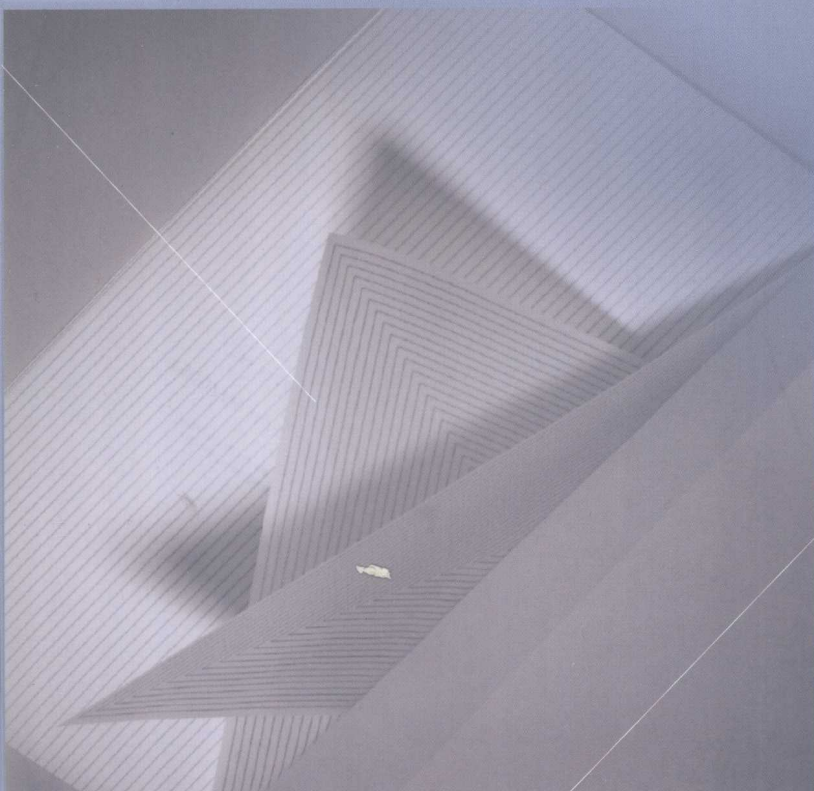


LÜSHI SHIWU

律师实务

● 郭凤丽 主编



陕西人民出版社

律 师 实 务

郭凤丽 主编

陕西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师实务/郭凤丽主编. —西安:陕西人民出版社,
2008

ISBN 978 - 7 - 224 - 08281 - 4

I. 律… II. 郭… III. 律师实务 - 中国 - 教材
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 012183 号

律 师 实 务

主 编: 郭凤丽

出版发行: 陕西人民出版社(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷: 西安昆明印刷厂印刷

开 本: 787mm × 1092mm 16 开 18 印张

字 数: 400 千字

版 次: 2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 224 - 08281 - 4

定 价: 28.00 元

前 言

《律师实务》是法律专业学员学习律师实务课程的教材,律师实务是法律专业的一门综合性的应用性法学学科,鉴于以往的教材多侧重于律师学理论研究,本教材除了对中国律师法、中国律师制度作了深入的研究与探讨外,重点对律师实务各个领域的实践问题与执业规范、律师执行职务中的基本工作方法及注意问题作了详尽的论述,本书不仅是高校法律专业学员学习了解我国律师实务的专业书,而且对于当前我国从事律师工作或准备加入律师行业的同志以及其他从事法律法规或相关专业教学研究的同志来说,也是一部很好的业务参考书。

本教材的编写注意贯彻以下要求:

1. 吸收了本学科新的理论研究成果,较全面地反映了我国律师实务的现状。
2. 教材内容全面、系统、合理,教学要求明确、具体,层次清晰,重点突出。
3. 突出课程的理论性与实践性相结合的特点。在理论性方面,强调律师及律师管理制度的基本要求,在实践性方面,强调对我国基本法律制度的理解和运用,培养学生的实际操作能力。
4. 便于学生自学。各章正文之前,设有学习要点与学习要求,每章之后有思考题,便于学生自学。

本教材由郭凤丽任主编,张健、周进旺、李博为副主编。郭凤丽负责拟定编写大纲和全书的统稿工作。周进旺、张健编写了第一章,周进旺编写了第九章;郭凤丽编写了第二章、第四章、第五章、第六章;李博编写了第三章;张健编写了第七章、第八章、第十章。书稿完成后,由郭凤丽、张健、周进旺、李博分别对部分章节进行修改并完成统稿工作。

在本书的编写过程中,中国政法大学刘新熙教授、西北政法大学杜发全教授对编写大纲及书稿进行了审定,并提出了宝贵意见。赵小宁处长、孔令军老师对本书的编写也提供了许多帮助,在此,表示衷心感谢!

本书作者在编写过程中,广泛汲取了前人、专家以及相关书刊上的观点和内容,在此表示最诚挚的感谢。编写这方面的教材对我们来说尚属尝试,能否适合教学及学习需要还有待于实践检验。由于时间仓促,水平有限,不足之处在所难免。敬请专家、读者指正。

编 者

2006年12月于西安

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	(7)
第三节 律师实务的产生与发展	(10)
第四节 律师实务的范围	(13)
思考与练习题	(16)
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 律师执业条件	(20)
第三节 律师执业机构	(27)
第四节 律师职业道德和执业纪律	(35)
第五节 律师和律师事务所的法律责任	(38)
思考与练习题	(47)
第三章 民事诉讼中的律师实务	(48)
第一节 律师代理民事诉讼概述	(48)
第二节 律师代理民事诉讼的步骤和方法	(53)
第三节 律师在民事诉讼中的职责和权限	(77)
第四节 律师代理的几类常见民事案件	(80)
思考与练习题	(82)
第四章 行政诉讼中的律师实务	(84)
第一节 律师代理行政诉讼概述	(84)
第二节 律师代理行政诉讼的范围	(90)
第三节 律师代理行政诉讼的工作步骤和方法	(95)
第四节 行政侵权赔偿诉讼的律师代理	(108)
第五节 律师代理行政诉讼应注意的问题	(109)
思考与练习题	(113)
第五章 刑事诉讼中的律师实务(一)	(114)
第一节 刑事诉讼中律师代理概述	(114)
第二节 公诉案件被害人的律师代理	(116)
第三节 刑事自诉案件的律师代理	(120)
第四节 刑事附带民事诉讼中的律师代理	(128)

第五节 刑事申诉中的律师代理	(131)
思考与练习题	(132)
第六章 刑事诉讼中的律师实务(二)	(133)
第一节 刑事诉讼中的律师辩护概述	(133)
第二节 律师在刑事辩护中的权利和义务	(135)
第三节 律师在刑事诉讼中的工作步骤和方法	(137)
第四节 律师在刑事辩护中应注意的问题	(163)
思考与练习题	(167)
第七章 律师的非诉讼实务(一)	(168)
第一节 律师的非诉讼实务概述	(168)
第二节 法律咨询	(171)
第三节 代 书	(173)
第四节 法律顾问	(178)
第五节 律师见证	(186)
思考与练习题	(189)
第八章 律师的非诉讼实务(二)	(190)
第一节 证券律师实务	(190)
第二节 知识产权律师实务	(198)
第三节 房地产律师实务	(203)
第四节 公司律师实务	(208)
思考与练习题	(211)
第九章 律师在仲裁中的代理实务	(212)
第一节 律师在民事仲裁中的代理	(212)
第二节 律师在劳动仲裁中的代理	(221)
思考与练习题	(227)
第十章 涉外律师实务	(229)
第一节 涉外律师实务概述	(229)
第二节 律师代理涉外案件的工作范围和工作原则	(230)
第三节 律师代理涉外仲裁案件	(231)
第四节 国际货物买卖合同律师实务	(237)
第五节 反倾销律师实务	(244)
思考与练习题	(248)
附:法律法规	(249)
主要参考文献	(280)

第一章 律师与律师实务概述

学习要点与学习要求:

学习本章要求了解西方国家和我国律师的渊源以及律师制度的产生和发展,了解我国律师实务的产生和发展状况。重点掌握我国律师的法律地位和律师实务的含义及特征,熟悉律师实务的范围。

第一节 律师的渊源及我国律师的产生和发展

一、西方国家律师的渊源及近代律师制度的发展

(一) 西方国家律师的渊源

律师,是指专门从事法律事务的法律工作者。有关律师资格、执业原则、活动方式和内容、职业纪律等形成的一整套法律规范,称为律师制度。

律师及律师制度的产生与发展经历了一个漫长的过程。据史料记载,早在公元前5至公元前4世纪的古希腊雅典已经出现了一些能言善辩的“雄辩家”。这些人在发生纠纷的场合似乎能起到律师的作用,因此被认为是律师的萌芽。但是,由于这些“雄辩家”的活动没有形成一种职业,更没有这方面的专门立法,最终未能形成一种制度。作为一种制度,律师制度是随着刑事诉讼制度的发展,从刑事辩护制度中脱胎而来的。一般认为,古罗马的保护人制度是律师制度的雏形。

早在公元前5~4世纪的雅典共和国时期,便存在刑事诉讼辩护和民事诉讼代理现象。当时王者执行官审理案件时,允许被告人进行答辩、申辩。公元前594年梭伦担任雅典执政官后,进行了著名的“梭伦改革”,设立了具有民主特色的陪审法庭。一些刑事和民事案件经执政官初审后,送往陪审法庭,公民未经陪审法庭判决不得被处死。当时诉讼程序公开进行,双方当事人可以进行辩论。罗马共和国对旧的诉讼程序多次进行改造,制定了各种新的诉讼程序,实行“控辩式诉讼”,审理案件时被告人与控告人可以在法庭上进行辩论。由于当时法律和告示很多,当事人在法庭辩论时常需要熟悉法律的人协助,于是,社会上逐渐形成了一批专门从事法庭辩护和诉讼代理的人。

公元前3世纪左右,罗马皇帝以诏令的形式承认了诉讼代理,并确立了通过考试的方式选用知法善辩的“辩护士”为诉讼代理人,律师制度初步形成。公元1世纪律师制度正

式确立。这时不仅采用了“律师”的名称,而且形成了律师职业阶层。公元3世纪罗马帝国进一步加强对律师的管理,将律师分为从业律师和候补律师,统治阶级出于多种考虑,将全罗马分为若干司法管辖区,每一司法管辖区都有一定数量的从业律师,不得超过此限。当从业律师的名额空缺时,候补律师才能予以替补。这样一种“二元制”的律师替补制度就保证了从业律师具有较高的职业水平和社会地位。

从历史的发展来看,律师制度起源于古罗马并不是一种偶然现象,而是由于当时罗马社会存在着一系列促使律师制度产生的政治、经济及法律原因。首先,律师的活动有利于维护统治秩序,促进奴隶制经济的发展。罗马共和国社会经济繁荣,手工业和商业已经比较发达,市场贸易和产品交换中的契约行为日益增多,诉讼纠纷也随之增长。其次,随着商业的发展和罗马征服地区的扩大,罗马公民与异邦人以及被征服地区广大居民间关于适用法律的矛盾越来越突出。古代的法律规范已无法调整社会中层出不穷的各种法律关系。统治阶级颁布了大量法律、法规和规定,并将法律分为“公法”和“私法”,以此来适应罗马奴隶制经济发展和统治阶级利益的要求。奴隶主阶级本身作为统治者和经济活动的参与者不可能通晓所有法律规范,为及时解决各种纠纷,就需要借助熟知法律的人士帮助,职业律师的出现恰好迎合了这种需要,因此才能为统治阶级所认可,并受到重视。再次,古罗马采用控辩式诉讼模式为律师职业的产生提供了适宜的土壤。一方面,被控诉人享有与控诉人相同的权利,双方诉讼地位平等,均可以在法庭上充分陈述自己的意见,提出证据,反驳对方的诉讼请求,而且可以委托他人代理诉讼。法官本身不调查取证,只是根据双方的辩论结果作出裁判。这样,在控辩式诉讼中,当事人被允许委托他人代理诉讼,从而使律师的出现成为可能;另一方面,由于诉讼的结果取决于双方的辩论,通晓法律的人士善辩的口才总是给法律的裁决造成影响,这也促使当事人愿意花钱请律师代理诉讼。

从雅典共和国时期律师的萌芽,到罗马帝国时期,经过400多年的缓慢发展,终于形成了初级形态的罗马奴隶社会的律师制度,产生了律师职业集团。这一时期是律师制度和律师职业发展的初级阶段,对后世律师制度的建立和发展产生了深远的影响。

公元476年,西罗马帝国灭亡,欧洲大陆进入封建社会。由于封建政治割据,自给自足的农庄大量涌现,古罗马时代原始的商品经济衰败了。与封建的政治统治相适应,诉讼结构一改罗马时代的辩论式,采用纠问式,诉讼当事人的诉讼权利被剥夺,律师制度失去了赖以生存的经济、政治、法律条件,逐渐衰落下来。

在法国,虽然保留了律师制度,但只允许僧侣以律师的身份参加诉讼,而且主要是在宗教法院执行律师职务。12世纪以后,法国逐渐限制并禁止僧侣参与世俗法院的诉讼活动,代替他们的是受过封建法律教育,经过宣誓、注册登记的世俗律师。这种律师,实际上是封建国家机器的部件,并没有为被告人辩护或代理发表意见的自由权。

在英国,13世纪以前,任何公民只要申请到专门的“国王许可证”,并在法庭上证明其有代理权,都可以作为代理人参加诉讼。事实上僧侣是最通晓法律的人,诉讼代理人也基本上是僧侣担任。直到13世纪以后,英国才禁止僧侣在世俗法院从事律师业务。

从中世纪欧洲总体发展看,律师的权限、活动范围等受到很大限制,律师制度无法得以发展,从这个意义上说,这一时期的律师活动基本上处于销声匿迹之中。

(二)近代律师制度的发展

17、18 世纪资产阶级民主革命后,资产阶级的启蒙思想家,如英国的洛克和法国的孟德斯鸠、卢梭等,针对中世纪司法专横的诉讼制度进行了猛烈的抨击,提出了罪刑相适应、无罪推定等原则,主张用辩论式诉讼代替纠问式诉讼,主张当事人有权为自己辩护,有权请律师或其他人为自己辩护。这些思想为辩论式诉讼制度奠定了思想理论基础,并逐渐被社会接受,各国相继确立了刑事辩护制度。与此同时,随着资本主义经济的发展,民事代理和其他法律服务活动也日趋活跃,并逐渐制度化、法制化。由于资本主义社会具备适合律师制度发展的政治、经济和法律条件,因此,律师制度获得了空前迅速的发展,律师的业务范围非常广泛,从主要在法院参加刑事、民事诉讼,发展到社会生活的各个领域,律师服务渗透到社会的各个方面,律师在社会生活中的地位也越来越高。下面我们对目前世界主要的资本主义国家律师制度作一简单介绍。

1. 英国的律师制度

英国的近代律师制度产生于 13 世纪。15 世纪时,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。英国律师制度最大特点是二元制,大律师和小律师之间没有隶属关系,但社会地位、资格和业务范围的差异很大。

(1)大律师。又译称出庭律师、专门律师、高级律师、巴律师,是指能够在上级法院出庭辩论的律师。大律师的业务范围大致可分为有关普通法的案件、有关衡平法的案件以及审查遗嘱案件和离婚案件。英国的大律师都是独立自主地开展业务,法律及律师规则禁止“合伙经营”。一般的大律师都有各自的律师事务所,也有少数大律师共同有一个律师事务所,但各自的业务也是独立的,各大律师只是共同负担事务所接待室的所需费用。英国的大律师有较高的社会地位,因而取得大律师的程序和条件比较严格。首先,要受过一定的高等教育,包括大学或工艺学校的法律学位;英国大学或工艺学校其他学位;具有外国或爱尔兰某些大学法律学位,按规定可以免除学术训练两个科目以上的;年满 25 岁,通过专业考试,具有相当的学业、专业或商业能力的成熟学生。其次,必须进入英国四大律师学院中的一所律师学院学习,完成学术与职业训练,并参加学院内一定的餐会次数,学业结束后,通过大律师资格考试。第三,必须提供品格良好的证明书。第四,通过大律师的考试后,必须在有经验的大律师指导下实习一年,签署入会誓言。具备以上四个条件,才能成为大律师。

(2)小律师。又译称诉状律师、初级律师、事务律师、沙律师等,是指直接接受当事人委托,在下级法院及诉讼外执行律师职务,为当事人提供法律服务的人。小律师的活动范围较大律师广泛。他们可以担任政府、公司、银行、商店的法律顾问,可以在下级法院如治安法院执行代理和辩护职务,还可以处理非诉讼法律事务,为当事人起草法律文书和解答一般的法律问题。小律师可以合组律师事务所。根据 1974 年颁布的《小律师法》的规定,取得小律师资格必须具备以下条件:第一,为英国公民,性别、民族不限;第二,年满 21 周岁;第三,经小律师协会评议按照《资格规则》吸收为律师协会的学生,经过一定时间的

学习,通过专业考试;第四,在律师事务所实习两年。

2. 美国的律师制度

美国的律师制度是从英国移植来的,但英国律师制度中古老的严格阶梯、业务垄断、贵族绅士式的传统并没有成为美国律师制度的模式。美国的律师制度是在高度发达的经济基础上逐渐形成的,独具特色。

在美国,没有统一的律师法,有关律师制度的法规散见于宪法、判例法及其他法律文件中。美国的律师大体可以分为三种:一是政府机关雇用的律师,二是企业雇用的律师,三是开办律师事务所的律师。前两种律师仅处理本机关或本企业的法律事务,并不接受社会上当事人的委托,其服务对象是特定的。后一种律师是为社会上的多数人服务,领取营业执照,属于“挂牌律师”。

美国实行律师资格与律师职务分离制度,取得律师资格的人并不都从事律师职业,如要开业当“挂牌律师”,则要到州最高法院或联邦最高法院申请,经批准后方可开业。

在美国,由于律师的社会地位较高,取得律师资格的条件很严格。虽然各州的规定有所差别,但大体上应符合以下条件:首先,必须是成年的美国人,或具有永久居留权的外国人。其次,具有良好的道德品质,由考试机构经过品行调查证明没有劣迹的。第三,申请律师资格的人必须在美国法学院毕业,具有法学学士学位。如果是非法学专业的毕业生,则必须进入法学院学习,获得法学学士学位,才能申请律师资格。第四,申请人必须通过州律师资格考试合格,律师资格考试是成为律师的必经程序。在美国,律师资格考试是由各州最高法院任命的主考人组成的考试委员会负责组织,主考人一般是本州具有权威的法官或律师,考试内容包括联邦法律和州法律,除法律专业知识外,还包括律师职业道德规范。考试合格后,由考试委员会发给律师资格证书。在一个州取得律师资格,并不等于可以在其他州从事律师职业。如果要在另一个州从事律师工作,还需要通过另一个州的律师资格考试或者经另一司法区法院的承认。在联邦法院办案,还需向联邦法院提出申请,经批准后才能办案。

美国“挂牌律师”的开业形式有三种:一是个人经营律师事务所,二是合伙经营律师事务所,三是联合经营律师事务所。

3. 德国的律师制度

在德国,取得律师资格首先要取得法官资格。所谓法官资格,是指作为法官、检察官、公证人、高级行政官应具备的条件。取得法官资格的人要从事律师业务,还必须得到各州法务部的许可,然后再到一定的法院宣誓,并经该法院许可后,才能在该法院辖区内从事律师职务。德国律师实行分属制,一般情况下,律师只能在许可其执行律师职务的法院辖区内为当事人提供诉讼、非诉讼服务。归属某法院的律师,不能到另一法院的辖区内执行律师职务。

4. 法国的律师制度

20世纪70年代以前,法国的律师分为律师和代理人,律师是在法院进行代理和辩护及在非诉讼事件中为社会提供法律服务的人。诉讼代理人是为当事人办理各种诉讼程序手续和按照当事人的意图撰写书状的人,是专职公务员。70年代以后,法国颁布了一系列法律、法令,对律师制度进行了改革,将律师和诉讼代理人合二为一,成为新律师。新律

师的职责是进行诉讼上的辩论和诉讼程序行为,辅佐和代理当事人以及对委托人提供法律上的帮助并制作法律文书。法国没有全国律师公会,各地以大审法院所在地为中心设立本地区的律师公会,律师公会一般设在法院内。在法国采取强制入会制,所有律师必须加入律师协会,律师协会对律师进行管理,对违反法令、职务规章及律师职业道德的律师进行惩戒。

二、我国律师地位的演变过程

(一)旧中国律师制度的萌芽和产生

根据史料记载,在中国古代也存在诉讼代理现象。据《周礼·秋官》记载:“凡命夫命妇,不躬坐狱讼。”《周礼疏》又解释说:“古者取囚要辞皆对坐,治狱之吏皆有威严;恐狱吏褻,故不使命夫命妇亲坐。若取辞之时,不得不坐,当使其属或子弟代坐也。”也就是说,为了使奴隶主不致在狱吏面前受辱,大夫以上的贵族涉及诉讼,必要时可以派下属或子弟代替出庭。据史料记载,公元前7世纪春秋时期,在元咺指控卫侯杀死叔武一案的审判中,卫侯因不便与其臣下元咺同堂辩论,就委派宁武子为证人,针庄子为坐,士荣为大士代表其出庭。著名法律史学者杨鸿烈在《中国法律发达史》中认为:“士荣系充律师也。”公元前563年,楚王叔陈生和伯嚭争讼,王叔派其家宰,伯嚭派其大夫坐狱于庭,双方各自代表自己的主人进行了激烈的争辩。

我国春秋战国时期,也曾出现类似古希腊“雄辩家”的巧辩之士,其中最著名的是春秋时期郑国大夫邓析。邓析能言善辩,素好刑名,《淮南子》称他是“巧辩”之人,刘歆的《邓析子·序》称他可以“操两可之说,设无穷之间”,并且“持之有故,言之成理”(《荀子·非十二子》)。邓析在诉讼中,不以周礼为准,《吕氏春秋·审应览·离谓》中记载,邓析“以非为是,以是为非,是非无度,可与不可日变,所欲胜因胜,所欲罪因罪”。邓析不仅助人诉讼,而且教人诉讼。《吕氏春秋·审应览·离谓》中还记载,“与民有讼约者,大狱一衣,小狱襦。民之献衣襦而学讼者,不可胜数”。应该说,邓析的活动类似于西方古代的代理、辩护行为。但由于邓析的法律思想及助人诉讼、传播诉讼法律知识的行为危害到奴隶主贵族的统治,而且由于我国古代实行纠问式的诉讼模式,邓析等人的行为不可能得到法律和统治阶级的认可,其结果只能如《吕氏春秋·审应览·离谓》所载:“子产患之,於是杀邓析而戮之,民心乃服,是非乃定,法律乃行。”

从元代开始,如诉讼当事人为老弱病残者,除某些重大案件和涉及告者本身利益的案件外,可令家人亲属代理诉讼。明会典还有规定:“诬告者,罪坐代告之人。”中国古代的诉讼代理现象,就代理目的及代理人的身份而言与现代的诉讼代理都大相径庭。前者主要是为维护贵族特权而设立,后者的诉讼代理人仅局限于诉讼当事人的亲属或子弟,并不具有普遍意义。

在中国长达两千多年的封建社会里,由于广大百姓受文化教育程度、社会环境等因素的限制,对有关“打官司”的知识知之甚少,甚至一无所知,一旦涉讼,不得不求助于他人,于是社会上出现了代人写状子、教唆诉讼的讼师。明、清两代代写诉状的讼师已成为普遍存在的一种社会现象。甚至在社会中还出现了传授“代写讼状”要领的“专著”。古代讼

师除为他人写状子外,还兼做其他文字抄写工作,以维持生计。但由于他们的活动没有法律依据,也没有法律来规范和约束,不少讼师敲诈勒索、坑骗当事人,深为老百姓痛恶,也为统治阶级所不容,直至清末,千百年来中国的讼师始终没有获得合法地位。因而,在中国古代不可能产生类似西方国家的律师制度。

中国近代律师制度初萌于清末变法。1840年鸦片战争后,外国侵略者凭借不平等条约攫取了领事裁判权,设立了会审公廨,外国律师也开始在中国出现,近代史上著名的“苏报案”,在辩护律师的参与下,使清廷引渡章炳麟、邹容的企图未能得逞。外国律师先是在“租界”的法庭执行业务,后来也在中国法院担任辩护人或代理人,他们不仅担任外国当事人的代理人,有些中国人在与外国人发生诉讼时,也寄希望于洋律师的帮助,请他们作代理人。修订法律大臣沈家本目睹这一现象,上书光绪皇帝指出:华人讼案借助外人辩护,“已觉扞格不通”,如果遇到与外国人打官司的“交涉事件”,请外国律师为自己“申诉”,外国律师绝没有帮助华人打官司而限制其本国人的,如此下去“后患何堪设想”。因此,他提出建立中国律师制度的设想。1910年完成起草的《大清刑事、民事诉讼法》规定了律师制度,包括律师资格、申请手续、照章宣誓、原被告律师的职责、对律师的惩罚、关于外国律师出庭办案等,这一法律草案未来得及批准颁行,就因清政府被推翻即告作废。

辛亥革命胜利后,孙中山领导的南京临时政府,进行大量的立法工作和司法改革,准备仿效资本主义国家采用律师制度,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》,后因袁世凯窃取了革命果实,解散了临时政府,而未能公布。

北洋政府时期,颁布了大量与律师制度有关的法规:《律师暂行章程》、《律师登录暂行章程》、《律师惩戒会暂行规则》、《律师甄别章程》等。其中,1912年公布实行的《律师暂行章程》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,颁布了许多新的法规。在律师制度方面,以《律师章程》取代北洋政府时期的《律师暂行章程》,还颁布了《律师法》、《律师法施行细则》、《律师检核办法》、《律师惩戒规则》等,使律师制度进一步规范化。1929年5月,在上海律师公会倡议下,经南京国民政府司法行政部核准,在南京召开了“中华民国律师协会”成立大会,产生了中国第一个全国性的律师组织。

(二) 新中国律师制度的建立和发展

1949年,中华人民共和国成立后,在中共中央《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》的基础上,彻底废除了旧的司法制度。同时,通过颁布法律建立新的司法制度。1950年12月,中央人民政府发出《关于取缔黑律师及讼棍事件的通报》,取缔了黑律师的活动,解散了旧律师组织,并开始着手建立新的律师制度。截至1957年6月,全国已有法律顾问处817个,专职律师和兼职律师分别发展至2582名和350名,30万人口以上的城市和中级法院所在地的县一般都设有法律顾问处,同时,全国已有14个省、市、自治区开始筹建律师协会。但这一时期律师制度的建立仍处于试点阶段。

1957年,反右斗争的扩大化使律师制度受到了极大破坏,十年动乱期间,律师制度更是荡然无存,我国历史上出现了长达二十余年没有律师的空白时期。

党的十一届三中全会以后,随着社会主义民主法制建设的加强,律师制度得到了恢复

和重建。1980年8月,第五届全国人大常委会第十五次会议讨论通过了《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实施,使我国社会主义的律师制度跨出了崭新而富有建设性意义的一步。该条例规定了我国律师的性质和任务、律师的权利与义务、律师的主要业务、律师资格、律师的工作机构及组织原则、律师协会等。《律师暂行条例》对我国律师制度的建立和健全起了极大的促进作用,律师参加诉讼活动和开展其他法律业务有了法律保障。从此,我国律师工作开始走上正轨。1981年底,我国已有法律顾问处1456个,律师5500多人,律师服务涉及社会生活和经济文化各个领域。随着改革的不断深化和开放不断扩大,逐步形成了普遍认同的律师业改革基本思路是逐渐脱离对国家经费和编制的依赖,摆脱公职身份的束缚,逐步走上自立、自律的社会化道路。1985年,由“法律顾问处”脱胎而来的“律师事务所”开始了经费体制的改革,逐步推行自收自支的经费管理体制。1988年,开始“合作制律师事务所”试点工作。这种由具有律师资格的人员自愿组合成立,完全不要国家经费,并实行自负盈亏的合作制律师事务所,要求律师必须辞去公职身份。

1996年5月15日,第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国律师法》,这是我国律师事业发展的重要里程碑。《律师法》总结了律师暂行条例颁布以来律师工作的实践,特别是多年来律师工作改革的成功经验,借鉴国外律师立法的有益做法,对律师执业条件、律师事务所、执业律师的权利与义务、律师协会、法律援助、法律责任等作了明确和较详细的规定,从而构成了具有中国特色的、比较完备的我国律师制度,中国律师逐渐摆脱了对国家行政和编制的依赖,实现了律师职业的社会化。《律师法》的颁布对于加强完善律师制度,保障律师依法执业,规范律师行为,维护当事人的合法权益和法律的正确实施,发挥律师在社会主义政治、经济、法制建设中的积极作用具有重要意义。

从1979年我国恢复重建律师制度以来,在20多年的时间里,我国律师事业得到了长足的发展。律师队伍迅速扩大,据不完全统计,近20多年来从法律院校(系)毕业的法律人才约有30%进入了律师队伍。现在全国有律师事务所12424家。全国律师目前从业人员总数已达153846人,其中专职律师114471人(包括女律师24361人);兼职律师7418人,律师助理31957人。律师队伍的人员结构日益专业化、年轻化,目前,大学本科以上学历人员已占律师总人数的70%以上,其中硕士和博士研究生学历的占10%,其中不乏海外学成归国人员。律师队伍的数量和质量都有了较大提高。律师业务领域大大拓宽,业务数量逐年提高,尤其是近几年广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销等市场经济发展的新兴行业。律师的社会影响日益扩大,在社会生活中的作用越来越明显。律师行业正在成为人们羡慕的行业之一。

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对律师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,则必然要了解律师的性质和职能。

一、律师的性质

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。德国《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“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。

我国对律师性质的认识,经历了一个曲折的过程。1980年8月颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》第1条把律师定性为“国家的法律工作者”,即国家干部,他们占国家编制,经费由国家拨付。这种界定尽管与律师所从事的职业不相称,与国际通行的对律师性质的认识相悖,但在当时的情况下,不仅有助于恢复律师制度,壮大律师队伍,而且可以抵抗封建观念的历史惯性作用,提高律师的社会地位,并且确立了律师与法官、检察官同

等的法律地位,使律师具有较大的法律权威性,成为一支不可缺少的司法权力制约力量,有利于保护公民、法人和其他组织的合法权益。

随着改革开放的不断深入,特别是市场经济体制的确立和发展,自20世纪80年代中期以来,律师制度也开始改革,一些律师辞去公职,做了不占国家编制、不要国家经费的合作制律师,甚至在经济发达的地区出现了个人合伙律师事务所,他们自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束。在这种情况下,对律师的性质重新界定十分必要。1996年,《律师法》把律师的性质界定为“依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员”,这与《律师暂行条例》关于律师性质的规定相比较,无疑更具有科学性和完整性。首先,它高度概括了作为律师的必备条件,即律师必须是依照《律师法》的规定取得律师执业证书的人员。其次,它准确地体现了律师向社会提供法律服务的职业特点,从而使我国律师不同于国家工作人员。再次,执业人员的界定表明律师必须依法取得执业证书,才能执行业务活动。

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:

(一) 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。

(二) 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。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培训,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

律师的职能,亦即律师的基本任务,是由国家立法规定的,与各国的社会、政治制度密

切相关。我国《律师法》虽然没有明确规定律师的职能,但从《律师法》第1条规定的立法宗旨可以看出,我国律师有以下两项职能:

1. 维护当事人的合法权益

在我国,公民、法人和其他组织依法享有广泛的权利和利益,如人身权利、民主权利、财产权利和经济利益等。律师为社会提供法律服务,其目的就是为了帮助公民、法人和其他组织依法行使享有的权利,保护应有的利益,即维护委托人(当事人)的各种合法权益。

2. 维护法律的正确实施

一方面,当事人的合法权益是由国家法律赋予的,因此,律师通过提供法律服务,维护当事人的合法权益(而不是非法权益),国家法律就可以得到正确实施;反之,如果当事人的合法权益得不到维护,则规定这种权益的法律就得不到遵守和执行。另一方面,律师在提供法律服务中,必须严格遵守法律的规定,依法办事,而不能歪曲法律、故意规避法律去迎合当事人,损害国家和集体的利益,破坏法律的统一和尊严。

由此可见,维护当事人的合法权益和维护法律的正确实施,两者是统一的,不可偏废。律师既不能以维护当事人合法权益为由,损害法律的统一和尊严,也不能以维护法律为借口,损害当事人的合法权益。

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,并不具有司法性和国家强制力。

二、我国律师实务的现状与发展趋势

在第一节中,我们介绍了西方国家和我国律师制度的产生和发展,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。

从立法上看,1980 年《律师暂行条例》第二条首次规定“律师的主要业务如下:(一)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。(二)接受民事案件当事人的委托,担任代理人参加诉讼。(三)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。(四)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。(五)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:(一)接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;(二)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;(三)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;(四)代理各类诉讼案件的申诉;(五)接受当事人的委托,参加调解、仲裁活动;(六)接受非诉讼法律事务当事人的委托,提供法律服务;(七)解答有关法律的询问、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。

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参与到调解、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