

第三章 咨询服务

提供法律咨询服务是一项很复杂且有挑战性的工作，除了需要继续运用会见当事人的一系列技巧外，还需要一些更专业的职业技能。因为在会见中，我们目标是收集事实和建立信任关系；在咨询中，我们仍要收集事实和建立信任关系，同时还要帮助当事人做出决定，并选择如何采取行动。所以，为了在咨询中间实现这些进一步的目标，就需要诊所学生掌握更为全面的律师技能和实践技巧。然而，有效的咨询最重要是需要建立在稳固的律师——当事人关系基础之上，这种关系便是我们所要强调的“以当事人为中心”。

第一节 咨询服务的基本原理

咨询就是律师为当事人提供法律意见，帮助当事人作出决定的活动。由于咨询服务是律师的主要业务，因此为很好的完成咨询工作，诊所学生应当认真按照咨询计划和咨询步骤组织整个咨询过程。总之，咨询服务是一方面在会见当事人之后最先开展的实质性法律工作，另一方面也是帮助当事人确定方案准备开始下一步行动（如调解、谈判、仲裁、诉讼）的重要中间环节。

一、关于咨询

“这个你认为我应该怎么做？”

“这个，如果我是你……”

你多少次陷入上面描述的谈话片段中呢？朋友们可能找你谈论男女朋友的问题，谈论工作的可能性，谈论生活安排，谈论无数其他的私人生活细节。你可能为朋友提供的建议感到骄傲自豪，即使建议最后并没有被采纳。有时候，无论建议被采纳还是拒绝，但在为他们进行咨询之后，你已经失去了这些朋友。

无论“如果我是你”是否是一种为朋友和他人进行咨询的好模式，我们都会发现作为一种法律咨询的模式，它基本不起作用。

例如：

当事人来咨询，说明情况后，问诊所学生：“这个案子能胜诉吗？”

学生回答：“我们可以来分析一下，但我们从来不保证某一个案件肯定胜诉，因为客观因素很多……”

当事人打断他：“我问了几个律师，他们都说案子肯定胜诉。难道他们不是更有经验？”

学生回答：

1. “那你找他们去吧。”

2. “他们是为了赚钱，把你的钱拿到手，输了，你能把他怎么样？”

3. “你必须相信我们，我们才能帮你。”

4. ……

这个时候，如果你是接待这位当事人的学生，你会用什么方式来回答这位当事人让他增加对诊所学生的信任感呢？

在“咨询服务”这一章，我们将看到一种非常不同的咨询模式作为替代，即“委托人中心”（Client-centered）咨询模式，它是更加有效的、更加令人满意的方法帮助委托人的咨询模式，而要了解这种咨询模式，我们需要先认识法律咨询服务的概念和特点。

咨询是律师业务的重要组成部分。有人说：“咨询是律师为当事人服务的核心内容”，¹正如调查所显示的：“律师将绝大部分的时间用于被他们称为‘咨询’的工作上”。²另外，根据《辞海》中的解释：咨，即“商量”；询，即“请教，询问”。可见，咨询包括商量、讨论、解释、分析、权衡利弊，直至做出决定的活动，是一种双向的、互动的、参与式的交流活动。关于法律咨询服务的特点有以下几个方面：

首先，咨询建立在会谈基础上并为委托人提供决策建议。通过前文“会见当事人”一章的介绍，我们发现会谈和咨询服务之间基本没有什么明确区别。在会谈中，我们收集事实资料，建立和谐融洽的关系，鼓励委托人信心的确立，并建立一种律师与委托人的关系。在咨询中，我们要继续从事这些工作。我们重复的任务有继续收集事实资料，建立和谐融洽的关系，鼓励委托人信心的确立，并继续建立一种律师与委托人的关系。但咨询在这一过程中增加了额外的“作为”这一阶段。在咨询中，我们帮助委托人提出决策建议，并不会忘记咨询服务中想要实现的结果——委托人的决策。

其二，咨询的最终决策人是当事人，不是律师。关于当事人与律师在咨询中的角色定位，美国学界一直有两种观点，一种是传统服务型关系，称为“律师中心主义”（Lawyer-centered），认为律师在会见、咨询、诉讼等法律服务的过程中处于主宰和决策地位，聘请律师意味着一切由律师全权处理。当事人处于辅助地位，当事人负责提供信息，律师负责通知当事人什么时候应该做什么和怎么做。传统服务型观点认为是律师职业的特殊性决定律师的绝对权威地位。另一种是现代合作型关系，称为“当事人中心主义”，³与传统服务型观点相反，现代合作型的观点认为只有当事人自己知道他想要什么、怎么做，律师的任务是在当事人做出决定的过程中提供法律帮助和建议，必要时还可以普及法律知识和教育，最终的决定应当是要符合当事人的意愿的，即当事人是决策者、律师是辅助者。由于诊所中学生缺乏实践经验，在多数法律诊所和诊所教材中，诊所教师主张学生与当事人建立“参与、互动、合作型关系”，

¹ Paul Brest, *The Responsibility of Law School: Educating Lawyers as Counselors and Problem Solvers*, (Issue 3&4) 58 L. & Contemp. Probs. 5, 8 (Summer /Autumn 1995).

² Thomas L. Shaffer & James R. Elkins, *Legal Interviewing and Counseling in a Nutshell*, West Publishing Corporation; 3rd edition (January 1998), P.7.

³ Robert M. Bastress & Joseph D. Harbaugh, *Interviewing, Counseling and Negotiating: Skills for Effective Representation*, Aspen Publishers (June 1, 1990), P.230.

即“以当事人为中心”的现代合作型关系。

其三，咨询不仅包括解决法律纠纷，还包括处理法律事务（ Transactional Planning ）。当事人需要咨询的事项可能处于法律纠纷或法律冲突之中，也可能不存在冲突或纠纷，而是为了处理法律事务，听取法律意见或建议，如咨询新公司成立的程序和条件、咨询税款的数额和纳税方式、咨询合同中违约条款的拟定、咨询申请破产程序等等。随着社会进步和法制健全，市场经济的日趋成熟，越来越多的律师介入到商务活动中，咨询为追求高效安全的工作和生活秩序带来了便利。

最后，咨询是一种独立的律师技能，有它自身独特的规则和技巧。

二、咨询的种类

当事人通过咨询寻求帮助的方式多种多样，包括电话咨询（如服务热线）、来信咨询、来访咨询、在线咨询。受沟通方式的限制，内容简单、事实清楚的事项适用于电话、来信、在线咨询。咨询的内容也比较狭窄，仅限于提供、解释法律法规的规定、解释一些法定程序、提示注意事项、告知当事人寻求救济的途径，而不能提供特定的、具体的处理意见。在本文中所述的咨询，是指正式的来访咨询。

三、咨询的计划

案例：

解放前，余A（女）婚后无子，先后领养石B（女）、余C（男）二人。1947年，石B与陈D结婚，婚后随夫去广西。1951年4月，余A用50万元（相当于人民币50元）购买城关东门营房口刘某某旧房三间，因有“立男不立女”之说，契约上写明房主余C。1950年，余C参军，后调到中国人民解放军某军工作，再未与其养母共同生活。1955年，石B与陈D到余家落户与养母旧房作价128.50元，新房作价561.60元，搬迁补助按核定人口三人计算，每人补115元，共补345元，差额88.10元由陈D还清。由于原户口名为余C，第1110号住房迁城凭证存根先写明实际缴费人“陈D”，后改为“余C”，石B夫妻未予理会。1989年，该县人民政府对全城私房普查登记，因石B已去世，地产管理所为其确权，要求确认石堰头169号房屋归其个人所有。县房地产管理所在未查明全部事实的情况下，仅凭1991年购房契约，1963年迁城住房凭证存根等证明，于1994年9月7日向余C颁发了英政房字第004273号《房屋所有权证》，认定石堰头169号房屋归余C一人所有。现陈D与其女陈E欲主张其合法继承权。

在接见代理人与陈氏父女前，要进行些什么准备工作呢？什么证据需要收集？如何填好会见笔录、案件信息表，如何考虑解决方案，备选方案呢？

好的咨询计划以有效准备为开端，经过详细周密的考虑，制定咨询计划是成功咨询的第一步。咨询计划中应当包含的内容有：

1. 进行事实调查，研究相关法律

如果说会见的主要目的是收集信息为决定做准备，咨询的主要目的则是运用信息作出决定。咨询技巧要求诊所学生在咨询之前尽可能多地掌握事实资料，并结合已知的资料寻找相应的法律依据。咨询阶段很难和会见截然分开——

在咨询准备过程中常常会出现新的疑问，发现新的线索，为了澄清事实需要再次回到会见、事实调查与法律研究等收集信息的阶段。全面掌握事实资料，熟悉相关的法律规定，明确特定事实与法律规定之间的关系，是咨询的第一项准备工作。

2. 列出需要决定的事项

当事人咨询的主要目的是什么？哪些事情需要咨询？哪些内容需要做决定？只有明确即将面对的问题，才能做到准备充分。

3. 综合整理信息资料

翻阅、整理所有的案件材料，包括事实调查的资料、法律条文的检索结果和研究资料、所有案件有关的记录中的法律或非法律的细节等。当事人也许在咨询律师之前已经有了一些想法，比如一位供货商对诊所学生说：“我要告市政府行为不作为。”学生经了解得知，供货商与工程开发商签订供应合同后，购买了大量的建筑材料运往工地，开发商却因故迟迟不开工。按合同约定，货款在开工后交付。因没有开工，供货商无法按时取得货款，建筑材料长期在工地堆放，已经生锈。供货商希望通过状告市政府，敦促开发商尽快破土动工，以便早日得到货款。当事人的目的是要回货款，明确这一点之后，学生不仅要帮助当事人分析“行政不作为”的请求是否成立，还要考虑用什么样的方式能够实现当事人的最终目的。

4. 制定备选方案，注明利弊得失

学生应准备若干可供当事人选择的方案，并注明每一种方案的利弊得失，以确保当事人在衡量不结果同方案时对各种因素予以充分考虑。学生应当注明哪些结果是必然的、哪些是预测的、哪些结果有待于进一步调查，以及哪些结果取决于什么样的行动步骤。

5. 设计咨询进程

咨询从何入手？是先讨论事实部分，而后解释每一部分事实的相关法律规定？还是先解释相关的法律，然后运用法律分析事实？或者是根据备选方案表，和当事人一起逐项衡量利弊？如果发现了新的事实怎么办？是否还需要进一步的调查？是主动解释、组织讨论，还是等待当事人的询问、引导讨论？咨询中，学生应明确咨询需要解决的重点、难点问题，并适时调整咨询进程设计。

6. 咨询所做的其他准备——如表格、图示等

咨询之前，准备若干信息表、备选方案表，可以使案件资料一目了然（如下表1、表2）。

表1：案件信息表

序号	时间	信息	来源	证据	备注
1	2009-11-27	当事人赵某住院治疗	2009年11月29人日会见记录	病历、住院通知书	
2	2009-11-30	法医鉴定	当事人提供	鉴定书	对方当事人提出异议
3

表2：备选方案

序号	方案	利	弊	实现条件	成功率	当事人意见
----	----	---	---	------	-----	-------

1	调解	省时、省事、省诉讼费、有利执行、尽快得到赔偿	在赔偿费用上让步，对方可能推脱，赖账，认为当事人软弱可欺	能找到对方，对方同意	50%	认为希望不大
2	诉讼	法律程序保障、请求全额赔偿、给当事人出气	费时、费事、诉讼成本、执行可能出现的问题	补偿损害证据、请某某出庭作证	50%	倾向于诉讼

7. 为促进信任关系做准备

诊所学生是否能在合法限度内为实现当事人的利益而努力，是否为案件尽职尽责，在咨询阶段将得到充分体现。学生在此阶段应当充分把握，促进与当事人之间信任关系的建立。例如，我们可以通过破冰会谈的方法来达到这种效果。

破冰会谈，通常就是一种小型的，在比较轻松和缓的氛围中与委托人以聊天方式进行互动的会谈。你可能至少有几天没有和自己的委托人见面了，这时重新建立与委托人之间的联系，加强委托人对你的信任是很重要的，一个小型的会谈可以帮助焦虑不安的委托人放松下来，我们根据委托人当时的心情来适时抚慰他们的情绪，这里的技巧可以会见一章中提到的方法。此外，我们要适时掌握会谈节拍，一个失败的例子就是一个实习律师为了装作很有经验，会在他们的委托人面前不停地长篇大论。甚至在委托人对他们的装模作样不感兴趣或态度消极时他们仍然滔滔不绝。正确的做法应该是，如果律师想让委托人发挥有效作用，就要给予委托人充分的话语主动权，摆正委托人的主角地位。有效的破冰会谈可以形成一种会谈节奏，转而进行选择方案的表述和讨论并选择方案，由此增强委托人在会谈中的作用。

四、咨询的步骤

案例：

当初于某和牟某结婚时，牟某的女儿们都非常支持这桩婚事，表示只要于某好好照顾她们的父亲，待父亲百年之后，父亲的房子就归于某。牟某也同意了。于某想，照顾牟某十几年，不愁吃喝，得到一处房子，就算是为儿子攒下家产，再说牟某人也不错。没想到伺候了他这几年，到头来他却要把他儿子接来，还扬言：“你可以住我的房子，但你儿子没权住我的房子。想为你的儿子要房子，休想！房子早晚是我儿子的！”牟某工资卡存有4、5万块钱，都是结婚后攒的。但牟某从来没告诉过她密码，还说：“这钱与你无关，是我的工资。”

房子上的名字是牟某的，房改政策下来后，房子还需要补交3000元，于某想反正将来房子是自己的，就从兑食杂店得来的钱中取了3000元交了。剩下的7000多元，零零散散补贴了家用。

房产证还没下来，据说年底所有的证件都能办下来。她听人说，他们的房子市场价至少值15万元。

有个邻居给她出主意，让她现在哄着牟某给她买首饰，因为离婚后首饰归女方。她担心万一将来首饰给她，却作价算钱，她不如要钱了。她要那么多首饰干什么？

在这个案件中，如何进行咨询的流程呢？

在会见当事人中，我们讨论了一系列的阶段，这些阶段是设计好以达到会见过程中的多种目标。通常咨询也是按阶段进行的，虽然相对会见而言，咨询各个阶段的顺序并不重要，但咨询程序却必须有序的进行。首先便是要信息更新(Update)，因为正式咨询之前，律师常常询问当事人：案件是否有了新的进展？本方或对方是否有新的想法、表现或行动？案情是否有转机或恶化？当事人是否要补充说明一些内容？所以，咨询之前及时更新信息，可以保障咨询的高效并使之切合实际。

而正式咨询的步骤，则可以分为：识别目标；评估可用于实现目标的现有资料；确定若干解决方案；评估每一种方案的利弊、成本、风险、成功率等；选定最佳方案；依决定开始行动等六个步骤。⁴

1. 识别目标

倘若当事人能准确清楚地陈述案件事实且表达他们的愿望，诊所学生的目标和当事人的目标就应当是一致的。然而，当事人是否准确地表达了愿望，当事人的思路和行为是否符合他们的愿望，实现愿望是否能真正达到当事人期望达到的目标，这一点需要学生识别。识别当事人的目标是会见阶段的重要任务，咨询阶段应当特别注意当事人目标的变化。

首先，当事人的目标有可能发生变化。会见后，经过一段时间的冷静思考，或者案情有了转变，都有可能让当事人改变初衷。如离婚案件的当事人，起初坚决不同意离婚，以“不离婚”为目的，而后转变为同意离婚，但要求分得较高的财产份额。

其次，当事人的情绪可能发生变化。陷入矛盾冲突中的当事人，情绪波动较大，外界影响和内心顾虑都会激化情绪。比如有的当事人逐渐变得愤怒，无法自控，非要将对方告上法庭不可，并声称“不惜一切代价”。也许他并不清楚代价究竟有多大，也无法平静下来衡量“诉讼方式解决”与“非诉讼方式解决”冲突的利弊。此时，代理人帮助当事人分析和识别目标的工作就显得异常重要了。

不要期待当事人一语道破其目的，要力争从当事人的言语间揣摩其真实意图，提炼并表达出来，再经当事人确认。目的有主要目的也有次要目的，有最后需要达到的目的和过程中各个步骤想实现的目的。识别确认当事人的目的，是进行正式咨询的首要工作。

2. 评估可用于实现目标的现有资料

⁴ Stefan H. Krieger & Richard K. Neumann, *Essential Lawyering Skills: Interviewing, Counseling, Negotiation, and Persuasive Fact Analysis*, (3d ed. Aspen L. & Bus. 2007), P.33.

在明确了当事人欲达到的目标后，我们开始对现有资料做出大致的判断，包括现有的资料是否足以实现当事人的目标，如何运用这些资料，掌握的手头资料的证明力如何，这些资料之间是否存在并列、依托或矛盾等关系，这些关系对于现有资料的证明力是否存在影响等等。

我们发现在对案件事实和相关法律进行分析以后，根本不可能实现当事人的目标是，此时应该怎么办？比如当事人希望通过诉讼途径解决，但诉讼时效已过。如果我们一口回绝，此路不通，表示遗憾，这是一种方法。但是，设身处地为受到打击较大的当事人着想，我们应采用和缓的方法来安慰他们是必要的。

方法一：三思而行。先不要急着表态，特别是刚刚进行过会见，得知当事人的愿望不可能实现时。我们与当事人进行交流时先对当事人的情况表示理解，给自己一段思考的时间，想想看是不是当事人所有的目的都无法达到，还是主要目的无法达到，次要目的有希望。只要有希望，就应当将它找出来，告诉当事人。同时，利用思考的时间将当事人无法达到目的的理由整理、归纳一下，以谨慎、严密、具有逻辑性和说服力的方式表达出来。

方法二：解释理由。在做出否定结论之前，耐心、细致、详实的解释原因、理由，分析整个案情。让当事人感觉到否定性的结论是经过深思熟虑的，让当事人明白无误地知道被回绝的理由。

方法三：对当事人倾注同情。回绝当事人的请求后，我们心里也会对当事人感到歉意，应以同情的心态关注当事人的反应。当事人无法达到目的是由各种各样的原因造成的，包括来自社会的、经济的、法律的、文化的、习俗的等各方面的局限，而其本身不一定有错误。关注当事人的反应，对失望、沮丧、不满、愤怒的情绪给予理解和同情，这样可以缓解当事人的情绪。但切忌因为当事人情绪激动而改口，那样可能会使当事人迁怒于代理人，适得其反。

方法四：提出建设性意见。即便无法达到目的，诊所学生还是可以从当事人目前的状况出发，真诚地提出一些建设性的意见：当事人以后怎样做更有利？如何维护自身利益？应当注意哪些问题？在什么情况出现时，当事人的目的还有望解决？

3. 确定若干解决方案（与当事人沟通的技巧，解释讨论方案过程考虑的问题）

优秀的律师应当尽可能为当事人提供多种备选方案，律师凭借其坚实的法律功底和丰富的实践经验能够做的，诊所的学生通过和同学之间互动式的学习和交流，通过教师的指导，开动脑筋，积极思考，同样可以做到。

一旦我们完成了备选方案分类后，我们需要决定如何向我们的委托人表述我们可供选择的方案。需要确定处理委托人目标一方面或多方面的因素。需要考虑备选方案中的法律因素和非法律因素。法律因素是指影响或决定特定案件成败的实体法和程序法的规定；非法律因素是指与案件相关的来自社会的、家庭的、经济的、政策的、文化的、习俗的、心理的、身体的等各方面的影响。毫无疑问，当事人对法律因素的考虑会更加依赖于诊所学生，但学生绝对不应忽略对当事人提供的非法律因素的考虑。实践中，学生常常需要根据案件的非法律因素改变办案策略。我们需要确定每个可行方案的积极和消极的后果。我们也需要评估其成功的可能性。

如何开始与当事人讨论？先询问当事人能想到的方案，或者询问当事人的下一步计划，等当事人说完后再展示已经做好的方案表？还是先展示自己的方案，边解释边讨论？前一种方法的益处是，充分给当事人自主陈述的权利，但也可能引起当事人的不快——既然你已经准备好，为什么不先拿出来，却要我先说？后一种方法的益处是比较自然，表现坦诚，但要承担当事人出乎意料的风险。我们比较推荐后一种方法，这种推荐讨论过程如下：

（1）解释方案名称的含义。例如解释什么是“仲裁”？仲裁机构是什么？哪些人组成仲裁庭？仲裁与调解、诉讼有何区别？仲裁的法律效力如何——是否必须执行仲裁文书？不执行会怎样？不服仲裁结果是否还可以诉讼？当事人存在个体差异，对于不同的当事人，学生需给予不同详细程度的解释，旨在使当事人明确他们所要讨论的方案的确切含义。解释时，尽可能避免使用法言法语——介绍的目的在于让当事人听懂，而不是和同学或老师进行学术讨论。

（2）解释具体方案与当事人目的之间的关系。包括内容可以是：为什么我们会提供这样

的方案，它们与您想要实现的目的有什么关系，怎样用这套方案来实现您的目的；在这个方案中哪些目标是一定可以实现的，哪些有可能实现，哪些又不可能实现；这个方案可以达到你目标的成功率有多大，成功会怎样，不成功又会有什么后果，如何权衡利弊等等。

(3)解释各个方案之间的关系。比如说，我们提供的这些方案之间是否有关，法律上是否有先后次序，是法定必经程序，还是选择性程序，先后次序与成本之间的关系是怎样的，是循序渐进，还是一步到位，各自有何利弊等等。

(4)询问当事人，是否有自己的打算或其他方案，与其一起讨论其是否更好，提出可行性分析。

我们可以在咨询会议之前草拟下面这种只有选项的表格：

选项	利益	缺点	成功可能性	委托人反应
1				
2				
3				

在咨询会议中，当我们讨论每个选择方案时，我们可以和委托人一起填写表示委托人对这个选择反应的“√”或者“X”或者“？”来完成这个表格。我们的委托人也可以保存一份这个完成的表格的副本，并作为一种方法来保存方案选择的记录并计划以后步骤。完整的“委托人反应”记录也强调了委托人在咨询程序的中心地位。

4. 评估方案，包括每一种方案的利弊、成本、风险、成功率等

评估方案时，当事人通常不会逐一讨论所有的选择方案，而是明显趋向于某一种或两种方案，与学生着重讨论这一、二种选择。学生应当提醒当事人各个方案之前的关系，不要将方案孤立地看待。如方案之间可能存在首选、次选、或主要方案、替代或备用方案的关系，前一种方案的实施状况是否影响后一种方案的实行。同时，应当确保当事人明确其他方案的价值，在讨论中提示那些被当事人忽视的方案的益处。

与分析方案阶段不同，确定方案方案的目的是明确要讨论的数项方案。为了分析，首先要确定；为了确定，首先要想当事人解释清楚方案的含义；这时的讨论是宽泛无针对性的。

下面是学生与当事人单某的一段谈话，单某因向记者反映所在公司的管理问题，被停发工资已有两个月。

学：你认为我们可以先去单位找领导谈一谈吗？

单：是。我不想打官司，太长时间，受不了。

学：你的案件不能直接起诉，必须要先申请劳动仲裁，不服仲裁再起诉。直接起诉法院不受理。

单：是吧？那我更拖不起。我的儿子要高考了，等着钱用呢。

学：协调解决能成功的话的确省时间，只是不像仲裁、诉讼那样有程序保障。你觉得你们领导会有什么反应？

单：我们领导爱面子，不然他们也不会这么恼火。他们也不愿意参加仲裁、诉讼，要是愿意私下了结，我就能马上拿到钱。

学：有道理……想很快拿到工资，到法院诉讼的话可以申请先予执行。如果法官同意，你不用等到判决就能拿到工资，但是还是得先仲裁。当然了，先和领导谈谈是个办法，省时又省钱。

单：噢。说实话，我也不想和领导翻脸，以后不好相处。

学：你说“翻脸”是指哪些方式？

单：除了找领导私下谈的以外，都是“翻脸”。

学：我理解。不管是从经济的角度，从领导的角度，还是从今后长远关系的角度，调解解决都是有利的。但是，你觉得会不会有什么反作用？比如领导认为你害怕了？以后会不会有同样的事再发生？我这完全是猜测。

单：我也说不准……也许……那怎么办呢？

学：我们看看：以什么样的态度和领导谈比较好？既要缓和关系，又要预防他们今后给你“小鞋穿”。还有，你想过吗，如果调解不成怎么办？

……

这是一段“以当事人为中心”的谈话，运用了咨询常见的“T型管”模式。⁵其间，有对法律规定的解释，也有对非法律因素的考虑，有对不同救济途径的利弊比较，也有对特定途径的分析；有对本方当事人目标的识别认同，也有对对方目标的合理预测。学生理解、认可、总结了当事人的顾虑、目的，同时，力争说明被当事人忽视的选择，提示当事人没想到的因素。

在介绍方案时我们应注意三个方面的问题：

首先，分析方案时要尽量做到周密、全面、完整。每种方案都应当是一个完整的计划，而不仅限于某个环节、某个阶段。如果无法明确以后发生的事，应当力求合理的预测，并针对预测做出准备。我国诊所的教师们曾经讨论过一个案件：当事人找到诊所学生，反映说他因亲戚触犯刑法，聘请了一个职业律师。现在律师向当事人索取超出代理费许多倍的“疏通关系”费，声称是主审法官提出的。律师向该当事人保证：拿钱就能减轻处罚。当事人询问诊所学生应当怎么办。诊所学生给他的咨询意见是：下次和律师说话时，将他索取高额费用的话录下来。当事人听从学生的建议，几天后将录有律师催交关系费的磁带交到诊所学生手中。诊所学生一时手足无措，不知如何处置。我们在此不讨论律师的问题，单看学生的咨询意见，不难发现：学生在给出建议的时候，没有明确的目标、没有分析后果、缺乏对事态的通盘考虑。为什么要

⁵ David A. Binder etc., *Lawyers as Counselors: A Client-Centered Approach*, West Group 2 edition (February 2004), P.288.

录音？录音后怎么办？怎么处置磁带？怎么对待那位律师？当事人亲戚的案子怎么办？由于对上述事项缺乏应有的思考，诊所学生陷入被动局面。

其次，分析方案时要有弹性。鉴于导致最终结果的种种不特定因素的存在，在分析方案时既要敢于大胆想象，大胆预测，又要留有余地，预防不测，给选择的方案留有弹性空间。

最后，对于当事人特别不想发生的事情，在分析方案时应给予特别关注。如在前面案件中，当事人的目的非常明显——

尽快拿到钱。同时，当事人不想与领导“翻脸”，也不想把关系“搞僵”。诊所学生在围绕着“尽快拿到钱”这个目的制定行动计划，以及在以后的谈判过程中，都不能忘记当事人的顾虑。如果行动有可能产生负面影响（与当事人的领导发生冲突），应提前告知当事人，或实现征求当事人的意见。

5. 选定最佳方案

做出决定的过程，如同液体从一个T型管中流出。上述针对单某案件的咨询从一个开放的角度——谈判、仲裁、诉讼、逐渐缩小选择的范围，再深入到特定问题——

对于如何谈判的研究，就是选定方案的过程。如果说确定方案是一种横向的讨论，做出决定则是一个纵向讨论的过程。

当事人的选择同样应当是开放性的，不一定仅限于一种方案，事实上，当事人在评估时只要重点考虑一、两种方案，就基本做出了选择。学生接下来的任务是：

（1）反复比对选中的方案，详细回答有关选择的方案的相关的法律规定，进一步评价利弊、成本、成功率等因素。

（2）完善选择的方案，不仅尽可能多地考虑与其相关的因素，还应考虑方案实施过程中可能出现的新情况，如何应对以及如何和其他的环节配合和衔接。预测最好的、较好的、一般可接受的、较差的和最坏的结果。

（3）制定工作计划。向当事人说明，根据当事人的决定，学生下面就要开始做哪些工作，进行大致的时间安排，需要当事人哪些方面的配合等等。

当事人咨询完后，最好让他尽快确定做出选择哪种方案的决定，如果当事人需要考虑，可以允许在一定时间内作出答复，也许在一定期限内当事人可以冷静思考，或者会出现新情况发生。但这是一种被动的方式，它会造成久拖不决，影响诊所学生的办事效率、降低了咨询的及时有效性、抑制了解决问题的速度，还可能影响学生与当事人之间的关系。

实践中的案件在教材书中的案例有一个严密完美的结局，因为现实中的情况太复杂。即使和学生反复讨论、权衡，很多当事人仍然不敢做决定，一定要学生为其做决定。诊所学生可能会遇到这样两种情形：

第一，当事人要求律师明确表态。就像患者询问医生：“如果你是我，你做不做这个手术？”那样，当事人询问诊所学生：“如果你是我，你怎么办？”当事人认为学生应当给他一个建议，而经过会见和咨询讨论阶段的学生基于对案件较为全面的了解，应当有所建议。这时学生可以从两个方面回答：（1）将当事人的利益和目的作为出发点。根据对当事人目的、利益的了解，从实现这些目的和利益的角度，提出解决问题的可行性建议。（2）将学生个人的判断作为出发点，就像当事人要求的那样——

“如果你是我，你怎么办”，告诉当事人学生自己的选择。学生的价值取向、思维方式、处事方式不可能与当事人完全相同，但这样的建议同样有价值。学生在解释自己的选择时，同时解释了选择的理由，当事人得以同样的方法分析自己的境况，得出适合个人的结论，同时也使当事人习惯于独立的思考，摆脱对代理人的过度依赖。

第二，放弃决策权力，帮助委托人做决策。很多诊所学生（以及律师）经历的咨询中最困难的问题之一就是这种，尽管诊所学生、实习律师尽心竭力工作，而委托人却坚持错误选择方案的状况。即使在支持委托人中心模式下表达我们提供的建议有时候也发现自己容易陷入如下面这样对话的情形中：

学生：好的。我已经和你一起回顾了各种可行的选择方案。关于它们中的任何一个你有什么问题吗？

委托人：没有。我想我很清楚这些选择内容了。

学生：那么，请问你想选择哪一个方案呢？

委托人：我想实施第三个选择方案。它好像是对我最有利的。

学生：（脸上一副失望和挫败的表情）这样啊，很显然我还没有很好地把这些选择方案展现给你。让我再来一次。

然后这一过程不断重复直到委托人“做出正确的选择”。

为什么将决策权力留给我们的委托人这么困难呢？当然有很多原因。我们对委托人有一种巨大的责任感，特别是我们在法律诊所中接待的第一位委托人。因此我们只愿意让委托人选择最好的结果，我们也不放心自己是否履行了律师职责。与直觉几乎相反，我们希望更多的控制这个案子，来回应这种不安全感。所有的这种因素导致了不愿将决策权力留给委托人。

我们要牢记在“委托人中心”的咨询中，是委托人而不是律师来做出决策。

即使道德准则只要求委托人做出有关程序目标，道德准则授权律师决定采取何种方法来实现目标（在与委托人进行磋商之后）的决策，当事人很可能明明知道希望渺茫，但为了那一线希望，仍然愿意冒险，情愿付出代价；或者当事人处于对对方的深刻了解，认为在别人那里无法发生的奇迹很有可能在对方身上发生，愿意付出代价尝试；或者当事人为了避免冒险，以防万一，愿意主动放弃一部分权利。以上的种种情况下，我们都应当尊重当事人的意愿。

6. 依决定开始行动

一旦选定方案，应全力投入下一步的行动计划之中。诊所学生在学习实践过程中，面对某一种特点局面，通常的思维模式是：识别、预测、策划。识别是对特定局面的了解，是一切行动的基础和依据；预测是运用专业知识与社会经验，推测出事情的发展方向 and 结果；策划是制定行动计划，用行动来影响或控制事态的发展。这个过程是一个积极、能动的过程。

总之，上述六个步骤就是咨询阶段过程的各个表现，诊所学生清楚这些环节后，在实践中结合职业技巧就可以操作自如了。

第二节 法律咨询的实践技巧

诊所学生在进行法律咨询服务时需要注意使用语言技巧，学会说与不说的艺术，同时实践中的一系列工作技巧也必须很好掌握。毫无疑问，咨询中会碰到许多意想不到的棘手问题，特别是诊所学生如何将“坏消息”告诉当事人，以及如何帮助当事人作出“正确”决定并采取行动。此外，法律咨询中诊所学生还需要培养良好的法律职业道德。

一、咨询时的语言技巧——学会说与不说的艺术

在诊所接待当事人咨询时，我们会经常被学生奇怪的发问技巧百思不得其解，他们常常在需要直接口头回复时保持缄默，而在该沉默时却滔滔不绝。例如，在最初的会见中，大多数法律诊所的学生，不能做到对案件有争议的事实细节部分进行彻底调查，而仅是在当事人因情绪状况而停顿时，焦急地对当事人喋喋不休，从而使当事人不得不痛苦地在回忆其经历是暂停或保持缄默。同样，在谈判中，有的学生面临着有经验而且自信的对手，会变得没词儿，因害怕

而呆若木鸡。

良好的交流能力在律师工作的几乎所有方面都显得非常关键。律师的大多数工作都是与人打交道的——

听取当事人意见，与当事人建立和谐的关系，为当事人处理事务，说服法官或者反对者，如此等等。成功律师的要诀就在于掌握了交流的技巧，例如怎样听，怎样说服他人，怎样满足当事人、法官、反对者在情绪和心理上的需要。事实上，他们非常职业地对待所有的人。⁶

掌握好语言交流需要在日常生活中多下功夫，职业化的法律咨询在实践中反复锻炼摸索可以找到适合个人独特的语言风格。这里我们想着重强调的是如何学会运用沉默这一技巧。沉默如同讲话一样，在交流过程中起着关键作用。它不仅构成了交流的方式，而且还有自己的意义。理解沉默的各种功能在律师实务中使非常有用的，它是与当事人、对方、法官或其他决策者打交道的基本技巧之一。下面加以论述。

在与当事人最初的会见中，一个律师有很多目标：（1）建立律师——当事人之间的关系；（2）确定当事人的目标；（3）从当事人那里了解到尽可能多的关于事实的信息；（4）减少当事人不现实的忧虑。⁷ 律师是否能够实现这些目标很大程度取决于他的交流能力，他应该使当事人觉得舒服，鼓励当事人自由地交流，排除交流中的权利、文化、心理、社会等障碍，⁸ 他使用沉默或以沉默回应当事人的能力是这些技巧中最基本的要点。

（一）对当事人停顿或犹豫的回应

停顿或者犹豫事实上对发言者表达信息很有帮助，它们可以帮助他更加清楚自己在说什么；它们可以鼓励他探究自己的思想和感情；它们还可以帮助他调整自己的言语。在很多会见场合，尤其是开始阶段，当事人的沉默和犹豫可以给他时间以更加适应环境和探究自己的感情。如果他对他必须解决法律问题这个事实感到不安，这些沉默可以帮助他明白不能逃避目前的局面。如果他对于某些事件的记忆没有把握，停顿和犹豫可以帮助他澄清自己的记忆。

然而，要有效地利用停顿，一个律师必须克服那种沉默就代表着交流失败的普遍观念。说话者感到压力并担心如果讲话不能继续，会被视为表达能力不够。聆听者也感到着急，不确定说话者想要说些什么也没有耐心去听他的想法和感受。在压力之下，说话者可能不能充分整理自己的思绪和感受，从而不能传达出她所有的信息；聆听者没有耐心去听更多的信息，则可能自己说话来填补沉默。

事实上，这种现象经常出现在当事人和律师的交谈中。律师认为交谈应该连贯地开展下去，任何难以沟通的情况下都不能很好的反映他们自己的技巧。他们倾向于用自己的词语去填补停顿和犹豫，用连续的提问去回应这些停顿，从而影响了当事人思考其自身的想法和感受的能力，甚至代替当事人讲述真实的意思表示。最后，他们使当事人没有主见，依赖于律师对这件案件的观点去思考。这种方式会阻碍律师与当事人之间和睦关系的发展。

要补救这个问题，律师需要去克服他们对说话中的停顿和迟疑的不适应，以及他们想加快谈话进程的欲望。尤其是在会见的开始，一个律师需要对他与当事人之间可能出现的障碍相当敏感，并且要将停顿和迟疑视为当事人保证其自身放松的机会，而不是视为谈话进展的失败。律师应该避免用重复性、查问性、封闭性的问题填补这项空缺或者用这些问题去表达当事人的想法。相反的，律师应该采取沉默、用非口头的表达方式（例如点头或向前倾），或者以鼓励的语词（如“是吗”、“啊，对”、“没关系，不急”）去允许当事人继续发言。

⁶ Gary S. Goodpaster, *The Human Arts of Lawyering: In interviewing and Counseling*, 27 J. Legal Educ. 5 (1975).

⁷ Lesley Fallowfield, *Giving Sad and Bad News*, *The Lancet* 1993; 341: 476-478

⁸ Gay Gellhorn, *Law and Language: An Empirically Based Model for the Opening Moments of Client Interviews*, 4 *Clinical L. Rev.* (1998).

例如：

王红在广东东莞的一家工厂打工，去年不幸由于工伤住院，工厂负责人只支付了前期2000元的医疗费后再无联系，王红迫于无奈，希望继续追讨。这时她来到法律诊所咨询。

王红：像上个星期四，我周四、周五、周六都哭过，一想到身上的病和孩子的学费，我都没有活下去的勇气了。

学生（身子前倾，拍拍王红）：你别着急，我们可以帮助你向工厂索赔工伤损失费。厂里在6月份付给你2000元住院费后还有些什么补偿吗？

王红：没有，我老公跑到厂里去讨时，他们……

学生：没关系，你接着说，这样我们才会保护找到充分的证据来指正他们。

王红：他们威胁我老公如果再要钱，连俺老公下半年的工资也不发了。

学生：你老公工作上班的记录有吗？

王红（着急）：要记录的啊？那可怎么办？

学生：别着急，你慢慢想想。

王红（沉默）：嗯……

学生：没关系，其他的证据，如工资单记录或者有吗？

王红：对了！我们上班打卡的，上面有上班时间记录算吗？

学生：啊，这就对了！还有其他的吗？

……

作为对停顿和迟疑的回应，甚至“积极地倾听”也会阻扰当事人的思考。积极地倾听是“获取当事人信息，并以能反映你所听内容的陈述加以反馈的过程。”这一技术向当事人表明律师明白他在说什么。然而，当一个当事人在陈述时停顿或者迟疑时，她正在送出的信息是不明确的。因此，任何试图向当事人回应的做法都充满了误解当事人意思的危险。尤其是在会见开始的时期，如果阻扰当事人对思绪和感受的完整表达是危险的。

（二）利用沉默促进信息的收集

在大多数的谈话中，即使当事人被鼓励去表达整个案情后，空缺仍然会存在于关键的问题中。当事人可能会没有迟疑和停顿，但是却在空谈而没有进一步的信息，律师就会面临一个获取必要信息的障碍。

例如：

一名律师问受家庭暴力而迫切希望离婚的妇女相关情况。

律师：丈夫经常打你吗？

妇女：是的。

律师：什么情况下？

妇女：他心情不好就打，特别是喝醉了打的更凶。

律师：你为什么不向区里妇联反映？

妇女（沉默）

律师：那你只想离婚吗？

妇女：（沉默）

律师：你丈夫的意见呢？

妇女：他不愿意。

律师：这一年来他打过你几次？

妇女：这么多次我不记得了。

.....

当事人坚定地说：“我不记多少次了！”又或者夹杂地传达一些关于他们想如何的信息。一方面，当事人可能不惜任何代价要开庭，而不顾还有许多要深入调查的问题；另一方面，她可能只想“忘记整件事情”；或者当事人在那时还不确定是否要请这位律师：“我不能肯定现在我是否要打这个官司，所以，可能要请一个律师还为时过早。”

作为对这样不确定答复的回应，沉默实际上能促进更多的思考，以及对这些问题和相似问题的进一步探讨。当面对一个这样的当事人，他不记得关键事实，不能确定一系列活动，或者不能决定是否签订律师聘用协议，律师们倾向于询问更多的问题；试图阐明各关键点，或者更进一步调查。尽管这些技巧时常会很有用，但是太多的话语实际上会分散当事人的精力，会阻碍当事人得出自己的结论，也会使当事人失去自由表达他们的想法和感受的自信心。

要有效地利用沉默去促进当事人思考和做决定，律师必须对沉默的情况有清楚的了解。心理咨询的研究表明，沉默所具有的促进当事人思考的“治疗”作用，在最初阶段结束后的“工作”阶段是最有帮助作用的。除非病人得知医生正在解决的问题，否则沉默可能就是阻碍。一些评论家建议咨询者用例如“如果你现在不能谈论，那么你可以保持沉默，直到你可以谈论时。”这样的话来减缓关于沉默的焦虑。⁹

在法律实践中运用这些技巧，律师应当让当事人知道正在寻找的是什么信息；什么工作当事人必须去做，或者什么具体的问题要决定。他也应该给当事人一个信息，告诉他可以花费一些时间思考和做决定。如果可能，谈话可以因为该目的而暂时停止。

咨询时要明白，沉默作为防止当事人焦虑并促进思考的工具的作用。如果当事人不明白律师的沉默是有目的的或者顾客觉得那次沉默太久了，他会觉得尴尬，并且不确定这律师是否糊涂了、是否在乎他的问题，或者律师是否同意他所说的。关于咨询的一些文献有许多关于沉默的适当时间长短的建议：3至6秒，最多15秒，或者占一个20分钟的谈话的4%至20%。但是通常认为适当的沉默时间应取决于具体情况，包括问题涉及的复杂性、当事人感觉放松的程度、当事人成功地记起信息或作决定和一切无形的时间上的压力。当事人的非口头暗示、全神贯注思考或不自在的烦躁，这些反映都会给律师一些关于应该如何继续进行询问的引导。

（三）处理当事人的深深沉默

在会见或咨询期间，当事人往往会以深深的沉默，表达她的感受和想法。例如，家庭暴力中遭受虐待的一方，可能会以深深的沉默中断他对配偶虐待行为的描述，这种沉默反映了她巨

⁹ C. C. Langdell, *A Selection Of Cases On The Law Of Contracts*, Boston: Little, Brown & Co., 1871. Reprinted 1999 by The Lawbook Exchange, Ltd. P.42.

大的痛苦。刚从丈夫去世不久的打击中恢复过来的寡妇，因为痛苦可能会让她很难去讨论丈夫财产的分配问题。在案件诉讼中或者分配调解中，一个完全预见不到的事情可能发生，会急剧地改变案件的状况或诉讼参与人之间的关系，并且会给当事人情感上一个很大的打击。例如，一个重要的提议被批准或否决，当事人要求的财产权被否认或者做出一个意料之外的驱逐令，这样的事情会令当事人目瞪口呆。

这些沉默并不构成当事人言语的一部分，也不是他尝试去恢复记忆或者思考一个决定的信号。相反地，它们反映了当事人找不到词语去传达他的信息。他们传达的信息是：他对其经历有很深的情感以至他在当时无法清楚地表达。

认识深深沉默对一个律师来说有多方面的帮助。从关系和睦上说，对沉默中的当事人感情的认同能增进律师与当事人之间的关系。即使律师相信在同样情况的下他也不会有相同的感受，但是他不能忽视这经历给当事人带来的刺激。最起码，当面对深深的沉默时，律师不该立即着手于探问或提出获取信息的问题。她可能要以“积极地倾听”去做出反映内心感受的回应。例如，在当事人难以讨论丈夫财产的分配问题时，律师可以说：“您肯定对您丈夫的逝世感到十分痛苦。”尤其是在当事人明显精神不集中的情况下，律师应该和当事人一起保持沉默。因为当事人认为他的经历是无法用语言表达的，这种时候并不是律师展现其高超语言技巧的时候。事实上，律师自身的深深沉默可能是最恰当的方式，去告诉当事人他明白她的感受。

至于信息收集方面，这样的沉默对完全掌握一个案件是很重要的。它们可以表明事实调查的范围。例如，在一个性别歧视的案件中，当事人对与案件相关的某个同事的描述中，如果长时间地陷入沉默，那么可以确定他们之间可能存在深厚的感情。这沉默可能仅仅意味着当事人要保护一个好友，避免他牵扯到案件中，又或者他担心同事并不能证实他的话。但是这也同时表明这个同事与歧视案件有关，而且当事人很难说出与他之间的事情。这些沉默之后可能会带出更敏感的问题，或者要对其他相关的证人做会见。极度的沉默可能同样表明当事人需要重新考虑他在案件中的策略。例如，如果在一个激烈的争辩的案件中（如一项对提议不利的裁判或者对一个要求的强烈驳回），他用长时间的沉默来回应意料之外的情况，律师可能就要与当事人探寻别的策略。

（四）解读当事人在咨询过程中的沉默

很多关于咨询当事人的资料中提供了对以下方面技巧的讨论：给当事人提供做决定所必要的信息，交流对不同选择的评价，对问题的回应，以及处理当事人作出的选择，律师应处理这样的难题。然而他不讨论咨询中当事人沉默或者对沉默的回应这类问题。一个当事人通常会以简单地表示同意某提议，来回应律师。他们可能仅仅是点头表示同意，或者咕哝地说“应该可以”。

许多律师，特别是没有经验的律师，可能会将这些回应该视为同意。在美国社会普遍的观点尤其是雄辩的律师文化认为，沉默就代表同意。如果当事人不提出不同的看法，律师则假定他对现有看法很满意，因而也没有继续谈话的必要了。在法学院的诊所里，学生常常会愤怒地向老师抱怨：当事人前一天还看起来好像同意他们的提议，但后来又改变主意。在当事人改变想法时，学生可能并没有意识到，她将当事人最初不多回应误解为同意。但是，回顾沉默的不同涵义，一个当事人极少量的回应，实际上可能代表很多种解释。例如，当事人只是暂时性的决定，而他还要考虑；或者他对提议感到担忧，但是当时他没有表达自己的感想；或者他仅仅是想避免和他认为忽视了他感受的律师的争吵。

一个律师需要敏感地对待咨询中的沉默，他不应该急于对不明确的回应或点头的意义下结论。尤其是对于那些在生活被剥夺大部分决定权的当事人，律师应该尝试去鼓励他们清楚地表达他的感受，以确定沉默的涵义。通常，让当事人清晰地说明他决定的依据是很有用的。当事人可能在回应停顿或迟疑，但是律师应该在最初的回应中给他完整叙述的机会。

（五）会见和咨询中的文化差异问题

一个既要恰当地解释当事人沉默的涵义，又要有效地利用沉默的律师，必须对当事人所生活的文化背景中沉默的作用有一定的了解。如前所述，不同的文化对沉默的态度有很大的不同。就像一个律师，如果不像当事人解释他只懂一点当地语言就试图与当事人沟通，那么这个律

师会十分不利。与来自不同文化背景的当事人会见和咨询时，若没有对沉默的敏感，就会极大地影响交谈。例如，在会见初期，健谈的律师可能会不理解那些当事人，其文化认为陌生人之间只须少量话语。如果这样的当事人以沉默寡言去回应试探性的问题，律师应该明白这是文化之间的差异造成的，增进关系要比说话更重要。

二、咨询时的其他实务技巧

事实上做好与咨询这一环节的工作十分有难度，因为它综合考察了学生在接待询问当事人并提供意见的能力，需要在听说读写等方面能够运行自如，同时还必须具备敏锐的洞察力，这些要求通过实践锻炼可以达到，下面提供一些方法给予提示。

1. 及时记录

及时记录非常重要，有研究证明：常人不可能一次记住七种以上的新信息。学生准备的备选方案表也许不完全，在咨询过程中，学生需要不断地补充表中的事项，同当事人讨论，特别是对不同选择方案的利弊分析、影响选择的各种因素，都有必要记录下来。记录下与当事人讨论的种种意见后，可以复印一份给当事人，以供学生和当事人作进一步思考。在事实发生了变化的时候、在需要更改策略的时候、在需要更改策略的时候、开庭审理的时候，全面的记录会唤起学生与当事人的回忆，以便他们更周密地考虑策略。咨询记录，也是诊所档案管理中要求必须存档的内容。

2. 参与讨论

从前面学生咨询当事人单某的过程中可见，学生在咨询中处于参与者而不是指导者的地位，更有利于当事人发挥主观能动性，更有利于当事人提供有价值的非法律信息，真实体现当事人的期待、愿望、目标等。学生在肯定当事人意见的同时很自然地提示不利因素，而后和当事人共同商讨对策，这是一种基于事实的、参与式的咨询。应当防止那些专家式、演讲式的咨询，这种咨询很有可能不切实际、甚至误入歧途。

3. 保持中立

“当事人中心主义”观点认为，咨询时学生对待各种备选方案应持谨慎的中立态度，不应表现出个人好恶、倾向，否则会对当事人决策产生影响，妨碍当事人积极表达自身意愿。中立还表现在语言技巧方面。一味迎合当事人意愿，会让当事人感觉不踏实、不负责；一味否定或肯定某一个方案，当事人会觉得学生在极力反对或推崇某一项意见，迫使当事人不得不遵从。上述表现均不符合现代合作型咨询方式。比较得体的方法是：耐心解释，一视同仁地分析每一种选择的利弊，为当事人提供做出决定所必需的法律信息，以供当事人权衡选择。

4. 协调好与当事人之间的关系

诊所学生与当事人之间的关系，随着频繁的接触而逐渐深入。我们要做到守时、做事认真、勤勉、善解人意、待人坦诚等基本要求，这些都会影响当事人对我们的看法，为了在当事人与学生之间建立相互信任、有利于工作的协作关系，学生常常要付出更多的努力。

三、会见后咨询的特殊问题

经过会见和初次咨询后，我们已经与当事人交流了解基本情况，需要对案情进行大致的判断，当情况不太乐观时，我们应该如何把“坏消息”告知当事人呢？这时可以采用“灵活、安慰和同情”的理解与积极的讨论等办法。

1. 要做好准备。因为委托人通常期望许多的信息，诊所学生应该避免传达“坏消息”，直到委托人做好心理准备后再彻底地加以解释。大多数情况下，这可能意味着推迟“坏消息”咨询，直到经过会见并在接着的咨询会议中说出“坏消息”。在实践中，律师即使在会见一开

始就知道委托人的目标不能实现，推迟该讨论仍然是明智的。时间可以让律师准备好全面的解释，而且创造性地解决问题。律师会想出可能完成委托人目标中最重要的方面替代的方案。

在会见期间，如果听到委托人坚持要求一个看上去极不可能的结果，律师就不应该告诉委托人案件是如何地没有希望，相反，律师应该与该感情共鸣，而且鼓励委托人探究什么可能是解决方法的最重要方面。

例如：

假设委托人的配偶离开了，并对委托人说他想离婚，而且打算娶“另一个女人”。

委托人：我不会让他离婚的！让他们生活在罪过中，但我不同意离婚。

律师：哦！既然婚姻法有“无过错”规定，您真的不能做什么来阻止他离婚。如果他起诉离婚，他会成功的。当然，我们可以试着以抚养费 and 房子来压他，那样他就不会自在了！

虽然律师在这个法律建议上可能是对的，但此时把这个信息提供给委托人就不必要。律师同情并探究委托人要求维持婚姻的潜在目标的理由，这样会更好。

例如：

律师：我敢说，你对他十分生气，而且不想只同意他的要求。关于发生了什么而导致这个局面，你能多谈一些吗？出现问题有一段时间了吗？如果你或他进行了交流问题会怎样？相应地，律师可以讨论委托人的当前需要，而且就短期目标提出选择方案。

律师：看得出在这点上，您对他十分生气。您能告诉我孩子和财产怎么样了么？在以后的生活，您想要什么来帮助您和您孩子生活稳定呢？

2. 要保持清醒的头脑。给当事人提供信息和有效的服务的目标是值得赞赏的，但却可能导致对坏消息的反应过于迅速。然而，仍然不同意分居和离婚的委托人，在感情上还不愿考虑该信息或者做出这样的决定。在他们可以考虑不同的选择方案前，律师必须帮助委托人接受她的婚姻已经结束了的事实。

律师摆着一副“对法律世界的导师般姿态”，并且对委托人高“策略性”行动，目的是让委托人转向他们认为合理和恰当的方向。业界人士指出这种态度是不可取的，如果这些律师要改变咨询，要理解为什么觉得需要这样的姿态和策略，这将是十分有用的。委托人在咨询时经常不自觉地扩大对话范围，说出他们的生活、经历和需要。对此，律师必须知道应该如何回应痛苦中的委托人——不管他是否想救助他们或者劝说他们。

只有保持清醒的头脑，律师才能以支持的态度与委托人互动，而不是刺激痛苦中的委托人，随后才可以进行私下、秘密而且有充分时间举行咨询会议。一旦明确要向当事人传递案情结论，那么就应用充分的时间来安排一次私下的咨询会议来应付艰难的交谈。

3. 表达同情和关心。当向委托人透露一些案子的坏消息时，律师应该表现出对委托人的同情，而且记下委托人的关注点和提议，这样的同情往往是十分必要的。

例如：

与面临被驱逐的房客的法律咨询会议可能包括如下信息交流。

律师：我需要解释一下您面临的法律上的境况。既然租约规定每月一号支付租金而您三周前不能支付，根据租约第15段，您的房东有权上法院要求法官令您离开房间。

委托人：但这很不公平——我失业了，因而这个月可能付不起房租。

律师：因为您的失业面临被驱逐，这的确不幸。房东给您点时间让您找到工作而交上房租，这的确是很应该的事。但我已与房东的律师谈过，他说除非您本周末交上房租，不然就要继续这个案子。

委托人：我已经告诉您我没有现金、没有工作、没地方住而且水电费也没有交，为什么法官不能理解这些？

律师：看上去他们很像落井下石，但法官必须执行文本上的法律。法律规定，如果未交房租而不能立即补上，房东有权收回房间，那样他能租给其他人。即使他了解您的境况，法官仍非常可能令您退出房屋。

对委托人而言，理解法律标准和如何适用于本案，这是最重要的。法律与事实相结合让委托人明白而且要求委托人不依赖律师的断言或者估计失败的风险。此外，在这些案件中，律师可能进行过草率的会见，而且误解了一些关键事实。而这个陈述能使委托人纠正律师的错误，而且能让两个人更好地进行分析。

4. 注意并回应委托人的情绪化反应。像病人一样，委托人一旦听到“坏消息”，他们就会以各种各样的方法来回应。事实上，研究表明病人对病情或治疗知道的多少，影响着他们的反应，而且甚至影响他们对该消息是否是坏消息的认识。相应地，律师应该镇静，而且表示同情，而不是说法律处境是如何的糟糕。例如，一名惯犯可能不认为监禁有那么可怕，可以搬进亲戚家住的房客可能情愿迁出她不能负担房租的房屋。因此，律师在咨询会议上必须听取委托人的关注。

病人常常表现出不相信或不承认，觉得受到伤害的委托人也可能表现出不相信。律师应该明白，这表明委托人难以在感情上接受这种局面，而不是对律师的分析的争论。所以，律师应该同情觉得受到不公平对待的委托人。如果委托人的情感不明朗，律师就应该去探究。如果委托人需要更多的信息来了解法律及其在本案中的适用，律师当然就应该解释。但是，律师最重要的是避免对他的分析的争论。如果委托人对律师的不当做法生气，或者威胁找一个“真正的律师”，律师也应该描述自己的感情，而不是猛烈地攻击委托人，说他找不到更好的律师。

例如：

委托人：如果您真的称得上律师，就应该知道如何用文件埋葬这家伙，而且把他从我背后弄开！

律师：我知道这起诉令您沮丧。坦白地说，您挑战我的意见和能力，我也觉得沮丧。我想充分地讨论这个问题，那样您就能明白为什么我认为这家伙胜诉希望大，而且明白为什么我想要您认真地考虑和解。

正如医生必须避免过度安慰一样，律师也必须小心坚持其坦率的意见，而不是作出改变以取悦抗议的委托人。即使委托人声言“我不相信他们会给我定罪”。律师不应该把自己的“几乎一定定罪”的预测改为“您不能确定陪审团将做什么——知识骰子游戏而已”。不论律师的坦率意见被认为是什么，都不应该因为委托人的抱怨而放弃

。律师可能并不一直是委托人的斗士，例如，律师可能认为自己的刑事委托人是危险分子，而且可能继续为非作歹，因而对他极可能面临的监禁不感到十分遗憾。相反，律师可能对被抛弃的配偶或者失业的房客，表现出真情实感。因此，律师必须明白自己对委托人及其境况的真情实感，如果律师极其同情委托人，他有权告诉委托人这些。在解释法律时，律师也常常成了它的辩护人。告诉委托人她的案件要输，而且也说明在律师眼中，法律是不公正和无情的，这是可能的。如果这是律师的真实观点，它会帮助委托人在面对败诉时保持自尊。然而，律师仍未完全了解委托人的境况，则应该聚焦于同情那些他已确定的东西。大多数委托人害怕未知的挑战，而且不管是什么让他们处于那种境况，律师都能对不确定未来的害怕产生共鸣。

四、培养咨询中的职业道德

案例：

一位被儿子赶出家门的老太太流浪街头，以乞讨为生，经人指点来到法律诊所。诊所接待了此案，决定代理老人诉讼，依法追讨赡养费。调查其儿子时，儿子媳妇大倒苦水：老人脾气不好、住房紧张、孩子高考、单位不景气……最后拿出200元现金，要求诊所学生“也为我们想想，说句公道话”。办案的学生没收钱。但回来后，学生们为此展开争论。

一种意见认为：不收是对的，这钱是对方给的，收钱意味着收买，我们是老人的代理人，当然不能替对方说话。我们做的是法律援助工作，哪一方的钱我们都不能收。

另一种意见认为：老人的生活饥一顿、饱一顿，急需经济帮助，完全可以把钱收了，帮助老人暂渡难关。况且，这钱本来就是老人的儿子媳妇欠她的。而我们的目的，不就是为老人讨回钱吗？

法律咨询中，如何遵守职业道德呢？

在提供咨询意见时，我们要遵守律师的职业道德，以解决当事人的问题为中心，设身处地的为其着想，提高诊所学生的职业素养。

1. 对当事人要有负责任的态度，提出切合实际的咨询方案

美国有相关法律规定：律师在咨询时必须尊重客观现实，所给的建议应当具有可行性，即不仅要考虑到法律规定，还要考虑到与当事人处境密切相关的道德的、经济的、社会的和政策等各方面因素。¹⁰我国虽然没有相关的法律规定，但现实也出现了咨询建议考虑不周全而带来的大问题。

某电视台法制节目中曾报道过这样一个案件：一位四川的农村少女，8年前被人贩子骗到了福建某地，以2500元的价钱卖给当地的一个农民为妻。四川女数次逃跑被察觉，追回后惨遭毒打。四川女被迫与买者一家共同生活，生下一儿一女。8年后，四川女终于找到机会，从家里逃跑出来，用偷偷积攒的钱坐火车回到四川老家。重获自由的她再也不愿回福建。家里人为她介绍了一位当地人，两人经过一段时间的了解，决定结婚。但婚姻登记机关不予办理结婚登记手续，除非她能拿到福建住所地政府部门出具的离婚证明，否则再次结婚属于“重婚”。节目中，主持人请来了法律专家，为四川女出主意。法律专家的主意是：婚姻登记机关的决定没错，四川女子回福建开证明，如果有危险，可以报警，或者请当地政府部门协助。

这里暂时不讨论专家的意见合法与否，单单考虑一下专家意见的合理性与实际意义。当事人在福建买主家里一住就是8年，如果能报警、能请政府部门协助、能出入自由，她就不会有这8年的痛苦经历。谁能保证她此次去福建不会再被抓走，不会再次与家人失去联系，不会再次饱受虐待？一个无钱无势、没有知识、没有丝毫能力保护的农家弱女子，要她去取一纸证明

¹⁰ ABA Model Rule of Professional Conduct, Rule 2.1.

，是在比登天还难。为当事人题出诸如此类的建议，不仅不能解决其实际问题，还可能加重对当事人的伤害。

因此在咨询中，提出决策意见时，要有负责任的态度，必须从实际情况出发，切实考虑为当事人提供具有可操作性的方案。

2. 培养社会责任感，权衡好各种利益与价值冲突

法律援助的主要工作方式是无偿援助社会贫弱者，具体的法律援助机构或法律援助的志愿工作者们，则可能有更广泛的、更深层次追求，如利用个案，宣传法律知识，提高整个社会的法律意识与权利意识；引发对某一社会现象的讨论；引起司法部门对某一法律盲区的重视；通过援助个案，探讨理论问题，提出立法建议或呼吁修改法律等等，在国外，这样的律师被称作“Cause

Lawyer”，指为着某一个目标、理想、政治观念而从事公益活动的律师。我国目前的法律诊所同时具备法律援助机构的特点，有些则直接依托于某个现存的法律援助组织，诊所学生自然而然感受到法律援助机构的工作目标，以及法律援助志愿者对法律援助之社会价值追求的感染。同时，法律诊所也将培养学生的社会责任感作为教育目标之一。诊所学生可能面临着当事人的利益与社会公共利益的冲突。

案例：

在某所大学法学院法律诊所里的两位同学就遇到了这样的情况。

几十户农民不服政府的强制征地行为，认为补偿费过低，向法律诊所求助。诊所学生接受案件后，进行了多方走访、调查，发现当地存在大量的违法征地行为。学生认为，本案如果起诉，加上新闻媒体的介入（新闻媒介已经有过报道，并表示如果诊所学生代理案件，媒体将跟踪报道），很可能引起当地政府、开发商及主管部门乃至整个社会的关注，对当地司空见惯的违法现象将是一次有力的打击，其意义绝不仅仅限于本案。但他们同时也认为，由于征地项目已经启动，政府业已投入资金，案件办理难度很大。即使诉讼请求得到法院的支持，增加了征地补偿费，增加的部分与诉讼费用相抵，终难保证农民最终得到实惠。可以看出，农民们的利益始终在他们头脑中占据着最主要的位置，但向本已违法的地方行政机关妥协，放弃诉讼，恳请他们增加补偿费，违背了诊所学生希望借此案件扩大社会影响面，打击类似违法行为，维护更广泛农民的利益的初衷。学生陷入两难境地。

这里有几个问题需要讨论：当事人在寻求诊所帮助的时候，他们的期望是什么呢？他们会希望自己的案件产生社会影响力吗？他们更关注的是社会影响力，还是自身利益的维护？他们更着眼于现在，还是更着眼于未来？经过思考，我们可以得出这样的结论：案件中当事人首先要解决的是眼前的，他们自身的利益。那么，个案中的社会价值是否可以成为诊所学生所追求的目标？怎样来实现呢？当事人是否应当被告知他们的案件其他方面的价值？在什么时候被告知？当事人是否有必要或必须为促进社会变革付出自己的代价，如隐私的泄露等。依本人的观点看来：法律援助案件应当追求社会效应，但应当以当事人知情并同意为前提。如果在援助个案的同时能实现积极的社会效果，或当事人同意为扩大社会效果做出努力，学生可以与当事人合作达到目的。充分肯定学生对当事人利益的关注，认同学生的社会责任感，有助于培养学生在各种利益或价值冲突时作出合理的选择。

3. 当事人利益与教学目的之冲突及解决

案例：

一位老师的诊所学生在办理一起离婚案时遇到问题。

在开庭审判时，被告（当事人的丈夫）外出，当事人（原告）久等未归。法官征求当事人的意见，是缺席审理、判决，还是继续等待一段时间，直到审理期限届满前再处理。当事人和她的代理人——

诊所的学生商量。在这位老师指导学生的过程中，发现这名学生非常希望法院缺席开庭。她列举了许多理由：再拖下去，对当事人的心情恢复不利；当事人的丈夫去向不明，等待下去遥遥无期；当事人急需住处，目前他们共同的房子被当事人丈夫的弟弟占着……最后，她说出她自己的原因：因为当时已近学期结束，如果能够开庭，这个学生便可以在学习的期间有一次真实的庭审经历。如果继续等待，她的案子可能拖至假期甚至下学期开庭，案件很有可能转给其他学生，她将没有机会出庭。很显然，最后的因素是促成她倾向于开庭的主要原因。在这种情况下，学生甚至忽略了缺席判决的负面影响。

在接下来的指导中，我们首先将咨询员的学习目的与案情区分开来，分析缺席判决和继续等待的利弊：缺席判决的益处是有关共有财产的证据不足，法庭认定财产分割乃至执行困难重重，之后又分析了继续等待的利弊。通过分析，这个学生认识到由于她的个人倾向，没有全面地考虑所有可能。在她认识到自己的问题，真正理解了“在代理案件过程中，当事人的利益是最主要目的”之后，我们重新分析她个人的因素可能给案件带来的影响。当事人对该学生的代理工作一直表示满意，如果当事人知道继续等待意味着可能要换代理人，她会不会因此选择开庭？学生的个人情况应不应该告诉她？她有没有权利知道她的案件有可能下学期更换代理人？如果当事人知道了，是否会影响她的决定？这种影响是否是正当的？这名学生如果认为当事人有权知道，事实上这名老师和学生在接受案件时已经说明了诊所案件的衔接办法，重申仅是必要的提醒，同时还要强调衔接案件制度同样会保证办案质量。当事人在知情的前提下，无论做出怎样的决定，该学生都表示会全力支持。学生的想法值得赞同，因为这次的考虑完全是从当事人的权利和利益出发的。

由于抛开了个人因素，学生轻松了许多，头脑也活跃了起来，她又想到也许不该这样消极地等待，她可以去找对方原来的单位，看是否能查出对方的线索；她可以找对方的弟弟谈一谈，或许有望让当事人先住进去……这些积极的建议不仅给案件带来转机，同时给了学生更多实践的机会——

即使她没有机会开庭，她也将有调查、取证、谈判和思考的机会，她还可以准备庭审材料，为下学期接案的学生提供帮助，从而达到自己学习的目的。当学生的个人利益或其他的利益与当事人的利益发生冲突时，毋庸置疑，“以当事人的利益为出发点”是正确的答案。实践中却不一定只有一个答案，因为现实所提供的广阔空间足以让我们开动脑筋去寻求“双赢”乃至“多赢”的结局。

第三节 咨询服务的模拟练习

家庭困境

本章的模拟练习是家庭困境，¹¹请阅读这个故事，并将学生分组后，分别扮演王太太、王先生、诊所学生、诊所教师和诊所观察员，通过角色扮演（Role

¹¹ 本节模拟练习改编自2007年7月22-28日美国天普大学（Temple University）与清华大学“实践性法学教育国际圆桌会议”教学材料，特此鸣谢。

play)来回答问题，诊所师生可以通过备注中的事实情节来进一步演练咨询服务中的法律技巧，并在完成后进行小组总结和评价。

一、故事

王太太和王先生一对夫妇找你请教一个少见的难题。上个星期你会见了他们。十天前，王先生的父亲老王在养老院的管理人员告诉他们，如果老王不做手术修复他摔倒时导致的肾内伤，他活不过两个月。

六个月前，老王被确认丧失法律行为能力时，王先生被指定为他的法定监护人。根据法定监护人的有关规定和约定，王先生必须同意这个手术，手术才能进行。但王太太不同意手术，是因为她“不想让她的公公过这样的生活”。很早以前他的头脑就不行了，现在他的身体又有问题了。她解释道：“我知道老王一定不想这样活下去。再说了，他的生活、医疗、护理费用也是一个很大的负担。”在几天前与你的会见中，王先生一句话都没说，只是有点勉强地点了点头，表示和他太太的意见一致。

养老院的管理人员表示，如果没有王先生的批准，是不能进行手术的。而正如以上所述，如果不动手术的话，老王只能再活一两个月。而如果动了手术，则会再延续二到五年。王先生夫妇向你请教拒绝同意手术的后果。

你同意为他们提供咨询意见。他们会在十五分钟之后来和你见面。你的查询相关法律的结果显示：

- 王先生如果拒绝同意手术，不会有刑事或民事责任。
-

养老院可以为了批准手术而提出申请更换法定监护人。（有这种先例，是由一个基层法院做出的。）

在和养老院的管理人员的接触中，你认识到他并不知道可以更换监护人。他认为如果没有王先生的批准，他将毫无办法。

你会给王先生夫妇什么样的建议？你是否会告诉养老院的管理人员有关可以更换监护人的问题？你会考虑什么别的选项吗？

二、在咨询服务之前在课堂上讨论的问题

问题如下：

1. 你可以拒绝接受王的案子吗？如果你接受的话，你可以稍后退出吗？
2. 如果你接受案子，你有何代理方案？
3. 如果在法律上老王不是你的当事人，你可以将老王的利益考虑进去吗？如果说他是你的当事人呢？如果他不是的话，谁是？
4. 你可以告诉养老院有关可以申请更换监护人并进而批准手术的权利吗？你是否可以告诉他们任何信息？如果可以的话，你会告诉他们吗？
5. 你必须告诉王先生夫妇多少信息？是否存在一个限制？
6. 如果你对这案子有什么道德上的顾虑，这些顾虑有何影响？

三、关于教师（及演员）在课堂练习时的备注

（一）教师对学生：

“你是否记得我们当初把和客户的见面时间确定为今天11：15？忘记了吗？”

“让我帮您想一想吧。我们的律师实在太忙碌以致忘记了这些不该忘记的东西。你们都是一一

——&——联合律师事务所(用班里学生的名字)律师事务所的律师,就在广州的CBD大楼的28层办公。”

“你的当事人——王先生和王太太——向你咨询关于老王父亲(也就是王太太的公公)的一个医事问题。让我用这个备忘录提醒你们一下(把介绍案件事实的材料发给他们)。”

“在他们来之前的15分钟里,你们可以分成5个小组,讨论一下究竟应该给他们什么意见。差不多11:30时我会带他们进来。你可以先问他们问题,或者直接告诉他们你们的意见。”

“还有其他问题吗?”

(二)事实问题和可能的答案:

王先生是在什么程度上丧失法律行为能力?

——他的神智其实还是清醒的,但是对自己的病情性质并不清楚。

他的病具体是什么?

——他有痴呆症,还有严重的呼吸道疾病,所以他正在使用一个他经常想摘下的人工呼吸装置。

他的护理费用是多少?有没有政府补贴?

——全是私人承担。一个月差不多6000元,由王先生本人的财产支付。

他有多少财产?

——大约300,000.00元人民币。

谁是上述财产的受益人?

——老王。

为什么王先生是监护人?

——因为他是老王的儿子,但王先生一般都听王太太的话,尤其是王太太管理家庭财产收入。

父子关系怎么样?

——一直很好,但是媳妇与公公的关系从来不是很好。

(三)王太太想问律师的问题:

我会有麻烦吗?这是我最大的顾虑。我花好几百元到你的律师事务所,就是为了知道答案。

还有,如果批准动手术并护理他,其费用会耗费我们一辈子工作的积蓄。

养老院不会从您这个地方知道他们有申请变更监护人的权利,对吗?

我的丈夫在财务方面从来都不是很内行,所以我们同意我担任财产管理人因此从法律上讲,这应该由我来决定是否手术,对不对?

如果我支付给您有关费用,在有人反对我的决定的情况下,您会帮我辩护,并告诉我我的法律权利,对么?

（四）王先生的角色：

经常处于被动状态，不愿意回答问题，不明说但是暗示他更愿意看到另外一个结果。但是王太太在这些事上懂得更多。如果是由你来决定的话，你可能会同意手术。但现在不是由你决定，因而你也不很肯定。

当有人问王先生问题时，王太太总会插话进来尝试帮他回答。她至少要插话一次到两次为。

（五）讨论之后，让各个小组给出建议。有这些选择：

- “你可以不批准手术。”
- “你可以不批准，但是你应该仔细想一想你的利益冲突和他的需要。”
- “你不应该不批准。那样做是不对的。”
- “你可以不批准，但是说真的我不想在这个案子里作您的代理人。”
- “我认为我有责任通知养老院关于他们的责任和权利。”

（六）有什么关于律师的角色和责任的想法会赞同这些其他的行动？

1. 律师工具主义：法律是很清楚的，但是当事人不知道，不过因为律师介入，现在他知道了。其实我并不知道什么是最好的选择。律师就是一个告知法律的工具，是当事人自治的维护者。
2. 有节制的工具主义。客户是信托人，这意味着律师应当为客户利益服务。作为律师，其工作就是确保客户的行为最优化。因为我自己也不知道什么才是最好的，所以我必须先调查研究。所以，律师就是一个咨询者，或者一个合作者。
3. 附带最低建议义务的律师自治。律师不应当在工作中卷入不道德的问题。我也许不知道什么才是最好的，但是我知道一旦我发现有利益冲突，我将不能超出我的法定限度来帮助你。
4. 道德卫士。在监护人案件中，在究竟谁才是当事人的问题上，应该有细微的差别。

（七）带动课堂积极性的方法：

为什么要关注老王的健康问题？这是一个律师事务所，不是诊所。王太太想知道法律，但是你问他有关医事的问题。为什么？

关于老王的健康问题的答案会影响你们的建议吗？

为什么问金钱问题？你们也有同样的顾虑，对么？

听起来你们有些人怀疑王太太的动机，是吗？

如果你们害怕王太太不关心老王的利益，你会有什么不同的行为吗？

想一想王太太可能会问的一些问题：（1）我可以按照我的直觉决定是否同意手术吗？（2）如果我决定不同意手术，我会有麻烦么？听起来，第一个选择是直接的回答：是或者不是。但是还有什么别的回答方法，或尝试说服她么？

（八）法律依据：

《民法通则》

第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

- (一) 配偶；
- (二) 父母；
- (三) 成年子女；
- (四) 其他近亲属；

(五) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

《民通意见》

12. 民法通则中规定的近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女，外孙子女。

13. 为患有精神病的未成年人设定监护人，适用民法通则第十六条的规定。

14. 人民法院指定监护人时，可以将民法通则第十六条第二款中的(一)、(二)、(三)项或第十七条第一款中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。

监护人可以是一人，也可以是同一顺序中的数人。

16. 对于担任监护人有争议的，应当按照民法通则第十六条第三款或者第十七条第二款的规定，由有关组织予以指定。未经指定而向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

《律师法》

第三十八条

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情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。

第三十九条

律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。