

律师实务

【第六版】

中华全国律师协会◎审定

徐家力 王文书 赵金一◎编著

曾经长销十余万册，经作者、编辑重新打造，内容更全面，并适应近年来中国经济发展，律师业务不断拓展的需求。本书作者是从事相关律师业务的资深律师，写作方式以律师工作程序为主线，务求实用。

律

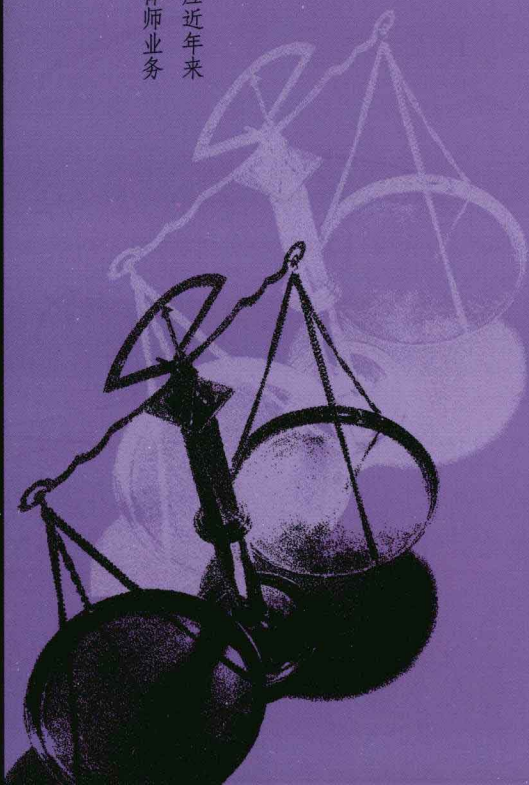
师

业

务

必

备



律师实务

【第六版】

中华全国律师协会◎审定

徐家力 王文书 赵金一◎编著

律

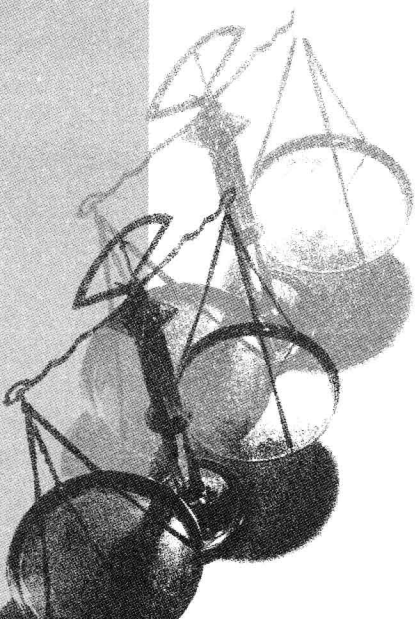
师

业

务

必

备




法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师实务 / 徐家力编著. —6 版. —北京: 法律出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4402 - 6

I. ①律… II. ①徐… III. ①律师业务—中国 IV.
①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 298107 号

©法律出版社·中国

责任编辑/韩一冰 吴剑虹

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/市场研发部
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2013 年 1 月第 6 版

印张/21.125 字数/525 千
印次/2013 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4402 - 6

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

徐家力,隆安律师事务所合伙人会议主任、一级律师,我国第一位知识产权博士后,博士生导师,国家知识产权战略专家。1983年获北京大学法学学士学位,1986年获中国政法大学硕士学位,同年进入最高人民检察院工作。1992年参与创办隆安律师事务所并任主任。2000年获中国政法大学博士学位。2000年至2001年,美国纽约大学访问学者。2003年获中国社会科学院法学博士后。2004年被评为“知识产权风云人物”。

徐家力律师主要学术兼职:国家知识产权战略专题评审专家,中国政法大学知识产权研究中心主任、博士生导师,贵州师范大学知识产权中心主任,中国社会科学院知识产权中心特聘教授,北京大学国际知识产权研究中心客座研究员,中国法学会知识产权研究会常务理事,中国科技法学会常务理事,中国法学会案例研究专业委员会常务理事,中国行为法学会法律语言研究会常务理事,北京理工大学客座教授,中国人民大学律师学院客座教授、兼职教授,北京航空航天大学法学院兼职教授,北京工商大学法学院客座教授,北京科技大学兼职教授,美国杜肯大学法学院兼职教授,北京大学、清华大学、中国社科院、中央财大、上海交大等法学院法律硕士导师,全美刑事辩护律师协会名誉会员,全国律师协会信息网络及高新技术委员会副主任,北京市律师协会商标专业委员会副主任,中国政法大学证券期货法律研究所副所长,中国管理科学研究院法律研究所兼职研究员。

徐家力律师主要社会兼职:全国知识产权紧缺人才培养工程专

业委员会委员,中国足协纪律委员会副主任兼新闻发言人,中国网球协会开发委员会副主任,中国老年法律工作者协会理事,中国政法大学校友会常务理事,中国社会科学院法学所学会副会长,东北育才学校北京校友会秘书长,北京市人大常委会立法咨询专家,北京市检察院咨询监督员,北京市东城区检察院专家咨询委员会委员,欧美同学会会员,北大光华 EMBA 营销俱乐部顾问,金鹏期货法律事务中心副主任,北京九州世初知识产权鉴定中心专家,中共中央办公厅一局法律顾问,辽宁省经贸法律咨询顾问,贵州省人民政府法律顾问,深圳市 WTO 中心法律专家,北京律协行业发展委员会委员,北京律协实习律师培训团成员,北京朝阳律协顾问,深圳市普法高级讲师团成员。

徐家力律师是中国最著名的律师之一,研究成果有:《知识产权律师实务》(人民法院出版社)、《知识产权在网络及电子商务中的保护》(人民法院出版社)等。在《中国法学》、《中国律师》等杂志发表法律专业文章近百篇。

徐家力律师执业以来办理过数百起案件,其中最著名的有:东芝笔记本电脑案、山西假酒案、慕马大案、茅台酒商标纠纷案、长城葡萄酒商标纠纷案、郑成思等诉书生公司案、菲利普公司 DVD 专利无效案等。

所获荣誉:

1. 1996 年,北京市司法局授予“北京首届十佳律师”荣誉称号;
2. 2000 年,北京市司法局授予“人民满意的好律师”荣誉称号;
3. 2002 年,中国慈善总会授予“中国儿童慈善大使”荣誉称号;
4. 2004 年,中国儿童少年基金会授予“中国儿童慈善家”荣誉称号;
5. 2006 年,中国儿童少年基金会授予“功协理事”荣誉称号;
6. 2008 年,中华人民共和国司法部授予“二等功臣”荣誉称号;
7. 2008 年,北京奥运会、残奥会“个人贡献奖”;
8. 2009 年,北京市司法局授予“杰出律师奖”;
9. 2010 年,ALB(亚洲法律杂志)“年度最佳管理合伙人大奖”;
10. 2011 年,获得全国律协授予的“全国优秀律师”称号。

作者简介

王文书,现为北京市明宪律师事务所主任,创始合伙人。明宪普法网(www.pufa.tv)的主要设立人之一。

王文书毕业于中国人民大学法学院,获法律硕士学位,毕业后即进入北京市隆安律师事务所从事律师业务,参与了所内多起重大法律案件的办理,直至设立北京市明宪律师事务所。

王文书律师的专业领域是:企业并购与投资、房产建筑工程、企业法律风险防范和重大疑难案件诉讼。

王文书律师曾办理过股权收购北京某房地产有限公司案,北京某中医院国有产权转让案、股权并购北京某一级资质建筑工程公司案等多起企业并购案件;曾代理过数起建筑工程合同纠纷案件的诉讼和仲裁,办理过在建工程转让的法律事务,并担任建筑工程公司的常年法律顾问,熟悉建筑行业;曾从事首都国际机场股份有限公司、中国伽利略卫星导航有限公司等著名公司的常年法律顾问事务。

王文书律师曾接受《法制日报》、《证券日报》、《财经时报》、《新京报》等报社记者采访,就所代理案件和社会热点问题发表法律意见。

作者简介

赵金一,现为北京市隆安律师事务所律师。1992年毕业于山东大学,获理学学士学位,2003年毕业于中国社会科学院研究生院,取得法学硕士学位。

赵金一律师先后在国家事业单位和高科技企业从事法律相关工作十多年。对劳动法、合同法、知识产权法及公司法等有精深的理解和丰富的实践运用经验,业务领域主要涉及著作权法律事务、商标法律事务、专利法律事务、公司法律事务、劳动法律事务、刑事法律事务等,为企业的生产经营、战略发展保驾护航。2005年代理2012年诺贝尔文学奖得主中国知名作家莫言作品《丰乳肥臀》网络维权案件,该案件被法院知识产权庭列为典型案例,被《京华时报》、《新京报》、《法制晚报》、《中国教育报》、《法制日报》、《中国知识产权》、《中华读书报》、《中国图书商报》、《法制早报》、《参考消息》等多家媒体追踪报道。在此基础上,帮助企业建立“在线反盗版联盟”,该模式在数字出版行业进行培训并推广。该联盟成为行业内长效、专业的维权行动组织,实现了经济效益和社会效益的“双赢”。

第六版修订说明

本版是《律师实务》首次出版以来的第五次修订。自 2011 年 7 月第四次修订以来,《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》先后进行了修改和颁布。《律师实务》第六版根据这两部重要程序法的修订,对律师执业中有影响的内容重点做了修改。新《中华人民共和国民事诉讼法》于 2012 年 8 月 31 日颁布,2013 年 1 月 1 日施行。回顾民诉法的立法进程:1991 年 4 月,全国人大通过民诉法,这是在 1982 年民诉法(试行)的基础上补充修改而成的。民诉法实施 16 年后于 2007 年首次进行修改,但修改内容不多。主要修改的是执行程序 and 再审程序,强化当事人的诉权,调整法院的审判权。2011 年 10 月 24 日修正案草案一审,提请审议的民诉法修正案草案共有 50 多个条文的修改。新规定包括增加公益诉讼制度;机关、社会团体可提起公益诉讼;5000 元以下民事案一审终审等。2012 年 4 月 24 日修正案草案二次审议,二次审议稿规定:万元以下民事案件一审终审;小额诉讼标的额由 5000 元增至 1 万元;公益诉讼主题明确,法律规定的机关和有关社会团体可以向法院提起诉讼等。2012 年 8 月 31 日修正案草案三次审议并通过民诉法修改,主要内容包括七个方面:完善调解与诉讼相衔接的机制;进一步保障当事人的诉讼权利;完善当事人举证制度;完善简易程序;强化

法律监督;完善审判监督程序;完善执行程序。但是调查取证难依然困扰律师执业,“代理诉讼的律师有权调查收集证据”,缺乏操作层面的保障,实务中律师取证依旧遭到拒绝。扰乱法律服务市场的公民代理问题没有得到限制。在司法实践中,“公民代理人”已成了非律师参与诉讼、仲裁活动并牟取经济利益的“合法身份”。他们广泛参与民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼,劳动争议仲裁、民商事仲裁、专利、商标等各类诉讼与非诉讼法律事务,甚至以“咨询公司”、“顾问公司”等名义来规避《律师法》对成立法律服务机构的规范管理,他们无须参加司法考试、无须交纳律师年费及管理费、无须接受监督管理、无须纳税。他们收取“代理费用”及各项名目的费用,低成本无序抢占法律服务市场,牟取经济利益,这种行为扰乱了法律服务市场和法律服务秩序,败坏了法律服务风气。

新《中华人民共和国刑事诉讼法》已于2012年3月17日颁布,自2013年1月1日起施行。这次刑事诉讼法修改,是1996年修订刑事诉讼法实施以来的首次修改,且是一次“大修”,修改条文逾百条,在证据制度、辩护制度、强制措施、侦查措施、审判程序、执行程序等方面都有重要完善。“尊重和保障人权”写入总则,刑诉法修改是中国法治文明的一次重大进步,是中国进一步尊重和保障人权的重要体现。律师执业中面临着会见难、阅卷难等难题,影响了律师行使辩护权,难以维护犯罪嫌疑人的正当权益。2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》对辩护权的修改成为一大亮点。此次刑事诉讼法修改,控辩力量对比在局部上有一定的改善。但控辩不平衡问题依然存在,如何更好地实现控辩平衡,仍然是不断追求的目标。

时光荏苒,日月如梭,在本书第五次修改后一年多的时间里,我国的法律制度发生着日新月异的变化,对于律师这个奋战在法律一线的群体,既是幸运又充满挑战,幸运的是能亲身感受中国法治文明的进程,同时新的形势也要求我们不断更新知识、勇于创新工作思路

和方法,不辜负律师职业的神圣使命。由于时间、水平有限,本版难免有疏漏和不足之处,希望广大读者、同行和各界朋友提出宝贵意见和建议。

编 者

2012 年 10 月 24 日

第五版修订说明

本版是《律师实务》首次出版以来的第四次修订。2009年3月的第四版至2011年6月第五版期间,为落实修订后的《律师法》,司法部先后修订和修改了一系列规章,同时也是司法行政部门对律师加强管理的两年,强调律师是中国特色社会主义法律工作者的定位,要求律师“始终坚持社会法治理念,始终坚持依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导”;时刻牢记“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”。在新形势下,我们重点对本书的律师与律师制度章节进行了修改,对律师权益、执业风险和业务拓展等内容进行了充实,强调律师应以法为业、以德为本。在各个业务章节中,删除了一些过时的内容,同时增加了一些实务操作的技巧,以期更具可操作性。对著作权律师事务、商标律师事务、专利律师事务以及IT与电子商务律师实务进行了相应的修改,以期更符合目前业务发展的新情况。

在本次修订中,除本所的赵金一律师、张伟律师等律师参与工作外,中国政法大学知识产权研究中心的王立梅博士、中国社会科学院知识产权中心的李文娟硕士和中国政法大学民商法学院贾晶晶硕士都对本次修订付出了劳动。

在本次修订过程中,法律出版社吴剑虹主任提供了全面、具体的

修订意见和建议,在此表示诚挚的感谢。

由于修订工作是大家在业余挤时间完成的,有疏漏和不足之处,恳请广大读者建言献策。

编 者

2011 年 7 月 20 日

第四版修订说明

本版是《律师实务》首次出版以来的第三次修订。自 2007 年 5 月的第三版至 2009 年 2 月的第四版期间,我国出现多次重大立法活动,如《律师法》和《律师事务所管理办法》的修订,为新形势下的律师行业发展铺平了道路,同时也对律师执业活动进一步进行了规范;《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》的施行是对劳资关系的重大调整和劳动争议解决渠道的进一步扩大,彰显政府建立和谐社会的决心;有“经济宪法”之称的《反垄断法》经过 20 年的立法波折,终于通过并实行。这些立法,均对律师执业实务产生重大影响,在本次修订中,以上内容均予以体现。

本书的此次改版,正值改革开放 30 周年。市场经济就是法治经济,法治经济的建立和发展离不开律师的执业活动,通过律师的具体执业活动,书本上的法条变成现实中的法治,法律才能发挥作用。本书展现了律师执业活动的广阔领域和实务指南,值得广大热爱法律事业的人参阅。

在本次修订过程中,法律出版社吴剑虹、邹隐女士提出了不少好的建议,更为编辑、审校本书付出了辛苦劳动,在此表示诚挚的感谢。

编 者

2009 年 2 月 5 日

第三版说明

本版是《律师实务》首次出版以来的第二次修订。这次修订在保持原书主要内容、删除并替换部分失效的内容的同时,主要增加了关于中国律师的现状、律师事务所的管理和公司并购中的律师业务等内容。其中,关于中国律师的现状、律师事务所的管理的内容主要参考了徐家力律师的演讲整理文稿和已发表文章,关于公司并购中的律师业务的内容主要参考了王文书律师的已发表文章。这些新增加的内容,有助于读者对当今的律师职业产生更全面、更深刻的理解。

本书有力地表明了律师在参与社会经济生活各个方面的广度和深度;本书的一再重印和改版,不仅说明了本书成功地满足了读者的需要,更重要地说明了中国法治的发展之迅速。也许我们现在意识不到,但三十年后,当我们回顾历史时,就会发现现今正是中国法治建设进程中的关键时刻,而律师,通过执业活动、通过出版书籍、通过普法,在中国法治化进程中发挥了至关重要的作用。

本次改版得以顺利完成,除了本书改编人员的辛苦工作外,法律出版社吴剑虹女士的热情支持起了重要的作用,在此谨表示感谢。

编者
2007年5月

修 订 说 明

《律师实务》是2002年由北京隆安律师事务所徐家力主任律师组织编写的,由中华全国律师协会审定并推荐出版。本书对各项律师业务的操作要领、基本程序和应注意的问题,进行了详细的阐述,对新兴业务领域进行了介绍,对于提高广大专业律师的基本操作技能,具有较高的参考价值。

作为执业律师经验的总结,《律师实务》于2002年出版之后,受到大量专业律师和读者的好评,曾多次重印仍一度出现脱销,在律师业界产生了较大影响。然而,本书初版至今已有三年,国家立法机关出台了許多新的法规,也废止了许多旧的法规,律师业务必须与时俱进、吐故纳新。基于此,我们根据最新法规对原版进行了较大的修改。

修改版对原版有较大修改的章节有法律援助制度、证券律师实务、期货律师实务、反倾销律师实务、电子商务律师实务,等等。新增的内容有港澳律师事务所驻内地代表机构管理制度、外国律师事务所驻华代表机构管理制度和保险律师实务等。对于其余的章节,根据最新法规,我们作了文字上的相应修改,使本书更全面、更具体,更能适应新形势的需要。

本书在修订过程中,法律出版社吴剑虹女士提出了不少好的建议,更为编辑、审校本书付出了辛勤劳动,在此表示诚挚的感谢。

最后,恳请法学界、律师界同仁与广大读者批评指正。

编 者

2005年3月15日

序

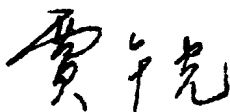
律师制度是我国民主法制建设的重要组成部分,随着依法治国,建设社会主义法治国家基本方略的确立,律师日益成为推动社会民主法制发展的重要力量。自1979年恢复律师制度以来,我国律师事业取得了长足的发展,律师执业活动深入到国家政治、经济和社会生活的各个环节,深入到人民群众日常生活的各个方面。经过20年的不懈努力,中国律师以其迅猛的发展速度、骄人的业绩和崭新的风貌,出现在中国社会的舞台上,并因其广泛的社会影响而备受关注。

随着我国社会主义市场经济的发展,随着我国加入世界贸易组织,社会对法律服务业提出了更高的要求,律师事务所的规模化和全球化日趋明显,专业分工越来越细。在许多大型国际化律师事务所内部都有非常专业化的业务部门,拥有一大批精通金融、证券、知识产权等专业型律师。那种“万金油”型的律师越来越不能适应形势发展的需要,不能适应日益激烈的市场竞争。这就要求我们的律师由“通才”成长为“专才”,由办案型律师向知识型律师、学者型律师转化。提高律师队伍素质,已经成为律师事业和律师个人发展的内在需求。这种提高,既包括了专业知识的更新和深入研究,也包括了律师业务活动的科学化和规范化。开展理论研讨、学术写作、经验总结与交流,都是提高律师专业知识和业务能力的重要途径。徐家力律师组织编写《律师实务》一书,该书从律师实务的基本理论开始,对各项律师业务的操作要领、基本程序和应注意的问题,进行了详细的阐述,对知识产权、公司、金融、期货、海事海商、WTO及电子商务

等新兴业务领域进行了介绍,内容丰富,具有较高的参考价值。

海阔凭鱼跃,天高任鸟飞。新的世纪,新的形势,为律师的发展提供了更加广阔的天地。我衷心地希望和祝愿广大律师在激烈的竞争中激流勇进,成为各项业务活动的专家,同时不断地总结经验,著书立说,成为业务研究领域的学者。唯有如此,我们的律师业才会有更加光辉灿烂的明天。

司法部律师公证
工作指导司司长



2002年4月11日