

律 师 学

主编 张品泽



 中国人民公安大学出版社

教育部“十二五”教学改革与教育质量工程项目丛书

律 师 学

主 编 张品泽

副主编 华 桦 田力男

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

律师学/张品泽主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-5653-2047-7

I. ①律… II. ①张… III. ①律师—高等学校—教材

IV. ①D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 244439 号

律 师 学

张品泽 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2015 年 2 月第 1 版

印 次: 2015 年 2 月第 1 次

印 张: 17.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 387 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-2047-7

定 价: 45.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

电子音像与数字出版分社电话: 010-83901601

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

律 师 学

主 编 张品泽

副主编 华 桦 田力男

撰稿人 (以章节内容为序)

张品泽 叶晓川 戴 鹏 薄振峰

苏 宇 张小玲 周 欣 马明亮

刘东根 白俊华 李 爽 李 元

戴 锐 吕 清 樊学勇 田力男

刘万奇 邢 震 华 桦 于笑蕾

出版说明

为适应新时期公安法学教育的实际需要，进一步完善公安院校学科建设，中国人民公安大学法学院、治安学院及部分京外高校老师，共同编写了《律师学》。本教材在编写过程中，参阅了国内出版的同类教材及相关学术论文，在此表示衷心感谢。

“律师学”是一门新兴学科，也是一门交叉学科。20世纪80年代，“律师学”开始作为法学院本科选修课程在我国部分高校开设。随着我国律师法与相关规范性文件的颁布、修改、完善，以及律师职业群体的日益壮大，律师在我国法治社会建设中的作用也越发明显。在西方国家，律师提供的法律服务，更是社会各行各业不可缺少的一部分。当前，公安机关在执法过程中，同律师的接触日益增多。2012年修改后的《刑事诉讼法》，在加大了辩护律师介入侦查阶段的同时，也加大了辩护律师介入侦查阶段的力度，确立了警察出庭作证制度；在提高辩护律师诉讼地位、保障其诉讼权利的同时，赋予辩护律师对公安机关诸多执法行为的申诉控告权。公安院校的学生系统了解和掌握律师职业属性、执业模式、管理约束体系、业务范围及其权利、义务、职责等基本知识，显属必要。我们相信，公安院校学生通过本教材的学习，今后在公安执法过程中，处理警察与律师间关系的能力，必将大大增强。

本教材在国内同名或类似教材的基础上，充分结合2012年修改后的《律师法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》以及已经颁布修正草案的《行政诉讼法》，面向法学本、专科生，系统阐述“律师学”的基本概念、历史背景、相关制度以及实践经验技巧等不同层面相关知识。我们尝试以律师职业为学科理论支点，以律师执业为制度平台和实践依托，构建学科体系。不仅关注有关律师职业和执业的法律法规，还着力讨论约束律师的职业道德与纪律；在阐述律师的业务知识的同时，还极力介绍律师执业经验技巧，兼顾系统性、全面性、准确性与新颖性。

本教材是在主编拟定提纲的基础上，分别由各位作者独立撰写完成。出于充分尊重各位作者写作风格与思路的考虑，保留了某些章节之间框

架结构的差异。具体章节撰稿分工如下（以编写内容先后为序）：张品泽（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士、博士后）第一章；叶晓川（中国人民公安大学法学院讲师、硕士生导师，法学博士），戴鹏（广东警官学院教师，法学硕士）第二章；薄振峰（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士）第三章；苏宇（中国人民公安大学法学院教师，法学博士）第四章；张小玲（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士）第五章；周欣（中国人民公安大学法学院教授、博士生导师，法学博士）第六章；马明亮（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士）第七章；刘东根（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士）第八章；白俊华（中国人民公安大学法学院教授、硕士生导师，法学博士）第九章；李爽（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师）第十章；李元（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学硕士）第十一章；戴锐（中国人民公安大学治安学院讲师、硕士生导师，法学博士、博士后）第十二章；吕清（中国人民公安大学法学院副教授、硕士生导师，法学硕士）第十三章；樊学勇（中国人民公安大学法学院教授、博士生导师，法学博士）第十四章；田力男（中国人民公安大学法学院讲师，法学博士）第十五章；刘万奇（中国人民公安大学法学院教授、博士生导师，法学博士），邢震（辽宁师范大学法学院讲师，法学博士生）第十六章；华桦（中国人民公安大学法学院讲师，法学硕士）第十七章；于笑蕾（中国人民公安大学法学院教师，法学博士）第十八章。

全书由主编策划，主编、副主编统稿、定稿。

编 者

二〇一四年十一月

目 录

第一章 律师学概述	(1)
第一节 律师学的兴起与研究对象	(1)
第二节 律师及其职业属性	(5)
第三节 律师职业化	(14)
第二章 律师制度概览	(21)
第一节 中国大陆律师制度	(21)
第二节 外国律师制度	(23)
第三节 港澳台律师制度	(28)
第三章 律师职业角色	(35)
第一节 律师职业角色概述	(35)
第二节 律师职业与公平正义	(39)
第三节 律师职业与法治社会	(41)
第四节 律师职业与市场经济	(43)
第五节 律师职业与和谐社会	(45)
第四章 律师职业约束体系	(47)
第一节 律师职业约束体系概述	(47)
第二节 律师职业道德与律师执业纪律	(50)
第三节 律师执业投诉与惩戒	(55)
第五章 律师职业准入机制	(60)
第一节 律师职业准入机制概述	(60)
第二节 律师职业资格与执业条件	(61)
第三节 律师执业一般许可	(67)
第四节 律师执业特殊许可	(71)
第六章 律师职业组织机构	(74)
第一节 律师事务所	(74)
第二节 律师协会	(78)

第三节	司法行政机构	(82)
第四节	域外律师职业组织机构	(83)
第七章	律师执业模式	(86)
第一节	专职律师与兼职律师	(86)
第二节	公职律师与私人律师	(89)
第三节	公司律师	(92)
第四节	法律援助	(95)
第八章	刑事辩护律师	(101)
第一节	刑事诉讼辩护律师概述	(101)
第二节	刑事辩护律师权利	(106)
第三节	刑事辩护律师的义务和责任	(111)
第四节	刑事辩护律师的经验与技巧	(112)
第九章	刑事诉讼律师代理	(121)
第一节	刑事诉讼律师代理概述	(121)
第二节	公诉案件的律师代理	(123)
第三节	自诉案件的律师代理	(128)
第四节	附带民事诉讼案件的律师代理	(131)
第十章	民事诉讼代理律师	(135)
第一节	民事诉讼律师代理概述	(135)
第二节	民事诉讼代理律师的权利	(138)
第三节	民事诉讼代理律师的义务	(139)
第四节	民事诉讼代理律师的职责	(141)
第五节	民事诉讼代理律师的经验与技巧	(142)
第十一章	行政诉讼代理律师	(149)
第一节	行政诉讼代理律师概述	(149)
第二节	行政诉讼代理律师的权利、义务与职责	(154)
第三节	律师代理行政诉讼的范围	(156)
第四节	行政诉讼律师代理的经验与技巧	(159)
第五节	行政赔偿诉讼中的律师代理	(169)
第十二章	仲裁案件律师	(173)
第一节	仲裁案件律师概述	(173)

第二节	仲裁案件律师的权利	(176)
第三节	仲裁案件律师的义务	(178)
第四节	仲裁案件律师的职责	(180)
第五节	仲裁案件律师的经验与技巧	(181)
第十三章	调解案件律师	(188)
第一节	调解案件律师概述	(188)
第二节	调解案件律师的权利和义务	(189)
第三节	调解案件律师的职责	(191)
第四节	调解案件律师的经验与技巧	(193)
第十四章	和解案件律师	(195)
第一节	和解案件律师概述	(195)
第二节	和解案件律师的权利	(198)
第三节	和解案件律师的义务	(200)
第四节	和解案件律师的职责	(201)
第五节	和解案件律师的经验与技巧	(205)
第十五章	涉外案件律师	(208)
第一节	涉外案件律师业务概述	(208)
第二节	律师办理涉外刑事诉讼业务	(215)
第三节	律师办理涉外民事、行政诉讼业务	(217)
第四节	律师办理涉外非诉讼业务	(219)
第十六章	法律顾问律师	(221)
第一节	法律顾问律师概述	(221)
第二节	法律顾问律师的职责	(224)
第三节	法律顾问律师的权利	(229)
第四节	法律顾问律师的义务	(232)
第五节	法律顾问律师的经验与技巧	(233)
第十七章	专业领域律师服务	(239)
第一节	公司领域律师服务	(239)
第二节	证券领域律师服务	(242)
第三节	房地产领域律师服务	(247)
第四节	知识产权领域律师服务	(250)
第五节	金融领域律师服务	(255)

第十八章 特定事项律师服务	(259)
第一节 律师咨询与代书	(259)
第二节 律师见证与资信调查	(263)
第三节 律师声明与律师意见书	(267)
第四节 律师代办公证与代理行政复议	(269)
第五节 律师代理清理债权债务	(272)

第一章 律师学概述

第一节 律师学的兴起与研究对象

一、律师学的创立与发展

(一) 律师学的创立

在国外,很少见到“律师学”概念。在苏联以及某些西方国家,“律师法学”的提法有所见,但研究对象一般是律师法规,研究的侧重点是律师法的立法技术和内容。从国内看,党的十一届三中全会以后,我国恢复和重建了律师制度,有关律师的著作从20世纪80年代初期起,陆续出版了一些,最早的一本是廖俊常教授与徐静村教授合著的《律师工作知识》,稍后的有吴磊教授的《我国的律师制度》和孙膺杰、冯彩金的《律师工作基本知识》,再后有张思之的《中国律师制度和律师实务》等。^①当前,除了少数《律师学》教材外,多数有关教材名称不一,如《律师法学》、《律师制度》、《律师实务》、《律师业务》、《公证与律师制度》等。上述这些教材的基本特点,都是从律师制度或律师业务的角度来介绍律师工作的,具有较大的普及性与宣传性,还谈不上建立某种学科体系的问题。自1987年开始,我国一些从事诉讼法学研究的学者纷纷主编出版了以“律师学”命名的教材。^②可见,建立这门新学科是许多学者共同的愿望。

学界前辈和同人对律师理论的研究绝大多数集中在律师制度、律师业务、律师管理、律师技能等一些律师学的具体问题上,或者零星地抽取律师学学科中的一个或几个理论问题进行思考与探索,直接关注和研究“律师学学科”整体建设的学者和成果十分有限。尽管“律师学”作为一个学科概念早已为学界所认同,尽管律师学的理论研究已有长足的进步并取得了阶段性成果,但学界对律师学的一些基本概念和范畴的研究还处在初级阶段。律师学能否从法学学科中剥离出来成为一个独立的学科,该学科到底应定义为“律师法学”还是“律师学”等问题,在理论界仍存

① 徐静村:《关于律师学的几个基本问题》,载《政法论坛》1992年第5期。

② 例如,1987年5月,李文华主编的《中国律师学》,兰州大学出版社出版;1987年10月,徐静村主编的《律师学》,四川人民出版社出版;1988年12月,陈光中主编的《律师学教程》,中国政法大学出版社出版;1989年12月,陈卫东、王家福主编的《中国律师学》,中国人民大学出版社出版。

有分歧。律师学领域没有或者暂时还没有形成无争的独立的理论范畴（学科语言）。^①

（二）律师学的发展

在中国，律师学自诞生至今尚不足30年，作为一个新的知识领域，律师学仍然有许多理论问题亟待研究与探讨，比如，律师的定性、功能、地位、权利、责任，律师的管理、律师的国际化，律师学的研究范畴、学科体系，等等。律师业作为法律职业的一种，具有不同于一般职业和其他法律职业的职业特性，也有其自身的成长规律和管理模式。律师学的任务之一就是要揭示律师和律师业发展的一般规律，指导并服务于律师的执业、律师业的发展和管理。律师学学科的独立和完善，可为律师管理体制和管理机制提供理论指导，为律师职业的健康发展提供理论支撑。

律师学作为一门学科，还是一个正在研究与发展并且需要持续性研究和发展的学科。从研究视野上来看，律师学的研究应该注重本学科的自治以及与其他学科研究的兼容与开放；从研究力量上来看，需要大批熟悉律师职业规则、职业语境且有相同思维习惯倾向的社会成员的不懈探索；从研究条件上来看，律师学的研究离不开律师行业的依托；从研究心态上来看，构成律师学研究的专门知识虽有自己的内涵和特质，但它们在知识渊源上的确又是从法学、政治学、经济学、社会学、文化宗教学、人类学等知识领域中派生出来的，我们无法也没有必要割断它们的亲缘关系。相反，我们应持开放的心态，在积极地吸收和消化外来知识的情况下，求新求变，使律师学的学科建设越发具有个性并逐渐走向成熟。实践是推动理论发展的原动力，既然律师与律师业是客观存在的，并且它需要科学的理论来指导。因此，构建律师学的学科理论体系是律师业发展的要求，是法治社会的呼唤，也是律师学学科发展到一定阶段的必然产物。^②

自我国1996年颁布《律师法》以来，律师职业日益获得人们关注。2001年《国家司法考试实施办法》更是在原先的全国律师资格考试基础上，建立全国统一司法考试，或法律职业（法官、检察官、律师、公证员）资格考试。该考试大纲中明确将司法制度与法律职业道德作为考试范围。近年来，有关律师制度方面的新规范，不断被增加至该考试大纲范围内。例如，2012年大纲修订法条：《律师执业行为规范》；2013年大纲新增考点：律师宣誓制度；2013年大纲新增法条：新修订的

^① 邓路遥：《律师学的理论范畴和学科构架探究》，载《广西民族大学学报》2010年第4期。自2004年始，中华全国律师协会所编写的《中国律师年鉴》每年都辟有一个专题，介绍律师学的研究进展，评价律师学的研究成果。在中国期刊数据库上检索，从1980年至今，直接研究“律师学”的有关文献也寥寥无几。法学界的肖胜喜、陈光中、陈卫东、王福家、潘丽华、杨怀甫等相继编写出版了以“律师学”或“中国律师学”命名的律师学著作或教材。尽管各书的作者对律师学的概念、范畴、结构体系的认识并不一致，却均以相同的书名表达了对律师学作为一门独立学科的认同。

^② 邓路遥：《律师学的理论范畴和学科构架探究》，载《广西民族大学学报》2010年第4期。

《律师法》、《律师事务所管理办法》。

二、律师学学科现状^①

(一) 律师学课程

早在1994年,中国政法大学便成立了律师学研究中心。该中心在促进律师学理论与实务交流等方面取得了良好的声誉,为中国律师事业的发展发挥了理论先行作用。^②我国大部分法学院系并未单独设置律师学专业,而是将律师职业人才的培养方案置于“法律专业”或“应用法学专业”中。多数大学在法学本科中均开设了“律师学”、“律师制度”或“律师法学”等类似课程。西南政法大学于2008年在应用法学院中设置律师学专业;中国人民大学律师学院于2010年正式成立,该院为中国第一所由高校法学院创办的、以律师培训为主要任务的专业性律师学院。^③上述有关开设律师学方面课程教材,主要涉及对律师制度与律师实务的介绍,对律师的职业属性、功能价值、文化蕴含缺乏探究。值得注意的是,中国政法大学系统开设了“律师学”、“律师公证制度及实务”、“律师实务”、“西方律师制度”、“司法组织学”、“律师文书学”等课程。^④

(二) 律师学学科建设的不足

律师学学科建设就是要确定律师学学科发展方向,完善学科组织,培养学科队伍,建设学科基地,构建律师学理论体系。律师学学科建设的最终目标是要提升律师学学科水平,通过制度创新将律师学理论转化为社会生产力,推进律师事业的发展和国家的民主法治进程。当前,我国律师学在以下方面仍然存在不足:

1. 没有专门的研究队伍。目前,就全国的情况而言,关于律师学的研究力量主要来自两个方面:一是诉讼法学研究领域的学者;二是律师实务界的有识之士。前者因科研成果评价、研究机构设置、研究生专业招生等方面的原因,一般只在自己主学科之外对律师学研究给予一些关注,并没有将律师学作为自己教学或研究的主要领域,专门研究律师学或者长期高度关注律师学的学者很少。后者一般侧重于律师实务的研究,研究力量比较分散,其成果也缺乏系统性。可见,没有或者缺乏专门的律师学研究队伍这一现实,不仅影响了律师学学科的研究数量,也影响了律师

^① 司莉:《关于律师学学科建设的思考》,载《中国成人教育》2008年第1期。

^② 该研究中心与中华人民共和国司法部、中华全国律师协会、北京市司法局、北京市律师协会、广州市司法局等部门有着良好的合作关系,曾与有关部门合作,先后成功地举办了“律师体制改革若干问题研讨会”、“公证体制改革与完善理论研讨会”、“律师法修改与完善理论研讨会”、“律师学学科建设理论研讨会”、“律师流动法律问题与对策研讨会”等学术活动。此外,该研究中心还与美国律师协会、美国纽约大学、美国西北大学、澳大利亚维多利亚科技大学等机构保持着密切的学术关系。参见 http://baike.baidu.com/link?url=yrv01K2VhOeKaVbtQSP4Jok5NnrK1inwMKsH0HdICFnJduw8DqzLnJHAO8PFU8PlyyBeaz5NMS-qBzTy_uFcca。

^③ 中国人民大学律师学院于2010年4月26日正式成立,归属中国人民大学法学院管理。参见 <http://baike.baidu.com/view/3537545.htm?fr=aladdin>。

^④ 邓路遥:《律师学学科、专业、课程一体化建设探析》,载《经济与社会发展》2009年第8期。

学研究成果的质量,已经严重制约了律师学的学科建设和发展。

2. 对特有范畴研究不充分。特有范畴是相对于其他学科而言的,对于该学科本身而言,这些特有范畴往往构成本学科的基本范畴,成为该学科的基础。律师学学科也不例外。而律师学学科建设还没有形成独特的范畴体系。尽管自 80 年代中后期以来,关于律师的理论研究呈现出繁荣的景象,出现了一批有关著作和教材,虽然,有些著述也对“律师职业属性”和“律师职业道德”等范畴进行了探讨,但是,从整体看,多数成果基本上是停留在对律师法、律师制度和律师实务的研究上,对律师学学科的特有范畴的研究还是远远不够的,没有能够形成律师学特有的范畴体系。

3. 课程建设相对滞后。目前,法学教育存在的严重问题之一是过于注重理论知识的传播,而忽视对实践能力的培养。虽然这种现象和弊端早已被法学界所认知,但是,在法学教育方面并没有多大改观,表现之一就是实践性课程设置很少。学生对于律师制度和律师业务的学习通常只有两个途径:一是在学习刑法学、民法学等实体法和诉讼法学等部门法学的过程中学习一些零星的、不系统的律师业务知识;二是在作为考察课的司法制度课程中附带性地学习一些律师业务。第一种学习方式,学生能否学习到律师的思维方式,与教授该课程的教师本人的经历有很大关系;第二种学习方式,受课时限制的影响,学生能够学到的内容是很有限的。

三、律师学研究对象

(一) 不同意义上律师学研究对象

学科研究对象是决定一门学科能否独立以及该学科属性的关键要素。律师学研究对象对律师学而言,同样十分重要。率先创立我国律师学的徐静村教授认为,^①律师学应是一门以研究律师职业活动为中心的,以研究律师综合运用各种法律知识进行服务为内容的职业法学学科。由于律师活动范围广阔,律师需要具备的学识除法学之外,还必须在社会学、伦理学、经济学、史学、科学技术以及文化知识等各个方面有相当的造诣,所以,确定这门学科的概念,应当从比较广阔的视界上加以考虑;同时,也应考虑到在律师学刚起步的时候读者的接受程度。因此,律师学有广义和狭义两个概念。广义上,律师学是关于律师这一社会分工产生、发展、存在条件及其功能的科学。狭义上,律师学是以律师制度、律师事务、律师道德、律师艺术和律师作用为研究对象的科学。广义概念对于律师学内容的概括比较准确和科学,以此来界定律师学,有利于为这门学科的发展创造比较广阔的前景。首先,可以开阔律师学研究的对象和内容,例如,律师的起源及其发展沿革,我国的律师制度和律师法规及与外国律师制度、律师法规的比较,我国律师的业务活动及与外国律师业务活动的比较,我国律师的社会功能及与外国律师作用的比较,我国律师制度的发展前景及我国律师在业务活动中的各种问题,诸如活动原则、素质培养、职业道德、工作纪律、艺术技巧等,都可以纳入研究的范围。

^① 徐静村:《关于律师学的几个基本问题》,载《政法论坛》1992年第5期。

（二）律师学研究对象的探讨

当前,不少人认为,^① 律师学是研究律师制度与律师实务的科学,以律师制度与律师实务为研究对象,包括有关律师制度方面的法律规范,律师实务中的问题与经验,古今中外的律师制度和律师实务。此外,有人认为,^② 还应将律师职业行为规范纳入律师学的研究范畴。律师职业是一种具有高度自治及独立的职业,这就需要完善及健全的律师职业行为规范对其职业活动进行调整。有关律师职业的研究,有人认为,应当包括对律师职业属性、功能、价值的研究,不仅要回答律师是什么,还要回答律师职业与其他法律职业在性质、功能、价值、运行等各个方面的区别。律师学研究内容之广泛,不仅涉及法理学、诉讼法学、实体法学等所有法学学科,而且,还涉及哲学、社会学、管理学、经济学、行为学等内容。^③ 笔者认为,律师学研究对象至少包括三个方面:其一,从法学角度研究律师制度的创立、发展与演变,其中以当前律师制度为重点。其二,从综合学科(法学及其他社会科学)角度,围绕律师职业特征,研究律师职业角色、职业制约体系、律师职业准入机制、律师职业组织机构、律师职业行为(执业)模式等有关内容。其三,从规范(法律、纪律、道德)与经验(技巧)角度,研究律师在开展具体实践业务过程中需要遵循的不同要求以及可以获取的经验。

律师作为国家法治建设的生力军,肩负着促进国家宪政改革、捍卫市场经济运行、维护社会正义的实现等诸多神圣的使命。而这一使命的实现需要系统的律师学理论作为指导。律师、律师业虽是一个法学概念,但并不是法律学科及其下属的任何实体法或程序法的主研究对象,也不宜分散地置于各法学二级学科的理论范畴。律师学蕴含了以律师、律师所、律师业、律师行为、律师制度、律师实务、律师规范等为基本理论范畴,以律师职业属性、功能、价值为核心理论范畴的一个宏大的知识体系,具备了学科独立的基本条件。^④

第二节 律师及其职业属性^⑤

一、律师

（一）律师的渊源

1. 西方国家。律师起源于西方,有着悠久的历史,律师的早期形态可以追溯到古希腊古罗马时期。早在公元前6世纪的古希腊雅典共和国,政治活动是全体公民

① 陈卫东:《中国律师学》,中国人民大学出版社2000年版,第1~2页;陈光中:《律师学》,中国法制出版社2004年版,第4页。

② 陈光中:《律师学》,中国法制出版社2004年版,第5页。

③ 司莉:《关于律师学学科建设的思考》,载《中国成人教育》2008年第1期。

④ 邓路遥:《律师学的理论范畴和学科构架探究》,载《广西民族大学学报》2010年第4期。

⑤ 许身健:《论律师职业的属性》,载《刑事司法论坛》2009年第2辑。

的事务,在公民大会上,可以通过自由的辩论来决定国家大事,辩论同样被适用于诉讼活动中,在需要争论的场所出现了一些能言善辩之士,被称作为“辩护士”,但因尚未形成职业分工,“辩护士”仅被看作是一种律师的雏形。^①

古罗马时期,《十二铜表法》的颁布迎来了成文法的时代,伴随而起的是一批专门从事法律研究、法律阐述和法律教育的专业人士,“这些人由皇帝赋予权力就法律问题做出解答,称为法学家”。^②同时,古罗马的诉讼代理制度也在逐步形成。罗马帝国初期,诉讼当事人一般不允许委托代理人,必须亲自出庭。到了罗马帝国后期,代理人的制度逐步完善,法律允许委托“代理人”进行诉讼,并规定法学家可以从事“代理人”的职业。因而,从法学家中分化出了一批以专门从事法律咨询、代写诉状及法律文书、代理诉讼为职业的“代言人”、“代理人”。为区别于其他法学家,以“代理人”为职业的法学家被称作“律师”,于是,开始有了律师的名称和概念。^③公元3世纪,罗马皇帝颁布诏令,确定了律师的法律地位,确认了当事人可以聘请律师代理诉讼,并允许律师收取合法的报酬,至此,律师职业得以形成。^④

2. 中国。在中国古代“律师”一词最早出现在佛教和道教中,作为一种称谓使用。佛家《涅槃经》曰:“能否佛法所作,善能解说,是名律师。”《唐六典》中记载:“道教中修行有三号:其一曰法师,其二曰威仪师,其三曰律师。”这些均与我们现在所称的律师在含义上全然不同。

在中国古代与律师有相近之处的“讼师”,有着源远流长的历史。可以说,“讼师”是中国古代法文化中不可或缺的元素。邓析便是中国古代有名的“讼师”。《吕氏春秋·离谓》中就有关于“讼师”邓析的记载。邓析在当时就已经着手代人诉讼,并收取费用,同时私著“竹刑”,聚众讲学,其以自身的诉讼技能代理他人从事诉讼活动,这一点上已初具律师的功能,被誉为“中国古代讼师的祖师爷”。^⑤可见,中国古代的“讼师”是专门替人写诉状打官司的人。“讼师”自然成了民间争讼的代理人。“讼师”的活动往往以取胜为目的,因其不胜则无案源,亦无衣食之资。为达目的,不少“讼师”往往不择手段,“讼棍”等恶名也由此而来。由于这种人有时“唆使人兴起诉讼,笔利如刀,因此又有人称之为‘刀笔吏’,或根据具体表现称为‘茶食人’、‘讼师官鬼’、‘珥笔之人’、‘啐魁讼师’、‘啐徒’等”。^⑥

① 田文昌主编:《律师制度》,中国政法大学出版社2007年版,第13页。

② [古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1996年版,第11页。

③ 谢佑平:《差异与成因:中国古代“辩护士”、“讼师”与现代职业律师》,载《比较法研究》2003年第2期。

④ 何勤华主编:《外国法制史》,复旦大学出版社2002年版,第54页。

⑤ 龚汝富:《明清讼学研究》,商务印书馆2008年版,第68页。

⑥ 党江舟:《中国讼师文化——古代律师现象解读》,北京大学出版社2005年版,第4~5页。

讼师自始至终都不被统治者所接受,甚至无法成为一种合法职业,无法与西方国家的律师职业相提并论。

(二) 规范性文件中律师的含义^①

1. 1980年颁布的《律师暂行条例》。关于现代社会中律师的概念,有些国家通过法律予以了界定。例如,《德意志联邦共和国律师法》第1条:“律师是独立的司法人员。”第2条:“律师为自由职业者。律师的活动不具有经营的性质。”第3条:“律师是法律事务中独立的、职业的顾问和代理人。”日本在《律师道德法》序言中规定:“律师在社会中,是自由的倡导者,是秩序的维护者。”^②

新中国第一部专门有关律师的规范性文件,是全国人民代表大会常务委员会于1980年8月通过的《律师暂行条例》。该条例第1条开宗明义地规定:“律师是国家的法律工作者。”20世纪80年代初恢复和重建律师制度时,人们的法制观念还很淡薄,社会上对律师的作用认识不清。曾在律师队伍工作的同志,由于经历政治运动的磨难也心有余悸,甚至一些从事司法工作的人员也认为律师是个摆设,可有可无,甚至感觉碍事。在这种情况下,肯定律师为国家法律工作者,使之与公、检、法机关工作人员同等的法律地位,对于解除广大律师的后顾之忧,提高律师的地位,发挥律师的作用,保证律师执行职务,开展业务,保障律师自身的合法权益起到了积极的作用。但这一规定的含义并不准确、清楚,而且随着经济体制改革的深入和律师工作的开展,尤其合作制与合伙制律师的出现,“国家法律工作者”的称谓更难以适用于全体律师,而且带来以下弊端:

第一,难以体现律师自身的属性和职业特点。作为国家的法律工作者,必须是国家机关的工作人员,代表国家或以国家机关的名义从事法律活动。而律师是以其专门知识向公民和社会组织提供法律服务,律师不是国家机关的工作人员,不是行使任何国家管理职权的公务人员,律师执行职务也并非代表国家或以国家机关的名义。律师参与法律事务是基于当事人的委托,具有明显的个人性质,而不是基于国家职权的需要。国家法律工作者的认定使律师不能与公、检、法的人员区别开来,体现不出律师职业的特性,也淡化了律师的使命感。

第二,不利于对外交往和开展涉外业务活动。在我国,由于律师公职人员的身份,使律师在涉外法律业务中,很难得到外国公民和法人信任,他们认为律师是官办的,对律师能否真正维护当事人的合法权益产生疑虑。据调查,当时某地有多个外商驻津办事处,没有一家聘请我国律师担任法律顾问。

第三,律师在执业中难免受到行政干预。由于律师事务所隶属于各级司法行政机关,司法行政机关对律师工作管得过细,统得过死,大到主任的任命、人员的进出,小到设备的购置,乃至律师业务如何开展均由司法行政机关统管,严重地限制

^① 周佳怡:《中国律师职业的历史变迁及现状问题评述》,华东政法大学2010年度硕士论文;陈光中:《律师学》,法制出版社2004年版,第59~62页。

^② 田文昌主编:《律师制度》,中国政法大学出版社2007年版,第2页。