

# 律师学教程

肖胜喜 谢廷英 主编

LUSHIXUEJIAOCHENG

中共中央党校出版社

# 律 师 学 教 程

肖胜喜 谢廷英 主编

中共中央党校出版社

责任编辑 关国为 顾克广

封面设计 林 生

版式设计 尹 植

### 图书在版编目 (CIP) 数据

律师学教程/肖胜喜, 谢廷英主编. —北京: 中共中央  
党校出版社, 1998. 10

ISBN 7-5035-1868-5

I. 律… II. ①肖…②谢… III. 律师制度-教材 IV. D  
916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 29892 号

中共中央党校出版社出版发行

(北京市海淀区大有庄 100 号)

河北省下花园光华印刷厂印刷 新华书店经销

1998 年 8 月第 1 版 2000 年 5 月第 2 次印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 9.75

字数: 252 千字 印数: 61001—125500 册

定价: 12.90 元

# 说 明

律师学是我院本科班政法专业的一门法学课，是一门新兴的法律学科，具有很强的综合性和应用性。为适应函授有关专业教学的需要，我们请中国政法大学肖胜喜和谢廷英两位教授主编了《律师学教程》。全书力求以马克思主义的法学原理为指导，从我国社会主义司法制度建设的实际出发，结合党校函授教学的特点，借鉴了国内外有关律师制度方面的成果，简明扼要地阐述了律师制度的理论和律师实务等内容。

本书由肖胜喜、谢廷英主编。参加编写工作的有：肖胜喜（绪论、第七、十一、十三章）、陈宜（第一、十章）、马宏俊（第二、六章）、程滔（第三、九章）、翟雪梅（第四章）、刘金华（第五、八章）、谢廷英（第十二章）、林绍庭（第十四、十五章）、李桂英（第十六章）。

全书由肖胜喜、谢廷英统改定稿。

这本教材1996年印制使用，在使用中进行了两次修改，并于1998年8月出版。这次又根据《律师法》和新的《刑事诉讼法》及有关规定作了修改，书中如有不妥之处，请读者指正。

中共中央党校出版社

中共中央党校函授学院

2000年3月

# 目 录

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 绪 论 .....                  | 1  |
| 第一节 律师学的研究对象 .....         | 1  |
| 第二节 律师学的地位及其与有关学科的关系 ..... | 7  |
| 第三节 律师学的学习和研究方法 .....      | 11 |
| 第一章 律师制度的产生和发展 .....       | 14 |
| 第一节 西方律师制度的产生和发展 .....     | 14 |
| 第二节 旧中国律师制度的产生和发展 .....    | 20 |
| 第三节 新中国律师制度的产生和发展 .....    | 24 |
| 第四节 港、澳、台地区的律师制度 .....     | 27 |
| 第二章 律师的性质和职责 .....         | 34 |
| 第一节 律师的性质 .....            | 34 |
| 第二节 律师的职责 .....            | 36 |
| 第三章 律师资格与律师执业 .....        | 39 |
| 第一节 律师资格概述 .....           | 39 |
| 第二节 律师执业 .....             | 44 |
| 第三节 律师执业的有关规定 .....        | 46 |
| 第四节 律师专业职务 .....           | 48 |
| 第四章 律师的权利和义务 .....         | 50 |
| 第一节 律师的权利 .....            | 50 |

|            |                              |            |
|------------|------------------------------|------------|
| 第二节        | 律师的义务 .....                  | 56         |
| <b>第五章</b> | <b>律师的职业道德和执业纪律 .....</b>    | <b>59</b>  |
| 第一节        | 律师的素质 .....                  | 59         |
| 第二节        | 律师的职业道德 .....                | 64         |
| 第三节        | 律师的执业纪律 .....                | 68         |
| <b>第六章</b> | <b>律师活动的基本原则 .....</b>       | <b>81</b>  |
| 第一节        | 律师工作的一般原则 .....              | 81         |
| 第二节        | 律师的涉外工作原则 .....              | 86         |
| <b>第七章</b> | <b>律师事务所 .....</b>           | <b>89</b>  |
| 第一节        | 律师事务所概述 .....                | 89         |
| 第二节        | 律师事务所的种类 .....               | 90         |
| 第三节        | 律师事务所的设立及领导机构<br>与工作制度 ..... | 93         |
| <b>第八章</b> | <b>律师管理 .....</b>            | <b>97</b>  |
| 第一节        | 律师的管理体制 .....                | 97         |
| 第二节        | 律师协会 .....                   | 103        |
| <b>第九章</b> | <b>律师的法律责任 .....</b>         | <b>113</b> |
| 第一节        | 律师法律责任概述 .....               | 113        |
| 第二节        | 律师行政法律责任 .....               | 114        |
| 第三节        | 律师民事法律责任 .....               | 117        |
| 第四节        | 律师刑事法律责任 .....               | 120        |
| <b>第十章</b> | <b>律师收费和律师法律援助 .....</b>     | <b>122</b> |
| 第一节        | 律师收费 .....                   | 122        |

|             |                        |     |
|-------------|------------------------|-----|
| 第二节         | 律师的法律援助·····           | 127 |
| <b>第十一章</b> | <b>刑事辩护</b> ·····      | 134 |
| 第一节         | 辩护制度与律师辩护·····         | 134 |
| 第二节         | 辩护律师的诉讼地位·····         | 143 |
| 第三节         | 辩护律师受理刑事案件·····        | 149 |
| 第四节         | 辩护律师的出庭准备·····         | 153 |
| 第五节         | 辩护律师的出庭辩护·····         | 157 |
| 第六节         | 辩护律师的二审辩护·····         | 164 |
| 第七节         | 律师的涉外案件辩护·····         | 168 |
| 第八节         | 目前律师辩护中的主要问题·····      | 170 |
| <b>第十二章</b> | <b>律师的刑事代理</b> ·····   | 173 |
| 第一节         | 律师刑事代理概述·····          | 173 |
| 第二节         | 自诉案件的律师代理·····         | 174 |
| 第三节         | 公诉案件的律师代理·····         | 180 |
| 第四节         | 附带民事诉讼的律师代理·····       | 188 |
| <b>第十三章</b> | <b>律师的民事诉讼代理</b> ····· | 193 |
| 第一节         | 律师民事诉讼代理概述·····        | 193 |
| 第二节         | 民事诉讼代理律师的职责和权限·····    | 200 |
| 第三节         | 二审、再审案件律师代理的特点·····    | 207 |
| 第四节         | 民事诉讼代理律师的工作方法和步骤·····  | 211 |
| 第五节         | 涉外民事诉讼律师代理的特点·····     | 226 |
| <b>第十四章</b> | <b>律师的行政诉讼代理</b> ····· | 230 |
| 第一节         | 行政诉讼律师代理概述·····        | 230 |
| 第二节         | 律师在行政诉讼代理中的权利和义务·····  | 234 |
| 第三节         | 律师进行行政诉讼代理工作的程序·····   | 238 |

|                                    |            |
|------------------------------------|------------|
| <b>第十五章 法律顾问 .....</b>             | <b>250</b> |
| 第一节 法律顾问概述.....                    | 250        |
| 第二节 法律顾问的业务范围.....                 | 261        |
| 第三节 法律顾问与律师事务所及聘方的关系.....          | 264        |
| 第四节 法律顾问的聘请程序和工作方式.....            | 266        |
| <b>第十六章 非诉讼法律事务 .....</b>          | <b>270</b> |
| 第一节 非诉讼法律事务的概念与法律特征.....           | 270        |
| 第二节 律师代理承办非诉讼法律事务.....             | 271        |
| 第三节 律师代理承办非诉讼法律事务的业务<br>范围及种类..... | 273        |
| 第四节 律师代理非诉讼法律事务的程序.....            | 276        |
| 第五节 律师代理非诉讼法律事务的调解业务.....          | 278        |
| 第六节 律师代理仲裁.....                    | 280        |
| 第七节 律师代为办理单项法律行为.....              | 289        |

# 绪 论

在研究律师制度、律师实务及其发展规律时，应当首先了解律师和律师制度的含义。根据我国有关法律规定，律师是指受过法律专业培训，依法经过国家考试、考核，取得律师资格，持有律师工作执照，为社会提供法律服务的专业人员。

自1979年我国决定全面恢复和发展律师业开始，我国的律师业已经走过了19个年头。这19年的历程，既充满了艰辛，又充满了希望。律师业在各行各业抓住机遇，加速发展的大潮中逐步成长壮大。尤其是在建立社会主义市场经济的进程中，我国律师业更是获得了突飞猛进的发展：多种形式的律师事务所如雨后春笋般诞生；律师地位不断上升；大批社会精英加入律师队伍，律师从业人员成倍增加；律师业务范围不断拓展；律师素质日益提高等等。律师业务已经渗透到社会的各个领域并在逐步与国际通行做法接轨，“青山遮不住，毕竟东流去”，具有中国特色的社会主义律师制度已初具规模，扮演着社会主义市场经济建设中必不可少的重要角色。然而，我国的律师制度毕竟年轻，律师制度的深层次发展，迫切需要学说的鼎力支持。律师学应运而生了。“采众长为已用，集小成渐大成”，我们相信，播种民主与法制的中国律师学，收获的必将是一个光辉灿烂的明天。

## 第一节 律师学的研究对象

律师学是以律师制度、律师实务及其发展规律为研究对象的法学学科。在我国，现阶段律师学的研究重点应是现行律师制度。

律师学以律师制度、律师实务及其发展规律为研究对象，这

是其之所以区别于其他法学学科的质的规定性，这一规定性决定了律师学具有以下特征：（1）综合性。“法网恢恢，疏而不漏”，现代社会的各个领域几乎无不涉及法律的调整。由此，决定了律师业务包罗万象，极为广泛。一方面，律师业务与实体法、程序法等有着极为密切的关系；另一方面，律师业务技巧又要求律师综合掌握哲学、逻辑学、语言学、心理学、伦理学、社会学等知识。作为研究律师现象的律师学，对上述知识是不能熟视无睹的，必须进行综合性的研究；（2）职业性。律师学以律师制度、律师实务及其发展规律为研究对象，着力于律师这一特定职业在司法实务中的规律及功能。职业性是律师学的又一特征；（3）应用性。律师学是一门应用法学，其理论深深扎根于实践，最终又要服务于实践，在实践中检验和发展。

回顾我国律师制度的发展历史，历史的误会已使我国的律师制度落后于国际发展水平。而改革开放的大战略又要求与之相适应的律师制度。尤其是在计划经济向市场经济的转变过程中，律师制度的发展与完善迫切需要与之配套的精深律师学作为理论基础，才能不走或少走弯路，因此，在我国，现阶段律师学的研究重点应是现行律师制度。

## 一、律 师 制 度

律师制度，是指由国家法律确定的有关律师制度的目的、律师的性质、资格、任务、组织机构、业务范围、管理体制、法律责任、权利和义务等法律规范的总称。律师制度是适应一定国家法制的需要，并以立法形式确认的一项制度，是一国法律制度的重要组成部分。

### （一）律师制度与律师法

国家法律的确认是律师制度存在的前提条件。在原始社会，没有阶级，没有阶级矛盾，也没有国家和法律。随着生产力的发展，人类进入阶级社会后，阶级矛盾日益尖锐，统治阶级为了镇压敌

对阶级的反抗，制定了许多法律、法令。随着法制资料的积累，司法实践经验的增加，学习和研究法律的法学家出现了。在实际生活中，法学家们参与立法、司法、诉讼、法制宣传等活动，并逐渐演化出许多惯例和规则。由于法学家们的活动一方面有利于统治阶级对国家机器的强化，一方面有利于缓和社会矛盾，稳定统治阶级的统治秩序，统治阶级于是在立法中逐渐认可了法学家的许多职业性惯例和规则，并加以归纳、补充和完善，逐步确立了律师制度。古罗马奴隶制律师制度，英法等国封建制律师制度，近代资产阶级律师制度，无不出于此。所以，没有国家法律的确认，就没有律师制度。

为了准确把握律师法的正确含义，应当严格区分“规范的律师法”和“律师法的规范”两个不同的概念。所谓“规范的律师法”，是指以体系化为特征的制定于一个法律文件中的律师法规范系统，如《中华人民共和国律师法》。所谓“律师法的规范”，是指部门法意义上的律师法，除了单行的“规范的律师法”之外，还包括宪法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、行政法规、行政规章等规范性文件中有关律师制度的规定。就二者的关系讲，前者是形式意义上的律师法，后者是实质意义上的律师法。律师学所要研究的律师法，是指后者。

我国律师法的规范主要有：

1. 宪法及宪法性文件中关于律师法的规范。宪法是国家的根本大法，由全国人民代表大会制定，具有最高法律效力。它不仅是律师法的渊源之一，也是我国律师立法的主要依据。1978年3月5日五届人大通过的《中华人民共和国宪法》关于恢复刑事辩护制度的规定就是我国律师制度中刑事辩护制度的宪法渊源。此外，《中华人民共和国法院组织法》等宪法性文件中也包含许多律师法的渊源。

2. 法律中的律师法规范。法律是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定颁布的立法文件。其效力仅低于宪法。法律是律

师法规范的主体，在律师法规范中具有特别重要的意义。如《中华人民共和国律师法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》中关于律师制度的规定。

3. 行政法规、行政规章中关于律师法的规范。如司法部于1993年12月27日发布实施的我国第一部比较完整具体的律师行业自律性规章《律师职业道德和执业纪律规范》。

4. 地方各级权力机关、行政机关制定的地方性法规、决议、命令中关于律师法的规范。如北京市1990年12月31日制定的《兼职和特邀律师事务所经费管理暂行办法》，宁夏回族自治区五届人大常委会第26次会议于1987年11月28日审议通过的《宁夏回族自治区律师执行职务的暂行规定》。

5. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于律师工作的指导性文件。如《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于律师参加诉讼的几项具体规定的联合通知》、《司法部关于全国人大代表和地方各级人大代表能否担任兼职律师的批复》。

6. 国际条约。如《第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会关于律师作用的基本原则》等等。

## （二）律师制度与律师学

现代律师制度作为国家的一种法律制度，是社会发展到一定历史阶段的产物。它是在国家和法律出现后，经历了相当长的历史时期后，适应国家民主与法制的需要而产生的，属于历史范畴。同样，以律师制度、律师实务及其发展规律为研究对象的律师学也属于历史范畴，它是随着律师制度广泛地深入国家政治、经济生活，在法制资料 and 实践经验有了相当的积累，社会立法、执法和法学研究的要求日益增强的条件下产生的。

## 二、律 师 实 务

律师实务，是指律师为维护法律的正确实施，为维护当事人

的合法权益，在法律允许的范围内，依照律师活动规则所进行的全部业务活动。如刑事辩护，民事代理，法律咨询，仲裁，等等。律师法是律师业务活动的基本法律依据和准则。律师的全部业务活动必须在法律允许的范围内进行，不得违反和超越法律。

律师学对感性的律师实务的研究，在于总结律师工作的实际经验，寻找其中的规律性，将其上升到理性认识，并在理论的指导下解决律师业务活动中存在的各种问题，以进一步丰富发展律师制度、律师实务。

律师业务的范围，在立法上有着不同的规定：一种是封闭性、限定性的将律师业务限定于特定的范围；一种是将律师的业务活动范围作全方位、开放性的规定，只要律师的活动不违反现行国家法律，有利于维护法律的正确实施，有利于维护当事人的合法权益而促进社会稳定，律师都可以去做。一般讲，前者比较明确，便于预见，但亦显保守，呆板，制约了律师业务的能动性。如我国于1980年颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》即对律师的主要业务内容做了封闭性的规定，但该条例颁布十余年来，我国社会生活和司法实践不断发展，民主与法制不断健全和完善，在改革开放不断深化特别是在计划经济向市场经济的转轨过程中，先前的大量政府职能，行政手段，计划调节为法律调整所代替，律师工作面对更加重要的任务，工作领域已极大扩大，业务范围较《律师暂行条例》的规定，已有了极大突破。尽管我国《律师法》对律师的业务范围又有新的拓展，但随着时间的发展，仍然会滞后于形势的发展。后者则处于动态之中，富有弹性而适应潮流，便于吸纳新鲜经验，便于律师职能作用的充分发挥。

当然，具体到某一国家、某一时期的律师实务，总是受到社会政治、经济、文化发展水平的制约及律师主观条件的限制，总是限定在特定的范围之内，其范围的宽窄，通常是一国政治、经济、文化等现实状况的综合反映。这也正是我们能对某一国家、某一时期的律师制度和律师实务作出理论概括的前提。

一般讲，律师业务范围总是受到下列几个现实因素的制约：

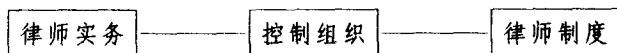
(1) 社会需求。一般而言，社会需求总是与律师的业务范围成正比，而社会需求通常取决于一国经济的发展程度、法制的健全状况、公民的文化教育程度及其权利意识的成熟状况等因素；(2) 律师队伍的能力。律师队伍处理业务的能力，是其业务范围的重要决定因素，能力强，则业务范围广，能力弱，则其业务范围窄；(3) 立法和法学理论的发展程度。立法扩大法律的调整范围，可以极大地拓宽律师的业务范围；法学理论的精深也可以进一步提高立法、执法、守法的水平，为律师业务提供广阔的空间。

### 三、律师制度与律师实务的关系

在描述律师制度与律师实务的关系之前，首先要接触一个概念——“律师制度的控制组织”。所谓“律师制度的控制组织”是指一套相互影响、相互作用，调控一国律师制度运行的力量。在我国，包括律师立法机构、司法行政机关、律师协会、律师学研究者，等等，其中律师立法机构是该控制组织的核心。

律师制度的确立，由于受到社会客观因素及立法者主观因素的影响，总是不能超越特定的历史阶段。因此，一经确立，即处于静止，虽然稳定，可预见，但活力不足。律师实务面对实际生活中诸多可变因素和不确定事件，其内涵和外延具有动态性、开拓性和先导性。一方面，不断地倡导创造而富有活力，另一方面，不断对不适应的律师制度提出建议，谋求变革。而律师制度作为一种制度，必须关注某些超越特定时空的价值，即律师制度必须服从律师实务发展所提出的正当要求，否则，只会具有短暂的意义。律师制度与律师实务之间的矛盾迫切需要中介力量的调解。这时正是“律师制度的控制组织”通过对律师制度、律师实务的研究，及时捕捉相关信息，在律师制度与律师实务的静止与运动、保守与变革这些矛盾力量之间谋求和谐与谅解，寻找一个能够解释、指导并且可以应用于实践的理论结构体系，实现律师制度与律师

实务之间稳定性与变动性之间的相互渗透、相互联结。在律师制度的战略设计过程中，该“控制组织”扮演了一个战略家的角色。“控制组织”的思维是否敏锐，决定了律师制度与律师实务之间的不和谐是否能够得到及时调和，由此，我们可以看到，发展包括律师学在内的“控制组织”的各项能力是多么的重要。正是他们的工作，沟通了律师制度与律师实务在时间、空间上的分离。



总之，律师制度与律师实务的关系是：一方面，律师实务是事实层面的存在，律师制度则是规范层面的存在，律师制度制约着律师实务，律师实务是律师制度的具体化实践化；另一方面，律师实务不断倡导创造，不断整理和吸纳实际工作中的新鲜经验材料，促进律师制度不断推陈出新，富有活力，二者是内容与形式的关系。在静态的律师制度能涵摄动态的律师实务时，二者保持平衡；当静态的律师制度不能充分涵摄动态的律师实务时，律师实务就会对律师制度提出抗议，促使其变革。律师制度与律师实务的矛盾运动，恰恰构造了律师学研究的更新作业过程。

## 第二节 律师学的地位及其 与有关学科的关系

### 一、律师学的地位

律师制度作为国家法律制度的重要组成部分，涉及政治、经济、文化、科技等各个领域，在国家、社会生活中地位十分重要。以律师制度和律师实务为研究对象的律师学同样在国家和社会生活中占有重要地位。

（一）律师学的研究有利于加强社会主义法制，保障社会主义民主

律师制度是否健全是衡量现代国家民主与法制发展程度的重要标志。加强社会主义民主与法制建设，是社会主义现代化建设的重要组成部分，律师制度是社会主义法制建设中不可缺少的一环。历史和现实都已证明，没有律师制度，就不可能有健全的社会主义法制。律师作为专门提供法律服务的专业人员，服务于当事人，维护社会正义，维护法律的正确实施，宣传社会主义法制，参与社会治安综合治理，是联结立法、执法、守法的桥梁和纽带；是社会主义民主与法制的具体化、实践化。而律师学着力于律师制度，律师实务的研究，力求发展、完善和建设更富现实性的律师制度。无疑会进一步维护法律的正确实施，维护当事人的合法权益，会使我国的民主与法制更上一层楼。

## （二）律师学的研究是社会主义市场经济建设的重要保障

社会主义市场经济的运行机制，是社会主义国家宏观调控和法规约束下的经济运行机制。它要求市场的主体——企业要建立产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度。在计划经济向市场经济转轨的过程中，以前大量的计划调节手段为法律手段所代替，大量法规出台，涉及到经济生活的方方面面。因此，从一定意义上讲，市场经济就是法制经济，没有健全的社会主义法制为后盾，就没有良好的市场经济秩序。律师工作是上层建筑的重要组成部分，律师机构是市场经济的中介组织，律师在市场经济建立过程中的职能作用就是通过为社会提供广泛的法律服务。一方面，帮助企业实现经营机制的转换，使其在现代企业制度的支持下走向市场，并为其创造良好的外部环境；另一方面，直接从事于金融、证券、投资、信托、国内外贸易、保险、税收、知识产权、房地产开发等法律业务中，直接服务于国家的经济建设。律师学通过对律师制度、律师实务的研究，一方面，直接发展适应并服务于市场经济的律师制度；另一方面，及时反馈各法律、法规在实施中的具体问题，促进法制建设，促进社会主义市场经济的发展。

### （三）律师学的研究有助于完善我国的法学学科体系

法学是由若干法学分支学科组成的有机的整体，而法学分支学科的建立，一般以法律部门的划分为依据，有一个独立的法学部门，就应有一个与之对应的法学分支学科。律师法规范的存在，正是建立律师学的法律基础。国家经济的发展，律师及律师法的发展战略，要求分散于刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、司法组织学等学科中的律师学研究整体整合于律师学这门以律师制度、律师实务及其发展规律为基本研究内容的法学学科中，以加大研究的纵深度，使之形成自己的理论体系，成为一门独立的学科以指导实践，解决我国随着政治、经济体制改革的不断深化而对律师工作提出的许多新的课题。

## 二、律师学与有关学科的关系

律师学是一门综合性的法学学科。现代社会法律对社会生活的各个领域几乎无不调整，由此，决定了律师业务的广泛性，律师学研究的综合性。即律师学的研究要综合运用政治学、经济学、法学、哲学、语言学、心理学、逻辑学、现代自然科学等领域的知识，尤其是法学的原理。律师学作为法学体系的一个分支，几乎与所有的法学分支学科有着极为密切相邻、相连或交叉关系。因此，律师学的研究又必须对这些相联系的法学学科予以充分关注。

### （一）律师学与宪法学的关系

宪法作为国家的根本大法，具有最高的法律效力，它规定了国家、社会生活的根本制度，规定了其他部门法的基本指导原则。其中对律师制度的规定，是律师制度建立的宪法基础。因此，研究宪法的宪法学，必然为律师学的研究提供指导思想和理论依据，而律师学的研究反过来又会进一步充实、丰富、发展宪法学的理论。

### （二）律师学与实体法学的关系

实体法是指规定法律关系主体在政治、经济、文化、婚姻、家