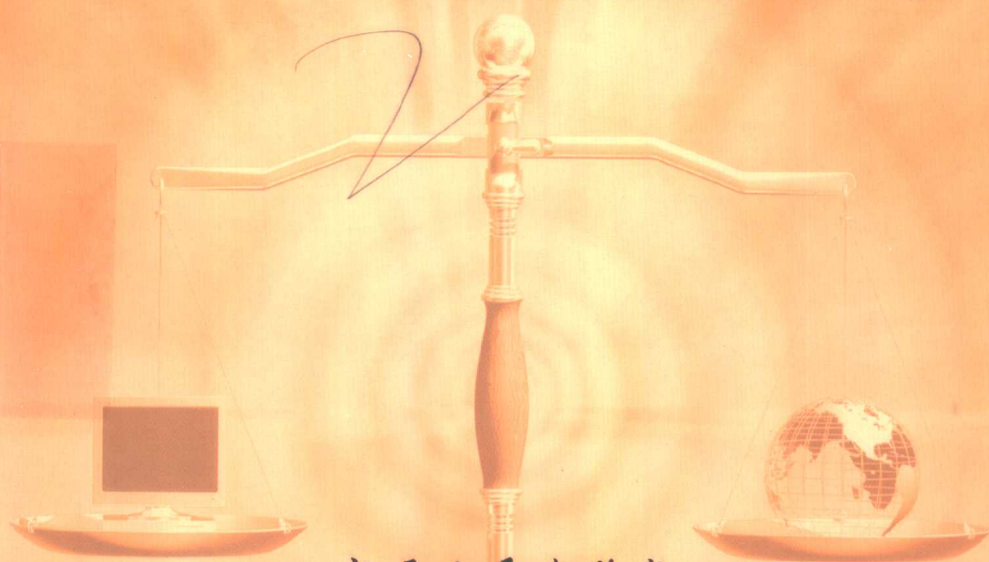


中外 律师 制度

比较研究

华夏英才基金学术文库

◎王国良 黄瑞 肖萍 / 著



江西人民出版社

D916.5

7

华夏英才基金学术文库

中外律师制度 比较研究

◎王国良 黄 瑞 肖 萍/著

北方工业大学图书馆



00542926

江西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中外律师制度比较研究/王国良 黄瑞 肖萍著.
—南昌:江西人民出版社,2003.9
ISBN 7-210-02786-6

I.中... II.王... III.律师制度-对比研究-中国、外国
IV.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 083276 号

中外律师制度比较研究

王国良 黄瑞 肖萍 著

江西人民出版社出版发行

南昌市红星印刷厂印刷 新华书店经销

2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:9

字数:220 千 印数:1-3000 册

ISBN 7-210-02786-6/D·448 定价:18.00 元

江西人民出版社 地址:南昌市新魏路 17 号

邮政编码:330002 传真:8511749 电话:8511534(发行部)

E-mail:jxpsh@163.net

(赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

前 言

律师制度是国家民主与法制建设的一项重要内容。目前,国外律师制度的发展,已呈现律师业务国际化、律师事务所规模化、律师执业专门化的趋势。虽然我国律师制度改革不断深入,律师队伍不断壮大,律师事务所大量涌现。但是,中国的律师业毕竟还处于成长时期,律师制度与西方发达国家的律师制度相比,还存在一些差距。随着现代经济的不断发展,经济全球化日趋明显,中国律师将走向世界,外国律师也将逐步进入中国,所有这一切为律师业纵横驰骋提供了前所未有的发展机遇,并对我国律师制度的生存与发展提出了严峻的挑战。尤其是中国已加入 WTO,法律服务业将逐步融入国际法律服务业,无疑会加快我国律师业的国际化进程。因此,迫切需要了解与法律服务工作有关的 WTO 法律制度,研究入世对律师业的影响,通过对中外律师制度的比较研究,探求当代律师制度的发展规律,建立有中国特色的社会主义律师制度及理论学说,以期具体指导中国的律师实务。

本书从基本原理和制度学的角度,对中外律师制度的历史缘起、基本现状、本质特点和各项具体制度进行了较为深入的比较研究,针对中国律师制度的现状,结合中国加入 WTO 的实际,提出进一步完善《中华人民共和国律师法》的相关建议,对改革律师管理体制,健全中国律师制度,提出了一些新的设想,对法律和法规尚未规范的问题,从理论和实践的结合上做了学术探讨。尽管其中某些问

题研究尚待深入,但这些问题的提出,有利于开阔研究律师制度的视野,加深人们对律师制度的认识,促进我国律师制度的完善。我们真诚地希望呈现一部具有较高水平的有关律师制度研究的专著给广大读者。

本书由江西省社会科学院王国良研究员、深圳职业技术学院黄瑞教授、南昌大学法学院肖萍副教授合作撰写。具体分工为:王国良:第一章、第二章、第五章、第九章;黄瑞:第六章、第八章、第十章;肖萍:第三章、第四章、第七章。全书由王国良统稿并定稿。

本书最终问世,获得华夏英才基金资助,得到江西省委统战部及江西人民出版社的大力支持和帮助,责任编辑翦新民同志为此付出了辛勤劳动。本书撰写过程中,借鉴了一些先哲、同行的思想、观点,参考了一些专家、学者的研究成果,恕不一一列举,在此一并深表谢意。尽管本书的出版经过了一定的酝酿准备,作者尽了很大的努力,但毕竟错失、疏漏难免,祈望业内贤达、读者不吝指正。

王国良

2003年5月于南昌青山湖畔

目 录

第一章 律师制度概述	1
第一节 律师与律师制度	1
一、律师与律师制度的概念与特征	1
二、律师的性质	4
三、律师的任务	6
四、律师的作用	7
第二节 律师制度的沿革	10
一、古代律师制度的形成与演变	10
二、近现代律师制度的发展	13
三、中国律师制度的产生与发展	18
第三节 律师制度的价值	21
一、律师制度的民主价值	21
二、律师制度的效益价值	22
三、律师制度的正义价值	24
第二章 律师资格	28
第一节 国外律师资格的取得	28

一、国外律师资格的取得	28
二、国外取得律师资格的条件	38
第二节 我国律师资格的取得	41
一、我国取得律师资格的方式	41
二、考试取得律师资格	42
三、考核取得律师资格的条件	45
四、统一司法考试	46
第三节 律师资格的保留与取消	47
一、律师资格的保留	47
二、律师资格的取消	48
第三章 律师执业与执业机构	49
第一节 律师执业	49
一、律师资格与律师执业分离	49
二、律师执业证书	51
三、执业律师的种类	54
四、律师执业的限制性规定	56
第二节 律师执业机构	57
一、律师执业机构的名称	57
二、律师执业机构的性质	58
三、我国的律师执业机构——律师事务所	60
四、国外律师执业机构的分类	75
第四章 律师管理体制	79
第一节 外国的律师管理体制概况	79
一、美国的律师管理体制	80
二、其他国家的律师管理体制	83
第二节 中国的律师管理体制	87
一、中国律师管理体制的产生	87
二、两结合律师管理体制的内容	91

第三节 中国律师管理体制的完善	98
一、科学界定“两结合”管理体制的内涵	99
二、进一步转变司法行政机关的管理职能	101
三、加强律师协会的建设,加大律师行业管理的力度	103
第五章 律师的权利与义务	107
第一节 律师的权利	107
一、律师在执业活动中享有的人身权	108
二、律师在履行职务中的执业保障权	112
第二节 律师的义务	121
一、保守秘密的义务	122
二、在同一案件中律师不得为双方当事人担任代理人的义务	122
三、律师不得私自接受委托、收取钱物的义务	123
四、不得以不正当手段影响司法机关的义务	124
五、曾担任法官、检察官的律师,从法院、检察院离任后 2 年内,不得担任诉讼代理人或者辩护人的义务	126
六、律师承担法律援助的义务	127
第六章 律师收费制度	128
第一节 律师收费制度概述	128
一、律师收费的依据	128
二、律师收费原则	130
三、律师服务费的收取与监督	133
第二节 律师收费的标准	137
一、西方国家律师收费标准	137
二、我国现行律师收费标准	141
第三节 中国律师收费制度的完善	147
一、中国现行律师收费体制的弊端	147
二、中国律师收费体制的完善思考	151

第七章 律师与法律援助制度	161
第一节 法律援助制度概述	161
一、法律援助的概念	161
二、法律援助的性质	163
三、法律援助的基本特征	164
四、当代法律援助制度的发展趋势	166
第二节 法律援助的对象及范围	168
一、法律援助的对象	168
二、法律援助的范围	172
第三节 法律援助的组织机构与程序	176
一、法律援助的组织机构	176
二、律师实施法律援助的程序	181
第四节 法律援助基金	185
一、国外及地区的法律援助基金	185
二、我国的法律援助基金	187
第五节 制定《法律援助法》	188
一、法律援助是确保国家司法程序公正的需要	189
二、法律援助是同国际社会接轨、保障人权的需要	189
三、法律援助是提高法律援助过程可操作性的需要	190
第八章 律师职业道德与执业行为规范	192
第一节 律师职业道德	192
一、律师职业道德的概念和特征	192
二、国外律师职业道德基本规范	194
三、中国律师职业道德的要求	195
第二节 律师执业纪律	200
一、国外及一些地区律师执业纪律基本规范	200
二、中国律师执业纪律	203
第三节 律师惩戒处分	208

一、律师惩戒处分概述	208
二、律师惩戒处分的种类	211
三、律师惩戒处分的适用范围	214
四、惩戒机关与惩戒程序	217
第九章 律师及律师事务所的法律责任	223
第一节 律师及律师事务所的行政责任	223
一、律师及律师事务所行政责任的概念和特征	223
二、律师及律师事务所承担行政责任的法律依据	224
三、律师及律师事务所承担行政责任的方式	228
四、律师及律师事务所承担行政责任的救济途径	231
第二节 律师及律师事务所的民事责任	233
一、律师及律师事务所承担民事责任的法律依据	233
二、律师赔偿责任	234
三、律师承担赔偿责任的事项	236
四、律师赔偿责任的落实	239
五、律师赔偿责任的索赔程序	242
第三节 律师的刑事责任	243
一、律师承担刑事责任的概念和特点	243
二、律师承担刑事责任的法律依据	244
第十章 入世与中国律师业	248
第一节 WTO 体制下的多边服务贸易规则	248
一、《服务贸易总协定》的基本原则	248
二、中国开放法律服务市场的具体承诺	252
第二节 WTO 体制下的中国律师业	254
一、入世为中国律师业带来机遇	254
二、中国律师和律师事务所面临的挑战	260
第三节 入世后中国律师业的应对	267
一、健全律师法律服务立法,实现律师业规范化发展	268

二、提高律师整体素质,促进律师专业化分工	270
三、扩大对外交流与合作,积极参与国际竞争	271
四、律师事务所规模化发展与公司化管理	273
主要参考文献	277

第一章 律师制度概述

律师制度是法治建设的重要组成部分,是一国司法民主和进步的重要标志。自从律师职业产生以来,律师对人类社会历史的驱动,对社会秩序的构建,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、巨大的社会价值。在我国,律师已成为我国民主法制建设不可缺少的重要力量。随着现代经济的不断发展,经济全球化日趋明显,中国律师将走向世界,外国律师也将逐步进入中国,所有这一切为律师业纵横驰骋提供了前所未有的发展机遇,并对各国律师制度的生存与发展提出了严峻的挑战。当前,国外律师制度的发展,已呈现律师业务国际化、律师事务所规模化、律师执业专门化的趋势。中国加入 WTO 后,法律服务业将逐步融入国际法律服务业,无疑会加快我国律师业的国际化进程。

第一节 律师与律师制度

1

一、律师与律师制度的概念与特征

(一) 律师的概念与特征

律师是英文“Lawyer”的意译。其本意是指法律家或者从事法律工作的专业人员。古今中外对律师的称呼及其概念的表述,随着时代、国度的变化而变化。在我国古代,“律师”一词原本为佛家语,佛教称熟知戒律,并能向人解说者为“律师”,“能否佛法所作,善能解

说,是名律师”。^①可见,佛家所讲的律师与现代所讲的律师完全不同。我国在长达 2000 多年的封建社会中,出现了不少私下为当事人鸣不平、写诉状、出谋划策的人。这些人被称为“讼师”或“刀笔先生”,他们可谓中国律师的前身或雏形。“律师”一词正式见之于法律,则是 20 世纪初清政府制定的《大清刑事民事诉讼律》。在西方,古希腊雅典法律(公元前六世纪—公元前四世纪),将诉讼中有资格能为当事人代理行使诉讼权的雅典男性公民,称为保护人,并将其定为一项制度,这就是雅典律师的雏形。古罗马受雅典法律的影响,在共和国时期和帝国时期,将知法善辩、精通法律、长于辞令、能说会道并专门从事诉讼代理、辩护的人,初称辩护士,后称律师。他们由法律学者担任,有权取得报酬,违反职守则负法律责任,并受执政官监督。这就是古罗马律师与律师制度的雏形,也是世界各国律师制度的源流。“Lawyer”一词严格地说是美语词汇,而不是英语词汇。在美国,律师通称为“Lawyer”;在英国,则无“Lawyer”一词,而将律师分为两种,即出庭律师(Barrister)和事务律师(Solicitor);在日本,律师被称为“辩护士”,兼职律师则为“客员辩护士”,候补律师作为“辩护士试补”。

近现代一些国家或地区的辞典,对律师概念的解释各有所云。根据欧亚辞典的解释,律师是精通法律,为当事人提供有关法律上的依据并代表出庭的人。美国一般词典解释,律师是维护法治与社会秩序,代表当事人提出诉讼,并代理出庭的辩护人。中国《辞海》解释,律师是接受当事人委托或法院指定,依法协助当事人进行诉讼及处理有关法律事务的专业人员。尽管在不同的国家,对律师的称谓不同,对律师的概念表述也有所区别,但是,律师概念的基本内涵是一致的,即律师是为当事人提供法律服务的专业人员。《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)第 2 条对律师做了如下界定:“律师是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员。”

律师具有以下特征：

1. 律师必须是国家认可的。国家通过授予律师资格、颁发律师执业证来认可律师。任何一个公民，要想成为律师，必须依照法定程序得到国家的认可。

2. 律师是为社会提供服务的法律工作者，其服务对象十分广泛。任何一个机关、团体、企事业单位和公民，只要委托律师，律师都可以为其提供服务。

3. 律师的业务活动是服务性的，不具有国家强制性。

（二）律师制度的概念与特征

律师制度是指国家法律确认的有关律师的制度体系，具体包括律师的性质、任务、组织和资格、业务范围、管理体制、律师的权利与义务、活动原则以及如何向社会提供法律服务的各项规章制度的总称。律师制度由国家的政治制度决定，属于国家上层建筑的范畴。不同政治制度的国家，其律师制度的性质不同。但作为一项重要的法律制度，各国律师制度都具有以下共同特征：

1. 律师制度以国家法律的确认为其存在的前提。律师的主要职责是向社会提供法律服务，但是否需要和允许提供法律服务，如何提供法律服务，直接关系到国家和社会的利益，关系到统治秩序的稳定，必须由国家来决定，由法律来确认。没有法律的确认，律师提供法律服务就没有合法的地位；没有法律的保障，律师制度就不可能存在。当前，社会主义市场经济的建立，离不开律师提供的高水平的法律和服务，因此建立一个适应社会主义市场经济体制和国际交往需要的发达的律师制度势在必行。

2. 律师制度以维护国家的司法制度和保障人权为宗旨。现代社会，司法制度是一国法律制度的重要内容，它代表国家和社会在司法领域的意志和利益。律师制度作为司法制度的重要组成部分，是按照司法制度的要求建立起来并为之服务的。而律师参与司法的主要目的，在于维护当事人的合法权益，协助国家司法机关客观、

公正地实现其司法职能。

3. 律师制度以提供法律服务为核心内容。律师与法官、检察官一样,都是国家司法体系的重要组成部分,都是维护国家和社会根本利益的法律从业人员。但他们各自的任务和工作方式、工作角度却有很大的差别。法官、检察官代表国家行使司法权,担负着审判、检察等国家职能。而律师的职责是以接受委托为前提,用自己的法律知识和法律技能为委托人提供法律服务,协助司法机关和行政机关正确实施法律,促进司法民主化、行政民主化,维护委托人的合法权益,他们既不代表国家机关,也不行使国家权力。当今社会,由于社会政治、经济活动复杂,立法纷繁众多,一般人无法通晓法律,因此,处理法律事务就必须有律师参与,以至于离开律师,国家、社会生活就无法运转的地步。律师的业务活动犹如医生,已成为社会生活不可缺少的重要组成部分。

二、律师的性质

律师的性质,通常是指律师职业的性质,是国家法律规定的律师职业的本质属性。律师是自由职业者,这是国外对律师性质的普遍认识。我国对律师性质的认识,经历了一个曲折的过程。1980年8月颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》第1条把律师定性为“国家的法律工作者”,即国家干部,他们占国家编制,经费由国家拨付。这种界定尽管与律师所从事的职业不相称,与国际通行的对律师性质的认识相悖,但在当时的情况下,不仅有助于恢复律师制度,壮大律师队伍,而且可以抵抗封建观念的历史惯性作用,提高律师的社会地位,并且确立了律师与法官、检察官同等的法律地位,使律师具有较大的法律权威性,成为一支不可缺少的司法权力制约力量,有利于保护公民、法人和其他组织的合法权益。

随着改革开放的不断深入,特别是市场经济体制的确立和发展,自20世纪80年代中期以来,律师制度也开始改革,一些律师辞去公职,做了不占国家编制、不要国家经费的合作制律师,甚至在经

济发达的地区出现了个人律师事务所,他们自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束。在这种情况下,对律师的性质重新界定十分必要。

我国已经成为世界贸易组织的成员,在走向世界的大潮中,我国律师将以维护当事人利益为主旨走向世界,同时也面临着外国律师涌入国门的挑战,律师以国家法律工作者的身份参与世界性的竞争,显然不符合国际惯例,而且将严重影响律师作用的发挥。因为,国外投资者认为“律师如果是国家的法律工作者,当然要为国家服务,如果当事人委托律师办理法律事务,律师能维护当事人的合法权益吗?”因此,《律师法》把律师的性质界定为“依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的职业人员”,不仅符合国情,也符合我国走向世界的总趋势。

具体而言,律师的性质可以界定为以下三个方面:

(一)社会性

律师的社会性,是指律师作为一种职业,是一种社会性的、开放式的职业,它不仅为某一行业或某一阶层提供服务,而且是面向全社会开放的、有选择的、全方位的法律服务职业,其活动范围不受地区、行业的限制,具有广泛的社会关系。表现在:

1. 服务对象的社会性。即律师的服务对象,涉及社会中各行各业的公民、法人、社会团体,其中既包括国内当事人,也包括国外当事人;既包括政府,也包括一般社会组织和公民,而不是社会的某一部分;

2. 服务领域的社会性。世界各国的律师制度,大都规定律师是面向社会提供法律服务,这就界定了律师服务领域的社会性。有的国家的律师制度还规定律师必须无条件接受委托人的委托,甚至规定必须依照来所申请的先后顺序提供服务。我国《律师法》规定的律师服务领域是覆盖全社会的,没有领域的限制,没有禁区的设置,经济、行政、民事、商事、海事、科技、军事、文化等领域,哪里需要就

服务到哪里。

(二)专业性

为公民、法人或其他组织提供法律服务是律师工作的专业属性。其专业性表现在：

1. 服务内容专业性。即律师为公民、组织所提供的服务，是法律专业的内容，而不是其他专业的内容。

2. 服务技能和方式的专业性。即律师以法律专业上的辩护、代理、顾问、咨询、代书、调解等独特技能和方式服务于需要法律帮助的人，而不是采用其他专业上的技能和方式。

(三)资证性和执业性

资证性和执业性是指作为律师必备资格条件的执证性，即律师必须经过国家统一考核，被有关机关授予律师资格，并依法取得律师执业证书。在此，依法取得律师执业证书是作为律师的首要的、必备的条件，而取得律师执业证书的前提则是取得律师资格。

三、律师的任务

律师的性质决定了律师的任务。我国《律师法》第1条规定：“为完善律师制度，保障律师依法执行业务，规范律师的行为，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用，制定本法。”该条不仅确立了律师法的立法目的，也明确了律师的工作任务。

(一)维护当事人的合法权益

维护当事人的合法权益是律师工作的核心内容。根据《律师法》第26条、27条和第28条的规定，律师担任法律顾问，应当为聘请人就有关法律问题提供意见，草拟、审查法律文书，代理参加诉讼、调解或者仲裁活动，办理聘请人委托的其他法律事务，维护聘请人的合法权益。在刑事诉讼活动中，律师可以担任辩护人，帮助犯罪嫌疑人或被告人行使辩护权，依据事实和法律提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，使