

The Lawyers' Game Way in Difficult Cases



诉讼律师疑难案件 博弈之道

张荣君 著

激烈交锋的庭审过程，步步为营的诉辩策略

用智慧一次次探求法律的公正，用行动一步步推进法治的进程

法律出版社 LAW PRESS·CHINA



*The Lawyers' Game
Way in
Difficult Cases*

**诉讼律师疑难案件
博弈之道**

张荣君 著

图书在版编目(CIP)数据

诉讼律师疑难案件博弈之道 / 张荣君著. —北京:
法律出版社, 2014. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6883 - 1

I. ①诉… II. ①张… III. ①诉讼—案例—中国
IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 217250 号

诉讼律师疑难案件博弈之道
张荣君 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.5
字数 333 千
版本 2014 年 10 月第 1 版
印次 2014 年 10 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

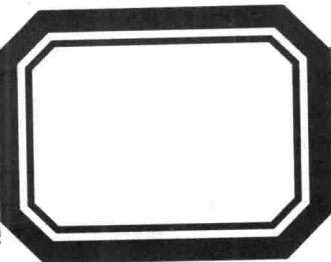
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市
全国各地中法图分、子公司电话
第一法律书店/010-63939781/9
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

29-85388843
-62071010/1636
-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6883 - 1

(如有缺页或倒装,中国法律图书



前言

律师的“江湖”

梁慧星先生在《裁判的方法》一书中曾云,“时下出版著作,流行求人作序与题献之风。求人作序,除求自己的学生作序之属于特例外,与企业请名人自己的产品做广告,同其本质”,^①又说“断无作者自拟序言强冒他人之名发表之理”^②。想想也是,在本书面世之前,我也曾想邀请认识的、位于北京的几位法律名家或大家作一序,以壮声威。但在看了梁先生上述一段话后,我打消了这个念头。

从我个人的执业经历来看,无论是执业之初的大致构想,还是办理具体案件中的策略和思路,抑或是遇到的一些困惑和烦扰,我觉得都会使自己的律师人生变得愈加丰盈和绚丽。下面的话,仅是我的一点“感悟”,或许粗浅,但为“心经”,在本书出版之际,作为前言,与诸君共勉!

一、定自己的“位”,谋自己的“势”

有这样一则寓言:

一头驴听说蝉唱歌好听,便头脑发热,要向蝉学习唱歌。于是蝉就对驴说:“学唱歌可以,但你必须每天像我一样以露水充饥。”于是,驴听了蝉的话,每天以露水充饥,其结果呢,没有几天,驴就饿死了。

我认为,律师对自己的定位非常重要。上述寓言亦表明:驴应该做驴的事业,不能盲目地学蝉唱歌。但在现实中,我们

① 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,“自序”第2页。

② 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,“自序”第2页。

经常见到,有很多的律师,看别人做什么自己也做什么,随风倒的很多,不知道自己究竟做哪方面案件拿手和精通,什么案件都承接、都敢做,不能确定自己的位势。这样下去,即使做几年,也还是“被梦牵着手,跟着感觉走”,不会有大的建树。

三国时代,天下大乱,军阀混战,弱肉强食,你方唱罢我登场。刘备相对于曹、孙集团来讲,肯定是弱者。尽管他总是自称“皇叔”,但没人买他的账。他如果与曹操争夺北方地区,无异于与虎谋皮、以卵击石、自取灭亡。所以经过高人指点和专家谋划,夺取荆州、占领四川,形成稳固的根据地才是上策。刘备最终结束了大半生的流浪生涯,定位于“荆、益”,建立了蜀汉政权。我们做律师,也要给自己进行业务上的定位,样样通、样样松,什么都做不好。每个律师都有自己的长处,不能舍长而就短,更不能舍近以求远。如果像驴那样学蝉唱歌,就是自取灭亡。

我们常说,给猴子一棵树,给老虎一座山,给耕者一把锄,给歌者一个舞台。这是非常有道理的,意即猴子的长处是上树,老虎的本领是占据山冈(如著名的景阳冈),耕田的人擅长农事,演员在舞台上才能发挥自己的天赋。

对于初做律师者,我认为,还是先做一些传统业务来磨炼,民间借贷、人身损害、工伤、劳动争议、遗产继承、离婚、房产、刑事案件、交通事故等,两三年后,再选择自己的特长,或者转向,如去做改制上市、并购、投融资等。一定要找准自己的方向,定位要准,接下来,就要倾尽全力做这个领域的顶级专家,做到在这个领域内,没有你不知道的法律问题。比如,我们有很多人瞧不起做劳动案件的律师,但是在上海和深圳,专门做劳动争议(含工伤)的律师,一年收入100万元以上的,大有人在,当然他是诉讼业务与非诉业务一起做,既做用人单位的(包括外企)劳动法律顾问,又代理劳动者索赔。以此观之,哪个领域做好了,都可以混上一碗“不错的”饭。但前提是你一定要选一个或两个自己擅长的领域,用心专一,时时想、天天做、夜夜琢磨、年年研究,还有做不好的吗?

二、碰钉子不是坏事

现在的法庭,早已变为“当事人主义”,法官就是听,听后居中裁判。但有些法官,不但不听,还要粗暴干涉、打断双方当事人的发言。在这种情况下,有的律师就忍了,但也有忍不了的,就会与法官发生口角乃至于争吵。大度的法官可能不计较这些,但小肚鸡肠的法官就会找你的茬,明明有理、能赢的案子,他就判你输。他的潜台词是“你能奈我何?”

我就见过北京一著名刑辩律师到大连开庭,公诉人举一证完毕,辩护人质证,法官

催促：提醒辩护人，发言要简短。辩护人说，好的。公诉人又举证完毕，辩护人又质证，法官又说：再次提醒辩护人，要简单说，有些话放到法庭辩论中说。辩护人说，好的。到法庭辩论阶段，法官不让辩护人简单说了，但比让他简单说还要命——给辩护人限定5分钟的时间。这时只见辩护人不声不响地举起手，大声说了一句话：审判长，依据律师法，我请求获得与公诉人相同的权利（即相同时间发言的权利、相同的不受到法官随意制止和打断的权利）。法官听罢，默然无语。最终，这名律师发表了非常精彩的辩护词。

在目前的司法环境下，律师在执业生涯中碰钉子的情形，恐怕不会少。明钉子、暗钉子、冷钉子、热钉子、长钉子、短钉子…肯定会遇到，怎么办？立案难，律师就要据理力争或改变案由，再立；立完案了，迟迟不开庭，当事人不满意了；开庭了，迟迟不下判决，甚至超审限；官司赢了，执行难。律师的热脸总是贴在法官的冷屁股上。我要说的是，记住，律师要不怕碰钉子，有时也要敢于碰钉子。碰了多次钉子的后果是：把自己磨成光滑的钉子了，你就不会——或者很少再碰钉子了。不是油滑，而是老道；不是被动忍受，而是主动解决。“人在江湖飘，哪有不挨刀”。在世上混，有不碰钉子的人吗？律师碰了法官的钉子，法官又碰了谁的钉子？一位曾经为当事人垫过抚养费款项、在我眼里很不错的法官，有一天突然发牢骚说，下辈子打死也不做法官。所以说，钉子随处可见，谁也躲不过，不单单是律师。关键是碰完钉子，能有所感悟。

人生就是碰钉子，碰一回钉子，长一分见识，增一分阅历，做的事情越多，碰的钉子就越多，没有碰过钉子的人，必是没有独立作过事情，不过，聪明的人在看到别人碰钉子的时候而增长阅历，糊涂人虽然碰了钉子，但不知道是钉子，必将左碰右碰，碰得休无完肤，才知道钉子的厉害。^①

这时，不妨学着做个“老狐狸或老油条”（现在这类词汇已经不是贬义词了）。2009年秋天，我曾在大连黑石礁浪花街租房居住过一段时间，那时我收养过一只白色的流浪猫，当我忙或没心情，不愿理睬它的时候，它很知趣地静静待在它的领地，眯起眼，甘受冷落且泰然地对待我和这个世界。实际上，这是它的一种智慧。我就想，有时候，律师也会遇到很多无奈的人和无奈的事，这时，就要像我养的那只猫，泰然一点，没什么大不了的，该吃吃、该喝喝，太阳每天会照常升起。就像朱军在采访当年明月时说的一句话：当别人都把你当回事的时候，你别把自己当回事；当别人不把你当回事的时候，

^① 永光：《老宣放言录：妄谈疯话》，今日中国出版社1996年版。老宣因其独特的思想和写作风格，与李宗吾并称为中国文坛的两位奇人怪杰。

你一定要把自己当回事。

三、持续的修行

2012年的夏天,我应邀参加了北京影响力大连分公司举办的总裁管理沙龙《总裁如何打造执行团队》。应该说,这是一次非常规范、严谨的沙龙盛事,来了很多民营企业的领导。在这次活动中我与安徽商会等一些企业老总共同探讨了企业管理、执行力、风险防范、公司治理等管理学、成功学、营销学和法律方面的问题。

虽然自己天天都埋头于纷繁复杂的法律事务,但由于兴趣和爱好使然,我始终对企业的战略规划、企业管理的有效性、企业文化的铸造和拓展、风险管理及控制等方面很感兴趣,并认真研读过这方面的书,如汪中求的《细节决定成败》、路长全的《切割》、稻田和夫的《活法》、杰克·韦尔奇的《赢》等。

那次的沙龙中,在影响力公司的一本《年鉴》上,我看到关于企业家黄鸣^①的一段演讲摘录,感到很受启发,就随手记了下来。他讲——无论是企业建设,还是自己,都要有五个“W”,这其实是很简单的哲学层面,就是问。第一个“W”是 Why you,为什么是你?生活为什么?为什么活着?为什么来到这个世界上?为什么创业?这么多人创业,为什么只有你成功?第二个“W”是 what,创业,你想做什么?你会做什么?你愿意做什么?这是非常重要的,就是一定要确定好方向。第三个“W”是 For whom,为谁做?要为你的客户去做。你如果仅仅是为了赚钱,为了得名,然后把客户、社会等都抛在一边,那么社会会抛弃你,客户也会抛弃你,谁也不会支持你。第四个“W”是 By whom,就是“靠谁做”?一开始必须是靠自己,来打下坚实的根基,然后才有资格或者是有能力招一些水平更高的人。第五个“W”(实际上是“H”)是 How,怎么做?最关键的做法是要务实,仅有梦想和完美的计划是不够的,把创业计划分解成可操作的细节,能一步步地落实,用实干的精神把计划落地。因为人的一生,包括一个组织能做的事情是很少的一点的。你什么都想干,你什么都想抓,最后你什么也得不到。

为什么对这段话感兴趣?我觉得,这段话,不仅仅是针对企业家(包括职业经理人、CEO)如何做企业以及企业如何发展的问题,它对于我们每个愿意思考的人来说,有着更重要的、揭示人生的目标和价值观的问题,同时与我们律师界常说的“谋食、谋事、谋业、谋生、谋道”能够有机地结合在一起,这就是:无论干什么,都要——持续的修行。想想看,我们每天忙忙碌碌,为的是什么呢?简单而言,当然是衣食住行(深圳的

^① 黄鸣,系山东皇明太阳能股份有限公司董事长。

邱旭瑜律师给加了个“性”^①)。在此基础上,逐步追求一种高质量的生活。但如果日复一日、每天都重复着昨天的“故事”,又会觉得人生没意思。怎么能有意思呢?这就是持续修行的问题,在自己的内心世界和外在能力上,要不断地拓展新的东西、每天进步一点点。人人都有追求,就看你追求的是什么?农村的放羊娃追求的就是吃饭、睡觉,就这么简单。但是,当一个人想的多了、见的多了、经历多了、追求高了,不满足感就增强了。当目标达不到的时候,是有痛苦的。这时,还是一个修行的问题,目标达不到没关系,至少我们追求过、努力过、付出过、实践过、收获过,至少我们的内心是充盈的、饱满的、脱离了低级的一些东西(我不想说一个人要多么高尚,那都是扯淡)。

持续修行,就是——打扮你的外在不如修炼你的内心。因为有内涵的人才是让人尊敬的人,内心的驱动力才是一种伟大的力量。一个人的容颜可以老去,美人也终有迟暮的一天,但不老的是他持续修行的心态以及由此表现出来的迷人的风度、优雅的气质、不俗的谈吐。也只有这样,我们才能去除浮躁,行稳致远,知行合一!

四、因为有人在看你

非常欣赏余世维博士的一句话——“做任何事情都要用心,因为有人在看你”^②!这是余博士撰写的《领袖性格》一书中某个章节的标题。也是因为喜欢这句话,我买了好多本《领袖性格》,送给以前的老领导和身边一些要好的朋友们。

我想,这句话对我们这些做律师的人,很管用。你对当事人委托的案件,是否进行了认真、细致的解析?是否对其中的证据材料进行了反复的研究和归纳?是否对案涉法律、法规进行了全面的搜集并勾画出重点条文(必要时应熟记于心)?是否对其中的细节问题了如指掌?是否在开庭前夜预想了对方会提出什么样的法律难题来攻击己方,从而做到“知己知彼,百战不殆”?扪心自问一下,在当事人不出庭、不在我们身边的时候,我们是否能够真正把当事人的“事”作为我们自己的事呢?我们在工作中是否能时刻想到“因为有人在看你”呢?

常听一些单位(尤其是国企和机关)的人讲这样一句话:今晚点上班没关系,因为领导出差了,不在单位。似乎他的工作是给领导做的,或者是做给领导看的。领导在,他肯定好好表现;领导不在,他就可以耍滑偷懒。如果这样想和做,那简直就是害了自己。身处一个集体内,谁工作卖力、尽责、具有主动性和创造性,周围的人肯定是

^① 邱旭瑜:《穷律师,富律师》,法律出版社2006年版,第225页。

^② 余世维:《领袖性格》,北京大学出版社2008年版,第104页。

再清楚不过了。

我常说,我们做律师的,都是给当事人和客户打工的。当事人交给我们律师费,我们才有一些收入,进而满足我们日常的消费需求,所以,当事人才是我们真正的衣食父母。换言之,也可以说我们是自己给自己打工的,只有我们对当事人委托的案件尽职尽责了,取得了一个不错的结果(即使不能取得好的结果,但得到了当事人的理解和谅解),我们才会获得当事人的满意和好评,进而通过“口碑相传”的方式,获取其他人的信赖,得到更多的案源!

但这世上有太多的人做很多事时,都表示出了“无所谓”和满不在乎的态度,最终,被职场抛弃和淘汰的也会是这些人。因为没有谁会喜欢不认真做事和敷衍塞责的人。

“人之所以没有机会,不是真的没有机会,而是别人在看你的时候,你表现得很糟糕。如果抱着类似——无所谓,反正老板不在——的念头,你就错了。做任何事情,都要假设有人在看你,监督自己,谨言慎行,这样遇到机会才不会错过。”^①余博士的这些话,经常在我耳边回响,不能有丝毫的懈怠啊!

五、为自己点一盏灯

一人去寺庙拜佛,当他来到寺院时,见到一个与佛长得一模一样的人跪在那儿。他半信半疑地问:“您是佛祖吗?”那人说道:“是的。”他吃惊地说:“那您怎么跪拜自己呢?”佛说:“有时候,求人不如求己,不如在黑暗中为自己点一盏灯,指引自己前进。既然如此,我为什么不拜自己呢?”说完化作风,飘向了远方。

讲这个故事,是想鼓励自己和同行一定要“为自己点一盏灯”,进而不断地锤炼自己、反省自己、相信自己。因为相信自己的人就能够实现自己,不相信自己的人就不能实现自己。前面提到的、曾毕业于哈佛大学的余世维博士说:人是很奇怪的,你活得像个董事长,你就是个老板,没多久机会就会来了^②。

试想一下,在中国目前律师制度存在先天性缺陷的现实情况下,每位律师在执业之初、在刚踏入律所门槛之时,若无特殊背景,哪人没有苦恼?几人又无困惑?我父亲是地道的农民,虽然是一生的勤奋,却仍是一生的贫穷,就像罗中立的油画《父亲》一样,他脸上沟壑纵横,布满了皱纹,写满了沧桑,吃尽了苦头。后来从遥远、偏僻的黑龙江农村投奔我在长春附近一个小镇上落脚、开个小店做点小生意,靠着朴实和善良,赢

^① 余世维:《领袖性格》,北京大学出版社2008年版,第105页。

^② 余世维:《领袖性格》,北京大学出版社2008年版,第25页。

得了一帮回头客,每天都挺充实的。当他2008年听说我离开了原来相当不错的单位和工作岗位,独自一人到陌生的海滨城市打拼,知道我会有很多难处。一次回家看望他老人家,他默默地、像是自言自语地说了一句话:“唉,人生下来,就是个难啊”!当时,我正处于人生低谷,心情有些灰暗。如果我的思维被他这个“难”字笼罩住,我恐怕一时间无法走出“难”的阴影,因为这是像流感和瘟疫一样,传染力极强的一句话。但我思考以后,把他这句话修改了,变成了我自己的理念,就是:人生下来,是难,但关键是我们如何克服困难。攻难、克难、不畏难,敢于挑战自我,才是人生的最高价值所在。回头想想,在原来的单位,办公大楼高耸而壮观,但一墙一角都不属于我们自己;环境是相当的安逸,但收入分配机制很僵化,你再能干又如何?不但机构臃肿,人浮于事,而且处于那种环境,还要时时忧谗畏讥,不能发挥自己的主观能动性和创造力。所谓的“不唯上、不唯书、只唯实”,多数情况下成了一句空话。离开他、走出去,也许能够创造属于自己的“第二春”。

2009年,也是我做律师的第二年,我当时所在的律师事务所年终总结时,所里当众宣布(当时我因出去办案,不在现场),我个人的代理费收入排到了第四位(所里共有36名注册律师)。实际上我个人认为,不应当用代理费这个指标来统计律师的综合业绩。中午聚餐时,有年轻同事端着酒杯过来恭喜我。我在吃惊之余,遽然反思,有什么可喜的呢?那一年我的确很勤奋,在没有任何背景支撑的情况下,完全靠自己的努力,一路走来,案子大大小小做了不少,但说实话,我对这一业绩并没什么特别的感觉,更没有什么值得炫耀的地方。

而就在所里开总结会的那个上午,我请了假没有参加。记忆中,那天的上午是那年冬天最冷的一个上午,彼时,我正冒着严寒和漫天飞舞的雪花,深一脚浅一脚地奔波于大连到开发区法院的途中……

张荣君

2014年8月23日于大连

目 录

No. 01	胜在细节	1
——紧抓司法鉴定的细节,从而影响刑事判决的走向		
诉讼如下棋,要一步一步地算计着走。尤其要关注细节,善抓机会。有时候,对手的一句话、一个表情、一份证据,都会使你迅速作出反应,在棋盘上调整格局,果断落子,吃掉对方。		
No. 02	连环诉讼	23
——厘清法律关系,数次获得建设工程施工合同案件的胜诉		
我们在下棋前,首先要看清形势,胸有韬略。高手往往顾大局,谋大势,知道什么时候给对方以压迫之感,以最终赢棋为目标。同时对于敌方的连环攻击,能看出他下边要走的五步、七步甚至十几步棋,一一破解之。		
No. 03	赢在“辩”点	48
——律师代理案件的关键是,话一定要说在“点”上		
棋谚云,起炮在中宫,观棋气象雄。棋战正酣时要走好关键一步,一招不慎,满盘皆输。诉讼亦是如此,如果“辩”点找不准,焦点抓不住,则难谓一名合格的律师。		
No. 04	敢于挑战	90
——客观地质疑法律规定的合理性		
在弈棋中,有一种棋手,不管对方来势多么凶猛,都敢于挑战,甚至主动出击,这本身就已经是一个英雄。挑战成功,则卫冕称王;挑战失利,则“虽败犹荣”。		

- No. **05** 布局“再审”
——一房二卖诉讼案件中证据链的决定性作用 99
- 诉讼如棋，局局新。棋战中，对棋手的要求是，要锲而不舍，坚忍不拔，百折不挠，屡败屡战。本案中的侯同强，就是这样一位“棋手”，从而使自己案件在连续败诉后获得了重大转机。其实，下棋和诉讼有一个共同点，即二者追求的都是结果。
- No. **06** 披露疑点
——以“战”促“和”是诉讼的圆满结果之一 122
- 棋道千变万化，自古无重局。在对弈过程中，遇到困境是在所难免的，要不停地谋算，敏锐地发现其中的疑点所在。而攻克了这些“疑点”，正是赢棋的关键。
- No. **07** 逆势操作
——疑难房屋行政登记案件中诉讼策略之运用 131
- 棋盘上，聚风雨，耗费心力；引星汉，俯仰天地；看眼前，夜幕无尽；也执迷，一寸生机。下棋是一项记忆与计算为主联合的运动，遇逆势时，要果断调整思维，反转腾挪，力求“咸鱼翻身”，到最后，占优的概率也许会大大增加。
- No. **08** 围魏救赵
——诉讼中进攻的失利与迂回选择后的制胜 154
- 棋道复杂，刀光剑影；三尺之局，为战斗场。围魏救赵，本是古代三十六计之一计，其精彩之处在于，以逆向思维的方式，以表面看来舍近求远的方法，绕开问题的表象，从事物的本源上去解决问题，从而取得一招制胜的神奇效果。
- No. **09** 据“法”力争
——律师承办新类型案件时要打破固有思维定式 160
- 模式多变，无定式。诉讼中也有一些看似不可能的案件，只要你勇于打破固有的惯性思维，就会发现不可能也许变成可能。

- No. **10** 劳资博弈 180
——劳动争议案件中的纵横捭阖与借力使力
棋有黑白,阴阳分也。劳资纠纷中,劳方与资方,泾渭分明,双方之诉讼,错综复杂。劳方如何获胜?资方为何赔款?全在于律师通盘考虑,相机行事,最终为劳动者成功维权。
- No. **11** 工伤索赔 213
——工伤受害人不能承受的法律之“痛”
如果以棋局为比喻,一局棋有专业棋手,有专门的规则。如果规则烦琐,棋手即使最终赢棋,也会无比的抱怨。诉讼中的工伤案件,与之有相似处,很多规定,程序上仍显繁杂,不利于伤者维权,也为众多的专家、学者所诟病。
- No. **12** 间接证据 229
——在己方当事人出现重大疏漏时如何挽回败局
高明的棋手,在己方行棋产生疏漏时,须下大力气及时弥补这些缺陷,才能摆脱尴尬局面,诉讼亦如此。在己方当事人出现重大疏漏时,在不具备直接证据的情形下,律师须多方组织间接证据,以形成完整的证据链条,全力以赴,争取胜诉的可能性。
- No. **13** 主攻“一点” 242
——抓住诉讼案件中的主要矛盾,丢掉枝枝蔓蔓
每一步棋可以从多个方面,灵活运子、困子、牵制、堵截、兑子,甚至弃子,具体的方法,因人而异,各尽其妙。如果对方开局就出现明显的漏洞,就不要想太多,攻其一点,紧追不舍。
- No. **14** 把握庭审 248
——房屋质量纠纷案件的救济困境
下棋时,注意力要高度集中,全局意识要强。一定要明白自己这步棋是干什么去的,是否加强了局面。在诉讼案件开庭审理过程中,法官起主导作用,控制整个庭审。但应注意的是,律师并不是被动的,其要把握庭审,而把握庭审和控制庭审两者之间并不矛盾。

No. 15 及时“行”权

——过硬的法律功底是案件成功的保障

258

善弈者,因其技法娴熟,棋道精通,通常会抢占先机,及时走棋和行棋。律师在代理诉讼案件过程中,也要精熟于法律的规定,及时行使权利,迫使对手就范。反之,则可能会“失权”,导致案件败诉或者其他严重的、不可想象的后果。

No. 16 周密论证

——一起退休金执行案件的法律思维及筹划

270

棋战中,进与退,取与舍,攻与守,纵与收,主动权都在操棋子者手中。其中的一条重要经验是,思考要周密,落棋要果断。律师应当对案件中每一个环节,都要经过周密的思考,之后,巧妙调动“兵力”,打开突破口取得胜利。

No. 17 合理预见

——解析一起小标的租赁纠纷案件背后的大意义

283

棋盘上,弈者的预见性,会促进其思维的深刻性。在我国合同法上,有一条合理预见规则。法律上的这条规则,与弈战中的预见性虽不相同,但仍有相通之处。

后记 成功没有先后,发展不论大小

295

N^o 01 胜在细节

——紧抓司法鉴定的细节,从而影响刑事判决的走向*

这起刑事案件由我担任辩护人,被告人李英华涉嫌走私珍贵动物制品犯罪,依据鉴定结论,李英华属于“情节特别严重”,应当判处无期徒刑以上刑罚。我紧紧抓住鉴定环节中存在的问题,强烈质疑象牙定价,引起了法院的关注。最终,李英华获得了罪轻判决,被判处有期徒刑6年。

真相

81923377

林业局的定价
远高于象牙市价

日前,记者走访了多家象牙经销商,他们反映,象牙的市价在1000元左右,而林业局的定价却在25万元左右,相差近25倍。这一巨大的差价,使得象牙的走私贸易变得异常有利可图。据业内人士透露,象牙的走私贸易已经形成了一个完整的产业链,从象牙的获取到走私再到销售,各个环节都分工明确,利益链条清晰。这一巨大的差价,也使得象牙的走私贸易在近年来呈现出愈演愈烈的态势。

国家林业局对象牙的定价标准与市价相差很大,由此导致法院对走私象牙量刑也有天壤之别——

大连律师写信质疑象牙定价

律师提出三点疑问

面对这样的定价,大连律师李英华提出了三点疑问,质疑国家林业局的定价标准。首先,他认为国家林业局的定价标准缺乏科学依据,没有充分考虑到象牙的市场供求关系和实际交易情况。其次,他认为国家林业局的定价标准明显高于市场实际价格,这会导致走私象牙的利润空间过大,从而刺激走私贸易的泛滥。最后,他认为国家林业局的定价标准与《濒危野生动植物种国际贸易公约》(CITES)的规定相违背,不利于全球象牙贸易的合法化和可持续利用。

李英华律师表示,国家林业局的定价标准不仅缺乏科学依据,而且明显高于市场实际价格,这会导致走私象牙的利润空间过大,从而刺激走私贸易的泛滥。他呼吁国家林业局重新审视象牙的定价标准,使其更加科学合理,以遏制走私象牙贸易的蔓延。

* 编者注:本书案例均源于作者的真实执业经历,为避免给相关涉案人员等造成困扰,书中所涉人名均为化名。

一、案情回放

2008年2月2日下午,一架从日本大阪飞往中国大连的飞机降落在大连周水子国际机场。下了飞机的日本人马入濤一郎四处张望,他终于看见了来接他的好朋友——大连一家玉器有限公司的经理李英华。李英华之所以来接他,主要是他给李带了2根象牙制品。二人一起取了马入濤一郎携带的灰色大拉杆行李箱,一前一后从无申报通道往外走。这时,马入濤一郎压低了声音告诉李英华“东西都带来了”。当他们与其他旅客一样把行李箱放在机器上检查时,令他们异常紧张的一幕出现了。

现场检查的海关人员通过X光机查验,发现这只灰色大拉杆箱有异常情况,立即要求李英华开箱检查。打开箱子,当海关人员问是什么时,李英华称是工艺品,鱼骨做的。海关人员无法确定是什么做成的,旋即将行李箱予以暂扣。

原来,50多岁的大连人李英华特别喜欢工艺美术品,早年卖过玉,还在日本进行过展销。李英华的儿子留学日本时曾经在马入濤一郎经营的“中国料理”饭店里打过工,就这样二人认识了。李英华在2007年6月曾经到过日本马入濤一郎的饭店,看到了摆放在饭店展室里的几件整根雕刻的、精美的象牙制品,非常喜爱。不久后,李英华回到了中国。2008年1月末,马入濤一郎给李英华打来电话,告诉李,已经定好了2月2日到大连的飞机票,同时要给李捎带一幅中国现代画家白雪石的山水画,因为李的一个朋友要买这幅画。就在这个电话里,李英华对马入濤一郎提出,想要他的那些象牙制品中较小的两根,送给朋友,并说可以给他几万日元好处费意思一下。这才有了2月2日周水子机场接机的一幕。

但李英华不知道的是,他的这种行为已经涉嫌犯罪。他更不知道的是,马入濤一郎不是携带了2件象牙制品,而是5件。这5件中,有4件是整根的象牙,上面雕刻着亭台楼榭各种精美绝伦的建筑物,另外一件是类似花瓶的象牙雕刻品,底部和瓶盖上均刻有“乾隆”字样。这5件物品全放在灰色拉杆行李箱中。

3月21日晚上9时许,李英华在家中被大连海关缉私局人员带走,3月22日被刑事拘留,4月28日被批捕。

二、辩护实录

找 准 辩 点

2008年5月24日,李英华的妻子找到我,委托我担任李的辩护人。

这时,我获悉案件已经移送至大连市检察院审查起诉,就立即来到大连市检察院阅卷。这起案件因涉及外国人犯罪,依据当时的《刑事诉讼法》规定,应当由大连市检察院提起公诉,由大连市中级人民法院开庭审判。

想不到的是,卷宗里的一份《价格鉴定结论书》,让我吃了一惊。现摘录如下:

大连市价格认定中心文件

大价认 签字 2008 第 HO26

关于象牙制品价格鉴定结论书

大连海关财务装备处:

受贵处委托,我中心按照委托的约定,遵循独立、客观、公正的原则,按照规定的标准、程序和方法,依法对贵处审理其 004 一案涉及的象牙制品进行了价格鉴定。

一、价格鉴定标的

象牙制品 5 件。

二、价格鉴定目的

为海关审理案件提供鉴定标的市场价格。

三、价格鉴定基准日

2008 年 3 月 31 日

四、价格定义

价格鉴定结论所指价格是:鉴定标的在价格鉴定基准日,采用国家定价价值标准确定其市场价格。

五、价格鉴定依据

- 1.《中华人民共和国价格法》;
2. 国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部计办[1997]第 808 号