

● 高等学校法学教材 ●

主 编 / 谭世贵

律师法学

司法部法学教材编辑部 编审

GAO DENG

XUE XIAO

FA XUE

JIAO CAI

津出版社

高等学校法学教材

律 师 法 学

司法部法学教材编辑部编审

主 编：谭世贵

撰稿人：（以撰写章节先后为序）

谭世贵 谢佑平

卞建林 姚 莉

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

律师法学/谭世贵主编. -北京:法律出版社,1997 高等学校法学教材

ISBN 7-5036-1975-9

I. 律… II. 谭… III. 律师制度-高等学校-教材 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 11497 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/11.625 字数/310 千

版本/1997 年 6 月第 1 版 1997 年 6 月第 1 次印刷

印数/00,001—10,100

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

法律出版社发行部教材科

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-1975-9/D·1609

定价:14.50 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

说 明

为适应高等学校法学专业深化教学改革的需要,我们邀请部分教授、专家编写了这本《律师法学》。该书以邓小平同志建设有中国特色的社会主义理论为指导,贯彻党的十四大精神,编写时力求完整、准确地阐述律师法学的基本概念、基本原理和基本知识,努力做到科学性、系统性和实用性相统一。

尽管作者力求编写高质量和高水平的法学教材,但不足之处在所难免,尚祈广大读者批评指正,以便再版时修订。

本书由谭世贵主编。撰稿人分工如下:

谭世贵 第一、二、三章、第十一章第二节、第十五、十六、十七章

谢佑平 第四、五、六、七、九章

卞建林 第八、十章、第十一章第一节、第十二、十三、十四章

姚 莉 第十八、十九、二十、二十一、二十二章

初稿经集体讨论后,各自修改,由谭世贵修改定稿。

责任编辑 刘 辉

司法部法学教材编辑部

1997年4月

作者简介

- 谭世贵** 海南大学副校长、副教授。中国法学会诉讼法学研究会理事。著有《廉政学》、《中国经济犯罪罪刑论》、《检察制度比较研究》等书，参编《特别经济区法》、《诉讼法大词典》、《检察大词典》等。
- 谢佑平** 西南政法大学法律系诉讼法教研室主任、副教授、在职博士研究生。著有《刑事诉讼模式与精神》、《中国审判理论研究》等书，主编《刑事诉讼法新论》，参编《律师学》、《刑事诉讼法学》等。
- 卞建林** 中国政法大学中国法制研究所所长、副研究员、法学博士。著有《刑事起诉制度的理论与实践》，副主编《刑事诉讼法学》，参编《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改建议稿与论证》等。
- 姚莉** 中南政法学院法律系诉讼法教研室副主任、副教授。湖北省法学会诉讼法学研究会秘书长。主编《刑事诉讼法学》，副主编《新编证据学》，参编《律师学》、《贪污贿赂案件证据的运用》、《检察学》等。

目 录

第一章 律师法学概述	1
第一节 律师.....	1
第二节 律师法.....	5
第三节 律师法学	11
第二章 律师制度的沿革和比较	17
第一节 外国律师制度的沿革	17
第二节 我国律师制度的沿革	23
第三节 现代各国律师制度的比较	28
第三章 律师执业的基本原则	37
第一节 遵守宪法和法律	37
第二节 恪守职业道德和执业纪律	38
第三节 以事实为根据、以法律为准绳.....	39
第四节 接受国家、社会和当事人的监督.....	40
第五节 依法执业受法律保护	42
第四章 律师资格与律师执业	44
第一节 律师资格的取得与管理	44
第二节 律师执业证的申领与管理	49
第三节 律师应具备的素质	54
第五章 律师事务所	67
第一节 律师事务所概述	67
第二节 国资律师事务所	74
第三节 合作律师事务所	76
第四节 合伙律师事务所	78

第五节 个人律师事务所	80
第六章 律师管理体制	81
第一节 律师行政管理	81
第二节 律师行业管理	84
第七章 执业律师的权利和义务	89
第一节 执业律师的权利	89
第二节 执业律师的义务	97
第八章 法律援助	103
第一节 法律援助概述	103
第二节 法律援助的对象和范围	109
第三节 法律援助的机构和资金	112
第四节 法律援助的程序	115
第九章 律师职业道德与执业纪律	117
第一节 律师职业道德	117
第二节 律师执业纪律	125
第十章 律师法律责任	128
第一节 律师法律责任概述	128
第二节 律师行政法律责任	129
第三节 律师民事法律责任	132
第四节 律师刑事法律责任	134
第十一章 律师业务与律师收费	137
第一节 律师业务	137
第二节 律师收费	141
第十二章 刑事法律帮助	145
第一节 刑事法律帮助概述	145
第二节 刑事法律帮助的内容	146
第三节 刑事法律帮助的程序	148
第十三章 刑事辩护	151
第一节 刑事辩护概述	151

第二节	辩护律师在刑事诉讼中的地位和作用·····	155
第三节	起诉阶段的律师辩护·····	163
第四节	审判阶段的律师辩护·····	169
第五节	涉外刑事诉讼的律师辩护·····	180
第十四章	刑事诉讼代理 ·····	183
第一节	刑事诉讼代理概述·····	183
第二节	自诉案件的律师代理·····	185
第三节	公诉案件的律师代理·····	189
第四节	刑事附带民事诉讼的律师代理·····	193
第十五章	民事诉讼代理 ·····	197
第一节	民事诉讼代理概述·····	197
第二节	律师代理民事诉讼的地位和作用·····	200
第三节	律师代理民事诉讼的范围·····	204
第四节	律师代理民事诉讼的权限·····	206
第五节	律师代理民事诉讼的步骤和方法·····	211
第六节	涉外民事诉讼的律师代理·····	226
第十六章	行政诉讼代理 ·····	232
第一节	行政诉讼代理概述·····	232
第二节	律师代理行政诉讼的地位和作用·····	235
第三节	律师代理行政诉讼的范围·····	239
第四节	律师代理行政诉讼的步骤和方法·····	244
第五节	行政附带民事诉讼的律师代理·····	253
第十七章	申诉代理 ·····	255
第一节	申诉代理概述·····	255
第二节	刑事案件的申诉代理·····	257
第三节	民事案件的申诉代理·····	259
第四节	行政案件的申诉代理·····	261
第十八章	仲裁代理 ·····	263
第一节	仲裁代理概述·····	263

第二节	仲裁代理的步骤和方法·····	265
第三节	劳动争议仲裁的律师代理·····	271
第四节	涉外仲裁的律师代理·····	274
第十九章	担任法律顾问·····	280
第一节	法律顾问概述·····	280
第二节	律师担任法律顾问的聘请程序·····	283
第三节	律师担任法律顾问的工作原则和方法·····	285
第四节	几种类型的法律顾问·····	288
第二十章	非诉讼法律事务代理·····	301
第一节	非诉讼法律事务代理概述·····	301
第二节	律师代理非诉讼调解·····	306
第三节	律师代理行政复议·····	310
第四节	律师代理清理债权债务·····	314
第五节	律师代理非争议法律事务·····	317
第二十一章	法律咨询·····	327
第一节	法律咨询概述·····	327
第二节	律师法律咨询的原则·····	329
第三节	律师法律咨询的方法和要求·····	330
第二十二章	代书·····	334
第一节	代书概述·····	334
第二节	律师代写诉讼文书·····	338
第三节	律师代写非诉讼法律事务文书·····	350

第一章 律师法学概述

第一节 律 师

一、律师的概念和特征

说到律师，人们往往会有律师通晓法律、能言善辩的印象。那么，何为律师呢？从字面上看，“律”是指法律；“师”是指专业人员，即具有专门知识或技能的人，如经济师、会计师、工程师、教师、医师等。因此，顾名思义，“律师”就是指具有法律知识的专业人员。英文“lawyer”、“attorney”（美）既可以称律师，亦可泛指从事法律事务的人。

律师一词的使用具有广泛性。首先，律师是一种职业，这种职业是社会分工的产物；其次，律师是一种身份，是社会对从事律师工作的人的泛称。再次，律师还是一种称谓，是人们对具有律师身份的某个人的特称，如“李律师”、“张律师”等。

美国《国际大百科全书》对律师一词的解释是：“律师或称法律辩护人，是受过法律专业训练的人，他在法律上有权为当事人于法院内外提出意见或代表当事人的利益行事。”这一概念的特点，一是指出了律师职业的专业性，即律师是受过法律专业训练的人；二是说明了律师工作的专门性，即在法院内外提出意见或代表当事人的利益行事。

前苏联的《苏联百科全书》将律师解释为：“律师是选择了以提供法律帮助为自己职业的人。在苏联，凡具有高等法律教育程度并从事专业工作两年以上的苏联公民，可以成为律师。”这一概念的特点，一是指出了律师是一种职业，二是指出了从事这一职业应具备的基本

条件,即:具有高等法律教育程度;从事职业工作两年以上;是苏联公民。

我国《律师法》第2条明确规定:“本法所称的律师,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。”这一概念的特点,一是指出了成为律师的前提条件,即“必须依法取得律师执业证书”;二是指出了律师工作的内容,即“为社会提供法律服务”。

综上可见,律师具有以下特征:

1. 专业性。不管在任何一个国家,取得律师职务都必须具备一定的条件,一般的要求是受过法律专业训练,具有法律专业知识。在我国,则必须“依法取得律师执业证书”,而要取得律师执业证书,最主要的是必须具有高等院校法学专科以上学历或同等专业水平,以及高等院校其他专业本科以上学历,并经全国律师资格考试合格。^①因此,一个人如果不具有相当的法律专业知识,就不可能成为一名律师。

2. 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。在世界上,绝大多数国家的律师都不是国家公务人员,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。

3. 委托性。律师虽然是法律方面的专业人员,但又不同于法官、检察官,虽然后者也是法律方面的专业人员,但他们都是“官”,手中均有一定的权力,而律师则不然。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,则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。

4. 公证性。律师根据当事人的委托,以自己的法律专长,为当事人提供法律服务。由于律师是法律方面的专家,因此,人们自然而然地认为律师的意见是公正的。此其一。其二,由于律师是为一方当事人服务,因而只能做到公正,而不可能做到公平。如果律师能够做到

^① 参见《中华人民共和国律师法》第6条。

公平的话,则对方当事人便无需聘请律师了。其三,我国《律师法》规定,律师除了维护当事人的合法权益外,还必须维护法律的正确实施。这也说明,律师的活动应当具有社会正义性。但现在很多律师事务所把“天平”作为自己的标志,这显然有违律师所具有的“公正性”特征。

二、律师的性质和职能

关于律师的性质,我国学术界争论很大。1980年8月全国人大常委会通过的我国第一个《律师暂行条例》第1条明确规定:“律师是国家的法律工作者。”按照当时的解释,我国律师的“工作性质,实际是肩负着国家赋予的使命,按照我国的社会主义法律办事,又通过自己的工作维护社会主义法律的正确实施。”因此,“律师是国家政治、经济领域和社会生活中一支维护法律的力量。”^① 据此,很多同志认为我国律师的性质是“国家法律工作者”。

到了80年代后期,我国律师界、法学界对律师性质展开了激烈的讨论,大致有四种意见。第一种仍认为律师是“国家法律工作者”;第二种认为律师是“社会法律工作者”;第三种认为律师是“社会主义法律工作者”;最后一种认为律师是“自由职业者”。

随着我国社会主义法制的不断健全和学术界对律师性质认识的深化,第一种意见显然是不能成立的。这是因为:首先,律师具有服务性,其业务活动是有偿的,因此,律师与法官、检察官等“国家法律工作者”不同,后者的职责是向社会提供强制性的法律保护,而律师的职责是向社会提供由当事人自愿选择的法律保护,这种区别决定了律师不宜以国家公职人员的身份出现。其次,律师担任辩护人行使辩护权或担任代理人行使代理权,从本质上讲,都属于“私权”(辩护权、代理权)的范围,是公民“私权”的延伸,这与审判权、检察权等国家权力(亦称“公权”)是截然不同的。^② 再次,律师是国家法律工作者,这

① 李运昌:《关于〈中华人民共和国律师暂行条例〉的几点说明》。

② 参见谭世贵文:《完善律师辩护制度简议》,《未定稿》1988年第14期。

种身份难以被国内外当事人所接受。因为这样一来,容易使当事人产生这样的感觉:律师为自己辩护或代理,纯粹是在执行公务,而不是为自己服务。这显然不利于律师业务活动的开展,更不利于我国律师业与国际律师业的接轨。

第二种意见,将律师界定为“社会法律工作者”,使律师与行使国家权力的法官、检察官等国家法律工作者明显区别开来,突出了律师的“民间性”和为社会提供法律服务的特点,有一定的可取之处。

第三种意见,将律师界定为“社会主义法律工作者”,虽然不再认为律师是国家工作人员,但由于社会主义是一种社会性质,因而将其与律师联系在一起,使律师的性质变得模糊不清,无法分辨。

第四种意见照搬资本主义国家的做法,将律师界定为“自由职业者”,明显不符合我国国情。在我国,律师必须坚持马列主义毛泽东思想,拥护中国共产党的领导,维护社会主义制度和人民民主专政制度,接受司法行政部门的管理、监督和指导,因此不可能是自由职业者。实际上,自由职业者也无法反映律师的本质属性。因为自由职业包含可以自由地选择从业方式,而能够自由选择从业方式的,并非只有律师这一行。

我国《律师法》从律师的职业特点、执业属性、法律属性三者统一出发,明确规定律师是“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。这表明我国律师亦不同于自由职业者;第四,它有利于我国律师队伍的发展。由于律师不再是国家法律工作者,可以不占国家编制,不需国家核拨经费,因此律师队伍就可以根据社会需要和现实可能性,尽快发展起来。

律师的职能,亦即律师的基本任务,这是由国家立法规定的,与

各国的社会、政治制度密切相关。如日本《律师法》第1条规定：“律师的使命：(1)律师以维护基本人权、实现社会正义为使命；(2)律师根据前项使命应当诚实地执行职务，努力维护社会秩序和改善法律制度。”

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。离开了这一目的，律师便无存在的必要。

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。

第二节 律 师 法

一、律师法的概念

律师法是从属于宪法的专门法律，是律师的组织法。它既相对于实体法，又相对于程序法。它本身不解决实体问题，也不规定律师参加各类诉讼活动和进行其他业务活动的程序问题。总之，律师法和法

官法、检察官法、警察法、注册会计师法乃至人民法院组织法、人民检察院组织法一样,属于组织法的范畴。

律师法是国家制定的,规定律师、律师事务所和律师管理机构法律地位及其相互关系以及律师进行业务活动所必须遵守的行为规范的总称。

律师法有广义和狭义之分。

狭义的律师法,是指由国家最高立法机关通过的《律师法》这样一部法典。如日本 1949 年 6 月 1 日制定的《律师法》。在我国,第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议于 1996 年 5 月 15 日通过了《中华人民共和国律师法》。这是我国第一部律师法典,共分八章 53 条。内容分别为:第一章总则,第二章律师执业条件,第三章律师事务所,第四章律师业务及权利义务,第五章律师协会,第六章法律援助,第七章法律责任,第八章附则。

广义的律师法,是指除了律师法典以外,还包括中央国家机关制定和发布的有关律师工作的单行法规、实施细则、管理办法,以及地方国家机关制定和发布的规范律师工作的法规、规章等。具体有:

1. 国务院制定的有关律师工作的行政法规。例如,按照我国《律师法》第 50 条、第 51 条的规定,对军队律师的具体管理办法,由国务院和中央军事委员会另行制定;外国律师事务所在我国境内设立机构从事规定的法律服务活动的管理办法,由国务院制定。

2. 国家律师管理机关制定的有关律师工作的管理办法。例如,按照我国《律师法》第 43 条和第 55 条的规定,法律援助和律师收费的具体办法,由国务院司法行政部门制定,报国务院批准。已经颁布的有:司法部制定、中央职称改革领导小组转发实施的《律师职务试行条例》及《律师职务试行条例实施细则》,司法部、财政部和国家物价局联合制定的《律师业务收费管理办法》,司法部制定的《律师事务所登记管理办法》、《国家出资设立的律师事务所管理办法》、《合作律师事务所管理办法》、《合伙律师事务所管理办法》、《律师资格全国统一考试办法》、《律师资格考核授予办法》、《律师违法行为处罚办

法》等。

3. 省、市、直辖市国家权力机关制定的规范本地律师工作的地方性法规。到目前为止,已有北京、上海、安徽、新疆、海南、深圳等二十多个省、市的人大或人大常委会制定了《律师管理条例》、《律师管理办法》或《律师执业条例》等地方性法规。

二、律师法的调整对象

任何一部法律都有其独立的调整对象,律师法也不例外。我国律师法的调整对象,包括以下几个方面:

1. 确定律师、律师执业机构、律师组织和律师管理机关的法律地位。如规定律师的概念和性质、律师执业条件、律师的权利和义务,确定律师执业机构的组织形式及其设立程序、律师协会的性质与职责以及律师管理机关的职权等。

2. 调整律师、律师执业机构、律师组织和律师管理机关之间的关系。如规定律师与律师事务所之间的关系,律师、律师事务所与律师协会之间的关系,律师、律师事务所、律师协会与律师管理机关之间的关系。

3. 调整律师与服务对象之间的关系。如规定律师接受公民、法人和其他组织的委托,从事各项业务活动时与当事人之间形成的不同的权利义务关系等。

4. 调整律师在业务活动中与有关国家机关或社会组织的关系。如规定律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助时与公安机关、国家安全机关和人民检察院之间的关系;律师在起诉、审判阶段为犯罪嫌疑人或被告人进行辩护时与人民检察院、人民法院之间的关系;律师在代理民事诉讼、行政诉讼时与人民法院之间的关系;律师在代理行政复议、办理企业登记等法律事务时与有关行政机关之间的关系;律师在代理参加仲裁、代办公证等法律事务时与仲裁、公证机构等社会组织之间的关系等。

三、律师法的地位和作用

(一) 律师法的地位

我国社会主义法律体系由宪法和若干部门法构成。依其法律效力的不同,部门法又分为基本法律、一般法律和行政法规等。其中,由全国人民代表大会通过的法律称为基本法律,由全国人民代表大会常务委员会通过的法律称为一般法律,由国务院制定和发布的规范性文件则称为行政法规。《律师法》是由第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的法律;因此属于一般法律,其地位次于基本法律而高于行政法规。

我国《律师法》是律师的组织法,由其调整对象的独特性决定了,律师法是一个独立的法律部门。律师的各项业务活动必须在律师法规定的业务范围内进行,并依据律师法关于某一业务中的具体规定办事。因此,在一定意义上讲,律师法是律师接受各项业务,为公民、法人和其他社会组织提供法律服务的“基本法”。没有律师法,律师开展业务活动就缺乏前提和失去保障,就必然出现混乱而使律师等同于一般的辩护人或代理人,进而使律师的作用完全消失。

另一方面,由于律师以为社会提供法律服务为天职,因此律师法与其他部门法之间又有着广泛而密切的关系。如律师接受民事诉讼和行政诉讼当事人的委托,担任其代理人,就必须按照民事诉讼法、行政诉讼法的有关规定参加诉讼活动,并根据民法、行政法的规定提出代理意见;律师接受犯罪嫌疑人或被告人的委托或人民法院的指定担任辩护人,就必须依据刑法的有关规定为犯罪嫌疑人或被告人进行辩护;律师接受非诉讼当事人的委托,办理有关法律事务,就必须根据与接受的非诉讼事务相关的部门法开展活动。因此,其他部门法是律师进行各项业务活动的依据,是律师法律服务的力量源泉。离开了其他部门法,律师在各项业务中就必然显得“装备不良”,失去提供法律服务的方向和动力。可以说,其他部门法越完备,律师的业务活动就越规范;其他部门法调整的范围越广泛、越深入,律师的活动就越活跃、越富于生机和活力。反之,律师法越完善,律师的行为越规范,其他部门法的实施就越有效,法律的作用就越能得到充分的发挥。