

赵振华
◎ 著

SUZHAN
SANSHILIUJI

诉

三十六计



——写给法科学学生的参考书

战



中国民主法制出版社



SUZHAN
SANSHILIUJI
赵振华◎著

诉战

——
写给法科学生的参考书

三十六计

图书在版编目(CIP)数据

诉战三十六计:写给法科学学生的参考书/赵振华著.
—北京:中国民主法制出版社,2012.3

ISBN 978-7-5162-0014-8

I. ①诉… II. ①赵… III. ①诉讼法-案例-分析-
中国 IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 016884 号

图书出品人:肖启明

出版统筹:赵卜慧

责任编辑:庞从容 唐仲江

书名/ 诉战三十六计

——写给法科学学生的参考书

作者/ 赵振华 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010)63056975 63292520

E-mail: MZFZ@263.net

经销/ 新华书店

开本/ 32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/11.5 **字数/**245 千字

版本/ 2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

印刷/ 北京友谊印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-0014-8

定价/ 28.00 元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

本书为海南省教育厅
2007 年度高校科研项目 (HJ200748)
“司法实务和案例评析”的最终成果

为老师作序 为同行说书

一般学生出书，会请老师，特别是名师作序，利用名人效应进行造势和宣传几乎是出书的不二选择。老师出书，让学生作序，也往往因为学生有名，说到底也还是难逃傍名人的嫌疑。而像我这样一个名不见经传的学生，自告奋勇为老师出书作序，老师欣然接受；老师甘愿将序委托给人微言轻的学生，不仅需要勇气，更需要对自己的作品满怀信心。

当然，这是一本值得“满怀信心”的书。

目前，市面上相关的书籍基本上可以分为两类：一类是案例分析，往往是判决书加法律分析，骨感到只剩骨架，难以让初学者一窥办案过程丰满的细节；另一类是讲述一线律师办案过程的书籍，但由于过于使用春秋笔法、关键内容一笔带过，还是难以让初学者们摸到门道。因此，当我第一次听老师讲课，听他毫无保留地讲办案过程中如何使小聪明接到大案、如何收集证据找到突破口、如何分析法律转败为胜、如何与法官斗智周旋的时候，所有在场听课的学生，包括我自己，没有不为之倾倒的。经典的案例，你可以在课本中找到；精辟的法律论述，你可以在专著中找到，但是能够将办案过程全景式地展现的，独此一家。听这样的讲课，实在过瘾。

为了能够将老师上课内容记录下来，留着日后慢慢琢磨，我们用录音笔将老师讲课内容录下来，整理成十几万文字，在同学之间内部交流。同时我们向老师大胆提出，将文字整理成书籍出版。我们相信这样的内容如果能够出版，受益的人将非常多。虽然老师很

赞成我们的想法,并且也着手进行整理,但随着整理的深入,老师以内容太敏感、不宜出版为由,暂时搁置。这一搁就是五年。在这五年当中,一届又一届的学生,使用我们曾经整理的文稿,并在听课过程中对内容进行删改完善。

虽然老师的这种授课方式备受学生欢迎,但还是不时招来督学的质疑。督学警告说:“赵老师,你在课堂上尽是吹牛,尽管你讲得很卖力,学生很亢奋,但应该讲教材上的内容,没有教材就讲经典案例,对于学生,不该说的不能说。”

先贤曰:“桃李不言,下自成蹊。”我们这些一届又一届受益于老师教诲的学生,相继走上了司法实务的岗位,由于在学校已经掌握了将粗粮加工成精粮的方法,因此工作起来上手就特别快,因为之前我们已经养成了很好的职业思维方式。

有句老话叫“二十岁跟对人,三十岁做对事”。跟对人,我自己的理解,就是追随了良师,学会正确的做事和思考方式。希望老师这样一本近 18 年执业经历的总结,能够给法律初学者一个好的借鉴。

陈洪德

2011 年 12 月

“行动中的法”框架下的律师故事

一、缘由

“最高人民法院的公报案例，我们可以自学，您能否给我们讲点真实的律师故事、法官故事？我们想了解律师、法官是如何工作的？如何想的？是如何应对棘手问题的？我们欣赏结果，更欣赏过程。”一个学生在我的案例评析课上建言。我是律师事务所的主任，兼职从事律师工作18年。于是我开始讲我的律师故事，包括失败的和成功的。

“尽管你讲得很卖力，学生也很兴奋，但这堂课是不合格的。你应该讲教材上的内容，没有教材的话，你也可以讲公开的经典案例。对于学生，不该说的不能说。”这是学校督导给我的警告。于是我又继续讲公报的案例。

“课堂上不能讲，能否在课外给我们讲？越真实越好。我们是成年人，见的东西也不少，能理解和取舍。我们喜欢精饲料，也喜欢粗饲料，自己消化。”有了几位学生的捧场，我就开始在课堂外的草地上神侃。

“您讲的东西，我们全记录下来了，而且录了音，我们整理了一下，有二十几万字。同学们也在传阅，您能否修改修改，作为内部资料使用？”于是，我开始修改完善，发给需要的学生做资料，自娱自乐。

“你是西南政法大学上世纪 90 年代初毕业的研究生，你的同学都是教授、博导了。你做了资深的讲师，还准备当终身副教授啊？你可以以你给学生的那些资料为基础，申请一个教育厅课题，这个课题可以评教授使用。”关心我的同事对我说。于是我以这些资料为基础申请了课题，准备出版专著。

“你的书的风格不符合案例的出版规范，建议按照法律出版社和人民法院出版社出版的《最高人民法院民事案例解析》体例修改，这样可以达到出版的要求，也可达到评职称的要求。”于是我开始修改，花了一年的时间。

“我们喜欢原来的风格。你评析得再好，也不可能超过最高法院的资深法官，对审判实践无指导意义，我们需要的是一个真实的律师故事。”同事如是说。最后我决定按我偏好的风格出版。于是就有了这本书。

二、内容

本书是我兼职从事律师业务近 18 年来，精选的 23 个较为成功或者比较有意思的案例故事的汇编，其中涉及的当事人等信息已作技术处理。本书共二十章，绝大部分都是一个案例故事一章，而将其中一些相对较小且涉及主题相同的案例集中于一章，其中第二章包括三个涉及管辖的案例，第四章包括两个涉及从细节取胜的个案。本书各章的标题，根据案例涉及的主要内容或者我采纳的主要策略，或借用了“三十六计”中的部分内容，或采用成语，看上去充满智慧又妙趣横生，让人兴致盎然，颇具可读性。本书的总体结构，根据案例涉及程序或者实体的重心不同，分为程序篇和实体篇，其中前十章为程序篇，后十章为实体篇。当然，这仅是大而化之的分类，因为真实的案例皆会涉及实体和程序两面。与我的执业重心相同，

除了第十九章属于刑事案件之外,其余皆为民商事案件。

首先,本书中很多案例都是20世纪90年代以来海南房地产市场的暴涨暴跌所引起的纠纷,比如“反客为主”、“败中取胜”、“假戏真做”、“神机妙算”、“合纵连横”等。这个市场成就了无数传奇,又引发了诸多悲剧。是什么造成了这些起起落落?简而言之,这是我国刚刚开始的市场化的混乱以及计划经济体制下宏观调控的武断所滋生的恶果,而“一统就死,一放就乱”正是那个时代“双轨制”经济运行的写照。尽管我为我的当事人赢得了胜利,但输者未必就不是从计划到市场的体制转轨的牺牲品。

其次,本书中很多案例也正面描写了法院所面临的各种法律外的干预,比如“金蝉脱壳”、“双轨学院”、“失而复得”、“釜底抽薪”等。这显然是由于司法难以独立或者维稳逻辑所造成的恶果,在这样或那样的压力下,即便法院希望公正判决也很困难,而唯一可行的路径是以一种压力平衡另一种压力。这当然不是一种正常应然的状态,因而本文实际与学术界要求司法独立、避免行政等法外的权力干预、实行司法体制改革的话语对接,为进一步推进司法改革提供实证的经验和正当性支持。

最后,本书中案例还涉及私人的意思自治和国家的权力干预之间的关系,比如“跳出藩篱”、“将错就错”等。以市场经济背景下的私法自治为原则,案件最终的结果都或明或暗地支持了私人优先于国家、权利优先于权力的法治精神的内核。然而,得到这样的结果并非一帆风顺、手到擒来,而是不断博弈、不断建构的结果。这不仅恰恰反映了我国正处于社会大转型时期而徘徊于两者之间的焦灼状态,也反映了法治正是法律人不断努力建构的过程与结果。

实际上,这三者都可以从宏观层面概括为在我国国家与社会关系的现代化转型背景下产生的纠纷的典型表达。一方面,国家还在

一定程度上本着“全能主义”、控制一切的愿望；另一方面，市民社会的不断成长又使得国家需要不断退出社会。在实现中国现代化的进程中，国家需要不断退出社会已经成为国家与社会的共识，而国家与社会通过法治来约束国家、限定双方的关系和解决社会内部的纠纷就成为了法治的当然内容。这也是本书意图反映的宏观社会背景。

三、风格

本书的风格并不是单纯的“以案释法”的案例分析作品，而是我作为律师的办案“故事”的“全纪实”。本书的最大特点不是直陈最终的结果，而是描述整体的过程：从怎样争取代理，到如何取证，如何建构法律关系的性质，两可之间时如何向有利的法律关系进行推进，如何谈判，如何运用诉讼技巧，如何设定诉讼战略，如何分析法律制度，如何说服法官，如何执行等，展现了一个律师想要获得胜诉和成功，应该如何思维、如何行动的“元知识”。显然，这些知识和技术属于初出茅庐的法科学生完全陌生的另一个领域——法社会学/人类学视阈下“行动中的法”领域，这就区别于以法解释学视阈下“书本中的法”为预设的“以案释法”。只有在“行动中的法”框架下，本文的律师故事才具有从人类学层面上解读的可能性及意义。这样，“我”是如何从一介书生成长为成功律师，不仅具有了“成功学”层面的范本意义，也具有了深刻的理论内涵。简而言之，在这个“法治尚未成功，同志仍须努力”的宏观社会结构下，我，作为一个积极建构法治的行动者，是如何突破结构的限制而不断地建构法治的——通过不断地争取公正的判决，法治也不断地被建构。同样，我也证明，尽管存在强大的结构性限制，建构法治的行动依然在不断持续——相信法律、相信法院，不仅仅是我的信念，也是我的行

动,更是法律人的集体信念和集体行动。

如果读者愿意,完全可以将本书作为我的自传体小说,它除了记录案例之外,也忠实地记录了我的思想和行动,有着小说的体裁和行文风格,而这是其他“以案释法”或者“律师谋略”的作品所不具备的。正因如此,读者在阅读本书时,将伴随着第一人称的“我”一同体验案件代理的全过程,体验我的思路,窥知我的内心世界,读懂我的行动策略,分享我的成功经验,与我的思维一起飞跃。

总的说来,这是一部“跨界”的作品:横跨“以案释法”和“律师谋略”、客观案件与主观过程、显规范与潜规则、法解释学与法社会学、构想与行动、学术与故事、理论与实务、职业与人生。

谨以本书,记录我曾经的年少轻狂,记录我曾经的快乐和忧伤,记录我曾经的 success 与失败,记录我对法律的忠诚和信仰。纪念我即将逝去的青春;纪念我曾经的朋友和对手。

谨以本书献给我亲爱的学生,献给即将从事法律工作的律师同行。

本书为海南省教育厅 2007 年度高校科研项目(HJ200748)“司法实务和案例评析”的最终成果,特此致谢。

赵振华 谨识

2012 年年初

目 录

Contents

程 序 篇

万全之策	
——先予执行也能行	/003
金蝉脱壳	
——管辖如何胜诉	/027
反客为主	
——证据如何收集	/041
败中取胜	
——细节决定成败	/053
反戈一击	
——律师的私力救济	/064
真假疑云	
——抽丝剥茧再鉴定	/075
将错就错	
——由“宽”变“窄”的仲裁监督	/092
双轨学院	
——行政对司法的“协调”	/101
失而复得	
——维稳的逻辑与法律的逻辑	/117
釜底抽薪	
——领导的看法与法律的说法	/131

实 体 篇

假戏真做	
——联营还是借贷	/157
降龙伏虎	
——出资不实应担连带责任	/170
跳出藩篱	
——意思自治优于行政指导	/192
神机妙算	
——解除合同还是继续履行	/231
另辟蹊径	
——合同纠纷还是股东诉讼	/253
合纵连横	
——房屋买卖还是项目转让	/282
田忌赛马	
——资金拆借还是委托贷款	/298
庖丁解牛	
——技术开发与技术转化之争	/318
假票无罪	
——无票据行为不构成票据犯罪	/332
瞒天过海	
——银行贷款如何被“黑”	/341

程序篇

万全之策

——先予执行也能行

某知名媒体曾报道：20%的律师掌握着80%的案源，80%的律师天天都在为案源而焦虑，新律师起步艰难。18年前，我也是听着这样的话语起步；18年后的今天，我成为了那20%律师中的一员。“80%的律师天天为案源而焦虑”这或是老和尚给小和尚讲的“女人是老虎”的故事，或是媒体对浮躁律师“猴子掰玉米”现象的误读。我想告诉新律师的是：“好的开始是成功的一半”；“珍惜你的第一次，做好你的每一案，你的胜诉案例是你最好的广告，你今天的当事人就是你明天的代言人”；“一个律师很难同时做好两个案件，做一个案件的时候不要想下一个案件，精心雕琢这一个案件，下一个案件会如期而至”。

下面的故事是我本人律师执业起步的经历：从接案前的忐忑不安，到收到第一笔律师费的欣喜若狂；从拜师学艺时的谨小慎微，到入门后的一路高歌；从卫生间里的自言自语，到法庭上的慷慨陈词；从不知法院大门的朝向，到坐在最高人民法院的代理席；从想给法官送红包，到法官请我吃饭；从当事人最初的猜疑，到连续16年的法律顾问……

这是一起追讨职工集资款纠纷案，在实体层面的核心争议是原告康雅公司与被告南江公司之间的关系是联营还是借贷：如果

是前者，将可以分享南江公司数千万元收益；如果是后者，至少也能收回一千余万元本金和利息。但无论性质是什么，这一千多万元是“稳拿”了，因而可制定一个“万全之策”。据此，笔者成功说服法官运用了这类案件中罕于运用的先予执行制度，给对手当头一棒。在成功地将性质定位为联营之后，又运用代位执行制度，顺利地为当事人收回了数千万元的投资和利润，也顺利地迈出了我律师生涯重要的第一步。

◆ 拜师学艺

20 世纪 90 年代，是一个全民下海、充满激情与梦想的年代。在学校，金融专业的学生想着将来开银行，经济管理专业的学生想办企业，建筑工程专业的学生想当包工头……我是经济法专业的研究生，成天想着将来做律师赚钱。在我眼里，那些继续深造，或者去公、检、法工作的同学，一般是专业技能掌握不佳，或其所学专业不适合做律师，甚或是胆小如鼠之辈（现在发现这是误解）。1993 年 7 月，我毕业了，却没有服从学校的分配，而是揣着硕士毕业证书和学位证书，来到了中国改革开放的前沿——南方市。

一到南方市，我就骑着一辆花三十元钱买的二手自行车，四处散发名片，邮寄小广告，吹嘘自己的本事。滔滔不绝地说辞，好像上可九天揽月，下可龙宫抓鳖，尽管此时的我还不知九天龙宫路在何方。

三个月下来，我没有接到一个案件。南方市市民每天都在谈的“土地使用权开发转让”、“商品房的预售”这些术语，我在学校里根本就没有听到过。当我给几个公司吹嘘如何如何精通土地法规时，他们直摇头，问我某某法院的院长是谁，我无言以对。