

律师必备丛书

# 律师答疑要览·诉讼分册

主编 陈卫东



04

## 《律师必备丛书》编委会

编委会顾问：张友渔      袁宝华      邹瑜      蔡诚  
                    高铭喧      佟柔

主任编委：刘春田

副主任编委：马万里（常务）      杜国兴      姜伟

编委：（以姓氏笔画为序）

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 马万里 | 于北平 | 王福家 | 龙翼飞 |
| 刘春田 | 牟信勇 | 朱大旗 | 杜国兴 |
| 陈卫东 | 徐孟洲 | 徐建  | 姜伟  |
| 韩玉胜 |     |     |     |

执行编委：朱大旗

## 序

自从恢复律师制度以来，我国律师队伍逐步发展壮大。目前，包括兼职律师在内，律师总人数已近7万人，律师工作机构5000余家。15年来，广大律师工作者努力为改革开放和经济建设服务，为民主和法制建设服务，积极维护国家利益和公民合法权益，维护国家法律的正确实施，做出了很大的贡献。

但是，也应当看到，由于历史的原因，我国律师队伍还是一支年轻的、正在发展中的队伍，无论是律师的数量，还是律师的政治、业务素质，都有待于进一步充实和提高。尤其是在建立社会主义市场经济体制的今天，随着市场的不断拓展，改革开放的日益深化，律师服务的范围必将越来越广泛，服务的内容也将愈来愈深入。因此，适应新形势的发展需要，进一步改革和完善我国的律师工作体制和律师业务制度也就势在必行。从1986年开始的全国律师资格统一考试制度，将律师资格与执行职务分开，从而为律师队伍准备了大批的后续力量。要使这些已经取得律师资格的律师后续人才，成为能为改革开放新形势服务的合格律师，也需要使他们在政治思想和业务上进一步充实和完善。为此，法学界的部分专家、学者和从事律师工作的部分同志，自1989年开始，从我国律师队伍和律师制度建设的需要出发，积极针对我国的律师制度建设和律师业务开展的实际情况，认真研究、精心组织，编写《律师必备丛书》，总结、阐述了很多有益的实践经验和理论知识。这对于加强对律师工作的业务指导，提高律师的整体素质和业务水平，完善我国的律师制度都是大有裨益的！

我看这套丛书至少有这样几个特点：一是范围广，几乎涉及律师工作的各个方面，像律师刑事辩护、民事和经济代理、股票

期货操作、企事业法律顾问、法律问题解答、律师实用法规等。二是内容新，也许是年轻人的创新精神所致吧，丛书密切联系现实需要，从选题、选材到具体写作，都不落俗套，令人耳目一新。三是适用性强，律师工作是一项实践性很强的工作，光靠纸上谈兵，从理论到理论是不行的，必须结合实践。丛书的编委和作者们，在这方面下了不少功夫，从法庭辩论技巧、办案技能，到选择案例、论述分析以及辑录法规等，都注重了实用性的要求。

经过几年努力，该丛书已出版了《中国律师学》、《法庭辩论精选》等五部著作，目前，编委们又孜孜不倦，对尚未出版的其他著作进行谋划、修改、审校工作，俾其出版能更切合市场经济体制下律师制度建设和律师业务发展的需要。

愿《律师必备丛书》成为广大律师朋友的益友良师。

蔡 诚

1994年4月22日

## 编委的话

《律师必备丛书》自1990年1月出版发行以来，受到了社会各界的广泛关注和大力支持，许多读者来函、来电就如何办好该丛书提出了有益的建议与善意的批评。对此，我们编委会的全体同仁表示衷心的感谢。

律师制度是社会主义法制不可或缺的组成部分，建立社会主义市场经济体制，必须首先建立和完善社会主义法制，这已在我国初步形成了共识。毫无疑问，随着社会主义市场的不断拓展，律师服务的范围将越来越广泛，服务的业务也将愈来愈深入。而我国律师队伍的状况，尽管近几年有较大的改观，但无论在律师数量上还是在律师业务素质上，都远远不能适应日益发展的改革开放新形势的要求。因此，壮大律师队伍、提高律师素质、完善律师制度，就成为摆在我们广大法律工作者面前的严峻课题。

作为《律师必备丛书》的编委，我们有着强烈的服务社会、服务市场经济的使命感和责任感。为此，我们决心在总结已编辑出版的几本丛书的经验基础上，继续保持和发扬丛书范围广、内容新、适应性强的特点，坚持理论与实践相结合、全面与深入相兼顾、经验与教训相并重的写作方针，同时也对丛书的篇目作适当的调整，以适应社会主义市场经济建设条件下开展律师业务活动的需要，为律师队伍的培养提供一套全面系统的教材，为律师制度的建设与完善作出我们的贡献。

该丛书的作者来自法律院系、律师业务管理机关、律师事务所等单位，且以中青年为主。作者队伍的工作性质与年龄结构，使丛书在内容和编写方式上更为有效地融合了研究、管理和实际工作部门的相互特点，更能敏锐地反映出时代的脉搏。本丛书的编

委分别来自中国人民大学法学院、司法部、国务院秘书局、北京市司法局、深圳市司法局、北京市第十律师事务所等单位。丛书的体系和每一本书的内容和体例都是经过编委会集体讨论、审查定稿的。《律师必备丛书》是全体作者和编委集体智慧和辛勤劳动的结晶。

该丛书凝聚了顾问们大量的心血，前司法部长蔡诚先生为丛书欣然作序，并对本丛书的写作多次给予指示；前中国人民大学校长袁宝华先生对本丛书的组织和出版给予了大力支持，对此，我们表示崇高的敬意。该丛书在编写过程中还得到了中国人民大学法学院、中国人民大学律师业务研究所、司法部律师司律师业务处、北京市司法局、北京市第十律师事务所等单位和领导的鼎力支持和协助，我们表示真挚的感谢。

《律师必备丛书》全新的体系和其浩大的工程在国内这一领域尚属首例，因此，在丛书的编写方式和内容上难免存在一些问题，对此，我们诚望法学界同仁和广大读者予以批评指正。

《律师必备丛书》编委会

1994年4月

# 目 录

## 一、刑事诉讼篇

1. 辩护律师在刑事诉讼中的诉讼地位是什么? ..... (1)
2. 律师与公检法三机关的关系是什么? ..... (3)
3. 律师可否接受公诉被害人的委托担任代理人, 参加  
刑事诉讼? ..... (4)
4. 律师能否接受被告人亲属的委托担任被告人的辩护  
人? ..... (6)
5. 律师能否为其近亲属出庭辩护? ..... (7)
6. 一个被告人可以委托几名辩护人? ..... (7)
7. 哪些人不宜充当辩护人? ..... (8)
8. 辩护律师可否独立提出申诉? ..... (10)
9. 同一律师事务所的律师能否作为同一案件的自诉人  
和被告人的代理人和辩护人参加诉讼? ..... (11)
10. 律师能否到军事法院为被告人辩护? ..... (12)
11. 辩护律师应从何时参加刑事诉讼? ..... (12)
12. 律师辩护是否存在回避问题? ..... (14)
13. 被告人能否拒绝法院指定的律师为其进行辩护? ..... (15)
14. 辩护律师应如何对待被告人隐瞒的罪行? ..... (17)
15. 一个律师能否同时担任几个同案被告人的辩护人? ... (18)
16. 律师可否查阅检察机关免于起诉的案卷? ..... (19)
17. 辩护律师在什么情况下可以拒绝辩护? ..... (20)
18. 律师在开庭前能否就其所辩护的主要问题与检察  
院、法院“通气”? ..... (21)
19. 律师辩护的成功标准是什么? ..... (22)

20. 无人控告的重婚案件由哪个机关管辖? ..... (24)
21. 审判长能否当庭驳回被告人或其法定代理人的回避申请? ..... (25)
22. 辩护人是否有权申请回避? ..... (26)
23. 刑事诉讼中的强制措施和强制性措施有何区别? ..... (27)
24. 传唤是否是刑事拘传的必经程序? ..... (29)
25. 公民扭送人犯是否是强制措施? ..... (30)
26. 人民检察院能否对现役军人批准逮捕? ..... (31)
27. 人民检察院办理自侦案件能否采用收容审查手段?  
..... (33)
28. 刑事附带民事诉讼请求赔偿的内容是什么? ..... (34)
29. 刑事诉讼能否附带离婚诉讼? ..... (36)
30. 刑事附带民事诉讼有无第三人? ..... (37)
31. 死亡案件中被害人死亡后其法定继承人能否代为  
提起附带民事诉讼? ..... (38)
32. 遭受物质损失的法人单位是否有权向人民法院提  
起附带民事诉讼? ..... (39)
33. 保险公司向投保人支付保险金后能否向被告人提  
起附带民事诉讼? ..... (40)
34. 被告人被宣告无罪后其所附带的民事诉讼应如何  
处理? ..... (42)
35. 在侮辱、诽谤案件中, 被害人能否对被告人的侮  
辱、诽谤行为提起精神损害赔偿? ..... (43)
36. 人民检察院是否有权对免于起诉案件中的附带民  
事诉讼作出处理? ..... (44)
37. 辩护律师收集的证据有否法律效力? ..... (46)
38. 辩护人能否作为证人? ..... (47)
39. 侦查、检察、审判人员、书记员、鉴定人和翻译

- 人员能否作证人? ..... (48)
40. 法人和非法人团体能否作为证人? ..... (49)
41. 医疗诊断证明书属于何种证据? ..... (50)
42. 对经合法通知拒不到庭作证的人, 能否强制其到案? ..... (51)
43. 采取非法手段收集到的材料可否作为刑事诉讼中的证据? ..... (52)
44. 采取秘密手段收集到的材料可否作为刑事证据? ..... (55)
45. 侦查人员是否可以在同一案件中担任鉴定人? ..... (56)
46. 人民检察院对于免于起诉的被告人, 能否依照刑法第 32 条的规定予以训诫或者责令具结悔过, 赔礼道歉? ..... (57)
47. 人民检察院提起公诉后, 能否在开庭前撤诉? ..... (58)
48. 对免于起诉的被告人可否采用劳动教养处理? ..... (59)
49. 人民检察院补充侦查后, 是重新起诉, 还是补充起诉? ..... (60)
50. 人民检察院释放在押的免于起诉被告人是否需要公安机关发给“释放证明”? ..... (61)
51. 人民检察院在补充侦查阶段能否作出不起訴或免于起诉的决定? ..... (62)
52. 检察机关对免于起诉和不起訴案件的赃款赃物可否没收? ..... (63)
53. 赃款赃物是否一律由公安机关处理? ..... (65)
54. 由两个审判员和一个陪审员组成的合议庭是否合法? ..... (66)
55. 被告人犯罪时未成年, 审理时已满 18 岁, 如何适用刑事诉讼程序? ..... (67)
56. 一审法院能否以裁定驳回人民检察院的起诉? ..... (69)

57. 被害人的代理人能否就案件的刑事部分发表意见? ..... (70)
58. 人民法院在什么情况下决定中止审理? ..... (72)
59. 辩护人能否申请延期审理? ..... (72)
60. 一审人民法院将案件退回人民检察院补充侦查后,  
审判程序是中止还是终止? ..... (73)
61. 人民法院能否对起诉书未认定的罪行直接进行审  
理和判决? ..... (75)
62. 人民法院审查公诉案件时, 认为起诉内容有部分  
事实失实, 能否不审理这部分事实? ..... (76)
63. 附带民事案件分开审理时, 是先审理刑事部分还  
是先审理民事部分? ..... (77)
64. 刑事附带民事案件分开审理, 应出具何种判决书?  
..... (79)
65. 第一审法院判处被告人管制后, 应否将被告人立  
即释放? ..... (79)
66. 公诉案件中人民法院的判决书是否要送达被害  
人及其家属? ..... (81)
67. 发回重新审判的案件, 应否重新组成合议庭进行  
审理? ..... (82)
68. 被告人亲属主动为被告人退赔的, 对案件的处理  
有何影响? ..... (83)
69. 对被害人作精神病鉴定的时间, 是否计入办案期  
限? ..... (84)
70. 一审判决宣判后, 在上诉期内一审法院发现自  
己的判决有错误, 可否由本法院改判? ..... (84)
71. 当一审判决、裁定送达当事人和人民检察院的时  
间不一致时, 判决、裁定何时发生法律效力? ..... (85)

72. 一审法院作出判决后，如果公诉人认为判决不当，  
能否当庭提出抗诉？ ..... (86)
73. 如何处理公诉变更为自诉的案件？ ..... (87)
74. 自诉案件有无审判期限？ ..... (88)
75. 自诉案件的被告人能否请辩护人？ ..... (90)
76. 对自诉案件的被告人适用强制措施有何特点？ ..... (91)
77. 自诉案件中，对共同被害人只有一部分人提起诉  
讼的，人民法院应否通知其他被害人参加诉讼？ ..... (92)
78. 自诉撤诉后过若干时间能否再起诉？ ..... (93)
79. 对自诉的反诉能否再反诉？ ..... (94)
80. 自诉案件的自诉人可否只对某个被告人或被告人  
的某一个犯罪行为提起诉讼？ ..... (95)
81. 当事人对自诉案件一审程序中哪些裁定可以上诉？  
..... (96)
82. 是否可以越级上诉？ ..... (98)
83. 附带民事诉讼的当事人仅就一审判决中的民事部  
分提起上诉，其效力是否及于刑事部分？ ..... (99)
84. 无罪判决的被告人有无上诉权？ ..... (101)
85. 律师应否享有上诉权、复议权？ ..... (102)
86. 公诉案件的被害人是否有上诉权？ ..... (106)
87. 在被告人的近亲属和辩护人代行上诉的场合，上  
诉人是被告人本人还是被告人的近亲属或辩护人？ .....  
..... (107)
88. 辩护人迟于被告人接到判决书，上诉期已过，征  
得被告人同意后能否再提起上诉？ ..... (108)
89. 应否释放在上诉期内刑满的上诉人？ ..... (110)
90. 被告人或其辩护人在法定期限内提出上诉后能否  
撤回上诉？ ..... (111)

91. 上诉期满，被告人被交付执行后，法院方收到其近亲属或辩护人在上诉期内交邮的上诉状，应如何处理？ ..... (112)
92. 法定抗诉期限过后，上级人民检察院可否向同级法院撤回下级人民检察院的抗诉？ ..... (113)
93. 在二审过程中上诉人主动撤回上诉，检察院主动撤回抗诉，二审法院应如何处理？ ..... (114)
94. 上级检察院在支持抗诉时，能否对下级检察院未提出抗诉的被告人提出抗诉？ ..... (116)
95. 在公诉案件中，对被告一方的上诉状，提起公诉的人民检察院应否作出答辩状？ ..... (117)
96. 二审辩护律师能否查阅案卷材料？ ..... (118)
97. 在二审中，自诉案件的被告人能否对自诉人提起反诉？ ..... (119)
98. 自诉人在二审程序中能否同被告人调解、自行和解或者撤回自诉？ ..... (120)
99. 在自诉互诉案件中，双方当事人同时向二审法院上诉时，二审法院是否受上诉不加刑原则的限制？ ..... (122)
100. 自诉人认为一审对被告人判刑过重，为被告人利益上诉，二审是否受不加刑限制？ ..... (123)
101. 当事人没有提起附带民事诉讼，司法机关能否径自提起或处理民事诉讼部分？ ..... (124)
102. 附带民事诉讼的被告人对附带民事判决部分不服提出上诉，二审法院能否增加赔偿数额？ ..... (125)
103. 被虐待的人不敢告发，有关单位能否直接向人民法院起诉？ ..... (126)
104. 原判徒刑缓刑的被告人上诉，二审法院可否撤

- 销缓刑，改判实刑？ ..... (127)
105. 在抗诉案件中，第二审对第一审判决适用缓刑不当的，如何处理？ ..... (128)
106. 二审法院如何处理超出自诉案件收案范围的案件？ ..... (129)
107. 一审法院判决被告人有罪并判令被害人提起的附带民事诉讼胜诉，而二审审理后认为被告人的行为只是一种违法行为，并未构成犯罪，因而对刑事部分改判无罪，那么应如何处理原判的附带民事诉讼部分？ ..... (130)
108. 二审法院裁定撤销一审法院驳回自诉的裁定，发回重审后，原审法院可否仍裁定驳回自诉？ ..... (131)
109. 在第二审中，法院以书面形式审理案件时，律师应如何给当事人以法律帮助？ ..... (132)
110. 在共同犯罪案件中，某一被告人被一审宣判无罪，其他被判刑人上诉后，二审法院经审理能否撤销原审法院对其的无罪判决，而对其定罪处罚？ ..... (133)
111. 案件正在二审审理期间，一审判处的刑期届满，应如何处理？ ..... (134)
112. 怎样处理刑事诉讼法第 136 条第 3 项规定的第二审法院以“原判事实不清”为由发回重审的情形？ ..... (135)
113. 怎样理解刑事诉讼法第 136 条第 3 项规定的第二审法院以“原判证据不足”为由发回重审的情形？ ..... (136)
114. 怎样理解刑事诉讼法第 138 条？ ..... (137)

|                                                             |       |
|-------------------------------------------------------------|-------|
| 115. 在死刑复核程序中能否加重被告人的刑罚? .....                              | (139) |
| 116. 律师可否接受委托为当事人申诉? .....                                  | (140) |
| 117. 对申诉审查, 是否作为审判监督程序的一个必经阶段? .....                        | (141) |
| 118. 上级法院依照审程序提审一审判决生效的案件, 如果需要对原审被告人加重刑罚的, 如何保障其上诉权? ..... | (143) |
| 119. 按照审判监督程序审判自诉案件, 是否可以调解、和解或撤回自诉? .....                  | (144) |
| 120. 如何理解提起再审中“适用法律确有错误”? .....                             | (146) |
| 121. 如何理解提起再审中“认定事实确有错误”? .....                             | (146) |
| 122. 上级人民检察院依照审判监督程序提出抗诉的案件, 人民法院是否必须再审? .....              | (148) |
| 123. 再审程序中提审的案件可否直接改判死刑? .....                              | (148) |
| 124. 人民法院可否在宣判时直接决定监外执行? .....                              | (150) |
| 125. 适用数罪并罚时, 对所犯数罪中有宣告有期徒刑、拘役和管制的应如何执行? .....              | (151) |
| 126. 在执行死刑前能否允许罪犯会见家属? .....                                | (152) |
| <b>二、民事诉讼篇</b>                                              |       |
| 127. 律师在民事诉讼中处于何种诉讼地位? .....                                | (153) |
| 128. 公开审判原则在民事诉讼中是如何体现的? .....                              | (154) |
| 129. 当事人行使处分权是否应受限制? .....                                  | (155) |
| 130. 辩论原则在民事诉讼的各个阶段是怎样体现的? .....                            | (156) |
| 131. 对当事人申请回避, 人民法院应当如何解决? .....                            | (158) |
| 132. 如何理解民事诉讼法与民事实体法的关系? .....                              | (159) |

|                                                   |       |
|---------------------------------------------------|-------|
| 133. 第二审法院发回原审法院重新审理的案件，能否由审判员单独审理？ .....         | (160) |
| 134. 人民法院受理的劳动争议案件有哪些？ .....                      | (161) |
| 135. 是否所有民事纠纷均应由人民法院主管？ .....                     | (162) |
| 136. 海事法院主管哪些案件？ .....                            | (164) |
| 137. 如何解决人民法院主管与仲裁机关主管的关系？ .....                  | (166) |
| 138. 专利纠纷案件是否只能由中级人民法院管辖？ .....                   | (167) |
| 139. 在法律上应如何区别住所地与居住地？ .....                      | (168) |
| 140. 如何确定购销合同履行地？ .....                           | (169) |
| 141. 对以函电形式签订的合同，如何确定合同签订地？ .....                 | (170) |
| 142. 连环购销合同纠纷案件的管辖如何确定？ .....                     | (171) |
| 143. 如何确定产品责任诉讼的地域管辖？ .....                       | (172) |
| 144. 如何确定专利侵权纠纷案件的管辖？ .....                       | (173) |
| 145. 死亡宣告被人民法院撤销后，被宣告死亡人的哪些权利能够恢复，哪些权利不能恢复？ ..... | (174) |
| 146. 对失踪人的财产，是否须经过宣告死亡程序，继承人方得开始继承？ .....         | (175) |
| 147. 专属管辖是否仅适用于民事诉讼法第 34 条所规定的三种案件？ .....         | (177) |
| 148. 协议管辖的适用范围有多大？ .....                          | (179) |
| 149. 法院移送案件的决定确立后，受移送法院是否受其拘束？ .....              | (180) |
| 150. 对管辖权有争议，应当如何解决？ .....                        | (181) |
| 151. 铁路运输法院管辖哪些经济纠纷案件？ .....                      | (182) |
| 152. 有当事人能力而不具有当事人条件的人，能否                         |       |

- 作为当事人参加诉讼，在诉讼中将产生何种后果？ ..... (183)
153. 法人的诉讼行为能力是怎样实现的，法定代表人  
人又是如何确定的？ ..... (184)
154. 非法人团体能否作为当事人进行诉讼？ ..... (185)
155. 哪些组织可以成为民事诉讼中的非法人团体？  
..... (187)
156. 胎儿有无诉讼权利能力，能否作为诉讼当事人  
参加诉讼？ ..... (188)
157. 在诉讼中，企业合并或分立，或者企业终止，  
其诉讼权利义务应由谁承担？ ..... (190)
158. 在专利诉讼中，当事人包括哪些人，其诉讼地  
位如何？ ..... (191)
159. 如何确定非法出借业务介绍信、合同专用章、  
空白合同书的出借人与借用人的诉讼地位？ ..... (193)
160. 如何确定保证合同中保证人的诉讼地位？ ..... (194)
161. 如何确定保险诉讼当事人的诉讼地位？ ..... (195)
162. 产品责任诉讼中的当事人如何确定？ ..... (197)
163. 民事诉讼中的当事人能否与民事主体相分离？  
..... (198)
164. 群体诉讼与共同诉讼和诉讼代理有什么异同？  
..... (199)
165. 共同诉讼中，部分人上诉，其余的人不上诉，  
应当如何处理？ ..... (201)
166. 必要的共同诉讼人与有独立请求权的第三人应  
当如何区别？ ..... (203)
167. 人民法院审理无独立请求权的第三人参加诉讼  
的案件，能否直接判令其履行义务，这种第三人

|                                                                                                                 |       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 能否提起上诉？ .....                                                                                                   | (204) |
| 168. 无独立请求权的第三人有哪些诉讼权利和诉讼义务？ .....                                                                              | (205) |
| 169. 第三人应在何时参加诉讼？ .....                                                                                         | (206) |
| 170. 律师能否成为诉讼主体？ .....                                                                                          | (207) |
| 171. 律师作为指定代理人能否处分当事人的实体权利？ .....                                                                               | (208) |
| 172. 如何确定委托代理人的范围？ .....                                                                                        | (209) |
| 173. 律师的代理权限是否应严格受当事人授权的限制？ .....                                                                               | (211) |
| 174. 当事人委托代理人后，本人可以不出庭吗？ .....                                                                                  | (212) |
| 175. 香港、澳门居民在内地进行民事诉讼，其授权委托书应由谁出具证明？ .....                                                                      | (213) |
| 176. 委托代理权有欠缺的，应该由何人补正？ .....                                                                                   | (215) |
| 177. 诉讼代理权何时终止？ .....                                                                                           | (216) |
| 178. 委托代理人代理诉讼的方法和效力如何？ .....                                                                                   | (217) |
| 179. 在委托代理中，具备授权委托书是否就可以进行一切民事代理活动？ .....                                                                       | (219) |
| 180. 人数众多的共同诉讼如何选定代表人？ .....                                                                                    | (221) |
| 181. 债务担保人在诉讼中处于什么地位？ .....                                                                                     | (222) |
| 182. 给付之诉、确认之诉、变更之诉的区别何在？ .....                                                                                 | (223) |
| 183. 何谓诉的变更和追加？ .....                                                                                           | (224) |
| 184. 下列情况，有无诉的变更和追加：(1) 原告甲起诉要求乙给付借款，甲在诉讼中死亡，将原告变更为甲之继承人戊、丙、丁；(2) 原告甲以被告乙伤害其子丙，请求损害赔偿，后变更原告为丙，甲为法定代理人；(3) 原告起诉请 |       |