

律师学总论

主编

赵泽隆
谢佑平

成都科技大学出版社

西南政法学院统编教材

1719185
207

律师学总论

主编 赵泽隆 谢佑平

成都科技大学出版社

(川)新登字 015

律 师 学 总 论

主 编 赵泽隆 谢佑平

成都科技大学出版社出版

西南政法学院印刷厂印刷

*

787×1092mm 开本:1/32 印张:11.5 字数 248 千字

1994 年 12 月第一版

1995 年 3 月第一次印刷

ISBN7—5616—2835—8/D·209

印数:3000 册

定价:9.20 元

律 师 学 总 论

主 编 赵泽隆 谢佑平

撰稿人 (按撰写章节为序)

赵泽隆 谢佑平 曾友祥

邱俊芳 董晓春 李 健

教材编审委员会

主 任 田平安

副 主 任 刘晓星

秘 书 长 刘晓星 杨树明

副秘书长 郑全咸

委 员 (以姓氏笔划为序)

万映忠 田平安 刘晓星

杨树明 郑传坤 郑全咸

赵长青 张绍彦 郭晓彬

编 者 的 话

为适应教学需要,院教材编审委员会组织编写了第六批系列教材共八种,计有《刑法学教程》、《民法学》、《婚姻家庭继承法学》、《律师学总论》、《合同法学》、《企业法律顾问》、《刑事案件侦查》和《高等数学》,这批教材将在 1995 年内陆续出版。

这批教材可供高等法学院校使用,也可作为培训法学人才的学习用书和企事业单位的参考用书。

我们将陆续确定第七批系列教材的编写出版计划。

西南政法学院教材编写委员会
一九九四年十二月

目 录

第一章 律师学概述	(1)
第一节 律师学的概念	(1)
第二节 律师学的研究对象	(9)
第三节 律师学的研究原则和体系	(15)
第四节 律师学与其他相关学科的关系	(20)
第二章 律师制度的沿革	(23)
第一节 律师制度的概念	(23)
第二节 律师制度的产生	(27)
第三节 欧洲封建时期的律师制度	(31)
第四节 资本主义时期的律师制度	(35)
第五节 社会主义时期的律师制度	(42)
第六节 中国律师制度	(49)
第三章 律师制度在我国法律制度中的地位	(55)
第一节 律师制度与经济制度	(55)
第二节 律师制度与民主政治	(62)
第三节 律师制度与诉讼模式	(64)
第四章 国外律师制度概况	(70)
第一节 国外律师制度概述	(70)
第二节 主要国家的律师制度	(75)
第五章 我国律师的性质和任务	(101)
第一节 律师的概念	(101)
第二节 律师的性质、地位和作用	(107)
第三节 律师的任务	(117)
第六章 律师资格	(124)

第一节	律师资格概述·····	(124)
第二节	律师资格的取得·····	(128)
第三节	律师资格的管理·····	(131)
第七章	律师执业·····	(136)
第一节	律师执业的条件和程序·····	(136)
第二节	执业律师的种类·····	(138)
第八章	律师的业务范围·····	(141)
第一节	法律顾问·····	(142)
第二节	民事诉讼代理·····	(150)
第三节	刑事辩护和代理·····	(165)
第四节	非诉讼事件代理、法律咨询、代书·····	(176)
第九章	律师专业职务·····	(182)
第一节	律师专业职务概述·····	(182)
第二节	各级职务的任职条件和岗位责任·····	(184)
第三节	律师专业职务的评审机构和程序·····	(187)
第十章	我国律师工作原则·····	(191)
第一节	一般工作原则·····	(192)
第二节	涉外工作原则·····	(210)
第十一章	我国律师素质·····	(213)
第一节	素质的构成内容·····	(213)
第二节	律师素质的培养·····	(231)
第十二章	我国律师的职业道德·····	(238)
第一节	律师职业道德概述·····	(238)
第二节	律师职业道德的内容·····	(243)
第三节	律师职业道德的培养·····	(245)
第十三章	我国律师执业纪律与奖惩制度·····	(250)

第一节	执业纪律.....	(250)
第二节	奖惩制度.....	(254)
第十四章	律师的权利和义务.....	(264)
第一节	律师的权利.....	(264)
第二节	律师的义务.....	(273)
第十五章	律师事务所.....	(274)
第一节	概述.....	(274)
第二节	经费管理.....	(281)
第三节	工作制度.....	(287)
第四节	其他法律服务机构.....	(292)
第十六章	我国律师管理体制.....	(295)
第一节	行政管理.....	(295)
第二节	律师协会.....	(297)
第十七章	律师服务的国际化.....	(302)
第一节	外国允许他国律师开业的情况.....	(302)
第二节	中国允许外国律师开业的情况.....	(315)
第十八章	中外律师状况比较研究.....	(323)
第一节	律师制度性质比较.....	(323)
第二节	律师发达程度比较.....	(326)
第三节	律师资格条件比较.....	(329)
第四节	律师职业道德、惩戒规则比较.....	(331)
第五节	律师服务国际化比较.....	(336)
第十九章	中国律师立法.....	(339)
第一节	历史回顾.....	(339)
第二节	关于《律师法》的构想.....	(345)

第一章 律师学概述

第一节 律师学的概念

一、律师学是一门新兴的法学学科

“律师学”，作为一门新兴的法学学科在我国出现，仅有数年历史。据笔者所知，最早的一本“律师学”著述，是西南政法学院徐静村于1987年所著，1988年10月由四川人民出版社出版。1990年1月，中国人民大学出版社出版了陈卫东、王福家主编的《中国律师学》。以后，陈光中主编的《律师学教程》，周国均主编的《实用律师学教程》相继出版。从1985年至1988年间，虽有以“律师制度”、“律师实务”、“律师法学”之类名称的著述出版，但都未用“律师学”这一名称，也未将“律师学”作为一个专门学科来加以研究。

我国从本世纪80年代初恢复律师制度以来，随着律师制度的发展，律师业务的扩大，律师在社会中的地位和作用日益提高。特别是在司法实践、社会生活、尤其是商务活动中律师的影响日益增大，律师活动已由单纯诉讼和非诉讼代理中的事务型服务，发展到目前为某些企事业单位和政府机关提供谋略性参考和起决策作用的智囊型、高参型服务，大大拓展了律师业务活动的范围和层次。由于律师业务不仅涉及到律师法律制度本身，还涉及到诸多实体法和程序法以及相关法学

理论,涉及到诸多社会科学和自然科学的范畴。因此,将律师业务涉及到的律师法律制度,诸多实体法律制度,程序法律制度,以及相关的社会科学和自然科学学科融汇贯通,进行综合研究,形成一门新兴的法学学科,也就势在必然。这一认识在一些学者中从不明确、不清晰到逐渐明确、清晰,其概念范畴也就由“律师制度”、“律师实务”、“律师法学”等逐渐发展而提出了“律师学”这一概念,并将其建立为一种专门的学科。在高等教育中也开始出现建立以“律师学”为主要教学内容的律师学专业。本书也就是在此基础上进行研究和进行编写的。

二、律师学的定义和特征

律师学,是一门什么样的学科?我们认为:

律师学,是以律师制度和律师实务为主要研究对象的一门法学学科。从广义上讲,律师学应该是以律师和律师业务活动为研究对象。但律师,作为一种社会需要和社会职业出现以后,国家统治者对律师,包括律师的条件、资格授予和取消、执业范围、执业程序、权利义务、惩戒,以及对律师的管理机制等,皆以法律的形式来加以规范,无论是制定正式的律师法,或者其他规范性文件,无论其法律形式的完备程度如何,都形成了一套法律制度。所以,要研究律师及其执业活动,必须首先研究律师法律制度。由于任何一种法律制度的产生,都有其一定的社会基础,必与一定的经济基础和社会政治、法律制度相联系,因此,对于律师职业的产生、发展,以及相关的经济基础、政治、法律制度,也应是律师学的研究范围。正因为如此,我们说“律师法律制度”是律师学的“主要”研究对象,而不仅仅把“律师法”作为律师学的研究对象。因为从两个概念的內

涵和外延而言,“律师法律制度”比“律师法”要广阔、丰富得多。

律师业务,即律师职业的实际业务,也就是执业律师的职业活动事务。它是律师这一社会职业群体存在的前提和基础。没有律师的实际业务,律师和律师职业也就不可能存在。律师业务,尽管由于各国的经济发展程度和政治法律制度有所不同而有差异,但大体上可分为解答法律咨询、代写法律事务文书、刑事辩护、民事诉讼代理和非诉讼代理、担任公民和法人的法律顾问。由于具体的律师实务涉及的范围广泛,门类复杂,层次较多,几乎涉及到社会生活的各个方面,因而与许多部门法律、社会科学学科和自然科学学科都有紧密联系。如在刑事辩护中除涉及刑法、刑事诉讼法及其法理外,还涉及到刑事证据学、法医学、临床医学、病理学、药理学、甚至于化学、物理学等。在民事代理中,除涉及有关实体法学和程序法学外,也会涉及到一些社会科学和自然科学的有关学科。但是,我们并不是说律师学可以包罗万象,而是把律师实务中涉及相关学科的相关部份与律师实务结合起来,形成律师学这一新兴学科的内容,从而科学、有效地指导律师实务。

根据上述内容和原则建立的律师学,具有如下特征:

第一,它是一门新兴法学学科。之所以说律师学属于法学学科,是因为它的主要内容属于法学的范畴。如律师法律制度部份,是以律师法为主要研究对象;律师实务部份,是以相关实体法和程序法为其主要研究对象。从总体而言,属于法学的范畴。之所以说律师学是“新兴”学科,是因为它出现的时间较晚,1988年才开始出现,而且其体系、内容、特别是律师实务部份尚是粗线条,亟待进一步充实、完善。

第二,它是一门应用法学学科。律师学的主要内容和基本原理,都是来源于实践,服务于实践,直接指导实践,且直接应用于司法行政管理工作 and 律师实务工作。如律师学关于律师条件、律师资格授予、执业程序、执业范围、权利义务、惩戒、管理等的有关原理原则;律师在刑事辩护、民事诉讼代理和非诉讼代理中的一些原理原则,都直接影响和指导着司法行政部门和律师实务中的具体工作和实际操作。所以,律师学是一门着重于实际操作的具体应用型法学学科,而非着重于抽象概念和推理的理论型法学。当然,应用型法学和理论型法学不是绝对的,而是相对的,应用型学科也有理论。但应用型学科的理论,与实践和具体的实际工作联系更为紧密,更为直接。这也是应用法学和理论法学的最根本最本质的区别。

第三,它是一门职业性法学学科。就目前的法学学科分类而言,除原有的刑法学、民法学等部门法学之外,近几年又兴起了一批以国家政法工作部门分工的执法活动所需法律及实际工作为研究对象的专门性学科,如审判学、检察学、侦察学、劳改学、监狱学等等。这类学科与国家政法工作某些部门的实际执法工作紧密联系,具有较强的专业性,可称为专业性法学学科,但非职业性法学学科。所谓职业性法学学科,应是指以社会职业活动相关的法律为研究对象的法学学科,律师学即为典型的一例。职业性学科与专业性学科的根本区别在于:前者是以社会职业活动为中心内容,具有职业性;后者是以国家政法工作部门分工的执法活动为中心内容,不具有职业性。二者不能混淆。

第四,它是一门综合性法学学科。由于律师活动的广泛性、复杂性,涉及到社会生活的各个方面,也就决定了律师学

这一学科的广泛性和复杂性。它不仅包含律师法学本身,在其律师实务中还包含民法、刑法、经济法、行政法以及有关诉讼法学的相关内容,甚至还需要法理学、法史学以及有关社会科学和自然科学的有关内容来充实。因此,具有较强的综合性。

三、建立律师学的意义

我国的律师职业及其有关制度,虽有数十年历史,但由于历史原因,几经曲折,既有先天之不足,又有后天之失调,目前仍然较弱。要把我国建设成一个具有高度社会主义民主和社会主义法制的国家,其律师队伍的发展状况及其地位、作用如何,就是一个明显的标帜。目前,就我国律师法的制定,建立什么样的律师制度、律师队伍和律师管理体制,以及律师实务的范围、律师和公检法三机关的关系,律师在诉讼活动中的地位、作用、权利义务、及其监督制约机制、法律服务市场的管理……等等,都需要认真的研究,并提出有价值的意见和建议。这就需要建立律师学这门学科,加强其理论研究。对此问题,现已提到议事日程,这是历史的需要,现实的需要,社会主义民主和法制的需要,也是广大公民实现公民基本权利的需要。当前,建立和加强律师学研究,有如下意义:

1. 有利于加强律师法的立法工作。律师法是规范律师职业活动和律师行为的行为准则,对于我国律师业的发展、规模、方向、素质、执业范围,对律师的执业要求、个人条件、职务行为、及其地位、作用等,起着宏观调控和微观规范的作用。我国虽于1980年发布了律师暂行条例,但还非正式的律师法,而且尚属粗线条,许多问题尚需充实、完善。律师学的建立,就可从专门学科的角度进行课题研究,为律师法的立法工作提

供较有价值的参考意见,有利于立法工作。

2. 有利于我国法制建设的健全、完善。我国是社会主义法制国家,其法制建设应全面地复盖各个方面和各个领域,且应健全、完善,不应存在空白和层断面。律师业,作为社会职业分工的一个方面,当然应该以法治业,建立健全完善的律师法律制度,使律师的活动皆有法可依,律师权利能得到法律的有效保护,律师在法制建设、立法建议、司法、执法监督、维护法律正确实施等方面的积极作用能够得到充分发挥。

3. 有利于律师职业活动及律师行为的规范化、制度化、科学化。我国的律师职业活动及律师行为虽有律师暂行条例及有关行政文件规范,但因不是国家立法机关通过立法程序制定的法律,容易被司法和执法机关的少数人忽视、拒绝。再如律师在参与诉讼活动中的阅卷、调查取证、证据确认、辩护和代理意见的采纳,以及对司法、执法机关的监督机制等,都缺乏科学、完善的制度保证。以致造成一些律师法律制度形同虚设。在律师职业活动方面,也出现一些不依法办案,而是拉关系、走邪门,用当事人的钱搞陪吃、陪喝、陪玩、陪钓鱼、陪旅游、陪进卡拉 OK、歌舞厅,打“工作麻将”、办“工作舞会”,甚至“提供小姐”。一些律师机构也以“经济效益”代替社会效益,以金钱取代正义,以和司法、执法官员串通枉法取代仗义执言。在律师队伍中出现了“勾兑律师”、“搅拌律师”。对于依法办案不搞歪门邪道的律师,被称为“书生气”、“学究派”,“只能打输官司”。上述问题的出现,其主要原因之一就是还缺乏健全完善的司法、执法制度和律师制度,缺乏科学的监督、制约机制。律师学的建立,对于加强和深入进行理论、实践研究,建立和加强有关法律制度和监督、制约机制有积极意义。

4. 有利于律师队伍素质的提高。我国的律师队伍,从总体而言素质是好的,一般有大专以上文化水平,经过全国律师统考合格,具有一定实践经验。但其中未经本科专业训练的人员比例不小,法学理论知识的深度和广度不够,故在司法实践中的应用和融汇贯通能力较差。由于受商品经济大潮和不良社会风气的影响,政治思想和道德素质亦有不少不足之处。如在招揽律师业务中,以“提成”、“介绍费”等方式和公检法人员串通介绍案源;以“回扣”、“提成”等手段给企事业人员拉关系聘请法律顾问;在办案中为胜诉而不择手段;为“经济效益”而“揪法条”等等,大大损害了律师形象、声誉。为解决这些问题而提出对策,亦是律师学的重要任务。

5. 有利于法律服务市场的整顿和管理。从律师以其掌握的法律知识为当事人提供有偿法律服务这一角度而言,对于供需双方形成的领域,可称其为法律服务市场。这一市场的需求方为各种各样的当事人,包括公民和法人。而供方就比较复杂,除经司法行政管理机关批准,发给执照的专职、兼职和特邀律师外,还有乡镇法律服务所的法律服务人员,公检法离退休人员,以及“野律师”、“黑律师”。在律师五项业务中,乡镇法律服务人员除刑事辩护外,其他四项业务皆能作;公检法离退休人员和“野律师”、“黑律师”只要和司法机关人员有“关系”,五项业务全能作,且不受司法行政管理机关的管理和约束。非执业律师通过“勾兑”、“搅拌”,办“人情案”、“关系案”、“金钱案”、“权力案”,其“胜诉率”往往超过执业律师,其“承包金”、“风险金”、“案件活动费”的收入相当可观。在法律服务市场不正当竞争机制和追求“经济效益”思潮的冲击下,执业律师也纷纷效法。后又发展到和公检法人员相串通,和企事业单位人

员拉关系,以“回扣”、“提成”等手段争夺业务,造成了法律服务市场的混乱。尽管这种混乱状态不是主流,但已发展到足以值得重视的程度。如何解决这些问题,建立什么样的法律服务市场和科学管理机制,已成为律师学不可推卸的责任和重要课题。

6. 有利于律师体制和律师管理体制的改革。我国自 1980 年恢复律师制度至 1988 年,是清一色的国办律师机构(法律顾问处和律师事务所),律师是国家干部,拿国家工资。1988 年出现了个体律师事务所和合作制律师事务所,律师不拿国家工资。以后合作制律师事务所在一些城市试点,但个体律师事务所未能发展。1993 年后,个体和合伙制律师事务所有所发展,取消了国办所律师的工资和公费医疗等福利津贴,实行“效益工资”,把律师完全推向市场,完全自收自支。这一改革措施虽调动了律师的积极性,但也出现了一方面用不正当方式和手段招揽业务,进行诉讼、获取经济效益,另一方面出现了蛀蚀正义、公道和损害法制尊严的情况,实际上充当了加速司法、执法人员腐化、腐败的催化剂。怎样进行律师制度的改革,用什么样的科学体制和制约机制来有效地进行律师制度改革,也成为律师学的重要任务之一。

7. 有利于司法民主建设。我国的司法制度和政治制度一样,已由封建专制、独裁走向社会主义的民主制度。司法制度中的陪审员制度、合议庭制度、公开审判制度、审判委员会民主讨论制度,以及律师代理、辩护制度等,都是司法民主的具体表现,司法专制制度已被扫进历史的垃圾堆。但是,司法专制和专横的残余思想,还在某些司法官员的头脑中残存,近几年来还有抬头的趋势。如在司法实践中陪审员、合议庭、审判委