

文康私塾 —— 开庭篇

WINCON LAW SCHOOL | COURT



文康培训学校

匠心守正 行稳致远

法庭是律师的主战场

庭审是律师的基本功

开庭是律师的必修课

.....

COURT



匠
心
守
正

行
稳
致
远

文康培训学校是文康律师事务所倾力打造的法律培训项目，于2017年12月25日成立，聚焦法务实操运用，致力于提升律师专业素质和法律服务能力，培养德才兼备的法律人才。文康培训学校面向所内外法律从业人员，邀请专业律师、知名学者及其他行业资深专业人士分享业务办理技巧、法律实务经验，欢迎各界朋友一同学习进步。

CONTENTS

守初心 进窄门 走远路 修正果——给出庭律师的三十三条建议 殷启峰	01
民商事案件之诉讼要件与庭审表现 王英	04
庭审准备的方向与庭审表现的提升 周青林/姜知泰	09
仲裁案件代理实务精讲 陈晓军	14
金融案件庭审准备与实践 董军峰	19
专利侵权判定之一——同或不同 苏源	23
刑事辩护技能之：律师会见的重点与难点 田冰	29
庭审的艺术 张金海	33
学员感悟 关于原告代理人的庭前准备 王译萱	35
学员感悟 律师助理办案Tips 孙筱颖/张一帆	39
成长，在路上——写在最后的话 王渊	45

守初心 进窄门 走远路 修正果 ——给出庭律师的三十三条建议



殷启峰



【编者按】

做大事和做小事的难易程度是一样的。当做大事，但从小事入手。

优秀出庭律师的“炼成”是一个漫长而艰辛的过程，但瞄准方向、坚定目标，必能驶抵远方。你相信什么便能成为什么。出庭律师在庭审中的任务主要是协助裁判者完成裁决，进而维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平正义。

文康培训学校开展集训营系列课程首讲，文康监事会主席殷启峰律师以其二十余年的执业经历，带我们从民商案件视角看出庭律师的修养。经整理，我们将分享内容凝练为三十三条建议，与大家共勉。

律师的定位

1、律师定位从“国家法律工作者”到“社会法律服务工作者”，强调了律师的社会服务属性，同时强调了律师的三大任务，就是要维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平正义。

2、律师可以身兼数职，如代理人、建议者、辩辩者、谈判者和评估人。但律师有共同的责任：他们对司法质量负有特殊职责，应当对法律制度和为之服务的所有人表示尊重，应当促进公众对法治和法律制度的理解和信心。

3、律师执业规范如同交通规则，是经过长期实践总结得出的有助于业务发展的规则要求，这些规则对律师而言是引导、保护、支持，而不是束缚。

4、律师提供法律服务的内容包括常法业务、专项法律服务和争议解决。争议解决的需求既是刚需，也是高频。争议解决业务可以复购，也可以推荐。争议解决的结果易于量化，也便于呈现。

5、律师应关注行业、专业、业务和任务。了解行业知识，区分专业领域，夯实业务基础，拆解具体任务。

律师在庭审中的任务

6、争议解决是律师服务的主产品，法庭是律师的主战场，庭审是律师的基本功，开庭是律师的必修课。

7、庭审的主角是法官，法官是庭审活动的主导者、指挥者、主持者。庭审的目标是完成裁决，法官重视开庭的节奏、效率和效果。委托人和代理人的目标是通过完成正确的裁决实现委托人的利益。只有深刻理解了法官作为裁判者的要求，才能在庭审中实现有效的配合。

8、不说假话是律师应当坚守的底线。

9、代理人在庭审中要致力于发现并呈现事实和证据，影响法律适用，助力完成裁决，进而实现委托人的商业目标。

10、代理人在庭审中的主要任务是呈现事实，把发现的事实用证据呈现出来。呈现过程需要有剧本、有导演、有排练，需要模拟对抗。

11、出庭律师在事实呈现方面最忌老说“不知道”，在法律适用方面最忌常说“我认为”。

12、出庭律师分析法律适用意见的时候，首先讲法律，其次讲司法解释，再次是上级法院的裁判观点，然后是法学大家的观点，包括大陆法学家和台湾等地的法学家。

13、“站在未来看现在”，有助于理解裁决的形成过程。根据对裁判文书的解构，搞清楚案件的请求权基础以及证明逻辑和证据体系，给出法官需要的一切，包括逻辑和证据等，协助完成一份正确的裁决。

14、出庭律师要追求自身工作与裁判者工作的有效复制。高端的复制要求是：诉讼请求成为判决主

文，代理意见成为本院认为，举证质证意见成为经本院查明。

15、用户目标是冰山，诉讼请求只是冰山一角。要适当区分诉讼请求和用户目标，用户目标不一定等于诉讼请求。

16、出庭的功课不是在开庭的时候才去做，在写诉状和答辩状的时候，演出就已经开始了。收到胜诉判决并不是代理工作的结束，还需进行复盘，观察代理人的意见哪些入了法官的心，哪些理由法官进行了补强论证。

17、准备三个证据清单。第一个清单是文字版清单，便于书记员直接拷到电脑里，形成庭审笔录。第二个清单是表格式清单，便于法官通过表格了解证明内容。第三个清单是针对复杂案件的思维导图，说清楚证据分组及证明观点之间的逻辑关系，有助于案件审理不迷路。

18、不能忽视非专业细节对案件的影响。委托人对法律问题的理解可能不如律师深刻，但他们可以很容易看到非专业问题的疏忽，这会很大程度上影响对律师的信任。法官对事实问题的掌握可能不如代理人熟悉，但他们很容易看到证据逻辑上的漏洞，这在一定程度上会降低法官对律师的信任。

出庭律师的基本功

19、庭审当中，法官不仅会听，而且会看，很多的法官会在庭审中“望、闻、问、切”，来判断你说的是不是真的。

20、律师在庭审中的任务是说服法官，不是打败对手。律师可以“温和而坚定”地表达意见，不必咬牙切齿甚至拍案而起。

21、胜诉并不意味着客户对我们的服务满意。如果在败诉之后客户依然愿意复购我们的

服务，大概率可以说明我们的服务得到了客户的认可。

22、庭审中要积极配合法庭进行看似不必要的调查。我们对法庭的配合，可以在一定程度上打消法官的顾虑，使得法官在支持我们的时候没有后顾之忧。

23、代理人的许多小动作，在裁判者眼中都非常明显。就像学生在考试的时候打小抄，监考老师其实看得很清楚。

24、我们尽管不认识法官，但熟悉他的裁判思路，了解他对某些法律问题的裁判观点，理解他对某些价值的取舍原则。某种程度上，这些已经足以建立对案件走势的预判。

25、律师应当不顾任何反对、阻碍，克服个人困难，完成委托人的委托，并采取一切必要、合法、道德的措施来维护委托人的合法利益。

26、律师的工作负荷必须加以控制，以使每个事项都能得到妥善处理。

正确处理与客户的关系

27、我们与客户并肩作战的时间越长，客户就越容易感知我们在案件中的投入。

28、在客户眼中，责任心比专业能力更重要。

29、要理解客户对律师费的体感温度。

30、承接案件不意味着认同客户的观点，不意味着一定会胜诉。作为原告是否启动一场诉讼，建议客户要谨慎决定。

31、发现做错了事情，要在第一时间向牵头人汇报，与客户商讨救济措施。不要为了掩盖一个小错误，最终酿成大事故。

32、修养要根植内心长期培育，善良比聪明更重要，真诚是最佳路径。

33、守初心、进窄门、走远路、修正果。

民商事案件之诉讼要件与庭审表现



王英



【编者按】

诉讼是什么？有人说，诉讼是一场零和博弈，有人赢就会有人输，但所有人都想赢。青年律师如何才能驾轻就熟、致胜法庭、超越期待？需要刻意练习，需要向高手学习，需要长期实践。文康培训学校开庭集训营第二期邀请文康高级合伙人王英律师，带来一场关于诉讼的精妙艺术——《地产建工案件之诉讼要件与庭审表现》主题分享。

王英律师2007年入行，在文康深耕建工房地产行业近15年，处理了大量复杂疑难案件，对建工房地产领域的行业特征、商业模式、客户诉求有着深刻的洞察与理解，同时她也是一位经验丰富的开庭大拿，诉讼有策略、开庭有方法、成长有路径。本期课程中，王英律师把自己多年的执业经验总结、分享给青年律师和法律同行，希望带给大家一些理念和方法，以期在同行的路上形成更多的共鸣。

诉讼手段解决商业问题

很多青年律师都希望做诉讼，成为诉讼律师。那诉讼的目标是什么？大家立刻会在脑袋里闪现一个字“赢”——胜诉。赢了就是好案子，不问过程只看结果。我理解诉讼是一种手段，它只是客户解决商业问题的手段之一。所以，这个“赢”不是指胜诉，而是我们作为律师是否为客户解决商业问题提供了价值。

例如，客户找我们研判一个拖欠工程款的纠纷。在我们研判客户的商业目标、案件难度后，

就需要判断主动发起诉讼是否是收回工程款的最佳方案或唯一方案。如果不是，那就要首先考虑设计非诉方案快速解决商业问题。所以，律师的价值不仅仅是诉讼，而是我们为客户实现商业目标提供解决方案并且去实现。诉讼只是解决商业问题的手段，是否使用、如何使用取决于这种方式对解决问题的价值贡献。

想做好一个诉讼律师，首先你要同步成为一名懂商业、懂行业的非诉律师。

诉讼策略助力目标实现

从客户角度讲，诉讼的目标不是赢，而是通过诉讼这种方式为客户解决商业问题、实现商业目标提供价值。从裁判者的角度讲，诉讼的首要目标是化解纠纷，所以裁判者倡导调解结案；次一级目标是定纷止争，衡量的标准是结案率和改判率；最终实现的目标是社会稳定和法治国家。在这个大的背景下，我们律师需要做的是同时实现客户目标和裁判者的目标，这才是一个好的成功的案子。如何实现，第一步就是诉讼策略的制定。

诉讼策略的制定有三个阶段，在我们的脑袋里，在我们的嘴巴里，在我们的文件里。

第一步，我们拿到一个案子，通过看材料、和客户沟通，根据我们的经验和研判，诉讼策略出现在脑袋里。这一步客户无法感知。

第二步，我们通过与客户面对面的会议，把我们的诉讼策略和方案介绍、汇报出来，通过可视化呈现我们的架构、逻辑、路径、素材。讲解能力体现主办律师的思维水平，可视化工具的运用体现的是团队的力量。第二阶段客户感受到主办律师的能力和团队的水准。

第三步，诉讼策略在我们的文件里。话过无痕，诉讼的开枪需要集体决策。决策的依据是什么？是诉讼策略报告。

诉讼策略的制定是非常费心力的事，并非一日之功。好的诉讼策略的制定不但引导了客户的预期，并且可以顺利实现客户预期。那么我们自然可以在签订委托代理合同的时候，约定一个基础律师费包住我们的成本及微利，再约定收取结果律师费的条件，从而实现我们的单案利润，这叫水到渠成。

诉讼准备决定庭审表现

做好诉讼策略，成功拿下案件的代理后，接下来是诉讼准备。诉讼准备决定了我们的庭审表现。

（一）原告的诉讼套路

如果我们代理的是原告，我把诉讼套路总结为三步：开方抓药——买菜做饭——鸣枪发炮。

1、开方抓药

根据客户介绍的背景情况和初步材料，向客户出具该种类型案件的摸底调查清单，按照合同签订、合同履行、纠纷产生的逻辑，列明需要客户落实的问题及收集的材料，再根据个案情况填充特殊问题。把单子开给客户先把药抓回来。

2、买菜做饭

在已有的诉讼策略框架下，将每个诉讼要件进行拆解细化，包括对原被告主体身份的核查、项目基本情况的核查、诉讼请求的设计、证明路径的安排、管辖法院的选择、保全与担保的筛选、诉讼风险的评估。菜买回来了，饭做得好不好就要看律师的水平了。

3、鸣枪发炮

了解当地法院的立案流程，制作立案文件，选择立案证据，完成立案。诉状是立案的核心文件，根据我们对诉讼要件的拆解直接完成诉状的制作。立案的证据标准是能够立得上案子，即诉状里的法律关系、原被告有证据证明，管辖正确。我们要将全部证据进行评估分级，提取出一级证据作为立案证据。

（二）被告的诉讼套路

如果我们代理的是被告，我把诉讼套路也总结为三步：全身体检——全面防控——重点打击。

1、全身体检

被告的诉讼套路与原告的诉讼套路本质上是一致的，不过是一个硬币的两面。根据材料研判，原被告

主体是否适格，诉讼请求是否有依据，数额是否合理，是否为了管辖而拆分或叠加，证明路径是什么，有哪些漏洞和风险，管辖法院是否正确。诉前完成所有的分析和论证，从而形成反驳诉讼方案。

2、全面防控

被告的诉讼任务是反驳。反驳的第一个原则是从头到脚，不要遗漏打击点。民诉法解释108条规定，原告的证明责任是使待证事实达到高度盖然性的证明标准，被告的反驳证明责任是使待证事实达到真伪不明的证明标准。被告的打击点越多，原告的漏点越多，原告的修补责任就越大，越难以完成高度盖然性的证明标准。

3、重点打击

被告反驳的第二个原则是重点打击。重点打击在二审中比较常见，一审审完，焦点问题已经非常突出。很多案子，往往只有一个致胜的关键点。被告围绕关键点为裁判者提供事实依据、证据支撑、类案依据以及内心确信，往往会出其不意，实现诉讼逆转。

原告的诉讼套路和被告的诉讼套路都准备好之后，代理律师还要共同做一个工作：庭审模拟。模拟方式包括自己互博、团队讨论、模拟法庭。我们只有在开庭前通过适当的方式清晰再现庭审现场，模拟庭审流程，才会对庭审的焦点、案件的难度有深入的分析 and 准备。我们只有经受了自己和团队的考验，才有能力代表团队到庭出战。

庭审表现需要千锤百炼

剧本已经写好，庭审时的表现80%是剧本里的，剩下20%靠的是经验，靠的是上百个案子历练后的临场发挥。

(一) 材料的熟悉程度决定庭审的反应速度。

我们一个民间借贷转诉不当得利的案子，民间借贷一审开庭七次。不当得利案件中，对方主张一笔款项的来源。我立刻反应这个问题对方在民间借贷案件中作出三次不同陈述，迅速在案卷中找到，然后向法庭陈述对方迄今为止已经有过四次不同陈述，具体分别是什么，在案卷的第几页。我们要给对方的就是这样有依据的打击，而不是简单反复地陈述自己苍白的观点。

(二) 答辩时看着法官的眼睛。

有的一年级律师答辩时没有工作底稿，直接张口现说，认为自己了然于胸，实际上却词不达意，缺少逻辑。然后自己就需要升级，把想说的写下来，写的过程中，就会确定我们要口头答辩还是提交书面答辩状。无论我们选择哪一种方式，都要将自己的思考有逻辑地写出来，然后再去表达。

再晋级，把书面答辩状讲出来，而不是念稿子。什么是讲？就是从书面表达再到口头表达的过程。庭审就是表达、交流、说服的过程。口头表达更容易激发大家交流的欲望，和法官交流，和对手交流，在交流中最终说服法官认可我们的观点。

(三) 证据拼的不是数量，拼的是质量。

开庭就像打牌，不能打明牌，一次性把自己的证据和盘托出，那就是打明牌。打牌就是根据敌人的火力逐步释放。根据对方的庭审反应，我们将准备的二级、三级证据适时提交反驳。最后，让对方落入一个出牌即被打，出牌即被打倒的状态。所以，证据拼的不是数量，拼的是质量，先要抓出一手好牌。好牌是否会打烂，取决于诉讼策略的安排，让每张牌发挥最大的价值，否则自己抓了大小王一样会被对方打个稀烂。

(四) 解剖三性进行有力的质证。

质证要围绕证据的三性展开，并且要针对三性的内涵。

真实性包括形式的真实性和内容的真实性。形式的真实性，例如章是不是真；内容的真实性，章是真的，但不是公司盖的，协议内容不是公司的意思表示。

合法性包括形式的合法性和来源的合法性。形式的合法性，例如单位出具的证明材料，无材料出具人员的签字，马上提出证据形式不合法；来源的合法性，例如偷录的录音以及我方财务凭证对方获得，马上提出证据来源不合法。

关联性包括与证明事项的关联性和诉讼请求的关联性。这份证据是否能够直接证明待证事实，和其他证据结合能否证明对方的诉讼请求。所有的质证要有针对性并且具有说服力。

(五) 证人询问讲究策略方法。

人证是最直接的证据，也是最不可信的证据，更是容易击垮的证据。

用最简单的办法击垮。例如，出具单位证明材料的人员出庭，证明材料所写情况属实。通过对证人年龄的询问，立刻判断出材料中的事发时间证人在上大学，因此他不可能是事件的亲历者。然后再询问材料的内容证人是如何核查确保其真实的。证人难以回答。

如果无法击垮，就让他自相矛盾。例如，对方申请的证人同意对方说的。我问他，他也同意我说的。这种情况下，把矛盾点用最简短的语言问出来，让他再次陈述，锁定答案。即使这个答案法庭因为证人前后矛盾的陈述无法采用，但最低的目标是让证人的整个证言自相矛盾，无法作为定案依据。

(六) 要清楚回答法庭询问的内容。

不要绕。绕表示你没有明白法庭提问的用意

及对案件的影响，或者表示你不知道询问的答案。除非你知道询问的答案和用意，你是故意要把法官绕晕。不知道，就直接回答庭后落实，不要绕。知道也不要绕，绕晕法官只是暂时的，还是说明庭审没有准备好。我们可以用更有效的方式给法官答案。

不要空。离题万里的高谈阔论，听着都对，但无任何实际意义。法官不会把你的高谈阔论作为定案依据写在判决里。所以，还是务实地回答。

不要避。如果一次庭审有三次面对法官的询问，你的回答是庭后落实，足以说明你的庭审准备没有完成。经过举证质证的环节，法官已经在内心里有了大致的确信，法官的询问通常是围绕焦点问题展开，并且是在为自己的内心确信寻找依据。所以，此时清楚而有力的回答是在帮助自己完成诉讼目标。

(七) 辩论要高度概括直指要害。

庭审时间有限，法庭辩论不要啰嗦，不要讲大道理，不要纠结细节，不要对人攻击，当然更不能怯懦，不敢多说。要根据庭前调查和案件焦点问题将自己的观点立体呈现，和自己的答辩意见首尾呼应。达到的效果是，我的观点一二三，我的证据一二三，对方无法撼动，我的终极主张成立。需要扩展，庭后提交代理词，将观点展开，通过证据、规定、逻辑进行严密的阐述。

庭后工作实现三重交付

庭审结束后有三项重要的交流工作可以助力我们实现三重交付。

(一) 和法官交流，把握案件的处理效果。

案件庭审结束后积极和法官进行交流，交流方式包括代理词提交、电话交流、见面交流、调解安

排。根据庭审情况和庭后交流，我们就可以判断案子的走向。这个时候，我们要考虑是撤诉、调解还是继续二审，对方可能的动作以及我们应该如何行动。还是分享开始的那句话，诉讼的目标是为客户解决商业问题提供价值。我们要在庭审结束后，判断我们离为客户解决商业问题还有多远，应当如何尽快达到预定目标。

（二）和客户交流，为客户复购或转介做准备。

开庭前，除了团队内部做好准备，还需要让客户感受到我们准备好了。服务必须被感知。

和客户召开庭前会议，汇报、交流思路，不必强调细节，只要告诉客户在整个诉讼战役中，这次战斗的方向、难点和意义。和客户统一思想，始终保持在一个频道上。庭后进行汇报，汇报方式包括庭后交流及书面庭审汇报。让客户感受到团队的工作，为了客户的利益，始终和他一起全力以赴，没有一丝懈怠。

案件的结束，也是另一个新的开始，为客户的复购或转介绍做好准备。

（三）和团队交流，提升团队的作业能力。

庭后复盘是我们必须要做的功课。即使代理律师开庭前准备的再充分，经验再丰富，团队再强大，每个案件都有值得我们优化、更新的方法。庭后复盘，进一步梳理、研究、准备对方、法官提出的新问题，会让案件朝更好的方向发展。

结案后复盘。收到判决后，研读自己办案的判决、复盘自己开庭的历程，是一种最快、最有效的学习方法。每个参与案件的律师都要将自己作为案件的唯一代理人，去独立思考，躬身入局，案件办完了才会有收获。团队成员之间需要彼此分享，我们始终要评估自己给团队带来了什么价值，自己又

从团队收获了什么价值，整个团队才能相融共生，共同战斗。

诉讼能力不是一日之功，需要百炼成钢。律师要能说会写，这是基本功。除此之外，思辨能力、细致习惯都是优秀律师的基本品质。最后，祝福大家都能百炼成钢。

庭审准备的方向与庭审表现的提升



周青林 姜知泰



【编者按】

对诉讼律师而言，庭审准备工作的重要性不言而喻。没有人会毫无准备就上庭，哪怕到开庭前一天晚上才准备诉讼思路，起码也要熬个通宵，做出一份庭审准备。而庭审准备的是否充分、有效，则因“案”而异，因“人”而异。

此前，周青林、姜知泰律师代理过一则建设工程劳务分包合同纠纷案件，所涉案情复杂、证据庞杂、双方争议突出，接收材料和开庭日期仅仅相差两天。对于代理案件的律师而言，如何在短时间内做好庭审准备找出漏洞，才能击破对方制胜法庭，是庭前最为重要紧迫的任务。他们奋战一夜，啃完对方的8000多页证据，最终找出了对方的核心漏洞，并梳理出法律构成要件与诉争要点。在庭审中，两人以法官为中心，将自己的发现与观点全部呈现出来，一气呵成。最终案件取得了不错的结果，尽可能为客户争取到了最大化的利益。本案到底是怎么赢的？其中有哪些值得复盘总结的经验呢？至少包括以下两个方面：庭审准备的方向和庭审表现的提升。

庭审准备的方向

谈到有效的庭审准备，我们会想到什么？以“庭审准备”为关键词搜索攻略，大概率会得到以下答案：

准备庭审，需要深入把握案件事实和法律适用，自我辩论形成庭审大纲。具体而言：

攻略会告诉我们开庭前要检查事实问题：

- 对案件基本事实是否足够熟悉？
- 对关键事实是否掌握透彻？

- 每项基本事实，是否可以在庭审中迅速定位？

攻略还会告诉我们，开庭前要检查法律问题：

- 案件所涉法律关系是否清晰？
- 相关法律、法规等规定（直接适用优先、类推适用或准用次之）是否已全面检索？
- 司法实践中如有类似案例，存在哪些可能的法律理解和处理方式？

自查开庭前有没有准备庭审大纲：

1.站在我方当事人角度思考，如何让我方观点立起来。

2.站在对方当事人角度换位思考，对方可能关注和依据哪些事实，适用和援引哪些规定，提出哪些抗辩、反驳及相应理由。

3.站在合议庭客观中立的角度思考，如何回应法官的核心关切。

每每谈到庭审准备，这些都是绕不开的话题，上述关于庭审准备标准非常正确，就像数学考试方程式标准答案一样正确，至于推理解题过程，很多人刚上手不熟练，所以拿到标准答案，不一定能做出题目，解题的过程才是关键。

首先要明确一个问题，整个民事诉讼过程的原点是什么？——原告诉讼请求。

民事诉讼基本上是围绕原告的诉讼请求来进行的。法官的职权就是以裁判方式回应原告的诉讼请求是否成立，不管一审、二审还是再审，最终解决的都是这个问题。

而律师的工作是说服法官。既然你要说服法官，你就必须与他同频，在庭外想他所需，在庭上说他所需。开庭时法官真正想听的，一定是他需要而且只能在法庭才能听到的内容，那是什么？

- 是与原告诉请有关的要件事实；
- 是具备法律依据的观点表达；
- 是具有事实支撑的简明陈述。

我们再来回顾法官的判案逻辑是什么，法官在以裁判方式回应原告诉讼请求是否成立前，首先要确认原告诉讼请求，然后确定：判断原告诉讼请求是否成立的法定标准即请求权法律基础，再从该请求权法律

基础中提取构成要件，然后审查案件事实以及是否有足够证明力的证据来支撑，最后确认能否将案件事实归入所有的构成要件，从而实现确定原告的请求是否成立的审判目标。

大家肯定都有感觉，当你仔细捉摸法官庭上问的每一个问题，你就能判断出来法官是按照什么思路来审这个案子。

以作为被告为例，拿到原告诉请之后，应该朝什么方向来准备答辩？

考虑管辖、受案范围、诉讼主体——为什么要先考虑程序问题，因为我们往往在开始研究或评价实体法律问题的时候就已经默认了程序没问题。本案是否属于法院的受案范围？还是仲裁？诉讼主体是否适合、是否涉及专属管辖、集中管辖、涉及什么级别管辖。

考虑本权——我们要找到请求权的来源，原告依据何种权利提起诉讼的，是来源于法律规定、合同约定？这些权利是否已经取得了？是否已经消灭了？有些权利是有存续区间的，比如形成权中的撤销权。本权依据什么可以获得救济，是依据法律、还是依据合同？

考虑诉请所依据的事实条件是否成就——就是我们讲的小前提，是否存在违法事实、违约事实、损害事实等等，还有一点就是是否已经过了诉讼时效。

考虑诉请的内容——涉及到给付之诉尤其是涉及到数字的时候，计算公式、数据有没有依据支持，数字是什么计算出来的。

以上内容共同成为请求权基础，作为被告抗辩的时候针对原告的诉请逐项拆分，各个击破，原告同理。

请求权基础分析清楚之后，我们就要考虑事实核

查、整理与法律、案例的检索。

在案件准备过程中，我们先对所有的证据进行了细致梳理，制作明细表、证据清单向法院提交；对案涉核心法律问题等进行法律、案例检索，并通过若干份书面备忘录与客户沟通案件事实情况，同步案件进程。对于案涉事实的真实性确有必要必须现场核实、求证。

以上文提到的建设工程劳务分包合同纠纷案件为例（案例具体情况文末扫码回看视频讲解），案涉工程为地下烂尾工程，我们做的最关键的事实确认就是到场走访施工现场。我们在项目经理的陪同下对地下工程还未封闭的场地进行了走访，实际看到了未确权产值的柱子，看到了涉案场地的地质，也看到了施工现场的材料堆放情况，人员留守情况，了解模板、方木、顶丝、扣件等材料在工程中的使用方法。有了实地走访的直观感受与对工程现状的了解，我们才能在庭上、代理意见中有底气地描述工程现场情况，为法官解释什么是逆作法，现场是否存在鉴定条件等。

综上，我们全部的事实准备都围绕原告的请求权基础及相应要件展开，答辩也围绕着上述内容进行。好的答辩，首先应该对原告的“事实与理由”部分进行归纳整理，将起诉状中散乱的观点整理出来，并有针对性的提出意见，为法官总结呈现出有利于我方的争议焦点。其次，针对己方提出的反驳意见、事实主张，要尽可能地组织证据支撑。律师在庭上忌讳说“我认为”，而应该时刻想着在我们的主张与证据之间建立链接。

据以答辩的事实与法律问题的准备完毕之后，自然要考虑到证据的整理、提交。

现在的民商事庭审中对原告进行答辩的过程有时

会比较简短，因此在举证、质证环节的陈述就显得尤为重要了。

关于证据的准备，大概以下几点体会：

1. 证据取舍——把握一个原则，举出该证据只要利大于弊，能够帮助形成逻辑闭环，就尽量提交。很多案子就是缺乏有证明力的证据，那我们也要尽量通过取舍的证据，自圆其说。

2. 证据组织——建议证据组织按照法律关系顺序、时间顺序和主次顺序。在组织证据时以法律关系顺序为主，以时间顺序、主次顺序穿插为辅。例如一般的合同纠纷，我们可以按照合同主体证据、合同签订背景的证据、合同签订的证据、本方履行合同的证据、对方违约的证据、本方的损失证据、本方主张权利的证据等的顺序来制作证据清单。我们在以法律关系顺序组织证据时，通常会跟起诉状中的事实陈述顺序一致，也基本上和法庭调查中的事实陈述顺序一致。

3. 证据编号、页码、标注——在编号过程中，有的按组编号，有的则直接按照“证据一二三”列明，如果证明同一争议焦点的证据比较多，建议采用分组。对于证据较少，可以不分组。页码有两种编码方式，以全部证据为基数从头到尾编码，再就是以每组为基础编码，其次呈交给法官的证据尽量用荧光笔进行必要标注。

4. 证据清单——如果证据很多喜欢用表格形式呈现证据清单的，建议准备一份纯文字形式文件的方便书记员快速拷贝。

5. 与当事人交流——这一工作非常重要，尤其对重大复杂的案件，我们将整理好的证据和证据清单反

馈给当事人，不仅方便当事人进一步了解我们的证据思路，方便当事人在证据思路上保持同步，而且可以在此基础上进一步征询当事人的意见，核实确认当事人对全案证据是否有进一步的补充和完善。

庭审表现的提升

庭审，就是一场法官注意力的争夺战。

庭审的最大意义在于，通过律师、当事人的当庭陈述、辩论，让法官对案件有感性认识，再结合书面文件、证据的理性分析，对案件进行裁判。也就是说，如果法官开庭前基本上没怎么看材料，法庭调查之后的感觉和判断，就成为他的第一判断。好的律师要成为的法官的帮手而不是对手，要在有限的时间内帮助法官查清案情并查明法律适用。

那么，如何争取法官的注意力？

——在合适的时机以恰当的方式说正确的内容。

合适的时机？

庭审主要包括法庭调查和法庭辩论两个阶段，法庭调查阶段主要任务是通过调查确定案件争议焦点；法庭辩论阶段的主要任务是围绕争议焦点涉及的事实认定和法律适用问题进行充分辩论和发表意见。

不同庭审阶段法庭的任务和关注点不同，因此我们在发言时应当紧紧围绕法庭的目标进行。

恰当的方式？

1. 观点清晰、逻辑清晰

信息过量与信息匮乏均是庭审禁区。建议采用“总

分”式有逻辑的表达，先亮明观点再分层阐述理由。法庭不是辩论比赛，并不是所有情况下都需要雄辩，也并非在任何情形下都滔滔不绝，关键是围绕争议焦点和要件事实，一语中的，张弛有度。

2. 依据清晰、避免空谈

律师一定要让自己的主张跟证据建立链接。脱离证据、没有依据的高谈阔论会分散法官的注意力。

3. 尽量脱稿、增加互动

人在互动中，更易引发思考，这也是法庭发言应当追求的效果。在发言的时候，我们要时刻关注法官，尤其是承办法官是否在倾听，是否如我们预期的那样查找希望让他看到的证据材料。

正确的内容？

所以我们要求讲什么，尽量围绕争议焦点有关的事实、法律适用展开陈述，要自圆其说。

我们说争夺法官的注意力，绝不是不断重复观点，如果法官注意到你在不停重复主张，大概率会等来一句“前面都说过的就不要再说了”。

鉴之戒之

最后谈一下我对庭审禁区的理解。

1. 低头朗读

朗读版本的代理人通常还是比较认真的，准备书面的文件，然后在法庭上一字一句的读出来，关键是朗读的时候全程低头看文书。

2. 不断重复

反反复复强调同一个事实、同一个主张，甚至还反复提醒法官注意。言简意赅，直击重点，抓住关键的事实和法律问题，才能体现律师专业水平。

3. “我全都要”

案例中的律师在一审中“眉毛胡子一把抓”，抛开诉讼策略的问题，与建设工程相关的主张都被埋没在了虚假诉讼的观点中，让法官在庭审中无从抓取。二审的律师提供了8000多页的材料，没有任何编号，给庭审造成了巨大负担，完全背离了“帮助法官查清案件事实和法律适用”的原则。总之，庭审信息过量与信息匮乏均是庭审禁区。

4. 拒绝质证

实践中既有律师认为对方提交的证据已经过了举证时限而放弃质证，也有认为对方提交的证据与案件诉争标的无关，因此拒绝质证。

这样拒绝质证有用吗？现实情况是，只要是法官认为对查明事实比较重要的证据，在让书记员核对原件之后，该采纳的证据是照采不误。放弃质证的做法不仅徒劳无益，还会让法官心生反感，建议大家不要效仿。

最后的话

“庭审”这件事儿，如果让我用一句话形容的话，就是——如切如磋，如琢如磨，律师庭审的质量需要持续地切磋打磨，看明白听明白和灵活运用之间还有一条鸿沟。

比如，我们看到奥运健儿们，看到他们运球、挥拍、划水等等，这些动作好像我们也能做，运球的高度、挥拍的角度、划水的幅度怎么达到最好的

竞技表现，是需要慢慢琢磨、日积月累的。知道绝不等于学会，知道怎么做了不光得学、还得练、还得悟、最终才能学会。

而对律师的庭审来讲，学会开庭只是第一步，学会之后还要不断打磨、不断雕琢，也许真的就是没有尽头，但这也是我们作为律师热衷庭审、崇敬庭审的原因。

仲裁案件代理实务精讲



陈晓军



【编者按】

说到仲裁，许多律师并不陌生，但大部分律师只把仲裁当成诉讼来处理，认为仲裁与诉讼并没有太多的不同。然而，真的代理一个仲裁案件就会发现，仲裁与诉讼存在太多的不同，无论是实体法的适用还是程序法的适用，都有很大的区别。因此，对于仲裁案件，一定要因地制宜，深入、透彻地研究仲裁案件的特征，才能真正代理好一个仲裁案件。

文康培训学校开庭集训营第四期由文康合伙人陈晓军律师带来一场关于仲裁的实战讲解——《仲裁案件开庭实务精讲》主题分享。陈晓军律师入行多年，在文康深耕仲裁领域多年，处理了大量复杂疑难仲裁案件，代理过香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）、青岛仲裁委员会等诸多境内外仲裁机构的仲裁案件以及在伦敦等地进行的临时仲裁案件，对于仲裁案件的程序法适用、实体法适用、仲裁庭的特点、仲裁案件审理模式有着深刻的洞察与理解，同时他也是一位开庭经验丰富的律师。本期课程中，陈晓军律师把自己多年的执业经验总结、分享给青年律师和法律同行，帮助大家更好地认识仲裁案件，更好地为客户代理好仲裁案件。

仲裁案件所依据的法律法规及其他规范性文件

作为诉讼律师，在诉讼案件中对于程序法及实体法的掌握必然是得心应手的。然而，仲裁案件所依据的不仅仅是我们最为熟悉的法律，还有大量法律以外的规范性文件。因此，在代理仲裁案件时，首先应当了解和掌握与仲裁有关的所有规范性文件：

1. 《仲裁法》

这是我国关于仲裁的最根本的法律，所有仲裁活动都必须在仲裁法的框架内进行。

2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》

由于《仲裁法》颁布较早，且部分内容有一定的模糊性，因此最高人民法院颁布了上述司法解释，对一些细节内容进行了完善。

3. 《民事诉讼法》及其司法解释

《民事诉讼法》中也有许多与仲裁有关的文件，主要是财产保全、强制执行以及确认仲裁协议效力等涉及到法院审理涉仲裁案件的内容。

4. 散落在其他司法解释或规范性文件中的有关仲裁的内容

除了上述法律外，还有许多散布在司法解释或最高人民法院颁布的规范性文件中的内容。尤其是近年来有关自贸区的规范性文件中，有许多涉及仲裁的内容。

5. 仲裁机构的仲裁规则

除了上述法律法规及规范性文件外，境内外的仲裁机构大多都有自己的仲裁规则，有的仲裁机构还不止一个仲裁规则；还有一些专业的行业协会，如伦敦海事仲裁员协会（LMAA）虽然不是一个普通意义上的仲裁机构，但它也制定了适用于海事仲裁的仲裁规则。

在仲裁机构或临时仲裁庭审理仲裁案件时，适用最多的就是各自应适用的仲裁规则。仲裁规则是仲裁庭、当事人、代理人代理仲裁案件最为直接，也是最为重要的程序规则。

6. 当事人约定的其他规则

商事仲裁秉承的是严格的“当事人意思自治”，仲裁案件中适用的程序法和实体法均可以由当事人自由约定。除了仲裁规则外，当事人还可以约定适用许多其他的规则，例如特殊的证据规则（如CIETAC就有专门的证据规则供当事人选择适用）或《国际律师协会国际仲裁取证规则》等其他规则。

与诉讼不同，仲裁案件十分注重程序完美。如果程序上出现问题，那么大概率仲裁结果可能会被撤销。

严格的“当事人自治”——妥善制定仲裁协议/条款

如前所述，仲裁案件秉承严格的“当事人意思自治”原则。在仲裁案件中，可以说几乎所有的程序都是当事人自治的结果。然而，如果只是被动地接受仲裁规则设定的内容，那么律师能够发挥的作用就十分有限

了。事实上，对于成熟的仲裁律师而言，应当在起草包含了仲裁协议/条款的合同时，就应该开始设计整个仲裁的所有的程序。一份完整的仲裁协议/条款可能包括许多内容，每一个内容都对应着仲裁中的环节。

1. 机构仲裁

所谓仲裁机构仲裁，是律师最经常参与的仲裁业务，即通过常设的仲裁机构进行仲裁审理。目前国内律师代理国内的机构仲裁已经非常普遍，但参与境外机构仲裁尚不多。对于纠纷发生时，如何确定仲裁机构是非常重要的环节。一般来说，普通案件选择己方当事人所在地的仲裁机构是最基本的做法。如果案件比较特殊，在己方当事人所在地仲裁机构可能无法审理，那么可以考虑国内知名的仲裁机构，如CIETAC等。另外，某些特殊的案件也可以选择特定的专业仲裁机构，例如海事案件选择中国海事仲裁委员会审理。

需要注意的是，根据中国法律及司法实践，不具有涉外因素的纠纷不能选择域外仲裁机构管辖审理（根据最新的有关自贸区的规范性文件，争议一方或双方为外商投资并注册于自贸区的企业，在满足特定条件的情况下可以将纠纷提交域外仲裁机构审理解决，其审理结果在符合中国法律要求的情况下可以得到中国法院的承认和执行）。

2. 临时仲裁

临时仲裁 (ad hoc arbitration) 是一项历史悠久的仲裁制度，其历史甚至比机构仲裁更为久远。所谓临时仲裁，是指纠纷发生后，当事人根据事先或纠纷发生后达成的仲裁协议，约定一个临时仲裁庭组成程序和审理程序，选任特定的仲裁员组成仲裁庭审理案件，案件审理完毕后仲裁庭即告解散。临时仲裁是国际商事纠纷解决的重要机制，许多国际争端依然是通过临时仲裁解决的。

在中国同样认可具有涉外因素的纠纷通过临时仲裁解决，此类临时仲裁庭作出的仲裁裁决，在满足中国法律要求的情况下也是可以在中国法院得到承认与执行的。但不具有涉外因素的纠纷不能通过临时仲裁解决（根据最新的有关自贸区的规范性文件，注册于自贸区的企业在满足特定条件下也可以通过临时仲裁解决纠纷，法院将不会直接否定此类仲裁协议的效力或审理结果；即便法院否定此类仲裁协议的效力，也应当呈报最高人民法院决定）。

3. 仲裁地点

无论是机构仲裁还是临时仲裁，只要仲裁规则没有限制，那么当事人完全可以选择仲裁地点。例如笔者就曾经代理过CIETAC审理的案件，但仲裁开庭地点在青岛。

4. 仲裁语言

在涉外仲裁中，确定仲裁语言是非常重要的。对于中国律师而言，无疑选择中文作为仲裁语言是最为有利的。

5. 适格仲裁员

只要仲裁规则没有限制，当事人完全可以在仲裁协议中就适格仲裁员的条件设定出来，例如仲裁员的国籍、工作经历、身份、特殊的回避要求等。在临时仲裁中，这一点尤为重要。

6. 仲裁庭组成

机构仲裁中，常见的仲裁庭组成方式包括三人仲裁庭、独任仲裁庭，且每种仲裁庭都有其适用的条件和程序。对于当事人而言，只要仲裁规则没有限制，那么完全可以自由设定仲裁庭的组成程序。

在临时仲裁中，除了三人仲裁庭或独任仲裁庭外，还有一种特殊的“2+1”仲裁庭，或称为“公断人仲裁庭”。即双方各选任一名仲裁员共同组成双人仲裁

庭，如双人仲裁庭无法就裁决结果达成一致，则再通过既定程序选任一名“公断人”，组成三人仲裁庭。这种仲裁庭的好处是可以节约成本，减少了一名仲裁员的开支，但坏处在于可能会延长仲裁时间。

7. 费用的承担

在我国的诉讼当中，除合同约定或法律明确规定外，一般诉讼费用由败诉方承担，而律师费则通常由各方自行承担。然而在仲裁中，一切可能发生的费用都可以事先约定承担方式。

仲裁中可能发生的费用包括仲裁费（或临时仲裁中的仲裁员费用、仲裁员差旅费用）、当事人差旅费用、取证费用、翻译费用、场地租赁费用（有些域外仲裁机构也可能没有固定开庭地点，需要临时租用聆讯室或开庭室）等等。在仲裁协议/条款中可以明确约定费用承担方式。

8. 仲裁规则的适用

仲裁案件与诉讼案件一样，必须遵循相应的程序规则。在诉讼中，一般遵照《民事诉讼法》等专门的程序法规则即可。然而在仲裁中，当事人可以选择具体的审理的程序法则。

一般仲裁机构都有其常设的仲裁规则，因此不存在选择的问题。但一些仲裁机构允许在本机构进行的仲裁案件适用其他仲裁规则，如CIETAC仲裁规则就规定：“当事人约定适用其他仲裁规则的，由仲裁委员会履行相应的管理职责。”换言之，在CIETAC进行的仲裁，是可以适用BAC的仲裁规则的。

但需要注意的是，这种仲裁规则的选定方式必须谨慎适用，因为仲裁规则自身可能就对其适用范围做了规定，贸然在其他机构适用该规则可能导致实际上的适用不能。例如2012年版的国际商会仲裁院（ICC）的仲裁规则就规定“（ICC）仲裁院是唯一授权依据本规则行使管理职能的机构”。根据该规定，适用ICC仲

裁规则，就必须由ICC仲裁院作为唯一管理机构，这就与上述CIETAC规则中的由CIETAC作为仲裁管理机构的内容相矛盾。

整个仲裁过程中必须严格遵守法律法规/仲裁协议/条款以及仲裁规则

在仲裁协议/条款生效后，一旦发生了可仲裁的纠纷，那就必须严格按照仲裁协议/条款来办理案件。任何不符合仲裁协议/条款或仲裁规则的行为在未来都可能成为导致仲裁裁决被撤销或被拒绝执行的原因。

在仲裁过程中，仲裁机构是否适格、仲裁员是否适格、代理人是否适格以及是否符合仲裁规则/仲裁协议/仲裁条款的要求、仲裁庭组成程序、送达程序等是需要严格注意的环节。

有许多仲裁案件的结果被撤销都是因为仲裁程序中的一些小的细节问题，例如曾有仲裁案件因代理人人数超过仲裁规则的规定导致裁决结果被撤销；也有仲裁案件中因送达程序出现问题而导致裁决被撤销。

如果律师辛辛苦苦代理案件，在实体法上赢得了案件，最终却因为这样一些小的程序问题被撤销裁决，那显然是非常糟糕的结果。

值得注意的是，有些原则问题不能仅仅看仲裁协议和仲裁庭的意愿，甚至有时候双方当事人达成一致也不行。例如根据《仲裁法》第三十四条的规定，具有法定情形的人员不得担任特定案件的仲裁员。其中第三款规定“与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正裁决的”。如何理解“可能影响公正裁决”是一个较为主观的判断问题，而作出最终判断的是法院。因此，对于任何与当事人有关系的人担任仲裁员的，即便仲裁员履行了披露义务，甚至对方当事人也没有提出异议的，依然有可能会被撤销。而在去年颇

受关注的“孙杨仲裁案”中，瑞士法院撤销第一次仲裁裁决的理由也是基于仲裁员曾经一番辱华言论，否定了仲裁员的适任资格，最终撤销了仲裁的裁决。

总而言之，对于仲裁程序中的这些细节，需要律师在仲裁代理过程中严格的把握。不夸张的说，律师对于仲裁案件中的这些细节问题，必须“锱铢必较”。

庭审要根据仲裁的特点进行，不能简单套用诉讼开庭的经验和技巧

框架已经搭好，接下来就要对开庭进行准备。对于律师来说，开庭本来是非常熟悉的程序，大部分律师也都有自己的成熟的经验和应对策略。然而，仲裁毕竟不同于诉讼，在仲裁的开庭中也有许多值得注意的，与诉讼不同的细节。

1. 仲裁有可能不开庭

与大部分诉讼案件不同，仲裁并非一定以开庭为必要环节。尤其在商事仲裁中，无论是机构仲裁还是临时仲裁，都可能不必开庭。仲裁庭仅通过电子邮件的方式接受双方的陈述和材料，并给出程序性的指令或具体问题的询问，然后设定“关门”时间，最后径直作出裁决。这种程序一般是在双方没有对对方的证据提出真实性的质疑或不需要询问证人的案件中，其优点在于将会极大的节省费用和时间。所以，在对各方证据的真实性没有疑问的案件中，要更加注重书面材料的起草和递交。

2. 不要滥用程序或违反程序

在诉讼中，法官往往基于“实体正义”的追求，对诉讼中一方滥用诉讼技巧，违反程序正义或滥用程序漏洞（例如证据突袭、随意提管辖权异议、随意质疑证据的真实性、违反“禁止反言”、对自己不利的事实一问三不知等）的行为一般不会太过计较。然而，仲裁员并非法官，他们大多都是律师或法律界相关人员出身，本身对于上述滥用程序或违反程序的行为容忍度较低。

更为严重的是，仲裁员往往对于滥用程序或违反程序的一方存在潜意识的不信任感，这一点在国际仲裁中尤为明显。

例如，如果在仲裁中挑战对方证据的真实性，最终该证据被确认真实性无误。那么仲裁员就会潜意识认为：“作为当事人怎么可能会对对方的证据真实性不知道？明知为真却还要挑战那就很可能心里有鬼”，对挑战方的信任就会下降。如果这种情形多了，很可能这一方当事人在仲裁员心中再无信任可言。这种感觉很大程度上会影响仲裁的结果。

当然，这是指对于应当知道其真实与否的证据，如果是第三方出具的证据，己方有正当理由认为可能真实性存疑的，还是应当当机立断地提出，仲裁员也会考虑各个证据的实际情况，不会一概而论。

3. 谨言慎行

仲裁与诉讼不同，仲裁案件中仲裁员会非常关注一方的陈述，而且对于“禁止反言”的原则把握也远远比诉讼要更为严格。同时，仲裁案件的书记员很可能并非仲裁秘书，而是外聘的速录员，其职责就是将仲裁中的每一个字都记录下来，所以代理人在仲裁中说每一句话之前都要谨慎考虑。一旦记录在案，再想修改就很困难。部分仲裁机构要求庭审笔录除错别字或不影响意思的修改外，其他任何修改都不允许。这就要求律师在庭审中必须慎之又慎，不能说错任何一句话。

另外，由于仲裁实行“一裁终局”的制度，一旦裁决作出，除非被撤销否则就没有救济的机会。这就更加要求代理人在开庭过程中将所有观点有逻辑、有顺序的表述出来。虽然开庭后代理人还可以提交代理意见书，但仲裁庭往往更注重庭上的表述。

4. 根据仲裁员的特点有针对性的发表意见

仲裁员往往都有其本职工作，比如律师、法务、工

程师等。因此，在庭审中律师不能简单的套用诉讼中的经验，要根据仲裁员，特别是首席仲裁员的身份作出调整。例如如果仲裁员是律师，那么陈述起来不妨单刀直入，摆事实将法律一气呵成，不要拖泥带水。

如果是非法律界人士，例如工程师、专业的商业人士等，那就不妨在事实与法律的推理方面多下功夫，让仲裁员更好地理解案件事实与己方所主张的法律依据之间的联系。

总而言之，仲裁开庭没有一定之规，要根据案件的特点、仲裁员的特点及时调整，才能起到事半功倍的效果。

5. 注意仲裁庭设定的时间限制

在庭审中，仲裁庭往往习惯设定程序上的最终时间，例如当事人对庭审遗留问题何时回复、补充证据何时提交、书面意见何时提交、最终意见何时提交。仲裁庭一旦明确设定了上述时间限制，律师必须严格遵守。如果遇到特殊情况，必须提前向仲裁庭提出申请延期。一旦超期，后果将十分严重，超期提交的材料一般都不会被接受。这一点与诉讼也是非常不同的。

仲裁是一种历史悠久但又相对陌生的纠纷解决机制，许多律师因为案源有限，对仲裁的了解尚不深刻。还是在文中多次强调的一句话，仲裁案件格外注重程序，而程序中可能需要注意的细节又非常多，任何一个细节的疏忽都可能对案件结果产生实质性的影响。希望能够通过这次分享，让大家了解仲裁、重视仲裁，更好地为委托人代理仲裁案件。

金融案件庭审准备与实践



董军峰



【编者按】

近年来，金融借贷案件数量多，担保及新型案件数量不断攀升。如何做好金融案件的庭审工作？文康培训学校开展集训营第七期邀请金融领域资深律师、文康高级合伙人董军峰律师为大家讲解此类案件的庭审准备与实践。

据青岛市中级人民法院金融借贷审判白皮书：2020年两级法院审结金融机构借款合同纠纷8015件，标的总额195.51亿；信用卡2690件，标的总额2.63亿；民间借贷案件13434件，标的总额103.25亿元；融资租赁案件225件，标的总额13.29亿元。其中，新型案件上升较快，包括理财、保理、金融服务、准金融借款纠纷。

总体上，金融借贷案件，缔约、履约规范，金融机构胜诉是必然的，难点在于执行和权利如何实现，因此，大量的金融借贷案件，不论金额大小，很多案件是由金融机构的员工代理参与诉讼。因此，庭审在金融案件中的作用似乎不象其他案件重要。

但是，金融案件同样应当高度重视庭审阶段的工作。因为，（1）庭审是双方权利义务的集中展现和确定化的阶段。充分展现双方的请求及事实理由，通过法院判决或裁定确定权利义务。

（2）庭审成功是权利实现的基础。经过充分的准备，全面、准确地提出自己的诉讼请求或答辩意见，如果最后形成“经审理查明”和“本院认为”的判决内容同，庭审的目标将基本实现，这也是权利实现的基础。

（3）庭审是打动法官，影响法官形成内心确信的绝佳机会。在以金融机构为被告的案件中，法官主观上容易形成金融机构有责任的意见，庭审是发表意见影响法官的法定正式场合。

（4）客观形势的需要。金融案件一审基本开庭；二审基本不开庭，仅举行听证；再审，不开庭。上诉案件的改判率为15%；申请再审和抗诉再审判改率5-7%。

以上因素，决定了律师在办理金融案件过程中，务必重视并做好庭审阶段的工作。

功夫在诗外

——准确认识金融案件

一、金融案件的基本特点

1、合同及签订规范。

(1) 合同文本，包括债权债务发生的合同及担保合同均为示范合同文本；

(2) 董事会决议、股东会决议、核保函等法律文件经过多重审核；

(3) 严格执行面签制度。

2、合同、资金、财务凭证所代表的双线并行。

(1) 资金线体现在资金的流出流入及相应凭证；

(2) 意思表示线体现在书面合同及相应法律文件。

3、争议一般出现在意思表示线上。真实意思表示决定案件的性质及各方的权利义务。

4、专业性较强，部分法官需要学习金融专业知识。例如叙作的意思，议付、承付、押汇、展期等专业术语的含义等

二、对金融案件的深入认识

1、金融机构的附加诉求包括：

(1) 较高的效率要求，要求法院快立案、快保全、快审理、快判决、快执行等；

(2) 过程管理多，金融机构会根据自身政策考量进行较多的临时指挥和变动。

(3) 传统金融机构的政治或策略要求。诉讼是工具，是尽职履责，千万不能有责任。对大客户或敏感业务，不能第一个起诉，也不能最后一个起诉。

2、指导思想：赢得必须要赢的案子，不要在无

效益的业务上过多纠缠。

3、不能依赖金融机构的账务，需要自己算。金融机构的系统未必完全准确，特别是系统设置与合同不一致时需要手工细算。

4、相关方的诉求和战术。

(1) 债务人的一般会采取拖延战术，在新型金融案件中会提出管辖权异议；

(2) 担保人的抗辩主要体现在对责任性质提出异议、对金额提出异议、对费用提出异议等。

5、有无格式合同问题。债务人为了拿到资金，处于协商不力的地位。但担保人，或投资人可能会提出格式合同问题。

三、对金融案件的再认识

在金融案件中，要注意银行债权实现与系统金融风险防范的关系。另外，实务中金融机构较少接受调解的方式结案，但对自己作为被告的案件非常重视。同时，在办理金融案件时要注意立法和司法理念带来的合规风险。在案件发展趋势上关注因债的保全而派生的案件，例如代位权纠纷、撤销权纠纷及法人人格否认纠纷等。

四、收案审查注意要点

重点审查主体有无金融许可证，其业务范围是否包括涉案业务？利息的约定是否能得到法律保护等。业务性质是否违反监管规定，导致无效的情形。争议问题有无争取空间。诉讼对手，政府及监管机构的态度等。

细节决定成败或成效

——充分的庭审准备

由于金融机构案件所具有的债权性质，除非过诉讼时效，债权诉讼胜诉几乎是没有争议的，民间借贷也大体如此。因此，如果案件判决结果没有得到全面

支持，或者拖期过长，或长期立不上案等，都会影响委托人对律师的评价。因此，查清事实，准确形成并提出诉讼请求，并得到法官的快速支持是金融案件办好的关键。

1、查清事实。描绘时间轴，列时大事记，避免遗漏细节；帮助法官发现案件事实，调动法官兴趣；全面全程熟悉案件；放在大背景来认识和展示案件性质。

2、法律适用。确定案件性质和适用的法律规定，查找相似案件的判决意见。

3、撰写诉状。起诉状总体要求要简洁明了，不必面面俱到，但要言之有物。

4、决定是否申请财产保全。确定保全的对象与金额，做好财产性权利的保全，考虑保全错误风险。

5、立案后，对合议庭成员进行背景调查。包括主审法官和其他合议庭成员的教育和工作经历，职务、学识水平，以前判决风格，近期有审理过类似案件。

庭审中步步为赢

——既擅长打呆仗，又会打巧仗

程序就是技法，不重视程序就是对法律的盲目信仰。

1、总的要求：

(1) 敢说：责任之所在；缴纳了诉讼费。

(2) 能说：充分的准备；引起法官的信任和听你陈述的意愿；在法官自由裁量时影响法官的倾向；避免突发情况措手不及。

(3) 会说：专业加技法。法官专门在听我们陈述观点和理由，比庭后再去做工作，包括交代理意见好的多。有力的庭审表现是使法官观点动摇的重要机会。

2、注意讲究审中的关键环节。

在理想的情境下，法官裁判时是超然中立的并且只服从法律，如马克思·韦伯所说，“现代的法官是自动售货机，民众投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”但实际上，法官不是机器，而是拥有感情和好恶的常人，不可避免地会受到诸如偏见等因素的干扰。因此，如何使法官自由裁量的结果有利于己方，考验着出庭律师的说服能力。

(1) 法庭调查中注意法律适用的调查，法官不是专业人士，需要讲明事实证据的法律含义。

(2) 在我国的庭审中并没有一般意义上的辩论，整个庭审过程更像是原被告律师参与法官主持下的案件讨论。因此，发言并不是为了驳倒对方，律师在庭审中的目的是有效说服法官，而非填鸭式地倾泻观点。

(3) 要把最有说服力的论据放在最前，王炸先出！给法官的第一印象很重要，如果按照其他逻辑顺序发言，那么可能会留下对本案的论证不充分的印象，接下来可能需要很大的努力才能弥合这一负面印象。根据法官的安排和庭审时间，如果把最有说服力的论据留到最后，很可能会没有充裕的时间进行。

3、精心制作证据清单。所提证据能够实现证明目的；证据点或证据链可以支持诉讼请求或答辩意见；形式便于合议庭阅读和理解。

4、如何开展法庭辩论？不是前述意见，也不是庭后提交代理词，而是要充分重申己方意见和理由：围绕争议焦点辩论，围绕核心证据辩论，围绕法律适用进行辩论。法庭辩论要做到简明扼要！要充满自信！

5、避免在质证中出现如下错误：如未经当事人确认，擅自放弃对证据真实性异议；逾越质证的边界，教导法官和告知对方如何证明；质证意见空泛，只有态度没有依据；遗漏对证据来源的质疑；仅指出证据缺陷，对证明力有无和证明力大小没有明确；对证据的关联性缺乏具体的质证意见。

6、庭审笔录基本决定判决书的内容。庭审笔录是法官撰写裁判文书的基本依据，一定要仔细核对庭审笔录中己方的发言并相应地进行更改或补充。另外可以留意法官提的问题、总结的争议焦点，在撰写代理词时作为重点。

继续表达我们的意见

——查找新的证据

在我国民事诉讼一审二审阶段中，若新的证据与案件基本事实有关，人民法院应当采纳。但根据当事人逾期提供证据的原因不同，法院会酌情予以惩罚。在再审阶段中，认定新证据的标准为：是否能证明原判决、裁定认定事实或者裁判结果错误。同理，若当事人无正当理由提交证据，也会受到法院的惩罚。因此，无论是在一二审还是在审阶段，我国关于新证据的认定规则都趋向于追求审判实体公正，若新的证据与案件基本事实有关，或足以证明原判决结果有错误的，法院都会接受。但为了提高司法工作效率，对于因故意或重大过失逾期提交证据的，法院也会给予惩罚。

新证据在上诉及申请再审案件中具有重要意义。即使某证据不构成新证据，也要以新证据的形式出现，促使合议庭组织双方进行质证，创造法庭听取我们意见的机会。

不可忽视庭审结束后的诉讼文书

——可能决定结果的机会

在向法庭提交法律文书时，务请标上当事人、案由、案号，便于法官查找。另外，代理词是根据庭审情况，结合争议焦点的全面表达，一定要超越答辩意见。

在面对对手证据偷袭时，如不能确定的对方证据，原则上应当提交书面质证意见，避免当庭失误或失策。

对法庭关心问题的情况说明，围绕本方观点，帮

助法官内心确信的形。

使用好通过意见陈述的方式表述己方意见及事实理由。当遇到不利情况或已然处于不利情况时，将问题扩大化解决。

成为优秀的出庭律师

律师，首先是专业的“师”，能够洞察客户的需求、命中客户的痛点、解决客户的问题。专业致胜，修炼出“真功夫”。

同时，律师是社会精英中的“师”，出类拔萃永远是律师进修的方向。具有复合型知识结构和通识博雅（渊博雅正；谓学识渊博，品行端正），世事洞明，人情练达。信雅达、情理法、智仁勇。

专利侵权判定之一——同或不同



苏源



【编者按】

中共中央、国务院近日印发《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》（以下简称《纲要》）。《纲要》旨在统筹推进知识产权强国建设，全面提升知识产权创造、运用、保护、管理和服务水平，充分发挥知识产权制度在社会主义现代化建设中的重要作用。这给中国知识产权保护提供了良好的政策背景和社会环境，同时，随着知识产权在社会生活中的作用日益突出，不少企业都把知识产权提升到战略层面，其中涉及到法律业务，都离不开知识产权律师的协助，律师业知识产权业务应势增长，未来前景可观，与之相对，知识产权法律服务工作也面临高质量的要求。

文康培训学校开展集训营第五期邀请文康合伙人苏源律师，带来一场关于知识产权业务实战讲解——《专利侵权判定之一——同或不同》主题分享。苏源律师2004年执业至今，是青岛市律师协会知识产权专业委员会委员，七弦琴知识产权注册运营师，拥有丰富的法律工作实践经验，擅长处理知识产权纠纷、建设工程及房地产纠纷、商事纠纷。本期课程中，苏源律师把自己多年的执业经验总结、分享给青年律师和法律同行，帮助大家更好地认识把握专利侵权判定的要点，更好地为客户代理专利侵权案件。

知识产权概述

知识产权，也称“知识所属权”，指“权利人对其智力劳动所创作的成果和经营活动中的标记、信誉所依法享有的专有权利”，一般只在有限时间内有效。“知识产权”一词是在1967年世界知识产权组织成立后出现的。

（一）知识产权所涵盖的主要范围

著作权、商标权、专利权、植物新品种权、集成电路布图设计专有权、企业名称（商号）权、特殊标志专有权、网络域名权。

（二）知识产权纠纷的种类

知识产权纠纷主要有知识产权合同纠纷与知识产权权属、侵权纠纷两类。具体到其项下的专利纠纷主要包括专利合同纠纷、专利权权属、侵权纠纷及其他涉专利权纠纷。

1、专利合同纠纷

- 专利申请权转让合同纠纷
- 发明专利实施许可合同纠纷
- 实用新型专利实施许可合同纠纷

- 外观设计专利实施许可合同纠纷
 - 专利代理合同纠纷
- 2、专利权权属、侵权纠纷
- 专利申请权权属纠纷
 - 专利权权属纠纷
 - 侵害发明专利权纠纷
 - 侵害实用新型专利权纠纷
 - 侵害外观设计专利权纠纷
 - 假冒他人专利纠纷
 - 发明专利临时保护期使用费纠纷
 - 职务发明创造发明人、设计人奖励、报酬纠纷
 - 发明创造发明人、设计人署名权纠纷
 - 标准必要专利使用费纠纷
- 3、其他涉专利权纠纷
- 确认不侵害专利权纠纷
 - 因申请诉前停止侵害专利权损害责任纠纷
 - 因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷
 - 专利权宣告无效后返还费用纠纷

(三) 知识产权纠纷的管辖

1、知识产权纠纷的管辖法院

(1) 知识产权法院

- 北京（2014年8月）
- 上海（2014年8月）
- 广州（2014年8月）
- 海南自由贸易港（2020年12月）

(2) 知识产权法庭

具有专利纠纷第一审案件管辖法院/法庭一览表		
		最高人民法院知识产权法庭
北京	北京市高级人民法院	北京知识产权法院
天津	天津市高级人民法院	天津知识产权法庭*
河北	河北省高级人民法院	石家庄市中级人民法院
山西	山西省高级人民法院	太原市中级人民法院
内蒙古	内蒙古自治区高院	呼和浩特市中级人民法院
		包头市中级人民法院
辽宁	辽宁省高级人民法院	沈阳市中级人民法院
吉林	吉林省高级人民法院	大连市中级人民法院
黑龙江	黑龙江省高级人民法院	长春知识产权法庭*
上海	上海市高级人民法院	哈尔滨市中级人民法院
		齐齐哈尔市中级人民法院
江苏	江苏省高级人民法院	上海知识产权法院
浙江	浙江省高级人民法院	南京知识产权法庭*
		苏州知识产权法庭*
安徽	安徽省高级人民法院	杭州知识产权法庭*
		宁波知识产权法庭*
福建	福建省高级人民法院	合肥知识产权法庭*
江西	江西省高级人民法院	福州知识产权法庭*
		厦门知识产权法庭*
山东	山东省高级人民法院	南昌知识产权法庭*
河南	河南省高级人民法院	济南知识产权法庭*
		青岛知识产权法庭*
湖北	湖北省高级人民法院	郑州知识产权法庭*
湖南	湖南省高级人民法院	武汉知识产权法庭*
广东	广东省高级人民法院	长沙知识产权法庭*
		广州知识产权法院
广西	广西壮族自治区高院	深圳知识产权法庭*
		南宁市中级人民法院
海南	海南省高级人民法院	柳州市中级人民法院
重庆	重庆市高级人民法院	海口知识产权法庭*
		重庆市第一中级人民法院
四川	四川省高级人民法院	重庆市第五中级人民法院
		成都知识产权法庭*
贵州	贵州省高级人民法院	贵阳市中级人民法院
		遵义市中级人民法院
云南	云南省高级人民法院	昆明市中级人民法院
西藏	西藏自治区高院	拉萨市中级人民法院
陕西	陕西省高级人民法院	西安知识产权法庭*
甘肃	甘肃省高级人民法院	兰州知识产权法庭*
青海	青海省高级人民法院	西宁市中级人民法院
宁夏	宁夏回族自治区高院	银川市中级人民法院
新疆	新疆维吾尔自治区高院	乌鲁木齐市知识产权法庭*
新疆生产建设兵团	新疆生产建设兵团农八师中级人民法院、新疆生产建设兵团农十二师中级人民法院	

注释：标注*的知识产权法庭是中级人民法院的内设机构，有权跨区域审理专利等技术类案件。

2、青岛地区涉及的知识产权案件管辖

(1) 基层法院

青岛市市南区、崂山区、黄岛区、即墨区人民法院具有知识产权案件管辖权，管辖其辖区内诉讼标的额在50万元以下的除专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件、涉及驰名商标认定及垄断纠纷案件之外的第一审一般知识产权民事、行政、刑事案件。

(2) 青岛知识产权法庭（青岛中院）

2017年9月30日青岛知识产权法庭揭牌成立，管辖三种案件：

一是发生在青岛市、东营市、烟台市、潍坊市、威海市、日照市辖区内有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件、涉及驰名商标认定及垄断纠纷的第一审知识产权民事和行政案件；

二是发生在青岛市辖区内基层人民法院管辖范围之外的第一审知识产权民事、行政和刑事案件；

三是不服青岛市辖区内基层人民法院审理的第一审知识产权民事、行政和刑事案件的上诉案件。

(3) 山东省高级人民法院

诉讼标的额在2亿元以上的第一审知识产权民事案件，以及诉讼标的额在1亿元以上且当事人一方住所地不在其辖区或者涉外、涉港澳台的第一审知识产权民事案件。

(4) 最高人民法院知识产权法庭（最高人民法院）

当事人对发明专利、实用新型专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件、垄断等专业技术性较强的知识产权民事案件第一审判

决、裁定不服，提起上诉的，由最高人民法院审理。

当事人对专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件、垄断等专业技术性较强的知识产权行政案件一审判决、裁定不服，提起上诉的，由最高人民法院审理。

对已经发生法律效力上述案件一审判决、裁定、调解书，依法申请再审、抗诉等，适用审判监督程序的，由最高人民法院审理。最高人民法院也可以依法指令下级人民法院再审。

什么是专利

(一) 专利与专利权

1、专利

专利，从字面上是指专有的权利和利益。“专利”一词来源于拉丁语，意为公开的信件或公共文献，是中世纪的君主用来颁布某种特权的证明，后来指英国国王亲自签署的独占权利证书。

在现代，专利一般是由政府机关或者代表若干国家的区域性组织根据申请而颁发的一种文件，这种文件记载了发明创造的内容，并且在一定时期内产生这样一种法律状态，即获得专利的发明创造在一般情况下他人只有经专利权人许可才能予以实施。

2、专利权

我国专利权包括：

(1) 发明专利，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

(2) 实用新型专利，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。

(3) 外观设计专利，是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的

结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

3、专利权的核心——权利要求

专利权利要求是整个专利制度运作的核心基础，专利制度的运作基本上都是围绕专利权利要求展开的。

专利权利要求就是申请人用技术特征的方式将其希望得到专利保护的技术方案表达出来的语言文字或图形。它实际上具有两重含义，即请求专利权的确认与请求专利权的救济。请求专利权的确认是向国家专利局提出来的，而请求专利权的救济则是向法院提出来的。

侵犯专利的判定

（一）确定专利权的保护范围

《中华人民共和国专利法》第五十九条：“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。”

发明、实用新型专利权保护范围的确定

1、确定保护范围的解释原则

（1）专利权有效原则。

（2）公平原则。解释权利要求时，不仅要充分考虑专利对现有技术所做的贡献，保护权利人的利益，还要充分考虑权利要求的公示作用，兼顾社会公众的信赖利益，不能把不应纳入保护的内容解释到权利要求的范围当中。

（3）折衷原则。解释权利要求时，应当以权利要求记载的技术内容为准，根据说明书及附图、现有技术、专利对现有技术所做的贡献等因素合理确定专利权的保护范围。

（4）符合发明目的原则。

2、解释方法

（1）应当以国务院专利行政部门公告授权的专利文本或者已经发生法律效力无效宣告请求审查决定及相关的确权行政判决所确定的权利要求为准。

（2）解释权利要求应当从本领域普通技术人员的角度进行。

（3）将权利要求中记载的全部技术特征所表达的技术内容作为一个整体技术方案对待。

（4）可以使用专利说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、与存在分案申请关系的其他专利以及专利审查档案、生效的专利授权确权裁判文书所记载的内容。

（5）说明书对技术术语的解释与该技术术语的通用含义不同的，以说明书的解释为准。

（二）侵权的判定

目前，专利侵权判定案件中，技术特征拆分后的逐一比对是专利侵权判定的关键环节。我国法院主要以“全面覆盖原则”和“等同原则”作为侵权判定原则，以得到相同侵权、等同侵权和不侵权三种判定结果。

发明、实用新型专利权的确定侵权判定——技术特征的比对原则及方法

（1）全面覆盖原则，被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征。

（2）不应以当事人提供的专利产品与被诉侵权技术方案直接进行比对，但专利产品可以帮助理解有关技术特征与技术方案。

（3）权利人、被诉侵权人均有专利权时，一般不能将双方专利产品或者双方专利的权利要求进行比对。

技术特征的同或不同

(一) 相同侵权

被诉侵权技术方案包含了与权利要求限定的一项完整技术方案记载的全部技术特征相同的对应技术特征，属于相同侵权，即字面含义上的侵权。

几种相同侵权情况的判定

1、上位概念对下位概念的相同

当权利要求中记载的技术特征采用上位概念，而被诉侵权技术方案的相应技术特征采用的是相应的下位概念的，应认定构成相同技术特征。

2、增加特征的相同

被侵权技术方案在包含了权利要求中的全部技术特征的基础上，又增加了新的技术特征的，仍然落入专利权的保护范围，但专利文件明确排除该技术特征的除外。

3、功能性特征的相同

对于包含功能性特征的权利要求，被诉侵权技术方案的相应结构、步骤特征是以相同的手段，实现了相同的功能，产生了相同的效果，或者虽有区别，但是以基本相同的手段，实现了相同的功能，达到相同的效果，而且本领域普通技术人员在专利申请时无需经过创造性劳动就能够联想到的，应当认定该相应结构、步骤特征与上述功能性特征相同。

4、从属专利

在后获得专利权的发明或实用新型是对在先发明或实用新型专利的改进，在后专利的某项权利要求记载了在先专利某项权利要求中记载的全部技术特征，又增加了另外的技术特征的，在后专利属于从属专利。实施从属专利落入在先专利的保护范围。

下列情形属于从属专利：

(1) 在包含了在先产品专利权利要求的全部技术特征的基础上，增加了新的技术特征；

(2) 在原有产品专利权利要求的基础上，发现了原来未曾发现的新的用途；

(3) 在原有方法专利权利要求的基础上，增加了新的技术特征。

(二) 等同侵权

被诉侵权技术方案有一个或者一个以上技术特征与权利要求中的相应技术特征从字面上看不相同，但是属于等同特征，在此基础上，被诉侵权技术方案被认定落入专利权保护范围的，属于等同侵权。

1、等同的内涵

即侵权产品的技术特征与专利技术特征相比，是否属于基本相同的技术手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且本领域普通技术人员无需经过创造性劳动就能够想到的技术特征。

(1) 基本相同的手段

在技术内容上并无实质性差异。

(2) 基本相同的功能

各自技术方案中所起的作用基本相同。

被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相比还有其他作用的，不予考虑。

(3) 基本相同的效果

在各自技术方案中所达到的技术效果基本相同。

被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相比还有其他技术效果的，不予考虑。

2、等同判定的一些方法

(1) 对应性

等同特征的替换应当是具体的、对应的技术特征之间的替换，而不是完整技术方案之间的替换。

(2) 等同替换范围

等同特征替换，既包括对权利要求中区别技术特征的替换，也包括对权利要求前序部分中的技术特征的替换。

(3) 判定时间

判定是否等同的时间点，应当以被诉侵权行为发生时为界限。

(4) 等同叠加可能不同

权利要求与被诉侵权技术方案存在多个等同特征，如果该多个等同特征的叠加导致被诉侵权技术方案形成了与权利要求技术构思不同的技术方案，或者被诉侵权技术方案取得了预料不到的技术效果的，则一般不宜认定构成等同侵权。

(5) 功能特征的等同

对于包含功能性特征的权利要求，被诉侵权技术方案的相应结构、步骤特征是以基本相同的手段，实现相同的功能，达到相同的效果，且本领域普通技术人员在涉案专利申请日至被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的，应当认定该相应结构、步骤特征与功能性特征等同。

(6) 数值特征一般不等同

权利要求采用数值范围特征的，权利人主张与其不同的数值特征属于等同特征的，一般不予支持。

(7) 捐献原则

仅在说明书或者附图中描述而未被概括到权利要求中的技术方案，应视为专利权人放弃了该技术方案。

(8) 已排除或背景技术

被诉侵权技术方案属于说明书中明确排除的技术方案，或者属于背景技术中的技术方案，权利人主张构成等同侵权的，不予支持。

(9) 禁止反悔

在专利授权或者无效程序中，专利申请人或专利权人通过对权利要求、说明书的限缩性修改或者意见陈述的方式放弃的保护范围，在侵犯专利权诉讼中确定是否构成等同侵权时，禁止权利人将已放弃的内容重新纳入专利权的保护范围。

(三) 举个例子

权利人一开始主张被诉侵权产品的底部与其权利要求中对应的技术特征相同，后来又转而主张是等同。

在涉案专利的无效宣告口头审理中，权利人明确“所述流道的底面包括与出水口连接的斜面以及连接斜面和进水口的平面，所述平面位于阀座的下面”不是公知常识。因此，权利人对被诉侵权产品底部的曲面结构再主张等同的话，不予支持。

刑事辩护技能之：律师会见的重点与难点



田冰



【编者按】

在公诉案件中，同在押或者被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见是《刑事诉讼法》赋予辩护律师的一项基本诉讼权利，也是辩护律师开展辩护工作的重要环节。

文康培训学校开庭集训营第六期由文康刑事板块资深律师、高级合伙人田冰律师为大家作《律师会见的重点与难点》的主题分享。围绕刑事辩护之会见，律师需要把握住“快、准、稳”三原则，如何以极致的专业、高度的智慧与适度的勇敢，来确保会见得上、会见得有效、会见得安全。

在公诉案件中，同在押或者被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见是《刑事诉讼法》赋予辩护律师的一项基本诉讼权利，也是辩护律师开展辩护工作的重要环节。对于会见，律师需要把握住“快、准、稳”，以极致的专业、高度的智慧与适度的勇敢，确保会见得上、会见得有效、会见得安全。

天下武功，唯快不破

在大多数的刑事案件中，委托人在委托后，需要律师解决的当务之急就是会见在押的犯罪嫌疑人、被告

人，很多客户会以能否尽快会见来决定是否委托，而会见的早晚也会影响到会见的效果，因此律师会见需要把握一个“快”字，而实现快速会见，首先要搞清楚的是能否会见。

1、监察机关办理的职务犯罪案件——留置期间不可见

《监察法》施行后，由监察机关对涉及职务犯罪的公职人员和有关人员进行立案调查，监察机关可以对被调查人采取留置措施，留置时间可达六个月，对于被留

置人员，《监察法》并没有赋予律师会见的权利，律师无法会见被留置人员。

对于监察机关办理的职务犯罪案件，在接受委托时需要向委托人明确无法会见被留置人员的事实情况，同时确认被采取留置措施的时间，计算留置期间并跟进案件进展，在留置解除后及时安排会见。

2、国恐类案件——侦查会见需许可

《刑事诉讼法》第三十九条规定，危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押或被监视居住的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可。

虽然律师可以向侦查机关提出会见申请，而实务中侦查机关大多依据《公安机关办理刑事案件程序规定》第五十二条的规定，以有碍侦查或者可能泄露国家秘密为由不予许可会见。该等情形下，就需要及时跟进案件办理进展，在侦查终结移送审查起诉后，及时安排会见。

除上述会见障碍外，《刑事诉讼法》三十九条明确辩护律师有权持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函（简称“三证”）要求四十八小时内会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，《公安部、司法部关于进一步保障和规范看守所律师会见工作的通知》中明确看守所安排会见不得附加其他条件或者变相要求辩护律师提交法律规定以外的其他文件、材料。

从法律规定的角度来说，律师会见有着制度保障，实践中仍会有妨碍律师行使会见权利的情形出现，比如要求提供“三证”以外的其他材料（身份证件、身份关系证明等）、涉黑涉恶等案件限制会见。

在面对限制会见权利的情况时，要清楚律师是解

决问题的，如何快速地解决问题，实现委托人的目标，是律师工作的关键，这考验律师的智慧与勇气。比如一些看守所额外要求律师提供当事人的结婚证、户口本等，对于这类情形，没有必要同看守所死磕律师会见权利，提前准备好相关材料是最优解；对于一些限制会见的情形，可以与办案人员积极沟通，用自己的专业态度与敬业精神“感动”办案人，达到会见目的；而对于一些严重限制会见，无法实现会见目的的情形，也要有勇气寻求救济，《刑事诉讼法》、两高三部《关于依法保障律师执业权利的规定》《最高人民法院关于依法保障律师执业权利的规定》《公安部、司法部关于进一步保障和规范看守所律师会见工作的通知》等明确了救济途径：

1、向看守所及所属公安机关、办案机关或者其上一级机关投诉；

2、向同级或者上一级人民检察院申诉、控告；

3、向执业律师事务所所在地的市级司法行政机关、所属的律师协会或事发地的司法行政机关、律师协会申请维护执业权利。

扣小小鸣扣大大鸣

《礼记·学记》有言：“善待问者如撞钟，叩之以小者，则小鸣；叩之以大者，则大鸣。待其从容，然后尽其声。不善答问者反此。”对于律师会见而言，还要把握一个“准”字，这在刑事诉讼的三个阶段都有体现。

1、侦查阶段

一般侦查阶段首次会见最为关键，主要有以下工作：

(1) 向犯罪嫌疑人明确辩护人身份，确认辩护权；

(2) 告知犯罪嫌疑人侦查期间所享有的诉讼权利；

(3) 同犯罪嫌疑人沟通案情，提供法律咨询；

(4) 了解犯罪嫌疑人的到案情况以及被采取强制措施的情况，把握“37天黄金救援期”。

实践中经常会出现犯罪嫌疑人在首次会见后拒绝接受辩护的情形，很大程度上是因为律师没有获取到信任，简而言之是觉得律师不够专业。辩护律师面对的客户不乏一些高级知识分子、商人以及从政人员，他们具有筛选律师的能力，律师需要展现其专业水平来获取信任，这要求辩护律师对刑事程序法与实体法的准确掌握。

比如在会见前对可能涉嫌的罪名进行预判，准备相应的检索报告，根据犯罪嫌疑人陈述的相关案情，就相关的定罪量刑问题为犯罪嫌疑人提供可靠的法律咨询。

比如告知犯罪嫌疑人诉讼权利，让犯罪嫌疑人在接受讯问时要认真逐句核对讯问笔录，对笔录记载有遗漏或者差错的内容，要求讯问人员补充或者改正；告知侦查机关非法取证的情形，需要掌握哪些非法取证的线索等。

比如通过沟通办案机关以及会见犯罪嫌疑人了解案件情况，预判是否存在取保候审可能，准确把握“37天黄金救援期”，及时为犯罪嫌疑人争取取保候审。

2、审查起诉阶段

随着认罪认罚制度的广泛实施，审查起诉阶段在刑事诉讼过程中的重要性愈加凸显，辩护律师需要在这一阶段对案件进行准确的判断，会见工作也更为关键。

(1) 阅卷后同犯罪嫌疑人核实证据

《中华人民共和国刑法》第三百零六条是悬在辩护

律师头上的达摩克利斯之剑，核实证据是风险高发区，要明确核实证据的目的并非将知悉的案件全部证据告知犯罪嫌疑人，而是为了排除案件疑点和矛盾，秉持“存疑核实”的原则，尤其是证人证言、被害人陈述以及同案犯的供述及辩解等言词证据，尽量采取提问的方式单向核实。

为了尽量有效率的核实证据，建议将案件材料整理成阅卷笔录，归纳要点、争点，尤其是有些案件的案卷多达百本，更需要在会见前做好准备工作。

(2) 根据在案证据情况同犯罪嫌疑人沟通定罪量刑问题

律师经过阅卷，要能够对犯罪嫌疑人是否构罪以及相关犯罪事实进行分析判断，在会见时同犯罪嫌疑人沟通罪与非罪、此罪与彼罪以及相关的量刑情节。

(3) 认罪认罚问题

对于犯罪嫌疑人来说，总会有倾向以各种各样的理由解释自己，试图脱罪。曾接触到几个案件，因为犯罪嫌疑人坚持自我判断，辩护律师又听从犯罪嫌疑人的意见，最终失去了从轻处罚的机会。

辩护律师则要秉承自己的专业性，不要被犯罪嫌疑人牵着鼻子走，对于案件事实清楚，证据确实充分的案件，可以引导犯罪嫌疑人认识认罪认罚制度的正向作用，真正有效地维护犯罪嫌疑人的权益，秉承极致的专业与适度的勇气来开展会见工作，并以高度的智慧协助犯罪嫌疑人同检察院达成有利于犯罪嫌疑人的量刑建议。

3、审判阶段

审判阶段的会见工作主要针对以下两个方面：

(1) 明确辩护策略

经过审查起诉阶段，案件有关罪与非罪、此罪与彼罪以及相关的量刑情节已经同犯罪嫌疑人进行了充分沟通，在没有认罪认罚的情况下，辩护策略的选择是审判阶段会见的重点，同样需要律师在专业判断的基础上进行沟通，不能单纯听从被告人的意见，同时要告知相应的风险。

(2) 庭前辅导

被告人一般为初犯，对于刑事案件庭审的过程并不了解，需要帮助被告人熟悉庭审的各个环节。另外要同被告人沟通庭审时的发问，尽量以封闭式提问的方式，针对庭审中有关定罪量刑的问题辅导被告人如何应答。

救人于图囿之中但不自立于危墙之下

大家常说辩护律师的风险性高，记得刚入行时，一位前辈告诉我：“作为刑辩律师，在看守所会见时所说的每一句话，都要想象有很多记者正在你身后现场直播。”我一直铭记在心，对于刑辩律师来说，面对的客户往往会为了自由或者其他利益不顾一切，一定要合法合规地开展辩护工作并有智慧地应对其中的风险。对于客户提出的携带文件、物品或者传递信息等要求，要坚决拒绝，在提供法律咨询时要避免引导当事人翻供，有尊严、有品格、有操守地辩护，把握住这一个“稳”字。

结语

作为辩护律师，需要秉持着辩护前置的工作方式，在辩护活动中增加提前量，尽量在每个阶段利用好每一项诉讼权利为犯罪嫌疑人争取合法权益，要做到快。会见在整个刑事辩护活动中发挥着纽带作用，并不是简单的见面交谈，如何获取信任十分关键，这种与身陷囹圄

之人面对面的沟通对专业能力提出很大考验，信任是建立在辩护律师对诉讼程序的熟练掌握、事实问题的细致分析、实体问题的精准判断之上，要做到准。同时要注意执业风险的防范，救人于图囿之中但不自立于危墙之下，要做到稳。

庭审的艺术



张金海



【编者按】

作为文康律师事务所创始合伙人，从事律师职业近三十年的张金海律师，从基层法院走到最高法院，一直专注于商事诉讼业务。他代理的案件多为重大、疑难、复杂案件，且多数案件是当事人在一审结果不利的情况下找到他，要求代理二审。从结果看，张金海律师代理的案件很少出现当事人对案件办理结果不满意的情况，这与他的法律专业能力、沟通能力等密不可分。此外，张金海律师也认为，对于诉讼律师而言，庭审作为审理查明案件事实的核心环节，是律师展示高超技能的舞台，其重要性也是不言而喻。

在文康培训学校开庭集训营的结营分享中，张金海律师结合自己近三十年参与重大商事诉讼案件的经验，和大家分享一下他对商事诉讼庭审的感悟。

如何认识庭审？

第一，要认识到庭审的重要性。如果把一个案件比作一项工程，诉讼思路就相当于工程图纸，那么庭审就相当于按照图纸建设出来的工程成果，最后的判决结果即是对工程成果的验收。也就是说庭审对于律师来说即是对诉讼思路的执行。大多数情况下，庭审是律师唯一一次可以和法官当面沟通、讨论案情的机会。因此庭审对律师来说至关重要，律师在庭审中的表现有时会左右案件的走向甚至成败。律师对庭审重视程度越高，准备的越充分，才能做得越好。

第二，要明白律师在庭审中的角色和职能。庭审其实是法官和两边的律师成立的一个争议解决小组，律师的职责是把案件的事实证据向法庭充分展示，从而使法官或者仲裁员居中评判。虽然法官主导整个庭审过程，律师不能最终决定裁判结果，但律师要做的是使法官能够充分了解案件事实，从而正确适用法律，在正确适用法律的前提下，维护当事人的合法权益。

第三，律师要敢于在庭审中做独特的自己。对于诉讼的理解，尤其是对于庭审的理解，每个人都不一样。有的律师认为在庭审中要“讨好”法官，因此对于法官在

庭审中出现的不当之处不敢指出来。但我认为，律师在庭审中要敢于做独特的自己，不能做“绵羊”律师。因为我们律师的职责是维护法律，维护我们当事人的合法权益，如果法官在庭审中出现程序错误等问题，我们作为律师要敢于有法有据地指出法官的错误，这不仅不会引起法官的厌烦，相反会赢得法官的尊重。

如何准备庭审？

第一，要具备三个思维。如果我们作为原告的诉讼代理人，首先要明确的是我们的诉讼方案以及诉讼请求是什么，事实和理由能不能支撑诉讼请求，诉讼请求和事实理由能不能一一对应。在明确了我方的诉讼思路后，我们还要考虑法官的裁判思维和对方可能的应对方案是什么，也就是说我们要“想别人之所想”。要想掌握法官的裁判思维，除了通过一个个案件去积累经验外，律师还要多看法官裁判相关书籍，比如《民商事审判指导与参考》等。此外，还可以通过检索主审法官审理类似案例的裁判文书来了解法官的裁判思维和关注点。在考虑对方可能的应对方案时，要把自己想象成对方的代理人，通过换位思考准备好相应的应对方案。诉讼就如同下棋，看一步的人永远赢不了看三步的人。在每一个案件中，自己的诉讼思路、法官的裁判思维和对方可能的应对方案，都要考虑到，缺一不可。

第二，要做庭审提纲。不论案件大小，每一个案件都要做好庭审提纲。庭审提纲的内容可以按照诉讼流程进行整理，包括自己在庭审中将要展示的内容、法庭调查阶段法官可能调查的问题、对方可能提出的抗辩以及涉及到的法律规定等。此外，重要的案子还要进行庭审模拟，只有对案件进行了充分地准备，律师才能在正式庭审时做到游刃有余。

第三，要充分熟悉案件材料。在准备好书面材料后，律师还要做到对案卷资料充分熟悉，把所有材料都印在脑子里。要做到对于法官的提问，可以直接回答而不用翻看材料。每一个案件都是律师的产品，每

一次开庭都是律师的表演。律师做案件必须秉持工匠精神，精益求精，精雕细琢。

如何在庭审中表现？

第一，要尊重法庭。一是开庭要提前到，把资料都整理好；二是穿戴上要注意自己的形象，尽量穿西装打领结，展现律师的专业形象；三是在庭审中不和对方律师争吵，律师之间开庭的时候是对手，不开庭的时候是同仁，当事人不断轮换，但律师作为职业共同体相对固定，应学会相互尊重。

第二，要注意自己的表达。有的律师认为文书写作能力是最重要的，我个人认为，演讲表达能力对于律师来说也同样重要。律师在庭审中要时刻关注法官和书记员，要根据他们的反应不断调整自己的表达。比如在陈述内容时，要学会繁简结合，重要的内容着重讲，不重要的内容简略讲，让法官听得进去。同时，还要控制自己的语速，照顾到书记员的记录。

第三，要进行复盘整理。开庭后，一定要对庭审进行复盘整理，要分析自己写的开庭提纲和实际发生的庭审情况是否一样。如果实际发生的庭审情况自己没有预料到，这就说明自己准备的不够充分，在下次开庭时，就要吸取经验教训，按照庭审流程把所有东西都准备好。

不想打胜仗的士兵不是好士兵，不想赢案子的律师不是好律师。成为一个优秀律师最好的办法就是自己一个案子一个案子地认真做，神枪手是子弹喂出来的。庭审，是诉讼律师舌枪唇剑的主战场，是展示高超技能的舞台，是律师淬炼之地。一次完美的庭审离不开庭前一遍遍地推演、准备，也离不开庭审时精湛地表演。希望每一位青年律师在充分认识庭审重要性的前提下，每一次庭审都秉持工匠精神，如切如磋，如琢如磨，在法庭上绽放庭审艺术之美。

学员感悟 | 关于原告代理人的庭前准备



王译莹



【前言】

剧本已经写好，80%是剧本内的，20%依赖的是经验，是经过上百个案件历练后的临场发挥。

——摘自文康培训学校开庭集训营《地产建工案件之诉讼要件与庭审表现》主题分享（文康高级合伙人王英律师）

相较于漫长的案件准备时间，庭审只不过是一瞬。不可否认，临场发挥是优秀诉讼律师应有的素养，但是临场的能力离不开上百个案件的经验积累，以及庭前的全盘准备。不谋全局者不足谋一域，作为原告的代理律师，如何运用体系化思维布阵全局呢？本文中，王译莹律师以办案手记的方式，进行了总结与分享。

一、列明落实清单，收集对应材料

根据客户介绍的背景情况和初步材料，向客户出具该类型案件的摸底调查清单，列明需要客户落实的问题及收集的材料，再根据个案情况填充特殊问题。代理人就像一位医生，根据客户反馈的“病症”提供“方子”，并进行针对性“抓药”。

（一）收集案件材料应全面、客观

在收集案件材料时，代理人应引导当事人尽可能提供与涉案相关的全部材料，由律师进行筛选。以免出现当事人自认为A证据与本案无关，没必要提供；又或B证据不利于己方，不予示人等影响诉讼框架设计的情形。若原告拒绝配合，作为代理律师有必要进

行书面提示，说明如果出现未尽的事实，会出现相应的法律风险。

从客户的立场出发，代理人应最大程度地减少沟通成本以及理解负担。这就要求在向客户提供落实清单时，指向应当明确、具体。譬如，“请贵司落实货款支付情况，并提供银行转账凭证、银行汇款回单或收款方出具的收款确认书等”显然比“请贵司提供支付货款的相关证据”更加明确，减少客户理解负担，以及沟通成本。

（二）梳理事实背景应准确、有序

初次拿到案件材料后，常习惯于以时间为主线梳理大事记，从案件事实发生的初始时间到诉讼阶段进行全面的罗列和说明，尽可能反映案件发展全貌。

这样做有两个目的：一是，在梳理过程中，可能会发现前期末留意的重要事实或疑点问题；二是，代理律师需要对案件基本事实及当事人之间的法律关系了如指掌，这是庭审中发挥应变能力的基础。

对于大事记的表达方式，可以借助图表、幕布等实用工具进行呈现，清晰且有序。

对于大事记表格来说，建议浓缩为“五列N行”，五列为序号、日期、事项、主要内容及说明，并就重要事实进行高光标识，可参考下表：

序号	日期	事项	主要内容	说明
1	x时点	A公司与B公司签订《建设工程施工合同》	1.项目名称： 2.开工日期： 3.竣工日期： 4.总价款：	现项目名称变更为：
2	y时点			
3	z时点			

若采用“幕布”软件进行大事记的处理，建议采用“分级标题”的形式，如一级标题为“序号+时间+事项”，二级标题为“主要内容”，三级标题为“说明”。同时，幕布大纲完成后也可切换为思维导图，具有较好的视觉体验。



拆解诉讼要件，分析证明路径

在诉讼策略框架下，拆解诉讼要件，如核查诉讼主体、确认诉讼管辖、设计诉讼请求、评估诉讼风险等。

（一）核查诉讼主体

1.谁起诉

通常情况下，起诉主体不难判断，但切忌想当然地以客户为原告。例如，有的关联公司之间名为两块牌子，实为一套人马的情况，起诉时需要严格区分权利主体已确定适格的起诉主体。

2.起诉谁

首先核查被告主体是否适格，可在国家企业信用信息公示系统确认诉讼主体存续状态以及相关工商信息。

若客户诉请是实现债权类的案件，还需核查对方的涉诉情况、失信情况、财产情况等，上述信息将直接影响财产保全申请，乃至诉讼策略的制定。

（二）确认诉讼管辖

管辖是诉讼法中一项重要的制度，解决各级人民法院和同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限的问题。

首先，确认该案是否适用专属管辖（《民事诉讼

法》第三十三条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十八条)。

若是专属管辖，则可在在此基础上继续确认级别管辖问题（根据《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》，结合当事人住所地是否在同一省级行政区划，以及具体案件的标的额予以确认。）

若不是专属管辖，则需要确认地域管辖。就地域管辖而言，原则上为“原告就被告”，但也存在例外情形，需要参考不同纠纷类型进行判断。

法条链接

《民事诉讼法》第三十三条

下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

(一) 因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

(二) 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

(三) 因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第二十八条

不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。

农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。

不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。

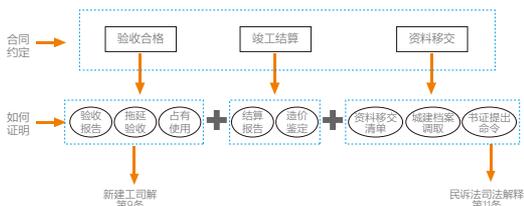
(三) 设计诉讼请求

诉讼请求的设计以确定请求权基础为前提，即确认当事人享有何种权利、各方之间形成何种法律关系，以及相关法律依据是什么。简言之，“谁向谁，依据何种法律规范，主张何种权利。”

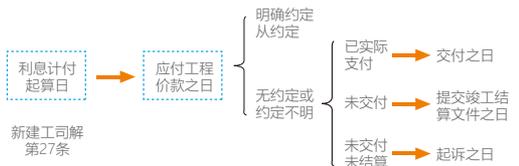
以建设工程合同纠纷案件为例，诉讼请求为：请求被告支付工程款及利息。

第一步：确定支付工程款及利息的约定，是验收合格之日？竣工结算之日？还是资料移交之日？

第二步：根据《新建工司法解释》第9条及《民诉法司法解释》第112条的规定，固定证据加以证明。



第三步：根据《新建工司法解释》第27条，确认利息计付起算日：



另外，在设计诉讼请求时，可以考虑借助《最高人民法院民事案件案由适用要点与请求权规范指引》。该文件以案由体系为框架，列明了主要适用的法律规范，有助于区分权利类型、权利性质，明确权利请求的基础。

准备诉讼文件，完成立案程序

诉讼文件的准备可以区分为程序性文件与实体性文件两种。

（一）程序性文件

程序性文件可参考下表，在此就一审民商事案件常规立案材料进行一般性列举说明，具体的立案要求建议提前咨询受诉法院的立案庭，尤其是外地立案情况，除上文列举的材料外，还应关注诉讼财产保全、诉讼费用的缴纳方式等问题。

程序性文件	
原告为法人	原告为自然人
1 营业执照副本复印件（盖公章）	身份证复印件
2 法定代表人/负责人身份证明（盖公章）	
3 法定代表人/负责人身份证复印件	
4 被告主体存续证明（如有），在企业信用信息公示系统中打印基本信息即可。	
5 授权委托书（盖公章）	授权委托书（签字捺印）
6 律师事务所出庭函	
7 代理人律师证复印件	

（二）实体性文件

1. 民事起诉状

诉状的要素包括：原告、被告、诉讼请求、事实与理由、管辖法院。我们前期对诉讼要件的拆解的工程中，已完成了调查和研究，可以直接填写诉状。

其中，事实与理由部分，在结构上应当逻辑清晰，从核心观点展开讨论；在措辞表达上应当精准凝练。以建设工程案件为例，一般情况下起诉状的体量可控制在一页半。

2. 证据清单及主要证据

组织证据材料并起草“证据清单”是该阶段工作的重点。

立案时的证据标准是能够完成立案，即诉状里有支持法律关系的证据、原被告主体的证据，以及级别管辖和地域管辖正确。理论上，具有一份施工合同即可完成建工案件的立案工作。根据案件不同情况，为了在法官拿到案件时扩大我方作为原告首先提交诉状与证据的“先手”优势，可以适当提供一些压倒性且被告手中有的证据，比如结算书、催款函等。

对于被告没有的其他证据，可以考虑在庭审举证环节，根据抗辩的情况分层提交。

为了准确定位哪些是立案证据、哪些是压倒性证据、哪些是不同级别的反驳证据，我们需要在庭审前将全部证据进行评估分级，最终提取一级证据作为立案证据。

结语

所谓“不打无准备之仗”，针对律师的诉前准备工作，除了经验的积累，更需要缜密的庭前准备，如此方可做到层层递进，全面系统。

又所谓“于细节处见真功夫”，我们也需要把诉前调查取证等工作落实到每一个细节，从而尽最大努力帮助当事人解决问题、维护合法权益。

学员感悟 | 律师助理办案Tips



孙筱颖 张一帆



【前言】

不想当将军的士兵不是好士兵，没有补位意识的律师助理不是好助理。

律师的价值在于识别并真正解决客户的需求，为客户创造价值。而作为律师助理，除了要做好本职工作，给客户、团队创造价值之外，还要及时复盘总结、学习专业知识，提升个人能力。

孙筱颖、张一帆两位律师助理从客户会见——庭前准备——庭审表现——庭后复盘四个阶段，对律师助理在诉讼案件过程中需要注意的事项进行了整理，以期与初入职场的律师助理交流分享、共同提升。

客户会见·

（一）给予价值

1. 会见前——知己知彼百战不殆

- 初次接触的客户需通过网络等途径提前进行外围背景调查，了解客户基础信息，如经营领域、涉诉案件等情况，为见面交流提供素材。

- 检索对方当事人的基础信息，如存续情况、资质情况、资信情况、涉诉情况、偿债情况，预判执行难度。

- 利益冲突及时预检，可适时进行所内预立案。

- 提前制作《委托代理合同》《风险提示书》，重点关注委托事项部分的内容安排，保证随时可签约。

2. 会见时——专业助手提升客户信赖

- 初次见面的客户，可携带并适时赠送律所及团队宣传册。

- 根据会见内容及时制作会议记录发送主办律师，会议纪要的制作需要注意梳理案件背景情况，明确事实相关时间节点，确定客户诉求及目标，提炼主办律

师的专业建议，记录后续工作安排等。

- 律师助理不是“速记员”，会见过程中重要的是认真倾听，同时与客户有适度的眼神交流，总埋头记录。

- 提前准备订卷所需材料，如《谈话记录》，在会见结束后让客户签字确认。

3. 会见后——由听到写，记录主办律师诉讼策略

- 根据客户提供的材料整理完成事实部分，过程中注意区分事实与观点，避免观点事实化。

- 通过与客户的沟通交流，初步确定客户的目标。

- 协助主办律师撰写《法律分析意见书》，为正式委托或委托后的汇报做准备。

(二) 学习提升

- 思路决定出路，观察并学习主办律师如何确定案件的代理思路。

- 提升意识，准备工作上应尽可能帮助主办律师，准备过程中有补位意识，做好随时可以替代主办律师的准备。

- 抓住机会，利用一切机会学习，仔细聆听主办律师的思路表达，关注主办律师出具的纸质材料，无法当场消化的要记录后及时学习，对比相关材料深入研究。

- 善于观察，观察主办律师交流方式，特别是引导式提问与总结式交流，研究其深层次目的及逻辑，可通过记录对话并复盘的方式进行模仿学习。

- 善于研究，讲话有依据，忌天马行空，研究主办律师关于请求权基础的思路形成及呈现方式，可通

过主办律师出具的法律分析意见观察学习。

- 善于提问，忌闭门造车，在自己穷尽检索与思考后仍不能解决的情况下，多向主办律师及所内的专业律师请教。

- 客户是上帝，更是方向一致的伙伴，学习与客户相处之道，学习主办律师如何管理客户预期，如何提升客户体验。

庭前准备

(一) 给予价值

1. 程序上——为实体进攻扫清道路

- 材料须齐备，完善所内立案、制作《出庭函》，联系客户签署提供《授权委托书》及身份证明材料、准备出庭律师的身份证明材料。

- 立案要及时，注意时效，关注节点，及时立案，立案后关注案件进程，及时获取办案法官的联系方式，提前与法官进行联络沟通。

- 对方“弹药”要掌握，如需阅卷，及时准备相关手续材料、联系办案法官进行阅卷。

2. 实体上——擦亮枪杆 填充弹药

- 避免执业风险，相关材料一般不留存原件，按一定的逻辑关系进行排序并扫描/复印留存备用。

- 躬身入局，反复阅读、熟练掌握相关材料，梳理事实，制作案件大事记，做到对案件事实情况了然于胸。

- 避免个人情感带入，以事实为依据，忌偏见。

- 研究要全面，先进行网络检索初步了解可能涉及的法律问题再根据网络检索结果进行法律法

规检索，明确法律争议点，进行相关法律问题的研究。

- 同案同判是经验是要求，根据案件争议焦点提炼关键词，进行类案检索，制作案件检索报告，检索报告中不仅要有支持的观点，更要留意反对的观点。

- 诉状是起点，地基要筑稳，撰写诉状/答辩状，简单明了突出重点，注意表达的逻辑性。

- 证据分级分类，留有备弹，梳理选取第一层级证据材料，固定事实框架，二三级证据慎重选择，对我方不利的证据或存在漏洞不能形成闭环的证据，可暂时不作为证据提交，根据庭审的状况决定是否提交。

- 清单式表达简单明了，撰写《证据清单》，形式需完备，注意证据分组及逻辑性。

- 用可视化给法官思维“画个圈”，针对案件事实和法律关系，制作可视化图表，使复杂问题简单化、简单问题清晰化，但并非每个案子都需要，忌弄巧成拙。

- 细节决定成败，文书细节反复校对，全部材料制作完成后，比对原始资料进行交叉复核，确保无文字和表述上的错误。

- 模拟法庭不仅能缓解紧张更能决胜千里，提前撰写《庭审思路》，对正式庭审各流程进行模拟。

- 打印文书、复印证据，拷贝文书电子版（准备提交给法庭），注意证据清单纸质版与电子版的区别。

（二）学习提升

- 庭审准备能解决80%的庭审问题，庭前准备决定庭审质量，是学习提升的“黄金时间”。

- 补位意识要提高，准备的过程中要达到主办律师不能出庭也能顺利完成庭审的标准。

- 行动要跟上，主动思考、主动承揽工作，不惧重复工作，勇于担当、给自己压力，积极参与制定诉讼策略，承担法律文书写作、客户沟通等工作。

- 主办律师的经验要深挖，主办律师的诉讼策略浓缩在各种文书中，针对文书，要整体理解，并进行拆解学习。

- 卓越的庭审准备可以将庭审内容全部涵盖，有意识地培养个人独立思考、全局思考的能力。

庭审表现

（一）给予价值——律师助理的基本素质

- 尊重法庭，着职业装出庭。
- 进行庭审记录。
- 根据主办律师需要随时提供证据材料。
- 流畅、脱稿表达准备好的起诉状/答辩状。
- 庭审笔录拍照后及时整理。

（二）学习提升——自我修养

- 培养随机应变能力，面对新证据、新情况，思考现场应对方法，对比主办律师的应变方法，寻找自身的不足。
- 学习主办律师的庭审表达方式、语言组织逻辑，学习着装、表达礼仪。
- 关注法官发问的内容，无论是否计入庭审笔录，学习法官的思维方式，把握法官关注的焦点问题。

- 比照《庭审思路》的内容，观察对方代理律师的应对是否有超出庭审思路中预设的范围，如果超出准备的范畴，需要关注是否准备过程中有所遗漏，弄清原因。

- 从书记员身上学习开庭准备的完整性，庭审记录的准确性及开庭现场的流畅性。

庭后复盘

（一）给予价值

- 根据主办律师安排，及时向案件牵头人、客户汇报庭审情况，根据主办律师或客户的要求撰写《庭审汇报》。

- 如需庭后落实，应及时联系客户，在法庭规定期限内及时回复法院。

- 研读庭审记录，根据庭审情况撰写《代理意见》，根据庭审情况，提炼争议焦点。

- 拿到判决，立即添加收件日期并扫描后发送主办律师、牵头人，逐字通读，看是否存在错误，看法院是否采纳我们的观点。

- 记录判决时间，提醒主办律师上诉、再审等重要的时间节点。

（二）学习提升

- 研究判决与我方法律意见的关联与区别，深入挖掘法官未采纳观点的原因。

- 及时进行复盘，回顾案件办理过程，法官关注的焦点问题，双方的庭审思路，总结经验教训。

- 积极主动地与主办律师进行交流，会有意想不到的收获。

- 案件结束后，思考进一步合作的空间，可向主办律师提出建议。

- 学习并熟练掌握案件涉及的法律规定，整理成知识点，增强记忆。

开庭集训营现场花絮



WINCON LAW SCHOOL COURT



成长，在路上——写在最后的话

王渊

致谢参与文康培训学校开庭集训营所有伙伴的倾情支持。

2021年8月16日，文康青工委组织的开庭集训营正式开营，首场由文康培训学校校长殷启峰律师以《开庭律师的修养》为题开讲。随后，启峰主任将课程的精华整理成《守初心 进窄门 走远路 修正果——给出庭律师的三十三条建议》一文，发表在文康法律观察微信公众号，文章单日阅读量突破2500次，获得青年律师的广泛关注。由此可见，关于“如何才能开好庭”这门课程，我们要做的、能做的还要很多。

随之，我们不断思考：什么样的课程才能打动听众？讲师输出什么样的内容才能让青年律师收获成长？这些重大课题摆在组织者面前，启峰主任说：“一个人想不清楚，那就大家一起想。”于是，8月20日，我们在筹备组群向大家发出了“午餐选题会”邀请，趁着中午时间，各位讲师、筹备组的伙伴一起碰碰想法、聊聊观点。围绕打造开庭精品课程，“我们需要什么样的讲师？”“讲师应该讲哪些内容？”“讲师内容是否需要多元的呈现方式？”“年轻律师应该如何去听课？”“课程现场如何去统筹安排？”……诸此等等，大家思维碰撞，各抒己见。

最后，大家一致达成了关于开庭集训营的几个目标。第一，文康资深律师传授执业经验与教训。第二，训练青年律师，让青年律师主讲，总结输出才是最好的学习。第三，提升律师出庭水平，观摩学习比较竞争。第四，增加用户信赖，向不特定客户展示文康的专业精神。在实现上述目标的同时，建议各位讲师将课件、文字稿、视频整理出“作品”。之后的两个月内，开庭集训营一共针对不同的专业门类从建设工程案件、复杂商事诉讼再到知识产权诉讼开发出7门课程，给青年律师带来一场开庭技能提升的知识盛宴。

岁末年终，我们作为组织者在征询老师意见之后，将开庭集训营的干货内容集结成册，取名《文康私塾——开庭篇》。以期给文康的青年律师、同行律师及文康客户们献上一本关于开庭的精华讲义，或答疑解惑，或参考指引。

另外，作为组织者，我们摸索出一条关于从课程大纲设计、讲师对接，再到辅助教学、学员反馈的课程研发标准，从课程内容、表现形式再到成果整理的工作流程，期待未来应用在文康培训学校系列课程当中，形成更多精品课程成果，将文康培训学校这一公益项目打造成一张靓丽名片。

再次感谢张金海律师、殷启峰律师、周青林律师、王英律师、田冰律师、苏源律师、董军峰律师、陈晓军律师、姜知泰律师在繁忙办案之余，为年轻律师精心准备案例、设计课程，帮助年轻律师成长，向你们的专业态度致以崇高敬意。感谢任志向、张剑桥、王译萱、孙筱颖、张一帆律师全身投入活动组织工作，感谢你们的时间与付出。同时感谢文康青年律师伙伴的积极参与，感谢文康行政、技术团队的大力支持。当然我们热忱期待未来有更多的文康资深大咖、青年才俊参与分享，在文康培训学校这个舞台上一展风采。

匠心守正、行稳致远。成长，在路上，2022我们一起努力！

文康青年工作委员会

2021年12月20日



WINCON 文康律师事务所
WINCON LAW FIRM

- **青岛**
青岛市香港中路61号甲远洋大厦B座36层
电话: +86-532-85766060
- **日照**
日照市东港区北京路201号联通大厦6楼
电话: +86-633-8178000
- **上合示范区**
胶州市澳门路海湾天泰金融广场四号楼502
电话: +86-532-82200850
- **青岛西海岸**
青岛市黄岛区漓江西路666号名家美术馆3层
电话: +86-532-80775085
- **青岛城阳**
青岛市城阳区正阳路205号海都国际B座16层
电话: +86-532-68958757
- **青岛莱西**
莱西市黄海路26号1-112
电话: +86-532-66036062
- **济南**
济南市历下区经十路11001号人寿大厦21层03-04单元
电话: +86-531-86026655
- **烟台**
烟台市芝罘区环山路3号润利大厦21层
电话: +86-19953580597
- **济宁**
济宁市任城区任城大道中德广场B座14层
电话: +86-537-2560086
- **潍坊**
潍坊市高新区东风东街5738号天润大厦A座1510
电话: +86-536-8988225
- **首尔**
韩国首尔市瑞草区瑞草大路397号A栋1106室
- **悉尼**
澳大利亚新南威尔士州悉尼北区米勒街101号32层
- **华盛顿**
美国华盛顿特区K街1629号300室



文康法律观察公众号



文康律师公众号