

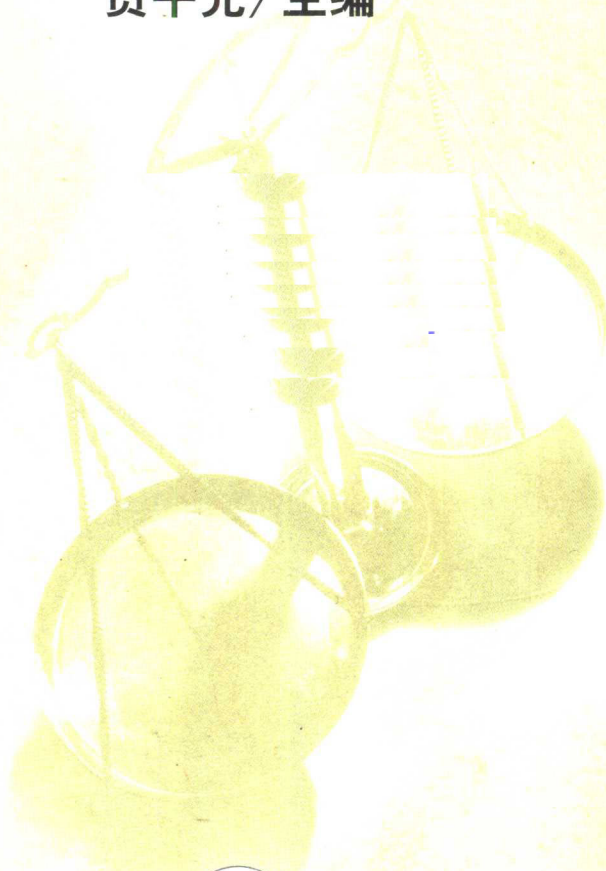
2000年

全国律师资格考试指定用书

司法部律师资格考试委员会 / 编审

律师制度与律师实务

贾午光 / 主编



法律出版社

■ 2000 年全国律师资格考试指定用书

律师制度与律师实务

司法部律师资格考试委员会 编审

主 编 贾午光

撰稿人 (以撰写章节为序)

周赛军 胡占山 肖胜喜 阎 欣

赵永林 张晓森 庞正中 朱茂元

肖 微 于 晋

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

律师制度与律师实务/司法部律师资格考试委员会编.
北京:法律出版社,2000.5

2000年全国律师资格考试指定用书之十四

ISBN 7-5036-3090-6

I.律… II.司… III.①律师制度-基本知识-中国②律师业务-基本知识-中国 IV.D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第08950号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/何萍

印刷/北京印刷二厂

开本/787×1092毫米 1/16

印张/12

字数/250千

版本/2000年6月第1版

2000年6月第1次印刷

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3090-6/D·2811

定价:15.00元 总定价:220.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

全国律师资格考试指定用书
编辑委员会

编辑委员会主任 段正坤

编辑委员会副主任 贾午光 高宗泽 吴明德 邓甲明

编辑委员会委员(以姓氏笔画为序)

于 晋	马怀德	王卫国	王利明	王保树
邓甲明	李传敢	刘 玫	刘 晔	刘凯湘
邱 征	陈卫东	陈兴良	陈治东	陈桂明
吴明德	张树义	周旺生	周建海	段正坤
阎 欣	贾午光	贾京平	高宗泽	黄 进
韩大元				

出版说明

为了适应我国律师制度和律师资格考试发展的需要,根据立法的变化,结合律师资格考试的特点,我们编辑出版了这套《全国律师资格考试指定用书》。

这套用书共 15 册,即:《法理学》、《宪法学》、《行政法学》、《行政诉讼法学》、《刑法学》、《刑事诉讼法学》、《民法学》、《民事诉讼法与仲裁法学》、《经济法学》、《商事法学》、《国际法学》、《国际私法学》、《国际经济法学》、《律师制度与律师实务》、《全国律师资格考试大纲及必读法律法规汇编》。

这套用书力求在学理阐述上系统科学,理论上采用通说,对必须说明的学术争议作客观、公正的介绍。在撰写中注重法学理论与司法实务相结合,法律专业素质教育与应试指导相结合。

律师资格考试命题将主要以本套用书的法律法规汇编为依据,考生复习时应结合教材的学习注意了解和掌握与之相关的法律法规和司法解释。

本套用书由全国律师资格考试委员会组织编辑,约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、清华大学、武汉大学、华东政法学院、北京联合大学及司法部的学者、专家和北京市的一些律师撰写。

由于编写时间仓促,不当之处在所难免,敬请广大考生和读者谅解,并不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》

编辑委员会

2000 年 4 月 20 日

序 言

党的十五大,将依法治国,建设社会主义法治国家,作为我国政治体制改革的重要目标和内容,第一次写入党的纲领性文件,这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展,具有划时代的意义。改革开放越深入,市场经济越发展,经济活动和利益关系越错综复杂,就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序,市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密,经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作,总的说,这几年改革的方向是正确的,改革的措施是符合实际的,改革的成果是明显的。几年来,各级司法行政机关、律师协会和广大律师,在以江泽民同志为核心的党中央领导下,高举邓小平理论伟大旗帜,按照司法部党组的部署,积极探索,努力实践,律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前,全国律师工作人员已达 10 万余人,具有博士、硕士学历的 3000 余人,律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展,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、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处,有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案,新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作,维护了法律的尊严和统一,促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目,如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等,为确保上述工程的顺利进行作出了贡献,赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人瞩目。

1986 年,司法部开始组织律师资格统一考试,至今已举办了九次。自 1993 年起,两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年,全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来,为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来,律师资格考试制度不断完善,赢得了全社会的关注和重视。到目前为止,已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试,有 11.4 万人通过考试

取得了律师资格,为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不深入,使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用,律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实,社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段,特别是经济体制改革和经济发展战略的实施,如国有企业改革,组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产,金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信,律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要,司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上,组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和深度等方面都比过去的用书有明显改进,突出了基本法律知识及律师实务和技能。它不仅具有辅导考试的作用,而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书,能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得,祝愿该书对所有考生都有所裨益,并通过你们的努力,加入到律师队伍中来,为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长 

1998年4月28日

目 录

第一章 律师制度概说	(1)
第一节 律师制度的发展历程	(1)
第二节 律师的性质	(10)
第三节 律师的工作原则	(11)
第二章 律师执业	(13)
第一节 律师资格	(13)
第二节 律师执业	(15)
第三章 律师事务所	(18)
第一节 律师事务所概述	(18)
第二节 律师事务所的组织形式	(20)
第三节 律师事务所的登记和年检	(24)
第四节 律师事务所的分支机构	(26)
第四章 律师的业务和权利义务	(28)
第一节 律师的业务	(28)
第二节 律师的权利	(29)
第三节 律师的义务	(31)
第五章 律师协会	(34)
第一节 我国律师协会的发展经历	(34)
第二节 我国律师协会的改革	(35)
第三节 律师法关于律师协会的规定	(36)
第六章 法律援助制度	(39)
第一节 法律援助的对象	(39)
第二节 法律援助基金会资金的来源	(42)

第三节	法律援助的程序	(42)
第四节	律师的法律援助义务	(44)
第七章	律师的法律责任	(45)
第一节	律师的法律责任的概念	(45)
第二节	律师的民事法律责任	(45)
第三节	律师的行政法律责任	(46)
第四节	律师的刑事责任	(47)
第八章	律师职业道德与执业纪律规范	(48)
第一节	概述	(48)
第二节	律师职业道德	(50)
第三节	律师执业纪律规范	(58)
第九章	律师参加刑事诉讼	(71)
第一节	律师参加刑事诉讼概述	(71)
第二节	收案与结案	(72)
第三节	在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助	(73)
第四节	在审查起诉阶段担任辩护人或诉讼代理人	(75)
第五节	担任公诉案件一审辩护人	(76)
第六节	担任公诉案件二审辩护人	(79)
第七节	担任审判阶段公诉案件被害人的代理人	(79)
第八节	担任自诉案件当事人的诉讼代理人或辩护人	(80)
第九节	担任被羁押的附带民事诉讼当事人的代理人	(81)
第十节	简易程序的辩护与代理	(82)
第十章	律师参加民事诉讼	(83)
第一节	律师参加民事诉讼概述	(83)
第二节	律师在民事诉讼中的代理权	(84)
第三节	律师参加民事诉讼的收案与结案	(87)
第四节	担任一审案件原告人的代理人	(88)
第五节	担任一审案件被告人的代理人	(93)
第六节	担任二审案件当事人的代理人	(95)
第七节	在民事案件审判监督程序中的代理	(97)
第八节	在执行程序中的代理	(98)

第十一章	律师参加行政诉讼	(100)
第一节	律师参加行政诉讼概述	(100)
第二节	律师参加行政诉讼的收案与结案	(102)
第三节	在行政案件一审中的代理	(104)
第四节	在行政案件二审中的代理	(106)
第五节	在行政案件申诉中的代理	(107)
第十二章	律师办理的几种常见非诉讼法律事务	(108)
第一节	律师担任法律顾问	(108)
第二节	律师代理仲裁	(111)
第三节	律师代理行政复议	(115)
第四节	律师调解	(118)
第五节	律师解答法律询问	(119)
第六节	律师代书	(121)
第十三章	律师办理金融、证券法律事务	(122)
第一节	律师办理金融法律事务概述	(122)
第二节	律师在外债登记中的法律事务	(123)
第三节	律师在股票发行、上市中的法律事务概述	(125)
第四节	股票发行、上市法律意见书的内容	(127)
第五节	上市公司配股的法律意见书的格式与内容	(130)
第六节	法律意见书工作底稿的格式与内容	(132)
第十四章	律师办理知识产权法律事务	(134)
第一节	知识产权业务概述	(134)
第二节	著作权业务的律师代理	(135)
第三节	专利业务的律师代理	(138)
第四节	商标业务的律师代理	(143)
第五节	不正当竞争案件的律师代理	(147)
第十五章	律师办理房地产法律事务	(150)
第一节	律师办理房地产法律事务的概念和业务范围	(150)
第二节	律师办理房地产法律事务的条件	(150)
第三节	律师办理房地产法律事务的工作方式	(151)
第四节	几项主要的房地产法律事务的工作程序	(152)

第十六章 律师办理公司法律事务	(156)
第一节 律师办理公司法律事务的基本范围、素质要求及工作方法	(156)
第二节 有关公司的现行法律体系.....	(157)
第三节 公司法律事务介绍.....	(158)
附 录:律师业务文书参考格式	(165)
一、律师参与刑事诉讼事务文书格式	(165)
二、律师参与民事诉讼事务文书格式	(167)
三、律师参与行政诉讼事务文书格式	(169)
四、律师参与其他诉讼事务文书格式	(170)
五、律师办理非诉讼法律事务及代书类文书格式	(172)
六、法庭代理词	(175)

第一章 律师制度概说

第一节 律师制度的发展历程

一、律师制度的概念

律师制度是国家民主制度和法律制度的重要组成部分,它是通过国家立法及行政管理机关制定管理规章的方式,确立的有关律师的性质、律师的资格和执业,律师的业务范围及权利义务,律师的法律责任,律师的管理等方面的内容的一项国家司法制度。

认识律师制度,首先要研究刑事辩护制度,律师制度起源于刑事辩护制度,脱胎于刑事辩护制度;从各国的历史看,早期的律师是以辩护人的身份出现的,本世纪初我国律师制度诞生时也是如此。刑事辩护是律师最基础的业务,也是律师最基本的职责。依据我国现行法律,“辩护”是一个专属于刑事诉讼的名词。《中华人民共和国宪法》第125条规定:“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。”《中华人民共和国刑事诉讼法》对宪法的规定进一步加以阐述,第11条规定:“被告人有权获得辩护,人民法院有义务保证被告人获得辩护。”另外,刑事诉讼法第四章以“辩护与代理”作为章题,规定了刑事辩护的若干内容。

律师制度是从西方国家传来的,我国历史上没有律师。因此,要了解律师制度的历史沿革,需先认识西方国家的辩护制度。

二、外国律师制度之历史沿革

(一)古希腊和古罗马时代的辩护制度

外国刑事辩护制度的产生,可以追溯到公元前4至5世纪的雅典共和国时期。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处死。”当时“诉讼程序公开进行,双方当事人可以进行辩论。”

古罗马在制定《十二铜表法》时,它一方面保留着原始时期血亲复仇及宗教刑罚的痕迹;另一方面规定了一些带有民主因素的条款。如其中第1表第7条规定:“若(当事人双方)不能和解,则(他们)应在午前到市场或会议场进行诉讼,出庭双方应依次申辩(自己案件)”。这一时期城邦法官对侵犯国家的犯罪有进行干预的权力,作为一种对法官行使强制权的限制,“向民众申诉”制度应运而生,“申诉”导致一种民众为法官的诉讼程序的开始。根据一种普遍的观点,只有那些有充分权利的罗马市民才有权提出“申诉”,因为他们是民众会议的成员,对于奴隶、异邦人以及在最初时对于妇女,均不适用申诉制度。随着诉讼和刑罚的世俗化以及神明裁判的消失,民众的参与变成了主动的行为,带有宗教色彩的争斗比赛变成了控方和辩方在由民众主持的审判中的辩论。

在古罗马弹劾式诉讼中,被告人与原告人处于平等地位。被告人拥有辩护权,可为自己的利益从事诉讼防御。审判采取对质、言词、公开的方式,被告人可以提出反证,证

明自己无罪。被告人还可以请精通辩术的辩护人为自己辩护。法官居中裁判。辩护权的存在以及代言人、辩护人等的出现,标志着早期刑事辩护制度已基本形成。公元1世纪,罗马进入帝国时期以后,原来实行的诉讼代理和辩论的原则,逐渐发展成为律师辩护制度。罗马皇帝对于辩护人的作用有如下论述:“首先所有的律师均为他们的诉讼当事人提供保护,以使他们不超越争讼功利所要求的限度,不超越争吵和诅咒的限度,使他们做诉讼所要求做的事情,避免侵害他人。因此如果某个蛮横的人认为不应当根据理性而要采取谩骂进行争讼,他的主张就将受到鄙视;实际上,不应当怂恿那些不顾争讼正题,却公开地或狡诈地对自己的对手进行辱骂的人,那些消解诉讼中产生的疑问并以其常在公共和私人事务中进行的辩护帮助他人避免错误、帮助疲惫者恢复精力的律师,为人类提供的帮助不亚于那些以战斗和负伤拯救祖国和父母的人。因此,对于我们的帝国来说,我们不仅把身披盔甲,手持剑盾奋战的人视为战士,同样认为律师也是战士。因为那些受托捍卫荣耀之声,保护忧虑者的希望、生活和后代的诉讼辩护人是在战斗。”当时的哲学家乌尔比安认为原告应向被告宣告诉讼请求,以便被告能够做好辩护准备。他还指出:“不得强迫任何人违背意志地进行答辩。”另一位哲学家盖尤斯则表述了“被告比原告更该受到照顾”的思想。古罗马刑事辩护制度是古代司法民主产生和发展的产物,它为以后辩护制度的进一步完善提供了可贵的历史雏形。

(二)欧洲中世纪辩护制度的衰亡

当欧洲进入日耳曼法时代以后,司法民主走向消亡,其表现为弹劾式诉讼和纠问式诉讼的兴起。在日耳曼法时代,弹劾式诉讼是当时刑事审判的主要方式。纠问式诉讼是继弹劾式诉讼之后出现的一种诉讼形式。罗马君主制时期,在普通审判制度(“刑事法庭”

的诉讼程序)之外,出现了“非常审判”程序。非常审判的原则是纠问制。一方面,任何一个罗马市民(除妇女和未适婚人外)均可以提出控告;另一方面,官员们通过自己所掌握的治安机构主动进行调查。根据君主制发展的一般进程,控告式诉讼制度逐渐衰退,纠问式诉讼制度则蓬勃发展。

罗马天主教会在西欧封建社会中占有特殊地位,12世纪末,出现了中世纪臭名昭著的宗教裁判所,专门审判所谓的“异教徒”。在宗教裁判所的审判中,被告人的招认被视为“证据之王”。虽然也允许延请辩护人,但受审人经常不延请辩护人,因为辩护人必然只力求被告人招认而已。”纠问式诉讼是适应王权不断加强而产生的,是封建专制主义在诉讼中的体现。比起原始的弹劾式诉讼,在民主性方面后退了,但它确立追究犯罪的职责由国家机关承担的制度,是诉讼历史发展的必然规律。纠问式诉讼呈现以下几个特征:第一,刑事诉讼的进行不注重其形式性;第二,刑事诉讼的目的注重实质真实性,刑讯被认为是有助于获得真实的供述;第三,证据的提出仅供法官评价。一般而言,侦查、起诉、审判等各种职能不分、形成一体是纠问式诉讼的最大特色。由于刑事诉讼的进行由单一机关担任,因而刑事诉讼所具有的司法性与行政性遂被混合。可以说在欧洲的中世纪,刑事辩护制度是呈现萎缩乃至消亡的趋势。

(三)律师制度的确立

资产阶级革命后,刑事辩护制度在各国普遍建立。英国刑事诉讼法的发展过程中,弹劾式诉讼一直占有支配地位。11世纪诺曼底公爵征服英国后,一方面准予保留原有的法律制度和习惯;另一方面大力加强君主的中央集权,统一全国的司法制度,如设立国王法院,建立法官巡回审判制度等。1215年英国国王约翰颁布了《人民自由大宪章》,其中第39条规定:“凡自由民除经其贵族依法

判决或遵照内国法律之规定外,不得加以扣留、监禁、没收其财产、剥夺其法律保护权、或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”第40条规定:“朕不得对任何人滥用、拒绝或延搁权利或赏罚。”表述了应对君主的权力加以制约的思想。13世纪和14世纪,英国建立了分别担任起诉和审判工作的大小陪审团制度。1640年英国爆发了资产阶级革命,标志着世界近代史的开端。英国平均主义派首领李尔本提出了许多资产阶级民主的原则,他在《人民约法》和《英国根本法和自由》等著作中主张:法律面前人人平等;陪审官应有广泛权限及自由心证原则;废除特权保护公民的人身权利;诉讼必须采用公开、直接和辩论的形式;被告人有辩护权等。他认为除了被告人自行辩护外,还享有请他人为其辩护的权利。1679年英国颁布了《人身保护法》,其中第19条规定:“关于本律所称犯法行为之控诉,各被告得同具原案总争点之答辩。”律师制度在英国封建社会的民事诉讼中早已发展起来,随着资产阶级革命的胜利,1695年它开始逐渐扩及刑事案件。1695年威廉三世以敕令规定严重叛国案的被告人可以请辩护人。但禁止辩护人在法庭发表演说的规定保持了很久。1836年威廉四世颁布的法律规定:“不论任何案件的预审或审判,被告人都享有辩护权。”从此取消了对辩护的种种限制,律师制度在英国正式确立。

独立前的美国原为英国的殖民地,采用英国法律。1776年宣告独立后,在保留英国法律传统的基础上,以独树一格的方式继续向前发展,刑事诉讼程序体现出强烈的民主性。1776年通过的《弗吉尼亚权利法案》第8条指出:“在所有判处死刑或刑事的诉讼中,被告有权要求知道他被控罪的原因和性质,有权与控诉者及证人相质,有权提出于己有利的证据,有权要求由他居处附近的公正的陪审团参加的迅速审判,未经该陪审团全体一致同意不得判为有罪;不得强迫他提出于

己不利的证据;除了国家法律或其同等的公民的裁判外,任何人的自由不应受到剥夺。”这个著名的权利法案在美国本土和法国都产生过很大的影响。1791年美国宪法修正案第6条规定:“在一切刑事诉讼中,被告人应享受下列权利:由发生罪案之州或区域的公正陪审团予以迅速的公开审判,该区域当以法律先确定之;接受关于告发事件之性质与理由的通知;准予与对方的证人对质;应以强制手段取得对于本人有利的证据,并受律师辩护之助。”

18世纪法国资产阶级革命是法国历史上划时代的事件。伟大的启蒙思想家孟德斯鸠、伏尔泰、卢梭等以“自然法”和“社会契约”来解释国家的起源,提出了一系列资产阶级“民主主义”和“自由主义”的司法原则和制度。如孟德斯鸠在所著《论法的精神》一书中奠定了“三权分立”和“司法独立”的理论基础。他主张:法官由选举产生并认为:拷问和自然要求相矛盾、法定证据制度不合理。他明确指出:“一个人,即使最卑微的人民的生命也应受到尊重。……国家控诉他的时候,也必定要给他一切可能的手段为自己辩护。”1789年法国在《人权宣言》中明确规定了“无罪推定”原则。同年10月制宪会议的一项法令规定从追究被告犯罪时起,就允许有辩护人参加。1791年颁布的法律规定了法庭审理的辩论原则。1793年法国《雅各宾宪法》进一步规定,国家要设“公设辩护人”。1808年,拿破仑颁布的刑事诉讼法典规定了被告人享有辩护权的原则。根据国外学者的评论,这部法典的规定介乎纠问式与控辩式之间,审判前基本采取纠问式,司法官员秘密办案,律师不得参加;开庭以后则基本采用控辩制。直到1897年的法律颁布后,才准许辩护人介入审判前的程序。

法国革命和法国的刑事程序对包括德国在内的欧洲大陆国家产生了决定性影响。约到了19世纪中叶,在大多数的德国前地方邦

国内出现了一种“改革的刑事程序”，它体现出立宪主义和资产阶级自由主义思潮。各邦所订立的诉讼法典，虽然细节上存在着各种各样的差异，但都采用了下列共同原则和结构：它们全都赞同改变被告人的低劣地位，企图把被告人看做这样一种公民：作为诉讼的一方，获得明确规定的方式来为自己辩护。这些在德国前地方邦国中出现的法制改革动向，在1877年颁布的《德意志帝国刑事诉讼法典》中得到了继承和发扬。这部法典规定了与法国大致相同的“辩论原则”。德国在希特勒专制时期，刑事辩护制度遭受重大挫折。希特勒实行法西斯主义，“不论在什么地方，任何一个人的行为，或他的身份（种族、宗教），只要有一点政治牵连——从最广泛的可能的意义上说，秘密警察都实施可怕的恐怖手段。在严刑拷打下逼得情愿招供，而辩护人在法庭面前是无权来否认口供的。”二战之后，德国刑事辩护制度得到恢复和进一步完善。1965年4月1日公布的《刑事诉讼法典》第137条第1款规定：“被告人可以在诉讼程序的任何阶段选定辩护人，帮助自己辩护。”

日本明治维新之后，开始引进以法、德为代表的大陆法系国家的司法制度。但在明治维新初期流行“辩护人无用论”。1876年和1880年颁布的《代言人规则》原则上不允许代言人进行刑事辩护，只有特殊的案件可以例外地让代言人进行辩护。后来在1880年公布的治罪法允许被告人有辩护人，并且对于重罪案件，被告不选任辩护人时，裁判所从代表人中为其选任辩护人，称为“官选辩护人”。从此开始了日本的刑事辩护制度。这是日本人权史、律师制度史上划时代的规定。1922年颁布的旧刑事诉讼法，把选任辩护人的权利扩大到预审阶段。第二次世界大战结束后，日本在同盟国占领军总部的“指导”下，参照美国宪法制定了新宪法。1946年11月3日公布新宪法第37条第3款规定：“刑事

被告人在任何场合都可以委托有资格的辩护人。被告人本人不能自行委托时，由国家提供。”1948年4月10日，日本国会通过现行《刑事诉讼法》。该法赋予被嫌疑人以辩护人委托权；赋予被告人有国选辩护人委托权，而且扩大强制辩护的范围。刑事辩护制度和律师制度获得显著发展。

三、中国律师制度之历史沿革

（一）中国古代“辩护人”的情况

现有史料表明，在周朝的刑事诉讼中，司法官吏审判案件，一般在双方当事人到齐之后，用察听言辞的办法，审查判断其陈述的真伪，并据此定罪量刑。从出土的资料看，在西周，法庭开庭除了原、被告到庭外，还允许诉讼代理人和证人出庭，并向法庭提供诉词、辩护词。春秋时期，出现过类似今天的辩护人。根据《左传纪事本末》记载，鲁僖公二十八年冬（公元前632年），“卫侯与元喧讼，宁武子为辅，针庄子为坐，士荣为大士。”在这场官司中，治狱官士荣担任卫侯的辩护人，审判结果卫侯败诉，士荣被处死刑。《吕氏春秋·离谓》记载，春秋末年，“邓析……与民之有狱者约，大狱一衣，小狱襦袴。民之献衣襦袴而学讼者，不可胜数，以非为是，以是为非，是非无度，可与不可日变，所欲胜而胜，所欲罪而罪。”邓析是郑国人，子产执政时，他为大夫。邓析所做“颇有古代律师的味道，这也是中国法制史上的创举。”但是，与官府“分庭抗礼”的争辩，为统治者所不容，最终被冠以造成“郑国大乱，民口喧哗”的罪名，被郑国执政驪黥所杀。

在我国奴隶社会的刑事诉讼中，出现过类似今天的辩护人，但未能出现律师及律师制度。从当时刑事审判的总体状况来看，被告人在诉讼中的地位较为低下，这表现在对被告人的刑讯逼供以及疑罪从有。尽管史料中有极少的有关“辩护”的记载，但当时被告人并没有法定辩护权，这从士荣、邓析的最终命运中也能看出。

我国奴隶社会政治上实行君主专制统治,“普天之下莫非王土,率土之滨莫非王臣”,相应地,刑事诉讼带有明显的纠问特征,因此,没能形成像古罗马那样的刑事辩护制度。

从公元前475年至公元1840年长达二千余年的中国封建社会中,皇权至上,实行专制统治,在刑事诉讼中进一步推行纠问式诉讼。司法权与行政权合一,特别是宋代中叶以后,要求州、县长官必须亲自审案。法庭审理的程序大体上是先问原告,后问被告,再问证人,并常常使用拷打手段。据《睡虎地秦墓竹简》中的《封诊式》的《治狱》一节记载:“治狱,能以书从迹其言,毋笞掠而得为上;笞掠为下;有恐为败”。《讯狱》一节又说:“诘之极而数之也,更言不服,其律当笞掠者,乃笞掠。”《汉律》中对刑讯也有明文规定。秦汉时的刑讯,法律上未作任何限制,这就给司法官吏滥施淫威开了方便之门。从魏晋时起,刑讯逐渐规范化。到了唐代,用刑罚的方法禁止法外用刑。《唐律》规定:“诸应讯囚者,必先以情审查辞理,反复参验,狱未能决,事须讯问者,立案同判,然后拷讯。违者杖六十”“诸拷囚不得过度,总数不得过所犯之数。”宋代法律继续作出了“拷讯不得过度”等项规定。唐律中还确立了罪从供定的原则。明清时期,“必据犯人招草以定其情。”被告人口供被认为是最重要的证据。

以上介绍表明,在我国封建社会的刑事诉讼中,被告人只是一个被追究刑事责任的客体,一个被拷问的对象和供词的提供者。他甚至不能自我辩护,更谈不上请他人为自己辩护。可见,“缺乏辩护的规定”确是中国封建法律的特点之一。

(二)中国近代刑事辩护制度的形成

1840年的鸦片战争激起了深刻的社会危机,封建法制已无法适应社会结构的急剧变化,太平天国的政治家、思想家洪仁玕在《资政新篇》中提出“因时审势、立法图强”的

主张,并将其运用于实践。对此,英国人呤利在《太平天国亲历记》一书中曾有如下描述:“我们首先要加以颂扬的论题,就是太平天国的法庭。这些法庭毫无例外地是最严格、最公正的。令人憎恶的场面,满清衙门少不了的附带物,如施于原告、被告和犯人的酷刑之类,全被废除,原告和被告两造及证人,全都当面对证。……囚犯和诉讼人全都具有依法进行辩护的权利,有钱有势的人决不能用不正当的手段胜过穷人。没有最明白最确实的罪证,就不能判决或处罚任何一个人。”

在清政府方面,光绪二十七年(1901年),洋务派刘坤一、张之洞联名所奏的《江楚会奏变法三摺》中,提出了关于司法改革的九条意见,包括“禁讼累”(革除差役,消除讼累):“省文法(减省诉讼中的繁文缛节)”、“省刑责(除命盗案外,其他案件及人证都禁止刑讯)”、“重众证(重证据,只要证据确实,经上司复核即可按律定拟)”、“修监羁(改良监狱条件和管理)”、“教工艺(对犯人教习工艺)”、“恤相验(凡命案应案者,不许纵扰百姓)”、“改罚缓(缴银赎罪)”、“派专官(派专官稽察所属监狱)”。这些措施对于改善被告人在刑事诉讼中的地位具有积极意义。

1906年,在沈家本主持下制定出《大清刑事民事诉讼法》,其中明确规定了律师的地位和作用,这是我国有史以来对律师制度最早的认可。该法规定律师:第一,可代被告缮具诉词,详细诉辩所控事件,并检齐有益于被告各证据,以备呈上堂;第二,同被告上堂辩护其案及留心料理,使公堂审讯该案,悉合证据,依律裁判;第三,代被告对诘原告及其证人;第四,原告及其证人供词已毕,该律师须将被告辩词陈其大略,然后传被告之证人上堂作证;第六,供证毕然后该律师将被告辩词尽情援据例案讨论,毋使屈抑。但是,该法未能予以公布施行。

1910年,沈家本又制定出单独的《大清刑事诉讼律草案》,草案规定:原则上非律师

不得为辩护人；每一被告的辩护人以不得过二人为限；辩护人有下列权利：第一，辩护人得就担任案件、查验证据及阅视或抄录该案文书；第二，辩护人得接见被监禁之被告人，并互通书信，但不得逾管束在监人规则范围之外；第三，辩护人于可以莅视时，得实施被告所应为之诉讼行为。结果，这部草案因遭到礼教派顽固势力的强烈反对，最终又被否决。大清刑事诉讼法对律师制度的规定，是清末变法改制整体规划的一部分，它代表了中国近代由封建法制向资本主义法制过渡的趋势。诚如外国学者所评价：“在清朝的最后十年里，中国曾以许多仿照西方模式的方式而带有试验性的知识，去取代旧的帝国政府的许多制度设施。这种改革的复杂步调既揭示出了某种理性的发展，也显露出了一些臆想不到的情形。首先，新制度是有其名而无其实。这些制度渐渐地，但却从来没有完全地获得实质性的发展；但是，这头几步的重要性与其说是在于它们实现了什么永恒的东西，不如说在于它们和过去决裂了”。

1911年，辛亥革命推翻了清王朝统治，并由此揭开了资产阶级法制建设的新阶段。南京临时政府存续期间，要求实行文明办案，允许律师为被告人辩护。北洋政府时期，继续推行刑事辩护制度。1921年11月14日颁布的《刑事诉讼条例》规定，预审不公开，但被告人得由辩护人或辅佐人代表，预审推事于预审后得将被告释放或送交法庭审判；在普通法院审判时，被告得延请辩护人出庭，辩护人于一定范围内，由审判官之决定得讯问及反诘，且于讯问终结时，得行辩论，有时如被告无力延请辩护人，法院应指定一律师为之辩护。南京国民政府1928年7月公布《刑事诉讼法》，其中第165条规定，被告于起诉后得随时选任辩护人；第176条规定：辩护人得接见羁押之被告。《刑事诉讼法》还规定：在未设置公设辩护人之法院，对属于五年以上之有期徒刑或高等法院管辖的第一审案

件，如被告之法定代理人或配偶没有为其选任辩护人的，审判长得指定律师为其辩护；被法院指定之律师执行职务时，无需有委托状，也无需经被告之同意；法院之指定，由法院以书面行之。1945年6月，国民党政府司法部公布了《公设辩护人服务规则》，对公设辩护人的监督管理与其职责等内容作了简略规定。南京国民政府时期，形成了比较完备的刑事辩护制度。

近代中国的刑事辩护制度产生和生存于中国的半殖民地半封建社会，它在司法实践中所能发挥的作用十分有限。如在北洋政府时期，1914年4月5日公布《县知县兼理司法暂行条例》和《县知事审理诉讼暂行章程》，在县一级将行政权与司法权合一，辩护制度形同虚设；此外，由于军阀专权，民政一直处于附属地位，普通法院的辩护制度也很难真正实行。在南京国民政府时期，国民党实行独裁统治，政治案件秘密审判，刑讯逼供大量采用，被告人的人权保障往往成了一句空话。但是，应当看到，刑事辩护制度在国家法律中明文确立，说明刑事司法制度民主化已成为不可阻挡的历史潮流。

（三）新中国刑事辩护制度的创立和发展

在新民主主义革命时期，各地的红色政权就开始推行刑事辩护制度。1932年6月，中央工农民主政府颁布的《裁判部暂行组织及裁判条例》第24条规定：“被告人为本身的利益，可派代表出庭辩护，但须得到法庭的许可。”1936年，延安颁布的《川陕省革命法庭条例草案》规定：“工农劳动民众以自己的志愿，经过革命法庭的许可，可以委托一个或几个辩护人，为自己辩护，必须是劳动者有公民权的人有资格当选辩护人。”初期的辩护制度以法规形式赋予被告人享有辩护权，前提是须得到法庭的许可。辩护人必须是有公民权的劳动者，剥削分子不具备辩护人资格。抗日战争时期，辩护制度有进一步发展。1944年3月公布的《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司