



doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2016.04.020

欢迎按以下格式引用: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.

Citation Format: MA Jing, YANG Tianhong. Regulation of lawyers' extrajudicial statements: Also on crime of leaking case information in Criminal Law Amendment (IX)[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2016(4):165-171.

律师庭外言论的规制

——兼论《刑法修正案(九)》泄露案件信息罪

马晶^a, 杨天红^{a, b}

(重庆大学 a. 法学院; b. 新闻学院, 重庆 400044)

摘要:发表庭外言论是律师采取的一种诉讼策略,意在通过塑造公众舆论影响庭内裁判结果。《中华人民共和国刑法修正案(九)》将律师庭外不当言论入刑不仅在刑法哲学上有违谦抑性要求,在法律文本上也存在不符合罪刑法定原则等问题。为维护法律的权威性,中国对律师庭外言论的规制,一方面应通过法律解释、“但书条款”和管辖回避构建防止滥用泄露案件信息罪的三道防线;另一方面应借鉴美国律师协会对律师庭外言论采取的限制与保护并举的规制措施,在保障律师言论自由的基础上,对发表造成严重后果和恶劣影响言论的律师施以资格罚。

关键词: 律师; 庭外言论; 泄露案件信息罪; 规制

中图分类号: D916.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-5831(2016)04-0165-07

律师庭外言论指的是诉讼案件的辩护人、代理人于案件判决前在法庭外向不特定社会公众发布有关案件信息的言论。在自媒体和社交网络日益发达的今天,律师发表庭外言论更加便捷,庭外言论传播更加迅速,对司法裁判的影响也更加明显。基于中国规制律师庭外言论规范不足的现状,2015年8月29日通过的《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑九》)规定了泄露案件信息罪,将律师庭外不当言论“入刑”。这不仅与刑法的谦抑性相悖,而且法律文本本身也存在不符合罪刑法定要求等问题。但“当一部法律业已厘定,就应该逐字遵守”^[1]。目前《刑九》立法工作业已完成,唯一也必须的补救措施只能是司法中慎用泄露案件信息罪,同时借鉴美国律师协会相关经验,在修改《中华人民共和国律师法》时通过资格罚妥善规制律师庭外言论。

一、问题与法理:作为诉讼策略的律师庭外言论

律师庭外言论是律师采取的一种诉讼策略,意在通过庭外言论造势,塑造公众舆论,以期影响案件审判,使其向有利自身的方向发展。律师庭外言论并非通过舆论直接裁判案件,做出最终裁判的仍然是法官,因此有观点认为所谓“舆论审判”不过是一个伪命题。在某些法治先进国家基于对法官的信任,并无相关措施规制律师庭外言论。但基于中国特殊的政治体制,律师庭外塑造的公众舆论仍有可能起到“舆论审判”的效果,妨碍司法公正。但为了追求司法公正一概禁止律师的庭外言论又侵害了律师作为普通公民享有的宪法赋予的言论自由。审判公正与言论自由间的冲突成为了规制律师庭外言论的核心,调和言论自由与审判

修回日期:2016-05-31

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(CDJSK-11046)

作者简介:马晶(1984-),女,江苏徐州人,重庆大学法学院博士研究生,主要从事新闻法、民商法研究;杨天红(1986-),男,安徽庐江人,重庆大学新闻学院讲师,重庆大学法学院博士研究生,主要从事新闻法研究。

公正之间的内在张力是一个国家立法必须解决的问题,应通过妥善的制度设计保障律师言论自由,同时消减其对公正审判的影响。

(一) 律师庭外言论的目的

律师庭外言论意在通过塑造公众舆论,影响案件裁判。从方式上看,可分为主动引导和被动回应两种。

1. 主动引导

主动引导是律师为了追求有利于当事人的结果,主动出击,利用庭外言论为案件造势,通过塑造公众舆论影响司法活动。该种方式的庭外言论在中国以贵州“小河案”为典型。“小河案”中为追求有利于被告人的“正义”,号称“史上最华丽律师团”的律师们通过博客、微博等新媒体发布了100多篇文章实时披露案件相关情况,举报司法机关违法行为,如刑讯逼供、阻碍律师会见、驱逐律师等;发布了33篇实录庭审情况的《贵阳记》;6篇给贵州省委书记、最高人民法院和最高人民检察院、司法部长等的“上书”;2篇回应最高人民法院副院长“闹庭”言论的论战文章^[2]。从“小河案”的最终审判结果看,基本上达到了律师团的预期:相较于一审判决,终审判决中包括第一被告黎庆洪在内的众多被告人刑期普遍减少,更有25人被判缓刑,包括第二被告人在内计有5人被宣告无罪,1人免于刑事处罚^①。

2. 被动回应

被动回应是律师针对社会上已经出现的对当事人不利的舆论,发表有关案件的相关言论以澄清事实或扭转舆论导向。典型的如1991年美国联邦最高法院审理的“金泰诉内华达州律师协会案”^②。金泰是犯罪嫌疑人桑德斯的辩护人,后者从事保管业务,因储存在其公司的物品不翼而飞而被以盗窃罪起诉。由于媒体的较早介入,案发伊始桑德斯就成为电视和报纸的关注焦点,甚至被舆论直接点名为“小偷”。为扭转不利舆论,辩护人金泰在桑德斯被正式起诉的同一天,召开新闻发布会,指出桑德斯是无辜的,偷窃物品的是—名卧底警察。发布会取得了预期效果,舆论出现反转,公众对桑德斯由指责转为同情,6个月后,法院判决桑德斯无罪释放。但内华达州律师协会认为金泰违反了该州的律师庭外言论规则,取消其律师资格,后金泰将内华达州律师协会诉至联邦最高法院,他被动回应对当事人不利舆论的行为得到了法院的支持。

(二) 舆论审判是否是一个伪命题

律师发表庭外言论的主要原因在于希望通过塑造公众舆论引导司法裁判,其发起点虽在律师,终点却在司法机关。因此所谓的舆论审判并不是真正的舆论在审判,行使审判权的仍然是法院。舆论所起的作用主要在于监督司法机关,揭露司法机关可能存在的问题,督促其秉公办案,而非代替司法机关进行裁判。如果司法机关一味迁就舆论,只能说明司法机关没有坚持“以事实为根据,以法律为准绳”的原则或司法机关确实存在错误。在不采取陪审团制的国家,舆论对司法的干扰更是微乎其微。如在德国,理论界对“舆论干涉司法”这一命题普遍不重视,认为法官有着“虽千万人吾往矣”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^[3]。中国的人民陪审员制度作用极为有限,司法审判中起主导作用的是受过职业训练的专业法官,律师庭外言论引发舆论审判似应是一个伪命题。

但中国特殊的政治因素使律师庭外言论影响案件审判成为可能,尤其是在新媒体环境下。新媒体的去中心化使每一个社会个体都可以成为信息的源头和中心^[4]。通过新媒体,律师的庭外言论传播更加迅速,受众可以便捷地接受律师透露的案件信息,同时随着媒介融合的加快,传统媒体会实时跟进新媒体发布的信息,使律师网络言论的公信力得到进一步增强。事实上,因为社交媒体的发达,有相当一部分律师喜欢将微博、博客、微信等作为自己的信息发布平台,希望将错综复杂的案件诉诸公众,“借助并无机会知情的多数人的介入”^[5],利用公众舆论影响案件走向,为自己代理的案件服务^[6]。尤其是对于社会关注的热点案件,因为社交网络的扁平化结构,律师庭外言论可以迅速形成“民意”^[7],进而可能成为影响社会稳定的不安定因素。在现行政治体制下,这极有可能引起高层领导的高度重视并要求法院或法官配合解决,给法官造成压力^[8]。基于中国司法公信力现状,法院面对通过党委或政府传导过来的舆论压力,即使遵循法律条文,以事实为依据,以法律为准绳,秉法作出逆舆论而行的判决,仍有可能受到公众的质疑。为了减少压力,法院很有可能顺民意而行。如在“药家鑫案”中,当被害人代理人张某的言论在社会上营造出“药家鑫不死,法律必死”的舆论氛围时,法院只有“借坡下驴”——判处药家鑫死刑立即执行,这难谓不是迫于律师通过庭外言论塑造

^①黎庆洪等组织、领导黑社会性质组织,非法持有枪支,非法采矿,聚众扰乱社会秩序,赌博,聚众斗殴,寻衅滋事,故意伤害,受贿案。见贵阳市小河区人民法院刑事附带民事判决书,筑小法刑初字第[2011]第120号。

^②Gentile v. State Bar of Nevada (89-1836), 501 U. S. 1030 (1991).

的舆论压力。

(三) 律师的言论自由

2007年修改后的《中华人民共和国律师法》重构了律师的定位:律师是为当事人提供法律服务的执业人员。因此“律师在履行职责时只应知道一个人,即自己的客户;要把不惜任何代价、甘冒任何风险并采取一切手段和办法解救客户作为首要的甚至唯一的义务”^[5],这就包括通过庭外言论直接或间接影响陪审团、法官。除基于律师的职业角色定位外,作为社会个体的律师,即便是涉案律师也享有宪法规定的言论自由,包括对所涉案件相关信息披露的自由。这也为联合国《关于律师作用的基本原理》第23条所确认:“律师与社会其他公民一样,享有言论、信仰、结社和集会的自由。”

二、罪与非罪:《刑九》泄露案件信息罪评析

为规制律师庭外言论,减少其造成的负面影响,2015年8月通过的《刑九》第36条规定,辩护人或诉讼代理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3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。这虽然在一定程度上缓解了中国对律师庭外言论规制不足的法律现状,但该条无论在法理层面还是在文本层面都存在一定的问題。

(一) 规制律师庭外言论的必要性

《刑九》对律师庭外言论的规制是对现实需求的积极回应。中国一直面临规制律师庭外言论有效规范不足的问题。尤其是随着2009年全国律师协会修改《律师执业行为规范(试行)》时,将原第10章第4节规定的律师“谨慎司法评论”内容删除,使得律师庭外言论在全国层面没有统一的规制措施。各地司法厅、律协的一些指导意见、行业规范仅仅发挥着指导作用,不具有否定性评价和后果。此外,在现行民法和刑法体系下,虽然可以通过课以民事、刑事责任遏制律师庭外不当言论,但仍有其局限性:如要求律师承担侵犯名誉权和隐私权的责任仅在于保护受害人的私权,而公正审判权因未被宪法明定为私权而被排斥在民事责任救济体系之外;刑法层面,虽可通过诽谤罪对律师施以刑罚,但诽谤罪无法规制律师庭外披露真实但不宜公开信息的情形。

(二) 《刑九》泄露案件信息罪与刑法的谦抑性相悖

《刑九》泄露案件信息罪的立法初衷在于改变中国律师庭外言论规制不足的法律现状,通过将泄露案件信息行为入刑,加大对律师庭外不当言论的打击,在一定程度上有利于案件的公正审判和对当事人权益的保护,但却与刑法的谦抑性相悖。

刑法的谦抑性要求立法者应力求以最小的支出获取最大的社会效应,少用甚或不用刑罚措施预防和打击犯罪,仅在没有可替代的其他适当方式时才将某种行为入刑^[9]。诚然律师庭外言论可能对司法的权威性和公正性造成负面影响,且该影响在中国现有体制下难以有效规制,但通过刑罚的方式调整律师庭外言论的做法却并不符合以最小支出获取最大社会效应的要求。在所有的法律制裁措施中,刑罚是最为严酷的,尤其是自由刑和生命刑,因此刑法通常构成了社会的最后一道防线,只有在迫不得已的情况下才实施。

《刑九》将律师庭外言论纳入刑法调整,不仅可能造成“寒蝉效应”,而且从长远看,也不利于维护司法的公正性和权威性:律师之所以发表大量的庭外言论主要是因为其庭内正常言论空间被压缩,且庭外言论的目的仍在于促进庭内案件的解决,庭外言论入刑,因刑罚的威慑作用,律师言论的空间将进一步被压缩,偏听则暗,案件的公正审判难以得到有效保障;同时,现阶段不少官方媒体喜欢采取“未审先判”的案件叙事方式,如在“网络大V薛蛮子嫖娼案”“王晓璐编造并制造传播证券、期货交易虚假信息案”等案件中,当事人都曾于案件结束前在央视等媒体公开认罪(错),如果此时不对律师庭外的回应性言论给予免责,必然会进一步加剧司法的不公。

事实上,在法治社会,律师发挥着公民权利代言人和维护者的功能,尤其是考虑到被告人和检方之间的严重不对等以及司法的专业性,现代国家基本上都对律师采取了较为宽松的管控,一般不通过刑事责任惩戒律师,更多的是将律师的失范行为交由民法或行政法进行调整^[10]。

(三) 《刑九》泄露案件信息罪的文本问题

1. 不符合罪刑法定要求

贝卡利亚以降,罪刑法定已成为现代刑法的基石,法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚已成为深入人心的刑法(罚)理念。法律规范的明确性是罪刑法定原则的核心要求,而《刑九》有关泄露案件信息罪的规定明显不符合明确性要求。

根据《刑九》第36条规定,泄露案件信息罪中的“信息”指的是“依法不公开审理的案件中不应当公开的信息”,其中“不应当公开的信息”标准和范围极不明确,如“不应当公开”既可以理解为“依照法律规定不应

当公开”,也可以理解为“依照司法解释或规范性文件及行业规范不应当公开”,极端者甚至可以理解为“依照司法办案机关要求不应当公开”,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。

2. 《刑九》泄露案件信息罪仅能规范不公开审理的案件

立法过程中,立法者应该已经意识到了泄露案件信息罪可能造成的负面效应,因此将该罪仅限定在“依法不公开审理”的案件范围内。而根据中国现行法律规定,泄露案件信息罪中的“依法不公开审理的案件”主要包括涉及未成年人犯罪案件、涉及个人隐私案件、涉及商业秘密案件和依当事人申请不公开审理的离婚案件^③四类,司法实践中,该四类案件仅占极小的比例,该四类案件之外的绝大部分案件仍无法通过泄露案件信息罪对律师庭外言论进行规制——这当然也不意味着应将“泄露案件信息罪”的范围扩大。

三、经验与借鉴:美国对律师庭外言论的规制

言论自由与公正审判的冲突在美国表现得更为明显:根据美国宪法第六修正案的规定,任何成为被告的人都有权享有公正的审判;第一修正案则根据天赋人权的思想,认为公民享有广泛的言论自由权,这其中就包括运用几乎一切可以运用的工具报道司法案件的权利。在采取陪审团制的美国,律师庭外言论对司法审判的影响也更为明显:律师作为诉讼参与者,更容易接触案件事实、获悉案件信息,其庭外言论对于未受专业训练的陪审团更容易产生影响,不利于案件的公正审判。

虽然美国法中有藐视法庭罪的规定,但在1941年 *Bridges v. California* 案中,联邦最高法院确立了“只有存在着针对正常司法秩序的一种‘极其严重的’实际恶意和一种‘迫在眉睫’险情,法院之惩罚出版物言论的行为才不失为正当”^[11]的先例,使得以藐视法庭罪处罚舆论批评的做法成为不可能。事实上在此之后,无论是在联邦法院还是州法院层面,藐视法庭罪基本上都已失去其对舆论的规范功能。

美国对律师庭外言论的规制主要通过律师行业协会实现。美国律师协会经过120多年的探索^④,在司法实践的基础上,就规范律师庭外言论制定了一系列行之有效的规则。总体而言,在对律师庭外言论的规制上贯彻了限制与保护并举的原则,在第一和第六修正案之间求得平衡。

(一)限制:从“极大可能性”标准到“实质危险”标准

1. 律师不得发表有极大可能影响司法公正的言论

虽然早在1887年,阿拉巴马州即公布了针对律师庭外言论的《道德法典》,但该法典并无约束力。直到20世纪中期,在“谋杀肯尼迪总统凶手案”和“谢泼德案”两起案件的推动下,美国才出台了第一部有约束力的规范——《职业责任模范法典》。这两起案件的共同点都是在公众舆论压力下,案件的公正审判受到较大影响,如在“谋杀肯尼迪总统凶手案”中因“案件关注程度使得选择一个无偏见陪审团已经不可能”^[12],而法院在“谢泼德案”中则明确指出“必须依靠明确的规则来保证审判免受外界干扰……被告律师希望和媒体合作以达到影响刑事审判公正的行为应受到谴责和惩戒”^⑤。美国律师协会因而在1969年8月12日通过了《职业责任模范法典》,要求涉案律师于案件判决前不得在庭外公开发表一个理性人希望的能够通过公众舆论有极大可能影响案件审判的言论,这被许多州所采纳^⑥。“极大可能性”标准对调和律师言论自由与司法公正的内在张力起到了重要作用。

2. 律师不得发表对司法公正有实质危险的言论

《职业责任模范法典》颁布后,理论界认为,法院在限制律师庭外言论上的自由裁量权太大,有违宪法第一修正案赋予的言论自由权,许多州因此也发生过违宪诉讼,其中影响较大的是1975年的“芝加哥律师协会诉鲍尔案”^⑦。该案一审法院支持了鲍尔的见解,认为《职业责任模范法典》的抽象危险条款违反了宪法第一修正案规定的言论自由权^⑧。受该案影响,美国律师协会开始着手修改《职业责任模范法典》,并于1986年8月2日通过了新的律师职业规范——《职业行为示范规则》。根据该规则要求,律师不应在庭外发表其明知(或合理推断可知)会使一个理性人对于正在审理的案件产生实质偏见危险的(案件)信息或意见,即将判断言论对司法公正产生的影响从“极大可能性”标准变更为“实质危险”标准。相对“极大可能性”标准,

^③律师庭外言论涉及国家秘密的已由泄露国家秘密罪另款处理。

^④美国历史上第一部规范律师公共言论的规范性文件为1887年阿拉巴马州的《道德法典》(Code of Ethics),迄今已有129年历史。

^⑤*Sheppard v. Maxwell*, 384 U. S. (1966).

^⑥美国律师协会制定的规范并不具有法律约束力,只有各州采纳并使其成为制定法的一部分时才具有法律效力。

^⑦*Chicago City Council of Lawyers v. Bauer*, 522 F. 2d 242 (7th Cir. 1975).

^⑧二审法院驳回了一审判决,认为《职业责任模范法典》并没有违宪。

“实质危险”标准要求较为严格,不仅要求律师的庭外言论有可能引起偏见,还要求引起这种偏见的可能性是一种实质性的危险。这实质上是采取了美国法院对言论管制一贯采取的“明显而即刻危险”标准。“明显而即刻危险”标准由著名大法官霍姆斯在“申克诉美利坚合众国”^⑨一案中提出,霍姆斯认为“言论是否受到保护应看其所处的环境……从言论所处的环境来看,如果行为人的言论制造了一个明显的、即刻的危险并进而带来实质上的祸害,此时国会有权限制这种言论”^⑩。

“明显而即刻危险”标准在于规制律师庭外言论上的引入,表明了美国对律师庭外言论的基本立场:法律并不一概禁止律师的庭外言论,只是禁止律师公开发表有可能对其正在参与的案件造成司法偏颇的言论,且这种可能性必须达到明显的、即刻的程度才予以禁止。除此之外,律师同其他公民一样,享有宪法第一修正案赋予的言论自由权——包括谈论其正在参与的案件。与“极大可能性”标准相比,“实质危险”标准在限制律师庭外言论上更为具体,基本上也未在各州引起违宪诉讼。

(二)保护:从“第一安全港”到“第二安全港”

1. “第一安全港”规则

《职业行为示范规则》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。具体而言,律师能发表的庭外涉案言论包括:诉讼日程安排、阶段性诉讼结果;可通过法庭公开记录查询的案件信息;出于向公众示警或协助取证而必需的信息;案件侦查阶段有关侦查过程的大致情形、涉嫌的罪名,被逮捕的事由,时间及地点;被告人身份、职业、住址及婚姻情况等。

这个后来被称为“第一安全港”的规定受到了理论界和实务界的欢迎,因为在美国,刑事案件特别是比较知名的刑事案件不可避免地会引起大众媒体的关注,很难保证每一名遭到媒体围追堵截的律师都“沉默是金”,如果动辄追究律师庭外言论的责任,难逃限制言论自由之嫌^[13]。“第一安全港”规则对保护律师庭外言论起到了积极的导向作用。

2. “第二安全港”规则

“金泰诉内华达州律师协会案”使得美国理论界和实务界普遍认为“第一安全港”并不安全,因为《职业行为示范规则》对于律师能够发表的庭外言论规定得较为抽象,律师难以把握自己的言论是否超出了法律允许的范围。于是在1994年8月,美国律师协会修订了《职业行为示范规则》中律师庭外言论规则的内容,增加了“第二安全港”:为保护当事人免于受到非因自身或其辩护律师引起的不公正报道的伤害,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。

“第二安全港”规则受到了律师的欢迎。因为如果仅允许媒体自行收集案件相关信息并刊登于新闻媒体上^[14],极有可能造成司法偏见。在“第一安全港”规则下辩护律师只能眼睁睁看着偏见产生而不能做任何辩解,难言公平。根据“第二安全港”规则,律师有权对已经产生的公众舆论予以回应,不仅对司法公正无害,反而有助于案件的公正审判。

四、路径与措施:中国规制律师庭外言论的建议

律师庭外言论有其两面性:不当的言论可能影响法院的公正审判,但是必要的、适当的言论则有利于促进司法公正。因此,对律师庭外言论的规制必须贯彻限制与保护并举的原则。在限制层面,一方面通过慎用《刑九》泄露案件信息罪发挥刑罚的威慑作用,另一方面通过律师法实施资格罚,以符合比例原则为要求限制律师庭外的不当言论;在保护层面,则主要通过规定律师的舆论回应权保障律师及其当事人的利益。

(一)慎用泄露案件信息罪

法的权威性要求制定法必须得到普遍遵守^[15],即便是“恶法”。但所幸的是《刑九》泄露案件信息罪立法既不是“恶法”,也因其弹性规定给司法实践带来了较大空间:可充分利用法律解释、“但书条款”和管辖回避构建防止滥用泄露案件信息罪的一道防线。

1. 严格法律解释,构建防止滥用泄露案件信息罪的第一道防线

刑法的权威性建立在法律条文的精确性上,贝卡利亚认为刑法需明确到不允许解释的程度,但这只能是一种理想状态。语言的多义性、立法的滞后性、立法者智识的局限性决定了几乎任何一部法律都需要解释。如上所述,《刑九》泄露案件信息罪中的“不应当公开的信息”亟需通过法律解释予以明确,这为限缩该

^⑨249 U. S. 47 (1919).

^⑩249 U. S. 47 (1919).

罪的适用范围提供了机会:通过法律解释将该罪适用范围限于那些必需由刑罚规制的行为。为达到此效果,进行法律解释时必须明确仅能由全国人大或全国人大常委会进行立法解释,不能由最高人民法院或最高人民检察院作司法解释。因为根据《立法法》规定,剥夺公民自由和财产的规定只能由法律作出,同时,泄露案件信息罪相关案件中,法院和检察院一般属于案件当事人,如果允许司法解释,则无疑是让司法机关既做运动员,又当裁判员。

2. 合理适用“但书”条款,构建防止滥用泄露案件信息罪的第二道防线

《中华人民共和国刑法》第13条规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。司法机关在实践中应合理适用该“但书条款”,使其成为防止滥用泄露案件信息罪的第二道防线:对于虽有庭外言论,但没有造成严重后果和恶劣社会影响,且律师认罪悔过态度较好的或是因为一时情绪失控而发表的宣泄式言论,应倾向于不认定其为犯罪。

3. 适用管辖回避,构建防止滥用泄露案件信息罪的第三道防线

泄露案件信息罪侵犯的客体可能是诉讼活动的顺利进行等司法利益,律师与司法机关在此处于对立状态,如果再由原司法机关办理与其司法活动相关的泄露案件信息案,极有可能产生司法机关先入为主、职业报复的行为^[16]。为确保案件的公正审判,在司法程序上应适用管辖回避,原负责侦查、审查起诉和审判的办案机关应当集体回避,实行异地或指定管辖,由原办案机关以外的办案机关办理。

(二)通过律师法实现对律师庭外言论的规制

对律师庭外言论的规制主要通过律师法实现。规制律师庭外言论的核心在于调和言论自由与审判公正之间的内在张力,这决定了对其规制必须贯彻限制与保护并举的原则,在防范律师庭外不当言论的同时,保障其言论自由权利。

1. 贯彻限制与保护并举原则

有些国家为了防范律师庭外言论对司法审判产生影响,采取了一概禁止律师庭外言论的规制规则,如《澳大利亚律师协会示范规则》要求律师“不得发表任何有关当前或潜在诉讼的言论”^①,加拿大也要求律师不得“就委托人案件的任何是非曲直发表个人见解”^②。这种一概禁止的规制模式虽然可在一定程度上防范律师庭外言论对司法审判产生影响,但却因侵犯了律师、诉讼当事人、媒体和公众的相关权益而不符合比例原则的要求。根据比例原则,对律师庭外言论的限制应在获得最大收益——保障审判公正的同时,付出最小成本——各方面(包括律师、诉讼当事人、媒体、公众等)权益受到的侵害最小。因此限制与保护并举应成为中国通过律师法规制律师庭外言论的基本原则。

2. 律师庭外言论的限制

对律师庭外言论的限制包括两个方面:一是确立庭外不当言论的标准;二是规定针对庭外不当言论的强制措施。

在庭外不当言论的标准上,建议律师法通过概括规定和一般列举两种形式对庭外不当言论的内涵与外延进行界定。概括规定主要运用定性方式确立律师庭外言论的一般标准,建议律师法对庭外不当言论采实质危险标准:自律师受委托之日起至案件判决时,正在或曾参与办案的律师不得发表对案件公正审判可能造成明显的、即刻的重大危险的言论。一般列举则是将现有典型的律师庭外不当言论加以列举,规定司法实践中有此类情形时直接适用律师庭外言论规制规则,如可规定律师发表的有关诉讼参与人人格评价、涉案物证相关信息等为庭外不当言论。

在针对庭外不当言论的强制措施上,对于已经发表的庭外不当言论,法院有权要求律师撤回,并禁止其他媒体继续跟进;对于无法撤回且不实的庭外不当言论,应责令律师更正并道歉;对于已经造成严重后果但不构成犯罪的,可由办案律师所在律师协会会同司法管理部门给予涉案律师相关纪律处罚直至吊销律师资格。相较于刑罚而言,吊销律师从业资格虽不至于严酷,但是对于律师个体来说仍较为严重,因此在设计资格罚时,仍应坚持比例原则,只对切实有必要的律师庭外不当言论实施资格罚。

3. 律师庭外言论的保护

对律师庭外言论的保护主要包括两个方面:一是律师作为普通公民享有的言论自由权;二是律师作为诉讼代理人享有的舆论回应权。律师作为普通公民享有的言论自由权指的是凡是律师发表的庭外言论不

^①AUSTRALIAN BAR ASSOCIATION MODEL RULES.

^②Canadian Bar Association's Code of Professional Conduct(2006).

属于律师法所禁止的即不应被追责。律师作为诉讼代理人享有的舆论回应权指的是当公众舆论出现对其委托人明显不公正的报道时,律师有权予以回应,即使该言论属于律师法庭外不当言论应予禁止之列,该言论仍应仅以澄清不实报道为限。建议律师法直接规定律师享有舆论回应权使舆论回应权在澄清不实报道限度内可以突破庭外不当言论的限制。

参考文献:

- [1] 贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:13.
- [2] 方娟. 刑事案件律师庭外造势若干法律问题研究[J]. 政法论坛,2016(2):81-93.
- [3] 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]. (中国)台大法学论丛,2000,29(3):89-134.
- [4] 张志安. 新闻生产的变革:从组织化向社会化——以微博如何影响调查性报道为视角的研究[J]. 新闻记者,2011(3):42-47.
- [5] 季卫东. 论中国的法治方式——社会多元化与权威体系的重构[J]. 交大法学,2013(4):5-23.
- [6] 胡田野. 新媒体时代律师庭外言论的规制[J]. 法学,2014(1):3-9.
- [7] 王启梁. 网络时代的民意与法律应有之品性——从“躲猫猫”事件切入[J]. 法商研究,2009(4):3-12.
- [8] 贺卫方. 传媒与司法三题[J]. 法学研究,1998(6):21-26.
- [9] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:6.
- [10] 宋远升. 律师论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2014:209.
- [11] 侯建. 传媒与司法的冲突及其调整——美国有关法律实践评述[J]. 比较法研究,2001(1):84-90.
- [12] SALISBURY H E, COMPANY N Y T. Report of the President's commission on the assassination of president kennedy[M]// Report of the Warren Commission on the Assassination of President Kennedy. Bantam Books, 1964:238.
- [13] GABRIEL G G. ABA Rule 3.6 and california rule 5-120: A flawed approach to the problem of trial publicity[J]. UCLA Law Rev,1996,43(4):1321-1392.
- [14] 彭文正, 萧究文. 犯罪新闻描述手法与影响认知之实证研究[J]. 东吴法律学报,2007,19(2):27-68.
- [15] 陈光中, 肖沛权. 关于司法权威问题之探讨[J]. 政法论坛,2011(1):3-16.
- [16] 韩旭. 《刑法修正案(九)》实施后如何善待律师权利——兼论泄露案件信息罪和扰乱法庭秩序罪的理解与适用[J]. 法治研究,2015(6):53-60.

Regulation of lawyers' extrajudicial statements: Also on crime of leaking case information in Criminal Law Amendment (IX)

MA Jing^a, YANG Tianhong^{a, b}

(a. School of Law; b. School of Journalism and Communication, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: Publishing extrajudicial statements is a litigation strategy adopted by lawyers to shape public opinion then affect trial results. Penalty of lawyers' inappropriate statements in Criminal Law Amendment (IX) violates the modest restraint of criminal law, and does not comply with the principle of legality. To safeguard the authority of law, a defense system composed of legal interpretation, "notwithstanding clause" and jurisdiction avoidance should be constructed to regulate lawyers' extrajudicial statements. Also, American Bar Association's restriction and protection measures should be learned to protect lawyers' freedom of expression and meanwhile impose qualification penalty on lawyers whose inappropriate statements cause serious consequences and adverse effects.

Key words: lawyers; extrajudicial statements; crime of leaking case information; regulate

(责任编辑 胡志平)