

新编律师学

廖燕谋 李小菊 编著

新编律师学

廖燕谋 李小菊 编著

湖北教育出版社

(鄂)新登字 02 号

新 编 律 师 学

廖燕谋 李小菊 编著

*

湖北教育出版社出版、发行

(430022·武汉市解放大道新育村 63 号)

湖北教育出版社印刷厂印刷

*

787×1092 毫米 32 开本 8.25 印张 2 插页 170 000 字

1993 年 2 月第 1 版 1993 年 2 月第 1 次印刷

印数: 1—3 200

ISBN 7—5351—0900—4/D·14

定 价: 3.20 元

序

党的十一届三中全会，把我国的法制建设推向了新的历史阶段，我国律师制度的建设也进入了一个新的时期。1980年8月26日第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《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的立法，是我国律师制度建设进入新阶段的标志。我国律师制度和律师事业，虽然经历了一段曲折的历程，但是，它终究随着社会主义法制的健全和发展而逐步成长起来了。

《新编律师学》的两位作者，一个是长期从事律师工作，近五年来又担任高等学校《律师学》教学工作的老律师、老教师；一个是“科班”出身的司法战线上的实际工作干部。本书的特色是坚持了我国律师制度和律师工作的社会主义方向，注重理论与实践的结合。既有理论研讨，又有律师实务；既有律师历史经验的概括和总结，又有改革和拓宽律师业务领域的探索。作者的这些努力及其所取得的成果，给人以有益的教育和深刻的启迪。

本书可供政法院校、政法学校教学参考，可供各律师事务所的律师和律师工作者、供在职干部和有志于从事律师工作的同志和广大群众自学参考。本书在宣传社会主义法制，宣传律师制度和指导律师实务方面，将起到积极的作用，有着

现实的意义！

唐永禅

1991 年 9 月

目 录

序.....	1
第一章 律师制度概述.....	1
第一节 律师制度的概念和含义.....	1
第二节 律师制度的由来和发展.....	3
第三节 我国社会主义律师制度建立的法律依据	10
第二章 我国律师制度的性质和任务	15
第一节 我国律师制度的性质	15
第二节 我国律师的基本任务和业务范围	18
第三节 律师制度的意义和作用	21
第三章 律师的资格条件和职业道德	24
第一节 律师的资格条件	24
第二节 律师资格与律师职务的关系	28
第三节 律师的职业道德	30
第四章 律师的工作机构和管理体制	34
第一节 律师的工作机构	34
第二节 律师工作机构的体制改革问题	37
第三节 我国律师工作的管理体制	41
第四节 关于律师协会	43
第五章 律师执行职务的权利、义务与活动原则	47
第一节 律师执行职务的法定权利	47

第二节	律师执行职务应履行的义务	51
第三节	律师业务活动的基本原则	55
第六章	关于律师制度立法建议的探讨	62
第一节	关于辩护律师接受委托参加诉 讼活动的时间问题	62
第二节	应保证律师有适度的准备出庭的时间	65
第三节	律师应与司法机关“互相配合、互相制约”	67
第四节	关于律师接受委托代理申诉的问题	69
第七章	律师在刑事辩护中的地位和作用	72
第一节	辩护、辩护权、辩护制度与行 使辩护权的方式	72
第二节	辩护律师在刑事诉讼中的地位	77
第三节	律师担任刑事案件辩护人的作用和优越性	81
第八章	律师出庭辩护前的准备活动	86
第一节	刑事辩护案件的受理	86
第二节	律师查阅刑事案卷材料	90
第三节	律师会见被告人	98
第四节	律师的调查访问	102
第五节	拟写辩护词	104
第九章	律师在刑事案件庭审中和庭审后的活动	115
第一节	律师在法庭调查中的活动	115
第二节	律师在法庭辩论中的活动	120
第三节	法庭宣判后的律师工作	125
第十章	刑事诉讼中的律师代理工作	127
第一节	律师在刑事自诉案件中的代理	127

第二节	担任公诉案件被害人的代理人·····	132
第十一章	律师民事诉讼代理·····	136
第一节	民事法律代理和民事诉讼代理·····	136
第二节	民事诉讼代理权的产生及其形式·····	139
第三节	民事诉讼代理权的撤销和终止·····	141
第十二章	律师代理民事诉讼的范围、权限和意义·····	144
第一节	律师代理民事诉讼的范围·····	144
第二节	律师代理权限的确定和行使·····	145
第三节	律师民事诉讼代理的作用和意义·····	148
第四节	律师在经济案件诉讼中的代理·····	150
第十三章	律师民事诉讼代理出庭前的工作·····	153
第一节	律师接受民事诉讼代理应注意事项·····	153
第二节	律师在接受委托后出庭前的代理活动·····	156
第十四章	律师民事诉讼代理在开庭中和闭庭后的工作 ·····	164
第一节	律师在庭审中的代理活动·····	164
第二节	调解或判决后的律师工作·····	168
第十五章	律师在行政案件诉讼中的代理·····	171
第一节	行政诉讼的概念和特点·····	171
第二节	律师接受委托担任行政诉讼代理人·····	172
第三节	掌握好行政复议与起诉的关系·····	175
第四节	掌握好起诉的时间要件·····	177
第五节	代理参加诉讼活动·····	179
第十六章	律师担任法律顾问·····	183
第一节	法律顾问的概念和形式·····	183
第二节	法律顾问的工作范围·····	184

第三节	律师担任法律顾问的意义和作用·····	186
第四节	法律顾问的工作步骤和工作方法·····	189
第五节	政府法律顾问工作的有关问题·····	193
第六节	法律顾问的地位、组织领导与工作原则·····	195
第十七章	律师非诉讼事件代理·····	200
第一节	律师参与非诉讼事件的调解·····	200
第二节	律师参与国内非诉讼事件的仲裁·····	203
第三节	律师参与涉外非诉讼事件的仲裁·····	208
第十八章	律师解答法律询问和代书工作·····	214
第一节	律师解答法律询问·····	214
第二节	律师的代书工作·····	220
附录一·····		226
附录二·····		231
后 记·····		251

第一章 律师制度概述

第一节 律师制度的概念和含义

律师制度是标志着民主和进步的政治法律制度。是由国家法律确认的、由取得律师资格的律师，接受当事人的委托或法院的指定，参加诉讼活动或处理其他法律事务，给机关、团体、企业事业单位和公民提供法律上的帮助，以维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，为加强法制与发扬民主而实行的一项法律制度，是国家司法制度的一个重要组成部分。

律师制度到底是属于法律制度还是属于司法制度？有一种意见认为：“律师制度是国家的一项司法制度”。为了明确这个问题，我们需要先了解法律制度和司法制度的概念，以及它们所包含的内容。

法律制度是指调整某一类社会关系的法律规范的统称。司法制度是指司法主管机关（侦查、检察、审判等机关）对法律的运用并以此为目的而进行的活动。

司法制度包括侦查制度、检察（起诉）制度、审判制度、劳改制度等。审判制度又包括审级制度、证据制度、辩护制度、代理制度、执行制度。其中辩护制度和代理制度在律师作为诉讼参与人时有重要关系。而律师制度则包括法律顾问

制度、法律咨询制度、辩护制度、代理制度。其中法律顾问制度和法律咨询制度，应属于法律制度而不属于司法制度。

以上说明，司法制度没有包含律师制度的全部内容，把律师制度只视为司法制度的一项内容是不科学的，从逻辑上说，两者的关系不是种属关系而是交叉关系。因此，律师制度应是国家的一项法律制度，同时它又是国家司法制度的重要组成部分。

正确理解律师制度的概念和含义，必须掌握以下几个方面的问题。

（一）律师制度的确立，必须以取得国家法制的承认为前提。律师制度的产生，并不是随着国家和法的产生、随着一个国家的上层建筑的出现而同时出现的。换言之，律师制度是在国家和法产生后，社会经济、政治发展到一定阶段时才出现的历史现象。它依据统治阶级的法制建设的需要而确立，并随着阶级社会的前进而逐步地得到发展和完善。所以，正如任何一项法律制度都必须得到国家法律的确认一样，律师制度也必须得到国家法律的认可，没有国家法律制度的确认，也就没有律师制度。

（二）律师制度是按照统治阶级的意志建立起来，并为统治阶级的经济利益、政治利益服务的法律制度。律师制度是上层建筑，它必然反作用于经济基础。我国的律师制度则是反映工人阶级和广大人民的意志的社会主义法制的有机组成部分，是为巩固和发展社会主义的经济制度和政治制度服务的，是为巩固人民民主专政，为坚持和发展以公有制为基础的社会主义商品经济和为人民的利益服务的。

（三）律师制度离不开律师的活动。律师人员必须具备一

定的资格和条件。经国家主管部门的考核批准，取得律师资格，才允许从事律师职业，执行律师职务。他们所从事的律师活动受国家法律的保护，国家法律赋予律师特定的权利，要求律师承担相应的义务。而其他担任代理或辩护的人，则只能称为代理人和辩护人。

（四）律师的业务活动包括：参加诉讼的代理和辩护；担任法律顾问；解答法律咨询；代写法律事务文书；代理参加调解、仲裁等非诉讼活动。在当前和今后，律师工作的一个重要方面，是要通过担任法律顾问，为经济、政治体制改革服务，以促进社会主义市场经济的发展，促进国家民主化的进程。

（五）律师制度既体现了国家法制的民主性，也体现了维护人民利益的服务性。律师通过各项业务活动，为机关、团体、企业事业单位和公民提供法律上的帮助，并作为代理人或辩护人参与各种案件的诉讼活动，维护当事人的合法权益，保障法律的正确实施，对加强法制和发扬民主起着非常重要的作用。律师活动的目的是维护社会主义法制，帮助人民实现民主权利，维护国家、集体和公民的合法权益。律师活动的方式是以法律服务为其职业，是为当事人提供法律服务的。

第二节 律师制度的由来和发展

律师制度作为一定的社会历史现象，并不是随着最先出现的奴隶制国家和法律的产生而同时产生的，而是在国家和法律产生以后，为适应一定的国家和法制的需要，而逐渐形成和发展起来的。

随着奴隶制私有制的发展，形成了罗马帝国法学的鼎盛时期（罗马帝国时代是指公元前 30 年至公元 476 年罗马奴隶制国家）。这个时期开始出现了一批维护奴隶制度的“法律家”，同时也出现了允许公民担当民事诉讼债务被告人的“保证人”、“保护人”的法律，以及允许刑事案件双方当事人可以聘请辩护人的法律，民间出现了专门从事解答法律询问、出庭辩护和代理诉讼的人。他们担任辩护人或指导民事案件双方当事人进行诉讼，为当事人提供法律帮助意见。就是在这样的基础上，逐渐形成了律师制度的雏形，它是历史上律师制度的最初形态。应当指出的是，古罗马后期形成的这种律师制度的最初形态，只是奴隶制社会中特殊的个别的历史现象。

罗马奴隶制国家首先出现律师制度的雏形并非偶然，因为当时的罗马奴隶制国家存在着促使律师制度最初形态产生的因素和条件。

首先，原始的商品经济已有相当程度的发展，经济贸易活动频繁，财产关系复杂。奴隶主阶级是市场贸易的积极参与者，为了进行经济交往，及时解决纠纷，他们要借助通晓法律的人士的帮助。此外，商品经济的发展，导致贫富分化，社会矛盾增加，为调和社会矛盾，保护原始商品经济的发展，在强化国家机器的同时，还需采用其他方法来缓和解决矛盾，律师正好起了这个作用。

其次，罗马奴隶制国家的诉讼形式是辩论式。当事人双方在法庭上可以充分陈述自己的意见，反驳对方的诉讼请求，法官根据辩论的结果作出裁判。这种诉讼形式，使律师的产生和存在成了可能。

产生于奴隶社会的律师制度的雏形，到封建社会理应得到进一步的完善和发展，但由于封建社会专制制度的形成和发展，君权、神权合一而且神圣不可侵犯，特别是在中世纪（公元5——17世纪）初，西欧各封建制国家，不仅奴隶制时期传下来的“神明裁判”（借“神”的力量来证明诉讼当事人有罪无罪）之类的唯心主义审判形式盛行，而且封建统治者自己又创造和发展了由法官单方审讯当事人的所谓“纠问式”、“审问式”，并伴之以野蛮逼供、屈打成招等刑讯逼供的审判方法，强迫被告供认有罪，不准抗辩，律师制度因而在封建社会的很长一段时期无法得到发展。

在中世纪有一段时期，宗教权势很大，审判机关分宗教法院和世俗法院，在宗教法院和一些世俗法院实行的辩护制度，辩护人都得由僧侣阶层的人担任。12世纪以后，法国禁止僧侣在世俗法院中担任辩护人，而由一些受过封建法律专业训练、经过律师宣誓、登记入册的职业律师取代了他们，以合法的身份从事律师活动。这些职业律师，站在国王的一边，维护国家集权和统一，受到王权保护，使律师阶层进一步发展。至17世纪，法国成立了律师公会。英国律师制度的发展历程与法国有类似之处。中世纪初期承担诉讼代理人的是职业律师。在所采用的教会法逐渐渗入世俗法院后，诉讼代理权转到了僧侣手中，当时规定，不是僧侣的人不得被委托为诉讼代理人。到了13世纪，僧侣也被禁止参加世俗法院的诉讼活动。到16世纪，英国律师开始划分为“出庭律师”和“事务律师”，形成了英国律师的等级制度。但是，在欧洲封建制国家里，律师活动仍然受到极大限制，只能在剥削阶级内部的某些案件中参加辩护，广大农民实际上是不可能得到

律师的帮助的。

封建社会末期，已经孕育着资本主义经济的萌芽，同时，随着生产力的发展，商品、货币关系日益发展起来。这时，一些资产阶级的启蒙学者、思想家，如英国的李尔本（1614—1657）、洛克（1632—1704）和法国的孟德斯鸠（1689—1755）、伏尔泰（1694—1778）、卢梭（1712—1778）、狄德罗（1713—1784）等人，针对封建专制的等级制度、宗教特权、司法专横等，提出“人权”、“民主”、“自由”、“平等”等反对封建专制的资产阶级革命口号和政治主张。在刑事诉讼方面，他们针对封建专制审判制度中的“纠问式”、“审问式”等审判方法，提出了辩论式的主张，提出要给当事人辩护权，当事人有权为自己辩护，有权请律师或其他人为自己辩护。英国的小资产阶级政党平均主义派，也在“人民约法”中提出被告人有权辩护或请别人为他辩护的主张。由于资本主义的发展和人民群众参与斗争，封建统治者被迫不得不作出某些让步，承认了刑事诉讼中的辩论原则。通过声势浩大的反封建专制的斗争，英国斯图亚特王朝的查理二世终于在1679年5月26日被迫签署了《人身保护法》。其中明确规定了资产阶级所要求的诉讼制度中的辩论原则，承认了被告人有权获得辩护。

近代、现代资本主义国家的律师制度，是资产阶级民主革命的产物，是伴随着各国资产阶级民主革命的胜利而广泛发展起来的。资产阶级夺取政权以后，各主要资本主义国家都相继确定了自己的律师制度，将律师制度作为标榜资本主义政治民主制度的组成部分，用宪法和法律肯定下来。1791年美国宪法修正案第6条规定，刑事案件被告人有权要求司

法机关以强制手段取得本人有利的证据，并受法庭律师辩护之协助。也是在 1791 年，法国宪法规定：从预审开始就“不得禁止被告人接受辩护人之援助”。1793 年法国《雅格宾宪法》进一步规定，国家要有“公设辩护人”。到 1808 年，法国《拿破仑刑事诉讼法典》将诉讼辩论和辩护原则以及律师制度加以系统化了。此后，律师制度在资本主义国家得到了普遍的发展。

为了维护资产阶级的统治，资产阶级培养了一大批律师，建立了比较完备的律师制度。资产阶级统治者通过律师的各种活动，一方面从法律上保护其人身权利与财产权利不受侵害，另一方面为本阶级培养出数量众多的精通法律业务、宣传资产阶级法律，直接参与国家管理的人材，成为资产阶级国家政权的支柱。在发达的资本主义国家，律师享有很高的社会地位。在日本，律师的资格和检察官、裁判官（法官）相同。在英国，法官都必须先当律师；在高级司法部门中，大多数职务是由王室律师担任的。在美国，取得律师资格通常是许多公职候选人必须走的路，是向上晋升的阶梯。到现任美国总统布什为止的 41 名美国总统中，其中有 23 名出身于律师；在美国国会中，众议员与参议员 60% 以上出身于律师；州议会的议员绝大多数是律师；在美国政府行政部门有 11000 多名律师；在美国军队里有 5000 多名律师正在担任法律顾问；50 个州和联邦的法官都是律师出身。可见美国律师在政界、在社会上的地位非同一般。美国有 2 亿多人口，律师事务所有 3000 多个，从业律师达 60 多万人；按全国人口计算，平均每 364 人中就有一名律师；纽约等大城市，平均 200 人左右就有一名律师。

“律师”的名称虽然来自资本主义国家，但是不能因此得出结论：律师制度就是资产阶级的东西。如果这样来认识问题那是非常错误的。因为律师制度不是资产阶级所特有的，它和任何法律制度一样有其阶级的属性。社会主义的律师制度，是为人民大众服务的，是为巩固和发展社会主义的经济制度和政治制度服务的。

社会主义的律师制度首先在巴黎公社和原苏联建立。巴黎公社 1871 年 4 月 17 日通过的《公社军事法庭确定审判程序和惩罚措施的决议》及同年同月关于建立“起诉法庭”的决议，都规定了被告人有辩护权。十月革命后，苏维埃社会主义国家于 1917 年 11 月颁布的《关于法院的第一号法令》，宣布废除旧的律师机构。1918 年 3 月，又颁布了《关于法院的第二号法令》，规定成立公职式的律师机构来承担辩护职责。1922 年 5 月，全俄中央执行委员会批准了《苏联律师机构条例》。这是原苏联诉讼史上，也是世界诉讼史上第一个社会主义的律师条例。此后在 1928 年、1936 年和 1939 年，对《条例》进行了多次修改。1979 年 11 月，在《条例》的基础上修改制定了《苏维埃社会主义共和国联盟律师法》。

在新中国成立后，我国也建立、健全了新型的社会主义的律师制度。它遵循“忠实于事实真相，忠实于法律和制度，忠实于人民的利益”的原则，在社会主义民主与法制建设中起着重要的作用，有着重要的地位。

中国是受封建传统影响较深的国家，中国的封建社会延续了几千年。从公元前 221 年秦始皇建立统一的中央集权制的封建国家起，到公元 1911 年辛亥革命推翻清王朝统治的两千多年的时间内，一直实行着专横武断、刑讯逼供、屈打成