

律

师

制

度

研

究

丛

书

李峰 梁静 丁娟 著

LUSHI ZHIDU GAIGE REDIAN WENTI YANJIU

律师制度改革

热

点

问题研究

人民法院出版社

律师制度改革热点问题研究

李峰 梁静 丁娟 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师制度改革热点问题研究. / 李峰、梁静、丁娟著. — 北京: 人民法院出版社, 2004.10

ISBN 7-80161-863-7

I. 律… II. ①李…②梁…③丁… III. 律师制度—研究—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 101239 号

律师制度改革热点问题研究

李峰 梁静 丁娟 著

责任编辑 林志农 张维炜
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号 (100101)
电 话 (010)65290563 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 278 千字
印 张 10
版 次 2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-863-7/D·863
定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

作者简介

李峰：河南省潢川县人，1966年9月出生，1988年毕业于西南政法大学法律系，现任浙江工业大学法学院副教授（破格），学校重点学科诉讼法学民事诉讼法方向负责人、法学院民法学学科负责人。参加工作以来，先后从事警察、编辑、教师等职业，并曾任河南省法学会律师学研究会副会长兼秘书长。主要研究成果有：出版《律师论辩学教程》（主编）、《律师谈违约损害赔偿》（主编）等八部著作；公开发表《论我国文化变迁与律师价值认识的深化》等十余篇论文；主持或者参加十余项研究课题。

梁静：河南省睢县人，1969年7月出生，1992年毕业于中南财经政法大学法律系，现任河南省政法管理干部学院讲师。主要研究方向为诉讼法学、司法制度。主要研究成果有：出版《刑事诉讼法学新编》等三部著作，公开发表《论刑事再审程序的启动》、《检察机关提起民事公益诉讼探析》、《论确保证人出庭作证的直接言词证据原则》等十余篇论文，主持或者参加近十项研究课题。

丁娟：河南省郑州市人，1966年12月出生，1988年毕业于西南政法大学法律系，现任浙江工业大学法学院副教授。主要研究方向为诉讼法学、律师学、证据学。主要研究成果有：出版《刑事诉讼法学新编》、《怎样请律师》等四部著作；公开发表论文或参加研究课题若干。

序

律师制度完善与否，是一个社会法治化程度高低的重要标志之一。我国律师文化的发展非常短暂，律师事业在解放后几经曲折，真正实行律师制度的历史只有改革开放以来的 20 多年，律师制度建设还有很多不足，需要不断地完善。

上个世纪 80、90 年代，一些学者根据体制改革的需要，就律师的性质、律师事务所体制、律师管理体制、律师职业道德和执业纪律等方面的问题作了较为深入的研究，为《律师法》的立法工作提供了一定指导，初步形成律师学的框架体系。但是，由于律师理论研究起步晚、基础薄弱，并受不良传统观念以及僵化法律思想的影响，有关研究多局限在对现有制度的注释方面，还缺乏在深入探索律师原理的基础上对律师制度中存在的问题进行系统的完善，使不少重要问题众说纷纭，无法形成统一的认识。这在律师的性质、律师执业权利、律师执业机构、律师收费、律师法律责任等问题上都有突出的表现，该现状迟滞了对律师制度改革的进一步深化。

李峰、梁静、丁娟三位同志所著的《律师制度改革热点问题研究》一书，注意在探求有关基础理论的前提下透视律师制度改革问题，依托实体法和程序法的内容进行综合性的研究，提出不少值得重视的观点，比如律师主要执业权利的性质是评判权；律师是为社会提供法律服务的自由职业者；增设“假冒律师执业罪”；允许律师个人开业；律师辩护业务垄断；民事诉讼代理中的“共同委托”；“无权民事诉讼代理”；律师赔偿标准实行“固定标准”和“实际损失”相结合等等，本人虽然并非完全赞同该书观点，甚至认为有些观点还有进一步深入阐述和探究的必要，但该书还是具有视野宽宏的特点，在许多问题上力求摆脱注释法学的局限，表现了突出的前

瞻性和系统性，反映各位作者对律师理论有着长期、深入的思考，对律师理论与制度改革已经形成较为系统的认识，在该领域有着较强的研究能力。

律师学是一门年轻的学科，也是在理论研究上大有可为的领域，只有经过长期的理论积淀，深入了解律师工作实际，进行跨学科的综合研究，才能从律师文化的高度把握律师事业的发展规律，揭示律师理论与实践的本质特性，为律师制度改革和律师业务实践提供科学的理论指导。

祝各位作者在律师理论研究上不断开拓进取，取得更大的成绩！

樊崇义

2004年9月10日

目 录

序	(1)
第一章 律师的性质	(1)
一、律师性质认识的时代特色	(1)
(一) 国家法律工作者	(2)
(二) 市场经济的中介人员	(3)
(三) 为社会提供法律服务的专业人员	(5)
二、律师性质分析之基础	(8)
(一) 律师产生的社会基础	(8)
(二) 律师的社会分工	(10)
(三) 律师执业的基本方式	(14)
三、律师性质的重新界定	(18)
(一) 律师执业的特征	(18)
(二) 执业独立性与律师的性质	(21)
(三) 律师是为社会提供法律服务的自由职业者	(22)
四、重新界定律师性质的意义	(24)
(一) 合理设置律师制度的框架体系	(24)
(二) 扩张律师执业权利	(25)
(三) 提高律师的社会地位	(26)
(四) 促进律师文化的发展	(27)
(五) 便于律师参加国际竞争、国际交流	(28)
第二章 律师执业原则	(30)
一、追求社会正义原则	(31)
(一) 对正义的诠释	(32)
(二) 自然法中的正义	(33)

(三) 正义的特征	(35)
(四) 律师执业的正义追求	(36)
二、执业独立原则	(38)
(一) 自由职业者与律师独立	(39)
(二) 律师独立的内容	(40)
(三) 律师独立的保障	(43)
三、业务垄断原则	(46)
(一) 律师业务垄断的依据	(46)
(二) 律师业务垄断的方式	(50)
(三) 律师业务垄断障碍的排除	(51)
四、有偿服务与公益服务相结合的原则	(54)
(一) 律师有偿服务的正当性	(55)
(二) 律师执业中“义”与“利”的平衡	(58)
五、维护委托人合法权益原则	(61)
(一) “维护当事人的合法权益”质疑	(61)
(二) 律师应当维护委托人的合法权益	(62)
(三) 关于“合法权益”的认识	(65)
第三章 律师执业资格	(67)
一、司法考试	(67)
(一) 从律师资格考试到司法考试	(67)
(二) 司法考试之不足	(70)
(三) 完善统一的法律职业资格考試制度	(73)
二、申领执业证书	(78)
(一) 律师执业前的实习	(78)
(二) 律师执业证	(82)
三、律师执业登录	(88)
(一) 建立律师执业登录制度的必要性	(88)
(二) 律师执业登录制度的主要内容	(90)
四、律师执业资格的保护	(92)
(一) 企业法律顾问执业资格	(92)

(二) 关于“假冒律师”的问题	(97)
(三) 关于原有律师资格证书的效用	(103)
五、律师职务	(106)
(一) 对律师职务制度的审视	(106)
(二) 理念的继承	(111)
第四章 律师事务所	(115)
一、律师事务所的作用	(116)
(一) 维护律师统一的外在形象	(117)
(二) 律师业务管理与服务	(118)
(三) 分担律师执业风险	(119)
(四) 为律师执业提供信息交流的平台	(120)
二、律师事务所名称的规范	(123)
(一) 对目前律师事务所名称管理制度的评价	(123)
(二) 对律师事务所名称管理的改革	(125)
(三) 律师事务所名称争议解决机制	(125)
三、国资所、合作所、合伙所	(127)
(一) 律师事务所体制改革之路	(127)
(二) 三种律师事务所的归宿	(129)
(三) 合伙制律师事务所的危机及其克服	(131)
四、有限合伙与公司制律师事务所	(138)
(一) 民法视角下的有限合伙	(138)
(二) 有限合伙制律师事务所的非理性	(140)
(三) 驳“公司制律师事务所”	(142)
五、个人律师事务所、“无所律师”	(149)
(一) 个人律师事务所	(149)
(二) 律师个人开业	(151)
(三) 政府律师	(154)
(四) 公司律师	(155)
第五章 律师执业行为规范	(157)
一、律师在执业机构中的行为规范	(159)

(一) 律师行为规范的合同依据·····	(159)
(二) 律师事务所主任的行为规范·····	(160)
(三) 律师之间的业务协助和学习研究·····	(161)
(四) 律师法律援助业务规范·····	(162)
(五) 律师业务情况报告·····	(162)
二、律师参与诉讼、仲裁的行为规范·····	(163)
(一) 执业限制·····	(163)
(二) 司法礼仪·····	(166)
(三) 取证行为规范·····	(169)
(四) 非律师人员的协助·····	(171)
三、律师与委托人、当事人关系的行为规范·····	(173)
(一) 对法律事务的评判·····	(173)
(二) 接受委托·····	(174)
(三) 履行委托协议·····	(175)
(四) 利益冲突与回避·····	(176)
(五) 委托关系的提前终止·····	(179)
四、律师执业推广行为规范·····	(181)
(一) 律师广告·····	(182)
(二) 法律宣传·····	(183)
(三) 社会公益活动·····	(185)
五、律师同行关系中的行为规范·····	(185)
(一) 律师同行的互相尊重·····	(185)
(二) 律师业务协助·····	(188)
(三) 律师业务竞争·····	(191)
第六章 律师刑事辩护与代理·····	(195)
一、辩护权之理论基础·····	(198)
(一) 对立统一的哲学基础·····	(198)
(二) 程序正义的体现·····	(199)
(三) 客观、真实的必须·····	(201)
二、辩护权的内容·····	(203)

(一) 沉默权·····	(203)
(二) 阅卷权·····	(205)
(三) 调查取证权·····	(207)
(四) 反对权·····	(209)
(五) 拒绝辩护权·····	(211)
(六) 拒绝作证权·····	(214)
三、有关律师辩护制度的调整·····	(217)
(一) 律师辩护之垄断·····	(217)
(二) 律师辩护在刑事诉讼中的前伸·····	(220)
(三) 死刑复核程序的辩护·····	(224)
四、律师刑事诉讼代理·····	(227)
(一) 律师刑事诉讼代理的前伸·····	(227)
(二) 律师在侦查阶段的代理权利·····	(228)
(三) 律师在审查起诉阶段的代理权利·····	(230)
第七章 律师民事诉讼代理·····	(231)
一、强化律师对民事诉讼的参与·····	(231)
(一) 民事诉讼代理的理论基础·····	(231)
(二) 当事人及诉讼代理参与民事诉讼存在的问题 ·····	(233)
(三) 律师对民事诉讼有条件的强制介入·····	(235)
二、当事人的共同委托·····	(237)
(一) 共同委托的依据·····	(238)
(二) 共同委托的条件·····	(239)
三、律师民事诉讼代理权限·····	(241)
(一) 代为起诉·····	(242)
(二) 代为申请财产保全·····	(243)
(三) 代为申请先予执行·····	(244)
(四) 代为申请强制执行·····	(244)
四、律师诉讼代理权局限的解决·····	(246)
(一) 关于当事人必须出庭的问题·····	(247)

(二) 关于律师的辅助人员问题·····	(249)
五、律师的“无权诉讼代理”·····	(250)
(一) “无权代理”·····	(250)
(二) 实施“无权”诉讼代理的可能·····	(251)
(三) “无权代理”与“无权诉讼代理”的区分·····	(252)
六、律师对民事执行程序的参与·····	(254)
(一) 解决“执行难”与律师法律服务·····	(255)
(二) 律师在执行程序中的代理权限·····	(257)
第八章 律师收费 ·····	(260)
一、律师法律服务的价值回归·····	(260)
(一) 社会观念是影响律师法律服务价值认识的 基本因素·····	(261)
(二) 衡量律师法律服务价值的依据·····	(262)
二、律师收费原则和方法·····	(264)
(一) 现行律师收费制度之不足·····	(264)
(二) 律师收费原则·····	(266)
(三) 风险收费·····	(267)
三、律师费转付·····	(271)
(一) 律师费转付制度的利弊权衡·····	(272)
(二) 律师费转付制度的基本内容·····	(273)
四、律师收费争议的解决·····	(276)
(一) 规范律师收费·····	(277)
(二) 加强与委托人的沟通·····	(278)
(三) 发挥律师协会的作用·····	(278)
(四) 律师收费的保障·····	(279)
第九章 律师法律责任 ·····	(281)
一、对《刑法》“306 条款”规定的思辨·····	(281)
(一) 滥用《刑法》“306 条款”规定的后果·····	(282)
(二) 《刑法》“306 条款”规定的存废之辨析·····	(283)
(三) 建立预防滥用《刑法》“306 条款”规定的	

其他制约机制·····	(287)
二、律师民事赔偿责任·····	(288)
(一) 侵权责任与违约责任的界定·····	(289)
(二) 律师赔偿的条件·····	(292)
(三) 律师赔偿的标准·····	(294)
三、律师行政责任制度的完善·····	(296)
(一) 关于自由裁量权的范围问题·····	(297)
(二) 关于某些违规行为界定的合理性问题·····	(298)
(三) 建立公正严密的行政处罚程序·····	(300)
后记·····	(305)

第一章 律师的性质

关于律师的性质，可以从不同的角度进行研究：一方面是律师的阶级属性，即律师制度及其律师代表的阶级利益，服务于哪种阶级；另一方面是律师的职业属性，即律师区别于其他职业和身份的本质属性。法学与政治学有着不同的研究范围和重点，为了揭示律师的基本特征、权利基础、社会分工和任务，应当从职业属性的角度研究律师的性质。随着律师制度的完善和律师事业的发展，人们也开始从深层次上认识律师究竟和其他职业有什么区别？法学界也对律师的性质做过多种诠释。不过，以往在分析律师性质的研究中，总要不同程度地受到某些政治观念的影响，在人为的壁垒前缩手缩脚，平添了研究的困难，至今未取得统一的认识。

一、律师性质认识的时代特色

任何真知的获得，都离不开时代条件的影响，律师制度并非发端于我国传统文化中的一项法律制度，是地地道道的舶来品，是西方文明强制介入的结果。从被动地接受律师制度，到主动发挥律师制度在法制建设中的作用，进而推广、完善相关的制度，经历了一个曲折的过程。在这一过程中，对律师性质的认识也在逐步深化，逐渐得到理想的答案。

新中国成立后，我国对律师的性质在不同的时期有不同的看法，主要有：

（一）国家法律工作者

1980年8月26日，全国人大常委会通过并颁布了《中华人民共和国律师暂行条例》，该条例第一条规定：“律师是国家的法律工作者”。这是我国第一次以立法的形式对律师的性质做出规定，根据这一规定，律师制度是国家司法制度的组成部分，律师是国家的司法工作人员的一种，可以行使相应的国家权力。这样，律师就与法官、检察官、警察一样，成为国家工作人员，在履行职务时享有充分的权力保障。之所以这样规定，是由多种因素造成的。

1. 对历史教训的反思。我国过去长期处于封建专制统治，推崇儒家文化，重农抑商，追求秩序与和谐，忽视个人权利的保障，对于以维护个人权利为己任的律师或者类似的角色，向来采取敌视和贬损的态度。特别是新中国成立后，认为律师制度与其他旧的法律制度一样，都是剥削阶级统治人民的工具，律师与地主、资本家、官僚都属于剥削阶级，因而全部予以废止。直到1956年底，才开始试行律师制度，到1957年，全国有专兼职律师近3000名，但随着反右运动的开展，律师制度及律师被取缔，这一时期的律师制度建设成为昙花一现。法律虚无主义的泛滥带来严重后果，“文化大革命”中，法制建设遭到全面破坏，个人的基本权利被全面否定，辩护权等公民权利成为禁区，结果造成文化大倒退、经济大破坏，人权没有保障，社会发展全面停滞、倒退。“文革”结束后，国家主要领导人和人民群众对“文革”中“人整人”、“打砸抢”等混乱行为深恶痛绝，决心恢复法制，辩护权等公民的基本权利被重新认识，律师制度在新形势下得到重生。不过，源于深层次的文化传统的影响，社会对律师的贬损、疑虑等心理并未消除，如果让律师自由地发展，很难得到社会的承认，将律师戴上“官帽”，赋予我国律师一定的“特权”，成为律师制度草创时期很现实的选择。所以，律师是“国家法律工作者”的认识，客观上有利于律师制度的建立、推广，具有特殊的历史意义。

2. 受前苏联法律思想的影响。前苏联虽然认为律师是为社会提供法律服务的专业人员，但仍然认为律师制度是司法制度的组成

部分, 律师的辩护与代理是司法活动的重要环节, 律师与检察官、法官、警察存在着互相配合、互相制约的关系, 律师实际上与检察官、法官、警察一样是阶级统治的工具, 是国家机器的组成部分, 存在共同的任务和共同的活动准则, 这实际主张律师与检察官、法官、警察有同质性, 而同质性又必然产生权能的同构, 律师的辩护权与代理权不再基于律师的执业基本权利, 而成为国家权力的派生, 律师的辩护与代理等活动就在国家权力的依托下进行, 尽管声称其执业目的是为了维护当事人的合法权益, 但行使国家权力的特征必然决定其活动首先要维护国家利益, 律师成为国家公职人员就顺理成章了。我国的法律制度在草创时期, 深受前苏联法律思想的影响, 如检察制度、监狱制度等基本从前苏联移植而来, 司法体制当时表现出浓厚的前苏联色彩。我国本来就缺乏律师文化传统, 而当时受意识形态的局限, 又不能直接借鉴西方资产阶级国家的律师制度, 取法于前苏联的律师制度已经成为惟一的选择。

将律师的性质界定为“国家法律工作者”, 是特定历史条件下的产物, 对恢复法制初期律师制度的建设, 起到重要的扶持作用, 为律师事业发展奠定了良好的基础。不过, 国家法律工作者的身份必然决定律师首先要维护国家的利益, 而律师为被告人辩护或者代理当事人参加诉讼, 要维护被告人、当事人的合法权益, 如果被告人或当事人的利益与国家利益相冲突, 那么律师该如何协调两种利益之间的矛盾呢? 因此, 律师作为国家工作人员的身份与其维护当事人合法权益的任务存在无法解决的冲突。

(二) 市场经济的中介人员

认为律师提供的法律服务是市场经济的要素之一, 律师事务所与会计师事务所、税务师事务所等机构一样, 是市场经济的中介组织, 发挥为市场经济服务的职能, 律师自然也就是市场经济的中介人员。这种观点的产生主要基于以下原因:

首先, 律师是“国家法律工作者”, 在实践中出现诸多难以克服的困难。根据律师作为国家公职人员的认识, 律师事务所成为特殊的司法机构, 由国家设置, 归司法行政机关主管, 执行国家政

策，维护国家利益。那么，律师到底在为谁服务的问题始终不能得到澄清，社会公众对律师存有种种疑虑，无法产生信任感，特别是不利于律师的对外交流和拓展涉外法律服务。例如，当时的不少外商都向律师提出同一个问题，你是国家公职人员，由政府提供经济保障，如果委托你作为我们的代理人，当我们与政府存在利益冲突时，你能否真正代表我们的利益？尽心尽力地为我们提供有效的法律服务？同时，律师事务所是国有事业单位，对律师完全采取行政化的管理方式，干好干坏一个样，律师之间缺乏竞争，没有发展律师事业、积极为当事人服务的动力，使律师事业的发展陷入困境，打破“铁饭碗”、摘掉“官帽子”，成为律师和当事人的共同呼声。

其次，解放思想，发展社会主义市场经济，催生了律师制度改革。1992年，邓小平同志发表“南巡谈话”，提出进一步解放思想，加快改革开放，建设社会主义市场经济，摆脱姓“社”、姓“资”的束缚。一时间，制度改革的潮流汹涌澎湃。1993年司法部的律师改革方案得到国务院的批准，该方案提出，充分发挥律师事务所在社会主义市场经济建设中的中介作用，为改革开放服务，为经济建设服务，不再使用生产资料所有制模式和行政管理模式界定律师的性质。要建立起适应社会主义市场经济体制和国家交往的，具有中国特色、实行自愿结合、自收自支、自我发展、自我约束的现代律师体制。

至此，律师是社会主义市场经济中介人员的提法，为许多机关和专家学者认同，并被部分学者提高到律师性质的地位。在这种观念的影响下，原有的由国家举办律师事务所的一统天下的局面被打破，律师辞去公职做律师成为时尚，合作所、合伙所，甚至个人所相继而出，出现国资所、合作所、合伙所等不同体制律师事务所并存的局面。

律师是“社会主义市场经济的中介人员”的性质认识，确实对解放律师制度建设的指导思想、发展律师事业起到极大的促进作用，唤醒了律师的主体意识，明确了律师的基本职责是通过为当事人提供法律服务，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施及