

律师保密：是权利还是义务 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_E4_BF_9D_E5_c122_485621.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E4_BF_9D_E5_c122_485621.htm) 编者按：律师保密义务，是一个看似很简单的问题，实际上，它却是一个关系到律师职业生存状态的问题。2001年4月，河南焦作市一律师因将案卷材料留给被告人家属被判泄露国家秘密罪，判处有期徒刑一年。从其被捕至二审改判无罪，历时两年多。此案在律师界引起强烈反响，被律师界认为是继《刑法》第306条之后又一把悬在律师头上的利剑。当我们搁置起同情心，以惊醒的态度，冷静地审视该案时，发现它提出了关于律师保密义务的法律规定和律师道德规范在保密义务主体、客体、对象、期间、履行等方面的一系列问题，提示业内人士必须认真的研究和界定律师保密义务并完善相应的规范。律师保密

：是权利还是义务关于重构我国律师保密义务的思考现行立法状况分析 对于律师保密义务，我国只有《律师法》第33条：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私”和中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》(以下简称《规范》)第8条：“律师应当严守国家秘密，保守委托人的商业秘密及委托人的隐私”及其第39条：“律师对与委托事项有关的保密信息，委托代理结束后仍有保密义务”的规定。显然，这些规定没有形成律师保密义务的完整制度体系，概括起来存在以下问题：（一）法律义务与道德义务混同 律师职业应该是高度自治的行业，多数职业义务应以行业自律规范的形式存在，即以道德义务而非法律义务的形式存在。所谓律师的

道德义务，就是律师行业管理机构以规范的形式明确下来的，使律师时常可以感受到对社会、对他人所应该承担的使命或职责。履行这些道德义务，应该主要依赖律师自身的自律和律师行业的自律机制，而不能主要依赖法律的约束。而从现行规定看，《律师法》和中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》（以下简称《规范》）对律师保密义务的规定几乎完全重合，除《规范》第33条有一个保密期间的规定外，《规范》和《律师法》在保密主体、保密客体方面几乎一致。这看似在效力方面加强了律师保密义务，实际上是混淆了一般公民的保密义务与律师的职业保密义务，同时，又将律师的法律义务和道德义务混同。（二）保密范围界定不妥当《律师法》和《规范》都规定，律师只对国家秘密、商业秘密、隐私负有保密义务，而律师的职业特点以及与当事人的特殊关系都决定了律师所知悉的信息绝不限于此三类。如果律师对于超出此三类的信息不负保密义务的话，就会使当事人对律师的信赖度降低，从而不利于律师开展工作。如处于审判阶段的案卷材料不是国家秘密，也不是委托人的商业秘密或其隐私，律师同样不可以不经任何程序约束向外界扩散。中华全国律师协会在2002年修订《规范》时，使用“委托人的商业秘密和委托人的隐私”的话语描述，“委托人的”界定显然是不准确的。比如，律师在执业中了解到的对方当事人的信息，如离婚诉讼中，对方当事人有外遇的情况显然也不能泄露。而有些信息，哪些属于委托人的，哪些属于委托人的对方当事人的，是很难区分的。如果把律师保密义务仅仅限定在“委托人的”范围内，就给律师履行保密义务带来了鉴别上的困难，很可能因为鉴别不当而

在委托人和律师之间引起争议，这对律师的工作和维护律师的整体形象是很不利的。《律师法》使用“当事人的商业秘密和当事人的隐私”，这个范围比“委托人的”范围大，但是，仍然不严谨，因为有些事项可能不属于商业秘密和隐私，而当事人同样不愿意通过律师泄露出去。（三）立法技术有失严谨 对于律师的保密义务，无论《律师法》，还是《规范》都没有完整的考虑义务主体、义务客体、履行期间和履行情形判定等各要素，同时，对同一要素也没有注意到其在不同语境下语意同一的问题。如对律师保密义务的范围使用了三种表述。在《律师法》中使用的是“国家秘密”、“当事人的商业秘密”、“当事人的隐私”这样列举法，在《规范》第8条同样是列举法表述，却把“当事人的商业秘密”和“当事人的隐私”换成了“委托人的商业秘密”和“委托人的隐私”，将保密范围缩小了。更令人不解的是，该《规范》第39条又将律师的保密义务概括成“与委托事项有关的保密信息”，与前两种表述方法相比，又把律师的保密义务范围又扩大了很多。对同一个问题，在不同法律文件或者同一法律文件中出现这样重大的差异，应该说是立法不严谨。（四）没有形成律师保密义务的制度体系 对于律师保密义务，我国现行规定除了在保密客体、主体以及立法技术等方面的缺陷外，对于保密义务期间、律师保密方面的例外情形以及律师是否具有拒绝作证的特权等等问题，都没有相应的规定，也就是说现有规定没有形成律师保密义务的完整制度体系。这就使得在律师业务实践中，律师不知雷池边界，处于执业茫然和不确定的危险状态。可见，关于律师保密义务的现行规范，不仅客体界定不科学，主体规定不完善，而且关于

保密期间、保密对象等都没有规定，使得律师的保密义务成为一个无法落实的义务，因此，有必要对律师保密义务的内涵及其要素进行界定，即重构律师的保密义务。

律师保密义务架构

（一）律师保密义务的含义及其要素 任何一种保密义务都包括什么人、负有在什么期间、对什么人、保守什么秘密的义务这样一系列的要素，同样，律师保密义务也涉及保密主体、保密客体、保密期间、保密对象等这些履行保密义务必须涉及的最基本要素。在界定律师的保密义务时，必须考虑到这些要素。考虑这些要素之后，完整的界定律师保密义务的含义应该是，律师保密义务，就是律师以及有可能知悉案情或当事人信息的律师一方的其他人员，对在建立委托关系的准备阶段或委托关系建立后知悉的有关当事人的信息，负有保密的义务，除非得到当事人明示的授权或默示的认可，律师的保密义务始终存在。如果违反此义务，将会受到惩戒。

（二）律师保密义务主体 界定律师保密义务的主体，不能简单的顾名思义“律师保密义务”的主体当然是律师，要充分考虑到律师职业的特殊性和律师执业过程的特点。在律师执业的过程中，存在一个律师执业的群体，如合伙律师、实习律师、律师助理、法律实习生、行政人员等，这个群体里的很多人都有可能知悉有关当事人的信息，因此，律师保密义务主体不应只限于承办业务的律师本人。还应包括实习律师、律师助理、法律实习生、行政人员等辅助人员以及非承办人的合伙律师。在律师保密义务主体方面，北京市律师协会制定的《北京律师执业行为规范》规定得比较完善。它规定，“合伙律师、律师有义务对实习律师、律师助理、法律实习生、行政人员等辅助人员，在律师业务及职业道德方

面给予指导和监督，特别是要求辅助人员保守当事人的信息秘密。律师对受其指派办理事务的辅助人员出现的错误，应当采取制止或者补救的措施，并承担责任。”它还规定：“律师事务所的其他律师及辅助人员，对于了解到的委托事项的保密信息负有保密义务。”可见，《北京律师执业行为规范》把保密义务主体扩大到承办业务律师所在的律师事务所内可能了解到当事人信息的所有人员。这些规定，对于中华全国律师协会修订《规范》具有借鉴意义。同时，笔者认为，还应把律师的执业机构也界定为保密义务主体。因为案卷归档是律师事务所管理工作内容之一，也是履行律师保密义务的一部分。在案卷材料归档以后，因案卷材料丢失造成泄密的，律师事务所要承担责任。

（三）律师保密义务客体 律师保密义务的客体不应该从秘密类别的角度单取一般主体保密义务范围的国家秘密、商业秘密和当事人隐私这三类，应该从当事人的立场出发来界定在当事人律师关系中，“律师”这一特殊主体的保密义务的客体。《美国律师职业行为标准规则》将律师保密的范围界定为“同代理有关的案情”（见《美国律师职业行为标准规则》第一节律师与委托人的关系16案情的保密，“除非委托人在同律师磋商后表示认可，律师不得公开同代理有关的案情”）。《香港事务律师执业行为操守指引》将事务律师的保密义务界定为“在建立委托关系过程中的所有商业和事业信息”（见《香港事务律师执业行为操守指引》第8章保密：“事务律师有义务对当事人所要求的在建立委托关系过程中的所有商业和事业信息，保持绝对的秘密，不得有任何的透露，除非得到当事人明示或默示的授权，或法律上的要求，或除非当事人自己明示或默示

放弃保密义务。”)日本《律师法》把律师保密义务的范围界定为“由其职务上所得知的秘密”(日本《律师法》第23条规定“律师或曾任律师的人,对保守由其职务上所得知的秘密,享有权利,负有义务。”)可见,无论是“同代理有关的案情”,还是“在建立委托关系过程中的所有商业和事业信息”,抑或“由其职务上所得知的秘密”,其范围都比中国律师保密义务的“国家秘密、当事人商业秘密和当事人隐私”宽泛许多。实际上,律师职业的服务性质和律师与当事人关系的特殊性决定了律师所了解到的信息,绝不止这三类。因此,应参照世界各国的规定,尤其是借鉴日本将保密客体与律师职务相联系的界定方法,将律师保密义务的客体界定为“以律师身份了解到的与当事人有关的信息”,并将此界定体现在《律师法》中。

(四)律师保密义务期间 保密期间就是指保密义务何时产生,又何时终止。律师的责任通常是与委托期间一致的,但是,律师的保密义务则不同,它的开始和终止时间与委托关系成立与否以及委托期间没有必然的关系。当一个人在律师执业机构以其工作人员的身份出现时,或者以律师身份或律师一方的人员出现在当事人的场所或者谈判场所或者其他场所时,通过交谈或观察,了解到了关于当事人的信息,则无论该人是否取得执业资格,也无论这种交谈或观察之前或之后是否建立委托关系,如咨询甚至是电话咨询或者街头的义务咨询,或者作为助手参加谈判、接收或整理资料等等,只要在当事人看来,有理由认为是在与律师接触,甚至这个“律师”可能是一个没有获得执业资格的法律实习生,但是,律师的保密义务就已经于此时产生了。正像界定律师保密义务客体时阐述的那样,律师保密

义务的产生与一个以“律师”身份的人出现在与当事人及其相关人员交谈或者观察的场合有关。即当事人有充分理由把“某人”看成律师而开始交谈或开始接触之时，律师保密义务就产生了。即律师保密义务不是开始于建立委托关系之后，也不是在当事人提出保密要求之时才产生。中华全国律师协会2002年修订《规范》时，增加规定了“律师对于与委托事项有关的保密信息，委托关系结束后仍有保密义务”。一般地讲，除非得到当事人的明示的授权或默示的认可同意公开或放弃保密义务，律师保密义务一旦产生，就一直存在，甚至在当事人去世后依然存在。可见，保密期间与委托期间不具有同期性，委托关系终止，保密义务并不终止，而且，律师保密义务终止的时间是不确定的。如果一定要以委托期间作为描述保密期间的基本术语的话，可以这样表述：律师在建立委托关系的准备期、委托关系存续期间和委托关系终结后，对于所知悉的有关当事人的信息都负有保密义务。律师保密义务开始和终止时间，也许在一些情况下不是一个精确的时间，但是，对于律师来讲，应该以谨慎的态度有意识的延伸保密义务的期间，而不是以执业辩论的姿态咬文嚼字的认定这个期间的起止时间。要认识到律师的保密义务，在更多的场合下是道德义务，要靠高度的自律来履行。只有这样理解，才有助于律师更好地履行职业保密义务，在社会公众中建立完全可以被信赖的形象。

（五）律师保密义务的对象 保密对象，即向什么人保密的问题。如果简单的理解，可以认为保密就是向所有的人保密，而在律师执业中有两种人是不可回避的，一是委托人及其家属，二是同一律师事务所的其他人员。如何处理对这两种人保密的问题，是妥善履行

律师保密义务的重要环节。对于委托人及其家属，是否需要保密的问题，与案件情况和案件的性质有关。对于律师了解到的案情或业务是委托人自己的信息时，无所谓对其保密的问题，但是，对于不完全是委托人的信息的案情或业务，就存在一个是否应该向委托人保密的问题。在民事案件中，委托人往往就是事件的亲历者或者事件与其本人的权利有着密切关系，律师需要把自己阅卷或调查了解到的情况，与委托人核实或通报，以便于委托人决定权利的取舍或程序方式的选择。在刑事案件中，尤其是公诉案件，案情内容不全是委托人的信息，也不全是被告人的信息，而且，案情也不完全是委托人或被告人的隐私，哪些情况可以与委托人或被告人交流，应该视辩护工作需要而定。笔者认为，律师没有必要把阅卷、调查了解到的情况向委托人或者被告人通报。因为律师是辩护工作的专家，不需要委托人或被告人及其家属的指导，与他们交谈的内容应该限定在核实案情的限度内。在这一点上，律师保持职业的独立性尤为重要。要认识到委托人及其家属是最有可能造成干扰侦查或审判的因素，而且，这个因素是律师无法控制的。有人认为，按照《刑事诉讼法》的规定，律师以外的其他辩护人也可以阅卷，委托人也可以成为辩护人，所以，没有必要对委托人保密。但是，其他人作为辩护人的权利与律师作为辩护人的权利是有差别的，其他辩护人阅卷、会见被告人或与其通信是需要经过检察院或法院许可的。什么时间许可以及许可的范围，法院和检察院可以通过行使许可权来控制，从而控制委托人知悉案情的时间和范围。承办律师对同一律师事务所的其他人员，也是需要保密的，但是，由于案件讨论的需要或者由于工作场所

的相邻或者案卷归档等情况，使得除案件或业务承办律师以外的其他人员存在着知悉当事人信息的可能性，所以，律师事务所的其他人员就因得知相关信息而负有保密义务。（六）

律师拒绝作证的特权 律师拒绝作证的特权是基于律师与当事人的特殊关系而拥有的对抗其他人或机构干预或侵犯律师保密义务时的特权。它是一种基于律师与委托人的委托关系而产生的特殊权利。我国《律师法》不仅没有赋予律师这种特权，而且，根据我国刑事诉讼法的有关规定，任何知晓案件情况的公民都有如实作证的义务，任何人没有拒绝作证的特权，律师也不例外。对此，我国法学工作者应该加强这方面的研究，借鉴国外有关国家的规定。笔者认为，我们应该考虑到一个被国际社会普遍认同的权利一定有其合理性的一面，但是，我们也应该考虑我国的国情，既不能照搬国外的做法，也不能完全排斥，而是要汲取其中的合理成分，对律师拒绝作证的条件、程序进行研究，有条件 and 有限度的赋予律师在特定条件下履行律师保密义务的特权，并体现在诉讼证据规则中。（七）

律师保密义务的例外情形 律师保密义务的例外情形，是指律师公开案情不视为违反律师保密义务的情形。如《美国律师职业行为标准规则》规定“在律师认为有理由的情况下，可公开案情，”并对这些理由进行了列举“（1）为了防止委托人实施犯罪或欺诈行为，且律师有理由认为这种行为可能导致他人的死亡或身体伤害，或给他人的经济利益或财产造成损失；（2）为了纠正委托人犯罪及欺诈行为所引起的后果；（3）在律师同委托人发生争议时，律师为了自身利益，准备起诉；或者，律师因代理当事人而受到刑事指控、民事起诉、纪律指控时，律师为了替自己辩解；

(4) 为了遵守其他纪律。”《香港事务律师执业行为操守指引》将此种例外情形称之为正当披露，即在某些特殊情况下，事务律师可以违反保密的义务，在一定程度上披露当事人的资料，只要他确信这样做将有可能制止当事人或其他人的犯罪或继续犯罪行为，即事务律师有充分理由相信该行为确实涉及或可能导致对某人的劫持或严重暴力（包括对孩子的暴力），事务律师甚至应该运用其专业的判断，决定是否存在着其他制止犯罪的方式，如果不存在其他方式的话，则要看保护人们不受严重伤害的公共利益的重要性，是否超过了事务律师对当事人所负的义务。北京市律师协会制定的《北京律师执业行为规范》也考虑到了在律师执业中可能出现的特殊情况，规定了三种例外情形，即委托人授权同意律师公开披露的信息，律师公开不视为违反律师职业道德；委托人的信息已经他人公开的，律师不再负有保守秘密的义务；律师可能被无辜地牵涉到委托人的犯罪行为时，律师为保护自己合法权益的需要而公开代理过程中知悉的委托人的相关信息的，不视为违反律师职业道德。显然，这些规定对修订中华全国律师协会的《规范》具有借鉴意义。尽管本文对律师保密义务的主体、客体、期间，甚至履行该义务时可能遇到的保密对象和各种特殊情形进行了研究，试图重新构筑中国律师保密义务，但是，任何理论探讨永远是有限的，即使在美国这样律师执业规范相当完备的国家也认为，律师的执业规范不可能穷尽执业过程中可能出现的全部问题。对我国这样一个律师制度恢复发展时间不长的国家更是如此，无论是《律师法》，还是《规范》都不可能穷尽律师执业中的所有情形，所以，一方面，需要完善法律和行业规范，另一方面

，更需要律师以良好的职业道德修养善意的理解行业规范，对各种情形做出准确地判断和理性地处理，需要律师以高度的自律精神，审慎地履行律师的保密义务。 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