

两大法系律师制度比较及现实借鉴

魏希楠

(解放军西安政治学院, 陕西 西安 710068)

摘要:英美法系和大陆法系是当今世界主要法系,其优秀的法律制度为我国法治建设提供了许多有益的借鉴,其中的律师制度拥有毋庸置疑的重要地位。本文从历史发展、类型职能、资格取得、权利义务四个方面,对英美法系和大陆法系的律师制度进行宏观的比较,在此基础上就其成功经验探讨了对我国律师制度改革的现实借鉴。

关键词: 两大法系; 律师制度; 借鉴

中图分类号: D916 **文献标志码:** A **文章编号:** 1002-0292(2010)01-0028-04

律师制度是法治建设的重要组成部分,是一个国家司法民主和进步的重要标志。自从律师职业产生以来,律师对人类社会历史的驱动,对社会秩序的构建,对社会正义的维护,对民主政治的建立,都无可争辩地显示其应有的、巨大的社会价值。英美法系的诉讼结构实行对抗式诉讼,当事人双方主导诉讼活动进程,陪审团及法官居于消极中立的第三者地位,因而有必要确立完备的律师制度,以确保当事人双方这种竞争型诉讼攻防活动的公平开展和正常进行。然而在大陆法系国家,职业法官主导审判过程,依法对被告人、证人、鉴定人询问或讯问,决定案件的事实和法律问题,并可依职权自行调查核实证据。这种庭审结构是大陆法系律师制度在某些方面没有英美法系严谨完善的一个根本性原因。

本文拟对两大法系主要国家律师制度的历史发展、类型职能、律师资格的取得、律师的权利义务等方面进行比较,并探讨对我国律师制度的借鉴意义,以期能够裨益于我国律师制度的进一步完善。

一、两大法系律师制度历史发展

两大法系的律师制度都有着悠久的历史。随着司法传统体制的改革和进步,律师制度也逐渐形成。英美法系的律师制度主要是随陪审团审判制度而产生的,萌芽、发展、成熟的比较早。与英美法系不同,大陆法系国家是在资产阶级革命后采用了职业审判制和参审式陪审制度,故其律师制度产生相对而言要晚得多。

英国的司法制度十分复杂,法院为数更多,各种法院的诉讼程序又不相同,加之英国实行判例法使判案的伸缩性很大,这种情况使得一般人很难由自己去进行诉讼,即使是一些法学家也常感疑惑,因此,英国的律师制度很早就应运而生了。早在12世纪,英国就出现了被称为诉讼代理人活动的记录,起初是任何人都能充任的,后来逐渐形成一种专门职业。与此同时,也出现了从法律角度阐述当事人主张的辩护律师。进入14世纪,辩护律师的职能被出庭律师所取代,他们不仅为当事人辩护,还组成集团,从事法律教育。17世纪英国资产阶级革命中,资产阶级启蒙思想家提出以辩护式取代纠问式诉讼的资产阶级民主性质的诉讼原则,要求承认被告人有权亲自辩护或请律师帮助辩护。1679年的《人身保护法》明文规定了被告人的辩护权原则,使英国的律师辩护制度有了法律依据。^{[1]13-18} 73年司法改革,《法院法》颁布后,终于使英国形形色色的律师职业合并集中为两种:事务律师和出庭律师。随着历史的发展,事务律师和出庭律师逐渐在业务性质和范围、资格的授予和监督机关以及接受法学教育的基础上区别开来,各成一体,形成英国特色的二元制律师制度。

大陆法系中的法国,律师最早出现在13世纪中期与有巴力门之称的王室法院同时出现。及至17世纪,律师行开始形成,律师职业进入组织化的古典时代。法国律师的大量出现,始于文艺复兴时期,随着君主对分裂诸侯控

收稿日期: 2009-12-05

作者简介: 魏希楠(1982-),女,陕西甘泉人,解放军西安政治学院军事法学系硕士研究生,主要研究方向为法制史。

制的加强,大贵族院和宗教组织越来越愿意在王室法院解决纠纷,从而使诉讼增加,律师人数增长。1602年,围绕律师服务中的小费问题,律师与国王发生了冲突,并导致了律师为期两周的停工。这个事件是法国律师第一次正式的联合。此后,律师录用、纪律约束和组织管理等权力为同情律师的巴黎高等法院长官所掌握。1660年,法国律师有了自己的独立组织——巴黎律师行,此后的50年,成员达到了大约500人。而我国的律师制度是在对西方诸多具体法律制度欠缺细致和深入研究的情况下,通过清末民初的法律改制奠定的基础。^[2]在实质上这是对西方法律的一种继受。随着社会经济和生活的变化发展,与国际社会之间的交往和联系日益加强,尽管学习和借鉴西方的做法是发展自我、强大自我的捷径,但并不意味着所有西方法律制度都可以“拿来主义”,必须在结合实际国情的基础上以解决现实提出的法律问题。从1980年到2001年,“律师”这个名词在这短短的20年中经历了从“国家法律工作人员”到“为社会提供法律服务的人员”再到“社会中介组织”最后又回到“法律服务执业人员”的身份的嬗变,中国律师制度在挫折中稳步前进。

二、两大法系律师类型与职能

英美法系和大陆法系律师的类型不同,即使在同一法系中律师的类型也存在着很大的差别,同时律师的职能是由律师的类型决定的。一般而言,大陆法系采取一元式的分类法,英美法系采取二元式的分类法,当然也有一些例外,例如在法国的高等法院中便采用二元式分类法。

在英美法系国家内,根据不同的分类标准,类型又有所不同,担任哪一类型的律师完全由律师根据自己的意愿选择。具体而言:在英国,按照业务分流与法院审级相结合的标准划分为大律师(又称出庭律师)和小律师(又称事务律师)。大律师是指能够在上级法院出庭辩论的律师,其业务范围大致可分为有关普通法的案件、有关衡平法的案件以及审查遗嘱案件和离婚案件。小律师是指直接接受当事人委托,在下级法院及诉讼外执行律师职务,为当事人提供法律服务的人。在美国,按照公私标准划分为私人律师和公职律师。私人律师是自由开业的律师,其自法学院毕业并通过律师资格考试后即可成立律师事务所,办理任何律师业务。而公职律师是专门为政府机关、法院、检察机关服务的律师,美国各级政府内一般都聘有律师当法律顾问,在政府机关工作的律师只为本部门提供法律服务而不面向社会。但公职律师若接到与自己单位无联系或无影响的法律业务时,允许办理。^[3]¹⁰

在大陆法系普遍采取一元制的律师分类法中,法国有其特殊的一面。在法国的高等法院中,按照律师是否出庭参与诉讼为标准,分为出庭律师(相当于英国的大律师)和不出庭律师(相当于英国的小律师)两种类型。出庭律师的职能是出席法庭,代表其委托人发表口头辩论;不出庭律师的职能则是处理与案件审判相关的其他事务。^[4]¹⁹两种律师与委托人之间关系有所差别,不出庭律师是应委

托人的请求并以委托人的名义行事,需要订立契约,并按国家规定的收费标准收费,而出庭律师却是以自己的名义自发地走上法庭,为保护当事人的合法权益而据理力争。德国是一元制分类的典型国家。在德国,取得律师资格首先要取得法官资格。取得法官资格的人要从事律师业务,还必须得到各州司法部的许可,然后再到一定的法院宣誓,并经该法院许可后,才能在该法院辖区内从事律师职务。德国律师实行分属制,一般情况下,律师只能在许可其执行律师职务的法院辖区内为当事人提供诉讼、非诉讼服务。归属某法院的律师,不能到另一法院的辖区内执行律师职务。在我国,律师的类型分为专职律师、兼职律师和特别邀请律师,由于专职律师的评审指标有一定的限制,往往许多年轻有为的律师因资历和年龄等因素难以评上相应的职称,从而使许多优秀的人才得不到合理的利用。同时,在专业分工上没有科学的划分,往往导致一个律师有民事、刑事、行政等等各类案件,眉毛胡子一把抓,很难专心做细做精一个案件,其办案质量必然达不到高标准。随着市场经济的发展,逐步实现律师业的专业分工是法律服务市场的必然要求。

三、两大法系律师资格取得

两大法系的律师职业准入制度都相当严格,各主要国家大都采用了司法考试制度来选拔律师,对取得律师资格的人员在文化水平和专业水平上要求比较高,而且重视律师后备人员的培训和实习工作,但是由于英美法系和大陆法系的历史传统和各国国情的差异,两大法系的司法考试制度各具特色。

英美法系的法律职业考试实际上是律师考试。英国将考试分为第一次考试(基础法学阶段)和第二次考试(职业适合性阶段)两个阶段,第一次考试考生可以因获得法律专业学士以上学历而免试。对非法律专业毕业生也可因其在大学阶段通过任何一个科目考试即被免除该科目的考试。第二次考试必须在完成“基础法学阶段”考试及进行了四期“按规定的次数参加的晚餐会”后才能进行,而且所有考生都必须参加。要想取得大律师资格,年龄必须在21岁以上同时必须在英国四大律师学院¹中的任何一个律师学院学习,经考试合格,才能授予大律师资格。英国事务律师资格的获得条件是被律师协会登记为进修生后,在从事实际业务工作的初级律师指导下进修实际业务,同时对于没有大学学位的人或者不具有其他规定资格的人还必须到初级律师协会办的法律专业专科学校和由初级律师协会指定的学校学习所规定的法律课程。美国同英国一样没有统一的律师考试制度,也无关与律师考试的全国法律,各州律师考试管理部门根据州法组织本州的律师考试。在美国律师资格的取得主要由学历要求、资格考试、品行考察三个方面构成。申请资格的人应有大学学历和法学院的学历。^④通过律师考试后,州律师协会还要对申请人的精神状况和道德品质进行审查,审查合格之后,方由州最高法院批准并在法院举行就职宣誓后发给

大陆法系国家取得律师资格的条件一般是在大学法律系毕业,在律师事务所进行短期实际工作训练,通过国家或律师公会的考核等。在德国、法国和日本都实行法律职业资格的一体化考试制度,培养和选拔具有浓重的国家色彩。而日本却不同,它的第一次考试制度的主要内容是为那些没有接受过高等教育的学生提供一次平等参加司法考试的机会,其目的是判断考生是否具有接受第二次考试的相当教养和一般的学历。第二次考试是在第一次考试的基础上进行的,主要内容是法律科目,这是司法考试重点所在。第二次考试是所有想从事三法曹^⑨职业者都必须参加的,考试十分严格,淘汰率极高,考试通过率自1974年以来一直低于2%。考生通过考试获取资格后,即被录取到设在东京的司法研修所,以法律见习生的身份进行为期两年的司法实务研修。研修结束后,他们还要接受考试,通过考试者可自己选择助理法官、助理检察官职业,或者登记注册后做职业律师。^[6]

目前我国的国家司法考试已借鉴大陆法系国家的做法确立了法官、检察官和律师资格三位一体的统一考试模式。但仅仅有统一的资格考试还是远远不够的。从事法律职业不仅有司法资格证书,还应具备多方面的法律素养,法律理论、法律实践等等这些能力,以通过一次简单的考试是不可能完全检测是否具备。因此,优秀的法律职业者的选拔应该有更加科学合理的方式,在这一点上,我国的司法考试应加快改革的步伐。

四、两大法律师制度权利与义务

律师肩负着维护公民合法权益、促进法律制度的完善和实现社会正义的重要使命,为此,两大法系主要国家均通过法律规定了律师对当事人的责任,对法律制度的责任,对社会的责任以及执业中享有的有关权利。

英美法系在强调个人本位与个人自由的价值观的前提下,以正当程序为基础,强调限制侦查机关的权利,重视刑事诉讼中嫌疑人、被告人的权利保护等。^{[7]93}与此相反,大陆法系国家更强调犯罪控制,一般都对律师的义务规定得相对于英美法系多,权利相对而言较少或者不充分彻底。就律师的义务而言,一般都包括以下三个方面:其一,律师不得同时对一个案件担任双方或多方当事人的代理人,不得乘机获取诉讼案件上的利益,应将案件的有利情况和不利情况一并告知委托人等。其二,应尊重法院,不得利用与法官的私人关系,影响法院的公正判决,应准时出庭协助法官审判等。其三,不许以不正当方法招揽案件业务,不得直接或间接谋取其他律师承办的案件,在法庭辩护时不得对对方当事人的律师进行人身攻击等。

同时,两大法系的律师一般都享有以下几项特许的权利:律师业务垄断权、律师的辩护豁免权、律师有保守职业秘密的权利等。律师业务的垄断权是指国家对企业 and 公民提供法律帮助的法律事务,作为一种社会公正(中介)职业授予职业律师操办,如果非律师操办这些律师业务就

视为违法,要被取缔甚至受到刑事处分。其中英国律师业务的垄断性最强,处分措施也最严厉。律师的辩护豁免权是根据法律的规定,律师在履行职务向委托人提供法律意见或者在法庭上陈述、辩护时,发表的言论不受法律追究的权利。律师有保守职业秘密的权利是指律师享有拒绝作为证人被询问有关他在业务活动中所了解的情况的权利。

随着我国法治建设进程的加快,对于律师的权利义务方面相继制定了法律法规,但相对于两大法系的主要国家,中国律师享有的权利仍不够充分,缺乏必要的与司法机关的平等交涉能力。同时对律师的义务多是出于防范目的,且对律师义务的规定过少。我国目前的律师责任体系中,行业责任与行政责任分立,但是界限并不清楚;没有体现行业自律的管理制度,实现完全的律师自治,行业处罚措施过于简单,不能适应日益发展的社会。同时对外国律师、外国律师事务所在中国执业缺乏规范的管理系统,更缺少与国际和跨国律师事务所相适应的监管、服务措施。权利与义务的缺失,是一个制度不成熟的表现,可以借鉴两大法系关于律师业务垄断权、律师辩护豁免权和律师有保守职业秘密的权利等规定,使律师业更加规范化,提高律师在司法职业共同体中的地位。

五、对我国律师制度的现实借鉴

近年来,如何发展中国的律师制度是我国法治研究中的热点问题之一。虽然两大法系究其根本在历史渊源、制度模式上与中国有很大的不同,但它的某些方面仍然对中国的律师制度和法治建设具有借鉴意义。

(一) 实现律师行业规范化发展

律师业是一个知识聚集、专业化程度较高、又经常处于独立工作状态的特殊行业,是属于中介机构性质的服务行业。目前,在律师管理立法方面,与对律师与律师机构的管理法律、法规较少,加上现行的管理体制方面的一些弊端,导致了法律服务秩序混乱,阻碍了法律服务业的健康发展。为了确保律师作为自由职业者的独立性,应尽快赋予律师协会实施自治管理的权利,将行业规范制定权与律师惩戒权视为一体,统一由律师协会行使,司法行政部门不再直接行使律师惩戒权。同时解决律师的社会定位问题,澄清长期以来的对律师性质的误解;改变律师在公众心目中的整体形象,有利于明确律师的社会责任和价值,增强国家、社会对律师的信任,形成创造良好的律师职业环境和提高律师社会地位的良性循环。所以,有必要根据我国近年来律师工作法制建设的实践,进一步健全律师法律服务立法,用立法明确律师应有的法律地位,把律师业提高到律师产业的战略高度,加强律师和律师业的规范化管理。

(二) 整合律师分工专业化完善

所谓专业化,主要体现在两个方面:一是指律师事务所的专业化,二是指律师个人的专业化。现代的社会分工需要律师钻研某项法律,成为某一个领域内的专家,以提

供优质的国内外法律服务。全才型的“万金油”式的律师即将成为历史,律师分工专业化的效果使专业化程度提高,更能为当事人提供优质法律服务。而在中国近 1 万家律师事务所中,大多是小而全的律师事务所,律师以个体办案为主,缺乏专业化分工与协作。同时在执业范围上没有作任何限制,尽管在政府、企业普遍设有法制顾问机构或聘请律师作为法律顾问,但仍无法满足律师要向社会提供所需要的、高质量的法律服务的要求。建议在我国律师类型中增设政府及其事业单位律师,在政府机关工作的律师只为本部门提供法律服务而不面向社会,但若接到与自己单位无联系或无影响的法律业务时,允许办理。这样一方面可以使律师提供的法律服务具有更强的针对性,另外一方面可以大大增强律师参政议政的能力,提升律师的政治和社会地位。

(三)促进律师制度精英化提升

精英化的律师制度有助于提升法律职业和法律的权威。我国目前还没有形成一个享有声望的法律职业阶层,法律人并没有被社会认可为精英,无论是在知识、道德或权力上,相反,很多法官、检察官、律师的公众形象常常是负面的。公众往往通过法律职业者来形成他们的法律意识,在一个法律人名誉扫地的社会中,我们不可能设想法

律是富有权威的。因此,有必要提高法律职业的准入标准,因为必要的垄断不仅可以将不称职的人排除在职业共同体之外,也有助于提升法律职业对社会精英的吸引力。因此可以在考试形式上逐步过渡到两次考试,第一次考试是针对那些只有法律专业大专学历和有本科学历而不是法律专业的人员开设,以检验其是否具备了法律基础知识和基本专业素养,通过第一次考试才有资格参加第二次考试。第二次考试是针对通过第一次考试的人员和取得法律专业本科学历的人员,而这个本科学历必须是通过全日制普通高等院校法律专业的学习并获得了法律学士学位的。第一次考试相对来说应简单一些,以提高通过率,而第二次考试应严格把关,以较低的通过率检验考生对法条的熟悉程度和法律理论素养,以提高律师的业务水平;在法官、检察官的遴选上建议借鉴英美国家的做法,从优秀的执业律师中遴选法官、检察官。

近些年随着社会经济和生活的变化发展,随着国际社会之间的交往和联系日益加强,律师制度的改革与发展更应该注重借鉴先进国家的做法,以解决现实存在的法律问题。同时,在采取和借鉴西方律师制度中的精华时,我们也应该警惕其糟粕,利用比较法的方式,以务实的精神进行律师制度的完善。

注释:

- ¹ 英国四大律师学院是指林肯律师学院、内殿律师学院、中殿律师学院、格雷律师学院。
- ^④ 美国法律教育的特色之一在于法学院的入学资格之一是已在大学本科毕业。
- (四)“法曹”是日本对法官、检察官和律师等法律职业的一体称谓。

参考文献:

[1]王国良,黄瑞,肖萍.中外律师制度比较研究[M].南昌:江西人民出版社,2003
[2]江平.新世纪、新视角、新境界——寄语新世纪的中国比较法学[J].比较法学,2001(1).
[3]陶髦,宋英辉,肖胜喜.律师制度比较研究[M].北京:中国政法大学出版社,1995
[4]曾尔恕.外国法制史[M].北京:中国政法大学出版社,2008
[5]于青.美国律师考试制度掠影[J].律师与法律,2000(11).
[6]相顺.日本司法考试制度的基本理念和主要特点[J].法律科学,2001(5).
[7]谭甘贵.律师法学[M].北京:法律出版社,1997.

Comparison between lawyer system in two legal systems and the significance to the development of Chinese lawyer system

WEIXinan

(Xi'an Political Academy of the Chinese People's Liberation Army, Xi'an, Shaanxi 710068)

Abstract British-American law system and the Continent law system are two major legal systems in the world that offer valuable experience to Chinese legal construction. Lawyer system is an important part in legal system. The essay makes a comparison between two legal systems and points out the significance to the development of Chinese lawyer system from the following perspectives: history and development, modes and function, qualification and identification, rights and duties.

Key words two legal systems, lawyer system, significance

(责任编辑 李保平)