



隆安律师实务与学术丛书

理想照进现实

——在律师道路上前行

徐家力 著

只有从事过律师职业的人才能体会到律师的酸甜苦辣，只有从事过律师职业的人才有资格对律师职业评头论足。本书作者将宝贵的经验无私地传播给每一位后来者，他认为，这是其执业以来所坚持的一份法律理想，也是每一位老律师都应有的精神追求。



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

隆安律师实务与学术丛书

理想照进现实

——在律师道路上前行

徐家力 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

作者在律师执业的同时,参与了诸多社会活动和学术活动,本书就是其历年有关律师业务的一个学术成果,着重探讨了律师职业、律师职业教育以及律师事务所管理等问题。

本书适合律师、法律专业师生以及技术人员、企业管理者参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

理想照进现实:在律师道路上前行/徐家力著. —
上海:上海交通大学出版社,2013
(隆安律师实务与学术丛书)
ISBN 978-7-313-09159-8

I. ①理… II. ①徐… III. ①律师业务—研究—中国
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 251289 号

理想照进现实

——在律师道路上前行

徐家力 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市大宏印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787 mm×960 mm 1/16 印张:14.75 字数:246 千字

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-09159-8/D 定价:40.00 元

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0512-52621873

总 序

前些日子，一位律师同行请我帮他联系原来司法部的一位老领导，我问他什么事，他说隆安律师事务所要搞二十年所庆，想把原来的老领导请来庆祝一番。随着时间的飞逝，改革开放以来建立的合伙制律师事务所陆续进入了十年、二十年，甚至是三十年的发展阶段。隆安所今年建所二十周年整，对于在隆安名下执业的律师们来讲，二十年是个重要的时间节点，如何庆祝我们隆安所建所二十周年，是我们每一名隆安人都很关心、也很在意的事情。在几年之前，我提议：为纪念隆安成立二十周年，我们组织隆安律师撰写二十本理论与实务专著，编辑成一套《隆安律师实务与学术丛书》，以庆祝隆安建所二十周年。

我们不仅要组织隆重的庆祝仪式，还要邀请以往关切我们的老领导、老同事、老客户来参加庆祝活动。更重要的是能够成功编辑出版这么一套二十本的《隆安律师实务与学术丛书》，我认为这是献给隆安二十周年最好的生日礼物。开庆祝大会也好，盛情宴请也好，随着时间的推移，都可能被人遗忘，但出版了这套二十本的丛书却能成为我们隆安人的永久纪念。

现在网络很发达，网上阅读也成为人们读书的一个重要习惯。但是作为律师，把自己办过的案件进行梳理提高，撰写成书籍还是很有价值的。网络在线阅读在大多数时间只能提供信息。而知识的传播主要靠纸质书本，就是在网络信息发达的社会，纸质书本上所记载的知识也是很重要的。况且很多网上的知识或信息就是对纸质书本的电子化而已。所以，无论网络如何方便，纸质书本始终是我的偏爱。纸质书本还有一个好处，就是随时可以拿来翻阅，可以永久保存，任何时候都不过时。

律师在办理大量案件的同时，也积累了大量的案卷资料，但很少有律师有能力、有精力把自己办过的案件资料总结上升到理论层面，更难撰写成书。但我认为：一个好的律师一定是一个善于总结经验的律师，能够写出自己的办案体会、能够进行理论分析是一个律师的基本功。这二十本书就是隆安律师执业水平的一个展示，也是隆安人办理了成千上万个案件后的职业经验的总结和归纳，是隆安集体智慧的结晶，是隆安二十年的优秀成果。

这套丛书从无到有,从选稿到出版,可以说是历尽了千辛万苦。律师是十分繁忙的行业,每个律师手中都有大量的案件需要办理,日常工作都排得满满当当,在这种工作状况下让律师写出一本书,谈何容易?功夫不负有心人,在本套丛书作者的共同努力下,每位作者都克服了千难万险,终于完成了本套丛书的撰写,使之能够最后顺利出版。在此期间,我作为本套丛书的主编,像黄世仁逼债一样,"威逼"每一位律师作者,使他们饱受压力和煎熬,在此向参加本套丛书撰写的每一位作者深表谢意和十分诚挚的致歉。没有你们的辛勤劳作就不会有今天的这二十本丛书,你们的执业成就为隆安增添了很多光彩,同时,你们的大作更为隆安增加了光芒。

在本书的收集和编辑过程中,除了我本人作为主编应尽责任以外,隆安的很多同仁都为本套丛书作出了巨大贡献,他们是:宋宇博、智丽虹、石珊珊、杨奇虎、赵金一等。我指导的博士研究生王立梅、徐春成、于雯雯、王娜等,也为本套丛书做出了贡献。

感谢隆安寿步律师,没有他的"牵线搭桥"就没有此套丛书的出版,还要感谢提文静等编辑十分敬业的工作,感谢上海交通大学出版社出版此套丛书。

《隆安律师实务与学术丛书》主编

徐家力

2012年8月

序

在自己学法用法的30年间,当律师是时间最长也是最主要的职业。在律师执业的同时,我参与了诸多社会活动和学术活动,亦多与律师有关。这个文集就是我历年来有关律师业务的一个学术成果。尽管我现在已经是博士生导师,也撰写了不少文章和书籍,尤其是知识产权方面的,但总体而言,还是涉及律师业务的文章和书籍最多。律师做得好坏需要诸多主客观条件,其中必不可少的一个条件就是经验。在许多场合,讨论最多的也是执业的经验和体会,在传授经验时,也是自己对经验的总结,所以才有了这个文集。

关于律师职业和律师业务,有太多的人写过文章和书籍,这个文集只不过是我自己对这个行业的一点粗浅认识和感悟。律师好也罢,坏也罢,律师制度毕竟是人类创造的最成功的制度之一,它是经济生活的晴雨表、民主法制的试金石;对它褒也好,贬也好,只有从事过律师职业的人才能体会到律师的酸甜苦辣。这本集子就是一个从业20年的律师的一个心声。

当前,在一些人看来,律师不过是个工匠,是挣钱的机器,不仅法律界人士瞧不起律师,就是律师本身也往往瞧不起自己。这有两方面的原因:一是就律师整体而言,律师在我国是弱势群体,社会地位较低,这是几千年传统文化影响造成的;二是律师本身造成的,不少律师只关注挣钱,不关心其他,甚至为了挣钱不择手段,使自己沦为单纯的商人,不注意提高修养和素质,从而让人瞧不起。所以,作为律师,首先要提高自身素质,注重学习,做一个高尚的人,才能做好律师工作;其次,一个好律师要有一个专业方向,不能做“万金油”律师,要有学术背景、专业知识,成为一名学者型律师,这样才能在律师执业中崭露头角,做出业绩;再次,积极参加社会活动,不仅能够为社会尽一份责任,而且能够扩展自己的执业范围,使自己的执业水平更上一层楼;最后,关心律师自己的行业现状并积

极参与律师行业的有关活动,这也是律师应尽的义务。只有广大律师关心并参与律师行业活动,律师行业才有可能大发展,律师队伍才有可能不断壮大。这本文集中很多文章或讲话说的都是律师行业内的事情,是对这些律师业务活动的记录和评价。

徐家力

2012年8月

目 录

第一篇 律师职业观

中国律师行业的历史、现状和未来及律师业务概述	3
司法考试以及中国律师业的现状和存在的问题	23
民国律师制度从初创到成熟之我见	33
为什么要做知识产权专业律师	54
应保障律师参与刑事诉讼的各项权利	59
我国亟须确立律师刑事辩护豁免权	64
律师参政议政的现状和存在的问题	71
我建议设立“律师节”	76
律师执业风险及其防范	78
我国自主创新的法律生态环境及其建设	86
怎样做一个成功的律师	98
律师如何拓展知识产权案件业务	109
诉讼技巧	118
律师人生	139
民国时打场官司要花多少钱?	151

第二篇 职业教育

组织律师培训 提高律师素质	157
法学教育和法学实践	160

我赞成成立律师学院·····	164
北京律师学院建设方案·····	170

第三篇 律 所 管 理

如何借鉴外国律师事务所的先进经验开拓律师业务·····	177
律师事务所的“四化”及知识产权发展方向·····	188
律师执业风险和律师事务所经营风险的控制·····	196
北京律协三十年·····	211
我参与北京律师协会十年工作回顾·····	214
后记·····	224

第一篇 律师职业观

中国律师行业的历史、 现状和未来及律师业务概述*

大家上午好：现在我们就开始今天的讲座。我先自我介绍一下，我叫徐家力，是北京市隆安律师事务所的律师。

首先，祝贺大家成为一名律师。在座的可能是按律师协会的安排先进行培训，大家过了考试这一关，心情应当是相当愉悦的。我当年做律师参加完考试的时候，也非常高兴，满怀欢喜地做了律师，做了将近 20 年，所以当时的心情跟大家是一样的。当然，现在的心情跟大家不同，大家可能怀着一种憧憬、一种梦想，对未来的一种设想。但究竟能否实现呢？我想通过今天的题目和大家进行一下交流，也许会有一些我们共鸣的东西，我也希望大家在我讲完以后提问。因为我是专职律师，而且兼职一所大学的法学院院长，同时我也带博士，做博士生导师，所以对学校讲课的规定还是比较了解。我本人是博士后毕业，从幼儿园到博士后，中国所有的教育都接受完了；我也在国外留过学，对国外的大学教育也有一定的认识。我知道目前的培训是把大家当“傻瓜”，我在这儿就是“瞎讲”，因为一个人的能量是有限的，大家都比我聪明，所以我给大家留出充分的时间进行互动。因为我讲的你不一定爱听，你也不一定需要，也许你需要的东西我不一定知道。

法学界老在辩论——我们的法学教育是成功的还是失败的？我认为是失败的。你法学教育了半天，实际到一个工作岗位实习，却不掌握实际知识。我们的就业率为什么这么低？学生找工作为什么这么难？最主要的原因是我们的大学教育，我们的大学不顾质量、不顾社会需求，自己在那儿造象牙之塔，社会上紧缺的行业、紧缺的技能，学校却不培养、不训练。我写了很多文章，其中有一篇文章转载得比较多，叫《中美法学制度的比较研究》，大家可以去网上查阅参考。我给大家举一个例子，有一个法学博士生到一个律师事务所来，我让他写一个起诉书，他说我不会，我说你为什么不会呢？他说老师没教过。所有作为一个执业律

* 本文根据徐家力律师给北京市实习律师培训的讲话稿整理。

师的技能都是由律师事务所培训的,或者由律协培训的,大学干吗去了呢?我们学到的东西在实践中又有什么用呢?这些东西谁在思考呢?

司法考试出现之前,我是律师协会的副会长,去日本、韩国考察,回来写一个调查报告,大家可以去网上查这篇文章,我强烈要求国家实行司法考试。我认为司法考试之所以通过,大家能坐在这里,有我个人的一份功劳。我强烈要求司法考试,没有任何一个国家可以不需要通过司法考试而当律师的,没有任何一个国家没有职业共同体,英文叫 legal community,包括法官、检察官、律师和法学教授。而我们这个职业共同体是什么呢?当然先是通过了考试。祝福大家,大家应该感谢我。但是反过来,当时在设立司法考试的时候,某些法学院所谓泰斗级的或是很有名的教授同我辩论,说是尽管有司法考试,但法学的教育也不能围着司法考试的指挥棒转。我说你不能围着司法考试的指挥棒转,那围着什么转?司法考试是我国最成功的司法改革之一,司法考试的通过率是我们衡量法学教育的重要标志。有些专家质疑,“为通过司法考试这个目的太低级了吧”?那我要反问,高级的目的是什么呢?高级的目的或者是这个社会上根本就不存在,或者是研究的问题越玄越好,你越听不懂越好,就只有自己明白,有什么用呢?我们社会需求根本就不是研究。

我在1999年曾写过一本书,叫《律师实务》,已经再版了8次,当时我也在进行新律师的培训。书里面有这样的数据:1999年11月10日,北京律师3500人,全市有313家律所;而我昨天读到的数据是将近900家律所,人有将近14000人,总共不到6年的时间。我们哪个法学家研究过我们究竟需要多少律师?哪个法学教育专家研究过怎样成为一名好律师?哪个法学家研究过律师业的发展对我国的国计民生总体发展和对中国前途的影响?哪个法学家研究过律所应当如何管理?哪个法学家研究过应当怎样面对客户提供服务?有谁关心过律师个体的喜怒哀乐?面对这些满怀憧憬的律师进入这个行业,谁知道这个行业的规矩?谁知道这个行业的水有多深?这个行业的激流、暗流何在?他们研究的是什么?他们研究的都是些不存在的或是没有用处的问题,只是为了了一些所谓的“名誉”和“学术地位”。我有资格,因为我本身是博士生导师,而有人一辈子也当不上,我是兼职博导,所以我太了解中国的教育制度。我为什么抨击中国的法学教育?我今天的讲座不按传统的形式把大家当“傻瓜”,说我徐家力律师就是对的,我只是启发大家的思想。所以我给大家留出充分的时间提问,你有什么宏观或微观的想法都可以,无论什么都可以提出来。这就是我的开场白。

这次讲座给我的题目第一个是《中国律师行业的发展历史、现状和未来及律

师业务概述》，第二个题目是《律师与司法行政、律师协会与所在律师事务所的关系》，这两个题目几乎包含了一个律师的前世今生。

一、中国律师业的发展

（一）新中国律师业发展

我想从历史上来看，新中国律师业发展可以分为3个阶段：从1949年新中国成立～1979年。在这30年之中，中国律师行业经历最艰难的时期。这个期间经历了“反右”和“文革”。1957年“反右”的时候，律师90%都是右派，律师不是右派谁是右派？成天替坏人说话。“文革”期间就整个取消了律师的资格，连公检法都砸烂了。经历了“文革”和“反右”斗争，原本就先天不足的律师行业更是经历了灭顶之灾，直到现在“文革”和“反右”斗争的冲击仍然是巨大的。之前有人问我律师的地位为什么这么低？我说律师是弱势群体，这是有历史原因的。现在很多人说：律师这么多人，收入也很可观。北大的陈瑞华教授有句名言：“律师最多是富而不贵。”什么意思？最多也就是挣点钱呗，捡破烂、炸油条的也可能成为亿万富翁，也可以说是富而不贵，律师仅此而已。从1949～1979年，律师不但没有进入中国的社会主流、中国的政治主流，甚至连主体都没有进入，一直在边缘游荡。所以“反右”也好、“文革”也好，律师一定是被打压的对象。稍后我会探讨更深层次的原因。

第二个阶段是1979～1995年的《律师法》出台。如果说1949～1979年是律师艰难的时期，那1979～1995年的《律师法》出台就是律师制度的恢复时期。得以恢复的标志是1979年法律顾问处的重新出现，各地相继出现法律顾问处，当时不叫律师事务所，也不叫合伙制。法律顾问处是100%的国有企业，律师都是拿工资的，律师挣多少钱与个人的收入是没有关系的。法律顾问处直属司法局所有，是典型的现代意义上的公职律师。直到1995年我国第一部《律师法》出台，我也参与了起草的工作，这部法律标志着中国律师制度有法可依了。1995年标志着律师制度的基本建立，开始有了公职律师，之后是合伙制律师。这个时间的恢复是历史性的，这十多年的大发展奠定了今后律师业大发展的平台和法律基础。如果你连一部法律都没有，你如何规范律师业的基本框架呢？我是北大本科毕业，之后在中国政法大学读的硕士研究生，毕业后分配在最高人民检察院，然后下海，到了一家国家的律师事务所，做了一名公职律师，拿工资的。到了1992年，北京率先搞体制改革，我就成立了自己的律师事务所——隆安律师事务所，就是今天这个所，成立了14年。1992年成立初期是合作制体制的律师事

务所,因为没有法律规定你可以成立个人合伙制的律师事务所。合作制的律师事务所是什么概念呢?是集体概念。三五个合伙人的财产是集体财产不是个人财产。集体财产怎么分配?司法局是有规定的,你要把钱拿走你是犯错误的。所以1995年《律师法》的出台允许搞合伙制的律所,也就是partnership law firm,到这种程度以后才出现了大规模个人合伙制的律师事务所。现在北京的律师事务所99%都是这种个人合伙制的律师事务所,就是因为有了1995年的律师法。但是,我要讲到法律修改又更进一步了,那就是以后还可能有个体制的律师事务所。除合伙制外,从所有制来讲还有个人制的律师事务所。因为全世界80%~90%都是个人律师事务所,包括欧美最发达的地区,包括东南亚所谓的“四小龙”,绝大部分是个人律师事务所。尤其是在东方,东方人这种宁当鸡头不当凤尾的思想是适合搞个人律师事务所的。所以北京、上海律所行业在这段恢复期里得以发展。

第三个阶段是1995年到现在的大发展时期。大发展到什么程度呢?2005年北京律师收入是60亿元,12000多人,每个人有40~50万元的平均收入。而1979年,全北京市才有几十个律师。我在90年代做律师时,全市才有200多个律师,现在有13000多人,有将近900家的律师事务所。当初我们成立律所的时候,全市一共有6家合作制的律师事务所,现在有800多家,所以应该说从1995年到现在是一个大发展的时期。

(二) 中国律师事业渊源

有人会问,为什么强调新中国的律师发展?为什么不从整个律师业的发展来看?所以我下面要讲的就是针对以上几个问题的回答。

第一个问题就是中国现代制度并没有产生律师制度。中国现代意义上的律师是从外国移植来的,换句话说,中国这个社会制度的机体并没有产生律师这个器官。比如我的耳朵,是我身体长出来的。假如把中国律师制度比作耳朵的话,那我这个耳朵不是从身体里长出来的,而是从外国人的机体中移植来的。所以我的第一个大问题就注定了这种移植来的器官与他的身体一开始就有排斥。大家知道,肾移植、肝移植都有排斥期,移植来的东西是要终生服药的。中国律师制度就是移植来的,终身机体都是排斥的。

那么有人会问,新中国自成立以来就有律师,但这是从民国来的,那民国的律师从哪来的呢?民国的律师是从外国移植来的。怎么移植来的呢?大家学过法制史,应该都知道,清朝末期民国初年的时候,中国沿海的主要城市都有外国的租借地,在外国的租借地中都有领事裁判权。比如在上海,在法租界中,司法

制度是由法国人来制定的。领事裁判权当中就有司法权,司法权就是审判权,审判权就需要开庭,开庭就需要律师。最早在中国执业的律师是外国律师,因为开庭需要律师,中国又没有律师,于是就找外国律师。老是让外国律师在中国办案件这也不是回事情啊?于是就产生了最早的培养中国律师的想法。大家知道东吴大学和苏州大学的英文名是一样的。我曾经在国际会议场合上问台湾东吴大学法学院的院长潘维大教授和苏州大学法学院院长艾伟民教授,我问你们两个学校的英文名怎么一样呢?都是 Su Zhou University,如何区别呢?他们说区别就在于一个在台湾,一个在大陆。当时的东吴大学就是因为领事裁判权的需要,培养西方式的辩护律师,培养出中国第一批律师。在这之前,政府就已经送出去了到国外去学外国的律师。这样送出去学加上中国自己的培养,逐渐产生了我们现代意义上的 lawyer。Lawyer 这个词在中国历史上是没有的,是英文翻译过来的,从它的概念内涵到已知的社会制度、到管理全是由西方移植过来的。这种历史的沿革就解释了,直到现在律师还是被主体的社会所排斥,现在还认为律师是捣乱的,同社会制度是冲突的。这就是中国律师的前世和今生,所以就形成了深层次的历史的文化底蕴。

之前我讲过,因为历史是这样产生的,在新中国成立之前或者说律师制度在清末民国初产生之后,直到现在,我觉得中国律师的真正大发展还没有到来。为什么这么讲?比如比照民国,在民国时期的发展我认为有以下几个标准:

第一个标准,民国时期产生了好几位影响了国家政治生活的大律师,大家知道施洋大律师、沈钧儒大律师、史良大律师等,史良最后作了司法部长。大家知道施洋是民国最著名的大律师,这几个大律师对中国现代社会的影响是巨大的,而我们现在谁能说自己是大师?谁能有民国时期那么有名的大律师?没有。有人跟我说谁谁谁是大律师,我说我没听说过。如果要是我没听说的,他肯定不是大律师。因为我在律师行业这么长时间,出名的律师我都知道。我想说的是,现在很难形成像民国时期那么有名的大律师。

第二个问题,民国时期产生了三部律师法,而我们现在就一部律师法。这三部律师法在当时世界上都是最先进的,这些律师法是当今台湾经济起飞的重要原因。我去台湾访问了 40 多天。我说台湾能有今天,法制是他们最成功的经验。法制从何而来?在民国时期产生的三部律师法已经奠定了以律师为主的宪政制度是台湾现在经济起飞的法律保证。陈水扁是个坏人,但是别忘了,他是律师出身;马英九是学法律的,民进党主席谢长廷都是学法律的,都是律师。所以说民国时期产生的律师法,后来成为台湾民主宪政律师主导的一个很重要的法

制背景。没有人研究,但是我发现了这种历史的痕迹。

民国时期大发展的第三个标志,是民国时期的国会议员有 1/3 是由律师产生的。大家知道国会在宪政中的地位,《律师法》中有这样一条,说国会议员就自动取得律师资格。当然这也涉嫌律师利用职务之便把自己的职位随便送人,你说我是国会议员,我就给你一个律师资格,最后民国时期的民众也反对。但是这说明一个问题,律师在国会当中有多大的力量。

除了民国之外我还要讲到美国,我个人认为在未来的社会当中,全球一体化也好,唯一能够和中国比拟的、有资格比拟的就是美国。别人你不值得一比,跟日本比算什么? 欧盟算国家吗? 那非洲就更不要比了。所以中国这种经济发展势头谁也拦不住,那最后能和中国一比的就是美国。所以美国注定要成为中国政治、经济、军事所有东西的竞争伙伴。你没有办法,就像咱们在赛跑,跑完之后跑到终点,最后的运动员就两个——一个是中国,另一个就是美国。你跟别人比不了,这是客观存在。所以律师你跟美国比。咱们横向比,美国是世界上的经济强国,中国也很快会成为经济强国,GDP 目前世界排名第四。但是律师呢? 美国将近 200 万的律师,中国只有 10 多万;美国人口有 2 亿(现在已接近 3 亿),中国人口有 13 亿,能比吗? 我刚说了北京律师的收入 60 多亿元,北京律师还挺高兴,60 亿元是什么概念? 60 多亿元不就是七八亿美元吗? 美国的一个律师事务所所在香港的分所一年的收入是 10 亿~12 亿美元,你有什么可高兴的? 你全北京市律师有 1 万多人,包括本人忙乎一年相当于香港的分所一年的收入。不比不知道,一比吓一跳。中国有 10 多万律师,纽约有 13 万律师。我在纽约生活一年多,纽约一个城市有 12 万律师,你从数字比、从作用比,大家都比我更清楚。美国总统有多少律师出身? 美国国会议员有多少律师出身? 多少个学法律的? 美国律师在美国社会当中是一个不可或缺的因素。

我经常跟学生讲,英文有个词 lobby,这个词本来的原意是酒店大堂的意思,在美国 lobby 这个词就变成了在国会大堂里游说国会议员,通过某利益集团的这么一个动词了。比如说我 lobby 谁去了,就说我通过一个法律劝说谁去了,这个法律是背后付我钱的人。在华盛顿,相当多的律师事务所是做 lobby 的,就是指游说国会议员的,比如替某一个利益集团、某一个外国政府通过一项法案,对他有影响,律师事务所就赚大钱。也就是说,我的事务所的客户有可能是国家,有可能是中国、美国政府啊! 美国政府给律师付钱,游说国会把对台关系法取消算了,吧,与中国的关系保持好,你付钱吧,我可以有这个能力啊! 我把国会、参议院、众议院,外事委员会这些老家伙搞定,你就拿钱就完了,我可以用我这种方