

律 师 实 务

LÜSHI SHIWU

杨启敬 段红柳 主编



LUSHI SHIWU

湖南人民出版社

律 师 实 务

杨启敬 段红柳 主编

湖 南 人 民 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

律师实务 / 杨启敬, 段红柳主编. —长沙: 湖南人民出版社, 2006.1

ISBN 7-5438-4261-0

I. 律… II. ①杨… ②段… III. 律师业务—中国
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 004591 号

责任编辑: 刘德华

装帧设计: 尹文君

律师实务

杨启敬 段红柳 主编

*

湖南人民出版社出版、发行

网址: <http://www.hnpp.com>

(长沙市营盘东路3号 邮编: 410005)

湖南省新华书店经销 长沙市开福区东兴印刷厂印刷

2006年1月第1版第1次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 10.5

字数: 262,000

ISBN7-5438-4261-0

D·694 定价: 17.80 元

目 录

第一章 律师与律师制度概述	1
第一节 律师制度的产生和发展	1
一、律师与律师制度的概念	1
二、外国律师制度的产生和度展	3
三、中国律师制度的确立和度展	5
第二节 我国律师的性质、地位和任务	8
一、我国律师的性质	8
二、我国律师的地位	9
三、我国律师的任务	10
四、律师收费	13
第三节 律师的工作机构和管理机构	15
一、律师事务所	15
二、律师协会	20
第二章 我国律师管理制度	23
第一节 律师资格与律师执业	23
一、律师的资格	23
二、律师执业	25
第二节 律师的权利和义务	28
一、律师的权利	28
二、律师的义务	32

三、律师法律援助	33
第三节 律师职业道德和执业纪律	35
一、律师的职业道德	35
二、律师的执业纪律	39
第四节 律师的法律责任	45
第三章 律师刑事辩护实务	50
第一节 辩护制度	50
一、辩护制度的产生和发展	50
二、辩护权及其行使	54
三、辩护人及其职责	56
四、律师在刑事诉讼中的地位和作用	57
第二节 刑事辩护工作程序	61
一、案件受理	61
二、庭前工作	62
三、庭审中的工作	71
四、休庭后的工作	77
五、二审中的刑事辩护	78
第三节 刑事辩护的基本要求及技巧	79
一、辩护的基本要求	79
二、刑事辩护的技巧	80
三、刑事辩护制度的完善	81
第四章 律师在刑事诉讼中的代理实务	84
第一节 律师刑事代理的制度	84
一、律师刑事代理的概念及特征	84
二、律师刑事代理的法律根据	85
三、律师刑事代理的意义	86
四、律师刑事诉讼代理的基本策略和技巧	87

第二节 自诉案件的律师代理	93
一、自诉案件律师代理的概念及特征	93
二、自诉案件律师的诉讼权利及责任	95
三、自诉案件律师代理的工作程序	96
第三节 公诉案件的律师代理	99
一、公诉案件律师代理的概念及特征	99
二、公诉案件律师代理的诉讼权利及地位	101
三、公诉案件律师代理的工作程序	103
第四节 刑事附带民事诉讼律师代理	106
一、刑事附带民事诉讼律师代理的概念和特征	106
二、刑事附带民事诉讼律师代理的地位及权利	108
三、附带民事诉讼律师代理的工作程序	109
第五章 律师在民事诉讼中的民事诉讼代理实务	112
第一节 民事诉讼代理制度	112
一、民事诉讼中律师代理的概念与特征	112
二、民事诉讼代理的种类	114
三、民事诉讼代理律师的职责与权限	115
第二节 民事诉讼中律师代理的主要工作	119
一、代理起诉、应诉和反诉	119
二、庭前准备和参与调解	125
三、代理出庭	129
四、代理上诉和二审诉讼	132
五、民事执行中的律师代理	134
第三节 常见民事诉讼的律师代理	136
一、经济纠纷案件的律师代理	136
二、婚姻纠纷案件的律师代理	136
三、继承权纠纷案件的律师代理	137
四、房产纠纷案件的律师代理	138

五、肖像权、名誉权、商标权、专利权、著作权纠纷 案件的律师代理·····	139
第六章 律师行政诉讼代理实务·····	141
第一节 律师代理行政诉讼概述·····	141
一、律师代理行政诉讼的概念和特点·····	141
二、行政诉讼中律师代理与民事诉讼、刑事诉讼中律师 代理的区别·····	142
第二节 行政诉讼中律师代理的主要工作·····	144
一、审查案情，确定代理·····	144
二、庭前准备的律师代理工作·····	150
三、庭审阶段的律师代理工作·····	157
四、裁决阶段的律师代理工作·····	159
五、执行阶段的律师代理·····	159
第三节 行政附带民事诉讼中的律师代理·····	161
一、行政附带民事诉讼律师代理的概念·····	161
二、行政附带民事诉讼律师代理应当注意的问题·····	161
第七章 律师仲裁代理实务·····	164
第一节 仲裁制度概述·····	164
一、仲裁的概念、本质和特征·····	164
二、仲裁的范围与原则·····	168
三、仲裁机构与仲裁员·····	173
四、仲裁协议与仲裁程序·····	174
第二节 律师仲裁代理的特点与事项·····	176
一、律师仲裁代理的概念与特征·····	176
二、律师接受仲裁代理时应审查的必要事项·····	177
三、律师在仲裁程序中应协助当事人及时行使权利·····	178
四、仲裁裁决后律师应协助当事人及时地申请撤销或	

执行仲裁裁决·····	179
第三节 律师代理仲裁的类型·····	179
一、律师代理国内仲裁·····	180
二、律师代理涉外仲裁·····	181
第八章 律师法律顾问实务·····	186
第一节 法律顾问的概述·····	186
一、法律顾问的概念与特征·····	186
二、法律顾问的作用·····	189
三、法律顾问的种类·····	191
四、法律顾问的工作原则·····	194
第二节 法律顾问的业务范围·····	197
一、律师担任政府机关法律顾问的职责范围·····	197
二、律师担任企业法律顾问的业务范围·····	200
三、律师担任事业单位和社会团体法律顾问的工作·····	203
四、律师担任公民个人法律顾问的工作范围·····	203
第三节 法律顾问的聘请程序和工作方式·····	204
一、法律顾问的聘请程序·····	204
二、法律顾问与聘请方的关系·····	205
三、法律顾问的工作方式·····	207
第九章 非诉讼法律事务律师实务·····	215
第一节 非诉讼法律事务的概念与法律特征·····	215
一、非诉讼法律事务的概念·····	215
二、非诉讼法律事务的范围与种类·····	216
三、非诉讼法律事务律师代理的特征·····	219
第二节 行政复议案件中的律师代理·····	220
一、律师代理行政复议的特点·····	220
二、律师代理行政复议中的代理权限·····	221

三、律师代理行政复议的委托·····	221
四、律师接受委托后的主要工作·····	224
第三节 律师调解·····	226
一、调解的种类及律师调解的性质·····	226
二、律师调解的方式·····	226
第四节 律师与单项法律行为·····	229
一、律师代理单项法律行为的概念·····	229
二、律师代理单项法律行为的范围与方式·····	229
三、常见单项法律行为中的律师代理·····	230
第十章 涉外律师实务·····	235
第一节 涉外律师实务概述·····	236
一、涉外律师实务的概念与特征·····	236
二、涉外律师实务的基本原则·····	237
三、涉外律师实务的基本要求·····	239
第二节 涉外合同中的律师实务·····	241
一、涉外合同的签订·····	241
二、涉外合同的转让和变更·····	243
三、涉外合同的解除和终止·····	245
第三节 涉外诉讼中的律师实务·····	248
一、涉外民商事诉讼中的律师实务·····	248
二、涉外民商事诉讼律师代理的基本原则·····	248
三、律师代理涉外民事诉讼应注意的问题·····	250
四、涉外刑事诉讼中的律师实务·····	251
五、涉外行政诉讼中的律师实务·····	253
第四节 涉外仲裁中的律师实务·····	254
一、涉外仲裁协议的订立·····	256
二、涉外仲裁的律师代理·····	257

第十一章 律师解答法律咨询实务	261
第一节 律师解答法律咨询概述	261
一、律师解答法律咨询的概念.....	261
二、律师解答法律咨询的特征.....	261
三、律师解答法律咨询的意义.....	263
第二节 律师解答法律咨询的范围、原则和要求	264
一、律师解答法律咨询的范围.....	264
二、律师解答法律咨询的原则.....	270
三、律师解答法律咨询的要求.....	271
第三节 律师解答法律咨询程序	272
一、听取陈述.....	272
二、审阅材料.....	272
三、询问疑点.....	273
四、分析问题.....	274
五、作出答复.....	274
第十二章 律师代写法律文书实务	280
第一节 律师代书概述	280
一、律师代书的概念和特征.....	280
二、律师代书的范围.....	281
三、律师代书的程序 and 基本要求.....	282
第二节 诉讼文书的代写	286
一、起诉状、上诉状.....	286
二、答辩状、反诉状.....	293
三、申诉书、再审申请书和申请书.....	297
第三节 其他法律事务文书的代写	301
一、合同.....	301
二、遗嘱、遗赠扶养协议.....	304

三、分单·····	306
四、收养协议书·····	308
中华人民共和国律师法（修正）·····	310
律师职业道德和执业纪律规范·····	320
后 记·····	325

第一章 律师与律师制度概述

第一节 律师制度的产生和发展

一、律师与律师制度的概念

(一) 律师的概念

从字义上讲,“律”指法律,“师”指具有专门知识和技能的人。一般而言,律师就是指受过法律专业训练,依法取得律师资格,并持有律师工作执照,为社会提供法律服务的执业人员。

律师在不同的国家里有特定的含义,并且其称呼也因国家不同而有些差异。如英国没有一般的律师称呼,只有巴律师 Barrister、沙律师 Solicitor 之称。“巴律师”又称大律师、出庭律师、辩护律师,“沙律师”又称小律师、初级律师、撰文律师。在其他国家, Solicitor、Lawyer 一般都指的是律师。

在我国,1997年1月1日起施行的《中华人民共和国律师法》第二条规定:“本法所称的律师,是指依法取得律师执业证书,为社会提供法律服务的执业人员。”据此,律师具有如下特征:

第一,律师是经过合法的途径取得律师资格,并获得律师执业证书的人。我国从1988年开始,实行律师资格与律师职务相分离的制度,通过考试取得律师资格的人,只有经过司法行政部

门的批准领取律师执业证书从事律师职业，执行律师业务，才能称为律师。虽然通过考试取得律师资格，但尚未取得律师执业证书的人，只是律师队伍的后备力量，还不能称为律师。即使他们向当事人提供法律帮助，也仍不能以律师的身份出现。

第二，律师是以提供法律服务的方式执行业务。律师的工作方式和职责是为当事人提供法律服务，协助当事人进行诉讼或办理其他法律事务。律师向当事人表示的意见，提供的建议仅供当事人参考，不具有法律上的约束力。律师是以自己的专业知识和经验为当事人服务，维护当事人的合法权益，并以此方式维护法律的正确实施。

（二）律师制度的概念

律师制度是国家民主制度与法律制度的一项重要内容。它是指国家通过法律规定有关律师的性质、任务、业务范围、管理体制，律师的权利、义务、活动原则以及取得律师资格的条件和程序等方面内容的制度。

需要指出的是，在理解律师制度的概念时，不要把律师制度等同于司法制度，或者把律师制度看成是司法制度的一个组成部分。这是因为，司法制度是国家规范司法机关司法活动的制度，主要包括侦查制度、检察制度、审判制度、执行制度，以及审判活动中的证据制度、审级制度、辩护制度、代理制度等。而律师制度则是规范律师业务活动的制度，它是有关律师的性质、任务、资格、业务管理体制等方面内容的制度。虽然，在实践中律师的业务活动与司法制度存在一定的联系，但律师工作机构不是国家的司法机关，它不具有司法职能，而只具有向当事人提供法律帮助的职能。律师的辩护和代理，也只具有律师向当事人提供法律帮助的含意，而不具有司法职能的含意。此外，律师的法律顾问实务、法律咨询实务、非诉讼代理实务，都与司法制度毫无联系。因此，不能把律师制度归结为国家的司法制度。

还应注意的是，律师制度虽然是国家法律制度的重要组成部

分，但它不是与国家和法律同时出现的。它只是为了适应国家政治民主、经济发展的需要，为加强法制与发扬民主而实行的一项法律制度。

二、外国律师制度的产生和发展

律师制度起源于古罗马，但类似于以律师这种身份从事诉讼代理活动的人则早在古希腊就已出现。公元前5世纪，古希腊雅典出现了“雄辩家”。他们可以在诉讼中受当事人的委托为当事人撰写庭审发言稿，并在法庭上为当事人辩护。不过，由于这些“雄辩家”的活动没有形成一种职业，“雄辩家”也没有形成一个阶层，国家也就没有相应的法律制度对其调整。

大约在奴隶制的罗马共和国时期，有了律师制度的雏形。当时的罗马社会，手工业和商业已经较为发达，市场贸易逐渐繁荣，商品交易日益频繁。在这种社会条件下，罗马私法得以发展起来。随着罗马法律的发展，罗马社会出现了一批专门研究法律的专家，人们称之为“职业的法律家”。其主要任务是：充当国家立法和司法的顾问，提供咨询性意见，协助校订文件；指导民事案件双方当事人的诉讼行为；从事法律方面的教学和著述活动。但这时期的法学家基本上是国家雇员，还不是职业律师。到公元前3世纪，伴随着罗马私权制度发展到顶峰，罗马法学也达到了鼎盛时代。这时的法律家产生了一次大分化。其中的少数人取得了优越的地位，成为罗马统治者的顾问，或者得到授权担任国家法院的特别顾问。多数法律家却走了另一条道路，依照当时罗马法律的规定，在民事诉讼中担当债务被告人的“保护人”，代现被告人在法庭上同原告人对诉，后来到罗马帝国时期又进而被允许担当刑事案件当事人的辩护人到法庭上开展辩论。至此，出现了人类历史上第一批职业律师，标志着律师制度得以确立。

职业律师及律师制度起源于古罗马奴隶制国家并非偶然，它是当时罗马社会经济制度、政治制度、司法制度发展中的必然产

物。当然，罗马的律师制度仅仅是为奴隶主的需要而设立的，与在法律上无独立人格的奴隶的利益毫不相干。

欧洲在中世纪时期，自给自足的农奴庄园经济使商品货币关系的发展受到了极大的限制，对法律的需求变得越来越小。在司法制度方面，当时占统治地位的是基督教裁判所的“神明裁判”和世俗法庭的纠问式审判方法，诉讼当事人的诉讼权利受到了种种限制，在民事诉讼中失去了包括聘请诉讼代理人在内的许多保护正当权益的手段，在刑事诉讼中刑讯逼供的审讯方式使得被告人的辩护权被剥夺殆尽。在这种社会历史条件下，律师制度实际上已荡然无存。

律师制度随着资产阶级革命的胜利得到了真正的发展。17、18世纪时期，资本主义商品货币关系有了很大发展。为适应经济发展的需要，资产阶级的一些启蒙思想家如英国的李尔本、洛克和法国的伏尔泰、狄德罗等，在政治上提出了“民主”、“自由”、“平等”、“博爱”等反对封建专制的口号，同时针对封建司法专横制度，提出了“法律面前人人平等”的口号，提出了在诉讼中用辩论式诉讼方法代替纠问式审判方法，主张当事人有权为自己辩护、有权请律师或其他人为其辩护。经过人民群众的革命斗争，英、法等国封建统治阶级不得不被迫承认了诉讼中的辩护原则，承认当事人有自我辩护和请他人辩护的权利。于是，资产阶级律师应运而生，并逐渐发展为一种独立的广泛的社会职业。随着资产阶级革命在欧美各国取得胜利，欧美各国先后将律师制度写入宪法性文件，并在诉讼法中详加规定。如美国1791年宪法修正案规定，刑事案件被告人有权要求司法机关以“强制手段取得对本人有益的证据，并受法庭律师辩护之协助”。同年，法国宪法也规定从预审开始就“不得禁止被告人接受辩护人的援助”。1808年拿破仑《刑事诉讼法》进一步将辩论原则和律师辩护制度系统化、规范化，奠定了法国现代律师制度的基础。

资本主义国家的律师制度一经确立，便以空前的速度向前发

展。现在，它已成为资产阶级法律制度的重要组成部分。律师在社会中的地位越来越高，活动范围越来越广泛，所起作用越来越重要，有关律师的法规也越来越完善。

三、中国律师制度的确立和发展

（一）旧中国的律师制度

早在中国古代奴隶制社会，就出现了专门为诉讼当事人代写诉状，帮助当事人谋求胜诉的人。这些人被称为“讼师”或“刀笔吏”等。春秋末期郑国的邓析是我国古代著名的讼师。但这与现代意义上的律师相去甚远。讼师不像律师在诉讼中具有合法地位，他们也并不一定都熟悉法律，往往凭借识文断字的优势为当事人提供服务。因而，讼师并没有成为一种专门为社会提供法律服务而被社会广泛认可的公开职业。

秦汉以后直至明清，在长达 2000 多年的封建社会里，由于政治上实行专制统治，经济上以自给自足的农业经济为主体，诉讼制度上采取纠问式的审判方法和刑讯逼供的野蛮程序，缺乏律师制度孕育和生存的土壤，因而不可能建立律师制度。

中国律师制度是在清末随着西方律师制度的引入开始出现的。1906 年在修律大臣沈家本的主持下，清政府仿效日本的法律制定了《大清刑事民事诉讼法》，首次对律师参与诉讼做了规定。该法典后因遭到各省督抚的反对而未能颁布实施。1910 年，修订法律馆重新编成《刑事诉律草案》和《民事诉律草案》，又一次规定了律师和律师制度，但尚未审核和颁布，就爆发了辛亥革命，清王朝被推翻。辛亥革命后，孙中山先生领导的南京临时政府曾借鉴资本主义国家的律师制度，起草了《律师法草案》，但由于临时政府很快被解散，该草案未能公布施行。袁世凯窃国后，北洋政府于 1912 年制定了《律师暂行章程》和《律师登记暂行章程》，并予以公布施行，这成为中国历史上律师制度实行的开端。在北洋政府期间，全国的律师人数达到 2000 余人。

1927年后，国民党政府仿照英国的律师制度制定颁布了《律师章程》。1930年成立了律师公会。1941年国民党政府又公布了《律师法》和《律师法实施细则》，至此，律师的人数有所增加，律师业务有所发展，但多数律师集中于大城市。当时的律师属于自由职业者，律师收费归个人所有。

（二）新中国律师制度的建立和发展

新中国律师制度，是在废除国民党旧的律师制度的基础上，随着社会主义事业的发展，逐步建立起来的。根据新中国法制建设的需要，1950年7月，中央人民政府颁布了《人民法院组织通则》，规定被告人有辩护权及请人辩护的权利。1951年9月又颁布了《人民法院暂行组织条例》，在该条例说明中，重申了上述原则，并第一次提出了“合法辩护人”的概念。自1953年胜利完成恢复国民经济任务后，国家进入发展国民经济第一个五年计划的新时期，相应地要求进一步发扬社会主义民主，加强社会主义法制，因而建立新的律师制度被提到议事日程上来。1954年7月司法部发出《关于试验法院组织制度中几个问题的通知》，指定北京、天津、上海等大城市率先试办律师工作，逐步建立律师制度。1954年9月颁布的《中华人民共和国宪法》明确规定“被告人有权获得辩护”。同年9月通过的《人民法院组织法》进一步明确规定：“被告人有权辩护”，“被告人除自己行使辩护权外，可以委托律师为他辩护”。这就从法律上明确肯定了我国的律师辩护制度，使律师业务的开展有了法律依据。在试办和初创律师工作的基础上，司法部于1956年1月向国务院呈报了《关于建立律师工作的请示报告》并获批准。该报告对律师的性质、任务、工作机构、任职资格等作了一系列规定，有力地推动了我国律师制度的发展。到1957年6月，全国有19个省、市建立了律师协会、法律顾问处达820个。律师工作的开展，对于加强社会主义法制，保护公民合法权益起了重要作用，深受人民群众的欢迎。但是，1957年后随着“左”倾思潮的滋长和反右派斗争