

法 学 课 程 系 列 教 材

主 编 石 峰

副主编 马国海 姚 锸

律师法学

LÜSHI FAXUE
LÜSHI FAXUE

上海大学出版社

法学课程系列教材

律 师 法 学

主 编 石 峰

副主编 马国海 姚 锴

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马国海	石 峰	孙丽丽	刘 丽
李改华	陈 丽	何 曦	杜明乐
张朋成	姚 锴	温玉娟	

上海大学出版社

· 上 海 ·

图书在版编目(CIP)数据

律师法学/石峰主编. —上海: 上海大学出版社,
2007. 8

ISBN 978-7-81118-154-8

I. 律... II. 石... III. 律师法—法的理论
IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 094201 号

责任编辑 陈爱萍

封面设计 柯国富

技术编辑 金 鑫

法学课程系列教材

律 师 法 学

石 峰 主编

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shangdapress.com> 发行热线 66135110)

出版人: 姚铁军

*

南京展望文化发展有限公司排版

句容市排印厂印刷 各地新华书店经销

开本 787×960 1/16 印张 24 字数 424 千

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

印数: 1~3 100

ISBN 978-7-81118-154-8/D·089 定价: 32.00 元

内 容 提 要

本书主要内容涵盖了律师法基本理论与律师实务。具体包括：律师的起源，中外律师制度的产生与发展，律师的性质与任务，律师资格与执业，律师的权利和义务，律师的职业道德与执业纪律，律师的法律援助与法律责任，律师事务所与律师协会，律师担任法律顾问、刑事案件辩护、民事和行政案件代理，以及律师从事各种非诉讼法律服务等内容。

本书对律师法学的基本问题进行了系统的分析，以我国现行的律师制度为立足点，同时注重对其他国家和地区律师制度的先进理念进行借鉴。有助于读者全面、系统地了解律师法学的基本制度，对于读者增加专业知识，开拓学习视野和完善知识结构将具有切实的作用。

本书可以作为法学专业教学及培训用书，也可以作为律师事务的参考用书。

主 编 简 介

石 峰 上海大学法学院副教授、硕士生导师、中国法学会会员。主要著述：《民事诉讼法学》(参编)、《律师制度与律师业务》(主编)、《经济法律通论》(编著)、《经济法律概论》(副主编)、《民法学》(主编)、《民事诉讼法教程》(主编)等。兼职律师经历：1984年由上海市司法局任命为实习律师，1986年参加首届律师资格考试获律师资格，曾任上海市联合律师事务所第二分所主任、上海市尚达律师事务所主任，现为上海市国泰律师事务所律师；已承办刑事、民事(经济)、行政案件数百起，并担任多家企事业单位的常年法律顾问。

马国海 浙江民鸿律师事务所主任、舟山市普陀区政协委员、中国民主促进会会员。1990年参加律师资格考试获律师资格，此后一直担任专职律师。精通海上运输、海洋渔业法律事务，担任大型海洋渔业及船务公司的法律顾问；熟悉律师各种诉讼与非诉讼业务，从业以来已经办理的民事、行政、刑事案件超过千件。

姚 锸 上海大学法学院副院长、中国法学会会员、德国奥斯那布吕克大学法学硕士。1992年起主要从事民商法、民事诉讼法的教学与研究，长期在大学法律院系执教，有较为丰富的法学专业教学经验；曾先后主编、参编《民法学》、《民事诉讼法学》、《商法学教程》等著作，并在各类期刊、书籍上公开发表学术论文十余篇。

前 言

律师制度是国家法律制度的重要组成部分。一个国家律师制度完善与否,律师业的生存状态如何,往往是衡量该国法治建设水平的重要标准。综观世界各国,但凡法治发达国家,其律师业的发展必然正规有序,律师的价值得到社会的充分认可。依我国现行的司法秩序,律师的作用绝不可被轻视。仅以刑事诉讼为例,一起案件从侦查、起诉、审理到判决,这个过程完整体现了公安、检察、法院和司法(代表律师)四个机构的分工与协作,就像下中国象棋,虽然棋盘上车、马、炮、卒的作用各异,但缺少其中任何一个就不是一场完整的对局。因此,律师的作用应该被认知,也值得受重视。有人曾经作过统计:近乎百分之百的冤假错案的产生,其直接的事实就是没有认真听取、采纳律师的辩护意见。我国《律师法》赋予律师的使命是:“维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施。”在我国改革开放不断推进、社会主义市场经济生机勃勃的今天,律师为当事人提供法律服务的空间已经从单一的诉讼领域扩展到更为宽广的舞台,引进外资、企业重组、房地产开发、知识产权、资本市场等非诉讼服务项目中律师的参与日渐频繁,现代服务业的崛起为中国律师业的发展提供了无限美好的机遇与挑战。

律师法学(律师学)是法学系统中的一个分支学科,其主要的研究对象为律师制度与律师实务。律师制度涵盖:律师的起源,中外律师制度的产生与发展,律师的性质与任务,律师资格与执业,律师的权利和义务,律师的职业道德与执业纪律,律师的法律援助与法律责任,以及律师事务所与律师协会等内容。律师实务包括:律师担任法律顾问、刑事案件辩护、民事和行政案件代理,以及律师从事各种非诉讼法律服务的内容。律师实务部分着重阐述律师不同于法官、检察官等法律专业人员的作品内容与思路,突出介绍律师业务活动的职业性、技能性、操作性特征。由此,我们始终认为大学法学专业的学生,对律师制度与律师实务应该有一个全面的、系统的了解,

以增加专业基础厚度,开拓学习视野和完善知识结构。

参与本书编写的作者,均为多年从事法学教育、研究的专业人员及执业律师,本书出版时,恰逢我国《律师法》生效 10 周年,以此顺作纪念。作者分工(以撰稿章节先后为序):石峰:第一章、第二章、第十四章;姚锴:第三章、第四章;陈丽:第五章、第七章;何曦:第六章、第十章;刘丽:第八章、第十一章;李改华:第九章、第十二章;杜明乐:第十三章;温玉娟:第十五章、第十六章;马国海:第十七章;孙丽丽:第十八章、第十九章;张朋成:第二十章。全书最后由石峰定稿。

在本书的编写过程中,我们参考了多位专家的学术著作与研究成果,在此向他们表示真诚的感谢与敬意。由于时间仓促、作者的水平及经验有限,不足和错误之处在所难免,敬请专家、教授和广大读者批评指正。

石 峰

2007 年 5 月于上海大学校本部

目 录

上编 律师制度

第一章 导 论	3
第一节 律师与律师制度的概念	3
第二节 律师法学的研究对象	6
第三节 律师法学与相关学科的关系	8
第四节 律师法学的性质和体系	10
第二章 律师制度的产生与发展	13
第一节 律师的起源	13
第二节 资本主义律师制度的产生与发展	15
第三节 西方主要国家的律师制度简介	17
第四节 中国律师制度的产生与发展	25
第三章 律师的性质与任务	30
第一节 律师的性质	30
第二节 律师的任务	34
第四章 律师的素质与技能	40
第一节 律师的素质	40
第二节 律师执业的基本技能	46

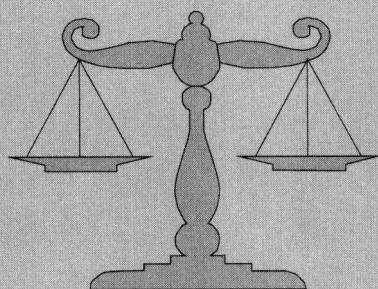
第五章 律师资格与执业	59
第一节 律师资格	59
第二节 律师执业	70
第三节 律师专业职务	75
第六章 律师事务所	79
第一节 律师事务所概述	79
第二节 律师事务所的组织形式	81
第三节 律师事务所的设立与终止	87
第四节 律师事务所的管理	92
第五节 律师事务所的权利与义务	97
第七章 律师的权利和义务	101
第一节 律师的权利	101
第二节 律师的义务	112
第八章 律师的职业道德与执业纪律	118
第一节 律师的职业道德	118
第二节 律师的执业纪律	127
第九章 律师协会	135
第一节 律师协会概述	135
第二节 我国律师协会的组织机构	139
第三节 我国律师的管理体制	145
第十章 律师的法律援助	152
第一节 法律援助制度概述	152
第二节 律师法律援助的对象与范围	155
第三节 律师法律援助的程序与资金	158
第十一章 律师的收费制度	164
第一节 律师收费制度概述	164

第二节 我国律师的收费制度	168
第十二章 律师违法执业的法律责任	176
第一节 律师法律责任概述	176
第二节 律师行政法律责任	177
第三节 律师民事法律责任	181
第四节 律师刑事法律责任	184
 下编 律 师 业 务 	
第十三章 律师担任法律顾问	191
第一节 律师担任法律顾问概述	191
第二节 律师担任企业法律顾问	200
第三节 律师担任政府法律顾问	210
第四节 律师担任私人法律顾问	216
第五节 法律顾问的工作原则与制度	221
第十四章 律师民事诉讼代理	226
第一节 律师民事诉讼代理概述	226
第二节 开庭审理前的工作	230
第三节 庭审过程中的律师工作	237
第四节 二审代理与执行代理	240
第五节 涉外民事诉讼案件代理	243
第十五章 律师行政诉讼代理	247
第一节 律师行政诉讼代理概述	247
第二节 律师行政诉讼代理的受案范围	250
第三节 行政诉讼代理的具体工作	259
第四节 行政侵权赔偿诉讼的代理	266

第十六章 律师刑事侦查阶段的法律帮助	271
第一节 律师侦查阶段的法律帮助概述	271
第二节 律师侦查阶段的地位与作用	274
第三节 律师侦查阶段法律帮助的内容	278
第十七章 律师刑事诉讼辩护	282
第一节 律师刑事诉讼辩护概述	282
第二节 审查起诉阶段的辩护律师	288
第三节 开庭审理前的准备工作	291
第四节 开庭审理中的律师工作	295
第五节 二审和再审程序中的辩护律师	298
第十八章 律师刑事诉讼代理	302
第一节 律师刑事诉讼代理概述	302
第二节 公诉案件的律师代理	306
第三节 自诉案件的律师代理	311
第四节 附带民事诉讼的律师代理	315
第十九章 律师非诉讼业务	320
第一节 律师代理各类诉讼案件的申诉	320
第二节 律师代理仲裁和参加调解	322
第三节 律师法律咨询和律师代书	329
第四节 律师见证	335
第二十章 律师其他非诉讼法律服务	341
第一节 律师参与项目谈判	341
第二节 知识产权法律服务	343
第三节 企业改制法律服务	348
第四节 房地产业法律服务	353
第五节 金融证券法律服务	358

上
编

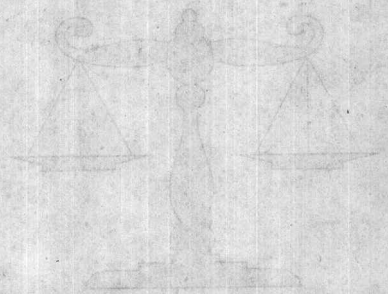
律 师 制 度



L Ü S H I Z H I D U

土
家

重 德 觀 鏡



L O S H I Z H I D U

第一章

导 论

第一节 律师与律师制度的概念

一、律师的概念

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。这是《律师法》第二条对律师所下的定义,依法取得律师执业证书的前提是通过国家统一的司法考试,在获得“法律职业资格”(律师、法官、检察官均需如此)以后,符合律师执业条件的人可以申请领取律师执业证书,为社会提供法律服务。律师是以自己的法律专业知识和职业技能为当事人提供各种诉讼与非诉讼法律服务,与法官、检察官依职责从事的司法工作在内容与性质上均存差别。

在新中国律师事业的发展历程中,律师的概念(含地位、性质)随着社会经济和政治体制的推进,亦在发生变化。1982年1月1日起施行的《律师暂行条例》第一条规定:“律师是国家的法律工作者,其任务是对国家机关、企事业单位、社会团体、人民公社和公民提供法律帮助,以维护法律的正确实施,维护国家、集体的利益和公民的合法权益。”由此,我们不难看出,在当时的社会条件下律师的概念是:国家的法律工作者,其政治、法律、社会地位与法官、检察官可以比肩。随着国家经济体制和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,合作制律师事务所的大量涌现,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迈出了一大步。随着合伙制律师事务所及个人律师事务所的相继涌现,由国家统一定编并核拨经费这种直接管理的单一模式已经不能适应社会的需要。在社会主义市场经济突飞猛进、与境外地区的联系交往日益频繁、涉外案件日益增多、律师涉外业务工作量不断增长的情况下,如果仍把律师的性质定格在国家法律工作者的身份上,容易引起海外客户的不信任,会对我国律师的公正性产生怀疑。加之国家有关部门对“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”的角色定位已经明显不切合社会实际了^①。因此,1996年颁布的《律师法》将律师定义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。

《律师法》颁布至今已10余年,社会的外部环境又发生了新的变化,尤其是律师业自身发展也面临着许多新的课题。例如,政府律师和公司律师的出现,军队律师的法制化进程,司法考试制度的建立,法律援助制度的完善,加入世界贸易组织对中国律师的影响等。这些都促使人们对律师行业、律师队伍进行重新认识。司法部于2004年启动了《律师法》的修改程序,其主要的议题之一是律师的定义如何设计。有关专家明确地提出,《律师法》对律师所下的定义在现时已显现出弊端,理由如下:第一,“社会”一词的内涵会将只为国家机关提供法律服务的公职律师以及只为企业提供法律服务的公司律师排除在外,使得当前正在进行的公职律师、公司律师的试点工作缺少了法律依据,成为我们建立和发展公职律师、公司律师制度的障碍;第二,“执业人员”不能体现律师这一概念独具的特征,不能把律师与非律师的界限划分出来,在逻辑学上“执业人员不是律师的属概念、上位概念”,执业人员可以包括法律、医药、工商、会计等很多职业的执业人员;在法律职业中,又有法官、检察官、法学教授和律师等若干法律执业人员,给律师下定义需要概括出律师区别于其他职业的特有属性;第三,将律师定义为“为社会提供法律服务的执业人员”不利于提高律师的社会地位,此定义将律师与其他类型为社会提供服务的人员混为一谈,降低了律师应有的法律地位,进而会恶化律师的执业环境、挫伤律师从业的积极性。因此,综合以上的分析,我们可以给出这样一个有关律师的定义:律师是指依法取得律师执业证书,根据委托、指定或者法律授权,以提供法律服务为职业的专业人员^②。

二、律师的语源

我国古代没有律师制度,也无“律师”这个汉字组合,我们现在所见到的“律师”这个名词是20世纪初才出现的。“律师”一词正式见诸于中国的法律文件,是在清朝末年清政府制定的《大清刑事民事訴訟律》中,虽然该诉讼法后来并未生效,但旧中国的律师制度仍然沿用了“律师”这一名称。律师一词是由英语 Lawyer 翻译过来的,英语的 Lawyer 是一复合单词,直译是法律专家、法学家的意思,其中 Law 是指“法”、“法律”;yer 具有“工作者、师、家”的含义。众所周知,由于在中国历史上各大朝代制定的法典都称律(如秦、汉、唐、明、清律),因此当时的翻译人员非常自然地将英文 Lawyer 译成汉字“律师”,律师即法律家、法学家。Lawyer 一词似乎不能较好地显现律师从

① 马宏俊主编:《新编律师学》,中央民族大学出版社,1999年版,第31、32页。

② 马宏俊主编:《律师法修改中的重大理论问题研究》,法律出版社,2006年版,第12~17页。

业人员的职业特征,因此,在社会交往中以名片英文反映律师身份时,往往用一个英文词组 Attorney-at-law 来表示,Attorney 意指代理人、辩护人,加上 at-law 就是在法律上的代理人、辩护人,用 Attorney-at-law 来表示“律师”身份,比之 Lawyer 显得更为具体、贴切。

三、律师制度的概念

(一) 律师制度的概念

律师制度,是指国家法律规定的有关律师的性质、执业条件、业务范围,律师事务所和律师协会,律师的权利与义务、职业道德和执业纪律,以及法律援助和法律责任等方面的法律制度。律师制度是现代法治国家一项基本的法律制度,律师制度体现一个国家民主与法治建设的水准,是国家法律体系不可缺少的重要组成部分。

律师制度并非自人类社会产生就存在的,亦不是与国家法律同时出现的,它是在国家与法律出现之后随着社会的进步,为适应国家政治民主、经济发展的需要而逐步确立的。现代意义上的律师制度是在资产阶级民主革命胜利取得政权后,才逐步建立发展起来的。新中国的律师制度创始于 20 世纪 50 年代初,经历了半个世纪的风风雨雨,才逐步走上与社会主义市场经济相适应、与国际接轨的正确道路。

(二) 律师制度的特征

律师制度的特征,可以从以下几个方面理解:

1. 以国家法律的确认为存在前提

国家法律的确认是律师制度存在的前提条件,没有国家法律的确认,就没有律师制度。我国封建社会时期,民间也曾出现帮助他人诉讼或提供法律服务的现象,由于没有国家法律的确认,不能认为是律师制度的存在。关于律师的性质、业务、资格、组织机构与管理体制等都是由国家法律规定的。

2. 建立律师组织,由取得资格者从事律师业务

律师组织是指律师的工作机构,形式上有律师事务所、律师行、法律店等,唯有取得律师资格、领到律师执业证书的人才能在此履行律师职务。没有取得律师资格、领到律师执业证书的人不能从事律师业务,这样规定的目的既便于加强对律师队伍的管理,又能相对保证办案质量,有利于促进国家的法治建设和维护当事人的合法权益。

3. 律师的业务活动是服务性的,不具有强制性

律师无论是参与诉讼还是代理其他法律事务,都是为当事人提供法律上的帮助,

为当事人服务,因而不具有强制性。这里的强制性有两层含义:第一,请不请律师完全取决于当事人的意愿,其他组织或个人不得强迫其聘请律师;第二,律师的意见只能供有关单位、部门参考,不具有强制执行的效力。这方面律师与同为法律职业人员的法官、检察官存在很大区别:法官、检察官依据岗位、身份和职责进行的审判、侦查、控诉等法律事务对当事人而言具有强制性。

4. 律师的全部业务活动,必须依法进行

律师作为从事法律服务的专门职业人员,维护的是当事人的合法权益,是国家法律的正确实施和社会的公平正义,律师没有权力为当事人提供超越法律的帮助。律师在执业过程中,如遇当事人提出非分要求应当予以拒绝,更不能为了私利主动向当事人提供违法的服务,否则律师本人要承担由此造成的一切法律后果。

第二节 律师法学的研究对象

律师法学,又称律师学,是研究律师制度与律师实务的一门法律科学。我国的律师法学是以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”为指导,是具有中国特色的社会主义律师法学,是随着我国律师制度和律师实务的不断发展而逐步建立起来的一个独立部门法学,具有很强的法律性和实践性。律师法学的研究对象,包括律师法、律师实务以及律师制度的历史发展。

一、律师制度方面的法律规范

律师法有广义和狭义两种理解:广义的律师法是指国家各种法律、法规、规章等规范性文件中有关律师制度的规定;狭义的律师法是指以体系化为特征的制定于一个法律文件中的律师法典。律师法学研究关于律师制度方面的法律规范,应当是广义的律师法,其内容包括:

(一) 宪法中关于律师制度的内容

宪法是国家的根本大法,具有最高法律效力,是律师法的重要渊源,也是律师立法的主要依据。此外,一些宪法性法律文件中也体现出关于律师制度的规定。例如,《宪法》中关于被告人有权获得辩护的规定,《人民法院组织法》中关于辩护制度的规定等。

(二) 法律中关于律师的法律规定

法律是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定颁布的立法文件,其效力仅