

■ 国际法

加入 WTO 后中国法律服务贸易制度的完善

凌 慧 明

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 凌慧明(1973-), 男, 湖南衡阳人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事国际组织法、WTO 相关制度研究。

[摘 要] 法律服务是一种特殊形式的商业服务, 法律服务实际上主要是律师所提供的服务。中国服务业发展存在严重的不均衡状态, 根据 WTO 的有关原则, 发展中国家的缔约国可享有分阶段、分程序地逐渐开放其本国内的服务市场的权利, 但必须尽以法律法规的形式通知其他缔约国的义务, 所以, 中国应相应调整、补充现有的法律服务规则, 将从 WTO 中受到的相关法律服务优惠待遇用法律法规的形式固定下来, 以便在一个有序的法律环境下, 发展自己的法律服务业。

[关键词] 法律服务; 服务贸易制度; 服务贸易产业化

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)02-0235-05

一、加入 WTO 后中国法律服务规则的调整的必要性

1980 年 8 月 26 日全国人大常委会讨论通过并颁布了《中华人民共和国律师暂行条例》, 这是新中国的第一部关于律师制度的立法, 全文共 4 章 21 条, 构成我国律师制度的整体, 标志着我国律师制度建设进入了一个新的阶段。事隔十五六年后, 即 1996 年 5 月 15 日, 第八届全国人民代表大会常务委员会第 19 次会议通过并颁布了《中华人民共和国律师法》。《律师法》全文共 8 章 51 条, 分别规定了我国律师制度的性质、任务、职责, 律师的执业条件, 律师事务所的设立及其他执业律师的业务范围和权利、义务、律师协会、法律援助、法律责任以及附则等等, 标志着我国律师法律服务制度又进入了一个更新的阶段。

随着《律师法》的实施, 司法部又制定颁布了《律师资格考试授予办法》、《律师事务所登记管理办法》、《国家出资律师事务所管理办法》、《合伙律师事务所管理办法》、《合作律师事务所管理办法》、《律师执业证管理办法》等一批规章, 律师工作逐步纳入了法制化的轨道。全国律协修订了《律师职业道德和执业纪律规范》, 各省、市司法行政部门结合实际, 也陆续制定或修订了相应的具体管理办法^[1] (第 128 页)。

建立符合社会主义市场经济规律的法律服务制度, 将是一场深刻的法律服务规范的改革, 是要在否定或修改、废除行之多年的反映计划经济要求的法律服务制度基础上逐步建立起来的法律服务制度。

根据 WTO 的有关原则, 发展中国家的缔约国可享有分阶段、分程序地逐渐开放其本国内的服务市场的权利, 但必须尽以法律法规的形式通知其他缔约国的义务。所以, 中国应相应调整、补充现有的法律服务规则, 将从 WTO 中受到的相关法律服务优惠待遇用法律法规的形式固定下来, 以便在一个有序的法律环境下, 发展自己的法律服务业^[2] (第 97 页)。

二、加入 WTO 后中国法律服务规则的调整的主要内容

我国司法部和国家工商总局于 1992 年 5 月联合颁布了《关于外国律师事务所在中国境内设立办事处的暂行规定》和四个相关规章,开始允许外国和香港律师事务所来华(内地)设立办事处的试点工作。但在实践运用中,《暂行规定》和相关规章已明显不能适应中国加入 WTO 后法律服务业对外开放的需要。为更有效地指导和规范法律服务业的对外开放,迫切需要制定一些有关外国律师管理的法规作为法律依据和保障。

1. 对律师“主体资格”的相关规则调整

律师在一个国家的社会生活、尤其是在政治生活中的地位,与律师的整体水平及整体作为密切相关,特别是在世界贸易日益全球化的今天。中国律师队伍建立得较晚,经历了无数次挫折和打击,普遍受制于个人政治前途的局限,缺少明确的政治抱负,过于突出价值向上的商业性。要达到加入 WTO 后的“政治素质”要求,律师应当具有敏锐的政治觉悟,强烈的人权意识,能够站在人类文明进步和国家整体利益的高度上去处理具体的业务,尊重和维护国际交往的一般秩序和民族利益。同时,迫切需要国家制定相关法律规则,以更快地提高中国律师的社会地位。

2. 对制约律师执业的社会环境的相关规则进行调整

在中国现实体制下,市场的需求、政府的倡导和许可甚至政府对待律师服务业的态度,都直接决定着律师进行法律服务的范围。毫无疑问,中国加入 WTO 后,由于世界贸易交往的复杂性,社会主体对法律服务的市场需求将会大大增加。但是,同样应当看到的是,国内律师的政治地位、政府对律师的“角色”定位,同律师实际参与国际贸易进行法律服务的范围和程度有直接关系。

3. 调整本国法律服务的市场规则

对国内律师来讲,最重要的是提高自身素质,培养竞争意识,树立全局观念。为尽快做到这一点,对现有的规范律师业的法律法规进行调整,就显得尤为必要。

建议在《律师法》中增加错案纠正制度。在行政执法机关和司法机关尽快推行错案责任追究制的同时,在律师业内部也建立与之相适应的、较为顺达的纠错机制。

严格律师“准入”资格、执业条件。应修订对律师资格的获得和律考标准。在考核内容中增设书面主观表达(如论文考试)和当面言语答辩,将报考条件提高为大学本科以上学历;对执业律师人员,定期组织统一考试,以新法律法规为主要内容,并将其成绩作为是否参加年检注册的标准,若连续两年未能通过,则停止其年检注册,以此促进执业律师的在职学习,淘汰业务水平落伍者。

强化法律服务者权利制度。社会的民主程度高低和人权状况好坏的重要标志之一,就是法律服务者地位的高低。因此,有关诉讼程序法和《律师法》中都有相关明确的规定:律师因诉讼和其它法律事务的需要,有权对有关单位和个人调查取证。但现行法律对律师这一权利的行使设定了种种障碍。因此,迫切需要对这些法律规则进行调整,以强化和提高与外国法律服务者平等竞争的能力。

明确法律服务业自律制度。应从立法上对律协的地位做出更加明确的规定,对律协组织的形成、组建和换届搞好民主选举,对律协负责人严格考核,扩大律协的管理职责;对司法行政机关领导法律服务业的现行机制进行改革,使其和律协的管理密切配合、相辅相成。

三、《律师法》中存在的问题与调整

1996 年 5 月 15 日,《中华人民共和国律师法》的颁布,标志着我国的律师制度进入了一个新的历史时期。但经过几年来的法律具体运用,再加上加入 WTO 后外国律师的冲击,必然会暴露出一些问题:

如忽视了与公民个人权利密切相关的诉讼服务,“冒名者”非法从事诉讼、仲裁法律服务的现象比较严重,东西部的差距较大,法律服务机构设置不规范等。笔者认为,解决上述存在问题的对策主要有:

1. 明确有资格担任各种法人和公民的代理人或辩护人的只能是律师。为鼓励法律服务者积极参与诉讼法律服务(如出庭代理等),应修订《律师法》和相关诉讼法的有关条款,从立法的高度来规定一些诉讼服务只能由律师来做,即在诉讼或仲裁案件中,有资格担任各种法人和公民的代理人或辩护人的,只能是律师。目的是从根本上杜绝“冒名者”非法从事诉讼、仲裁法律服务现象的发生。

2. 缩小东西部的差距。建议从立法上,将律师资格考核、申请授予资格的区域和以后律师执业的区域联系起来,运用法律手段来进行地区差异的调节。如资格考试后,在统一最低分数线的条件下,全国规定一个固定的录取比例,各个地区按照这一比例进生录取;并且,还应限定律师的实习和执业区域在一段期间内应和资格授予、取得的区域相一致,期满后,才可自由选择执业区域。若诸如此类的法律制度得以制定并得到贯彻实施,法律服务市场供需地区分布不均衡现象或将可逐步得到解决。

3. 规范法律服务机构的设置。我国依法从事法律服务的机构只能有两类,即律师事务所和法律服务所(公证除外)。根据对法律服务者的需求、现有律师的执业区域和律师事务所的分布情况,可从法律上规定:地级市以上(包括地级市)的行政区域内才可设立律师事务所。县级以下(包括县级)的行政区域(指广大乡镇及农村)只可设立基层法律服务所(公证除外),且不能从事出庭业务;对其从业人员的要求,虽比照律师,可降低标准,但也要制订一定的“市场主体资格准入”规范,在提高基层法律服务者执业素质的同时,更好地适应现阶段我国广大乡镇、农村对法律服务的消费水平,更好地从下到上、全范围内规范我国的法律服务市场。

4. 加强律师的调查取证权。1980年《律师暂行条例》第7条规定“律师参加诉讼活动,有权依照有关规定,向有关单位、个人调查”;《联合通知》也规定“律师参加诉讼(包括参加调解和仲裁活动),可以持律师顾问处介绍信向有关单位、个人进行访问,查阅本案案情,有关单位、个人应当给予支持”。我国《律师法》第4章第31条规定的“律师承办法律事务,经有关单位或者个人同意,可以向他们调查情况”,明显看到《律师法》关于律师调查取证权的规定反而比以前的规章更加落后,更加受到限制,严重阻碍了律师在进行法律服务中调查权的充分行使,尤其是不利于案件事实真相的查清。历年实践表明,若不赋予律师应该享有的、充分的调查取证权,将大大影响律师的法律服务质量,进而影响当事人对律师法律服务的“满意度”和“信任感”。

5. 改革律师收费制度。《律师法》第3章第23条规定:“律师承办业务,由律师事务所统一接受委托,与委托人签订书面委托合同,按照国家规定向当事人统一收取费用并如实入账。律师事务所和律师应当依法纳税。”

在我国还未找到更合适的收费制度前,建议借鉴国外经验,在今后《律师法》的修订中补充制定聘请律师费用的转付制度。至于转付标准,应由国家按照法律服务业阶段的发展水平,以规章形式予以规定并颁布实施,法院或仲裁机构应依据该标准来裁断败诉方承担对方聘用律师的费用,胜诉方预先垫付的“服务费用”便可以由败诉方转付,以使胜诉方获得全额补偿。

四、《刑法》、《刑事诉讼法》等相关规则的调整

经过修改后的《刑法》和《刑事诉讼法》,进一步完善于我国的刑事诉讼制度和司法制度,推进了我国的依法治国进程,同时,对完善刑事辩护制度,产生了深刻的影响。但随着“两法”的颁布实施,可以看出,一些“深层文化”并未因“表层文化”的改变而改变,它仍然深植在某些人心中。对律师的限制与歧视,依然根深蒂固。例如:新《刑法》虽然规定了律师在侦查阶段的提前介入权,但随之而来的会见难、取证难、阅卷难等人为设置的障碍,使得律师的“提前介入权”形同虚设,不但违背了立法者的本意,也严重阻碍了律师法律服务业的发展。

应尽快修改与增设律师特殊职业保护性法律条款,对律师参与刑事诉讼的相关权利保障加以明确的、具体的、可操作的规定,以完善立法不足、弥补法律漏洞、切实保障律师权利。

《刑法》第 306 条规定:“在刑事诉讼中,辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据,帮助当事人毁灭、伪造证据,威胁引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实,不是有意伪造的,不属于伪造证据罪。”本款所列“辩护人”,对照《刑事诉讼法》第 38 条和我国司法实践,显然主要指辩护律师。

新《刑法》第 306 条有很多不合理的因素,不应将律师作为伪证罪的特殊主体而进行特别规定,不利于更宽松、良好的执业环境,不利于保护律师在审判中处于弱势的地位。

笔者认为,对以上情况主要有以下立法建议:

1. 体现“法律面前人人平等”

将《刑事诉讼法》第 38 条规定的“辩护律师或其他辩护人”、《刑法》第 306 条中的“辩护人、诉讼代理人”均改为“辩护律师、其他辩护人、诉讼代理人、警官、检察官、法官等”,以体现“法律面前人人平等”。

2. 增设律师特殊职业保护条款

为切实而有效地保护律师的人身权,增设律师特殊职业保护条款,该条款可以表述为:“律师依法执业,对行为违法但主观非故意,且未造成损害公共利益和他人利益后果的,不受刑事追究,应受律师执业纪律规范;若造成损害公共利益和他人利益后果的,只需承担民事损害赔偿责任;对行为违法主观故意的,无论是否造成损害后果的,都要受刑法规范调整,且此种刑事追究,应通知律师协会和司法行政机关,以便备案在册。”

3. 修订新《刑事诉讼法》对律师调查取证的保障

取消被调查人或单位可以拒绝作证的行为,1979 年颁布的《刑事诉讼法》,确立了律师辩护制度,但没有对律师调查取证权问题做出任何规定,而对公检法三机关的调查取证问题规定得十分明确,即在第 34 条中,明确赋予公安机关、检察机关和审判机关调查权,且在第 37 条中强调“凡是知道案件真实情况的人都有作证的义务。”直到 1980 年颁布《律师暂行条例》时,律师参加诉讼活动有权向有关单位、个人进行调查的权利才被明确规定,即“有关单位,个人有责任给予支持”。至此,律师有了与公检法机关近乎一样的调查取证权,所差只是“义务”和“责任”而已。我国《律师法》第 4 章第 31 条却规定“律师承办法律事务,经有关单位或者个人同意,可以向他们调查情况”,这在上文中曾经提到过,相比《律师暂行条例》反而落后。导致现阶段我国律师调查取证工作在法律上得不到有效的保障,在实践上得不到支持,多次遭到拒绝乃至刁难。这里主要讨论一下《刑法》、《刑事诉讼法》中相关规则的调整。

4. 保障律师全面阅卷权

新《刑事诉讼法》实施以来,根据规定,律师在检察院起诉阶段,只有权查看诉讼文书和技术性鉴定材料。而诉讼文书和技术性鉴定材料的范围非常狭窄。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部、司法部、全国人大法工委关于刑事诉讼法实施若干问题的规定》第 319 条,诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序文书,技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等鉴定情况和鉴定结论。而对律师最想看到的证人证言、物证、书证、嫌疑人或被告人供述、辩解等实质性证据便无权查阅。

考察国际公约和国际惯例的要求,联合国《关于律师作用的基本原则》第 21 条规定:“主管当局有义务确保律师能有充分的时间查阅当局所拥有或管理的有关资料、档案和文件,以便使律师能向当事人提供有效的法律协助;应尽早地在适当时机提供这种查阅的机会。”显然,这不仅仅针对刑事诉讼,也包括民事诉讼以及非诉讼法律事务,即包括金融、税务、证券、工商、电信、房地产、知识产权等职能部门有关的资料、档案和文件。

根据我国提交的服务贸易市场开放承诺单,法律服务的开放将作为专业服务贸易开放的一部分,外国律师可以逐渐地进入中国市场,我国律师也将对等地走向世界市场。在为当事人提供法律服务方面,中国律师也需要依照国际惯例办事,遵循 WTO 法律规则。在这样的国际背景下,我国律师更应该和外国律师具备平等的法律地位和执业权利。倘若我国律师在国内受《刑法》、《刑事诉讼法》等法律规范的种种限制的情况得不到改善,难以为当事人提供有效的法律服务,甚至人身权利也难以保障,那么我国律师与外国律师在市场竞争中,在国际交往中,必将处于不利地位。因此,在我国关于律师执业及其人身保障的立法中,应充分考虑国际惯例,考虑当代外国法律对于律师的规范,以及我国所参加的国际条约、协议中有关律师的规定。

无论是服务经济理论、知识经济理论、产业经济理论、还是市场经济理论均要求我们国家应该进一步优化配置和充分运用法律服务资源,尽快形成法律服务业的产业化发展趋势,更好地适应市场经济,服务市场经济。在促进我国法律服务产业化的政策取向上要求实施改善法律服务产业环境的政策、实施增强法律服务产业能力的政策。而尤其重要的是对加入 WTO 后中国法律服务贸易规则作相应调整,这既是我国法律服务业发展的需要,也是 WTO 有关服务贸易自由化规则的要求。

[参 考 文 献]

- [1] 李双元,蒋新苗. 世贸组织(WTO)的法律制度—兼论中国加入 WTO 后的应对措施[M]. 北京:中国方正出版社, 2001.
- [2] 张向晨. 发展中国家与 WTO 的政治经济关系[M]. 北京:法律出版社, 2000.

(责任编辑 车 英)

Improvement on the Chinese Legal Regime of Trade in Legal Services

LING Hui-ming

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: LING Hui-ming (1973-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in International Institutional Law.

Abstract: Legal services, a particular form of trade in services, refer to the services mostly provided by lawyers. There exist asymmetries in Chinese services industry. Under the relevant rules of WTO, the developing country members shall enjoy the rights to open domestic market of services progressively. However, they should carry out the obligations to inform the other members by the way of laws and regulations. Thus China should adjust and supplement the current rules on legal services, which reflect the preferential treatment on the perspective of legal services derived from WTO. As a result the legal services industry can be developed under the orderly legal environment.

Key words: legal services; regime of trade in services; industrialization of trade in services