

叶 青 顾跃进 · 主编

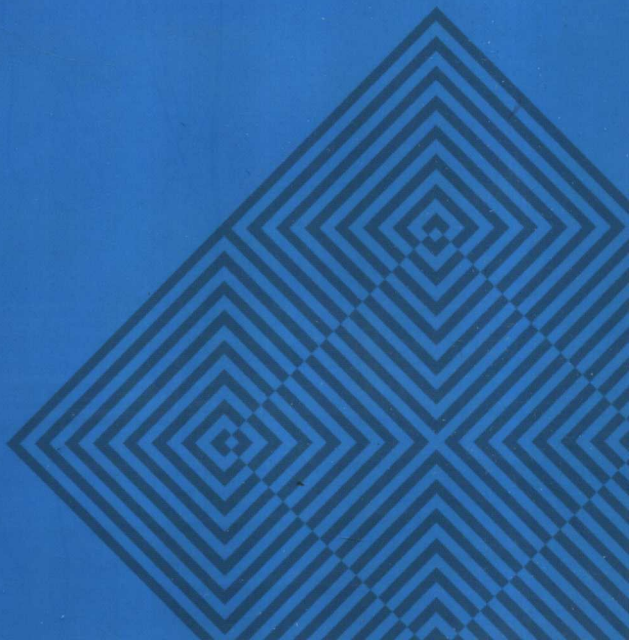
中国

· 中国法律制度研究丛书 ·

律师制度研究

上海社会科学院出版社

ZHONGGUO LÜSHI
ZHIDU YANJIU



中国政法大学图书馆藏

中国

律师制度研究

CHINA LAWYER

ZHONGGUO LUSHI
ZHIDU YANJIU

叶 青 顾跃进 · 主编

中国 律师制度研究

· 中国法律制度研究丛书 ·

上海社会科学院出版社

ZHONGGUO LÜSHI
ZHIDU YANJIU

图书在版编目(CIP)数据

中国律师制度研究/叶青, 顾跃进主编. —上海: 上海
社会科学院出版社, 2005
ISBN 7-80681-750-6

I. 中... II. ①叶...②顾... III. 律师制度—研究
—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 099286 号

中国律师制度研究

主 编: 叶 青 顾跃进

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

(上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020)

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@online.sh.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海新文印刷厂

开 本: 850 × 1168

印 张: 12.875

插 页: 2

字 数: 320 千字

版 次: 2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

印 数: 1—3000

ISBN 7-80681-750-6/D·064

定价: 30.00 元

版权所有 翻印必究



叶 青，教授、硕士生导师。1963年10月出生，江苏无锡市人。毕业于华东政法学院，获法学学士、法学硕士学位。中国政法大学刑事诉讼法学博士生。现任华东政法学院教务处处长，诉讼法学硕士生导师组组长。主要从事刑事诉讼法学、证据法学、比较刑事诉讼法学和律师与公正法学的教学与研究工作。曾先后在美国、英国、澳大利亚、新加坡以及我国香港、澳门地区大学法学院访问、进修和讲学。发表专著《刑事诉讼证据问题研究》；主编、参编有《中国诉讼法学》、《中国审判制度研究》、《中国检察制度研究》、《中国公证制度研究》、《诉讼法学专论》、《刑事审判方式改革研究》、《诉讼证明学》、《辞海》等著作，并在《法学》、《政治与法律》、《法律科学》、《政法论坛》、《澳门研究》、《诉讼法论丛》、《证据学论坛》等刊物上发表论文80多篇。兼任中国法学会诉讼法学研究会理事、全国刑事诉讼法学专业委员会委员、上海市法学会理事、上海市诉讼法学研究会副总干事。



顾跃进，男，1960年1月出生，上海市人。毕业于华东政法学院。现为上海顾跃进律师事务所主任律师。

自1982年进入法院从事司法实务工作，历任书记员、助理审判员、审判员。1993年投身律师职业。1998年创建上海市申士律师事务所，任合伙人、主任。2003年创建个人开业的上海顾跃进律师事务所。自任职律师以来办结各类案件近千件，先后担任数家全国著名企业常年法律顾问；数次被广播、电视等媒体邀请，参与法治类栏目以案论法；多次被著名院校聘请，为在校学生讲授法律实务知识。在《中国律师》、《上海律师》等刊物上发表《从王小姐诉静安希尔顿一案看先于执行的重要意义》、《酒后驾车险有积极意义》、《律师业务广告宣传宜限不宜禁》等论文。

《中国律师制度研究》

编写人员名单

主 编：叶 青 顾跃进

撰稿人：（以撰写章为序）

叶 青	王 刚	周登谅	吕继东
皇甫长城	张敬明	方 臻	
陈海锋	朱鹏程	顾跃进	张 仁

目 录

第一章 律师概述	(1)
第一节 律师概念	(1)
第二节 律师的法律特征	(6)
第三节 执业律师的权利与义务	(11)
第二章 律师制度的历史沿革	(18)
第一节 外国律师制度的历史沿革	(18)
第二节 中国律师制度的历史沿革	(25)
第三节 中外律师制度历史沿革的启示	(36)
第三章 律师法	(44)
第一节 现行律师法律体系	(44)
第二节 《律师法》及其存在问题	(46)
第三节 律师法的修改与完善	(54)
第四章 律师执业机构与管理机构	(64)
第一节 律师执业机构	(64)
第二节 律师管理机构	(88)

第五章 律师执业的基本原则	(111)
第一节 恪守职业道德原则	(111)
第二节 保守职业秘密原则	(125)
第三节 独立性原则	(134)
第六章 律师执业的法律责任	(141)
第一节 律师的民事责任	(141)
第二节 律师的行政责任	(151)
第三节 律师的刑事责任	(163)
第七章 律师执业保障制度研究	(171)
第一节 律师执业现状及原因分析	(171)
第二节 调查取证权、阅卷权保障研究	(177)
第三节 辩护权保障研究	(189)
第四节 律师刑事辩护豁免权保障研究	(195)
第八章 刑事诉讼中律师辩护与代理	(203)
第一节 律师在刑事辩护与刑事代理中的地位 及其关系	(203)
第二节 律师在侦查阶段介入的时间及其地位研究 ...	(217)
第三节 律师拒绝权研究	(220)
第四节 律师在刑事诉讼中的代理问题研究	(224)

第九章 民事诉讼中的律师代理	(229)
第一节 代理与诉讼代理	(229)
第二节 民事诉讼律师代理的作用与意义	(233)
第三节 律师参与民事诉讼的模式	(237)
第四节 律师接受委托——诉讼代理权的授予	(242)
第五节 诉讼代理权的范围	(251)
第六节 诉讼代理权的行使	(255)
第七节 诉讼代理权行使的重点——调查取证工作 ...	(264)
第八节 代理权的消灭及其效果	(269)
 第十章 行政诉讼中的律师代理	 (275)
第一节 律师代理行政诉讼的范围和程序	(275)
第二节 律师代理行政诉讼的任务和权责	(287)
第三节 行政侵权案件中的律师代理	(297)
 第十一章 非诉讼法律事务中的律师业务	 (307)
第一节 非诉讼法律事务中的律师业务概述	(307)
第二节 律师从事非诉讼法律业务的实务分析	(323)
第三节 律师非诉讼法律业务中存在的问题及 对策思考	(327)
 第十二章 涉外法律事务中的律师业务	 (341)
第一节 涉外律师业务概述	(341)

第二节	涉外律师业务范围	(345)
第三节	涉外仲裁	(353)
第十三章	中国律师与 WTO 研究	(356)
第一节	世贸组织规则与中国律师业	(356)
第二节	加入 WTO 对中国律师业的影响	(366)
第三节	加入 WTO 后中国律师业的发展趋势与 对策	(380)
第十四章	市场经济条件下的律师职能作用研究	(387)
第一节	当前影响我国律师职能作用发挥的 主要问题	(387)
第二节	市场经济条件下发挥我国律师职能作用的 理念更新	(394)
第三节	市场经济条件下发挥律师职能作用的 基本途径	(398)
参考书目		(403)
后 记		(404)

第一章 律师概述

第一节 律师概念

一、律师基本概念的字理解说

当今，我国公民对律师这一名词或就这一行当可以说已十分熟悉了，不少人在遇到麻烦事或纠纷时都会去找律师来帮自己打官司，特别是那些城里人和公私企业经营者们。在这里，我们不能不感谢电视、报刊等媒体的宣传，也不能不肯定我们的律师仗义执言的护法使者形象对社会文明进步的贡献。尽管社会公众对律师有了相当的了解，但在本书中，还是要谈及到律师概念，因为它是理解律师和律师制度的理论支柱。

目前，我国对律师的概念的诠释还不尽统一。尽管全国人大常委会于1996年5月15日通过了《中华人民共和国律师法》，但对律师概念的表述还尚难取得一致。归纳起来，目前对律师概念大致有四种字理解说：

第一种：“律师是依照法定条件、程序取得资格，依法可以接受当事人委托或法院指定向当事人提供法律帮助，从事有关法律事务活动的人员。”^①例如受委托或被指定为辩护人，或受委托为诉讼代理人、法律顾问等。

^①夏征农主编：《大辞海》（法学卷），上海辞书出版社2003年版，第37页。

第二种：“律师就是受当事人委托或法院指定，依法协助当事人进行诉讼，出庭辩护，以及处理法律事务的专业人员。”^①

第三种：“律师就是取得执业资格，依法定形式向他人专门提供法律服务之人。”^②

第四种：“律师是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员”^③

第一、二、三种解说可统称为“专业人员说”。就专业性而言，律师是为公民、法人和其他组织提供法律服务的专业人员。提供法律服务是律师工作的专业性，这也是律师与从事侦查、起诉和审判工作的法律专业人员的区别之处。就律师自身属性而言，律师是经过国家统一考核，被授予资格并取得律师执照的人。这一属性是律师与从事法律服务的其他专业人员，如乡镇法律服务所、法律援助中心、企事业单位内部的法律顾问处（室）以及各种法律咨询服务机构的工作人员的不同之处。显然，“专业人员说”由于其合理成分较多，对律师立法的影响也较大。

1996年5月15日，第八届全国人大常委会第十九次会议审议通过，同日由中华人民共和国主席江泽民签署并发布第七十六号主席令予以公布的《中华人民共和国律师法》（1997年1月1日起施行）第2条将律师定义为：“本法所称的律师，是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。”即采纳了上述第四种学理解说。一方面从制度上规定律师以取得律师执业证书为标志，简明、易懂，便于判断，明确区分了律师与非律

①钟真真、毛起雄主编：《中华人民共和国律师法的通释》，经济管理出版社1996年版，第14页。

②王丽：《律师刑事责任比较研究》，法律出版社2002年版，第4页。

③青锋：《中国律师法制制度论纲》，中国法制出版社1997年版，第133页。

师的界限，澄清了律师资格问题在律师与非律师问题上的混乱认识；另一方面，强调了律师证书的取得必须依照律师法，符合法定条件，依照法定程序，履行法定手续，使得取得律师证书的制度更加完善。同时，明确规定了律师活动的基本方式是向社会提供法律服务，即专门接受公民、法人或其他组织的委托、聘请、请求及法院的指定，或者根据法律的要求，协助他们进行诉讼或者处理其他法律事务。比较于原《律师暂行条例》中将律师界定为“国家的法律工作者”，以“国家性质”排斥了“社会性”而言，更有利于律师队伍和律师事业的发展。事实上，律师不当也不可能成为国家干部。律师提供法律服务的特点是面向社会，即不特定的任何人，而且也与非律师依照刑法、民法、行政诉讼法等法律的规定，为亲友或某个特定的人代理或辩护的情况区别开来。

二、律师的性质

律师的性质是指由一定的法律制度决定的、由特定从事律师职业的人依法维护委托人的权益及所具有的法律地位、权限、责任和作用等体现的根本属性。律师的性质是抽象的，它是通过律师的表现形式与工作内容体现的，两者既统一又有区别。律师的性质就是律师的本质属性，它是由一定的法律制度的性质所决定的；而表现形式与工作内容等则是由一定的法律制度根据一国政治、经济、文化、传统等具体条件规定的，是为适应相应的本质属性而产生、形成的律师组织机构、管理体制、财产所有制、资格的取得与丧失、权限范围、法律地位、工作内容和范围等等，这是律师根本属性的外在表现。本质属性决定外在形式，同一律师制度的律师性质是相同的，而表现形式则可以是不相同或多样的；不同律师制度的律师的性质是不同的，而表现形式则可能有许多相同之处。

对律师性质的界定，世界各国因社会、经济制度的不同而相

去甚远，有把律师界定为国家公职人员^①，也有把律师界定为自由职业者的^②。

在近现代，律师发展成为一种高度专业化的职业，并由一个从业群体演进为一个社会阶层，这是社会进行法治实践的结果。律师作为一种职业，具有与其他社会职业不同的显著特征。律师制度从属于一国的上层建筑，其性质由该国经济基础决定，并为该国的经济基础服务，所以在一定程度上反映了该国的国体。因此，有学者指出，在理解律师性质的问题上，应从政治属性、阶级属性和职业属性三方面来阐述^③。但也有学者提出，要想正确认识律师的性质，必须考察律师性质的普遍性和特殊性，并认为这才是正确的考察律师性质的方法^④。

关于律师的性质，我国法学界众说纷纭，其中最具代表性的观点有以下三种：

第一种观点，主张将律师定性为“社会法律工作者”。其理由：首先，律师作为社会法律工作者，是由律师工作的社会性所决定的，这种社会性首先表现为律师执业活动的非公务性。律师作为法律工作者，其接受当事人的委托，提供法律服务的执业活动就是为了维护“私权”，这与法官、检察官行使“公权”是不同的。其次，表现为律师服务对象的广泛性。律师既可以为企事业单位、机关团体提供法律服务，也可以为公民个人提供法律服

①1980年8月26日通过的《中华人民共和国律师暂行条例》第1条规定：“律师是国家法律工作者。”

②《德意志联邦共和国律师法》第1条规定：“律师是独立的司法人员”；第2条规定：“律师是自由职业者。”法国《关于改革若干司法职业和法律职业的第71-1130号法律》第7条规定：“律师职业属于自由独立职业。”

③邓建民主编：《律师法学与公证法学》，四川大学出版社2004年版，第6页。

④王建东、罗思荣主编：《律师学：制度与实务》，浙江大学出版社2004年版，第33页。

务；既可以在执业注册地从事律师工作，也可以去非执业注册地从事律师工作，即不受地域的限制，这也与法官、检察官处理案件要受地域管辖权限的限制是不同的。

第二种观点，主张将律师定性为“国家法律工作者”。其理由：我国是社会主义国家，法官、检察官、律师都是国家的法律工作者，都为我国社会主义制度服务，都是为了保障国家法律的正确实施，维护法律的尊严，维护当事人的合法权益，目标是一致的。他们之间的区别只是分工不同而已，不存在性质上的差别。这种观点强调了律师的阶级属性，却抹煞了律师职业的特殊性，同时也使律师工作行政化，不利于律师辩护与代理作用的发挥。

第三种观点，主张将律师定性为“自由职业者”。其理由：律师接受当事人的委托，担任辩护人、代理人和法律顾问，无论从理论还是从实践方面看，都属于个人劳动；律师对当事人的委托既可以接受，也可以拒绝，具有自由选择（意思自治）的特点；律师接受委托后，以何种的方式维护委托人的利益，也由律师决定。目前，世界法治发达国家的律师法中大多明确规定律师为自由职业者，具有独立性与中立性。律师收费实为其服务的性质所决定的，律师是脑力劳动者，它向当事人提供了智力服务，理应得到报偿，这是劳动者与生俱来的权利。

我国法学界绝大多数人对上述第二种观点持否定态度，且为1996年5月15日通过的《中华人民共和国律师法》所印证。绝大多数人比较赞同上述第三种观点，即律师应为“自由职业者”。将律师定性为社会自由职业者，反映了律师的本质特性，它不仅不会产生负面影响，而且有利于我国律师业的健康发展，有利于律师作用的充分发挥。把律师定性为社会自由职业者，并非指律师可以为所欲为，即律师可以享受“完全的自由”。事实上，从法治的角度讲，律师的“自由”是以严格的执业资格准

入制度为前提，以律师遵守律师职业道德与纪律规范为制约的相对的自由。这种自由旨在强调律师执业的中立性与独立性，即不受公权干预。这是和律师业务的多样性以及执业形式、方法的自主性相一致的。它是律师在法律职业共同体中的表征。对此，我国今后在修改律师法时应予以明确。

第二节 律师的法律特征

根据律师法及有关法规，我们可以从以下两个方面来论证律师的特征。

一、律师任职资格的法定性

不论是我国还是其他国家，执业律师都必须通过国家立法所确认的考试和考核，这是一个普通公民取得律师从业资格的必要条件，也是律师最基本的法律特征。我国《律师法》将“依法取得律师执业证书”作为律师执业的一项基本前提。美国也规定，在美国的公民或居住一定期限以上的外国人，在参加了州的律师资格考试并成绩合格后，即可取得律师资格；除美国外，英国、法国、澳大利亚、日本、德国、加拿大等国，都以立法形式明确只有考试合格者才能成为律师。也有一些国家规定律师资格的取得采用考核方法，而不搞国家统一考试，只要求具有大学法律系或学院毕业学历，经法定时间的实习并审核合格，就可以申请批准获得律师资格，如泰国、马来西亚、新加坡、印度、斯里兰卡、韩国、阿尔及利亚等国。由此可见，律师执业资格的法定性是律师的一项重要法律特征，它决定了充当律师的主体所必须具备的条件，这是确保这一执业群体与社会其他职业阶层在知识结构、执业方向、执业原则、执业规程、执业技能等诸方面能够