

LUSHI ZHIYE LILUN YU SHIJIAN

律师执业理论与实践

李桂英 张昭庆 张陆庆 著

群众出版社

D916.5
L168

律师执业理论与实践

李桂英 张昭庆 张陆庆著

群众出版社

二〇〇四年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

律师执业理论与实践/李桂英, 张昭庆, 张陆庆著.
北京: 群众出版社, 2004. 6
ISBN 7-5014-3221-X

I. 律… II. ①李…②张…③张… III. 律师业务
IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 058250 号

律师执业理论与实践

著 者/李桂英 张昭庆 张陆庆
责任编辑/黎燕鸣

出版发行/群众出版社 电话: (010) 67633344 转
社 址/北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼
网 址/www.qzchs.com
信 箱/qzs@qzchs.com
经 销/新华书店
印 刷/北京京安印刷厂

850 × 1168 毫米 32 开 12.25 印张 301 千字
2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷
印数: 0001—3500 册

ISBN 7-5014-3221-X/D · 1503 定价: 20.00 元

前 言

社会主义市场经济带来了我国经济的繁荣和迅速发展，促进了我国社会主义民主和法治的进程，作为法律文明标志的律师制度亦加快了改革步伐。我国已加入世界贸易组织（WTO），经济全球化日趋明显，中国律师将走向世界，外国律师也将逐步进入我国，中国律师业面临着广阔的机遇和严峻的挑战。适逢此时，笔者再版的《律师执业理论与实践》脱稿，奉献给有志于律师业的人们和法学界的同行，以供学习和参考。

律师学是研究律师制度和实务及其发展变化规律的新兴法学学科。本书的特点是：实、新、全。

实，是指实用性强，注重市场经济条件下律师实务的实际操作。

新，指跟踪法律法规的最新变化。诸如根据《律师法》、《合同法》、《民事诉讼法》、《刑法》等的颁布实施对相关问题进行了探讨；并撰写了包括计算机软件在内的知识产权律师代理等内容。此外，本书对律师权利和法律责任也有新的探讨和研究。

全，指本书继承了前辈学者的成果，又有新的发展。既有较系统的理论性，又注重律师业务的实用性，对参加国家司法考试多有裨益。

本书不妥和疏漏之处，恳请读者指正。

作 者

2004 年 6 月 8 日

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 律师执业理论与实践的概念和研究对象	(1)
第二节 律师执业理论与实践的地位	(3)
第三节 律师执业理论与实践与相关法律学科的关系	(5)
第四节 律师执业理论与实践与相关社会、自然学科的关系及学习方法	(6)
第二章 律师制度的由来和发展	(9)
第一节 西方律师制度的产生和演变	(9)
第二节 现代西方发达国家律师制度	(14)
第三节 我国律师制度的产生和发展	(21)
第三章 律师的性质、任务和主要业务	(31)
第一节 律师的性质	(31)
第二节 律师的任务和主要业务	(34)
第四章 律师资格、执业和职务	(40)
第一节 律师资格	(40)
第二节 律师执业	(48)
第三节 律师职务	(54)
第五章 律师的权利和义务	(58)
第一节 律师的权利	(59)
第二节 律师的义务	(86)

第三节 律师的法律援助	(91)
<u>第六章 律师的执业原则</u>	(94)
第一节 律师执业的一般原则	(94)
第二节 律师涉外活动原则	(99)
<u>第七章 律师的职业道德和执业纪律</u>	(103)
第一节 律师的职业道德	(103)
第二节 律师的执业纪律	(108)
<u>第八章 律师的法律责任</u>	(112)
第一节 律师的行政处罚	(112)
第二节 律师的刑事责任	(115)
第三节 律师的责任赔偿	(116)
<u>第九章 律师事务所</u>	(121)
第一节 律师事务所概述	(121)
第二节 律师事务所的设立、变更与终止	(129)
第三节 律师事务所的管理	(132)
第四节 律师收费	(134)
<u>第十章 律师管理</u>	(139)
第一节 律师管理体制	(139)
第二节 律师协会	(142)
<u>第十一章 律师的刑事辩护</u>	(151)
第一节 刑事辩护制度	(151)
第二节 律师辩护	(159)
第三节 律师辩护的准备性工作	(164)
第四节 律师出庭辩护	(171)
第五节 简易程序中律师的工作	(174)
第六节 二审程序中的律师辩护	(178)
<u>第十二章 律师的刑事代理</u>	(182)
第一节 律师刑事代理概述	(182)

第二节	公诉案件的律师代理	(184)
第三节	自诉刑事案件的律师代理	(192)
第四节	刑事附带民事诉讼的律师代理	(197)
第十三章	律师的民事诉讼代理	(201)
第一节	律师民事诉讼代理概述	(201)
第二节	民事诉讼代理律师的权限、权利和义务	(209)
第三节	律师民事诉讼代理程序	(214)
第四节	二审、再审案件律师代理	(225)
第五节	涉外民事诉讼律师代理	(228)
第十四章	行政诉讼的律师代理	(232)
第一节	行政诉讼与律师代理概述	(232)
第二节	行政诉讼中的律师代理	(244)
第十五章	律师担任法律顾问	(252)
第一节	法律顾问概述	(252)
第二节	法律顾问的业务范围和工作原则	(258)
第三节	法律顾问的聘请程序与工作方式	(263)
第十六章	非诉讼法律事务	(268)
第一节	非诉讼法律事务的概念与法律特征	(268)
第二节	律师代理非诉讼法律事务	(270)
第三节	律师代理非诉讼法律事务的范围和种类	(272)
第四节	律师代理非诉讼法律事务的地位、权利和 义务	(276)
第五节	律师代理非诉讼法律事务的原则和程序	(279)
第六节	律师代理调解	(282)
第七节	律师代理仲裁	(295)
第八节	律师代办公证	(310)
第九节	律师的其他非诉讼业务	(326)
第十节	律师的知识产权代理	(336)

第十七章 法律咨询与代书	(376)
第一节 法律咨询	(376)
第二节 代书	(378)

第一章

绪 论

第一节 律师执业理论与实践的概念和研究对象

律师执业理论与实践，亦称律师学，与其他法学学科比较，是一门新兴法学学科。它是以律师制度、律师实务及其发展的客观规律为研究对象的独立法学学科。

律师制度是国家重要的法律制度，是指为法律所确定的关于律师的制度体系。这个体系具体包括律师的性质、资格、执业条件、组织机构、业务范围、权利和义务、法律责任、工作原则以及其他有关的法律法规制度。

我国确定律师制度的法律法规，主要有以下五个方面：

1. 《中华人民共和国宪法》。宪法是国家根本大法，具有最高法律效力。《宪法》第一百二十五条规定，“被告人有权获得辩护”，这是我国律师制度存在和发展的宪法依据。

2. 全国人民代表大会及其常委会制定的有关律师法律活动的法律。首先是《律师法》，它是构成律师制度的主要法律，也是律师学的主要研究对象。其次是《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等法律中关于律师制度的规定。

3. 国务院行政部门规范律师法律行为的行政法规、行政规

章。例如，司法部门颁布的《律师职业道德和执业纪律规范》等。

4. 地方各级权力机关、行政机关制定的地方性法规、决议、命令中关于律师法律活动的规范。多年来，我国各省、直辖市、自治区的人民代表大会及其常委会、政府机关陆续发布了许多地方性的关于律师法律活动的规定，规范本地区律师的法律行为，同时也促进了律师事业的发展。

5. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于律师工作规范性、指导性文件。例如，《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于律师参加诉讼的几项具体规定的联合通知》、《司法部关于全国人大代表和地方各级人大代表能否担任兼职律师的批复》等。

律师实务，也称律师业务。是指在律师制度的框架内，律师根据有关的法律、法规，就具体的法律事务所进行的法律活动。

律师的业务范围十分广泛，诸如刑事辩护及刑事代理、民事诉讼代理、行政诉讼代理、仲裁代理、担任法律顾问、非诉讼法律事务等。应该说，凡法律所及之处，大都有律师的足迹。

研究律师执业理论与实践，探讨律师制度及其发展的客观规律固然重要，因为它是律师执业理论与实践的重要组成部分和基础。但是，律师执业理论与实践毕竟是注重实用的学科，对律师业务范围内的法律事务，逐项地深入研究和探讨，抓住实质，掌握有关规定的立法精神，追迹它的发展轨迹，不仅会极大提高律师办理实务的水平，而且会推动律师事业的发展，拓展律师实务领域。

刑事辩护是律师的一项重要业务，其渊源可追溯到律师产生之初，而且一直位于律师业务的首要地位。但是，随着社会经济的发展，特别是发展到市场经济阶段，法律已成为调整社会经济关系的主要手段，民事经济案件，尤其是非诉讼法律事务数量明显增多，涉及的领域也极大的拓宽。例如，律师的证券代理、房

地产代理、票据代理、专利代理、商标代理、以及著作权、计算机软件法律保护等等。仅从案件数量上看，刑事辩护在整个律师业务中的比重呈下降趋势，1986年我国律师办理刑事案件近13.9万件，民事案件近16.3万件；而到1993年，刑事案件近19.2万件，民事案件则达48.3万件了。至于非诉讼法律事务更是不可计数了。

纵观人类社会的发展，终究其源，是生产力的解放和发展，为社会积累了极大的财富，带来了人类社会文化、经济的发展和繁荣，促进了人类社会的文明和进步，从而产生了律师和律师制度；而民主和法治的加强，则促使法律制度，包括律师制度的不断改革和完善，作为律师制度的主角，律师所从事的法律事务，将因社会发展的需求，不断拓展新的领域。

第二节 律师执业理论与实践的地位

一、律师执业理论与实践的法学地位

法学，是以法律现象为研究对象的社会科学，既包括基础理论学科，也包括应用学科。前者以法学理论基础、宪法学、民法学、经济法学、刑法学、行政法学、诉讼法学等学科为基础；后者则是以某种法律业务为研究对象的学科，如审判学、检察学、律师学等。要成为合格的律师，并追求高水平的办案质量，则不仅需要坚实的法学基础理论，而且要学好律师执业理论与实践的知识。

律师执业理论与实践不仅以基本法律学科为基础，又有自己的综合性和特殊性。其综合性，一方面表现为法学各理论学科的综合应用；另一方面体现在律师业务中需要律师掌握哲学、政治经济学、伦理学、逻辑学、语言学以及相关的自然科学、技术科学等知识。其特殊性则表现于律师执业理论与实践所研究的特殊

对象，即律师制度、律师实务及其发展的客观规律。

律师执业理论与实践所研究的律师制度方面的法律规范，散见于律师法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、司法组织等法律中，而由律师学把这些分散的法律规范集中在一起，不仅可以使之系统化，而且加大了研究的纵深度，形成律师学自己系统的、完整的理论体系，对于一门独立的学科，具有很强的指导实践的价值。

二、律师执业理论与实践的社会地位

律师执业理论与实践是注重应用的法学学科。它的社会地位取决于它对于社会的作用。

律师制度是社会文明的重要标志，是法制国家以法治国的不可缺少的法律制度，历史和现实都已证明，每当法律遭到践踏时，律师制度首先受到破坏，民主和法治便荡然无存；每当社会兴旺发达之时，律师制度便会受到重视。律师不仅数量增加，素质也会提高，会对国家的法治建设作出更大的贡献。律师与法官、检察官不同，不是国家的司法官员、不代表国家执行法律，不具有强制权，而是以律师的身份，用自己的法律知识依法为公民、法人及其他组织提供法律服务。从某种意义上讲，律师是司法权力的制约者和监督者，有利于国家法律的正确实施，成为公民和法人权利的忠诚保护人。品德高尚的律师，是人权保障，是实现社会正义、公平的勇敢捍卫者。所以，律师职业不仅被社会广泛地需要，而且被推崇为高尚的社会职业。

律师执业理论与实践着力于律师制度、律师实务的研究，不断地从法律的社会实践中吸收、总结经验，提升为理论，丰富律师执业理论的内容，推动律师制度的改革和完善，并对律师实务起着指导作用。

我国实行的是社会主义市场经济运行机制，市场经济就是法治经济，我们应以法律手段维护良好的市场环境、调整市场主体

的权利和义务。当公民、法人或其他组织的权益受到侵犯时，在调解、仲裁或诉讼过程中，受当事人聘请的律师发挥着无可替代的作用。随着经济的迅速发展，非诉讼法律事务项目越来越多，涉及的范围也越来越广泛，诸如金融、国内外贸易、投资、信托、租赁融资、房地产、税收、知识产权等各领域，律师也发挥着不可或缺的作用。这些法律事务都离不开律师和律师学理论的指导，同时，也为其研究充实新内容。在涉外法律事务中，律师参与办理涉外案件不仅是在维护国家主权的尊严、维护当事人的合法权益，而且也利于我国走向世界，使我国律师的办案水平与国际标准逐渐接轨。上述法律事务，为律师执业理论与实践的研究不断地提供新课题，而律师执业理论与实践深入地研究，也为促进我国律师制度的发展和完善，为律师实务领域的拓展以及律师业务水平的提高提供了理论依据。

第三节 律师执业理论与实践与 相关法律学科的关系

律师执业理论与实践与其他相关学科的关系，主要有以下几个方面：

一、律师执业理论与实践与实体法学的关系

实体法，如刑法、民法、行政法等，用来调整法律关系主体的权利和义务关系。如民法规定了平等民事主体在财产关系、人身关系中的权利和义务；婚姻法，则主要调整夫妻之间的权利和义务，等等。律师法律制度是正确实现实体法的手段之一，律师只有在掌握实体法，全面领会研究这些实体法的学科理论，如民法学、刑法学等的基础上，才能在诉讼活动中维护法律的正确实施，维护当事人的合法权益；而律师执业理论与实践对律师制度、律师实务的研究，则为律师的诉讼活动提供理论根据及有价

值的实践指导，有利于实体法的正确实施。在这个意义上，律师执业理论与实践便是实体法学的实践。

二、律师执业理论与实践与诉讼法学的关系

诉讼法是程序法，诉讼法学研究的对象主要是诉讼程序。诉讼法学包括：刑事诉讼法学、民事诉讼法学和行政诉讼法学。它们在自己的领域内主要研究各自的诉讼理论、诉讼程序、证据等，当然也包括律师在这些诉讼领域的法律规定。这些法律规定为律师办理相应领域的案件提供了法律依据，也是律师必须遵循的。但这些诉讼法学无法全面地、系统地对有关的规定进行归纳、总结，提升为律师执业理论。只有律师执业理论与实践，作为一门独立的学科方能完成这个使命，使律师执业理论与实践理论适用于所有的诉讼程序。

第四节 律师执业理论与实践与 相关社会、自然学科的 关系及学习方法

一、律师执业理论与实践与相关社会、自然学科的关系

律师进行刑事辩护，需要思路敏捷、逻辑严密、语言犀利、言简意赅、切中要害。这就要求律师不仅要具有驾驭法律的能力，具备较高的理论素养，而且应具备有关的社会学科的知识修养，如逻辑学、语言学、心理学、伦理学等；律师撰写上诉状、申诉、答辩状等文书，缺少司法文书学的知识，也难以胜任；律师在民事代理、刑事代理以及参与行政诉讼中，掌握上述学科以及其他有关的社会学科的知识，都是不可或缺的。

律师办理非诉讼法律事务，所需要学习和掌握的学科，不仅包括所办理具体案件涉及的社会学科知识，如金融案件涉及金融学知识，税收案件涉及税务法学知识等等，而且涉及自然科学的有关知识；在办理知识产权案件中，涉及专利保护、计算机软件

保护时，便需要有相应科技知识等等。总之，由于法律事务范围极其广泛，所涉及的知识领域极为庞杂，所以律师应视野宽阔，具备多学科的知识。

二、律师执业理论与实践学习方法

律师执业理论与实践是理论和实践结合紧密的法律学科，而且涉及的领域广泛。所以学习中应注重以下几方面：

（一）注重应用、注重实践

律师执业理论之源，便是律师的法律活动实践。其理论指导的价值，在于律师执业理论是对律师大量的实践经验的科学总结和高度的理论概括；其社会价值，在于社会需要律师的法律服务，而律师执业理论与实践是一门着重研究如何当律师的法律学科。所以，律师执业理论与实践是应用性极强，非常注重实践的学科。在学习方法上强调理论联系实际，强调掌握律师实务的知识和本领。为了增强应用能力，应多结合案例学习律师执业理论与实践。有的国家，例如美国的法学教育，以分析案例为主要方法，这种方法虽然缺乏理论的系统性，却对培养学生的办案能力很有好处。我们应把理论论述和分析案例结合起来，使学生既有理论素养，又具备较强的办案能力，而且应吸取外国的好经验，更为注重应用。

大量的高质量的案例经验，无疑会丰富、完善和发展律师执业理论，这是不断提高的良性循环。

（二）综合应用法律

针对律师执业范围广泛、涉及的学科门类多的特点，研究律师执业理论与实践，学习如何当律师就必须注意综合分析方法，培养综合应用各种法律、各种法律学科，以及有关的社会学科，自然学科的方法和能力。

（三）比较法

比较法是重要的研究方法，对于律师执业理论与实践的学习

和研究在于进行纵横比较。纵，即古今比较，探讨律师制度的产生和发展，伴生的律师执业理论的发展轨迹，研究影响律师执业理论与实践发展的各种社会因素，发现律师执业理论与实践发展的规律，窥测其走向，推动律师执业理论与实践走向更高层次；所谓横向，即比较中外律师制度和律师执业理论与实践的现状，研究异同及其产生的原因，吸收其精华，并与国情紧密结合，以利于形成有中国特色的社会主义律师执业理论。

第二章

律师制度的由来和发展

律师制度，是国家法律制度的重要组成部分。国家法律制度是社会发展到一定历史阶段的产物，而律师制度作为法律制度的一部分，并不是与法律制度同步产生，而是法律制度发展到一定历史阶段的产物。律师制度是社会文明的重要组成部分，对促进人类社会物质和精神文明的进步和发展有着不可替代的作用；对人权保障、社会民主、公平和正义的价值，为社会所公认，为社会所需求。

探讨律师和律师制度的产生和演变，及其依存的社会基础，可以明了它的现在形态，窥见它的发展趋势和规律。

第一节 西方律师制度的产生和演变

一、欧洲奴隶制时期的律师制度雏形

律师制度的产生，最早可以追溯到奴隶制时期的古罗马。罗马奴隶制国家创始期并没有律师和律师制度。随着社会经济的发展，诉讼日益增多，罗马帝国在公元前 450 年制定并颁布了《十二铜表法》，这是人类历史上迄今所见到的第一部较完整的成文法。它的第六表、第九表和第十表中就有辩护人出庭辩护的规定。当时，在罗马社会上确实有帮助别人打官司的诉讼代理人，这种人长于辞令，有较多的法律知识，能说会道，称为“辩护