



中国律师制度与实务

编著 徐国忠

(第二版)



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

中国律师制度与实务

主编 程志华

（第二版）

中国政法大学出版社

中国律师制度与实务

(第二版)

徐国忠 编著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

内容提要

中国律师制度是法学专业学生的专业必修课。本书较详细地介绍了我国律师制度、司法实践中的律师业务以及律师和当事人之间的关系,并以大量案例加以说明生活中的各种法律关系,具有较强的可读性与指导性。

图书在版编目(CIP)数据

中国律师制度与实务/徐国忠编著.—2版.—上海:同济大学出版社,2008.8

ISBN 978-7-5608-3198-5

I. 中… II. 徐… III. 律师制度—中国—高等学校—教材 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 156451 号

中国律师制度与实务(第二版)

徐国忠 编著

责任编辑 孙一风 责任校对 郁峰 封面设计 潘向葵

出版发行 同济大学出版社 www.tongjipress.com.cn

(地址:上海市四平路 1239 号 邮编:200092 电话:021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 同济大学印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 18.5

印 数 1—3100

字 数 370000

版 次 2008 年 8 月第 2 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-3198-5/D·91

定 价 32.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换 版权所有 侵权必究

前 言

1996年5月15日颁布、1997年1月1日正式实施的《中华人民共和国律师法》是我国第一部律师法典。《律师法》的颁布是我国民主和法治建设事业的一件大事,是我国律师事业发展史上的一个里程碑,同时,也为我国律师制度的研究奠定了坚实的基础。该法自实施以来,在完善律师制度、保障律师依法执业、规范律师执业行为、发挥律师在社会主义民主法制建设中的职能起了重要作用。为了适应新时期我国律师工作改革和发展的需要,十届全国人大常委会第三十次会议表决通过了修订后的《律师法》,并于2008年6月1日起正式实施。

《中国律师制度与实务》是针对法学专业本科生开设的专业课,是法学专业学生必须掌握的一门重要课程。作者除了进行教学、科研工作外,还长期从事律师实务,积累了较为丰富的诉讼和非诉讼代理的实践经验。因此,编写一部适合教学需要的有关律师制度的教材,总结一下教学和实践中的经验和教训,使学生在学阶段就了解实际生活中的律师执业现状,对于培养他们的实践能力是十分有益的。

本书以邓小平的法治建设思想为指导,以我国《宪法》和《律师法》为依据,结合民事、刑事和行政三大诉讼法等有关法律规定,吸收了近年来有关律师法学和律师制度的研究成果,认真思考和总结了法学教学和律师实务中的经验,注重理论性和实践性的结合,力求正确阐述我国律师制度的基本原理、基本概念和基本知识。在编写本书的过程中,作者还参阅了法学界许多专家和学者的论著,从中受到了极大的启发和借鉴,在此谨向他们表示崇高的敬意和衷心的感谢。此外,同济大学法理学专业研究生马培伟、杨帆和顾首明也参与了本书的改版工作,提出了许多修改意见,一并表示感谢。

本书内容丰富,通俗易懂,适用于法学专业各类学生作教材之用,也可作为学习律师业务知识的参考资料。

最后,由于作者的水平有限,书中难免会有错误、疏漏和不当之处,敬请读者批评斧正。

作 者

2008年6月

目 录

上编 律师制度

第一章 中国律师制度概述	(3)
导读	(3)
第一节 旧中国的律师制度	(3)
第二节 新中国的律师制度	(12)
复习思考题	(17)
第二章 西方主要国家律师制度	(18)
导读	(18)
第一节 英国的律师制度	(18)
第二节 德国的律师制度	(21)
第三节 法国的律师制度	(25)
第四节 美国的律师制度	(28)
第五节 日本的律师制度	(32)
复习思考题	(34)
第三章 律师和律师执业	(35)
导读	(35)
第一节 我国律师的概念和种类	(35)
第二节 律师资格与律师执业	(39)
第三节 律师从业限制和执业回避	(44)
复习思考题	(47)
第四章 律师事务所	(48)
导读	(48)
第一节 律师事务所概述	(48)
第二节 律师事务所的设立、变更和终止	(50)

第三节 律师事务所的种类	(57)
第四节 境外律师事务所在中国设立的办事处	(62)
复习思考题	(63)
第五章 律师执业的基本原则	(64)
导读	(64)
第一节 律师执业基本原则概述	(64)
第二节 律师执业基本原则的种类	(65)
复习思考题	(71)
第六章 律师执业的权利和义务	(72)
导读	(72)
第一节 律师执业享有的权利	(72)
第二节 律师执业承担的义务	(74)
复习思考题	(77)
第七章 律师执业素质	(78)
导读	(78)
第一节 律师的外在素质	(78)
第二节 律师的业务素质	(82)
第三节 律师的文化素质	(85)
第四节 律师的政治思想素质	(87)
第五节 律师的职业道德素质	(89)
第六节 律师的执业纪律素质	(97)
复习思考题	(101)
第八章 律师收费制度	(102)
导读	(102)
第一节 律师收费制度概述	(102)
第二节 我国律师收费制度	(104)
第三节 我国律师实务中的收费	(107)
复习思考题	(111)

第九章 法律援助制度	(112)
导读	(112)
第一节 法律援助概述	(112)
第二节 法律援助的条件和主要对象	(113)
第三节 法律援助实施的主要形式	(119)
复习思考题	(121)
第十章 律师违法执业的法律责任	(122)
导读	(122)
第一节 律师违法执业的行政责任	(122)
第二节 律师违法执业的民事责任	(126)
第三节 律师违法执业的刑事责任	(135)
复习思考题	(140)
第十一章 律师协会	(141)
导读	(141)
第一节 律师协会的性质、章程和机构	(141)
第二节 律师协会的组成及其权利和义务	(145)
第三节 律师协会的职责	(146)
复习思考题	(149)

下编 律师实务

第十二章 律师与刑事辩护	(153)
导读	(153)
第一节 律师与刑事辩护概述	(153)
第二节 侦查阶段的律师	(161)
第三节 检察阶段的律师	(163)
第四节 审判阶段的律师	(164)
复习思考题	(171)

第十三章 刑事诉讼律师代理	(172)
导读	(172)
第一节 刑事诉讼律师代理概述	(172)
第二节 公诉案件被害人的律师代理	(175)
第三节 自诉案件律师代理	(177)
第四节 附带民事诉讼律师代理	(181)
第五节 刑事申诉律师代理	(183)
复习思考题	(186)
第十四章 民事诉讼律师代理	(187)
导读	(187)
第一节 民事诉讼律师代理概述	(187)
第二节 民事诉讼代理律师的地位、权利和义务	(190)
第三节 民事诉讼律师代理实务	(193)
复习思考题	(211)
第十五章 行政诉讼律师代理	(212)
导读	(212)
第一节 行政诉讼律师代理概述	(212)
第二节 行政诉讼代理律师的诉讼权利和义务	(214)
第三节 行政附带民事诉讼律师代理	(217)
第四节 行政诉讼律师代理实务	(220)
复习思考题	(224)
第十六章 律师担任法律顾问	(225)
导读	(225)
第一节 法律顾问概述	(225)
第二节 法律顾问的工作范围和方式	(229)
第三节 哪些人适合聘请法律顾问	(234)
复习思考题	(236)
第十七章 律师和当事人的关系	(237)
导读	(237)

第一节 律师实务中的当事人	(237)
第二节 当事人聘请律师的途径	(240)
第三节 正确处理当事人和律师的关系	(244)
复习思考题	(251)
第十八章 当事人聘请律师的程序	(252)
导读	(252)
第一节 当事人聘请律师概述	(252)
第二节 聘请律师应该注意的问题	(259)
复习思考题	(261)
第十九章 律师非诉讼代理	(262)
导读	(262)
第一节 律师非诉讼代理概述	(262)
第二节 律师代理非诉讼单项法律行为	(266)
复习思考题	(269)
附录 1	(270)
附录 2	(280)
参考文献	(285)

上 编

律 师 制 度

第一章 中国律师制度概述

导读

中国古代有讼师,但不是近代意义上的律师,在奴隶社会、封建社会等专制社会里,不可能产生律师制度。中国近代律师制度产生于清末,有关规定律师参与代理诉讼的《刑事诉讼律草案》、《民事诉讼律草案》等法律未能正式实施,清朝就灭亡了。民国政府于1912年9月16日公布实施的《律师暂行章程》,是我国历史上第一部规定律师制度的成文法,以此为标志,律师制度在中国正式建立。民国时期,律师人才辈出,伍廷芳、沈钧儒等为杰出代表。中华人民共和国成立后,律师制度发展历经坎坷。1996年5月15日《律师法》的颁布,标志着我国社会的法治化建设已步入一个全新的历史阶段。我国律师事业得到了极好的发展机遇。

第一节 旧中国的律师制度

律师制度是国家民主制度和法律制度的重要组成部分。律师作为一种职业,学术界一般认为起源于奴隶制时期的古罗马。而中国的律师和律师制度起源于何时,学术界各自议论,众说纷纭,尚难定论。中国古代封建制国家在政治上实行专制集权统治,经济上实行自给自足的自然经济,诉讼结构采用纠问式的形式,由行政长官兼理司法,获取证据以刑讯、拷打为重要手段,当事人无完整的诉讼权利,也不存在委托代理人行使诉讼权利的可能,因此,律师制度的产生也失去了基础。虽然中国古代也曾出现过类似现代律师辩护和代理的一类人物和事例,但都称不上是近代意义上的律师和律师制度。

一、中国古代律师制度

中华民族历史源远流长,中国古代的法律制度形成较早,影响较大。先秦时期诸子百家争鸣,但无律师这一行。在中国古代,“律师”一词出自佛教用语,佛教把熟知戒律并能向人解说者称为“律师”,能否佛法所作,善能解说,是名律师(参见《中国律师制度研究》,张耕主编,法律出版社,1998年版,第1页)。“律师”一词也

用于道家修行的品号。“道家修行有三号,其一曰法师,其二曰威仪师,其三曰律师”(《唐元典·祠部郎中》)。由此可见,佛教和道家所讲的律师和现代意义上的律师概念完全不同。

(一) 中国古代律师制度的萌芽

律师,按其本意,律是指法令、法规或规则,或者统称法律;师是指具有专门知识、专门技能的人。一般认为,律师就是熟知法律、解说法律,还为当事人和社会提供法律帮助的专业人员。就此意义上说,我国早在春秋时期就出现了帮助当事人写诉状、代理当事人打官司的人。过去,这些人被称为“刀笔先生”或“讼师”等。因此,可以说讼师是中国律师的雏形(参见《中外律师制度》,阎志明主编,中国人民公安大学出版社,1998年版,第4页)。据《周礼》中有关诉讼代理人的记载,被代理人一般都是具有一定地位的统治阶级的成员。公元前632年冬,卫国大夫元恒告卫侯杀人而发生诉讼,周襄王派王子虎审理此案。原告元恒和被告卫侯都到庭,法庭审理就要开始,审判官王子虎认为“国君和臣下不能对理争讼,应由别人代理”。于是,卫侯委派宁武子“为辅”、针庄子“为坐”、士荣“为大士”等代理自己出庭诉讼。由于宁武子、针庄子和士荣未能辩败元恒,故败诉。因有晋文公在法庭上建言,卫侯是天子之臣,不可擅自用刑,可以先处罚卫侯的臣子。结果判决为“杀士荣;刖庄子;执卫侯归之于京师,置诸深室”(参见《左传纪事本末(三)》)。此案中,士荣等除了在诉讼结果上承担了责任外,其诉讼地位、权利和义务,都与今天的代理人、辩护人十分相似。

春秋末期郑国的“大夫”邓析(公元前545年—前501年)可以说是中国古代著名的大讼师。他根据当时郑国社会的政治、经济状况,起草了一部刑法,刻在竹简上,史称“竹刑”。邓析善于辩论,他能“以非为是,以是为非,是非无度,而可与不可日变,所欲胜,因胜。所欲罪,因罪”(《吕氏春秋·离谓》)。邓析运用自己的法律知识和技能,帮助新兴的地主阶级和平民百姓进行诉讼,在诉讼中擅长辩论,实际上成了中国古代历史上第一位为私人提供法律帮助的讼师。由于邓析的改革思想缺乏政治条件和经济基础,其倡导的为诉讼中的当事人进行辩护的行为,损害了统治阶级奴隶主贵族的统治秩序和利益,因此其思想受到禁锢,本人也于公元前501年被郑国大夫公孙侨杀害。但是,邓析的思想和实践开创了中国古代讼师之先河,为后朝各代讼师的发展奠定了基础。

此外,在中国古代还出现过类似现在的法律咨询活动。春秋时期晋国的执法官韩宣子在处理一起封邑案中,查出该案中有杀人、审判官受贿并枉法裁判的复杂案情,一时束手无策,便向当时很有名气的研究法律的羊舌肸请教。羊对案情进行分析后说:“雍子自知有罪而贿赂法官为昏,羊舌肸贪赃枉法、毁败官誉为‘墨’,刑

侯杀人无忌为‘贼’。按照《夏书》的规定,‘昏、墨、贼、杀’。”韩宣子接受了羊的意见,将刑侯判处死刑,并将已死的雍子和羊舌肸陈尸示众(《左传·昭公十四年》)。这里,羊舌肸的作用,就相当于当今的法律顾问。

(二) 中国封建社会的“律师”制度

在中国封建社会里,司法制度附属于行政,或者说司法和行政是一体的。另外,以礼为法、耻于争讼的传统文化严重影响了民众的心态,在当时的司法制度下,就很难形成严格意义上的律师和律师制度。

春秋之后至隋朝,帮人写辞牒、打官司这类行为,多为民间人士的自发而为。唐朝年间,又大多被一些闲居官员所垄断,成为私下的职业,人们称之为“讼师”。从此,讼师职业经久不衰。在中国古代,打官司先要向官衙呈递诉状,陈述案情。由于当事人大多是普通老百姓,更少识字断文者,于是社会上出现了一些专为他人代写诉状等文书的职业。秦汉之前,官府和民间的各种文书都用刀刻在竹简上,以刀代笔。因此人们习惯上把在官衙里面专门从事撰写各种文书的官员称为“刀笔吏”,把社会上专门代人撰写诉状的讼师称为“刀笔先生”。《唐律疏议·斗讼》中记载:“诸为人作词牒,加增其状,不如所告者,笞五十;若加增罪重,减诬告一等。”这说明,受人雇请代写诉状的讼师在唐代已经普遍存在了。《唐明律合编》(卷二十四)中记载:“凡教唆词讼及为人作词状增减情罪诬告人者与人同罪。若受人雇诬告人者自诬告同,受财者讲赃以枉法从重论。其他人愚而不能申冤教令得实,及为人书写词状而无增、减者,勿论。”清朝的法律对代书讼师的规定就更为具体了。不仅对增减其状的情况作了规定,而且对代书讼师在哪个诉讼阶段上可以代书,都形成了一定的固有制度。如《福惠全书·刑名立状式》中记载:“凡原告状准发房,被告必由房抄状……被告抄状入手,乃请刀笔讼师,又照原词破调,聘应敌之虚情,压先攻之劲势。”这里是说,被告人接到原告人起诉状副本之后,就可以聘请代书讼师针对原告状词代为撰写答辩状了。至于诉状的格式,代书人资格等也都有一定限制。

讼师一般都有相当的文字功底,也具有一定的诉讼常识,有时确实能从法律上或者文字上找出有利于当事人进行诉讼的证据和办法,为了帮助当事人追求利益,竭尽自己的努力,就此意义上讲,讼师的存在有一定的积极意义。但是,由于讼师常常为谋一己私利,便时有不择手段,行“挑词架讼”之举动,对社会有一定的妨害,故而常常不受朝廷欢迎,并以法律禁止。讼师的危害主要表现在呈送词状上。由于平民很少识字断文,告状需要有人代书,于是官府试图以控制代书人来查禁讼师。清朝雍正七年定例:“内外刑名衙门,务择里民中之诚实识字者,考取代书,凡有呈状,皆讼其照本人情词据实代写,呈后登记代书姓名,该衙门验明,方许收受。

无代书姓名,即行查究。其有教唆增减者,照律治罪”(《大清律例·诉讼·教唆词讼》条例,转引自《中国律师制度史》,徐家力等编著,中国政法大学出版社2000年版,第7页)。以明、清两朝相比,明朝还没有“代书人”的专称。在明朝,尽管诉状上印有“状内无写状人的名者不准”一条(档案《明代文件》9号,万历七年徽州府休宁县诉状。转引自《中国律师制度研究》,张耕主编,法律出版社,1998年版,第15页),但这种人并不是官方认可的“代书人”。“官代书”制度的设立,一方面确立了代书人的法律地位;另一方面更主要的是试图以此从根本上禁止讼师执业。事实上,讼师并未因此消失,因为,在落后的中国农村封建社会里,讼师的存在有一定的社会基础,并不是统治者要禁就禁得了的。

从形式上看,讼师的活动和现代意义上的律师的咨询代书活动类似,但实际上两者有根本的区别:①法律地位不同。讼师没有合法的从业资格和诉讼地位,他们不是明文规定的专职提供法律服务的人员,不能充当当事人的辩护人或者代理人;律师是通过法定程序取得合法的身份和执业资格的从业人员,为当事人进行诉讼或者非诉讼代理是法定的权利。②执业的手段不同。讼师大多是以包揽诉讼来牟取私利,无理也要争三分,因而常常给诉讼秩序添乱;律师在诉讼中要以法律规定和事实为依据来维护当事人的合法权益,以维护诉讼秩序的正常运行。③身份不同。充当讼师的既有赋闲在家的政府官员,又有不得志的读书人、举人、胥吏等,还有在职的文武官员;律师的身份是国家法律明文规定的,一般都是专职的人员,国家公务人员不能兼任律师职业。④讼师多半不是法律方面的专家,他们往往不只为诉讼当事人撰写诉讼文书,解答有关法律问题,还从事其他文字工作;律师一般都要通过严格的法律知识的考试,具有与从事法律职业相应的专业知识,专门从事诉讼代理和非诉讼代理业务。

由于讼师的活动并没有成为一种为社会广泛认可的公开职业,所以讼师一般不愿承认自己讼师身份,这就使得讼师这个社会角色在民间沾染上一些神秘的色彩。讼师是封建司法专横制度的附属物,其社会地位低下,加之其活动没有法律的约束,所以不少讼师敲诈勒索,坑蒙拐骗损害当事人利益,故百姓称之为“讼棍”(参见《中国律师制度研究》,张耕主编,法律出版社1998年版,第15页)。讼师活动发展到后来,其活动仅限于代书诉状,为当事人出谋划策,谋求胜诉。讼师一般不直接会见被告,也不能出庭参与庭审。清朝文献中对讼师活动有所记载,现摘录二:案件一,雍正五年,江西南昌查获一件赌案,牵涉多人,按照《大清律例》聚赌罪可拟满流。当事人找到南昌一个卸任闲居知县汪某翰旋,汪答应要银6000两,“可上下衙门一总包管无事”,说和了结此案。案件二,嘉庆三年直隶获鹿县西关白源充当乡约,仗势欺人,私抽牙税,又公然顶撞知县。白听说京城德胜门外居住之孙洪泉

可代办呈词,即到京央求孙至省城作呈,孙又找到义子王喜瑞代拟呈稿,诬知县“借银不还挟嫌收禁”。孙、王委银 500 两、轿车 1 辆、骡 1 头。孙又让其表弟卢仲南将呈词修改,许银 50 两。案发各犯均拟充军(参见《中国律师制度研究》,张耕主编,法律出版社,1998 年版,第 16 页)。

封建统治者为了平息民怨,防止冤狱泛滥,也要求司法官吏懂得法律,并在官府衙门配备了专门的法律人才,帮助官吏提高法律知识以及司法水平。后汉的时候,有人提出“博求幽隐、复召郡国书佐使读律令”(《后汉书·樊准传》,转引自《中国律师制度史》,徐家力等编著,中国政法大学出版社,2000 年版,第 9 页)的主张,得到了皇帝的认可和赏识。曹魏之初,有人曾经建议,聘请散居的“三公”作为朝廷的法律顾问,以备“朝有疑义及其刑狱人事”可以进行“咨访”,或者“延人讲论得失,博尽事情”(《三国志·高柔传》。转引自《中国律师制度史》,徐家力等编著,中国政法大学出版社,2000 年版,第 9 页)。到魏明帝即位以后,大夫卫凯明确提出设置律博士一职的主张:“刑法者,国家之责重,而私议之所轻贱。狱吏者,百姓之所悬命,而选用者之所卑下。王政之弊,未必不由此也,请置律博士,转相教授。”魏明帝采纳了卫凯的这一主张,在朝廷中设置律博士一职,请他们讲读律令。自此时起,朝廷开始设置律博士一职,两晋、南北朝、唐、宋期间代相沿用,并成为廷尉、大理寺或者国子监的僚属。律博士一职到元朝被弃而不用(参见《中国律师制度史》,徐家力等编著,中国政法大学出版社,2000 年版,第 9 页)。

综上所述,由于中国古代实行高度集权式的专制统治制度,造成当时的商业、手工业发展迟缓,不可能产生和形成如今的律师制度。因此,不论是奴隶社会时期的讼师与诉讼代理,还是封建社会时期的讼师与诉讼代理,都不太可能产生现代法律意义上的律师及律师制度。但并不等于说,中国古代社会中缺乏与律师职业相类似的社会职业。从某种意义上讲,中国古代有关代理、辩护等类似于律师活动的案例和人物记载,讼师的代书与诉讼代理活动,都可以看作为中国律师职业的萌芽或者雏形。这一点对于我们下面探讨中国现代律师制度及律师职业发展过程所经历的各种坎坷和困难,为深刻认识我国现阶段律师职业的发展和完善提供了重要的参考背景。中国现代律师制度及律师职业正是从过去那样一种情形下,并在西方法律文化的介入和影响下逐渐发展演变而来的。

二、中国近代律师制度

(一) 清末律师制度

中国近代律师制度产生于清末。1840 年鸦片战争以后,中国逐步沦为半殖民地半封建社会。腐朽的清政府为缓和国内日益尖锐的民族矛盾和阶级矛盾,不得