



第 1 辑

总主编 刘桂明

法官决策与 律师策略

钱卫清 著

律师服务市场拓展的战略与策略

司法裁决中的法官思维

中央企业改制模式的政策法律分析

公司诉讼与案例分析

民营企业法律危机与防范

民营企业参与国企改制的机遇与风险

人民法院出版社

FA GUAN JUE CE YU LU SHI CE LUE

总主编/刘桂明

非常律师文丛

第1辑

法官决策与 律师策略

钱卫清 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官决策与律师策略/钱卫清著. —北京: 人民法院出版社,
2006. 10

(非常律师文丛)

ISBN 7 - 80217 - 347 - 7

I. 法… II. 钱… III. 律师业务 - 经验 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 114144 号

法官决策与律师策略

钱卫清 著

责任编辑 钱小红 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250520 85250526(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 382 千字

印 张 14.75

版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7 - 80217 - 347 - 7

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究

——总序

非常律师 非常时代

这是一个不同以往的时代。

没有哪一个时代能像当下这个时代一样，人们如此渴望张扬自己的个性，如此忘情地释放自己的个性。

而个性的本质就是差异化。

可以说，“差异化”已经成了我们当下所处时代的最大特征。

应当说，能够宽容这种“差异化”，并保障每个人、每个社会群体都能充分展现自身的“差异化特征”的权利，是我们这个时代的进步，也是我们构建法治时代的梦想基石。

权且让我们对这个时代冠以“非常”之称，这是相对之前我们所处的“常态社会”而变通出来的说法。

二十多年前，我们还习惯着穿上统一的毫无生气的服饰；二十多年前，我们还习惯着叙说一致的并不深刻的话语；二十多年前，那个时代的大多数人还把律师这个职业当作异类，报以诸如“律师是为坏人辩护”的冷嘲热讽。

但仅仅时隔二十多年，一切都发生了巨大的改变，一切都发生在弹指一挥间。

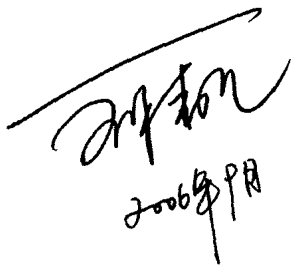
“个性”、“差异”成了政界、商界、学界、媒介最酷爱的词汇，而律师职业也成了全社会瞩目的热门职业。律师纷纷走上社会舞台，接受各界言说，接受闪光灯的聚焦，这本身就是“非常时代”的一个缩影。

同样的道理，权且让我们对一部分律师也冠以“非常”之称。特别的经历、特别的思考、特别的故事、特别的情感、特别的观点，都为这些“非常律师”作出了精彩的注解。他们不同于他人的经历、思考、故事、情感和观点都是我们策划出版《非常律师文丛》的原动力。

在我们的计划中，《非常律师文丛》是一部连续出版的鸿篇巨制，我们希望以此为契机，将十万律师大军中的“非常者”一网打尽。

希望读者在看完《非常律师文丛（第一辑）》后，能发现观察律师行业的新视角，能更加理解和支持这个年轻的职业，继而更加理解我们身处的“非常时代”以及这时代的未来。

遵书稿作者嘱托执笔，不敢妄言，记录以上琐碎小语，是以为序。



2006年9月

——自序

什么是法律人的生活方式

——从事法律职业近 30 年有感

什么是我们的生活方式？

这绝不仅仅是一个问题，这也绝不仅仅是一个人的问题，这是时代给我们每个人提出的命题与课题。

曾经，我们认为，生活方式就是柴米油盐酱醋茶，就是衣食住行酸甜辣。现在，我们眼中的生活方式是什么呢？

是我们的所见所闻？是我们的所感所悟？是我们的所见所想？

也许，各人有各人的生活方式；也许，各地有各地的生活方式；也许，每时有每时的生活方式；法律人也有法律人的生活方式。

我的个人经历，或许正是法律人生活方式变迁和演进的最普通最普通的写照。

自 1977 年参加法院工作，如今蓦然回首已是 30 年。岁月蹉跎，一事无成，感慨良多，竟发现生命的历程与法律的变革进程有某种牵连，即在不自觉中关注法律的变迁并不断探寻，成为一种生活的方式，唯此才有些许欣慰。

从一般意义上来说，法律人的生活无非就是物质生活和精神生活两个方面，这跟一般人没有什么区别。但是从法律职业的特点来看，法律人应当有不同于一般普通人的生存状态、或者说生活方式，这种生活方式可能包含有物质和精神两个方面，但主要是指精神方面的生活，或者说是一种精神追求。对于各个不同的

法律人来说，可能会有不同的追求模式、不同的追求内容和不同的追求方法。

就个人而言，我从事法律工作将近30年，有一种感悟一直贯穿于这30来年的法律职业生活，我觉得法律人应当始终将关注法律的变革作为一种生活方式，或者是作为一种对法律的执著的追求。关注法律的变革就要求法律人心中有满腔的热情，要有对法律的持久的关注、持久的热爱和持久的追寻。这种关注有可能是围绕着整个国家法律的变迁、各个具体法律制度的变革或者法律思想的变化。对于这些变化，个人的关注有时能起到一些微小的作用，有时虽然本身并不能起到作用，但是这种关注和追随成为了法律人一种生活的常态。这种追求的过程包括对于实践中所出现问题的不断学习、跟踪，不断地领悟其中的一些变化和进行一些理论上的探讨。这种关注的过程使得法律人对法律的理解不断完善，使得其个体和法律的关系逐渐密切，并贯穿到法律人的生命历程中。

我这本文集实际上是近几年来关注法律变革的一些所思、所想、所感、所悟，尽管是点点滴滴、微不足道，但我始终没有放弃，并且乐此不疲，并且使之成为一种生存状态。这种生存状态的形成和我多年的法律积累、法律生活是分不开的。回想起来，这近30年对法律的执著的追求，大概可以分为五个阶段：

一、法律的春天改变了我的命运——走出迷茫

我们这一代人成长于“文化大革命”时期，那是一个法制受到严重破坏的历史阶段，无法无天。这种生活环境对我有比较大的影响。那时我父亲是部队的军事干部，地方武装部的军事科长。“文化大革命”砸烂公检法期间，法院、检察院被撤，取而代之的是行使公安、检察、法院三部门职能的保卫部，我父亲当时出任保卫部部长。他所领导的保卫部用无产阶级专政的手段，以一种军管的方式来进行社会管理。这种法律状态在我幼小的心里留下

很深刻的烙印。

那时的我对于法律文化和法律作用一无所知，刚刚成年的时候正是整个社会在大变革的时期，也就是“文革”的后期。在正式从事法律职业之前，我什么活都干过，这实际上是对我的法律职业之路和我此后人生曲折发展经历的一个铺垫。可能是命运中的一种预示，“文革”后期，各地区的中小学都盛行学习革命样板戏，纷纷去排演一些经典的样板戏片断，当时我所在的学校就专门排演了一出《杜鹃山》。这是一台痛说革命历史的戏，当时我在戏里扮演了一个非常穷苦的老头叫郑老万，郑老万在这出戏里面有一句非常经典的台词。背景是，共产党员柯湘对土匪出身的革命自卫队员进行党的教育的时候提出了一个问题：“谁为土豪劣绅干过活？”缘由是这出戏里面抓来了为土豪劣绅干活的民工，获取了一大批土豪劣绅的钱财。雷刚领导队伍投奔共产党以后，对这些抓来的民工严刑拷打，让大家平分了获取的财物。面对这种情况，柯湘进行了坚决的制止，并对他进行了教育，问他你为什么要打抓来的这些民工？雷刚说他是为土豪劣绅干活的，这个人就该打。为了教育这些人，柯湘首先讲了自己的痛苦的家史，她也是穷苦出身，然后提出一个问题：“你们在座的谁当年给土豪干过活？”当时我扮演的这个角色的台词就是：“我干过，我什么活都干过！”后来我想，这可能正预示了我在今后的生命历程中还真是“什么活都干过”。

高中毕业以后我到农村参加水电站的建设，将100多斤的石头抬到高山上，那是一种难以想像的高强度劳动。还有到几十公里以外的山头上砍大树，砍了160多斤重的大树，翻过五六座大山把它扛回来。然后又参加建筑工地的劳动，后来被招干到法院，尽管是在法院工作，但我并没有真正从事法律人的职业，而更像是一个法院的勤杂工。我当时兼任了六项工作：打字员、摩托车驾驶员、食堂管理员、书记员、信访接待员和法警。我甚至包揽了法院里面所有的打扫卫生工作，虽然按规定那不是我的工作，

但我当时有那种工作热情，每天早晨起来把法院大院三层楼全部清扫一遍，坚持了两年时间，天天如此。我还负责了法院的邮递、送文件、出黑板报、出宣传栏，可以说把法院的所有杂事都包揽了下来。这也许是一种从事法律职业前的演练。1977年2月12日，我进入婺源县人民法院，从而得以间接了解法院整个运转过程。法院的一批老的法官对事业的追求非常执著。那时候他们没有任何的业余生活，每天晚上都上班，而且工作非常艰苦，完全是一种自我奉献精神。他们也有很高的文化素质，所写的法律文书、办的案子都非常到位。这一批农村出身的法官所表现出来的敬业精神、吃苦精神、办案水平和为人的风格，都给我留下了非常深刻的印象。

1978年底、1979年初，正好中越自卫反击战打起来了，当时我作为热血青年报名上了前线，在法院工作两年尚未直接体验法律人的生活就到了部队，在部队进行一个多月的训练后马上被拉到前线参加了中越自卫反击战。但由于我们是高炮部队，所以没有直接在火线上拼杀，但我们也体验了血与火的生活，也感受到了军人的使命和舍身为国的悲壮。当时确实是有种视死如归的感觉。记得我去之前把所有的财产全部清理完毕，抱着我可能就不回来了的想法，那种为国捐躯的悲壮情怀始终伴随着我。尽管到前线以后并没有亲眼见到敌人，但这一段生活历练在我对人生的看法、对人生的认识、对生死的考验方面留下了一个深刻的烙印。尽管当时并不是很清楚这种意义，也不知道这对我以后的生活有什么影响。但部队生活的锤炼所形成的纪律性、坚韧性和耐力，以及为人处事的态度，使我对生命更加热爱，对事业也更加执著。

同样，有趣的是我在部队也是什么活都干过。刚开始，我们在连部搞仪器，就是指挥排，专门指挥高炮射击的，计算高炮的精确度。不久，我被调到政治部，在电影组放电影，同时还身兼图书管理员、电影放映员、宣传员、连队的文化辅导员和新闻报道员等数职，也是“什么活都干”。在做图书管理员期间，我看了

大量的法律方面的书籍和其他一些中外名著，打下了一定的法律和人文知识基础，为以后的工作进行了一些基本的知识储备。

至此，我已经在法院工作了两年多，在部队待了三年，但是我还没有真正进入法律人的角色。之前的历练可以算是一种铺垫，这种生活的积累使得我具备了一些不同于一般人的意志力，也让我对今后的生活、工作更加珍惜。

后来部队正准备提干，地方法院也面临着新的职能转变，需要一大批人，于是我又回到了法院。

二、跟随法律的脚步往前走——亦步亦趋

真正法律人生活的开始是从部队回来以后，那时候整个社会变革加速，法制开始健全。我一直跟随着法律的脚步：1983年的时候参加“严打”斗争，这场声势浩大的“严打”斗争给我留下了深刻的影响，我在之后的法律探索过程中常常以此为视角进行一些深刻的反思。同时，我又考取了政法院校，开始系统的求学生活，之后参加了全民普法工作。

1985年到1987年这几年，全国开展普法活动，凡是懂得一点法律的人都到各个单位去上法律课，每一个机关、学校、部队都有各自的普法任务。我们要根据各个单位的不同需要进行讲课，所以把当时的九法一条例背得滚瓜烂熟，这也是我和法律结缘的一个转折点。经过上百场的普法课，我对整个法律的体系和规律都有了一个比较清晰的认识，因此也可以说普法工作为我形成对法律的兴趣提供了很好的契机。在这个基础上我逐渐开始写一些学术文章和案例分析，并结合办案经历写一些心得体会，当时《江西法制报》就刊登了几篇我的心得。这样不断地写文章，把办案中的心得体会进行抽象，提升到理论层面，对于我而言这是一个重要的转折。

三、在关注中学习，在学习关注——步步逼近

我逐渐形成了关注法律动态、关注立法、关注重大影响的案

件以及其他各种法律事件，并在这种关注过程中去提出自己的观点的习惯。记得在1996年，我出版了第一本论文集，叫《法苑新论》，这里面收集了我那个时期所发表的一系列文章。当时我所关注的领域非常广阔，包括司法体制改革、审判方式的改革、行政体制的改革，还包括民事诉讼法里面的各种具体的制度，比如，“先予执行制度”（这好像是最先提出来的），还有“暂缓起诉制度”（这是一个教授写的，我在文章中对其提出了质疑）等等，还写了一系列文章，研究“引咎辞职制度”、“带薪入伍制度”等，领域非常宽。尽管观点比较新颖，但是论证的方法、过程、法律的功底都非常浅，但还是比较大胆地面对现实的法律问题，提出自己的观点，尽管论证的理论体系根本没有形成。

可以说这是通过自己的参与使自己的关注向纵深发展的一个阶段，第一个阶段关注侧重于不断地求学、讲课、普法，这种关注是浅层次的。然后我对法律制度的熟悉、了解不断深化，从而进入第二个阶段的关注，这个关注是以参与为先导的模式，不断地写文章，从不同的领域，从理论到实践，从具体办案到办案经验的总结，到基本的法律制度的完善，对一些立法的问题不断地提出一些观点，发表一些文章，其中具有标志性的是连续三年参加江西省委政法委搞的研讨会所提交的论文都获得了一等奖。在这期间是一个不断学习的过程，不断挑战的过程。

随着这种关注法律的进程和参与有关法律理论的研究，逐渐地感觉到自己法律的学习和研究没有一些专项的目标、没有体系化，所关注的问题的深度和广度都有很大的局限性。所以我开始思考怎么通过新的方式来更有效地关注有关法律的变革。我不断参加全国性的各种研讨会，记得1988年第一次参加全国性的法制系统科学研讨会，我提交的论文得了奖，而且在会上结识了一批国内知名的法学家。我也积极地参加各种进修，包括最高人民法院搞的一些单项的培训，这种培训采取滚动式的方式：每年进行集中一次学习，进行研究，结合案例，提出一些问题，写一些文章。比如，中国首届

高级法官培训项目中《票据法》的培训，1995年《票据法》颁布之前，最高人民法院请了谢怀栻等国内一流的专家讲课，经过系统地学习，第二年《票据法》正式实施，让我们可以结合实践重新学习。这种培训使我们对法律制度有了较深的理解。

后来参加了国家法官学院第一次招生，作为首届经济法学员，又学习了将近半年时间，通过不断地进取的方式，去深入地对法律问题进行探究。

伴随着求知的过程，“什么活都干过”又成了我职业生活的主要旋律，这期间先后在刑事、民事、经济庭和办公室工作，担任过书记员、秘书、审判员、办公室副主任、庭长、副院长；高级人民法院民庭副庭长、经济庭副庭长、经二庭副庭长、高级法官、正处级审判员和最高人民法院法官。在每一个不同的岗位都有不同的视野，可以从不同的广度和深度思考问题，这也许为我之后的学习和探索留下了无形的印记。

四、在关注中调整和提升——点点滴滴

1995年下半年，我到最高人民法院交流工作，工作期间办理了大量的案件，特别是一些疑难的民事案件，还参与了最高人民法院相关司法解释的研究、调查、讨论，这都使我对法律的关注的层面、领域都有一个新的飞跃。我开始从更高的层面来思考和研究问题，以更独特的视角去关注整个国家法制的进程、经济制度的变迁，以及整个社会变革中的一种法律的需求。其中主要的内容还是围绕经济审判工作，即怎么更加有效地为社会提供服务，为市场提供服务，怎么对原有经济审判体制进行改革，构建新的、完整的、科学的经济审判体系，还包括人民法院怎么为国有企业改革提供司法保障，国有企业改革的法律问题，国有企业改革的司法解释的专题调查，等等。通过这些学习，我对法律问题的看法得到了进一步深化。通过跟专家的交流，和同最高人民法院法官的切磋，我对法律的兴趣也有了一些改变、提高，更加专注于

一些跟自身业务相关联的，比如说民商事案件审判中的一些重大的问题和反映司法体制改革的一些重大的问题。在此期间我写了一系列关注法院体制改革的文章，包括建立与市场经济相适应的法律体系的构想、建立司法改革委员会的构想、对现行司法制度的一些弊端的分析、对推进改革立法机制的思考以及对完善执法环境和执法机制的各种方面的探讨等。这一时期我比较注重一些宏观问题，同时也更关注于审判领域，尤其是民事审判领域的问题，包括票据案件、期货案件等在市场经济转轨过程中所出现的各种新类型的案件，比如国债回购、委托理财等。通过对大量案件的办理、研究、分析和研讨，我撰写了相关的文章。这都使得我对法律的关注和学习被提升到了一个新的、更高的层次。

五、在转型中观察和超越——乐此不疲

通过从法官到律师，从法官的职业转化为律师职业的生存状态和生活方式的改变，使得我作为一个法律人对法律的社会作用及法律的定位有了一个全新的认识，这是一种不同于一般法官的对法律的感悟。从法官到律师，虽然同为法律人，但是所处的社会角色以及生存状态都已经发生了非常大的变化，原有的人事关系、社会关系都不同了。作为律师而言，跟法官最大不同的是，法官没有生存的危机，国家为法官提供了生存保障。但律师必须要充分运用法律的技能，使之成为自己生存的工具，形成一种生存的状态。这种转型对法律人是一个很大的心灵冲击。在这种过程中，一个人对法律的热情很容易消退，容易变得功利化，或者使他对法律的认识呈现出一个新的视角。律师在我们国家的政治体制、权利体制里处于一种边缘的状态，这种状态的有利之处是，它可以使得律师去真实地感知国家法律的脉搏，真实地感知社会的需求，真实地感知民众的心态，真实地感知民众要寻求法律帮助的常常出现的无奈、无助和艰难。在这个艰难的环境下，律师要更加深入地进入法律的背后，甚至是立法的背后去探寻制度的

安排和变革，研究法律应当如何变革才能更加有效地规范社会秩序、保障公民权利及促进经济发展。另一方面，律师要打造个人的法律服务的平台，提高法律服务的品质和法律服务的效益，有效地解决当事人的疑难问题以赢得客户的认同，这样才能解决自身的生存问题。只有自身生存问题得到了解决，律师才能寻求进一步的发展。

由于律师职业的全新视角、全新的体验和关注法律的全新方式，我感到了更强的使命感。我对自己的研究方向又重新进行了调整，首先，我还是继续关注整个司法体制改革的问题，因为司法体制改革是整个社会转型、社会变迁中的一个重大的课题。我也写了一些新的关于司法体制改革的文章，包括司法体制改革中的一些战略思考、法院的决策模式和决策过程，法院决策和律师策略的关系，以及法官的思维方式等等。

同时，我把与律师业有关的一些重大民事诉讼有规律的研究纳入自己的视野，对大量案例进行分析、归纳，把它们上升到办案规律的层面进行剖析，并出版了《反败为胜》、《如何打赢官司》等一系列与审判规律和办案技巧相关的书籍。

我特别关注国有企业改革中的重大实务和理论问题。在做法官期间我就直接或间接地参与过国有企业改革相关的工作，办理过一些改制过程中的纠纷案件，包括参与国有企业改革的调研。在从事律师期间，我对这个问题有了更加深入的研究，充分运用经济、法律、政治、文化等理论成果对国有企业改革的法律问题，如法律方法、法律服务的体系，国有企业改革的具体服务的方式，国有企业改革方案的制定、实施，律师的协调功能等进行了大量的研究，提出了很多有见地的观点，得到了相关领域的关注和肯定，并出版了国有企业改革相关的专著。在这个过程中，我也提出了一些在国有企业改革重大理论问题中的比较新颖的观点，比如国有企业的法律方法问题、国有企业改革的法律风险、国有企业和公司制度的衔接和完善等。

在过去我有很多困惑，对于一些法律制度的理解存在这样或那样的疑问，在做律师后我通过对一两个领域进行深入的研究，使自己得到很多启发，在这整个过程中也实现了对自身的超越。在实现了从法官职业向律师职业的转型之后，我获得了一个新的观察的视角去以新的方法进入到一种新的生活状态中来，使得我的法律人生活有了全新的意义。

目前，很多律师在从业若干年以后对法律的生活容易产生一种厌倦，对法律的热情会消退。在现实的困境面前，在律师的职业困难面前，他们可能会产生很多新的问题，这些问题可能在很大程度上会阻碍律师对法律的兴趣和关注法律的热情，甚至动摇他们对法律的信心。我则用一种书法家研习书法的方法来学习法律、追求法律。作为书法爱好者来说，他要成为一个书法家，必须把对书法的痴迷和追求完全融入到生活中去：每天有必备的书法课，每天要临习古人的一些书法作品，常年孜孜不倦、持之以恒地学习、探究、领悟古人的书法。就像书法家把书法作为生活的一部分那样，如果法律人能够按照这种方式生活，对法律有一种痴迷的状态，把法律作为他生活的一部分，他们就会为法律的推动和完善产生持久的作用，这对于国家的法治也是非常有益的。

说到底，持久地关注法律的变革是法律人的一种精神的追求，也是法律人的精神家园。在不断地寻求法律真谛的过程中，法律人形成了自己的生存状态。这种过程是无止境的，虽然其中有艰辛、有困惑、有迷茫，但是也有乐趣，也有收获，虽然我们对法律进程、法律的变革和发展所起的作用可能是微不足道的。但如果所有的法律人都能这样去追寻，那么，它的作用就可能不是我们所能预料的。

因此，我觉得既然一个人从事法律事业，并以之为安身立命的职业，他就应该抱有对法律的关注，甚至是痴迷。这本书里面实际上间接反映了我在这种心路历程中所留下的一些印迹。这些文章包含了不同的方式，比如演讲、对话以及一些发表的论文。

这可以说是对我近几年法律探索的一个小结，实际上也是对我从事法律职业 30 年的一个阶段性的小结。今后的路还会很长，作为一个职业法律人，我感觉到如果对法律的关注、学习和追求能够成为我们生活方式的一部分的话，应该是非常幸运的。

可以说，生活方式的变迁与演进，正是国家之发展、社会之进步、时代之变化的最好反映与写照。

有鉴于此，笔者诗曰：

从业卅载感赋

天道何玄妙，抛我入凡尘。
偶逢红羊劫，十载掷青春。
求知心益切，倍觉惜光阴。
春风细柳营，巍然学府门。
砥砺男儿志，蹉跎法律人。
敬掌均衡柄，锤落曲直分。
攸忽三十年，淫浸已日深。
若欲穷法理，尤当重人文。
理论与实践，形上本同根。
天行有常则，俗律正人伦。
办案涉利害，学术重精神。
辩护角心智，探法广胸襟。
既业律师事，又做读书人。
助我平生业，能省百年身。

作者

2006 年 9 月

目 录

第一编 法治时代：热点观察

市场经济改革与宪政

- 中国政法大学宪政的中国趋势系列论坛第一讲 (2)

法眼透视影视纷争

- 假作真时真亦假 (17)

难中求同——法律人的冲突与同行

- 在中国政法大学在职研究生培训班上的演讲 (55)

法官决策与律师策略

- 中国政法大学《中国名律师讲坛》讲稿 (67)

媒体与司法 (82)

律师服务市场拓展的战略与策略

- 在大成律师事务所 13 周年所庆论坛上的发言 (106)

距离就能产生“美”吗？

- 关于规范律师和法官关系的思考 (119)

败诉三人谈

- 关于《败诉论》一书的谈话 (129)

第二编 司法改革：未来之路

关于设置司法改革委员会的构想 (148)

司法体制改革的战略选择

- 访钱卫清律师 (168)