规定:中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。但自由并非没有边界,《宪法》第51条明确规定:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。律师在行使其言论自由权时,自然也受到上述对自由之一般约束,即律师之言论不得侵犯他人合法的自由与权利(往往是名誉权与隐私权)。

就世界范围而言,为保障律师辩护权的充分实现而使律师在法庭之内享有更高的言论自由保护,具有职业豁免权;而庭外律师之言论自由,相较于一般公民之言论自由,则受到更加严格的限制与规范。为何律师在庭外不能与一般公众享有同样宽松的言论权?更高限制的法理基础何在?

4.1. 言论自由与作为诉讼参与者的谨慎义务

在美国詹泰尔诉内华达州律师协会案(Gentile v. State Bar of Nevada)中,奥康纳大法官认为,“未决案件中当事人的律师是刑事司法制度的主要参与者,与媒体相比,律师有更大的道德责任遵守职业道德规范,不发表那些在其他情况下受宪法保护的言论。……律师是法庭的官员,有责任不积极介入将有损被告人利益或妨碍司法公正的公众言论。律师被视为法庭上的官员(officer of court),其对于维护当事人利益与维护公正司法负有不可推卸之责任,因此较之于未参与诉讼的其他人,律师对司法审判负有更高的谨慎言论之义务^[1]。”

4.2. 言论自由与公正审判

公正审判既是刑事被告人的一项重要权利,也是现代刑事司法中的一个基本原则。律师庭外言论对公正审判之影响是任何法治国家限制律师言论自由之前提。在不同的审判制度之下(陪审团审判和法官审判),律师庭外言论对公正审判之影响显然应分别而论。

4.2.1. 陪审团审判制度

实行陪审团审判制度的国家大都认为律师庭外言论有影响案件公正审判之可能。由于陪审团的成员从社会普通公众中产生,相较于接受过专业训练的法官,其更容易受到审前律师言论的影响,形成“审前判断”,使陪审团成员失去原有的中立性,从而使得司法公正审判受到影响。

4.2.2. 法官审判制度

对于接受过专业训练的法官是否会受到律师庭外言论的影响,不同的学者持不同看法。不过普遍认为相较于律师庭外言论对陪审团的影响,其对法官的影响力会大大减小。在法官审判的国家,如德国,理论界对“舆论干预司法”这一命题普遍不重视,认为法官有着“虽千万人吾亦往矣”的魄力,其专业

技术和独立精神可有效应对舆论干扰, 确保审判公正[10]。

同样是法官审判, 但在中国, 舆论对司法的干预却在政治因素的参与下得以实现。律师庭外言论对法官审判的影响路径如下: 律师通过自媒体平台发表庭外言论, 进而影响大众舆论(尤其是在一些社会关注的热点案件中), 形成强有力的“民意”。这种民意压力首先作用于政治, 使敏感的当权者担心若法院不顺应舆论的诉求, 就可能影响政治的稳定, 因而其便会干预司法顺应“民意”, 这才是舆论、政治(权力)、司法三者“中国式互动”的本质。所以在中国, 所谓舆论干预司法实质上仍旧是权力干预司法。

虽然言论影响审判的逻辑相同, 但“实体性庭外言论”与“程序性庭外言论”对审判公正性的影响却不可混同。此前研究者在论述该问题时, 往往并不区分“实体性庭外言论”与“程序性庭外言论”, 笼统地论述律师庭外言论对公正审判价值的损害, 忽视了二者之间的区别。

“实体性庭外言论”意图通过言论影响, 使公众对案件形成“民意审判”, 以“民意审判结果”直接影响司法审判结果, 这毫无疑问会消解司法审判中的法律逻辑, 影响司法审判之公正性; 然而, “程序性庭外言论”是律师通过在法庭之外发布诉讼过程中公检法的程序性违法行为, 以期通过民意“迫使”法官就某一诉讼程序问题满足律师的诉讼要求或者对公检法的程序性违法行为作出无效判决, 以保障辩护律师和被告人的程序权利, 由此而言, 程序性庭外言论虽亦通过舆论干预司法之手段, 但从效果上推动了审判程序公正性的实现, 那么这是否意味着“程序性庭外言论”并未损害公正审判价值, 故而对程序性庭外言论的规制实质上缺乏理论正当性呢?

对此, 笔者认为, 结果之正当并不能证成手段之正当, 独立审判乃公正审判之前提。即使程序性庭外言论从结果上实现了个案中的程序正义, 亦不能忽视其手段中司法独立性的缺失。司法的独立性是其公正性的必要条件, 离开了独立性, 公正性就失去了保障, 就无不谈起[11]。因此程序性庭外言论实现的个案正义并不能否认其从本质上对独立审判与公正审判之威胁。故而, “死磕派”律师发表程序性庭外言论并非解决程序违法等问题的正途, 庭审虚化与法官独立性缺失亦无法将其彻底正当化。

4.3. 言论自由与保密义务

律师的保密义务, 是指律师在执业中接触到当事人的个人隐私、商业秘密或其他个人资料、信息, 未经委托人、其他当事人同意不得向第三人公开, 当然也包括不得向媒体公开, 甚至不得向国家机关公开。律师在执业中, 为了解案情, 不可避免地会了解到委托人的很多资料、信息、证据, 这些内容有的是委托人的隐私, 有的是商业秘密, 有的虽然不是隐私和商业秘密, 公开了对委托人也会产生不利影响, 律师都有为委托人保守秘密的责任。

5. 我国律师庭外言论规制之现状及思考

5.1. 我国律师庭外言论规制之发展及现状

5.1.1. 规制缺失(2015年《刑法修正案(九)》通过前)

2014年, 陈实教授[1]在其文章中谈及我国律师言论规制时, 总结道“一方面, 律师的庭内言论不仅没有豁免保障, 甚至可能面临追诉的风险。另一方面, 律师庭外言论几乎没有任何限制。”可谓一针见血地指出了2015年《刑法修正案(九)》通过前中国在律师言论问题上之进退失据。

2015年《刑法修正案(九)》通过之前, 对律师庭外言论的约束主要体现在《律师法》和2004年《律师执业行为规范(试行)》中。

《律师法》对律师庭外言论的约束主要是约束言论不得涉及“当事人商业秘密、个人隐私或者其他不愿泄露的情况和信息”。《律师法》第38条对律师的保密义务进行了规定, 并在《律师和律师事务所违法行为处理办法》第13条对《律师法》规定的“泄露商业秘密或个人隐私”的违法行为进行了详细解

释：“(是指)律师未经委托人或者其他当事人的授权或同意,在承办案件的过程中或者结束后,擅自披露、散布在执业中知悉的委托人或者其他当事人的商业秘密、个人隐私或者其他不愿泄露的情况和信息的”许多学者认为该条款可以说为律师“庭外言论”几乎开了绿灯,前提条件是委托人同意,那么律师的庭外言论即可合法存在,至少是“不非法”[12]。

2004年的《律师执业行为规范(试行)》中对律师“谨慎司法评论”之义务进行了规定。《律师职业行为规范(2004)》第162条规定“律师不得在公共场合或向传媒散布、提供与司法人员及仲裁人员的任职资格和品行有关的轻率言论。”第163条规定“在诉讼或仲裁案件终审前,承办律师不得通过传媒或在公开场合发布任何可能被合理地认为损害司法公正的言论。”但“轻率言论”与“可能被合理地认为损害司法公正的言论”虽然确定了概括性的原则,但具体的标准和范围模糊,缺乏可操作性,需要进行细化和解释,但遗憾的是,2009年全国律协发布的《律师执业行为规范》删除了上述规定而非对该规定进行细化与解释。

由此可见,在2015年《刑法修正案(九)》通过之前,除律师的保密义务外,我国对律师庭外言论缺乏其他规制,也就是陈实教授所言“律师庭外言论几乎没有任何限制”。在律师庭内言论空间没有得到切实保障和庭外言论缺乏规制的“合力”之下,律师庭外的不当言论大量出现。

5.1.2. 严格规制(2015年《刑法修正案(九)》通过后)

在律师庭外言论“乱象丛生”的背景下,2015年11月1日正式施行的《刑法修正案(九)》在第308条后增一条,将律师庭外违法披露案件信息纳入刑法制裁之下。紧随其后的是,司法部修订的、于2016年11月正式施行的《律师执业管理办法》和《律师事务所管理办法》,这两部管理办法对律师庭外言论做出了严格规制。2017年3月,中华全国律师协会发布的《律师执业行为规范修正案》在第二章第6条中增加了“律师不得炒作案件”的规定。由此形成了当下的律师庭外言论规制体系。

2015年通过的《刑法修正案(九)》在第308条后增一条,作为第308条之一:“司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人,泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息,造成信息公开传播或者其他严重后果的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金……公开披露、报道第一款规定的案件信息,情节严重的,依照第一款的规定处罚……”

2016年正式施行的《律师执业管理办法》第38条明确规定:“律师应当依照法定程序履行职责,不得以下列不正当方式影响依法办理案件:(二)对本人或者其他律师正在办理的案件进行歪曲、有误导性的宣传和评论,恶意炒作案件;(三)以串联组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名,制造舆论压力,攻击、诋毁司法机关和司法制度;(四)违反规定披露、散布不公开审理案件的信息、材料,或者本人、其他律师在办案过程中获悉的有关案件重要信息、证据材料。”另外,第40条明确规定“律师对案件公开发表言论,应当依法、客观、公正、审慎,不得发表、散布否定宪法确立的根本政治制度、基本原则和危害国家安全的言论,不得利用网络、媒体挑动对党和政府的不满,发起、参与危害国家安全的组织或者支持、参与、实施危害国家安全的活动,不得以歪曲事实真相、明显违背社会公序良俗等方式,发表恶意诽谤他人的言论,或者发表严重扰乱法庭秩序的言论。”而《律师事务所管理办法》第50条中的第(二)(三)(六)款则规定了律师事务所应对本所律师之不当言论承担责任(实际上重申了《律师执业管理办法》中的规定)。

《律师执业行为规范修正案》由第九届全国律协常务理事会议第二次会议审议通过,其在《律师职业行为规范》第六条中增加一款作为第二款:“律师不得利用律师身份和以律师事务所名义炒作个案,攻击社会主义制度,从事危害国家安全活动,不得利用律师身份煽动、教唆、组织有关利益群体,干扰、破坏正常社会秩序,不得利用律师身份教唆、指使当事人串供、伪造证据,干扰正常司法活动”。

5.2. 对当前规制之思考

我国律师庭外言论规制起步较晚, 曾一度处于“空白”的状态。但随着近年来“死磕派”律师群体的兴起与程序性庭外言论的盛行, 律师庭外言论规制问题逐渐受到立法机关、司法行政机关、律协等各主体的关注, 并陆续出台了相关规范予以约束, 而这些规制亦存在诸多问题值得探讨。

5.2.1. 公正审判与言论自由价值之失衡

首先, 将律师不当言论入刑, 是否会因刑罚的强大威慑作用而产生“寒蝉效应”, 使得律师们不只是谨慎言论, 而是不敢言论, 使得其言论自由权受到过分威胁? 同时有学者认为将律师庭外言论纳入刑法调整, 也违反了刑法的谦抑性原则[4]。

其次, 《刑法修正案(九)》对于律师的不当言论, 只进行了概括式规定, 对于“不应当公开的信息”并未作出细化解释, 有学者认为这给予了法官极大的自由裁量权, 极易在司法实践中形成“口袋罪”, 有违罪刑法定这一现代刑法的基本理念[4], 同时也容易导致权力滥用与过分侵害言论自由。与此同时, 无论是概括式规定还是具体解释都不应一味追求政治效果与社会效果, 而应在审慎法律思考的基础上对言论自由进行“狭窄而必要”的限制, 以在公正审判与言论自由之间寻得价值之平衡。

此外, 《管理办法》中将律师言论自由限制的范围由“对本人正在办理的案件”扩大至“对本人或者其他律师正在办理的案件”亦有过度限制之嫌。美国《职业行为示范规则》第 3.6 条“审判宣传”规则中的(d)款也涉及对被限制庭外言论的律师身份的扩大, 包括正在参与或者曾经参与关于某事务的调查或者诉讼的律师, 包括与其合作的律师事务所或者政府机构中的任何律师, 该身份扩大包含对知情情况和利益相关的考量。但是如果将限制扩大到对于所有其他律师正在办理的案件, 在律师对于该案件既无参与、又无利害关系的情况下也限制其言论自由, 恐怕一定程度上有过分限制自由之嫌。

5.2.2. 避风港规则之缺失

在当今中国的媒体语境下, 只限制律师的庭外言论可能会进一步加剧司法之不公。在有效判决前, 由公检法等政法部门被动或主动提供案件信息, 媒体单方面报道或者片面夸大控方对刑事案件嫌疑人证实犯罪的意见, 使控方意见成为媒体意见, 进而主导舆论评价, 形成一边倒的舆论意见[12], 这种“媒体公诉”行为在改革开放以前便存在, 至今仍遗留于中国的刑事司法中。如在小河案中, 犯罪嫌疑人黎庆洪刚被逮捕, 还未进入审判程序, 办案机关便利用媒体公开宣传黎庆洪为黑社会老大、罪大恶极。2013年央视在《朝闻天下》中播出被刑拘在押(还未审判)的陈永洲面对电视镜头, 向全国公众供认自己收受钱款、毁损一家上市公司信誉的犯罪事实, 这些便是典型的“媒体公诉”, 而现下此类媒体公诉并未受到法律限制。在这样的情况下只单方面限制律师庭外言论, 并且在限制中并未给予律师对媒体不当言论的回应权, 容易使得被告人接受公正审判的权利受损, 进一步加剧司法之不公。(对媒体不当言论的回应权, 如美国的“第二避风港规则”: 为保护当事人免于受到不公正报道的损害(非因自身或其辩护律师引起的), 律师有权对媒体上的报道作出回应, 但言论仅以减轻媒体报道的影响为限)。

5.3. 对我国刑事司法环境之思考

“死磕派”律师的兴起与程序性庭外言论的盛行在很大程度上是因为中国刑事审判制度乃至司法制度的异化[13], 因而如不推进审判制度乃至司法制度之改革, 而只一味限制律师庭外言论, 恐会导致庭内庭外律师言论之萎缩, 不仅使得刑辩律师的执业难度不断加大, 更不利于司法公正之实现。因此, 于改善我国律师庭外言论现象而言, 积极破除引发言论盛行的一系列积弊更甚于言论规制本身。

5.3.1. 推进庭审实质化

庭审实质化是“以审判为中心”的诉讼制度改革的重要内容, 当前, 司法实务部门已处于试点改革

之中, 将贯彻直接和言词原则、保证证人出庭作证作为“庭审实质化”的主要改革措施。但在陈瑞华教授看来要进一步使我国刑事审判发生革命性的变化, 还必须将公诉方的案卷材料排除于法庭之外, 对证人证言笔录、被告人供述笔录的证据能力予以彻底否定。与此同时, 法庭也必须对案件事实进行真正的“彻底审理”, 通过接触证据的最原始形式、通过亲自听取对证人、被告人的盘问, 来形成对案件真实的内心确信[14]。

5.3.2. 保障审判权独立行使

在保障审判权的独立行使, 要进一步深化司法体制改革, 优化司法职权配置, 改变公安机关过于强势的法律地位, 准确定位检察机关的基本职能, 并强化法院的宪法地位, 建立以法院为核心、符合宪政理念和人权保障要求的“法检公”司法体制[15]。

同时, 应继续拓展司法公开的广度和深度, 通过审判文书上网、网络庭审直播等方式实现“阳光司法”, 在推进独立、公正审判的同时, 增强司法公信力。

6. 结论

在自媒体时代, 律师在庭外就自己承办的未决案件公开发表相关言论屡见不鲜, 近年来, 更是出现了独具中国特色的“程序性庭外言论”。随着“死磕派”律师群体的兴起与“程序性庭外言论”的盛行, 法律界对律师庭外言论规制的关注及争议达到高峰。

在笔者看来, 对律师庭外言论规制之探讨, 一方面, 应区分“实体性庭外言论”与“程序性庭外言论”并通过探讨二者对公正审判的影响, 以证成限制言论自由之正当性; 另一方面, 通过对我国律师庭外言论规制之发展与现状的分析, 发现既存规制的两大问题: “公正审判与言论自由之间的价值失衡”与“避风港规则的缺失”。

此外, 程序性庭外言论的盛行与“庭审形式化”“法官独立性缺失”的刑事司法现状密切相关。因而, 一味强调律师庭外言论规制, 而忽略当下司法制度之积弊, 恐会导致庭内庭外律师言论之萎缩, 最终使公正审判难以实现。因此, 推进庭审实质化与保障审判权独立行使的改革对改善律师庭外言论乱象具有不可忽视之重要意义。

致 谢

感谢中国政法大学法学院郭晓飞副教授对本文写作思路、文献参考等方面的帮助与指导, 尤其感谢老师在论文修改过程中提出诸多宝贵建议。

参考文献

- [1] 陈实. 论刑事司法中律师庭外言论的规制[J]. 中国法学, 2014(1): 48-62.
- [2] 陈瑞华. 程序性辩护之初步考察[J]. 燕山大学学报(哲学社会科学版), 2005(6): 15.
- [3] 陈瑞华. 程序性制裁理论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010: 294.
- [4] 马晶, 杨天红. 律师庭外言论的规制——兼论《刑法修正案(九)》泄露案件信息罪[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2016(4): 165-171.
- [5] 杨先德. 刑事司法中律师庭外言论法律问题探讨[J]. 政法论坛, 2015(3): 63.
- [6] 陈瑞华. 论侦查中心主义[J]. 政法论坛, 2017(2): 41-58.
- [7] 王彪. 法官为什么不排除非法证据[J]. 刑事法评论, 2015(1): 33-53.
- [8] 陈卫东. 司法机关依法独立行使职权研究[J]. 中国法学, 2014(2): 20-49.
- [9] 董和平. 言论自由的宪法权利属性及其功能[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 1993(5): 43-45.
- [10] 陈新民. 新闻自由与司法独立——一个比较法制上的观察与分析[J]. 台大法学论丛, 2000, 29(3): 89-134.

- [11] 谭世贵. 论司法独立与媒体监督[J]. 中国法学, 1999(4): 67-78.
- [12] 封安波. 论转型社会的媒体与刑事审判[J]. 中国法学, 2014(1): 63-78.
- [13] 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(3): 77-92.
- [14] 陈瑞华. 新闻接审理主义“庭审中心主义改革”的主要障碍[J]. 中外法学, 2016(4): 845-864.
- [15] 韩大元, 于文豪. 法院、检察院和公安机关的宪法关系[J]. 法学研究, 2011(3): 43-56.

知网检索的两种方式:

1. 打开知网首页: <http://cnki.net/>, 点击页面中“外文资源总库 CNKI SCHOLAR”, 跳转至: <http://scholar.cnki.net/new>, 搜索框内直接输入文章标题, 即可查询;
或点击“高级检索”, 下拉列表框选择: [ISSN], 输入期刊 ISSN: 2329-7360, 即可查询。
2. 通过知网首页 <http://cnki.net/>顶部“旧版入口”进入知网旧版: <http://www.cnki.net/old/>, 左侧选择“国际文献总库”进入, 搜索框直接输入文章标题, 即可查询。

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱: ojs@hanspub.org