



美国律师执业技巧与管理丛书

主编·王进喜

现代 **诉辩**

策略与技巧

[美] 史蒂文·鲁贝特/著

王进喜 等/译

XIANDAI
SUBIAN
CELUE YU JIQIAO



中国人民公安大学出版社

现代 诉辩策略 与技巧

(法学院版)

[美] 史蒂文·鲁贝特 著
美国西北大学法学院教授

王进喜等 译

《现代诉辩策略与技巧》一书在1993年首次印刷时，为诉辩技巧教科书奠定了标准。经1997年修订和扩充后，该经典教科书现在为全美75个以上的法学院的诉辩课程所采用。

《现代诉辩策略与技巧》（法学院版）一书就庭审法律、策略和技巧提供了一个综合性的介绍。在本书中，鲁贝特教授以清晰、简捷的语言风格，为法学院学生如何有效地诉辩提供了颇富魅力的指导。

著作权合同登记号 图字:01-2003-7800 号

图书在版编目(CIP)数据

现代诉辩策略与技巧/(美)鲁贝特著;王进喜等译.—北京:中国人民公安大学出版社,2004.11

(美国律师执业技巧与管理丛书)

ISBN 7-81087-889-1

I.现... II.①鲁... ②王... III.律师-辩护-基本知识 IV.D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 110502 号

First published in the United States of America
by National Institute for Trial Advocacy. All rights reserved.
Chinese edition is published by agreement with National Institute for Trial Advocacy
through copyright department of CNPIEC.

由全国诉讼辩护学院首次在美国印刷,版权所有。中文版经全国诉讼辩护学院
与中国图书进出口总公司版权部达成协议而出版。

现代诉辩策略与技巧

XIANDAI SUBIAN CELUE YU JIQIAO

[美]史蒂文·鲁贝特 著

王进喜等 译

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京蓝空印刷厂

版 次:2005 年 1 月第 1 版

印 次:2005 年 1 月第 1 次

印 张:22

开 本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数:444 千字

印 数:0001~3000 册

ISBN 7-81087-889-1/D·672

定 价:56.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 侵权必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

我国律师业的现代化与制度准备

(代总序)

经过 25 年的建设，我国律师业已经有了长足发展，这主要表现在：通过若干年律师资格统一考试和司法统一考试制度的实施，奠定了比较充分的律师从业人员基础；通过对律师管理体制的改革，初步形成了司法行政机关的宏观管理和律师协会行业管理相结合的律师管理体制；律师的服务领域不断扩展，律师在促进经济建设和推进依法治国进程中的作用越来越得到社会各界的认可和重视。这些都为我国律师业的进一步发展奠定了坚实的基础。当前，随着依法治国方略的进一步实施，法律服务市场的国际化进程的进一步深化，我国律师业也面临着严峻的挑战。在这种背景下，我国律师业的现代化是适应形势发展的客观要求所必须采取的措施。

从当前的情况来看，我国律师业的现代化进程主要体现在以下几个方面：一是进一步探讨如何理顺司法行政机关和律师协会的职能分工，推动两结合体制的深化，以进一步发挥律师协会在律师行业管理中的积极作用。二是开展公职律师和公司律师制度的试点工作，探索建立有中国特色的公职律师和公司律师制度机制。三是探讨完善律师事务所的组织形式和运行，以推动律师事务所的进一步建设。这几个方面的工作对于我国律师业的进一步发展具有全局性的意义。两结合体制的进一步完善，将进一步强化律师的独立和自治精神，促进我国律师业的职业化；公职律师和公司律师制度的建立，将进一步推进我国的政治体制改革，进一步完善社会主义市场经济运行机制，加强政府决策的法制化，促进律师服务的专业化；律师事务所组织形式和运行机制的完善，将推动律师事务所内部管理制度和管理模式的转变，增强我国律师事务所的竞争能力，提高律师事务所的法律服务水平。然而，我国律师业的现代化进程并不是一蹴而就的，其本身需要配套的制度支持。只有这样，才能保证我国律师业现代化目标的实现。因此，我们在着手进行上述工作，迎接中国律师业现代化到来的同时，

必须进行必要的制度准备。笔者认为，以下几个制度是必须建立或者完善的：

第一，建立完善的律师职业行为规则。律师职业行为规则是体现律师行业自治最重要的制度之一，通过律师自己的行业组织来制定进行自我约束、自我管理的行业性行为规范，能够充分体现律师业的独立性和自治性。然而，律师职业行为规则体现的不仅仅是形式上的律师自治，它还应当体现律师本身的职业特点。有人说过，律师这种职业，是神职和商人这两种职业之间的一种微妙的混合。换言之，律师职业本身即包含着公共利益和自身利益的冲突和调和。在《国富论》中，亚当·斯密作出了这样著名的论断，即“我们每天所需的饭食，不是出自屠户、酿酒人或面包师的仁慈，而是出于他们自利的打算”。律师与屠户、酿酒人和面包师一样，也期望能从其工作中获得收入。美国耶鲁大学法学院院长克罗曼指出，律师这么做也不是由于仁慈的驱动。但是，与商人相反，律师工作的一部分是直接与公共福祉相关的——与法律制度的廉正性相关，与其规则的公平和执行相关，与一定程度上法律所建立和所要创造的社会的健康和福利相关。律师要关注法律制度的合理性，这应当是有意识、深思熟虑的选择。并且律师这么做不能仅仅是出于偶然，而是要持续地、连贯地在其执业的每一分钟都这么做。为什么会这样？因为只有在一个有秩序的社会中，律师才能有所作为。律师的工作是法律能够实现秩序的保证之一，同时，法律的秩序状态也是律师能够得以存在的前提条件之一。因此，工作做得好的律师将跻身于私人利益和公共利益的紧张关系中，他不断在服务于委托人的职责和具有同样力度的从整体上服务于法律的利益这一义务之间进行挣扎。律师经历着这种紧张关系。因此，律师是一种公共职业。特别是在律师商业化因素不断凸显的今天，更应当进一步强调律师职业活动的公共因素。而作为律师的职业行为规则，则应当体现这种原则，在经济利益和公共利益之间保持一种适度的平衡，为律师的职业行为提供有效指南。

第二，制定公职律师和公司律师的行为规则。公职律师和公司律师制度是新世纪律师制度改革的重要举措之一。这种改革的重要性体现在两个方面：一是适应政治体制改革，为保证政府依法办事提供制度性的支持，促进政府依法行政。二是适应企业经营环境的变化，增强我国企

业的竞争力，减少企业的运营成本。在这种改革中，对于律师业的发展本身有着重大影响。首先，这种改革将促进律师业内部律师和外部律师并存的整体布局的初步形成，有利于法律服务市场的整合。其次，这种改革将进一步促进我国律师队伍的专业化发展，促使外部律师事务所从价格竞争进一步转为服务质量竞争，从而提高律师业的整体服务水平。与公职律师和公司律师制度相关的两个重要制度是：一是保证公职律师和公司律师的职业独立性的制度。公职律师和公司律师与外部律师相比，在执业环境上已经发生了重大变化。在这种以行政性的上下级关系为主导的环境中，律师执业活动的独立性很容易受到冲击，使得设立公职律师和公司律师制度的初衷难以实现。因此，为了保证这些律师的独立性，必须在这些律师的职责、薪金保障、雇用权利等方面作出有利于保证律师独立性的规定。二是要设定公职律师、公司律师与外部律师相互流动所应当遵守的利益冲突规则。根据司法部的试点意见，公职律师和公司律师可以直接转为外部律师。这说明在我国律师业中也出现了所谓的“旋转门”问题。对于这种现象所带来的利益冲突，要有相应的规则来加以处理。这样才能保证公职律师和公司律师制度能够得以顺利实施。

第三，加强律师事务所组织形式的研究和管理制度建设，适应律师业的竞争态势。我国律师法明确规定了国资所、合作所和合伙所三种律师执业机构形式。随着我国律师业的发展，我们也在逐步探索律师事务所的其他组织形式。我国律师业经过若干年的发展，已经取得了相当大的成就，已经逐步形成了一批规模大、实力强的大型律师事务所。众所周知，律师事务所的不同组织形式和管理模式，将对律师的行为产生不同的激励。大型律师事务所的出现，对于传统的律师管理模式和执业机构组织形式都提出了挑战。例如，随着律师事务所规模的扩大，在律师事务所的管理上出现了以下问题：一是在律师事务所的任务和职责方面进行管理性的划分，以工作团队代替了个人，律师——委托人关系也从传统的个人化向个人化和机构化并存的特点转化。二是律师事务所的行政等级取代了传统合伙法所要求的平等权利合伙人之间的共同管理，个人利益和集体利益的冲突凸显。三是律师事务所分支机构的不增设，增加了律师事务所进行管理的难度。此

外，律师事务所之间的竞争，使得律师事务所面临着降低法律服务成本的压力；律师流动性的增强，使律师事务所在律师培训方面的投入动机遭受挫折。最后，我国对律师合伙的管理还缺乏历史积淀和实践经验。这些因素都会导致律师事务所执业风险的提高。这样，风险因素就可能成为律师事务所扩大规模的一个障碍。因此，需要通过法律设计来减少这种风险对律师事务所经营的影响，并通过其他制度设计来加强律师事务所的管理。

当然，我们需要建立和完善的制度并不限于如上所述，并且随着法律制度的不断健全，会出现更多的制度要求。但是，上述几个方面无疑是当前最为迫切需要建立的。

然而，制度建设是一个需要积累的过程。我国律师业的迅速发展，对于这个制度建设的周期提出了很苛刻的要求。近年来，律师的不当行为引发的纠纷越来越多，律师在社会中的形象日益贬损，律师越来越像一个“自由”职业，甚至被直接指斥为商人。这些现象督促我们要尽快加强律师制度建设。笔者从1995年开始关注中国律师业的发展问题，日感中国律师业政治、社会地位的提升与律师的制度建设是否完备密切相关。因此，笔者拣选了一些笔者认为对于我国当前律师业的发展无疑具有重要意义的一些选题构成了本丛书。这些选题涉及面很广，既涉及律师的执业技巧，也涉及律师的行为规则；既有针对律师个人行为管理的内容，也有针对律师事务所部门管理的内容；既有译作，也有著述。这些选题以介绍国外的律师培训、管理经验为要务，作者多为相关领域内的著名学者或者专业顾问。这些国外做法无疑能为我们提供一面镜子，使我们加快中国律师制度的建设进程，并减少制度建设成本。当然，笔者希望本丛书的出版能够成为一个动态的过程，不断增加新的选题，因此，也希望读者能够就有重大意义的选题不吝推荐。

是为序。

王进喜

2004年10月于中国政法大学

译 序

对抗制是英美当事人主义诉讼制度的最主要的特点之一。诉讼两造的律师对于证据的提出和事实的调查发挥着主导作用。英国著名法官戴维林 (Lord Devlin) 曾经指出: “英国人认为获得真相的最好办法是让各方寻找有助于证实真相的各种事实: 他们将使所有的事实大白于天下……两个带有偏见的寻找者从田地的两端开始寻找, 比一个公正无私的寻找者从田地中间开始寻找更不可能漏掉什么东西。”因此, 控辩双方在诉讼中, 尤其是在证据调查活动中发挥着主导作用。他们在诉讼中承担发现、遴选和提出证据的主要职责。德国诉讼法学家赫尔曼教授也指出: “在对抗制审判中, 事实真相的查明可以被称作是试验性的和竞争性的。它证实了民主价值, 不仅因为案件是由陪审团作出裁断, 而且因为两方主要当事人在法官面前进行平等的竞争。在对抗制审判中, 被告方所起的相对主动作用是要求个人为自己辩护的自由主义哲学的结果。”然而, 律师在对抗制中作用的充分、积极发挥, 一方面要凭借技巧上的训练, 另一方面要受到职业道德的指引。二者缺少任何一个, 都可能使对抗制难以发挥其功能。本书是史蒂文·鲁贝特教授的经典之作, 在以色列、加拿大等国有多个版本。他以简洁、流畅的笔触探讨了诉讼律师的诉辩策略、技巧和道德问题。在我国司法改革不断深入、程序法的价值日益彰显的今天, 该书对于我国律师的职业训练, 无疑具有重要的借鉴意义。

本书的翻译分工如下:

王进喜 (中国政法大学法学院副教授, 法学博士): 第一章、第二章、第五章、第六章。

何德文 (中国政法大学硕士研究生): 第三章、第四章。

卢 越 (中国政法大学教师): 第七章。

毛春红（中国政法大学硕士研究生）：第八章。

唐 俊（清华大学法学院硕士研究生）：第九章、第十章、第十二章。

黄新华（清华大学法学院硕士研究生）：第十一章。

书中有关美国《联邦证据规则》和美国律师协会制定的《职业行为示范规则》的内容，由王进喜根据相关资料译就。

全书最后由王进喜审校、修改后定稿。

中文版序言

本书 1993 年在美国第一次出版，这是它的第四版。本书在全世界已经销售了至少 75,000 册，有多种语言版本。审判诉辩技巧是美国法学教育的一个不可缺少的组成部分。这是因为精明强干的诉讼律师是法治的重要角色。如果律师在代理时能够更为驾轻就熟，人们就能够有更多的机会诉诸法院。更为重要的是，精明强干的律师能够通过精心组织的直接询问和反询问，来帮助法院确定事实。如果没有富有技巧、业务精湛的诉辩者，审判活动就将杂乱无序、拖沓冗长，这无疑将损害人们的权利、政府的最大利益，同时无法满足商业的需要。

在写作《现代诉辩策略与技巧》的时候，我的目标是强调关于审判和证据的各种思路，而不是仅仅提供一个秘诀或者机械的指示。我试图揭示清楚在处理特定问题时律师可以采取的诸多方法以及如何进行选择。我希望关于审判的这种思考方法能够对中国的律师有所启发，能够让他们尝试新的观念和技巧。

我要深深地感谢王进喜教授，感谢他翻译了这本书并介绍给了中国的读者。我怀念着我们一起在美国西北大学法学院度过的时光。我期盼着我和中国法律职业的友谊能够常青。

史蒂文·鲁贝特

2004年3月于美国芝加哥

献给

Bob Burns 和 Tom Geraghty

■ 致 谢

我非常感谢下列人员的启发和其他帮助：

Joseph Ben-Or, Donald Beskind,
Shella Block, Anthony Bocchino,
Robert Burns, James Duane,
James Epstein, Thomas Geraghty,
Jonathan Misheker, Linda Lipton,
Fred Lubet, Alex Rose,
James Seckinger, Ashley Smith,
Jill Trumbull-Harris, and Paulette Van Zant.

目录

CONTENTS

第一章 诉讼初步	1
1.1 审判和公正	2
1.2 起点	2
1.3 审判程序	3
1.4 举止	6
1.4.1 廉正性	6
1.4.2 自信	7
1.4.3 善解人意	7
1.5 诉讼道德	8
1.5.1 对委托人的职责	8
1.5.2 对法院的职责	9
1.5.3 对对方和第三方的职责	10
第二章 案件分析与说书	12
2.1 具有说服力的故事：基本理念	13
2.1.1 诉讼如说书	13
2.1.2 故事策划实例	13
2.2 讲述具有说服力的故事所应当注意的道德问题	15
2.2.1 假设你“知道”真实情况	15
2.2.2 假设你并不知道真实情况	16
2.2.3 刑事案件的特殊性	17
2.3 为诉讼准备一个具有说服力的故事	18
2.3.1 发展你的故事和主题	18

C

ONTENTS

2.3.2 策划你的终局辩论	19
2.3.3 策划你这一方的诉讼活动	19
2.3.4 策划你的反询问	21
2.3.5 重新评估你所做的每件事情	22
2.4 结论	22

第三章 直接询问

24

3.1 直接询问的作用	25
3.1.1 陈述无争议的事实	25
3.1.2 提高有争议的事实的可能性	25
3.1.3 为引进物证做好铺垫	25
3.1.4 反映证人的可信性	26
3.1.5 吸引住事实审判者的注意力	26
3.2 直接询问的法律	26
3.2.1 证人的适格性	26
3.2.2 非诱导性问题	27
3.2.3 叙述	28
3.2.4 反对意见规则	28
3.2.5 刷新记忆	28
3.3 筹划直接询问	29
3.3.1 内容	29
3.3.2 组织与结构	32
3.4 询问技巧	39
3.4.1 使用简短、开放性的提问方式	39
3.4.2 使用指示性、过渡性的提问方式	40
3.4.3 重新适用首要性原则	41
3.4.4 使用渐进的询问方式	42
3.4.5 烘托时间距离和强度	44
3.4.6 重复重要论点	46
3.4.7 使用视觉工具	46
3.4.8 避免反意性、专业性、复杂的问题	47

3.5 对方证人和敌意证人	48
3.5.1 对方证人	48
3.5.2 敌意证人	49
3.5.3 策略	49
3.6 直接询问的道德	49
3.6.1 证人准备	50
3.6.2 提供不具有可采性的证据	51
3.6.3 披露伪证	51
第四章 反询问	54
4.1 反询问的作用	55
4.2 反询问的法律	55
4.2.1 允许进行诱导性提问	55
4.2.2 范围的限制	56
4.2.3 其他限制	56
4.3 反询问的内容	58
4.3.1 考虑反询问的目的	58
4.3.2 风险避让准备工作	59
4.4 反询问的组织	60
4.4.1 组织原则	60
4.4.2 组织指南	62
4.4.3 反询问的经典模式	66
4.5 询问技巧	67
4.5.1 对控制进行策划	68
4.5.2 实现对询问的控制	71
4.5.3 失控的问题	76
4.6 反询问的道德	83
4.6.1 询问的基础	83
4.6.2 主张亲身认知	84
4.6.3 诽谤性问题	85
4.6.4 对诚实的证人提出质疑	85

C

ONTENTS

4.6.5 滥用证据	85
第五章 弹劾	87
5.1 导论	88
5.1.1 弹劾的种类	88
5.1.2 策略上的考虑	88
5.1.3 证据上的考虑	93
5.2 先前不一致陈述	94
5.2.1 弹劾的程序	95
5.2.2 道德考虑	106
5.3 其他先前不一致	106
5.3.1 使用不作为或者沉默进行弹劾	106
5.3.2 先前不一致的行为	110
5.4 品性和“品性”弹劾	111
5.4.1 有罪判决	111
5.4.2 过去的诚实行为和其他恶劣行为	112
5.4.3 缺损的感知或者记忆	113
5.5 “案件特定情况”弹劾	114
5.5.1 个人利益	114
5.5.2 动机	116
5.5.3 偏见或者成见	117
第六章 再次直接询问和正誉	120
6.1 再次直接询问的目的	121
6.2 法律和程序	121
6.2.1 范围	121
6.2.2 证据规则	121
6.2.3 再次反询问和再进行再次直接询问	121
6.2.4 重开直接询问	122
6.3 再次直接询问的谋划	122
6.4 再次直接询问的放弃	123

6.5 再次直接询问的操作	123
6.5.1 解释	123
6.5.2 正誉	124
第七章 专家证言	126
7.1 概述	127
7.2 专家作证的标准	127
7.2.1 专业范围	127
7.2.2 专家意见的范围	128
7.2.3 专家意见的基础	128
7.3 提出专家证言	129
7.3.1 介绍和预示	129
7.3.2 资格	130
7.3.3 意见和理论	132
7.3.4 解释和支持	134
7.3.5 结论	135
7.4 直接询问的技巧	135
7.4.1 专家证人人性化	135
7.4.2 使用非专业语言	136
7.4.3 避免叙事形式	136
7.4.4 使用举例和比较	137
7.4.5 使用视觉工具	138
7.4.6 在需要的时候,使用诱导性问题	139
7.4.7 鼓励有力的语言	139
7.4.8 使用列举法	140
7.4.9 考虑打预防针	140
7.5 对专家证人的反询问	141
7.5.1 对专家证人的资质进行弹劾	141
7.5.2 获得有利的信息	143
7.5.3 使用学术论文	145
7.5.4 弹劾证人的公正性	146

C

CONTENTS

第八章 异议	153
8.1 形成记录	154
8.2 异议	154
8.2.1 目的和功能	154
8.2.2 对异议的决定	156
8.2.3 提出异议和应对异议	157
8.2.4 就异议进行辩论	164
8.2.5 一旦法官作出裁决	165
8.3 道德和异议	169
8.3.1 提出引起异议的问题	169
8.3.2 提出存在问题的异议	170
8.3.3 提出策略性异议	170
8.4 常见异议一览表	171
8.4.1 对提问（或者回答）形式的异议	171
8.4.2 实质异议	173
第九章 证据的铺垫与物证	180
9.1 证据的铺垫	181
9.1.1 证据铺垫的要求	181
9.1.2 证据铺垫的构成	181
9.1.3 对证据进行铺垫	182
9.2 言词证据的铺垫	185
9.2.1 亲身认知	185
9.2.2 对特定言词证据进行的特别铺垫	186
9.2.3 传闻陈述的铺垫	194
9.3 物证	197
9.3.1 物证的作用	197
9.3.2 物证的种类	198
9.3.3 庭审中物证的提交	200
9.4 实物证据与演示性证据的铺垫	204