

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

律师制度与律师实务

(修订本)

  
e-BOOK  
网络资源 中国版

## 序言

党的十五大，将依法治国，建设社会主义法治国家，作为我国政治体制改革的重要目标和内容，第一次写入党的纲领性文件，这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入，市场经济越发展，经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密，经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作，总的说，这几年改革的方向是正确的，改革的措施是符合实际的，改革的成果是明显的。几年来，各级司法行政机关、律师协会和广大律师，在以江泽民同志为核心的党中央领导下，高举邓小平理论伟大旗帜，按照司法部党组的部署，积极探索，努力实践，律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前，全国律师工作人员已达 10 万余人，具有博士、硕士学历的 3000 余人，律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展，广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处，有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案，新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作，维护了法律的尊严和统一，促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目，如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等，为确保上述工程的顺利进行作出了贡献，赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人注目。

1986 年，司法部开始组织律师资格统一考试，至今已举办了九次。自 1993 年起，两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年，全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来，为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来，律师资格考试制度不断完善，赢得了全社会的关注和重视。到目前为止，已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试，有 11.4 万人通过考试取得了律师资格，为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不断深入，使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用，律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实，社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段，特别是经济体制改革和经济发展战略的实施，如国有企业改革，组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产，金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信，律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要，司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上，组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和

深度等方面都比过去的用书有明显改进，突出了基本法律知识及律师实务和技能。它不仅具有辅导考试的作用，而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书，能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得，祝愿该书对所有考生都有所裨益，并通过你们的努力，加入到律师队伍中来，为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长 高思程  
1998年4月28日

## 出版说明

为了适应我国律师资格考试发展的需要，进一步完善与律师资格考试相关的配套措施，并为广大考生提供适合律师资格考试特点的学习、复习用书，经过酝酿与准备，《全国律师资格考试指定用书》出版发行。

这套指定用书分为教材系列和主要参阅法律、法规汇编系列，共九册。其中教材系列为七册；主要参阅法律、法规汇编系列为二册，收入75个法律、法规、司法解释。现就这套书籍的编撰、出版说明如下：

一、教材系列由全国律师资格考试指定用书编辑委员会主持编辑，约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京商学院、华东政法大学、清华大学、北京联合大学应用文理学院、中国社会科学院法学研究所及司法部律师司等单位的学者、专家和北京部分律师事务所律师撰写。书稿撰写前曾进行数次研讨、论证，确定重点学科、撰写大纲、教材特点等，并由各书主编、副主编审阅统稿，最后由司法部律师资格考试委员会组织有关专家审定。

二、教材系列共七本书，即：（一）法学基础理论·宪法学；（二）刑事法学；（三）民事法学；（四）商事法学·经济法学；（五）行政法学；（六）国际经济法学·国际私法学；（七）律师制度与律师实务。其中，刑事法学包括刑法和刑事诉讼法，民事法学包括民法和民事诉讼法，合同法、知识产权法归入民法，公司法、外商投资企业法、合伙企业法、破产法、票据法、保险法、海商法归入商事法学。

三、前述七本书的划分主要是根据学科比重、编写体例、内容安排以及律师资格考试的特点而设计的，并不代表或反映编撰者和审定者对各法学科进行划分的意见或观点。对于各法学科理论中尚存争议的问题，除非需要对某一理论或制度问题的诸种学术观点作客观、公正的介绍，本教材力求采通行之说，尽量避免编撰者的一家之言。

四、教材系列力求反映和体现律师资格考试和律师职业的特点，突出法学理论与司法实践的结合，强调律师素质教育与应试指导的结合，尤其突出对重要立法的阐述和学科基本理论、基本制度在司法实践中的运用。其理论水准定位在大学本科层次。在内容安排、文字风格等方面力求与已有的其他法学教材相区别。

五、基于律师资格考试命题与标准答案的准确性、科学性、客观性、有效性的要求，教材系列对各项具体法律制度的阐释均以我国现行有效的法律、法规、司法解释为依据。

六、教材系列体系与内容将保持相对稳定性和连续性，但将根据现行法律的修订而在再版时及时作出相应的修改。

七、主要参阅法律、法规汇编系列是根据教材系列确定的体系。由司法部律师资格考试委员会组织参与教材撰写的专家、教授共同选定。为方便考生复习，减轻考生负担，此次对所选法律、法规进行了较大的压缩，只选定较为重要的法律、法规、司法解释。教材系列中已有较为详细阐述的法规、司法解释未再收入。律师资格考试命题将主要以本汇编为法律依据，但是考生复习时仍应注意了解和掌握教材中相关部分所涉及的有关法规和解释。

八、司法部律师资格考试委员会将于每年以本套指定用书为依据颁布当年的考试大纲。律师资格考试命题以当年的考试大纲为依据。

本套指定用书在编辑、出版过程中，得到了前述单位和有关人员的大力支持和协作，司法部高昌礼部长还为本套书撰写了序言，在此一并表示衷心的感谢。由于时间仓促，书中难免有疏漏和不当之处，请广大考生和读者不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》

编辑委员会

1998年5月

## 修订说明

《全国律师资格考试指定用书》出版已近一年。一年来，我国的民主法制进程在“依法治国”方略的指引下，又向前迈了一大步，从1998年下半年到1999年3月，国家先后颁布了《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》，对《中华人民共和国土地管理法》及《中华人民共和国土地管理法实施条例》作了修改，随着这些法律的颁布实施，我们编辑的这套《全国律师资格考试指定用书》也须作相应的修订。

此次修订主要有以下几个方面：第一，根据读者的意见和立法的变化，对原书的考试大纲所列知识点作了部分充实；第二，对原套书中的主要参阅法律、法规汇编进行了增删，增加《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》等法律，删除失效的法律、法规；第三，根据国家近一年颁布的法律和司法解释，对原套书的七本教材中的有关内容作了相应的修改。尤其是对教材中所涉及的《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》的部分都进行了改写；第四，对原书章以下的体例作少量调整，对原书的疏漏加以补正。

此次修订力求在学理阐述上系统科学，在各章节上层次分明，同时文字精练，修辞准确。鉴于篇幅所限，各卷书一般不评介当前的学术争议，也不专论通说之外的个家之言。在原作者修订的基础上，又请部分作者对各书的体例及文字进行了统校。

修订工作由司法部领导段正坤同志、律师公证工作指导司负责人贾午光、吴明德同志主持，参加各书修订及统稿的人员有：段正坤、贾午光、吴明德、邱征、周塞军、刘凯湘、马怀德、潘剑锋、王卫国、王传丽、陈光中、陈卫东、赵永林、韩大元、舒国滢、钱明星、裴广川、刘晓红、贾京平、刘晔、李传敢、徐波、阎欣、于晋。在此，我们对参加修订工作的所有人员和关心这套书并提出修改意见的各界人士表示衷心的感谢。

《全国律师资格考试指定用书》

修订委员会

1999年3月

## 第一编 律师制度

### 第一章 律师制度的历史沿革

#### 一、律师制度的概念

我国的律师制度是由国家权力机关颁布的律师法、立法解释和司法机关作出的司法解释及政府主管部门依据律师法制定的行政规章所构成的规范总称，它是国家对有关律师的性质，律师的资格和执业，律师的业务范围及权利义务，律师的法律责任以及律师的管理等方面颁布的法律、立法、司法解释和行政规章在内的规范总称。一些学者认为律师法是国家司法制度的一个重要组成部分，是国家司法制度民主化的一个重要标志。

据学者们研究认为，最初的律师制度源于刑事诉讼制度，脱胎于刑事辩护制度，刑事辩护是律师最基本的业务，也是律师基本的职责。所谓辩护，顾名思义，即以“辩”为方法、手段，达到“护”的目的。在日常生活的许多领域都可能出现辩护现象，即针对于己不利的内容进行辩论、反驳，来维护自己的权益。一般意义上的辩护，是指为了保护自己或别人，提出理由、事实来说明某种见解或行为是正确的，或者错误的程度不如别人所说的严重。

依据我国现行法律，“辩护”是一个专属于刑事诉讼的名词。《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。”我国《刑事诉讼法》对宪法的规定进一步加以阐述，该法第11条规定：“被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。”另外，《刑事诉讼法》第四章以“辩护与代理”作为章题，规定了刑事辩护的若干内容。相比较而言，民事诉讼法中没有见到“辩护”这一称谓。民事诉讼法将当事人所委托的代为诉讼的人通称为诉讼代理人，而不管是原告委托抑或是被告委托。行政诉讼法的规定与民事诉讼法大体相同。

律师制度的历史沿革，也是与刑事诉讼辩护人的历史沿革相一致的。

#### 二、外国律师制度的历史沿革

##### （一）古希腊和古罗马时代的辩护制度

外国刑事辩护制度的产生，可以追溯到公元前4—5世纪的雅典共和国时期。当时王者执行官审理案件时，允许被告人进行答辩、申辩。公元前594年梭伦担任雅典执政官后，进行了著名的“梭伦改革”，设立了具有民主特色的陪审法庭。一些刑事和民事案件经执政官初审后，送往陪审法庭，“公民未经陪审法庭判决不得处死。”当时“诉讼程序公开进行，双方当事人可以进行辩论。”雅典的法律制度对以后的罗马法有着直接的影响。

古罗马制定的《十二铜表法》一方面保留着原始时期血亲复仇及宗教刑罚的痕迹；另一方面规定了一些带有民主因素的条款。如其中第一表第7条规定：“若（当事人双方）不能和解，则（他们）应在午前到市场或会议场进行诉讼，出庭双方应依次申辩（自己案件）”。这一时期城邦法官对侵犯国家的犯罪有进行干预的权力，作为一种对执法官行使强制权的限制，“向民众申诉”制度应运而生，“申诉”导致一种民众为法官的诉讼程序的开始。根据一种普遍的观点，只有那些有充分权利的罗马市民才有权提出“申诉”，

因为他们是民众会议的成员，对于奴隶、异邦人以及在最初时对于妇女，均不适用申诉制度。随着诉讼和刑罚的世俗化以及神明裁判的消失，民众的参与变成了主动的行为，带有宗教色彩的争斗比赛变成了控方和辩方在由民众主持的审判中的辩论。

在古罗马弹劾式诉讼中，被告人与原告人处于平等地位。被告人拥有辩护权，可为自己的利益从事诉讼防御。审判采取对质、言词、公开的方式，被告人可以提出反证，证明自己无罪。被告人还可以请精通辩术的辩护人为自己辩护。法官居中裁判。辩护权的存在以及代言人、辩护人等的出现，标志着早期刑事辩护制度已基本形成。公元一世纪，罗马进入帝国时期以后，原来实行的诉讼代理和辩论的原则，逐渐发展成为律师辩护制度。罗马皇帝对于辩护人的作用有如下论述：“首先，所有的律师均为他们的诉讼当事人提供保护，以使他们不超越争讼功利所要求的限度，不超越争吵和诅咒的限度，使他们做诉讼所要求做的事情，避免侵害他人。因此如果某个蛮横的人认为不应当根据理性而要采取谩骂进行争讼，他的主张就将受到鄙视；实际上，不应当怂恿那些不顾争讼正题，却公开地或狡诈地对自己的对手进行辱骂的人，那些消解诉讼中产生的疑问并以其常在公共和私人事务中进行的辩护帮助他人避免错误、帮助疲惫者恢复精力的律师，为人类提供的帮助不亚于那些以战斗和负伤拯救祖国和父母的人。因此，对于我们的帝国来说，我们不仅把身披盔甲，手持剑盾奋战的人视为战士，同样认为律师也是战士。因为那些受托捍卫荣耀之声，保护忧虑者的希望、生活和后代的诉讼辩护人是在战斗。”当时的哲学家乌尔比安认为原告应向被告宣告诉讼请求，以便被告能够做好辩护准备。他还指出：“不得强迫任何人违背意志地进行答辩。”另一位哲学家盖尤斯则表述了“被告比原告更该受到照顾”的思想。古罗马刑事辩护制度是古代司法民主产生和发展的产物，它为辩护制度后来的进一步完善提供了可贵的历史雏形。西方学者指出：“西方法律传统滥觞于罗马法。他们在程序、管理、法律以及程序方面的先见之明在古代世界是独一无二的，并给现代社会以广泛的影响。”

## （二）欧洲中世纪辩护制度的衰亡

从欧洲进入日尔曼法时代以后，司法民主走向消亡，其表现为弹劾式诉讼和纠问式诉讼的兴起。在日尔曼法时代，弹劾式诉讼是当时刑事审判的主要方式。纠问式诉讼是继弹劾式诉讼之后出现的一种诉讼形式。罗马君主制时期，在普通审判制度（“刑事法庭”的诉讼程序）之外，出现了“非常审判”程序。非常审判的原则是纠问制。一方面，任何一个罗马市民（除妇女和未适婚人外）均可以提出控告；另一方面，官员们通过自己所掌握的治安机构主动进行调查。根据君主制发展的一般进程，控告式诉讼制度逐渐衰退，纠问式诉讼制度则蓬勃发展。

罗马天主教会在西欧封建社会中占有特殊地位，12世纪末，出现了中世纪特别臭名昭著的宗教裁判所，专门审判有关异教徒。在宗教裁判所的审判中，被告人的招认被视为“证据之王”。虽然也允许延请辩护人，但受审人经常不延请辩护人，因为辩护人必然只力求被告人“招认而已”。纠问式诉讼是适应王权不断加强而产生的，是封建专制主义在诉讼中的体现。比起原始的弹劾式诉讼，在民主性方面后退了，但它确立追究犯罪的职责由国家机关承担的制度，是诉讼历史发展的必然规律。纠问式诉讼呈现以下几个特征：第一，刑事诉讼的进行不注重其形式性；第二，刑事诉讼的目的注重实质真

实性，刑讯被认为有助于获得真实的供述；第三，证据的提出仅供法官评价。一般而言，侦查、起诉、审判等各种职能不分、形成一体是纠问式诉讼的最大特色。由于刑事诉讼的进行由单一机关担任，因而刑事诉讼所具有的司法性与行政性遂被混合。可以说在欧洲的中世纪，刑事辩护制度是呈现萎缩乃至消亡的趋势。

### （三）资产阶级革命后律师制度的确立

资产阶级革命后，欧洲各国普遍建立了刑事辩护制度。英国刑事诉讼法的发展过程中，弹劾式诉讼一直占有支配地位。11世纪诺曼底公爵征服英国后，一方面准予保留原有的法律制度和习惯，另一方面大力加强君主的中央集权，统一全国的司法制度，如设立国王法院，制定法官巡回审判制度等。1215年英国国王约翰颁布了《人民自由大宪章》，其中第39条规定：“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收其财产、剥夺其法律保护权、或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”第40条规定：“朕不得对任何人滥用、拒绝或延搁权利或赏罚。”表述了应对君主的权力加以制约的思想。13世纪和14世纪，英国建立了分别担任起诉和审判工作的大小陪审团制度。1648年英国爆发了资产阶级革命，标志着世界近代史的开端。英国平均主义派首领李尔本提出了许多反对封建专制的资产阶级民主原则，他在《人民约法》和《英国根本法和自由》等著作中认为：法律面前人人平等；陪审官应有广泛权限及自由心证原则；废除特权，保护公民的人身权利；诉讼必须采用公开、直接和辩论的形式；被告人有辩护权等。他认为除了被告人自行辩护外，还享有请他人为其辩护的权利。1679年英国颁布了《人身保护法》，其中第19条规定：“关于本律所称犯法行为之控诉，各被告得同具原案总争点之答辩。”律师制度在英国封建社会的民事诉讼中早已发展起来，随着资产阶级革命的胜利，1695年律师制度开始逐渐扩及刑事案件。1695年威廉三世以敕令规定严重叛国案的被告人可以请辩护人。1836年威廉四世颁布的法律规定：“不论任何案件的预审或审判，被告人都享有辩护权。”据此取消了对辩护的种种限制，英国正式确立了律师制度。

美国独立前原为英国的北美殖民地，适用英国法律。1776年美国宣告独立，新的立法在保留英国法律传统的基础上体现出强烈的民主性。1776年通过的《弗吉尼亚权利法案》第8条规定：“在所有判处死刑或刑罚的诉讼中，被告有权要求知道他被控罪的原因和性质，有权与控诉者及证人相质，有权提出于己有利的证据，有权要求由他居处附近的公正的陪审团参加的迅速审判，未经该陪审团全体一致同意不得判为有罪；不得强迫他提出于己不利的证据；除了国家法律或其同等的公民的裁判外，任何人的自由不应受到剥夺。”这个著名的权利法案在美国各州及对法国都产生过很大的影响。1791年美国宪法修正案第6条规定：“在一切刑事诉讼中，被告人应享受下列权利：由发生罪案之州或区域的公正陪审团予以迅速的公开审判，该区域当以法律先确定之；接受关于告发事件之性质与理由的通知；准予与对方的证人对质；应以强制手续取得对于本人有利的证据，并受律师辩护之助。”

18世纪法国资产阶级革命的启蒙思想家孟德斯鸠、伏尔泰、卢梭等以“自然法”和“社会契约”来解释国家的起源，提出了一系列资产阶级民主主义和自由主义的司法原则和理论，对法国后来的司法制度产生了重要影响。孟德斯鸠在所著《论法的精神》中提出了“三权分立”和“司法独立”的理论。

他认为：法官应自由选举产生；拷问和自然要求相矛盾、法定证据制度不合理。他明确指出：“一个人，即使最卑微的人的生命也应受到尊重。……国家控诉他的时候，也必定要给他一切可能的手段为自己辩护。”1789年法国在《人权宣言》中明确规定了“无罪推定”原则。同年10月制宪会议的一项法令规定从追究被告犯罪时起，就允许有辩护人参加。1791年颁布的法律规定了法庭审理的辩论原则。1793年法国《雅各宾宪法》进一步规定，国家要设“公设辩护人”。1808年，拿破仑颁布的刑事诉讼法典规定了被告人享有辩护权的原则。一些国外学者认为，这部法典的规定介乎纠问式与控辩式之间，审判前基本采取纠问式，司法官员秘密办案，律师不得参加；开庭以后则基本采用控辩制。直到1897年的法律颁布后，才准许辩护人介入审判前的程序。

法国革命和法国的刑事程序对包括德国在内的欧洲大陆国家产生了决定性影响。约在19世纪中叶，在德国大多数的前地方邦国内出现了体现出立宪主义和资产阶级自由主义思潮的一种“改革的刑事程序”。各邦所订立的诉讼法典，虽然细节上存在着各种各样的差异，但都采用了下列共同原则和结构，它们全都赞同改变被告人的低劣地位，企图把被告人看作这样一种公民，作为诉讼的一方，获得明确规定的方式来为自己辩护。这些在德国前地方邦国中出现的法制改革动向，在1877年颁布的《德意志帝国刑事诉讼法典》中得到了继承和发扬。这部法典规定了与法国法律内容大致相同的“辩论原则”。德国在希特勒专制时期，刑事辩护制度遭受重大挫折。希特勒实行法西斯主义，“不论在什么地方，任何一个人的行为，或他的身份（种族、宗教），只要有一点政治牵连——从最广泛的可能的意义上说，秘密警察都实施可怕的恐怖手段。在严刑拷打下逼得情愿招供，而辩护人在法庭面前是无权来否认口供的。”二战之后，德国刑事辩护制度得到恢复和进一步完善。1965年4月1日公布的《刑事诉讼法典》第137条第1款规定：“被告人可以在诉讼程序的任何阶段选定辩护人，帮助自己辩护。”

受欧美国家的影响，日本明治维新之后，开始引进以法、德为代表的大陆法系国家的司法制度。日本在明治维新初期曾流行“辩护人无用论”。1876年颁布的《代言人规则》原则上不允许代言人进行刑事辩护，只有特殊的案件可以例外地让代言人进行辩护。1880年公布的治罪法允许被告人有辩护人，对于重罪案件，被告不选任辩护人时，裁判所从代表人中为其选任辩护人，称为“官选辩护人”。日本从此开始实行刑事辩护制度。1922年颁布的旧刑事诉讼法，把选任辩护人的权利扩大到预审阶段。第二次世界大战结束后，日本在同盟国占领军总部的指导下，参照美国宪法制定了日本新宪法。1946年11月3日公布的新宪法第37条第3款规定：“刑事被告人在任何场合都可以委托有资格的辩护人。被告人本人不能自行委托时，由国家提供。”1948年4月10日，日本国会通过现行《刑事诉讼法》。该法赋予被告人以辩护人委托权；赋予被告人有国选辩护人委托权，而且扩大强制辩护的范围。刑事辩护制度和律师制度获得显著发展。

### 三、中国律师制度的历史沿革

#### （一）中国古代“辩护人”的情况

现有史料表明，在周朝的刑事诉讼中，司法官吏审判案件，一般在双方当事人到齐之后，用察听五辞的办法，审查判断其陈述的真伪，并据此定罪量刑。从出土的资料看，在西周，法庭开庭除了原、被告到庭外，还允许诉

讼代理人和证人出庭，并向法庭提供诉词、辩护词。春秋时期，出现过类似今天的辩护人。根据《左传纪事本末》记载，鲁僖公二十八年冬（公元前632年），“卫侯与元咺讼，宁武子为辅，针庄子为坐，士荣为大士。”在这场官司中，治狱官士荣担任卫侯的辩护人，审判结果卫侯败诉，士荣被处死刑。

《吕氏春秋·离谓》记载，春秋末年，“邓析……与民之有狱者约，大狱一衣，小狱襦袴。民之献衣襦袴而学讼者，不可胜数，以非为是，以是为非，是非无度，可与不可日变，所欲胜而胜，所欲罪而罪。”邓析是郑国人。子产执政时，他为大夫。但是，邓析与官府“分庭抗礼”的争辩，为统治者所不容，最终被郑国执政驷颡冠以造成“郑国大乱，民口喧哗”的罪名所杀。

在我国奴隶社会的法制发展过程中，虽出现过“学讼”的辩护人，但未能出现律师及律师制度。从当时刑事审判的总体状况来看，被告人在诉讼中的地位低下，这表现在对被告人的刑讯逼供、以及疑罪从有。尽管史料中有一些有关“辩护”的记载，但从士荣、邓析的最终命运看，很难说当时的被告人享有辩护权。我国奴隶社会政治上实行君主专制统治，“普天之下莫非王土，率土之滨莫非王臣”，相应地，刑事诉讼带有明显的纠问特征，因此，没能形成像古罗马那样的刑事辩护制度。

从公元前475年至公元1840年长达2000余年的中国封建社会中，皇权至上，实行专制统治，在刑事诉讼中进一步推行纠问式诉讼。司法权与行政权合一，特别是宋代中叶以后，要求州、县长官必须亲自审案。案件审理的程序大体上是先问原告，后问被告，再问证人，并常常使用拷打手段。据《睡虎地秦墓竹简》中的《封诊式》的《治狱》一节记载：“治狱，能以书从迹其言，毋笞掠而得为上；笞掠为下；有恐为败”。《讯狱》一节又说：“诘之极而数之也，更言不服，其律当笞掠者，乃笞掠。”《汉律》中对刑讯也有明文规定。秦汉时的刑讯，法律上未作任何限制，这就给司法官吏滥施淫威开了方便之门。从魏晋时起，刑讯逐渐规范化。到了唐代，用刑罚的方法禁止法外用刑。《唐律》规定：“诸应讯囚者，必先以情审查辞理，反复参验，狱未能决，事须讯问者，立案同判，然后拷讯，违者杖六十”。“诸拷囚不得过渡，总数不得过所犯之数。”宋代法律继续作出了“拷讯不得过渡”等项规定。唐律中还确立了罪从供定的原则。明清时期，“必据犯人招草以定其情。”被告人口供被认为是最重要的证据。

在我国封建社会的刑事诉讼中，被告人只是一个被追究刑事责任的客体，一个被拷问的对象和供词的提供者。他不能自我辩护，也不能请他人為自己辩护。可见，缺乏辩护的规定确是中国封建法律的特点之一。

## （二）中国近代刑事辩护制度的形成

1840年的鸦片战争激起了深刻的社会危机，封建法制已无法适应社会结构的急剧变化。清光绪二十七年（1901年），持洋务派主张的清廷大臣刘坤一、张之洞联名向朝廷奏的《江楚会奏变法三摺》中，提出了关于司法改革的9条意见，包括“禁讼累”（革除差役，消除讼累）：“省文法（减省诉讼中的繁文缛节）”、“省刑责（除命盗案外，其他案件及人证都禁止刑讯）”、“重众证（重证据，只要证据确实，经上司复核即可按律定拟）”、“修监羈（改良监狱条件和管理）”、“教工艺（对犯人教习工艺）”、“恤相验（凡命案应案者，不许纵扰百姓）”、“改罚缓（缴银赎罪）”、“派专官（派专官稽察所属监狱）”。这些主张对于改善被告人在刑事诉讼中的地位有一定的积极意义。

1906年，清廷大臣沈家本参照外国法律主持制订了《大清刑事民事诉讼法》，其中引入了律师的规定，这是我国有史以来官方立法文件对律师制度最早的认可。该法规定律师：第一，可代被告缮具诉词，详细诉辩所控事件，并检齐有益于被告各证据，以备呈上堂；第二，同被告上堂辩护其案及留心料理，使公堂审讯该案，悉合证据，依律裁判；第三，代被告对话原告及其证人；第四，原告及其证人供词已毕，该律师须将被告辩词陈其大略，然后传被告之证人上堂作证；第五，供证毕然后该律师将被告辩词尽情援据例案讨论，毋使屈抑。但是，该法未能公布施行。

1910年，沈家本又起草了《大清刑事诉讼律草案》，该草案规定，原则上非律师不得为辩护人。每一被告的辩护人以不得过2人为限。辩护人有下列权利：第一，辩护人得就担任案件、查验证据及阅视或抄录该案文书；第二，辩护人得接见被监禁之被告人，并互通书信，但不得逾管束在监人规则范围之外；第三，辩护人于可以莅视时，得实施被告所应为之诉讼行为。这部草案又因遭到朝廷内礼教派大臣们的强烈反对而被否决。大清刑事诉讼法对律师制度的规定，是清末变法改制的一部分，它代表了中国近代由封建法制向资本主义法制过渡的趋势。诚如外国学者所评价：“在清朝的最后10年里，中国曾以许多仿照西方模式的方式而带有试验性的知识，去取代旧的帝国政府的许多制度设施。这种改革的复杂步调既揭示出了某种理性的发展，也显露出了一些意想不到的情形。首先，新制度是有其名而无其实。这些制度渐渐地，但却从来没有完全地获得实质性的发展；但是，这头几步的重要性与其说是在于它们实现了什么永恒的东西，不如说在于它们和过去决裂了”。

1911年，辛亥革命推翻了满清王朝，中国由此开始实行律师制度。南京国民临时政府存续期间，要求实行文明办案，允许律师为被告人辩护。北洋国民政府时期，继续推行刑事辩护制度。1921年11月14日颁布的《刑事诉讼条例》规定，预审不公开，但被告人得由辩护人或辅佐人代表，预审推事于预审后得将被告释放或送交法庭审判；在普通法院审判时，被告得延请辩护人出庭，辩护人于一定范围内，由审判官之决定得讯问及反诘，且于讯问终结时，得行辩论，有时如被告无力延请辩护人，法庭应指定一律师为之辩护。南京国民政府1928年7月公布了《刑事诉讼法》，其中第165条规定，被告于起诉后得随时选任辩护人；第176条规定：辩护人得接见羁押之被告。《刑事诉讼法》还规定：在未设置公设辩护人之法院，对属于5年以上之有期徒刑或高等法院管辖的第一审案件，如被告之法定代理人或配偶没有为其选任辩护人的，审判长得指定律师为其辩护；被法院指定之律师执行职务时，无需有委托状，也无需经被告之同意；法院之指定，由法院以书面行之。1945年6月，国民党政府司法部公布了《公设辩护人服务规则》，对公设辩护人的监督管理及其职责等内容作了简略规定。南京国民政府时期，形成了比较完备的刑事辩护制度。

近代中国的刑事辩护制度产生和生存于中国的半殖民地半封建社会，它在司法实践中所能发挥的作用十分有限。如北洋国民政府于1914年4月5日公布的《县知事兼理司法暂行条例》和《县知事审理诉讼暂行章程》，将县一级的行政权与司法权合一，使辩护制度形同虚设；此外，由于封建军阀专权，民政处于附属地位，加之律师人数少，且主要集中于大城市，普通法院的辩护制度也很难实行。在南京国民政府时期，国民党实行一党独裁统治，

司法审判中对政治案件实行秘密审判，大量采用刑讯逼供，人权保障完全是空话。

### （三）新中国刑事辩护制度的创立和发展

在新民主主义革命时期，中国共产党领导的各根据地政权就开始实行刑事辩护制度。1932年6月，中央工农民主政府颁布的《裁判部暂行组织及裁判条例》第24条规定：“被告人为本身的利益，可派代表出庭辩护，但须得到法庭的许可。”1936年，延安颁布的《川陕省革命法庭条例草案》规定：“工农劳动民众以自己的志愿，经过革命法庭的许可，可以委托一个或几个辩护人，为自己辩护，必须是劳动者有公民权的人有资格当选辩护人。”初期的辩护制度以法规形式赋予被告人享有辩护权，前提是须得到法庭的许可。辩护人必须是有公民权的劳动者，剥削分子不具备辩护人资格。抗日战争时期，辩护制度有进一步发展。1944年3月公布的《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》规定：“人民在法庭有自己辩论权，审问人民不许任意限制。”陕甘宁边区的司法机关在审理案件时，除被告人自己辩护外，还允许请其亲属或聘请具有法律知识的人出庭为其辩护。人民团体也可以派人出庭为本单位的被告人担任辩护人。解放战争时期，部分解放区的司法机关允许被告人自己或他的代表辩护和提出反证。1946年1月颁布的《晋察冀边区行政委员会关于人民法庭工作的指示》规定：“审判员根据起诉书审讯被告，审查人证、物证，并允许被告自己或被告的代表辩护和提出反证。审判员根据被告提出之控诉与辩护及证据加以研究，然后确定罪状是否成立。”1949年2月，中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，废除了伪法统，摧毁了旧法制，并为建国后的社会主义法制建设指明了方向。

### （四）新中国律师制度的发展历程

新中国刑事辩护制度的建立和发展，经历了曲折的历程。新中国建立后，在中国共产党的领导下，根据当时的“临时宪法”——《中国人民政治协商会议共同纲领》第17条规定：“废除国民党反动政府的一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。”国家废除了国民党的《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报》，明令取缔了国民党的旧律师制度，解散了旧的律师组织，停止了旧律师的活动。与此同时，开始探索建立新的刑事辩护制度和律师制度。1950年7月，中央人民政府政务院在公布的《人民法庭通则》中规定“应保障被告人有辩护和请人辩护的权利”。1953年，上海市人民法院设立“公设辩护人室”，帮助刑事被告人进行辩护。《上海市人民法院办理民刑案件暂行办法》规定：“刑事案件得由被告人申请审判长指定公设辩护人或由有关团体指派代表为其辩护人，审判长亦得径行指定之。”不久，公设辩护人改为律师。1954年我国颁布了第一部宪法，明确规定：“被告人有权获得辩护”。当时公布的《人民法院组织法》也规定：“被告人除自己行使辩护权外，可以委托律师为他辩护；可以由人民团体介绍的或者经人民法院许可的公民为他辩护，可以由被告人的近亲属、监护人为他辩护。人民法院认为必要的时候，也可以指定辩护人为他辩护。”老一代无产阶级革命家董必武同志在1954年5月18日的中国共产党第二次全国宣传工作会议上指出：“宪法规定人民有辩护权，这就需要有律师……”并在同年的司法工作座谈会和检察工作会上再次强调：“要建立辩护制度，

如果没有辩护，就是判得再正确，也不足使人心服口服。不准辩护会使我们错案更多。”从 1955 年开始，全国许多市、县都开展了律师辩护工作，建立了我国的律师队伍。1956 年 1 月，司法部向国务院上报了《关于建立我国的律师工作的请示报告》，建议通过国家立法正式制定律师制度，并于 1957 年上半年起草了《律师暂行条例（草案）》。至 1957 年 6 月，全国共成立律师协会 19 个，设立法律顾问处 817 个，有专职律师 2500 多人，兼职律师 300 多人，但是自 1957 年下半年起，由于受“左倾”思潮和法律虚无主义观念的影响，政治运动极大地冲击了法制建设和新生不久的律师工作，律师为刑事被告人辩护被说成是“丧失阶级立场”、“替坏人说话”、“替罪犯开脱罪责”等。其后 20 余年间，中国废除了律师制度，取消了律师业。至十年动乱期间受法律虚无主义的影响，“砸烂公、检、法”、“群众专政”盛行，刑事案件审理施用刑讯逼供，公民的辩护权被剥夺，社会主义法制遭到践踏，我国刑事辩护制度实际上夭折。

1976 年 10 月粉碎“四人帮”以后，党的十一届三中全会确定了全党工作重点转移到社会主义经济建设上来的工作方针，我国加快了“健全人民民主，加强社会主义法制建设”的步伐。1978 年 3 月 5 日，五届全国人大通过的《中华人民共和国宪法》重新确立了辩护制度。1979 年 7 月，五届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国刑事诉讼法》，明确规定了被告人有权获得辩护的原则，并对“辩护”作了专章规定，被告人除自己行使辩护权外，有权按照自己的意愿委托律师、近亲属、监护人、人民团体或所在单位推荐的辩护人为他辩护。1980 年 8 月 26 日，五届全国人大常委会第十五次会议颁布了《中华人民共和国律师暂行条例》。至此，我国的律师制度得以恢复和发展。

#### （五）改革开放以来我国律师制度的发展

1980 年以后，各地依据《中华人民共和国律师暂行条例》逐步恢复和发展了律师队伍，到 1986 年第一届全国律师代表大会召开，中华全国律师协会成立时，我国已建立律师执业机构 3189 个，有律师 21546 人。律师在司法审判和企事业单位的经济活动中发挥着重要的作用。

《律师暂行条例》为我国律师制度的建立和发展发挥了重要的作用，但该条例是国家法制建设恢复初期时颁布的，不可避免地具有一定的局限性，如规定律师事务所是国家的事业单位，律师是国家核拨编制，核发经费的国家法律工作者，对律师事务所的性质和律师身份的规定上，没有体现律师行业的发展规律。随着我国法制建设的发展，这些规定逐渐暴露出束缚律师事业发展的弊病来。从 1984 年开始，在国务院的领导下，司法部开始对律师、律师事务所进行逐步的改革。

第一，改变律师事务所由国家核拨经费的管理办法，鼓励律师事务所在经费上自收自支。由于律师为社会提供的是有偿法律服务，尽管各地的经济、文化发达程度不同，律师的业务素质和工作能力不同，但各个律师事务所都有一定业务收费，尤其在较发达地区、大中城市，一些律师事务所的业务收入较高。但律师事务所的国家事业单位的性质，律师作为国家核拨编制，核发经费的国家法律工作者，律师事务所的业务收入与律师的工资、奖金基本不挂钩，严重挫伤了律师工作的积极性。1984 年，司法部、财政部决定改革律师事务所的财务管理制度，根据律师事务所的业务收费情况，分别采取不同的经费管理办法：收入小于支出，入不敷支的，采取“全额管理，统收统

支”的财务管理办法；收入与支出大体相当的，采取“全额管理，差额补助，超收提成”的财务管理办法；对于收入大于支出的，采取“自收自支，节余留用或分成”的财务管理办法。这种改革措施对于打破大锅饭，在律师事务所建立激励机制起到了积极作用，极大地增强了律师事务所的自我发展能力。

第二，改革了律师资格的授予方式。《律师暂行条例》规定，符合一定条件的公民，可以经司法行政机关考核，取得律师资格。在我国律师制度恢复初期，这个规定对发展律师队伍起到了积极作用。但随着国家民主法制建设的发展，该规定已不能适应律师事业发展的需要。据统计，从1979年至1986年，全国各省通过考核授予律师资格仅1.1万人，远不能满足社会的需求，且各地考核的标准不一，水平参差不齐。为了保证质量，加快律师队伍的建设与发展，从1986年起，经国务院批准，司法部开始改革授予律师资格的制度，实行全国律师资格统一考试制度，欢迎品行端正，具有法学大专以上学历的公民通过考试，取得律师资格，这一作法受到社会各界的赞誉，而且在国内开创了考试授予专业技术资格之先河。全国律师资格考试每两年举行一次，从1993年起，根据需要改为一年一次，到1997年，全国律师资格考试已举办9次，共有70多万人次参加了考试，其中近11万人取得了律师资格。

实行律师资格全国考试制度，有利于在授予律师资格这一制度上严格条件，统一标准，从整体上提高律师队伍的素质，同时也符合国际上授予律师资格的通行作法。

第三，建立不要国家经费和编制的律师事务所。由于律师事务所是国家事业单位，国家编制和经费及人事制度对律师队伍发展束缚越来越明显。一批有志于律师事业，具备一定政治素质、业务素质的人才囿于编制，不能进入律师队伍。而各律师事务所中不适合从事律师工作的人，却占着编制，律师队伍的数量因此停滞不前。1988年，司法部为了打破这种局面，开始推行《合作制律师事务所试点方案》，鼓励具有律师资格的人员，在辞去公职，或停薪留职后，自愿组合成立不占国家编制，不要国家经费，自主经营、自负盈亏的合作制律师事务所，我国律师事务所开始从单一模式向多元模式发展。

党的十四大提出建立社会主义市场经济体制后，律师工作改革进入一个新的时期。1993年，国务院办公厅批复了《司法部关于深化律师改革的方案》。《方案》提出允许律师进行“合伙”律师事务所的试点，即律师辞去公职后，成立不占国家编制，不要国家经费，自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束的“两不四自”律师事务所。合伙律师事务所的主要特点是：律师事务所是由辞去公职的律师签订“合伙协议”，在司法行政机关批准后，合伙人自筹资金设立，律师事务所的财产归合伙人所有，风险由合伙律师承担无限连带责任。合伙律师事务所成立条件符合国情，内部运行机制比较灵活，具有一定的生机和活力，在吸引律师人才方面发挥出较强的特点，成为发展律师队伍的一个重要途径。仅2年时间，全国的合伙律师事务所就发展到1200家，至此我国律师事务所已形成了多元模式。

第四，改革了律师管理体制。按照《律师暂行条例》的规定，我国律师业的人员、机构、业务活动都由司法行政机关负责。这种模式在律师制度恢复初期，对保障律师的权益，维护和提高律师的社会地位，防止“左”的思

想干扰及影响律师执业发挥了较好的作用。党的十四大和十四届三中全会提出加快建立社会主义市场经济体制后，我国律师工作的改革力度加大，律师队伍发展迅速，律师事务所呈现出多种组织形式，这就对加强律师管理提出了更高的要求，意味着过去单纯的行政管理模式已不适应新形势下的律师管理；另一方面，律师的职业特点是凭借自己的法律知识和工作技能为当事人提供法律服务，执业活动相对独立，与行政机关没有行政隶属关系。律师的职业具有自主性和自律性两个特点，这两个特点也决定了对律师实行单纯的行政管理方式将难以适应律师事业的发展。只有依照律师发展的自身规律，借鉴国外律师管理经验，从适应律师的自主性、自律性特点出发，充分发挥律师协会在行业管理方面的作用，才有助于律师管理体制改革的深化。根据我国律师工作的特点，建立司法行政机关宏观指导下的律师协会行业管理体制已是律师管理体制的大势所趋。1995年7月，在第三次全国律师代表大会上，修改通过了《中华全国律师协会章程》，强化了律师协会的行业管理职能，初步确立了司法行政机关宏观指导下的律师协会行业管理体制。

第五，允许外国律师事务所在华设立办事处，同时鼓励有条件的国内律师事务所到国外设立分支机构。律师事务所跨国设立办事机构，是随着国际经济贸易活动的日益发展而逐步兴起的。由于国际间的投资、贸易、金融等经济活动离不开法律的规范和律师的帮助，因此商品经济的国际化，必然带来法律服务的国际化。目前世界上许多国家已允许外国律师事务所在本国设立办事处。在我国，随着进一步深化改革，对外开放，与世界各国的经济贸易往来和技术合作日益扩大，吸引愈来愈多的外国客商来华进行投资、贸易，由此产生的涉外法律服务需求日益迫切。为此，经国务院批准，司法部自1992年7月起，开始允许外国律师事务所在中国境内设立办事处的试点工作。司法部与国家工商行政管理局联合颁布了《关于外国律师事务所在中国境内设立办事处的暂行规定》，作为此项试点工作的政策依据。外国律师事务所经中华人民共和国司法部批准，国家工商行政管理局登记注册，可以在中国境内的一个试点城市设立一个办事处。

经批准和登记注册的外国律师事务所办事处，可以从事下列业务活动：

(1) 向当事人提供该律师事务所律师已获准从事律师业务的国家的法律和有关国际条约、民商事法律和惯例的咨询；(2) 接受当事人或中国律师事务所的委托，办理该所律师已获准从事律师业务国家的法律事务；(3) 代理外国当事人委托中国律师事务所办理在中国境内的法律事务。办事处不得从事下列业务活动：(1) 不得办理中国法律事务（包括不得在中国的法庭上出庭辩护或代理）；(2) 不得向当事人解释中国的法律；(3) 不得从事有损于中国国家利益、社会公共利益的活动以及中国法律禁止外国人从事的其他业务活动。截止到1998年3月为止，司法部先后批准了90多家外国和香港特别行政区的律师事务所在中国境内设立办事处；同时，有13家国内律师事务所经司法部的批准，向外国政府申请设立办事处，其中已有7家律师事务所分别在美国、俄罗斯、加拿大、日本、新加坡设立了分支机构。

(六) 《中华人民共和国律师法》的颁布

通过国家立法，完善我国律师制度，壮大律师队伍，提高律师素质，保护律师的权益是我国全体律师的心愿。尤其是社会主义市场经济体制的建立，为律师工作的发展提供了前所未有的机会。在社会各界的关心下，1996年5月15日，八届全国人大常委会第十九次会议通过了《中华人民共和国律

师法》（以下均简称《律师法》）。这部法律将十几年来律师工作改革的业绩用法律的方式给予确定，对律师制度深入改革提出了方向，这为完善我国律师制度，促进律师事业在市场经济条件下加快发展，并逐步与国际上通行的律师制度接轨是十分必要和非常及时的。总之，《律师法》将有助于建立具有中国特色的社会主义律师制度。

## 第二章 律师执业

### 第一节 律师资格

#### 一、律师资格的概念

律师资格是指国家以立法或行政规章的形式确认的、准予公民从事律师职业必须具备的条件，是公民从事律师执业的前提和基础。

律师行业实行执业资格准入是由律师职业的特点决定的。律师业是智力性服务行业，律师通过自己所掌握的法律知识、技能，为公众提供法律服务，因此并非所有的人都能从事律师职业。实行执业资格准入的作用在于，选择符合条件的人员进入律师行业，将不符合条件的人员排斥于行业之外，保证了从业人员的职业素质，提高了律师的服务质量，维护了律师行业的社会声誉。在当代社会中，律师的作用和影响日益扩大，律师的职业活动不仅涉及国家的司法活动，而且涉及社会生活的各个方面，对律师素质的要求越来越高，律师执业资格的作用也越来越大。目前，世界上许多国家都根据本国国情和文化传统，对律师资格的取得条件、取得方式、资格保留和取消、对取得律师资格人员管理等作了严格的规定。我国是社会主义国家，律师是我国的法律工作者，其职责是维护国家法律的正确实施，这就要求律师必须熟知法律、精通业务，具有广博的社会知识和自然科学知识、丰富的实践经验和阅历，具有公正无私、刚直不阿，敢于坚持真理、伸张正义、维护法律正确实施的品质。实行律师资格制度对于提高我国律师队伍的整体素质，更好地发挥律师在社会主义建设事业中的作用有着十分重要的意义。对律师资格的规定是我国律师制度的一个重要组成部分。

#### 二、律师资格的取得

##### （一）律师资格的取得条件

律师资格的取得条件，是指国家规定的申请取得律师资格人员所必须具备的条件。只有符合这些条件的人员才能按规定的程序，申请授予律师资格。律师资格的取得条件具体包括国籍条件、政治条件、业务条件、道德条件等。

1. 国籍条件。国籍条件是指国家对申请取得律师资格人员的国籍要求。1996年12月2日司法部颁布的《律师资格全国统一考试办法》规定，报名参加律师资格考试的人员，必须具有中华人民共和国国籍，外国人和无国籍人不能报名参加律师资格考试。

2. 政治条件。根据司法部的有关规定，申请取得律师资格的人员，必须拥护《中华人民共和国宪法》，享有选举权和被选举权。

3. 业务条件。取得律师资格的方式不同，对业务条件的要求也不同。参加律师资格全国统一考试的，必须具有高等院校法学大专、非法学专业本科以上学历或同等专业水平；申请考核授予律师资格的，对业务条件的要求更为严格。

4.道德条件。我国对申请律师资格人员的道德条件有明确的要求。司法部颁布的《律师资格全国统一考试办法》和《律师资格考核授予办法》规定，申请人必须品行良好。品行良好的基本要求包括：一是遵纪守法；二是诚实、公正；三是行为无瑕。

## （二）律师资格的取得途径

1.律师资格全国统一考试。律师资格考试是世界各国普遍采用的选拔律师人才，发展律师队伍的作法。我国是从1986年开始实行律师资格考试的，到目前为止已举行过9次考试。经过十几年的实践和不断改革、完善，律师资格考试已成为我国选拔律师人才，发展律师队伍后备力量的主要渠道。律师资格全国统一考试是国家举行的专业资格考试，面向社会进行，实行考试、择优录取的原则。律师资格考试每年举行一次，由司法部统一命题、统一印制试卷、统一组织考试、统一录取。凡符合条件的人员，均可报名参加考试，凡考试合格的，由司法部授予律师资格。

司法部颁布的《律师资格全国统一考试办法》对律师资格考试的有关问题做了明确规定：（1）报名条件。凡是拥护《中华人民共和国宪法》，享有选举权和被选举权，且取得法学大专、非法学专业本科以上学历或同等专业水平，品行良好的中国公民可以报名参加考试。但无民事行为能力或限制行为能力的人员，被开除公职或被吊销律师执业证书的人员，以及受过刑事处罚（过失犯罪除外）的人员不能报名。（2）报名程序。每年司法部公布当年报名的时间。报名参加考试的人员须在规定的时间内，到所在地的司法行政机关报名。报名时，须持本人身份证证明、学历证明和本人近期免冠照片，并应交纳报名费。接收报名的司法行政机关将对报名人员的条件进行审查。（3）考试。参加考试的人员，应准时到达考场，持准考证和身份证件参考。考试中必须遵守考场纪律。考试中有作弊行为、扰乱考场秩序的，将被取消其本次考试的成绩，并在2年内不允许其参加考试。（4）考试成绩的通知和录取。考试评卷工作结束后，考生所在地的司法行政机关将考试成绩通知考生。对于通过考试的，司法行政机关将对报名条件进行复核，复核无误的，由律师资格考试指导委员会授予律师资格并颁发律师资格证书；复核中发现提供虚假、伪造证明材料或以其他欺骗手段骗取报名资格的，或由他人冒名顶替参加考试的，将取消本次考试成绩，并在2年内不准其参加律师资格考试。律师资格考试允许考生查分（查分不查卷），需要查分的考生，应在接到考试成绩通知10日内向所在地的司法行政机关提出申请，由司法行政机关统一核查。

2.律师资格的考核授予。考核授予律师资格是国家根据社会发展的需要和律师队伍发展的情况，对符合规定条件的公民，不经参加律师资格全国统一考试，按一定程序考核授予律师资格的制度。考核授予律师资格是我国恢复律师制度初期采用的一种授予律师资格的方法。1980年8月26日，全国人民代表大会常务委员会颁布的《律师暂行条例》规定：“取得律师资格，须经省、自治区、直辖市司法厅（局）考核批准，发给律师证书，并报中华人民共和国司法部备案”。1986年后，律师资格全国统一考试逐步成为我国发展律师后备力量的主要渠道。考核授予律师资格只是为缓解我国律师队伍人才不足，吸收高学历、高层次的人才进入律师队伍而采用的一种补充方法。

司法部颁布的《律师资格考核授予办法》对考核授予律师资格的有关问题做了明确规定：（1）考核授予律师资格的条件。申请考核授予律师资格的人员应当是拥护中华人民共和国宪法，品行良好，身体健康，年龄在65岁以

下，具有高等院校法学本科以上学历，被授予律师资格后能够专职从事律师工作的中华人民共和国公民。同时，还必须具备下列条件之一：一是在高等法律院校（系）或法学研究机构从事法学教育或研究工作，已取得高级职称的；二是具有法学专业硕士以上的学位，有3年以上法律工作经历或者在律师事务所工作1年以上的；三是其他具有高级职称或者同等专业水平。（2）申请。申请考核授予律师资格必须首先要加入一个律师事务所，由该律师事务所向住所地的司法行政机关报送申请材料。申请材料包括：律师资格考核授予申请表；申请人所在律师事务所出具的意见；申请人简历、居民身份证；申请人学历证明、学位证明和专业技术职务证书；考核机关要求提供的其他材料。（3）考核。接收申请材料的司法行政机关对申请材料提出审查意见后，报省级司法行政机关。省级司法行政机关对申请材料进行审查，并对申请人进行有关法律专业知识、律师职业道德和执业纪律规则的考核，提出意见报司法部审批。司法部每年分两次对考核授予律师资格的申请进行统一审查，分别做出批准或不予批准的决定，并由报送申请材料的司法行政机关通知申请人。对于批准授予律师资格的，颁发律师资格证书。申请人取得律师资格后，必须按规定专职从事律师职业。（4）考核授予律师资格决定的撤销。经考核被授予律师资格的人员，领取律师资格后不专职从事律师工作的，或在申请考核中，伪造、变造申请材料，骗取律师资格的，司法部将撤销所作出的授予律师资格的决定，并收回律师资格证书。

### 三、律师资格与律师职务相分离制度

我国实行律师资格与律师职务相分离制度。《律师法》第5条规定：“律师执业应当取得律师资格和执业证书”。这是我国实行律师资格和律师职务相分离制度的法律依据。该制度的基本内容是，取得律师资格并不等于担任律师职务，取得律师资格的人员必须按规定领取律师执业证书，才能以律师的名义执业；未领取律师执业证书的，不得以律师名义从事业务活动。取得律师资格的人员，未领取律师执业证书，冒充律师从事法律服务的，由公安机关责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处5000元以下罚款、15日以下拘留；为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的，由所在地的县级以上司法行政机关责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款。

实行律师资格与律师职务相分离，是我国律师资格管理的一个重要措施。其目的是最大限度地扩大我国律师队伍的后备人才，同时，可以适应社会对法律服务的需要，调节律师队伍的数量，提高律师队伍的整体素质，满足社会对律师的需求。

## 第二节 律师执业

### 一、律师执业证书的申领

#### （一）律师执业证书

律师执业证书是指司法行政机关依照律师法规定颁发的确认律师身份的证件。律师执业证书是律师执业的有效证件，持有律师执业证书可以以律师名义，从事律师工作，未持有律师执业证书的，不得以律师名义从事活动。律师执业证书经颁证机关当年度注册才有效，未经颁证机关注册的为无效。持无效的证书不得以律师名义从事活动。

## （二）领取律师执业证书的条件

《律师法》第8条规定：拥护中华人民共和国宪法并符合下列条件的，可以申请领取律师执业证书：（1）具有律师资格；（2）在律师事务所实习1年；（3）品行良好。《律师法》第9条规定，有下列情形之一的，不予颁发律师执业证书：（1）无民事行为能力或者限制民事行为能力的；（2）受过刑事处罚的，但过失犯罪除外；（3）被开除公职或者被吊销律师执业证书的。

## （三）领取律师执业证书的程序

根据司法部颁布的《律师执业证书管理办法》规定，领取律师执业证书的具体程序为：（1）实习。申请领取律师执业证书的人员，必须要在律师事务所中实习1年。申请人可以自己联系律师事务所进行实习，律师事务所接受实习后，应报当地司法行政机关备案。实习人员在具有3年以上执业经历的律师指导下实习，接受律师职业道德和执业纪律的培训，接受刑事辩护，民事、行政案件代理，非诉讼代理，法律咨询等业务的训练，并要完成司法行政机关规定的业务量。实习必须在同一个律师事务所中连续实习1年，实习期间，实习人员只能辅助律师办理业务，不能单独执业。实习结束后，律师事务所对实习人员的思想道德、业务能力和工作态度作出鉴定。（2）申请。申请领取律师执业证书，首先受聘一个律师事务所。申请人应先将申请材料转交律师事务所，由律师事务所报送住所地的司法行政机关。申请材料包括：《律师执业证申请登记表》、律师资格证书、律师事务所出具的实习鉴定材料、申请人身份证明的复印件。（3）审核和颁证。律师事务所住所地司法行政机关收到申请材料15日内提出审查意见，并逐级上报省、自治区、直辖市司法厅（局）。省、自治区、直辖市司法厅（局）对申请材料进行审核。对于符合条件的，在收到申请材料之日起30天内颁发律师执业证书；不符合规定条件的，不予颁发律师执业证书，并通知申请人。申请人对不予颁发律师执业证书不服的，可以申请复议或提起行政诉讼。

## 二、专职和兼职律师

目前，我国律师分为专职从事和兼职从事律师职业的人员。专职律师是指具有律师资格和律师执业证书，并在律师事务所专职执业的人员。兼职从事律师职业的人员是指具有律师资格和律师执业证书，在不脱离本职工作情况下兼职从事律师职业的人员。

专职律师与兼职从事律师职业人员并存是由我国的国情和社会发展的需要决定的。律师制度恢复之初，专职律师数量较少，专职律师数量不足与社会对律师的需求日益增加的矛盾突出。为缓解这种矛盾，国家决定允许取得律师资格的人员在不脱离本职工作的同时兼职从事律师职业。律师法根据目前我国律师工作的实际，在立法上确立了兼职从事律师职业的执业形式，兼职从事律师职业人员只是对专职律师的一种补充，是特定历史条件下的产物，专职律师是我国律师队伍的主体，是发展律师队伍的方向。随着专职律师队伍的逐步壮大，我国会逐步取消兼职从事律师职业的执业形式。

1996年11月25日司法部颁布了《兼职从事律师职业人员管理办法》。对兼职从事律师职业人员的条件、执业权利等内容作了规定。申请兼职从事律师职业的人员，应是法学院校（系）、法学研究单位从事法学教学、研究工作的人员。申请人必须具备以下条件：（1）具有律师资格；（2）所在单位允许兼职从事律师职业；（3）在律师事务所中实习1年；（4）品行良好；

(5) 符合律师执业的其他规定。申请领取律师执业证书时，除提交《律师执业证书管理办法》规定的材料外，还应提交与律师事务所签定的聘用协议和所在单位允许其兼职从事律师职业的证明。兼职从事律师职业人员在执业活动中通称为律师，享有与专职律师相同的权利，并承担相应的义务。兼职从事律师职业的人员不得接受与本人工作单位有利害关系的案件的对方当事人委托，担任代理人；不得同时在两个或两个以上的律师事务所或其他法律服务机构执业。

### 三、律师执业证书的注册

律师执业实行年度注册制度。律师执业证书每年注册一次，注册时间为每年的3月1日至5月31日。律师执业证书经注册后当年度有效，未经注册一律无效。律师执业证书年度注册，是司法行政机关对律师执业活动进行监督、管理的一种措施。

年度注册时，律师应当填写《律师执业证年度注册审核登记表》，同时还应提交下列材料：(1) 年度工作总结；(2) 完成业务培训的证明。律师每年必须接受不少于40课时的培训；(3) 遵守律师职业道德和执业纪律的情况报告；(4) 律师协会出具的履行章程规定义务的证明。律师申请注册的材料由律师事务所报送住所地的司法行政机关，住所地司法行政机关进行审查并签署意见后，逐级报送省人民政府所属的司法行政机关。

省人民政府所属及省以上的司法行政机关为律师执业证的注册机关。省人民政府所属的司法行政机关收到律师申请注册的材料后进行审查，并分别情况予以处理：一是提交的材料不合格的，退回申请注册材料，要求其补充。二是审查过程中，发现律师有下列情形之一的，暂缓其注册：(1) 因违反律师执业纪律受到停止执业处罚，处罚期未届满的；(2) 所在的律师事务所因违反执业纪律被处以停业整顿，处罚期未届满的；(3) 有法律法规规定的暂时不能从事律师职业情况的。引起暂缓注册的原因消失后，律师可以申请办理注册手续。三是符合注册条件的，省司法行政机关应在收到申请注册材料之日起15日，办结注册手续。注册结束后，司法行政机关将准予注册的律师名单在报刊上公告。

### 四、律师执业证书的管理

1. 律师因违反法律法规，受到停止执业的处罚时，司法行政机关收回其律师执业证书，处罚期满后再予以发还；

2. 律师因违反法律法规，受到吊销律师执业证书的处罚时，司法行政机关收缴其律师执业证书予以注销；

3. 律师由一个律师事务所转往另一个律师事务所时，执业证书应交回原律师事务所，转所后重新申请领取律师执业证书；

4. 律师因自身原因或其他原因停止执业的，其律师执业证书由律师事务所收回；

5. 律师执业证书损坏或遗失的，由该律师所在的律师事务所向司法行政机关申请换领或补发。律师执业证书损坏的，应交回原执业证；律师执业证书遗失的，应在报刊刊登遗失声明；

6. 律师应妥善保管律师执业证书，不得出借、出租、抵押、转让涂改和毁损。

## 第三章 律师事务所

## 第一节 律师事务所概述

### 一、律师事务所的概念及特征

律师事务所是司法行政机关依法核准设立的律师执业机构。《律师法》第15条规定：“律师事务所是律师的执业机构”。律师事务所是我国律师制度的重要组成部分，在我国律师制度中占有十分重要的地位。律师事务所具有以下特征：

1. 律师事务所是从事律师业务的组织。律师事务所是我国法律服务业的执业主体之一，与其他法律服务机构如公证处、法律咨询机构等相比，律师事务所是律师从事律师业务的工作机构，尽管在其它法律服务机构中，不乏法律专业人员，但不能以律师事务所的名义开展业务活动，不享有律师事务所特有的权利。

2. 律师事务所不以营利为主要目的。律师事务所的根本任务是依法维护当事人的合法权益，维护国家法律的正确实施，促进国家的经济建设，维护社会的安定。律师事务所是社会中介机构，需要从当事人那里获得一定的收入，以维持自身的生存、发展，实现向社会提供法律服务的职能，因此，律师事务所具有营利性质。但是，营利决不是律师事务所的根本宗旨和目的，只是一种次要的、从属的目的，是以实现维护法律正确实施为前提的。

3. 律师事务所依法自主地开展业务活动，独自承担法律责任。律师事务所在法律法规规定的范围内，独立办理各项法律事务，不受任何单位或个人的干涉。律师事务所实行独立核算，自我约束、自我发展，独立管理内部事务。律师事务所享有法定的民事权利，并承担相应的民事责任。

4. 律师事务所依法设立。设立律师事务所必须具备律师法规定的条件，并由司法行政机关按规定的程序审核登记。律师事务所一经登记，其执业活动即受法律保护，享有法律规定的权利，并承担相应的责任。

### 二、律师事务所的任务

《律师法》第22条规定：“律师事务所按照章程组织律师开展业务工作，学习法律和国家政策，总结、交流工作经验”。律师事务所具有以下任务：

1. 组织律师开展业务活动。这是律师事务所的基本职责。主要内容包括：律师事务所统一对外接受当事人的委托，统一向当事人收取业务费用；指派律师办理法律事务；组织律师研究重大、疑难案件，进行业务协作；管理业务费用；管理律师业务档案；监督、检查律师的执业活动和律师办理法律事务的质量等等。

2. 组织律师学习国家方针、政策，提高律师的政治素质。律师是社会法律工作者，律师必须要有较高的政治觉悟和坚定的政治立场，因此，组织律师进行政治学习，是律师事务所的一项重要任务。律师事务所建立政治学习制度，定期或不定期地组织律师学习政治理论，学习党的方针、政策。

3. 组织律师学习法律知识，总结、交流工作经验，提高律师的业务素质。律师是运用自己掌握的法律知识，向当事人提供法律服务的，律师必须不断学习业务知识，更新知识结构。从世界各国的情况看，律师的继续教育是一项长期的、重要的任务，除律师自觉接受继续教育外，律师协会、律师事务所也肩负着培训律师的任务。律师事务所不仅是律师的执业机构，同时是培训律师、教育律师的机构。律师事务所要组织律师学习法律知识以及与律师

业务有关的知识，开展各种专门法律业务培训、专业技能培训、律师职业道德和执业纪律培训，提高律师的业务素质。

### 三、律师事务所的内部管理制度

1. 接受委托制度。接受委托是指律师事务所接受当事人委托，同意为其提供法律帮助的行为。接受委托是律师事务所开展业务活动的第一步。律师事务所接受委托的基本过程是：当事人需要聘请律师时，律师事务所指派律师接待；在了解有关案情以及当事人的要求后，律师认为可以接受委托的，提交律师事务所主任或业务负责人决定是否接受委托；律师事务所主任或业务负责人决定接受委托的，律师事务所与当事人签订委托协议，并指派律师负责办理。当事人要求聘请某个律师的，律师事务所应尽量满足当事人的要求。《律师法》第 23 条规定：“律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定向当事人统一收取费用并如实入账”。律师事务所统一接受委托，律师不能以个人名义收案。

2. 案件讨论制度。案件讨论制度是指律师事务所组织律师集体讨论、研究律师办理业务中遇到的重大疑难问题的制度。案件讨论制度是克服律师个人知识、能力等方面的局限，加强律师之间的协作，发挥集体的智慧，保证办案质量的最有效的途径。案件讨论的范围、参加人员、方式等，由律师事务所自行确定。

3. 业务归档制度。律师业务档案是律师从事业务活动的真实记录，是一种专业档案，具有重要的利用价值，保管、整理好律师业务档案是律师事务所的一项重要任务。根据司法部和国家档案局颁布的《律师业务档案归档办法》和《律师业务档案管理办法》的规定，律师承办业务所形成的文件材料，必须严格按照规定立卷归档。律师业务档案分为三类：（1）诉讼类。包括刑事辩护和代理、民事代理、经济代理、行政诉讼代理；（2）非诉讼类。具体包括法律顾问、仲裁代理、咨询代书、其他非诉讼业务；（3）涉外类。律师业务档案按年度和一案一卷、一卷一号的原则立卷。律师承办业务中使用的各种证明材料、往来公文、谈话记录等都应归档。律师事务所对律师业务档案进行集中统一管理，负责收集、整理、保管、统计业务档案，保证业务档案的安全和完整，开展档案的利用工作，为律师开展业务提供服务。

4. 律师培训制度。对律师进行业务培训，是律师事务所的一项重要任务。律师事务所必须建立所内律师业务培训制度，对律师进行经常性的业务培训，以提高律师的业务素质，提高律师事务所的竞争实力。律师进行业务培训的形式主要有定期学习，邀请专家讲课，举办业务研讨活动，开展岗位培训等。律师事务所设立培训基金，以保证培训活动的必要支出。

5. 律师奖惩制度。奖惩是律师事务所管理律师的重要手段。律师事务所通过奖惩，引导、教育律师遵守职业道德和执业纪律，尽职尽责地为当事人提供高效优质的法律服务，维护律师事务所的社会形象和执业声誉。律师事务所对律师的执业活动进行检查、监督，奖励在职业道德和业务方面表现好的律师，惩处违反职业道德和执业纪律、违反律师事务所规章制度的律师。

6. 收费制度。根据国家计委和司法部颁发《律师服务收费暂行管理办法》的规定，律师收费制度的主要内容有：（1）律师事务所实行统一收费。律师事务所统一接受当事人的委托，统一收取律师服务费用，并出具收费凭据。律师个人不得私自向当事人收取费用，不得向当事人收取任何额外的费用。

（2）律师事务所收费公开。律师事务所应向当事人、向社会公开有关律师收

费的办法、标准、计算方法、收费方式等内容，接受当事人和社会的监督。

(3) 律师事务所必须按规定收取费用。律师事务所收费方式有三种：一是计件收费，指律师事务所以办理法律事务的件数计算、确定收费的方法，适用于刑事案件、行政案件、劳动争议案件、不涉及财产关系的民事、仲裁案件，以及代理各类诉讼案件，具体的收费标准由国家计委和司法部制订。二是按标的比例收费，指对于涉及财产关系的案件，按照争议标的数量的一定比例收取费用的方法，适用于涉及财产关系的民事案件和仲裁案件，具体的收费标准由国家计委和司法部制订。三是协商收费，指律师事务所根据办理法律事务的复杂程度、需要律师的人数、花费的工作时间、办理法律事务可能承担的风险和责任以及委托人的承受能力，与当事人协商确定收费数额的方法，这个方法适用于担任法律顾问、办理非诉讼法律事务、法律咨询及代书。律师事务所除向当事人收取服务费用外，还需向当事人收取在办理法律事务过程中发生的应由当事人支付的费用，具体包括鉴定费、公证费、异地办案必需的差旅费以及律师事务所代当事人支付的其他费用。(4) 收费争议的解决与处罚。律师事务所与当事人发生收费争议时，应协商解决。因律师的过错导致委托关系终止的，律师事务所应按规定退还或部分退还代理费。律师事务所、律师违反规定收费的，由司法行政机关或政府物价管理机关予以处罚。

7. 财务管理制度。律师事务所财务管理的任务是做好财务收支计划、控制、核算、考核、分析工作，努力降低成本费用，提高经济效益。律师事务所财务管理的内容包括资金筹集，资产管理，收入管理，支出管理，结余和分配，财务报告和财务评价。律师事务所按照国家的有关规定，在坚持按劳分配原则的前提下，根据本所实际及律师资历、办理法律事务的数量和质量等因素，确定本所的分配制度。律师事务所依照国家的有关规定，建立本所的会计制度，如实行会计核算，客观、真实反映本所的财务状况。律师事务所向本所工作人员公开财务，开展财务审计，接受律师和其他工作人员的监督。律师事务所须定期向主管部门报送年度财务报告和年度财务审计报告，接受财务检查和监督。

## 第二节 律师事务所的组织形式

### 一、国家出资设立的律师事务所

#### (一) 国家出资设立的律师事务所的概念和设立条件

国家出资设立的律师事务所(以下简称国资所)，是指司法行政机关根据国家需要设立的，以其全部资产承担法律责任的律师事务所。《律师法》第16条规定：“国家出资设立的律师事务所，依法自主开展律师业务活动，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任”。

设立国资所应具备以下条件：(1) 有自己的名称、住所和章程；(2) 有10万元以上人民币的资产。设立国资所由国家出资，出资方式包括：一次性投入开办资产、不核定编制、核定编制并核拨经费等；(3) 有3名以上的律师。设立核拨编制和经费的律师事务所，应当提交有关部门批准核拨编制、提供经费的文件。

#### (二) 国资所与其设立机关

设立国资所的司法行政机关对律师事务所行使以下职权：(1) 审查律师

事务所的年度预决算方案；(2)对律师事务所的财务活动进行审计监督；(3)任免律师事务所的主任；(4)决定律师事务所的合并、分立和撤销；(5)法律、法规和规章规定的其他职权。国资所具有下列职权：(1)制定律师事务所的发展规划；(2)制定律师事务所的规章制度；(3)决定律师事务所内部机构的设置和分工；(4)决定录用、辞退律师和其他工作人员；(5)决定律师事务所的内部分配；(6)修改律师事务所的章程。

### (三) 国资所的内部管理

国资所实行民主管理。国资所设立律师会议制度，由全体律师组成，民主管理律师事务所的重大事务。

国资所主任为律师事务所的法定代表人，对外代表律师事务所，对内负责管理律师事务所的日常事务。国资所主任由本所具有3年执业经历以上的专职律师担任。其产生方式为，由本所全体律师推选，报请设立该所的司法行政机关任命。国资所主任对设立该所的司法行政机关负责，并向其报告工作。

国资所实行独立核算，经费管理方式有“自收自支”、“差额补助”、“全额管理”三种。国资所实行效益浮动工资制，依据按劳分配的原则，根据律师在律师事务所的工作时间、办理法律事务的质量和数量等因素，确定律师的工资标准。国资所设立事业发展基金、执业风险基金、社会保障基金、培训基金。国资所在编人员的养老、医疗、住房等问题，按国家的有关部门规定办理，不在编的律师和聘用的助理人员由律师事务所为其办理养老、医疗保险。国资所依据司法行政机关的有关规定，建立健全人事、财务、业务、收费等内部管理制度。

### (四) 国资所的终止和法律责任

国资所有下列情形之一时终止：(1)设立机关决定撤销的；(2)章程规定的终止事由出现；(3)法律法规规定应当解散的其他情形。国资所终止时应进行清算。国资所以其全部财产对债务承担责任。

## 二、合作律师事务所

### (一) 合作律师事务所的概念和设立条件

合作律师事务所是由律师自愿组合，共同参与，财产由合作人共有的律师事务所。《律师法》第17条规定：“律师可以设立合作律师事务所，以该律师事务所的全部资产对债务承担责任”。

设立合作律师事务所应具备以下条件：(1)有自己的名称、住所和章程；(2)有10万元以上人民币的资产；(3)有3名以上的发起人。发起人必须具有3年以上的执业经历，且在申请设立律师事务所之日前3年未受过停止执业以上的处罚，能够专职从事律师职业的人员。

### (二) 合作人

合作律师事务所的全体专职律师为合作人。合作人享有以下权利：(1)参加合作人会议，对律师事务所的重大事务行使表决权；(2)担任律师事务所职务的选举权和被选举权；(3)监督合作人会议决议的执行情况；(4)律师事务所终止时，依章程规定参加律师事务所剩余财产的分配；(5)章程规定的其他权利。合作人退出律师事务所时，可以向律师事务所领取一定的退职费，但合作人给律师事务所造成重大损失，被律师事务所开除或吊销执业证书的除外。合作人承担以下义务：(1)执行合作人会议的决议；(2)遵守律师事务所的规章制度；(3)章程规定的其他义务。

### （三）合作律师事务所的内部管理

合作人会议是合作律师事务所的权力机构，由全体专职律师组成。合作人会议具有以下职责：（1）决定律师事务所的发展规划；（2）批准律师事务所主任提出的年度预决算方案，决定律师事务所的分配方案；（3）选举、罢免律师事务所主任，决定吸收、开除合作人；（4）决定律师事务所大型资产的购置和处分；（5）修改律师事务所的章程，制定律师事务所的规章制度；（6）决定律师事务所的合并、分立、解散；（7）其他由合作人会议决定的事宜。

律师事务所主任负责律师事务所的日常管理，对外代表律师事务所。具体职责有：（1）召集合作人会议；（2）组织执行合作人会议的决议；（3）主持律师事务所的日常工作；（4）合作人会议授予的其他职权。

合作律师事务所实行独立核算，自负盈亏。合作律师事务所按照按劳分配的原则，实行效益浮动工资制。合作人的工资应根据其在律师事务所的工作年限、资历、办理法律事务的数量和质量等因素确定。合作律师事务所设立事业发展基金、社会保障基金、执业风险基金和培训基金，依据司法行政机关的有关规定，建立健全人事、财务、业务、收费等内部管理制度。合作律师事务所存续期间，合作人不得随意分割、转移律师事务所的财产。

### （四）合作律师事务所的终止和法律责任

合作律师事务所所有下列情形之一时终止：（1）律师事务所的律师不足3人，且在3个月内未能补齐的；（2）律师事务所的财产不足10万元人民币，且在3个月内未能补齐的；（3）合作人会议决定解散的；（4）法律法规规定应当解散的其他情形。合作律师事务所终止时，必须进行清算。清偿债务后有剩余财产的，由合作人依照章程的规定进行分割。合作律师事务所以其全部财产对债务承担责任。

## 三、合伙律师事务所

### （一）合伙律师事务所的概念和设立条件

合伙律师事务所是指律师依照法律的规定和合伙协议以合伙方的名义共同出资设立的，共同享有财产所有权，对债务承担无限和连带责任的律师事务所。《律师法》第18条规定：“律师可以设立合伙律师事务所，合伙人对律师事务所的债务承担无限责任和连带责任”。

设立合伙律师事务所须具备以下条件：（1）有自己的名称、住所和章程；（2）有10万元以上人民币的财产；（3）有3名以上的发起人，发起人必须是具有3年以上的执业经历，且在申请设立律师事务所之日前3年未受过停止执业以上的处罚，能够专职从事律师职业的人员。（4）有书面的合伙协议。合伙协议必须包括下列内容：合伙人，包括姓名、居住地、执业证书号码等；律师事务所开办资金总额，合伙人出资方式及比例；合伙人的权利、义务；合伙人收益分配比例、方式以及债务的承担；合伙人入伙、退伙及合伙人除名的条件和程序；合伙协议的解释、修改；合伙人之间争议的解决方法和程序；违反合伙协议应承担的责任；合伙人认为应当载明的其他内容。合伙人应当遵循自愿、平等、协商一致的原则订立合伙协议，并须在合伙协议上签名。合伙协议于合伙律师事务所经核准登记后生效，生效后的合伙协议对全体合伙人具有约束力。合伙协议的内容必须合法。

### （二）合伙人

合伙人是根据民法规定签署合伙协议，对合伙律师事务所的财产享有所

有权，对合伙律师事务所的债务承担无限连带责任的律师。合伙人可分为原始合伙人和普通合伙人。原始合伙人又称发起合伙人，是指参与合伙律师事务所的设立组建工作、承担发起责任的律师。原始合伙人以外的其他合伙人，为普通合伙人。

担任合伙人必须具有3年以上的执业经历，并专职从事律师工作。合伙人必须在本所执业，非本所专职律师不得成为合伙人，不能享受合伙人的权益。合伙人享有下列权利：（1）参加合伙人会议，行使表决权；（2）担任律师事务所负责人的推选权和被推选权；（3）提请修改律师事务所章程和合伙协议、规章制度；（4）监督律师事务所的财务、监督合伙人会议决议的执行情况；（5）依照合伙协议的规定退出合伙；（6）依合伙协议对律师事务所的财产拥有所有权，并参加律师事务所的收益分配；（7）合伙协议规定的其他权利。合伙人具有以下义务：（1）执行合伙人会议的决议；（2）遵守律师事务所的规章制度；（3）对律师事务所的债务承担连带责任；（4）依法承担法律援助的义务；（5）合伙协议规定的其他义务。

### （三）入伙与退伙

入伙是指非合伙人身份的律师取得合伙人身份的情形。接纳新的合伙人，必须按照合伙协议规定的条件和程序进行。合伙律师事务所须与入伙人订立书面协议，规定入伙人的权利义务，并报律师事务所的登记机关备案。

退伙是指合伙人退出合伙，其不再具有合伙人身份的情形。退伙分为自愿退伙、法定退伙和开除退伙。（1）自愿退伙指合伙人自愿退出合伙。合伙人按合伙协议要求退伙时，应当按照合伙协议规定的时间提前通知其他合伙人。合伙协议没有规定时间的，应当提前3个月通知其他合伙人。（2）法定退伙，指基于法律法规以及律师行业的有关规定而丧失合伙人身份。一般分为以下情形：死亡或被宣告死亡的；被宣告无行为能力人或限制行为能力人的；被依法注销、吊销律师执业证或被取消律师资格的。（3）开除退伙，指大多数合伙人，依照法律、法规或合伙协议的规定经一定的方式，将某一合伙人开除出合伙。对于因违反法律法规、执业纪律情节严重的，或因其过错给律师事务所造成重大损失的，合伙人会议可以将该合伙人除名。合伙人被除名后，有权取得合伙协议规定的财产份额和其他应得利益，并承担相应的义务。

退伙时，退伙人有权取得合伙财产中合伙协议规定的份额以及其他应得利益。退伙人与其他合伙人分割财产时，应以退伙时合伙财产的状况为计算依据。合伙人死亡或被宣告死亡的，其合法继承人有权依合伙协议取得被继承人死亡时在合伙律师事务所中应得的财产，合伙人不属个人遗产的权益不得继承。合伙人在律师事务所成立2年内，退出合伙或被除名，又以发起人名义申请设立新的律师事务所时，须向登记机关说明退出合伙或者被除名的原因。合伙人因违反法律法规、执业纪律被吊销执业证书的，负有重大责任的合伙人，3年内不得作为发起人申请设立新的律师事务所。

### （四）合伙律师事务所的内部管理

合伙律师事务所由合伙人共同管理事务所的内部事务。合伙律师事务所设立合伙人会议。合伙人会议由全体合伙人组成，律师事务所主任负责召集，是律师事务所的权力机构。合伙人会议具体行使下列职权：（1）决定律师事务所的发展规划；（2）决定律师事务所主任人选；（3）决定律师事务所的分配方案；（4）决定合伙人的变更；（5）修改合伙协议和章程；（6）决定

律师事务所的终止；（7）决定合伙人会议认为有必要由其决定的其他事宜。

合伙律师事务所主任在合伙人会议的授权范围内管理律师事务所的日常事务，组织执行合伙人会议的决议，对外代表律师事务所。合伙律师事务所主任依合伙协议和章程产生，报司法行政机关备案。

合伙律师事务所实行独立核算，自负盈亏。合伙律师事务所可以根据国家的有关规定和合伙协议、章程确定工作人员的分配方式，确定合伙人的收益分配。合伙律师事务所可以聘用律师和其他工作人员，但应与其签订聘用合同，并为其办理养老保险和医疗保险。合伙律师事务所依据司法行政机关的有关规定，建立健全人事、财务、业务、收费等内部管理制度，设立事业发展基金、社会保障基金、执业风险基金和培训基金。合伙关系存续期间，合伙人的共同财产由律师事务所统一管理，未经合伙人会议同意，不得私自分割、挪用。

#### （五）合伙律师事务所的终止和法律责任

合伙律师事务所所有下列情形之一时终止：（1）律师事务所合伙人不足3人，且在3个月内未能补齐的；（2）律师事务所的财产不足10万元人民币，且在3个月内未能补齐的；（3）合伙协议规定的终止事由出现；（4）合伙人会议决定解散的；（5）法律法规规定应当解散的其他情形。合伙律师事务所终止时，必须进行清算。清偿债务后有剩余财产的，由合伙人依照合伙协议进行分配；律师事务所的财产不足以清偿债务时，由合伙人依照合伙协议对剩余债务进行分摊。合伙人对律师事务所的债务承担无限责任和连带责任。

### 第三节 律师事务所的登记和年检

#### 一、律师事务所的设立条件

根据《律师法》第15条的规定，设立律师事务所应当具备以下条件：

1. 有规范的名称。根据司法部颁布的《律师事务所名称管理办法》的规定：律师事务所的名称应由“字号+律师事务所”构成，字号前可以根据需要冠以行政区域的名称。律师事务所只能有一个名称，字号应当是汉字，民族自治区域的律师事务所可以使用本地方通用的民族文字，同时应有汉字名称。律师事务所可以使用外文名称，但外文名称应与中文名称的意思相同或发音相同。律师事务所的名称不能含有下列内容和文字：（1）有损于国家、社会公共利益的；（2）外国国家（地区）名称、国际组织名称；（3）政党名称、党政军机关名称、群众组织名称、社会团体名称及部队番号；（4）汉语拼音字母；（5）数字；（6）“中国”、“中华”、“全国”、“国际”、“——中心”等字样；（7）可能对公众造成误解的名称；（8）表明特定律师业务范围，如带有“涉外”、“经济”、“金融”、“房地产”等字样或其谐音。申请设立律师事务所应将拟定名称报司法部审核，核定的名称在全国范围内享有专用权。

2. 有固定的住所。住所是指律师的执业场所，即律师事务所的办公场所。律师事务所的登记住所只能有一个。住所是保证律师能够正常开展业务活动的基本条件，也是设立律师事务所必须具备的条件之一。

3. 有律师事务所的章程。律师事务所的章程是全面规范律师事务所内部责权关系的规范性文件。律师事务所章程是律师事务所的根本准则，是律师

事务所赖以存在和活动的依据。律师事务所章程须有以下内容：（1）律师事务所的名称和执业场所；（2）设立律师事务所的宗旨；（3）律师事务所的组织形式、机构设置；（4）律师会议的组成和职责；（5）律师事务所负责人的职责以及产生和变更程序；（6）律师的权利和义务；（7）开办资金数额、来源；（8）财务管理制度、分配制度和债务承担方式；（9）律师事务所的变更、终止的条件和程序；（10）律师事务所章程的修改程序；（11）需要说明的其他事项。律师事务所章程自律师事务所被批准设立之日起生效。

4. 有 10 万元以上人民币的资产。

5. 有 3 名以上的律师。

## 二、律师事务所的设立登记

设立登记是指登记机关依法对设立律师事务所的条件进行审查，确认其从业资格，明确其法律地位的活动。设立登记是司法行政机关管理律师行业的重要手段。登记程序一般为受理、审核、登记和公告。

1. 受理。各省的司法厅（局）和司法部是律师事务所的登记机关。设立律师事务所，应向律师事务所住所地的司法行政机关提交以下材料：（1）申请书；（2）律师事务所章程；（3）从业律师的名单、简历、居民身份证、律师资格证书，以及能够专职从事律师业务的保证书；（4）资金证明；（5）办公场所的使用证明。住所地的司法行政机关在接收申请材料后应在 15 天内初审完毕，并将申请材料和初审意见逐级报送登记机关。

2. 审核。登记机关收到申请文件后，对材料进行审核。审核期间，登记机关可以要求申请人补充有关材料。登记机关在收到申请材料后 30 天内做出准予登记或不予登记的决定，并通知申请人。申请人对不予登记的决定不服的，可以在收到通知之日起 15 日内，向上一级司法行政机关申请复议，也可以向人民法院提起行政诉讼。

3. 登记。申请人收到核准登记的通知后，应在规定的期限内到登记机关办理登记手续。登记机关对律师事务所的名称、章程、住所、负责人、组织形式、合伙人、合伙协议等进行登记，并颁发《律师事务所执业许可证》。

4. 公告。登记机关将已核准成立的律师事务所向社会发布。公告将律师事务所置于社会的监督之下，增加律师事务所登记工作的透明度，有利于维护律师事务所的合法权益，维护律师行业的执业秩序。

## 三、律师事务所的变更登记和注销登记

变更登记是指登记机关核准律师事务所变更原登记事项的法律行为。律师事务所变更名称、住所、负责人、合伙人、章程、合伙协议等事项时，必须经原登记机关核准，并办理有关手续。变更登记由登记机关向社会公告。

注销登记是指登记机关核准律师事务所终止的法律行为。律师事务所终止时，要成立清算组，对律师事务所的财产、债权债务等进行清算。清算期间，律师不得以律师事务所的名义执业，但与清算有关的活动除外。律师事务所应按法律法规的规定，清偿债务。

律师事务所清算结束后，应向原登记机关办理注销登记。办理注销登记时，向登记机关提交申请注销报告、清理债务完结的证明或清算组有关清理债务的文件，交回律师事务所的执业许可证、印章、业务档案及所属律师的执业证。登记机关审查后办理注销登记，并予以公告。

## 四、律师事务所的年检

年检是指律师事务所的登记机关按年度对律师事务所的执业情况进行检查，确认其执业资格的活动。律师事务所年检的时间为每年的3月1日至5月31日。律师事务所未经年检或未通过年检的，不得继续执业。

律师事务所须向住所地的司法行政机关提交的年检材料有：（1）律师事务所年度执业情况报告；（2）律师事务所执业证书（副本）；（3）经审计机构审计的律师事务所年度财务报表；（4）律师事务所以及律师的纳税凭证；（5）其他需要提交的材料。住所地的司法行政机关对年检材料进行审查，并将审查意见和年检材料一起报送律师事务所的登记机关。

登记机关应对年检材料进行审查，必要时到律师事务所进行实地检查。年检中，发现律师事务所所有下列情形之一的，根据情况分别给予警告、责令停止执业或吊销事务所执业证书的处罚：（1）年检中隐瞒真实情况、弄虚作假；（2）伪造、涂改、出借、抵押和转让律师事务所执业证书；（3）登记事项有重大变更，未按规定申请办理变更登记；（4）有不正当竞争行为；（5）违反财务管理制度和会计制度；（6）违反收费管理规定；（7）有其他违反法律、法规和规章的行为。律师事务所因机构分立、人员变动等原因导致律师事务所已不符合设立条件的，予以注销。律师事务所逾期不参加年检的，可以注销该所。因受停业整顿处罚未参加年检的律师事务所，在恢复执业后30天内申请补办年检手续。年检结束后30天内，登记机关将在报刊上公告通过年检的律师事务所。

#### 第四节 律师事务所的分支机构

##### 一、律师事务所的分所

###### （一）律师事务所分所的概念和设立条件

律师事务所分所，是指律师事务所根据业务的需要，在本所所在的市、县以外的地区设立的分支机构。律师事务所分所经分所所在地的省司法厅（局）核准设立。律师事务所对分所的债务承担法律责任。

律师事务所设立分所，必须同时具备以下条件：（1）律师事务所成立已满4年；（2）律师事务所所有20名以上的专职律师；（3）律师事务所提出设立分所申请之日前2年未受过处罚。

律师事务所分所必须具备以下条件：（1）有自己的名称和住所；（2）有10万元以上人民币的资产；（3）有3名以上律师事务所派驻分所的律师。其中，分所的负责人必须具有2年以上的执业经历。

###### （二）分所的登记

律师事务所设立分所，应向设分所的（市、县）司法局提交下列材料：（1）申请书；（2）派驻分所律师的名单、简历、居民身份证及其律师执业证书的复印件；（3）律师事务所向分所负责人出具的授权委托书；（4）分所的资金证明和执业场所的证明；（5）由律师事务所登记机关出具的律师事务所符合设立分所条件的证明材料。

司法局接收申请材料后，应在30天内提出意见，并报送省司法厅（局）审核。省司法厅（局）在收到申请材料后30天内，作出准予登记或不予登记的决定，通知报送申请材料的司法局和提出申请的律师事务所。律师事务所收到准予登记的通知后，应在30天内到分所的登记机关办理登记。分所的登记机关应在7天内办理完毕，颁发《律师事务所分所执业经营许可证》，并

予以公告。

### （三）律师事务所分所的管理

律师事务所分所在律师事务所的授权范围内开展业务活动。律师事务所对分所具有下列权利：（1）任免分所的负责人；（2）制定分所的规章制度；（3）决定分所的分配方案；（4）处置分所的资产；（5）决定分所的终止；（6）其他由律师事务所决定的事宜。

律师事务所分所由分所所在地的司法行政机关和律师协会进行管理和监督。具体职权有：负责向分所律师颁发执业证书；对分所及其律师进行年度检验和注册；负责办理分所的变更登记和注销登记；对分所及其律师的执业活动进行指导和监督；对有违法违纪行为的分所或其律师进行处罚。

## 二、律师事务所驻国外的分支机构

### （一）律师事务所驻国外分支机构的设立条件

律师事务所申请在国外设立分支机构，应当具备以下条件：（1）设立时间已满2年；（2）有执业律师10人以上，其中能熟练运用外国语言工作的不少于3人；（3）在提出申请之日前2年内未受过惩戒处分；（4）具有相应的办公通讯设备以及其他开展法律业务的工作条件。律师事务所须委派2名以上本所专职律师常驻。派驻律师应当具备下列条件：（1）具有良好的政治素质和职业道德，在执业期间未受过惩戒处分；（2）在内地连续执业2年以上；（3）具有承办涉外法律事务的业务能力，了解所在国（地区）的法律；（4）能熟练运用一种外国语言工作。律师事务所必须符合所在国（地区）规定的设立分支机构的条件。

### （二）审批程序

律师事务所在国外设立分支机构，须经司法部同意，并经分支机构所在国（地区）政府的批准。

律师事务所申请在国外设立分支机构，应当向省司法厅（局）提交下列材料：（1）申请书。内容包括：在境外设立分支机构的理由和条件，分支机构的形式、名称、业务范围、管理和运作方式等；（2）律师事务所的基本情况；（3）拟派驻律师的名单以及简历、学历证明、律师资格证书、律师执业证件的复印件；（4）律师事务所向派驻律师出具的授权书；（5）律师事务所出具的关于派驻律师执业能力、执业经历、专长、遵守律师职业道德和执业纪律的鉴定意见。（6）审查机关要求提供的其他材料。省司法厅（局）收到律师事务所的申请材料后进行审查。对符合条件的，将申请材料及审查意见报送司法部，司法部审查作出批准或不批准的决定。

律师事务所接到司法部做出的批准决定后，应按拟设分支机构所在国（地区）的有关规定，向所在国政府（地区）提出申请。

律师事务所获准在国外设立分支机构后，应在30日内将所在国（地区）政府的批准文件（副本）、分支机构的名称、派驻人员、执业场所、通讯办法等情况，报司法部和律师事务所所在地的省司法厅（局）备案。律师事务所所在司法部做出批准决定后1年内，未能获得所在国政府的批准，应当重新向司法部申请。

律师事务所变更驻外分支机构的设立形式、名称、负责人和其他派驻律师，应当报原批准机关批准，并在办结变更手续后30日内，将有关变更材料报原审查机关和批准机关备案。律师事务所停办分支机构的，应在办结注销手续后30日内，将有关材料报原审查机关和批准机关备案。

### （三）驻国外分支机构的管理

律师事务所驻国外分支机构和派驻律师，须遵守所在国（地区）的法律和有关律师的规定，尊重当地的风俗习惯，遵守律师职业道德和职业纪律。不得从事违反中国法律、损害中国国家安全和公共利益的活动。

律师事务所对其驻国外的分支机构具有以下权利：（1）委任或撤换负责人或其派驻人员。对不称职、违反规定或受到所在国惩戒的派驻律师应及时更换；（2）确定业务范围和业务发展方向；（3）制定财务管理制度，决定收益的分配；（4）决定对分支机构进行整顿或撤销分支机构。律师事务所对驻国外分支机构的财产享有所有权，并对其债务承担法律责任。

律师事务所驻国外分支机构的年度检验及其所属律师的执照注册，由所在地的省司法厅（局）办理。律师事务所派驻国外分支机构及其律师违反中国法律法规、律师职业道德和执业纪律，以及所在国的有关规定的，除追究有关人员的责任外，所在地的司法行政机关根据情节作以下处理：（1）责令律师事务所撤换分支机构负责人或其他派驻人员；（2）责令律师事务所对其分支机构进行停业整顿；（3）责令律师事务所撤销其分支机构。

## 第四章 律师的业务和权利义务

### 第一节 律师的业务

根据《中华人民共和国律师法》的规定，律师的业务范围可以分为以下七个方面：

1. 接受公民、法人和其他组织的聘请担任法律顾问。担任法律顾问是律师的一项重要业务活动，律师可以为机关、企事业单位、社会团体担任法律顾问，也可以为公民个人和各种经济组织担任法律顾问。律师担任法律顾问有以下几种方式：从聘请时间上分为常年法律顾问与临时法律顾问；从业务范围上分为一般法律顾问与特定法律顾问；从服务对象上分为政府法律顾问、军队法律顾问、企事业单位法律顾问及私人法律顾问。律师从事法律顾问业务主要有以下内容：（1）为聘请人就有关法律问题提供法律意见和建议。（2）为聘请人草拟、审查各类法律文书。如合同、协议、章程、规则、声明、命令、决定、指示以及诉状、答辩状等。（3）代理参加诉讼、仲裁以及调解活动。（4）律师担任法律顾问，应当在提高聘请人法律意识，促使聘请人学法、守法、依法活动方面发挥作用。律师担任法律顾问的宗旨是维护聘请人的合法权益。

2. 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。担任诉讼代理人是律师业务活动的一种主要方式。诉讼代理人具有以下特征：（1）以委托人的名义从事活动；（2）在委托人委托的范围内进行活动，尤其对于在行使代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉等实体权利方面。（3）代理诉讼的律师有权调查取证，并可以按照有关规定查阅本案有关材料。（4）律师代理诉讼活动产生的法律后果，委托人应当承担。

3. 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、被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人；接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者近亲属的委托，担

任代理人，参加诉讼。

律师在侦查阶段接受犯罪嫌疑人的委托，可以从事以下业务：（1）向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名；（2）依法会见犯罪嫌疑人，为其提供法律咨询；（3）犯罪嫌疑人在被羁押期间，人身权利受到非法侵害的，律师可以应犯罪嫌疑人的要求，代为控告；（4）律师认为犯罪嫌疑人没有触犯涉嫌的罪名，可以代为申诉；（5）犯罪嫌疑人被逮捕后，其能够提供符合条件的保证人或保证金，而律师认为有必要的，可以代办取保候审。

律师在刑事诉讼活动中，只能依法实施维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的行为。无论在侦查阶段，还是在审查起诉阶段、审判阶段，律师都应当通过深入的了解、分析案情，仔细调查、收集证据，认真的阅卷，履行自己的职责。任何有损于犯罪嫌疑人、被告人合法权益的行为，都是违背律师职责的。辩护律师除根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻、减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益外，辩护律师还应对司法审判程序是否合法，司法人员是否存在刑讯逼供等非法取证，以及剥夺犯罪嫌疑人、被告人的合法权益的行为进行监督，对有违法行为存在的，有权进行控告，以维护法律的正确实施。

4.代理各类诉讼案件的申诉。对于刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼生效判决，应委托人的委托，律师可以代理申诉。律师接受委托后，应当审查案件是否符合申诉的法定条件，对于符合条件的，律师应当积极代理申诉；对于不符合条件的，律师应当向委托人讲明有关的法律规定。

5.接受当事人的委托，参加调解、仲裁活动。律师接受当事人的委托，参加调解、仲裁活动时，应当充分了解案情，依法维护当事人的合法权益。

6.接受非诉讼法律事务当事人的委托，提供法律服务。在非诉讼活动中，律师作为代理人，应尽职尽责地办理委托人委托的法律事务，如为委托人审查法律文书；参加商务谈判；出具法律意见书；为投资、建设或者开发项目进行可行性分析，风险预测，提供对策；为委托人进行资信调查，申请营业执照，办理公司注册登记，申请专利、商标注册；代为招标投标，代办公证手续；帮助企业落实经营自主权、转换经营机制、进行清产核资、资产评估、界定产权、清理债权债务、核实企业资本金、进行股份制改造、组建企业集团，帮助企业进行转产、兼并、转让，以及清算、整顿、破产还债；为委托方的经营决策提供法律依据和法律建议等。律师在担任代理人时，要根据事实和法律，通过各种合法的方式和途径，努力维护当事人的权益。

7.解答法律咨询，代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。律师可以对公民、法人和其他经济组织提出的有关法律事务的询问给予解答或出具书面文件。律师代写的法律文书包括用于诉讼各个阶段的文书，也包括诉讼外的其他法律文书，如遗嘱、合同、收养协议、遗赠协议等等。

## 第二节 律师的权利

律师的权利主要包括两方面：一是律师的人身权利，二是律师的执业权利。

### （一）律师的人身权利

律师作为一名公民，其人身权利受到宪法的保护，但由于我国公民法律意识淡薄，加之律师执业的特点，律师人身权利受到侵害的情况时有发生。

为此，律师法对律师人身权利的保障进行了明确的规定：“律师在执业活动中人身权利不受侵犯”。它包括：律师执业时人身自由不受非法限制和剥夺，人格尊严不受侵犯，名誉不受损害。对于侵犯律师人身权利的行为，应依据我国刑法的规定追究其刑事责任等。

## （二）律师的执业权利

规定执业权利是保障律师顺利执业的前提，律师法规定律师执业时有下列权利：

1. 因委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。

律师接受委托后，应当依照法律规定，在代理权限范围内，尽职尽责地为当事人提供法律服务，不得随意拒绝辩护或代理。但为了保护律师的合法权利，许多国家允许律师在特定的情况下拒绝辩护或者代理。

为了保障律师依法执业的权利，也为了维护当事人的合法权益，我国律师法明确规定，律师一般只能在法律规定的四种情形下拒绝为当事人辩护或者代理：第一，委托人的委托事项违法，如当事人委托律师在法庭上作伪证；第二，委托人利用律师提供的服务进行合同欺诈活动；第三，委托人对律师隐瞒事实；第四，委托人严重侮辱律师的人格，导致律师无法工作。律师代理委托人委托事务的基础是双方之间建立信任关系，充分了解委托事务的事实，如果委托人隐瞒委托事实，律师无法开展工作，可以拒绝辩护或者代理。此外，律师在不可抗力如洪水、地震、风灾等非人力所能抗拒的事由以及意外事件，如律师生病丧失提供代理所需的体力，因病或者其他原因导致其精神失常，不能正确表达意志，丧失了诉讼行为能力等情形下，也可以拒绝辩护或者代理。

2. 律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，同被限制人身自由的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信，出席法庭，参与诉讼，以及享有诉讼法律规定的其他权利。

律师在诉讼活动中的权利在刑事、民事、行政诉讼法中有较为明确的规定：（1）在刑事诉讼中，律师法规定律师的诉讼权利与新修改的刑事诉讼法是一致的：第一，律师接受委托后，根据案情的需要，在人民检察院审查起诉阶段，可以到人民检察院查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定资料。律师担任辩护人或代理人后，应当依法进行与本案犯罪情况有关的调查，收集证据。在审判阶段，辩护律师有权在司法机关查阅、摘抄、复制本案指控犯罪事实的全部材料。但合议庭的合议记录，检察委员会、审判委员会的讨论记录除外。第二，在侦查阶段，接受委托的律师有权会见犯罪嫌疑人，对侵犯犯罪嫌疑人合法权益的行为进行控告；认为犯罪嫌疑人涉嫌的罪名不成立时，可以向侦查机关提出申诉意见，为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审。第三，辩护律师在法庭上发表的辩护或辩论言论受法律保护，任何机关和团体不得因律师在法庭上的辩护和辩论言论而对律师进行追究。（2）在民事诉讼中，律师查阅案件的有关材料，可以进行必要的调查取证。（3）在行政诉讼中，律师可以向有关的组织和公民调查、收集证据，查阅案件的有关材料。

3. 律师承办法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况。律师接受犯罪嫌疑人、被告人的委托后，根据案情的需要，在征得有关单位或个人的同意后，可以向他们进行调查、收集证实犯罪嫌疑人、被告人是否

犯罪，罪轻罪重的各种证据材料，律师法关于律师调查的规定是对《刑事诉讼法》第 35 条的重申。律师调查、收集证据涉及两项权利：一是律师有对案情进行调查收集证据的权利。律师作为辩护人，他行使这项权利时，不同于公、检、法行使国家司法权和工商、税务、海关等行使行政管理权。上述机关进行调查、收集证据时，可以依法采取强制手段。而律师在独立执业中没有这种强制手段。二是被调查的单位和个人，对于向他们调查收集证据的律师，是否有义务配合，无法从法律上找到依据。因此，律师必须在征得证人和有关单位或个人的同意后，方可进行调查、取证。对于有关单位和个人不予配合的，根据刑事诉讼法和其他法律的规定，律师可以申请人民检察院、人民法院调查、收集证据。

### 第三节 律师的义务

国家通过立法保障律师的执业权利的同时，也要求律师必须承担相应的义务。按照律师法的规定，律师的义务既包括律师从事业务活动时应承担的义务，也包括对律师执业条件限制的义务。律师的义务主要有以下四个方面：

#### （一）对律师的执业限制

《律师法》第 36 条规定，曾担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后 2 年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。

这一规定是针对曾任法官、检察官的律师，由于已往的工作岗位往往与有关法院、检察院有着特定的联系，为了避免关系案、人情案的发生，也为了维护律师队伍的声誉，律师法作出了这样的规定。

#### （二）律师对委托人的义务

律师在处理与委托人的关系上，应当热情勤勉、诚实信用、尽职尽责地为当事人提供法律帮助，努力满足当事人的正当要求，维护当事人的合法权益。律师法在律师应对委托人承担的义务问题上，作了如下规定：

1. 律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。

律师与委托人的关系是一种契约关系，律师作为契约当事人一方，除非有法律规定的例外情况的发生，律师不得任意解除委托合同。尤其在刑事诉讼中，律师的辩护活动关系到犯罪嫌疑人、被告人有罪无罪，罪轻罪重的问题，在诉讼过程中，辩护律师通过大量的工作，已了解了案情，收集到一些重要证据，并知悉案件中的许多秘密，如果此时律师解除委托协议，将严重损害犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，而且还将导致犯罪嫌疑人、被告人没有时间再聘请其他律师。在民事诉讼中亦是如此，所以律师应当承担此项义务。

2. 律师不得在同一案件中，为双方当事人担任代理人。同一案件中的当事人双方，正是由于利益相对不能调和才发生争讼，律师接受互有利害关系的双方当事人的委托，就很难保证公道地从事代理事务。作为代理人的律师，应当忠实于委托人，不能做有损于或者可能有损于委托人权益的事情。律师法禁止律师在同一案件中为双方当事人担任代理人，正是为了避免这一冲突。需要说明的是，在实践中，有的律师在一审时为一方作代理人，在二审时又为另一方作代理人，而且把自己在一审时的代理意见全部推翻，这种现

象使律师的职业形象受到损害。律师这项义务的含义还包括，律师在同一案件中，不论是在一审还是在二审均不得同时或者先后为双方担任代理人。而且同一律师事务所的律师，也不得在同一案件中，为双方当事人担任代理人。

3. 律师不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益。律师是为了解决当事人之间的权利争议而执行职务的，律师当然不应当介入当事人争议的权益之中，更不能将牟取当事人争议的权益作为从事代理活动的目的。否则将难以防止律师利用了解案情、掌握证据之便利，欺蒙委托人，巧取豪夺其权益；或者被对方当事人向律师出让权益的引诱所诱惑，损害委托人的利益。同时也难于避免代理人不择手段地去左右争议的处理结果，导致干扰审判的情况发生。为了保证律师合法、公正地维护当事人的合法权益，律师应遵守这项义务。

4. 律师不得接受对方当事人的财物。律师提供法律服务时，如果接受与委托人有利益冲突的对方当事人的金钱、物品，往往会导致律师背弃委托人的利益，背弃自己的职责，也就谈不上为委托人尽职尽责、独立公正地办理法律事务。因此，应严格律师事务所统一收案，统一向当事人收取律师费用并如实入账，统一指派律师承办案件的制度，避免律师在费用上直接与当事人发生关联。

5. 律师在执业活动中应当保守国家秘密、当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。委托人基于对律师的信赖，将关系自己的生命、自由或财产等权利的事务委托于律师，将有关证据和情况提供给律师，律师负有为委托人保守秘密的义务。律师在提供法律服务时，还会接触国家秘密，对方当事人的商业秘密和个人隐私，对方当事人为了诉讼的需要，要在法庭上出示有关证据和材料，因而律师的保密义务要求律师应当保守国家秘密，保守当事人包括委托人和对方当事人的商业秘密，并不得泄露当事人的隐私。

### （三）律师对法院、仲裁机构的义务

律师法规定律师对法院、仲裁机构的义务有：

1. 律师不得提供虚假证据，不得隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，不得妨碍对方当事人合法取得证据。律师在为当事人提供诉讼代理、辩护以及参与仲裁活动时，既要忠实于当事人，又应当忠实于审判机关和仲裁机构。应当以事实为根据，以法律为准绳，提供真实的证据和事实。不得对法院、仲裁机构有欺骗行为，包括不得自己制作、提交和陈述虚假的证据，或者隐瞒事实；不得采用威胁、利诱手段使他人提供虚假证据或者隐瞒事实。律师法还规定，律师不得妨碍对方当事人行使取得证据，支持自己诉讼请求的权利。律师可以在法庭上与对方当事人就证据的真伪进行质证，但不得妨碍对方取得证据，包括以威胁、利诱的方式使知情人不向对方当事人提供证据或者出庭作证。以保证法院或者仲裁机构查明事实，正确适用法律，作出公正的判决和裁决。

2. 律师不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员；向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员请客送礼或者行贿，或者指使、诱导当事人行贿。律师法的这一规定，有着较强的现实针对性。作为律师，应当努力钻研和掌握执业所应具备的法律知识和服务技能，依靠自己的专业素质向当事人提供良好的服务。而不能通过采用法律所禁止的手段去影响与审判、仲裁有关的人员，进而影响对案件的公正审判与裁决，以期达到委托人所期望的目的。本项义务要求律师不得为使案件的处理结果有利于委托人及律师本人，而在

非工作时间，在非工作场所，私下与法官、检察官和仲裁员见面，或者进行不正当的应酬；不得向法官、检察官、仲裁员以及书记员等工作人员行贿，或者指使、诱导当事人向上述人员行贿。

法官法、检察官法和仲裁法等法律，也从另一方面对法官、检察官和仲裁员作出了相应的约束，分别规定了法官、检察员、仲裁员不得私自会见当事人及代理人，不得接受当事人及其代理人的请客送礼和贿赂的内容，以避免徇私舞弊、枉法裁判的情况发生。

3. 律师不得扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。律师应当尊重法院，遵守法庭秩序，在法官的主持下从事诉讼活动，这也是国外对律师的普遍的义务要求。依照律师法的规定，律师的辩论和辩护的权利应当依法保障，同时律师也应当遵守法庭、仲裁庭秩序，按照诉讼法、仲裁法的规定进行诉讼、仲裁活动。不得实施有损于审判员、仲裁员威信，干扰诉讼、仲裁活动正常进行的行为。

#### （四）律师的其他义务

律师法规定，律师不得私自接受委托，私自向委托人收取费用，收受委托人的财物。这一禁止性规定，既是律师对委托人的义务，又是对律师所在的律师事务所的义务。律师私自接受委托，私自向当事人收取费用，会因委托关系不合法、不稳定，也可能因为乱收费而给委托人带来损害。有的律师在律师事务所统一收取正常费用之外，以各种名义，如案件复杂需要调查、需要与法官沟通等向当事人收取活动费或其他财物，给当事人造成额外的经济负担。同时，由于律师私自接受委托、私自收费，还会直接给其所在的律师事务所带来损害。律师法规定：律师应当在律师事务所执业。律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托协议，按照国家规定标准向当事人统一收取费用并如实入账。律师私下接受委托，私下向委托人收取了费用，将给律师事务所和所内的其他律师造成直接损害，一是影响律师事务所的声誉；二是减少律师事务所的经济收入。此外，私自收费，往往会造成应缴的国家税款流失，损害国家利益。

此外，律师法还对律师应当在一个律师事务所执业，律师不得以诋毁其他律师或者支付介绍费等不正当手段争揽业务，律师应当依法纳税，以及律师必须按照国家规定向当事人提供法律援助等义务作了规定。

## 第五章 律师协会

律师协会是由律师组成的对自身进行监督、管理的社团组织。在各国律师制度中，律师协会是律师管理工作中的重要组织机构之一。律师协会在律师管理中的作用大小，是律师行业自治程度的重要标志，考察世界各国的律师制度，可以从中发现，律师协会是伴随律师、律师制度的产生而逐步发展起来的，并在律师行业中起着重要的作用。律师协会是律师制度的组成部分，虽然各国律师协会的性质、地位、产生方式、作用各有其特点，但它在促进团结，联合全体律师，对律师进行行业自律方面的功能，基本是一致的。

### 第一节 我国律师协会的发展过程

新中国建立后，党和政府废除了国民党的《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报》，明令取缔了国民党的旧律师制度，解散旧的律师组织，并停止了旧律师的活动。而后根据 1954 年《中华人民共和国宪法》关于被告人有权获得辩护的规定，开始建立新的辩护和律师制度。全国各地逐步开展律师辩护工作，陆续建立律师组织。律师的执业机构称法律顾问处，法律顾问处的上级管理单位是律师协会，有些地区也称“人民律师协会”。律师协会设在各市县的司法行政机关内，负责对法律顾问处的设立和撤销，对律师业务进行指导、监督及对律师进行日常管理，但未设立全国律师协会。1956 年，中央人民政府司法部通知将各地的律师协会及人民律师协会统一称作律师协会，负责管理律师工作。至 1957 年，全国有律师协会 19 个，法律顾问处 817 个，2800 多名律师。可以说，50 年代我国各地的律师协会在律师制度创建的初期发挥了重要作用。

1979 年，党的十一届三中全会以后，我国加快了“健全社会主义民主，加强社会主义法制建设”的步伐。1978 年《中华人民共和国宪法》的颁布及 1979 年《中华人民共和国刑事诉讼法》等七部法律的制定和颁布，使我国律师制度的重建有法可依。各地纷纷恢复法律顾问处，恢复组建律师协会。据统计，到 1980 年《中华人民共和国律师暂行条例》颁布前，全国已恢复和筹建的律师协会达 17 个，开始负责有关的协调工作，为律师制度的恢复做准备工作。

1980 年 8 月 26 日，第五届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》，该条例第 19 条明确规定：“为维护律师的合法权益，交流工作经验，促进律师工作的开展，增进国内外法律工作者的联系，建立律师协会。律师协会是社会团体，组织章程由律师协会制订”。这条规定明确了律师协会的地位、作用，使律师协会摆脱了行政管理的色彩。1986 年 7 月，第一届全国律师代表大会在北京召开，正式成立了中华全国律师协会，通过了《中华全国律师协会章程》，我国律师制度的发展迈上了一个新台阶。

《中华全国律师协会章程》根据《律师暂行条例》的有关规定，确立协会具有以下职责：

1. 组织会员学习党的方针政策、国家的法律和相关专业知识，对会员进行思想政治教育和职业道德教育，提高会员的政治素质和业务素质；
2. 组织会员开展律师工作理论研究活动，总结交流律师业务经验，创办律师报刊和举办业务讲座，宣传律师制度，推动律师工作开展；
3. 支持会员依法履行职务，维护会员的合法权益；
4. 为会员提供业务信息；
5. 向有关部门提出关于法制建设问题的建议；
6. 举办会员的福利事业；
6. 举办会员的福利事业；
7. 指导团体会员的工作；
8. 开展与国外律师及律师团体的交往活动；
9. 办理中华人民共和国司法部委托的事项。

从律师协会的职责看，其侧重点是对律师的业务指导，工作经验交流和维护其合法权益。

## 第二节 我国律师协会的改革

中华全国律师协会成立后，中华全国律师协会和各地律师协会在对律师业务指导、交流工作经验、维护律师合法权益、加强与外国律师之间的民间交流方面发挥了很大的作用。尤其在维护律师合法权益方面，律师协会作了大量的工作。如 1987 年海南乐东县检察院无理逮捕辩护律师并搜查其住所案，辽宁省台安县法院以包庇罪判处 3 名辩护律师有期徒刑的案件，1995 年山西马海旺律师被报复伤害案，湖南彭杰律师被控玩忽职守罪案，河北鸡泽县任上飞律师被扣作人质案等诸多律师在履行职务时人身权利受到侵害的案件中，中华全国律师协会配合司法部，为律师仗义执言，维护了律师的合法权益，得到了律师们的好评。但律师协会从体制到职能，还远远不能适应我国律师制度的发展，律师协会还有行政机关的痕迹。律师协会理事会也不是完全由专职律师组成。1993 年 12 月，国务院办公厅批转了《司法部关于深化律师工作改革的方案》。该方案提出，要建立司法行政机关宏观指导下的律师协会行业管理体制。为建立这一体制，司法部对律师协会进行了如下改革：

1. 完善了中华全国律师协会的组织 and 内部机构。在 1995 年第三次全国律师代表大会上，中华全国律师协会的理事会经过改选，全体理事、常务理事，会长、副会长均由专职律师担任，司法行政机关的负责人不再兼任协会领导职务。同时，结合律协的自身职能，全国律协重新规划了所属的专业委员会。全国律协机关设秘书处，聘任了秘书长，健全了内部工作机构。

2. 强化了律师协会的职能。如律师的业务交流，维护律师合法权益，对律师进行职业道德和执业纪律教育，保障律师依法执业，对律师进行行业管理。

3. 理顺了司法行政机关与律师协会的关系。司法行政机关对律师工作进行行政管理，律师协会接受司法机关的指导监督，对律师进行行业管理。

1995 年 7 月召开的第三次全国律师代表大会是司法部对律师协会改革的一个重大步骤，为我国律师管理体制向司法行政机关宏观指导下的律师协会行业管理体制过渡打下了坚实的基础。

## 第三节 律师法关于律师协会的规定

《中华人民共和国律师法》第五章对律师协会专有一章规定。这是对律师协会十年来改革工作成绩的肯定，也突出了律师协会在国家律师制度中的重要位置。

### （一）律师协会的性质

《律师法》第 37 条规定：律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。律师协会作为社会团体法人，与其他的社会团体法人是有较大区别的，这种区别就在于它具有自律性。律师协会的自律性表现在以下几个方面：首先，律师协会是律师的组织，中华全国律师协会接受中华人民共和国司法部的指导、监督，但它不隶属于某一行政机关。其次，律师协会的的领导机构由律师选举产生，向全体律师负责，而不是由主管部门任命，向主管机关负责。再次，律师协会的章程由律师代表大会制定，对全体会员具有约束作用。最后，律师协会必须在章程规定的范围保障律师依法执业，对违纪的律师给予

处分。律师法规定律师协会的自律性体现了律师行业的特点。

### （二）律师协会的组织结构

全国设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。各级律师协会领导机构由所在区域的律师选举产生，中华全国律师协会由全国律师代表大会选举产生。律师协会内设有办事机构，如秘书处、会员部、外联部等。

律师协会是律师的组织，从各国律师法规定的内容看，律师协会都是由律师组成的。例如日本律师法规定：在每一地方法院的管辖区域内，只要有一定数量的律师，就应当设立律师会。据了解，全日本有 50 多个律师会，有的律师会有几千名律师，如东京第一、二律师会，少的仅有 18 人。各地律师会共同选举产生日本律师联合会。同样，在英国，出庭律师有林肯、内殿、中殿、格雷四大律师公会，事务律师有事务公会。前苏联律师法规定，律师协会本身是从事律师职业的人员独立自愿的联合组织，前苏联律师协会是按照区域原则建立起来的自愿联合组织。

### （三）律师协会的职责

依照《律师法》第 40 条的规定，律师协会履行下列职责：

1. 保障律师依法执业，维护律师的合法权益；
2. 总结、交流律师工作经验；
3. 组织律师业务培训；
4. 进行律师职业道德和执业纪律的教育、检查和监督；
5. 组织律师开展对外交流；
6. 调解律师业务活动中发生的纠纷；
7. 法律规定的其他职责。

律师协会按照章程对律师给予奖励或者给予处分。

### （四）律师与律师协会的关系

《律师法》第 39 条规定：律师必须加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师，同时是中华全国律师协会的会员。

律师协会会员按照律师协会章程，享有章程赋予的权利，履行章程所规定的义务。

根据这一条的规定，凡是执业律师，就是中华全国律师协会的会员，也是当地律师协会的会员，这种强制性规定有利于保障律师的权益，强化律师协会的行业管理职能。

律师加入律师协会成为会员后，按照《中华全国律师协会章程》，享有以下权利：

1. 依照本会的选举办法享有选举权和被选举权；
2. 参加本会举办的学习、培训、研究和经验交流活动；
3. 使用本会的图书资料和各种业务信息资料；
4. 通过本会向有关部门提出建议；
5. 向本会提出维护其合法权益的要求；
6. 对本会的工作提出建议和批评。

会员除享有以上权利外，还承担下述义务：

1. 遵守本会章程，执行本会决议；

2. 遵守律师职业道德和执业纪律，遵守本会制定的行业规范和准则；
3. 接受本会指导，完成本会委托的工作；
4. 按时交纳会费；
5. 维护会员间的团结。

总之，律师协会在律师制度中，具有不可替代的作用。在我国社会主义市场经济体制建立后，律师事务所作为社会中介组织，其沟通、服务等作用日益重要。司法行政机关虽然发挥监督、指导作用，但涉及到律师的行业自律方面的工作，特别需要发挥律师协会的行业自律职能。律师法颁布后，律师协会将进一步改革完善，真正实现向司法行政机关宏观指导下的律师协会行业管理体制的过渡。

## 第六章 律师与法律援助制度

### 第一节 法律援助的概念和作用

#### 一、法律援助的概念

法律援助，也称为法律救助、法律扶助，是世界上许多国家普遍采用的一种司法救济方式。其涵义因国家和地区的不同而有所差异。在我国，法律援助制度是指由政府设立的法律援助机构组织律师为法律规定的特殊案件或其他案件经济困难的当事人减、免服务收费提供法律服务的制度。

一国法律援助制度是该国实现社会正义和司法公正，保障司法人权的不可缺少的重要手段，是“法律面前人人平等”的宪法原则的具体体现，是现代国家对公民的一项基本义务，也是现代社会文明进步的标志。

由于生存环境、经济条件的差别以及个体差异等因素，使一部分人，如生活贫困者、残疾人、妇女、老人、儿童等，成为社会中的弱者。显然，弱者最缺乏自我保护的能力，而在现实生活中，又恰恰是他们的合法权益最容易受到侵犯。怎样使弱者的合法权益得到法律的强有力保护？这是所有文明国家无法回避的实际问题，也正是法律援助制度要解决的问题。

法律援助制度在西方建立至今已有 100 多年的历史。“二战”后，法律援助在许多国家的宪法原则中直接或间接地得到规定，有的还制定了专门的法律援助法。

法律援助制度在我国尚属新事。虽然法律援助作为一种行为早已在实践中存在，如律师自己受理或接受人民法院指定减费或免费为当事人提供法律帮助，但这些并不是严格意义上的法律援助制度。随着修改的《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国律师法》的颁布和实施，法律援助作为一项制度确立有了法律依据。尤其是《律师法》以专章形式对法律援助作了规定。

#### 二、法律援助制度的作用

我国的法律援助制度具有以下作用：

##### （一）体现了国家对公民基本权利的切实保障

在发展社会主义市场经济和社会主义民主政治的形势下，随着大量法律法规的颁布实施，公民的政治权利、经济权利和其他社会权利越来越广泛，相应的各种权益之争也空前增加，大量涉及公民各种权利的纷争需要采取诉讼的形式加以解决。为了使公民法定权利得以真正实现司法保障，消除因经

济上困难或自身素质及能力上的不足而可能出现的合法权益受到损害的情形。国家实行法律援助制度，对诉讼中经济困难的当事人或者特殊案件的当事人予以援助，有利于保障实现其合法权益，从而在司法体制上完善诉讼民主机制，保障法律面前人人平等原则的实现。

（二）切实保障诉讼案件当事人依法享有的权利，实现司法公正

司法公正是社会公正的一项重要内容和体现方式，也是实现国家法律正确实施，公民合法权益得到保护的重要途径。国家建立律师制度是为了给公民以法律帮助，如果公民因为经济困难请不起律师，也许损失的只是一个公民的合法利益，但对于国家来说，受到损害的却是司法公正的原则和形象。建立法律援助制度，体现了国家切实保障诉讼案件当事人的权利，实现司法公正的目的。

（三）完善社会保障体系，保障社会稳定和经济体制改革的顺利进行

建立法律援助制度，有利于完善社会保障机制，切实保护未成年人、老年人、残疾人以及其他社会弱者的合法权益，促进经济和社会改革措施顺利出台和有序运转，有效地化解各种社会矛盾，保证社会稳定。

（四）完善法制，保障法律规定的社会关系的实现

法律援助制度的建立，不仅在于减免当事人的费用使其获得法律帮助，更重要的是最大限度地避免法律的保护效力落空，从而切实保证法律调整的社会关系得以实现。

## 第二节 法律援助对象

《中华人民共和国律师法》第41条规定：“公民在赡养、工伤、刑事诉讼、请求国家赔偿和请求依法发给抚恤金等方面需要获得律师帮助，但是无力支付律师费用的，可以按照国家规定获得法律援助。”根据这一规定，法律援助的对象是有明确限定的，这种限定应当包括两个方面，一是对法律援助受援人资格条件的限定，二是对获得法律援助的法律事务范围的限定。而受援人资格的限定，主要包括以下内容：

一、法律援助一般的对象及其获得法律援助的条件

在我国，法律援助一般对象是指中华人民共和国公民。

然而，公民要成为法律援助的对象必须符合法定条件。根据法律援助制度的本义以及律师法、刑事诉讼法的有关规定，获得法律援助需要具备以下条件：

1. 确有经济困难，无能力或无完全能力支付法律服务费用。经济困难条件是法律援助对象应具备的一个重要条件。法律援助制度旨在帮助那些社会弱者，主要就是指的那些经济困难，无力支付法律服务费用的人。实践中，经济困难标准怎样确定，律师法并未具体规定。在我国这样一个统一的多民族大国，各地的经济发展极不平衡，不同地区居民的生活水平差别很大，显然不可能制定出一个全国统一的经济困难标准。但是可以统一一个判断经济困难的原则标准，就是各地可以参照当地政府部门的有关社会生活保障线标准，确定法律援助的经济困难标准。

在审查申请人经济状况时，不仅仅考虑其正常的经济收入，还应注意申请人的其他财产收益。

实践中，有减、缓收费的作法。如申请人有一定财产而暂不能将财产处

理支付律师费的，或向对方索赔数额较大，需胜诉执行后方可支付律师费的，根据申请人的具体情况，参照律师收费标准减收或缓收律师费。

2. 有充分理由证明为保障自己合法权益需要法律帮助。这一条件包括两层含义：

(1) 申请人有充分理由证明自己的合法权益受到侵害。法律援助作为一项完善国家司法程序的法律制度，旨在保障司法公正。公民只有在自己的合法权益受到事实上的侵害，才需要司法的保障。因此，要求法律援助的申请人以充分理由证明自己的合法权益已经并正在受到侵害，是决定其能否得到法律援助的首要前提。这一条件的设立，充分体现了法律援助的本义，也是为了避免和限制无价值援助或申请援助权的滥用。

有关这一条件的规定为各国所通用，大多数国家将这一项条件表达为“有胜诉可能或实现权利可能”。考察公民合法权益是否受到侵害与是否有胜诉可能，从法理上来讲应该是一致的。但许多人认为能否胜诉是由法官来判定，而非律师能决定；而且律师给予法律帮助并不以是否胜诉为条件（或者说，律师提供代理或辩护时并不承诺胜诉），因此，不宜将提请法律援助的案件条件规定为“是否有胜诉可能”。为了避免概念认识上的偏差，我们认为，法律援助对象的案件条件可以不提“具有胜诉可能”，但必须明确要求法律援助申请人有充分理由证明自己的合法权益受到侵害，或者说，申请的法律援助事项确有合法的情由。如：责任分明的交通事故索赔案件、事实清楚的损害赔偿案件、追索赡养、抚养费、抚恤金的案件等。对于那些没有法律依据的无理之诉，法律援助机构可以决定不予受理。

(2) 申请人所申请的必须是需要法律专业人员提供帮助才能解决的法律事项。法律援助作为一项社会的保障措施，它不同于社会其他慈善机构、福利事业，不是通过提供物质帮助来解救社会的贫穷者，而是通过提供专业的法律服务来帮助社会的贫弱者。因此，法律援助的申请人必须是需要法律专业方面的帮助，申请以及获得法律援助才有意义。与此有关的是，由于国家法律援助制度的运行需要大量的财力、人力，法律援助的面被限定在与社会经济法律水平相一致的范围内，在尽量保障最需要帮助的对象的同时，要尽可能减少不必要的浪费。如果标的额很小的钱债纠纷、侵犯名誉权等的索赔案件，不会给人的基本生活造成根本的影响，而且律师服务的成本与将要实现的价值之间相比，社会效益较低，就没有提供法律援助的必要。

## 二、法律援助的特殊对象及其获得法律援助的资格条件

法律援助特殊对象主要是指《刑事诉讼法》第34条所列举的几种人。《刑事诉讼法》第34条规定：“公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。”

按照刑事诉讼法的规定，在诉讼中，有两种法律援助对象：一是一般法律援助对象，即因经济困难没有委托辩护人的被告人，人民法院可以为其指定法律援助律师予以援助；二是特殊法律援助对象，即盲、聋、哑或者未成年人为刑事被告人、可能被判处死刑的刑事被告人，只要没有请律师辩护的，法院就应当为其指定律师提供法律援助，而不管其经济状况如何。这一规定

体现了国家法律对社会特殊群体的特殊司法保护。

### 三、外国人在华的法律援助问题

法律援助作为一国人权保障的法律制度，理应以保障本国公民合法权益为主要任务。因此，法律援助制度是一国政府对本国公民应尽的责任，其对象按道理不应包括外国公民。但是，在国际交往中，国家之间在实施国内法律时有互给对方公民国民待遇的惯例，在法律援助制度的实施中也应得到体现。因此，外国公民也可以成为我国法律援助的对象。但这是附条件的，即只有与中国签订有法律援助司法协助协议的国家的公民才是我国法律援助的对象。这也是国际通行作法。

另外，外国公民或无国籍人涉嫌犯罪的，即使该犯罪嫌疑人国籍国并未与我国签订双边的法律援助的协议，也应成为我国法律援助的对象。这是因为刑事诉讼是关系人的生命、自由等基本人权的法律行为，对涉嫌犯罪的外国人的刑事审判，应充分体现主权国司法人权保障的精神和司法审判的公正性。

最高人民法院、司法部联合颁布的《关于刑事法律援助工作的联合通知》中，就明确规定对于“外国籍被告人没有委托辩护人的”，人民法院应当为其指定承担法律援助的律师担任辩护人。

## 第三节 法律援助的案件范围

根据目前我国实施法律援助制度的现状，我国法律援助的案件范围如下：

### （一）刑事案件

《刑事诉讼法》第34条规定了三类案件中，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师担任辩护人。根据刑事诉讼法的规定，最高人民法院、司法部联合颁布了《关于刑事法律援助工作的联合通知》，对此给予了明确的规定。

### （二）请求给付赡养费、抚育费、扶养费的法律事项

在民事诉讼中，将请求给付赡养费、抚育费、扶养费的法律事项列为法律援助范围，是基于这些事项的当事人在经济上缺乏生活自立能力，因而有必要通过法律援助的形式向这些人提供法律帮助。这也是律师法规定的法律援助的重要内容。

（三）除责任事故外，因公受伤害请求赔偿的法律事项，以及请求发给抚恤金、救济金的法律事项

上述法律事项的当事人虽然并非完全缺乏生活自理能力，但他们往往在受伤得不到应有的赔偿时，生活陷入困境，甚至难以维持自己及所负担的家人的基本生活，需要通过法律援助来保护其合法权益。

（四）盲、聋、哑和其他残疾人、未成年人、老年人追索侵权赔偿的法律事项

盲、聋、哑和其他残疾人、未成年人、老年人都是社会的弱者，他们自我保护能力差，而且他们的合法权益容易受到侵害。对他们予以特殊保护，既符合我国法律的有关规定，又与法律援助的初衷相吻合。

### （五）请求国家赔偿的诉讼案件

公民对国家提起请求赔偿的诉讼，显然诉讼地位较弱，应加以特殊保护。

同时，将这类案件纳入法律援助的范围，也体现了法律援助制度的国家责任的性质。

#### （六）其他确需法律援助的事项

随着国家经济的发展和法律援助制度的完善，法律援助的范围会逐步拓宽，因此，除上述列举的五项范围外，在实施法律援助过程中，还规定了一个由法律援助机构负责审查是否属于应该提供法律援助的事项范围。

### 第四节 法律援助的程序

法律援助程序分为申请、审查、批准申请、实施援助等环节。一般由公民自己到法律援助机构申请法律援助的程序与由法院指定辩护的法律援助程序有所不同，下面分别阐述。

#### 一、一般法律援助的申请

##### （一）申请的管辖

1. 人民法院指定辩护的刑事法律援助案件应由该人民法院所在地的法律援助机构统一接受并组织实施；

2. 非指定辩护的刑事诉讼案件和其他诉讼案件的法律援助，由申请人向有管辖权的法院所在地的法律援助机构提出申请；

3. 其他非诉讼法律事务，由申请人向居住地或工作所在地的法律援助机构提出申请；

4. 法律咨询、代书等简易法律援助申请以及遇紧急情况的法律援助申请均不受上述管辖所限。

##### （二）申请的方式和要求

法律援助申请必须以书面形式提出，同时递交下列材料：

1. 身份证、户籍证明或暂住证；
2. 有关单位出具申请人及家庭成员经济状况的证明；
3. 申请援助事项的基本和主要材料；
4. 法律援助机构认为需要提供的其他材料。

申请人为未成年人或无行为能力人的，应由其监护人代为申请。代申请人应提交有代理权资格的证明。

#### 二、一般法律援助申请的审查

法律援助机构在接到申请人的书面申请后，按规定进行审查。审查内容如下：（1）申请是否符合法律援助申请管辖的规定；（2）申请人是否符合一般受援对象的经济条件的有关规定或者是否属于法律援助的特殊对象；（3）所申请的援助事项是否具有合法性。

法律援助机构认为申请人提供的材料不完备或有疑义的，应通知申请人作必要的补充或向有关单位、个人索取有关证明材料，并可视情况进行调查。

在审查过程中，法律援助机构负责审查和批准援助申请的工作人员有下列情况之一的，应当回避：（1）是援助事项的申请人或申请人的近亲属；（2）与申请事项有直接利害关系。

#### 三、一般法律援助申请的批准

法律援助机构自收到申请之日起 20 日内进行审查，作出是否予以法律援助的决定。

1. 对符合条件者，应作出同意提供法律援助的书面决定，并立即指定承

办法律援助法律服务机构，通过该机构指派法律援助承办人员。

将同意提供法律援助的决定书及具体承办援助事项的法律服务机构和人员通知受援人，由法律援助承办人员与法律援助机构、受援人三方签订法律援助协议，明确规定各方的权利义务。

2. 对不符合法律援助条件者，作出不予援助的决定，并通知申请人。申请人对法律援助机构作出的不予援助的决定有异议的，可以要求法律援助机构重新审议一次。

3. 申请人确有紧急情况，法律援助机构可以当即决定予以法律援助；法律服务机构亦可先行提供法律援助，之后报法律援助机构核准。

#### 四、一般法律援助的实施

1. 作出同意法律援助决定的次日，法律援助机构应指定法律援助案件的承办人员。承办人员、法律援助机构和受援人三方应及时签订法律援助协议，明确法律援助的具体实施、所需费用的支付办法及其他事项。

2. 在承办过程中，如发现申请人申报的案情和其他事实失实的，或受援人不遵守法律规定以及不按法律援助协议的规定予以必要合作的，承办人员应及时向法律援助机构反映，法律援助机构视情况可作出停止办理或撤销法律援助的决定，并通知受援人和承办人。

3. 法律援助承办人员在援助事项办结后，应向法律援助机构提交结案报告。

4. 法律援助事项办结时，需由法律援助机构付费的，法律援助机构应及时核定并向承办人员支付法律援助费用。

#### 五、人民法院指定辩护的法律援助程序

1. 人民法院对需要指定辩护的案件，至迟应当在开庭 10 日前，将指定通知书和起诉书副本送交法律援助机构。同时，书面告知被告人符合法定法律援助条件的情况或经济困难的证明材料。

2. 法律援助机构接到上述通知书后，对被告人是盲、聋、哑和未成年人，或是可能被判处死刑的人，应当于 3 日内通过律师事务所指派律师提供辩护。

3. 对人民法院指定的被告人因经济困难需要提供法律援助的刑事辩护案件，法律援助机构应当根据本地有关法律援助对象的经济条件的规定，于 3 日内分别情况作出决定。对符合条件的，作出给予法律援助的决定，并通知有关人民法院。

4. 对人民法院根据案情认为确需律师辩护、符合下列条件的案件，法律援助机构应于接受人民法院指定辩护 3 日内，通过律师事务所指派律师提供辩护：

(1) 被告人本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；

(2) 被告人本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿承担律师辩护费用的；

(3) 被告人因有与前两款相类似的其他原因没有委托辩护人的。

5. 接受法院指定的辩护律师征得刑事被告人同意后，即可依照刑事诉讼法的有关规定履行辩护职责。

### 第五节 律师的法律援助义务

实施法律援助首先是政府应尽的责任，但同时也是需要全社会共同努力的公益事业。律师作为专门从事法律服务的专业人员，理所当然要负起法律援助的责任，实施法律援助是律师应尽的义务。根据我国目前情况，参照国际上先进的法律援助制度，我们确定了在现阶段实施法律援助的主要依靠力量是律师，律师负有法律援助的义务。

#### 一、 律师的性质和职业特点决定了律师是实施法律援助的主要力量

律师是取得律师执业资格，以自己的法律专业知识，为社会提供法律服务的执业人员。其职业宗旨是维护当事人合法权益，维护法律的正确实施。这一性质和职业特点决定了律师在法律援助工作中负有特殊使命。

法律援助是指在国家设立的法律援助机构的指导和协调下，法律服务人员为经济困难或特殊案件的当事人给予减、免收费提供法律帮助的一项法律制度。可见，虽然法律援助是全社会应支持的公益事业，但并不是所有的人都可以直接实施法律援助。只有特定的法律服务人员才有资格具体提供法律援助。而目前我国法律服务队伍中，律师是主力军，从其队伍结构、人员素质以及业务领域和服务范围看，律师在整个法律服务体系中都起着至关重要的作用，绝大部分的法律事务都需要律师来提供服务。同时，从我国的诉讼案件审理情况看，介入各类诉讼案件、最有效地为当事人提供法律帮助的主要力量是律师。因此，律师是法律援助的主力军。

#### 二、 法律援助制度的产生和发展的事实表明律师是实施法律援助的主要力量

分析外国法律援助制度的产生和发展轨迹，可知律师与法律援助制度有着密切的联系。法律援助制度首先是在西方国家出现的，它是以国家法制的完备和律师制度的存在、发展为前提的。随着西方自由资本主义生产方式的发展，资产阶级革命的成功，“自由”、“平等”观念深入人心，给予穷人同等的司法保护不仅是当时社会理念的要求，而且是统治阶级维护社会稳定和自己的长远、整体利益的需要。特别是在“二战”以后，作为法律援助内容之一的取得律师帮助权，在各国宪法原则中直接地或间接地得到规定。最初，为穷人提供免费服务表现为一种律师自发的慈善和道义行为，随后，建立法律援助制度发展成为国家保障本国公民合法权益应尽责任。即使是作为国家的责任，也不过是由国家出资支持律师（专门的法律援助机构的律师和私人律师）为穷人提供法律帮助。律师始终是法律援助的具体实施者。

#### 三、 法律明确规定律师应当承担法律援助义务

《中华人民共和国刑事诉讼法》第 34 条规定：“公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。”可见，刑事诉讼法将律师作为“承担法律援助义务”的人。《中华人民共和国律师法》第 24 条规定：“律师必须按照国家规定承担法律援助义务，尽职尽责，为受援人提供法律服务。”从而明确将法律援助作为律师的一项义务，因此，律师在从事各项业务活动中，必须自觉履行法律援助的职责，为受援人提供优质的法律服务。

用法律规定律师的法律援助义务也是大多数国家共同的作法。

#### 四、 律师履行法律援助义务的具体形式

### （一）为法律援助资金提供资助

律师对法律援助资金提供资助有强制性资助和自愿性资助两种。强制性资助是指根据法律规定律师具有实施法律援助义务这一特殊性，在司法行政机关制定的有关《法律援助实施办法》中，明确规定律师必须向法律援助基金提供一定比例的资助。各地司法行政机关将根据《法律援助实施办法》和当地律师工作发展的实际情况，确定当地的律师法律援助资助标准。自愿性资助是指律师在提供了规定的法律援助资助以外，自愿提供更多的资金捐助。

### （二）为法律援助受援人提供法律服务

作为律师的一项义务，所有执业律师都必须从事法律援助事务。根据《律师法》第 42 条的规定，律师履行法律援助义务的形式是：“为受援人提供法律服务”。律师为受援人提供法律服务不仅要提供规定数量的无偿法律援助事项（律师提供法律援助不收报酬），而且还有义务提供有偿法律援助事项（即律师提供法律援助后可获得法律援助机构付给的报酬）。

## 第七章 律师的法律责任

### 第一节 律师的法律责任的概念

律师的法律责任是指律师在执业活动中，因为故意或者过失，违反有关法律法规的规定以及律师的执业纪律，损害了当事人合法权益，扰乱了正常的司法秩序，影响了律师职业的形象，导致律师须依法承担的民事责任、行政责任、刑事责任。

律师作为法律专业人员，必须遵守宪法和法律，恪守职业道德和执业纪律，勤勉敬业，维护当事人合法权益，维护国家法律的正确实施。从这个意义上讲，律师的法律责任是由特定的工作范畴所决定的行业责任，是对律师执业的一种特殊的法律要求，其主要依据是《中华人民共和国律师法》的有关规定。

### 第二节 律师的民事法律责任

《律师法》第 49 条规定：律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。律师和律师事务所不得免除或者限制因违法执业或者过错给当事人造成损失所应当承担的民事责任。

律师从事业务活动，是基于律师事务所与当事人签订的委托代理合同，这种委托合同建立的是一种民事代理关系。按照我国民法通则的规定，代理人因过错给当事人造成损失的，应当承担赔偿责任。因此，律师因过错给当事人造成损失的，律师所在的律师事务所应当承担赔偿责任。

#### （一）承担民事责任的主体

律师因违法执业或执业过错给当事人造成损失时，其赔偿的主体是律师事务所。按照律师法的规定，与当事人签订委托协议的是律师事务所，律师事务所在签订委托协议后，按照国家规定的律师业务收费标准收费。律师在执业活动中，只是接受律师事务所的委派去承办案件。当发生造成损失的事

实时，当事人只能向律师事务所要求赔偿。律师事务所依据律师法的规定和委托协议向当事人承担赔偿责任。律师事务所在赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿，这是律师事务所与律师之间的权利义务关系，与当事人不发生关联。

### （二）违法执业和过错行为的范围

违法行为主要是指律师有违反律师职业道德和执业纪律的行为。过错行为主要包括：（1）因超越委托权限给当事人造成损失；（2）遗失重要证据而导致无法举证或证据失效；（3）泄漏国家机密、当事人商业秘密、当事人个人隐私；（4）出具错误的法律意见书；（5）应当收集的证据，由于律师的原因而没有及时收集，而使证据湮灭；（6）由于律师的原因，使当事人失去诉讼时效；（7）律师玩忽职守，草率处理案件的。

### （三）赔偿的责任范围

律师因执业过错给委托人造成损害时，律师事务所应当退还收取的律师费，并赔偿当事人造成的直接经济损失。在赔偿时，国资律师事务所和合作律师事务所在本部的全部资产额的范围内承担民事赔偿责任，属有限责任；合伙律师事务所的合伙人，承担无限责任和连带责任，赔偿责任不受律师事务所资产额的限制，律师事务所的资产不足赔偿时，由合伙人的个人资产赔偿，一个合伙人的资产不足赔偿时，由其他合伙人连带赔偿，属于无限责任。

## 第三节 律师的行政法律责任

司法行政机关是律师工作的行政主管部门，依法对律师和律师事务所进行指导和监督，对于有违反执业纪律行为的律师和律师事务所，予以行政处罚。律师和律师事务所发生违纪违法的执业行为受到行政处罚时，就要承担相应的行政法律责任。

### （一）司法行政机关对律师行政处罚的种类

1.对律师的行政处罚。对律师违法违纪处罚的种类有：（1）警告；（2）没收违法所得；（3）停止执业；（4）吊销执业证书。

2.对律师事务所的行政处罚。对律师事务所违法违纪处罚的种类有：（1）责令改正；（2）没收违法所得；（3）停业整顿；（4）吊销执业证书。

### （二）实施处罚的机关

1.省、自治区、直辖市司法厅（局）或设区的市司法局可实施的行政处罚有：警告，3个月以上1年以下的停止执业，以及没收违法所得。

2.吊销律师执业证书的处罚由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门实施；必要时，由国务院司法行政部门实施。

3.对律师事务所违纪的处罚由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门实施；必要时，由国务院司法行政部门实施。

### （三）律师、律师事务所违纪的行为

1.律师应受行政处罚的违纪行为。按照我国律师法的有关规定，律师违纪行为有：（1）同时在两个以上律师事务所执业的；（2）在同一案件中为双方当事人或有利害关系的第三人代理的；（3）在代理活动中，与第三方恶意串通，侵害当事人合法权益的；（4）以诋毁其他律师、律师事务所或者支付介绍费等不正当手段，争揽业务的；（5）利用司法机关、行政机关或其他具有社会管理职能的团体的权力，对法律服务行业进行垄断的；（6）接受委

托后，无正当理由，拒绝辩护、代理或者不按时出庭参加诉讼、仲裁的；(7) 泄露当事人的商业秘密或者个人隐私的；(8) 私自接受委托，私自向委托人收取费用、收受委托人财物，利用提供法律服务的便利谋取当事人争议的权益，或者接受对方当事人财物的；(9) 承办案件期间，在非工作时间、非工作场合，会见承办案件的法官、检察官、仲裁员；向承办案件的法官、检察官、仲裁员以及其他有关人员请客送礼的；(10) 威胁、利诱证人，指使证人拒绝向对方当事人提供证据或者转移、隐匿、毁灭证据，以及以其他方式为对方当事人合法取得证据制造障碍的；(11) 扰乱法庭、仲裁庭，干扰诉讼、仲裁活动正常进行的；(12) 曾任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后2年内，违反规定担任诉讼代理人或者辩护人的；(13) 违反规定，携带他人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，或为犯罪嫌疑人、被告人传递信件、物品的；(14) 为阻挠当事人解除委托关系，威胁、恐吓当事人或扣留当事人提供的证据材料的。(15) 不履行法律援助义务的；(16) 其他违反法律、法规、规章规定的行为。

对于律师有下列违纪行为构成犯罪的，除依法追究刑事责任之外，同时应当给予吊销律师执业证书的行政处罚：(1) 律师泄露国家机密的；(2) 向法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿的；(3) 提供虚假证据，隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒重要事实的。

2. 律师事务所应受行政处罚的违纪行为。律师事务所的违纪行为主要有以下几种：(1) 变更名称、住所、章程、负责人、合伙人等事项，不办理变更登记，或者未经登记擅自设立分支机构的；(2) 以诋毁其他律师、律师事务所或支付介绍费等不正当手段，争揽业务的；(3) 不实行统一接受委托、统一收取费用制度的；(4) 违反国家关于律师事务所的规定，管理混乱的。

#### 第四节 律师的刑事责任

律师的刑事责任是指律师在执业活动中，因其行为触犯了刑法的有关规定，而应当受到的刑罚。按照我国律师法规定，律师有下列三种行为构成犯罪的，依法追究其刑事责任：

1. 律师泄露国家机密的。我国《刑法》规定，“国家工作人员违反国家保密法规，泄露国家重要机密，情节严重的，处7年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。非国家工作人员犯前款罪的，依照前款规定酌情处罚”。

《保守国家秘密法》规定：“违反本规定，故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，依照刑法的规定追究刑事责任。”全国人大常委会制定并公布的《关于惩治泄露国家秘密罪的补充规定》，也对此进行了规定。

2. 向法官、检察官、仲裁员以及其他工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿的。我国刑法明确规定了行贿罪和介绍行贿罪的情形和处罚；全国人大常委会也制定《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，对行贿罪的刑事责任作了重要的补充修改，不仅规定了三个处罚幅度，而且相应提高了刑期。

3. 提供明知其为虚假的证据，隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒重要事实。我国刑法明确规定了对辩护人、诉讼代理人妨碍司法罪的情形和处罚，规定触犯刑法的，处3年以下有期徒刑；情节严重的，

处3年以上7年以下有期徒刑，以保障诉讼活动的正常进行。

律师因故意犯罪受刑事处罚的，应当吊销律师执业证书。这是因为，有故意犯罪行为的人，就不再具备从事律师职业的基本条件。《律师法》第9条第2款对此作了明确规定。因此，律师故意犯罪的，必须立即清理出律师队伍，以保证律师职业的神圣和队伍的纯洁。

## 第二编 律师职业道德与执业纪律规范

### 第一章 概述

自1980年恢复律师制度以来，我国律师业取得了长足的发展，在社会主义法制建设中占据了重要地位。尤其在建设社会主义市场经济的进程中，我国律师业获得迅猛发展，多种形式的律师事务所纷纷设立，律师从业人员成倍增加，律师业务渗透到各个领域并融入到国际经济交往中。随着律师队伍规模的壮大，律师职业道德建设日益受到关注，为律师业自身、为社会所广泛瞩目，前者可以说是“硬件”建设、后者则可以说是“软件”建设问题。律师职业道德“软件”建设问题的重要性，是由律师业自身的特性所决定的。律师工作同司法等法律部门的工作相比，具有更广泛的社会性，尤需在“硬件”、“软件”两方面都加以完善才能获得普遍的社会认同与支持。因此，律师队伍的职业道德建设直接关系到律师业的兴衰成败，不加强律师职业道德建设，律师业就不可能有健全稳步的发展。

加强律师职业道德建设，相关制度、规范的建立是首要的基础工作。1990年11月12日律师行业的主管机关司法部第一次印发了《律师十要十不准》，以宣言的形式对律师职业道德建设的基本内容作了原则规定。1993年11月27日司法部正式发布实施我国第一部比较完整系统的律师职业道德规章——《律师职业道德和执业纪律规范》。1996年5月15日第八届全国人大常委会第十九次会议通过的《中华人民共和国律师法》第3条明确规定：“律师执业必须……恪守律师职业道德和执业纪律。”1996年10月6日，作为律师行业的自律性组织，负有行业管理职责的中华全国律师协会通过了新的《律师职业道德和执业纪律规范》（以下简称“《规范》”）。《规范》实现了律师职业道德的可操作性，形成了完整的职业道德与执业纪律规范体系，体现了律师行业自律性规定的性质。

#### 第一节 道德与职业道德

##### 一、道德

现代意义上的道德，是指社会用以调整人们之间以及个人与社会之间关系的行为规范的总和。人在本质上是社会关系的总和，人们在复杂的社会关系中生活，必然会产生各种矛盾和问题，这就需要有一定的规范或规则来约束人们的行为，调整人们之间的关系。道德就是以善和恶、正义和非正义、公正和偏私、诚实和虚伪等概念来评价人们的各种行为和调整人们之间的关系；通过各种形式的教育和社会舆论的力量，使人们逐渐形成一定的信念、习惯和传统而发生作用。

由于道德是社会关系的反映，所以不同的社会形态有着不同的道德观念

和道德标准。但同时道德也具有继承性，并不排除不同阶级之间，不同社会的道德之间，存在某些共同之处。有时候，传统道德的延续影响还是巨大的。

同时，道德还具有历史性，所以没有永恒不变的道德。随着经济基础的变更，属于意识形态的道德或早或迟地一定会发生变更。不同的社会形态都有与其相适应的道德规范体系。道德都是具体的，没有抽象的道德。

## 二、职业道德

职业道德是社会道德的重要组成部分，它作为一种社会规范，具有具体、明确、针对性强等特点。恩格斯说：“每个行业都各有各的道德。”每个行业之所以会有其特定的职业道德，主要是由于各种职业中同行间的人际关系及其与该职业外他人的关系都具特殊性，因而应当有调整这种特殊关系的特殊道德准则，作为社会道德在特定职业内的补充。不同职业道德的形成，都是各该职业的人们在从事自己本行业的长期实践中逐渐形成一些公认的衡量本职工作好坏和个人行为的标准，进而以此作为指导自己行为的规范。

可见，职业道德就是一定社会的道德原则和规范在职业行为和职业关系中的特殊表现，是从业人员在职业活动中应该遵循的道德规范以及应当具备的道德观念、道德情操和道德品质。或者说，职业道德就是从事一定职业的人们在其特定的工作中或劳动中应当遵守的行为规范的总和。

职业道德相比于一般的社会道德，主要特征是职业规范性更强。它往往被总结成若干条“戒律”，成为从事这一职业的人们从事有关业务活动所遵循的规则或纪律，违背了这些职业道德规范，除了要受到社会舆论的谴责之外，还要受到一些特殊方式的惩戒。正是通过这种具体的道德规范，才使得职业道德与法律一样，具有了可操作性和强制性。职业道德的另一个特征，是职业道德规范的内容往往与本职业的本质属性密切联系，体现了从事职业所必须遵循的一些规律。职业道德还有一个共同的作用，即都通过调整本职业人员在从事本职业活动的过程中与同行、与社会等各方面的关系，来维护本职业的共同声誉，促进职业的发达。正如医生从医须遵循医德、教师从教须遵循师德，律师在其职业活动中也必须遵循律师职业道德。

## 第二节 律师职业道德与执业纪律

### 一、律师职业道德、执业纪律的概念、特点

#### （一）律师职业道德、执业纪律的概念

律师职业道德，是指律师在执行职务、履行职责时应当遵循的道德规范。

律师是一种职业，律师在自己的职业活动中，除了遵守法律和社会公德以外，也要有自己的职业道德。但律师更是一种特殊的职业，律师职业道德是与律师对社会所负的特殊责任联系在一起的。律师通过向社会提供各种形式的法律服务，来维护当事人的合法权益、维护国家法律的正确实施，要做到这一点，他本身则必须是遵循法律和职业道德的楷模，因此社会对律师的职业道德方面的要求比对其他职业更为严格。同时，从律师职业的本质特点来看，律师进行职业活动具有高度的自主性，即律师的职业活动与法官、检察官等司法官员不同，他不是履行国家的职权，而是在委托人的委托和授权下，依据法律和事实为当事人提供法律上的帮助；律师为当事人提供法律服

务是依法执行职务，并不依附于任何机关和个人，甚至也要独立于当事人。律师职业的高度自主性以及律师在维护法律正确实施和保障公民基本人权方面所担负的重要责任，要求律师必须具有高尚的品德，能认真诚实地对待自己的职务，采取与自己的职业地位相称的自律行为。社会的要求和律师的自律要求逐渐演进、不断发展，形成了律师的职业道德，造就了影响律师职业最重要的规则。

律师的执业纪律，是指律师在执行职务、履行职责中必须遵守的行为准则。

律师的执业纪律是律师职业道德的具体化，即是律师职业道德被系统总结为若干条“戒律”后所形成的具体行为准则，律师在执业活动中违背了执业纪律，就会受到相应制裁。律师的职业道德和执业纪律是一个问题的两个方面，相辅相成，缺一不可。

## （二）律师职业道德、执业纪律的特点

律师职业道德、执业纪律反映了律师职业的精髓和实质，具有以下特点：

1. 职业性。律师职业道德的职业属性特征明显，它不像社会公德，人人必须遵守，它只为律师这个职业群体所遵守，并且只有律师把它作为自己的一种公共道德加以遵守。律师职业道德是社会公德在律师职业内的补充，表现为律师职业道德的制定或形成是以社会公德为基础，以律师的职业性质和职务活动的特点为根据，以律师的行为为调整对象。律师职业道德的适用范围是特定的，只对从事律师职业的人产生约束力。而所有律师，无论是专职、兼职，都处于律师职业道德的作用之下。

2. 自律性。律师职业道德从根本上说，它既不是由国家规定的，也不是由社会外部强加的，而是产生于绝大多数律师的意愿，由律师组织以团章章程的形式制定和表现，现行《规范》即是由中华全国律师协会制订通过的。律师职业道德是律师在长期的职业实践中形成，并以全体律师的自觉遵守为其执行方式。所以，律师职业道德在本质上是一种自律性职业规范。作为一种职业要求，律师职业道德反映了律师群体的精神，表明了从事律师职业的成员实行自我约束的要求和对个别律师危害职业声誉的不良行为的不容忍态度，这对于维护律师职业群体在社会中的良好形象是必要和有益的。

3. 现实约束性。违反律师职业道德，必受制裁。一方面，违反职业道德会受到社会舆论的批评和谴责，违反职业道德的律师的信誉和声望下降，业务活动受到影响，这可称为社会制裁。另一方面，由于个别律师违反职业道德的行为致使律师队伍整体的信誉受到损害，并危及律师职业的前途，对严重违反职业道德的律师，有关律师组织必对其采取必要的纪律制裁。所以，无论是社会舆论的批评、律师纪律的惩戒，都对律师违反职业道德的行为构成现实的、可以预见的否定，从而对律师产生约束。

4. 内部互补性。律师职业道德规范比较抽象、概括、原则，相应的作用范围也较宽，不仅仅限于律师的职业活动，而且对律师的一般社会行为也提出严格要求，同样具有约束力。而律师执业纪律规范的作用范围严格限于律师执行职务、履行职责的过程，范围较窄，且具体明确、便于操作。完整、健全的律师职业道德正是上述两个方面的良好结合。

## 二、恪守律师职业道德与执业纪律的意义

《律师职业道德和执业纪律规范》明确了制定《规范》的目的是“为维护律师的职业声誉，提高律师的职业素质，规范律师的执业行为，保障律师

切实履行对国家法制建设，对社会和公众所承担的使命和责任”，恪守律师职业道德与执业纪律的意义也正在于此。

### （一）它是中国律师业生存、发展的保障

任何一服务性职业的生存、发展，都需赖于外部环境的改善与扶持，但更重要的是职业自身要有强大的生命力来不断拓展生存、发展空间，以永葆职业的繁荣发达。而这种生命力只能源自职业群体整体的良好素质和声誉，反之素质低下、毫无声誉的乌合之众参与某个服务性职业，必然使该职业没有生存、发展的余地。就律师业这一特殊职业而言，强调这一点尤为重要。律师业是一种立足于向社会提供法律服务的职业，它必须仰仗于以职业群体的素质和声誉所充实的生命力自立于社会、自强于社会。不言而喻，良好的职业素质和声誉不会从天而降，而必须是职业自身有严格的职业道德与执业纪律以规范，职业群体成员都恪守职业道德与执业纪律。从律师业的历史观之，恪守职业道德、执业纪律与律师业的生存发展密切相关。英国古老的律师业自始强调职业道德与执业纪律，从中世纪历经数百年至今仍然强盛不衰；中国古代的“讼棍”“讼师”没有发展成为律师行业，除政治、社会、文化、历史诸方面的原因外，自身无职业道德与执业纪律可言，故此始终未曾有过稍好的生存和发展空间亦是一个原因。

我国律师业自80年代初恢复以来，队伍发展迅速。在数量增长的同时，极少数律师无视职业道德和执业纪律，片面追求经济效益，对当事人的委托事务玩忽懈怠，个别律师甚至违法违纪，以至触犯刑律的情况亦时有发生，严重影响了律师业的群体形象与声誉。因此，恪守职业道德与执业纪律是中国律师业面临的迫切问题，关系到律师业的生存与发展。只有恪守职业道德与执业纪律，中国律师业才能存在和发展。

### （二）它是实现律师宗旨的保障

任何一种服务性职业的存在都有其价值，都以实现其服务于人类的宗旨而证明其存在的必要性和合理性。如医生为救死扶伤的宗旨而存在，教师为教书育人的宗旨而存在，成为任何社会都不可或缺的重要职业。这一职业宗旨，须赖于该职业的全体成员都抱定此一宗旨，并同心同德地努力才能成就，这就须靠整齐划一的职业道德加以约束或支持。否则职业成员离心离德、我行我素，职业宗旨就难以实现。

律师业的存在也离不开其宗旨，相比其他职业而言，律师业的宗旨显得神圣而又艰巨。说其神圣，是指律师与法官、检察官等一样肩负“履行对国家法制建设、对社会和公众所承担的使命和责任”的宗旨；说其艰巨，是指对同样的宗旨，由于律师属于“在野法曹”，不可能通过行使公共权力来履行职业责任，因此，律师实现其宗旨要更为艰难。维护法律的正确实施，促进国家法制建设，维护当事人的合法权益，促进社会的文明和进步是律师神圣的宗旨，律师当然不能舍弃，否则就得不到社会和公众的承认和支持而无法存在。所以，纵然艰巨，律师业仍然要践行其宗旨，至于实现的艰难，则只能是付出加倍的努力、作更多的奉献。而要使每一个律师从业人员都做到这一点并不容易，这就必须倡导、同时也辅之以强制手段，使律师整体都恪守职业道德和执业纪律，从而保障律师宗旨的实现。

## 第二章 律师职业道德

《律师职业道德和执业纪律规范》主要规定了如下律师职业道德的内容：服务于社会主义事业和人民利益，忠于法律和事实，坚持真理、维护正义，道德高尚、廉洁自律，诚实信用、尽职尽责，保守执业秘密，同业互助、公平竞争，勤于学习、提高素养。

## 第一节 服务于社会主义事业和人民利益

《律师职业道德和执业纪律规范》第4条规定：“律师应当坚持为社会主义经济建设和改革开放服务，为社会主义民主和法制建设服务，为巩固人民民主专政和国家长治久安服务，为维护当事人的合法权益服务。”该条规定明确了律师服务的方向，即律师应服务于社会主义事业和人民利益，这是由我国律师是社会主义律师的性质所决定的。

### 一、服务于社会主义事业

律师要服务于社会主义事业，中心工作是要为社会主义经济建设和改革开放服务、为社会主义民主和法制建设服务、为巩固人民民主专政和国家长治久安服务。

我国目前正在大力建设社会主义市场经济，而市场经济从一定意义上讲就是法制经济，没有健全的社会主义法制为后盾，就没有良好的市场经济秩序。律师机构是市场经济的中介组织，律师在市场经济建立过程中的职能作用就是通过为社会提供广泛的法律服务，一方面，帮助企业实现经营机制的转换，使其在现代企业制度的支持下走向市场，并为其创造良好的外部环境；另一方面，直接从事于金融、证券、投资、信托、国内外贸易、保险、税收、知识产权、房地产开发等法律业务，直接服务于国家的经济建设。

我国律师业自恢复以来即致力于为改革开放保驾护航，今后仍应为改革开放服务。要为国家各项制度的改革、各项改革措施的实施提供配套法律服务；要为对外开放服务，积极办理涉外业务，既要努力维护中方当事人的合法权益，也要切实保护外商对华投资、贸易和经济技术合作中的合法利益，为对外开放创造良好的法律环境。

律师制度本身就是民主和法制的产物，律师要为民主和法制建设服务。要通过提供法律服务，保障公民参与国家管理的民主权利；要为政治体制改革提供法律服务，为建设社会主义民主政治出力，加快民主制度化、法律化的进程。要全方位地为法律建设服务，通过办理法律事务，提高立法、司法、执法、守法的水平，加强全社会的法律意识；更重要的是，要发挥其法律专家群体的作用，完善法律制度。

律师要为巩固人民民主专政和国家长治久安服务。改革和建设大业需要有稳固的国家政权和稳定的政治局面，要求律师通过提供法律服务，促进政府依法行政、依法办事；及时解决各种纠纷和冲突、化解矛盾，调解和密切政府和人民的关系，创立和维护长治久安的社会局面。

### 二、服务于人民利益

我国的律师制度，是国家专门设立的以法律服务为形式、向社会提供法律帮助、保证社会各方面成员充分行使自己的权利和保护自己合法权益的制度。律师法明确规定，律师的任务和职责，就是通过提供法律帮助，维护国家、集体的利益和公民的合法权益。这是律师服务于人民利益、维护当事人合法权益的法律根据。服务于人民利益与维护当事人合法权益是一致的。服

务于人民利益是总目标，而律师各项业务活动的直接目的，是维护当事人的合法权益。律师服务的本质特征和各项业务活动的核心问题是维护当事人的合法权益。律师背离了这项原则，就是对律师制度的否定。

维护当事人的合法权益是法律赋予律师的执业宗旨，体现了律师的特殊社会职能。因此，没有正当理由，律师不得拒绝当事人要求办理法律事务的委托。律师不应出于经济效益的考虑，只办标的大、收费高的经济案件，只想担任省时省力的法律顾问；而不愿受理“婆婆妈妈”的民事案件，不愿接办风险大、收费低的刑事案件，不愿处理琐碎的咨询代书业务等。律师应当担负起对有经济困难的当事人提供法律援助的义务，经济困难的当事人的合法权益同样应该得到维护。

律师作为当事人利益的维护者，必须正确区分什么是当事人的合法权益、什么是非法利益。我国律师与当事人之间是一种服务与被服务的关系，而不是简单的雇佣与被雇佣关系，律师不能无原则地迎合迁就当事人的不合法、不道德的要求。律师的业务活动，必须本着实事求是的精神，根据事实和法律维护当事人的合法权益。社会上确有少数律师为了个人利益竭力维护当事人的非法利益，这与律师的职责和职业道德是不相符的，必将受到纪律惩戒甚至被追究法律责任。另外，律师不能为维护当事人的利益而不惜采取一切手段，而必须是在法律赋予的权限范围内，通过合法方式或途径去维护他们的合法权益；而不得采取非法手段，或者以损害国家、集体及他人合法权益的手段去为当事人谋利。

律师维护当事人的合法权益，必须尽职尽责，不能不负责任、敷衍了事，或屈服于外界压力而放弃职责。律师接受当事人委托后，不能随意中止或解除委托关系，即使有正当理由须解除委托关系，也应提前告知当事人，使其能另行委托律师。必须强调，律师在接受当事人委托后，不得有任何损害当事人合法权益的行为；尤其不能为了自己的私利，而从事损害当事人合法权益的行为，否则必受纪律惩戒或承担法律责任。

## 第二节 忠于法律和事实

《律师职业道德和执业纪律规范》第5条规定：“律师应当忠于宪法和法律，坚持以事实为根据，以法律为准绳，严格依法执业。”《律师法》第3条也规定：“律师执业，必须以事实为根据，以法律为准绳。”以事实为根据、以法律为准绳，是实事求是的思想路线和工作作风在司法工作中的具体体现，是一切司法工作必须普遍遵循的基本原则，也是律师业务活动的基本原则。忠于法律和事实，是律师重要的职业道德。

### 一、忠于法律和事实的含义

#### （一）以事实为根据

以事实为根据是指律师进行业务活动要忠于事实真相，立足于客观事实，使自己的全部业务活动都建立在有充分可靠证据证明的客观事实基础上。这就要求律师一方面要坚持实事求是的工作作风，深入调查研究，搜集证据、探究事实，而不能以主观想象代替客观事实，有时候往往是一个关键的证据决定案件的成败；另一方面，要坚持工作原则，不能为了迎合当事人的需要或是屈服于外部压力而歪曲事实真相。事实是判断是非曲直、合法与违法、罪与非罪以及违法犯罪程度的客观根据。离开了事实和证据，就失去

了认识事物真相的基础，就会给人民的利益和社会主义法制带来危害。

以事实为根据，要求律师的业务活动，应当全面、客观地考察案件事实，提出确凿、充分的意见和材料。但也存在由于客观条件的限制，诸如现场遭破坏、证据灭失等原因，使得案件事实无法查清的情形。这时，律师可以以“没有一定事实”为根据，指出有关证据不充分、不确实之处，指出矛盾所在，提醒有关部门注意可疑之处，发挥律师对有关机关的监督和制约作用，以协助有关机关准确认定案情，做到不枉不纵。

## （二）以法律为准绳

以法律为准绳，是指律师进行业务活动，必须以国家现行有效的法律规定为标准。它要求律师一方面要准确理解有关法律的精神实质；另一方面要在律师业务活动中正确贯彻法律，而不能屈从于外部压力，违背法律，也不能故意曲解法律以满足委托人的利益。随着社会经济的发展，国家制订的法律法规越来越多，这就要求广大律师必须不断学习钻研法学理论，造就深厚的法学功底，这样才能胜任维护当事人合法权益、维护法律正确实施的职责。

以法律为准绳，要求律师在业务活动中以国家现行有效的法律为衡量是非曲直的准绳。但是有时候也会有无法可依、没有法律可作准绳的情形，因为目前国家的立法还未达到尽善尽美的水平，还有立法滞后于社会生活的状况。这就要求律师以高度的法治观念和深厚的法学素养，协助司法机关在没有法律规定的时候做好一案一事的审判工作，为以后的完善立法打下富有启示意义的实践基础。

## 二、忠于法律和事实的意义

忠于法律和事实，作为律师职业道德，有两点意义：

其一，忠于法律和事实虽然是司法工作所应遵循的普遍原则，但就律师职业而言，则是强调我国律师职业的一切业务活动都不是纯粹为委托人谋私利，而是从维护委托人合法权益的角度出发，在客观事实的基础上，保证国家法律的正确实施。

其二，忠于法律和事实，表明了对律师业务活动的质量要求。一方面，要求律师在任何时候都能够坚持原则，尊重事实、依法服务，为司法机关的正确裁判提供参考意见和材料，只有坚持以事实为根据、以法律为准绳，才能使律师工作树立和保持权威性；另一方面，律师的工作要做到以事实为根据、以法律为准绳，就必须努力学习，刻苦钻研业务，在业务实践中不断地充实、提高自己的执业水平。

## 第三节 坚持真理、维护正义

《律师职业道德和执业纪律规范》第6条规定：“律师应当忠于职守，坚持原则，维护国家法律与社会正义。”该条规定强调了律师应具有坚持真理、维护正义的职业道德。

### 一、坚持真理、维护正义的含义

坚持真理、维护正义是体现律师执业特点的重要职业道德，其核心是律师要坚持依法独立执业的原则，抵制和排除非法干预，以忠实维护国家法律与社会正义。

首先，律师应当严格依照法律执行职务。律师从事业务活动，只对事实和法律负责，只能依照事实和法律独立地进行业务活动，不受任何机关、社

会团体和个人的不法、不当干预和影响。对于这些非法干涉，律师应坚决抵制和排除，一则《律师法》已规定，“律师依法执业受法律保护”，有关诉讼法和实体法也都赋予律师依法独立执业的权利，律师有权同各种非法干涉进行斗争。二则绝大多数的非法干涉实际针对的是律师所维护的当事人的权益，如果律师在非法干涉面前逃避、退让，则当事人合法权益必受损害，这不仅有悖于律师职责也为律师职业道德所不容。律师应只认法律和事实为真理，以维护当事人合法权益为正义，为坚持真理、维护正义勇往直前。

律师应当区分正常的指导、监督与非法干涉的界限，律师依法执业并不排斥有关部门的指导和监督，二者是统一的并不是对立的，及时、必要的指导和监督，有助于保证律师事业的发展不偏离正确的方向，有助于律师事业的健康成长。因而在坚决反对少数人以所谓“领导指示”、“多数人意见”为借口非法干涉律师独立执业的同时，也强调律师应该接受正确的指导和监督。

其次，律师坚持依法独立执业，除了不受各种非法干涉、独立于权力外，还应保持经济利益上的独立性。随着社会主义市场经济的建立和运行，律师越来越多地参与经济事务的决策、管理，如证券上市发行，公司股份制改造等。律师事务所作为市场中介法律机构，应当保持其独立性和公正性，但由于发行股票、证券等经济行为涉及众多的利害关系，律师机构及律师从业人员难免牵涉于其中，难免受到当事人及个人利益的影响而不能独立地作出判断和决策。此外，律师的从商行为也比比皆是，难免在自身商业利益受到冲击时淡化对委托人利益的关注。因此，律师职业道德强调律师要保持经济上的独立性，以保证律师真正依法独立执业。

## 二、坚持真理、维护正义的意义

律师担负着保障人权、维护法律正确实施和社会主义的职责与使命。但是，由于人治和法律虚无主义观念的影响，一些人对律师工作仍然存在着误解、偏见，对律师依法执业构成阻碍；并且现实的立法、制度并不健全，律师依法执业的保障并不充分，有时对律师执业还设置不应有的限制；再加之个别领导干部、司法人员素质不高，滥用权力横加干涉律师工作，所以律师执业依然面临着阻力和危险。如有的律师受到不公正待遇；有的律师的法律地位得不到应有的尊重，正确的意见得不到采纳；甚至有的律师因为仗义执言、依法抗争而受到打击报复，或被对方当事人伤害人身、或被司法机关错误地拘禁、判刑、追究刑事责任。所以，律师执业之路充满艰辛和坎坷，但是我们别无选择，不能畏缩不前，而必须以自己的作为冲破羁绊，“做舍身护法、为民请命的中国人的脊梁”，以推进法治和律师事业的发展。所以，律师职业道德把律师坚持真理、维护正义放在重要的位置上。

## 第四节 道德高尚、廉洁自律

《律师职业道德和执业纪律规范》第7条规定：“律师应当道德高尚，廉洁自律，珍惜职业声誉，保证自己的行为无损于律师职业形象。”《律师法》第8条把“品行良好”规定为申请律师从业者的条件之一，品行修养则当然是律师职业道德强调的重要方面。

### 一、道德高尚、廉洁自律

高尚、廉洁是律师品行修养的核心，是律师必须具备的品质。高尚、廉

洁是司法界的传统道德，律师业肩负保障人权、维护法律与正义的神圣使命，也有此道德要求。社会把律师业视为崇高的职业，并不在于此职业的高收入，而在于此职业群体所具有的高尚、廉洁的高水准品质及在此品质保障下对社会所作的卓越贡献。高尚、廉洁的职业道德要求律师正确处理好执业的付出与收入，正确处理好职责与金钱、名利。

高尚即清高，一个高尚的人应当是乐于奉献、不计较个人得失的人。一个高尚的律师，就要求他以奉献的精神对待职业，而不计较执业中的得与失。这也是由律师业本身所决定的，律师以向社会上的当事人提供法律服务为职业，当事人在一定意义上可以说是“弱者”，他们的利益受侵害、权利受到不公正对待，他们需要律师的帮助以讨回法律上的公正。所以从事律师业者就不能把提供法律帮助、维护当事人的合法权益看成是必须有当事人支付对价的交易，而应看作是应尽的职责和义务，作更多的奉献。否则，就无法想象专门针对经济贫困者的法律援助事业能够存在并持续发展，法律援助就是靠着律师的奉献支撑。奉献，意味着付出的更多、收入的更少，遭致物质、精神上的损失、甚至是身体和生命的代价。一个道德高尚的律师应该是这样讲奉献、不计代价的“护法卫士”。

廉洁即清廉，一个廉洁的人应是不重金钱、名利，不会被金钱、名利左右生活原则的人。一个廉洁的律师，就要求他不以金钱、名利为执业的出发点，不片面追求经济利益和名声名望。现代律师与古代讼棍的区别之一在于执业动机是否为一个“利”字，讼棍是“挑唆人兴讼从中谋利的人”，专门为了谋利。律师业从来不曾归属于商业，就注定其不具有谋利性。且律师业所提供法律服务的成果除了经济案件可用货币衡量，其他的都是一种综合的社会效益，无法用简单的经济方法来计算成本收益，也决定了不能用经济效益来评定律师业的价值。所以，律师业不应与“利”字挂钩。律师应固守廉洁，否则，律师都利字当头，承办法律事务优先考虑自己的利益得失，置当事人的合法权益和国家法律于无足轻重的位置或根本弃之不顾，如何实现所承担的职责使命？如法律援助等对个人根本就是无利可图的，又该由谁担当？只有树立廉洁的道德观，才能解决上述问题。

倡导高尚、廉洁的职业道德，是当前中国律师业面临的迫切问题。受市场经济大潮的冲击，一些律师经受不住考验，完全背离职业宗旨和道德，“形同讼棍”，惟利是图：或看钱办事，不给钱不办事；或私下收费，违规超标收费；或不择手段揽案源；或对当事人极尽敲诈勒索之能事……一个目的，只为营利。这一现象使律师业的形象受到指责、并易导致公众对律师业产生不信任的心态，这对正处于起步阶段的中国律师业无疑是自毁长城。为此，必须严格制度、纪律，对那些违纪违法的律师予以整肃和清理，务必重铸高尚、廉洁的律师职业灵魂。

当然，倡导高尚、廉洁的职业道德与律师正常的业务收费并不矛盾。我们不是说高尚、廉洁的律师就不应收费了，相反，正常、合理的律师收费是必要的，正常、合理的业务收费是律师业生存和发展的基础，尤其是在律师制度改革，国家不再核拨经费，律师事务所实行自收自支以后。关键是如何确定和掌握合理的收费标准。

## 二、珍惜声誉、维护形象

道德高尚、廉洁自律是对律师内在品行修养的要求，珍惜声誉、维护形象则是对律师外在品行修养的要求。珍惜声誉、维护形象的职业道德要求律

师以保持尊严的精神从事活动，其行为必须是增进而不是减损律师的声誉和形象。律师是“正义的使者”，在社会上享有崇高的声望，在西方国家甚至被尊为是“贵族职业”，公众心理普遍对律师业有着很高的期盼，律师整体就应始终保持一种与之相称的职业声誉和形象，赢得公众的信任和信心，律师业才能保持这一社会基础而获得顺利发展。相反，如果律师声誉不佳、形象低下，则当事人如何能放心把维护自身权益的重大任务托付于他们呢？而当律师失去了当事人，也等于失去了自我。声誉和形象是律师的“面子”，须时刻加以维护。

在一些律师制度发达的西方国家，珍惜声誉、维护形象早已融入律师的职业道德意识，体现于日常行为中，如律师的名片可以写什么，不可以写什么，律师在电台电视台等公共传媒上说什么、不说什么，律师事务所的招牌做多大，都自有规矩和尺寸。我国律师业自恢复以来，对珍惜声誉、保持形象的职业道德重视不够，并未真正树立这种道德意识。尤其是在近几年的市场经济大潮中，律师业的发展也出现了竞争，一些律师根本就不顾及职业声誉和形象，为获得委托不惜采取欺骗手段、为赢得案子而主动给法官送礼行贿等，有些律师变成“黑律师”，被贬称为“骗子”、“皮条客”，使律师业整体的声誉和形象大受损害，严重影响了律师业的健康发展。对此要以律师执业纪律予以惩戒和处罚，但关键是律师业整体必须恪守珍惜声誉、保持形象的职业道德。

## 第五节 诚实信用、尽职尽责

《律师职业道德和执业纪律规范》第8条规定：“律师应当诚实信用、严密审慎、尽职尽责地为当事人提供法律帮助。”该条是关于律师为当事人提供法律帮助应恪守的道德规范的规定。诚实信用、尽职尽责本为民法上委托合同关系中代理人办理委托事务应履行的义务，在律师与当事人这一特殊的委托合同关系中，就不单单是视作律师作为代理人应履行的义务，更是律师本应具备的职业道德要求。

### 一、诚实信用

诚实信用，是民法指导民事主体进行民事活动的基本原则，原本是一种约束人的行为的道德规范，而这一道德规范能够上升为法律原则，可见诚实信用对一般人而言都是一种道德和法律上的要求，更应成为律师的职业道德。

诚实信用，要求律师本着公平、真诚与恪守信用的精神为当事人提供法律服务，贯穿于提供服务的全过程。首先，是律师在接受当事人委托时即应有善意的心理状况，是真诚的承诺将为当事人提供服务。此前，他应对当事人所委托的法律事务有清晰的理解和准确的把握，自己是否有能力胜任该项法律事务；律师还应对该法律事务的工作量作出预计，保证自己有充分的时间和精力去办理该项法律事务。而不能不顾自己的能力和工作安排，对当事人的委托来者不拒，作出自己无法兑现的承诺；更不能恶意地欺骗当事人，骗取当事人的信任而委托其办理法律事务。其次，是律师在接受当事人委托后应自觉履行委托合同，信守诺言，积极主动地完成法律事务的方方面面，维护当事人的合法权益。此外，诚实信用还要求律师在办理委托法律事务的过程中，不得擅自撕毁、中止合同，解除委托，以免使当事人的利益受到不应

有的损害；以及不滥用委托人授予的权利，不超出委托人委托范围从事活动等等。

## 二、尽职尽责

尽职尽责，要求律师勤勉服务。律师应代表委托人的利益处理法律事务，必须采取一切合法的、合乎道德的方法维护其委托人的利益，必须尽最大努力热忱地为委托人的利益工作。律师并应在提供服务的过程中不受自身及其他因素的影响，以使每一法律事务都能得到适当处理，当事人的利益得到全面地维护。

尽职尽责，要求律师有效率地工作，不得拖延。委托人的利益常受时间的推移及事态的变化影响，有时能否迅速、及时地处置往往就是案件胜败的关键。比如，由于律师延误了起诉时间，超出时效的规定，当事人胜诉的可能性就毁于一旦。而即使委托人的利益并没有受到实质性的影响，不适当的拖延也会引起委托人不必要的焦虑和削弱对律师的信心。总之，“迟到的正义为非正义”，当事人的利益应无延误地得到维护。

尽职尽责，要求律师恪尽职守，不得敷衍马虎。律师对待委托人的法律事务，应是急委托人之所急、想委托人之所想，充分体现委托人的保护人的身份角色。对每一法律事务作精心的准备是律师尽其职责的出发点，而不能以自己是该领域的行家老手而疏忽其事，在采取每一行动前都应深入地调查，周详地论证，严密地计划，而后审慎地付诸实施，对各种有利不利因素都采取正确的对策，务使每一法律事务都得到圆满的处理。

律师纵然是法律的专家，但如未能尽其职责，必使当事人的利益得不到满意的维护而遭致诟病，因而律师应恪守尽职尽责的职业道德。

## 第六节 保守职务秘密

《律师职业道德和执业纪律规范》第9条规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、当事人的商业秘密和当事人的隐私。”《律师法》第33条也作了基本相同的规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。”可见，保守职务秘密既是律师的法定义务，也是律师必须恪守的基本职业道德。

### 一、保守职务秘密的含义

律师保守职务秘密，系特指律师在执业过程中所获悉的秘密事项，无论来源如何，均属于职务秘密的范围；律师对此承担保密的义务，未经委托人许可，不得以任何理由向任何人泄露。反之，与律师执行职务无关者，则概不属律师职务秘密范围。所谓“秘密”，是指具有隐秘性质，当事人对它不被泄露具有精神或物质上的利益，包括能给当事人带来商业利益的商业秘密和当事人个人的隐私，国家秘密则依国家保密法的规定。所谓“保守秘密”，是指保卫、守护和不泄露秘密，律师在主观方面要有保密观念，客观方面要有保密的措施和纪律，保障职务秘密不被他人获悉，包括在一定条件下受调查时仍有就保密事项拒绝作证的权利和义务。

### 二、保守职务秘密的意义

由于律师职业本身的特殊性，加上法律赋予律师的权利，使得律师在执业过程中接触秘密的可能性很大，涉及秘密的范围也很广泛，因而律师遵循保守职务秘密的职业道德就意义重大。

律师保守职务秘密，首先，是为了保护委托人，因为如果律师擅自将委托人的秘密泄露出去，极可能使委托人遭受物质和精神的损害，比如律师将委托人加以保护的专有技术泄露出去被他人采用给委托人造成经济损失等，都会使委托人陷入困境。其次，是为了保护律师职业活动的顺利进行和律师信誉，保护律师业自身。因为律师与当事人之间的关系是一种委托关系，而这种委托关系的基础就是相互信赖，这种信赖，是律师得以开展业务活动的基础和前提。只有当事人对律师充分信任、毫无保留地提供有关情况，律师才能全面获知有关事实真相，才能充分施展其业务技能，运用法律手段维护当事人的合法权益。如果律师不能保守当事人的秘密，当事人对律师的信任就会遭到破坏，律师与当事人之间委托关系的基础就不存在，就没有人再愿意委托律师。此外，律师保守国家秘密，则是律师依法为保护国家利益所负担的义务。

保守职务秘密的例外。律师保守职务秘密，目的在于维护当事人的合法权益，并促进律师与其当事人之间建立一种相互信任的关系，但律师不得利用其职务上的便利协助当事人实施违法犯罪行为。因此，对于当事人提供的预谋违法犯罪的情况，律师即不能为其保密。另外，如果当事人错误地控告律师，而律师又只能根据与职务秘密有关的材料反驳当事人的控告，则律师对这些材料也不须保密。

## 第七节 尊重互助、公平竞争

《律师职业道德和执业纪律规范》第10条规定：“律师应当尊重同行，同业互助，公平竞争，共同提高执业水平。”尊重互助、公平竞争是律师处理同行之间关系的基本职业道德，要求律师应以谦恭、友爱和公平为准则，强调尊重、互助和公平竞争。律师应遵循此共同的准则和共同的立场，使这种“类似一家人的同行友爱”，充分体现在每一成员的职业活动中，也要体现在处理与其他成员的关系之中。

### 一、尊重互助

我国律师具有共同的理想和事业，肩负同样的职责和使命。因此，律师应遵循同行为友、真诚相待、互相尊重、互助协作、相互促进、共同提高执业水平的关系准则和职业道德。

#### （一）尊重同行

尊重同行是同业互助的基础和前提。同行间应互相尊重，而不应同行相轻，这是律师对于职业整体负有的道德义务。律师业是享有崇高地位和声望的职业，人们对律师的期望值很高，希望律师在人格及其他方面都很崇高，如果律师同行之间都不能互相尊重、而是相互攻讦、拆台的话，其在公众心目中的地位就会一落千丈，不再受到尊重，而且这也影响整个律师界的声誉，最终影响律师业的发展。

尊重同行，要求律师不得怠慢、诽谤同行。不得故意抬高和标榜自己、贬损和诋毁其他律师，更不得用不正当手段损害对方律师的威望和名誉。在所有言行中，都应注意维护同行的声誉。

尊重同行，要求律师尊重其他律师依法执业，不得予以干涉和轻视。首先，律师在接受委托时，必须确信没有任何同行承担此案后才能接受。如果律师接替一位同行曾经受理过的案件，他必须核实那位同行是否与此案已无

关系，相反以任何方式介入其他律师正在受理的案件都是不允许的。此外，如果委托人希望其他律师参加本案时，律师不得以任何理由加以反对。其次，律师在接受委托后，不论是在诉讼还是非诉讼活动中，不能只顾维护委托人的利益而采取非法的、不正当的手段妨碍对方律师依法取得证据，或是唆使、暗示当事人刁难、侮辱对方律师等等。

尊重同行，要求律师之间应谦恭有礼，避免以失礼和中伤的话对待同行。尤其是在同一诉讼案件或非诉讼谈判中代理不同当事人的双方律师，更要讲究礼貌礼节，要从维护当事人合法权益、维护国家法律正确实施这一共同职责出发，为合理合法解决问题相互配合。而不应在法庭上或谈判中相互攻击，对对方横加指责、视同冤家。即使在己方完全有理的情况下，也应做到尊重对方，讨论和辩论有理有节，不能得理不让人，使对方律师陷入难堪的境地。

## （二）同业互助

同业互助，要求律师之间加强团体合作精神，共同增进律师业整体的进步。

同业互助，要求接受共同代理的律师尊重当事人的选择和服从律师事务所的指派、密切配合，互相明确分工和责任，彼此谦让、团结，协同办理好法律事务。在共同代理活动中，律师之间对委托事项或解决方案常会有不同看法和意见，对此不同看法和意见律师间应共同分析研讨，尽可能提炼出正确的意见和最佳方案。如果仍然存在分歧，则应将分歧事实告知当事人，阐述各自的观点和利弊，供当事人自由选择。律师要以共同的责任为重，精诚团结，自己意见未被采纳的律师应尊重当事人的决定，配合同事继续履行职责，而不应消极怠工；意见被采纳的律师亦不应自以为是，看不起同行，轻视同行提出的合理建议和同行的协助作用。

同业互助，还要求律师之间加强团结协作。律师异地办案，当地律师应协助解决在调查取证、收集地方法规资料、交通、生活等方面的困难。律师之间应增强经验和信息的交流、共享、互通有无，而不应搞封闭、垄断。律师全体在争取执业权利、保障合法权益不受侵犯的共同重大问题上更应加强协作，共同维护自身的合法权益。

## 二、公平竞争

公平竞争是律师之间竞争的标准方式。随着我国社会主义市场经济的建立，律师介入市场经济活动也就不可避免地存在着竞争。市场经济的发展又进一步把律师和律师事务所推向了市场，律师体制改革使绝大多数律师事务所成为独立核算、自收自支、自负盈亏的事业单位，因此律师之间、律师事务所之间为了各自的利益就必然产生竞争。此外，由于律师队伍、律师事务所数量的迅速发展和增加，又加剧了竞争。律师业的竞争有其积极意义，它能促进律师业的发展，也有利于大众。因为存在着竞争，为避免被市场经济所淘汰，律师必然会致力于提高自己的素质，办理好自己的业务，客观上促进了律师业的发展。另一方面，由于存在着竞争，消除了垄断，当事人就可以自由选择能更好地保护自己合法权益的律师，从而更有利于大众。

律师之间的竞争应是公平竞争、良性竞争。公平竞争是指律师在开展业务中遵守诚信原则而进行的公开、平等的竞争；反之，则是不正当竞争。律师之间的公平竞争，根据其职业特点多表现在服务效率、服务质量、服务态度和社会信誉等方面的竞争；而不正当竞争，多反映在拉案源、挖人才、价格竞争、广告宣传等方面。我们应该承认在市场经济中律师面临的竞争，并

且提倡公开、平等的竞争，通过这种竞争促进律师业务水平和律师整体素质的提高；应坚决反对贬低别人、抬高自己，惟利是图、损人利己，弄虚作假、互相拆台的不正当竞争。倡导律师之间的公平竞争，就必须反对和制止不正当竞争。司法部于1995年2月20日发布了《关于反对律师行业不正当竞争行为的若干规定》，《律师法》第24条也规定：“律师事务所和律师不得以诋毁其他律师或者支付介绍费等不正当手段争揽业务。”因此，律师应恪守公平竞争的法律责任和职业道德。

## 第八节 勤于学习、提高素养

《律师职业道德和执业纪律规范》第11条规定：“律师应当敬业勤业，努力钻研和掌握执业所应具备的法律知识和服务技能，注重陶冶品德和职业修养。”律师只有具备扎实的业务功底和高度的职业素质，才能胜任其职责使命，因而勤于学习、提高素养也是律师的基本职业道德要求。

### 一、勤于学习

律师要实现维护法律正确实施和维护当事人合法权益的任务，必须具备相当的业务知识和技能。业务知识和技能的水平，在一定程度上决定着律师提供法律服务的质量。所以，一个出色的律师其知识结构必须是高水平、多层次的，必须是日积月累地勤于学习才能提高其业务知识和技能。

随着市场经济和法制的同步发展，法律调整的经济关系和社会关系更加多样化和复杂化，需要律师提供法律服务的领域更加广泛，专业化、国际化服务的要求越来越高。同时，法律服务领域的竞争这一优胜劣汰的过程，也要求律师必须具有高层次的专业知识和技能才能立于不败之地。实践表明，停留于原有水平的律师是难以适应市场的变化和要求的，而富于专长的律师则很受欢迎，他们最具竞争力，是真正的专家。

律师学习和提高业务知识和技能，除了掌握坚实的法学理论知识，还必须了解日益发展的科学知识，具备较高的文学修养，善辩的口才和科学的思维方式，并注意在实践中不断提高自己的应变能力。律师只有不断提高业务知识和技能，才能使法律服务工作在更广的范围和更深的层次上开拓和发展，为律师业自身开创更为广阔的空间。

### 二、提高素养

律师整体素质的提高，不仅仅是在业务知识和技能方面，还要注重陶冶品德和职业修养。律师除了要注意培养高尚、廉洁的内在品质，还要注重自身外在修养。

注重外在修养也是由律师职业自身所决定的，外在修养与形象息息相关，一个高层次的职业必然要求有极佳的形象。律师自身外在修养的基本标志是律师在日常执业中的文明、规范的言谈、端正的举止和整洁仪表。律师外在修养的基本要求是语言文明、精确、规范，举止端庄、颇具风度，仪表整洁、质朴大方，显示一流的气质和风貌。这就要求律师在日常生活中要摒除一切恶习，刻意修为。

从职业道德的角度对律师提出外在修养要求，其目的是维护律师职务的严肃性和律师在公众心目中的良好形象。人们通过律师的言谈举止等外在修养的表现，就可以体察到律师的道德品质如何，从而得出律师是否可以信赖的一般性结论。这不仅是律师的个人素质问题，也是律师业整体的形象问题。

所以，律师应注重自身素养的提高。

### 第三章 律师职业纪律规范

律师的执业纪律是由律师协会制定的，旨在规范律师执业活动的行为准则。司法部于1993年曾颁布过《律师职业道德和执业纪律》。中华全国律师协会在此基础上，根据1996年5月颁布的《中华人民共和国律师法》的规定，于1996年10月制定和通过了《律师职业道德和执业纪律规范》。该规范中，规定律师执业纪律的内容共4章25条，涉及律师在执业机构、在诉讼与仲裁活动、与当事人的关系、与同行的关系，是律师执业必须遵守的行为准则。

#### 第一节 律师在其工作机构的纪律

##### 一、律师应当遵规守制，必须遵守工作纪律和规章制度

根据律师法的有关规定，律师执业纪律规定，律师应当遵守司法行政部门制定的律师工作规章和律师协会制定的行业规范，必须遵守工作纪律和规章制度。根据上述规定，律师遵规守制应当有三个方面的内容。

##### （一）律师必须遵守司法机关颁布的规范律师工作的行政规章

司法机关是政府监督、指导律师工作的主管部门，为了有效地进行监督和指导，司法部根据律师法和有关法律的规定颁布了规范律师工作的行政规章。至目前，这些规章包括律师资格考试、律师资格的审核与授予、律师执业证的申领、律师事务所的申办和登记及律师执业违纪违法的处罚，制定这些规章是为了设立统一的执业条件和有序的法律服务市场，要进入律师队伍，要进入法律服务市场，要有序进行执业的竞争就必须遵守司法行政部门制定的行政规章。

##### （二）律师必须遵守律师协会制定的行业规范

律师协会是律师的自律性社会组织。律师协会为规范律师的执业行为，要颁布自律性的行业规范以约束业内从业人士，维护行业的信誉和形象。如颁布《律师职业道德和执业纪律》。律师是律师协会的会员，作为会员有义务遵守协会颁布的行业规范。

##### （三）律师必须遵守工作纪律和规章制度

这条纪律包含两个方面的内容：一是律师执业涉及的一些场所的纪律和规章制度，如律师到监所会见被告人或到法院查阅案卷材料，就必须遵守监所或法院制定的工作纪律和规章制度；二是执业机构的工作纪律和规章制度。律师事务所是律师的执业机构，要组织律师开展业务，学习法律和政策，总结和交流经验，要使律师事务所有效有序地运转和开展上述工作，就必须制定相应的工作纪律和规章制度，如统一的收案收费制度，业务案卷归档制度，律师事务所的工作纪律等，律师作为律师事务所的成员，为了律师事务所的存在与发展，必须遵守律师事务所制定的工作纪律。

律师必须遵守行政规章、遵守行业规范、遵守工作纪律和规章制度，既是律师行业存在的外部要求，也是律师行业发展的内在要求。从外部要求看，律师如不能严格遵守行政规章和行业规范，违章违规行为不断，则必然破坏法律服务市场的正常秩序和损害律师行业的信誉。从内部要求看，律师如不遵守工作纪律和规章制度，各行其是，律师执业的律师事务所就无法正常运

转，同时，还会产生诸多争议。作为法律服务业的律师业在外乱市场和损害信誉，内乱执业机构和无序竞争的状况下，不仅难以发展，而且连行业的生存也会遇到极大困难，所以，律师必须严格遵纪守法。

## 二、律师不得私自收案、收费及收取额外礼酬

根据律师法的有关规定，律师职业道德和执业纪律规定，律师不得私自接受委托承办法律事务，不得私自收取费用、额外报酬或财物。这一规定应包括以下几方面内容：

1. 律师不得私自接受委托承办法律事务。律师开展业务应以律师事务所的名义统一接受委托，以律师事务所的名义签订委托协议而不是以个人名义接受委托。律师可以个人身份与当事人协商委托的法律事务，但不能以个人名义私下接受委托、签订协议。

2. 律师不得私自收取额外报酬或财物。一般情况下，当事人交代理费应直接交给律师事务所，律师不直接向委托人收取费用。如果是当事人委托律师代交费，律师应将代收的费用及时交给财务人员，并办理有关手续。律师在当事人交纳代理费之外，不能收取额外报酬或财物。

律师不私自收案、收费，不得收取额外报酬或财物有很积极的意义。一是有利于维护当事人的合法权益。由律师事务所统一收案，律师事务所可根据案件的情况和特点，选择本所最适宜承办此项业务的律师负责承办当事人委托的法律事务，在律师因执业过错给当事人造成损失时，当事人可依据律师法的有关规定，要求接受委托的律师事务所负责赔偿损失。而如果是律师私下接案而在承办过程中因过错给当事人造成损失的，律师事务所因未与当事人签订委托协议，因此，对律师私下收案办案给当事人造成的损失不承担赔偿责任。二是有利于执行收费标准。律师不私自收费而由律师事务所统一收费并出具收费手续，有利于各方面监督收费情况和执行收费标准。三是有利于稳定律师事务所的内部关系。律师事务所开展工作的所有成本支出及纳税支出要从统一的收费中扣除，如果律师个人私自收费，势必减少律师事务所的统一收费额，律师间会因此产生争议和矛盾，如不能解决好问题，必然使律师事务所的凝聚力减弱，内部关系紧张，最终导致解体。四是有利于律师廉洁执业。律师不私自收费，不收额外报酬或财物，可以摆脱或减少不正常的人情人际关系的干扰，有利于廉洁和独立执业。

## 三、律师不得拒绝或疏忽应承担的法律援助义务

根据律师法的规定，律师执业纪律规定，律师不得拒绝或疏忽指派承担的法律援助义务。此处所讲的法律援助是指律师为特定的委托人、当事人提供法律服务时，按规定不收、少收或延缓收取费用。这一规定包括以下两个方面的内容：

1. 律师不得拒绝被指派承担的法律援助义务。律师被人民法院或律师协会指定担任刑事辩护人或民事案件代理人时，被指定的律师不得无故推诿或拒绝担任辩护人或代理人。根据我国刑事诉讼法的规定，人民法院指定辩护的案件，其被告人或是经济困难请不起律师，或是残疾人及其他生理缺陷而不能自己行使辩护权，或是未成年人等，从维护他们的合法权益考虑，律师不能拒绝人民法院的指定辩护。律师除不能硬性拒绝外，也不能以非正当理由推辞被指派的法律援助义务，如不能以经济原因为由推辞或拒绝指定。

2. 律师不能疏忽被指派的法律援助义务。律师对被指派的法律援助义务不能疏忽和懈怠。不能因为未收费或少收费而对承担的法律援助案件疏忽大

意或是松懈怠慢。调查、取证、提交法律文件、出庭等各个环节的工作都要尽职尽责。所谓尽职尽责，就是要求律师在承办法律援助案件时，凡是属于职业要求做的事必须做，做这些事必须是负责的。

#### 四、律师不得违反收费制度和财务纪律

律师行业是向社会提供有偿法律服务的行业，有偿服务就有合理收费的问题，要合理收费就必须规范和遵守收费的秩序，因此，律师执业纪律规定，律师不得违反收费制度和财务纪律，不得挪用、私分、侵占业务收费。

律师不得违反收费制度和财务纪律是总的要求，这里包括不得违反标准收费，必须履行收费的手续，收取的现金要如实入账，并按规定进行日常开支和结算。这里特别要注意三个问题：一是不得挪用业务收费。不得挪用是指应按财务制度将收取的费用入账，按规定项目和开支范围使用资金。二是不得私分业务收费。律师之间不能私分业务收费，律师事务所也不能收费后不入账私下分钱。三是不得侵占业务收费。侵占是指非法占有别人的财产。律师不得直接或间接动用业务收费用于自己的开支，有的虽然没有动用业务收费，但违反财务纪律，将业务收费暂存于委托人处，并置于自己意志的实际控制之下，也是侵占业务收费的行为。

规定律师必须遵守收费制度和财务纪律，不得挪用、私分、侵占业务收费是律师事务所进行正常工作的一个基本条件，对维护律师事务所的正常运转有重要意义。如果不严格财务纪律，不对挪用、私分、侵占业务收费作禁止性规定，必然使律师事务所因个人收入不公平而陷入内部纷争或因经济开支困难而难以运转。另外，律师如果挪用、私分、侵占业务收费还会发生偷、漏国家税款的行为，会受到国家税务部门及有关执法部门的追究。所以，律师执业纪律设立这个规定对国家、律师事务所、律师三者皆有利，反之，于三者都不利，一是动摇律师守法执业的观念，使律师发生违法行为，二是破坏律师内部的信任关系，使律师事务所陷于内部纷争或因此解体。

#### 五、律师不得同时在两个以上的律师事务所执业

根据律师法和律师执业纪律规定，律师不得同时在两个以上的律师事务所执业。依据这一规定，律师只能在一个律师事务所注册执业，已在甲律师事务所执业，就不得同时再到乙律师事务所注册执业。作出这一规定有以下几个方面的意义：

1. 有利于维护当事人的权益。律师在执业过程中，因各种原因，有时会发生失误而给委托人造成损害或经济损失。对此，律师应依法负责赔偿。按律师法的规定，对委托人赔偿时，先由律师事务所负责赔偿。律师如果在两个或两个以上的律师事务所执业，在进行赔偿时，承担赔偿责任的律师应属于哪一个律师事务所，哪个律师事务所应首先承担责任及履行赔偿义务就会发生争议，不仅受害人难以确认向哪个律师事务所求偿，两个律师事务所之间也会因此互相推诿。如果某律师同时在甲、乙两个律师事务所执业，当一案件当事人委托该律师代理诉讼争议，对方当事人委托乙律师事务所代理诉讼争议，该律师在代理过程中就会遇到一些利益关系的干扰而难以尽责。如甲、乙两个律师事务所都希望他对本所负责，都希望他的行为对本所有利或是不对本所代理诉讼产生不利影响。在此情况下，律师事务所对律师的制约关系，必然影响到律师对委托人的责任，因此，律师不得同时在两个律师事务所执业，有利于维护当事人的合法权益。

2. 有利于律师开展业务。律师法规定，律师承办业务，由律师事务所统

一接受委托，律师事务所接受委托后，再指派律师承办接受委托的案件或法律事务。如果一律师同时在甲、乙两个或两个以上的律师所执业，其所在的律师事务所在指派他承办受托的法律事务时就会产生矛盾，如甲律师事务所指派其代理一刑事诉讼案，乙律师事务所分派其代理一民事诉讼案，而律师的精力和工作时间均有限，顾此就不能顾彼，如果一案件争议双方分别委托甲、乙两律师事务所代理诉讼，甚至可能发生两个律师事务所同时指派这一律师代理同一案件双方当事人诉讼的情况，因此从律师工作的特点看，律师不能同时在两个或两个以上的律师事务所执业。

3. 有利于律师事务所对律师进行管理。律师是律师事务所的组成人员，依据律师法的规定，律师应当接受律师事务所的管理，在律师事务所组织下开展业务工作，学习法律和政策等。如果一律师在两个或两个以上的律师事务所执业，一时在此所，一时又在彼所，或此案代理在此所，而彼案又在彼所代理，两个律师事务所均不能了解该律师执业的全过程，也不能及时组织其参加业务学习。这样，就使两个或两个以上的律师事务所都无法对其进行有效的管理，所以从管理的要求看，律师不能同时在两个或两个以上的律师事务所执业。

## 第二节 律师在诉讼和仲裁活动中的纪律

一、**律师不得为办案而与案件承办人在非办公场所接触，不得以办案为目的送礼或与案件承办人进行交易**

律师法规定，律师在执业活动中不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员。不得向上述人员及有关工作人员请客送礼或行贿，也不得指使、诱导当事人行贿。律师执业纪律据此作了具体规定，即律师不得为影响案件的审理和裁决，与案件承办人员在非办公场所接触，不得向上述人员馈赠钱物，也不得以许诺、回报或提供其他便利等方式，与承办案件的执法人员进行交易。这一规定包含有以下几个含义。

（一）**律师接触案件承办人的动机须端正**

律师在执业办案过程中，因对法律事实的真假、证据的虚实及法律适用是否正确与诉讼对方当事人或公诉人意见不一，或为了向案件承办人提交新的证据，需经常与案件承办人接触和交换意见，律师在接触案件承办人员时，首先要有正确的动机。所谓动机正确，是指律师接触办案人员的出发点是基于忠于事实、忠于法律，接触办案人员的目的在于通过交换意见和庭审中的质证、辩论等活动，弄清事实、确认证据，以求法律的正确实施。而不是为了影响案件的审理和裁决，与案件承办人进行“理由不足，礼物送够”的交易。当然，律师接触办案人员的动机端正还要通过接触的场所和言行来体现。

（二）**接触案件承办人员的场合要适当**

律师在接触办案人员动机端正的前提下，接触办案人员的场合要适当。即只能在案件承办人员的办公场所接触案件承办人，不能在非办公场所接触案件承办人。如不在案件承办人员的住所、公共餐饮或娱乐场所或其他场所会见案件承办人员。

（三）**接触案件承办人员的言行要规范**

所谓言行规范，是指律师接触案件承办人只是围绕陈述事实、提交或补充证据、提出适用法律的意见及反映委托人的合法要求等方面与案件承办人

交谈，不论案件是否审理完结，都不得向案件承办人馈赠现金和礼物，也不得向案件承办人许诺于事前或事后提供或回报各种便利，这里的便利包括物质利益，也包括非物质形态的便利。

#### （四）这一规定的意义

这一规定有重要的意义。一是有利于维护司法裁判和仲裁的公正。裁判和仲裁的公正包括公平和正义两个方面，除制度公正外，还要求活动公正，即要求参与司法活动的各方（包括律师在内）只能从事实、证据、法律等方面向司法和仲裁人员反映意见，而不能以物质利益或非物质的便利与案件承办人进行交易，影响案件的审理或裁判，如果各方面竞相进行司法审判和仲裁的交易，必然侵蚀和破坏司法及仲裁的公平，公平的失衡必然损害正义的实现。律师是法律工作者，理应从自身做起，不进行任何交易，以维护司法审判和仲裁的公正。二是有利于树立和维护律师的社会形象。律师的职业要求是其从业人员应谙熟法律、品行端正，其社会形象是在执业时忠于事实、忠于法律、忠于人民利益、追求真理和公正、刚正不阿以律己示人。这样的职业形象就能使律师行业具备良好的社会信誉，就会受到社会各界的欢迎。如果见利忘义，认为打官司就是“打钱”、就是“钱权交易”、搞以礼统理，以非法手段影响司法活动，不仅使法律受到践踏，而且在腐蚀他人的同时，也会腐败律师行业，即使在一些案件的裁判上占了便宜，但最终导致司法腐败和损害律师的社会形象，使律师行业失去社会信誉。因此，律师坚持讲理而不送礼，对维护律师的社会形象至关重要。

#### 二、律师办案前后，不得宣传自己与执法机关及执法人员有亲朋关系，也不利用关系办案

根据律师法和律师执业纪律规定，律师在代理案件之前及代理过程中，不得向当事人宣传自己与有管辖权的执法机关及执法人员有亲朋关系，也不能利用这种关系。这一规定对纠正和抵制一个时期内发生的打官司就是打“关系”的现象有现实意义。

1. 律师不在代理案件之前及代理过程中，宣传自己与执法机关及执法人员有亲朋关系。律师执业接受委托应当靠自己的专业知识和技能、敬业精神及社会信誉取得当事人的信任和委托，而不是靠宣传自己与执法机关及办案人员的亲朋友好关系取得法律事务的委托，使当事人把胜诉的希望寄托在律师与执法机关和执法人员的特殊关系上。律师在代理案件前及代理过程中，对当事人的态度应当是认真了解案情，收集和分析有关证据，对当事人讲明对案件的基本看法，使当事人明白进行诉讼要有理有据，要依靠律师正确的工作和法律的正确实施。如果律师与司法机关和执法人员有亲朋关系，不能做宣传，没有这种亲朋关系，就更不能作虚假的“广告”。实践证明，仅靠亲朋关系可以拉住一些当事人，取得当事人的委托，但如果专业素质不高，不重证据，不能准确地把握案情，即使有关系也不行。因为执法机关在不断提高依法办案的水平和强化依法办案的要求。同时社会监督的力度也在不断加大，仅靠关系是行不通的。

2. 律师不得在代理案件前及代理过程中利用自己与有管辖权的执法机关及有关人员的亲朋关系。律师在执业时，除了不向当事人宣传与执法部门和有关人员的特殊关系外，也不能利用这种关系。具体指以下几种情况：

（1）在代理之前，不利用有管辖权的执法部门及有关人员向当事人打招呼，暗示当事人应委托自己办案。

(2) 在代理过程中，不得利用与执法部门及有关人员的亲朋关系对诉讼或仲裁的对方当事人施加压力，不得利用与执法机关及有关人员的亲朋关系遮掩自己代理一方的理短之处或支持于理不合、于法无据的诉讼请求。

### 三、律师不得作伪证，亦不利用他人作伪证

根据律师法的有关规定，律师执业纪律规定，律师不得伪造证据，不得威胁、利诱他人提供虚伪证据。诉讼中的证据是判明事实的依据，诉讼围绕事实及法律适用进行，而事实要靠证据证明。为此，有的学者认为，在诉讼活动中，事实是由证据来固定的，从某种意义讲，证据是诉讼争议的主要核心。正是因为证据的特殊作用，我国的民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法对证据都有专门规定，律师法和律师执业纪律对伪造证据也作了禁止性的规定。

#### (一) 律师不得伪造证据

律师在办案收集证据过程中，应当以客观求实的态度对待证据线索，不以自己对案件相关人的好恶选择证据，不以自己的主观想象去扩大或缩小及改变证据原有的形态及内在品质。不能为了证明某事而制作不是事件过程产生的证据，不能明知是假的，还以假充真。对证据材料上的疑问，可向提供材料的人指出来，请他将疑问说明白，或是围绕疑问再调查，但不能为了某种意图或目的去改变证据材料的内容、形式或属性。

#### (二) 不得威胁、利诱他人提供虚假证据

律师除自己不得伪造证据外，也不得威胁、利诱他人提供虚假证据。如不得利用他人的短处、隐私及违法行为，威逼或胁迫他人提供与实际不符的证据材料；不得利用物质利益或各种非物质的便利引诱他人提供虚假证据。律师虽然没有伪造证据，也没有威胁利诱他人提供虚假证据，但对已知是他人提供的虚假证据佯装不知而提交给司法部门，企图蒙混过去的行为，也应受到律师执业纪律的追究。

#### (三) 不得暗示他人提供虚假的证据

所谓暗示他人提供虚假证明，是指律师已了解事实，仍暗示当事人或有关人员出具无事实依据的证据以支持自己的诉讼主张或是否定对方的诉讼主张。在法律服务实践中确有个别律师这样做，即拿到虚假证据，又让出证人承担法律责任。但出证人在受到有关部门追究时，又常常说明是受律师指使或暗示，结果是弄巧成拙。正常情况下，律师根据了解的案情是能够判断证据的真伪的，因此，不应暗示他人出具虚假证明。

律师伪造证据或是威胁、利诱他人提供虚假证据是严重执业违法行为，除要受到律师执业纪律的追究外，还要受到司法行政机关的行政处罚，构成犯罪的，还要受到司法机关的追究和负刑事责任。

### 四、律师应当遵守庭审规定，尊重法官和仲裁员

代理诉讼和仲裁是律师的主要业务，为了规范律师在庭审中的执业行为，律师执业纪律规定，律师应当遵守法庭、仲裁庭纪律，尊重法官和仲裁员。应当遵守出庭时间、提交法律文书的期限及其他与履行职务有关的程序规定。这一规定有以下三方面的内容。

#### (一) 律师应当遵守法庭、仲裁庭纪律

人民法院和仲裁机构为了贯彻执行诉讼法和仲裁法，正确地履行审判和仲裁职能，对庭审活动、仲裁活动制定了法庭纪律和制度。这些纪律及制度涉及庭审活动的各个环节。律师在出庭时应遵守庭审和仲裁的纪律，如不随

意在法庭内走动，不随意打断他人讲话，不随意大声招呼他人或大喊大叫，庭审中发言经审判长同意，在庭审中不恶意讽刺挖苦对方等。

#### （二）尊重法官和仲裁员

在庭审中，法官和仲裁员分别代表着法院和仲裁庭，律师是法律工作者，忠实于法律，当然也要尊重法官和仲裁员。这个尊重体现在庭审活动中服从法官和仲裁员的安排，不用语言挖苦或冲撞法官和仲裁员。

#### （三）遵守出庭时间、提交法律文书的期限及其他与履行职务有关的程序规定

律师代理诉讼要按时出庭，要按法庭、仲裁庭要求的期限提交法律文书，这既是对法庭的尊重，也是对委托人负责的表现。

律师在办案中如果遇上法官有违法裁判或侵犯律师人身权利或执业权利的情况，可以依法向其所在法院或上一级人民法院及有关的法律监督机关反映。

#### 五、律师不得违反规定，带被拘押人的亲属等会见被拘押人，不得利用执业便利为其传递物品、信件或信息

律师代理刑事案件的辩护时，要到监所会见被拘押的被告人、犯罪嫌疑人。会见被告人或犯罪嫌疑人不同于一般的调查取证，有的被告人或犯罪嫌疑人为逃避法律制裁，总是利用一切可能了解司法机关掌握的案情，转移赃物或毁灭证据及在同伙间订立攻守同盟，统一回答讯问与指控的口径。为了预防这类事件的发生，为规范律师在这一阶段的执业行为，律师执业纪律规定，律师不得与犯罪嫌疑人、被告人的亲属或者其他人会见在押犯罪嫌疑人、被告人，或者借职务之便违反规定为被告人传递信件、钱物或与案情有关的信息。

##### （一）律师不得带任何无关人员会见在押犯罪嫌疑人、被告人

律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人既是律师的执业权利，也是犯罪嫌疑人、被告人的正当权利。律师会见这些人是基于刑事诉讼法的规定，正常履行辩护职责，其他与律师会见犯罪嫌疑人、被告人无关的任何人员都不得随律师参与会见。对此，律师须有清醒的认识，不论是被告人、犯罪嫌疑人的亲属，还是其他人（同事、同乡、同学等等）都不得带入监所的会见场所参与会见。对因病暂时监管在狱外医院的被告人、犯罪嫌疑人也不能带无关人员会见。

##### （二）律师不得为被告人传递信件、钱物或与案情有关的信息

一些刑事案件的被告人、犯罪嫌疑人被拘押后，总是利用各种机会和可能与外界建立联系，了解案情，极少数人甚至想利用各种条件为脱逃作准备。律师担任刑事案件辩护人时，对此要有清醒的认识。一是要严格保守案情秘密，二是不为被告人传递任何信件，三是不捎带任何钱物及与案情有关的信息。实际生活中曾有被告人的亲属不惜送厚礼或重金，请律师传递与案情有关的信息。对此，律师要坚决予以拒绝，并给予守法的告诫或教育，千万不可因一念之差而铸成大错。

律师违反这一规定不仅要受到司法行政机关的行政处罚，由此造成意外事件及构成犯罪的，还要承担刑事责任。

### 第三节 律师与委托人、对方当事人关系的纪律

## 一、律师不得利用执业便利牟取当事人争议的权益

律师代理当事人进行诉讼时，既有如何对待委托人的问题，也有如何对待当事人争议权益的问题。律师执业纪律对此规定，律师不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益。

### （一）对当事人争议的权益保持平常心

实际生活中，经常会以房地产、名人字画、珍稀邮品、珍稀古董文物为标的，发生权益争议。律师也有机会接触和欣赏这些房产或珍稀物品。对此，律师应当关注的是权利的归属，而不应当热衷于标的物本身。律师研究的是权利和法律问题，而不是标的物本身，所以，律师应提倡不为金钱所动的精神，对当事人争议的权益保持一种平常心。

### （二）律师不利用执业便利牟取当事人争议的权益

律师在执业过程中，不仅有机会接触争议标的物，还有机会了解当事人对权益争议主张权利的缺陷。在这种情况下，律师不能利用执业的便利牟取当事人争议的权益，如不得与当事人约定胜诉后，将争议标的物出售给自己，不得委托他人自己或为自己的亲属收购、租赁当事人因价格发生争议的权益等。总之，律师除收取代理费之外，不应与当事人争议的权益发生经济上的联系。

## 二、律师不得为收案作虚假承诺

当事人需要委托律师代理诉讼找到律师事务所时，律师应怎样接待当事人呢？是如实解答疑问、承诺认真履行职责，还是大包大揽，作各种承诺？对此，律师执业纪律规定，律师不得为谋取代理或辩护业务而作虚假承诺。

所谓虚假承诺，就是根据事实和法律都不可能实现的承诺。例如，刑事案件被告人提供的证据不能否认有罪指控，或是不能证明被告人犯罪情节较轻，律师在接受委托前，不能随意说无罪或有罪，更不能承诺经无罪或罪轻的辩护，法院就会作出被告人无罪或罪轻的判决。接受委托后也不能离开证据和法律规定随意承诺。在代理民事案件时，当律师见到的证据尚不足以证明委托人争议的权益属于其本人时，律师就不能承诺经诉讼代理必然能争到权益。

律师在执业过程中，根据当事人提供的事实和证据，依据法律规定对案件进行分析，对当事人说明一些预见性的意见不是虚假承诺，另外，在司法实践中，律师依法辩护、代理案件提出的正确意见未被采纳，或是少数司法人员枉法裁判，使律师的预先分析意见没有实现，也不能说律师的意见是虚假承诺。

## 三、律师不为非法的、不道德的欺诈性的要求或行为提供法律帮助

律师执业的宗旨是维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施。据此，律师执业纪律规定，律师不得在明知的情况下为委托人非法的、不道德的或其有欺诈性的要求或行为提供服务和帮助。

1. 律师在明知的情况下，不得为委托人非法的要求或行为提供法律帮助。律师如果已知委托人的要求或行为是非法的，一是不能为其提供服务和帮助，二是应向有关部门举报。

2. 律师在明知的情况下，不得为不道德的行为和要求提供服务和帮助。委托人的要求或行为虽然不违法，但如以社会公共道德的标准评判属于不道德的要求或行为，也不能为之提供法律服务或帮助。

3. 在明知的情况下，律师对欺诈性的要求或行为不得提供服务和帮助。

4. 律师对非法的、不道德的、欺诈性的要求或行为既不能提供收费的法律服务，也不能提供免费的法律帮助。

5. 律师对接受委托后才知道当事人的要求或行为是违法的、不道德、具有欺诈性的，就应及时中止委托协议，对其中已构成犯罪的，或有可能造成重大损失的，律师应及时向主管部门或向司法机关报告。

#### 四、律师无正当理由，不得拒绝辩护

律师接受当事人委托后，不得随意毁约，拒绝履行协议约定的职责。律师执业纪律规定，律师接受委托后无正当理由，不得拒绝辩护或代理。

##### （一）律师不得随意毁约

律师接受刑事辩护的程序是当事人与律师事务所签订委托协议，而后，再由律师事务所将案件分派或指定所内律师承办，律师再与委托人到法院办理有关的手续。手续办结后即可开始工作。律师无正当理由不能随意毁约拒绝辩护。

1. 律师随意拒绝辩护将双重违约。刑事辩护的委托协议是当事人与律师事务所之间签订的协议。律师如随意拒绝辩护就直接违背了协议。同时，律师是律师事务所的内部成员，律师如随意拒绝辩护，不仅违背了律师事务所与委托人之间的协议，也违背了自己与律师事务所之间的协议。

2. 随意拒绝辩护直接损害委托人的权益。一般情况下，委托人或其亲属受到司法机关的刑事指控后，需要律师提供辩护，才与律师事务所签定委托协议。律师接受委托后要会见被告人、要调查取证、要走访证人，有时还要做一些试验（检验一些证人证言）及阅卷，而刑事诉讼法有期限的规定，律师要在法定期限内完成上述工作，从时间上讲是不宽余的。如果律师随意拒绝辩护，迫使委托人更换辩护律师，就会损失律师开庭前的工作时间。工作时间是否充分是工作质量的保证，也是委托人权益的保障。律师如因时间不足，未能很有力地辩护，直接损害的是被告人及委托人的权益。

##### （二）律师可拒绝辩护的情况

律师在签订协议后可拒绝辩护的情况是律师会见被告人时，被告人不能如实地陈述犯罪事实。对这种情况，律师应向被告人讲明律师不了解真实情况就无法正常开展辩护工作，同时还要说明律师不得不拒绝辩护的利害关系，促使被告人接受律师的劝告。

还有一种情况要说明，就是律师在接受委托后至开庭前突患疾病，不能坚持工作需要更换辩护律师的，律师事务所应将此种情况及时告知委托人。委托人同意更换律师的，律师之间要及时移交案件材料，必要时应向人民法院申请延期审理或推迟开庭的时间。

#### 五、律师接受委托后，不得擅自转委托他人代理

律师执业纪律规定，律师接受委托后，不得擅自转委托他人代理。律师接受委托的法律依据是民法通则关于委托代理的规定，委托代理关系是由代理人和委托人协商成立的。这种委托代理是双方合意的体现，代理协议一经签订，协议双方就应全面、实际、适当地履行协议约定的义务。作为律师，在委托协议签订后，应当以自己的名义认真办理代理的法律事务，不得擅自转委托他人办理。这是因为，首先，依据委托代理的法律规定和委托协议，律师没有权利进行转委托。其次，律师接受委托签订代理协议，依据协议所履行的是特定的法律义务——提供法律服务的行为，而这种行为的内容由律师个人已掌握的专业知识、技能、社会阅历所构成，因律师间专业素质存在

差异，擅自转委托会影响服务的质量。第三，当事人委托律师如果是经过选择比较才确定的，转委托就违背了委托人的意志。再者，当事人的一些隐私或商业秘密不愿意让代理律师之外的人知道，如果律师擅自转委托，就扩大了知情人或知密人的范围，这又违背了委托人的意愿，不利于保护当事人的权益。

#### **六、 律师不得超越委托权限，不得利用委托关系从事与委托代理业务无关的活动**

律师接受委托后，依法只能在代理权限内进行代理活动，为了严格规范律师代理行为的范围，律师执业纪律规定，律师不得超越委托权限，不得利用委托关系从事与委托代理的法律事务无关的活动。这一规定包含以下几方面的内容。

##### **（一） 律师接受委托前，要与委托人明确委托权限**

律师接受委托要明确委托权限，特别是代理民事诉讼时，一般情况下不应笼统地说全权代理，要将接受委托的权限逐项写明，当事人不明确的，律师应给予明确的解释，解释要通俗易懂，必要时举事例说明。

##### **（二） 律师代理法律事务时，只在代理权限内活动**

律师在明确代理权限的情况下，应严格在代理权限内进行代理活动。代理权限包括程序法和实体法两个方面，律师在代理过程中，以被代理人名义所表示的意见不能超过委托人根据程序法、实体法所授代理权限的法定含义。

##### **（三） 律师在委托权限内完成了受委托代理的法律事务，应及时告知委托人**

律师在代理权限内，完成了受委托的法律事务后，应及时告知委托人，律师与委托人解除委托代理关系后，律师不得再以代理人的名义进行活动。

##### **（四） 律师只能利用委托关系从事与法律事务相关的活动**

律师接受委托后只能利用委托关系从事与代理的法律事务相关的活动，如某律师接受一银行委托，代为起诉追偿债务，此时，该律师以银行诉讼代理人身份只能进行与债权债务诉讼相关的法律事务，不能从事别的活动。如不能以此身份策划贷款事务，不能以此身份去招揽其他的业务。

##### **（五） 委托权限不适应维权时律师应告知委托人**

律师在完成受委托代理的法律事务时，如发现委托人所授的权限不能适应诉讼的变化和需要时，应及时告知委托人，但未经委托人同意或办理有关的授权委托手续之前，律师只能按授权范围办理法律事务。

#### **七、 律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人**

律师执业纪律规定，律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人。也就是说，律师在一诉讼案件中代理了原告，就不能再同时代理被告。因为在诉讼案件中，原、被告双方围绕权益争议针锋相对，争议的权益非此即彼，律师代理其中一方，就只能维护一方当事人的合法权益。实践中，虽然律师在一案件中同时代理争议双方当事人的情况并不多见，但律师对此应有明确的认识。

#### **八、 律师不得从对方当事人处接受利益或向其要求及约定利益**

由于委托人在诉讼中的求胜心理，不仅委托人有时会给律师送礼，而且涉及较大的权益争议时，对方当事人也会以物质利益或便利为手段做律师的工作，其意图不言自明。为此，律师执业纪律规定，律师不得从对方当事人

处接受利益或向其要求或约定利益。这一规定包括以下几个方面。

**（一）律师不得从对方当事人处接受利益**

律师接受一方当事人的委托，办理法律事务，并按规定标准收取代理费用是正常的，也是应当的。但是律师不得从对方当事人处接受利益，这是因为律师与对方当事人没有任何法律关系，律师没有为其提供过任何服务，同时，在诉讼中还完全处于利益相对立的立场上，没有收取费用和接受利益的任何理由。如从对方当事人处接受利益，有可能会影响律师的诉讼立场，影响律师维护一方当事人利益的工作心态，使律师产生私念，该坚持的不坚持，甚至牺牲委托人的利益。

**（二）律师不得向对方当事人要求或约定利益**

如前所述，律师代理一方当事人，只能从一方合理收费，不得再向对方当事人要求或约定利益。律师如向对方当事人要求或约定利益，对方当事人也同意或主动提出承诺，则律师就很可能以正在进行的工作作为交易的条件，这样做既损害了被代理人的权益，又违背了律师执业的宗旨和律师法的规定。

**九、律师不得在与委托人依法解除协议后，在同一案件中担任有利益冲突的他方当事人的代理人**

律师在一案件的代理结束，依法解除协议后，在同一案件中与自己代理的一方有利益冲突的他方当事人有时会委托律师再代理己方与其他的当事人诉讼。对此，律师执业纪律规定，律师不得在与委托人依法解除协议后，在同一案件中担任利益冲突的他方当事人的代理人。这是由于以下情况决定的：

**（一）律师不能因代理结束而随意改变自己的意见**

律师代理案件，经过调查和取证，依据法律规定，在当事人授权的范围内形成系统的法律意见并提交给管辖案件的司法部门。律师对这个法律意见要负完全的责任。案件一审时形成的律师意见，在二审时，只要事实证据未发生变化，律师的意见也不应发生原则性的变化。不能想象律师在代理案件的一审程序时说被代理人有理，应当取得争议的权益，二审时因受对方委托又说原被代理人没理，不应取得被争议的权益。律师在诉讼代理活动中发表的法律意见是建立在事实和证据的基础上的，事实、证据未变，律师不能随意出尔反尔改变意见。正是基于律师对原委托协议的义务和已提交的法律意见对自己的约束，律师不能在委托人解除协议后又在同一案件中担任有利益冲突的他方当事人的代理人。

**（二）律师不能背弃保守当事人秘密的承诺**

律师在与委托人解除代理协议后，同一案件中有利益冲突的他方当事人请律师担任己方的代理人，可能是出于对律师专业水平的敬佩，也可能是为了了解与自己有利益冲突一方的内部情况，以利于以后的诉讼。律师法和律师执业纪律都要求律师保守职务秘密，这包括委托人在权益争议方面的缺陷。律师知道这些情况，可以告诫当事人改进或补救，但不得公之于众，也不能有意暴露于他人。律师如在委托人解除委托协议后，又在同一案件中担任利益相对方的代理人，必然使当事人的秘密的安全受到不利影响。

**十、律师不得非法阻止和干预对方当事人及代理人进行的活动**

律师在代理诉讼中，争议双方都要进行形式相同的活动，如调查取证、阅卷、会晤法官反映意见或提交证据材料，有时还相互到对方单位或都到某

一个地方及单位取证。从当事人的心态讲，总是希望各方面的情况于己方有利，有时还会从证据材料来源上封锁对方，以使对方在诉讼中处于不利的地位。律师作为法律工作者，不能参与当事人的这类活动。为此，律师执业纪律规定，律师不得非法阻止和干预对方当事人及代理人进行的活动。律师应特别注意以下两点：

**（一）不得非法阻止对方当事人及其代理人进行的活动**

律师不得非法阻止对方当事人及其代理人进行的活动，是指律师作为代理人，不得以非法手段对对方当事人及其代理人的合法行为设置行动上的障碍，如不得阻止对方取证和调查情况，不得阻碍对方及代理人向政府主管部门反映意见等。

**（二）不得非法干预对方当事人及代理人进行的活动**

律师不得非法干预对方当事人及代理人进行的活动，是指不得以非法手段干扰和预防对方当事人及代理人进行的活动，如不得威胁对方要调查的证人的的人身和财产安全，不得干预对方向法院提供证据等。

**十一、律师在未征得委托人同意的情况下，不得接受对方当事人办理其他法律事务的委托，但已办结的除外**

律师在代理诉讼中，有时会遇到因自己出色的工作，对方当事人非但不生气，反而会同时委托律师再代理己方的其他法律事务，有可能使代理关系出现一些交叉的情况。对此，律师执业纪律规定，律师在未征得委托人同意的情况下，不得接受对方当事人办理其他法律事务的委托，但已办结委托事项的除外。

**（一）律师在代理案件过程中，未经委托人同意，不得接受对方当事人办理其他法律事务的委托**

一般情况下，律师接受当事人委托只要双方达成协议即可。但是律师在代理一案过程中，要接受对方当事人的委托，就要受到本案被代理人的意志的约束，即使对方当事人委托的法律事务与本案没有任何联系，也须经委托人同意才能接受委托。委托人不同意的情况下，不得接受委托。

**（二）律师接受对方当事人委托的限制**

律师与委托人解除委托关系后，可以接受对方当事人的委托，但有限制，就是不得在同一案件中担任利益冲突的他方当事人的代理人。如律师在一民事权利争议案件的一审程序中代理甲方，则在该案件的二审中就不能再代理甲方的对方当事人。实质上就是律师在一有对立双方当事人争议权益的案件中，不论经几审程序，都只能自始至终代理一方当事人诉争权益。

**十二、律师应合理开支办案经费**

律师接受委托，按规定向委托人收取费用。同时，委托人还要承担办案费用，如办案的交通费，律师赴外地调查、出庭的食宿费、复印材料的资料费等。律师对由委托人承担的办案经费要遵行合理开支，力行节俭的原则。可用可不用的钱不用，可多用可少用的要尽量少用。

## **第四节 律师同行之间的纪律**

**一、律师不得损害其他律师的威信和名誉**

律师执业纪律规定，律师不得损害其他律师的威信和名誉。根据这一规定，律师不应在委托人面前贬低、损害其他律师的声誉，不得在公共场合及

新闻媒介上发表诋毁其他律师的言论，不得在庭审辩论中互相攻击，不能使用挖苦、讽刺的语言刺激对方当事人委托的律师，更不能辱骂对方当事人委托的律师。

## 二、律师不得阻挠或者拒绝委托人再委托其他的律师，共同接受委托的应分工合作，意见不一致时应及时通知委托人决定

当事人处理重大经济或社会事务，有时需委托2名以上的律师，需多名律师共同协作提供法律服务，为协调律师在共同提供法律服务时的关系，律师执业纪律规定，律师不得阻挠或者拒绝委托人再委托其他律师参与法律服务；共同提供服务的律师之间应明确分工，密切协作，意见不一致时应当及时通报委托人决定。

### （一）律师不得阻挠或拒绝委托人再委托其他的律师

当事人需委托律师办理法律事务时，委托哪个律师事务所和委托几位律师是当事人的权利。受委托的律师应按委托约定的事项进行工作，没有权利干预、阻挠及拒绝当事人再委托其他的律师，不得以中止已开展的法律服务来威胁或阻止当事人再委托其他的律师。

### （二）共同提供服务的律师应明确分工，密切协作，意见不一致时应当及时通报委托人决定

2名以上的律师共同为当事人提供法律服务时，律师之间应有明确的分工，每个律师负责作哪些工作应划明确的范围或界限，必要时可签订书面的工作分工范围的协议，在明确分工的前提下，相互协作，在对某一个问题的意见不一致时，律师应及时将分歧意见通报给委托人，以便于委托人考虑和作出实质性的选择。

## 三、律师不应进行不正当竞争

律师是提供有偿法律服务的行业，不同的律师事务所共同为一个法律服务市场提供服务，相互间必然会有竞争，为避免和防止不正当的竞争，律师执业纪律禁止律师以下列方式进行不正当竞争。

第一，不得贬损或诋毁其他律师和律师事务所。律师遵守这一规定应注意不发表贬低、损害、诋毁其他律师、律师事务所的言论，在庭审活动中不讽刺、不挖苦、不辱骂同行，提倡互相学习、互相尊重、互相监督。

第二，不得给委托人或介绍人以各种名义的财、物和利益许诺。律师间竞争应是律师的知识、能力、敬业精神、服务质量的竞争，不能以给委托人或介绍人财物的多少、利益的大小竞争案源，这种竞争只能使律师工作成本提高，同时败坏行业的风气。

第三，不得利用新闻媒介或其他手段炫耀自己、招揽业务、排斥同行。在实际生活中，律师可以在报刊上介绍自己的办案经验、典型案例，也可以说明律师在解决权益争议中所起的作用，这些文章应是记实说理的，而不能炫耀夸耀自己，如说自己是最权威的或是水平最高的律师等。

第四，不得利用行政机关及有关组织的关系进行业务垄断。所谓业务垄断，是指企图利用行政机关的特殊关系和作用，排他的包揽某一类法律业务的案源，使有这一类法律事务的当事人都必须委托某个或某几个律师事务所承作，并排挤其他的律师事务所开展此类业务。这种作法十分有害，一是律师事务所或律师为维持这种业务垄断的状态，有可能要进行某种不正当的“交易”，违反有关的律师管理规定。二是少数律师事务所的业务垄断根本不能满足社会的需要，既影响经济建设的发展，又不利于律师全行业在社会上的

发展。

## 第三编 律师业务

### 第一章 律师参加刑事诉讼

#### 第一节 律师参加刑事诉讼概述

##### 一、律师参加刑事诉讼的概念

律师参加刑事诉讼，是指律师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、被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人；接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼。参加刑事诉讼是律师的主要业务。

##### 二、律师参加刑事诉讼的特点

1. 律师是国家法律规定的负有为犯罪嫌疑人提供法律帮助、为犯罪嫌疑人、被告人进行辩护等特定职责的人，其依法参加刑事诉讼受国家法律的保护，任何单位、个人不得干涉。

2. 律师是为社会提供法律服务的专业人员，谙熟国家法律和政策规定，具有丰富的办案经验，善于分析案情，可以利用法律规定的一切手段和方法充分有效地履行自己的职责。

3. 律师享有法律赋予的广泛的诉讼权利，有条件充分、全面地了解案件并进行必要的调查核实，因而能够提供证据和有理有据的意见维护委托人的合法权益。

4. 律师为社会提供法律服务、维护委托人的合法权益是其神圣的职责，严格的执业纪律和高尚的职业道德是律师在刑事诉讼活动中尽职尽责、充分发挥律师职能作用的保证。

5. 律师接受律师事务所的委派参加刑事诉讼，可以发挥集体的智慧和作用。律师依法提出辩护意见或者代理意见，确有道理而未被人民法院采纳，可以通过律师事务所、律师协会向人民法院或上级有关部门反映。

##### 三、律师参加刑事诉讼的基本要求

###### （一）以事实为根据、以法律为准绳

以事实为根据、以法律为准绳是社会主义法制建设的要求之一，也是律师参加刑事诉讼活动必须坚持的行为准则。以事实为根据，就是要查明案件事实，尊重客观事实，以事实作为办理案件的基础；以法律为准绳，就是要以国家刑事法律为办案依据，依法履行职责，不违背法律的规定。

###### （二）恪守律师职业道德和执业纪律

律师职业道德和执业纪律是律师业务活动的行为规范，也是律师参加刑事诉讼活动的行为准则。律师在刑事诉讼业务活动中，应当注重职业道德素质的培养，严格遵守执业纪律，杜绝违法违纪行为的发生。

###### （三）维护委托人合法权益

维护委托人的合法权益是律师参加刑事诉讼的职责之一。律师在刑事诉讼活动中必须坚持依法维护委托人的合法权益，忠于职守，认真负责，不得损害委托人的合法权益，维护法律的公正实施。

#### （四）保守秘密

律师对于在参加刑事诉讼活动中所了解或者接触到的国家秘密、商业秘密和委托人个人的隐私秘密，负有严格保守的责任，绝不允许泄露，否则要承担相应的法律责任。

#### （五）相互协作

律师承办刑事诉讼业务应当相互协作。某地的律师接受委托参加刑事诉讼活动，可以委托异地的律师代为调查案情、收集证据，也可以请求协助会见犯罪嫌疑人或者被告人，异地被请求协助的律师应当积极配合。

### 四、律师参加刑事诉讼的责任

律师法、刑事诉讼法中对律师参加刑事诉讼的责任作了比较原则的规定，如《律师法》第28条规定：“律师担任刑事辩护人的，应当根据事实和法律，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。”依照法律的有关规定，律师参加刑事诉讼的主要责任有：

#### （一）帮助刑事诉讼当事人实现其诉讼权利

依据法律的规定，刑事诉讼的当事人在参加刑事诉讼活动的过程中享有广泛的诉讼权利，如犯罪嫌疑人在刑事案件的侦查阶段就有委托律师为其提供法律帮助的权利，在刑事案件的审查起诉阶段就有委托律师为其辩护的权利，等等。但由于当事人欠缺法律知识的及在刑事诉讼活动中所处的地位的限制，并非每一个刑事诉讼当事人都能了解自己的诉讼权利，因而也就难以充分行使、实现自己的诉讼权利。而律师谙熟法律，参加刑事诉讼活动时又有特殊身份，使律师帮助刑事诉讼当事人实现其诉讼权利成为可能。因此，刑事诉讼当事人委托律师参加刑事诉讼，自然就有请求律师帮助其实现诉讼权利的意思，因而也就赋予了律师帮助刑事诉讼当事人实现其诉讼权利的责任。律师接受刑事诉讼当事人的委托参加刑事诉讼活动，应当认真履行帮助刑事诉讼当事人行使其诉讼权利的职责，保证其依法实现法律确定的诉讼权利。

#### （二）依据事实和法律维护委托人的合法权益

刑事诉讼当事人的合法权益就是依照法律规定应当享有的权利和利益。律师接受刑事诉讼当事人的委托参加刑事诉讼活动，必须自始至终地维护委托人的合法权益，而不得损害其合法权益。当然，维护委托人的合法权益不能离开事实和法律依据，即尊重案件的客观事实，依法履行律师职责。例如，律师在刑事案件法庭审理的过程中必须依据事实和法律为被告人进行辩护，提出具有充分的证据和法律依据的辩护意见维护被告人的合法权益，而绝不能违背事实和法律，更不能为了迎合被告人的意愿任意歪曲事实和法律，否则律师不仅难以履行自己的职责，也无法使被告人的合法权益得到有效的保护。

#### （三）监督法律的实施，维护法律的公正

律师在其业务活动中应当接受社会舆论和社会公众的监督，尽职尽责地为社会提供法律服务，同时，律师亦应努力为维护国家法律的正确实施做出积极的贡献。律师参加刑事诉讼，其本身的职责之一，就是要使国家刑事法律在刑事诉讼活动中得到正确的贯彻实施。因此，律师在刑事诉讼活动中，不仅要严格遵守法律、执行法律，还应当配合国家有关机关监督国家法律的正确实施，对于发生的违法现象及时向有关单位和上级组织反映，使这类违

法现象及时得到纠正，例如律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助时，如果发现或者了解到侦查人员有非法侵犯犯罪嫌疑人人身权利的行为发生，在征得犯罪嫌疑人同意后应当代其向有关部门控告，使犯罪嫌疑人的合法权利得到保护，维护法律的公正性和权威性。

## 第二节 律师参加刑事诉讼的收案与结案

### 一、收案

#### （一）律师事务所统一收案

《律师法》第 23 条规定：“律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，……。”这就明确了律师参加刑事诉讼，必须由所在的律师事务所收案，律师个人不能私自收案、私自收费。

律师事务所根据犯罪嫌疑人、被告人或者他们的法定代理人、近亲属的委托，或者根据人民法院的指定，指派律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助或担任犯罪嫌疑人、被告人的辩护人；根据被害人及其法定代理人或者近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人、自诉案件的自诉人及其法定代理人的委托，指派律师为其担任诉讼代理人；根据刑事案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，指派律师为其担任申诉案件的代理人。

委托人在委托时指名请求，律师事务所应当尽可能满足委托人指名委托的要求。

#### （二）接受委托时的审查

委托人委托律师参加刑事诉讼，律师事务所应当对所委托的事宜进行审查，分别考虑以下不同情况：

1. 犯罪嫌疑人已经侦查机关第一次讯问或者采取了强制措施，或者犯罪嫌疑人已被人民检察院审查起诉，或者被告人已被提起公诉，可以委托律师。

2. 涉及国家秘密的案件，在侦查阶段委托律师，须获得侦查机关的批准。已经获得批准的，可以委托律师。

3. 犯罪嫌疑人、被告人的近亲属代为委托律师的，除犯罪嫌疑人、被告人未为成年人、限制责任能力的人以外，代为委托在律师会见时需得到犯罪嫌疑人、被告人的确认。

4. 公诉案件被害人及其法定代理人或者近亲属自案件移送审查起诉之日起，可以委托律师。

5. 自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，可以随时委托律师担任诉讼代理人。

6. 一审判决已经宣告，案件的当事人及其法定代理人、近亲属可以委托律师担任二审辩护人或者诉讼代理人。

7. 案件当事人及其法定代理人、近亲属对于人民法院已经发生法律效力、未超过申诉期限的刑事判决、裁定或者人民检察院已经发生法律效力、未超过申诉期限的不起诉决定不服，可以委托律师担任申诉代理人。

律师事务所审查完毕，有权根据情况决定是否接受委托。

#### （三）办理委托手续

律师事务所对于符合接受委托条件、并且决定接受委托的，经律师事务所主任或主任授权的负责人同意后，与委托人办理委托手续。

律师参加刑事诉讼，应当分阶段办理委托手续，即：侦查阶段；审查起

诉阶段；一审程序阶段；二审程序阶段；申诉阶段。如果委托人提出请求，也可以一次性办理委托手续，但在确认委托关系成立的法律文书中应当注明律师参与工作的阶段。

委托手续一般包括以下内容：

1.《委托协议》。《委托协议》是律师事务所与委托人共同签署的、确认委托关系成立的书面法律文书，是律师参加刑事诉讼活动的合法、有效凭证。《委托协议》应当签署一式2份，1份交委托人，1份由律师事务所存档。

2.《授权委托书》。《授权委托书》是委托人签署的、授予律师在刑事诉讼活动中代为履行权限范围的法律文书，是律师在刑事诉讼过程中从事职能活动的依据。《授权委托书》应当签署一式3份，1份交有关办案机关，1份由案件承办律师存档，1份交委托人。

3.《律师事务所函》。《律师事务所函》是律师事务所出具的、说明律师参加刑事诉讼身份情况的法律文书，是确认律师在刑事诉讼中的资格身份的依据。《律师事务所函》由律师事务所出具，载明律师在刑事诉讼活动中的身份，提交有关机关。

委托手续办好後，由律师事务所工作人员办理收案登记，编号后建立卷宗。被律师事务所指派参加刑事诉讼的律师无正当理由，不得拒绝参加刑事诉讼，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝。律师因以上事由需要与委托人解除委托关系，应经律师事务所主任或主任授权的负责人同意，并记录在案。委托人已经向律师事务所交纳的费用不予退回。

## 二、结案

律师参加刑事诉讼，在每一个办案阶段或者审判程序结束时，都应分别写出办案总结。办案总结应当包括当事人基本情况、案由、案件事实、法律依据以及律师在办案过程中所做的工作等内容，与其他案件有关材料一并整理装订归档。

在刑事诉讼过程中需要提前与委托人解除委托关系的，承办律师也应当写出办案总结。该办案总结除包括以上内容外，还应当说明提前解除委托关系的原因，并附上相关解除委托关系的手续，与案件其他有关材料一并装订归档。

## 第三节 为犯罪嫌疑人提供法律帮助

### 一、律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助的概念

律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助是指律师在刑事案件的侦查阶段接受犯罪嫌疑人的聘请，为其提供法律咨询等服务性业务活动。根据刑事诉讼法的有关规定，在刑事案件的侦查阶段，自公安机关、人民检察院以及进行侦查的其他法定机关第一次讯问犯罪嫌疑人后或对其采取强制措施之日起，律师事务所可以接受犯罪嫌疑人及其委托的近亲属的请求，指派律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助，律师由此开始介入刑事诉讼活动。

### 二、律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助的职责范围

依照刑事诉讼法的有关规定，律师在刑事案件的侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助的职责范围主要包括：

1.为犯罪嫌疑人提供法律咨询；

2. 接受犯罪嫌疑人的委托，代理其申诉；
3. 接受犯罪嫌疑人的委托，代理其控告；
4. 接受犯罪嫌疑人的委托，为在押犯罪嫌疑人申请取保候审。

律师在为犯罪嫌疑人提供法律帮助时履行何种职责，应当由委托人在聘请律师时与律师事务所签署的《委托协议》中加以明确，不能超出上述法律规定的职责范围。

### 三、律师接受委托后的主要工作

#### （一）与侦查机关联系

律师接受为犯罪嫌疑人提供法律帮助的委托后，应当及时与侦查机关取得联系，向侦查机关提交《授权委托书》、《律师事务所函》等证明律师资格身份的法律文书，寻求侦查机关对律师依法履行职责的支持。

#### （二）会见犯罪嫌疑人

会见犯罪嫌疑人是律师为犯罪嫌疑人提供法律帮助的主要途径，律师必须予以充分的重视。

律师会见未在押的犯罪嫌疑人，可以在其住所、单位或者律师事务所会见，但是会见应当单独进行，其他人不应在场。犯罪嫌疑人是未成年人或者盲、聋、哑人的，律师会见时其法定代理人应该在场。

律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当向侦查机关提出。根据《刑事诉讼法》第96条的规定，涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准；侦查机关以案件涉及国家秘密为由不批准律师会见在押的犯罪嫌疑人，律师应当要求侦查机关出具书面决定。对于不涉及国家秘密的案件，律师会见在押犯罪嫌疑人不需要经过批准，侦查机关不能以侦查过程需要保密作为涉及国家秘密的案件不予批准。律师提出会见在押犯罪嫌疑人的，应当在48小时内安排会见；对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪，组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪，毒品犯罪，贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见在押犯罪嫌疑人的，应当在5日内安排会见。

律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当持委托人签署的《授权委托书》、律师事务所出具的会见在押犯罪嫌疑人专用介绍信以及律师本人的执业证书，严格遵守犯罪嫌疑人羁押场所的有关规章制度，不允许给犯罪嫌疑人传递物品、信函，不得将自己的通讯工具借给犯罪嫌疑人使用。

律师会见犯罪嫌疑人的工作内容主要有：

1. 犯罪嫌疑人如果在押，应当征询其对所聘律师的意见；
2. 向犯罪嫌疑人说明律师提供法律帮助的职责；
3. 向犯罪嫌疑人了解有关案件的情况，包括其所涉嫌案件的主要事实、情节以及采取强制措施的有关情况；
4. 其他需要了解的情况。

律师会见犯罪嫌疑人应当制作会见笔录，由犯罪嫌疑人对笔录内容确认无误后签名。

#### （三）为犯罪嫌疑人提供法律咨询

律师在会见犯罪嫌疑人为其提供法律咨询时，应就犯罪嫌疑人所提出的法律问题进行解答，并详细阐述有关的法律规定。一般来说，为犯罪嫌疑人提供的法律咨询主要包括以下内容：

1. 有关强制措施的条件、期限、适用程序的法律规定；

2. 有关侦查、检察和审判人员回避的法律规定；
3. 犯罪嫌疑人对侦查人员的提问有如实回答的义务以及对与本案无关的问题有拒绝回答的权利；
4. 犯罪嫌疑人有要求自行书写供述的权利，对侦查人员制作的讯问笔录有核对、补充、改正、附加说明的权利，以及在确认讯问笔录没有错误后应当签名或盖章的义务；
5. 犯罪嫌疑人享有侦查机关应当将用作证据的鉴定结论向他告知的权利，以及可以申请补充鉴定或者重新鉴定的权利；
6. 犯罪嫌疑人享有的辩护权；
7. 犯罪嫌疑人享有的申诉权和控告权；
8. 刑法关于犯罪嫌疑人所涉嫌的罪名的有关规定；
9. 刑法关于自首、立功的法律规定以及国家坦白从宽、抗拒从严的刑事政策；
10. 有关刑事案件侦查管辖的规定；
11. 其他有关法律问题。

#### （四）代理申诉和控告

犯罪嫌疑人有申诉和控告的权利，律师在刑事案件侦查阶段，经委托人的授权委托可以履行代理犯罪嫌疑人申诉和控告的职责。

律师根据向犯罪嫌疑人了解的案件事实情况以及向侦查机关了解的犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，认为犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪或者侦查机关确定的涉嫌罪名不当时，可以代理犯罪嫌疑人向有关机关提出申诉，要求予以纠正。

律师根据犯罪嫌疑人提供的情况和其他有关证据材料，认为侦查人员在案件侦查过程中违反法律规定，侵犯了犯罪嫌疑人的人身权利、诉讼权利或其他合法权益，或者认为侦查机关管辖不当时，可以代理犯罪嫌疑人向有关机关提出控告或异议。

律师代理犯罪嫌疑人提出申诉或者控告，应当提交书面申诉书或者控告书。

#### （五）为犯罪嫌疑人申请取保候审

《刑事诉讼法》第 96 条规定：“犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。”据此律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助时可以为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审。

律师在向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名及会见犯罪嫌疑人时，如果认为被羁押的犯罪嫌疑人符合以下取保候审的条件，可以为其申请取保候审：

1. 犯罪嫌疑人所涉案情符合《刑事诉讼法》第 51 条的规定，即犯罪嫌疑人可能被判处管制、拘役或者独立适用附加刑，或者可能被判处有期徒刑以上刑罚、但采取取保候审不致发生社会危险性的；
2. 犯罪嫌疑人患有严重疾病的；
3. 犯罪嫌疑人正在怀孕或者哺乳自己的婴儿的；
4. 侦查机关对犯罪嫌疑人采取的拘留、逮捕措施已超过法定期限的。

在押的犯罪嫌疑人或者近亲属要求律师为犯罪嫌疑人申请取保候审，律师认为符合法定的取保候审条件的，可以为其申请取保候审。

律师为犯罪嫌疑人申请取保候审时，应当向侦查机关提交取保候审申请书。申请书应当写明律师事务所名称、律师姓名、通讯地址及联系方式、申

请事实与理由、保证人姓名等内容，由承办律师签名，加盖律师事务所公章。需要注意的是，律师不能为犯罪嫌疑人作保证人。有权决定取保候审的机关收到律师提交的取保候审申请书，应当在7日内作出是否同意的答复。同意取保候审的，依法办理取保候审手续；不同意取保候审的，应当告知提交申请的律师，并说明不同意的理由。

#### 第四节 审查起诉阶段担任辩护人

##### 一、律师在审查起诉阶段担任辩护人的概念

律师在审查起诉阶段担任辩护人是指侦查机关对刑事案件侦查终结、向人民检察院移送审查起诉后，律师接受犯罪嫌疑人或者其法定代理人、近亲属的委托，担任辩护人，参加刑事诉讼。根据《刑事诉讼法》第33条的规定，“公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人”，“人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人”。此时，律师事务所接受犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属的委托，指派律师参加刑事诉讼活动，担任案件审查起诉阶段犯罪嫌疑人的辩护人。

##### 二、律师的主要工作

律师接受委托在案件的审查起诉阶段介入刑事诉讼，主要工作有：

###### （一）与检察机关联系

律师接受委托后，首先应当与承办审查起诉案件的人民检察院取得联系，向办案的检察人员提交犯罪嫌疑人或者其法定代理人、近亲属委托律师在案件审查起诉阶段为犯罪嫌疑人进行辩护的授权委托书、律师事务所出具的刑事辩护函等有关法律文件，以确定律师在案件审查起诉阶段参加刑事诉讼的地位和资格。

###### （二）查阅、摘抄、复制本案有关材料

《刑事诉讼法》第36条规定：“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，……。”查阅、摘抄、复制案件有关材料，是法律赋予律师在案件审查起诉阶段的一项诉讼权利，律师应当重视这项诉讼权利的行使，因为这是律师了解案情、全面介入刑事诉讼活动的基础和条件。

律师持辩护授权委托书、律师事务所出具的刑事辩护函、律师执业证等有关证明材料，就可以到人民检察院查阅、摘抄、复制案件的有关材料。其中，诉讼文书主要包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书、讯问笔录、询问笔录等文书；技术性鉴定材料主要包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等鉴定性文书。律师摘抄、复制本案有关材料时应当注意保证其准确性、完整性，切忌断章取义。必要时，应在材料上注明其在有关案卷中的页码，以备核对。

律师对所摘抄、复制的材料应当入卷装订，妥善保管，注意保密，防止毁坏和丢失。

###### （三）与犯罪嫌疑人会见和通信

律师在案件审查起诉阶段有与犯罪嫌疑人会见和通信的权利。

律师会见未在押的犯罪嫌疑人，可以在其住所、单位或律师事务所会见。犯罪嫌疑人是未成年人或者盲、聋、哑人的，律师会见时其法定代理人应当

在场。

律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当向检察机关提出，检察机关应当批准，并将向犯罪嫌疑人羁押场所出具的允许律师会见函交给律师。律师持检察机关出具的允许律师会见函、律师会见在押犯罪嫌疑人专用介绍信、律师执业证等有关文件到羁押场所会见在押犯罪嫌疑人。根据最高人民法院等6部委1998年1月19日联合颁布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》的规定，由于在案件审查起诉阶段，案件已经侦查终结，此时律师会见在押的犯罪嫌疑人，人民检察院不应派员在场。但律师应当遵守羁押场所的有关制度和规定，不得给犯罪嫌疑人传递物品、信函，也不得将自己的通讯工具借给犯罪嫌疑人使用。

律师会见犯罪嫌疑人，应向其了解与案件有关的情况，主要有以下内容：

1. 涉嫌案件的事实以及犯罪嫌疑人参与案件的事实与情节；
2. 犯罪嫌疑人在案件侦查过程中的有罪陈述；
2. 犯罪嫌疑人在案件侦查过程中的有罪陈述；
3. 犯罪嫌疑人在案件侦查过程中的罪轻、无罪的辩解；
4. 侦查机关在案件侦查过程中程序、手段是否合法；
5. 对侦查过程中的陈述或辩解的补充；
6. 其他需要了解的情况。

律师对上述了解的情况应当制作会见笔录，交犯罪嫌疑人确定其内容无误后签名。

律师与犯罪嫌疑人通信，也应当主要围绕以上会见的内容进行了解，不得向犯罪嫌疑人提及同案犯罪嫌疑人及其亲友的情况和意见。律师应当保留与犯罪嫌疑人通信函件副本以及犯罪嫌疑人复函原件，附卷备查。

#### （四）调查和收集本案有关材料

《刑事诉讼法》第37条规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，……”，“辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”。律师调查和收集本案有关材料，是法律赋予律师在刑事诉讼活动中的一项诉讼权利，也是律师调查、了解、掌握案件事实情况，以便充分、有力的行使辩护权的必要条件。

律师在案件审查起诉阶段，持律师专用调查介绍信、律师执业证调查、收集本案有关材料时，应当注意两个问题：一是向证人或其他有关单位、个人调查、收集材料，应先行征得被调查对象的同意，并在制作的调查笔录中注明已经被调查对象同意，由被调查对象在调查笔录上签名或盖章；二是向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人调查、收集材料，应先行向人民检察院提出申请，经人民检察院许可后再征得被调查对象的同意，由被调查对象在调查笔录上签名或盖章。

律师调查、收集本案有关材料，应当力求收集原始材料，确实不能收集原件的，可以采用复制、录像、录音等方式，但必须注明材料的来源，而且以视听设备收集有关材料须经有关人员的同意并加以文字说明。

律师在调查、收集材料的过程中应当制作调查笔录，其内容不仅记载调查人、被调查人、调查时间、地点等基本情况，还应当客观、真实地反映出被调查人的观点、主张和意见，全面、准确地表明调查的全过程。调查笔录制作完毕，应经被调查人确认无误后签名或盖章。

### （五）提出辩护意见

依据刑事诉讼法的有关规定，人民检察院在对刑事案件进行审查起诉时，应当“听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见”。辩护律师作为犯罪嫌疑人所委托的人，应当在案件审查起诉阶段向人民检察院提出辩护意见，尽管这时所提的辩护意见与在案件的法庭审理过程中发表的辩护意见的侧重点不同，但出发点是一致的，即：履行辩护职责，维护委托人的合法权益。

在案件审查起诉阶段，律师提出的辩护意见侧重于以下内容：

1. 依据事实和法律提出对本案有关犯罪嫌疑人应否提起诉讼；
2. 侦查机关所移送审查起诉的认定犯罪嫌疑人构成犯罪的材料是否真实、充分；
3. 与案件有关的鉴定材料是否充分，是否应当重新鉴定；
4. 侦查机关对案件的侦查活动是否合法，侦查活动中所取得的证据是否有效；
5. 对在案件审查起诉阶段已经超过羁押期限的犯罪嫌疑人应依法释放或变更强制措施、实行取保候审的意见；
6. 对于犯罪嫌疑人的人身权利受到侵害或人格受到侮辱的，代理犯罪嫌疑人提出控告的意见；
7. 其他需要向人民检察院提出的意见。

## 第五节 担任公诉案件一审辩护人

### 一、律师在公诉案件中担任一审辩护人的概念

律师在公诉案件中担任一审辩护人是指人民检察院将刑事案件向人民法院提起公诉、请求人民法院依法审理后，律师接受被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人，参加刑事诉讼。根据刑事诉讼法的规定，在刑事案件审理过程中，被告人除自己行使辩护权以外，可以委托律师作为辩护人；“公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护”，“被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护”，“被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护”。在人民检察院向人民法院提起公诉、案件进入一审诉讼程序后，律师无论是接受被告人的委托还是人民法院的指定参加刑事诉讼，其责任都是一致的，即担任公诉案件的一审辩护人。

### 二、公诉案件的收案

人民检察院向人民法院提起公诉后，被告人或者其所委托的近亲属可以委托律师担任被告人的辩护人；对于符合法定情形、应当由承担法律援助义务的律师提供辩护的被告人，则由人民法院为其指定律师担任辩护人。律师事务所决定指派律师担任辩护人的，应当与委托人办理委托手续或者与有关人民法院办理指定辩护手续。

人民法院为被告人指定律师担任辩护人的，应当向指定的律师事务所发出书面通知。律师事务所接受指定后，应当指派承办律师，并告知人民法院，由人民法院征得被告人同意后办理指定辩护手续和委托手续。

### 三、律师在案件审理过程中应当履行的责任

律师担任刑事案件被告人的辩护人参加刑事案件的审理过程，其主要责任就是根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益。因此，律师在履行辩护人职责时，应当依据法律的规定，充分行使法律所赋予的诉讼权利，注重事实的认定和证据的收集，保证所提出的辩护意见具有充分的事实和法律依据，使被告人的合法权益得到充分、有效的保护。

### 四、律师接受委托或指定后的主要工作

#### （一）管辖审查

律师对于已经提起公诉的刑事案件应当首先审查是否属于受诉的人民法院管辖。律师根据刑事诉讼法的有关规定，发现受诉人民法院管辖不当、侦查机关管辖不当等情形，应当及时以书面形式向人民法院提出，请求移送或退卷。

#### （二）与人民法院联系

律师应当与受诉人民法院的案件承办人员取得联系，向案件承办人员提交辩护授权委托书、律师事务所刑事辩护函等有关法律文书，使人民法院认可律师在案件审理过程中辩护人的资格和身份，以便律师依法履行辩护人的职责。

#### （三）向人民法院索取起诉书副本

起诉书是人民检察院代表国家指控被告人、请求人民法院对犯罪行为依法审理和判决的书面法律文书。律师获取起诉书副本，可以从中了解人民检察院指控被告人的事实和依据，确定律师在案件审理阶段的工作方向、工作重点和辩护意见的侧重点。因此，起诉书副本是律师参加刑事诉讼应当取得的重要诉讼文书。人民法院应当向参加刑事案件审理的律师提供起诉书副本，否则律师应当向人民法院索取。

#### （四）阅卷

阅卷是辩护律师在案件审理过程中享有的一项重要的诉讼权利，也是律师的一项重要工作。《刑事诉讼法》第36条规定：“辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，……。”由此明确了辩护律师的阅卷权利和阅卷的内容范围。

律师阅卷应当着重了解以下事项：

1. 被告人的自然情况；
2. 被告人被控犯罪的时间、地点、动机、目的、手段、后果及其他可能影响定罪量刑的法定、酌定情节等；
3. 被告人无罪、罪轻的事实和材料；
4. 证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人的自然情况；
5. 被害人的自然情况；
6. 侦查、审查起诉阶段的各种法律程序和诉讼文书是否合法、齐备；
7. 技术性鉴定材料的来源、鉴定人是否具有鉴定资格、鉴定的依据、理由和结论等；
8. 同案被告人的有关情况；
9. 有关证据的客观性、关联性和合法性，证据之间及证据本身的矛盾与疑点；

10. 相关证据能否证明起诉书所指控的犯罪事实及情况，有无矛盾与疑点。

律师在阅卷时应当注意全面性，切忌片面性、断章取义。对于必要的案卷材料，律师应当准确地摘抄、复制，并注明案卷页数、材料形成的时间、地点及制作材料的人员。

律师应将摘抄、复制的有关材料装订入卷，妥善保管，注意保密，防止丢失和毁坏。

#### （五）会见被告人

律师在案件提起公诉、人民法院尚未开庭审理阶段会见被告人，是向其调查了解案件事实、征询意见，以便确定开庭前工作重点的主要环节。律师应当利用人民法院开庭审理前的有限期间会见被告人。

律师会见未在押的被告人，可以随时在其住所、单位或律师事务所进行。律师会见在押的被告人，应持起诉书副本、律师会见在押被告人专用会见信、律师执业证等有效文书、证件到被告人羁押场所，经羁押场所有关部门允许后方可会见。根据最高人民法院等6部委联合颁布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》的规定，在刑事案件的审判阶段律师会见被告人，人民法院不派员在场。但律师应当自觉遵守羁押场所的有关制度和规定，不得为被告人传递信件、物品，也不得将自己的通讯工具借给被告人使用。

律师会见被告人，应当事先准备好详细的询问提纲，以免询问内容出现遗漏。会见被告人的询问内容一般包括：

1. 介绍律师身份，说明辩护律师的职责，征询被告人对律师的意见和要求；
2. 向被告人介绍刑事案件的审理程序，以及被告人在审理过程中所享有的诉讼权利与应当履行的义务、在开庭时应当注意的事项；
3. 被告人对起诉书的意见，包括是否承认所指控的罪名、所指控的事实以及情节；
4. 听取被告人的陈述和辩解，以及对涉及案卷材料中疑点、矛盾之处的意见；
5. 被告人提出的有利于自己的证据和线索，以及无罪、罪轻或从轻、减轻、免除处罚的辩解与理由；
6. 被告人羁押期间是否有立功表现；
7. 被告人羁押期间合法权益是否受到侵害；
8. 其他有关的必要内容。

律师会见被告人应当制作询问笔录。询问笔录经被告人确认无误后签名或盖章。

#### （六）调查和收集证据

律师在开庭之前根据实际情况认为尚有证据材料需要调查、收集时，经证人或者其他有关单位和个人的同意，可以向他们收集与本案有关的材料；律师经人民法院的许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，也可以向他们收集与本案有关的材料。

律师调查、收集证据材料，应当持律师事务所的介绍信、律师执业证，需经人民法院许可的还应持人民法院的有关证明。律师在调查、收集证据材料时，应当注重证据材料的真实性、合法性，并应当制作调查笔录，客观、真实地反映调查的内容和调查的过程，调查笔录制作完毕后由被调查人确认

无误，并在笔录上签名或盖章。

#### （七）提交证人名单和整理证据

我国刑事诉讼中庭审制度改革的一个重要内容就是变人民法院审判人员在法庭上出证为作为控诉方的公诉人与作为辩护方的律师在法庭上相互出证、质证，以确定证据的合法性、有效性。因此，律师必须注重证据收集后的整理工作。

对于需要出庭作证、陈述证言的证人，律师应当编制证人名单，附列相关材料，包括证人的姓名、年龄、性别、文化程度、职业、工作单位、住址、联系电话等，以及证人拟作证内容，于开庭前将证人名单送交人民法院，以便人民法院通知证人出庭作证。

律师对所收集的证据应当编号，并编制证据目录，附列相关材料，包括证据材料名称、证据来源、证据页数等，以及证据所证明的事实内容，于开庭前将证据目录送交人民法院，以告知律师在法庭上将要出证的内容。

#### （八）申请调取证据

律师除自己可以调查、收集证据外，还有权根据实际情况申请人民检察院、人民法院收集、调取证据。律师认为有证据可以证明被告人无罪、罪轻或有利于对被告人从宽处理、而律师难以自行收集时，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，人民检察院、人民法院认为需要调查取证的，应当由人民检察院、人民法院收集、调取证据。

#### （九）出庭准备

律师接到人民法院的开庭通知书后，应当积极、认真地做好出庭的准备工作：

1. 认真安排好工作时间，争取按时出庭。律师因有以下情形之一不能按时出庭，应当及时与人民法院联系，争取法院延期开庭：

（1）因不可抗力，律师无法出庭履行职务的；

（2）律师收到两份以上同时开庭的通知书，无法参加后接到通知书的开庭审理活动的；

（3）由于客观原因使律师无法按时到达开庭地点的；

（4）庭审前，律师又发现重大证据线索，需要进一步调查取证或申请新的证人出庭作证的。

如果律师无法出庭，而法院又不能变更开庭时间的，律师可以与委托人协商，改派其他律师出庭。

2. 人民法院通知开庭时间不足3日的，以收到书面通知书为准，律师有权提出异议，要求法院更改开庭日期。

3. 律师在开庭前应当向法庭了解拟传唤哪些证人出庭作证。如果本方提出作证的证人或者控诉方的关键证人未予传唤或无法传唤，应当及时与人民法院审判人员协商解决。

4. 律师应当了解公诉人、法庭组成人员的情况，确定被告人有无行使申请回避权的事由，并准备相应的证据。

#### （十）参加法庭审理

法庭审理是刑事诉讼中的重要环节，是律师发挥辩护作用的重要阶段。律师必须亲自参加法庭审理，注重律师辩护作用的充分发挥。律师在法庭审理过程中应当做好以下工作：

1. 在法庭调查过程中认真听取公诉人宣读的起诉书，注意起诉书中指控

的罪名、事实等与获得的起诉书副本是否一致，随时修改法庭询问提纲和辩护意见。

2. 认真做好法庭调查笔录，包括审判人员、公诉人对被告人的讯问、被告人对案件的陈述和辩解，做好提问准备。

3. 经法庭审判长的同意，向被告人发问。被告人不承认公诉人指控的犯罪，要问明其理由和证据；被告人认为公诉人指控的犯罪事实不属实，要问清哪些不属实以及理由和根据。

4. 针对公诉人对被告人的威逼性、诱导性发问和与本案无关的发问，辩护律师有权提出反对意见；律师的反对意见被法庭驳回，应当尊重法庭的决定。

5. 公诉人对律师的发问提出反对意见时，律师可以进行辩驳；但当法庭支持公诉人的反对意见后，律师应当尊重法庭的决定，改变问题或改变发问方式。

6. 经法庭审判长的同意，对控诉方的证人或控诉方出示的证人证言质证。一般来说，辩护律师对证人或证人证言应从以下几个方面质证：

- (1) 证人与被告人的关系；
- (2) 证人的基本情况；
- (3) 证人的感知力、记忆力和表达力；
- (4) 证人证言的来源及合法性；
- (5) 证人感知案件事实时的环境和案件；
- (6) 证人提供证言是否受到外界因素的影响；
- (7) 证言的内容及要证明的问题；
- (8) 证人前后证言是否矛盾；
- (9) 证人未能出庭的原因。

律师质证后应当结合有关案件材料评价证人证言，发表是否采信的意见，并阐述理由。对于无正当理由不出庭接受质证的证人的证言，律师可以建议法庭对其不予采信。对于公诉机关向人民法院提交的证人名单和证据目录以外的证人证言，律师有权要求法庭延期审理或建议法庭不予采信。

同时，律师可以要求法庭传唤相反的证人出庭作证。

7. 经法庭审判长的同意，对出庭的鉴定人和公诉人出示的鉴定结论质证。一般来说，辩护律师对鉴定人或鉴定结论应从以下几个方面质证：

- (1) 鉴定人的资格；
- (2) 鉴定人鉴定是否受到外界因素的影响或干扰；
- (3) 鉴定的依据和材料；
- (4) 鉴定的设备和方法；
- (5) 鉴定结论的客观性、科学性。

律师在质证后应当对鉴定材料和鉴定结论发表意见。对于鉴定结论不完整的，律师可以申请法庭补充鉴定；认为鉴定结论不能成立的，可以申请法庭重新鉴定。

8. 经法庭审判长的同意，对公诉人出示的物证、书证、视听材料等证据质证。一般来说，辩护律师对证据应从以下几个方面质证：

- (1) 证据形成的时间、地点和周围环境；
- (2) 证据的来源；

- (3) 证据收集过程的客观性、合法性；
- (4) 证据与案件的联系；
- (5) 证据的类型；
- (6) 证据的内容及要证明的事实；
- (7) 证据内容的真伪；
- (8) 证据间的相互印证与相互关系；

律师在质证后应当对证据能否采取发表自己的意见，并阐明理由。律师认为证据的内容不真实，或证据本身与本案无关，或收集证据的方法、过程违法，应当提出不予采信的意见和理由；对于公诉人出示的证据目录以外的证据，律师有权要求法庭延期审理或建议法庭不予采信。

9. 经法庭审判长的同意，律师可以出示自己调查、收集的证据，并就证据能否采信与公诉人展开辩论。公诉人如果提出律师出示的某件证据不应采信、并阐明理由，其意见被法庭采纳，律师应当尊重法庭的决定。

10. 律师认为需要通知新的证人到庭、调取新的物证或者重新鉴定、勘验，有权向人民法院提出申请，必要时可以申请休庭。

11. 参与法庭辩论。法庭辩论是刑事案件法庭审理的关键一环，直接关系到对被告人行为性质的认定以及处理结果。律师在法庭辩论阶段应当做的工作有：

- (1) 认真听取公诉人发表的公诉意见，记录要点，并做好反驳的准备；
- (2) 注意听取被告人的自我辩护，对其中正确的应予支持；
- (3) 经审判长同意发表辩护意见。

律师的辩护意见应当围绕公诉词中所指控的罪名，从事实、证据、法律规定等不同方面进行分析，找出并论证公诉词在事实认定、证据效力、适用法律等方面的错误、漏洞或疑点，反驳其指控。其中，律师为被告人做无罪辩护时，应当通过确凿、充分的证据证明被告人未实施所指控的犯罪行为，或者用于控诉的证据不能证明被告人实施了所指控的犯罪行为，或者根据刑法规定被告人所实施的行为不构成犯罪或不构成所指控的犯罪。但要注意，律师不能无根据、无原则地迎合被告人或其近亲属的要求做无罪辩护；律师为被告人做有罪辩护时，除反驳指控外，还应着重依据证据和法律论证对被告人可以或应当从轻、减轻处罚或者免除处罚的事实和情节。

律师辩护应当尊重事实、客观全面、观点鲜明、论点突出，同时表现出良好的文化修养，绝不允许对他人讽刺、嘲笑、指手画脚，更不允许攻击公诉人或法庭审判人员。

控、辩双方经过第一轮辩论发言之后，控诉方提出其意见或新的观点、新的问题，律师应当进行第二轮或多轮辩论发言，但后几轮的发言应当突出重点、简明有力，对已经论及的意见不再重复。

在法庭辩论过程中，律师发现案件尚有某些事实没有查清，或者仍然需要调查、收集证据，可以向法庭提出恢复法庭调查或暂时休庭、延期审理的申请。

#### (十一) 休庭后的工作

1. 阅读法庭笔录，发现有遗漏或者差错的，可以请求补充或更正，经确认无误后在法庭笔录上签名或盖章。

2. 整理证据和辩论意见，将在法庭审理过程中出示的证据和书面的辩护意见提交法庭审判人员。

3. 人民法院做出一审判决后，律师有权获得判决书。律师可以在法定的上诉期限内会见被告人，听取被告人对判决书的内容以及是否上诉的意见，并给予指导。

### 五、辩护词

辩护词是辩护人为了维护被告人的合法权益，在刑事案件法庭审理的辩论阶段，针对起诉书对被告人的指控所做的系统发言。

在刑事诉讼活动中，律师接受被告人的委托，作为辩护人参加刑事案件的法庭审理，其根本职责就是维护被告人的合法权益，而辩护词则是实现这一职责的重要手段。律师通过辩护词的形式，依据事实和法律对指控进行反驳，对被告人是否有罪、罪的轻重以及是否应当给予被告人从轻、减轻处罚或者免除处罚进行论证，提出明确的意见和主张，体现了对被告人合法权益的充分保护。同时，辩护词本身也是我国法制工作民主精神的具体体现，它是帮助审判人员对案件做出公正处理的重要因素之一。

#### （一）辩护词的内容和结构

辩护词虽然应在休庭后以书面的形式呈送法庭，但在法庭辩论时往往是一种即兴的口头发言，因而没有固定的文书格式。但从司法实践的具体情况来看，辩护词还是有一个较为通用、或者说是约定俗成的发言结构，即由前言、辩论理由、结束语 3 部分所组成。

前言主要讲述 3 个内容：一是申明辩护人的合法地位，说明律师是接受谁的委托或哪个法院的指定，为谁辩护；二是简述律师在开庭前做了哪些工作；三是概括律师对案件的基本看法。

辩论理由是辩护词的核心内容。律师应当从维护被告人合法权益的主旨出发，依据事实和证据，对照国家法律的有关规定，充分论证被告人无罪、罪轻或者应予从轻、减轻处罚甚至免除其刑事责任的意见和根据。因此，这部分内容通常是要围绕被告人的行为是否构成犯罪、起诉书中指控的罪名是否正确、有无法定的或酌定的从宽处罚情节以及诉讼程序是否合法等问题展开辩驳和论述。

结束语是对辩护意见的归纳和小结，一般讲述两个内容：一是简单归纳辩护意见的中心观点；二是简洁明了地向法庭提出对被告人的处理建议。

#### （二）写作辩护词的一般要求

1. 以事实为根据，以法律为准绳，是辩护词写作的最基本要求，辩护词中的观点、理由、意见和主张都不能违背事实真相和法律的规定。

2. 抓住重点，分清主次，论证既要全面，又要突出重点。

3. 论点明确，注重分析，有真实、可靠的证据支持所阐述的论点。

4. 用词准确，脉络清晰，结构紧凑，语言流畅，切忌重复啰嗦，含糊不清，逻辑混乱。

## 第六节 担任公诉案件二审辩护人

### 一、律师在公诉案件中担任二审辩护人的概念

律师在公诉案件中担任二审辩护人是指人民法院对刑事案件做出一审判决、裁定后，律师接受一审被告人或者其近亲属的委托或者人民法院的指定，担任辩护人，参加该案件第二审的诉讼活动。根据我国刑事诉讼法的有关规定，人民法院对刑事案件做出一审判决、裁定后，一审被告人不服该判决、

裁定或者公诉机关认为该判决、裁定不当，可以在法定的期限内提出上诉或者抗诉，由此引起刑事案件的二审程序开始。此时，一审被告人或者其近亲属有权委托律师担任辩护人，参加二审诉讼活动；一审被告人没有委托律师担任辩护人，而其具有法定的情形，人民法院应当为他指定承担法律援助义务的律师担任辩护人，参加二审诉讼活动。律师接受委托或者指定，担任公诉案件的二审辩护人，其职责与担任公诉案件的一审辩护人的职责相同，主要是维护原审被告人的合法权益，同时负有要求二审人民法院纠正一审判决、裁定的不当之处，以维护法律的公正的责任。

## 二、律师接受委托或指定后的主要工作

1. 办理委托手续或指定辩护手续，明确律师在刑事案件二审程序中的辩护人身份。

2. 原审被告人请求律师代为上诉的，律师应当在法定上诉期限内代其撰写刑事上诉状，经原审被告人签名后送交原审人民法院。

3. 一审案卷移送二审人民法院后，律师应当与二审人民法院审判人员联系，提交二审辩护委托书、律师事务所出具的刑事辩护函等有关法律文书，使人民法院认可律师在刑事案件二审程序中的资格和身份。

4. 做好开庭审理前的阅卷、会见被告人、调查取证等工作，其基本要求与一审时的律师工作要求相同。

5. 参加法庭审理，其工作内容和要求同一审。二审人民法院决定对案件不开庭审理的，律师应当及时向二审人民法院提交新收集的证据和书面辩护意见，但如果发现新的关键性证据，或者有证据表明作为一审判决依据的主要证据不可靠，或者主要证人改变原来的证言以及出现其他可能直接影响案件结果的情况，律师应当建议二审法院开庭审理。

## 三、刑事上诉状

刑事上诉状是刑事被告人对一审人民法院作出的未生效判决、裁定，在法定期限内声明不服，向上一级人民法院提交的请求依法撤销或变更原审裁判的法律文书。刑事上诉状既是刑事被告人声明不服一审裁判的诉讼文书，又是二审人民法院开始刑事案件二审程序的依据。

刑事上诉状的特点在于针对一审人民法院作出的刑事裁判，阐述上诉人对其全部或部分的否定意见，并以该文书请求上一级人民法院更改原审裁判，以维护上诉人的合法权益。

刑事上诉状的结构分为3个部分，即首部、正文和尾部。

首部主要写明上诉人的基本情况以及原审人民法院的裁判编号和案由。

正文是刑事上诉状的核心部分，由三个方面的内容组成：一是上诉请求，明确要求二审人民法院部分或全部撤销原审裁判，或者要求重新审理，改变原审裁判；二是上诉理由，针对一审裁判在认定事实、适用法律、诉讼程序等方面的不当之处，阐述不服的理由，特别是上诉的事实根据和法律依据；三是列举证据和证人，以便人民法院查证核实。

尾部主要写明致送的上一级人民法院全称、上诉人姓名以及上诉日期。

## 第七节 担任公诉案件被害人的代理人

### 一、律师在公诉案件中担任被害人的代理人的概念

律师在公诉案件中担任被害人的代理人是指律师接受公诉案件中的被害

人及其法定代理人或者近亲属的委托，作为代理人，参加刑事诉讼，以维护被害人的合法权益。根据刑事诉讼法的有关规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属“自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人”；人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属“有权委托诉讼代理人”。此时，律师事务所接受刑事案件被害人及其法定代理人或者近亲属的委托，指派律师参加刑事诉讼，履行刑事诉讼代理人的职责。

## 二、律师担任公诉案件被害人的代理人的诉讼地位

### （一）律师担任被害人的诉讼代理人，其诉讼地位与辩护律师相等

律师担任被害人的诉讼代理人，虽然是站在被害人的角度，维护的是被害人的合法权益，与辩护律师的诉讼角色对立，但其参加刑事诉讼的目的与辩护律师是相一致的，都是为了维护法律的正确实施。因此，担任诉讼代理人的律师与担任辩护人的律师都是独立的诉讼参与人，都享有法律赋予的广泛的诉讼权利，在刑事诉讼活动中具有平等的诉讼地位。人民法院应当保证代理律师在案件审理的过程中与辩护律师的同等待遇。

### （二）律师担任被害人的诉讼代理人，履行与公诉人相似、但侧重点不同的职责

律师担任被害人的诉讼代理人，在法庭审理过程中与公诉人同属控诉犯罪的一方，应当与公诉人相互协作、密切配合，但二者的地位和作用是不同的，履行指控犯罪职责的侧重点也有所区别：公诉人代表国家控诉被告人的犯罪行为对国家和社会造成的危害，侧重维护的是国家利益和社会利益；代理律师代表的是被害人个人，其责任以法律赋予律师的诉讼权利和被害人委托的代理权限为限，侧重维护被害人的合法权益。

### （三）律师担任被害人的诉讼代理人，是独立的诉讼参与人

律师担任被害人的诉讼代理人，虽然是代理被害人参加刑事诉讼，指导、协助或代理被害人行使刑事案件当事人的诉讼权利，但同时代理律师又具有独立的诉讼地位。代理律师因其特殊的律师身份，享有被害人所不具有的一些诉讼权利，其在委托代理权限的范围内依法独立行使代理的职责，不受任何单位、个人包括被害人支配、干涉。

## 三、律师接受被害人的委托

在公诉案件中，犯罪行为的被害人（包括公民、法人和其他组织）、已死亡的被害人的近亲属、无行为能力或限制行为能力被害人的法定代理人，都可以委托律师作为诉讼代理人，参加刑事诉讼。

被害人委托律师代理，应当与律师事务所办理委托代理手续，包括订立委托代理协议、由委托人单方签署授权委托书。需要注意的是，在委托代理协议和授权委托书中，应当明确代理律师的代理权限。

公诉案件中，被害人的代理律师的代理诉讼权利范围，既受法律赋予被害人的诉讼权利范围的限制，又受委托人对律师授权的诉讼权利范围的限制。一般来说，被害人可以委托律师代理行使以下诉讼权利：

1. 提供证据的权利；
2. 参加法庭调查，向被告人、证人、鉴定人发问的权利；
3. 参加法庭辩论，向法庭提交代理意见、指控犯罪的权利；
4. 对人民检察院作出的对被告人不起诉决定在法定期限内提出申诉的权利；人民检察院维持不起诉决定的，直接向人民法院提起诉讼的权利；

5.对人民法院作出的一审刑事判决、裁定不服,在法定期限内向人民检察院递交请求抗诉申请书、请求人民检察院提起抗诉的权利。

#### 四、律师接受委托后的主要工作

##### (一)为被害人提供法律咨询

律师接受代理委托后,首先应当为被害人提供法律咨询,帮助分析案情,包括案件的性质、行为人应否承担刑事责任以及承担何种刑事责任、被害人为指控犯罪应当做哪些工作、被害人享有何种诉讼权利,等等,指导被害人做好指控犯罪的准备工作。

##### (二)案件审查起诉阶段的必要工作

公诉案件的代理律师接受被害人的委托,在刑事案件的审查起诉阶段参加刑事诉讼,应当与犯罪嫌疑人的辩护律师一样,做好查阅、摘抄、复制本案有关材料,调查和收集本案有关材料,向人民检察院提出代理意见等必要工作。

##### (三)出庭准备

代理律师应当按时出庭履行代理职责。代理律师接到人民法院的开庭通知后因故不能出庭的,应当与人民法院协商延期审理或改换其他律师出庭。代理律师接到开庭通知距开庭时间不足3日的,有权向人民法院提出异议,并要求延期审理。

在开庭前,代理律师应当向人民法院了解案件是否公开审理。如果案件涉及被害人的个人隐私,可以建议人民法院不公开审理。

##### (四)参加法庭审理

1.在法庭审理过程中,代理律师应当指导、协助或代理被害人行使以下诉讼当事人的权利:

(1)发言陈述案件事实;

(2)出示自己持有或收集的证据;

(3)请求法庭传唤未出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证;

(4)经法庭审判长同意,向被告人、证人、鉴定人发问;

(5)对相关证据、鉴定结论、勘验笔录发表意见;

(6)对被告人及其辩护律师的威胁性、诱导性发问或与本案无关的发问提出异议;

(7)驳斥被告人及其辩护律师的证据或意见,向法庭提出对被告人及其辩护律师提供的证据不予采信的建议和意见;

(8)申请通知新的证人出庭、调取新的证据,申请重新鉴定或者勘验;

(9)依据充分的理由向法庭请求案件延期审理。

2.指导被害人就起诉书中指控的犯罪进行陈述或作证,证明被告人所实施的犯罪行为。被害人因故不能到庭或经被害人的特别授权,代理律师可以代为宣读事先准备的书面发言材料。

3.在法庭辩论阶段从被害人的利益出发独立发表辩论意见。辩论意见的侧重点在于依据事实和法律对被告人的犯罪行为进行指控,论证犯罪行为的社会危害性以及被告人应当承担的刑事责任,驳斥被告人及其辩护律师的辩解和意见。

##### (五)休庭后的工作

1.告知被害人阅读法庭笔录,发现遗漏或差错,可以补充或更正,经确

认无误后签名或盖章。

2. 整理辩论意见和证据，向法庭提交书面代理意见和在法庭审理过程中出示的证据。

3. 人民法院作出一审判决、裁定时，被害人及其法定代理人不服，代理律师可以应被害人及其法定代理人的要求，在其收到裁判后5日内起草抗诉申请书，与相关证据材料一并送交人民检察院，请求人民检察院提出抗诉。人民检察院经过审查决定不予抗诉的，代理律师可以建议被害人及其法定代理人提出申诉。

## 第八节 担任自诉案件的代理人

### 一、律师担任自诉案件代理人的概念

律师担任自诉案件的代理人是指律师接受自诉案件自诉人或者其法定代理人的委托，担任刑事自诉案件自诉人的诉讼代理人，参加刑事诉讼。根据刑事诉讼法的有关规定，自诉案件的自诉人及其法定代理人“有权随时委托诉讼代理人”；人民法院自受理自诉案件之日起3日以内，应当告知自诉人及其法定代理人“有权委托诉讼代理人”。律师事务所接受自诉人及其法定代理人的委托，指派律师参加刑事诉讼活动，其履行的是自诉人的诉讼代理人的职责。

### 二、自诉案件中代理律师的诉讼地位

#### （一）自诉案件中代理律师的诉讼权利受自诉人授权范围的限制

在自诉案件中，自诉人及其法定代理人委托律师担任诉讼代理人参加刑事诉讼，往往是基于委托人自身缺乏法律知识、丧失诉讼行为能力或者其他原因不能出庭参加诉讼，或者虽然能出庭参加诉讼、但不能充分、有效地行使诉讼权利。因此，律师接受自诉人及其法定代理人的委托担任诉讼代理人，其职责之一就是代理自诉人行使诉讼权利，帮助自诉人实现法律赋予的诉讼权利。显而易见，如果自诉人对代理律师的授权范围不明确，律师就无法代理自诉人参加诉讼。由于自诉人的代理律师在刑事诉讼中不具有独立的诉讼地位，自诉人及其法定代理人在委托律师时必须明确代理律师的代理权限，以便律师代理。

#### （二）自诉案件中代理律师履行代理自诉人控诉犯罪的职能

代理律师在自诉案件中从维护自诉人的合法权益出发，帮助或代理自诉人指控犯罪，其目的在于通过追究自诉案件被告人的刑事责任，使法律的公正性得以实现。为了达到这一目的，代理律师应当站在自诉人的角度，在自诉人授权范围内开展工作，代表自诉人的意志，依据事实和法律控诉犯罪。因此，代理律师在履行自己职责的时候，受自诉人意志的约束，而不具有独立性和随意性。

### 三、律师接受自诉人的委托

#### （一）律师接受委托时的审查

自诉人及其法定代理人委托律师代理自诉时，律师应当先行对案件进行审查，以确定委托的自诉案件是否符合法律规定的立案条件。

1. 审查所委托的是否属于法律规定的自诉案件；
2. 审查委托人是否具有自诉人的资格；
3. 审查案件是否有明确的被告人；

#### 4. 确定案件的管辖法院。

##### (二) 办理委托代理手续

自诉人及其法定代理人委托律师代理自诉，应当与律师事务所订立委托代理协议，并由自诉人签署授权委托书，由律师事务所指派律师参加刑事诉讼。应当注意的是，在委托代理协议和授权委托书中必须明确代理律师的代理权限。

#### 四、律师接受委托后的主要工作

##### (一) 为自诉人提供法律帮助

律师接受代理委托后，首先应当为自诉人提供法律帮助，包括分析案情，向自诉人解释有关刑事自诉的法律规定，等等。

##### (二) 为自诉人起草刑事自诉状

刑事自诉状是刑事案件自诉人提起刑事自诉的法定文书。代理律师应当依据事实和法律帮助自诉人写好刑事自诉状，经自诉人签名后交送人民法院。

自诉人同时要求民事赔偿的，代理律师应当帮助自诉人制作刑事附带民事自诉状，写明被告人实施的犯罪行为给自诉人所造成的损害、具体的赔偿请求以及计算依据，提交人民法院。

##### (三) 调查、收集有关证据

代理律师应当根据自诉人提供的线索开展必要的调查工作，收集、整理与案件有关的证据，及时向人民法院提交。自诉人提起自诉后，代理律师对于自己不能取得的证据，可以向人民法院提出依法调取的申请。

##### (四) 协同或代理自诉人到有管辖权的人民法院提起自诉

代理律师可以协同自诉人或经自诉人授权代理自诉人到具有管辖权的人民法院提起自诉。起诉时，应当携带以下文件：

1. 自诉人身份证明；
2. 刑事自诉状一式 2 份，每增加 1 名被告人，多提交 1 份自诉状副本；
3. 相关证据材料或证据材料目录、证人名单；
4. 自诉人与律师事务所订立的委托代理协议；
5. 自诉人签署的授权委托书；
6. 律师事务所出具的律师代理函；
7. 律师执业证。

##### (五) 出庭准备

自诉人提起诉讼后，代理律师应当帮助自诉人做好出庭前的准备工作。代理律师必须向自诉人详细解释有关自诉案件开庭的法律规定，避免发生自诉人未准时出庭又未委托律师出庭或擅自中途退庭导致自动撤诉等法律后果。

##### (六) 参加法庭审理

1. 代理律师在刑事自诉案件开庭审理时，应指导、协助或代理自诉人控诉犯罪，并运用相关证据证明被告人犯罪事实的成立；

2. 指导、协助或代理自诉人行使诉讼权利，保证法庭调查各个阶段的顺利进行；

3. 法庭调查结束后，与被告人及其辩护律师展开法庭辩论，发表辩论意见指控犯罪，论证被告人依法承担刑事责任的依据，提出对被告人应当如何处罚的意见。

### （七）配合法庭调解

根据刑事诉讼法的有关规定，人民法院对告诉才处理的案件、被害人有权证明的轻微刑事案件等自诉案件，可以进行调解。律师代理自诉人参加这两类自诉案件的诉讼活动，应当配合人民法院做调解工作。

### （八）告知自诉人和解或撤诉

对于自诉案件，自诉人可以在宣告判决前同被告人自行和解或者撤回起诉。代理律师应当将此事告知自诉人，由自诉人依据自己的意志作出选择。

### （九）休庭后的工作

1. 告知自诉人阅读法庭笔录，发现其中确有遗漏或差错时，可以予以补充或更正，经确认无误后签名或盖章。

2. 整理证据和辩论意见，向法庭提交在法庭审理过程中出示的证据材料和书面律师代理意见。

3. 人民法院做出一审判决、裁定后，自诉人如果不服，告知自诉人在法定期限内可以提出上诉，请求上一级人民法院重新审理。

## 五、刑事自诉状

刑事自诉状是刑事案件的被害人及其法定代理人为追究被告人的刑事责任，直接向人民法院起诉时提交的文书。我国刑事诉讼法第 170 条规定了 3 种属于刑事自诉案件的情况，当出现这类情况后，案件的被害人及其法定代理人直接向人民法院提交的刑事自诉状是人民法院受理刑事自诉案件、追究被告人刑事责任的主要依据。

刑事自诉状主要由 3 部分组成，即首部、正文和尾部。

首部主要写明自诉案件当事人的基本情况，包括自诉人与被告人的姓名、年龄、民族、籍贯、文化程度、职业、工作单位、住址、电话、邮政编码等。如果自诉人已经委托了诉讼代理人，还应写明诉讼代理人的有关情况。

正文是刑事自诉状的核心部分，包括几项内容：一是诉讼请求，具体写明被告人侵犯自诉人合法权益的行为性质以及在法律上所构成的罪名，向人民法院提出追究被告人刑事责任的具体请求；二是事实与理由，着重阐述被告人犯罪行为的具体内容，包括犯罪行为发生的时间、地点、犯罪手段、情节和危害后果等，以及足以证明被告人犯罪事实的证据，并援引刑法有关规定对被告人的犯罪性质和应当承担的刑事责任加以论证，说明自诉人提起自诉的合法性；三是证据部分，对证据、证人名单以列举的方式逐个写清，以便人民法院查证核实。

尾部主要依次写明受诉人民法院的全称、起诉人姓名、起诉时间以及附项内容。

## 第九节 担任自诉案件被告人的辩护人

### 一、律师担任自诉案件被告人的辩护人的概念

律师担任自诉案件被告人的辩护人是指律师接受自诉案件被告人的委托，担任被告人的辩护人，参加刑事诉讼。根据刑事诉讼法的有关规定，“人民法院自受理自诉案件之日起 3 日以内，应当告知被告人有权委托辩护人”。此时，自诉案件的被告人与律师事务所共同订立辩护委托协议，由律师事务所指派律师担任被告人的辩护人，参加刑事诉讼，其履行的职责是依据事实和法律为被告人辩护，维护被告人的合法权益。

自诉案件被告人的辩护律师与公诉案件被告人的辩护律师在刑事诉讼过程中享有同样的诉讼权利，履行同样的辩护职责，应当完成同样的工作，其具体内容参见本章第五节。

## 二、律师担任自诉案件被告人的辩护人应当注意的问题

作为自诉案件被告人的辩护律师，在参加刑事诉讼活动中应当注意几个特殊的问题：

### （一）自诉案件的被告人有权提起反诉

根据刑事诉讼法的规定，“自诉案件的被告人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉”，“反诉适用自诉的规定”。辩护律师接受自诉案件被告人的委托后，应当告知被告人享有对自诉人提起反诉的权利。如果被告人要求辩护律师协助其提起反诉，辩护律师经审查认为符合反诉立案条件的，应当帮助被告人制作刑事反诉状，按照刑事自诉的要求和方式向受理自诉案件的人民法院递交。人民法院受理刑事反诉后，辩护律师应当征求被告人的意见，确定是否代理反诉，由被告人另行委托代理律师或与辩护律师补办委托代理手续。

### （二）自诉案件的被告人有权进行答辩

在刑事诉讼活动中，自诉案件的被告人以刑事答辩状的形式行使答辩权，对自诉人的诉讼请求以及所依据的事实和理由进行有的放矢的反驳和辩解，有利于维护自己的合法权益，也有利于人民法院全面了解案情和对案件作出公正的处理。辩护律师应当告知被告人享有答辩的权利。如果被告人要求进行答辩，辩护律师应当帮助被告人制作刑事答辩状，并于法定期限内向受理自诉案件的人民法院递交。

### （三）自诉案件可以调解或者和解

人民法院审理自诉案件，可以进行调解；自诉案件的当事人在人民法院作出判决宣告之前也可以自行和解。为使自诉案件尽早顺利得到解决，辩护律师应当积极配合人民法院做好当事人之间的调解工作，或者促成当事人之间自行和解。

### （四）自诉案件的被告人可以申请取保候审

被羁押的刑事自诉案件被告人可以向有关部门提出变更强制措施的申请，请求取保候审。辩护律师接受自诉案件被告人的委托后，如果被告人正在被羁押，经被告人授权，可以代其申请取保候审。其具体办法参见本章第三节的有关内容。

## 第十节 担任附带民事诉讼当事人的代理人

### 一、律师担任附带民事诉讼当事人的代理人的概念

律师担任附带民事诉讼当事人的代理人是指律师接受刑事案件中附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者附带民事诉讼的被告人及其法定代理人的委托，担任诉讼代理人，就解决附带民事诉讼问题参加刑事诉讼。根据刑事诉讼法的有关规定，公诉案件的附带民事诉讼当事人及其法定代理人“自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人”；自诉案件的附带民事诉讼当事人及其法定代理人“有权随时委托诉讼代理人”。律师事务所接受附带民事诉讼当事人及其法定代理人的委托，指派律师参加刑事诉讼，其职责是就刑事案件中所涉及到的民事责任问题进行代理，以解决附带民事诉讼的

被告人是否承担民事责任以及如何承担民事责任的问题。

## 二、担任附带民事诉讼原告人的代理人

根据刑事诉讼法的规定，律师接受公诉案件被害人及其法定代理人、自诉案件自诉人及其法定代理人的委托，担任其所提起的附带民事诉讼的代理人，即取得了附带民事诉讼原告人的代理人的诉讼地位，履行附带民事诉讼原告人的代理人的职责。

### （一）律师接受附带民事诉讼原告人委托前的审查

律师接受附带民事诉讼原告人的委托之前，应就以下内容进行审查：

1. 作为提起附带民事诉讼前提的刑事诉讼是否已经提起。  
2. 附带民事诉讼的被告人是否正确。一般来说，附带民事诉讼的被告人就是刑事诉讼中的刑事被告人，但有时还可能包括以下人员：

- （1）未被追究刑事责任的其他共同致害人；
- （2）未成年刑事被告人的监护人；
- （3）已被执行死刑的罪犯的遗产继承人；
- （4）刑事案件审结前已死亡的被告人的遗产继承人；
- （5）对刑事被告人的犯罪行为造成的损害依法应当承担民事赔偿责任的单位或个人。

3. 被害人的物质损失是否由被告人的犯罪行为所引起。

4. 该附带民事诉讼提起的时间是否在刑事案件立案以后，人民法院作出一审判决宣告以前。

在对上述问题均得到肯定的回答后，律师才能接受公诉案件被害人及其法定代理人或者自诉案件自诉人及其法定代理人的委托，以诉讼代理人的身份代理其提起附带民事诉讼。

### （二）附带民事诉讼的代理委托

公诉案件被害人及其法定代理人、自诉案件自诉人及其法定代理人委托律师担任附带民事诉讼代理人参加刑事诉讼，应当与律师事务所订立委托代理协议，并由委托人出具授权委托书。在委托代理协议和授权委托书中，必须明确委托的事项和权限，并由委托人签名或盖章。特别需要注意的是，委托人委托律师代为提出、承认、放弃、变更诉讼请求、进行和解、提出上诉等，需要委托人的特别授权。代理律师在委托人的授权范围内进行的诉讼行为，同委托人自己实施的诉讼行为具有同等的效力，而代理律师超越代理权限所为的行为则是无效的。

### （三）律师接受委托后的主要工作

1. 帮助委托人撰写附带民事起诉状。其基本内容包括：

- （1）附带民事诉讼原告人、被告人的自然情况；
- （2）提起附带民事诉讼的具体诉讼请求；
- （3）基本的事实与理由，尤其是原告人诉请赔偿的事由与被告人的应当承担赔偿责任之间的因果关系；
- （4）相关的证据材料、证人姓名和地址等目录；
- （5）致送的人民法院名称和时间。

2. 向人民法院提起附带民事诉讼。代理律师可以协同或经委托人授权代理委托人向人民法院提起附带民事诉讼，起诉时应当携带原告人身份证明、附带民事诉讼起诉状、相关证据材料、委托代理协议、授权委托书等必要文件材料。

对于人民法院决定不予立案的附带民事诉讼，代理律师经委托人授权可以代理申请复议，或者建议委托人另行提起民事诉讼。

3. 指导、帮助委托人收集证据，展开调查，申请鉴定。

4. 代理律师在案件审查起诉阶段接受委托，可以持授权委托书

4. 代理律师在案件审查起诉阶段接受委托，可以持授权委托书、律师事务所函及律师执业证到人民检察院查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书和技术性鉴定材料。

5. 为保证将来判决的顺利执行，代理律师可以建议或者帮助委托人向人民法院提出采取财产保全措施的申请。

6. 参加法庭审理，指导、协助或代理委托人行使诉讼权利。具体内容参见本章第七节。

7. 指导委托人参加法庭调解，帮助准备调解意见，但人民检察院提起的附带民事诉讼除外。

8. 告知委托人对一审人民法院作出的判决、裁定中的附带民事诉讼部分有权提起上诉，不受相关刑事判决、裁定是否上诉、抗诉的影响。

### 三、担任附带民事诉讼被告人的代理人

根据刑事诉讼法的有关规定，律师接受公诉案件附带民事诉讼被告人及其法定代理人或者自诉案件附带民事诉讼被告人及其法定代理人的委托，参加诉讼活动，以解决附带民事诉讼被告人是否承担民事责任、如何承担民事责任的问题，就具有了附带民事诉讼被告人的代理人的资格。

附带民事诉讼的被告人如果同时是刑事诉讼的被告人，可以委托其辩护律师兼任附带民事诉讼的代理人，也可以另行委托代理律师。

需要注意的是，附带民事诉讼的被告人委托律师担任诉讼代理人，应当在委托代理协议、授权委托书中明确代理律师的代理权限，涉及承认、放弃、变更诉讼请求、进行和解、提出上诉等权利的行使时，需要由委托人特别授权。

代理律师接受附带民事诉讼被告人的委托后，应当帮助被告人撰写附带民事答辩状，并指导、协助或经委托人授权代理其行使诉讼权利。附带民事诉讼被告人的代理律师在附带民事诉讼中应做的工作以及所享有的诉讼权利与附带民事诉讼原告人的代理律师相同。

## 第十一节 担任刑事申诉案件的代理人

### 一、律师担任刑事申诉案件代理人的概念

律师担任刑事申诉案件的代理人是指律师接受刑事案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，担任代理人，对已经发生法律效力判决、裁定向人民法院或者人民检察院提出申诉，请求重新处理的行为。根据刑事诉讼法的有关规定，刑事案件的当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力的判决、裁定不服，可以向人民法院或者人民检察院提出申请，请求按照审判监督程序对案件重新审理。此时，委托人与律师事务所之间订立委托代理协议，由律师事务所指派律师代为申诉，律师即具有了刑事申诉案件代理人的资格。

### 二、律师代理申诉应当注意的问题

律师接受刑事案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，担任刑事申

诉案件的代理人，在代理申诉时应当注意以下几个问题：

（一）提出申诉请求应当有足够的证据

刑事案件的当事人不服人民法院已经生效的判决、裁定，请求司法机关重新处理，应当有足够的证据证明已经生效的判决、裁定确有错误，否则很难达到申诉的目的。律师接受委托后，应当尽量调查、收集新的证据，以保证申诉请求有足够的证据支持。

（二）当事人的申诉符合刑事诉讼法规定条件的，应当要求人民法院重新审判

代理律师经过对有关证据的审查，确认刑事案件的当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合刑事诉讼法规定的下列情形之一的，应当向人民法院提出重新审判的请求：

1. 有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；
2. 据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；
3. 原判决、裁定适用法律确有错误的；
3. 原判决、裁定适用法律确有错误的；
4. 审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

（三）当事人提出申诉必须递交刑事申诉状

刑事申诉状是申诉人因对已经发生法律效力刑事判决或裁定不服，依法向人民法院或人民检察院提交的、请求按审判监督程序对刑事案件重新审理的法律文书，也是人民法院依法决定按审判监督程序对案件重新审理的依据。

代理律师接受委托后，应当帮助申诉人制作刑事申诉状，提出明确的申诉请求，并依据事实、证据和法律对申诉请求的合理性、合法性进行论证，明确表述不服生效判决、裁定的意见和申诉理由，并提出新的证据和证人名单。申诉状经申诉人签名或盖章后，送交有管辖权的有关机关。

（四）受理申诉的机关是人民检察院和人民法院

根据刑事诉讼法的规定，申诉人不服已经生效的刑事判决、裁定，既可以向人民检察院提出申诉，也可以向人民法院提出申诉。申诉人向人民检察院提出申诉的，人民检察院如果发现判决、裁定确有错误，则向人民法院提出抗诉；申诉人直接向人民法院提出申诉的，则由作出生效判决、裁定的人民法院受理。代理律师应指导申诉人根据实际情况，选择提交申诉状的机关。

（五）申诉被立案后的律师工作

申诉人提出申诉后，由人民法院立案或者经人民检察院抗诉、人民法院立案，律师根据人民法院适用的审判程序、申诉人在刑事案件中所处的地位和身份等实际情况，进行辩护或者代理。

## 第二章 律师参加民事诉讼

### 第一节 律师参加民事诉讼概述

#### 一、律师参加民事诉讼的概念

律师参加民事诉讼是指律师接受民事案件、经济案件当事人的委托，担

任诉讼代理人，参加民事诉讼活动，在代理权限范围内代理诉讼，以维护委托人的合法权益，保证国家法律正确实施的行为。根据我国律师法、民事诉讼法的有关规定，接受民事案件、经济案件当事人的委托，参加民事诉讼活动，是律师的主要业务活动之一。

## 二、律师参加民事诉讼的主要特征

律师接受委托，以诉讼代理人的身份参加民事诉讼，具有以下特征：

### （一）律师以委托人的名义参加诉讼活动

律师参加民事诉讼活动，并非独立的诉讼参与人，而是以委托人的名义、代委托人为一定的诉讼行为，其所做的一切应当是委托人意志的体现。

### （二）律师是在委托人的授权范围内参加诉讼活动

律师参加民事诉讼活动，基于委托人的授权行为。没有委托人的授权，律师不能参加诉讼活动；律师超越了委托人的授权范围参加诉讼活动，对委托人也不具有法律效力。因此，律师参加民事诉讼不能离开委托人的授权，也不能脱离委托人的授权范围。

### （三）律师参加民事诉讼活动所产生的一切后果由委托人承担

律师参加民事诉讼活动，在委托人的授权范围内以委托人的名义行使法律赋予的委托人的诉讼权利，履行法律要求的委托人的诉讼义务，由此所产生的一切法律后果，包括有利的或不利的法律后果，均应当由委托人承担。

## 三、律师参加民事诉讼的法律效力

律师接受当事人的委托，以委托人的名义参加民事诉讼活动，其行为体现着委托人的意志和愿望，因此，律师在民事诉讼活动中所为的行为与委托人亲自实施的诉讼行为具有同等的法律效力。律师在民事诉讼中只要没有超出委托人所授权的范围，其代理委托人实施的一切诉讼行为均应视为委托人自己实施的行为，其行为所引起的一切法律后果均应由委托人自己承担。但是也必须说明，律师超越委托人授予的代理权限或者在代理权终止以后仍然以委托人的名义实施某种诉讼行为，其所产生的法律后果应当由律师自己承担，对委托人没有任何法律约束力。

## 四、律师参加民事诉讼的主要职责

### （一）指导、协助或代理当事人实现诉讼权利

根据民事诉讼法的有关规定，民事诉讼的当事人享有广泛的诉讼权利。通过何种形式、如何实现法律赋予的诉讼权利，关系到当事人的切身利益。民事诉讼的当事人委托律师作为代理人参加民事诉讼，一方面主要是寻求律师对其的法律帮助，另一方面则是请求律师指导、协助或代理其实现诉讼权利。律师接受民事诉讼当事人的委托，作为当事人的诉讼代理人参加民事诉讼，在当事人出庭参加案件审理的情况下，主要履行指导、协助当事人行使诉讼权利的职责；而在当事人不出庭或经当事人授权的情况下，则应全权代理当事人行使诉讼权利，使当事人的诉讼权利得以实现。

### （二）维护当事人的合法权益

民事诉讼的产生，主要基于民事权益的争议事实，但是否真的发生了民事权益争议的事实，当事人各方的责任应当如何确认，只有经过人民法院对案件进行审理、裁判后才能最终确定。而民事诉讼的当事人之所以委托律师代理其参加民事诉讼，也往往基于律师对其合法权益保护的可能性的认识。因此，律师作为民事诉讼当事人的诉讼代理人参加民事诉讼，应当以维护当事人的合法权益为宗旨，积极参加争议问题的解决，通过自己的努力查清案

件事实真相，获取有力证据，为人民法院正确处理案件、维护当事人的合法权益提供依据和保障。

### （三）维护法律的公正

律师以为社会提供法律服务为职责，其接受民事诉讼当事人的委托，以诉讼代理人的身份参加民事诉讼，就是要在诉讼活动中求得法律的公正，求得法律对当事人合法权益的保护。因此，代理律师参加民事诉讼，应以事实为根据，以法律为准绳，在为当事人提供法律帮助的同时对人民法院审判活动的合法性、公正性予以监督，促使人民法院能够正确、合法、及时地审理案件，公正处理当事人之间的民事权益纠纷。

## 第二节 律师在民事诉讼中的代理权

律师担任诉讼代理人，参加民事诉讼，主要基于委托人与律师事务所之间协商一致订立的委托代理协议，其中心内容就是律师行使代理职责期间的代理权。

### 一、律师代理权的概念

律师在民事诉讼中的代理权，是律师作为诉讼代理人所享有的以委托人的名义实施诉讼行为的资格。律师在民事诉讼中，不是独立的诉讼主体，不享有独立的诉讼权利。律师之所以能够参加到民事诉讼中，行使一定的诉讼权利，并且履行一定的诉讼义务，主要由于委托人对律师的授权。只有经过委托人的授权，律师才具有代理权，也才能以民事案件当事人的代理人的身份、以委托人的名义参加民事诉讼活动。

### 二、律师代理权的产生

律师在民事诉讼中代理权的产生，不是来源于法律的规定，而是来源于案件当事人的委托。当事人是否委托律师作为诉讼代理人，是委托1名还是2名律师作为诉讼代理人，当事人对律师委托的事项和权限如何，均由当事人自行决定，而这些事项同时也就决定了律师是否具有民事诉讼的代理权。

根据民事诉讼法的有关规定，民事案件的当事人委托律师作为诉讼代理人参加民事诉讼，必须与律师事务所订立委托代理协议，同时由委托人向律师出具授权委托书，律师的代理权才能成立。委托代理协议和授权委托书是两个不同的法律文书，在确认律师代理权问题上具有不同的法律效力。

#### （一）委托代理协议

委托代理协议是委托人与律师事务所之间协商订立的确定律师作为诉讼代理人参加民事诉讼有关事宜、明确委托人与律师事务所在代理民事诉讼过程中相互权利义务关系的书面协议。委托代理协议是律师代理委托人参加民事诉讼的合同书，也是明确律师在代理民事诉讼活动中代理权限范围的基础性文件。

委托代理协议属于格式化文书，一般由律师主管部门统一印制，其中各条款的具体内容由委托人与律师事务所之间共同协商填写。特别需要注意的内容一是律师参与哪一个案件的诉讼代理必须明确；二是必须写明委托人委托律师参加民事诉讼的代理权限，以便律师在代理权限的范围之内从事代理活动，避免超越代理权限、导致无效代理行为的发生。

#### （二）授权委托书

授权委托书是委托人单方向代理律师出具的、明确代理律师在代理委托

人参加民事诉讼过程中代理权限范围的法律文书。根据民事诉讼法的有关规定，民事案件的当事人委托律师作为诉讼代理人参加民事诉讼，必须向受理案件的人民法院提交由委托人签名或盖章的授权委托书，否则律师在诉讼中的代理权不能成立。因此，授权委托书是委托人实施授权行为的凭证，也是律师代理权产生的直接根据。

授权委托书一般包括委托人姓名或名称、委托的律师及其所在律师事务所的姓名和名称、委托的事项和权限等内容。委托人需要律师代为起诉，代为提出、承认、放弃或者变更诉讼请求，进行和解，代为反诉或者上诉，还必须在授权委托书中明确对律师的特别授权。

授权委托书一般经委托人签名或盖章后即具有法律效力，无须经过其他部门证明。但以下特殊情况，授权委托书须经证明方能生效：

1. 侨居国外的中国公民从国外寄交或托交的授权委托书，须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；中华人民共和国在该国没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国的使领馆证明，或由当地的爱国华侨团体证明。

2. 居住在港、澳地区的同胞向内地寄交的授权委托书，须经中华人民共和国司法部授权指定的港、澳地区的有关律师或有关机构证明。

3. 不在中华人民共和国境内居住的外国人（包括无国籍人）对我国律师的授权委托书，须经其所在国的公证机关证明，然后经中华人民共和国驻该国使领馆认证。

### 三、律师代理权限范围

律师接受民事案件当事人的委托，参加民事诉讼，其代理权限依律师事务所与委托人之间订立的委托代理协议和委托人单方签署的授权委托书确定。依据民事诉讼法的有关规定，律师在民事诉讼中的代理分为一般代理和全权代理两种，各自的代理权限范围有所不同。

#### （一）一般代理

一般代理与全权代理是相对而言的，主要是指在诉讼程序问题上的代理，如代理参加诉讼活动，调查、提供有关证据，参加法庭辩论和调解，等等。由于接受一般代理委托的律师的代理权限范围仅限于参加诉讼程序中的一些活动，而无须对案件的实体问题作出明确的表态和决断性意见，因而不需要委托人对代理律师作出特别的授权。

委托人委托律师在诉讼活动中做一般代理时，有关诉讼中涉及到的实体性问题应由委托人自己作出选择和决断。

#### （二）全权代理

全权代理又叫特别代理，是指委托人通过特别授权委托律师对案件的实体问题直接作出决定并明确表态的代理，如代为提出、承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提出反诉或上诉，等等。由于接受全权代理委托的律师的代理权限范围不仅仅局限于参加民事诉讼程序中的活动，还有权代理委托人对案件中涉及的实体问题直接决断，因而其对实体问题决定并表态的代理必须经委托人的特别授权，否则其表态无效。

委托人委托律师在诉讼活动中做全权代理时，委托人因某种原因可以不出庭参加案件的审理，涉及案件审理中的程序问题和实体问题均可以由代理律师在委托人授权的范围内全权处理。

但需要说明，根据我国法律的有关规定，婚姻案件的当事人委托律师代

理参加诉讼时，一般不能就是否离婚等实体问题授权律师全权代理，需要由当事人自行表态的，当事人必须亲自出庭，自己作出选择和决断。

#### 四、律师代理权限变更

律师代理权限变更是指律师在代理委托人参加民事诉讼的过程中，由于情况的变化，经委托人与代理律师协商，变更律师代理权限的范围。律师代理权限的变更分为两种情况：

第一种，扩大律师代理权限，即根据民事诉讼中出现的新情况，经委托人与代理律师协商一致后，由委托人授权，将律师原来的一般代理权限扩大为全权代理权限。例如，委托人本来要亲自出庭参加诉讼，能够对实体问题亲自表态，所以委托律师仅就诉讼程序问题做一般代理，现在委托人因故难以出庭，需要由律师代理其参加诉讼，并代表其对实体问题表态，则将律师的代理权限由一般代理扩大到全权代理。

第二种，缩小律师代理权限，即根据民事诉讼中出现的新情况，经委托人与代理律师协商一致后，将律师原来的全权代理权限缩小为一般代理权限。例如，委托人本来不准备出庭参加诉讼，全权委托律师代为诉讼并就实体问题表态，现在在诉讼中出现了某种新情况，涉及到委托人的切身利益，需要委托人亲自到庭作出表态，致使律师全权代理已经没有意义，则将律师的代理权限由全权代理缩小为一般代理。

#### 五、律师转委托代理

律师转委托代理是指律师接受民事案件当事人的诉讼委托后，由于某种特殊原因，为了切实维护委托人的合法权益，将委托人所授予的代理权的一部或全部转委托其他律师代为行使。

一般来说，律师事务所接受民事案件当事人的委托，指派律师担任诉讼代理人，参加民事诉讼，被指派的律师应当亲自履行诉讼代理人的职责，亲自参加诉讼活动。但有时因为某种特殊的情况，致使律师难以行使代理权的一部或全部，为了使委托人的合法权益得到切实、有效的保护，经征得委托人的同意，可以把代理权的一部或全部转委托其他律师行使。需要转委托代理的特殊情况主要有：

1. 代理律师由于某种特殊专业知识欠缺，无法就诉讼中所涉及到的该领域中的问题代理委托人处理和决断；
2. 代理律师因发生突然的事故，无法亲自出庭代理；
3. 代理律师对异地代理的情况不熟，语言不通；
4. 代理律师距代理诉讼的地点过远，亲自前往将增加委托人财力上的负担；
5. 其他需要转委托的情况。

#### 六、律师代理权限的终结

律师接受委托人的委托参加民事诉讼，其代理权限一般终结于人民法院对律师代理诉讼的案件作出判决、裁定或调解协议生效之后，在律师事务所与委托人之间订立的委托代理协议中对此应当做出明确的约定。但是在诉讼过程中出现以下特殊情况之一，律师的代理权限也会终结：

1. 代理律师与委托人中的一方因某种原因提出或经双方协商一致，解除委托代理关系；
2. 代理律师丧失诉讼行为能力；
3. 民事案件当事人的特殊事由：

(1) 原告人死亡，没有继承人，或者继承人明确表示放弃原告人的诉讼权利；

(2) 被告人死亡，没有可供承担民事责任的遗产，也没有应当承担民事义务的人；

(3) 一方当事人死亡，中止诉讼满6个月而没有继承人参加诉讼；

(4) 离婚案件一方当事人死亡。

### 第三节 律师参加民事诉讼的收案与结案

#### 一、收案

##### (一) 律师事务所统一收案

《律师法》第23条规定：“律师承办业务，由律师事务所统一接受委托……。”由此明确了律师参加民事诉讼，应当由律师执业的所在机构——律师事务所收案，律师个人不允许私自收案、私自收费。

律师事务所根据民事案件当事人及其法定代理人的委托，指派律师担任委托人的诉讼代理人，参加民事案件一审程序、二审程序、再审程序的诉讼活动；根据民事案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，指派律师为其担任民事申诉案件的代理人。委托人在委托律师时指名请求，律师事务所应当尽可能满足委托人指名委托的要求，但也必须经律师事务所办理委托手续。

##### (二) 接受委托时的审查

委托人委托律师参加民事诉讼，律师事务所应当对所委托的事宜进行审查，以决定是否接受委托。审查的内容主要有：

1. 委托人是否是民事案件当事人，是否具有诉讼主体资格；
2. 是否有明确的对方当事人；
3. 双方争议是否构成民事诉讼，是否属于人民法院受理范围和受诉人民法院管辖范围；
4. 是否有具体的诉讼请求，诉讼请求是否有证据和法律依据；
5. 起诉是否在诉讼时效期限之内。

经审查，对以上内容均得到肯定的答案后，律师事务所可以接受委托。

##### (三) 办理委托手续

律师事务所对于符合接受委托条件、并且决定接受委托的，经律师事务所主任或主任授权的负责人同意后，与委托人办理委托手续。

律师参加民事诉讼，在办理委托手续时应当明确代理参加诉讼的阶段，分别办理委托手续，即：一审程序阶段；二审程序阶段；再审程序阶段；申诉阶段。

委托手续一般包括以下内容：

1. 订立委托代理协议。委托代理协议是律师事务所与委托人共同签署的、确认委托代理关系成立的书面法律文书，是律师参加民事诉讼活动的合法、有效凭证。委托代理协议应当签署一式3份，1份交委托人，1份由律师事务所存档备案，1份由代理律师提交受诉人民法院。

2. 填写授权委托书。授权委托书是由委托人单方签署的、授予律师在民事诉讼活动中的代理权的法律文书，是律师在民事诉讼中从事职能活动的依据。委托人签署授权委托书，由代理律师向受诉人民法院提交。

3.填写律师事务所函。律师事务所函是律师事务所出具的、证明律师参加民事诉讼身份情况的法律文书，是确认律师在民事诉讼活动中资格身份的依据。律师事务所函由代理律师提交受诉人民法院。

委托手续办理后，应当由律师事务所有关工作人员办理收案登记，编号后建立卷宗。被律师事务所指派参加民事诉讼的律师无正当理由，不得拒绝参加民事诉讼。但是，委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝代理。律师由于以上事由需要与委托人解除委托关系，应当经律师事务所主任或主任授权的负责人同意，并记录在案，委托人已经向律师事务所交纳的代理费用不予退回。

## 二、结案

律师参加民事诉讼的每一个程序结束后，代理委托人参加诉讼的律师都应当写出办案总结。办案总结主要包括当事人基本情况、案由、案件事实、证据与法律依据以及律师在办案过程中所做的工作等内容，与案件的其他有关材料一并整理装订归档。

在民事诉讼的过程中需要提前与委托人解除委托代理关系的，代理律师也应当写出办案总结。办案总结除包括以上内容外，还应当说明提前解除委托代理关系的原因，并附上相关解除委托关系的手续材料，与案件的其他有关材料一并整理装订归档。

## 第四节 担任一审案件原告人的代理人

### 一、律师担任一审案件原告人的代理人的概念

律师担任一审案件原告人的代理人是指律师接受民事诉讼第一审程序原告人的委托，担任诉讼代理人，参加民事诉讼，在原告人的授权范围内维护原告人的合法权益的行为。根据民事诉讼法的有关规定，民事案件的当事人就他人的侵权行为或争议的事实向人民法院提起民事诉讼，可以通过与律师事务所订立委托代理协议的形式委托律师代理诉讼。此时，律师事务所指派的律师就以民事诉讼原告人的代理律师的身份参加民事诉讼，代理原告人依法行使诉讼权利，履行诉讼义务。

### 二、接受委托后的主要工作

#### （一）提起诉讼

律师接受原告人的委托后，如果原告人尚未向人民法院提起民事诉讼，律师应当帮助原告人做好向人民法院提起民事诉讼的工作。

1.撰写民事起诉状。民事起诉状是原告人向人民法院控告被告人并提出民事诉讼请求，请求人民法院作出公正裁决的法律文书。民事诉讼原告人向人民法院提交民事起诉状，主要目的在于请求人民法院通过民事诉讼程序对民事权益争议问题进行裁决，以确定民事法律责任的承担者或者确认准许某种法律关系或法律事实的合法性。因此，民事诉讼原告人应当重视民事起诉状的写作，原告人委托的代理律师应当指导、帮助原告人写好民事起诉状。

民事起诉状写好后，应经原告人签名盖章。

2.向人民法院提起民事诉讼。民事起诉状写好后，由原告人或经原告人授权，由代理律师到人民法院起诉。起诉时，应携带下列文件：

- （1）起诉状及其副本。副本数量按被告人的数量提交；
- （2）当事人主体资格的证明文件；

- (3) 与本案有关的文书、票据、信函、材料；
- (4) 支持其诉讼请求的证明文件；
- (5) 侵权事实和损害后果的证明文件；
- (6) 其他与案件有关的证据材料；
- (7) 委托代理协议、授权委托书和律师事务所函。

## (二) 申请财产保全和证据保全

1. 申请财产保全。代理律师为保障原告人的合法权益，在被告人可能将有争议的标的物出卖、毁坏、转移、隐匿或者将有争议的财产挥霍、资金抽走，或者标的物容易腐坏难以保存，造成将来判决不能执行或者难以执行的情况下，应向原告人建议或代理原告人向人民法院提出财产保全申请。

由于财产保全措施的申请是一种禁止或限制被告人对一定财产的处分或转移的请求，关系到民事诉讼双方当事人的权益，因此代理律师在建议或代理原告人向人民法院提出财产保全申请时必须慎重，并注意以下几个问题：

- (1) 原告人起诉的案件必须有给付的内容；
- (2) 采取保全措施的范围必须限于诉讼请求的范围，保全财产的价值不应超过诉讼请求的金额；
- (3) 财产保全的申请应当根据具体情况，或者在起诉前提起，或者在起诉的同时或起诉后、人民法院作出裁判之前提起；

(4) 财产保全的方法有查封、扣押、冻结或法律规定的其他方法，应当根据保全的财产种类、性质，向人民法院申请采取保全方法的一种或数种；

(5) 如果发现财产保全措施不当，或者保全的条件已经发生变化，应当主动申请撤销财产保全措施，防止给被告人造成不必要的财产损失而导致原告人可能承担相应的责任。

民事诉讼原告人向人民法院提出财产保全申请，应当提交财产保全申请书。财产保全申请书既是原告人请求意愿的表示，也是人民法院采取财产保全措施的依据。代理律师应当帮助原告人制作财产保全申请书，经原告人签名或盖章后向人民法院提交。

2. 申请证据保全。在证据可能灭失或者以后可能难以取得的情况下，代理律师应当提请原告人考虑提出证据保全申请。特别是在侵权诉讼中，原告人或者律师代理原告人适时向人民法院申请诉前证据保全或者诉讼证据保全，有利于克服证据收集的难度，及时、有效地收集证据，以保证诉讼的顺利进行。

民事诉讼原告人向人民法院提出证据保全申请，应当提交书面的证据保全申请书。证据保全申请书既表达了原告人对采取证据保全措施重要性和紧迫性的认识，也是人民法院采取证据保全措施的依据。代理律师帮助原告人制作证据保全申请书后，经原告人签名或者盖章，向人民法院提交。

## (三) 申请先予执行

先予执行是人民法院在案件审结前，根据当事人的申请，裁决义务人先行履行一定义务的制度。律师接受民事诉讼原告人的诉讼代理委托后，发现原告人具有难以维持生活或难以从事生产、工作的特殊情况，而诉讼请求涉及给付的内容，应当提请原告人或者经原告人授权代理提出先予执行申请，请求人民法院裁定被告人先行履行一定的给付义务。

由于先予执行的申请是一种要求被告人为一定行为的请求，直接关系到民事诉讼双方当事人的权益，因此代理律师应当慎重考虑是否提出先予执行

申请的问题，并应注意以下问题：

1. 严格掌握提出先予执行申请的适用范围。先予执行申请只能适用于追索赡养费、抚育费、扶养费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬以及因情况紧急需要先予执行的案件。

2. 申请先予执行的案件必须具有给付的内容，否则不宜提出申请。

3. 申请先予执行应当提供担保，否则可能被人民法院驳回申请。

4. 向原告人告知如申请先予执行不当，原告人应当赔偿被告人因先予执行造成的损失，因此需要慎重选择和决定。

民事诉讼原告人向人民法院提出先予执行申请，应当提交书面的先予执行申请书。先予执行申请书既是原告人向人民法院提出先予执行请求的法律文书，也是人民法院采取先予执行措施的依据。代理律师应当帮助原告人制作先予执行申请书，经原告人签名或盖章后提交人民法院。

#### （四）调查、收集证据

代理律师为查明案件事实，掌握诉讼必需的证据，除向原告人了解案情、要求原告人提供证据外，应当开展必要的调查、收集证据的工作。

代理律师调查、收集证据，应当注重客观、全面，力求获得原始证据。

代理律师在调查、收集证据时，应当制作调查笔录。调查笔录应当记载调查时间、调查地点、调查对象、调查内容等事项，调查完毕后交被调查人阅读，经其确认无误后由其签名盖章。

律师调查、收集证据时，应当持律师事务所出具的律师调查专用介绍信和律师执业证，并向被调查人出示。对于通过调查所收集的证据，律师应当妥善保管，与案件其他材料一并装订成卷，防止遗失和毁损。

#### （五）查阅案卷

民事诉讼原告人的代理律师到人民法院查阅案卷，主要是了解被告人提供的和人民法院调查、收集的有关证据，以便通过正反两方面的证据材料的对比研究、综合分析，全面客观地了解、判断案情。

律师在阅卷时，应当注意以下问题：

1. 认真核对事实。实践证明，民事诉讼的当事人为了追求胜诉，往往扩大证实对自己有利的情况，隐瞒对自己不利的情况，甚至歪曲事实。因此，其对律师所提供的证据材料可能是不真实或者含糊不清的。代理律师要全面了解案件的真实情况，就应当亲自到人民法院查阅案卷，认真核对案件的事实，通过全面、综合分析，确定案件的客观性和真实性。

2. 全面审查证据。证据的真实性、合法性需要全面地审核、验证，代理律师通过阅卷，应当查证证据材料是否真实、合法，证据的来源是否正当，证据间有无矛盾之处，证据是否经过鉴定，等等，以判断证据对案件事实的证明力。对于可能具有虚假成分的所谓证据，代理律师应当考虑是否需要提出鉴定或者重新鉴定的申请。

3. 了解其他诉讼当事人的观点和主张。代理律师除对原告人的诉讼请求有所了解外，应当尽可能了解其他诉讼当事人对诉讼请求所持的态度，包括对案件性质、事实的认识和对案件处理结果的主张，力争做到知己知彼，为案件的开庭审理和在法庭上阐述原告人的观点、主张做好充分的准备。

#### （六）准备代理意见

律师的代理意见是代理律师在法庭辩论阶段的重要发言材料。它是对民事诉讼委托人主张的事实和理由进行全面而又系统的论证，是对对方当事人

所主张的事实和理由进行全面而又系统的反驳，因此，是代理律师维护委托人合法权益的重要诉讼文书。

代理律师在全面了解案情、掌握充足证据的基础上，应当做好在法庭辩论阶段发表代理意见的准备工作，草拟好代理意见的提纲，确定代理意见的中心内容和要点。

#### （七）参加法庭审理

法庭审理是民事诉讼中的关键阶段，对案件的最终裁判结果起着重要的作用。代理律师应当亲自参加法庭审理，并在法庭审理的过程中审时度势，全面观察、研究案情的发展趋势，在不超越代理权限范围和有利于维护委托人合法权益的前提下，针对变化的情况，随时修改和补充开庭前准备的代理意见，以充分发挥代理律师的职能作用。

1. 代理申请回避。法庭开始审理之时，代理律师应首先就是否申请法庭组成人员回避的问题作出决定。对于审判人员与本案有利害关系或者其他关系，可能影响本案公正审理，而本人不自动回避的，律师应当代理委托人提出回避申请；本案的翻译人员、鉴定人员和书记员如果与本案有利害关系或者其他关系，律师也可以代理委托人请求其回避。

2. 参加法庭调查，回答审判人员询问。代理律师与原告人共同出庭的，应当由原告人回答审判人员的询问，然后代理律师可以补充；原告人没有出庭，或者经原告人的同意，代理律师可以代理原告人回答审判人员的询问，但法律规定必须由当事人亲自表态的除外。

3. 向证人、鉴定人发问。原告人在法庭审理的过程中，有权向出庭作证的证人、鉴定人就案件的有关事实和证据材料发问，证人、鉴定人有义务如实回答。代理律师经原告人的授权，也可以发问。

代理律师应当将证人、鉴定人的回答如实记录。

4. 法庭质证。在法庭审理过程中，经一方当事人举证后，另一方当事人有权质证，以确定证据的真伪以及对案件事实的证明力。代理律师经审判人员的同意，可以向对方当事人出示的证据质证，并且应当明确表示对所质证的证据能否采信的意见。

5. 出示证据。代理律师应当就委托人陈述的事实和提出的主张出示证据，以证明事实的真实性和主张的合法性。证据真实、可信的，代理律师应当向审判人员明确阐述应当予以采信的意见。

6. 申请补充证据或者重新鉴定、勘验。在庭审质证中双方当事人出现重大分歧，致使事实难以确认，或者对证据、鉴定材料等确有异议时，代理律师可以代理委托人提出补充证据申请，或者申请人民法院调查、收集证据或重新鉴定、勘验。人民法院认为有必要的，应当做出案件延期审理的决定。

7. 发表代理词。法庭审理进入辩论阶段后，在审判人员的主持下，诉讼当事人以及他们的代理人依顺序发表辩论意见。代理律师在法庭辩论阶段的主要任务就是发表代理词，充分论证本方观点和诉讼请求的正确性、合法性，彻底否定对方的无理要求和违法主张，以使审判人员能够接受自己的意见，否定对方的观点，从而作出合法的、有利于维护本方当事人合法权益的裁判。

作为民事诉讼原告人的代理律师，在法庭辩论阶段发表代理词的中心内容应当是：

- （1）说明民事权益纠纷发生的事实；
- （2）论证民事权益纠纷事实存在的理由和根据；

(3) 阐述被告人对民事权益纠纷发生应当承担的责任；

(4) 提出被告人承担民事责任、以使纠纷得到解决适用的法律。

代理律师在法庭辩论中发现新的事实，认为需要进一步调查、取证时，可以向审判人员提出重新调查、收集证据的申请，同时申请对案件延期审理。

8. 配合法庭调解。经过法庭调查和辩论，如果案件事实清楚，审判人员可以按照诉讼当事人的意愿进行调解。调解可以当庭进行，也可以休庭后进行。律师作为民事诉讼当事人的代理人，应当积极配合审判人员作好调解工作，以促成当事人达成调解协议。调解的基础和原则是：

(1) 案件事实清楚，责任明确；

(2) 当事人自愿；

(3) 调解约定的内容合法。

代理律师应当根据以上基础和原则主动做当事人的工作，使当事人能够接受调解的形式和调解的方案。需要说明的是，由代理律师对调解方案发表意见、代理当事人接受调解结案，必须有委托人的特别授权。

调解书一经送达，即产生以下法律后果：一是结束诉讼程序；二是在当事人之间确立新的权利义务关系；三是不得以同一事实和理由再行起诉；四是对调解不得提起上诉。

(八) 休庭后的工作

1. 阅读法庭笔录，发现有遗漏或者差错的，可以请求补充或更正，经确认无误后在法庭笔录上签名或盖章。

2. 整理证据和代理意见，将在法庭审理过程中出示的证据和书面的代理意见提交法院审判人员。

3. 人民法院做出一审判决后，律师有权获得判决书。律师可以在法律规定的上诉期限内与原告人协商，确定是否提起上诉，并给予指导。

### 三、民事起诉状

民事起诉状是民事诉讼的原告人向人民法院提交的控诉被告人并提出民事诉讼请求，请求人民法院作出公正裁决的法律文书。

律师代理或帮助原告人制作民事起诉状，应当注意以下几点：

第一，必须有明确的请求对象，即写清被告人。如果有两个以上的被告人，则应按其承担责任的大小、主次顺序排列。

第二，必须有明确的诉讼请求，即写清提起诉讼要求解决的问题。

第三，必须充分阐述提出诉讼请求所依据的事实和理由，即说明要求被告承担民事责任、解决纠纷的事实根据和法律依据。

第四，必须列举证明事实和责任的证据，即向人民法院提供用于确定事实和责任的证据材料，以便人民法院能够查证核实。

民事起诉状主要由3部分构成，即首部、正文和尾部。

首部主要写明民事案件双方当事人的基本情况，包括姓名或单位名称、住所地、联系电话、邮政编码等等，如果是自然人，还包括性别、年龄、民族、籍贯、文化程度、工作单位等。如果原告人已经委托了诉讼代理人，还应当写明诉讼代理人的有关情况。

正文是民事起诉状的核心部分，包括几项必备的内容：一是案由，表明原、被告人之间权益争议的性质；二是诉讼请求，具体写清原告人请求人民法院依法解决的有关民事权益争议的具体问题，即诉讼标的；三是事实与理由，重点写明原、被告人之间民事法律关系存在的事实以及权益发生争议的

基本情况，并就双方发生争议的权益的性质、被告侵权行为的性质、危害和后果以及被告应当承担的民事责任加以阐述和论证，以说明原告人诉讼请求提出的真实性、合理性和合法性；四是证据和证据来源、证人姓名和住址，主要是对证据和证人情况依次列举，说明证据的可信性，以便人民法院查证核实。

尾部主要依次写明受诉人民法院全称、起诉人名称、起诉时间以及附项内容。

#### 四、代理词

代理词是作为诉讼代理人的代理律师在法庭审理和辩论阶段为了维护委托人的合法权益所发表的具有指控或答辩内容的演说词。

在民事诉讼活动中，律师接受当事人的委托，作为代理人参加民事案件的法庭审理，其主要职责就是维护委托人的合法权益，而代理词则是实现这一职责的重要手段。律师通过代理词的形式，依据事实、证据和法律指控民事侵权行为，反驳无理指控和主张，提出明确的观点和意见，体现了对委托人合法权益的充分保护。同时，代理词也是帮助审判人员对案件做出公正处理的重要因素之一。

##### （一）代理词的内容和结构

代理词虽然应当在休庭后以书面的形式呈送人民法院，但在法庭辩论阶段往往是一种即兴的口头发言，因而没有固定的文书格式。但从司法实践的具体情况来看，代理词还是有一个较为通用或者说是约定俗成的构成结构，即由前言、辩论理由、结束语等3部分所组成。

前言是一段简短的开场白。主要讲述3个内容：一是申明代理人的合法地位，说明律师是接受民事诉讼哪一方当事人的委托，参加哪个案件的诉讼活动；二是简述代理律师在开庭审理前做了哪些工作；三是概括代理律师对案件的基本看法。

辩论理由是代理词的核心内容。律师应当从维护委托人合法权益的主旨出发，依据事实和证据，对照国家法律的有关规定，充分论证起诉或答辩的具体理由，晓之以理，陈之以法，以达到彰明法律、以理服人的目的。

结束语是对代理意见的归纳和小结。一般概述两个内容：一是简单归纳概括代理意见的中心观点；二是简洁明了地向人民法院提出对案件的处理建议。

##### （二）写作代理词的一般要求

1. 以事实为根据，以法律为准绳，是代理词写作的最基本要求，代理词中论述的案情、阐述的理由、观点和提出的意见、主张都不能违背事实真相和法律的规定。

2. 抓住重点，分清主从，论证既要全面，又要突出重点。

3. 论点明确，注重有理、有力的分析和证据的运用。

4. 用词准确，文字简练，结构紧凑，概括有力。

### 第五节 担任一审案件被告人的代理人

#### 一、律师担任一审案件被告人的代理人的概念

律师担任一审案件被告人的代理人是指律师接受民事诉讼第一审程序被告人及其法定代理人的委托，担任诉讼代理人，参加民事诉讼，以维护被告

人的合法权益的行为。根据民事诉讼法的有关规定，民事案件的被告人就其参加民事诉讼的有关事宜委托律师事务所指派律师作为诉讼代理人，参加民事诉讼活动，被律师事务所指派的律师就具有了民事诉讼被告人的代理人的资格。该律师应以维护委托人的合法权益为宗旨，积极、主动为委托人提供法律服务，并亲自参加民事诉讼各个阶段的活动，使被告人的合法权益得到有效的法律保护。

## 二、接受委托后的主要工作

### （一）管辖审查

代理律师对于已经提起民事诉讼的案件应当首先审查是否属于受诉的人民法院管辖。律师依据民事诉讼法的有关规定，发现受诉人民法院管辖不当，应当及时帮助被告人制作管辖异议申请书，提交受诉人民法院。

管辖异议申请书是案件当事人认为受诉人民法院或受诉人民法院移送的人民法院对案件无权管辖时，向受诉人民法院提交的阐述不服管辖的意见或主张的法律文书。制作管辖异议申请书，应当注意着重阐述不应由受诉人民法院管辖的事实与理由，以求得受诉人民法院对申请人所提出的意见和主张的支持。

### （二）向人民法院提交民事答辩状

对民事起诉状提出答辩，是民事诉讼被告人所享有的一项诉讼权利，被告人应当注重这项权利的行使，以维护自己的合法权益。

答辩是指被告人针对原告人提出的诉讼请求、事实根据，从事实上、法律上部分或全部地提出反驳的一种诉讼行为。被告人提出答辩，应当制作民事答辩状提交受诉人民法院。律师应当帮助被告人制作民事答辩状，经被告人签名或盖章后提交人民法院。

### （三）对原告人提起反诉

代理律师经过审查，认为对原告人提出反诉有足够的事实和法律依据，应当对原告人提起反诉、请求人民法院合并审理时，应当与被告人协商，经被告人同意后帮助其制作民事反诉状，由被告人签名或盖章后向人民法院提交。

被告人对原告人提起反诉时，适用原告人提起民事诉讼的有关规定。详见本章第四节的有关内容。

### （四）与人民法院联系

代理律师应当及时与受诉人民法院取得联系，向案件的审判人员提交委托代理协议、授权委托书、律师事务所代理函等有关法律文书，使人民法院认可律师在民事诉讼活动中代理人的资格和身份，以便律师履行被告人的代理人的职责。

### （五）调查、收集证据

代理律师为全面了解案件事实真相，应当注重证据材料的调查和收集。

调查、收集证据的原则是客观、全面、公正、合法。具体办法详见本章第四节。

### （六）查阅案卷

代理律师应当到人民法院查阅案卷。作为民事诉讼被告人的代理律师，到人民法院查阅案卷的目的，主要是了解原告人提供的和人民法院调查、收集的有关证据，通过对正反两个方面的证据的对照，比较和分析，全面、客观地了解、判断案情。

代理律师在阅卷时应当注意的问题见本章第四节。

#### （七）参加法庭审理

代理律师无特殊原因必须亲自出庭参加法庭审理。在法庭审理的过程中，除法律规定必须由被告人亲自所为的行为外，经被告人的授权同意，代理律师可以代理被告人行使诉讼权利，履行诉讼义务。

代理律师经被告人的授权，可以代理被告人申请回避，提出答辩，陈述案件事实，回答审判人员询问，对证人、鉴定人员提问，对证据进行质证，出示有关证据，申请补充证据或者重新鉴定、勘验。法庭审理进入辩论阶段，代理律师应当依据事实和法律发表代理意见，对原告人的诉讼请求进行反驳，论证被告人意见和主张的正当性、合法性。

作为民事诉讼被告人的代理律师，其发表代理意见的要求应当具有针对性，内容主要有：

1. 用证据论证事实，驳斥原告人陈述中的不实之词；
2. 运用新的证据或指出对方证据中的矛盾、错误，说明原告人对民事权益纠纷所应当承担的责任；
3. 依据事实和法律对原告人的诉讼请求进行反驳和辩解，提出解决纠纷的意见和主张。

代理律师在法庭辩论中发现新的事实或对证据存有异议，认为需要进一步取证、核实时，可以向审判人员提出重新调查、收集证据的申请，同时向审判人员申请对案件延期审理。

法庭辩论结束后，审判人员依据双方当事人的意愿对案件进行调解时，代理律师应当在尊重委托人意愿的基础上配合审判人员做调解工作。代理律师对调解方案表示意见，或者代理被告人接受调解方案，必须有被告人的授权。

#### （八）休庭后的工作

1. 阅读法庭笔录，经确认无误在笔录上签名；
2. 整理证据和辩论意见，向人民法院提交本方的有关证据和书面代理意见；
3. 人民法院作出一审判决、裁定后，在法律规定的期限内与被告人协商，征询被告人对裁判内容以及是否上诉的意见，必要时帮助被告人制作民事上诉状，或经被告人授权代其提起上诉。

### 三、民事答辩状

民事答辩状是民事诉讼中的被告人或被上诉人根据民事起诉状或民事上诉状的内容，针对原告人提出的诉讼请求或上诉人提出的上诉请求作出答复，并依据事实与理由进行辩驳的法律文书。

根据民事诉讼法的有关规定，民事诉讼的第一审被告人或第二审被上诉人提出答辩状，是其所享有的一项重要的诉讼权利，目的在于充分阐明答辩人的观点和主张，使人民法院能够比较全面地了解案件的真实情况，以利于对案件的处理。

民事答辩状根据提交的审级不同，分第一审答辩状和第二审答辩状两种。

民事答辩状由3部分所组成，即首部、正文和尾部。

民事答辩状的首部，首先写明答辩人的基本情况，事项与民事起诉状相同；其次要写明答辩事由。

民事答辩状的正文是写作的重点，主要在于阐明答辩的意见和理由，揭示对方提出的请求以及所依据的事实与理由的不当之处，提出相反的事实和证据，说明自己行为的合法性和主张的正确性，并列举有关法律的规定，以求得人民法院维护答辩人的合法权益。此外，对其中涉及到的举证事项，还应当具体写明证据和证据来源、证人姓名及其住址。

民事答辩状的尾部，应写明致送的人民法院，由答辩人签名或盖章，注明答辩日期，并在附项中写清答辩状副本和有关证据材料的份数。

制作民事答辩状，特别注意的是要有针对性，一是要有的放矢地予以说明、反驳和辩解；二是在答辩中同时阐明自己的观点、主张和根据；三是据实依法论辩，不能无理狡辩，如果对方的指控或上诉的确有理，并有事实根据，不应当一概否认，需要解释的可以作解释性说明。

#### 四、民事反诉状

民事反诉状是民事诉讼的被告人就原告人起诉的同一事实，向人民法院提交的请求适用同一诉讼程序与原告人的起诉合并审理、并追究原告人相应民事责任的法律文书。在民事诉讼中，被告人针对原告人提出反诉状是被告人在诉讼中享有的权利，目的在于就原告人起诉的同一事实阐述原告人应当承担的相应责任，请求人民法院适用同一诉讼程序并与原告的诉讼作为同一诉讼案件合并审理，进而追究原告人应负的民事责任。因此，民事反诉状是被告人指控原告人的书面依据，也是人民法院对原告人的本诉、被告人的反诉适用同一诉讼程序合并审理的基础。

民事反诉状的格式和写作内容与民事起诉状相同。在写作时，应当注意几个问题：

第一，民事反诉状中反诉的提出必须符合法律规定的条件，否则反诉不能成立。

第二，民事反诉状中提出的反诉请求必须与原告人的本诉具有关联性，即应基于同一事实和同一争议内容。与此同时，应以证据证明反诉请求的合理性、合法性，以对抗本诉中的诉讼请求。

第三，由于反诉是针对本诉原告人提出，目的在于强调原告人应当承担的民事责任，所以在反诉状中应当注重驳斥原告人诉讼请求的证据的运用，以求得人民法院的支持和司法的公正。

### 第六节 担任二审案件当事人的代理人

#### 一、律师担任二审案件当事人的代理人的概念

律师担任二审案件当事人的代理人是指律师接受民事诉讼二审案件当事人的委托，担任诉讼代理人，参加民事案件第二审的活动，以维护委托人的合法权益的行为。根据民事诉讼法的有关规定，民事诉讼的当事人不服人民法院作出的第一审民事判决、裁定，有提起上诉的权利。当事人提起上诉后，委托律师事务所指派律师担任诉讼代理人，被指派的律师也就具有了以诉讼代理人的身份参加民事案件第二审程序中的诉讼活动的资格，履行在第二审程序中为诉讼当事人提供法律帮助的职能。

#### 二、律师接受民事诉讼第二审代理委托的条件

律师是否接受民事案件当事人提出的第二审代理委托，主要应视案件的具体情况以及是否具备接受代理委托的条件。对于具备条件的，可以接受委

托；对于不具备条件的，有权拒绝委托。

律师接受第二审代理委托的条件主要有：

（一）人民法院作出的一审裁判确有错误

人民法院对一审案件作出的判决、裁定确有错误，是民事案件当事人不服该裁判、提出上诉请求的依据，也是人民法院适用二审程序予以改判的基础。民事案件的当事人向律师提出第二审代理委托时，律师应当认真分析人民法院对该案作出的一审裁判，确定其正确与否。律师发现一审裁判具有以下情形之一，可以认定该裁判确有错误：

1. 一审裁判有认定事实上的错误，即一审裁判在对案件事实的认定上与有关证据不符，甚至没有依据，或者在证据的运用上不客观、不全面、具有矛盾性，等等，违背了案件的真实情况。

2. 一审裁判有适用法律上的错误，即一审裁判在对案件作出判决、裁定时适用法律不当，裁判没有法律依据或者违背了有关法律的规定。

3. 一审裁判有法定程序上的错误，即人民法院在一审程序中违背了法定的诉讼程序，直接影响到了裁判的公正性、合法性。

（二）有法定的上诉人和被上诉人

对民事案件的一审裁判提出上诉，要求人民法院适用第二审诉讼程序重新审理，必须有具备法定条件的上诉人和被上诉人，即上诉人与被上诉人确有资格条件。

根据法律的规定，在民事诉讼中享有上诉权的只能是第一审中的原告人和被告人，其中无行为能力人、限制行为能力人的法定代理人可以代理当事人提起上诉。

民事诉讼中的被上诉人，即提起上诉的对方当事人，可能是第一审中的原告人，也可能是第一审中的被告人或第三人，但必须是在第一审中具有实体民事权利义务的诉讼当事人。

（三）符合法定的上诉期限

当事人对第一审人民法院的判决、裁定提起上诉，必须在法律规定的期间内进行。这个期间称为上诉期限。上诉期限届满，当事人仍然没有提起上诉，也就失去了上诉的时机。此时，当事人不能再就不服第一审判决、裁定提起上诉。

### 三、接受委托后的主要工作

（一）制作民事上诉状

民事上诉状是民事诉讼的当事人不服人民法院作出的第一审未生效的民事判决、裁定，在法定期限内要求上一级人民法院进行审理，并依法提出撤销或变更原裁判请求的法律文书。民事上诉状也是上一级人民法院开始第二审程序的书面依据。

代理律师如果接受的是上诉人的委托，应当考虑在法定期限内提出上诉的问题。上诉人如果仅是表达了上诉的意愿，尚未提起上诉，代理律师应当帮助上诉人制作民事上诉状，经上诉人签名或盖章后提交人民法院。

（二）制作民事答辩状

第二审民事答辩状是第二审被上诉人针对上诉人提出的上诉请求作出答复，并依据事实与理由进行辩驳的法律文书。第二审答辩状的内容重点主要在于针对上诉人所提上诉理由和上诉请求的不实之处进行有理有据的反驳，并阐明被上诉人对第一审判决的认识和主张。

代理律师如果是接受被上诉人的委托参加民事诉讼，则首先应当帮助被上诉人制作民事答辩状，对民事上诉状提出答辩，并经被上诉人签名或盖章后提交人民法院。

#### （三）与二审人民法院联系

代理律师应当与进行第二审的人民法院取得联系，向案件的审判人员提交委托代理协议、授权委托书、律师事务所律师代理函等法律文书，以明确代理律师在第二审诉讼中的身份和资格。

#### （四）查阅案卷

代理律师应当到人民法院查阅案卷，客观、全面地了解案件的事实情况以及双方当事人在一审诉讼时提供的有关证据材料，分析、判断一审判决、裁定正确与否，并制作阅卷笔录。

#### （五）调查、收集证据

代理律师认为案件事实尚未查清，或者尚有证据需要调查、收集和核实，应当开展调查取证工作，以全面了解案情、掌握证据，为开庭审理做好准备。

#### （六）参加法庭审理

代理律师无特殊原因，应当亲自参加二审的法庭审理，并在法庭审理的过程中指导、协助或经委托人授权代理委托人行使诉讼权利，履行诉讼义务，并独立发表代理意见。代理律师在法庭审理过程中的工作参见本章第四节的有关内容。

第二审人民法院依据有关规定决定不开庭审理的，代理律师应当及时将调查、收集的证据和整理出来的书面代理意见提交第二审人民法院，以利于审判人员了解案情、作出二审裁判。

### 四、民事上诉状

民事上诉状是民事诉讼当事人向第二审人民法院提交的请求依法撤销或变更原审裁判的法律文书。它既是民事诉讼当事人不服人民法院作出的一审裁判的“声明”，也是第二审人民法院开始第二审程序的依据。

民事上诉状是由首部、正文和尾部 3 部分构成。

首部主要写清上诉人、被上诉人的基本情况，并明确提出上诉的事由。

正文是上诉状的重点部分，内容因案情的不同而各异，但一般包括几个方面的内容：一是上诉请求，明确写明上诉人不服原审裁判的具体内容，提出上诉解决何种问题的具体要求；二是上诉理由，针对一审裁判在认定事实、适用法律或一审法院在审理程序上的不当之处，论证上诉人上诉请求的合理性、合法性；三是列举有关证据材料，以便二审人民法院查证核实。

尾部依次写明上诉人民法院的全称、上诉人名称、上诉日期等，并在附项中列清上诉状副本和有关证据材料的份数。

## 第七节 在民事案件审判监督程序中的代理

### 一、律师在民事案件审判监督程序中的代理的概念

律师在民事案件审判监督程序中的代理是指律师接受民事案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，担任代理人，对已经发生法律效力民事判决、裁定向人民法院提出申请，请求适用审判监督程序对案件重新处理的行为。根据民事诉讼法的有关规定，民事案件的当事人及其法定代理人、近亲属认为已经发生法律效力的判决、裁定确有错误或者表示不服，可以向人民

法院提出申请，请求按照审判监督程序对案件重新审理。此时，委托人与律师事务所之间订立委托代理协议，由律师事务所指派律师担任代理人，参加民事案件审判监督程序中的有关诉讼活动。

## 二、律师代理时应当考虑的问题

律师接受民事案件的当事人及其法定代理人、近亲属的委托，担任诉讼代理人，就人民法院已经生效的判决、裁定请求适用审判监督程序重新审理，应当考虑以下几个问题：

### （一）提出重新审理的请求应当有足够的证据

民事案件的当事人不服人民法院已经生效的判决、裁定，委托律师作为代理人，提出适用审判监督程序重新审理的请求，代理律师应当对证据进行审查，确认是否有新的、足够的证据支持请求。一般来说，如果没有新的证据，当事人的这种请求很难实现。因此，代理律师应当尽力调查、收集新的证据，以保证提出重新审理的请求能够有新的、足够的证据支持。

### （二）当事人的请求符合法律规定的再审条件，应当提出再审申请

根据民事诉讼法的有关规定，当事人对已经生效的民事判决、裁定不服，可以提出再审申请或者申诉请求，这两种方式都是申请人民法院适用审判监督程序对案件重新审理的途径。代理律师接受委托后，经过对案件的审查，认为当事人的申请符合法律规定的再审条件，应当指导、协助或代理当事人提出再审申请。

根据法律规定，提出再审申请应当符合以下条件：

1. 实质条件，即决定对哪些判决、裁定可以提出再审申请的条件。这类条件有：

- （1）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- （2）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；
- （3）原判决、裁定适用法律确有错误的；
- （4）人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；
- （5）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

代理律师发现已经生效的判决、裁定具有以上情形之一的，应当认为符合提出再审申请的条件。

2. 形式条件，即决定在程序法上可以提出再审申请的条件。这类条件只有一个，即当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。

当事人或者律师代理当事人提出再审申请，应当制作民事再审申请书，经当事人签字或盖章后提交人民法院。

### （三）当事人对民事案件提出申诉不受时间的限定

当事人对已经生效的民事判决、裁定不服，任何时候都有权向人民法院申诉，不受时间的限定。律师接受当事人的委托代理申诉，对时限问题可以不予考虑。同时，法律对申诉提出的条件和理由也没有严格的限制，代理律师应当根据案件的具体情况决定民事申诉状写作的内容。

代理律师代当事人制作民事申诉状后，经当事人签名或盖章后提交人民法院。

（四）人民法院适用审判监督程序对案件重新审理时，代理律师开始诉讼代理

受理当事人提出再审申请或申诉的人民法院决定适用审判监督程序对案件重新审理时，代理律师同时进入诉讼程序的代理，根据人民法院适用的审

级程序不同，代理律师履行一审代理或二审代理的职责。

### 三、民事再审申请书

民事再审申请书是民事案件的当事人认为已经生效的判决、裁定有错误，根据法律的规定向人民法院提交的请求再生的法律文书。它是人民法院适用审判监督程序对民事案件提起再生的依据。

民事再审申请书是由首部、正文和尾部 3 部分构成的，内容写法与民事上诉状相似，但提出再生的理由应当更加充分，事实、证据力求确凿、扎实。

## 第三章 律师参加行政诉讼

### 第一节 律师参加行政诉讼概述

#### 一、律师参加行政诉讼的概念

律师参加行政诉讼是指律师接受行政案件当事人的委托，担任代理人，参加行政诉讼活动，在代理权限范围内代理诉讼，以维护委托人的合法权益、保证国家法律正确实施的行为。根据律师法、行政诉讼法的有关规定，接受行政案件当事人的委托，参加行政诉讼活动，是律师的主要业务之一。

#### 二、律师在行政诉讼中的法律地位

律师接受行政案件当事人的委托，参加行政诉讼活动，其在行政诉讼过程中所处的地位应当是：

##### （一）律师以委托人的名义参加诉讼，不是独立的诉讼主体

代理律师参加行政诉讼活动，是因为其具有行政案件当事人的诉讼代理人的资格和身份，而并不是其本身就是行政案件的当事人。因此，律师在行政诉讼的过程中并不具有独立的诉讼主体的身份，这突出反映在：

1. 代理律师参加行政诉讼必须经过委托人的授权委托。行政案件当事人对代理律师的授权委托，是赋予代理律师诉讼代理人资格的一种表示，也是代理律师参加行政诉讼活动的前提条件。没有行政案件当事人的授权委托，律师不可能以诉讼代理人的身份参加行政诉讼。因此，律师作为诉讼代理人参加行政诉讼，只能是在委托人的授权范围之内进行，其超越代理权限所为的行为在法律上被认为是无效的。

2. 代理律师在行政诉讼中的权利、义务主要源自委托人的权利、义务。行政案件当事人在行政诉讼中享有何种权利、履行何种义务，直接决定了他所委托的代理律师在行政诉讼过程中的权利义务关系。由于律师在行政诉讼中所具有的行政案件当事人的诉讼代理人的身份，决定了其职责主要是指导、协助或者代理委托人行使法律所赋予的当事人的诉讼权利，履行法律要求的诉讼义务，以使委托人的合法权益得到有效的保护。

3. 代理律师在行政诉讼中的活动在一定程度上受委托人意志的约束。行政案件的当事人在与律师建立行政诉讼委托代理关系时，其要求代理律师在行政诉讼的过程中为何种行为、不为何种行为，均取决于当事人的意志。律师接受当事人的授权委托，以诉讼代理人的身份参加行政诉讼，虽然有自己独特的办案方式和工作内容，但也受到委托人的授权范围，也就是行政案件当事人意志的约束。特别是法律赋予委托人有依法撤销委托代理合同的权利，即在诉讼过程中委托人有权解除与代理律师之间的约定，这就使得代理律师可能会因委托人的意志原因而失去诉讼代理人的资格和身份。因此，代

理律师在行政诉讼中的活动在一定程度上受委托人意志的支配。

4. 代理律师合法所为的代理行为由委托人享受权利、承担义务。代理律师接受行政案件当事人的委托，以诉讼代理人的身份参加行政诉讼，应当在委托人的授权范围内依法代理。此时，其所为的诉讼行为与委托人亲自实施的诉讼行为具有同等的法律效力，而由于其诉讼行为所产生的法律后果，包括权利的享受和义务的履行，都应当由委托人来承担。当然，如果代理律师超越了当事人的授权范围，其所为的行为所引起的法律后果则应由代理律师本人承担，如果因这种行为给委托人造成损失的，代理律师还应当承担相应的法律责任。

#### （二）律师依法独立履行职责，具有相对的独立性

代理律师参加行政诉讼活动，依据的是行政案件当事人的授权委托。从这个意义上来说，没有行政案件当事人的授权委托，律师就不可能以行政诉讼代理人的身份参加行政诉讼。但同时，代理律师在行政诉讼活动中又具有相对的独立性，处于相对独立的法律地位，这主要反映在代理律师在行政诉讼中享有法律赋予律师的一些独特的诉讼权利，如有权查阅案卷，有权调查取证等等，同时代理律师应当站在法律的角度上，以合法的手段、方式，按照自己的意志独立办案。因此，就代理律师与行政案件当事人之间的关系而言，既有代理人与委托人之间的同一性、统一性，又有律师与当事人之间的差异性、区别性。

#### 三、律师在行政诉讼中的代理权

律师在行政诉讼中的代理权是指律师作为诉讼代理人所享有的以委托人的名义参加行政诉讼、实施某种诉讼行为的资格。代理律师只有具备了行政诉讼的代理权，才能代理行政案件的当事人参加行政诉讼。

律师在行政诉讼中的代理权，基于行政案件当事人的授权行为而产生，其代理权限的范围，由行政案件当事人以授权委托书的形式加以确定。根据行政诉讼委托人的授权，以及行政诉讼法的有关规定，律师以诉讼代理人的身份参加行政诉讼，一般享有以下权利：

1. 依法独立履行职责，受国家法律的保护，不受任何单位、个人的干涉；
2. 查阅所代理案件的案卷材料以及有关证据材料的权利；
3. 向委托人、行政案件其他当事人以及知情人员调查、收集证据的权利；
4. 参加法庭审理，在法庭上发问、出示证据、申请通知新证人到庭、调取新证据以及重新鉴定、勘验的权利；
5. 依据正当理由拒绝为委托人代理的权利。

代理律师在参加行政诉讼的过程中虽然享有比较广泛的诉讼权利，但是如果律师是接受行政案件中作为一方当事人的行政机关的委托，即作为行政机关的诉讼代理人参加行政诉讼，则其权利依法受到限制，主要表现为：

第一，没有起诉权。由于行政机关在行政诉讼中所处的被告人的诉讼地位，以及行政诉讼的目的在于确定行政机关行政行为正确与否，决定了代理律师接受行政机关的诉讼委托后只能代理行政机关应诉，而不可能作为原告人的代理人提起诉讼。

第二，没有反诉权。由于行政机关的行政行为在原告人提起诉讼前已经执行，行政机关已经无权再要求对方当事人为相应的行为，因此作为行政机关诉讼代理人的律师不可能向人民法院提出与本诉的诉讼标的和理由有牵连的反诉请求。

第三，没有自行收集证据权。行政机关作出某一行政行为，应当有足够的事实证据和法律依据。既然在原告人提起行政诉讼之前，行政机关的行政行为已经完成，就不存在着再行收集证据的问题了。如果行政机关做出的行政行为缺乏足够的证据，其在诉讼中只能面临着可能被撤销行政行为的境地，律师作为行政机关的诉讼代理人，无权再就行政行为自行收集有关的证据。

第四，没有和解权。在行政诉讼中，诉讼当事人、参加人的权利、义务关系都是由法律事先加以设定的，当事人自身无权自由处分，更由于行政机关的行政行为在诉讼前已经完成，其在诉讼中只能就其行为的正当、合法与否作出证明。因此，诉讼当事人之间不能再就争议问题进行和解，作为行政机关诉讼代理人的律师既不能代理行政机关提出和解请求，也不能代理行政机关进行和解。

## 第二节 律师参加行政诉讼的收案与结案

### 一、收案

#### （一）律师事务所统一收案

《律师法》第 23 条规定的“由律师事务所统一接受委托”的原则明确了律师在行政诉讼委托代理的问题上不允许个人私自收案、私自收费。

律师事务所根据行政案件当事人的委托，指派律师参加行政诉讼，也就确立了被指派的律师在行政诉讼中所具有的诉讼代理人的身份和地位，同时也决定了被指派的律师在参加行政诉讼的过程中应当履行维护委托人的合法权益的职责。

一般来说，律师事务所为委托人指派律师，是依据律师事务所内部的有关章程和规定、由律师事务所主任决定的，但如果委托人在委托时指名提出请求，律师事务所应当尽可能满足委托人指名委托的要求。

#### （二）接受委托时的审查

委托人委托律师参加行政诉讼，律师事务所应当对所委托的事宜进行审查。审查的内容主要有：

##### 1. 当事人是否具备诉讼主体的资格。

（1）行政诉讼原告人的资格。行政诉讼的原告人，应当是认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯了其合法权益，因而向人民法院提起诉讼的公民、法人或其他组织。具体来说，行政诉讼的原告人仅限于两种人：一是行政行为决定的对象；二是行政行为对象的被侵害人。

（2）行政诉讼被告人的资格。行政诉讼的被告人应当是实施具体行政行为并被认为是侵害了公民、法人或其他组织合法权益的行政机关。

2. 当事人委托的案件是否属于人民法院受理行政案件的范围。根据行政诉讼法的有关规定，由人民法院受理的行政案件主要包括：

（1）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财产等行政处罚不服的；

（2）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；

（3）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；

（4）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝

颁发，或者不予答复的；

(5) 申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或不予答复的；

(6) 认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

(7) 认为行政机关违法要求履行义务的；

(8) 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除上述 8 类案件外，根据有关法律、法规和规定，还有 3 类案件也可以提起行政诉讼：

第一，确权决定案件，即公民、法人或者其他组织对人民政府或其主管部门有关资源的权属决定不服提起的诉讼。

第二，赔偿裁决案件，即公民、法人或者其他组织对行政机关就赔偿问题作出的裁决不服提起的诉讼。

第三，补偿决定案件，即公民、法人或者其他组织对行政机关依职权作出的强制性补偿决定不服提起的诉讼。

3. 当事人委托的案件是否属于法律、法规规定必须先行复议的案件。根据有关行政法律、法规的规定，公民、法人或者其他组织对于行政机关所为的行政行为或者作出的行政决定不服，在有些情况下必须先行复议。对于属于必须先行复议情况的案件，律师应当告知当事人先行向有复议权的行政机关申请复议，待复议决定作出后如果不服，再提起行政诉讼。但是对于不属于必须先行复议情况的案件，只要是在人民法院受理行政诉讼的案件范围内，当事人可以依照行政诉讼法的规定直接向人民法院提起行政诉讼。

4. 当事人委托的案件是否在法律规定的起诉期限内。当事人对行政机关的行政行为不服，应当在法律规定的起诉期限内提起行政诉讼，超过起诉期限，也就意味着当事人在行政诉讼中失去了胜诉权，即使其合法权益受到行政行为的侵害，也难以获得有效的法律保护。因此，律师在审查所委托的案件时，如果发现该案件已经超过法律所规定的起诉期限，应当告知当事人另寻途径解决。

经过审查，确认当事人具有行政诉讼的主体资格、其所委托的案件属于人民法院受理行政诉讼案件的范围、可以提起行政诉讼且没有超过诉讼时效时，律师事务所可以接受当事人的委托，指派律师担任诉讼代理人，参加行政诉讼。

### (三) 办理委托代理手续

律师事务所接受行政案件当事人的委托，指派律师担任诉讼代理人，参加行政诉讼，应当与当事人办理委托代理手续。

委托手续一般包括以下内容：

1. 委托代理协议。委托代理协议是律师事务所与行政案件当事人共同签署的、确定律师代理行政诉讼有关事宜并明确代理律师与当事人在行政诉讼过程中权利与义务关系的书面法律文书，是律师参加行政诉讼、履行行政诉讼代理人职责的合法、有效凭证。委托代理协议在内容上必须明确几点：一是律师事务所接受委托指派律师代理的事由，即律师参与哪个行政案件的诉讼活动；二是律师在代理诉讼活动中的权限范围，即委托人授予律师行使的诉讼权利；三是代理律师在代理行政诉讼过程中与委托人之间的权利义务关系；四是代理律师代理权限终结的时限。委托代理协议应当签署一式 3 份，1 份交委托人保管，1 份由代理律师提交人民法院，1 份由代理律师归卷存档。

2. 授权委托书。授权委托书是行政案件当事人签署的、授予代理律师在行政诉讼活动中代为履行诉讼权利范围的法律文书，也是代理律师在行政诉讼中确定代理权、从事代理职能活动的依据和凭证。授权委托书应当签署一式2份，1份由代理律师提交人民法院，1份由代理律师归卷存档。

3. 律师事务所函。律师事务所函是律师事务所出具的、证明律师在参加行政诉讼活动中代理人身份的凭证。律师事务所函由律师事务所出具，载明律师在行政诉讼中的身份，由代理律师提交人民法院。

委托手续办理后，应当由律师事务所有关工作人员办理收案登记，编号后建立卷宗。被律师事务所指派以诉讼代理人身份参加行政诉讼活动的律师，无正当理由不得拒绝代理，但是如果出现委托事由违法，或者委托人利用律师提供的法律服务从事违法活动，或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝代理。律师由于以上事由，需要与委托人解除委托代理关系，应当经律师事务所主任或律师事务所主任授权的负责人同意，并记录在案。委托人已经向律师事务所交纳的委托代理费用不予退回。

## 二、结案

代理律师在代理诉讼的案件审理终结后，应当写出办案总结。办案总结应当包括当事人基本情况、案由、案件事实、法律依据以及代理律师在诉讼过程中所做的工作等内容，与案件的其他有关材料一并整理装订归档。

在行政诉讼过程中需要提前解除委托代理关系的，代理律师也应当写出办案总结。办案总结除写明以上内容外，还应当具体说明提前解除委托代理关系的原因，并附上相关解除委托代理关系的手续，与其他有关材料一并整理装订归档。

## 第三节 在行政案件一审中的代理

### 一、律师在行政案件一审中的代理的概念

律师在行政案件一审中的代理是指律师接受行政案件当事人的委托，作为诉讼代理人，参加行政诉讼第一审程序中的有关活动，以维护委托人的合法权益的行为。根据行政诉讼法的有关规定，行政案件的当事人通过与律师事务所订立委托代理协议的形式委托律师参加行政诉讼，使被委托的律师具有诉讼代理人的身份，其依法代理当事人行使诉讼权利、履行诉讼义务，是其诉讼代理人职责的体现。

### 二、律师的主要工作

律师担任行政案件当事人的一审代理人，参加人民法院一审诉讼程序中的活动，主要承担的工作有：

#### （一）指导、协助当事人撰写起诉状或答辩状

1. 撰写起诉状。代理律师接受公民、法人或其他组织的委托，对行政机关提起诉讼，请求人民法院适用诉讼程序确认行政机关行政行为的正确与否，首先应当指导、协助委托人撰写行政起诉状。

根据我国行政诉讼法的规定，公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯了其合法权益时，可以在法定的期限内依照法律规定的程序，以书面的形式对实施具体行政行为的行政机关或者法律、法规授权的组织予以指控，向人民法院提起行政诉讼。行政起诉状是具体行政行为涉及的当事人指控有关行政机关的法律文书，也是人民法院受理

行政案件、引起行政诉讼程序的依据。

行政起诉状的文书格式、内容要求与民事起诉状相同，只是制作时更应注意以有关行政法规为依据，以论证行政机关的具体行政行为的不当性与违法性。

行政起诉状制作完毕，经要求提起行政诉讼的当事人签名或盖章后，提交具有管辖权的人民法院。

2. 撰写答辩状。代理律师接受行政机关的委托，担任诉讼代理人，代理行政机关参加行政诉讼案件的应诉，应当指导、协助行政机关制作行政答辩状。

依照我国行政诉讼法的有关规定，行政诉讼中作为被告人的行政机关提出答辩状，是其所享有的一项重要的诉讼权利。其依法行使这项权利，可以明确地阐述自己行政行为的合理性、合法性和自己的主张，有利于维护自己的合法权益，维护行政机关依法行使行政职权。同时，这对于受诉人民法院全面了解案情、正确处理案件也可以起到积极的帮助作用。

行政答辩状的文书格式、内容要求与民事答辩状相同。制作行政答辩状，特别要注意针对原告人所提诉讼请求以及所依据的事实与理由进行有的放矢的说明、反驳和辩解，并在答辩之中阐述本方具体行政行为的事实根据、法律依据和行为的正当性。

行政答辩状制作完毕，应当由作为被告人的行政机关盖章，然后提交人民法院。

#### （二）与人民法院联系，查阅有关案卷

代理律师应当及时与受诉人民法院联系，向人民法院提交行政诉讼委托代理协议、授权委托书、律师事务所行政代理函等有关法律文书，以确定代理律师在行政诉讼中的代理资格和身份。同时，代理律师应当查阅案件的卷宗材料，注意对方当事人向人民法院所提交的有关证据，以全面了解案情。

代理律师查阅案卷，应当制作阅卷笔录，正确、客观、全面载明案卷有关材料的内容。

#### （三）调查、收集证据

行政诉讼原告人的代理律师有权就案件的有关情况调查、收集证据材料。

代理律师调查、收集证据应当力求做到客观、全面，并应制作调查笔录。律师向当事人、证人或其他知情人调查、了解案情或收集证据制作的调查笔录，应当由被调查人签名或盖章，然后整理入卷。

代理律师应当妥善保管有关证据材料，避免遗失、损毁。

#### （四）准备代理意见

代理意见是代理律师在法庭辩论阶段发表的全面论证案件事实、法律依据以及委托人观点、主张的系统发言材料。为使代理意见能够全面、系统、有理、有力，代理律师在开庭审理前应当做好发表代理意见的充分准备。

由于代理律师在诉讼中所代理的当事人的诉讼地位不同，代理意见的侧重点也应当有所区别。

#### （五）参加法庭审理

代理律师参加行政诉讼，在法庭审理的过程中应当指导、协助或者经委托人授权代理委托人行使法律赋予的诉讼权利，履行法律规定的诉讼义务。律师在法庭审理中的主要工作与律师代理参加民事诉讼相似，详见“律师参

加民事诉讼”一章。

需要强调的是，由于行政诉讼的特点，决定了代理律师在法庭审理的过程中必须注意以下几个问题：

1. 行政诉讼中的举证责任应当由被告承担。由于行政机关所为的行政行为，在多数情况下是行政机关单方作出的，其行为合法与否，应当以事实、证据为判定依据。而行政诉讼的目的，就是要通过对行政机关向法庭提供的有关证据的审查核实，对行政机关行政行为的正当性、合法性问题作出判决、裁定。因此，当公民、法人或者其他组织以原告人的身份对行政机关提起诉讼，要求对行政机关的行政行为作出裁决，作为被告人的行政机关当然应当承担举证责任。如果行政机关不能举出充分的事实根据和适当的法律依据支持其所作出的具体行政行为，也就面临着败诉的结局。受行政机关委托作为诉讼代理人的律师，在法庭审理前应当认真审查行政机关作出具体行政行为时的有关证据，以便在法庭审理时出示。当然，由于行政诉讼被告人的调查取证权的限制，代理律师只能就现有的证据进行举证，而不应当再行调查、收集证据。

2. 行政诉讼中适用不得调解的原则。由于行政诉讼主要是围绕着行政行为合法与否的问题进行的，而行政行为本身又是行政机关适用行政权力的结果。作为行政机关，不能随意处分行政权力，否则就意味着行政机关自身的失职。由此也就决定了在围绕着行政权力之争和行政行为合法与否的问题上进行的行政诉讼，是不允许作为被告人的行政机关与原告人和解的，因而也就缺乏人民法院在当事人之间进行调解的基础，不得调解，或者称为不适用调解，这成为行政诉讼在程序上区别于民事诉讼的一个显著标志。

不得调解是指人民法院在行政诉讼中，不适用调解作为案件的审理程序和结案方式，而应当是在查明事实、审核证据、分清是非的基础上以判决的方式解决行政纠纷，结束行政诉讼。作为行政诉讼代理人的律师，应当清楚行政诉讼程序中的这一特点，不要把促成当事人之间和解或接受人民法院调解的方式作为解决行政案件当事人之间争议的方式。当然，在行政诉讼过程中如果涉及民事争议的内容，如赔偿等问题，仍然可以以调解的方式解决。

3. 行政诉讼的法定撤诉方式为自愿申请撤诉和视为申请撤诉两种。行政诉讼原告人的代理律师在指导、协助或者代理原告人参加行政诉讼的过程中，应当明确告知委托人在行政诉讼中存在着两种法定的撤诉方式，即自愿申请撤诉和视为申请撤诉。前者是指在人民法院对行政案件作出判决、裁定之前的诉讼期间，原告人自愿提出撤回起诉申请，经人民法院准许而终结诉讼程序的制度；后者则是指在人民法院审理诉讼案件过程中，原告人经人民法院两次合法传唤无正当理由拒不到庭，人民法院视为原告人自愿撤回起诉，从而裁定终结诉讼程序的制度。在人民法院开庭审理期间，原告人未经法庭许可中途退庭、拒不返回的，也可以被视为申请撤诉。在诉讼过程中，原告人是否撤诉以及采取何种方式撤诉，是其自身意志的体现，但其虽不具备撤诉，却出现视为申请撤诉的事由，应当自行承担撤诉的责任。

#### （六）法庭审理后的工作

人民法院对行政案件开庭审理完毕，代理律师及其所代理的当事人应当阅读法庭开庭笔录，经确认无误后在笔录上签名，代理律师同时应当向人民法院提交有关证据材料和书面代理意见。

人民法院作出一审判决后，代理律师应当及时向委托人征询对判决书内

容的意见，对于不服判决、希望提出上诉表示的委托人，应提醒其在法定的上诉期限内提出上诉。

#### 第四节 在行政案件二审中的代理

##### 一、律师在行政案件二审中的代理的概念

律师在行政案件二审中的代理是指律师接受行政案件当事人的委托，作为诉讼代理人，参加行政诉讼二审程序中的有关活动，以维护委托人的合法权益的行为。根据行政诉讼法的有关规定，行政案件的当事人对第一审人民法院作出的判决、裁定不服，可以依照法律规定的程序和期限向上一级人民法院提出上诉，请求复审。此时，当事人通过与律师事务所订立委托代理协议的形式委托律师参加行政案件二审程序的诉讼活动，使被委托的律师具有第二审诉讼代理人的身份，依法在行政诉讼二审程序中代理当事人行使诉讼权利、履行诉讼义务。

##### 二、律师的主要工作

律师接受行政案件当事人的委托，担任第二审的诉讼代理人，参加人民法院二审诉讼程序中的活动，其主要承担的工作与第一审诉讼代理人相似。但有两点需要注意：

（一）代理律师应当指导、协助当事人撰写上诉状，并在法定的期限内提出上诉

行政案件的当事人对第一审人民法院作出的判决、裁定不服，因而委托律师担任第二审诉讼代理人的，可以通过其授权行为委托律师代为上诉。律师接受这类当事人的委托后，首先应当对当事人的委托是否符合法律所规定的上诉条件进行审查。根据有关法律的规定，当事人行使上诉权提起上诉，必须具备以下几个条件：

第一，上诉人必须符合法律的规定。根据法律的规定，只有享有上诉权的行政案件当事人，包括原告、被告、第三人才能提出上诉。

第二，上诉对象必须符合法律的规定。根据法律的规定，只有第一审人民法院作出的尚未发生法律效力判决、裁定才能成为上诉人上诉的对象。

第三，上诉的时间必须符合法律的规定。根据法律的规定，对判决不服的上诉期限为15日，对裁定不服的上诉期限为10日，从判决书、裁定书送达当事人之日起计算。超过期限，上诉无效。

第四，上诉的方式原则上采取书面的方式。

代理律师经审查，确认委托人的上诉请求符合法律规定的条件，应当指导、协助委托人制作行政上诉状。

行政上诉状是行政诉讼的当事人不服人民法院作出的未生效的第一审行政判决、裁定，在法定期限内向上一级人民法院提交的请求重新审理、并撤销或变更原审裁判的法律文书。行政上诉状既是行政诉讼当事人声明上诉的诉讼文书，也是第二审人民法院适用行政诉讼法中规定的二审程序对行政案件进行上诉审的依据。

行政上诉状的格式和写作内容、要求与民事上诉状相同。参见“律师参加民事诉讼”一章中的有关内容。

（二）在上诉审过程中，行政机关不得改变其原具体的行政行为

第二审人民法院收到行政诉讼当事人提交的上诉状后，经审查依法作出

是否立案的决定。人民法院决定立案，行政诉讼的第二审程序开始。此时，作为行政机关诉讼代理人的代理律师应当告知委托人不得改变原来的具体行政行为，而应当通过人民法院的审理和裁判解决行政行为正确与否的问题，如果因行政机关改变其原来的行政行为而导致提出上诉的对方当事人申请撤回上诉，则人民法院不予准许。

## 第五节 在行政案件申诉中的代理

### 一、律师在行政案件申诉中的代理的概念

律师在行政案件申诉中的代理是指律师接受行政案件当事人的委托，作为代理人，对已经发生法律效力行政判决、裁定向人民法院提出申诉，请求适用审判监督程序对案件重新处理的行为。根据行政诉讼法的有关规定，行政案件的当事人及其法定代理人对已经发生法律效力判决、裁定不服，可以向人民法院提出申诉，请求按照审判监督程序重新审理。此时，委托人与律师事务所之间订立委托代理协议，由律师事务所指派律师担任代理人，参加行政案件审判监督程序中的有关诉讼活动。

### 二、律师代理行政案件申诉应当注意的问题

#### （一）有权委托律师代理申诉的委托人范围

根据行政诉讼法的规定，有权委托律师代理申诉的委托人有：行政案件的当事人，包括原审原告人和被告人、申请执行人和被申请执行人；与行政案件有关的第三人；行政案件的共同诉讼人；行政案件当事人的法定代理人。

#### （二）提出申诉请求应当力求有足够的证据

行政案件的当事人委托律师对生效的行政判决、裁定提出申诉请求，代理律师应当对有关的证据进行审查，确认是否有足够的证据支持请求。一般来说，如果没有足够的证据证明人民法院的判决、裁定确实不当，当事人的申诉请求很难实现。因此，代理律师应当注意提出证据以支持申诉请求。

#### （三）提出申诉请求应当提交行政申诉状

行政申诉状是行政诉讼的当事人认为已生效的行政判决或裁定确有错误，向人民法院提出申请复审纠正的法律文书。行政申诉状是行政诉讼中的公民、法人和其他组织，包括实施具体行政行为的行政机关通过审判监督程序维护自身合法权益的一种方式，也是引起人民法院适用审判监督程序对已经生效的行政判决或裁定重新审理的依据。

代理律师应当指导、协助当事人制作行政申诉状，经当事人签名或盖章后提交人民法院。

## 第四章 律师办理的几种常见非诉讼法律事务

### 第一节 律师担任法律顾问

#### 一、律师担任法律顾问的概念

律师担任法律顾问是指律师接受律师事务所的委派，根据聘请法律顾问合同的约定，以自己的法律专业知识和技能为聘请方提供法律服务，以维护聘请方合法权益的特定身份和专业性活动。根据律师法的规定，律师接受公民、法人和其他组织的聘请，担任法律顾问，是律师的主要业务活动之一。

## 二、律师担任法律顾问的职责

### （一）为聘请方提供法律服务

律师接受公民、法人和其他组织的聘请，担任法律顾问，其首要的职责就是以自己所具有的法律专业知识为聘请方提供全面的法律服务，不仅使聘请方的各项业务活动有法可依，而且将其经营活动和管理活动规范在法律所允许的范围内，以保证聘请方的经营和发展在法律的 protection 下获得最大的利益。

### （二）维护聘请方的合法权益

律师担任聘请方的法律顾问，应当站在聘请方的角度，通过为聘请方提供有效的法律服务，维护聘请方的合法权益。律师履行这一职责，一方面要做到以法律规范聘请方的活动，避免因谋取不当利益而遭受损失；另一方面在聘请方的合法权益遭受不法侵害时，运用充分、有效的法律手段为聘请方谋求法律的保护，以维护聘请方的合法权益。

### （三）宣传社会主义法制

律师在为聘请方提供法律服务的同时，应当担负起向聘请方宣传社会主义法制的职责，这不仅因为我们国家正在逐步走上法制化的轨道，要求全体公民的法律意识不断增强；更重要的还在于聘请方只有真正学法懂法，依法经营和管理，才能使其利益获得有效的法律保护。因此，律师应当注重聘请方法制观念的不断提高，使其自觉地遵守法律。

## 三、律师担任法律顾问的工作要求

律师接受聘请，为聘请方担任法律顾问、开展工作时，应当符合以下要求：

### （一）遵法守法

律师担任法律顾问，必须严格依法办事，把国家法律作为衡量是非、处理问题的标准和尺度，绝不允许违背法律的规定，更不能为了迎合聘请方的某些不当要求和利益随意曲解法律。因此，律师在为聘请方工作时，首先要自觉用法律约束自己的行为，做到有法可依、有法必依，同时用法律规范聘请方的行为，坚持原则，教育、帮助聘请方依法从事经营活动和其他各种活动，以保证国家法律的正确贯彻实施。

### （二）忠于职守

律师接受聘请后，应当认真履行法律顾问的职责，忠于职守，认真负责，这不仅是法律顾问本身职责的要求，也是律师职业道德和执业纪律规范的要求。律师在从事法律顾问的工作时，应当对其所经管的聘请方的有关业务以及受委托办理的其他法律事务的合法性负责，自觉维护聘请方的合法权益，不从事有悖于律师职业道德、有损于聘请方利益的活动，并保证聘请方的合法利益不受侵害。

### （三）保守秘密

律师对于在为聘请方提供法律服务的活动中所知悉的秘密，包括涉及国家利益和社会利益的重要秘密、涉及聘请方内部经营管理活动的商业秘密和技术秘密、涉及聘请方个人的隐私，等等，应当严格保守，不允许随意泄露。律师因其泄露秘密的行为给聘请方造成损失的，应当承担相应的法律责任。

### （四）不断提高服务质量

律师应当不断提高为聘请方提供法律服务的质量，使聘请方的经营管理活动水平不断得到提高。要做到这一点，作为法律顾问的律师应当自觉接受

继续教育，不断更新知识，了解国家、地方的有关法律信息，熟悉聘请方经营管理中涉及法律的各项有关业务，保持较高的专业水平，为聘请方提供优质的法律服务。

#### 四、律师担任法律顾问的种类

律师担任法律顾问，按照聘请从事的项目、期限的不同，可以划分为几种：

##### （一）按照聘请的期限不同，分为常年法律顾问与临时法律顾问

常年法律顾问是指聘请方与律师事务所在聘请法律顾问合同中约定聘请期限为1年以上的法律顾问。这种法律顾问的聘请期限可长可短，但至少不能少于1年。

临时法律顾问是指聘请方因某一特定事项而通过聘请法律顾问合同约定聘请律师作为法律顾问代为处理或完成。这种法律顾问在聘请期限上不做约定，特定的事项由被聘为法律顾问的律师处理或完成后，聘任关系即告终结。

##### （二）按照法律顾问的工作范围不同，分为专项法律顾问与综合法律顾问

专项法律顾问是指法律顾问依据聘请合同的约定，就聘请方的某一项或某几项业务提供法律服务。

综合法律顾问是指法律顾问的工作范围不限于特定的事项，而是要求其聘请方的业务活动提供全面的法律服务。

##### （三）按照聘请方自身性质不同，分为政府法律顾问、单位法律顾问、个人法律顾问

政府法律顾问是指律师接受国家政府机关、政府职能部门的聘请担任法律顾问。其职责主要是为政府决策和重大法律事务提供法律服务。

单位法律顾问是指律师接受企事业单位、社会团体的聘请担任法律顾问。其职责主要是为单位的经营管理和其他业务活动提供法律服务。

个人法律顾问是指律师接受公民的聘请担任法律顾问。其职责主要是为公民参与社会活动，包括处理家庭有关事务提供法律服务。

#### 五、法律顾问的受聘

##### （一）对聘请方资格的审查

聘请方提出聘请法律顾问的请求，律师事务所应当对聘请方的资格进行审查，以决定是否接受聘请。审查的内容主要有：

1. 聘请方是否具有独立的主体资格，包括聘请方是否经合法登记或注册，是否具有完全行为能力等内容；
2. 聘请方的性质；
3. 聘请方的业务范围；
4. 聘请方的其他有关情况。

经审查，确认聘请方资格合法，律师事务所可以决定接受其聘请法律顾问的请求。

##### （二）办理聘请手续

聘请方应当与律师事务所办理聘请法律顾问手续。其内容主要包括：

1. 聘请方应当向律师事务所提交有关证明材料，包括证明聘请方主体资格的有效材料以及涉及法律顾问主要业务活动的有关材料。

2. 聘请方应当与律师事务所签订聘请法律顾问合同。合同中应当载明聘请方与律师事务所名称、律师事务所指派担任法律顾问的律师的姓名、聘请

方与法律顾问之间的权利义务关系、法律顾问的工作方式、聘请方与法律顾问的联系方式、聘请的期限等主要内容，经双方签名、盖章后确认有效。聘请法律顾问合同应当一式2份，由聘请方与律师事务所各持1份。

3. 聘请方应当向律师事务所交纳聘请法律顾问合同中约定的法律顾问聘请费。

4. 被律师事务所指派担任法律顾问的律师应当与聘请方联系，了解聘请方的有关情况和聘请法律顾问合同中约定的内容，并自合同生效之日起开始为聘请方提供法律服务。

### （三）建立法律顾问卷宗

聘请法律顾问合同订立后，律师事务所所有关工作人员应当建立法律顾问卷宗，由被指派担任法律顾问的律师填写有关聘请方业务情况的表格。担任法律顾问的律师应当将其在为聘请方提供法律服务过程中从事的业务及其他有关情况及时填表，写出办理材料，与相关文字材料一并整理入卷，以备核查和归档。

## 六、法律顾问的主要工作范围

律师受聘担任法律顾问后，主要从事的工作有：

（一）协助聘请方领导人正确执行国家法律、法规，对聘请方的重大事宜和重大经营决策提出法律意见

规范聘请方的业务活动，使其严格依法办事，是法律顾问的主要职责。法律顾问应当积极协助聘请方的领导人员执行法律、遵守法律，以保证聘请方各项活动的合法性。

法律顾问对聘请方的重大事宜和重大经营决策提出法律意见，是协助聘请方领导人员正确执行法律的具体体现，也是法律顾问参与聘请方经营管理的高层次工作。法律顾问应当从聘请方经营管理的全局出发，从国家法律、政策的角度提出符合国家法律规定的意见和建议，以保证聘请方的活动具有可靠的法律依据。

（二）参与起草、审核聘请方重要的规章制度

法律顾问对涉及聘请方经营管理活动的重要规章制度，如比较重要的章程、内部各项规章制度等，应当参与起草或审核，以实现聘请方经营管理的规范化、法律化。

（三）审核合同，参与重大合同的起草、谈判工作

法律顾问对聘请方在经营活动中订立的有关合同应当审核把关，确保合同的规范性和有效性。对于涉及聘请方重大利益的合同，律师应当亲自参与起草、谈判等工作，及时、准确地为聘请方提供法律意见，争取为聘请方获得法律允许范围内的最大利益。

（四）参与聘请方的重要经济活动，提出法律意见，处理法律事务

对于聘请方所从事的各项重要经济活动，法律顾问应当尽可能地参与，特别是涉及法律问题较多的经济活动，法律顾问必须参与，并根据实际情况，及时就其中有关法律的事宜提出意见或建议，处理好有关法律事务。

（五）接受委托，办理有关非诉讼法律事务

法律顾问接受聘请方的委托，可以全权代理聘请方办理诸如工商登记、商标注册、专利申请等非诉讼的法律事务。法律顾问办理非诉讼法律事务，应当按照聘请方的需要和要求，在法律允许的范围内进行。

（六）接受委托，参加纠纷处理的诉讼和非诉讼活动

当聘请方与他方出现权益之争时，法律顾问经聘请方法定代表人的授权委托，在授权范围内代为行使有关权利、履行有关义务，参加纠纷处理的诉讼和非诉讼活动，寻求对纠纷问题的公正处理，以维护聘请方的合法权益。

#### （七）开展与聘请方业务活动有关的法律咨询

为聘请方提供与其业务活动有关的法律咨询，是法律顾问的一项日常工作。法律顾问以口头或书面的形式为聘请方提供经常性的法律咨询，向聘请方提供有关信息资料、解释有关法律规定、提出有关法律意见，使聘请方获得及时、有效的法律帮助。

#### （八）配合聘请方有关部门对员工进行法制宣传教育

对聘请方进行社会主义法制的宣传和教育，是法律顾问的一项职责。法律顾问应当注重对聘请方员工的法制宣传教育工作，向他们讲授法律，提高他们的法律意识和自觉遵守法律的观念，以保证聘请方的规章制度得到贯彻施行。

## 第二节 律师代理仲裁

### 一、律师代理仲裁的概念

律师代理仲裁是指律师接受仲裁当事人及其法定代理人的委托，担任仲裁代理人，参加仲裁程序中的有关活动，以维护当事人合法权益的行为。根据律师法、仲裁法以及其他有关法律的规定，律师接受当事人的委托，参加仲裁活动，是其主要业务活动之一。

### 二、律师代理仲裁的种类

我国仲裁法所规定的仲裁，从种类上主要可以划分为国内仲裁和涉外仲裁两种，其划分的依据是仲裁当事人是否具有涉外因素。就国内仲裁而言，其所涉及的法律关系的主体、客体和内容中没有涉外因素，一般只涉及国内经济贸易方面的争议。而涉外仲裁的双方当事人中，一般来说，有一方是我国的企业或其他经济组织，另一方则为外国、包括港澳台地区的企业或其他经济组织。根据这种划分，决定了我国律师代理仲裁的种类也可以分为国内仲裁代理和涉外仲裁代理两种，除涉外仲裁在程序上有些特殊的规定外，律师作为仲裁代理人在其中所做的工作大致相同。

### 三、律师代理仲裁的委托

#### （一）律师事务所对当事人委托请求的审查

当事人向律师事务所提出委托律师代理仲裁的请求时，律师事务所应当首先对当事人的委托请求进行审查。审查的内容主要有：

1. 当事人的主体资格，即当事人有无委托律师代理仲裁的权利。一般来说，只有纠纷的当事人及其法定代理人有权委托律师代理仲裁。

2. 当事人之间有无仲裁协议的约定，即当事人双方是否自愿达成了将纠纷提交仲裁机构解决的协议。仲裁协议是双方当事人之间订立的、表示愿意将争议的问题提交仲裁机构评判和裁决的法律文书。它既是争议双方当事人请求仲裁的书面意思表示，也是仲裁机构解决争议问题的前提条件。

仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面形式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议及其补充协议。其应当包括以下内容：

- （1）请求仲裁的意思表示；
- （2）仲裁事项；

(3) 选定某个仲裁机构的意思表示。

对于没有订立仲裁协议的当事人，律师事务所应当告知其与对方当事人订立仲裁协议。双方当事人之间难以订立仲裁协议的，因仲裁机构对争议的问题不予受理，应当告知当事人另寻途径解决纠纷。

3. 有无具体的仲裁请求和事实、理由，即当事人将争议的问题提交仲裁机构解决所要达到的目的，以及争议发生的事实根据和请求提出的法律依据。

4. 争议的问题是否属于仲裁机构的受理范围，即当事人之间发生的争议问题是否可以由仲裁机构评判裁决。根据仲裁法的有关规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以依法向仲裁机构申请仲裁。对于婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷，依法应当由行政机关处理的行政争议，仲裁机构不予受理；对于劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷，是否由仲裁机构受理，另行规定。

律师事务所经审查，确认当事人具有合法的主体资格、有效的仲裁协议、明确的仲裁请求和事实根据，并且争议确属仲裁机构的受理范围，可以接受当事人委托律师代理仲裁的请求。

## (二) 律师事务所统一办理委托手续

仲裁当事人委托律师代理仲裁，应当与律师事务所办理委托手续。仲裁当事人与律师事务所办理的委托手续包括：

1. 委托代理协议。仲裁委托代理协议是仲裁当事人与律师事务所共同订立的、委托律师事务所指派律师代行当事人部分职责、并在授权范围内参加仲裁活动的法律文书。根据我国仲裁法的有关规定，仲裁活动的任何一方当事人都可以委托律师作为代理人，参加仲裁活动，但这种委托关系的建立必须以当事人与律师事务所之间订立的仲裁委托代理协议为依据。因此，仲裁委托代理协议是律师参加仲裁活动的依据，也是仲裁机构确认律师代理身份的文件。

仲裁委托代理协议应当载明当事人与律师事务所的名称、律师代理仲裁的案由、律师事务所指派律师的姓名、双方之间的权利义务关系、委托代理权限、协议有效期限等主要内容的，经当事人与律师事务所主任或主任委派的负责人签名、盖章后生效。

仲裁委托代理协议应当签署一式3份，1份由当事人保留，1份由律师事务所指派的律师入卷存档，1份由律师事务所指派的律师提交仲裁机构。

2. 授权委托书。仲裁授权委托书是仲裁当事人单方出具的、授予仲裁代理律师代理权并明确其代理权限范围的法律文书。仲裁授权委托书是仲裁活动的当事人实施授权行为的凭据，是产生仲裁代理权的直接根据，也是仲裁代理人参与仲裁活动、行使仲裁代理权限的依据。同时，还是仲裁机构确认仲裁代理人代理资格的依据。没有仲裁授权委托书，仲裁代理权不能成立。

仲裁授权委托书必须载明的内容有：当事人与被授权律师的名称与姓名；委托事由；授权范围。仲裁授权委托书应当由当事人签署一式2份，1份由代理律师入卷存档，1份由代理律师提交仲裁机构。

3. 律师事务所函。律师事务所仲裁代理函是律师事务所出具的、证明被律师事务所指派的当事人的代理律师在仲裁活动中的代理地位和身份的法律文件。律师事务所仲裁代理函由代理律师提交仲裁机构。

委托手续办理完毕，被律师事务所指派的律师即应以仲裁代理人的身份

参加有关仲裁活动。无正当理由，代理律师不得拒绝代理，但当事人所委托的代理事由违法，或者当事人利用律师提供的法律服务从事违法活动，或者当事人隐瞒事实的，代理律师经律师事务所主任或主任授权的负责人的同意，有权拒绝代理。已经收取的仲裁代理费用，不再退回当事人。

### （三）收案登记

律师事务所接受仲裁当事人的委托、并与仲裁当事人办理委托代理手续后，应当由律师事务所的有关工作人员进行收案登记，建立卷宗档案。卷宗由代理律师负责保管，并将与代理案件有关的仲裁文书、证据材料以及其他有关材料一并整理入卷。仲裁代理终结后，由代理律师装订归档。

## 四、代理律师的主要工作

### （一）指导、协助委托人与对方当事人签订仲裁协议

委托人虽然尚未与对方当事人订立仲裁协议，但双方均有自愿将争议的问题提交仲裁机构评判裁决的意向，代理律师可以指导、协助委托人与对方当事人签订仲裁协议，以确定将争议的问题提交仲裁机构解决的有关事宜，为申请仲裁准备条件。

### （二）指导、协助委托人制作仲裁申请书

当事人向仲裁机构申请仲裁，必须提交仲裁申请书。代理律师应当指导、协助委托人制作仲裁申请书。

仲裁申请书是纠纷的一方当事人依据仲裁协议，向仲裁机构提出依法裁决请求的法律文书。根据我国仲裁法的规定，发生争议的双方当事人要求通过仲裁机构解决争议，必须由其中一方向仲裁机构提交书面的仲裁申请书。因此，仲裁申请书既是仲裁机构受理争议案件的书面依据，也是引起仲裁活动的前提条件。

仲裁申请书应当包括以下主要内容：

1. 申请人、被申请人及其委托代理人的姓名、性别、年龄、职业、工作单位、住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
2. 仲裁请求；
3. 说明争议发生的经过以及提出仲裁请求的事实与理由；
4. 证据和证据来源、证人姓名和住所。

仲裁申请书应当由申请人或申请人授权的代理人签名或盖章，然后连同有关的证据材料一并提交仲裁机构。

### （三）指导、协助委托人制作仲裁答辩书

仲裁答辩书是仲裁被申请人针对仲裁申请人的仲裁申请书中的内容以及主张做出肯定或否定的答复，并运用事实和理由予以辩驳的法律文书。依照我国有关法律的规定，仲裁被申请人提出仲裁答辩，是其享有的一项重要权利，是其申辩自己主张、维护自身合法权益的一种手段，也有利于仲裁机关查清事实真相、公正处理争议问题。

仲裁被申请人的代理律师应当指导、协助被申请人制作仲裁答辩书，以行使答辩的权利。

仲裁答辩书的重点在于针对仲裁申请书中的主张和理由进行辩解，并阐述被申请人对争议的主张和观点。因此，仲裁答辩书必须要有针对性，既要运用事实和证据揭示申请人在仲裁申请书中所提出的不当之处，又要充分论证自己主张的正确性和合法性。当然，被申请人如果确有失误，也应当实事求是

求是地予以承认，并承担相关的责任。

仲裁答辩书经仲裁被申请人或经被申请人授权的代理人签名或盖章后，提交仲裁机构。

#### （四）指导、协助委托人制作仲裁反申请书

仲裁被申请人认为仲裁申请人应当对争议的问题承担相应的责任，并希望对仲裁申请人提出反申请时，仲裁被申请人的代理律师应当指导、协助委托人制作仲裁反申请书。

仲裁反申请书是仲裁被申请人就同一争议中申请人的责任问题向仲裁机构提交的、请求裁决申请人承担责任的法律文书。被申请人向仲裁机构提交仲裁反申请书，目的在于请求仲裁机构一并查清事实、进行裁决，以公正地解决双方当事人之间的争议。

仲裁反申请书的内容要求与仲裁申请书相似。

#### （五）指导、协助委托人制作仲裁保全措施申请书

仲裁的一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。当事人申请财产保全的，应当提交仲裁保全措施申请书。

委托人希望对对方当事人采取财产保全措施的，代理律师应当指导、协助委托人制作仲裁保全措施申请书。

仲裁保全措施申请书是仲裁一方当事人向仲裁机构提交的请求对对方的财产或争议标的物采取措施，以保证裁决能够顺利执行的法律文书。制作仲裁保全措施申请书，关键在于说明采取财产保全措施的必要性和紧迫性，以便由人民法院采取财产保全措施。

但要注意，申请人的财产保全申请有错误，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

#### （六）调查、收集证据

根据仲裁规则的要求，当事人应当对自己的主张提供证据。代理律师应当注重证据的调查、收集。

代理律师调查、收集证据，应当尽可能取得原始证据。

代理律师应当制作调查笔录，客观、真实、全面地记载调查的内容，并由被调查人签名、盖章。

在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人或当事人委托的律师可以提出证据保全申请，请求采取证据保全措施。此时，代理律师应当指导、协助委托人制作证据保全申请书。

#### （七）指定仲裁员

根据仲裁法的有关规定，仲裁机构审理案件应当组成仲裁庭。其中，适用简易程序的，由1名仲裁员作为独任仲裁员，成立仲裁庭，该名仲裁员可以由双方当事人约定在仲裁委员会仲裁员名册中共同选定或者共同委托仲裁委员会负责人指定；适用一般程序的，由3名仲裁员成立仲裁庭，当事人应当各自在仲裁委员会仲裁员名册中选定或者各自委托仲裁委员会负责人指定1名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会负责人指定。

当事人选定或者委托指定仲裁员，应当向仲裁机构提交指定仲裁员函件。代理律师应当指导、协助委托人制作指定仲裁员函件。

当事人提交的指定仲裁员函件，是确定仲裁庭组成人员的依据。当事人

提交的指定仲裁员函件，是确定仲裁庭组成人员的依据。因此，在指定仲裁员函件中必须明确提出本方选定的仲裁员姓名。

#### （八）参加开庭审理

仲裁一般应当开庭进行。当事人协议或申请不开庭的，或者仲裁庭经征得当事人双方同意认为不必要开庭审理的，仲裁庭可以裁决不开庭审理。

仲裁庭开庭审理的，代理律师无特殊原因应当出庭，并在开庭审理的过程中指导、协助委托人或经委托人授权代理委托人完成以下行为：

1. 对于仲裁员中有回避情形、而本人没有自行回避的，提出回避申请；
2. 当事人对被选定或者被指定的仲裁员的公正性和独立性产生具有正当理由的怀疑时，可以书面提出要求该仲裁员回避的请求，但必须举证说明具体事实和理由；
3. 陈述双方争议的事实、仲裁请求并出示证据；
4. 对证据进行质证，确认证据能否采信；
5. 对专家报告和鉴定报告提出意见；经仲裁庭许可，可以向鉴定人发问；
6. 认为需要补充证据时，向仲裁庭提出补充证据申请；
7. 参加仲裁庭辩论，发表仲裁代理意见；
8. 配合仲裁庭对争议的问题进行调解。

#### （九）仲裁审理后的工作

仲裁庭开庭审理后，当事人及其代理律师应当阅读开庭笔录。对于笔录中有遗漏或者差错的，有权申请补正。

仲裁庭作出裁决后，如果对方当事人不履行发生法律效力的仲裁裁决，代理律师应当建议委托人向有管辖权的人民法院提出强制执行申请，以确保委托人合法权益的实现。

### 五、律师代理仲裁应当注意的几个问题

1. 律师接受当事人的委托参加仲裁活动，应当确定仲裁的性质，了解和把握该仲裁活动的具体程序和规则，以及应当适用的法律，以便依法履行仲裁代理人的职责，切实维护委托人的合法权益。

2. 当事人向仲裁机构提出仲裁申请，不能超过仲裁时效。仲裁时效因权益争议的性质不同而有所区别，其中，法律对仲裁时效有规定的，适用该规定；法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定。

3. 当事人向仲裁机构提交仲裁申请书、仲裁答辩书、仲裁反申请书以及有关证明文件的，应当一式5份。如果当事人超过2人，则应相应增加份数；如果仲裁庭由1名仲裁员组成，则可以减少2份。

4. 仲裁庭不开庭审理的，代理律师应当告知或代理委托人及时向仲裁庭提交有关文件和材料。

对于仲裁庭不公开审理的案件，代理律师应当告知委托人不得对外界透露案件实体和程序进行的情况。

5. 在涉外仲裁中，代理律师应当告知委托人，仲裁的任何一方当事人均有权对仲裁规则或仲裁协议未被遵守的情况提出异议，但在其知道或理应知道仲裁规则或仲裁协议中规定的任何条款或情事未被遵守，仍参加仲裁或继续进行仲裁程序而且不对不遵守的情事及时地、明示地提出书面异议，则视为其放弃提出异议的权利。在这种情况下，任何一方当事人不得以上述权利未行使为理由而拒绝执行仲裁裁决。

6. 当事人申请仲裁后，可以在仲裁庭之外自行和解。经仲裁庭调解，双

方当事人达成调解协议的，仲裁庭制作调解书；调解不成的，由仲裁庭作出裁决。代理律师应当明确告知委托人：仲裁调解书与裁决书具有同等法律效力；调解书经双方当事人签收即发生法律效力；裁决书自作出之日起发生法律效力。

### 第三节 律师代理行政复议

行政复议是指公民、法人或者其他组织不服行政机关的具体行政行为，向有管辖权的行政复议机关提出请求复查纠正的申请，由行政复议机关对该行政行为审查并作出裁决的法律制度。在实践中，律师接受公民、法人或者其他组织的委托，代理提出行政复议申请并介入行政复议程序，是律师事务所近年来开展的一项新业务。

#### 一、律师代理行政复议的特点

律师代理行政复议，不同于代理各类诉讼活动。其特点在于：

1. 律师作为当事人的代理人不是参加诉讼活动，而是介入行政复议程序，因而不享有广泛的诉讼权利。

2. 律师介入行政复议程序，只能代理有权提起行政复议的公民、法人或者其他组织一方当事人，而不能代理作为另一方当事人的行政机关。这是因为在行政复议中，作出具体行政行为的行政机关是被复议审查的对象，只能服从复议机关的行政裁决，因而无须律师代理。

3. 律师接受公民、法人或者其他组织代理行政复议委托的同时，即享有特定的代理权限，无须委托人特别授权。

4. 律师代理行政复议的目的：一是解决有关行政机关实施的具体行政行为的合法性问题；二是解决该具体行政行为的适当性问题，以维护当事人的合法权益。

#### 二、律师代理行政复议中的代理权限

律师接受公民、法人或者其他组织的委托，代理行政复议，其代理权限具有特殊性，主要表现在：

1. 代理权限的确定性。在行政复议中，代理律师的代理权限是明确的，即：代为申请复议、申请停止执行、申请变更或撤销、请求赔偿、提起诉讼等。律师的代理权限一经委托人委托，就已确定，无须委托人再行授权。

2. 代理权限的统一性。在行政复议中，代理律师的代理权限可以分为两类：一类是律师介入行政复议程序中的权利；另一类是律师代为处分委托人实体问题的权利。这两类权利在行政复议中是不可分割的，只要律师接受了委托，就同时享有了介入程序、处分实体问题的权利。

律师接受公民、法人或者其他组织代理行政复议的委托后，应当在代理权限范围内履行代理的职责，无正当理由不得拒绝代理。

#### 三、律师代理行政复议的委托

##### （一）律师事务所对当事人代理委托的审查

当事人向律师事务所提出指派律师代理行政复议的委托时，律师事务所应当对有关事项进行审查，以确定是否可以接受委托。审查的事项主要有：

1. 当事人的主体资格。申请行政复议，必须有符合法定资格条件的申请人和被申请人。其中，申请人必须是被申请的具体行政行为所引起的行政法律关系相对一方的公民、法人或者其他组织，被申请人则应当是作出被申请

复议的具体行政行为的行政机关。申请人参加行政复议，可以委托律师代理。

2. 复议请求和事实根据。当事人提出复议申请，应当提出具体的复议请求，即变更或撤销原处理决定，同时应当提出支持其复议请求的事实根据和法律依据。没有复议请求和事实根据，不能提出复议申请。

3. 是否属于行政复议的范围。行政复议的范围亦即行政复议机关受理复议案件的范围。根据有关法律的规定，行政复议的范围包括以下案件：

(1) 对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；

(2) 对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；

(3) 认为行政机关侵犯法律、法规规定的经营自主权的；

(4) 认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或不予答复的；

(5) 申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或不予答复的；

(6) 认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

(7) 认为行政机关违法要求履行义务的；

(8) 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的；

(9) 法律、法规规定可以提起行政诉讼或者可以申请复议的其他具体行政行为。

4. 是否属于行政复议机关管辖。行政复议机关是受理复议申请、依法对具体行政行为进行审查并作出裁决的行政机关。根据法律的规定，行政复议机关的复议管辖主要有：

(1) 上一级主管部门管辖，即对县级以上的地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服申请的复议，由本级人民政府或者上一级主管部门管辖。

(2) 上一级人民政府管辖，即对地方各级人民政府的具体行政行为不服申请的复议，由上一级人民政府管辖。

(3) 原行政机关管辖，行政复议原则上不能由原行政机关自我管辖，但在某些特殊情况下，为适应行政活动的要求，原行政机关也可以管辖。

(4) 本级政府管辖，即在某些特殊情况下，县级以上政府工作部门的具体行政行为引起的复议案件由本级政府管辖。

(5) 共同行为的管辖，即对两个或两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服申请的复议，由它们的共同的上一级行政机关管辖。

(6) 派出机关、派出机构的管辖，即对县级以上地方人民政府的派出机关或人民政府工作部门设立的派出机构作出的具体行政行为不服申请的复议，由设立派出机关的人民政府或设立派出机构的部门及其上级行政机关管辖。

(7) 授权、委托的组织的管辖，即对法律、法规、规章授权的组织或受委托的组织作出的具体行政行为不服申请的复议，由主管行政机关或上一级行政机关管辖。

(8) 经批准的行为的管辖，即对法律、法规规定需要上级批准的具体行政行为不服申请的复议，由最终批准的行政机关管辖。

(9) 被撤销的行政机关的管辖，即对被撤销的行政机关在被撤销前作出

的具体行政行为不服申请的复议，由继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关管辖。

5. 提出行政复议的申请是否在时效期限内。当事人对行政机关的具体行政行为不服，要求复议，其提出行政复议的申请不能超过法定的时效期间。由于各类行政行为的性质不同，我国各有关行政法规中对当事人申请行政复议的时效规定也不同，少的只有5天，多的可达3个月。

律师事务所经过审查，确认行政复议当事人主体资格合法、有具体的复议请求和事实根据、属于复议机关受理范围和管辖范围、提出申请没有超过时效，可以接受当事人的委托请求。

#### （二）律师事务所统一接受委托

律师事务所决定接受委托，应当与委托人办理有关手续。具体手续包括：

1. 委托代理协议。委托代理协议是律师事务所与委托人共同订立的、确认律师代理行政复议有关事宜以及双方权利义务关系的法律文书。委托代理协议经律师事务所主任或主任授权的负责人与委托人签字、盖章后生效，成为代理律师代理委托人行政复议、行使代理权限的依据和凭证。委托代理协议应当签署一式3份，由委托人保存1份，代理律师入卷1份，代理律师向受理行政复议申请的机关提交1份。

2. 律师事务所函。律师事务所函是律师事务所出具的、证明代理律师在行政复议中的代理身份的法律文件。律师事务所函由代理律师提交受理行政复议申请的机关。

委托手续办理完毕，律师事务所应当指派律师担任委托人的代理人，被指派的律师开始履行代理行政复议的职责。同时，律师事务所的有关工作人员应当进行立案登记，建立卷宗档案。

#### 四、律师接受委托后的主要工作

##### （一）指导、协助委托人起草复议申请书

行政复议申请书是不服行政机关具体行政行为的当事人在法定期限内向有权行政复议的机关提交的请求复查纠正的法律文书。当事人向行政复议机关提交复议申请书，请求复议，是当事人请求因违法或不当的行政行为给自己造成的损害予以补救的一种法律手段，也是行政复议机关对原行政行为决定重新审议、并依法作出维持、变更或撤销原行政行为决定的依据。

复议申请书应当载明以下内容：

1. 申请人的姓名、性别、年龄、职业、住址等，或单位名称、地址、法定代表人姓名等；
2. 被申请人的名称、地址；
3. 申请复议的要求和理由；
4. 提出复议申请的日期。

制作复议申请书，应当注意几个问题：一是必须写清不服决定的文号，使复议机关明确复议的对象；二是应当针对原决定存在的问题阐述有关的事实和理由，明确表明申请人的态度；三是必须写清具体的复议请求，表示申请人提出复议申请所要解决的问题和要求达到的目的。

复议申请书制作完毕，由申请人签名、盖章后提交行政复议机关。

##### （二）调查取证

代理律师应当开展调查、取证工作，收集足以证明被申请复议的行政行为确有违法或不当的证据。

代理律师应当制作调查笔录，客观、真实、全面地记载有关情况。调查笔录应由被调查人阅读，确认无误后签名、盖章。

### （三）参加行政复议程序

代理律师应当亲自参加行政复议程序，代理委托人陈述事实、提供证据，并就事实的认定、法律的适用等问题发表代理意见。

需要注意的是，在行政复议程序进行中，遇有法定的情形，如执行可能会给委托人造成难以弥补的损失，或者停止执行不会损害社会公共利益，代理律师可以代理委托人向复议机关申请停止执行。

### （四）代理再申请复议

代理律师代理的申请复议如果属于法律规定的二次复议，即当事人不服第一次复议决定，可以申请再次复议的情况时，委托人不服行政复议机关第一次作出的复议决定，代理律师可以在委托代理权限内代理委托人提出再复议申请。

### （五）复议决定作出后的工作

行政复议机关作出复议决定后，代理律师应当根据不同情况作好以下工作：

1. 依照法律的规定，对复议决定不能提起诉讼的，告知委托人该决定为终局决定，应当服从，其中涉及委托人义务的，应当履行。
2. 依照法律的规定，对复议决定可以提起诉讼的，如果委托人对该决定无异议，律师代理行为终结；如果委托人对该决定不服，告知委托人可以通过诉讼的途径解决，并说明提起诉讼的时效规定。

## 第四节 律师解答法律询问

### 一、律师解答法律询问的概念

律师解答法律询问是指律师对于公民、法人或者其他组织就社会生活和经济生活中涉及的法律问题所提出的询问给予解答、作出说明、提出建议与解决办法的业务活动。根据律师法的规定，解答法律询问是律师的主要业务活动之一。

### 二、律师解答法律询问的特点

律师解答法律询问是律师为公民、法人或者其他组织提供法律服务的一种重要方式，其特点是：

1. 律师事务所与咨询者之间没有特定的提供法律服务的合同关系。这与律师事务所受委托人委托，通过建立合同关系指派律师为委托人提供特定法律服务是不同的。
2. 律师解答询问的内容具有广泛性，涉及社会政治、经济生活的方方面面。
3. 律师在解答询问时所提出的建议与解决办法不存在法律效力，因而对咨询者没有任何的法律约束力。

### 三、律师解答法律询问的基本要求

律师解答法律询问关系到国家法律对人民群众的影响力，也关系到人民群众的切身利益以及律师本身的声誉。因此，要求律师在从事这项业务活动的时候必须做到：

#### （一）以事实为根据，以法律为准绳

律师在解答法律询问时，首先应当要求咨询者客观、真实、全面地提供有关事实，以了解真实的情况；同时，律师应当通过咨询者的陈述，注意发现矛盾和问题，从而辨别真伪，查清事实。在弄清事实真相的基础上，律师必须严格依照国家法律、法规、政策的规定，对咨询者的询问作出准确的解答。

#### （二）伸张正义、抑恶扶善

当人民群众的合法权益受到不法侵害、希望通过向律师咨询寻求对合法权益的法律保护时，律师应当从维护群众的合法权益出发，认真负责地为咨询者提供法律意见和建议，使其能够熟知和了解获得合法权益法律保护的多种途径和办法，以作出适当的选择。

#### （三）说服教育、息讼解纷

对于因某种问题而导致纠纷已经发生的咨询，律师应当在查清事实、明辨是非、确定责任的基础上，对咨询者多做说服教育、劝解调停的工作，促使纠纷能够得到正确、合理的解决，尽力避免矛盾的激化，以免造成不良影响和不应有的损失。

#### （四）对咨询者高度负责

律师解答法律询问是一项耐心细致的工作，直接关系到咨询者的切身利益。律师应当以满足咨询者的正当需要、合法利益为己任，从对咨询者高度负责的原则出发，对咨询者所提出的问题给予客观、全面、准确的回答，使咨询者获得真实、可信的答案。律师发现自己的解答确有错误，应当及时纠正。

### 四、律师解答法律询问的主要方式

实践中，律师解答法律询问常见的方式主要有：

#### （一）口头答询

口头答询是律师在解答法律询问时采用的最多、最普遍的一种方式，通常由律师当面听取咨询者的陈述和提问，当场予以解答。

#### （二）书信答询

律师根据公民、法人或者其他组织在来信中提出的法律问题，以书信的形式回复，予以解答。

#### （三）出具法律意见书

律师就咨询者提出的有关专门性的重大法律事务的询问，通过出具法律意见书的方式予以解答。

法律意见书是律师提供法律服务的一种综合性的书面文件，其内容包括向咨询者提供法律依据、法律建议以及解决问题的方案。律师以出具法律意见书的方式解答法律询问，应当注意针对咨询者提出的法律问题，作出准确、肯定、有法律依据的回答，为咨询者的决策提供具体、明确、可靠的参考意见。

#### （四）会议答询

律师应邀参加洽谈会、座谈会、论证会或者谈判，为咨询者处理具体事务时涉及到的有关法律问题作出解答、提出建议。律师应邀参加各类会议，并不具有代理咨询者处理各类法律事务的资格和身份，仅仅是为咨询者当场提供法律咨询服务。

#### （五）审查咨询者的有关文书

律师对于咨询者提交的有关经营管理活动中的法律事务的各类文件、文

书，进行全面、系统的审查，以口头或者书面的形式依法提出补充、修改意见，供咨询者确定文书内容时参考。

## 第五节 律师代书

### 一、律师代书的概念

律师代书是指律师接受委托，就委托人所指定的事件以委托人的名义，根据事实和法律，按照委托人的意见书写有关法律事务文书的一种业务活动。根据律师法的规定，为委托人代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书，是律师的主要业务活动之一。

### 二、律师代书的范围

根据法律规定和律师的业务实践，律师代书的范围包括以下几个方面：

1. 代写诉讼文书。常见的主要有起诉状、答辩状、上诉状、申诉状等。
2. 代写有关法律事务文书。主要是指除诉讼文书以外的其他与法律事务有关的文书，包括各种协议书、委托书、遗嘱等非诉讼法律事务文书。
3. 代写其他文书。主要是指与社会生活有关、具有一定法律意义的文书，包括收养子女申请书、社会救济申请书、公证申请书、声明书、举报信等。

### 三、律师代书的基本要求

律师开展代书业务，与从事其他法律事务一样，都必须坚持以事实为根据、以法律为准绳的原则，以维护法律的公正和当事人的合法权益为宗旨。同时，律师代书应当符合以下基本要求：

1. 格式统一，事项齐全。律师代书的不同文书，多有其统一、固定的格式，并有其特定的事项要求。律师代书应当注重格式和事项的要求，对于法定的以及已经形成惯例的格式必须严格遵守，不得随意更改。
2. 叙事全面，客观真实。律师代书应当尊重客观事实，无论是文书中表述的内容还是文书所引用的内容，都必须客观地反映现实，不允许有半点虚假，更不能胡编乱造、夸大或缩小；同时，论述事实应当全面，不能随意取舍、断章取义。
3. 观点明确，以法服人。律师代书应当准确地表达委托人的观点和主张，文字表述应当高度准确、解释单一，同时，文书中的观点和主张都应当符合法律的规定。
4. 文字简练，语言朴实。律师代书应当注重文风朴素，语言表达准确，文字力求简洁、精炼又不失原意，语言通俗易懂又不失庄重。语言干瘪、文意不清或者叙事啰嗦、文书冗长，都是与律师代书的要求相违背的。

## 第五章 律师办理金融、证券法律事务

### 第一节 律师办理金融法律事务概述

#### 一、律师从事金融法律业务的主要范围

从金融法律业务的角度讲，律师从事金融法律业务的范围是非常广泛的，从宏观上讲，主要包括银行业务、非银行金融机构业务、票据业务、保险业务、融资租赁业务、BOT 投资业务等。从微观上讲，主要包括：

1. 受聘担任各类金融机构的法律顾问，或提供专项法律咨询；

- 2.代理金融案件的诉讼、仲裁、调解；
- 3.代理涉及金融业务的大中型项目的谈判、起草合同及签约；
- 4.就专项金融法律事务出具法律意见；
- 5.就专项金融法律事务提供综合法律分析报告。

## 二、律师在金融机构中的法律业务

律师在金融机构中的法律业务主要分为诉讼业务和非诉业务，本节只讨论非诉业务。

1.律师在商业银行及其他非银行金融机构设立、变更中的法律业务。在此方面，律师的主要任务是审查设立文件，参与起草有关申请文件，协助完成银行的注册行为。在此过程中，律师的主要任务是协助进行谈判，设计股东结构，起草、修改、审查设立合同、章程，公司文件，提供法律咨询，出具书面法律意见等。在此业务中还包括在境内外设立分支机构。在金融机构的变更方面，主要是当金融机构发生合并、分立时参与合并或分立的谈判、起草、修改、审查合并或分立协议、章程及合并或分立决议，协助编制资产负债表及财产清单，通知或公告债权人，进行资本的合并或分立和财产的转移，协助报批等。

2.律师在商业银行及其他非银行金融机构的日常经营中的法律业务。在此方面，律师的主要业务是受聘担任专项或常年法律顾问，提供法律咨询，依委托代办客户的资信调查，受聘对银行事务作风险分析并提出预防措施，应邀参与项目立项和提供法律可行性分析，参与重大项目和新业务及海外业务发展的谈判，草拟、审查重大借贷合同、担保合同及有关协议、章程等法律文件，代表委托人发表声明或启示，为委托人的法律行为为见证等。

3.律师在抵押贷款中的法律业务。在此方面，律师业务主要是审查借款人的资格，审查贷款的内容及使用情况，审查出贷机构的资产负债比例及资本充足率是否低于8%，贷款余额与存款余额的比例是否超过75%，流动性资产余额与流动性负债余额的比例是否低于25%，对同一借款人贷款余额对商业银行资本余额的比例是否超过10%等等以及参与签订贷款合同。在贷款担保中，律师的主要业务是审查担保人的主体资格，审查有否担保法所规定的不能进行担保的情况，审查是连带责任还是赔偿责任，是共同保证还是一般保证、最高额保证及保证期间。在进行抵押担保时，要审查担保物是否为法律所允许的抵押物及抵押物的估价与抵押率的确定，抵押合同的内容，还要协助办理抵押登记，如果是其他担保方式也应依法进行审查。

## 三、律师在票据业务中的法律事务

律师在票据业务中的法律事务可分为非诉业务和诉讼业务。在非诉业务中，律师所涉及的业务包括商业承兑汇票的使用，银行承兑汇票的使用，银行汇票的使用，银行本票的使用，支票的使用及商业汇票的使用，商业汇票的贴现、转贴现、再贴现及挂失、止付业务等内容。律师在承办有关业务时，在票据的签章等问题上要注意以下问题：（1）单位在票据上的签章，应为该单位的公章或财务专用章，并加盖单位法定代表人或其授权代理人的签章；（2）银行汇票、银行本票的出票人和银行承兑汇票的承兑人在票据上的签章应为该银行现行规定使用的专用章，并加盖法定代表人或其授权经办人的名章。

律师除代理票据的非诉业务外，还可代理票据诉讼业务。律师在涉及票据的诉讼中，首先应分清是票据诉讼，还是与票据有关的非票据诉讼。两者

的区别点为争议是属于票据权利争议，还是属于与票据有关的非票据权利的行使而产生的纠纷。其次，要确定票据诉讼的当事人。票据诉讼的原告应当是持票人，被告是在票据上签名的票据债务人，在票据诉讼中不存在无独立请求权的第三人。再次，要注意无效票据的认定，对此，应从票据上的记载事项是否齐全、记载方式是否符合票据法的规定等方面考虑。在此还要区分无效票据与无效票据行为的关系；空白票据的法律效力，空头支票、远期支票的法律效力及出票人签发与银行预留印鉴不符的支票的效力问题；最后，还要注意票据行为的丧失代理及票据保证和票据犯罪问题。

## 第二节 律师在外债登记中的法律事务

### 一、外债登记及律师在外债登记中出具法律意见书的依据

根据国家外汇管理局《外债统计监测暂行规定》和《外债登记实施细则》、《外汇（转）贷款登记管理办法》、《境内机构借用国际商业贷款管理办法》的规定，国家对外债实行登记管理制度。

所谓外债，是指中国境内的机关、团体、企业、事业单位、金融机构或者其他机构（统称借款单位）对中国境外的国际金融组织、外国政府、金融机构、企业或者其他机构用外国货币承担的具有契约性偿还义务的全部债务。具体范围包括：（1）国际金融组织贷款；（2）外国政府贷款；（3）外国银行和金融机构贷款；（4）买方信贷；（5）外国企业贷款；（6）银行外币债券；（7）国际金融租赁；（8）延期付款；（9）补偿贸易中直接以外汇偿还的债务；（10）其他形式的对外债务。

此外，借款单位向在中国境内注册的外资银行和中外合资银行借入的外汇资金视同外债，但在中国境内注册的外资银行和中外合资银行向外借入的外汇资金不视为外债。

以上外债均需在相关合同签订后 15 天内持合同副本向所在地的外汇管理局办理登记手续，登记时分为逐笔登记和定期登记。经过登记的外债由国家外汇管理局统一制定和签发《外债登记证》。

凡是故意不办理或者拖延办理外债登记手续的，拒绝向外汇管理局报送或者隐瞒、虚报《外债变动反馈表》或者并无特殊原因屡次迟报的；伪造、涂改《外债登记证》的；擅自开立、保留外债专用现汇账户或者还本付息外债专用现汇账户的，所在地外汇管理局可根据情节处以最高不超过所涉及金额 3% 的罚款。

为了使外债登记管理制度化、规范化，并进一步加强对外债的统计监测，国家外汇管理局在《关于进一步加强外债统计监测的通知》中明文规定：凡是向股东借款的合同，除要求有中外文借款合同文本外，还必须经律师事务所确认，以防止国有资产隐性流失。

律师就是依据上述通知的要求，受借款人的委托，就借款合同及相关法律文件以律师事务所的名义出具法律意见书。换言之，借款人向其股东借入外币时必须请律师事务所出具法律意见书，对有关法律问题进行确认。

### 二、外债登记法律意见书的内容及要求

律师事务所对借款人向境外的股东借入外币时所进行的确认是以法律意见书的形式进行的。上述须经律师事务所律师确认方可登记的外债实行每一笔（每份合同）外债登记出具一份法律意见书的原则。由于律师出具的法律

意见书对此笔外债是否予以登记关系重大，所以律师在出具此法律意见书时需格外慎重。

出具外债登记法律意见书的基本工作程序如下：

1. 接受当事人委托，签订委托合同，明确权利义务；
2. 登记交接有关文件，提出工作要求，必要时请委托人补充有关文件，核对文件的复印件与原件是否一致；
3. 审查文件，确认文件的真实性、合法性、有效性；
4. 就文件中的有关问题，以及此笔外债的有关问题进行分析研究，必要时可组织讨论、论证；
5. 起草、修改、审查法律意见书；
6. 必要时就法律意见书中的有关内容与委托人及外债登记主管部门交换意见；
7. 正式提交法律意见书。

此法律意见书的基本格式与其他法律意见书一致：

1. 抬头。因为此法律意见书是供外债登记部门进行外债登记时参考的一份文件，所以，其抬头应为外债登记主管部门。依照《外债统计监测暂行规定》，外债登记的主管部门为借款人所在地的外汇管理局（中央直属单位为国家外汇管理局）。所以此法律意见书的抬头应是“×××外汇管理局”。

2. 必须审查的文件。出具此法律意见书时，律师必须审查下列文件：

- (1) 借贷双方正式签署的《股东贷款协议》中英文之正、副本；
- (2) 签署《股东贷款协议》的各方签字人的法定代表人身份证明或授权委托书；
- (3) 借款人的公司章程、设立批准证书、营业执照；
- (4) 出借人的商业登记证明文件；
- (5) 借款人董事会关于举借此笔外债的董事会决议；
- (6) 其他有关文件。

3. 此法律意见书主文部分必须表达的法律意见。律师在法律意见书中必须对下列基本问题表达出明确的意见和结论：

(1) 借款人是依据哪项立法设立的什么性质的公司，其是否合法成立及是否合法存续；

(2) 借款人董事会关于举借此笔外债的董事会决议是否符合公司章程的规定，是否有效；

(3) 在《股东贷款协议》上签字的双方签字人是否有权代表公司或法定代表人签字，签字是否真实、有效；

(4) 出借人在何国或地区注册，其是否合法成立及存续；

(5) 《股东贷款协议》是否符合中华人民共和国法律、法规的规定，是否合法有效，是否对双方当事人均有约束力。

法律意见书的内容确定后应进行适当的“包装”，并附上有关的附件，一并提交给委托人，由委托人上报当地外汇管理局进行外债登记。在此过程中也可能会依外汇管理局的要求，对法律意见书进行修改。

### 第三节 律师在股票发行、上市中的法律事务概述

#### 一、律师及律师事务所从事证券业务的资格

证券业务对从业人员知识基础、结构的要求很高，而且此业务所具有的专业性、技术性极强的特性，决定了从事此项业务的律师及律师事务所必须取得相应的资格。

依据司法部、中国证券监督管理委员会于1993年1月12日联合发布的《关于从事证券法律业务律师及律师事务所资格确认的暂行规定》的规定：凡从事证券法律业务的律师事务所和律师除必须符合律师法和国家有关律师事务所、律师资格的规定外，还必须符合以下条件：

1. 有3年以上从事经济、民事法律业务的经验，熟悉证券法律业务；或有2年以上从事证券业务，研究、教育工作经验；
2. 有良好的职业道德，在以往3年内没有受过纪律处分；
3. 经过司法部、证监会或司法部、证监会指定或委托的培训机构举办的专门业务培训并考试合格；
4. 从事证券法律业务的律师事务所，必须有3名以上（含本数）取得从事证券法律业务资格证书的专职律师。

符合上述条件的律师经过司法部、证监会专门组织的业务培训，并取得相应的证券业务知识和法律知识后，才可参加司法部、证监会共同组织的考试。取得考试成绩合格通知的律师，由律师本人及所在律师事务所提出书面申请，经省级司法厅（局）审核后报司法部，由司法部会同证监会审核批准并颁发“律师从事证券业务资格证书”，司法部、证监会对已取得资格证书的律师名单予以公告。

律师事务所从事证券法律业务，必须有3名或3名以上取得《律师从事证券法律业务资格证书》的律师才可申请取得《律师事务所从事证券法律业务资格证书》，取得了《律师事务所从事证券法律业务资格证书》才可从事证券业务。

依照律师法的规定，律师必须在律师事务所执业，换言之，律师只有加入一家律师事务所才可取得执业证，才可以取得《律师从事证券法律业务资格证书》，也才可以从事证券法律业务。

总之，只有律师所在的律师事务所取得了《律师事务所从事证券法律业务资格证书》，且律师取得了《律师从事证券法律业务资格证书》，才可从事证券法律业务，两者缺一不可。

## 二、律师从事证券法律业务的主要范围

律师在证券法律业务中的主要工作范围包括两部分：其一是上市公司的组建、改造、购并及经营中的法律业务；其二是证券发行中的法律业务。鉴于上市公司组建、改造、购并及经营中的法律业务更偏重于公司法方面，所以在此章中不涉及，请参见有关章节。律师在证券发行中的法律业务主要包括：

1. 受聘担任上市公司（发行人）的法律顾问，就其发行股票提供律师工作报告；
2. 受聘担任上市公司（发行人）的法律顾问，就其发行股票出具法律意见书；
3. 受聘担任上市公司（发行人）的法律顾问，就其配股出具法律意见书；
4. 受聘担任主承销商的法律顾问，就招股说明书出具验证笔录。
5. 受聘担任上市公司（发行人）、券商的法律顾问，就有关的证券法律业务提供咨询，制作、审查、修改有关证券上市及上市公司信息披露的文件，

包括(但不限于)证券上市申请书、证券上市公告书、定期报告、收购公告、重大事件公告等;

6.参与签订或审查证券承销协议;

7.参与签订、起草或审查证券发行和交易中收购合同、合并协议、开户合同、委托书、授权书等合同或文件。

### 三、律师参与股票发行、上市的依据

律师在股票发行中作为发行人律师的业务范围是广泛的,而且是综合性的,其中前期的工作是大量的、复杂的。但由于其主要涉及股份有限公司的组建、改造、规范等业务,基本上属于公司法范畴,故在此节中不再赘述。本节只就律师在股票发行中的有关法律业务进行阐述。

发行人依据《中华人民共和国证券法》、《股票发行与交易管理暂行条例》等的有关规定,申请公开发行股票和上市时,必须聘请取得了《律师事务所从事证券法律业务资格证书》的律师事务所的证券从业律师出具法律意见书和工作报告。法律意见书是发行人向中国证监会申请公开发行股票所必须具备的法定文件之一,律师工作报告随申报材料上报,存中国证监会备案。承销商必须聘请取得了证券从业资格的律师事务所的证券从业律师对招股说明书出具验证笔录。

### 四、律师出具法律意见书、律师工作报告的具体要求

法律意见书要依公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则第6号《法律意见书和律师工作报告的内容与格式<试行>》的各项提示,只表述结论性的意见,一般在3000字以内。律师工作报告应当就律师的工作过程及法律意见书、律师工作报告所涉及的事实及其发展过程,每一法律意见所依据的事实和有关规定做出详尽、完整的阐述,并就疑难问题展开讨论和说明。

律师出具法律意见书应依内容及格式要求全面说明,但也可根据实际情况作适当的取舍或增加其他内容,但对此应在律师工作报告中特别说明原因。在法律意见书的行文中不宜使用“基本符合条件”、“假设”、“推定”一类的措辞,对不符合条件的事项或者律师已经勤勉尽责仍不能对其法律适用作出确定意见的事项,应当发表保留意见,并且应当指出上述事项对本次发行上市的影响程序。行文中可以使用“经核查未发现”等措辞,对于某些可以依法做出假设的事实,如对原件的真实性和对企业重要管理人员的书面陈述的信赖等,可以直接说明没有再作进一步的验证。

虽然律师可以要求发行人就某些事宜做出书面保证,但并不免除律师的勤勉尽责义务,不得出具有虚假、严重误导性内容或者有重大遗漏的法律意见。为了维护法律意见书的严肃性,防止出现这些情况,律师在股票发行上市筹备过程中,可以选择适当的时机以工作报告的形式向发行人提供法律意见,并且不断补充、修改工作报告。只有等到全部工作结束后,发行、上市申报材料正式上报时,才出具法律意见书。

律师有权及时知晓已上报的申报材料的任何变动,并要经律师书面确认,此书面确认意见也应当立即报送证监会,必要时,律师应对法律意见书做出相应的修改或补充,并依据这些内容写出律师工作报告。

发行人取得发行、上市的许可,律师应当发表补充意见,说明法律意见书出具日至招股说明书公布日期间法律意见书所涉及的内容及发行人的法律地位是否发生重大变化,若有重大变化,应就此发表法律意见,同修改后的

招股说明书一起上报证监会。

此外，如果地方政府或中央企业主管部门认可，承办律师可以先行提交法律意见书的草稿，待地方政府或中央企业主管部门做出审批决定后，再签署法律意见书。报送中国证监会的法律意见书应当是由 2 名取得从事证券法律业务资格的律师及其所在的律师事务所签字、盖章的正式文本。

主承销商律师所出具的验证笔录与发行人律师出具的法律意见书不同。主承销律师应对主承销商负责，在其验证笔录中应主要就招股说明书所载明的内容的合法性、完整性、规范性做出充分验证。限于篇幅，不再赘述。

#### 第四节 股票发行、上市法律意见书的内容

股票发行、上市法律意见书的正式名称为“××律师事务所关于××公司××××年度股票发行、上市的法律意见书”。抬头为“××公司（发行人）”。以下分为引言、正文、结尾三大部分。

##### 一、引言中应包括的基本内容

在引言中要说明如下三个方面的内容：

1. 出具法律意见书的依据。在这一方面要说明律师根据什么出具法律意见书。一般是根据《中华人民共和国证券法》、《股票发行交易管理条例》第 13 条的要求及发行人与律师事务所签订的《聘请律师协议》而出具法律意见书。同时还需具体说明律师是以发行人（或主发起人）的常年法律顾问；或（和）前期股份制改造及本次发行上市特聘专项法律顾问；或（和）本次发行、上市特聘专项法律顾问的身份参与工作。

2. 出具法律意见书的范围。这一方面要说明以下事项：（1）概括引述根据《聘请律师协议》审查过的主要事项；（2）说明本法律意见书是根据出具日期以前已经发生的事实而作出的；（3）说明本律师意见书仅就与本次股票发行、上市有关问题发表法律意见，并不对有关会计、审计、资产评估等专业事项发表意见。

3. 律师应当声明的事项。律师应对以下事项进行正式声明：（1）发行人保证已经提供了律师认为作为出具法律意见书所必需的真实的原始书面材料、副本材料或者口头证言；（2）律师已经证实副本材料或者复印件与原件的一致性；（3）对于本法律意见书至关重要而又无法得到独立的证据支持的事实，律师依赖于有关政府部门发行人或者其他有关单位出具的证明文件出具本法律意见；（4）本法律意见书仅供发行人为该股票发行、上市之目的使用，不得用作任何其他目的；（5）律师同意将法律意见书作为发行人申请公开发行股票所必备的法定文件，随其他申报材料一起上报，并依法对其出具的法律意见承担责任。

在引言的最后部分应写明如下文字：“本律师根据《中华人民共和国证券法》、《股票发行与交易管理暂行条例》第 18 条和第 35 条的要求，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，对××公司提供的上述文件和有关事实进行了核查和验证，现出具法律意见如下：……”。

##### 二、正文中应包括的基本内容

律师在正文中要逐一说明并发表如下 12 个方面的结论性意见。

##### 1. 关于发行人发行股票的主体资格。

第一，说明发行人的设立申请是否获得法律、法规和有关主管部门规定

所要求的批准和授权。其设立程序是否符合现行法律、法规和有关主管部门规定的要求。

第二，说明发行人的章程（或章程草案）、营业执照、现行有效的合同、协议及其他使其财产或者行为受约束的文件是否有导致发行人设立不成的法律障碍；或由于设立引起原有债权、债务关系的处理是否违反现行法律、法规及有关主管部门的规定，或者违反其他对发行人的行为或者财产有约束力的文件。

第三，当发行人为经批准拟成立的股份有限公司时，说明涉及有关财产所有权、使用权转移的法律文件是否齐备。

第四，根据法律、法规及其章程说明发行人是否依法有效存续，是否有需要终止的情形，及目前正在从事或拟从事的业务活动是否与其法定行为能力相一致。

2. 关于发行人的章程（或章程草案）。说明发行人的章程是否依照法律、法规和有关主管部门规定要求获得了批准或者授权，章程的内容是否符合现行公司法律、法规和有关主管部门的规定，律师对此应具体地说明股东（特别是小股东）的权利是否得到充分的保护。

3. 关于本次发行、上市的授权和批准。对此律师应着重说明两方面内容：其一，股东大会、发起人会议是否已经依法定程序作出批准发行、上市的决议及依照法律、法规、公司章程或者发起人协议等文件，说明上述决议的内容、形式是否合法有效，并且应当说明股东大会的授权是否合法；其二，申请人已经依法取得和尚待取得有权部门同意发行、上市的许可事项。

4. 关于本次发行、上市的实质条件。对此律师应说明发行人是否符合发行、上市的条件。

5. 关于发行人的招股说明书。对此律师应说明招股说明书是否符合《中华人民共和国证券法》、《股票发行与交易管理暂行条例》和证监会有关信息披露的规定；对重大事实的披露是否有虚假、严重误导性陈述或者重大遗漏；对有关法律、法规和相关文件内容的表述是否真实准确，有无虚假、严重误导性陈述或者重大遗漏。

此外，律师在法律意见书中还应对发行人与关联企业的关系及这种关系是否合法，子公司是否依法定程序设立和是否有由于发行人与关联企业的关系而影响发行人重大合同条款及其履行的可能性等问题作出明确的说明。

6. 关于发行人所有或者授权使用、经营的主要有形或无形财产。对此律师应说明发行人对其主要财产的所有权、使用权、经营权的行使有无限制，是否存在担保或其他债务关系，并说明发行人房产证、土地使用权证、商标证书、专利证书及其他产权证书取得的法律手续是否完备、合法，应办而未办变更登记手续的，还应说明完成有关变更登记手续是否存在法律障碍。

7. 关于发行人的重大债权、债务关系。对此律师应全面、慎重地审查发行人将要履行、正在履行的重大合同，以及虽已履行完毕，但是经审查发现内容有瑕疵，并且对发行人经营活动可能产生重大影响的合同，并说明：（1）前述合同内容和形式是否合法有效；（2）发行人在上述合同项下的任何义务与其依据其他合同或者法律文件承担的义务是否有冲突。该等冲突所造成的法律障碍是否已经排除；（3）上述合同的主体是否已因发行人的重组而变更，并构成合同履行障碍；（4）如上述合同主体拟变更则应当说明是否获得合同对方的同意，完成变更手续后对合同履行是否构成法律障碍。

此外，律师还应就发行人是否有因环保、知识产权、产品质量、劳动安全、人身权等原因而产生的侵权之债。有否其他应收、应付账目项下的法律关系。

8. 关于发行人的环保和产品技术标准。对此律师应说明发行人的生产经营活动是否符合国家关于环境保护的要求；发行人的产品是否符合国家关于产品质量、标准和技术监督的要求。

9. 关于发行人涉及的诉讼、仲裁或行政处罚。对此律师应说明发行人是否有尚未了结的或者可预见的诉讼、仲裁案件，或者被行政处罚的案件及所涉金额和对此次发行、上市的影响程度。

10. 关于发行人的税务问题。对此律师应说明发行人近 3 年是否依法纳税，执行的税率是否符合国家法律、法规及地方性法规的要求；是否有被国家税务部门或地方税务部门追究以前欠税的可能性。

11. 关于发行人的募股资金的运用。对此律师应说明发行人本次募股所筹资金的使用是否需要得到有权部门要求的批准或授权，如需，则说明是否已经得到该批准或授权。若发行人改变了前次募股资金的用途，还应当说明该改变是否得到有关授权或者批准。

12. 关于本次发行所涉及的其他中介机构。对此律师应明确说明参与本次发行、上市的中介机构是否具备证券从业资格。

律师对上述十二方面的问题进行了全面而明确的说明之后，若认为还有其他需要说明的问题，也应在“律师认为需说明的其他问题”项下予以说明。最后，律师还应在正文的结束部分发表结论性意见。在此结论性意见中应概括说明对本次股票发行、上市的意见，即对本次发行、上市的合法性给予总括确认。如果不能做总括确认，可以逐项确认或者对有保留意见的事项作出限定后再给予确认。

### 三、结尾中应包括的基本内容

律师在结尾部分要写明出具法律意见书的日期，还要写明本法律意见书的正副本份数。落款处应写明律师事务所的名称并加盖公章，写明经办律师的姓名并签字。

## 第五节 股票发行、上市的律师工作报告的格式与内容

### 一、律师工作报告的基本格式

股票发行、上市律师工作报告的正式名称为：“××律师事务所为××公司××××年度股票发行、上市出具法律意见书的工作报告。”抬头为“致：××公司（发行人）”，其后为一段程式化的文字“××公司，现将本律师事务所为贵公司××××年度股票发行、上市出具法律意见书所做的工作及有关意见报告如下：……”。

以下为报告的主文部分，共涉及以下几个方面的内容：

1. 律师参与本次发行、上市工作的身份以及业务范围；
2. 律师出具法律意见书的工作过程的详细说明；
3. 律师对发行人简况，本次股票发行、上市情况的事实及其形成和发展过程的详尽、完整的阐述；
4. 有待解决的法律问题及其对疑难问题的讨论和说明；
5. 律师所审查的文件清单。

最后为律师工作报告的结尾，在此部分应写明律师事务所名称并加盖公章，经办律师姓名并签名及出具本律师工作报告的日期。

## 二、律师工作报告的主要内容

律师工作报告主要内容有：

1. 律师身份、业务范围和工作过程。在此部分内容中，律师应着重报告律师是以何种身份参与此次股票发行、上市工作的；出具法律意见书所涉及的业务的概述及在出具法律意见书的工作过程中是如何与发行人相互沟通的，对发行人提供的材料是如何查验的，有过哪些走访、谈话、现场勘查，做过哪些记录，查阅过哪些文件及总的工作量（工作小时）等。

2. 发行人简况的报告。在此部分内容中，律师应对发行人简况及其形成和发展过程做出详尽的、完整的报告。主要包括：（1）发行人（包括发起人）的历史沿革；（2）发行人在股份制改造及其运作过程中执行国家有关部门关于股份制改造规定的情况；（3）发行人在股份制改造前后的组织机构；（4）发行人的股权结构及其形成过程；（5）对发行人公司章程（或者章程草案）内容的审查情况；（6）发行人的经营状况；（7）发行人对其主要财产（包括有形、无形）的所有权或者经营权、使用权；（8）发行人与其关联企业的股权关系及发行人的董事、监事、高级管理人员在关联企业中兼职情况；（9）发行人的重要合同及其合同文件的重大债权债务关系；（10）与发行人有关的诉讼、仲裁、行政处罚等情况；（11）发行人的税务问题。

3. 本次股票发行、上市情况。在此部分内容中，律师应对涉及本次股票发行、上市的情况的事实及其形成和发展过程做出详尽、完整的报告。主要包括：（1）本次股票发行、上市的授权及批准；（2）本次发行、上市的实质条件；（3）有关承销协议的内容及承销的其他事宜；（4）对招股说明书的审查；（5）募股资金的运用；（6）专业性机构（律师事务所、会计师事务所、资产评估机构、证券经营机构、其他有关机构）。

4. 本次股票发行、上市有待解决的法律问题及其对疑难问题的讨论和说明。律师在律师工作报告中若遇到未解决的法律问题，应进行讨论和说明，并提出解决问题的方法和依据，对不能解决的疑难问题也应如实列出并说明。

5. 列出律师所审查的文件清单。律师应按下列顺序列出经律师审查的文件的清单，顺序及内容为：（1）政府批文；（2）公司文件；（3）权益证书；（4）合同文件；（5）有关信函；（6）其他文件。

## 第六节 上市公司配股的法律意见书的格式与内容

### 一、律师在上市公司配股中出具法律意见书的依据和基本要求

上市公司在首次向社会公众发行股票1年以后，可以通过配股的方式通过向股东配股再次发行股票。根据《股票发行与交易管理暂行条例》和《上市公司办理配股申请和信息披露的具体规定》的有关规定，发行人民币股票的上市公司向股东配售发行股票，必须聘请律师出具法律意见书，受聘律师应当依照特定的格式和内容出具法律意见书。

律师为上市公司配股出具的法律意见书是发行人向中国证监会申请向股东配售发行股份所必备的文件之一。律师受聘后首先要对发行人申请向股东配售发行股份所必备的申报材料进行全面而慎重的审查，并在审查的基础上

依照特定的格式要求和内容要求出具法律意见书，在出具法律意见书的工作过程中，可以对特定格式与内容中确实不适用于发行人的某些具体要求作出适当修改或者根据需要增加其他内容，但律师应当向发行人和中国证监会书面说明修改或者增加的理由。

发行申报材料上报后一般不再调整、变动，特别是不应有重大变动。依照中国证监会的要求，如有任何改动，应当附有律师的书面确认；必要时，律师应当对法律意见书作出相应的修改或补充。当中国证监会许可发行人配股时，律师还应当发表补充意见，说明自法律意见书出具日至配股说明书公布日期间，法律意见书所涉及的内容及发行人的法律地位是否发生重大变化。若有重大变化事项，应当就此发表法律意见，同修改后的配股说明书一起上报证监会。

上市公司配股法律意见书的正式名称为“××律师事务所关于××公司××××年度配股的法律意见书”。抬头为“××公司（发行人）”，其后分为三个部分，第一部分为引言，第二部分为正文，第三部分为结尾。引言和正文将在下面具体阐述。结尾部分的基本内容为法律意见书的出具日期，正副本份数及律师事务所的名称、公章，经办律师的姓名及签字等。

## 二、上市公司配股法律意见书的内容

律师所出具的上市公司配股的法律意见书的基本内容，主要包括在引言和正文中。

1. 引言。引言部分应说明三个方面的问题：首先是出具法律意见书的依据。在此要说明律师是根据《股票发行与交易管理暂行条例》和《上市公司办理配股申请和信息披露的具体规定》的要求出具法律意见书的。同时还应说明律师是根据发行人与律师事务所签订的有关聘请协议而出具法律意见书。此外，还需具体说明律师是以发行人的常年法律顾问或（和）本次发行、上市特聘专项法律顾问的身份参与工作。其次是出具法律意见书的范围。在此要概括说明根据有关聘请协议已经审查了哪些事项、文件，同时还应表述如下内容：（1）律师是根据法律意见书出具日以前已经发生的事实发表法律意见；（2）律师是根据对事实的了解和对法律的理解发表法律意见。最后是律师应当声明的事项。在此律师应就下列事项发表明确的声明：（1）律师已得到发行人的如下保证：已经提供了律师认为作为出具法律意见书所必需的、真实的原始书面材料、副本材料或者口头证言；（2）律师已经证实副本材料或者复印件与原件的一致性；（3）律师对于本法律意见书至关重要而又无法得到独立的证据支持的事实，依赖于有关政府部门、发行人或其他有关单位出具的证明文件出具本法律意见；（4）律师出具的本法律意见书仅供发行人为本次股票发行、上市之目的使用，不得用作任何其他目的；（5）律师同意将本法律意见书作为发行人本人配股申请所必备的法定文件，随其他申报材料一起上报，并且依法对所出具的法律意见承担责任。

在引言部分的最后还应载入如下程式化的文字：“本律师根据《股票发行与交易管理暂行条例》第18条和第35条的要求，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，对××公司提供的上述文件和有关事实进行了核查和验证，现出具法律意见书如下：……”。

2. 正文。正文部分应按发行人发行股票的主体资格，本次股票上市的授权和批准，本次发行、上市的实质条件，发行人的配股说明书，发行人募股资金的运用，本次发行所涉及的其他中介机构等方面的问题发表法律意见，

并发表结论性意见。

(1) 律师在法律意见书中应对发行人发行股票的主体资格进行审查,并说明发行人是否为其股票已经依法在国务院或者国务院授权的证券管理部门批准或认可的证券交易场所交易的股份有限公司,发行人是否依法有效存续,即依照法律、法规及其章程说明发行人是否有需要终止的情形出现。

(2) 律师在法律意见书中应对本次配股、上市是否得到授权和批准进行审查,并说明申请人本次配股是否依照法律和公司章程所规定的程序作出了决议,并说明申请人已经取得或者尚待取得有权部门同意发行、上市的许可事项,其中包括地方政府的批准、主管部门的批准、证监会的复审意见、证券交易所同意安排上市等方面。

(3) 律师在法律意见书中应对申请人此次发行、上市的实质条件进行审查,并说明本次配股是否符合《公司法》、《股票发行与交易管理暂行条例》以及国家证券主管机构关于公司配股或者增资发行新股的具体规定。

(4) 律师在法律意见书中应对发行人的配股说明书进行审查,并说明配股说明书是否符合证监会有关信息披露规定的要求及对重大事实和披露是否有虚假、是否有严重误导性陈述或者是否有重大遗漏,此外还应说明配股说明书对有关法律、法规和相关文件内容的表述是否真实准确、有无虚假、严重误导性陈述或重大遗漏。

(5) 律师在法律意见书中应对发行人募股资金的运用进行审查,并说明发行人此次募股所筹资金的使用是否需要得到有权部门要求的批准或授权,如需要批准或授权,是否已经取得批准或授权。还应说明发行人是否改变了前次募股资金的用途,若有所改变,则应当说明该改变是否得到了有关授权或批准。

(6) 律师在法律意见书中应对本次配股所涉及的中介机构的资格进行审查,并说明除律师事务所外参与本次发行、上市的其他中介机构是否具备证券从业资格。

除以上六方面的问题外,律师在审查和出具法律意见书的过程中如遇有其他应说明的问题,可以在“律师认为需要说明的其他问题”项下予以说明。

律师在正文的最后部分应就发行人此次配售股份是否符合法律、法规及有关部门的规定,能否发行、上市发表明确的结论性意见。

## 第六章 律师办理知识产权法律事务

### 第一节 知识产权业务概述

#### 一、知识产权业务的范围

我国知识产权保护法律制度和我国律师制度的确立,都是实行改革开放政策的成果。随着商标法、专利法、著作权法等知识产权法律及其配套法规和与知识产权保护相关的民法通则、反不正当竞争法、公司法、科技进步法、新刑法等法律的制定,以及我国先后加入世界知识产权组织公约、巴黎公约、马德里协定、伯尔尼公约、世界版权公约、录音制品公约、专利合作条约等国际公约,我国知识产权保护法律体系基本建立,使得知识产权的取得、保护、管理和利用纳入了法制轨道,智力创造活动得到极大激励,科技注入经济、文化传播发展、创名牌保名牌、知识产权贸易、新技术革命等空前活跃,

几度出现“知识产权热”。知识产权领域的事务日益增多，权利和利益的冲突、侵权与反侵权、假冒与反假冒、公平竞争与不正当竞争、国际交流合作与贸易保护壁垒、传统保护手段与新技术革命的冲击，要求权利主体和竞争主体在共同规则下规范自己的行为、保护自己的合法权益。律师作为以维护当事人的合法权益和维护法律的正确实施为己任的提供社会化法律服务的专业人员，在知识产权保护这一新的业务领域，业务范围不断扩大，对我国知识产权保护事业已经、正在和将要起到独特的越来越大的作用。

律师办理知识产权业务的范围：

1.就其内容来看，包括专利权（发明、实用新型、外观设计专利申请权、专利权、实施许可权），商标权（商品商标、服务商标、驰名商标、厂商名称权、原产地标记权、许可使用权），著作权（作品著作权、软件著作权、邻接权、许可使用权），防止不正当竞争权（商业秘密权、竞业限制、知名商品特有包装装潢权），集成电路布图设计权，植物新品种权等知识产权，并涉及与上述知识产权相关或相交叉的科学发现权、发明人、设计人身份权和奖励权、技术载体或作品原物所有权、合同债权、公司股权、劳动权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、商誉权等民事权利。

2.就运用的法律来看，既要运用知识产权法律、法规、司法解释，又要运用相关的民事、商事、经济、行政、刑事法律，既要运用实体法，又要运用民事诉讼法、仲裁法、行政诉讼法、刑事诉讼法等程序法，既要运用国内法，又要运用我国参加的国际公约。

3.就服务的时空来看，律师可以介入智力成果产生、知识产权取得、管理、使用和保护的全过程或其任何阶段，可以介入相关的各类社会、经济、科技、文化活动，可以介入涉内和涉外知识产权法律事务。

4.就服务的方式来看，律师可以担任常年或专项知识产权法律顾问、解答知识产权法律咨询、参加知识产权诉讼代理和仲裁代理、处理知识产权非诉事务、办理知识产权犯罪的刑事辩护业务。

5.就业务发展来看，随着知识产权保护范围的扩大和保护力度的加强，社会知识产权法律意识的不断提高，科技第一生产力威力的日益显现，知识产权与产业和贸易的关系日益紧密，知识产权国际合作领域的不断拓展，律师的知识产权业务量会大幅度上升，律师业务与商标代理、专利代理、版权贸易代理等业务也必然会从分割、竞争走向合作、接轨。

## 二、律师办理知识产权业务的基本要求

对于中国律师而言，知识产权业务属于较新专业领域的法律事务。知识产权业务对律师提出了较高的专业化要求。

1.掌握知识产权法基本理论。知识产权业务的理论性和专业性很强。在知识产权业务中，同一主体拥有多项权利、多个主体拥有共同权利、同一智力成果可以选择多个法律保护途径、同一侵权案可能涉及侵犯多项知识产权，特别是权利的归属、权利范围的确定、知识产权各项权利的交叉与界定、知识产权与相关物权、债权、人身权、劳动权的交叉与界定、侵权行为的认定、损害赔偿的计算等，都是经常遇到的问题，而这些问题在法律规定中并不总是那么具体明确。如果律师没有扎实的理论根底，就会犯概念性、常识性的错误。

2.熟悉知识产权法律规定。律师对于知识产权法律、法规、司法解释和相关实体法、程序法、国际公约应能熟练掌握与应用。律师还应了解专利审

查指南、驰名商标认定和管理规定、科教文卫方面的有关规定等，应了解国外知识产权法律和国际惯例，并密切关注知识产权法律的修订和商业秘密保护法等新法的制定。

3. 运用知识产权保护的策略和技巧。在制订专利战略、商标战略、权利归属与分享协议、知识产权许可使用合同、知识产权管理制度、保密协议、竞业限制条款、股东协议时，在代理进行知识产权诉讼与抗辩时，充分行使当事人意思自治权利，充分运用知识产权的专有性、地域性、时间性特点，充分使用专利、商标的申请在先原则，有效采取证据保全、证据保密、财产保全、先予执行、诉讼中止、反诉等法律程序，有效采用公知技术抗辩、在先使用权抗辩、权利限制理由抗辩、合法来源理由抗辩等法定情由，维护委托人的合法权益。

4. 学习新的科技文化知识。知识产权业务具有高、新、专、广、难的特点。由于智力成果的创造性、单一性和知识产权的专有性特征，一项智力成果一经问世，任何重复研究、简单复制、抄袭拼凑、相同雷同，从科研开发和作品创作角度讲都是一种浪费。律师所接触到的商标、商号、专利技术、非专利技术、作品、软件、菌种、种子等等，其标识内容、技术内容、作品内容是特有的，分属不同科学门类。律师只有在办案中不断累积新知识，不断向自己挑战，才能提供优质高效的服务。

## 第二节 著作权业务的律师代理

### 一、版权法律顾问

律师担任版权法律顾问，特别要注意：

1. 结合个案讲解著作权法，培植和提高作者、著作权人、邻接权人的著作权法律意识，使其牢记哪几条法律规定、哪几种权利、哪几项义务是必须维护与遵守的，这样可预防纠纷发生，减少律师工作量和难度。

2. 规范其常用的合作创作合同、委托创作合同、改编合同、出版合同、表演合同、软件开发合同、拍摄合同、许可使用合同及广告合同等。

3. 维权和防范侵权并举，规范其自身行为，不违法、不侵害他人合法权益、不违背公秩良序，做到事前问法、过程依法、结果合法。

4. 重视发表权、署名权、修改权、保护作品完整权等精神权利的维护，重视合同义务的履行，重视相关可能发生的姓名权、肖像权、名誉权问题。

5. 重视由于计算机技术、集成电路、传感技术、光纤通讯、卫星通讯、卫星电视直播、INTERNET 等信息技术的发展，对版权保护提出的新课题。

### 二、办理著作权非诉事务

律师受托办理著作权非诉事务的范围非常广泛，常见的有：

(一) 起草、审查、修改著作权合同，参与合同谈判

律师起草、审查、修改著作权合同，参与合同谈判应当特别注意以下几点：

1. 界定作品属于《著作权法》第3条规定的哪类作品，了解该类作品的特点；明确该作品是否属于第4条规定的不受著作权法保护的作品，是否属于第5条规定的无著作权的情形，是否属于第7条规定的属于专利法、合同法调整的科学技术作品，有无可以选择适用法律交叉保护的情况。

2. 界定作品应属于独创作品、法人作品、职务作品、合作作品、委托作

品、演绎作品、编辑作品或是影视作品，了解其著作权归属的不同法律规定；对于职务作品、合作作品、委托作品，应通过合同明示约定著作权归属，约定署名方式、作品使用方式、报酬支付或分配等易引起争议的条款；对于演绎作品、编辑作品，应取得原作品著作权人的授权文件；对于许可使用合同，应审查足以证明许可人为真实作者或合法著作权人的材料。

3. 条款要合法、齐备、清楚，尤其是合同各方的权利义务、违约责任、侵犯第三人权利的责任、合同解除条件、仲裁条款或选择管辖条款等。

4. 对于涉外和涉台、港、澳合同，应了解相应的国际公约、外国法律、国内规章等规定，明确是否属于权利人合法授权，审查该作品是否受中国或该外国法律保护，进出口时是否会被作为侵权作品，该合同应否报著作行政管理部门登记；将合同中对本方当事人不公平、不对等的条款一一列出，便于合同谈判解决。

#### （二）受托进行侵权调查

侵权调查应尽量查明：

1. 被侵权作品名称、著作权人或邻接权人、作品完成时间、作品发表时间、作品原件、登记证明文件。

2. 涉嫌侵权人姓名或名称、地址、法定代表人、联系方式及其财产、财务情况。

3. 涉嫌侵权的作品名称、侵权物，侵权作品与被侵权作品的对比结果。

4. 侵权行为的方式，侵权人的主观过错和权利人被侵犯的具体权利是什么。

5. 侵权行为地、侵权产品销售渠道、发行量、非法获利情况。

6. 侵权情节严重的情况。

#### （三）受托签发律师函、发表律师声明、出具法律意见书

律师发表维权声明、侵权警告信、提供合同见证、出具法律意见书，都必须以事实为依据、以法律为准绳，坚持合法性、真实性、客观性原则，对当事人提供的材料的真实性、全面性予以审慎把握，不能人云亦云。律师出具的文件中应引明相关事实证据和法律依据。

#### （四）受托办理著作权集体管理、软件登记、合同登记、纳税手续

律师事前应准备权利人身份证明、权利证明、授权证明、合同凭证等，以便程序上的需要。

#### （五）受托进行诉前、诉外调解

律师应当掌握权属争议、合同争议或侵权纠纷的基本事实，找出相关法律依据，分清过错方及过错责任大小，了解争议双方对通过非诉讼解决争议或诉外和解的意愿和期望值，晓之以理，动以利害，争取调解成功。

### 三、代理著作权归属纠纷案件

著作权权属争议一般发生在法人作品、职务作品、合作作品、委托作品中，之所以会引起争议，又往往是因为创作前、创作中对署名权、获酬权及其他著作权没有书面协议所造成的。律师在代理这类案件时，应重点抓住以下几点：

1. 分清创作人有谁，排除非创作人。

2. 明确创作人有无职务身份或被委托身份。

3. 查证有无为创作专门所作的开发任务记录、创作人员与分工、经费或其他物质投入等凭证。

4. 分析个人意志、法人意志、合作意愿或委托意思表示。

5. 论证谁对作品承担责任。

在上述基础上，根据委托人在案件中的诉讼地位，确定代理思路。

#### 四、代理著作权许可合同纠纷案件

产生著作权许可使用合同纠纷的常见原因有：合同约定不明、违约、侵权、市场变化、人事变化等，其中以违反支付义务、质量义务和使用范围约定最为普遍。

律师受理案件后，应做好以下工作：

1. 审查合同效力。看是否有违反法律、侵害第三人合法权益、代理人超越代理权及显失公平等情形。

2. 审核合同条款。看许可的是哪几项权利、许可使用的方式、许可的地域范围、许可的期限、权利人应受的合同约定、被许可人应负的合同义务、违约责任条款、合同变更解除条款等，看是否有不够具体明确或引起歧义的地方。

3. 查证履约过程。看违约行为的表现形式，违约方是一方还是双方，违约方的过错大小，违约造成的后果，违约的合同责任和法律责任。如果存在不可抗力，存在守约方扩大损失等情由，也应掌握相应证据。

4. 审查仲裁条款或协议管辖条款的效力，决定调解、仲裁或起诉。

#### 五、代理著作权侵权纠纷案件

现实生活中，侵犯著作权及其相关权利的行为的表现形式种类繁多，不胜枚举，《著作权法》第45条和第46条归纳了十五类侵权行为。著作权保护的重点就落实在对侵权行为的法律制裁上。因此，律师从事著作权业务的最重要方面也在于办理著作权侵权纠纷案件。

律师代理著作权侵权纠纷案件，需要把握以下要点：

1. 确定原告。适格的原告应是其著作权或相关权利受到不法侵害的作者、著作权人、出版者、表演者、录音录像制作者或广播电台、电视台。

2. 确定被告。在多个被告情况下，应当分清各个被告分别实施了什么样的侵权行为，侵的什么权，侵了谁的权，侵权的后果是什么，有无因果关系。

3. 明确被侵权的作品和被控侵权的作品。特别在指控剽窃、抄袭、歪曲、篡改等侵权纠纷案中，应当进行作品异同对比，对比了解作品完成时间、发表时间、资料来源出处、主题表现、篇章结构、人物设计、故事情节安排、布局、造型、表现手法等多方面的异同结果。

4. 明确侵害事实和侵害后果。从侵权主观动机、侵权起止时间、侵权工具、侵权行为的各个环节、侵权的危害范围、权利人因侵权而遭受的损失、侵权人的非法获利等方面举证或抗辩。

5. 明确诉讼请求。应当根据案件实际情况，选择要求被告承担停止侵权、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任的诉讼请求；被告方律师应根据原告是否享有著作权或相关权利、侵权要件是否构成、侵权责任大小及承担方式等方面予以反驳。

#### 六、代理著作权行政案件

著作权行政案件是指当事人对著作权行政管理部门对《著作权法》第46条所列的侵权行为所作出的警告、责令停止制作和发行侵权复制品、没收违法所得、没收侵权复制品及制作设备、罚款的行政处罚不服，向人民法院起诉的案件。

律师办理著作权行政案件，主要应把握合法性原则，看是否依法行政，程序是否合法，是否属于《著作权法》第46条规定的处罚范围，处罚措施是否得当，有无超越法定权限。

### 七、代理软件著作权纠纷案件

计算机软件著作权纠纷案件包括权属争议、转让或许可合同争议、侵权纠纷、行政案件等类型。软件作品应具有独创性、可感知性、逻辑思想性、可复制性等特点，其表现方法完全理性化、逻辑化，使用的一般为程序语言，软件开发投资较大且与物质技术条件密切相关，软件的实用性、经济性、价值性体现得更为直接，软件更新快、实用价值存续时间短，软件更易被拷贝而且查证更难。

基于以上特点，律师办理软件著作权纠纷案件，应格外注意以下几点：

1. 明确保护对象。总的来讲，受著作权法保护的只是计算机软件程序及其有关文档，而涉及专利保护的是软件系统的技术思想。律师首先应区分、选择法律保护途径。就个案来讲，应明确所定义、所转让许可、所主张保护的软件版本是哪一个或哪几个，划定范围，并提供相应的权利证明材料。

2. 调查取证。律师应全面调查，尽量取得原始开发记录、投资凭据、源程序、软件登记证书、合同、侵权软件实物、发票、广告、销售明细账等证据。律师可通过公证取证、申请证据保全等方式，使所取得的证据的真实性、合法性更加可靠。

3. 做好技术对比。律师应明确被侵权软件受保护的有独创性的部分是什么，被控侵权软件与之相同部分有哪些，并进而从相对应的文件、文件长度、生成日期、二进制代码比较、源程序比较及功能比较、效果比较、文档比较等，得出有利于己方的结论。

## 第三节 专利业务的律师代理

### 一、专利法律顾问

优秀的专利法律顾问，是成功地制定和实施企业专利战略的一项保证。专利代理人、律师在担任专利法律顾问时应充分重视以下工作：

#### （一）文献查新

要求研究人员在新技术开发过程中进行本技术领域的专利文献检索，避免重复研究，保证技术成果的新颖性、创造性；要求在技术转让或受让过程中进行新颖性检索和专利法律状况检索，避免可能发生的专利侵权或专利无效；要求在新产品、新包装投放市场时进行专利文献检索，避免侵犯他人的外观设计专利权，不要仿冒他人知名商品特有包装装潢。

#### （二）专利申请

树立企业的专利意识和保密意识。提醒并协助企业根据技术难易程度、产品更新和技术寿命、竞争对手情况、市场开拓情况、产品上市时机等，抢在竞争对手之前、产品面市之前、产品更新换代之前、产品出口之前，适时申请中国和外国专利保护。策划并决定哪些技术申请专利，哪些技术保密，哪一部分技术申请专利，哪一部分保密，以形成专利保护网。

#### （三）专利合同

规范其常用的合作开发合同、委托开发合同、专利申请权转让合同、专利权转让合同、专利实施许可合同、专利技术入股合同及其他与专利有关的

技术合作合同、采购合同、销售合同、进口合同、出口合同、代理合同等。尤其要重视专利申请权、专利权、专利实施权的归属与分享，后续开发改进技术成果的归属与分享，专利技术评估作价或使用费支付，侵害他人专利权的责任，他人侵害专利权的追诉索赔，技术秘密的保密责任，合同终止、解除条件，仲裁条款等合同条款的约定，预防专利纠纷的发生。

#### （四）专利撤销与无效

顾问单位可能或已经被诉专利侵权时，应首先检索该专利的对比文献，调查其已丧失专利性的依据，反诉专利无效；对于在顾问单位的专利申请日之后申报的抵触专利，亦应及时提出专利撤销或无效请求，以防患于未然，排除市场隐患。

#### （五）专利保护

专利保护应当特别注意四个方面的工作：

1. 确定专利权的保护范围。根据《专利法》第 59 条的规定，发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求。外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该外观设计专利产品为准。因此，撰写专利申请文件时，要使所描述的技术特征、所确定的权利要求宽窄适度；说明书应当清楚、完整并充分公开专利技术方案，支持权利要求书；实施例应当使本领域普通技术人员再现专利技术方案；修改专利申请文件不得超出原说明书和权利要求书记载的范围。这些是专利权得到有效保护的必要前提。

2. 维持专利权有效性。应提醒专利权人或专利代理人及时缴纳专利年费，避免专利权期限届满前被终止而造成不可弥补的损失。对他人提出专利撤销或无效宣告请求积极应辩，陈述过硬的事实理由。

3. 重视侵权调查。查明：

- （1）被侵犯的专利名称、专利权人、申请日、授权日、专利权有效期限。
- （2）涉嫌侵权人名称、地址、法定代表人、联系方式及其财产、财务情况。
- （3）涉嫌侵权的产品或方法名称、侵权物、侵权技术对比结果异同情况。
- （4）侵权行为的方式，侵权人的主观过错。
- （5）侵权行为地、侵权产品销售渠道、产量和销售量、非法获利情况。
- （6）侵权情节严重的情况。

4. 发送侵权警告信、律师函、发表律师声明。法律文件中应引明相关事实证据和法律依据，并附专利权证明文件、委托授权文件。

5. 寻求法律救济。通过对专利三性的论证，对侵权事实的查证和诉讼时效的把握，根据侵权行为的性质，及时提起民事诉讼，或者请求行政处理、刑事制裁。

#### （六）新技术保护

对于新药、新微生物菌种、植物新品种、动物新品种、集成电路布图设计、机器人等涉及生物技术（尤其是基因工程）、信息技术、自动化技术的发明，要做好保密和法律保护工作，千万不可掉以轻心。

### 二、代理专利权属纠纷案件

专利权属纠纷案件包括专利申请权纠纷案件和专利权归属纠纷案件。律师实务中，主要涉及关于职务发明创造与非职务发明创造的纠纷，关于合作开发成果归属的纠纷，关于委托开发成果归属的纠纷三类。由于体制转轨、

人才流动、缺乏合同规范、法律规定比较原则等原因，一段时期里专利权属纠纷较多，争讼双方各执己见，有的案件社会影响很大。

律师代理专利权属纠纷案件应当注意：

1. 界定发明人的身份。发明人在完成专利技术方案之前，与单位之间有无聘任关系，是区分职务发明创造与非职务发明创造的要件之一。该单位有无主张专利权属的权利，首先要看该发明人在争讼的专利技术方案完成前是否属于本单位职工，包括正式职工和形成聘任关系的借调人员、兼职人员。

2. 界定发明人的职务范围。职务范围是指工作职责范围、本职工作任务范围，而不能过宽地解释为发明人所学的专业范围或单位的经营范围，也不能过窄地解释为八小时工作时间内的工作或离职前的工作范围。在本单位交付的任务或本人的职责范围内、在在职期间和离职后 1 年内作出的发明创造，不论是在工作时间内还是业余时间里完成的，都是职务发明创造。

3. 界定专利技术方案完成时间。确定专利技术方案是在到该单位之前就已完成，或者是到该单位后才由技术构思实现了专利技术方案，或者在离开该单位后 1 年内或 1 年后完成了专利技术方案，是判定职务发明创造与非职务发明创造的又一标准。律师应当注意收集对己方有利的书证、物证、证人证言。

4. 界定是否主要利用了单位提供的物质技术条件。要从单位提供物质技术条件的目的是不是为了完成该项发明创造，所提供的资金、设备、零部件、原材料或不对外公开的技术资料等是否实际起到了完成该项发明创造所不可缺少的作用等方面进行查证。

5. 界定是属于自行开发、委托开发还是属于合作开发。要从双方合作时争讼的专利技术方案是否已经完成，合作目的是进行技术开发、后续改进还是实施该专利技术方案，有无合作开发意愿或委托开发意思表示，有无合作分工共同完成专利技术方案的行为，对于专利技术方案的完成有无实质性贡献等方面进行论证。

此外，在代理专利权属纠纷案件时，律师还应向当事人提出加强合同意识，完善岗位责任制、成果管理、人员流动管理等规章制度的律师建议。

### 三、代理专利合同纠纷案件

专利合同纠纷案件包括专利申请权转让合同、专利权转让合同、专利实施许可合同及涉及专利的技术入股合同、技术联营合同、技术合作合同、技术转让合同等技术合同纠纷案件。

律师代理专利合同纠纷案件应当把握以下关键问题：

#### （一）合同效力

对此，律师应注意审查以下两种情形：一是侵害第三人权利非法转让、非法许可、非法进行无形资产投资的专利合同；二是区分技术欺诈与技术有缺陷的界限。另外应注意，专利合同主体并不一定要有法人资格，签订专利合同不存在超经营范围问题，专利合同是否经过公证、鉴证、登记、备案并不影响合同效力，专利技术是否经过鉴定、是否带来经济效益也不影响合同效力。

#### （二）合同性质

专利申请权、专利权转让应当按照专利法办理公告手续，专利实施许可合同应当办理备案手续，专利权、专利使用权作价入股应当按照公司法进行评估并符合出资比例要求。界定不同性质的专利合同，应从合同权利义务内

容来分析，不能光看合同名称。不同种类的专利合同，当事人的合同责任是不同的。

### （三）违约责任

常见的违约情形有：转让方或许可方不按约办理权利转让的著录项目变更，不按约交付实施专利技术所需的工艺、图纸、配方、模具、工装或配套设备等，转让的技术因无新颖性或创造性而导致专利申请被驳回或专利被撤销、无效，转让的专利技术未达到合同约定的技术指标和验收标准，擅自撤回技术人员导致合同约定的现场技术指导无法进行等等；受让方或被许可方不按约定时间和数额支付价款或报酬，不按约提供实施专利技术所必需的水、电、气、暖、环境质量要求、配套设备、合格的原材料等，不按技术规程要求违章操作、野蛮作业，因市场情况变得不好而毁约并有时嫁祸于技术方等等。律师应当充分把握合同依据、事实依据和法律依据，区分违约方与守约方、违约先后、过错责任大小、违约所造成的后果，并应特别注意合同是否规定了违约金作为损失赔偿额。

### （四）侵权责任

专利合同有时发生违约与侵权双重责任问题。第三人指控侵权时，应分析合同当事人有无过错，是转让方、许可方的过错，还是转让方和受让方、许可方和被许可方的共同过错。合同当事人一方违反合同约定的许可范围，非法转让或许可第三方实施的，要看是违约方的责任，还是第三方亦负有侵权责任。

### （五）其他主要问题

专利合同纠纷案件往往还涉及保密责任、技术鉴定、违约赔偿范围、仲裁条款有效性、管辖法院、诉讼时效等实际问题，律师应提供全面准确的代理意见。

## 四、代理专利侵权纠纷案件

律师办理的专利业务中，目前最多的还是代理专利侵权纠纷案件。专利侵权纠纷案件是律师从事的知识产权业务中专业性最强、最富有挑战性的案件。

作为原告方律师，在代理专利侵权纠纷案件时应当考虑以下问题：

1. 确定原、被告。原告是一个专利权人时，律师只需要提供有效的身份证明、权利证明即可。如果是共有专利，原告应是共有专利权人；共有人如放弃诉权，应提供书面的放弃声明；共有人不愿出庭的，应提供授权委托书。专利权人授权被许可人独占实施，并约定被许可人享有诉权的，原告可以是专利权人，也可以是专利权人和被许可人，但应当提供专利实施许可合同。被告可以是侵权方法的使用者或侵权产品的制造者，也可以是侵权产品的销售者，还可以将两者均列为被告，但应当明确各个被告所实施的具体侵权行为。

2. 确定被侵犯的专利权。提供专利证书、说明书及附图、权利要求书或者外观设计照片、图片。

3. 防止专利被撤销或无效。进行专利文献检索论证专利三性，查证有无因专利产品试销、发表技术论文、散发科技成果鉴定报告等而导致新颖性破坏，从而采取补救防范措施，预防被告反诉成功。

4. 审查诉讼时效。审查所诉的被告的该侵权行为是否已过2年的诉讼时效，原告有没有采取过发侵权警告信等引起时效中断的措施，被告有无新的

或持续发生的侵权行为，从而增加胜诉把握。

5. 进行侵权技术对比。专利侵权的技术判断的方法步骤为：

(1) 确定专利权的保护范围。一项专利权的保护范围，以其独立权利要求为最大，因此界定保护范围大小时，应明确独立权利要求，包括前序部分技术特征和特征部分的必要技术特征。所采用的权利要求书文本，应当是最后授权的文本。对于权利要求的解释，要看说明书、实施例、附图的描述，要看有无将附加技术特征误写入独立权利要求的多余指定的情形。

(2) 侵权比较。侵权比较应拿专利的全部必要技术特征与侵权方法或侵权产品的全部技术特征进行对比，而不应以专利权利要求与被诉的重复授权的专利权利要求相比较，也不应以专利产品与侵权产品相比较。

(3) 等同判断。侵权比较主要比较相同或等同，如果侵权方法或侵权产品的全部技术特征等于或多于专利的全部必要技术特征，则侵权成立。但现实生活中，更多的是侵权人花样翻新，用改头换面的等同手段替代了专利的部分必要技术特征，因而专利侵权诉讼免不了进行等同比较。等同比较应论证技术目的相同，技术特征不一致但属于显而易见的、简单推导、模仿、替代的手段，是本领域普通技术人员不需要创造性劳动就能够实现的，整体技术效果差异很小，功能有等效性等，从而得出构成专利侵权的结论。

(4) 否定重复授权的专利。由于实用新型、外观设计专利申请不进行实质审查，因此产生了较多重复授权的专利。律师应对被告在后申请的专利进行比较，看其是否有创造性，是否属于重复授权；应当建议当事人适时提出撤销或无效宣告请求，以免后患；可根据最高人民法院 1993 年 8 月 16 日对北京市高级人民法院的批复，要求人民法院对被告按其从属专利、重复授权专利生产的产品认定为侵权。

6. 选择管辖法院。原告可以选择被告住所地、侵权行为地的人民法院提起诉讼，同时根据标的额大小可以选择在中级人民法院或高级人民法院为一审法院。律师应当注意的是，向侵权产品销售地的人民法院起诉的，应当同时将侵权产品销售者列为被告；不要为了在高级人民法院作一审而无依据地提高索赔额，造成讼累。

7. 请求证据保全、财产保全、先予执行。原告可以根据《民事诉讼法》第 74 条的规定，申请人民法院对被告可能转移、隐匿、毁灭的图纸、模具、合同、账册等证据进行保全。可以根据第 92 条、第 93 条的规定，申请财产保全或诉前财产保全，冻结被告的账户，查封、扣押侵权产品、生产设备或被告的财产等。另外根据第 97 条第 (3) 项规定的条件，可以申请人民法院裁定要求被告停止侵权方法的使用或侵权产品的制造、销售、进出口。律师应当注意，一旦最终判定被告不侵权，那么申请采取上述措施就属不当，原告应为申请错误而给被告因此遭受的损失予以赔偿，故应提醒当事人慎重处置。

8. 明确赔偿数额。原告的诉讼请求可以包括请求责令被告立即停止侵权、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失。实践中，赔偿数额较难确定。律师可以根据被告的侵权产品的生产规模、产量、销售量、平均利润率，原告受侵权影响下降的产销量、利润率，原告所签订的专利实施许可合同规定的使用费情况，原告开发该专利的投入，原告的专利技术评估价值，原告的专利在侵权产品中所占的技术份额，原告制止专利侵权的花费，被告是否属于故意侵权等综合因素，提出一个量化的赔偿范围和可操作的赔偿办法。

作为被告方律师，在代理专利侵权纠纷案件时应当考虑以下问题：

1. 原告有无诉权，被告是否适当。

2. 请求撤销专利权或反诉专利权无效。通过专利对比文献、科技论文或其他出版物、从公开渠道得到的载有专利技术方案内容的技术资料、销售证明等足以证明原告的专利在申请日以前已丧失新颖性，无创造性及不具有实用性，或者说明书未充分公开专利技术方案，权利要求书得不到说明书支持，对专利文件的修改超出了原说明书和权利要求书的范围等等理由，根据《专利法实施细则》第 55 条或第 66 条的规定，在答辩期内提出撤销专利权或宣告专利权无效的请求。律师随之可以依据《民事诉讼法》第 136 条的规定和最高人民法院 1992 年 12 月 31 日关于审理专利纠纷案件若干问题的解答的司法解释，向受诉法院提出中止诉讼的请求。

3. 提起管辖异议。对于违反专利侵权纠纷案件地域管辖、级别管辖规定受理的案件，提出管辖异议。特别是无管辖权的基层法院和既不属于被诉人住所地又不属于侵权行为地的法院受理的专利侵权纠纷案件。

4. 提出反担保。律师可根据自己对专利侵权的判断、被告的经济能力等因素，建议被告提供反担保，保证生产经营不受专利诉讼的影响，并注意收集保存原告的不当保全给被告带来损失的证据。

5. 诉讼时效抗辩。提出原告得知或者应当得知专利侵权事实，怠于行使诉讼权利的证据，请求人民法院驳回其诉讼请求。

6. 公知技术抗辩。如果被告所使用的方法或制造、销售的产品，依据的是原告的专利申请日或优先权日之前已有的公有技术领域的公知公用技术，则应提供相应文献，请求人民法院驳回原告的诉讼请求。

7. 在先使用权抗辩。如果被告在原告的专利申请日之前已经制造相同的产品、使用相同的方法或者已经作好制造、使用的必要准备，那么应提供厂房设计、项目审批、购买设备、订做模具、发布广告、试制使用、销售产品及生产记录等证据，请求人民法院依照《专利法》第 62 条第（3）项的规定判定被告不侵权。

8. 禁止反悔原则的适用。原告在以等同原则诉求时，被告律师可引用禁止反悔原则，不允许专利权人在专利申请审批过程中对权利要求作较窄的解释和较严的限定，而在专利侵权诉讼中又对权利要求、对等同替换作较宽的解释，不适当地扩大专利权的保护范围，违背法律公正原则，损害公众利益。

9. 方法专利侵权的举证。根据《专利法》第 60 条第 2 款的规定，如果原告所诉的是一项新产品的制造方法的发明专利，被告负有提供其产品制造方法的证明的义务。对此，被告律师一方面要注意该举证责任倒置应符合法定条件，防止加大被告的责任，另一方面应积极准备被告有利用不同渠道、采用不同制造方法的证明材料。另外，应对原告提供的证据提出反驳证据，对原告取证程序不合法、提供伪证提出反驳意见。

10. 寻求和解。律师在分析论证被告确已构成专利侵权后，应寻求与原告和解，减少专利诉讼可能给被告带来更大的损失。

## 五、代理专利行政案件

专利行政案件包括：

1. 发明专利申请人对专利复审委员会驳回发明专利申请的复审决定不服提起的诉讼。

2. 发明专利权人或者撤销发明专利权的请求人对专利复审委员会撤销或

者维持发明专利权的复审决定不服提起的诉讼。

3. 发明专利权人或者宣告发明专利权无效的请求人对专利复审委员会宣告发明专利权无效或者维持发明专利权的复审决定不服提起的诉讼。

4. 专利权人对中国专利局关于实施强制许可的决定或者关于实施强制许可的使用费的裁决不服提起的诉讼。

5. 对专利管理机关作出的行政处理决定不服提起的诉讼。目前有的省市将对专利管理机关作出的关于专利权属、专利合同、专利侵权纠纷的调处决定不服提起的诉讼，列为专利行政案件。

上列前四种专利行政案件，因被告为中国专利局或专利复审委员会，故均由北京市第一中级人民法院受理、知识产权庭办理。

律师代理专利行政案件，主要是接受原告或第三人的委托，对中国专利局、专利复审委员会、专利管理机关作出的决定的合法性提出代理意见。专利行政案件的举证责任主要在被告，但原告或第三人的律师应尽可能地提供有利于己方诉讼主张的证明材料。专利行政案件不适用调解，但原告律师可以在原告的诉讼请求得不到支持的情势明朗后，劝原告撤诉。

## 第四节 商标业务的律师代理

### 一、商标法律顾问

企业商标战略在其市场战略中占有重要地位。企业的设立、CI设计、广告策划、品质管理、市场营销、特许连锁经营、产权重组和产权交易、品牌保护等，都会涉及商标问题，往往还围绕商标这一核心展开工作。小小方寸之间的商标，不出问题便罢，一出就会牵一发而动全身。

律师、商标代理人提供商标法律顾问服务时应充分重视以下工作：

#### （一）强化品牌意识

商标是一种无形财富。创名牌保名牌是企业长期不懈的经营目标。律师应当通过顾问、咨询、培训、参与谈判、审查合同、制定规章、查处侵权等活动，使企业从上到下将商标权的取得、管理、保护和利用纳入法制化轨道，树立品牌是企业的生命线的理念。

#### （二）选择设计商标

商标包括服务商标，可以是文字与文字、图形与图形、文字与图形的任意组合，但是必须具备显著性、识别性的要求，并不得违反《商标法》第8条禁用条款的规定。律师还应注意把握商标的选择与商品特性、消费者群体习惯、厂商风格相呼应，商标的设计能精妙出奇、易认易记、布局合理、创制科学，尤其要注意将他人姓名、厂商名称、肖像、卡通图案等作为商标使用，不得侵犯他人姓名权、名称权、肖像权或者著作权。

#### （三）做好商标查询

由于商标数量越来越多，雷同的概率也就越高，因而查询在先申请和注册的商标是必要的。尤其是有本商品通用名称之嫌的商标，有描述商品内在特点之嫌的如带优、超、霸、王、强、佳、美、丽、康、灵、宝、新、洁、净、多、太、甲等词的商标，有禁用的县级以上地名或公众知晓的外国地名之嫌的商标，更应作必要的查证，以防被驳。

#### （四）重视抢先注册

提醒并协助企业根据产品更新情况、竞争对手情况、市场开拓情况、产

品上市时机等，抢在竞争对手之前、产品面市之前、产品更新换代之前、产品出口之前，适时申请中国和外国商标保护，真正做到商标先行、专利先行、广告先行。否则，如被他人在国内抢注或在外国抢注，后患无穷。

#### （五）依法使用商标

提醒并通过规章制度约束主管人员注意：使用注册商标要标注“注册商标”字样或标记；商标注册证遗失或破损要申请补发；不要在商品上或印制的包装物上擅自改变注册商标的文字、图形或其组合，或者擅自改变注册商标的注册人、地址等；不要未经向商标局申请核准擅自转让注册商标；不要连续3年不使用这个注册商标；期限届满前应及时续展注册；自己使用或许可他人使用注册商标要保证质量或监督质量，不得粗制滥造、以次充好、欺骗消费者；制售人用药品、烟草制品的，必须使用注册商标；印制商标要找取得资格证书的印制商标单位，出具本方证明文件，核查对方证明文件，签订合同，规定印制数量和质量，不合格品要销毁，杜绝非法印制和买卖商标标识情形的发生。

#### （六）规范特许经营合同

律师应审查有关商标的商标许可使用合同、特许经营合同、技术转让合同、技术引进合同、合营合同、广告合同等，并使之符合中国法律的规定，保护顾问单位的合法权益，不使无形资产白白流失。

#### （七）打击假冒侵权

假冒侵权是商品经济的一种伴生物。大凡名牌商品，由于其丰厚的利润，总是受到冒牌货的侵扰，因而打假是一项长期任务。商标法赋予了商标权人以商标专用权和禁用权，为预防、限制、抵制和禁止他人对商标权的不法侵害提供了法律武器。律师应当综合运用商标法、广告法、产品质量法、反不正当竞争法等，通过侵权调查、发送侵权警告信、律师函、发表律师声明、受托提起民事诉讼、请求行政处理、刑事制裁等方式，使制假贩假者受到民事、行政甚至刑事制裁。

#### （八）保护其他标记权

与商标权同属于识别性标记权的还有服务标记（已列入商标法保护）、商号（又称厂商名称）权、原产地标记（又称地理标记或标志、原产地名称或标志）权、货源标记权；与商标权同属于无形资产的还有商誉；与商标权相关的还有姓名权、肖像权、知名商品特有包装装潢权，律师应注意区别与保护。

### 二、办理商标申请、复审、异议与争议

商标权与专利权一样，均须经过申请、审批程序方可取得。根据现行专利法和商标法的规定，除发明专利权的确权争议可以通过专利行政诉讼向人民法院起诉外，实用新型、外观设计或商标的确权争议，仍由专利复审委员会或商标评审委员会作终局裁定。因此，专利代理人或商标代理人、律师如何介入并做好专利或商标申请被驳回的复审、商标的异议、商标的争议、专利权的撤销和无效，对于维护申请人、权利人或利害关系人的合法权益，具有重要的作用。

商标申请被驳回、提出商标异议、引起注册商标争议的理由主要有：违反《商标法》第8条禁用条款的规定者，与已注册或审定在先的商标构成相同或近似者，以欺骗等不正当手段取得注册者。商标代理人、律师不论是代理申请人、商标权人，还是代理利害关系人、异议人，均可以从争议商标的

文字、图形、指定色彩本身的构成要素、字形、读音、含义的分析对比，从使用争议商标的商品类别、功能用途、原材料、销售渠道、竞争关系的分析对比，从取得争议商标注册是否属于恶意抢注等的分析论证，调查举证，得出争议商标是否具有合法性、显著性、非近似性的结论。

### 三、代理商标许可合同纠纷案件

随着横向经济联合、技术合作合营、特许经营、连锁经营、企业购并、资产剥离重组设立股份公司等新的经营运作模式的出现，商标权的转让、许可行为往往与其他民事法律行为交错在一起，变得复杂和丰富多彩。但万变不离其宗，一旦发生的纠纷涉及商标许可的，律师还是可以从以下方面予以把握：

1. 审查合法性。看许可人是不是商标权人，许可使用的商标与注册商标是否一致，许可使用的期限是否超过了注册商标有效期限，许可使用商标的商品是否超出了核定使用的范围，商标许可合同是否已向商标局备案。

2. 区分许可方式。看是单一商标许可还是包含技术、其他特许权的混合许可，是排他许可还是普通许可，有无授权分许可。从而审核整个合同中有关商标许可部分的许可人应受的合同约束、被许可人应负的合同义务、违约责任条款、合同变更解除条款等。

3. 查证履约过程。常见的违约行为有：违反支付义务、质量义务和关于许可方式、使用范围的约定。看违约行为的表现形式，违约方是一方还是双方，违约方的过错大小，违约造成的后果，违约的合同责任和法律责任。尤其是商标法要求许可人有监督商品质量的义务，被许可人有保证商品质量的义务，故要看当事人落实其法定义务的措施情况。

4. 审定仲裁条款或协议管辖条款的效力。

5. 决定调解、仲裁或起诉。

### 四、代理商标侵权纠纷案件

名牌的效应、名牌的效益会使投机取巧、牟取暴利者不惜以身试法。商标侵权不仅直接导致商标权人受损，而且冒牌货往往危及消费者权益，并破坏社会正常的经济秩序。因此，商标法律保护的重点在于对侵权行为的法律制裁，律师从事商标业务的重心也在于此。

律师代理商标侵权纠纷案件，需要把握以下要点：

#### （一）确定原、被告

原告应是注册商标所有人，被许可人根据合同规定可以作为共同原告。被告可以是侵权商标的使用者（即侵犯注册商标专用权的侵权商品、假冒商品的制造者，侵犯服务商标的服务提供者），明知是假冒商标的商品的销售者，注册商标标识的非法印制者、销售者，故意为侵权商品、假冒商品、非法印制的商标标识提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件者。被告为两个以上时，应当明确各个被告所实施的具体侵权行为。

#### （二）审查商标权的保护范围

商标权的有效范围由核准注册的商标和核定使用的商品两者结合构成。前者指核准注册的商标名称，文字、图形或其组合，指定颜色；后者指核定使用该商标的商品类别和商品名称。

#### （三）分析侵权构成

根据《商标法》第38条和《商标法实施细则》第41条的规定，商标侵权行为包括以下六类行为：

1. 未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；
2. 销售明知是假冒注册商标的商品的；
3. 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；
4. 经销明知或者应知是侵犯他人注册商标专用权商品的；
5. 在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用，并足以造成误认的；
6. 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

律师应从侵权行为构成、侵权主观动机、侵权起止时间、侵权工具、侵权行为的各个环节、侵权的危害范围、权利人因侵权而遭受的损失、侵权人的非法获利等方面举证或抗辩。尤其对于在类似商品上使用相同商标的行为、在同一商品上使用近似商标的行为、在类似商品上使用近似商标的行为、将相同或者近似的商标作为商品名称或者商品装潢使用并足以造成误认的行为，到底是否构成侵权，控辩双方律师均可各显其能，从商标权的保护范围大小的确定，从对商标的文字、图形及其组合和指定的颜色的形、音、义、色的异同对比，从对商品类别、功能用途、原材料、销售渠道、消费群体、竞争关系的分析对比，从对是否足以造成消费者误认的分析论证，调查举证，得出是否构成相同或者近似的结论。

#### （四）其他应注意事项

另外，如同著作权、专利权侵权纠纷案件一样，代理律师还应根据案件情况和诉讼地位，对诉讼时效、管辖法院、诉讼请求、证据保全、财产保全、先予执行、和解可能等作出自己的判断，提出代理意见。

#### 五、代理商标行政案件

商标行政案件是指当事人对工商行政管理机关按《商标法》第六章和《商标法实施细则》第五章对违反商标使用管理规定而作出的处理决定不服，或者对工商行政管理机关按《商标法》第 39 条和《商标法实施细则》第 44 条对商标侵权行为所作出的处理决定不服，向人民法院起诉的案件。

律师办理商标行政案件，应把握合法性原则，看是否依法行政，程序是否合法，是否属于法定的处罚范围，处罚措施是否得当，有无超越法定权限。

#### 六、做好驰名商标的认定与保护

巴黎公约要求各成员国对驰名商标给予特别保护，TRIPS 协议则要求缔约方对驰名商标给予同样的特别保护。巴黎公约第六条之二对驰名商标的特殊规定内容是：

1. 商标注册国或使用国主管机关认为一项商标在该国已成为驰名商标，已经成为有权享有本公约利益的人所有，而另一商标构成对此驰名商标的复制、仿造或翻译，用于相同或类似商品上，易于造成混乱时，本同盟各国应依职权——如本国法律允许——或应有关当事人的请求，拒绝或取消该另一商标的注册，并禁止使用。商标的主要部分抄袭驰名商标或是导致造成混乱的仿造者，也应适用本条规定。

2. 自注册之日起至少 5 年内，应允许提出取消这种商标的要求。允许提出禁止使用的期限，可由本同盟各成员国规定。

3. 对于以不诚实手段取得注册或使用的商标提出取消注册或禁止使用的

要求的，不应规定时间限制。

国家工商行政管理局于 1996 年 8 月 14 日发布施行了《驰名商标认定和管理暂行规定》。根据上述国际公约及部门规章的规定，中国律师在为外国客户和中国客户提供商标法律服务时，又多了一项保护驰名商标的业务。

律师在提供保护驰名商标法律服务时应当特别注意以下几点：

1. 目前受认定和保护驰名商标仅为注册商标，不包括未注册商标，未明确包括服务商标，且尚无防御商标、联合商标等配套规定，也尚未做到个案认定、事后认定。

2. 驰名商标须由商标局认定，不得由其他任何组织或个人认定。

3. 申请驰名商标认定应当有充分、明确的诉求，如他人已将与该商标相同或者近似的商标在非类似商品上申请注册，他人已将与该商标相同或者近似的商标使用在非类似商品上，他人已将与该商标相同或者近似的文字作为企业名称的一部分使用等可能使驰名商标注册人的权益受到损害的情形。

4. 申请驰名商标认定应当提交使用该商标的商品在中国和在外国（地区）的销售量及销售区域，近 3 年来的主要经济指标及其在中国同行业的排名，该商标的中外注册情况、广告发布情况、最早和连续使用时间等证明文件。就是说该商标应当在中国市场上也享有较高声誉并为中国相关公众所熟知。

5. 如果被认定为驰名商标，那么，对他人将与该商标相同或者近似的商标在非类似商品上申请注册的，可要求商标局驳回其申请；已经注册的，在注册之日起 5 年内均可请求商标评审委员会予以撤销，他人恶意注册的可不受时间限制；他人将与该商标相同或者近似的商标使用在非类似商品上的，可以自知道或者应当知道之日起 2 年内，请求工商行政管理机关予以制止；他人将与该商标相同或者近似的文字作为企业名称的一部分使用且可能引起公众误认的，可以请求工商行政管理机关不予核准登记；已经核准登记的，可以自知道或者应当知道之日起 2 年内，请求工商行政管理机关予以撤销。

## 第五节 不正当竞争案件的律师代理

### 一、做好企业商业秘密管理

现代知识产权的范围拓展到包括防止不正当竞争权，其中最主要的就是商业秘密的保护。目前，商业秘密保护法尚未出台，保护商业秘密权的主要法律依据是《反不正当竞争法》第 10 条、第 20 条、第 25 条的规定和《刑法》第 219 条的规定。另外还有合同法第 43 条关于商业秘密的规定，《劳动法》第 22 条关于约定保守用人单位商业秘密的规定，《民事诉讼法》第 120 条关于涉及商业秘密的案件经当事人申请可以不公开审理的规定，以及劳动部发[1996]355 号文件《关于企业职工流动若干问题的通知》、国家科委《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》的规定。

律师在担任法律顾问时，应当充分注意做好商业秘密保护与管理工作：

#### （一）强化保密意识

不论将来立法完善到什么程度，要求受法律保护的商业秘密应具有秘密性、保密性和实用性这三个必备要件不会变。因此，律师应使顾问单位明确“无保密即无保护”的概念，加强保密意识。

#### （二）划定保密范围

商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。本单位通过合法渠道取得或掌握的未进入公有领域的技术秘密、经营秘密、管理秘密、交易秘密有哪些，应事先设密划密。

### （三）签署保密协议

律师可以协助顾问单位在劳动聘用合同、知识产权权利归属协议或者保密协议中，与完成、使用、实施、掌握、接触该保密技术或者经营信息的员工订立保密条款，约定保密范围、种类、期限、方法、补偿和泄密责任。

### （四）签署竞业限制条款

竞业限制，又称竞业避免或竞业禁止，指受聘人与聘用单位之间关于在约定条件下不得从事同业竞争的限制性规定。如约定该员工在离开单位后一定期限内不得在生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系或者其他利害关系的其他单位内任职，或者自己生产、经营与原单位有竞争关系的同类产品或业务。律师可以协助顾问单位在劳动聘用合同、知识产权权利归属协议或者保密协议中，与本单位技术权益和经济利益有重要影响的管理人员、科技人员等协商，约定竞业限制条款，约定竞业限制的具体范围、期限、补偿费的数额及支付方式、违约责任、义务解除、争议解决等内容。律师还应提醒顾问单位在进人时，了解其在原单位所承担的竞业限制义务，否则如明知其承担这样的义务，并以获取有关技术秘密为目的故意聘用的，应承担相应的法律责任。另外，竞业限制的期限最长不得超过3年。

### （五）建立保密制度

采取了合法有效的保密措施是商业秘密的构成要件。律师应当协助顾问单位制订并有效实行以下保密措施：

1. 订立履行员工保密协议；
2. 订立履行员工竞业限制条款；
3. 订立履行业务合作（如技术合同）方面的保密协议；
4. 制订实行商业秘密管理制度，包括但不限于：

（1）明确单位商业秘密的范围：制作方法、技术、工艺、配方、数据、设计图纸、试验记录、试验结果、样品、计算机程序、客户名单、货源情报、招投标文件、经营决策、市场分析、定价方法、营销计划、财务资料等等。

（2）明确保密义务人的范围：分别针对在职的人员、兼职的人员、离职的人员；分别针对各岗位责任人员进行规范。

（3）明确保密的方式：门禁（如胸卡、磁卡、密码）制度，警示（如在保密区标示限制入内或谢绝参观）制度，参观访问制度，文档资料传真、复印、拷贝、描晒、交接、归档、借阅、保存、销毁管理制度，谈判、开会、咨询、讲座、交流、鉴定、发表论文等的保密制度，专利申请与技术保密制度，保密监控设施或装置等等。

（4）明确保密的程序和期限：企业商业秘密的密级、设密程序、保密期限、解密程序等。

（5）明确泄密的责任：违反合同约定或者规章制度，盗窃、披露、扩散、使用或允许他人使用和泄密行为，及其应承担的减薪、扣奖、警告、记过、降级、开除、赔偿等处分。

## 二、代理商业秘密侵权纠纷案件

反不正当竞争法颁行后，商业秘密侵权纠纷案件呈逐年上升趋势，出现

了一些有影响的大案，也出现了不少原告滥用诉权的案件。

律师代理商业秘密侵权纠纷案件，应当注意以下问题：

#### （一）确定原、被告

原告应是商业秘密拥有人。被告应当是商业秘密的非法获取者；非法获取的商业秘密的披露者、使用者或许可者；掌握商业秘密而违约违规的披露者、使用者或许可者；明知或应知属于非法获取、违约违规披露、许可而获取、披露或使用商业秘密的第三人。实践中，由于实施非法获取行为、违约违规披露行为、许可行为的往往是个人，而违法使用商业秘密的往往为单位，故应将这两个方面的单位和个人列为共同被告，并应明确各个被告所实施的具体侵权行为。

#### （二）审查商业秘密的范围

这是商业秘密侵权案的争讼焦点。有些原告败诉就败在这个方面。原告律师应明确所诉的商业秘密的内容和范围，原告所采取的保密措施，该商业秘密是否符合法定要件；并可按《民事诉讼法》第66条规定申请证据保密，按第120条规定申请不公开审理。被告律师可以公知技术抗辩，举证原告所诉的商业秘密无秘密性；举证原告未采取保密措施或保密措施无效，否定其秘密性，从而否定原告诉求的前提。

#### （三）分析侵权行为构成

根据《反不正当竞争法》第10条的规定，侵犯商业秘密的行为包括：

1. 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；
2. 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；
3. 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；
4. 第三人明知或者应知前列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

在商业秘密侵权构成上，控辩双方律师应注意己方的举证责任。原告律师应从侵权行为的表现形式、侵权主观动机、侵权起止时间、各被告侵权行为之间的相互联系、权利人因侵权而遭受的损失、侵权人的非法获利等方面举证，支持诉讼请求。被告律师可从正当手段抗辩、合法来源抗辩、反向工程抗辩、无违约违规、善意使用、因果关系、获利大小等方面举证，得出不侵权结论或侵权责任大小的意见。

#### （四）其他应注意事项

此外，代理律师还应根据案件情况和诉讼地位，对诉讼时效、管辖法院、诉讼请求、证据保全、财产保全、和解可能等作出自己的判断，提出代理意见。

### 三、代理仿冒包装装潢侵权纠纷案件

根据《反不正当竞争法》第5条的规定，经营者采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手的，属不正当竞争行为：

1. 假冒他人的注册商标；
2. 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；
3. 擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；
4. 在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，

对商品质量作引人误解的虚假表示。

律师在代理这类不正当纠纷案件尤其是仿冒包装装潢侵权纠纷案件时，应当注意以下问题：

1. 知名商品的认定。国家工商行政管理局 1995 年 7 月 6 日发布的《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》对知名商品定义为：指在市场上具有一定知名度，为相关公众所知悉的商品。知名商品的认定权在工商行政管理机关和人民法院。原告律师应提供该商品销售量、销售区域、持续时间、广告宣传、获奖情况等证明文件。被告律师应对原告证据予以质证，对工商行政管理机关的认定程序和结论提出质疑。

2. 商品名称、包装、装潢是否特有的认定。这是争讼的焦点。原、被告律师应当从该商品名称、包装、装潢的文字、形状、图案、色彩是否具有原创性、可识别性、特定性、稳定性等方面进行举证和论证。

3. 是否足以造成误认的认定。这是争讼的又一焦点。原、被告律师应当从所诉和被诉侵权的两种商品名称、包装、装潢在文字、形状、图案、色彩等方面是否具有可比性、近似性，从销售渠道、消费群体、竞争关系、因果关系等方面进行技术对比，论证是否已经或者足以造成消费者的误认误购。

4. 原告的损失与被告的仿冒行为之间有无因果关系的认定。

## 第七章 律师办理房地产法律事务

### 第一节 律师办理房地产法律事务的概念和业务范围

#### 一、律师办理房地产法律事务的概念

律师办理房地产法律事务是指律师接受当事人的委托，在当事人的房地产业务活动中，担任法律顾问或代理人，在当事人的授权范围内，以保障当事人合法经营及维护当事人合法权益为目的，为当事人的经营行为提供咨询意见、草拟审查法律文件、参与谈判及办理当事人委托的其他非诉讼事务的法律服务行为。

#### 二、律师办理房地产法律事务的范围

从律师的业务实践来看，其业务范围主要包括：

房地产开发活动的法律事务：组建房地产开发公司的法律事务，出让或转让土地使用权的法律事务，房屋拆迁和安置的法律事务，房地产公司以土地使用权为担保的融资的法律事务，开发项目工程建设承包的法律事务。

房地产经营活动的法律事务：商品房预售和销售的法律事务，所有权人出售房屋的法律事务，所有权人出租房屋的法律事务，以房地产进行抵押的法律事务，房地产开发项目转让的法律事务，房地产中介活动中的法律事务，房地产物业管理的法律事务，房地产税收的法律事务，代理进行房地产行政复议等。

### 第二节 律师办理房地产法律事务的条件

律师办理房地产法律事务应具备如下条件：

#### 一、素质条件

律师代理业务的专业化分工是因为社会经济活动深层次发展的需要。首

先，办理房地产法律事务的律师应当熟练地掌握国家的法律规定，特别是由各级立法机构制定的关于房地产方面的法律法规，及时了解最新的立法动态和立法趋势。其次，律师应当全面地掌握各级政府部门关于房地产的政策、方针和精神。这是由房地产业务受政策影响大、历史沿袭问题多、房地产权益状态复杂等因素决定的。其三，律师应当基本了解有关土地、房屋、建筑、设计、规划、勘探、市政供应、房地产价格评估、物业管理等方面的基本专业知识。

## 二、形式条件

律师办理房地产法律事务必须有当事人（包括法人、单位或其他组织、公民）的授权委托。律师应当在授权范围内办理委托事务，由于房地产事务涉及金额大，权益移转所带来的法律后果重大等特点，超越授权而又不能被追认的代理行为对律师产生的后果是严重的。

## 三、实质条件

律师办理的房地产法律事务必须是真实的、合法的、具有法律意义的。

### 第三节 律师办理房地产法律事务的工作方式

根据法律规定及房地产法律事务的业务实践，律师主要以以下几种工作方式办理房地产法律事务：

#### 一、提供咨询意见，出具律师意见或法律意见书

这种工作方式主要是接受当事人委托，就当事人在业务活动中遇到的问题进行法律分析，寻求法律依据，预测或判断当事人拟进行的业务活动的法律后果，为当事人的业务活动提供法律上的支持。在形式上：

1. 参加当事人的会议，就当事人讨论的议题中涉及的法律问题发表意见，提出建议；
2. 就当事人提出的书面问题作出书面解答；
3. 就当事人的某一业务活动出具律师建议书，就该业务活动中可能存在的法律问题提醒当事人注意；
4. 就当事人的某一业务活动、活动意图或问卷出具法律意见书，提供法律分析并作出肯定或否定的法律结论。

#### 二、代表当事人参加协商谈判或起草审查法律文书

参加谈判是指以法律专业人员的身份参加当事人的谈判班子，在谈判中就涉及到的法律问题提出代表当事人一方利益的意见；或独立地代表当事人与对方当事人的谈判，以求达成协议或解决某一问题，维护当事人的合法权益。律师必须事先了解当事人的意图和目标，调查为贯彻该意图和目标的相关材料，制定谈判策略，收集和了解法律依据、信息及对方当事人的意见。起草法律文书则是指当事人通过谈判或协商，为解决某一问题或完成合作而签署协议或其他法律文件，而律师受当事人委托起草这样的法律文书。律师起草法律文书应合法、全面、准确、详细地就议定事项进行描述和规定。

#### 三、调查、查证

房地产法律业务中的一项重要工作是调查和查证，主要是资格、资信调查和法律状况查证。由于房地产业务具有资金投入大、运作周期长的特点，当事人介入时对对方的资格、资信极为重视，律师应调查对方当事人在主体上是否具备法律规定的条件或资信能力，为履行合约提供保障。由于房地产

业务涉及的管理部门多，律师在当事人介入某房地产业务前，应充分地查证该房地产业务的法律状态，是否得到相应的批准、文件齐备的程度及对方当事人对该房地产项目的权益是否确定，有无第三人权益限制等。律师应当将上述调查、查证结论如实全面地报告当事人并帮助当事人作出分析。

#### 四、受托代办特定法律事务

律师接受当事人委托，代办某一单项事务，如申办房地产权利证件，进行抵押、预售登记，代为缴纳交易税费，代办招投标手续等。

#### 五、提供律师见证

律师见证是指以律师身份证明当事人从事的法律行为的真实性。由于房地产业务涉及的合同多，而当事人双方在签署合同或其他法律文书时，希望得到法律专业人员的证明，律师提供见证应查明当事人身份，并要求当事人在律师面前从事法律行为。

#### 六、代理行政复议

房地产管理机关受理房地产纠纷当事人的申请后，就可以就产权买卖、租赁、维修、土地使用权、房屋使用权等多方面纠纷作出行政决定。当事人对行政决定不服的，可以按法律规定申请复议，律师代理行政复议应了解行政决定作出的背景、材料基础，搞清复议管辖，准备复议文件，介入复议程序，维护当事人利益。

### 第四节 几项主要的房地产法律事务的工作程序

#### 一、国有土地使用权转让中的法律事务（以受让方的代理律师为例）

1. 了解国有土地使用权转让的目的。了解受让方受让的目的是直接关系到交易是否成功的基础，如果该转让土地的规划目标非常明确，且不能再作改变，而受让方的目的是改作他用，则这起交易即便成功，也不能达到受让方受让土地的目的。大多数情况下，受让土地使用权是一种初步步骤，利用土地进行何种建设才是目的。

2. 调查转让方的《国有土地使用权出让合同》，以便了解土地管理机关对出让该片土地使用权的土地使用条件及土地使用权期限。

3. 调查待转让土地使用权的状况。转让方是否已交清土地地价款，是否取得土地使用权证书，是否已按《国有土地使用权出让合同》规定进行了投资开发及已投资的数额，形成的土地现状，是否有地下物、地上物，其地上建筑物是否已领取房产证件，土地使用年限的剩余年限，审查待转让的土地使用权是否符合《城镇国有土地使用权出让和转让暂行规定》及各地方人民政府颁布的关于国有土地使用权转让的地方法规规定的转让条件。

4. 委托评估土地使用权价格。

5. 准备谈判资料，帮助当事人测算土地使用权转让价格。

6. 参加土地使用权转让谈判。

7. 根据谈判结果起草土地使用权转让合同并协助当事人签署该合同。

土地使用权转让合同应具备的主要条款：

- （1）双方当事人名称、地址、法人代表姓名、联系方式；
- （2）转让土地的位置、面积、四至范围；
- （3）土地使用权属证书；
- （4）转让土地使用条件；

- (5) 转让土地的现状；
- (6) 土地使用权的转让价格；
- (7) 土地使用权的剩余使用年限；
- (8) 付款方式；
- (9) 各方责任；
- (10) 土地使用权的转移登记；
- (11) 土地上现有建筑物的产权转移登记；
- (12) 资料移交；
- (13) 违约责任；
- (14) 税赋负担等。

8. 协助当事人清理并接收关于转让土地使用权的资料。

9. 协助或代理当事人到当地县或县级以上人民政府土地管理机关办理土地使用权转让登记，领取土地使用权证书。

## 二、房地产抵押的法律事务

房地产抵押是指抵押人以其合法的房地产，以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产实现债权。律师受委托办理该项事务，主要的工作程序为：

### (一) 核查主合同

房地产抵押是债的担保方式之一，关于债的合同是主合同，为担保债的履行而签署的房地产抵押合同是从合同。所以核查主合同要了解两个要点：

(1) 主合同中债的额度；(2) 债的履行期限，以便确定房地产抵押合同的要点。

### (二) 核查抵押的房地产状况

1. 抵押房地产的坐落位置（包括土地使用权和地上建筑物两个方面）。

2. 抵押房地产的权属证书，审查证书是否齐备、有效。权利人名称。

3. 抵押房地产的法律状况，是否已经抵押，是否有共有人，是否已设定他项权利，土地使用权是否属划拨性质，是否已出租，是否已列入拆迁范围或被征用范围，是否为政府代管房地产，是否目前正在涉及诉讼，是否属于文物保护范围，是否为司法、行政机关依法裁定、决定查封或限制的房地产，是否权属不明或权属存在争议，是否尚未领取权属证件。总之应审查该房地产按法律规定是否属于不得设定抵押权的范围。

### (三) 协助当事人设定抵押权

在设定抵押权时，应充分考虑到法律的特殊规定：

1. 以出让土地使用权设定抵押权的，抵押权设定前原有地上房屋及其他附属物应当同时抵押。以出让土地使用权地块上的全部房屋设定抵押权的，该房屋占有范围内的土地使用权随之抵押。以出让土地使用权地块上的部分房屋设定抵押权的，该房屋所占相应比例的土地使用权随之抵押；

2. 以房屋期权设定抵押权的，必须符合房屋预售和建筑承包的有关规定；

3. 以已出租的房地产设定抵押权的，抵押人应当将已出租的事实明示接受抵押者。抵押合同签订后原租赁关系继续有效；

4. 按份共有的房地产以抵押人所享有的份额为限；共同共有的房地产必须经全体共有人同意，抵押人应为全体共有人；

5. 同一房地产设定两个以上抵押权的，后一个抵押权所担保的债务履行

期限不得早于前一个抵押权所担保的债务的履行期限；

6. 抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。

(四) 协助当事人对抵押房地产进行评估，以确定抵押房地产的价值

(五) 参加谈判，根据谈判结果草拟房地产抵押合同

房地产抵押合同是要式合同，且应当具备如下的主要条款：

1. 抵押人、抵押权人的名称或者个人姓名、住所；
2. 主债权的种类、数额；
3. 抵押房地产的处所、名称、状况、建筑面积、用地面积以及四至范围等；
4. 抵押房地产的价值；
5. 抵押房地产的占用管理人、占用管理方式、占用管理责任以及意外损毁、灭失的责任；
6. 抵押期限；
7. 抵押权灭失的条件；
8. 违约责任；
9. 争议解决方式；
10. 抵押合同订立的时间与地点；
11. 双方约定的其他事项。

(六) 办理抵押登记

根据现行法律法规规定，房地产抵押不仅要签署书面法律文书还要依法办理抵押登记手续。抵押登记是抵押合同的生效条件，办理抵押登记时应当准备如下相关材料文件：

1. 抵押当事人的身份证明或法人资格证明；
2. 抵押登记申请书；
3. 抵押合同；
4. 《国有土地使用证》、《房屋所有权证》或《房地产权证》，共有房屋还必须提交《房屋共有权证》和其他共有人同意抵押的证明；
5. 可以证明抵押人有权设定抵押权的文件与证明材料；
6. 可以证明抵押房地产价值的资料；
7. 登记机关认为必要的其他文件。

上述第五项在股份公司、中外合资企业、有限责任公司有权设定抵押权的文件中应当是公司之董事会作出的决议，其他机构应为上级主管部门批准文件，国有企业则应为国有资产管理授权人的批准文件。

上述第六项证明抵押房地产价值的资料，应为有资格的房地产价格评估部门的评估报告，新建房屋被批准销售的，可以以销售合同作为资料的一部分。

抵押人要求保险的，还应当提交保险合同及单据。

(七) 抵押权消灭

主债务合同得到有效履行，或抵押合同到期后，抵押权人不主张权利的，或符合其他法律规定条件的，抵押权消灭后，应当到抵押登记机关办理注销抵押登记的手续。

(八) 抵押权的行使

当出现下列情形之一时，抵押权人有权要求处分抵押房地产，即行使其抵押权：

1. 债务履行期满，抵押权人未受清偿，债务人又未能与抵押权人达成延期清偿协议；

2. 抵押人死亡或被宣告死亡，而无人代为履行债务或其继承人不愿履行债务；

3. 抵押人被宣告破产或解散；

4. 抵押人擅自处分抵押房地产；

5. 抵押合同约定的其他情况。

出现上述情形后，抵押权人可以与抵押人协商处分抵押房地产（1）以拍卖方式处分；（2）以折价方式处分；（3）以变卖方式处分。协商不成的可以通过诉讼解决。

### 三、房地产预售、销售的法律事务

房地产预售和销售业务是房地产律师的一项经常业务，律师参与房地产预售、销售对规范房地产市场，保护当事人利益有积极的作用。

房地产预售、销售是指房地产开发商就其开发的房地产项目达到法律规定的可以进行预售、销售的条件时，经批准进行的向承购人预售、销售的行为。在此项法律事务中，律师的工作主要有：

#### （一）协助开发商获取预售、销售批准

1. 审查待售商品房项目是否已具备下列法定条件：预售商品房的条件：

（1）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（2）持有建设工程规划许可证；（3）按提供的预售商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的 25%，并已经确定施工进度和竣工交付日期。销售商品房的条件：（1）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（2）已完成工程建设任务；（3）房屋及配套工程已获得竣工核验并达到合格以上的质量标准；（4）已领得房屋产权证件；（5）物业管理公司已经确定。

2. 协助开发商准备如下文件申办《商品房预售许可证》：（1）开发商《企业法人营业执照》；（2）建设项目的投资、立项、规划、用地、施工等批准文件和证件；（3）工程施工进度计划；（4）已投入工程建设总投资 25% 以上资金的证明；（5）商品房预售方案；（6）需向境外销售的，同时提交允许向境外预售的批准文件。申请销售商品房的除上述（1）、（2）项相同外，还应准备：（1）工程竣工验收报告及工程质量核定证书；（2）测绘结论；（3）以开发商为所有权人的房产证书；（4）土地使用权证书；（5）土地或房产未设定抵押或虽设定抵押但已注销的证明及材料。

#### （二）起草商品房预售合同和销售合同

由于预售和销售是一种面向社会的经营行为，为使这种经营行为规范化，针对每一承购人的合同应内容基本一致，权利义务的规定基本相同。如果针对每一承购人的合同的规定差异很大，不仅容易造成预售和销售行为的混乱，也会给合同的执行带来困难，所以这种合同的起草必须遵循公平、合理、诚信的原则。

（三）审查开发商的广告，避免违反广告法和不实宣传、虚假宣传的广告用语

#### （四）准备预售的资料和文件

如待售商品房项目的合法批准文件、各项建设手续文件、说明商品房功能和使用要求的资料、承购人应准备的文件目录清单和要求，使预售、销售行为程序化和规范化。

#### （五）谈判签约

律师代理开发商或承购人就承购的房屋和合同进行谈判，并见证签约行为。

#### （六）办理预售登记

办理预售登记应准备如下材料和文件：（1）买卖双方的资格文件；（2）已签署的合同；（3）非当事人亲自办理的，应准备授权委托书；（4）境外向境内转递的法律文书是否符合法律文书转递的程序，是否已办必要的转递认证手续；（5）代理人的资格文件；（6）登记所需的税费。

#### （七）监督履行售房合同

由于宗地开发的成片房地产预售和销售很可能出现承购人众多的情况，但每一合同的付款及其他履约约定是不尽相同的，律师应充分考虑、检查每份合约的履约期限，提醒相关当事人及时履约，避免违约情况的发生。

#### （八）验收接管房屋

律师代理当事人检查房屋是否已达到合同约定的标准，是否具备交用条件，履行法律手续验收接管房屋。

#### （九）代理办理产权过户（见以下代办业务）

### 四、办理房地产权属登记中的律师代办业务

国家实行房地产登记发证制度，证明对房地产拥有财产权利的惟一形式是国家法律认可的房地产权属证件。由于房地产权属登记发生的法律后果的重要性，使代理办理房地产权属登记成为房地产律师业务的一项重要内容。

#### 1. 签订授权委托书。

2. 准备房地产交易过户的文件资料。卖方为：资格文件，包括公司企业法人营业执照，个人有效身份证件；房地产权属证件，包括土地使用权证书和房屋所有权证书；房地产价格评估资料（新建房屋依照合同价格可不作评估），房地产测绘资料，已纳税凭证，卖方有权出售房地产的批准文件；买卖合同。买方为：资格文件：公司为企业法人营业执照，社团组织为政府有权机构批准成立的文件，个人为有效身份证件；买卖合同。

3. 申请交易过户。律师将上述文件材料准备齐备后，会同对方当事人或代理人向房地产所在地的房地产交易部门申请过户。

4. 代理申请测绘。由房地产管理机构认可的测绘部门对交易的房地产进行实地丈测，并绘制图纸，确定交易面积的实际数额。

#### 5. 代理申报交纳印花税、交易过户手续费、买受人应纳的交易契税。

#### 6. 领取房地产买卖契证。

7. 申请领取房屋所有权证、土地使用权证，交纳权证印花税、权证工本费、房屋测绘费、土地丈测费等有关费用。

## 第八章 律师办理公司法律事务

### 第一节 律师办理公司法律事务的基本范围、素质要求及工作方法

#### 一、基本范围

本章介绍一些律师从事有关公司方面的法律服务工作。这里讲的公司是指符合公司法及其相关法律法规的规范化的公司，而不包括冠以公司名义，但并非公司法规范的公司。

所谓律师办理公司法律事务，是指律师接受公司或公司股东、董事、监事、经理人员的委托，在授权范围内为委托人提供法律服务。其具体的服务范围主要是：设立公司过程中的法律事务；国有企业和其他非国有企业重组并设立公司的法律事务；公司的股权设置、转让、质押；公司日常经营活动中的法律事务；公司的合并、分立、收购；公司的破产、解散和清算；有关公司事务的争议的解决等等。

## 二、素质要求

不言而喻，律师从事公司法律事务的基础必然是学好公司法的理论以及掌握公司法及其他相关的公司方面的法律和法规。学好公司法的理论不仅仅是了解和领会中国目前的公司法方面的理论，而且要比全面地对外国公司法的基本理论、观点、制度有所学习和了解，还要对中国公司法律理论的发展以及中国过去和现在的企业制度和最新的公司制度的发展有所学习和了解。只有这样，才能不仅知其所以然，还能知其所以然。律师不仅要能懂得法律条文的本身，还要懂得制定这些条文的基础与背景，全面掌握法律条文之间的内在关系和这些条文与实践的关系。除了对公司方面的法律知识和法律规定的掌握外，律师从事公司方面的法律事务还要学习和掌握许多其他方面的法律知识和法律规定。前面谈到，公司作为经济活动中最活跃的主体，其面临着多方面的法律事务，比如说，资产的权属问题，土地使用权问题，商标权、专利权、著作权问题，劳动问题，税收问题，当然，还有股东、董事、监事、经理人员的权利、义务和责任问题。这样，就要求律师有上述诸方面的法律知识和对有关法律的掌握。

有不少律师在实践中体会到，懂得一定的生产经营和管理方面的知识对从事公司方面的法律事务是非常有益的，特别是应懂得一些公司财务、公司会计方面的知识。作为一名律师，如果看不懂公司资产负债表和不懂得资产、负债及股东权益等基本概念和相互之间的关系，可以说，这名律师是无法真正从事公司方面的法律事务的。公司的许多法律事务都是和公司财务紧密相关的，或者说，许多法律规定就是针对公司财务问题的，如资本公积金的设置和提取，任意公积金的设置和提取等等。如果对于资本公积金和任意公积金的概念及用途都不清楚，就不可能提供有关这方面问题的法律服务。

## 三、工作方法

律师从事公司法律事务和从事许多其他法律事务的工作方法都是类似的。本书已有其他章节着重介绍了律师提供法律服务的方式、方法，故本章不再重复。在此，仅将律师从事公司法律事务主要运用的方法列举如下：

1. 为委托人提供有关公司某些法律事务的口头的及书面的法律咨询意见；
2. 为委托人出具正式的法律意见书，对委托人关心或期待得到答案的法律问题进行调查、分析并得出肯定或否定的结论性的法律意见；
3. 为委托人策划公司设立、重组、合并、分立、兼并、解散、清算、破产等方面的法律处置方案；
4. 为委托人起草或修改发起人协议、公司章程、公司重组协议、贷款协议等法律文件；
5. 代理委托人参加有关公司事务的法律纠纷的诉讼或仲裁。

## 第二节 有关公司的现行法律体系

法学研究中关于公司及其公司法理论极其丰富，世界各国的公司体制和公司法律也有不小区别。本章所谈严格上讲仅为中国律师从事中国的公司法方面的法律专业服务，因此着眼点及其工作范围主要基于和限定在现行的公司法和相关法律法规的规定及其具体实践。

《公司法》颁布于1993年12月，自1994年7月1日起实施。该法分为11章，共230条，它比较全面地规定了公司的形式，公司的设立，组织机构，股份发行和转让，公司的合并、分立，公司的破产、解散和清算的基本原则和制度。

《公司法》是公司法律体系中的基本法，但《公司法》中多次规定并授权政府机构制定与公司法配套的其他法规。到目前为止，政府部门颁布了大量配套的法规、规章，现列举如下：

#### 一、关于公司登记注册方面的规定

《公司登记管理条例》（1994年6月24日国务院令第156号发布）

《公司登记管理若干问题的规定》（1998年1月7日国家工商局令第83号发布）

《公司注册资本登记管理暂行规定》（1995年12月18日国家工商局令第44号发布）

#### 二、关于对原有公司进行规范的规定

国务院《关于原有有限责任公司和股份有限公司依照公司法进行规范的通知》（1995年7月3日）

国家体改委《关于做好原有股份有限公司规范工作的通知》（1995年9月15日）

国家体改委《关于对原有股份公司规范中若干问题的意见》（1996年9月3日）

#### 三、关于公司股权管理的规定

《股份有限公司国有股权管理暂行办法》（1994年11月3日国有资产管理局、国家体改委发布）

国有资产管理局《关于规范股份有限公司国有股权管理有关问题的通知》（1996年5月15日）

《国务院办公厅转发国务院证券委关于暂停将上市公司国家股和法人股转让给外商请示的通知》（1995年9月23日）

《关于外商投资企业成为公司股东或发起人登记管理的若干规定》（1995年10月10日国家工商行政管理局发布）

#### 四、关于公司土地管理的规定

《股份有限公司土地使用权管理暂行规定》（1994年12月3日国家土地管理局、国家体改委发布）

#### 五、其他有关公司的法规、规章

国家体改委《关于在股份有限公司设立中加强改制工作的通知》（1995年9月15日）

《股票发行与交易暂行条例》（1993年4月22日国务院令第112号发布）

《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》（1994年8月4日国务院令第160号发布）

《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》（1995年12月25日发布）

《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》（1995年1月10日对外贸易经济合作部令第1号发布）

《到境外上市公司章程必备条款》（1994年8月27日国务院证券委、国家体改委发布）

《上市公司章程指引》（1997年12月16日中国证监会发布）

以上这些法规、规章以及其他大量的未列举的有关公司方面的法律、法规与《公司法》一起构成了规范公司活动的公司法律体系，律师从事公司法律方面的事务应学习和掌握这些法律、法规。

### 第三节 律师公司法律事务介绍

由于公司法及其配套法规颁布并实施的时间不长，公司方面的法律事务尚属于比较初级的阶段。即使如此，这种事务也是多种多样、举不胜举的，在此仅将目前遇到的一部分律师可以提供服务的方面和内容做些介绍。

#### 一、公司类型的选择

律师在这方面的的工作就是根据不同情况帮助发起人进行分析、研究，从而选择适宜的公司类型。

公司法只规定了有限责任公司和股份公司两种公司形式。所以，公司的发起人和律师在选择公司的类型方面没有多少余地。然而，在实践中，根据发起人的情况及其目的而选择设立有限责任公司（有时要选择国有独资公司）还是股份有限公司，仍然不是一件轻而易举的工作。公司法要求设立有限责任公司时，股东不能少于2人和不能多于50人，但国有独资公司的股东可以为1人。从我国的实际情况看，有限责任公司的股东往往是基于人身信任关系才共同举办设立公司的，所以股东人数往往不超过10人。这是选择设立有限责任公司的重要原因。此外，设立有限责任公司要求的注册资本也比较小，一般从10万元到50万元，大多数中小规模的企业适于采用这种形式。再者，设立有限责任公司的程序往往比股份有限公司简单得多，这也是选择设立有限责任公司的重要原因。以上情况有个明显的例外，就是设立国有独资公司。国有独资公司的股东可以是1人，一般是政府授权的部门或机构。现在一些大型国有企业在进行改制成为公司时，也往往依照公司法改建为国有独资的有限责任公司，有些则改制为具有两个以上股东的有限责任公司。一般来说，国有独资公司和国有企业改建的有限责任公司的规模相对于其他有限责任公司要大。

选择设立股份有限公司往往是发起人希望建立一个公众性规模较大的公司，并且希望向社会融资。虽然公司法规定了股份公司可以通过发起或募集的方式设立，但在实践中发起方式已较少被采用。对于发起设立的方式来说，股份公司的形式有许多不便：一是发起人不能少于5人；二是设立股份有限公司要经过严格的审批；三是股份有限公司的注册资本要求最低不少于1000万元。有这三条的限制，不如直接设立一个有限责任公司，除非有设立公众性公司和向社会融资的打算。

#### 二、公司设立方式

除了选择公司的类型，根据不同情况确定一个适合的公司设立方式也是

律师应考虑的内容。

有限责任公司的设立方式比较简单,《公司法》第 19 条规定了设立有限责任公司应具备的条件,这些条件没有特殊要求。而对于股份有限公司则有发起设立方式和募集设立方式。前面讲到,发起设立方式已较少被采用,而多数采用募集设立方式,但在国有企业进行股份制改造并到境外发行股票和上市的过程中,往往是先由一家或一家以上的国有企业作为发起人,以发起方式先成立股份有限公司,然后再转为社会募集性的股份有限公司,再到境外发行股票并上市。所以,什么时候采取发起设立,什么时候用募集方式设立,应既考虑到法律的要求,又考虑到实际的需要。

### 三、关于公司股东的资格

什么人可以成为有限责任公司的股东,什么人可以成为股份有限公司的发起人或非发起人的股东,律师在业务中会经常遇到这样的问题。

在设立有限责任公司时什么人可以成为股东,公司法并未明确。公司法仅规定了股东人数的限制,但未规定股东的身份要求。首先,法律未禁止自然人作为股东;其次,也未禁止法人作为股东。根据实践,中国自然人及法人作为股东似乎是顺理成章的,否则,就没有人可以成为有限责任公司的股东了。但外国自然人和法人能否作为股东,以及外商投资企业能否作为股东则是一个需认真分析的问题。在公司法颁布之前,外商投资的法律体系已经建立,外国法人和公司在中国投资从事生产经营活动应按照相关法律设立外商投资企业,有些外国自然人或法人在中国直接从事经营活动的则要履行工商登记手续。《公司法》第 18 条也规定了外商投资企业适用公司法的同时优先适用外商投资企业的法律。但一个外国自然人或法人提出要在中国与其他外国或中国的自然人或法人设立一个有限责任公司时,或者,该外国自然人或法人去接受一个现有的有限责任公司的股东的股权转让时,依据公司法是否存在法律上的障碍就是一个比较微妙的问题,目前尚没有对这个问题的确切规定和解释,在具体实践中,政府的主管部门(如工商行政管理部门)往往是持否定态度的。至于外商投资企业成为公司股东或发起人是可以的,国家工商局对此作了明确的规定(见工商企字[1995]第 260 号文),但要符合一定的条件。

对于股份公司的发起人资格问题,公司法规定的也不是很明确。《公司法》第 75 条规定了股份有限公司的发起人应当有 5 人以上,其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。目前的实践是,中国法人作为股份公司的发起人并无限制,自然人作为股份公司的股东的情况很少,但作为发起人的情况似乎很鲜见。而外商投资企业已有不少成为股份公司的发起人,外商投资企业中的投资性公司和保税区内设立的外商投资企业不能作为股份公司的发起人,也不能购买股份公司的股票。外国自然人及法人作为股份有限公司的发起人依照公司法本身的条款似乎并不成为问题,然而,至今为止在实践中外国自然人及法人作为股份公司的发起人也是少有的事情,政策上并不支持这种做法。对于上市公司,国家证券委于 1995 年 9 月还专门规定暂停上市公司国家股和法人股转让给外商。这两年的实践中,不少非企业的法人单位和职工持股会、村民委员会都要求作为投资者设立公司,公司法对此也没有具体规定,而 1998 年 2 月 1 日起施行的《公司登记管理若干问题的规定》对上述情况都制订了较明确的条款,律师应特别注意这些具体规定。

### 四、股权的设置

帮助公司或其发起股东合理地策划股权的设置是律师从事的一项有意义、有价值的工作。

有限责任公司的股权比较简单，其股权没有什么区别。在公司法中有关股份公司的股权虽然只有普通股、优先股的概念，但对普通股又依据持有人的性质和所持股票是否上市、以及何地上市、股票发行对象等等因素，在具体的法规和实践进一步划分为国有股（包括国家股和国有法人股）、法人股、社会公众股（A股）、外资股（B股、H股）等等。一个股份有限公司的股权的设置与股票发行上市并非随意确定的，上述具体的划分不仅仅是名称上的不同，而是有着明显的区别。国家股、国有法人股或其他法人股目前不能在股票市场直接流通，这种股权往往是发起人持有。过去以定向募集方式设立的股份公司就有不少法人股股东，这种定向募集的方式目前已被取消。国家股的权益直接归国家拥有，而且股利要由国家收取。许多国有企业在进行股份制改造之前，其利润往往是留在企业，但一经改造，转入到股份公司的净资产大都是国有资产，当这些净资产的50%以上的部分被转入到股份公司时，无论原企业是否存在，在法律上则被确定为国家直接投入这些净资产而形成国家股股权，其股利也就由国家直接收取。有的地方政府为了支持国有企业改造，又将股利返给原企业（股份公司的发起股东），但这毕竟不是长远之计。所以许多国有企业在股份制改造时很关注股权问题，也要求律师帮助企业一起策划合适的股权结构。对此，律师应协助发起人对投入股份公司的资产及债权债务作适当的筹划和安排，以确定对各股东和股份公司的存续与发展比较合理、比较有利的股权结构。A股、B股和H股等是可以在股票市场流通的股，所以大多数股份公司都尽可能地争取去发行这些种类的股票并上市。但国家对整体发行上述各类股票的规模是进行严格控制的，只有经过审核并获取政府的主管部门批准的企业才能够去不同市场发行A股、B股和H股。要经过政府主管部门审核和批准发行与上市，就有许多中介机构要做的前期准备工作，包括制订重组方案，根据重组方案进行重组工作，还包括根据审批要求和上市地法律和证券交易所规则的要求准备各类法律和事实文件等等。这部分内容是律师从事证券业务的重要部分。

### 五、公司资本及出资方式

《公司法》第23条不仅按照有限责任公司的经营范围规定了有限责任公司注册资本的最低限额，而且规定有限责任公司的注册资本为设立时收到的公司股东实际缴纳出资的总额。与有限责任公司不同的是，股份公司的注册资本并非与股份公司设立时收到的股东实际出资额相一致，当股份公司以超出股份的票面值溢价发行股票并收取所得资金时，溢价发行部分的价款并不列为股本，而是作为资本公积金。

至于什么可以作为出资，《公司法》第24条和第80条对有限责任公司的出资和股份有限公司的出资均作了较明确的规定，二者基本相同。律师提供这方面的服务时，应帮助发起股东和公司审查出资中除货币以外的有形和无形资产的权属是否存在瑕疵，并协助办理上述资产的权属向新设立的公司转移的有关手续，帮助起草有关的协议和相应的法律文件，如土地使用权的转让协议，商标、专利权的转让协议或许可使用协议等等。

我国《公司法》第24条规定国家对采用高新技术成果有特别规定的，其无形资产作价出资可以超过20%。国家工商局和国家科委1997年曾作出规定，经科委鉴定后确认的高新技术可以达到公司注册资本的35%。国家工商

局发布的《公司登记管理若干问题的规定》中则要求高新技术成果出资超过注册资本 20%时，应由国家或省级科技部门认定，经依法注册的评估机构评估价格。

实践中，除上述公司法规定的出资方式外，在企业股改中使用广义的出资概念，即净资产出资，实际上是发起人对其资产进行重组并将部分资产连同债权、债务划入股份公司，并将净资产经评估后作为发起人投入股份公司资产的依据。

在此过程中，律师应协助发起人及股份公司进行拟转移之债权、债务项下的合同或协议的变更手续，如发出变更通知，修改合同或协议等。

## 六、公司注册登记

注册登记事宜往往由律师协助进行，有时公司委托律师全面负责完成。

1994年7月1日以后，凡依照公司法设立的公司均须依照《公司登记管理条例》办理登记手续，即包括新办的公司，也包括依照公司法重新规范的公司。目前，公司的登记与非公司企业法人的登记形成了事实上的双轨制，前者按《公司登记管理条例》进行登记，后者则按《企业法人登记管理条例》办理登记。

具体如何登记是一个程序问题，《公司登记管理条例》作了比较全面和系统的规定，有几点应注意：一是公司设立前应申请名称预先核准。二是公司的全部资本必须实缴，并且经在工商行政管理机关登记注册的会计师事务所和审计事务所验资后，才能办理公司登记。这种实缴制与外商投资企业的出资制度是不相同的，以外商投资企业程序设立的有限责任公司的资本金可以在公司设立后依照法律规定及合资者之间的合同约定分期缴付，所以，外商投资企业的出资及登记注册条件仍然依照外商投资企业的法律法规进行。三是经营范围，公司法规定经营范围由公司章程规定，但法律规定经营某些产品或项目需经政府批准时则应在申请登记以前取得批件。

## 七、关于公司的章程

《公司法》第11条规定设立公司必须依照公司法的规定制定公司章程，《公司法》第22条和第79条分别规定了有限责任公司和股份有限公司章程应当载明的事项。起草和修改公司的章程一般是律师从事公司法律业务的最经常的工作。在制定公司章程时，既要考虑法律规定，又要考虑本公司具体情况与实际需要。章程中有些事项是必不可少的，如公司名称、住所、宗旨、注册资本等；有的则是法律已规定的事项，即使章程中未载明，可推定适用这方面的法律确定的事项，如利润分配原则，注册资本的增加或减少等事项。

除公司法对章程载明事项有所规定外，在境内股票市场上市内资股和外资股（A股和B股）的公司还要尽量采纳证监会1997年12月发布的《上市公司章程指引》的条款，在实践上采用这些条款不仅对上市公司的审批有利，而且能更全面地确定上市公司的组织机构、议事程序以及明确股东、董事、经理人员的权利义务和责任。在制订境外上市，特别是在香港上市的股份公司的章程时，基本上要采纳中国证监会与国家体改委发布的《境外上市公司章程必备条款》的格式及内容，可选择制定条款的余地并不大。

## 八、公司的组织机构

如何帮助公司根据经营需要设计及安排公司的组织机构也是律师的重要工作之一。公司的组织可分为外部组织机构和内部组织机构。外部机构指子公司和分公司。设立子公司要考虑《公司法》第12条的限制，即公司对外投

资累计不得超过其净资产的 50%，但国务院规定的投资公司和控股公司除外。公司法对什么是子公司、如何设立子公司以及公司能否设立非公司的企业法人等问题没有作出规定。由于公司法仅规定除国家授权投资的机构或授权投资的部门可以单独出资设立独资公司，所以从法律推理上，子公司也只能是有限责任公司或股份有限公司两种形式。国家工商局发布的《公司登记管理若干问题的规定》则进一步明确：除国家授权投资的公司可投资设立全资子公司外，公司不得设立全资子公司以及不得设立非公司的企业法人，也不得向非公司企业投资入股。律师帮助策划公司的内部组织机构的工作主要是根据公司的情况和法律的规定安排协调好股东会、董事会、监事会和经理部门之间的权力分配和管理监督机制，并划分好各内部机构各自的职责和议事规则，所有这些应主要通过公司章程予以体现。

### 九、关于股权的转让、质押

股权转让是律师提供服务的重要方面。律师可协助公司或其股东制定股权转让协议；对公司进行全面的审慎调查，包括出资情况、资产、负债、人员、业务、签订合同与履行合同情况、纳税情况、经济纠纷情况等等；律师还可以帮助企业获得政府有关批准文件，以及必要的资产评估确认文件等；律师还可以帮助修改原公司章程和其他因转让活动而需修改的规章制度等。在工作中律师应注意以下几方面问题：一是对有限责任公司而言，股权的转让要考虑到其他股东的优先权以及得到其他股东的同意；二是有些股份公司的股权不能或在一定阶段内不能转让，如发起人的股权 3 年内不得转让，上市公司的国家股、法人股暂停对外商进行转让等；三是要注意评估问题，特别是涉及到国有股权时更要注意评估和对评估结果的政府确认手续。

将公司股份在一定情况下进行质押也是律师可以提供法律服务的方面。对股份进行质押，公司法中并未进行具体规定，这方面的法律依据首先来源于担保法。我国《担保法》第 75 条的规定，公司依法可以转让的股份、股票可以质押。

有限责任公司的股份是以股东对公司的出资额来代表的，而股份有限公司，根据公司法的规定，“公司的股份采取股票的形式”，因此其股份是由股票来代表的。由此可见，按照担保法的规定，有限责任公司股东的出资额（股份）及股份有限公司股东持有的股票可以质押。

值得注意的是，只有“依法可以转让”的股份、股票才可以质押，限制转让或禁止转让的股份、股票不能设质。例如，《公司法》第 147 条规定：发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 3 年内不得转让；公司董事、监事、经理持有本公司的股份在任职期间内不得转让，由此这些股份在其限制转让期间也不得设定质押。

以依法可转让的股份、股票设定质押，必须履行必要的法定手续。根据《担保法》第 78 条的规定，以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。以有限责任公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

以公司的股份、股票设定质押，重要的是出质人和质权人要签订质押合同，约定双方的权利义务。律师的工作主要是起草质押合同，并代表自己的客户与对方进行谈判。质押合同应包括以下主要条款：

1. 被担保主债权的种类、数额。实践中较常见的是为债务人的借款提供

担保，合同中要明确借款的本金、利息、期限等。

2. 质物的名称、数量、状况等，如是哪家公司的股份或股票，是国家股或法人股或社会公众股等。

3. 出质人对质物的承诺与保证，如质物确为出质人所有、质物上未另外设定担保或其他第三者权利等。

4. 质押担保的范围。根据双方的约定，质押担保的范围可以只限于主债权本身，或包括主债权及利息等。如果双方未约定，根据担保法，质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。

5. 质押权的实现，债务履行期限届满债务人未履行债务的，质权人可与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物从中受偿。

6. 债务人履行债务的期限或质押合同的期限。

律师在起草质押合同时应注意合同条款应符合我国担保法的规定。根据我国担保法规定，质押合同双方不得在合同中事先约定在债务履行期限届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有，只有在债务人到期未能履行债务时，质权人才能与出质人协商以质物折价。另外根据我国担保法的规定，实现抵（质）押权只能通过双方协商，或折价、或变卖，如果双方不能协商一致，则可向法院起诉，由法院通过诉讼实现抵（质）押权，而没有自动实施抵（质）押权的程序。

#### 十、公司合并、分立、收购

《公司法》第七章规定了公司合并、分立。现阶段这方面的工作往往是与国有企业或其他非国有企业进行公司化重组，以及成立股份公司并公开发行股票和上市过程中进行企业的收购活动紧密相连的。律师在从事这类业务时的工作内容主要包括：接受委托对兼并双方、合并双方或分立企业进行审慎调查；协助制定兼并收购或分立、合并方案；代表或协助企业进行谈判；协助企业获得有关优惠政策；起草企业合并、分立、收购协议；审定修改公司章程、协议等法律文件；为企业提供法律咨询意见，包括但不限于土地处置、人员安置、优惠政策等；根据企业或有关主管部门的要求，为企业出具法律意见书；协助企业办理解散、清算以及注销公司登记和申请设立新公司或变更原公司的有关工商登记手续和其他法律要求的手续。

在公司合并、分立以及收购法律业务中，律师应注意的重要问题是：

1. 关于政策优惠：优惠政策的主要依据是“减员增效”和“收购亏损企业”；优惠政策内容为土地出让金折扣，减、停、免息和挂账。

2. 关于兼并方式：按收购标的分两大类：收购资产和收购股权。按收购方式可分为：债务承担、购买、吸收股份、增资控股、股权置换等。

3. 关于土地：原划拨土地主要在下列三种情况下仍保留划拨方式：（1）国有企业为兼并方；（2）合并（兼并）后企业仍为国有工业企业；（3）国有企业兼并（合并）中被兼并（合并）的一方属濒临破产的国有企业。

4. 关于工商登记：公司可以兼并非公司企业，但要按公司法将其规范为分公司或子公司才能进行公司登记。

#### 十一、公司破产、解散和清算

随着中国经济体制改革的进一步深入，破产和清算事宜作为经济活动中的一个现象，将会越来越多。基于公司营业期届满和股东会决议解散而进行清算的情况并不多见。而因公司合并或分立需要解散的情况却为数不少。公

司合并、分立过程中律师的工作前面已作了介绍，因此，这里重点谈破产及清算事宜。

目前，中国破产案件适用的主要法律规定有：

1. 公司法对各类依公司法设立的有限责任公司和股份有限公司的破产清算进行了规定。在公司法中，对破产的标准是“不能清偿到期债务”。

2. 民事诉讼法规定了企业法人的破产还债程序。按照最高人民法院对执行该法的解释，适用于集体企业、联营企业、私人及合资、合作、外资企业。在民事诉讼法中，破产的标准是“企业法人因严重亏损，无力清偿到期债务”。但是，该法未明确破产的标准是严重亏损或无力清偿到期债务，还是严重亏损且无力清偿到期债务。具体标准有赖于法院对该法的掌握和对实际案情的理解。

3. 对国有企业，国家颁布了《中华人民共和国企业破产法（试行）》，最高人民法院颁布了对贯彻执行该法的若干问题的意见。

4. 在《中外合资经营企业法实施条例》等法规中对破产问题也作了一些规定。

总体说来，破产还是一个相对较新的领域，在立法中还存在许多空白和不明确之处，这就给律师从事这方面业务带来障碍。但律师在破产或清算程序中，仍可以起下列作用：

第一，作为破产企业的债权人代表。律师作为债权人的代表提起破产程序，进入清算小组工作。在这里，律师可以代表债权人，对破产企业的财产进行调查、分类，最大限度地保护债权人的利益。

第二，作为破产企业的代理人进入清算组织。公司法及其有关的法律、法规中都讲到清算组中应有有关专业人员，实践中已有律师参加清算委员会的先例。由于破产案件涉及面大，问题复杂，无论是由企业自己清算还是由法院主持清算，律师都可以作为破产企业的代表，查清企业情况，区分破产财产和非破产财产，以促进破产程序的顺利进行。

附录：

## 律师事务文书参考格式

### 一、律师参与刑事诉讼事务文书格式

#### 1. 刑事自诉状

自诉人：（姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等）

被告人：（姓名、性别等情况，出生年月日不详者可写其年龄）

案由和诉讼请求

（被告人被控告的罪名和具体的诉讼请求）

事实与理由

（被告人犯罪的时间、地点、侵害的客体、动机、目的、情节、手段及造成的后果。有附带民事诉讼内容的，在写明被告人的犯罪事实之后写清。

理由应阐明被告人构成的罪名和法律依据）

证据和证据来源，证人姓名和住址

（主要证据及其来源，证人姓名和住址。如证据、证人在事实部分已经

写明，此处只需点明证据名称、证人详细住址)

\_\_\_\_\_ 人民法院

此致

自 诉 人  
代 书 人  
年 月 日

(附：本诉状副本\_\_份)

## 2. 刑事自诉案件反诉状

反诉人：(本诉被告)

(姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等)

被反诉人：(本诉自诉人)

(姓名、性别、出生年月日等基本情况)

反诉请求

(反诉的具体请求内容)

事实与理由

(被反诉人的罪行事实发生的时间、地点、侵犯客体等具体事实要素，阐明被反诉人罪行的性质及法律依据)

证据和证据来源，证人姓名和住址

(主要证据及其来源，主要证人姓名和住址。如证据、证人在事实部分已经写明，此处只需点明名称、证人住址)

\_\_\_\_\_ 人民法院

此致

反 诉 人  
代 书 人  
年 月 日

(附：本诉状副本\_\_份)

## 3. 刑事上诉状

上诉人(刑事案件被告人、刑事自诉案件自诉人、刑事附带民事案件原告人或被告人)

(姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等基本情况)

被上诉人(刑事自诉案件自诉人或被告人、刑事附带民事案件原告人或被告人、刑事公诉案件被告人提出上诉者不列被上诉人)

(姓名等基本情况)

上诉人因\_\_一案，不服\_\_人民法院\_\_年\_\_月\_\_日( )字第\_\_号刑事判决(或裁定)，现提出上诉。

上诉请求

(具体的上诉请求)

上诉理由

(对一审判决或裁定不服的具体内容，阐明上诉的理由和法律依据)

\_\_\_\_\_ 人民法院

此致

上 诉 人  
代 书 人  
年 月 日

(附：本诉状副本\_\_份)

#### 4. 刑事答辩状

答辩人(刑事附带民事案件一、二审被告人、刑事自诉案件二审中原为自诉人的被上诉人)

(姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等基本情况)

因\_\_\_\_\_一案，现提出答辩如下：

(针对诉状或上诉状的指控所作出的答辩理由)

此致

\_\_\_\_\_人民法院

答 辩 人  
代 书 人  
年 月 日

(附：本答辩状副本\_\_份)

#### 5. 申诉书

申诉人(刑事案件的当事人及其法定代理人、近亲属、委托律师)

(写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等基本情况，律师只需写明姓名及其所在律师事务所名称)

申诉人\_\_\_\_\_对\_\_\_\_\_人民法院\_\_\_\_\_年\_\_\_\_\_月\_\_\_\_\_日(\_\_\_\_\_)字第\_\_\_\_\_号  
刑事判决(或裁定)，提出申诉。

请求事项

(写明请求事项的要点)

事实与理由

(写明基本的案情事实、审判结果以及具体的申诉理由和法律依据)

此致

\_\_\_\_\_人民法院

申 诉 人  
代 书 人  
年 月 日

(附：原审\_\_书抄件一份)

#### 6. 法庭辩护词

法庭辩护词的主要结构：一般由前言、辩护理由、结束语三部分组成。

前 言：

(主要三项内容：一是申明辩护人的合法地位；二是讲辩护人在出庭前进行了哪些工作；三是讲辩护人对全案的基本看法。)

辩护理由：

(是辩护词的核心内容。是辩护人为维护被告人的合法权益所要阐明的主旨，应该从被告人的行为事实出发，对照有关的法律规定，论证被告人无罪、罪轻或应该予以减轻甚至免除其刑事责任的意见和根据。因此，通常是要围绕是否构成犯罪、属于何种罪名、有无从轻的法定条件，以及诉讼程序是否合法等问题上展开辩论和论述。)

结束语：

（是对辩护词的归纳和小结。一般讲两个内容：一是辩护词的中心观点；二是向法庭提出对被告人的处理建议。）

辩护人：

年 月 日

## 二、律师参与民事诉讼事务文书格式

### 1. 民事起诉状（1）

（公民提起民事诉讼用）

原告：

被告：

诉讼请求

事实与理由

证据和证据来源，证人姓名和住址

此致

人民法院

附：本起诉状副本份。

起诉人：

年 月 日

（注：本起诉状格式亦可适用于公民提起经济诉讼用）

### 2. 民事起诉状（2）

（法人或其他组织提起民事诉讼用）

原告名称：

所在地址：

法定代表人（或代表人）地址： 职务：

电话：

企业性质： 工商登记核准号：

经营范围和方式：

开户银行： 账号：

被告名称：

所在地址：

法定代表人（或代表人）姓名： 职务：

电话：

诉讼请求

事实与理由

证据和证据来源，证人姓名和住址

此致

人民法院

附：本起诉状副本份。

起诉人：

年 月 日

（注：本格式亦可适用于法人或其他组织提起经济诉讼。）

### 3. 民事答辩状

答辩人：  
地址：  
答辩人因 一案（或：答辩人因×××对 一案所提起上诉），  
提出答辩如下：

此致

人民法院  
附：本答辩状副本份。

答辩人：  
年 月 日

#### 4. 民事反诉状

反诉人（本诉被告）：  
被反诉人（本诉原告）：  
反诉人 就一案，对被反诉人提起反诉。

反诉请求

事实与理由

证据和证据来源，证人姓名和住址

此致

人民法院  
附：本反诉状副本份。

反诉人：  
年 月 日

#### 5. 民事上诉状（1）

（公民提出上诉用）

上诉人：

被上诉人：

上诉人因 一案，不服 人民法院 年 月 日（ ）字第  
号，现提出上诉。

上诉请求

上诉理由

此致

人民法院  
附：本上诉状副本份。

上诉人：  
年 月 日

（本诉讼格式亦可适用于经济案件中公民提起上诉）

#### 6. 民事上诉状（2）

（法人或其他组织提起上诉用）

上诉人名称：

所在地址：

法定代表人（或代表人）姓名： 职务：

电话：

企业性质： 工商登记核准号：

经营范围和方式：

开户银行： 账号：

被上诉人名称：

所在地址：

法定代表人（或代表人）姓名：        职务：

电话：

上诉人因        一案，不服        人民法院        年        月        日（        ）字第        号，现提出上诉。

上诉请求  
上诉理由

此致

人民法院

附：本上诉状副本份。

上诉人：

        年        月        日

（注：本诉状格式亦可适用于经济案件中的法人或其他组织提出上诉。）

### 三、律师参与行政诉讼事务文书格式

#### 1. 行政起诉状（1）

（公民提起行政诉讼用）

原告：

被告：

诉讼请求

事实与理由

证据和证据来源，证人姓名和住址

此致

人民法院

附：本起诉状副本份。

起诉人：

        年        月        日

#### 2. 行政起诉状（2）

（法人或其他组织提起行政诉讼用）

原告名称：

所在地址：

法定代表人（或代表人）姓名：        职务：

电话：

企业性质：        工商登记核准号：

经营范围和方式：

开户银行：        账号：

被告名称：

所在地址：

诉讼请求

事实与理由

证据和证据来源，证人姓名和住址

此致

人民法院  
附：本起诉状副本份。

起诉人：  
年 月 日

3. 行政答辩状  
( 被诉行政机关提出答辩用 )

答辩人名称：  
所在地址：  
代表人姓名： 职务： 电话：  
因 一案，提出答辩如下：

此致

人民法院  
附：本答辩状副本份。

答辩人：  
年 月 日

4. 行政上诉状  
( 行政案件公民当事人提出上诉用 )

上诉人：  
被上诉人：  
上诉人因 一案，不服 人民法院 年 月 日( )字第  
号行政判决(或裁定)，现提出上诉。

上诉请求  
上诉理由

此致

人民法院  
附：本起诉状副本份。

上诉人：  
年 月 日

#### 四、律师参与其他诉讼事务文书格式

1. 管辖异议申请书

申请人：  
申请人因 一案，向你院提出管辖异议。  
请求事项  
事实与理由

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

2. 强制执行申请书

申请人：

被申请人：

申请人与被申请人之间因 一案，业经 人民法院（或仲裁委员会）于 年 月 日作出（ ）字第 号民事判决（或裁决、调解），被申请人拒不遵照判决（或裁决、调解）履行。为此，特申请你院给予强制执行。

事实与理由  
请求目的

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

附：生效判决（裁定、调解）书份。

注：被申请人执行财产所在地：

### 3. 证据保全申请书

申请人：

申请人与 因 一案，已于 年 月 日向你院提起诉讼。现因该案有关证据 即将灭失（或以后难以取得），特申请给予证据保全。

事实与理由  
请求目的

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

### 4. 支付令申请书

申请人：

被申请人：

事实与理由  
请求目的

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

附：（1）债权文书 件；

（2）证据材料 件。

### 5. 公示催告申请书

申请人：

申请事项  
事实与理由

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

附：(1) 证据材料 件；  
(2) 证人姓名和住址。

6. 破产还债申请书

申请人：  
(被申请人)：

请求事项  
事实与理由

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

附：有关证据材料 件。

7. 宣告失踪申请书

申请人  
被申请人：

请求目的  
事实与理由

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

8. 财产保全申请书

申请人：  
被申请人：

申请人与被申请人之间因 纠纷,于 年 月 日向你院提起诉讼(或  
申请人即将提起诉讼)。由于被申请人有 的可能,特申请给予采取财产  
保全强制措施。

请求目的  
事实与理由

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

9. 财产保全担保书

担保人：  
被担保人：

担保人就被担保人 一案,对被担保人所提财产保全申请提供担保。  
担保财产如下：

此致

人民法院

担保人：  
年 月 日

10. 先予执行申请书

申请人：

被申请人：  
申请人与被申请人之间因 纠纷，于 年 月 日向你院提起诉讼。  
现因 ，特申请先予执行。责令被申请人先行给付。

事实与理由  
请求目的

此致

人民法院

申请人：  
年 月 日

### 11. 先予执行担保书

担保人：

被担保人：

担保人就被担保人 一案，对被担保人所提先予执行申请提供担保。

担保财产如下：

此致

人民法院

担保人：  
年 月 日

## 五、律师办理非诉讼法律事务及代书类文书格式

### 1. 仲裁申请书

申请人：

委托代理人：

被申请人：

案由：

仲裁请求

事实和理由

证据和证据来源、证人姓名和住所

此致

仲裁委员会

申请人：  
年 月 日

### 2. 仲裁答辩书

答辩人：

住址：

委托代理人：

答辩人于 年 月 日收到你会转来 的仲裁申请书。现提出答辩如下：

此致

仲裁委员会

答辩人  
年 月 日

### 3. 仲裁协议书

甲方：

乙方：

甲乙双方因 合同发生争议，协商未果。根据 之规定，甲乙双方协商约定，将此争议提交 仲裁委员会裁决，并订立以下条款共同遵守：

一、

二、

三、

甲方：

乙方：

年 月 日

#### 4. 遗嘱

立遗嘱人：

为了 ，特请 和 作为见证人，并委托 律师事务所 律师代书遗嘱如下：

一、立遗嘱人所有的财产名称、数额、价值及特征：

二、立遗嘱人对所有财产的处理意见：

三、其他

本遗嘱一式 份，由 、 、 保存。

立遗嘱地点：

立遗嘱时间：

立遗嘱人：

见证人：

代书人：

律师

律师事务所

年 月 日

#### 5. 行政复议申请书

申请人：

地址：

法定代表人：

被申请人：

地址：

法定代表人：

申请事由：

申请人因不服被申请人 号行政决定书，提出行政复议。

事实与理由：

基于以上事实与理由，根据 规定第 条提出行政复议。申请人具体要求：

一、

二、

此致

（复议机关）；

申请人：

年 月 日

#### 6. 土地使用权申请书

土地管理局：

为了 ，提出以下土地出让使用权申请：

- 一、申请土地使用权出让地块的位置和面积
- 二、出让使用年限和出让方式
- 三、规划用途
- 四、地价评估
- 五、效益测算及方案实施

申请人：

年 月 日

#### 7. 聘请法律顾问合同

（以下简称甲方）因工作需要，根据《中华人民共和国律师法》的有关规定，聘请 （以下简称乙方）的律师为法律顾问，经双方协商订立下列协议，共同遵照履行。

一、乙方委派律师 担任甲方的法律顾问，为甲方提供法律帮助，依法维护甲方的合法权益。甲方指定 为法律顾问的联系人。

二、法律顾问工作范围：

1. 为甲方解答法律问题，必要时提供法律意见。
2. 协助草拟、修改、审查合同和有关法律意见。
3. 接受甲方委托，参与经济合同谈判。
4. 接受甲方委托，担任代理人，参加诉讼、非诉讼、调解、仲裁活动。
5. 应甲方要求，向职工进行法制宣传教育。
6. 接受甲方委托，办理其他法律事务。

三、律师的工作时间、地点，根据甲方的提议，随时联系约定。

四、甲方向乙方每月缴纳聘请律师费 元，律师费用按年（季、月）缴纳。参加诉讼、非诉讼、调解、仲裁、以及项目谈判，收费按规定另议。

五、律师受甲方委托，外出差旅费由甲方支付。

六、甲方应向律师提供与业务有关的情况、资料和必要的工作条件。

七、本合同自双方签字之日起生效，期限为 年。

八、本合同一式两份，双方各执一份，具有同等效力。

甲方（公章）

乙方（公章）

甲方代表：（签字）

乙方代表：（签字）

甲方电话：

乙方电话：

地址：

地址：

签约时间：

年 月 日

签约地：

#### 8. 合同审查意见书

合同名称：

合同编号：

合同签订（或拟签订）时间：

送审人：

审查时间：

一、合同基本内容：

二、合同存在的主要问题：

三、审查修改意见及法律根据：

四、其他：

以上意见，仅供参考。

律师  
律师事务所  
年 月 日

## 六、法庭代理词

### 法庭代理词

法庭代理词一般由三部分组成。

前言：

（申明代理人的合法地位、开庭前所做的工作和对全案的基本看法）

理由阐述：

（根据案情、依据法律阐明或答辩的具体理由）

结束语：

（提出明确的诉讼请求）

代理人：

年 月 日

