

【刑事诉讼法学】

法援辩护与委托辩护顺序问题的 机理与根源

吴洪淇

【摘要】近年来,在一系列有较大影响的案件中屡屡出现法援辩护与近亲属代为委托辩护之间发生冲突的现象。这一现象使我国传统的“委托辩护优先原则”受到较大冲击。从系列典型案例入手,可以对法援辩护与委托辩护发生冲突的情形进行概括。目前既有的制度和理论回应并不能完全疏解这种冲突。冲突的形成是以犯罪嫌疑人和被告人的信息隔离为主因,犯罪嫌疑人、被告人与近亲属及其委托律师之间的信息不对称为冲突的发生提供了条件。从根源上说,法援辩护与委托辩护的冲突是律师忠诚义务与公益义务发生冲突的结果。就律师热诚辩护而言,不能仅仅从惩戒角度对其加以禁止,还要从辩护权利保障和程序性制裁等角度来加以疏解。

【关键词】法律援助律师;忠诚义务;热诚辩护;信息隔离

【作者简介】吴洪淇(1982-),男,福建安溪人,北京大学法学院教授,博士生导师,法学博士(北京100871)。

【原文出处】《现代法学》(重庆),2024.2.56~73

【基金项目】高等学校全国优秀博士学位论文作者专项资金资助项目“司法证明过程的机理与规制”(201406)。

引言

近年来,在一系列具有较大社会影响的刑事案件中屡屡出现近亲属代为委托的律师因为办案机关已经或准备指派法律援助律师而无法及时介入案件的现象,比如杭州保姆莫某某纵火案(以下简称“莫某某案”)、江西劳某某涉嫌杀人案(以下简称“劳某某案”)等,从而产生了所谓委托律师与法律援助律师冲突的问题。这一现象本不该发生,因为我国1979年颁布的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)已经确定了委托辩

护优先的基本原则。1979年颁布的《刑事诉讼法》第27条第1款规定:“公诉人出庭公诉的案件,被告人没有委托辩护人的,人民法院可以为他指定辩护人”。其后,该原则通过历次《刑事诉讼法》修改和《法律援助条例》等相关规则确定得以不断加强。尽管如此,这一冲突却在近年来的多个有较大影响的案件中屡屡发生,引发了法律界和社会公众对相关问题的关注。^①这种被律师界称为“占坑式辩护”的现象也引发了学界对相关做法的批评。为了对这一问题加以回应,部分学者对“委托

辩护优先于法援辩护”这一基本准则进行了证成和强调。^②在立法层面,2022年施行的《中华人民共和国法律援助法》(以下简称《法律援助法》)和2021年施行的《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》(法释〔2021〕1号,以下简称《刑诉法司法解释》)也都针对此问题进行了详细规定,重新强调了委托辩护优先原则,强调在解决近亲属代为委托律师和法律援助律师之间冲突的过程中要尊重被告人的意见。

一个令人奇怪的现象如果仅仅是在某个案件中出现,可能是一种偶然现象,但如果这种现象在诸多案件中反复出现,其背后一定有某些必然因素。因此,需要追问的是,在《刑事诉讼法》和《法律援助法》等法律都明确规定了委托辩护优先原则的情况下,司法实践中为什么还会屡屡出现委托律师与法律援助律师发生冲突的情形?这些学理上的论证与立法和司法解释层面的强调能否有效回应和防止类似冲突问题的发生呢?要对这一系列问题进行回答,就需要深入探究法律援助律师与委托律师之间冲突现象的形成机理及冲突背后的根源。

一、法援辩护与委托辩护顺序问题的发生学分析

要真正理解法律援助律师与委托律师之间的冲突,就必须深入这些个案去观察这种冲突形成的过程,总结这些个案中存在的共性问题。为此,本文选取了近年来发生这一现象的四个典型案件进行考察。这四个案件分别是浙江杭州的“莫某某案”^③、江西南昌的“劳某某案”^④、湖南长沙的“周某某案”^⑤以及江苏连云港的“许某某案”^⑥。如表1所示,在这些个案中,法律援助律师与委托律师之间的冲突现象其实并不是法律援助律师与被告人直接委托的律师之间发生的冲突,确切地说,主要表现为近亲属代为委托的律师与办案机关指派的

法律援助律师之间的顺序问题。根据《刑事诉讼法》第34条规定,犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人在押的,也可以由其监护人、近亲属代为委托辩护人。但是,近亲属代为委托的律师需要通过会见让犯罪嫌疑人、被告人签署委托协议之后,才能正式成立委托关系。而近亲属代为委托的律师恰恰是在会见这个环节受到阻碍,而受到阻碍的理由正是办案机关已经为犯罪嫌疑人或被告人指派了法律援助律师。由此,便出现了所谓法律援助律师与委托律师之间的冲突问题。

(一)法律援助律师与委托律师冲突现象的共同要素

对这四个案件进行归纳总结,可以发现以下五个共性特征。

第一,这四个案件都属于在地区,甚至全国范围内具有一定影响的案件。这类案件也被称为“公案”,在刑事诉讼法里面也有类似概念,比如说重大疑难的案件,这种案件的特征导致其在案件处理上常常会受到特殊对待。^⑧首先,由于此类案件受到比较广泛的关注,所以其在刑事诉讼过程中会受到特别的重视。比如,《刑诉法司法解释》第213条规定了哪些案件需要人民陪审员参与审判,其中一种情况就是具有重大社会影响的案件。而且《刑诉法司法解释》第216条也规定了具有重大社会影响的案件可以提交审委会来决定。其次,影响性案件对于全国的刑辩律师往往具有很大的吸引力,很多律师会关注这种影响性案件,并希望通过这种影响性案件去获得自己的社会声誉和职业声誉。这四个案件都是影响性案件,所以它们会受到社会舆论的高度关注,相应地,也会受到办案机关的高度重视,同时也会获得律师界关注。最后,需要注意的是,一个案件是否成为影

表1 四个有较大影响案件中法律援助律师与委托律师顺序之争情况^⑦

案件	法律援助律师介入情况	委托律师情况	处理结果
“莫某某案”	2017年12月27日,莫某某向杭州市中级人民法院书面提出不再另行委托辩护人。12月29日,杭州市法律援助中心为其指派两位法律援助律师。	2018年1月5日下午,杭州市中级人民法院收到莫某某近亲属代为委托的辩护律师的相关材料。1月9日,莫某某表示,其本人愿意继续接受法援辩护。	一审由法律援助律师进行辩护,二审由近亲属代为委托的律师进行辩护。2018年5月15日,全某某律师和吴某某律师接受了莫某某近亲属的委托,担任莫某某案二审辩护人。
“劳某某案”	2019年12月12日,南昌市公安局发出通告:12月11日,劳某某分别以书面和口头形式向公安机关提出,拒绝家人为其聘请律师,同时向政府申请法律援助。12月12日,南昌市法律援助中心指派法律援助律师为劳某某提供法律援助。	2019年12月8日,劳某某近亲属代为委托吴某某作为劳某某的辩护人。12月11日,近亲属代为委托的辩护人会见劳某某受阻。	在一审中,劳某某接受了法援辩护。在二审中,劳某某亲笔签字解除了法律援助(2021年11月8日),并于2021年10月10日委托了吴某某以及赵某某律师为辩护人。
“周某某案”	2021年2月25日,长沙市刑警支队队长和大队长亲自提审周某某,劝周某某认罪认罚,并承诺为其指派两名优秀的法律援助律师。随后,周某某电话告知妻子拒绝她代为委托的辩护律师,并接受了法援辩护。	2021年2月24日,周某某的妻子代为委托辩护律师。2月25日,律师会见周某某受阻。当日16时,看守所副所长电话通知律师,周某某拒绝律师会见,要请法律援助律师。	一审由法律援助律师进行辩护,但二审更换为自行委托的辩护律师。
“许某案”	一审由近亲属代为委托的律师提供辩护。2021年3月13日,连云港市中级人民法院为许某指派了两名法律援助律师。	2021年3月15日,许某的近亲属代为委托两名律师为辩护人,会见受阻。	2021年3月28日,两位委托律师解除委托关系。二审由法律援助律师为许某辩护。

响性案件是需要有一定条件的,有些案件一开始并非影响性案件,但随着媒体的介入可能会成为影响性案件。

第二,四个案件中的被追诉者都处于羁押状态。由于被追诉者处于羁押状态,导致其本人没有办法自行委托律师,只能让其近亲属代为委托律师或者申请法律援助律师。由于这种羁押状态,其委托律师或者申请法律援助律师的意愿都无法直接表达,只能通过看守所工作人员或者其他办案人员来代为传达。如前所述,四个案件中

所谓的冲突最开始都是出现在近亲属代为委托的律师在申请会见的时候。因为代为委托律师需要通过申请会见去获得本人的授权,但是在第一次会见的时候就受到了阻碍,理由都是犯罪嫌疑人或被告人已经被指派或者准备被指派法律援助律师。因此,一定程度上可以说,四个案件中的被追诉者都处于与外界隔离的状态,这是导致委托律师和法律援助律师之间发生冲突的一个重要原因。

第三,这四个案件的主要冲突都发生在指派

的法律援助律师和近亲属代为委托的律师之间,近亲属代为委托律师往往在指派法援律师之前,或者说至少在部分案件中近亲属代为委托律师是先于指派法律援助律师的。

第四,在这四个案件中,近亲属代为委托的律师主要是外地的律师。比如“莫某某案”,莫某某一开始请的党律师是广州的,后来请的两位律师,一位是北京的,一位是上海的。劳某某的近亲属代为委托的两位律师都是北京的。“许某案”委托的两位律师是上海的律师,其中一位律师还是著名的陕西“张某扣案”的辩护律师。“周某某案”在一审时,其近亲属委托的是湖南当地的一家律师事务所的律师,但是二审委托的是北京一个知名律师团队的律师。所以除了“周某某案”之外,基本上近亲属委托的都是外地的律师,而且这些外地的律师都在业界具有一定影响力。而法律援助律师主要是本地的律师,都是由办案机关通知并由当地法律援助机构委派的律师。

第五,在近亲属代为委托的律师与法律援助律师发生冲突之后,后续的处理也存在诸多共性之处。“莫某某案”一审由法律援助律师来辩护,但是二审改为由近亲属委托的律师来进行辩护。“劳某某案”也一样,一审由法律援助的律师来进行辩护,二审改为由近亲属委托的律师来进行辩护。在“周某某案”中,一审也是由法律援助律师进行辩护,二审才改为由近亲属委托的律师进行辩护。江苏“许某案”的冲突主要发生在二审,所以二审最后是委托律师主动退出,由法律援助律师来进行辩护。但在该案一审中,许某是由其近亲属委托的律师提供辩护的。

前述五个特征总体上勾勒出此类现象发生学的基本要点,包括案件类型、冲突的节点、冲突的主体、冲突的时间顺序以及事后的处理方式。一定程度上来说,恰恰是这些共性构成了这些案件

中法律援助律师与近亲属委托律师之间冲突发生的关键要素。要缓解并杜绝此类冲突现象的发生需要深刻理解这些关键性要素以及这些冲突形成的缘由。

(二)法援辩护与委托辩护冲突现象的危害

首先,这种冲突可能侵害犯罪嫌疑人、被告人委托律师的自主权,进而影响其实现有效辩护。就案件处理来说,能否得到有效的、自主的辩护是刑事案件能否获得公正处理的一个重要因素,这种有效的、自主的辩护是以被告方对辩护人的自主选择为前提的。保障被告方对辩护人的自主选择权有利于被告方与其辩护人之间形成一种相互信任的关系。被告方的有效辩护要得以实现,需要被告方与其辩护人之间充分沟通、充分信任。法援辩护与委托辩护冲突的发生使被告方近亲属委托的律师无法及时介入案件,甚至连与被告方会见的机会都没有,这将在一定程度上影响被告方实现委托律师的自主权。

其次,这种冲突可能引发被告方近亲属乃至整个社会对诉讼程序公正性的质疑,进而影响我国司法机关公正办理案件的公信力。从刑事诉讼的公正性角度来说,允许被告人选择辩护律师是非常重要的。对于被告人及其家属来说,如果近亲属委托的律师无法及时介入案件,容易引发其对案件办理过程公正性的质疑,从而可能引发其对案件实体结果的不满。更为重要的是,由于此类案件均属于具有较大社会影响的案件,案件中此类冲突的发生会令社会公众对法律援助律师优先于被告方近亲属委托的律师提前介入案件这一反常现象产生怀疑,进而对被告方能否自主选择辩护人及案件整体是否得到公正处理产生重大质疑。此类现象如果频频发生,将导致社会公众对司法机关的整体公信力产生怀疑。

最后,这种冲突的持续发生将侵蚀我国法律

援助制度的公益性基础,进而可能引发整个社会对我国法律援助制度公益性的重大质疑。法律援助制度是一项“保基本”“兜底帮扶”的保障性的制度,法律援助服务以申请人没有委托辩护人或代理人且符合经济困难为必要条件。^⑨目前国家鼓励和支持企事业单位、社会组织和个人等社会力量依法通过捐赠等方式为法律援助事业提供支持(《法律援助法》第9条),一旦法律援助制度这种公益性与保障性受到质疑,可能也会影响社会力量对法律援助事业的资助。法律援助律师由国家经费补贴,且法律援助实际上是一种补助性的、兜底性的权利,当事人确实需要的时候才可以提供法律援助,如果当事人有能力委托律师,也就没有必要再为其提供法律援助了。

二、制度回应及其局限

正因为此类现象潜藏着如此巨大的破坏性影响,故需要从制度和学理等多个层面对此现象进行治理和防范。法律援助所能提供的指定辩护与当事人通过委托获得的辩护尽管在提供辩护的资金来源、制度定位方面有所不同,但由于其目标都是为被追诉者提供法律服务,因此,在实践中也存在一定的相似之处。在协调法援辩护与委托辩护之间关系方面,我国早在改革开放之初便确立了委托辩护优先原则,将其作为处理法援辩护与委托辩护之间关系的一个基本准则。^⑩在过去很长一段时间,该原则并没有受到特别的关注,也未曾出现争议。由于当前指定辩护与近亲属委托辩护冲突的现象屡屡发生,理论界和实务界对委托辩护优先原则的理解已经开始出现分歧。

(一)委托辩护优先原则的传统体系

委托辩护优先原则在我国的确立大体可以分为两个阶段。第一个阶段是法援辩护与委托辩护冲突现象频发之前。在这一阶段,我国在制度层面主要通过两条路径确立了委托辩护优先原则。

第一条路径是《刑事诉讼法》及相关司法解释层面。1979年颁布的《刑事诉讼法》第27条规定:“公诉人出庭公诉的案件,被告人没有委托辩护人的,人民法院可以为他指定辩护人。”从这个条款可以看出,指定辩护人适用的前提是被告人没有委托辩护人。1996年《刑事诉讼法》修改把该条款基本继承下来,并增加了一个指定辩护人的前提条件。1996年修改后的《刑事诉讼法》第34条规定:“公诉人出庭公诉的案件,被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。”除此之外,还规定了两种强制指定辩护的情况:第一种是被告人是盲、聋、哑人或者未成年人而没有委托辩护人的;第二种是被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的。所以,委托辩护优先的基本原则实际上在1979年颁布的《刑事诉讼法》中就已经确立下来,并通过1996年、2012年、2018年对《刑事诉讼法》的修改延续下来。第二条路径则是《法律援助条例》及其相关规定中对委托辩护优先原则的强调。2003年施行的《法律援助条例》第10条和第12条规定了可以申请法律援助的情况,其中三个条款都明确把没有委托辩护人或者没有聘请律师作为申请的条件。同时,根据《法律援助条例》第23条规定,办理法律援助案件的人员如果遇到其受援人又自行委托律师或者其他代理人的,法律援助机构审核之后应当终止该项法律援助。因此,可以说我国自改革开放以来便从《刑事诉讼法》和《法律援助条例》等层面对委托辩护优先这一基本原则进行了明确规定。

(二)新时期的分歧:委托辩护优先抑或当事人选择

最近几年,法援辩护与委托辩护冲突现象发生之后,相关法律和司法解释在传统规定的基础上对委托辩护优先原则作了进一步细化规定。

2020年底修改的《刑诉法司法解释》针对实践中的委托辩护和法援辩护的冲突问题又进一步作了规定。《刑诉法司法解释》第51条规定:“对法律援助机构指派律师为被告人提供辩护,被告人的监护人、近亲属又代为委托辩护人的,应当听取被告人的意见,由其确定辩护人人选。”该条款针对近亲属代为委托的律师和指派的法律援助律师之间的冲突问题,确立了应当听取被告人意见,由他来确定辩护人的原则。这就意味着,当委托辩护和法援辩护并存时,被告人是可以在两者之间进行自由选择的。但这样一种解释方式遭到一些学者的质疑。这种质疑又分为两种不同的立场:第一种观点认为,在此种情况下赋予被告人在近亲属代为委托律师和法律援助律师之间选择的权利是可以接受的,只是相关规定还不够周延。^①第二种观点则认为,根据《刑事诉讼法》第34条第3款,犯罪嫌疑人、被告人的监护人、近亲属应该有相对独立的委托权,只要监护人、近亲属代为委托辩护人的,委托关系也已确定,法律援助就应该退场,被告人根本无权选择“是法律援助还是委托辩护”,而只能选择委托“哪个辩护律师”。^②这样一种争议的存在本身彰显了这一条款在正当性和确定性方面依然有进一步讨论的空间。

2021年颁布的《法律援助法》对此作了进一步的回应。《法律援助法》一方面在第48条中延续了2003年《法律援助条例》第23条第3项中的相关规定,将“受援人自行委托律师或者其他代理人”作为法律援助机构应当作出终止法律援助决定的情形之一;另一方面,针对法援辩护与委托辩护冲突问题,《法律援助法》第27条规定:“人民法院、人民检察院、公安机关通知法律援助机构指派律师担任辩护人时,不得限制或者损害犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人的权利。”通过这一条款,立法者期望能够从制度上杜绝“占坑式辩护现象”的发

生。^③但这一条款事实上也并不是固守传统委托辩护优先原则,而仅仅是强调指派律师不得限制或损害犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人的权利。如果结合前述《刑诉法司法解释》赋予犯罪嫌疑人、被告人可以选择的相关权利的规定,即便犯罪嫌疑人、被告人选择指定的法律援助律师,他们委托辩护人的权利也没有因此而受到“限制或损害”,也就没有违反相应的条款。因此,《法律援助法》第27条规定其实也没有回到传统意义上的委托辩护天然优先的原则,仅仅是强调被告人委托律师的权利应该得到保障,不应该因为指定辩护而受到侵害。

(三)现有制度回应的局限性

第一,现有制度回应并没有使委托辩护优先原则得到更为明确的落实,反而存在相互消解的危险。通过前述梳理的脉络可以看出,1979年以来,通过《刑事诉讼法》和法律援助的相关规定,已经较为清晰地确立了委托辩护优先的基本原则。其核心内涵就是委托辩护优先于法律援助的指定辩护,在存在委托辩护的情况下,法律援助的指定辩护就应该“退场”。但在新的发展时期,无论在司法实践还是在司法解释当中,这一清晰的原则似乎又在一定程度上被模糊化了。2021年《刑诉法司法解释》第51条强调的是以委托人意愿为中心,这一点与传统确立的委托辩护优先原则之间存在潜在的冲突。

当近亲属委托律师与法律援助律师并存的时候应当听取被追诉者的意见,这一点从理论上说似乎没有问题。犯罪嫌疑人和被告人都处于羁押状态,这个时候就出现了如何听取被追诉者意见的问题。由谁来听取被追诉者的意见?听取完意见之后,意见又怎么传达出来?因为此时的被追诉者处于被羁押的状态,实际上是办案机关单方面传达出来的信息,这种信息的传递者,即办案机关

本身又恰恰有权指派法律援助律师。被追诉者的家属实际上没有办法通过一个有效的渠道去知悉被追诉者本人的意愿,家属只能通过办案机关的传达来获取信息,但这并未有效消解代为委托的律师和法援律师的冲突问题。尽管2021年《刑法司法解释》在这一方面作出了有重大进步意义的明确规定,但该规定并不能有效化解近亲属代为委托的律师与法律援助律师并存的矛盾。

第二,《法律援助法》第27条规定存在模糊之处,对相关问题的解决缺乏有效救济途径。如前所述,《法律援助法》第27条针对近亲属代为委托的律师与法律援助律师的冲突问题作出了回应,“人民法院、人民检察院、公安机关通知法律援助机构指派律师担任辩护人时,不得限制或者损害犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人的权利”。该条款主要从禁止性的角度进行规定,从反面角度对限制或损害犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人的情形加以禁止,希望来化解委托辩护与法援辩护的冲突问题。这无疑是一个重要的、具有针对性的条款。但从司法实践角度来看,该条款在落实过程中可能还存在以下几个问题:(1)该条款是以一种间接的、反面的方式对犯罪嫌疑人、被告人自主委托辩护人的权利加以保障。如前所述,这一条款从内容来看其实与《刑法司法解释》第51条没有本质区别,都是将犯罪嫌疑人、被告人自主选择权作为核心判断标准,这样就又遇到了之前的问题:犯罪嫌疑人、被告人自主选择的意愿如何获得确认的问题,特别是在犯罪嫌疑人、被告人被羁押的情况下。(2)该条款作为一项禁止性规定来说,缺乏相应的救济条款作为配套。按照程序法的原理,没有救济就没有权利。虽然规定了禁止性条款,而且将适用该条款的对象界定在人民法院、人民检察院、公安机关等三个主体上,但是,如果办案机关违反了禁止性条款并没有明确的制裁性后

果,这就使该条款的禁止性规定容易被虚置或者被规避。因此,冲突之所以存在不是因为委托辩护优先原则本身,而是实践当中对委托辩护优先原则的保障措施不足,单纯从立法和司法解释层面强调保障犯罪嫌疑人、被告人的选择权不能有效解决法律援助辩护与近亲属代为委托辩护之间的冲突问题。

第三,《法律援助法》第48条有关法律援助终止的规定也未能有效解决相关问题。根据2003年《法律援助条例》第23条第3项规定,受援人又自行委托律师或者其他代理人的,则法律援助机构应当终止该项法律援助。在该条款的基础上,根据《法律援助法》第48条规定,受援人自行委托律师或者其他代理人,法律援助机构应当作出终止法律援助的决定。在《法律援助法》起草的过程中,针对司法实践中出现的近亲属代为委托律师与指派法律援助律师之间冲突的问题,有专家提出应该将第48条第6项修改为“受援人及其近亲属已经自行委托律师或者其他代理人”,也有学者提出将“监护人、近亲属代为委托”作为终止法律援助的情形之一,希望通过这一明确规定从根本上解决实践当中出现的冲突问题。^④但这一建议并没有得到立法机关的接受,现在的《法律援助法》第48条依然仅仅将“受援人自行委托律师或其他代理人”作为终止法律援助的条件,没有扩展到“受援人监护人,近亲属代为委托”这一情形。

三、治标之策:信息隔离的消解与制裁措施的完善

委托辩护优先这一原则在具体落实的过程中为《刑法司法解释》规定的“由当事人意愿来选择”所取代,而《法律援助法》的终止法律援助条款也仅仅将“受援人自行委托律师或其他代理人”作为终止法律援助的条件,问题的症结还是如何确认犯罪嫌疑人、被告人的意愿问题。希望在立法

上通过将“代为委托”明确为终止法律援助的条件这一路径并没有获得立法机关的认可,而希望将代为委托的律师视为当事人委托这一法律解释目前也还停留在学理解释层面。在立法和法律解释都还有待进一步确认的情况下,化解委托律师与法律援助律师之间的冲突也许需要转换思路。前述四个案件发生冲突的节点都是在委托律师要去看守所会见犯罪嫌疑人、被告人以获得委托意愿确认这个环节。因此,目前一个较为直接的改进路径就是突破委托律师与犯罪嫌疑人、被告人之间的信息屏障,以便确保犯罪嫌疑人、被告人的意愿得以明确表达。

(一)办案机关的告知义务

犯罪嫌疑人、被告人的意愿是如何做出的?首先需要注意犯罪嫌疑人、被告人做出意愿的过程是否明智,犯罪嫌疑人、被告人明智表达意愿的前提应该是获得了充分的信息。犯罪嫌疑人、被告人只有在获得充分信息的情况下才能做出比较明智的决定。当犯罪嫌疑人、被告人处于羁押状态时,其了解的大部分案件信息来自办案机关。根据《刑事诉讼法》第34条规定,侦查人员在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,要告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民检察院、人民法院自相应时间节点之日起三日以内要告知犯罪嫌疑人、被告人有权委托辩护人。该条还规定了转达的义务,犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人的,办案机关应当及时转达其请求。从第34条来看,《刑事诉讼法》规定了告知和转达义务,但在具体落实的时候告知义务似乎没有被切实履行,所以导致这四个案件中都出现了近亲属代为委托律师和法律援助律师之间冲突的问题。

办案机关应当告知犯罪嫌疑人、被告人什么内容?如果仅仅告诉犯罪嫌疑人、被告人有权请律

师可能是不够的。司法实践中,绝大部分被追诉者的法律知识是非常匮乏的,其根本就搞不清楚法律援助律师和家里请的律师之间有什么区别。所以仅仅告知犯罪嫌疑人、被告人有权请律师是不够的,还要告知犯罪嫌疑人、被告人其他的内容,其中包括近亲属是否会为其聘请律师和是否已经聘请了律师。如果犯罪嫌疑人、被告人不了解相应的信息,则只能在一种信息匮乏的状态下作出不明智的意愿表示。

《刑事诉讼法》只规定办案机关告诉犯罪嫌疑人、被告人有权请律师,办案机关也可以将犯罪嫌疑人、被告人的意愿传达给其近亲属,但其近亲属的意愿如何,是否愿意代为委托等事宜是否还需要反馈给犯罪嫌疑人、被告人则不甚清楚。也就是说,《刑事诉讼法》当前规定的这种告知仅仅是一种单向告知,而非双向告知义务,近亲属的意愿没有办法经由办案机关或者说没有规定可经由办案机关传达给被追诉者,所以导致被追诉者本身是在一种信息匮乏的状态下决策的。因此,需要从立法和司法解释角度强调双向告知的义务,避免被追诉者盲目决策。目前,一些地方已经在这方面做出一些尝试。比如,2015年,广东省人民检察院发布了《广东省人民检察院关于依法保障辩护律师执业权利的若干意见(试行)》,该规定第2条特别强调,对于在押或者被指定居所监视居住的犯罪嫌疑人提出委托辩护人,或者要求通知监护人、近亲属代为委托辩护人的,人民检察院应当在三个工作日内转达其要求。如果犯罪嫌疑人的监护人和近亲属代为委托辩护律师的,人民检察院应当及时告知犯罪嫌疑人,由其确认委托关系。

为了确保犯罪嫌疑人特别是被羁押的犯罪嫌疑人能够获得充分的信息,域外相关国家的做法可以为我国提供一些参考。在英国,当犯罪嫌疑人被羁押的时候,他必须获得载明下列权利的书

面告知,书面告知包括:第一,让有关人员知道他
被逮捕的信息;第二,他可以私下会见事务律师,
而且不需要支付费用。^⑤法国也有类似的规定,一
开始就必须告知处于羁押程序中的犯罪嫌疑人其
享有以下权利:一是通过电话告知亲属他被逮捕
的事实;二是联系代理律师或者值班律师,在被
询问之前向他提供三十分钟的咨询。^⑥当犯罪
嫌疑人处于羁押状态时,其是孤立无援的,如果
这个时候他只有来自办案机关的信息的话,那么
他的信息渠道是单一的,在这种情况下,他作出
的决策和意愿本质上是非常盲目的。为了让
他在获得了相对充分的信息前提下作出比较
明智的决策,就要给他提供相对多元化的信息
渠道,他才能明智选择要不要请律师、请什
么样的律师。

(二)犯罪嫌疑人、被告人意愿转达机制

犯罪嫌疑人、被告人意愿是如何被传达给
其近亲属的?在这四个案件中,犯罪嫌疑人、
被告人的意愿传达渠道非常单一,都是只能
通过办案机关来传达,即使由被追诉者通过
电话来传达也常常受到质疑。犯罪嫌疑人、
被告人通过电话渠道来进行传达,这种传达
本身的自愿性也可能受到质疑,因为犯罪
嫌疑人、被告人处于被羁押的状态,如果代
为委托的律师没有办法会见,近亲属跟犯罪
嫌疑人、被告人也没有办法会见,此时所有
的渠道都由办案机关和看守所“垄断”,所
有的意见只能通过办案机关和看守所来传
达,但是办案机关传达的意见又没有办法取
信于犯罪嫌疑人、被告人的家人和社会公
众,这个时候就容易陷入社会公众信任的
“塔西佗陷阱”之中。^⑦

在此类案件中,办案机关无论传达什么
样的信息都很难表明此信息真正体现了犯
罪嫌疑人、被告人的意愿,即使办案机关
传达的确实是犯罪嫌疑人、被告人的意愿
也很难取信于其家人以及社会公众。出现
这种现象还是因为信息沟通不

畅,犯罪嫌疑人、被告人和其家人之间出现
了信息的屏障,双方没有办法对话、没有办
法沟通。此时,一方面,近亲属代为委托的
律师需要见到犯罪嫌疑人、被告人才能获
得委托;另一方面,办案机关又以犯罪嫌疑
人、被告人已经或者准备接受法律援助律
师为由拒绝近亲属代为委托的律师去会
见,而代为委托的律师没有办法会见就无
法了解犯罪嫌疑人、被告人的意愿。近亲
属没有办法确定办案机关传达的意愿是犯
罪嫌疑人、被告人真实的意愿,犯罪嫌疑
人、被告人的近亲属继而呈现出对办案机
关的不信任。

未来有两种方式去解决这一问题。第一
种方式就是允许近亲属代为委托的律师去
会见被追诉者,通过会见去确认被追诉者
的意愿,只有这样才能让近亲属获得确信,
同时也能更好保障被追诉者对辩护律师的
自主选择权。第二种方式可以考虑让近亲
属就委托事宜与犯罪嫌疑人、被告人进行
沟通和磋商。通过确保被追诉者与其近亲
属就律师委托问题进行沟通可以有效保障
被追诉者的辩护权,也可以有效消除来自
其近亲属和社会的质疑。

(三)被追诉者自主选择权保障的程序性制裁机制

权利的行使需要通过相应的制裁性后
果来加以保障,否则权利很容易沦为一纸
空文。程序性权利更是需要通过程序性
制裁措施对相关程序违法行为宣告无效
的方式来保障。^⑧《刑事诉讼法》第238
条规定了程序性制裁措施,在五种情况
下应当裁定撤销原判发回重审,其中第
三种情况是剥夺或限制了当事人的法定
诉讼权利,可能影响公正审判的。如果
犯罪嫌疑人、被告人的辩护权受到侵害,
实践中也能够援引《刑事诉讼法》第238
条来获得救济。但被追诉者选择辩护律
师的意愿受到一定的侵害或者受到一定
的限制,从目前的

司法实践来看,还没有被视为属于被“剥夺或限制了当事人的法定诉讼权利”,因此也就不会有相应的制裁性后果,这在一定程度上也可能导致一些办案机关通过一些手段来变相限制被追诉者的辩护律师选择权。

英国的犯罪嫌疑人在被羁押的时候有权获得一个书面通知,这个书面通知主要是对他享有的相应权利进行告知,比如,让有关的人员知道他被逮捕的信息,可以私下会见事务律师,也可以寻求法律帮助。如果相关的权利被剥夺的话,逮捕就是非法的,进而导致后续的羁押也是违法的,特别是没有告知当事人可以获得律师咨询或者没有口头警示,则可能导致逮捕之后询问所获得的证据在审判阶段被排除。^⑩这一制裁性举措可以有效确保被追诉者被告知与转达权利的实现。

在2006年的“美国诉冈萨雷斯·洛佩斯案”中,被告人洛佩斯被指控阴谋贩毒,被告人家属就聘请了一位律师给他作辩护。^⑪在后续的程序中,被告人提出要加利福尼亚州一名律师加入他的律师团队为他辩护,这名加利福尼亚州律师也多次向法庭提交了申请,但是提交的申请都被法庭无理地驳回。后来被告人只好聘请了当地的一名律师,当地这名律师请求让加利福尼亚州这名律师与他一起辩护,但是,这种请求也被拒绝了。陪审团裁定被告人有罪后,被告人洛佩斯就以《美国联邦宪法第六修正案》赋予他的聘请律师的权利受到侵害为由提出上诉。审理上诉的联邦第八巡回法庭认为,该修正案赋予被告人的辩护权不仅仅指有律师为其提供辩护,而且隐含着被告人可以聘请自己喜欢的律师来为其提供辩护的意思,遂裁定本案中的行为侵害到被告人选择律师的权利,进而侵害到《美国联邦宪法第六修正案》赋予他的辩护权,支持了洛佩斯的上诉请求,把这个案件发回重审。针对这种限制,法院将案件发回重

审,为被告人自主聘请律师权利提供了一种程序性制裁保障措施。

在我国,《刑事诉讼法》第238条中的二审的程序性制裁条款目前还没有被充分激活。当被追诉者自由聘请自己所信赖律师的权利受到侵害时,被追诉者很难援引《刑事诉讼法》第238条来获得发回重审程序的救济。如果办案机关侵害到犯罪嫌疑人、被告人根据自己意愿来选择律师的权利,但对后续案件走向毫无影响的话,那么这种根据自身意愿选择律师的权利便很容易被侵害。未来可以考虑通过以下途径来进一步强化辩方在遇到相关问题时的救济。一方面,针对庭前阶段,犯罪嫌疑人选择律师的自主性权利遭到侵害的情形,可以根据《人民检察院刑事诉讼规则》(高检发释字[2019]4号)第567条第14项规定,将其作为“阻碍当事人、辩护人、诉讼代理人、值班律师依法行使诉讼权利的”情况来进行法律监督;另一方面,针对一审法院侵害被告人选择律师的自主性权利的情形,可以通过指导性案例的方式将被告人选择辩护人的权利受到限制的情形作为“剥夺或限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判的”一种情形来加以考虑。

四、根源之探究:忠诚义务与公益义务的冲突与疏解

改变犯罪嫌疑人、被告人信息封闭状况仅仅是化解近亲属代为委托律师与法律援助律师之间冲突现象的治标之策,要真正化解这种冲突,还需要深入探究这种冲突发生的根源。这种现象发生的真正原因还是其背后的利益冲突。

(一)律师忠诚义务与公益义务的“双中心模式”

代为委托律师和法律援助律师的冲突,表面上是办案机关和律师之间的冲突,但从其根源看,则涉及一个深层次的法律职业伦理冲突的问题,

即律师对于当事人的忠诚义务和律师对国家和社会的公益义务之间的冲突问题。改革开放以后,随着律师行业的改革以及律师自主性的不断确立,律师行业确立了一种“双中心模式”:一方面,律师需要承担忠诚义务,从积极层面尽可能为当事人利益服务,实现委托人利益的最大化,从消极层面则不得有损害、妨碍委托人利益的行为;另一方面,律师还需要对社会公共利益承担公益义务,也就是尊重事实真相、维护法律实施和维护社会公平正义的义务。^④律师职业伦理的“双中心模式”一定程度上代表着社会对律师职业角色的不同期待,但这种不同的期待在实践中常常会引发不同程度的冲突。

1980年发布的《中华人民共和国律师暂行条例》第1条将律师界定为国家的法律工作者,“其任务是对国家机关、企业事业单位、社会团体、人民公社和公民提供法律帮助,以维护法律的正确实施,维护国家、集体的利益和公民的合法权益”,所以律师的服务对象首先是国家和集体,首要的目的是维护法律的正确实施,维护国家和集体的利益。1996年通过的《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)第2条规定:“本法所称律师,是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员”,这个时候律师的角色是为社会提供法律服务的“执业人员”。2007年《律师法》再次修改,在第2条明确提出“本法所称律师,是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员”。也就是明确将律师作为“为当事人提供法律服务的执业人员”,突出强调了律师为当事人利益服务的属性。与此同时,在同一条款中也特别强调“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”,明确将“维护当事人合法权益”放到了“维护法律正确实施,维护社会公平和正义”的前面。

因此,我国律师行业发展的过程就是律师角色由“国家法律工作者”逐步向“法律执业人员”转型的过程,也是为委托人服务的“忠诚义务”逐渐确立并被置于优先于“公益义务”的地位的过程。

中华全国律师协会于2000年印发的《律师办理刑事案件规范》第3条规定:“律师在承办刑事诉讼业务中,必须遵守国家法律、法规,必须坚持事实为根据,以法律为准绳的原则,恪守律师职业道德和执业纪律”;第5条规定:“律师担任辩护人或者为犯罪嫌疑人提供法律帮助,依法独立进行诉讼活动,不受委托人的意志限制”。这一时期更多还是强调刑事辩护律师的公益义务,要求其 and 司法人员一样应该以事实为根据,以法律为准绳,依法进行独立辩护,不受委托人意志的限制。2017年,《律师办理刑事案件规范》作了修改,将“必须坚持事实为根据,以法律为准绳的原则”从相关条款中删除,不再按照对司法人员的要求那样来要求律师,表明刑事辩护律师在刑事诉讼中应该承担有别于司法人员的责任。与此同时,第5条也改成了“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”。不再强调律师的独立辩护,而是强调律师辩护应该尊重当事人意见,不能违背当事人意愿,按照有利于当事人的原则来进行辩护工作,体现了对律师服务于委托人的“忠诚义务”的强调。

(二) 律师忠诚义务与公益义务的潜在冲突

我国刑事辩护事业的发展也是律师忠诚义务逐步确立的过程,律师为了其委托人的利益而采取各种手段进行辩护。但这种忠诚义务发展到一定的程度便成为“热忱辩护”,也就是“对委托人的利益给予全身心的投入,热忱地维护和保障委托人的权利并且发挥其最大可能的能力”,甚至“为

了保护他的委托人,可以采取任何手段和权宜之计,而不必顾及其他人的危险和付出的代价”。^②为了防止律师因为过于热忱辩护而忽略公共利益,各国都为律师的忠诚义务设定了一定的边界,这个边界就是律师的公益义务,也就是律师为维护社会公共利益所应该承担的义务。这种公益义务范围较为广泛,既包括律师在司法活动中应承担的诉讼义务,也包括律师在司法活动中应承担的社会公益义务。

我国2017年修改的《律师法》第3条规定:“律师执业必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律。律师执业必须以事实为根据,以法律为准绳。律师执业应当接受国家、社会和当事人的监督。律师依法执业受法律保护,任何组织和个人不得侵害律师的合法权益。”在第40条中规定了禁止律师从事的行为。与此相应的是,2016年修改的《律师执业管理办法》第36条至第40条对前述禁止性规定作了进一步细节规定。这些规定在一定程度上为律师的忠诚义务划定了行为界限。但在司法实践中,律师的忠诚义务与其公益义务之间往往会发生一些冲突。

案例1:安徽的“吕某三案”。吕某三是为当地的一家公司提供法律服务的一名律师,这家公司被控涉嫌套路贷的诈骗案,吕某三也被控为诈骗案的共犯。吕某三的近亲属就聘请了北京的一位律师,北京的律师介入后发现这个案件可能存在问题,特别是存在非法取证的问题。律师拷贝了同步录音录像后向法庭申请启动非法证据排除程序,在法庭拒绝之后,该律师就把同步录音录像发到网上来引起媒体的关注。后来人民法院向北京市朝阳区司法局投诉,朝阳区司法局以该律师违反《律师执业管理办法》第38条第4项“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”为由,给予其停业一年的行政处罚。^③

针对办案机关存在的瑕疵,相关法律规定了各种程序性辩护方案,比如非法证据排除申请。由于我国确立了非法证据排除过程的程序优先原则,非法证据排除问题解决应优先于实体审查。一旦辩方对非法证据排除提出申请并且穷尽所有的救济手段,这将给审判方和控方的工作带来相应的拖延。如果出现像吕某三案件中类似的情况,则人民法院可能会陷入被批评的尴尬境地。

案例2:杭州“莫某某案”。在该案中,一审的时候被告人一开始聘请的是一位广东的律师,这位广东的律师在开庭前就提出了各种申请,比如,提出了管辖权异议,提出本案应当在外地审理;提出了证人出庭的要求,申请当天救援的消防人员能够尽量出庭作证。该外地的委托律师还给最高人民法院写了信,申请由最高人民法院指定管辖,但是,这个案件最后还是如期开庭。开庭不到半个小时,这位律师就对杭州市中级人民法院的管辖权提出异议,并要求终止庭审,遭到拒绝后该律师当即离庭表示抗议,致使整个庭审中断。庭审中断引发了全国媒体的关注,这名律师的行为也引起了很大的争议,事后该律师也受到了停止执业半年的惩戒。^④

办案机关在此类案件中积极为被追诉者提供法律援助律师,其核心利益诉求之一就是希望律师能够更多承担公益义务,在现有法律和职业规范划定的框架内从事辩护行为,从而顺利将此类影响性案件办理完结。影响性案件能否得到顺利办理将会影响:(1)办案效率。案件的久拖不决将会严重影响法官的办案效率,导致其无法顺利完成案件审理的任务。特别是近年来,随着司法改革的推进,员额法官的数量总体上降低,而实际办理案件的数量则是不断增加,单个法官办理案件

的数量相应增加,法官对快速结案的需求越来越强烈。(2)办案能力评价。法官能否有效驾驭庭审,使庭审平顺进行是对法官能力的一个重要评价,为此,法官一般希望法庭审理能够顺利进行,任何节外生枝和激烈冲突都可能会影响庭审的顺利进行。(3)社会公众对办案机关的评价。由于此类影响性案件受到社会舆论的广泛关注,庭审中办案机关的举动会受到社会各界的广泛关注,从而反过来可能导致办案机关对此类案件办案过程施加压力,这种压力也会变相传导给具体办案人员。

笔者认为,与近亲属委托的外地律师相比,本地的法律援助律师可能更符合办案机关的期待,更有可能在法律和职业规范划定的界限内进行辩护。首先,这些案件中的法律援助律师基本上都是本地的律师。之所以要强调本地的律师,是因为本地的律师和本地的办案机关之间是一种“长期博弈”关系,本地的法律援助律师通常都比较配合办案机关,一般不会以一种抗争性的姿态去介入案件的办理过程。其次,从办案激励机制来看,本地法律援助律师是被指定来进行代理,没有足够的经济动力和其他动力对案件进行积极的辩护,而外地委托律师则更有动力通过积极辩护去追求这些影响性案件的结果。在前述四个案件中,代为委托的律师几乎都是外地律师,他们都在全国具有一定的影响力,更擅长或者倾向于用庭外造势的方式来推动案件的进展。^⑤比如,江苏“许某案”二审的时候近亲属聘请的外地律师曾办过“张某扣案”,劳某某家属和莫某某聘请的律师都是办理过多起影响性案件的北京律师。与本地的法律援助律师相比,这些近亲属代为委托的外地律师更有可能以一种抗争性的、激烈的辩护方式介入案件当中,而这种辩护方式恰恰可能是办案机关不愿意看到的。这些影响性案件广受社会

关注,办案机关担心由于外地委托律师的介入导致审判出现变数,所以办案机关可能更愿意通过指派法律援助律师的方式避免让外地的委托律师介入进来。因此,目前法律援助的辩护与委托辩护之间的冲突背后其实是两种期待之间的冲突:一种是办案机关对律师的期待,期待他们能更多地将公益义务放在前面,在法律和职业规范设定的框架内进行辩护,甚至是配合办案机关的工作;另一种期待则是被告人及其家属对律师忠诚义务的期待,期待他们能够采用各种方式来积极辩护。

(三)忠诚义务与公益义务冲突的治理路径

为了避免律师采用过激的手段进行辩护,目前各国主要采取“堵”和“疏”两种治理路径。

第一种路径是“堵”,主要是通过律师的职业行为规范来规定律师不能有过激的辩护行为。律师的执业行为规范里面会特别强调律师对于法庭审判承担的尊重义务,《美国律师协会职业行为示范规则(2004)》第3.5条就特别强调律师对于法庭要承担的职责。第3.5条一共有4款,其中第4款就规定律师不得从事扰乱裁判庭的行为。相应的注释讲到,如果在审判的时候法官出现过错了,律师可以坚决抵制法官滥用权力的行为,但是不能相互报复,法官的过错不能成为诉辩者进行渎职行为的理由。^⑥但律师可以提出理由,然后把这些理由通过庭审的记录保存下来,再通过上诉获得救济。加拿大律师联合会的职业行为守则也强调律师必须鼓励公众去尊重司法。在尊重司法这一方面,律师的责任要高于一个公民的责任,因为律师本身是懂法的人。如果律师说司法是腐败的、审判是不公正的,那么其给公众带来的影响是巨大的,所以特别强调律师在指责司法或者说破坏公众对司法的信心时要特别慎重。英格兰、苏格兰等地的律师职业行为指引或者规范里面,也特别强调律师要尊重法庭。域外的法治发达国家除

了通过律师执业行为规范对律师本身的执业行为进行规制之外,一些国家还规定了藐视法庭罪。^②如果律师在法庭上指责法官、罢庭或者不按时出庭等都有可能被界定为藐视法庭的行为,会受到惩戒,甚至被定罪。

我国目前针对忠诚义务与公益义务冲突的问题主要采用了“严格规制”的办法,主要通过两个方面来对律师的职业行为进行惩戒和规范。第一个方面,通过《刑法司法解释》专门规定了法庭纪律,该解释第308条规定:“担任辩护人、诉讼代理人的律师严重扰乱法庭秩序,被强行带出法庭或者被处以罚款、拘留的,人民法院应当通报司法行政机关,并可以建议依法给予相应处罚。”第二个方面,通过行政规章和职业行为规范对相关行为加以禁止并进行行政处罚。相关规定主要体现在《律师执业管理办法》第36条至第40条。

我国在“严格规制”的路径设置方面存在两个不足:首先,这种单纯惩戒的方式并不能取得良好的社会效果。在一些案件中,律师一方面被惩戒,但另一方面受到了当事人的欢迎。此时,司法行政机关对律师的惩戒与当事人的评价形成了一种鲜明的对比,也会让律师惩戒的震慑效果大打折扣。之所以出现这样的反差,与我国当前司法环境本身存在的问题以及为辩方提供的救济不足都有关系。其次,对律师的惩戒措施具有滞后性,人民法院对律师并没有特别有效的惩戒措施。目前《刑法司法解释》主要规定了责令退庭、罚款、拘留等惩戒性措施,但实施效果不佳,缺乏足够的刚性,也容易引发新一轮的舆情。对于律师的一些过度热忱辩护行为只能采取通报司法机关、建议相应惩罚的措施,但这种惩罚往往具有滞后性。从实施的效果来看,这种惩戒可能会对一些律师起到震慑作用,但并不能从根本上解决律师过度热忱辩护的问题,或者即使规定了一些惩戒措

施,很多律师还是会通过比较极端的方式来进行辩护。

第二种路径则是“疏”,这种“疏”主要体现为就一些不当办案行为给当事人提供一些救济措施。首先,要给被告人和律师的权利行使提供充分的保障,被告人的辩护权受到侵害可以成为上诉的理由,从而通过上诉程序来获得救济。整体上来说,域外国家解决这个问题时的总体思路是,如果法官滥用了权力或者说侵害了被告人的辩护权,就可以通过救济的司法渠道来解决。如果给被告人和律师提供一种救济的渠道,冲突就可以在司法的渠道里面解决。如果没有提供救济的渠道,律师可能只能诉诸网络、媒体,就容易导致冲突产生。

我国当下对律师过度热忱辩护的行为更多是采取严格规制的方式处理,而对律师和被告人辩护权利缺乏足够的保障,尚不能从根本上化解这种内在的冲突。在一些案件办理过程中,律师们采取一些比较极端的方式的根本原因恰恰可能是律师的正当法律诉求没有得到恰当的回应。未来只有进一步增加和激活刑事诉讼程序内部的救济渠道,才能使律师尽量避免诉诸媒体或者采取过于激烈的措施。除此之外,对司法人员也应有相应的规范,通过职业行为规范等对法官、检察官的职业行为进行规制。以美国为例,一些州会针对法官的司法行为颁布相应的行为准则,美国最近也通过正式的行为准则对法官的职业内外行为提出要求。^③尽管域外法治发达国家的法官都有藐视法庭罪的“武器”,但是法官在判定藐视法庭罪的时候也会比较慎重,如果法官滥用了藐视法庭罪或者说滥用藐视法庭罪打压律师的话,法官也会受到惩戒。1991年12月,密歇根州初审法官迈克尔·霍克审理一起未成年人监护权案件时,对律师伊莱恩·夏普粗鲁无礼,言语尖酸刻薄,二人当

庭发生口角,霍克法官判夏普构成藐视法庭罪,夏普则投诉霍克法官行为不当。密歇根州最高法院于1995年判定,霍克法官无礼在先,用挑衅言语刺激律师,又以藐视法庭罪压人,行为显属不当,有碍司法公正,对其处以无薪停职3天的惩罚。^②所以,尽管对于律师有严格的规则规范和藐视法庭罪的约束,但同时对于法官的言行特别是其滥用权力的不当言行也要进行相应的规制。在我国许多影响性案件中,办案人员本身的职业行为合法性与正当性确实也还存在一些问题,需要进一步规范。所以改革的逻辑是律师应该遵守自己所有相应的规范并尊重法庭,但同时法官的行为也应该受到法官本身职业行为规范的规制。

结语

影响性案件当中的“占坑式辩护”行为应该受到批评,因为这种行为不但侵害了犯罪嫌疑人、被告人自主选择律师的权利,而且可能导致法律职业和法律援助事业乃至整个法治事业的正当性受到质疑。这种现象值得反思和批判,但目前学界的相关讨论仅仅从其违反委托辩护优先原则角度来进行,这既不能直接解决相关问题,也不能从根本上对相应的问题进行有效回应。指定辩护与委托辩护之间冲突的背后还是办案机关与被告人之间对律师职业角色不同期待的冲突,是律师忠诚义务与公益义务之间的冲突。为此,还需要进一步协调律师职业角色之间的冲突关系,对律师公益义务界限作进一步的明确,同时也对办案人员职业行为作进一步的规范。

除此之外,还应该给予影响性案件更大的程序空间。《刑事诉讼法》和相关的司法解释目前对那些存在证据争议的案件其实已经有了一些特别的规定,比如,在考虑要不要召开庭前会议,要不要让证人出庭,要不要启动证据的合法性审查程序,要不要进行单一质证,二审要不要开庭审理等

方面都作出了详细规定。既然《刑事诉讼法》和相关的司法解释已经有这样一个基本思路,那么今后不妨赋予影响性案件更大的程序空间。既然有重大社会影响,不妨给予程序权利足够的保障,这对于整个社会来说也是很好的法治课程。促进社会公众对法治的信仰应该是所有法律人的职责,只有在各尽其责的基础上,遵守各自的职业界限和职业伦理,法治才能真正得以实现。

注释:

①参见徐昕、黄艳好:《中国司法改革年度报告(2020)》,载《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第25页。媒体对此的报道比较多,参见崔先康、赵嘉瑞:《法律援助法即将实施 如何解决占坑式辩护》,载财新网, <https://china.caixin.com/2021-12-29/101823401.html>, 2022年5月1日访问。

②参见易延友:《论刑事被追诉人自行聘请律师的优先性——以罗尔斯的正义理论为分析框架》,载《政治与法律》2021年第11期,第108-109页;顾永忠:《论“委托辩护应当优先法律援助”原则》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第1期,第17-18页。

③参见浙江省高级人民法院(2018)浙刑终82号刑事裁定书。

④参见最高人民法院(2023)最高法刑核95814630号刑事裁定书。

⑤参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01刑终1436号刑事裁定书。

⑥参见江苏省灌南县人民法院(2020)苏0724刑初166号刑事判决书。

⑦本表资料主要根据新闻及相关辩护律师自媒体发布的信息整理而成。部分信息参见郭至立:《“委托辩护优先于法律援助”原则的个案异化与制度重构》,载《北京警察学院学报》2022年第2期,第6-8页。

⑧关于公案的相关分析,参见孙笑侠:《公案的民意、主题与信息对称》,载《中国法学》2010年第3期,第142-143页。

⑨参见吴宏耀:《法律援助法注释书》,中国政法大学出版社2022年版,第35页。

⑩关于委托辩护优先原则形成的梳理,参见顾永忠:《论“委托辩护应当优先法律援助辩护”原则》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第1期,第18-19页。

⑪参见顾永忠:《论“委托辩护应当优先法律援助辩护”原则》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第1期,第21页。

⑫参见吴宏耀:《法律援助法注释书》,中国政法大学出版社2022年版,第242-243页;陈永生:《论委托辩护优于法律援助辩护》,载《比较法研究》2022年第6期,第48页。

⑬参见吴宏耀:《法律援助法注释书》,中国政法大学出版社2022年版,第242-243页。

⑭参见吴宏耀:《法律援助法注释书》,中国政法大学出版社2022年版,第242-243页。

⑮参见[英]Ed Cape等主编:《欧洲四国有效刑事辩护研究——人权的视角》,丁鹏等编译,法律出版社2012年版,第45页。

⑯参见[英]Ed Cape等主编:《欧洲四国有效刑事辩护研究——人权的视角》,丁鹏等编译,法律出版社2012年版,第132页。

⑰参见胡象明、张丽颖:《公共信任风险视角下的塔西佗效应及其后果》,载《学术界》2019年第12期,第102-103页。

⑱参见陈瑞华:《刑事程序的法理》(下卷),商务印书馆2021年版,第472页。

⑲参见[英]Ed Cape等主编:《欧洲四国有效刑事辩护研究——人权的视角》,丁鹏等编译,法律出版社2012年版,第45页。

⑳See United States v. Gonzalez-Lopez, 548 U. S. 140, 126 S. Ct. 2557(2006).

㉑参见陈瑞华:《刑事辩护的理念》(第2版),法律出版社2021年版,第222-224页。

㉒参见[美]门罗·弗里德曼:《对抗制下的法律职业伦理》,吴洪淇译,中国人民大学出版社2017年版,第12页。

㉓参见何香奕:《被指“不正当”影响案件办理,知名刑辩律师周泽拟被停业一年》,载网易网, <https://www.163.com/dy/grtide/Fvm91E2K0538AD9E.html>, 2023年10月20日访问。

㉔参见《杭州保姆纵火案退庭律师被处罚停止执业六个月》,载新浪网, <https://news.sina.com.cn/o/2018-02-04/doc-ifyremfz4600328.shtml>, 2023年10月20日访问。

㉕关于律师庭外造势,参见方娟:《刑事案件律师庭外造势若干法律问题研究》,载《政法论坛》2016年第2期,第82-84页。

㉖参见《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、72、73页。

㉗参见何帆:《藐视法庭罪的前世今生》,载《人民法院报》2015年8月28日,第5版。

㉘参见《马萨诸塞州司法行为准则》,张保生等译,满运龙审校,中国政法大学出版社2016年版,第23-38页。

㉙参见何帆:《藐视法庭罪的前世今生》,载《人民法院报》2015年8月28日,第5版。