

普通高等院校“十二五”立项教材

律师实务

L U S H I S H I W U

主编◎罗海燕 吴森福

 吉林大学出版社

普通高等院校“十二五”立项教材

律师实务

主 编 罗海燕 吴森福

主 审 孔庆来

 吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师实务 / 罗海燕, 吴森福主编. — 长春: 吉林
大学出版社, 2014. 6

ISBN 978-7-5677-1809-8

I. ①律… II. ①罗… ②吴… III. ①律师业务—中
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 131279 号

书 名: 律师实务
作 者: 罗海燕 吴森福 主编

责任编辑、责任校对: 李伟华
吉林大学出版社出版、发行
开本: 787×1092 毫米 1/16
印张: 18 字数: 500 千字
ISBN 978-7-5677-1809-8

封面设计: 可可工作室
北京明兴印务有限公司 印刷
2014 年 6 月 第 1 版
2014 年 6 月 第 1 次印刷
定价: 38.00 元

版权所有 翻印必究
社址: 长春市明德路 501 号 邮编: 130021
发行部电话: 0431-89580626/28/29
网址: <http://www.jlup.com.cn>
E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

前言

法律已经渗入社会的各个领域,法律服务也已进入社会生活的方方面面。社会对法律服务的需求也日益提高,律师业务已由过去“欠债还钱”式简单的法律服务扩展到金融、房地产、证券、知识产权、项目投融资等市场经济的诉讼和非诉讼领域,社会需求使律师的专业要求越来越高,专业细分越来越明显,可以说,律师专业业务的细分必将是今后一段时期律师业的发展趋势。这就要求律师不断地学习,汲取新知识,在工作中不断总结经验,努力提高律师的专业水平,以便为社会大众提供更好的法律服务,为创建和谐社会而尽一份力量。

在社会主义法制建设中,律师工作是极其重要的一环。但是,目前我国律师的数量和质量都有待于提高。律师工作是牵涉面极广的工作,如何做好律师工作是值得认真研究的。《律师实务》是随着我国对律师人员的需求不断增大而逐步建立起来的以我国律师实务、即律师的所有实践业务为研究对象的一门法律学科,有很强的实践性和指导性。

本书在比较研究的基础上,从律师实务的基本理论开始,系统介绍了律师制度、律师诉讼实务和律师非诉讼实务三部分,详细地阐述了我国现行的律师制度包括律师资格的取得、律师的工作机构和律师的基本任务及业务,律师诉讼和非诉讼中基本程序和应注意的问题,突出了实用性,具有较高的参考价值。

本书由罗海燕、吴森福主编,甘肃畜牧工程职业技术学院孔庆来主审。具体编写工作:甘肃畜牧工程职业技术学院罗海燕(第一、二、三、四、五、六章及全书校对统稿)、甘肃煤炭工业学校吴森福(第七、八、九、十、十一章)。

尽管作者做出了诸多努力,也力求本套丛书的高质量,但由于法学理论研究水平和律师实务实践方面的限制,其中的不当之处也在所难免,诚望法学界同仁及广大的读者不吝批评和指正。

编者

2014年3月



目 录

第一章 律师与律师实务概述	(1)
第一节 律师的渊源及我国律师的产生和发展	(1)
第二节 律师的法律地位	(5)
第三节 律师实务的产生与发展	(8)
第四节 律师实务的范围和服务领域	(10)
第五节 《律师实务》课程学习方法	(13)
第二章 我国律师的管理制度	(17)
第一节 我国现行的律师管理体制	(17)
第二节 律师资格与律师执业	(20)
第三节 律师执业机构	(24)
第四节 律师执业道德和职业纪律	(28)
第五节 律师的法律责任	(31)
第三章 民事诉讼中的律师实务	(37)
第一节 律师代理民事诉讼概述	(37)
第二节 律师在民事诉讼中的代理权	(43)
第三节 律师代理民事诉讼的步骤和方法	(46)
第四节 律师代理的几类常见民事案件	(73)
第四章 行政诉讼中的律师实务	(94)
第一节 律师的行政诉讼代理概述	(94)
第二节 律师代理行政诉讼的工作程序和方法	(102)
第三节 行政侵权赔偿诉讼的律师代理	(116)
第五章 刑事诉讼中的律师实务	(119)
第一节 刑事诉讼中的律师辩护概述	(119)
第二节 律师在刑事诉讼中的工作步骤和方法	(124)
第三节 刑事诉讼中的律师代理	(144)
第六章 律师诉讼证据实务	(158)
第一节 律师诉讼证据实务概述	(158)



第二节 律师取证实务	(160)
第三节 律师举证实务	(165)
第四节 律师质证实务	(171)
第七章 法律顾问律师实务	(176)
第一节 法律顾问概述	(176)
第二节 几种类型的法律顾问律师实务	(182)
第八章 仲裁案件中的律师实务	(189)
第一节 律师代理仲裁概述	(189)
第二节 国内仲裁代理	(193)
第三节 劳动争议仲裁代理	(199)
第九章 咨询和代书律师实务	(206)
第一节 法律咨询律师实务	(206)
第二节 律师事务文书	(210)
第十章 律师非诉讼代理业务	(219)
第一节 律师非诉讼代理业务概述	(219)
第二节 知识产权律师实务	(221)
第三节 商事代理律师实务	(235)
第四节 律师办理合同事务	(250)
第五节 其他非诉讼律师业务代理	(252)
第六节 专项事务律师实务	(259)
第十一章 涉外案件中的律师实务	(268)
第一节 涉外律师实务概述	(268)
第二节 律师的涉外诉讼业务	(270)
第三节 律师的涉外非诉讼业务	(274)
参考书目	(281)
后记	(282)



第一章 律师与律师实务概述



教学目标

1. 了解西方国家及中国律师制度的产生与发展,了解我国律师实务的产生和发展,掌握律师实务的概念、特征以及范围;
2. 了解律师的法律地位,掌握律师的性质及职能;
3. 了解律师实务的内容体系和构成;
4. 了解律师实务课程的研究对象和内容体系。

法律已经渗入社会的各个领域,法律服务也已进入社会生活的方方面面。所谓律师,是指通晓法律法规,以自己的法律专业知识和诉讼技能为公民、社会提供法律服务的人员。律师实务是指律师接受当事人的委托,运用法律对具体案件中各种法律事务及其他律师业务进行的实际操作和处理。

第一节 律师的渊源及我国律师的产生和发展

一、西方国家律师制度的产生和发展

要全面了解我国的律师制度,就必须首先了解其发展历史。我国的律师制度起步较晚,且很不成熟。最早出现的我国律师制度是清朝末年从西方国家移植过来的,就连“律师”这一概念也是“舶来品”。因此,要了解我国的律师制度的渊源、发展历史及趋势,首先必须了解外国律师制度的历史沿革。

(一) 西方国家律师制度的萌芽

据史料记载,早在公元前5世纪,古希腊雅典已出现“雄辩家”。当时古希腊雅典的诉讼为侦查和庭审两个阶段。庭审时允许双方当事人发言并进行辩论,也允许当事人委托他人撰写发言稿,并由被委托人在法庭上宣读。法官听取了双方的辩论并检验了双方提交的证据后,作出裁决。这种受委托为当事人撰写发言稿,并在法庭上为其辩论的人被称为“雄辩家”,有点类似于现代的诉讼代理人。但由于这些“雄辩家”的活动没有形成一种职业,“雄辩家”也没有形成一个阶层,国家也没有相应的法律制度对其进行调整,所以古希腊的“雄辩家”只能看做是律师的萌芽。

(二) 律师制度的起源

古罗马律师制度被认为是世界各国律师制度的初级形式。

大约在公元前奴隶制的罗马共和国时期,就有了律师制度的雏形。古罗马的“保护人”制度被认为是世界各国律师制度的起源。所谓“保护人”制度,是指保护人代表被保护人进行诉讼行为,即由保护人的亲属朋友陪同被保护人出席法庭,在法庭审理时提供意见和帮助。当然,能够作为保护人的只是少数地位显赫的公民,而且诉讼代理人的选任必须在法庭上为之。起初当事人进行诉讼时必须亲自到庭,后来发展到当事人确有正当理由不能出庭时可委托他人到庭参加诉讼,代理人出庭应诉都以自己的名义。

公元前3世纪,僧侣贵族对法律事项的垄断被取消,此后,凡权利能力不受限制的罗马公民均享有出庭为当事人利益进行辩护的资格,诉讼代理行为扩大了适用范围。一些善于辞令的人就经常代



人出庭辩护和代人办案,被称为“辩护士”。著名的古罗马法律文献《十二铜表法》中有多处关于辩护人出庭辩护活动的记载。

罗马共和国后半期,罗马经济生活迅速发展,各种社会矛盾异常尖锐,原有的法律规范已不能适应新的形势。为了缓和社会矛盾,维护其统治秩序,罗马制定和颁布大量法律、法令和规定。这一时期,法学家的活动十分活跃,不仅从事法学研究、著书立说,而且解答法律上的疑难问题,为诉讼当事人提供咨询意见等。法学家的一系列活动,迎合了统治阶级的需要,法律顾问、律师和法学研究人员三位一体的最高地位得以确立。后来,罗马帝国又以诏令的形式承认了诉讼代理制度,律师可以为平民咨询法律事项,法律也允许他人委托和聘请律师从事诉讼代理活动,而且国家还通过考试来遴选具有完全行为能力、丰富法律知识的善辩之人担任诉讼代理人,规定他们代理诉讼可以获得报酬,人类历史上第一批职业律师正式诞生,标志着律师制度得以确立。

(三) 西欧封建制时期的律师制度

1. 西欧封建制早期律师制度的衰落

公元5世纪,西罗马帝国灭亡,欧洲大陆进入封建社会。此时,多数国家为适应封建政治需要,废除了古典的辩论式诉讼,代之为纠问式诉讼。在民事诉讼中,当事人的诉讼权利受到很大限制,不能聘请诉讼代理人提供法律帮助或参加诉讼;在刑事诉讼中,刑讯逼供盛行,不准当事人抗辩。当事人成为被审讯、拷问的对象,没有任何诉讼权利。法官主动询问当事人和证人,审判一般不公开进行,实行书面审理或间接审理。宗教势力的膨胀,使得诉讼制度又有浓厚的神秘主义色彩。在这种条件下,传统的律师业务无法开展,这一时期的律师制度不可避免地走向衰落。在法国,12世纪以前,只有僧侣阶层才有资格担任律师,他们主要在宗教法院执行职务。世俗法院虽然也允许请律师辩护和代理,但只有僧侣可担任辩护人和代理人。这些僧侣参加诉讼的目的,不是维护当事人的合法权益,而是向当事人灌输宗教思想,促使当事人认罪服判。因而这时的律师只是封建势力和教会势力的附庸,律师制度名存实亡。

2. 中世纪西欧律师制度的复兴

12世纪,英国的亨利二世进行了司法和军事方面的改革以及限制教会权力,大大加强了王权,僧侣被禁止在世俗法院执行律师职务。13世纪末,法国腓力四世因向教会领地征收土地税,和教皇卜尼法八世发生冲突,结果教会权力被大大削弱,僧侣在世俗法院执行律师职务被禁止,代之以受过封建法律教育、经封建统治者严格挑选和严密监督的律师。13世纪以后,英国禁止僧侣在世俗法院从事律师业务。14世纪初,英国成立了格雷、林肯、内殿、中殿四大学院和其他一些较小的法学院,专门负责培训律师。此后,律师行业开始兴旺起来。16世纪,英国律师开始划分为大律师和小律师、形成了延续至今的英国律师等级制度。

(四) 资本主义时期的律师制度

封建社会末期,资本主义经济萌芽也开始迅速发展,资产阶级同封建专制的等级制度、宗教特权和司法专横之间的矛盾异常尖锐。当时的资产阶级思想家和启蒙学者,如英国韵李尔本、洛克,法国的伏尔泰、孟德斯鸠、狄德罗、卢梭等,无情地抨击封建社会的政治制度和法律制度,提出“天赋人权”、“主权在民”、“民主”、“自由”、“平等”、“博爱”等口号,主张建立资本主义政治制度和法律制度。洋溢着资本主义精神的法律理论也广泛传播,洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》成为人们争相传阅的作品。他们提出了“三权分立”、“罪行法定”、“无罪推定”、“在法律面前人人平等”的原则,主张用辩论式诉讼代替纠问式诉讼。给当事人辩护权,法庭上进行自由辩论的民主审判方法。17世纪中期,英国发生资产阶级革命,随着欧美资产阶级相继掌握国家的统治权,资产阶级开始建立起律师制度。1679年,英国国王查理二世签署公布了《人身保护法》,明文规定诉讼中实行辩论原则,承认被告人有权获得辩护,这是资产阶级的第一个带有律师法色彩的法律文件。1695年,英王威廉四世颁布法令规定,不论任何案件,被告人都享有受法庭律师辩护



协助的权利。1971年颁布的《美利坚合众国宪法》修正案即《权利法案》第6条规定,刑事案件被告人享有受法庭律师辩护协助的权利。1789年,法国制宪会议法令规定,从追究被告人犯罪时起,就允许辩护人参加诉讼。1793年,法国《雅各宾宪法》规定国家要有“公设辩护人”。1808年,拿破仑《刑事诉讼法典》,系统地规定了律师制度。日本明治维新以后,1876年颁布实行的《代言人规则》,在其历史上第一次规定了律师制度的基本内容。德国在16世纪末17世纪初引进了罗马的律师制度,1878年颁布《国家律师法》,奠定了近现代德国律师制度的基础。

由于资本主义社会具备适合律师制度发展的政治、经济、法律条件,所以,资本主义国家的律师制度一经确立,便以空前的速度向前发展,现在,它已成为资本主义法律制度的重要组成部分。律师在社会中的地位越来越高,活动范围越来越广泛,从主要在法院参加刑事、民事诉讼,发展到在社会生活各个领域,包括从对外战争到家庭纠纷,为政府、企业、社会团体和个人提供各种各样的法律服务,律师人数也急剧增长,队伍不断扩大,有关律师的法规也越来越多,日趋复杂完善,由原来单纯调整律师在诉讼、管理中的权利义务关系的法律,发展为大量出台有关职业道德和执业纪律、行为标准、法律援助、责任赔偿等方面的法律、法规。在美国,律师资格是晋升的阶梯,国会中一半以上的议员曾当过律师,法官、检察官一般都由具有律师资格的人担任。现在,随着法律的增多和细化,资本主义国家的律师制度又出现了新的发展趋势,许多国家的律师工作逐步趋向专业化,各国的律师制度也不断完善,有关律师职业道德、律师考核、培训,律师事务所的管理,法律援助制度等都已规范化、系统化。例如,律师事务所开始向公司化、大型化发展;律师业务中非诉讼业务比重大幅度上升;专业化色彩日益突出;律师的跨国服务也逐渐增多等。

二、中国律师制度的产生和发展

(一)旧中国的律师制度

我国律师制度的发展起步很晚,虽然我国早在古代社会就产生了像邓析、士荣那样的精于辩论并能够“操两可之说、设无穷之辞”的“讼师”和“刀笔先生”,但却没有真正意义上的律师,这些讼师与西方国家的辩护士相比,是有严格区别的。这些讼师只能够在法庭以外替当事人代写诉状或背后出谋划策,他们没有权利像西方国家的辩护士那样直接接受当事人的委托,并代表当事人出庭参与辩论等诉讼活动。所以,在我国古代和封建社会,是没有律师更没有律师法的。古老的中国始终未能孕育出律师和律师制度,无疑有其深刻的经济、政治原因,对此我们可以通过与罗马法的比较来加以探讨。

1. 经济原因

中国古代商品经济不发达,基本上是农业社会,自给自足的自然经济占统治地位,社会结构相对简单,资源流动性小,发生纠纷、诉讼的可能性相对商品经济条件下也小,因而没有律师产生的经济基础,这是最根本的原因。

2. 政治原因

高度中央集权的专制统治和民主传统的缺乏,是古代中国没有产生律师制度的另一个重要原因。中国自进入文明社会以来,就是王权的统治,中国古代从未出现过类似古希腊、古罗马的“共和政体”。在专制统治下,等级制度森严,没有民主可言,诉讼主体本身常常就是法定不平等的,诉讼结构实行的是纠问式诉讼形式。律师制度的出现,是以民主的辩论式诉讼形式为前提的。民主的不发达以及诉讼制度的专横,是中国古代未能产生律师制度的政治原因。

中国近代律师制度初萌于清末变法。1840年鸦片战争以后,中国逐渐成为半封建半殖民地社会,清政府不得不变法修律,律师制度这才如同其他司法制度一样在中国得以引进和发展。1906年由清末著名法学家沈家本主持制定的《大清刑事民事诉讼法》修订完成,其中律师一节(199—207条)对取得律师资格的条件、律师注册登记的程序、律师的职责、律师的惩戒措施以及外国律师在通商口岸办案的获准程序等首次作了具体的规定。但由于这个法典遭到封建守旧势力的强烈反对,未



能颁布实施。1910年,清政府再次拟定《刑事诉讼法草案》和《民事诉讼法草案》,规定并修订了律师制度,但未及颁行清王朝就被推翻。上述法典虽未实施,但仍可说是中国律师制度的萌芽。

辛亥革命后,孙中山领导的南京临时政府仿效德国、日本起草了我国第一部有关律师制度的成文法草案——《律师法草案》。但因袁世凯窃国和临时政府解散,这个律师法草案也未能公布实行。1921年北洋政府公布《律师暂行章程》,我国才有了第一部关于律师制度方面的成文立法。同时,该章程的公布实施也标志着中国律师制度的产生和起步。

国民党南京政府建立后,于1927年公布了新的《律师章程》,1942年又正式公布了《律师法》,同年还颁布了《律师法施行规则》、《律师惩戒规则》等。这些关于律师的立法,在北洋政府律师制度的基础上,参照了西方国家律师制度,增添了一些新的内容,如允许女性担任律师,史良就是当时著名的女律师;详细规定了律师的义务和惩戒事项,服务酬金的规定等,使律师制度进一步规范化。

(二)新中国的律师制度

新中国成立后,国家在废除旧律师制度的同时,即着手建立人民律师制度。新民主主义革命时期颁布的一些条例及确立的辩护原则、苏联社会主义国家的律师制度都为新中国律师制度的建立提供了有益的经验。1954年7月,中央人民政府司法部发布《关于人民法院组织制度中几个问题的通知》,指定北京、上海、天津、重庆、武汉、沈阳等大城市率先试办律师顾问处,开展律师业务,逐步建立律师制度。1954年9月颁布了第一部《中华人民共和国宪法》规定:“被告人有权获得辩护”。同年颁布的《人民法院组织法》规定:“被告人除自己行使辩护权外,可以委托律师为他辩护”。这些规定既从法律上保障了公民的辩护权,也为律师制度的建立提供了立法依据。1956年1月,国务院正式批准了司法部《关于建立律师工作的请示报告》,对律师的性质、任务、条件和组织机构等问题作了一系列规定,并颁布了《律师收费暂行办法》。同年董必武同志在党的第八次全国代表大会的讲话中指出:“律师制度是审判工作中保护当事人诉讼权利不可缺少的制度,应当予以加速运行。”这对推动律师工作的迅速发展起到了重要的作用。

从1954年至1957年,全国19个省、自治区、直辖市先后成立了律师协会或筹备机构,法律顾问处发展到800余个,专职律师发展到2500多人。

正当新建立起来的律师制度处于蓬勃发展之际,却遭到了20世纪50年代政治运动的冲击。在1957年反右斗争中,律师制度被看成是资产阶级的司法制度,律师辩护被说成为犯罪分子开脱罪责,替坏人说话,不少律师被错划成右派分子,有的被下放劳动,有的甚至被判刑,使刚刚建立起来的律师制度夭折,继而在我国历史上造成了长达20多年没有律师制度的空白时期。

党的十一届三中全会后,随着社会主义民主和法制建设的加强,律师制度也得到了恢复和重建。1980年8月,第五届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》,新中国第一个律师立法的颁布施行,使我国社会主义的律师制度又在新的起点上得以建立,并在全国范围内稳定地发展起来。1986年7月,全国第一次律师代表大会上成立了中华全国律师协会。同年8月,司法部举行了第一次全国律师资格考试。1987年初,中华全国律师协会正式加入亚太律师协会。1988年初,深圳三名青年律师创办了新中国第一家个体律师事务所。同年5月,保定市成立了全国第一家合作律师事务所。这标志着我国从国家统包律师事务所的单一体制中走出来,形成了多种体制的律师事务所并存,互相竞争、相互促进的局面,促进了律师业的繁荣。

党的十四大提出建立社会主义市场经济的目标后,进一步加强我国社会主义民主和法制建设,对发展律师事业提出了更加迫切和更高的要求,国家进一步加快了律师工作改革和发展的步伐。1996年6月25日第八届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师法》,由于其在我国律师制度发展进程中的重大意义而被称为“我国律师制度发展史上的里程碑”,标志着我国的律师制度发展到了一个新的阶段。该法在总结《中华人民共和国律师暂行条例》和多年来律师体制改革的基础上,借鉴国外律师立法的成功做法,对我国律师制度的一系列重大问题作了新的规定。



该《律师法》的内容具有以下新特点:明确了律师是为社会提供法律服务的执业人员;允许采用国家出资及合作、合伙等多种形式设立律师事务所;加强了对律师的执业权利的保障,明确规定了律师的义务和法律责任;确立了司法行政机关行政管理与律师协会行业管理相结合,并逐步向司法行政机关宏观管理下的行业管理过渡的律师管理体制;确立了国家法律援助制度;规定了非律师人员和机构从事律师业务的处罚办法;肯定了境外机构在我国境内设立分支机构的做法。

2001年12月29日第九届全国人大常委会第二十五次会议通过《关于修改中华人民共和国律师法》的决定。这次修正后的第6条规定:取得律师资格应当经过国家统一司法考试,法律本科或其他专业本科以上学历的人员才可以参加司法考试,并规定执行确有困难的地方,经批准,在一定期限内可放宽到法律专业专科以上学历。提高参加国家统一司法考试的学历要求,就是为保证律师的素质把好人口关;参加统一的司法考试意味着未来的法官、检察官也像律师一样必须通过严格的考试才能获得资格,为提高我国法官、检察官和律师的素质,也为我国的司法改革和司法公正创造了最基本的制度条件,我国的律师制度必将迈上一个新的台阶。

第二节 律师的法律地位

律师地位包括律师的社会地位和法律地位,而律师的法律地位,则主要取决于一国法律性质和律师职能所作的规定。因此,要确定律师职业的法律地位,则必然要了解律师性质和职能。

一、我国律师的性质

(一)我国律师性质的历史演变

1.《律师暂行条例》中“国家法律工作者”的定性

中国律师制度的发展具有其不平凡的历史特殊性,因而决定了中国律师的性质具有其特殊性。新中国成立后,我国律师制度以苏联为蓝本设立。律师的性质为国家法律工作者。粉碎“四人帮”以后,律师制度逐步恢复,1980年8月25日公布的《中华人民共和国律师暂行条例》仍然将律师的性质规定为“国家的法律工作者”。当时,律师制度刚刚恢复,律师尚未对社会生活产生应有的影响,人们对从事律师工作仍然心存疑虑,在这种情况下,法律明确将律师的性质规定为“国家的法律工作者”,赋予律师与警察、检察官、法官等司法人员以同等的政治法律地位,将律师队伍直接置于国家司法行政机关的直接组织和管理之下,这对于提高律师的声望,保障律师依法执行职务,尽快恢复和壮大律师队伍是十分必要的,实践已经证明确实对律师制度的发展起到了极大的促进作用。

随着国家经济体制与政治体制改革的深入发展,律师体制的改革也势在必行。自1988年以来,合作制律师事务所大量涌现,第一次打破了建国以来我国律师事务所传统的“国办”格局,标志着律师体制改革已迈出了一大步。随着合伙制律师事务所及个体律师事务所的相继出现,由国家统一编并核拨经费这种直接管理的单一模式已远远不能适应现实的需要。这种体制的改革必然影响到律师性质的变化。加之“与国际接轨”的律师改革方向的确立,以及“律师事务所是市场中介组织”的性质的界定,使得“律师是国家法律工作者”的性质已经明显不切合实际了。

2.我国《律师法》中“律师是依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员”的定性

1996年5月15日通过的《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》),是新中国成立以后的第一部律师法典,标志着中国的律师制度进入到一个新的历史发展时期。该法第2条明确规定:“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。”彻底否定了“律师是国家法律工作者”的性质。使律师从国家公职人员中分离出来,不再具有司法官员的性质。这种变化,对于迅速发展律师队伍,提高律师的政治业务素质,与国际接轨,促进改革开放,无疑具有重大的意义。

从律师工作特点来说,律师是由国家授予资格并批准执业从而接受当事人委托或法院指派,帮



助当事人进行诉讼或处理其他法律事务的专业人员。律师从事法律服务是基于当事人的委托或聘请,为当事人提供法律帮助,以维护其合法权益。而司法人员是基于国家的职权要求,站在国家的立场上对案件做出裁决。二者有着本质的差别。《律师法》对律师性质的界定,律师体现出政治素质和深厚的法律专业功底,律师只有具备真才实学,才能在市场经济中生存发展,否则将无立锥之地。随着律师性质的改变,司法行政机关对律师的管理,也会从微观管理转变为宏观管理,更好地发挥国家对律师及律师组织的管理职能,缓解国家的压力;同时也使律师加强自我约束和建立健全自我管理的机制,树立良好的职业道德,以信誉求发展,提高律师的工作效率和积极性。律师性质的重新界定,增强了当事人对律师的信任感,有利于律师业务的开展,也改变了律师依赖国家吃“大锅饭”的状况,将竞争机制引入律师管理体制,充分调动律师的积极性,更好地发挥律师在社会主义市场经济建设中的重要作用。《律师法》对律师性质的规定,也适应了对外开放的需要。目前我国社会主义市场经济有了突飞猛进的发展,与外国和有关地区的联系交往日益频繁,涉外案件日趋增多,律师的涉外业务工作量也不断增多,如果仍把律师的性质限定在国家法律工作者的身份上,容易引起国外客户的不信任,对律师的公正性产生怀疑。

(二) 律师的性质考察

要考察律师职业的性质,以确定其不同于其他社会职业的特点,我们认为应当从律师职业的外在特征和本质属性两个方面着手。

律师职业的外在特征,我们也可以将之称为律师的职业属性。就此而言,律师是指为国家、公民、组织提供法律服务的专业人员。其内涵包括两个方面:一方面律师以提供法律服务为其工作内容。律师为公民、组织或社会团体提供法律服务,是其基本职能,也是其最重要的工作职能。《律师法》第3条规定:“律师是法律事务中独立的、职业的顾问和代理人。”“任何人都有权在各种法律事务中请律师充当其法律顾问,或在法院、仲裁法院及行政部门的活动中充当其代理人。”西方有些国家,除了社会律师外,还有国家律师。国家律师又称为公设律师,他们同其他律师一样,持有律师执照,以自己所具有的法律知识和专业知识作为提供法律服务的手段。与其他律师相比,他们不是自由职业者,而是国家公务员,他们只为国家服务,而不可向社会提供法律服务,其职能在于捍卫国家利益,其性质有点类似我国目前所出现的“公职律师”。但无论其身份地位如何,均是以提供法律服务为其工作内容;另一方面,律师的职业属性反映在律师活动的专业性上。从事律师职业,应当经过法律专业知识的训练,具备专业的法律知识。作为专业人员,各国对律师均实行执业资格准入制度,不取得律师执业资格即不能以律师的名义执行业务。这也是律师职业不同于其他职业领域一个重要的外在特征。

律师职业的本质属性,也称为律师的社会属性,是指律师这一职业在社会中所处的一种状态。在律师职业产生的最初阶段,律师被视为国家司法工作人员。但随着社会发展,目前西方国家多将律师界定为“自由职业者”。如德国《律师法》规定:“律师为自由职业者。律师的活动不具有经营的性质。”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。律师以协作律师、公司成员或律师协会会员身份执业的,不享有领薪资格。”西方国家将律师界定为自由职业者,主要是针对作为国家法律工作者的法官和检察官而言的,以强调律师不是执行公务的国家工作人员而是自由职业者。

也有学者认为,律师制度是一国法律制度的重要组成部分,律师制度由于其阶级性,主要是为统治阶级实行有效统治服务的统治工具。我们认为,制度和职业应当是两个不同层面的概念,我们不能将律师制度等同于律师职业。一国法律制度几乎涵盖了所有职业,我们不能由此而认为所有职业都主要是统治阶级的统治工具,这样混淆了政府的统治职能和服务职能,并不利于对国家机关和社会职业的区分。我们认为要准确把握律师职业的性质,从而将其与国家机关和其他社会职业区分开来,必须将上述两个方面结合起来。

具体而言,从我国《律师法》的规定来看,对律师的性质可以界定为以下两个方面:



1. 服务性和社会性

与社会其他服务职业一样,律师职业具有服务性,律师的天职是为社会提供服务,而且这种服务一般来说是有偿的。此外,在我国律师制度改革以后,根据《律师法》的规定,律师已不是国家公务人员,不享有国家赋予的公共权力。因此只能依靠自己的专业知识和工作能力向社会提供法律服务,由此获得报酬,并赖以生存和发展。律师虽然也是法律方面的专业人员,但却不同于法官、检察官等法律方面的专业人员。后者都是“官”,代表着审判机关、检察机关,享有一定的权力,而律师则不然。正如西方国家将律师称为“自由职业者”一样,律师职业是一个社会化的职业。律师的业务来自当事人的委托,而不是基于权力范围。如果没有当事人的委托,律师的法律服务便无从谈起;而没有业务,则法律规定的律师执业权利亦无法行使。因此律师的服务性与社会性是紧密联系的。应当说,律师的服务性和社会性是律师职业本质属性的体现。

2. 律师的资证性和专业性

律师的资证性和专业性也是紧密联系在一起的。不管在任何一个国家,从事律师职业必须取得律师资格和执业证件,并且都规定了取得资格和执业证件必须具备一定的条件,一般的要求是经过法律专业训练,具有法律专业知识。在我国,律师必须“依法取得律师执业证书”,而要取得律师执业证书,最主要的是必须有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历具有法律专业知识的人员,并经国家司法考试合格。因此,一个人如果不具有相当的法律专业知识,未取得法律规定的资格和执业证件,就不可能成为一名律师。律师的资证性和专业性则体现了律师职业的外在特征即职业属性。

二、律师的职能

律师性质决定律师的任务,我国律师的任务是以提供法律服务为宗旨,维护国家法律法规的正确实施为目的,维护国家、集体和个人的合法权益为核心。这是由我国社会主义法律制度的特点决定的。《中华人民共和国律师法》第1条规定:“为了完善律师制度,保障律师依法执行业务,规范律师的行为,维护当事人的合法权益,维护律师的正确实施,发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用,制定本法。”这条规定,既明确了《律师法》的立法目的,也涵盖了律师的工作任务。

(一) 维护当事人合法权益

维护当事人的合法权益是律师的根本任务,也是律师职业得以产生的根本原因。律师作为自由职业者,其生存方式就是对广大社会成员提供法律服务,当事人聘请律师提供法律服务的原因就是利用其法律知识与技能为自己争取权益,国家虽然也负有义务保护广大人民的权益,但是对于具体公民的权益保护而言,更多的是通过律师的执业活动而实现的。维护当事人的合法权益要求律师不仅要维护当事人的实体权益,帮助当事人最终实现合法的目的,同时也要维护当事人各项程序性权利。值得注意的是,律师维护当事人的合法权益的同时应当兼顾另一项重要任务,即维护法律的正确实施。律师维护当事人的权益不能超出合法的范围,当委托事项违法或者委托人利用委托事务从事非法活动时,律师对于法律公正实施的义务要求律师应当拒绝委托。我国《律师法》第29条对此作出了明确的规定。

(二) 维护法律的正确实施

律师在维护当事人合法权益的同时,还负有维护国家法律正确实施的职责。警察、检察官、法官都要正确地适用法律,来完成国家赋予的司法职责,律师也要在其业务活动中正确地适用法律,完成法律赋予的神圣使命。律师通过行使辩护权和代理权,向人民法院提出如何适用法律的具体意见,指出人民法院在法律适用上存在的问题,有利于人民法院正确地执行法律,以维护法律的正确实施。虽然律师与公、检、法三机关的职责不同,但最终目的是一致的,即维护国家法律的正确实施,只是各自所担任的具体角色不同而已。这就要求我们的律师必须具有较高的法律意识和法律专业水平,正



确地理解法律,不能为了迎合当事人的需要,任意地曲解法律,更不能帮助当事人规避法律。律师必须维护国家法制的统一,维护国家法律的正确实施。

(三)宣传社会主义法制

法制建设的发展不仅是法律制度的健全,也包括全民族法律意识的提高,法制观念的增强。律师作为向社会提供法律服务的执业人员,有责任在具体的工作中进行法制宣传,向全民普及法律知识,这也是律师的一项重要职责。律师的业务活动,无论是咨询、代书,还是辩护、代理,或者担任法律顾问,必然要涉及国家的法律和政策,目前我国公民的法制观念较差,法律意识淡薄,普法教育尚未达到足够的广度和深度,且形式呆板单一,而律师的具体业务活动,特别是参加公开开庭审理活动,则成为律师宣传法律的良好课堂,律师必须充分利用起这些良好的机会,积极宣传法律,教育群众,推进社会主义法制的发展。

第三节 律师实务的产生与发展

一、律师实务的含义和特征

(一)律师实务的含义

律师实务是指律师接受当事人的委托,运用法律对具体案件中各种法律事务及其他律师业务进行的实际操作和处理。从静态上看,律师实务的范围包括律师办理的各种诉讼事务和非诉讼事务,从动态上看,律师实务也体现在律师对各种法律事务的处理上,比如对法律条文和规则作出准确的分析和解释,更好地为当事人收集、提供证据和质证,准确地发表自己的法律意见,甚至包括如何更好地与对方当事人、法院、仲裁庭和相关人员进行沟通等实际工作。律师实务的内容正是体现在律师提供法律服务的这样一些实际工作之中。当然,在律师提供法律服务时,有时不仅需要专业的法律知识,也需要掌握法律以外的知识和技能,这对于提高律师的综合素质及职业技能有很大的益处。

(二)律师实务的特征

律师实务的特征主要表现为法律性、委托性和服务性三个方面。

1. 法律性

律师实务的法律性,主要包括两个方面:一是律师业务范围的法定性,我国《律师法》第25条明确规定了律师可以从事的七类业务;二是律师仅运用法律专业知识对于具体案件的法律事务进行操作和处理,是在依据法律和尊重事实的基础上,本着法律条款进行业务活动,因而具有法律性。

2. 委托性

律师实务的委托性,是指律师从事具体的业务活动,需要当事人的委托和授权。没有当事人的委托和授权,也就没有律师的业务,也就不存在律师实务。

3. 服务性

律师实务是律师运用专业知识和技能为当事人提供的一项法律服务,旨在完成当事人所委托的事项,仅具有服务的性质。对于当事人而言,其服务活动只是为了更好地实现和保护当事人的合法权益,并不具有司法性利国家强制力。

二、我国律师实务的现状与发展趋势

西方国家和我国律师制度的产生和发展中,应当说,有了律师或有了律师性质的“保护人”、“讼师”就开始有了律师实务。我国的律师实务发展起步较晚,跟西方国家的律师业务发展存在着一定的差距。但1979年恢复律师制度以来,我国律师实务得到了迅速发展。



(1)从立法上看,1980年《律师暂行条例》第2条首次规定“律师的主要业务如下:①接受国家机关、企业事业单位、社会团体、人民公社的聘请,担任法律顾问。②接受民事案件当事人的委托,担任代理人参加诉讼。③接受刑事案件被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人;接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人及其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼。④接受非诉讼事件当事人的委托,提供法律帮助,或者担任代理人,参加调解、仲裁活动。⑤解答关于法律的询问,代写诉讼文书和其他有关法律事务的文书。”1996年《律师法》第25条规定“律师可以从事下列业务:①接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;②接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;③接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请,为其提供法律咨询,代理申诉、控告,申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;④代理各类诉讼案件的申诉;⑤接受当事人的委托,参加调解、仲裁活动;⑥接受非诉讼法律事务当事人的委托,提供法律服务;⑦解答有关法律询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。”此外,1989年、1992年司法部分别颁布了《关于律师担任政府法律顾问的若干规定》和《关于律师担任企业法律顾问的若干规定》,1993年中国证监会和司法部联合颁布了《关于从事证券法律业务律师及律师事务所资格确认的暂行规定》。应当说,上述法律法规的颁布从法律的角度明确了律师业务的范围,为律师实务的规范发展提供了法律依据。

(2)从实践上看,在改革开放初期,律师人数不多,律师业务主要以诉讼代理为主。随着我国经济体制改革的深入,律师的业务领域不断拓宽。如果我们将律师业务简单划分为传统业务(主要指诉讼业务)和产生于市场经济的新兴业务(主要指非诉业务)两类,则会发现后者在律师业务中所占数量和比重正逐年增加。有人总结的近20多年律师业务活动几个发展阶段的说法有一定代表性:1980—1990年律师业务主要以传统业务为主;1990—1993年由诉讼代理和辩护、起草、审查、修改合同、提供咨询等传统业务发展发展到参与调解、仲裁;1994—1996年逐渐进入企业改制、涉外见证、少量企业破产代理;1995年至今进入到企业并购、金融、证券、房地产、社会保障以及重大项目招标投标等领域。目前连律师数量最少的西藏,律师业务触角也已伸向金融、房地产、证券、专利等高新领域。非诉业务逐渐成为主导业务,显示了我国律师业务走向成熟并与国际社会接轨的一种趋势。此外,随着改革开放的深入和我国加入WTO,律师的涉外业务范围也在不断扩大。

经过30多年的努力,中国的律师实务获得了长足的发展。有人认为,目前中国律师正向专门化、集约化、国际化的方向发展。但我们也应清醒地看到,由于起步晚、基础差,中国律师业务在发展过程中还存在不少的问题,主要表现在:

1. 律师的服务领域仍有待拓宽,服务行为有待完善,立法予以规范

由于有些新兴业务领域本身属初级阶段,法律法规还不完善,只有少量的行政法规和规章性文件,影响了律师的操作,有些业务律师只能打擦边球。

2. 律师队伍的数量总体不足,且地区分布不均衡、不合理,经济欠发达地区律师数量短缺严重

律师业的服务能力和管理水平与国际同行相比尚存在一定的差距,业务素质 and 职业道德素质还有待于进一步提高。虽然律师专业化的趋势已经显现,但要达到较高水平尚需一定的时日。

3. 律师体制有待完善

西方国家一般有诉讼律师、事务律师、公职律师之分,诉讼律师和事务律师属于社会律师,我国《律师法》所规范的律师仅指社会律师,公职律师仍然处于试点阶段。1980年,《律师暂行条例》曾规定,律师可以接受国家机关、人民公社的聘请,担任法律顾问。1989年,司法部颁布的《关于律师担任政府法律顾问的若干规定》对此作了具体的规定。但在1996年《律师法》中规定的律师业务不包括此项内容。应当说,律师接受政府部门的聘请担任法律顾问并不同于公职律师,一般认为,公职律师是指供职于政府部门,不对社会提供有偿服务,专门办理政府法律事务的律师,其具有公务员和执业律师的双重身份。公职律师是发展和完善中国律师制度的重要内容,也是促进政府依法行政提高政府法治能力的重大举措,我国应当尽快从法律上确定公职律师制度。



4. 需进一步扩大对外开放,推动律师业务的国际化进程

进一步扩大法律服务业的对外开放,既是中国经济在WTO框架下参与全球化的客观需要,同时也是中国法律服务业未来发展的必由之路。从涉外诉讼和涉外仲裁直到国际贸易、国际投资、国际金融、电子商务、跨国并购、国际知识产权、国际税收、国际环境保护等业务领域都为我国律师实务的发展提供了广阔的空间。

概言之,问题与发展同在,机会和挑战并存,是中国律师所面对的现实。在新的世纪,在中国经济面临一个新的发展时期的今天,中国律师业务需要一个新的腾飞起点,也将会有一个广阔的发展前景。

第四节 律师实务的范围和服务领域

律师实务,探讨律师办案的工作程序和业务范围。律师的业务范围和服务领域是律师实务研究的一个重要内容。有关律师业务范围的立法规定有两种:一种是封闭性的,将律师业务限定于特定的范围;另一种是将律师的业务活动范围作全方位开放性的规定,只要律师的活动不违反现行国家法律,有利于维护法律的正确实施,有利于维护当事人的合法权益,律师都可以去做。前者规定明确,便于把握,但显得保守,制约了律师业务的能动性,后者则处于动态之中,便于突破窠臼,拓展新的业务,有利于律师职能作用的发挥。无论怎样讲,律师的业务范围总是要受到社会政治、经济、文化发展水平的制约及律师主观条件的限制,总是限定在特定的范围之内,社会需求、律师队伍的状况以及立法和法学理论的发展程度是制约律师业务范围大小的主要因素。一般而言,社会需求总是与律师的业务范围成正比,而国家的经济发展程度、法制建设情况、公民的文化教育程度及法律意识、观念等又影响着社会需求,社会需求量越大,律师的业务范围就越广,如近几年发展起来的金融、证券、房地产、海商海事、产权交易、知识产权、反倾销及涉外法律服务等律师的新业务,就是随着改革开放的不断深入而拓展出来的。同时,律师队伍的状况也影响着律师业务的发展,拥有一支高知识并具有较强实际工作能力的律师队伍,则律师业务肯定会渗透到社会的各个层面,范围会相当广泛;高、精、尖的律师业务也会造就出一批律师人才精英。

一、律师的业务范围与服务领域

律师的任务是律师通过执行业务来完成的,律师的业务则是律师任务的具体表现;律师通过依法执行业务,维护当事人的合法权益,并维护法律的正确实施。律师任务的完成以律师依法认真执行业务为条件。律师的业务指的是律师执业的具体内容与范围,我国《律师法》规定了律师的业务主要有七项:

- (1)接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;
- (2)接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;
- (3)接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请,为其提供法律咨询,代为申诉、控告,申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;
- (4)代理各类案件的申诉;
- (5)接受当事人的委托,参加调解、仲裁活动;
- (6)接受非诉讼事务当事人的委托,提供法律服务;
- (7)解答有关的法律咨询、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。

《律师法》对律师业务的概括十分全面,既包括诉讼事务,也包括非诉事务。传统上律师以诉讼事务为主,但近年来非诉事务发展较快,在律师业务中占有越来越大的比重。律师业务的范围不断扩大,也说明了律师参与社会生活的广度与深度正在不断加强。

《律师法》对于律师开展不同业务,规定了相应的具体职责。《律师法》第26条规定:“律师担任



法律顾问的,应当为聘请人就有关法律问题提供意见,草拟、审查法律文书,代理参加诉讼、调解或者仲裁活动,办理聘请人委托的其他法律事务,维护聘请人的合法权益。”第27条规定:“律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的,应当在受委托的权限内,维护委托人的合法权益。”第28条规定,“律师担任刑事辩护人的,应当根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益”。

律师在不同的业务当中,针对不同的当事人和委托事项,在工作的内容、方法及对委托事项的处理方式和解决途径都有所不同。在实践中,一般根据律师实务的解决途径和方法不同,将其分为诉讼实务和非诉讼实务。我们也从这两个方面进行阐述。

二、律师诉讼实务

律师诉讼实务,指律师接受当事人委托,以担任辩护人或诉讼代理人的方式,通过诉讼途径处理法律事务的业务活动。律师的诉讼实务,是律师的基本业务和传统业务,即使是律师非诉讼实务快速增长的今天,律师的诉讼实务仍然在律师的业务范围中占据着主导地位。根据我国《律师法》的规定,律师的诉讼实务主要包括以下几种类型:

1. 刑事诉讼中的律师辩护

刑事诉讼中的律师辩护即律师在刑事诉讼中依法接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或依照人民法院的指定,担任犯罪嫌疑人、被告人的辩护人,根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的活动。律师根据事实和法律,独立提出自己的辩护意见,不受其他机关、团体和个人的非法干涉,也不为犯罪嫌疑人、被告人的意见所左右,具有独立的法律地位。应当说,律师的辩护活动,既有利于维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,也有利于公安、司法机关客观全面地了解案情,正确地适用法律。为了保障律师完成辩护业务,法律又赋予了律师较其他辩护人更多的权利,比如律师依法执行职务受保障的权利、查阅案卷权、会见通信权、调查取证权,为犯罪嫌疑人、被告人申请变更强制措施的权利,司法文书获取权、提出证据权、质询权、辩论权、控告权、拒绝权等等。

2. 刑事诉讼中的律师代理

刑事诉讼中的律师代理主要是指律师接受自诉案件自诉人或公诉案件被害人及其法定代理人或者近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人及侦查阶段犯罪嫌疑人的委托,担任代理人,参加诉讼,维护委托人合法权益,保障国家法律正确实施的活动。

3. 民事诉讼中的律师代理

民事诉讼中的律师代理即律师接受民事诉讼当事人的委托,以被代理人的名义,在代理权限内代理被代理人进行诉讼,维护被代理人合法权益的活动。民事诉讼中律师代理的范围非常广泛,凡人民法院受理的民事案件、经济案件,只要诉讼当事人委托律师代理的,律师都可以接受当事人的委托参与诉讼。

4. 行政诉讼中的律师代理

行政诉讼中的律师代理即律师接受行政机关或行政相对人的委托,以被代理人的名义,依照法律规定的程序和委托人授予的权限为被代理人实施行政诉讼行为的活动。律师代理行政诉讼的范围和种类是法律明确规定的法院受理行政案件的范围,凡法律没有明确规定可以向人民法院提起行政诉讼的案件,人民法院不予受理,律师也不应代理。

律师办理诉讼实务,源于当事人的委托。当事人委托律师办理诉讼实务时,应当统一与律师事务所签订委托代理合同,并向委托律师出具授权委托书。授权委托书的内容一般包括委托人姓名、代理律师的姓名及其所在律师事务所的名称、委托律师代理的案件名称、代理权限等。授权委托书应当由当事人签名或盖章。委托书的授权内容一般包括以下一种或几种:(1)调查取证,了解案情;(2)出庭陈述事实、参加辩论和调解;(3)代为提起诉讼;(4)代为承认、变更、放弃诉讼请求,进行和