

docsriver.com商家本本商家

docsriver.com
商家本本书店



应用型系列法学教材

律师与公证实务

第二版

主编 李正华 丁春燕

微课版



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





应用型系列法学教材

律师与公证实务

第二版

主 编 李正华 丁春燕
撰稿人 丁春燕 丁为群 李 珊 李正华 苗玉坤 谭宜桢
翁作熙 谢世平 叶旻枫 钟扬飞 朱 明 黄添顺

微课版



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师与公证实务:微课版/李正华,丁春燕主编.—2版.—武汉:武汉大学出版社,2017.8

应用型系列法学教材

ISBN 978-7-307-19366-6

I. 律… II. ①李… ②丁… III. ①律师制度—中国—高等学校—教材 ②公证制度—中国—高等学校—教材 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 119806 号

责任编辑:胡 荣

责任校对:李孟潇

版式设计:马 佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北睿智印务有限公司

开本: 787×1092 1/16 印张:23 字数:545千字 插页:1

版次:2009年9月第1版 2017年8月第2版

2017年8月第2版第1次印刷

ISBN 978-7-307-19366-6

定价:58.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

出版说明

由武汉大学出版社出版的“应用型系列法学教材”是为实现教学型、应用型高等院校法学专业本专科生“应用型”人才培养的目标，以教育部制定的法学课程教学基本原则为依据而组织编写的，它立足于提高学生的整体素质、综合职业技能和实践性技能。《律师与公证实务》一书，是“应用型系列法学教材”中的一本。

在社会主义法制建设的历史进程中，律师和公证制度发挥着不可或缺的作用。从某种意义上说，一个国家的法制化程度可以体现在律师和公证制度中。曾几何时，人们对法律制度的了解往往是从对律师与公证活动的接触和了解开始的。维护自己的权利不但是国家法律所赋予的权利，也是每个公民为社会应尽的义务。从某个角度来看，为权利而斗争就是为法律而斗争。我国经过了多次的普法活动，人们的法律意识不断得到提高，但是法律毕竟是一门专门的学问，尤其是在诉讼活动中不仅仅是一个法理和法律条文的简单运用问题，还涉及对程序性的阶段把握和举证等诸多专业技巧问题。律师和公证员，可以运用其专业知识为公民和社会组织提供相应的法律专业服务。

律师和公证员作为专业人士，其为社会提供专业水准的法律服务之同时也有相应的收益。这也不难解释各国司法考试中的参考者逐年增多的现象。随着向律师招聘法官、检察官的改革试验之推行，法学专业的应届本科毕业生毕业要到法院、检察院成为法官、检察官几乎不可能，因此，如果希望毕业以后能够从事与法律专业有紧密关联性的工作，除了在企业从事法务工作以外，进入律师、公证行业就成为了首选。

本教材是为普通高等教育法学本科学生编写的，也可作为各类职业培训教材或教学参考书。作者在编写本教材的过程中，考虑到法学本科教育和本课程本身的要求，力求避免枯燥繁琐的理论演绎和单纯的操作指引。在编写过程中，我们结合国内外最新的有关立法动态，关注社会现实中出现的新问题以及学科的发展趋势，加入了相应的案例（事例、资料）分析或者实际的数据，力图使教材所涉及的内容更深入浅出、通俗易懂，更具操作性。同时，我们还在书中吸收了国内外律师法学和公证法学的最新理论研究成果，希望能在理论方面跟上时代发展的步伐。

为了便于教学和帮助学生们的学习，本教材在编写体例方面，每一章设有“学习目的与要求”、“重点问题”的提示，以“知识结构简图”的形式体现每章的主要知识结构，便于学生对知识的整体把握，在内容中加插了相关的案例或事例，课后还备有“练习题”帮助学生对重点问题的复习，并备有相关资料帮助学生拓展知识。为配合教学，以每周2节课（共36课时）的教学时数安排，全书设计为18章（可每一周讲授一章），以便于教师教学和学生复习使用。鉴于教材篇幅的限制，现将每章案例或事例的“点评”、“课后阅读资料”、“附录”以二维码的方式嵌入书中，读者可以根据需要扫码阅读。

本教材的编写和出版得到了武汉大学出版社的大力帮助，胡荣编辑为此付出了艰辛的劳动，在此特表示感谢。

受作者的学识和视角局限，书中存在的疏漏和谬误，还请各位读者不吝赐教。

本书的参编者所在单位为：中山大学法学院、中山大学新华学院、澳大利亚麦瑞大学商务与经济学院、碧桂园控股有限公司、广东司法警官职业学院、广东岭南律师事务所、广东集之家律师事务所、广东中天律师事务所、国信联合律师事务所等。

本书的作者撰写分工如下：

李正华：第一章、第二章。

丁春燕：第三章、第四章、第五章。

丁为群：第六章。

翁作熙：第七章。

谢世平：第八章。

朱明：第九章、第十章。

苗玉坤：第十一章、第十二章。

钟杨飞：第十三章。

谭宜桢：第十四章、第十五章。

李珊：第十六章、第十七章。

黄添顺：第十八章。

叶旻枫：附录。

编者

2017年2月

目 录

上编 律师制度

第一章 律师制度的发展与律师的性质	3
第一节 律师制度的产生与发展	4
第二节 律师的性质	16
第三节 律师的任务	18
第二章 律师执业与权利义务	26
第一节 律师的执业资格	27
第二节 律师执业	30
第三节 律师执业的权利与义务	34
第三章 律师的职业道德与执业纪律	45
第一节 律师的基本素质	46
第二节 律师的职业道德	50
第三节 对律师的奖励与惩戒	53
第四章 律师收费与法律援助	64
第一节 律师收费制度	65
第二节 法律援助	73
第五章 律师事务所及律师管理	83
第一节 律师事务所	83
第二节 律师事务所的管理	95
第三节 律师的管理	98
第六章 律师的刑事辩护与刑事案件代理	104
第一节 律师的刑事辩护	105
第二节 刑事案件中的律师代理	117
第三节 特别程序律师的辩护与代理	125

第七章 律师的民事案件代理	129
第一节 民事诉讼案件代理	130
第二节 民商事仲裁代理	144
第三节 劳动纠纷仲裁代理	149
第八章 律师的行政案件代理	155
第一节 一般行政纠纷案件代理	156
第二节 行政赔偿案件代理	161
第九章 律师非诉讼法律服务	164
第一节 律师非诉讼法律服务基本理论	165
第二节 律师的非诉讼法律服务	165
第三节 新兴非诉讼法律服务	170
第四节 未来非诉讼法律服务的变革	178
第十章 律师法律顾问工作	181
第一节 法律顾问概述	182
第二节 聘请律师担任法律顾问的规则	188
第三节 律师担任法律顾问的工作原则和工作方法	191
第四节 几种常见的法律顾问业务	194

下编 公证制度

第十一章 公证制度概述	205
第一节 公证与公证制度	206
第二节 公证立法	211
第三节 公证的作用	217
第四节 公证活动应当遵循的原则	219
第十二章 公证机构	227
第一节 公证机构的定性	227
第二节 公证机构的设置	232
第三节 公证机构的业务范围	237
第四节 公证机构的改革	238
第十三章 公证员	244
第一节 公证员的资格	245
第二节 公证员的执业	250
第三节 公证协会	259

第十四章	公证业务与公证效力	262
第一节	公证业务的范围	263
第二节	公证的程序	271
第三节	公证的效力	283
第十五章	公证责任与公证监督管理	286
第一节	公证的法律责任	287
第二节	公证赔偿制度	296
第三节	公证监督	300
第十六章	合同公证	306
第一节	合同公证及其作用	307
第二节	一般合同的公证	309
第三节	特殊合同的公证	325
第十七章	有关身份的公证	331
第一节	亲属关系公证与收养公证	332
第二节	遗嘱公证与继承公证	338
第三节	学历公证	342
第四节	无犯罪记录公证	344
第十八章	适用特别程序的公证	347
第一节	现场监督类公证	348
第二节	提存公证	355
第三节	保全证据公证	358
附录		361

上编 律师制度

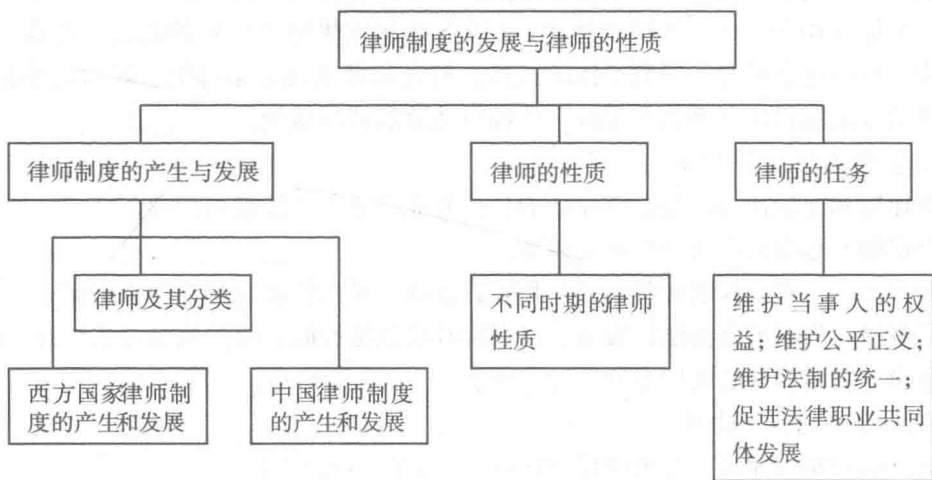
第一章 律师制度的发展与律师的性质

【学习目的与要求】 了解律师制度的产生与发展历史过程，根据《律师法》的规定，掌握律师的性质和基本任务。课前对《律师法》相应的规定以及行政规章有所了解，课后复习相关章节内容以及扩展知识面。

【重点问题】

- 西方国家和中国律师制度的产生与发展
- 律师的性质
- 律师的任务

【知识结构简图】



【引例】 小张在大学就读法学专业，毕业前通过了国家司法考试，经过亲戚朋友的介绍，准备到一家合伙制律师事务所实习并准备今后在该所执业。小张认为律师作为一个自由执业者在自由的同时也存在着不稳定的因素，他羡慕别的同学考入了公务员。因此，他希望能够从事律师工作，同时又羡慕检察官或法官享有类似公务员的待遇。正当他感到困惑的时候，有人向他提出加入政府公职律师队伍行业的建议。律师制度是怎么产生的，律师作为一个自由执业者，为何还能同时兼有公务员的身份？这需从律师制度的产生和发展以及律师制度的发展趋势等方面加以分析。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



第一节 律师制度的产生与发展

一、律师的概念及种类

(一) 律师及律师制度的概念

律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。

律师作为一个职业，区别于警察、检察官、法官、司法工作人员和法学教育工作者，在于其接受当事人的委托或者相关机关的指定，为当事人提供法律服务。

律师制度，是指国家法律规定的有关律师的性质、律师的任务与业务范围、律师资格与执业、律师的工作机构与内容等相关规范以及相关规范实施的体系。律师制度是国家司法制度的重要组成部分。

(二) 律师的分类

1. 专职律师与兼职律师

专职律师和兼职律师，是依照律师的工作性质为标准划分的。

专职律师，是指在某个律师事务所执业，专司律师业务的律师。

兼职律师，是指取得律师资格和律师执业证书，不脱离本职工作而兼职从事律师职业的人员。根据《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）的规定，在高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员，符合律师法规定条件的，经所在单位同意，依照律师法规定的程序办理相关手续，可以申请兼职律师执业。

2. 社会律师与公职律师

社会律师和公职律师，是依照律师的身份和业务范围为标准划分的。

社会律师，是指面向社会执业的律师。

公职律师，又称为政府律师，或俗称官方律师，是指依法取得律师资格证书，并且具有公务员资格，为政府提供法律服务，以保障政府依法行政、维护政府合法权益，促进政府法制建设完善为使命的政府专业法律工作者。

3. 执业律师与实习律师

执业律师和实习律师，是依照律师执业条件为标准划分的。

执业律师，是指可以独立开展执业活动的律师。

实习律师（又称为见习律师），是通过国家司法考试之后、申请律师执业前在律师事务所见习的人员。根据《律师法》的规定，通过司法资格考试而在申请律师执业前，申请律师执业必须在律师事务所实习满1年。严格意义上来说，实习律师并非律师，实质上就是“律师助理”，其不得以律师的名义对外开展业务。

4. 诉讼律师与事务律师

诉讼律师与事务律师，是依照律师执业的范围为标准划分的。

诉讼律师（Barrister），又称为讼务律师（在中国的香港地区又俗称为“大律师”或

“大状”^①），是指能够在法庭上为当事人辩护或参加诉讼活动的律师。在香港地区，只有诉讼律师能够在高等法院和终审法院发表辩护（代理）意见。如当事人需要在上述法院进行诉讼，必须要由事务律师转聘诉讼律师进行。诉讼律师源自英国，只有诉讼律师才能在法庭上替当事人进行辩护或诉讼。根据香港大律师公会公布的数据，现时香港约有1300名执业大律师。^②

事务律师（又称小律师、律师），是指直接受当事人委托，在下级法院及诉讼外行使律师职务，为当事人提供多种法律服务的人。大律师和事务律师二者无隶属关系，他们各自的活动范围和工作方式。大律师均独立执业，但并不直接接受当事人的委托，而是接受事务律师的委托，他们的费用亦是由事务律师负责支付。在香港地区，两类律师分别有各自的行业管理机构——大律师公会、律师公会。

资深大律师，是香港地区对于诉讼律师累积10年经验后有机会被终审法院首席法官委任成为资深大律师（Senior Counsel, S. C.）的一种称号，在香港特别行政区的地位等同香港回归前的御用大律师（Queen's Counsel, Q. C.）。所有在回归前已获认许为御用大律师的香港大律师，在回归后全部自动获得香港资深大律师的资格。截至2017年6月底，香港的资深大律师只有99人（88男、11女）。^③

5. 一级、二级、三级、四级律师

依照律师行业职称评定的标准，可以将律师职称的级别划分为一级、二级、三级、四级。按照相对应的专业职称级别，一、二级律师被称为高级律师，三级律师为中级律师，四级律师为初级律师。值得指出的是，毕竟律师的职称与高等院校的职称系列不同，不能简单地将一级律师等同于正高职称的教授，二级律师等同于副高职称的副教授，三级律师等同于中级职称的讲师，四级律师等同于初级职称的助教。

而且，各地关于律师职称评定的标准也不完全相同。以某省申报一级律师职称为例，下列条件之一的为符合学历条件：（1）本科学历，并在取得二级律师资格后从事律师执业工作满3年；（2）在二级律师期间，获国家优秀律师、省十佳律师或国家级、省级突出贡献专家或优秀中青年专家称号（证书为准）；（3）在二级律师期间，获与律师业务有关的理论或实务国家二等奖、司法部或全国法学或全国律师协会二等奖，或省科技进步一等奖的前两名。论文条件具备以下之一：（1）专著1部（6万字）、论文1篇（不少于2000字）；（2）合著1部（4万字）、论文2篇（不少于2000字）；（3）独立论文5篇（同上）。另外，还有外语考试通过、计算机运用能力测试通过等相应的条件。有的地方将办理过标的达到某金额标准或者具有重大影响的案件并且胜诉为业务条件。

① “大状”，是沿自中国古代人们对状师的尊称而得。在香港，大律师不受当事人的直接雇用，而是当事人委托律师事务所，再由律师事务所将诉讼案交给大律师。

② 香港的大律师 [EB/OL]. [2017-07-20]. 香港大律师公会, <http://www.hkba.org/zh-hant/content/about-barristers-hong-kong>.

③ 执业大律师名册（资深大律师） [EB/OL]. [2017-07-20]. http://www.hkba.org/zh-hant/Bar_List/senior-counsel.

6. 专业律师

根据律师的特长和开展业务方面的侧重，有刑事律师、民商事律师、海商事律师、婚姻律师等民间的分类。我国没有专业律师的法定划分，在律师登记以及职业证书上均没有明确的划分和记载，仅在民间或者律师自称的专业特长和业务擅长上有所体现而已。司法部门还禁止律师事务所以专业命名，如：刑事律师事务所、婚姻律师事务所、经济律师事务所等。但是，律师协会和司法部门提倡律师事务所和律师走专业化的道路。社会发展需要律师事务所及律师个人从业务市场的角度出发，发挥自身特长来增强竞争力。

二、西方国家律师制度的产生和发展

(一) 古希腊时期的律师制度之萌芽

律师制度的最早萌芽出现于公元前二至三世纪的古罗马时期。随着社会经济的发展，诉讼日益增多，在庭审阶段允许双方当事人发言和辩论。由于法律条文和诉讼程序的专业性，一些当事人就请对法律和程序有所了解的亲戚朋友来帮忙提供意见。这种帮忙的人被称为“雄辩家”或“辩护士”(Advocatus)，他们最初仅仅是陪同当事人到法庭，在开庭审理时给被告人提供意见的亲戚或朋友。他们只能在法庭上为被告人提供意见，并不直接向法庭发言。逐渐地，人们发现法官在听取辩论并检验双方所提出的相关证据的过程中，法官对案件的裁决往往取决于双方的辩论结果。因此，人们得出一个结论：雄辩将产生对自己有利的案件审判结果。于是，人们不惜花重金聘请精通法律而又口齿伶俐的人来为自己辩护。这种受托于人而在法庭上为他人发表辩论意见的人，在当时并未形成一个职业阶层。

(二) 奴隶社会时期的律师制度之产生

公元前一世纪是罗马共和国和罗马帝国演变的时期，社会矛盾异常尖锐，罗马统治阶级为维护其统治秩序，制定了许多法律、法令和规定。与此相适应，社会上出现了学习、研究法律的法学家阶层，这些人与统治阶级有千丝万缕的联系，他们时常就如何执法等问题向司法、行政官员提供意见。同时，他们也在社会上向平民百姓解答法律问题，为诉讼当事人提供咨询意见，甚至代理当事人参加诉讼。由于这些人的活动有利于统治秩序的稳定，罗马皇帝以诏令的形式确定了“大教倡”从事“以供平民咨询法律事项”的职业。同时，还允许委托他人代理诉讼行为。后来，一些专门研究立法、司法的人员开始著书立说，而且解答法律难题并指导当事人开展诉讼活动。于是，兼法学研究、法律顾问、律师三位一体的人员逐渐增多并形成以此为生的一个相对独立的阶层，作为职业的“律师”就出现了。

古罗马时期，全国划分为若干个司法管辖区，在每一个司法管辖区内都有一定限额的从业律师和候补律师。取得律师资格的条件必须同时具备：(1) 有完全行为能力（未成年、妇女、精神病患者、奴隶、异邦人除外）；(2) 男性公民；(3) 具有相当的法律知识。到了罗马帝国后期，申请律师执业的，必须受过5年的法律教育。取得律师资格后，应当参加律师团体，接受执政官的领导和监督。

由于古罗马的诉讼形式是辩论式，双方当事人在诉讼中的法律地位是平等的，他们在

法庭上可以充分地陈述自己的意见和反驳对方的诉讼请求，法官往往是根据辩论的结果作出裁判。这种诉讼结构使得职业律师的出现有了可能。而在纠问式的诉讼中，当事人没有诉讼权利以致受到严格的限制，因而难以产生代理当事人行使诉讼的职业律师。因此，诉讼模式和诉讼当事人所享有的诉讼权利，是律师产生和存在的必要前提。

律师制度的产生，必须具备以下的条件：（1）有相关的立法；（2）有容许当事人辩论的司法审判制度；（3）有精通法律和诉讼程序的法学家。由于律师一般都具有渊博的知识和雄辩的口才，其不仅仅代理案件，还著书立说，其代理当事人的诉讼在获胜后获得相当费用的报酬，故执业阶层的律师备受社会的尊重。政界不少的权威人士均出自于律师也就不奇怪了。

（三）封建社会时期的律师制度之发展

公元5世纪，日耳曼人入侵而导致西罗马的灭亡，欧洲大陆进入了封建社会。在诉讼制度方面，纠问式的诉讼形式取代了辩论式的形式，律师制度逐渐走向衰落。随着僧侣阶层地位的提升，一般不可能由当事人自由聘请律师为自己辩护。12世纪以前的法国，有资格担任律师的几乎都是僧侣阶层的人。13世纪以前的英国，也规定不是僧侣的人不得被委托为诉讼代理人。

11世纪，欧洲大陆开始了一场“复兴罗马法”的热潮，对罗马法的研究也随着诺曼底人对英国的征服而扩散至英国。

12世纪，英国亨利二世推行司法和军事的改革，以限制教会的权力，僧侣被禁止在世俗法院执行律师职务。1625年英国的国会成立并享有有限的立法权。社会上出现了学习、研究、运用法律的职业阶层。特别是英国的法庭审判中采用了辩论方式，而且采用直接言词原则，当事人必须以言词的方式在法庭上陈述，特别是当事人的言词不得更改；但是代理人的发言可以更改。因此，人们开始寻求专业律师的帮助，律师制度得以恢复发展。

13世纪末，由于法国的教会因政府征收土地税与政府发生冲突，结果教会的权力被大大削弱，僧侣在世俗法院执行律师职务随之被禁止，取而代之的是受过封建法律教育并经过统治者严格挑选、受国会严密监督的律师。

到了14世纪，英国成立了林肯法学院、内殿法学院、中殿法学院和格雷法学院。这四个法学院互不隶属，成员包括正在各个学院学习的学生及已从各个学院毕业的大律师。这些学院没有法人资格，基本上是自由的社会团体，它们自订章程和行业规则，决定大律师资格的授与和免除。学院的职责是训练和考核律师，监督大律师的活动，决定纪律处分。

（四）资本主义社会时期的律师制度之完善

封建社会末期，出现了如洛克、里尔本、孟德斯鸠等一批资产阶级启蒙家和思想家，他们对封建社会的政治制度和法律制度提出了无情的抨击，提出了“天赋人权”、“主权在民”、“平等、自由、博爱”等新思想和新观念。确定辩论式审判模式和确定任何人在审判中获得辩护的权利以及有权请人之为辩护，已有不少的思想家明确提出。

资产阶级取得胜利之后，通过宪法和相关法律巩固自己的权利之同时，也明确了公民

应当享有的权利，因此律师制度在保护当事人享有辩护权的前提下得到迅速的发展。1679年英国的《人身保护法》明确了诉讼采取辩论原则，承认被告人有权获得辩护；1791年美国的《宪法修正案》明确了被告人在刑事诉讼中享有接受辩护的权利；1808年法国的《刑事诉讼法》也明确了律师的地位和作用。

英国大学的法律教育开始于1753年，当时的法学家布莱克斯通在牛津大学第一次讲授英国普通法。1850年，牛津大学成立法律与现代史学院。1874年，剑桥大学法学院单独设立。英国大学法律教育采用英国传统的导师制，每个学生都有自己的导师，导师一般都是学生所在学院的教师。通过这种导师与学生直接的教育，学生不仅可以在知识上受到导师的启发，更重要的是通过导师的言传身教，学生的人格也在不断地完善。英国的大律师公会委员会控制法律委员会的有关政策，并由后者实施大律师资格考试和管理4个大律师学院（Inns of court）：林肯学院（Lincoln's Inn）、内殿学院（the Inner Temple）、中殿学院（the Middle Temple）、格雷学院（Gray's Inn）。这4个大律师学院实质上是中世纪成立的大律师行会。只有4个大律师学院才有权授予大律师资格（即大律师出庭资格）或在某大律师行为不端时取消其大律师资格。^①

在思想自由的政治制度和竞争自由的市场经济条件下，自由资本主义时期的市场经济依靠的是社会规则来调整，而规则主要由道德和法律构成。当人们尊崇“将思想交给上帝，把行为交给法律”的大环境下，律师在社会生活当中的地位和作用越来越凸显，律师制度得到了空前的发展。

三、中国律师制度的产生和发展

（一）中国古代的律师现象

春秋时期，郑国人邓析不仅法律知识渊博且能言善辩，可“操两可之辩，设无穷之词”，“持之有故，言之成理”，他曾经聚众讲学，传授法律知识和诉讼方法，还助人诉讼。春秋时期还出现了代理制度，命夫命妇不须亲自到法庭上，其下属或子弟可代理进行诉讼。到了元代，如诉讼当事人为老弱病残者，也可由其亲属代理进行诉讼。

在中国古代，打官司要先向官吏递状子、陈述案情，但大部分人属于文盲，于是社会上一些文人干起了专门为他人写状子及其他文书的营生，民间便出现了“刀笔先生”（又称“刀笔吏”）。^② 这些“刀笔先生”写状子，并不一定都熟悉法律知识，只不过是凭着读书识字的优势和“见多识广”的经验来开展业务，但也有的会给当事人出一些如何打官司的主意。

^① 李化德. 英国的法学教育 [J]. 现代法学, 1996 (6): 119.

^② “刀笔吏”一词可追溯到春秋战国时期。源自于古人用简牍时，以刀对书简上谬误之处削之并更正，故古时的读书人及政客经常随身带着刀和笔，以便随时修改错误。因刀笔并用，历代的文职官员也就被称为“刀笔吏”。人们还往往特将讼师幕僚称为“刀笔吏”，以此谓其深谙法律之规则，文笔犀利，用笔如刀。

【案例 1-1】



【案例 1-1】点评

刀笔吏简单词句，使改嫁为情有可原

传说古代有一讼师，为别人打官司战无不胜，在当地小有名气。有一少妇年轻守寡，欲再嫁，但又怕丈夫的家人阻拦，就找到该讼师讨教，讼师收取了高额费用后，为之撰写辩词，其中经典一句是“为守节失节改节全节事：翁无姑，年不老，叔无妻，年不小”。这将孀妇本欲再嫁的心思表述成了为保节、守节而在“翁无姑，年不老，叔无妻，年不小”的情况下被迫所作出的一种无奈选择，使得改嫁之举不仅符合情理，而且还会引发人们对孀妇的恻隐之心。因此，“县官受词，听之”。可见讼师的讼词对于该案件的结果起了决定性作用。

上述的历史事件，似乎是律师制度的小小萌芽，但远远不是严格意义上的律师制度。因为只有较为完备的诉讼代理（辩护）制度与职业法律家相结合，才能产生律师和律师制度。因而，中国古代虽有某些“代理诉讼”的现象和“助人诉讼”的人员，但由于政治、经济条件的限制，前者未进一步发展成代理制度，后者未形成职业法律家阶层，两者也从未在诉讼领域中结合。因此，中国最后还是从国外引进了律师制度。

（二）中国近代律师制度的萌芽

1840年鸦片战争后，外国侵略者根据不平等条约在租界以“领事裁判权”为由设立了会审公廨，外国律师也偶尔出现在租界的法庭开展代理活动。

清末著名法学家沈家本^①以自己卓越的立法贡献，奠定了在中国法律现代化进程中不可动摇的历史地位，并博得“中国法律现代化之父”的美誉。著名的法律史学家杨鸿烈称其为“媒介中西方法制的一个冰人（媒人）”。^②沈家本提出了建立中国自己的律师制度之设想，甚至在他的主持下起草了1910年的《大清刑事、民事诉讼法》，该草案规定了律师可以参加诉讼，但因辛亥革命的爆发而没有公布施行。

（三）中国现代律师制度的产生

1911年，孙中山领导的南京临时政府起草了律师法草案，这是第一部有关律师制度的成文法草案。后因袁世凯夺权而未公布实行。

1912年，北洋军阀政府制定了《律师暂行章程》和《律师登记暂行章程》，这是中国第一部关于律师制度的成文立法。《律师暂行章程》规定了律师资格、律师证书、律师

^① 沈家本（1840~1913），清末法学家、目录学者。同治举人，1883年（光绪九年）进士，任天津府知府、刑部右侍郎，1903年奉命总裁修定法律，曾收集我国历代法律资料，作系统整理和考订。又参考西方各国刑法，制定《大清新刑律》。喜治目录学，家富藏书。著述有《古今官名异同考》、《读史琐言》、《史记琐言》、《寄篔文存》、《枕碧楼偶存稿》、《历代刑法考》、《律目考》、《历代刑官考》、《刑志总考》等30余种。后人辑为《沈寄篔先生遗书》甲编22种、乙编13种。

^② 奚天宝．沈家本，中西方法制的“冰人”[EB/OL]．[2016-06-20]．新浪，<http://news.sina.com.cn/o/2006-02-16/08308219160s.shtml>．

名簿、律师职务、律师义务、律师公会、律师惩戒等内容。该章程公布后，中国律师职业得以慢慢兴起，至北洋军阀政府末期，律师达到了3000人。^①甚至还出现了类似施洋^②、沈钧儒^③等著名的律师。

国民党政府于1927年公布了《律师章程》，1942年制定《律师法》。这两个法律，奠定了国民党律师制度的基础，也是现在台湾地区律师制度的渊源。1927年公布的《律师章程》规定，允许女子担任律师，律师公会就法律修改可向司法部长提出建议，律师年龄在21岁以上，高等法院应当接受律师惩戒诉讼和律师惩戒委员会及司法部长复审。

（四）中华人民共和国的律师制度的建立和中断

1949年10月1日中华人民共和国成立后，揭开了社会主义法制建设的新一页。在解放区所建立起来的律师辩护制度得到了继承和发展。根据社会发展的需要，1950年7月，中央人民政府政务院公布了《人民法庭通则》，明确了人民法庭应当保障被告人有辩护和请他人辩护的权利。

1954年7月31日，中央人民政府司法部发出了《关于试验法院组织制度中几个问题的通知》，决定在北京、上海、天津等大城市试行开展律师工作。同年9月，颁布了《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国人民法院组织法》，明确规定，被告人可以委托律师为自己辩护。应当说，这是从国家根本大法的层面以及人民法院组织法的层面，为中华人民共和国的律师制度之建立提供了法律依据并奠定了法制基础。

1956年1月，国务院批准了司法部的《关于建立律师工作的请示报告》，明确了律师开展工作的相关问题。同年7月20日，司法部颁布了《律师收费暂行办法》，明确了律师收取代理费的标准和具体的办法。

1957年上半年，《律师暂行条例（草案）》终于脱稿。可惜的是，1957年下半年开始，在“反右”扩大化的情形下，律师被错误理解为“丧失阶级立场”、“替罪犯开脱”、“为坏人说话”的人员，不少律师被下放、劳动改造甚至被判刑。刚刚建立起来的律师制度，由于历史的原因而被迫中断。

（五）中国改革开放中的律师制度恢复及改革

1. 律师法的颁布实施及修正

^① 杨智勇. 中国现代律师发展成就非凡 [J]. 中国律师, 2009 (4): 28.

^② 施洋 (1889~1923), 湖北竹山麻家渡镇双桂村人。1915年, 就读于湖北私立法政专门学校, 毕业后与武汉法学界人士组织法政学会, 主张律师是保障人权、伸张公理之工具。1922年6月, 加入中国共产党。同年7月底, 领导汉阳铁厂取得了罢工胜利后参与组建武汉工团联合会, 并被聘请为该会法律顾问。1923年2月4日, 作为京汉铁路工人举行总罢工领导者之一, 积极组织武汉工人和学生进行反对军阀吴佩孚的游行示威。2月7日晚, 被反动军警逮捕而牺牲。

^③ 沈钧儒 (1875~1963), 原籍浙江嘉兴, 光绪甲辰 (1904) 进士, 次年留学日本, 回国后参加辛亥革命和反对北洋军阀的斗争。1935年, 与宋庆龄等发起并组织了全国各界救国联合会, 积极开展抗日救亡运动, 触怒当局而遭入狱, 为著名的“七君子”之一。曾任国会议员、广东军政府总检察长、上海法科大学教务长。他为反对内战争取和平, 建立和扩大爱国统一战线作出了很大的贡献, 是中国民主同盟的创始人之一。中华人民共和国成立后, 为最高人民法院第一任院长, 曾任全国政协副主席、全国人大常委会副委员长和民盟中央主席等职, 被誉为“民主人士左派的旗帜”、“爱国知识分子的光辉榜样”。

1979年中共中央十一届三中全会的召开,明确了进行改革开放的政策,党中央决定恢复律师制度的建设。1979年4月,全国人大常委会法制委员会成立了专门的小组,开始起草律师条例。1980年8月26日,第五届全国人民代表大会常务委员第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》。该条例的颁布实施,标志着中华人民共和国律师制度的正式建立。

1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员第十九次会议通过了《中华人民共和国律师法》(该法分别于2001年12月29日、2007年10月28日、2012年10月26日三次经全国人民代表大会常务委员决议修订)。该法除规定有总则外,还具体规定了律师执业许可、律师事务所、执业律师的业务和权利义务、律师协会、法律援助、法律责任等方面的内容。

2. 律师资格考试与司法资格考试

1986年,司法部开始实行第一次的全国律师资格统一考试。为了规范律师资格考试,司法部于1996年12月2日发布了《律师资格全国统一考试办法》(1996年12月进行了修订,后该办法因全国统一的司法资格考试而被废除)。截至2000年,全国律师资格考试已举行了12次,有百万以上人次参加了考试,有14万人取得了律师资格证书。^①全国律师资格考试为我国律师行业遴选了一大批法律专业人才,其中很多人已成为律师行业的骨干,他们在执业中努力依法维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,为我国民主与法制建设作出了重大的贡献。

为了适应社会主义法制建设的需要,统一法律职业人的专业素质,从2002年3月起将“律师资格考试”、“初任法官资格考试”和“初任检察官资格考试”合而为一——国家司法考试,是国家统一组织的从事特定法律职业的资格考试。初任法官、初任检察官和取得律师资格必须通过国家司法考试。

司法部会同最高人民法院、最高人民检察院于2008年对《国家司法考试实施办法(试行)》进行修订后,于2008年8月8日以“司发[2008]11号”文印发了《国家司法考试实施办法》。国家司法考试实行全国统一命题和评卷,成绩由司法部国家司法考试办公室公布。国家司法考试的考试成绩一次有效。通过国家司法考试的人员,由司法部统一颁发《法律职业资格证书》。

根据中共中央办公厅、国务院办公厅2015年12月22日公布的《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》的规定,担任法官、检察官、律师、公证员、法律顾问、仲裁员(法律类)及政府部门中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的人员,应当取得国家统一法律职业资格。国家鼓励从事法律法规起草的立法工作者、其他行政执法人员、法学教育研究工作者等,参加国家统一法律职业资格考试,取得职业资格。而且,只有符合全日制普通高等学校法学类本科学历并获得学士及以上学位,或者全日制普通高等学校非法学类本科及以上学历并获得法律硕士、法学硕士及以上学位或获得其他相应学位从事法律工作3年以上条件者,方可报名参加考试。

^① 全国统一司法考试:历史性的突破[EB/OL]. [2016-06-14]. 百度, http://www.51edu.com/zhiye/2008/0809/article_4176.html.

依照相关规定，中国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的居民，均可依法参加国家统一法律职业资格考试。

3. 律师协会的建立

根据 1980 年颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》的规定，1986 年 7 月中华全国律师协会成立。中华全国律师协会是社会团体法人，是全国性的律师行业自律性组织，依法对律师实行行业管理。各省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。律师协会章程由全国会员代表统一制定，报国务院司法行政部门备案。根据《律师法》的规定，律师应当加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师、律师事务所，同时是中华全国律师协会的会员。律师协会会员按照律师协会章程，享有章程赋予权利，履行章程规定的义务。中华全国律师协会现有团体会员 31 个（即各省、自治区、直辖市律师协会），个人会员近 11 万人。^① 中华全国律师协会执行机构由秘书长领导，下设办公室、会员部、专业委员会工作部、培训部、国际部（中国国际律师交流中心）、信息调研部。中华全国律师协会自成立以来，在对律师业务指导、交流工作经验、维护律师合法权益、加强与外国律师之间的民间交流等方面发挥了很大的作用，逐步完善行业管理体制，为我国律师事业的发展作出了贡献。地方的律师协会在支持会员依法执业和维护会员的合法权益、制定并监督实施律师执业规范、负责律师职业道德和执业纪律的教育、总结和交流律师工作经验并提高会员的执业水准、组织律师业务培训、处理对会员的投诉、制定并监督实施会员奖惩办法、组织会员开展对外交流、调处会员在执业活动中发生的纠纷、参与立法活动、宣传律师工作、举办律师福利事业、组织与实施全国律师资格考试的具体工作、法律规定的其他职责、行使司法行政部门及上级律师协会委托行使的其他职责等方面作出了积极的贡献。

4. 律师制度的改革

（1）完善律师的管理体制。在计划经济条件下，对律师事务所和律师的管理，实行的是行政和行业“双轨”的“两结合”管理模式。随着市场经济的发展，律师管理的方式逐渐由“两结合”的双轨模式逐渐向行业自治转变。专职律师也从过去的“国家法律工作者”向“自由执业者”转变。

2016 年 6 月 13 日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于深化律师制度改革的意见》，对深化律师制度改革作出全面部署。《关于深化律师制度改革的意见》共分 6 部分 29 条，从深化律师制度改革的总体要求到完善律师执业保障机制、健全律师执业管理制度、加强律师队伍建设、充分发挥律师在全面依法治国中的重要作用、加强组织领导等方面，全面提出了深化律师制度改革的指导思想、基本原则、发展目标和任务措施。明确了深化律师制度改革必须要坚持的 5 项原则：坚持党的领导、坚持正确的政治方向、坚持执业为民、坚持依法执业、坚持从中国实际出发。提出了 6 个方面的措施：保障律师诉

^① 中华全国律师协会简介 [EB/OL]. [2016-05-29]. 中华人民共和国司法部, <http://www.legalinfo.gov.cn/gb/moj/zhishudanwei/lvshixiehui.htm>. 截至 2016 年 3 月，我国律师已达 29.7 万人，律师事务所已达 2.4 万多家。我国执业律师人数已超 29.7 万人 [EB/OL]. [2016-05-29]. 新华网, http://news.xinhuanet.com/legal/2016-03/30/c_1118492959.htm.

讼权利、完善便利律师参与诉讼机制、完善律师执业权利救济机制、建立健全政府购买法律服务机制、完善律师行业财税和社会保障政策、优化律师执业环境。

(2) 多种形式的律师事务所并存和发展。在计划经济条件下, 律师事务所均是国家政府机关(司法局)或者事业单位(如高等院校等)投资设立。市场经济要求主体的多元化, 因此在保留公职律师事务所的基础上有了个人合伙律师事务所甚至出现了个人律师事务所, 境外的律师事务所也可以设立办事机构; 依法设立的律师事务所还可以根据业务发展需要在异地设立各分所。

(3) 保障律师执业权利。律师依法享有执业权利是确保律师“司法平衡器”功能正常发挥的前提。为了保障律师在执业过程中的应有权利, 确定了律师的独立执业权、豁免权、职业秘密权、调查取证和阅卷权、会见和通信权, 并给予了充分的法律及制度保障。根据党的十八大和十八届三中、四中全会精神以及习近平总书记等中央领导同志重要指示精神, 在深入调查研究、广泛听取意见的基础上, “两院三部”(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部)于2015年9月16日, 联合印发了《关于依法保障律师执业权利的规定》(以下简称《规定》)。《规定》共49条, 自发布之日起施行。《关于依法保障律师执业权利的规定》, 提出了依法保障律师执业权利措施, 着力解决当前律师权利保障中存在的突出问题。“两院三部”联合出台《规定》, 在律师事业发展史上还是第一次, 对于进一步加强律师工作, 保障律师执业权利, 推进律师事业发展, 充分发挥律师在全面推进依法治国中的重要作用, 为协调推进依法治国战略布局的实施将产生重要的贡献, 具有重大而深远的意义。

(4) 积极应对WTO和CEPA挑战, 推动律师机构的规模化、专业化发展。我国加入世贸后, 特别是随着CEPA等文件的签署, 内地开放法律市场的步伐进一步加快, 如何应对国外、港澳法律服务业的挑战, 是我国律师业必须面对的课题。而对国内律师业而言, 一个突出的问题就是律师事务所的规模较小, 缺乏能够参与国际竞争的规模型、集约型、专业型与全能型相结合的大所, 缺乏懂法律、懂经济、懂英语的综合型人才。目前, 世界前50强的律师所平均人数为800人, 而我国律师所平均只有10名律师, 这显然缺乏国际竞争力。^①以2014年全年全国律师行业500亿元毛收入平摊至29.7万名律师名下计算, 每位律师年创收也不超过17万元。^②

(5) 律师行业的党建工作的加强。我国的律师工作必须始终坚持社会主义方向。因此, 加强党对律师工作的领导, 是坚持律师工作正确方向的根本保证。在政治上, 必须坚决抵制西方政治制度、法律制度、法治观念的不良影响和侵蚀, 坚决抵御西方敌对势力对我国律师队伍进行“西化”、“分化”的图谋。应当充分发挥律师基层党组织的战斗堡垒作用和党员的先锋模范带头作用, 加强律师行业党的作风建设, 推动律师行业进一步形成良好的行业风尚。

^① 李英才. 坚持科学发展观 深化律师制度改革 [EB/OL]. [2009-05-29]. 中国律师网, <http://www.acla.org.cn/pages/2009-1-6/s49752.html>.

^② 佛山律师年薪大起底, 人均收入25万元 [EB/OL]. [2016-06-20]. 南都网, <http://paper.ooeee.com/nis/201412/03/301532.html>.

根据不同律师事务所的实际情况，对具备条件的律师事务所单独建立党支部，对党员较少的律师事务所联合建立党支部，对无党员的律师事务所派驻了指导员或联络员。至今，全国已经全面完成了党的组织和党的工作对律师行业的全覆盖，实现了律师行业党的建设新突破。

建立完备的具有中国社会主义特色的现代律师制度，是中国司法实践的迫切需要。只有立足国情，善于借鉴，稳步改革，完善制度，全面推进司法公正，才可能使律师制度为全面建设和和谐社会提供有力的保障。

四、律师制度的发展趋势

（一）政府律师与社会律师并存

以提供专业服务对象为标准，可以将律师划分为社会律师和政府律师。社会律师是为社会不特定的服务对象提供专业法律服务的律师。而政府律师则是在政府部门工作并为政府提供法律服务的律师。政府律师制度是在西方法治发达的国家普遍实行，在我国正处于积极探索的阶段。随着社会主义市场经济体制和社会主义法律体系的不断健全、完善，以及受经济全球化趋势发展的影响，政府行为的法治化已经成为了全社会的普遍性要求。因此，在我国建立和完善政府律师制度也就日益成为必要和必然。

在英国，早期的政府律师，是从“诉讼代办人”（Attorney）发展而来的。早在14世纪前后，英国王室就已出现了一批由国王任命专门协助国王处理王室法律事务的“国王法律代办人”（King's Attorney）和“国王事务律师”（King's Solicitor）。到了15世纪，这些代办人因获得国王的重用，逐渐演变成成为国王和贵族院的法律顾问，最终成为官方律师（Crown Solicitor）。^① 英美法系国家和地区普遍采用政府律师制度，美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、斯里兰卡、新加坡等国家，中国的香港特别行政区政府也拥有相当数量的政府律师。

目前，我国的政府律师被称为“公职律师”。公职律师，是在国家行政部门设立的政府律师，由政府支付薪水，属于国家公务员序列，主要办理本机关的法律事务以及为政府部门和领导的决策提供法律意见，以提高政府机构的依法行政水平和维护国家利益。公职律师不得为社会提供有偿法律服务。

由于政府担任着社会执法者和社会经济干预者的角色，因此作为一个行政主体与行政相对人之间发生纠纷就难以避免。而随着法律制度的健全，诉讼过程是一种专业化活动的过程，尤其是法庭的辩论所特有的专业化和“艺术化”，使政府很难应付日渐频繁的诉讼。政府专门雇请一批律师为自己服务，提供法律咨询、参加行政诉讼就成为了必然。尽管公职律师在发展过程中还存在一些值得改进的地方，^② 但是社会法制化程度越高，社会律师和政府的公职律师也必将同步增长。

（二）专业化律师的发展

英国的律师划分为出庭律师和事务律师两大部分，在组织上和业务上彼此分立，互不

^① 张富强. 香港律师制度与实务 [M]. 北京: 法律出版社, 1999: 123-124.

^② 陈建彬. 公职律师制度: 如何走出面临的困境 [J]. 广州司法, 2003 (1): 58.

统属。这种二元制在英国已经实行了数百年之久，尽管自 19 世纪以来不时有人对其提出批评，要求将两类律师合而为一，但始终没有成功。^① 在我国，律师既没有出庭与事务律师之划分，也没有刑事、民事等专业的划分，律师既可以办理诉讼业务也可以办理非诉讼业务。但是，随着专业化的发展，客观上不少的律师已经根据自身专业特长和客户群，进行了专业化发展的定位。^② 可以设想，今后的律师队伍也将逐渐出现专事出庭辩论、专事非诉讼业务或者专事某个专业领域业务的自然分化，从而形成多元制的发展格局。

值得注意的是，在律师协会往往成立有民商事、刑事、公司法、知识产权法等各种业务的专业委员会，为律师提供专业的指导服务。

（三）行业自律逐渐增强

律师从政府国家工作人员逐渐向社会自由执业者的发展过程中，也使得对律师的管理从行政性强制管理向行业性自律性管理转变。不少的律师行业自律监管工作，如律师的年审注册、律师的专业继续教育、律师信息服务、专业研究和律师经验交流等，均由律师协会自主开展。

（四）各种形式的律师事务所之发展

随着司法制度的改革深入，原来单一的国家设立的律师事务所已经逐步向合伙制律师事务所转变，同时也存在着个别的个人律师事务所，还有国家公务员队伍的公职律师事务所。境外的律师事务所也逐渐在中国大陆设立了办事处。国内的律师事务所符合条件的，也可以在异地设立分所（部）。

（五）律师事务所的规模化发展

目前的合伙制律师事务所，一般要求要由 3 名以上的执业律师构成。从市场经济的发展规律以及经济发展本身的要求来分析，达到一定的规模才能产生相应的经济效益。由于律师行业属于人力资源和服务的行业，而客户存在着“认所不认人”的“业务跟所走”的认同规模化发展之现象；同时也还存在着“认人不认所”的“业务跟人走”的认同律师个人专业性之现象。

律师作为一个专业性的执业者，无论其对外接待客户还是内部的准备开庭，目前大多是“单兵作战”式的发展。就算是在业务量多的情况下，也是较多地考虑聘请律师助理来解决问题。按目前 29.7 万名律师、2.4 万家律师事务所来计算，平均每家律师事务所也不过 12 名左右的律师。这样的规模很难与国外大规模律师事务所相比。英国的高伟绅律师事务所和美国、德国的 2 家律师事务所合并后，成为世界第一大所，拥有 2700 名律师，其业务覆盖全球。^③ 2015 年 1 月 27 日，亚洲最大律师事务所——北京大成律师事务所与全球十大律所之一的德同（Dentons）律师事务所在北京签署合并协议，共同打造一个新的、布局全球的世界领先国际律师事务所——“大成律师事务所”（英文名保留为

① 程汉大. 英国二元律师制度的起源、演变与发展走向 [J]. 甘肃社会科学, 2005 (4): 40.

② 彭耀林. 中国律师专业化之希望——律师专业化发展论坛侧记 [J]. 中国发明与专利, 2006 (1): 31.

③ 李凌燕. 中国“入世”以后律师业面临的问题 [EB/OL]. [2016-05-28]. 中国社会科学院, <http://www.cass.net.cn/file/2005102650439.html>.

Dentons), 该律所遍布全球 50 多个国家和地区, 共有 120 个办公室, 其执业律师人数超过 6500 人, 大成律师事务所主任和创始合伙人彭雪峰将担任新律所的全球董事会主席和全球顾问委员会主席。^①

现代化社会发展, 在一定程度上要求专业化、集约式发展。因此, 律师事务所的发展, 应当考虑达到符合社会发展要求的一定规模。律师业务, 特别是有一定规模的项目, 往往需要多个领域的专门人才共同完成, 其涉及的不仅有实体性和程序性的问题, 还有项目管理以及与当事人沟通等诸多问题, 需要的也不仅仅是专业的知识, 还要有项目的协调管理等。在此情况下, 一个有专业分工的大所要比个体作坊式的小所更有竞争力。美国学者 Marc Galanter 与 Thomas M. Palay 1990 年于《弗吉尼亚法学评论》上发表了《为什么大型律师事务所会越来越大: 晋升合伙人竞赛与大型律师事务所规模的增涨》一文, 并以此为基础于 1994 年出版发行了《律师之间的竞赛: 大型律师事务所的变迁》一书。规模化发展, 已经成为了摆在中国律师事务所面前的一个严肃的问题。

第二节 律师的性质

一、律师性质概述

(一) 律师性质的概念

律师性质, 一般意义上理解是指律师区别于其他职业的本质属性。律师性质体现了律师职业的基本属性, 其实就是关于律师是一种什么样的职业的理解。

(二) 明确律师性质的意义

随着社会发展和文明程度的提高, 律师与其他许多职业一样, 也是社会分工发展到一定阶段的产物。专业化所带来的不同职业有了自己的本质属性。如果说企业家阶层, 是一个自由流动的管理阶层, 那么如何理解律师这一职业? 关于律师是一种什么样的职业属性, 律师到底是一种什么样的人, 这涉及律师的地位、作用、权利和义务、责任等重大的问题。

律师到底是属于公权力的国家法律工作者, 是社会的中介机构, 还是专业的自由职业者? 是营利企业、或者是慈善机构的工作人员?

如果不能正确界定律师的性质, 则难以对律师行业的发展有正确的认识, 难以对律师的执业活动作出正确的评价, 难以理解律师应享有的权利, 难以保障律师应有的权利, 难以维护社会主义的法制秩序。

二、不同时期我国律师的性质

(一) 国家法律工作者

1980 年 8 月 26 日, 全国人大常委会通过并颁布了《中华人民共和国律师暂行条例》。

^① 世界规模最大律师事务所诞生 [EB/OL]. [2016-06-20]. 正义网, http://www.jcrb.com/prosecutor/information/201501/t20150129_1473462.html.

该条例第1条就明确规定了：“律师是国家的法律工作者。”这是我国第一次以立法的形式对律师的性质作出界定。根据这一规定，律师制度是国家司法制度的组成部分，律师是国家司法工作人员中的一支队伍，律师在行使着相应的国家公权力。

1983年7月，广东省深圳经济特区蛇口律师事务所成立，其隶属于招商局蛇口工业区，这是改革开放以来建立的全国第一家律师事务所。将律师界定为“国家法律工作者”，是特定历史条件下的产物，这对恢复法制初期律师制度的建设，起到了重要的扶持作用，为律师工作发展奠定了良好基础。

由于中国行政机构的特殊性，在特定的历史时期，律师事务所都是国家投资设立，或者由政府机构（司法局）、国家的事业单位（高等院校）投资设立。律师事务所也就带有了了一定的行政色彩，具有行政级别，律师纳入国家行政人员的编制系列并享有行政人员的待遇。于是，律师与警员、检察员、审判员一样，都是“国家法律工作者”，其工作目的都是为了维护社会主义法治而从事法律工作，只是在履行的工作方面的分工和侧重点有所不同而已。

（二）市场经济的中介组织

1993年司法部的律师改革方案得到了国务院的批准，律师事务所作为中介组织的定位得到了政府有关部门和专家学者普遍认同。在此之前的1988年5月，深圳成立了全国第一家合作制律师事务所，同年8月还成立了全国第一家私人律师事务所。1993年底至1994年初，深圳率先突破以所有制和行政级别套用于律师执业机构和律师的束缚，对律师体制进行大胆改革，成立了一批不占国家编制、不要国家经费，自收自支、自负盈亏、自我发展、自我约束的合伙制律师事务所。国家统办律师所的一统天下的格局被打破了，出现了国资所、合作所、合伙所、个人所等不同体制律师事务所并存的局面。律师事务所作为社会服务的中介组织之间发生了市场经济条件下必然的竞争。

作为社会中介组织的律师事务所，作为向社会提供法律服务的律师，不再是列入国家公权力的范畴，因此事务所不再依照行政区划设置，对律师事务所的管理也从行政序列的管理中分离出来而进入行业管理；律师也不再列入行政编制和享受行政待遇（不再是公务员）。

律师事务所作为中介组织的定性，对完善律师制度、唤醒律师的主体意识起到了很大的推动作用。

（三）专业的自由执业者

1996年全国人大常委会通过了《中华人民共和国律师法》，将律师定义为“依法取得律师执业证书、为当事人提供专业法律服务的执业人员”。2007年新修订的《律师法》沿用了“为社会提供法律服务的执业人员”，较为准确地阐明了律师的职业特性、执业方式，把律师从市场中介中区分了出来，克服了以往对律师性质认识的不足，较好地解决了律师制度建设和律师发展实践中遇到的难题，强化和凸显了律师的专业属性，明确了律师今后的发展方向。

律师职业具有专业性，是以提供法律专业服务为表征和内容的。因此，律师应当具有相应的专业资格和达到一定的专业水平，司法考试就是一个很好的考核标准。

律师是自由职业者，其可以在不同的律师事务所进行合理“流动”（除合伙人以外，

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



一般的律师可以在不同的时期内依照劳动合同加盟不同的律师事务所)。既然是自由职业者,不行使公权力,理所当然也就不存在占政府行政编制、享有公务员待遇的问题(政府律师除外)。对律师这一自由职业者,要求其加入律师协会,对其进行行业管理,也就理所当然。

第三节 律师的任务

律师的任务,是指由国家法律明确规定的,通过律师执业所要达到之根本目的。《律师法》明确规定了“律师应当维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义”。

根据《律师法》以及相关法律的规定,结合律师的工作实际,律师的任务主要有以下几个方面。

一、维护当事人的合法权益

严谨地说,权益,是指依法行使法律赋予的权力以及由该合法权力的行使而带来应有的利益。因此权益应当作正解,属于褒义词,不存在非法权益之说。但是,社会上人们已经习惯将“权益”之前缀加“合法”一词以强调权益的合法性,已经成为了约定俗成的一个概念。因此,本书予以沿用。

维护当事人的合法权益,是律师的直接任务。无论是非诉讼事务的当事人,还是民事诉讼或者民商事仲裁案件的当事人,或者是刑事案件、行政案件的当事人,其均享有法律赋予或者认可之应有权益。如何享有这些权益或者正确行使相应的权利,需要当事人自身具有一定的法律知识、法律意识和法律运用的水平及技巧。而一般的公民和单位往往缺乏这样的实际能力,这就需要作为专业人士的律师来提供。

由于社会主义法制建设是一个过程,在维护当事人权益的时候将可能碰到不同的情形。

(一) 有明确法律规定时的权益之维护

无论是作为国家根本大法的宪法,还是具体的基本法,关于公民和法人以及其他组织应享有的权益,大的方面已经有了基本的规定。在法律有明确规定的情况下,公民、法人和其他组织应当享有的权利和利益,律师在开展业务时应当坚决地予以维护,不允许单位和个人非法干预或者排除。

(二) 法律没有明确规定时的权益之维护

而对于法律没有明确规定,不属于法律禁止和限制的,只要是不危害国家、不损害他人权益,不违反社会公序良俗的,从“法无禁止则自由”的私权保护观念出发,律师应当尽力维护当事人的相关权利。值得注意的是,相对应于公权力的国家、政府机关和公务员,在其行使公权力干预私权的时候,其遵循的则是“法无授权则无权”的基本准则加以约束之。

(三) 当事人权益受到侵害时的救济

当事人的合法权益一旦受到侵害,律师应当根据实际情况选择不同的维权途径和采取

不同的维权方式以及相应得力之措施予以积极维护。

当事人的权益受到侵害之后或者当事人之间发生纠纷时，既可以通过协商的方式来解决，也可以通过第三人来调解解决，或者可以通过国家公共权力机构的方式获得救济。

“受人之托，忠人之事”，律师在开展业务时必须明确以下几点：

首先，律师维护的是当事人的合法权益，而不是非法的利益。其次，即便是实施了非法行为的人也还有其相应的合法权益需要维护，只要是当事人的合法权益，律师就应当依法予以维护。再次，律师维护当事人的合法权益必须是当事人自己的或与当事人有直接或间接利害关系的合法权益，如与当事人无关，则不是律师应尽的责任范围。最后，在律师执业过程中应当积极维护当事人的合法权益，在选择不同的方式和措施时，应从维护当事人最大的效益角度出发。

（四）律师的具体业务范围

《律师法》第28条明确规定了律师可以从事下列业务：（1）接受自然人、法人或者其他组织的委托，担任法律顾问；（2）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；（3）接受刑事案件犯罪嫌疑人的委托，为其提供法律咨询，代理申诉、控告；为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审；接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人；接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼；（4）接受委托，代理各类诉讼案件的申诉；（5）接受委托，参加调解、仲裁活动；（6）接受委托，提供非诉讼法律服务；（7）解答有关法律询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。律师在具体开展业务的过程中，维护当事人的合法权益。

二、维护法律的正确实施

维护法律的正确实施，是律师的基本任务和根本目的。国家制定的法律必须得到全面的贯彻实施。维护当事人的权益这一直接目的，必须服从维护国家法律的正确实施这一根本目的。

法律制度的目标，可以通过不同的方面在相辅相成的情况下得到实现，只要法律得到了正确的实施，例如刑法中打击犯罪和保障人民的权益，维护良好的社会秩序之目的就能够实现。

律师作为一个法律从业者，代理当事人并依照法律开展业务，不能片面地看待当事人的权益法律保护，应当认识到法律得到了正确的实施也就意味着当事人的权益能够得到有效的保护。保护当事人的权益与维护法律的正确实施，是完全一致的。

律师的执业活动在法律实施过程中发挥着独特的作用，是除司法、执法、守法之外的法律实施中的一个独立过程，它促使其他过程顺畅有序地运行并融合于其中，同时又保持自身相对独立的结构和机制，与国家的司法活动、政府的行政执法、公民和组织的守法并行发展。

尽管说维护法律的正确实施是律师的本质属性，但在法律实施的过程中不同的主体均有着难以离舍的部门角度，就难免会出现一些隐藏在纠纷表面之后纷繁复杂的问题和利益。律师在维护的当事人权益的过程中，务必坚持维护国家法律的正确实施这一根本目的。

【案例 1-2】



【案例 1-2】点评

某法院副院长借打麻将受贿^①

某市中级人民法院副院长长期以来与某律师打麻将，并长期收受律师的行贿。按被查处的当事人的话说：“我作为院长，本应远离老板和律师，但自己却毫不避讳，经常和他们吃饭、喝酒、打麻将，勾肩搭背，拉拉扯扯，甚至还觉得这样才显得自己豪爽。但仔细想想，如果不是有求于我，谁会愿意陪我吃喝玩乐呢？”该副院长最终被查处。律师维护当事人的权益，不能靠行贿法官来获得案件的胜诉。

三、维护社会的公平和正义

从繁体的汉字“法”的构成来看，法本身蕴含着平之如水的公平之意。维护公平和正义，是社会对律师的基本要求，也是人们对法律制度的基本期盼。作为法律制度，其对应的是“事”而非针对人，古代有“王子犯法与庶民同罪”，现代有“法律面前人人平等”的基本观念。

（一）公平及其含义和要求

公平（fair），英文的本意是指“参与各方在规则权上的平均或相等”，具体是指按照一定的社会标准（法律、道德、政策等）、正当的秩序合理地待人处事的基本要求。

公平是制度、系统、重要活动的重要道德品质和基本要求。公平包含公民参与经济、政治和社会其他生活的机会公平、过程公平和结果分配公平。公平，作为一个含有价值判断的“规范性概念”，比“平等”、“均等”更为抽象，更具有道德意味、伦理性和历史性。不公平可能产生严重的社会问题。正如孔子在两千多年前曾经指出的：“有国有家者，不患寡而患不均，不患贫而患不安。”^②

公平的内涵包括：（1）一般公平和机会均等，即公平指的是平等的规则和人人享有同等的机遇和权利，有人也因此把这样意义上的公平称为起点的公平或条件的公平；（2）分配过程或分配形式的公平，是指在机会均等的条件下，每个人获得与自己投入相称的收益，也就是人们常说的等量劳动得到等量报酬，等量资本得到等量利润；（3）结果的公平，是指人们在最终的分配上的平等、平均。

第一，公平是博弈的结果。公平不是天生的或者与生俱来的，同时也不是自动实现的。它作为人类始终追求的基本价值，是相关各方协商、斗争、妥协的结果。没有博弈的过程，也就不存在作为博弈结果的公平。

第二，公平的内涵是不断发展变化的。公平作为人类的价值评判尺度，离不开人的认

^① 深圳中院原副院长贪腐内幕：牌桌上法官排队行贿 [EB/OL]. [2016-06-20]. 新华网, http://news.xinhuanet.com/legal/2015-08/07/c_128103199.htm.

^② 参见《论语·季氏》。

识和判断。不同的人对相同的人或事既有相同的认识和判断，也必然存在不同的认识和判断。因此，不同的人对公平有不同的理解；以前认为是公平的人或事，现在则可能认为它是不公平的。

第三，公平只能是相对的。现实社会不存在绝对的公平。受到主客观等诸多因素的影响，最后获得的只能是相对公平的结果；人类追求公平的过程相对于实现绝对公平的目标理想来讲，永远只能是相对的。

（二）正义的含义和基本要求

正义是人类社会普遍认为是崇高的价值，是指具有公正性、合理性的观点、行为、活动、思想和制度等。在伦理学中，人们通常将按一定道德标准所应当做的事称为正义，属于一种道德性的评价。“正义”一词，在中国最早见于《荀子》：“不学问，无正义，以富利为隆，是俗人者也。”

正义观念萌于原始人的平等观，形成于私有财产出现后的社会。不同的社会或阶级的人们对“正义”有着不同的解释：古希腊哲学家柏拉图认为，人们按自己的等级做应当做的事就是正义；基督教伦理学家则认为，肉体应当归顺于灵魂就是正义；马克思主义伦理学认为，正义与否的客观标准主要在于其行为是否符合社会发展的要求与广大群众的利益。

正义作为一种主观的价值判断，一种行为、状态是否正义涉及三个要素：（1）主体——人。人是正义反映的主体，也是评价正义的主体，不同的主体的认识和判断标准不完全相同。（2）社会环境。社会环境的形成归于人的产生和结合，社会环境对人的分工、分配起着重要作用。因此，在社会的大环境之中，每个主体所处的地位、获得的待遇不可能完全相同。（3）与人直接相关的事物。与人直接相关的事物，如地位、资格、自由等，其多寡优劣肯定会主导着人们的评价。

（三）公平正义的意义

公平正义是每一个现代社会孜孜以求的理想和目标，不少国家都在尽可能加大公共服务和社会保障力度的同时，高度重视机会和过程的公平。构筑一个公平正义的社会，需要全社会进行长期努力，要提高全体公民的文化、道德、法制等方面的素质，使人们有渴求公平正义的意识、参与公平正义的能力和依法追求公平正义的行为。公平正义是衡量一个国家或社会文明发展的标准，也是我国构建社会主义和谐社会的重要特征之一。只有公平正义，才能使社会各方面的利益关系得到妥善协调，人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理。满足公民对社会公平正义的要求，提升公民的幸福感和满意度，必须具备较高的经济发展水平和较好的物质条件。在当今中国，维护和实现社会公平的根本途径，仍然是努力发展社会经济，为实现更高水准的社会公平奠定必要的物质基础。同时，制度是实现社会公平正义的根本保证。

应该看到，任何一个制度不可能没有缺陷。制度有其合理性的一面，必然也就存在着相应缺陷的一面。尤其是在成文法的国家，成文的立法与社会现实存在着不可避免的矛盾，具体表现在法律规定的原则性与社会客观现实的多变性和多样化。以预设的规则来解决现在和将来出现的问题，必然会或多或少地产生法律跟不上社会发展的情形；但是如果法律频频修改的话，又往往会减弱法律的权威性和稳定性，因为权威恰恰是建立在不变的基础上。因此，法律的稳定与社会的日新月异的变化之间的矛盾就会出现问题。不同的案

件有其自身的具体情形和判决方式。尽管法治的统一性取决于司法过程中的制约，使法官不能随心所欲地判决，但这背后蕴藏着执法者对法律规定的理解和专业知识素养等方面的制约。因此，绝对的公平本身就是一个难以成立的命题。

在社会现实中，当事人往往将过去的案件审理结果与本人所涉案件的结果进行比较，如果本人所涉及的案件判决结果与他人的不同，就认为是不符合公平正义的。作为专业人士的律师，对自己办理案件的结果应当有一个清醒的认识和正确的评价。法律上的公平正义，首先应当是程序上的正义之衡量，其次才是实质上的公平考量。

四、构建和谐社会

律师是其客户的代理人，从某种意义上看是代表了民众的利益，因而会产生与公共权利相“对抗”的情形，尤其是在刑事诉讼活动中更为突出。

公权力与私权的对抗的成因表现在两个方面：一方面是公权力不当干预了私权领域；另一方面是私权的不当行使从而造成对社会秩序的破坏或者造成破坏的可能，公权力的介入是为了维护社会的利益或者保护他人的权益。公权力的膨胀与滥用所带来对其限制的探讨已经成了一个重大的课题，公权力的滥用远比个人私权不当行使的危害更大，这就是为什么在刑诉中控制国家权力，如刑诉中的证据排除规则等，这体现了对公权力制约和对个人权力尊重之间平衡的价值观念。

和谐社会不是一个简单的政治性口号，其在社会的各个领域和方面均有着深刻的含义和要求。建设和谐社会的司法实践中不仅仅是要求当事人之间的和谐，还要求法律职业共同体在执行职务中的彼此尊重对方职业所形成的和谐。例如，律师到法院立案未果，裤子竟然被撕破。尽管最终以法院向该律师公开赔礼道歉并赔偿损失；法院依法向律师出具接收立案材料的凭证并依法及时告知立案审查结果；法院启动责任调查程序，依照有关规定追究相关人员责任，并向社会通报结果；法院严格落实立案登记制度，进一步改进工作作风；法院依法保障律师执业权利及合法权利的结果告终。^①但是反映出来的问题是深层次的。法官应当如何看待和对待律师，社会相关的部门如何看待和对待律师；律师又应当如何看待自己和正确地对待规则 and 他人。

【案例 1-3】

律师被法官铐在篮球架下 40 分钟^②



【案例 1-3】点评

云南省某县法院开庭后，代理律师见书记员没有把自己的主要观点在庭审笔录上

^① 熊如梦. 广西律师法院立案被扯烂裤子, 官方: 法警滥用职权 [EB/OL]. [2016-06-26]. 凤凰资讯, http://news.ifeng.com/a/20160608/48940908_0.shtml.

^② 陈鹏. 法官“铐押”律师, 怎一个道歉了得 [EB/OL]. [2016-06-20]. 新华网, http://news.xinhuanet.com/politics/2009-07/14/content_11707581.htm.