

确立辩护律师免证特权的法律思考

倪春乐

(西南政法大学法学院 重庆 400031)

【内容摘要】辩护律师保密义务对保障当事人诉讼权利至关重要,新《律师法》确立了律师保密义务但并未上升到律师免证特权进行设计。现行法律关于律师保密义务的规定存在包括主体不清、范围不明、保护时间过短及例外规定不完善等诸多缺陷。立法应该在立足现实的基础上实现从保密义务向免证特权的重心转变,从而设立完整的律师免证特权。

【关键词】保密 免证特权 辩护律师 诉讼权利
中图分类号:DF7 文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2011)03-0068-04

一、律师保密义务的解读

律师保密义务最早可追溯至罗马法时期^[1],设立律师保密义务的初衷是为了提升律师的“荣誉”(honor)和作为律师的地位。随着法律制度的发展演变,历史上关于律师保密义务的理论基础也经历了多种学说变迁,如威格摩尔的“功利说”(Utilitarian Approach)、艾伦·维斯汀的“人性说”、克瑞特梅克的“隐私说”以及美国学界的“政治实力说”等等^[2]。这些学说都从各自的视角论证了律师保密义务的理论基础,但同时也说明了各种学说的局限性。

控辩平等是现代刑事诉讼的基本理念,也是维系诉讼合理对抗的结构前提。辩护防御权有积极防御和消极防御之分,后者是保障被告人基本诉讼权利的底线,辩护律师保密义务是消极防御权的最主要途径。在现代刑事诉讼中,律师保密义务有重大的权利保障意义:

第一,律师保密义务可以保障被告人获得充分有效的律师帮助权。

在刑事案件的辩护准备过程中,律师为了充分了解案情以确定其辩护重点、方式及策略,必须从被告人处得到关于案件的一切信息,包括一些不为人知的对指控犯罪有利的证据材料。正如 Upjohn Co. v. United States 一案中法官所指出的那样,“以现代观点视之,律师保密的目的是为了鼓励律师与当事人之间充分而坦诚的交流,以使

当事人不必担心律师会被强迫公布其向之透露的秘密”^[3]。

第二,律师保密义务可以确保当事人不被强迫自证其罪权利的实现。

不被强迫自证其罪特权是实现控辩平等、维护被告人诉讼权利的重要武器。这一权利与控诉原则、证明责任理论等有着深厚的关联。“如果可以强制要求律师披露其从被告人那里得到的信息,那么被告人的不被强迫自证其罪特权将完全失去效力”^[4]。在 People v. Belge^[5]一案中,纽约州的一位法官认为,“如果可以强制要求律师披露其从被告人那里得到的信息,那么被告人的不被强迫自证其罪特权将完全失去效力”。同样在 State v. Kocielek 一案中,新泽西州最高法院的意见指出,“在这个国家,辩护律师保密义务对实现反对自我归罪特权的宪法性保障是必不可少的”^[6]。

就立法实践而言,有关辩护律师保密义务的规定几乎是刑事诉讼法律制度的必备内容。这也说明律师保密义务已经成为了各国的共识。美国、意大利、日本、德国等国的立法对此都有规定。

《中华人民共和国律师法》第38条规定:“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”;同时《律师执业行为规范》第56—59条分别规定,律师事务所、律师及其辅助人员不得泄露委托人的商业秘密、隐私,以及通过办理委托人的法律事务所了解的委托人

* 作者简介:倪春乐(1980—),男,西南政法大学刑事诉讼法博士研究生。

的其他信息。

因此,我国新《律师法》的这一条款顺应了诉讼文明化发展潮流。

尽管我国法律对律师保密义务从立法的角度进行了规范,但是深入分析相关法律条款,我们发现立法存在几个方面的缺陷。首先由于我国相关立法没有“职业秘密”这一概念,因此在保密义务与免证特权的衔接上存在漏洞。其次《律师法》把律师的保密范围限于国家秘密、当事人的商业秘密及个人隐私,混淆了律师的一般保密义务和保守职业秘密义务的界限。再次,实践中律师保密义务会涉及当事人与犯罪有关的“隐私”,而根据我国《律师法》和《刑事诉讼法》如实作证的义务,法律又强迫律师“透露”秘密,这不免使律师陷入两难。因此,笔者认为问题的关键还是在于如何正确把握保密义务与免证特权的关系。

二、辩护律师保密义务与免证特权关系分析

辩护律师保密义务与免证特权具有内在关联性。前者是基础,后者是前者的延伸和保障。但二者有诸多不同:

首先,从主体关系看,保密义务是调整辩护律师与当事人之间业务交往关系的准则,它是辩护律师的职业道德义务,其目的是促进律师与当事人交流的充分性。免证特权则是证据法上的内容,是法律赋予辩护律师在诉讼中对抗控诉方强制取证权的例外性特权。免证特权是一种“只适用于强制作证情况下的证据法特权”,属于调整控辩关系的规则。

其次,从功能和价值角度讲,保密义务是为了维持律师与当事人之间良好的信任关系。律师泄露秘密破坏的不仅是律师与当事人的关系。而免证特权在保障被告人反对自我归罪特权的同时也有利于维持控辩力量平衡。“如果法的目的在于发现真实,那么该项特权无疑将妨碍正义的追求。但是,确保任何人能够自由而充分地咨询有法律专业知识的人,从而使其得到适当的法律帮助和辩护具有同样的重要性。”^[6]

最后,从二者发挥作用的时限看,保密义务贯穿于律师与当事人整个委托关系存续期间及之后的一定期间,并不限于诉讼领域。律师的免证特权通常是在诉讼过程中发挥作用。

由此可见我国新《律师法》第38条规定的内容实质上是律师与其当事人之间保密关系的职业道德性规范,立法者也并未规定辩护律师具有免

证特权。所以对被告人而言,他只能寄希望于律师恪守其职业道德而保守秘密。而一旦辩护律师基于“打击犯罪的正义感”而向控方或法官披露了有罪或罪重信息,被告其实间接协助了控方的追诉。这会使得刑事辩护陷入道德危机。

所以立法需要将重心从律师保密义务转向免证特权。

三、辩护律师保密义务的现实困境

新《律师法》第38条规定了辩护律师的保密义务,可操作性不强,实践中遇到不少现实困境。

1.主体不清

立法规定对“律师”的界定不清。笔者认为,这里的“律师”不仅包括与当事人有委托代理关系的律师,还应当包括律师及事务所雇佣或聘请的其他工作人员以及律师为了进行有效的辩护准备经常需要咨询专门人员,如会计师、鉴定人员等。摩根在其《证据法之基本问题》一书中指出,“……此于现代工商业行为中,因拒绝权发生实质的效果时,甚为重要,因现代工商业行为中,法律意见之供求,已极为普遍。当委任人或律师传递信息,其代理人或代表仅为其作合理必需之传递时,则原始拒绝权之扩张适用,似应认为正当。”^[7]

2.范围不明

《律师法》将国家秘密、商业秘密及个人隐私作为保密的内容。实践中一旦对何谓国家秘密、商业秘密和个人隐私发生争议时,又产生了新的问题。笔者以为,可以采取一种“主客观要件相统一”的立法模式。只要某一信息符合以下两个要件,即可认定属于保密范围:其一,客观上辩护律师与当事人之间的交流是在双方之间秘密进行的;其二,主观上当事人具有要求律师保密的意图。^[8]

3.时限过短

从立法规定的字面看,律师似乎只有保守在“执业过程中”掌握的有关秘密的义务。而“执业过程”包含哪些具体的阶段,立法又比较模糊。实践中,它往往被解读为仅仅包括律师和当事人之间正式的委托关系延续期间。

实际上我们可以将律师获得的秘密信息分为三个部分:一是建立委托关系前获得的秘密;二是在律师作为辩护人的过程中获取的信息,这部分信息属于当然的保密范围;三是委托关系解除后律师仍然掌控的信息。对于被告人而言,本案诉讼程序结束后,案件信息仍然关涉其诉讼利益,因而律师应负有持续性的保密义务。

4.例外规定不完善

《律师法》第38条但书规定,“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。”但立法的例外规定并不完善。从国外相关立法的情况看,这种例外规定至少包括以下情形:

第一,在当事人明示或默示同意公开交流秘密时,免除律师的保密义务,这是尊重当事人自由意志的体现,也即所谓的“放弃”的例外。“放弃”可以明示,也可以默示。但法院一般都采取“严格放弃”的标准,其法理依据在于一旦交流公开,第三人也没有法律上的义务保守当事人的秘密,因此也就没有什么可以保护的^[9]。

第二,交流内容包含能证明被告人无辜的信息时,则该内容不属于保密范围。因为在此种情形下,免除律师保密义务总体上对被告人是有利的,因而并不违背律师的职业道德。法官也可以通过签发令状的方式强制当事人提供有关证据。这被称之为“有助于证明无辜的信息”的例外。^[10]

第三,交流信息中包含当事人或其他人准备或正在实施的犯罪行为的内容时,免除律师保密义务。英国一个判例也认为,“如果当事人寻求法律咨询是为了便利或指导其实施犯罪或欺诈,而律师对此目的的一无所知,那么二者之间的交流不受特权保护。”^[11]

第四,在诉讼活动中律师为证明自己的无辜,可以公开有关的交流信息。即律师在被指控或投诉职业失职或不法时,可以披露其与当事人交流的信息来为自己辩护。

四、确立和保障律师免证特权

我国《律师法》对律师保密内容仅仅停留在作为职业道德义务的层面来规范,这无论是在法律效果上,还是对律师及当事人诉讼权利的保障上都存在明显的不足。

一方面《律师法》的律师保密义务与现行《刑事诉讼法》第48条规定的“作证义务”存在冲突。加上我国《刑法》第306条关于律师伪证罪的规定使实践中广大辩护律师不敢越雷池一步,律师保密义务的法律设计所欲追求的价值无法得到实现。另一方面,律师保密义务是作为律师一委托人免证特权的制度前提而存在的,只有免证特权才能真正起到保障当事人获得律师帮助权和不被强迫自证其罪权利的功能。保密义务只是律师单方

的义务,并不能通过程序权利机制转化为制衡国家追诉权力的力量。

首先,律师免证特权实际上是一种调整控辩双方攻防力量对比关系的机制。它能确保当事人和律师之间通过充分交流后选择最有利的辩护方法和策略。虽然表面的权利主体是辩护律师,但实际上这项权利的保护对象却是被告人,而对应的义务主体实际上是作为控诉方的检察机关,它要求律师行使该项权利时检察机关承担一种“不作为”的义务。因而只有赋予辩护律师免证权,才能使其在面对控方取证时以此作为法律理由抗辩。

其次,作为一项程序权利,律师免证特权的实现需要法律创设可行性的实现机制。因此立法需要在诉讼过程中赋予辩护律师相应的权利,这也利于强化当事人获得实质的律师辩护权。否则,立法无需为律师“义务”的承担创设相应的实现机制,当事人的律师帮助权也会遇到各种障碍。

所以,我国立法需要在《律师法》第38条的基础上,在刑事诉讼中确立律师的免证特权。

然而,确立律师的免证特权,实现立法重心从“义务”到“权利”的转变涉及到诸多具体诉讼权利的完善和程序机制的加强。在现有立法条件下至少可以从以下方面加以实现:

第一,确保律师与当事人之间会见和交流权。

律师和当事人之间充分和坦诚的交流是有效辩护的基础,因此是各国法律和相关国际公约的共同内容。联合国《关于律师作用的基本原则》第8条规定,“遭逮捕、拘留或监禁的所有的人应有充分机会、时间和便利条件,毫无延迟地、在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行。”我国新《律师法》虽然从立法条文上解决了保障律师和当事人之间秘密会见和交流权的问题^①,但由于《刑事诉讼法》的相关内容并未修订,因此实际办案过程中,律师的会见交流权受到来自司法机关的阻挠,交流效果大打折扣。我们需要借刑法再修改的东风切实解决这一问题。

第二,确立律师在一定条件下拒绝搜查和扣押的权利。

要确立律师保密义务中的“工作成果原则”,赋予一定条件下拒绝搜查和扣押的权利。美国宪法第四修正案关于保护公民不受“不合理的搜查和扣押”规定,给律师免证特权提供了宪法上的支撑。

尽管从权利性质上讲,律师免证特权是一种为保障律师和其当事人交流权不被强制开示的证据法上的特权,而宪法第四修正案保障公共权力机关侵犯公民的“合理隐私期待”,所以一般而言一项搜查只要有法官令状便可推定为具有合理理由。但也有美国学者认为,律师免证特权包含了广泛的隐私利益,因而即使搜查和扣押行为能够获取犯罪的证据也是不合理的。^[12]笔者认为根据我国目前的需要和可能,也应当创设一定条件下的律师拒绝搜查扣押权利。律师可以提出拒绝搜查和扣押的主张,但需要以优势证据证明该住宅或场所与保密义务相关。

第三,创设被告人的异议权。

律师免证特权的真正的的实质性受益主体是被告人,因此要确保被告人的参与权。笔者认为,在律师是否主张免证特权的问题上应该赋予被告人提出程序性异议的权利。但是这种程序异议权在一定条件下需辅以一定的证据,否则事实审判者可以作出适当的推论。在英国,根据《1994年刑事审判和公共秩序法》的规定,被告为避免法官作出不利的推论有必要进一步陈述依据或理由。^[11]

具体而言,如果律师主张免证特权而当事人认为律师就相关问题作证对其有利,那么律师应该作证。这一点在实践中应该不会引起争议。相反,如果当事人认为律师应该主张免证特权,律师未主张而向司法机关作证,或者辩护律师“放弃”免证特权而作证的,法律应该赋予当事人异议权。

即当事人可以提出抗辩,若其提出优势证据证明抗辩的合理性,则法官应排除律师就相关问题作证的可采性。

注释:

①我国《律师法》第33条规定,“……律师会见犯罪嫌疑人、被告人,不被监听。”

参考文献:

- [1] See, Comment, Legal Ethics: Confidentiality and the Case of Robert Garrow's Lawyers, 25 BUFFALO L.REV. 1975 211,213-14.
- [2] 吴丹红.刑事诉讼中的律师保密义务—证据法角度的思考[A].陈兴良.刑事法评论[C].北京:北京大学出版社, 2006 289-290.
- [3] Upjohn Co. v. United States, 449 U.S.1981 383-389.
- [4] 41 N.Y.2d 60 (1976).
- [5] 23 N.J.414(1957).
- [6] Westinghouse Elec. Corp. v. Republic of the Philippines, 951 F.2d1414, 1423 (3d Cir. 1991).
- [7] 摩根.李学灯译.证据法之基本问题[M].台北:世界书局发行,1982:131-132.
- [8] Paul R. Rice, Attorney-Client Privilege: The Eroding Concept of Confidentiality Should be Abolished, 47 Duke L.J.1998 872-873.
- [9] Robert J.Franco&Michael E.Prangle, The Inadvertent Waiver of Privilege, 26 TORT&INS.L.J.1991 641.
- [10] Mercy Akman et al, Blackstone's criminal practice, Oxford 2006.
- [11] Derby Magistrates' Court, ex parte B[1996]AC 487.
- [12] Eric D.Mcarthu, the search and seizure of privileged attorney-client communications,72 U.Chi.L.Rev.2005 732.