

简论律师执业条件的完善 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AE_80_E8_AE_BA_E5_BE_8B_E5_c122_483268.htm 律师执业条件是律师法中的一个重要内容，对于保障律师队伍的质量具有重要意义。与《律师暂行条例》的规定相比，律师法在第二章对律师执业条件进行了专章规定。这些规定，既体现了各国关于律师职业一些具有普遍意义的规律性的做法，也体现了中国现阶段的现实国情，其作用是不言而喻的。但是从理论和实践层面来看，律师法关于律师执业条件的规定还存在一些问题。以下仅从立法技术和有关条文的具体规定角度探讨我国律师法关于律师执业条件的完善问题。

??律师法第二章的立法技术 《律师暂行条例》第9条、第12条对律师资格的管理进行了明确的规定。《律师暂行条例》第9条规定：“取得律师资格，须经省、自治区、直辖市司法厅(局)考核批准，发给律师证书，并报中华人民共和国司法部备案。司法部发现审批不当的，应当通知司法厅(局)重新审查。”第12条规定：“律师严重不称职的，得经省、自治区、直辖市司法厅(局)决定，报司法部批准，取消其律师资格。”根据上述规定，我国当时的律师执业条件管理制度上有以下几个特点：1、取得律师资格的途径是考核制。一般而言，与考试制相比，考核制所面对的考核流量比较小，便于实践操作。这与当时我国参加律师资格考核人员的基本情况是一致的。2、关于律师执业条件的规定的重心是律师资格制度。司法行政机关对律师的管理，也是通过对律师资格的管理来实现的。3、与上述特点相适应，我国在律师资格和律师证书的关系上

，采取了合二为一的做法。用一个不十分准确但是相当简明的公式表示，就是：律师资格=律师证书+律师。在这一公式中，律师资格和律师证书处于同一阶位，二者是相同的。但是，从1986年开始，《律师暂行条例》规定的律师资格制度在实践中遇到了挑战。从1986年起，我国实行律师资格全国统一考试制度。尤其是从1988年的第二次律师资格考试开始，律师资格考试向社会开放，并且突破了《律师暂行条例》规定的律师资格和律师执业证书之间的关系，律师资格成了可以独立存在的与律师执业活动不相干的东西。大量具有律师资格的人并没有从事律师执业活动，使得律师资格和律师执业事实上发生了分离，这样，大量具有律师资格但是并不执业的人，既不享有律师的权利，也不承担律师的义务，既不接受当事人的委托向社会提供法律服务，也因此缺乏同司法行政机关之间建立管理关系的基础。因此，对这些人进行《律师暂行条例》规定的管理，已经失去了意义。因此，如何在律师的执业条件上反映司法行政机关对律师的管理关系就成了律师管理体制中的一个重要问题。1996年通过的律师法在这方面的工作基本上是成功的。律师法第2条规定：“本法所称的律师，是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。”第5条规定：“律师执业，应当取得律师资格和执业证书。”第8条规定：“拥护中华人民共和国宪法并符合下列条件的，可以申请领取律师执业证书：（一）具有律师资格；（二）在律师事务所实习满一年；（三）品行良好”律师法关于律师资格和律师执业证书关系的界定，具有以下几个特点：1、律师资格的地位发生了变化，仅仅成为律师执业的前提条件之一。1995年10月八届人大常委会

第16次会议对《律师法(草案)》进行第一次审议时，肖扬部长对于律师资格和律师执业证书的关系作出了很好的说明：“具有律师资格，只是律师执业的一个前提条件。要取得律师执业证书，还需要符合草案规定的其他条件，并向主管机关提出执业申请，经主管机关批准并颁发律师执业证书后，才能执业。为此，草案具体规定了申请领取律师执业证书的条件和程序。”

2、律师资格的性质发生了变化。正如有的学者所指出的，新的立法在管理思路上，确立了“大开考试之门，严格执业条件，完善执业证书制度”的思想。这种思想在总则中就表现为，以是否取得律师执业证书为界限划分律师与非律师，以严格管理执业证书为中心，科学设置律师队伍的“入口”制度，严格把关。这样，以律师资格考试为法律业务知识水平和能力的基本检测手段，以取得律师执业证书为律师的标识，重新构筑了律师资格和律师执业证书的关系。这里的律师资格不再是原先的含义，即充任律师所必须具备的全部条件，而是“法律知识考试和考核合格”的代名词。所以，律师法不再出现“取消律师资格”这样的字眼。因为考试或者考核取得律师资格，只是反映了参加考试或考核者的法律知识水平，所以“取消律师资格”最多只是取消参加考试、考核者的律师资格证书，而无法取消他们本身所具有的法律知识。因此，在考试考核的意义上使用律师资格这个词，是不合理、不科学的。所以有的学者主张，对律师资格考试、考核制度进行改革，以后的律师资格考试和考核可以直接改称为“预任律师法律知识水平考试或考核”，考试、考核合格的，也不授予什么律师资格，就像大多数正规考试一样，只发一张成绩合格通知单。要想当律师，就拿

它申领律师执业证书。3、律师管理体制中管理的重点是律师执业证书。用公式来表示，就是：我们看到，在这一公式中，律师资格处于下阶位，而律师执业证书则处于上阶位，二者不再是相当的关系。总之，现行的律师执业条件与过去相比，已经发生了重大变化。从上述立论出发，我们现在审视现行的律师资格考试制度及其在实践中的贯彻，会发现在客观上存在一些与上述精神不相符合的问题。第一，律师法第5条的规定是不科学的。律师法第5条规定：“律师执业，应当取得律师资格和执业证书。”从该条文的字面含义上看，律师资格和律师执业证书相提并论，似乎处于一种等量齐观的地位。全国人大法律委员会关于《中华人民共和国律师法(草案)审议结果的报告》中说：“有些常委委员和一些律师提出，制定律师法的目的之一是严格规范律师执业资格，以维护法律的正确实施。当前社会上有不少没有取得律师执业证书的人，仍然有偿从事诉讼代理或者辩护业务，并以此为业，应当对此作出禁止性的规定。建议增加规定‘律师执业，应当取得律师资格和执业证书。’‘没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务’。”从这一立法资料来看，制定律师法第5条的目的在于强调律师资格的下阶地位，以及律师执业证书的上阶地位。但是形成的条文在客观效果上恰恰没有达到上述目的。实践中形成的向考试合格人员颁发律师资格证书的模式，甚至举行律师资格证书颁发大会的做法，进一步混淆了这一界限。因此，律师法第二章在结构上应当进行符合逻辑的调整。第五条应当修改为：“律师执业，律师资格；(二)在律师事务所实习满一年；(三)品行良好

。” 律师法关于律师资格和律师执业证书关系的界定，具有以下几个特点：1、律师资格的地位发生了变化，仅仅成为律师执业的前提条件之一。1995年10月八届人大常委会第16次会议对《律师法(草案)》进行第一次审议时，肖扬部长对于律师资格和律师执业证书的关系作出了很好的说明：“具有律师资格，只是律师执业的一个前提条件。要取得律师执业证书，还需要符合草案规定的其他条件，并向主管机关提出执业申请，经主管机关批准并颁发律师执业证书后，才能执业。为此，草案具体规定了申请领取律师执业证书的条件和程序。” 2、律师资格的性质发生了变化。正如有的学者所指出的，新的立法在管理思路，确立了“大开考试之门，严格执业条件，完善执业证书制度”的思想。这种思想在总则中就表现为，以是否取得律师执业证书为界限划分律师与非律师，以严格管理执业证书为中心，科学设置律师队伍的“入口”制度，严格把关。这样，以律师资格考试为法律业务知识水平和能力的基本检测手段，以取得律师执业证书为律师的标识，重新构筑了律师资格和律师执业证书的关系。这里的律师资格不再是原先的含义，即充任律师所必须具备的全部条件，而是“法律知识考试和考核合格”的代名词。所以，律师法不再出现“取消律师资格”这样的字眼。因为考试或者考核取得律师资格，只是反映了参加考试或考核者的法律知识水平，所以“取消律师资格”最多只是取消参加考试、考核者的律师资格证书，而无法取消他们本身所具有的法律知识。因此，在考试考核的意义上使用律师资格这个词，是不合理、不科学的。所以有的学者主张，对律师资格考试、考核制度进行改革，以后的律师资格考试和考核可

以直接改称为“预任律师法律知识水平考试或考核”，考试、考核合格的，也不授予什么律师资格，就像大多数正规考试一样，只发一张成绩合格通知单。要想当律师，就拿它申领律师执业证书。

3、律师管理体制中管理的重点是律师执业证书。用公式来表示，就是：我们看到，在这一公式中，律师资格处于下阶位，而律师执业证书则处于上阶位，二者不再是相当的关系。总之，现行的律师执业条件与过去相比，已经发生了重大变化。从上述立论出发，我们现在审视现行的律师资格考试制度及其在实践中的贯彻，会发现在客观上存在一些与上述精神不相符合的问题。第一，律师法第5条的规定是不科学的。律师法第5条规定：“律师执业，应当取得律师资格和执业证书。”从该条文的字面含义上看，律师资格和律师执业证书相提并论，似乎处于一种等量齐观的地位。全国人大法律委员会关于《中华人民共和国律师法(草案)审议结果的报告》中说：“有些常委委员和一些律师提出，制定律师法的目的之一是严格规范律师执业资格，以维护法律的正确实施。当前社会上有不少没有取得律师执业证书的人，仍然有偿从事诉讼代理或者辩护业务，并以此为业，应当对此作出禁止性的规定。建议增加规定‘律师执业，应当取得律师资格和执业证书。’‘没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务’。”从这一立法资料来看，制定律师法第5条的目的在于强调律师资格的下阶地位，以及律师执业证书的上阶地位。但是形成的条文在客观效果上恰恰没有达到上述目的。实践中形成的向考试合格人员颁发律师资格证书的模式，甚至举行律师资格证书颁发大会的做法，

进一步混淆了这一界限。因此，律师法第二章在结构上应当进行符合逻辑的调整。第五条应当修改为：“律师执业，应当取得执业证书。”然后规定律师申请领取执业证书的条件。该条件之一就是取得律师资格。然后再规定取得律师资格的两种途径。这样，在逻辑体系上会更加严谨。第二，《律师资格全国统一考试办法》(1996年12月2日司法部令第48号)第7条规定：“有《律师法》第9条规定情形之一的，不得准许其参加律师资格考试。”律师法第9条第(三)项规定，被开除公职或者被吊销律师执业证书的。如前所述，按照律师法构筑的律师资格和律师执业证书的关系，律师被吊销律师执业证书的，其仍然保持有律师资格(确切说，是其所具有的法律业务知识并没有因其律师执业证书被吊销而丧失)。在这种情况下，被吊销律师执业证书的人是不需要再参加律师资格考试的。因此，这一规定有悖实际。需要说明的是，上述观点并不是要降低律师资格乃至律师资格考试的地位。相反，由于律师资格在上述关系中处于下阶位而具有的基础性，恰恰需要对其予以足够的重视。历史已经表明，我国律师资格考试的成功运作，对于提高律师职业的整体素质和律师职业在社会中的地位发挥了异乎寻常的作用。今后的工作是，一方面要进一步加强律师资格考试的规范化、科学化。另一方面要发挥其在调整律师职业乃至整个法律工作队伍素质、精神方面的凝聚、整合作用。此外，通过律师资格考试发挥该考试在法学教育中的导向作用，也是应当研究的一个课题。法律体系的协调问题 从我国关于律师执业条件的现行规定来看，主要存在两个规范层次，一是律师法，一是司法部发布的有关部门规章，其中主要是司法部1996年10月25日发布的

《律师资格考核授予办法》和1996年11月25日发布的《律师执业证管理办法》。这些部门规章对于律师法的有关规定进行了进一步的补充和具体化，但是这两个层次的规定之间也存在不协调之处。这主要表现在以下几个方面：（一）考核授予律师资格的机关不一致。《律师暂行条例》第8条曾规定：“热爱中华人民共和国，拥护社会主义制度，有选举权和被选举权的下列公民，经考核合格，可以取得律师资格，担任律师：（1）在高等院校法律专业毕业，并且做过两年以上司法工作、法学教学工作或者法学研究工作的；（2）受过法律专业训练，并且担任过人民法院审判员、人民检察院检察员的；（3）受过高等教育，做过3年以上经济、科技等工作，熟悉本专业以及本专业有关的法律、法令，并且经过法律专业训练，适合律师工作的；（4）……”从实践来看，这一条文所规定的律师资格考核制度存在很大局限：1、专业知识方面要求偏低，没有规定必须具有高等院校毕业的学历，也没有规定最低学历，所谓“受过法律专业训练”的规定过于含糊，而且将非法律专业毕业的学历和法律专业毕业的学历等同起来。2、《律师暂行条例》第9条将取得律师资格的考核批准权授予了省、自治区、直辖市司法厅(局)，但是由于没有统一的具体标准，各地做法不一致，导致整个律师队伍素质偏低，参差不齐，甚至出现了盲目追求数量而降低考核条件的不正常现象。针对这些问题，律师法规定的律师资格考核制度作了非常大的改进。律师法第7条规定，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的人员，申请律师执业的，经国务院司法行政部门按照规定的条件考核批准，授予律师资格。

从律师法的规定来看，在提高了专业知识方面的要求的同时，将考核授予律师资格的考核批准权由国务院司法行政部门来行使。这有利于从全国的层面上统一把握考核的标准。但是司法部颁布的《律师资格考试授予办法》第3条规定：“省、自治区、直辖市司法厅(局)负责对申请人的考核和有关材料的审查工作，司法部负责律师资格的审批授予。”这一规定在一定程度上又退回到了《律师暂行条例》的规定上。因此，有违律师法的规定。笔者认为，在考核授予律师资格的问题上，还是应当严格按照律师法的规定，执行一个比较高的标准。司法部的有关规定只能补充、完善而不能超越、突破律师法的规定。因为律师法毕竟规定了律师资格全国统一考试制度，考核授予律师资格只能是一个有限度的补充，在考核机关上应当由高级别的司法行政部门来行使。

(二)律师法第7条规定，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的人员，申请律师执业的，经国务院司法行政部门按照规定的条件考核批准，授予律师资格。该办法第4条规定：“拥护中华人民共和国宪法，品行良好，身体健康，年龄在六十五岁以下，具有高等院校法学本科以上学历，被授予律师资格后能够专职从事律师工作的中华人民共和国公民，符合下列条件之一的，可以申请考核授予律师资格：(一)在高等法律院校(系)或法学研究机构从事法学教育或研究工作，已取得高级职称的；(二)具有法学专业硕士以上学位，有三年以上法律工作经历或者在律师事务所工作一年以上的；(三)其他具有高级职称或者同等专业水平，可以考核授予律师资格的。”《律师资格考试授予办法》对上述律师法第7条的规定进

行了进一步具体化，使得该条文的可操作性进一步增强了。但是这两个层次的规定之间存在很大的差距。这主要表现在：

- 1、 律师法第7条将可以考核授予律师资格的人员限制在从事法律研究、教学等专业工作并具有高级职称或者同等专业水平的人员，而《律师资格考核授予办法》在这一条件上既有缩小又有扩大。其缩小表现在将律师法规定的从事法律研究专业工作的人员进一步限定为在高等法律院校(系)或者法学研究机构从事法学研究工作的人员；其扩大表现在将具有法学专业硕士以上学位，有三年以上法律工作经历或者在律师事务所工作一年以上的，以及其他具有高级职称或者同等专业水平，可以考核授予律师资格的人员都纳入了可以考核授予律师资格的人员的范围
- 2、 律师法对于考核授予律师资格的人员是否必须专职从事律师职业并没有作出限制规定，而《律师资格考核授予办法》却将考核授予律师资格的条件之一限定为“被授予律师资格后能够专职从事律师工作”。总之，这两个方面存在的差距是比较大的，在修改律师法的时候应当加以适当协调。总的原则应当是对于考核授予律师资格的条件应当从严掌握，宁缺毋滥。具体执业条件的完善

律师法对律师的执业条件进行了详细的规定。但是仍有三个问题需要探讨。

(一)参加律师资格全国统一考试的条件。律师法第6条规定：“国家实行律师资格全国统一考试制度。具有高等院校法学专科以上学历或者同等专业水平，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。”从实践来看，该规定存在两个主要问题。一是参加律师资格考试的学历条件太低。从我国法学教育的现状而言，我国形成了从中专到研究

生的多层次的法学教育体系。律师法将参加律师资格考试的最低条件限定为高等院校法学专科学历在当时是有利于律师队伍的迅速发展的。但是在保证了律师队伍数量上的发展的同时，在质量上提高对律师队伍的发展要求非常重要。“律师规模增加的节律必须有一定的控制，盲目发展，不仅不能保证律师队伍的基本质量，同时会导致法律服务市场供求失衡，进而导致过度竞争。”因此，除了通过律师资格考试的录取数额上对律师数量进行限制外，在报考条件上进行必要的限制更有利于保证律师队伍的基本质量。从我国当前法学教育的发展趋势来看，将学历条件限定为法学本科以上学历是可行的。二是对于非法学专业本科以上学历的人员参加律师资格考试缺乏限制。根据律师法第6条的规定，具有高等院校非法学专业本科以上学历的人员，可以象法学专科学历的人员一样，直接参加律师资格考试。其他领域的知识当然有利于培养出知识更加全面的人才，并且其他学科的知识有利于为律师的执业活动提供相关的有效训练。但是其他领域的知识毕竟不能完全取代法律训练。因此，对于非法学本科以上学历的人员在参加律师资格考试之前应当要求他们进行一定期限的法律训练。例如在英国，巴律师和沙律师在进入职业训练之前，如果没有取得大学的法学学位而是取得了其他学科的学位，则应当参加为期一年的强化课程，这些课程包括刑法、侵权法、合同法、土地法、宪法和行政法、衡平与信托法。这是巴律师公会和沙律师协会要求申请者进行专业训练之前必须通过的6门课程。我国也可以考虑要求非法学专业本科以上学历的人员在参加律师资格考试前接受为期1年的法律专业训练。

(二)申请领取律师执业证书的条件。律

师法关于申请领取律师证书的条件的规定主要存在两个问题：第一，实习期限的规定需要进一步完善。律师法第8条规定，申请领取律师执业证书的积极条件之一就是在律师事务所实习满1年。但是这一规定本身并不具体。《律师执业证管理办法》第4条对此作出了进一步规定：“申请领取律师执业证的人员，应在一个律师事务所连续实习1年。律师事务所接受实习的，应向住所地司法行政机关备案。”此外，该办法还对实习活动的各个方面作出了具体的管理规定。从世界情况来看，我国关于实习期限的规定是比较短的。由于我国现行的法学教育体制还是侧重于素质教育而不是职业训练，实习期限过短不利于实习人员对法律专业知识进行系统的全面的实践操作。因此，在我国法学教育体制短期内不可能进行重大调整的情况下，完善律师法时可以考虑进一步延长实习期限。第二，律师法第9条规定，具有无民事行为能力或者限制民事行为能力的，不予颁发律师执业证书。这一规定实际上是要求当律师的人必须身心健康。律师的责任重大，直接关系到当事人的利益。如果律师是无民事行为能力或者限制民事行为能力的人，不仅不能完成工作任务，反而可能给当事人造成损失。因此，属于上述情形的人是不能取得律师执业证书的。但是无民事行为能力或者限制民事行为能力是严格的法律概念。民法通则第11条规定：“18周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”第12条规定：“10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活

动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。不满10周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”第13条规定：“不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动，不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”因此，这一条款并不能涵盖律师必须身心健康之一要求。例如对于其他患有严重疾病丧失劳动能力的人、残疾人能否领取律师执业证书的问题，根据律师法上述条款则无法处理。德国律师法规定，“因身体的病残或者精神衰弱不能正常执行律师的职务的，并且无法继续从事律师职业的人”不能当律师。对此我国在立法上应当考虑予以借鉴。

(三)律师执业证书的管理。对律师执业证书的管理应当是律师执业条件的一个重要内容，但是我国律师法对律师执业证书的管理并没有进行规定，而是在《律师执业证管理办法》中进行了进一步的规定。从体系上讲，立法上既然规定有律师执业证书的颁发，也应当规定有律师执业证书的吊销。既然有入口，也应当有出口。因此，应当提高《律师执业证管理办法》中有关规定的规范层次，将对律师执业证书的日常管理纳入律师法的调整范围。

王进喜 | 中国政法大学法律系律师学教研室 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