

全国律师执业基础培训

指定教材

律师执业 基本技能

上

LAWYER

修订版

中华全国律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

全国律师执业基础培训
指定教材

律师执业 基本技能

中华全国律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

律师执业基本技能(上)(修订版)/中华全国律师协会编. —北京:北京大学出版社, 2009. 8

(全国律师执业基础培训指定教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15486 - 1

I. 律… II. 中… III. 律师业务 - 中国 - 教材 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 114441 号

书 名: 律师执业基本技能(上)(修订版)

著作责任者: 中华全国律师协会 编

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15486 - 1/D · 2351

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

720 毫米 × 1020 毫米 16 开本 37.25 印张 709 千字

2007 年 5 月第 1 版

2009 年 8 月修订版 2009 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

修订说明

为贯彻实施《律师法》关于律师协会组织管理申请律师执业人员实习活动的规定,中华全国律师协会于2007年上半年组织编写了全国律师执业基础培训指定教材,中国律师界首次拥有了由自己为整个行业量身定作的、系统地介绍律师执业技能、执业素养、执业规范的全国统一教材。

这套教材的出版发行,实现了几代中国律师的梦想,对规范律师执业行为、提高律师执业水平起到了巨大的推动作用。它既是整个律师行业基础教育各自为政的结束,也为中国律师业今后建立统一的执业标准打下坚实基础,不仅有着广泛的现实意义,而且有着深远的历史意义。

本教材的四卷内容,即《律师职业道德与执业基本规范》、《律师执业基本素养》、《律师执业基本技能》(上、下),一经出版发行即在同行中深受好评。参加集中培训的广大实习律师以及接触过本套教材的资深律师普遍认为,本套教材内容丰富、针对性强,扭转了当前执业培训只讲法律不讲技能、只知法理不知操作的局面;不仅是新律师职前培训的必选教材,也是律师执业过程中极具实用价值的参考资料,许多技能可以直接用于执业实践。目前除了个别地区外,全国已有28个省、自治区、直辖市的律师协会采用这套教材作为律师执业基础培训的标准教材,其权威性、实用性得到了广泛的认可。

由于法律环境总是处于不断的发展变化之中,本套教材中的某些内容已经需要通过修订来适应现行的法律环境。为此,在中华全

国律师协会的统一组织下,本套教材的编委会重新组织作者针对以往版本进行了修订。工作内容主要是根据 2007 年 1 月 1 日起至 2009 年 3 月 31 日止的法律规范和司法解释的更新情况,对教材内容进行针对性修改和补充,同时还综合两年来的变化情况更新了部分相关数据等内容,并针对第一版中存在的缺陷及各地律师协会的反馈、律师业务的发展及需求,补正、调整、充实了相关内容。

由于编写执业培训统一教材是中华全国律师协会历史上的第一次,许多模式需要探索,许多经验需要积累。在此谨向大力支持本套教材编撰、发行的社会各界人士表示衷心的感谢,同时也向针对本套教材的改进、提高提出宝贵意见的各界人士深表谢意,并诚挚欢迎社会各界继续对本套教材提出宝贵意见,我们将通过我们的不懈努力不断对本套教材予以完善并推向新的高度。

实习律师集中培训指定教材编委会
2009 年 7 月 1 日

编写说明

如何成为合格的律师？如何成为优秀的律师？这不仅是初出茅庐的实习律师们迫切想知道的，也是律师行业管理所孜孜以求的。今天的实习律师代表着明天的整个律师行业。如何提高律师行业的执业水准，提升律师行业的整体素质，是关系到律师行业持续、稳定、健康发展的首要命题。

司法部将申请律师执业人员的实习管理工作移交给律师协会之后，全国律协六届三次常务理事会审议通过了《申请律师执业人员实习管理规则（试行）》，并于2007年3月1日起开始实施。根据该《规则》的规定，申请律师执业人员在为期一年的实习过程中，必须参加一个月的集中培训，并按照全国律协制定的培训大纲的要求，系统学习由全国律协统一编写的集中培训教材，学习掌握律师执业基本规范、基本素养和基本技能。编写这套教材成为做好集中培训工作的关键。为完成这一开创性的历史使命，在全国律协教育委员会主持下，一批执业经验丰富、业务专长突出、热心律师教育事业、理论及实务上均有建树的律师共同参加了培训教材的编撰工作。

这套教材的编撰，是全国律协的一次历史性尝试，是中国律师为适应中国政治、经济、社会的飞速发展，从律师执业的基本素质及基本技能着手，组织行业力量、发挥集体智慧，开始系统地构筑符合律师行业发展规律的规则体系、教育体系和文化体系的标志。其主要特点有：

第一，面向实习律师，普及“应知应会”。本套教材读者范围定

位于已取得法律职业资格并申请成为执业律师的实习人员,内容不再重复法学理论、基本概念和基础知识,而是立足于律师行业的基本规范、基本素养和基本技能。

第二,理论联系实际,突出操作技能。《律师执业基本素养》及《律师执业基本技能(上、下)》部分均由各领域内经验丰富的资深律师,将执业理念、专业思维和执业技能加以总结,内容突出实用性,覆盖了律师实际工作中的基本领域,它完全有别于传统的教材和学术论著,创立了律师职业教育的基本体例和风格。

第三,结合阶段需求,力求基础牢固。为帮助实习律师将理论知识转化为执业能力,本套教材强调律师执业经验,并注意结合实例,其中《律师执业基本技能(上、下)》的一些编、章中还分别设有概说和提示,以便于实习律师理解和掌握其中的要点。

第四,观点反复推敲,提法客观中立。作为全国律协首次组织编写的教材,本套教材力求做到分类科学、体例完整、内容严谨,无论是对学理和法律规范的引用,还是阐述观点、开示范例,均遵循客观中立的主旨。

作为实习律师集中培训指定教材,本套教材包括三部分,撰写人员及分工如下:

第一部分,《律师职业道德与执业基本规范》:李本森(第一、二、三、四、五、六章,第十章第一、二、三节);许身健(第七、八、九章);张远毅(第十章第四节)。

第二部分,《律师执业基本素养》:柳宪章。

第三部分,《律师执业基本技能(上、下)》:钱列阳、徐平(第一编);吕立秋(第二编);郭振忠、李广、刘炳荣、郭卫东(第三编);杨学芳(第四、五编);吴江水(第六编);龚志忠(第七编);庞正中、王进(第八编);张学兵(第九编);姜俊禄(第十编)。

为了保证这套教材的质量,编委会多次召开会议,在体例、风格、内容、语言等方面进行了多次的修改和调整,诸位编委付出大量的时间和精力后,终于成就本书。同时,任继圣、高宗泽、江平、陈光中、贺卫方等权威专家对本套教材予以及时审定,为本套教材的修改定稿提供了大量的帮助。此外,在本套教材的编撰过程中,戈宇、刘桂林、周俊武、胡凌、邓念燕、陈岳琴、陈奇明等律师提供了无私的支持,在此一并表示感谢。

由于编撰计划的原因,本套教材所引用的法律规范截止于2006

年12月31日,在此提请读者注意。

作为中国律师职业教育的第一套标准教材,本书或许在不同方面和不同程度上存在相应的缺憾。我们欢迎读者提出宝贵的建议和意见,在此基础上适时对教材进行修订,以便更好地满足读者的要求。

本套教材既可以作为实习律师的培训教材,也可以作为律师执业的参考资料,故又称《全国律师执业基础培训指定教材》。不过,律师的成长需要持之以恒的自我约束和勤勉尽责,以及用心钻研和不断总结提高,本书所介绍的经验及工作方法只能参考,不可生搬硬套。此外,本书仅为基础性的教材及参考,不能作为评判律师业务水平及工作责任的依据。

实习律师集中培训指定教材编委会
2007年3月

总目录

第一编	刑事诉讼业务基本技能	1
第一章	概说	3
第二章	律师在侦查阶段的工作	10
第三章	律师在审查起诉阶段的工作	32
第四章	律师在一审开庭前的准备工作	74
第五章	律师参与一审审理 ——以无罪辩护为例	114
第六章	律师在一审审理中作罪轻辩护	160
第七章	律师参与二审审理	177
第八章	辩护律师办理死刑案件	190
第九章	辩护律师办理再审案件	199
第十章	律师担任被害人诉讼代理人的工作	203
第十一章	律师担任自诉案件诉讼代理人的工作	208
附录一	律师办理刑事案件规范	213
附录二	侦查阶段律师工作流程图	233
附录三	公诉案件中的辩护律师工作流程图	234
第二编	行政诉讼业务基本技能	235
第一章	概说	236
第二章	律师在行政诉讼中代理原告和第三人	254
第三章	律师在行政诉讼中代理被告	281
第四章	行政诉讼中的二审诉讼代理工作	295

第三编 民事诉讼业务基本技能	301
第一章 概说	303
第二章 案件的受理	312
第三章 代理提起诉讼	325
第四章 代理应诉答辩	350
第五章 民事证据的收集和审查判断	366
第六章 一审代理中的主要工作	389
第七章 二审代理中的主要工作	440
第八章 终审判决后律师的工作	454
第九章 常见民事诉讼案件	481
附录一 最高人民法院印发《〈关于民事诉讼证据 的若干规定〉文书样式(试行)》的通知	523
附录二 律师代理一审民事诉讼流程图	545
第四编 仲裁业务基本技能	547
第一章 概说	549
第二章 仲裁协议	551
第三章 仲裁机构的选择	561
第四章 仲裁员的指定	566
第五章 庭前工作	569
第六章 庭审程序	574
第七章 仲裁裁决的撤销与执行	579

第一编

刑事诉讼业务基本技能

目录

第一章	概说	3
	第一节 刑事辩护的立场	4
	第二节 刑事辩护的职业形象	7
第二章	律师在侦查阶段的工作	10
	第一节 与侦查机关联系	11
	第二节 会见犯罪嫌疑人	14
	第三节 申请取保候审	25
	第四节 代理申诉和控告	29
第三章	律师在审查起诉阶段的工作	32
	第一节 到检察院查阅案卷材料	33
	第二节 会见犯罪嫌疑人或与犯罪嫌疑人通信	38
	第三节 调查取证	48
	第四节 向检察院提交辩护意见	67
第四章	律师在一审开庭前的准备工作	74
	第一节 到法院查阅案卷材料	75
	第二节 会见被告人	83
	第三节 调查取证	92

	第四节 选择辩护策略	102
	第五节 出庭准备	112
第五章	律师参与一审审理——以无罪辩护为例	114
	第一节 出席法庭	115
	第二节 法庭中询问被告人	116
	第三节 对公诉方证据的质证	126
	第四节 提出辩护方证据	139
	第五节 法庭辩论	140
	第六节 书面辩护意见的撰写	147
	第七节 其他工作	157
第六章	律师在一审审理中作罪轻辩护	160
	第一节 自首和立功	160
	第二节 被告人认罪	163
	第三节 几种常见的罪轻辩护方法	165
第七章	律师参与二审审理	177
	第一节 代为提起上诉	177
	第二节 查阅案卷和分析一审判决	179
	第三节 开庭审理	181
	第四节 书面审理	182
第八章	辩护律师办理死刑案件	190
	第一节 死刑案件	190
	第二节 死刑案件常用辩护方法	191
第九章	辩护律师办理再审案件	199
第十章	律师担任被害人诉讼代理人的工作	203
	第一节 担任被害人诉讼代理人的职责	203
	第二节 担任被害人诉讼代理人的工作	204
第十一章	律师担任自诉案件诉讼代理人的工作	208
	第一节 自诉案件	208
	第二节 律师办理自诉案件的工作	209
	附录一:律师办理刑事案件规范	213
	附录二:侦查阶段律师工作流程图	233
	附录三:公诉案件中的辩护律师工作流程图	234

在一起某省高级人民法院审判的故意杀人集团犯罪案二审公开开庭审理中,多位辩护律师竭尽全力为一审被判有罪的上诉人作无罪辩护,抗辩气氛紧张炽烈。代表该省人民检察院出庭的首席检察员气愤之余,厉声呵斥:“第一被告人的×××律师、第二被告人的×××律师、第三被告人的×××律师曲解事实,对法律规定断章取义,丝毫没有客观公正的态度,为被告人百般狡辩,无视本案被残杀者的冤魂,这是对法律的亵渎!”旁听人群中有人叫好。辩护席上一位辩护律师立即抗议:“提请法庭注意,我们反对首席检察员针对辩护律师个人的责难。该检察员不仅对辩护律师的辩护策略和辩护方法进行指责,而且点名斥责了辩护律师的辩护立场,这完全违反了我国《宪法》、《刑事诉讼法》和《律师法》有关律师为被告人辩护的规定,不具备一名省级人民检察院工作人员应有的法律素养。”法庭当即支持了辩护律师的反对,要求检察员只针对辩护律师的辩护观点发表反驳意见。

何为辩护立场?辩护策略?辩护方法?这即是本编要介绍的内容。在我国,律师参与刑事诉讼的主流业务是为犯罪嫌疑人和被告人提供法律咨询、法律帮助和辩护,因此,在本编中,除非另有所指,律师提供法律服务的对象是犯罪嫌疑人和被告人。

第一节 刑事辩护的立场

一、维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益

1. 犯罪嫌疑人、被告人的合法权益

《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第35条规定:“辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”

犯罪嫌疑人、被告人是被国家司法机关所追诉者。司法实践也表明,这些被迫诉者中的大部分通过审判最终被证明有罪。那么,这些大部分最终被证明有罪的犯罪嫌疑人、被告人究竟有什么“合法权益”呢?

我国政府已经签署的《联合国公民权利和政治权利国际公约》第10条第1项确立了“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇”的权利;第14条第3项具体确立了刑事案件被告人有资格享受以下“最低限度的权利”:迅速地获知对他提出的指控的性质和原因;有相当时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络;受审时间不被无故拖延;出席受审并亲自替自己辩护或经由他自己所选择的法律援助进行辩护;如果他没有法律援助,要通知他享有这种权利;询问对他不利的证人,并使对他有利的证人出庭作证;能免费获得译员的援助;不被强迫自证其罪。

根据《刑事诉讼法》和相关司法解释规定,我国刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人基本上也拥有上述《联合国公民权利和政治权利国际公约》确立的权利。在我国这些权利一般被称之为犯罪嫌疑人、被告人的人身安全权、人格尊严权、知情权、申诉控告权、自行行使或通过律师行使的辩护权,受到人民法院公正审判的权利等,这充分体现了《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第33条规定的“国家尊重和保障人权”的重要原则。这些权利就是辩护律师在刑事诉讼中要全力为被告人维护的“合法权益”。

这里特别要说明的是辩护权。犯罪嫌疑人、被告人的辩护权是宪法权利,《宪法》第125条规定:“人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。”《宪法》该条规定的辩护权,是指刑事案件的所有被告人都有获得辩护的权利,因此,即便是最终被证明有罪乃至罪大恶极的被告人自行或通过辩护律师进行无罪辩护或罪轻辩护,同样是该被告人应该享有的宪法性权利。

2. 为什么要维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益

既然在刑事案件中,犯罪嫌疑人、被告人中的大部分通过审判最终被证明有罪,那么,国家立法保障其“合法权益”,特别是允许其通过受到良好训练的辩护律师的帮助进行无罪辩护,有何意义,是否诚如某些人所言“无视被残杀者的冤魂”?

虽然犯罪嫌疑人、被告人中的大部分通过审判最终被证明有罪,但毕竟不是所有的犯罪嫌疑人、被告人毫无疑义的就是犯罪分子。在最终被证明有罪之前,在整个刑事诉讼的过程中,哪些是真正的罪犯,哪些是(因为一些证据对他们不利而被怀疑为罪犯的)无辜者,是不能得到确定的。为解决这些被追诉者的地位问题,现代刑事诉讼制度含有两大基本假设,这就是“无辜者假设”和“涉讼人假设”。^①

(1) 无辜者假设

国家建立刑事诉讼制度,自然是要侦查和惩罚犯罪的人,但同样重要的是,要防止错误地惩罚乃至处决无辜者,因此,现代刑事诉讼基于保障人权的考量,普遍采纳无罪推定的原则,即“凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪”。^②我国《刑事诉讼法》第12条规定的“未经人民法院依法判决,对任何人都不能确定有罪”亦可视为无罪推定原则在中国刑事诉讼制度中的表达。

鉴于无罪推定的原则,为最有效地保护无辜者的权利,将被追诉的犯罪嫌疑人、被告人都当做可能的无辜者,尽可能给予他们以无辜者的待遇,这就是“无辜者假设”。基于这样的假设,刑事辩护律师的职责当然是要维护这些在未被证实有罪之前的犯罪嫌疑人、被告人的一切合法权益,特别是申辩无罪的权利。

(2) 涉讼人假设

维护被指控的犯罪嫌疑人、被告人的权利,并非仅仅是对社会一小部分人群的保护,应视为对整个社会中所有成员的权利保障。由于司法活动同样具有人类其他认识活动所具有的局限性,其错误是屡见不鲜的。“请不要以为您是一位行为端正的好父亲、好丈夫、好公民,就一辈子不会和当地的法官打交道。实际上,即使是最诚实、最受敬重的人,也有可能成为司法部门的受害人。”“公正的审判是不容易的事情。许多外界因素会欺骗那些最认真、最谨慎的法官。不确实的资料,可疑的证据,假证人,以及得出错误结论的鉴定等,都可能导致对无辜者判刑。”^③我国刑事诉讼中的审判监督程序,也正是考虑到错案确有可能存在而设立的。

社会所有成员都有可能被怀疑有罪而身不由己地牵涉到刑事诉讼中去,这

^① 关于“无辜者假设”和“涉讼人假设”,详细的论述请参阅张建伟:《刑事司法:多元价值与制度配置》,人民法院出版社2003年版,第59—62页。

^② 《联合国公民权利和政治权利国际公约》第14条第2项。

^③ [法]勒内·佛洛里奥:《错案》,法律出版社1984年版,第1—2页,转引自张建伟:《刑事司法:多元价值与制度配置》,第61页。

就是“涉讼人假设”。因此,维护那些已经成为涉讼人的犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,就是为整个社会成员提供安全保障,一旦涉入诉讼,每个人都可以要求行使这些“合法权益”以保护自己。这就是辩护律师维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的重大社会意义。

二、维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的方法

犯罪嫌疑人、被告人最终是否有罪,若有罪,对其处以怎样的刑罚,将通过公正的诉讼程序由人民法院作出裁决。因此,除为当事人提供法律咨询外,辩护律师维护当事人合法权益的主要方法是协助当事人在人民法院主导的刑事审判中对抗检察机关对当事人的犯罪指控,这种对抗表现为否定指控或削弱指控的严厉性。

人民法院进行审判,其目的是发现事实真相,实现公正。“获得真相的最好办法是让各方寻找有助于证实真相的各种事实,两个带有偏见的寻找者从田地的两端开始寻找,比一个公正无私的寻找者从田地中间开始寻找更不可能漏掉什么东西。”^①我国东汉时期的王充在其《论衡·书案》中也说“两刀相割,利钝乃知;两论相辩,是非乃现”。只有在控辩双方的全力对抗中,才能发现真实(这里所谓“真实”包括案件事实和侦查活动是否违法的事实),才能实现公正(这里所谓“公正”包括对受害人的公正和对被告人的公正)。

在这种诉讼对抗中,基于无罪推定原则,公诉方对证明犯罪承担高度的证明责任,他们必须用合法的证据充分地证明犯罪;以维护当事人合法权益为己任的辩护律师一旦确定了无罪辩护或罪轻辩护的辩护目标,就要竭尽一切合法方法实现这一诉讼目标,这些合法的方式包括:

- (1) 要求审判案件的法院和法官是公正和中立的,必须贯彻无罪推定原则,必须排除干扰独立审判,否则可以提出回避的申请;
- (2) 攻击公诉方的证据不能充分证明指控,不能排除合理怀疑;
- (3) 攻击公诉方的证据不合法,要求法庭将非法证据排除,使之不能作为证明案件事实的依据;
- (4) 提出证据证明被告人没有实施犯罪;
- (5) 证明其他人实施了被指控的犯罪;
- (6) 被告人虽有罪,但案件事实中存在对被告人减轻、免除刑事责任的情形;
- (7) 其他合法方式。

^① [美]史蒂文·鲁贝特:《现代诉讼策略与技巧》,王进喜等译,中国人民公安大学出版社2005年版,第1页。

可见,辩护律师维护当事人合法权益,并非为当事人呐喊申冤,并非因为当事人确实没有实施被指控的犯罪,而是(无论当事人是否实施了被指控的行为都)为当事人坚守并主张刑事诉讼程序上的法定权利,要求法院通过“正当程序”^①作出公正的判决。辩护律师以上述方法维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,同时也就是忠实地履行了《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)第2条所要求于律师的“维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义”的职业义务。

辩护律师成功的辩护将使无辜者脱离冤狱,但也可能会使有罪的人被无罪释放。^②但这是我们为人类认识的局限性所付出的代价,是我们不去把无罪的人判为有罪的代价,是我们维护生命、自由和人权付出的代价。唯一的改进办法是促进警察等刑侦部门素质的提高,使他们能更确凿地证明犯罪。

现在可以回答引言处的第一个问题,为犯罪嫌疑人、被告人辩护的律师,其受到法律保护的辩护立场就是在刑事诉讼中,特别是在刑事审判中,对抗公诉机关的犯罪指控,维护和主张犯罪嫌疑人和被告人的合法权益,为他们进行最有利的抗辩,为他们作无罪辩护或减轻、免除刑事责任的罪轻辩护,并有权采取一切符合正当程序要求的合法方式以达到辩护目标。

第二节 刑事辩护的职业形象

一起凶残的暴行或卑鄙的恶行被揭露后,当律师为被指控者辩护时,其滔滔雄辩有时不免被世人鄙为“无视被残杀者冤魂”一类的巧言令色。社会的偏见需要逐渐改变,辩护律师作为一个职业群体要通过卓有成效的辩护工作向世人传递的信息是“我们荣幸地生活在一个法治社会,我们为之辩护的是被告人的权利,而不是被指控的罪行”。刑事案件辩护律师是法治社会最前沿的权利斗士,忠诚、正派、理性、守法且精通法律是法治社会中辩护律师应有的健康形象,也是每一个准备从事刑事辩护业务的律师对自己应有的要求。

^① 关于“正当程序”,近年来学者论述颇丰。对此有兴趣的读者不可不读的是[英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李克强等译,法律出版社1999年版。

^② 由于我国有审判监督程序,且刑事诉讼中并不存在“禁止双重危险”的原则,侦查、检察机关可以对判决无罪的人再行侦查和提起公诉,因此真正有罪的人要么没有被抓获,一旦被捕,即便阶段性获释,但能在司法程序中最终得到无罪判决的,未见其例。