

律师拒证权制度的学说争鸣 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E6_8B_92_E8_c122_485380.htm 律师拒证权是最早发展起来的一种秘密交流拒证权。该拒证权的含义是，委托人为了获得法律服务的目的而与律师进行的书面或口头的秘密交流，受拒证权的保护，除委托人放弃保持交流的秘密性外，不能在法庭的诉讼中披露该交流的内容。学术界对律师拒证权的存在有一个共识，即它是在“保护对于维系我们的社会价值来说意义重大的利益和关系”（safeguard interests and relationships considered vital to the preservation of our societal values）。关于律师拒证权，学界支持和反对的声音都存在，本文目的的就是对这些学说进行简要的评述。

一、律师拒证权的学说简介

（一）支持律师拒证权的学说

1、荣誉说

律师和委托人间的拒证权是诸多拒证权中最早确立的一个。与我国古代“讼师”身份卑微不同的是，西方律师从该职位诞生起就一直获得较为尊崇的地位，因为学习法律一直是被贵族阶层的成员所垄断。当时人们认为，律师对委托人的忠诚阻止其作不利于其当事人的证人，对于律师来说，提供不利于他过去客户的关键性证据是不正直的行为。可见，早期维持拒证权制度的基础是律师的荣誉和职业道德。是为了维护“律师的誓言和尊严”而确立的，即其反映的是绅士尊严的观念。不过，严格地说，这只是拒证权制度的雏形。1577年，英国判例正式承认了律师与委托人的拒证权。这些判例认为，律师执业活动所固有的高尚和尊严具有广泛的价值。有尊严的人不应当泄露秘密，而法官作为有尊严的人是不会要求这

样的人去泄密的。2、隐私权说 以克瑞特梅克（Krattenmaker）为代表的“隐私说”认为秘密交流的保障是隐私权保护的主要内容。在他看来，不仅夫妻之间、律师与委托人、心理医生与病人间的秘密交流有保障的必要，父母子女、室友与室友、医生与病人、顾客与客户、法官与法官助理、议员、行政官员及其助理间的秘密交流也有在一定条件下加以保护的必要。隐私权说产生与隐私权开始盛行的二十世纪七十年代，它在拒证权的理论基础中加入了保护隐私的观念，具有划时代的意义。也解答了其他学说不能解释的一些问题，赋予拒证权新的发展空间。但是这一学说过分强调隐私权的重要性，必然会忽视发现真实的意义，缺少了价值衡量，容易导致毫无原则地扩大拒证权的疆域。对隐私权进行保护是必要的，但这种必要性不能完全等同于采用拒证权制度的必要性。

3、信赖说 自18世纪以来，这一权利的道德基础比起实际需要考虑的事情次要的多。其基本观点是律师在当事人告诉其全部事实真相后，将会十分有效地行使职责。对于律师尊严的强调逐渐减少，人民逐渐开始强调这一特权对于发现事实之司法目的的服务作用。这一观点是建立在三个假设基础之上的：第一个假设是，由于法律的复杂性，为了保证社会成员能够遵守这些法律，解决他们之间的争端，他们需要获得专业人员的帮助，因此一个人获得律师的帮助是有益的；第二个假设是，律师的法律服务和帮助必须建立在委托人对有关事实充分公开的基础上。如果律师对于委托人的状况没有尽可能充分的了解，律师就不可能有效履行这一职责；第三个假设是，如果不能向委托人保证律师被强迫在法庭上披露委托人的秘密，则委托人就不会向律师充分披露有关信

息。为了保证委托人充分公开有关事实，律师必须向委托人保证其与律师的私下交流能够处于保密状态。根据这一理论，保证委托人能够向律师推心置腹交流的利益，超过了法庭能够获得所有相关证据的利益。“这一假定特权能够引导委托人从事某种行为的明显功利的理由，在常识上普遍得到认同。委托人向律师倾吐其案情时会略去他认为会对其不利的部分，这一倾向每天都会看到。这使得一个审慎的律师有必要在询问其委托人时，找出可能不利的事实。在刑事案件中，从被告人那里获得信息的全面披露，其困难是众所周知的。因此，如果被告人知道能够强迫律师重复所被告知的一切时，被告人对案情的披露当然会绝对不可能。”根据这些不完全的信息，律师如何能为委托人充分的辩护？所以，为了保护职业信赖关系，法律设立了律师拒证权制度，其根本目的在于鼓励那些寻求专业人士帮助的人能够完全地坦率地陈述，而不用担心所说的话被强行披露。该理论认为，律师拒证权的基础不是荣誉而是信赖。“宗教师、律师、辩护人、公正人、会计师，其秘密之获悉，亦系基于信赖关系。其赋予以证言拒绝权，即以保证此项信赖关系，并以保障其职业伦理。”委托人基于对律师的信任而如实陈述自己的案情，一旦强迫律师在公开发法庭上作证，虽然会出现更多的有罪判决，但委托人对于律师的良好任何顷刻间粉碎，以后哪个委托人又会完全坦诚地向律师陈述自己的案情呢？于是，职业关系的交流就不可能再如此坦诚，而更多的是“保留、隐瞒、忧虑、猜疑与害怕”。随着律师制度的发展，该制度已成为接受最为广泛的规定。而联合国大会1990年批准的《关于律师作用的基本原则》第22条也规定了“各国政府应确认

和尊重律师及其委托人之间在专业关系内所有联系和磋商均属保密性的”。4、公共利益说 尽管对该拒证权的存在有多种学说，各国均确认律师拒证权制度的公共利益（public interest）性理论基础。其基本内核实际上是利益衡量原则。荷兰最高法院指出：“任何人必须能够自由地获得（被信托而知悉有关秘密信息的人的）帮助和建议，并且无须担心上述信息会被公开，这一社会利益，超过了在法庭上公开有关事实而获得的社会利益。”美国律师协会职业行为规范规则规定，“律师是司法制度的一员，有责任维护法律。律师的功能之一就是为委托人提供建议，以使他们适当地行使权利，避免违反法律。”“律师遵守不侵犯委托人的秘密信息的道德义务，不仅有利于全面获得对于适当代理委托人非常重要的事实，而且有利于鼓励人们尽早寻求法律帮助。”“几乎没有例外，委托人找到律师，是为了在法律和法规的迷宫中确定他们的权利是什么以及什么被认为是合法的、正确的。普通法认识到委托人的秘密必须受到保护，免于公开。根据经验，律师们知道，几乎所有的委托人都采纳了他们的建议，并且法律得到了维护。”“律师-委托人关系的一个基本原则是，律师应当维护与代理有关的信息的秘密性。这样，才能鼓励委托人与律师进行充分、坦率的交流，即使是令人尴尬的或在法律上有害的事项。”法国律师色何勒-皮埃尔·拉格特也指出：“在欧共体的各成员国，法律保护当事人对于他的律师的信任。各个成员国这样做的目的是相同的，即保护每一个需要借助法律实现他的权利和维护他的自由的人能够求助于律师的指点和帮助，并保证法律的正确实施。只有在律师和当事人相互信任的情况下，这些目的才能实现。

因此，也就产生并形成了律师的权利和义务。这与其说是为了律师个人的利益，倒不如说是为了公众和社会的利益。”

欧共体律师协会委员会律师行为守则（CCBE CODE OF CONDUCT FOR LAWYERS IN THE EUROPEAN COMMUNITY）（以下简称CCBE CODE）也认为，“律师职责的关键是，其委托人应当向其告知该委托人不会告知他人的事，并且基于信赖他应当被告知其他信息。没有保密的确实性，就没有信任。因此，保密是律师首要的、基本的权利和责任。”

总之，确立律师拒证权规则，是为了就两种冲突利益进行权衡，择其更要者而从之。一般而言，律师保守委托人秘密的职责所体现的公共利益更为重要。

二、反对律师拒证权的声音

反对证权的最重要人物当数十九世纪英国最著名的功利主义法学家边沁（Jeremy Bentham）。他在1827年出版了《司法审判的原理》一书，对拒证权制度进行了不遗余力的抨击。认为拒证权是“非理性的偏见”的产物，没有任何令人信服的理由支持该制度的存在。边沁认为，由于律师拒证权制度使得违法者抱了这样的希望，即向律师披露的不利信息不会在法庭上用来反对他们，因而削弱了法律的制止效果（deterrent effect）。他还认为，这一权利对于无辜者是不必要的，对于有罪者则不应当给其这样的帮助。在边沁看来，尽管赞成拒证权的声音有很多，但都过于肤浅。拒证权不可避免地会排除诉讼中最可靠的揭示真相的证据，这些证据的分量显然比那些传闻证据和其他种类的证据要重的多。他认为，拒证权在过去的几个世纪里可能确实发挥了功效，但在十九世纪（边沁所处的时代）的条件下则是“相当不必要的”。边沁对于拒证权制度进行攻击和批判的时候，正是

拒证权制度发展成熟的时候，边沁的学说并没有对拒证权的法律地位产生什么影响。但是，边沁的论述的长期影响却是不可忽视的。美国的坎布利尼（Charles Frederrick Chamberlanyne）作为拒证权的批判者出现。坎布利尼1881年毕业于哈佛大学法学院，其一生中的大多数时间是在纽约和波斯顿做律师，同时撰写证据法著作。他在其著作中提出了一个富有争议的观点：“任何赋予证人拒证权从而妨碍真实发现的规则都是极端错误的规则”。坎布利尼非常重视证据对于发现真实的作用，坚持认为任何排除对主张者案情有证明力或构成作用的事实和证据的规则都是极端错误的规则，国家通过诉讼所追求的压倒一切的目标，并不是使用理性非暴力地解决个人之间的纷争，而在于尽可能准确和迅速地发现真实和实现正义。二十世纪初，美国证据法学家威格摩尔接过了边沁手中的反对拒证权的旗帜。在学术生涯早期，他提出了“彻底抛弃拒证权”的口号。威格摩尔对律师-委托人拒证权颇有微词，认为它的益处都是间接的和理论上的，“它的障碍是直接和具体的”。当时的威格摩尔已经蜚声法学界，这样的提法“一石激起千层浪”，学术界反响强烈，甚至连为拒证权辩护的学者也不得不承认，传统的支持拒证权的理由有点“空洞浮夸”，而非理由充分的论断。在当代，美国法官弗兰德里（Henry J.Friendly）当数最为著名的批评者。1968年，弗兰德里发表了一篇文章《第五修正案的明天》（The Fifth Amendment Tomorrow），在文章里，他认为拒证权的范围已经被美国法院扩展到了非“理性”所能解释的地步。弗兰德里在他的论述中充分考虑了隐私权的因素，他认为，以隐私权为基础的拒证权理由是不能令人信服的，人们

不能用新的理由来解释老的规则。拒证权尽管避免了与很多行为有关的证据被披露，但这些证据并不能理所当然地想象为是属于隐私权的范围。而且现代法律已经要求披露很多事实上属于隐私权的证据。无论如何，人们不会怀疑政府会在法律的规定下侵犯个人的隐私权，因此法律有理由要求证人作证，只是可以通过为他们提供豁免，使其没有将来受指控的后顾之忧。 综上，上述支持的学说和反对的声音都是从不同角度对拒证权的作用进行分析，拒证权的倡导者强调的是拒证权的道德基础、对基本人权和社会权利的保障，对于法律崇尚的公正的促进；而拒证权的反对者指出的是拒证权的消极影响，拒证权对于发现真实的阻碍、对国家在追求诉讼效率上的抑制。这些观点对拒证权的理论基础产生了很大的冲击，使得传统的支持拒证权的观点也在批评中不断地进行修正。 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