

docsriver.com  
商家本本书店



中国律师实训经典

Trial TECHNIQUES

基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

# 民事诉讼 律师基础实务

主编 翟雪梅



中国律师制度和律师实务的健康发展急需坚实的理论支柱和正规化的长期业务训练。中国人民大学律师学院编写的这套教材为此提供了重要条件，具有开创性。教材内容大都出自富有经验的业界高手，其理论性和实践性的结合自能达到一定佳境。如能系统学习，循序渐进，可更上层楼。

中国著名律师 张思之

法律的生命在于实用，法学的生命在于实践。中国人民大学律师学院组织编著的“中国律师实训经典·基础实务系列”，是我国第一套法律实务教材丛书，开创了我国法律实务教育之先河。本套教材不仅是对改革开放以来律师实践经验的总结，而且是法律研习者全面、系统掌握法律实务技能的重要工具。该套教材的问世，丰富了当代中国法学教育的内容和体系，也为未来法学教育的发展扩展了一个新的视野。

中国人民大学常务副校长 王利明

青年律师的培养是我国律师行业发展面临的重大课题之一。一直以来，我本人十分关心并积极推动青年律师培养工作，也期盼并乐见行业和社会各方面为此作出的各种努力。中国人民大学律师学院组织编写的这套律师实务教材，主要面向青年律师，特别是律师界新人，这是难能可贵的。这套丛书是对我国近三十年律师工作实践的总结和升华，凝聚了我国几代律师的智慧和力量。相信这套丛书的出版，将为提升我国青年律师执业技能和职业素养、促进行业均衡和谐发展添上浓墨重彩的一笔。

中华全国律师协会会长 王俊峰

策划编辑 杜宇峰  
责任编辑 黄丽娟 张 权 何 娜  
封面设计 徐 静

ISBN 978-7-300-19188-1



9 787300 191881 >

定价：49.00元



中国律师实训经典

Trial TECHNIQUES

基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

# 民事诉讼 律师基础实务

主 编 翟雪梅

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

翟雪梅 赵亚光 王君 吴西彬 张玖利

中国人民大学出版社

D925.101  
44

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼律师基础实务/翟雪梅主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 4  
(中国律师实训经典·基础实务系列)  
ISBN 978-7-300-19188-1

I. ①民… II. ①翟… III. ①民事诉讼法—中国—高等学校—教材 IV. ①D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 072261 号

中国律师实训经典·基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

民事诉讼律师基础实务

主编 翟雪梅

Minshi Susong Lüshi Jichu Shiwu

---

出版发行	中国人民大学出版社		
社址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a> <a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)		
经销	新华书店		
印刷	北京中印联印务有限公司		
规格	185 mm×260 mm 16 开本	版次	2014 年 4 月第 1 版
印张	20.25 插页 2	印次	2014 年 4 月第 1 次印刷
字数	430 000	定价	49.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 中国律师实训经典·基础实务系列编辑委员会

编辑委员会主任 韩玉胜

委 员 (按姓氏笔画排列)

万 春 王 芳 王耀华 刘春田 刘瑞起 吕立秋

任湘清 吴江水 李大进 李争平 李晓斌 陈里程

杨立新 张 林 何 悦 邱贵生 孟 扬 洪道德

姜俊禄 徐永前 徐孟洲 钱列阳 常 韦 龚志忠

黄士林 黄海星 温 旭 韩 健 翟雪梅

总 主 编 徐 建 龙翼飞

执行总主编 薛庆予

## 序

中国人民大学律师学院组织编写我国第一套大型律师基础实务教材“中国律师实训经典·基础实务系列”的情况介绍已经收悉，看后甚喜。这套教材，集实用性、基础性和系统性于一体，内容全面翔实，对完善我国的律师制度，强化律师管理、规范律师行为、防范律师的职业风险有着重要作用；对提高律师基础实务技能、使律师积极参与诉讼和仲裁活动有重要的指导意义；对加强律师业务、实务管理和律师职业管理，增强常规业务必备知识和实务操作技能，也是非常有价值的。《中华人民共和国律师法》颁布施行不到20年，我国律师还很年轻，还需要从理论上、实践中不断探索。

我国法律教育一直偏重于理论研究，将法律实践成果总结提升为理论常常显得滞后。中国人民大学律师学院编写的这套教材，是我看到的第一套系统性法律实务教材，从这个角度说，它开创了我国法律实务教育之先河。律师业是法律职业中有条件全面接触各种法律实务工作情况的职业。从律师的客观和主观、实体和程序角度进行法律实践教学，可使法律人比较全面地了解掌握各项法律实务工作技能，特别是对于学生将来从事各类法律工作会有启发和帮助。这套教材不失为各高校法律实务教育的有益参考书目。

肖 扬

中国人民大学博士生导师、最高人民法院原院长、首席大法官

2014年3月

## 序 言

中国正在经历一场深刻的社会变革，变革的方向之一，就是政府越来越多地退出对经济和社会生活的直接管控，而交由市场自行调节和社会自我管理。伴随这一变革进程的，将是对各类社会服务需求的大量增加，向社会提供法律服务的律师业也将迎来又一个发展的黄金时期。可以预期，未来若干年，律师从业人员数量将会呈现高速增长。

大量新人进入律师行业，必将对我国的律师教育提出新的挑战。如何从一个“菜鸟”迅速成长为一名合格的律师，是每个律师界新人或准律师关心的问题，而这正是律师正规化专业教育的目标之一。我国的律师教育目前还处在手工作坊阶段，基本上是以师傅带徒弟的方式培养律师。新人入行后，先跟着老律师做实习律师、律师助理等，慢慢积累经验，逐渐成长。这一方式的局限性是显而易见的。主要问题是，缺乏科学系统的培养计划和考核标准，导致年轻律师的培养随意性较强，且受所跟师傅及所在律师事务所的业务范围、业务水平及责任心等方面的局限，培养质量难以保证，年轻律师成长速度参差不齐，甚至一些人长期难以进入角色，无法成为一名合格律师。这种状况，显然难以适应我国律师业高速发展的需要。

中国人民大学律师学院自成立之初，就把探索构建我国律师正规化专业教育体系作为重要目标，并自2011年起，把律师实务教育引入国民教育体系，在法律硕士教学中开设了律师方向课程，目前已连续招收了三届学生。在三年教学实践的基础上，我们组织编写了这套律师基础实务教材。

本套教材共14本，大体包括三部分。第一部分为律师执业基础，主要包括律师制度、律师管理、律师执业行为规范、律师执业风险防范等执业律师必须了解的基本知识；第二部分为律师基础实务技能，包括律师参与刑事、行政、民事三大诉讼活动及参与仲裁活动必备的知识 and 基本操作技能，以及律师办理非诉讼业务的基本技能；第三部分为一些最常见的律师业务实务，包括公司、合同、房地产、知识产权、侵权、劳动与社会保障、婚姻家庭、企业法律风险管理等律师常规业务所必备的知识 and 实务操作技能等。这些课程是在参考国外尤其是英国律师教育经验的基础上，结合我国律师业务的具体情况而设置的。我们认为，这14本教材涵盖了最基本的律师业务要求和技能，读者如能全面掌握14本教材的内容，就基本具备了作为一名合格执业律师的业务能力。

将本套教材命名为“中国律师实训经典·基础实务系列”，故教材的编写强调了实用性、基础性和系统性。实用性，即完全根据律师业务的实际情况安排教材内容，对每项具体律师业务的基本要求、处理思路、工作规范及具体操作技能等逐一进行介绍，并适当配以具体案例演示，力求使读者按照书中介绍的方法去操作，能够独立完成相关的律师业务工作。基础性，即本套教材主要面向律师界的新人，故在内容安排上只涉及最基础、最常见的律师业务，所介绍的也都是最

基本的律师业务技能和操作方法，对于高级的、尖端的律师业务门类和技巧并不涉及。系统性，是指本套教材虽为基础实务教材，但每本教材对所涉及律师业务领域的具体工作要求均做系统、全面的介绍，以帮助读者全面掌握处理该项律师业务的基本技能。

本套教材各册的主编，均由国内律师界相关业务领域的顶级专家担任，各位作者也都具有多年的律师执业经历，且在相关领域术业有专攻，经验丰富。其中多数主编及多位作者曾在该院讲授过相关律师专业课程。每册教材都是主编和作者们多年实务工作的结晶以及律师专业教学经验的总结。可以说，本套教材既贴近律师工作实际，又符合一般教育规律，因此，适合作为各高校法学院律师专业课程教材和各地律协律师岗前教育教材，也可作为实习律师、律师助理及有志进入律师行业者的自学教程。

我国律师的正规化专业教育毕竟还处于起步探索阶段，无成熟经验可循，本系列教材作为我院三年律师专业教育成果的总结，必定还存在不足和疏漏，有待于进一步探索、完善。我们希望全国律师及律师教育界多提宝贵意见，帮助我们不断改进、完善本套教材，共同为探索建设符合中国实际的律师正规化教育体系奠定基础。

本套丛书各位作者在繁忙的工作之余承担了本书的编写工作，将自己的经验和智慧奉献于律师教育事业；各册教材的主编在教材的整体设计、内容安排与统筹、全书审稿统稿等方面付出了辛勤劳动，保证了教材的高品质；中国人民大学出版社法律分社领导和各位编辑，在时间紧、稿件多的情况下，为本套丛书的如期出版做了大量细致有效的工作。在此我们特对以上人员表示特别感谢。

徐 建 龙翼飞

2014年3月



## 编写说明

民事诉讼是律师业务中最常见、最重要、最基础的业务之一，是绝大多数律师执业的起点和重要组成部分，几乎所有的律师似乎都处理过民事诉讼案件，但每个律师对于具体如何处理一个案件，从思路到做法却千差万别。实践中，同一案件在不同地区的法院，在同一地区的不同法院，由同一法院的不同法官处理，甚至同一类案件在不同时期，人民法院受理、审理、判决时都会有不一致的做法，对律师工作也有不尽相同的要求。究其原因，大体上就是我国的民事诉讼程序还没有“标准化”，在民事诉讼法法条之外，还留有太多的空间供各级法院从立场、利益、形势、便宜等角度去理解和释义。因此，“非标准化”的民事诉讼再加上丰富个性的律师，民事诉讼律师实务“标准化”就更是难上加难。

律师执业有两点最为重要，一是知识，二是经验。知识可以靠学习获得，而经验却须亲身体会。我们编这本书的立足点是尽可能地梳理法律明确规定的知识，整理实务界达成共识的一些经验，试图让民事诉讼的初入门者少走弯路，少些挫败感，在处理案件过程中学习和养成律师的思维方式和风格，以运用一切合法手段最大限度地维护当事人的合法权益，并进而通过每一件个案的律师服务达到维护法律的正确实施和实现公平正义的终极目的。

本书体例以律师业务流程为主，兼顾民事诉讼程序。

第一章“民事诉讼律师实务概述”，主要从理论上阐述民事诉讼律师业务的源起、特征及范围等。

第二章“建立委托代理关系”，主要讲述律师从第一次接触案件、会见当事人，到如何判断是否属于民事诉讼案件，签署委托代理合同等。

第三章“一审程序中的律师实务”，包括了一审普通程序和一审简易程序，从立案前后、开庭审理前后、审判中的特殊情形到民事判决、裁定和决定的作出及送达，全面叙述律师代理一审案件业务内容。

第四章“二审程序中的律师实务”，讲述上诉案件的提起、二审的目标与策略、二审的审理、调解及裁判等程序中的律师业务内容。

第五章“特别程序、督促程序及公示催告程序中的律师实务”，本章涉及的内容在律师传统民事诉讼业务中还属相对少见，但是随着新民事诉讼法对该部分内容的加强，及社会政治经济生活的发展，该部分的律师业务将呈明显的上升趋势。

第六章“审判监督程序中的律师实务”，从申请再审、再审审查、申请抗诉等方面叙述了相关律师业务。

第七章“涉外民事诉讼程序中的律师实务”，重点论述了涉外民事诉讼案件律师业务中的特殊性部分，包括管辖、送达、期间、司法协助等。

第八章“强制执行程序中的律师实务”，这是民事诉讼律师业务除审理外最重要的组成部分，本章从申请强制执行前的工作、强制执行程序的开始、进行和

终结、强制执行措施及特殊情形等方面叙述了强制执行程序中的律师业务。

第九章“案例实训”中的三个案例，是本书作者之一赵亚光律师从多年的实践中精选出来的三个实际发生的案件，经过改编用于教学。案例涵盖一、二审和再审的诸多程序，包括了起诉状、上诉状、管辖异议书、法律意见书等众多法律文书，比较充分地展现了民事诉讼案件律师业务的全貌，内容生动，形式新颖。

本书作者都是有多年民事诉讼实践经验的资深律师、合伙人，也都曾经在高校全职任教和在政府机关工作。具体分工如下（以撰写章节先后为序）：

翟雪梅：第一章、第二章；

赵亚光：第三章、第四章、第七章、第九章；

王 君：第四章、第五章；

吴西彬：第五章、第六章、第七章；

张玖利：第八章。

全书最后由翟雪梅统稿。

由于实践工作千变万化，囿于作者自身的学识水平，本书在内容及文字表述上的缺点和错误在所难免，敬请读者诸君批评，有关意见和建议请发邮件到 zhaixuemei0503@163.com。

编 者

2014年2月

## 中国律师实训经典——锻造中国律师实战的“西点军校”

### 中国律师实训经典·美国法律判例故事系列



- |                   |                         |                  |  |
|-------------------|-------------------------|------------------|--|
| 环境法故事             | ISBN: 978-7-300-17451-8 |                  |  |
| 作者: [美] 理查德·拉撒路斯  | 定价: ¥39.80              | 出版时间: 2013-06-30 |  |
| 宪法故事(第二版)         | ISBN: 978-7-300-15548-7 |                  |  |
| 作者: [美] 迈克尔·C·道夫  | 定价: ¥49.80              | 出版时间: 2012-08-31 |  |
| 审判故事              | ISBN: 978-7-300-15004-8 |                  |  |
| 作者: [美] 迈克尔·E·泰戈  | 定价: ¥49.80              | 出版时间: 2012-03-31 |  |
| 刑事程序故事            | ISBN: 978-7-300-14807-6 |                  |  |
| 作者: [美] 卡罗尔·S·斯泰克 | 定价: ¥59.00              | 出版时间: 2012-03-31 |  |
| 证据故事              | ISBN: 978-7-300-14661-4 |                  |  |
| 作者: [美] 理察德·伦伯特   | 定价: ¥39.80              | 出版时间: 2012-03-31 |  |

### 中国律师实训经典·庭辩技巧系列

- |                              |                         |                  |  |
|------------------------------|-------------------------|------------------|--|
| 美国庭审宝典(第四版)                  | ISBN: 978-7-300-16274-4 |                  |  |
| 作者: [美] 詹姆斯·W·麦克尔哈尼          | 定价: ¥88.00              | 出版时间: 2012-10-31 |  |
| 庭审制胜(第七版)                    | ISBN: 978-7-300-14782-6 |                  |  |
| 作者: [美] 托马斯·A·马沃特            | 定价: ¥88.00              | 出版时间: 2012-05-30 |  |
| 对方证人——芝加哥著名刑辩律师论交叉询问与人生的经验教训 |                         |                  |  |
| 作者: [美] 史蒂文·F·莫罗             | ISBN: 978-7-300-15154-0 |                  |  |
| 定价: ¥49.00                   | 出版时间: 2013-04-24        |                  |  |



## 中国律师实训经典·律师职场系列

### 律师的职业责任与规制 (第二版)

ISBN: 978-7-300-17357-3

作者: [美] 黛博拉·L·罗德

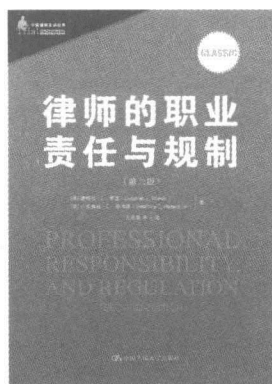
定价: ¥39.80 出版时间: 2013-05-31

### 践行正义: 一种关于律师职业道德的理论

ISBN: 978-7-300-16985-9

作者: [美] 威廉·西蒙

定价: ¥30.00 出版时间: 2014-05-01



## 中国律师实训经典·高端业务系列

公司兼并与收购教程 ISBN: 978-7-300-19028-0

主 编: 肖 微 定价: ¥68.00

出版时间: 2014-04-30

中国企业境内首次公开发行及上市业务教程

ISBN: 978-7-300-19027-3

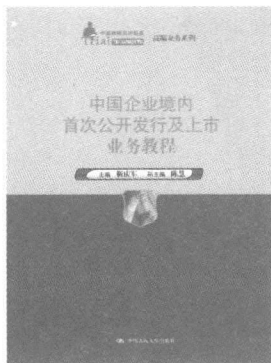
主 编: 靳庆军 定价: ¥58.00

出版时间: 2014-04-30

中英商务合同精选与解读 ISBN: 978-7-300-15196-0

作 者: 林克敏 定价: ¥42.00

出版时间: 2012-03-31



## 中国律师实训经典·基础实务系列

律师执业基础	黄士林主编	出版时间: 2014-04-30
刑事讼论律师基础实务	钱列阳主编	出版时间: 2014-04-30
行政讼论律师基础实务	吕立秋主编	出版时间: 2014-04-30
民事讼论律师基础实务	翟雪梅主编	出版时间: 2014-04-30
非诉讼业务律师基础实务	李大进主编	出版时间: 2014-04-30
商事仲裁律师基础实务	韩 健主编	出版时间: 2014-04-30
公司业务律师基础实务	龚志忠主编	出版时间: 2014-04-30
房地产业务律师基础实务	李晓斌主编	出版时间: 2014-04-30
企业法律风险管理基础实务	徐永前主编	出版时间: 2014-04-30
劳动法律师基础实务	姜俊禄主编	出版时间: 2014-04-30
知识产权业务律师基础实务	温 旭主编	出版时间: 2014-04-30
婚姻家庭与继承律师基础实务	王 芳主编	出版时间: 2014-04-30
合同业务律师基础实务	吴江水 著	出版时间: 2014-04-30
侵权责任法律师基础实务	杨立新等著	出版时间: 2014-04-30

# 目 录

第一章 民事诉讼律师实务概述 .....	1
第一节 律师代理民事诉讼的起源与特征 .....	2
第二节 律师代理民事诉讼的地位和范围 .....	6
第二章 建立委托代理关系 .....	14
第一节 接受委托前工作 .....	15
第二节 委托代理关系的建立 .....	30
第三节 律师收费 .....	39
第三章 一审程序中的律师实务 .....	44
第一节 第一审程序概述 .....	45
第二节 立案前的工作 .....	55
第三节 立案 .....	74
第四节 开庭审理前的工作 .....	80
第五节 开庭审理的程序 .....	82
第六节 开庭审理后工作 .....	94
第七节 审判中的特殊情形 .....	95
第八节 民事判决、裁定和决定 .....	101
第九节 诉讼文书的送达及效力 .....	102
第十节 第一审简易程序 .....	103
第四章 二审程序中的律师实务 .....	107
第一节 第二审程序概述 .....	108

第二节	上诉及其提起条件与程序 .....	110
第三节	二审程序的诉讼目标与诉讼策略 .....	115
第四节	第二审的审理程序 .....	116
第五节	二审程序的调解与和解 .....	120
第六节	二审程序的裁判 .....	121
第七节	二审裁判的效力 .....	123
第五章	特别程序、督促程序及公示催告程序中的律师实务 .....	124
第一节	概述 .....	125
第二节	选民资格案件 .....	126
第三节	宣告失踪和宣告死亡案件 .....	131
第四节	认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件 .....	136
第五节	认定财产无主案件 .....	138
第六节	确认调解协议案件 .....	142
第七节	实现担保物权案件 .....	146
第八节	督促程序 .....	151
第九节	公示催告程序 .....	156
第六章	审判监督程序中的律师实务 .....	163
第一节	审判监督程序概述 .....	164
第二节	申请再审 .....	169
第三节	再审审查 .....	180
第四节	申请抗诉 .....	187
第七章	涉外民事诉讼程序中的律师实务 .....	190
第一节	涉外民事诉讼概述 .....	191
第二节	涉外民事案件的管辖 .....	195
第三节	送达期间 .....	199
第四节	司法协助 .....	204
第八章	强制执行程序中的律师实务 .....	219
第一节	强制执行程序概述 .....	220
第二节	申请强制执行前的工作 .....	223
第三节	强制执行程序的开始、进行和终结 .....	231
第四节	强制执行措施 .....	236
第五节	执行的特殊情形 .....	252
第九章	案例实训 .....	260
案例一	黑暗中的一抹阳光 .....	261
案例二	本案应诉讼还是仲裁 .....	280
案例三	临时施工协议是否有效 .....	289

第

章

## 民事诉讼律师实务概述

- 第一节 律师代理民事诉讼的起源与特征
- 第二节 律师代理民事诉讼的地位和范围

## ■ 第一节 律师代理民事诉讼的起源与特征

### 一、民事纠纷解决方式

民事纠纷，也称民事争议，是平等主体之间发生的以民事权利义务为内容的纠纷。民事纠纷最大的特征在于可处分性，这也是其有别于行政争议和刑事争议的最重要特征。根据民事纠纷的内容和特点不同，可将民事纠纷分为两大类：一类是财产关系方面的民事纠纷，包括财产所有关系的民事纠纷和财产流转关系的民事纠纷；另一类是人身关系方面的民事纠纷，包括人格权关系的民事纠纷和身份关系的民事纠纷。

民事纠纷的处理机制，是指缓解和消除民事纠纷的方法和制度，根据纠纷处理的制度和方式不同，可以分为自力救济、社会救济和公力救济三种形式。

1. 自力救济，是指纠纷主体依靠自身的力量解决纠纷，以达到维护自己的权益的目的，包括自决与和解。

2. 社会救济，包括调解和仲裁，是依靠社会力量处理民事纠纷的一种机制。其中仲裁是指纠纷主体根据有关规定或者双方协议，将争议提交一定的机构以第三者居中裁决的方式解决纠纷。仲裁在很多程序上与诉讼很相似，但是其本质是不同的。

3. 公力救济，是指国家司法机关或行政机关依据法律的规定，对于民事纠纷通过诉讼或行政裁决的方式做出处理的制度。

行政裁决是指行政机关或法定授权的组织，依照法律授权，对授权范围内与行政管理活动密切相关的、特定的民事纠纷案件进行审查并裁决。行政裁决的主体是法律授权的特定行政机关；对象是特定的民事、经济纠纷；行政裁决在形式上具有准司法性，在结果上具有强制性。

民事诉讼则是指公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系存在纠纷，而将纠纷提交至人民法院依据法律规定的程序进行裁判的一种方式。它是人民法院在当事人、其他诉讼参与人参加下，根据严格的法律规范，审理民事案件，确定纠纷主体之间的民事权利义务关系，并以国家强制执行权迫使纠纷主体履行生效判决和裁定的制度。民事诉讼具有以下特征：（1）民事诉讼必须严格依照法律规定的程序进行。法院和诉讼参与人必须依照法定程序进行活动，必须依法行使诉讼权利和诉讼义务，如果违反法律规定，可能会导致诉讼无效，并进而影响实体权利。（2）当事人在民事诉讼中起到相对决定性的作用。当事人对诉讼的发生、变更和消灭有很大的影响，其根本原因是由于民事纠纷的可处分性。（3）民事诉讼过程具有连续性和阶段性。民事诉讼由若干诉讼程序和诉讼阶段相互衔接、相互联系，构成了一个完整的民事诉讼体系，我国现行的民事诉讼程序可以分为审判程序和执行程序两大诉讼程序。审判程序又分为第一审程序、第二审程序、特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序。



上述各类民事纠纷解决方式因其不同的特点而各有侧重,和解和调解一般都有较好的社会效果,有利于仲裁民事纠纷主体之间的矛盾化解。仲裁比较适合专业性较强、涉及商业秘密或者当事人不希望矛盾解决公开化的一种民事纠纷解决方式。民事诉讼作为民事权利的最后一道防线,具有基础性的作用,适宜解决各类民事纠纷。而且民事诉讼也以一些特殊的制度安排与其他民事纠纷解决体制相关联,如仲裁裁决如果没有被自动履行,可能就会涉及申请人民法院强制执行的问题,而人民法院强制执行则是民事诉讼的一部分。我国2012年新修订的《民事诉讼法》创新设置的“确认调解协议案件”制度,则赋予了自力救济和社会救济更好的法律执行力。

## 二、律师代理民事诉讼的起源和发展

### (一) 西方国家律师代理民事诉讼的历史

民事诉讼代理最早萌芽于公元前5世纪至公元前4世纪,雅典民主共和国陪审法院审理虐待孤儿案、虐待继承人案、损害孤儿案、损害孤儿财产案等,当事人本人出庭确有困难的,法律规定可以由他们的保护人或同居之亲属提起诉讼。而古罗马的“保护人”制度被认为是世界各国律师制度的起源。

公元3世纪,僧侣贵族对法律事项的垄断被取消,此后,凡权利能力不受限制的罗马公民均享有同席法庭为当事人利益进行辩护的资格,诉讼代理行为扩大了适用范围。一些善于辞令的人就经常代人出庭辩护和代人办案,被称为“辩护士”。后来,罗马皇帝又以诏令的形式承认了诉讼代理制度,律师可以为平民咨询法律事项,法律也允许他人委托和聘请律师从事诉讼代理活动。而且国家还通过考试来遴选具有完全行为能力、丰富法律知识的善辩之人担任诉讼代理人,规定他们代理诉讼可以获得报酬。人类历史上第一批职业律师正式诞生,标志着律师制度得以确立。

公元5世纪,西罗马帝国灭亡,欧洲大陆进入封建社会,多数国家废除了古典的辩论式诉讼,代之以纠问式诉讼。在民事诉讼中,当事人的诉讼权利受到很大限制,不能聘请诉讼代理人提供法律帮助或参加诉讼。在个别保留了代理人制度的国家,由于宗教势力的膨胀,诉讼代理人也基本上由僧侣担任。

资产阶级革命胜利后,欧美各国相继建立了现代律师制度,并以空前的速度得到发展,成为资本主义法律制度的重要组成部分。律师在社会中的地位越来越高,活动范围也越来越广泛,民事诉讼代理则从始至终都是律师业务最基础和最重要的组成部分。由于对法律的信仰和依赖,加之法律制度的完善,在很多西方法律发达的国家,几乎无事不可诉,更从某种意义上凸显和强调了律师代理民事诉讼的重要作用。

### (二) 中国民事诉讼律师代理制度的产生和发展

中国漫长的封建社会在政治上实行高度集权统治,经济上以自给自足的自然经济为

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



主，诉讼结构实行的是纠问式的诉讼形式，被告人是被刑讯的对象，有时对原告甚至证人进行刑讯，当事人无诉讼权利可言，更谈不上委托代理人进行诉讼。中国古代虽然存在一些类似代理和辩护的现象，但是始终没有产生现代意义上的律师代理制度。直到清末，才从西方引进了律师制度。

中国最早出现“诉讼代理”的记载是《周礼·秋官》中“凡命夫命妇，不躬坐狱讼。”《周礼疏》又解释说：“古者取囚要辞皆对坐，治狱之吏皆有威严；恐狱吏褻，故不使命夫命妇亲坐。若取辞之时，不是不坐，当使其属或子弟代坐也。”也就是说，贵族涉及诉讼的，必要时可以指派下属或子弟代替出庭。历史上也有一些此类案例记载。春秋战国时期郑国大夫邓析能言善辩，素好刑名，“操两可之说，设无穷之词”，并且“持之有故，言之成理”，“以非为是，以是为非，是非无度，可与不可日变，所欲胜因胜，所欲罪因罪”，邓析是中国古代有记录的最早从事律师代理、辩护行为的人，但他最后被统治阶级以“巧辩而乱法”为由杀害。

另外，在中国古代诉讼中还有“讼师”的角色值得注意。中国古代有关诉讼的制度较为完备，法律对于案件起诉、受理、审判都有明文规定，如果违反规定，就要受到处罚。如，控告不实的，越级诉讼的，诉状不合理的，控告者都要受处罚。在当时的社会条件下，普通人对法律规定和如何打官司完全不懂，一旦诉诸公堂，不得不求助于人。于是，就出现了一些读书识字的人开始代人写诉状和从事其他文字抄写工作，并以此为生，被人称为讼师。在明清两代，讼师普遍存在，但是讼师缺乏法律保障，一直没有合法的地位。

1906年，《大清刑事民事诉讼法》制订完成，其中设置了律师一节，但该法由于各省督抚反对，未能颁布实施。1911年，《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》修订完成，但未及审核颁布，清王朝被推翻。

辛亥革命胜利后，北洋军阀政府和南京国民政府先后进行了律师制度立法，创立了中国现代意义上的律师制度。律师开始参与到刑事诉讼和民事诉讼中，出现了很多维护正义、追求民主的进步律师。

1949年10月，中华人民共和国宣告成立，废除了旧的司法制度，并开始建立新的司法制度。在1959年“反右”斗争扩大化之前，律师制度有短暂的发展，之后陷入长期的沉寂，直至1979年恢复重建。律师制度恢复重建后，与中国经济的高速发展相适应，中国民事诉讼的数量和范围都有了惊人的发展，律师代理民事诉讼也成为律师最常见、最基础、也是最重要的律师业务。

### 三、律师代理民事诉讼的特征

律师代理民事诉讼本质上是民事代理的一种，《民法通则》第63条第1款规定：“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。”但是，除了具有民事代理的一般特征外，律师代理民事诉讼还受《民事诉讼法》和《律师法》等法律的调整，具有以下特征：

1. 基于当事人的委托或由法律援助中心的指定而产生。一般的律师代理都是基于当事人与律师事务所签订委托代理合同，授权律师事务所指派的律师进行民事诉讼。同时，对于公民在赡养、工伤、请求国家赔偿和请求依法发给抚恤金等特殊民事案件中，如果当事人无力支付律师费用，而申请法律援助的，法律援助中心可以指定律师进行诉讼代理。

2. 受民事诉讼法调整。律师代理民事诉讼行为特指律师在民事诉讼过程中的代理行为，不同于普通的民事代理，因此，律师代理不仅要听从当事人的指令，以维护当事人的权益为最高目标；而且要受民事诉讼法的调整，所有的代理行为符合民事诉讼法的要求。如果民事诉讼程序结束，意味着律师民事诉讼代理行为的结束，律师仍可以为当事人提供法律服务，但是其性质已经不是民事诉讼代理。

3. 作为特定身份的诉讼参加人需遵守《律师法》的相关规定。在民事诉讼中，律师不仅是当事人的代理人和代言人，为当事人提供法律服务，维护当事人的合法权益；同时还要肩负维护法律正确实施，维护社会公平和正义的职责，恪守律师职业道德和执业纪律。

#### 四、民事诉讼中的律师代理与公民代理

根据《民事诉讼法》第58条的规定，当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人，其中第一选择即为律师。《律师法》第28条规定，律师可以接受民事案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼。律师接受民事案件当事人的委托，担任其代理人，是律师业务最重要也是最基本的内容，往往是律师业务的起点。

与律师代理民事诉讼相对应的是具有中国特色的公民代理制度。公民代理作为中国特色的代理制度一直存在于我国的民事诉讼中，在2012年《民事诉讼法》修订前，“经人民法院许可的其他公民”都可以被委托为诉讼代理人。这是在我国恢复民事诉讼制度之初，律师数量严重不足的特定历史条件下而在程序法中设定的一种特殊制度安排。但是，这一制度在实践中已经导致一些问题出现，如一些公民未经法律培训和司法考试，知识匮乏，诉讼经验不足，能力有限，难以有效地保护当事人的合法权益；而部分公民更是以营利为目的从事诉讼代理活动，有的甚至假冒律师违法代理，扰乱法律服务市场秩序。有部分法院退休但又不具有律师资格的法官或现任法官的亲朋好友从事公民代理活动，干扰司法公正，影响极为恶劣。

因此，2012年《民事诉讼法》在此方面有了较大调整，明确规定，只有律师、基层法律服务工作者，当事人的近亲属或者工作人员，当事人所在社区、单位以及有关社会团队推荐的公民才可以作为诉讼代理人。这一规定对于公民参与民事诉讼代理进行限制，从制度上为民事诉讼代理专业化、职业化创造了良好条件，对于我国民事诉讼的质量的提高及律师业务的发展都将有促进作用。

## ■ 第二节 律师代理民事诉讼的地位和范围

### 一、民事诉讼中律师的地位和意义

#### (一) 民事诉讼代理律师的地位

律师作为代理人，在民事诉讼中的诉讼地位是非独立的，是从属于被代理人的。律师的代理权是根据被代理人的授权而产生的，律师的代理行为要受被代理人意志的约束，民事诉讼代理律师只能在被代理人所授权限的范围内进行活动，以专业的知识和执业经验为当事人提供法律服务。律师在民事诉讼中的立场基本与当事人一致，这一点与律师担任刑事诉讼辩护人可以独立于被告人进行辩护的地位有所差异。因此，在不违反法律的前提下，律师在民事诉讼中应尽可能尊重、满足本方当事人的意见和要求。当然，如果当事人要求律师进行违反法律或律师执业纪律的行为，如伪造证据、虚构事实等，则律师可以依法拒绝为该当事人继续提供法律服务，不再担任其代理人。

#### (二) 律师代理民事诉讼的意义

##### 1. 维护当事人的合法权益

在律师为当事人提供法律服务过程中，案件事实往往非常复杂，法律关系亦相互掺杂，相互渗透，可能同时涉及民事诉讼、行政诉讼甚至刑事诉讼不同的法律程序。是否能够在复杂的案情中判断哪些纠纷属于民事诉讼，哪些纠纷适用行政诉讼，是否有涉嫌刑事犯罪的环节应当进行控告和举报以启动刑事诉讼程序，取决于律师知识、经验及诉讼技巧的综合运用能力。全面分析案件事实，根据证据占有情况，选择合适的诉讼手段，解决当事人面临的法律困境，保护其合法权益，是律师最重要的工作，同时，也是律师代理民事诉讼的重要意义。

##### 2. 维护法律正确实施

律师代理民事诉讼在维护当事人的合法权益之时，也维护了法律正确实施。律师既是为当事人提供法律服务的执业人员，也是为社会提供法律服务的执业人员，这是我国律师法对律师的职业定位。律师执业必须以事实为根据，以法律为准绳。不能片面强调维护当事人的权益，歪曲事实、曲解法律。有的律师认为，我拿的是当事人的钱，是当事人养活我，我只为当事人服务，为达到胜诉的目的可以不择手段，这种认识完全错误的。为了避免这种律师基于利益或认识而发生违法违纪事件，我国律师法明确规定了禁止律师从事的行为，如违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件；向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿；故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据、妨碍

对方当事人合法取得证据；煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议等。律师从事这些行为的，会由相应的司法行政部门给予行政处罚；情节严重的，由省、自治区、直辖市司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 3. 维护社会公平和正义

维护社会公平和正义是所有法律制度制定的目的，也是建立社会主义法治国家的必然要求。实现维护社会公平和正义这个目标需要所有法律从业人员的共同努力和奋斗。律师作为法律执业人员，在执业活动中，也应当以维护社会公平和正义作为自己的职责。律师维护社会公平和正义是通过维护当事人合法权益，维护法律正确实施实现的。维护当事人合法权益、维护法律正确实施和维护社会公平和正义形成一个有机统一的整体，这三者相辅相成，不可分割。只有维护法律的正确实施，才能维护当事人的合法权益；律师通过维护当事人的合法权益，达到维护法律的正确实施。而律师维护当事人的合法权益和维护法律正确实施的最终目标是维护社会的公平和正义，律师如果不能维护当事人的合法权益，不能维护法律的正确实施，也就不可能维护社会的公平和正义。

## 二、民事诉讼中代理律师的权利与义务

### （一）民事诉讼中律师的权利

#### 1. 来源于当事人授权的诉讼权利

民事诉讼代理律师在民事诉讼中的权利主要来源于当事人的授权。当事人在民事诉讼中享有哪有权利，律师在民事诉讼中就有可以享有哪些权利。在我国民事诉讼活动中，代理律师可以根据当事人的授权享有的权利包括：代为提起诉讼的权利；代为出庭发表代理意见的权利；代为向法庭提出回避的权利；代为申请财产保全的权利；代为承认、放弃、变更诉讼请求的权利；代为提出上诉权利；代为申请执行的权利。总之，当事人在民事诉讼中享有的权利，在法律没有明确规定禁止授权的情况下，律师均可以根据当事人的授权而享有这些权利。

#### 2. 来源于法律规定的权利

民事诉讼代理律师除了根据当事人的授权享有的权利外，依据法律规定也享有其他的一些权利，具体包括：

（1）民事诉讼律师享有的人身权。《律师法》第37条规定：“律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。律师在参与诉讼活动中涉嫌犯罪的，侦查机关应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会；被依法拘留、逮捕的，侦查机关应当依照刑事诉讼法的规定通知该律师的家属。”

(2) 民事诉讼律师享有的调查取证权。《律师法》第 35 条规定：“受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”同时，《民事诉讼法》对此律师享有的调查取证权也有相关规定。

(3) 民事诉讼律师享有的阅卷权。《民事诉讼法》第 61 条规定：“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。查阅本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。”

(4) 民事诉讼律师享有的拒绝代理权。律师接受了当事人的委托后，无正当理由不得拒绝代理，这是律师职业道德规范中对律师的执业要求。但在例外情况下，例如，继续代理将违反法律、社会道德或律师职业道德或执业纪律，甚至损害社会公共利益时，或者律师客观上无法继续代理的，应当允许律师享有拒绝代理的权利。为此，我国《律师法》第 32 条第 2 款规定：“律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。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故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。”

## （二）民事诉讼中律师的义务

民事诉讼代理律师在民事诉讼活动中，除了前文所说的享有一定的权利外，法律和行业规范也规定了律师不得违反的义务，要求律师在执业活动中严格遵守。律师在民事诉讼代理活动中对这些义务的遵守，不但在建立公正的司法环境方面起着积极作用，在良好的律师执业环境的建立方面也起着不可或缺的作用。同时，公正的司法环境与良好的律师执业环境也能让当事人充分相信律师行为，与律师之间建立稳固的信任关系。

### 1. 真实义务

我国《律师法》第 3 条规定，律师执业必须以事实为根据，以法律为准绳。第 40 条规定，律师不得故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据。真实义务关乎我国司法公正审判，律师在民事诉讼代理过程中应该遵守律师的真实义务，不得故意弄虚作假，扰乱司法秩序。律师在民事诉讼代理过程中违背真实义务，轻者会受到相关的行业处罚，重者甚至会承担刑事责任。

### 2. 维护司法公正与司法秩序的义务

律师进行民事诉讼代理的目的之一是维护当事人的合法权益。但是，在维护当事人的合法权益的同时，应该注意维护司法公正，不得妨碍司法程序的正常进行，不得损害司法的纯洁性。根据《律师法》与司法部 2010 年发布的《律师和律师事务所违法行为处罚办法》的有关规定，律师维护司法公正与司法秩序的义务有：不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，即不得在非工作时间、非工作场所，会见承办案件的法官、检察官、仲裁员或者其他有关工作人员，或者违反规定单方面会见法官、检察官、

仲裁员或者其他工作人员；不得向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿、介绍贿赂，或者指使、诱导当事人行贿；不得扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼或者仲裁活动的正常进行。

### 3. 执业禁止义务

《律师法》第 41 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；《法官法》与《检察官法》也均规定，法官与检察官离任后 2 年内不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人，离任后不得担任原任职法院或者检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。此外，最高人民法院 2011 年公布的最高人民法院《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第 8 条规定，审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后 2 年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后，不得担任原任职法院所审理案件的诉讼代理人或者辩护人，但是作为当事人的监护人或者近亲属代理诉讼或者进行辩护的除外。第 9 条规定，审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母不得担任其所任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人。

### 4. 维护当事人合法权益的义务

维护当事人合法权益不但是律师在民事诉讼中的作用及意义，同时也是律师在民事诉讼中的义务。《律师法》第 29 条至第 32 条即规定了律师在从事法律顾问、民事或行政诉讼或非诉业务以及刑事辩护时，均应当维护当事人的合法权益。

### 5. 保密义务

律师对于在民事诉讼代理活动中知悉的有关当事人的个人隐私、商业秘密和与案件有关的事实情况均负有保密的义务，这种保密义务一般也是当事人与律师建立委托代理关系的基本条件。《律师法》第 38 条规定，律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。《律师和律师事务所违法行为处罚办法》第 13 条规定，律师未经委托人或者其他当事人的授权或者同意，在承办案件的过程中或者结束后，擅自披露、散布在执业中知悉的委托人或者其他当事人的商业秘密、个人隐私或者其他不愿泄露的情况和信息的，属于《律师法》规定的“泄露商业秘密或者个人隐私的”违法行为。

## 三、律师代理民事诉讼的种类

律师实务中，因民事案件涉及的案由、程序以及每个案件当事人在民事诉讼中的身份的不同等，律师代理的内容有所不同，一般而言，律师代理民事诉讼包括以下几种：



## （一）依据被代理人在民事诉讼中的身份来划分，可分为原告的代理、被告的代理和第三人的代理

当事人在民事诉讼中的地位可分为原告、被告、第三人，律师在同一案件中只能代理原告、被告、第三人中的一方，依当事人在民事诉讼中的身份对律师代理民事案件进行划分，可分为原告的代理、被告的代理和第三人的代理。

## （二）依据代理权限来划分，可分为特别授权的代理和无特别授权的一般代理

特别授权的代理，是指委托人把对实体权的处分权授予律师行使的代理。实体权利包括承认对方诉讼请求的权利、放弃自己诉讼请求的权利等，律师享有的这些权利，简称为“处分实体权的诉讼权利”，律师可以代为承认、放弃、变更诉讼请求、代为起诉、撤诉、进行和解等。无特别授权代理，也叫一般代理，是指委托人仅把纯属诉讼权利授予律师的代理。纯属诉讼权利是指不属涉及实体权利的诉讼权利，如帮助调查取证权、申请回避权、提出管辖异议权、参加庭审权、申请重新鉴定权等。

## （三）依据律师参与审判的不同程序划分，可分为一审程序中的代理、二审程序中的代理和再审程序中的代理

由于一审程序、二审程序、再审程序都有各自特定的诉讼任务和不同的要求，而且并非每个案件都必须经过二审和再审，因而如果一个案件要经过一审、二审和再审程序，当事人可以选择一名律师一直代理，也可以选择不同的律师在不同的阶段代理。在不同的诉讼程序中，律师也应当有不同的工作方式、步骤和方法。一审程序是人民法院第一次审理案件的程序，其任务是通过案件的审理，确认原、被告双方的民事权利义务关系，解决民事纠纷。在一审代理中，律师需要帮助当事人调查取证、准备法律文书、出席法庭审判；帮助当事人举证、质证、认证和辩论，帮助一审法院查清案件事实，正确适用法律。二审程序的任务是根据上诉人的请求，审查一审法院审判程序是否合法、事实是否查清、适用法律是否正确，并作出裁决。与此对应，二审中的代理律师首先要审查一审判决、裁定的事实是否清楚、证据是否确实充分，与当事人一起商量向二审法院提出哪些诉讼请求，出席庭审，最后形成代理意见提交二审法院。在再审程序中，代理律师应当对一审或二审的生效判决、裁定存在的错误、对委托人的不利后果和如何纠正等问题，提出申请、配合调查、出席庭审，并发表代理意见。根据《民事诉讼法》第207条规定，再审案件，如果法院按照第一审程序审理案件，代理律师行使一审中依法享有的代理权；如果按照第二审程序审理案件，代理律师行使二审程序中依法享有的代理权。

## （四）依据按审判程序与执行程序的标准不同，可分为审判程序中的代理和执行程序中的代理

律师在民事诉讼中的代理，除了一审、二审、再审程序中的代理以外，还包括简易程序

序、特别程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产程序中的代理。执行程序中的代理,则指协助当事人申请强制执行或者作为被执行人的代理人协助当事人在执行程序中保护其合法权益。执行程序也可能因为涉及案外人财产等因素,而穿插进行审理程序。

### (五) 依据是否具有涉外因素来进行划分,可分为涉外代理和非涉外代理

涉外民事诉讼,是指具有涉外因素的民事诉讼;涉外民事诉讼程序,是指人民法院受理、审判及执行具有涉外因素的民事案件所适用的程序。所谓涉外因素是指具有以下三种情况之一:第一,诉讼主体涉外,即诉讼一方或者双方当事人是外国人、无国籍人或者外国企业和组织,人民法院在审理国内民商事案件过程中,因追加当事人或者第三人而使得案件具有涉外因素的,属于涉外民商事案件;第二,作为诉讼标的的法律事实涉外,即当事人之间的民事法律关系发生、变更、消灭的事实发生在境外;第三,诉讼标的物涉外,即当事人之间争议的标的物在境外。

实践中,有些律师专门做涉外民事诉讼业务,一般从事涉外民事诉讼的律师除了具备专业的法律知识以外,还需要具备较好的外语水平;而有些律师则只做国内的民事诉讼业务。以此来对律师民事诉讼代理进行划分,可分为涉外代理和非涉外代理。

## 四、律师代理民事诉讼与其他诉讼程序中律师代理的区别

### 1. 与律师代理行政诉讼的区别

律师代理行政诉讼是指律师接受行政诉讼当事人委托,担任代理人,参与行政诉讼的行为。律师代理民事诉讼和行政诉讼的区别主要体现在以下方面:

(1) 案件的性质和适用的法律规范不同。民事诉讼代理的案件是平等主体之间因财产关系或人身关系所发生的民事纠纷,适用的是民事诉讼法和民事实体法律规范;而行政诉讼代理的案件则是行政管理机关与行政管理机关相对人之间因具体行政行为而发生的行政争议,适用的是行政诉讼法和行政法律规范。

(2) 代理律师在诉讼中的地位不同。因民事诉讼当事人是平等主体,所以代理律师的诉讼权利和诉讼义务也相同。而行政诉讼中,当事人的范围是限定的,原告是合法权益受到侵犯的公民、法人或其他组织,被告只能是作出具体行政行为的国家行政机关。原、被告之间在实体权利义务上是不平等的,因为原告是接受管理和受处罚的一方,而被告享有国家赋予的行政管理权和行政处罚权。在行政诉讼程序中,为了平衡原、被告实体权利的不平等,原告所处的诉讼地位优于被告,如只有原告拥有起诉权,被告不能反诉;原告在诉讼中可以向被告、证人收集证据,而被告却不能收集证据;原告只需证明被告作出了具体行政行为,而被告承担全部的举证责任。

(3) 代理律师的权限不同。民事诉讼中的律师作为当事人的代理人,其权限分为一般授权和特别授权。在行政诉讼中,律师如果作为原告的代理人可以是一般授权,也可以是

特别授权。但如果作为被告行政机关的代理人，只能是一般授权。因为作为被告的国家行政机关所行使的行政管理和处罚权，是国家宪法、法律赋予的权力，任何组织和个人不得放弃、变更和代为处分。

(4) 代理进行诉讼行为时所遵循的诉讼原则不同。民事诉讼与行政诉讼有共同适用的法律原则，如公开审判、以事实为根据、以法律为准绳等原则。但民事诉讼有一些特殊原则和制度，如调解原则、处分原则和当事人举证原则是不适用于行政诉讼的，而行政诉讼中的举证责任倒置、具体行政行为合法性原则、起诉不停止执行等原则也不适用于民事诉讼。

## 2. 与律师代理刑事诉讼的区别

律师刑事诉讼代理是指刑事诉讼中，律师接受刑事自诉案件自诉人的委托，或者公诉案件被害人及其近亲属、附带民事诉讼当事人的委托，在所受委托的权限内，担任代理人参加诉讼，为自诉人、被害人、附带民事诉讼当事人提供法律帮助的活动。律师民事诉讼代理与刑事诉讼代理都基于当事人的委托发生，受委托代理权限的限制，代理行为的结果也都由被代理人承担，但是两者还是有巨大的差别：

(1) 代理的对象不同。刑事诉讼代理的对象是自诉案件自诉人，或者公诉案件被害人及其近亲属、附带民事诉讼当事人；民事诉讼代理的对象是民商事案件的原告、被告或第三人。

(2) 案件性质和适用法律规范不同。刑事诉讼代理的案件是犯罪嫌疑人或者被告人被控涉嫌侵犯了刑法所保护的社会关系，国家为了追究犯罪嫌疑人或者被告人的刑事责任而进行立案侦查、审判并给予刑事制裁（如罚金、有期徒刑、死刑、剥夺政治权利等）的案件，适用的是刑事诉讼程序法和刑事实体法律规范。而民事诉讼代理的案件是平等主体之间的因财产关系或人身关系所发生的民事纠纷，适用的是民事诉讼程序法和民事实体法律规范。

(3) 代理的内容和产生的法律后果不同。刑事诉讼代理围绕着被告人的刑事责任问题，确定的是犯罪事实以及被告人的刑事责任及附带民事赔偿责任问题，产生的后果是被告人是否应该承担刑事实体法规定的刑事责任和附带应当承担的民事责任。民事诉讼代理围绕着双方当事人之间的争议，确定的是当事人之间的民事权利义务关系，产生的后果是当事人是否应该承担民事实体法规定的民事法律责任。

## 3. 与律师刑事辩护的区别

刑事诉讼中的律师辩护，是指律师在刑事诉讼中接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或法律援助机构的指定参加诉讼，根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的意见，维护其合法权益的诉讼活动。代理民事诉讼和进行刑事辩护是律师最重要的两项基础业务，但相互之间存在着巨大差别：

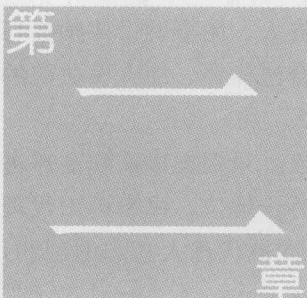
(1) 参与诉讼的目的和帮助对象不同。刑事辩护律师参与诉讼的目的是维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，使其不受或受到较轻的刑事处罚。刑事辩护律师在刑事诉讼中帮

助的对象是公诉案件的犯罪嫌疑人、被告人及刑事自诉案件的被告人。民事诉讼律师参与诉讼的目的通过实施一定的诉讼行为最大限度地维护被代理人的合法权益，使人民法院的裁决支持被代理人的主张。帮助的对象范围是原告、被告、第三人。

(2) 诉讼地位不同。刑事辩护律师可以以自己的名义参加诉讼，只根据事实和法律进行辩护，不受犯罪嫌疑人、被告人的制约，在诉讼中具有独立的诉讼地位。民事诉讼代理律师只能以被代理人的名义参加诉讼活动，并且要受到代理权限或被代理人意志的制约，在诉讼中的地位相对较弱。

(3) 权限范围不同。刑事诉讼辩护律师享有法律赋予的广泛的诉讼权利，甚至有些权利连犯罪嫌疑人、被告人都不能享有。根据我国《刑事诉讼法》的规定，辩护律师享有的诉讼权利主要包括独立辩护权、阅卷权、会见、通信权、调查取证权、提出意见权、获得通知权、参加法庭调查和辩论权、拒绝辩护权以及经被告人同意，提出上诉权等等。同时，刑事辩护律师的权利并非来源于犯罪嫌疑人、被告人的授权，而是法律赋予其应享有的法定权利。而民事诉讼律师的代理权限直接来源于被代理人的授权，民事诉讼律师只能在被代理人授权的范围内从事民事诉讼代理活动。

第



## 建立委托代理关系

- 第一节 接受委托前工作
- 第二节 委托代理关系的建立
- 第三节 律师收费

## 第一节 接受委托前工作

### 一、与案件的第一次接触

律师与某一案件的第一次接触有很多形式，可能是电话咨询，可能是当事人直接上门，也可能是摆在桌上的案卷材料。由于社会生活的千变万化，案件情况也是千差万别的。除非群体性案件，律师很难碰到完全相同的两个案件，律师工作的魅力和难度都体现在这一点上。因为不同，工作不会因重复而无聊烦闷；同样因为不同，每一案件的接手都几乎是一个全新的开始和挑战。

#### 1. 电话咨询

一般而言，无论是熟人介绍还是从各种类型的宣传中得到律师或律师事务所的信息，在上门之前，当事人都会提前打电话来预约律师见面时间。这可能是大部分律师与当事人或案件的第一次接触。在短暂的通话过程中，律师应当表明自己的身份，了解对方身份、案件状态及电话目的。依据案情重大复杂程度，在一个可控时间范围内，律师在电话中应尽可能多地了解案件情况和相关信息，但是要谨慎表达观点，这既是对案件保持一种严肃态度，也是对自己的保护。如果当事人追问律师的意见，则可以简要说明，但同时要强调完整和负责的法律意见会在看过案卷后再给出。

#### 2. 简单会见

有一些律师事务所会安排值班律师在无准备的情况下直接接待上门咨询的当事人。律师面对这种情况，最好先简单询问主要争议问题后，及时判断属于哪个领域的案件，由律师事务所内专精此项业务的律师进行咨询。如果必须要接待当事人，提供咨询，则应当认真听取当事人陈述，简单翻看当事人携带的资料，在确定的情况下给当事人一个初步的意见，然后说明会在研究了全部案卷并与团队律师讨论后给出完整的意见。

#### 3. 研读案卷

最理想的接触案件的状态是当事人已经将全部案卷提交给律师，等待律师做完研究之后再给出意见。律师此时需要做的是认真研究案卷材料，按时间顺序整理出案件事实发生的过程，必要时佐以图表来标明事件中的法律关系。在研究案卷过程中经常会发现一些问题，这时律师要把每个问题都记录下来，然后与后面的材料去印证，如果看完材料仍无法得出确切结论，要做好记录，留待与当事人共同讨论。

### 二、提前做好“功课”

如前所述，律师很难碰到完全相同的案件，而且情节雷同的案件也有可能因为新的法

律法规、司法解释的实施，甚至新的判例的出现而存在处理结果上的显著差异。因此在简单了解案件涉及哪方面的争议后，律师应及时做好“功课”。提前准备充分，在会见当事人分析案件时才会有的放矢，也更容易取信于当事人。一般而言，在最短的时间范围内，律师需要在几个方面进行新知识、新信息的跟进：

### 1. 查询与案件相关的法律、法规、司法解释等规范性法律文件

与案件争议相关的法律、法规、司法解释（包括最高人民法院和各省高级人民法院的各种规定、批复、会议纪要等）、行政规章甚至地方性法规可能都需要做相应的收集和研究。当然，一般律师经过专门的法学教育和司法考试，对待案件一般而言不至于从头学起。我们也不主张在从头学起的情况下接受该案件的委托，这对当事人和自己都不负责任。在初步了解案件争议内容之后，需要更新和跟进的主要是最新的法律规定，尤其是司法解释。律师是一个需要持续学习的职业，尤其是在网络时代，如果当事人自己都了解了法律法规的最新变化，而律师还不知道，其后果可想而知。这也是业界一直都在强调律师专业化发展方向的原因。随着律师业务越来越专业、细致，只有在自己选定的专业领域里，才有可能跟进所有最新的进展，成为“专家”。

### 2. 查询相关领域是否有新的案例出现，人民法院处理该类案件近期的思路是什么

“太阳底下无新事”，一个律师最新接触到的案件不一定是本地本省的第一件，更不太可能是全国第一件。我国虽然不是判例法国家，但是人民法院的判例，尤其是高级别人民法院的判例能够反映人民法院处理该类案件的思路。有一些案件虽然没有立法或作出司法解释，但可能在人民法院内部已经以通知、纪要、经验交流等方式予以确认，成为审判该类案件的内部标准。

在一些案件中，律师会遇到不同法院在情节相似的案件中作出不同的判决，在这种情况下，律师需要更细心地分析判例之间情节的区别、时间的差异，从中总结出适用或不适用本案的关键点。一些特殊疑难的案件，在司法实务中争议较大时，律师还可以参考法学理论界的通行观点，必要时可以聘请专家进行专题论证。

## 三、正式会见当事人

律师与当事人会见，是律师执业最基本的技能、最基础的工作，也是律师业务的开始，没有与当事人会见，就没有律师与当事人委托代理关系的建立、律师代理民事诉讼或其他业务。律师通过与当事人的会见能够清楚地知悉案件的背景、事实经过以及当事人的诉求等等。当事人通过与律师的会见也可以初步了解律师的专业技能、职业素养，并以此来判断是否与律师建立委托代理关系。所以，律师与当事人会见虽然不是律师诉讼法律事务，但是，它是律师诉讼业务的“源头”。律师应对与当事人会见的工作予以特别的重视。

## （一）外貌及言谈举止

律师在社会公众眼中是一个专业严谨的职业群体。良好的仪表虽然与法律专业素养没有多大关系，但是会影响到当事人对律师乃至整个律师群体的印象，对于相互间最初的信任建立非常重要。因此，每名律师都应该注意自己的仪容仪表。

1. 着装。俗话说，人靠衣装马靠鞍，律师行业也不例外。着装掌握的总的原则是大方得体。具体来说，首先，服装要整洁、干净、熨烫有形。衣服穿得整洁、干净，人看上去精神饱满，既增加自信，也更易取得当事人的信任。其次，着装的搭配要协调。身上穿着西装，脚上一定要穿上与西装相配皮鞋，若穿上旅游鞋、布鞋甚至拖鞋，显然是不合适的。最后，着装整体打扮要与律师职业相称。如女律师不宜穿过于薄、透、短、露的服装，否则容易给人留下轻佻的印象等。若律师对服装的穿着、搭配实在没有太多了解，保守地说，男律师穿西装、女律师穿西装或及膝西装裙是不会有错的。

2. 态度。律师对于当事人的态度一般而言都应是认真而亲切的。真诚与否、敬业与否对于当事人来讲可以从与律师点点滴滴的接触中体会到。我们主张律师在与当事人的接触中，既亲切又疏离，亲切是为了取信于人、更好地掌握案情，疏离是为了保持清醒的判断和赢得当事人的尊重。实践中有时律师为了争取案件的代理，对待当事人的态度会出现两种“极端”：一种是极度的容忍和迎合，以让当事人“满意”来显示自己的“真诚”；另一种是故意的否定和蔑视，以打击当事人来显示自己的专业水准。对于这两种“剑走偏锋”的对待当事人态度，建议律师慎用。

3. 言谈举止。当事人最在意律师的当然还是律师的能力，这一能力包括律师的法律知识和办案经验，也包括通过会见而考察出的律师的表达能力、逻辑思维能力和说服能力。总的来说，律师对于案件及相关法律知识掌握得越多、经验越丰富，就会越自信，气场越强大。气场需要修炼，律师与当事人会见保持一个良好的气场可以赢取当事人的信任。在与当事人见面时，律师应该注意举止礼仪要大方；讲话要沉稳、流畅；眼神要坚定；表达观点时要自信等等。

## （二）听取当事人陈述

听取当事人陈述是与当事人建立委托关系的前提和基础。律师听取当事人的陈述，必须认真倾听，这样才能掌握案件全部情况，有的放矢。在听取当事人陈述时，需要注意：

### 1. 听完问题的全过程，弄清来龙去脉

律师在听当事人陈述时，应注意尽量不要打断当事人的陈述，要听完当事人所说问题的全过程，弄清楚整个案件的全过程、来龙去脉。

### 2. 抓住细节并进行确认

对于问题的细节或关键情节要听真切，并通过自己的理解与当事人进行确认，绝不能含混或疏漏。



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>

