



江苏省律师协会

行成于思

——江苏律师优秀论文集(2009)

CHENG YU SI XING CHENG YU SI XING CHENG YU SI XING CHENG YU SI XING CHENG YU SI XING CHENG YU SI XING CHENG YU SI



南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS



江苏省律师协会

行成于思

—— 江苏律师优秀论文集(2009)



南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行成于思——江苏律师优秀论文集(2009)/江苏省律师协会.
南京:南京师范大学出版社,2010.6
ISBN 978-7-5651-0181-6/D·106

I. ①行… II. ①江… III. ①律师业务—中国—文集
IV. ①D926.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 117808 号

书 名	行成于思——江苏律师优秀论文集(2009)
编 者	江苏省律师协会
责任编辑	张智灵 朱海榕
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097)
电 话	(025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://press.njnu.edu.cn
E-mail	nspzbb@njnu.edu.cn
印 刷	江苏凤凰扬州鑫华印刷有限公司
开 本	787×1092 1/16
印 张	26.5
字 数	690 千
版 次	2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5651-0181-6/D·106
定 价	53.00 元

出 版 人 闻玉银

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换
版权所有 侵权必究

编委会主任:许同禄

副 主 任:朱飞龙 孙文俊

委 员:汪旭东 钱世云 姚 彬 乐宏伟 张如宝

陈 扬 朱涤非 陈发云 李 强 胡吕银

主 编:梁武华

副 主 编:李仁尧

执 行 编 辑:黄晖华 苍 芹 徐宏斌

序

2009年,是我国律师制度恢复重建30周年。面对我省经济和社会受国际金融危机的严重冲击和影响,全省律师在省司法厅党委和省律师协会党委的正确领导下,紧紧围绕省司法厅提出的“争当全国司法行政系统排头兵”的总体要求,深入开展“双千百日”专项法律服务活动,强化队伍建设,规范执业行为,更新服务理念,加强业务研讨,拓展服务领域,改进工作作风,提升服务质量,危中求机,难中求进,实现了科学发展,化危机为契机,取得了良好的法律效果、社会效果和政治效果,为“保增长、保民生、保稳定”发挥了重要作用,为我省经济社会又好又快发展和“法治江苏”建设作出了积极的贡献。

唐代韩愈在《进学解》中讲道:“业精于勤,荒于嬉;行成于思,毁于随。”也就是说,学业精深在于勤奋,事情成功来自思考。我省广大律师向来注重理论研究和实务经验的总结,省律师协会每年都出版律师论文集,倡导研究之风,促进业务提升。2009年全省律师共提交论文240篇,经省律师协会组织专家审阅,向“中国律师论坛”、“华东律师论坛”、“中国律师知识产权论坛”等推荐了多篇论文并获奖。《行成于思——江苏律师优秀论文集(2009)》共收录了69篇优秀论文并首次由南京师范大学出版社公开出版,展示全省律师理论研究成果。

随着社会经济的不断发展,随着政治体制、经济体制和司法体制改革的不断深化,律师服务业面临着新的更高要求。希望全省广大律师进一步加大律师实务和理论的研究力度,积极探索,善于总结,勤于思考,多出具有前瞻性、指导性、实务性的理论研究成果,引导和推动我省律师事业又好又快发展。

江苏省司法厅副厅长
江苏省律师协会党委书记

许月祥

二〇一〇年三月十六日

目 录

序	(1)
---------	-----

行业管理

试论律师事务所的规范化建设

江苏海浪律师事务所 华洪群 陈 栋	(1)
-------------------------	-----

新《律师法》中律师执业权利保障问题研究

江苏爱信律师事务所 韩 旗	(5)
---------------------	-----

我国律师转所制度的现状剖析与思考

江苏张林芳律师事务所 张林芳 赵 凌	(17)
--------------------------	------

小型律师事务所的人力资源管理研究

江苏君韬律师事务所 周 菡	(22)
---------------------	------

律师是一支不可忽视的政治力量

——浅议律师的政治地位

江苏圣圆律师事务所 徐晋麻	(32)
---------------------	------

明辨现状 坚定信心 调整思路

——青年律师如何应对金融危机

江苏致邦律师事务所 陆 婷	(41)
---------------------	------

青年律师的“科学发展观”

——试论青年律师如何科学发展

江苏南京三法律师事务所 陈昊阳	(45)
-----------------------	------

浅析律师文化的建设

江苏魏正龙律师事务所 魏正龙	(50)
----------------------	------

律师团队文化的建设

江苏汇丰锦律师事务所 张艳峰	(54)
----------------------	------

律师行业人才现状的成因与对策

江苏冠文律师事务所 钱 智	(58)
---------------------	------

浅谈新执业律师的成长

江苏六仁律师事务所 洪 磊	(62)
---------------------	------

律师作为法律专家承担专家责任的探讨

江苏义行律师事务所 时 瑞	(65)
---------------------	------

律师作为中国特色社会主义法律工作者的责任与使命

江苏博事达律师事务所 姚 彬 何子斌	(70)
--------------------------	------

律师代理群体性案件的正当思路

——以构建和谐社会为视角

江苏六仁律师事务所 滕庆红	(76)
---------------------	------

新视野下中国律师参政议政的模式与路径探微

- 北京市惠诚律师事务所常州分所 邢 辉 (81)

法理研究

“人肉搜索”法律问题的探讨

- 江苏汇丰锦律师事务所 李 丽 (86)

论行政拒绝行为及其司法审查

——以郑广顺申请规划认定案为例

- 江苏百年东吴律师事务所 王克稳 (92)

试论产品侵权责任的归责原则

- 江苏港人律师事务所 丁文新 (106)

我国离婚损害赔偿制度缺陷及其完善

- 江苏田湾律师事务所连云港分所 (110)

从保安摔死案看场地占有人对进入者的注意义务

- 江苏法德永衡律师事务所 孟兰凯 (118)

我国不动产登记中的行政法问题

- 江苏百年东吴律师事务所 王克稳 (125)

执行程序中的参与分配制度简析

- 江苏致邦律师事务所 张如宝 (134)

和谐社会视角下“赔偿从轻”

- 江苏当代国安律师事务所 鲁 民 (138)

重整计划制订的相关实务探讨

- 江苏吴非律师事务所 吴 非 陈树茂 (144)

论我国临时仲裁制度的建立

- 江苏海浪律师事务所 张金岭 (149)

合理使用制度的法律价值分析

- 江苏知缘律师事务所 朱卫东 (152)

预决事实之法律效力在司法实务上的判断

- 江苏恒毅律师事务所 王 帆 (158)

信访听证制度若干问题初探

- 江苏三法律师事务所 孙 勇 杨博炜 (165)

强制性规定研究综述

- 江苏海浪律师事务所 蒋馨贤 陈 栋 (171)

浅谈如何给明星代言“立规矩”

- 江苏汇丰锦律师事务所 车 仑 (174)

关于再审程序中新证据的认定及运用问题的研究

- 江苏海浪律师事务所 王 红 (179)

民事实务

论破产程序中管理人的职责

江苏冠文律师事务所 钱 智..... (183)

最低价中标致合同无效的法律处理

——基于《招标投标法》强制性规定的理解

江苏冠文律师事务所 钱 智 郎正阳..... (190)

律师担任破产管理人的执业要点及风险防范

江苏博事达律师事务所 姚 彬 周 飞..... (196)

背叛与惩罚:破产管理人刑事责任初论

江苏高的律师事务所 刘 伟..... (204)

现代服务业定位下律师业前行的动力

——论律师界与企业界的互动关系的构建

江苏致邦律师事务所 孙文俊..... (212)

公司章程解释方法的若干思考

江苏高枫律师事务所 黄建文..... (218)

简论中小股东权益的保护

江苏知缘律师事务所 朱卫东..... (224)

瑕疵出资与股东权利

江苏上元律师事务所 王晓鹏..... (229)

对我国公司僵局诉讼中若干问题的理论思考

江苏三法律师事务所 杨博炜..... (234)

对公司董事民事责任的派生诉讼追究机制

江苏朱孔阳律师事务所 徐新意..... (239)

建立和谐劳动关系的法律与实践

江苏尚鼎律师事务所 丁 强 徐 骏..... (248)

建立和谐劳动关系的法律与实践

江苏尚鼎律师事务所 胡庆生..... (253)

农民工劳动权益的法律保护

江苏维世德律师事务所扬州分所 孙兴斌..... (256)

公司股权在离婚案件中分割的若干问题浅析

江苏天哲律师事务所淮安分所 田 竹..... (261)

新编 FIDIC 合同条件应用中的几个实践性问题

江苏东南律师事务所 冯松林..... (264)

房地产合作开发合同的性质及外部责任的承担

江苏高的律师事务所 魏志强..... (272)

建设工程合同工期法律实务

江苏正气浩然律师事务所 陆柏松 鲜 文..... (276)

国际金融危机形势下房地产业面临的法律风险及其防范

- 江苏省律师协会建筑与房地产业务委员会..... (281)
- 工程分包、转包与劳务分包辨析
- 江苏金路律师事务所 俞伟宁..... (296)
- 浅议建筑物区分所有权
- 江苏海浪律师事务所 梁 莉..... (301)
- 浅议民事诉讼证据规则在人身损害赔偿案件中的适用
- 江苏新天伦律师事务所 徐董兵..... (305)
- 道路交通事故引发纠纷中保险人责任的若干问题探析
- 江苏益同盛律师事务所 马 涛..... (310)
- 城市化发展中集体土地流转若干法律问题探析
- 江苏千秋业律师事务所 陈向东..... (315)
- 明星代言责任问题探讨
- 江苏汇丰锦律师事务所 何姗姗..... (322)

知识产权实务

- 未注册商标的法律保护探析
- 江苏联嘉律师事务所 金志学..... (326)
- 网络环境下著作权与隐私权的博弈
- 由 Viacom 诉 YouTube 案谈起
- 江苏益友天元律师事务所 陈明阳..... (331)
- 关于电子证据法律问题初探
- 江苏欣正律师事务所 王 晶..... (336)
- 浅析建筑作品的著作权保护
- 江苏法德永衡律师事务所 吴明秀 张 炼..... (342)
- 浅析技术工具提供方的帮助侵权责任
- 江苏高的律师事务所 迟桂荣..... (347)
- 浅谈网络环境下知识产权保护立法的完善
- 江苏铭律律师事务所 韩 宁 周丽萍..... (352)
- 论对地名注册商标的正当使用
- 以江苏省高级人民法院两件改判案件为视角
- 江苏金汇人律师事务所 徐 健..... (355)

涉外实务

- 外国投资者并购内资企业并购款支付中的外汇管制法律问题分析
- 江苏云崖律师事务所 宋政平..... (360)
- 方便旗船雇佣中国船员若干法律问题研究
- 以“新星号”货轮沉船事件为视点
- 江苏周勇律师事务所 周 路 周 勇..... (365)

美国反补贴法“非市场经济国家”适用问题研究

北京大成律师事务所南京分所 王雪梅..... (370)

金融实务

试论票据丧失后的司法救济

江苏颐华律师事务所张家港分所 陈 林..... (375)

商业银行非保本理财产品法律分析

江苏金鼎英杰律师事务所 吴 宇..... (378)

消费信贷保证保险业务中的法律问题研究

——兼论保证保险合作协议中的风险监管义务分配

江苏致邦律师事务所 董再强 朱涤非..... (383)

关于 TOT 项目实施中的若干法律问题

江苏高的律师事务所 杨从兴..... (390)

附录..... (394)

试论律师事务所的规范化建设

江苏海浪律师事务所 华洪群 陈 栋

律师事务所是律师执业机构,是律师行业的最基层组织单元。律师事务所的规范化建设,是律师事务所管理活动的重要内容。律师事务所的管理是一个系统工程,要使这个系统工程正常运转,实现高效、优质、高产、低耗,就必须运用科学的方法、手段和原理,按照一定的运营框架,对各项管理要素进行系统的规范化、程序化、标准化设计,然后形成有效的管理运营机制,即实现规范化管理。律师事务所规范化建设同时也是贯彻中央领导同志重要指示精神,建设高素质律师队伍的重要举措。笔者尝试结合企业管理理论和从事多年的律师事务所管理实践,针对行业现状,对律师事务所规范化建设的途径作些探讨,以求教于方家。

一、律师事务所规范化建设的意义

1. 律师事务所规范化建设是构建社会主义和谐社会的需要

民主法治是社会主义和谐社会的首要特征。而在民主法治建设中,法律文化的发展繁荣完善,又是必要的前提。它决定着公民法律意识的觉醒程度,法律素质的高低,法律行为能力的强弱;它还影响着法制氛围的形成,法制机制的完善,法制环境的优化。其中,律师文化通过调整观念中、行为上的律师与律师的关系、律师与律师群体的关系、律师与社会的关系,褒扬真善美,鞭笞假丑恶,构建法治国家,达到社会和谐。^①可以说,通过律师事务所的规范化建设,提高律师的社会责任感,培育为人民服务的律师文化,是提高我国民主法治水平的重要途径。律师通过捍卫法律面前人人平等、维护司法公正、加强法律援助等,维护和实现社会公平正义,促进社会和谐。

2. 律师事务所规范化建设是提高律师行业公信力的重要保证

公信力是律师服务的生命和灵魂,决定着律师行业的兴衰,失去了公信力,律师行业就失去了赖以存在的基础。推进律师事务所规范化建设,是不断促进和提高律师服务公信力的重要保证。针对个别律师事务所、个别律师在给社会提供法律服务的过程中存在的一些不良行为,只有采取一系列规范化建设举措才能予以解决。规范化建设将律师行业纳入社会监督的视野,通过公众的评价和“用脚投票”决定一个律师事务所的声誉和生存。规范化建设能不断增强行业自律,发挥律师协会的监督、指导作用,自觉对律师从业情况定期检查和考核,并纳入注册管理。

3. 律师事务所规范化建设是建立一支高素质律师队伍的重要途径^②

司法部提出建设一支“坚持信念、精通法律、维护正义、恪守诚信”的高素质律师队伍。律师事务所是律师的执业机构。可以说,律师事务所是若干律师个体的集合。因而,律师事务所

^① 韩冰:《和谐社会的法律文化重塑》,载《经济与社会发展》2007年第6期。

^② 李桂华:《律师事务所规范化建设的意义及途径》,见 <http://www.sllawyer.com/news/llyt/200482152436.htm>, 2004-07-30。

的规范化建设,首先是对律师个人的管理。在思想政治上,要求律师自觉与党和政府保持一致,努力践行“三个代表”的重要思想和科学发展观,坚持真理、维护正义。在业务上,要求律师刻苦钻研,精通法律,熟练操作,并在维护委托人利益上恪守诚信,力争做到优质服务和超值服务。只有对律师的管理规范化,律师的素质和发展才能满足委托人的要求,才能适应新时期的变化,才能经得起现实和历史的考验。

二、律师事务所规范化建设的不足

在司法行政部门的领导和各级律师协会的指导下,从行业整体来看,对律师事务所进行规范化建设已形成共识,取得了很大成效。但是,也应当看到,在律师事务所规范化建设方面还存在着一些不足。根据笔者的观察,这些不足表现在以下几个方面。

1. 重经济效益,轻学习培训

经济效益是每个律师事务所生存发展的关键所在,效益搞不上去,律师事务所必然难以存续。但是,有的律师事务所往往舍本求末,过分追求经济效益而忽视律师执业能力的提高和职业修养的提升,导致知识跟不上社会需要,服务落后于公众期待,并进而导致业务的萎缩,最终被社会所淘汰。

2. 制度不健全,管理不规范

古人云:“无规矩不成方圆。”现实生活中,不少的律师事务所仅有为数不多的几个律师,组织松散,管理混乱,既没有受案办案结案的规范化指导办法,也没有建立严格的台账和财务制度,如此做法最终伤害的是律师群体在社会公众心中的整体形象。

3. 专业分工弱,团队合作差

尽管律师事务所规范化建设在各级司法行政部门指导下已经推进了数年,但是当前仍存在每个律师都是“全能”、每起案件均由一个律师包揽的普遍现象。这种做法无法发挥律师事务所的团队力量,导致法律事务处理的良莠不齐和律师个人精力的过度消耗。

4. 无核心价值,缺律所文化

企业有企业文化和核心价值,律师事务所也应该有符合其自身特质和行业特点的律师事务所文化,并打造律师事务所核心竞争力。价值即灵魂,许多律师事务所恰恰缺少这样的灵魂,发展没有方向,规范化建设没有目标。

上述这些问题的存在严重阻碍律师事务所规范化建设,制约律师队伍的发展,亟待寻求解决之道。

三、律师事务所规范化建设的途径

1. 效益与修养并重,创收与学习并举

律师事务所如果一味强调经济效益和业务创收,就没有了灵魂和核心价值。律师的个人修养是做人的一种态度和构成能力的本源,这种态度比业务开拓能力更加重要,既涵盖对职业的忠诚和信仰,又包括对社会的感恩;既丰富律师行业的内涵,又孕育从事律师职业的能力,尤其是不断学习、不断提高的能力。如果我们的律师具备这样的修养,那么律师事务所的规范化建设势必事半功倍。

律师的修养不全是与生俱来的,需要律师事务所所有意识地培育。其中一条重要的培育途径就是加强学习,既有理论和业务知识的学习,还有更为重要的从业理想和职业道德的教育。为确保学习质量,律师事务所应当制订完善的学习制度和计划,由合伙人在合伙人会议上共同讨论通过,并作为律师事务所的一项重要年度安排和考核内容在全所贯彻执行。律师事务所

的学习培训应当建立各项配套制度,例如:主讲人制度——将每一个学习课题落实到具体律师;学前备课制度——要求主讲人提前将讲课内容以电子邮件、PPT 等形式告知全所律师,以便各个律师就相关课题进行有针对性的准备,从而提高学习时讨论交流的质量;听课笔记制度——律师事务所给所有律师配备专门的听课笔记,用于记录学习内容和收获;学习反馈制度——将各个律师的学习情况作为对律师进行年度考核的重要方面。在此基础上,订立严格的参学考勤纪律,保证学习时间、内容、参学人员三落实。

律师事务所同样应当注重党的建设,成立党支部。党支部成立后,组织党员和一部分党外积极分子开展相关活动,增强党员律师的模范表率作用,使他们成为事务所发展的一支骨干力量,提高事务所的凝聚力。

2. 健全工作制度,规范工作程序

建立健全工作程序和制度、完善内部运行机制一直是律师事务所的一项主要的、基础性的、紧迫性的工作。不论在接受咨询、出庭办案、代理收费等具体律师行为上,还是在信息发布、举报投诉、工作考核等律师事务所日常工作管理中,都应当通过制度的建立来规范律师事务所的运营,保证律师服务的效率和质量。

律师的服务直接面对社会,律师工作的好坏直接影响社会公众对律师群体的评价。因此,律师事务所规范化建设应当着重在以下几个方面加强制度建设:严格律师执业信息公示、案件审批、收案收费“三统一”等制度;制订律师担任法律顾问工作规则和律师办理刑事、民事、行政诉讼案件及非诉讼法律事务操作流程;健全律师执业监督检查指导、权利与风险告知、首次和重要谈话记录备案及利益冲突查证、避免等机制;完善重大案件集体讨论与报告,职业道德和执业纪律教育、监督、检查,投诉与争议处理,质量跟踪、反馈、回访,过错赔偿和责任追究等制度。做到“五公开”:①律师职业道德与执业纪律的内容;②收费标准;③投诉电话号码;④行风监督员名单和联系方式;⑤律师照片和执业证号。

通过健全上述制度,指导执业行为,规范律师服务,保证律师工作的透明度,体现“服务社会促进和谐”的执业理念。

3. 重专业分工,促团队合作

目前多数律师事务所的业务开发多为律师个人所为,案源理所当然自己据有。这样就出现了律师个人开发的案源,无论办得了、办不了都办,导致有的律师吃不了也要吃,有的律师吃不饱却没有吃。这样既造成律师事务所人力资源的浪费,团队协作差,又难以确保办案质量。解决的办法是律师事务所既要统一市场开发,整合客户资源;又要按照律师的专业、能力和特长统一调配,整合人才资源。制订市场开发规划和实施办法,建立案源报告、审查、奖励和案件统一受理、统一分配制度,建立主办律师和律师助理制度。通过上述制度创新,淡化律师所业务开拓和执业的个人化、自由化倾向,强化律师事务所的团队协作和专业化分工,促进律师事务所向规模化、专业化、品牌化发展。^①

律师事务所应当根据自身实际情况,在以下几个方面尝试专业化分工协作:一是权力机构、执行机构和监督机构分开,执行合伙人(主任)、召集合伙人、监督合伙人各自独立行使职权,各司其职,既互相配合,又互相制约、互相监督,克服高度集权、三者责权不分现象。二是人才的优化组合,根据法律事务涉及的不同法律专业(如公司设立、银行融资、税务会计等),由一名资深律师为主统审,再由数名各持专长的律师配合承办,流水作业,分而治之,既能提高工

① 方绍清:《律师事务所管理体制和运作机制的改革创新》,见 <http://www.zfwlxt.com/html/2008-5/20085221000591.htm>, 2008。

作效率,又能保证工作质量,保障办案的成功率,也维护和提升了律师事务所在客户中的声誉。

4. 建设律所文化,培育核心价值

律师事务所的核心价值,笔者认为应该是诚信、自律,促进社会公平正义。核心价值的形成需要在律所文化的建设过程中予以培育。律师事务所要自律,诚信执业,努力维护律师作为法律人的正面形象,正确处理好律师执业权利提高与律师执业纪律遵守的关系,要将争取律师应有权利的法律确认与律师自身的自律相结合。当我们在现有权利、义务的规范下不能自律,进而导致对律师的不信任成为社会普遍的反映,那么律师权利的保障,律师权利在现有基础上欲获得法律的确认得以进一步提高,就是一句空话;反之在律师现实的执业环境还存在这样和那样问题的情况下,律师能够严格自律,勤勉尽责,其现有的权利才能获得社会的尊重,其应有的地位获得法律的确认并得以提高才有可能。^①

律师事务所文化的一个重要方面是制度文化。诺贝尔经济学奖得主诺斯认为,“制度是个社会的游戏规则,更规范地讲,它们是为人们的相互关系而人为设定的一些制约”,他将制度分为三种类型,即正式规则、非正式规则和这些规则的执行机制。正式规则又称正式制度,是指政府、国家或统治者等按照一定的目的和程序有意识创造的一系列政治、经济规则及契约等法律法规;非正式规则是人们在长期实践中无意识形成的,具有持久的生命力,并构成世代相传的文化的一部分,包括价值信念、伦理规范、道德观念、风俗习惯及意识形态等因素;执行机制是为了确保上述规则得以执行的相关制度安排,它是制度安排中的关键一环。这三部分构成完整的制度内涵,是一个不可分割的整体。我们加强律师事务所文化制度建设,首要的任务就是建立完备的正式制度,给律师创造一个良好的执业环境,同时也对律师提出明确的执业要求。律师管理制度的制订也是律师自我完善的过程。律师管理制度建设应该让律师充分参与进来,使相关管理制度真正反映律师的心声,实现律师管理制度制订的科学化与民主化。

^① 李仁厅、薛辉:《构建和谐社会——律师的社会使命和理想诉求》,载《安徽冶金科技职业学院学报》2006年第1期。

新《律师法》中律师执业权利保障问题研究

江苏爱信律师事务所 韩 旗

笔者近一个时期对新《律师法》在实施过程中的相关问题进行了研究,并在南京大学法学院杨辉忠教授的指导下认真比较了新旧《律师法》的相关规定,大量地参阅了新《律师法》实施后的相关著作与文献,走访了从事刑事辩护及其他从事多年律师工作的专家型律师,再加上笔者的亲身实践,现就新《律师法》对律师执业权利的保障问题做一完整的归纳,以供政府决策部门、人大立法部门、司法管理部门在从事科学研究及制订法律法规、落实律师管理服务制度时参考。

一、我国律师执业权利保障的新发展

律师是民主制度的产物,律师制度的发展程度更是一个国家民主法制建设成就的重要标志。在日本,律师与法官、检察官一起被称为“三曹”,被誉为法制建设的“三根支柱”。美国将律师与法官比喻为“车之两轮”。^① 律师是当事人维护合法利益的最直接、最有力的武器,律师代表着当事人“天赋”的权利,给律师权利就是将权利交给公民。保障律师执法的合法权利是维护公民合法权利及社会公平与正义的基本要求。^②

律师执业权利,是指律师法规定的,律师在履行职务、维护当事人的合法权益、维护法律正确实施的执业活动中应当享有的权利。律师的执业权利是律师依法独立执业的基本保障。为了使律师的基本作用得以充分地发挥,世界各国的立法都赋予律师充分而正当的执业权利。1990年8月27日至9月7日在古巴哈瓦那召开的“第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会”通过的《关于律师作用的基本原则》同样赋予了律师充分而广泛的执业权利。我国的相关法律、法规,主要是律师法、诉讼法,也对律师的执业权利作了相应的规定,其中的阅卷权、会见权和调查取证权等权利在律师的权利体系中起着举足轻重的作用。然而,立法的缺陷及司法的限制导致律师在执业活动中,尤其是在刑事辩护活动中阅卷难、会见难、调查取证难。在这样的执业环境中,律师的刑事辩护积极性受到极大的挫伤,律师的执业形象受到很大的影响。这些问题若不及时加以解决,法治社会最终追求的公平与正义将无从谈起。^③

1. 我国新《律师法》所规定的律师执业权利

我国于1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了首部《中华人民共和国律师法》(以下简称原《律师法》),在该法中规定了律师执业过程中的相关权利,并于2001年进行了修正,但该次修正对于律师的执业权利基本上没有任何触及。2007年10月28日,第十届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议又对原《律师法》进行了部分修订,并通过了新的《中华人民共和国律师法》(以下简称新《律师法》),该次修订部分地修改了律师执业的相关权利,使得律师执业权利的保障比原来的更加广泛和合理。

我国新《律师法》第四章专门对律师的执业权利进行了规定,总结起来,我国律师主要享有

① 参见陶髦等:《律师制度比较研究》,中国政法大学出版社1995年版,第105页。

② 李春生:《律师执业权利的修改与完善》,载《律师世界》2003年第9期。

③ 刘文英:《律师执业权利的法律思考》,载《江南大学学报》(人文社会科学版)第1卷第6期。

以下权利。

(1)拒绝刑事辩护或代理权。该法第32条第2款规定,律师接受委托后,无正当理由,不得拒绝辩护或者代理。但是委托事项违法、委托人利用律师提供的服务进行违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的,律师有权拒绝辩护或者代理。

刑事辩护和代理,既是律师的一项义务,也是律师的一项权利。就义务而言,律师接受当事人的委托后,就应该认真地履行自己的辩护职责,会见被告、查阅案卷材料、调查取证、发表辩护或代理言论等。但就权利而言,在此之前,律师有接受和拒绝辩护或代理的权利。即便是在辩护或代理的过程中,如果律师发现委托人委托的事项违法、委托人利用律师提供的服务进行违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实,律师均可以拒绝辩护或代理。

(2)在场权和会见被告不被监听权。该法第33条规定,犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函,有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人,不被监听。

律师会见权是刑事在押犯罪嫌疑人或被告人获得律师帮助的重要组成部分,律师充分行使会见权,对在押人员的人权保障具有重要的意义。我国已经签署加入的联合国法律文件《关于律师作用的基本原则》第8条赋予了律师充分的会见权,即遭受逮捕、拘留或者监禁的所有人应有充分机会、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的情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行。

(3)查阅案件材料和申请司法机关证据展示权。该法第34条规定,受委托的律师自案件审查起诉之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。

查阅、摘抄、复制案卷及有关材料,是律师全面、详细地了解案情的手段,是相关法律赋予执业律师的基本诉讼权利之一,辩护律师在审查起诉阶段和审判阶段都依法享有阅卷的权利。《关于律师作用的基本原则》第21条规定了这种基本权利,即主管当局有义务确保律师能有充分的时间查阅当局所拥有或管理的有关资料、档案和文件,以便使律师能向其委托人提供有效的法律协助,应该该早在适当的时机提供这种查阅的机会。

(4)申请司法机关调查取证权、申请司法机关通知证人出庭权。该法第35条第1款规定,受委托的律师根据案件的需要,可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭。

律师的执业权利是一种基于委托关系而产生的权利,是私权利的一种。同司法机关基于公共和强制性而产生的调查取证权相比,该项权利缺乏有力的司法保障,在行使的过程中可能会遇到种种障碍。如某些机关可能拒绝律师查阅有关材料和档案,某些个人可能会基于某些担心而拒绝出庭作证等。因此,新《律师法》赋予律师这种权利,目的在于使律师的执业活动以及刑事诉讼活动能够顺利地进行,使委托人的合法权益得到充分实现。

(5)自行调查取证权。该法第35条第2款规定,律师自行调查取证时,凭律师执业证书和律师事务所证明,可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

自行调查取证权也是律师执业过程中的一项重要权利,世界各国的程序法或者律师法以及相关的国际性文件均赋予了律师自行调查取证权,并强调了被调查机关和个人的积极配合之义务。有些国家的相关法律甚至还规定了被调查机关或个人不予配合的相关责任。

(6)辩论或辩护权利依法受保障权。该法第36条规定,律师担任诉讼代理人或者辩护人的,其辩论或者辩护的权利依法受到保障。

(7)人身不受侵犯权。该法第37条第1款规定,律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。

(8)庭审言论豁免权。该法第37条第2款规定,律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是,发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序言论的除外。

(9)被拘留、逮捕时的相关人员知情权。该法第37条第3款规定,律师在参与诉讼活动中因涉嫌犯罪被依法拘留、逮捕的,拘留、逮捕机关应当在拘留、逮捕实施后的二十四小时内通知该律师的家属、所在的律师事务所以及所属的律师协会。

2. 我国律师执业权利的发展

我国自1996年第一部律师法实施以来,虽历经2001年的修订,但由于律师法本身的规定不合理,加之刑事诉讼法的种种限制性规定,我国律师在执业活动中的权利的行使受到重重阻碍,严重地挫伤了律师执业的积极性,当然也极大地侵犯了犯罪嫌疑人或被告人的法定权利。

2007年新《律师法》的实施可以说部分地修改了律师执业的相关权利,使得律师执业权利的保障比原来的更加广泛和合理,至少从律师法本身来看是这样的。^①

(1)更加强调对律师执业权利的保护。原《律师法》第3条第4款规定,律师依法执业受法律保护。但是,律师依法执业如何受法律保护?受到法律怎样的保护?原《律师法》并没有具体的规定,致使律师在执业的过程中遇到重重障碍,受到甚至来自于侦查机关和司法机关的种种非难。例如,在取证过程中,被害人及其家属、被告人所提供的证人不配合,申请侦查和司法机关调取证据或者通知证人到庭得不到允许,辩护过程被法官随意打断甚至被驱逐出法庭,还有的律师竟然被法官当庭铐住,如此等等,根本体现不出律师执业受法律保护的基本原则。

而新《律师法》第3条第4款规定,律师依法执业受法律保护,任何组织和个人不得侵害律师的合法权益。显然,新《律师法》在原《律师法》的基础上更加强调了任何组织和个人不得侵害律师合法权益的义务,从而强化了律师依法执业受法律保护的权利。这里的“任何组织和个人”一般认为应当包括公安、司法机关及其工作人员。之所以特别强调这一句,主要就是针对当前在律师的执业活动中,其合法权益常常受到来自某些组织和个人的限制和侵害的情况。根据新《律师法》的规定,这些限制和人为障碍就是一种侵害律师执业权利的行为,就是一种违法行为。

不过,值得指出的是,新《律师法》虽然规定了任何组织和个人不得侵害律师的合法权益,但并没有对上述组织和个人侵害律师合法权益的行为进行责任上的评价,即如果上述组织和个人侵害了律师的合法权益,应当追究什么样的法律责任呢?相关法律并未规定。不能不说是一种缺憾。

(2)放宽了律师的辩护职责。原《律师法》第28条规定,律师担任辩护人的,应当根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。该条显然是将一部分证明责任强加在律师身上,而且存在“有罪推定”的嫌疑,即如果律师不能提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,司法机关就可以判处犯罪嫌疑人、被告人有罪或重罪。这一点与国际社会通行的刑事诉讼的基本原则是背道而驰的。^②

但是新《律师法》第31条删除了其中的“证明”二字,从而更加明确地指出,刑事诉讼案件

^① 笔者认为,新《律师法》所规定的各种权利在司法实践中能否贯彻,还有赖于刑事诉讼法和刑法中相关内容的全面修改。

^② 国际社会通行的刑事诉讼的基本原则是“无罪推定”原则。