

育城乡失衡的局面。

第二,重视权利意识培养,推动公民在法治建设中的有效参与。为此,要通过法治实践和公民教育去提升公民的法治意识。这其中包括了公民的主体与权利意识的培养,也包括了法律与合法利益保护意识以及责任与规则意识。只有权利意识的觉醒,才会有为保障权利而进行的参与。在此基础上,国家还要保障公民基本权利的正常行使,一方面必须以宪法及其他法律所规定的公民权利为准则,在执法过程中严格限制执法机关公权力的范围和界限,并以法律形式对其运作程序进行监督和制约;另一方面在公民权利遭到侵犯时应当提供有效的救济方式和诉求机制。

第三,重视辩护律师权益保障的制度建设,促进辩护律师作用的充分发挥。在立法上,可参照联合国《关于律师作用的基本原则》进行相关制度的修订或建构,尤其要完善辩护律师保障制度,确保律师能够不受妨碍地履行职责,且各项安全能获得保障。目前亟待解决的问题是修订《刑法》306 条,建构律师执业豁免制度。在执法和司法层面,司法机关、执法机关要避免通过司法解释和“特别规定”等形式,对律师的执业和权利进行额外限制。只有拆除制度藩篱,律师人权保障作用才有可能充分发挥。

第四,辩护律师还要加强自律。辩护律师应充分认识到律师的首要价值是追求正义与保障人权,要有先主持正义而后考虑生计的勇气,要有高度的社会责任与使命感。落实到行动上,辩护律师除了不断提升基本素养外,更要在强大的纷繁复杂权力面前,不屈不挠,做到为真理与正义而战。

参考文献:

- [1] 刘丹冰. 中国西部法治发展报告: 刑事诉讼中律师作用及其工作状况调研(2012) [M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [2] 陈佑武. 人权的原理与保障 [M]. 长沙: 湖南人民出版社, 2008.
- [3] 石茂生. 中国律师法学 [M]. 郑州: 郑州大学出版社, 2009.
- [4] 刘仁文. 法律行者·刘仁文法学随笔之三 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2010.

(本文作者系西北大学副教授,从事民商法、经济法研究)

保密义务与真实义务之间的较量 ——兼论我国辩护律师保密特权制度的完善

刘 蕾

(西北大学 法学院 陕西 西安 710069)

摘 要: 保密特权既是律师的权利也是义务。律师的双重身份决定了保密义务和真实义务的矛盾性。在保密义务与真实义务的博弈中,诉讼模式不同则表现不同。我国关于辩护律师保密特权的规定存在不足,需要在立法、保密特权主体、例外规定、保密范围方面予以完善。

关键词: 律师保密特权; 保密义务; 真实义务

一、保密义务与真实义务

律师保密特权,“是指律师对因执业所知晓的委托人的秘密,享有对外主张特权并未经委托人同意

不得泄露的制度。”^[1] 保密特权对律师来说既是权利也是义务。当事人和辩护律师之间是委托关系,当事人基于对辩护律师的信赖向辩护律师讲述案件详情,提供案件线索,为律师辩护提供有利条件,并使自身获得律师的帮助。正是基于这样的信赖关系,辩护律师对当事人负有保密义务。司法机关与辩护律师具有不同的诉讼职能,辩护律师有权拒绝为司法机关提供其尚未掌握并不利于当事人的案件事实,并享有拒绝作证的权利。对司法机关而言,辩护律师具有保密权利。“律师的这种权利同时又是其必须履行的义务,一个律师有义务不泄露他通过履行职务而获知的不利于其当事人的事实,如果他违反这一义务,法律也不允许法庭采纳他违反保密义务而进行的陈述作为证据,这是由现代刑事诉讼职能原理决定的。”^{[2] [P198]}

“律师保密特权源于具有对抗制度诉讼文化的英美法系,因其科学性逐渐地为其他国家立法和国际人权公约所采纳。”^{[3] [P7]} 英国律师的法律职业特权(legal professional privilege)不仅可以适用于当事人提供法律咨询的交流,还适用于各种为当事人提供有效信息的文件和意见。同时,律师从当事人或第三方处获得的早已存在的文件,经过整理将成为为当事人提供的辩护意见时,该文章同样受法律保护。《美国联邦证据规则》第502条(a)规定“在联邦诉讼中,律师—委托人特权(attorney-client privilege)延伸至就同一事项的通信与信息交流。”《美国律师职业行为标准规则》1.6规定“除非已经得到客户的许可或默许,律师不能泄露客户的有关资料。”此外,德国、法国、荷兰、西班牙、日本等国家也在法律中规定了辩护律师的保密特权。

真实义务是指辩护律师在刑事诉讼中,以事实为依据,合法地维护犯罪嫌疑人、被告人的权益,不得提供虚假事实或从事违法行为阻碍司法机关查明案件事实。辩护律师的双重身份决定了其保密义务与真实义务之间的矛盾性:一方面辩护律师接受当事人委托,基于双方之间的信赖关系,辩护律师对其知道的犯罪嫌疑人、被告人的秘密应当保密,在诉讼中为被告人做无罪或者罪轻的辩护,而不应该像公诉机关一样,对其所犯罪进行讨伐;另一方面,律师作为参与诉讼的法律职业人士,应该奉行法律所要求的公平、正义,在充分调查案件事实的基础上发现真实,以实现社会正义。辩护律师保密义务和真实义务的矛盾实质上为保障人权与揭露犯罪之间的矛盾、私人利益与公共利益之间的矛盾、法律真实与客观真实之间的矛盾、程序公正与实体公正之间的矛盾。保密义务强调对犯罪嫌疑人、被告人人权的保护,辩护律师作为“被告辅助人”维护其私人利益。司法机关不能因为要查明案件事实而违反程序规定,要求辩护律师提供不利于当事人的案件事实,即使司法机关、辩护律师通过违法方式取得或泄露也不能成为证据。真实义务强调辩护律师的公共职能,为了揭露犯罪可以牺牲程序公正来追求实体公正,以此来维护公共利益。在客观真实中,则更偏重于辩护律师的真实义务,将其保密义务弱化。

二、保密义务优先于真实义务

在保密义务与真实义务的博弈中,诉讼模式不同则表现不同。在职权主义诉讼模式下,强调的是充分发现案件事实,因此更注重辩护律师的真实义务。而在当事人主义诉讼模式下,采用对抗制,强调诉讼中当事人作用的发挥,因此更注重辩护律师的保密义务。在两者的较量中,保密义务应该优先于真实义务,因为:

首先,是人权保障的要求。辩护律师保密特权,反映出刑事诉讼中打击犯罪和保护人权之间的博弈。如果律师没有保密特权,就需要对从犯罪嫌疑人、被告人处知悉的案件情况出庭作证,那么犯罪嫌疑人、被告人将无法享有获得律师帮助权和反对自证其罪权,这会对其人权造成侵害。

其次,是控辩平等的客观需要。在刑事诉讼中,控诉职能主要由检察机关来行使。检察机关属于国

家公权力机关,拥有强大的司法资源和权力,而被追诉主体一般都是私主体,相比之下势单力薄。强势的公权力机关和弱势的私主体之间的力量悬殊较大,而律师保密特权的设置恰恰是维护被追诉人权利的有利武器,它使得辩护律师必须从被告的利益出发维护其权利,以此来维持控辩双方的平等。“强调通过律师保守职业秘密来确保律师和当事人之间的信赖关系,是维护辩护制度的基础,而辩护制度存在的根本目的就在于实现控辩力量的均等。”^[4]

再次,是辩护制度和律师职业道德的需要。华尔兹(Waltz)教授认为“特权存在的一个理由是:社会希望通过保守秘密来促进某种关系。社会极度重视某些关系,宁愿为捍卫秘密的性质,甚至不惜失去与案件结局关系重大的情报。例如,很难想象有什么事情比‘律师——当事人’特权更能阻碍事实的查明”^{[5] (P283)}。辩护律师在对案件事实了解的基础之上才能为被告人进行辩护,辩护律师对案件事实的了解有赖于当事人无保留地向律师提供有关案件的全部内容。律师对案情的知晓大多来自于当事人基于对律师的信赖而进行的陈述,否则有些案件信息无法通过其他途径获知。如果律师将这些案件信息泄露或披露,那么会将当事人置于不利的境地。由于制度缺陷而使律师可以不负有保密义务,会使当事人与律师之间产生信任危机,使辩护制度失去意义。

最后,是降低律师辩护风险的需要。鉴于我国目前的法律制度,刑辩律师执业风险比较大。在承接刑事辩护业务过程中,辩护律师可能涉及伪证罪、包庇罪。为了避免承担法律责任,辩护律师更倾向于选择做消极辩护,这种做法严重阻碍了被告人获得辩护律师积极、有效帮助的权利,会导致刑事案件辩护质量下降,进而损害司法公正。辩护律师的保密特权可以降低辩护律师的真实义务,相应地,辩护律师触犯伪证罪、包庇罪的可能性也降低。因此赋予辩护律师保密特权是降低律师执业风险,促使辩护律师积极、有效、高质量地进行辩护,这是实现控辩制度功能的有效途径。但与此同时,在强调辩护律师保密义务的基础上,还应将真实义务作为限制,对辩护律师进行必要的制约,防止辩护律师违反法律,通过捏造、虚构案件事实为被告进行辩护。

目前我国有关辩护律师保密特权的规定主要见于《律师法》。《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和商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息,应当予以保密。但是,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。”

三、完善辩护律师保密特权的举措

我国关于辩护律师保密特权的规定存在一些问题,需要在诸多方面予以完善。

首先,排除立法冲突,将辩护律师保密特权纳入刑事诉讼法。我国《刑事诉讼法》注重对真实义务的规定,对于保密义务却没有涉及。同时《刑事诉讼法》第48条规定“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。”显然,刑事诉讼法的规定与律师法是相冲突的。该冲突一方面会使律师在执业过程中造成认知和行为的混乱;另一方面会对犯罪嫌疑人、被告人产生不利影响。因此有必要在刑事诉讼法中规定辩护律师保密特权,在规规定辩护律师对犯罪嫌疑人、被告人提供的案件事实负有保密义务的同时,规定辩护律师具有拒绝向司法机关提供案件事实的权利,并有权拒绝作证。

其次,保密特权主体范围窄,应扩大保密特权主体范围。《律师法》和《律师执业行为规范》中都只规定了“律师”应当保守在执业活动中知悉的委托人的秘密。但在实际生活中,接触到案件或者知道案件秘密的人除了委托律师外,还有实习律师、律师助理、律师事务所的行政人员。另外对于有些复杂的刑事案件,律师事务所还会组织律师们进行讨论,因此只要是相关人员在工作中得知的有关犯罪嫌疑

人、被告人的秘密都应当成为保密主体。而对于在工作之外得知的犯罪嫌疑人、被告人的犯罪证据的上述人员则不在保密主体之列,并可以作为证人出庭作证。

再次,例外规定模糊,应明确辩护律师保密特权的例外规定。《律师法》规定律师对于委托人或者其他人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可以不予保密。现行法律对严重危害他人人身、财产安全的犯罪并没有明确规定,因此可以采用列举的方式明确此种犯罪的类型,这样可以限制司法机关的权力,防止司法机关以此为理由要求辩护律师公布其所不知晓的案件事实,对于辩护律师而言也可以避免不必要的执业风险,从而更好地履行辩护职能。

最后,保密范围不明确,应明确保密范围。要保障辩护律师保密特权的实现,应建立相应的保障措施,以避免律师与犯罪嫌疑人、被告人之间的任何形式的交流谈话和通讯被第三方任意介入和获取。虽然我国《律师法》第33条规定“律师会见犯罪嫌疑人、被告人,不被监听。”但对于律师与犯罪嫌疑人、被告人之间的电话交谈等其他形式的接触是否也不能被监听没有作出明确规定。监听与辩护律师保密特权存在冲突,如果采取监听手段,犯罪嫌疑人、被告人向律师陈述的案件事实会被司法机关所知悉,或者当在监听的情况下,犯罪嫌疑人、被告人会隐瞒案件事实,作出不真实或不充分的陈述,这势必会影响辩护律师保密特权的实现。因此应该在法律中明确规定,禁止对犯罪嫌疑人、被告人和律师之间以任何方式交流案情进行监听。

保障人权是刑事诉讼的最高价值追求。辩护律师保密特权是保护犯罪嫌疑人、被告人人权的重要途径,可以防止司法机关滥用权力侵害其合法权益。辩护律师保密特权有利于维护当事人与律师之间的信任关系,可以充分调动犯罪嫌疑人、被告人聘请律师维护自己合法权益的积极性,充分发挥辩护制度的功能。同时辩护律师保密特权在维护个人利益的同时也并不违背公共利益。因为“让律师不做有损当事人利益的事情可能有助于提升案件处理结果的总体准确性,即使这样可能会妨碍对某一特定案件的正确处理。换句话说,律师对当事人的忠诚可以被看做是在国家的眼前目标与长远目标之间存在差异性的情况下按照后者优先的原则作出的调整,而不是被视为在个人利益与国家利益之间发生冲突的情况下作出的支持前者的安排。”^[6] (P235)

参考文献:

- [1] 唐芳. 论辩护律师保密特权制度及其完善[J]. 华西师范大学学报, 2008 (1).
- [2] 陈光中. 中华人民共和国刑事诉讼法专家拟制稿(条文、释义与论证) [M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [3] 葛同山. 辩护律师保密特权研究[D]. 上海交通大学, 2009.
- [4] 程恩富, 管文杰. 律师保密义务的经济探析——海派经济学的法学观点[J]. 江苏行政学院学报, 2005 (6).
- [5] 乔恩·R·华尔兹. 刑事证据大全[M]. 何家弘, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1993.
- [6] 米尔依安·R·达玛什卡. 司法与国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序[M]. 郑戈, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.

(本文作者系西北大学副教授,主要从事经济法研究)