

50

河北中青年社科专家五十人工程文库

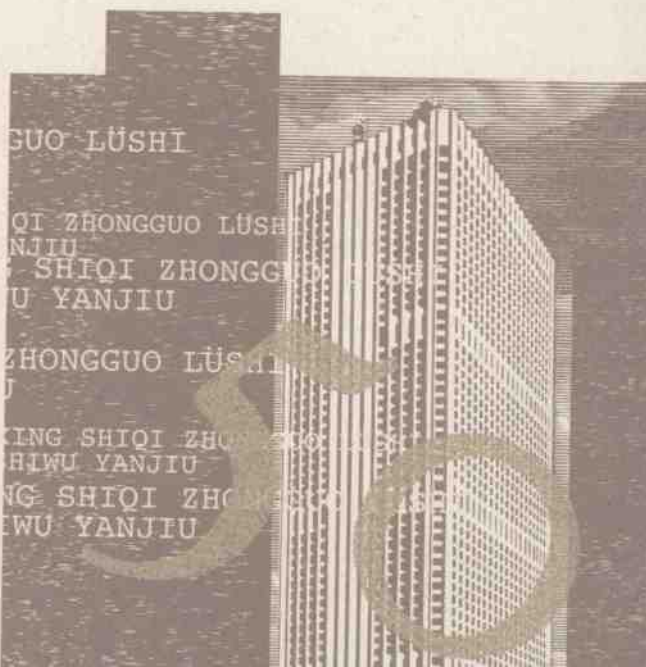
转型时期中国律师 制度与实务研究

ZHUANXING SHIQI ZHONGGUO LÜSHI
ZHIDU YU SHIWU YANJIU

何秉群 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



河北中青年社科专家五十人工程文库

转型时期中国律师 制度与实务研究

何秉群 等著



北京大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

转型时期中国律师制度与实务研究/何秉群等著. —北京: 北京大学出版社, 2006.3

ISBN 7 - 301 - 10591 - 6

I. 转… II. 何… III. 律师制度—研究—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 020670 号

书 名: 转型时期中国律师制度与实务研究

著作责任者: 何秉群 等著

责任编辑: 郭瑞洁 陈新旺

标准书号: ISBN 7 - 301 - 10591 - 6/D·1467

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pkuwsz@yahoo.com.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京金色天地图书有限公司

印 刷 者: 北京市世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

787mm × 1092mm 16 开本 29.75 印张 425 千字

2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

总 序

近两年，河北省组织实施了“河北中青年社科专家五十人工程”，并计划利用几年的时间编写出版“河北中青年社科专家五十人工程”文库。目前即将出版的有《商品流通领域研究》、《富民经济论》、《马克思主义哲学在中国的理论嬗变》等六部书稿，还有十部书稿计划陆续出版，内容涉及哲学、政治学、经济学、法学、管理学等许多学科，涵盖了许多前沿性问题，仅从书的名字即可知其意，都是运用马克思主义理论为指导，紧密联系当前经济社会发展的实际，努力进行理论创新的结果，对现实具有较强的指导意义。不难看出，河北的中青年社科专家年富力强、视野开阔、治学严谨，具有适应时代要求的综合素质，在他们身上体现了河北社科理论队伍人才辈出、社科事业兴旺发达的繁荣局面和美好前景。

我们知道，要使党和国家的事业不停顿，首先是理论上不停顿。马克思主义自诞生以来，之所以能够始终保持旺盛的生命力，一直成为无产阶级认识世界和改造世界的锐利武器，就是因为它善于根据发展变化的实际不断进行理论创新。党的十一届三中全会以来，我们确定了改革开放的路线，不断加深了对社会主义发展规律的认识，1992年邓小平同志南方谈话以后我们对社会主义本质有了全新的认识，党的十四大对邓小平同志建设有中国特色社会主义理论作出系统的阐述，党的十五大确立了邓小平理论在全党的指导地位，党的十六大把“三个代表”重要思想写进了党章，确立为党的指导思想，实践证明，我们党在理论创新上取得的每一个成果，都极大地推动了中国特色社会主义的发展进程。党的十六届三中、四中全会进一步提出了许多新的理论观点，特别是科学发展观、加强党的执政能力建设、构建社会主义和谐社会等一系列理论创新，必将推动我国经济社会和党的建设事业的新发展。

在新世纪新阶段,我国面临着实现社会主义现代化、完成祖国统一、维护世界和平和促进共同发展三大历史任务。我国的改革发展正处在关键时期,社会的经济成分、组织形式、就业方式、利益关系和分配方式日益呈现出多样化趋势,有许多新事物、新情况、新问题、新矛盾需要我们去研究、探索和回答,这既为繁荣发展哲学社会科学提供了良好的机遇,也对广大社科理论工作者提出了新的考验。马克思主义哲学是唯一科学的世界观和方法论,是无产阶级的精神武器,是我们认识当代世界纷繁复杂问题的指针。无论从事何种学科的研究,都必须掌握正确的思想方法,必须学好马克思主义哲学,以深厚的马克思主义理论素养,打牢深入研究各种社会问题的根底。毛泽东同志在1938年党的六届六中全会上说过:“在担负主要领导责任观点上说,如果我们党有一百个至二百个系统地而不是零碎地、实际地而不是空洞地学会了马克思列宁主义的同志,就会大大地提高我们党的战斗力量,并加速我们战胜日本帝国主义的工作。”在1955年3月召开的中国共产党全国代表会议上提出“我劝同志们要学哲学”。学习哲学,有助于人们树立辩证唯物主义和历史唯物主义的世界观,掌握科学的方法论。当然,在新的历史条件下,马克思主义哲学作为马克思主义的重要组成部分,也要坚持与时俱进,要加以丰富和发展。例如关于辩证法和认识论的对象需要进一步明确,在谈到辩证唯物主义的对象时,指的只是世界观的对象,而认识论的对象是什么,还不太明确。又如辩证唯物主义的内容有待补充,结构需要更加严密。列宁在《哲学笔记》中提出的建构体系的原则是逻辑与历史的一致,这在20世纪二三十年代是得到公认的。但是,二三十年代的苏联哲学家主要不是根据这一原则,而是根据经典作家的一些论述来建构辩证唯物主义与历史唯物主义的体系的。再如辩证唯物主义的一些具体内容需要根据时代的发展变化和科学的进步加以修正,如宇宙起源和演变的理论、物质的构成与内部结构的理论、世界形势的变化发展等等,都需要适应时代发展变化的要求,不断地进行发展创新,哲学社会科学工作者要勇于肩负起这一责任。哲学如此,其他各门学科也都有许多问题需要进一步研究和发展。

中青年理论工作者在当前我国经济社会发展中大有可为。以“三个代表”重要思想为指导，树立和贯彻落实科学发展观和努力构建社会主义和谐社会的提出，为他们提供了不断创新的广阔舞台。中青年社科理论工作者要抓住这一有利时机，刻苦钻研，扎实工作，不断创造出更大的成绩。要认真学习马克思主义经典著作，学习当代马克思主义中国化的新成果邓小平理论和“三个代表”重要思想。要以老一代学者为榜样，树立崇高的历史使命感和社会责任感，甘于清贫、耐住寂寞、潜心研究。要坚持理论联系实际的良好学风，坚持把马克思主义基本原理与具体实践相结合，注重研究全局性、前瞻性、战略性的重大课题，促进理论创新、制度创新、科技创新的蓬勃进行。要坚持从自己所处的省情市情出发，围绕本地区经济社会发展的实际，多开展应用对策研究，研究本地贯彻落实科学发展观的重大理论和现实问题，有条件的可发展有地方特色和区域优势的基础理论研究。要自觉地改造自己的主观世界，把做人做事做学问结合起来、统一起来。

在文库出版之际，我表示衷心的祝贺，也希望河北省哲学社会科学战线涌现更多的优秀人才，创造更多的优秀成果。

黄耕夫
2005年4月

前 言

社会转型,是指社会结构和社会运行机制从一种形式向另一种形式转换的过程。^①我国正处于社会转型的关键时期,经历着从传统计划经济体制向社会主义市场经济体制、相对封闭的社会向开放型社会、公有制向以公有制为主体多种经济成分并存的社会变迁和转型。其实质是如何完成经济、政治和思想文化等领域的全面性的社会变革,实现从传统型社会向现代型社会的转变。历史的经验一再表明,当一个社会处于转型时期,各种不同的利益处于变动不居的状态之时,国家的立法往往无法及时和具体地回应社会的变化,如果司法能够很好地履行对于各种利益进行合理的再分配的职能,能够对于随时都有可能发生的不当行为所造成的损害提供及时的法律救济,便会有效地调节社会矛盾,从而有助于社会平稳地转型。法治是现代社会转型的最重要因素之一。处于这一时期的当代中国社会同样面临着一系列重大问题,必须及时地、恰当地予以解决。立法上的进步只是一个起步和表面化的变化,必须要有进行一系列保证法律执行的司法制度和司法活动。因此,调整各种利益分配,有效缓解社会矛盾,保障社会安定和谐,就成为司法面临的重大使命。

与此相呼应,作为司法制度的重要组成部分,我国的律师制度和律师实务也正经历着一场观念更新、学理递进、制度完善的演变。社会转型造就了中国法务市场的繁荣,也促进了律师行业的早熟。虽然这种早熟是瞬间而至的,是还没来得及思考就已经匆忙长大的典型,无法回转自如、明理识途。但二十多年来,中国律师业毕竟在废墟中起步,在起步中摸索,在摸索中改革,在改革中提高,在提高中发展,日益走向繁

^① 任维德:“中国社会转型时期的公共权威转换与重塑”,载于《中国政治》(人大复印资料)2000年第6期。

荣：人数剧增，已经超过十几万人，成为一个庞大的群体；社会地位不断上升，律师日益成为令人羡慕的职业；职业化的程度逐渐增进，行业自治与管理机制不断得到强化；业务素质日渐提高，内部的专业分工基本形成；律师在国家政治生活、经济生活、社会生活和民主法制建设中发挥着越来越重要的作用……所有这一切都令人欢欣鼓舞。但是，业外人士仍很难完全理解律师制度在社会中扮演的角色和承担的义务，也就当然缺乏对律师职业传统的理解。事实上，律师在社会转型中担当着重要的角色——维护人权和正义，这也是法治宪政社会的目标。律师实现上述使命的途径，一是提供法律服务，二是影响裁判。但律师功能的发挥，依赖于一个基本相对完善的司法制度和制度的科学合理的运行。当然，律师制度本身作为一国司法制度的重要组成部分，也需要按照律师职业的本质特点，进行相应的制度设计安排。这些，都需要认真研究。

近年来，律师成为社会认知最为复杂的职业，形象有所下滑，但尚没有跌落到美国律师那种不堪的地步。但是如果不及时改善，面对讼棍文化泛滥，职业传统缺失以及法律商业主义的过早到来，谁又能保证若干年后中国律师不和美国同行同病相怜呢？因此，必须扭转公众对律师的看法，让公众知道律师在干些什么，要从律师的职业行为的角度刻画这一职业群体的精神内核和精神特质，揭示出律师守望正义的过程和甘苦，描绘出律师在社会发展中的巨大功能。

作为执业多年的律师，作为司法改革的关注者，对于转型时期的中国律师制度和实务，深感痛苦紧随着欢乐，困惑连结着焦虑，督促我们将所思所想交给大家。长路漫漫，但前程光明，我们相信，经过重重困难的磨砺，面对中国法务市场更为宏大、更为激荡的前景，年轻的中国律师业必会更加发达，真正意义上律师地位必将提高，从而大大促进我国法制建设的进程！

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 律师制度基本问题的界定	(1)
一 律师的定性分析	(1)
二 律师制度的内涵	(6)
三 转型时期与律师制度	(7)
第二节 我国律师实务现状的考察	(11)
一 我国律师法律服务业存在的问题	(11)
二 目前我国律师实务特征的提炼	(14)
三 我国律师实务的拓展和规范	(18)
第三节 转型时期不断提高的律师地位	(22)
一 律师应具有的历史使命和社会作用	(22)
二 不断提高的律师地位	(24)
第二章 转型时期律师执业机构研究	(26)
第一节 律师事务所的一般问题	(26)
一 我国律师事务所的性质和特征	(27)
二 我国律师事务所的任务	(30)
第二节 律师事务所的组织形态	(31)
一 不同律师事务所组织形态的比较	(32)
二 律师事务所组织形态的发展趋势	(37)
第三节 律师事务所的设立、变更和终止	(43)
一 律师事务所的设立	(43)

2 转型时期中国律师制度与实务研究

二 律师事务所分所的设立	(4 4)
三 律师事务所在外国分支机构的设立	(4 5)
四 外国律师事务所驻华机构的设立	(4 7)
五 律师事务所的变更和终止	(4 8)
第四节 律师事务所的权利和义务	(4 9)
一 律师事务所的权利	(4 9)
二 律师事务所的义务	(5 0)
第三章 转型时期律师执业的法律保障和约束	(5 2)
第一节 转型时期律师执业的权利保障	(5 2)
一 律师权利的内涵	(5 3)
二 律师权利的特征和分类	(6 2)
第二节 转型时期律师执业的法律约束	(6 4)
一 律师义务的基本内涵	(6 4)
二 律师义务的种类	(6 5)
第三节 律师执业权利的法律保障现状	(7 0)
第四章 转型时期律师执业的规范约束	(7 5)
第一节 律师执业的原则约束	(7 5)
一 律师执业必须遵守宪法和法律的原则	(7 6)
二 律师执业必须恪守职业道德和执业 纪律的原则	(7 6)
三 律师执业必须遵循以事实为根据、 以法律为准绳的原则	(7 7)
四 律师执业应当接受监督的原则	(7 7)
五 律师依法独立执业受法律保护的原则	(7 8)
第二节 律师执业的纪律约束	(7 9)
一 律师执业纪律的内涵	(7 9)
二 律师执业纪律的基本内容	(7 9)
第三节 律师执业的道德约束	(8 5)
一 律师职业道德的特点解析	(8 5)

二 律师职业道德的基本内容	(89)
三 律师职业道德失范与社会诚信体系的 建立和完善	(91)
第四节 律师和其他法律职业的关系	(97)
一 律师与法官的职业共同性表现	(98)
二 法官与律师非正常关系的成因与规制	(101)
第五章 转型时期律师管理体制的创新	(104)
第一节 我国律师管理体制的发展历程	(104)
一 《律师暂行条例》确立的律师管理体制	(105)
二 律师管理体制的探索完善和“两结合” 律师管理体制的确立	(106)
三 “两结合”律师管理体制的再认识与完善	(107)
第二节 司法行政机关行政管理的弱化	(111)
一 现行司法行政机关律师管理的职权及评价	(112)
二 对律师、律师事务所究竟如何管理	(113)
第三节 律师协会行业管理的强化	(116)
一 律师协会行业管理的现状	(116)
二 律师协会的组织机构与职责	(117)
三 律师协会的行业自律	(119)
四 我国律师协会行业自律管理的实践与完善	(119)
第四节 强化律师事务所的内部管理	(121)
一 律师事务所内部管理体制的选择	(122)
二 律师事务所内部管理制度的创新	(124)
三 创建律师事务所质量管理体系	(124)
第六章 转型时期法律援助制度研究	(127)
第一节 和谐社会的构建与法律援助	(127)
一 法律援助的含义	(127)
二 法律援助的性质	(132)
三 法律援助的特征	(137)

四	法律援助的意义	(138)
五	法律援助的历史发展	(139)
第二节	目前我国法律援助制度的法律设计	(141)
一	我国法律援助的范围、对象、条件、 内容和方式	(141)
二	法律援助机构及资金来源	(150)
三	法律援助程序	(155)
四	法律援助中的法律责任	(161)
第三节	我国法律援助制度的局限及完善	(162)
一	现行法律援助制度的局限性	(162)
二	法律援助制度的完善	(169)
第七章	转型时期律师法律责任研究	(171)
第一节	律师承担法律责任的现状	(171)
一	律师法律责任的内涵	(171)
二	律师承担法律责任的现实归纳	(173)
三	律师承担法律责任的程序安排	(175)
第二节	律师民事责任的制度设计	(175)
一	律师承担民事责任的要件构成	(177)
二	律师承担民事责任的范围和方式问题	(179)
三	律师承担民事责任的资金来源	(179)
第三节	律师行政责任的制度设计	(180)
第四节	律师刑事责任的多维评价	(190)
一	律师刑事责任的现状	(190)
二	律师伪证罪是否应当废除	(192)
第八章	转型时期律师辩护与人权保障	(195)
第一节	刑事诉讼中律师辩护的人权保障功效	(195)
一	辩护权、律师辩护与人权保障	(195)

二	犯罪嫌疑人、被告人自行行使辩护权的 主客观局限性	(200)
三	司法机关、非律师辩护人履行辩护 职责的不利情形	(201)
四	律师辩护与被指控人权利保障	(202)
第二节	辩护律师的地位和职能分析	(203)
一	辩护律师独立的诉讼地位	(203)
二	辩护律师独特的诉讼职能	(205)
第三节	刑事诉讼中辩护律师的权责	(207)
一	辩护律师的权利与完善	(207)
二	辩护律师的义务与限定	(209)
三	辩护律师的社会职责与法律援助	(210)
第四节	刑事侦查阶段中律师的介入与犯罪嫌疑人的 权益维护	(211)
一	律师介入侦查阶段的法律依据与权限来源	(211)
二	法律帮助权的依法行使	(212)
第五节	不断强化审查起诉阶段的律师辩护权	(217)
一	值得重视的误区——在审查阶段 可有可无的对抗	(217)
二	审查起诉阶段辩护权的不断强化	(218)
第六节	审判阶段的律师辩护——从被动走向对抗	(222)
一	完善的庭前准备	(222)
二	庭审对抗诉讼模式中的律师作用	(226)
三	庭审结束宣判后的辩护律师的职责	(229)
第七节	简易程序、二审、再审中的律师辩护	(229)
一	简易程序中的律师辩护	(229)
二	刑事二审程序中的律师辩护	(230)
三	再审程序中的律师辩护	(230)

第九章 转型时期刑事诉讼律师代理与权益保护	(231)
第一节 刑事诉讼中律师代理的特性分析	(231)
一 律师代理的意义分析	(231)
二 律师代理的特征界定	(234)
第二节 公诉案件中的律师代理与被害人权益的维护	(235)
一 公诉案件中律师代理的从属性特性	(235)
二 律师代理与被害人权益的保障	(237)
三 有待进一步加强的被害人诉讼代理制度	(240)
第三节 自诉案件中律师代理的角色定位	(240)
一 自诉案件中律师代理的特性	(240)
二 自诉案件中律师代理的职责定位	(242)
第四节 刑事附带民事诉讼中律师代理的 不同角色特性	(243)
一 律师代理中的当事人授权原则	(244)
二 原告律师的代理方略	(244)
三 律师代理被告的工作程序	(246)
第五节 刑事申诉案件的律师代理必要性与要点	(247)
一 刑事申诉中律师代理的必要性分析	(247)
二 刑事申诉中律师代理的权责	(248)
第十章 转型时期民事诉讼律师代理研究	(250)
第一节 民事审判方式改革与我国民事诉讼律师 代理制度	(250)
一 我国的民事审判方式改革	(250)
二 民事审判方式改革对律师执业的要求	(253)
第二节 民事诉讼律师代理制度的现状	(255)
一 民事诉讼律师代理的界定	(255)
二 民事诉讼律师代理制度的价值	(257)
三 民事诉讼律师代理的对象	(258)
四 律师在民事诉讼代理中的地位	(261)

第三节	民事审判方式改革与民事诉讼律师代理制度的冲突	(262)
一	精英化诉讼代理制度设计与大众化诉讼代理制度的冲突	(262)
二	诉讼代理人的权利明显无法适应民事审判方式改革的需要	(263)
三	现行诉讼代理费用分担制度与民事审判方式改革的冲突	(264)
第四节	民事诉讼律师代理制度的完善——通过改革推动律师业的发展	(265)
一	建立民事诉讼律师强制代理制度	(265)
二	完善民事诉讼代理律师的各项权利	(268)
三	确立合理的律师代理费由败诉方承担的制度	(270)
四	规范风险代理	(270)
第五节	民事诉讼律师代理程序中的具体问题	(272)
一	接受委托中的问题	(272)
二	准备起诉或应诉中的若干问题	(275)
三	庭前和解中的问题	(278)
四	参加法庭审理中的问题	(279)
第六节	二审程序和审判监督程序中的律师代理	(283)
一	律师在二审程序中的代理	(283)
二	律师在审判监督程序中的代理	(285)
第七节	涉外民事诉讼中的律师代理	(286)
一	涉外民事诉讼律师代理概述	(286)
二	律师代理涉外民事诉讼的有关问题	(287)
第十一章	转型时期行政诉讼律师代理研究	(289)
第一节	行政诉讼律师代理的一般问题	(289)
一	行政诉讼律师代理的基本原理	(290)
二	行政诉讼律师代理的法律特征	(293)

三	律师代理行政诉讼的意义	(298)
第二节	行政诉讼代理律师在诉讼活动中的权利与义务	(300)
一	代理律师在行政诉讼中的一般权利和义务	(300)
二	代理律师在行政诉讼中的特殊权利与义务	(303)
第三节	律师代理行政诉讼的工作过程和方法	(309)
一	了解委托事项及初步审查	(309)
二	接受委托并办理委托手续	(313)
三	庭前准备及代理出庭	(314)
四	二审、再审中的代理	(318)
五	代理行政侵权赔偿诉讼应注意的问题	(320)
第十二章	转型时期仲裁律师代理研究	(322)
第一节	律师仲裁代理的一般问题	(323)
一	仲裁的一般理论	(323)
二	律师仲裁代理	(329)
第二节	国内仲裁律师代理	(330)
一	律师仲裁代理的程序和主要工作	(330)
二	从律师代理看国内仲裁制度的改革和完善	(339)
第三节	涉外仲裁律师代理	(342)
一	涉外仲裁的基本特征	(342)
二	律师代理涉外仲裁案件应注意的问题	(346)
第四节	劳动仲裁律师代理	(348)
一	劳动仲裁的界定	(348)
二	律师代理劳动仲裁案件的主要工作程序	(351)
三	我国劳动仲裁制度的不足与完善	(356)
第十三章	转型时期律师金融、证券法律实务研究	(361)
第一节	律师金融法律业务的主要内容	(362)
一	律师金融法律业务的服务内容	(362)
二	律师对当前主要金融法律纷争的控制与解决	(363)

第二节	律师金融法律业务新领域研究	(373)
一	律师介入银行信贷业务的法律分析	(373)
二	律师对个人电子银行业务法律纠纷的 控制与解决	(378)
第三节	律师证券业务和法律责任	(380)
一	律师对股票发行上市公司进行的尽职调查	(381)
二	律师出具的法律意见书和律师工作报告	(384)
第十四章	转型时期律师知识产权法律实务研究	(389)
第一节	知识产权领域的律师救济	(389)
一	律师诉前禁令的申请	(390)
二	律师诉中禁令的申请	(391)
三	申请诉前和诉中的证据保全以及证据知情权	(392)
第二节	专利权保护中的律师实务	(393)
一	专利侵权行为的表现	(393)
二	律师对专利侵权的认定思路及认定标准	(395)
三	专利侵权损害赔偿的确定	(398)
第三节	商标权保护中的律师实务	(400)
一	商标的侵权与认定	(400)
二	商标侵权行为的归责原则	(403)
三	商标权保护新领域：商标的反向假冒	(404)
第四节	著作权保护中的律师实务	(408)
一	著作权侵权行为的认定方法	(408)
二	著作权侵权损害赔偿的归责原则	(411)
三	著作权侵权损害赔偿数额的确定	(413)
第五节	反不正当竞争法中的律师实务	(416)
一	反不正当竞争法与知识产权保护	(416)
二	知识产权领域中的不正当竞争	(417)