

辩护律师保密权的法教义学分析

董 坤*

摘要 运用霍菲尔德权利分析框架对辩护律师保密权进行分析,保密权的性质为豁免权,而非特权,保密权与保密义务之间并非简单的平行共生关系,而是先后派生关系。委托人向律师主张保密请求权,律师承担保密义务,先形成“委托人—律师”法律关系,后派生“律师—国家机关”法律关系。国家机关开展调查取证无权力改变律师对委托人的保密义务,律师拥有举报作证豁免权,即保密权。真正决定案情信息是否保密的权利主体是委托人,而非辩护律师。保密权的理论溯源是刑事诉讼中的委托人拥有不被强迫自证其罪、获得律师帮助以及一般人格权之保护等宪法性权利。在对保密权的性质和理论溯源作出教义化处理,应回归刑事诉讼法的条文语境,对保密权的适用前提、构成要件以及例外情形等进行教义化的语词解释和体系构建,就发现的问题,如律师保密与犯罪嫌疑人应如实回答条款的冲突、律师泄密与刑法追责、非法证据排除规则缺失等提出完善建议。

关键词 辩护律师 保密权 保密义务 霍菲尔德权利分析框架

引言

“刑事诉讼的历史就是辩护权扩充的历史。”〔1〕中国也概莫能外。随着2012年《刑事诉讼法》的修订,实践中长期困扰律师辩护的难点、痛点得到立法关切与回应,辩护权进一步扩大,辩护制度不断完善。辩护律师的职业伦理也在立法中有所体现,其中就包括辩护律师保密权。早在1996年《刑事诉讼法》修订后不久,就有研究者建议立法赋予律师保密权。〔2〕学界

* 中国社会科学院法学研究所研究员。本文系国家社科基金一般项目“犯罪治理现代化视阈下公诉定罪问题研究”(项目编号:23BFX026)的阶段性研究成果。

〔1〕 (日)山口守一:《刑事诉讼法》(第七版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第172页。

〔2〕 参见薛春喜:“律师在市场经济中的作用”,《中国律师》1997年第12期,第34页。

也开始研究律师保密权或拒证权。^{〔3〕}随着2007年《律师法》和2012年《刑事诉讼法》相继增订律师保密义务和保密权条款,有关律师保密权的规范分析和比较研究愈发热烈。然而,由于缺乏精确的法律概念和严谨的逻辑架构,国内对于辩护律师保密权的讨论始终处于一种“泛化的权利语境”,^{〔4〕}以致对律师在办案中能否放弃保密权、保密权与保密义务的内在关系、保密权与独立辩护之间的平衡等问题时有争论,典型的案例当属顶包案。

张三酒后驾车撞死一名正常过马路的行人,构成交通肇事罪。因事发偏僻,无人发现,张三立即电话其父张大前来“顶包”。考虑到亲情关系和儿子的前途,张大迅速赶至现场,在张三离开后拨打报警电话“自首”。张大在侦查阶段与辩护律师李四会见交流时坦承案发时正与情人王五幽会,不在犯罪现场,真凶实为张三。但张大坚决要求李四对谈话保密,并为其全力辩护。

顶包案曾是不少影视剧作品中的剧情,在现实生活中也时有报道,^{〔5〕}在律师办案中亦非鲜见。本案中李四律师就面临保密与否的选择难题。一方面,依《刑事诉讼法》第48条,李四可行使保密权,对会见中知悉的案情信息守口如瓶,却随之陷入辩护困境。因为张大在庭审中若作虚假供述,李四再据此从轻辩护,两人皆会陷入包庇罪的追诉风险。^{〔6〕}另一方面,辩护律师作为独立的司法主体,为实现委托人利益的最大化,可以违背委托人意思独立辩护,放弃保密权,将知悉的案情信息告知办案机关,帮助张大脱罪。但李四又会违背《律师法》第38条规定的保密义务,还会导致张大因包庇罪、张三因交通肇事罪被双双追责。此外,李四如果根据张大陈述找到其情妇王五核实案情,收集张大不在场证词,是应依据《刑事诉讼法》第42条及时告知公安机关,还是要根据第48条的保密规定不予提交?^{〔7〕}种种疑问和争议皆因律师保密权而起。有学者提出这背后实为律师的诚实义务(忠诚义务)与真实义务之冲突,可从价值层面作出利益权衡抉择。^{〔8〕}然而,各重价值较为抽象,难以被精确测算并实质权衡,诚实义务与真实义务等概念又无法直接作为法律推理工具,以致实践中各有见解,最终的抉择难免

〔3〕 参见伍浩鹏:“刑事诉讼中的拒证制度研究”,《河北法学》2000年第5期,第121—124页;王宇、钱小平:“论律师特权”,《渝州大学学报(社会科学版)》2001年第1期,第30—32页;樊晓兰:《论律师拒证权的确立》,载张卫平主编:《司法改革论评》(第三辑),中国法制出版社2002年版,第179—188页。

〔4〕 英语中的right、claim、privilege、liberty、power、immunity等词皆可指称“权利”,但表意各不相同,足见法律中“权利”一词是一个内涵丰富却又含混的概念。我国在讨论辩护律师保密权时常以“right”泛指带过,缺乏对保密权性质的精致化辨析。

〔5〕 参见安海涛、刘冰莹:“丈夫肇事妻子‘顶包’ 夫妻双双罪难逃”,载《人民法院报》2017年9月12日,第3版。

〔6〕 张大一旦认罪,无疑会向法庭作虚假陈述,李四的从轻辩护必然要以张大的虚假陈述为基础展开,二人都将构成包庇罪。

〔7〕 有学者认为,涉及委托人“不在犯罪现场”“未达到刑事责任年龄”“属于依法不负刑事责任的精神病人”情形的属于律师保密原则的例外。参见刘少军:“保密与泄密:我国律师保密制度的完善——以‘吹哨者运动’下的美国律师保密伦理危机为视角”,《法学杂志》2019年第2期,第113页。

〔8〕 参见(日)佐藤博史:《刑事辩护之技术与伦理:刑事辩护之心·技·体》,王信仁译,新学林股份有限公司2017年版,第43页;司莉等:《律师职业操守》,北京大学出版社2013年版,第154页。

波动较大,带有一定主观性。〔9〕

本文对于辩护律师保密权的研究不再仅从价值层面作理论思辨,而是转向法教义学的研究视角,在第一部分运用霍菲尔德(Hohfeld)权利分析框架辨析辩护律师保密权的性质,勾画出权利背后的两重法律关系,厘清辩护律师保密权与保密义务之间的派生逻辑。在第二部分,继续从霍菲尔德关系视角出发,对辩护律师保密权展开理论溯源,探究保密权真正的归属主体及权利设定的宪法性依据。在此基础上,第三部分将以制定法为分析对象,通过对保密权的适用前提、构成要件以及例外情形进行解释,实现法教义学层面的规则梳理和体系构建,同时对顶包案中的相关争议作出回应。“通过对中国已有法律规范进行系统化,能够发现其中究竟存在哪些矛盾,可以了解如果是通过立法改进,应该从何处入手。这种对制定法的系统化和提供立法的备选也是法教义学的应有之义。”〔10〕有鉴于此,本文最后一部分将对条文教义化过程中暴露的问题提出立法建言,确保制定法的完整自洽和辩护律师保密权的规范行使。

一、辩护律师保密权的性质分析

霍菲尔德法律分析理论在上世纪八十年代中后期被引介到我国,〔11〕随之在哲学界和法学界产生不小影响。借用霍菲尔德权利分析框架从法律关系视角切入,可以对辩护律师保密权作出类型划分和性质辨析。

(一)分析工具:霍菲尔德权利分析框架

霍菲尔德认为,法律中的大量权利、义务、责任等概念,都不对应各自独立的“客观事物”,必须被置于不同主体间形成的“法律关系”(jural relations)中才能被有效理解。〔12〕基于关系意义上的法律思维,霍菲尔德在不同的法律关系中将权利细分为四种:狭义的权利(right)或请求权(claim)、〔13〕特权(privilege)、权力(power)、豁免(immunity)。它们在不同的法律关系中都有各自的对应物,即义务(duty)、无权利(no-right)或无请求权(no-claim)、责任(liability)、无权力(disability),由此形成了四对关联概念关系:请求权(claim)—义务(duty),特权(privilege)—无请求权(no-right),权力(power)—责任(liability),豁免(immunity)—无权力(disability)。〔14〕

〔9〕 我国学界和律师界对忠诚义务与真实义务的权衡有不同意见。以陈瑞华为代表的学界更多倾向于律师应以对委托人的忠诚义务为核心,真实义务仅发挥辅助调节功能,用以划定忠诚义务的底线和边界。以陈有西、陈光武为代表的律师界则认为应将真实义务与律师独立辩护相结合,还原事实真相,谋求当事人利益的最大化,弱化忠诚义务的核心地位。参见陈瑞华:“论辩护律师的忠诚义务”,《吉林大学社会科学学报》2016年第3期,第5—20页;赵蕾、雷磊:“李庄案辩护:荒诞的各说各话?”,载《南方周末》2010年8月12日,第A4版。

〔10〕 卜元石:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社2021年版,第24页。

〔11〕 参见沈宗灵:“对霍菲尔德法律概念学说的比较研究”,《中国社会科学》1990年第1期,第67—77页。

〔12〕 参见戴昕:“数据界权的关系进阶”,《中外法学》2021年第6期,第1568页。

〔13〕 为了与广义上的right相区分,霍菲尔德在英语中用claim来说明严格意义上的第一种权利。claim是主张和请求的意思,这与大陆法系中的请求权(Anspruch)概念相似。参见王涌:“寻找法律概念的‘最小公分母’——霍菲尔德法律概念分析思想研究”,《比较法研究》1998年第2期,第154—155页。

〔14〕 参见(美)韦斯利·霍菲尔德:《司法推理中应用的基本法律概念(修订译本)》,张书友译,商务印书馆2022年版,第54页。

1. 请求权—义务

第一种权利是一种主张、要求,称为请求权,对应的是义务。两者的对应关系是:X 具有要求 Y 作为或不作为的权利,Y 根据 X 的要求有作为或不作为的义务。请求权都有对应的具体义务。若找不到任何一个 Y 就某种作为或不作为承担义务,那么说 X 享有请求权则毫无意义。^[15] 刑事诉讼活动在一定程度上体现出国家机关与个人的权利义务关系,在“请求权—义务”法律关系中,个人的请求权主要由国家机关以积极行为履行义务来实现。例如,依《刑事诉讼法》第 39 条,辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书要求会见在押的犯罪嫌疑人的,看守所应及时安排会见并在 48 小时内安排律师会见到犯罪嫌疑人的义务。

2. 特权—无请求权

第二种权利是特权,也称自由(liberty),对应的是无请求权或无权利。两者的对应关系是:Y 具有作为或不作为的特权,X 无权利要求 Y 不作为或作为。第二种权利与第一种权利相呼应。如果 X 对 Y 提出要求,Y 就有作为或者不作为的义务,X 即拥有请求权。反过来说,如果 Y 有不受 X 的请求权对应的作为或者不作为的自由,Y 就拥有特权。在刑事诉讼中,拥有特权多指个人不受国家机关或他人的干涉,不受国家机关或他人提出的履行义务请求权的约束。例如,被告人在庭审中有最后陈述的权利,无论是适用普通程序、简易程序还是速裁程序,法院都无权剥夺或干涉。

3. 权力—责任

第三种权利称为权力,与法律上的能力(ability)近义,对应的是责任。两者的对应关系是:X 具有改变自己与 Y 或者 Y 与其他人之间的法律关系的权力,Y 有责任承受 X 行使权力所带来的法律关系的变动。例如,在刑事诉讼中,被害人 X 委托律师 Y 为诉讼代理人,双方形成委托代理关系。X 在诉讼中有权单方解除委托代理关系,Y 有责任承受这一法律关系变更的后果。

4. 豁免—无权力

第四种权利称为豁免权,对应的是无权力。两者的对应关系是:X 不具有改变自己与 Y 或者 Y 与其他人之间的法律关系的权力(能力),这对 Y 来说即为豁免,X 为无权力。第四种权利与第三种权利亦有呼应。当 X 具有改变自己与 Y 或者 Y 与其他人之间的法律关系的权力,Y 必须承受法律关系变动后果的,X 便具有权力。反之,如果 X 不具有改变上述法律关系的权力(能力),Y 便拥有豁免权。

上述四对关联关系和八个基本概念起初适用于私法领域,由于在法律关系中加入了权力与责任关系,同时引入了特权、豁免等概念,霍菲尔德权利分析框架可以被轻松地适用于公法领域,成为一种普遍的理论。^[16] 同时,霍菲尔德权利分析框架提供了一套更精确的规定性定

[15] See Pierre Schlag, “How to Do Things with Hohfeld,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 78, No. 1&2, 2015, pp. 188-189.

[16] 参见陈锐:“法律关系内容的重构:从线性结构到立体模型”,《法制与社会发展》2020 年第 2 期,第 107 页。

义,能够有效解决实践中权利混用的乱象,可以作为阐释国家与个人之间法律关系的分析工具,下沉到更为具体的关系层面用来剖析辩护律师保密权的性质。

(二)既有观点对辩护律师保密权性质的判定逻辑

《刑事诉讼法》第 48 条规定:“辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息,有权予以保密。”既有研究多将辩护律师保密权视为保密特权〔17〕或拒证特权。〔18〕

“‘特权’这个词大概指一种通常用来表示 P 的特殊地位的观念,这种特殊地位与排除一般适用的义务相关,例如,‘一名警察享有在宵禁后外出的权利’。”〔19〕换言之,虽然 X 有要求 A、B、C……作为或不作为的请求权,A、B、C……有根据 X 的要求作为或不作为的义务。但如果 Y 能够排除 X 的请求权,不承担 X 要求的作为或不作为的义务,Y 便享有特权。特权纯粹是对义务的否定。将辩护律师保密权视为特权的观点试图通过“特权”属性来否定律师作为一般公民的“举报作证义务”。从体系解释出发,《刑事诉讼法》有三处条文规定了单位和个人有向国家机关举报作证的义务。一是第 54 条第 1 款规定的如实提供证据义务,二是第 62 条第 1 款规定的作证义务,三是第 110 条第 1 款规定的报案举报义务。法律对个人设定这三项义务的目的是协助办案机关查清事实、发现真相,义务对应的是办案机关的调查取证(请求)权(claim),相应的权利义务关系可总结为“国家机关调查取证权—公民举报作证义务”。

在图 1 所示的法律关系中,国家机关有权要求知晓案情的单位和个人履行举报作证这一刑事诉讼中的普遍性义务。但如果要求辩护律师和普通民众一样也必须承担前述义务,无疑会破坏辩护律师与委托人之间的信赖关系,侵蚀辩护制度的根基。为妥善处理好律师作为一般公民的义务和作为提供法律服务的执业人员的义务之间的关系,〔20〕“特权论”认为保密权就是专门为辩护律师规定的一项免除向国家机关举报作证义务的“特权”。

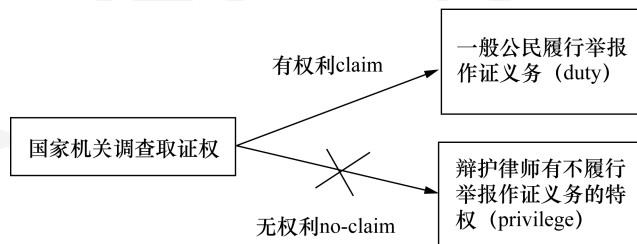


图 1 辩护律师保密特权法律关系

〔17〕 参见甄贞、姚磊:“论辩护律师保密特权的范围”,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2014 年第 3 期,第 110 页。

〔18〕 参见梁玉霞:“成就与希望——从刑事诉讼法修正案(草案)看证据利益配置的成败”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012 年第 1 期,第 34 页。

〔19〕 夏勇:“权利哲学的基本问题”,《法学研究》2004 年第 3 期,第 13 页。

〔20〕 参见王爱立、雷建斌主编:《刑事诉讼法立法精解》,中国检察出版社 2019 年版,第 84 页。

(三)解释困境:保密特权能否放弃?

众所周知,权利原则上可以放弃,特权也不例外。《刑事诉讼法》第193条规定,被告人的配偶、父母、子女不被强制到庭作证。如果作反对解释,被告人的配偶、父母、子女可以自愿到庭作证。这意味着他们可以放弃免于到庭作证的特权。那么辩护律师可否放弃保密特权,充当控方证人呢?答案是否定的。在法理层面,这种做法与律师的辩护职能相背,当律师成为第二公诉人,辩护与控诉的界限将会变得模糊;在规范层面,这种做法违反了《律师法》第38条第2款中律师有保密义务的规定;在实践层面,这种做法不具有现实性和长远性,辩护律师未来将难以获得委托人的信任,甚至动摇律师职业存在的社会基础。可见,辩护律师保密权即便为特权,也是一项不能放弃的特权。“特权论”必须论证为何律师保密权是一项不能放弃的特权。

按照霍菲尔德的定义,权力(power)就是单方意志对于规范关系的改变。所谓可放弃的权利,是基于权力导致(由权利派生之)义务归于消灭的权利。^[21]不可放弃的权利则是权利人本身无能(权力(disability)导致义务归于消灭的权利。权利人无能力常常关涉两套理论。

一是弃权能力欠缺论。该说着眼于权利主体,主张由于主体的特殊性推导出他们没有能力放弃权利和免除义务。权利主体只有具备相应的处分能力,才能通过自身行为表示放弃权利,从而自愿且理智地作出符合自己利益的选择。“所谓处分能力,是指被追诉人必须具备相当的辨识与理解能力,能够完全理解所要处分之权利的内涵与处分结果。”^[22]权利主体如果欠缺处分能力,即使单方作出弃权的意思表示也会因不具正当性而视为无效,不会导致权利义务关系的消灭。以法律援助为例,未成年犯罪嫌疑人、被告人属特殊群体,认知能力和辨识能力不足,立法机关认为他们没有能力辨识和理解辩护的重要价值和放弃法律援助的后果,便通过立法拟制认定这些人放弃辩护或拒绝法律援助的意思表示无效,强制给予法律援助。

二是重大利益保护论。该说着眼于与权利主体对应的义务承担者,如国家、社会组织等。一般认为,民众普遍尊崇的价值和利益是维系整个社会的根基,生命、自由、尊严等属基本权,国家应当尊重和保障,在对这些利益处置时须格外重视,谨慎从事。试想,在一个直言放弃生命就可以使剥夺他人生命的行为正当化的社会,生命权将陷入极度危险的境地。人人都可以以对方承诺放弃生命来为自己的杀戮辩解,国家若对此默许纵容,甚至也把被追诉人承诺放弃生命作为草率办案的理由,那么维系社会存在和发展的公共利益和基本权利将不复存在。“一项基本权利可否被放弃,也取决于该权利的重要性。关系到公共利益的基本权利,基本权利主体不能放弃。”^[23]以死刑案件法律援助为例,如果犯罪嫌疑人、被告人可能被判处死刑,将涉及生命权的剥夺。在死刑案件中应强制赋予犯罪嫌疑人、被告人辩护权,不能因为他们单方放弃或拒绝法律援助就免除义务人也就是国家的责任。

然而,上述两套理论若被用于论证辩护律师保密特权不能放弃,则显得解释力不足。一

[21] 参见陈景辉:“不可放弃的权利:它能成立吗?”,《清华法学》2020年第2期,第12页。

[22] 郭松:“被追诉人的权利处分:基础规范与制度构建”,《法学研究》2019年第1期,第161页。

[23] 王锴:“基本权利冲突及其解决思路”,《法学研究》2021年第6期,第46页。

则,律师群体都具有正常的认知能力和专业的法律技能,对于保密权的性质和弃权的法律后果都有全面准确的认知,若认为他们欠缺放弃保密权的意思能力,显属荒谬。另则,辩护律师的保密特权并不像生命、健康、自由等基本权利那样举足轻重,关涉公共利益。就算有所涉及,也是保密内容关涉国家安全、公共安全,但这恰恰需要律师放弃保密权。

综上,将辩护律师保密权视为特权无法合理解释该项权利不能被放弃的缘由。究其原因,特权视角仅关注律师与国家机关这一重法律关系,忽略了与辩护律师保密权密切相关的保密义务,及其背后律师与委托人之间的另一重法律关系,以致还没有厘清多重法律关系之间内在的联通逻辑就对保密权仓促定性。有鉴于此,须重启霍菲尔德权利分析框架再行认定保密权的性质。

(四)辩护律师保密权实为豁免权

《律师法》第38条第2款规定:“律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息,应当予以保密。”从义务层面看,辩护律师对在执业活动中知悉的有关委托人的情况信息予以保密不仅是权利,也是不能放弃的、必须履行的义务。有学者指出:“律师保守职业秘密的职责相对于律师—委托人关系之外的对抗力量时,体现为律师职业的一种特权,……相对于委托人时,则体现为律师的一种义务。”^[24]这一论述已经揭示出辩护律师的保密行为同时涉及其与内部的委托人之间和其与外部力量之间的两重关系。沿着这一思路,运用霍菲尔德的权利分析框架可作进一步分析,厘定辩护律师保密权的性质。

一是委托人(犯罪嫌疑人、被告人)与辩护律师的关系。两者之间是“请求权—义务”法律关系,委托人有要求辩护律师对执业活动中知悉的有关情况和信息保密的权利(claim),辩护律师对委托人的请求权承担保密义务(duty)。

二是辩护律师与国家机关的关系。两者之间是“豁免—无权力”法律关系,国家机关向在执业活动中知悉有关委托人情况信息的辩护律师开展调查取证时,无权力(disability)改变辩护律师与委托人之间“请求权—义务”法律关系,也无权力解除辩护律师对委托人的保密义务(duty)。

聚合上述两重法律关系可以发现,在“委托人—律师”法律关系中,委托人有要求辩护律师保密的请求权,辩护律师须承担保密义务,这是第一层的、先在的法律关系。^[25]基于这一法律关系,辩护律师不能向外部的第三方披露从委托人那里知悉的案情信息,更不能因国家机关调查取证活动的介入就解除保密义务。因为,国家机关无权力改变“委托人—律师”法律关系。这便是第二层的、外在的法律关系。法律规定辩护律师“有权予以保密”,并不意味着辩护律师有权决定是否保密,有放弃或拒绝保密的特权,而是意味着其有不被国家机关强制调查取证、

[24] 王进喜:《刑事证人证言论》,中国人民公安大学出版社2002年版,第109页。

[25] 马修·H. 克莱默(Matthew H. Kramer)将权利、特权所在的法律关系称为第一序列的法律关系(first-order relations),因为它们适用的对象都是人的行为和社会互动过程。权力和豁免直接适用的对象是人的资格,间接意义上导致人的行为和社会互动过程的变化,称之为第二序列的关系(second-order relations)。See Matthew H. Kramer, N. E. Simmonds and Hillel Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 20.

充当控方证人的权利,也不会因沉默遭致惩戒追责。这本质上是辩护律师举报作证豁免权的体现,展现出由第一层法律关系衍生出第二层法律关系的逻辑脉络(如图 2)。那种认为辩护律师的保密权与保密义务如同一枚硬币一体两面的说法并不准确。“在两者的逻辑关系上,是先有律师法第 38 条的律师保密义务,然后才有所谓辩护律师的举报作证豁免权,辩护律师的举报作证豁免权是基于律师保密义务而在刑事诉讼法上派生的一项诉讼权利。”^[26]虽然第 38 条没有规定律师保密权,但根据其第 2 款中的律师保密义务完全可以推导出律师在刑事诉讼中面对公权力机关的调查取证时享有保密权。从这个意义上看,辩护律师先有保密义务,后生保密权利,遵守义务是享有权利的前提。保密权对保密义务有极强的依附性,一般不能单独存在。德国论者曾形象地指出“律师的拒绝证言权无异于律师缄默义务的反射”。^[27]据此,在前述顶包案中,律师李四应依张大的要求履行保密义务,对办案机关的调查取证保持沉默,除法定的例外情形,不得放弃保密权。

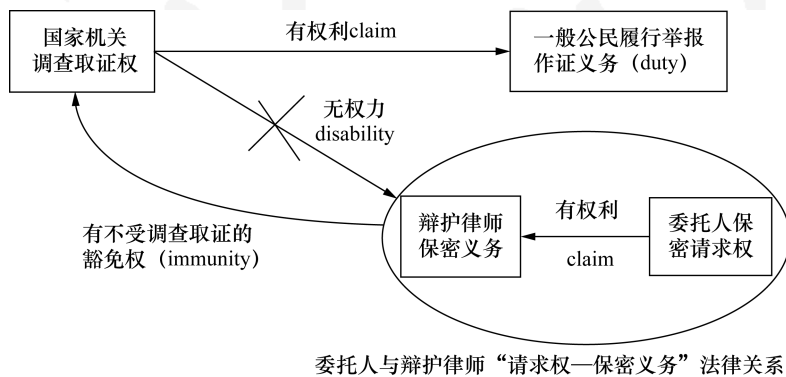


图 2 辩护律师保密权法律关系

需要强调的是,中国语境中的特权一般是对义务的否定或免除,豁免权则是对因违反义务所要承担的责任的免除,如豁免赋税、刑责等。与之不同的是,霍菲尔德理论中的豁免权与特权均指涉某一自由,豁免权所针对的取得自由的主体并非人,而是法律关系(间接涉及关系中的人),体现的是法律关系有不受外在权力改变或控制的自由。美国法语境中的律师与委托人特权或隐匿特权(attorney-client privilege)虽使用“特权”一词,但这里的“特权”主体其实是律师与委托人之间的法律关系,即保密的权利义务关系有不被国家机关或第三方变更或解除的自由,这与本文观点并无实质冲突。

考虑到特权、豁免权及其法律关系与我国惯用的权利话语并不十分契合,本文套用辩护人

[26] 万毅:“刑事诉讼权利的类型分析——以分析实证主义法学为视角”,《政法论坛》2014 年第 2 期,第 25 页。

[27] Wolfgang Hartung, in: Berufs- und Fachanwaltsordnung: Kommentar, 8. Aufl., 2022, BORA § 2 Rn. 5.

的“固有权利”和“继受权利”作进一步说明。两类权利的区别在于辩护人能否独立行使。“固有权利又称原有权利,乃辩护人基于其辩护关系,当然取得或享有之诉讼权利。此等权利有专属于辩护人者,亦有与被告共享者,其行使与否,决定于辩护之需要,而不受被告意思之拘束。”〔28〕“继受权利或称传来权利,乃本为被告之诉讼权利,但按其性质,辩护人不与被告之意思相反时,得以自己名义行使之诉讼权利。”〔29〕根据前文分析,辩护律师保密权源于委托人保密请求权(claim),当属辩护权中的继受权利。一旦委托关系形成,辩护律师面对司法机关的调查取证即享有保密权,没有委托人的授意不得放弃,不得做出与委托人意思相反的行为。然而,辩护律师的保密权有一定的波动性和复合性,特殊情况下会呈现“固有权利”的色彩,即“辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他入,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的”,纵无委托人授意,也要向司法机关履行及时告知义务。这点将在后文详述。

二、辩护律师保密权的理论溯源

运用霍菲尔德权利分析框架辨析辩护律师保密权的性质会发现,该项权利是辩护律师对抗国家机关调查取证的一项举报作证豁免权,是基于对委托人的保密义务在刑事诉讼中的衍生权利。而辩护律师的保密义务源于委托人的保密请求权。其衍生逻辑是:委托人保密请求权→辩护律师保密义务→辩护律师保密权。据此,真正决定案情信息是否保密的权利主体是委托人,而非辩护律师。只有委托人才能放弃保密权,辩护律师无法自行或代为放弃保密权。“西方早期亦认为此一权利之主体为律师,目的在维持律师之荣誉与尊严,法院不得强迫律师作证,但律师有权决定是否作证。惟18世纪后的思潮,则认为此一特权之主体为被告,目的在保护被告向律师为完整及诚实的陈述以获得充分的律师协助。因此,秘匿特权之主体应系被告而非律师。”〔30〕

如果对辩护律师保密权展开理论溯源,须将目光落在“委托人—律师”这层法律关系中,关注委托人保密请求权产生的理论依据,而探寻依据的路径则是对承载规范意旨的法律文本进行解释,明确设立委托人保密请求权实为保障被控告人的宪法性权利。〔31〕

〔28〕 林山田:《刑事程序法》(增订五版),五南图书出版股份有限公司2004年版,第202页。

〔29〕 同上注,第205页。

〔30〕 王兆鹏、张明伟、李荣耕:《刑事诉讼法(上)》,新学林出版股份有限公司2020年版,第591页。

〔31〕 杰里米·边沁(Jeremy Bentham)、约翰·亨利·威格摩尔(John Henry Wigmore)、门罗·H. 弗里德曼(Monroe H. Freedman)都曾对律师与委托人特免权的理论基础作过研究。20世纪五十年代后,美国学者还提出过隐私权理论、附条件抗辩理论。本文主要从法教义学视角出发,以释宪方式提炼委托人保密请求权的理论基础。参见(美)罗纳德·J. 艾伦、理查德·B. 库恩斯、埃莉诺·斯威夫特:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生、王进喜、赵滢译,高等教育出版社2006年版,第957—975页。

(一) 不被强迫自证其罪的宪法性权利

委托人及其辩护律师的保密权首先源于公民不被强迫自证其罪的宪法性权利。传统纠问主义诉讼制度要求被告人协助法院发现真实。被告人负有供述义务和真实义务,是口供的来源,可以被拷问刑讯。法国最早奉行纠问式诉讼,整个预审程序都集中于法官之手。“自受被告人被逮捕起,最迟 24 小时之内,必须对其进行讯问(1670 年敕令第 14 编第 1 条),‘法官的全部艺术’就在于(如何)取得被告人的供述。讯问被告人秘密进行,被告人没有辩护人协助,而且为了取得被告人的供述,可以采用所谓的‘问题’(拷问)手段,也就是采取‘酷刑拷打’手段。被告人应当宣誓‘说出事实真相’。”^[32]在纠问体制下,即使引入辩护制度,辩护人也难逃作证义务和真实义务。与之相反,当事人主义和职权主义诉讼制度承认被告人的主体地位,赋予被告人不被强迫自证其罪的宪法性权利,保障被告人的沉默权,否定被告人的供述义务和真实义务。此时,被告人没有义务协助法院发现真实,其辩护律师自然也不负有该项义务。“保障刑事被告人的保密特权拥有强有力的道德基础,它是以反对自我归罪的权利为依据的;如果律师被要求泄露当事人的秘密,那么向律师说真话的当事人就是在通过代理人来提供反对她自己的证词。”^[33]这便会出现有辩护律师的被告人的诉讼境遇反而比没有辩护律师的被告人更为不利的畸象,而赋予辩护律师保密权恰恰避免了畸象的发生。

(二) 获得律师帮助的宪法性权利

绝大多数国家的宪法都规定了被告人有获得律师协助或辩护的权利。我国《宪法》第 130 条规定,“被告人有权获得辩护”。其中就包含被告人有获得律师辩护的权利。^[34]众所周知,被告人委托律师能够获得法律上的专业服务,但这必须仰赖委托人提供全面、充分、真实的案情信息,其中会牵涉委托人的私密信息或不愿对外公开的事项。作为一项宪法性权利,委托人获得律师协助或辩护的一项核心价值便是双方的“高度信赖关系”,可以使委托人与辩护律师完全、充分及自由地沟通,能毫无恐惧和疑虑地吐露实情,不必担心今日所言会成为明日对己不利的证据。若不赋予委托人保密请求权,辩护律师不受保密义务约束,委托人自然会因担心律师泄密,不敢向其吐露实情或有所保留。律师无法全盘了解案情,必然影响辩护效果,损及委托人的利益,所谓受律师协助或辩护的宪法性权利也会沦为虚无。

[32] (法)贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》(原书第 21 版),罗结珍译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 41 页。

[33] (美)戴维·鲁本:《律师与正义——一个伦理学研究》,戴锐译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 184 页。

[34] “被告人有权获得辩护”在 1954 年宪法草案初稿中是“被告人有辩护权”,之所以被修改,是因为参与立法的刘少奇认为,保证被告人获得辩护,实行起来是有困难的,但不能因有困难,这项权利就不要了。有的人不会讲话,到了法院说不清楚,要求法院找个人能把他要说的话清楚,是不是给他找?不一定是律师。可见,“被告人有权获得辩护”除了指被告人自行辩护外,更强调被告人可以获得包括律师在内的其他人的协助和辩护。参见全国人大常委会办公厅研究室政治组编著:《中国宪法精释》,中国民主法制出版社 1996 年版,第 277—278 页。

(三)一般人格权保护的宪法性权利

以德国法为代表的大陆法系国家从一般人格权的宪法性权利引申出委托人的信息自决权,^[35]进而推演出“委托人信息自决权—辩护律师保密义务”的法律关系。我国《宪法》第38条和第40条从基本权利的视角规定了公民的人格尊严和通信秘密受宪法保护。《个人信息保护法》除了构建个人信息处理的“知情—同意”规则,第44条还特别规定了个人对其个人信息的处理享有决定权,有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理,从而具象化了宪法将个人信息作为一般人格权进行保护的规范。因此,个人信息权是一项具有宪法位阶的基本权,能够作为“针对国家的主观防御权和辐射一切法领域的客观价值秩序”。^[36]委托人和辩护律师能够借助个人信息权的主观防御性,对抗国家的普遍调查取证权;国家机关则应当将委托人和辩护律师之间的通信秘密作为一项客观价值秩序予以尊重和保障。“对于律师缄默义务或守密义务之法基础,在德国,且强调其与基本法之关系,亦即,其宪法基础乃源自于一般人格权之保护,尤其系此一人格权之保护中,强调任何人均有发展人格之自由,此一自由权且包括资讯之自我决定权。”^[37]据此,任何人对于其言论的公布、内容及主体范围均有决定权。律师对于委托人之资讯信息,也不得任意披露,否则即侵害委托人资讯决定权或个人信息权。

综上,辩护律师保密权的理论溯源是公民在刑事诉讼中有不被强迫自证其罪、获得律师帮助以及一般人格权等宪法性权利。委托人的保密请求权因维护这些宪法性权利而存在,并以辩护律师的保密义务为权利客体。国家机关为维护上述客观价值秩序,无权要求辩护律师披露因执业活动知悉的委托人的情况信息,辩护律师面对国家机关的调查取证则拥有举报作证豁免权。委托人与辩护律师之间的“请求权—义务”法律关系是先存的、核心的法律关系,辩护律师与国家机关之间的“豁免—无权力”法律关系则是派生的、从属的法律关系,两者是源与流的关系。在前述顶包案中,若张大没有放弃保密请求权,李四应受保密义务的约束,无权放弃保密权。在独立辩护的问题上,除法定例外情形,李四不能脱离其与委托人之间的核心法律关系,靠违背保密义务与国家机关建立合作关系去彰显其独立性,这显然是倒置了两重法律关系的主从逻辑和先后顺序。

三、辩护律师保密权的体系化构建

作为知识层面的法教义学可以被理解为基于制定法之上的“一般性权威命题或原理的整

[35] 信息自决权是指个人对自身相关的信息具有决定是否为他人或公权力机关所收集处理的权利,该权利始自德国联邦宪法法院于1983年对于“人口普查案”所作的判决,长期以来被置于私法领域的“数据和个人信息保护”的主题下讨论,近年来开始向公法领域迅速延伸。参见杨芳:“个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体”,《比较法研究》2015年第6期,第27页。

[36] 张翔:“个人信息权的宪法(学)证成——基于对区分保护论和支配权论的反思”,《环球法律评论》2022年第1期,第53页。

[37] 姜世明:《法律伦理学》,元照出版有限公司2011年版,第344—345页。

体”,或者说围绕一国现行实在法构造的“概念—命题”体系。^[38]在对辩护律师保密权的性质、理论溯源作出知识层面的教义化处理后,有必要回归条文去展现教义的解释力。“如果法学的讨论,不受本国法律文本之约束,而任由价值判断甚至比较法论证泛滥,不仅无助于本国法律问题的解决,还会有损于实定法下的法秩序建构。”^[39]虽然国内已有不少学者从律师保密义务层面就保密主体、客体、期间和例外情形等作出分析,^[40]但一方面,这些分析并未在前述教义下展开,一些认识和判断并不准确;另一方面,相关法律的修改和司法实践中新情况、新问题的出现也会导致旧有知识需要更新迭代。“法教义学的长处在于能够以已有的法律规范为中心形成一个构架坚固的理论与知识体系。理论不断在司法实践中接受考验,对于司法实践的批判与总结又不断将新的知识与理论添加到这一体系之中,这样法律的发展是渐进地但也是稳固地。”^[41]为了使第48条有效因应不同的个案情境,实现教义与实践的互通,本部分将从辩护律师保密权的适用前提、构成要件以及例外情形三个方面进行语词重释和体系化构建。

(一)适用前提:委托人不愿泄密

诚如前言,真正决定对案情信息是否保密的主体是委托人,而非辩护律师。辩护律师是否对国家机关的调查取证拥有保密权源于委托人是否要求辩护律师履行保密义务。这一点虽未在《刑事诉讼法》第48条中言明,却可在《律师法》第38条中窥见一斑,即律师在执业活动中保密的是其知悉的委托人“不愿泄露”的有关情况和信息。如果委托人明示或不反对律师对外披露案情信息,律师没有保密义务,便不会派生出对抗公权力机关调查取证的保密权。

关于辩护律师保密权的适用前提有两点需要注意:

一是委托人不愿泄密是辩护律师保密权适用的前提而非例外。辩护律师的保密权本质来源于委托人的保密权,如果委托人放弃保密权,则辩护律师与委托人之间没有保密义务的约束。律师披露案情事先已获得委托人授权或同意的,没有保密义务适用之余地,不属于保密义务的例外情形。

二是委托人不要要求律师履行保密义务并不意味着律师有义务披露委托人告知的案情信息。在“委托人—律师”法律关系中,一旦委托人不愿泄密,要求辩护律师承担保密义务,后者对于公权力机关而言就有了保密权。前者是后者的充要条件。但需要说明的是,辩护律师的保密行为较为复杂,其存在还常常有其他原因,比如保密的情况信息还属于国家秘密、商业秘密或个人隐私,辩护律师也有保密义务,也可用保密权对抗办案机关的调查取证。所以,不能说委托人免除了辩护律师的保密义务,后者就一定不能向办案机关主张保密权,只能说辩护律师此时不再受委托人保密义务(不泄密要求)的约束。但是,如果委托人明确要求律师向办案

[38] 参见雷磊:“法教义学:关于十组问题的思考”,《社会科学研究》2021年第2期,第11页。

[39] 张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2023年版,第264页。

[40] 参见许身健主编:《法律职业伦理》,中国政法大学出版社2021年版,第279—287页;王琳主编:《法律职业伦理》,中国人民大学出版社2021年版,第95—98页。

[41] 卜元石,见前注[10],第26页。

机关转达于己有利的案情信息,如自首、立功的线索,律师当依委托人的意思行事,因为这已属履行辩护职责。倘若这些信息实属虚妄杜撰,律师应当拒绝,否则即违背了其负有的消极的真实义务。理论上,消极的真实义务与积极的真实义务相对,后者类似于检察机关的客观义务,指律师必须将有利或不利于自己当事人的证据都向法院提出,积极促成发现真实。通说认为,辩护律师只负有消极的真实义务,包含两方面内容:一是义务的“消极性”,辩护律师对真实的发现仅限于委托人的有利事项,对于不利事项不负积极发现义务;二是义务的“真实性”,消极的真实义务是低限度的真实义务,仍须保有“真实性”底色。辩护律师不得以欺骗、灭证等方法破坏或阻碍办案机关发现真相。^{〔42〕}倘若律师明知委托人要求其转达的案情信息或证据材料不真实,却仍按其意思行事,这显然是在误导办案机关,已违反消极的真实义务。但若律师对委托人要求告知的案情信息的真实性有合理怀疑,又当如何处理?我国台湾地区2009年“律师伦理规范”第23条特别增订第2项规定:“律师于案件进行中,经合理判断为不实之证据,得拒绝提出。但刑事被告之陈述,不在此限。”显然,但书确定了辩护律师将委托人陈述的案情信息告知转达的义务。究其原因,“律师对法院有一定之诚实义务。如律师合理怀疑证据不实,原则上应容许其拒绝提出该项证据。但如系刑事被告之陈述,因被告有为自己辩护之宪法上权利,律师如仅因合理怀疑即得拒绝协助,无异自任法官”。^{〔43〕}

(二)构成要件

根据第48条的规定,对辩护律师保密权的构成要件可以从保密主体、保密时限、保密内容、保密行为四个方面展开分析。

1. 保密主体:辩护律师

第48条规定的保密主体为辩护律师。依立法机关解释,“辩护律师”是“接受犯罪嫌疑人、被告人委托或者其监护人、近亲属代为委托担任辩护人的律师,以及受法律援助机构指派提供辩护法律援助的律师”。^{〔44〕}这一解释没有受到条文中与辩护律师相对的“委托人”的语词限制,将“辩护律师”的外延扩展到委托辩护之外的法律援助律师,扩大了保密主体的范围,虽具合理性,但尺度仍显保守。首先,依《刑事诉讼法》第33条,我国的辩护人不仅可以由律师担任,还可以由人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人,犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友担任。如果这些人作为辩护人却不负保密义务,那么委托人仍会心生顾虑,不敢毫无保留地将整个案情信息和盘托出,这必然影响辩护效果。故律师以外的其他辩护人也应当参照适用第48条。其次,2018年《刑事诉讼法》新增值班律师制度。作为辩护制度的有效补充,值班律师制度要有长远发展,立法也应当赋予值班律师保密权。毕竟,值班律师在与犯罪嫌疑人、被告人会见时同样会知悉委托人的有关情况和信息,如果面对国家机关的调查取证无权保密,无疑会异化为“告密者”或“国家线人”,遭致犯罪嫌疑人、被告人的疏离和排斥,最终损害的

〔42〕 参见林钰雄:《刑事诉讼法(上册)》(第九版),新学林出版股份有限公司2019年版,第216页。

〔43〕 刘宏恩:“我可不可以骗你:律师对法院的真实义务”,《月旦法学教室》第137期(2014年),第35页。

〔44〕 李寿伟主编:《中华人民共和国刑事诉讼法解读》,中国法制出版社2018年版,第114页。

将是该项制度的生存根基。最后,还应考虑赋予律师助理保密权。“律师助理”包括辩护律师所在律师事务所的其他律师和申请律师执业实习人员。2015年9月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发的《关于依法保障律师执业权利的规定》第7条第4款规定,“辩护律师可以带一名律师助理协助会见”。律师助理在刑事诉讼中参与会见也会知悉委托人的有关情况和信息,如果不被赋予保密权,也难保不会外泄案情信息,影响辩护的整体质量。

总之,为了使委托人没有顾虑地与辩护人全面、充分及自由地沟通交流,最大限度确保辩护质量和辩护效果,第48条中的“辩护律师”宜扩大解释为辩护人(委托律师、法律援助律师、律师以外的其他辩护人)、值班律师和律师助理。

2. 保密时限:在执业活动中

对于时间起点,如果从第48条中“辩护律师”的身份切入,律师具有辩护人身份的时点应是保密起点,然而实践中常有更复杂的情形。例如,在委托关系尚未确立,律师与犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属会见接洽时,为了准确、全面地了解案情,提供咨询,确定是否接受委托,律师会要求获知案情信息,其中就可能涉及犯罪嫌疑人、被告人的有关情况和信息。但因双方尚未建立委托关系,尚未成为“辩护律师”的律师对已经获知的内容是否要保密?《美国律师职业行为准则》(Model Rules of Professional Conduct)第1.18条确立了律师对潜在委托人(pro prospective client)的保密规定。第1.18(a)条规定,客户和律师讨论到具体个案而可能建立彼此间的委托关系时即为潜在委托人。而依照第1.18(b)条的规定,即使后来律师与客户之间没有建立正式的委托关系,律师也不能将与客户先前商议时所得知的信息泄露出去。^[45] 本文认为赋予辩护律师保密权的核心目的就是确保委托人能够向律师完整且诚实地陈述以获得律师充分的协助和辩护,不因吐露实情遭致不利后果。这一目的在委托关系尚未建立前的“磋商环节”也应有所体现。有鉴于此,确认上述复杂情形中保密权的成立时点,可以跳出第48条中“辩护律师”的语境限制,转向对“在执业活动中”一语的解释。只要潜在的委托人为寻求法律帮助与其信赖的拥有执业身份的律师会见、交流和咨询,便已落入律师执业活动的范畴。而且,实践中不少律师提供法律咨询也都收取相应费用,这也从侧面证实了“磋商环节”属于律师执业活动的一部分,应是律师保密权产生的真正起点。

对于时间终点,一般认为,为了维系律师与委托人之间的信赖关系,保障委托人的诉讼权利和裁判利益,律师的保密义务不会随着委托关系的解除或消灭而结束,律师的保密权也没有终结时点。例如,犯罪嫌疑人甲因涉嫌抢夺罪被立案侦查,律师乙在侦查阶段会见甲时,甲告知乙自己是携带凶器抢夺。乙对此自当保密。如果甲最终以抢夺罪被定罪处刑,甲与乙间的委托关系随之终结。两个月后,乙在某研讨会上发言指出甲其实是携带凶器抢夺,该事实未被侦查机关发现。如果之后对甲案启动再审,办案机关向乙调查取证,乙可否拒绝作证?如果认

[45] See “Model Rules of Professional Conduct Rule 1.18,” https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_18_duties_of_prospective_client/, lasted visited on 19 February 2024.

为律师的保密义务和保密权随委托关系一并结束,乙应当向办案机关如实作证。但这显然侵害了委托人对律师的信赖期待,对今后委托人与律师之间的自由沟通也会产生负面影响。中华全国律师协会2001年修订的《律师职业道德和执业纪律规范》第39条就规定,律师对与委托事项有关的保密信息,委托代理关系结束后仍有保密义务。总之,在委托人与律师之间的委托关系解除或终结后,律师的保密义务和保密权依然存在,不能以授课、演讲、出版自传或回忆录等方式泄露其执业过程中知悉的委托人的有关情况或信息。

3. 保密内容:委托人的有关情况和信息

第48条规定,辩护律师保密的内容是“委托人的有关情况和信息”,结合《律师法》第38条可梳理出保密内容的三要素。

一是保密内容不包括国家秘密、商业秘密、当事人隐私。从体系解释的角度看,《律师法》第38条共两款,第1款规定的律师应当保守的国家秘密、商业秘密、当事人隐私不应在第2款中重复出现。由于第2款与《刑事诉讼法》第48条对应,所以,辩护律师保密的范围仅限于委托人的有关情况和信息,不包括国家秘密、商业秘密、当事人隐私。后者应由《律师法》第38条第1款以及刑法、行政法等调整。这一论断的意义在于,前述有关辩护律师保密的适用前提以及后文提及的例外情形均限于“委托人的有关情况和信息”,不包括国家秘密、商业秘密、当事人隐私。例如,即使获得委托人同意,辩护律师也不得泄露委托人在会见时透露的国家秘密。再如,在前述顶包案中,即使经张大授权,辩护律师也不能对外披露张大与王五为情人关系,因为这还涉及到对王五隐私权的保护。

二是保密内容与委托人有关。保密内容与委托人有关是“委托人—律师”法律关系的体现。日本学者对保密内容的外延界定得较为宽泛,“委托人过去的犯罪行为,反伦理行为,疾病,身份,亲属关系,财产关系,是否留有遗言,住所及其他对委托人不利的等事项等,还有委托人不想让第三人(有不同利害的人)知道的事项及一般社会观念中不想让别人知道的事项全部包含在内”。^[46]结合我国的法律规定,其中有些秘密可归属于国家秘密、商业秘密或者当事人隐私,有些仅涉及民事诉讼。在中国刑事诉讼语境下,与委托人有关的情况信息主要还是与犯罪相关的事实,但对其具体范围曾有不同认识。有人认为这仅限于不利于委托人的事实。但司法实践中有时难以区分有利或不利于委托人的事实。为了充分维护委托人与律师之间的信赖利益,保密内容不应仅限于不利于委托人的事实,与犯罪事实有关即可。^[47]

三是保密内容应是情况信息而非证据。如果委托人交予辩护律师的是证据材料,律师取得后以拥有保密权为由拒不提交,则不仅违反《刑事诉讼法》第44条中辩护人不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿证据的规定,也违背其消极的真实义务。在司法实践中,如果有委托人向律师提交证据或告知律师藏匿赃款赃物、作案工具的地点,要求律师取得后保管的,律师有权拒绝或解除委托。但对于委托人告知律师藏匿赃款赃物、作案工具、被害人尸体的地点等的信

[46] (日)森际康友编:《司法伦理》,于晓琪、沈军译,商务印书馆2010年版,第26页。

[47] 参见田文昌、陈瑞华主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉再修改律师建议稿与论证(增补版)》,法律出版社2012年版,第163—164页。

息,律师有权保密。据此,前述顶包案中提及的律师李四从张大情人王五处取得的张大不在场证词属言词证据,李四应依《刑事诉讼法》第42条的规定及时告知公安机关,不得隐匿。

4. 保密行为:三种形态

一般认为,保密就是不让秘密泄露。依第48条的规定,辩护律师的保密行为就是不向办案机关提供与委托人有关的案情信息,可解释为三种形态。

一是拒绝提供线索情报。辩护律师不得以案件知情人的身份向国家机关透露从委托人那里知悉的案件线索或情报信息,如作案工具的藏匿地点,目击证人的姓名、身份等。

二是拒绝作证。从委托人那里知悉相关情况信息后,辩护律师不得以控方证人的身份向法庭作证。与第一种保密行为所针对的内容是信息不同,第二种保密行为所针对的是信息转化成的证人证言。这类似于美国的律师与委托人特免权规则,“是指在刑事诉讼和民事诉讼中,即使律师具有证人的适格性,仍然能够就其因提供法律服务而从委托人处知悉的委托人的秘密信息拒绝作证”。〔48〕

三是不受搜查和扣押。这一点类似于美国的律师工作成果原则(work product doctrine)〔49〕或工作成果保护(work product protection),是指律师因预期诉讼所准备的或者为审判所准备的实物材料(或者其非实物的同等物)免受侵扰,应获得保护。〔50〕与前两项保密行为所针对的内容是信息或言词证据相异,律师工作成果原则突出的是律师在执业过程中所发现、收集、制作的实物类证据材料不受搜查和扣押。我国《刑事诉讼法》规定,辩护律师不得隐匿从委托人那里接受的或根据委托人的提示发现的犯罪证据,如犯罪工具、账本、尸体等。但律师出于辩护的需要,在与委托人会见交流时也会做必要的记录,其所写、所画、录音都会形成有形材料,在日常交流中还可能因采用信函或电子邮件、即时通讯设备等方式形成文书材料、电子数据。这些衍生材料如果不能对抗办案机关的搜查和扣押,仍会导致交流信息外泄,无异于变相剥夺辩护律师的保密权。结合第48条的规定,如果辩护律师在会见或调查取证过程中形成了含有委托人有关情况信息的有形材料,也不应受到办案机关的搜查和扣押。当然,考虑到司法实践中,这些情况信息转化成的“实物材料”“有形材料”与犯罪证据有时难以区分,一律不得搜查和扣押将导致关键证据灭失或被隐匿,故不宜一刀切,可交由办案机关个案判断,权衡抉择,防止辩护律师滥用保密权隐匿罪证。

(三)例外情形

第48条规定了辩护律师保密权的例外,“辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员,准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的,应当及时告知司法机关”。运用霍菲尔德权利分析框架推导会发现,辩护律师保密权的例外是指在特殊情

〔48〕 王进喜:《美国律师职业行为规则理论与实践》,中国人民公安大学出版社2005年版,第75页。

〔49〕 美国的律师保密原则具有多重内涵,包括律师—委托人特免权和律师工作成果原则等。See Ronald J. Allen, Mark F. Grady, Daniel D. Polsby and Michael S. Yashko, “A Positive Theory of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine,” *Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2, 1990, pp. 359-361.

〔50〕 参见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第145页。

形下,国家机关有权力(power)改变“委托人—律师”之间的法律关系,进而要求辩护律师承受这一法律关系变更的后果——向司法机关履行举报作证义务。“之所以这样规定,主要是考虑到与律师为不利于其委托人的已经发生的事实情况保密所保护的利益相比,准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全和他人人身安全犯罪所侵害的社会利益更值得保护。”^[51]辩护律师保密权的原则与例外其实是在个人权利保障和公共利益维护之间作出的利益平衡和权利(力)分配。

细究第 48 条中的例外情形,主要涉及两个限定标准。

一是强调例外情形中犯罪的严重性,必须是“危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪”。“因为无论是危害国家安全的犯罪、危害公共安全的犯罪,还是严重危害他人人身安全的犯罪,都属于严重的犯罪,一旦实施完毕就会造成非常严重的、不可挽回的后果。”^[52]在这种情况下,辩护律师应放弃保密权,承担起向司法机关举报揭发、告知案情的义务。但是,刑事诉讼法仍以保障个人权利为原则,对辩护律师保密权的例外情形设定了严苛门槛,以防止国家公权力随意变更、破坏“委托人—律师”间的法律关系。2007 年《律师法》第 38 条第 2 款曾规定,辩护律师担负保密义务的例外情形中还涉及到严重危害“财产安全”的犯罪。但 2012 年《律师法》删除了这类犯罪的例外情形,与当时已修订的《刑事诉讼法》相协调。与此相反,我国台湾地区“律师伦理规范”曾将生命法益、身体法益以及财产法益区分开来,不将对财产法益造成危害的情形置于保密义务的例外范围内,但其于 2009 年修订时,参考了《美国律师职业行为准则》1.6(b)(2)(3)^[53]的规定,将对他人财产造成重大损害的情形也列为律师保密义务的例外。^[54]吊诡的是,《美国律师职业行为准则》原本也没有将对他人财产造成重大损害的情形列为律师保密义务的例外,但在安然(Enron)案件中,被追诉的律师及会计师引用保密义务的规定,主张即使他们已经知道当事人的行为或意图会造成社会大众财产的重大损害,也因受保密义务的约束不应予以揭露。^[55]对此,美国国会在 2002 年通过《萨班斯法案》

[51] 黄太云:“刑事诉讼法修改释义”,《人民检察》2012 年第 8 期,第 29 页。

[52] 陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社 2012 年版,第 43 页。

[53] 《美国律师职业行为准则》第 1.6(b)规定:在为委托人代理时,律师合理相信有下列必要时可泄露因代理而得知的秘密:……(2)为了防止委托人已经利用或正在利用律师的服务从事会造成他人经济利益或财产严重损害的犯罪或欺诈行为;(3)为了防止、减轻、纠正委托人利用或正在利用律师的服务而从事的犯罪或欺诈行为所造成其他人的财务利益或财产损失……。See “Model Rules of Professional Conduct Rule 1.6,” https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_6_confidentiality_of_information/, lasted visited on 19 February 2024.

[54] 2009 年,我国台湾地区修订的“律师伦理规范”第 33 条规定:律师对于受任事件内应严守秘密,非经告知委任人并得其同意,不得泄露。但有下列情形之一,且在必要范围内者,得为揭露:……二、避免或减轻因委任人之犯罪意图及计划或已完成之犯罪行为之延续可能造成他人财产上之重大损害。……。参见王惠光:“律师的保密义务”,《月旦法学杂志》第 180 期(2010 年),第 243 页。

[55] See Robert P. Lawry, “Lawyers as Whistle-blowers in a Post Enron World,” in Gary J. Previts (ed.), *Research in Accounting Regulation*, Amsterdam: Elsevier, Volume 17, 2004, p. 299.

(Sarbanes-Oxley Act), 法案第 31 条规定, 处理证券业务的律师要在特定条件下披露其知悉的有关投资人可能遭到重大损失的消息。《美国律师职业行为准则》1.6(b)(2)(3) 在 2003 年修订时, 将委托人计划实施重大的财产犯罪排除在律师保密义务之外。两相比较, 在对保障个人基本权利与维护财产法益的权衡抉择上, 我国大陆立法选择了前者, 严格限缩辩护律师保密权的例外, 目的是避免过多的例外冲击原则, 以致律师的辩护太过独立, 侵蚀“委托人—律师”间的法律关系。^[56] 当然, 原则与例外仍有必要保持一定的动态平衡, 对例外情形的必要调整仍是为了更好地平衡各重价值利益, 有时这种平衡可以深入到辩护律师向司法机关透露相关案情信息的具体范围。例如, 在某些情况下, 告知部分案情、片段信息就足以避免或控制危害结果发生的, 辩护律师就应向司法机关仅告知部分信息而非完整案情。

二是强调例外情形中犯罪的未然性, 即准备或者正在实施犯罪。“准备实施”犯罪可以理解为“委托人或者其他人在准备犯罪, 虽然还没有实施犯罪, 但他并没有停下来的意思”。^[57] 在谋划阶段、预备阶段都属于准备实施犯罪。“正在实施”犯罪一般理解为行为人已经着手实行犯罪, 尚未结束。如果对第 48 条的例外规定作反对解释, 辩护律师对于委托人或者其他人已然实施的严重犯罪不负告知义务。但“已然”与“未然”间其实存在灰色地带, 那就是犯罪行为实行终了, 但危害结果尚未出现或虽已出现却尚未大规模蔓延。例外情形中强调犯罪的“未然性”, 目的是有效预防和制止“准备或正在实施的”严重犯罪, 避免或尽可能降低其对社会的严重危害, 最大限度地维护公共利益。在上述情形中, 国家安全、公共安全、人身安全仍面临诸多不确定的严重风险。此时, 有必要、也有可能采取补救措施, 及时防范和控制危害结果。其实, 《美国律师职业行为准则》1.6(b)(3) 和我国台湾地区“律师伦理规范”第 33 条都将“已完成之犯罪行为之延续”可能造成重大损害的情形列入律师保密的例外。故面对上述情形, 辩护律师应履行向司法机关的告知义务。综上, 有必要对“准备或者正在实施”的犯罪作扩张解释, 将犯罪行为实施完毕、但犯罪结果尚未发生或正在扩大蔓延的情形解释为正在实施犯罪的“必然延伸”, 将“犯罪结果”的未然性归入犯罪的未然性, 从而使其进入辩护律师保密权的例外情形。

四、代结语: 对辩护律师保密权的完善

运用霍菲尔德权利分析框架对辩护律师保密权进行分析, 保密权的性质是举报作证豁免权, 而非特权, 其与保密义务之间并非简单的平行共生关系, 而是先后派生关系。委托人向律师提出保密请求权, 律师承担保密义务, 先形成“委托人—律师”法律关系, 后派生出“律师—国家机关”法律关系。国家机关调查取证无权力改变律师对委托人的保密义务, 律师拥有举报作

[56] 美国《萨班斯法案》及证券法规中规定的律师就严重财产犯罪的信息披露义务在近些年不断遭到美国律师协会的反和批评。一些规则也开始调整, 如美国证券交易委员会就通过《205 规则》免除了证券律师的强制报告义务, 回归律师保密义务规则。参见许身健: “安然事件视阈下完善公司律师伦理的多个面向”, 《政法论坛》2023 年第 2 期, 第 118 页。

[57] 张军、姜伟、田文昌: 《新控辩审三人谈(增补本)》, 北京大学出版社 2020 年版, 第 70 页。

证豁免权,即保密权。所以,真正决定案情信息是否保密的权利主体是委托人,而非辩护律师。背后的理论溯源在于刑事诉讼中的委托人拥有不被强迫自证其罪、获得律师帮助以及一般人格权之保护等宪法性权利。在对辩护律师保密权的性质和理论溯源作出教义化处理,可回归《刑事诉讼法》的条文语境,对第48条中保密权的适用前提、构成要件以及例外情形等进行教义化的语词解释和体系构建。但随着解释与构建的深入,一些与我国实践和规范相冲突的问题也浮出水面。除了前文第三部分论及的需完善调整的内容,还有两大方面值得关注。

一是要为律师保密创建融贯自洽、内在协调的法规范语境。保密权的主体实为委托人。支撑这一论断的理论基础便是委托人享有不被强迫自证其罪的权利,不仅对国家机关的调查取证没有供述义务和真实义务,其委托的辩护律师也无作证义务和(积极的)真实义务。然而,尽管被被告人不被强迫自证其罪属宪法性权利,我国《宪法》却未对其作出明文规定。《刑事诉讼法》中“任何人不得强迫证实自己有罪”条款处于证据一章,被矮化为一项有关取证程序、举证责任分配的证据规则,无法统摄其他编章中的制度和程序,自然也无法对辩护章中辩护律师保密权形成理论关照。更不利的是,《刑事诉讼法》第120条规定,犯罪嫌疑人对于侦查人员的提问有如实回答的义务。依此推导,犯罪嫌疑人委托的辩护律师面对国家机关的调查取证亦有如实作证义务,这显然与辩护律师保密权相冲突。故有必要删除第120条中犯罪嫌疑人应当如实回答的规定,将“任何人不得强迫证实自己有罪”置入《刑事诉讼法》的“任务和基本原则”一章,以统摄、框范包括证据制度、辩护制度在内的各章节,为辩护律师保密权营造协调一致、融贯自洽的法规范语境。在条件成熟时,还可以考虑在《宪法》中规定任何人不得强迫自证其罪条款。

二是要完善律师泄密惩戒追责机制。第48条仅规定了辩护律师保密权及其例外情形,并未规定辩护律师违反保密义务的法律后果。其实,域外不少国家都有相应的惩戒追责机制,一些国家还直接在刑法中规定了泄密罪。例如,《日本刑法典》第134条第1项规定:“……律师、辩护人……或者曾经从事此类职业的人,无正当理由,泄露因处理业务而知悉的他人秘密的,处六个月以下惩役或者十万日元以下罚金。”^[58]《德国刑法典》第203条规定:“1.因下列各种身份而被告知或知悉他人的秘密,尤其是私生活秘密或企业、商业秘密未被授权而加以泄露的,处1年以下自由刑或罚金刑:……(3)律师、办理专利问题的律师、公证人、诉讼程序中的辩护人……”^[59]借鉴域外规定,对辩护律师保密这项职业伦理操守和法律行为,除了要做好正向的引导激励,还应针对辩护律师的泄密行为建立不同位阶的反向惩戒追责机制。实体法上,应在《律师法》第48条第4项中增补律师泄密惩戒条款,对于律师泄露商业秘密、个人隐私或者“在执业活动中知悉的委托人不愿泄露的有关情况和信息的”,应对其作出警告、一万元以下罚款、没收违法所得、停止执业三个月以上六个月以下的处罚。对于情节严重的,应在《刑法》中增设泄密罪,处一年以下有期徒刑或者罚金。程序法上,应否定办案机关因律师泄密所获证据的证据资格,建立相关的非法证据排除规则。如前所述,保密权实为委托人的权利。辩护律

[58] 张凌、于秀峰编译:《日本刑法及特别刑法总览》,人民法院出版社2017年版,第30页。

[59] 《德国刑法典》,徐久生译,北京大学出版社2019年版,第150页。

师泄密侵害的是委托人的权利,背后牵涉的是不得强迫自证其罪等一系列宪法性权利。“在有关证据排除规则的建立和发展过程中,也是以侵犯公民的宪法性权利作为排除标准的。”〔60〕从这个角度看,律师如果泄密,相当于协助国家机关收集到对委托人的不利证据,可视为国家机关的“线人”,整个取证行为已然侵犯委托人的宪法性权利,属非法取证,所收集的律师披露的委托人秘密不能被用作证据,应予排除。〔61〕

Abstract: Using the Hohfeldian rights analysis framework to analyze the defense lawyer's right to confidentiality, the nature of the right to confidentiality is immunity, not privilege. The relationship between the right to confidentiality and the obligation to keep confidentiality is not a simple parallel symbiosis, but a derivative relationship. The client claims the right to request confidentiality from the lawyer, and the lawyer assumes the obligation of confidentiality. The legal relationship of “client-lawyer” is first formed, and then the legal relationship of “lawyer-state agency” is derived. When state agencies conduct investigations and collect evidence, they have no power to change lawyers' confidentiality obligations towards their clients. Lawyers have immunity from reporting and testifying, that is, the right to confidentiality. The person with the right to truly decide whether case information is confidential is the client, not the defense lawyer. The theoretical origin of the right to confidentiality is that clients in criminal proceedings have constitutional rights such as not being forced to testify against themselves, obtaining help from lawyers, and protection of general personality rights. After making a doctrinal treatment of the nature and theoretical origin of the right to confidentiality, we should return to the context of the provisions of the Criminal Procedure Law and carry out a doctrinal explanation and system construction of the applicable prerequisites, constituent elements and exceptions of the right to confidentiality and provide suggestions to such issues as the conflict between lawyers' confidentiality and the fact that criminal suspects should answer truthfully, lawyers' leaks and its potential criminal law accountability, and the lack of illegal evidence exclusion rules.

Key Words: Defense Lawyers; Confidentiality Rights; Confidentiality Obligations; Hohfeldian Framework of Right Analysis

(责任编辑:吴洪淇)

〔60〕 汪建成:“中国需要什么样的非法证据排除规则”,《环球法律评论》2006 年第 5 期,第 552 页。

〔61〕 参见鲁本,见前注〔33〕,第 172 页。