

全国律师执业基础培训

指定教材

律师执业 基本技能

下

LAWYER

中华全国律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

全国律师执业基础培训
指定教材

律师执业 基本技能

下

中华全国律师协会 / 编

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

律师执业基本技能(下)/中华全国律师协会编. —北京:北京大学出版社,2007.5
(全国律师执业基础培训指定教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12055 - 2

I. 律… II. 中… III. 律师业务 - 基本知识 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 054418 号

书 名: 律师执业基本技能(下)

著作责任者: 中华全国律师协会 编

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12055 - 2/D · 1739

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

720 毫米 × 1020 毫米 16 开本 43.75 印张 833 千字

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 10 月第 2 次印刷

定 价: 78.00 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

编写说明

如何成为合格的律师？如何成为优秀的律师？这不仅是初出茅庐的实习律师们迫切想知道的，也是律师行业管理所孜孜以求的。今天的实习律师代表着明天的整个律师行业。如何提高律师行业的执业水准，提升律师行业的整体素质，是关系到律师行业持续、稳定、健康发展的首要命题。

司法部将申请律师执业人员的实习管理工作移交给律师协会之后，全国律协六届三次常务理事会审议通过了《申请律师执业人员实习管理规则（试行）》，并于2007年3月1日起开始实施。根据该《规则》的规定，申请律师执业人员在为期一年的实习过程中，必须参加一个月的集中培训，并按照全国律协制定的培训大纲的要求，系统学习由全国律协统一编写的集中培训教材，学习掌握律师执业基本规范、基本素养和基本技能。编写这套教材成为做好集中培训工作的关键。为完成这一开创性的历史使命，在全国律协教育委员会主持下，一批执业经验丰富、业务专长突出、热心律师教育事业、理论及实务上均有建树的律师共同参加了培训教材的编撰工作。

这套教材的编撰，是全国律协的一次历史性尝试，是中国律师为适应中国政治、经济、社会的飞速发展，从律师执业的基本素质及基本技能着手，组织行业力量、发挥集体智慧，开始系统地构筑符合律师行业发展规律的规则体系、教育体系和文化体系的标志。其主要特点有：

第一，面向实习律师，普及“应知应会”。本套教材读者范围定位

于已取得法律职业资格并申请成为执业律师的实习人员,内容不再重复法学理论、基本概念和基础知识,而是立足于律师行业的基本规范、基本素养和基本技能。

第二,理论联系实际,突出操作技能。《律师执业基本素养》及《律师执业基本技能(上、下)》部分均由各领域内经验丰富的资深律师,将执业理念、专业思维和执业技能加以总结,内容突出实用性,覆盖了律师实际工作中的基本领域,它完全有别于传统的教材和学术论著,创立了律师职业教育的基本体例和风格。

第三,结合阶段需求,力求基础牢固。为帮助实习律师将理论知识转化为执业能力,本套教材强调律师执业经验,并注意结合实例,其中《律师执业基本技能(上、下)》的一些编、章中还分别设有概说和提示,以便于实习律师理解和掌握其中的要点。

第四,观点反复推敲,提法客观中立。作为全国律协首次组织编写的教材,本套教材力求做到分类科学、体例完整、内容严谨,无论是对学理和法律规范的引用,还是阐述观点、开示范例,均遵循客观中立的主旨。

作为实习律师集中培训指定教材,本套教材包括三部分,撰写人员及分工如下:

第一部分,《律师职业道德与执业基本规范》:李本森(第一、二、三、四、五、六章,第十章第一、二、三节);许身健(第七、八、九章);张远毅(第十章第四节)。

第二部分,《律师执业基本素养》:柳宪章。

第三部分,《律师执业基本技能(上、下)》:钱列阳、徐平(第一编);吕立秋(第二编);郭振忠、李广、刘炳荣、郭卫东(第三编);杨学芳(第四、五编);吴江水(第六编);龚志忠(第七编);庞正中、王进(第八编);张学兵(第九编);姜俊禄(第十编)。

为了保证这套教材的质量,编委会多次召开会议,在体例、风格、内容、语言等方面进行了多次的修改和调整,诸位编委付出大量的时间和精力后,终于成就本书。同时,任继圣、高宗泽、江平、陈光中、贺卫方等权威专家对本套教材予以及时审定,为本套教材的修改定稿提供了大量的帮助。此外,在本套教材的编撰过程中,戈宇、刘桂林、周俊武、胡凌、邓念燕、陈岳琴、陈奇明等律师提供了无私的支持,在此一并表示感谢。

由于编撰计划的原因,本套教材所引用的法律规范截止于2006

年12月31日,在此提请读者注意。

作为中国律师职业教育的第一套标准教材,本书或许在不同方面和不同程度上存在相应的缺憾。我们欢迎读者提出宝贵的建议和意见,在此基础上适时对教材进行修订,以便更好地满足读者的要求。

本套教材既可以作为实习律师的培训教材,也可以作为律师执业的参考资料,故又称《全国律师执业基础培训指定教材》。不过,律师的成长需要持之以恒的自我约束和勤勉尽责,以及用心钻研和不断总结提高,本书所介绍的经验及工作方法只能参考,不可生搬硬套。此外,本书仅为基础性的教材及参考,不能作为评判律师业务水平及工作责任的依据。

实习律师集中培训指定教材编委会
2007年3月

总目录

第五编	法律咨询、顾问业务基本技能	1
	第一章 法律咨询	3
	第二章 法律顾问	14
	第三章 律师调查	36
	第四章 代书	47
	第五章 其他律师常用法律文书	72
第六编	合同业务基本技能	105
	第一章 对合同业务的入门指引	107
	第二章 合同的审查及基本技能	120
	第三章 合同的修改及基本技能	164
	第四章 合同的起草及基本技能	213
第七编	公司业务基本技能	259
	第一章 概说	261
	第二章 律师应掌握的公司要素	265
	第三章 律师应掌握的公司治理结构	281
	第四章 对公司的法律尽职调查	293
	第五章 公司设立业务	314
	第六章 公司变更业务	334
	第七章 公司解散和清算业务	374

第八编	知识产权业务基本技能	405
第一章	概说	407
第二章	律师担任知识产权专项顾问	414
第三章	律师代理知识产权的获权和确权	445
第四章	律师对知识产权侵权调查取证	457
第五章	律师代理知识产权侵权诉讼	464
第六章	律师代理知识产权权属诉讼	496
第七章	律师代理知识产权合同诉讼	502
第八章	律师代理知识产权行政和刑事业务	506
第九编	房地产业务基本技能	515
第一章	概说	517
第二章	取得国有土地使用权中的律师业务	519
第三章	拆迁过程中的律师业务	539
第四章	工程建设中的律师服务	558
第五章	商品房买卖中的律师业务	584
第十编	劳动法业务基本技能	627
第一章	劳动法业务概述	629
第二章	律师代理仲裁诉讼中的工作	640
第三章	劳动合同业务	659
第四章	草拟和修改内部劳动规则	686

第五编

法律咨询、顾问业务基本技能

目录

第一章	法律咨询	3
	第一节 基本环节	4
	第二节 常见问题的咨询与答复	8
	第三节 解答法律咨询应注意的问题	10
第二章	法律顾问	14
	第一节 顾问律师的聘用	15
	第二节 法律顾问的职责范围	23
	第三节 法律顾问操作实务	33
第三章	律师调查	36
	第一节 调查取证的原则和内容	37
	第二节 调查取证的途径和方法	40
	第三节 辩护律师进行调查取证应特别注意的问题	45
第四章	代书	47
	第一节 基本原则和应注意的问题	48
	第二节 常用法律文书	50

第五章	其他律师常用法律文书	72
	第一节 其他常用法律文书的制作	72
	第二节 撰写法律文书应特别注意的问题	100

本章提示

咨询分为广义和狭义两类。广义的咨询范围很广,整个律师行业都属于咨询业。本章所讲的咨询是狭义的,仅指作为律师传统业务的咨询。当然,律师的各专项服务中也都包括咨询,如房地产业务、公司业务、知识产权业务、刑事业务中等等。本章所讲的法律咨询仅指正式签订委托代理合同之外的咨询业务,是指律师就国家机关、事业单位、企业、社会团体和其他经济组织或者公民个人提出的有关法律事务问题,以口头或者书面的形式作出解释或说明,提出建议和提供解决方案的一项业务活动。

咨询可分为现场口头咨询和当事人提供案件材料后律师提供咨询意见,从是否收费的角度划分,还可分为正式的收费咨询和非正式的不收费的仅供参考的咨询。

在律师事务所的日常业务活动中,客户会提出各种各样的法律问题请求律师给予解答。如,公司招聘职工,劳动合同怎么签订?公司的购销合同有没有问题?遗产如何分配?货款被诈骗后怎么办?公司的大股东侵害小股东的权益怎么办?

等等。客户请求律师解答各种各样的法律问题,目的是为了应付未来可能发生的法律问题,维护自身的合法权益。律师作为法律方面的专家,应通过提供咨询建议,指导客户采取作为和不作为的方式,最大限度维护自身的合法权益。

解答法律咨询对律师有很高的要求,因为律师的建议往往对客户具有直接的指导作用,影响到当事人的直接利益。因此律师在提供法律咨询服务时应慎重对待,最大限度地掌握证据材料,依法提出咨询意见供客户参考,并对其中的重大不确定事项向客户进行风险提示。

作为律师的一项经常性的工作,解答法律咨询时涉及的问题专业性较强,律师通过对公众提出的各种各样的法律问题给予正确的解释和回答,能够发挥如下的重要作用:

(1) 法律宣传。律师通过解答询问告诉来访者什么是合法的,什么是非法的;怎样处理纠纷是正确的,怎样做是不正确的,法律依据是什么,从而可以最直接、最有针对性地起到宣传法律、法规和政策的作用。

(2) 平抑诉讼。律师通过解答法律咨询,可以帮助询问者提高认识,正确对待和处理矛盾、纠纷,把纠纷消灭在萌芽状态,防止纠纷扩大化,减少诉讼。

(3) 沟通情况。律师通过咨询,可以掌握社会动态,了解群众亟待解决的问题。从而起到联系群众,及时向有关机关沟通情况的作用。

(4) 提高水平。解答法律咨询,要接触各种各样复杂的法律问题,碰到许多新问题、新情况,促使律师加强学习和研究,进而起到提高律师业务水平的作用。

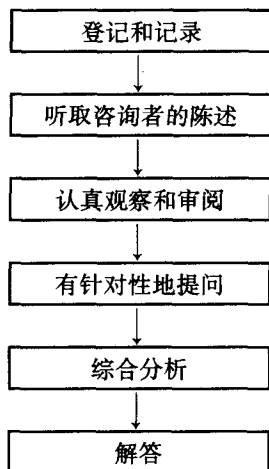
总之,解答法律咨询,是一项群众性、政治性和业务性都很强的法律服务工作,其服务质量的高低,集中反映着律师的业务水平和解决实际问题的能力,直接影响着当事人的切身利益。因此,不仅要求律师必须具有丰富的法律知识、政策水平、社会经验和判断能力,而且要求律师必须具有认真细致的工作作风和很强的责任心。如果不重视此项工作,不仅不会起到上述作用,而且还有可能出现不该出现的错误,造成不应有的损失。所以,每个律师对解答法律询问都应予以足够的重视。

在体例上,本章首先介绍律师解答法律咨询的基本环节,然后逐一介绍常见问题的咨询与答复,如关于法律条文理解方面的咨询、关于诉讼常识方面的咨询等,在最后部分对解答法律咨询应注意的问题进行比较详细的介绍。

第一节 基本环节

目前,由于我国通讯业获得飞速的发展,律师进行法律咨询的方式多种多样。

其中主要的方式有电话解答、网络沟通、所内面谈咨询、公共场所咨询等,其中以电话咨询为最多。不同的咨询方式有不同的特点,律师应根据不同的方式采取不同策略。但是,不管律师采取上述何种方式解答法律咨询,就整个工作程序来说,律师进行法律咨询一般可以分为六个步骤,即一记、二听、三看、四问、五析、六答。下图就这六个步骤,谈具体做好此项工作的工作方法。



一、登记和记录

登记和记录包括两层意思:

1. 登记

即填写解答法律询问登记表。律师在解答法律咨询时,要了解询问人的情况,如姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住址、电话号码等;了解和登记询问人的文化程度;在了解了这些基本情况并填入表格后,有针对性地进行询问。根据询问的情况,当即能够解答的,就当即解答并把情况填入表内。如果当即不能解答,可约定时间解答或以打电话、写信或出具法律意见书等方式予以解答,并按规定收费。

2. 记录

即将咨询中遇到的主要问题及情况加以记录,以便解答咨询之需。有时候当事人咨询的问题比较复杂,在记录过程中要注意详略得当,将案件的主要事实、主要问题和主要证据记录清楚,对一些细枝末节的内容,则可酌情省略。

对有些重大问题或案件的咨询,如当事人拒绝公开身份不同意登记的,律师可

以不解答。

二、听取咨询者的陈述

听取咨询者的陈述是解答法律咨询的前提和基础。律师解答法律咨询,对于咨询者的陈述,必须认真倾听,这样才能掌握情况,有的放矢。在听取咨询者的陈述时应注意做到:

1. 听完问题的全过程,弄清来龙去脉。即便是杂乱无章的冗长的叙述也要耐心地听完。否则,易从片面情况出发,引出不切合实际的结论,出现错误。
2. 对于问题的细节或关键情节要听真切,可以作必要的记录,绝不能含混或疏漏。
3. 要听准问题的关键和实质所在,即抓住问题的实质和争议的焦点。在听的过程中,既要了解事情的全貌,又要注意其中的主要情节,弄清咨询问题的实质,为解答问题、提供方案打好基础。

三、认真观察和审阅

该步骤包括两层意思:一是要查看询问者提供的证据与其叙述有无关联,即询问者的叙述有无根据;二是观察询问者的精神状态、情绪反应、感情变化等表情现象,目的在于弄清他的真实意图。在观察询问者的精神状态时,要力求避免表面化和片面性,不能看到来访者悲伤落泪便断定他“确实有理”,对于一时感情过激者要善于稳定他们的情绪,透过现象看本质,找出问题的症结所在,为正确地提供咨询服务创造条件。

四、有针对性地提问

在听取咨询者叙述的过程中除认真观察和审阅之外,律师进行法律咨询还要针对其中发现的问题,及时提问,使叙述者省去那些不必要的或重复的叙述,并使其叙述所涉及的事实尽快明确起来,为分析、回答咨询提供条件。提问的方式,应根据不同的对象、不同的问题而各不相同。可以根据具体情况使用不同的提问方式,通过提问的引导作用来达到询问的目的。谈心式的提问,适用于询问者心存顾虑、欲言又止的情况,这种方式易使咨询者及时建立起对律师的信任感,引导询问者讲出真实思想和事实真相;探讨式提问,适用于一些重大疑难问题,或者司法实践中出现的新问题、新情况。通过提问引导询问者提高认识,提出解决矛盾的办

法;发问式提问,适用于询问者不知如何说明或一时难以说明的情况。通过提问引导询问者讲清所存在的矛盾点,回忆某些重要过程和重要情节,从模糊不清的问题中抓住矛盾和争议的焦点。

五、综合分析

在采取了上述步骤之后,律师对当事人咨询的问题有了一定程度的了解,并收集和记录了关键性的证据和材料。在此基础上,律师对于询问者陈述的内容从法律和政策的角度,进行综合分析,判断问题的性质,确定正确的法律依据和处理办法。

对于比较复杂的问题,要进行综合分析,弄清总的性质是什么,然后在总的问题弄清的前提下,进行具体事件的分析,以便有针对性地提出法律意见和最佳处理方案。对于来访者提出的问题,首先要从总的方面分类,然后再具体弄清纠纷的性质,只有这样才能找准具体的法律依据,才能提出切实可行的解决方法和途径。

在解答法律咨询时,分析是很重要的一环,必须非常重视。在具体分析过程中,律师对于界限不清、自己不了解的问题,要查阅法律、法规,相关政策、文件,或向有关机关和同事进行请教,不能凭着记忆或想象作出判断,对政策、法律没有规定,一时弄不清的问题,要向来访者作出说明。

实习律师对疑难复杂问题一时难以回答或找不到答案的,可以告诉当事人经本所研究后再作答复,这样既对当事人负责,以免答错,也体现了律师认真尽责的精神,能赢得当事人的信任。

六、解答

该步骤就是针对询问者所询问的问题,在分析判断之后,进行回答。除一时不能回答的问题需要另约定时间回答之外,一般都要当即回答。回答问题总的要求是实事求是,符合法律、法规,提出的方案要具体可行,讲出的道理要明确易懂。具体要做到:

(1) 解答问题一定要有的放矢,针对询问者提出的问题作答,不能答非所问。如当事人咨询偷税罪会受到什么样处罚,律师不能一上来就先讲犯罪构成理论,而是要针对偷税的具体情况具体分析,有针对性地解答当事人最关心的问题。

(2) 解答问题一定要以法律、法规为依据,不能不懂装懂,随声附和,更不能有意规避法律,提供不合法意见。

(3) 解答法律咨询,内容一定要具体,作出的结论和提供的解决问题的方法都

必须具体和可行。不能以不切实际的、空洞的理论去回答。

(4) 解答法律咨询,语言一定要通俗,深入浅出。不能只顾用法言法语回答而不作相应解释,使来访者听后似是而非、糊里糊涂,更不能用教训人的口吻去说教。

(5) 对于明显不符合法律规定的不合理要求,要耐心地做宣传工作,使之心悦诚服,不要激化矛盾。

(6) 解答法律咨询,涉及一些机密或隐私的问题,需要保密的,要注意做好保密工作。

(7) 来访者提出的问题,涉及具体诉讼的,在基本情况没有弄清前,也可以不作具体回答,以防所答与事实不符,使询问者形成错误的理解,给以后的工作带来不便。

以上所讲的几个方面,在解答询问工作中并不是彼此孤立的,它们相互联系,既可以按顺序进行,又可以相互穿插进行。比如记录包括在倾听当事人陈述的时候适当地进行记录,也可以在对当事人进行提问时记录要点。也有可能在进行综合分析中对其中的问题要求当事人再进行陈述或提供一定的证据材料。至于这几个步骤中哪个是关键环节,应根据具体问题、具体情况来定,不能千篇一律。

第二节 常见问题的咨询与答复

律师在解答法律咨询时,可能会遇到很多问题,现就律师在咨询过程中可能遇到的几种常见问题的处理分析如下:

一、关于法律条文理解方面的咨询

很多当事人在进行咨询中就具体法律条文如何理解询问律师,这是咨询中常见的问题。对当事人的询问,律师应根据实际情况,对当事人提出的具体问题给予解释。这方面的咨询一般分为三种情况:

1. 单纯的法律条文解释

对于这类问题的回答要注意,律师要严格按照法律的相关规定进行解释,有明文规定、司法解释、立法解释的,要按规定、司法和立法解释进行解释,没有司法、立法解释的,要根据立法意图和学理解释进行解释。比如当事人咨询盗窃罪成立的条件,这一问题在我国《刑法》中有明确的规定,律师要严格按照《刑法》的相关规定进行解释。律师在进行法律咨询中要注意向当事人讲明具体解释的出处和各自的效力。

2. 相近或者相似法律条文及罪名的解释

相近或相似的法律条文和罪名的解释是指界限不清、容易发生混淆的条文和罪名的解释。如《刑法》中自首和立功的区别;《合同法》中要约撤回和要约撤销的区别;《民事诉讼法》中执行中止和执行终结的区别,当事人可能都不清楚,需要咨询律师。对于这类问题的解答,要注意弄清各自概念,抓住相互区别的本质特征,使当事人明白相似与区别之处。如《合同法》第17条规定:“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。”第18条规定:“要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。”对上述两个概念,律师应结合案件的实际情况,将两个相似概念进行充分的对比分析,向当事人清楚地解释其区别以及对当事人的影响。

3. 就司法文书中引用具体法律条文的解释

解释这些涉及具体案件的法律条文,首先要分析这些司法文书中概括的案情,针对具体案情进行解释,但只说明引用这些条款是否正确,对幅度及过错大小、情节轻重,因不了解案卷中的证据情况,一般不宜作解释。

二、关于诉讼常识方面的咨询

关于诉讼常识方面的咨询,内容比较多,一般包括诉状的写法、管辖、审级、当事人的权利和义务、执行的申请期限等。对于类似这方面的咨询,要依照有关的法律规定,向来访者讲明法律是怎样规定的,可以怎么做,使其能独立运用,掌握具体方法,维护他们自己的诉讼权利。如对民事诉讼中的执行期限,我国《民事诉讼法》第219条规定:“申请执行的期限,双方或者一方当事人是公民的为一年,双方是法人或者其他组织的为六个月。前款规定的期限,从法律文书规定履行期间的最后一日起计算;法律文书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算。”法律规定虽然很清楚,但当事人可能不知道上述规定的具体内容。如当事人进行咨询,律师应将上述规定向当事人进行具体解释,并向其说明公民、法人的概念区别。

三、对于涉及其他部门问题的咨询

对于涉及其他部门的咨询,能当即解答的,可以当即解答,如果具体规定或细则不清楚的,可以指明他应去咨询的单位。比如来访者提出国有资产管理的内容,可以指引他到国有资产管理部门咨询。再如涉及税务的有关具体问题,可以指引其到税务局去咨询。有关审计、验资、资产评估方面的问题,可以指引其到会计师