



第 1 辑

总主编 刘桂明

LU SHI SI KAO YU FA TING BIAN LUN JI QIAO

律师思考与 法庭辩论技巧

刘彤海 著

法庭辩论的角度选择

庭审活动中的民主话语

律师要处理好三个关系

从诸葛亮舌战群儒谈法庭辩论角度选择

代理民事案件宜讲究计谋

一笔已挂失的巨额存款是怎样被追回的

人民法院出版社

作者简介



刘彤海，1954年6月生，黑龙江省富锦县人，毕业于哈尔滨师范大学，高级律师。曾任黑龙江省建三江垦区司法局局长，河南省濮阳市司法局副局长。1982年从事律师工作，1986年通过全国首次律师资格考试并取得律师资格，曾任黑龙江省建三江律师事务所兼职律师，海南维特律师事务所业务主管。现为河南尊严律师事务所合伙人、主任；河南省律师协会金融证券专业委员会委员；全国律师协会经济专业委员会委员；《律师文摘》理事。执业期间曾代理民事、商事、刑事、行政等诉讼和非诉讼案件2000余件，长期为中原油田等国有特大型企业担任常年法律顾问，累计为企业单位和个人挽回经济损失数亿元。专业特长为债权、物权、金融、保险、证券、国际贸易等领域。

出版著作有《市场经济与企业负债经营》(合著)，《我的辩护(代理)理论与实践》。曾在《中国律师》、《中国诉讼法判解》、《河北法学》等刊物发表论文数十篇。因其业绩突出，2004、2005年被河南省濮阳市司法行政机关授予三等功两次。



律师思考与 法庭辩论技巧

责任编辑：胡玉莹

封面设计：冬冬

ISBN 7-80217-346-9



9 787802 173460 >

ISBN 7-80217-346-9 定价：26.00元

总主编/刘桂明

非常律师文丛

第1辑

律师思考与法庭 辩论技巧

刘彤海 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师思考与法庭辩论技巧/刘彤海著. —北京:人民法院出版社,
2006. 10

(非常律师文丛)

ISBN 7-80217-346-9

I. 律… II. 刘… III. ①律师-思维方法②律师-辩护-基
本知识 IV. D916.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第114139号

律师思考与法庭辩论技巧

刘彤海 著

责任编辑 胡玉莹

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)85250565(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 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240毫米 A5

字 数 344千字

印 张 13.375

版 次 2006年10月第1版 2006年10月第1次印刷

书 号 ISBN 7-80217-346-9

定 价 26.00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。

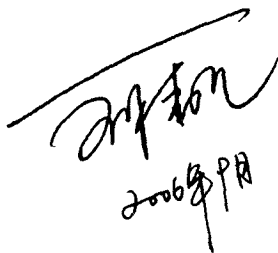
“个性”、“差异”成了政界、商界、学界、媒介最酷爱的词汇，而律师职业也成了全社会瞩目的热门职业。律师纷纷走上社会舞台，接受各界言说，接受闪光灯的聚焦，这本身就是“非常时代”的一个缩影。

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

序^①

海南省律师协会会长 王 晶

为书作序，并非本意，彤海嘱序，盛情难却，评鹭臧否，非吾所长，但在书稿面前欲罢难舍，信手涂鸦，兴趣盎然，竟赘话成篇……

彤海这本书很有特点。其一是将《孙子兵法》、《三十六计》和《三国演义》里面的智谋运用到办案之中，这在国内已出版的同行的书中尚不多见。律师代理案件除了必要的法律知识外，还要运用智慧和谋略去打贏每一场官司，这似乎是不言而喻的。但是怎样将古代兵法运用到代理实务中，却是值得研究和探索的课题。彤海在这方面有成功的案例。比如用“围魏救赵”的方式解了当事人的行将败诉之围；再如他的当事人的存单被人借去质押（质押未核亦未登记），债务人到期不能偿还，通过司法程序不能得到救济的情况下，他指点当事人申请挂失，采取“釜底抽薪”的方式使当事人达到了预期目的；再如他到某省办案，对方当事人有钱不给，采取拖的方法想把律师支走，他运用“缓兵之计”的方法，摸到了对方当事人的银行账户和存款，通过诉前财产保全措施，出其不意地查封其账上的40万元的存款，逼当事人不仅还本付息，而且还赔偿了往返索债的损失。这样的案例比比皆是，读来颇耐人寻味。彤海能够娴熟地将古代哲人的智慧运用到代理案件之中，有独特的办案视角，主要在于他读了很多的书。据我

① 本文载于《我的辩护（代理）理论和实践》。

所知，他熟读了《孙子兵法》、《三十六计》、《三国演义》，甚至还包括克劳塞维茨的《战争论》，没有丰厚的文化底蕴作积淀，是达不到运用自如的境界的。尽管有的个案值得商榷，但是他是属于第一个“敢吃螃蟹的人”，我为他这种有益的尝试而赞赏。记得海湾战争时期，美国国防部将《孙子兵法》发给士兵人手一册，给我们很多启迪。美国一改地面坦克、步兵殿后、天上飞机轰炸的传统战法，而采取孙子的“避实击虚”、“攻心为上”的方式赢得了战争。律师代理民事案件运用一些《孙子兵法》，我想是有借鉴和启迪作用的，应该广为提倡。

其二是，他的辩护词、代理词重点突出、逻辑性强，不空洞无物或拖泥带水，每一篇代理词、辩护词都贯穿“以事实为根据，以法律为准绳”的红线。不像有的律师那样，论多于实，下笔千言，离题万里，在法庭上屡屡遭到审判长的制止。我完全赞同著名法学家江平的说法，每一篇辩护词都是一篇论文，有理有据的论文。彤海的这些“论文”是他用心写出来的，绝无敷衍塞责之处，这体现了他良好的职业技能和素养。书中的几起无罪辩护案例都很成功。从我粗读的几篇辩护来看，他善于抓住主要矛盾，认准的事情，“咬住青山不放松”，舍弃面面俱到，枝蔓横生，能集中力量将重点突破，我想这是办案的门道。他写的辩护问题的研究是他办案经验的积累，体现了他办案思路的鲜明个性，具有给从事律师的同行提供借鉴的作用。

其三是，善于用理论指导办案实践，能够将理论和实践融为一体。例如他代理的62人状告建行存单纠纷一案，就是用《民法》中关于表见代理的理论（当时《合同法》尚未颁布）为指导取得胜诉的。这正是彤海能够勤于学习大陆法系的民法理论，不断充实和完善自己，而获取的成就。

我认为，一份代理词如只就事论事、就案谈案，上升不到理论的高度，那就显得单薄不够分量，因而也不能有效地驳倒对方，更不能影响法官的思路及至说服法官。这样，你的代理就很难说

是成功的。对于有些执业近二十年的老律师群体大体上可划分这样两大类型：一种类型是“学院派”的律师。他们精于理论，乏于实践，谈起理论头头是道，操办具体案件捉襟见肘，理论与实践严重脱节，不能将理论运用到实践中去；再一种类型是“实践派”的律师。他们完全凭经验，轻视或不注重理论学习，知识存在严重老化，应付一般的常规法律事务尚可，一旦遇到新型案件时，就觉得特别吃力甚至束手无策。所以我很欣赏能够将理论和实践结合得较好的律师，这样的律师才可堪称“实力派”，才能立于不败之地。彤海可称为这样的律师。人类已经进入21世纪，基因工程、纳米技术、电子商务、国际商贸一体化等等新的课题摆在了我们律师的面前。面对挑战，如果我们不能及时地给自己“充电”，用新理论武装自己，就可能被历史淘汰出局，这不是危言耸听……

总之，彤海的这本书引发了我的一些想法，下笔千言不能自己，是否能切中主题只有请读者去裁判了。是为序。

目 录

第一编 民商法理论与判解

民法典结构应是历史的、逻辑的和现实的统一

——兼与徐国栋等教授商榷 (2)

不良债权受让人不能起诉银行吗?

——与梁慧星教授商榷 (17)

关于诉讼时效名称问题之检讨 (35)

两百家连锁美容店肖像权争议之我见

——兼与中央电视台《今日说法》栏目商榷 (45)

转错账的款项就无法得到司法救济吗?

——对中央电视台《今日说法》一个案例的评析 (73)

关于合同、信用证与索赔权保留问题

——对中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁的一宗国际
货物买卖纠纷案例的评析 (82)

刑事代理的陷阱

——对魏晓丽律师被判人身损害赔偿一案的剖析 (111)

第二编 律师的素养和司法制度的反思

论律师的哲人气质

——用哲学方法指导办案实践 (138)

略论律师的修养问题 (151)

| | |
|------------------------------|-------|
| 律师的技巧 | (160) |
| 代理的艺术 | |
| ——学习法学方法论笔记 | (177) |
| 律师要处理好三个关系 | (208) |
| 关于《律师法》修改的逻辑语境与部分内容的语境 | (216) |
| 关于代理刑事辩护案件的困惑与思考 | (226) |
| 法官也要遵守法庭纪律 | (235) |
| 庭审活动中的民主话语 | (238) |
| 也谈法官、法袍及其他 | |
| ——与贺卫方教授商榷 | (241) |
| 关于判决书主文写法之我见 | (250) |
| 法院收费合理吗? | |
| ——兼论证据责任分配与诉讼资源的合理配置 | (257) |
| 关于《律师文摘》三种境界和几点建议 | (267) |

第三编 代理的技巧、方法与实践

| | |
|---------------------|-------|
| 庭审调查中的询问 | |
| ——法庭辩论研究之一 | (272) |
| 辩护意见的形成和发表 | |
| ——法庭辩论研究之二 | (279) |
| 从《诸葛亮舌战群儒》谈法庭辩论角度选择 | |
| ——法庭辩论研究之三 | (282) |
| 怯场问题研究 | |
| ——法庭辩论研究之四 | (285) |
| 刑事辩护案件应首先注意的几个问题 | |
| ——法庭辩论研究之五 | (291) |
| 律师辩论风格札记 | |
| ——法庭辩论研究之六 | (294) |

| | |
|---|-----------|
| 法庭辩论的角度选择 | |
| ——法庭辩论研究之七 | (297) |
| 谈谈刑事案件的阅卷技巧 | |
| ——法庭辩论研究之八 | (305) |
| 代理民事案件宜讲究计谋 | (308) |
| 诉讼时效不能提前抛弃 | |
| ——一起借款合同纠纷案例 | (310) |
| 存单纠纷中表见代理 | |
| ——韩长柱、吴相成等 62 人诉中国建设银行濮阳 分行市区支行存单纠纷案例 | (324) |
| 法院不能否定国企改制的法人人格 | |
| ——濮阳市中原城市信用社诉濮阳市万邦服务中心、 中原油田勘探局债务纠纷案案例 | (331) |
| 是信用证纠纷还是借款抵押担保纠纷 | |
| ——对海南××发展银行一个案例评析 | (344) |
| 一笔已挂失的巨额存款是怎样被追回的 | (358) |
| 在未办理土地使用证情况下房屋买卖合同是否有效 | (363) |
| 某县木制工艺品有限公司诉某市保险公司保险合同 纠纷索赔案代理始末 | (373) |
| 旅客遭劫能否向运输公司提起民事赔偿 | (379) |
| 旅客住宿车辆丢失旅店应否赔偿 | (386) |
| 一起贷款质押纠纷案代理始末 | (391) |
| 保险公司的个人代理人不构成贪污罪的主体 | (395) |
| | |
| 跋：刘彤海——精神王国里的游民 | 均 植 (403) |
| 后记 | (410) |

■ 第一编

民商法理论研究与判解

1

民法典结构应是历史的、逻辑的和现实的统一^①

——兼与徐国栋等教授商榷

关于中国民法典的结构，有两种不同的争议观点，一是主张罗马式，亦即法式。主要持论者为徐国栋先生，他在不同场合大声疾呼：要敢对德国民法典说不！要回归罗马法；二是主张潘德克顿式，亦即德式。此式以梁慧星先生为其翘楚。主张罗马法式是将亲属法、继承法放到物权债权之前，理由为彰显人的权利、人的尊严；主张德式的认为德式对我国民事立法有深厚的历史渊源和基础，并且有严谨的逻辑体系，应为我们继受的圭果。目前在法学界主张采德式已成共识。但是两种编纂体例争论各有师承，但都是以形式证形式（民法典的形式），^② 仿佛谁也说服不了谁。我经常思考这样一个问题：德国民法典为什么按总则、债权、物权、亲属、继承顺序排列，这种排列的背后的动因是什么，是偶然的巧合，还是历史的必然；是思维逻辑发展需要抑或是某些价值、功利在起作用？关于这些问题连德国立法理由书也无解释和

^① 本文发表于《中国律师》2004年第10期。

^② 将人法含亲属、继承放到前面的能找出一系列国家，如：法国、比利时、卢森堡、多米尼加、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙、秘鲁、智利、哥伦比亚、阿根廷、墨西哥、玻利维亚……特别是被人称道的荷兰和瑞士民法典，经常被作为这一派学者进攻的锐器。而主张德式的学者也能列举一系列的师承，如奥地利、希腊、土耳其、巴西、日本、韩国、蒙古、俄罗斯、东欧国家和我国台湾地区的民法典。（何山：《民法典制定之焦点》，引自孙宪忠主编：《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》，第111~112页）

说明。依学者通论，德国民法典的体例是从优士丁尼《学说汇纂》到萨维尼、海瑟、温德莎德等学说发展成熟的，是从自然法学到历史学及至概念法学发展的产物。仅此而已。那么，我们能否从历史的和逻辑的思维方式探究一下德国民法典排列组合的内在必然性，找出其表现形式的内在动因？

一、对梁慧星先生关于民法典构造模型的修正

(一) 梁慧星先生关于民法典的模型^①“民法所设想的社会关系如下

有甲、乙二人，各有自己的财产 A、B。甲、乙相互交涉，就交换各自的财产达成合意。另外有丙，对甲或乙（及其财产）实施了侵害行为，这样，三当事人之间就形成了债由民法予以规范的三种不同的关系。

第一，甲、乙之间的约束关系；

第二，甲、乙与各自的所有物之间的关系；

第三，甲、乙与加害者丙之间的关系。”

第一种关系，在民法上称为契约；第二种关系，是财产所有关系；第三种关系，是侵权行为关系。

“于是民法上作为法律关系模式的三种法律关系，所发生的权利被归纳为两类：

其一，涵盖了契约即第一种法律关系和侵权行为即第三种法律关系。

其二，物权，即所有权，属于第二种法律关系。

以此，梁先生建构了债权法和物权法的体系，

1. 债权法 债权发生的原因：契 约
无因管理
不当得利

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第7~10页。

侵权行为

2. 物权法：所有权（完全的物权）
 限制物权（不完全的物权）
 用益物权
 担保物权
 占有（事实支配状态）

3. 上述两合称财产法加上身份关系的规定（亲属法和继承法），就构成了整个民法的体系，即

财产法：物权法 债权法

身份法：亲属法 继承法

梁先生这个假设的民法构成模型是新颖的独到的，迄今为止尚未见到哪位大陆法学家如此建构。但这个模型有两点不足之处：

第一，该模型设计的第一种法律关系为契约关系是不准确的，需要作出修正。

梁先生在设计模型时开宗明义称：“有甲、乙二人，各有自己的财产 A、B。”据此，第一种法律关系应为甲或乙对物的关系，即对物的占有、支配、收益、处分之权。民法如果没有物的所有权支配权在先，就无从谈买卖交换、互易，也无从谈契约，即合同。因此，民法构造的第一种法律关系应为人与物的关系，不应为契约关系，所以梁先生将契约关系列为民法第一种关系是不合理的，应予修正。

第二，将身份法（亲属法、继承法）“加到”财产法之后，没有作出合理解释，显得生硬和无理性。实际德式民法典排列顺序是有内在逻辑可寻的，不是人为的主观组合。按照人类社会发展的历史和法的发展历史的逻辑进程，亲属法、继承法也应在物权和债权之后，他们的先后顺序是历史发展的必然，并不是机械的组合，关于此点下文将要具体论述。在此指出梁先生将身份法“加上”是不准确的，民法典各个组合及其构成应是一个有机的整体链条。

二、对梁慧星先生民法构造模型的修正理由

(一) 第一编总则编先设定人法（抽象的人法）

民法应先设定“人”这个民事主体。民法是规范人的法律，如果没有人和人类社会，也就无从谈起关于平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范。这里的人是抽象的人（不包括身份法内容），将人法放到第一位，无论法式或德式民法典都是一致的，只是编纂体例不同而已。法式无总则编，开编即是人法。德式有总则编，将人法放到总则里去（将亲属、继承从总则分离出去独立成篇）。因此将人这个民事主体（从人又演绎出法人等权利和行为能力规范）作为民法典的逻辑起点应无争议。因之，民法典的总则编的人法体系应为：

民事权利能力

自然人

民事行为能力

人法

宣告失踪

宣告死亡

法人通则

社团

财团

(二) 第二编应设定物权法

关于物权作为民法典第二编的合理性问题争议最大。梅仲协先生对德国民法典体例稍有不满意，称“人皆有母，丐亦有妻”，有“重物轻人”之嫌。^① 谢怀栻先生在阐述先师观点时也未置可否。我认为民法的所有内容都是规范人的法律，放到哪里都是重要的。你若离婚，婚姻法对你来讲是最重要的；你要继承遗产，继承法就是重要的，民法典的后面站立的是一个大写的人。民法典为什

^① 梅仲协先生在评价法国民法典和德国民法典优劣时，认为“罗马法较为合理，盖人皆有母，丐亦有妻，以亲属法列于民法之首部，匪特合乎自然原则，且可略避重物轻人之嫌也”，参见先生著：《民法要义》，第18页。