



入世与法律丛书

翁国民 主编

RUSHI YU

FALU

FUWU

入世与法律服务

王淑敏 李燕丽 曹杰萍 编著



世界图书出版公司

入世与法律丛书

入世与法律服务

翁国民 主编

王淑敏 李燕丽 曹杰萍 编著

世界图书出版公司

上海·西安·北京·广州

图书在版编目(CIP)数据

入世与法律服务/王淑敏等编著. —上海:上海世界图书出版公司, 2001. 4

(入世与法律丛书)

ISBN 7-5062-4896-4

I. 入... II. 王... III. ①经济一体化-影响-法律-研究-中国 ②法律-研究-世界 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 13132 号

人世与法律服务

王淑敏 李燕丽 曹杰萍 编著

上海世界图书出版公司 出版发行

上海市武定路 555 号

邮政编码 200040

上海申光印刷厂印刷

各地新华书店经销

开本: 850×1168 1/32 印张: 8.75 字数: 180 000

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1—6 000

ISBN: 7-5062-4896-4/Z·132

全套定价: 75.00 元(共 5 册, 每册 15.00 元)

NA188/02

总 序

随着中国加入世界贸易组织(WTO)的进程不断加快,国内对WTO的研究也已进入了新的阶段。除了继续介绍并研究WTO的法律规则与运行程序之外,理论界已不再仅仅局限于笼统的入世机遇与挑战的罗列,而是对入世问题展开了更加全面、更加深刻的研究。确实,入世对中国社会的各方面都将产生长期而深刻的影响。在法律方面,入世将迫使我们修改大量与WTO法律规则相冲突的法律、法规,从而引发新中国历史上最大规模的法律制度创新运动。与此同时,作为WTO体制的运作目标与基石的自由与公平的理念,在中国入世之后,必将激活人们对法治化更深刻的思考。许多学者将入世称为新中国历史上第二次改革开放。如果说第一次改革开放已将中国的经济推向现代化与市场化的新阶段的话,那么,入世就得将中国推向全球化与法治化的阶段。正如当年的改革开放,需要以思想解放运动作为准备一样,全球化、法治化也免不了以一场深刻的思想创新运动为基础。如果没有这样的思想准备过程作为铺垫,那么,制度创新永远只能是表面的。法治也只会停留于法律文本或宣传口号之中。尽管入世在观念上的冲击的意义远在制度的创新之上,而制度的创新就目前来看却已是刻不容缓。为此,上海世界图书出版公司于今年年初委托我主持编写一套《入世与法律丛书》。全套丛书

由我策划,组织编写人员,拟定写作提纲,并在作者交稿后加以审校修改。在全部书稿的编审工作中,上海世图的几位编辑付出了辛勤的劳动,各位作者为了在各自的书稿中向读者介绍自己的研究心得倾注了大量的心血。

在本丛书即将出版问世之际,首先要衷心感谢参加策划、编辑的诸位先生,没有他们,作者在入世与法律方面的研究成果就不可能以这样一种有影响力的方式发布;其次要衷心感谢在各个分册最后已列明或尚未列出的各个参考文献的作者,没有他们的成果作基础,本丛书要想在短期之内完成是不可能的。这套丛书仅是肤浅地研究了入世与法律的有关问题,如能通过本丛书为中国入世后迈进法治化的时代而作出些贡献,这正是本丛书的全体编写人员的共同心愿。

翁国民

浙江大学法学院教授

2000年12月于浙大西溪园

目 录

第一章 中国法律服务业与法律服务市场的现状	(1)
§ 1.1 法律服务业的定义及其作用	(1)
一、法律服务业的定义及其结构	(1)
二、法律服务业的形式	(1)
三、国际化的法律服务	(4)
四、职业化律师提供法律服务的意义	(5)
§ 1.2 中国法律服务业与法律服务市场的发展	(7)
一、20年来中国法律服务业的改革与发展	(7)
二、中国律师的实习制度	(12)
§ 1.3 中国法律服务业与法律服务市场存在的 问题	(13)
一、中国律师的社会地位较低	(13)
二、中国法律服务业务的竞争力不强	(18)
三、民主与法制的环境欠佳	(22)
第二章 国外法律服务业与法律服务市场的基本 情况	(23)
§ 2.1 外国法律服务业的概况	(23)
一、外国律师管理机构	(23)
二、外国律师实习制度	(29)
§ 2.2 外国法律服务业开放的状况	(32)

一、大陆法系与英美法系国家的法律市场 开放概况	(32)
二、德国有关外国律师资格的取得和从业 条件	(33)
三、英国有关外国律师资格的取得和从业 条件	(36)
第三章 WTO 对中国法律服务的冲击和影响	(39)
§ 3.1 WTO 体制下的多边服务贸易规则	(39)
一、《服务贸易总协定》	(39)
二、有关投资的协议	(44)
三、中美 WTO 协议的签署	(48)
§ 3.2 WTO 为中国法律服务带来的机遇	(49)
一、WTO 对中国经济整体的影响	(49)
二、WTO 为中国法律服务业带来的机遇	(51)
§ 3.3 WTO 对中国法律服务的冲击	(61)
一、中国法律服务业对外国律师的巨大吸引力 ...	(61)
二、中国法律服务业与 WTO 之间的差距	(63)
三、外国律师对中国法律服务市场的冲击	(79)
第四章 入世后中国法律服务规则的调整	(88)
§ 4.1 入世后中国法律服务规则调整的必要性 ...	(88)
一、中国律师法律服务规则的现状	(88)
二、调整的意义	(89)
三、调整的原则	(91)
§ 4.2 入世后中国法律服务规则调整的主要	

内容	(93)
一、调整外国法律服务业的市场准入	(93)
二、调整本国法律服务业的市场规则	(94)
§ 4.3 《律师法》中存在的问题与调整	(98)
一、关于律师资格的取得条件	(98)
二、扩大律师的业务范围和地域范围	(105)
三、加强律师的调查取证权	(108)
四、改革律师收费制度	(110)
五、建立新的律师惩戒制度	(112)
§ 4.4 法律服务所相关规则的调整	(113)
一、法律服务所的弊端	(113)
二、法律服务所规则调整的建议	(116)
§ 4.5 《刑法》、《刑事诉讼法》等相关规则的 调整	(117)
一、《刑事诉讼法》和《刑法》对于法律服务的 意义	(117)
二、与人身保障权相关的规则调整	(119)
三、保障依法获取证据的规则调整	(124)

第五章 人世后的中国法律服务业呼唤高级法律

人才	(130)
§ 5.1 呼唤敢于挑战的人才	(130)
一、“2000——中国律师年”的挑战	(130)
二、西部大开发的挑战	(132)
§ 5.2 呼唤执业道德与业务素质兼备的人才 ...	(134)
一、律师管理体制改革的造就优秀人才的的基础 ...	(134)

二、优秀人才应当具备的素质	(139)
§ 5.3 呼唤国际化水准的人才	(141)
一、开放中国法律服务市场是实现国际化水准 人才的基础	(141)
二、入世后国际化人才的应对之策	(144)
 第六章 入世后中国消费者对法律服务的选择	(150)
§ 6.1 选择适应电子商务发展的法律服务	(150)
一、电子商务为律师业发展提供了机遇和挑战 ...	(150)
二、中国律师采取的对策	(154)
§ 6.2 选择适应证券市场发展的法律服务	(159)
一、要求律师提供更全面的证券法律服务	(159)
二、强化律师参加风险投资的范围和作用	(163)
 第七章 入世后法律服务业对中国法治进程的推动 作用	(170)
§ 7.1 在“三个代表”重要思想指导下推动中国 法治化进程	(170)
一、“三个代表”是中国入世后律师思想建设的 指南	(170)
二、法律援助制度是“三个代表”的具体体现	(172)
§ 7.2 律师参与诉讼对推动中国司法改革的 作用	(179)
一、律师是诉讼活动不可缺少的重要因素	(179)
二、律师制度极大地推动了司法改革的深入	(184)

第八章 中国法律服务业在竞争中走向世界	(190)
§ 8.1 增强中国律师事务所竞争的實力	(190)
一、激活国资事务所的运行机制	(190)
二、理顺合作制事务所关系	(192)
三、大力发展律师事务所有限责任公司	(195)
四、将 ISO9000 系列质量标准引入律师事务所 管理体制	(201)
§ 8.2 实行中国律师责任保险制度	(206)
一、责任保险制度概述	(206)
二、全面实施律师责任保险制度	(210)
 附录	
附录一 《中华人民共和国律师法》.....	(217)
附录二 《服务贸易总协定》.....	(228)
 参考文献	(268)
 后记	(270)

第一章 中国法律服务业与法律服务市场的现状

§ 1.1 法律服务业的定义及其作用

一、法律服务业的定义及其结构

所谓法律服务业,是指法律工作者或相关机构通过开展各项业务,以维护当事人的合法权益,维护法律、法规的正确实施,保障和促进社会主义民主和法制建设而进行的活动。

根据我国现行的刑事、民事和行政诉讼法,作为诉讼者参加法律服务活动的主体范围十分广泛。除律师外,当事人所在单位或社会团体推荐的人,当事人的近亲属、亲友,以及人民法院许可的公民,也有权以辩护人或代理人的身份参与诉讼;在组织结构上,除依照《律师法》组建的律师事务所外,还有隶属政府或司法行政部门及在工商行政管理部门审核登记的法律服务组织,如法律服务所等。上述组织形式,构成了我国现阶段多元化、多层次的法律服务结构。

二、法律服务业的形式

(一) 出庭辩护

出庭辩护,是指在刑事诉讼中,被告人的辩护人在法庭审理阶段,从事实和法律方面反驳控诉,提出有利于被告人的证据和理由,说明被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除其刑事

责任的诉讼活动。

法庭审判是刑事诉讼中最基本的、具有决定意义的诉讼活动。经过法庭审理,将对被告人是否实施了犯罪行为,犯了什么罪,犯罪情节是轻、是重,应不应当判刑,以及判处什么刑罚,依法做出判决。因此,对于被告人的辩护人来说,出庭为被告人辩护显得尤为重要,对完成辩护任务具有决定性的意义。

(二) 诉讼代理

诉讼代理,是指法律工作者根据法律规定、法院指定或者当事人的委托,代理当事人从事诉讼活动的一种服务。律师受律师事务所的指派,作为诉讼代理人,在代理权限内,为维护被代理人的利益而参加诉讼。

诉讼代理分为民事、行政和刑事诉讼代理三种类型。

民事诉讼代理是指在民事诉讼活动中,代理人以被代理人的名义,在法律规定和被代理人的授权范围内,为被代理人从事民事诉讼或接受民事诉讼,担任当事人的代理人。

刑事诉讼代理是指在刑事诉讼中,代理人接受刑事自诉案件自诉人的委托,或者接受公诉案件中被害人及其近亲属的委托,在所受委托的权限内,代理其行使刑事诉讼权利,以维护其合法权益。代理的范围包括:一是担任自诉案件自诉人的代理人;二是刑事自诉案件中的被告人反诉时,可以担任其代理人;三是担任公诉案件被害人及其近亲属的代理人;四是担任刑事附带民事诉讼中原告人(被害人)的代理人。

行政诉讼代理是指在行政诉讼中,代理人分别代理原告(即认为具体行政行为侵害其合法权益的个人、组织)或被告(即政府有关部门)一方,在代理权限范围内依法维护被代理

人的合法权益参加诉讼的行为。

诉讼代理人通常由律师担任。律师参加诉讼具有双重的含义:首先,有利于司法机关及时、准确地查明案情,通过律师在诉讼活动中分析案情,审查、判断证据,发表代理意见,有效地监督、制约司法机关的办案活动。其次,有利于保护当事人的合法权益,律师从被代理人的角度出发,运用自己的法律知识和技巧,为他们排忧解难。

(三) 非诉讼法律服务

非诉讼法律服务是相对于诉讼法律服务而言的,它们同属法律事实,都能引起法律关系的产生、变更和消灭。与必须参加诉讼活动的法律服务方式相比,非诉讼法律服务无须通过诉讼程序提供,通常针对两类事务:一是现在没有、但将来可能发生争议和纠纷的事务;二是不需要提交司法机关审判、可以通过调解和仲裁等方式解决争议和纠纷的事务。

在实践中,律师提供非诉讼法律服务的方式通常包括:直接参与非诉讼法律事务的调解,参与非诉讼事务的仲裁,办理单项法律行为,解答法人和公民提出的法律咨询,代写法律文书等。其中,提供法律咨询是一项非常重要的服务。

法律咨询是指法律服务工作者就国家机关、企业事业单位、社会团体以及公民个人提出的有关法律事务的询问,依法作出解释或说明,以及提供合法的处理意见或建议的一种法律活动。其特点是:一是具有较强的针对性,为当事人的决策充当参谋;二是有关解答、意见和建议不具有法律约束力,但正确的意见和建议对询问者会产生很大的影响力;三是具有广泛性,涉及的问题、法律依据繁多,询问者的范围可能涵盖

各个阶层和领域。

三、国际化的法律服务

法律服务具有高度的专业性、广泛的国际性及社会性等特征。国际化的法律服务主要有以下方式：

（一）境外提供

指在各个国家之间，从一成员方境内向另一成员方境内提供的，没有人员、物资的流动，而通过电讯、邮电、计算机联网实现的服务。如国内律师接受境外国家当事人的委托，以现代通信方式代理境内诉讼业务就属于此类。

（二）境外消费

指一个成员方的服务消费者到另一成员方接受的服务。如本国公民在外国短期居留期间发生诉讼或非诉讼案件，聘请外国律师予以援助的行为。

（三）商业存在

指通过一成员方的服务提供者到另一成员方境内建立、经营企业或专业机构而提供的服务，包括为提供服务而设立合资、合作、独资企业或分支机构等。这类服务属于国际直接投资方式，涉及开业权、国民待遇等敏感问题。在法律服务中，常表现为外国跨国律师机构在某成员国境内设立分支机构这一形式。目前全球排名前50位的跨国法律事务所都在境外设有合资或合作的分所。

作为第三产业的中国法律服务业，是否允许外资——合

资还是合作,甚至是“外资独资”的方式准入。在全球经济一体化的时代,中国的法律服务能否出现在国际多边服务贸易规则统一下的多元化市场,只是时间表的问题了。

(四) 自然人流动

指一成员方的自然人在其他任何成员方境内提供的服务。即一国自然人到外国境内,单独或者受雇于外国公司机构,向外国的服务消费者提供服务。例如我国律师到外国提供职业服务;国外律师到我国提供法律服务。这类服务常涉及外国人出入境等焦点问题。

四、职业化律师提供法律服务的意义

英国大文豪莎士比亚有一句名言:“有法律的地方就有律师。”律师参与诉讼和非诉讼法律服务的意义在于,通过最有针对性和最见成效的法制宣传和法律救济,可以有效地预防犯罪和减少诉讼,有利于化解人与人之间的矛盾和维护社会的稳定。

(一) 律师职业化的含义及基本特征

律师职业化是指律师脱离国家司法机关和行政机关工作人员的身份而形成的、以向社会提供法律服务为专业的职业制度。这一制度具有以下基本特征:

1. 遵循严格的律师职业资格准入制度

由于律师行业的特殊性,律师肩负着伸张正义、宏扬法律的神圣职责,只有实行严格的律师资格准入制度,注重律师的职业教育和道德培训,才能保障律师队伍的整体素质,更好地

发挥律师的作用。

2. 拥有集中统一的行业自律性组织

律师业从松散式管理模式发展到凝聚力较强的协会制度,严格遵守统一的行业内部行为规范和道德准则。

3. 法律授予律师依法执业的保障制度

这是律师职业化的外部条件,律师的执业权利已得到社会各方的广泛认可。

4. 法律服务范围十分广泛

随着中国加入 WTO 的步伐日益加快,国家的政策法规将更全面地与国际惯例接轨,贸易、投资、信息和金融将随着经济全球一体化的进程发生深刻变化,社会将会越来越依赖高质量、高层次的法律服务,而律师以自己丰富的法律知识和经验所占据着任何人无法替代的优势,律师的法律服务范围也将进入更加广阔的领域。

中华律师协会副会长朱洪超认为,“入世”后的中国法律服务市场主要在四个方面有所扩大:一是客户数量增加;二是服务品种增加;三是传统业务数量增加;四是新的业务领域产生。

(二) 律师职业化的意义

律师职业化的进程极大地推动了我国律师业的发展,增强了我国律师业的整体实力,提高了我国律师的社会地位。而律师职业化的动力来源于我国长期以来业已形成的以司法行政机关为主导的律师管理体制。律师的职业化实际上是律师业的非行政化过程。正因为如此,我国的律师职业化改革并不彻底,在各地发展也极不平衡。

§ 1.2 中国法律服务业与法律服务市场的发展

一、20年来中国法律服务业的改革与发展

(一) 律师制度的起源与发展

律师制度萌芽于雅典的辩护人,起源于公元前一世纪至公元五世纪的罗马帝国法律的“阿多克梯斯”制度。西方律师制度经历了奴隶制、封建制、近代资本主义和现代资本主义四个历史时期。由于中国独特的历史、政治背景,作为提供法律服务的专业行业——律师业,仅走过了从恢复、重建到改革与发展的20年。而严格意义上的律师制度只有近十几年的历史,若从颁布《律师法》时算起仅历时3年。尽管如此,改革开放的20年,我国法律服务业取得了举世瞩目的成就。其重要标志是律师的社会化程度的逐步提高,现代市场经济对律师业的依赖性越来越重。

1. 1979—1988年的萌芽时期

这一时期是我国律师业恢复重建的时期。根据司法部有关资料统计,在这10年间,全国律师事务所数量发展幅度不大,1988年的律师事务所仅比1981年增加1000余家,律师人数增长较快,增长近4倍。这一时期律师管理体制是单一的行政管理。律师机构由单一的占国家事业编制的法律顾问处发展成为国资所。律师的身份是国家干部,律师业具有浓厚的国家行政权力色彩。