



附：律师执业概论自学考试大纲

律师执业概论

组编 / 全国高等教育自学考试指导委员会办公室
主编 / 肖胜喜



全国高等教育自学考试指定教材

律师执业概论

(附: 律师执业概论考试大纲)

主 编 肖胜喜

撰稿人 王进喜 肖胜喜

胡红星 翟雪梅

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

律师执业概论/全国高等教育自学考试指导委员会组编;肖胜喜主编. —北京:法律出版社, 1998.8

ISBN 7-5036-2525-2

I. 律… II. ①全… ②肖… III. 律师制度-中国-高等教育-自学考试-教材 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 17790 号

出版/法律出版社

印刷/北京金华彩印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/13.125 字数/327 千字

版本/1998 年 9 月第 1 版 2001 年 10 月 3 次印刷

印数/15101-20100

社址/北京市西三环北路甲 105 科原大厦 A 座 4 层(100037)

电话/68710327

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2525-2/D·2139

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,请与教材供应部门联系。)

出版前言

编写高等教育自学考试教材是高等教育自学考试工作的一项基本建设。经国家教育委员会同意,我们拟有计划、有步骤地组织编写一批高等教育自学考试教材,以满足社会自学和适应考试的需要。《律师执业概论》是为高等教育自学考试律师专业组编的一套教材中的一种。这本教材根据专业考试计划,从造就和选拔人才的需要出发,按照国家教育委员会颁布的《律师执业概论自学考试大纲》的要点,结合自学考试的特点,组织高等院校一些专家学者集体编写而成。

律师专业《律师执业概论》自学考试教材,是供个人自学、社会助学和国家考试使用的。现组织专家审定同意予以出版发行。我们相信,随着高等自学考试教材的陆续出版,必将对我国高等教育事业的发展,保证自学考试的质量起到积极的促进作用。

编写高等教育自学考试教材是一种新的尝试,希望得到社会各方面的关怀和支持,使它在使用中不断提高和日臻完善。

全国高等教育自学考试指导委员会

1998年7月

目 录

第一编 律 师 制 度

第一章 律师制度的产生和发展	1
第一节 西方国家律师制度的产生和发展	1
第二节 旧中国律师制度的产生和发展	7
第三节 新中国律师制度的产生和发展	11
第二章 律师的性质和任务	16
第一节 律师的性质	16
第二节 律师的任务	24
第三章 律师资格与律师执业	26
第一节 律师资格	26
第二节 律师执业	35
第三节 律师职务	40
第四章 律师的权利与义务	45
第一节 律师的权利	45
第二节 律师的义务	59
第五章 律师的执业原则	66
第一节 遵守宪法和法律	66
第二节 恪守律师职业道德和执业纪律	67
第三节 以事实为根据,以法律为准绳	68
第四节 接受国家、社会和当事人的监督	69
第五节 律师依法独立执业	71

第六章 律师事务所	73
第一节 律师事务所概述	73
第二节 律师事务所的成立和终止	79
第三节 律师事务所的管理	83
第七章 律师管理	85
第一节 律师管理体制	85
第二节 律师协会	90
第八章 律师的业务及收费	100
第一节 律师业务概述	100
第二节 律师的收费制度	104
第九章 法律援助	114
第一节 西方法律援助制度概述	114
第二节 我国的法律援助制度	118

第二编 律师职业道德和执业纪律

第一章 律师职业道德和执业纪律概述	130
第一节 律师职业道德的概念和功能	131
第二节 我国律师职业道德建设的历史发展	136
第三节 律师职业道德的实践	140
第二章 律师职业道德规范的内容	142
第一节 律师职业道德规范的具体内容	142
第二节 律师职业道德规范的完善	148
第三章 律师的执业纪律规范	150
第一节 律师执业纪律规范的具体内容	150
第二节 律师执业纪律规范的完善	166
第四章 律师和律师事务所的法律责任	172
第一节 概述	172

第二节 刑事责任·····	173
第三节 民事责任·····	178
第四节 行政责任·····	181
第五节 非律师人员违法从事法律服务应承担 的法律责任·····	187
第五章 律师的素质 ·····	191
第一节 律师的政治素质·····	191
第二节 律师的业务素质·····	194

第三编 律师实务与技巧

第一章 律师业务概述 ·····	198
第二章 刑事诉讼业务 ·····	200
第一节 刑事辩护·····	200
第二节 刑事代理·····	208
第三章 民事诉讼业务 ·····	216
第一节 律师民事诉讼代理概述·····	216
第二节 律师民事诉讼代理工作·····	220
第四章 行政诉讼业务 ·····	231
第一节 律师行政诉讼代理概述·····	231
第二节 律师行政诉讼代理工作·····	232
第五章 非诉讼业务 ·····	236
第一节 律师非诉讼业务概述·····	236
第二节 律师担任法律顾问·····	239
第三节 律师代理仲裁·····	242
第四节 律师办理其他非诉讼业务·····	246
第六章 律师执业技能 ·····	273
第一节 会见·····	274

第二节	律师咨询技能.....	281
第三节	律师书状技能.....	289
第四节	律师谈判技能.....	299
第五节	律师调解技能.....	308
第六节	律师调查技能.....	312
第七节	律师诉讼技能.....	323

附 录

律师执业概论自学考试大纲.....	339
后记.....	411

第一编 律 师 制 度

第一章 律师制度的产生和发展

律师制度是国家关于律师性质、任务、资格、权利和义务、律师活动原则、组织机构、管理体制、法律责任、业务范围等法律规范的总称。作为一种法律现象,它对于保护公民的合法权益、完善法制,具有重要意义。律师制度是一个国家法律制度的重要组成部分,起源很早,但律师制度并非是随着国家与法的出现产生的,而是法律发展到一定阶段的产物,是根据统治阶级的需要建立起来的。在考察律师制度的产生与发展的时候,应当首先了解律师的产生和律师制度的最初形态。

第一节 西方国家律师制度的 产生和发展

一、律师的萌芽

据史料记载,早在公元前5至4世纪,古希腊雅典已出现“雄辩家”。当时古希腊雅典的诉讼分为侦查和庭审两阶段。庭审时允许双方当事人发言并进行辩论,也允许当事人委托他人撰写发言稿,并由被委托人在法庭上宣读。法官听取了双方的辩论并检验了双方提交的证据后,作出裁决。鉴于法官的裁决在很大程度上

上取决于双方当事人的辩论结果,当事人为影响法官,不惜花钱雇佣精通法律且能言善辩的人替自己在法庭上辩论,以求获得法官有利于己方的裁判。这种受委托为当事人撰写发言稿,并在法庭上为其辩论的人被称为“雄辩家”,有点类似现代的诉讼代理人。但由于这些“雄辩家”的活动没有形成一种职业,“雄辩家”也没有形成一个阶层,国家也没有相应的法律制度对其进行调整,所以古希腊的“雄辩家”只能看作是律师的萌芽。

二、律师制度的起源

律师制度起源于古罗马。大约在公元前奴隶制的罗马共和国时期,就有了律师制度的雏型。古罗马的“保护人”制度被认为是世界各国律师制度的起源。

公元前五世纪的罗马共和国社会经济繁荣,手工业和商业已经比较发达,市场贸易和产品交换中的契约行为日益增多,诉讼纠纷也随之增长。奴隶主阶级作为贸易积极参与者,不可能通晓所有法律规范,为及时解决经济纠纷,需要借助熟知法律人士的帮助。为了调整各种复杂的社会关系,罗马共和国制定了一系列法律,并将法律分为“公法”和“私法”。一些诉讼当事人开始委托亲属或朋友代其参加诉讼,渐渐形成了“保护人”制度。所谓“保护人”制度,是指保护人(Patonus)代表被保护人进行诉讼行为,即由被保护人的亲属朋友陪同被保护人出席法庭,在法庭审理时提供具体意见和帮助。当然,能够作为保护人的只是少数地位显赫的公民,而且诉讼代理人的选任必须在法庭上为之。起初当事人进行诉讼时必须亲自到庭,后来发展到当事人确有正当理由不能出庭时可委托他人到庭参加诉讼,代理人出庭应诉都以自己的名义。另外,古罗马采用辩论式诉讼模式使职业律师的出现成为可能。罗马的刑事、民事案件都实行公开审理,采用法庭辩论原则。被控诉人享有与控诉人相同的权利,双方诉讼地位平等,均可以在法庭上

充分陈述自己的意见,提出证据,反驳对方的诉讼请求,而且可以委托他人代理诉讼。法官本身不调查取证,只是根据双方的辩论结果作出裁判。

公元前三世纪,僧侣贵族对法律事项的垄断被取消。此后,凡权利能力不受限制的罗马公民均享有出席法庭为当事人利益进行辩护的资格,诉讼代理行为扩大了适用范围。一些善于辞令的人就经常代人出庭辩护和代人办案,被称之为“辩护士”(Adocatus)。著名的古罗马法律文献《十二铜表法》中有多处关于辩护人出庭辩护活动的记载。罗马共和国后半期,罗马经济生活迅速发展,各种社会矛盾异常尖锐,原有的法律规范已不能适应新的形势。为了缓和社会矛盾,维护其统治秩序,罗马制定和颁布了大量法律、法令和规定。但由于社会经济生活日趋复杂,法律尚不够完备,统治阶级不得不借助法学家们的研究活动和著述来弥补法律规定的不足。这一时期,法学家的活动十分活跃,不仅从事法学研究、著书立说,而且解答法律上的疑难问题,为诉讼当事人提供咨询意见等。法学家的一系列活动,迎合了统治阶级的需要,有利于维护统治阶级的统治秩序。逐渐地,法学家作为法律顾问、律师和法学研究人员三位一体的崇高地位得以确立。后来,罗马皇帝又以诏令的形式承认了诉讼代理制度,律师可以为平民咨询法律事项,法律也允许他人委托和聘请律师从事诉讼代理活动,而且国家还通过考试来遴选具有完全行为能力、丰富法律知识的善辩之人担任诉讼代理人,规定他们代理诉讼可以获得报酬,人类历史上第一批职业律师正式诞生,标志着律师制度得以确立。

罗马律师制度的主要特点是:

1. 实行“二元制”的律师制度。

罗马的律师分为从业律师和候补律师,统治阶级出于多种考虑,将全罗马分为若干司法管辖区,每一司法管辖区都有一定数量的从业律师,不得超过此限,当从业律师的名额空缺时,候补律师

才能予以递补。这样一种“二元制”的律师替补制度就保证了从业律师具有较高的社会地位。

2. 取得律师资格的条件严格。

罗马时期,公民要成为律师必须具备相当的条件,主要包括:

(1)必须具有完全行为能力。根据罗马法规定,完全的行为能力以权利能力为前提,公民要享有权利能力必须具有“人格”,而人格又由自由权、市民权和家属权三种身份权构成。其中自由权是自由民不可缺少的权利;市民权是罗马公民拥有的如选举、担任官职、荣誉、婚姻、财产和遗嘱能力等方面的特权;家属权是指家长享有操纵家庭的全权。同时具有这三种身份权,才可在政治、经济和家庭等方面享有完全能力,三种身份权中有一个消失或发生变化,即所谓“人格减等”,就不能享有完全的权利能力。按照此规定,排除了未成年人、精神病人、奴隶以及异邦人。

(2)必须是男性公民。

(3)必须具备相当的法律知识。古罗马的法学教育比较发达,在历史上首创了五年制大学法律教育。与此同时,是否受过专门的高等法律教育,成为国家任免司法官吏、遴选律师的先决条件。因此,罗马时期的律师基本上是法学或长期从事法律教育和研究的人。

3. 律师业务范围较广

罗马时期的律师业务范围很广,包括:参与诉讼代理和辩护;代写合同、诉讼和其他法律文书;解答司法、行政官员和公民提出的各种法律问题;指导辩护人进行法庭辩论;研究法律、著书立说、从事法律教育工作。

4. 律师的社会地位较高

罗马律师一般都学识渊博、口才出众,在社会上很受尊重和推崇。他们成立了律师团体,形成了社会特殊阶层,接受执政官的领导和监督。而且,不少政界人士是律师出身。

三、西欧封建制时期的律师制度

公元五世纪,西罗马帝国灭亡,欧洲大陆进入封建社会。此时,多数国家适应封建政治需要,废除了古典的辩论式诉讼,代之以纠问诉讼。在民事诉讼中,当事人的诉讼权利受到很大限制,不能聘请诉讼代理人提供法律帮助或参加诉讼。在刑事诉讼中,刑讯逼供盛行,不准当事人抗辩。当事人成为被审讯、拷问对象,没有任何诉讼权利。法官主动询问当事人和证人,审判一般不公开进行,实行书面审理或间接审理。宗教势力的膨胀,使得诉讼制度具有浓厚的神秘主义色彩。在这种条件下,传统的律师业务无法开展,这一时期的律师制度不可避免地走向衰落。在法国,12世纪以前,只有僧侣阶层才有资格担任律师,他们主要在宗教法院执行职务。世俗法院虽然也允许请律师辩护和代理,但只有僧侣可担任辩护人和代理人。这些僧侣参加诉讼的目的,不是维护当事人的合法权益,而是向当事人灌输宗教思想,促使当事人认罪服判。封建时期的英国与法国在律师制度上有所不同。英国13世纪以前,任何公民只要申请到专门的“国王许可证”,并在法庭上证明其有代理权,都可以作为代理人参加诉讼。事实上僧侣是最通晓法律的人,诉讼代理人也基本上是僧侣担任。后来当教会法逐渐渗入世俗法院后,诉讼代理权就完全转到僧侣手中,当时规定不是僧侣不得被委托为诉讼代理人。

13世纪末,法国腓力四世因向教会领地征收土地税,和教皇卜尼法八世发生冲突,结果教会权力被大大削弱,僧侣在世俗法院执行律师职务被禁止,代之以受过封建法律教育、经封建统治者严格挑选、受国会严密监督的律师。13世纪以后,英国禁止僧侣在世俗法院从事律师业务。14世纪初,英国成立了格雷、林肯、内殿、中殿四大法学院和其他一些较小的法学院,专门负责培训律师。此后,律师行业开始兴旺起来。16世纪,英国律师开始划分

、为大律师和小律师,形成了延续至今的英国律师等级制度。

四、资本主义时期的律师制度

封建社会末期,资本主义经济萌芽也开始迅速发展,资产阶级同封建专制的等级制度、宗教特权和司法专横之间的矛盾异常尖锐。当时的资产阶级思想家的启蒙学者,如英国的李尔本、洛克,法国的伏尔泰、孟德斯鸠、狄德罗、卢梭等,无情地抨击封建社会的政治制度和法律制度,提出“天赋人权”、“主权在民”、“民主”、“自由”、“平等”、“博爱”等口号,主张建立资本主义政治制度和法律制度。洋溢着资本主义精神的法律理论也广泛传播,洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》成为人们争相传阅的作品。17世纪中期,英国发生资产阶级革命,随着欧美资产阶级相继掌握国家的统治权,资产阶级开始建立起律师制度。1679年,英国国王查理二世签署公布了《人身保护法》,明文规定诉讼中实行辩论原则,承认被告人有权获得辩护,这是资产阶级的第一个带有律师法色彩的法律文件。1695年,英王威廉四世颁布法令规定,不论任何案件的预审或审判,被告都享有辩护权。1791年颁布的《美利坚合众国宪法》修正案即《权利法案》第六条规定,刑事案件被告人享有受法庭律师辩护协助的权利。1789年,法国制宪法会议法令规定,从追究被告人犯罪时起,就允许辩护人参加诉讼。1793年,法国《雅各宾宪法》规定,国家要有“公设辩护人”。1808年,拿破仑《刑事诉讼法典》,系统地规定了律师制度。日本明治维新以后,1876年颁布实行的《代言人规则》,在其历史上第一次规定了律师制度的基本内容。德国在16世纪末17世纪初引进了罗马的律师制度,1878年颁布《国家律师法》,奠定了近现代德国律师制度的基础。

资本主义国家的律师制度一经确立,便以空前的速度向前发展。现在,它已成为资本主义法律制度的重要组成部分。律师在

社会中的地位越来越高,活动范围也越来越广泛,从主要在法院参加刑事、民事诉讼,发展到在社会生活各个领域,包括从对外战争到家庭纠纷,为政府、企业、社会团体和个人代理各种各样的法律服务。律师人数也急剧增长,队伍不断扩大。有关律师的法规也越来越多,日趋复杂完善,由原来单纯调整律师在诉讼、管理中的权利义务关系的法律,发展到大量出台有关职业道德和执业纪律、行为标准、法律援助、责任赔偿等方面的法律、法规。现在,资本主义国家的律师制度又出现了新的发展趋势,比如律师事务所开始向公司化、大型化发展;律师业务中非诉讼业务比重大幅度上升,专业化色彩日益突出;律师的跨国服务也逐渐增多,方兴未艾。英国、美国、法国、德国和日本等资本主义国家律师制度的主要特点将在以后相关的章节进行介绍。

第二节 旧中国律师制度的 产生和发展

中国封建社会在政治上实行高度集权统治,经济上以自给自足的自然经济为主,诉讼结构实行的是纠问式的诉讼形式,被告人是被刑讯拷打的对象。有时对原告、甚至证人进行刑讯,当事人根本无诉讼权利可言,更谈不上委托他人代为行使权利。由于缺乏律师制度产生的基础,因此中国古代虽然存在一些类似现代代理和辩护现象,但是始终没有产生现代意义的律师及律师制度。直到清末,才从西方引进了律师制度。

一、中国古代代理诉讼现象

据《周礼·秋官》记载:“凡命夫命妇,不躬坐狱讼。”《周礼疏》又解释说:“古者取囚要辞皆对坐,治狱吏褻,故不使命夫命妇亲坐。若取辞之时,不得不坐,当使其属或子弟代坐也。”也就是说,为了

使奴隶主不致在狱吏面前受辱，大夫以上的贵族涉及诉讼，必要时可以派下属或子弟代替出庭。史料还记载，春秋战国时期郑国大夫邓析能言善辩，素好刑名，《淮南子》称他是“巧辩”之人，刘歆的《邓析子·序》称他可以“操两可之说，设无穷之词”，并且：“持之有故，言之成理”（《荀子·非十二子》）。邓析在诉讼中，不以周礼为准，《吕氏春秋·离谓》中记载，邓析“与民有讼约者，大狱一衣，小狱襦。民之献衣襦而学讼者，不可胜数”。由于邓析的法律思想及助人诉讼、传播诉讼法律知识的行为危害到奴隶主贵族的统治，邓析的活动和思想受到禁锢，最后本人也被奴隶主阶级以“巧辩而乱法”为由杀害。应该说，邓析的活动有些类似于现在的律师代理、辩护行为。从元代开始，如诉讼当事人为老弱病残者，除某些重大案件和涉及告者本身利益的案件外，可令家人亲属代理诉讼。

另外，在中国古代诉讼中还有一种现象非常值得注意，那就是讼师。中国古代有关诉讼的法律制度较为完备。法律对案件起诉、受理等都有明文规定，如违反规定，则要受到处罚。例如对控告不实的，控告者要受处罚；越级诉讼的，越诉者要受处罚；告状不合要求的，告者要受处罚。在当时的社会条件下，普通人对法律规定和如何打官司基本不懂，一旦诉诸公堂，不得不求助于人。于是，就出现了一些读书识字的人开始代人书写诉状和从事其他文字抄写工作，以此维生的人被称为讼师，在明清两代，讼师普遍存在，而且有了专门传授如何代写词状的专著，如明代的《做状十段锦》。但由于这些人的活动没有法律依据，也没有法律来规范和约束，有些讼师常挑词架讼，骗取钱财，坑害百姓，被人称为“讼棍”，既为百姓痛恶，也为统治阶级不容。早在《唐律》中就规定：“诸为人作词牒，加增其状，不如所告者，笞五十；若加增罪重，减诬告一等。”《明律》还规定：“凡教唆词讼及为人作词状，增减情罪诬告人者与人同罪，若受人雇诬告人者与自诬告同，受财者计赃以枉法从重论。其见人愚而不能申冤教令得实，及为人书写词状而无

增减者，勿论。”由于讼师缺乏法律保障，一直没有合法地位，所以直至清朝灭亡，在我国漫长的封建社会，讼师始终没能发展成律师。

二、旧中国律师制度的发展

1840年鸦片战争后，中国沦为半封建半殖民地国家。外国侵略者凭借着不平等条约攫取了领事裁判权，设立了公审公廨，外国律师开始在中国出现。为维护风雨飘摇的王朝政权，清政府于1902年设立修定法律馆，决定变法改制。1906年《大清刑事民事诉讼法》修订完成，其中律师一条（第199条至207条）对取得律师资格的条件、律师注册登记的程序、律师的职责、违法违纪的处罚以及外国律师在通商口岸办案的获取程序等，都作了具体的规定。这个法典遭到各省督抚的一致反对，未能颁布实施。1911年，修定法律馆重新编成《刑事诉讼法典》和《民事诉讼草案》，再次规定了律师制度，但是未及审核颁布，清王朝就被推翻了。

辛亥革命胜利后，孙中山领导的南京临时政府，进行了大量的立法工作和司法改革，准备仿效资本主义国家采用律师制度，制定了中国历史上第一部律师法草案，后因袁世凯窃取了革命果实，解散了临时政府，而未能公布。这一时期，苏杭地区率先建立了辩护士会，接着上海地区也组织起中华民国律师总工会。苏沪地区的律师组织、律师纷纷到都督府领凭注册，出庭办案。

1912年4月，袁世凯就任中华民国临时大总统，临时政府从南京迁往北京，开始北洋政府统治时期。北洋政府于1912年9月开始相继制定了《律师暂行章程》、《律师登录暂行章程》、《律师惩戒暂行规则》、《律师甄别章程》等，并颁布施行。其中《律师暂行章程》标志着中国律师制度的开始。该章程共8章38条，规定有：律师资格、律师证书、律师名簿、律师职务、律师义务、律师公会、律师惩戒等。其中主要内容包括：律师必须是男性；律师年龄限制在