



中国律师的思维与技能

minds & skills

大律师之 九项修炼

高殿民 著



minds & skills

大律师之 九项修炼

高殿民 著

图书在版编目(CIP)数据

大律师之九项修炼 / 高殿民著. —北京: 法律出版社, 2007. 12

(律师职场)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7886 - 8

I. 大… II. 高… III. 律师—工作—经验—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 172488 号

© 法律出版社·中国

大律师之九项修炼

高殿民 / 著

编辑统筹 大众法律出版分社

策划编辑 韩满春

责任编辑 韩满春

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 7.375

经销 新华书店

字数 240 千

印刷 北京中科印刷有限公司

版本 2008 年 1 月第 1 版

责任印制 陶 松

印次 2008 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010/1636

苏州公司 / 0512 - 65193110

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

深圳公司 / 0755 - 83072995

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7886 - 8

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

不做律师的时候看律师觉得很潇洒,做了律师却没有多少机会体会潇洒。更多的是脑子转得快,笔头写得快,眼睛看得快,话说得快,腿跑得快。入行之后案件、顾问单位越做越多,朋友越来越广,收入越来越高。可静下来的时候思考,总觉得律师这行当缺了点什么,而且随着执业年头的增长,所见所闻的增多,这种缺憾感越来越浓。

缺什么呢?从中外律师业的发展看,我们的“律师们”还是缺了点社会地位和社会美誉,以致缺少发展的内在动力和外环境。

起源于罗马帝国时期的律师,其设立的初衷是为平民提供法律服务的辩护人,具有很高的社会地位和社会美誉度。在漫长的欧洲中世纪,律师失去了古老的为平民说话的功能,成为专制的附庸、逐利的工具,以致出现“杀光所有的律师”的呼喊。进入欧洲资产阶级大革命时代,在反抗专制和暴政的斗争中,律师崛起成为人权保护的斗士、民主革命的先锋,重新赢得了尊重。现代西方律师是在与专制的对抗中发展起来的,具有与生俱来

的保护平民、反抗专制的天性,具有古老而高贵的血统,受到社会的尊重和称颂,许多做过律师的人成了政要、商界精英、社会名流。

现代律师制度在中国原属“舶来品”,律师在传统中国社会被称为“讼师”、“师爷”、“刀笔吏”等,是不崇尚“道德文章”、专长于“操两可之说,设无穷之辞”的道义小人,缺乏文化传统上的价值正当性。1949年共和国建立后的很长一个时期,律师制度被说成“资产阶级的专利”,律师被视为“专为坏人说话”的政治上的“失节者”,在意识形态和制度实践上遭到排拒。恢复律师制度以来,律师曾一度受到社会的崇尚和尊敬,律师队伍也较快地发展和壮大。可是进入新千年以来,律师队伍的发展几乎到了停滞的地步。据2006年的统计,全国现有律师事务所11,691家,其中合伙所8024个,现有执业律师11.8万人,与1995年的8.3万人相比增加3.5万人,但据资料显示,这个数字在2001年就已经接近,中国律师总人数在第十个五年规划的五年期间几乎没有增加。而2000年全国国内生产总值89,404亿元,到2005年国内生产总值182,321亿元,五年增长了103.9%。

中国律师行业已经遭遇前所未有的发展困境,这是一个非常严峻的现实。律师在社会的公信力和美誉度的问题实实在在地摆在了律师界和每个律师的面前。

《中国律师》杂志前主编刘桂明在北京律师执业观座谈会上,剖析了律师的执业观存在的问题。

作为律师的个体来讲主观上面存在四个方面的问题:执业动机功利化;执业目的庸俗化;执业行为商业化;执业信仰模糊

化。在客观方面也有四个方面的问题：执业文化建设比较缺乏；执业管理还有很多缺位的情况；执业环境恶劣；执业规范缺乏权威。

客观方面的问题，会随着法治建设的发展改革而逐步完善和解决，律师当然也要为此奉献自己的力量，为建设环境和改善环境“鼓”与“呼”。但是，律师行业的崛起，执业环境的改善是社会系统工程，不是一朝一夕的事，不是一蹴而就的事，也不是律师自身就能够完全解决的事。作为律师个体，在“鼓”与“呼”的同时，必须适应环境，而不是让环境适应你。抱怨牢骚没用，消极坐等没用，逃避颓废没用。留给律师的只能是在主观方面查找原因，修炼和完善自我。当今做律师，创业和守业难则难矣，在权力和权利的夹缝中支撑苦则苦矣，没有社会地位和美誉羞则羞矣。可这正是律师崛起的时代，我们有幸赶上这个时代，就要背负时代的责任，为了自身的生存和尊严，为了律师事业的发展，从我做起，从现在做起。

修炼自我，为了生存；修炼自我，为了发展；修炼自我，为了时代；修炼自我，为了律师事业。也欢迎读者以电子邮件的方式来讨论商榷：gaodm55@yahoo.com.cn。

高殿民

2007年10月于北京石景山

目 录

序 言	1
第一章 学识修炼	1
第一节 用而知不足	1
第二节 律师应该是“博学之师”	5
第三节 律师都应做“专家”	16
第四节 方法很重要	20
第二章 言语修炼	25
第一节 律师怎样“说”和“写”	26
第二节 律师说什么和写什么	43
第三节 说和写要适应对象	51
第四节 律师语言要适应场境	54
第三章 形象修炼	58
第一节 律师仪表	58
第二节 律师礼仪	62
第三节 律师的气质	67
第四节 律师的心理素质	71

第四章 展业技能修炼	83
第一节 走进市场(解决生存问题)	83
第二节 自我定位(提升和发展)	87
第三节 制定和实施展业策略	92
第四节 展业与尊严	95
第五章 律师与当事人相处技能修炼	103
第一节 律师,别把自己当中心	103
第二节 律师也该转转型	106
第三节 诚实守信待客户	108
第四节 律师与当事人相处的“十二字真言”	112
第五节 律师与当事人相处的“五心”	119
第六章 律师与法官相处技能修炼	121
第一节 律师与法官的关系现状堪忧	121
第二节 同是法律人	125
第三节 大写的“律师”	135
第四节 法官欣赏的律师	138
第七章 律师策划技能修炼	143
第一节 良好的法律策划是成功的一半	144
第二节 律师策划要修炼思维	145
第三节 法律策划的技能	151
第八章 法庭制胜技能修炼	158
第一节 保持自信	158
第二节 准备、准备、再准备	160
第三节 举证、质证	167

第四节	庭审询问	178
第五节	法庭辩论	197
第九章	律师执业避险技能修炼	210
第一节	律师执业面临的风险种类及来源	210
第二节	律师产生执业风险的根源	213
第三节	律师执业避险技能	215

第一章

学识修炼

虽然当今没有多少律师能够称得上学者型的律师,学者型的律师已经成为众多律师追求的目标。不管现实如何,目标又如何,学识的修炼是律师的必考课。张思之说:“作为当代的优秀律师……应具有哲人的智慧、诗人的激情、法学家的素养、政治家的立场。四者统一于科学的使命和职业良心与社会正义之中”,“这不是苛求。诚然,达到那样一个四合一的境地相当不易;然而既然是使命所在、社会需要和职业良心的要求,我们就应当登上这个高度。”可以说这个高度是律师追求的目标。

对于律师应该是什么“家”这个问题,许多律师进行过探讨,归纳起来大体有政治家、法学家、哲学家、专门家、外交家、社会学家、语言学家、心理学家、管理学家、经济学家等十余个“家”。尽管说法不同,但内涵都是说律师的学识要广、博、精、通。可以说学识的修炼是律师的终生课堂。

第一节 用而知不足

中国的法学教育注重的是理论层面的教育,而律师则是法

律实践的职业,许多执业中经常遇到的知识和技能,在法学院并没有学到,或者只学到了皮毛,与实践运用还相差很远。以致一些法学院的高材生、司法考试高分通过者,一旦进入律师行业却有一种迷失感。比如,熟知各种有名合同,却对实践中大量的无名合同、名实不符合同如何归类,如何审查制作,如何进行法律适用一筹莫展;对法律、法规的规定很清楚,但对大量的司法解释以及构不成司法解释但却实实在在得到执行的纪要、规定知之不多,对规章以及浩繁的规范性文件、行业规范、惯例知之甚少,而实践中恰恰又是这些在起着重要作用;再如,对如何进行尽职调查,如何接待咨询而留住案件,如何代理谈判,如何出具法律意见书、律师声明,如何进行律师见证,如何撰写律师策划方案、律师工作备忘、律师工作报告等,缺乏操作经验,不知道从何处入手。特别是涉及其他专业性很强的法律事务,即使有再深的法学理论功底,如果不进行再学习、再研究,也是无法处理好的。

其实,不只是新入行的律师会有迷失感,即便从业多年的律师,在执业中涉及一个新领域的时候,换到一个新地域的时候,也常常会有困惑。只不过老律师会很快调动自己各方面的资源和经验,找到解惑的方法和途径;而新律师则要摸爬滚打甚至碰几次壁才能逐渐拨云见日。

我在执业两年多的时候,有朋友找来,要求我为其亲属代理一个医疗纠纷案件。简要案情是:某女因怀孕足月,在当地妇产医院住院待产,生产时难产,医院进行会阴侧切助产术,生产时会阴撕裂。产后会阴缝合,医嘱给予静点抗生素、会阴切口外敷

自制“白氟明”(白糖、氟派酸等的混合物)治疗。次日发烧,对症治疗,发烧持续。至第三日晚高烧摄氏42度,当班医生护士脱岗,未能处理。一小时后产妇昏迷、意识丧失。后转院确诊为脑脊髓神经根神经炎,经治疗虽保住生命,但成植物人状态。我到产妇父母家中查看,该女骨瘦如柴,大小便失禁,丧失语言、进食功能,其状非常凄惨,若不是其父母悉心照料早已命归黄泉。为治疗产妇,抚养新生儿,家属四处举债,生活十分贫困。家属多次找医院,医院置之不理。

当事人的情况,深深地引起了我的同情并引发了我要为当事人讨回公道、伸张正义的念头。我当时就决定为其提供法律援助。大话说出去了,可真正拿到相关材料接触具体案情时,却发现此案并不简单。那时候当地法院还很少受理医疗纠纷案件,适用的法律只有原来的《医疗纠纷处理办法》、《民法通则》,也没有什么举证责任倒置的规定,特别是对于当事人因局部感染导致植物人状态缺乏从医疗技术方面的论证资料,对很多治疗过程中的规程甚至术语根本不懂,一时间确实感到很茫然。于是我开始进行相关医疗专业知识的探究,我查阅了四种不同版本的妇产科和神经内科的教科书,查找了近两年多的相关医学杂志,请教了三位内科专家、一位妇产科专家,借来了卫生局向专家咨询的录音带,一句一句听写,整理出了三十余页的录音笔录材料,终于搞清了案件中的几个关键问题。这个案子,从两次申请医疗事故鉴定,两审是否受理的程序审,再到一、二审实体审诉讼,全程免费代理,提供法律援助。历时两年,终获胜诉。

在目前,通过司法考试,取得从事司法职业资格的人,其学

历教育有三种情况：高等院校法律本科及以上；高等院校非法律本科及以上具有法律专业知识；放宽学历——高等院校法律专科。

一般而言，第一种情况的人接受了系统的法学教育，具备了一定的法学理论基础和法律运用技能。第二种情况的人系统地接受了非法律专业知识的教育，但其法律知识的接受来源就多种多样了，有的参加电大、业大等教育，有的只参加过短期培训，有的完全靠自学。所谓“具有法律专业知识”也没有一个明确的评价标准，其掌握法律知识的层次五花八门。第三种情况是国家为了照顾一些特殊地区如贫困地区而采取的短期特殊政策，这种情况的人虽然也接受了较系统的法学教育，但其深度和广度都是不够的。即便受到了系统的法律专业知识教育，能否学以致用，还要靠在执业实践中检验。

有个小故事似乎说明了这个问题。

有一个博士分到一家研究所，成为所里学历最高的人。有一天，他到单位后面的小池塘去钓鱼，正好正副所长在他的一左一右，也在钓鱼。他只是微微点了点头，心想：和这两个本科生，有啥好聊的呢？不一会儿，正所长放下钓竿，伸伸懒腰，“蹭、蹭、蹭”从水面上如飞地走到对面上厕所。博士眼睛睁得都快掉下来了。水上飘？不会吧？这可是一个池塘啊！正所长上完厕所回来的时候，同样也是“蹭、蹭、蹭”地从水上飘回来了。怎么回事？博士生又不好去问，自己是博士生哪！过一阵，副所长也站起来，走几步，“蹭、蹭、蹭”地飘过水面上厕所。这下子博士更是差点昏倒：“不会吧，到了一个江湖高手集中的地方？”博士生也

内急了。这个池塘两边有围墙,要到对面厕所非得绕十分钟的路,而回单位上又太远,怎么办?博士生也不愿意去问两位所长,憋了半天后,也起身往水里跨:“我就不信本科生能过的水面,我博士生不能过。”只听“咚”的一声,博士生栽到了水里。两位所长将他拉了出来,问他为什么要下水,他问:“为什么你们可以走过去呢?”两所长相视一笑:“这池塘里有两排木桩子,由于这两天下雨涨水正好在水面下。我们都知道这木桩的位置,所以可以踩着桩子过去。你怎么不问一声呢?”

这则小故事说明,学历只代表过去,学习力才代表将来。在学校学到了再高深的知识,也缺少社会大课堂这一课。学校小课堂是点和面组成的平面,而社会大课堂则是三维交叉组成的立体。“书到用时方恨少”,“理论和实践相结合”,这些是古老的话题,但却是永恒的话题。

第二节 律师应该是“博学之师”

都说律师是法律之师,在我看来,律师只做法律之师是不够的,律师应该是“博学之师”。如果有可能,再学一两门其他专业,对律师最终走向专业化会有所裨益。这也正是近年来一些非法学专业毕业的人员,经过司法考试后,在其原来所从事的专业领域内迅速成为专业律师的原因所在。律师实务中遇到的案情会千差万别,究竟涉及哪方面的知识也难以预料,比如医疗纠纷案件、产品质量纠纷案件等,具有很强的专业性,如果只掌握法律而对相关专业知识一片空白,就无法办好这些案件。因此,

必须扎扎实实地向书本学习、向专家求教,一点一滴进行知识积累,以求广求博。许多初做律师的人苦于没有案源,常叹“巧妇难为无米之炊”。终有一天“米”有了的时候,却发现做不了,那是不能称为“巧妇”的。前面说到的律师应该具有的“十家”素质,当然是理想化的。不是说让律师去当这十个“家”,那样恐怕累死也成不了“十家”,而只能成为“杂十家”。大家这样提的意思之一是说律师的知识面应该广博,律师的知识没有满足的那一天。

为什么这样说?中国政法大学张树义教授在《中国社会结构变迁的法学透视》的自序中说:“我从来不认为社会生活是切块存在的,而是各种社会因素共存于社会之中,它们彼此互相交织,其间有着错综复杂的关系;共存与冲突、融合与碰撞、矛盾与依存,由此而形成的有关社会生活的知识也无限多样。正是在这个意义上,哈耶克说:人的知识是有限的。”社会是各种社会因素错综复杂、互相交织、永恒发展的对立统一体。有人说律师和医师很相似,医师治人身病,律师治社会病。既然是治社会病,那就必然要涉及社会的方方面面。除了教学和考试,实务中没有纯粹的法律问题。

担任法律顾问,从事民事诉讼代理、刑事辩护、刑事代理、非诉讼代理以及解答法律咨询和代书等,每一项业务都要求律师具有一定的文化知识和业务技能。业务技能优劣和文化知识多少一定程度上决定着律师各项业务的质量。律师的知识结构具有多层性:一是理论知识的多层性,包括法学和与之相关的社会科学、自然科学理论,如法理学、哲学、心理学、生理学、经济学、

文学、物理学、化学、信息学等；二是实际应用知识的多层性，包括经验、体会、创造、发展等。律师应将理论知识与实践经验有机地结合起来，丰富和发展自己的知识结构。

一、构建系统的法律知识结构

律师要办理各类案件、处理各种各样的涉法问题，就必须要在基本的法律专业知识基础上，扩大并深化与其业务相适应的法学知识结构。首先，要打好扎实的法学基础理论功底。其次要有侧重地掌握相关部门法的纵向体系，按照法律、行政法规、部门规章、地方法规、地方政府规章、法律性规范性文件的脉络，构筑完整的知识体系。最后，构建横向的法律知识体系，要把握与此相关的党在各个时期的方针、政策，把握立法、司法解释、地方法院的规定等。随着市场经济进一步发展，社会分工日趋复杂，律师工作逐步走向专业化分工，律师在具备基本法律专业知识的基础上，根据各自所从事的业务特点，需要重点精通有关法律知识。

二、了解有关学科知识

律师工作是社会性工作，涉及政治、经济、社会生活各个方面。当前，现代科学文化发展进入一个突飞猛进的时期，人类知识在短时期内急剧增长，近几十年获得的成果，远远超过了几千年人类历史积累成果的总和。现代科学技术对法律的影响广泛而深远，随着科学技术的发展，导致了交通法、专利法、环境保护法、太空法、核能法等新颖法律部门的出现。现代高、精、尖科学

技术知识在创造巨额财富的同时,也与法律规范发生密切的联系。律师要更好地适应现代社会发展的需要,履行自己的职责,除了具有基本的法学知识结构外,还应当了解其他学科知识。根据自己的工作特点,调整知识结构,使自己知识结构多元化,对自己专业邻近学科有所涉及和了解,掌握国内外科学技术、经济贸易、社会发展的新动态,从而提高解决实际问题的本领。

当前,律师除应掌握基本法律知识外,须在以下两方面拓宽知识:一是拓宽经济、科技管理知识,适应市场经济的需要。无论刑事辩护,民事、经济、行政诉讼代理或非诉讼法律事务代理,大多数情况下,都涉及有关经济知识问题,特别是在加入 WTO 和市场经济进一步发展的形势下,各种经济活动日益活跃、频繁,各类经济合同纠纷和非诉讼活动事务大量增多,这些无不直接涉及经济管理知识。涉外经济法律事务更是如此。许多案件涉及科技知识,如技术、设备、项目的引进与出口,专利技术的侵权或转让纠纷等,都要求律师掌握有关经济、科技方面的知识。二是拓展外语知识,适应对外开放的需要。随着对外开放进一步发展,涉外法律事务日益增多,司法部要求律师应该成为“三懂”的律师,即懂法律、懂经济、懂外语,这是很有针对性,很有见地的。这样的律师,其知识结构才比较理想,能够履行涉外法律事务代理的职责,较好地完成律师的各项工作任务。

诚然,人的精力虽然有巨大的潜力,但毕竟不是无限的,不可能穷尽一切知识使其尽在掌握。当今信息社会,知识的发展一日千里,也需要时时更新。人们学习和掌握知识除了遵循行业、门类外,一般是后顾前瞻。所谓后顾就是按照以往的、他人