

高等学校法学教材

律 师 学

高等教育出版社组编

主 编 肖胜喜
副主编 王新清
撰稿人 (按各章先后为序)
肖胜喜 陈 宜
翟雪梅 刘艳敏
王新清

高等教育出版社

陈 宜 (第一、三、八、九、十章)

翟雪梅 (第四、七章)

刘艳敏 (第十一、十二章)

王新清 (第十四、十五、十六、十八章)

对参编单位的大力协助,谨表谢意。

高等教育出版社

1996年9月

(京) 112 号

图书在版编目(CIP)数据

律师学 / 肖胜喜主编. — 北京: 高等教育出版社, 1996
ISBN 7-04-005826-X

I. 律… II. 肖… III. 律师制度—基本知识 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 19515 号

*

高等教育出版社出版

北京沙滩后街 55 号

邮政编码: 100009 传真: 64014048 电话: 64054588

新华书店总店北京发行所发行

中国科学院印刷厂印装

*

开本 850×1168 1/32 印张 12.875 字数 330 000

1996 年 11 月第 1 版 1996 年 12 月第 1 次印刷

印数 0001—7810

定价 14.00 元

凡购买高等教育出版社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者,
请与当地图书销售部门联系调换

版权所有, 不得翻印

内 容 提 要

本书由我国从事律师学教学、科研、律师管理工作,同时具有律师实践的专家集体编写。其理论部分,对律师的性质、律师的权利和义务、律师的素质和职业道德、律师管理及律师的法律援助等问题作了系统、严谨、有理论深度地探讨;其实务部分,不仅涵盖了传统的刑、民、行政业务,而且对律师参与股票发行、参与房地产、金融、仲裁等诉讼外新业务也作了详细的论述。本书除作为律师专业教材外,对广大从事律师业务的法律工作者也具有重要参考价值。

出版前言

根据国家教委关于“八五”、“九五”规划法学专业教材的编写意见,为适应高等学校法学专业深化教学改革的需要,我社确定邀请全国法律院系有丰富教学经验和教材编著实践的老、中、青法学专家、教授,编写并出版这套高等学校法学专业教材,供全国高等院校各法律专业使用。据此,除承担出版国家教委统编的《宪法学》(许崇德主编)、《法理学》(沈宗灵主编)教材外,我们又组编了《经济法基础理论教程》(潘静成、刘文华主编)、《新编经济法学》(刘文华主编)、《刑法学通论》(赵秉志、吴振兴主编)、《刑事诉讼法学》(陶髦主编)、《国际经济法学》(余劲松主编)。我社还将陆续组编《民法学》、《民事诉讼法学》、《行政法学》、《行政诉讼法学》、《国际公法学》、《国际私法学》等教材,于近年内完成一套法学主干课教材的出版任务。

这套法学主干课教材坚持以马列主义、毛泽东思想为指针,认真总结教学经验和司法实践中出现的新情况、新问题,力求正确地阐述和介绍法学各门学科的基本原理、基本概念和基础知识,注重内容的思想性、科学性、系统性、针对性和相对稳定性的统一,并对各部门法学体系作了顺应时代发展要求的创新性建构。

《律师学》是其中一种。本书编写大纲经集体讨论确定后,由各撰稿人写出初稿,再经主编、副主编讨论修改,最后由主编定稿。国家教委高教司财经政法处有关同志参加统稿会并给予了指导。

尽管我们力求使这套教材的质量更高一些,但不足之处在所难免,尚祈广大师生批评指正,以便再版时修订。

本书撰稿人的分工情况如下(按各章先后为序):

肖胜喜 (绪论 第二、五、六、十三、十七章)

目 录

第一章 绪论	1
第一节 律师学的研究对象	1
第二节 律师学的地位及与有关学科的关系	7
第三节 律师学的学习和研究方法	10
第二章 律师制度的产生和发展	13
第一节 西方律师制度的产生和发展	13
第二节 旧中国律师制度的产生和发展	19
第三节 新中国律师制度的产生和发展	23
第四节 台、港、澳地区的律师制度	29
第五节 当代西方发达国家律师制度	36
第三章 律师的性质和任务	58
第一节 律师的性质	58
第二节 律师的任务	65
第四章 律师资格与律师执业	68
第一节 律师资格	68
第二节 律师执业	75
第三节 律师职务	80
第五章 律师的权利与义务	85
第一节 律师的权利	85
第二节 律师的义务	98
第六章 律师的职业道德和执业纪律	105
第一节 概述	105
第二节 律师职业道德	111

第三节	律师执业纪律·····	116
第四节	法律责任·····	119
第七章	律师的活动原则 ·····	122
第一节	律师的活动原则概述·····	122
第二节	以事实为根据,以法律为准绳原则·····	122
第三节	维护委托人合法权益的原则·····	125
第四节	依法独立执业原则·····	126
第八章	律师事务所 ·····	130
第一节	律师事务所概述·····	130
第二节	律师事务所的设置和终止·····	133
第三节	律师事务所的管理·····	136
第九章	律师管理 ·····	139
第一节	律师管理体制·····	139
第二节	律师协会·····	144
第十章	律师收费 ·····	155
第一节	律师收费概述·····	155
第二节	国外律师收费制度·····	156
第三节	我国律师收费制度·····	161
第十一章	法律援助 ·····	165
第一节	法律援助制度概述·····	165
第二节	建立我国法律援助制度·····	172
第十二章	律师的刑事辩护 ·····	180
第一节	律师刑事辩护概述·····	180
第二节	侦查阶段的律师工作·····	189
第三节	律师担任辩护人的主要工作·····	198
第四节	法庭审判阶段的律师辩护·····	217
第五节	二审再审案件律师辩护的特点·····	232
第十三章	律师的刑事代理 ·····	238
第一节	律师刑事代理概述·····	238

第二节	自诉案件的律师代理	239
第三节	公诉案件的律师代理	245
第四节	附带民事诉讼的律师代理	253
第十四章	律师的民事诉讼代理	256
第一节	律师民事诉讼代理概述	256
第二节	民事诉讼代理律师的职责和权限	262
第三节	民事诉讼代理律师的工作方法和步骤	268
第四节	二审、再审案件律师代理的特点	284
第五节	涉外民事诉讼律师代理的特点	289
第十五章	行政诉讼中的律师代理	293
第一节	行政诉讼律师代理概述	293
第二节	行政诉讼原告的律师代理	295
第三节	行政诉讼被告的律师代理	302
第四节	行政侵权赔偿诉讼的律师代理	305
第十六章	律师诉讼外业务概述	307
第一节	律师诉讼外业务的概念和特点	307
第二节	律师从事诉讼外业务的范围	309
第三节	律师诉讼外业务的分类	311
第四节	律师从事诉讼外业务的意义	313
第十七章	律师担任法律顾问	315
第一节	律师担任法律顾问概述	315
第二节	律师担任企业法律顾问	321
第三节	律师担任政府法律顾问	326
第四节	律师担任公民法律顾问	329
第十八章	律师的仲裁代理	331
第一节	国内仲裁代理	331
第二节	涉外仲裁代理	341
第十九章	律师办理其他诉讼外业务	349
第一节	非诉讼代理	349

第二节 居间调解、见证与声明 366

第三节 提供法律建议 371

第四节 代书 386

第二十章 中国律师业的国际化进程 395

第一章 绪 论

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 16 个年头。这 16 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;律师业务不仅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不可或缺的重要角色。同时,我们还应当看到,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,因此,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它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。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。可见,综合性是律师学的一个显著特征。

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、权利和义务等有关制度构成的制度体系,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。在社会实际生活中,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,于是,统治阶级在立法中逐渐认可了法学家们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准确含义,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《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》。

(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。它是在出现国家和法律并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,在法制资料和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,在立法例上有着不同的规定。一种是封闭性的,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、计划调节被法律调整所代替,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。因此,新的《律师法》将律师的业务范围作了拓展。后者则处于动态之中,富有弹性而适应潮流,便于吸纳新鲜空气,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。

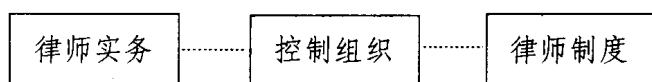
3. 立法和法学理论的发展程度。立法扩大法律的调整范围,可以极大地拓宽律师的业务范围;法学理论的精深也可以进一步提高立法、执法、守法的水平,为律师业务提供广阔的空间。

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,即处于静止状态,虽然稳定、可预见但也保守有余而活力不足。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,不断对保守的律师制度提出抗议,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谐是否能够得到及时调和。由此可见,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,在国家和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或缺的一环。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