



大众法律文化书库

DAZHONG FALU WENHUA SHUKU

中国律师 实战手册

主 编 / 刘伟俊

副主编 / 吴 用 袁晓勇



大众文艺出版社

中国律师实战手册

刘伟俊 主 编
吴 用 副主编
袁晓勇

大众文艺出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

中国律师实战手册/刘伟俊主编.

—北京:大众文艺出版社,2001.1

ISBN 7-80094-913-3

I. 中…

II. 刘…

III. 律师业务—基本知识—中国—手册

IV. D926.5-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 60881 号

大众文艺出版社出版发行

(北京朝阳区潘家园东里 21 号)

邮编:100021

北京市兴凤印刷厂印刷 新华书店经销

开本 850×1168 毫米 1/32 印张 22.25 字数 556 千字

2001 年 1 月北京第 1 版 2001 年 1 月北京第 1 次印刷

印 数:1-6000 册

定 价:28.00 元

目 录

第一章 律师实务概述	(1)
第一节 律师执业条件	(1)
第二节 律师实务的范围和种类	(7)
第三节 律师执业的原则	(10)
第四节 律师办理涉外业务的原则	(15)
第五节 律师收费制度	(19)
第二章 刑事诉讼中律师辩护实务	(25)
第一节 律师辩护实务概述	(25)
第二节 辩护律师的权利和义务	(31)
第三节 侦查阶段律师的工作	(44)
第四节 审查起诉阶段的律师辩护工作	(46)
第五节 一审庭审阶段的律师辩护	(51)
第六节 二审、再审案件的律师辩护	(69)
第七节 自诉案件律师的刑事辩护	(73)
第八节 涉外刑事诉讼中的律师辩护	(74)
第三章 刑事诉讼中的律师代理业务	(82)
第一节 律师刑事代理概述	(82)
第二节 公诉案件中的律师代理	(84)
第三节 刑事附带民事诉讼的律师代理	(87)

第四节	刑事自诉案件中的律师代理	(91)
第五节	刑事申诉案件的律师代理	(95)
第六节	涉外刑事诉讼中的律师代理	(99)
第四章	民事诉讼中的律师代理实务	(103)
第一节	民事诉讼律师代理实务概述	(103)
第二节	律师诉前代理工作	(109)
第三节	律师诉讼代理工作	(116)
第四节	涉外民事、经济诉讼中的律师实务	(132)
第五章	行政诉讼代理	(146)
第一节	行政诉讼律师代理概述	(146)
第二节	律师行政诉讼代理的范围	(149)
第三节	行政诉讼中代理律师的地位及权利义务	(158)
第四节	律师担任行政诉讼代理人的工作	(161)
第五节	行政案件不适用调解	(174)
第六节	律师与行政侵权赔偿责任	(175)
第七节	律师与涉外行政诉讼	(181)
第六章	律师担任法律顾问工作	(186)
第一节	法律顾问概述	(186)
第二节	律师担任法律顾问的聘请程序	(191)
第三节	律师担任法律顾问的工作原则和工作方式	(194)
第四节	律师法律顾问工作的一般程序	(196)
第五节	律师担任几种类型的法律顾问	(206)
第六节	法律顾问工作的制度	(218)

第七章 律师的非诉讼法律实务	(221)
第一节 律师非诉讼业务概述	(221)
第二节 律师代理参与仲裁	(238)
第三节 律师的非诉讼调解	(263)
第四节 律师的行政复议代理	(266)
第五节 律师见证工作	(274)
第六节 律师代办的单项法律工作	(284)
第七节 律师代理清偿债权债务	(300)
第八节 律师办理房地产法律事务	(302)
第九节 律师证券法律实务	(314)
第十节 律师解答法律咨询	(330)
第八章 涉外律师实务	(339)
第一节 涉外律师实务概述	(340)
第二节 有关国际货物买卖合同的律师实务	(343)
第三节 外商投资企业中的律师实务	(371)
第四节 涉外技术转让中的律师实务	(389)
第五节 涉外专利代理中的律师实务	(403)
第六节 涉外商标代理中的律师实务	(410)
第七节 国际工程承包中的律师实务	(417)
第八节 有关涉外保险的律师实务	(429)
第九节 律师参与国际贷款的法律实务	(439)
第十节 律师在国际项目融资中的律师实务	(451)
第十一节 律师在境外证券投资中的律师实务	(457)
第十二节 律师代理申办涉外公证	(470)

第九章 律师执业中的法律责任	(484)
第一节 律师法律责任概述	(484)
第二节 律师执业中的行政法律责任	(485)
第三节 律师执业中的民事法律责任	(498)
第四节 律师执业的刑事责任	(517)
第十章 律师实务文书	(525)
第一节 律师代书的概述	(525)
第二节 诉讼文书的代书	(528)
第三节 其它诉讼用文书	(549)
第四节 非诉讼类文书的代书	(557)
第五节 律师自用类文书	(564)
第十一章 附录(合同样本格式)	(573)

第一章 律师实务概述

第一节 律师执业条件

律师实务,是指依法取得官方许可,以律师名义开展业务活动的具体方式、步骤、技巧等操作性事项的总称,亦可理解为律师执业的实际操作过程。律师执业条件,即律师开展律师实务需要满足的一定的前提条件。

根据《中华人民共和国律师法》第5条规定:律师执业,应当取得律师资格和律师执业证书。从本条的规定中可以看出,律师执业有两个前提条件,一是要取得律师资格;二是要通过一定的程序取得律师执业证书。这两个前提条件必须同时具备。而且《律师法》所规定的律师执业,是建立在律师资格与律师执业相分离的制度基础之上的,即取得律师资格,只是成为执业律师的前提;如要成为执业律师,还必须申请律师执业证书。可见,判断能否从事律师业务,必须视其是否取得律师资格和领取律师执业证书。

在《律师法》颁行之前,依《律师暂行条例》的规定,律师资格是以考核的方式授予的。当律师资格的取得方式从考核改变为考试为主、考核为辅之后,《律师暂行条例》的规定就变得与实际格格不入了。1988年,司法部颁布了《对取得律师资格后但现不从事律师工作人员的管理规定》,其中第2条强调指出:“取得律师资格但未做专职律师或担任兼职律师者,不得以律师名义从事任何律师业务。”这一规定,确立了律师资格和律师执业相分离的制度。

一、律师资格的取得

所谓律师资格,是指公民从事律师职业所必须具备的基本条件,是由国家通过相应的程序予以确认的。根据《律师法》第6、7条规定,“具有高等院校法学专科以上学历或者同等专业水平,以及高等院校其它专业本科以上学历的人员,经律师资格考试合格的,由国务院司法行政部门授予律师资格。”“具有高等院校法学本科以上学历,从事法律研究教学等专业工作并具有高级职称或同等专业水平的人员,申请律师执业的,经国务院司法行政部门按照规定的条件考核批准,授予律师资格。”

可见,在我国,律师资格取得的程序有两种情形:其一是经考试合格取得律师资格,其二是经考核批准取得律师资格。取得我国律师资格必须具有我国的国籍,外国人和无国籍人不能取得我国律师资格;报名参加考试的人员必须拥护中华人民共和国宪法,享有选举权和被选举权,品行良好,具有法学大专、非法学大本以上学历或同等专业水平。根据司法部1996年颁布的《律师资格考试授予办法》的规定,拥护中华人民共和国宪法,品行良好,身体健康,年龄在65岁以下,具有高等院校法学本科以上学历,被授予律师资格以后能够专职从事律师工作的公民,符合下列条件之一的,可以申请考核授予律师资格:(1)在高等法律院校(系)或法学研究机构从事法学教育工作或研究工作,已取得高级职称的;(2)具有法学专业硕士以上学位,有3年以上法律工作经历或者在法律事务所工作1年以上的;(3)具有其它高级职称或同等专业水平,可以考核授予律师资格的。申请考核授予律师资格的,由省、自治区、直辖市司法厅(局)负责对申请人考核和有关材料的审查工作,司法部审批授予。

根据有关规定,我国律师可以分为专职律师和兼职律师两种:

专职律师是指以律师为唯一职业的人员。专职律师是我国律

师的主体,是律师队伍的发展方向。

兼职律师是指在已经担任现行律师法正面认可了专职律师。其他职务的基础上兼任律师职务的人员。兼职律师是我国律师中重要的组成部分。但兼职律师的发展是受到政策限制的。根据司法部发布的《兼职从事律师职业人员管理办法》的规定,自1997年起,只有法学院校(系)、法学研究单位从事教学、研究工作的人员,具有律师资格,并且所在单位允许其兼职从事律师职业的,才有可能成为兼职律师。《中华人民共和国律师法》第13条第1款更是明确规定了“国家机关的现职工作人员不得兼任执业律师。”这一规定表明国家机关的现职工作人员不得以律师作为第二职业,司法行政机关也不得向该类人员颁发律师执业证书,但某些律师体制改革试点城市的公职律师不受此限。

此外,以下人员也不能担任兼职律师:(1)人民法院、人民检察院、公安机关的现职人员;(2)各级党委纪律检查委员会、政法委员会的现职人员;(3)各级人民代表大会的专职工作人员;(4)公证机关的公证员;(5)监狱、劳教部门的现职人员;(6)工矿企业保卫部门的保卫干部;(7)现役军人;(8)所在单位不允许其兼职从事律师职业的人员。

专职律师、兼职律师只是律师种类的区分。在执业时,二者统称律师,具有相同的权利和义务。从我国目前的实际情况分析,两种律师形式将会长期并存下去。

此外,在中国的律师行业舞台上还存在过特邀律师。特邀律师是指离退休后符合规定条件,经考核合格取得律师执业证担任律师职务的人员。特邀律师是一定历史阶段内的特殊产物。《律师法》颁行之后,特邀律师在制度上实际不复存在。因为过去特邀律师并不需要具有律师资格,而《律师法》要求所有律师从业人员均须事先取得律师资格,这就使特邀律师制度失去了存在的基础,特别是随着我国律师数量逐年增多,特邀律师制度已没有实际意

义。可以认为,特邀律师作为一项制度已被取消,但作为一个特殊的群体传统上的称谓,特邀律师仍会在一段时期内继续存在。

此外,在现实中还存在这样一类主体,他们刚刚进入律题事务所工作,尚未取得律师资格,或者虽已通过律师资格统考但正在申请律师执业证书。这部分人员实际上也在从事律师业务,但是这部分人员仍然不能以独立的律师身份从事律师业务,他们的执业范围和能力是受到限制的。这类主体原来被称之为“律师工作者”,现在一般称其为律师助理”。

二、律师执业证书的申领及注册

取得律师资格证书,并具备从业资格的人员在经过一年的实习期后,可以申请领取律师执业证书。申请由所在的律师事务所向所在地的司法行政机关提交申请书、律师资格证书、实习鉴定材料、申请人身份证明的复印件等文件。

司法行政机关应在收到申请材料后十五日内提出审查意见,并逐级上报至省、自治区、直辖市司法厅(局)。

省、自治区、直辖市司法厅(局)对申请材料进行审核,认为符合规定条件的,应当自收到申请材料之日起三十日内颁发律师执业证书。经审查不符合规定条件不予颁发执业证书的,应通知申请人。根据《律师法》第9条的规定,申请人具有以下情形之一的,不予颁发律师执业证:申请人无民事行为能力或者限制民事行为能力的,受过刑事处罚(过失犯罪除外)的,被开除公职或者被吊销律师执业证书。

申请人对不予颁发律师执业证书的决定不服的,可自收到通知书之日起十五日内,向上一级司法行政机关申请复议,不服复议决定的还可向人民法院提起行政诉讼;也可不经复议,直接向人民法院提起行政诉讼。

律师执业证书是律师从业的合法证明和有效证件,取得律师

执业证书,即可以以律师名义开展律师实务。司法行政机关为了加强对执业律师的管理,对执业律师实行年检制度,即实行每年的执业证书的注册,司法行政机关对律师每年的执业活动、职业道德和执业纪律在规定期间进行集中审核,并决定其在下一年度可否继续执业的制度。根据司法部颁布的《律师执业证管理办法》,律师执业证每年3月1日至5月31日进行注册,未经注册的律师执业证书无效。对准予注册的律师,注册机关应在报刊公告。

三、对律师执业的几点限制

律师执业限制,是指国家法律、法规或者其他规范性文件所规定的有关律师执业时的身份、业务种类和时空范围等方面的特殊约束。对特殊情况下的律师执业行为进行适当的限制,有利于维护正常的律师执业秩序和保障社会公众的利益。

根据我国《律师法》和有关律师执业的其他规定,我国律师执业限制主要包括以下几个方面:

(一) 律师只能在一个律师事务所执业。在我国,律师的执业身份从属于其所在的律师事务所,虽然律师可以在不同的律师事务所之间自由流动,但律师是不能以个人名义独立执业的。所以律师只能是某一个特定的律师事务所的律师,而不能在两个以上的律师事务所同时执业。只有对律师执业机构进行严格限制,才能保证律师事务所作为基本执业单位的规定得以落实。此外,禁止律师同时在两个以上律师事务所执业,也是为了对律师、律师事务所进行有效的管理和维护律师事务所及委托人的合法权益。

(二) 律师担任各级人民代表大会常务委会员组成人员期间,不得执业。这一规定的理由主要是:第一,有利于律师集中精力履行其作为人大常委会组成人员的职责。第二,人大作为权力机关,对政府、法院、检察院等部门的工作具有监督权,对其主要负责人有任免权。律师如果在担任各级人大常委会组成人员期间同时还

担任律师职务,不利于各有关机关依法履行职务,也不利于律师的队伍建设。

(三) 曾任法官、检察官的律师,从司法机关离任后两年内不得从事诉讼代理和辩护业务。《律师法》第三十六条规定:“曾担任法官、检察官的律师,从人民法院、人民检察院离任后两年内,不得担任诉讼代理人或者辩护人。”

这一限制性规定表明曾任法官、检察官的律师在离任后两年内不得从事诉讼代理和辩护业务。这一规定在本质上是一种回避制度。因为曾任法官、检察官的律师,由于以往的工作岗位与有关法院、检察院有着特定的联系,为了避免关系、人情等因素对司法活动的干扰,也是为了维护律师业的整体形象,《律师法》作出了这样的规定。需要注意的是:

1. 该条规定对法院、检察院未作级别、地域范围上的限定。因此应理解为,曾担任法官、检察官的律师,从原司法机关离任后两年内,不得在任何级别、任何地区的法院、检察院担任诉讼代理人或者辩护人。

2. 所限制的业务种类是担任诉讼代理人或者辩护人。这也就意味着,曾任法官、检察官的律师同其他律师一样,可以从事非诉讼法律事务,如担任法律顾问、解答法律咨询、代写法律文书等业务。

3. 限制的期限为两年,两年之后即可以从事诉讼代理人和辩护人的工作。

此外,在某些特殊的业务领域,律师必须事先取得主管部门授予的从业资格之后才能从事该项业务。这也是律师执业限制的一种形式。根据有关规定,在我国,律师拟从事证券法律事务的,必须事先经由一定的考核程序取得中国证监会和司法部共同授予的“证券律师资格”。

值得注意的是,《律师法》第12条第2款规定,“律师执业不受

地域限制”。这一规定是由律师职业的社会属性决定的。在我国，无论律师属于哪一种类，无论律师所在的律师事务所性质如何，也无论律师执业证书的颁发机构的地区、级别有何差异，其执业权利都是一样的。只要持有合法的律师执业证书，律师可以在全国范围内任何法院、仲裁委员会以及其他机构和场所开展律师实务。

四、律师执业证书的吊销

律师执业证书的吊销，是指律师因违反法律规定而由司法行政机关取消其执业资格、收回其律师执业证的情形。吊销律师执业证是对执业律师最严重的一种行政处罚。《律师法》第45条第1款规定，律师执业有下列行为之一的，由省级司法行政部门吊销律师执业证；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（1）泄露国家秘密的；（2）向法官、检察官、仲裁人员以及其他有关工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿的；（3）提供虚假证据、隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据、隐瞒重要事实的。同条第2款规定，律师因（在执业之外）故意犯罪受刑事处罚的，应当吊销其律师执业证书。

第二节 律师实务的范围和种类

律师是为社会提供法律服务的专业人员。只要有助于维护法律的正确实施，有助于维护公民、法人和其他组织的合法权益，凡是人们社会生活中涉及法律关系和事实的一切法律问题，都在律师执业的范围之内。但在某一特定的历史时期，律师的执业范围总是受到相应条件的制约，因而，总是限定在某个特定的范围之内。如在我国律师制度恢复之初颁行的《律师暂行条例》，规定我国律师业务范围分为五个方面，即担任法律顾问，进行民事诉讼代理、刑事诉讼辩护，参加调解、仲裁，解答法律咨询，代写法律文

书等。1996年5月通过的《中华人民共和国律师法》将律师的业务范围作了较大的扩展。根据《律师法》第25条规定,律师可以从事的业务有:(一)接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问;(二)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;(三)接受刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的委托或人民法院的指定,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;(四)代理各类诉讼案件的申诉;(五)接受当事人的委托,参加调解、仲裁活动;(六)接受非诉讼法律事务当事人的委托,提供法律服务;(七)解答有关法律询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。可以预见,随着改革开放的进一步深化,人们法律观念的进一步增强,社会要求律师服务的领域将更加广泛。

根据律师业务的不同特点和属性,律师实务大致可以分为三大类,即诉讼代理和辩护实务、非诉讼法律事务代理实务和法律顾问实务。

一、诉讼代理和辩护实务

《律师法》第25条第3款、第4款分别规定了律师参与诉讼活动的具体范围与方式。其一是接受委托担任民事、经济、行政诉讼案件当事人的代理人参加诉讼。其二是为犯罪嫌疑人提供法律帮助,或担任辩护人、代理人参与刑事诉讼。为犯罪嫌疑人提供法律帮助是指在刑事侦查阶段,律师接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请,为其提供法律咨询、代理申诉、控告、申请取保候审的一系列活动,这是《律师法》和《刑事诉讼法》颁布实施后律师参与刑事诉讼活动中的一项新业务。担任辩护人或代理人参与刑事诉讼,是指律师接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定担任辩护人,或接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼。

二、非诉讼法律实务

律师参与非诉讼法律事务,是律师的重要业务之一。它是指律师接受公民、法人和其他组织的委托,在诉讼之外为委托人提供各种法律服务。除了传统的诉讼业务之外,律师的非诉讼法律业务的范围越来越广。目前,律师办理的非诉讼法律事务,主要包括:(1)担任仲裁案件的代理人,参加仲裁。(2)调查法律事实,如接受委托对有关法人、经济组织的资信情况进行调查,或者对非诉讼事件中的有关法律事实与证据进行调查等。(3)出具法律意见书,如对委托人制定的规章制度、签订的合同进行审查,对某些重大经济项目或经济活动提供法律咨询,进行法律论证,并提出法律意见书。(4)接受委托,代理当事人办理某些单项法律事务,如办理公证、企业法人登记注册、商标注册申请、专利权申请、房地产产权登记过户等。(5)接受委托,参与商务谈判。(6)办理律师见证业务,证明某一法律行为和法律事实。(7)居间调解。(8)债务追偿等等。当前律师的非诉讼法律事务的范围还在扩展,如代理税务登记、纳税申报等税收事务,代理融资租赁、拍卖、招标中的法律事务,代理设定抵押权法律事务,代理办理保险中的法律事务。

此外,律师在涉外领域内提供非诉讼法律业务的范围也愈加广泛。其范围包括提供法律咨询服务,代办市场调查和客户资信调查,审查、代理涉外经济合同、国际货物买卖合同,见证当事人法律行为,为招、投标提供法律服务,代理发行股票、债券等方面的法律事务等

三、法律顾问实务

律师接受公民、法人和其他组织的聘请,担任法律顾问,是律师的主要业务之一。《律师法》第26条规定:“律师担任法律顾问的,应当为聘请人就有关法律问题提供意见,草拟、审查法律文件,

代理参加诉讼、调解或者仲裁活动,办理聘请人委托的其他法律事务,维护聘请人的合法权益。”《律师法》不仅拓宽了律师担任法律顾问业务的服务对象,而且也拓展了律师担任法律顾问的工作范围。律师担任法律顾问包括律师担任国家机关、企业法人和其它经济组织以及担任公民的法律顾问三种类型。

此外,除社会执业律师受聘于机关、团体、企事业单位和公民个人,为其提供有偿的法律服务这一传统形式外,还有正在兴起的受雇于政府机关的公职律师专门为该机关提供综合性法律服务的崭新形式。建立公职律师制度,是律师制度改革的重要方面,也是法律顾问制度的进一步发展。公职律师是指国家行政机关(各级政府及公共职能部门)中具有律师资格并持有律师执业证书,且在本机关内部专门从事法律工作,为本机关提供综合性法律服务的人员。公职律师是国家公务员,但其律师资格的取得和权利、义务及行为准则,均与《律师法》规定的社会执业律师相同。公职律师与社会执业律师不同之点是其服务对象只限于本机关,而不面向社会,且不收费。公职律师的主要任务是促进政府决策的科学化、法治化,保障法律的正确实施,维护本机关的合法权益。其具体职责包括:(1)为各级政府及其行政部门的立法决策、行政决策提供法律意见,进行法律论证;(2)参加法律、法规和其他规范性文件的草拟、修改、审查工作;(3)为本机关所提出的法律问题,提供法律咨询服务;(4)代理本机关参加诉讼、仲裁、调解及行政复议等活动。

第三节 律师执业的原则

《中华人民共和国律师法》第3条规定:“律师执业必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律。律师执业必须以事实为依据,以法律为准绳。律师执业应当接受国家、社会和当事人的