

主编 陈学会 副主编 王长久 池清旺

中国律师学教程



西安出版社

中国律师学教程

主 编 陈学会

西安出版社出版

(京)新登字 015 号

中国律师学教程

陈学会 主编

西安出版社出版发行

(西安市东药王洞 33 号) 邮编:710003

电 话:(029)7233570 7221384 7271137

西安地质矿产研究所印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 11.25 印张 28,900 字

1995 年 7 月第 1 版 1995 年 7 月第 1 次印刷

印数 1—4000

ISBN 7-80594-219-6/D·4

定价:9.80 元

说 明

为了贯彻落实邓小平同志关于“健全人民民主、加强社会主义法制”、“一手抓建设，一手抓法制”、“律师队伍要扩大，不搞这个法制不行”和“中国要有几十万律师”等一系列指示精神，适应社会主义市场经济法制建设的新形势，在创立有中国特色的《律师学》的法学理论研究中作一点贡献，以便为我国的市场经济法制建设和律师业务建设服务，我们编写了这本《中国律师学教程》。

本书以马克思主义法学的基本原理、邓小平同志的民主与法制建设思想和党中央的路线、方针、政策为指导，以《中华人民共和国律师暂行条例》为依据，是在总结我国律师工作实践经验、吸收法律学研究新成果的基础上，结合我院律师学教学的基本经验编写的。各章分工是：陈学会（军事法学系教授、全军政治理论教材编审委员会委员、法学组组长）：第一、二、四章；俞正山（军事法学系教授，全军政治理论教材编审委员会委员）：第六章；田龙海（军事法学系副教授）：第九、十六章；周健（军事法学系副教授）：第五、十四章；王长久（军事法学系讲师）：第三章第四节、第七、十、十一、十七、十八章；池清旺（军事法学系讲师）：第三章一至三节、第八、十二、十三、十五章。全书由陈学会、王长久、池清旺统改定稿。

本书为解放军西安政治学院校外法律本科教材。在编写过程中，得到院、部、系各级领导和同志们的大力支持和帮助，在此一并表示衷心谢意。

律师学是法学中的一个新学科，我们研究不够，水平有限，不妥之处难以避免，恳请广大读者予以批评指教。

编 者

1995年5月26日

目 录

绪 论

第一章 律师和律师学概述

第一节	律师的概念和分类·····	(1)
第二节	律师学的概念和特征·····	(4)
第三节	律师学的研究对象和范围·····	(7)
第四节	律师学的体系结构和研究方法·····	(9)
第五节	律师学与其他邻近学科的关系·····	(13)

第二章 律师制度的历史发展

第一节	外国律师制度的历史发展·····	(17)
第二节	中国律师制度的历史发展·····	(29)

第一编 总 论

第三章 我国律师的性质和任务

第一节	律师的性质·····	(32)
第二节	律师的任务·····	(36)
第三节	律师的地位·····	(40)
第四节	律师的权利和义务·····	(45)

第四章 我国律师工作的基本原则

- 第一节 以事实为根据,以法律为准绳..... (50)
- 第二节 依法独立执行职务 (53)
- 第三节 维护当事人的合法权益 (55)

第五章 我国律师的资格和职务

- 第一节 律师资格 (59)
- 第二节 律师职务 (65)

第六章 我国律师的素质

- 第一节 律师的政治素质 (69)
- 第二节 律师的道德素质 (73)
- 第三节 律师的业务素质 (79)

第七章 我国律师的组织和管理

- 第一节 律师事务所 (84)
- 第二节 律师工作管理 (89)
- 第三节 外国律师事务所在中国设立办事机构的管理 (94)

第八章 我国律师的业务范围

- 第一节 参与诉讼活动 (97)
- 第二节 参与非诉讼活动..... (100)
- 第三节 担任法律顾问,进行法律咨询和代书 (102)

第九章 我国律师的服务报酬

- 第一节 律师的收费原则..... (105)

第二节	律师的收费管理·····	(108)
第三节	律师的收费标准·····	(111)

第二编 分 论

第十章 我国刑事诉讼中的律师辩护

第一节	律师辩护概述·····	(115)
第二节	一审案件中的律师辩护·····	(122)
第三节	二审、再审案件中的律师辩护·····	(143)

第十一章 我国刑事诉讼中的律师代理

第一节	刑事诉讼中的律师代理概述·····	(154)
第二节	刑事自诉案件的律师代理·····	(155)
第三节	公诉案件的律师代理·····	(161)
第四节	附带民事诉讼的律师代理·····	(167)
第五节	刑事申诉的律师代理·····	(173)

第十二章 我国民事诉讼中的律师代理

第一节	民事诉讼中的律师代理概述·····	(175)
第二节	民事诉讼中律师代理的范围、种类和代理权·····	(180)
第三节	民事诉讼中律师代理的程序·····	(192)
第四节	涉外民事诉讼中的律师代理·····	(206)

第十三章 我国经济诉讼中的律师代理

第一节	经济诉讼中的律师代理概述·····	(214)
第二节	经济诉讼中律师代理的范围·····	(220)
第三节	经济诉讼中律师代理应注意的问题·····	(223)

第十四章 我国行政诉讼中的律师代理

第一节	行政诉讼中的律师代理概述·····	(232)
第二节	行政诉讼各阶段中的律师代理·····	(243)
第三节	行政侵权赔偿及行政附带民事诉讼的律师代理·····	(252)

第十五章 我国非诉讼法律事务中的律师代理

第一节	非诉讼法律事务中的律师代理概述·····	(256)
第二节	非诉讼调解中的律师代理·····	(265)
第三节	仲裁中的律师代理·····	(274)
第四节	行政申诉和行政复议中的律师代理·····	(284)
第五节	无争议非诉讼法律事务中的律师代理·····	(290)

第十六章 我国律师的法律顾问工作

第一节	法律顾问概述·····	(298)
第二节	律师担任政府法律顾问·····	(309)
第三节	律师担任企业法律顾问·····	(316)

第十七章 我国律师的法律咨询工作

第一节	法律咨询概述·····	(322)
第二节	法律咨询的范围·····	(326)
第三节	法律咨询的方法·····	(332)

第十八章 我国律师的代书

第一节	律师代书概述·····	(336)
第二节	诉讼文书的代书·····	(338)
第三节	有关法律事务文书的代书·····	(346)

绪 论

第一章 律师和律师学概述

第一节 律师的概念和分类

一、律师的概念和特征

要了解什么是律师学,应当首先了解什么是律师。

“律师”一词,在不同时代和不同的国度有不同的解释。在我国,从字义上讲,“律”者,即法律、法则、规章;“师”者,即老师、效法、对有专门知识技能人的称呼,如工程师、会计师等。在西方,“律师”的原意是法律师、法律家或法律工作者。在现代,人们通常把“律师”理解为从事法律服务工作的专业人员。

何谓律师?现有的资料表明,古今中外各国对律师概念和涵义的表达不尽相同。根据世界各国对律师概念的基本涵义的共识,律师,是指由国家授予律师资格并准予开业的,依法为国家机关、公民、法人和其他组织等当事人进行代理诉讼和其他法律事务活动,以维护其合法权益的专业人员。我国的律师,是指按照我国法律规定取得律师资格和开业执照,接受国家机关、公民、法人或其他组织等当事人的委托、聘请、请求或法院指定,协助他们进行诉讼或办理其他法律事务,以维护其合法权益的法律工作者。他们与国家机关特别是司法机关的法律工作者相比较,主要有以下特征:

1、律师必须是经过一定的法律程序取得律师资格的法律工作

者。这是律师的本质特征,也是律师与国家的其他法律工作者的主要区别。根据我国法律规定,必须是热爱中华人民共和国,热爱社会主义制度,有选举权和被选举权,有一定的文化知识、法律专业知识和实践经验的人,经过全国律师资格考试合格并经过一定的国家机关批准,才能取得律师资格。律师资格的取得,是从事律师工作的前提条件。

2、律师必须是按照一定的法律程序取得律师开业执照,并在律师机构(律师事务所、法律顾问处)从事律师工作的法律工作者。这是律师的显著特征之一,也是律师与其他法律工作者的显著区别之一。我国从1988年起,实行了律师资格与律师职务分离的制度。这一制度规定:有律师资格的人,必须经过一定的国家机关的批准,取得律师开业执照,从事律师职业,执行律师业务,才能称为律师;虽然取得律师资格,但没有取得律师开业执照的人,只是律师的后备力量,而不能称为律师;有律师资格而无开业执照的人或者其他人,即使协助当事人进行诉讼或办理其他法律事务,也不能称为律师。上述分离制度表明,依法取得律师开业执照并在一定的律师机构里从事律师工作,是成为律师的基本条件。

3、律师是接受当事人委托、聘请、请求或法院指定,为当事人提供法律服务的法律工作者。这是律师另一显著特征,它反映了律师的职业特点,是律师与其他法律工作者的显著区别之一。需要指出的是,这里所说“法律工作者”并非是社会主义国家律师与资本主义国家律师的本质区别,而是指律师的职业特点。因为:(1)律师的性质取决于阶级本质,而不取决于名称。不同社会制度国家的律师,其根本区别在于阶级本质的不同,而不在于其名称是“法律工作者”还是“自由职业者”。在我国,律师所掌握和适用的是社会主义法律,因此,他们无论是在国家举办、集体举办乃至个人举办的律师机构里工作,都不会影响或改变其社会主义性质。相反,在西方资本主义国家,虽然律师被称作“自由职业者”,但由于他们掌握和适用的是资本主义性

质的法律，所以他们无论在何种形式的法律机构里工作，也都不会改变其资本主义性质。(2)我国律师的名称应当适应改革、开放和市场经济发展的新形势。我国《律师暂行条例》规定“律师是国家的法律工作者”，这在当时的历史条件下是必要的、可行的。但是，随着改革、开放的深入发展，社会主义市场经济体制的形成和发展，特别是在市场经济法制建设日益同国际接轨的新形势下，我国的律师制度也必须进行相应的改革。近几年来，合作制律师事务所不仅在试办中，而且已经具有相当的规模，私人律师事务所也已经兴起，一个由国家举办、合作举办和个人举办律师事务所的新格局已经基本形成，国家包办律师事务所的老路子是越来越行不通了。在这种新形势下，依然坚持律师是“国家的法律工作者”，已经同大大发展了的客观形势很不适应了。因此，可以考虑将“律师是国家的法律工作者”改为“律师是从事法律服务工作的专业人员”，或者改为“律师是为当事人提供法律服务的法律工作者”。

律师为当事人提供法律服务的主要内容包括：(1)当事人的委托、聘请、请求或法院的指定，是律师从事法律业务活动的前提条件，不具备这个前提条件，律师是无法从事法律业务活动的；(2)为当事人提供法律帮助，协助当事人进行代理、诉讼、非诉讼或办理其他法律事务，是律师的职责；(3)律师协助当事人向有关机关或他人提出的意见，其中包括书写的辩护词、诉状、建议等，都不具有法律约束力，只能作为法律建议对待；律师向当事人提出的意见也不具有法律上的约束力，只具有法律咨询的意义，所以只能供当事人参考。(4)律师所从事的法律业务活动，应当依法维护当事人的合法权益，同时必须严格遵守国家的法律，维护法律的尊严和正确实施，维护国家和人民的利益。

二、我国律师的分类

所谓律师的分类，是指根据我国律师队伍结构的特点，在内部所作的划分。我国律师队伍一般分为专职律师、兼职律师和特邀律师，

其中,专职律师是我国律师队伍的主体。在专职律师中,又分为律师和实习律师两种。据1992年上半年的统计,我国现有律师51200人,其中专职律师29580人,实习人员7200人,兼职律师14420人。这些数字表明,我国律师队伍的数量、质量和结构等,远远不能满足飞快发展的市场经济的需要。正如邓小平同志指出的:“现在我们能够担任司法工作的干部,包括法官、律师……,起码缺一百万。可以当律师的,当法官的……专业干部很少。”^①

所谓专职律师,是指取得律师资格并经一定国家机关批准在律师事务所专门从事律师工作的专业法律工作人员。所谓实习律师,是指具有较高法律专业水准,经有权批准的机关考核批准,在规定的时间内在法律事务所参加律师业务实践练习,学习办理律师业务的法律工作者。所谓兼职律师,是指已经取得律师资格,在不脱离本职工作的同时兼做律师工作的专业法律工作人员。所谓特邀律师,是一个暂定的内部使用名称,专指已经离、退休而又在律师事务所从事律师工作的人员,以便与专职、兼职律师相区别。专职律师、兼职律师和特邀律师在对外执行职务时,统称律师,他们都享有律师的各种权利,同时承担律师的各项义务。

第二节 律师学的概念和特征

关于什么是律师学这个问题,目前我国法学界尚无统一的认识。但有几点是公认的:一是我国的律师法律规范和律师制度是一种客观存在;二是我国已有一支一定数量的律师队伍,他们每天都在进行各种律师业务活动;三是出现了一批研究我国律师法律和律师制度的论著和文章,它们大都认为律师学是法学的一个独立的分支学科;四是,在发达的资本主义国家,律师学早已成为一门比较成熟的

^① 《邓小平文选》第2卷,第263页,人民出版社1994年10月第二版。

法学学科。据此,我们认为,在我国,律师学是一种客观存在。从一般意义上讲,我国的律师学,是研究我国律师法、律师制度、律师业务及其活动规律的一门新兴的、独立的法学分支学科。它是我国法学体系中的一个重要组成部分。

上述律师学的概念表明,我国律师学有以下三个特征:

(一) 律师学具有鲜明的专门性

这里所说的“专门性”,是指律师学具有区别于其他法学分支学科所不可替代的质的规定性。其主要表现是:(1)律师学是从相关的诉讼法学和职业性法学中分化出来的职业法学分支学科。在我国,不仅形成了民事诉讼法学、刑事诉讼法学和行政诉讼法学等三大部门法学或诉讼法学,而且近几年来又兴起了一系列职业性法学学科,如侦查学、保卫学、预审学、检察学、审判学、劳改法学、劳教法学、公证学、人民调解学等等。诉讼法学的日益完善和职业性法学学科的蓬勃兴起,表明我国的法学研究已从宏观向微观深入发展,使法学的分科越来越具体。而律师学正是在这种新的法学研究趋势中,从诉讼法学中和职业性法学学科中分化出来,以专门的律师法、律师制度和律师业务活动为研究对象的职业性学科。它与诉讼法学和职业性法学学科都有着不可分割的联系,但它们之间又不可能互相替代。(2)律师学以专门研究律师职业为中心内容。律师学是专门研究律师如何以法律知识,采取向社会和公民提供法律帮助、法律服务、进行法制宣传教育等非强制性的特殊手段,维护国家、社会组织和公民合法权益,从而保障和促进社会主义“两个文明”建设的专门学科。这是律师学区别于诉讼法学和其他职业法学学科的质的规定性。因为,律师的执法是根据社会或公民的委托或法院的指定,通过非强制性的“服务”、“帮助”进行的,而公、检、法部门的执法则是通过强制手段进行的。这种执法上的根本区别,导致了律师学与诉讼法学和其他职业法学学科的殊然区别。以上两点表明,专门性是律师学的基本特征。

(二) 律师学具有很强的综合性

这里所说的“综合性”，是指由律师业务活动的广泛性决定的律师学研究范围的综合性，即律师学是一个综合性的理论知识体系。其主要表现是：(1)律师学与各部门法学的关系日益密切。我们知道，在法制日益完备的当代社会中，国家和社会的各个领域中社会关系几乎都需要用法律这个调节器加以调整，这个“法律调节器”主要包括部门法体系；而凡是由法律调整的领域几乎都与律师的业务活动密切相关。在社会主义市场经济日益发展的我国，律师业务活动的范围将越来越大。因此，律师学就必然与其他部门法学发生必然的联系。它必须综合吸收和运用各部门法学的理论知识，才能使自己丰富完善起来。因此，从这个意义上讲，律师学是各个法学分支学科的综合性职业法学。(2)律师学与哲学社会科学和自然科学的联系日益密切。律师在自己的业务活动中，为着提高办案质量，必须具有科学的世界观和方法论，同时又必然要涉及到并解决好广泛复杂的技术问题。这就决定了律师学需要综合运用哲学社会科学和自然科学的许多理论知识，如哲学、逻辑学、政治学、经济学、社会学、语言学、心理学以及现代自然科学知识。以上两点表明，综合性是律师学的一个显著特征。

(三) 律师学具有广泛的应用性

这里所说的“应用性”，是指与理论性法学学科相比较，律师学更具有实践性。它具有两个方面的含义：一方面律师学作为一个理论知识体系，其思想理论必须取之于律师的业务活动，离开这种实践活动，律师学便会因为没有可靠的研究资料而变为空洞的理论；另一方面，律师学既是一门应用性很广泛的学科，那么，律师的业务活动就应当在律师学的指导下进行，否则，律师的业务活动就会变成盲目的实践。我国律师的业务活动和律师学研究状况表明，必须防止和克服上述两种倾向，才能使我国的律师实践和律师学理论有机地结合起来。

第三节 律师学的研究对象和范围

一、律师学的研究对象

律师学的研究对象,应当根据律师现象所具有的特殊本质,从静态和动态的结合上加以确定。据此,我们研究认为,我国律师学的研究对象应当是律师法、律师制度、律师业务及其客观规律。

(一) 律师法

它是指国家制定或认可的律师法律、法规、法令、规章、条例以及有权机关发布的规范性文件的总称。它是维护国家宪法规定的政治制度、经济制度的法律,同时也是调整人与人之间、个人与组织之间行使特定的政治、经济及其他权利义务的法律。它同其他法律协调一致,共同调整各种社会关系。从律师法与宪法的关系而言,这是从属于宪法的专门法律或部门法律。是律师组织法;从律师法与实体法的关系而言,它是程序法,律师学就是要研究律师法与其他法的区别和联系。因为它并不规定解决任何实体问题的内容。

(二) 律师制度

它是指国家确认的由律师通过其业务活动,对公民和社团组织提供法律帮助,从而巩固发展经济制度、政治制度,维护当事人合法权益的操作规程。这种制度自古罗马奴隶共和制国家产生起,经历了英、法等国中世纪僧侣封建律师制度、近现代资产阶级国家的律师制度和社会主义国家的律师制度等一系列发展阶段。尽管不同社会发展阶段的律师制度的性质、组织原则和体制各不相同,但作为国家和社会中的一项重要法律制度,其功能都是与该社会发展阶段的要求相适应的。律师学就是要研究律师制度产生发展的客观规律,尤其是要研究社会主义市场经济条件下,我国律师制度的特点和规律,我国律师的实践经验等。

(三) 律师业务

它是律师以维护国家法律的正确实施和国家、集体与公民的合法权益为目的,采取法律咨询、代理、辩护、代写法律事务文书等各种方式,向国家机关、社会团体和公民提供法律帮助、法律服务的全部实务。律师学就是要研究我国律师向国家、社会和公民提供法律帮助和法律服务的性质、任务、基本原则和方法艺术等。

律师制度与律师业务有着密切的关系。律师制度是国家确认的律师进行业务活动的操作规程,是律师业务的依据。没有律师制度,便不可能有律师业务。因此,律师制度对律师业务起着制约的作用。律师业务是律师制度的具体体现,如果没有律师业务活动,律师制度也就失去存在的意义。因此,虽然不同国家、不同时代律师的业务范围和活动方式有所不同,但律师业务却是共同存在的。这是由社会经济发展的客观要求决定的。

鉴于律师学作为一门独立的分支学科,目前还未获得社会的公认,我国的律师法尚未颁布,律师体制和许多有关律师制度的基本问题正在探索 and 改革之中,但我国律师学的研究对象不能局限于现存的律师现象,而必须立足现在,面向未来,面向世界,着眼于发展,研究古今中外的律师制度,进一步探讨我国律师和律师制度的发展趋势,以便为我国律师法的制定和律师制度的改革与完善,提供理论服务。

二、律师学的研究范围

律师学的研究范围,是指对律师学研究对象的具体划分。它至少应包括以下几个方面:

1. 研究如何建立有中国特色的律师学,其中包括:我国律师学的概念、本质、任务、体系及其内容;律师学在整个国家法律体系中的地位和作用,律师学与其他法学学科的关系;

2. 研究我国律师法的本质和特征,以及律师法与法理学、法史学、实体法、程序法的相互关系;

3. 研究我国现行的律师制度和古今中外的律师制度,包括:我

国律师制度的宪法基础及各种法律规范,包括《律师暂行条例》、《行政诉讼法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》以及其他有关的立法文件和司法解释;研究我国古代的近代的律师制度,从中吸取有益的精华;研究西方的律师制度,探讨律师制度适应市场经济需要的客观规律;研究我国律师制度改革的设想及发展方向:

4. 研究我国律师工作的实践经验,从中找出规律性的科学结论,形成有中国特色的律师工作理论,为律师办理各种案件、处理各种非法律事务提供理论指导;

5. 研究我国律师队伍的培训与建设,包括律师的政治素质、业务素质、职业道德、工作艺术、工作程序与方法等等。

第四节 律师学的体系结构和研究方法

一、律师学的体系结构

律师学作为一门新兴的独立的法学分支学科,它应当和必须有一个较为完整统一的科学体系。律师学的体系,是指由它的研究对象的各个互相联系而又互相制约的部分有机结合的完整统一的整体。确定律师学的体系,应当从律师立法和律师适用法律的广泛性以及律师服务方式的特殊性出发,以有利于市场经济建设及有利于同国际律师业务接轨为指导思想,以律师法规定的内容为基础,以律师业务实践的需要为原则。但是,由于我国的律师法尚未颁布,对律师工作的实践经验还缺乏系统性的理论总结,律师学至今尚未成为一门公认的独立学科,所以,它目前尚未形成一个公认的科学体系。因此,我们只能参照我国现行的律师暂行条例,参考我国已有的关于律师理论的内部联系,结合改革开放以来积累起来的我国律师工作的丰富经验,尽力揭示出带有规律性的理论结论,以形成有中国特色的律师学体系。据此,我们研究认为,我国律师学的体系结构,应有以下三部分构成: