

律师制度与律师实务

律师制度与律师实务

尤韶华 主编

律师制度与律师实务

律师制度与律师实务

律师制度与律师实务

律师制度与律师实务

律师制度与律师实务

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

LU SHI ZHI DU YU LU SHI SHI WU

知识出版社

律师制度与律师实务

主 编：尤韶华

撰稿人：肖 楠 尤韶华
严军兴 吴 平

知 识 出 版 社

律师制度与律师实务

主 编：尤韶华

撰稿人：肖 楠 尤韶华

严军兴 吴 平

知 识 出 版 社 出 版 发 行

（北京阜成门北大街17号）

新华书店总店北京发行所经销 固安光辉印刷厂印刷

开本787×1092 1/32 印张8.5 字数182千字

1990年4月第1版 1990年5月第2次印刷

印数：10001—16700

ISBN 7-5015-0427-~~X~~/D·5

定价：3.90元

前 言

本书的面世，首先应当感谢法学界及律师界对律师理论的深入研究和对实践经验的总结；其次还应当感谢知识出版社及本书责任编辑的大力支持。

本书编著者主要为司法部的有关研究人员。本书的编著是多种因素促成的。第一，近年律师制度已经发生了一些重大的变化，而律师实务也有很大的发展，许多新的领域得到了开拓；第二，律师的理论研究取得了丰硕的成果，丰富的实践经验也从理论上得到了总结；第三，有许多人士希望进入律师队伍，律师事业的发展也要求广泛吸收合格的人才。以上的因素形成了这样一种需要，即系统地反映律师制度和律师实务的最新发展，系统地反映律师理论研究和实践总结的丰硕成果，同时为律师实务的入门提供教材。满足这种需要是本书编著的动因。

也正因为如此，本书具有以下特点。一、比较全面地反映律师制度和律师实务的最新发展状况。书中引用了截至定稿时止的有关律师的法律、法规，并着重介绍律师制度与律师实务的新的发展内容。诸如对律师管理制度中的合作制律师事务所，律师实务中的政府法律顾问及法律意见书均以整节的篇幅进行论述。二、广泛地吸收了有关律师工作的科研成果和实践经验。由于业务关系，编著者有机会接触关于律师问题的大量资料。因而本书除了收入编著者自己对律师工

作的研究成果外，更多的工作是对所掌握的有关律师问题的资料进行系统化的梳理。处理方式有：第一，在某些问题上引用了已有的成果；第二，对各种资料进行综合，以自己的观点进行论述；第三，对于重大问题的分歧，把分歧的意见列举出，并就其中某些分歧提出自己的意见。三、照顾各种读者的需要。本书把理论性和知识性融于一体，能适应各种层次的读者。为满足律师实务入门的需要，本书对与律师有关的主要法律文书以专章加以介绍。由于目前尚无系统反映我国大陆律师制度发展现状的书籍，因此，本书对于希望获得律师资格而准备参加全国律师资格考试的人士更是必备的参考书。为此，我们在书末附了1988年全国律师资格考试“律师实务”部分的试题及答案，供这部分读者参考。

编著者在广泛运用已有成果的基础上，进行了再创造。然而限于水平，本书不可避免地存在着许多缺陷。望能得到指正。

参加本书撰稿工作的有：肖楠（第一章）、尤韶华（第二章、第六章、第七章）、严军兴（第三章）吴平、（第四章、第五章）。尤韶华负责全书的统稿工作。

编 著 者

1990年1月

目 录

第一章 导论	1
第一节 律师制度的沿革.....	1
第二节 律师的性质.....	5
第三节 律师的任务.....	10
第四节 律师的权利和义务.....	17
第二章 律师管理制度	26
第一节 律师的资格和职务.....	26
第二节 国家律师事务所.....	35
第三节 合作制律师事务所.....	43
第四节 律师管理机构.....	57
第三章 法律顾问	67
第一节 概述.....	67
第二节 法律顾问的聘任.....	75
第三节 政府法律顾问.....	84
第四节 企业法律顾问.....	96
第四章 刑事辩护	106
第一节 辩护制度.....	106
第二节 辩护律师的作用和地位.....	111
第三节 辩护律师与被告人的关系.....	120
第四节 律师接受辩护及出庭前准备.....	124
第五节 法庭审理中的律师调查和律师辩论.....	134
第六节 一审判决后的律师工作.....	140

第五章 诉讼代理	144
第一节 刑事诉讼代理.....	144
第二节 民事代理(上).....	156
第三节 民事代理(下).....	166
第四节 行政诉讼代理.....	178
第六章 非诉讼法律事务	184
第一节 概述.....	184
第二节 非诉讼调解.....	189
第三节 律师见证.....	199
第四节 非诉讼代理.....	207
第七章 法律文书	217
第一节 法律意见书.....	217
第二节 刑事诉状.....	226
第三节 民事诉状.....	233
第四节 申诉状、辩护词.....	238
第五节 诉讼委托书、申请书.....	247
附 录:	
《一九八八年全国律师资格考试试题律师实务试卷》 及评分标准.....	252

第一章 导 论

第一节 律师制度的沿革

一、律师制度的起源与发展

律师制度是司法制度的一个重要组成部分。随着人类社会的发展与进步，律师制度的建立与发展经历了一个漫长的过程。

律师制度最早发端于古罗马共和时代末、帝政时代初的诉讼代理制度。大约公元前3世纪，法律允许债务案件中的保证人代理被告在法庭上与原告对诉，法律也规定了监护人、保护人作为代理人出庭辩论的制度，与此同时，国家通过考试选拔知法善辩的人专门从事辩护和代理。这样，律师作为一个独立的职业产生了，当时称辩护士。公元3世纪，随着法学鼎盛时期的到来，平民也可以优厚的报酬聘请辩护士代理出庭，参加辩论。可以说，这是律师制度的雏形。但是不久，由于经济的衰落和蛮族的入侵，这种刚刚形成的律师制度也就随着法学的暗淡而凋敝了。

中世纪，欧洲大多数国家普遍采取了纠问式的审判方法，刑讯逼供司空见惯，被告人在法院的讯问下根本不允许申辩，更不允许请他人出庭为其申辩。虽然在法国、英国的

宗教法庭仍保留着辩护制度，但是辩护权操纵在僧侣之手，基本形同虚设。所以，律师制度在封建专制社会里是毫无起色的。

现代意义的律师制度是17、18世纪欧美资产阶级民主革命的产物。当时一些资产阶级启蒙思想家高呼“平等”、“自由”的反封建专制口号，猛烈抨击了封建司法制度，在诉讼程序方面主张废弃专横的纠问式审判方式，代之以辩论式的诉讼制度，提出了诉讼中的当事人有权获得辩护，有权聘请律师的主张。1679年，英国颁布《英国人身保护法》明确规定了诉讼中的辩论原则。之后，法国等一些国家也相继肯定了公民的类似权利。于是，现代意义的律师制度就在要求资产阶级民主的声浪中应运而生了。

资产阶级夺取政权以后，各国竞相就律师制度展开了立法活动。1791年，美国宪法修正案第6条规定，刑事案件被告人有权要求司法机关以“强制手段取得对本人有益的证据，并受法庭律师辩护之协助”。同年，法国宪法也有类似的规定：“预审应公开，不得禁止被告人接受辩护人的援助”。1808年，《拿破仑刑事诉讼法典》明确了选择辩护人以及侦查、辩论的方式，从而使辩论、辩护原则以及律师制度进一步系统化了。与此同时，民事诉讼中的代理、辩护制度也在各资本主义国家逐步确立起来。随着资本主义经济的发展，律师业务日益活跃，到目前为止，各主要资本主义国家都建立了比较完备的律师制度。

社会主义律师制度的确立，可以追溯到1871年巴黎公社。1871年4月17日，巴黎公社通过了《公社军事法庭确定审判程序和惩罚措施的决议》。在这项法律中规定“被告有

辩护权，有权选择辩护人；辩护人有权和被告交谈，有权调阅有关诉讼文件”。为了保护被告的权利和合法权益，公社还大胆地留用了原有的律师团体，鼓励有法律知识的公社社员担任刑事辩护人和民事代理人，他们的诉讼费用和报酬由公社财政拨款支付。当年，公社建立了“起诉法庭”，确立了“法律面前人人平等，法官选任，辩护自由”的三原则。

俄国十月社会主义革命胜利后，随着苏维埃政权的巩固和社会主义法制建设的发展，在列宁的领导下，律师制度也逐渐建立和完善起来。

1917年11月，苏俄关于法院第1号法令，在宣布废除旧律师机构的同时，成立了第一个苏维埃律师机构，即“法律保护人处”。1920年底，苏维埃政权颁布了新的法院条例和《关于建立法院中告诉和辩护机构的特别训令》，公布了担任省、县两级法院辩护人员的名单，并把这些辩护人分配到各级法院。1922年，苏俄颁布了世界上第一个社会主义律师条例，即《律师机构条例》。这个条例规定，在省级法院之下，设立辩护人协会，也就是律师协会，并详细规定了律师协会的性质、任务和作用，以及国家对律师协会领导的内容、职能和目的。其他东欧国家也相继建立了律师制度。

二、中国律师制度的建立及其发展过程

古代中国没有律师，当然也谈不到律师制度的问题。然而打官司、告状的事是经常发生的，有一部分人私下里专为别人鸣屈伸冤、奔波诉状，人们称他们为“讼师”“师爷”、“刀笔吏”……。但这部分人不允许出庭，因为在古

代中国奴隶制社会时期，司法上实行的是侦、审合一的法律制度，没有设立检察机关，当然也不存在检察机关提起公诉的问题。那时的所谓诉讼，就是原告告官之后，由原、被告双方出庭相争，后由审判机关作出判决。但是，原、被告私下里有时请“师爷”之类的人为自己出主意、想办法，力图胜诉。这种人事实际上起着法律顾问的作用。春秋时期，郑国的大夫邓析就是最著名的“讼师”之一。

然而，中国古代的讼师绝非现代意义上的律师。在以刑法为主的古代中国，历代的刑法典中都没有关于讼师进行代理与辩护活动的规定，讼师的职责不过是代写诉状而已，而不具有律师职责中的辩护与代理这两大核心内容。所以，讼师非律师，中国古代也没有形成律师制度。直至清末法律改革中，由于《大清刑事民事诉讼法》的制定，律师制度才最早出现在中国的诉讼法上，但是未及施行，就随着清王朝的覆亡而销声匿迹了。

此后，从北洋军阀政府到国民党政府，开展了大量的律师制度方面的立法活动。如北洋政府颁布了《律师暂行章程》、《律师登录暂行章程》、《律师惩戒委员会暂行规则》、《律师甄别章程》等。国民党政府颁布了《律师法》（1941年）、《律师法施行细则》（1941年）、《律师检核办法》（1945年）、《律师惩戒规则》等等，并几经修改，沿用至今。今天的台湾国民党政府。这些法律仿效西方律师制度，兼具当时中国的半封建、半殖民地色彩，虽具体详尽，但在旧中国的司法实践中却少有见行者。

中华人民共和国成立后，全面废除了国民党《六法全书》，当然也包括律师制度。同时在新民主主义时期红色政

权的辩护制度的基础之上,创建了我国的社会主义律师制度。1950年7月,公布《人民法庭通则》,规定“县(市)人民法庭及其分庭受理案件后,应保障被告人有辩护和请人辩护的权利。”1954年《宪法》明确规定“被告人除自己行使辩护权外,可以委托律师代他辩护”。

在这些法律的指导下,律师制度与司法实践结合起来,从1955—1957年全国设立律师协会19个,法律顾问处817个,拥有专职律师2500多人,兼职律师300余人,以辩护和代理为内容的律师业务初步开展了起来,并且取得了一定成绩和经验。

然而,正值律师制度蓬勃发展之际,先遇1957年反右派斗争的冲击,后又遭到历次政治运动的劫难,推行不满两年的律师制度便半途夭折了。这样,我国的诉讼制度就在没有律师,被告人辩护权徒有虚名的情况下存在了二十几年。经历了这样的曲折,律师制度在加强社会主义法制的改革年代里,又获得了生机。1980年,国务院颁布《中华人民共和国律师暂行条例》,明确规定了我国律师的性质、任务、资格、权利、义务、机构设置,从而为律师制度的发展、完善提供了法律保障。目前,全国县以上普遍设立律师事务所,省、自治区、直辖市成立了律师协会,并成立了全国律师协会。包括兼职律师在内,全国已有律师三万余人。

第二节 律师的性质

1980年颁行的《中华人民共和国律师暂行条例》第一条开宗明义规定:“律师是国家的法律工作者”,这是有着深刻历史原因的。1980年,我国律师制度恢复伊始,为了与资

本主义律师制度相区别，为了解除广大律师的后顾之忧，为了赋予律师与公、检、法工作人员同等的社会政治地位，律师立法作出了这样的选择。由此，便在中国律师发展史上首次确认了国家法律工作者的性质。这对于提高我国律师地位，保障律师权利，发挥律师的作用，促进律师队伍的发展，起到了积极作用。但是，从我国律师制度于1988年起实行改革，试办合作制律师事务所以来，律师体制受到了强烈冲击，在国家律师事务所之外，出现了民办性质的合作制律师事务所。因此，“国家法律工作者”的定性已不能准确地反映我国律师的性质。为给律师的性质重新界限，律师界与法学界见仁见智各抒己见，但在法律重新定义之前，“国家法律工作者”仍是目前的法定性质。以下是在讨论中形成的多种观点：

（一）律师作为国家法律工作者的性质不能改变。持这种观点的同志认为，从理论和实践两方面看，我国经济基础是公有制，律师制度属于上层建筑组成部分，应为经济基础服务，其性质应与经济基础相适应；从政治上看，律师是社会主义法律工作者，应为统治阶级服务；从经济上看，公办律师目前大多数实行自收自支的财务管理体制，基本上没有增加国家财政上的负担，而且，不能以给国家增加财政负担为理由改变某个部门、某些职业的性质；从社会地位看，律师作为国家法律工作者的地位本身就不高，执行职务困难重重，如改为自由职业者，社会地位更低，作用就更难发挥出来。

（二）律师应当是社会法律工作者。持这种观点的同志认为，律师作为社会法律工作者的性质是由律师的社会性决定的。从律师活动范围看，律师业务不受国家、地区的限制，

具有广泛的社会性；从服务对象看，既可以为政府、企事业单位，也可以为公民个人提供法律服务，也具有广泛的社会性；社会法律工作者能够适用于公办、合作制和私人开业的律师，能够适应多种律师体制并存的需要。他们还认为，将律师定为社会法律工作者具有以下好处：第一、可以与其他法律工作者，如作为国家法律工作者的法官、检察官区别开来。第二、可以不受国家事业编制和事业经费的限制，因而有利于律师队伍和律师事业的发展。

（三）可以两种性质并存。持这种观点的同志认为，从我国实际情况出发，律师应以国家法律工作者为主体，因为我国是社会主义国家，律师的性质应与此相适应。另外一部分，合作制律师事务所的律师可以定为社会法律工作者，但只能作为国家律师的补充。还有的同志提出，根据律师所从事的不同职业，可以将律师分为国家公设律师和社会法律工作者。从事刑事辩护的律师，定为国家法律工作者，作为国家公设律师；从事其他诉讼代理的律师，是根据当事人的委托为当事人提供法律服务的，可以定为社会法律工作者，不享受国家工作人员的待遇。

（四）应定为自由职业者。持这种观点的同志认为，律师接受当事人的委托，担任辩护人、代理人和法律顾问，从理论和实践两方面看，都属于个人劳动。因此，应当还律师自由职业者的本来面目。

（五）律师应当是经过国家统一考核、批准授予资格并取得律师执照、为当事人提供法律服务的专业人员。持此观点的同志认为，律师性质的确定应从社会属性、专业属性和自身的属性三个方面考虑。就社会性而言，我国律师是属于社会

主义的法律工作者，因此律师必须具有坚定的社会主义政治方向。这就与资本主义的律师区别开来。就专业属性而言，律师是为公民、组织提供法律服务的专业人员。提供法律服务是律师工作的专业属性，突出这一点，就可以与从事侦查、起诉和审判工作的专业人员区别开来。就律师自身属性而言，律师是经过国家统一考核，被批准授予资格并取得律师执照的人。这一属性就将律师与从事法律服务的其他专业人员，如企业事业单位内部的法律顾问、乡镇法律服务所以及各种法律咨询服务机构的工作人员区别开来。

所谓性质，是指一事物区别其他事物的根本属性。确定律师的性质应从其根本属性着手。上述五种提法中，社会法律工作者最接近于律师的根本属性。而其他提法或失于片面未能反映律师的本质属性，或者在表述上失于繁琐。

以国家法律工作者、自由职业者或者区分为国家法律工作者和社会法律工作者来说明律师的性质，是以从业方式作为根据的。但是，从业方式并不能使律师与其他行业区别开来，另一方面也难以把采用不同方式的同行包容进去。如国家法律工作者既无法把律师与法官、检察官区别开来，又无法把不是国家干部的律师包括进去。而自由职业者更无法反映律师的本质属性。自由职业指可以自由地选择从业方式，然而能够自由选择从业方式的远非只有律师这一行。

第五种提法运用许多限定语，行文繁琐；同时对律师的属性表述不够准确。因为，一是需经过考试取得资格和工作执照的行业很多，二是提供法律服务的专业人员也非独律师。诸如公证人员提供的也是法律服务，从发展趋势来说，公证员也将需要经过国家统一考核以取得资格，并且不能排除要

取得工作执照的可能性。那么到时如何来区分两者的性质呢？仅仅因为是名称的不同？

之所以说社会法律工作者能反映律师的本质属性，是因为它能使律师与其他职业区别开来。律师作为一种职业其本质属性表现在两个方面：①所从事的工作内容及由于这一工作内容所需而享有特定的法定权利。律师作为法律工作者，其工作的内容是提供法律帮助，这就使律师从非法律职业中区别出来；而律师所享有的法定权利又使律师从其他从事法律服务的专业人员中区别出来。②所从事的工作的授权方式。律师所从事的工作的权限主要是基于当事人的委托，维护当事人的合法权益。律师业务的当事人可以是公民、法人，也可以是政府。当政府成为律师业务的当事人时，不是以国家职能部门的资格出现，而是作为地位平等的民事法律关系的主体。因而律师所从事的工作是来自于社会的授权。也就是说，律师的工作具有社会性。律师工作的社会性，使之与国家授权，以国家的名义进行活动的法律工作者，诸如法官、检察官区别开来。

律师的从业方式并不影响社会法律工作者的性质。国家律师事务所的律师与合作制律师只是在身份上有所区别（即是否国家干部），并不妨碍作为社会法律工作者的性质。社会法律工作者的性质决定律师的任务，即通过维护当事人的合法权益，来维护法律的正确实施。而其它法律工作者由于其性质的不同，所担负的任务也就不同。

第三节 律师的任务

依据《中华人民共和国律师暂行条例》的规定，律师的任务是，为国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人提供法律帮助，以维护法律的正确实施，维护当事人的合法权益。提供法律帮助是律师执行职务的形式，通过律师的各种业务活动来进行。维护法律的正确实施，维护当事人的合法权益则是律师执行职务所要达到的目的。为使这一目的得以实现，律师在执行职务时，必须遵守基本活动原则。

一、律师的业务范围

律师的业务根据其性质和特点，可以分成五种类型：

（一）法律顾问。律师接受公民和组织的聘请，担任法律顾问，为当事人提供法律帮助。目前公民个人聘请法律顾问的，虽然日益增多，但在律师的法律顾问工作中所占比例，在以后相当长的一段时期内仍将不大。聘请法律顾问的主要的是有法人资格的组织，包括国家机关、企事业单位及各种社会团体。其中又以政府法律顾问和企业法律顾问为主。加强政府法律顾问工作，是目前律师法律顾问业务的发展趋势。

律师担任法律顾问的责任是协助聘请单位依法进行活动，及时妥善地为聘请方处理各项法律事务和解决纠纷，以维护其合法权益。法律顾问提供的是综合性的法律服务，包括就有关法律问题提供意见，草拟审查法律事务文书，代理参加诉讼、调解或者仲裁以及其他单项法律事务。