

律师非诉讼实务

窦希琨 主编

中国人民公安大学出版社

● 律师专业试用教材

律师非诉讼实务

主 编：窦希琨

副主编：薛少峰

贡世康

韩永安

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师非诉讼实务/窦希琨主编. -北京: 中国人民公安大学出版社, 1997. 5

ISBN 7-81011-959-1

I. 律… I. 窦… III. 律师业务-概论 IV.D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 02596 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京市宏文印刷厂印刷

787×1092 毫米 1/32 10.625 印张 260 千字

1997 年 8 月第 1 版 1997 年 8 月第 1 次印刷

印数 0001--5000 册

定价: 16.00 元

本书编写人员及其具体分工为：

窦希琨：第一章、第二章

贡世康：第三章

蔺 剑：第四章

畅密霞：第五章

薛少峰：第六章

张永华：第七章

韩永安：第八章

吴 萍：第九章第一节

韩 磊：第九章第二、三节

前 言

我国律师的业务范围，经过改革开放十多年来的实践，已大为拓宽。在办好传统的诉讼业务的同时，更主要的是在政治、经济、文化、贸易、技术等社会生活领域的非诉讼法律事务中发挥越来越重要的作用，这可以说是我国律师工作发展的趋势。所以，对律师非诉讼实务适时地进行全面、系统地理论总结，促进律师非诉讼实务的进一步发展，已成为必要。同时，为适应律师专业的教学需要，我们组织编写了这本《律师非诉讼实务》。本书根据《中华人民共和国律师法》和其他现行有效的有关法律法规，结合律师业务的实践，全面系统地论述了律师担任法律顾问、法律咨询、代书、代理单行法律行为、代理行政复议、代理申诉、非诉讼调解、代理仲裁等非诉讼法律业务。

本书具有全面、新颖、实用的特点，既可以作为政法院校的教材，也可以作为广大律师和法律爱好者的参考资料。

目 录

第一章 律师非诉讼实务概述

第一节 律师制度与律师业务	(1)
---------------------	-------

第二节 律师非诉讼实务的概念和特征	(7)
-------------------------	-------

第二章 律师非诉讼实务的范围和工作方式

第一节 律师非诉讼实务的范围	(19)
----------------------	--------

第二节 律师非诉讼实务的工作方式	(22)
------------------------	--------

第三章 法律顾问

第一节 法律顾问的概念及特征	(41)
----------------------	--------

第二节 法律顾问的分类	(45)
-------------------	--------

第三节 法律顾问的权利和义务	(46)
----------------------	--------

第四节 律师担任法律顾问应该注意的问题	(48)
---------------------------	--------

第五节 政府法律顾问	(53)
------------------	--------

第六节 企业法律顾问	(65)
------------------	--------

第七节 公民个人法律顾问	(94)
--------------------	--------

第四章 律师法律咨询

第一节 律师法律咨询的概念、特征和类型	(101)
---------------------------	-------

第二节 律师法律咨询的业务范围和原则	(105)
--------------------------	-------

第三节 律师法律咨询的步骤和方法	(109)
------------------------	-------

第五章 律师代书

第一节 律师代书的概念、范围 and 基本要求·····	(118)
第二节 诉讼文书的律师代书·····	(125)
第三节 有关法律事务的其他文书的律师代书·····	(171)

第六章 代理无争议非诉讼单项法律行为

第一节 无争议非诉讼单项法律行为的概念和特征·····	(178)
第二节 律师代理无争议非诉讼单项法律行为的范围和应注意的问题·····	(180)
第三节 律师代理的几种主要的无争议非诉讼单项法律行为·····	(183)

第七章 代理行政复议与代理申诉

第一节 代理行政复议·····	(223)
第二节 代理申诉·····	(242)

第八章 非诉讼调解

第一节 调解概述·····	(249)
第二节 非诉讼调解的范围和种类·····	(255)
第三节 非诉讼调解中的律师业务·····	(278)

第九章 仲裁代理

第一节 仲裁和仲裁代理·····	(286)
第二节 国内仲裁中的律师代理·····	(302)
第三节 涉外仲裁中的律师代理·····	(310)

第一节 律师制度与律师业务

一、律师与律师制度

我国的律师，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。从字义上讲，“律”指法律；“师”指具有专门知识或技能的人。更准确地说，他们是指由国家授予资格并准予执业，专门接受公民个人、法人或其他组织的委托、聘请及法院指定，协助当事人进行诉讼或处理其他法律事务，以维护其合法权益的执业人员。从以上概念可以看出，律师有以下几个特点：首先，要经过合法的途径取得律师资格。国家实行律师资格全国统一考试制度，具有高等院校法学专科以上学历或者同等专业水平，以及高等院校其他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。另外，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者具有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。其次，必须通过一定程序获得律师执业证书。我国从1988年起，开始实行律师资格与律师职务相分离的制度，通过律师资格考试，具有律师资格的人，只有经过司法行政机关的批准，领取律师执业证书，从事律师职业，执行律师职务，才能称为律师。虽然取得律师资格，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。有律师资格而无律师执业证书的人，即便是向当事人提供了法律帮助，对外仍然不能以律师身份出现。再次，律师进行业务活动，是基于当事人的委托或人民法院的指定。

国家司法机关的法律工作者从事法律业务的依据是国家的职权，而律师履行职务，必须有当事人的委托或人民法院的指定，其中主要是当事人的委托。

律师制度是国家民主制度与法律制度的一项重要内容。它是国家通过立法及行政法规的形式规定的，有关律师资格，律师的性质、任务，业务范围，管理体制，律师的权利、义务，工作原则，活动方式等方面内容的一项法律制度。于1997年1月1日起施行的律师法对我国律师的性质、律师执业的基本原则、律师资格和执业证书、律师执业机构、律师的业务和权利义务、律师协会、法律援助以及律师惩戒和法律责任等都作了明确规定。这是一部具有中国特色和时代特点的社会主义律师法。与律师暂行条例相比，这部法律在律师制度方面实现了新突破，主要表现在：规定律师是为社会提供法律服务的执业人员，改变了律师是“国家的法律工作者”的界定；肯定了国家出资设立的律师事务所，合作、合伙律师事务所等多种形式律师事务所并存的格局，赋予了不同形式的律师事务所应有的法律地位；确立了律师资格统一考试制度，严格了律师从业条件；加强了对律师权利的保障，同时明确了律师的义务和法律责任；肯定了司法行政机关的管理与律师协会管理相结合，并逐步向行业管理过渡的律师管理体制；明确提出建立法律援助制度，体现国家对公民基本权利的切实保障。律师法的这些规定，构成我国律师制度的基本框架，使我国的律师制度，呈现出蓬勃发展的可喜局面，并越来越显示出它的重要意义。

西方的律师制度最早被引入中国是在1910年，当时清政府起草的《大清刑事民事诉讼法》中首次规定允许律师参加诉讼。不过此法未及公布，清王朝便灭亡了。1912年9月，北洋政府公布了《律师暂行章程》和《律师登录暂行章程》，这是中国历史上第一部关于律师制度的成文法。此后，中国的律师职业逐渐兴起，至北洋政府末期，已有律师约3000人。1922年，上海成立了律师公

会，这是中国最早的律师社团组织。1927年后，南京政府制定、颁布了一个《律师章程》，该章程模仿英国的律师制度，把律师分为“大律师”和“小律师”，大律师可以出庭及承办律师的全部法律事务，小律师只能承办代写诉状等法律事务。1941年，国民政府公布《律师法》和《律师法实施细则》，此后，律师人数有所增加，业务也有所发展。但旧中国的律师大都集中于大城市，当时的律师为个人开业或数人合伙开业，属于自由职业者，律师收费归个人所有。

新中国律师制度的产生，应追溯到新民主主义革命时期各红色政权的辩护制度。在第二次国内革命战争时期，人民政权的法院办理案件，当事人有权委托自己的亲属或其他具有法律知识的人作为辩护人出席法庭参加诉讼活动。1932年6月颁布的《中华苏维埃共和国裁判部暂行组织及裁判条例》第二十四条就明确规定：“被告人为本身利益，可派代表出庭辩护。但须得到法庭的许可。”抗战时期，辩护制度进一步发展，允许刑事被告人进行法庭辩论，被告人享有最后辩论权，允许当事人在诉讼中聘请代理人、辩护人、辅助人。这种辩护和代理制度，是新中国律师制度的早期萌芽。新中国建立后，在中国共产党的领导下，废除了国民党的《六法全书》和旧法统。1950年12月，中央人民政府司法部发出了《关于取缔黑律师及讼棍事件的通知》，明令取缔了国民党的旧律师组织，停止了旧律师的活动。与此同时，新的律师制度开始建立。1954年9月20日通过的《中华人民共和国宪法》第七十六条规定：“被告人有权获得辩护”。同年9月28日通过的《人民法院组织法》第七条明确规定：“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”。从此，律师业务的开展有了法律依据。建国初期建立起来的律师制度，律师业务范围较窄。主要包括法律顾问业务、刑事辩护业务、民事诉讼代理业务、法律咨询、代书业务。业务范围和目前我国律师的业务范围差别是很明显的。刚刚建立的我国律师制度，由于1957年反右斗

争扩大化的影响，名存实亡。党的十一届三中全会以后，中央重新确定了发扬社会主义民主，加强社会主义法制的方针，1978年宪法，恢复了关于“被告人有权辩护”的规定。1971年7月1日通过的《人民法院组织法》又重申了关于被告人“有权委托律师为他辩护”的规定。同一天通过的刑事诉讼法对被告人的辩护权作了专章规定。从此，辩护制度作为司法制度的一个重要组成部分得到了法律上的确认。与此相关的律师制度也提上了法制建设的日程，全国各地开始组建律师组织，开展律师业务。1980年8月26日通过并颁布的《律师暂行条例》对我国律师的性质、任务、活动原则、工作机构、组织形式、业务范围、权利义务等作了原则规定。这些内容构成了我国律师制度的基本框架。《中华人民共和国律师法》于1996年5月15日经八届人大常委会第19次会议审议通过，并于1997年1月1日起施行。这是新中国的第一部律师法典，是我国律师制度发展的新的里程碑。这部法律对于完善律师制度，保障律师依法执业，规范律师的行为，进一步发挥律师作用，加强社会主义民主与法制建设，维护社会稳定，促进改革开放和经济建设的发展，具有十分重要的意义。

二、律师的任务和业务范围

律师的任务是国家通过立法规定的，是指从事律师职业的人通过执行律师职务而达到的根本目的。律师法第一条规定：“为了完善律师制度，保障律师依法执行业务，规范律师的行为，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用，制定本法”。根据这一规定，律师的任务有二：其一是维护当事人的合法权益；其二是维护法律的正确实施。上述两项任务是相互联系，紧密相关的。维护当事人的合法权益，是维护法律正确实施的具体内容，维护法律的正确实施是律师工作的根本目的。这两者是一致的。

律师的业务与律师的任务是两个不同概念。所谓律师的业务

是指律师向当事人提供法律帮助的具体方式和法定范围。但律师的业务与任务之间又有着一定的联系，即律师的业务是实现其任务的途径和方式。

根据《中华人民共和国律师法》第二十五条的规定，我国律师的业务范围包括以下几个方面的内容：第一，接受公民、法人和其他组织的聘请，担任法律顾问。这一规定构成律师的法律顾问业务。法律顾问有广义和狭义之分。广义法律顾问是指为聘请方就业务上的问题，解答法律询问，提供法律帮助的人员。其人员构成不限于律师，只要是具有法律知识，能够为聘请方提供法律服务的人，均可担任法律顾问。狭义的法律顾问，是指律师担任法律顾问，是指律师事务所接受聘请方的聘请，签定聘请法律顾问合同，明确双方权利义务关系，指派律师就特定事项或在一定时期内为聘请方提供约定法律服务时的特定身份和专业性活动。我们这里讲法律顾问，是从狭义上理解的。它是律师业务的重要组成部分。第二，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。这一规定构成律师的民事、行政诉讼代理业务，在律师业务中具有举足轻重的作用。律师担任民事、行政诉讼代理人的特点，是律师的代理权和代理权限来自委托人的授权，其职责是帮助委托人有效地行使法定的诉讼权利，在委托权限内支持被代理人的合理要求，维护委托人的合法权益。第三，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，接受犯罪嫌疑人、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。这一规定构成了律师业务的三项内容，其一是为犯罪嫌疑人、被告人辩护，包括在审查起诉阶段，接受犯罪嫌疑人委托担任辩护人，在审判阶段，接受被告人委托或人民法院指定担任辩护人，为其辩护。这是律师刑事辩护业务的法律规定。其二是为被害人代理，即接受公诉案件被害人及其近亲属的委托，担任代理人参加诉讼。包括审查起诉

和审判阶段的代理工作。其三是在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助。第四，代理各类案件的申诉。这一规定构成了律师的刑事、民事、行政申诉代理业务。这是律师法对律师业务范围的扩大，是律师的一项新业务，应注意申诉代理只是单项权利的代理。第五，接受当事人的委托，参加调解、仲裁活动。律师参加调解活动，主要有三项内容：一是代理当事人参加有关组织主持的调解活动；二是接受一方当事人的委托，作为其代理人，直接与对方当事人进行协商；三是接受双方当事人的委托，以中间人的身份，主持调解。在律师的调解业务中，由于调解的机关不同，形式不同，律师在调解中的身份、地位及采取的工作方式也有所不同。律师参加仲裁活动主要是指律师代理当事人参加经济合同仲裁、劳动仲裁等。第六，接受非诉讼法律事务当事人的委托，提供法律服务。所谓非诉讼法律事务是指可能发生争执或已经发生争执，但尚未进行诉讼或无需进行诉讼的法律事务。这些法律事务既可能涉及我国公民和单位的合法权益，也可能涉及外国公民和组织的合法权益。第七，解答有关法律咨询、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书，即通常说的法律咨询和律师代书。法律咨询就是律师对公民或法人所提出的有关法律事务的询问，做出解释和说明，并提供解决方案的一项业务活动。律师代书是指律师按当事人的要求，以委托人的名义，依照法律和事实代替委托人书写法律文书的创造活动。

综上所述，我国律师的业务主要有以上七项内容。对律师的以上七项业务，按是否涉及诉讼及律师的地位可以划分为以下三大类：一是刑事辩护业务；二是诉讼代理业务，包括刑事诉讼代理人、行政诉讼代理、民事诉讼代理；三是非诉讼法律事务，包括法律顾问业务、律师法律咨询、代书业务、代理申诉业务、调解、仲裁业务等。本书主要是论述律师的非诉讼法律事务的，其主要内容如前所述。

第二节 律师非诉讼实务的概念和特征

随着我国改革开放的不断深化，我国的政治生活、经济生活和社会生活发生了很大变化。特别是社会主义市场经济体制的逐步建立，律师工作经过多年的社会实践，适应新形势的需要，业务范围不断拓宽，在办好刑事、民事案件的同时，更主要的是为经济发展服务和社会发展服务。在我国经济、贸易、技术、文化等方面的非诉讼法律事务中，律师将发挥越来越重要的作用，这是我国律师工作的发展方向。同时，国际间的经贸往来增加，商品经济国际化，法律服务国际化的发展，律师在国际贸易活动中也发挥着不可替代的作用。目前，我国加入或签署了许多国际规则或条约，尤其是未来我国加入世界贸易组织后，与国际惯例相适应，律师应为我国经济走向世界，更好地提供法律服务。

近年来，律师承办的非诉讼法律事务发展速度很快，而且业务范围越来越广泛，不仅有大量的民事、经济方面的非诉讼法律事务，而且还有行政方面以及少量的、轻微的刑事方面的非诉讼法律事务，其业务内容已经涉及到社会生活的各个领域。由于律师开展这项业务活动解决问题效率高、方式灵活、节省费用，所以深受当事人的欢迎。我们相信，随着我国经济的发展和社会主义法制的不断完善，律师的非诉讼法律事务将会更加蓬勃地开展起来。

一、律师非诉讼实务的概念

要了解非诉讼，必须首先了解什么是诉讼。诉，就是告诉、告诉、控告；讼，就是争辩是非曲直。诉讼一词，通常的理解是指国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人参加下，按照一定的程序和方式解决纠纷的活动，俗称“打官司”。诉讼就其实质而言，是国家对解决社会成员之间纠纷的一种干预，其目的在于制止对

他人权益的侵害，维护社会的平衡。因此，诉讼对于国家来说是一种职能，对于纠纷当事人来说是维护其权益的一种手段。根据国家解决当事人之间纠纷的内容和方式不同，诉讼又有刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼之分。三大诉讼产生的时间，刑事诉讼最早，民事诉讼次之，行政诉讼最晚。诉讼有以下几个特点：

第一，诉讼由诉讼活动和诉讼关系构成。这里的诉讼活动，既包括司法机关的诉讼活动，又包括当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动。这里的诉讼关系，是指司法机关和一切诉讼参与人之间在诉讼过程中发生的权利义务关系。诉讼活动和诉讼关系是构成诉讼不可缺少的内容，又是诉讼与解决争议的非诉讼方式的本质区别。可以说，离开了诉讼活动和诉讼关系，诉讼就不会存在。

第二，司法机关的诉讼活动与诉讼参与人的诉讼活动互相依存，但性质和作用不同。这是指司法机关的诉讼活动和诉讼参与人的诉讼活动是诉讼不可缺少的动因，正是两者交互作用的结果才推动了诉讼的发展。但两者的性质和作用又有所区别：司法机关的诉讼活动派生于国家职能，它对于诉讼的发生、发展和终结始终起着主导作用；当事人的诉讼活动派生于诉权，它对于诉讼的开始、发展和终结有着很大的影响。至于其他诉讼参与人的诉讼活动虽然也是诉讼不可缺少的内容，但它们只起着辅助作用。

第三，诉讼的全过程分为若干阶段，每个阶段前后衔接，各有其中心任务。诉讼的全过程是由若干个既互相联系又相对独立的阶段组成的，每个阶段的任务各不相同。一般说来，只有完成了前一个阶段的任务，下一个阶段才能开始。虽然不是每个案件都要经过所有诉讼阶段，但各个阶段的先后顺序不能逾越。

第四，整个诉讼活动严格依照法定程序和方式进行。诉讼是一种有组织、有目的，并产生一定法律后果的活动，不论是司法机关的诉讼活动，还是当事人及其他诉讼参与人的诉讼活动，都必须严格遵守法律规定的程序和方式，否则便不具有诉讼上的法律效力，达不到诉讼的目的。

上述特点，科学地揭示了诉讼的本质。必须明确的是，在我国，国家宪法和法律对公私财产、公民人身权利和个人、组织正当权益的保护，是诉讼的基础；权利主体的合法权益受到侵犯或发生争议，请求司法保护，是诉讼发生的条件和直接原因。

明确了诉讼的概念、特点及产生的原因，有助于理解和把握非诉讼法律事务。非诉讼法律事务是与诉讼法律事务相对而言的，具体指无争议的法律事务，或者已经发生争议，但又不必通过诉讼程序，而是通过律师提供法律帮助，或者通过律师进行诉讼外调解、提请仲裁等非诉讼方式来解决的法律事务。

律师非诉讼实务，是指律师接受公民、法人和其他组织的委托，通过诉讼外的途径办理法律事务的一种业务活动。

非诉讼法律事务与诉讼法律事务同属于法律事实，都能引起法律关系的产生、变更和消灭。诉讼法律事务是指需要经过诉讼程序来解决的各种纠纷；而非诉讼法律事务则是不需要经过诉讼程序解决的各种事务。它包括无争议、无纠纷的法律事务，又包括已发生争议的法律事务。非诉讼法律事务既不需要提交司法机关审判，又不必经过法定的诉讼程序，而是在当事人之间通过调解、仲裁或诉讼外解决的法律事务。

律师办理非诉讼法律事务与人民法院审理的非讼案件不同。所谓非讼案件，是指利害关系人在没有民事权益争议的情况下，请求人民法院确认某种事实和权利有无的案件。根据我国民事诉讼法第一百六十条的规定，目前人民法院依照特别程序审理的非讼案件有三种，即宣告失踪或者宣告死亡案件，认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力和认定财产无主案件。律师代理的非诉讼法律事务与人民法院审理的非讼案件相比较，其主要区别是：

第一，性质不同。律师代理的非诉讼法律事务，既包括无争议、无纠纷的法律事务，又包括双方当事人已经发生权益纠纷的民事、经济、贸易、海事等方面的法律事务。而人民法院审理的非讼案件，根本不属于民事权益争议，所以案件中没有利害关系

相对立的双方当事人。

第二，解决的途径不同。非诉讼法律事务是当事人委托律师通过诉讼外多种形式来解决的。例如：律师为当事人代办单项法律行为、代理当事人参与诉讼外调解、申请仲裁等。而非讼案件必须由国家的审判机关——人民法院适用特别程序来审理。

第三，承办的目的不同。律师承办非诉讼法律事务，其目的在于节省当事人的时间和精力，为当事人排难解纷，维护其合法权益。而人民法院应申请人的要求审理非讼案件，其目的在于对某种法律事实是否存在，或者某种民事权利有无的实际状态，予以法律上的确认，以稳定社会秩序。

第四，适用的法律和产生的效力不同。律师代理的非诉讼法律事务，因当事人委托事项的内容不同而分别适用民事、经济、贸易、海事、证券、房地产、知识产权、行政等方面的法律规范。当事人对于律师主持达成的调解协议反悔的，有权依法向有管辖权的人民法院起诉，请求司法保护。而非讼案件是受民事法律规范调解的。人民法院依特别程序审理的非讼案件，只要是没有新的事实和情况出现，受诉法院所作出的判决或裁定，一经送达，立即生效，对当事人具有法律上的约束力，有关人员不得提出上诉。

二、律师非诉讼实务的特征

非诉讼法律事务是相对于经人民法院审理裁决的法律事务而言的，二者都属于法律事实，均足以引起一定法律关系的产生、变更和消灭。但是，非诉讼法律事务的解决，既不需经过法定的诉讼程序，也无须提交法院审理，它是通过律师依法提供的法律帮助来解决的。比如：在律师的协助下进行诉讼外调解，受当事人委托，律师代为当事人提请仲裁或申请行政复议等等。律师非诉讼实务具有以下两方面特征：

（一）律师非诉讼实务的诉讼外特征。正因为非诉讼法律事务不通过法院的审判，发生在诉讼程序之外，说明了非诉讼代理不