

警官高等职业教育系列教材

律师、公证与仲裁制度

主 编 ◎ 宣善德



第二版

中国政法大学出版社

❖ 警官高等职业教育系列教材 ❖

律师、公证与仲裁制度

(第二版)

主 编 宣善德

副主编 陈福龙

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

宣善德 陈福龙

施海宾 曹玉东

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师、公证与仲裁制度/宣善德主编. —2 版. —北京:中国政法大学出版社,2008. 1

(警官高等职业教育系列教材)

ISBN 978-7-5620-3161-1

I. 律... II. 宣... III. ①律师制度-中国-高等学校:技术学校-教材 ②公证制度-中国-高等学校:技术学校-教材 ③仲裁制度-中国-高等学校:技术学校-教材

IV. D926 D925.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 016107 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 19.75 印张 395 千字

2008 年 2 月第 2 版 2008 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5620-3161-1/D·3121

定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zfs620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

宣善德 男,1958年生,毕业于安徽大学法律系。现任安徽警官职业学院副教授,兼职律师,安徽省人事争议仲裁委员会仲裁员,安徽金融法制研究会常务理事,合肥、滁州仲裁委员会仲裁员。曾主编、参编《合同法概论》、《涉外经济法概论》、《合同法教程》(全国司法学校统编教材)、《律师辩护与代理方略》等教材,并发表论文十多篇。

陈福龙 男,1952年生,毕业于上海华东师范大学中文系。现任安徽警官职业学院副教授,中国司法、行政文书研究会副会长兼常务副秘书长,兼职律师。曾参编《司法文书》、《新编法律文书写作》、《律师与公证》。

施海宾 男,1971年生,毕业于安徽大学法学院,获法学学士学位。现任安徽警官职业学院法律系讲师。

曹玉东 男,1971年生,毕业于安徽大学法学院,2002年参加经济法同等学力硕士班学习。现任安徽警官职业学院法律系讲师。曾参编《公证与律师制度》等教材。

编写说明

进入新世纪以来,伴随着“依法治国”方略的大力推进和高等职业教育事业的迅猛发展,我国司法警官职业教育事业也迎来了蓬勃发展的春天。作为高等教育的重要组成部分,警官类高等职业院校经过结构调整、资源重组和内涵建设,其办学层次和教育质量稳步提高,为社会输送了一大批应用型人才。在肯定成绩的同时,我们也清醒地认识到,社会对职业型、应用型人才的要求越来越高,警官类高等职业院校现有的教材体系已相对滞后,图书市场上虽然不乏有关这方面的教材,但理论性、学术性太强,缺乏针对性,不能适应高等职业教育所强调的理论知识传授以“必需、够用”为度,突出职业性和应用技能培养的要求。为了适应培养职业技能型人才的客观需要,确保因材施教,在中国政法大学出版社的大力支持下,我们组织编写了这套突出职业性和应用性的警官高等职业教育系列教材。

本套系列教材是根据教育部《关于加强高职高专教育人才培养工作的意见》和《关于全面提高高等职业教育教学质量的若干意见》的精神,组织在教学一线、具有丰富的教学实践经验和科研能力的老师共同编写。本套系列教材具有如下鲜明特点:

1. 系统性。本套教材注重对相应学科中的基本概念、基本原理和基本实务问题的分析和阐述,释义准确、论点明确、重点突出、系统科学、结构严谨、逻辑严密,便于学生有针对性地学习和掌握相关知识点,并运用基本原理解决实际问题,真正做到学以致用。

2. 实用性。本套教材通过对基本知识、基本实务问题的科学编排和准确阐述,教学素材(包括案例释疑、课后复习思考题、案例分析、实务训练题)的精心选取,实践教学环节的组织以及相关问题的展现,将知识和技能有机地融合起来,突出了职业性、应用性的要求和方法论的内容,注重对学生应用能力包括识别能力、归纳能力、解释能力、提高能力的培养和训练,真正实现从“教学生以知识”到“予学生以方法”的转化,从而使教材真正满足培养社会需求的应用型专门人才的实际需要。

3. 时代性。参加本套教材编写的作者,绝大多数都有硕士学位,具有教

2 律师、公证与仲裁制度

授、副教授高级职称,或同时具有律师、注册会计师、心理咨询师等“双师”素质,他们长期工作在高等职业院校教学和研究第一线,不仅具有较为深厚的专业理论造诣和丰富的教学经验,而且具有多年的职业实务能力。本套教材以最新立法规定和司法解释为依据,以多年的教学心得和知识积累为基础,广泛吸收理论界最新科研成果和国外的先进经验,强调理论联系实际,突出前沿性、实用性和操作性,具有现实指导意义和时代特色。

4. 针对性。本套教材的编写,在突出职业性和应用性特点、强调理论与实践紧密结合的同时,坚持“以市场需求为导向,增强学生就业竞争力为核心”的宗旨,紧密联系学生就业工作实际,兼顾学生和广大读者参加国家司法考试、公务员考试、人民警察招录考试和学历提升考试的需要。

5. 通俗性。本套教材力求用典型的案例和深入浅出的阐述,使抽象的专业术语及复杂的理论浅显易懂,易于学生掌握。针对警官高等职业教育的特殊性,本套教材在内容方面基本不涉及比较法学和学术争论等理论问题,对现行立法与司法解释中的某些不足之处亦不作评析。因此,本套教材既是警官高等职业学院和警官、司法从业人员业务培训的首选教材,又可以作为其他类型职业学校、高等专科学校、成人高等学校法学专业的实用教材,还可供广大法律爱好者自学之用。

本套十七本系列教材的编写,参考吸取了有关教材、资料的相关成果,在此表示感谢。同时,恳请广大师生和读者对教材的不足和遗漏给予批评指正,以便进一步提高教材质量和水平,更好地为警官高等职业教育事业服务。

本书撰稿人分工如下:

宣善德 第一、二、三、四、五、六、七、十一章

陈福龙 第八、九、十、十二、十三、十四章

施海宾 第十五、十六、十七、十八、十九、二十、二十一、二十二章

曹玉东 第二十三、二十四、二十五、二十六、二十七、二十八、二十九章

本书由宣善德任主编,陈福龙任副主编。全书由宣善德统稿成定稿。

警官高等职业教育系列教材编审委员会

2007年11月10日

第二版说明

本教材自出版以来,由于其体系的完整性、内容的新颖性及较强的应用性和针对性,深受读者的欢迎和好评。鉴于出版两年多来,我国律师、公证与仲裁制度的理论研究又有了一定的发展,尤其是2005年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《中华人民共和国公证法》;2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了修订后的《中华人民共和国律师法》(该法于2008年6月1日起实施)和《中华人民共和国民事诉讼法》(该法于2008年4月1日起实施)。在教材主持单位和出版社的同意和支持下,我们对本教材进行了修改。修订时,在保持原教材总体框架稳定的基础上,在内容方面作了适当的修改和充实,并根据《公证法》、修订后的《律师法》、《民事诉讼法》的内容作了最新补充,使教材的整体水平有了进一步的提高。

全稿完成后,由主编修改定稿。

编 者

2007年11月

目 录

第一编 律师制度

■第一章 律师制度概述	1
第一节 律师、律师法的概念 / 1	
第二节 律师制度的产生和发展 / 4	
■第二章 律师执业的基本原则	8
第一节 律师执业的基本原则概述 / 8	
第二节 遵守宪法和法律原则 / 9	
第三节 恪守律师职业道德和执业纪律原则 / 9	
第四节 以事实为根据以法律为准绳原则 / 10	
第五节 接受监督原则 / 10	
第六节 律师依法执业受法律保护原则 / 12	
■第三章 律师执业许可	14
第一节 律师执业许可概述 / 14	
第二节 律师资格 / 15	
第三节 律师执业 / 17	
■第四章 律师事务所	22
第一节 律师事务所概述 / 22	
第二节 律师事务所的设立、变更和终止 / 28	
■第五章 律师的权利和义务	33
第一节 律师的权利 / 33	
第二节 律师的义务 / 38	

2 目 录

■第六章 律师的管理	42
第一节 律师管理体制 / 42	
第二节 律师管理的机关和组织 / 44	
■第七章 律师职业道德和执业纪律	48
第一节 律师职业道德 / 48	
第二节 律师执业纪律 / 53	
■第八章 法律援助	61
第一节 法律援助概述 / 61	
第二节 律师法律援助 / 64	
■第九章 律师法律责任	70
第一节 律师法律责任概述 / 70	
第二节 律师刑事责任 / 72	
第三节 律师民事责任 / 75	
第四节 律师的行政责任 / 78	
■第十章 法律顾问	83
第一节 法律顾问概述 / 83	
第二节 律师担任法律顾问的业务范围 / 88	
■第十一章 民事诉讼、行政诉讼及申诉中的律师业务	93
第一节 民事诉讼中的律师业务 / 93	
第二节 行政诉讼中的律师业务 / 101	
第三节 各类申诉案件中的律师业务 / 107	
■第十二章 刑事诉讼中的律师业务	116
第一节 刑事诉讼中的律师辩护 / 116	
第二节 刑事诉讼中的律师代理 / 127	
■第十三章 非诉讼法律事务中的律师业务	136
第一节 非诉讼法律事务中的律师业务概述 / 136	
第二节 律师代理有争议的非诉讼法律事务 / 138	
第三节 律师代理无争议的非诉讼法律事务 / 144	
■第十四章 律师解答法律咨询与代书	146

第一节 律师解答法律咨询 / 146

第二节 律师代书 / 152

第二编 公证制度

■第十五章 公证制度概述 159

第一节 公证的概念、特征、法律关系 / 159

第二节 公证的任务 / 161

第三节 我国公证制度的建立和发展 / 162

■第十六章 公证的基本原则和效力 164

第一节 公证的基本原则 / 164

第二节 公证的效力 / 167

■第十七章 公证机构和公证员 170

第一节 公证机构 / 170

第二节 公证员 / 173

■第十八章 公证监督管理体制和公证法律责任 178

第一节 公证监督管理体制 / 178

第二节 公证法律责任 / 180

■第十九章 公证机构的业务范围和公证执业区域 184

第一节 公证机构的业务范围 / 184

第二节 公证执业区域 / 187

■第二十章 公证程序 190

第一节 公证的一般程序 / 190

第二节 公证期限、终止公证和拒绝公证 / 195

第三节 公证的特别程序 / 196

第四节 公证书的复查程序 / 200

第五节 公证调解和公证费用 / 202

■第二十一章 公证实务 204

第一节 合同法律行为公证 / 204

第二节	单方法律行为公证 / 211
第三节	婚姻家庭、收养、继承等身份关系、财产关系的公证 / 214
■第二十二章	涉外公证 224
第一节	涉外公证概述 / 224
第二节	涉外公证程序的特别规定 / 225

第三编 仲裁制度

■第二十三章	仲裁概述 228
第一节	仲裁的概念和特点 / 228
第二节	仲裁与诉讼、调解的关系 / 229
第三节	仲裁的种类 / 232
■第二十四章	仲裁的基本原则和基本制度 234
第一节	仲裁的基本原则 / 234
第二节	仲裁的基本制度 / 238
■第二十五章	仲裁员 242
第一节	仲裁员 / 242
第二节	仲裁机构 / 244
第三节	仲裁协会 / 248
■第二十六章	仲裁协议 251
第一节	仲裁协议的概念和种类 / 251
第二节	仲裁协议的内容和效力 / 253
■第二十七章	仲裁程序 257
第一节	申请和受理 / 257
第二节	仲裁庭的组成 / 262
第三节	仲裁审理和裁决 / 264
■第二十八章	仲裁裁决的撤销和执行 270
第一节	仲裁裁决的撤销 / 270
第二节	仲裁裁决的执行 / 273

第三节	我国涉外仲裁裁决的撤销和执行 / 277	
第四节	对国外仲裁裁决的承认和执行 / 279	
■第二十九章	涉外仲裁	282
第一节	涉外仲裁概述 / 282	
第二节	涉外仲裁机构及其仲裁规则 / 283	
第三节	涉外仲裁的仲裁协议 / 286	
第四节	涉外仲裁程序 / 288	
第五节	简易仲裁程序 / 293	
第六节	涉外仲裁中的其他问题 / 295	
■参考书目		297

第一编 律师制度

第一章 律师制度概述

第一节 律师、律师法的概念

一、律师的概念和特征

根据我国修订后的《律师法》第2条规定,律师是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。从这一概念可以看出,成为律师的前提条件是依法取得律师执业证书;律师工作的内容是为当事人提供法律服务;律师的职业属性是“执业人员”,也就是说,律师是凭藉个人的法律知识和能力从事法律业务活动的。

律师具有以下特征:

(一) 律师任职资格的特定性

世界上无论哪个国家的律师,都必须经有关机关的认可才能发给其执业证书,才能从事律师职业。也就是说必须通过本国立法所确认的考试或考核,成绩合格后发给律师执业证书,才能从事律师职业。

律师执业资格的特定性是律师的一个重要法律特征,它是确保律师的执业素质的关键所在。

(二) 律师职业的社会服务性

律师是为当事人提供法律服务的执业人员。律师的天职就是向当事人提供法律服务,通过其专业法律知识来服务于当事人。律师职业不同于官方法律职业,根据《律师法》的规定,律师是为当事人提供法律服务的执业人员。“执业人员”的界定,说明律师具有“业务性”,也就是说,律师从事的是一种业务活动,而非职务活动。而职务活动表现为一定权力之行使,是代表国家对社会的管理活动,如法官行使审判权,检察

2 律师、公证与仲裁制度

官行使检察权,这些职务活动无不包含着权力之内容。律师的业务性,表现为为当事人提供法律服务,律师提供法律服务不具有行使权力的内容。

(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有偿的,当然实施法律援助的除外。律师与当事人之间是一种智力劳务合同关系,律师提供法律服务实行有偿收费制度,律师服务有偿收费,这是律师生存和发展的需要。律师不像其他官方法律职业,是由国家财政拨款维持其正常运转,所以官方法律职业在一般情况下,不具有这种有偿性。

(四) 律师法律服务范围的广泛性

根据修订后的《律师法》第28条的规定,律师可以从事下列业务:接受自然人、法人和其他组织的委托,担任法律顾问;接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;接受刑事案件犯罪嫌疑人的委托,为其提供法律咨询,代理申诉、控告,为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审,接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;接受委托,代理各类诉讼案件的申诉;接受委托,参加调解、仲裁活动;接受委托,提供非诉讼法律服务;解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。

随着市场经济以及法制建设的发展,律师业务范围还将不断拓宽。

二、律师的任务

律师的任务是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。

根据我国《律师法》第2条第2款的规定,我国律师的任务具体体现在以下三方面:

(一) 维护当事人的合法权益

维护当事人的合法权益是我国律师的直接任务,这是由律师的职业属性所决定的。在我国,自然人、法人和其他组织依法享有广泛的权利和利益,如人身权利、民主权利、财产权利和经济利益等。律师为社会提供法律服务,其目的就是为了维护自然人、法人和其他组织的各种合法权益。当然律师维护的只是当事人的合法权益,而不能维护其非法的利益。

(二) 维护法律的正确实施

维护法律的正确实施,是律师的根本任务,也是律师执业活动的基本原则。法律

的实施包括司法、执法、守法。律师是社会主义法制的宣传者和服务者,律师通过提供法律服务,使得当事人了解法律,从而能够自觉守法;律师接受当事人的委托,担任当事人的代理人或辩护人,律师参与诉讼活动,对公检法等机关的活动具有监督和约束作用,对执法机关的公正执法、司法机关的公正裁判也具有积极的意义,总之,律师通过自己的执业活动,维护法律的正确实施。

(三) 维护社会公平和正义

公平和正义,是人类社会共同的追求,是社会主义法制的重要目标,是新时期广大人民群众强烈愿望,实现公平正义是构建社会主义和谐社会的重要任务。维护和实现公平正义不仅是政法机关的神圣职责,也是广大律师的神圣使命和根本任务,“铁肩担道义”应是律师执业不辱使命的生动诠释,律师通过自己的执业活动,积极推动和维护社会公平和正义。该项任务是修订后的《律师法》的新规定,具有较强的针对性和深远的现实意义。

律师的上述三个任务是相辅相成、密切联系的辩证统一关系。维护了当事人的合法权益,就会促进法律的正确实施,同时对社会公平和正义必将起到积极的作用。

三、律师法的概念和调整对象

(一) 律师法的概念

律师法是国家制定的,规定律师、律师事务所和律师管理机构的法律地位及其相互关系以及律师进行业务活动所必须遵守的行为规范的总称。

律师法有广义和狭义之分。狭义的律师法,是指由国家最高立法机关通过的律师法典。如1996年5月15日第八届全国人大常委会第19次会议通过的《中华人民共和国律师法》就是狭义上的律师法,这是新中国第一部律师法典。2007年10月28日修订后的《律师法》共分7章53条,内容分别为:第一章总则;第二章律师执业许可;第三章律师事务所;第四章律师的业务和权利、义务;第五章律师协会;第六章法律责任;第七章附则。

广义的律师法,是指除了律师法典以外,还包括中央国家机关制定和发布的有关律师工作的单行法规、实施细则、管理办法以及地方国家机关制定和发布的规范律师工作的法规、规章等。

(二) 律师法的调整对象

任何一部法律都有自己特定的调整对象,律师法也不例外。我国律师法的调整对象,包括以下几个方面:

1. 明确规定律师、律师执业机构、律师组织和律师管理机关的法律地位。律师法

4 律师、公证与仲裁制度

对律师的概念和性质、律师执业条件、律师的权利和义务、律师执业机构的组织形式及其设立程序、律师协会的性质和职责以及律师管理机关的职权等都作了明确规定。

2. 调整律师、律师执业机构、律师组织和律师管理机关之间的关系。如规定律师与律师事务所之间的关系；律师、律师事务所、律师协会与律师管理机关之间的关系等。

3. 调整律师与服务对象之间的关系。如规定律师接受公民、法人和其他组织的委托从事各项业务活动时与当事人之间形成的不同权利义务关系等。

4. 调整律师在业务活动中与有关国家机关或社会组织的关系。《律师法》第28条至35条规定了律师在执业中与有关国家机关或社会组织的关系，如律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助时与公安机关、国家安全机关和人民检察院之间的关系；律师在审查起诉和审判阶段为犯罪嫌疑人或被告人进行辩护时与人民检察院、人民法院之间的关系；律师在代理各类诉讼案件时与人民法院之间的关系；律师在代理行政复议、办理企业登记等法律事务时与有关行政机关之间的关系；律师在代理参加仲裁、代办公证等法律事务时与仲裁、公证机关等社会组织之间的关系等。

第二节 律师制度的产生和发展

一、外国律师制度的产生和发展

律师制度作为一种法律现象，并不是随着国家与法的出现而出现的，而是法律发展到一定阶段的产物。律师制度的产生与发展经历了一个漫长的过程。

律师制度起源于古罗马。大约在公元前5世纪奴隶制的罗马共和国时期，就有律师制度的雏形。古罗马的保护人制度被认为是世界各国律师制度的起源。

所谓“保护人”制度，是指保护人代表被保护人进行诉讼行为，即由被保护人的亲属朋友陪同被保护人出席法庭，在法庭审理时提供意见和帮助。当然能够作为保护人的只是少数地位显赫的公民。到了公元3世纪，罗马皇帝以诏令的形式确定了允许委托他人代理诉讼的行为，这样“职业律师”就正式出现了。当然它还不是现代意义上的律师制度，它只是律师制度的萌芽状态。

在欧洲中世纪封建时期，律师制度的发展受到了很大的限制。这个时期欧洲的主要国家长期处于军事割据之下，一方面在政治上是君主专制统治，另一方面是自给自足的农奴庄园经济制度，使贸易与商品的发展受到了很大限制，与封建的政治统治相适应，审判方式由罗马时期的辩论式转变为纠问式。在诉讼中，当事人诉讼权利受到各种限制，世俗法庭对被告人采用专横和野蛮的审讯方式。宗教裁判所虽然允许由僧侣担任辩护人参加诉讼，但辩护人的任务只是协助审判官说服被告人认罪。因此，中

世纪西欧封建社会时期,律师制度基本不复存在。只有个别国家,如法国和英国仍然有限地保留律师制度,但实际上也形同虚设。

近代律师制度是十七八世纪西方资产阶级民主革命的产物。当时资产阶级启蒙家和思想家如洛克、里尔本、孟德斯鸠等人,提出“天赋人权”、“主权在民”、“平等”、“自由、博爱”等新思想猛烈抨击封建社会的专制统治和野蛮的司法审判方式,为建立资本主义的政治、法律制度奠定了理论基础。17世纪中期,英国发生资产阶级革命,随着资产阶级相继掌握国家的统治权,资产阶级开始建立起律师制度。1679年英国公布了《人身保护法》,明文规定诉讼中实行辩论原则,承认被告人有权获得辩护,这是资产阶级的第一个带有律师法色彩的法律文件,近代的律师由此产生,并逐渐发展成为一种职业。资产阶级革命胜利后,早期的资本主义国家先后将律师制度写入宪法,并在诉讼法中作系统规定。1808年法国拿破仑刑事訴訟法典将辩论原则和律师制度进一步系统化、规范化。其后,德国、奥地利、日本等国也先后仿效法国建立了本国的律师制度。

资本主义国家的律师制度一经确立,便得到空前的发展,律师的业务越来越广泛,从主要在法院参加刑事、民事诉讼,发展到在社会生活各个领域,包括从对外战争到家庭纠纷。另外,还为政府、企业、社会团体和个人提供各种各样的法律服务,律师的社会地位也越来越高。

二、我国律师制度的产生和发展

(一)旧中国的律师制度

由于政治、经济等方面的历史原因,在中国数千年的奴隶和封建社会里,没有产生律师业和律师制度。清朝末年,随着帝国主义的入侵,西方资产阶级的文化思想、司法制度也传入中国,清王朝被迫仿效外国法律立法。1910年清朝完成起草的《大清刑事、民事诉讼法》规定了律师制度,它是中国历史上第一个对律师参与诉讼作出规定的法典。但这一法律草案未来得及批准颁行,就因清政府被推翻即告作废。

中华民国时期,南京临时政府开始建立律师制度,允许律师为被告人辩护。1912年,北洋政府先后制定《律师暂行章程》、《律师登录暂行章程》、《律师甄别章程》、《律师惩戒会暂行规则》等,并颁布施行。这些法规对律师资格、律师义务、律师惩戒、律师登录及甄别等内容作出了具体明确的规定,因而被公认为我国正式颁布施行的律师立法的起点和我国近代律师制度建立的标志。1941年,国民党政府公布了《律师法》,这是我国第一部正式的律师法典。

(二)新中国律师制度的建立和发展

新中国成立后,中央人民政府废除了国民党的《六法全书》,在确定解放区司法原