

李轩:制度缺损与观念抵牾(一) PDF转换可能丢失图片或格式
， 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_9D_8E_E8_BD_A9__E5_88_B6_c122_485163.htm (一) 制度缺损：自由职业的遗憾 1.1大背景与小气候>>>> 1.2身份地位制度偏见>>>> 1.3刑事辩护：律师执业的雷区>>>> 1.4律师法：让人欢喜让人忧>>>> 1.5行政管理与行业自治的纠葛>>>> 1.6不堪其重的税费负担>>>> 1.7悖离市场的收费标准>>>> 提到律师，寻常百姓在略感新鲜之余，往往会将其与高人一等的财富、身份和社会地位联系起来。在他们的想象中，律师们舌战法庭，仗义人间，生活潇洒，举止文明；或救人于危难之中，或挺身于正义将倾之时；总之，是倍受尊敬的人物。改革开放以来，随着民主与法治进程的加速，我国律师制度得以恢复和重建。新一代的年轻律师们或担当辩护人、代理人慷慨陈词于法庭之上，或作为法律顾问左右周旋于谈判桌旁；他们或巧解纠纷于事发之后，或未雨绸缪于事发之前。事实上，律师这一新生群体正以崭新的职业形象贴近我们的日常生活。但是，可以想见，在社会整体法治水平尚不尽如人意的当前，律师执业的实际状况显然也不容过于乐观。权利限制过多、税费负担太重、执业环境欠佳、司法歧视长期存在，凡此种种，每每使得身为在野法曹的自由职业者倍感无奈和尴尬。非但如此，他们还面临着一些现实的威胁：有的威胁来自“官方”，譬如目前就有不少律师因正当履行职务而相继被控犯有所谓“伪证罪”或者“包庇罪”；有的威胁来自民间，譬如见诸报端的任上飞律师被对方当事人非法拘禁案、马海旺律师被对方当事人殴伤致残案。很难想象，在一

个法治国家，执业律师居然会面临如此灾难性的危险局面！律师自己的基本权利如果尚且不能得到有效保障，我们如何指望他们去维护公民的合法权益呢？难道在中国，律师蒙难也是改革开放的一种必然代价吗？！考察最近几年某些中国律师的悲惨遭遇，我们不得不佩服莎士比亚惊人的预见能力。莎士比亚曾说：“如果我们必须解决一件迫在眉睫的事情，那就让我们首先干掉所有的律师吧！”中国律师是幸运的，同时也是不幸的。幸在他们生逢其时，不幸源于社会的沉痾积弊幸与不幸同在，利益与风险共生，中国律师不得不品尝命途多舛的尴尬滋味。

（一）制度缺损：自由职业的遗憾 人生来是自由的，但却无往而不在枷锁之中。让雅克卢梭信笔写下的这番话，似乎成了放之四海而皆准的真理。对于尚未完全获得自由地位的中国律师而言，其枷锁更是无往而不在。

相对于纲常当道、王霸横行的人治传统而言，中国的律师业不过是漫漫历史长河中一个微不足道的光点。所以，当我们为中国律师业的兴起而雀跃，为中国律师的风采而倾倒的同时，绝对不能忽视横亘在律师面前的种种难题。最大的难题来自制度领域。

1.1 大背景与小气候 自二十世纪八十年代开始的改革开放运动，可以视为中国在世纪末的最后一次现代化尝试在此之前的历次尝试均以失败而告终。早在改革开放之初，已故总设计师邓小平就高瞻远瞩地指出：为了实现四个现代化，必须发扬社会主义民主和加强社会主义法制。又说：民主和法制，这两个方面都应该加强，过去我们都不足。要加强民主就要加强法制。没有广泛的民主是不行的，没有健全的法制也是不行的。最近几年，最高决策当局更是明确提出“依法治国、建设社会主义法治国家”

的战略方针。现在人们显然已经普遍意识到法治的意义并力图使它在社会生活中占有一席之地。全民普法运动、两手抓的思想、依法治国的战略方针……法治理念始终与经济体制改革联系在一起，紧锣密鼓的立法活动意味着法律将在这个传统的人治社会发挥日益重要的现实功能。?? 一场轰轰烈烈的法律革命正在有条不紊的进行。?? 在中国民主与法治声浪日见高涨的同时，沉寂多年的律师制度也进入了全面复苏的阶段。?? 时针倒指1979年。这是新时期以来中国第一个立法年。是年内，伴随一系列重头法律出台的《中华人民共和国刑事诉讼法》第一次以国家立法的形式确认了律师的法律地位：律师有权以辩护人的身份介入刑事诉讼，依法维护刑事被告人的合法权益。?? 紧随其后，1980年初，邓小平强调：律师队伍要扩大，不搞这个法制不行。这一最高指示，为律师制度的恢复和重建定下了总基调。同年8月，第五届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》，律师执业渐近进入规范化、制度化、法治化的崭新时期。?? 1996年5月，第八届全国人大常委会第十九次会议通过了《中华人民共和国律师法》。律师们额手相庆，欢呼着一个新的时代的来临。?お? 但是，任何事物都如硬币一样，存在着正反两面。如果我们沉迷于事物的表象，并对此大加钦叹的话，我们就大错而特错了。当我们掀开硬币的另一面，我们会发现表象与真实之间天大的距离中国的法治进程毕竟刚刚开始，法律的制定和实施还存在很多根本性的缺陷和问题：立法未臻完善，许多社会领域包括主要社会领域仍然无法可依；行政执法缺乏程序约束，执法随意性很大，非法行政、越权执法的现象时有发生；司法尚未独立，部分司法

人员素质低下，地方保护主义严重，司法不公的问题普遍存在，国家整体法治水平尚待提高，社会法律意识尚待加强。这些缺陷和问题，都影响到律师功能的发挥。因此，我们必须清醒地认识到，在律师制度改革与律师立法繁荣景象的背后，仍然存在诸多不如人意的地方。毕竟，共和国的法治征程刚刚起步，律师在中国社会尚未站稳脚跟，与此相联系的制度缺陷不可避免。而且，由于人治文明的长期熏陶，中国人还远远未对律师这一角色予以普遍接受和认同。某些人员尤其是某些司法人员对律师还存在着深刻的歧视和偏见。在很多领域，律师执业甚至缺乏起码的制度保障。律师蒙难的事例时有所闻。就律师业内而言，与其他法律从业人员相比，律师地位的法律确认远远低于法官、检察官等其他从业人员，律师的自由执业地位尚未得到法律的全面确认，律师权利缺乏有效的制度支持；律师税费负担过重、律师收费制度悖离市场规律，严重阻碍着律师业的健康发展。如此等等，无不说明中国律师处境的尴尬与悲哀。事实上，就历史与文化渊源而言，专制主义影响根深蒂固的中国本土文明是难以孕育出民主色彩过于浓厚的律师制度的。几千年来，中国人并不因为没有律师制度而感到有什么不妥，即便在西方律师业已经如日中天的时代也是如此。所以律师一词只是在国人饱尝列强的船坚炮利之后的晚清近代化时期始得泊来中国；而且自其泊来之初，就立即遭到占据统治阶级主导地位的礼教派本能的排拒。自上世纪清末修律到上世纪中后期，是中国律师制度几经浮沉而且问题频仍的第一个发展阶段；而改革开放以来最近二十年中国律师业的发展轨迹，则多少有一点像是前一阶段浓缩之后的重新排演。??历史总是惊人的

相似。中国的律师业再一次进入了举步维艰的瓶颈时期。?? 所以，当《律师法》隆重出台的时候，洞知内情的人们仍然是失望大于希望，困惑大于欣慰。?? 而律师们首先考虑的，是《律师法》生效后他们不得不赫然面对的现实问题。1.2身份地位制度偏见?おお? 如果十年之前谈到律师的身份和地位，绝大多数中国人肯定会羡慕不已。但现在情况恐怕大不相同了。随着律师数量的增长，律师与社会交往的频率增多，人们的认识显然发生了深刻的变化。持前述观点的依然大有人在，但这些人往往与律师或者律师职业并无接触，因而其认识仍然停留在假想阶段，他们还在迷信着关于律师的种种神话；对前述观点不以为然的人则越来越多，这些人一般为业内人士和知情者，当然也包括律师本身，他们对律师业或多或少有一定的感性认识，因而其看法也就现实得多。?? 众所周知，律师的法定身份是接受公民、法人或者其他组织的委托、为其提供法律服务的专业人员。律师业务包括诉讼和非诉讼两个方面，而目前大部分中国律师均以承办诉讼业务为主。诉讼也就是我们平常所说的打官司，主要包括因刑事犯罪被控承担刑罚而引起的刑事诉讼、因民事侵权被控承担赔偿责任而引起的民事诉讼以及因行政机关被控非法行政而引起的行政诉讼。承办诉讼业务是律师职能得以最全面发挥的基本方式，同时也是律师身份和地位得以充分体现的主要方式。因为在诉讼中，律师不仅要和委托人(当事人)打交道，而且还要和法官、检察官和警察打交道。律师的地位只能在他所参与的主要社会交往关系中得到体现和表达，而其交往对象对他的尊重程度又是一个重要的衡量指标。委托人因其利益关系，与律师立场往往高度一致，因而他对律师的尊

重程度难以真实反映律师的社会地位；但委托人在一旦败诉之后对律师的恶劣态度也是不可忽视的。重要的是司法人员即法官、检察官和警察的态度。这可以考察两个方面：其一，在诉讼过程中律师能否受到司法人员的充分尊重；其二，在司法结论中律师的正确意见能否得到司法机关的完全采纳。

?? 以此来考察中国律师在执业中的社会地位，我们会发现实际状况与善良人们的想象相去甚远。事实上，最近二十年的司法实践表明，中国的律师在大大小小的司法官员面前几乎是毫无地位可言的。因为在整个司法体制中，掌握国家权力、对案件结果具有最终决定权的是司法机关，律师只是无权无势、为社会提供法律服务的民间人士，而且代表案件的一方当事人说话。由于官本位意识、人治观念的遗毒甚深，司法人员对于律师产生强烈的地位优越感是可想而知的。所谓“谁都是大爷，就律师是孙子！”在这种情况下，律师们不得不在大权在握的法官、检察官、警察甚至书记员面前倍加小心，以免导致对自己及其委托人不利的后果。即便如此，司法官员们还是普遍地对律师们没有什么好感。律师的工作往往得不到他们的配合，律师的正确意见往往不被他们采纳，这每每使得律师颇感为难。而法官直接动用国家暴力或将律师驱逐出庭，或对律师兴师问罪的事例屡见不鲜，则更使广大律师心有余悸，视诉讼为畏途。这类问题如此严重，以致在司法部写给国务院的工作报告中也一度有所反映。该报告称：“少数负责同志和政法干部还把律师执行辩护制度说成是丧失立场、替坏人说话，有的甚至刁难、辱骂、捆绑和非法监禁律师。”可以想见，在很长一段时间里，中国律师连法定的起码执业条件都难以具备，最后不得不由主管部门

加以特殊关照。律师应当尊重法官，法官当然也应当尊重律师，这一因素显然为司法当局所考虑并将它载入司法文件之中。只是十多年过去了，上述规定试图禁绝的现象仍然时有发生，这恐怕是令当年文件的制定者们始料未及的。笔者注意到，在最近几年最高人民法院向全国人大所作的工作报告中，尽管对司法系统日益严重的裁判不公、司法腐败等问题轻描淡写，但是在谈及“法官素质和队伍建设问题”时，仍然使用了大量令外国同行感到不可思议的措辞。譬如2001年的最高人民法院工作报告写到：“一些法官的思想政治素质和法律专业素质不高；少数法官特权思想严重；有的法官滥用审判权和执行权，有法不依，执法不严，裁判不公，久拖不执或者违法执行，甚至贪赃枉法，严重败坏了人民法院和法官的声誉。”“少数法院领导的作风不端正，有的不是把主要精力集中在审判工作上，而是忙于非审判事务；有的不熟悉司法业务，无法正确行使审判管理和监督职权；有的没有认真执行法官法，出现了对队伍管理不严，进人关把不住，出口疏不通的状况。”那么，在这种法盲当道、枉法横行的司法背景下，作为民间权利代言人的律师又怎能真正做到据理力争、仗义直言呢？也许，细心的读者们会问，上文提及的都是律师受到法官不公正对待的例子，是不是所有律师和法官打交道的时候都会遇到这种尴尬场面呢？当然不是。法庭内外律师与法官不分彼此、称兄道弟的情况也很平常，以至社会上广泛流传着对律师跑关系、走私情、请客送礼的怨言和责难。笔者和律师朋友们一块闲聊的时候，曾经将律师和法官的关系形容为两种极端，要么是水火不容，要么是狼狈为奸。不过，无论是哪种情况，律师们在法官面前总觉矮

人一等，因为即使律师和法官在一起称兄道弟的时候，律师也总是有求于法官的，因为“案子在法官手里”。当然，由于家丑不可外扬，律师与法官沆瀣一气的例子，显然不像法官怠慢律师那样容易披诸于众。但是，从社会各界偶而流露的某种情绪表明，前者的发生频率绝不亚于后者。就业内而言，打官司就是打关系成了大家彼此心照不宣的事实。但是，由于法官大权在握，而在当前司法体制并不十分完善、某些法官素质相对低下的情况下，不打关系的律师又如何能够借足自己的能力和才学以立于不败之地呢？很多律师坦言，他们所以热衷于打关系，往往出于迫不得已。上蹦下跳、请客送礼，只不过为了保障理该胜诉的委托人不至败诉，而理该败诉的委托人不至于输得比法定结果更惨而已。因为诉讼的成败对于法官来说似乎不算什么，但对律师来说则是至关重要马虎不得的。一旦出现意外，律师感到愧对委托人不说，今后的案源也成问题。就笔者观察，似乎还少有律师企图通过疏通关系以求枉法结果。因为任何一个明智的律师都清楚，他没有必要去为一种显然不能成立的权利主张而左右周旋。当然那种理在一方是非分明的诉讼毕竟少见，大部分官司都显得头绪纷繁、模棱两可，原被告双方的律师往往都自恃有理而去寻求关系支持。这每每使得大盖帽们“吃了原告吃被告”的现象成为可能。很多律师既不愿得罪法官以免陷入尴尬，又不愿屈尊俯就失掉全部尊严，在诉讼中和法官的关系处于一种不冷不热的中间状态，结果也总是有说不清的麻烦。这些麻烦都由诉讼本身引起，而在法官看来这也许十分正常。上述问题的普遍存在，反映出中国律师在法官面前近乎低三下四的尴尬地位。这种地位的影响所及，使得律师的

委托人以至一般社会公众对律师的高大形象产生了疑惑。当事人不愿打官司，或者即使打官司也不请律师，与此有着直接的因果关系。“请律师等于白花钱”，“请律师不如请法官”之类的说法，每每使正直的律师有芒刺在背之感。那么，相比之下，中国律师在和警察与检察官打交道时的待遇是不是好一些呢？回答自然是否定的。因为中国的警察和检察官与法官的心态几乎如出一辙，都对律师存有强烈的歧视和偏见。加之其人员构成往往比法官系统更为复杂，且更经常地直接动用国家暴力，他们对待律师的粗暴行为有时比法官更有过之而无不及。只不过律师和警察、检察人员的接触主要限于刑事诉讼，交往频率不如审判人员那样经常，因此问题暴露得不是那么典型和普遍而已。

1.3 律师法：让人欢喜让人忧

1996年5月15日，经过一段紧锣密鼓的立法准备之后，全国人大常委会通过了《律师法》。一时间，律师们奔走相告，各大媒体纷纷发表热情洋溢的文章，盛赞新中国成立以来颁布的第一部律师法，大有为律师职业呐喊助威之势。作为全国律师工作主管机关的司法部和全国律协，更是感奋有加，大造声势，拟呈国务院将每年5月15日定为律师节。但是，好景不长，当法律界人士还普遍沉浸在因中国法治进程中又一盛事所带来的喜悦之中的时候，细心的人们逐渐注意到律师法的一些微妙环节。部分律师不满于媒体清一色的誉美之辞，陆续发出了谨慎然而有力的诘难。这种诘难首先是围绕律师的调查权问题展开的。1996年6月，《中国律师》杂志就新法颁布对全国各地律师们进行采访时，上海市郑传本律师事务所黄冬红律师提出了他的异议：该法(指《律师法》)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。我们认为，律师行使正当权利，有关单位或个人应有义务予以配合。稍后，广东省鑫华律师事务所吴雪元则发表了《律师调查权：一个美中不足的话题》一文，直言不讳的表达了律师们对其权利受到不当限制而产生的不满和忧虑。在全国人大常委会办公厅、法工委和司法部联合举行的记者招待会上，来自中国新闻社、中国律师杂志的记者们也敏锐地提出了《律师法》存在的种种问题。中国新闻社记者提出：“律师法(草案)在审议时曾经加进了一条：律师可以设立私人事务所。后来审议中删了，认为是条件不成熟什么时候条件才成熟呢？如果条件成熟了，是否还要修改法律？”中国律师杂志社记者则提出：“律师法第三十一条规定，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。现在许多律师认为，目前的条款对律师有所限制，为什么要经同意？另外，第三十二条规定，律师在执业活动当中的人身权利不受侵犯，有很多律师认为这是多余的，因为作为一个公民来讲，他的人身权利任何情况下都是不受侵犯的。”显而易见，记者们对律师法的出台背景是有所了解的，他们的提问耐人寻味。??就在《律师法》颁布后不久，《中国律师报》发表了天津律师王天举的一篇题为《读律师法 有感》的文章，直陈对《律师法》关于律师权利保护不足的感慨。在官方和媒体的一片喝采声中，王律师的感慨显然有点当头一棒的意味顺着王律师的思路，笔者认真研读了《律师法》全文，果然感觉有点不是滋味。洋洋洒洒近万言的一部《律师法》，规定律师权利的条款寥寥无几，而涉及律师权利限制、律师义务以及律师法律责任的义务性、禁止性条款却占了一半以上，放眼望去，尽是律师必须如何

如何，应当如何如何，不得如何如何……有好事之徒作了一项统计：《律师法》共计五十三条，六十九款，其中载明“律师必须”字样条款有五，载明“律师不得”字样的条款有八，载明“律师应当”字样的条款一十有一，暗含律师“必须应当”、“不得”意思的条款一十有五，而规定“律师可以”、“律师有权”的条款少得可怜，两项相加不过有九。笔者深感困惑的是，面对这样一些条款，律师们如何高兴得起来!?? 细查《律师法》的具体内容，不难发现，它确实存在一些结构性的缺陷和弊端。概括起来，这些缺陷和弊端表现在以下几个方面：?? 其一，律师权利太少。我们注意到，通过《律师法》固定下来的授权性条款寥寥无几，律师执业的很多基本方面缺乏必要的权利保障。律师个人能否自由开业? 律师执业时是否享有与其他主体尤其是司法主体的平等权? 律师是否有权对司法机关的活动进行监督? 律师遭受司法机关不公正待遇后如何及时获得法律救济? 凡此种种，似乎都被《律师法》有意回避了。《律师法》也规定了律师享有一些权利，但这些规定大多也是不完善的，律师的一些基本权利显然受到了不当的立法限制。譬如关于律师的调查取证权，《律师法》仅仅承认律师“可以调查情况”。而且可能是由于受到不久之前《刑事诉讼法修正案》关于“律师收集材料须经证人或者其他单位和个人同意”规定的启示，《律师法》举一反三，推而广之，要求律师在承办任何法律事务过程中需要调查情况时，均须“经有关单位或者个人同意”! 对此，很多律师深表不满：这哪里是对《律师暂行条例》的突破和发展，这分明是一种制度上的倒退呀! 因为，《律师暂行条例》无论怎样地不完善，它还曾经明白无误地规定：律师有权向

有关单位和个人调查了解案情，有关单位和个人不得拒绝!??

其二，律师执业的禁区太多。《律师法》不但给律师规定了远远超出其权利内容的法定义务，而且还规定了相当多的禁止性条款。很多条款，显然只是专门针对律师规定的制度禁区。譬如，《律师法》规定，律师在执业过程中不得指使、诱导当事人行贿，不得威胁、引诱他们提供虚假证据、隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据。表面看来，这些规定定义正辞严，似乎是理所当然的，但问题是，何谓“指使”、“诱导”、“威胁”、“利诱”?在没有书面证据或者证人证言的情况下，能否仅凭当事人的一面之词就认定律师有行贿或者伪证行为?这些问题不明确，律师们的处境就很危险了。因为我们的司法人员在这类问题上“宁可信其有也不信其无”的，律师一旦得罪了警察、法官或者检察官，随时都有可能因前述罪名而身陷囹圄。《律师法》生效前后，数十名律师无辜获罪的事便就是明证。每谈及此，经常从事刑事辩护工作的律师们就苦笑着相互提醒：不要太认真了，小心一不留神把自己给辩进去了!??

其三，主管部门的权力太大。长期以来，各级司法行政部门作为律师业的行政主管部门做了大量工作，律师们是很感激的。但是主管部门的权力过大，对律师的行政制约过多，将有可能妨碍律师事业的健康发展。我们且看：《律师法》第四条规定，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；第六条规定，律师资格全国统一考试办法，由国务院司法行政部门制定；第十一条规定，申请领取律师执业证书的，经省、自治区、直辖市以上人民政府司法行政部门审核；第十九条规定，申请设立律师事务所的，经省、自治区、直辖

市以上人民政府司法行政部门审核；第三十八条规定，律师协会章程由全国会员代表大会统一制定，报国务院司法行政部门备案；第四十四条、第四十五条规定，律师有违反本法规定的行为的，由省、自治区、直辖市以及设区的市的人民政府的司法行政部门给予行政处罚；第四十七条规定，律师事务所有违反本法规定的行为的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门给予行政处罚；第五十二条规定，律师收费的具体办法，由国务院司法行政部门制定……细究这些条款，我们不难发现，司法行政部门对于律师、律师事务所、律师协会的控制权是相当强大的，很多理应由立法解决的重大问题，譬如律师资格考试办法、律师收费制度，都由司法行政部门说了算；很多应由律师协会从事的工作，仍然牢牢控制在司法行政部门手中。又以法律责任为例，《律师法》第七章对此作了专门规定，但令人不解的是，该章规定的几乎全是律师违法责任，即“律师有下列行为的，应当如何如何”。那么，主管部门违反律师法，应当承担什么责任？司法机关违反律师法，应当承担什么责任？其他团体和个人违反律师法、尤其是侵犯律师合法权益，又应当承担什么责任？律师法居然只字不提。这种立法格局在此前制定的《法官法》、《检察官法》当中不可想象。法律责任条款成了专门对付律师们的尚方宝剑，这又说明了什么问题呢？这显然是违背一般立法原则的。再联系到司法行政部门长期以来形成的某些习惯做法，譬如强征巨额管理费，可以想见，律师在其主管部门面前亦将毫无地位可言。所以就有律师发表感慨说：这哪里是《律师法》，这分明是一部律师管制法呀！

作者简介：李轩，中央财经大学法律系副主任，北京市国联律师事

务所律师，长于诉讼法学、司法制度研究，著有《中国律师的当代命运》、《律师制度与律师实务》等书。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