

我的辩护(代理)理论和实践

■ 刘彤海 著

南海出版公司

我的辩护(代理)理论和实践

刘彤海 著



A1025761

南海出版公司

图书在版编目(CIP)数据

我的辩护(代理)理论和实践/刘彤海著. —海口:
南海出版公司, 2001. 12

ISBN 7-5442-2068-0

I. 我… II. 刘… III. ①律师—辩护—案例—中
国②律师—代理(法律)—经验—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 096700 号

WO DE BIANHU DAILI LILUN HE SHIJIAN 我的辩护(代理)理论和实践

作 者 刘彤海
责任编辑 王晓虹
封面设计 绿袖子工作室
责任校对 陈彩燕
出版发行 南海出版公司 电话 (0898)65350227
社 址 海口市机场路友利园大厦 B 座 3 楼 邮编 570203
经 销 新华书店
印 刷 海口永发印刷厂
开 本 850 × 1168 毫米 1/32
印 张 9.125
字 数 300 千
版 次 2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷
印 数 1~3000 册
书 号 ISBN 7-5442-2068-0/D·51
定 价 19.00 元

南海版图书 版权所有 盗版必究

序

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、步兵垫后、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，有根有据的论文。彤海的这些“论文”是他用心写出来，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词来看，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。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。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，没有成为光顾赚钱的“办案机器”，对于这位执业近二十年的老律师来说是难能可贵的。据我从业多年的观察与感受，我们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，操办具体案件捉襟露肘，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于束手无策，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。现在人类已经进入 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。

王 晶

辛巳年二月于海口寓所

注：王晶为海南省律师协会常务副会长

目 录

序.....	(1)
--------	-----

第一辑 律师理论研讨

关于《律师法》的逻辑结构与部分内容的修改语境.....	(3)
关于代理刑事辩护案件的困惑与思考	
——兼谈《刑事诉讼法》和《律师法》的修改	(14)
律师的价值取向为什么在法律顾问上	
——法律顾问思考之一	(23)
采取灵活多样的法律服务方式	
——法律顾问思考之二	(26)
庭审调查中的询问	
——法庭辩论研究之一	(30)
辩护意见的形成和发表	
——法庭辩论研究之二	(32)
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	(35)
怯场问题研究	
——法庭辩论研究之四	(38)
刑事辩护案件应首先注意的几个问题	
——法庭辩论研究之五	(45)

律师辩论风格札记

- 法庭辩论研究之六 (48)

法庭辩论的角度选择

- 法庭辩论研究之七 (52)

谈谈刑事案件的阅卷技巧

- 法庭辩论研究之八 (61)

办案窍门一例 (64)

提高办案能力的一条途径 (67)

写答辩状的学问 (69)

借他山之石 (71)

律师怎样推销自己 (73)

民事案件的答辩要选中突破口 (76)

代理民事案件也需要运用一点兵法 (80)

怎样与当事人谈话 (83)

非诉讼调解是律师办案的一条重要途径 (85)

民事案件代理也要讲究计谋 (87)

给保证人提个醒

- 经济合同中的保证人要注意维护自己的权利 (90)

第二辑 民事案件代理案例

某油田 80 余万元经济损失是怎样被挽回的 (97)

某市某有限公司诉某石油勘探局建筑集团装饰工程纠纷案
..... (104)

一笔已挂失的巨额存款是怎样被追回的 (114)

一起买卖香烟案的代理始末 (120)

某工贸公司与闫某购销合同纠纷案代理始末 (124)

某市某建筑公司与某市第三中学建筑工程纠纷案代理始末	(131)
在未办理土地使用证情况下房屋买卖合同是否有效	(137)
某钻井二公司诉某市某经销服务部租赁合同纠纷案代理始末	(148)
某石油勘探局特种车辆修理厂诉某贸易公司购销合同纠纷案始末	(154)
一起借款债权纠纷案代理始末	(161)
某市防腐保温公司诉某油田公安处行政诉讼案代理始末	(165)
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	(170)
旅客遭劫能否提起民事诉讼	(177)
旅客住宿车辆丢失旅店应否赔偿	(185)
某油田钻井三公司诉某石油天然气开发有限公司	(191)
伪造合同状告某油田索赔 660 万元案始末	(196)
62 名储户状告 × 行某分行市区支行存单纠纷案代理始末	(205)
一起贷款质押纠纷案代理始末	(213)
一起著作权被侵权案代理始末	(217)
一起婚姻纠纷案代理始末	(222)
关于 × × 发展银行某分行与某通华房地产（香港）有限公司、某军企房地产开发总公司抵押担保合同纠纷案的二审代理意见	(228)

第三辑 刑事辩护案例

张某某贪污案的辩护意见	(247)
-------------------	-------

为张某贪污案无罪辩护	(254)
为奚某被指控贪污一案的辩护	(258)
一起刑事附带民事索赔案代理始末	(263)
为盗窃犯冯某辩护	(269)
一起受贿案无罪辩护的成功代理始末	(274)
后记	(279)

第一辑

律 师 理 论 研 讨

关于律师法的逻辑结构 与部分内容的修改语境

摘要：对现行《律师法》的框架结构存在的问题提出质疑，作者根据其他国家关于《律师法》的立法经验，提出在修改《律师法》时应遵循的逻辑结构，并对《律师法》的一些重大内容提出修改意见。

关键词：逻辑结构；修改；剖白

Amendment understanding about the Logical Structure
and Partial Content of Law of Advocates

Abstract: Aiming at some problems which exist in the framework structure of Law of Advocates in operation, according to the legislative experience about Law of Advocates of other countries, the writer of this article suggests the logical structure which should be abided by when amending Law of Advocates. He also makes suggestions on the amendment of some important content of Law of Advocates.

Key words: logical structure; amendment; original intention

《中华人民共和国律师法》颁布至今，已历四载，施行中暴露问题颇多，已引起业内人士广泛重视，纠瑕指谬者甚众，建议修改《律师法》呼声日趋强烈，笔者不揣寡陋就《律师法》的逻

辑结构与部分内容贡献一管之见，俾便引起讨论。

一、《律师法》在结构上存在的瑕疵与结构设计

现行《律师法》共八章 53 条，第一章总则；第二章律师执业条件；第三章律师事务所；第四章执业律师的业务和权利、义务；第五章律师协会；第六章法律援助；第七章法律责任；第八章附则。笔者认为上述结构存在三点瑕疵：第一，权利与义务应放到律师事务所之前，理由是第二章规定的是律师的执业条件，那么顺理成章的就应是律师在执业过程中的权利与义务的规范，不应将律师事务所放到律师的权利、义务之前；第二，《律师法》将律师的业务范围与权利义务合到一起，一不能突出律师业务在《律师法》中的重要地位，二不符合立法体例，不属于同类规范，三不符合国际律师立法通例；第三，在章节设计上存在重大遗漏。如律师的从业机构事务所仅仅规范了几种所的成立，对所内的组织机构，如主任的产生及任期，财务人员的设立，账目的公开，律师会议的权利等均未涉及，而这部分内容恰恰是律师管理体制中经常存在的问题。遗憾的是 1980 年的《中华人民共和国律师暂行条例》第三章中的第 15 条至第 17 条的非常适用的合理部分没有给予吸收，存在较大的阙遗。

依愚之见，修改《律师法》应遵循如下的逻辑结构：

第一章总则；

第二章律师资格；

第三章律师的业务范围；

第四章律师的权利、义务；

第五章律师事务所；

第六章律师协会；

第七章律师惩戒；

第八章附则。

除应遵循一般的逻辑结构外，其他国家的《律师法》可资参照。如日本《律师法》第一章为律师的使命及职务；第二章律师资格；第三章律师簿；第四章律师的权利和义务；第五章律师会；第六章日本律师联合会；第七章资格审查会；第八章惩戒；第九章惩戒委员会和纲纪委员会；第十章关于法律事务的取缔；第十一章罚则。日本《律师法》的不足之处是将律师事务所和有关业务范围放到权利和义务里面，显得不伦不类。《德意志联邦共和国律师条例》的结构是：第一篇律师（相当于总则部分）；第二篇律师的许可；第三篇律师的权利和义务；第四篇律师协会；第五篇关于律师的仲裁法院；第六篇惩罚；第七篇诉讼；第八篇联邦法院的律师；第九篇联邦律师协会；第十篇律师的费用；第十一、十二篇略。这些国家律师法共性的结构都是将权利、义务放到组织机构之前，这是有其道理的。

二、关于部分章节内容的修改意见

现行《律师法》对律师限制性条款过多，据笔者粗略统计，该法共 53 条，去掉 4 条附则（与广大律师无关的内容）剩 49 条，其中使用“不得”、“应用”、“必须”的禁止性规范的辞汇达 19 处之多。本法非但没有成为保护律师的法律，还成为限制律师的法律，如不进行修改，势必阻碍中国律师事业的发展，为此笔者对现行《律师法》应当进行修改的重要内容略陈己见，以为修改《律师法》之参考。

（一）总则部分。

1. 现行《律师法》将律师性质规定为“依法取得执业证书，

为社会提供法律服务的执业人员”存在如下问题：

(1) “社会”是一个政治概念，不是法律用语，服务的对象含糊不清。

(2) 与其他为社会提供法律服务的人员没有什么本质区别，如工商、土地、质量监督部门的管理人员、民事调解人员以及税务顾问、信托人、不动产代理人、民事商事活动的代理人都是为社会提供法律服务的执业人员。

(3) 这个定位不利于克服律师在执业过程中遇到的障碍，如调查原证权，查阅有关档案等（据说在立法时，有人说律师调查取证应征得当事人同意，这是与国际惯例接轨。那么我们不仅要问，我们的司法机关在侦查阶段有些做法，如美国法律规定，警方第一次询问犯罪嫌疑人应有律师在场为什么不接轨？对公检法办案人员不利的就不接轨，对律师不利的就应接轨，有失司法公正。须知中国是发展中国家，国民素质、司法体制等都不能与发达国家同日而语，要根据国情制定律师法，这样才能使社会主义法制建设逐步走向完善，否则就会出现延缓和阻碍社会主义民主与法律的进程。如刑事辩护处于低潮现象这是不争的事实，应该引起立法者反思）。

(4) 不符合国际惯例。

鉴于此，我认为应将律师的性质恢复原《律师条例》规定的“律师是国家法律工作者”的提法。理由如下：一是律师是经国家考试批准的从事法律专业工作的人员（最近将律师考试与检察官、法官考试并轨更能证明我的论点是正确的）；二是律师是维护宪法和法律正确实施、维护公平和正义的法律工作者，他的价值取向与公检法人员无异；三是不能将吃国家俸禄、具有强制力的司法人员的特征作为界定律师性质的要件；四是大陆法系和英

美法系国家对律师性质的界定不无启迪。如《德意志联邦共和国联邦律师条例》第一条规定：律师在司法中的地位：是司法的独立人员。第二条律师的职业（一）律师是自由职业者^①。由律师法这条规定引发了我这样一个思考：我们以往一谈律师性质要么是国家法律工作者；要么是自由职业者，实际这是两种不同的范畴。性质是指一个事物的根本属性，律师的属性是司法的独立人员，是国家的法律工作者，并不排斥他是自由职业者。前者是律师的属性，后者是律师的执业方式。不能将执业方式当成属性。所谓自由职业者是指律师在执业中有自由的活动时间和空间，有自由的选择委托人的权利，他不受国家公务员的种种限制。但是许多学者对性质和方式不加区别，非此即彼，错将律师的执业方式当成律师的性质，在理论界引起混乱，此点应当引起讨论。

法国 1971 年 12 月 31 日颁布的《关于改革司法上及法律上的某些专门职业的法律》第 3 条规定：律师是以使诉讼程序与司法活动得以完满地进行任务的法律工作者之一^②。这个性质界定比我国《律师法》的界定明显略高一筹。美国律师职业行为标准规则规定：“在法院工作繁忙、法官人数不够时，律师有应法院指定代理法官的义务。”在不少国家律师作为自由职业者和作为国家司法工作人员的提法是并行不悖的^③。如上所述，我们完全有理由认为在修改《律师法》时应将律师性质恢复为“国家法律工作者”的提法。

2. 应加上“律师是不以赢利为目的的职业”的条款。

参照：《德意志联邦共和国联邦律师条例》第 2 条。

（二）关于律师资格部分。

1. 关于现行《律师法》第二章的名称问题。

1980 年《律师暂行条例》第二章名为：律师资格，而《律