

以诉制诉：

辩护、代理策略与技巧

王向和 编著



Lawyer

中国检察出版社

以诉制诉：

辩护、代理策略与技巧



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

以诉制诉：辩护、代理策略与技巧/王向和编著. —北京：中国
检察出版社，2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0245 - 2

I. ①以… II. ①王… III. ①律师 - 辩护 - 案例 - 汇编 - 中国
IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 045573 号

以诉制诉：辩护、代理策略与技巧

王向和 编著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱：zgjccbs@vip. sina. com

电 话：(010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：保定市中华美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：9.375 印张 插页 2

字 数：262 千字

版 次：2010 年 4 月第一版 2010 年 4 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0245 - 2

定 价：29.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

自序

以诉制诉：辩护、代理新思维

作为律师，无论是代理民事、行政案件，还是进行刑事辩护，我们当然完全可以就办理的案件以案说法、据理力争，从而说服法庭，进而赢得所办理案件的胜诉，这是律师办理案件的常态。可以说，绝大多数律师接手一宗无论是刑事、民事还是行政案件都是如此办理的，也的确有不少案件在这种常态办案状态下就赢得了胜诉。但作为执业了十几年，办理了数以千计的刑事、民事和行政案件的专门办理诉讼业务的律师，笔者深深感到我们国家的司法环境还远远不尽如人意，法庭时常会受到来自案件事实、法律这些真正决定当事人诉讼胜败的因素以外的权、钱、情的干扰，特别是涉及当事人巨大利益之争，也就是涉及那些所谓大要案和疑难案件的时候，这种干扰就更巨大、更强烈！人们不禁要问，哪来的这些足以改变法庭裁判结果的巨大的、强烈的干扰？其实就每一宗案件的干扰而言，就来自于双方当事人本身！无论是原告一方还是被告一方，无论是原本有理的一方还是无理的一方，哪一方都想赢！为了一个赢字，双方当事人不惜以权压法、以钱贿法、以情扰法！为了一个赢字，双方卷入了原本与案件无数的社会关系和社会能量，这些社会关系和社会能量一旦被卷入之后便以各种各样的方式发酵、膨胀，向双方当事人诉讼的目标即案件的胜败方向集中、渗透！而此时，作为审理此案的法庭就可能因此受到影响，因为双方

当事人争斗的唯一根本原因就是为影响法庭作出于己有利的裁判。

既然是诉讼，除非和解，结果只能有一个：必然有一方败诉！作为执业十几年的律师，笔者曾无数次体验到有理却打不赢官司的那种无奈、无助和无言的悲哀！作为执业律师，笔者深知，这不是哪一个律师甚至不是我们国家有着十几万之众的律师群体所能改变的，它是一个十分复杂的系统工程，需要全社会的共同努力，更依赖于我们国家民主法制现代化进程的深入推进！

作为执业律师，执业道德与职业纪律不允许我们介入当事人之间的争斗，但执业律师绝不能以司法环境不好来掩盖自己执业的无能，或将之作为推卸不尽职之责的借口。换言之，正是因为司法环境不好，才更需要执业律师使出浑身解数拿出维护当事人合法权益的好点子、好方案、好办法来。律师只要尽到了自己的职责，至于官司的胜败，只能说谋事在人，成事在天了。

基于“不能吊死在一棵树上”、“多管齐下”、“不知道哪块云彩会下雨”的多元诉讼策略与技巧的考虑，笔者在办理每一宗刑事、民事、行政案件的时候，除了就该案的证据、法律进行深入研究外，常常为了“确保”胜诉而做一些“节外生枝”的打算，也就是“以诉制诉”，即通过发动另外一个诉讼来制衡、制约目前正在进行的诉讼。无论是当事人还是律师，两者追求的目的是共同的，那就是胜诉，至于为达到胜诉而采用的手段当事人大可不问。基于追求的目的是胜诉，而“以诉制诉”又能做到殊途同归、异曲同工，哪怕是“曲线救国”又何乐而不为呢？

围魏救赵这则成语生动而又形象地说明了本书极力提倡的“以诉制诉”的诉讼策略与技巧。公元前354年，魏国军队围攻赵国都城邯郸，赵国请求齐国发兵相救。齐国应允，派田忌为将，孙臏为军师，率大队兵马前去救赵。田忌准备直赴邯郸，孙臏认为，要解开纷乱的丝线，不能用手强拉硬扯，要排解别人打架，不能直接参与去打。派兵解围，要避实就虚，击中要害。孙臏向田忌建

议，趁魏国大军攻打赵国内部空虚之际，应进攻魏国，魏军必然放下赵国回师自救，再在魏国回师途中进行攻击。田忌采纳了孙臏的建议，魏军果然从赵国撤军，齐军在魏军归途乘魏军疲惫之际突袭魏军，魏军大败，遂解赵国之围。从此，围魏救赵的典故流传于世，被后来的军事家列为三十六计中的重要一计。

例如，本书第一章第一节中引用的一个成功案例便是“用民事诉讼解决刑事问题”。笔者在二审阶段受理了湛某挪用公款刑事案件，一审以挪用公款罪判处湛某有期徒刑11年。一审认定湛某挪用的公款有两笔：一笔是挪用国营饲料厂小金库40万元，另一笔是挪用国营金成公司200万元。湛某一审的辩护律师已力辩控方指控的金成公司支付给深圳雅文公司的200万元其实是金成公司为购买正在开发的南方国际大厦项目的冷水机组、发电机组而支付的货款，并不是湛某个人挪用金成公司公款。湛某的一审辩护律师为证明其辩护观点还向一审法院举证了收到金成公司200万元货款按金成公司口头指令汇回190万元给双龙公司的雅文公司法定代表人的证言，双龙公司转让给金成公司冷水机组、发电机组的原付款凭证及存放于金成公司开发的南方国际大厦的冷水机组、发电机组的实物照片等证据。但一审法院并没有采信湛某一审辩护律师的观点，仍认为这200万元为湛某挪用。作为湛某二审的辩护律师，笔者当然完全可以按照湛某一审辩护律师的思路辩下去，其辩护思路并没有错。然而湛某告诉了笔者一个与此案无关而又有关的“案情”。原来湛某从国企退下来后，经营着一家在当地名声、品牌颇为响亮的“贵族学校”，湛某出事后便欲转让“贵族学校”股权。最终在和一买家快要达成转让协议之时，买家以能够帮湛某尽快出来为由要求降价1000万元，湛某答应了。湛某说，他的灾难便由此降临。因为买家无力支付几千万元的股权转让款，便不想如约让湛某“尽快出来”，不但如此，还想让湛某最好一直别出来，尽管湛某为“尽快出来”已埋了1000万元的单。因此，湛某认为一审被重判或许与股权转让案买家倒摆乌龙的操弄有关。作为律师，笔者无法也没有必要核实这些没有直接证据证明与湛某挪用公款刑事案件

有关的所谓“案情”。如果谌某真有一审被操纵的证据，二审翻这个案例简单了，直接把此案一审被人为操纵的证据向二审法庭一交即可，一审判决完全可以被撤销。但笔者因此隐约感到了这宗普通的挪用公款刑事案件件的复杂性。

如果笔者在二审中继续按一审辩护律师的思路辩下去，一审被否决了，谁能保证二审一定会被采纳？这就要思考有没有“双保险”的办法了，即笔者在按一审思路辩的同时，还要多采取一些办法“顶一顶”、“促一促”一审辩护思路。正如笔者在该章节所分析的那样，当笔者向双龙公司了解200万元的支付情况时，恰巧得知双龙公司为了冷水机组、发电机组拖欠货款一事正欲起诉金成公司。就这样，一宗意想不到但对谌某挪用公款案有至关重要帮助作用的民事诉讼即双龙公司诉金成公司拖欠货款纠纷案在海口市某区法院立案了。区法院的民事判决书被谌某挪用公款案的二审法院采信，从而认定金成公司付给深圳雅文公司又由深圳雅文公司转回双龙公司的200万元中的190万是金成公司支付给双龙公司的货款，被谌某挪用的只有金成公司未被转回的200万元中的10万元。据此，谌某挪用公款案二审法院改判谌某有期徒刑二年零六个月，谌某二审被成功减刑八年半。

再例如，第二章第三节“用行政诉讼解决行政问题”所引用的“海南恒通实业有限公司诉某市人民政府、某市国土环境资源局代付国债资金行政赔偿纠纷案”。用行政办法解决行政问题，别说一般当事人，就是执业律师见了可能一下子也是丈二和尚摸不着头脑。但通过选用的典型案例，生动示范了用另外一个行政诉讼“制诉”已经发生的行政诉讼的技巧。

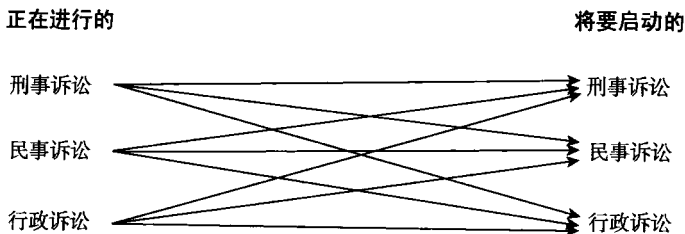
恒通公司于2003年以911.168万元取得100亩土地使用权，但恒通公司仅向某市政府支付了500万元出让金便一直未付余款。某市政府决定拍卖恒通公司这100亩土地使用权以还债。2004年5月18日，恒通公司100亩土地使用权拍得1170万元。本来某市政府扣除恒通公司拖欠的411.68万元土地款余额就应如数归还恒通公司，但某市政府除扣了411.68万元外，还扣了

500万元未讲任何理由，只退给恒通公司258万元。恒通公司不服，提起行政诉讼，要求某市政府归还剩余的700余万元拍卖款。在诉讼过程中，某市政府告知500万元是恒通公司还拖欠某市政府的国债资金。一、二审法院都支持了某市政府扣还500万元国债资金的说法，仅判决某市政府归还258万元土地拍卖剩余款。恒通公司不服，认为自己从未向某市政府购买过任何国债，没有也根本不可能拖欠其500万元国债资金款。恒通公司找到笔者，请求向二审法院申请再审。笔者认为，申请再审存在立案问题，再审立案难是民事、行政案件再审中当事人普遍存在的难之又难、难上加难的大难题。不是当事人说的没道理，但不可能所有有道理的案件都会被纳入再审程序。基于立案难与本案实际，笔者提出了放弃本案再审而另行发动一个新的代偿国债资金行政赔偿诉讼，要求某市政府、国土局赔偿恒通公司500万元所谓代偿国债资金。因为前案恒通公司争的也是这500万元，后一诉讼与前一诉讼殊途同归。同时，由于某市政府、国土局第一次在前案行政诉讼答辩时才告知恒通公司这500万元是因恒通公司另欠国债资金而被扣的，具备另行提起行政赔偿诉讼的条件。就这样，恒通公司暂时没有就前案提起行政再审，而是又另行对某市政府、国土局提起了500万元代偿国债资金的行政赔偿诉讼。一、二审法院以重复起诉且为前案生效判决所羁束为由驳回了恒通公司的起诉。“制诉”虽然失败了，但此案的诉讼策略与技巧仍然是值得肯定的，更何况两审法院驳回的理由明显存在值得商榷之处，书中该章节中有详述，在此不作重复。

如前文所述，一宗正在办理的刑事案件，被另一宗民事诉讼所“制”，这是典型的“以诉制诉”。照此思路，我们可以触类旁通、举一反三，一宗正在进行的刑事诉讼，除了可被另一宗民事诉讼所“制”之外，有否可能被另一宗行政诉讼、刑事诉讼所“制”？当然完全有此可能，这完全取决于正在进行的刑事诉讼的条件以及将要发动的行政诉讼、刑事诉讼的条件。因为任何一宗诉讼，包括刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼，在《刑事诉讼法》、《民事诉讼

法》、《行政诉讼法》里均规定了立案的法定条件和程序，只有符合了这些法定条件和程序，相应的诉讼才有可能被启动。

这样说来，一宗正在办理的诉讼与一种将要启动的诉讼之间有着下列的排列组合关系：



通过上面的排列组合关系可以看出，每一种正在进行的诉讼，都有可能被另外采取三种诉讼予以“制诉”。刑事、民事、行政诉讼是目前我国仅有的三种诉讼，总共就有九种“制诉”的可能。按照这个逻辑，就形成了本书的核心章节，即：

第一章：用民事诉讼解决刑事、行政、民事问题

第一节：用民事诉讼解决刑事问题

第二节：用民事诉讼解决行政问题

第三节：用民事诉讼解决民事问题

第二章：用行政诉讼解决刑事、行政、民事问题

第一节：用行政诉讼解决刑事问题

第二节：用行政诉讼解决民事问题

第三节：用行政诉讼解决行政问题

第三章：用刑事诉讼解决刑事、行政、民事问题

第一节：用刑事诉讼解决刑事问题

第二节：用刑事诉讼解决民事问题

第三节：用刑事诉讼解决行政问题

在我国，除了刑事、民事、行政三大诉讼法外，还有具有准司法性质的解决民事纠纷的方式，即仲裁，而目前比较广泛使用的仲裁是经济仲裁和劳动争议仲裁。在仲裁过程中，其与刑事、民事、

行政三大诉讼其实也存在“制诉”的可能。所以，本书选用典型案例，单独设立了一章，即：

第四章：用民事、行政诉讼解决仲裁问题

第一节：用民事诉讼解决劳动仲裁问题

第二节：用民事诉讼解决经济仲裁问题

第三节：用行政诉讼解决劳动仲裁问题

三大诉讼与九种“制诉”办法，显然，不一定在每一宗诉讼里三种“制诉”办法都能同时使用，可能用一种，也可能用两种，也可能用三种，还可能一种也不能用。每一宗诉讼里到底是使用几种办法“制诉”，除受诉讼条件的制约外，还受委托人的制约。律师是接受当事人委托以后才介入他人之间的诉讼，运用何种诉讼策略与技巧，律师尽可以拿出自己的方案，并充分向当事人说明每种诉讼方案的优点以供当事人选择，至于当事人是否选择、做何种选择应由当事人自己决定，律师绝不可勉强。

三大诉讼九种“制诉”策略与技巧，加上第四章可以说有十二种策略与技巧，笔者选用了二十七七个典型案例加以示范。这二十七七个案例的选用，意不在以案说法，而在以案说策略与技巧。在示范每个案例的时候，都遵循了这样的叙述原则：第一，办理的案件中遇到的问题；第二，解决案件中遇到的问题的办法；第三，诉讼策略、技巧评析。全书通过二十七七个案例充分示范了“以诉制诉”这种诉讼策略、技巧的使用条件、使用方法及使用注意事项。二十七七个案例有成功的，有失败的，但这并不重要，重要的是通过其介绍一种方法。也许这个办法在这个案例中失败了，但并不妨碍它在另一个案例中的成功；也许这个办法今天成功了，但也许明天就有失败的可能，因为案件形形色色，而条件又千变万化。一个成功的律师就是要在形形色色而又千变万化的个案中找到适用于自己所办理的案件的诉讼策略与技巧。正是从这个角度上说，这二十七七个案例是典型的抛砖引玉。也许读者朋友看了之后受到启发会将本书力荐的“以诉制诉”的诉讼策略与技巧在实战中加以发扬光大，这正是笔者所期待的。

此外，文中涉及的法律条文之引用及叙述或与当下最新规定有所出入，考虑到本书的主旨在于各案中“制诉”策略技巧的展示，故关涉法条之处均保持原貌，仍以办案当时的适用为依据，特此说明。

作者谨识

2010年2月

目 录

自序 以诉制诉：辩护、代理新思维	(1)
第一章 用民事诉讼解决刑事、行政、民事问题	(1)
第一节 用民事诉讼解决刑事问题	(1)
1. 海南双龙文化教育有限公司诉海南金成房地产有 限公司货款纠纷案	(1)
2. 卢某诉海口市琼山区长寿医院侵权纠纷案	(8)
第二节 用民事诉讼解决行政问题	(14)
3. 海南舒适装饰工程有限公司诉农业银行某支行、 郑某、海南某饲料公司房产转让合同无效纠纷案 ...	(14)
4. 江苏某建行诉海南力生房地产公司、海口市海万 房地产开发有限公司确认土地使用权转让合同无 效纠纷案	(27)
5. 湖南金通房地产公司诉中国某资产管理公司海口 办事处、上海慧诚实业公司股权转让合同纠纷案	(34)
第三节 用民事诉讼解决民事问题	(48)
6. 程某诉广东金鸭饲料有限公司产品质量纠纷案	(48)
7. 于某、周某诉海南佳玉装饰工程有限公司姓名权、 名誉权纠纷案	(58)
8. 海南昌江力发实业有限公司诉浙江林业大通工程	

公司海南公司农贸市场经营权纠纷案	(71)
9. 海南中昌实业公司诉海南南洋住宅公司、海南大 亚贸易公司“让与”合同纠纷案	(80)
10. 苏盛诉苏丹车辆权属纠纷案	(89)
第二章 用行政诉讼解决刑事、行政、民事问题	(101)
第一节 用行政诉讼解决刑事问题	(101)
11. 卢某诉某省公安厅违法信访案	(101)
第二节 用行政诉讼解决民事问题	(111)
12. 大连中油实业有限公司诉树林市政府、树林市国 土局违法变更土地使用权纠纷案	(111)
13. 海南中昌房地产实业公司诉某省政府、某市房管 局及第三人海南南洋住宅公司、第三人海南华陵 物业有限公司违法变更房屋产权纠纷案	(126)
14. 林某诉某省人事劳动厅违法行政纠纷案	(152)
15. 海南某协会申请撤销“兰贵人”茶叶商标纠纷案	(161)
第三节 用行政诉讼解决行政问题	(170)
16. 海南恒通实业有限公司诉某市人民政府、某市国 土环境资源局代付国债资金行政赔偿纠纷案	(170)
17. 刘某、海南恒涛贸易有限公司诉某市工商局违法 变更登记纠纷案	(177)
18. 江苏某建行诉某市政府、某市国土局行政不作为 纠纷案	(184)
第三章 用刑事诉讼解决刑事、行政、民事问题	(191)
第一节 用刑事诉讼解决刑事问题	(191)
19. 王某控告侦查人员滥用职权案	(191)

20. 卢某控告邢某等三人滥用职权案	(199)
第二节 用刑事诉讼解决民事问题	(201)
21. 海南海华投资有限公司控告海南金湾实业有限公司虚假出资案	(201)
22. 海南连华工程有限公司自诉王某侵占货款案	(211)
23. 仇某自诉阎某诈骗、妨碍作证案	(214)
第三节 用刑事诉讼解决行政问题	(222)
24. 海南海华投资有限公司控告某工商局工作人员玩忽职守案	(222)
第四章 用民事、行政诉讼解决仲裁问题	(229)
第一节 用民事诉讼解决劳动仲裁问题	(229)
25. 张某诉黄某人身损害赔偿纠纷案	(229)
第二节 用民事诉讼解决经济仲裁问题	(235)
26. 海口金华酒店诉陈某确认仲裁条款无效纠纷案	(235)
第三节 用行政诉讼解决劳动仲裁问题	(247)
27. 大华糖厂 302 名国企改制职工集团诉讼海南某县政府拒不发放经济补偿金纠纷案	(247)
附录一 行政诉讼二审案件代理策略与技巧	(267)
附录二 物业管理费纠纷案件代理策略与技巧	(276)
律师：解决问题的大师	(286)

第一章

用民事诉讼解决刑事、行政、民事问题

第一节 用民事诉讼解决刑事问题

1. 海南双龙文化教育有限公司（以下简称双龙公司）诉海南金成房地产有限公司（以下简称金成公司）贷款纠纷案

（1）刑事案件中遇到的问题：湛某挪用公款案中的“公款用途”之争

湛某系金成公司总经理、法人代表，后任双龙公司总经理。金成公司是国有企业，双龙公司是有限公司，湛某退出国企后在双龙公司任职。海南省人民检察院海南分院以海检分刑诉字（2005）154号起诉书，指控湛某犯贪污罪、挪用公款罪。2006年6月23日，海南省海南中级人民法院以（2005）海南刑初字第176号刑事判决书判决湛某犯挪用公款罪，判处有期徒刑十一年。湛某不服，依法向海南省高级人民法院提起上诉。

一审法院认定湛某挪用公款中的一笔是挪用金成公司200万元。一审法院认定湛某于1999年4月29日、5月6日以付电梯款

的名义从金成公司分4次共转200万元给深圳雅文设备有限公司（以下简称雅文公司）。雅文公司负责人胡某按照谌某的要求，于同年5月10日转90万元、5月12日2次共转100万元合计190万元转入双龙公司，作为双龙公司股东刘某的入股资金。余下10万元由胡某提取开支。

本案的争议焦点是：200万元是金成公司付给双龙公司的货款还是谌某挪用金成公司的公款？如果是货款，则否定了检察机关及一审法院关于这200万元不是货款而是刘某入股双龙公司的股款的指控和认定。所以，证明这200万元付款的真相便成了此案二审的重点。

（2）解决刑事案件中遇到的问题的办法：双龙公司对金成公司提起民事诉讼，确认200万元款项的用途

为了查明金成公司支付给双龙公司的这200万元款项的真相，笔者作为谌某二审辩护人首先调查了双龙公司购买美国开利冷水机组及琼斯发电机组的情况。经笔者调查，双龙公司法人代表刘某确实在2000年5月23日从香港港龙公司购买了3台美国开利冷水机组和1台琼斯发电机组，分别支付货款452万元港币及120万元港币，有港龙公司开具的收据及上述实物为证，笔者提取了两份收据及实物照片。

金成公司在海口市黄金地段开发了南方国际大厦房地产项目，笔者作为谌某辩护人又向南方国际大厦项目经理韩某、朱某及电气工程师于某做了调查，证实了金成公司从双龙公司购买冷水机组、发电机组的实际情况。

笔者认为，为了证明本案刑事案件中遇到的200万元款项的用途的问题，针对本案特殊的实际情况，比较理想的办法就是由双龙公司起诉金成公司。通过诉讼，不但可最终以民事判决书的法定证据方式直接确认200万元中的190万元是金成公司支付给双龙公司的货款，还会将双方发电机组、冷水机组的购买、转卖及货物的交付和货款的结算与支付的详细、具体情况逐一加以确认，从而支持

其货款的诉讼主张，而这也恰恰是刑事诉讼中需要解决的问题。

双龙公司转让给金成公司的发电机组、冷水机组合计 572 万元港币，而金成公司仅支付货款 190 万元，尚欠货款 380 余万元人民币，双龙公司具有起诉金成公司的事实依据。同时双龙公司起诉金成公司也不存在法律障碍。虽然海南省中级人民法院作出的（2005）海南刑初字第 176 号刑事判决书，对 200 万元款项的用途已做了确认，但并不影响双龙公司对金成公司的民事诉讼。因为首先刑事法律关系的主体是被告人谌某，并不是双龙公司和金成公司，且侦查机关在侦查时只是对谌某做了讯问笔录，并未向金成公司和双龙公司做调查。其次，发生在双龙公司与金成公司的这 200 万元的往来，如果没有真实的交易，显系实际支配这 200 万元的人挪用；反言之，如果两公司之间存在真实的交易，则显然不存在挪用。正是因为存在真实的交易，这 200 万元到底是什么钱，有发言权的显然是双龙公司和金成公司，而不是刑事诉讼中的被告人谌某。因为双龙公司是其与金成公司之间民事法律关系的主体，刑事法律关系中关于这 200 万元款项性质的确认，显然不能代替民事法律关系主体双方的确认，包括双方为此提出的民事诉讼。换言之，关于这 200 万元，民事法律关系双方的确认或诉讼可以否定本案刑事法律关系中关于这 200 万元性质的确认，而后者却不能否定前者，原因在于法律关系不同。

因为谌某系双龙公司总经理，便于 2006 年 11 月对金成公司提起了民事诉讼。双龙公司以金成公司购买冷水机组、发电机组支付 190 万元货款尚欠 383.716 万元货款为由，将金成公司诉至海口市龙华区人民法院。2006 年 12 月 25 日，海口市龙华区人民法院作出（2007）龙民二初字第 231 号民事判决书。该判决书在“经审理查明”部分“查明”：“原告于 2000 年 5 月 23 日购买开利冷水机组 3 台和琼斯柴油发电机组 1 台，分别支付货款 452 万元港币和 120 万元港币。2000 年 6 月，原、被告口头协商，由原告将所购买的开利冷水机组 3 台、琼斯柴油发电机组 1 台以原价转让给原告，并口头商定将 1999 年被告指示雅文公司转入原告的 190 万元人民