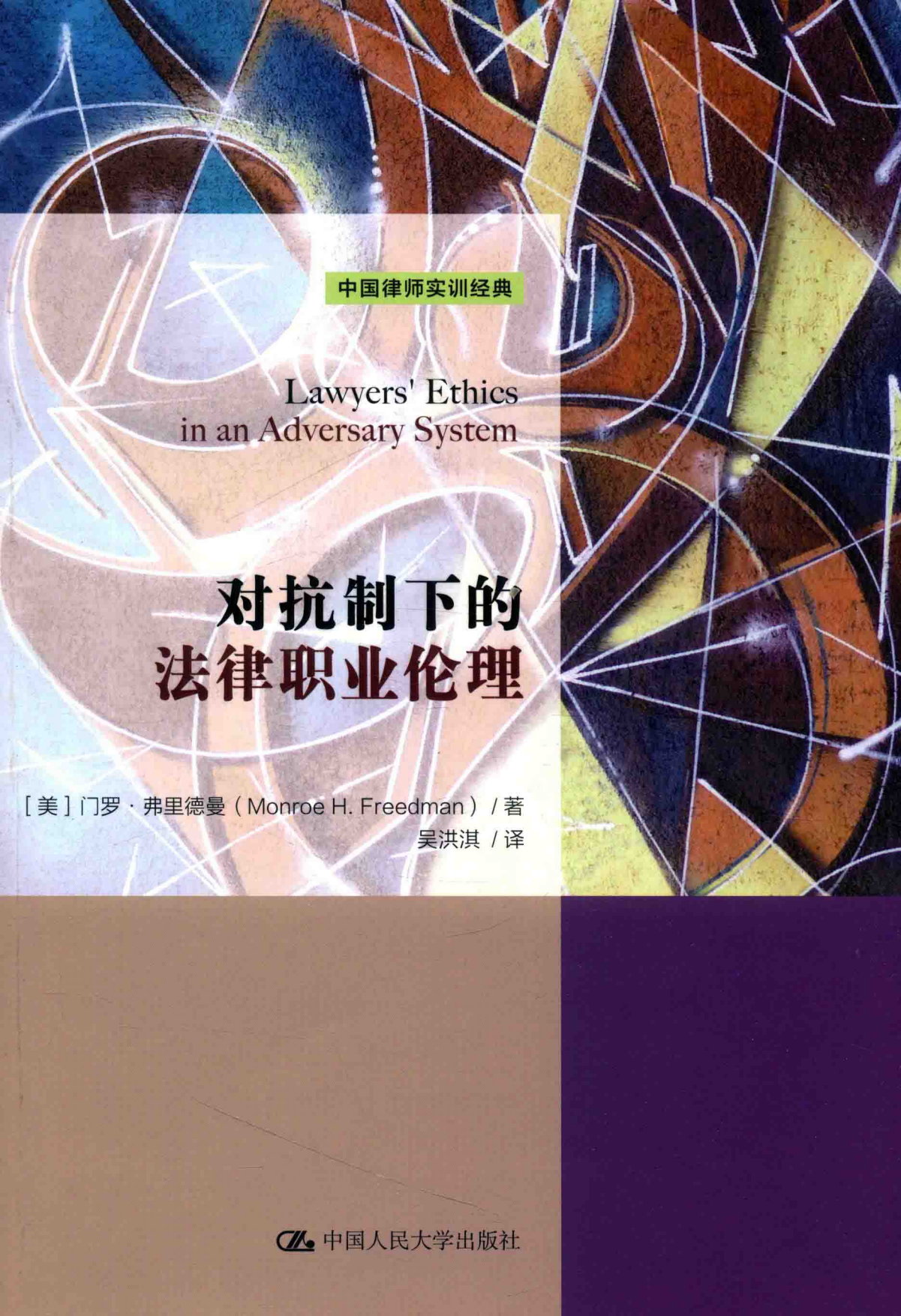




中国律师实训经典

Lawyers' Ethics
in an Adversary System

对抗制下的 法律职业伦理

[美] 门罗·弗里德曼 (Monroe H. Freedman) / 著
吴洪淇 / 译

中国律师实训经典

Lawyers' Ethics
in an Adversary System

对抗制下的 法律职业伦理

[美] 门罗·弗里德曼 (Monroe H. Freedman) / 著
吴洪淇 / 译

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

对抗制下的法律职业伦理/ (美) 门罗·弗里德曼 (Monroe H. Freedman) 著;
吴洪淇译. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 8

(中国律师实训经典)

书名原文: Lawyers' Ethics in an Adversary System

ISBN 978-7-300-24750-2

I. ①对… II. ①门…②吴… III. ①律师-职业道德-研究 IV. ①D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 196946 号

中国律师实训经典

对抗制下的法律职业伦理

[美] 门罗·弗里德曼 (Monroe H. Freedman) 著

吴洪淇 译

Duikangzhi xia de Falü Zhiye Lunli

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京中印联印务有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

印 张 11 插页 2

字 数 130 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2017 年 8 月第 1 版

印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷

定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

谨以本译著向弗里德曼教授致敬

献给 奥德丽 (Audrey)、爱丽丝 (Alice) 与杰
拉德 (Gerald)、萨拉 (Sarah)、凯莱布 (Caleb) 以
及朱达 (Judah)

序 言

哈佛法学院的安德鲁·考夫曼教授最近提及他和我在法学院时曾经是同班同学，因而，我们曾经在同一时间、同一地点一起学习了法律职业伦理（legal ethics）——实际上，那是因为在法学院的时候实际上没学到什么有关法律职业伦理的东西。

在这种戏谑之言的背后却内含着一种严肃的担忧。法律职业从未对对抗制下律师职业责任的诸多难题给予足够的关注。更确切地说，最困难的那些问题已经被忽略，或者说它们已经通过两种方式被回避了。第一种方式是通过过于简化的概括，这种方式为某位法学院院长——同时也是美国律师协会的领导成员——所例证，该院长曾经告诉我说，所有的法律职业伦理学都可以通过这样一条单一规则表述出来：“一名律师永远不应该做一位绅士不会去做的事。”

回避这些难题的另一种方式在于：通过发布声明或者行为规则的法典化编纂等诸如此类的方式，从口头上赞成基本的体系性价值的同时忽视了这样一个事实：即这些价值当中有一些



彼此之间根本就是相互冲突的。比如在本书第三章中所讨论的，刑事辩护律师被要求了解有关委托人案件的一切情况并将所了解的情况作为顶级秘密加以保护，与此同时，他们又被要求将这些情况对法院坦白。很显然，一个人不可能同时做这两件事，这也就是为什么斯坦福大学法学院的安东尼·阿姆斯特丹教授曾经称职业道德准则（the Canons of Professional Ethics）“对法庭中执业律师的作用相当于情人卡对手术室中的心脏外科医生所起到的作用”的原因。

可能有许许多多的原因导致职业界一直无法勇敢地去面对其自身责任的性质。毫无疑问，一个原因在于，这些问题看起来真的无法获得令人满意的答案。另外一个原因可能是假定律师们自然而然会去做正确的事，假如有一些人不这么做的话，那么即便是尽力去劝导这些人——让他们意识到规范是什么样的、他们应该做些什么——也是毫无意义的。但是，对律师职业伦理诸多难题缺乏严肃认真的思考，其原因还在于职业界内部的这样一种态度：无法容忍将令人尴尬的职业内部困境暴露于公众面前，也无法容忍对一些假定的但未曾明言的规范一定程度上的隐性背离。

大概 15 年以前，我开始与极少数其他律师参与到对法律职业伦理的严肃讨论当中。这些律师大多数也在从事刑事辩护工作。我们发现，我们都在以各自不同的方式努力地解决某些令人心烦的伦理困境，我们还发现，分享我们的经验并将它们说出来非常有助于解决我们的难题，即便我们在许多方面仍然无法相互认同。

在随后的 1966 年，我担任了刑事审判协会（the Criminal Trial Institute）的联合主任（Co-Director），该机构曾经是为了对律师界成员进行培训、让他们处理刑事案件的辩护而建立的。作为该培训的一部分，我做了一个有关法律职业伦理的主旨演讲（opening lecture），在演讲中，我探讨了我的同事们和我所发现的刑事辩护律师所面临的三个最难的问题。这些问题

是：（1）当你知道某个证人正要作伪证的时候，你是否应该支持该证人的立场？（2）在你明知某个控方证人准确无误且诚实可信的情况下，你是否应该为了使该证人显得犯了错误或正在撒谎而仔细盘问该证人？（3）在你明知某项法律建议可能会诱使你的委托人作出伪证的情况下，你是否应该向你的委托人提供该项建议？我以公认的半信半疑总结道：对抗制及其所带来的必然结果——律师与委托人之间的保密关系——常常需要给这些问题带来肯定的答案。

一则有关我演讲的简短报道出现在第二天早上的《华盛顿邮报》上，这则报道产生了两种不甚相同但又令人奇怪的相似的反应。其一，一位自由主义联邦法官写信给我，说我由于公开提出这些问题已经对职业界和刑事被告的权利造成了伤害。其二，几个非常保守的联邦法官在沃伦·伯格首席大法官（那时候他是美国哥伦比亚巡回区上诉法院的一名法官）的带领下徒劳地试图令我被剥夺律师资格并且使我被解雇——我当时担任乔治·华盛顿大学一名法学教授。事实上，仅在《华盛顿邮报》的报道出现一天之后，我就收到了美国地区法院准入与申诉委员会（the United States District Court Committee on Admissions and Grievances）的一封挂号信，该信通知我惩戒程序已经对我开始启动，几名联邦法官控告我“所发表的意见”已经明显违反了职业道德守则。*

对我演讲的这些反应凸显了职业内部反对直面对法律职业伦理诸多严肃问题的分析，也暗示了为什么这些问题未曾得到足够的研究。本书在一定程度上还例证了另外一个原因，那就是要解决通过诸多伦理价值相互冲突所展现出来的那些困境的巨大困难——如果不是不可能的话。

* 在此一事件之前，我还未曾打算在法律职业伦理方面写点什么。事实上，我的有关此一主题的第一篇论文一定程度上就是由于运用惩戒程序来阻止对这些问题的讨论的巨大压力所激发出来的。因而，我一度想将本书献给“美国的首席大法官，要不是他的努力，就不可能有本书的著述”。



比如说，当应该遵守保守秘密的承诺这一道德义务与应该诚实这一道德义务相互冲突的时候，律师在实践中该做何选择？在他们职业工作的过程中，律师们会了解到——用经典表述来说——尸体埋于何处。因而，本书的第一章开始讨论这样一个问题：当律师们面临着违反诚实的道德戒令还是违反信守承诺以及尊重被托管的秘书的道德戒令之间必须作出选择的时候，他们该如何应对？这些伦理困境没有容易的答案，但我们至少能够细致地去尽力提出一些答案，假如有可能的话，激发出负责任的讨论。这就是本书所要做的努力。

门罗·H. 弗里德曼

1975 年 3 月

致 谢

我对福特基金会感激不尽，正是该基金会所提供的资助才使本书的撰写以及为撰写本书在英格兰、苏格兰、加拿大以及美国所做的调查得以可能。

乔治·华盛顿大学国家法律中心的罗伯特·克雷默（Robert Kramer）主任顶住了来自一些法官和其他一些人的相当大的压力，这些人觉得我不应该被允许教授法律，与此同时，还不该被允许表达有关法律职业伦理的富于争议的意见。他对学术自由的坚强捍卫对我而言弥足珍贵。

除了我妻子之外，以下这些人对我在这一领域的思考贡献良多：他们是安东尼·阿姆斯特丹（Anthony Amsterdam）、芭芭拉·巴布科克（Barbara Babcock）、爱迪生·鲍曼（Addison Bowman）、萨姆·克拉奇菲尔德（Sam Crutchfield）、萨姆·达什（Sam Dash）、马文·E. 弗兰克尔（Marvin E. Frankel）、约翰·卡普兰（John Kaplan）、安德鲁·考夫曼（Andrew Kaufman）、霍华德·罗彻斯特（Howard Rochestie）、大卫·E. 赛德尔逊（David E. Seidelson）、理查德·尤

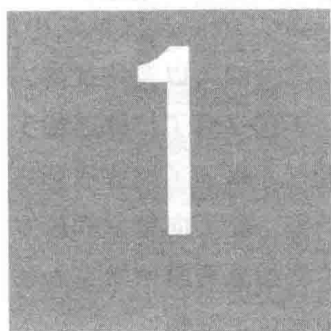


维勒 (Richard Uviller) 以及乔纳森·韦斯 (Jonathan Weiss)。拉尔夫·坦普尔 (Ralph Temple) 和加利·贝洛 (Gary Bellow) 贡献最大。但是,我必须得指出:他们中每一个人或多或少在一定程度上并不同意我在某些问题上的见解。

本书的一些部分事先已经被作者发表在《密歇根法律评论》《乔治城法律期刊》《俄亥俄州立法律期刊》《宾夕法尼亚法律评论》《美利坚大学法律评论》、《法律教育期刊》《科罗拉多法律评论》《公民自由评论》(the Civil Liberties Review)、《纽约法律期刊》《ABA 庭审律师》(the ABA Litigator)、《法学博士》(Juris Doctor)、《刑事法律期刊》(the Criminal Law Bulletin)、《纽约州律师期刊》《简报》(The Brief)、《审判》、Hall & Kamisar、《现代刑事程序》(Modern Criminal Procedure)、Kadish & Paulsen、《刑事法律及其程序》(The Criminal Law and Its Processes)、Weckstein (ed.)、《职业责任教育》以及 Nader (ed.)、《律师中的裁决》(Verdicts on Lawyers)。

目 录

1 尸体埋于何处：对抗制与保密义务	1
2 热忱辩护与公共利益	11
3 伪证：刑事辩护律师的三难困境	33
4 交叉询问：伤害诚实证人	52
5 一名律师真正“知道”什么：法律职业伦理的认识论 ...	61
6 向委托人提供建议：刷新记忆抑或鼓励伪证	71
7 检察官的一些职业伦理问题	94
8 庭审律师的资格认证	117
9 大不列颠优越性的神话	124
10 通往法律系统：追逐救护车的职业义务	135
法律人的灵魂何处安放?! (译后记)	151



尸体埋于何处：对抗制与保密义务



最近，在纽约快乐湖（Lake Pleasant）的一起谋杀案中，该案的一名被告告诉他的律师他还杀了另外两人以及将这两人的尸体掩埋的地点。律师前往该地点，不仅察看了尸体还拍了照片。但是，在截至数月之后他们的委托人供述了这些罪行之前，律师一直未向当局告知有关尸体的事。除了向警方和控方隐瞒这些信息外，其中一名律师还拒绝将信息透露给受害人的一位家长，他在寻找失踪女儿的过程中找过该律师。

这样一起戏剧般的事件引发了许多有趣的反应。公众成员普遍对部分律师显而易见的冷酷无情深感震惊，这些律师的行为被认为是律师对公众利益和基本的正义感不健康地缺乏关注的典型表现。公众的这种态度得到了当地控方所发布的公共声明（public statements）的支持，控方寻求去起诉这些律师，因为他们既没有透露有关犯罪的信息，也没有看到死者的遗体本可以被体面地埋葬。除此之外，那些被新闻舆论所采访的律师和法学教授们的反应则是情感矛盾、困惑不已，这表明法律职业中的极少数人已经对本案所提出的与司法管理和职业责任相关的根本问题进行了严肃的思考。* **

一个人当然能够理解帮助这些家长以及给予受害者适当埋葬的尊严这样一种道德强制的合理性。从直觉上不那么容易理解的是律师们对其委托人以及更大意义上对一套司法管理制度——这套制度本身对保卫人类尊严非常重要——所负有的义

* 亨利·罗斯布赖特（Henry Rothblatt）是一本关于刑事审判辩护著作的作者，他还在纽约法律期刊上开了一组关于这一主题的专栏。他提出这些律师本应该咨询一下职业中的其他人。但是，从他的评论中似乎可以看出，如果这些律师事先咨询一下罗斯布赖特先生的话，那么他们就会被建议说这个问题是“难以解决而又容易引起关注的”，这是“一个无法解决的领域”。N.Y.L.J., June 21, 1974, at 4. 与此类似的是，加利福尼亚洛杉矶分校的大卫·梅林科夫教授——曾经撰写过一部有关法律职业伦理的著作——给出了“一方面……另一方面”这样的回答，总结说，“律师们似乎处于两种相互冲突的义务之下”。N.Y. Times, June 20, 1974, at 26.

** 在本译著中，有以下三种注释：第一种为原著的页下注，在本译著中以“*”在页下标注出来的注释即为原文的页下注；第二种为译者注，用于译者对译著中某些地方的说明，在本译著中也以“*”在页下标注出来，但在最后有“——译者注”字样；第三种为原文的章后尾注，在本译本中按照阿拉伯数字编号在页下排列出来。——译者注

务。但后一种义务在我看来从另一个方向达到了道德上的平衡。简言之，这两位律师不仅在行为上没有什么不妥，而且如果他们违背了他们委托人的利益将信息泄露出去的话，他们将严重违反职业责任。要对这样一个答案进行解释，我们就必须回到我们刑事司法制度的特殊性质，确切地说，回到我们政体制度的基本原理上。

让我们以比较的方式从理解刑事辩护律师在极权国家所扮演的角色开始。正如哈瓦那大学的法学教授们所说明的：“一位革命律师的第一要务并不是辩护说他的委托人是无罪的，而是确定他的委托人是否犯了罪，如果犯了，那就寻找一种能够令其最好地改邪归正的制裁。”^①

与此相类似的是，一位保加利亚律师在一起叛国案件中，以下面这样一段话作为其辩护的开始：“在一个社会主义国家，法官、检察官和辩护律师的职责没有什么不同……辩方必须帮助控方查明某一案件中的客观事实。”^② 在该案件中，该辩护律师嘲笑了其委托人的答辩理由，该委托人被定罪并被处死。过了一段时间后，该判决被发现是错的，该被告人被“恢复名誉”。

当然，一个自由国家所要强调的重点是截然不同的。在我们的对抗制下，国家的利益并不是绝对的，甚至不是最重要的。个人的尊严被尊重到这样一种程度：即便国家明知某一位公民犯了某种罪大恶极的罪行，该公民仍然被赋予像聘请律师、陪审团审判、正当程序、免于自证其罪等多项权利。

一次审判一定程度上是一次为查明事实所作的调查。因此，这些基本权利最经常地被描述为预防在查明事实的调查中犯错的程序预防条款（procedural safeguards）。事实上，一次审判远不只是一次为查明事实所作的调查，而我们的司法制度

^① J. Kaplan, Criminal Justice 256-66 (1973); Berman, The Cuban Popular Tribunals, 60 Colum. L. Rev. 1317, 1341 (1969).

^② J. Kaplan, 前注^①, at 264-65.



所提供的宪法权利的价值也完全比查明事实 (truth-seeking) 的价值要重要——当我们想到这些权利还有其他宪法所保护的權利可能完全是妨碍而不是促进事实的调查的时候, 这样一个事实也就一目了然了。比如说, 还有什么方式比要求自证其罪、至少是强制被告出庭作证并在陪审团前接受讯问能更有效地揭发一名被告的罪行呢? 然而, 被告被事先假定是无罪的; 排除合理怀疑来证明有罪的举证责任由控方承担, 甚至连有罪被告都有保持沉默和“完全的宪法权利”^③。

这样, 辩护律师的职业责任也许在相当程度上在于建议委托人隐瞒事实。正如杰克逊大法官所说: “任何称职的律师都将明白无误地让犯罪嫌疑人无论在什么情形下都对警方保持沉默。”^④ 与之相似的是, 辩护律师有义务防止那些可能完全可信的证据的采用, 比如违反第四修正案所取得的凶器、真实但非自愿的口供。怀特大法官曾说, 虽然执法人员必须只能使用真实证据, “但辩护律师却没有相当的义务来查明或者提出事实真相。我们的制度给他分配了一项不同的任务……我们……坚持主张他应该为其委托人辩护, 无论该委托人是无罪还是有罪的”^⑤。

辩护律师的这种行为并未构成阻碍审判罪 (obstruction of justice)。恰恰相反, 该行为是“强加于大多数正直辩护律师的义务的一部分”, 从他们身上“我们所支持或要求的行为很多情况下与事实调查的关系甚微——假如有关系的话”^⑥。哈兰大法官也得出了同样的结论, 他写道: “为了满足其职业责

③ Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478, 84 S. Ct. 1758, 12 L. Ed. 2d 977 *passim* (1964).

④ Watts v. Indiana, 338 U. S. 49, 59, 69 S. Ct. 1347, 93 L. Ed. 1801, 1809 (1949) (单独意见)。

⑤ United States v. Wade, 388 U. S. 218, 256-57, 87 S. Ct. 1926, 18 L. Ed. 2d 1149, 1174 (1967) (不同意见), citing, *inter alia*, Freedman, *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 Mich. L. Rev. 1469 (1966).

⑥ United States v. Wade, 前注⑤, at 258, 18 L. Ed 2d at 1175.

任”，律师“不可避免地会成为查明事实的障碍”^⑦。沃伦首席大法官同样承认：当刑事辩护律师成功地阻止了政府为了诱出事实证据以侵害宪法权利的方式所作出的努力时，该律师“仅仅是履行了……良好的职业判断”以及“践行了根据他的誓言——在其能力范围内保护其委托人的权利——他所应该做的而已”^⑧。沃伦首席大法官总结道：“根据我们的宪法，通过履行这一责任，律师在刑事司法管理体制中发挥了极其重要的作用。”^⑨

很显然，这些杰出的法官并不想轻率地得出这样一个结论：一名法庭的职员（officer）有在通往事实真相的道路上设置障碍的职业责任。他们的理由再次回到了我们刑事司法制度的特殊性质以及我们政体制度的基本原理上。在我们允许政府剥夺任何一个人的生命、自由或者财产之前，我们要求政府必须正当地（duly）遵循某些程序——这些程序保障了对个人尊严予以尊重，而不去考虑这些程序对事实确定所造成的影响。

强调对抗程序有其自身的有关人类尊严的诸多根据——即便在损害真相调查的情况下，我的意思并不是反对查明真相或者暗示对抗制与真相调查无关。恰恰相反，事实真相是一种基本价值，而对抗制则是用于查明事实真相最有效率的、最为合理的诸多方法中的一种。这种制度源于这样一种假定：查明事实真相的最佳方法在于将持相反观点的双方之间的冲突呈现在公正无私的法官或者陪审团面前，并且分配给每一方这样一个任务：以尽可能全面而又有说服力的方式安排（marshalling）、提出证据。双方律师用于查明事实真相的技巧包括调查、审前证据开示、对对方证人的交互询问，以及在证据总结阶段的证据编排。这样，法官或者陪审团就获得了每一方的最强有力的

^⑦ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 514, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694, 746, 10 A.L.R. 3d 974 (1966) (不同意见)。

^⑧ *Id.* at 480, 16 L.Ed.2d at 727.

^⑨ *Id.* at 481, 16 L.Ed.2d at 727.