

庭审实质化背景下律师庭外言论的规制

——兼谈律师庭外声明的谨慎发布

韩 旭

(四川大学法学院 四川成都 644299)

内容提要: 律师庭外言论具有公民言论自由权的性质,它是律师在庭审中言论的延伸。律师对庭外言论具有更高的注意义务。律师庭外言论具有不同于普通公众言论的特点,包括监督性和补偿性、权威性和公信力、误导性和煽动性、猜测性和评论性。正是由于具有上述特点,有必要对律师庭外言论进行规制。律师的职业身份要求在庭外慎言;律师庭外言论较少受到监控;律师庭外言论具有更强的传播力;庭审实质化改革使律师庭上言论对裁判的影响加强。律师庭外言论应当遵循如下规则:内外有别规则、当事人利益至上且经其同意规则、品格免提规则、禁止过度披露规则、避免自我炒作规则、反制规则和司法主体适度隔离规则。舆情并非真正民意的表达,“以人民为中心”的执政理念并非以舆情为中心。庭审实质化改革背景下,律师应将意见发表在庭内,而不是搞“庭外辩护”。

关键词: 律师 庭外言论 规制

从“李天一案”到“药家鑫案”,再到“王振华案”,案件中的辩护律师均发表了庭外言论,有律师甚至发表了比较正式的《律师声明》。在上述案例中,律师庭外言论一次次引发社会和学术界的关注。随着微信公众号等自媒体的发达,律师发表庭外言论更加便捷,庭外言论也更加普遍。律师庭外言论是相对于庭审言论而言的,在以审判为中心刑事诉讼制度改革背景下,应当更加强调庭审职能的发挥,实现庭审实质化。庭审实质化离不开律师的参与和有效辩护。可以说,庭审实质化为律师在法庭上“施展拳脚”提供了舞台,也为限制律师庭外言论提供了正

作者简介: 韩 旭(1968—),男,汉族,河南南阳人,四川大学法学院教授、博士生导师,四川省司法制度改革研究基地主任。

当化根据。长期以来,由于庭审虚化和辩护形式化,律师们运用微信、微博、博客等自媒体开辟法庭外的“第二战场”陈述事实、揭露违法、评论案件,以此获取有利于自己当事人的诉讼结果。在倡导将“办案的法律效果与政治效果、社会效果相统一”的语境下,律师的庭外言论作为一种诉讼策略,有时可以达到庭上辩护所不具有的效果。这也是律师庭外言论越来越盛行的原因。在律师们看来,为了督促办案机关纠正违法行为,也为了满足公众的知情权,需要运用自媒体进行披露,从而借助强大的民意力量,对办案机关形成舆论压力,从而获得对己方有利的诉讼优势。由此观之,律师庭外言论具有双刃剑的功能,一方面可以促进诉讼的公开透明,加强舆论监督;另一方面可能使“检察权、审判权的依法独立行使”“雪上加霜”,使本就赢弱的司法权被社会舆论所“裹挟”和“绑架”,从而形成舆论审判,司法公正的品性荡然无存。两相权衡,律师庭外言论确有存在的必要。律师作为公众的一分子,享有宪法赋予的言论自由权,但律师作为法律职业共同体成员,享有一系列普通公民不具有的诉讼权利,他们是法庭活动重要的参与者,在言论自由方面与普通公民相比,应受到更多的限制。律师在庭外言论方面保持谨慎,乃各国对律师的普遍要求。随着我国法治化进程的推进,司法改革成果的凸显,律师“庭外言论”将更多转化为“庭上言论”,庭审对裁判结果的影响将越来越大,包括律师不当庭外言论的司法乱象将会逐步减少。但未来一段时间内,律师发表庭外言论仍将持续存在。基于此,有必要对律师庭外言论的特点、规制的必要性和如何规制等问题进行探讨。

一、律师庭外言论的性质与特点

律师庭外言论的性质是研究的前提和基础。毋庸置疑,律师庭外言论属于公民言论的一种。^①既然律师庭外言论属于公民言论自由权的一种,那么就应受到保障,不能完全禁止律师发表庭外言论。同时,这种言论又是在庭外发表的。律师的“主战场”应该在法庭,庭外言论应被视为庭审言论的延伸。据此,庭审中对律师言论的规制,也应适用于庭外。但是,庭审中享有的言论豁免权在庭外并不会被豁免责任。这就要求律师在发表庭外言论时具有更高的注意义务,比普通公民的言论自由受到更多限制。虽然庭外言论是庭审言论的延伸,但是庭外言论具有与庭审言论不同的内容:庭审言论主要是围绕被告人无罪、罪轻、减轻和免除刑事责任进行实体和程序辩护,而庭外言论的对象不仅指向当事人和法官、检察官,而且可能指向对方当事人和社会公众;不仅可能为当事人争取一个有利的诉讼结果,而且会对办案机关的办案程序进行检视甚至批评。因此,无论是庭外言论的对象还是内容,都比庭审言论更加丰富,言论自由度也更大,缺少有针对性的规则约束。律师庭外言论既有事实陈述,也有展现个人观点的评论性语言。有学者将它归纳为五种类型:评论意见(statement of opinion)、事实陈述(statement of fact)、混合意见(mixed opinion)、诉讼主张(legal claim)、象征性言论(symbolic speech)。^②应当说,这种归纳较为全面。律师庭外言论涉及如下四对关系:一是律师与当事人的关系;二是律师与办案机关的关系;三是律师与对方当事人的关系;四是律师与其他第三人的关系。律

^① 我国《宪法》第35条规定:“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。”联合国《关于律师作用的基本原则》第23条规定:“与其它公民一样,律师也享有言论、信仰、结社和集会的自由。”

^② 参见陈实:《论刑事司法中律师庭外言论的规制》,载《中国法学》2014年第1期。

师庭外言论的规制,就是要协调和平衡上述四对关系。否则,律师可能会承担民事责任、行政责任,乃至刑事责任。在此,需要说明的是,律师声明属于律师庭外言论的一种,只不过属于比较正式的庭外言论,大多是律师研判和深思熟虑的结果。

律师庭外言论具有不同于普通公众言论的特点,主要表现为如下四个方面:

(一) 监督性和补偿性

律师庭外言论具有较强的目的性和选择性,多是对公权力违法行为的揭露、抨击,并希冀借助民意的力量,督促公权机关予以纠正。同时,由于在诉讼活动中律师权利受限或者正当诉求得不到回应和满足,庭审中的“权利缺失”希望通过庭外言论在“舆论场”中获得补偿,以此扭转在诉讼中的不利局面。如果律师庭内言论是充分的,律师可以充分表达意见而不被打断,庭审中“直接言词原则”得到贯彻,控辩双方交叉询问充分展开,正当的诉讼请求得到满足,那么律师可能就没有太大的动力在庭外发表言论。^③因此,关注律师庭外言论应当与庭审权利保障问题一并考量,在庭审中律师辩护权保障不足的情况下,律师庭外言论具有矫正司法中控辩失衡的功效,通过此种功效的发挥,促进司法公正的实现。如果律师认为庭审是实质化的、庭审的法官能够决定案件的命运、律师的辩护是“有效辩护”而非“配合”完成既定程序和任务,那么律师庭外言论还有存在的必要吗?在律师权利受到诸多限制、“官媒”对负面信息报道较少的情况下,容忍律师对未决案件的庭外言论具有一定的必要性,对满足公众知情权、实现司法公正具有一定的积极意义。

(二) 权威性和公信力

由于律师系法律方面的专业人士,在社会中享有较高的地位,且通过阅卷、会见、参加庭审能够获得比公众更多的案件信息,因此律师的庭外言论具有一定的权威性和公信力。正是他们的身份和所处的优势地位,决定了其庭外言论更容易受到社会公众的广泛关注。一旦当地发生影响性案件,官方媒体多会对辩护律师或者代理律师进行采访,这些律师一般也乐于接受访谈,一是可以借此提高自己的知名度,二是借机为案件的未来“走势”进行“铺垫”。律师作为私权利的代表,其言论更能吸引公众的关注,甚至共鸣。总之,无论是代理律师还是辩护律师,因其受委托或者指定参与案件,从而拥有更多的知情权,也具有了发表庭外言论的条件,与一般民众的言论相比,其庭外言论具有更高的权威性。正因为如此,律师庭外言论的阅读量、转载量较高,社会影响也较大。在 *Gentile v. State Bar of Nevada* 一案中,美国联邦最高法院法官多数意见认为:律师的庭外陈述对待决案件的公平审理构成威胁,因为他们可以通过证据开示和会见客户获取案件信息,而且他们的陈述会被当作权威来接受。这一点,中外皆同。

(三) 误导性和煽动性

如前所述,正是由于律师庭外言论具有权威性和公信力,才更有可能误导和煽动公众。律师通过自媒体发表言论不像在法庭中发表言论一样受到法官和对方当事人的控制和制约。即便是虚假言论,对方当事人及其律师也难以即时进行反驳纠正,法官对明显不当的言论也无法

^③ 参见杨先德:《刑事司法中律师庭外言论法律问题探讨》,载《政法论坛》2015年第3期。

予以制止。如果说庭审中律师言论主要是说给法官听,那么庭外律师言论主要是说给社会公众听。庭审言论具有规则性、对席性,而庭外言论则无规则和对席可言,因此庭外言论更容易失序。在庭外言论较少受到规制的情况下,其单方性、选择性特征较为明显,即律师选择那些对本方当事人有利的信息进行发布,且评论仅是“一面之词”。即便言论失真,公众也难以识别,公众大多属于非法律专业人士,易于被作为专业人士的律师所误导。为了获得舆论的支持,有些律师将责任、过错完全推卸给对方,或者拿对方当事人品格说事,或者将己方当事人描绘为“善良守法”的优秀公民,以博取公众的同情。凡此种种,其目的均在于煽动民意,使己方在“舆论场”中占据优势,为最终的诉讼结局服务。^④

(四) 猜测性和评论性

律师庭外言论属于诉讼外言论,较少受到证据规则约束。证据裁判原则系基本证据规则,要求提出的诉讼主张必须有相应的证据支持。但是,律师庭外言论一般既无证据支持,也无严密的分析论证推理过程,只提观点,较少进行分析论证。虽然庭外言论有事实陈述式的,但更多是带有主观评价性的评论,或者既有事实陈述又有事实评论。律师个人的主观色彩较为浓厚,比如在实体上认为自己的当事人无罪或者不应判处死刑,在程序上认为检控方使用的证据系非法证据且应予排除,等等。律师无论是作为辩护人还是代理人,均具有“党派性”,“受人之托,忠人之事”,要求他站在当事人立场“发声”。律师掺杂个人观点的“一家之言”和带有浓厚的感情色彩难以避免,庭外言论的猜测性和评论性,无论真假、对错,利害关系人之外的人因不了解案件事实,无力考究,即便经验证为虚假、错误的,也难以及时予以回应和批驳。这使得庭外言论中充斥着大量的猜测性和评论性语言。“与所有的舆论热点一样,围绕一个刑事案件的舆论充斥着每个参与者的意见、评论、激情乃至偏见。”^⑤律师的职业身份决定了其敢于仗义执言、不畏强权,庭外言论不免具有批评性和讽刺性,对政府行为进行挑战,语言尖刻犀利,以权

^④ 例如,浙江某律师事务所律师吴某在网络上以律师及律师事务所身份注册微博、博客、微信公众号,发表的言论有部分内容与法律、司法制度和国家社会管理有关。自2014年1月至2017年7月,吴姓律师在微信公众号等互联网自媒体上陆续发表了《拆迁户,如何做到合法快乐维权?》《郑某究竟是什么东西》《突然都装死了,迟律师的维权路走到头了?》《司法行政部门就是要杀光所有的优秀律师,留下一帮子听他们话的走狗》《懂规矩、守规矩,其实就是肮脏的潜规则》《我认为,中国有两“邪”,堪称宝贝一对:一个是“足邪”,一个是“律邪”》等文章。在上述文章中吴律师采用“什么东西”“走狗”“肮脏的潜规则”“足邪”“律邪”等字眼,以明显违背社会公序良俗的方式发表言论、表达不满、攻击辱骂和诽谤他人,激化社会矛盾,制造群众与党和政府的对立,明显误导了公众。由于其庭外言论内容非常极端,没有证据就胡言乱语,传播社会负能量。杭州市律师协会作出中止吴律师会员权利九个月,责令其自本处分决定书生效之日起五日内删除并改正其在微博、博客及微信公众号等自媒体中的不当言论。

^⑤ 参见杨先德:《刑事司法中律师庭外言论法律问题探讨》,载《政法论坛》2015年第3期。

利制约权力,为此需要划清正当的舆论监督与恶意攻击党和政府、诋毁社会主义司法制度的界限。^⑥

二、律师庭外言论规制的必要性

一方面律师作为普通公民,其包括庭外言论在内的宪法赋予公民的言论自由权应予保障;另一方面律师有自己的利益诉求,存在着滥用庭外言论权的可能。权利的滥用不仅会损害双方当事人的利益,而且对司法权的依法独立公正行使造成伤害,不利于提升司法公信力。因此,有必要予以规制。

(一) 律师的职业身份要求其在庭外慎言

通常律师是接受当事人或其家属委托参与诉讼,但是律师并非当事人的代言人或者“传声筒”。律师既要忠诚于当事人,也要忠于事实真相,对法庭负有消极的忠实义务。我国《律师法》第2条第2款规定:“律师应当维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。”2017年修订的《律师执业行为规范》第6条作出了类似规定。《律师办理刑事案件规范》第2条规定:“律师参与刑事诉讼应当坚持维护当事人的合法权益、维护法律的正确实施、维护社会公平和正义的原则,忠于职守,认真负责。”上述规定对律师的要求,不仅适用于法庭内,也适用于法庭外。德国的法学理论认为:“辩护人既不是被告人的纯粹的代言人,也不是中立的司法官员。而是刑事司法制度中的独立机构。辩护人不是帮助被告人作出或接受有约束力的程序性指令的代理人。”^⑦在日本,刑事辩护具有实现社会正义的公益性特点。我国台湾地区学者林钰雄教授认为,就整个刑事司法体系的结构设计而言,辩护人虽为被告利益,但同时带有公共利益的色彩,并且担当一定的公法机能。基于辩护人担当一定公益功能并且独立于被告意思之外的自主地位,辩护人可谓整个刑事司法体系中自主的司法单元。^⑧即便在美国对抗制诉讼模式下,律师仍被视为“法庭的官员”,他们负有更大的道德责任遵守职业道德规范。“律师是刑事司法的重要参与主体,肩负着维护当事人权益和帮助法庭发现事实的责任,较之于诉讼以外的其他人,律师对司法审判理应承担有更高的谨慎言论的义务。”^⑨由于律师并非一般的社会公众,其与当事人和案件的关系较为密切,具有信息方面的优势,因此其庭外言论更容易被社会大众“信以为真”。既然我国律师法和相关执业规范均要求律师应当“维护法律的正

^⑥ 《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》第34条:“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,恶意炒作案件的;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的;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,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的;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的;给予中止会员权利六个月以上一年以下的纪律处分;情节严重的给予取消会员资格的纪律处分。”

^⑦ [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第61页。

^⑧ 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第161页以下。

^⑨ 陈实:《论刑事司法中律师庭外言论的规制》,载《中国法学》2014年第1期。

确实实施”,庭外言论应当有助于实现该义务,但是也可能破坏法律的正确实施。如果律师庭外言论引发了汹涌的“舆论风暴”,将可能湮灭事实真相,法庭审判将会演变为“舆论审判”,司法裁决将不再建立在法庭内举证、质证的基础上,而是为了迎合虚假的“民意”或者平息舆情而作出,那么“维护法律的正确实施”云云将沦为空谈。果如是,不仅是法官的悲哀,也是律师的悲哀。法治国家将永远无法建成。

(二) 律师庭外言论较少受到监控

如果律师在庭审中发言明显不当,如提出误导性、诱导性问题,诉讼相对方可以即时提出“反对”的诉讼异议,法官可以当即作出裁决,在确认其发言方式确属不当时可以令其改变发言方式或者停止发言。^⑩即便是作为诉讼参与人的证人出庭作证,也要受到意见证据规则等的限制,即不得提出猜测性、评论性的证言。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法司法解释》)第75条第2款规定:“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不得作为证据使用。”与庭审中律师发言受到较严格规则限制相比,律师庭外的误导性、评论性言论则不必受到诉讼相对方的异议和法官的裁判。在法庭中当律师违反法庭规则时,通常会受到警告、训诫、责令退出法庭甚至被驱逐出庭的惩戒。但在庭外违反规则,缺乏当即处理和惩戒机制;法庭的场景设置、庄严肃穆的气氛也会令律师敬畏而不敢“轻举妄动”,但在庭外则缺乏这样的制约力量。事实上,庭外言论对法官公正审判会造成一定的影响。法官办案不可能仅是“就案办案”的三段论推理,有诸多因素其中包括社会舆论对裁判可能产生重大影响。“法官作为公共官员不可能将自己彻底与公共意见隔绝,他们可能受到爱惜荣誉、看重公众对自己的看法、意识形等因素影响而考虑到庭外的声音。”^⑪美国陪审团在评议案件期间之所以不允许看电视、看报纸,就是防止受到社会舆论的影响而难以做出独立判断。

“官媒”报道虽有鲜明的舆论导向,但是有严格的审查机制。与此相比,律师在自媒体发言较少受到审查和约束,自由度较高。美国联邦最高法院认为:一般人比较会在人的背后,捏造事实污蔑他人,比较不会当着他人的面如此。^⑫上述两个方面的原因决定了律师庭外言论随意性较大,如果缺乏必要的管控,权利滥用的风险将会大大提高。即便律师就对方当事人发表了不实言论,也很难予以澄清并在同等范围内消除影响。

(三) 律师庭外言论具有更强的传播力

在“人人都有麦克风”的自媒体时代,信息的传播速度极快。这一特点决定了律师庭外言论更易掀起“舆论风暴”,律师尤其是知名律师的庭外言论引发的社会舆论有时甚至超出律师的掌控范围,是始料未及的。加拿大律师协会联合会制定的《职业行为示范守则》第7.5条在

^⑩ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第213条规定:“向证人发问应当遵循以下规则:(一)发问的内容应当与本案事实有关;(二)不得以诱导方式发问;(三)不得威胁证人;(四)不得损害证人的尊严。”第214条规定:“控辩双方的讯问、发问方式不当或者内容与本案无关的,对方可以提出异议,申请审判长制止,审判长应当查明情况予以支持或者驳回;对方未提出异议的,审判长也可以根据情况予以制止。”

^⑪ [美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第217页。

^⑫ 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第368页。

“公开露面 and 公开陈述”的“注释”中规定：“律师应当意识到，在他们公开露面或者作出陈述时，他们通常对此后发生的编辑活动、这些露面或者陈述所使用的背景以及可能使用的标题，并没有控制权。”^⑬律师庭外言论的传播规律是律师首先在微信、微博、博客等自媒体上发声，然后“官媒”跟进转载或对律师进行访谈，进行深度挖掘。有些律师本身就是网络大V，“粉丝”人数高达上千万，极易挑起“舆论风潮”。在当今微信得到广泛普及的时代，转载、评论快捷迅猛，对律师庭外言论起到了“推波助澜”的作用。近年的“王振华案”“海口法院驱逐律师出庭案”“包头案”等皆是明证。无论是法官、检察官还是警官，都难以置身事外，不受舆情影响。

（四）庭审实质化改革使律师庭上言论对裁判的影响加强

以审判为中心的刑事诉讼制度改革正在如火如荼地推进中，该项改革的核心是庭审实质化，按照最高人民法院“四·五改革纲要”的规定：“确保庭审在保护诉权、认定证据、查明事实、公正裁判中发挥决定性作用，实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。”律师在庭审中应大有作为，而不是配合完成庭审。庭审实质化要求辩护的实质化，要求辩护意见发表在法庭，确保庭审在公正裁判中发挥决定性作用。如果该项改革能够落地见效，那么律师庭外发表言论的动力将减弱，庭外言论对裁判的影响力也将降低。为了使庭审真正能够实质化，保障“审判中心主义”的贯彻落实，控辩对抗应在法庭这一场域内而非之外。律师作为法律共同体的一员，有责任推进这一改革深入发展，为此将辩护意见尽量发表在法庭内而非法庭外，乃实实在在的支持和努力。对于认罪认罚案件，即便办案程序或者证据存在瑕疵，在控辩协商中这一问题可能已被提出并解决。控辩协商给了辩护律师充分表达意见的管道，因此该类案件律师不宜再通过庭外言论进行所谓的“庭外辩护”。

从域外情况看，无论英美还是德日，均对律师庭外言论进行规制。虽然规制方式不同，既有“严格禁止模式”，也有“底线标准模式”。^⑭从发展趋势看，随着自媒体技术的发展和普及，各国对律师庭外言论的规制渐趋从严。

三、律师庭外言论规则的设置

域外对律师庭外言论都设定了一些规则，例如美国律师《职业行为示范规则》规定的是“对裁判程序产生严重损害的重大可能性”。英国1981年出台的《藐视法庭法》规定，倘若律师庭外言论造成实质危险，使司法程序严重受阻或产生偏颇，则律师必须承担责任。^⑮加拿大律师《职业行为示范守则》规定：“就裁判庭正在审理的事务，如果律师知道或者应该知道同媒体进行信息交流或者进行公开陈述，将有严重损害当事人获得公平审判或者听证的权利的重大可能性，则不得进行该信息交流或者公开陈述。”^⑯我国律师执业行为规范也有类似规定。^⑰我国

^⑬ 《加拿大律师协会联合会职业行为示范守则》，王进喜译，中国法制出版社2016年版，第259页。

^⑭ 参见陈实：《论刑事司法中律师庭外言论的规制》，载《中国法学》2014年第1期。

^⑮ 参见杨天红：《律师庭外言论的规制——比较法的考察与借鉴》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2016年第1期。

^⑯ 参见《加拿大律师协会联合会职业行为示范守则》，王进喜译，中国法制出版社2016年版，第259页。

^⑰ 《律师执业行为规范》第14条规定：“律师不得为以下行为：（一）产生不良社会影响，有损律师行业声誉的行为；（二）妨碍国家司法、行政机关依法行使职权的行为；……。”

《律师办理刑事案件规范》第 258 条规定：“律师对案件公开发表言论，应当依法、客观、公正、审慎。”从中外的相关规定看，均显得笼统、模糊、抽象，可操作性不强，未能给律师庭外言论予指引。法条规定的模糊性，难以为律师执业提供明确的规范，也为政府机关和相关组织选择性执法提供了机会。鉴于此，本文在借鉴域外立法例和实践做法的基础上，根据我国实际情况，提出若干相对具有可操作性的规则。

（一）内外有别规则

内外有别规则是指律师在法庭内外发言应有所区别，不宜将法庭内的发言内容在法庭外发表。因为法庭内的发言主要是为了说服法官，法官作为法律专业人士具有一定的辨识能力，不容易受到误导和煽动。而庭外发言的受众大多是未接受过法学教育的非法律人士，且不了解案件情况，作为普罗大众更容易受到律师言论的误导，情绪也较容易被煽动。比如，律师关于当事人有罪还是无罪、罪行轻重或者不应判处死刑的辩护意见，可以在法庭内畅所欲言，但是不宜在庭外发表。个别律师将尚未开庭的辩护意见在自媒体予以披露更是不妥，有煽动民众情绪之嫌。美国律师《职业行为示范规则》第 3.6 条将“刑事案件中被告人或嫌疑人是否有罪的任何意见”视为“对裁判程序产生严重损害的重大可能性”的情形之一，律师稍有不慎便可能构成违规发表庭外言论而遭到执业惩戒。由此观之，无论是“李天一案”中辩护律师提前公布辩护意见还是“王振华案”中辩护律师向社会发布《律师声明》认为王振华无罪，均有违内外有别规则。

在法庭场域内，由于有对方当事人及其律师在场，律师发言时无形中会有一种道德约束力，令其有所顾忌而不敢信口雌黄。且庭审中有质证和辩论的程序设置，可以通过对方当事人及其律师的反驳、挑战而使虚伪陈述得以揭露。然而，在法庭外这些程序设置都不存在，也没有对方当事人在场，律师发言时无所忌惮，可以随心所欲而并不会被当即揭穿。这也是法庭内外发言区别的理由所在。正是这种差异，要求律师发言时内外有别，区别对待，不能将法庭内的发言在庭外“照单全发”。

（二）当事人利益至上且经其同意规则

律师之所以能够参与诉讼，大多是来自当事人委托，委托的前提是当事人对律师信赖关系的存在。这是有效辩护和有效代理的前提。我国《律师法》第 2 条规定律师的首要职责是“维护当事人合法权益”。《关于律师作用的基本原则》第 15 条规定：“律师应始终真诚地尊重其委托人的利益。”实践中，律师庭外言论以当事人利益为出发点，通常不存在问题。即便如此，也要获得当事人的授权或者同意。因为律师掌握的案件信息来源除了阅卷外，最主要就是会见

时与当事人的交流。这种交流受律师保密规则的保护。^⑮这就为律师披露案情划定了边界,即除非当事人同意,律师仅有权对我国刑事诉讼法规定的“三类情形”进行公开。一般情况下,在刑事案件中,律师会见当事人获得的信息是律师—客户信息,律师对这部分信息有保密义务。因此,律师发表庭外言论应该十分谨慎,防止庭外言论这种特别的“证据开示”方式对当事人造成不利的诉讼后果。^⑯正是基于对律师保密义务法律承诺的信任,当事人才可以敞开心扉、吐露实情,律师才可以获得辩护或者代理的有价值信息。因此,律师在发表庭外言论时不能辜负当事人的信任,既不能违背当事人的利益,也不能出卖自己的当事人。要知道很多时候当事人的隐私是除了律师以外的人所不能知悉的,包括其家人在内的一切人。这事关当事人的尊严、婚姻家庭关系的存续等。^⑰当事人向律师敞开的是心灵深处,阐述的是自己的无辜,自己的堕落、不愿为他人所知的耻辱,连同私生活和家庭日常生活的所有细节。对此,司法女神不仅被蒙上了双眼,还应该耳朵发聋。^⑱加拿大律师《职业行为示范守则》第7.5-1条规定:“在不损害律师对委托人义务的情况下,律师可以与媒体进行信息交流,可以公开露面 and 公开陈述。”该“注释”3规定:“律师对委托人的职责,要求在就委托人的事务作出公开陈述之前,律师必须首先确信任何交流都是为了委托人的最大利益,并且在聘请协议的范围内。”^⑲

(三) 品格免提规则

由于受儒家“德主刑辅”思想的影响,我国长期以来重视“德治”而忽视“法治”。表现在司法领域,就是包括律师在内的诉讼参与者喜欢拿“道德”说事。“道德”又与“品格”紧密相连,因此谈“道德”不可能不谈及“品格”。律师庭外言论中经常可以看到涉及被害人品格的内容,比如被害人的职业、曾经的性经历等,这在“李天一案”“王振华案”的律师庭外言论中均可看到。辩护律师之所以拿被害人的品格“说事”,目的是利用社会中人们的“道德感”,争取舆论支持,通过舆论影响甚至绑架司法,以减轻其当事人的罪过,将责任推向被害人,从而获得一个宽大的裁判结果,这在性侵案件中比较常见。律师通过在法庭外的言说,丑化被害人品格,至少有以下两点危害:一是将“法律审判”引向“道德审判”,有妨碍司法之虞;二是通过揭露隐私或

^⑮ 《刑事诉讼法》第48条规定:“辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息,有权予以保密。但是,辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的,应当及时告知司法机关。”《律师法》第38条规定:“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息,应当予以保密。但是,委托人或者其他人员准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。”《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第13条规定:“律师未经委托人或者其他当事人的授权或者同意,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,属于《律师法》第四十八条第四项规定的‘泄露商业秘密或者个人隐私的’违法行为。”

^⑯ 参见杨先德:《刑事司法中律师庭外言论法律问题探讨》,载《政法论坛》2015年第3期。

^⑰ 参见韩旭:《刑事诉讼中被追诉人及其家属证据知悉权研究》,载《现代法学》2009年第5期。

^⑱ 转引自[俄]尤·彼·加尔马耶夫:《俄罗斯刑事诉讼律师违法活动面面观》,刘鹏、从凤玲译,中国政法大学出版社2013年版,第294页。

^⑲ 参见《加拿大律师协会联合会职业行为示范守则》,王进喜译,中国法制出版社2016年版,第256页。

者虚构事实,给被害人一方造成“二次伤害”。例如,“李天一案”中,被告人的辩护律师暗示:受害人可能是一名妓女,酒吧老板把她介绍给顾客卖淫,并利用她敲诈顾客——真正的受害人恰恰是被告人。“王振华案”中辩护律师在《律师声明》中提及:“北京的两家司法鉴定机构,七位国内权威的法医专家、妇科专家、DNA 专家,对上海的门诊记录和司法鉴定意见进行了书证审查和专家论证,得出了相反的结论,不支持上海鉴定当中所说的被害人新鲜伤痕、阴道撕裂伤、二级轻伤的结论。”虽然是伤情鉴定,但涉及被害人的性经历,既属于个人隐私,又属于品格范畴。因此证据制度发达的国家都制定有品格证据规则,限制品格证据的使用。例如,美国《联邦证据规则》第 412 条规定:“性犯罪案件,所称被害人过去的性行为或性癖好的相关性证据,一般不可采。”^②道理很简单,不能因为一个人过去曾与第三人发生过性关系就推断出其与被害人发生性关系时是自愿同意的。遗憾的是,我国尚没有建立品格证据规则。但是,这不能成为律师庭外言论中可以包含品格因素的理由,首先,对涉及个人隐私的品格证据的调查,法庭审理不公开进行,传播范围有限,而律师庭外言论则是公开表达,受众范围广,影响力大,非法庭内调查所能比拟,由此给被害人带来的伤害比来自诉讼的伤害更大。律师庭外言论需要平衡被追诉人与被害人利益,不能为达目的而不择手段。其次,将个人品格诉之于众,容易引发“舆论审判”和“道德绑架”,本已羸弱的独立审判更难以保持独立、中立,没有独立也就无所谓公正。在媒体报道的“刘强东性侵案”中,其律师事后发表的一份声明中就未直接言明女方的道德品质,只是提及“刘强东先生和女方在聚餐时都喝了酒。期间女方曾主动向刘强东先生敬酒,而且还主动给自己的杯子里倒酒。刘强东先生没有喝醉,女方也没有任何行为迹象表明她喝醉了。”这份律师声明既没有掺杂个人感情色彩的内容,也没有对女方的品格进行攻击,仅仅是事实陈述。这样的庭外言论因其比较客观而较少受到质疑,更容易被公众所接受。越是涉及公众人物的案件,律师庭外言论越应慎重,品格免提规则应该成为一条底线。

(四) 禁止过度披露规则

禁止过度披露规则,要求律师在发表庭外言论时不要披露详细案情。在“李天一案”中,律师通过博客、微博、媒体访谈等方式,在开庭前公开披露了大量案件细节,包括:涉案人员(含未成年人)和(性侵)受害人的身份、酒吧老板与受害人的关系、受害人的医疗档案等等。美国律师协会 1983 年制定《律师职业行为示范规则》第 3.6 条的最初文本即规定“涉及某事项之侦查或诉讼的律师在不涉及具体细节的情况下可就下列事项发表言论:……。”可见,在美国,律师发表庭外言论也不能涉及具体细节的内容。律师因特殊身份,有机会接触案卷材料和亲自进行调查取证、会见,了解许多案件细节,但是其不能将案卷中的证人证言笔录、调查取证笔录和会见笔录、辩护词、代理词等证据材料和诉讼文书在自媒体公布。因为这些材料一旦公开可能产生如下危害:一是妨害司法利益。犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属在得知证言内容后,可能会对不利证言的提供者进行威胁、购买,干扰其如实提供证言;当案件有未被羁押的同案人

^② [美] 罗纳德·J·艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生等译,高等教育出版社 2006 年版,第 324 页。

时,这些人了解详细案情后可能会翻供,甚至相互之间串供。二是可能泄露国家秘密、商业秘密和个人隐私。例如“李天一案”的辩护词中即包含被害人的身份信息。过于详细的披露可能会涉及证人、被害人的住址、工作单位等信息,他们可能会因为这种披露而遭到骚扰,打破生活的宁静。理论上,辩护律师向当事人核实证据的范围和方式尚存在争议,^④实践中也有律师因向被追诉人家属披露案卷材料而被以泄露国家秘密罪追究刑事责任的先例。^⑤何况律师庭外言论是向全社会公布,当警钟长鸣,三思而后行。

(五) 避免自我炒作规则

不可否认,有一部分律师具有利用案件进行自我炒作的动机,他们试图通过庭外言论为自己进行宣传,借此“包装”自己,一方面借以提高自己的知名度,另一方面是为了增加案源、提高收入。这在一些知名人士或者党政要员犯罪的案件中表现得更加突出。但这些律师在接受调查时总是会否认自我炒作的意图,从而给认定带来困难。律师通过发表专业论文、参加学术研讨、举办讲座进行自我宣传和推广是必要的。但是,如果利用案件的社会影响通过庭外言论进行自我宣传,就可能涉嫌自我炒作。例如,将庭外言论的重点放在自己的学历、执业经历、所办理的大要案、胜诉率和自己对案件的作用等方面;或者在没有庭外言论必要时多次、连续发表庭外言论;或者在多个、他人自媒体平台发布信息,以博取公众的关注;或者贬损同行、抬高自己。是否涉嫌自我炒作确实存在识别困难的问题,对此可以综合庭外言论的内容、时机、有无必要性及其大小等客观事实进行推定,以缓解证明上的难题。律师进行“自我炒作”不仅涉嫌不正当竞争,还不利于法律职业共同体建设和司法公信力提高。为了避免律师通过庭外言论进行“自我炒作”,可考虑由当事人和律师签署保密协议,严禁律师传播案件信息。在辩护、代理委托协议格式文本中,增加“除当事人明示允许公开案件信息或者有法律规定应当和可以公开的情形外,一律禁止公开案件信息”的内容。

^④ 关于“辩护律师核实证据”问题,参见朱孝清:《刑事诉讼法实施中的若干问题研究》,载《中国法学》2014年第3期,第247-266页;龙宗智:《辩护律师有权向当事人核实人证》,载《法学》2015年第5期,第144-150页;韩旭:《辩护律师核实证据问题研究》,载《法学家》2016年第2期,第120-135页;朱孝清:《再论辩护律师向犯罪嫌疑人、被告人核实证据》,载《中国法学》2018年第4期,第44-64页。

^⑤ 2000年8月21日,河南省焦作市律师于某接受马某1之妻朱某的委托,担任马某1涉嫌贪污犯罪一案的辩护人。2001年11月1日,沁阳市人民检察院以马某1犯贪污罪向沁阳市人民法院提起公诉,并移送该案主要证据的复印件6本,计421页。11月3日,朱某得知该案已到法院,即与于某联系。当日下午,于某安排本所助理律师卢某前往沁阳。下午2时左右,卢某与朱某、马某(马某1之子)、马某2(马某1之弟)一同来到沁阳市人民法院立案庭,卢某在向法院递交辩护函后,将公诉机关移送到法院的马某1贪污案的主要证据材料借出,并到复印部复印。复印结束后朱某向卢某提出要看所复印的材料,卢某没同意,并答复要看须请示于某律师同意。马某2听后用手机拨通于某的电话,并向于某提出看卷意图,于某表示同意,并在电话中交待卢某把复印材料留给朱某等人。当晚朱某、马某、马某2详细翻阅了马某1一案的有关起诉材料、证据,并进行了研究。朱某根据卷宗材料与所涉及的证人逐一进行了联系,并做了相应的工作。11月8日、10日,于某来沁阳调查取证时,马某1贪污一案卷宗材料所涉及的证人张某某、吕某某、侯某某等人均向其出具了相应的虚假证明。一审法院以于某犯故意泄露国家秘密罪,判处有期徒刑一年。

（六）反制规则

反制规则其实就是“以毒攻毒”规则。当一个案件发生后,媒体铺天盖地的报道,公安机关召开新闻发布会、破案庆功会等,包括被害人及其代理人在内的控方将犯罪嫌疑人描绘成十恶不赦、劣迹斑斑、恶贯满盈的罪犯,此种情况下,犯罪嫌疑人未经审判已经被舆论定罪,不仅侵害了国际社会公认的无罪推定基本权利,也侵犯了其获得公正审判的权利。新闻报道须遵守无罪推定原则,不当的新闻报道经常表现为不遵守无罪推定原则。无罪推定是刑事诉讼中的基本原则,但是该原则也应成为新闻报道中的基本原则和自媒体应当遵守的原则。^{②6} 为了消除此前媒体负面报道的影响,律师可以通过庭外言论说明情况、澄清事实。美国《律师职业行为示范规则》第3.6条(c)项规定:“如果一个普通律师认为需要保护某委托人免遭最近非因该律师或者该律师的委托人对案情的宣传而带来的严重不当损害,则律师可以进行有关陈述。该陈述应当限制在为减轻上述最近的不利宣传带来的后果所必需的范围内。”“在很多情况下,起诉方在对案件进行审判宣传方面存在更多的机会,因而可能对对方的权利造成威胁。此外,在很多情况下,即使没有诉讼各方的合作,媒体自身的宣传也可能给当事人的权利造成影响”^{②7}。就像美国联邦最高法院法官安东尼·肯尼迪最近所讲的:“辩护人的职责并非在法庭里面才开始。他(她)不能忽略法律程序对当事人的实际意涵……辩护人可以采取合理的步骤为当事人的名誉辩护,并消减起诉所造成的负面影响,特别是检方的检控被认为是不当或出于不良动机时。辩护律师可以追求合法的策略,以获得驳回起诉的判决或减轻原先起诉的罪名,包括尝试在舆论的法庭里证明当事人根本不当被起诉。”^{②8}

“以毒攻毒”的反制规则,既是对当事人权利的保护,也符合控辩平衡的“平等武装”原则,此时律师庭外言论是一种消极被动的防御态势,其实也是一种“庭外辩护”手段,是为了使当事人获得一个公正的审判而不得不作出的回应。

（七）司法主体适度隔离规则

“禁止律师随意发表庭外言论有多重目的:保护当事人接受公平审判的权利,维护律师之间的正常关系等;但最主要还是要维护审判的公正独立。”既然对律师庭外言论进行规制的最主要目的是防止舆论影响审判,保障司法公正,那么,就需要从司法权的行使主体——法官、检察官和警官免受庭外言论的影响做起。在美国新媒体出现后,佛罗里达州司法委员会发布意见:禁止州法官在新媒体上和律师成为朋友(例如在脸书、微信上互为“好友”),该委员会认为,如果在新媒体上,法官接受律师的“互为好友”的请求可能给他人造成一种印象:律师对法官有一种特殊的影响。^{②9} 最高人民法院、司法部联合发布的《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》第2条第2款规定:“律师在代理案件之前及其代理过程中,不得向当

^{②6} 参见胡田野:《新媒体时代律师庭外言论的规制》,载《法学》2014年第1期。

^{②7} 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161页。

^{②8} [美]艾伦·德肖维茨:《合理怀疑:从辛普森案批判美国刑事司法体系》,高忠义、侯荷婷译,法律出版社2010年版,第132-133页。

^{②9} 胡田野:《新媒体时代律师庭外言论的规制》,载《法学》2014年第1期。

事人宣称自己与受理案件法院的法官具有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系,并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响案件的审判。”“亲朋”显然包括“朋友关系”。在当前微信得到广泛运用,加微信成了一种社交的时尚,“微信圈”通常也是“好友圈”。为了避免司法主体受到律师庭外言论的“污染”,建议法官、检察官和警官不要成为律师“微信圈”中的“好友”。如此,方可构建良性的审辩、检辩和警律关系,共同维护司法公正。

四、结语

律师通过庭外言论煽动舆论,进而影响裁判结果,无论如何不是一种正常现象。司法是理性的,而舆情是感性的;司法需要亲历性,而民众对案件的认知多是间接的和片面的。司法裁判远离舆情的影响,当是一个法治社会的标志。正是清醒地认识到这一点,“以人民为中心”的执政理念并非以舆论为中心,舆情并不能代表“人民”,很多时候舆情代表的是虚假的民意。笔者2015年到法国考察时,发现其法院门口也有败诉方当事人及其亲朋好友举牌、静坐示威的场景,但法官告诉我们其态度是“我们不为所动,丝毫改变不了我们的判决”。这大概是处理司法与舆论比较理性的可取方式。律师作为法律职业共同体的成员,应将“功夫”用在庭上而非庭外,庭审实质化改革为律师将意见发表在庭上提供了保障。裁判结果应建立在证据和法律上而非飘忽不定的舆情上。在社会转型期,律师庭外言论对公安机关和检察院、法院的职权活动进行监督从而满足公众知情权具有重要意义。但是,律师庭外言论需审慎。尽量进行事实陈述,而不宜作出带有主观臆断性的评论,相信公众自会有评判意见。尽量少对实体性问题、证据问题进行披露,程序性事实可作为庭外言论的重点,对未决案件不宜发表庭外言论,以防引发可能的“舆论风暴”,伤害司法的公正、司法权行使的独立性。美国《律师职业行为示范规则》第3.6条的“安全港”限制在庭外言论主要内容上为信息披露,而不是评论,而且这些信息具有即成性、客观性、可辨别性和稳定性。^⑩程序性问题主要是一种事实描述,例如案件侦查终结、起诉和庭审期日等,这些内容相对客观,较难引起社会舆论,能够较好平衡公众知情权与独立审判权、检察权之间的关系。例如美国《律师职业行为示范规则》第3.6条除规定了律师不得发表的言论外,还规定了律师同普通人一样享有言论自由,但律师的庭外涉案言论只能进行事实陈述,不能有价值倾向。^⑪上述“规则”第3.6条(b)项规定中的“第一安全港”条款就包含“关于某事务的调查正在进行中”“诉讼的日程安排或者诉讼每一阶段取得的结果”“有关的诉讼请求、违法行为或者辩护”等。即便是程序性事项,对正在审理的案件,涉及管辖、回避和非法证据排除等问题,在庭外言论时仍需谨慎,避免给公众产生通过庭外言论“死磕”法庭之观感。《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第14条第(三)项将“以对案件进行歪曲、不实、有误导性的宣传或者诋毁有关办案机关和工作人员以及对方当事人声誉等方式,影响依法办理案件的”情形作为违法行为进行处罚,律师稍有不慎可能涉嫌违法。1887年美国阿拉巴马州颁布了美国历史上第一个律师职业道德法典,规定律师不得就案件的实质内容发表庭外言论,因为这

^⑩ 参见杨先德:《刑事司法中律师庭外言论法律问题探讨》,载《政法论坛》2015年第3期。

^⑪ 参见马晶、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》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2016年第4期。

可能影响公正审判。最有影响力的1908年美国律师协会《职业道德规程》规定:律师通过新闻报纸就庭审中的案件或者即将诉讼的案件进行信息公开通常将被谴责。“对未决案件律师要避免发表庭外言论,否则将会受到惩罚”,中华全国律师协会发布的《律师执业行为规范》(2004年版)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。”独立的司法是法治社会的基石,我们应当悉心呵护、精心培育,使司法的幼苗能够成长为参天大树,为人们遮风挡雨。律师作为法律职业共同体的一员理应谨言慎行。

Regulation of Lawyers' Out – of – court Speech under the background of Substantive Trial——Also on the Cautious Release of Lawyers' Out – of – court Statement

Han Xu

Abstract: Lawyers' out – of – court speech has the nature of citizens' right to freedom of speech, which is an extension of lawyers' speech in court. Lawyers have a higher duty of care for out – of – court speech. Lawyers' out – of – court remarks are different from ordinary public remarks, including supervisory and compensatory, authoritative and trustworthy, misleading and provocative, speculative and critical. It is precisely because of its above characteristics that it is necessary to regulate the lawyers' remarks out of court. Lawyers' professional identity requires that they should be cautious when speaking out of court; lawyers' out – of – court speech is less monitored; lawyers' out – of – court speech has a stronger dissemination power; the substantive reform of court trial strengthens the influence of lawyers' in – court speech on the judgment. Lawyer's out – of – court speech should follow the following rules: the rule of internal and external differentiation, the rule of the supremacy of the parties' interests and their consent, the rule of character exemption, the rule of prohibiting excessive disclosure, the rule of avoiding self – hype, the rule of countermeasures and the rule of moderate separation of judicial subjects. Public opinion is not the real expression of public opinion, and the ruling concept of “people – centered” is not centered on public opinion. Under the background of substantive trial reform, lawyers should express their opinions in court, rather than engage in “out – of – court defense”.

Keywords: lawyer; out of court speech; regulation

(责任编辑:杨志航)