

中西律师制度之比较 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_B8_AD_E8_A5_BF_E5_BE_8B_E5_c122_483113.htm 律师制度属于国家的一种法律制度，是指国家法律规定的有关律师的性质、任务、组织和活动原则，以及律师如何向社会提供法律服务的法律规范的总称。律师制度以国家法律的确认为存在的前提；以提供法律服务为核心的内容；以促进民主和法制建设为目的。律师制度是民主与法制的重要保障；是市场经济良性运作的重要保障；是维护公民、法人和组织合法权益的重要保障。外国的律师制度起源于古罗马帝国，中世纪欧洲封建社会，律师制度的发展受到很大限制；12至13世纪，随着国王势力的上升和教会势力的下降，律师制度才得以恢复和发展。资本主义律师制度则是资产阶级革命的产物。我国古代有律师萌芽，但没有现代化意义的律师制度。中华民国时期，南京临时政府开始建立了律师制度。新中国成立后，建立了人民律师制度，但十年动乱期间，律师制度荡然无存。1980年，我国律师制度得以重新确立和恢复。1996年，我国颁布了《律师法》。目前全球律师制度的发展呈现出律师数量迅速增长；律师业务范围日益广泛；律师分工日益专业化；律师事务所向大型化方向发展；律师社会地位大大提高；律师管理向专业化、法律化、规范化发展的趋势。我国目前关于律师的性质和职业宗旨的规定与发达国家相比较，还存在着忽略律师职业的本质特征；缺乏维护法律实施的最终手段；回避律师的社会独立性等问题。应将律师确定为社会主义法制下的自由职业者性质；明确保护当事人合法权益，

维护社会公平、正义和改善法制为律师的执业宗旨。西方国家律师资格的严格性是其普遍的要求。我国应将律师资格的准入条件进一步的提高，并完善律师资格与任职条件相分离的制度。西方国家都是单一的行业管理，对律师进行严格监督和管理。我国司法行政机关与律师协会的双重管理存在有很多的问题。应改革现行的律师管理体制，提高律师行业的独立性、自律性，加强律师行业的管理。与西方国家相比较，我国存在着律师的权利与义务不对等；强调义务而权利保障力度不够的问题。应强化保障律师权利的行使；明确律师权利的内容，使之系统化、科学化。在全球一体化的今天，我国律师执业仍面临许多问题，尚未形成利于律师职业的良好环境。只有对中国律师制度进行改革和创新，才能充分发挥律师在依法治国方面的重要作用，使律师担负起应有的社会责任和历史使命。

一、律师制度概述 研究律师制度必须了解律师制度的概念、特征、意义、沿革和发展趋势。（一）律师制度的概念和意义 各国及历代律师制度都有其共同点，以下加以概括和总结。

1、律师制度的概念 律师制度属于国家的一种法律制度，是指国家法律规定的有关律师的性质、任务、组织和活动原则，以及律师如何向社会提供法律服务的法律规范的总称。从律师制度的这一概念，联系各国律师制度发展的进程，我们可以看出律师制度具有以下特征。

（1）律师制度以国家法律的确认为存在的前提 在原始社会里没有诉讼纠纷，当然也就不存在律师制度。人类进入阶级社会以后，确立了法律制度，在最早的古罗马奴隶制国家产生了职业律师，并在法律上规定为一种制度。律师的职责是向社会组织和公民提供法律服务，但是否允许和需要提供服

务，如何提供法律服务，直接关系到统治阶级的利益和统治秩序的稳定，因此，必须由法律来确认。没有法律的确认，律师提供的服务就没有合法的地位，律师制度就不可能存在。

（2）律师制度以提供法律服务为核心内容 律师制度与审判制度、检察制度一样，都是为维护统治阶级利益服务的，但他们各自的任务和工作方式、工作角度又有很大的差别。律师只是接受当事人的委托，用自己掌握的知识为其提供法律服务。由于社会政治经济活动复杂，法律浩瀚如海，一般人无法通晓所有的法律，只有律师的参与和服务，才能使包括诉讼在内的国家、社会生活正常的运转。

（3）律师制度以促进民主和法制建设为目的 律师制度是民主化的产物。发达的律师制度是17、18世纪资产阶级同封建等级制度、宗教特权和封建专制斗争中逐步形成的一种司法制度，并随着资产阶级革命的胜利和民主制度的发展而不断完善。律师制度为各国的民主制度的发展发挥了重要的作用。改革和完善我国的律师制度，是建立社会主义法治国家的重要保证之一。

2、律师制度的作用

在现代社会，律师制度对于一个国家具有重要的意义：

（1）律师制度是民主法制的重要保障 律师制度的存在以民主的发展、法制的完善为基础，同时，律师制度又以其自身的功能促进民主和法制建设。加强民主和法制建设，不仅要靠司法人员严格依法办事，充分发挥司法制度的重要作用，而且要依靠全体律师充分发挥律师制度的重要作用。律师作为向社会提供法律服务的专业人员，并不像司法人员那样代表国家机关依法行使职权，而是向公民、法人和组织提供法律服务。律师的这一特点使其可以通过法律服务活动，使公民、法人的合法权益得到维护，以实现权力

制衡、司法公正，使违法犯罪的行为人受到应有的惩处，民主得以发扬，法制得以维护。正因为律师的法律服务功能，所以，现代各国都重视发展律师队伍，完善律师制度，以充分发挥律师的作用。（2）律师制度是市场经济良性运作的重要保障 律师制度是加强社会经济现代化管理的重要保障。在市场经济条件下，社会经济的运转速度加快，各种经济关系日趋复杂，人们的经济交往日趋频繁，加之市场经济本质是一种自由的经济、民主的经济，国家权力不宜过多介入，因此纠纷会越来越多。而及时、有效的解决这种纠纷不仅需要大量的成文法律规范，还需要有精通法律的人员参加到解决纷纷中去。律师介入经济生活不仅可以通过咨询等非诉讼活动避免纠纷，而纠纷发生时，律师可通过职务活动予以解决。因此，律师的广泛参与是将市场经济真正纳入法律控制的领域，从而成为“法治经济”的重要前提。（3）律师制度是维护公民、法人和组织合法权益的重要保障 维护公民法人和非法人组织的合法权益，不仅需要依靠政府部门和司法机关依法行使职权，而且需要律师依法执行职务，依靠其法律知识和技能，向他们提供法律服务。从某种意义上说，律师制度的存在，使法律成为各种社会主体保护自身权利的工具。律师素质的提高，律师制度的完善无疑对于公民、法人和组织的权利维护具有重要的作用。（4）律师制度的发展利于公民法律素质的提高和权利意识的增强 公民较强的法律素质和权利意识是建立法治国家的前提条件之下。律师制度有利于开展法制宣传教育，律师通过职务活动，可以发挥这一制度的宣传和教育功能。律师以维护当事人权益为其职业宗旨，这决定律师在工作中必定处处以权利为出发点。律师

对社会生活的参与，必然会增强公民的权利意识，使公民学会用法律来捍卫之。（二）律师制度的历史沿革 中西方的律师制度的历史沿革有着较大的差异。1、西方国家律师制度的沿革（1）西方国家律师制度的雏型 西方国家律师制度起源于古罗马帝国。它是在罗马民间出现的代理人基础上逐渐形成的。至古罗马共和时期，法庭允许监护人、保护人以自己的名义代理他人进行诉讼，共和时期、帝国初期，辩护人和代理人便正式产生。一些熟悉法律，娴于词令的演说家便接受委托出庭辩护，代理诉讼。到公元5世纪末，对充当辩护人的人要求必须在主要城市学过法律，取得资格。这些人逐渐形成了一个行业，建立起辩护人团体。他们分属于各地区法庭，收取报酬，执行辩护职务，受执政官监督。这种叫做“阿多克梯斯”的辩护人制度，即为西方律师制度的雏型。中世纪欧洲封建社会时期，律师制度的发展曾一度受到了很大的限制。由于纠问式诉讼实行以刑讯逼供为主要手段，使得律师失去了应有的作用。有的国家，如中古时期的法国，虽然保留了律师制度，却规定只有僧侣才能执行律师职务，且主要是在宗教法院执行律师职务。12-13世纪，随着国王势力的上升和教会势力的下降，僧侣参与世俗法院诉讼活动被禁止，律师制度才得以恢复和发展，各国相继成立了自己的律师组织。（2）西方国家律师制度的产生和发展 西方国家律师制度是资产阶级革命的产物。17、18世纪，资产阶级启蒙学者在资产阶级革命中批判了封建专横的纠问式诉讼制度。随着资产阶级辩论式诉讼的确立，资本主义律师制度亦渐渐浮出水面。17世纪英国资产阶级革命以后，沿用了历史上形成的所谓二元主义律师制度。一种律师叫巴律师（巴瑞斯

特)，又称辩护律师、法庭律师或大律师。其业务是出庭辩护，在高等法院诉讼中，必须有这种资格的律师才能出庭。另一种律师叫沙律师（沙利西特），即事务律师、庭外律师或小律师。其业务是撰写诉状、拟制合同，对当事人进行法律指导，在下级法院进行辩护等。美国1791年宪法修正案第6条规定：被告人在一切刑事诉讼中“享有法庭律师为其辩护的协助。”各州的立法也对律师的资格、职责、组织机构作出相应的规定。与此同时，法国宪法也确立了自己的律师制度。1808年的法国刑事诉讼法典将律师制度更加系统化、法律化。其后，德国、奥地利、日本等国相继仿效法国建立了自己的律师制度。随着资本主义的发展，资产阶级国家律师的业务范围也日臻广泛，分工越来越细，律师间的联合、合作也越来越普遍。律师除了参与民事诉讼、刑事诉讼外，更多的是直接为企业家办理经济法律事务。而且，律师业务日益渗透到国家的政治、经济管理之中，许多律师成为政治、经济方面颇具影响力的人物，律师的队伍也有了突飞猛进的发展。在日本每一万人中就有一名律师。美国前总统卡特在1978年曾说：“世界上，我们的律师高度密集，每500人中就有1名律师，比英国多3倍，比西德多4倍，比日本多21倍。美国就是诉讼多，但我们没有把握说我们的正义就多！”。

2、中国律师制度的沿革（1）旧中国律师制度的萌芽和产生

中国是世界著名的文明古国，中国古代的法律制度独具特色，源远流长。但中国出现律师和形成律师制度，却是20世纪初叶的事。然而就律师从事的职业性质而言，在中国几千年的法制史进程中，也还是有迹可寻的。我国古代律师的萌芽，最早见于公元前7世纪的春秋时期。公元前632年（鲁僖

公28年)冬,卫侯与卫国大夫发生诉讼,卫侯因不便与其臣下同堂辩论,委派大士(即司法官)士荣代理出庭,而自己不出庭。在法庭上,经过一场唇枪舌剑的激烈辩论,士荣败诉,被杀。当然,这种辩护体现的是奴隶主贵族在诉讼过程中所享有的特权。而到了公元前6世纪郑国大夫邓析,不仅广招弟子,聚众讲学,传授法律知识和诉讼方法,还在法庭内外帮助新兴地主和平民进行诉讼。邓析是中国古代历史上第一个为私人代理诉讼的法律家。元、明、清时期的法律,也曾出现过诉讼代理制度的某些规定。此外,在中国的封建社会中,还有一些私下帮人写诉状,打官司的人,即民间的“讼师”,又称“刀笔先生”,其活动形式类似于现代律师的代书,但他们的法律地位一直未得到封建政府的承认。而古老的中华法系缘何始终未能孕育出律师和律师制度,其中无疑有其深刻的政治、经济原因。对此,可在与古罗马法的比较中初见端倪:第一,中国古代长久以来处于农业社会,商品经济不发达,没有律师制度产生的经济基础,这是其根本原因。在自给自足的小农经济条件下,社会结构简单,资源流动性小,而农村又多由封闭的家族组织所统治,许多纠纷依家规或者地方惯例均可解决,相比之下国家法遥不可及,故无须专职司法人员进行贯彻、执行。而古代罗马商品经济发达,经济交往频繁,且连年的征战又失去了稳定的社区统治,故国家为了维持经济秩序、巩固其统治,则设立了一系列解决纠纷的程序和制度,这些程序和制度的建立为辩护律师提供了广泛的用武之地。第二,高度中央集权的专制统治和民主传统的缺乏,是古代中国没有产生律师制度的另一个重要原因。律师制度的出现,要以民主的“辩论式”诉讼为

前提。中国古代历史文献中尽管也有一些家臣、家奴代理诉讼的记载，但这通常只反映了贵族在诉讼中的特权，而不具有普遍意义。民主的不发达以及诉讼制度的专横是中国古代未能产生律师和律师制度的政治原因。而在古罗马，情形则大不相同。古罗马有共和制的传统，人数众多的自由民在政治上不断抗争导致其权利逐步扩大，市民法和万民法调整主体日益广泛，这些都使平等、民主的诉讼在古罗马逐渐得以普遍化和制度化。这是古罗马律师产生制度上的基础。第三，封建社会的中国一向“重刑轻民，重实体轻程序”，这也是律师制度未能产生的又一个原因。在这种制度的指引下，司法权和行政权合二为一，行政长官同时兼为各级法官，法官与当事人之间形成了直接的管制与被管制关系，这样一来，即使有“讼师”帮助诉讼，其作用也必然是有限的。而在古罗马，商品经济的发展导致纠纷增多，国家设立了一系列复杂的诉讼程序制度，这使得辩护人的服务成了一种普遍的社会需要，从而导致了职业辩护阶层律师出现了。第四，中国古代法律知识不受重视，从而没有形成学科意义上的“法学”和作为一个阶层的“法律家”群体。自汉朝以后的几千年中，儒术在知识界占统治地位，法律方面的知识为文人所不屑，即使是在统治阶级内部，法律知识也从未受到过应有的重视。出于制定和解释律例的需要，中国古代士大夫中也曾出现过一些精通法律的人，他们的目的仅在于强化封建统治，却没能形成“法学”。这样，律师制度成了无源之水，百呼而无一应。古罗马私法程序的发达掀起了学习、研究法律知识的热潮，这在古代中国是从未出现过的。中国近代律师制度初萌于清末变法。1840年鸦片战争以后，随着帝国主

义的武装入侵和势力扩张，封建中国逐步沦为半殖民地、半封建社会，固有的旧法已难以适应急剧变化的社会关系，为了缓和国内矛盾，清政府不得不变法修律。至此，律师制度才如同其他司法制度一样在中国得以引进和发展。1906年，清政府起草了《大清刑事、民事诉讼法》；1910年，清政府再度拟定《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》，其中作出了有关律师参与刑事、民事诉讼的规定，但由于辛亥革命的爆发，这些法律未及颁布执行，清王朝即告覆灭了。辛亥革命后，孙中山领导的南京临时政府效仿德国、日本起草了我国第一部有关律师制度的成文法草案《律师法草案》。但因袁世凯窃国和临时政府解散，这个律师法草案也未能公布实行。1912年，北洋政府公布《律师暂行章程》，中国才有了第一部关于律师制度方面的成文立法。同时，该章程的公布实施也标志着中国律师制度的产生和起步。国民党南京政府建立后，于1927年公布了新的《律师法实施细则》、《律师登录规则》、《律师惩罚规则》等，使律师制度进一步规范化。

（2）新中国律师制度的建立和发展 新中国成立后，人民政权在废除了国民党《六法全书》，确定了解放区司法原则的基础上，取消了国民党的律师制度，解散了旧律师组织，取缔了黑律师活动，建立了新中国的人民律师制度。1950年7月，中央人民政府政务院公布的《人民法庭组织通则》规定，人民法庭“应保障被告有辩护及请人辩护的权利”。从1949年12月开始，在最高人民法院和上海市等地方法院陆续建立“公设律师室”。1954年7月，司法部在北京、天津、上海等大城市开始试办律师工作机构。同年9月，我国第一部宪法将“被告人有权获得辩护”，作为宪法原则加以规定。1956年1月，

国务院批准了司法部《关于建立律师工作的请示报告》，到1957年6月，全国已有19个律师协会筹备会，800多个法律顾问处，兼职律师300多人，刚刚建立的社会主义律师制度显示了重要作用，受到了广泛欢迎。1957年，反右斗争的扩大化使律师制度受到了极大破坏，十年动乱期间，律师制度更是荡然无存，我国历史上出现了长达二十余年没有律师的空白时期。党的十一届三中全会以后，随着社会主义民主的建设法制的加强，律师制度得到了恢复和重建。1980年8月，第五届全国人大常委会第十五次会议讨论通过了《中华人民共和国律师暂行条例》，新中国第一个律师立法的颁实施，使我国社会主义的律师制度跨出了崭新而富有建设性意义的一步。党的十四大提出建立社会主义市场经济体制的目标后，进一步加强我国社会主义民主与法制建设，对发展律师事业提出了更多的要求。1992年8月，司法部颁布了《关于律师工作进一步改革的意见》；1993年12月26日，国务院批准了《司法部关于深化律师工作改革的方案》；同年12月27日，司法部又发布了《律师职业道德和执业纪律规范》。1996年6月25日第八届全国人大常委会第十五次会议通过的《中华人民共和国律师法》更被称为我国律师制度发展史上的里程碑。随着律师制度的不断健全，我国律师和律师事务所的数量也迅速增长起来：1980年，全国只有律师工作人员5500人，法律顾问处1465个；而到了1989年，律师工作人员已达3.1万人，律师事务所发展到3500个；截止到2000年年底，我国律师人数已近11万人，律师事务所已达9000多家。（1）这期间，律师的工作量也与其人数的增加成正比。因此，我们不难预见，随着我国社会主义市场经济的进一步发展和社会主义法制

的逐步完善，在不久的将来，我国律师事业的发展必将迈上一个新的台阶。（三）律师制度的发展趋势 纵观律师制度的建立和发展，律师在社会的政治、经济发展中的作用和地位愈加重要。进入20世纪下半叶，特别是20世纪80年代以后，律师制度的发展呈现出几大趋势。以下概括中西律师制度的发展，作以分析：1、律师的数量迅速增长 近代各国律师人数增长的动态并不是匀速的，而是相对集中在几个时期。尤其是80年代以后，各国律师人数的增长速度加快，律师数量的增长率远远超过以前的任何一个时期。例如美国1970年取得律师资格的人数是27.4万，1980年就猛增到77.7万人，1999年已突破80万，目前，共有律师90万，平均每300人拥有一名律师，其人数超过世界各国律师人数的总和。英国1957年约有律师3万人，1977年突破4万，1992年英国人口增长甚微，但律师却猛增到7.9万人。其他发达国家亦然。律师数量大量增长的原因主要是受经济迅速发展的影响，经济增长了，法律服务的需求亦随之增大。同时律师人数增长与律师地位和经济收入的不断提高也有密切联系。我国自1980年恢复了律师制度以来，律师人数也逐年增多。截至2000年底，全国从事律师工作的人员已经达到11万人。律师队伍的迅速发展，与党和政府越来越重视律师工作有密切联系。仅1992年一年时间，江泽民同志就曾在不同场合先后七次谈起要加强律师工作。他指出，中国应该有30万名律师。李鹏、朱容基、乔石等党和国家领导人也多次明确指出，搞外向型经济，不仅需要大量的科技人才，还需要一大批会计师、审计师、律师等人材。司法部根据中央领导的指示精神，从中国的实际情况和市场经济的需要出发，提出加快发展律师队伍，努力提高

律师素质。到20世纪末，律师队伍要发展到15万人，到2010年达到25万至30万人，实现律师占全国人口总数的0.29%。（目前仅为万分之零点八，比泰国、巴基斯坦的律师与人口的比例还低。）为此，司法部拟继续改革和完善律师资格考试制度，采取各种积极有效的措施把具有律师资格的人才吸引到律师队伍中来。可以预见，中国的律师队伍还将有更大的发展。

2、律师业务范围日益广泛

在律师制度建立的初期，律师的业务主要是为当事人代理民事诉讼和作为刑事被告人的辩护人。但是现代各国均扩大了律师的业务范围，并且随着经济的发展，非诉讼业务在整个律师业务中所占的比重越来越大。认为找律师就是为了打官司的观念早已过时。在市场经济条件下，律师的主要功能恰恰是为了避免诉讼。在当今的发达国家，律师在非诉讼领域的业务量为律师总业务量的80%以上，律师的业务活动范围已延伸到社会生活的各个角落和各个领域。以美国为例，在美国联邦和州的行政部门工作的律师有5.7724万人，占全国律师总数的9.8%；在私人企业团体执业的律师7.0727万人，占律师总人数的9.8%。在从业的律师中，大部分律师也在从事公司、金融、房地产等非诉讼方面的业务。我国律师目前的业务主要集中在诉讼领域和非诉讼领域的企业法律顾问，除沿海城市和大城市外，大部分地区律师其他非诉讼业务开展的较少，律师在非诉讼领域发挥的作用还很不够。其原因一是法律缺乏应有的权威，“权大于法”、“人情大于法”的现象普遍存在；与此相联系，人们认识不到或不愿意在非诉讼领域聘请律师；二是律师自身对非诉讼领域的业务开拓不够，办理非诉讼业务的能力欠缺；另外经济发展地区不平衡与人们对法律的信仰程

度也或多或少的限制律师非诉讼业务的拓展。即使这样，市场主体对律师提供法律服务的多方面需要已日益显示出来。律师在金融、证券、房地产、企业兼并、投资等非诉讼领域的发展也十分的迅速。

3、律师分工日益专业化 在发达国家，由于律师的业务活动范围日趋广泛，加之法律的分类越来越细，任何律师，不管其业务能力多强，精力多么的充沛，也很难包揽每个方面的业务。这就迫使律师走专业化的道路。所谓专业化的分工，就是根据律师业务的划分情况，不同的律师深入掌握某项专门的法律知识和从事此类法律实务的技能，从而专门办理此类业务。当前我国律师的数量不多，业务范围不广，加之现行的律师收费办法没有反映专业化分工的趋势，律师收费主要是按案件性质而不是按律师付出的劳动和智力成果的高低来确定收费标准，造成我国大部分律师争办高标的经济纠纷和争当企业法律顾问，大部分律师都是“万金油”式的律师。近年来，随着经济的发展和对外开放，大中城市中的律师工作已呈现出专业化分工的趋势。如涉外、房地产、证券等非诉讼业务的收费已显示出巨大的优势。

4、律师事务所向大型化发展 在资本主义发展的初期，绝大部分律师都是个人开业，19世纪50年代以后，合伙律师事务所开始增多，大部分合伙所只有2 - 5个律师。到了21世纪律师超过百人的大所。在纷纷向大型所发展的同时，小规模的事务所仍有用武之地。他们承办的业务是大所不愿承办的。目前，在发达国家，大部分律师仍在2-5人的小型所工作，个人开业的律师还占有相当大的比重。为解决小型所负担的物质费用和辅助费用过高的问题，小型所也开始在保持各自业务上独立的前提下，向几个所共用物质设施或联合分担

行政费用方向发展，也有的各自租用毗邻的场所，以造成规模效应的态势。我国的《律师法》取消了个人律师事务所，同时司法行政部门的导向均反映了当局发展规模所的倾向性。但是我国除了有少数几个百人以上的大所外，大部分律师事务所人员均在10人以下，有的所靠兼职律师来增加宣传上的效应。笔者认为，在大力提倡专业化、综合性、大规模方向发展的同时，也需要有一大批经营灵活、投资较少的事务所。以适应不同层次的社会需要。

5、律师的社会地位大大提高

资本主义律师的社会地位不断提高，一方面律师的自治程度提高。西方国家律师与法官、检察官一样被称为“法律家”，之间已形成职业共同体，并鼎足而立。另一方面，律师在国家的政治生活各方面所发挥的作用日益突出。经济上，没有律师事务所的大宗经济活动被看作没有法律保障的冒险；政治上，律师大量地参与国家政权。美国的律师不仅通过担任政府法律顾问的途径参与国家事务，往往还是通往官场的阶梯。历任总统中律师出身的在半数以上，国会议院中，律师出身的通常占参议院人数的2/3，众议院人数的1/2。法官和检察官也大都是律师出身。另外，律师收入较高，律师职业受人尊敬也是律师地位提高的标志。我国“十四大”以来，律师的社会地位也不断提高。大量的优秀人才，一批留学归来的博士和国内培养的硕士纷纷加入律师队伍，一些法官、检察官也辞职成了律师的一员；同时律师在各级人大、政协中均占有少量的比例；律师也已步入高收入阶层；一批优秀的律师被选入人大、党政、司法部门任职。

6、律师管理向行业化、法律化、规范化发展

从世界范围看，律师管理不断向行业化发展，大多数发达国家和部分发展中国家已基

本实现了对律师管理主要或完全是行业组织进行。律师的自治程度在不断加强。国家或律师行业组织对律师的法律化、规范化管理，主要通过从进入律师队伍入口把关。为了纯洁律师队伍，维护律师声誉，以立法形式对律师职业提出高要求。我国律师制度恢复以来，主要由司法行政机关对律师进行管理，为了适应市场经济对律师管理体制的要求，自1993年以来，司法部对律师管理体制作出重大改革。其方向是从我国的国情和律师工作的实际出发，建立司法行政机关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管理体制过渡。说明我国在律师管理方面与国际律师行业接轨的道路上迈了一大步。

二、关于律师的性质和执业宗旨

“性质”一词，在汉语中是指“事物所具有的本质特点”。律师的性质，自然是指律师的本质特征。由于律师既是一种职业，又是一个群体，一个阶层，同时，在阶级社会中，律师又服务于一定的阶级，因此，律师的性质大致可以从三个方面分别加以界定，即律师的阶级属性、社会属性和职业属性。

（一）西方国家及我国台湾地区的相关规定

1、律师的阶级属性

律师在西方国家，无论是英美法系还是大陆法系，都是统治阶级的重要组成部分，律师制度是其法律制度的有机组成部分。德国《律师法》甚至直接规定，“律师是独立的司法人员”。日本等国家和我国台湾地区的法律虽然没有明确规定律师是司法人员，但法学界常称律师为“在野法曹”，而律师也以“在野法曹”自诩。所谓“法曹”，可理解为“司法机关”，“在野”则指“非政府机关”。因此，所谓“在野法曹”可以解释为“民间的司法机关”。律师的阶级属性是十分明

确的，而且这种阶级性同律师的职责有十分密切的联系。日本《律师法》第1条规定，“律师以维护基本人权，实现社会正义为使命。律师根据前项使命应当诚实地执行职务，努力维持社会秩序和改进法律制度”。台湾《律师法》第1条也明确规定：“律师以保障人权，实现社会正义及促进法治为使命，律师应基于前项使命，诚实执行职务，维护社会秩序及改善法律制度。”显然，在西方国家地区，律师的使命是保障人权，实现社会正义，促进民主法治，即律师通过执行职务，参与社会活动，使社会秩序得以维护，法律制度得以改善，人权得到保障，社会正义得以实现，民主法治水平不断提高。当然，这里的“正义”、“民主”、“法治”等等，均带有鲜明的阶级性。西方所有的国家中，当律师作为司法人员出现时，在某些特定场合，律师可以担任法官或检察官。加拿大《出庭律师与初级律师法》第3条规定：“律师属司法辅助人员系列。律师从事司法业务应着职业服装（法衣）”。第17条规定：“每一个获准在最高法院担任初级律师的律师协会会员，均为加拿大自治领地的所有法院的官员。”美国《律师职业行为标准规则》也规定，“在法院工作繁忙、法官人数不够时，律师有应法院指定代理法官的义务”。律师除代理法官职务外，还经常为检察院服务，在英美法系国家，律师服务于国家公诉机关是常有的事情。律师还可以就某个具体案件受雇于国家公诉机关，为其服务，只是律师在执行国家公务期间不得执行律师职务，处理律师业务。

2、律师的职业属性

就律师的职业属性而言，律师是为国家、公民、组织提供法律服务的专业人员。西方有些国家，律师分为社会律师与国家律师。国家律师又称为公设律师。如美

国80多万律师中，有10多万属于国家律师。他们同其他律师一样，持有律师执照，以自己所具有的法律知识和专业知识作为提供法律服务的手段。与其他律师相比，他们不是自由职业者，而是国家公务员，管理体制上，严格按照公务员管理；他们只为国家服务，而不可向社会提供法律服务，其职能在于捍卫国家利益；他们有更多的机会参与国家重大决策，因而有更多的机会步入仕途。尽管他们在经济上的收入可能低于社会律师，但在政治地位和对国家政治生活的影响远大于社会律师。他们为国家提供法律服务的方式包括担任政府法律顾问、在刑事诉讼中以公诉律师身份出席法庭等等。律师为公民、组织或社会团体提供法律服务，是其基本职能，也是其最重要的职能。德国《律师法》第3条规定：“律师是法律事务中独立的、职业的顾问和代理人。”“任何人都 有权在各种法律事务中请律师充当其法律顾问，或在法院、仲裁法院及行政部门的活动中充当其代理人”。加拿大《出庭律师与初级律师法》规定：“律师业务包括：（一）以代理人或辩护人身份出庭；（二）起草、修改或整理……任何请求书、公司组织简章、公司章程、申请书、声明、保证书、备忘录、决议、细则或者与一个法人团体的设立、登记、组织、改组、解散或清算有关的其他文书；用于任何诉讼、司法或非司法的任何文书；遗嘱、财产授予与契据、信托契据、委托书或者与遗嘱检验、遗产管理委托书或与死者有关的其他文书；与准备、获准或需要在登记处或其他政府机关登记、记载或备案的动产或不动产有关的文据。（三）为解决因侵权行为产生的损害赔偿请求或要求而以任何方式进行任何行为、作为或谈判；（四）同意根据他人的安排提供出庭

律师或初级律师的服务；（五）提供法律咨询”。日本《律师法》第3条“律师的职务”规定：“（一）律师应根据当事人及其他关系人的委托或公署的嘱托，办理诉讼事件、非讼事件及请求审查、提出异议、请求再审查等关于对行政官厅所作处分声明不服的事件和其他一般的法律事务为职务。（二）律师当然可以办理事务代办人及税务代办人的事务。”台湾《律师法》第20条规定：“律师受当事人委托或法院之指定，得办理法律事务。”由此可见，法律表述尽管有所区别，但律师职责是大致相同的。

3、律师的社会属性

就律师的社会属性而言，西方国家多将其界定为“自由职业者”。如德国《律师法》规定：“律师为自由职业者。律师的活动不具有经营的性质。”法国《关于改革若干司法职业和法律职业的第71--1130号法律》第7条规定：“律师职业属于自由独立职业。律师以协作律师、公司成员或律师协会会员身份执业的，不享有领薪资格。”西方国家将律师界定为自由职业者，主要是针对作为国家法律工作者的法官和检察官而言的，以强调律师不是执行公务的国家工作人员而是自由职业者。需要指出的是，在不少国家，律师为自由职业者和作为国家司法工作人员的提法是并行不悖的。律师的社会属性，仅反映了律师这一职业在社会所处的某种状态，同律师的阶级属性一样，同样无法揭示律师的本质属性。因此，“自由职业者”不能将律师与其它职业完全区别开来。如在西方，医生、建筑设计师、记者也都是自由职业者。西方国家将律师界定为自由职业者，是为了赋予律师执业的独立性。这种独立性表现为：其一，律师履行义务的多样性要求他保持相对的独立性，免受其他一切因素的影响。律师必须表明他是

独立于当事人和法院的，并要注意不偏袒任何一方。其二，这种独立性在非讼事件以及诉讼中都是十分必要的，律师向其当事人提供咨询若只是为了保护、服务于个人利益或屈服于外来压力，则其工作毫无实际价值。其三，从事律师职业，不得兼任任何有损于律师独立性和律师职业自由的活动，如禁止同时代理利益冲突各方规则、禁止律师实施其他某些形式的活动规则，以保障律师的独立性。通过以上分析，现代西方国家及我国台湾地区的律师制度作为上层建筑的重要组成部分，是为其经济基础服务的。因而，律师具有鲜明的阶级性，是统治阶级维护其统治的工具。律师的职业特点决定了律师只能是自由职业者，而不是国家公务员。自由职业者的含义是指国家行政机关原则上不干预，律师实行高度的自律，并非指律师可以妄为。律师向社会提供的是有偿服务，由于服务对象的广泛性，因而律师的社会属性是以自己所具有的法律知识和专业技能向社会提供广泛的法律服务。（二）对我国现行规定的思考 1、关于阶级属性和职业属性 关于律师的阶级属性和职业属性，我国从1950年的《律师暂行条例》第1条到《律师法》第1条，所作的规定差别不大。即通过向社会提供法律服务，维护当事人的合法权益，并实现维护法律正确实施的目的。这种阶级和职业属性的规定体现了对律师执业宗旨的定位。笔者认为，在逐步建立现代化法治社会的过程中，仅将律师执业限定在“维护”的范围内，是不够全面的。因为：（1）忽略了律师执业的本质特征 维护当事人的合法权益是法律对国家司法机关人员的共同要求，并非是对律师职业单独要求。如《民事诉讼法》第2条规定，民事诉讼法的任务之一是保护当事人的合法权益。从内

容上来说，当事人的合法权益涉及很多方面，律师的服务不可能包罗万象。有些外部因素也会影响律师维护当事人合法的权益的效果。如有的司法人员明知故犯，严重损害当事人的合法权益。在此情况下，律师的据理力争，很难达到维护当事人合法权益的目的。（2）缺乏实现维护法律实施的最终手段 律师很多的授权来源于社会和当事人，而不是来自国家。律师的这种职业特征决定了当法律被有权机关和人员扭曲时，律师无力予以纠正。同时，在法律强调律师义务而忽略权利保护的情况下，律师的自身权利不断被侵犯。律师的地位与司法机关和执法人员相比，处于一种顺应、服从和配合的境地。在此情况下，要求律师依靠自身力量来维护法律的正确实施是十分困难的。从律师职业的长期发展看，已形成一套群体共同的价值取向、道德标准和行为方式的联系。这是律师作为一个群体有别于国家机关和社会公众的基本特征。从这一基本特征出发，我们应将律师的阶级和职业属性或者说职业宗旨重新定位为：保护当事人合法权益，维护社会公平，正义和改善法制。保护当事人合法权益是律师执业最直接、最基本的目的。维护社会公平、正义则是律师职业的价值取向和道德标准。只有具有维护社会公平、正义的崇高使命感，律师才能仗义执言，依据法的精神和理念发表意见，以追求社会公平和正义。律师提高法律服务的结果是改善法律制度。法律通常带有时代的局限性，律师通过自身的工作，把具体案件和法律、法规联系起来进行评价和思考。正是通过这种带有创造性的动态的工作，使得律师在推动立法的完善方面担当主要的角色。2、关于社会属性 1980年的《律师暂行条例》将律师规定为国家的法律工作者，与一般

国家工作人员的性质没有本质区别。随着我国法治水平的逐步提高，关于律师社会属性的认识发生了变化。1996年的《律师法》第2条将律师规定为依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。这一规定，应当是近年来律师理论研究中关于律师是为社会提供法律服务专业人员理论的肯定。但是笔者认为，仅将律师的社会属性停留在“为社会提供法律服务的执业人员”上是不够的。律师职业具有独立性、积极性、民主性、社会性、商品性的特征，不同社会制度下，律师实行自治，其社会的独立属性都是相同的。社会主义国家也应当承认律师的独立性，将律师确定为社会主义法制下的自由职业者。其理由为：（1）律师的独立性不是孤立的属性 这种独立性是在统一的社会主义法制下的独立性，它必须与律师的积极性、民主性等属性构成一个整体，才能发挥其应有的作用。承认律师的独立性，决不意味着必然动摇或改变律师的阶级性、民主性等属性；相反，它会有助于与其他属性相互协同，共同构筑一个律师性质的整体，在充分发挥各自属性的应有功能的基础上提高整体属性应发挥的全局效应。如果抛弃律师的独立性，势必影响律师的其他属性的功能，扭曲律师应有的形象，局限律师在法律服务市场中的个性与自由，最终抑制律师作用的发挥。（2）律师的独立性与其政治功能是不同的概念范畴 律师的独立性，更多的是从律师的活动方式或技术规范的角度界定的属性，它与律师的政治活动功能是两个完全不同的概念范畴。将律师的独立性视为资本主义社会律师的本质属性而盲目拒绝，是一种对独立性本身没有深入研究的表现也是对资本主义律师制度的一种误解。其实资本主义社会律师的最本质属性，仍然

是阶级性，这与社会主义国家并无区别。律师的独立性，仅仅是律师诸多属性中的一种，而且是一种有极强技术性色彩的属性。因此，在借鉴、引进西方国家律师制度的同时，没有必要将其社会属性中应具有的独立性排除在外。（3）承认律师的独立性，才能更好地发挥市场功能 承认律师的独立性，有利于进一步调动我国律师在社会主义法律服务市场中的能动性和积极性，更好的发挥在社会主义法律服务市场中的作用。市场经济上一种强调经营主体独立性和自主性的经济，只有具备完整独立人格的社会主体，才能参与市场竞争。在社会主义市场经济建设中，一方面律师是市场经济的主体之一，它必须具有个性和独立性，才能顺应市场经济的发展潮流，为市场经济提供优质服务；另一方面律师服务本身也是一个市场，也应遵守市场经济规则，如果律师没有独立性，一切由行政说了算，律师法律服务市场就会走向畸形。

（4）承认独立性才能与国际接轨 律师职业是一个商业性较强的职业，法律服务作为律师的劳动成果，具有商品特征，可以在市场流通中交换，它要求承认律师的独立性，与世界各国律师职业相通相融，互相竞争，共同发展。中国加入WTO对律师业的影响将是极为深刻的，作为一种专门化的社会职业，各国律师生存与发展的基本方面应当是共同或相似的。不仅如此，在经济全球化、文化趋同的历史潮流中，在人类面临的矛盾和社会发展的主体逐步同一的趋势下，各国律师业的共同性将趋于突出。只有和各国律师制度一样，承认律师的独立性，才可以使我国的律师在国际交流和合作、世界法律服务市场中存在和发展。律师职业的独立性、自由性，要求对律师队伍进行严格、规范的专业管理，最大限

度的抑制独立和自由可能带来的市场无序和混乱的负面作用。因此，从业律师必须是专业律师，而不可能允许其他形式存在。在律师资源短缺已经基本解决的情况下，不仅要取消特邀律师，而且要取消兼职律师，以避免律师社会属性混同，管理混乱的局面，纯洁律师队伍，维护律师形象。

三、律师的资格和任职条件

律师属高智能、知识复合型的职业。律师除需具备良好的品质外，还需要具备扎实的法学功底、丰富的社会经验，良好的语言表达、敏捷的思维能力。因此，各国都对律师资格和任职条件作出严格的规定。

（一）西方国家的有关规定

西方各国对律师的资格和任职条件都作了十分严格的规定。

1、公民国籍方面的要求

在国籍方面，美国、英国、法国、加拿大，日本等都将本国公民列为取得律师资格的必要条件。在联邦制的国家，如美国的德克萨斯州则比较特殊，按该州的法律规定，其他州的公民不能参加本州的律师资格考试，成为该州的律师。美国少数州规定，在本国居住2个月或6个月以上的外国人或具有永久居民权的外国人也可报考。

2、在学历方面的要求

一般须具有高等学校毕业，取得“学士”学位的公民。

（1）要求法学本科学历

要求法学本科毕业的国家有德国、澳大利亚、南韩、奥地利等；

（2）要求高于法学本科学历

要求高等学校毕业后，必须再在法学院学习几年期满，才具有取得律师资格学历条件的有美国、英国、法国、日本、新加坡、加拿大等。在美国大多数州规定申请律师资格的人必须首先在正规学院或者大学获得学士学位，再从合格的法学院毕业英国取得初级律师资格一般须取得学士学位；取得大律师资格一般先取得学士学位再获推成为全国著名的“林肯律师学院”、“格雷律师学

院”、“内殿律师学院”、“中殿律师学院”四院中的一个学院的学生。法国须是司法部长和大学国会秘书联合制定的法学硕士名册中的法学硕士、或博士学位获得者，或视为法学硕士获得者。

3、品行考察制度 美国各州都规定参加律师资格考试的人必须具有“良好的道德品质”。传统作法是熟悉申请人的人提供宣誓过的文书以证明其品行良好。品行考察标准由考试机构制定和颁布。通过品行考察组织的考察，以确定申请从业资格的品行条件。大部分州还规定，申请取得资格前，须接受一段时间的律师实务培训。英国要求四大律师学院的学生提供两份“性格良好”的证明书。法国规定申请者未因损害名誉，不清廉或有损善良风俗的行为而受到刑事处分。

4、律师资格考察制度 美国、英国、法国、澳大利亚、日本、德国、加拿大等均规定，取得律师资格须经国家统一考试或授权考试部门组织考试合格。德国取得资格需要经过两次国家考试，需要7至9年的时间才能完成。日本需经“司法见习生”结业，再在司法研修所实习2年，期满考试合格授予见习律师资格，又在司法机关工作5年后，才能取得律师资格。韩、日、新加坡则只要求具有大学法律系或法学院毕业，经法定时间实习和审核合格，即可申请取得。

(二) 我国律师资格取得方面的问题 根据《律师法》第6条规定，具有高等院校法学专科以上学历或同等专业水平，以及高等院校其他专业本科以上学历的人员经律师资格考试合格的，由国务院司法行政部门授予律师资格。并从立法上确立了律师资格与律师任职条件分离的制度。《律师法》关于资格和任职条件的规定，有利于贯彻公平、平等、择优的原则，对于发展律师队伍，提高律师的素质有着积极的意义。与此

同时，我国相关的规定，仍有待完善。

- 1、关于律师资格考试（1）法学学历水平应当提高 我国目前法学人才缺乏的局面已经改变，已有大批具有学士、硕士、博士等学历和学位的人才，知识层次和学历结构有了很大提高。此时，仍沿用传统学历的要求，已不合时宜。同时法律专科的两年学习中，谈不上系统地进行法学功底的培养。只要记忆力强，即可通过考试。他们在从事业务过程中，理论功底不深的缺陷日趋显露。为培养和造就大批懂经济、懂法律、懂科技、懂外语的律师人员，必须从资源上把好质量关。（2）限制非法律专业本科以上学历人员报考 各国均不允许非法律专业人员从事律师工作，法律素质的培养不是死记硬背，一蹴而就的，一个在大学本科时期以文学、理工科为专业的人，其思维定式知识阶构与律师应具备的逻辑思维能力、分析解决问题的技巧和说服论辩的经验很难同而语。当然如果取得非法律专业文凭后，又取得法学学士、硕士或博士文凭，则表明是复合开型人才，可以吸收到律师队伍中来。（3）对报考律师资格人员进行人格和品行审查 社会生活中，品行不良而通过考试的并不鲜见，虽然可通过律师执业证书的审查排斥其从事律师工作，但无执业证书也是律师的一员，仍可损害律师的整体形象，因此，对报考人员或通过分数线人员有必要进行人格和品行审查。（4）规范律师资格统一考试 虽然目前一年一度的考试属国家一类统考。但考试的内容和方式仍应规范，其内容的确定、方式的选择、考题的设计、试卷的阅评、结果的分析等，都需要进一步的科学化和规范化。以检测学生真正的水平和能力，使其成为我国最权威的法律专业水平考试。
- 2、关于资格的授予与任职条件（1）缺乏律师

资格取得的禁止条件 《律师法》第6条、第8条对考试人员的政治、学历方面等作了规定，但缺乏报考的禁止条件。因此，有可能出现允许报考且取得资格，但不符合《律师法》第9条的规定，不能取得执业证书的情况。这在观念上和管理上都会带来误解和混乱。实际上，《律师法》第9条规定不予颁发律师执业证书的情形，也应该是律师资格禁止的条件。比如，让受过刑事处罚的人报考，成绩合格后又无法取得执业证书，显然破坏法律的严肃性和权威性。因此，应补充律师资格禁止条款或将第9条任职的禁止条件也作为律师资格的禁止条件。

（2）不予颁发律师资格证书的标准宽严不一 第9条规定了三种颁发律师执业证书的情形，凡是受过刑事处罚（过失犯罪除外）；开除公职和吊销律师执业证书，就永远不可再做律师。上述规定明显存在标准宽严不一的情况。因为过失犯罪受过刑事处罚的行为人，其行为的社会危害性显然大于开除公职和吊销律师执业证书的人，因此，将过失犯罪作为排除条件，有悖常理。开除公职和吊销执业证书则永远不可能做律师不仅不符合国际惯例而且逻辑上也讲不通，因为吊销执业证书只是不符合任职条件，并未被取消律师资格。犯罪（过失犯罪）仍可执业，而行政处分或惩戒后即永远不得再执业，有失公平和公正。笔者认为应把是否受过有期徒刑刑事以上刑罚，以及何种罪名，罪行的轻重作为标准。实际中也确有执业律师受到执法机关职业报复被判刑，而司法行政部门仍让其执业的作法。对于开除公职或被吊销执业证书的条款，也应分别不同的情况区别对待，并可设定较长的惩罚期限。对于确不宜做律师的，应取消其律师资格。

四、关于律师的管理体制 管理是社会化的产物，世界各国都将

科学管理看成社会进步的重要条件，甚至看成事业能否兴旺发达的决定性因素，律师的管理体制也直接影响、促进律师业的发展。（一）西方国家的律师行业组织和行业管理 西方国家均采取单一的律师行业管理模式，没有将行政手段渗入到律师管理中去。

1、行业组织 美国的律师组织与其国家结构相适应，有全国性律师组织和地方性律师组织，即美国律师协会和各州律师协会。另外，还有一些特别的律师协会。如代表黑人和黑人组织的国家律师协会，主要由受雇于联邦政府的律师组成；还有全国女律师协会、美国诉讼律师协会、美国诉讼律师团、全国律师同业公会、海关律师协会、美国专利法协会、美国法学教师会、美国法官会等。美国律师协会与州律师协会并非领导与被领导的关系，而是平等的关系，美国律师没有具体的管理职能，州律师协会才是具体的管理者，美国律协制定和通过的全国统一性规则，只有州律师协会通过后才有效。大部分州的律师协会采取强制入会的方法，少数不强制入会的州也通过登记注册制度来监督管理律师。英国没有全国性律师组织，只有地区或部分地区联合的律师组织。这是由历史原因和法律体系的差异决定的，又由于英国分大律师和小律师两大分支。这样，英国便有6个地区或部分地区联合的律师组织协会。即苏格兰大律师公会、律师协会；英格兰、威尔士大律师公会、律师协会；北爱尔兰大律师公会、律师协会。日本律师组织分为两类：一类是法定组织，即日本《律师法》明文规定的应成立的组织。包括日本律师联合会和地方律师协会。另一类是非法定组织，即法律没有规定，而由律师自愿结合的团体。如青年法律家协会、妇女法律家协会、自由法律团、国际法律家协会等。

日本律师联合会是一个完全独立的自治团体和职业团体。律师必须加入当地律师协会和全国联合会，以贯彻律师自治原则，征收会费以确立财政基础。

2、内部机构与职责

美国律师协会有一个主席委员会，执行政策管理职能。还有一个代表议会，从1936年起就一直作为政策制定机构。议会的代表来自各州和大地区的律师协会。美国律师协会的常务委员会来处理其大量的事务。这些事务主要是职业道德、继续教育、法官选举、律师服务、职业惩罚、临时议案等。美国律师行业管理的职责是：将分散的律师组成一个强有力的职业群体，以群体的力量对社会施加影响；加强法学教育，组织会员继续学习，有的还设法学图书馆，为会员提供方便；监督和管理律师，对违法律师调查、惩罚；另外，律师组织在繁荣法学，促进法律政策，加强会员交流，维护法律职业的荣誉等方面，都发挥了十分重要的作用。

英国的律师75%都集中英格兰和威尔士两个地区。英格兰威尔士律师会成立于1895年。由选举产生的100位成员组成，下设若干专门委员会。公会的主要职责是维护公会的声誉和独立性；维护大律师的专业标准和制定职业行为规定；审议投诉；保持国际联系。公会委员会控制法律专业委员会的政策，并由后者实施大律师资格考试和管理四个律师学院的法律学校。

英格兰、威尔士律师协会成立于1825年，是初级律师的组织，其领导机构是理事会，有理事75名，大部分理事来自各地的代表。内设6个部（局），分别是职业标准发展部、律师投诉局、法律业务部、管理部、协调部、通讯联络部。

日本律师联合会的重要机构是决策机关为大会、代议员和理事会。执行机关是会长、副会长。会长由全体会员直接选举产生，副会长由

代议会选举产生。联合会的事务机关为事务局，由1名董事总长、2名次长及四个事务机构组成。联合会下设资格审查惩戒委员会、纪律维护委员会、选举监督委员会、法律推荐委员会、人权拥护委员会、司法制度研究委员会及41个特别委员会。联合会的职责是设置律师名册、负责登记审查；律师资格审查；研讨维护会员纪律的各种政策；惩戒律师及审查异议申诉；发行杂志出版物；办理休业共济、互助养老金业务等。联合会还开展对外或社会活动，主要体现在维护人权、改善刑事司法、司法民主及公害问题等领域。律师联合会接受法务省（相当于司法部）的领导与监督。

（二）我国的律师管理体制和存在的问题 我国现行的管理体制已不能适应新时期律师业的发展要求。1、现行的管理体制是一种以行政管理为主的管理模式，即司法机关对律师资格的授予，律师机构的设立与撤销，律师执照的颁发的注册，律师规章制度与职业道德的制定、律师执业活动的监督与奖惩，律师收费标准和财务制度的管理等方面进行全方位的行政型管理。其行政管理具体包括：进行政策指导，制定有关律师工作的规章制度，把握律师工作的发展方向，规范律师业务行为；实施机构管理，负责审批律师工作机构的设立与撤销，监督律师工作机构的活动；实施人员管理，组织律师资格考试与考核工作，决定律师资格的授予和取消、负责律师工作执照的颁发与注册，组织评聘律师专业职务，实施对律师的奖励；进行业务管理，制定律师业务活动的有关规章制度，指导帮助开拓律师执业业务领域、组织律师进行业务培训、经验交流和理论研讨，对律师活动进行考核、检查和监督；实施经费管理，会同有关部门制定律师业务收费办法、收费标准和

律师事务所财务管理制度，对律师事务所的财务收支进行监督和审计；归口管理协会的工作以及对外交流活动。我国的律师协会虽然也是律师自愿组成的社团，但需要接受司法行政机关的监督与指导。根据《律师法》第37条规定：律师协会是社会团体法人，是律师的自律组织。西方国家的律师协会大都是律师的自治性机构。“自律”与“自治”的差异主要表现在能否对律师职业进行真正有效的管理。根据我国《律师法》第40条的规定，律师协会的自律内容和范围除按照章程对律师给予奖励或者处分外，还包括：保障律师依法执业，维护律师的合法权益；总结、交流律师工作经验；组织律师业务培训；进行律师职业道德和执业纪律的教育、检查和监督；组织律师开展对外交流；调解律师执业活动中发生的纠纷等。西方国家律师协会的“自治”则与此不同，律师法规的制定、律师职业准则的出台，律师资格的考试、授予与登录、注册、律师工作机构的设立与撤销，律师纠纷的处理与违纪律师的惩罚等，都是其自治范围。西方国家对律师进行管理，大都不具有行政色彩，是一种由协会进行的行业管理。应当指出，现行的律师管理体制，在律师工作发展的十多年中特别是律师制度恢复重建时期，对于迅速恢复发展我国律师队伍起了很大的作用。但是，律师体制的改革，彻底打破了原有的国家承包的局面。甚至《律师法》从立法上规定的国办、合作、合伙三种事务所形式，其中的国办所也因2000年下半年国务院关于社会中介机构改革的方案而必须与司法行政或任何官方机构脱钩改制。同时，律师的相对独立性要求必须对其执业活动进行更为严格的监督和管理。因此，《律师法》确立的律师管理体制亟待改革。

2、现行体

制存在的问题（1）仍沿袭传统的行政管理方式管理律师 根据《律师法》的规定，司法行政机关的职责是在宏观上对律师工作进行指导和监督，但根据1996年9月司法部发布的《关于严格执行《律师法》进一步加强律师队伍建设的决定》对此作出的解释是：司法行政机关的主要职责是“对律师行业进行政策指导、机构管理、人员管理、执业活动监督和业务指导。”（1）1999年9月，司法部律师公证工作指导司贾午光在题为“把中国律师业推向新世纪”的文章中也重申了相同的观点。这里的宏观内容，几乎涉及到律师管理的各个环节。这使得司法行政机关缺乏了从宏观上更好的行使指导和监督律师工作的职能，从而与中央关于政府机关改变职能，抓大放小，小政府大社会的改革精神不相符合。（2）司法行政机关与律师协会之间的管理职能分工尚未理顺 按照现行的律师管理体制，司法行政机关的管理权限主要有：制订律师管理的有关规章；授予律师资格和颁发律师执业证书；批准设立律师事务所和律师事务所分所；对违反《律师法》规定的行为进行处罚；对律师的年检注册登记、律师机构的组建及思想政治等方面的管理。而根据《律师法》的有关规定，律协的主要工作则仅为做好行业的自我宣传、自我发展和自我约束的工作。从比较中我们不难看出，在现行管理体制下，司法行政机关把握住律师管理工作中能够体现权威的实质性内容，而在一旦发生律师权利受到侵犯需要保护的情况下，则由作为群众团体的律协出面处理，不免显得“头重脚轻”，不能体现律师协会作为行业协会应享有的权利，造成责、权不对等。（3）律师协会没有成为真正意义上的行业协会 上述两点说明律师协会并没有成为真正意义上的行业

协会。行业协会的本质应属于社会中介机构，而社会中介机构的本质又在于其独立性，这种独立性的首要表现就是其民间化或称非政府化。在市场经济的组织架构中，没有这种独立存在的中介机构，是无法实现真正意义的市场经济的。如同没有律师和陪审团，也就没有真正现代法治意义上的审判制度一样。（4）司法行政机关和律师协会之间的人事关系尚未理顺 突出的表现在律协组织人员的组成均由司法行政机关确定，民主选举流于形式。相当一部分律协秘书处人员与司法行政律师管理处人员系一套人马两块牌子。律协会长成为司法厅局长离退休后的安置。这种管理模式使双重管理变为单一的管理，也与《律师法》规定的精神相悖。目前中央到地方的司法行政和律师协会已经注意到这一问题，逐步吸收执业律师到律协领导班子中来。（5）师执业机构形式改革尚未完全到位 《律师法》将律师执业机构形式确定为国资、合作和合伙三种形式，但却没有国际上通行的，并在我国经过较长时间试点的个体律师事务所确定为我国律师执业机构的形式之一，这不能不说是《律师法》的一大缺憾。另外，在国办律师事务所转制过程中，没有解决好转制后遗留的问题，使法律明显滞后于实际，从而导致了理论研究和制度运作中的种种混乱。

五、律师的权利和义务

律师的权利和义务是法律规定的律师在执业时所享有的权能和应负的责任。律师的权利和义务构成了律师制度的核心。（一）律师的权利 律师的权利是律师依法享有独立执业的保障，是指国家法律赋予律师的，在其执业活动中及执业有关的保障方面所享有的权利。世界各国大多数立法都对律师的权利做出规定。其中有的散见于诉讼法中，有的在律师法中专门列出。1、

律师的人身权利 我国《律师法》规定，“律师在执业活动中人身权利不受侵犯。”其内容应包括律师执业时人身自由不受非法限制和剥夺；住宅和办公地点不受侵犯；律师的名誉权不受侵犯等。我国对于律师上述权利的保护与普通公民是等同的，因此，基于职业报复等原因，对律师上述权益的侵犯时有发生。对此，法国的做法值得借鉴。为保护律师的办公室和住宅不受侵犯，法国规定，不得在律师住所逮捕罪犯或者被告人，警察局和检察院虽可以到律师住所寻找有罪行的文件（原件），但不得到律师办公室寻找委托人的罪行和过失的线索；律师与委托人之间的通讯即不得被查封，也不得被第三者拆看，受到法律的绝对保护。根据法国《刑事诉讼法》第56条规定，如果预审法官决定在一个律师家中进行搜查，须报告总检察长同意，并由其通知律师协会会长，再由会长或其指派的代表列席搜查，进行监督；搜查必须由预审法官亲自执行，只有对发现的有罪行性质的文件，才可以依法查封，否则是不能被查封的。

2、律师执业权 律师的执业权是律师享有从事法定业务的权利。律师的其他权利，如调查取证权、阅卷权、代理上诉、申诉权等均由其派出而来的。鉴于律师执业权的重要性，各国立法都对其作了特殊的保护。如日本等国家实行律师职业终身制。我国《律师法》第3条规定，“律师职业不受地域限制”，从而打破了地域限制和地方保护主义的束缚。同时司法行政部门规定，律师的执业证书可以注册到男性70岁，女性65岁。其年龄的上限高于国家规定的机关等全民单位的离退休年龄。

3、取得合法报酬权 律师职业的商业性，推动律师法律服务质量的提高。在西方国家，律师劳动成果的商业价值大都通过市场规则予

以调节和规范。律师酬金的高低，往往由当事人与律师协商而定。立法除对某些酬金的收取原则作基本规定外，一般不具体规定某一案件中律师取得报酬的数额。律师的资历、声誉、以往的服务、案件的复杂难易程度等，都是影响协商收费的因素。同时，实行风险代理或胜诉酬金制度。律师的个人报酬，一般都比公职人员的收入高的多。如英国律师参加工作不久年收入可达5、6万英镑，相当于一个司级政府官员或法官的收入；澳大利亚的高级律师年收入可达20、30万澳元，一般法官、检察官的年薪仅为7.5万澳元；日本一般律师年收入500万日元，相当于人民币13.5万元，名律师年收入可达1000万日元，相当于人民币270万元。我国由于现行的90年国家物价局、司法部、财政部《律师业务收费管理办法及收费标准》早已不适应形势，而又无新的标准取代，律师的收费存在着官方收费标准严重不合理；律师实际收费随意性大等问题。有关部门应借鉴国际通行的收费办法，尽快制订出符合国际惯例和中国国情的收费办法。

4、拒绝辩护或代理权

《美国律师职业行为示范规则》第116条将律师拒绝辩护或者代理分为“应当”和“可以”两种情况；台湾地区《律师法》第23条规定，“律师接受委托后，非有正当理由，不得终止其契约，应在审期前10日或侦查讯（询）问前通知委托人，在未得到委托人同意前，不得中止进行。”我国《律师法》第29条第二款也规定，“律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝辩护或代理”。笔者认为，这里的“正当理由”应以下列标准来衡量：第一，继续辩护或代理不利于维护当事人

的合法权益；第二，律师与委托人之间产生了权益冲突；第三，继续辩护或代理与律师的职责严重矛盾；第四，有妨碍或者使律师无法继续辩护或代理下去的客观情况。

5、查阅有关卷宗材料和有关证据权 我国《律师法》第30条规定，律师依照诉讼法律的规定，可以查阅与案件有关的材料；《民事诉讼法》第36条规定，律师“可以查阅本案有关的材料”；《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，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”，“自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案件所指控的犯罪事实的材料”。对于其中的诉讼文书和技术性鉴定材料，最高人民检察院《刑事诉讼规则》第319条又作了进一步的阐明，即：诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序性文书。技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神鉴定、物证技术鉴定等由鉴定资格的人员对人身、物品及其他有关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。根据《刑事诉讼法》的规定，我国辩护律师查阅案卷材料和有关证据仅是在检察院对案件起诉后，或从人民法院受理之日起才可以行使。那么辩护律师在侦查阶段介入诉讼是否享有查阅有关案件材料和证据的权利？世界各国和地区立法对此持不同态度。日本和我国台湾地区《刑事诉讼法》与我国大陆的规定相同，都是在起诉之后才允许律师查阅案件材料和有关证据。法国《刑事诉讼法》对此种权利规定的比较模糊，但从条文规定来看，只要不延误诉讼程序的进展，在侦查阶段是允许律师查阅

案卷材料的。笔者认为，应当准许律师在侦查阶段享有一定的查阅案件材料和有关证据权。它对律师尽早的了解案件情况，更好的履行职责，保护当事人的合法权益，都是有积极作用的。另外我国最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（下称《六部委规定》）第4条规定，对于律师查阅、复制证据材料，只能收取复制材料必需的工本费用，不得收取各种其他各项的费用。工本费收取的标准应当由最高法院、最高检察院报国家价格主管部门核定。从98年作此规定至今，并无上述全国统一标准，有关机关收取复印材料费每张达1 - 2元人民币。这种执法部门垄断违法创收的做法应予以取缔。

6、调查取证权

在西方发达国家已形成惯例，而且相关立法还对律师的调查取证权规定了诸多的保障措施。我国的《律师法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《六部委规定》对律师的调查取证权均作了规定。但各规定间缺乏统一，从而导致律师调查取证权实际落实的困难。主要表现在以下方面：

（1）不同法律规范之间不协调，落实调查取证权的行使依据不统一 我国《民事诉讼法》中规定，代理诉讼的律师“有权调查收集证据”。由此可以推出：既然律师有权调查取证，被调查人就有向律师提供证据的义务。《行政诉讼法》规定代理诉讼的律师“可以向有关组织和公民调查、收集证据”。而在什么情况下可以，什么情况下不可以，都未作进一步规定。《律师法》中规定，律师承办法律事务经有关单位或个人同意，可以向他们调查情况。即说明律师调查取证须经被调查人同意方可进行。《刑事诉讼法》针对不同调查对象

对律师的调查取证权更做出了严格限制：对证人或者其他有关单位或个人，须经被调查人同意方可调查取证，对被害人或其近亲属、被害人提供的证人，除经本人同意外，还须经人民检察院或人民法院许可，才能向其收集有关材料。从以上的法律规定中可以看出，各法律对律师调查取证权的规定不一致，常导致律师在调查取证时无所适从。法院对律师调查取证的评价标准也十分模糊。（2）有些规定内部存在矛盾，导致律师调查取证权行使的困难《刑事诉讼法》第31条规定：辩护人的责任是根据事实与法律，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，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。而第37条却对律师调查取证权作了严格限制，与其承担的“责任”很不相符，其结果常造成实践中律师调查取证的困难。（3）我国立法对律师调查取证的严格限制，妨碍了律师维护当事人的合法权益 现行的《刑事诉讼法》和《律师法》对于律师办理案件过程中的调查取证权都有严格的限制，而律师只是为社会提供法律服务的法律工作者，没有任何国家权力而言。因此，现实中律师的调查取证常常遇到刁难和拒绝，而得不到充分的证据，当事人的合法权益就得不到充分的维护，从而直接影响到律师的职业活动，对实现律师的社会功能显然亦十分不利。从上述分析中，律师“取证难”造成了诸多不良后果：第一，它导致了对抗机制的失衡。目前我国庭审方式正由传统的纠问式诉讼转向抗辩式诉讼，抗辩式的诉讼不再强调法官积极主动的查明一切证据，如果再对律师的调查取证作严格限制，势必造成控辩双方力量的不均衡，从而影响案件的公正判决。第二，它造成了权利义务分配的不公平。

一般来说，权利和义务应是对等的，律师为实现其职责，必须享有相对自由的调查取证权，而这个义务的承担者就是被调查的单位或个人。虽然律师可以申请人民检察院或人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证，但这也只是国家权力作用的结果，即使达到律师所期望的效果，也并未改变律师与被调查人之间权利义务分配不公平的局面。综上所述，笔者认为，我国立法应尽快就律师调查权及其法律保障问题作出统一、合理的规定。具体内容应为其一，律师承办法律事务，有权依据有关法律规定，向有关单位、个人调查情况、收集证据。其二，有关单位或个人对律师的调查情况应当予以协助，除法律另有规定外，不得拒绝提供调查材料或拒绝作证。其三，律师调查取证确有困难的，可以申请人民检察院、人民法院收集、调查证据，或申请人民法院通知证人出庭作证；人民检察院或人民法院收集、调取证据时，经人民检察院或人民法院许可，律师可以参加。

7、同被限制人身自由的人会见和通信权 此会见和通信是法律赋予辩护律师的一项重要权利，世界上绝大多数国家和地区的立法对此都作了规定。如意大利《刑事诉讼法》第104条规定，处于预防性羁押状态的被告人有权自该措施实施之时起同辩护人进行会晤；被当场逮捕的人或根据384条的规定受到拘留的人（即受拘留的犯罪嫌疑人）有权在逮捕或拘留后立即与辩护人会晤。德国《刑事诉讼法》第148条规定：被指控人，即使不能自由行动的，允许与辩护人进行书面、口头往来。在英国，警察讯问犯罪嫌疑人时不仅要有律师在场，而且必须有录音或录像，并且在时间上不得间断，以防止录音录像不真实。当被告控告警方违法取证，举证责任在警

方，即由警方证明自己是否违法取证。我国《律师法》第30条亦规定，律师可以“同被限制人身自由的人会见和通信”。我国《刑事诉讼法》规定：“辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。”显然，这些规定对于律师职责的履行和被告人权利的保护都是非常必要的。但是，我国关于律师会见权的一些规定违背了我国政府参加的国际公约，从而成为国际敌对势力攻击我国人权状况的口实。我国《刑事诉讼法》第96条规定：“...律师会见犯罪嫌疑人，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，应当经过侦查机关批准”。联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》规定：“受到刑事控告而被逮捕或监禁，由警察拘留或监狱监禁但尚未审讯和判刑的人在会见律师时，警察或监所官员对于囚犯和律师的会谈，可以用目光监视，但不得在可以听见谈话的距离以内”。联合国《关于律师作用的基本原则》中也规定：“逮捕、拘留或监禁的人与律师联系协商时可在执法人员能看见但听不见的范围内进行”。我国作为联合国常任理事国，理当遵从上述规定。

8、律师在法庭审理阶段的诸项权利 在开庭审理阶段，律师享有如下权利：发问权；对法庭出示或宣读的证据提出异议权；提出新的证据的权利；参加法庭辩论的权利；对法庭的不当询问有拒绝回答权。

9、代理上诉和申诉权 律师是否具有上诉权，在民事诉讼和行政诉讼中，各个国家和地区的立法规定基本是一致的，即征得当事人的同意或授权，律师可以为当事人利益代理上诉；而在刑事诉讼中，则有几种不同的规定。一种是赋予律师独立的上诉权，即律师可以为被告人的利益上诉，但不能与被告人的明示的意思

相反，作此规定的国家有意大利、德国、日本等；另一种是不承认律师具有独立的上诉权，律师经被告人同意，可以代理被告人上诉，我们称之为“代理上诉权”，如中国和法国即作此规定；还有一种规定比较特别，它规定律师具有独立的上诉权，但以被告人同意为前提，即律师如果认为刑事判决有错误，经被告人同意后，可以用自己的名义上诉，如我国台湾地区。有关律师申诉权的行使，许多国家也作出了相关规定。如日本《刑事诉讼法》第440条规定：“检察官以外的人，提起再审的请求时，可以选任辩护人。”德国《刑事诉讼法》第366条第2款规定：“被告人和第361条第2款中所指人员（指已被判刑人死亡时，死者的配偶、直系和旁系亲属以及兄弟姐妹）提出申请时，只能用辩护人或律师鉴名的书状或者用口头由法院书记处作笔录。”英美法系国家大多允许律师为当事人申请“人身保护状”。我国关于辩护律师的上诉权在“刑事诉讼法”第180条作出规定，辩护人经被告人同意可以提出上诉。《律师法》第25条规定，接受犯罪嫌疑人、委托人的委托可以代理申诉。据此规定，我国律师在提供法律服务中，对承办的案件无独立的上诉权和申诉权。这种规定是符合我国国情的。

10、律师的辩护豁免权

律师的辩护豁免权是指法律赋予律师在向委托人提供法律意见或在法庭上陈述、辩护时，言辞不受法律追究的权利。许多国家对此作出了相关规定。英国律师的豁免权表现在两个方面：其一，律师在履行职务时，对第三者不负诽谤的责任；其二，出庭律师在处理诉讼案件时，不负疏忽责任。法国律师的辩护豁免权包括三方面内容：其一，对律师在法庭上的辩护和当面发言，不得以诽谤、侮辱或藐视法庭提起诉讼；其二

，如果律师认为法院执行的法律是过时的、被废除的或引用不当的情况，律师可以不遵守这些法律；其三。在法庭上，如果公众出于感情或政治原因，对被告进行攻击的情况发生时，律师有蔑视公众舆论的权利。我国立法对律师的辩护豁免权未作具体规定，而仅在《律师法》第30条作了宣言式的规定：“律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利应当依法保障。”通过比较我们可以看出：法国关于律师辩护豁免权的规定，比较符合我国的实际，更具有科学性，值得我们借鉴。

11、律师的业务垄断权

所谓律师的业务垄断权是指国家把为法人、其他组织和公民提供法律帮助的法律事务，作为一种职业授予律师操办，如果非律师从事这些业务，就要承担一定法律责任。许多国家的律师都实行业务垄断，如美国、日本、英国、奥地利等，其中日本和英国的律师业务的垄断程度最高，处罚也最严厉。我们以日本《律师法》第十章和第十一章之规定为例，内容主要包括：

其一，非律师不得以获得报酬为目的，对诉讼案件、非讼事件以请求审查、提出异议、请求再审查等对行政官厅所作处分声明不服的事件，和其他关于一般法律的鉴定、代理、仲裁或和解以及其他法律事务进行处理，或对其进行斡旋为其职业。其二，非律师不得作出律师或法律事务所的标志或记载；不得以获利为目的作出接待律师商谈以及处理法律事务等意旨的标志或记载。其三，不具有律师资格的人，不得向日本律师联合会关于其资格作虚伪的申述而使之登记在律师名簿上（如果登记了，构成虚伪登录罪）。其四，律师不得与非律师合作。违反上述规定的人员，要受到刑事处分。日本对于律师业务垄断权的保护，由此可见一斑。其他国家，

如奥地利的律师业务垄断权表现为只有律师才有权利出庭辩护和代理委托人委托的法律事务。美国有关法律规定，只有律师可以在法庭上代理他人进行辩护（除少数基层法院外）。但在某些行政机构内的司法诉讼中，除律师以外的其他人也可以被授权代理他人。我国也有关于律师业务垄断权的规定，如《律师法》第14条规定：“没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义执业，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或辩护业务”。从中可以看出：就律师垄断权的范围而言，我国的律师垄断权较其他国家要窄得多，仅包括非律师不得以律师名义执业，不得为获取经济利益从事诉讼代理或辩护业务，即只要不以律师的名义，除以营利为目的从事诉讼代理或者辩护业务外，律师能从事的业务非律师都能从事。现实生活中，随着公民法律意识的提高，以法律事务为服务内容的个人和组织也逐渐多了起来，由于缺乏必要的法律知识和业务训练，其中许多人并不能为社会提供良好的法律服务。他们要么靠一知半解的法律知识信口开河，要么靠人情关系搞不正之风，牟取利益。这些行为都严重扰乱了整个法律服务市场的秩序，干扰了律师正常业务的开展，并且不利于当事人合法权益的有效保护。因此，必须扩展我国律师业务垄断权的范围。综上可得出结论我国律师的业务垄断权可扩展为：非律师不得以牟取经济利益为目的提供法律服务。我国《律师法》第6条对侵犯律师业务垄断权的行为的处罚作了规定：冒充律师从事法律服务的，由公安机关责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处5000元以下的罚款，15日以下拘留。没有取得律师执业证书，为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的，由所在地的县级以上地方人

民政府司法行政部门责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处违法所得1倍以上5倍以下罚款。由此可见，我国法律仅把侵犯律师业务垄断权的行为看成是一般的违法行为，所承担的也仅是行政责任。笔者认为，侵犯律师业务垄断权的行为不仅是律师制度的破坏，而且是对社会管理秩序的妨害，具有社会危害性。因此，为侵犯律师业务垄断权的行为达到相当严重的程度时，即构成犯罪，应承担相应的刑事责任。

12、律师参与立法权 由于律师直接从事法律服务，对法律实施效果的优劣及实践中出现的问题有着直接的感受；再加上律师具有知识丰富、思维严谨、表达能力较强的职业特点，律师参与立法有着十分重要的意义。许多国家都把参与立法作为律师的一项权利规定下来。一般来说，律师参与立法有两种形式：一是律师直接进入立法机构参与立法，如美国、阿尔及利亚等国家；二是律师参与法案的起草或对法案提供法律意见，如奥地利等。有的国家也兼采这两种形式，如日本、澳大利亚等国。我国律师也可以通过一定的形式参与立法，如当选人大代表参与法案的起草，对法案进行表决；应邀对法律草案进行讨论，提交法律意见。但这些都未被作为律师的权利来看待，这与我国律师日益上升的社会地位及律师的职业特点不相协调，有必要通过立法把参与立法作为一项律师的权利加以确定。鉴于我国律师的性质是社会法律工作者，律师参与立法不宜采用直接进入立法机构的形式，可采用另一种形式，即通过参与法案的起草和对法律草案提供法律意见来参与立法。

(二)、律师的义务 律师的义务是指律师依照法律从事业务活动和与之相关的活动时应当作出或不作出一定行为的约束性行为规范。相当于律师的权利来说

，我国立法关于律师义务的规定比较统一。1、基于代理权产生的义务 律师是代理委托人处理法律事务，律师基于代理权产生的义务，实际上就是对委托人承担的义务。包括：

（1）维护当事人合法权益的义务 这是律师所承担的义务的核心内容。其他的义务都是由此派生出来的。律师为维护当事人的合法权益，必须遵循以下具体要求：第一，律师执业必须忠实于事实和法律。要求律师不能屈从权势，歪曲事实，曲解法律。我国《律师法》有明确规定：“律师执业必须以事实为依据，以法律为准绳。”第二，律师接受委托后，无正当理由，不得拒绝辩护或代理。律师拒绝辩护或代理时，负有及时通知的义务，以减少当事人的损失。第三，律师不得兼职国家机关工作人员或从事其他盈利性活动。我国《律师法》第13条第1款规定：“国家机关的现职工作人员不得兼职执业律师。”日本《律师法》第30条规定，“律师不得兼任有报酬的公职……不经所属律师会的准许，不得经营以盈利为目的的业务，或充当此类业务人的雇员，或以营利为目的的法人的业务人员、董事或雇员。”其他如法国及我国台湾地区也有类似的规定。（2）律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人 我国《律师法》第34条对此作了规定，其含义应当包括在同一案件中，无论是一审还是二审，律师均不得同时或先后担任双方的代理人；同一律师事务所的律师，也不得在同一案件中，为双方当事人担任代理人。（3）律师不得利用其提供法律服务的便利谋取双方当事人争议的权益 律师谋取当事人争议的权益的行为，实际上是在代理权限内与自己所为的法律行为。即所谓的“自己代理”。各国立法一般明令禁止此种情况。我国《律师法》第35条第2款

也有规定，并在第44条规定了对律师实施此种行为的处罚。

(4) 律师不得接受对方当事人的利益，或向对方当事人谋取利益 这种行为违背了维持代理关系的诚信原则。我国《律师法》明确规定：“ 律师不得接受对方当事人的财物。” 这种规定过于狭窄，应修订为“ 律师在为一方代理人代理过程中，不得接受或谋取对方当事人的利益。” (5) 律师在执业活动中，负有保密的义务 律师对执业活动中知悉的国家秘密，当事人的商业秘密和当事人的隐私，应承担保密的义务。这也是对律师上职业道德的基本要求。

2、 公平竞争的义务

律师业的不正当竞争，主要反映在承揽业务上使用不正当的手段，不仅违反律师执业的基本准则，扰乱法律服务市场的秩序，而且会影响律师的公正形象，危害律师制度的健康发展。因此，各国律师业均反对不正当竞争。如美国规定，不得以不正当的方法招揽业务，不得直接或间接的谋取律师已承办的案件；法国对律师予以直接或间接的方式与同行抢生意的行为也作了禁止性规定。日本法律规定，律师不得宣传其在职务上与审判官之间的关系或利用这种关系。我国《律师法》第24条规定，“ 律师事务所和律师不得以诋毁其他律师或者支付介绍费等不正当手段争揽业务。” 并在第44条对此行为规定了处罚。1995年2月20日司法部发布的《关于反对律师行业不正当竞争行为的若干规定》则详细列举了11种不正当竞争行为。《律师职业道德和执业纪律规范》也对律师的不正当竞争行为作了列举性的规定：其一，贬损或诋毁其他律师和律师事务所；其二，给委托人或介绍人各种名义的财物和利益许诺；其三，利用新闻媒介或其中手段炫耀自己、招揽业务、排斥同行；其四，利用与行政机关、社会团体

以及经济组织的关系进行业务垄断；其五，其他不正当竞争手段。

3、不得以不正当手段影响司法公正的义务 律师通过不正当手段影响司法公正主要有两种，一是通过请客送礼、行贿、受贿等不正当手段与执法人员非正常接触，以利于自己承办的案件。在英格兰和威尔士，出庭律师无论向谁支付佣金或送礼，以得到辩护要点都是严重违反职业道德的行为，如果被发现可能要除名。二是利用虚假证据，隐瞒事实等手段欺骗执法人员，使执法人员作出错误的判断，从而影响司法公正。我国《刑事诉讼法》第38条特别强调辩护人不得帮助犯罪嫌疑人，被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得实施威胁、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。甚至《刑法》第306条规定了辩护人诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪。这种针对律师极其严厉的处罚是各国法律没有的。实践中，已成为某些司法机关和人员对律师进行报复的手段。《律师法》第35条对律师不得以不公正手段影响司法公正作了列举：其一，不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员；其二，不得向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员请客送礼或行贿，或者指使、诱导当事人行贿；其三，不得提供虚假证据、隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据；其四，不得扰乱法庭、仲裁庭程序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。

4、执业限制的义务 是法律对有特定身份的律师所施加的一定程度限制其执业自由的义务。世界上大多数国家均有些规定。如美国《律师职业行为标准规则》规定，如果一名律师过去曾以政府官员或雇员身份实际介入过某一案件，从前曾经以法官，其

他审判人员、仲裁员或上述人员之书记员身份参与过某项案件的审理，则该律师不得再为与该案件有关的当事人提供代理。日本《律师法》第25条、台湾《律师法》第25条也作了类似的规定。台湾《律师法》第30条还规定：“司法人员自离职之日起，3年内不得在担任职务之法院管辖区域内执行律师职务。”我国《律师法》第36条对律师的执业限制作出规定：“曾担任法官、检察官的律师从人民法院、人民检察院离任后两个内不得担任诉讼代理人或辩护人。”这种规定应强调在原任职的管辖区域内，同时两年的规定难以避免离任后的影响，应延伸到离任后五年以内。

5、接受监督管理的义务

我国《律师法》第3条第3款规定：“律师执业应当接受国家、社会和当事人的监督。”第4条规定：“国务院司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导”。具体应包括：其一，律师应当在一个律师事务所执业，不得在两个或两个以上律师事务所执业；其二，律师不得私自接受委托，应由律师事务所统一接受委托并与委托人签订合同；其三，加入律师协会并交纳会费。各国几乎都实行强制性入会，以加强行业自律。但在会费的承担上，我国收取的比例明显偏高，且实行个人会费、团体会费双重征收。一些地方律协会费已成为制约律师发展的因素之一，而收取的会费支出和管理也失规范；其四，依法纳税的义务。我国由于税制的设计不合理，加之长期以来，税、费并收，严惩影响了律师业的发展和挫伤了律师自觉纳税的积极性。虽然1999年司法行政管理费被国务院明令禁止，但很多地方司法行政以执业证书注册年审作为控制手段，配合律协超标收取高额会费。

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