

法律服务分流制的构想 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__E6_B3_95_E5_BE_8B_E6_9C_8D_E5_c122_483171.htm

一、净化法律服务市场应提上议事日程法律服务市场的繁荣，体现了社会对法律服务的需求的不断增长，反映了随着法制的进一步发展和完善，法律“专业化”的趋势使法律服务越来越成为人们生活的必需。目前，我国法律服务市场呈现出一片繁荣景象。而与繁荣并存的则是法律服务市场无序发展的不谐音符。要使我国法律服务市场健康、稳定的发展，必须净化法律服务市场。（一）我国法律服务市场现状出席九届全国人大二次会议的迟夙生代表说，假冒律师的劣质服务是依法治国的障碍，也是导致司法腐败的诱因之一，必须采取有力措施尽快净化法律服务市场。1有人曾把我国的法律服务市场形象的比喻为“各路诸侯竞操戈”，不少人把法律服务市场看作一块“唐僧肉”，都想来吃一口，致使法律服务市场鱼龙混杂。准确地说，法律服务从范围上看，包括公证、诉讼代理、刑事辩护、法律咨询、代书及担任法律顾问等。从提供法律服务的主体划分，可分为公证机构的公证服务、律师的律师服务及非律师人员从事的法律服务。依据提供服务是否收取费用为标准，法律服务可分为有偿的法律服务和无偿的法律服务。目前法律服务市场的混乱主要表现为与律师法律服务相关的有偿法律服务的混乱。具体表现为：非律师冒充律师从事法律服务和没有取得律师执业证书的人员为谋取经济利益从事诉讼代理和辩护业务。（二）非法从事法律服务的危害性1、扰乱了法律服务市场的正常秩序 假冒律师从事法律服务

和没有取得律师执业证书的人员为谋取经济利益从事诉讼代理和辩护业务。这些人的法律服务活动不受《律师法》及《律师职业道德及执业纪律规范》关于律师执业规范的约束，在实践中为招揽业务，采取不正当手段进行活动，甚至滋生了严重的腐败现象，严重影响了法律的尊严。并且这些人从事法律服务牟取经济利益却不纳税，使一部分本应收归国有的税金流失。

2、损害当事人的合法权益 众所周知，律师执业，必须取得律师资格，而律师资格的取得，必须经过全国律师资格考试合格或考核合格，两种取得途径都要求具备较高层次的法律专业知识。取得律师资格后，经过一年的律师业务实习，方能取得律师执业证书。从而从法律专业知识上为律师给当事人提供合格的法律服务提供了保障。同时，多数律师事务所实行案件讨论制度，律师可以将疑难、复杂的案件提交全所律师讨论，通过讨论集思广益，避免和减少差错，保证办案质量，维护当事人的合法权益。再者，律师法还规定“律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。”从而更进一步地保障当事人的利益。而非律师从事法律服务，由于非律师不具备提供法律服务的资格，收费具有随意性，又不受律师的规章制度的约束，当事人的合法权益得不到保障。

3、损害了律师的形象 非律师从事法律服务活动，在实践中往往假冒律师，这些人由于没有法律加以规范和制约，向群众漫天要价，包揽诉讼，挑词架讼，曲解法律，使一些不明真相的群众上当受骗，也给法律服务市场带来混乱，并严重损害了律师的形象。《律师法》明确规定了冒充律师从事法律服务和没

有取得律师执业证书为谋取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务行为的处罚办法。但在实践中，对非假冒律师服务的打击力度是远远不够的。我们应采取怎样的对策来净化法律服务市场来。他山之石，可以攻玉，我们不妨先来看看国外的有关作法。

二、国外对法律服务的有关规定

不少国家采取了律师垄断制度。所谓律师垄断是指法律服务由律师进行，其他人无权为他人提供法律服务并收取报酬。

1、法律规定当事人如果委托诉讼代理人必须委托律师

有的国家虽未规定律师强制主义，当事人可以自己申辩及进行其他诉讼行为，但如果要委托诉讼代理人则非律师不可。如日本民事诉讼法第79条规定，在地方法院以上的法院诉讼，由诉讼人委托的诉讼代理人民必须是律师。罗马尼亚民事诉讼法规定：当事人可以委托其他人代理诉讼，但代理人的意见必须由律师转达。

2、法律规定禁止非律师以收取报酬为目的，提供法律服务

世界上许多国家都规定了，非律师不得从事律师事务。如美国法律禁止非律师从事律师事务。如果非律师从事律师事务，那么就有可能受到检控部门的起诉，面临犯罪的判决，6个月的监禁处罚。英国《1974年律师法》规定“不符合条件的人”不能担任律师；不得假冒律师；不得制作某些文据和文书、不得制作与遗嘱检验证和遗产管理委托书有关的文书。所谓“不符合条件的人”包括没有取得律师资格，和已被取消律师资格的人。严格来讲那些专门为政府部门和公共行政单位工作的特别律师也属于“不符合条件的人”。不符合条件的人故意假冒律师，或者使用任何表明他具有完全合法的律师资格、因而可以执行律师职务的称呼、称号、头衔或其他标志，都属于刑事犯罪行为，不经陪审即可以对其判处50

英镑以下的罚款。就其性质而言，这是一种严重的犯罪行为。日本《律师法》规定禁止非律师以收取报酬为目的，以代理法律事务为职业以及使用律师或法律所的标记或记载。违反者将予以处罚。我国台湾1992年11月16日公布实施的《修正律师法》，对未取得律师资格，意图营利，而办理诉讼事件者，对律师非亲自执行职务，而将事务所、章证或标识提供与未取得律师资格之人使用者；对未取得律师资格，意图营利，设立事务所而雇用律师执行职务者，分别处以徒刑或科以罚金。

3、法律禁止律师帮助非律师从事律师业务

在美国，律师如果帮助非律师从事有关法律事务那么也构成“帮助未经批准从事法律事务”的行为，律师也要受到惩戒处罚。在英国，如果一个律师让一个不符合条件的人以律师身份在任何诉讼中出庭或代理诉讼，或者在任何破产案件中办理破产事务。高等法院不仅有权将该律师从律师名录中除名，还可以对在他协助下冒充律师的不符合条件的人处以一年以下有期徒刑。日本《律师法》规定禁止律师同非律师合作，包括不得接受来处非律师对事件的斡旋，或使这些人利用自己的名义。

三、我国法律服务市场不规范的原因剖析

(一)诉讼中实行非垄断制

我国民事诉讼法第58条规定“当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。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。”最高人民法院 关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见 第68条规定：“除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外，当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、

限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

”我国刑事诉讼法第32条规定：“犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托一至二人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：（一）律师；（二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；（三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。正在被执行的刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不得担任辩护人。由此可见，在我国法律及司法实践对律师以外的人担任诉讼代理人和辩护人并没有特别的限制。法院在审查诉讼代理人辩护人资格时，诉讼代理人的代理、辩护人的辩护是否以牟取经济利益为目的并不在审查的范围，即使明知非律师其以牟取经济利益为目的从事代理、辩护业务，也不能禁止其参与诉讼。（二）当事人对非律师活动的危害认识不足当事人委托非律师从事法律服务的原因是多种多样的，不少人是听信非律师炫耀与承办案件人员关系密切，包打官司。有的人是因为非律师收费较之律师收费要低。但对非律师活动的危害则认识不足。（三）司法行政机关对非律师以牟取经济利益为目的的诉讼代理或辩护行为打击不力我国律师法第46条规定：“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，可以并处五千元以下罚款、十五日以下拘留。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，可以并处违法所得一倍以上五倍以下罚款。”在实践中，冒充律师从事法律服务的行为，在客观上比较容易认定。而非律师“为牟取经济利益

从事诉讼代理或者辩护业务”的行为，则比较难以认定。在认定这类行为时，必须有证据证明该行为人牟取了经济利益，而这类证据的收集比较困难，当事人由于种种原因可能对司法行政机关的调查工作不予配合。而司法行政机关又不具备相应的取证手段；同时，随着律师队伍的壮大，司法行政机关仅对律师业务活动的指导和监督，就已经负担很重，很难有更多的精力去对非律师以牟取经济利益为目的的诉讼代理或辩护行为加以管理。

四、我国实行法律服务分流制的构想

（一）我国不宜实行律师垄断制在我国长期以来，对法律服务业，都没有实行垄断。我国的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》都明确规定，可以担任诉讼代理人的人包括律师及其他有关人员。《律师暂行条例》也没有对非律师人员从事律师业务作出禁止性规定。这样的规定，有其历史的原因。首先，从律师业本身来看，从1979年恢复重建以来，由于律师体制的历史局限性等原因，律师的人数长期得不到发展到1990年，全国律师为数仅为。如果实行律师垄断，律师的服务将很难满足社会对律师服务的需求，甚至会由于律师服务的供不应求影响诉讼的顺利进行；其次，在我国社会主义法制重建的初期，颁布的法律不多，条文也比较简单明了，即使没有法律专业人员的帮助，只要具有一定的文化程度，就可以理解法律的规定，加之我国的审判方式长期以来是以职权主义的诉讼为主，在诉讼中注重发挥审判人员的积极性和主动性，当事人在诉讼中即使不懂得法律，也可以取得有利于自己的诉讼结果。随着体制改革的进行，律师事业的发展，我国律师队伍越来越壮大，面对法律服务市场的混乱，有学者提出了实行律师垄断的观点。对此笔者

不敢苟同。我们认为，目前，尽管我国的律师队伍人数已将近11万人，但从相对数量来说，仅靠律师的力量是难以满足社会对法律服务的需求的。而且在我国法律服务市场中，没有取得律师执业证书为谋取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的人员中，有一种人他的这种行为，在实践中不仅长期存在而且是合法地存在。这种人就是法律服务所从事法律服务的法律工作者。基层法律事务所是设置在农村乡镇或城市街道，就近为公民、法人和政府部门提供广泛法律服务的机构。从1985年初，北京市第一个街道法律服务机构----东城区北新桥街道法律服务所成立起，仅十几年时间，就发展到400多家法律事务所和2300余名法律工作者，形成了覆盖全市70%以上街道和乡镇的法律服务网络。“贴近基层社会，服务千家万户”，基层法律服务的业务非常广泛，从解答群众法律咨询、代写法律文书，到接受当事人的委托参与民事诉讼、非诉讼调解和促裁活动，还可以应聘担任法律顾问，以及协助办理公证、见证等法律事项。据统计，去年法律事务所协助调解纠纷9400多起，为基层政府和村民委员会和居民委员会担任法律顾问1200多家，代理诉讼和非诉讼法律事务15万件，其中涉及到企业股份制改造、劳务、金融、房地产、知识产权以及涉外法律事务占到将近一成，为公民和法人挽回和避免经济损失达62亿元。广大基层法律工作者积极实施各项法律援助，在报刊开辟信箱专栏、开通热线电话、开展“普法宣传周”、设立咨询接待室。目前，全国有基层法律服务所35264个，基层法律服务工作者115816人。十多年来，基层法律服务机构立足基层，努力开拓，为城乡广大群众、乡镇企业、村（居）民组织和基层政府提供了大量快捷、便利

、优质的法律服务。据统计，1987年1998年间，基层法律服务工作者累计代理民事、经济、行政诉讼334万件，代理非诉讼法律事务841万件，调解民间纠纷459万件，协办公证2949万件，通过各项法律服务工作，为当事人避免和挽回经济损失884亿元。基层法律服务，是80年代逐步在城乡基层建立和发展起来的一种新型的法律服务制度，是具有中国特色的法律服务体系的重要构件。由于它具有直接面向基层社会、业务综合全面、服务方便及时的特色和优势，因此它一经诞生便蓬勃发展起来。（二）法律服务分流制的立法建议笔者认为，根据我国法律的有关规定及司法实践将法律服务市场可以分流为三个部分：第一，律师的法律服务。在诉讼案件中，中级以上法院的诉讼代理或辩护由律师垄断。非诉讼案件律师的垄断根据法律规定确定。如从事证券法律业务、从事基本建设大中型项目招标投标法律业务等；第二，基层法律工作者的法律服务。基层法律工作者可以从事除法律规定由律师垄断的外的法律服务；第三，法律允许的非律师的无偿服务。

1、从立法上规定，中级以上人民法院审理的案件，当事人委托诉讼代理人或辩护人的必须委托律师（根据刑事诉讼法规定，具有法定情形的指定辩护，实际上已确定了律师的垄断）这样规定的好处在于：充分发挥律师维护当事人合法权益，维护法律正确实施的积极作用。近年来，我国的刑事、民事、经济审判都在进行庭审方式的改革。1993年1月，最高人民法院召开的全国经济审判工作座谈会确定了改变目前庭审方式，强调当事人举证、加强对证据的的质证和法庭辩论充分发挥开庭审理的功能。修正后的刑事诉讼法，改革了庭审方式，更加强化了控诉职能，同时也为辩护职能的充

分实现在制度上给与了保障。修正后的刑事诉讼法规定除适用简易程序审理的公诉案件，人民检察院可以不派员出席法庭外，所有的公诉案件，人民检察院都必须出庭指控，就其控诉主张提出必要的证据、事实依据，进行当庭举证。与此相适应，作为辩护职能的主要行使者的律师必须通过充分、扎实的庭前准备工作，在法庭上针对控诉方的指控以充分的证据和事实依据予以辩驳，提出自己的辩护意见，维护被告人的合法权益。新的庭审方式更注重调动当事人的积极性。在法庭中如何进行举证，如何进行质证，如何与对方进行辩论等等，不仅仅只是程序问题，而且与诉讼的结局有着重要的联系。如果有训练有素的律师参加，将有利于保障当事人的合法权益，有利于人民法院准确地认定案件事实，正确地适用法律，利于诉讼的顺利进行，提高诉讼效率。从诉讼法的规定看，级别管辖的划分主要以案件的性质、案件复杂程度、案件影响的范围为尺度，如刑事诉讼法第20条规定，中级人民法院管辖反革命案件、危害国家安全案件；可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；外国人犯罪的刑事案件以及提起上诉抗诉的案件；民事诉讼法第19条规定，中级人民法院管辖重大涉外案件；在本辖区有重大影响的案件；最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件及上诉抗诉案件。律师具备的法学专业知识及办案技能为维护当事人的合法权益提供了保障。对于因律师违法执业或因过错给当事人造成损失的，律师所在的律师事务所负有赔偿的责任。同时律师执业必须遵守宪法和法律，恪守律师职业道德和执业纪律，必须以事实为根据，以法律为准绳。律师活动有利于维护法律的正确实施。2、从立法上规定，某些特定的非诉讼法律

事务必须由律师办理随着社会主义市场经济的建立完善，社会主义法制建设的健全。国家更多的以法律的手段对社会进行管理，越来越多的社会生活将纳入法律调节的范畴。近年来，我国颁布了大量的法律、法规，其内容涉及社会生活的各个方面，法律的内容日趋复杂。必须具备相应的综合运用法律的能力，才能了解、把握法律规定的精神实质，准确地认定法律事实，分析法律关系，解决涉及的法律问题。同时由于法律大都规定得较为原则、笼统，难以将现实生活中层出不穷的法律关系概括无遗，有的法律还存在滞后性，为了弥补法律的不足，实践中又出台了大量的补充规定和司法解释，它们与法律具有同等的效力，对一些法律没有规定的问题，需要依据有关政策的精神加以解决，了解有关政策精神也同样具有重要性。诸如此类。要在法律事务中维护自己合法权益。很显然无论当事人自己，还是法律所允许的律师以外的其他诉讼代理人，他们在法律知识和办案技巧方面是很难胜任法律所赋予的维护当事人合法权益的职责。而律师以为社会提供法律服务为职责，具备相应的法律知识，并在办案实践中积累了办案经验，还享有法律赋予律师的权利，有着其他人所不能比拟的优越性，能够有效地维护当事人的合法权益。对此，一些政府文件已作了规定，如1998年司法部办公厅、国家计划委员会政策研究室《关于律师从事基本建设大中型项目招标投标法律业务的通知》中规定：“为了保证国家投资的效益和安全，项目法人或招标代理机构应当聘请律师就招标文件和有关合同文本出具法律咨询意见书。”³

3、基层法律工作者从事除法律规定由律师垄断以外的法律服务；可以充分利用其直接面向基层，立足基层的特色，发挥

其“贴近基层社会，服务千家万户”的作用。我国地域广阔、人口众多，社会对法律服务的需求是多样的、多层次的，仅靠律师的力量难以满足社会的需求，而基层法律工作者直接面向基层，立足基层，有着深厚的社会基础和群众基础，能够更直接、更有针对性地为基层法人和公民提供法律服务，基层法律服务工作者的服务方便及时，深受广大群众的欢迎。而且基层法律服务，接受司法行政机关的指导和监督，法律工作者工作执照的颁发由司法行政机关依据相应的条件审批，其活动有相应的规章加以规范。从而为维护当事人的合法权益提供了相应保证。基层法律服务从建立以来，一直从事着担任法律顾问、代理民事、经济和行政法律事务，开展法律咨询和代书等传统的律师业务。而且同律师、公证一起成为我国法律服务体系中不可缺少的三大支柱。允许基层法律工作者从事除法律规定由律师垄断以外的法律服务，符合我国基本国情。此外，基层法律服务收费相对律师收费较低，使多数群众都能承受法律服务的费用，并且基层法律工作者承办了一些律师出于办案成本因素的考虑而不愿受理的案件，使当事人的合法权益得到维护，起到拾遗补缺的作用。

4、严格限制无证人员参与诉讼活动，打击非法法律服务活动。虽然，我国诉讼法规定了，律师以外的其他人员可以担任诉讼代理人和辩护人。但无证人员（指律师及法律工作者以外的其他人）从事诉讼代理及辩护，由于主观和客观方面的原因难以很好的履行诉讼代理人和辩护人的职责，同时不利于法律服务市场的净化。因此，必须由法院把好审查关，严格审查诉讼代理人和辩护的资格，限制无证人员参与诉讼活动。在审查中发现冒充律师参与诉讼活动的情形，及时交由

公安机关处理；发现没有取得律师执业证书，为牟取经济利益从事诉讼代理或辩护业务的，及时交由司法行政机关处理。公安及司法行政机关应加大对非法法律服务活动的打击力度，使我国法律服务得到净化。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