

辩护律师拒证特权制度的证据学分析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E8\\_BE\\_A9\\_E6\\_8A\\_A4\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_c122\\_484418.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_BE_A9_E6_8A_A4_E5_BE_8B_E5_c122_484418.htm)

【摘要】在刑事诉讼法再修改和证据法制定的现实背景下，有关辩护律师拒证特权制度的研究重心仍定位在应否赋予辩护律师拒证特权的较低层次。本文拟以证据学分析为视角，从证据法学的理论基础、证据原则、证人的分类、刑事证明责任的分配与辩护律师拒证特权制度的关系着手，试图从理论支持和制度支持的角度为推动相关的立法提供更为坚实的学术基点。

【关键词】辩护律师. 拒证特权. 证据学. 分析

自范忠信先生关于容隐制的代表性论文发表后，[1]有关特殊证人拒证特权制度的讨论逐渐热闹起来，时至刑事诉讼法再修改和证据法制定的当前，应当构建特殊证人拒证特权制度的观点在整体层面上日益成为法学理论界和司法实践部门的共识，且不乏针对司法实践中极易碰到的复杂情形且极具操作性的具体建议。但在部分层面上，有关辩护律师拒证特权制度的讨论则相对落后，研究重心仍定位在应否赋予辩护律师拒证特权的较低层次。鉴于此，本文拟以证据学分析为视角，对辩护律师拒证特权制度予以审视，试图从理论支持和制度支持的角度为推动相关的立法提供更为坚实的学术基点。

### 一、证据法学的理论基础与辩护律师拒证特权制度

证据法学的理论基础是整个刑事证据制度的基石。如何确定证据法学的理论基础是中外学者所普遍面对的且至今没有形成定论的棘手课题。2000年前后，我国学者对这一课题给予了极大关注，围绕认识论可否作为证据法学的理论基础进行了激烈的争论。一种观点从认

识活动与诉讼活动的关系出发，认为认识论仍然是证据法学的理论基础之一；[2]一种观点认为证据法学的理论基础必须摒弃认识论，价值论应该成为证据法学的理论基础，或者应以裁判的可接受性为中心来重构证据法学的理论基础。[3]随着研究的深入，从“一元论”迈向“多元论”，将是我国在证据法学理论基础上的必然演变方向。[4]将认识论和价值论共同作为证据法学的理论基础基本上获得了多数学者的认可。

（一）可知论与辩护律师拒证特权制度 作为认识论的三要素之一，可知论与辩护律师拒证特权制度密切相关。若强调可知论的绝对性和思维的至上性，尽可能的发现案件事实和努力向客观事实接近就成为应然的要求，一切了解案件事实的人都有义务向法庭作证。正如龙宗智教授所言：任何理性的诉讼制度都以追求客观真实为其基本使命，因此，任何诉讼参与者，在不同角度和不同意义上均负有真实性义务，律师也不例外。[5]若强调可知论的相对性和思维的非至上性，可以理性的确定而不是人为的非理性的拔高证明标准，引导控诉人员（包括侦查人员，下同）遵守法定程序取证，在特定情况下确认包括律师在内的特殊证人有拒绝向法庭作证的权利是必须的，且是可以容忍的。而长期以来，我国的证据法学忽视对可知论的相对性和思维的非至上性的坚持，片面强调可知论的绝对性和思维的至上性，导致相应的证据规则根本不可能为辩护律师拒证特权制度提供存在的空间。将认识论作为证据法学的重要理论基础，必须正确的理解可知论。可知论的本来面目是相对可知，正如恩格斯所论述：思维的至上性是在一系列非常不至上的思维着的人们中实现的；拥有无条件的真理权的那种认识是在一系列相对谬误中实现

的；二者都只有通过人类生活的无限延续才能完全实现。 [6] 只有在证据法学中坚持相对可知的立场，才可为辩护律师拒证特权制度提供构建空间，构建后的辩护律师拒证特权制度才不至于被异化或者虚置。（二）价值论与辩护律师拒证特权制度 刑事诉讼目的具有层次性，分为根本目的和直接目的。其根本目的是维护法律所确认的社会秩序，其直接目的是惩罚犯罪和保障人权。惩罚犯罪和保障人权的同在、不断协调与平衡使得刑事诉讼直接目的具备了二元性和动态性的特征。刑事诉讼目的的层次性和刑事诉讼直接目的的二元性和动态性特征使得刑事诉讼证明必然涉及到价值的选择与平衡，在这些彼此冲突与抵触而在一定情形下必须兼容的多项价值中寻求某些平衡就形成了证据法学的价值论基础。将价值论作为证据法学的重要理论基础，恰当的处理道德公正与法律公正的关系、实体公正与程序公正的关系是两个必要条件。而这两组关系的处理得当与否将影响到辩护律师拒证特权制度能否与证据法学的价值论基础实现契合。公正是人类社会不断追求的永恒主题，道德公正和法律公正的界域是一种此消彼长的互斥关系。若道德公正侵占了法律公正的界域，则可能导致道德的泛化和法律权威的贬损，使社会秩序的维持缺乏国家强力的有力震慑，极易诱发无序状态的出现，在有着沉重传统道德负担的我国，建设法治国家必须时刻对道德公正的越界保持警惕。若法律公正侵占了道德公正的界域，则可能强制性的破坏人与人之间以感情和信任为基础的和谐关系，同时人们恪守道德又会导致法律公正的难以获得，降低人们对法律的期望，进而构成对法律权威的致命打击。我国《刑事诉讼法》第48条第1款规定，凡是知道案件情

况的人，都有作证的义务。没有针对辩护律师等特殊证人规定例外适用情形。《律师法》第35条规定，辩护律师在刑事诉讼中不得隐瞒事实。《刑法》第310条规定，明知是犯罪的人而为其做假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。上述规定在不断的强调辩护律师对于法庭所负担的真实批露义务，从惩罚犯罪和实现实体法律公正的角度出发，不惜践踏人情，以极端的法律公正覆盖道德公正。这与容隐制的根本目的背离，其后果不仅将破坏律师职业赖以产生和发展的信任基础，而且将导致道德的沦丧，让我国多年来建设精神文明的成果荡然无存，进而在更广层面上和更大程度上造成社会秩序的混乱与不和谐。符合道德公正的容隐制以维护国家长久利益为根本目的。国家的长远利益是什么？国家的长久利益就在于民众淳厚、社会和谐、百姓亲法，如此才能达到长治久安。要达到这一目的，法律必须立于人情，必不能悖逆众情众心，必不能强人所难。[7]所以，构建辩护律师拒证特权制度不仅是道德公正的应有之义，也是实现道德公正与法律公正协调发展的良好制度装置。换而言之，视价值论为证据法学的理论基础必然会伴随辩护律师拒证特权制度的构建。实体公正和程序公正是世界各国证据法必须权衡的两种价值，对其中一方的过度重视必然伴随对另一方的漠视，而任何一方被漠视都会使证据法学的价值论基础面对是否理性的拷问。犯罪具有社会危害性的特点，说明犯罪行为实施人相对于被害人一方通常处于强势的地位，这往往导致个人追诉犯罪不力。同时，人类文明的不断进步使同态复仇等私力救济方式不断被严格规范，但仍带有野蛮和血腥的烙印，依然有

害于社会秩序的整体维持。于是，追诉犯罪的权力逐渐由个人全部或者绝大部分的让渡给国家。国家携其庞大的强力机器参与刑事犯罪的追诉，在刑事诉讼起始阶段就形成了控诉方与犯罪行为实施人之间的力量对比不平衡。为保障犯罪行为实施人的实体利益和程序利益不受国家权力的不当侵害，需要以规范国家权力的运作和保障犯罪行为实施人的权利为目的的机制产生，以期促使控诉方与犯罪行为实施人之间的力量对比接近均衡状态。即在刑事诉讼中实现控辩平衡是程序公正的起码要求，对实体公正的获得也必须满足这一起码要求。不确认辩护律师的拒证特权，辩护律师必须就在从事辩护工作中获悉的甚至是直接来自委托人基于信任而告知的且对委托人不利的的事实向法庭提供证言，辩护力量就被强制的转化为控诉力量，辩护力量和控诉力量的混同局面就不可避免，实现控辩平衡也就无从谈起，被控诉人沦为诉讼客体在事实上也将不可避免。不确认辩护律师的拒证特权，辩护律师就有被强制作证的很大可能性，被控诉人就会不信任或者不充分信任辩护律师，辩护律师就无法获得案件事实信息或者无法获得全面的案件事实信息，从而导致辩护准备难以充分，理想中的控辩平衡也难以实现。因此，确认辩护律师的拒证特权是实现控辩平衡和追求程序公正重要方式，也是正确处理程序公正和实体公正的关系、实现证据法学价值论基础理性归位的重要体现。

## 二、证据原则与辩护律师拒证特权制度

证据原则，又称证据法的基本原则，是指制定与证据有关法律规定时应该确立的原则和在司法实践中运用证据证明案件事实时应该遵守的原则，包括反映司法证明一般规律的公理性原则和反映法律价值取向和社会政策的政策性

原则。[8]作为证据原则，实事求是原则和证据为本原则与辩护律师拒证特权制度具有不可忽视的紧密关系。（一）实事求是原则与辩护律师拒证特权制度 作为证据原则，实事求是原则要求司法人员和其他诉讼参与人必须从特定的时空实际出发，根据特定的证据，及时且准确的查证案件事实。该原则反对主观臆断、先入为主，反对只重视查证结果而忽视查证过程，反对只重视形式真实而忽视实质真实。我们认为，坚持实事求是的证据原则，必须以发现案件真实为根本目的，兼顾诉讼效率、程序公正、解决纠纷、保护其他利益等其他目的，当发现案件真实的根本目的与程序公正等其他目的发生冲突时，一般应当本着既有利促进实现根本目的又能兼顾其他目的的原则来处理。辩护律师拒证特权的确认在一定程度上虽不十分不利于案件事实的发现，但符合程序公正的要求，与实事求是的证据原则并行不悖。（二）证据为本原则与辩护律师拒证特权制度 证据为本原则又称证据裁判主义，指司法证明活动必须以证据为本源和基石。该证据原则要求司法人员在办案的过程中必须转变观念，从倚赖人证的证明观转向重视物证的证明观。[9]不确认辩护律师的拒证特权，正体现了我国的司法证明过于倚赖人证的现状。美国著名物证技术学家赫伯特·麦克唐纳指出：在审判过程中，被告人会说谎，证人会说谎，辩护律师和检察官会说谎，甚至法官也会说谎。唯有物证不会说谎。[10]麦克唐纳的阐述说明：物证的客观性很强，尽管物证的获得比较困难，对司法人员的素质要求更高一些；人证的虚假性很大，尽管人证的获得比较容易，对司法人员的素质要求相对低一些。辩护律师拒证特权制度的缺失在很大程度上可以暴露出一国立法者

对其司法人员承担证明责任的不自信，在一定程度上可以反映出一国司法人员对于证明方法由以“人证”为主转变为以“物证”为主的难以应对。然而，逃避不是出路。当证据为本原则以证据法基本原则的面目写进法律文本时，辩护律师拒证特权制度也将呼之即出，该制度的构建对我国司法证明观念的转变和司法人员素质的提高将产生极大的影响。

### 三、证人的分类与辩护律师拒证特权制度

根据不同的标准对证人进行不同的分类进而制定具有针对性的证据规则是世界各国进行证据立法应予以认真考虑和谨慎对待的普遍性问题。在学理上，依照身份、职业等情况不同，证人可分为特殊证人和普通证人，其中，特殊证人包括国家元首或者政府首脑等具有特殊身份的证人和律师等从事特殊职业的人。在立法例上，很多国家对于作为特殊证人的律师都不同程度的作出了拒证特权制度方面的规定。如根据日本《刑事诉讼法》第149条规定，律师（包括外国法事务律师）或者曾经担任律师的人，对由于受业务上的委托而知悉的有关他人秘密的事实，可以拒绝提供证言。但本人已经承诺或者拒绝证言可以认为只是为被告人利益而滥用权利（被告人为本人时除外）时，以及具有法院规则规定的其他事由时，不在此限。[11]根据德国《刑事诉讼法》第53条规定，被指控人的辩护人对于在行使职务时被信赖告知或者所知悉的事项有权拒绝作证。

[12] 制定证据规则必须重视证据法学和证据法的关系，证据法学的研究以证据法为主要研究对象，但又不局限于证据法，证据法的制定和完善必须体现证据法学的成熟成果，从而获得存在的正当性。证人做特殊证人和一般证人区分的意义就在于为指定非同一性的证据规则提供理论支点。在法学

理论界对这一分类形成共识的当下，制定有关律师这种特殊证人的证据规则和构建辩护律师拒证特权制度是证据法学研究发展的要求，也是增进证据规则的理论正当性的良好途径。

#### 四、刑事证明责任的分配与辩护律师拒证特权制度

无罪推定原则是基于保障被告人的正当权利、实现更大限度的司法公正等价值取向而作出的不可反驳的立法推定，是刑事诉讼证明责任分配的首要原则。我国现行《刑事诉讼法》第12条规定：未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。该规定虽与《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等确定的国际上普遍认可的无罪推定原则有某些差距，但基本涵盖了无罪推定原则的合理内核，也应当成为我国刑事诉讼证明的首要原则。这要求在刑事诉讼中控诉方承担证明责任；要求辩护方则享有证明被告人无罪或者罪轻的权利，可以放弃，辩护方没有证明被告人有罪或者罪重的义务、责任或者负担。虽然基于司法证明的需要、举证便利、诉讼效率和社会政策等因素的考虑，刑事诉讼中的证明责任可以在控诉方和辩护方之间发生转移或者倒置，但其主要应由控诉方来承担是一种常态，并且刑事证明责任的分配只有在十分严格、明确的法定情形下才可以发生转移或者倒置。显然，不确认辩护律师的拒证特权，强制辩护律师就在执业过程中所获得的不利于被告人的信息向法庭作证不属于刑事证明责任分配发生转移或者倒置的法定适用情形。这与刑事证明责任分配的常态相悖，不符合无罪推定原则的要求。因为只有出现积极辩护时，才可能发生刑事证明责任的转移问题，出现消极辩护时，不可能发生刑事证明责任的转移问题；只有在巨额财产来源不明犯罪案件中针对被告人的巨额财产

有合法来源的事实，在非法持有型犯罪中针对被告人持有毒品、枪支、弹药、国家绝密文件、国家机密文件等属于合法的事实和在严格责任犯罪中针对被告人不存在主观故意或者过失的事实时，才发生刑事证明责任倒置的问题。诉讼中证明责任的分配应贯彻公平原则。公平原则的贯彻要求证明责任分配必须以考量对抗双方的综合举证能力为逻辑起点和基本前提。考量综合举证能力的主要参考要素有法律知识水平、文化程度、职业、年龄、生活经验、逻辑推理能力、取证和举证的技术条件、取证和举证的环境条件、经济条件、法律帮助等。当对抗双方的综合举证能力对比处于不平衡状态时，证明责任的分配应当向综合举证能力占优势的一方倾斜；当对抗双方的综合举证能力对比处于完全失衡状态时，应将绝大部分的证明责任分配给占绝对优势的一方。刑事证明责任主要由控诉方来承担是符合公平原则的。不确认辩护律师的拒证特权，强制辩护律师就在执业过程中所获得的不利于被告人的信息向法庭作证则使得控诉方和辩护方之间的综合举证能力对比的不平衡状态更加严重，构成对在刑事证明责任分配中贯彻公平原则的极大破坏。2002年4月1日开始施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第7条规定：在没有法律规定。依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人的举证能力等因素确定举证责任的承担。该司法解释将公平原则确定为民事证明责任分配的一项原则。新近施行的《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》虽没有将公平原则作为行政诉讼证明责任分配的一项原则明文写入，但其条文多处可见该原则的影子。在可以预见到的不

久将来在刑事证据规则中将公平原则作为刑事证明责任分配的一项原则写入或者加以体现是可以得到验证的，而此种结果对构建辩护律师拒证特权制度来说无疑是一个利好消息。

Abstract: With the background of the re-amendment of criminal procedure law and the drafting of the evidence law, the research of the immunity of witness of counsel still focuses on whether counsel should be entitled with such a privilege or not. In order to convey some useful theoretical and practical points to the legislation of the immunity of witness of counsel, this article begins with discussing the relations between the Immunity of witness of counsel and the basic theories and principles of evidence law, the classification of witness and distribution of burden of proof in criminal procedure from the perspective of evidence law. Key words: counsel. the privilege of refusing to be a witness. evidence. analysis

100Test 下载频道开通，  
各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)