

上海 律师 维权研究

陈乃蔚 王俊民◎主编

律师执业权利是律师基本制度的核心内容之一，是律师执行律师职责的根本保障，是律师维护法律尊严及正确实施，维护当事人合法权益的既定条件。

 法律出版社
LAW PRESS CHINA



上海市律师协会文库

上海 律师

维权研究

主 编：陈乃蔚 王俊民

撰稿人：
(按姓氏笔画排序)

王 瑛 王舒婷 邓伟志 刘正东

刘忠定 吕红兵 朱洪超 江 晨

汤啸天 余啸波 张进德 张钟汝

张 凌 张海棠 杨 轶 杨培君

夏莲翠 徐剑锋 梁玉超 龚培华

游 伟 童 潇



上海市律师协会文库

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

上海律师维权研究 / 王俊民, 陈乃蔚主编. —北京:
法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1220 - 9

I. ①上… II. ①王…②陈… III. ①律师法—研究
—中国 IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 183020 号

上海律师维权研究
陈乃蔚 王俊民 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 14.75
字数 243千
版本 2010 年 10 月第 1 版
印次 2010 年 10 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 978-7-5118-1220-9

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

上海市律师协会文库

编委会顾问：吴军营 刘忠定

编委会主任：刘正东

编委会执行副主任：陈乃蔚

编委会副主任：厉明 乔文骏 李慈玲 徐晓青 万恩标

编委会委员：吕红兵 朱洪超 鲍培伦 朱树英 傅鼎生

史建三 刘小禾 王旭峰 庄燕

编委会学术顾问：倪正茂

序 一

律师业作为现代服务业的重要组成部分,越来越受到社会各界的关注。目前,上海律师队伍已突破万人,国内外经济社会的舞台上有着他们活跃的身影。随着上海“四个中心”建设的推进以及上海世博会的召开,上海律师业面临着一个更广阔的发展前景。

伴随着律师业的不断发展,律师业务更趋多元化和专业化。鼓励律师学术上百家争鸣,引导律师著书立说是上海律协一贯推崇的优良传统。上海律师中也确实有大批的律师在执业实践中坚持研究、总结,醉心于成文、著作。2006年年初,上海律协启动了“上海市律师协会文库”的出版工作,给了上海律师一个展示行业精神财富的平台。

“理想的书籍是智慧的钥匙”。4年后的今天,在上海律协文库编委会的支持下,在上海社会科学院出版社的帮助下,又一展示律师智慧的窗口——“上海律师文丛”也与大家见面了。如果说,“文库”更多侧重行业层面的探讨研究,那么新生的“文丛”则是上海律师个人、团队或律师事务所的智慧结晶。这两部文集都见证着上海律师在高速发展的物质文明和精神文明中始终立于时代脉络的前沿。

搭建律师思想碰撞之平台、畅通律师信息传播之渠道、建设律师学问总结之道路、营造律师形象展示之舞台、创建律师文化交流之大厦,始终是上海律协推动律师发展的出发点和归宿点,也是广大上海律师共同憧憬的理想之境。

上海市律师协会
二〇一〇年六月

序 二

自1979年我国恢复律师制度以来,我国律师经历了不同角色的转变。1980年《律师暂行条例》规定:“律师是国家的法律工作者。”律师被看作公职人员。1996年颁布的《律师法》回避了律师的定性。很多律师认为自己的地位在下降,甚至沦为个体工商户。在我国,由于立法的缺失、制度的缺陷,造成律师执业过程中,权利屡遭侵犯。

律师执业权利是律师基本制度的核心内容之一,是律师执行律师职责的根本保障,是律师维护法律尊严及正确实施,维护当事人合法权益的既定条件。2007年《律师法》的修订,为改善我国律师执业环境带来了新的契机。修改后的律师法,在律师权利方面有了新的规定,对于律师的执业权利包括会见权、阅卷权、调查取证权等都有了进一步完善,为律师执业环境的改善提供了制度上的保障。然而,鉴于相关法律法规和相关制度无法同时作出调整,完善我国律师执业权利的路还很长。

为更好地维护律师执业权利,2006年3月1日上海市律师协会颁行了《上海市律师协会维护律师依法执业权益委员会规则》。同时,上海市律师协会也进一步对各项突出问题进行调研,其中包括调查令制度调研,上海律师业发展调研,上海律师执业环境调研,上海市律师协会维权案例统计分析调研等,并形成了调研报告。新《律师法》颁行后,上海市律师协会和华东政法大学律师事务研究所又对新《律师法》实施后律师参与刑事诉讼面临的新情况和新问题进行了集中调研。这些调研报告结合上海实际情况,对上海律师执业中的现状、问题等进行了深入的研究与比较分析,对进一步改善上海乃至全国律师执业环境,推动律师业更好发展具有决策参考价值。

吴军营

2010年5月30日

目 录

上编 律师维权专题研究报告

报告一 新《律师法》实施后保障律师参与刑事诉讼执业权益面临的 新情况与新问题	3
一、前言	3
(一) 调研的背景与意义	3
(二) 调研的方法	4
二、新《律师法》修订的背景、意义及其内容全面覆盖原则	4
(一) 新《律师法》修订的背景及意义	4
(二) 新《律师法》修订的具体内容	5
三、新《律师法》实施后律师参与刑事诉讼执业权利的现状与评析	9
(一) 常态性问题	9
(二) 新类型问题	18
四、司法机关贯彻与保障新《律师法》实施的现状及问题	20
(一) 公安机关贯彻与保障新《律师法》实施的现状及问题	20
(二) 检察机关贯彻与保障新《律师法》实施的现状及问题	23
(三) 审判机关贯彻与保障新《律师法》实施的现状及问题	25
五、依法保障律师执业权利的建议与对策	26
(一) 进一步加强新《律师法》宣传,积极构建法律职业共同体	26
(二) 制定或修改相应规范,细化具体操作规则	27
六、结语	29
附件一:新《律师法》和《刑事诉讼法》对照表	30
附件二:新、旧《律师法》对照表	32

附件三:上海市司法局、上海市公安局关于律师在看守所会见犯罪 嫌疑人、被告人若干问题的通知(沪司发[2002]6号)	35
附件四:关于律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人有关问题的规定 (建议稿)	37
附件五:“新《律师法》实施后维护上海律师执业权利面临的新情况 和新问题”调研问卷	43
附件六:访谈提纲	52
 报告二 完善调查令制度 保障律师调查取证权	61
一、建立调查令制度的理论基础和法律依据	61
(一)律师调查取证权是当事人诉讼权利的衍生	62
(二)调查令制度契合了对当事人程序利益的保障	63
(三)调查令制度同法院的中立地位是相辅相成的	63
(四)调查令制度有利于证明责任的落实和当事人程序主体地位 的实现	64
(五)调查令制度符合诉讼对案件实体公正的追求	65
(六)调查令体现了法院对律师具体调查取证活动的认可和支持	65
(七)调查令制度也可以促进证人作证制度的改革和完善	66
(八)调查令制度是对律师调查取证活动实施监督的方法之一	67
二、调查令与境外相关制度的比较研究	68
(一)英美法系	69
(二)大陆法系	70
(三)我国台湾地区的文书提出命令制度	73
(四)域外经验与我国调查令制度相比较的启迪	73
三、上海法院调查令制度实施的基本情况	74
(一)实行调查令的基本状况	75
(二)调查令实行中遇到的困难已非调查令能够解决	75
(三)律师对调查令的基本评价	77
(四)我国民事证据调查令之反思	78
四、我国律师调查取证权的现状与问题	78
(一)历史原因	79
(二)社会原因	79
(三)立法原因	79

五、以调查令制度为突破口强化律师调查取证权	82
(一)调查令制度的完善	82
(二)在完善的基础上继续试行调查令制度	87
(三)继续改善律师执业的宏观环境	87
附件:关于律师调查取证、会见情况的调查问卷	89
一、关于调查令	89
二、关于刑事诉讼	93
三、关于民事诉讼	97
 报告三 上海律师业执业环境及其维权状况的调研	
——增加律师在人大政协中的比重	102
一、研究背景	103
(一)律师职业的特点	103
(二)律师制度与法治建设	104
(三)中外律师制度比较	104
二、上海律师行业的基本情况	106
三、上海律师业的社会地位	107
(一)律师的经济收入	107
(二)律师的社会权力	108
(三)律师的社会声望	108
四、上海律师执业维权现状	109
(一)会见被告难	110
(二)取证难	110
(三)执业冲突引发报复与刁难	110
五、原因分析	111
六、发展上海律师业的主要意义和对策	112

下编 律师协会维权工作报告

报告一 第七届理事会维权委员会工作报告

——律师执业维权的难点和对策	117
一、本届维权委为维护律师依法执业开展的主要工作	117
(一)从立法源头和制度层面上维权	118

(二)大力推动社会维权	120
(三)坚持开展个案维权	121
二、本届维权委员会工作的主要不足	122
(一)工作前瞻性不足	122
(二)工作的主动性尚有欠缺	122
(三)发现和总结创新经验的能力不强	122
三、本届维权委执业维权的体会与收获	123
(一)律师执业的市场性与律师素质的参差性	123
(二)律师自我保护意识的薄弱性与行业竞争的无序性	124
(三)诉讼矛盾的对抗性与律师受聘于一方当事人的特殊性	125
(四)律师受到法律保护的粗疏性与侵害律师权益的复杂性	126
(五)律师执业的分散性与律协维权行动的掣肘性	126
四、进一步加强律师执业维权工作的思考与建议	127
(一)争取在立法层面为律师执业提供严密细致的保障	127
(二)进一步强化律师依法执业的自我保护意识	129
(三)建立法律服务质量的综合评价体系	129
(四)及时沟通提高维权委员会的工作效率	131
(五)借鉴相关行业的经验充实律师执业维权体系	131
报告二 第八届理事会维权委员会 2008 年度工作报告	134
一、本年度开展的维权工作	134
(一)理顺工作机制	134
(二)着重维护律师的人格尊严	135
(三)解决新《律师法》生效实施后的律师会见问题	137
(四)完成维权顾问的聘请	138
(五)与有关部门面对面的交流	138
二、明年的工作计划	139
(一)推进新《律师法》生效实施后的有关律师执业权益的落实	139
(二)与法学院校、研究机构就律师维权的基础理论问题进行研究	139
(三)继续做好个案维权工作	139
(四)探索区县律师工作委员会的维权职能	139

报告三 第八届理事会维权委员会 2009 年度工作报告	140
一、个案维权情况	140
(一)人身权方面的个案	140
(二)会见权方面的个案	143
(三)调查取证权方面的个案	143
(四)事务所权利方面的个案	144
(五)其他方面的个案	145
二、推动新《律师法》在本市的落实	147
三、律师维权工作体会	149
四、明年的工作打算	150

附 录

一、中华人民共和国律师法	153
二、律师协会维护律师执业合法权益委员会规则	163
三、上海市人大内务司法委员会关于本市《律师法》执法情况的调研报告	165
一、本市《律师法》实施的基本情况	165
(一)统一思想,提高认识,协同改善律师执业环境	165
(二)加大培训学习力度,切实提高业务能力	166
(三)积极探索创新工作机制,不断加强规范化建设	166
二、本市《律师法》实施过程中存在的主要困难和问题	166
(一)会见方面的问题	167
(二)调查取证方面的问题	167
(三)阅卷方面的问题	168
(四)其他规范执法方面的问题	168
三、几点原因分析	169
(一)有关部门的执法理念和水平与《律师法》要求存有差距	169
(二)“两法”规定有差异或对条文的理解不尽一致	169
(三)《律师法》自身存在的缺陷	170
(四)少数律师依法执业意识不够强	170

四、进一步贯彻实施《律师法》的建议	170
(一)以队伍建设为抓手,着力提升业务素质和执法能力	170
(二)以制度建设为抓手,努力优化律师执业环境	171
(三)加强梳理研究,着力解决一些比较突出的问题	171
(四)关于“两法”进一步修改细化完善的建议	171
 四、律师维权系列访谈	173
一、我国第三次《律师法》修改背景问题访谈	173
二、《律师法》修改比较研究	176
三、律师在构建和谐社会中的主流地位	181
四、贯彻新《律师法》与维护律师执业合法权益	185
五、新《律师法》实施与立法性冲突问题的对话	190
六、新《律师法》实施后上海检察工作面临的新情况与新问题	197
七、贯彻新《律师法》 提升审判权威 促进司法公正	202
八、促进上海律师业新一轮发展司法行政管理近期思路与举措	207
九、《律师法》修改与优化律师执业环境	212
十、《律师法》出台后 刑事辩护的困惑与出路	217

上编 律师维权专题研究报告

报告一

新《律师法》实施后保障律师参与刑事诉讼执业权益面临的新情况与新问题

上海市律师协会
华东政法大学律师事务研究所

一、前言

(一) 调研的背景与意义

2008年6月1日起正式实施的《中华人民共和国律师法》(以下简称新《律师法》)在律师执业许可、律师事务所组织形式、律师执业权利和义务、律师执业监督管理、法律责任等诸多方面进行了完善,尤其是在律师的法律定位、会见权、阅卷权、调查取证权和法庭言论豁免权等方面作出了不少新规定。

律师权利的扩大,实质上就是百姓民众权利之扩大;律师权利之变,实质就是百姓民众权利之变;律师权利之强,亦是百姓权利之强。新《律师法》中出现的超越现行诉讼立法的规定,是我国民主与法治建设发展步伐加快,司法改革进入“深水区”的体现。^①修改《律师法》,提出超越《刑事诉讼法》的新规定,预示着刑事诉公司法制度价值观念需进一步转型,司法诉讼模式将进一步改革。新《律师法》的实施,是推进依法治国、建设社会主义法治国家的重要举措,为维护法律的正确实施、维护社会公平和正义、维护当事人的合法权益提供强有力的法律保障。

由于新《律师法》与现行《刑事诉讼法》在部分规定上存在一定冲突,全国人大法工委虽然就此以答复全国政协代表的方式作出解释,但在实践中仍缺乏

^① 王俊民:“新《律师法》实施与立法性冲突问题研究”,载《华东政法大学学报》2008年第4期。

相应的实施细则,在一定程度上妨碍了新《律师法》规定的律师执业权利的顺利实现。新《律师法》实施后,律师维权面临着许多新情况、新问题。新《律师法》的实施,对律师来说既是机遇更是挑战。为了全面了解、准确分析新《律师法》实施后律师执业情况,改善律师执业环境,保障律师执业权利,尤其是保障律师参与刑事诉讼之诉讼权利,根据上海市律师协会决定,由上海市律协维权委员会负责,并委托华东政法大学律师事务研究所进行了“新《律师法》实施后保障律师参与刑事诉讼执业权益面临的新情况与新问题”的课题调研。

(二) 调研的方法

本次调研采用以下四种调研方法:

(1) 比较分析法:比较新旧《律师法》的条文内容及新《律师法》与现行《刑事诉讼法》的立法性冲突,揭示新规定蕴含的司法理念与社会进步。

(2) 问卷调查:问卷由课题组设计,在上海市律师协会网站“东方律师网”主页上向上海全市律师发放。发放时间自2009年4月1日至2009年5月15日,共计45天。共有645位上海律师参与了问卷调查。问卷收集后,课题组运用专业软件对问卷数据进行了系统的统计和分析,获得了第一手材料,切实了解了上海律师对新《律师法》实际贯彻情况的切身感受。

(3) 实地调研:课题组于2009年3月13日至上海市卢湾区司法局开展调研,并对该局分管律师工作的张巍副局长进行访谈,听取司法行政机关方面对保障新《律师法》实施的相关建议,并了解其“保障律师执业权利,促进律师业健康发展”课题的有关情况。

(4) 座谈会调查:课题组于2009年5月29日上午在华东政法大学长宁校区召开“纪念新《律师法》实施一周年——新《律师法》实施后律师执业权益保障面临的新情况与新问题”调研会。会议由华东政法大学律师事务研究所所长王俊民教授主持。上海市司法局法制处邵云伟副处长、卢湾区司法局张巍副局长、上海市律协陈乃蔚副会长、静安区人民检察院研究室顾文虎主任及沪上知名律师代表出席本次会议。会上,华东政法大学律师事务研究所展示了课题调研期间的初步成果,得到了与会各方的积极响应。与会的领导、专家及律师逐一发表了新《律师法》实施后的具体感想,并对如何保障新法实施后的律师执业权利问题建言献策。

二、新《律师法》修订的背景、意义及其内容全面覆盖原则

(一) 新《律师法》修订的背景及意义

修订前的《律师法》是在1996年5月15日由第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的,在2001年12月由第九届全国人民代表大会常

务委员会第二十五次会议修正。施行十余年来,《律师法》在规范律师执业行为、保障律师权利、维护法律的实施、推进社会主义法制建设等方面发挥了积极的作用。广大律师也因此通过参与诉讼与非诉讼活动,在维护司法公正、完善我国法律体系、实践依法治国基本方略方面,作出了不可磨灭的贡献。但是,近年来,我国政治、经济、文化等各方面发生了巨大的变化,各种新事物和新问题不断涌现,旧《律师法》因为其滞后性已经越来越不能适应社会的发展,在某些方面甚至阻碍了我国民主法治的进程。^①比较突出的问题就是律师执业权利保障较弱,尤其在律师办理刑事辩护案件中,“三难”(律师会见难、阅卷难、调查取证难)问题普遍存在。鉴于此,2004年6月,司法部启动了《律师法》的修订工作。经深入研究、调查,广泛征求各界意见,几易其稿,2007年10月28日,第十届全国人大常委会第三十次会议审议通过了新《律师法》,并于2008年6月1日起正式实施。

《律师法》的修订,在根本上与党的十七大确定的科学发展观,以人为本,在全社会实现公平正义,建设和谐社会等方针相一致,是我国民主与法治建设发展步伐加快的重要体现。自1980年1月1日起施行的我国《刑事诉讼法》,比自1982年1月1日起实施的我国第一部“律师法”——《律师暂行条例》早了整整两年,充分体现了诉讼立法在前,律师制度确立随后的法制特点;自1997年1月1日起施行的我国《刑事诉讼法(修正案)》,与第二次修改颁布的我国《律师法》同时实施,表明我国法制建设已经取得长足发展;而全国人大常委会通过本次修订《律师法》时,我国的《刑事诉讼法》等相关诉讼程序立法还没有被修改,律师立法修改反超刑事诉讼立法,表明作为我国政治改革重要组成部分的司法改革进入“深水区”,社会主义民主与法治已发展到一定高度。此外,《律师法》的修订,也是我国司法诉讼国内立法与国际法相衔接的体现,是我国司法诉讼国内立法与国际社会刑事司法准则接轨的具体立法实践。^②

(二)新《律师法》修订的具体内容

修订后的《律师法》共有60条,分别为总则、律师执业许可、律师事务所、律师的业务和权利、义务、律师协会、法律责任和附则。与1996年《律师法》相比,删除了原法的第六章“法律援助”一章,将“法律援助”浓缩为律师的一项义务规定为第42条。条文从原来的53条增加到60条。与2001年《律师法》相

① 樊崇义、冯举:“新《律师法》的实施及其与《刑事诉讼法》的衔接”,载《中国司法》2008年第5期。

② 王俊民:“新《律师法》实施与立法性冲突问题研究”,载《华东政法大学学报》2008年第4期。