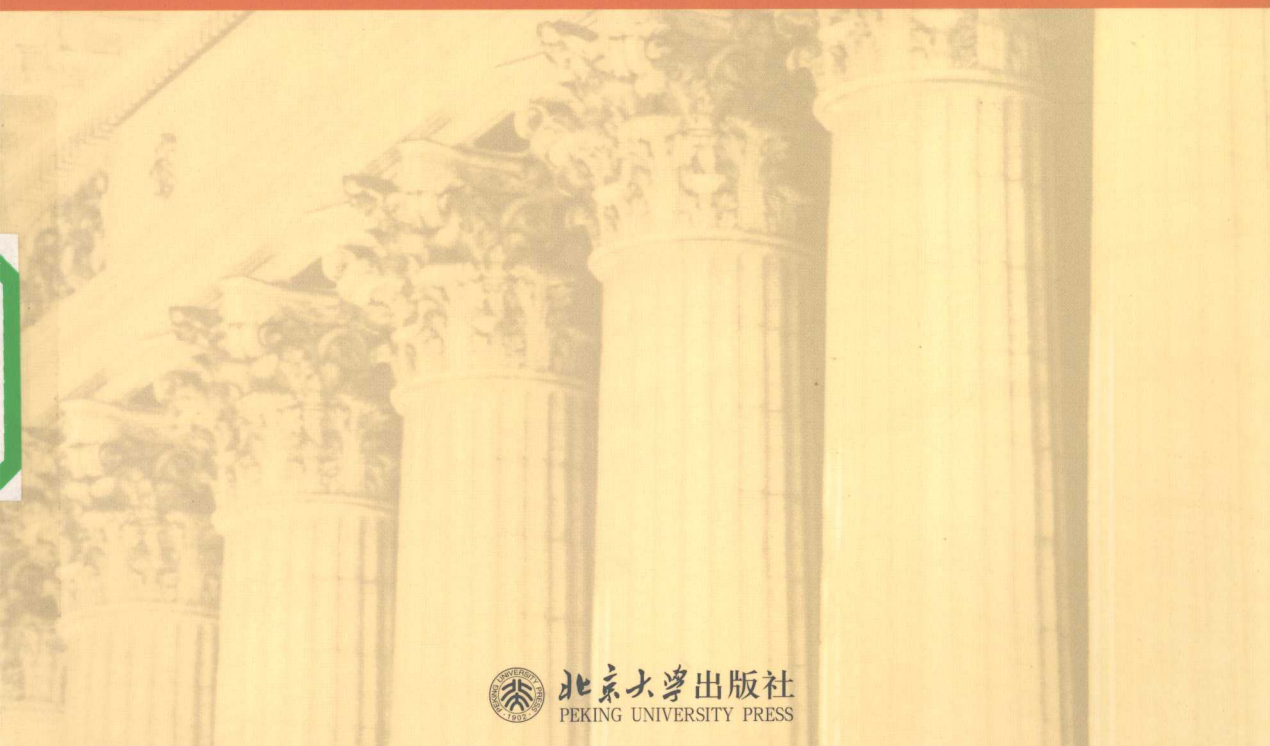




高等学校法学系列教材

律师与公证制度教程

王俊民 〇主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

律师与公证制度教程

LAW ▶

主 编 王俊民
副主编 周雪祥 孙剑明 许建丽



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

律师与公证制度教程/王俊民主编. —北京:北京大学出版社, 2009. 1

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14880 - 8

I. 律… II. 王… III. ①律师制度 - 中国 - 高等学校 - 教材 ②公证制度 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 001194 号

书 名: 律师与公证制度教程

著作责任者: 王俊民 主编

责任编辑: 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14880 - 8/D · 2235

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 25.5 印张 486 千字

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 言

律师制度与公证制度是从事法律职业必须学习的课程,该学科综合性、实践性强,涉及面广,不仅与刑法、民法等有联系,还与刑事诉讼法、民事诉讼法、证据法有联系。华东政法大学刑事诉讼法教研室多年从事律师法学、公证法学教学和实务工作的教师共同撰写了本书,华东政法大学部分 2006 级、2007 级诉讼法硕士研究生参加了本书的编写。

本书根据现行《律师法》、《公证法》等有关法律规定,在吸收借鉴国内外相关理论研究成果的基础上,系统阐述律师和公证基本制度和基本理论,突出律师、公证制度实务特点和要求,力求基本制度阐述和实务操作融为一体。本书在编写过程中得到北京大学出版社的大力支持,在此表示由衷感谢。

由于本书编写时间紧迫,再加之撰编者学识有限,不足之处在所难免,欢迎读者批评指正。

本书由王俊民教授主编,各章撰稿人为(按章节先后为序):

王俊民(第一章、第十五章、第十六章、第三十四章);孙启亮(第二章);孙剑明(第三章);邓晓霞(第四章);卜磊(第五章、第三十二章);章烽(第六章、第二十九章、第三十五章);沈雯(第七章、第十七章);王戡(第八章);姜兰兰(第九章);尹华蓉(第十章、第十一章);杨可中(第十二章、第二十章);周雪祥(第十三章、第三十章);夏莲翠(第十四章);许建丽(第十八章、第三十三章);刘红(第十九章);叶青(第二十一章);李江婧(第二十二章);李晓冉(第二十三章);尹琪(第二十四章);肖丽(第二十五章);周绪峰(第二十六章);桂祥(第二十七章);张永斌(第二十八章);陈晨雨(第三十一章)。

王俊民

2008 年 10 月 6 日于世茂湖滨

目 录

Contents

上篇 律师制度原理与实务

第一章 律师概述 /3

第一节 律师的概念和特点 /3

第二节 法律服务的概念和特点 /8

第三节 律师的性质 /11

第二章 律师制度概述 /16

第一节 律师制度的概念 /16

第二节 世界各国及地区律师制度沿革 /16

第三节 我国律师制度的建立与发展 /20

第四节 《律师法》的修改及颁布 /24

第三章 律师的任务与业务 /31

第一节 律师的任务 /31

第二节 律师的业务 /33

第三节 律师业务收费 /37

第四章 律师执业许可 /42

第一节 律师资格 /42

第二节 律师执业 /50

第三节 我国律师的分类 /58

第四节 律师专业技术职务 /63

第五章 律师执业机构 /67

第一节 律师执业机构概述 /67

第二节 律师事务所的形式 /68

第三节	律师事务所的权利和义务	/69
第四节	律师事务所的设立与终止	/73
第五节	律师事务所的管理	/75
第六节	各国及地区律师执业机构比较	/78
第六章	律师管理体制	/89
第一节	律师管理体制概述	/89
第二节	司法行政机关对律师的管理	/92
第三节	律师协会行业管理	/94
第四节	律师业管理体制及机制改革	/95
第七章	律师执业基本原则	/97
第一节	概述	/97
第二节	遵守宪法和法律原则	/97
第三节	以事实为根据,以法律为准绳原则	/99
第四节	维护委托人合法权益原则	/100
第五节	依法执业受法律保护原则	/101
第六节	接受国家、社会和当事人监督原则	/102
第八章	律师执业权利与义务	/104
第一节	律师执业权利	/104
第二节	律师执业义务	/109
第九章	律师职业道德	/114
第一节	律师职业道德概述	/114
第二节	律师职业道德的内容	/116
第十章	律师执业纪律	/119
第一节	律师执业纪律概述	/119
第二节	律师执业纪律的内容	/120
第十一章	律师的法律责任	/128
第一节	律师惩戒	/128
第二节	律师行政法律责任	/131
第三节	律师民事法律责任	/133
第四节	律师刑事法律责任	/135
第十二章	刑事诉讼中的律师辩护	/137
第一节	刑事辩护概述	/137
第二节	律师辩护的工作程序及方法	/141

第十三章 民事诉讼中的律师代理	/147
第一节 律师民事诉讼代理概述	/147
第二节 民事诉讼代理律师的职责和权限	/149
第三节 民事诉讼代理律师的工作方法和步骤	/151
第四节 二审、再审案件的律师代理	/156
第五节 涉外民事诉讼律师代理	/159
第十四章 刑事诉讼中的律师代理	/162
第一节 公诉案件中的律师代理	/162
第二节 自诉案件中的律师代理	/164
第三节 附带民事诉讼中的律师代理	/166
第十五章 行政诉讼中的律师代理	/168
第一节 行政诉讼律师代理概述	/168
第二节 行政诉讼律师代理的工作方法和步骤	/173
第十六章 法律顾问	/180
第一节 法律顾问概述	/180
第二节 法律顾问职能与工作范围	/184
第十七章 律师非诉讼法律事务	/190
第一节 律师非诉讼法律事务概述	/190
第二节 律师参与调解	/192
第三节 律师参与仲裁	/194
第四节 其他非诉讼法律事务	/201
第十八章 我国律师的法律援助制度	/207
第一节 律师法律援助概述	/207
第二节 我国律师法律援助的内容	/210
第十九章 西方律师制度与我国港澳台地区律师制度	/214
第一节 西方国家律师制度的产生和发展	/214
第二节 英美法系律师制度:以英国和美国为例	/217
第三节 大陆法系律师制度:以法国和德国为例	/222
第四节 我国香港地区、澳门地区和台湾地区的律师制度	/226

下篇 公证制度原理与实务

第二十章 公证制度概述	/243
第一节 公证制度的概念和特征	/243

第二节	西方国家公证制度的历史发展	/244
第三节	我国公证制度的建立与发展	/245
第四节	公证机构的任务	/251
第二十一章	公证基本原则	/253
第一节	概述	/253
第二节	真实与合法原则	/254
第三节	客观公正原则	/255
第四节	依法独立公证原则	/255
第五节	公证员亲自办证原则	/256
第六节	回避原则	/257
第七节	保密原则	/257
第八节	便民原则	/258
第九节	使用本国和民族语言文字原则	/259
第二十二章	公证机构的组织机构和管理体制	/260
第一节	公证机构的组织机构及其人员组成	/260
第二节	公证员的任职条件和岗位职责	/261
第三节	公证机构的管理体制	/263
第四节	公证协会	/265
第二十三章	公证员的职业道德与法律责任	/268
第一节	公证员的职业道德	/268
第二节	公证员的权利与义务	/269
第三节	公证员的法律责任	/271
第二十四章	公证的执业区域及办理程序	/274
第一节	公证执业区域概述	/274
第二节	办理公证的程序	/276
第三节	公证争议处理程序	/282
第二十五章	公证文书档案和公证费用	/284
第一节	公证文书档案	/284
第二节	公证费用	/288
第二十六章	公证的效力	/293
第一节	一般公证书的证明效力	/293
第二节	债权文书公证书的效力	/294
第三节	法定公证事项公证书的效力	/296

第二十七章	公证业务及公证书制作 /299
第一节	公证机构的业务范围 /299
第二节	公证书的制作 /301
第二十八章	普通公证事项的办理程序 /303
第一节	公证申请与公证受理 /303
第二节	公证审查 /306
第三节	出证 /309
第四节	公证期限 /312
第五节	不予办理公证与终止公证 /313
第二十九章	一般民事法律行为事项公证 /317
第一节	继承公证 /317
第二节	遗嘱公证 /322
第三节	委托公证 /325
第四节	声明书公证 /327
第五节	收养关系公证 /327
第六节	财产分割协议公证 /332
第七节	婚前财产约定协议公证 /333
第三十章	常见的几种其他民事公证 /335
第一节	有奖活动公证 /335
第二节	文书签名、印鉴及文书文本相符公证 /336
第三节	关于身份关系的公证 /336
第四节	有关经历与学历的公证 /339
第五节	保全证据公证 /340
第六节	提存公证 /341
第七节	办理抵押登记业务 /341
第三十一章	具有法律意义的事实公证 /343
第一节	具有法律意义事实公证概述 /343
第二节	出生、生存、死亡公证 /344
第三节	意外事件公证 /345
第四节	不可抗力事件公证 /346
第五节	婚姻状况公证 /346
第六节	亲属关系公证 /348
第七节	其他没有争议事实公证 /349

第三十二章	具有法律意义的文书公证	/351
第一节	具有法律意义文书公证概述	/351
第二节	法人资格和资信公证	/351
第三节	专利公证	/353
第四节	商标公证	/355
第五节	职务、职称证书公证	/356
第六节	文书文本相符公证	/357
第七节	文书签名、印鉴公证	/358
第八节	债权文书公证	/359
第三十三章	经济合同公证	/363
第一节	经济合同公证概述	/363
第二节	买卖合同公证	/365
第三节	抵押贷款合同公证	/367
第四节	房产转让合同公证	/369
第五节	土地使用权出让、转让合同公证	/370
第六节	承包经营合同公证	/373
第七节	技术合同公证	/375
第八节	劳动合同公证	/376
第三十四章	特别事项的公证	/379
第一节	现场监督类公证	/379
第二节	遗嘱公证	/381
第三节	出具执行证书	/382
第四节	公证调解	/384
第五节	公证复查	/385
第三十五章	涉外及涉港澳台公证	/389
第一节	涉外公证概述	/389
第二节	涉外公证的法律适用	/390
第三节	涉外公证文书的认证	/391
第四节	涉港澳台公证	/393

主要参考书目	/397
---------------	-------------

上篇

律师制度原理与实务

第一章 律师概述

第一节 律师的概念和特点

一、律师的概念

顾名思义,“律”是指法令、法则或规范,统称法律;“师”是指具有专门知识、专门技能的人。“律师”可以理解为“法律之师”。一般而言,律师是指那些熟知法律、善于解说法律,为当事人提供法律帮助的专业人员。

美国《国际大百科全书》对“律师”一词的阐释是:“律师或称法律辩护人,是受过法律专业训练的人,他在法律上有权为当事人于法院内外,提出意见或代表当事人之利益行事。”律师既是当事人的代理人,又是法制工作者,还是对法律的顺利实施和司法的质量负有特殊责任的公民。美国的律师按照工作内容的不同,又分为自己开办法律事务所的“挂牌律师”、政府机关雇佣的律师、大企业公司聘用的律师等。^①

英国的律师有“巴律师”(barrister)和“沙律师”(solicitor)之分。“巴律师”又称“辩护律师”、“出庭律师”或“大律师”。“巴律师”的任务主要是出庭辩护,他们有权在各类法庭包括基层法院、高级法院、贵族法院、王室法院出庭。有时也就“沙律师”提出的法律问题发表意见。执业十年以上的,经本人申请并经大法官推荐,可由英王授予“皇家律师”称号。“沙律师”又称“事务律师”、“撰状律师”、“初级律师”、“小律师”。“沙律师”通常只从事向当事人解释有关法律问题、提供诉讼等方面的指导,有时也代理案件,但仅限于在治安法院、郡法院等初级法院和上诉法院。^②

在我国,“律师”称谓出现在清朝末年,《大清刑事民事诉讼法(草案)》中出现了律师一词。尽管这一诉讼法并未生效实施,但旧中国的律师制度仍然沿用了“律师”这一名称。

新中国成立后,新的律师制度将从事法律服务的专业人员统称为“律师”。1980年《中华人民共和国律师暂行条例》规定,律师是国家的法律工作者。当时,这一规定对于解除广大律师的后顾之忧、提高律师地位、保证律师开展业务起到了积极作用。但随着社会的变迁以及律师制度本身的发展,尤其是合作制

^① 参见田文昌主编:《律师制度》,中国政法大学出版社2007年版,第1页。

^② 参见陈保权等:《中外律师制度比较研究》,法律出版社1995年版,第17页。

与合伙制律师事务所的出现,国家法律工作者的表述很难适用于全体律师,而且还带来了很多弊端。于是,1996年的《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)就将律师定义为依法取得律师执业证书、为社会提供法律服务的执业人员。律师不再是国家工作人员,而是社会法律工作者。2007年的《律师法》第2条明确规定:“本法所称律师,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。”最新的律师概念突出强调了律师提供法律服务的意义,强调律师与委托人之间的关系,回归了律师职业的定位。据此,我国现行律师制度中的律师定义是:经国家考核授予资格并准予执业的,接受当事人的委托或者经人民法院指定,参与诉讼、非诉讼及其他法律事务活动,为当事人提供法律服务的专业人员。这个概念包括以下三层含义:(1) 律师是经国家考核授予资格并发给律师执业证书、准予执业的法律专业人员;(2) 律师接受公民、法人或其他组织的委托及人民法院的指定,参与诉讼或非诉讼法律事务;(3) 律师的工作方式是向当事人提供法律服务,职责是维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会公平正义。

二、律师的特征

根据我国《律师法》及有关法规,律师具有以下特征:

1. 社会性

律师是一种社会性职业,面向社会提供开放的、全方位的法律服务。律师通过为当事人(自然人、法人或其他组织)提供法律服务,在帮助当事人正确行使法律权利、保护其合法权益的同时,有助于在全社会树立权利观念、法制观念。

2. 专业性

律师通常受过法律专业训练,具有法律专业知识。我国《律师法》第5条规定,申请律师执业,应当通过国家统一司法考试。取得律师执业证书,首先要经过统一司法考试,取得律师资格,然后在律师事务所实习一年以上,报主管部门审核,发给律师执业证书。律师执业证书每年要进行年检,未通过年检的,不能继续执业。是否取得律师执业证书,是区分律师与非律师最简单的方法。

3. 受托性

律师作为法律专业人员,其业务来自当事人的委托,而不是像法官、检察官那样是基于权力。没有当事人的委托,律师的法律服务无从谈起;律师没有当事人委托的业务活动,也就不能行使法律规定的律师执业权利。

4. 服务性与有偿性

律师的天职是为社会提供法律服务,这种服务一般来说是有偿的。世界上绝大多数国家的律师都不是国家公职人员,不享有国家赋予的公共权力,因此只

能依靠自己的专业知识和法律技能,为当事人提供法律服务,由此获得报酬。^①

5. 独立性

律师在执业时具有独立的地位,不受任何机构和个人的非法干涉。主要体现在:律师独立于司法行政管理机关,对个案法律问题不受其管理;律师独立于司法机关,不受法院、检察院的影响;律师独立于当事人,自主地应用其法律知识和经验,为当事人提供准确、合法的法律意见或者法律服务,最大限度地维护当事人的合法权益。

6. 自律性

律师职业管理具有自律性,主要是通过组成律师协会实行自治。

三、律师概念表述比较

对律师概念存在不同的解读。通过分析和比较,可以使我們更好地把握律师的概念。

(一) 协助说

这类定义方法是从律师与当事人的关系入手进行分析,突出律师工作的协助性。一种观点认为:“律师是受当事人的委托或法院的指定,协助当事人进行诉讼或处理其他法律事务的专业人员。例如受委托或被指定为辩护人,或受委托为诉讼代理人、法律顾问等”。这个定义阐明了以下几点:律师职业活动具有专业性、法律性和协助性;律师工作领域是诉讼和其他法律事务;律师工作的前提是受委托或指定;律师直接面对的对象主要是当事人和法院。另一种观点主张:“律师是指受国家机关、企业、团体或个人的委托,或者法院的指定,协助处理法律事务或代理当事人进行诉讼的法律专业人员”。这种说法与上一定义相比,特殊之处在于对当事人的概念进行了解释,表明了当事人范围的广泛性。

(二) 服务说

这类定义强调了律师工作与政府管理工作的不同,即律师工作者为社会提供服务。与“协助”相比,“服务”一词更加强调律师以当事人利益为中心的特点。(1)有学者指出:“律师是专门的法律工作者,以熟悉法律为专长,以提供法律服务为职责”。这个概念明确了律师的专业性和法律服务的基本职能。(2)另有学者认为:“律师是依法取得律师执业证书,向社会提供法律服务、维护其当事人合法权益的法律工作者”。这个概念对律师的工作资格、工作方式、工作目的都作了阐述。(3)美国《国际大百科全书》对律师一词的阐释是:“律师或称法律辩护人,是受过法律专业训练的人,他在法律上有权为当事人于法院内外,提出意见或代表当事人之利益行事。”这一说法特殊之处在于阐明了律师

^① 参见邓建民主编:《律师法学与公证法学》,四川大学出版社2004年版,第5页。

工作的两个方面:咨询和代表。(4) 还有学者针对我国的情况认为:“中华人民共和国律师,是取得律师资格,持有律师工作执照,为社会提供法律服务的专业人员。”这个定义强调了律师工作的前提:既要有资格,又要有执照。

(三) 有偿说

这类定义方法比较全面地看待律师,其特征在于强调律师服务的有偿性,实际上将律师的范围限定为私人律师。(1) “律师是脑力劳动者”,“律师是不同于公安、检察、审判人员的法律工作者”,“我国律师是向社会提供有偿法律服务的法律工作者”。这一说法突出了律师服务范围是社会,包括各类人和各种领域。与国家法律工作者不同,其服务的方式是有偿服务,并非免费的纯公益性服务。(2) “律师,是依照法定条件和程序取得资格,并在法定范围内对公民、法人、国家机关提供有偿法律服务的专业人员”。这一定义强调了律师资格的重要性。(3) 律师概念的法律含义包括四性:律师取得资格和业务范围的法定性、工作内容的非公务性、活动方式的民间性、工作目的的正义性。

(四) 自由职业说

这类定义强调律师执业的特点:自由和独立。根据德国《律师法》,律师是独立的司法人员。律师是自由执业者。律师的活动不具有经营的性质。律师是法律事务中独立的、职业的顾问和代理人。法国《关于改革司法职业和法律职业之第 71-1130 号法律》第 7 条亦规定:“律师职业属于自由独立职业。”

(五) 三种属性说

这种观点认为,律师的概念应包括三种属性:社会属性、专业属性和自身属性。就其社会属性而言,我国律师属于社会主义法律工作者,具有坚定的政治方向,与资本主义的律师相区别;就其专业属性而言,律师是为当事人提供法律服务的专业人员,与从事侦查、起诉和审判工作的专业人员不同;就其自身属性而言,律师是经过国家统一考试,被授予资格并取得律师执业证书的人员,与从事法律服务的其他专业人员不同。综合概括可以将我国律师界定为:律师是经过国家统一考试批准授予资格并取得律师执业证书,为当事人提供法律服务的专业人员。

四、律师概念的形式定义与实质定义

一个较为完善的学术性的律师定义应体现以下技术特征:第一,形式和内容的统一。律师定义应既反映律师的外部表现形式,又反映律师的本质特征。第二,确定性和开放性的统一。律师定义应既反映所有律师都具有的基本特征,又能包容在不断发展的现代社会中律师职业所具有的新的属性。这突出地表现在,律师的定义应包含公职律师和公司律师这两种律师类型。第三,它不考虑律师工作的技术性特点等非基本特征,如律师工作的范围、对象、具体方式等。第

四,它不考虑律师的社会功能以及价值评价问题,“律师是什么”是一回事,“律师的社会功能”以及“律师的好坏”又是另一回事。第五,从逻辑要求讲,定义应尽可能简短,以免使得定义本身不仅不能作为研究律师职业入门的向导,反而本末倒置,成为人们认识和研究律师职业的障碍。当然,要达到上述五项要求需要我们的精心设计。

依据逻辑学关于定义的基本技术规定,定义可分为形式定义和实质定义。形式定义着眼于将事物与其他事物从外部的表面形式特征上区别开来,确定概念的界限,使人不致混淆;实质定义则在于从内在的、抽象的层次揭示事物之所以为该事物的规定性,这既包括其与同类事物的共同特征,又包括其核心的本质特征。

(一) 律师概念的形式定义

律师概念的形式定义突出表现在各国律师法的立法规定中。这种定义属于实证性、规范性的定义,但各种规定之间往往并不完全一致。通过综合各国立法规定以及众多学者的观点,我们可以得出这样的结论:从形式上讲,律师即具有律师资格,持有律师执业证书,并从事律师职业的人员。同时考虑到不同国家及在不同时期对律师的规定不同,不具有上述全部条件的人员也可能成为律师。例如,一般律师都要事先通过律师资格考试或司法考试,而某些人可能只需要通过考核即可成为律师;尚未从事具体律师执业活动,没有办理过一个案件的人,只要他持有律师执业证书也是律师;在某些实行律师资格与律师执业分离制度的国家,把具有律师资格但不从事律师执业的人员也称为律师。所以该形式定义又可以简化为:“律师即持有律师执业证书的人”。此外,在某些国家的某个时期,并不需要以“持有律师执业证书”这种形式作为律师的表征,而只需具有国家认可其为律师的某种其他形式即可,律师概念的形式特征最关键之处在于:“律师的身份要为官方所认可,律师职业必须要有国家法律作为保障”。如美国哈贝尔主编的巨卷年鉴《律师指南》就把律师定义为:“获准进入某州或哥伦比亚特区律师界的人”。这一形式定义已经得到广泛认可。

国家法律的认可是律师职业存在的前提。律师制度属于国家的上层建筑,律师的性质反映一个国家的政治制度。提供法律服务的活动与国家的权力运行密切相关。是否需要和允许提供法律服务,如何提供法律服务,国家权力与之如何协调、配合,二者的边界如何确定,这些都直接关系到统治阶级的利益和统治秩序的稳定,必须由国家决定,由法律确认。否则,律师就没有合法的地位,其活动就没有法律的保障。我国古代的讼师之所以不能称为律师,从形式上讲最主要的一点就是,其活动一直被官方明文禁止,不具有合法性。

(二) 律师概念的实质定义

实质定义反映的是律师作为一个世界性的职业,其服务方式、运行方式和基