

论我国律师制度的完善 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__E8_AE_BA_E6_88_91_E5_9B_BD_E5_c122_483710.htm????? “一部《律师法》，可谓人喜人忧。可能很多局外人无法想象到，千呼万唤始出来的《律师法》，从1996年5月15日至今天才五年多时间，就屡屡出现漏洞和难题，乃至呼吁早日修改的声音总是此起彼伏。于是，有学者认为，这部法律如此经不起时间和实践的考验，要么就是立法技术出了问题，要么就是立法观念有失偏颇。笔者认为，这部法律可用8个字来概括即‘意义重大，问题不少’”。?? 此段文字是当前法学界对《律师法》议论的高度概括。对《律师法》修改的意见与建议见仁见智，不时见诸报刊。在这一学术热潮中，在重新认真研讨《律师法》和1980年颁布的《律师暂行条例》之后，我们惊讶地发现，涉及我国律师制度建设的两个首要的和最重要的问题，即什么是律师?律师的执业机构是什么性质的组织?这两个听起来似乎是不成问题的问题，然而从法理上深入剖析之后，结论竟是在我国律师制度恢复21年后的今天，从立法到行政管理到律师实务，对这两个问题都尚未理顺和尚未获得正确界定。当然，律师制度和其他任何制度一样，其建立完善有一个过程。然而，这两个问题长期未理顺和未正确界定，使我国律师制度的建设和律师事业的发展碰到了不少困惑与障碍。此外，在修改《律师法》完善我国律师制度的指导思想，必须树立既要与国际惯例接轨更要从我国实际出发，建设一个有中国特色的社会主义律师制度。在所谓国际惯例中，还要分清主流和支流，分清正确与错误，分清我们应

当借鉴还是应当摒弃的东西。因为“调整法律职业行为的各国法律和规章有很大的差异”，即使在“律师王国”的美国，“律师的管理规则却是混乱的”。

一、关于律师的概念

《律师暂行条例》第1条规定：“律师是国家的法律工作者”。到《律师法》出台，律师的法定定义发生了变化。该法第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”。这个变化是鉴于我国律师事业的发展 and 律师职业的社会定位而发生的，无疑是必要的，是一个进步。但是，这两条定义，都是不科学、不准确、不严谨的。

前一条，律师是“国家的法律工作者”，当然，这不能脱离当时的历史背景。当时律师制度刚恢复，律师都是吃“皇粮”、占编制的国家干部，所以界定为律师是国家的法律工作者。但是，“国家的法律工作者”不仅有律师，法官、检察官等也是。所以说这个定义未能反映律师这个概念的特有属性，定义过宽，定义项的外延大于被定义项的外延，犯了逻辑错误。

后一条，律师是“依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”，当然，这样的人是律师不错，但是已取得律师资格并未申请执业或申请了未取得律师执业证书的人，难道他们不是律师？不在律师这个概念的外延之内？准确说他们也是律师的组成部分，只不过不是在律师事务所执业的律师而已。所以说，这个定义同样不能反映律师这个概念的特有属性，定义过窄，定义项的外延小于被定义项的外延，同样犯了逻辑错误。

此外，在学术界，还存在律师是“国家的法律工作者”、是“自由职业者”两说之争。在律师制度恢复初期，还曾经把这两个不同定义说成是社会主义律师与资本主义律师的本质区别。其实

，在资本主义国家，也有不少律师是国家的法律工作者，如美国有十多万“国家律师”，属国家公务员编制，香港也有“官办律师”，是领工资的官员；社会主义国家的律师也同样具有自由职业者的特征(指辞去公职的律师)。此外，这两个定义一个是从律师的人事关系和职业分类去界定，一个是从律师的执业方式及职业特点去界定，并无可比性。还有，这两个定义同样都定义过宽，不能反映律师这个概念的特有属性。??从我国恢复律师制度二十多年来律师业发展的现状出发，参考世界上发达国家律师业发展的情况，我认为在这次《律师法》修改时，应将“律师”和“执业律师”这两个概念划开并分别定义。??建议将《律师法》第2条(律师的定义)修改为：??……“本法所称的律师，是指经国家统一司法考试合格或具有同等法律知识，经国家司法行政主管部门审查批准授予律师资格的专业人员。本法所称的执业律师，是指具有律师资格，经申请和国家司法行政主管部门审查批准授予律师执业证书，在律师事务所从事社会法律服务的执业人员。”??律师和执业律师这两个概念是包含关系，即律师由执业律师和非执业律师组成，执业律师只是律师中的一部分。有的学者把律师称为广义的律师，把执业律师称为狭义的律师，亦不无道理。??将律师和执业律师的概念划开并分别定义的理由和意义在于：??(一)符合国情和壮大律师队伍、发展律师事业的需要。在我国进入社会主义商品经济社会之后，特别是加入WTO和进入经济全球化的时代之后，法治显得头等重要，因而需要大批的律师人才。按邓小平同志设计，全国应有50万以上的律师。然而二十多年过去了，我国至今才有11.7万律师，只占全国人口的十万分之八。一方面要

想在短期内使执业律师的人数翻上几番，是不现实的；另一方面，《律师法》又把一大批通过“律考”已取得律师资格的人排除在律师队伍之外，这显然不是科学的、实事求是的做法，不利于律师事业的发展 and 律师队伍的建设。从1986年实行律师统考制度以来，在司法机关(法院、检察院)、党政军机关、企事业单位、群众团体的干部中乃至工人、农民队伍中，共计百万以上具有法学知识的人踊跃报名参考，有12万人取得了律师资格，其中约半数人已进入执业律师队伍，尚有半数左右的人按照现行《律师法》却不是律师。这不仅在理论上是矛盾的，而且在现实生活中使这支队伍处于名不正言不顺的尴尬地位，甚至被指责为“不安心本职工作，有‘跳槽’之嫌”。如果在立法上给这支队伍“正名”，使他们在各种不同的岗位上名正言顺地发挥律师的聪明才智，对更加做好他们的本职工作，对国家的民主法制建设岂不是一大幸事?? (二)符合完善律师资格制度和全国统一司法考试制度的需要。关于这一点，在下文有具体论述。?? (三)有利于司法行政主管机关和律师协会加强对律师队伍的管理。由于现行《律师法》把非执业律师排除于律师队伍之外，使司法行政机关和律师协会对这支庞大(今后还应更庞大)的非执业律师队伍的管理处于困惑和尴尬的境况，所能做的工作也仅是发一份律师资格证书而已，甚至还会受到“企图挖外单位、外系统人才”的指责。如果在立法上“正名”之后，今后的境况将大不一样。??

二、对完善律师资格制度和全国统一司法考试制度的建议??

我们在划分律师与执业律师这两个概念的基础上，对现有律师资格制度的内容、范围、意义应当重新调整、重新认识。具有律师资格，是申请执业和取得律师

执业证书的前提条件；但取得律师资格，不一定都要申请做执业律师，更不应该是为了做执业律师才去取得律师资格。取得律师资格的人，可以是执业律师队伍的后备军，也可以是法官、检察官队伍的后备军，还可以是党政机关公务员队伍的后备军，更可以是范围更宽广的企事业单位甚至广大农村中法律人才队伍的中坚力量。因为从社会经济的发展看，今后各行各业都需要法律人才、都需要律师。在这方面美国等发达国家已是先例，美国的法官、检察官都是从律师中产生，它的律师资格考试也是唯一的国家司法考试。所以我们应当发展和壮大律师队伍，特别是发展和壮大非执业律师这支队伍。而健全和完善我国的律师资格制度，是发展壮大这支队伍的前提条件和法制保障。?? 国家统一司法考试制度的确立，为完善我国的律师资格制度提供了一个千载难逢的契机！目前，国家统一司法考试制度刚刚确立，具体实施办法尚未出台，百事待举。“由于受长期以来中国法制史上行政官吏主管司法，忽视司法专业性的旧传统影响，我国历史上从未有过统一司法考试的法律制度和相关实践，有关的理论研究也十分薄弱；新中国成立后长期以来司法行业的干部管理基本上是各负其责，各行其是，特别是缺乏协调统一的入门资格考核及确认范围；国家统一司法考试虽然论证过程较长，有关部门事先也做了一些协调沟通工作，但基本法律规范的出台周期较短，各有关政法机关的考试组织部门，特别是司法行政机关缺乏充分的理论准备和工作准备”。这段论述的确是切中时弊、字字珠玑。每个法律工作者都应为我国法制史上这一里程碑式的宏伟工程献计献策，为此，我提出以下建议：?? (一)明确对参加国家统一司法考试并取得合格成绩

的法律专业人才，统一授予“律师资格”。过去参加初任法官、初任检察官和律师资格考试，一般都具有很强的直接目的性，通过考试的人一般很快进入法官、检察官或执业律师的工作领域。而新的司法统考应朝着为国家统一选拔法律专业人才的方向而不仅是为这三个部门预选干部。过去各家考各家的，当然各自授予一种资格。现在是统考，对合格者不可能也不应该再分别授予三种资格，当然只可能也应该统一授予律师资格，而不可能授予另外两种中的任何一种。因为取得律师资格的人今后可以当法官、检察官或其他职务。换之，则不顺。而且这种情况自实行律考制度以来，已有15年，已被人们逐渐接受和认同；国际惯例也是如此。??

(二)明确通过司法统考获得的律师资格，是今后担任法官、检察官、执业律师或其他需要掌握法律专业知识的岗位职务的任职条件之一。这里说的其他职务，比如党政机关中的纪检、监察、政法、法制、司法、公安、安全等部门(机构)的重要岗位，以及分管这些部门(机构)的领导岗位，其他部门的法制机构的领导岗位；人大常委会机关中的若干相应岗位；军队中的司法部门(机构)的重要岗位；企事业单位的法律事务部门(机构)的重要岗位等。当然实施这一制度需有一个过程，范围逐步由小到大。而且还将涉及《法官法》、《检察官法》以及国家人事制度、法学教育制度的修订。??

(三)制订对通过司法统考人员(获得律师资格人员)的管理办法和培训、研修、实习等制度，明确由司法部统一组织和实施，实行司法行政主管部门和律师协会“两结合”的管理体制。??

三、关于律师事务所的性质?? 《律师暂行条例》第13条规定：“律师执行职务的工作机构是法律顾问处。法律顾问处是事业单位，

受国家司法行政机关的组织领导和业务监督”。此条将律师事务所定性为事业单位，无疑是正确的。在那一段历史时期我国的律师执业机构只有单一的国资所，随着社会政治经济体制的改革和发展，律师执业机构的组织形式也发生了变化。1988年出现了不占国家编制、不要国家经费的合作制律师事务所，按当年司法部《合作制律师事务所试点方案》第1条的规定，合作所仍定性为“社会主义性质的事业法人组织”。此后又相继出现了合伙制和个人律师事务所。到1996年出台的《律师法》，除了规定“律师事务所是律师的执业机构”和律师事务所应具备的三个条件以及三种组织形式(国资所、合作所、合伙所)之外，对律师事务所是什么性质的组织竟避而不谈!司法部在《律师法》出台之后制定的三个律师事务所管理办法，也不再提及性质问题。在这一点上，《律师法》比《律师暂行条例》倒退了。这也不是什么与国际接轨的做法。尽管有些资本主义国家或地区的律师执业机构搞成了公司，变成了唯利是图的组织，但国际上的主流看法仍认为律师不是以营利为目的的职业。这才是律师业的正道。??我国立法上的这种回避和模糊策略，导致对律师事务所从理论认识到实际运作都难以定性，从而处于一种“非驴非马”的境况!有仍然承认是事业单位的，有认定为中介机构的，有认定为社团的，还有被认定为企业的。由此导致一些地方的工商行政管理机关要求律师事务所去办理工商企业注册登记，一些地方的民政机关要求律师事务所去进行社团登记，使司法部不得不发文澄清说“律师事务所(法律顾问处)是向社会提供法律服务的事业单位，不是经营性组织，……不应进行工商登记”，和“不应进行民政登记”。由此还导致理论界

甚至律师界有人呼吁“组建公司制的律师事务所”，呼吁尽快“引进现代企业机制”等，而且呼声呈逾来逾高之势。??对律师事务所定性混乱使律师业受到最大影响的是税务行政主管部门一直把律师事务所当作企业来征税。按法理，合伙所和个人所不应纳企业所得税，因为他们没有“企业所得”；国资所与合作所则应免营业税，因为他们不是经营性组织。然而我国的律师事务所，不管是什么“制”，除了征收占总创收5.5%的营业税、城市维护建设税和教育附加费之外，还要征收占律师事务所“利润”33%(在经济特区为15%)的企业所得税，再征收占律师个人所得额5-45%的个人所得税。这样重复征税，使律师事务所和律师不堪重负，有的被迫关门，有的被迫采取各种不正当的避税措施，有的为此被扣上偷税漏税的罪名。直到近期国家财税〔2000〕91号文件和国税发〔2000〕149号文件下发，免去律师事务所的企业所得税，投资者的个人所得税改按5-35%的税率计征，各省(区、市)又相继改革一些征管措施之后，情况才有所缓解。但是整个律师行业的征税如何理顺仍远未解决。??《律师法》第23条还专写一款“律师事务所和律师应当依法纳税”。依法纳税是每个公民的义务，其他各行各业的部门法都不须另作要求，而单独在《律师法》中规定如此一款，实属不当。??综上所述，建议对《律师法》第15条进行修改。第一款修改为：??……“律师事务所是执业律师的工作机构，是不以营利为目的的事业法人组织”。??第2款第(3)项修改为：??……“有3名以上执业律师”。??另外，建议将《律师法》第23条第2款删除。??作上述修改的理由和意义在于：界定律师事务所的性质为事业法人，符合律师的执业宗旨，科学合理，同时也

符合国际上主流的看法，从立法上加以明确，将有利于律师业的正常、健康发展。?? 律师事务所不从事生产经营活动，不是以资本获取利润，不是简单的有偿服务和等价交易，而是以律师的知识和智力为委托人提供法律服务、维护国家法律与社会正义。这是律师事务所作为事业单位不同于企业的本质特征。就好比医生是以医药卫生知识为患者防治疾病服务、教师是以知识和品德培养学生一样，不管医疗机构或学校是何种组织形式，它的行业分类都是事业单位而决不是“治病公司”或“教学公司”，决不能以营利为目的。不同的只是前者属社会科学而后者属自然科学领域。然而在我国医院和学校都享有免营业税等优惠，而律师事务所却没有。?? 律师事务所的性质与律师事务所的组织形式是两个不同的范畴。组织形式不是界定性质的依据。就像公司的组织形式不管是国有、外资、私营还是股份、有限，它的行业属性都是企业一样，作为律师事务所，不管它是什么组织形式，它的行业属性只能都是事业。至于律师事务所应以何种组织形式设立，下文专题论述。?? 在界定律师事务所性质的条款里，加上“不以营利为目的”一句，不但能和企业明显区分，而且符合不搞经营的原则，符合律师职业的本质特征和“维护国家法律与社会正义”的执业宗旨，进而遏制少数律师悖离宗旨和原则盲目追逐经济利益的商业化倾向。同时，也符合国际上的主流看法和作法，《德意志联邦共和国联邦律师条例》第2条就有“律师是不以赢利为目的的职业”的规定；美国也“不准律师组织执行法律业务的专门公司”。资本主义的国家尚且如此，何况社会主义的中国?如果把律师事务所办成“公司”，则必将把律师事业导向歧途与毁灭!?? 律师

事务所也不应定性为“中介机构”。中介这一概念来源于化学家英果尔德的化学理论，资本主义发展时期借用到“中介贸易”概念之中，即“促使买卖双方达成交易而从事中间联络活动的一种贸易”，由此而产生中介机构。中介机构从事的是经营活动(如经纪、居间)，而律师事务所不搞经营，它的某些业务从形式上看与中介活动相似，如给买卖双方中的一方作代理促成交易、给纠纷双方中的一方作代理而促成调解，但是这种代理的内容仅限于提供法律帮助而不是从事交易，与“从事中介贸易”有质的区别。而且律师的大多数业务活动，如辩护、代理诉讼、法律顾问、解答法律咨询、代书等，也与中介不沾边，所以把律师定性为中介机构也是不当的。

?? 四、对完善律师执业制度的建议?? 建议将《律师法》第16条、第17条、第18条、第49条删除，修改为以下三条：

?? “律师事务所分为由国家出资设立、财政全额预算或差额预算，或由执业律师自筹资金设立、实行自收自支两种组织形式。”

?? “律师事务所依法自主开展业务，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。”

?? “律师事务所实行过错责任赔偿制度。对因本所律师执业过错造成当事人合法权益受损害的，应当予以赔偿。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。?? 赔偿责任可以实行保险制度，具体办法由省(自治区、直辖市)律师协会与保险公司商定。法律、行政法规有规定的，依其规定。?? 在保险公司理赔和律师事务所赔偿之后，尚不足应赔数的差额部分，受害人可以向构成过错责任的执业律师个人索赔。”

?? 上述意见，主要是对律师事务所组织形式和律师过错责任赔偿制度的修改及完善。?? 尽管律师合伙制度在世界律师业普遍

存在了上百年，尽管在现阶段我国律师执业机构的组织形式大多数为合伙制，但我认为，合伙制不应当作为律师事务所的组织形式。有些西方国家也如此规定，如澳大利亚“出庭律师……不以合伙的组织形式开业”。“虽然英国律师的规章允许律师之间成立雇佣协议，但是在大陆法系国家，这是不允许的。在后一种国家里，不承认律师之间存在雇佣人和受雇人的关系”。在我国，不应采用合伙制的理由是：其一，我国的律师所的性质是事业不是企业。合伙源于自然人为生产经营而组织起来的“人合”经济实体。“经营”是合伙的本质特征，与律师事务所“不是经营性组织”是根本相悖的。其二，按《民法通则》规定，合伙是放在公民(自然人)范畴之内，它不具备法人资格(国际惯例亦如此)，违背律师事务所应是法人组织的原则。其三，合伙律师事务所中的律师被人为地分为两部分：一部分是合伙人，即投资人，俗称老板；另一部分是聘用律师，即雇员，俗称打工仔。而设立事务所的投资并非是该所创造剩余价值的唯一价值，更主要的是律师的智力劳动。同是维护法律实施和公平正义的受人尊敬的律师，沦为雇主和受雇人的关系、剥削和受剥削的关系，这公平吗、正义吗？叫人怎么理解、怎能接受、怎可认同？难怪有学者指出，这是“有悖于律师的独立人格”。其四、合伙制律师事务所的合伙人对外承担无限连带责任，规模越大，执业律师越多，风险责任就越大，注定了这种模式不可能走高层次、规模化发展的路。??关于合作制，这原本是农村和城镇一种低级经济组织的形式，它的本质特征也是“经营”，现行的《合作律师事务所管理办法》在合作人资格、财产性质、分配、归属等方面的规定缺乏科学性和可操作

性，因此将合作制用在上层建筑领域的律师执业机构，显得不伦不类。??至于个人律师事务所，《律师法》中没有规定，在一些地方性法规中有。个人所与合伙所属同类性质，其弊端不须赘述。作为律师执业机构由个人开办实属不妥，特别在我国更应如此，司法部曾有多次禁令，而且既叫个人所，又必须有三名以上律师组成，名与实矛盾。??上述建议将律师事务所组织形式仅规定为“国资”和“自资”两种。国资所继续保留是有必要的，特别是经济欠发达地区，其组织形式的具体内容不须赘述，当然也应有所完善。自资所是新设计的，用它取代原有的合伙、合作及个人所。其组织形式的具体内容包括产权制度、组织治理制度和财产责任制度，可以借鉴现有律师所和医院、学校以及有限责任公司的某些机制，重新规范。重新规范的指导思想应从律师事务所的主要功能是组织领导本所律师开展业务，以法人的名义享有或承担民事权利、义务；是靠律师以知识、智力、责任心，以相对独立的方式提供服务，在社会财富的再分配中换取劳动报酬，而不是靠资本的投入赚取利润等这种职业特点来考虑和决定。应在充分论证的基础上，由司法部制订出《自资设立的律师事务所管理办法》颁布施行。该办法中应把握如下三个框架要点。??(一)关于产权制度：只有本所执业律师才可成为出资人，出资不分先后，可累积计算；出资额不具有“注册资本”的性质，只是出资人享有该所产权的依据；出资不能抽、退，但可以转让，不实行出资人分红制度，除了终止清算之外不得进行分割。??(二)关于组织治理制度：实行民主管理和主任负责制，全体律师会议是最高权力机构；执业律师的进、出应充分考虑“人合”的因素，既体现法人治理

和集体力量的优势，又体现“独立司法人员”的职业特点；事务所可以设置若干业务部门，可聘请若干行政或业务辅助工作人员，但主任、副主任和主要业务部门的负责人只能从本所执业律师中产生。?? (三)关于财产责任制度：应从保证律师的合理报酬和兼顾事务所向高层次、规模化发展的实际需要出发，合理制订事务所和执业律师的分成提留比例；制订律师执业过错责任赔偿和律师责任赔偿保险的具体实施办法。?? 在实际运作中，各自资律师事务所的形式可不拘一格，规模可大可小，其组织结构的具体内容应在本所章程中详细规定。?? 关于律师事务所的组织形式，在立法上只须把住：是事业法人，不以营利为目的，设立人只能是国家或本所的执业律师，承担有限责任，实行执业过错责任赔偿制度这五个关口就行了。?? 关于律师执业过错责任赔偿制度，《律师法》第18条律师事务所承担无限连带责任的规定有悖于法理。首先，是没有民法依据的，律师事务所是事业法人，不是企业。其次，是不科学不合理的，承担连带责任必须以行为人具有共同过错为前提条件，民法之所以规定合伙人承担无限连带责任，是基于合伙人“合伙经营、共同劳动”的本质特点。律师是“司法的独立人员”，其业务活动基本上由自己独立完成、独立负责，既不共同劳动，更未合伙经营，凭什么要律师相互承担无限连带责任？最后，无限连带责任的赔偿制度将会导致律师无辜承担风险，阻碍了律师事务所走高层次、规模化发展的路，阻碍了我国律师业的正常、健康发展。?? 建议增加律师赔偿责任保险制度。这是《律师法》中没有的，在《海南经济特区律师执业条例》第20条中有此规定。这是运用现代保险制度的手段，最大限度分散律师执业

的风险。从海南实施五年来的情况看，效果不错，反映良好，受到律师的普遍欢迎，对促进律师业的发展有重要意义。

?? 关于受害人可向构成过错责任的执业律师个人索赔的建议，实质上是让律师个人承担了无限责任。这样设计的理由是：按现行《律师法》的规定，一些所是有限责任，另一些所是无限责任是不合理也不科学的。因为律师事务所性质都是事业法人，不管是什么组织形式，都不应承担无限责任。但是取消了律师所的无限责任之后，可能会出现因律师执业过错而受损害的当事人不能完全获得赔偿的现象，这也有失公平。另外，律师既然是司法的独立人员，应对自己独立承办的业务因自己的执业过错造成当事人合法权益受到的损害承担责任，而不应该要别的律师来承担连带责任。这样规定符合报酬与责任和风险的一致性，应是符合法理的，同时还可促使律师增强责任感和危机感，防止和减少律师执业过错责任事故的发生。

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