

雷海军律师铸剑五载

继《小律师 大律师》之后

对中国律师业的执业规律与职业特点做出深刻思考与艰辛探索

又一部力作问世！

北京银雷律师事务所系列丛书之一

TO BE A BRILLIANT LAWYER

给力 的证据

律师策略与诉讼艺术

雷海军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京银雷律师事务所系列丛书之一

TO BE A BRILLIANT LAWYER

给力 的证据

律师策略与诉讼艺术

雷海军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

给力的证据 / 雷海军著. —北京:法律出版社,
2011.7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2249 - 9

I. ①给… II. ①雷… III. ①律师—工作—中国
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 121351 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张新新

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/廊坊市飞腾彩印制版公司

责任印制/陶 松

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/17.25 字数/208 千

版本/2011 年 8 月第 1 版

印次/2011 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2249 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

证据为我所用还是我为证据所累？

——为雷海军律师《给力的证据》而序

刘桂明*

当本书作者雷海军律师将书稿交给我的时候，正值我将前往中央党校学习前夕。鉴于我对海军律师敏锐思维与勤奋精神的欣赏，所以当海军律师邀请我为其新作写序时，我当即满口答应，并告知将在中央党校学习期间努力完成。

不料，我却食言了，竟然拖到四个月后的夏日才开始动笔。由此看来，空口无凭，言而无据，致使许多口头承诺越来越不可靠。

那么，什么是可靠的呢？于是，我不禁想起了三年前除夕的一条短信。那条短信的内容是这样的：“看了《色·戒》，才知道情人不可靠；看了《投名状》，才知道兄弟不可靠；看了《集结号》，才知道组织不可靠。”既然连本该如此可靠的人和组织都不可靠了，那还有什么可靠呢？

作为法律人，我们的回答是：“当然有！”因为在我们法律人看来，最可靠的就是证据，就是证据科学，就是证据法则，就是证据规律。

海军律师奉献给我们的这部《给力的证据》，就是一部有关如何对待和解决证据不足、如何从对手处取证、如何在法庭的庭审中取证、如何将举证责任分配给对手、如何在证据不足的前提下利用诉讼策略实现诉讼目的的新作。可以说，这又是一部研究和解决怎样发现证据、怎样获取证据、怎样运用证据，最后使证据扎实可靠、实际有效的

* 刘桂明，中国法学会《民主与法制》总编辑。

大作。

那么,究竟什么是证据呢?从汉语词源上考察,“证”具有“凭据、证据”的含义,最早可追溯到《大戴礼记·文王官人》曰:“平心去私,慎用六证。”《晋书·范宁传》有言:“时更营新苗,博求辟、雍明堂之制,宁据经传奏上,皆有典证。”根据我国《现代汉语词典》之解释,证据就是“能够证明某事物的真实性的有关事实或材料。”而《牛津法律大辞典》对证据的解释是:“事实、事实推论和陈述。”“这些事实、事实推论和陈述有助于法院或其他调查主体确信特定事实,即某些尚不明确但正在调查的状态所导致的特定结果。”我国《刑事诉讼法》第42条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”

有人常说,打官司就是“打关系”。其实,真正打官司的就是打证据。只有证据,才是最可靠的。证据,作为发现法律事实、证明法律事实、确定法律事实的手段或物品,当然需要为我所用。

海军律师的这部新作实际上就是强调证据如何为我所用的实用之作。但是,在我们的专业实践中,却往往首先遭遇到证据不足、证据不够、证据不全的问题。对此,我们应该怎么办呢?

为此,海军律师以其少年老成的探索经验与研究心得告诉我们:我们如何在对手处取证,怎样在庭审中取证;我们怎样让对手举证,如何让对手自认……

因为在海军律师看来,“证据只讲用处,不讲出处,证据假如在对手处,那我们就到对手处取证”;“庭审不仅是举证的舞台,也是质证的舞台,更是取证的舞台”;“与其辩驳对手,不如让对手为你辩解,不如从对手处找到对手的自认”。

于是,海军律师以其独特的视角与敏锐的观察写出了这样一部不一般的书。

这是一部可以当成故事来阅读的书。能够把专业书写得有故事、有趣味、有看头,应当说是律师的特长之一。海军律师的这部书同样

也达到了这个效果，而故事性正是本书的主要特色。本书的故事性就体现在它让读者既能看进去，也能看得懂，更能看过瘾。所谓故事，就是按照既定的轨迹运行与发展，本该平安无事，但却因“故”在半途遭遇意外而面临困境乃至绝境，最后借助外力如高人或贵人的给力，达到大团圆的圆满结局。换言之，“故事”的前提是“事故”，而化解“事故”的高人或贵人就是如律师这样的专业人士。受命于危难忧烦之际，效力于是非曲直之间的律师则通过专业智慧与专业技巧（如对证据的灵活使用即为我所用），变复杂为简单，变被动为主动，最后为当事人挽狂澜于既倒，化腐朽为神奇。本书引用了许多乍看起来是“故事”、再一看是“事故”、最后一看又是“故事”的趣闻轶事，充分说明了专业人士的介入与投入乃至深入是多么重要和必要。在这些故事中，既有出自我国古书中脍炙人口的诸如“揭被勒镬”还是“勒镬揭被”的恍然大悟，也有来自彼岸老美常被引经据典的诸如詹妮芙律师在康妮状告通用汽车公司中面对陪审团的热泪盈眶，更有这些年发生的诸多经典案例……

这也是一部可以当成思维训练来使用的书。尽管本书具有如此的看头与说头，但本书作者雷海军律师显然并没有满足于只是给读者讲讲故事，说说趣闻。其实，他的本意是希望不管是专业人士还是非专业人士，不论是法律人还是非法律人，都需要不断地训练与养成自己的法律思维。比如说在对方证据不完善时律师是否仅仅只是质疑？能否做到主动收集证据证明对方主张不成立？比如说在受害人存在过错的前提下能否将审理焦点从被告人身上转移到受害人身上？比如说当控方证据出现疏漏时能否以其证据不足之处证明控方的指控存在缺陷？……诸如此类的思维训练，将是养成法律思维的最佳途径。事实上也是如此，在经典培训教材中，我们要求培养律师的教学方法是“他借钱了吗？人是他杀的吗？”而不是“借债该不该还钱，杀人该不该偿命”。因此，对事实的挑战技巧是律师最硬的基本功，诉讼律

师应培养“摧毁证据链技能,形成证据链技能”。

这更是一部可以当成业务技巧与经验来交流的书。众所周知,有关证据的研究之作与论证之文,当然比比皆是。从证据学的研究与繁荣来讲,如此成果与如此盛况,固然需要,当然必要。但是,条分缕析、融会贯通、有点有面、讲解结合的有关证据实用之作,还是略显不够,所见不多。雷海军律师的新作为我们提供了一个新的思路,那就是律师的专业书还可以这样写,用《明朝那些事儿》作者当年明月的话说就是“可以写得更好看”。综观本书,有一个观点核心提示值得我们所有律师同行来共同思考与研究,那就是“究竟是我为证据所累还是证据为我所用?”在我看来,这是考验一个律师水平与技能、智慧与思维的试金石。从本书的标题,就可以看出雷海军律师经过艰辛努力与不断探索而提出的许多经验与心得。诸如从“加重举证责任”、“减轻举证责任”、“转移举证责任”、“善用质证减缓举证的压力”等标题中,我们可以看出举证责任如何为我所用;从“妙用人情世故”、“锁定人的心理”、“妙用物证”、“注重鉴定”、“利用庭审好奇心”、“主张有时仅为推测”等主张中,我们又可以看出如何将举证由技术转化为艺术的魅力;从“成人之美”、“只搭台,不拆台”、“不足的是证据,而非胸怀”、“多的是钱,绝非证据”、“不足的是证据,绝非道德”、“盲目否认的代价”等提示中,我们更可以看出如何使举证走向和谐司法,如何避免“弄丢了道德”的尴尬……诸如此类各具特色、极富眼球效应的标题与提示,显然已经不仅仅是文章的标题,也不仅仅是研究的课题,更不仅仅是法律的命题,而是一种证据内涵的提示与法律精神的昭示。当然,最直接最具体的还是一种律师同行之间相互探讨与交流的业务技巧与经验。这些由本书作者总结和概括的技巧与经验,均值得我们律师同行参考与借鉴。

最后,尽管本书并未特别涉及改变证人证言的介绍,即使特别介绍了也是出现在人家老外那片国土上,但我相信“改变证人证言”这个

课题同样也需要面对“究竟是证据为我所用还是我为证据所累”的难题。

有鉴于此,看看海军律师这本书,读读海军律师这本书,或许会让我们豁然开朗,恍然大悟。

是以为序。

2011 年 7 月 1 日于北京

给力的证据：走向成熟

刘耀堂*

雷海军律师是我大学最优秀的校友之一，又是工作上和生活中的好友。雷海军律师的新作即将付梓，嘱我写序，我欣然允诺，以表祝贺。

一方面，青年律师由于缺乏执业经验以及由此造成的案源不足，在开始从事律师工作的三到五年内，往往处境艰难，甚至连基本的生存问题都难以保障。因此少数青年律师迫于生活压力而走上了旁门左道，有些律师则心生浮躁，小案子不愿做，终日幻想接到大业务，恨不得一口吃个胖子，殊不知不是金刚钻揽不到瓷器活，整日于惶惑中虚度光阴。

雷海军律师从执业之初就以业务技能作为律师的立命之本，踏踏实实从案件细节做起，从最基础的工作入手，通过不断总结经验教训，逐步积累执业经验，提高业务素质。雷海军律师还注重学习和思考，并非一味地低头做业务，而是经常思考甚至是反思律师行业的很多惯常思路和做法。在实习期间，雷海军就在自己学习律师前辈经验的基础上，再加上自己的思考，撰写了大量的文章，并整理出版了《小律师 大律师》一书。书中的很多观点颇有颠覆色彩，对律师行业存在的一些现象和做法进行了尖锐的批判，以一种初生牛犊不怕虎的姿态在律师行业掀起了一阵波澜。正是由于这种敢于挑战权威、敢于旗帜鲜明地提出自己见解的精神，该书得到了律师同行们的认可，在律

* 刘耀堂，《中国律师网》执行主编。

师行业取得了不错的反响。

另一方面,我把律师的业务通俗地分为两类,一类是“帮人打官司”,另一类是“帮人不打官司”;前者就是所谓的诉讼业务,后者是指非诉讼业务。诉讼作为律师的常规业务不仅是青年律师入门的必修课,而且也是最能体现律师能力的“金刚钻”。而律师行业流行着这样一种错误的认识,即打官司就是“打关系”,这样做的后果就是逼迫律师去依附权贵,违法乱纪。律师所做的一切工作依据的只能是法律,而诉讼依靠的只能是证据,所以在一定程度可以说证据是诉讼之本,从这个角度说律师法庭制胜的法宝就是驾驭证据的能力。

《给力的证据》一书选取了古今中外的几十个故事和判例,结合《孙子兵法》的战策,从实战的角度分析了律师如何巧妙地利用证据赢得诉讼的经验和技巧。实践中,律师要想从证据的合法性、关联性等方面直接推翻检方或对方的证据很困难,因此作者以“证据不足”作为切入点,最终推论出现有证据不能证明被告人有罪,或对方不能证明自己的主张。作者从研究法官、证人等诉讼参与各方的心理入手,利用向被告人、证人发问的技巧,或指出对方的证据自相矛盾,或转移举证责任,或利用对方的证据为自己所用,最终达到理想的诉讼效果。

作者从案例分析着手,结合自己的实战经验和深入思考,总结提炼出了若干诉讼技巧和经验。本书不但有那种大处着眼的春秋笔法,还有小处着手的娓娓道来,对律师同行有很好的借鉴作用。阅读本书的读者都能够从中有所收获,提高自己的诉讼技能。祝愿雷海军律师的执业之路越走越宽,成为北京律师的佼佼者。

2011年5月于北京

目 录

第一篇 寻找证据

第一章	证据不足	3
第二章	在对手处取证	5
第三章	在庭审中取证	9
第四章	法官取证	12
第五章	庭审小结	15
第六章	归纳对手的主张	18
第七章	让对手自认	21
第八章	三分话与刀笔手	24
第九章	分配举证责任	28
第十章	让对手举证	31
第十一章	我能赢吗?	34

第二篇 庭审雄辩

第一章	击败对手(一)——隐瞒等于招认	39
第二章	击败对手(二)——锁定受害人的过错	43
第三章	击败对手(三)——不要猜测真相	47
第四章	击败对手(四)——指控证人	50
第五章	击败对手(五)——有错不等于有罪	54
第六章	击败对手(六)——质疑证人	57

第七章	击败对手(七)——撤回证人	61
第八章	说服法官(一)——眼泪的价值	65
第九章	说服法官(二)——让法官寻找答案	69
第十章	说服法官(三)——哀求的价值	72
第十一章	说服法官(四)——关注法官自身的利益	75

第三篇 庭外策划

第一章	利用对手(一)——提示主张的缺陷	81
第二章	利用对手(二)——提示对手盲目主张	83
第三章	利用对手(三)——不足的是证据,而非胸怀	86
第四章	利用对手(四)——设计证据	88
第五章	利用对手(五)——看出对方的自认	91
第六章	利用对手(六)——让对手为你辩护	94
第七章	提醒法官(一)——增加对方主张	97
第八章	提醒法官(二)——改变主张的内容	100
第九章	提醒法官(三)——另起一番主张	102
第十章	提醒法官(四)——只主张,不举证	104
第十一章	提醒法官(五)——不主张,不举证	106
第十二章	提醒法官(六)——设计疑点	110
第十三章	提醒法官(七)——遵循官场规则	114
第十四章	提醒法官(八)——劝人向善	117

第四篇 诉讼策略

第一章	空城计——不战而屈人之兵	123
第二章	以逸待劳——不可无视证据不足之处	126
第三章	瞒天过海——加重举证责任	129
第四章	无中生有——减轻举证责任	132
第五章	金蝉脱壳——转移举证责任	135
第六章	围魏救赵——善用质证减缓举证的压力	138
第七章	笑里藏刀——认可是最恶毒的反对	141
第八章	指桑骂槐——击败对手,方可说服法官	144
第九章	借尸还魂——与其摧毁,不如利用	149
第十章	树上开花——分配对手主张	153
第十一章	调虎离山——恶意狡辩的代价	157

第十二章	打草惊蛇——无端抵赖的代价	160
第十三章	关门捉贼——盲目否认的代价	163
第十四章	上屋抽梯——让对手的证据反对手的主张	168
第十五章	釜底抽薪——“我反对!”本身也可被反对	173
第十六章	反客为主——反用对手的证据	179

第五篇 裁判艺术

第一章	庭审隐身(一)——法官隐身	187
第二章	庭审隐身(二)——被告隐身	191
第三章	庭审隐身(三)——原告隐身	193
第四章	庭审隐身(四)——以判决书的形式下达调解书	197
第五章	庭审取证(一)——话中有话	201
第六章	庭审取证(二)——话外有话	202
第七章	庭审取证(三)——提示举证的角度	204
第八章	庭审取证(四)——提示质证的角度	207
第九章	庭审取证(五)——提示判决结果	210
第十章	庭审取证(六)——利用法庭辩论取证	213
第十一章	庭审释疑(一)——妙用人情世故	217
第十二章	庭审释疑(二)——锁定人的心理	220
第十三章	庭审释疑(三)——妙用物证	222
第十四章	庭审释疑(四)——让当事人反证推翻	224
第十五章	庭审破案(一)——注重鉴定	226
第十六章	庭审破案(二)——主张有时仅为推测	229
第十七章	庭审破案(三)——改变当事人的主张	232
第十八章	庭审破案(四)——怀疑假象不如找到真相	234
第十九章	庭审破案(五)——利用庭审好奇心	238
第二十章	庭审破案(六)——怀疑关联性	241
第二十一章	庭审树德(一)——庭审是“假象”	243
第二十二章	庭审树德(二)——成人之美	247
第二十三章	庭审树德(三)——只搭台,不拆台	249
第二十四章	庭审树德(四)——高调做事,低调做人	252
第二十五章	庭审树德(五)——重新认定证据	254
后记		258

DAVE

第一篇 寻找证据

1. 证据只讲用处,不讲出处。证据假如在对手处,那我们就到对手处取证。
2. 庭审不仅是举证的舞台,也是质证的舞台,更是取证的舞台。
3. 将举证责任转移或分配给对手,这就是不战而屈人之兵。

第一章 证据不足

编者按:要客观对待证据不足问题,并正确认识,不要绝望。证据不足并非是表达证据多和少的概念。很多当事人提交了大量的证据,但在关键争议点上如果并无相应的证据,一样属于证据不足的范畴。证据不足,并非就是说某一事实不成立,并不等于必然败诉。

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第64条规定:当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。

按照上述规定,法律规定只是要求提供证据,并没有表达不提交证据就承担败诉风险的意思。

《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》第2条规定:

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

举证不足的确要承担不利后果,但这一不利后果不等于主张就不成立,更不等于需要承担败诉的风险。我们不能够根据证据论胜败。

上述两项规定结合起来理解,则不利后果,不等于不成立,不等于败诉,只能够表达为“有证据更好”的意思。

实践中大多数案件的败诉都有两部曲：首先，是判决书申明，谁主张，谁举证，由此原告或者被告应当对自己的主张提供证据予以支持，若不能够提供充足的证据，则应当承担败诉后果。其次，判决书会接着再进一步表述，由于原告或者被告未提供充足的证据，或者提交的证据不足以证明自己的主张成立，由此判决原告或者被告败诉。

法官的上述做法初看符合相关程序法的规定，法官似乎对案件的胜败并无任何影响，案件的胜败完全取决于当事人自己的证据是否充足，但换一个角度看待这个问题，则上述做法实际并非放之四海而皆准，不能够作为所有案件千篇一律的做法。

诉讼案件有三层境界：其一是证据阶段，凡事都讲证据，没有证据支持的话不讲；其二是事实阶段，凡事都只讲客观事实，哪怕证据与事实抵触，也坚持只说事实不顾证据；其三是只讲主张阶段，不论任何证据，不论任何事实，作为当事人一方则永远都是只看自己的主张是否得到支持。

证据只能够作为案件胜败的参考因素之一，而不是唯一的决定因素。“打官司就是打关系”，这是一句挂在人们嘴边的习以为常的话。对于这句话要客观对待。打官司在某种意义上讲，的确就是打关系，只是不同的人对这个关系的理解不同而已。这关系可以是事实关系，也可以是法律关系，还可以是人际关系。在人际关系中，可以是和法官的人际关系，也可以是和被告的人际关系，更可以是诉讼参与各方的和谐关系。

在逻辑关系上，证据和事实甚至和主张之间并不存在绝对的一一对应关系。有时，证据连最客观的事实都无法证明。有时，主张是否成立，是否能够得到法院的支持，不但取决于证据，还取决于法律、社会、人际等因素。所以，让证据任何时刻都单独去承担主张是否成立的重担，显然是不合理的。“打官司就是打证据”，只是表达了证据非常重要的意思，对此我们要予以清醒的认识。