

法律理念的 现实印记

一批受过良好法学教育的执业律师，秉持自己的法律理念，在实践中对法学理论不断思考、论证、创新，经历了从理论到实践，再从实践到理论的提升过程，并在法学研究之路上留下了印记。

于宁杰
主 编

法律出版社

法律理念的
现实印记

于宁杰
主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律理念的现实印记 / 于宁杰主编. —北京:法律出版社, 2009. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9476 - 9

I. 法… II. 于… III. 司法—工作—中国—文集 IV. D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 057527 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/21.75 字数/256千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9476 - 9

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

律师应该有一张什么样的名片？

（代序）

做律师如登山。

从无到有,从小到大,从少到多,从弱到强,中国律师业已经恢复重建 30 年了。而立之年的中国律师业,犹如刚刚登上了一个小山坳,一个已有些进步但还没到半山腰且距山顶还非常遥远的山坳。

此时,在 15 万中国律师中,有人正在山脚下蓄势待发,有人正拾级而上,有人已登上了山腰,有人则已接近峰顶;当然也有人还在山林间摸索穿行、在望山兴叹……

出现在本书里的作者,是来自福建天泽广业律师事务所的律师。他们就是那些拾级而上、坚持攀登的人们,他们是我们这个 15 万律师大军中的普通一员,他们就是正在勇攀高峰的中国律师。

回望走过的路,回眸攀过的山,他们感慨万千,他们思绪联翩。

路上留下了他们的足迹,山间刻下了他们的印痕……

在走出山坳、走过山腰、走向山顶的成功道路上,他们将探索化作思考,将思考化作经验,将经验化作智慧,将智慧化作文字。于是,就成就了这本《法律理念的现实印记》。

其实,这不仅是一本书,更像一张名片。

在我的眼中,律师著书立说就如同在印刷自己的名片。

律师是一个需要市场、需要案源、需要客户、需要社会认知和认同的职业,为此,他就需要想方设法让市场认识自己、让案源贴近自己、让客户信赖自己、让社会认同自己。

名片正是律师的第一个亮相。

一张薄薄的名片毕竟容量有限。这时,就需要一张立体名片。

于是,著书立说就顺理成章地成为了这样的立体名片。

在这张立体名片上,我们既能看到律师的职业生涯,也能读到律师的职业技巧,还能听到律师的传奇故事,更重要的是,我们将会感悟律师的思辨之魅,发现律师的语言之美,触摸律师的智慧之魂。

对律师来说,他们要思考业务的拓展,也要总结办案中的得失;要归纳管理中的经验,更要研究律师制度的定位和地位、功能和作用。所以,律师著书立说就是一种境界提升。律师事业也需要不断地提升,不断地在坚持中提升,在提升中坚持。

天泽广业律师事务所精心编撰的《法律理念的现实印记》就是这样的名片。

按照他们的初衷,这本书是“一批受过良好法学教育的执业律师,秉持自己的法律理念,在实践中对法学理论不断思考、论证、创新,经历了从理论到实践,再从实践到理论的提升过程,并在法学研究之路上留下了印记”。

在本书中,既有关于律师职业权利的思考,也有关于中国证券市场上的外商投资与公司治理的总结、非上市公司股份质押登记制度的若干探析,还有关于无效合同恶意抗辩的处理、农民工劳动权益保护法律问题的探讨、商品房包销的成功经验……

可谓有理论也有实践,有思考也有总结,有探索也有经验,有技巧也有智慧。

所以我说这是一张有声有色、有板有眼的立体名片，是一张写满热情与坦诚、理性与思考的立体名片。实在值得展读。

正在攀顶的中国律师业，不仅需要激情和理想，更需要总结和思考。如果我们还不清楚律师面向社会和市场时需要一张什么样的名片，不妨翻翻“天泽广业”的同仁已经作出的总结和思考。这样的一张名片，不仅展示了他们的思维印记，也再次点亮了我们共同的希望和理想。

唯愿能够越来越多地读到这样的“名片”！

原《中国律师》总编辑 刘桂明
中国青少年犯罪研究会副秘书长

2009年4月于北京

目 录

论律师职业权利的性质 / 于宁杰	1
中国证券市场上的外商投资与公司治理问题 / 林 庚	16
非上市公司股份质押登记制度的若干问题探析 / 陈炳庚	26
公司对外担保的法律规定探讨 / 陈炳庚	36
未生效合同及其法律后果 / 于宁杰	46
论无效合同恶意抗辩的处理 / 余伟京	58
论违反法律、行政法规强制性规定的合同效力 / 余伟京	71
建设工程价款优先受偿权若干问题研究 / 叶燕芳	83
试论商品房包销的有关法律问题 / 王晓昉	104
拍卖中承租人优先购买权的应有限制及其补偿模式 / 陈至育	114
中国反垄断法的程序问题探讨 / 陈炳庚	123
浅析开放源码软件及许可证法律问题 / 吴 鸣	132
试论文身作品的著作权 / 陈 斌	139
论我国非全日制用工的有关法律问题 / 王晓昉	150
农民工的劳动权益保护法律问题探讨 / 叶知年 李金森	164
论《劳动合同法》下劳务派遣的转型 ——从实际用工单位的角度 / 王晓昉	178
干扰他人婚姻关系民事责任研究 / 林 庚	190

- 论《道路交通安全法》的损害赔偿归责原则的立法不足及
完善 / 王江丽 196
- 侵权行为持续下的诉讼时效问题讨论 / 李 豪 206
- 民法中的诚实信用原则 / 陈至育 216
- 入世后海关关员职务犯罪的趋势及对策分析 / 柯松江 223
- 一起无罪案件的成功辩护 / 柯松江 232
- 进一步完善《福建省行政执法程序规定》的探讨 / 周健翔 240
- 客车承包经营者无权对线路审批行为提起行政
诉讼 / 王江丽 于宁杰 249
- 行政诉讼第三人制度新解 / 周健翔 255
- 行政诉讼举证责任若干问题研究 / 于宁杰 270
- 论民事诉讼之证明标准 / 叶知年 汤渊儒 285
- 涉港澳民事诉讼管辖若干问题研究 / 于宁杰 299
- 我国民事调解制度的现存问题及完善途径 / 叶知年 蔡啊镜 313
- 浅析我国刑事辩护制度的控辩失衡 / 柯松江 327
- 防止“媒体审判” / 叶燕芳 334

论律师职业权利的性质

于宁杰*

“为权利而斗争”对于中国律师而言具有双重意义,一方面是维护当事人的合法权益,另一方面是为改变执业中的不公正境遇而进行自我维权。律师的职业权利是实现律师职能和维护律师自身生存发展的基本资源,它决定并标志着我国律师业发展的水平,是律师立法的核心内容。对于律师执业权利的立法保护的目的在于保障公民权利,保障其在寻求法律救济的过程中得到律师提供的充分的法律帮助,并对法律的正确实施起到重要的保障作用。而对律师职业权利性质的界定则是设定和维护律师职业权利的一项基础工作。本文试图结合律师的职业属性等问题,从不同侧面对律师职业权利的性质及其对律师立法的影响作出分析。

一、权利主体的职业性

主体的职业性是设定特定职业权利的依据,也是区别于其他职业权利的根本特征。强调律师职业权利主体特征的意义在于,突出律师职业属性对于律师职业权利的内在决定作用。离开了律师职业这一主体特征,也就丧失了权利概念的个性,并导致对权利范围

* 于宁杰,福建天泽广业律师事务所主任,中南政法学院法学学士,一级律师,福建省律师协会副会长,中南财经政法大学兼职教授。曾荣获司法部“九五”期间优秀科研成果三等奖及“福建省十大杰出青年”等荣誉称号。

界定的偏差。现行的《律师法》使用的“律师的权利”的概念并未充分体现职业特点,因为律师作为权利主体本身也是多重的,律师作为国家公民或社会元素拥有的广泛权利经常被当做律师职业权利的研究对象,虽然这些权利可能会与律师的职务活动产生关联,但在形成与保护等方面并不明显区别于非律师公民的权利。即使像山西的马海旺律师遭受对方当事人故意伤害这样的极端案件,在权利定位和救济方式上也很难总结出与其他公民人身权的本质区别,也无法在《律师法》框架内设计出有效的保护方案。权利范围的扩大化反而冲淡了对律师职业权利认知的敏感性和律师职业权利立法的紧迫性。比如,我国《律师法》规定“律师执业活动中的人身权利不受侵犯”,这通常被理解为“律师执业时人身自由不受非法限制和剥夺,住宅和办公地点不受侵犯,律师的名誉权不受侵犯等”。^①上述权利保护不仅适用于律师非执业状态,而且适用于非律师人员,这实际上使该法条失去了应有的意义。近年来的一些著述中普遍使用“执业权利”的概念,有效地避免了主体特征不明显的缺陷。但是,“执业”的通常理解是执行职务,以行为为核心,更多体现的是律师执业的行为状态而不是职业身份,“执业”行为的起点也很难界定;“执业权利”也只能涵盖律师在从事职务活动中的动态权利,律师基于特定的职业所固有的一些重要权利则难以被囊括其中,如律师参与行业组织的权利。而“职业权利”的概念则全面体现了律师的行业特点,既包括了律师执行职务时的动态过程,也体现了律师在非执业状态下的固有特征,这种界定应当是比较准确的。

权利主体的职业性决定了职业权利与其职业属性密不可分。律师的职业属性在我国一直是一个有争议的问题,对律师属性的表

① 章武生:《中国律师制度研究》,中国法制出版社1999年版,第121页。

述主要有三:国家法律工作者、社会法律工作者、自由职业者,其根本区别在于身份归属的不同,不过是法的阶级性理论在律师职业问题上的具体化。“我国律师性质,是指国家法律规定的,律师职业区别于其他职业的本质属性。”^①而一个职业与其他职业的主要区别在于其执业活动的内容和方式。律师作为世界法律文明的普遍现象,除了阶级属性的差异外,肯定拥有共同的本质属性,这就是专业性。“在西方国家,就律师的社会属性而言,与工程师、记者、建筑师等一样,也把律师作为‘自由职业者’。但是,另一方面,法律又把律师的职业和作用规定为是国家司法制度的有机组成部分。如《德国律师法》规定:‘律师是独立的司法人员。’日本将律师、检察官、法官并称为‘法曹三者’,自诩为‘在野法曹’。”^②在美国,律师和法官、检察官一样是共同担负司法使命的成员之一。而我国在经历了“国家法律工作者”的错位后,在《律师法》中回避社会属性之争的同时,直接将律师定义为:“为社会提供法律服务的执业人员”,并在现实中进一步引申为社会中介人员。这使中国律师不仅丧失了世界同行共同具有的职业属性,也被排斥在国内法律职业群体之外,从而失去了与其他法律职业群体平等获取和行使职业权利的平台。确认律师法律工作者的本质属性并使其回归法律职业共同体,对设定和保障律师职业权利具有重要意义。

权利主体的职业性意味着律师职业权利必须与其职业发展和实现专业使命的需求相适应,也决定了律师职业权利的范围和内容。从世界范围来看,律师的职业权利体系主要由两部分构成,即职业保障权和具体执业权。律师从事具体业务活动的权利称为具

① 李益民:《律师制度与实务》,法律出版社 2003 年版,第 14 页。

② 刘希贵:《律师法原理》,复旦大学出版社 1999 年版,第 41 页。

体执业权,主要包括调查取证权、会见权、通信权等;律师赖以获取自身发展的物质和社会资源,免受因职业活动而招致制裁或侵害的权利称为职业保障权,包括职业自由权、执业豁免权、拒绝作证权、拒绝搜查与扣押权、取得合理报酬权等。我国现行法律中对具体执业权的规定尚不完善,“但更为突出的问题是执业保障权长期以来都没有得到理论研究和立法工作应有的重视”,^①以致职业自由权、执业豁免权等基本权利在我国律师立法中还是空白。联合国《关于律师作用的基本原则》中规定:“律师对于其书面或口头辩护时所发表的有关言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发表的有关言论,应享有民事和刑事豁免权。”我国未将此原则落实到国内立法上,不仅大量律师因办案受到刑事追究,甚至黑龙江省魏晓丽律师还因正常的刑事辩护而被判决对被害人承担民事赔偿责任。职业自由权又称独立职业权,其最主要的内容就是律师只服从法律而不受其他权力的干预,我国对律师的执业选择权还缺少认可,比如《法律援助条例》要求律师不得拒绝承办援助案件,这样就使得一些不办理刑辩案件的律师对“306大棒”^②惹不起也躲不起;而一些当然的业务领域,却被相关权力部门另设门槛,成了律师动不得的奶酪。至于法外权力的干扰,或不让代理行政纠纷,或不让作无罪辩护,更使律师举步维艰。

与职业需求相适应的职业权利体系不仅促进律师事业的发展,而且能衍生出新的职业权利。笔者一直认为,职业垄断可能是律师

① 陈卫东:“谈律师权责在两法修订中的合理分布”,载《律师与法制》2005年第4期。

② 我国《刑法》第306条规定:“在刑事诉讼中,辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据,帮助当事人毁灭、伪造证据,威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。”该条款本身存在问题,又经常被侦查机关滥用,对律师实行职业报复,故被律师界和部分学者称为“306大棒”,一部分律师为避免风险而不办理刑事辩护案件。

享有充分的职业权利以后自然形成的一种状态,而不单是权利。“中国的律师业在法律服务市场上还远未取得类似于西方律师业的垄断地位,基层法律服务工作者、企事业法律顾问、外国律师、专利代理人以及各种‘黑律师’、‘土律师’都在从事着不同方面的法律服务。”^①这主要是因为律师在职业权利上并没有明显的优势,其交涉能力往往比非律师人员更差,即使赋予律师职业垄断权,现实中也很难落实。

因权利缺失导致的律师职能弱化对中国法治的负面影响是深刻的。美国纽约大学杰罗姆·克恩教授指出,“众所周知,对一个国家稳定和信誉最重要的制度莫过于它的刑事司法制度。而一个国家的刑事司法制度的质量又端赖辩护律师能否真正履行好刑事辩护的职责”。^②但在我国,“刑事辩护环境的急剧恶化,带来的是律师介入刑事辩护业务的急剧下降,根据北京市司法局统计,近几年来,北京市 6000 多名律师每年总计办理的刑事案件 4000 件,人均不到一件,不足法院每年审结的刑事案件的 1/3。也就是说,有大量的刑事案件的当事人是在没有律师辩护的情况下被定罪量刑的,这绝对是法治的悲哀”。^③另外,这也使律师的象征意义走向了反面。我们经常宣称律师是社会主义民主与法治的象征,但中国律师们享有的职业权利与肩负的职业使命严重失衡,被称做“戴镣铐的舞者”,这难免会直接转化成对中国民主与法治的负面评价。同时,一部分缺少法定权利资源的律师,大肆利用法律以外的资源实现其交涉效果,形成律师界一股变异势力,贺卫方教授称之为“中国律师出

① 刘思达:“分化的律师业与职业主义的建构”,载《中外法学》(第 17 卷)2005 年第 4 期。

② 陈卫东主编:《“3R”视角下的律师法制建设》,中国检察出版社 2004 年版,第 5 页。

③ 段文:“谁愿意在中国做刑事辩护律师?”,载孙国栋主编:《律师文摘》2004 年第 1 辑,中国法制出版社 2004 年版,第 35 页。

现了变种”。

二、权利功能的制衡性

法律既然是一系列普遍适用的规则,就必然造成公众意志和个人利益的冲突。而国家机关及其工作人员在制度上是公共利益的代表,由于权力不当使用的可能性,本身也成为个体权利防范和抗衡的对象。这就需要在法律制度的设计中纳入律师职业,使其以特有的专业知识和技术成为一种抗衡的力量,律师作为制衡公共权力的制度工具,是律师制度得以产生的法理基础,也直接决定了律师职业权利从根本设置上就具有制衡国家权力的职能。为了实现律师的制衡职能,国家必须赋予律师足以抗衡的资源,使律师权利与相对应的公权力保持一定的比例性,维持权利结构的平衡状态。律师在实践中则经常扮演私权代言人的角色,江平先生说,“我觉得律师真正的全部的工作是挑战权力,这个权力包括了行政机关的权力和司法机关的权力。说的软一点就是制衡权力,用词尖锐一点就是挑战权力”。^①制衡也好,挑战也罢,目的在于达到权利配置和运行的平衡,律师作为国家法律制度的一个组成部分,反映的不是国家对律师制衡职能的容忍,而是一种需要和追求。

制衡是律师职业权利的基础,能否满足制衡功能的资源需求是衡量律师职业权利是否充分的标准。前述刑事辩护下降的例证可以从权利失衡中找到原因。就侦查程序来说,当今世界各国的普遍共识是“非有专门行使辩护职能的辩护律师参加不可!否则,侦查程序就可能在现代刑事诉讼程序中孤立地扮演威胁公民权利的不

^① 江平:《江平讲演文选》,中国法制出版社2003年版,第295页。

光彩的角色”。^①但1996年我国《刑事诉讼法》修改后,律师虽然可以在侦查阶段介入,却不能获得辩护人的身份,没有取证权,没有阅卷权,尤其富有特色的是侦查机关不仅可以单方讯问嫌疑人,而且享有律师会见当事人时派员在场的权力,形成了“在外国,警察在的地方就有律师在场,在中国有律师会见的时候必须有警察在场”的奇特景观,使《关于律师作用的基本原则》中规定的一般标准都难以落实。^②就审判阶段来说,首席大法官肖扬也认为,“要实现司法公正,裁判者必须是保持中立的,对任何一方不偏不倚。司法的中立是在起诉方与辩护方之间的中立”。^③同时,控辩双方的权利“平等武装”的理论也获得了国际上的普遍认可。但我国《宪法》和《刑事诉讼法》规定人民法院、人民检察院和公安机关进行分工负责,互相配合,互相制约,造就了“三驾马车”的绝对优势,而“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”的规定更使控方获得了凌驾于裁判者之上的制度特权。律师面临如此失衡的力量配比,想取得职业成就是极其困难的。更有甚者,对律师的制度歧视最终上升为不公正的刑事处罚。《刑法》第306条的正当性之所以受到质疑,原因之一就在于它进一步放大了不同法律职业权利的不对等,将律师单独作为伪证罪的主体,但警察、检察官及其他执法人员同样存在威胁、恐吓证人的行为,而且权力更大;负责侦查和起诉的则是律师的对

① 李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版,第187页。

② 《关于律师作用的基本原则》中规定:“所有被逮捕、拘留或监禁的人应有充分机会、时间和便利条件,毫无迟延地、在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和律师联系协商。这种协商可在执法人员能看见但听不见的范围内进行。”“各国政府应该确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内的所有联络和磋商均属保密性的。”“主管当局有义务确保律师有充分的时间查阅当局拥有或管理的有关资料、档案和文件,以便律师能向其委托人提供有效的法律协助。应该尽早适当时机提供这种查阅。”

③ 肖扬:“当代司法制度的理论与实践”,载万鄂湘主编:《中国司法评论》2001年第1期,人民法院出版社2002年版,第11页。

家——同一个案件的侦查人员或检察人员,这使报复性执法“有法可依”。

权利制衡的外在表现是不同职业者之间的工作对抗,对抗形式和内容的扩大化,可能使制度内的权利冲突异化为自身程序外的对抗和报复。笔者留意相关报道后发现:一是律师遭受的职业报复主要来自国家权力行使者。据陈兴良教授统计,“1997年至2002年年间,至少有500名律师被‘滥抓、滥拘、滥捕、滥诉、滥判’,其中80%由司法机关‘送进班房’,‘绝大部分(占80%)又最终宣判无罪’”。^①二是多数侵权事件的起因是律师执业中直接对抗所谓的公权力。如因办理行政案件而涉嫌“非法集会”、“扰乱社会秩序”或“偷税”等罪名;因办理刑事案件而涉嫌触犯《刑法》第306条。三是民间侵权相对比较容易处理,侵权者往往会被从重从快追究;而公权力侵权案件则比较难以解决,甚至出现过被告人已被宣告无罪,辩护人还因“包庇罪”被继续关押的案件。对此,陈瑞华教授认为,之所以抓律师,“还有一个现实的原因,就是利益驱动。因为律师刑事辩护业务的开展与公安机关、检察机关是直接对抗的,律师刑事辩护业务的成功意味着公安、检察机关办了错案,对于公安、检察机关具体的办案人员来说,就面临利益的损失”。^②实际上,这种对律师的排斥存在于公权力的各领域,一些行政机关往往把律师作为“社会不稳定因素”对待,甚至于南方某地的公安机关在敌情通报上赫然写着“北京律师来了”。^③

问题在于,上述排异现象实质上是制度性的,制度排异的根源

① 冯象:“中国要律师干嘛”,载孙国栋主编:《律师文摘》2003年第2辑,法律出版社2003年版,卷首。

② 段文:“谁愿意在中国做刑事辩护律师?”,载孙国栋主编:《律师文摘》2004年第1辑,中国法制出版社2004年版,第35页。

③ 王进:《权利的疑惑》,经济日报出版社2003年版,第126页。

在于制度本身。律师们高举“以权利制约权力”的大旗最终却成为祭旗的牺牲品,其直接原因之一就是权利配置的过度失衡。公权力的行使者往往可以自命为公共利益的代表者,相对于私权代言人的律师就多了一份制度伦理上的正当感和优越感,权力的特质在于寻求服从和排斥反抗。平衡结果的实现依赖制约力量对等,但具体执业权的缺失使律师根本就不具备与公权机关交涉的基本资源,并因此导致律师的“变种”和法律服务市场的流失,而缺少职业保障权则往往使律师遭遇惹火上身的悲剧。在国家垄断全部社会权力的制度架构中,律师需要更多的权利来完成使命,但权力垄断本身又限制着律师权利的成长,在这样的二律背反中,律师界和理论界对于调查取证、会见权、在场权等具体执业权的渴望多么强烈都不过分。但由于律师权利面对过于强大的公权,不认真对待并优先解决律师的职业保障权问题,对于“救亡与图存”^①境遇下的中国律师则可能是危险的。

三、权利形态的公共性

近年来,关于律师职业权利属于私权利的学说很少受到应有的质疑,不仅律师的一般职业权利被视为私法权利,就连辩护权也被认为与公权力无涉。有学者认为,律师所行使的权利既不是国家权利,也不是社会权利,他所行使的实际上就是公民权利,是公民权利的一种延伸,他在刑事案件中的辩护权实际上是被告人个人权利的一种延伸,在民事案件里面所行使的代理权也是公民个人权利的延伸。^② 实际上,律师代表或维护什么性质的权利和律师行使什么性

① 刘桂明:《法治天下》,中国民主法制出版社2003年版,第270页。

② 陈兴良:“中国律师的走向——律师法修改前瞻”(下),载法律图书网(<http://www.lawpress.com.cn/newsdetail.cfm?iCntno=1148>)。