



国家社会科学七五项目

中国律师 制度研究

茅彭年 李必达/主编



法律出版社
PUBLISHING HOUSE OF LAW

国家社会科学七五项目

0480/21
中国律师制度研究

主编 茅彭年 李必达

编委(以姓氏笔划为序)

江 伟 李必达 张秀文

肖志明 林文肯 杨敦先

茅彭年 潘世照

法 律 出 版 社

(京)新登字080号

国家社会科学七五项目

中国律师制度研究

主编 茅彭年 李必达

法律出版社出版发行

(北京宣武区广内登莱胡同17号)

新华书店经销

北京京辉印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 17,375印张 447,000字

1992年5月第一版 1992年5月第一次印刷

印数0,001—8,000

ISBN 7-5036-1128-6/D·892

定价 10.50 元

序 言

国家社会科学“七五”项目：《中国律师制度研究》与读者见面了，我热情祝贺这本书的问世。

我首先提倡这种研究方式，即实际工作部门与法学教育、法律研究部门的同志一起进行律师制度的研究，这样可以发挥各自的长处，弥补职业上的不足，使理论与实际密切结合，推动律师事业的发展。我国的律师制度在社会主义民主与法制建设中占有重要地位，具有重要的作用。但是，由于我国恢复律师制度的时间较晚，目前尚有许多新的问题需要研究。为了健康地发展律师事业，我们要加强对律师制度的理论研究。

其次，该书比较系统地研究各国的律师制度，指出各国的长处及其不足，取其精华，弃其糟粕。这是完全必要的。我国的律师制度与资本主义国家的律师制度有着本质的区别，它是社会主义性质的，是为巩固社会主义制度服务的。但它决不排斥世界各国对我有借鉴意义的经验和做法。世界发达国家律师制度有几百年的历史，而我国的律师制度是近十几年才发展起来的。我们既要根据自己的国情发展律师事业，也要学习世界各国律师工作中对我有用的东西，建设有中国特色的社会主义律师制度。

第三，律师业务要突出为社会主义经济建设这个中心服务。当前要为搞好大中型企业服务。也要为发展外向型经济服务。该书概括地总结了这方面的经验，无疑会对律师业务将起很好的促进作用。国营大中型企业是我国国民经济的主要支柱，是国家财政收入的主要来源，是我国社会主义制度的主要物质基础。发展经济，保持社会稳定，改善人民生活，显示社会主义的优越性都

要靠国营大中型企业充分发挥作用。进一步搞好大中型企业，不仅有重要的经济意义，而且有重要的政治意义、社会意义。所以律师要把为搞好大中型企业提供法律服务摆在开展律师业务的第一位。同时贯彻改革开放的方针需要有法律作保障，外商来华投资，第一个顾虑是他们的合法权益是否有可靠的法律保障。我国律师为消除他们的顾虑，为了引进外资和技术，发展外向型经济，做了大量的工作，经验是丰富的。这本书介绍了这方面的经验，将会受到法律界与中外企业家的欢迎。

第四，律师管理工作要规范化，该书在这方面也进行了有益的探讨。特别是把律师从业清廉问题作为一个重要课题进行研究，这是抓住了要害。执政党的党风问题关系到党的生死存亡，律师是不是严格遵守职业道德，关系到这个制度的兴衰成败。我国律师队伍是一支年轻的队伍，有广阔的活动天地，有美好的发展前途，一定要从开始就从严要求，严格管理，严格教育，严格纪律，建设成世界上最好的一支律师队伍。

这本书是由多位专家写成，难免有不够协调的地方，内容也会有不妥之处，希望读者评判。

蔡 诚

一九九二年二月

目 录

第一章 律师制度概述	1
第一节 律师制度的概念	1
第二节 律师制度的性质	4
第三节 律师制度的意义	7
第二章 律师制度的沿革	13
第一节 外国律师制度的沿革	13
第二节 中国律师制度的沿革	28
第三章 各国律师制度比较研究	43
第一节 律师人数及分布情况的比较	43
第二节 律师的分类比较	46
第三节 取得律师资格的比较	52
第四节 律师活动范围的比较	61
第五节 律师的职业道德、办事规则及惩戒的比较	78
第六节 律师的报酬、税收政策的比较	93
第七节 律师服务国际化的比较	98
第四章 律师组织及律师管理	106
第一节 律师工作机构	106
第二节 律师协会	110
第三节 律师管理	112
第五章 刑事辩护制度	139
第一节 律师辩护制度概述	139
第二节 辩护律师的诉讼职能和诉讼地位	146
第三节 一审程序中的律师辩护	149

第四节	二审案件中的律师辩护	159
第六章	刑事诉讼代理制度	170
第一节	刑事诉讼代理制度概述	170
第二节	刑事自诉案件的律师代理	176
第三节	公诉案件中的律师代理	182
第四节	刑事附带民事诉讼的律师代理	189
第五节	申诉的律师代理	192
第七章	民事诉讼代理制度	195
第一节	民事诉讼代理制度概述	195
第二节	民事诉讼代理的范围、种类和代理权	206
第三节	民事诉讼代理的诉讼地位和诉讼权利、义务	221
第四节	民事诉讼代理的程序	227
第八章	行政诉讼代理制度	252
第一节	行政诉讼代理制度概述	252
第二节	行政诉讼中的律师代理	262
第三节	各个诉讼阶段中的律师代理工作	267
第四节	行政侵权和行政赔偿中的律师代理	273
第九章	非诉讼代理制度	281
第一节	非诉讼代理制度概述	281
第二节	非诉讼代理的特征和范围	286
第三节	律师代理非诉讼调解	294
第四节	律师代理非争议法律事务	304
第五节	律师代理行政复议	321
第六节	律师代理清理债权债务	329
第十章	国内仲裁代理制度	338
第一节	国内仲裁代理制度概述	338
第二节	国内经济合同仲裁代理	343
第三节	技术合同仲裁代理	359
第四节	劳动争议仲裁代理	362

第五节	消费纠纷仲裁代理	370
第十一章	涉外仲裁代理制度	377
第一节	我国的涉外经济贸易和海事仲裁制度	377
第二节	我国涉外仲裁制度与其他国家仲裁制度的比较	387
第三节	律师在涉外仲裁程序各阶段的代理	397
第四节	律师代理当事人执行仲裁裁决	415
第十二章	法律咨询、代书制度	426
第一节	法律咨询	426
第二节	代书制度	437
第十三章	律师担任法律顾问制度	449
第一节	法律顾问制度概述	449
第二节	律师担任企业法律顾问	450
第三节	律师担任政府法律顾问	468
第十四章	律师从业清廉制度	488
第一节	建立律师从业清廉制度的意义	488
第二节	从业清廉制度的主要内容	495
第三节	执行律师从业清廉制度的保障措施	500
第四节	律师惩戒规则	518
第十五章	我国律师体制改革的现状与展望	522
第一节	我国律师队伍的现状	522
第二节	我国律师制度已进行过的若干改革	527
第三节	合作制律师事务所的现状及其展望	531

第一章 律师制度概述

第一节 律师制度的概念

律师制度属于国家一种法律制度，它同其他法律制度比较起来既有相同之处，又有不同之点。其相同之处是，它们都不是自古就有，而是社会发展到一定历史阶段的产物，也就是说，它们是属于历史范畴。其不同之点是，作为一种法律制度的律师制度，并不是同国家与法律同时产生的，而是在国家与法律出现之后，经历了相当长的时期，适应一定国家法制的需要，逐渐形成和发展起来的。

对律师制度概念如何表述，从已经出版的论著上看，是不尽相同的。归纳起来主要有以下几种：其一，表述为，律师制度是国家确认的，由取得合法资格的律师，通过其业务活动，在无损于统治阶级的前提下，对公民和社会组织提供法律帮助，以保护当事人的合法权利和经济利益的法律制度。其二，表述为，律师制度是作为国家法律工作者的律师，以向国家机关、各类经济组织和公民等等提供法律帮助的方式，通过业务活动，为巩固和发展经济制度、加强与发扬法制与民主而实行的一项法律制度。其三，表述为，律师制度是指国家法律规定的有关律师的资格，律师的性质、任务、业务范围的管理体制，律师的权利、义务、工作原则以及律师如何向社会提供法律服务的法律制度。其四，表述为，律师制度是指由国家法律规定有关律师参与诉讼活动或非诉讼活动以及处理其他法律事务的一项制度。律师制度是国家法律规定的一项司法制度。

上述对律师制度概念的表述各有其一定的道理，但有两点需要指出，第一种观点认为，律师制度是律师“在无损于统治阶级的前提下，对公民和社会组织提供法律帮助”。这实际上是将律师制度同其他法律制度看成不是统一的，而是矛盾的。在阶级社会里，统治阶级设立任何一项法律制度，都是为了有利于巩固和加强其统治，律师制度既然是一种法律制度，它就会从政治、经济等方面去维护和巩固统治阶级的政权，而不是仅仅起着“无损”的作用。第四种观点认为，律师制度就是国家法律规定的一项司法制度，这种看法也是欠妥的。虽然司法制度与律师制度有一定联系，司法制度某些具体制度与律师制度中的某些具体制度甚至有交叉。但在多数场合下，二者联系不大或者没有什么联系的，因此，把二者等同起来的看法是不科学的，同实际情况是相违背的。

根据以上辨析，我们对律师制度作如下表述：

律师制度是指国家法律规定的有关律师的性质、任务、组织和活动原则，以及如何向社会提供法律服务的各项规章制度的总称。从律师制度的这一概念，可以看出以下几点：

一、律师制度必须以国家法律的确认为其存在的前提。在原始社会里，没有阶级和阶级矛盾，也没有国家与法律，“一切事端纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各氏族互相解决”^①。也就是说，在原始社会里没有诉讼纠纷，当然也就不存在律师制度。当人类进入阶级社会以后，由于阶级矛盾日益尖锐，统治阶级为维护其统治秩序，制定了许多法律、法令和规定。与此相适应，社会上出现了学习、研究法律的法学家阶层，他们时常就如何执法等问题向司法、行政官员提供意见。在社会上，他们向平民百姓解答法律问题，为诉讼当事人提供咨询服务，代理当事人参加诉讼。由于这些人的活动有利于统治秩序

① 《马克思恩格斯全集》，第21卷，第111页。

的稳定，最早在古罗马奴隶制国家产生了职业律师，并在法律上规定为一种制度。以后英、法等国的封建律师制度，或者近代资产阶级的律师制度也都类似这种情况。没有国家法律的确认，律师制度既不可能产生，也不可能在社会上存在。

二、向社会提供法律服务是律师制度的核心内容。律师是专门的法律工作者，以熟悉法律为专长，以提供法律服务为职责。

《律师暂行条例》第一条规定：我国律师的任务是“对国家机关、企业事业单位、社会团体、人民公社和公民提供法律帮助，以维护法律的正确实施，维护国家、集体的利益和公民的合法权益”。随着改革、开放政策的贯彻实施，律师业务范围已经突破了律师暂行条例的规定范围。律师诉讼代理业务、行政诉讼代理业务、非诉讼法律事务代理业务广泛开展，律师不仅为企业事业单位担任法律顾问，而且也为政府部门决策提供法律服务；律师不仅为内地当事人提供法律服务，而且为港、澳、台同胞提供法律服务，还为外国投资者提供法律服务，其服务领域越来越广泛。

三、律师的业务活动必须在法律允许的范围内进行。律师暂行条例对律师的业务范围和活动原则都作了规定，律师应严格依法进行活动，不能违反或者超越法律。律师的工作内容以当事人的委托为前提，维护法律的正确实施，保护当事人合法权益是律师执行任务的根本目的。律师向当事人提供法律帮助，要服从于律师执行任务的根本目的，任何有损于法律的正确实施，有损于国家、集体和公民的合法权益的活动，都是违背律师执行任务的根本目的的。对于当事人的要求，合法的、合理的一定要支持、要维护，而不能以维护法律为借口，损害当事人的合法权益；同时又不能是因为受委托、受聘请，一味满足当事人的非法要求，甚至歪曲法律，去迎合当事人的私利。

第二节 律师制度的性质

律师制度性质有两层意思：其一，任何一个国家都有好多种法律制度，律师这种法律制度同其他法律制度之间，其性质是不同的。其二，不同社会制度国家之间，其律师制度性质也是不同的。我们这里研讨的主要是后者，前面已经指出，律师制度是整个法律制度的一个组成部分。我们知道，法律制度属于上层建筑，为社会经济基础所决定，并服务于社会经济基础。作为法律制度组成部分的律师制度，其性质只能是同国家法律制度相适应的。就当今世界来说，社会制度基本上有两种：一种是社会主义制度，一种是资本主义制度。与此相适应，律师制度也有两种：一种是社会主义性质的律师制度，一种是资本主义性质的律师制度。我国是人民民主专政的社会主义国家，我国的律师制度是社会主义性质的律师制度，它同资本主义律师制度在性质上是根本不同的。这种不同主要表现在以下几个方面：

一、所赖以存在的经济基础不同。我国律师制度是建立在社会主义公有制基础之上的，这就决定了我国的律师制度是服务于社会主义经济基础的，属于社会主义上层建筑的一部分。我国的律师工作机构，无论是属于国家办的，还是属于集体办的，都要为巩固社会主义经济基础服务，为社会主义事业服务。而资本主义国家的律师制度是建立在私有制基础之上的，是为巩固私有制服务的。

二、阶级实质不同。律师制度的性质由国家法律制度所决定，有什么性质国家法律制度，就有什么性质的律师制度。因此，律师制度是有阶级性的。我国是人民民主专政的社会主义国家，国家建立律师制度，成立律师机构，组织律师队伍，其根本目的是为了维护法律的正确实施，维护国家、集体和公民的合法权益，从而达到巩固人民民主专政，健全社会主义法制，促

进四化建设顺利进行。而在资本主义国家，由于其国家性质所决定，所成立的律师机构、组织的律师队伍，其根本目的是为维护资产阶级统治和资本主义制度服务的。

三、服务对象不同。在我国，律师的法律服务是面向全社会的，无论什么人、什么事，只要涉及到法律，甚至是群众间的一般纠纷，都可以委托律师予以办理。律师应委托人的要求，根据事实与法律给予所需的法律帮助，以保护委托人的合法权益。同时，律师提供的法律服务不是无偿的，而是根据社会主义按劳分配的原则，并按照国家法律规定标准取得一定数额的报酬。这种报酬是律师从事法律服务的劳动所得。从律师实际收费情况看，是贯彻了低收费原则。在我国决不存在以经济因素来限制服务对象的问题。而在资本主义国家，律师从事业务根本目的是盈利，律师所提供的法律服务优劣和多少，完全体现在当事人给付的报酬上。“看人说价，看价办事”。因此，一般平民百姓由于付不起昂贵的费用而请不起律师，特别是请不起大律师和名律师。以美国来说，律师收费每小时最低价30美元，最高300美元。所以，只有少数富人才能请得起律师，对于这一点，就连美国前总统卡特也不得不承认。他在1978年5月4日洛杉矶美国律师协会一百周年午餐会致词中说：“可用来为城市贫民服务的只是少数……法律帮助，通常对于大多数美国中等阶级也一样是高不可攀的。”

四、律师机构的特点和活动原则不同。我国的律师工作机构，按律师暂行条例规定叫法律顾问处，1984年8月后一般改称律师事务所。不论是法律顾问处或者是律师事务所，都是属于国家或者集体事业单位，受司法行政机关的组织领导和业务监督。律师个人都必须在国家或者集体举办的律师事务所里有领导、有组织地开展业务工作，统一收案，统一收费。其业务活动必须根据事实，依照法律，对于当事人的要求，合理的应当予以支持，一切合法利益应当予以维护。忠于职守，成绩显著，应受奖励；违反纪律，玩忽职守，要受到处分；如果违法失职，要受到法律

制裁。而在资本主义国家，律师机构都是由律师私人组织的，以营利为目的的自由职业组织。其业务活动，由于律师是受雇于当事人，律师都将其业务活动作为牟取金钱的手段，谁给的钱多，就为谁服务。恩格斯在评论英国律师时曾指出：“在这里律师就是一切，谁对这一堆乱七八糟矛盾百出的法律杂烩，确实花费了足够的时间，谁在英国法庭上就是全能。”^①恩格斯这段话虽然是在评论英国律师时说的，实际上对整个资本主义国家律师都是适用的。

这里应当指出，律师制度的性质与律师的性质是两个概念，不是一个概念。律师制度性质所要解决的，是律师制度与国家法律制度的关系，律师制度与社会经济基础的关系，指明律师制度是国家法律制度的重要组成部分，它是由社会经济基础决定的。因此，律师制度具有鲜明的阶级性，它的阶级性是与国家法律制度的阶级性相适应的。律师的性质所要解决的是律师属于何种职业。在我国，人们由于社会分工不同，形成好多种职业，例如，工人做工，农民种田，教师教书，医生看病等等，其各自的职业是不同的。律师也是一种职业，许多论著或者文章对律师的概念都这样写道：律师是指由国家授予资格并准予执业的，专门接受公民、法人或者组织的委托、聘请、请求及法院指定，协助他们进行诉讼或者处理其他法律事务，以维护其合法权益的法律专业人员。法律专业人员，也就是从事法律职业的人员。

我国《律师暂行条例》第一条规定：“律师是国家的法律工作者。”有些论著和文章认为，这是我国律师与资本主义国家律师阶级本质区别重要之点。这种观点是值得商榷的。实际上，不同社会制度国家的律师，最根本的区别是阶级本质不同，而不在于国家法律工作者或者自由职业者的名称上的不同。我国是人民民主专政的社会主义国家，律师掌握的是社会主义法律，律师无论

^① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第702页。

是在国家举办或者集体举办的律师机构里工作，都不会改变其社会主义性质。同时，《律师暂行条例》规定：“律师是国家的法律工作者。”这在当时历史条件下是必要的。但是，随着改革、开放方针的贯彻执行，律师制度的改革也势在必行。合作制律师事务所正在试办之中，一个以国家举办和合作举办并存发展的新格局，正在逐步形成。在这种新的形势下，如果仍然坚持我国律师的性质是国家的法律工作者，已经同客观形势的发展根本不相适应了，所以有人提出将律师是国家的法律工作者，改为律师是从事法律服务工作的专业人员。这个意见是值得考虑的。当然，律师制度的性质与律师的性质虽然是两个概念，但二者又是有着重要联系的。这种联系就是律师制度的性质决定律师职业的性质；同时，律师制度的性质又通过律师性质来体现。

第三节 律师制度的意义

律师制度是一项比较古老的法律制度，在世界绝大多数国家都有比较长的历史。我国律师制度建立时间较短，基本上还是在创建与发展中阶段，由于改革、开放方针的贯彻执行，在一手抓改革，一手抓法制的战略思想指导下，律师制度正呈现出蓬勃发展的可喜局面，并越来越显示出它的重要意义。这种重要意义主要表现在：

一、有利于加强社会主义法制

我国从1957年至1979年，律师制度被取消。在“十年文化大革命”期间，林彪、“四人帮”反革命集团疯狂推行封建法西斯专制主义，制造了大量的冤案、假案和错案，它从反面告诉我们，律师制度是加强社会主义法制的的一个不可缺少的环节。历史和现实都已证明，没有律师制度，就不可能有健全的社会主义法制。所以，1979年党的十一届三中全会以后，我国决定重建律师制度。1980年邓小平同志郑重指出：“律师队伍要扩大，不搞这

个法制不行。”这是因为，要加强社会主义法制，不仅要靠司法人员依法办事，充分发挥司法制度的重要作用，而且要调动全体律师的积极性，充分发挥律师制度的作用。律师是专门的法律工作者，以提供法律服务为职责。由于国家机关、企事业单位、社会团体和公民所从事的工作各不相同，所涉及的内容也相当复杂。他们各自很难做到熟悉相关的法律，在各自从事的工作和活动中，也不可避免地涉及到一些法律问题，或者由此发生一些纠纷，这就给他们单位或个人的工作、生活带来影响或者损害。要想避免不利的影响或者损害，就需要借助于法律。这些繁杂的法律事务在好多情况下，都需要委托熟悉法律的律师帮助处理。律师就是面对这样广泛、多样的社会对法律的需求，向诉讼当事人以及其他公民、法人、非法人组织提供法律服务，使其合法权益得到维护，使违法犯罪行为依法受到惩处，使社会主义法制得到加强。

二、有利于实现司法制度民主化

司法制度民主化是国家建立民主政治的重要标志之一。我国所确定的社会主义司法制度，是社会主义法制不可分割的部分。我国宪法和法律规定的一系列的法律制度是司法制度民主化的重要措施。如公开审判制度、陪审制度、辩护制度、代理制度、回避制度等。其中辩护制度、代理制度也是属于律师制度的重要组成部分。建立和完善律师制度，是加强我国社会主义司法制度民主化所必需的。我国宪法、刑事诉讼法、民事诉讼法、法院组织法等虽然规定了公开审理、辩护、代理等制度，以保障诉讼活动的顺利进行，但是，如果没有相应的律师制度，法律规定的上述制度是很难实现的，司法制度民主化也就无从谈起。

这里需要强调指出的是，司法制度民主化对于保证刑事被告人辩护权的实现至关重要。我国《宪法》规定：“人民法院审理案件，除法律特别规定的情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护。”给被告人辩护权，是我国司法制度民主化的一个重要

表现，它同封建专制是格格不入的。在中国封建社会，诉讼当事人完全是被审问的对象，毫无诉讼权利可言。在封建衙门的大堂上，犯人连最起码的保障和申辩权利都被剥夺。昆曲“十五贯”中的过于执对于被告人苏戍娟、熊友兰的严刑拷打，并把他们的正当申辩说成是“伶牙俐齿”就是一个鲜明的例证。十年动乱时期林彪、“四人帮”为了建立封建法西斯统治，攻击社会主义法制的民主原则，肆无忌惮地破坏我国宪法所规定的关于陪审、公开审判、辩护、审判监督等项制度，这同历史上封建法西斯统治是一脉相承的。所以，毛泽东同志曾尖锐地指出，林彪、“四人帮”搞的这一套是“封建法西斯式的审查方式”。

被告人有权获得辩护，被告人除了自己进行辩护外，还可以聘请其他人为其辩护，人民法院认为必要的时候，也可以指定辩护人为其辩护，这些都属于被告人行使辩护权的范围。律师参加刑事诉讼，充当辩护人，法律规定有两种形式，即委托辩护和指定辩护，《刑事诉讼法》第二十六条规定的被告人可以委托律师为他辩护，这就是委托辩护。而在被告人未能或没有委托辩护人时，法律作了指定辩护的规定。从诉讼阶段来说，被告人在侦查、起诉和审判阶段，都享有辩护权。我们这里主要谈审判阶段辩护权行使的有关问题。

审判阶段是刑事诉讼中最为重要的阶段。在这个阶段要确定被告人是否构成犯罪，如果构成犯罪，犯的是什么罪，应如何进行处罚等，这是关系到解决被告人的人身自由，甚至生杀予夺的重大问题。在这个阶段，检察人员、辩护人、被告人都从不同的侧面对案件的事实、性质、情节、证据等发表意见，提出看法。审判人员既要听取检察人员的指控，又要听取辩护人、被告人的辩护；既要注意证明被告人有罪的一面，又要注意证明被告人无罪的一面；既要注意证明从重或者加重被告人刑事责任的一面，又要注意证明从轻或者减轻被告人刑事责任的一面。只有这样，才能保证人民法院公正地、全面地判断案情，正确地适用法律，