

美国律师协会推荐律师必读书目 · “律师职业与生活”丛书

寻找证人

Preparing Witnesses

——律师证人准备制胜战略

[美] 丹尼尔·艾·斯默 / 著

国立波 / 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

引领法律时尚 · 勇做实务先锋

优秀律师的
最佳职业指南

NEW
2005

法律出版社法律应用出版分社

寻找证人

Preparing Witnesses

——律师证人准备制胜战略

[美] 丹尼尔·艾·斯默 / 著

国立波 / 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

寻找证人/[美]斯默著;国利波译. —北京:法律出版社,
2005.1

(律师职业与生活译著精选丛书)

ISBN 7-5036-5284-5

I. 寻… II. ①斯… ②国… III. 律师业务

IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 136496 号

Preparing Witnesses(1998), first published by the General Practice,
Solo & Small Firm Section, American Bar Association.

Copyright © 1998 American Bar Association.

Translated and distributed by Law Press China with permission.

Translation Copyright © 2003 American Bar Association.

《寻找证人》(1998 年版), 原版由美国律师协会出版。版权由美国
律师协会享有。许可法律出版社翻译并发行该书中文版。翻译权
由美国律师协会享有。

著作权合同登记号 01-2004-2692

法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬	装帧设计/温 波
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京外文印刷厂	责任印制/陶 松
开本/787×1092	印张/3.625 字数/79 千
版本/2005 年 1 月第 1 版	印次/2005 年 6 月第 2 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995
苏州公司/0512-65193110	
书号:ISBN 7-5036-5284-5/D·5001	定价:14.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

关于作者

丹尼尔·艾·斯默先生目前是马萨诸塞州波士顿市巴特、布莱泽林和斯默律师事务所的庭审律师。主要法律业务涉及美国证券委员会和政府部门的调查、复杂的民事诉讼、白领犯罪和医疗。在此之前,斯默先生是 InPhyNet 医疗管理公司法律事务部的副总裁和首席律师。斯默先生还曾是波士顿市 Widett, Slate 和 Goldman 律师事务所的律师;波士顿市的助理检察官和美国司法部刑事犯罪部门的庭审律师。

斯默先生是哈佛法学院的讲师,讲授“联邦诉讼法”;同时还在哈佛法学院和一些法学院讲授庭审辩论技巧和其他一些课程及法律教育项目;他还是美国仲裁协会的仲裁员;在各类期刊上发表了大量的文章;他也是一名活跃的电视评论员。

序

近年来,政府的和私人的调查、诉讼及其他各种形式的质询数量激增。这一情况导致了出庭作证的人的数量和类型的急剧增长,他们作为证人因“非正式的”会见或法庭证词而卷入到这些程序当中,结果使得许多从来没有做过证人的门外汉和许多从前从未涉猎过证人准备业务的律师不得不闯入这一陌生的新世界。而作为证人出庭作证,对于涉及的个人来说和保持我们的审判制度的完整性来说都是非常重要的。它需要律师小心谨慎,做好准备。客户也应如此。

最近发生的各种丑闻表明,成为一名证人可能发生在任何人的身上。一名年轻的白宫实习生成为大陪审团犯罪调查的焦点人物,而从她的仆人到她的母亲和总统的任何人都变成了潜在的证人。不论证人是一名面对纪律委员会的年轻学生,或是一名面对证券交易委员会的商人,或是一名面对陪审团的卫生保健服务的提供者,还是任何其他在这一非同寻常的过程中的普通人,作为一名证人都是异乎寻常的、令人恐惧的经历。在理想的世界里,任何的质询都应该是对事实公开的、共享式的探求。而在现实世界里,我们生活在对抗性的制度中,人们倾向于关注自己的一面,结果人们会丧失自己的洞察力,看到的只是他们“想要看到的东西”,而不是通过简单的提出问题来寻找事实。

证人的工作就是为了保持对事实的洞察力:不是一些众所周知的事实,而仅仅是他们在过去知道的并且现在还记得的事实。这样的任务既不容易也不平常,正确地做到这一点需要努力地工作。成为一名证人的准备过程具有极端的重要性,不仅在于审查问题的事实,也在于基于正常的谈话的交流方式与严谨的、人为设计的问答模式之间具有根本性的区别。

本书的目的是为了帮助律师提高证人出庭作证的准备技能。本书的部分章节是以说给客户听的语气来写的,因为学习如何最好地交流这些想法通常和这些想法本身一样重要。本书首先阐明了原则性的概念,然后把焦点放在一系列言简意赅的规则上面,最后讨论了如何把这些规则应用到不同的具体环境之中,从而对你努力的准备工作提供帮助。

本书以说给证人听的语气来写,也是希望给予律师同客户分享本书的选择自由。收集资料、从不同的来源和不同的方式对资料进行理解,我们都学得很好了。想一想我们在学校时是如何学习一门外语或者其他的具有挑战性的科目的:先听老师讲解,再读书,然后再实践。没有人能够只做这三项任务中的一项就可以获取知识。

同样的道理也适用于学习这门陌生的新语言。这本书不是在提供法律建议,它仅仅是获取知识的源泉之一,目的是为了充实客户从辩护律师那里听到的东西并在实践中汲取经验。正确地使用这本书会使律师和客户在一起花费的时间变得更加富有成效。

需要告诉律师和客户的教训是:不要勉强学习。不过,你肯定能够学会这门新“语言”(事实上,这是一个过程)。许多人在经历过了整个过程后会惊奇地发现,这是一个令人感受深刻、兴趣盎然的学习经历。当然这门语言不简单,除非你和你的客户明白这样一个简单的事实:它不单纯是语言上的交流,正如在《绿野仙踪》一书中所说的那样,此“马”非彼“马”。

致谢

庭审律师不可能在真空中获取知识。不论本书蕴藏了什么样可圈可点的智慧,这样的智慧是我作为庭审律师在将近19年的时间里,从有幸打交道的一大批杰出的律师、客户和其他人那里学习得来的。本书大部分的实例来源于真实的案例。其中的一些实例就涉及那些和我打交道的人,而本书为了简练的目的把涉及他们的案例做了适当的修改。本书如有任何遗漏和错误之处,我向他们表示歉意。

把我所有要感谢的人全部罗列出来的尝试是徒劳的。无聊而冗长的名单不可避免地会遗漏要重点感谢的人。因此,我宁愿冒得罪一部分人的风险,向和本书最直接相关的少数人表达我的谢意。他们包括:

我在 **Butter, Brazilian & Small** 律师事务所的合伙人, **Tom Butter** 和 **John Brazilian**; 我的首席助理 **Meaghan Barrett**; 我的助理 **Suzanne Mullen** 以及事务所里面给予我耐心和支持的所有人。

Jeff Aresty, **Eunice Clavner**, **Sol Rohlinger** 和参与美国律师协会的单独执业律师和小律师事务所部普通业务项目的所有人,感谢他们对这一项目的参与和信赖。

Bryan Cave 律师事务所的 **Jim Cole**, **Ropes** 和 **Gray** 律师事务所的 **Mike Fee** 以及麻萨诸塞州上诉法院的法官 **Carol**

Ball, 三位杰出的律师和我的好友, 感谢他们在百忙之中抽出时间阅读本书的草稿并提出宝贵建议; 以及

我的家人, 特别是我的妻子 Alix。感谢她督促我去创作, 感谢她给予的爱和付出的牺牲使我能够顺利完成创作。

目录

序

致谢

第1章 律师和证人	1
1.01 一种特殊关系	1
1.02 律师常犯的七大错误	5
1.03 为什么证人需要帮助	10
第2章 两大基本原则	13
2.01 出庭作证不同于日常的交谈	13
2.02 为什么准备工作至关重要	16
2.03 获得成功的两大基本原则	20
第3章 “聆听、聆听、再聆听”原则的具体规则	27
3.01 规则一：控制好时间	27
3.02 规则二：记住你说的话正在成为笔录证言	31
3.03 规则三：说出真相	33
3.04 规则四：始终以礼待人	37
3.05 规则五：不要回答不明白的问题	41

第4章 “费力不讨好”原则的具体规则	49
4.01 规则六:如果忘记了,就实话实说	49
4.02 规则七:不要猜测	53
4.03 规则八:不要复杂化	57
4.04 规则九:谨慎对待文件和先前的陈述	62
4.05 规则十:充分依靠辩护律师	70
第5章 学以致用	74
5.01 当事方对非当事方	74
5.02 会面对笔录	76
5.03 证言/大陪审团对庭审	78
5.04 民事对刑事	81
5.05 直接询问对交叉询问	82
结论	87
附录 证人作证准备概要	88
6.01 相互讨论	88
6.02 程序要点	89
6.03 十则箴言	100

第1章 律师和证人

1.01 一种特殊关系

在法律的任何领域里,律师和客户之间的关系都极其重要和不同寻常。首先是因为这一关系具有保密性。由律师和客户之间的特权构筑的保密之墙是其他任何专业领域所无法比拟的;其次是因为律师具有专业的知识和经验,这对于那些参与重要事件的人来说是至关重要的;最后是因为律师在法律领域里可以为客户“处理”问题;代表客户、为他们辩护、有时为他们“唱戏”,而其他则不可以。

在法律关系的世界里,几乎没有比律师和将要在法律程序和调查中充当证人的客户之间的关系更加密切和复杂的了。这样的特殊关系使律师和客户都承担了特殊的责任和负担。在这种情形之下,律师就必须以感受(Feeling)和智慧(Wisdom)为客户办事。因此,我们借鉴了诗歌的创作手法,使用只取首字母的缩写词来代表一种乐器和一个聪明的人:“琵琶”(LUTE)代表感受,“圣贤”(SAGE)代表智慧。

琵琶(LUTE)	学习(Learn)	圣贤(SAGE)	保护(Shield)
	了解(Understand)		建议(Advise)
	传授(Teach)		引导(Guide)
	鼓励(Encourage)		赢取(Earn)

1. 琵琶(LUTE)

• **学习(Learn)** 客户的生意或者其他和质询相关的事情。诉讼之中面临的一部分挑战就是要探知一个崭新的“世界”，例如：一种新产品、新职业、新科技或者其他东西。准备证人出庭作证，律师不但要学习新知识，还需理解它的内涵。律师不仅要学习术语，还要深入了解客户做生意的方式：生意到底是如何进行的、实际的问题和程序是什么、不同的人发挥什么样的作用等等。例如：客户在组织结构图上的位置可能不会真实反映他们真正的权力和责任。律师需要向客户提出问题，通过自己的研究来真正了解这一崭新的“世界”。

• **了解(Understand)** 客户的性格、背景和需求。有可能成为证人的客户会向你表达从过于忧虑到过于自信的各种各样的情绪和态度。具有讽刺意味的是，当你更多地了解他们的时候，你就会发现先前过于忧虑的客户最后往往会成为值得称道的证人；而过于自信的客户往往会成为表现糟糕的证人。客户的性格会造成深深的不安全感和被质问的恐惧；客户的背景也会反映他们对法律程序的了解和熟悉程度；而客户的需求也反映了他们的自愿性和学习的能力。

• **传授(Teach)** 客户这一人为设计的、陌生的“提问——回答”式的语言。很少有客户能够认识到这一传授过程是多么的困难和多么的不同寻常。你需要找到创新性的途径来帮助客户理解以上两点。例如：你可以把问题转向你自身，来帮助他们理解传授的困难性，而不是强迫他们接受你的观点；我有时告诉我的客户，我就像他们中学时代的法语（或者拉丁语、德语）教师，不得不把整个学年的课程浓缩成几个小时。为了向客户说明这一过程的不同寻常性，我会谈到一块泥土和一块石头的区别：大多数的证人对待问题就像对待“泥土”

一样:捏揉他们、为他们担忧、摆弄他们,把他们捏造成另外一件东西。我提醒客户应当把问题当做“石头”一样,要么用强有力的、简捷的语言言简意赅地回答问题,要么用类似的语言提出质疑。

- **鼓励(Encourage)** 客户说出难以启齿的问题。在不同类型的法律程序中质询通常会拓展到客户认为是私人的、敏感的、令人尴尬的甚至是被指控有罪的范畴之中。作为一名律师,如果你的客户对你不够坦白、直率,你就无法有效地为他们提供法律代理服务。作为个人来讲,你需要明白你正在要求某人回答和承认他们以前不承认的事情,有时甚至是他们对自己本身都不承认的事情。这是一个长期的、艰难的过程,需要律师用耐心和直觉来把握。

2. 圣贤(SAGE)

- **保护(Shield)** 客户免受不必要的侵犯或者伤害。几乎没有客户愿意在诉讼程序中充当证人的角色,而且数量惊人的客户认为他们的律师能够挥动手中的法律魔棒,把他们从充当证人的角色中解脱出来。在有些情况下,确实存在着避免客户受到质询的途径,同时,即使不存在着避免的途径,在客户受到咨询之前、之中和之后,律师也可以为客户做许多事情来充当挡箭牌的角色,比如律师需要考虑控制时间、地点、主题或其他因素的方法,充当漏斗的作用或者保护客户避免带有敌意的反方代理人、调查人或者当事人的侵扰。这一步骤应把重点放在那些不允许受到不必要的侵扰的客户身上。

- **建议(Advise)** 客户在对法律和事实的充分理解和仔细的分析基础之上再考虑每一步如何行动。作为证人的过程以及作为证人可能被问到的问题,可能使客户面临各种各样的风险:刑事的、民事的、金融的、雇佣关系的、家庭的等等。作

为律师,你需要不断地避开这些风险。当风险产生时,律师要开诚布公地和客户进行讨论。除非你的客户在一刹那间具有最好的智慧和判断力,否则证人通常很难把握风险和机遇的平衡。所以,律师有责任使你的客户做好避免风险的准备,并且充分地利用这些机会。

• **引导(Guide)**你的客户走出陌生且令人生畏的法律迷宫。我们从小就害怕黑暗,因为我们不知道那里会有什么东西。对于大多数人来说,充当证人就像处于黑暗中一样,令他们茫然不知所措。但是他们的的确确明白那里面隐藏着怪物和各种危险。你必须明白这一点,小心谨慎地解释和引导他们走好每一步。你必须明白,对你来说最小的、最普通的一步,在你的客户眼中可能就是无法逾越的鸿沟。

• **赢取(Earn)**客户的信任和信赖。这是一个循环过程:你的客户对你越有信心,他或她就会越听从你的建议,当客户在证人席上的时候,你就能够得到更多的帮助。然而,那样的信任和信赖并不是仅仅凭借你是一名律师或者你拥有装修讲究的、墙上挂着令人羡慕的文凭的办公室就能够自动获得的。你必须赢取这样的信任关系,正如你在外面的世界里必须赢取信任关系一样,除非你和客户之间没有时间发展这种信任关系。贯穿这一过程最重要的是需要清晰地、及时有效地沟通。关于它的本质和建立过程需要大量的沟通,以至于良好的沟通不仅成为达到目的途径,而且成为目的本身。

律师同意为客户准备出庭作证是具有挑战性的工作。这是因为:首先,向门外汉传授这门陌生的新语言需要做大量的工作;其次,需要传授的东西对大多数人来说是如此陌生,以至于运用何种能够真正帮助客户学习的方式来和客户进行沟通是一项巨大的挑战。本书的大部分章节是以讲给客户听的语气来写的,这是希望帮助律师不但理解什么知识需要传授

给客户,而且要明白如何才能最有效地和客户进行沟通。而且,关键的第一步是需要律师和客户充分地意识到迎接这一挑战的重要性和艰巨性。

1.02 律师常犯的七大错误

在律师确信他的客户能够承受证人准备工作的重担之前,他必须确信自己能够承受这样的负担。不幸的是,法学院和法律教育课程通常在传授法律原则和理论知识方面做得十分出色,但却经常忽略了法律实践中需要关注的真正核心——客户。就像政治竞选时人们大声疾呼的口号一样:“傻瓜,经济决定一切”,为了使学生们记住什么是最重要的,大概法学院应当在装饰他们的“常青藤大厅”的拉丁妙语当中加上一句话:“笨蛋,客户决定一切。”

现在的现实情况是法学院不教授律师如何与客户打交道,当然更不会教授律师该如何指导作为证人的客户在作证过程中所面临的困难了。律师在执业过程中自然会获取这些技能,这种普遍认可的论调是危险的废话。充其量,它是一个漫长的“反复试验”的学习过程,而真正有法律问题的客户却是这一学习过程的实验品和牺牲品。作为专业人士,我们应该在这一重要的领域里做得更好才行。

况且,即使是一些有经验的律师也会持有一些普遍的错误观念,这会导致他们无法为客户出庭作证做好充分的准备。律师准备工作的失败就是代理工作的失败。不要犯下面同样的错误:

1. 错误之一:“我太忙了”

不论你有多忙,也不能忽视客户出庭作证要做的笔录证

言。律师通常很容易忽视客户出庭作证的准备阶段。毕竟客户一般不明白准备工作的重要性,并且律师在客户的时间上面还有其他的更直接的需求。然而,如果你没有经过认真的准备就允许你的客户出庭作证,你就没有代理好你的客户。你需要找时间和客户一起工作,否则就不要从事代理行为。没有律师愿意听到这样的话,但这是事实。

使用一些方法可以使你花费的时间更有效率。例如:给客户适当的摘要或备忘录。鼓励你的客户在下一下次会面之前仔细地阅读,在备忘录上面写下任何的评论或提出问题,把它作为你每次和客户会面讨论的基础。另外,可以让律师助理来整理文件,撰写问题的基础性纲要,甚至提出有针对性的问题。但要记住,这一过程所要求的充分的时间投入是无法替代的。

2. 错误之二:“客户太忙了”

许多客户不明白,或者也不想明白出色的出庭作证准备对于他们来说是多么重要。他们不愿意在百忙中抽出时间留给律师做这项他们不需要帮助的事情。本书在下一章里将会具体讨论这些问题。但是,律师必须承担这一职责,努力督促客户克服他们的不情愿心理。没有人喜欢以这样的方式来督促客户,但是如果我们不这样做,我们就没有做好我们的本职工作。

律师与客户在一起工作的某些方式可以调解律师的准备工作所需要的时间与客户繁忙的工作时间表之间的冲突。晚上和周末通常是最佳的可利用时间。尽管准备工作最好在几段不间断的长达数个小时的时间段内完成,但我自身也有很多实例是我和客户在飞行中、乘坐机场大巴甚至通过打国际长途电话时与我的客户一起完成了很多准备工作。对时间的

灵活利用是有限度的,对时间的需求却是一场旷日持久的拉锯战,但是十分必要。

3. 错误之三:“证人生来都是一样的”

正确地做好出庭准备工作的挑战是:这一工作不应当以标准化的、“糕点切割机式”的方式来进行。最近一个客户告诉了我她以前的经历。当时她在一起别人向她的雇主提起的工作歧视的诉讼案件中出庭作证。她的雇主的律师“代理”她(与冲突的焦点没有明显的关系)出庭。在准备工作中律师只是给她提供了一份十分清楚的发言录音,而这几乎与该案敏感的焦点问题毫不相干。事实上,证人之间有巨大的差异,这取决于他们的背景、性格、教育、作为证人的经历、职业、与焦点问题或者所叙述的事件的关联程度等。对于某位客户来说恰到好处的准备工作,对其他客户来说可能就一文不值。这时,你就需要相应地调整你的准备工作。

4. 错误之四:“你永远也不会知晓提问者会问什么样的问题”

律师有时会有意无意地限定准备工作的范畴,因为他们不知道如何预测提问者会问什么样的问题。他们安慰他们的客户,向客户保证:“你永远也不会知道……”这一谬论是正常的。然而,你不能知道所有的问题这样的事实并不意味着你不能预测和准备其中的大多数问题。我们不能消除客户可能会面临的每一个猝不及防的问题,但我们的确能够帮助客户减少这类问题的数量,并减轻它们的严重程度。事实上,有很多不同的技巧可以帮助律师“知道提问者会问什么样的问题”。其中包括: