

第一辑

律师理论研讨

关于律师法的逻辑结构与部分内容的修改语境

摘要：对现行《律师法》的框架结构存在的问题提出质疑，作者根据其他国家关于《律师法》的立法经验，提出在修改《律师法》时应遵循的逻辑结构，并对《律师法》的一些重大内容提出修改意见。

关键词：逻辑结构；修改；剖白

Amendment understanding about the Logical Structure
and Partial Content of Law of Advocates

Abstract: Aiming at some problems which exist in the framework structure of Law of Advocates in operation, according to the legislative experience about Law of Advocates of other countries, the writer of this article suggests the logical structure which should be abided by when amending Law of Advocates. He also makes suggestions on the amendment of some important content of Law of Advocates.

Key words: logical structure; amendment; original intention

《中华人民共和国律师法》颁布至今，已历四载，施行中暴露问题颇多，已引起业内人士广泛重视，纠瑕指谬者甚众，建议修改《律师法》呼声日趋强烈，笔者不揣寡陋就《律师法》的逻

辑结构与部分内容贡献一管之见，俾便引起讨论。

一、《律师法》在结构上存在的瑕疵与结构设计

现行《律师法》共八章 53 条，第一章总则；第二章律师执业条件；第三章律师事务所；第四章执业律师的业务和权利、义务；第五章律师协会；第六章法律援助；第七章法律责任；第八章附则。笔者认为上述结构存在三点瑕疵：第一，权利与义务应放到律师事务所之前，理由是第二章规定的是律师的执业条件，那么顺理成章的就应是律师在执业过程中的权利与义务的规范，不应将律师事务所放到律师的权利、义务之前；第二，《律师法》将律师的业务范围与权利义务合到一起，一不能突出律师业务在《律师法》中的重要地位，二不符合立法体例，不属于同类规范，三不符合国际律师立法通例；第三，在章节设计上有重大遗漏。如律师的从业机构事务所仅仅规范了几种所的成立，对所内的组织机构，如主任的产生及任期，财务人员的设立，账目的公开，律师会议的权利等均未涉及，而这部分内容恰恰是律师管理体制中经常存在的问题。遗憾的是 1980 年的《中华人民共和国律师暂行条例》第三章中的第 15 条至第 17 条的非常适用的合理部分没有给予吸收，存在较大的阙遗。

依愚之见，修改《律师法》应遵循如下的逻辑结构：

第一章总则；

第二章律师资格；

第三章律师的业务范围；

第四章律师的权利、义务；

第五章律师事务所；

第六章律师协会；

第七章律师惩戒；

第八章附则。

除应遵循一般的逻辑结构外，其他国家的《律师法》可资参照。如日本《律师法》第一章为律师的使命及职务；第二章律师资格；第三章律师簿；第四章律师的权利和义务；第五章律师会；第六章日本律师联合会；第七章资格审查会；第八章惩戒；第九章惩戒委员会和纲纪委员会；第十章关于法律事务的取缔；第十一章罚则。日本《律师法》的不足之处是将律师事务所和有关业务范围放到权利和义务里面，显得不伦不类。《德意志联邦共和国律师条例》的结构是：第一篇律师（相当于总则部分）；第二篇律师的许可；第三篇律师的权利和义务；第四篇律师协会；第五篇关于律师的仲裁法院；第六篇惩罚；第七篇诉讼；第八篇联邦法院的律师；第九篇联邦律师协会；第十篇律师的费用；第十一、十二篇略。这些国家律师法共性的结构都是将权利、义务放到组织机构之前，这是有其道理的。

二、关于部分章节内容的修改意见

现行《律师法》对律师限制性条款过多，据笔者粗略统计，该法共 53 条，去掉 4 条附则（与广大律师无关的内容）剩 49 条，其中使用“不得”、“应用”、“必须”的禁止性规范的辞汇达 19 处之多。本法非但没有成为保护律师的法律，还成为限制律师的法律，如不进行修改，势必阻碍中国律师事业的发展，为此笔者对现行《律师法》应当进行修改的重要内容略陈己见，以为修改《律师法》之参考。

（一）总则部分。

1. 现行《律师法》将律师性质规定为“依法取得执业证书，

为社会提供法律服务的执业人员”存在如下问题：

(1) “社会”是一个政治概念，不是法律用语，服务的对象含糊不清。

(2) 与其他为社会提供法律服务的人员没有什么本质区别，如工商、土地、质量监督部门的管理人员、民事调解人员以及税务顾问、信托人、不动产代理人、民事商事活动的代理人都是为社会提供法律服务的执业人员。

(3) 这个定位不利于克服律师在执业过程中遇到的障碍，如调查原证权，查阅有关档案等（据说在立法时，有人说律师调查取证应征得当事人同意，这是与国际惯例接轨。那么我们不仅要问，我们的司法机关在侦查阶段有些做法，如美国法律规定，警方第一次询问犯罪嫌疑人应有律师在场为什么不接轨？对公检法办案人员不利的就不接轨，对律师不利的就应接轨，有失司法公正。须知中国是发展中国家，国民素质、司法体制等都不能与发达国家同日而语，要根据国情制定律师法，这样才能使社会主义法制建设逐步走向完善，否则就会出现延缓和阻碍社会主义民主与法律的进程。如刑事辩护处于低潮现象这是不争的事实，应该引起立法者反思）

(4) 不符合国际惯例。

鉴于此，我认为应将律师的性质恢复原《律师条例》规定的“律师是国家法律工作者”的提法。理由如下：一是律师是经国家考试批准的从事法律专业工作的人员（最近将律师考试与检察官、法官考试并轨更能证明我的论点是正确的）；二是律师是维护宪法和法律正确实施、维护公平和正义的法律工作者，他的价值取向与公检法人员无异；三是不能将吃国家俸禄、具有强制力的司法人员的特征作为界定律师性质的要件；四是大陆法系和英

美法系国家对律师性质的界定不无启迪。如《德意志联邦共和国联邦律师条例》第一条规定：律师在司法中的地位：是司法的独立人员。第二条律师的职业（一）律师是自由职业者^①。由律师法这条规定引发了我这样一个思考：我们以往一谈律师性质要么是国家的法律工作者；要么是自由职业者，实际这是两种不同的范畴。性质是指一个事物的根本属性，律师的属性是司法的独立人员，是国家的法律工作者，并不排斥他是自由职业者。前者是律师的属性，后者是律师的执业方式。不能将执业方式当成属性。所谓自由职业者是指律师在执业中有自由的活动时间和空间，有自由的选择委托人的权利，他不受国家公务员的种种限制。但是许多学者对性质和方式不加区别，非此即彼，错将律师的执业方式当成律师的性质，在理论界引起混乱，此点应当引起讨论。

法国 1971 年 12 月 31 日颁布的《关于改革司法上及法律上的某些专门职业的法律》第 3 条规定：律师是以使诉讼程序与司法活动得以完满地进行为任务的法律工作者之一^②。这个性质界定比我国《律师法》的界定明显略高一筹。美国律师职业行为标准规则规定：“在法院工作繁忙、法官人数不够时，律师有应法院指定代理法官的义务。”在不少国家律师作为自由职业者和作为国家司法工作人员的提法是并行不悖的^③。如上所述，我们完全有理由认为在修改《律师法》时应将律师性质恢复为“国家法律工作者”的提法。

2. 应加上“律师是不以赢利为目的的职业”的条款。

参照：《德意志联邦共和国联邦律师条例》第 2 条。

（二）关于律师资格部分。

1. 关于现行《律师法》第二章的名称问题。

1980 年《律师暂行条例》第二章名为：律师资格，而《律

师法》改为“律师暂行条例”。这个提法不科学，是指律师执业的自身条件，还是指律师事务所的内部条件，还是执业过程中的外部条件，概念内涵模糊，也不能说明律师资格的取得、登录、注册、注销等内容。

依鄙人之见第二章名为“律师资格”，符合逻辑，渊源有自。

《律师法》将原律师条例很正确的称谓改为模糊的提法，是起草者的一大失误。关于第二章的名称可参照：《德意志联邦共和国联邦律师条例》第二篇；日本《律师法》第二章；台湾《律师法》英美等国家《律师法》。

2. 第二章的逻辑顺序与涵盖的内容应是：

(1) 取得律师资格的条件。

(2) 取得律师执业证书的条件。

(3) 取得执业证书的程序。

(4) 在准予取得证书之前，律师应宣誓（借鉴大陆法系和英美法系的律师立法）。

(5) 律师注册与公告及不予颁发律师执业证书的事项。

(6) 有关律师执业的禁止性条款。

(7) 应纳入律师职务的规定：

律师职务的种类：一级律师、二级律师、三级律师、四级律师、律师助理等五个档次。

每项种类的任职条件。

将此部分内容纳入《律师法》的理由是：

律师职称证定已纳入国家职称证定序列。

② 有利于提高律师的社会地位。

有利于激励律师精通业务、提高律师的自身素质。

英国《律师法》将律师分为高级律师和初级律师也自有其

道理。我们完全可以根据自己的律师制度规范律师职务问题。

（三）关于律师的业务范围。

1. 除《律师法》已有的规定外，应增加律师业务的垄断性条款。鉴于目前法律服务市场的混乱状态（如各种讨债公司、民间黑律师和一些非律师的法律服务机构），应明确规定，对民事诉讼案件、非诉讼案件、刑事辩护、行政案件非律师不得代理，并不得与律师合作，关于这方面的文章仅见樊华先生略有论述，惜未展开^④。我认为只有垄断才能净化法律服务市场。

修改依据：

（1）日本《律师法》第 10 章、第 11 章。

（2）英国律师法有关垄断的规定。英国律师在对法庭的辩护权和民事争讼代理权方面处于绝对垄断地位，且法律还赋予事务律师一些特权以保证垄断的实施^⑤。

（3）法国关于律师制度改革的基本纲领规定：第一，应重新编排法律工作者的职业种类，设立单一的法律职业；第二，这种职业可以处理审判上的，及准用审判程序的，以及审判外的广泛法律事项；第三，这种新的法律工作者应当具有“自由”的性格并应当保持律师所固有的独立性；第四，应当有一个具有排他性的垄断的职业范围以谋求改善工作和保护公众利益^⑥。

2. 法律援助内容属律师业务范围的题中应有之义，不必另设专章。现有法律援助条款压缩为两条即可。

（四）关于律师的权利和义务。

建议增加如下条款：

1. 律师在执业中向有关司法部门出示的证据、出具的法律意见、在法庭上的言论有不受追究的权利，即律师享有的豁免权问题

修改依据：

(1) 《第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会关于律师作用的基本原则》第 20 条：“律师对于其书面或口头辩护时发表的有关议论或作为职责任务出现于某一法院、法庭或其他法律或行政当局之前所发表的有关议论，应享有民事和刑事豁免权。”（注：这个原则我国政府代表在联合国已签字认可）

(2) 英国律师的豁免权表现在以下两个方面：一是律师在履行职务时，对第三者不负诽谤的责任；二是出庭律师在处理诉讼案件时，有不负疏忽责任的权利。

(3) 法国 1981 年 7 月 29 日《律师法》第 41 条规定，律师在法庭上的活动享有豁免的权利。

(4) 波兰的法律对律师的豁免权也有相关的规定。

2. 应增加：律师会见犯罪嫌疑人除涉及国家机密外不须批准的内容（此内容六机关已有规定，但少有执行，纳入《律师法》才能增加执行力度）。

3. 应增加：律师会见犯罪嫌疑人时，应在不被窃听，不经检查和执法人员能看得见但听不见的范围内进行^⑦。

4. 应增加：被逮捕或拘留的一切个人，不论是否受到刑事指控，均应迅速得到机会与律师联系，不管有保释情况下至迟不得超过自逮捕或拘留之时的 48 小时，司法机关如不能及时安排律师会见，代理律师有权向检察机关或人大控告其渎职行为。

5. 律师有拒绝对犯罪嫌疑人使用械具的权利（针对某些地方让律师给委托人带手铐之行为）。

6. 应增加：律师在履行职务中被无故追究刑事责任方面的保护性条款

（五）律师事务所。

关于律师事务所应有以下形式：

1. 《律师法》第 16 条规定的国家出资设立的律师事务所还应保留的理由是：

(1) 一些老少边穷地区律师人才严重匮乏，势必导致法律服务市场的空白，也不利于吸引大专院校的法律人才。由政府财政出资，占国家编制，给这些地区以必要政策性扶持，这才能有利于律师队伍的稳定、发展和巩固。

(2) 根据国外的立法经验，政府也应允许保留一部分国家律师。如美国在现有 80 多万律师中，有 10 多万人属于国家律师。这些律师是国家公务员，在管理体制上严格按照公务员管理；只能为国家法律服务，不能向社会提供法律服务，他们有更多机会参与国家重大决策。这部分律师收入可能低于社会律师，但政治地位较高。他的服务方式多种多样，如担任政府法律顾问或在刑事诉讼中以公职律师的身份出席法庭辩护等^②。因此，我国在律师体制改革中大可不必一刀切。

2. 应增加股份制律师事务所条款。

3. 应增加个体律师事务所条款。

4. 对《律师法》第 23 条第 2 款应予修改。律师事务所不当成为纳税的主体。理由有如下数端：

(1) 目前将律师事务所纳入中介机构或第三产业是完全错误的。律师依其所从事的法律事务属于上层建筑。他以服务为目的，不以赢利为目的，以维护法律的尊严公平正义、当事人的合法权益为目的，将其作为企业对待进行纳税有悖法理。

(2) 双重征税不堪重负。按现行税收政策，一个合伙律师事务所交纳营业税、印花税、教育附加费等项税款占总收入的 5.5%；企业所得税占所得额的 33%；个人还要交纳 5% - 45%

的个人所得税。在如此税赋下，对律师不要说发展，就连生存都难以维系。无奈，只有偷税漏税，但还有被法律追究的风险。

(3) 按世界各国的通例，没有将律师事务所作为纳税主体的法律规定，《律师法》的起草者不应该这样孤陋寡闻。像美国、日本、德国等律师制度非常发达的国家均不征收律师事务所所得税，只征收个人收入所得税^⑨。这是有法理和国际通行规则作为依据的。因此，应删掉 23 条第 2 款之内容。至于征收个人收入所得税由税法去调整，《律师法》无此必要设为专款，该条立法属画蛇添足。

5. 应吸收原律师条例第 16 条内容将其修改为：律师事务所设立主任 1 人，根据需要可以设副主任。主任由本所全体律师选举产生，副主任由主任聘任。主任任期为 3 年，可连选连任。

6. 应增加民主管理、财务账目公开的条款

三、几点剖白

笔者是从中国律师制度恢复以来就从事这项职业的老同志，对中国律师从小到大，所走过的艰辛历程有切身感受。在四年前听说要颁布《律师法》的时候，我们为之欢欣鼓舞和激动过，我们这个职业终于有了自己的法律了！他是中国律师发展过程中的里程碑。但当我们看到这部法律的时候，难免有些失望，这也许是我们期望值过高的缘故。在我们面临入世和国际经济一体化的转折时刻，《律师法》除应有中国自己的特色外，还应吸收其他先进国家的立法经验，在某些方面也存在接轨问题。为此，笔者对撰写此文初衷应予阐释。

首先，应当肯定现行《律师法》总的方面是好的，虽然存在一些瑕疵，但他不是一部“恶法”。我们所提意见不是要推倒重

来，重新立法，而是要在原法的基础上进行修改，使之完善和提高，使其真正成为规范律师和保护律师的好法律。

其次，笔者不是专业法律研究者，关于《律师法》的逻辑构成只能大致勾勒，囿于篇幅和学识，对章里面的每节内容设定及别氩阐微只能从略。因为我认为作深入的探讨，那是立法者和法学家的事情。

再次，对《律师法》具体内容的修改语境，是我多年理性的思考结晶，也是实践中常遇到的难题。这些问题往往使律师在执业中处于十分尴尬的境地。所以，此中浅见如骨鲠在喉，吐之为快。语曰：奇文共欣赏，疑义相与析。拙文若能给修法者一点启迪或引起争论，余愿足矣。

附记：本文在 2001 年中南六省律师业务研讨会上演讲。

参考文献：

- 茅彭年、李必达主编《中日律师制度研究资料汇编》 536 页
- ② [日] 东京第二律师协会编朱育璜、王舜华译《各国律师制度》法律出版社 1989 年版第 150 页
- 朱昆、郭婕主编《MJS（法学硕士）核心教程》第 18 - 19 页
- 樊华《中国律师》2001 年第 6 期第 63 页
- ⑤ 吴革编著《律师制度》第 46 - 47 页
- ⑥ [日] 东京第二律师协会编，朱育璜、王舜华译《各国律师制度》第 118 - 119 页
- ⑦ 联合国《关于律师作用的基本原则》第 8 条
- ⑧ 朱昆、郭婕《MJS（法学硕士）核心教程》第 19 页
- ⑨ 夏说《双重征税律师不堪重负》载《中国律师》1998 年第 8 期 18 - 19 页

关于代理刑事辩护案件的 困惑与思考

——兼谈《刑事诉讼法》和《律师法》的修改

四年前，也就是在《刑事诉讼法》和《律师法》颁布以前，我们对“两法”实施有很高的期望值，希望“两法”能给律师带来更大的活动空间，在中国的社会主义法制建设的进程中能够发挥更大的作用。但是，几年下来，跌跌撞撞，坎坎坷坷，在刑事案件代理中，使我们心灰意冷，无路可走。有的归纳律师在刑事辩护中为“十三难”（见《中国律师》1997年第12期夏露文），有的认为《刑法》第306条是把达摩克斯利剑（古希腊神话）悬在律师头上，有的则认为是陷阱。有些专家为律师鸣不平。但是“涛声依旧”、“江山不改旧模样”。无奈之下，对刑事辩护这块“领地”，只好敬而远之。笔者1982年从事律师工作，对刑辩说得严重些感到比1983年严打时期还艰难。因为现在司法机关动辄对律师实行“专政”（据全国律协统计，已有18例被追究刑事责任）。现在全国的刑辩比两法颁布前不是进步了，而是后退了。有人称为进一步，退两步，整体处于低潮，这是不争的事实。是法律出了问题，还是律师出了问题？是主观因素，还是客观因素，抑或是经济因素？我们处在困惑之中。困惑之余，又进行了一些冷静的思索，现就刑辩中遇到的问题，结合实际，贡献一得之愚，以就教于同行。

一、侦查人员不履行告知义务怎么办

实践中经常出现这样的情况：犯罪嫌疑人被限制人身自由之后，内外隔绝，侦察人员不但不告知聘请律师的权利，有的虽告知了，但是也不向家属或有关律师部门转达其聘请律师的请求，甚至犯罪嫌疑人被哪个机关拘留，押在什么地方，家属一概不知。我就遇到这样一起案件，犯罪嫌疑人在某油田施工，被某市警方押了回来，但一连 5 天犯罪嫌疑人家属寻找其下落，对几个县区司法机关逐一访查才找到下落，搞得家属狼狈不堪。关于告知义务，《刑诉法》第 96 条无明确规定，只规定：“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后，或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。”很显然，应推定侦查人员有告知义务，否则聘请律师就是一句空话。公安部《规则》、最高人民检察院《规则》和六机关的《规则》，均明确了告知义务，但不告知怎么办？却没了下文。我认为立法上有漏洞。如果在刑诉法中明确规定：侦查人员在第一次讯问时，不履行告知义务并将犯罪嫌疑人请求传达于外，并且还要将传达的内容和传达的对象记录在卷，并有被传达的对象签字，否则审讯的证据材料作废，所有的讯问笔录无效，只有这样才能从根本上制约某些侦查人员的枉法行为。现在加入 WTO，都在讲“接轨”，是否法律也应该接一下轨？法官袍和检察官服只是形式上的接轨，是否应从实质上接轨？据我所知，美国有一个州发生了一起抢劫案（米兰达案），被告供认不讳，但就是因为第一次讯问，没有律师在场，讯问笔录无效，官司打到高等法院，最后无罪释放。美国联邦最高法院根据《宪法》第六条修正案规定：“执行讯问的警察官员，必须预先通知嫌疑犯，在讯问开始前，他有权获得一名律师的帮助，而且有权表示沉默。”《法国刑事诉讼典》第 70 条规定：“……对于拘传到案的人，共和国检察官应当立即询问，

如有辩护人陪同到案，讯问时应由辩护人在场）”第 135 条规定：对拘留、逮捕等被监禁的被告人进行讯问时，“预审审判官应当告知被告人有权获得辩护人的协助，可以和他自由交谈，辩护人可以立即查阅案卷。这种告知程序在笔录中应予以记载。”我们连告知都做不到，更遑论在场了。德国、英国、加拿大等国法律也都规定：侦查人员不履行告知义务，所获得的犯罪嫌疑人供述应当予以排除。我国的《刑事诉讼法》和《律师法》是否也应与国际接一下轨呢？《意大利刑事诉讼法典》第 350 条第 5 款规定：“根据具体的地点的紧急情况，司法警察官可以在辩护人未出席的情况下，向被调查人了解，有助于立即开展侦察工作的消息和情况 即使该人已被当场逮捕或者依照第 384 条的规定受到拘留”，但是，该条第 6 款规定：在辩护人未参与的情况下，依照第 5 款的规定而获取的消息和材料，禁止纳入档案，并且禁止加以使用。无论是英美法系，还是大陆法系都有此规定，我们为什么不可以借鉴呢？

二、关于会见存在的问题与出路

在会见犯罪嫌疑人的问题上，我们有很多的苦衷。我所的一位律师在接受一宗刑事案件代理时遇到了难堪。他在接受犯罪嫌疑人家属的委托后，一连办了 5 天会见手续，要层层审批，先要承办人员签字同意，再由公安局的法制室把关，再上报主管局长审批，批下后，再去过会见这一关。这时又找不到侦查人员了，因为没有他陪着去，看守所不让见。这样就到处找办案人员，又一连找了 7 天，不是避而不见，就推说没时间，也不说不让你见。最后犯罪嫌疑人家属向律师发火了，“我们花了钱请你，你连人都见不到，我们不聘你了。”这位律师非常沮丧。这是谁之过？长此下去，律师还有什么形象可言？笔者本人代理的一起故

意伤害案，使我感到非常气愤。在侦查阶段，公安机关就是不让
你见，一直到法院审理阶段才见到被告。为此，我找刑警队的领
导，向他讲六机关关于在 48 小时内安排会见的规定，刑警队的
领导也借口工作忙，不给安排会见。律师告状无门，只有默默的
忍受。六机关规定，除涉及国家秘密的案件之外，不需要经过批
准，但是这条路就是走不通。有一次我按六机关要求，独自去会
见犯罪嫌疑人，看守不让见，我宣读六机关规定，看守答复：
“我们不管六机关，八机关，我们执行所（看守所）里的规定。”
搞得你哭笑不得。过了批准这一关之外，还有下一关，要你给犯
罪嫌疑人带手铐（并且要自备手铐），我说律师无权使用械具，
这是一种严重的侵犯人权的行为，对方答复这是所里的规矩，我
们不按规矩办事，检察院监管所就不愿意。无奈，要想会见当事
人，就得屈服。会见时侦查人员还要在场监督。根据《刑事诉讼
法》第 96 条，该条规定“可以派员”，现在变成了当然派员，案
案派员。你的谈话不仅要受到监督，还要受到制止。这种被人看
管的会见，我称之为带着枷锁的会见。在这种情况下，犯罪嫌疑
人怎么能如实向你介绍案情，又怎么能控告侦查人员的刑讯逼供
呢？另外，在时间上，次数上都给你安排种种“戒条”。这里值
得一提的是，会见要有 2 名律师，各地看守所都执行这个规定，
有的省律协也有此规定，这是值得商榷的问题。

首先，《律师法》颁布以前的《律师暂行条例》，虽然无此规
定，但两院一部的有关解释，聘请律师界定为一至二人。当时一
名律师会见被告还无此限制，而《律师法》、《刑诉法》颁布实施
以来，突然出来会见要有二人的规定，这是违背了委托关系的自
愿原则的。犯罪嫌疑人委托一名律师，你要二人会见，那人哪里
来？答曰，所里指派。那么问题出来了，被指派的律师不是当事
人聘请的律师，是否违背《刑事诉讼法》的 96 条规定？该条