

袁景鑫 著



重庆大学出版社出版



中国律师制度

中国律师制度

袁景鑫 著

责任编辑 陈思烈

重庆大学出版社出版发行

西南政法学院印刷厂印刷

●

开本：787×1092 1/32 印张5.375 字数：120千

1992年4月第1版 1992年4月第1次印刷

印 数：1—3000册

标准书号：ISBN 7—5624—0540—9
D·36

定 价：3.30元

(川)新登字020号

前 言

我国律师制度恢复十余年来，得到了很大发展，在为社会主义经济建设、为改革开放、为国家长治久安、为发展社会主义民主和健全社会主义法制、为维护法人和公民的合法权益等方面，起了重要作用。本书在总结律师工作经验的基础上，结合律师理论研究的新成果，系统地阐述了我国律师制度和有关涉外律师事务。理论联系实际地论述了我国律师的性质、机构、资格、作用、工作原则、职业道德，着重介绍律师在担任法律顾问、民事诉讼代理、刑事辩护、行政诉讼代理、非诉讼法律事务、代书和法律咨询等项业务中的职责任务和工作方式、注意问题。知识性、实用性都较强。可供实际部门同志参阅，也可供法人、公民学习和使用。

编 者

目 录

第一章 律师制度总论	(1)
第一节 律师制度的本质、起源和发展.....	(1)
一、律师制度的本质、概念.....	(1)
二、律师制度的起源和发展.....	(1)
三、中国律师制度的建立和发展.....	(6)
第二节 中国律师制度的性质和作用.....	(12)
一、中国律师制度的性质.....	(12)
二、中国律师制度的作用.....	(14)
第三节 律师工作的基本原则和权利义务.....	(15)
一、律师工作的基本原则.....	(15)
二、律师的权利和义务.....	(16)
第四节 律师资格和职业道德.....	(18)
一、律师资格.....	(18)
二、律师职业道德.....	(25)
第五节 律师的工作机构和管理体制.....	(27)
一、律师的工作机构和体制.....	(27)
二、律师的收费办法.....	(30)
三、律师的主要业务.....	(31)
第二章 法律顾问	(33)
第一节 法律顾问的概念、地位、作用 和职责.....	(33)
一、法律顾问的概念.....	(33)
二、法律顾问的地位和作用.....	(34)

三、法律顾问的工作职责·····	(35)
第二节 法律顾问的工作原则、方法和类型·····	(36)
一、法律顾问的工作原则·····	(36)
二、法律顾问的工作方法·····	(38)
三、法律顾问的类型·····	(39)
第三节 企业事业单位法律顾问·····	(40)
一、基本概念·····	(40)
二、企业事业单位法律顾问的工作重点·····	(40)
第四节 涉外企业法律顾问·····	(43)
一、涉外企业的基本概念和特点·····	(44)
二、涉外法律顾问的工作原则·····	(46)
三、涉外企业法律顾问的工作重点·····	(47)
第五节 政府、行政机关法律顾问·····	(48)
一、政府、行政机关法律顾问 的作用、地位·····	(48)
二、政府、行政机关法律顾问的工作重点·····	(49)
第六节 社会团体、军队、公民法律顾问·····	(50)
一、社会团体法律顾问·····	(50)
二、军队法律顾问·····	(51)
三、公民法律顾问·····	(51)
第七节 法律顾问与聘请方的关系和聘请 程序·····	(52)
一、法律顾问与聘方的关系·····	(52)
二、聘请法律顾问的程序·····	(53)
第三章 律师在民事诉讼中的代理·····	(54)
第一节 民事诉讼代理的基本概念·····	(54)

一、什么是代理·····	(54)
二、律师民事诉讼代理·····	(56)
三、律师如何接受代理·····	(58)
第二节 律师在出庭前的工作·····	(64)
一、建立案件卷宗·····	(64)
二、弄清事实,确定调整的法律法规·····	(64)
三、调查搜集证据·····	(65)
四、查阅案件材料,核对事实,审查证据·····	(66)
五、制作代理词·····	(66)
六、庭前调解,作争取和解的努力·····	(67)
七、财产保全或先予执行·····	(68)
第三节 律师在庭审中的工作·····	(68)
一、审理开始阶段·····	(68)
二、法庭调查阶段·····	(68)
三、法庭辩论阶段·····	(71)
四、庭内调解和评议判决阶段·····	(72)
第四节 二审中的律师代理·····	(73)
一、上诉制度·····	(73)
二、律师二审代理·····	(73)
第五节 督促、公示催告程序中的律师代理·····	(75)
一、督促程序·····	(75)
二、公示催告程序·····	(79)
第六节 律师的涉外民事诉讼代理·····	(81)
一、涉外民事诉讼的概念、原则和方法·····	(81)
二、涉外民事诉讼的管辖·····	(81)
三、涉外民事诉讼代理·····	(85)

第四章 律师在行政诉讼中的代理	(88)
第一节 行政诉讼代理的基本概念和原则	(88)
一、律师代理行政诉讼的概念.....	(88)
二、掌握行政诉讼与民事诉讼的区别.....	(90)
三、律师在行政诉讼中的职能和作用.....	(91)
四、律师应掌握行政诉讼的原则.....	(93)
第二节 律师代理应掌握和注意的问题	(94)
一、行政处罚的特点和种类.....	(94)
二、人民法院受理范围.....	(98)
三、有关特殊规定.....	(99)
第三节 原、被告代理律师	(104)
一、原告代理律师.....	(104)
二、被告代理律师.....	(109)
三、提高业务水平、适应行政诉讼.....	(110)
第五章 律师的刑事辩护和代理	(112)
第一节 辩护的概念、作用和原则	(112)
一、辩护的概念.....	(112)
二、律师担任辩护人的诉讼地位和作用.....	(113)
三、律师辩护的原则.....	(116)
四、律师接受辩护.....	(117)
第二节 辩护的准备和步骤	(118)
一、查阅案卷.....	(118)
二、会见被告人.....	(119)
三、调查案情、收集证据.....	(120)
四、拟定辩护词.....	(121)
第三节 开庭审理的律师工作	(123)

一、法庭准备阶段·····	(123)
二、法庭调查阶段·····	(124)
三、法庭辩论阶段·····	(127)
四、附带民事诉讼·····	(129)
五、律师在宣判后的工作·····	(130)
第四节 辩护律师在二审中的工作·····	(130)
一、上诉的提出·····	(130)
二、上诉状和辩护词·····	(131)
第五节 律师在刑事诉讼中的代理·····	(132)
一、自诉案件的代理·····	(132)
二、公诉案件被害人的代理·····	(135)
第六章 律师办理非诉讼法律事务·····	(137)
第一节 非诉讼法律事务的概念、原则和 范围·····	(137)
一、非诉讼法律事务的基本概念·····	(137)
二、律师代理非诉讼法律事务的原则和 方式·····	(138)
三、律师代理非诉讼法律事务的主要范围·····	(140)
第二节 律师参加非诉讼法律事务的调解·····	(144)
一、调解的基本概念和律师的地位·····	(144)
二、律师参加非诉讼法律事务调解 的工作步骤·····	(145)
三、律师参加非诉讼法律事务调解 的主要范围·····	(146)
四、律师在非诉讼法律事务调解中应 注意的问题·····	(146)

五、律师参加非诉讼法律事务调解的作用·····	(146)
第三节 律师参加非诉讼法律事务的仲裁·····	(147)
一、仲裁的基本概念和仲裁机构·····	(147)
二、仲裁的基本原则·····	(147)
三、律师参加仲裁的地位、步骤和注意 事项·····	(148)
第四节 涉外仲裁·····	(149)
一、涉外仲裁的概念和机构·····	(149)
二、涉外仲裁的基本原则·····	(152)
三、律师参加涉外仲裁的步骤和注意 问题·····	(153)
第七章 律师解答法律询问和代书·····	(155)
第一节 律师解答法律询问·····	(155)
一、律师解答法律询问的概念和作用·····	(155)
二、律师解答法律询问的步骤和方法·····	(156)
三、律师解答法律询问应注意的问题·····	(157)
第二节 律师代书·····	(158)
一、代书的概念和意义·····	(158)
二、律师代书的基本方法 and 要求·····	(160)
三、法律文书的基本要求·····	(160)

第一章 律师制度总论

第一节 律师制度的本质、 起源和发展

一、律师制度的本质、概念

律师制度是国家法律制度中的一项重要法律制度，是司法制度的重要组成部分。它是按照统治阶级的意志建立起来并为统治阶级利益服务的，它属于社会的上层建筑范畴。现代各国的律师制度因各国的政治、经济、文化、传统不同而存在很大的差别，但从本质上看，基本上分为社会主义和资本主义两种类型的律师制度。

律师制度是国家法律所规定的，由取得律师资格的人，为社会提供法律服务的一种制度。当然，这一制度包含国家对律师的活动原则、组织、职能、工作方式等所作的一切法律规定。律师制度是适应一定国家法制建设的需要而产生和建立起来的。律师制度的性质、任务、状况，是随着社会的发展而发展起来的。律师制度的起源，可以追溯到很早以前。

二、律师制度的起源和发展

律师制度和一切法律制度一样，是随私有制的出现、奴

隶制的建立、商品经济的发展而产生发展起来的。它最早萌芽于古罗马奴隶制国家。律师制度产生于古罗马并非偶然，它有其必然的政治、经济、社会原因。

在公元前五世纪古罗马奴隶制共和国初期颁布的《十二铜表法》第六表中的第五条、第十二表中的第三条就有关于辩护人在法庭出庭辩护的条文。特别是在共和国中后期（公元前三世纪至一世纪），罗马奴隶制经济获得很大发展，社会生产交换相当频繁，海上贸易日益兴隆，经济关系越来越复杂，产品交换契约逐渐普遍，在这种情况下，客观上需要有确定民事关系当事人之间的权利和义务的法律，也需要一批能够在法律上协助司法官员的专门人员。于是，专门的法律学科和职业法学家便应运而生。由于古罗马实行的是“控告式诉讼”[accusatorij procedure]，需要当事人在法庭上陈述申请和理由，当事人在诉讼中，特别是在法庭进行辩论时，对于日益增多和复杂的法律规范，就需要有熟悉法律的人员之协助。为此，社会上便开始出现一些专门为诉讼当事人提供法律帮助的、被称为“保护人”的人。保护人为被保护人提供法律帮助，进行诉讼代理行为，在法庭上替被告人发言、辩论、反驳指控。由于犯罪的增强，从公元前二世纪中叶始，设立了一些常设刑事法院，在这些法院的诉讼程序中，原被告双方可以聘代理人和辩护人进行法庭陈述和答辩。随着“保护人”制度的出现，人类历史上第一批律师产生了，这便是律师制度的最初萌芽。

到了帝政时期（公元前27年——公元476年），皇帝奥古斯都[Augustus]用诏令认允了民间出现的诉讼代理人、公开授予法学家解答权，并指定某些法学家的意见有法律效

力，最高裁判官、承审官皆受其约束。规定了用考试制度选用知法善辩的辩护士，允许平民以有偿的方式聘用辩护士为其诉讼代理人。这便是历史上律师制度的最初形态。从此，法学家、律师进行法律解答，指导办案，指导辩护人如何辩护、当事人如何提起和进行诉讼，为当事人如何适用法律提供指导性意见，为缔约双方当事人拟写合同证书，为当事人代写书状等等，律师事务就全面开展起来了。

古罗马的律师活动与法学家密切相关联的。由于古罗马对律师资格要求极高，需具有政治、财产、专业知识方面的条件，而具备这一资格者只有法学家，担任“保护人”的也主要是职业法学家，故罗马的律师也即是罗马的法学家，一身二任，有多少法学家即有多少律师，其政治地位极高，这是罗马律师制度的一大特色。

奴隶制国家的律师制度，是为其巩固奴隶主阶级统治服务的，维护公开的阶级不平等，作为“会说话的工具”的奴隶，人身没有自由，没有法律上的独立人格，据本无权参与诉讼、无权充当控诉人、无权出庭作证，如需要奴隶作证时，先在预审中对他进行拷讯并制作笔录，然后在法庭上加以宣读而已。哪里谈得上奴隶会有钱去请律师、法律对他们的“保护”呢。

在欧洲黑暗的中世纪封建社会里，封建专制的军事割据、自给自足的农奴庄园经济，遏制了商品经济的发展，民事关系显得不如以前那么有其重要性，律师的活动也受到限制。特别是封建专制的政治制度，公开地维护阶级不平等和等级特权，这种君主专制统治反映在司法制度上，废除了古代控告式诉讼而代之以野蛮的、愚昧的“纠问式诉讼”

[InquisitorY procedure], 致使诉讼当事人的诉讼权利受到种种限制。对于被告甚至原告、证人也采取刑讯方式, 辩护权被剥夺, 聘请辩护人的制度也就形同虚设。即使世俗法院允许辩论, 但也只有僧侣执行这一职务。律师制度也就被扼杀了, 律师的存在仅仅是社会的一种摆设。

近代的律师制度, 即指发达的律师制度, 是17、18世纪资产阶级民主革命胜利的产物。在资产阶级民主革命过程中, 在同封建等级制度、宗教特权、司法专横的斗争中, 逐渐形成了一种民主制度。资产阶级思想启蒙家, 在资产阶级民主革命时, 提出了“天赋人权”、“主权在民”、“自由、平等、博爱”的主张和口号。这些主张和口号, 不仅起到了动员人民群众同封建专制作斗争, 冲击封建司法专横, 而且也为律师制度的重新建立奠定了思想基础。资产阶级在与封建专制的斗争中, 针对当时司法审判上法官对当事人单方面的纠问式的刑讯逼供, 提出了辩论式代替纠问式, 实行自由辩论原则, 给诉讼当事人以辩护权; 针对封建法官任意出入人罪的“有罪推定”和酷刑制度, 提出了“法无明文规定不为罪”、“罪与刑相应”、“无罪推定”以及“法律面前人人平等”的一系列资产阶级民主法制原则, 形成了资产阶级法制和律师制度的思想前提。1679年5月26日英国资产阶级迫使斯图亚特王朝的查理二世[Charles II]签署公布施行《人身保护法》, 首次明文规定了诉讼中的辩论原则, 允许被告人有权获得辩护。资产阶级夺取政权后, 英、美、法、日等国相继将律师制度写入国家宪法性文件中。1791年美国宪法修正案, 就明确规定了刑事被告人有权要求“受法庭律师辩护之协助”。1808年, 法国刑事诉讼法典——《拿

破仑刑事诉讼法典》，对辩论和辩护原则、律师制度作了系统化的规定。随之，欧美国家的律师制度趋于完善。1893年日本正式制定了《律师法》。1878年5月4日，美国律师协会正式成立。这样，欧美资本主义国家的律师制度在19世纪末期迅速发展和逐步完备起来。

律师制度在资本主义社会发展很快，随着资本主义私有制的高度发展，法律门类日益增多，律师活动触及到社会各个方面，律师队伍不断扩大，律师分工越来越细，各国对律师的分类和名称也不统一。英国将律师分为两类，即大律师〔Barrister〕与小律师〔Solicitor〕，大律师又称为出庭律师，是辩护能士，原则上接受小律师之委托而工作，不直接接触当事人，只有大律师才有权在王室法院以上的法院（含高等法院、上诉法院、贵族法院）行使辩论。大律师可以口头及书面形式为小律师提供法律意见，起草法律文件。小律师又称事务律师，主要接受当事人的委托和询问，做诉讼准备工作，并处理大量非诉讼事务，也可以在郡法院、治安法院公开出庭，法律社是小律师的职业团体。此外，还有极少数地位显赫的“皇家律师”。美国则没有根据律师工作不同而将他们正式加以区别，律师的工作范围按专业内容不同，可分为民事代理律师、刑事辩护律师、税法律师、保险律师、离婚律师等。美国律师一般是私人开业，名曰“某某律师事务所”，英语的本意为“法律店”。美国还有白宫总统律师办公室，成为总统的得力助手。在美国律师是一种人数众多而又具有势力的职业。日本律师则称为“辩护士”。

资本主义国家的法律和律师制度，无疑是对封建主义的历史进步。但从本质上讲，他是为适应资产阶级自由竞争的

需要、维护资产阶级的人身权利和私有制神圣不可侵犯的财产权益而建立起来的。正因为如此，随着资本主义私有制高速发展，律师制度发展很快，律师数量迅猛增加，律师成为资产阶级国家政权的支柱或直接掌握权力的人物。美国1979年人口为21810万人，律师为42万多人，平均513人中有一个律师。到80年代有律师60万，占美国人口3/00，占全世界律师总数的2/3。40任总统中，律师出身的就有23人。英国1977年人口为4911.9万人，律师3.5万左右，平均1400人中有一个律师。日本1978年人口为11517万多人，有律师11000多人，平均9000多人中有一个律师。西德1977年人口为6140万人，律师是3.1万多人，平均1900多人中有一个律师。这些数字都说明，他们的律师远远超过我国几倍、几十倍。但是，律师数量的多少，不表明律师制度能为广大人民群众服务。美国前总统卡特在1978年5月4日纪念美国律师协会成立一百周年讲话中，直言不讳地指出：“我们的律师高度密集，每500人中就有1名律师，比英国多3倍、比西德多4倍、比日本多21倍，我们就是诉讼多，但我们没有把握说，我们的正义就多”，“我们90%的律师仅为10%的人们服务”。

三、中国律师制度的建立和发展

在我国奴隶制社会和长期封建主义社会里，没有建立起律师制度，只是在民间存在着私下帮助人们打官司告状、代写诉状、出谋划策被称做“讼师”、“刀笔师爷”的人，但他们不出庭代理诉讼或进行辩护。他们实际上进行的就相当于现代律师中一部分业务的行为，但他们决不是现代意义的律师。我国历代法律规范中（北洋军阀统治以前）一直没有

关于律师和律师制度的规定，《唐律·斗讼》中虽然有“为人雇请作辞牒（写状纸）”的文句和“教令（指教帮助）”人告状，“得实（属实）应赏”的规定，但其实质并不是给“律师”以合法地位，而只是为了不使“反、逆、贼、盗”逃脱法律追究。即使如此，到明朝时，对这些条款也加以限制。《明律》和《清律》的《诉讼》门中却列有严禁“教唆词讼”的专条，把那些类似律师的人称为“讼师”。明清两代虽对讼师的活动严加禁止，但是禁而不绝，不允许他们公开活动，他们就在幕后操纵诉讼。一些退职闲居的官员、文武生员举人、缙绅、乡里保甲、差役书吏、代书人等都可能成为讼师。多数讼师为金钱所驱使、包揽词讼、从中渔利。他们谄习封建官场作风，善于观察动向，为了金钱，出谋划策，奔走营运，混淆真假，把案件搞得扑朔迷离，使凶手逃脱罪责，使无辜人受害，伤天害理、图财害命。封建社会的讼师是一批摇唇鼓舌、舞文弄墨、不惜颠倒黑白，从中渔利的恶棍，是剥削制度的附生物。因此，讼师并非美名，而是被人们鄙视的“吃官司饭”的讼棍。

封建社会晚期、清朝末年颁布的《大清刑事民事诉讼法》中，才规定有律师参加诉讼的内容，但是并无专门完整的关于律师制度的法律规范，仍未确立律师制度，而且此诉讼法尚未公布和实施，清政府就被推翻了。辛亥革命后，孙中山领导的临时政府，仿效西方国家，曾起草过《律师法草案》，准备推行律师制度，正式采用“律师”职名。故律师一词是舶来语，由英语Law Yer意思翻译的，Law是法律，Yer是者、家、意即法学家、从事法律事务的专门人员、律师工作者。但是，《律师法草案》未及公布，临时政府即已

解散。1912年9月，北洋军阀政府制定了《律师暂行章程》和《律师条录暂行章程》，从此开始，旧中国的律师制度开始出现。北洋军阀时期，全国约有律师3000名。1927年，南京中华民国政府公布施行了《律师章程》，1941年制定了《律师法》。1935年全国有律师1万人左右，主要集中于城市，广大乡村仍为土律师、刀笔师爷的天下，这种情况反映出半殖民地半封建的律师特点。旧中国的律师事务所为个人经营或数人合伙经营，故以个人接受当事人委托，收入归个人所有。律师可以担任各类案件的辩护人、代理人，进行各类非诉讼法律事务的代理，也有一些律师担任了企业的常年法律顾问等。

旧中国的律师大部分是为买办资产阶级服务的，存在着很多黑暗面，往往与法官和官僚相勾结，表现了律师制度的半殖民地半封建性。当然，也有不少支持革命、投身革命、捍卫真理、伸张正义的受人民大众所欢迎的律师。

新中国的律师制度，是社会主义类型的、新型的律师制度。早在建国前的土地革命时期，虽未建立起完整的律师制度，但在各革命根据地民主政权的司法机关，在审理案件中，就赋予被告人以辩护权，实行了辩护制度。1932年6月9日，中华苏维埃共和国中央执行委员会颁布的《裁判部暂行组织和裁判条例》第二十四条规定：“被告人为本身的利益，可派代表出庭辩护”。抗日战争时期，各根据地司法机关在审判上准许被告人委托他的亲属或有法律知识的人，为他出庭辩护。解放战争时期，各解放区也曾作类似规定，法庭允许被告的申请。1948年2月东北解放区制定了《法律顾问处组织简则》，规定各级人民法院设立法律顾问处，进行