

“法治浙江”丛书

主 编 周鹤鸣 张炳生

法律服务与 法治浙江

赵意奋 著



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

法律服务与法治浙江

赵意奋 著



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律服务与法治浙江 / 赵意奋著. —杭州: 浙江工商大学出版社, 2016. 1(2017. 3 重印)

(法治浙江丛书)

ISBN 978-7-5178-1452-8

I. ①法… II. ①赵… III. ①社会主义法制—建设—浙江省 IV. ①D927.55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 300674 号

法律服务与法治浙江

赵意奋 著

出品人 鲍观明

责任编辑 王黎明

封面设计 许寅华

责任印制 包建辉

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路 198 号 邮政编码 310012)

(E-mail: zjgsupress@163. com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话: 0571-88904980, 88831806(传真)

排版 杭州朝曦图文设计有限公司

印刷 虎彩印艺股份有限公司

开本 880mm×1230mm 1/32

印张 5

字数 135 千

版次 2016 年 1 月第 1 版 2017 年 3 月第 2 次印刷

书号 ISBN 978-7-5178-1452-8

定价 28.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88904970

《“法治浙江”丛书》编委会

主 任:郑新浦 浙江省社科联党组书记

沈满洪 宁波大学校长、教授

副主任(主编):周鹤鸣 浙江省社科联副巡视员

张炳生 宁波大学法学院院长、教授

成 员:郁兴超 浙江省社科联科普处处长

张真柱 宁波大学人文社科处处长、研究员

何永红 宁波大学教授

蒲一苇 宁波大学教授

钊晓东 宁波大学教授

蔡先凤 宁波大学教授

李 娜 宁波大学副教授

朱全宝 宁波大学副教授

尹 力 宁波大学副教授

赵意奋 宁波大学副教授

何跃军 宁波大学副教授

汪 丹 宁波大学讲师

封红梅 宁波大学讲师

徐 伟 宁波大学讲师

曹可亮 温州大学讲师

序 言

党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干问题的决定》明确提出全面推进依法治国的总目标，即建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。习近平总书记指出：“提出这个总目标，既明确了全面推进依法治国的性质和方向，又突出了全面推进依法治国的工作重点和总抓手。”法治成为政府治理、国家治理、社会治理的根本手段，同时法治又是人类共同追求的崇高理想目标。

中外历史经验表明，在国家法治建设的进程中，难免会遭遇种种困难，理论的争锋、观念的冲突、旧制度的阻挡，以及利益的再分配，都会使法治建设的推进不是一条坦途大道。推行法治者不但需要义无反顾的壮烈情怀，还需要一往无前的探索勇气。

苏力教授在《法治及其本土资源》一书中说：“真正能得到有效贯彻执行的法律恰恰是那些与通行的习惯、惯例相一致或相近的规定。”确实，实现法治的基本要求便是法律的有效执行，要使其融入民众的生活，就必须充分利用本土资源。这便是说，法治之路离不开地方性的探索与实践。

浙江是改革开放的先行者和排头兵，是中国经济社会发展最具有活力的省份之一，而且在法治建设方面浙江也一直敢立潮头，勇于实践。

2003年8月起，在时任省委书记习近平的推动下，浙江省实行领导干部下访制度，变群众上访为领导下访，成为“法治浙江”建设的重要载体。2005年，省委十一届九次全会，通过《中共浙江省委关于制定浙江省国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》，明确提出要“以推进‘法治浙江’建设为载体，努力建设民主健全、

法治完备、公共权力运行规范、公民权利切实保障的法治社会”。2006年,省委十一届十次全体(扩大)会议,又审议通过《中共浙江省委关于建设“法治浙江”的决定》。会议指出,省委提出并推进“法治浙江”建设,是根据中央的决策部署,对浙江现代化建设总体布局的进一步完善。2014年12月4日,省委十三届六次全会通过了《关于全面深化法治浙江建设的决定》,浙江进入了法治建设的快车道。

自习近平同志在浙江省提出“法治建设”决策近10年来,全省各地、各部门扎实推进“法治浙江”建设,依法执政水平明显提高,科学立法、严格执法、公正司法、全民守法等各方面均取得显著成效,走出了一条经济发达地区法治先行先试的新路子。今天,站在新的历史起点上,面对新的形势任务,浙江人民在浙江省委的领导下,乘势而上,浙江省委就全面深化“法治浙江”建设做出新的部署,明确了“路线图”,确定了“时间表”,全面推进“法治浙江”建设正向纵深发展。

宁波大学法学院的老师们受浙江省社会科学界联合会的委托,着手撰写“‘法治浙江’丛书”,旨在探寻“法治浙江”建设的曲折历程,展示“法治浙江”建设的丰富内容,揭示“法治浙江”建设的基本规律,总结“法治浙江”建设的成功经验与发展障碍,谋划“法治浙江”建设的新思路、新方案、新路径。

经过近一年酝酿策划、调研讨论和分工撰写,代表这一研究成果的十一个课题成果以丛书形式呈献给读者。相信这套丛书的出版,能让全国乃至世界了解“法治浙江”建设成果,同时也希望能够引起浙江乃至全国法学界、法律界人士总结“法治浙江”的经验,思考“法治浙江”的未来趋势,与我们一起共同把这—个课题做得更好、更深。

是为序。

沈满洪

2015年11月5日

注:作者为宁波大学校长

目 录

第一章 律师和法律服务概述	001
第一节 律师及分类	001
第二节 法律服务介绍:从纠纷解决到全方位法律服务	003
第三节 律师及服务在法治建设中的作用	006
第二章 浙江法律服务业发展总体概述	012
第一节 浙江法律服务发展的背景以及现状	012
第二节 浙江法律服务取得的成就	019
第三节 浙江律师的精神面貌建设	023
第三章 律师服务与浙江企业	027
第一节 企业发展的法治背景	027
第二节 法律服务进企业案例分析	040
第四章 法律服务与浙江村居(社区)	052
第一节 浙江村居(社区)发展现状	053
第二节 浙江村居(社区)建设存在问题	056
第三节 律师进村居(社区)法律服务	060
第五章 法律服务与浙江百姓生活	077
第一节 法律服务业的发展对法治建设的影响	077
第二节 浙江百姓生活对法律服务的需要与实现	083

第一章 律师和法律服务概述

第一节 律师及分类

在我国古代,“律师”一词本是佛家用语,“能否佛法所作,善能解说,是名律师”^①,是指那些熟知戒律并能向他人解说之人。同时也有将“律师”作为道家修行的品号的。“道家修行有三号,其一曰法师,其二曰威仪师,其三曰律师。”^②可见,古代“律师”含义与当前所称之律师含义并不相同。我国在1910年的《大清刑事民事诉讼法》中首次出现“律师”一词,一直沿用至今。而目前,我国理论界对律师的概念一直众说纷纭,有“协助说”^③“有偿服务说”^④“执业证书说”^⑤,目前最为全面的观点是:律师是指依法取得执业证书,

① 张耕:《中国律师制度研究》,法律出版社1998年版,第2页。

② 同上,第1页。

③ 该说强调了律师是协助当事人进行诉讼或处理其他法律事务。参见茅彭年、李必达:《中国律师制度研究》,法律出版社1992年版,第6页。《法学词典》,上海辞书出版社1980年版,第519页。

④ 该说强调律师法律服务的有偿性,其合理性在于强调律师取得资格和业务范围的法定性,缺陷是把《律师法》规定的免费提供法律服务或法律援助律师排除在外。可见于徐静村:《律师学》,四川人民出版社1995版,第3页。陈卫东、王家福:《中国律师学》,中国人民大学出版社1990年版,第54—56页。

⑤ 该说强调律师是依法取得执业证书的法律工作者,说明以律师名义向社会提供法律服务的必须经有关机关批准。可见于陶髦等:《律师制度比较研究》,中国政法大学出版社1995年版,第34页。青锋:《中国律师制度论纲》,中国法制出版社1997年版,第138页。章武生:《中国律师制度研究》,中国法制出版社1999年版,第33页。

为社会提供法律服务,以保护当事人合法权益,维护社会正义,促进法制完善为使命的法律工作者。^①而根据我国现行《律师法》第二条规定:“本法所称律师,是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。”其具有以下特征:

1. 律师是国家许可从事的一项专门性职业,属于一国法律制度的有机组成部分。如果不符合法律规定或者没有经过国家授权的有关机关的许可,不得以律师名义进行活动。

2. 律师任职资格的特定性。律师需要由国家依法进行考核授予资格,并发给律师执业证书,只有依法取得律师执业证书的人员,才能成为律师。

3. 律师进行业务活动的前提,必须是由当事人的委托和聘请或者人民法院的指定。

4. 律师的任务是维护当事人的合法权益,通过为当事人提供法律服务维护当事人的利益,从而维护国家法律的正确实施。

我国在不同时期对律师都有不同的分类。民国时期,律师分为大律师和小律师,大律师为出庭律师,小律师为撰状律师。新中国建立律师制度以后,统称律师,但按照不同的划分标准,可以把律师做出不同的分类,比如按照工作性质划分,律师可分为专职律师与兼职律师;按照业务范围划分,律师可分为民事律师、刑事律师和行政律师;按照服务对象和工作身份,可以分为社会律师、公司律师和公职律师等等。此外,随着社会分工的细化,律师的种类也更加多种多样,比如在民商事领域,就出现了经济律师、税务律师等等。根据我国现行《律师法》对律师的分类主要是专职律师和兼职律师两种。

专职律师,是指依法取得律师执业证书,不从事其他职业,而专门从事律师工作的人员。专职律师是我国律师队伍的主力军。

兼职律师,是指依法取得律师执业证书,在不脱离本职工作的

^① 章武生:《中国律师制度研究》,中国法制出版社1999年版,第33页。

同时,兼做律师工作的人员。^① 根据《律师法》第十一条规定:“公务员不得兼任执业律师。”这一规定说明:国家一方面对兼职律师加以承认和肯定;另一方面对兼职律师加以必要的限制和控制,特别规定了某些人员不得兼做律师。第二款规定了“律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的,任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。”第十二条规定:“高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员,符合本法第五条规定条件的,经所在单位同意,依照本法第六条规定的程序,可以申请兼职律师执业。”根据这一规定,可以从事兼职律师工作的就主要是法律院校的教学人员和法学研究部门的研究人员。这既符合国家的法律规定,也符合世界上大多数国家的通行做法。

第二节 法律服务介绍:从纠纷解决到全方位法律服务

法律服务,从广义上看,是指法律执业人员凭借其专业知识和技能,为当事人提供有偿法律帮助的活动。^② 根据世界贸易组织(WTO)的《服务贸易总协定》规定,法律服务是商业服务中的专业服务,同时也主要限于律师提供的法律服务,而在我国目前的法律体系中,我国的法律服务从主体上划分,可以分为律师法律服务、公证、基层法律服务、法律援助、人民调解等,但律师法律服务是法律服务的主体部分,本书所指的法律服务也是指律师提供的法律服务。

我国的现代律师制度是在清末伴随帝国主义的炮舰逐渐引进的,新中国成立后,20世纪50年代我国律师制度建立之初,律师的法律服务包括辩护、代理、提供法律咨询和代写诉状,1954年宪法

① 程荣斌:《中国律师制度原理》,中国人民大学出版社1998年版,第3页。

② 冉井富:《中国法治30年》,社会科学文献出版社2008年版,第218页。

的“被告人有权获得辩护”规定为新中国的律师制度提供了宪法依据,同年《人民法院组织法》也做了类似的规定。1954—1957年,全国19个省、自治区、直辖市相继成立了律师协会,律师机构800多个,专职律师2500多人,兼职律师300多人。^①这一阶段,律师的法律服务更多停留在已经发生的纠纷的解决。“文化大革命”十年,律师制度也中断了十年,直到80年代,律师制度才逐渐恢复,1980年通过的《律师暂行条例》较为全面地规定了律师制度,规定了律师的法律服务除包括辩护、代理、提供法律咨询和代写诉状外,还增加了律师可以接受国家机关、企事业单位、社会团体的聘请,担任法律顾问;律师可以接受非诉讼案件当事人的委托,提供法律帮助,或者担任代理人,参加调解、仲裁活动。1997年出台的新中国第一部《律师法》为我国的律师生存和发展提供了平台,律师的法律服务也逐渐成为社会发展的重要力量。

其后,随着我国经济建设的逐渐发展,民主法制建设日益健全,律师的业务领域也得到了极大的扩展,具体表现在:首先,在业务范围上的重大变化。如在刑事辩护领域,《刑事诉讼法》修改以前,律师只能在法院开庭前7天接受被告人的委托或法院的指定担任辩护人,在短暂的时间内进行会见被告人、查阅案卷材料、收集必要的证据材料。1996年《刑事诉讼法》修改之后,律师在侦查阶段即可接受犯罪嫌疑人的聘请为其提供法律咨询,代理申诉、控告,申请取保候审;审查起诉阶段即可查阅案件的诉讼文书和技术性鉴定材料。律师在刑事诉讼中的活动空间大大拓展。其次,国家立法活动的发展,为律师提供了新的业务领域。如1989年《中华人民共和国行政诉讼法》的颁布,使得律师可以作为行政案件当事人的代理人,参与行政诉讼活动。律师通过充当代理人,可以起到监督和促进行政机关依法行政的作用。再者,非诉讼法律服务领域不断拓宽,律师的业务活动与社会经济生活的联系更加密切。

^① 刘金华、俞兆平:《公证与律师制度》,厦门大学出版社2007年版,第184页。

在许多新兴的经济领域,如知识产权、金融、投资、贸易、证券、房地产、保险、科技、海商海事等,律师的法律服务在其中起着越来越重要的作用。从我国当前的《律师法》规定,也即2007年修订的《律师法》第二十八条的规定来看,我国目前的律师法律服务的范围主要包括以下七个方面:

- (1)接受自然人、法人或者其他组织的委托,担任法律顾问;
- (2)接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;
- (3)接受刑事案件犯罪嫌疑人的委托,为其提供法律咨询,代理申诉、控告,为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;
- (4)接受委托,代理各类诉讼案件的申诉;
- (5)接受委托,参加调解、仲裁活动;
- (6)接受委托,提供非诉讼法律服务;
- (7)解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。

而这几个方面已经不仅仅只是公民、法人在民事、刑事、行政事务上的纠纷解决,更是可以对各类诉讼、非诉讼案件的法律意见和建议的提供,为个人或企业提供法律咨询,避免法律风险的发生,推动社会法治化的进程。在我国社会主义市场经济条件下,通常来说,除了法律规定的当事人必须亲自行为的民事法律行为、受经济法或者行政法调整的当事人的行为等,当事人都可以委托律师进行。例如:关于股票发行和公司的有关事务,委托律师出具法律意见书;代理办理各种权利的转让、登记等。

从20世纪50年代律师制度初步建立到2007年《律师法》关于律师法律服务范围的确定,已经能够看出:我国律师的法律服务已经从律师制度建立之初单纯的纠纷解决,扩展到如今的全方位法律服务,不仅包括单纯的诉讼纠纷,还涉及事前的法律咨询,纠纷

发生时的代理,以及非诉讼业务,等等。可以说,如今律师的法律服务已经融入社会生活的方方面面,融入人民生活的各个角落,律师的法律服务已经在我国现阶段的社会生活中发挥着越来越重要的作用。

第三节 律师及服务在法治建设中的作用

法治是“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。^①而律师及其服务就是以法律为中心,律师的法律服务目的,就是为了正确实施法律,维护当事人的合法权益,促进社会公平正义。因此,律师及其法律服务能够对我国的法治建设产生不可忽视的积极作用。

一、维护公民合法权益,创设良性法治环境

法律是统治阶级的意志体现,是政治权力垄断者的书面表达。法律虽然被制定,但指向却有多种可能性,对被法律管制下的人民,一般也只能是法律迷宫的迷路者。法律是一门具有极强专业性的社会科学,法律语言具有专业性,法律术语大量的运用让法律条文也变得晦涩难懂,这对于普通民众而言无疑是一种困难。而律师及其服务恰好能为人民提供法律解释,让法律能够融入人们的生活,不至于沦为异邦语言而为人们所忽视。律师不似立法者、司法者,他不是国家机器的一部分,它本身就是社会职业,在精通法律的人群中,律师是最能够代表人民为其解答法律问题,因为这是他们的职业,也是他们的生存之道。众所周知,律师职业是一种现代国家专门设置的制度设计。国家并不是故意为政治权力树立一个对立面,而是为了政治权力更规范地运行,以完成政治治理的任务而已。因此,律师在国家政治层面上具有重要意义。对于社

① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆 1981 年版,第 167—168 页。

会而言亦是如此。律师以其社会性特质,从而成为社会中的法律代表。因此,律师职业联系国家和社会,是国家和社会的黏合剂及不可或缺的补强性因素。从这种意义上来说,律师是法律的布道者,律师服务就是律师布道的过程,通过律师及其法律服务能让公民对法律有所认知,能够遵守法律,这也是法治建设的前提。

此外,律师不仅只是法律的宣讲人,更重要的是律师能通过自己的法律专业知识协助公民正确行使法律权利,为公民构建权利保护堡垒。由于法律纷繁复杂,体系庞大多样,往往让公民在行使权利时手足无措,难以抉择,甚至连民事或者刑事都不清楚。公民在实现法律权利时,其实权利的实现途径往往具有多样选择性的,比如在对物的处分,可以出售转让,可以赠予,也可以抛弃,甚至将其消灭;再比如公交车急刹车导致的人身损害,可以选择违约之诉,也可以选择侵权之诉。在这些权利的实现过程中,究竟哪种实现方式最有利于主体自身,公民往往不知所措,无从下手,而律师作为社会上的法律精英,就能够为当事人提供最符合其利益和要求的选项,协助当事人正确行使其权利,甚至在必要时候,直接充当公民的代理人,代理公民行使权利。比如律师可以代理合同谈判和签约法律事务,代理专利、商标法律事务,代理企业设立、变更法律事务,等等。对公民而言,律师的作用尤其在其身陷囹圄、人身自由受到限制时更加昭显,此时,公民最能够信任和依靠的也就是以维护当事人利益为天职,并且具有极强法律专业能力的律师,相比于法官检察官,律师这一身份很明显的属于当事人一方,能够让当事人自然而然地视为“自己人”,而法官和检察官则往往让人无法厘清是敌是友。应该说,“自古罗马始,律师就与救治法律权利的主要途径——诉讼,相伴相随,代理当事人出席法庭审判,发表辩论,是律师的主要业务。”^①在现代社会,律师在诉讼中的作用更加深远和不可或缺,我国《律师法》第二十五条就规定了律师可

① 谢佑平:《社会秩序与法律职业——律师角色的社会定位》,法律出版社1998年版,第20页。

以“接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请,为其提供法律咨询,代理申诉、控告;申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;代理各类诉讼案件的申诉”。司法实践证明,我国律师对于社会主体享有、行使和维护自己的合法权利,对于促进国家机关依法行为,减少违法行为,化解社会冲突与纠纷,促进社会主义法制建设,创设良性的法治环境发挥着重要意义。对此,《律师法》第一条规定,即“发挥律师在社会主义法制建设中的作用”。第二条规定:“律师应当维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。”

二、参与法律动态运行,维护社会稳定发展

法治秩序的构建,离不开法律的动态运行。法律的动态运行,表现在法律的制定和实施上,也即立法、司法、守法三方面。而律师作为法律共同体的重要组成部分,律师及其服务都对法治秩序的构建和稳固具有重要作用。

首先,在立法上。律师虽然不是立法者,不能直接参与法律的制定,但是却能对法的制定产生积极的影响。律师是法律的精通者,他们能发现法律在实务中实施时产生的具体问题,而同时他们的服务对象是社会中不同利益的主体,他们能了解社会各主体的利益所在,更能反映人民的意愿和心声。因此律师能够更加针对现行法律的缺陷,有针对性提出立法建议,参与制定法律法规也能更好地协调各利益主体之间的关系。而在我国当前的兼职律师中,有许多从事法学教育和研究的人员,他们能结合理论和实务,为立法提出更具科学性的立法建议和意见,使得法律不断得到完善。

其次,在司法上。律师可以把国家权力止步于一定边界,保证人民权利行使的安全空间。作为法律共同体的重要成员,他成功解除了政治权力对法律意义解释的垄断地位,从而使法律的解释

具有了人民或者民间性质的成分,这是一种从职业权力转化到人民权利的过程。“由相对独立的职业团体所操纵的专门机构对法律的解释,这种解释浸透了自己的论证技巧,保证了其权力受到法律限制的那些人并不能最终决定法律的意义。”^①这也表明,在当代社会,法律并不只是专制统治的工具,它逐渐成为调整社会关系的重要规则和手段。在司法和行政机关等国家公权力机关面前,普通民众就显得弱小,尤其法律规则日益膨胀,日趋专业化和复杂化,普通公民就更加危若累卵。此时,精通法律规范的律师就能够利用其法律知识,为公民提供法律建议,代理公民参加诉讼,这也反向促进了司法机关正确运用和实施法律。同时对司法机关的不适当行为提出司法建议,甚至可以控告和申诉,监督司法。

最后是守法。律师参与法律的动态运行,参与的守法并不只是律师自己遵守法律,还要求律师在提供法律服务过程中向当事人正确解释、宣传法律,不曲解法律,把法律作为自己的职业和行为准则,引导自己和公民的行为。

总之,律师是社会民主进步的重要阶梯。“律师及其服务是国家或政治体对权力的真正反思而让渡部分权力的结果,是权衡权力不能自我协调的天生缺点后的一种政治安排。”^②因此,律师及其服务是法治的构成部分,也深刻地影响着法治的深度与广度,保障国家法律的正确实施是律师的重要任务,也是律师执业活动的基本原则。律师的这几个方面是互相联系的,它们是有内在的统一性的,它们都能对法治建设产生重要的积极影响。

三、参与社会经济生活,维护经济安全发展

市场经济在一定意义上就是法治经济。律师制度是建立在一定的经济基础之上的法律制度,必然得为巩固和发展经济基础服

① [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,凤凰出版集团、译林出版社2008年版,第57页。

② 宋远升:《律师论》,中国政法大学出版社2014年版,第36—37页。