

做律师的这些年

刘福奇 / 著

BEING A
LAWYER

法律外借

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

做律师的这些年

刘福奇 / 著

BEING A
LAWYER



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

做律师的这些年 / 刘福奇著. —北京: 中国法制

出版社, 2018.1

ISBN 978-7-5093-9177-8

I . ①做… II . ①刘… III . ①法律—案例—中国

IV . ① D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 004145 号

责任编辑: 赵宏 (health-happy@163.com) 赵燕

封面设计: 周黎明

做律师的这些年

ZUO LÜSHI DE ZHAXIENIAN

著者 / 刘福奇

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2018 年 1 月第 1 版

印张 / 7.75 字数 / 171 千

2018 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9177-8

定价: 39.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66010483

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

自序

自从事法律服务工作以来，总想静下心来整理一下这些年我所代理过的各类案件，或者说梳理一下自己的执业经历，这是我长久以来的一个夙愿。然而，我平日工作比较忙碌，这个想法的践行一直被拖延至今。

1990年年初，我到原商业部政策法规司从事商业立法、法律及法规咨询检查和行政复议的工作，在此期间我代理了涉及商业部和部直属公司的多起民事纠纷及经济纠纷案件。毫无疑问，国家机关的工作经历是我人生中的一段重要经历，它培养了我宏观审视问题的能力，增加了我辞职做律师的自信和勇气。1995年我辞去了公职，开始从事专职律师工作，至今已二十余载，期间，一直坚持着诉讼业务与非诉讼业务并重。

现今，我从代理过的各类诉讼案件中筛选出了一些具有代表性的案例（其中，不乏有我亲身经历过的案件），将他们整理成册。书中的每篇文章均由内容提要、案例索引、案件追踪、辩护词/代理意见品鉴、案例评析、案件提示等六个部分组成，主要是和大家分享我所撰写的法律文书、代理案件的心得体会及个人见解。

值得一提的是，书中案例的挑选并没有把案件输赢本身作为筛选标准，而是更多地关注了案件所反映的当时法律的健全程度及司法环境。这些个案从法律角度反映了社会法制状况的改善、人们法律意识的提升以及我自身执业水平的提高。一定意义上讲，这些个案代表了当时的司法环境，从侧面反映了我国法制不断健全和完善的过程。如果说一个律师从没打输过官司，那是人为神话。故收录于本书的案件有胜有败，理解个案的赢输不能仅关注案件最终的裁判结果，其关键在于是否能从法律及事实角度为当事人争取到最大限度的合法权益或者说将当事人的损失降到最低。当然，书中亦不乏个案存有争议，存在可供探讨的空间，对此，也恳请读者提出宝贵意见。

律师是用专业法律知识解决当事人法律困惑的职业，是一个高度智力化和高度职业化的职业，是个人价值和才华展示最充分的职业，也是彰显个性和激情的职业。律师制度是社会民主和法制的标志，是社会制衡机制的组成部分。律师的辩护词和代理词是律师从法律和事实角度对整个案件充分表达独到法律见解的舞台，也是律师执业水平最集中的体现。一篇好的辩护词/代理词应该是充满智慧美、逻辑美与理性美的。书中呈现给大家的代理意见每篇都保持着原貌，但在其创作过程中都经历了数次的修改与完善，每篇都凝聚着我辛勤的付出。尽管如此，对于负有责任感的完美主义者而言，其中不乏存在些许遗憾。我时常在思考，如果开庭时律师的语言表达更为理性、严谨，是不是对法官的启发作用会更为明显？值得欣慰的是，对于每篇代理意见，我都力争用简明的法言法语以及严谨的逻辑思维，从法律和事实的角度去阐明我对案件的见解。虽然文中涉及的某些观点还值得商榷，

但我愿意呈现给大家，与大家一同分享我的司法实践经验，以求公众和同行的指正。

在执业过程中我时常有一种感悟，作为一名执业律师仅仅具备专业的法律知识还远远不够。律师不仅要谙熟现行的法律、法规和政策，还要了解法律、法规制定的背景，洞察法律事实，具备厘清法律关系的能力，还要从宏观及微观角度对现行法制环境下合法及违法的界限有精准的判断与把握，同时还要具备社会学、逻辑学以及代理的具体个案所涉及的相关领域的专业知识。你可以不是某方面的专家，但对具体个案所涉及的专业知识应具备迅速学习、理解并掌握的能力。

今天，依法治国这一时代背景，给律师提供了广阔的展现自我的舞台和空间。勤勉执业，为当事人提供优质的法律服务既是市场经济的要求，也是律师行业发展的要求，更应是每个以法律服务作为职业的律师的不懈追求。诚然，律师不一定会出现在充满纷争的法庭上，在一个法制相对完善的国家，律师从事的大部分工作是非诉讼业务，防范法律及商业风险，化解矛盾，促进各种交易的安全进行。

在我国现阶段，相较于非诉讼业务而言，办理诉讼业务的律师的执业是艰难的，不仅要厘清案件的各种法律关系，还要处理好各种人际关系；不仅要具备较强的沟通能力，还要具备良好的心理素质和开放的心态。毋庸置疑，从事诉讼业务的律师是优秀的，在法制欠完善，社会交易欠透明，有理不一定能打赢官司的大环境下，诉讼律师能够仗义执言，维护委托人的合法权益，维护社会公正，这需要一定的自信、勇气以及社会责任感。在我看来，不经历诉讼的律师其执业经历是不完整的或者说是欠丰富的。相信我们每一次的法律咨询、法律服

务都在为化解社会矛盾，维护社会和谐及稳定尽自己微薄之力；每一次诉讼都能或多或少、直接或间接地推动社会法制的进步。

律师职业是一个不断发展变化、知识不断更新，深具挑战性的职业，是一个需要终身学习和不断思考的职业，每个个案都不尽相同，有着独特的色彩和个性，每个个案都是律师职业生涯中崭新的一页篇章，谁也不能说自己站在诉讼之巅。因此，我愿不断努力，竭力为当事人谋取最大的合法权益，珍惜自己的执业生涯，为社会多一些和谐、少一些纷争，多一分安全、少一些陷阱尽自己微薄之力，做一个执业律师应做之事情，尽一个执业律师应尽之责。

随着司法的不断进步，社会的不断发展，运用诉讼之外的非诉讼手段（包括谈判、和解等广义的非诉讼手段）化解社会矛盾，尤其是解决民商事纠纷是高效的，但是诉讼仍是最能体现律师专业水平的重要途径之一。本书便是基于我职业生涯中经历的诉讼业务展开，为读者呈现的一场智慧盛宴。

本书体例简洁，没有讲故事，更没有跌宕起伏的案情，但本人独到的法律见解、辩护技巧显见于其中，望对诸位同行的司法实践有所裨益。

最后，我要感谢养育了我的父母，感谢培养过我的师长，感谢我的家人为我所付出的辛劳及对我的包容，感谢关心和关注我这本书的朋友。谨以此拙作献予他们。

是为本书之序。

刘福奇

2018年春日于北京

初涉法律实务

- 003 | 一波三折，历经再审
——国内贸易部房屋确权案
- 018 | 初来乍到，初涉刑事要案
——刘某故意伤害案
- 031 | 工作维艰，妇女劳动权益之维护
——高某某劳动保护争议案
- 038 | 合同无效？绝非易事
——房屋租赁合同纠纷案
- 046 | 合同预期违约，守约方主动出击
——大麦购销合同纠纷案
- 059 | 买卖合同的履行遭遇诈骗，责任如何认定？
——聚丙烯买卖合同返还货款纠纷案

律师的长成

- 071 | 为案件第三人代理，尽显律师职业风采
——保证保险合同纠纷案
- 086 | 第三人保证有风险
——“银行骗取担保”案
- 103 | 第三人保证责任的承担及免除
——大同齿轮公司担保合同纠纷案
- 115 | 合同违约，守约方如何“防止损失的扩大”？
——顺规建筑公司建筑工程合同纠纷案
- 124 | “公款私存” vs “公对私的正常交易往来”
——储蓄存款合同纠纷案
- 133 | 新闻传媒匡扶正义有风险
——中央电视台记者骆某某、王某名誉权纠纷案

律师职业的坚守

- 143 | 重大敏感类刑事案件之辩护
——袁某滥用职权案
- 151 | 罪轻辩护：以危险方法危害公共安全罪 vs 交通肇事罪
——周某某交通肇事案
- 160 | 公安机关插手经济纠纷，刑侦阶段辩护律师应如何作为？
——曹某合同诈骗案
- 168 | 为“生”而辩护
——刘某某死刑复核案
- 178 | 穷尽法律救济途径，维护劳动者合法权益
——黄某劳动争议案
- 187 | 违约责任之不继续履行：不动产买卖（1）
——朱某房屋买卖合同纠纷案
- 194 | 违约责任之继续履行：不动产买卖（2）
——杨某、封某某房屋买卖合同纠纷案
- 206 | 新旧交替，其他科技成果权之存废
——上海某鉴定中心其他科技成果权纠纷案
- 217 | 上诉，为当事人争取最大限度的合法权益
——农行葫芦岛分行金融借款合同纠纷案

置身事中（彩蛋）

- 229 | 以电信用户之名
——刘福奇诉北京电信侵权纠纷案
- 236 | 纠正交通队执法行为，推动“民告官”
——刘福奇不服广安门交通队行政处罚案

初涉法律实务

- ◇ 一波三折，历经再审——国内贸易部房屋确权案
- ◇ 初来乍到，初涉刑事要案——刘某故意伤害案
- ◇ 工作维艰，妇女劳动权益之维护——高某某劳动保护争议案
- ◇ 合同无效？绝非易事——房屋租赁合同纠纷案
- ◇ 合同预期违约，守约方主动出击——大麦购销合同纠纷案
- ◇ 买卖合同的履行遭遇诈骗，责任如何认定？——聚丙烯买卖合同返还货款纠纷案



这个案子是九十年代中期我在国内贸易部任职期间协同另外两位专职律师共同承办的案件，可谓一波三折，历经二审及再审程序，最终迎来了迟到的正义。案件的事实并不复杂——一个简单的房屋所有权确权纠纷，复杂的是当时司法环境以及影响司法公正的案外因素。案件相关的法律文书虽非出自我手，由另两位专职律师完成，但是本篇涉及的法律文书所呈现的逻辑美对我的职业生涯有着很大的影响。希望将其与大家分享，一同感受其中所蕴含的法律的艺术气息。

一波三折，历经再审

——国内贸易部房屋确权案

◎ 案例索引

再审申请人（原审原告、二审上诉人） 国内贸易部（原中华人民共和国商业部以下简称为“商业部”，曾是中华人民共和国国务院组成部门，1993年，与物资部一同被撤销，重新组建国内贸易部。）

再审被申请人（原审被告、二审被上诉人） 西城区房管局

案由 房屋确权纠纷

一审法院 北京市海淀区人民法院〔案号（1994）海民初字第

475 号]

二审法院 北京市中级人民法院[案号(1994)民终字第2010号]

再审法院 北京市高级人民法院

◎ 案件追踪

1981年12月7日,商业部与西城区房管局签订协议,共建一栋宿舍楼。西城区房管局出地,商业部出资,并约定建成后的产权为商业部占60%,西城区房管局占40%,房屋维修管理费按房屋所有权比例分摊。1982年3月21日,双方又签订补充协议,将合建一栋宿舍楼改为合建两栋,其他约定不变。1985年、1987年,双方在主协议及补充协议的基础上,对竣工后的一些具体事宜进行协商,形成了85会议纪要、87会议纪要。其中,对于产权划分比例双方均予以认可。

双方分得房屋的分配、调换、使用权永远归各自所有,北京市西城区某乙3号楼(以下简称为“乙3号楼”)25套房屋凭商业部开具的住房证入住,由西城区房管局定租到户,房租收入归西城区房管局,维修由西城区房管局负责,共同设施的管理维修费用各自承担50%。1987年7月2日,西城区房管局向北京市房屋管理局请示,接管了乙3号楼;1988年9月,商业部对北京市西城区某丙3号楼(以下简称为“丙3号楼”)以及乙3号楼中属于商业部的25套房屋申请了产权登记;1989年3月25日,西城区房管局仅向其颁发了丙3号楼房屋所有权证书;其后,1991年3月26日,西城区房管局为自己颁发了乙3号楼的房屋所有权证书。

1991年4月,因西城区房管局职工抢占属于商业部的乙3号楼

1206号住房，商业部向北京市西城区法院提起腾房诉讼；后西城区房管局出示了产权证明，商业部又提起了确权诉讼；北京市西城区人民法院对此进行了立案，后经北京市中级人民法院指定，由北京市海淀区人民法院审理本案（指定管辖）。

北京市海淀区人民法院经审理认为，国内贸易部（时年，商业部已被撤销，重新组建为国内贸易部）与西城区房管局签订的合作建楼协议、补充协议及会议纪要未明确产权划分，属于约定不明，双方所争议的乙3号楼已经有关房屋产权登记机关确认，归西城区房管局所有；国内贸易部所述多次要求对乙3号楼的25间房屋进行产权登记及得知乙3号楼归西城区房管局所有后，提出过异议，因未能提出相应证据，不予认定。一审判决驳回了国内贸易部的诉讼请求。

国内贸易部不服北京市海淀区人民法院一审判决，向北京市中级人民法院提起上诉。我与当时北京市华联律师事务所的刘一华律师共同作为国内贸易部的二审委托代理人参与本案。北京市中级人民法院驳回国内贸易部的上诉请求，维持原判。

后我又与当时中伦律师事务所的李洪积律师共同作为国内贸易部再审委托代理人继续向最高人民法院申请再审，并向最高人民法院发出协助函。后最高人民法院指令北京市高级人民法院对本案进行再审。1995年7月25日，北京市高级人民法院作出民事裁定书，裁定本案由北京市高级人民法院进行再审；再审期间，中止原判决执行。

1996年11月18日，北京市高级人民法院经审理认为，国内贸易部与西城区房管局签订的合建楼房协议、补充协议和会议纪要等文件，系双方真实意思表示，符合法律规定，故协议有效。双方在1985年9

月会议纪要中已明确约定了产权划分的比例，并对各自房屋的数量、位置等进行了产权分配的说明，原一、二审判决认定产权不明有误。西城区房管局以会议纪要中房屋使用说明所约定的定租到户为由，并以上级单位同意其接管乙3号楼为依据，将乙3号楼的产权自行登记归其所有，显属不妥。撤销北京市海淀区人民法院（1994）海民初字第475号和原北京市中级人民法院（1994）民终字第2010号民事判决。位于北京市西城区某乙3号楼中的第9层1号、第10、第11、第12全层归国内贸易部所有。

至此，本案经过一审、二审以及再审程序，以国内贸易部胜诉而告终。

◎ 二审代理词及协助函品鉴

审判长、审判员：

我们受本案上诉人国内贸易部的委托，担任国内贸易部的委托代理人，出席本案的二审法庭，根据本案的事实和国家现行法律，我们发表如下代理意见，请二审法庭参考。

通过刚才的法庭调查，我们认为本案涉及的丙3号楼以及乙3号楼中的25套房屋产权归属已十分清楚——归属国内贸易部。西城区房管局无权取得该25套房屋产权。原审法院判决驳回上诉人的诉讼请求，并将该项产权确认给被上诉人，是脱离事实、缺乏法律依据的，因而完全是错误的。

本案纠纷自1991年11月诉诸法院至今，已近三年，足以说明案情复杂。因为被上诉人既是房屋产权管理的一级行政主管机关又是本