

全 国 重 点 政 法 院 校 系 列 教 材

律师、公证 与仲裁教程

■
西南政法大学
教材编审委员会
审定

主编/田平安
副主编/廖中洪



fl

法律出版社

124

1996.5-11

117

律师、公证与仲裁教程

西南政法大学教材编审委员会审定

主 编 田平安

副主编 廖中洪



A0974016

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

律师、公证与仲裁教程/田平安主编. —北京:法律出版社, 2002. 4
全国重点政法院校系列教材
ISBN 7-5036-3720-X

I. 律… II. 田… 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③仲裁—制度—中国—高等学校—教材 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 014262 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/李 跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何 萍

开本/850×1168 1/32
版本/2002年5月第1版

印张/17.75 字数/434千
2002年5月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414140(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部)

(021)62071679(上海公司)

(010)88960092(八大处营业部)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3720-X/D·3355

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

出版说明

世纪之交,我国高等教育正面临前所未有的发展机遇:国家制定了《面向 21 世纪教育振兴行动计划》,描绘了跨世纪教育改革和发展的蓝图;党中央、国务院作出了《关于深化教育改革,全面推进素质教育的决定》,发出了为中华民族的伟大复兴而奋斗的号召;依法治国的战略决策、西部大开发的进军号角,为法制建设和高等法学教育以及法学高级专门人才的培养提出了新的课题;法学教育如何为西部大开发服务,更是我们西部的法学教育工作者不容回避的时代课题和神圣使命。

教材建设是教学基本建设的重要内容。为了适应新形势下培养具有创新精神和实践能力的新型高级专门人才的需要,学校教材编审委员会决定规划出版一套具有西南特色,体现我校教学、科研最新成果及教材编写水平的高质量的本科系列教材。首批审定的 27 种教材,计有《中国民法学》、《知识产权法学》、《商法学》、《刑法学》、《中国法制史》、《劳动法学》、《房地产法》、《合同法》、《中国法律思想史》、《证据学》、《犯罪心理学》、《犯罪学教科书》、《外国宪法》、《刑事侦查学》、《法医学》、《痕迹学》、《文书检验》、《刑事照相》、《侦查策略与措施》、《现场勘查》、《计量经济学》、《比较政治制度》、《公共政策学》、《领袖新闻论著导读》、《国民经济管理学》、《法学信息资源与文献检索》、《会计学基础》,承蒙法律出版社的大力支持,于 2001 年 9 月前陆续出齐。第二批审定的教材共 21 种,有《婚姻家庭继承法》、《国际经济法》、《国际贸易法》、《立法学》、《国际私

法》、《国际公法》、《刑法学案例教程》、《中国宪法学》、《国家赔偿法》、《律师制度、公正与仲裁教程》、《计算机应用教程》、《侦查学原理》、《痕迹学教程》、《微量物证检验与分析》、《生物物证技术》、《声像技术》、《新闻学概论》、《广播电视新闻基础》、《管理学原理》、《现代秘书学》、《马克思主义哲学原理》，也将由法律出版社分期分批出版。

这套规划教材的特点是注重阐释各门学科的基本理论和基础知识，吸纳各门学科的最新研究成果和前沿研究信息，突出理论和实践的有机结合，力求科学性、系统性、新颖性和适应性。

本教材供普通高等学校法学各专业必修课和选修课使用，也可作为成人教育本专科各专业的学习用书。

西南政法大学教材编审委员会

二〇〇一年十二月

前 言

据统计,1989年全国共发生各种民事纠纷2506150件;1998年发生各种民事纠纷4830282件;1999年发生5060000件;2000年发生民事纠纷4730000件。这些数字充分地表明,随着人们民主法制意识的增强与提高,涵盖社会生活方方面面的民事纠纷总的呈现日渐增多的趋势。面对如此众多的民事纠纷一味地追求用诉讼的形式解决问题,既不是一个聪明的办法,也不是当今世界各国所通用的办法。当今世界尤其是发达国家越来越重视采用多途径、多渠道、全方位对民事、经济纠纷因势利导、各个击破。在美国,有所谓“ADR”(Alternative Dispute Resolution)的机制;在日本有所谓小额诉讼的方式。在诉讼机制并不完善的中国,面对如此众多的纠纷,我们没有理由不采用聪明的办法即利用多种途径、多种办法化解各式各样的社会纠纷。公证和仲裁就是多种渠道和途径中的方式和方法。

远在古代罗马时期,罗马人中就有一种经奴隶主授权专门办理主人法律文书的人,称为“诺达里”。在罗马共和国后期,由于罗马诉讼程序的形式主义,罗马居民迫切需要一种专门从事代书的人为其服务,后来就有了“达比伦”,达比伦给予当事人以法律上的帮助,不仅代拟法律文书,还签字作证明,他们具有法律知识,领取国家规定的报酬。这种代书人制度就是私证制度的起源。私证的生命力就在于它受到社会承认的自然权威,但它并不是诉讼机制。

公证是由私证发展演变而来的。现代意义的公证是指国家公

证机关按照公民、机关、社会团体、企业、事业单位的申请,对法律行为或具有法律意义的文书、事实,证明它的真实性与合法性的一种非讼活动。公证是在纠纷发生前,对法律行为或有法律意义的事实的真实合法性的认可,它可以减少纠纷或预防纠纷的出现。就此意义上说,公证也是一种化解纠纷的机制;而公证的生命力在于它是一种得到国家立法机关认可的的一种法律制度。

仲裁也是由古代的劝架方式发展而来的。当人类社会尚未出现诉讼的时候人们已经学会使用仲裁的方式,只不过当时的仲裁员是部落里的首长罢了。就这个意义上也可以说仲裁是诉讼的前身。现代意义上的仲裁是指在纠纷当事人自愿的基础上,由第三者居中处理其纠纷的一种方法。

律师,并不是一种处理纠纷的机制,但公证与仲裁往往离不开律师。诉讼更离不开律师。俗话说“术业有专攻”。在科学技术日益发达的今天,在社会分工日益精致的时代,几乎没有当事人不需要懂得法律的人帮助的事。律师就是可以提供这种帮助的人。

既然律师、公证与仲裁在解决纠纷的过程中是如此之重要,那么,理论的研究应十分深入、实践的开展应十分活泼,但作者十分遗憾地注意到,由于种种原因所致,在我国无论是理论界或者是实务界,对律师、公证与仲裁的研究与开展均显得十分苍白无力。有关公证、仲裁和律师的理论著作十分有限,即使普法类的东西也并不十分丰富。在人们日益关注审判方式的完美、日益关注司法制度改革的今天,存在这种现象是十分不协调的。现在是我们关注仲裁、关注公证、关注律师的时候了。

理性地说,中国的律师业又是一个较为稚嫩的职业。从1979年恢复律师制度到现在满打满算也不过22个春秋。22年,中国的律师业是在摸索、探讨和争论之中一步步地艰难地走过来的。之所以说它还是一门稚幼的职业,其主要原因有:首先,律师的管理制度还处在探索的阶段。现阶段是司法行政宏观指导下的行业

管理。一听这个体制名称就是一个不明不白的概念。如何行业管理？又如何司法行政指导？是以行业管理为主，还是以行政指导为主？二者的关系是不明确的。关系不明定位不准，必然桎梏律师业的向前发展。其次，中国律师的整体水平还比较低。由于律师的复兴时间还非常之短暂，而经济的发展却突飞猛进，先是有计划的经济，后是有计划的商品经济，再是市场经济，欲使律师行业紧紧跟上经济的脚步是有一定的难度的。尤其是现在又已加入WTO，对中国的律师行业来说，无疑又是一次严酷的挑战。要跟上时代前进的步伐、跟上中国经济的发展、面对经济全球化的潮流，中国的律师、公证和仲裁的队伍必须来一个飞跃，无论是规模或是质量。律师、公证员和仲裁员要做到“三懂”即“懂法律、懂经济、懂外语”，才能在市场竞争中取得主动地地位；要了解外国人的思维方式和办事习惯，要懂得外国的法律和外面的情况；同时又要真正把握自己的国情，能言善辩、能说会写。这样，才能成为一个合格的律师、公证员或仲裁员。

为实现这个目标，惟有加强法学教育、培养四有新人。教书必有书，本着这个宗旨，我们编写了这部教程。

西南政法大学教材编审委员会

主任委员:田平安

副主任委员:徐静村

委	员:	卓泽渊	李昌麒	李开国	杨树明
		曾代伟	赵长青	左开大	赵中颖
		陈金全	郑传坤	孙宁华	孙启福
		管光承	张英		

秘	书	长:	杨树明	曾代伟	孙宁华	孙启福
---	---	----	-----	-----	-----	-----

目 录

第一编 律 师 制 度

第一章 律师制度的产生和发展	(1)
第一节 西方国家律师制度的产生和发展.....	(1)
第二节 中国律师制度的产生和发展.....	(6)
第二章 律师的性质和任务	(15)
第一节 律师的概念.....	(15)
第二节 律师的性质.....	(19)
第三节 律师的任务.....	(22)
第三章 律师的资格和执业	(25)
第一节 律师的资格.....	(25)
第二节 律师的执业.....	(29)
第四章 律师执业的基本原则	(39)
第一节 律师执业的基本原则概述.....	(39)
第二节 遵守宪法和法律原则.....	(40)
第三节 恪守职业道德和执业纪律原则.....	(42)
第四节 以事实为根据、以法律为准绳原则.....	(46)
第五节 接受监督原则.....	(48)
第六节 依法独立执业原则.....	(50)
第五章 律师的权利和义务	(53)
第一节 律师的权利.....	(53)

第二节 律师的义务·····	(65)
第六章 律师的执业机构 ·····	(70)
第一节 律师的执业机构概述·····	(70)
第二节 律师事务所的设立、变更和终止·····	(82)
第三节 外国律师事务所驻我国境内的办事处·····	(87)
第七章 律师的管理 ·····	(91)
第一节 律师管理体制·····	(91)
第二节 律师管理的机关和机构·····	(97)
第八章 律师职业道德与执业纪律 ·····	(103)
第一节 律师的职业道德·····	(103)
第二节 律师的执业纪律·····	(110)
第九章 律师与法律援助 ·····	(120)
第一节 法律援助的概念、意义·····	(120)
第二节 律师法律援助的内容·····	(127)
第十章 律师的法律责任 ·····	(135)
第一节 律师法律责任概述·····	(135)
第二节 律师的刑事责任·····	(139)
第三节 律师的民事责任·····	(142)
第四节 律师的行政责任·····	(146)
第十一章 民事诉讼中的律师业务 ·····	(154)
第一节 律师民事诉讼代理概述·····	(154)
第二节 国内民事诉讼中的律师代理·····	(164)
第三节 涉外民事诉讼中的律师代理·····	(175)
第十二章 刑事诉讼中的律师业务 ·····	(180)
第一节 刑事诉讼中的律师辩护·····	(180)
第二节 刑事诉讼中的律师代理·····	(199)
第十三章 行政诉讼中的律师业务 ·····	(210)
第一节 律师行政诉讼代理概述·····	(210)

第二节	行政诉讼中的律师代理·····	(216)
第三节	行政附带民事诉讼的代理·····	(224)
第十四章	非讼法律事务中的律师业务·····	(228)
第一节	律师代理非讼法律事务概述·····	(228)
第二节	调解和仲裁中的律师代理·····	(233)
第三节	其他非讼法律事务中的工作·····	(243)
第十五章	法律顾问·····	(254)
第一节	法律顾问概述·····	(254)
第二节	法律顾问的业务范围·····	(262)
第十六章	解答法律咨询和代书业务·····	(274)
第一节	解答法律咨询·····	(274)
第二节	律师代书业务·····	(280)

第二编 公 证

第一章	我国公证制度的建立与发展·····	(286)
第一节	公证制度概述·····	(286)
第二节	公证制度的产生和发展·····	(290)
第三节	我国公证制度的建立和发展·····	(292)
第二章	公证机关和公证员·····	(297)
第一节	公证机关·····	(297)
第二节	公证员·····	(302)
第三章	公证机关的业务范围与公证管辖·····	(311)
第一节	公证机关的业务范围·····	(311)
第二节	公证的效力·····	(316)
第三节	公证管辖·····	(322)
第四章	公证原则·····	(329)
第一节	真实合法原则·····	(329)

第二节	自愿公证与强制公证相结合的原则	(331)
第三节	直接原则	(332)
第四节	回避原则	(333)
第五节	保密原则	(334)
第六节	便民原则	(335)
第七节	使用本国和本民族语言原则	(336)
第五章	公证的程序	(338)
第一节	办理公证的一般程序	(338)
第二节	办理公证的特别程序	(348)
第三节	复议程序	(359)
第六章	公证实务	(366)
第一节	公证实务概述	(366)
第二节	合同公证	(371)
第三节	婚姻家庭、收养、继承等有身份关系、 财产关系的公证	(379)

第三编 仲 裁

第一章	仲裁制度概述	(392)
第一节	仲裁的概念和种类	(392)
第二节	我国仲裁法的立法体例和适用	(403)
第二章	仲裁的基本原则和基本制度	(407)
第一节	仲裁的基本原则	(407)
第二节	仲裁的基本制度	(420)
第三章	仲裁员	(426)
第一节	仲裁员	(426)
第二节	仲裁机构	(431)
第三节	仲裁协会	(446)

第四章 仲裁当事人	(448)
第一节 仲裁当事人概述.....	(448)
第二节 仲裁当事人的种类.....	(455)
第五章 仲裁协议	(461)
第一节 仲裁协议的概念、种类	(461)
第二节 仲裁协议的内容和效力.....	(464)
第六章 仲裁程序	(468)
第一节 仲裁程序概述.....	(468)
第二节 仲裁的申请与受理.....	(469)
第三节 仲裁庭.....	(477)
第四节 反请求.....	(480)
第五节 仲裁审理与裁决.....	(482)
第六节 仲裁调解与当事人和解.....	(491)
第七节 仲裁裁决的撤销.....	(495)
第七章 证据保全与财产保全	(499)
第一节 证据保全.....	(499)
第二节 财产保全.....	(501)
第八章 仲裁裁决的执行	(506)
第一节 仲裁裁决执行概述.....	(506)
第二节 申请执行仲裁裁决的程序.....	(508)
第三节 仲裁裁决的撤销与不予执行.....	(513)
第四节 对执行过程中特殊情况的处理.....	(518)
第九章 涉外仲裁	(525)
第一节 涉外仲裁概述.....	(525)
第二节 涉外仲裁机构.....	(528)
第三节 涉外仲裁程序.....	(536)
第四节 涉外仲裁裁决的承认和执行.....	(544)
后 记	(548)

第一编 律师制度

第一章 律师制度的产生和发展

第一节 西方国家律师制度的产生和发展

一、西方国家律师制度的萌芽与形成

律师,是指专门从事法律事务的法律工作者。有关律师资格、执业原则、活动方式和内容、职业纪律等形成的一整套法律规范,称为律师制度。由于律师的业务主要是进行民事诉讼代理和刑事诉讼辩护,因此律师制度与诉讼制度是紧密相关的。没有比较文明进步的诉讼制度就不会有律师制度。所以,考查律师制度必须和诉讼制度的考查联系起来思索。探寻律师制度的兴起与发展的轨迹,必须把握民事诉讼代理制度和刑事诉讼辩护制度的发展轨迹。

史料表明,在原始社会里,由于生产力水平的极度低下,社会无诉讼可言,当然也不存在民事诉讼代理制度或刑事辩护制度。到了奴隶社会,奴隶主阶级才建立了自己的诉讼制度。在诉讼中出现较早的当数民事诉讼代理制度。早在公元前5~4世纪的雅典民主共和国便存在民事诉讼代理。雅典,原是古希腊中部地区阿提喀半岛的一个城市。公元前7世纪左右,逐步形成了雅典城邦国家。波希战争以后,雅典的奴隶制经济、政治、文化得到了空前的发展。在当时,手工业、商业、航海业是比较发达的。商品经

济的相对活跃,导致了土地买卖、房屋租赁、继承以及损害赔偿等方面的纠纷日渐增多。为保护奴隶主贵族的私有财产,国家设置了各种类型的法院,如迪埃德特法院、四十人法院、陪审法院等。从法院对案件的管辖和审理程序上说,已出现了具有民事诉讼性质的所谓“DIKE”式诉讼。在一般情况下,诉讼只能由纠纷的当事人本人出庭,但遇有特殊情况,如陪审法院审理虐待孤儿案、虐待继承人案、损害孤儿财产案等,当事人本人出庭确实困难的,统治阶级为了使诉讼顺利进行,便规定可以由他们的保护人或与继承人同居之亲属提出诉讼。此外,法律还允许某些拙于言辞的当事人聘请那些能言善辩的人充当帮手;假如当事人病了,也准许其至亲契友出庭为之辩护。这些可以提起诉讼的“保护人”、“与继承人同居之亲属”和当事人请的“帮手”、“至亲契友”就是历史上最早的诉讼代理人。

罗马共和国后半期,由于商业的发展,尤其是罗马人与波列格林之间的商业交往的日益频繁,致使纠纷增多,也出现了类似雅典的民事诉讼代理,但在某些方面又稍有不同,比如有了收费的做法。罗马的所谓保护人在给隶属于自己的公民以诉讼上的帮助时,就收取一定的报酬。公元前3世纪,罗马皇帝以诏令承认了诉讼代理即“靠里托”(Cogitary),意为代理人。但在当时,对诉讼代理人的资格限制还是比较严格的。充当诉讼代理人的一般是男性,诉讼代理权的发生,也要遵照一定的条件:要叙述一定的语言;一方当事人必须在场,虽不在场也得在事后承认,否则无效;等等。

在希腊——罗马文化中,还有两种较低级的法律代理人。一种称为代诉人,一种称为代书人。前者主要负责照管诉讼的正式程序,后者主要是负责起草文书等。在欧洲,随着日耳曼人的入侵,公元476年,西罗马帝国灭亡。西罗马帝国虽然从形体上被消灭了,但其灿烂的法律文化却对后来的国家起着相当大的影响。尤其是,曾是罗马帝国国教的基督教会法在一些国家取得了统治

地位,因而,不管日耳曼民族和封建国家如何强烈地抵制,罗马的一些制度包括诉讼代理制度仍被不同程度地保存下来。12 世纪文艺复兴以后,特别是罗马法研究在波洛尼亚大学恢复以后,这些制度更得到了大大加强,诉讼代理的某些规定和做法更加具体。如欧洲有的国家允许当事人径行指定友人为诉讼代言人(Month,或称主诉者 Forspeaker;拉丁文称为 Prolocutor;诺曼时代法文称为 Conteur),同时为克服诉讼代言人在代理过程中可能出现的违背当事人意志的错误,又有一种谛听者(Listener)或称“提醒者”(Warner)的规定。谛听者的责任是发现代言人的错误,并立刻告诉当事人,由当事人出面撤回对代言人的授权。而且,代言人对自己的错误陈述须负担一定的责任,一般是向当事人支付一定的罚金,支付后,仍然可以为该当事人的代言人,继续代为诉讼。

公元前 3 世纪时期,尽管当时实行严格的形式主义,但法律规定还是允许当事人请精通法律的人为他们辩护。而现实是,由于罗马的经济发展到了当时的最高程度,生活中也出现了法律的职业即所谓法律家。当时的法律是一门受人尊敬的事业,谄练法律也是担任高级官员的必备条件。这些法律家凭借自己的才能,有的充当国家立法的顾问,有的进行法律教育,有的著书立说,还有的指导当事人进行诉讼。这些指导诉讼的法律家逐渐演变为后来的律师。最初的法学家为当事人提供服务是不收费的,只图名望,获得选民的支持。但以后就收费了,不但收而且收得很高。为此,专门制定的法律“辛西亚法”就专门规定不准向当事人收取礼物或辩护金的内容,但往往难以执行。在封建社会里,由于实行的是纠问式诉讼,律师作为一个制度并未真正实行。

民事诉讼代理制度确实是在资本主义社会里才得到充分发展。随着资本主义经济的迅猛发展,法律事务的增多和复杂化,商业不但需要制定计划,还需要效率和标准化,在买卖土地、对外贸易、营业规划、财产继承等方面,一方面,资产阶级迫切需要具有专