

律师制度的改革和完善 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

[https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_BE_8B_](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_88_B6_E5_c122_479307.htm)

[E5_B8_88_E5_88_B6_E5_c122_479307.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_88_B6_E5_c122_479307.htm) 作者：董少谋 律师制度作为现代司法制度的重要组成部分，在市场经济中伴演着愈来愈重要的角色。律师的介入使冲突得以按照法律规定和平地解决，从而避免了混乱，维护了市场经济所需要的秩序。因此，建立与完善现代化的律师制度对于社会主义市场经济的建立具有重要意义。1996年颁布的《律师法》尽管被称之为“律师制度发展史上的里程碑”，然而其“先天不足”亦十分明显。因此，我国应依照WTO的规则，借鉴国外发达国家律师制度的成功经验对现行的律师法进行修改和完善。

一、律师资格取得制度之完善 “律师是专业性很强的职业。律师的服务质量与当事人的利益密切相关。因此，律师必须具备良好的业务素质和职业道德。为了保证律师队伍的整体水平，许多国家都建立了严格的制度，以确保进入律师行业人员的基本素质”。律师作用得以发挥，则是以其较高的基本素质为前提的。为了提高我国律师队伍的整体素质，必须建立完善的律师资格取得制度。在我国，取得律师资格有两个途径，即考试和考核。而参加考试是取得律师资格的主要方式。参加考试的人应符合法定的学历条件，通过考试后还要实习一年，并符合有关品行要求，才授予律师执业证书。司法部自1986年开始在全国组织统一的律师资格考试以来，至今已经进行了12次全国统考，考试的命题已逐步走向成熟，可以较全面地考查应考人员对专业知识的掌握和应用能力，取得了良好的效果，使我国律师队伍在保证质量的基础

上得到了迅速的发展。随着“法律共同体”的建立，在学历的要求上由大专上升为本科，更趋于合理，但在业务实习以及品行考察方面，执行不力，明显不适应我国社会主义市场经济条件下的司法现代化对律师素质的要求。

（一）业务实习制度 由于律师工作较强的实务性和操作性，因而在各国，经过实务学习即业务实习，也是从事律师职业的一个重要条件。从各国关于业务实习的具体规定来看有以下几个共同点：一是实习是正式从事律师职业的一个前提条件；二是实习的内容有具体的规定，经过实习所要达到的目标有具体的要求；三是实习的期限有明确的规定；四是实习的管理机构一般为律师协会。但我国的律师实习制度实际所起的作用极为有限。虽然《律师法》规定了通过律师资格考试者必须在律师事务所实习一年方能获得律师执业证书，但由于缺乏严格的管理，在制度上很不完善，许多律师并没有认真的实习，结果是许多人在取得律师执业证书后，仍不能胜任律师工作。所以，应严格规定实习制度，明确实习的内容，建立实习申报制度及考核的标准，防止律师事务所乱开实习证明，以健全我国律师实习制度。

（二）品行考察 律师在西方广受尊敬的一个重要原因是向来被认为是与纯属谋生手段的营利性职业截然不同，律师承担着维护公民的合法权益、维护国家法律正确实施的神圣使命，同时为了维护律师队伍的纯洁性、维护律师业的声誉，律师也受到更严格的道德要求。因此，西方国家一般都对申请取得律师资格者的品行提出了较高的要求，比如英国要求申请者必须“性格良好”、美国要求申请者“人格高尚”、德国要求申请者“品格良好”、意大利则要求申请律师资格者必须达到“人品高尚，堪称楷模”

。我国《律师法》也规定，申请律师执业证书者应“品行良好”，但这一规定同样由于缺乏配套的考评程序而流于形式，并未起到从道德素质方面对律师资格授予进行把关的作用。我们认为，可考虑将品行考察与实习制度联系起来，规定在申请律师执业证书者的实习档案中，必须包括一定数量（3名以上）的资深律师出具的关于申请者品行的书面证明，以此作为主管单位考察其品行的主要依据。同时可借鉴国外的有益经验，将已通过初步考评、准备授予律师执业证书人员的名单在有关报刊上公布，社会公众可在一定期限内提出异议。对有关异议，经过调查属实并确属不适合从事律师工作的，不授予律师执业证书。

（三）取消考核授予律师资格制度 考核作为考试的补充，明确规定于《律师法》中，即具有高等院校法学本科以上学历，从事法律研究、教学等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平，经考核，可授予律师资格。国务院在提请全国人大常委会审计时的说明中指出“将考核作为考试制度的补充，国外也有类似做法，鉴于草案规定的以上几类人员具有较高文化水平并长期从事法律工作，已经具备较高的法律业务素质，经考核合格，并经批准，对他们授予律师资格，是适当的、可行的”。学界也认为该规定的理由“还是很充分的”。从国外来看，除我国台湾地区有考核之外，其他国家和地区均无免试特批之规定。既然以上人员已经具备较高的法律业务素质，那么，为何不可以公平参加考试呢？而事实上由于符合以上条件的法官、检察官很难通过律师资格考试，因而才需开一个不大的“小口”，保留考核授予律师资格规定。面对这一“不公平、不合理”的规定，在审议时有些常委和部门提出了强烈的不同

意见，要求取消考核规定。而最终保留该项规定的理由是“如取消考核制度，与中国国情不符，不利于充分发挥这部分人的作用，对律师队伍的发展并没有好处”。实际上如取消考核规定，必然断了有些人员的财路，触及部分以上人员发挥余威，对律师队伍建设与发展并无坏处。而且，从长远看，随着社会主义市场经济的建立，公平、公正的司法现代化理念形成，对于完善律师制度也有好处。

二、律师执业权利之完善

律师的权利，是律师依法独立执业的基本保障，为律师制度之根本。为了使律师的作用得以充分发挥，世界各国的立法除了明确规定律师资格取得制度以保证律师的较高业务素质外，还必须赋予律师在国际上通行的正当而充分的执业权利。从积极的方面看，律师只有享有法律赋予的必要的执业权利，才有对抗公权力的起码的资源，其“保护人权、实现社会正义”的职业使命才有实现的可能。从消极的方面看，如果没有法定执业权利的保障，律师将难免处于公权力的附庸地位。而律师的独立地位得不到确立，其他诸如提高律师素质、加强职业道德建设的努力都将难以奏效。因为，趋利避害乃人之天性，律师取得资格时的业务素质再高，道德品质再高尚，如果没有法定权利的保障，他们为了自身利益，可能也不得不采取某些非正当途径来谋求职业的发展。在我国公权力向来极为强大的背景下，通过法律明确赋予律师应有的执业权利更显得必要。从这个意义上，可以说，加强律师执业权利的保障是确立我国律师独立地位，发展我国律师事业的关键环节。在我国现行的司法体制中，律师在许多方面都处于相当不利的地位。一方面，律师作为委托人利益的代表，经常不可避免地要与法官、检察官处于对立和抗

争的地位；另一方面，律师却缺乏与后者抗争的资源，结果不仅难以凭自己的努力确保审理结果的公正，还常常成为权力者打击报复的对象。这种状况尤其反映在控辩双方力量不均衡的刑事诉讼中。1996年《刑事诉讼法》修订颁布时，受到了包括律师在内的社会各界的广泛欢迎，人们希望它在被告权利的保护以及律师辩护职能强化方面有实质性的突破。但该法实施一年后，人们发现，不对称的权利和义务设计，使得“律师在刑事诉讼中的作用实际上是下降了”。刑事辩护不仅障碍越来越多，风险也越来越大，律师一不小心就可能被以伪证罪、妨害作证罪等罪名逮捕和判刑。这样的执业环境，律师自身尚且难保，又怎能希望辩护职能得以充分发挥，当事人合法权益得到有效保护呢？。现行刑诉法在律师的阅卷权、取证权、会见权以及所谓律师作伪证、诱供等方面的规定，都明显不利于律师刑事辩护业务的开展，同时也把律师推到了两难甚至危险的境地。（一）律师的调查取证权《律师法》第30条规定：“律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集……与本案有关的材料”。从《律师法》的规定来看，只是援引式的，即只原则上确定依照诉讼法的有关规定来行使这项权利，因而律师的这项权利是以诉讼法的规定为转移的。这与《律师暂行条例》明确规定“律师参加诉讼活动有权依据规定向单位、个人进行调查，单位、个人有责任给予支持”是有显著差别的。《刑事诉讼法》第37条规定：“辩护律师经证人或其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”。“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”

。刑法的这一规定也未直接赋予律师的调查取证权利，而仅仅是“可以”收集材料，而且辩护律师收集材料还必须征得被害人的同意甚至司法机关的批准。《刑事诉讼法》第45条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调查证据。有关单位和个人应当如实提供证据”。“控辩平等”是法律程序的核心机制，是实现程序中立性的保障，是刑事案件得以公正审理的一个基本前提。在我国，作为“官方人员”的检察官在调查取证中本来就比律师要方便得多，而现行《刑事诉讼法》又对律师的调查取证权加以限制要经被收集人同意、司法机关许可，无疑进一步加剧了控辩双方的不平衡。当然，律师们尽管对自己没有充分的收集证据的权力感到不满，也不会要求国家设立一个为辩护服务的专门收集无罪证据的侦查机关，但并不意味着“实现控辩双方收集证据的手段相当问题无法解决”，而是诉讼结构设计存在“失衡”问题，如彻底确立“无罪推定”、“沉默权”和“非法证据排除规则”三大原则，即使作为辩护方的律师与作为控诉方的检察官在调查取证权上有所失衡也因增加了控诉的难度可以说得过去。然而现行的刑事诉讼法在增大限制律师的调查取证权的同时，又保留了过去的“有罪推定”的内容，事实上使控辩失衡进一步扩大。与刑事诉讼法修订前的有关法律规定相比较，我们不得不说，现行法在律师调查取证权方面是倒退了。《律师暂行条例》第7条规定，“律师参加诉讼活动，有权……向有关单位、个人调查”；律师进行调查时，“有关单位、个人有责任给予支持”。1981年4月27日发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于律师参加诉讼的几个具体规定的联合

通知》规定，“ 律师参加诉讼（包括参加调解或仲裁活动），可以持法律顾问处介绍信向有关单位。个人进行访问，调查本案案情，有关单位、个人应当给予支持”。这些规定虽缺乏具体有力的保障措施，当被调查的单位、个人应当给予支持而不给予支持、拒绝作证时，审判、检察机关有义务以补救律师无法取证的不足。而现行《刑事诉讼法》对律师调查取证权规定的出发点，显然不是站在强调被调查人应当予以协助的角度，而是站在限制律师使用调查取证权的立场。因此上说，关于律师调查取证权的设置不能不说是一大倒退。为了切实保障律师的调查取证权，实现控辩平等，应借鉴国外有益经验：律师有权向有关组织和个人调查、收集证据材料；被调查的组织和个人，应协助律师的调查活动，除法律另有规定外，不得拒绝提供证据材料；律师调查取证确有困难的，可向法院申请，法院应向律师签发调查令或直接调查、收集证据材料。人民法院调查、收集证据时，应告知律师，并允许律师参加。

（二）律师的阅卷权 律师阅卷权的规定同样属于援引式的。《刑事诉讼法》第36条规定：“ 辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，即可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定资料”、“ 辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料”。由于审判方式改革，检察院移送到法院的材料只有起诉书、证人名单、证据目录和主要证据的复印件或照片。实践中，检察院往往只是移交认为被告人有罪的某次口供、个别证人的证言，而非全部案件事实材料，对被告人有利的事实材料到法院看不到，到检察院去查阅又不允许，律师的先悉权得不到保障。从国际上看，在采取

职权主义审判方式的国家，由于采取卷宗移送主义，辩护律师可在法院开庭审判前到法院查阅全部卷宗，而采取当事人主义审判方式的国家，由于采取起诉状一本书主义，公诉方不向法院移送全部案卷，律师在开庭审理之前到检察机关查阅有关案件材料是一种带有普遍性的做法。我国的审判方式改革，在职权主义的基础上吸收了当事人主义的某些合理因素，限制了检察机关向法院移送案卷材料的范围，其改革的目的在于防止“先入为主”，但决不能因此而削弱律师的阅卷权。律师只有看到了检察机关所能看到的全部证据材料，控辩双方对案件事实的把握才能达到大致的平等，法庭辩论才可能在“武器对等”的基础上进行。而《刑事诉讼法》对辩护律师阅卷权的不当限制，使律师在刑事辩护中与检察机关相比处于更加明显的劣势，加剧了控辩双方的力量不平等状态，不利于被告人合法权益的保护，也不利于通过律师制约司法权行使的监督机制的形成。

（二）律师的会见权 《刑事诉讼法》第96条规定：“律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准”。律师会见时办案人员在场，犯罪嫌疑人不敢说真话，特别是控告办案人员刑讯逼供、诱供；律师会见的时间、地点、次数等均要书面申请，批准手续繁杂。犯罪嫌疑人在侦查阶段最容易受到人权的蹂躏，此阶段的供述，是收集决定犯罪嫌疑人命运的证据的最重要阶段。立法规定律师参与侦查阶段刑事诉讼，其目的之一是为了防止刑讯逼供、诱供等非法行为发生，保障人权。联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》明确规定：“遭逮捕

、拘留或监禁的所有的人，应有充分机会、时间和便利条件，毫不迟延地、在不被窃听、不经侦查和完全保密的情况下，接受律师来访和与律师联系协商，这种协商可在执法人员看得见但听不见的范围内进行”。该原则还明确规定：“各国政府应在本国立法和习惯范围内尊重这些原则”。我国政府派代表出席了该次大会，并在文件上签了字，联合国大会在1990年已经批准。我国有关部门在执行刑事诉讼法时应当尊重这一基本原则，以取信于国际社会。（四）律师的人身权保障 现行的《律师法》第3条规定：“律师依法执业受法律保护”。这项规定是目前关于律师法律保障的唯一规定。从权利的角度分析，有学者指出“是一种宣言式的权利”。这一规定由于对违反的行为人没有相应的具体制裁措施，对受到侵害的律师没有相应的补救措施，因此，与1980年通过的《律师暂行条例》规定的“律师依法执行职务，受国家法律保护，任何单位、个人不得干涉”相比较，从法律规范的完整性来看，过于原则和抽象，无任何实际意义。非但如此，《刑事诉讼法》第38条还规定：“辩护律师和其他辩护人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、伪造证据或串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。违反规定的，应当依法追究法律责任”。现行《刑法》第306条也明确了这种法律责任：辩护人有上述情形的，处三年以下有期徒刑或者拘留；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。从刑事诉讼法和刑法的规定看，这对律师参与刑事诉讼构成了威胁。“证人改变证言”往往与取证人的身份、环境条件、情况变化等因素有关，如果证人的证言前后不同，或者证人向律师提供了有利于犯

罪嫌疑人、被告人的证词，与侦查部门调查取得的证词不一致，律师就有可能陷入“引诱”深潭。如此下去，律师执业危机四伏、如履薄冰、如临深渊，给我国律师刑事辩护业务带来的灾难性后果。更为严重的是，在我国现行的司法体制下，对律师的“作伪证”、“串供”、“诱使证人作伪证”以及“其他干扰司法活动的行为”的追究，要由辩护律师的对立面检察机关来进行，很难避免职业报复行为。因此，应从《刑事诉讼法》、《刑法》中删除。“翻遍世界各国的律师法典和刑法典，类似的规定都没有”；律师唆使犯罪嫌疑人改变证词就构成犯罪，而公检机关这样做，甚至刑讯逼供却都不构成犯罪，这是“典型的控辩双方不公平的立法”。

律师有该类行为的，应由一个中立的机关---律师惩戒委员会进行调查和裁决。这样，既保证了违纪律师能得到及时、公正的处罚，又解决了“职业报复”的问题，解除了律师辩护的后顾之忧，同时，也符合国际上通行的做法。

三、关于律师惩戒制度的完善

建立律师惩戒制度，有利于纯洁律师队伍，提高律师素质，增强律师的自律性，维护律师的形象，提高律师的声誉。我国律师惩戒制度建立于1992年司法部颁布的《律师惩戒规则》。1996年《律师法》颁布后，《律师惩戒规则》被废止；1997年初司法部先后发布了《律师违法行为处罚办法》和《司法行政机关行政处罚程序规定》，对我国律师惩戒的措施、适用、机关和程序等作了规定，这些规定与《律师法》的相关规定一起构成了我国律师惩戒制度的全部内容。现行的律师惩戒在制度设计上有许多不尽人意之处：司法部报国务院的《律师法（送审稿）》曾规定设立律师惩戒委员会以加强对律师执业活动的管理和监督，“惩戒

委员会由司法行政部门和律师协会及有关人员组成，惩戒委员会对司法行政部门负责”。国务院总理李鹏报全国人大常委会的《律师法（草案）》曾规定“律师协会设立律师惩戒委员会。律师惩戒委员会由执业律师和律师协会聘请的人民法院、检察院、司法行政等部门的人员组成，以对律师违反职业道德和执业纪律的行为予以惩戒”。但这一“借鉴许多国家好的做法”的意见，在人大法律委员会审议《律师法》时却被删除了，原因是全国人大法律委员会有些委员和地方提出“律师法可以规定律师协会按照章程对律师违反职业道德和执业纪律的行为予以处分，不必具体规定律师协会设立律师惩戒委员会”，也就是说律师协会可依章程对律师进行惩戒，不必画蛇添足。但是，有些常委和部门又提出“对律师的违法行为，应当由司法行政部门处罚，不宜由律师协会给予处分”。这样，对律师违法行为“由律师协会按照章程给予处分”又被删除了。应该说，在律师协会内部设立一个以执业律师为主，同时吸收法院、检察院、司法行政部门人员参加的律师惩戒委员会，既维护了律师的行业自治，又保证了社会对律师的监督 and 制约，是具有相当的合理性。

四、律师管理体制之完善

我国的律师管理体制，在律师制度恢复初期是按照单一的政府管理的模式建立起来的，即由司法行政机关对律师工作进行直接、全面、统管的管理体制。1980年通过的《律师暂行条例》确立并肯定了这种管理体制。该管理体制“对我国律师制度的恢复和发展，起了积极作用”。从八十年代中期开始，伴随我国社会经济、政治等各方面的深刻变革，以及律师制度整体改革的推进，我国的律师管理体制也在逐渐演变着。1993年12月，国务院批转了《司法

部关于深化律师工作改革的方案》，《方案》提出，要“从我国的国情和律师工作的实际出发，建立司法行政机关的行政管理与律师协会行业管理相结合的管理体制。经过一个时期的实践后，逐步向司法行政机关宏观管理下的律师协会行业管理体制过渡”。应该说，这一目标立足于我国国情，同时又考虑到了律师自治的要求，是具有相当合理性的。但是，1995年10月国务院向全国人大常委会提交的《律师法（草案）》里又明确司法行政机关主管律师工作，对于这样的管理体制，在律师法审议时提出了异议，因为律师是为社会提供法律服务的执业人员，律师事务所是市场中介组织，司法行政机关对律师工作不宜主管，而只能监督、指导。这一异议获得通过写入《律师法》总则成为法律。而按照《律师法》分则的有关规定，司法行政部门的管理权限主要在于以下几个方面：（1）制订律师管理的有关法规和规章。如律师资格考试办法、法律援助的具体办法、律师收费的具体办法；（2）授予律师资格；（3）颁发律师执业证书；（4）审核设立律师事务所和律师事务所分所；（5）对违反《律师法》规定的行为的行政处罚权。《律师法》实施四年来，司法行政机关的管理与以前相比有所削弱，特别是对律师执业证书、律师事务所的“审批”变为“审核”，从某种程度上限制了司法行政机关的任意行政权。但是，从目前司法行政机关对律师工作的职能来看，还很难说是宏观管理。《律师法》限定的“指导、监督”目标远未实现。所以，加强律师协会的行业管理仍是今后律师管理体制改革的主要任务。只有认识到这一点，我国律师管理体制的建设才可能取得实质性的突破。具体的改革措施应从两个方面着手。（一）司法行政机

关应明确自己的宏观“指导、监督”职能。司法行政机关作为政府机构仅应制订有关律师工作的法律、法规，从宏观上把握律师制度的方向。同时，对律师协会的工作进行监督，不要插手具体事务诸如年检、注册等，将此业务交给工商行政管理部门，使律师事务所真正成为市场中介组织。（二）律师协会逐步成为独立的自治性的行业团体和法人。律师协会应根据行业管理的要求，制订一套切实可行的规章制度，使律师协会各个方面的工作都有章可循。在这方面，可借鉴其他国家律师协会的成功经验。我国某些地方律协也做出了有益的尝试，可在学习、交流的基础上进一步加以完善。特别值得一提的是，在国务院报送的《律师法》草案中，借鉴许多国家好的做法，曾明确规定“律师协会设立律师惩戒委员会、负责对律师违反职业道德和执业纪律的惩戒（43条）、并拟设立律师对惩戒不服的申诉程序（53条）。《律师法》草案对律师行业管理的色彩更浓一些。然而这些成功的、有益的经验因个别人的不满而删除，值得引起律师界的关注。（董少谋）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com