

论我国民事诉讼律师强制代理制度的建立 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_AE_BA_

[E6_88_91_E5_9B_BD_E6_c122_480742.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_AE_BA_E6_88_91_E5_9B_BD_E6_c122_480742.htm) 内容提要：我国人民法院审判方式的改革，旨在确立当事人主义诉讼模式为主体的审判方式，但现有民事诉讼法代理人制度的设计缺陷，使我国改革开放中成长起来的法律职业精英群体的一部分--中国律师--受制于诉讼法制度性缺陷，其参与审判的积极性受到了压抑，其法律专家的固有身份并没有得到诉讼法的强化和优化，造成律师在新审判方式中制度性缺位，甚至于边缘化、大众化。这使以公正和效率为核心的新审判方式推进困难重重。建立我国民事诉讼律师强制代理制度，充分发挥律师法律专家的作用，在抗辩式诉讼中以法维护当事人的权益，客观上协助法院在新的审判方式中实现制度设计的最大功效，确保司法公正与效率。因此，民事诉讼律师强制代理制度是确保司法公正与效率的重要手段，是司法天平的重要法码。本文从建立民事诉讼律师强制代理制度的必要性、分析现行代理制度的缺陷性、确立律师强制代制度有益性和律师强制代理制度内容设计四个方面进行一些初步的探讨。关键词：民事诉讼 律师 强制代理 伴着中国经济飞速跃进的脚步，我国立法步伐呈快速发展的态势，法律制度逐渐完善并调整社会的方方面面。与中国法治进步发展相伴生的是新法律职业群体--中国律师的产生、发展和壮大。从单一的律师资格考试发展为律师、法官、检察官资格一元化司法资格考试，是中国法治的进步，中国律师与法官、检察官作为共同的法律职业群体的组成部分令世人瞩目的同时，我们不能不遗

憾地看到，中国律师除了在名称和专业水准上与法官和检察官是法律职业共同体外，在法律制度中中国律师不能象法官检察官那样代表国家行使审判权、检察权同时并享有优越的制度保障，律师仅仅是一个通晓法律的公民，在权益的保障上无任何职业特权。在诉讼法框架中，中国律师虽是国家通过资格考试强制认可的法律专家，但与当事人的近亲属，当事人所在单位推荐的人，以及法律工作者，法律顾问人员，仅仅是身份不同，做为潜在的代理人无论是在个案中还在诉讼法代理人资格中，仅存在着当选代理人的或然性，而不是必然性。中国律师空怀以法治天下的胸怀，而在诉讼法中与任何不具备法律素养的潜在代理人即无身份上的特殊性，也不具有诉讼业务方面的垄断性，这使律师处于尴尬地位，这不能不说是我们制度设计上的一种悲哀。民事诉讼法修订颁布后，最高人民法院就民事审判方式改革出台相关司法解释，“加强审判公开工作是建设公正、高效、权威的社会主义司法制度的迫切需要。深入贯彻落实《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，建设公正、高效、权威的社会主义司法制度，是当前和今后一个时期人民法院工作的重要目标。实现这一目标，必须加强审判公开。司法公正应当是“看得见的公正”，司法高效应当是‘能感受的高效’，司法权威应当是“被认同的权威”。各级人民法院要通过深化审判公开，充分保障当事人诉讼权利”。[1]中国法律制度的逐渐完备，促使中国公民权利意识增强，人民法院受理的各类案件年年增长，其中又以民事案件增长快，数量大，尤其反映新类型经济关系民商案件审理难度大，法官承办案件的数量和承受的压力也越来越大。在审判公正与效

率约束下，人民法院办案能力和办案水平都面临严峻考验。尤其新审判方式推行，普通当事人缺乏诉讼程序方面的常识，缺乏对法律事实的正确判断和认知，这使法院工作量增加同时，当事人对判决结果认同降低，其中的部分当事人不息诉不服判，上访不息，甚至于采取极端手段。这无疑严重损害了法院审判权威。在推进我国法治建设的过程中，法律职业人员是核心力量。律师无疑是这一群体中不可缺少的一部分。从律师业发展历史看，律师行业和发展是因为法治调控社会方方面面的过程中产生了对法律服务的需求。这些需求既表现为各类市场的主体和自然人为保障自身权利而寻求法律帮助，也表现为国家权力干预社会而与权利产生的冲突需要调和。纵观市场经济发达国家法治经验。仅靠法官主导法治进程观念是片面和残缺的。律师在为当事人，为社会提供服务的同时，不仅直接维护了当事人的权益，通过法律服务在不知不觉和潜移默化中提高了当事人的法律意识，通过律师的维权行为，向全社会灌输法律观念、法律知识，起到了普及法律的积极作用。生活中许多律师以专家和法律顾问身份从事非诉讼业务，在各种传媒上开展法律服务热线，这种角色和功能是法官无法替代的。司法公正是社会维持公平公正的最后防线，因此必须树立新的现代诉讼观念，保护私权，实现公正调和不同群体利益冲突的诉讼目标，仅仅承载于法官身上是不够的，同样也承载于律师身上。在人民法院新审判方式中不仅当事人维权离不开律师，而且人民法院实现司法公正与效率的目标同样离不开律师积极参与。我认为在民事诉讼法中构建律师强制代理制度是实现司法公正与效率的重要手段。律师强制代理制度，是现代西方一些国家所采

取的诉讼代理制度，它主要是指在某些法院进行诉讼或对某些特殊案件提起诉讼时，当事人应以受诉法院所许可的律师为诉讼代理人，使其进行诉讼。这种律师强制代理制度，对建立我国民事诉讼中律师强制代理制度具有借鉴意义。

一、建立我国民事诉讼律师强制代理制度的必要性（一）我国律师做为专业法律职业群体其发展壮大亟待民事诉讼强制代理制度的保障。律师诉讼业务与法院同期审结案反差明显，表明律师诉讼代理业务严重不足。我国执业律师队伍截止到2004年12月，有执业律师114503人，其中专职律师103389人，占执业律师总数90.29%，兼职律师6841人，占执业律师总数5.95%，公职律师1817人，占执业律师总数1.5%，公司律师733人，占执业律师总数0.64%，军队律师1750人，占执业律师总数1.53%。全国律师每年办理诉讼案件150万件，非诉案件80万件，开展义务咨询260万件，法律援助10.3万件。

[2]2004年全国法院办理各类案件7876668件，全国律师办理各类诉讼案件仅占当年法院审理案件的19%。那么其中律师代理民事案件占当年法院审理430万件民事案件比例会更低。

[3]甘肃省2004年法院审理的民事，经济行政案件80282件，其中律师参与代理的案件仅占12%，从以上律师诉讼代理数量上看其现状不容乐观。司法行政主管部门虽从政策层面大力倡导拓展律师业务但从法律制度层面的保障机制方面亟待突破。2003年《司法部关于拓展和规范律师法律服务的意见》认为：我国已进入全面建设小康社会，加快推进社会主义现代化建设的新的发展阶段。在新的历史时期，经济建设和经济体制改革，社会主义市场经济体系的不断完善，将进一步拓展律师的空间；发展社会主义民主政治，建设社会主义

政治文明和深化政府机构改革，将给予律师发挥职能作用的新契机；依法治国，健全中国特色社会主义法律体系，推进司法体制改革，尊重和保障人权，将赋予律师更重要的社会责任；科技、教育、文化、体育、卫生等各项事业的发展，将在更大程度上丰富律师执业内容，所有这些，都为我国律师提供了大显身手，全面实现其法律服务功能的广阔舞台，也赋予我国律师业极为艰巨的历史任务和时代使命。[4]司法部副部长段正坤在全国司法厅（局）长座谈会做了题为《拓展和规范法律服务需要重点研究解决的几个问题》的发言，提出在我国已经批准加入《经济社会和文化权利国际公约》，签署《公民权利和政治权利国际公约》，对公民权利的服务和法律保障水平提出了更高的要求。如何进一步推动法律服务介入经济、政治、文化、法治等各个领域，更好地发挥其功能作用。司法部作为全国司法行政领导机关仅仅从政策层面引导推动律师拓展法律服务，但并没有涉及法律制度层面如何保障律师强制介入相关法律服务领域。《律师法》修改势在必行，但更为重要的是应将《律师法》提升为律师拓展业务的基础和程序法律制度的平台。《2004年中国律师业发展政策报告》认为现行《律师法》的诸多规定已不适应律师业发展的需要，在某种程度上成为制约律师发展的“瓶颈”，修改律师法非常必要和紧迫。纵观1996年5月15日八届人大常委会十九次会议通过，1997年1月1日施行后，又于2001年12月29日九届全国人大常委会二十五次会议修正的《律师法》不尽如人意处太多，虽然名称为法，但更象行业规章，对律师开展各类业务缺少法律制度硬性支撑，柔性强，刚性弱。应将律师法修改成律师强制介入代理相关领域业务的基

基础性的基本法。司法部律师公正工作指导司副司长李仁真在中国国际服务业大会--法律律师专题论坛上做了题为《中国律师法律服务业的现状与未来发展》的专题演讲，在谈及改善律师执业环境时谈到：我国社会主义市场经济体制的建立和依法治国方略的实施，宏观上为律师执业创造了有利的环境，但从微观角度看，在体制上，制度上和管理层面上还存在诸多障碍，影响和制约着律师业的发展。因此优化律师执业环境就成为当前和今后一个时期促进律师业健康发展的一项带有全局性、基础性的工作。一是要积极推动相关立法，改善执法环境，保障律师依法执业。特别是要以《律师法》修订为契机，加强律师工作的法制化建设，尽快制订和完善与《律师法》相配套的各项规章，及时清理和编纂现有各类业务准则和规范，建立健全有关律师法律服务的法律规则体系，实现律师法律服务工作的制度化、规范化。二是进一步规范法律服务秩序，改善市场环境，逐步建立律师业为主导的法律服务市场，维护正常的法律服务市场秩序。三是要加强与有关职能部门的政策协调，改善政策环境，进一步健全和完善与律师服务相关的各项制度。[5]《2006年中国律师业发展政策报告》中从制度层面上论述加快《律师法》修订进程，从立法上为律师业发展提供制度保障。积极参与国家立法活动，争取在相关法律中体现和完善律师制度。国家司法行政领导机构已经充分认识到律师业务拓展仅靠律师业独善其身加强自律是远远不够的，通过参与相关立法才是保障律师拓展业务的关键环节。修改民事诉讼中代理人制度，规定民事诉讼由律师强制代理，才能保证律师业的发展海阔天空。

（二）审判的公正与效率必须借助民事诉讼律师强制代理

制度。人民法院审理的各类案件，其绝对数量逐年递增。2004年全国各级法院审结各类案件7876668件，2005年全国各级法院审结各类案件7943790件，比上年上升0.85%；2006年全国法院审结各类案件8108675件，比上年上升2.1%。在各类案件中民事案件占比重大，2004年一审中民事案件占85.41%，在民事案件中合同案件占51.88%，婚姻家庭继承案件占26.87%，权属、侵权案件占21.31%，2006年审结民事案件占当年审结案件总数的59.61%。在民事案件庞大数量中集团诉讼和群体诉讼呈上升趋势，2004年全年共审结538941件，上升9.5%；劳动争议案件163151件，上升18.4%；知识产权案件8332件，上升21.5%。2005年审结知识产权一审民事案件13393件，上升38.04%，2006年审结知识产权一审民事案件14056件[6]。面对逐年增长各类案件，最高人民法院围绕公正与效率这一主题从队伍建设和制度建设入手出台相关措施，试图化解案件增长迅猛给法院审判带来越来越大压力。法释[2004]12号《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》开宗明义，为保证人民法院正确调解民事案件，及时解决纠纷，保障和方便当事人依法行使诉讼权利，节约司法资源……。人民法院对受理的第一审，第二审和再审民事案件，可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。在征得当事人各方同意后，人民法院可以在答辩期满前进行调解。在《关于增强司法能力提高司法水平的若干意见》中，增强正确适用法律，公正高效司法，保障在全社会实现公平和正义的能力是人民法院增强司法能力，提高司法水平的主要任务之一。“要通过对大量民商案件的审判，坚决贯彻民事主体平等原则，创造公平和可预见的司法环境[7]。”《人民法院第二

个五年改革纲要（2004-2008）》将坚持公正司法、一心为民的指导方针，实现司法公正，方便群众诉讼，尊重和保障人权；坚持科学发展观，遵循司法客观规律，体现审判工作的公开性、独立性、中立性、程序性、终局性等本质特征作为司法改革的基本原则。继续探索民事诉讼程序的简化形式，在民事简易程序的基础上建立速裁程序制度，规范审理小额债务案件的组织机构、运行程序、审判方式、裁判文书样式等。加强和完善诉讼调解制度，重视对人民调解的指导工作，依法支持和监督仲裁活动。与其他部门和组织共同探索新的纠纷解决方式，促进建立健全多元化的纠纷解决机制。改革和完善庭前程序。明确庭前程序与庭审程序的不同功能，规范程序事项裁决、庭前调解、审前会议、证据交换、证据的技术审核等活动，明确办理庭前程序事务的职能机构和人员分工。最高人民法院在《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》中将审判制度更加公正高效权威；维护公平正义和促进社会经济协调发展的司法功能更加健全；化解社会矛盾的司法手段更加多样，司法方式更加便捷；司法对人权的保护更加充分，人民群众的诉讼权利得到切实尊重和保障作为构建社会主义和谐社会提供司法保障的主要目标和任务。为保障司法审判公正和效率，无论是加强人民法院的司法能力建设还是通过审判制度设计来保证审判公正和效率，没有律师介入想达到公正与效率的目的是很难的。从当事人角度看审判方式改革职权主义色彩越来越淡化，当事人主义色彩则越来越浓，这种方式以程序来保证公正，但此种程序设计相对于当事人是过于专业化而非大众化，因此，没有律师强制代理，当事人自己或找不具备专业法律资格

人员代理，想得到公正判决是很难的。从法院审判角度，其中立立场除法定告知和释明权外，法官不能越雷池半步，否则有损法院中立地位。律师强制介入可使当事人增加对案件的预期，法庭可以最经济时间明确争议焦点，从而使司法公正与效率因律师介入找到了最佳结合点。法院判决才有可能得到当事人的认同，司法审判权威才有可能逐步得到确立。（三）当事人主义诉讼模式法定律师强制代理制度是市场经济条件下法治现代化国际化的主流。法国和德国是实行律师强制代理的典型代表。在法国，1971年12月31日的法律第4条规定，“除律师以外，任何人都不得帮助或者代理当事人进行法律活动，或者办理与司法程序有关的诉讼事务，也不得在法院或其他司法机构出庭辩护；但是，关于经过特别批准有权在国务委员会和最高法院执业的律师、以及关于上诉法院的诉讼代理人的特别规定除外。”诉讼当事人如果不愿意自己行使辩护权，就只能请律师（其他任何人不行）为他进行辩护。从这个意义上讲，律师对法法庭辩护业务享有垄断权是一个基本原则。凡是在上诉法院、民事法院、任何有权作出中间裁决的法院和商业租赁法庭进行的诉讼，以及任何法院进行的秘密审理和对非讼事件的审理程序，律师对法庭辩护都享有绝对的垄断权利。《德国民事诉讼法典》第78条第一款规定：“诉讼当事人在州法院及其上诉法院（州高级法院和联邦法院）进行诉讼时，必须请得到这些法院许可的律师担任诉讼代理人”。这种由律师垄断诉讼代理权的规定称为“诉讼当事人必须由律师代理诉讼的原则”它表示双方当事人有请律师代理诉讼的义务。这利义务也适用于由初级法院审理的婚姻家庭案件。在专门法院，原则上也只有律师

和某些法律顾问才能从事专门的诉讼代理活动[8]。日本的诉讼模式被认为介于当事人主义和职权主义模式之间，日本新民事诉讼法第五十四条第一款规定：“除法律规定，能进行裁判上行为的代理人以外，非律师不得做为诉讼代理人。但是，在简易法院，经法院许可，非律师的人，可以做为诉讼代理人。”《律师职业》曾就日本律师在民事诉讼中发生的作用进行了统计学上的研究，首先是胜诉率，原告一方委托律师胜诉率为94.1%，被告一方委托律师被告胜诉率为52.3%。其次是和解率，原被告双方委托律师和解率为47%，原告一方委托律师和解率为17%，被告一方委托律师和解率为30.5%[9]。我国澳门地区民事诉讼法典第七十四条直接规定了“律师之强制委托”制度。下列案件中必须委托律师。A可提起平常之上诉之案件；B上诉案件，及向上级法院提起诉讼之案件；C利益值高于中级法院法定上诉利益限额之执行程序；D利益值高于初级法院法定利益限额之执行程序。美国是典型的当事人诉讼主义模式，美国律师人数每万人有三十三名律师，所占百分比世界第一。在美国法院打官司离开律师是不可想象的。因为美国有职邦法院与五十州法院共五十一个诉讼系统，而且美国是判例法国家，大量的法律原则要从浩如烟海的判例中寻觅。因此不仅普遍公民打官司必须借助律师，即使律师本人涉及所主攻专业以外的诉讼，也需另请专业的律师。在一定意义上讲，法官离开律师也不能判案。在民事诉讼中，原、被告双方的律师都要向法官提交对自己有利的证据和法律依据（判例）。法官仅就双方提交的事实和法律依据本身进行甄别，经过自己对事实真伪的内心确信和法律原则的认可，最后独立作出判决[10]。在美国民

事诉讼中律师代理了绝大多数案件，在十个联邦地区法院中，1991-1994年期间所提起的所有案件中，只有21%的案件是在没有律师的情况下由当事人自己进行诉讼的，其中绝大多数案件又是由囚犯所提起的。当事人主义诉讼模式中法定的律师强制代理制度是一种法治现代化、专业化上的一种先进性的制度设计，应成为我国构建民事诉讼强制代理制度借鉴的样板。

二、我国现行民事诉讼代理制度的缺陷性

1982年3月8日第五届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过，并于当年十月一日施行的《民事诉讼法》是新中国历史上第一部《民事诉讼法》，首次确立了诉讼代理制度，但内容非常简略，相关规定仅六条。1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过了第二部《民事诉讼法》，但令人遗憾的是该部法律在诉讼代理制度方面仍保持六条规定，但诉讼代理制度设计上与前法相比没有实质性改进。律师作为法律专家在被委托诉讼代理人排序上，排在了当事人近亲属之前；但代理诉讼的律师查阅本案有关材料的权力比第一部民诉法缩小。从1992年起，最高人民法院先后出台了《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》、《关于在经济审判工作中严格执行 中华人民共和国民事诉讼法 的若干规定》及《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》等司法解释，但基本没有涉及诉讼代理制度。人民法院审判方式的改革和变化，使民事诉讼代理制度越来越不适应当事人诉讼模式审判方式的要求，其制度性缺陷在实践中表现得愈加明显。

（一）民事诉讼程序专业性设计并不能必然保障当事人权益的自我实现。1998年7月6日，2001年12月31日，最高人民法院相继公布了《关于民事经济审判

方式改革的若干规定》及《关于民事诉讼证据的若干规定》，其本意是弱化法院职权，让当事人成为诉讼主角，由双方当事人举证，质证、辩论，最后由法官居中裁判，但在审判实践中具体操作的效果并不理想。这主要是当事人诉讼能力不高，根本不适应民事诉讼程序性设计和以当事人主义模式为主的审判方式。当事人不具备专业法律训练，对案件事实缺少法律层面上的认知和评判能力；缺少审判程序上主动配合及时行使权利的驾驭能力。对于事实的评判当事人用客观事实来替代法律事实。实质上，诉辩式庭审规则是非常复杂而又高度专业化的，它将庭审分为几个相对固定的阶段，每个阶段都需要当事人做出合乎规则的诉讼行为。法律面前人人平等，但这不等于人人都具备法律方面的判断力和具备天然的诉讼能力。由于当事人诉讼能力不适应审判方式改革，使提高审判效率和提高司法能力困难重重。当事人因举证失权被判败诉的案例并不鲜见。法官有时不得不在法庭上向不具备庭审常识的当事人进行法律知识辅导，丧失其中立性，又引起另一方当事人不满，这常常成为当事人上诉，投诉和上访的理由。法庭辩论阶段，当事人更是难以围绕诉讼的焦点进行。以上情况的大量存在，常常使辩论有名无实，合议庭当庭宣判更是遥不可及。（二）委托代理制度的任意性，使当事人诉讼能力参差不齐，权益保障缺乏确定性。我国现行《民事诉讼法》对法定代理，指定代理作了强制性规定，而对委托代理的规定却是“当事人，法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人”的任意性规定。当事人可以委托律师，也可以不委托律师。我们知道律师是法律专家，不是可有可无的，委托律师能增强当事人诉讼能力，增强当事人胜

诉率，降低当事人的损失。庭审中委托律师的当事人能在举证，质证和辩证中占尽先机，常常化被动为主动。而未委托律师一方当事人，因缺乏法律方面判断力和认知力，缺乏诉讼技巧，即使是原告，也可能在举证和质证中在对方律师盘问中丧失主动性，甚至可能败诉。因此无论是审判方式的改革，还是当事人主义诉讼模式的选择都是追求法律事实更接近于客观事实，程序公正更能接近实质公正。所以律师强制性代理不应成为当事人任意选择，而应成为我们诉讼程序设计中不可缺少的环节。（三）代理人资格大众化、代理人水平差异化，在难以保证委托人权益的同时，也加剧了法律服务市场混乱。与国外实行诉讼律师垄断代理制度不同，我国法律规定的代理人资格非常广泛，过于大众化，具备民事行为能力且未被剥夺政治权利的人都能担任代理人。现行《民事诉讼法》第五十八条规定：“律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。”可见在我国诉讼法律框架中，诉讼代理不是律师独自享用的蛋糕，而是人人都可以享用的快餐美食，几乎都享有诉讼代理人资格，都能参与诉讼过把瘾，几乎没有什么法律素养方面的限制，不管文化、法律素养有无、高低都可坐在代理人席上。与前述论及的当事人自我维权相同，与当事人水平相当的诉讼代理人，除判决结果如何与已无关外，其代理能力和水平并不见得高于当事人本人。这种素质的代理人出庭无助于当事人诉讼能力的提高，更不利于新庭审方式追求的公正与效率。同时，这种制度设计为专吃代理饭的所谓“土律师”留下了缺口。这些土律师既没有受过法律的专门培训，更不可能取得法律

方面的专业资格，但他们私下代理，以低收费占据了一部分法律服务市场。这类代理人往往靠向法官贿赂，挑词架讼，严重干扰了正常的诉讼秩序，给法律服务市场规范化管理留下了隐患。（四）诉讼费败诉方承担的刚性规定与律师诉讼代理费委托人承担原则，从制度设计上抑制了当事人对律师服务的需求。委托律师参与诉讼以法维护委托人合法权益，赢得胜诉判决，诉讼费由败诉方承担，而委托律师的费用则由委托人承担，这无疑加大了当事人维权成本，在诉讼结果难以预期的情况下，当事人往往选择放弃诉讼或选择非律师代理方式诉讼，这客观上遏制了当事人获得法律专家帮助的机会。据2004年统计数据，全国律师办理诉讼案件为150万件，而同期全国法院审结的各类案件为7876668件，律师诉讼代理案件仅占法院审结案件为19%。如果不考虑民事以外案件，其民事案件的代理不会高于这一百分比。律师代理比率这么低与律师代理费委托人承担而不是败诉方承担有直接相关性。中国经济快速发展，催生了各种新的复杂的交易方式和新的财产种类，促使我国法律日趋复杂和细化。在法律越来越专业化的情况下，当事人聘请律师打官司无疑是一项正当，合理的权利，而判令败诉方承担律师费也体现一种过错责任原则的精神，即由对引起纷争负有责任者承担经济上的不利后果。这也符合法律的公平原则。同是社会中介机构，会计师事务所，鉴定机构等出具的评估报告，鉴定结论等所需费用均由败诉方承担，而唯独律师费却只能由委托人承担。这在制度设计上是对律师行业的一种排斥和歧视，客观上使当事人权益保障水平降低，难以实现司法公正与效率。三、建立民事诉讼律师强制代理制度对现行民事司法制度有益性

最高法院肖扬院长曾经指出：“人民法院在21世纪的主题就是公正与效率”，为此最高人民法院从司法队伍司法能力建设到以公正效率为核心的相关审判方式改革制度设计，颁发了相关决定和意见。我认为构建民事诉讼律师强制代理制度是实现公正与效率的手段，也是中国律师业在21世纪发展壮大的制度保障。（一）从制度上保障律师作为法律职业精英群体的一部分，有充分施展法律才能，显露以法治国远大抱负的舞台。中国律师从产生之日起就受先天不足的困扰。中国漫长封建专制文化根深蒂固，法治民主传统缺失。庞大封建官僚文化，官本位制度及思想定势，使律师只能是通晓法律的普通公民。司法资格的一元化准入，使律师将法官，检察官视为法律职业群体而同朝为臣，其实这种想法过于想当然，甚至过于天真。诉讼代理制度律师除了通晓法律知识外与其他代理人没什么不同，也不享有诉讼代理业务优先权，更谈不上垄断权。2004年一份统计资料上显示全国律师参政情况，有430人担任各级人大代表，有1226名担任各级政协委员。律师担任政府官员，担任法官检察官的即使是有也是凤毛麟角。与市场经济发达国家律师相比中国律师也仅算是一个凭借法律专长谋生的人。以近几年人民法院案件增长情况看，律师诉讼代理业务还有相当大的拓展空间，相当多的诉讼业务等待律师去作，但由于诉讼代理制度的缺陷，使律师业务发展受到了不合理的限制和压制。律师虽然不具有官的身份地位，但律师是法律精英中不可或缺的一部分，是法制建设中一支重要力量。构建民事诉讼律师强制代理制度，可以有利于法院公正与效率主题目标的实现，可以有助于当事人权益的维护，可以有助于律师业发展，有助于诚信社会关

系的建立，更有助于律师从法律技术专家成长为治国理财的政治家，给中国律师一个充分发展的支点??构建民事诉讼律师强制代理制度。（二）律师强制代理能在当事人主义诉讼模式中成为司法天平的一翼，能在制约中确保司法公正。当事人主义诉讼模式，体现了“在制衡中实现公正，在动态中实现平衡”的哲学理念。当前，在我国逐步建立当事人主义的诉讼模式已成为当今理论界司法界大多数的共识，但这种诉讼模式在赋予当事人更多的诉讼权利的同时，也要求当事人积极地参加诉讼，成为推动程序展开的主导力量。国外一种较为流行的观点认为，当双方当事人成为主角时，他们才会最为投入，才可能充分发挥才智，用证据和法律来充分说明自己的主张。而只有在这种情况下，中立的法官才会更有机会在“对抗”中判断是非曲直。在这种诉讼模式下，如果当事人不能举证或举证不力，将被判决败诉而迅速结束诉讼。法院不会对案件主动调查或久拖不决。因此，在这样的诉讼模式中当事人没有律师的帮助而要赢得诉讼的胜利，其可能性是非常小的。律师参与能最大限度借助程序证明法律事实，维护委托人权益。（三）律师强制代理使法院建立多元化纠纷解决机制实现审前和解成为可能，有望全面提升民事审判的效率。律师强制代理使律师有机会介入诉前或审前调解制度，促成当事双方早日和解，使民事案件数量降低成为可能。改变民事诉讼传统，由律师主导进行调解，和解工作，削弱法官在审判中的直接控制作用和诉讼调解中的主动地位。弱化法官对诉讼预期结果的直接影响，尊重当事人自治和自由处分，允许代理律师主动对程序发表意见并建议实体权益处分方案。律师主动进行诉讼调解，和解工作，使得作

为整个民事诉讼核心的辩论原则得到实化，有效控制审前隐形行为和裁判者“暗箱操作”，实现当事人对自己实体权利和诉权的处分；真正使法院置于中立，使当事人的主体地位得到体现，防止出现以前法院审判不自觉地将当事人主体身份客体化的非正常状态，防止当事人意志被公权稀释，特别是不能在司法权威的高压下以牺牲正当性和效率性获得某种救济妥协。在美国的各级法院中都会使用某些形式的替代性纠纷解决，而且不经审判就得到解决的案件的百分比在增长。根据一项研究表明，在1980-1993年间，在联邦法院提起的民事案件中平均仅有4%的案件进入审判，34%案件不经审判即告终结，55%的案件或被撤销或者被和解，7%的案件被移送或发回。不经审判而终结的案件数目在近年来甚至更高。根据1999年由美国法院行政管理办公室发布统计数据，向联邦法院起诉的全部民事案件中仅有2.3%的案件进入审判。[11]

美国民事诉讼制度中的“替代性纠纷解决包括调解和仲裁等传统方法来解决当事人纠纷。美国律师在这种替代性纠纷解决中发挥着各种作用--作为当事人的法律顾问，作为纠纷的解决者，或者作为纠纷解决者的法律顾问。在美国很多法院中，律师已经扮演了中立的纠纷解决者的角色。大多数联邦法院使用律师和其他被暂时授权担任这些角色的专业人士一起作为调解人，仲裁员和中立人。这种替代性纠纷解决方式中是律师及相关专家主导，与我国法官主导有别。在我国民事诉讼中在建立律师强制代理的前提下，借鉴美国民事诉讼中，“替代性纠纷解决”方式，由律师主导调解，有望在降低司法成本的前提下，能大幅度减少进入审理程序的民事案件数量，有力地提高司法审判效率。（四）律师强制代理能

保证当事人，依法表达诉求，防止滥诉。由于我国立法的不完善，当事人滥诉现象近年呈上升趋势。现实生活中，一些当事人无正当理由起诉，因为明知自己胜诉的可能性很小，所以也不会投入资金委托律师代理，然而被告却不得不聘请律师应诉。即使被告胜诉所造成经济损失也得不到补偿。因为无理缠诉的当事人常常以弱势群体成员身份出现，胜诉可以尽收利益，败诉没有偿付能力，谁也奈何不了他。此助长了一些无理当事人滥用诉权，有悖于我国法制精神。实施律师强制代理制度，由于律师介入增强案件结局可预见性，无理没有证据就等于没有诉因，律师正常不会代理，这样难以进入审判流程。案件一旦败诉，承担诉讼费，对方律师代理费，加自己聘请律师费用其违法成本必会有效遏制当事人滥诉。一旦违法侵权或违约败诉会付出更大成本。律师强制代理过程也是向当事人宣传法律的过程，能增强当事人对法律的认识，增强对判决结果的认同，减少滥诉和缠诉行为。增强以法办事，以法表达诉求的意识。

四、建立我国民事诉讼律师强制代理制度相关内容构想

（一）加快并扩大民商事立法中律师参与业务的领域，奠定律师民事诉讼强制代理的实体法基础。《证券法》确定由律师事务所出具法律意见书，《破产法》确定律师事务所和律师可以作为破产财产管理人，参与破产企业破产财产清算，清偿和分配。这两部法律规定的律师强制介入制度设计在保证律师业务领域拓展的同时，也规范了相关领域的法律秩序，是依法治国的具体体现。应该以此为契机，在民商事立法中增加律师介入相关业务领域的广度和深度，增强相关领域以法办事的秩序性和规范性，同时也为律师在程序制度中发挥作用奠定实体法基础。（

二) 加快民事诉讼代理制度的修订, 制订律师强制代理的相关制度。

1、明确律师强制代理案件范围。设定范围应适当, 既不能过宽, 也不能过窄。设定过宽, 虽能降低司法资源消耗, 但会加重当事人及国家(对法律援助的投入的)负担, 社会公共成本将大幅度上升, 设定过窄, 建立民事诉讼律师强制代理制度发挥作用有限。鉴于法律诉讼是一项复杂又有难度专业性强的活动, 借鉴外国相关经验并考虑到中国公民法律意识和法律素养现状, 我认为可从以下几个角度设定律师强制代理案件范围: (1) 审级限定。上诉案件, 再审案件, 高级人民法院和最高人民法院作为一审的案件; (2) 种类限定。涉外、民商、海事案件 集团诉讼案件 当地突发事件和重大影响案件; (3) 法律规定由律师强制介入的业务领域案件。

2、民事诉讼代理人资格一元化制度。凡属民事诉讼案件除本人亲自诉讼外, 只有律师才有诉讼法上的代理权。法律工作者、法律顾问人员及普通公民(非当事人)不得从事诉讼代理业务。取消法律工作者和法律顾问资格认证许可制度。实施司法资格认证一元化制度。考虑到我国尚有206个县没有律师的实际, 可以由全国律协、司法部制订律师援助制度。实施律师志愿者计划工程, 实施公职律师制度, 通过相关政策吸引法律专业人员加入律师行业。以此规范法律服务市场秩序。

3、律师代理费败诉方承担制度。纵观西欧美、日本律师费用负担制度的考察, 有以下几个特点: (1) 不管是否采取律师强制主义, 不管是大陆法系国家还是英美法系国家, 都不同程度地认可了律师费用由败诉当事人负担的制度; (2) 律师费用由败诉当事人负担的法理基础有两种: 一是将律师费用视为诉讼费用的组成部分, 二是将

律师费用作为损害赔偿的一部分；（3）各国都设有严格的律师费用评定制度和法官的自由裁量制度；（4）律师费用由败诉当事人负担制度的建立都经历了一个逐渐发展的过程，尤其是日本。这个发展过程经历了截然相反的观点的争论，最后取得共识终于确立了律师费用部分由败诉当事人负担的制度。这对我国律师费用负担制度的建立有重要的启迪作用。令人欣慰的是最高人民法院在相关司法解释中为律师费用负担打开了一扇窗。2002年10月15日施行的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十六条第一款规定：“著作权法第四十八条第一款规定制止侵权行为所负担的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。”第二款则对律师费用的赔偿作了明确的规定：“人民法院根据当事人的诉讼请求和具体案情，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内”《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》中关于合理开支范围和赔偿范围作出了与前述解释相同规定。关于律师费用负担已开始为司法实践在个案中得到确认。律师费用的负担应该得到民事诉讼法确认。

4、律师费保险制度。由于存在败诉时要负担对方律师费用的风险，就会在客观上存在限制起诉、上诉的可能。特别是对于不能预期胜诉或败诉的案件，其风险性更为显著。潜在地承担对方律师费的风险，有时会限制当事人，特别是经济势力较弱者，选择诉讼的一个重要因素。为此，应建立律师费用保险制度，使败诉的当事人能有保险赔付来负担对方的律师费用。诉讼当事人有可能成为败诉当事人，为保护双方利益均衡，应将律师费用保险作为一种强制责

任保险而推行，在当事人决定进入诉讼程序前即可办理该项保险。5、完善法律援助制度，确保经济能力差的当事人能够得到律师的服务。实行律师强制代理制度后，法院的负担将大幅度减轻，但当事人负担除诉讼费、调查取证费外，还要付出律师代理费。有可能出现当事人在经济地位上的不平等所导致的诉讼能力和资源利用上的不平等。所以必须完善法律援助制度，适当扩大法律援助的对象和范围，以保障弱势群体的合法权益。6、律师强制代理的告知义务。对既不属于强制代理的例外情况，又不属于法律援助对象的当事人，原告（上诉人）在递交诉状时没有选任律师的，逾期不委托律师的，裁定不予受理。被告（被上诉人）在接到起诉状、上诉状的同时，法院应同时送达限期委托律师强制代理的书面告知书。被告（被上诉人）在规定期限内未选任律师的，即使本人到庭，法院也视同缺席，可以按缺席判决。综合以上论述，不难得出构建我国民事诉讼律师强制代理制度是维护当事人权益的客观需要，是实现人民法院司法审判公正与效率的手段，是和谐司法丰富内涵不可或缺的内容。参考文献：[1]《最高人民法院关于加强人民法院审判公开工作的若干意见》，人民法院报，2007年6月15日四版[2]《中国律师法律服务业现状及未来发展》，郭春涛，中国司法科研信息网[3]《最高人民法院工作报告》，肖扬，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第4期[4]《司法部关于拓展和规范律师法律服务的意见》，载《中国律师》2003年第10期[5]《中国律师法律服务业的现状及其未来发展》，李仁真，载《中国律师》2004年第9期[6]《最高人民法院工作报告》，肖扬，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第4

期，2006年第4期，2007年第4期。 [7]《最高人民法院关于增强司法能力提高司法水平的若干意见》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第5期 [8]《西欧国家的律师制度》，陈庚生等译，吉林人民出版社1991年2月第1版122-129页 [9]《律师职业》，（日）河合弘之著，唐树华译，法律出版社1987年8月第一版46-49页 [10]《只有专业的律师，没有专业的法官--美国律师制度评价》，宫晓冰，载《中国律师》2005年第9期 [11]《美国民事诉讼的真谛》，（美）史蒂文·苏本·玛格瑞特（绮剑）伍，蔡彦敏 徐卉译，法律出版社2002年4月第一版214页 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