

1
高等院校法学专业系列教材

●总主审 李昌麒 许明月 ●总主编 黄锡生 张新民

LAW

律师与公证学

●主 编 时显群 刘国涛 ●副主编 宁艳岩 王德新 ●主 审 廖中洪

第二版

重庆大学出版社

律师与公证学

(第二版)

主 编 时显群 刘国涛
副主编 宁艳岩 王德新
主 审 廖中洪

重庆大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师与公证学/时显群,刘国涛主编. —2版. —重庆:重庆大学出版社,2005.9
(高等院校法学专业系列教材)
ISBN 7-5624-2745-3

I. 律... II. ①时...②刘... 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 IV. ①D926.5②D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 108845 号

律师与公证学

(第二版)

主 编 时显群 刘国涛

副主编 宁艳岩 王德新

责任编辑:邱 慧 顾金焰 版式设计:周 晓

责任校对:李定群 责任印制:张 策

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:张鸽盛

社址:重庆市沙坪坝正街 174 号重庆大学(A 区)内

邮编:400030

电话:(023) 65102378 65105781

传真:(023) 65103686 65105565

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn(市场营销部)

全国新华书店经销

重庆科情印务有限公司印刷

*

开本:787×1092 1/16 印张:29.25 字数:534 千

2002年10月第1版 2005年12月第2版 2005年12月第7次印刷

印数:24001—27 000

ISBN 7-5624-2745-3 定价:29.00 元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有,请勿擅自翻印和用本书

制作各类出版物及配套用书,违者必究。

高等院校法学专业系列教材编委会

总 主 审 李昌麒 许明月
总 主 编 黄锡生 张新民
副总主编 李希昆 卫德佳
李 锴 熊志海

编委会成员(按姓氏笔画排名)

万绍君	牛建平	邓 禾
付子堂	宁艳岩	邓瑞平
李旭东	李祖军	刘云生
刘 丹	刘 宁	刘国涛
汪 力	宋宗宇	时显群
杨再明	杨连专	张正德
张步文	张树兴	陆文彬
陆志明	孟庆瑜	赵生祥
赵云芬	赵美珍	侯 茜
施蔚然	高 飞	徐继敏
陶 林	曾文革	谭光定

再版说明

我们于 2002 年组织编写的这套系列教材,受到广大师生的欢迎与好评,荣获省部级优秀教学成果二等奖,已经被国内五十多所高校作为教材采用,在我国法学教育界产生了较大的影响。这是值得我们每一个作者欣慰的。然而,时代在进步,社会在发展,法律作为人们的行为规范、社会生活的高度反映,必须与时俱进。第一版教材中个别理论观点已不能适应时代发展的要求,所引用的一些法律条文已为现行立法所修正,加之原教材在编写过程中还存在着各种疏漏与不足,这些均亟须完善。为适应我国法制建设的实际需要,使本套教材秉承第一版的特点,做到精益求精,具有更强的生命力,应广大读者的要求,我们特聘请了相关领域的法学专家对原教材进行了修订。此次主要修订了以下几方面内容:

1. 对原教材的一些理论观点和法律法规的引述进行了修订,使之更具时代性,更准确。再版教材吸收了近几年法学理论研究的最新成果,删除了过时的法律法规,增加了新颁的法律法规,体现了我国立法及司法实践的最新进展。

2. 对原教材的体例进行了部分调整,使之更具科学性和逻辑性。新版教材吸取了第一版的经验与教训,一方面调整了每本教材内部的章节结构,另一方面注意处理好各本教材即各法学学科之间的交叉和衔接关系,避免重复和疏漏。

3. 对原教材的语言作了进一步修饰和雕琢,使之更加简洁通达。新版教材秉承了第一版的风格,力求简明扼要,写作规范,术语使用准确,语言通俗易懂。

近年来,我国法学研究突飞猛进,日新月异,在律师制度和公证制度方面成果尤为突出。而且,自 2002 年以来,有关部门和组织相继颁布了一些新的法律法规和规章制度,使得律师与公证法律制度更加完善,如 2005 年 8 月 28 日第十届全国人大常委会第十七次会议审议通过了《中华人民共和国公证法》,司法部 2002 年 8 月修订颁布了新的《公证程序规则》,2003 年 9 月制定了《法律援助条例》,2004 年 5 月修订颁布了新的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》,司法部同一时期为深化律师制度和公证制度的改革还发布了大量指示、意见。同时,律师和公证行业管理职能日渐突出,中华全国律师协会在 2004 年先后修订、公布了新的《律师职业道德和执业纪律规范》、《律师执业行为规范(试行)》、《律师协会会员违规行为处分规则》等规章制度,中国公证

员协会也先后制定了《公证行业自律公约》、《公证员惩戒规则(试行)》、《开奖公证细则(试行)》、《公证员职业道德基本准则》等规章制度。这些法律法规和规章制度的颁布实施,对我国律师与公证制度的完善发挥着重要作用,代表了我国律师与公证制度的最新发展趋势。

为充分反映最新理论发展成果和立法执法实践情况,在保持原有教材体例和风格的基础上,我们组织了一批资深专家、学者对本教材及时进行了修订。修订版由时显群、刘国涛任主编,宁艳岩、王德新任副主编;刘国涛、王德新修改定稿;西南政法大学廖中洪教授担任主审。

各章撰稿人为:时显群(西南大学),第一、四、八章;刘国涛(山东师范大学),第七、九、十八、二十一章;刘国涛、时显群,第二章;时显群、刘国涛,第六章;时显群、王德新,第二十二章;宁艳岩(河南财经专科学学校),第二十五章;宁艳岩、王德新,第二十三章;潘金贵(西南政法大学),第十二、十三、十四、十六章;王德新(山东师范大学),第十、十一、十五、二十九章;张步文(西南政法大学),第十七、十九、二十章;张冬青(西南大学),第三、五、二十四章;毛学群(广东民族学院),第二十六、二十七、二十八章。

高等院校法学专业系列教材编委会

2005年9月

出版说明

市场经济就是法治经济。为适应 21 世纪市场经济新要求,迎接“入世”后的新挑战,培养高素质的法学专业人才,根据教育部关于普通高等院校法学专业开设课程的要求,我们组织了十多所院校法学专业的教师编写这套系列教材,以供法学专业本、专科学生使用。本教材具有以下特点:

1. 反映法学理论发展的新成果和立法执法的新情况。本套教材力求吸收法学理论研究的新成果和前沿理论观点,采用新颁布的法律法规,特别是加入 WTO 后我国颁布或修订的法律法规。

2. 注重编排体例的科学性。本套教材作为一个整体,我们在编写时,一是注意每一本书内部体例的科学性和逻辑性,二是注意处理好学科与学科之间的交叉和衔接关系,避免重复和疏漏。

3. 注重基础教材,合理把握内容难度。本套教材按照法学专业本科生教育的要求和全国统一司法考试的要求来设计内容的深度和广度,做到既反映一定的学术前瞻性,又注重法学的基本框架、基础知识和基本理论,力求使本科学生易于掌握并达到应有的要求。

4. 简明实用、通俗易懂。本套教材针对本科学生的特点和各课程的学时安排,力求简明扼要,注重实用,写作符合规范,语言通俗易懂,便于学生自学。

《律师与公证学》是本系列教材之一,由时显群、宁艳岩任主编,时显群修改、定稿。潘金贵、张步文任副主编。西南政法大学徐静村教授担任主审。

各章撰稿人为:时显群(西南师范大学),第一、二、四、六、七、八、十七、十八章;宁艳岩(河南财经专科学校),第十九、二十一章;潘金贵(西南政法大学),第九、十、十一、十二章;张步文(西南政法大学),第十三、十四、十五、十六章;张冬青(西南师范大学),第三、五、二十章;毛学群(广东民族学院),第二十二、二十三、二十四章。

法学专业系列教材编委会

2002 年 8 月

目 录

上编 律师制度.....	1
第一章 律师制度概述.....	3
第一节 律师制度的概念和意义.....	3
第二节 律师制度的产生和发展.....	5
第三节 西方主要国家的律师制度	11
第四节 律师制度的发展趋势	13
第二章 律师职业的含义、性质和社会功能.....	18
第一节 法律职业	18
第二节 律师的性质	20
第三节 律师的社会功能	26
第四节 律师的任务	29
第三章 律师资格与律师执业	35
第一节 律师资格	35
第二节 律师执业	41
第三节 律师执业素质	47
第四章 律师的执业原则	50
第一节 以事实为根据,以法律为准绳的原则.....	50
第二节 维护委托人合法权益的原则	52
第三节 依法独立执业的原则	53
第四节 恪守律师职业道德和执业纪律的原则	55
第五章 律师执业机构	58
第一节 律师执业机构概述	58
第二节 律师事务所的设立、变更和终止.....	60
第三节 律师事务所的种类	63
第六章 律师的管理体制	71
第一节 外国的律师组织和律师行业管理概况	71
第二节 我国律师管理体制的历史沿革	72
第三节 我国现行律师管理体制	75
第四节 我国律师管理体制改革的方向和措施	78
第七章 律师执业行为规范	83
第一节 律师执业行为规范概述	83
第二节 国外及中国香港地区的律师执业行为规范	84
第三节 我国的律师执业行为规范	89

第八章 律师的权利和义务	98
第一节 律师的权利	98
第二节 律师的义务	108
第九章 律师职业道德和执业纪律	112
第一节 律师职业道德	112
第二节 律师执业纪律	119
第三节 律师违规行为的惩戒	125
第十章 律师法律责任	132
第一节 律师法律责任概述	132
第二节 律师行政法律责任	135
第三节 律师民事法律责任	143
第四节 律师刑事法律责任	148
第十一章 律师的业务及收费	154
第一节 律师的业务	154
第二节 国外的律师收费制度	157
第三节 我国的律师收费制度	161
第十二章 刑事诉讼中的律师业务	168
第一节 刑事诉讼中的律师辩护	168
第二节 刑事诉讼中的律师代理	177
第三节 刑事申诉中的律师代理	183
第十三章 民事诉讼中的律师代理	185
第一节 民事诉讼中律师代理概述	185
第二节 律师诉前代理	194
第三节 一审程序中的律师代理	200
第四节 二审程序中的律师代理	203
第五节 再审程序中的律师代理	206
第十四章 行政诉讼中的律师业务	208
第一节 行政诉讼中的律师代理概述	208
第二节 律师代理行政诉讼的程序	213
第三节 行政附带民事诉讼的律师代理	217
第四节 行政处罚和行政复议中的律师代理	219
第十五章 律师诉讼证据实务	222
第一节 概述	222
第二节 律师取证实务	225
第三节 律师举证实务	230
第四节 律师质证实务	237
第十六章 律师非诉讼代理业务	244
第一节 律师非诉讼代理业务概述	244
第二节 律师代理参与仲裁	247
第三节 律师见证	250

第四节	律师参与其他非诉讼法律事务·····	253
第十七章	涉外律师实务·····	258
第一节	涉外律师实务概述·····	258
第二节	律师的涉外诉讼业务·····	261
第三节	律师的涉外非诉讼业务·····	266
第十八章	律师参与法律援助·····	271
第一节	法律援助制度概述·····	271
第二节	法律援助的对象、条件和范围·····	277
第三节	法律援助的实施·····	280
第四节	法律援助中的权利、义务和责任·····	284
第十九章	法律顾问·····	286
第一节	法律顾问概述·····	286
第二节	顾问律师的地位·····	292
第三节	顾问律师的工作范围·····	295
第四节	顾问律师的工作制度和原则·····	298
第二十章	法律咨询和代书·····	301
第一节	法律咨询·····	301
第二节	律师代书·····	304
下编	公证制度·····	315
第二十一章	公证制度概述·····	317
第一节	公证的概念和特征·····	317
第二节	公证制度的历史沿革·····	319
第三节	我国公证制度的改革与完善·····	324
第二十二章	公证员的执业机构与管理体制·····	330
第一节	公证机构的性质及其设置·····	330
第二节	公证员的条件和权利义务·····	332
第三节	公证机构的管理体制·····	338
第四节	公证员协会·····	340
第二十三章	公证机构的任务、业务范围和管辖·····	345
第一节	公证机构的任务·····	345
第二节	公证机构的业务范围·····	346
第三节	公证管辖·····	351
第二十四章	公证法的基本原则·····	354
第一节	公证法基本原则概述·····	354
第二节	遵守法律与客观公正原则·····	356
第三节	保障公证当事人合法权益的原则·····	360
第四节	法定公证与自愿公证相结合原则·····	361
第五节	保密原则·····	362
第六节	直接原则·····	364
第七节	回避原则·····	364

第八节 便民原则·····	366
第九节 使用本国和本民族语言文字的原则·····	367
第二十五章 公证程序·····	369
第一节 公证的一般程序·····	370
第二节 公证的特别程序·····	381
第三节 公证复议程序·····	385
第四节 涉外公证程序·····	388
第二十六章 常见的法律行为公证·····	397
第一节 一般合同公证·····	397
第二节 特殊合同公证·····	402
第三节 委托公证·····	408
第四节 收养公证·····	409
第五节 继承公证·····	412
第六节 遗嘱公证·····	415
第七节 赡养协议公证·····	416
第八节 财产分割协议公证·····	417
第九节 出国留学协议公证·····	417
第十节 有关股票、票据事务的公证·····	418
第二十七章 常见的具有法律意义事实的公证·····	422
第一节 出生和死亡公证·····	422
第二节 意外事故公证和不可抗力事件公证·····	424
第三节 非争议性事实的公证·····	426
第二十八章 常见的具有法律意义文书的公证·····	431
第一节 法人资格和法人资信公证·····	432
第二节 股份公司章程公证·····	433
第三节 专利文书公证·····	434
第四节 商标文书公证·····	435
第五节 文书文本相符和签名、印鉴属实公证·····	436
第六节 有强制执行效力的债权文书公证·····	437
第二十九章 公证的效力·····	440
第一节 对公证事项内容真实性的证明效力·····	440
第二节 对公证事项内容合法性的确认效力·····	443
第三节 作为强制执行根据的强制效力·····	446
参考文献·····	451

上 编
SHANGBIAN

律 师 制 度
LU SHI ZHI DU

第一章 律师制度概述

第一节 律师制度的概念和意义

一 律师制度的概念和特征

律师制度有广义和狭义之分,广义的律师制度是指国家制定或认可的,规定律师、律师组织和律师管理机关的法律地位及其相互关系以及律师进行职业活动时所必须遵循的一系列行为规范的总和。它包括《律师法》以及其他国家机关制定的关于调整律师活动的法律、单行法规、条例、实施细则、管理办法等规范性法律文件,如司法部、财政部、国家物价局颁布的《律师业务收费管理办法及收费标准》。狭义的律师制度仅指我国现行《律师法》中经国家制定和认可的,规定律师的资格、律师的性质、任务、业务范围和管理体制、律师的权利和义务、组织活动原则以及律师如何向社会提供法律服务的法律制度的总称。

不同国家由于国家的政治经济制度、历史传统、文化背景等不同,律师制度的性质和内容都有差异。但联系中外律师制度发展的进程,我们又可以发现各国律师制度的一些共同特征:

(一) 律师制度以国家法律的确认为存在的前提

律师的主要职责是向社会组织和公民提供法律服务,但是否需要和允许提供法律服务,如何提供法律服务,直接关系到统治阶级的利益和统治秩序的稳定,必须由国家来决定,由法律来确认。没有法律的确认,律师提供法律服务就没有合法的地位;没有法律的保障,律师制度就不可能存在。在我国长达两千多年的封建社会,历代统治阶级都实行高度集权的封建专制统治和纠问式诉讼制度,这就不可能、也不允许产生作为民主制度产物的律师制度。在“文化大革命”期间,法律虚无主义盛行,民主与法制遭到严重践踏,律师制度也随之受到摧残。党的十一届三中全会以后,我国要加强社会主义民主和法制建设,就需要恢复和发展作为民主制度产物的律师制度。当前,我们要建立社会主义市场经济体制,实现依法治国,建设法治国家,这就对发展律师事业提

出了更加迫切和更高的要求,尽快建立适应市场经济体制和国际交往需要的发达的律师制度也就成了历史的必然。

(二) 律师制度以促进民主和法制建设为目的

发达的律师制度是资产阶级在 17、18 世纪同封建等级制度和司法专横的斗争中逐步形成的一种司法制度,它是资产阶级革命和资产阶级民主制度的产物。律师制度的发展反映了律师制度由专制到民主的进化,标志着法制建设达到了一个新的水准和高度。同时,它又反过来促进国家的民主与法制建设。它在各国民主与法制的进程中,都发挥了重要的作用。律师制度已成为各国法律制度的一个重要组成部分。我国民主与法制建设正反两方面的经验教训表明,改进和完善我国的律师制度,建立一支政治素质好、业务水平高的律师队伍,是我国民主与法制建设的重要任务和保障。

(三) 律师制度以提供法律服务为核心内容

律师制度与审判制度、检察制度一样,都是国家法律制度的一部分,都是为维护国家利益服务,但他们各自的任务和工作角度有很大差别。法官和检察官代表国家行使审判权和检察权,而律师既不代表国家,也不行使某种国家权力,律师只是接受当事人的委托,用自己的知识为当事人提供法律服务。在当今法制比较健全的国家,由于社会政治、经济活动复杂,立法纷繁众多,一般人无法通晓法律,处理法律事务必须有律师参与。不仅诉讼活动要有律师参加,即使企业的经营管理和普通公民日常进行的买卖、租赁、借贷、继承等法律问题,也不得不聘请律师帮助。律师的业务活动犹如医生一样,已成为社会生活不可缺少的重要部分。

二 律师制度的重要意义

(一) 律师制度是民主与法制的重要保障

律师作为向社会提供法律服务的专业人员,他们并不像司法人员那样代表国家行使职权,而是以向公民和社会组织提供法律服务的形式依法执行业务。这一特征决定了律师可以通过作为辩护人、代理人、法律顾问等途径,参加诉讼或非诉讼法律事务,向社会提供多方面的法律服务,从而使当事人的合法权益受到保护,使违法犯罪行为受到应有的惩处,使民主得到发扬,法制得以维护。正因为律师的法律服务具有这样的功能,所以无论是资本主义国家还是社会主义国家,只要坚持民主与法制,就必须重视发展自己的律师队伍,完善自己的律师制度,以充分发挥律师的作用。

(二) 律师制度是市场经济良性运行的重要保障

在市场经济的体制下,社会经济的运转速度加快,各种经济关系日

趋复杂,人们的经济交往也越来越频繁,这必然造成各种纠纷的增多。纠纷增多了,解决纠纷的各种法律规定也随之增多。为了及时有效地解决纠纷,不仅要有大量的成文法规范,还要有一批精通法律的人员参加到解决纠纷的过程中去。律师的介入为纠纷的及时解决提供了条件。在经济交往中,事前,当事人可以委托律师签订法律文书,并就有关法律事务进行咨询,以进一步保证经济活动的合法性和安全性;而一旦纠纷发生,当事人则可以委托律师,通过和解、仲裁或诉讼等手段解决纠纷。可见,律师的广泛参与是将市场经济真正纳入法律控制的领域,从而成为“法治经济”的重要前提,是市场经济良性运行的重要保障。

(三) 律师制度是维护公民、法人和其他社会组织合法权益的重要保障

我国宪法和法律规定了公民广泛的权利。但这些权利要真正落到实处,还需要一系列配套制度包括律师制度的建立和完善。在现实社会中,有些公民和法人权利受到侵害,却不知道如何运用法律手段来维护自己的权益。律师制度主要是关于律师如何向社会提供法律服务的各种规范。其目的是为了保证律师合法地向社会提供服务。在律师制度比较完善的国家,当事人一旦权利受到侵害或陷入某种纠纷之中,他们立即就会想到求助于法律,请求律师以其法律知识和技能来保护自己的合法权益。因此,在某种意义上可以说,律师制度是各种社会主体保护其权利的工具。在我国目前公民法律素质普遍偏低的情况下,律师制度的这一功能尤其值得重视。

(四) 律师制度的发展有利于提高公民法律素质和增强权利意识

由于我国几千年封建专制和计划经济的影响,长期以来,我国的法律以义务为本位,公民的法制观念和权利意识比较弱。市场经济是法治经济,而法治的核心是自由、平等和人权。公民法律素养的提高和权利意识的增强直接影响着我国法治的进程。律师在为当事人提供法律服务的过程中,直接与当事人面对面地接触,有利于提高公民的法律意识和法律信仰。同时,律师以维护当事人权益为其职业的宗旨,这决定了律师在工作中必定以权利为出发点。因此,律师对社会生活的广泛参与,必然会增强公民的权利意识,使之珍惜自己的权利,并学会用法律来捍卫它。

第二节 律师制度的产生和发展

要全面了解我国的律师制度,就必须首先了解其发展历史。我国的律师制度起步较晚,且很不成熟。最早出现的我国律师制度是清朝

末年从西方国家移植过来的,就连“律师”这一概念也是“舶来品”。因此,要了解我国的律师制度的根源、发展历史及趋势,首先必须了解外国律师制度的历史沿革。

一 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

在公元前6世纪的雅典共和国时期,法律规定:起诉权只有雅典的男性公民才享有,妇女和奴隶不享有起诉权。异邦人只有通过他的保护人才能起诉。保护人在异邦人的诉讼活动中起着重要的作用,类似于现在的诉讼代理人。在诉讼时,允许双方当事人进行辩论,并且允许当事人委托他人进行辩论。由于被委托人的精彩发言常常对法官的判决产生影响,许多当事人不惜花钱雇佣精通法律又能言善辩的人相助,于是雅典的“辩护士”应运而生。由于这些“辩护士”的活动并没有形成一种职业,也没有形成一个阶层,因此,只应看作是律师制度的萌芽。

(二) 西方国家律师制度的产生

古罗马律师制度被认为是世界各国律师制度的初级形式。

公元前5世纪的罗马共和国时期,原始商品经济相当发达,商品交易中的契约行为日益频繁。这种经济关系愈发展,其反映在法律上的财产关系便愈复杂。同时,随着商业的发展和罗马征服地区的扩大,罗马的公民与异邦人以及被制服地区广大居民间关于适用法律的矛盾越来越突出。为此,统治阶级颁布了大量法律,以求适应罗马奴隶制经济的发展和统治阶级的要求。然而不管罗马私法在当时怎样完备,都始终无法将层出不穷的多种法律关系概括无遗,这就需要通过司法活动来弥补法律的不足。在诉讼实践中,形成了一种所谓“保护人制度”,后来发展成为律师制度。所谓“保护人制度”是指保护人代表被保护人进行诉讼行为,他可以出庭并在法庭上替被告人发言,反驳控诉人提出的种种指控,实质上就是一种诉讼代理制度。罗马皇帝用诏令的形式确认了这种诉讼代理制度,规定律师可为公民咨询法律事项,法律也允许他人委托和聘请律师从事诉讼代理活动,而且国家还通过考试制度遴选具有法律知识的善辩之人担任律师,规定律师代理诉讼可以获得相当费用的报酬,职业律师阶层得以形成,律师制度得以建立。

(三) 西欧封建制时期的律师制度

1. 西欧封建制早期律师制度的衰落

公元5世纪,日耳曼人侵入西罗马,西罗马帝国灭亡,欧洲大陆从此进入封建社会,自给自足的自然经济取代商品经济占据了主导地位。诉讼制度废除了辩论式的诉讼形式,改为与封建政治统治相适应的纠问式诉讼形式,即法官主动询问当事人和证人,查清事实,作出判决。