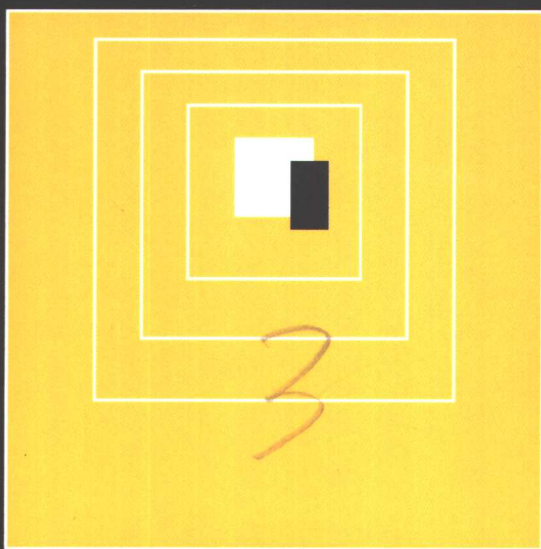




律师办案思路与技巧

律师办案思路与技巧

主编 马宏俊



时事出版社

D926.5

36

律师办案思路与技巧



策划

宏元法泰

主编

马宏俊

撰稿

张晓森

朱子慧

田锐华

朱永平

马宏俊

时事出版社

图书在版编目(CIP)数据

律师办案思路与技巧 / 马宏俊主编. —北京:时事出版社, 2002

ISBN 7-80009-738-2

I. 律… II. 马… III. 律师业务—工作经验 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 080338 号

出版发行:时事出版社

地 址:北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编:100081

发行热线:(010)88547590 88547591

读者服务部:(010)88547595

传 真:(010)68418647

电子邮箱:shishichubanshe@sina.com

印 刷:北京时事印刷厂

开本:850×1168 1/32 印张:13 字数:280 千字

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

定价:25.00 元

前言

我从事律师学的教学和研究已十余年,深感律师办案的思路与技巧也是一门学问。在给律师讲授执业技巧时,律师们反响强烈,纷纷要求把讲稿整理成书,我亦有此意,就约请几位同仁,完成此书。本书突出地反映律师的办案思路与技巧,是律师业务经验的总结,基本涵盖了律师实务的主要领域。在内容上,突出对当事人、律师、法官的心理状态和角色定位的分析,以法为主,情、理、法三位一体,更贴近律师的实际操作状况。

本书的作者全部是执业律师,而且都有在高等院校从事法学教育的经历,可以说是学者型律师的切身体验的力作。书中所涉及到的案例都是作者亲自主办的,来源于现实生活,经过加工提炼,又高于生活,对律师有一定的指导意义。

本书借鉴英美法系法学院教育突出实务的经验,结合了中国传统文化,是理论与实践的统一。对于执业律师,律师管理人员,法学科研与教学人员来说,她既是一部专业著作,又是一把坚实的拐杖。恭请读者品头论足。

马宏俊

2002 夏于军都山下

目 录

第一编 律师办理诉讼案件的思路与技巧

第一章 律师诉讼法律事务概述	(3)
第一节 律师诉讼法律事务的特点	(3)
第二节 律师法律服务在诉讼活动中的地位	(5)
第三节 律师的基本素质	(8)
第四节 法律职业共同体	(13)
第二章 律师与委托人的谈话思路与技巧	(16)
第一节 律师与委托人谈话的准备	(17)
第二节 谈话过程中的基本技巧	(20)
第三节 谈话结束后的工作内容	(26)
第三章 律师的阅卷思路与技巧	(29)
第一节 律师阅卷的范围	(30)
第二节 律师阅卷的一般方法及主要内容	(33)
第三节 律师阅卷的特殊方法	(37)
第四章 律师会见犯罪嫌疑人、被告人的思路与技巧	(42)
第一节 律师会见犯罪嫌疑人、被告人的 目的与意义	(44)
第二节 律师会见犯罪嫌疑人、被告人的准备工作	(45)
第三节 律师与犯罪嫌疑人、被告人的会见思路	(47)
第四节 律师的回访	(50)
第五章 律师调查取证的思路与方法	(53)
第一节 律师调查取证的基本原则	(53)
第二节 律师调查取证的方式与技巧	(58)
第三节 律师对证据材料的保全方法	(62)
第四节 审查证据的一般方法	(64)
第六章 律师庭前准备工作的基本思路	(66)
第一节 律师应当如何认识案情	(66)
第二节 法律适用辩的基本思路	(69)
第三节 审判程序辩的基本思路	(71)

第四节 法、理、情辩护的基本思路	(72)
第七章 律师在庭审活动中的工作技巧	(75)
第一节 法庭调查中的律师辩论技巧	(75)
第二节 律师在法庭辩论中的工作技巧	(77)
第八章 律师对判决书分析的基本思路	(80)
第一节 审查判决书中的审判程序是否合法	(80)
第二节 分析审查判决书对事实的认定	(81)
第三节 分析审查判决书的法律适用	(82)

第二编 律师办理公司、证券业务实务

第一章 律师办理公司法律业务的内容及程序	(85)
第一节 公司法律业务的内容	(85)
第二节 律师办理公司法律业务的程序	(86)
第二章 律师办理证券法律业务的内容及程序	(111)
第一节 律师办理证券法律业务的内容	(111)
第二节 律师办理证券法律业务的程序	(115)
第三章 律师办理证券法律业务的几个实务问题	(124)
第一节 并购与反并购的法律措施	(124)
第二节 股票期权的设计及实施障碍	(133)
第三节 独立董事制度是完善公司治理结构的 法律措施	(144)
第四节 中小企业海外上市的决策与法律服务	(154)
第四章 尽职法律调查的内容及方法	(166)
第一节 普通尽职调查	(166)
第二节 证券业务中的尽职调查	(171)

第三编 律师办理仲裁业务的思路与技巧

第一章 仲裁法律制度概述	(187)
第一节 仲裁	(187)
第二节 仲裁的原则	(191)
第三节 仲裁机构	(193)

第二章 仲裁协议中的律师技巧	(197)
第一节 如何制订一份完整的仲裁协议	(197)
第二节 如何处理仲裁协议效力争议	(204)
第三节 实践中对内容不明确仲裁协议的处理	(212)
第三章 仲裁申请及仲裁答辩中的律师代理技巧	(217)
第一节 仲裁的申请与受理	(217)
第二节 仲裁申请中的律师代理技巧	(221)
第三节 仲裁答辩中的律师技巧	(227)
第四节 运用仲裁反请求之功效	(229)
第五节 恰当地运用仲裁保全措施	(232)
第四章 仲裁审理过程中的律师技巧	(237)
第一节 仲裁庭的组成及仲裁案件的审理	(237)
第二节 仲裁审理中的举证技巧	(241)
第三节 开庭审理的律师技巧	(246)
第四节 和解及调解程序中的律师技巧	(251)
第五章 仲裁裁决下发后的律师代理	(256)
第一节 申请强制执行仲裁裁决	(256)
第二节 撤销仲裁裁决与重新仲裁	(269)
第三节 律师适用执行程序、撤销程序及重新仲裁 程序时应当注意的问题	(274)

第四编 律师办理破产及企业重组事务

第一章 破产及企业重组事务概述	(279)
第一节 破产及企业重组事务的特点及 对律师的要求	(280)
第二节 律师应熟知的法律程序及规范	(284)
第三节 破产与企业重组制度的特点 及其发展趋势	(286)
第二章 破产申请、受理及债权申报	(290)
第一节 破产申请及其法律效果	(290)
第二节 破产的受理与公告	(293)

第三节 债权申报	(298)
第三章 债权人会议与和解整顿程序	(301)
第一节 债权人会议	(301)
第二节 和解整顿程序	(309)
第四章 破产宣告与清算组	(318)
第一节 破产宣告的基本程序	(318)
第二节 破产宣告的法律效果	(323)
第三节 破产清算组成立与撤销	(326)
第四节 清算组的职责	(328)
第五节 破产无效行为	(335)
第五章 破产清算	(339)
第一节 破产财产	(339)
第二节 破产债权	(345)
第三节 破产费用	(348)
第四节 与清算相关的几个事项	(350)
第六章 破产变价、分配与终结	(357)
第一节 破产变价	(357)
第二节 破产分配	(360)
第三节 破产程序的终结	(364)
第七章 资产重组	(367)
第一节 资产重组中的几个法律概念	(367)
第二节 资产重组的实体法律要求	(374)
第三节 资产重组的程序法律要求	(378)
第四节 企业上市前的资产重组	(390)
第五节 公司上市后的资产重组	(400)
参考书目	(404)
后记	(405)

第一编

律师办理诉讼案件的思路与技巧

第一章

律师诉讼法律事务概述

第一节 律师诉讼法律事务的特点

律师是建立在民主、自由、公平、正义的法律理念基础之上的民主政治的产物。在新中国五十年的历史中,律师所从事的法律业务活动,绝大部分都集中在诉讼法律事务上。随着对外开放的深入,特别是加入 WTO 以后,加之律师业务收费的现实情况,律师非诉讼法律事务日益增多,但诉讼业务依然是当前中国律师的主流。概括来说,律师的诉讼法律事务具有如下特点:

一、合法性。律师是凭借自身的法律知识和技能,为委托人提供法律服务的自由职业者,是法律专业人员,其特长是具有法律知识和处理法律事务的技能。合法性有三层含义:其一,律师对所接受的诉讼法律事务要用法律的标准去衡量,对于委托人的合法权益,要尽全力去维护,不得作出任何不利于维护委托人合法权益的行为,对于非法利益则不能维护;其二,律师维护委托人合法权益的职业行为,必须符合法律的规定,不得以违法乱纪或违反职业道德的方式去实现委托人的诉讼目的;其三,律师所接受的委托事项,必须是诉讼事务或者是具有法律意义的事项,其他事项不属于法律的业务范围,人民法院也不予立案。

二、特定性。律师所接触到的诉讼法律事务,就某一类案件而言,虽然具有一定的规律性和共性,但是,世界上没有完全相同的两个人,诉讼案件也不可能是完全相同的,律师要善于发现案件的特殊性,并很好地把握它,才能完成法律赋予律师的任务。律师要很好地学习对比分析的方法,在对比中找出共性,用一般规律去解

决;在对比中还要发现特性,用适于它的方法去解决。这就是我们常说的对立统一规律在律师诉讼法律事务中的具体应用。

三、创造性。律师办案的特定性也就决定了律师办案思路与技巧的创造性,由于案件之间虽然有着千丝万缕的联系和共性,但总是有其独特之处,这就要求办案律师在总结共性和规律的基础上,找出特性,进行创造性思维,选择适合本案的特殊方法,最终解决问题,完成法律赋予律师的神圣使命。倘若律师不能创造性地分析问题解决问题,势必陷入经验主义和形而上学的泥潭,必将一事无成,被向前发展的社会所淘汰。律师无论从事什么类型的法律服务工作,都是一种创造性的劳动,这就要求律师必须不断地学习,全方位地学习,积极地动脑筋、想办法,触类旁通,开阔视野,勤于思考,从实际出发,勇于开拓创新,善于拨开迷雾,能够从错综复杂的表面现象中,发现问题,找出案件的关键症结,选择恰当的解决方法。同时,还要求律师能够采用适当的表达方法,把自己的思想意识准确地表达出来,并被他人接受,这一切都离不开律师的创造性劳动,可以说,创造性是律师办案的一个突出特点。

四、规则性。所谓规则性是指律师办案要有一定的程序规则,不能杂乱无章,瞻前而不顾后。律师作为提供法律服务的专业技术人员,必须沉着冷静,运筹帷幄之中,决胜千里之外。这就要求律师对待案件的态度乃至至于办理案件都要有一定的规则,虽然要急当事人所急,想当事人所想,但是决不能乱急乱想,律师的头脑中必须有一套非常清晰的程序规则,这个程序规则是几代律师在数百年的律师业务实践中总结出来的,也是法律教育和研究人员智慧的结晶,执业律师为了少走冤枉路,应当认真学习,把握规则,善于站在前人的肩膀上攀登。律师不仅要善于学习和利用前人的经验,而且还要善于对自己的业务实践不断进行总结归纳,使之升华为一定的理论,提供给后人。这样,我们的律师事业才能后继有人,兴旺发达。

五、广泛性。律师作为社会法律工作者,面对的是纷繁复杂的社会现象。物质世界的运动形式分为机械运动、物理运动、化学运动、生物运动、社会运动。社会运动是最复杂、最高级的运动形式。把在社会运动中活动的律师当成背诵法条的工具,是对法律工作者的一种误解,是对社会科学的一种歪曲。律师办案必须全面客观地看待各种社会现象,要树立起全面、客观、公正、运动、联系的观点,正确地分析案情,找出依据,依法办事,以理服人,而不能以所谓的“权威”或“权势”压人。在思想方法上,律师也不能孤立、静止地看待案件情况,必须树立起全面综合的思想方法,掌握或了解相关的社会科学和自然科学知识,完成好法律交给律师的任务。律师办案涉及面相当广泛,可以说是包罗万象,无奇不有,执业律师必须能够适应律师业务的这一特点。

第二节 律师法律服务在诉讼活动中的地位

律师制度是民主和法制的产物,是与专制根本对立的。在诉讼活动中,律师的法律服务发挥了平衡的重要作用,抑强扶弱是律师的重要功能,律师法律服务是文明公正的诉讼法律制度不可或缺的重要组成部分,是公平正义的法律杠杆,具有非常重要的法律地位。

一、从律师制度的起源和发展看律师的诉讼法律地位

西方律师制度的雏型可以追溯到公元前5世纪。据《十二铜表法》记载,当时在古罗马城邦国家就出现了“雄辩家”和“辩护士”,他们可以出席法庭,为委托人进行辩护,并且形成了一个阶层,执政官能够倾听其所作的辩护,成为判决案件的重要参考。至近代资产阶级律师制度的全面形成时期,律师制度更是成为资本主义法律制度不可分割的重要组成部分。在新中国律师制度的发展史上,虽然律师制度极其年轻、稚嫩,但是其一波三折的成长经

历也足以说明：“律师兴则国家兴，律师衰则国家衰”。^① 律师制度是诉讼公正与民主的产物，律师在诉讼活动中具有独立的法律地位，具有平衡强权的作用，是司法机关执法活动中的一面镜子，是监督诉讼活动的一个重要方面。作为法律专门人才的律师参加诉讼活动，完成法律赋予律师的任务，其本身就是提高审判质量，公正严格执法，实现社会正义的重要保障。律师在诉讼活动中，独立地为委托人提供高效优质的法律服务，是现代文明的重要标志，也是保障人权的具体体现，是民主、法治的制度完善。

二、从联合国文件看律师法律服务的作用

根据 1990 年 9 月 7 日通过的《第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会关于律师作用的基本原则》第 1 条、第 2 条、第 8 条、第 9 条、第 14 条的规定，一切个人都有权请求由其选择的一名律师协助保护和确立其权利并在刑事诉讼的各个阶段为其辩护；各国政府应确保向在其境内并受其管辖的一切个人，不加任何区分，提供关于平等有效地获得律师协助的迅捷有效的程序和机制；各国政府还应确保，遭逮捕、拘留或监禁的一切个人应有充分机会、时间和便利条件，毫无延迟地、在不被窃听、不经检查和完全保密的情况下接受律师来访和与律师联系协商，并在执法人员能看得见但听不见的范围内进行；各国政府、律师专业组织和教育机构应确保律师受过适当教育和培训，具有对律师的理解和道德义务以及对国内法和国际法所公认的人权和基本自由的认识；律师在保护其委托人的权利和促进维护正义的事业中，应努力维护受到本国法律和國際法承认的人权和基本自由，并在任何时候都根据法律和公认的准则以及律师的职业道德，自由和勤奋地采取行动。

三、我国律师诉讼地位的现状与发展趋势

中国律师制度建立时间很短，又走了一段弯路，在现实生活中

^① 《中国大律师·序》，江平，西苑出版社，2000 年 6 月版。

存在很多不尽人意之处,律师的诉讼法律地位仍未达到理想的状态。虽然《宪法》、《刑事诉讼法》、《律师法》都有相关的法律规定,但也存在着立法上的缺陷,特别是《刑法》第 306 条的规定,更是将矛头直指辩护人和代理人,使律师在诉讼活动中的独立地位产生动摇。在西方,律师的性质是“自由职业者”。所谓自由职业者,是指律师在社会上具有独立的地位,不但独立于国家机关、其他公民,而且独立于他的当事人。他就像法官一样,仅对自己的良心和法律负责。正因为如此,在刑事诉讼中,他既不能作为法官,对自己的当事人是否犯罪作出评价;也不能作为检察官,揭露司法人员尚未掌握的犯罪情况;而只能作为当事人的热心的顾问,在法律许可的范围内,为他的当事人服务。^①我国尚未在法律上明确赋予律师“自由职业者”的性质,而是采用模糊的说法回避了这个问题,这就使得在司法实践中律师处于步履维艰的境地,律师在诉讼活动中的法律地位大打折扣,律师的合法权益受到严重侵害,律师参与刑事辩护的案件数额急剧下降。在中国成为 WTO 成员国的今天,律师又蜂拥而至非诉讼领域,进而加剧了非诉讼法律服务领域的竞争。

随着社会主义市场经济法律体系的日趋完善,人们的法律意识、法制观念也在不断增强,强权政治逐步远离人们的生活,依法治国,以德治国深入人心。作为文明和法制标志的律师制度也逐渐被接受,并在日常生活中日益显现其重要作用。律师参政议政的意识也在不断增强,从七届全国人大中的一名律师代表,发展到九届全国人大已有了五名律师代表,在地方各级人民代表和各级政协委员中,律师的占有比例也在不断增加。此外,律师作为政府法律顾问,以及国家大型、特大型基本建设中律师提供法律顾问的数目也在不断增多。军队律师的发展,尤其是军事法律服务的拓

^① 田文昌主编:《刑事辩护学》,第 61 页,群众出版社,2001 年版。

展,也从一个侧面反映出律师在国家政治生活中的重要作用。律师论坛的兴起,展现出律师主动参与的风采,而国家立法、司法和行政机关及法学学者与律师共同参与的法学学术活动,也推动着国家的立法进程,也使司法实践中所出现的问题逐步在取得共识的基础上得到纠正或缩小认识上的差距,虽然与理想状态还有一定的距离,但毕竟是在向着良性的方向发展。律师在诉讼活动中的地位也有所回升。在律师制度与国际接轨的大前提下,律师在诉讼活动中的独立法律地位必然会被确立起来,并同时在实际工作中得到贯彻,这需要全社会特别是全体执业律师的共同努力。

第三节 律师的基本素质

律师是凭借自身的知识和技能为委托人提供法律服务的专门人才,除熟悉法律,善于解说和应用法律外,还要有一定的语言、文字功底,同时也要具备高尚的道德情操和良好的法律意识,具备哲学、逻辑学、社会学、心理学、市场学、商品学、公共关系学、传播学等基本知识,具有从事法律服务的综合素质。其基本素质主要有以下几个方面:

一、崇高的人格魅力

一个优秀的律师应该首先是富有正义感、责任心和道德勇气的人。老百姓最需要的不是那些靠打名人官司出名的“名”律师,而是为民请命、敢打硬仗的强者律师。律师要以良好的服务信誉,高水平的服务质量,赢得当事人的信任,“受人之托,忠人之事”,“以信接人、天下信之”。不负当事人的委托,不辱没法律的尊严,是律师的办案原则。律师是人民的律师,是当事人最为信赖的法律专家,他不是官场的油舌,强权的附庸。在法庭上,“律师凭三寸不烂之舌,挽狂澜于既倒,以自己的智慧、辩才和法律知识去补足和扶正司法天平的缺陷和倾斜,律师应当比其他的人更首先成为

一个真正的人”。^①也就是说,律师应当是一个高尚的人,一个充满崇高人格魅力的人。

二、强烈的法律意识

律师是熟悉法律,善于解说法律的专业人士,必须拥有强烈的法律意识,用法律这把尺子去衡量人世间的非曲直。法律现象无时不有,无处不在,法律是调整人们社会关系的基本准则。法律意识则是人们对法的本质和作用的基本看法,是对现行法律的基本评价和认识态度,是对人们行为是否合法的评判标准,是一个人的思想文化观念在法律现象上的集中反映。律师作为法律专业人员,应当具备强烈的法律意识,对法律规范要有一个正确的认识和理解,要理解立法者的真正意图,认识国家法律体系的框架结构,以及法律体系内各个法律、法规的基本内容和相互间的联系、作用,形成自己的思想观念。法律意识同时又是社会意识的一部分,和人们的道德观念有密切的联系,律师在提供法律服务时,必须忠实于法律,遵守职业道德规范,不畏权势,廉洁奉公,敢于为弱者呐喊,向强权抗争,努力维护法律的正确实施,维护当事人的合法权益。

三、良好的心理素质

良好的心理素质是一个优秀的执业律师应当具备的前提条件。律师是没有权力的法律专业人员,其社会功能是用自己的知识和能力,揭示案件的真实情况,说服手中握有大权的司法官员,接受自己的法律意见,实现委托人的诉讼主张,从而完成法律赋予律师的神圣使命。摆在律师面前的案件,往往是被错综复杂的现象掩盖着的,有的还充满荆棘和暗礁险滩。这就要求律师必须具有较强的心理承受力,面对现实,知难而进,既要藐视困难,又要重视困难,冷静思考,寻找办法。还要调动相关人士,积极配合,出奇制胜。在激烈的竞争中,也需要律师以良好的心理素质去迎接挑

^① 《中国大律师·序》,江平,西苑出版社,2000年6月版。