

刍议《律师法》与律师执业权益保护 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_88_8D_E8_AE_AE_E3_80_8A_E5_c122_484882.htm 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《中华人民共和国律师法》，并于1997年1月1日起施行。《律师法》的颁布，宣告了沿用了近二十年的《中华人民共和国律师暂行条例》的废止，诞生了中国历史上第一部律师法，标志着中国律师从此有了自己的法律。《律师法》明确了中国律师的法律地位，执业权利，律师义务，同时规范了律师的执业行为，是一部新时期适应新的发展阶段的新的法律。至今，《律师法》已施行近五年，在五年的实践中，这部法律在有关律师权利，律师所的组织形式等方面存在的重大缺陷已暴露无遗。如今，中国即将加入WTO，中国政府将通过国内法的修订来与国际惯例接轨，《律师法》存在的某些缺陷，将不利于律师业的健康发展，应当重新进行修订，以适应改革开放的需要。在《律师法》颁布之初，就有专家断言，律师法意义重大，但是问题多多。果然，律师法在施行过程中，暴露出很多的问题，应当引起立法机关的重视。按理说，律师法应该是一部维护律师执业权益，规范律师执业行为的法律，而现在的律师法，却似一部律师的管制法，是定位于如何管理律师的法律，而对律师权益保护的条文少之又少。笔者对《律师法》做过统计，共计五十三条六十九款的律师法，其中载明“律师必须”字样的条款有五条，载明“律师应当”的条款有十一条，“律师不得”字样的条款有八条，暗含律师必须，应当，不得意思的条款有十五条，而

规定律师可以或律师有权的条款只有九项。从以上的数字可以看出，现行《律师法》对律师的权利的条款规定屈指可数，而涉及律师权利限制，律师责任及义务的禁止性条款却占了整部法律的一半以上。在当前，社会法制水平还不尽如人意，律师执业环境欠佳，司法歧视长期存在的情形下，一部权利义务不对等，不均衡的律师法，无疑会导致，加剧律师的社会定位不准，不利于律师业的健康，有序发展。《律师法》在律师执业权益保障方面的具体缺陷有：一：对律师的调查权存在非合理性和歧视性的限制 随着我国法院的庭审制度的改革，可以说，律师在刑事诉讼和民事诉讼中的作用显著增强，而律师的作用主要集中在调查取证和庭审质证上。庭审制度的改革，同时加重了当事人的举证责任，法院也从过去的主动调查取证转变为对当事人提供的证据的审查和认定。而诉讼当事人的法律观念和水平参差不齐，如何收集对诉讼有关键作用的，有效的证据就成为一项摆在诉讼当事人面前的一个现实问题。而律师作为为社会提供法律帮助的具有专业法律知识的人员，熟悉并了解诉讼程序和取证程序，且《律师法》及其他的诉讼程序法均赋予了律师调查的权利，律师在从事具体业务时应该是大有用武之地。但是，作为律师自己的法律 - - 《律师法》赋予律师的权利是那么的微薄，尤其是律师的调查权，《律师法》对其进行了非合理性或者可以说是歧视性的限制。《中华人民共和国律师法》第三十一条规定：“ 律师承办法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况 ”。该条规定无疑为律师的调查套上了紧箍咒。律师的调查必须要经得调查对象的同意才可进行，否则，律师根本无法对了解案件事实真相的人进行调

查和取得证据。律师和侦查人员，检察官，法官虽然在具体职能上存在明显差异，但都是司法工作者，其法律地位应当平等，但法律赋予他们的调查权却与律师的调查权有天壤之别。《中华人民共和国刑事诉讼法》第四十五条第一款规定“人民法院，人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集，调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”可见，律师调查的“经有关单位或个人的同意”和公，检，法办案人员取证时“有关单位和个人应当如实提供”相比，律师的调查权显得多么的苍白无力啊。法律对律师调查权的限制，使律师在承办案件中，往往无法取到对委托人有利的证据，掌握了案件真实情况的人，只要一句简单的不同意就可以拒绝律师的调查，其拒绝按照法律的规定也是合法的，律师根本就无能为力，只能“望证兴叹”，就更谈不上“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。”（《律师法》第二十八条），律师制度的设立也不免流于形式。相反，在律师制度恢复之初颁布施行的《中华人民共和国律师暂行条例》第七条第二款却规定了“律师进行调查等活动，有关单位和个人有责任给予支持”。在法制相对健全的今天，《律师法》第三十一条对律师的调查权的限制无疑是立法的倒退。二：对刑事辩护中律师的权利缺乏保障，导致刑辩三大难题 刑事辩护以前一直被视为律师成名的摇篮，但是，随着《刑事诉讼法》和《刑法》的修订，特别是刑事诉讼法第三十八条和刑法第三百 六条的规定，至今已经有二百多名律师因进行辩护活动，相继被指控有关罪名而身险囹圄，如今，律师都将刑事辩护视若畏

途，谓之为“执业雷区”。刑事诉讼法第三十八条关于律师隐匿，毁灭，伪造证据，应当追究刑事责任的规定，刑法第三百零六条关于律师伪证罪的规定，都是不平等的。一些公安司法机关正是借助这些规定，片面地理解，错误的适用，肆意扼杀着刑事辩护制度，这正是律师不愿接受刑事辩护委托，而70%的刑事案件没有律师出庭辩护的直接原因。而律师自己的法律却对此无能为力，对刑事辩护中律师的权利也没有规定应有的保障，反而和其他的法律中的某些不平等规定一道，构筑了律师刑事辩护的三大难题。

1. 会见难。会见犯罪嫌疑人，被告人是律师在开展刑事辩护中的首要工作，也是保证刑事辩护顺利进行和维护犯罪嫌疑人，被告人合法权益的前提。但是，律师法对律师的会见权的规定几乎等于零，而刑事诉讼法对律师的会见权虽作了规定，但是缺乏具体措施的保障，过于空洞。这就直接导致了律师会见犯罪嫌疑人，被告人的难度。在实践中，侦查机关制造各种借口，对律师的会见请求一拖再拖，对一些非涉密案件，也要经过批准才许会见；有的连律师会见被监视居住的犯罪嫌疑人也要经过侦查机关的批准；律师单独会见犯罪嫌疑人更难，侦察机关几乎对所有的案件都派员在场，而禁止律师单独会见；有的甚至于以案件涉及国家机密为由，不准律师会见；有的会见场所安装了秘密录象或监控设备，对律师的会见，谈话进行秘密监视，对律师的会见时间和次数，问话内容进行控制，使会见权形同虚设，而更多的犯罪嫌疑人不知道自己有权聘请律师的权利，侦查机关又不主动告之，谈何会见。

2. 调查取证难。前文已对律师的调查权的限制做过阐述，而在刑事辩护中，调查权是辩护权的重要体现，是实现辩

护权的关键，其作用更为重大。而目前，按照国家法律的规定，律师在侦查阶段是无权进行调查的，律师只能在审查起诉阶段才有权进行调查。律师在侦查阶段进行的调查，会被视为伪证或被认定为没有法律效力。而在审查起诉阶段的调查，如前所述，也被法律规定了种种限制，辩护律师要经过有关单位和个人的同意，方可进行调查，调查控方证人必须要经过人民检察院或人民法院的许可，可想而知，律师的调查权少得可怜。虽然，刑事诉讼法第37条第1款规定了律师有申请人民检察院和人民法院收集，调查证据的权利，但是，在实践中，该规定也是形同虚设，对律师的申请或者是没有结果，或者就是调查的结果不告知提出申请的律师。更有甚者，个别司法机关混淆了律师在调查取证中正确履行职责和制造伪证的界限，对律师调查结果不加分析，一概斥之为伪证，把调查的律师扣上伪证罪的帽子，追究律师的刑事责任。因此，许多律师对刑事辩护望而生畏，接受委托后干脆就不做任何调查，导致辩护的质量越来越差。

3. 阅卷难。新的刑事诉讼法规定，检察院在起诉时不再向法院移送原卷和全卷，律师在开庭前的阅卷权同时也就大大削弱。在开庭前，律师所看到的只是主要证据的复印件，而有的司法机关为了提高公诉效果，不将主要证据移送，而将次要的证据移送，或只移送证明被告人有罪，罪重的证据，而不移送证明被告人无罪或罪轻的证据，给律师的辩护增加了难度。而且，我国法律对律师在侦察阶段的阅卷权根本没有做规定。律师仅有的阅卷权也被法律作了各方面的限制（刑事诉讼法第36条）。这些限制对能否真正维护犯罪嫌疑人和被告人的合法权益和正处于发展和健全的中国刑事辩护制度都是极为不利

的。三：律师执业过程中的人身权利缺乏保障 律师作为社会法律工作者，国家未赋予其任何强制权力，这也是律师与警官，检察官和法官的原则区别。但是，法律又让律师们承担了与握有司法权和强制权的公，检，法机关相互制约，相互抗衡的责任，同时因为国家法律的某些缺陷，加上律师的社会定位不准和一些司法工作人员的错误认识，片面的认为律师是麻烦的制造者，是为坏人说话的工具。正是这些因素作祟，一些司法机关常常利用手中的权力，对律师采取了一些不公正，不公平的待遇。律师被驱逐出庭，被司法人员殴打，甚至被违法采取强制措施的情形屡见不鲜，相对于社会各方面侵害律师合法权益的事件和行为类似说，更让律师们寒心。律师的执业权益为何得不到保护，除了社会特别是部分司法人员的错误观念和特权思想的作祟外，法律对律师合法执业权益的保护似乎更为缺乏。对律师合法执业过程中人身权利的保护规定，综观中国法律，仅在《中华人民共和国律师法》第3条第3款和第32条中规定了“ 律师依法执业受法律保护 ”，“ 律师在执业活动中的人身权利不受侵犯 ”。这短短的二十八个字的条文规定，并不能为律师的合法执业撑起保护伞。律师法施行以来，律师被当事人殴打，被法官无理驱逐出庭，被非法拘禁的事件屡见报端，连身为全国十佳律师，中华全国律师协会维护律师合法权益委员会副主任委员的王海云律师也未能幸免于难。这些报道，能不让律师们闻之落泪，为之胆寒呢？1997年3月14日经八届人大五次会议修订的《中华人民共和国刑法》第306条增设了辩护人，诉讼代理人毁灭，伪造证据，妨害作证罪，对正在为自己合法执业权益抗争的中国律师来说，不啻是雪上加霜。新刑法施行近五

年来，被司法机关以涉嫌辩护人，诉讼代理人毁灭证据，伪造证据，妨害作证罪采取刑事强制措施律师就有二百多名，而真正被法院判决有罪的寥寥无几。而司法机关仍然在反复适用该条款，对他们认为的“麻烦制造者”进行穷追猛打，更不要说利用职权阻挠律师办案甚至殴打，驱逐律师。而这种风气似乎仍是愈演愈烈，如何保障律师的合法执业权益，也成为律师界的一大热点。如果这些现象不能引起立法者的重视，不对现行法律进行修改，完善，司法人员歧视律师的观念还是不会改变，维护律师合法执业权益还是一句空话。无疑，在维护律师合法执业权益方面，作为律师的自律性组织的中华全国律师协会始终走在前列。为了保障律师的合法权益，全国律协专门成立了“维护律师合法权益委员会”。但该委员会的成立，也并没有改变律师的命运，也没能扼止侵害律师合法权益的现象，事实上，维权委员会也只是事后调节，对预防和保护律师的合法权益仍是力不从心。只有从根本上完善国家法律，修订或删除一些不适合律师事业发展的法条，彻底改变全社会特别是司法工作人员对律师的歧视和排斥，才能从制度上，根源上保障律师的合法执业权益。而以下几点尤为重要：一：赋予律师与国家司法机关同等的调查权 律师的调查权是律师完成承办的法律事务的保证，也是律师实现辩护权的重要手段，不承认律师的调查取证权，或限制，剥夺律师的调查取证权，诉讼就是一个不完整和不规范的诉讼，律师制度的设立也成了形式。加强律师的调查取证权，赋予其与公安，检察，法院同等的调查取证的权力，不仅是提高律师办案积极性的必需，也是维护诉讼当事人特别是犯罪嫌疑人，被告人合法权益的必需，也是加快建

立与国际接轨的律师制度的必需和国家法制建设的必需。建议立法规定“律师承办法律事务，需要向有关单位和个人调查的，有关单位应当予以配合，并如实提供有关证据”，而不应当是必须经得被调查人的同意。“律师因客观原因无法调查的，可以向人民检察院和人民法院申请收集，调取证据，对律师提出的申请，经审查，有合法理由的，人民检察院和人民法院应当进行调查，并将调取的证据的复制件移交提出申请的律师”。当然，在呼吁立法加强律师的调查权的同时律师也应该加强自身素质的培养和提高，以适应新的诉讼模式，正确对待法律赋予的权力，在承办法律事务中，必须严格规范自己的行为，以事实为依据，以法律为准绳，依法办案，严以律己。

二：修订或删除《刑法》第306条，为律师营造宽松的执业空间 虽然，《刑法》，《刑事诉讼法》也对律师的执业权益的保障做了一些规定，但是，这些规定只是原则性的，缺乏具体制度的保证。而同时，《刑法》第306条，《刑事诉讼法》第38条却对律师高悬起了达摩克利斯之剑，尤其是《刑法》第306条的规定，对律师而言尤其是不公正的。其实在诉讼中，违法乱纪，制造伪证，搞司法腐败的大有人在，为什么要单独针对律师加以制裁？这恐怕是世界司法史上罕见的，对正处于恢复和发展阶段的中国律师制度也是百害而无一利的。立法也把律师看做是另类，难怪一些司法工作人员，借助于这些规定，打击着律师的积极性，这是一个立法的导向正确与否的问题。律师也陷入了一个两难的怪圈之中。律师在调查取证时，一旦证人改变了当初在侦查机关所作的证言，律师就完全可能会被认定为“指使”或“诱导”证人改变证言而获罪。如果律师在刑事辩护中，单纯

地从自我保护的动机出发，完全可以拒绝重复调查。如果律师发现证人的证言是虚假的，而为了排除个人的风险，也可以不必要要求证人改变证言。但是，以牺牲犯罪嫌疑人和被告人的合法权益来换取律师自身的安全，这样做，似乎又背离了作为一名律师的职责，但是不这样做，又面临承担伪证的风险。于是，一些律师干脆就拒绝接受刑事辩护，刑事案件的律师辩护率于是逐年下降，若长此以往，会将律师制度引向何方？中国的法制进程如何加快？这些负面效应是不是应该引起立法者的重视呢？

三：确立律师应享有执业豁免权

律师法虽然规定了律师依法执业受法律保护，但是，并不能真正保障律师依法执业而免受不正当追究。特别是新刑法修订后，全国共有二百多名律师因进行辩护活动，相继被控涉嫌伪证罪而遭拘禁。其实，这些指控往往是无中生有的，被逮捕的律师大多数因被指控的罪名不成立而无罪释放。根据全国律协的有关统计数据显示，新刑法实施以来，律师执业中涉及刑法第306条的涉嫌犯罪的案件占全部维权案件数的80%，而最终被判决罪名成立的仅不到5%。新刑法第306条律师伪证罪已成为律师随时可能被追究刑事责任的专属于律师的罪名。一批批本身没有任何国家权力也没有执业权利法律保障的律师和拥有强大的国家司法权的公，检，法机关，如何进行抗衡和制约？同他们相比，律师的制衡力量微不足道，也就相应的滋长了他们对律师轻视思想。这一切，缘于律师没有执业豁免权，律师的合法执业也能追究责任，何况是律师的违法行为。而在西方国家，早已经普遍设立了律师的执业豁免权。律师合法执业过程中的言行，不管得罪了谁，顶撞了谁，都不被追究法律责任，同时，律师也有权对在执业过

程中所知悉的委托人的秘密拒绝作证，也避免了律师在承办法律事务过程中，对知悉的当事人的其他犯罪行为，是举报还是隐瞒的尴尬。确切的说，律师豁免权的确立，将使律师在法庭上没有后顾之忧，才能畅所欲言，才能更好的维护当事人的合法权益。四：切实保护律师合法执业的人身权利不受侵犯 近年来，律师在承办法律事务中，人身权益受到不法之徒侵害的事件屡有发生。阻挠，围攻，殴打，辱骂，甚至于非法拘禁律师的行为，屡有发生，这些违法行为，严重的侵犯了律师的合法执业权利。律师的职责是维护别人的合法权益，却连自己的人身权利都得不到保障，岂不悲凉！虽然，《律师法》规定“律师依法执业受国家法律保护”，但是，这抽象，原则，没有具体操作规范的条款，能够保障律师合法执业的人身权益吗？答案是否定的。于是，侵害律师人身权利的案件还在发生，阻挠律师合法执业的现象还在继续，法律能够给予律师的保护又有多少呢？而立法对国家行政机关，司法机关和某些享有行政权力的事业单位的工作人员，各级人大代表，红十字会工作人员给予了特别的惠顾，阻挠他们依法执行公务的行为，可以妨害公务罪追究刑事责任，而为何不能给予律师一点点呢？我国法律没有对律师的执业权益的保障做专门的规定，也没有对侵害律师执业权益的行为如何追究法律责任的专属条款，律师作为一名法律工作者，虽然不能给予特别的权力，但还是应该有一点自身职业所需要的人身保护权吧！律师毕竟不同与普通公民，为何不能给予比普通公民稍多一点的保护呢？他们毕竟是通过国家严格的考试和政治审查而获得执业资格的。因此，建议立法机关在修改《律师法》时，在第三条第三款中增加规定“以

暴力，威胁等方法阻碍律师依法执业的，依照《中华人民共和国刑法》第277条（妨害公务罪）追究刑事责任”。同时，建议参照《全国人民代表大会组织法》及《地方各级人民代表大会和地方人民政府组织法》中关于对司法机关在对人民代表大会代表采取强制措施之前，应当报请同级人民代表大会常务委员会批准的规定，在律师法中增加规定“律师违法执业需采取强制措施的，应当报经同级司法行政机关和律师协会批准”的条款，以防止律师因合法执业而被违法追究法律责任的情形出现。值得赞叹和借鉴的是安徽省人民代表大会于1999年3月26日审议通过的《安徽省关于律师执业的若干规定》，为律师的合法执业建立了绿色通道。其中规定“律师因执业被追究法律责任的，必须实行通报制度及向本地人大常委会备案”，因其切实的维护了律师的合法执业权益，深受律师的欢迎。国家立法机关也可以通过局域性的试点，在条件成熟后，将这些地方性立法上升为法律，给律师一张“护身符”，这样，既有利于律师业的发展，也有利于国家的法制建设。中国即将加入世界贸易组织，我国政府的有关承诺将通过国内法的修订来实现，如何制定既能促进律师业发展，又能接轨于国际惯例的法律，如何借鉴国外先进经验，吸收国内经验教训，如何更好的维护律师执业权利，中国十余万执业律师将翘首以待。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com