

我国律师保守职业秘密的法律思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E5_BE_8B_E5_c122_483243.htm 我国律师应对其获取

职业秘密持何态度?这个问题一直困扰着律师实务界和理论界。本文从关注中国律师职业的当代命运出发，拟对此直抒一孔之见，以求教于同仁。

一、对国外有关律师保守职业秘密的考察与分析 国外有关律师保守职业秘密规定，都表现为一种法律义务。这在英美法系和大陆法系国家均较明确。英美法系的律师保密义务的规制范式，选择的是法律和道德的双重规制。从比较看，法律规制亦即证据规则基于法律认同律师同委托人之间的特殊关系，从便于律师诉讼和实现诉讼正义的角度，确立律师在证据法意义上的保密义务。另一方面，美国律师职业道德作为道德规制模式，扩大性保护了证据法则所未包含的保密信息。对此，有的学者认为，是基于代理法则和有助于对非来自委托人的利益提供保密保护。笔者认为，美国的这一做法的背后，还隐含了美国所独有的法律文化背景。律师委托人之间的关系的基础是一种诚信，诚信范畴又属道德范畴。这一命题的论证，区分了法和道德的不同规制价值，揭示了美国先进的法律文化的底蕴。伦理现代化，往往体示了文化的现代化。与英美法系相比，大陆法系国家关于律师职业秘密制度的整体构架表现出一定的混乱和无序。尽管如此，各国仍承认律师的保密义务，而且主要以法律来加以规制。律师保密权主要由程序法来规制。需要指出是，大陆法系国家，职业秘密不仅适用于律师与当事人之间的关系，而且适用于所有由于其身份或专业或由于其临时

或固定职业而掌握的有关秘密的所有职业行为人。律师的保密义务则主要以实体法来规制。保密义务的技术手段为设定实体法律责任。在大陆法系国家中，律师的保密义务的法律义务主要规制于各国刑法典之中。可是大陆法系国家对律师保密义务的规制范式是法律规制，而道德规制则处从属地位。

二、我国律师保守职业秘密的缺陷及其克服

(一)主要缺陷

1、律师保密义务的诉讼本体价值的视角缺陷。

尽管我国现行律师法规对律师保密义务作了设定，但远不能从根本上对律师保密义务作为律师的最基本的一项义务而达成理性认识。笔者认为，规制律师保密义务，是对律师委托人之间代理关系的诉讼本体价值的认可，是发挥辩护职能、保证诉讼公正的重要保证。它也是符合世界发展潮流的。如欧共体各国律协在《佩鲁宣言》中指出：“若不确定保密义务，就不可能存在信赖。保密责任因此被视为律师职业的首要的和基本的权利和义务。”缺乏有效的律师保密义务的规制，律师当事人之间就难以充分实现辩护价值，从而导致诉讼的结构性缺陷。长期以来，人们受约于纠问式诉讼的影响，审视和判断辩护职能，往往不能放置于控诉职能相对等的地位，导致辩护职能弱化，与律师密切相关的诉讼义务(如职业保密义务)和与当事人密切相关的诉讼权利的规制严重滞后，刑事辩护业萧条。从一定意义讲，我们亟需从诉讼价值的视角重新审视律师保密义务的地位。

2、律师保密义务的规制路径上的缺陷。

我国《律师法》第33条规定“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人商业秘密，不得泄露当事人的隐私。”1996年中华全国律协通过的《律师职业道德和执业纪律规范》第9条规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的

国家秘密、当事人商业秘密和当事人的隐私。” 据此，我们发现我国在律师保密义务的规制中，法律规制与道德规制完全重合(即单一规制范式)，甚至可理解为道德规制是法律规制的道德程式结果(从道德依赖于法律的角度)。我国现行律师保密义务的规制应有一种怎么的路径?笔者认为，从法律上规制律师保密义务，应当突出律师的职业特点，强调职业人对当事人信息的保密义务，并且应考虑以诉讼法(以证据法则为例)形式加以确立，从而保证诉讼公正。从道德上规制律师保密义务，应强调律师当事人之间的诚信关系，突出律师的道德职责。从法治秩序的建构和培植我国先进的律师制度出发，应当取法律和道德的双重规制路径。

3、律师保密义务中的“秘密”范围上的缺陷。我国现行律师保密义务所规制的“秘密”范围，仅仅局限为国家秘密、当事人的商业秘密及当事人的隐私三个方面。当我们把“秘密”作为一种信息来讨论时，就可以发现我国律师保密义务与我国普通保密义务有相混同并被歧义的一面。我国《保密法》规定了保守国家秘密是每个公民的义务，但它却与律师职业属性无关，与律师保密的职责不同。相反，由于受此影响，在对律师保密义务的“秘密”范围的规制中，采用了一种现有立法已作普通规制的保守或功利的做法。有的学者认为从立法的精神上看，它包含了所有应当保守的秘密。笔者认为，我国现行律师保密义务所列举的“秘密”范围是不能包含所有应当由律师保守的秘密，因为我国从根本上尚缺乏对律师执业所获当事人信息的道德规制。相反，这是我国在律师保密义务中“秘密”范围规制的缺陷所在，即律师保守执业中所获悉当事人的信息的完全义务未被确定。

4、律师保密义务运行的技

术缺陷。这主要存在于三个方面。一是适用律师保密义务的主体人仅限于“执业律师”，而未能拓展到律师执业过程中所涉及的律师一方的其他人员，如律师助理、实习律师、同一律师事务所的其他律师等等。二是律师保密区间的不完整。律师法和律师执业纪律强调律师应对执业中所获的秘密有保守义务，但对执业准备过程中所获悉的当事人信息及执业终结后所已获悉的当事人信息应否承担保守义务，缺乏相应的规定。三是律师保密特权在诉讼中无完整规定。律师保密义务与律师保密特权相连。诉讼中，律师对执业获悉秘密的免于作证权是律师保密特权的要求。我国现行诉讼法未能对此加以规制。

(二)整合范式 我国律师保密义务的科学规制，是实现律师制度现代化，并不断与国际接轨的要求。特别对中国加入世贸组织，意义重大。笔者认为，借鉴世界各国关于律师保密义务规制的合理内核，结合我国的法治本土资源，这是科学建构我国律师保密义务规制范式的基础。据此，笔者提出：

- 1、我国应采用“法治主导型”的规制模式。如前所述，尽管在理论上我国已确立了法律与道德的双重规制模式，但由于内容重复，已造成了法律道德一致化的事实结果。这种规制状况的背景因素有：(1)把法律与道德意义上的律师保密义务在技术上未能与公民的保密义务相区分，忽视了律师的职业属性的存在及其独立价值。理查德沃莎斯特朗姆认为：“传统观念认为，只要存在着律师当事人的关系，律师的观点就与不存在律师当事人关系时的观点完全不同。因为存在律师当事人关系时，律师通常认为是正确甚至是必须去做的事情，在同等情况下，是一般不必去做，也不应该做的事情。”(2)律师保密义务的法律和道德规制的范畴混淆

。应当说，律师保密的法律义务是仅存于诉讼区际的。而律师保密的道德义务则不限于诉讼，而涵盖了律师当事人关系的全部区际。混淆的结果造成了两种规制的内容上产生了一种保守的“重合”。(3)律师管理机构的行政与自律管理模式的差距使律师保密义务的道德规制价值难以发挥。对职业律师的管理，应该施行律协的自我管理，远离行政管理模式。现实生活中律师行政管理部门比律师协会对律师的管理要现实和具体得多(如从取得律师执业资格直至取消律师执业资格)，这种行政式管理模式使律协的自律性管理模式所产生的道德义务和道德价值难以发挥。我认为，从我国当前实际出发，应当选择法治主导型的规制模式。首先，在法治规制中，要走出有限的法律规制，把法规制与扩大权利、程序正义等相联系，选择以程序法的方式来体示法治意义上对律师保密义务的规制模式。我国当前正在进行的证据法则的建构，应对此进行关注。其次，应关注律师保密义务的道德规制范畴。律师的职业化发展历程，形成了一个自身的精英群体。基于律师当事人之间的诚信关系，律师的道德责任深重。肯尼斯基普尼斯认为：“在这种情况下，律师有必要向法官撒谎。”道德意义上的保密义务，应以当事人权利维护为核心，通过该义务设定，使当事人敢于向律师全面公开自己的信息，使律师在全面了解的基础上为当事人谋取合法利益。当然，这一道德义务的反面，则是当事人与律师之间变成了相互提防的陌生人，结果是“双输”。可见，道德规制应辅佐于法律规制。

2、律师保密义务的秘密范围应扩展至执业所知悉当事人的全部信息。

律师保密义务是律师职责的基本方面。从律师当事人的代理关系来看，律师权的基础是被代理

人的授权，律师在代理活动必须依法维护被代理人的权利和利益。这一层面的当事人信息，从诉讼的公正要求分析，律师应对所知悉的当事人信息保守秘密，并且以不损害当事人的利益为由拒绝对该信息作证。从律师当事人的委托关系看，律师行为完全是基于当事人的诚实信任，诚实是维系律师当事人的唯一纽带。道德在这一过程中居维护诚信的核心地位。在诚信的伦理范畴内，律师须以职责和公义来作为自己信守的道德义务，从而使当事人与自己处于信用状态，由此打造出律师职业群体。这一层面的当事人信息，从律师的道德义务出发，律师应当把因执业所获当事人的一切信息予以保密，从而维护当事人的权利和利益，建构社会生活中律师当事人诚信的良好、理性之互动状态。特别需要指出的是，我们不能因律师保密信息范围扩大而对律师价值进行质疑。谷口安平指出：“律师作为从事专业职业的人员，接受这种职业团体特殊的伦理规范制约。律师虽然是当事人的代理人，但其利益或立场并不完全等同于当事者本身。”

3、明确律师保密义务中的主体范围和适用区际。

律师保密义务的主体，应指律师群体，包括律师执业过程中所涉及的律师助理、实习律师、律师事务所其他律师及内部各类雇员等等。律师保密义务的区际，应包括律师执业准备期、执业行为期和执业终结等对所获当事人信息的保密义务。如《欧共同体律师协会委员会律师行为守则》规定：“保密的义务在时间上没有限制。”

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