

律师实务精要

Essentials of Lawyer Practice

Essentials of Lawyer Practice

王伯庭 / 著

吉林人民出版社

律师实务精要

王伯庭 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师实务精要/王伯庭著. — 长春: 吉林人民出版社, 2005.11
ISBN 7-206-04816-1

I. 律… II. 王… III. 律师业务
IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 137949 号

律师实务精要 Lǚshīshíwùjīngyào

著 者: 王伯庭

责任编辑: 李艳萍 责任校对: 李蕊 杨立云

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码: 130022)

网 址: www.jlpph.com

全国新华书店经销

发行热线: 0431-5395846

印 刷: 长春市第九印刷有限公司

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 17.5 字数: 600 千字

标准书号: ISBN 7-206-04816-1

版 次: 2006 年 1 月第 1 版 印 次: 2006 年 1 月第 1 次印刷

印 数: 1-5 000 册 定 价: 36.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

前 言

随着党中央、国务院确定的“依法治国”方略的推进，作为民主与法制建设中的律师，其地位和作用愈加突出和重要。从某种意义上讲，律师承担着建设法治社会的使命，这种使命神圣而艰巨。可谓万山阻碍，困难千重。但是对于从事这一职业的同仁来讲，知识、智慧和锲而不舍的勇气与韧劲是其取得成功的保障。

中国律师制度从1957年初创到1980年恢复以来，已逐步壮大和发展。律师业务从单纯的刑事辩护，已扩展为市场经济提供全面的法律服务。广大律师在社会主义物质文明和精神文明建设中彰显其巨大的活力和推动作用。很多律师为完成其职责和使命付出了艰辛的劳动，他们为社会主义民主与法治建设呐喊，为法律的公平正义而献身。

众所周知，只有那种为完成自己的使命而具有良好素质的律师，才能够对他所接受的案件进行认真的准备，而这种素质与其说是来自上帝恩赐的礼物，不如说是经过艰苦的实践而获得的。有这样一种非常正确的说法：天才是百分之九十的汗水加上百分之十的天资。几乎没有哪位学者或教科书能适当地并在细节方面为律师指明职业的方向和原则。正因为如此，作为一名资深律师，在写这本《律师实务精要》一书时，除第一题贯穿着本人二十五年律师工作实践的体验、认识和感受之外，其余各题，则是对相关民商事纠纷中民事责任的探讨。这恰恰是民商事律师和法官需要认真把握和释明的问题。故作者望本书不仅对广大律师、法官等从事法律实务工

作有所帮助和启迪，同时对教学科研人员亦有可借鉴之处。惟著者学术水平所限，书中某些观点还有待进一步完善和商榷，不当之处敬请诸位同仁批评指正。

王伯庭

2005 年秋于徐州盛佳大厦 1105A 室

目 录

第一题 刑事辩护中的律师实务	(1)
一、刑事辩护	(1)
二、辩护权	(5)
三、辩护人的范围	(8)
四、辩护人的地位	(10)
五、辩护人的责任	(11)
六、辩护人的权利	(12)
七、辩护人的义务	(13)
八、刑事辩护的类别	(15)
九、刑事辩护律师的素质	(17)
十、刑辩律师的伦理	(25)
十一、会见刑事当事人的规则	(30)
十二、收集、调取刑事证据的规则	(33)
十三、刑事证据的审查判断	(45)
十四、非法刑事证据的排除规则	(76)
十五、无罪推定规则的适用	(82)
十六、出庭前的准备	(86)
十七、一审刑事公诉案件的法庭辩论	(96)
十八、一审刑事自诉案件的法庭辩论	(102)
十九、一审刑事附带民事案件的法庭辩论	(106)
二十、二审刑事案件的辩护	(108)
第二题 侵权纠纷中的律师实务举要	(122)
一、关于侵权损害的一般归责原则	(122)

二、侵权损害赔偿规则	(131)
三、侵权行为的界定	(136)
四、侵权的民事责任	(138)
五、侵权损害赔偿的因果关系	(139)
六、侵权法中的一般安全注意义务	(142)
七、共同危险行为人的连带责任	(148)
第三题 公司纠纷中的律师实务	(150)
一、公司的民事责任概述	(150)
二、公司设立时的民事责任	(151)
三、公司合并中的民事责任	(163)
四、公司分立中的民事责任	(168)
五、公司出售中的民事责任	(169)
六、公司董事、经理的民事责任	(172)
七、公司倒闭后的民事责任	(177)
八、公司清算中的民事责任	(180)
九、公司中特殊股东的民事责任	(181)
十、为公司出具虚假资信证明单位的民事责任	(182)
十一、为公司验资不实单位的民事责任	(183)
十二、公司为分支机构承担的民事责任	(188)
十三、公司的分支机构对公司承担的民事责任	(188)
十四、公司成立的批准机关应承担的民事责任	(188)
十五、公司对挂靠单位应承担的民事责任	(189)
十六、公司因承包与租赁所应承担的民事责任	(191)
十七、公司设立瑕疵的民事责任	(191)
第四题 商业企业纠纷中的律师实务	(195)
一、商业企业概述	(195)
二、广告侵权行为的民事责任	(197)
三、经营者的民事责任	(202)
四、商业诽谤行为的民事责任	(204)
五、侵害商业秘密行为的民事责任	(207)

六、侵害消费者权益的民事责任	(214)
第五题 商品房买卖纠纷中的律师实务	(220)
一、商品房买卖合同的概念与特征	(220)
二、商品房买卖合同的效力	(222)
三、销售广告的效力	(225)
四、逾期办证的民事责任	(227)
五、约定违约金的调整	(228)
六、商品房认购书的效力	(232)
七、面积误差的界定与处理	(235)
八、违约责任不对等的处理	(237)
九、惩罚性赔偿责任的界定	(238)
十、关于商品房买卖合同的解除	(241)
第六题 道路交通事故损害赔偿纠纷中的	
 律师实务	(244)
一、交通事故	(244)
二、交通事故处理操作程序	(244)
三、交通事故责任的承担及免责	(248)
四、交通事故的调解与诉讼	(252)
五、道路交通事故人身损害赔偿	(253)
六、现行道路交通事故处理的几点变化	(256)
七、道路以外发生的事故的处理	(257)
八、交通事故的法律适用	(257)
第七题 合同纠纷中的律师实务	(259)
一、违约责任的基本问题	(259)
二、无效合同中的民事责任	(352)
三、第三人原因造成违约时的民事责任	(368)
四、合同代理中的民事责任	(375)
五、合同保证中的民事责任	(398)
六、常见合同纠纷中的民事责任	(436)



第八题 知识产权纠纷中的律师实务	(510)
一、知识产权的基本问题	(510)
二、知识产权的性质与特征	(513)
三、知识产权的主体与对象	(519)
四、侵犯知识产权的归责原则	(522)
五、侵犯著作权的民事责任	(524)
六、侵犯专利权的民事责任	(537)
七、侵犯商标权的民事责任	(544)

第一题

刑事辩护中的律师实务

一、刑事辩护

刑事诉讼法的历史，可以说是不断扩充辩护权的历史。我国宪法、刑事诉讼法、人民法院组织法、律师法均从不同的角度，以不同的表达方式规定了犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护，国家司法机关有义务保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权得以实现。有关律师进行刑事辩护的任务、方式、权利、义务、程序等亦有明确的法律规定。特别是1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议修正后的《中华人民共和国刑事诉讼法》在第一编总则中设有专章（共十条）规定了“辩护与代理”制度，从而完善了我国的刑事辩护制度。法律赋予犯罪嫌疑人、被告人享有辩护权，并从制度上保障这一权利能得到充分的行使，进而真正实现在刑事诉讼活动中必须事有和保障人权的价值取向。而“尊重和保障人权”在2004年3月已写入宪法修正案，更证明了刑事诉讼中犯罪嫌疑人和被告人享有充分的辩护权的重大意义。赋予权利和保障制度的实现，是社会主义立法的最基本特征之一，这两个方面构成了辩护制度的基本框架，其中，赋予犯罪嫌疑人、被告人辩护权利是辩护制度的核心，而为保障辩护权实现所规定的保障机制则是辩护制度的内容。据此，可以结论，所谓刑事辩护制度，则是指刑事诉讼方面的法律关于辩护权的内容、辩护的方式、种类、原则、根据以及辩

护人的权利、义务、责任与范围等一系列法律规范的总称^①。

在1995年至1996年3月修改刑事诉讼法的过程中，立法机关和刑法学界始终把“加强对犯罪嫌疑人、被告人合法权益的保障，改善犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的地位”作为刑事诉讼制度改善的重要目标^②。另外，修改后的刑事诉讼法通过律师提前介入刑事诉讼的时间、扩大提高辩护的范围以及改善庭审方式等方面加强了辩护职能。修改后的刑事诉讼法实施以后，法学界和法律实务工作者围绕对刑事诉讼辩护制度的理解和执行曾展开了激烈的争论，原则上可分为“限制说”与“保障说”两种倾向性主张。前者意欲对律师在刑事诉讼中的活动设置种种障碍，尽可能限制律师作用的发挥；后者则力图在现有的立法的基础上，尽可能扩展律师的权利，严格执行刑事诉讼法，使律师在刑事诉讼中拥有较大的活动空间，使其介入具有真正的意义。而前者在相关执法机关的内部制定的一些重要性文件中不同程度地得到了体现，从而导致基层公、检、法机关及律师难以适从。在刑事诉讼法实施后的1998年1月19日全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会同最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部、司法部联合发布了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（以下简称《规定》），进一步明确了刑事辩护制度中存在争议的一些问题。从六部门的《规定》实施以来的情况看，律师辩护难的局面得以好转，但律师会见难、阅卷难、取证难等问题依然存在，极大地制约了律师辩护功能的发挥。为此广大实务界的同仁则认为，刑事诉讼法修改后的刑事辩护亦成为不少律师“谈刑色变、如履薄冰、战战兢兢”的执业“雷区”，成为具有最高风险的工作。即从刑事诉讼法的修改上看是加强了辩护职能，但从实施上看律师的辩护工作更加困难。这其中虽有立法本身的不够完善和缺乏配套措施的因素，最为主要的是一些执法人员有法不依，重打击，轻辩护等原因所致。

2004年初，最高人民检察院公布了《关于人民检察院保障律

① 参见李益民主编《律师制度与实务》，法律出版社，2003年9月第1版，第187页。

② 参见陈光中主编《刑事诉讼实施问题研究》，中国法制出版社，2000年5月北京第1版，第25页。

师在刑事诉讼中依法执业的规定》。主要对保障律师在刑事诉讼过程中的权利作出了明确的规定。2004年3月11日,最高人民法院、司法部联合在京举办座谈会,有关部门的负责人、潜心于刑事诉讼法研究的专家学者和刑辩律师代表聚集一堂,围绕如何贯彻落实《规定》的话题展开了探讨。最高人民法院副检察长孙谦在讲话中谈到:“律师辩护制度是刑事诉讼中一项十分重要的制度”。1996年刑事诉讼法的修改使律师介入刑事诉讼时间的提前,扩大了律师的诉讼权利。但从目前的实际情况看,律师依法执业仍然存在一些障碍,一是律师会见犯罪嫌疑人的权利得不到保障。我国刑事诉讼法和相关司法解释对律师会见权作了规定,但在会见权的落实上还存在各种困难,尤其是侦查阶段律师会见方面。在司法实践中,侦查阶段律师会见往往受到会见批准、会见的时间和会见内容的限制,使得律师会见效果受到影响。二是法律规定的律师查阅案卷材料制度没有得到很好地实施,由于相关司法解释对于检察机关如何办理辩护律师阅卷事宜并无具体操作性的规定,辩护律师阅卷的权利往往得不到保障。三是律师的调查取证权利受到限制,现行法律和司法解释对于检察机关在什么情况下应当同意或者许可律师调查取证并没有作出可操作性的明确规定,律师提出的调查取证的要求,往往得不到司法机关的同意或者许可,取证的活动受到不应有的限制。四是听取律师辩护意见制度的重要作用没有得到充分发挥。这些问题,影响了律师辩护权利的充分行使,不利于维护司法公正和保障人权。党的十六大也从建设社会主义诉讼文明、司法文明的高度提出:“要完善诉讼程序、保障公民和法人的合法权益”。律师作为辩护人,一方面代理被迫诉人进行防卫性的辩护,另一方面维护被迫诉人的人权,保障公正执法。在此次座谈会上,与会者一致认为,《规定》以保障律师执业权利为切入点,在现行法律框架内进行了制度创新。《规定》针对当前律师参与相关诉讼遇到的突出问题,在律师会见犯罪嫌疑人、查阅案卷材料、收集和调查取证以及听取律师意见、律师投诉等方面提出了相应的解决措施,细化了刑事诉讼法的有关规定,使之更加明确,更具有操作性。《规定》的实施有利于破解律师执业的“三难”(即会见难、阅卷难和调查取证难)的问题,保障律师在刑事诉讼中正常实施法律赋予的执业权利,有利于形成合理的刑事诉讼结构,保障和促进刑事诉



讼程序的公正。

保障辩护制度和保障刑事律师执业权益是涉及面广具有渐进性的系统工程。作为与刑辩律师经常打交道的检察机关，出台这样一个有关保障律师合法执业的专门规定，无疑为司法机关保障刑事辩护制度、保障律师的执业权益起到了重要的示范意义。然而，刑事辩护制度、刑辩律师的执业权益制度保障决不能奢望一个司法文件，靠检察机关一家努力就可以一劳永逸，立法机关仍需要进一步反思、修改和完善现行的刑法、刑事诉讼法、律师法、人民法院组织法等相关法律法规。与此同时，对于刑事辩护律师而言，缺乏诚实信用、执业自律等品行以及玩弄狡猾的伎俩都可能潜伏着一种致命的风险。律师作为法律职业共同体中维系法治文明的不可缺少的重要角色，刑事辩护律师更是在司法个案上彰显社会正义的重要角色，全社会尤其是公检法等部門要妥善和保障刑辩律师的执业权益，刑辩律师自身也应当强化执业自律意识和诚信意识，毕竟刑辩律师的荣辱关系到我国司法诉讼文明的兴衰。

在司法实践中，正确理解并在刑事诉讼中认真贯彻执行刑事辩护制度，对于提高办案质量，保障人权，实现刑事诉讼的任务具有重要的意义，具体而言可包括以下几个方面：

1. 刑事辩护是执业辩护职能的基本活动。由于刑事诉讼的基本职能是控诉职能、辩护职能、审判职能，辩护是执行刑事诉讼三个基本职能之一——辩护职能所进行的活动。诉讼是在控、辩双方的斗争中向前推进的，案件事实是在控、辩双方的矛盾对应活动中查明的。在现代文明的刑事诉讼中，辩护职能不仅被公认，而且有日益强化的趋势。人类刑事诉讼文明史是否定司法专横的历史，刑事司法三权即侦查权、检察权、审判权的分离和在刑事诉讼中引进刑事辩护机制并日趋使之完善规定，是现代刑事诉讼文明的重要标志。因此，辩护的重要价值不仅是维护了被追诉主体的合法权益，而且对于保证办案质量，体现现行司法民主，使刑事诉讼活动能够符合诉讼客观规律的健康运行均具有十分重要的意义。

2. 刑事辩护是保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，保障人权的重要举措。根据刑事诉讼法第35条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合

法权益。”律师法第38条也作出了类似的规定，辩护律师的责任主要有三个方面：一是维护嫌疑人、被告人的合法权益，在刑事辩护过程中要始终维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，不能放弃更不能侵害。律师一般不得轻易拒绝为犯罪嫌疑人、被告人辩护，除非有律师法第29条规定的：“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”的情形。二是律师必须根据事实和法律来维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。律师在进行辩护时，必须坚持以事实为依据，以法律为准绳的原则。不能脱离事实，违背法律，更不能故意歪曲、捏造事实、曲解法律。三是律师应通过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的途径，进行辩护。

3. 刑事辩护有利于进行法制宣传和教育。律师通过充分的法庭调查和辩护，可使旁听群众懂得什么是犯罪、罪与非罪、轻罪与重罪的界限；懂得什么是国家法律保护的；什么是国家法律反对的；懂得哪些是自己的合法权益；哪些是违法甚至犯罪行为等。提高人们的法制观念和法律知识水平，引导人们自觉依法办事，鼓励群众不仅敢于维护自己的合法权益，而且敢于扶正祛邪，同一切犯罪行为作坚决的斗争。它对于预防和减少犯罪，促进安定团结，争取社会治安的根本好转有着明显的重要作用。

4. 刑事辩护有助于案件的正确处理。由于辩护制度的存在，使得收集证据的全面性得到增强，同时对限制非法取证，保证证据的真实性有重要意义。此外，从法庭审查证据过程看，辩护与控诉双方的争辩有助于发现事实真相，有助于抑制法官的片面性和随意性，从而确保刑事案件得到正确处理。

二、辩护权

所谓辩护，是刑事诉讼中，作为被辩护的犯罪嫌疑人、被告人所享有的一项最核心、最基本、最重要的权利，是在法律规定每个公民都有遵守法律、维护法律、接受法律追究的义务相对应的重要权利。在犯罪嫌疑人、被告人的诸多权利中，辩护权处于核心地位，是一种最重要、最基本的权利。在司法实践中，辩护权体现为犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、辩护人根据事实和法律，针对刑事控诉和刑事追诉活动，证明刑事控诉全部或部分失实；证

1. 能行使辩护权的直接主体是被刑事追诉的对象,即犯罪嫌疑人、被告人。对于不具有完全诉讼行为能力的犯罪嫌疑人、被告人,基于法定代理制度的基本原理,应视其法定代理人享有为被代理人进行辩护的权利,而一般辩护人的辩护权利则只能由委托所产生。

3. 辩护权是维护被刑事追诉的犯罪嫌疑人、被告人合法权益的一种权利。这就要求,不能凭借辩护权而去维护其非法权利,更不容许采取损害国家、集体、他人利益的手段来达到维护被控诉一方不正当权益的目的。在行使辩护权的过程中,要始终将辩护建立在事实和法律基础上,故意歪曲事实、捏造证据、违背法律,不仅不能达到维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的目的,而且会受到相应的法律制裁。

来。所以清代散文家方苞的《狱中杂记》，也只披露了其中的一个角落。其实如方苞所遭遇的，又何止一处何止一时，可谓亘几千年封建时代的司法，对诬告的小民百姓而言，通遍皆然。

在国外，公元前4—6世纪，古罗马帝国时期，法律允许另外一个公民担任民事诉讼中被诉的债务人的保证人，能够代理被告人在法庭上应诉，进行辩论。后来，在帝国末期又出现了称作保护人的辩护人，为刑事被告人提供法律指导，并出庭为被告人辩护。《十二铜表法》规定了法律上辩护人进行辩护的内容。同时，刑事被告人对控告人的控告有权进行答辩。这就是历史上最早出现的刑事被告人的辩护权。但这一文明先进的司法制度亦没有很好地得到延续发扬光大。此后亦被纠问式的刑事审判制度所限制。至17、18世纪资产阶级革命后的发展阶段，在资产阶级革命前夕，一批著名的启蒙思想家提出了“天赋人权”、“主权在民”的著名口号，在诉讼中他们主张用辩护式取代纠问式模式，赋予被告人辩护权，在审判中实现辩护原则。资本主义革命成功后，英法等资本主义国家均在立法中肯定刑事诉讼的辩护原则，赋予被告人辩护权。1679年英国的人身保护法，明确规定了诉讼中的辩护制度，承认被告人有权获得辩护。1808年的法国刑事诉讼法对辩护作了十分详尽和周密的规定。1836年美国公布一项法律规定：“不论任何案件的预审和审判被告人都享有辩护权”。以后，所有西方各资本主义国家莫不在其刑事诉讼法中规定了关于刑事被告人的辩护权的有关章节，并成为各国立法的原则。这显然是人类社会文明进步的一个标志。新兴的社会主义国家，也都在刑事立法中采用了刑事被告人有权获得辩护的制度。

我国的刑事辩护制度赋予被告人的辩护权是近现代的。1906年在沈家本主持制定的《大清刑事民事诉讼法》中规定了律师可协助被告人进行辩护。1912年国民党政府颁布了《律师暂行条款》，这是我国律师制度的开端。之后的北洋政府、南京国民政府继续推行刑事辩护制度，形成了较完备的刑事辩护法律制度。但由于近现代中国的辩护制度产生和发展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。而在中国共产党的领导下，才开始确立了人民司法制度的新时代。早在1932年，在革命根据地就已实行了辩护制度。中华苏维埃中央执行委员会颁布

的《裁判部暂行组织及裁判条例》规定：“被告人为本身的利益，可请代表出庭辩护，但需得法庭的许可”。这是中国共产党领导下的人民政府所制订的最早关于建立辩护制度的法令。中华人民共和国建立后，我国人民民主专政下的辩护制度就逐步充实和完善起来。1950年，我国颁布的《人民法院组织原则》就明确规定：“应保障被告有辩护及请人辩护的权利”。1954年我国颁布了第一部宪法，其中第76条规定：“人民法院审理案件，除法律规定特殊情况外，一律公开进行，被告人有权获得辩护”。这是辩护制度上升为宪法原则，由此可见我国把刑事被告人的辩护权放到何等重要的地位。但我国新生的辩护制度推行不到两年即被迫中断，从此出现了长达20多年的空白时期。1979年的刑事诉讼法规定了辩护制度。1996年我国对刑事诉讼法作了重大修改，对辩护制度又作了重大改革。因此，我国的刑事辩护制度由此获得了令人瞩目的发展。

三、辯護人的範圍

所谓辩护人，是指为犯罪嫌疑人、被告人委托或法院指定，帮助犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权，以维护其合法权益的刑事诉讼参与人。

根据我国刑事诉讼法第 32 条之规定：“下列的人可以被委托为辩护人：（一）律师；（二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；（三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。”根据上述规定，律师是担任辩护人的首要人选，而且随着我国律师队伍的壮大，刑事辩护要求的日益提高和刑事司法制度的深化改革，律师担任辩护人的机会会日益增大并有逐渐取代其他人担任辩护的趋势。

根据刑事诉讼法第 32 条规定, 以及有关司法实践, 下列人员不能充当辩护人: (一) 正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人。这些人一方面没有实际条件实行辩护人的职责, 另一方面, 他们本身被执行刑罚或被限制剥夺人身自由, 这证明法律对他们作出了否定的评价, 如果充当辩护人, 很难说他们会不会借此干扰司法工作, 这样不利于诉讼活动的顺利进行。(二) 本案的证人不能充当本案的辩护人。这是因为证人与辩护人在诉讼地位与责