

河南省高等法学教育『十五』规划教材

律师法学

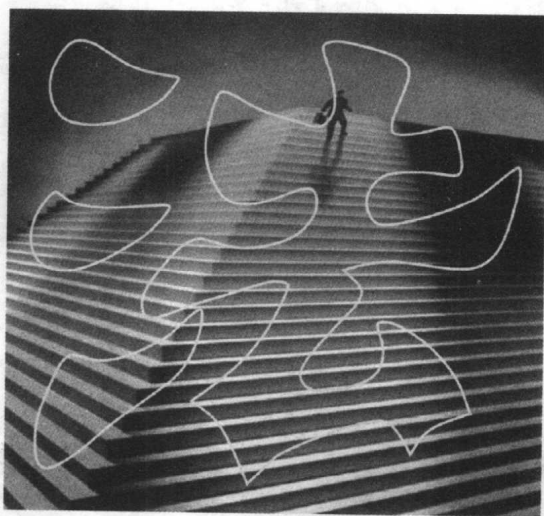
主编◎石茂生



郑州大学出版社

律师法学

主 编◎石茂生



郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师法学/石茂生主编. —郑州:郑州大学出版社,
2004.9

ISBN 7-81048-934-8

I. 律… II. 石… III. 律师法-法的理论-中国-高等学校
-教材 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 079725 号

郑州大学出版社出版发行

(郑州市大学路 40 号)

全国新华书店经销

郑州文华印务有限公司印制

开本:710 mm × 1 010 mm

印张:22.75

字数:459 千字

版次:2004 年 8 月第 1 版

邮政编码:450052)

发行部电话:0371-6966070

1/16

印次:2004 年 8 月第 1 次印刷

书号:ISBN 7-81048-934-8/D·60

定价:30.00 元

本书如有印装质量问题,由承印厂负责调换

Law 编委会名单

总 主 编:田土城 宁金成 王明锁

执 行 主 编:石茂生

编委会委员:(按姓氏笔画排列)

于鲁原	王 盼	王长水
王肖凤	王济东	王荣献
田留轩	刘德法	孙金伟
安立民	成先平	吴 洪
吴泽勇	宋四辈	宋雅芳
张 峰	张友亮	张秀全
张豫生	李卫平	李盈福
李振江	杨 丽	杨连专
杨培景	沈开举	沈贵明
肖国兴	林五星	林玉河
苗连营	姜建初	姜振颖
祝晓玲	禹桂枝	赵建文
赵朝琴	栗克元	秦恩才
郭志祥	郭学德	梁凤荣
黄进才	焦占营	程宝山
韩明德	翟桂范	

编委会办公室主任:程昱晖

总策划:杨秦予

Law 作者名单

主 编:石茂生

副主编:禹桂枝 王荣献 乔金茹

撰稿人:(按姓氏笔画顺序)

王荣献 石茂生 孙振波

乔金茹 孟俊红 吴礼宁

禹桂枝 徐山平

Law 内容提要

律师法学是以律师法及其相关问题为研究对象的一门学科,是高等院校法学专业学生学习的一门重要课程。本书除绪论外,包括上、中、下三编。上编律师制度,主要阐述律师和律师制度的基本原理,包括律师制度的历史沿革、律师的性质工作原则及业务、律师资格与律师执业、律师事务所、律师权利义务、律师管理、律师执业道德、法律责任和法律援助制度等。中编律师诉讼实务,主要阐述律师在诉讼中的各项业务,包括刑事帮助、刑事辩护、刑事诉讼代理、民事诉讼代理、行政诉讼代理、申诉代理等。下编律师非诉讼实务,主要阐述律师在非诉讼领域中的各项业务,包括非诉讼专项法律事务、法律顾问、公证业务、法律咨询、法律代书。本书体例新颖,内容丰富,资料翔实,吸收了法学界研究的最新成果,理论和立法、司法实际密切结合。本书可供高等院校法学类研究生、本科生、专科生学习使用,也可供执法、司法人员、律师及其他法律工作者研究和学习法律使用。

Law 总序

在新中国历史上,迄今大概有三次编写教材的高潮。20世纪50年代,各种教材的相继问世,标志着各学科在新中国的最初创建;80年代,各类教材的重新编写,主要因“文革”后各学科的拨乱反正;本世纪初,林林总总的新教材层出不穷,则反映了新世纪各学科不断发展完善的喜人局面。就法学教材而言,除了教育部组织编写的《全国高等学校法学专业核心课程教材》外,还有许多各具特色的行业教材和地方教材。应当说,在国家规定的《法学类核心课程教学基本要求》的规范下,各式各样法学教材的编写出版,对繁荣发展我国的法学理论和法学教育事业,具有十分重要的意义。

河南省地处中原,具有悠久的历史传统和深厚的文化积淀。法学教育虽起步较晚,但近年来已有较大发展。自1980年郑州大学建立法律系开始,河南的法学教育步入了快速发展的阶段。目前,全省已有法律本专科院系二十多个,在校学生达数万人之多。如何切实保障并尽快提高河南的法学教育水平,为我省的经济腾飞、法治建设和社会发展培养德才兼备的法律人才,是尽快实现中原崛起的重要条件,也是我们法律教育工作者义不容辞的历史重任。为此,在郑州大学法学院、河南大学法学院和河南省政法干部管理学院的倡导下,全省二十多个法律院系共同成立了河南省法学教育研究会,并于2003年7月在郑州召开了河南省法律院系领导联席会。会议集中研讨了河南法学教育发展的大计,并决定共同编写一套《河南省高等法学教育“十五”规划教材》。大家期望通过全面、系统的教材编写,进一步加强学术交流与协作,共同促进河南法学教育的发展。

为了确保教材的编写质量,编委会对作者队伍进行了认真筛选。每本教材的主编,均由具有教授职称的学科带头人担任;大多数参编作者,均具有高级职称或者博士学位。编委会还对教材的编写体例和质量标准做出了具体要求,并建立了严格的编审制度。我们希望并要求这套教材

能够具有如下特点。

一、新颖性。首先是体例的新颖性。每本教材都要在博采众家之长的基础上,力求建立独具特色、科学合理的编写体例。其次是内容的新颖性。所有教材都力求全面吸收最新的研究成果,反映最新的学术动向。

二、全面性。一是这套教材的覆盖面较广,预计有三十余种,包括了法学专业的所有核心课程和大部分选修课程。二是每本教材的具体内容都力求全面反映该课程所有应知应会的内容。在有限的篇幅内,包含尽可能多的知识点和信息量。

三、准确性。按照教材的基本特点,我们力求每本教材都必须确保知识要点的准确性。只有按照通说准确介绍了基本概念、基本观点、基本理论,让学生掌握了基本技能之后,才能进一步深入探讨理论争议和学术前沿问题。

四、适用性。我们认为,教材的体系和内容既要适于课堂讲授,又要适于各类学生的不同要求。所以,这套教材的编写特别注意到了教师授课的进度和节奏,知识要点的相互衔接。同时,我们还在一定程度上为基础较好的学生提供了较为广阔的思维空间。

我们深知,编写一套高水平、高质量的法学教材绝非易事。因为,大学教材既不同于专业领域的学术专著,更不同于普及法律的通俗读物。其既要全面系统、科学合理,又要准确无误、新颖适用,是一项看似简单其实极难的工作。但是,为了河南法学教育的发展,我们将以强烈的使命感,尽力做好这一有益的尝试。当然,理想不等于现实。尽管我们将竭尽所能,但由于水平所限,教材中总会有不尽人意之处。我们诚恳企盼国内外专家学者不吝赐教,以求我们的教材能日臻完善。

在第二本教材即将付印之时,受河南省法律院系领导联席会和教材编委会委托,勉为其难地将这套教材的编写缘由和主要特点作以简介。是为序,亦不为序。

郑州大学法学院院长:田土城教授

2004年3月

Law 目录

1	绪论	
	第一节 律师法	1
	第二节 律师法学	5
	上编 律师制度	
13	第一章 律师制度的历史沿革	
	第一节 西方律师制度的沿革	13
	第二节 中国律师制度的沿革	18
	第三节 现代各国律师制度比较	22
28	第二章 律师的性质、工作原则及业务	
	第一节 律师的性质	28
	第二节 律师的工作原则	32
	第三节 律师的业务	36
39	第三章 律师资格与律师执业	
	第一节 律师资格	39
	第二节 律师执业	42
46	第四章 律师执业机构	
	第一节 律师事务所概述	46
	第二节 律师事务所的类型	50
	第三节 律师事务所的管理	54
	第四节 律师事务所的分支机构	57
60	第五章 律师的权利和义务	
	第一节 律师的权利	60
	第二节 律师的义务	69
76	第六章 律师管理	
	第一节 律师管理体制	76
	第二节 司法行政机关的职责与地位	81
	第三节 律师协会	82

86	第七章 律师职业道德	
	第一节 律师素质	86
	第二节 律师职业道德	89
	第三节 律师执业纪律	96

105	第八章 律师的法律责任	
	第一节 律师法律责任概述	105
	第二节 律师法律责任种类	106

119	第九章 法律援助	
	第一节 法律援助概述	119
	第二节 法律援助的对象、条件和范围	128
	第三节 法律援助的机构与资金	131
	第四节 法律援助的程序	133

中编 律师诉讼实务

141	第十章 刑事法律帮助	
	第一节 刑事法律帮助概述	141
	第二节 刑事法律帮助的内容	143
	第三节 刑事法律帮助的程序	147

150	第十一章 律师的刑事辩护	
	第一节 律师辩护概述	150
	第二节 审查起诉阶段的律师辩护	155
	第三节 审判阶段的律师辩护	158
	第四节 二审、再审程序的律师辩护	169

172	第十二章 刑事诉讼代理	
	第一节 刑事诉讼代理概述	172
	第二节 刑事诉讼代理的类型	175

188	第十三章 律师的民事诉讼代理	
	第一节 律师民事诉讼代理概述	188
	第二节 民事诉讼一审程序中的律师代理	193

	第三节	民事诉讼二审、再审程序中的律师代理	205
	第四节	民事执行程序中的律师代理	209
214		第十四章 行政诉讼代理	
	第一节	行政诉讼代理概述	214
	第二节	行政诉讼代理的步骤和方法	222
234		第十五章 申诉代理	
	第一节	申诉代理概述	234
	第二节	申诉代理的类型	237
		下编 律师非诉讼实务	
247		第十六章 律师非诉讼法律事务	
	第一节	非诉讼法律事务概述	247
	第二节	律师与调解、仲裁	251
	第三节	律师的知识产权事务代理	254
	第四节	律师的房地产事务代理	267
	第五节	律师非诉讼专项法律事务	269
277		第十七章 法律顾问工作	
	第一节	法律顾问工作概述	277
	第二节	法律顾问的聘请和工作方式	281
	第三节	法律顾问的业务范围	286
296		第十八章 公证业务	
	第一节	公证概述	296
	第二节	公证业务及公证基本原则	301
	第三节	办理公证的程序	312
	第四节	公证书的效力及其制作要求	319
327		第十九章 法律咨询	
	第一节	法律咨询概述	327
	第二节	法律咨询的原则和方法	330
335		第二十章 法律代书	
	第一节	法律代书概述	335

	第二节 几种主要诉讼文书的代书	339
348	关键词索引	
350	参考文献	
351	后 记	

Law 绪论

内容提示

律师法是国家制定的规定律师、律师事务所和律师管理机构的法律地位及其相互关系以及律师进行业务活动所必须遵守的行为规范的总称。律师法学是法学的一门分支学科,它研究的对象是律师法、律师制度和律师实务问题。绪论部分主要从宏观上探讨律师法与律师法学的基本内涵,以便于读者对律师法及律师法学有一个初步的认识。通过本章的学习,应着重了解以下问题:律师法的概念及其调整对象;律师法的地位和作用;律师法学的概念及体系;律师法学的研究方法及学习律师法学的重要意义。

第一节 律师法

一、律师法的概念

律师法是国家制定的,规定律师、律师事务所和律师管理机构的法律地位及其相互关系以及律师进行业务活动所必须遵守的行为规范的总称。

律师法有广义和狭义之分。

狭义的律师法是指由国家最高立法机关通过的律师法典。如《中华人民共和国律师法》(1996年5月15日八届全国人大常委会19次会议通过,2001年12月29日九届全国人大25次会议修正)是我国第一部律师法典,共八章53条:第一章总则,第二章律师执业条件,第三章律师事务所,第四章法律责任,第五章律师协会,第六章法律援助,第七章法律责任,第八章附则。

广义的律师法,是指包括律师法典和其他关于律师制度、律师实务的规范性法律文件。除了律师法典以外,还包括中央国家机关制定和发布的有关律师制度的行政法规、实施细则、管理办法以及地方国家机关制定和发布的规范律师工作的法规、规章等。具体包括:国务院制定的有关律师工作的行政法规;国务院各部委制定的有关律师工作的管理办法;省、自治区、直辖市、市国家权力机关制定的有关本地区律师工作的地方性法规等。

二、律师法的调整对象

任何一个部门法都有自己的调整对象。我国《律师法》第1条规定:“为了完善律师制度,保障律师依法执行业务,规范律师的行为、维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用,制定本法。”我国律师法的调整对象,包括以下几个方面:

1. 明确规定律师、律师执业机构、律师组织和律师管理机关的法律地位。如《律师法》第2条规定律师的概念和性质,第二章对律师执业条件的规定,第三章确立律师执业机构的组织形式及其设立程序,第四章对执业律师的业务和权利、义务的规定,第五章对律师协会的性质及职责的规定等。

2. 规范和调整律师、律师执业机构、律师组织和律师管理机关之间的关系。如规定律师与律师事务所之间的关系,律师、律师事务所、律师协会与律师管理机关之间的关系。

3. 规范和调整律师与服务对象之间的关系。如规定律师接受公民、法人和其他组织的委托从事各项业务活动时与当事人之间形成的不同的权利义务关系等。

4. 规范和调整律师在业务活动中与有关国家机关或社会组织的关系。如规定律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助时与公安机关、国家安全机关和人民检察院之间的关系;律师在起诉、审判阶段为犯罪嫌疑人或被告人进行辩护时与人民检察院、人民法院之间的关系;律师在代理民事诉讼、行政诉讼时与人民法院之间的关系;律师在代理行政复议、办理企业登记等法律事务时与有关行政机关之间的关系;律师在代理参加仲裁、代办公证等法律事务时与仲裁、公证机构等社会组织之间的关系等。

三、律师法的地位和作用

(一) 律师法的地位

在法的体系中,是按照“法律调整社会关系的不同领域和不同方法等所划分的同类法律规范的总和”来确立法律部门的。我国法的体系一般分为十个主要法律部门:宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动法、环境法、刑法、程序法、军事法,律师法只是程序法的二级法律部门。依据法律效力的不同,又可将法律分为:宪法、基本法律、一般法律和行政法规等。其中,宪法是规定国家的各种根本制度、基

本原则、方针,规定国家机关的组织 and 活动的基本原则,以及公民的基本权利和义务等的法律。在我国,通说认为其处于中心的、占主导地位,是根本大法。基本法律是由全国人民代表大会通过的法律,由全国人大常委会通过的法律称为一般法律。行政法规指的是由国务院规定和发布的规范性文件。《律师法》的出台是1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的,根据《立法法》的规定当属一般法律,其地位仅次于基本法律而高于行政法规。

我国的《律师法》其独特的调整对象决定了它既是律师的组织法,又是一个独立的二级法律部门。律师的各项业务活动必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律,尤其是遵守律师法规定的业务范围,根据其对业务的具体规定办事。因此,在一定意义上讲,《律师法》是律师办理业务,为委托人提供法律服务的“基本法”。没有律师法,律师开展业务活动就缺乏前提和失去保障,就必然于律师的业务开展不利,使律师在法制进程中的作用消失殆尽。因为一般的辩护人或代理人并不享有很多为律师所享有的权利,在诉讼活动尤其处于不利的地位,显然不符合公正的要求。

由于律师是以为社会提供法律服务为天职,其业务与其他部门法有着极其密切的联系,所以,律师法与其他部门法之间也有着广泛而密切的联系。如在《刑事诉讼法》第四章,专门规定了辩护与代理制度,对辩护律师的有关问题作了专门规定;最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于律师参加诉讼的几项具体规定的联合通知》以及《关于律师参加诉讼的几项补充规定》等都是律师接受犯罪嫌疑人或被告人的委托或人民法院的指定担任辩护人应当遵守的。在民事诉讼和行政诉讼中,律师接受当事人的委托,担任其代理人,就必须按照民事诉讼法、行政诉讼法的有关规定参加诉讼活动,并根据有关实体法的规定提出代理意见。最后,即使在非诉讼业务中,律师接受非诉讼当事人的委托,办理有关法律事务,也必须根据与接受的非诉讼业务相关的部门法来开展。因此,其他部门法既是律师开展业务的规则,也是律师各项业务的依据,否则,律师的业务将失去相关的支持,而显得软弱,无以符合正当程序等的要求,而使公正的法律无法实现。当然,更明确地说,其他部门法可谓律师提供服务的力量源泉,为其业务提供方向和动力,所以,其他部门法完善与否也密切地影响着律师的行为规范,包括业务的范围、律师的作用与活力等都与之息息相关。

综上所述,律师法是一个独立的二级法律部门,是律师的组织法和保障法。它与其他部门法相辅相成,构成我社会主义法律体系的一个有机的和重要的组成部分。

(二) 律师法的作用

我国《律师法》第1条规定:“为了完善律师制度,保障律师依法执行业务,规范律师的行为,维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用,制定本法。”这既是律师法的立法目的,也是律师法的

作用的法律体现。换一个角度,一部法律的立法宗旨或立法目的的实现,也应是该法律的作用得到充分发挥的结果。因此律师法的第1条就包含了以下几个方面作用。

1. 有利于律师制度的完善。律师制度是一个国家文明程度的重要标志之一,其完善与否,是衡量一国民主与法治水平的重要因素。因此,世界上许多国家都采取有力的措施促进律师制度的完善。在美国,律师立法是由律师协会,主要是由美国律师协会(简称ABA)来进行的,律师立法的发展已有近百年的历史。它不仅产生了《阿拿巴马州职业道德准则(1887)》、《职业道德准则(1908)》、《职业责任示范法典(1969)》、《职业行为示范规则(1983)》等法规,还包括一系列特别性律师法规,如《职业信条(1988)》、《律师职业誓言(1988)》、《律师广告追求的目的(1988)》等。由于美国属英美法系的国家,其还有不少的判例在涉及律师的诉讼中确立了很多原则。以上的律师立法对美国律师制度的完备提供了保障。因为一系列律师立法确立了律师业在美国较高的社会地位,也是推动律师制度发展的重要原则。而我国律师队伍的现状,包括律师的业务素质仍不能适应日益发展的改革形势的要求,尤其“入世”以后,将有大量的外国律师进入我国法律服务市场。他们的到来将对我国律师的执业环境、律师的法律服务观念、对律师业的管理和监督等一系列的问题提出严峻挑战。1996年《律师法》对我国律师的工作机构、律师资格与职务分离的制度、对律师的管理等方面进行了明确规定,从而使律师工作走向法治化,促进我国律师制度的健康发展。

2. 有利于保障律师依法开展业务,规范律师的行为。律师法应是律师的保障法。1980年的《律师暂行条例》条文少,内容过于粗放,对律师的权利和义务的规定不够具体、全面,对律师的执业条件也未作严格要求,甚至连法律责任也只字未提,显然不足以保障律师依法执行业务和规范律师的行为。在实际生活中,一方面导致律师的人身权利和正常执业得不到有效保护,律师合法权益被侵犯的现象时有发生,严重影响了律师业的健康发展;另一方面,有的律师对委托人漫天要价,私自收费,甚至索取不正当报酬、捞取“好处费”等的行为也破坏了律师的形象,产生了一系列不利于律师执业的后果。《律师法》对律师执业条件、律师业务范围、律师权利和义务、律师执业保障措施以及律师法律责任作了具体而明确的规定。这对于保障律师依法执业,维护律师合法权益,规范律师各种行为,促进律师廉洁从业,维护律师业的整体形象和声誉,必将起到十分重要的推动作用。

3. 有利于维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施。维护当事人的合法权益和维护法律的正确实施是我国律师的根本任务,当然也是我国律师法的目的和任务,这是由我国的根本性质和律师法的社会主义性质所决定的。《律师法》的许多规定都体现了这一精神。律师、律师事务所、律师组织和律师管理机关严格遵守和执行这些规定,必将能够造就一支素质优良的律师队伍,形成廉洁高效的工作作风,严守忠于事实和法律的行为准则,养成宣传法制的良好习惯,从而既维护当

事人的合法权益,又维护法律的正确实施。

4. 有利于发挥律师在社会主义现代化建设中的作用。我国《律师暂行条例》颁布以来,广大律师通过认真履行法律赋予的职责,在维护国家法律的正确实施,维护公民、法人和其他组织的合法权益,推动改革开放,促进经济建设和经济体制改革的顺利进行,发扬社会主义民主和实现依法治国,建设社会主义法治国家等方面,发挥了十分重要的作用。我国《律师法》以立法形式对律师在社会主义民主与法制建设中的积极作用做了充分的肯定,明确确定了律师“为社会提供法律服务”的性质,进一步扩大了律师执业范围和领域,这将使律师更加解放思想,与时俱进,开拓进取,在社会主义现代化建设事业中发挥出巨大的能动作用。

第二节 律师法学

一、律师法学的概念和任务

(一) 律师法的概念

律师法学是研究律师法及其相关问题的一门社会科学科学。

律师法学是法学的一门分支学科,它研究的对象是律师法及其相关问题。一个方面,律师法学研究律师法的产生和发展的规律,研究律师、律师制度、律师实务等有关问题。另一个方面,要研究律师制度和其他法律制度以及社会制度等的关系问题。律师法学作为法学的一门分支学科,法学的基本原理、原则也适用于律师法学。

“律师法学”是在我国《律师法》制定和颁布后才正式提出的概念。在这之前,法学界一直使用“律师学”这一概念。如我国著名的法学家徐静材教授 20 世纪 80 年代编写的我国第一本《律师学》教材时最早创立“律师学”这一名词。90 年代中期,著名法学家肖胜喜教授主编的《律师学》一书,也沿用了“律师学”这一概念。所以,我国“律师法学”是在“律师学”的基础上发展起来的,两者都研究律师问题,但有区别。第一,顾名思义,“律师学”是以律师和律师业为研究对象,而“律师法学”的研究对象为律师法及其相关的问题。第二,“律师学”的出台是在有《律师暂行条例》而无《律师法》的情况下提出的,在当时也是一项重要的法学研究成果,然而,《律师法》的颁布使“律师法学”更为科学。

这方面的原因,一般认为有如下几个:第一,“律师学”以律师和律师职业为研究对象,因此是一个非常大的概念。要研究律师职业,除了研究律师的概念、特征、职能、业务、权利义务和法律责任等问题以外,还必须研究刑法、民法、行政法、经济法等实体法和程序法,而这是“律师学”所无法解决的。第二,实际上,肖胜喜教授所编写的《律师学》也是以律师法为主要研究对象的,而在《律师法》颁布之后,“律师法学”的概念也能更好地组建一个更协调的法学学科系统,这一点,是不言自明