

律师法应规定律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权(律师法征文) 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__E5_BE_8B_E5_B8_88_E6_B3_95_E5_c122_485638.htm 律师法应规定律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权 对《律师法》第14条及相关条款的修改建议 《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者辩护业务。”该条规定似乎想通过对非律师人员从事有偿诉讼代理或辩护业务的禁止来达到间接规定律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权之目的，但由于该条规定技术上的一些问题以及实践中基层法律服务职业（有偿）诉讼代理行为的客观存在，该条规定的实施情况并不理想，律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权也没有因为该条之规定而得以实现。鉴于律师垄断诉讼代理和辩护业务为世界各国之通例，我国也完全有必要和可能实现律师对诉讼代理和辩护业务的垄断，因此有必要借此修订《律师法》之良机，通过对《律师法》第14条规定之内容及相关条款的修改与完善，明确规定律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权。

一、律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权之内涵与外延 律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权是指，只有律师才能接受诉讼案件当事人的委托担任其代理人或辩护人参与诉讼活动，并按国家规定收取当事人一定的费用，除了律师以外，其他任何人员均不得从事诉讼代理或辩护业务。律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权具有如下特征：第一，律师是享有诉讼代理和辩护业务垄断权的唯一主体，除了律师以外，其他任何人员包括基层法律服务工作者都不享有从事诉讼代理或辩护业务的权利

；第二，律师垄断的是诉讼代理和辩护业务，而不包括各种非诉讼业务；第三，律师垄断的是职业的诉讼代理和辩护行为，即将诉讼代理和辩护作为业务来从事，从事诉讼代理和辩护业务必须经国家主管部门批准并办理相应的执业证书；第四，为律师所垄断的诉讼代理和辩护业务是有偿的，律师按照国家规定标准收取当事人一定的费用。律师对诉讼代理和辩护业务垄断权的上述特征决定了其并不排斥非律师的公民个人代理，但公民代理只能是一种临时的、个人性的、不得收取代理费用的活动，而不是专门的职业活动。律师享有垄断权的诉讼代理和辩护业务包括：接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人参加诉讼；接受刑事案件犯罪嫌疑人聘请，为其提供法律咨询，代理申诉、控告，申请取保候审；接受刑事案件犯罪嫌疑人或被告人的委托或人民法院的指定，担任辩护人，参加诉讼；接受刑事自诉案件自诉人、公诉案件被害人或其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼。总体而言，律师垄断所有司法机关处理的诉讼案件的代理和辩护业务，既包括民事、行政案件的诉讼，也包括刑事案件的诉讼；既包括一审、二审诉讼程序，也包括各类案件的申诉、再审程序。在民事诉讼中，既包括普通程序，也包括特别程序。在刑事诉讼中，既包括公诉程序，也包括自诉程序，还包括刑事附带民事诉讼程序。

二、律师享有对诉讼代理和辩护业务垄断权的必要性

1、律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权是律师制度存在和发展的必然要求。律师制度是现代司法制度的重要组成部分，是文明和法治的产物，也是民主和法治的象征和标志。律师通过参与司法活动，维护当事人的合法权益，实现对偏离于法律的公权和私权的

制衡。律师是专门提供法律服务的职业阶层。为了确保律师事业的健康发展，国家制定了一系列有关律师制度的规范性文件，规定了严格的准入条件和执业要求，设定了律师职业道德和执业纪律要求等一系列的约束机制。要想成为一名律师，必须通过国家司法考试；在取得司法人员从业资格后，要在律师事务所经过一段时间的实习才能取得律师执业证书；只有取得律师执业证书才能以律师的名义执业，并且律师必须且只能在一个律师事务所执业；律师执业要由律师事务所统一接受委托、统一收费；律师在执业活动中，必须严格按照各种律师执业规范开展法律服务活动，并必须遵守律师职业道德和执业纪律要求；律师必须按照要求参加执业过程中的继续教育，确保其法律知识和职业道德的与时俱进；律师还有法律援助义务；如果律师违反其义务将会受到相应的处罚，严重的将会退出律师行业，甚至被追究刑事责任。如此严格的准入条件和执业要求必然要求律师对一定的业务享有垄断权，通过排斥非律师人员对某些业务的介入，在实现社会正义的同时保证律师基本的生存条件。“为确立律师制度，对于不是律师而以处理法律事务为业务的人，当然予以禁止，这是理所当然的，因为非律师为谋取私利，随意介入他人的法律案件，有害于当事人及其他关系人的利益，有害于法律的正常秩序，因此，应予以取缔。”“如果容忍非律师活动，那么，就会产生缺欠有关法律事务的充分知识和经验，不根据‘拥护基本人权、实现社会正义’这一立场而处理法律案件的情况，就会产生需要专家援助的人被人利用其无知迫使作不合理的解决这样的结果，法律制度也就会从根本上倒塌。”所以，我们不能以牺牲律师业这一作为文明社会

民主和进步的标志性行业为代价，来支持或纵容非律师人员介入律师的职业法律服务活动。当然，受我国国情限制，我国目前还不能由律师垄断所有的法律服务事项，企业法律顾问工作可以有专门的企业法律顾问来从事，非诉讼业务也不能排除非律师人员的参与，但至少可以在诉讼代理和辩护领域实现律师的垄断，这既是律师制度发展的需要，也是维护当事人合法权益的需要。

2、律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权是诉讼制度改革和发展的必然要求。伴随着从计划经济体制向市场经济体制的转变，我国的诉讼体制也在发生着深刻的变化。受专业化和全球化的影响，我国的司法制度设计走向精英化的道路，诉讼这一比较专业的领域逐步走向精英化、职业化。我国《法官法》、《检察官法》和《律师法》对法官、检察官和律师的素质作出了同质的要求，实施统一的国家司法考试使司法职业共同体初现端倪。与此相适应，我国的诉讼模式也在实现从职权主义向当事人主义的转化。在当事人主义诉讼模式下，诉讼活动具有极强的对抗性和自主性，诉讼主张靠当事人提出，诉讼证据靠当事人收集和提供，诉讼进程主要靠当事人来推进，当事人要想充分行使自己的诉讼权利，维护自己的合法权益，一般来讲就要委托律师这一具备法律专业知识的专门人员来代其参与诉讼或与其一道参与诉讼。律师的专业知识和法律赋予律师的诉讼权利能够确保律师顺利履行其职责，维护当事人的合法权益。同时，由于律师与法官和检察官受过同样的训练，有着同样的思维方式，能够在同一平台上开展对话，这样也能确保诉讼进程的顺利进行。如果没有律师的参与和配合，既很难维护当事人的合法权益，也很难保证诉讼程序的正常进行，诉

讼体制改革必然举步维艰。3、律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权是适应WTO的必然要求。在加入WTO以后，我国的律师制度也要与国际接轨。世界各国无论是英美法系国家还是大陆法系国家，都禁止非律师人员从事诉讼代理和辩护业务。“在英语里，‘律师’(bar)一词的原意指横穿法庭的围栏，即将法官席和律师席与法庭的其他部分隔开的物障”，所以，在英国，“专门律师可以在英国所有的法庭行使辩护权，英国上级法院的辩护权由专门律师垄断。”根据1959年郡法院法，非律师在经郡法院许可后可以出庭为诉讼当事人代理诉讼，但该法第196条同时规定，该诉讼代理人不得向当事人收取任何费用和报酬。在法国，“律师是法庭辩护业务的垄断者，没有律师资格的人是不可以从事法庭辩护这一职业的。”《法国新民事诉讼法典》第414条规定：“一方当事人仅允许由一名经法律授予资格的自然人或法人代理诉讼。”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4条规定，除特殊情况外，任何非律师人员不得在任何法院、司法机关或纪律处罚机关，协助当事人诉讼和辩护。在德国，《德意志联邦共和国民事诉讼法》第78条规定：“当事人在州法院必须由初级法院或州法院所许可的律师，在所有上级审法院必须由受诉法院所许可的律师作为诉讼代理人代行诉讼。”“这种由律师垄断诉讼代理权的规定称为‘诉讼当事人必须由律师代理诉讼的原则’，它表示双方当事人负有请律师代理诉讼的义务。”在日本，日本新《民事诉讼法》第54条第1款规定：“除法律规定能进行裁判上行为的代理人以外，非律师不能做诉讼代理人。”日本《律师法》第72条规定“非律师不得以获得报酬为目的，对诉讼事件

，非讼事件及请求审查、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事件的鉴定、代理、仲裁或和解以及其他法律事务进行处理，或对之进行斡旋为其职业。”在瑞典，“瑞典1964年法律规定……除被任命律师者外，禁止其他人作为诉讼代理人进行诉讼。

”我国香港地区沿袭英美法旧制将其执业律师依职能不同分为事务律师和出庭律师，只有出庭律师才能出庭，事务律师不能充当法庭辩护律师。我国台湾地区仿效大陆法做法，在其《民事诉讼法》第68条规定“非律师而为诉讼代理人者，法院得以裁定禁止之。”总之，律师垄断诉讼代理和辩护业务是世界各国的通例。为了顺利与世界各国开展交往活动，我们必须与世界各国一样，实现律师对诉讼代理和辩护业务的垄断。

三、律师享有对诉讼代理和辩护业务垄断权的可能性

1、律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权能够为当事人所接受。

在律师制度恢复20多年后，律师代理当事人参加诉讼活动已为广大的人民群众所接受，“请律师打官司”的观念已经深入人心。一般来讲，人们提起律师都会想到打官司，当事人遇到了官司也会想到请律师，实际上相当一部分普通老百姓认为律师和打官司密不可分，甚至就是同义语。即使代理当事人打官司的人不是律师，当事人也会误认为其是律师或称其为“律师”，这也造就了许多“土律师”或“黑律师”。从经济承受能力来看，一方面，国家规定的律师收费标准适合中国国情，伸缩幅度大，能够适应不同地区、不同层次的要求；另一方面，通过20多年的改革开放，城乡人民的收入有了大幅度的提高，绝大部分人都能支付相应的律师费用。对于极少数确实不能支付律师费用的，法律援助制度

也可以保证这一部分人获得应有的法律服务。所以，实行律师对诉讼代理和辩护业务的垄断符合人民群众的意志。2、律师队伍发展状况能够满足律师对诉讼代理和辩护业务垄断权的需要。根据司法部制定的《中国律师事业五年

（2002-2006年）发展纲要》，律师队伍已从1979年的212人发展到了2002年的12万多人，到2006年将会达到15、5万人左右。根据最高人民法院肖扬院长2004年3月10日在第10届全国人大第2次会议上所作的《最高人民法院工作报告》，2003年度全国各级法院审结各类案件569万余件，其中适用民事简易程序速裁速决案件近290万件。如果将适用民事简易程序的案件不算，其余案件全部都有律师参与，按律师12万人计算，每位律师平均也只有23件。况且，律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权并不排斥普通公民个人的非职业化代理和辩护，实践中也确实有相当一部分诉讼案件存在普通公民个人代理和辩护的现象，有的甚至没有聘请诉讼代理人或辩护人。所以，就目前而言，律师人数基本能够满足诉讼当事人的法律服务需求。并且，律师对诉讼代理和辩护业务垄断权的实现必将带来律师队伍的迅速扩大，这也将使律师为诉讼当事人提供法律服务的广度和深度得到进一步的发展。3、律师享有对诉讼代理和辩护业务的垄断权符合现行法律的规定。我国现行法律中，除了《律师法》以外，与诉讼代理和辩护业务有关的法律主要有诉讼法和《合同法》。从诉讼法的角度而言，我国三大诉讼法包括《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》规定的诉讼代理人或辩护人的范围包括以下几类：一是律师；二是社会团体或者社会（人民）团体推荐的人；三是当事人所在单位推荐的人；四是当事人的近亲

属（或者监护人、亲友）；五是经人民法院许可的其他公民（我国《刑事诉讼法》除外）。在上列诉讼代理（辩护）人中，只有律师是将诉讼代理和辩护业务作为其职业活动的职业法律工作者。除此以外的其他代理（辩护）人，或者基于社会团体的宗旨为了维护某一群体的利益而以诉讼代理（辩护）的方式开展公益活动，或者基于与委托人的身份关系或身份上的联系而对委托人进行支持或扶助，他（她）们的诉讼代理（辩护）活动只能是偶然的、个别的，他（她）们不可能奢望在诉讼代理（辩护）活动中谋取经济利益，甚至以此为业，所以这些代理（辩护）只能是非职业化的和无偿的。司法部司发函[1993]340号《关于公民个人未经批准不得从事有偿法律服务的批复》对此予以了明确。律师享有对诉讼代理和辩护业务垄断权并没有排斥非律师人员作为诉讼代理人或辩护人的可能性，其禁止的是非律师人员的职业（有偿）诉讼代理或辩护的行为，这与三大诉讼法的规定并不矛盾，相反是对三大诉讼法规定的进一步明确。从《合同法》的角度而言，《合同法》不仅规定了有偿委托合同，而且规定了无偿委托合同。按照《合同法》的规定，委托合同既可以有偿也可以无偿。所以《律师法》完全可以在此基础上进一步规定，只有律师的诉讼代理或辩护业务才能是职业的、有偿的，非律师人员接受委托代理诉讼或辩护业务只能是非职业的、无偿的，这与《合同法》的规定也不矛盾。四、律师对诉讼代理和辩护业务垄断权的主要障碍及其排除 律师享有对诉讼代理和辩护业务的垄断权，其实质是排斥非律师人员从事有偿的诉讼代理和辩护业务。这里的“非律师人员”，就目前而言，包括基层法律服务工作者和非基层法律服务工

作者的普通公民。对于普通公民，因为没有任何规范性文件赋予其从事职业（有偿）诉讼代理或辩护的权利，相反，司法部司发函[1993]340号《关于公民个人未经批准不得从事有偿法律服务的批复》还明令禁止。因此，普通公民的诉讼代理或辩护从来都是非职业化和无偿的，普通公民无偿的诉讼代理或辩护并不妨碍律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权，可能在一定时期内还是对律师诉讼代理和辩护业务的必要补充。对于基层法律服务工作者，又分两种情况：一是基层法律服务工作者的诉讼代理业务，二是基层法律服务工作者的辩护业务。目前我国并无规范性文件授权基层法律服务工作者开展刑事辩护业务，实践中基层法律服务工作者从事辩护业务的也较少见，所以实践中是否存在基层法律服务工作者的辩护行为也不妨碍律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权。目前妨碍律师对诉讼代理和辩护业务垄断权的主要是基层法律服务工作者的诉讼代理业务。1987年5月30日司法部发布的《关于乡镇法律服务所的暂行规定》第4条将“接受当事人委托参与民事诉讼”作为乡镇法律服务所的业务范围之一，第9条规定乡镇法律服务所实行“有偿服务，适当收费”的原则，第11条规定城镇街道法律服务所参照本规定执行。1991年9月20日司法部发布的《乡镇法律服务业务工作细则》第3条将“代理参加民事、经济、行政诉讼活动”作为乡镇法律服务所的业务范围之一进行了规定，第8条规定乡镇法律服务所的业务收费标准按照各省、自治区、直辖市司法厅（局）会同物价、财政部门制定的收费管理办法执行，对规定未列及的法律服务收费，可参照律师有关收费项目和标准执行。1997年3月3日国家计委、司法部发布的计价费[1997]284号《乡镇

《法律服务收费管理办法》第3条列举的“应按规定收费标准向委托人收取法律服务费”的项目中就包括“代理参加民事、行政诉讼活动”。上述规范性文件是目前基层法律服务工作者从事有偿的诉讼代理业务的依据。由于有了这些依据，实践中大量的基层法律服务工作者便以诉讼代理人的身份堂而皇之地出现在各级法院的法庭上，并向当事人收取一定的费用。如果要实现律师对诉讼代理和辩护业务垄断权，就必须让基层法律服务工作者退出诉讼领域。当然，严格从法律意义上讲，部委规章对基层法律服务工作者诉讼代理权的规定并不妨碍《律师法》规定律师对诉讼代理和辩护业务垄断权。因为从《立法法》的角度来看，部委规章无权对诉讼制度作出规定。根据《立法法》第8条、第9条之规定，对于诉讼和仲裁制度只能制定法律，即使尚未制定法律的，也只能由全国人大及其常委会作出决定，授权国务院根据实际需要对其中的部分事项制定行政法规，国务院各部委只能根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内制定规章，且部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。诉讼代理人制度属于诉讼制度的内容之一，对诉讼代理人的范围、职责、权利义务等当然应由法律作出规定。事实上，《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《行政诉讼法》、《律师法》或《律师暂行条例》，这些全国人大或其常委会制定的法律已对诉讼代理人制度作出了相应的规定，但在其中找不到基层法律服务工作者将诉讼代理作为其业务范围的相应规定。国家部委制定的上述规范性文件，就规范层次而言，仅仅是部门规章，不是法律，也不是国务院的行政法规、决定或命令，就其规

定的基层法律服务所职业（有偿）诉讼代理制度而言，也没有法律和国务院的行政法规、决定、命令作为其制定依据。虽然，《立法法》于2000年3月15日通过，同年7月1日施行，上述规章均在此之前颁行，但根据国务院公布的《规章制定程序条例》（2002年1月1日施行）第37条之规定，国务院部门应当经常对规章进行清理，发现与新公布的法律、行政法规或者其他上位法的规定不一致的，或者与法律、行政法规或者其他上位法相抵触的，应当及时修改或者废止。严格来讲，上述规章中关于基层法律服务所职业（有偿）诉讼代理的规定超越了部门规定的职权范围，这一部分与《立法法》规定相冲突的内容应该修改。如果《律师法》规定律师对诉讼代理和辩护业务垄断权，因《律师法》是全国人大常委会通过的法律，部委规章也不能否定法律的效力，相反，部委规章中与法律相冲突的内容应该修改。也许，司法部将诉讼代理作为基层法律服务工作者的业务范围予以规定只是在律师数量还不能满足社会法律服务需求时的权宜之计。2000年3月31日司法部同日发布的《基层法律服务所管理办法》和《基层法律服务工作者管理办法》并没有将诉讼代理作为基层法律服务工作者的业务范围予以规定。《基层法律服务所管理办法》只在第3条笼统地规定“基层法律服务所依照司法部规定的业务范围和执业要求，面向基层的政府机关、群众自治组织、企业事业单位、社会团体和承包经营户、个体工商户、合伙组织以及公民提供法律服务”。《基层法律服务工作者管理办法》只在第3条原则规定“基层法律服务工作者的职责是依据司法部规定的业务范围和执业要求，开展法律服务”2002年8月29日，司法部部长张福森同志在上海举行的加

强大中城市社区法律服务工作座谈会上指出，不能让基层法律服务演变成为二律师，街道法律服务所要从诉讼领域逐步调整出来。2002年12月张福森同志在全国司法厅（局）长会议上发表的讲话中指出“特别是在法律服务所撤出诉讼领域的问题上，要认识统一，态度坚决，方法稳妥。”2003年9月张福森同志在全国司法厅（局）长座谈会上的讲话又指出，从大中城市来看，已经明确基层法律服务从诉讼领域调整出来，农村基层法律服务从长远看也同大中城市一样，在诉讼领域不能有律师和基层法律服务队伍并存，在一些经济比较发达，律师业比较成熟的地区，应该先走一步。如果能够尽快将基层法律服务从诉讼领域调整出来，《律师法》规定律师对诉讼代理和辩护业务垄断权也就没有障碍了。当然，《律师法》如果能明确规定律师对诉讼代理和辩护业务垄断权可能也有助于基层法律服务尽快从诉讼领域调整出来。

五、律师对诉讼代理和辩护业务垄断权的条文设计从某种程度上讲，现行《律师法》第14条其实就是规定的律师对诉讼代理和辩护业务垄断权。但该条规定存在下列问题：第一，将该条放在“律师执业条件”这一章中规定不妥。“律师执业条件”应是对律师的义务性要求，而律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权是律师的权利，所以不宜将权利性规范放在“律师执业条件”这一章中规定，而应放在“执业律师的业务和权利、义务”这一章中规定。第二，冒充律师和侵犯律师对诉讼代理和辩护业务垄断权是两种不同法律性质的行为，其处罚机关也不一样，不宜放在同一条文中规定，而应将其分别规定。第三，该条不从正面规定律师对诉讼代理和辩护业务的垄断权，只从反面规定非律师人员不得为牟取经济利益

从事诉讼代理或者辩护业务，这不能说明该规定与律师权益的关联性，也让人难以理解为什么《律师法》要对此进行规定。第四，该规定中的“牟取经济利益”易产生歧义。有人认为，“律师法第14条中‘牟取经济利益’一说与‘取得正当利益’或‘盈利’在词意上是有区别的。‘牟取’二字带有贬义，属非法性质，指不正当的经济利益。‘不得牟取经济利益’这样的用词来规定并没有禁止合法取得正当收入，正当收入是指代理诉讼的成本费和劳务费之和。”第五，“没有取得律师执业证书的人员”其实就是非律师人员，因为按照《律师法》第2条规定，能够被称为“律师”的前提就是依法取得律师执业证书，所以不如干脆用“非律师人员”显得更易于理解。正因为《律师法》第14条的规定存在上述问题，这也给该条的实施带来了困难。在司法实践中，有以该条之规定认定非律师人员的诉讼代理合同无效的案例，也有相反的案例。尤其是在面对基层法律服务工作者的职业（有偿）诉讼代理行为时，法官很难有勇气依据该条之规定认定其代理行为或其收费行为无效。要明确规定律师对诉讼代理和辩护业务垄断权，并让该规定得到司法实践一致的认同，就必须在修改《律师法》时对现行《律师法》第14条规定的内容作一些改进，具体包括：第一，将该条内容放在第四章“执业律师的业务和权利、义务”中规定。第二，将冒充律师的行为从该条中分离出去，单独成为一条。第三，首先从正面规定律师享有对诉讼代理和辩护业务的垄断权，然后从反面规定禁止非律师人员对律师享有的对诉讼代理和辩护业务垄断权的侵犯。第四，“为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务”的实质就是将诉讼代理或者辩护作为业务来从

事，其诉讼代理或辩护行为是有偿的，所以，不如直接用“从事有偿的诉讼代理或者辩护业务”代替“为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务”，以免产生歧义。第五，直接用“非律师人员”代替“没有取得律师执业证书的人员”。综合上述意见，可将现行《律师法》第14条之规定移转到第四章，将其内容分解为两条，插入第32条和第33条之间，前一条规定为“非律师人员不得以律师名义执业。”后一条规定为“律师享有对诉讼代理和辩护业务的垄断权。非律师人员不得从事有偿的诉讼代理或者辩护业务。”当然，与此相关，也应将现行《律师法》第46条分为两条加以规定，现在的第一款作为前一条，将后一条规定为“非律师人员从事有偿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。” 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