

法学实践教学系列教程

单晓华 总主编



非诉讼法律实务实训教程

周 琳 编著

高等教育出版社

法学实践教学系列教程

单晓华 总主编



非诉讼法律实务实训教程

Feisulong Falü Shǐwù Shìxun Jiàochéng

周 琳 编著

高等教育出版社·北京

内容提要

本书是“法学实践教学系列教程”之一。本书特点：(1)以培养实践性、应用性法律人才为目标，弥补“法律诊所”式教学模式在平台资源上的有限性和不足，旨在解决法学教育中理论与实践脱节、高校法律人才培养与现实对法律人才需求脱节这两大矛盾和难题。(2)以仿真训练为特色，即将非诉讼法律实务分成不同的类型，在每一类型的非诉讼法律实务中通过真实案件，训练学生在该实务中所应掌握的实体法和程序法知识，提高学生处理非诉讼法律实务的分析能力和操作水平。(3)在结构安排上，统一设置实训目标、实训素材、实训准备、实训要点、实训过程、实训作业、实训点评、实训文书、实训拓展、实训法条及操作指引等栏目，全方位、多角度、多角色地对学生进行法务实训。

本书主要作为法学专业本科生实践教学用书，亦可供对法律实务感兴趣的社会读者选用。

图书在版编目（C I P）数据

非诉讼法律实务实训教程 / 周琳编著. — 北京：高等教育出版社，2015.11
法学实践教学系列教程 / 单晓华主编
ISBN 978-7-04-043995-3

I. ①非… II. ①周… III. ①法律-中国-高等学校-教材 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第245979号

策划编辑	姜 洁	责任编辑	姜 洁	特约编辑	刘 佳 朱学敏	封面设计	李树龙
版式设计	马 云	插图绘制	郝 林	责任校对	刘 莉	责任印制	田 甜

出版发行	高等教育出版社	咨询电话	400-810-0598
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	网 址	http://www.hep.edu.cn
邮政编码	100120		http://www.hep.com.cn
印 刷	北京人卫印刷厂	网上订购	http://www.landaco.com
开 本	787 mm×1092 mm 1/16		http://www.landaco.com.cn
印 张	15	版 次	2015 年 11 月第 1 版
字 数	350 千字	印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	24.30 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题，请到所购图书销售部门联系调换
版权所有 侵权必究
物 料 号 43995-00

总 序

当下法学教育需要思考的问题已然不是要不要开展实践教学,而是如何有效地进行实践教学,即在遵循法学教育规律的前提下,如何实现理论到实践的有效衔接,如何找到实现实践教学效能最大化的路径和方法。

沈阳师范大学于2010年年底获批教育部法律硕士专业学位研究生教育综合改革试点单位,作为一种探索和尝试,2011年年初,沈阳师范大学法学院修改了法律硕士专业学位研究生培养方案,在必修课中设置了民事法务实训、刑事法务实训、行政法务实训和非诉讼法务实训四门课程。这四门实训课程强调模拟实践性、动态立体性,突破了传统教学中单纯讲授理论或者孤立地进行实践的模式,每门实训课都将司法过程分为若干专题,由聘请的实务部门专家和我院教师共同完成授课并开展实务训练。几轮授课之后,学生反应积极、热烈,普遍认为实训课有效地连接了理论和实践,让书本上的理论动了起来,教学效果十分明显。这一系列课程也因此成为全国法律硕士专业学位研究生教育综合改革试点中的创新性成果。2012年,沈阳师范大学法学院将这一成果推广到法学本科教学改革,修改了本科培养方案,将这四门实训课列入大四上学期实践模块的选修课。

2012年年底,我校获批教育部首批“应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地”。几年来的基地建设,我院实践教学团队与校外实务专家密切配合,不断改进教学内容和教学方法,扎实推进理论教学与实训实践教学的契合,使学生在亲身模拟和参与司法实践的体验中潜移默化地将法学理论知识转化为法律职业能力。

“法学实践教学系列教程”丛书是沈阳师范大学法学院法学实践教学团队五年来实践教学改革创新的经验总结,它以培养实践性、应用性法律人才为目标,弥补了“法律诊所”式教学模式在平台资源上的有限性和不足,旨在解决法学教育中理论与实践脱节、高校法律人才培养与现实对法律人才需求脱节这两大矛盾和难题;它以部门法的全过程仿真训练为特色,即将民事、刑事、行政诉讼和非诉讼实务的全过程分成不同模块,在每一模块中通过已经处理完毕的真实案件,训练学生在该模块中所应掌握的实体法和程序法知识,提高学生法律实务的分析能力和操作水平;在每一模块的结构安排上,统一设置实训目标、实训素材、实训准备、实训要点、实训过程、实训点评、实训拓展及实训文书等栏目,全过程、多角度、多角色地对学生进行法务实训。

有效的法学实践教学能够突显实践教学的应有价值。本套丛书是沈阳师范大学法学院几年来在法学实践教学方面探索和总结的成果,衷心希望各兄弟法学院校及各位专家不吝赐教,提出宝贵意见,共同推进法学教育改革,促进法学教育繁荣。

是为序。

总主编 单晓华

2015年7月于沈阳

目 录

导论	1
第一章 非诉讼法律业务概述	3
第二章 基础类非诉讼法律实务实训	6
第一节 律师见证	6
第二节 尽职调查	21
第三节 合同制定及审查	52
第四节 法律意见书的出具	86
第五节 律师函的出具	103
第六节 项目书及方案的制作	117
第三章 常见公司类非诉讼法律实务实训	134
第一节 公司设立	134
第二节 公司并购	167
第三节 公司解散及清算	202
第四节 公司上市	214

导 论

非诉讼法律实务,简称非诉法律实务,是指除诉讼案件及仲裁案件之外,由律师完成的各项法律事务的总称。广义地讲,除第三方裁判机构审理的案件以外的所有法律事务都应属于非诉讼法律实务。由此可见,非诉讼法律实务实训课程主要是一门注重律师思维及技能培养的课程,是基于培育实践性、应用性法律人才这一宏观目标下对学生培养方向的进一步细化。与以往传统法学教育对学生居中裁判思维的定式培养不同,非诉讼法律实务实训课程不仅完全从律师的角度分析问题和解决问题,拓展学生的思维广度和深度,更为重要的是训练学生处理现实法律问题的能力,从而解决法学教育中理论与实践脱节、高校法律人才培养与现实对法律人才需求脱节这两大矛盾和难题。

实训是本教材的一大特色,其不仅是对学生知识的传授和讲解,更致力于知识的掌握和应用;不仅是知识的单方向传输,更是师生之间的互动;不仅是传统的讲解与分析,更是有针对性的批改和评议。通过此实训过程让学生确实掌握非诉讼法律实务的操作流程及相应非诉讼法律实务的处理技巧,在面对不太复杂的问题时可以自己独立完成相应的非诉讼法律实务,使之真正成为其自身掌握的技能之一。

由于非诉讼法律实务的范围特别广泛,因此作为一本法学专业的教材不可能穷尽所有的非诉讼法律实务的类型,也不可能在一本教材中将所有非诉讼法律实务的要点及技巧一一介绍,因此在内容选择和编排上必须有所取舍,目前仅选择一些基础的、常见的、适于法学教学的非诉讼法律实务作为实训课程的内容。需要说明的是,虽然金融、知识产权类非诉讼业务有其专业性,但其内容在实质上大都均为基础类非诉讼法律实务的内容,如对知识产权类合同的审查、对某一金融产品出具的法律意见等,因此为了兼顾这些专业性的非诉讼法律业务,也为了避免知识板块上的重复,在基础类非诉讼法律实务内容中加入金融、知识产权的相关内容。

基于以上考虑,本教材共分为三大章。其中第一章主要从宏观角度概括介绍非诉讼法律实务的基本内容;第二章基础类非诉讼法律实务,是由律师见证、尽职调查、合同制定及审查、法律意见书的出具、律师函的出具和项目书及方案的起草与制作六节内容组成,是每一个参加实训的学生均应掌握的基本知识和技能;第三章常见公司类非诉讼法律实务是非诉讼法律实务中重要的专项服务之一,主要是对公司设立、公司发展并购、公司解散清算、公司上市这一过程中主要的非诉讼法律实务予以介绍。

在每一节的结构安排上,均是先通过一个具体的案例引出本章节的实训目标,在此基础上以实训素材、实训准备、实训要点、实训过程、实训作业、实训点评、实训文书、实训拓展作为实训课程的主要内容,主要是通过真实具体的案例引导学生以律师的专业性和职业性角度来学习相关的知识,训练相关技能,同时也会介绍律师在办理相关业务时的经验和技巧;

实训作业及实训点评是本教材的一大特点,让学生在实训中出现的主要问题更加直观,同时也让教师的点评更加有的放矢;实训拓展则是对课程内容的巩固和延伸,就课程内容予以进一步的扩展。

第一章 非诉讼法律业务概述

提起法律业务,人们往往将其与“打官司”联系在一起,大部分人则是在遇到法律纠纷且迫在眉睫之际才会想到找律师,平时请个“不打官司的律师”有什么意义呢?其实,随着社会分工的日益精细,律师的业务服务领域早已不限于诉讼业务,从法律咨询到公司上市,从企业设立到公司并购,从商务谈判到国有企业改制,律师早已在各个领域、通过各种方式防范各种法律风险。

一、非诉讼法律业务的概念

诉讼法律业务与非诉讼法律业务共同构成了律师业务的整体,要明晰非诉讼法律业务的内涵和外延,必须要从界定诉讼法律业务入手。诉讼法律业务是指那些进入法院审理程序和仲裁机构仲裁程序的法律事务。与之相对,非诉讼法律业务就是指除上述诉讼法律业务外的其他一切法律业务,具体来说,是指律师接受公民、法人或其他组织的委托,在其职权范围内为当事人处理不与法院、仲裁委员会发生关联的法律事务,其特点就是不与法院和仲裁委员会发生司法意义上的联系,也无独立于当事人之外的第三方对纠纷做出具有强制意义的裁决。

非诉讼法律业务的内容很庞杂,具体包括:对企业涉及的法律问题提供法律咨询;对企业草拟的法律文书进行审查,帮助制定、修改内部规章制度;为企业草拟和修改经济合同,提供法律意见;为企业草拟和修改劳动合同、协调劳资关系;协助企业管理经济合同,监督合同的履行;对企业经营管理中的决策事项进行可行性法律分析,提供可行性报告;为企业的商标权、专利权、著作权、商业秘密和专有经营权的保护提供法律建议,协助制定保密制度和保密协议;根据企业的需要,列席会议,现场提供法律咨询;根据企业的需要,以企业律师的名义对外签发律师函;对员工进行法律培训;根据企业的需要,介入各项投资活动,提供有关法律服务;根据企业提供的财务资料,对债权进行分析,对不良资产提出相应的处理方案;参与企业的重大经济项目谈判,提供法律意见;不定期向企业介绍国家和地方新颁布的法律法规;协助企业设立法律机构,对其日常工作进行指导;对公司的合作伙伴、客户进行主体资格、工商登记、法律地位、背景、经营管理现状、资产状况等情况进行尽职调查;完善或建立客户内部规章制度及运作机制等。

二、诉讼法律业务与非诉讼法律业务的关系

目前的律师业务尚未达到完全的专项性程度,因此对于多数律师而言,其不可能只从事诉讼法律业务或只从事非诉讼法律业务。更为关键的是,诉讼法律业务与非诉讼法律业务相辅相成、不可绝对割裂。具体来说,不从事诉讼业务,没有与这类案件相关的经验就无法获知司法实践中通常对此类情况的判案原则,在非诉讼法律业务中也就无法知道怎样去防范相应的风险,进行的非诉讼法律业务通常会存在一定瑕疵,制作出的法律文件也大都

不尽完善,就好比在一条熟悉的路上,你会轻松绕过路上设置的障碍一样,所以大量诉讼法律业务的经验对于非诉讼法律业务是很有帮助的。同样,非诉讼法律业务方面的经验越来越丰富,非诉讼法律业务的完成就会越来越完美,则未来发生诉讼的可能性就会大大减少,风险也就大大降低,从而形成一个良性循环。

随着社会的发展,非诉讼法律业务的数量越来越多,很多律师已淡出了诉讼法律领域而以办非诉讼法律业务为自己的主要业务领域,可以说,非诉讼法律业务的数量和比重已经成为衡量所在地区律师事务所商业化程度的一个重要标志。

三、非诉讼法律业务的分类

非诉讼法律业务的范围十分广泛,无法对其一一列举,因此以分类的方法来了解非诉讼法律业务的范围是比较简便的方法。

以不同的分类标准,可以对非诉讼法律业务做不同的分类。

1. 按提供非诉讼服务的方式可分为咨询类非诉讼业务与专项类非诉业务。前者通常指比较简单的非诉讼业务,一般不需出具书面文件;后者通常是非单一性的非诉讼业务,如国有企业改制专项法律服务。

2. 按服务对象可分为针对自然人的非诉讼服务和针对法人的非诉讼服务。前者一般包括法律咨询、代写法律文书等;后者一般涉及公司设立、公司并购、公司破产、公司解散清算、企业改制、公司上市等方面的内容。

3. 按业务内容可分为非诉讼基础法律业务与非诉讼专项法律业务。前者一般包括律师见证、合同审查、尽职调查、法律意见书出具等内容;后者如公司上市、企业并购、企业破产清算等。每个非诉讼专项法律业务中大都包括多个基础性非诉讼业务。

除此之外,还存在多种分类,比如按是否含有涉外因素,还可分为涉外非诉讼业务与国内非诉讼业务。

四、处理非诉讼法律业务的基本要求

非诉讼法律业务的对象不同、内容不同,处理业务所需要的技能和方法也会不同,所以在此只涉及一些处理非诉讼法律业务的基本技能。

(一) 全面的知识结构和良好的业务技能

首先需要全面而系统的法律知识,全面强调的是知识的广度,系统强调的是知识的深度,两者缺一不可。在众多部门法中合同法、公司法、证券法尤为重要,再就是基本的财税知识,如了解企业的资产负债表、现金流量表及利润表等。另外,知识需要随时更新,不仅需要在全国人大及其常委会发布的基本法律做到精准掌握,还要对地方人大、政府及政府相关部门所颁发的地方性法规、规章做到全面了解,尤其需要随时掌握最高人民法院发布的司法解释的最新情况,这些都可能影响到非诉讼法律业务的结果。

在丰富的知识储备前提下,良好的业务技能也是处理非诉讼法律业务所必备的,如接谈沟通能力、风险防控能力、文件处理能力等。

(二) 团队合作精神下的优秀工作团队

在非诉讼法律业务中,除了自身具备丰富的知识储备及良好的业务技能外,还需要有一个优秀的合作团队。非诉讼法律业务的主要服务对象是公司、企业或其他组织,因此其所需

要的非诉讼法律服务也是多方面的,或者某一专项非诉讼法律业务环节较多、内容较复杂,因此,律师个人通常很难单打独斗地完成这些非诉讼法律业务,一个具有合作精神、配合默契的团队是提供非诉讼法律服务所必需的。

五、非诉讼法律业务的职业风险

(一) 非诉讼法律业务职业风险概述

虽然从事非诉讼法律业务不会如诉讼法律业务般有败诉的风险,但这绝不是说非诉讼法律业务毫无风险,更不意味着在做非诉讼法律业务时可以掉以轻心、粗心大意。

以风险的性质为划分标准,从事非诉讼法律业务的职业风险有刑事风险、行政风险与民事风险。如在从事非诉讼法律业务时,如果明知委托人从事的是刑法所明确禁止的事项,不仅不予阻止反而参与其中,形成共犯或帮助犯,就会触犯相应的刑法规定。又如律师在提供非诉讼法律服务时,对于其因自身过错给他人造成的损害须承担民事赔偿责任。又如律师事务所出具虚假报告给当事人的,则可能受到司法局的行政处罚。

(二) 非诉讼法律业务职业风险的防范方法

非诉讼法律业务与诉讼法律业务一样,均有一定的职业风险,因此,学会在非诉讼法律业务中防范和规避风险就显得极为重要。虽然目前很多省市的律师协会为其协会内的律师投保了职业保险,但律师如因其自身过错而承担责任则会严重影响其日后的职业生涯,因此风险的防范仍是第一位的。除了在每一个具体的非诉讼法律业务中的个别风险防控,在总体上,需要注意以下几点:

第一,加强法律道德修养。从事任何工作,均有不能触及的底线,这个底线就是法律、行政法规的强制性或禁止性规定。对于从事包括非诉讼业务在内的律师业务而言,这一底线就具体体现在《律师法》及《律师职业道德和职业纪律规范》中。只有以上述底线为内核,才能用掌握的法律知识和技能为当事人提供法律服务,否则就不能很好地防控风险,最终自尝苦果。

第二,加强规范性管理。在职业道德修养和职业纪律约束的基础上,律师协会及律师事务所要有健全而完善的工作制度,以进一步防范职业风险。如对于法律意见书的签发,设定层层审核的管理制度,每层审核均保持自身的独立性,对于发现的问题及瑕疵及时纠正更改,最后盖章发出,从而降低非诉讼法律业务的职业风险。

第二章 基础类非诉讼法律实务实训

第一节 律师见证

引例:

沈阳火炬有限公司欲从中国工商银行沈阳市和平区支行贷款 1 000 万元,中赢房地产开发有限公司作为该笔贷款的一般保证人,三方于 2013 年 3 月 1 日签订保证担保贷款合同,中国工商银行委托辽宁天平律师事务所见证签约的整个过程。

假设你是律师事务所指派的律师之一参与签约过程,请根据上述材料,制作律师见证书。

一、实训目标

通过本节学习,让同学们了解律师见证的含义及作用,掌握律师见证的流程和要点,会做基本的律师见证业务,与此同时最大限度地控制和降低律师见证的风险。具体目标如下:

1. 了解并掌握律师见证的业务流程,懂得接谈当事人、确定委托关系、制作接谈笔录;
2. 熟知常见的律师见证中的风险点,并能有效控制风险;
3. 区分不同类型的律师见证,并规范撰写律师见证书。

在教学中,实训方法以学生讨论、角色扮演为主,以教师讲授和要点提示为辅。

二、实训素材

案例一:

王香花(女,汉族,1930 年 9 月 2 日出生,身份证号码 21010219300902××××,住沈阳市和平区南京北街 18 号 5-24-2)欲将其拆迁所得的房屋,即沈阳市和平区 23 号《拆迁住宅房屋补偿协议》中约定的绿苑小区 23 号楼 2 单元 3 室留给其儿子彭强(身份证号码:21010219601220××××)所有。

2012 年 9 月 26 日,王香花在同事张林(身份证号码:21010219540308××××)和孙芸芸(身份证号码:21010219400125××××)的陪同下前往诚信律师事务所要求对孙芸芸代书的遗嘱进行律师见证。

案例二:

李玉花,女,73 岁,其在房产中介门口认识了李刚,李刚称其有一处位于一环北的 66 平方米的房屋要低价转让,李玉花正有买一住处的想法,加上对地理位置、房屋面积、价款等因素的综合考虑,李玉花与李刚达成了购房协议,因为此次购房的 20 万元是李玉花的全部积

蓄,出于谨慎考虑,李玉花想请律师对购房予以把关,辽宁中泰律师事务所接受委托对购房予以律师见证,之后李刚携首期款 10 万元不知所踪,由于此房产处于李刚的母亲名下,但其母亲并不知晓转让事宜,之后李玉花将见证律师事务所告上法庭。

案例三：

上海诚信信托有限公司(以下简称上海诚信公司)是“江南音乐餐厅”的所有人,该餐厅在沈阳经营期间效益欠佳,经公司研究决定,以对外租赁方式转由他人经营。后经多方洽谈,将承租方锁定为北京忆江南餐饮有限公司,双方签订了租赁经营合同。北京忆江南公司将“江南音乐餐厅”更名为“沈阳市忆江南餐饮有限公司”。

在经营期间,上海诚信公司的保安与沈阳市忆江南餐饮公司的员工发生酒后殴打事件,给餐厅财产造成严重损失。北京忆江南公司认为是上海诚信公司违约,遂要求单方解除合同并决定搬离沈阳市忆江南餐厅。

2009 年 1 月 7 日,北京忆江南公司对餐厅每一房间的物品进行逐一清点,并予以记录(后附部分)。清点餐厅物品后,由员工王丽丽、王大伟将餐厅钥匙交给上海诚信公司的工作人员,该工作人员拒绝接受后,其二人又通过公司附近 EMS 邮寄的方式将钥匙邮寄给上海诚信公司。

辽宁天平律师事务所受托参与此搬离的全过程,该律所指派律师丁一、王一、张一和李一进行此项工作。

物品清单(部分):

房间名称	物品名称	数量	备注
101 聚贤厅	沙发	1	
	靠垫	4	
	窗帘	2	
	衣架	3	
	烛台	1	
	椅子	4	
	桌子	1	
	绿色植物	2	
	骨碟	8	

三、实训准备

(一) 理论准备

1. 律师见证的历史起源

律师见证制度的建立源于英美法系国家的沉默权制度,沉默权是刑事诉讼程序中保障犯罪嫌疑人、被告人人权的一项重要制度。沉默权是指犯罪嫌疑人、被告人在接受警察讯问或出庭受审时,有保持沉默而拒不回答的权利。在西方各国的刑事诉讼中,大都赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,并且被认为是受刑事追诉者用以自卫的最重要的一项诉讼权利。律师见证制度的建立有利于最大限度地保护犯罪嫌疑人的合法权益,该项制度的实施也符合国

际刑事司法的一般原则和国际惯例。律师见证业务在英美法系国家大量适用于刑事案件及民商事案件。

2. 律师见证的发展现状

目前,我国大陆地区的律师见证在刑事司法方面还未发展起来,国内律师见证主要集中在民商事领域。几年来在我国的律师见证实践证明,律师见证非诉讼法律业务对于增强当事人的法制观念,促使合同依法履行,保护当事人的合法权益实现,都是行之有效的措施。由于律师见证的灵活性、程序的简单性,律师见证非诉讼法律业务已经显示出明显的优势,但是,由于我国目前没有法律、法规对律师见证做一个明确规定,这就造成了律师见证发展很久,但对于很多人来说仍是很陌生的一个现状。

现今,很多省、市的律师协会都发布了律师见证的业务操作指引,如2008年12月27日上海市律师协会业务研究与职业培训委员会在借鉴原《上海市律师国内见证工作暂行规定(废止)》《福建省律师协会律师见证业务操作指引》的基础上通过了《上海市律师见证业务操作指引》,后来天津律协在借鉴上海这个文件的基础上也出台了各自的律师见证业务操作指引。总之,应尽快通过法律形式明确见证为律师的非诉讼法律业务之一,并对律师见证相关事项作出明确的说明和界定,使之与其他见证、鉴定活动,相互配合,相互补充,并行不悖,共同发展。

3. 律师见证的范围

律师见证主要是对法律行为的见证,而非对法律事件的见证。由于法律事件不以人的意志为转移便能使民事法律关系产生、变更和消灭,如出生、死亡等,因此法律事件发生时,一般不容易亲身所见,这些法律事件以及由此而产生的法律关系,也不属于律师见证的业务范围。法律行为,是指行为人依据自己的意志使民事法律关系产生、变更和消灭,达到一定法律效果的行为,它包括单务法律行为、双务法律行为、共同法律行为、有偿法律行为和无偿法律行为等,如赠与、买卖、继承均属于法律行为范畴。

具体而言,律师可以承办下列见证业务:(1)委托人亲自在律师面前签名、盖章;(2)委托人签署法律文件的意思表示的真实性,该等法律文件包括但不限于各类合同协议、公司章程、股东大会决议、声明、遗嘱;(3)其他法律行为(其他法律事实)发生的真实性或其过程的真实性,例如,委托代理关系的设立、变更、撤销,财产的继承、赠与、分割、转让、放弃;(4)文件原本同副本、复印件是否相符;(5)委托人委托的其他见证事项。

4. 律师见证的效力

(1) 约束效力。由于律师见证是基于委托人的主动申请而发生,委托人通常不会对已见证的行为随意变更、修改或废止,而是自觉履行,因此律师见证对于委托人自身具有一定的约束效力。

(2) 证据效力。律师见证是律师以其自身特殊的身份、丰富的法律专业知识并以律师事务所的名义作为见证人,从第三方的角度客观公正地证明当事人所为的一定的法律行为,这在客观上使被见证的对象具有真实性和合法性,同时还具有一定的权威性,其性质与专家见证相似,因而在当事人发生纠纷引起诉讼时,律师见证通常可作为认定事实、确定双方当事人之间权利义务关系的有力证据。

5. 律师见证与国家公证的关系

律师见证与国家公证都是起到证明作用,无论是公证书还是律师见证书均具有法律效

力。相对于国家公证,律师见证是一种私证,但又不同于一般的民间私证。

国家公证与律师见证的不同之处在于:(1)行为的主体不同,前者是不以营利为目的的国家证明机构,后者是以营利为目的的律师事务所;(2)行为的依据不同,前者是基于法律的规定和当事人的申请,而后者是基于当事人的委托和双方的自愿;(3)适用的范围不同,前者适用的范围有法律法规的明确规定,而后者适用的范围没有法律法规的明确规定,一般来说只要是法律法规没有禁止的事项都是可以见证的,目前来看,两者在见证范围上几乎一致,大都取决于当事人在某一证明事项上的个人倾向或习惯做法;(4)效力不同,尽管两者都是起证明作用的,但前者的证明力要强于后者,如代理房屋买卖的授权委托书就一定要经过国家公证,这种情况下的律师见证就得不到房屋产权登记部门的认可。需要说明的是,这并不代表律师见证的证明力与一般的民间私证相同,由于律师职业身份的专业性,因此其的证明力还是明显强于民间私证的。

6. 由律师见证引发纠纷的责任承担问题

由于律师见证的有偿性,因此对于见证律师或见证律师事务所的过错引发的责任,原则上采用过错责任原则,即以见证律师或见证律师事务所主观上的过错为承担民事责任的基本条件。在具体的责任承担上,见证律师由于见证错误给委托人造成损失的,应当承担责任,但这一责任承担方式是间接的,也就是说,委托人只能依照委托见证合同追究见证律师事务所的责任,再由见证律师事务所向具体见证律师追偿,对于当事人直接要求见证律师承担责任的,法院一般不予支持。

(二) 实践准备

1. 将学生分为若干小组,每组 6~8 人为宜,方便小组讨论和角色扮演。
2. 查找阅读有关律师见证的基本介绍,如历史起源、法律界定等。
3. 将本节课的实训案例发给学生,了解基本案件情况。

四、实训要点

律师见证,是非诉讼法律业务中一项最基本的业务,也可以说是一项相对简单的非诉讼法律业务。但是基于律师见证的专业性,对于没有接触过律师见证业务的人来说,其也是神秘而复杂的。不同于英美法系,我国的律师见证仅限于民商事领域,并不适用于刑事司法领域,而且其在证明效力上要弱于公证,但随着法治进程的逐渐推进,律师见证已经越来越多地被了解、被接受。

(一) 律师见证的业务流程

律师见证是指律师事务所根据当事人的请求,委派相关律师在场,以律师事务所名义对具体的法律行为或者法律事实的真实性、合法性进行证明的活动。律师见证有其固有的流程:

1. 接谈当事人

接谈当事人是律师应具备的一项重要业务技能,一名优秀的非诉讼律师绝不仅仅体现在其制作的法律文件的完善上,与当事人很好的沟通协调能力是一切工作的前提和基础。

(1) 倾听并摘录。在初次接待当事人时,要注意倾听当事人的叙述,在对案件事实及当事人的要求不明确前避免过早妄下结论,在倾听之时,要对当事人的叙述有选择性地摘录,对于不清楚的事实部分可在叙述之后进一步询问。

(2) 明确当事人的要求。在对案件情况有了大概了解之后,询问当事人需要律师提供什么帮助,在明确当事人要求后,再对当事人有针对性地询问与本次律师见证相关的、重要的案件情况,并查看相关案件材料。

需要注意的是,有些涉及人身及重大财产的事项必须经过国家公证机关的公证,这些强制性公证是相关法律行为生效的必要条件之一,当事人如不清楚,请求律师见证,律师也应如实告知当事人履行公证程序。

2. 委托关系的确立

(1) 委托关系的双方主体。当事人在清楚了解律师见证的含义和作用之后,可以通过书面形式确定当事人与律师事务所之间的委托关系,再由律师事务所指派具体的律师从事律师见证。需要强调的是,见证行为的主体是律师,但见证的名义是律师所在的律师事务所,在此不同于民间私证和以国家名义进行的公证。

(2) 委托关系确立的形式。至于书面形式可以是《委托见证合同》《律师见证申请表》或其他的书面文件,但无论是何种具体的书面形式,其内容均应含有:委托人的身份信息;委托见证事项和用途/目的;双方的权利义务;律师见证费用及支付方式;办理见证事项的期限;必要的提示、保留和声明,主要是对委托人所提供材料虚假、遗漏、不合法情形下的责任保留;不予见证/撤销见证的情形。

3. 接谈笔录的制作

(1) 文件审查。律师见证包括对法律行为和法律事实真实性及合法性的见证,但无论是哪种见证内容,均须要求委托方出示与案件情况相关的材料(包括但不限于公民身份证、企业营业执照、社团法人登记证照等文件)并进行一定的审查。至于审查的程度,对某一法律行为和法律事实真实性的见证,通常只需要对相关材料做基本的形式审查,如房屋权属证书中所有人的名字是否与出卖人的个人情况相一致,至于房屋权属证书是否为伪造的,则见证律师没有去房屋产权登记部门查询核实的义务,只要肉眼审查没有瑕疵即可,而合法性见证的审查义务则需要对权属证书的合法性进行进一步核实,而非仅限于形式审查。由上可知,律师在真实性见证的审查义务较轻,风险也相对较小,因此在委托人无特殊要求的情况下,建议我们所从事的律师见证仅为对某一法律事实或法律行为真实性的见证。另外,如认为委托人提供的文件、材料不完整或有疑义时,可要求委托人做必要的说明或进行补充。

另外,若委托人要求出具律师见证书的时间紧迫,致使律师无法事先进行上述审查工作的,则律师见证书应予以披露和说明,即在一个什么前提条件下,得出律师见证的结论。

(2) 文件备份。在对委托人出示的文件审核完成后,应对那些与案件相关的文件备份留存,作为最终出具律师见证书的重要依据。需要注意的是,除特殊情况外,律师并不保有委托人所出示材料的原件,对于复印件则要求委托人做“复印件与原件相一致”及“原件已收回”或类似意思的标注,以防因此引发纠纷。

(3) 接谈笔录的制作。在完成文件审查和备份之后,律师应对见证过程制作必要的接谈笔录,其作用相当于最终律师见证书的工作底稿。接谈笔录应列明接谈的时间、地点、接谈律师、接谈对象、记录人等基本情况,同时律师还要问及以下问题并记录在笔录中。具体包括:委托人对律师见证的理解和效力,对于提供材料的真实性、合法性、完整性的声明;笔录有无遗漏或委托人有无补充说明的情况;笔录与委托人的口述是否一致等。上述这些问题是律师见证接谈笔录中一定要有的固定内容,除此之外接谈笔录里还要包括与律师见证相

关的案件事实情况的说明,如在遗嘱见证中,一般应询问立遗嘱人与遗嘱相关的问题,如立遗嘱人的婚姻情况,其遗嘱所涉及的财产为单独所有还是夫妻共同所有,其是否还有其他儿女,有无子女无生活自理能力,其家人是否知晓其立遗嘱的行为等。

4. 律师见证及制作律师见证书

见证律师在完成上述工作流程后,依据委托人所提供的材料及接谈笔录的内容,就某一具体的法律行为或法律事实予以见证,具体见证的方法可依靠亲眼所见,也可以用拍照、摄像等方式记录下所见的法律行为或事实。

律师见证书通常包括以下内容:委托人的身份信息;委托见证的事项、范围;见证的法律依据;见证过程;见证结论;免责声明和保留条款;出具见证书的时间、见证书份数,最后由律师签字并加盖律师事务所公章。

5. 材料的立卷归档

在将律师见证书正本交给委托人之后,这一非诉讼法律业务还没有结束,见证律师需要将与本次律师见证有关材料按照一定顺序订卷归档才能申请结案。具体订卷归档的顺序,每一个律师事务所的要求会有所不同。大致顺序如下:(1)委托见证合同文本;(2)律师事务所发票附联;(3)委托人身份证明;(4)工作底稿,包括接谈笔录及相关案件材料;(5)如果决定不予见证的,应将不予见证的通知书附卷;(6)律师见证书原件;(7)律师见证书原件的签收确认书。

(二) 律师见证书的制作要点

1. 委托见证关系的双方主体是当事人与律师事务所,见证律师只是由律师事务所指派完成见证工作的,因此这一委托及指派关系必须在律师见证书中明确体现,通常是在律师见证书的第一段中就予以列明。

2. 在强调委托及指派关系的同时,在律师见证书中还需要对委托见证的事项突出强调,即按照律师见证的含义,强调是对某一法律行为或法律事实的真实性或合法性的见证,其中“真实性”或“合法性”三个字较之于“事项”等表述就更为准确。

3. 律师见证中并不是对任何行为或事实的见证均需要以相关法律为衡量因素或审查标准,如果某一行为不会引起法律关系的产生、变更或终止,其就不需要在律师见证书中出现“依照×××法”这样的字句,如清点库存产品并不会发生法律关系的变化,因此对清点行为的见证就不需要依照某个法律来予以见证。

相反,如果某一法律行为或法律事实会引起法律关系的变化,就需要依照相关法律对这一法律事实或法律行为予以审查,但这种审查只是衡量这一法律行为或法律事实是否违反国家法律及行政法规的强制性、禁止性规定,而非正向的完善性的审查,更不是对委托人行行为的完善建议。

4. 律师见证的内容为律师亲眼或以拍照或摄像的方法所记录下的行为或事实本身,非以上方法所见均不能出现在律师见证书中。

例如,仅是清点库存商品,律师只能证明现有的库存商品有多少,不能得出库存商品增加、减少这样的结论,也不能得出库存商品品质没变这样的结论,因为见证律师并不了解库存产品之前的状况,当然也不应得出库存商品前后对比下的结论。

另外,见证的内容就是律师亲眼所见的内容,可以是某一过程,也可以是某一事实,这些见证内容就是见证结论,只需要详细地表述在律师见证书中即可。有些学生将见证内容作为见证方法或见证过程,而在见证结论中对上述见证的法律行为或法律事实作出合法或违

法的结论,这是不正确的。

5. 出具律师见证书的依据要作为律师见证书的附件,如委托人的身份证明、委托见证合同、与见证行为或事项相关的材料、以拍照或摄像方法记录的见证内容等。

(三) 律师见证的风险防范

1. 要让当事人清楚了解:律师见证不同于合同审查,不等同于律师以当事人利益最大化为出发点的合同内容的修改和完善建议。

由于律师见证的专业性,因此一般来说,当事人并不清楚或者说其理解的律师见证并不是法律意义上的律师见证,很多当事人请求律师见证是源于希望律师对其行为给他一个更好的建议或获得律师的专业肯定,因此在当事人要求律师见证时,一定要清楚明了地告知和解释律师见证不同于法律咨询,也不同于合同审查,以防双方在此问题上因理解歧义而发生纠纷,如律师只对合同签字及盖章行为的真实性做见证,并不对双方合同的内容做见证。一旦因此而发生纠纷,律师作为专业人士一定是最终的责任承担主体。

例如,一女士购买二手房,请律师对其二手房买卖合同予以“见证”,但其本意是委托律师对合同内容予以审查,而律师想当然地认为委托人应该清楚律师见证的含义而并未予以充分清楚的解释,之后该女士的合同内容因违反法律的强制性规定而归于无效,该女士对于遭受的损失要求律师事务所予以赔偿,律师事务所赔偿后向办理此律师见证的律师进行追偿。

2. 要让当事人清楚了解:如无特殊要求,律师见证只是对真实性的见证,而且是对法律行为真实性的见证。

从律师见证的含义界定可知,其包括对法律行为或法律事实真实性和合法性两种类型的见证。现实生活中,对某些法律事实的见证是律师个人无法确认的,如证章的真实性,或委托书的真实性,或身份证的真假,或健康状况的证明,类似材料的真假只有采用专业的手段才能鉴别,律师没有职权和能力对文件的伪造与否进行定论。同样,对于某些法律行为的合法性见证——某一法律行为是否符合我国现行法律及行政法规的规定,需要建立在见证律师对相关法律、行政法规及规章清楚了解的基础之上,因此相较而言,对某一法律行为真实性的见证最为简单、风险也是最小的。

3. 让当事人清楚了解:律师见证是建立在当事人所提供材料的真实、合法、有效、且无重大遗漏的基础之上,如因当事人提供的材料存在虚假、不实或重要性遗漏,则见证律师对于见证书引发的纠纷不承担责任。

4. 对当事人出示的与见证相关的材料予以必要的形式审查。具体而言:

首先,审查核实当事人的主体资格。见证律师在对合同各方当事人的主体身份进行调查和认证时,可要求当事人出示证明其身份的材料,如自然人的身份证明、企业的营业执照、组织机构代码证、特许经营证书等。除此之外,在某些情况下,还可以要求当事人出示其他证明材料,如权利能力和行为能力证明;代理人的代理资格、代理权限;工商登记、税务登记、外贸许可、特许经营,等等。

其次,审查核实与见证的法律行为或法律事项相关的材料。在审核当事人的主体资格之后,见证律师需要对与本次见证的法律行为或法律事项相关的材料予以审核,如房屋产权证书,当事人的资信状况、履约能力,合同履行的可行性、商标专利的证明等。

需要注意的是,对于不同的见证内容,见证律师的审查标准是不同的。如对于法律事实的见证,如身份证的真伪,见证律师需要到一定的机关予以核实查证;对于法律行为合法性的