

中国
律师
制度
论
纲

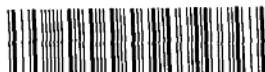
中国法制出版社

中国律师法律制度 论 纲

青 锋 著

中国法制出版社

17146



3 0000 2164 6

中国律师法律制度论纲

ZHONGGUO LUSHI FALU ZHIDU LUNANG

著者/青 锋

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168毫米 32 印张/19.125 字数/490千

版次/1997年7月北京第1版 1997年7月北京第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-418-2/D·398

(北京文津街9号 邮政编码100017) 定价: 34.00元

引 言

在历史的巨轮驱动着人类社会不断发展的过程中，创造出了绚丽的法律文明。作为法律文明标志之一的律师法律制度，亦在社会文明史的画卷上熠熠生辉。众所周知，人组成了社会，但静态物质形态的人却并不就是社会本体。人的活动所构成的林林总总的活的关系，才是运动发展着的社会之本意，才是社会活力的源泉。历史用过去诉说着“人的本质是社会关系的总和”这一论断的深刻，现实用事实证明着“法律应该是社会共同的由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现”这一思想的伟大。因而，社会的运动发展又总是在自身刻定的轨道——社会规范——中运行，社会关系总是要寻求其最佳的表达式——法律。由此，作为社会关系调节器的法律，为了使得人们不致在权利义务关系的碰撞中盲目、无序，便延伸出了以法律服务为己任，以维护权利为天职的律师，使之共同构成了法律机器及运转。而律师对此的卓著贡献，则组成了整个法律文明中最“文明”的篇章。

律师是社会利益和需要的产儿，因而律师注定要成为满足社会法律服务需求、维护社会成员利益的辛勤劳动者。围绕着这一基点，律师存在的理由和种种法律服务活动的合理性都得到了最好的说明，律师与其当事人之间的关系、律师与律师的关系、律师与社会、国家的关系，都得到了科学的诠释。由这些关系衍制成的律师法律制度，也就有着合符规律的起点与归宿，合符历史与现实的根据，合符变化与发展的节奏。一切既存的律师法律制度都必然要在社会发展面前为自己的存在作辩护或放弃存在的权利，而社会发展则必然要推翻一切关于最终的绝对真理和与之相

对应的绝对正确的理念。

我国律师事业的发展有其自身的特性，但都吻合着人类法律文明发展的脉搏；虽在人类法律文化的共性中成长，但又在其个性中显示特色。其特色之处比比皆是，但其最大的特色却并不在于关于律师的结论，而在于律师法律制度努力适应变化着的物质生产方式的关系。因此，它在党的十一届三中全会后得到迅速的恢复与重建，在改革开放、建立社会主义市场经济体制的历史阶段上的迅猛发展，也就不足为奇了。

1996年5月15日，是我国律师事业的发展史上一个十分重要的日子。这一天颁布了《中华人民共和国律师法》。它的制定和颁布，使我国律师法律制度得到健全与完善，使律师体制改革的成果得到肯定，使律师们的实践经验得到提炼和升华，使法学家的思想成果变为现实。因此，报界将其称之为“律师制度发展史上的里程碑”。然而，《律师法》的问世，并不意味着我国律师法律制度建设上的终结。恰恰相反，它标志着我国律师事业将在新的起点上继续其发展的过程。对过去而言，它是合乎理性的、现实的，就未来而论，它又是必定要发展、变化的。这就是它的真实意义和革命性，这就是历史的辩证法。

此后的全部文字都是上述思想的继承者。

目 录

引 言	(1)
1. 原理论	(1)
第一章 权利：律师法学的理论起点	(3)
一、权利的要义	(4)
二、律师法学与权利范畴	(10)
第二章 维护权利：律师法律制度的根本宗旨	(16)
一、律师法律制度以维护权利为根本宗旨的社会意义	(16)
二、律师法律制度以维护权利为根本宗旨的现实根据	(20)
三、律师法律制度以维护权利为根本宗旨的社会缘由	(30)
四、律师法律制度以维护权利为根本宗旨的具体体现	(36)
第三章 维护权利：律师法律制度的根本特征	(67)
一、律师法律制度的特殊矛盾与根本特征	(67)
二、律师法律制度与刑事诉讼制度	(71)
三、律师法律制度与民事诉讼制度	(75)
四、律师法律制度与行政诉讼制度	(80)
五、律师法律制度与公证法律制度	(87)
第四章 改革之声：社会主义市场经济与律师法律制度	(90)
一、社会主义市场经济：律师法律制度改革的原动力	(91)

二、社会主义市场经济与律师法律制度的改革	(94)
1. 主体论	(101)
第五章 身份之辨：律师的基本概念	(103)
一、律师基本概念的法理认识：学说辨析	(103)
二、律师基本概念的法理认识：思想溯源	(108)
三、律师基本概念的法律规定及其发展变化	(117)
四、律师基本概念研讨	(133)
第六章 社会通行证：律师资格与律师执业证书	(139)
一、律师资格：律师法确立的新的律师资格制度	(139)
二、律师资格：以《律师暂行条例》到《律师法》	(144)
三、律师执业证书：律师的法定证书制度	(147)
四、兼职律师与律师执业证书问题	(162)
五、未取得律师执业证书人员的法律服务问题	(165)
六、有关律师资格和律师执业证书的几个问题	(175)
第七章 律师之凝合：律师事务所	(193)
一、律师事务所发展概观	(194)
二、律师事务所的基本性质与发展方向	(195)
三、国办律师事务所的特征及其发展方向	(202)
四、合作制律师事务所的特征及其发展方向	(221)
五、合伙制律师事务所的特征及其发展方向	(234)
六、关于个人律师事务所的问题	(245)
七、律师事务所的管理制度	(250)
第八章 特殊领域：军队律师	(265)
一、军队律师的形成与发展	(265)
二、军队律师存在的客观必然性	(270)
三、军队律师的立法规定、特点及有关问题探讨	(273)
四、国外一些军队律师的情况	(287)
第九章 境内与境外：外国律师在华执业制度	(293)

一、外国律师在华执业制度的产生与发展·····	(294)
二、外国律师在华执业制度的基本内容·····	(298)
三、关于境外律师在华执业的几个问题·····	(307)
Ⅲ. 行为规范论·····	(311)
第十章 希望的田野：律师业务·····	(313)
一、律师业务的历史动态·····	(313)
二、律师法对律师业务的规定·····	(315)
三、律师业务活动的基本原则·····	(320)
四、律师业务分项简述·····	(324)
第十一章 社会定位：律师的权利与义务·····	(339)
一、律师的权利与义务的社会意义·····	(339)
二、律师的权利与义务·····	(342)
三、律师权利的保障与维护与议·····	(367)
四、规范律师行为，加强队伍建设·····	(384)
第十二章 良心天地：律师的职业道德·····	(387)
一、律师职业道德的概念、特征和本质·····	(387)
二、律师职业道德与《律师法》·····	(392)
三、律师职业道德的内容·····	(394)
第十三章 “希望工程”：法律援助·····	(403)
一、法律援助的含义、特征、意义·····	(403)
二、有关国家和地区的法律援助制度简介·····	(410)
三、《律师法》对法律援助制度的规定·····	(415)
四、关于法律援助几个问题的研究·····	(418)
第十四章 利益关系的焦点：律师收费制度·····	(427)
一、律师收费制度的基本原理·····	(427)
二、借鉴与比较：有关国家的律师收费制度·····	(444)
三、我国现行的律师收费制度·····	(496)
四、律师收费制度改革探讨·····	(501)

IV. 律师管理论	(509)
第十五章 中国特色：律师管理体制的两结合	(511)
一、从单一到多样：律师管理体制的发展变化	(511)
二、律师行业管理的必然：律师管理体制两结合的形成与发展	(514)
三、中国特色：司法行政机关宏观管理下的律师协会行业管理	(518)
四、国外一些国家律师管理体制概览	(526)
第十六章 人之群分：律师协会	(537)
一、律师协会的性质	(537)
二、律师协会的设置	(541)
三、律师协会的组织机构	(543)
四、律师协会的职责	(545)
五、律师协会的会员	(547)
六、律师协会与司法行政机关的关系	(549)
V. 责任论	(551)
第十七章 公平之债：律师的赔偿责任	(553)
一、律师赔偿责任的法律规定及意义	(553)
二、律师赔偿责任的概念和特征	(558)
三、律师赔偿责任的归责原则和免责条件	(561)
四、律师赔偿责任的构成要件	(567)
五、对律师赔偿责任中的若干问题研究	(568)
第十八章 违法之果：律师的行政责任与刑事责任	(573)
一、律师的行政责任	(573)
二、《律师法》规定的非律师的行政责任	(592)
三、律师事务所的行政责任	(592)
四、律师的刑事责任	(594)
后 记	(602)

I . 原理论

法律规则一方面强迫全体人尊重每个人的个人权利，另一方面又对每个人的个人权利加以限制，以便确保个人的权利受到全体人的保护。

——狄骥：《宪法论》

第一章 权利：律师法学的理论起点

永远向前伸延的时间，把密布在不同空间状态下的社会关系亦带向多样的变化形式。时间和空间以其独特的物质形态为社会关系的存在和发展提供了广阔的舞台，为社会关系的发源者及其活动奉献了一片恢宏的客观世界。有时间和空间就有发展变化，有人的地方就有其活动和与之构成的社会关系。因此，变化发展的社会关系就构成了一幅丰富多采的社会历史画卷。诚然，发展变化的社会关系的辩证观是一基本理论前提，但是，论题的要求却不得不让我们更多关注社会关系中十分重要的法律关系的运动。

如果说人的社会本质是一切社会关系的总和的话，那么人的法律本质则可以概括成是一切法律关系的总和。在林林总总的法律关系中，存在着的最深刻、最普遍、最基本的矛盾是权利与义务的对立统一。因此，权利与义务就成了人的法律本质的核心内容，人的权利与义务也就形成法律关系运动的中心。

当法学家们把法学全称为法律科学时，实际上也就意味着将其定义为研究法律这一特定的法律关系的表述形式和这一特定社会现象运动变化发展规律的社会科学。于是在事实上和理念中种种的部门法学就演绎出这样一种过程：人的特定权利与义务构成人的特定层面的法律本质，形成区别于彼法律关系的此法律关系，生成调整此法律关系的部门法律，衍成研究该部门法律的法学。律师法学亦无法超越这一逻辑轨道。它的研究对象是律师法（抑或律师法律制度），律师法调整的是以律师为主体而构成的种种法律关系，这种法律关系的中心则是律师及其相关主体的权利与义务。可见，律师法学大厦的基石是权利，权利是律师法学理论的生长

点。因此，从研究权利入手来论述律师法学，既是构筑律师法学基本理论的需要，亦是本书的特色之一。

一、权利的要义

作为生存在社会秩序中的人，最基本的法律属性莫过于其权利的产生与运作、享有与剥夺、发展与变化、存在与消失。正因其这一基础地位，人们在认识纷繁复杂的客观世界时，就不厌其烦地从诸多现象外部联系的关系中探求构成法律现象及其联系的基础之因与本质之物——权利。因而，在满足社会秩序的需要和精文化需要的同时，权利学说自身亦发展丰富。权利问题事关人本，因此，无论是古代的法律思想家还是现代的法学家都关切着这一深邃的问题，关于权利的学说也就因之而纷纭、多彩。

有人认为，权利是“法律关系的内容之一，与义务相对应，指法律对法律关系主体能够作出或者不作出一定行为，以及其要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障。权利由法律确认、设定，并为法律所保护。当权利受到侵害时，国家应依法施用强制手段予以恢复，或使享有权利者得到相应补偿。离开法律的确认和保护，无所谓法律权利的存在。”^①这种观点可称之为规范说。

有人认为，“法律规定的权利是指法律关系的主体具有自己这样行为或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格”。^②这种观点可称之为能力说。

有人认为，“权利是指国家通过宪法和法律所确认的公民实现某种行为的可能性。这里所说的公民实现某种行为的可能性，是国家给予公民实现自己的某些要求的合法手段与可能条件，即国家允许公民作某种行为。所谓可能性，固然指明它是现实性的前提条件，但更重要的是指国家给公民提供实现某些要求的可能条

^① 《中国大百科全书》（法学卷），中国大百科全书出版社，1984年版，第485页。

^② 陈守一等著：《法学基础理论》，北京大学出版社，1981年版，第350页。

件。因为权利可以放弃，国家为公民提供实现某些要求的可能条件，允许他们作某种行为，但是公民并非一定要利用这些可能条件去作某种行为，公民是否把这种可能变为现实，完全由自己决定”。^① 这种观点被称之为可能性说。

有人认为，“权利是国家通过立法加以规定并体现在法关系中的，人们在统治阶级的根本利益或社会普遍利益范围内作出选择，获得利益的一种能动手段”。^② 这种观点被称之为手段说。

上述这几种观点，以一定的角度看有其合理性，在深入考究时则又似有值得探讨之处。就规范说而言，仅靠法律规范来定义权利并无不妥，离开法律的确认和保护，也确实难以谈及法律权利的存在。但是，把权利描绘成只是法律上关于权利主体具有一定作为或不作为的许可，实际上是把权利当成了法律所允许的行为的尺度，从而把权利就变成了法律规范。法律权利是法律规范的思想，显然并没有真正说明权利的要义。就能力说而论，权利是一种能力的观点在一个侧面上对权利作出了说明，注意到了法律的规定与法律关系中权利主体之间的内在联系，这是值得肯定的。然而，权利是一种能力或者资格的说法，显然只是从静止的角度来认识的，割裂了相对静止和绝对运动对权利认识的辩证关系，从而把权利只刻画成一种潜在的东西，只是一种未实现的可能性或势能。可是在现实中与这种观点正好相反，实现了的权利才是权利最重要的形态，实现了的权利，即由可能的权利转化为现实形态的权利，也是客观既存的无法否定的权利。至于可能说，它与能力说相似，都只强调了权利潜在、未表现出的那一面，因此，其理论局限与能力说并无二致。关于手段说，从权利在法律中的地位 and 关系角度将其视为能够能动地选择来谋取利益的手段，较之可能说是另辟蹊径，有自身的理论特点。这里，把权利定义为一种手段的不足之处，在于手段本身也只是“为了达到某

① 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社，1983年版，第342页。

② 张文显主编：《法的一般理论》，辽宁大学出版社，1988年版，第167页。

种目的而采取的具体方法”^①，因此，由此推论下去，权利就变成了一种具体方法，这显然在理论上是有关问题的。

在这些众多的学说中，权能说比较准确地揭示了权利的内涵。这种观点认为，“法律上的权利，是指法律规范所规定的、法律关系主体所享有的某种权能。它可以表现为享有权利的人有权自己作出一定的行为，例如，财产所有人在不违反法律规定的条件下，可以任意地占有、使用和处分自己的财产，任何人不得加以妨碍；它也可以表现为享有权利的人有权要求他人作出一定的行为，例如，根据买卖合同，买方有权要求卖方交付商品，卖方有权要求买方支付价款。有权人要求他人作出一定的行为，包括不作为，如所有人有权要求他人不得作出妨碍他行使其所有权的为”。^②在一定意义上说，这种观点比较合理、科学。

我们趋同于权能说。但是我们进一步认为，权利不仅是指法律规范所规定的、法律关系主体所享有的某种权能，同时也是法律关系的主体可以^③通过自己的意志行动实现的某种权能。因而权利可以表述为：“法律规范所规定的、法律关系主体所享有的并可以通过其意志行动实现的某种权能。”这也就是我们所认为的权利的要义所在。这一观点主要包含如下一些基本内容。

首先，权利与法律是紧密相连的，法律以权利为核心内容，权利以法律为其存在形式，离开法律来谈权利或者脱离权利来讲法律，都会滑入理论的误区。如前所述，权利所示的某种权能，是主体享有并有权通过其意志行动去实现的。实际上，这里就含有权利必然以法律规范为其存在的形式。因为任何人所享有并有权去实现的权利，不可能是无边无际的，权利并不是想干什么就干什么，相反，权利只是人们在一定限度之内所享有和行使的权

① 《现代汉语词典》，商务印书馆，1982年版，第1048页。

② 孙国华主编：《法学基础理论》，法律出版社，1982年版，第310页。

③ 从语文学上讲，“可以”一般是指“可能或能够”，或表示“许可”。但是在法律规范中，往往会有法律关系的主体“有权”实施某种行为的意思。在这里，作者是从“有权”做什么这一意义上使用“可以”一词的。

利，只要有社会存在，人们所享有和行使的权利就永远无法超越社会为其划定的界限。可以想象，权利如果没有界限，任何人都可以干任何想干的事，那么整个社会就无秩序可言，人类就无法正常地生存发展下去，这就是所谓的“天下大乱”。因此，社会必定要对权利进行划定，并且必定要用比较规范、可行、易为全体社会成员所遵守的形式来划定。而这种形式就只能是法律规范。正如马克思指出：“法律上所承认的自由在一个国家中是以法律形式存在的。……法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任性的性质。法典就是人民自由的圣经。”^①所以，“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展”，^②权利以法律为其存在形式，反映了社会对其成员的行为的价值评价和由此而宣布的社会允许、承认、容忍、提倡、鼓动的行为，以及限制、禁止的行为，从而为权利划上了一条肯定的、明确的、普遍的行为界限，使法律成了“人民权利的圣经”。

其次，权利是一种可能性与现实性相结合的统一体。权利主体享有的权利体现在法律规定之中。从立法技术的角度看，可以说权利是由法律来设定，但从实质上讲，权利并不是因为有法律才有，法律只是其存在的一种形式，因而，权利是由法律“确认”的。由法律确认的权利就是法定权利。法定权利的确立，使法律关系主体具有了受法律保护的作为或不作为的可能性，使权利的可能性以最明显的形式存在于法律规范之中。无论法律关系主体是否去实现自己的权利，其有权自己作为或不作为，或要求他人作为或不作为的能动趋势，都在法律规范中得以存在。如果说法律的载体往往是一叠叠纸页的话，那么存在于纸页上的权利当然就只是一种可能性，尽管纸上书写的权利反映的是真实世界中人们应当具有的权利。因此，当法律关系的主体行使自己的

① 《马克思恩格斯选集》第1卷，第71页。

② 《马克思恩格斯选集》第3卷，第12页。

权利时，其享有的权利才从可能性转化为现实性，其权利才得以实现。这时法律关系的主体才具有完整意义上的权利。只有可能的权利转化为现实的权利，权利也才实现其作为权利的价值，才具有了实实在在的社会意义。只强调权利的可能性而忽视权利的现实性，实际上是忽视了权利的行使而把实现了的权利排除在权利大门之外，这是片面的，也不符合权利运行的实践；只强调权利的现实性而忽略其可能性，也无法说明权利的来源和形式，从而现实的权利就成了无源之水、无本之木了。

再次，权利是法律关系的主体“可以”即有权通过其意志行动来实现的权能。一般地说，权利的行使往往是与获取某种利益相联系的。而获取某种利益的行为，无论是作为还是不作为，无论是自己行为还是要求他人行为，都离不开主体的意志行动。也就是说，在这些行为中，含有主体的有目的、有意识、有意识选择的活动。如果不是这样的话，法律关系的主体就无法判断和承担自己行使权利的行为结局，难以对自己行使权利的行为后果负责。当然，权利要素中的意志行动关系是十分复杂的，它既有潜在的一面也有显现的一面；既有积极的能动性也有被动的消极性，既有心理活动的主观性也有实现目的的客观性，因此，它体现在实现权利的行为过程中的形式可能是多种多样的，有时甚至不深入分析还难以捕捉的。但是我们并不能因此就猝然断论意志行动不能成为权利定义诸要素中的一个常项。正因此故，有的学者坚持主张：“权利就是由法所规定的人们有意识的主动行为在社会生活中的实践。”^①

最后，权利本身也是一种法律关系的产物。法律规定权利，就意味着除法律以外的社会其他领域如政治、经济、伦理、宗教、艺术等等之中的以法外形式存在的权利不在我们的讨论之列。当然，这些以法外形式存在的权利也标志着人们能够或实际做出某种行

^① 张广博：《权利义务要论》，吉林大学出版社，1989年版，第27页。