

平衡：律师的基本功 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_B9_B3_E8_A1_A1_EF_BC_9A_E5_c122_484245.htm 律师平衡执业的方法论 在一次研讨会上，笔者曾经这样表述：律师的主张只有在全面考虑了案件各方利益的前提下才可以得到广泛的支持，案件才可能做成“铁案”。律师不能无止境的追求委托人或自身的利益，而不去为他人实现合理的利益创造条件，甚至阻碍其合法利益的实现。律师的“争”应该争在各方利益的平衡上，而不仅仅是争在委托人和自身利益的最大化上。律师在执业中的定位应该是“各方权利义务的平衡者”。这种提法只是理想中的执业定位。它的实现是不可能一蹴而就的。它的渐变是与法律的不断完善、律师自身素质的不断提高相呼应的。但是，它应该是我们每一个律师在执业中所追求的目标，同时也是律师保护自身利益最为明智的定位。因此，我们应该从每宗案件做起，从办案的每一个细节做起，尽一切可能地将自己定于“各方权利义务平衡者”的位置上。

一、与当事人初次会谈时的平衡 律师的工作是从与当事人初次会谈开始的。俗话说“好的开始是成功的一半”。那么这个阶段就是整个律师工作过程中最要讲究平衡的地方。这个阶段的关系看起来最为简单，律师和当事人，但它所蕴含的内容却是最为广泛。律师在这个阶段里不仅要了解大致的案情，要分清其间的法律关系，要较完整的解释涉案的法律法规，要分析利弊风险，要提出简明扼要的法律意见，要选定案件的切入点，要制定出清晰的办案程序，还要不失时机的展现自身优长给当事人以信心，更为困难的是，这一切

的工作要在短短的几十分钟甚至十几分钟之内完成。这并不是每一个律师在每一次与当事人初次会谈时都能很好地做到的，特别是从业不久的年轻律师。

1、注意聆听当事人的陈述及要求 在与同行的交流中，我发现一个问题，不少同行在与当事人初次会谈时不能完整的并且高度注意的听完当事人的陈述及要求。总认为当事人的陈述非常的散乱、说不到点儿上，所以总会不断的打断当事人的陈述，而后凭借主观臆构及经验想当然的引导当事人回答自己想听到的信息。最常见的是这一句，“你这种案件我处理过很多起，比如说……”。这句话只有在律师完整的并且高度注意的听完当事人的陈述及要求后说出来，才会使当事人对律师产生信任感；在此之前大多只会产生负面效应。这是个危险的开始。要知道，当事人这时所谈及的事情有很多是不会轻易向他人倾诉的内容。他之所以向律师倾诉是基于对律师的信任。从平衡的角度来看，当事人所希望得到是律师对案件的关注甚至是对他的观点的认同。而作为律师，这种起码的尊重与关注是应当毫不吝惜地给予当事人的，这就像我们在说话的时候都希望别人能都专注地看着我们的眼睛一样。

2、律师的发言要以确认案情及当事人的要求为开始 基础与成果是平衡的、成正比的。对案情了解的程度是找出问题、分析问题及解决问题的基础。只有对案情有了充分的了解，律师才能作出正确的判断。不要过分地相信当事人的表述能力和自己的理解能力。以重复或提问的方式确认案情及当事人的要求，不仅有利于对案情的了解，还有利于律师自己对案件的归纳总结与法律意见的提出。

3、提出法律意见不但要简单明了还要留有余地 任何案件都是具有风险的。风险的成因有很多，有的

是在律师接案的时候就能够分析到的，有的却是随着案件的发展突然出现的。准确的为当事人分析因争议各方主张的依据的强弱、多少、正确与否等因素而决定的利弊问题、风险问题，是对当事人信任的平衡，也是对日后实际工作方式方法的平衡。大量的取证和认真的分析虽然可以规避尽可能多的风险，但不可能将风险降到零。律师可以表现对案件有兴趣、有一定的把握，以增强当事人对律师的信心，但在发表意见的时候夸夸其谈、包打赢的做法则是完全错误的，也是非常危险的。这很容易使律师在日后实际处理案件时陷入困境，甚至被委托人投诉。与当事人的初次会谈是律师具体工作的开始，也是律师工作最为重要的环节。在这个环节里，律师应当平等待人，尊重当事人、重视案件；应当彻底地本着平衡的观点发现问题、分析问题，不能仅仅考虑眼前的利益而忽略其可行性。

二、调查取证及涉案材料准备时的平衡

俗话讲“台上一分钟，台下十年功”。每一个律师都希望自己在谈判或庭辩中能够妙语连珠、字字珠玑而且有理有据，更希望所有的参加人都对自己的发言心悦诚服。那么，为达到这个效果就只有一个办法，就是做好律师工作的基本功课——调查取证与材料准备。在这两项工作中，如果将平衡的观点贯穿于始终将事半功倍。

1、以平衡的观点收集证据材料

是律师提出正确主张的基础。律师的取证要尽可能达到穷尽。只有在做好诸方信息（包括案件其他各方的主张及依据）的收集、调研工作的基础上，才能为后续的信息分析及综合提炼工作打下良好的基础，才能为正确评估与认定案件各方的优势与不足、需求与惧怕提供充分的条件。主要证据的收集一定要讲究针对性，各项论点与证据材料都应平衡起

来。同时，我们也可以用平衡的观点划定主要证据的范围。

2、以平衡的观点准备涉案材料，是律师正确主张得以实现的保障。（1）证据材料的归类 首先，要对证据材料进行分门别类，了解其各自的利弊，明确其各自的适用范围及功能。然后将各门类的证据材料组成一个有机的整体，形成一个统一的体系，使其能够互相支持互为补充，真真正正的组成一个平衡的多维立体的证据链。这也就是证据材料自身的平衡。（2）自书材料的整理 证据材料系统平衡后，我们就要对案件各方的优势与不足、需求与惧怕进行相对准确的评估和认定。随后，将证据材料系统的体系结构与各种有可能发生的链动以及案件各方的优势与不足、需求与惧怕记录下来。最后，结合相应的法律法规进行文字上的组织，形成律师的书面意见。（3）多多听取意见，不断审核 俗话说“三个臭皮匠，顶个诸葛亮”。要保证律师意见的客观、全面、有效、可行，就必须多方求证。毕竟我们的律师意见的最终目的是要说服他人，而并不仅仅是说服自己。对于一个事物，每一个人的看法都不可能完全一样，从不同的角度看待问题会使问题分析得更为透彻。这也是平衡的应用。

三、诉讼及谈判时的平衡 诉讼和谈判是我们律师接触最多的具体工作。其间的思路与技巧是个常说常新的话题。笔者认为，只要抓住他们的共性，就能掌握诉讼与谈判的“金钥匙”。这种共性就是“平衡”。这种“平衡，不同于物理学、化学以及过去人们一般意义上认为的平衡概念，更不能认为平衡是一团和气、四平八稳不要斗争。恰恰相反，我们所讲的平衡不但不排斥斗争，而且还认为：平衡过程中的斗争有时还是激烈的、甚至残酷的”。

1、诉讼和谈判的根本思路 在与同行的交

流中发现，有些律师以“争取委托人权益的最大化”，甚至仅仅是以“争取自己收益的最大化”，为自己的诉讼或谈判的根本思路。这是不正确的。律师的主张，只有在全面考虑案件各方权益的前提下，才能得到广泛的支持。案件也才可能做成“铁案”。尽一切可能的放大委托人或自己的利益，而不去考虑案件其他当事人的权益，这是不负责任的行为，对委托人不负责任，对其他当事人不负责任，对自己不负责任，对律师的职业道德不负责任，对国家的法律同样也是不负责任的。如果律师无止境的争取委托人或自身的利益，而不去为他人实现合理利益创造条件，甚至使用不正当的手段阻碍其合法利益的实现；那么委托人或律师自身的利益也必然要受到限制甚至受到损害。现实的讲，律师很有可能就要面临败诉、被投诉、被索赔、甚至被起诉的尴尬局面。因此，律师的“争”应该争在案件各方合法利益的平衡上，而不仅仅是争在委托人利益的最大化上。诉讼和谈判的根本思路也应该是“依法平衡案件各方的权利义务”。

2、诉讼和谈判的平衡技巧

在具体案件中，案件各方都会存在着优势与不足，进而存在需求与惧怕。在做好诸方信息的收集、调研、分析及综合提炼工作的基础上，对双方的优势与不足、需求与惧怕要有相对准确的评估和认定。这一点在庭辩及谈判中的作用最为突出。只要搞清楚自己及对方要什么、怕什么，也就等于打开了胜利之门。知己知彼，是利用平衡观点分析问题的具体表现与方法。用对方的需求支撑我方的合法主张，用对方的惧怕遏制其过分的追求，如此操作，诉讼或谈判的方向与节奏就会自然而然的掌握在我们的手中了。再有，适时适度的网开一面是非常有利于调解达成和谈判成功的，

毕竟赢棋不用吃掉所有的子。四、特定情况下的平衡 在律师的实际工作中，有很多特殊的情况是我们经常会碰到的。任何一种变化都是要经过量变才能发生质变的。因此，我们首先要善于观察各种细微的变化，防患于未然。其次，如有特殊的情况出现，律师应保持良好的心态，以平衡的眼光分析问题并迅速做出决定，当行则行，当止则止。

1、当事人主张的权益不可主张的情况（1）恶意动机 律师在接受委托前或办案过程中发现委托人存在恶意动机，其主张的目的不是为了维护自身合法权益，而是为了损害他人合法权益的。律师应当尽可能劝阻、纠正委托人的错误思想及行为，必要时解除委托，并形成书面文件通告所在律师事务所及司法局。律师是社会的法律服务者，是法律的维护者，是委托人合法权益的保护者。他的工作要对委托人的合法利益、律师的职业道德及国家的法律尊严负责。决不能为追求自身的利益而为虎作伥，协助存在恶意动机的委托人侵害他人、集体乃至国家的利益。个人或者小团体非法利益的获得与他人、集体乃至国家利益的损失是绝对不会达到平衡的，同时与律师职业道德及国家法律尊严的亵渎也是绝不可能形成平衡的。（2）法律规定 在了解案件情况后，律师有时会遇到诸如当事人所希望主张的权利已超过诉讼时效此类因法律法规而无法主张权利的情况。在这种情况下，律师首先要确认当事人的权益确实无法主张；其次，一定要做好当事人的安抚工作，表示同情，正面解释相关法律法规，尽一切可能的调整当事人已经失衡的心态，减少当事人采取过激行为的可能。（3）委托人的利益与国家、集体的合法权益出现冲突 在处理案件过程中，有时律师会发现委托人所希望主张的权益与国家、

集体的合法权益出现冲突而无法主张。这种情况的成因多为立法缺憾或国家方针政策具体化后产生的极个别主体失调。在这种情况下，律师同样首先要确认当事人的权益确实无法主张；其次，一定要做好当事人的安抚工作，表示遗憾，正面解释相关的法律法规及国家方针政策，尽一切可能的调整当事人已经失衡的心态，减少当事人采取过激行为的可能；最后，可根据具体情况考虑是否以书面形式建议立法。

2、委托人的利益与律师的利益出现冲突的情况 这种情况多为律师工作不细致所致，其原始隐患多发于律师在接案之时。诸如律师过于自信的承诺、合同未尽条款此类问题是这种情况的根本成因。在遇见这种情况的时候，律师首先要正视自己的错误，吸取教训；其次按照委托代理合同并考虑实际办案的工作量平衡地解决纠纷。如给委托人造成了损失，应当给予赔偿或者补偿。如果发现当事人存在恶意动机，律师应向所在律师事务所和司法局寻求帮助，必要时利用司法途径解决纠纷。

3、执行不得的情况 有的案件会有这样的情况，审判或仲裁机关经审理确认主张人主张成立，但因为被主张人没有能力履行义务而执行不得。在这种情况下，建议律师采用诸如制定《履约计划》同时申请中止执行此类的方法解决问题；不要毫不留情的把被执行人逼入绝境，要给予被执行人合理的时间，为其创造合理的发展条件，使其产生履约能力，同时在被执行人发展的时候实施合法监控。这样既可保障执行人的权益得以实现，也保障了被执行人生存发展的基本权利，防止了被执行人过激的行为。

4、遇到司法腐败的情况 司法腐败在任何一个国家都是客观存在的。律师有维护法律尊严、监督司法公正的权利与义务，这也是我国社会主

义法制建设赋予律师的庄严使命。律师在执行这项使命的同时，必须要采取正确的方式方法，决不能为反映问题、解决问题而不考虑后果的扩大事态，更不能诱导或指使当事人采取过激手段，进而损害党、国家、集体的利益。“平衡”是这个世界的基本规则。平衡的应用是千变万化的。《道德经》曾言：道可道，非常道。名可名，非常名。（规律如果用语言来表达，就一定不是真正完整的规律。事物如果用语言来定性，也就一定不是真正完整的事物）。上述所枚举的几种情况只是我们律师执业中的几项共同问题，而并非全部。其“平衡”应用的方法关键还是在于对“平衡”原理的理解。只有正确的理解了“平衡”的原理，将平衡的观点运用到实际工作中，我们律师才能更好的维护法律的尊严，才能更好的保护委托人及我们自己的合法权益。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com