

律师实务 的 理论与实践

北京市第十律师事务所集体编著

中国人民公安大学出版社

律师实务的理论与实践

北京市第十律师事务所

集体编著

主 编 孔庆云

副 主 编 赵秉志 王利明

特邀审稿人 高铭暄 佟 秉

中国人民公安大学出版社

一九八七年·北京

律师实务的理论与实践

北京市第十律师事务所集体编著

中国人民公安大学出版社出版

新华书店北京发行所发行

4229工厂印刷

850×1168毫米 1/32 14.5印张 353千字

1987年12月第1版 1987年12月第1次印刷

统一书号：6417·10 定价：3.45元

ISBN 7—81011—035—7/D·33

印数：00001—40000册

前 言

我所是在中国人民大学的支持下，于1985年5月经北京市司法局批准，由中国人民大学法律系取得律师资格的教授、副教授、讲师等教师组成的。我所自成立以来，本着维护法律的正确实施，维护国家、集体的利益和公民的合法权益的宗旨，积极开展各项律师业务，向社会提供广泛的法律服务，办理刑事、民事、经济案件，担任企业事业单位的常年法律顾问，并广泛开展解答法律咨询、代书及其他律师业务范围内的事务，同时为法学教学提供良好的实践基地。

我所律师在开展广泛的律师业务活动中深深感到，我国律师制度和律师业务的日益发展，为具有中国特色的律师实务理论的建立和完善提出了迫切要求，并且为之奠定了必要的基础。同时也深感现有的律师实务理论尚不能满足实践的需要，而全国广大律师在实践中所摸索和创造的丰富经验也未得到及时总结，使之形成系统的、成熟的理论，这对于我国律师制度的建设乃至整个法制建设，无疑是一大缺憾。有鉴于此，我所组织本所律师，结合本所律师的业务活动，对律师实务中的若干问题进行了探讨。可以说，本书既是我所律师自身业务活动的经验总结和受实践启发所产生的粗浅认识，也是我们奉献给全国广大律师同行的一些心得体会。

本书不是一本论述律师制度和实务的系统知识的教科书，而是侧重于对有关律师制度和实务问题进行专题探讨的书籍。全书分为三编，第一编是律师实务若干专题研究，对新中国的律师制度的发展作了回顾和展望，探讨了律师的职能、权利和义务，辩护律师的素质，辩护词的制作和发表，公诉、自诉、申诉诸类案

件中的律师代理，律师辩护中的证据运用，诉讼请求权，以及律师调解和法律顾问工作等问题。第二编为律师实务典型案例研讨，是从本所办理的大量案件中精选出近三十件有一定研究价值的案例，从实践和理论的结合上进行较为深入细致的研讨和分析，并表达了作者未必十分正确和妥当的见解。考虑到本书要公开面向社会，因而在案例研讨中隐去了有关司法机关、司法人员、当事人以及有关利害关系人的名称和姓名。第三编为律师实务试题集解，收集了1986年全国律师资格统一考试试题及答案，同时编撰了律师考试的各科模拟试题及参考答案，旨在为广大的有志于从事律师工作而准备参加律师考试的同志提供一个可资参考的资料。

本书由我所主任孔庆云副教授任主编，赵秉志、王利明任副主编。具体编写分工为（按编排顺序为序）：**第一篇：**第一篇（孔庆云、王欣新），第二、十一、十三篇（程荣斌），第三篇（张彊），第四篇（王勇），第五、九、十七篇（王欣新），第六篇（陈卫东、刘登文），第七篇（陈卫东），第八篇（王新清），第十篇（赵秉志），第十二篇（黄京平、张彊），第十四篇（黄京平、张甲天），第十五篇（王欣新、张彊），第十六篇（汤树华、黄继香），第十八篇（王利明）。**第二篇：**第一篇（陈逸云、王新清），第二篇（周惠博、黄海龙），第三篇（龙翼飞）第四、八、九篇（赵秉志），第五篇（李海东），第六篇（韩玉胜），第七篇（姜伟），第十、十五篇（吉林），第十一、十三篇（陈兴良），第十二篇（董成美、黄继香），第十四篇（阴家宝、于国珍），第十六篇（陈卫东、张彊），第十七篇（王新清），第十八、二十六篇（周珂），第十九、二十四篇（周大伟），第二十篇（吴宏伟），第二十一、二十三篇（贾林青），第二十二篇（力康泰、汤树华），第二十五篇（叶林、杨长缨），第二十七篇（方流芳）。**第三篇：**参加编写者有：黄京平、朱力宇、

王欣新、程新文、赵炳贵、张强、安晓非、黄继香。全书由主编、副主编统一审改定稿，并聘请我所律师、著名法学家高铭暄教授、佟柔教授审阅了全书。我所律师黄京平同志对本书第三编的编撰作了大量工作；我所马桂弟、安晓非、黄继香律师，也作了大量的组织和联系工作。中国人民公安大学出版社，为本书得以及时出版给予了大力支持和帮助，在此谨致谢意。

由于时间仓促，水平有限，本书的缺欠在所难免，敬请广大律师同行和读者批评指正。

北京市第十律师事务所

1987.7

目 录

第一编 律师实务若干专题研究

- 一、新中国律师制度的回顾与展望 (1)
- 二、辩护律师诉讼的职能、地位、权利和义务..... (15)
- 三、辩护律师的素质..... (29)
- 四、辩护词问题..... (37)
- 五、辩护律师参加刑事诉讼的时间..... (47)
- 六、辩护律师在公诉案件中处于补充监督地位..... (53)
- 七、公诉案件中的律师代理..... (58)
- 八、自诉案件中的律师代理..... (73)
- 九、律师参加申诉案件辩护工作问题 (82)
- 十、从律师辩护看刑事司法中的若干问题..... (89)
- 十一、律师辩护中的审查运用证据问题..... (98)
- 十二、律师对强奸案件中被害人陈述的审查判断... (107)
- 十三、律师辩护工作中若干具体问题的处理..... (116)
- 十四、辩护律师中止审理的诉讼请求权..... (121)
- 十五、民事诉讼中的律师代理..... (133)
- 十六、律师主持调解问题..... (138)
- 十七、律师担任法律顾问问题..... (142)
- 十八、民法的公平责任问题..... (149)

第二编 律师实务典型案例研讨

- 一、怎样为被告人提出最为有利的辩护意见
 - 谈为文某诈骗案的辩护..... (155)

二、辩护要有据有理有节

——谈为吴某教唆盗窃案的辩护····· (162)

三、诈骗罪与业余技术服务的合法酬金辨析

——谈为赵某诈骗上诉案的辩护····· (170)

四、流氓罪共犯与轻伤害案违法者辨析

——谈为某丙流氓案的辩护····· (175)

五、必须严格区分犯罪与其他违法行为的界限

——谈为王某被控贪污案的辩护····· (183)

六、利用职务便利是构成受贿罪的必备条件

——谈对邱某受贿案的辩护····· (189)

七、怎样正确处理旁证不足的强奸案件

——谈对王某强奸上诉案的辩护····· (194)

八、试探几种因素与量刑的关系

——析对孟某等人流氓案的处理····· (198)

九、具备数个从宽情节的案件应如何量刑

——析某甲重大盗窃案是否减轻处罚····· (201)

十、量刑应适当考虑被害人先行的违法行为

——析为刘某伤害案的辩护····· (209)

十一、定罪量刑皆有错误的案件应当改判

——谈为了一件未成年人集团犯罪案件的代理申诉····· (213)

十二、强奸未遂与中止辨

——谈为刘某强奸案的辩护····· (221)

十三、如何正确处理共同犯罪案件

——谈为李某诈骗上诉案的辩护····· (226)

十四、经查询后主动交代自己罪行者应属自首

——谈为汪某盗窃案的辩护····· (231)

十五、坦白与自首辨析

——谈为周某受贿案的辩护····· (236)

十六、工矿企业领导不应对所有重大责任事故都负
刑事责任

——谈对赵某重大责任事故案的辩护····· (239)

十七、夫妻间可以提起刑事附带民事诉讼

——谈对海某自诉案的代理····· (245)

十八、一起联营纠纷案件中的诉讼程序问题····· (249)

十九、处理合同纠纷应坚持过错责任原则

——对一起购销合同纠纷的分析····· (253)

二十、正确处理反诉与本诉的关系

——对一起合同纠纷诉讼过程的分析····· (257)

二十一、混合过错应共同承担责任

——一起运输合同纠纷的解决····· (261)

二十二、从一起建筑工程承包合同纠纷谈无效经济

合同的确认····· (264)

二十三、怎样认定购销合同纠纷中有关各方的

关系····· (268)

二十四、技术转让合同的若干问题

——对一起技术转让合同纠纷的分析····· (273)

二十五、技术转让合同辨析····· (287)

二十六、关于口头合同纠纷的处理····· (292)

二十七、一桩损害赔偿案的思考····· (294)

第三编 律师实务试题集解

一、一九八六年全国律师资格统一考试试题

及答案····· (299)

试题一、答案及判分标准····· (299)

试题二、答案及判分标准····· (310)

试题三、答案及判分标准····· (326)

试题四、答案及判分标准····· (339)

二、首次全国律师资格统考试题分析·····	(348)
三、律师资格考试模拟试题及参考答案·····	(357)
法学基础理论试题及 参 考 答 案 ·····	(357)
宪法试题及参 考 答 案 ·····	(365)
刑法试题及参考答案·····	(372)
刑事诉讼法试题及参考答案·····	(386)
民法试题及参考答案·····	(396)
继承法试题及参考答案·····	(409)
婚姻法试题及参考答案·····	(415)
经济法试题及参考答案·····	(422)
民事诉讼法试题及参考答案·····	(433)
律师实务试题及参考答案·····	(444)

一、新中国律师制度 的回顾与展望

党的十一届三中全会以来，党和国家十分重视发扬社会主义民主，健全社会主义法制。律师制度作为社会主义法制建设的有机组成部分，也受到充分地重视，从而使这一制度得到了迅速发展。为了开创我国律师工作的新局面，进一步健全和完善我国律师制度，对我国律师制度的产生、发展以及其间的经验教训作一历史回顾，并对它的发展前景作出展望，是十分必要的。

（一）历史的回顾

我国的律师是依法接受当事人的委托或人民法院的指定，协助当事人进行诉讼或者办理其他法律事务的法律工作者。律师制度是国家法律确认的关于律师的性质、任务、组织和活动的规章制度的体系。律师制度既是司法民主的集中体现，也是按照国家统治阶级的意志建立并为其政治、经济利益服务的。

回顾我国律师制度的发展史，可以追溯到新民主主义革命时期。早在我党领导的革命根据地时期，革命政权就重视保护诉讼当事人的民主权利，确立了当事人享有辩护权和诉讼代理权的原则。1932年6月9日，中央工农民主政府制定的《中华苏维埃共和国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，但须得法庭的许可。”抗日战争时期，陕甘宁边区人民司法机关审理案件也允许当事人聘请其亲属或有法律知识的人，出庭担任辩护人或者代理人，人民团体对于其所属成员的诉讼，也可以派人出庭帮助辩护或代理进行诉讼。

在解放战争时期，1948年2月，东北解放区还制定了《法律顾问处组织简则》。该简则规定，在各级人民法院设立法律顾问处，由人民法院代办法律询问业务，为人民群众解答法律上和诉讼上的疑难问题。但是，在当时紧张的战争环境下，还不可能进行较为系统、完整的民主法制建设。尽管当时的法律已经确立了刑事辩护与民事代理的原则，并在司法实践中也已经有从事类似律师工作的人，但是法律尚未对律师问题作出规定，因此，这种辩护或代理活动只是我国律师制度的萌芽。

新中国的律师制度，是在建立全国政权、废除国民党政府的旧律师制度以后，在吸收革命根据地民主政权实行辩护和代理工作经验的基础上，随着社会主义经济建设和法制建设的发展，而产生和发展起来的。建国前夕，1949年2月，中共中央发出了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区司法原则的指示》，指出在无产阶级领导下的工农联盟为主体的人民民主政权下，国民党的六法全书应该废除，人民的司法工作不能再以国民党的六法全书为依据，而应该以人民的新法律作为依据。同年9月，起临时宪法作用的《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。”根据上述规定，我国废除了国民党政府的律师制度，解散了旧律师组织，同时确认了保障被告人辩护权和民事诉讼代理的原则。1950年7月20日中央人民政府政务院颁布的《人民法庭组织通则》第6条规定：“县(市)人民法庭及其分庭审判时，应保障被告有辩护及请人辩护的权利，但被告所请之辩护人，须经法庭认可后，方得出庭辩护。”旧的律师制度虽然被废除，但旧律师人员并未完全停止活动。有一些旧律师或讼棍在群众中间包揽诉讼，诈骗钱财，危害人民利益，干扰司法活动。为了制止这种现象，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》。该通报指出，旧律师制度已依法废止，“若旧律师仍有非法活动，对于法院威信及人民利益均有危害，应予取缔”。这就有力地打击了黑律师和讼棍的非法活动。在取缔黑律师及讼棍非法活动的同时，人民政府又通过立法不断健全辩护制度，维护被告人的合法辩护权。例如，中央人民政府法制委员会代理主任委员许德衍在1951年9月3日《关于〈中华人民共和国人民法院暂行组织条例〉的说明》中指出，要保障“当事人和他们合法辩护人在法庭上有充分的发言权和辩护权”。

为了健全社会主义法制，保证国家法律的正确实施，加快律师制度的建设步伐，1954年7月31日，中央人民政府司法部在《关于试验法院组织制度中几个问题的通知》中，指定在北京、天津、上海、重庆、沈阳等城市试行律师工作。由于当时主要是为刑事被告人进行辩护工作，所以称为“公设辩护人”，而未称律师。同年9月20日颁布的《中华人民共和国宪法》第76条规定：“被告人有权获得辩护”，从而把被告人的辩护权作为社会主义民主原则，上升为法律制度。同年9月28日公布的《中华人民共和国人民法院组织法》第7条又具体作了明确规定：“被告人有权获得辩护”，“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”。此后，在全国一些大、中城市和部分县、市开始了组建律师组织的工作。

1954年11月，在全国学习、贯彻人民法院组织法座谈会上，着重讨论了在审判过程中应当逐步建立律师制度的问题，进一步促进了律师的组建工作。到1956年1月10日司法部向国务院提出《关于建立律师工作的请示报告》时，全国已有北京、上海、南京、武汉、沈阳、哈尔滨等33个市、县建立了律师组织，共有律师158名。司法部的这一报告，对我国律师的性质、组织、

任务、资格等问题都拟有明确规定，为律师制度的建设规定了正确的方向。1956年3月，司法部召开了第一次全国律师工作座谈会，确定了对律师制度采取重点建立、逐步推广的方针，明确了律师的工作任务，交流了律师工作经验，解决了律师来源及经费问题。同年7月10日，国务院批复同意司法部关于建立律师工作的请示报告，并且批准了律师收费暂行办法，使我国的律师制度组建工作走上了正规发展的道路。至1956年底，全国已有14个省、市、自治区成立了律师协会筹备委员会，共建有754个法律顾问处，2249名专职律师和行政工作人员，214名兼职律师。1957年6月，司法部召开第二次律师工作座谈会时，律师组建工作获得进一步发展，全国已有19个省、市、自治区成立了律师协会或筹备机构，设立法律顾问处817个，专职律师及行政工作人员增至2528名，兼职律师已有350名。在这次座谈会上，司法部领导同志就一年多来律师工作开展的情况和存在的问题作了报告和指示，与会同志本着“百家争鸣”的精神畅所欲言。大家认为，自律师制度建立以来，律师担负了解答法律询问、代书、刑事辩护和民事代理工作。在上海等地，律师还在企业、机关、团体中试行了担任常年法律顾问的工作，在维护公民与企事业单位的合法权益、宣传国家法制等方面取得了很大成绩，受到了群众的欢迎。我国的律师制度，自1954年试点建立，至1957年约四年期间内，不仅律师组织得到了建立和发展，律师业务也逐步开展，而且在理论上针对律师制度中的一些重大问题进行了自由而深入的研究探讨，人民律师制度象破土春笋，茁壮成长。

但是，由于左倾思想和封建专制主义思想的影响，反右派斗争的扩大化使大批律师遭到了不白之冤。一些人认为律师制度是资本主义的司法制度，我国不应效仿。人民法院审理刑事案件是代表国家行使审判权，律师进行辩护是为罪犯和阶级敌人开脱罪责，丧失了阶级立场。大批依法辩护、仗义执言的律师被打成了

右派，甚至被送去劳动教养或被判刑劳改，受到种种政治迫害，致使正在发展中的律师制度夭折了。在十年内乱期间，林彪、“四人帮”反革命集团疯狂推行封建法西斯专制主义。不仅在实践中完全剥夺了被告人的辩护权，而且在其1975年制定的宪法中，竟然取消了有关被告人享有辩护权的规定。在他们控制公检法期间，被告人是无权辩护的。如稍有辩解，就视为“抗拒”、“态度顽固”、“死不悔改”，而罪上加罪，造成了大量的冤错假案。这场骇人听闻的浩劫，是古今中外历史上罕见的。

党的十一届三中全会以来，党领导人民拨乱反正，实现了伟大的战略转移。随着社会主义民主法制的逐步健全，我国的律师制度也走上了重建和发展的道路。1978年3月5日，五届人大通过的《中华人民共和国宪法》恢复了关于“被告人有权获得辩护”的规定。自1979年开始，全国各地陆续开始重建律师组织，开展律师业务。同年7月1日通过的《中华人民共和国刑事诉讼法》对被告人的辩护权利和律师参与刑事诉讼辩护问题作了专章规定。同时通过的《中华人民共和国法院组织法》中也恢复了关于被告人有权委托律师为其辩护的规定，并把保障被告辩护权利作为人民法院一项必须履行的义务。

为了健全我国律师制度，发展律师队伍，开展律师工作，很有必要由国家制定全国适用的律师法或律师条例，把有关律师的性质、任务、活动原则、律师资格条件、组织体制等重要问题，用法律的形式加以确认，以使各地在恢复和发展律师工作中能够有所遵循。为此，1979年4月，全国人大常委会法制委员会成立了专门小组，开始起草律师条例。司法部在同年成立之后，便在法制委员会的指导下，具体担任了律师条例的起草工作。1980年8月26日，五届全国人大常委会第15次会议通过并颁布了《中华人民共和国律师暂行条例》。《律师暂行条例》共分四章二十一条，对于我国律师的性质、任务、业务活动的原则，律师的权利

和义务，律师应具备的条件，取得律师资格和取消律师资格的程序，律师机构的设立，律师的组织领导和业务监督关系等问题都作了系统而具体的规定。这些规定对于人们端正对律师制度和律师工作的认识，对于律师业务工作的正确进行和律师队伍的培养、壮大、提高，都具有极其重要的意义。《律师暂行条例》的颁布是我国律师制度发展史上的一个里程碑，它是完善我国民主法制建设的一个重要步骤，标志着我国律师工作走上了法制化的正轨。它的颁布有力地促进了律师制度的进一步发展。同年年底，全国各地设立的法律顾问处增加到639个，律师工作人员达3689人。1981年底，全国各地的法律顾问处增至2023个，律师工作人员达6213人。1982年1月1日《律师暂行条例》正式生效实施，律师组织与律师队伍又有新的发展。当年年底统计，全国的法律顾问处已有2350个，律师工作人员为12114人，其中专职律师8584人，兼职律师3530人。

1987年7月5日至7日，在北京召开了全国第一次律师代表大会。大会通过了中华全国律师协会的章程。选举产生了中华全国律师协会的领导机构，正式成立了中华全国律师协会。中华全国律师协会是全国律师的共同组织，是全国性的社会团体，由司法部代管，业务上受司法部指导。根据其章程规定，其主要职责是：对会员进行思想政治教育和职业道德教育，组织会员学习党和国家的方针政策，学习律师专业知识；组织开展律师业务研究活动，总结交流律师业务经验，举办律师报刊；支持律师依法履行职责，维护会员的合法权益；为会员提供业务信息资料，向有关部门反映关于法制建设问题的建议；举办会员的福利事业；协调各地律师协会之间的工作；开展与国外律师及律师团体的交流活动。在律师协会章程中除对其宗旨、职责的规定外，还对律师协会的性质、组织形式、建制、会员等问题作了具体规定。

截至大会召开时统计，全国已有28个省、市、自治区成立了

律师协会。全国共建有律师事务所（法律顾问处）3100多个。有专职律师、兼职律师等律师工作者两万余人，应聘担任企事业单位法律顾问两万多户。六年来，接受法院指定和当事人委托承担刑事辩护案件53万余件，代理参加民事诉讼案件23万余件，接待群众来访4万多次，代写法律文书和解答法律询问共500余万件。自1983年以来，办理经济法律事务90多万件，代理委托人解决经济纠纷131000多件。1985年一年办理涉外经济法律事务14000多件。在业务活动中，律师协助法院准确适用法律，认定事实，保护了国家、集体和公民的合法权益，对广大人民群众进行了法制宣传教育，成为社会主义两个文明建设中的一支重要力量。

全国律师代表大会的召开，中华全国律师协会的正式成立，是我国发扬社会主义民主和健全社会主义法制的一件大事，也是完善律师制度、加强律师工作的重要措施，标志着我国律师工作进入了一个新的发展阶段。

（二）今后的展望

目前，我国律师工作虽然基本上处于创建阶段，但在党的改革、开放、搞活的方针指引下，在“一手抓建设，一手抓法制”的战略思想指导下，正呈现出蓬勃发展的可喜局面。随着我国现代化建设的发展，经济体制和政治体制改革的深化，必将为律师工作开拓广阔的领域，促使律师事业进一步发展。当前，如何健全和完善我国律师制度，我们认为应注意如下几点：

1. 加快律师队伍建设，提高律师素质。

目前，我国已有律师两万余人，但从当前的形势要求来看，这支队伍还远远不能适应客观需要，不仅律师的数量严重不足，而且律师队伍的质量也亟待提高。因此，加快发展律师队伍和提高律师素质，是迫切需要解决的问题。正如邓小平同志1980年所指出的：“律师队伍要扩大，不搞这个法制不行”。据司法部预计，到本世纪末，我国律师将增加到十多万人。因此，在发展专