

律师与公证

刘传兰 主编



安徽大学出版社

律师与公证

主 编 刘传兰

副主编 胡来龙

印 荣

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师与公证/刘传兰主编. - 合肥:安徽大学出版社,1999.10

ISBN 7-81052-291-4

I. 律… II. 刘… III. ①律师制度 中国-高等学校-教学参考资料
②公证制度 中国-高等学校-教学参考资料 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 62255 号

律师与公证

刘传兰 主编

出版发行	安徽大学出版社	印刷	中国科学技术大学印刷厂
	(合肥市肥西路3号 邮编 230039)	开本	850×1168 1/32
联系电话	总编室 0551-5107719	印张	17.625
	发行部 0551-5107784	字数	396千
责任编辑	朱丽琴	版次	1999年10月第1版
封面设计	孟献辉	印次	1999年10月第1次印刷

ISBN7-81052-291-4/D.25 定价:28.00元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

前 言

随着改革开放和社会主义市场经济建设的不断深入,我国律师与公证制度得到了很大发展。1997年1月1日,《中华人民共和国律师法》正式付诸实施,同年9月,党的十五大提出了建设社会主义法治国家的伟大号召。这些都促使我国律师和公证工作迈上了新的台阶,同时也使律师和公证工作面临着许多新的任务和新的挑战。

为了适应形势,满足律师和公证工作的需要,由安徽省司法学校和安徽省公证管理处选派了一批长期从事律师、公证教学研究与实际操作的人员,编写了这本《律师与公证》。本书既全面系统地阐明了律师和公证的基本内容,又紧密结合时代特点,吸收了司法实践中的成功经验,使其内容丰富,通俗易懂。它可供法律院校师生和律师、公证工作者作为教材或参考书使用。

本书各章撰稿人,按编章先后依次分为:

上编 律师部分:

刘传兰:第一、七、十、十一章;

胡兴元:第二章;

戚家锋:第三、五章;

印 荣:第四、八、九、十二、十三章;

欧元军:第六章;

陈福龙:第十四、十五、十六章。

下编 公证部分:

曹玉东:第一、二、四章;

张 霞:第三、五章;

陈 勇:第六、七章;
胡来龙:第八、十二章;
胡荣举:第九章;
张玉保:第十章;
邓先苗:第十一章。

目 录

本书编写过程中,得到了安徽省司法学校史道真书记及有关领导和安徽省公证管理处的大力支持和帮助,在此表示感谢!由于水平有限,时间仓促,本书疏漏、不妥之处在所难免,敬希读者不吝赐教,以便改正。

编 者

一九九九年九月九日

目 次

前 言	(1)
-----	-----

上 篇 律师部分

第一章 律师制度概述	(3)
------------	-----

第一节 律师	(3)
--------	-----

第二节 律师制度	(7)
----------	-----

第三节 律师执业的基本原则	(9)
---------------	-----

第四节 律师制度的历史沿革	(13)
---------------	------

第二章 律师的执业条件	(25)
-------------	------

第一节 律师资格	(25)
----------	------

第二节 律师执业	(30)
----------	------

第三节 律师职务和职称	(35)
-------------	------

第三章 律师的工作机构和管理体制	(40)
------------------	------

第一节 律师的工作机构	(40)
-------------	------

第二节 司法行政机关的行政管理	(52)
-----------------	------

第三节 律师协会	(56)
----------	------

第四章 律师的权利和义务	(59)
--------------	------

第一节 律师的权利	(59)
-----------	------

第二节 律师的义务	(65)
-----------	------

第五章 法律援助	(70)
----------	------

第一节 法律援助概述	(70)
------------	------

第二节 建立我国的法律援助制度	(74)
-----------------	------

第六章 律师的法律责任	(78)
第一节 律师的法律责任概述	(78)
第二节 律师的民事责任	(81)
第三节 律师的行政责任	(85)
第四节 律师的刑事责任	(90)
第七章 律师担任法律顾问制度	(98)
第一节 法律顾问制度概述	(98)
第二节 法律顾问的工作原则	(101)
第三节 法律顾问的聘请程序	(105)
第四节 法律顾问的业务范围	(109)
第八章 律师的刑事辩护	(115)
第一节 律师刑事辩护概述	(115)
第二节 侦查、起诉阶段中的律师	(118)
第三节 审判程序中的律师辩护	(127)
第九章 律师的刑事诉讼代理	(146)
第一节 刑事诉讼中律师代理概述	(146)
第二节 自诉案件中的律师代理	(149)
第三节 公诉案件中的律师代理	(156)
第四节 附带民事诉讼的律师代理	(160)
第十章 律师的民事诉讼代理	(166)
第一节 律师民事诉讼代理概述	(166)
第二节 民事诉讼中律师代理工作的程序	(173)
第三节 民事二审、再审程序和执行程序中的律师代理	(184)
第十一章 律师的行政诉讼代理	(192)
第一节 律师行政诉讼代理概述	(192)
第二节 行政诉讼中律师代理的工作方法和步骤	(197)
第三节 行政侵权和行政赔偿中的律师代理	(206)
第十二章 律师非诉讼法律事务代理	(210)

第一节	律师非诉讼法律事务代理概述·····	(210)
第二节	律师代理无争议的非诉讼法律事务·····	(216)
第三节	律师其他非诉讼业务·····	(229)
第十三章	律师代理调解、仲裁·····	(238)
第一节	律师代理调解·····	(238)
第二节	律师代理仲裁·····	(249)
第十四章	律师的申诉代理·····	(259)
第一节	申诉案件中的律师代理·····	(259)
第二节	刑事申诉中的律师代理·····	(261)
第三节	民事申诉中的律师代理·····	(266)
第四节	行政申诉中的律师代理·····	(268)
第十五章	律师解答法律咨询·····	(272)
第一节	法律咨询的概念及特点·····	(272)
第二节	律师解答法律咨询的意义·····	(274)
第三节	律师解答法律咨询工作的原则和要求·····	(275)
第四节	律师解答法律咨询的方法·····	(278)
第十六章	律师代书·····	(285)
第一节	律师代书概述·····	(285)
第二节	律师代书工作的程序 and 基本要求·····	(287)
第三节	律师代书刑事诉讼文书·····	(289)
第四节	律师代书民事诉讼文书·····	(297)
第五节	律师代书行政诉讼文书·····	(305)
第六节	律师代书其他非诉讼法律文书·····	(311)

下 篇 公 证 制 度

第一章	公证制度概述·····	(345)
第一节	公证的概念与特征·····	(345)

第二节	公证的作用和意义	(350)
第三节	公证的基本原则	(353)
第四节	公证制度的历史沿革	(362)
第二章	公证机关的组织机构和管理体制	(372)
第一节	公证机关的组织机构	(372)
第二节	公证机关的管理体制	(373)
第三节	公证员的任职条件和专业职务	(376)
第三章	公证机关的业务范围	(381)
第一节	公证机关业务范围概述	(381)
第二节	公证机关业务范围的划分	(382)
第四章	公证管辖	(392)
第一节	公证管辖概述	(392)
第二节	公证管辖的种类	(393)
第五章	公证效力	(399)
第一节	证据的效力	(399)
第二节	使法律行为生效的效力	(401)
第三节	强制执行效力	(403)
第六章	公证程序	(406)
第一节	申请与受理	(406)
第二节	审查	(411)
第三节	出证	(417)
第四节	公证的其他程序规则	(423)
第五节	特别程序	(429)
第六节	公证档案和公证收费	(431)
第七章	常见合同公证	(435)
第一节	买卖合同公证	(435)
第二节	借款合同公证	(440)
第三节	建设工程合同公证	(443)

第四节	承揽合同公证·····	(448)
第五节	其他合同的公证·····	(451)
第八章	其他法律行为公证·····	(454)
第一节	收养公证·····	(454)
第二节	委托公证·····	(458)
第三节	遗嘱公证·····	(461)
第四节	提存公证·····	(466)
第九章	常见的有法律意义的事实与文书公证·····	(471)
第一节	继承权公证·····	(471)
第二节	不可抗力事件公证·····	(476)
第三节	专利公证·····	(480)
第四节	商标公证·····	(482)
第十章	现场监督公证·····	(487)
第一节	招标投标公证·····	(487)
第二节	拍卖公证·····	(494)
第三节	开奖公证·····	(498)
第四节	保全证据公证·····	(500)
第十一章	涉外公证·····	(504)
第一节	涉外公证概述·····	(504)
第二节	常见的涉外民事公证·····	(506)
第三节	涉外经济公证·····	(531)
第十二章	涉港澳台公证·····	(539)
第一节	涉港澳公证·····	(539)
第二节	涉台公证·····	(545)

上 篇

律 师 部 分

上 篇

車 硯 暗 衣

第一章 律师制度概述

第一节 律 师

一、律师的概念

律师的含义,在不同国家不尽相同。一般来说,律师是指通过国家组织的考试或考核,依法取得律师资格和律师执业证书,有权接受当事人委托或者经法院指定协助当事人进行诉讼或为公民、法人和其他社会组织提供法律服务的专业人员。

根据《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)第2条规定,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”。这是我国立法上对律师所下的定义。

二、律师的特征

分析律师的法律特征,是我们进一步了解律师的关键。根据《律师法》及有关法律,律师的特征可以分为以下几个方面:

(一)律师任职资格的特定性

不论是在我国还是在其他国家,任职律师都必须通过国家立法所确认的考试或考核,这是一个普通公民取得律师从业资格的必要条件,也是律师的一项重要法律特征。我国《律师法》对律师的定义,是将“依法取得律师执业证书”作为律师执业的一项基本前提。此外,美国、英国、法国、日本、德国、澳大利亚、加拿大、菲律宾等许多国家,都以立法形式明确规定只有考试合格者才能成为

律师。也有一些国家,如新加坡、泰国、韩国、印度、马来西亚等明确规定律师资格的取得采用考核方法,而不搞国家统一考试,只要具有大学法律系或法学院毕业学历,经法定时间的实习和审核合格,就可以申请批准获得律师资格。

因此,律师执业资格的特定性是律师的一项重要法律特征,它是确保律师的执业素质和适应法律服务需要的关键所在。

(二) 律师和当事人之间的双向选择性

律师的法律服务必须以当事人的委托为前提,反之,当事人的委托又必须以取得受托律师同意承办为条件。《律师法》所规定的,律师可以接受当事人委托参与各种诉讼或非诉讼法律服务的权利,实际上是一种抽象的权利。这一抽象的权利,必须在当事人就一项具体的法律事务委托律师参与提供法律服务时,才能转化为一种可以作用于具体当事人及其法律事务的权利。所以,律师对当事人的选择,对具体法律事务的选择,必须基于当事人对律师选择的同意,它与司法活动有着显著区别。

司法活动作为一种国家权力和国家职能的体现,具有主体对权力和职能的非处分性。当一个案件符合管辖规定而进入某一司法机关的管理程序和领域后,司法机关没有理由拒绝受理;反之,当一个公民或法人行使控诉权利的时候,国家立法所设定的管辖程序也限制了公民和法人对管理机关的选择,甚至根本不能选择,如专属管辖。

由此可见,法律活动中能够具有双向选择性特征的项目,不当也不可能是司法活动,而是基于法律服务合同而进行的律师活动。

(三) 律师提供法律服务的有偿性

律师向当事人提供法律服务,是基于当事人与律师事务所签订的法律服务合同,这种合同是普通劳务合同的一种,确切地讲,是一种智力劳务合同。律师所提供的智力劳动就是律师的服务方

案,这种服务方案的受益人则是特定的,即劳务合同的对方当事人。律师劳务合同的服务对象和服务受益人的特定性,使律师提供法律服务实行有偿收费制度具有可行性。我国《宪法》所确定的“按劳分配”原则,使作为劳动者之一的律师,也同样享有通过付出有意识的劳动来获取劳动收入的基本公民权利。当律师的劳动是基于劳务合同而向特定的服务对象提供智力劳动时,这种有意识的劳动就构成了律师获取劳务报酬的前提。

由此可见,律师收费服务的前提是“按劳分配”原则指导下的劳务合同的签订和履行。当然,我国《律师法》在规规定律师实行有偿服务制度的同时,也规定了律师的法律援助制度,这一制度不仅是律师有偿服务制度的必要补充,也是律师应尽的职责。

(四) 律师业务范围的广泛性

社会生活中被法律所调整的社会关系越来越纷繁复杂,这就使社会从客观上产生了对法律服务的强烈需求,可资法律服务的社会领域也越来越广泛,这就决定了律师提供法律服务范围的广泛性。大到企业改制、股份制试点、证券业务、农村承包责任制、房地产开发和建设、引进外资等事关国家经济发展的大问题,小到婚姻、继承、家庭财产转让、货物买卖等一般的小问题,都可以成为律师提供法律帮助的对象。可以说,社会中能够为这么广泛的领域提供系统法律服务的人员非律师莫属。律师业务范围具有明显的广泛性。

三、律师的任务

律师的任务是指由国家法律明确规定的,通过律师的执业活动所要实现的根本目的。我国《律师法》第2条从立法上明确了律师任务的内容,即通过向社会提供法律服务来维护当事人的合法权益,并实现维护法律正确实施的目的。从我国律师这一法定任务的内容出发,我们可以将律师的任务分为两大方面:

(一)维护当事人的合法权益,是律师的直接任务

这是由律师的职业属性所决定的。无论哪个国家,都是以向当事人提供法律服务,维护当事人的合法权益作为律师的直接任务。各国律师在性质上可能是不同的,但是在向当事人提供法律服务,维护当事人合法权益这项任务上则是共同的。需要注意的是,律师为当事人提供法律服务,只是维护当事人的合法权益,并不是维护当事人的所有利益,更不是维护当事人的非法利益。

根据我国《律师法》规定,律师可以接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;接受诉讼案件当事人的委托,担任代理人、辩护人,参加诉讼或调解;接受非诉讼法律事务当事人的委托,参加仲裁活动,解答有关法律询问,提供法律服务,维护当事人的合法权益。因此,律师既要维护刑事、民事、行政诉讼当事人的合法权益,也要维护非诉讼当事人的合法权益;既要接受中国当事人的委托维护其合法权益,也要接受外国当事人的委托维护其合法权益。

(二)维护法律的正确实施,是律师的根本任务

保障国家法律的正确实施,是律师的根本任务,也是律师执业活动的基本原则。律师是熟悉法律的人,是社会主义法制的宣传者、服务者。在提供法律服务的过程中,律师只能正确运用法律,提出正确意见,维护当事人的合法权益,而不能不顾法律、曲解法律,维护当事人的非法利益。律师在执业过程中只有维护法律的正确实施,才能既有利于维护当事人的合法权益,也有助于司法机关正确执行法律。由此可见,律师是通过向社会提供法律服务,配合公、检、法等机关在事实和法律的基础上查明案情,准确地打击犯罪分子,正确地处理人民内部矛盾,从而维护国家法律的正确实施。

为了保障律师完成维护法律正确实施的任务,我国《律师法》规定,律师执业必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪

律;必须以事实为根据,以法律为准绳,依法执业。律师接受委托后,如果发现委托事项违法,委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的,律师有权拒绝辩护或代理。此外,律师对于执法机关和司法机关的违法行为,可以提出纠正意见,如果所提的意见不被采纳,律师还可以代理当事人申诉、控告。可见,律师维护法律正确实施的方式是多种多样的。

总之,由于维护当事人的合法权益与维护法律的正确实施之间的一致性,决定了律师的任务是通过维护委托人的合法权益来维护国家法律的正确实施。二者是相辅相成、辩证统一的关系。

第二节 律师制度

一、律师制度的概念

律师制度是指国家法律确认的,由取得资格和执业证书的律师通过其业务活动对公民、法人和其他组织提供法律帮助,以巩固统治阶级政治经济制度,维护法律的正确实施,维护当事人合法权益的一项法律制度。具体地说,律师制度是国家法律规定的有关律师的性质、任务、组织机构、活动原则、权利和义务、业务范围、资格的取得以及如何向社会提供法律服务的各项规章制度的总称。

二、律师制度的特征

作为国家规定的一项重要法律制度,律师制度的性质是由国家的性质决定的。它具有以下主要特征:

(一)律师制度存在的前提条件是必须得到国家法律的承认

律师制度不是和国家法律同时产生的,而是在特定的条件下,为适应社会需要由法律规定产生的。从古至今,从国外到国内,不论是世界上最早的古罗马律师制度,还是现代世界各国的律师制