

律师 业务知识

LÜSHI
YEWU ZHISHI

律师业务知识

周 奔 编著

广西人民出版社

律 师 业 务 知 识

周 卉 编 著

☆

广西人民出版社出版

(南宁市河堤路14号)

广西新华书店发行 桂林漓江印刷厂印刷

开本787×1092 1/32 7.5印张 153千字

1985年5月第1版 1986年9月第2次印刷

印 数 20,001—39,000 册

书号: 6113·10 定价: 1.10元

说 明

社会主义律师制度是社会主义司法制度的重要组成部分，它对于健全社会主义法制、巩固和发展社会主义经济基础有着重要作用。党的十一届三中全会强调指出：“必须加强社会主义法制”。我国于一九七九年秋恢复已中断二十年的社会主义律师制度，就是加强社会主义法制的一项重要措施。全国五届人大常委会第十五次会议于一九八〇年八月二十六日通过的《中华人民共和国律师暂行条例》（简称《律师暂行条例》），是我国社会主义律师制度发展的新的里程碑，它对健全我国的律师制度、壮大人民律师队伍，具有极其重要的意义。

为了帮助从事律师工作的同志学习《律师暂行条例》，掌握基本的律师业务知识，一九八一年上半年，笔者参考有关材料，吸取律师工作的实践经验，赶编了《律师业务知识》的讲课材料。此材料经广西

司法局（现为司法厅）的蓝锦林和蓝威同志审查、修改，于一九八一年六月在广西第一期律师训练班上试用，后来印成内部学习资料供同行参考。现在，经进一步修改、补充，由广西人民出版社出版。由于笔者水平低、经验少，缺点、错误在所难免，谨望读者批评、指正。

作 者

一九八三年七月于南宁

目 录

第一章 律师制度概述	(1)
第一节 律师和律师制度	(1)
第二节 我国律师的组织与活动	(27)
第二章 解答法律询问与代写法律文书	(48)
第一节 解答法律询问	(48)
第二节 代写法律文书	(57)
第三章 担任代理人	(97)
第一节 有关代理的知识	(98)
第二节 民事诉讼代理	(110)
第三节 非诉讼事件代理	(125)
第四节 涉外民事代理	(148)
第五节 刑事自诉案件代理	(156)
第四章 担任辩护人	(164)
第一节 辩护制度	(166)
第二节 律师在辩护中的特殊作用	(175)
第三节 律师辩护的准备工作	(181)
第四节 律师出庭辩护	(208)
第五章 担任法律顾问	(221)

第一章

律师制度概述

第一节 律师和律师制度

一、律师和律师制度的历史

(一) 什么是律师

律师，是受当事人委托或法院指定，协助当事人进行诉讼或者处理其他法律事务的专业人员。

律师，英语为lawyer。law译为汉语即法、法律，yer就是工作者、师、家，lawyer也就是“法律之师”。由于我国由秦朝至清朝的漫长的封建社会都把国家的法律称之为“律”，所以lawyer也自然而然地被译成了“律师”。

在诉讼史上，律师也被称为“辩护士”、“讼师”。但此类称法就律师的含义来说，都不够完整、确切。因为“辩护士”很容易被理解为“辩护人”，即为被告人辩护的人，而律师并不仅仅是辩护人；“讼师”最初是指专门以替别人

进行词讼为业的人，后来也包括唆使他人兴起诉讼的人，即挑词架讼的“讼棍”，而律师不等于讼棍。

在英国，没有一般的“律师”的称呼，只有“巴律师”（“大律师”、“出庭律师”、“辩护律师”）和“沙律师”（“小律师”、“不出庭律师”、“初级律师”、“撰状律师”）之称。巴律师具有名誉公职性质。巴律师又分为国王的巴律师（“王室律师”）和次级巴律师。巴律师的活动主要是出庭辩护，能出席除大陪审庭以外的各级法院的庭审辩论。沙律师主要是从事诉讼准备阶段的各项事务工作和处理非诉讼事务。沙律师虽然曾被称作“不出庭律师”，但实际上也可以在郡法院、治安法院、皇家法院和某些专门法庭出庭。

在美国，通称“律师”。但按工作性质又分为：①“挂牌律师”（自己开办律师事务所——“法律店”的律师）；②政府机关雇用的律师；③大企业公司雇用的律师。按专业性质则分为：“公司律师”、“劳资律师”、“税法律师”、“保险律师”、“离婚律师”等多种。

在日本，律师被称作“辩护士”（兼职律师被称作“客员辩护士”，候补律师被称作“辩护士试补”），亦被称作“在野法曹”（法曹：泛指法律界的人，即法律工作者的总称；特指检察官、裁判官和律师）。

在我国，清末仿照西方国家，称作律师。民国时期，律师被划分为“大律师”（出庭律师）与“小律师”（撰状律师）。新中国实行社会主义律师制度，沿用律师之称。我国律师《条例》根据我国律师工作的性质特点，明确规定“律师是国家的法律工作者”。

(二) 什么是律师制度

律师制度是司法制度的一个重要组成部分，是一项司法民主制度，属于上层建筑范畴，是为统治阶级的经济、政治利益服务的，具有强烈的阶级性。

律师制度的概念：概括地说，律师制度是国家法律规定的有关律师参与诉讼活动或参与处理其他法律事务的制度。或者说，律师制度是国家法律规定的有关律师、律师组织与律师活动的制度。具体来说，可以表述为以下四点：

1. 律师制度是国家法律规定的一项司法制度。律师的活动关系到统治阶级的利益，必须具有法律依据；没有国家法律的认可，任何人都不能公开地开展律师业务活动。事实上，从律师的性质、业务、职责、权利、资格到律师的组织机构与活动原则等，都是由国家法律规定的。

2. 律师制度是一项司法民主制度。律师依法参与诉讼活动，帮助当事人充分实现诉讼权利，维护当事人的合法权益，是司法制度民主化的一个显著标志。

3. 律师制度是通过律师依法参与诉讼活动或处理其他法律事务、为当事人提供法律帮助的司法制度。律师是以辩护人或代理人的身份为当事人提供法律帮助的，因此，与检察院、法院的人员不同，律师的业务活动是服务性的，律师的意见仅起顾问、参考作用。

4. 律师制度是为统治阶级的根本利益服务的司法制度。作为上层建筑的司法制度，是为其经济基础服务的。在阶级社会里，由于民主是阶级的民主，司法制度是统治阶级的司法制度，是按照统治阶级的意志和利益建立起来的，所以，

作为一项司法民主制度的律师制度从本质上说，是为统治阶级服务的。尽管律师在名义上是为“所有的人”服务，但实际上他们必须在统治阶级法律规定的范围内活动，任何越轨行为、特别是妨害统治阶级根本利益的行为，是不允许的。

从律师的产生，到律师制度的形成，经历了一个相当长的发展过程。在国家没有用法律规定律师组织与律师业务活动之前，虽然社会上已经存在从事律师工作的人，但律师活动还属于个人活动性质，当时也没有形成律师制度。

（三）律师和律师制度的历史

律师是依照国家的法律进行活动的。律师是在法律产生和盛行之后才产生的。律师制度是在律师出现之后，随着律师工作的发展而逐渐形成的。就是说，律师、律师制度是法律制度、司法制度、诉讼制度发展的产物，律师制度是司法制度的重要组成部分。

律师，最初作为诉讼代理人，是在欧洲的奴隶制国家罗马共和国出现的（公元前六世纪——公元前一世纪）。在罗马共和国后期（公元前三世纪——公元前一世纪），由于罗马奴隶主贵族不断对外侵略扩张，获得了大批奴隶（战俘）并扩大了对外贸易，使罗马奴隶制经济得到了很大的发展。与此相适应，在诉讼制度上也有了新的发展。随着“职业法律”的产生，在民间出现了诉讼代理人。到罗马帝国时期（公元前一世纪——公元五世纪），这种民间诉讼代理逐渐形成为国家所公认的律师制度（尽管当时还没有“律师”这一名称）。在罗马帝国后期（公元三世纪——五世纪），君权公开确立后，由于诉讼代理有利于维护集权统治，君主以

诏令确认了诉讼代理，因此，不仅民事诉讼代理人有了法律依据，而且法律还允许有刑事辩护人（称为“辩护士”）出庭，从而形成了律师制度的最初形态。当时的“律师”，必须受过五年法律教育，经过考试，并分为“从业律师”与“候补律师”两类。当时还划分了“管区”，每个管区规定有一定的律师限额，不能超过限额；“从业律师”缺额时，可由“候补律师”补缺。

在我国古代，也有类似的诉讼代理人（“律师”）。例如，春秋末期郑国的大夫邓析（公元前五四五年——公元前五〇一年），他是与当时郑国的卿子产（？——公元前五二二年）齐名的法学家。邓析善于辩讼。据《吕氏春秋·精谕》记载，邓析“以非为是，以是为非，是非无度，而可与不可日变。所欲胜，因胜。所欲罪，因罪。”这就是说，邓析同当时的奴隶主法律大唱反调。法律认为“非”的他认为“是”，法律认为“是”的他认为“非”，“是”与“非”没有一定的标准，可做与不可做（对与不对）随时变；他想辩赢的，就要赢。他要辩成什么罪，就要定为什么罪。因此，《淮南子》说邓析“巧辩而乱法”。结果，邓析只活了四十四岁就被奴隶主贵族骟杀害了。又如，唐朝的《唐律疏议·斗讼》中规定：“诸为人作辞牒，加增其状（将罪情夸大），不如所告者（与事实不符）笞五十，若加增罪重，减诬告一等（按诬告罪减一处罚）。”“其军府之官，不得辄受告事辞牒。”“为人雇倩作辞牒，加增告状者，笞五十。若加增其状，得罪重于笞五十者，减诬告罪一等。”（注：《唐律疏议》是对公元六五一年的唐朝《永徽律》的律文注释；《斗

讼》是唐律中的一篇。斗指斗殴，讼指告劾和诉讼，《斗讼》是关于斗殴和告讼的规定。）上述所谓“作辞牒”，就是平常所说的写“状子”（诉状）。这种“作辞牒”的人，被称为“刀笔师爷”，贬称“刀笔邪神”；官府中专作刻写的小官，则称作“刀笔吏”。关于“刀笔”的来历说法有二：一是古代最初以竹简为书籍，竹简上的字是用刀所刻，因此后来将刻写者称为“刀笔”，亦称书写者为“刀笔”；二是形容代写诉状的人笔杆子很厉害，犹如利刀一样，故称“刀笔”。

不过，我国古代所说的“刀笔吏”虽然被称为“讼师”，但实际上并不象西欧各国的诉讼代理人那样参加诉讼活动，只是写写“状子”，即只担任律师的代书业务。

律师制度产生于奴隶社会，按道理，到封建社会应该有进一步的发展。但事实上正好相反，随着封建专制制度的形成和发展，君权、神权合一而且神圣不可侵犯，因此律师制度在封建社会不仅没有得到发展，而且受到了摧残。特别是在中世纪（公元五——十七世纪），西欧各封建主义国家，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，律师制度因而无法得到发展。

在我国，从公元前二二一年秦始皇建立统一的中央集权制的封建国家，到公元一九一一年辛亥革命推翻清王朝统治的两千多年间，一直实行先入为主的野蛮的刑讯逼供的刑事诉讼制度，不允许被告人申辩，也不允许他人为其辩护，因

此，社会上只存在代人写诉状之类的“讼师”，没有出庭辩护式的律师。

律师这个名称，是到资本主义社会之后才有的。以在法庭上进行言词辩论（即实行自由辩论原则）和给被告人辩护权为特点的近代律师制度，是十七、十八世纪欧美资产阶级民主革命的成果。当时，英、法资产阶级著名的启蒙学者、思想家，如英国的李尔本（公元一六一四年——一六五七年）、洛克（公元一六三二年——一七〇四年）和法国的孟德斯鸠（公元一六八九年——一七五五年）、伏尔泰（公元一六九四年——一七七八年）、卢梭（公元一七一二年——一七八八年）、狄得罗（公元一七一三年——一七八四年）等人，针对封建专制的等级制度、宗教特权、司法专横等，提出了“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——给当事人辩护权和在法庭上进行自由辩论的民主审判方法；同时还针对封建专制的“有罪推定”、“神明裁判”、刑讯逼供等野蛮的刑讯制度，提出了“在法律面前人人平等”、“无罪推定”、“罪刑法定”、“法不溯既往”、“罪刑相应”等资产阶级法制原则。上述资产阶级的革命口号和民主要求，在资产阶级革命成功之后，被纳入了资产阶级的法律，从而作为资产阶级民主在法律上的表现的辩护权、自由辩论原则和律师制度等，得到了大大的发展。如一六七九年五月二十六日，在英国斯图亚特王朝的查理二世被迫签署的《人身保护法》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，从而使英国最先有了帮助被告人行使辩护权的职业律师。后来，法、美等国通过资产阶级革命也逐步从法律上确立了律师制度。到了一八〇八年，法国拿破仑《刑事诉讼法典》将辩论和辩论原则以及律师制度系统化之后，律师制度在资本主义国家得到了普遍的发展。至本世纪七十年代，律师制度更发展到了惊人的程度。一九七八年五月四日，美国总统卡特在洛杉矶纪念美国律师协会成立一百周年的午餐会上致词说：“在世界上，我们的律师高度密集——每五百名美国人中就有一名律师——比英国多三倍，比西德多四倍，比日本多二十一倍”；“在纽约市，拥有三万五千名律师——每二百名人中有一名律师。”

据日本最高法院的统计资料，几个主要资本主义国家的人口与律师的比率如下表所示：

国名	人 口 数	律 师 数	律 师 与 人口比率	十万人人口 中律师数
美国	(至1978年4月) 218100000	(至1978年) 424980	1 : 513	194.9
英国	(至1977年6月推定) 49119000	(至1976年) 约35131	1 : 1398	71.5
意大利	(至1961年10月) 49904000	(至1960年12月) 34461	1 : 1448	69.1
西德	(至1977年推定) 61400000	(至1977年1月1日) 31167	1 : 1970	50.8

续表

国名	人 口 数	律 师 数	律 师 与 人口比率	十万人中 律师数
法国	(至1977年推定) 53080000	(至1977年) 8475	1 : 6263	16
日本	(至1978年10月1日) 115174000	(至1979年4月26日) 11552	1 : 9970	10

在资本主义国家，律师的名称不一，有的叫律师，有的叫代言人，有的叫辩护士，有的叫辩护人。律师组织形式与律师活动方式也各异。但有一点却是共同的，即律师制度很受资产阶级统治集团的重视，因而律师都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公职候选人要走的路。到现任美国总统罗纳德·里根为止的四十名（共四十九届）美国总统，其中有二十三名总统出身于律师；在美国国会中，众议员与参议员百分之六十以上出身于律师；许多州长担任过律师；州议会的议员绝大多数是律师；在美国政府行政部门有一万一千多名律师，在美国军队里有五千多名律师正在担任法律顾问。可见，美国律师在政治和政府中具有相当巩固的地位，律师职称吸引着相当多的美国知识分子。在美国，由于法院组织重叠，法律体系极为庞杂，诉讼程序特别繁琐，没有充分的法律知识，没有律师提供法律帮助，几乎是寸步难行。为了满足美国资产阶级的需要，现在美国每年在校学习法律的学生已达十多万人，每

年有将近五万的法律院校毕业生充实律师队伍。据一九八〇年的统计，美国律师已达四十九万名，与其二亿二千四百万人口总数相比，已达到每四百五十七人中就有一名律师。到一九八三年五月，美国律师增到了六十一万名，不到四百人中就有了一名律师。总之，随着资本主义私有制的高度发展，资本主义社会内部矛盾的日益尖锐化，资本主义国家法律的更加繁琐、混乱，资产阶级为了维护自己的利益，需要大批的律师，律师制度在各资本主义国家都得到了空前的发展。

无产阶级制定的律师制度，萌芽于法国一八七一年的巴黎公社。一八七一年四月十七日通过的《公社军事法庭确定审判程序和惩罚措施的决议》中规定：“被告有辩护权。被告自己选择的或法庭指定的辩护人，有权和被告交谈；辩护人可以就地调阅诉讼文件”；法庭要“听取被告及其辩护人的意见，他们可以在最后发言”。同月二十二日，巴黎公社在关于建立“起诉法庭”的决议中确认：法律上人人平等、法官选举、辩护自由是公社司法的三大原则。并规定：“被告可以自由地选择辩护人，甚至可以不在律师团体中选择”；也可以由“被告及其代理人进行辩护”。同时在公社的民事仲裁法庭的诉讼制度中，规定了代理制度。当时，巴黎公社保留了原有的律师团体，让其中的进步律师开展律师业务活动。但是，由于巴黎公社只存在七十二天，因此所实行的律师制度，还仅仅是无产阶级制定的新的律师制度的萌芽。

正式建立社会主义律师制度，是在俄国十月社会主义革命成功之后。苏联全俄中央执行委员会一九一七年十一月二

十四日公布的“关于法院的第一号法令”，废除了沙皇的律师组织和律师制度，规定在法庭审理阶段或在侦查阶段准许一切享有公民权利的、品质良好的公民参加控诉和辩护。就是说，在没有来得及用新律师组织代替旧律师组织的情况下，把担任辩护人（或代理人）的权利交给了享有公民权的公民。接着，在同年十二月十九日苏俄司法人民委员部颁布的“关于革命法庭及其组成人员、应辖案件、应科刑罚和庭审程序”的指示中规定：革命法庭附设“法律保护人协会”，其成员担任公诉人和辩护人的职务；并规定革命法庭审理案件公开进行，准许进行控诉和辩护；除了享有公民权的公民经当事人委托有权以辩护人的身份出庭外，还可以从到庭旁听的公民中推举控诉人和辩护人各一人参加当事人的辩论。一九一八年三月七日颁布的“关于法院的第二号法令”，根据列宁的建议，规定“在工兵农代表苏维埃（或法院）下设法权保护人处，担任社会告诉及公设辩护人职务。该处人员，由工兵农代表苏维埃选出。只有该处人员有权收费出庭担任社会告诉人及辩护人。”上述“法权保护人处”，虽然还不是单纯的律师组织（附属于法院或苏维埃、有告诉和辩护两种职能），但说明在列宁领导下，苏俄对自由辩论原则和律师制度进行了改造。五月四日，列宁签署的人民委员会关于革命法庭的指示，又把“告诉”的职能从“法权保护人处”划出，由苏维埃下级的“告诉人协会”（“告诉人处”）执行，于是使“法权保护人处”成了单纯的律师组织。但是到这一年十一月，苏俄颁布了《民事诉讼法》，又规定在县、郡两级执行委员会下附设“辩护人、告诉人和民事诉讼代理人处”，