



王伯庭 杨志宏 王耀平 / 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师的艺术:辩护与代理之韬略 / 王伯庭, 杨志宏,
王耀平著. — 长春: 吉林人民出版社, 2017.7

ISBN 978-7-206-14073-0

I. ①律… II. ①王… ②杨… ③王… III. ①律师 -
工作 IV. ①D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 174580 号

律师的艺术——辩护与代理之韬略

著 者:王伯庭 杨志宏 王耀平

责任编辑:陆 雨

封面设计:孙浩瀚

吉林人民出版社出版 发行 长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022

咨询电话:0431-85378033

制 版:吉林人民出版社图文设计印务中心

印 刷:长春市中海彩印厂

开 本:700mm×1000mm

1 / 16

印 张:37.25

字数:490 千字

标准书号:ISBN 978-7-206-14073-0

版 次:2017 年 7 月第 1 版

印 次:2017 年 7 月第 1 次印刷

定 价:85.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

序 言

时光荏苒，笔者从事律师行业已三十多个春秋。入行时的懵懂与瓶颈时期的困惑都已是昨日的风景，如今笔者已近耳顺之年，回首从业以来的所见所闻，深感律师作为以法律为工具疏浚正义之河流的劳动者，必须把法律实践放在律师工作的首位。

律师工作的实践性来源于法律的实践性。诚然，想要给法律下一个定义是极其困难的，即便法律与人类社会伴随始终，但是从古希腊先贤以来，无数志士仁人在法律的概念面前都无功而返。虽然法律的概念超出了人类认知的范畴，然而法律实践性的存在却是能让每个人感知的。因为一个法律体系必然有其深深根植的历史背景、人文环境甚至自然环境，其背负的不仅仅是立法者的考量，更多的是对立法者所处的社会实践和社会条件的考量，法非立法者所立，而是立法者所在的社会所立，正如孟德斯鸠所说：“法是由事物的性质产生的必然关系。”某种意义上，世界上不存在所谓的理论法学，因为法律是一门实践科学，沈四宝先生曾言“法律的灵魂在于实践”，脱离实践的法律不可能得到遵守，脱离法律实践的法学理论就如同自说自话，没有其存在的意义。而律师作为以法律实践为业的工作者，更应当重视法律实践。

也应当注意，律师的法律实践并非完全符合所谓的形式逻辑的，即律师的法律实践并非是机械的、死板的和教条主义的。笔者以为，律师的业务活动是一种感性的实践活动，这也正是本书命名为《律



师的艺术》的缘故。实践是经验性的，其艺术即是从经验中理性地归纳总结出来的。美国大法官小霍姆斯曾言“法律的生命在于经验，而不在于逻辑”，一语点破了律师行业的玄机。不少成绩十分优秀的法科学生，在通过了司法考试后，进入律师界却不能应付自如，其原因就是缺少经验。而经验有两种，一种是直接经验，另一种是间接经验。在直接经验这一方面，刚刚进入法律实践领域的律师新手似乎永远也无法超过他们的前辈，但若新手善于吸收前辈的经验（间接经验）和教训，他（她）可能会很快超越他们的前辈。而本书，则是本人通过长期法学研究的律师实践活动而得出的粗浅经验，现呈送给读者，敬请诸位同仁赐教。

王伯庭

2017年6月29日于江苏省徐州市盛佳大厦11楼

目 录

上篇 总 论

第一题 律师的艺术	3
一、引言	3
二、律师的艺术之一：正确的执业理念	5
三、律师的艺术之二：律师所从事的是一种崇高的事业， 而不是商业经营活动	13
四、律师的艺术之三：律师职业是一个专业性很强的 法律职业	16
五、律师的艺术之四：杰出的能力素质	19
六、律师的艺术之五：诚信、勇气、勤奋、智慧	26
七、律师的艺术之六：掌握与当事人沟通交流的技巧	32
八、律师的艺术之七：良好的道德素质	33
九、律师的艺术之八：科学的营销策略	36

中篇 辩护的艺术

第二题 辩护律师出庭前的准备规范	43
一、对案件事实的研究	43
二、对起诉书的探讨	46



三、提交通知证人到庭申请书	47
四、编排证据目录 并提交法庭	47
五、拟好询问和发问提纲	48
六、拟写辩护提纲	50
七、准备好辩护词	51
第三题 一审刑事公诉案件的法庭辩论策略	56
一、一审刑事公诉案件法庭辩论的特点	56
二、一审刑事公诉案件的辩论概要	57
第四题 一审刑事自诉案件的法庭辩论策略	65
一、一审刑事自诉案件的特点	65
二、一审刑事自诉案件的律师代理	66
三、一审刑事自诉案件的律师辩护	68
第五题 一审刑事附带民事案件的法庭辩论策略	71
一、刑事附带民事案件的特点	71
二、刑事附带民事诉讼案件法庭辩论的特点	71
三、刑事附带民事诉讼代理律师应注意的问题	72
第六题 二审刑事案件的辩护策略	74
一、二审刑事案件的特点	74
二、二审刑事案件辩护的要旨	76
三、二审辩护律师的实务概要	78
第七题 利用矛盾律是辩护律师区分此罪与彼罪界限的	
最佳方法	91
一、导语	91
二、此罪与彼罪的区分技巧	93
三、此罪与彼罪成功辩护案件举例	99

第八题 紧扣犯罪构成要件，是辩护律师区分罪与非罪的有效途径	138
一、导语	138
二、区分罪与非罪的基本方法	140
三、罪与非罪优秀成功辩护实例	161
第九题 关于受贿罪的犯罪构成及疑难问题辩护方略	216
一、受贿罪的犯罪构成	216
二、受贿案件中疑难法律问题辩护方略	227
第十题 共同正犯中对未遂犯和既遂犯应分别处罚	295
第十一题 关于挪用公款罪的犯罪构成及辩护中的疑难问题精释	299
一、概念及其构成	299
二、挪用公款案件辩护中的疑难问题精释精解	304
三、挪用公款罪的处罚	326
第十二题 关于对鉴定意见的辩护方略	329
一、从“鉴定结论”到“鉴定意见”	329
二、明确“鉴定意见”的常见种类	337
三、鉴定意见的性质分析	339
四、明确对鉴定意见质证的基本规范依据	340
五、对鉴定意见的审查判断	342
六、典型辩护案例	348



下 篇 代理的艺术

第十三题 律师接待当事人规则	371
一、首先要怀着热情的心态	371
二、要善于理解	373
三、要谨慎分析	374
四、要学会营销	375
五、客观忠告	376
六、要确定合理的收费	377
第十四题 民商事案件的代理准备规则研究	380
一、引言	380
二、收案准备	380
三、委托程序的准备	386
四、证据的准备	387
五、法律规范的准备	393
六、诉讼文书的准备	395
七、开庭前的准备	399
第十五题 律师代理民商事案件的证据准备规则	405
一、引言	405
二、证据的收集	405
三、证据的初步审查	407
四、证据的整理	409
五、准备证据阶段应当注意的问题	410
第十六题 代理民商事案件中诉讼文书的准备	414
一、状子的准备	414

二、可能涉及的各类申请书的准备	416
三、证据目录的准备	416
四、法律文件的准备	417
五、代理词的准备	417
第十七题 民商事上诉案件的代理规则研究	420
一、引言	420
二、可以上诉的法定事由	421
三、对一审判决书（或裁定书）的审查	423
四、撰写好有效的上诉状	432
五、上诉案件中的法庭辩论	435
六、上诉审法庭中的答辩和反驳	439
第十八题 成功代理民商事案件精选	441
例一：从欲赔 18 万元到索回 5 万元	441
例二：准确客观地举证原告船队延期获赔	447
例三：不真正连带之债的免除	452
例四：超过约定的保证期间，保证人不应承担责任	455
例五：该租赁合同所附的买卖条件是否成就？	484
例六：善意取得工程机械的行为有效	495
例七：合同虽未订立，承诺方仍应承担缔约过失责任	506
例八：胁迫导致显失公平的股权转让协议应当予以撤销	515
例九：司法实践中“黑白建设工程施工合同”规则的理解与 适用	519
例十：附条件的合同，自条件成就时生效	525
例十一：超越授权范围的事项，被代理人不承担责任	533
例十二：当事人的具体民事行为对合同变更有效	542
例十三：被保险人未在保险单上签字的保险合同是否	



有效	546
例十四：徐州市××交通设施制造有限公司与徐州市 ××房地产开发有限公司、第三人尤××房屋 买卖合同纠纷案	550
第十九题 民商事案件庭前准备工作的操作艺术	561

上篇 总论

第一题 律师的艺术

——如何培养优秀职业律师的素养

一、导言

“尽管在法律面前所有的律师都是平等的，但是他们在法庭辩护中总不断地显示着各自才能的高低优劣”^①，在某种程度上是在所难免的。虽然律师受到尚不够健全的民主与法制的制约，但我们仍然从事着自己的职业。改革的逐步深入，市场经济体制的全面实行，WTO 的加入，如果我们还用二十多年来没有多大改革的方式和方法，为当事人仗义执言，则是远远不够的。注重律师的艺术是当务之急。

所谓律师的艺术，就是一种说服的艺术。古今中外，没有什么会比说服人更难的事了。可想而知，律师这个职业所面临的挑战是很大的。尚且，律师的艺术，又是一门综合性的艺术，是律师业务水平、思想水平和工作才华技艺的集中展示。律师的艺术就是为了促成己方欲获得的判决、仲裁书而以文字或口头的形式向法庭、仲裁庭阐述案子的方法。所以，作者倾向于简单地把它叫作“说服的艺术”。这是雄辩术的最早的经典定义。有人认为这个定义既过于广泛，又过于狭窄，也有人批评说，该定义意味着律师的目标就是不惜一切代价地进行说服，而这种含义一定会招致道德上的非议；或

^①（英）理查德·杜·坎恩著，陈家生、陈先订编译《律师的辩护艺术》一书的前言部分，群众出版社 1991 年版。



许这样的批评也有一定的道理。不过，即使基于道德方面的理由而有各种保留，就我现在要谈的题目来说，我们可以接受一位古希腊人的论断：“法庭演说的首要的和根本的职责就是说服法官并将法官的头脑引到发言者所欲达到的结论上来。”

自诩“从事律师职业，就意味着必然能得到公众的尊敬和羡慕，意味着必将在社会上获得较高的声誉和优越的地位”，这是十分愚蠢的自欺欺人之谈。十九世纪，英国大律师、大法官西蒙爵士^①，认为，持这种看法是“一种严重的偏见”。

掌声、鲜花和桂冠固然是每一个辩护（代理）律师所希冀和期望的反应和效果。在舌战剧烈的法庭论坛，论辩者以“锵锵据金玉、句句欲飞鸣”的恢宏口才，雄辩滔滔，势不可当，裹挟着论辩风云，直捣论敌要害，直辩得对方顾此失彼，招架不住，博得满堂喝彩。有人说这种攻则克、守必固的雄辩，这种令人陶醉的桂冠般的喝彩，便是法庭论辩所需要的终极目的，便是评判法庭论辩艺术的成败的标志。而完美的论辩技术与强烈的艺术反响，显然是法庭论辩所必需的手段和效果。毫无疑问，对法庭论辩艺术的评判，也是一个重要的评判系数。法庭论辩是一种理论对抗，也许道路只有一条，但是说理却可以从不同的角度，以不同的论证方式，采取不同的论据材料，甚至可以注入不同的感情色彩，运用风格、特色各异的言辞表述，从而产生不同反应。但是，法庭论辩艺术如果只限于论辩技术的完善和论辩效果的强烈，那么，法庭论辩势必流于一场谈纵论横的雄辩竞赛。黑格尔在他的学术著作《美学》一书中写道：“一般来说，演讲里的最高终极旨趣并不在于艺术的描述和完美的刻画，他还有一个越出艺术范围的目的，他的演讲形式结构毋宁说只

^① 西蒙爵士（1873-1954），原为律师，后以自由党党员身份进入下议院。曾先后担任英国政府检察总长、内政大臣、外交大臣、财政大臣和上议院议长等职。

是一种有效的手段，利用来实现一种非艺术性的目的或旨趣……用来使听众达到某一种信念，做出某一种决定，或采取某一种行动^①”。按照黑格尔的论述，论辩的技艺和效应还只是一种法庭辩论的艺术，巧于辞令，其论证如何缜密，情感如何动人，语言又如何优美，听众反应又如何强烈，但是，如果未能达到终极法庭论辩特殊的目的——依法维护当事人的利益，那么，一切努力都是枉费心机。

完整的技艺与实现“终极目的”的结合，是评判法庭辩论艺术的标准。论辩技艺显然是重要的。从我国法庭辩论艺术的实践来看，这又是我们执业律师需强化的理念。在法庭辩论中，或许论辩者拥有公正和真理，然而却招致旁听者喝“倒彩”。这或许是你辩技太“臭”，或者是与听众的意见相左，对此，你所做的仍只能是调动一切艺术手段，宣传真理，并将真理与公正扮成听众所悦目的“新娘”，使之拥有听众。从某种意义上讲，论辩技艺与效应之所以成为评论法庭辩论艺术的标志之一，就在于通过它，能够更好地揭示真理，弘扬公正，并掌握我们所面对的听众。

律师的艺术，不是一种空洞的词语界定，它是由诸多构成律师执业的综合素质、理念、道德、情操等诸多因素所构成的规范统一体。

二、律师的艺术之一：正确的执业理念

通说认为：律师的职能就是帮助法庭、仲裁庭得出正确的判决。在所有的诉讼中，诉讼双方对有关的问题总持有不同的态度，这种态度的不同引出了法庭上的争论。如果没有辩护（代理）律师的协

^① 黑格尔著，朱光潜译《美学》，第三卷下册，第42-47页，人民文学出版社。



助，法官将难以从虚假中甄别出事实从而获得满意的判决。律师协助辩护的好处就在于，使争讼的双方尽可能的以最佳的或最有影响力的方式在公正的法庭面前来陈述他们各自的理由。律师的职能与法官不同。他们的职责就是以富有吸引力的、独立的和强有力的方式来阐明其当事人的理由。对上述关于律师执业理念的界定，本人认为是十分不全面的，而仅仅是对律师执业理念一种现象上的表述，而忽略了律师在任何一个国家中的政治属性和对于一个民主与法治国家的地位和作用。律师的辩护（代理）对国家和他的当事人负有双重责任。

新中国成立后，我国开始着手组建新型的律师组织。律师队伍有了初步的发展，但扩大化的反右斗争使新中国的律师制度遭到了重大的打击。1979年，邓小平高瞻远瞩地认识到律师对于民主与法律建设不可低估的作用，他再三强调：律师队伍要扩大，不搞这个法制不行。全国各地才陆续开始重建律师队伍。1996年全国人大常委会通过了《中华人民共和国律师法》，按照它的规定，律师由国家工作人员的身份转变成“为社会提供法律服务的社会法律工作者”，律师事务所也由全额拨款的事业单位变成自收自支的单位，称之为新社会组织。随着2008年中央领导同志在第七次全国律师代表大会上的讲话，将我国律师重新定位为中国特色社会主义法律工作者，为我国律师事业打开了一个新的篇章。

中国特色社会主义法律工作者的内涵：一是，中国特色社会主义，就是在中国共产党领导下，立足基本国情，以经济建设为中心，坚持四项基本原则，坚持改革开放，解放和发展社会生产力，巩固和完善社会主义制度，建设社会主义市场经济、社会主义民主政治、社会主义先进文化、社会主义和谐社会，建设富强民主文明和谐的社会主义现代化国家。二是，法律工作者则可以统称为法律家或法

律职业人士，指专门从事司法及其他法律活动、具有特定专业资格的职业法律工作者。一般法律工作者特指从事法律实务工作的法律家，包括法官、检察官、律师和法律代办等。广义的法律职业还包括法律职业（仲裁人、调解人、公证人、法律技术员等）以及立法者、法学者。

目前，党的十八届四中全会强调，全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。明确提出要加强法律服务体系建设，发展律师等法律服务业。四中全会通过的决定为全国2万余家律师事务所的科学发展和26万余名律师的依法执业指明了前进方向。

我了解了一些西方国家执政党的宗旨和国民对执政党的支持、反对比例，结果证明世界上没有任何一个国家的执政党是完美无缺和没有反对派的，只是拥护者多少而已。我学过共产党党章，你必须承认它是一部以为为人民服务为宗旨的党章，从情、从理、从法你都没有理由去反对它。维护我们祖国和执政党的形象是中国执业律师的首要责任。

在我们这样有着占世界人口四分之一的大国，试想如果没有一个强有力的执政党去管理、去维护它，就会出现像世界有些国家那样的人间悲剧，受苦受难的最终就是我们广大的平民百姓。所以我们每位具有中国国籍的律师，不论你是否是共产党员，都应当本着拥护执政党和爱我们自己祖国的基本准则去维护中华民族在世界上的尊严。如果我们对执政党和政府有意见，都应当按宪法和法律授予公民的各项权利并通过合法方式表达和提出，决不能被任何组织和个人利用而去做有损于我们自己祖国的事。特别是律师在为那些暴恐、邪教组织犯罪被告人的辩护过程中，必须坚持决不把有罪的人按无罪辩护，同时也决不让无罪的人受到法律追究的职业道德底