



Research on Issues
in the Development of Lawyer Profession in China



中国律师业 发展问题研究

李本森 著



· 吉林人民出版社 ·



Research on Issues
in the Development of Lawyer Profession in China



中国律师业 发展问题研究

李本森 著

• 吉林人民出版社 •

图书在版编目(CIP)数据

中国律师业发展问题研究/李本森著. —长春:吉林人民出版社, 2001

ISBN 7-206-03663-5

I. 中… II. 李… III. 律师制度—研究—中国
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 11425 号

中国律师业发展问题研究

编著者 李本森
责任编辑 郭美英

封面设计 翁立涛
责任校对 管叔合

出版者 吉林人民出版社 0431—5649710
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发行者 吉林人民出版社
制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印刷者 长春新华印刷厂

开 本	850 × 1168 1/32	印 张	11
版 次	2001 年 4 月第 1 版		
印 次	2001 年 4 月第 1 次印刷		
字 数	260 千字	印 数	1—4 200 册
标准书号	ISBN 7-206-03663-5/D·934		
定 价	22.00 元		

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

序 一

律师制度是国家民主政治制度的重要组成部分,律师业的发展水平反映了一个国家法制文明的程度的高低。人类法治发展的历史实践已经证明,一个国家的司法制度的完善很大程度上要通过建立完备的律师制度来实现。在一些国家,律师是法官的摇篮,成为一名法官是许多律师追求的目标,也只有那些职业道德高尚,执业水平高超的律师才可以通过严格的选拔成为一名受人尊敬的法官。培育健康发达的律师业对于建立完善的国家司法体系无疑具有十分重要的意义。

改革开放以来,特别是党的十四大以来,我国律师业的发展速度很快,律师在国家政治生活、经济生活、社会生活与民主与法制建设中发挥了十分重要的作用,律师队伍已经发展成为依法治国,建设社会主义法治国家不可或缺的重要力量。随着国家政治、经济和社会生活的发展以及对外开放水平的提高,特别是国家民主法制建设的不断发展和司法制度改革的深入,对律师提供的法律服务提出了更高的要求,无论是律师队伍、律师的素质、律师的执业水平、律师执业机构等都需要有更大的发展。律师业发展的实践表明,律师业的发展同时代的发展和要求是紧密联系、相辅相成的,什么时候律师业向社会提供了高质量的法律服务,满足了国家的需要、时代的需要、法治的需要和人民的需要,什么时候律师业就会获得更大的发展。中国即将加入WTO,中国同世界的经济联系更加密切,同时依法治国、建设社

会主义法治国家方略实施的不断深入,新世纪的律师业再次面临着难得的发展机遇。

时代在进步,社会在发展,律师制度的发展也有一个不断探索和不断完善的过程。毕竟我国的律师制度恢复重建只有短短的二十几年,律师职业还是年轻的职业,有许多规律需要认真探讨和总结,国外有关律师业发展的一些有益经验还需要认真地汲取,实践当中还会不断出现一些新的问题需要解决,建立有中国特色的社会主义律师制度将是一个长期的过程。李本森同志所著的《中国律师业发展问题研究》一书,从理论和实践相结合的角度,通过实证研究和比较研究的方法,对我国律师业发展中的若干重要问题,比如律师社会功能问题、律师职业化问题、律师执业规范完善问题、律师组织形式规模化问题、律师业迎接WTO挑战问题等,作了较为深入的分析、探索和研究,提出了一些有益的见解,这对于推动我国律师理论的研究和律师业的发展都具有积极的意义。

我相信,在新的世纪,随着我国的律师业的健康发展和律师制度的不断完善,我国的广大律师将对于国家的民主法制建设,对于推动司法改革、促进司法公正做出更大的贡献。

肖扬

中华人民共和国最高人民法院院长

二〇〇一年三月二十五日

序 二

律师学是研究律师职能、行为及管理、发生、发展规律及其运用的法律学科。律师学极大地影响有关律师的法律制定和律师的各种服务规范的形成。这类法律和规范直接决定着律师事业状况和发展，因而律师学是对律师事业具有极其重要作用的学科。

我国自 1980 年恢复律师制度后，逐步建立了我国的律师学，但目前它未能适应我国律师事业发展的需要。因此，当前我国律师事业发展中出现的许多问题亟待研究解决，如当前我国律师的地位和作用、律师的自律性管理、律师服务机构的形式及管理、律师的服务市场、律师的责任与权益保护、各种服务规范的内容及制定、律师的报酬等等问题，都亟须通过研究后，做出有利于我国律师事业发展的解决。

特别是现在，我国律师事业发展面临着一个新的台阶，这就是 21 世纪以信息和知识经济为基础的我国现代化的持续发展，以及加入世界贸易组织后，我国进一步开放和市场经济的发展而产生的新台阶。只有通过研究和恰当解决好出现的新事务中的问题，我国律师才能为我国 21 世纪的开放与发展提供有效的法律服务，出色地完成律师的任务，为国家的进步与发展做出贡献。

中国政法大学法律系李本森同志经过多年的研究和苦心钻研，完成了《中国律师业发展问题研究》这一切合实际、为新

形势所亟须的课题，即将出版。该书共 15 章，包括了我国律师业当前发展中应妥当解决的理论、制度、服务及管理等方面的问题。该书以历史、理论、法规和实务有机结合，并辅以国外有关法规为参照的方法，对上述各问题研究后，提出解决问题的意见或作出评论。该书同时具有很大的超前性与预见性，如该书第十章研究了我国参加世界贸易组织对我国律师业发展的影响并提出了对策；再比如，该书第十三章题为“国际互联网的发展对我国律师业的影响与对策”，在这一章中，作者在研究了国际互联网与我国律师业务关系的基础上，提出了建立我国律师法律服务网的设想。

《中国律师业发展问题研究》一书理论扎实，与实践有机结合，材料丰富，论点与对策中肯并有创新，应能为解决我国现实中律师业发展的问题做出贡献，也应能影响我国律师学的发展与创新，更应成为广大律师，有关立法人员、律师业管理人员、有关领导部门以及关心律师业务各界人士的必备书籍。

中华全国律师协会前会长

任健圣

二〇〇一年三月十八日

目 录

第一章 律师社会功能的合理定位

- 一 关于律师的社会功能····· 1
- 二 律师与政治····· 5
- 三 律师与经济 ····· 13
- 四 律师与法治 ····· 20
- 五 律师与人权 ····· 23

第二章 我国律师职业化进程和发展策略

- 一 律师职业化的一般特征 ····· 30
- 二 我国律师职业化的过程及特点 ····· 32
- 三 加速我国律师职业化进程的战略选择 ····· 39
- 四 关于律师资格授予问题 ····· 43
- 五 关于通过考核授予律师资格制度的问题 ····· 48
- 六 关于兼职律师和特邀律师发展的问题 ····· 49
- 七 关于公职律师问题 ····· 51
- 八 关于律师的继续教育问题 ····· 53
- 九 关于律师业地区发展不平衡问题 ····· 55

第三章 律师执业权利的内涵及保障

- 一 律师调查权和取证权的法律规定、问题及完善····· 60
- 二 律师执业人身保护权法律规定、现状

及原因分析	69
三 关于律师的刑事辩护豁免权问题	75
第四章 律师执业行为规范的制定与实施	
一 律师行为规范的一般内容	78
二 国外及我国香港地区的律师职业行为规范	80
三 我国关于律师执业行为规范的立法 及存在的问题	87
四 我国律师执业行为规范实施问题实证分析	92
五 关于制定统一的《律师职业责任规则》的设想	94
六 关于利益冲突问题	96
七 关于律师保守职业秘密问题	106
八 关于律师同业竞争问题	110
九 律师与其他法律职业的协同关系	112
第五章 律师执业机构的组织形态与变革	
一 关于律师事务所的性质	118
二 关于国家出资律师事务所	124
三 关于合作律师事务所	128
四 我国合伙律师事务所发展现状与对策	130
五 建立和规范合伙律师事务所的内部运行机制	132
六 关于规模律师事务所	134
七 关于跨国大型律师事务所的个案分析	137
第六章 律师法律服务业务的范围与拓展	
一 律师业务范围的拓展是历史的、动态的	

发展的过程	145
二 我国律师业务范围的发展	148
三 我国律师非诉讼法律业务的拓展实务	152
 第七章 律师与法律援助制度的建立与实施	
一 法律援助的概念、性质和基本特征	164
二 国外法律援助制度的发展及其趋势	169
三 关于在我国建立和实施法律援助 制度的必要性	176
四 律师在法律援助中的地位和作用	179
五 律师法律援助的范围	181
六 律师实施法律援助的程序	183
七 律师在法律援助中的权利、义务	186
八 关于建立律师法律援助制度应注意的问题	189
 第八章 律师执业责任的认定与承担	
一 建立律师执业责任制度的理论 根据和现实意义	193
二 国外律师执业责任制度的规定	194
三 我国有关律师执业责任法律规定	197
四 关于律师民事责任制度几个问题	202
五 关于律师行业责任处罚权和机构问题	207
六 《刑法》第 306 条关于辩护人、诉讼代理人 刑事责任问题	209

第九章 律师收费制度的调整与规范

- 一 我国目前的律师收费制度及存在的问题····· 211
- 二 关于制定《律师服务收费规则》的设想····· 216
- 三 律师服务计时收费方式探讨····· 219
- 四 关于诉讼案件律师费用支付问题····· 220
- 五 欧洲与日本有关律师收费制度的比较与借鉴····· 221

第十章 国际法律服务的发展与中国律师业的对外开放

- 一 国际法律服务的内涵····· 242
- 二 国际法律服务贸易壁垒····· 243
- 三 《服务贸易总协定》与国际法律服务贸易····· 245
- 四 中国法律服务业对外开放的法律和规章····· 253
- 五 加入世界经济贸易组织对中国法律服务业的影响和对策····· 258

第十一章 律师行业管理与行政管理的协调与变革

- 一 我国律师管理体制形成的历史过程····· 266
- 二 我国律师业宏观管理与行业管理
并存的必然性····· 271
- 三 新型律师管理体制的特征与内容····· 274
- 四 律师管理工作中的几对关系····· 282

第十二章 律师业与法律服务市场的培育与规范

- 一 关于法律服务业与法律服务市场及律师
产业化问题····· 285
- 二 我国法律服务市场发展的现状····· 287

三 法律服务市场的规范和培育问题·····	289
四 关于基层法律服务所的发展与规范问题·····	291

第十三章 国际互联网络的发展对我国律师业的影响及对策

一 关于国际互联网在法律服务方面的价值分析·····	297
二 影响我国律师业利用国际互联网络的因素·····	300
三 国际互联网络在我国律师业应用的途径·····	301
四 关于建立“律师法律服务网”的设想·····	303

第十四章 律师行业制度的建立与完善

一 我国现行的律师业法律、法规和规范体系·····	312
二 关于律师行业的基本法律 ——《律师法》的总体评价·····	314
三 关于《律师法》的完善问题·····	317
四 关于《律师法》配套法规的制定问题·····	318
五 关于律师行业规范的完善问题·····	319

第十五章 律师学理论体系的构建和律师学学科建设

一 关于律师学研究的现状·····	321
二 对构建律师学理论体系的若干思考·····	323
三 关于律师学学科建设若干问题·····	330

后记·····	333
---------	-----

第一章

律师社会功能的合理定位

人类的任何社会行为都体现为一定的功能，职业行为的功能指向往往又是多方面的。不同的社会条件、社会制度、文化背景决定同一职业的行为可以表现出不同的社会功能。作为社会上有影响的职业之一，律师职业尤为如此。自律师职业产生以来，律师对人类社会历史的驱动，对社会秩序的建构，对社会正义的维护，对民主政治的建立，都无可争辩地显示其应有的、巨大的、积极的社会价值。

一 关于律师的社会功能

对律师社会功能的恰当理解是一件困难的事。关于律师的社会功能历来存在着不同的说法。

1. 社会规则的制定与实施说。美国哈佛大学法学院院长罗伯特·C·克拉克指出：“什么是作为律师的本质？律师做的是什么？我的回答是：他们操作着定义人们之间以及组织之间的权利和责任的规则和标准。律师创制、发现、解释、采用、适用和实施建构人际关系的规则，他们是规则制定的专家。社会上至少存在六个不同方面的标准化规则制定：（1）立法；（2）行政法规的制定；（3）私人事务法律文件的制作；（4）根

据可适用的法规进行咨询或计划；(5) 非司法途径，如仲裁和调解解决争端；(6) 诉讼，或者通过法庭实施法规。”^① 显然这种说法体现了美国律师的广义上的社会功能，反映了美国律师在国家社会生活中的广泛作用，在很大程度上揭示了律师在立法领域和规范的制定方面特有的优势与作用。

2. 公众事业说。美国律师基金会研究顾问雷蒙德等人所著的《律师、公众和职业责任》一书第十四章“法律实务是一项公众事业”指出：“准许法律实务的专属经营权是基于下属三种假设：(1) 律师执行一种对社会有用的功能；(2) 律师是执行这一功能的专职人员；(3) 律师作为专职人员履行职责的行为由其自身调整，更正式的是由整个职业界来调整。”^② 另外，还有的指出“律师等需要专门学识和使命感的自由职业的定义，具有话语共同体的指向，是与一切以货币为评价尺度的市场经济原理格格不入的。对于从事律师、医生以及牧师等职业的人来说，最根本的价值是为公众服务的精神，其职业义务的内容尤其强调利他主义和伦理性”。^③ 这些说法不仅反映了律师所从事的业务具有社会公益性的一面，即律师的社会功能在于发挥律师在维护公众权益方面的价值，而不是片面地追求自身职业利益的最大化，而且反映了人们对律师职业的一种理想期盼心理。事实上，无论是资本主义国家的律师还是社会主义国家的律师，在执业中都要承担具有明显公益性的法律援助工作。

^① 罗伯特·C·克拉克《二十一世纪律师业展望》载《中国律师》杂志 1998 年第 10 期。

^② 雷蒙德(美)等著《律师、公众和职业责任》 中国政法大学出版社 1989 年版 第 253 页。

^③ 转引自季卫东著《法律秩序的建构》 中国政法大学出版社 1999 年版 第 240 页。

3. 维护人权与司法平衡说。日本《律师法》第一条开宗明义地指出：“律师以维护基本人权，实现社会正义为使命。”欧洲委员会在律师职业的前言里谈及律师工作的重要性的一些表述指出：“强调律师和专业律师协会保证在保护人权和基本自由方面所起的根本作用；要求促进运用律师职业的自由，以加强法治；意识到对公正的、能保证律师不受任何来自外界，出于任何理由的直接或间接的不适当的限制、影响、诱惑、压力或干预，独立履行职业责任的执法制度的要求；意识到保证恰当行使律师职责的可取之处，特别是律师对接受足够训练和找到他们对法院对当事人的责任之间的恰当平衡的需求的可取之处。”这种说法从律师在国家上层建筑的法律体系中的角色定位的角度，揭示了律师在维护人权和司法公正方面的重要功能。

4. 保护当事人权利说。林达在其所著的《历史深处的忧虑》一书中指出：“律师只是类似于一个咨询加上服务的机构，他只是向客户提供有关法律方面的知识、信息和服务。他和顾客之间只是一个平等的交易过程，顾客付费、律师提供服务，任何一方不满意的话，都可以解除契约。由于律师咨询内容比较特殊，使这一行业比其他技术咨询行业增添了更多的感情色彩和社会内容，但是实际上，把过多的社会责任压在这个角色头上，不仅是不公正的，而且还可能使这一职业发生畸变，所以说，直接的寻求和追求社会正义，本来就不是律师的职责。律师是有他的职责的，他的职责就是不论他的顾客是什么人，在收取顾客费用的同时，就提供尽善尽美的法律服务，使他的顾客能够最大限度地利用法律保护自己的公民权利。当这个社会上的每一个人，在必要的时候，都能够通过这样的法律服务

充分享有公民的权利，真正的社会正义就已经充分得到体现了。”这种说法是从律师从事的业务和服务的对象的角度，揭示律师的社会功能。显然这种概括显得比较务实，比较切合律师工作的业务实际。但是，也正如上面作者所指出的那样，“由于律师咨询内容比较特殊，使这一行业比其他技术咨询行业增添了更多的感情色彩和社会内容”，因此律师的社会功能具有广泛性的特点，这一特点决定了律师天然地要比其他职业担负更多的社会责任。

5. 维护公权与私权统一说。我国清末修订法律大臣沈家本对于律师的功能有过精辟的论述，他在关于建立律师制度的奏折中写道：“律师之职务有两种：第一，律师在民事则为代理人，或辅佐人，在刑事则为辩护人。而与审判衙门共事之司法机关也。故其职务实为公法上之职务，以能达民刑诉讼之目的，而收善良之结果为贵，不徒以谋当事人之利益为能。此所以为律师者必应具法定之资格也。第二，律师在民事则因当事人委托为代理人或辅佐人，以从事于诉讼或非诉讼行为，而保护当事人之利益；在刑事则为辩护人，以保护刑事被告人之利益。故律师执行职务为当事人，非为国家也。所以律师非官吏也。由前之说，律师对于国家，应从律师法之所定与官吏负同一之义务；由后之说，律师对于当事人，则有诉讼委托之关系。此所谓律师之职务有两种也。”这种说法很具有辩证法的色彩，反映了以国家为本位、社会为本位的国家对律师的认识和要求，至今这种说法仍然有很大的影响。

尽管关于律师的社会功能的理解存在着不同，但是不可否认律师在社会生活中扮演着十分重要的角色，律师在国家政治生活、经济生活、社会生活中发挥着十分重要的作用。然而，

长期以来由于“左”的思想的影响，律师在国家生活中所具有的广泛的社会功能并没有得到充分的认识，更没有引起足够的重视。社会上许多人对律师职业的理解仍然停留在律师是替人打官司的，做律师能够赚大钱，能够发财致富等低层次认识上。另外我国法律对律师的社会功能缺乏明确的界定，现实中律师参与国家事务的渠道还不是很畅通，理论上对这一重要内容研究和涉足也不深入。所有这些都直接影响了律师应有的社会功能的充分发挥，同时也直接影响了律师业的健康发展。因此，从我国实际情况出发，研究和认识律师的社会功能，合理定位律师的社会功能具有十分重要的现实意义。

二 律师与政治

（一）律师始终是推进国家民主政治的重要力量

人类社会绵延发展的历史不断展示波澜壮阔的政治画卷。随便打开电视，翻开报纸，或打开国际互联网的网页，各种政治话题充溢其间。政治构成了人类生活的基本内容。人类不可能离开政治，文明的政治推进着人类社会的进步与发展。政治对人的诱惑力是不存在东西方世界之分的。政客、军人、文人、律师、商人各色人等都在各自的社会政治舞台上积极寻找自己的角色，找寻自己的位置。法律和政治同属社会上层建筑，法律从属于政治、服务于政治、离不开政治。律师作为法治社会庞大的法律职业群体自始以来就与政治有着千丝万缕的联系。

美国著名律师、政治家威尔逊曾这样描述律师在美国政治制度初创时期的作用：“律师创立了州政府和联邦政府的结构。建国初期，律师主宰了所有较大的政治进程。我们全国人民的