

第二版

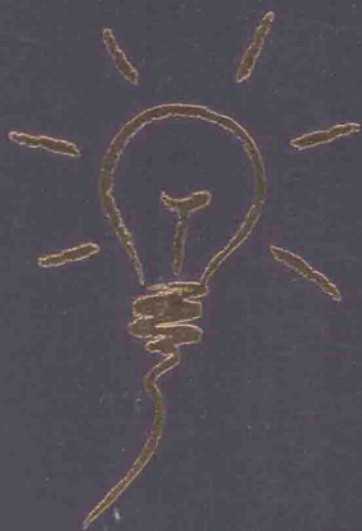
周吉川 著

## 民商事案件思维与诉讼策略

HOW TO THINK LIKE A LAWYER

Thinking and Litigation Strategy in Civil and  
Commercial Cases

# 律师 如何 思考



*idea...*  
*thinking like a lawyer*

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书作者通过多个案例，全面细致地展现了“诉讼律师如何思考”的过程，视角新颖、内容实用。

——法秀



同样的案件，因为不同的律师，而有不同的结果，为什么？相信读者从这本书中能够获得回答这个问题的答案和启发。

——计兮



## 律师如何思考

民商事案件思维与诉讼策略

HOW TO THINK LIKE A LAWYER  
Thinking and Litigation Strategy in Civil and  
Commercial Cases

*idea...*  
*thinking like a lawyer*

上架建议 律师实务·民商法

ISBN 978-7-5093-5986-0



9 787509 359860 >

定价：45.00元

第二版 周吉川 著

## 民商事案件思维与诉讼策略

HOW TO THINK LIKE A LAWYER

Thinking and Litigation Strategy in Civil and  
Commercial Cases

# 律师 如何 思考



*idea...*  
*thinking like a lawyer*

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**图书在版编目 ( CIP ) 数据**

律师如何思考：民商事案件思维与诉讼策略 / 周吉川著 . --2 版 . --北京：  
中国法制出版社，2015.1

ISBN 978-7-5093-5986-0

I . ①律… II . ①周… III . ①民事诉讼—审判—研究—中国  
IV . ① D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 ( 2015 ) 第 000539 号

策划编辑：赵 宏 ( health-happy@163.com )

封面设计：周黎明

---

**律师如何思考：民商事案件思维与诉讼策略**

LÜSHI RUHE SIKAO: MINSHANGSHI ANJIAN SIWEI YU SUSONG CELÜE

著者 / 周吉川

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 × 1000 毫米 16

印张 / 17 字数 / 260 千

版次 / 2015 年 1 月第 2 版

2015 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5986-0

定价：45.00 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.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66066621

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 )

## 第二版序言

本书的此次修订，主要是在体系结构上做一些完善；在部分内容上做了修改；在案例的引用上，有的做了替换，有的地方有增加或删改。修改涉及最多的是案例。

以我个人的体会，阅读分析案例会经历几个阶段：

第一个阶段，是裁判要点的摘录和分析阶段。起初，勤勉于裁判要点的记录，看判例往往只看或主要看“本院认为”部分；后来，开始把相同或类似问题的相关裁判要点集合在一起，并且逐渐注意到裁判之间的不同之处。在这个阶段，由于素材的增多，开始尝试按照不同主题，比如按照某一法官、某一合议庭或审判庭，来整理案例。这个阶段，眼里看到的就是裁判文书。

第二个阶段，是案件的整体化分析阶段。经过第一个阶段的积累后，开始注意案件的诉辩过程：如何起诉和答辩，一审对此如何分析，如何上诉和答辩，对于同一焦点问题，一审、二审、再审理述有何不同。这些可以作为以后诉讼所借鉴。后来，开始留意所涉案件事实，特别是那些引起争议的合同条款、交易安排。这些可对起草相关合同提供帮助。再后来，开始对案例所体现的程序问题有特别的兴趣。这个阶段，开始对案件应该怎样判、可以怎样判、会怎样判有所预测。

第三个阶段，是思维规范性的分析阶段。它以诉讼代理过程的思维活动为主线，注意诉讼进行过程中的任何环节，注意影响诉讼的各种因素。这个阶段，已经跳出单个的案例或者具体法律问题。

以上几个阶段，一般是循序渐进的，偶尔也有交叉。本书某种意义上可以说是对第三个阶段思考和分析的尝试。

本书引用、提及不少案例，但所援引某个案例时并非是为了说明某个具体的法律问题，一方面是本书的主旨使然，另一方面，因为对于一个裁判文书，局外人很难对其作出周全的分析。就是笔者自己代理的案例，也没有且不可能将案件的相关信息全部呈现出来。本书在后两章结尾处分别安排了较详细的个案分析，仅作参考为宜，在此也特别说明。本次修改过程中，最想修改而最终并没有修改的是书名。本书的书名是出版社赵宏编辑所拟，初识赵宏编辑时，我给她看我写作的初稿，彼时，我拟的名称是《设计出的正义》，她表示一直想策划一本真实地体现律师办案思维过程，展示“律师如何思考”的书，而我的初稿很像她所设想的样子。后来，在整个写作过程中，从书名到结构，赵宏编辑也提了不少建议。初版时笔者就曾认为书名“过大”，惶恐不能名副其实，编辑坚持不必因为波斯纳的《法官如何思考》太有盛名而有压力，正标题的“思考”仅是个中性词，还有个阐释性的副标题，一虚一实，没有不妥。第二版亦没再改。不过，仅就诉讼而言，本书也主要涉及民商事诉讼，在此一并做个交代。

2013年7、8月间编辑就提出修订，但真正着手是在2014年年初，有师兄、同学告知正在翻看本书，遂感修订迫在眉睫，以尽量消减其中谬误和不当之处。修订过程中，吸取了读者的不少宝贵意见，利用了不少新近的案例及相关研究成果，在此一并致谢。

修订虽有些改善，但不足之处仍然难以避免，希望读者继续批评、指正，也希望有更多类似题材、更高水平的作品面世。

是为序。

诉讼业务是律师业务的基础和精髓。而在我国，民商事诉讼又是诉讼业务中最为活跃的领域。怎么才能赢得诉讼？或者怎么才能取得一个好结果？这是律师和卷入纠纷中的当事人总要面对的问题。

对于这个问题，有的人说，靠证据的获取与分析，打官司就是打证据，只需要提供足够的证据，把事实讲清楚就可以；有的人说，靠法律的技巧，把具体的法律问题分析准确就可以；有的人说靠关系，打官司就是打关系，社会背景深厚、关系过硬，胜诉就没有问题；……这些都说得对，但也不全对。

事实上，对于民商事诉讼起决定性作用的是诉讼策略。诉讼策略的进一步细化，则为具体的诉讼方案。我们可以将其理解为在民商事诉讼中如何提出诉讼、如何提出诉讼请求及诉讼理由的一整套具有内在联系的具体方法。诉讼策略背后是律师的思维。对于民商事诉讼律师而言，应当兼有如何赢得当事人的客户思维和如何赢得诉讼的代理思维。民商事诉讼是利益纠纷的激烈表现，将客户思维内化在代理思维中，通过赢得诉讼来赢得客户，应当是职业律师的必然选择。

代理思维包括两个方面：一是认识裁判的思维，掌握包括法律的适用和事实的认定以及其他各种可以影响裁判结果的因素；二是影响裁判的思维，就是将对裁判的认识，具体到代理工作中，充分利用各种影响裁判的因素，去引导、启发裁判者作出有利于委托人的裁判所需要的思维。

民商事诉讼中，律师的工作就是要思考哪些因素可能会影响案件结果，应当如何调动这些因素，应当怎样去发起一个诉讼、提出一个诉讼请求，应当怎样去写一个理由、陈述一个理由，总之，就是要思考怎样才能影响甚至

是引导裁判者。这个思考的过程，即是运用代理思维的过程，也是锻炼、培育代理思维的过程。

律师了解影响裁判的因素，进而设计并贯彻正确的诉讼策略，往往就能取得期待的结果。正是在这个意义上，有人说办案千件，胜在思维。在实践中，并不缺乏影响裁判的种种方法，缺乏的是如何正当地、合理地影响裁判者所需的思维。这种思维和律师职业的独立性与真正价值密切相关。

然而，无论是学者还是律师自身，都很少有人来关心律师的这种思维。这是个非常遗憾的事情。在本书中，我将试图探讨那些影响裁判的因素，试图探讨如何利用这些因素去设计具体的诉讼方案。希望会有更多人来关注律师的思维，关注律师工作。

是为序。



## 导 言

在实践中，我们经常会看到这样的现象：同样的案件因为不同律师不同的处理方法而导致不同的结果。比如一个想解约的卖房人，由一个律师来处理，可能会成功解约甚至收回点租金，最后再卖个好价钱；而由另外一个律师来处理，可能不但无谓地耗费了时间和金钱，最后甚至还要承受“背信弃义”的差评。

那么，律师工作是否有保障其基本质量的规范性？我们常看到更多的是行为上的规范性，却很少看到思维上的规范性。然而，只有在思维上具备规范性，才能保证和提升行为的品质，才能更好地体现律师专业服务的价值。但是很少有人去关注律师办理案件思维的过程，人们要么习惯用偏见来概括与律师相关的现象，要么无端地猜想其是神秘莫测的。

本书主要以原告代理人为视角（被告视角同样道理），展现律师在民商事诉讼中规范的思维过程。在上篇，是关于如何认识裁判的内容，探讨了除基本的法律和事实外影响法官做出裁判的各种因素。这些因素既有司法系统内的也有司法系统外的，既有个人的也有群体的，既有工作方法上的也有工作机制上的，既有个人的情绪也有国家的大政方针，凡此方方面面。在下篇，是关于如何引导裁判的内容，探讨了如何判断是否提起一个民商事诉讼、如何提出一个民商事诉讼以及如何诉讼中提出诉讼理由，并对每一个问题做了规范性展开。

另外，在本书中，为了直观地说明问题，我除了选择部分自身代理的案件外，还从数以千计的最高人民法院审理的典型案例中摘取了最为贴近主题的相关案例，特别注重众多权威案例的引用。

目

录

导 言 / 001

## 上篇 什么影响了裁判

### 第一章 法律规范本身的限制 / 007

#### 第一节 法律的疏漏 / 007

- [案例 1.1] 福建省中福实业股份有限公司等与中国工商银行福州市闽都支行借款担保纠纷案 ..... 008
- [案例 1.2] 中国进出口银行与光彩事业投资集团有限公司、四通集团公司借款担保合同纠纷案 ..... 010

#### 第二节 法律和实践的矛盾 / 013

- [案例 1.3] 中国农业银行股份有限公司重庆巴南支行与重庆市毛氏实业(集团)有限公司申请复议案 ..... 017
- [案例 1.4] 四川省德阳市信托投资公司与中国建设银行德阳市分行、海南盛兴租赁公司资金拆借合同纠纷案 ..... 022
- [案例 1.5] 广州市仙源房地产股份有限公司与广东中大中鑫投资策划有限公司、广州远兴房产有限公司、中国投资集团国际理财有限公司股权转让纠纷案 ..... 024

## 第二章 司法体系内的影响因素 / 026

### 第一节 法官的个人因素 / 026

- [案例 2.1] 李某与王某、孙某房屋买卖纠纷案 ..... 027
- [案例 2.2] 上海某公司与山东某公司铁矿粉买卖纠纷仲裁案 ..... 028
- [案例 2.3] 傅延某、傅嵩某、傅钰某与傅熹某、傅焘某、傅万某、  
傅美某、傅燕某、傅頌某析产继承纠纷案 ..... 032

### 第二节 审级对裁判的影响 / 033

- [案例 2.4] 朝阳金昌矿业有限公司与朝阳青花矿业有限公司采矿权  
转让合同纠纷案 ..... 035
- [案例 2.5] 十堰市金土地房地产开发有限公司与十堰世纪百强置业  
有限公司土地使用权转让合同纠纷案 ..... 036
- [案例 2.6] 浙江金义集团有限公司与杭州未希装饰设计分公司、杭州  
城市商务酒店等建筑安装工程承包合同纠纷案 ..... 038

### 第三节 法院运行机制的影响 / 042

- [案例 2.7] 国家开发银行与沈阳高压开关有限责任公司、新东北电  
气(沈阳)高压隔离开关有限公司、沈阳北富机械制造  
有限公司、沈阳东利物流有限公司、东北电气发展股份  
有限公司、沈阳变压器有限公司、东北建筑安装工程总  
公司借款合同、撤销权纠纷案 ..... 045
- [案例 2.8] 咸阳市中陆市信用社处置领导小组清算组与西安新业工贸  
有限责任公司、西安市第三奶牛场抵押借款合同纠纷案 ..... 047

### 第四节 司法政策的影响 / 049

- [案例 2.9] 某清算组与某房地产公司财产权属纠纷案 ..... 051

## 第三章 司法体系外因素的影响 / 056

- [案例 3.1] 中国工商银行陕西分行营业部与中国航空工业供销西北  
公司借款担保合同纠纷案 ..... 056

|   |     |
|---|-----|
| [案例 3.2] 中国建设银行常州分行与中国华通物产集团公司、常州长城建设发展有限公司、江苏武进钢铁集团公司借款担保合同纠纷案 ..... | 058 |
| 第一节 当事人的因素 / 060  |     |
| [案例 3.3] 某内地企业与某香港公司借款合同纠纷案 .....                                     | 061 |
| 第二节 社会经济政策的影响 / 063   |     |
| [案例 3.4] 北京博创英诺威科技有限公司与保利民爆科技集团股份有限公司合同纠纷案 .....                      | 066 |

## 下篇 诉讼方案的设计

### 第四章 是否提起诉讼 / 071

#### 第一节 决定诉讼启动的考虑因素 / 071

|  |     |
|--|-----|
| [案例 4.1] 新疆国际置地房地产开发有限责任公司诉宏源证券股份有限公司乌鲁木齐市北京路营业部、宏源证券股份有限公司委托监管合同纠纷案 .....         | 075 |
| [案例 4.2] 北京巴布科克·威尔科克斯有限公司与内蒙古电力集团有限责任公司、内蒙古蒙达发电有限责任公司、内蒙古电力投资有限责任公司买卖合同纠纷上诉案 ..... | 077 |
| [案例 4.3] 北京地鑫房地产开发有限责任公司与中国华融资产管理公司北京办事处等借款担保合同纠纷 .....                            | 079 |
| [案例 4.4] 新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷上诉案 .....                                   | 081 |
| [案例 4.5] 广西某地产公司与浙江某公司项目资产整体转让合同纠纷案 .....  | 083 |
| [案例 4.6] 富士康起诉记者天价赔偿案 .....  | 086 |
| [案例 4.7] 北京超市发连锁股份有限公司和北京天客隆集团有限责  |     |

|   |     |
|---|-----|
| 任公司系列纠纷案 .....  | 087 |
| [案例 4.8] 张某和谢某房屋买卖纠纷 .....  | 088 |
| [案例 4.9] 深圳南方电力建设有限公司与江苏省华建建设股份有限<br>公司深圳分公司建设工程施工合同纠纷案 .....                               | 089 |
| <b>第二节 其他程序在民商事诉讼中的运用 / 091</b>   |     |
| [案例 4.10] 大成工程股份有限公司与施某、大成工程股份有限山<br>西太长高速公路第八合同段项目经理部建设工程施工<br>合同纠纷案 .....                 | 092 |
| [案例 4.11] 厉德某与徐州利尔德保龄球娱乐中心有限公司、江苏<br>国华工贸集团有限公司买卖合同纠纷案 .....                                | 094 |
| [案例 4.12] 武汉国际信托投资公司与中国农业银行黄冈市分行侵<br>权纠纷案 .....   | 104 |
| [案例 4.13] 西部证券股份有限公司西安市西五路营业部与中国农<br>业银行西安昆明路支行存单纠纷案 .....                                  | 106 |
| [案例 4.14] 中国人民银行赣县支行与中国银行股份有限公司北京<br>市分行损害赔偿纠纷上诉案 .....                                     | 108 |
| [案例 4.15] 江门市江磁电工企业有限公司与云南铜业股份有限公<br>司买卖合同纠纷案 .....   | 114 |
| [案例 4.16] 中国农业银行昆明市官渡区支行与昆明策裕经贸有限<br>责任公司及张 J、张 H, 第三人昆明富亨房地产开发经<br>营公司借款担保合同纠纷一案 .....     | 115 |
| [案例 4.17] 重庆台华房地产开发有限公司与重庆晨光实业发展<br>(集团) 有限责任公司、重庆晨光百货有限责任公司、<br>重庆晨光大酒店有限责任公司房屋搬迁纠纷案 ..... | 118 |
| [案例 4.18] 佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案 .....   | 120 |
| [案例 4.19] 郑州市财务开发公司、中国长城资产管理公司郑州办<br>事处与郑州市财政局、郑州市人民政府、中国工商银<br>行河南省分行营业部债券认购款返还纠纷上诉案 ..... | 122 |

## 第五章 如何提出诉讼 / 125

### 第一节 如何确定诉讼进行的要素 / 126

- [案例 5.1] 广州建翔码头有限公司与浙江广大实业有限公司煤炭购销合同纠纷再审案..... 126
- [案例 5.2] 兴泰公司与华富公司股权确认纠纷..... 129
- [案例 5.3] 宜昌嘉华置业有限公司与华垦国际贸易有限公司债务纠纷案..... 131
- [案例 5.4] 中国昊华化工(集团)总公司与中企国际投资有限公司借款合同纠纷案..... 136
- [案例 5.5] 长江置业(湖南)发展有限公司与袁某损害公司利益责任纠纷案..... 139
- [案例 5.6] 中国农业银行克拉玛依石油分行与新疆石油管理局油田经贸总公司、克拉玛依通德工贸有限责任公司以及新疆口岸投资合作有限公司借款合同纠纷案..... 142
- [案例 5.7] 某小区居民阻扰施工纠纷..... 144
- [案例 5.8] 陈正某、陈紫某与李毅某、李红某、第三人酒泉太和实业有限责任公司损害公司利益责任纠纷管辖权异议案..... 146
- [案例 5.9] 上诉人湖北荆宜高速公路有限公司与被上诉人金浩集团有限公司、北京嘉利恒德房地产开发有限公司损害公司利益责任纠纷一案..... 147
- [案例 5.10] 太原市尖草坪区阳曲农村信用合作社与山东通盛房地产开发有限公司、山西东民集团有限公司房屋买卖合同纠纷申诉案..... 150

### 第二节 如何设计和利用诉讼请求 / 155

- [案例 5.11] 中国华融资产管理公司哈尔滨办事处与牡丹江市无线电六厂、牡丹江欧地希焊接机有限公司、牡丹江无线电厂、牡丹江电站辅机总厂借款合同纠纷案..... 157

|  |     |
|--|-----|
| [案例 5.12] 刘同某、刘菊某与刘元某、李燕某人身损害赔偿纠纷<br>申诉案 .....                   | 168 |
| [案例 5.13] 广发证券股份有限公司与兴业银行北京中轴路支行证<br>券登记、托管和结算纠纷案 .....          | 170 |
| [案例 5.14] 谭利某与黎某炜、黎桂某、香河彩星经纬家居城有限<br>公司等董事、高级管理人员损害股东利益赔偿纠纷案...  | 171 |
| [案例 5.15] 湖南洞庭水殖股份有限公司与中国光大银行长沙华顺<br>支行等借款担保纠纷案 .....            | 178 |
| [案例 5.16] 马志某与王振某企业相关纠纷案 .....                                   | 182 |
| [案例 5.17] 武汉赛迪尔经济发展有限责任公司与武汉市东西湖区<br>国债服务部、武汉市国债服务部侵权纠纷上诉案 ..... | 183 |
| [案例 5.18] 湖南省成功开发投资有限公司与湖南省湘林置业有限<br>公司土地使用权转让合同纠纷上诉案 .....      | 185 |
| [案例 5.19] 上海汉字房地产策划营销有限公司与上海金厦房地产<br>有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案 .....    | 187 |
| [案例 5.20] 新宇公司诉冯玉某商铺买卖合同纠纷案 .....                                | 188 |
| [案例 5.21] 青岛嘉成织造有限公司与青岛市黄岛区长江路街道办<br>事处北江路社区居民委员会房屋买卖合同纠纷案 ..... | 189 |
| [案例 5.22] 广西某地产公司与浙江某公司项目资产整体转让合同<br>纠纷案 .....                   | 190 |

### 第三节 诉讼方案的设计：个案为例 / 194

## 第六章 如何提出诉讼理由 / 204

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| [案例 6.1] 万顺公司诉永新公司等合作开发协议纠纷案 ..... | 204 |
|------------------------------------|-----|

### 第一节 提出诉由的考虑因素 / 205

|  |     |
|--|-----|
| [案例 6.2] 重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有<br>限公司土地使用权转让合同纠纷案 ..... | 206 |
|--|-----|

|  |     |
|--|-----|
| [案例 6.3] 重庆鑫隆达房地产开发有限公司、重庆宏彪商贸有限公司与重庆解放碑茂业百货有限公司优先购买权纠纷案 .....             | 208 |
| [案例 6.4] 建明(厦门)房地产有限公司与厦门安宝房地产开发有限公司房地产项目转让合同纠纷案件 .....                    | 211 |
| <b>第二节 寻找诉由的基本方法 / 212</b>   |     |
| [案例 6.5] 王某和李某房屋买卖纠纷案 .....  | 213 |
| [案例 6.6] 信达公司石家庄办事处与中阿公司等借款担保合同纠纷案 .....                                   | 215 |
| [案例 6.7] 大成工程股份有限公司与施建某、大成工程股份有限公司西太长高速公路第八合同段项目经理部建设工程施工合同纠纷案 .....       | 218 |
| [案例 6.8] 广西北生集团有限责任公司与北海市威豪房地产开发公司、广西壮族自治区畜产进出口北海公司土地使用权转让合同纠纷案 .....      | 219 |
| [案例 6.9] 中国国旅集团有限公司(国旅公司)与天津市国泰房地产开发公司(国泰公司)房地产开发纠纷再审查 .....               | 221 |
| [案例 6.10] 某投资公司与某咨询有限公司借款合同纠纷案 .....                                       | 231 |
| [案例 6.11] 余某与贵州泰邦生物制品有限责任公司、贵阳大林生物技术有限公司等股权确认、盈余分配纠纷案 .....                | 234 |
| <b>第三节 提出合适的诉由: 个案为例 / 237</b>   |     |
| [案例 6.12] 中国房地产开发集团公司与深圳发展银行上海徐汇支行、上海唯亚实业投资有限公司、长铃集团有限公司等借款担保合同纠纷再审查 ..... | 238 |



## 上 篇

---

### 什么影响了裁判

---



法律史上，大陆法系的法官曾被形象地比作“自动售货机”，输入案件的事实及法律条文，会自动得出案件的定性与处理结论。如果实践果真如此，那就不用着律师，也谈不上什么诉讼的思维和策略了。实际上，在司法这个“车间”，有很多看得见和看不见的“工序”和“工人”，裁判文书这个“产品”既不自动化也不标准化。

实践中，对同一个事实、同一个法律规定，往往会有不同的认识，对同一个案件往往也会产生不同的裁判结果。因此，从事民商事诉讼，先要对裁判有个清楚的认识。只有了解了裁判是怎样产生的、都受什么因素影响，才能更好地进行代理工作。

### **裁判结果和价值衡量**

那么，裁判是怎样产生的呢？

我们通常认为整个裁判过程就是从大前提到小前提再到结论的三段论过程，但这种认识和现实并不完全吻合，也对实践帮助不大。事实上，法官的职责就是解决一个纠纷或者说处理一个问题，适用法律作为手段仅是一个环节，案件事实 and 法律规定仅是影响其作出裁判的因素之一。

请先来看下面这个案例。

#### **该案基本案情是：**

1993年5月27日，广西建设信托投资有限公司（以下简称建信公司）与广西中联开发总公司（以下简称中联公司）签订一份借款合同，由建信公司借款人民币1000万元给中联公司，借款期限自1993年5月27日至同年8月27日。同日，广西建设投资开发公司（简称建投开发公司）给建信公司出具《担保书》，承诺为该笔借款提供连带担保责任。签订当天，建信公司即将1000万元转给中联公司。借款期限届满后，中联公司未能如约还款。对建信公司的催讨，中联公司分别于1993年9月9日、1995年3月14日给建信公

司出具了还款计划，但均未履行。1995年6月14日、1995年8月18日建信公司向中联公司催款，中联公司仍没有还款。

1996年1月23日，建信公司经批准撤销，改建为中国建设银行广西壮族自治区分行直属支行（以下简称建行广西分行直属支行），债权由建行广西分行直属支行承继。1997年9月16日，建行广西分行直属支行向中联公司发出催款通知书，中联公司当天签收。1998年8月21日，中联公司被工商管理机关吊销了营业执照。1998年11月，建行广西分行直属支行改建为中国建设银行广西壮族自治区分行园湖支行（以下简称建行园湖支行），债权由建行园湖支行承继。1999年12月1日，建行园湖支行将其对中联公司享有的此笔债权转让给中国信达资产管理公司南宁办事处。同日，建行园湖支行向中联公司送达了《债权数额核对单》和《债权转让通知》，将债权转让的相关事宜通知了中联公司。

1996年1月5日建投开发公司向建信公司发出桂计投函字（1996）1号函，该函第三条为：“从一九九五年十二月二十五日来函得知，如中联开发总公司不能在规定时间内返还全部借款，贵公司拟通过诉讼途径来解决。对此，我们表示理解，并希望贵公司行使诉讼请求权，以维护自身权益，同时我们将尽可能敦促和协调中联开发总公司组织资金归还贵公司，继续发扬光大我们之间多年来形成的友好合作关系。”该函上有建信公司办公室一名文印员白某的签名及“广西建设信托投资有限公司收发专用章”。1996年3月25日建投开发公司法律顾问单位函告建信公司，表示桂计投函字（1996）1号函已使自己不再承担保证责任。1996年3月29日，建信公司委托其顾问单位回复称，建信公司未收到桂计投函字（1996）1号函，建设开发公司不承担担保责任的理由不能成立。1999年3月8日，建投开发公司改建为广西开发投资有限公司（以下简称开发投资公司）。

2001年8月6日，信达南宁办事处向广西壮族自治区南宁市中级人民法院提起诉讼，要求判令开发投资公司归还借款本金1000万元及利息。

南宁中院判决驳回原告诉求。广西高院判令开发投资公司归还借款本金1000万元及利息。开发投资公司向广西高院申请再审。

广西高院再审判决认为：白某签名的桂计投函字（1996）1号函原件在开

发投资公司手中，其没有证据证明还有第二份，也没有证据证明收发章是建信公司使用的专用章，建信公司又回函称未收到该函，开发投资公司对此也没有提出异议，因此对于该函已经送达建信公司的主张不予支持。即使该函送达，由于其表述只是希望建信公司行使诉讼请求权，而不是要求其行使诉讼请求权，不符合《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第11条规定的免责条件，因此，开发投资公司的保证责任不能免除。故判决维持二审判决。

开发投资公司向最高人民法院申请再审。最高人民法院提审后，经法院四次调解，各方达成协商达成协议：信达南宁办事处退给开发投资公司1500万元，自调解书生效之日起3个月内付清。<sup>①</sup>

这个案件事实其实比较简单，只不过诉讼主体发生多次变化而已。本案究竟适用什么法律对于当事人而言非常关键。按照法律适用原则，本案应当适用1994年4月15日发布的《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》（以下简称《保证规定》）。《保证规定》第11条规定，“保证合同中约定保证责任期限或者约定不明确的，保证人应当在被保证人承担责任的期限内承担保证责任。保证人如果在主合同履行期限届满后，书面要求债权人向被保证人为诉讼上的请求，而债权人在收到保证人的书面请求后一个月内未行使诉讼请求权的，保证人不再承担保证责任。”此条赋予保证人一项很重要的权利，就是催告免责权，它的行使可以直接导致债权人的债权不能实现。

因此，本案的焦点就是开发投资公司在桂计投函字（1996）1号函中的表述是否达到了法定要求。开发投资公司在函中提出“并希望贵公司行使诉讼请求权，以维护自身权益”。高院再审判决认为，开发投资公司只是说“希望”，而不是“要求”，所以该函不符合《保证规定》第11条的免责条件。

在固定了事实，明确了法律依据后，如果该函符合《保证规定》则开发投资公司免责，否则应承担担保责任。究竟会如何处理，本案承办法官认为

---

<sup>①</sup> 案情可见苏泽林主编：《最后的裁判——最高人民法院典型疑难百案再审实录（担保与金融案件卷）》，中国长安出版社2007年版，第134页。

“如果人民法院力图通过判决去引导保证人以足够明确的方式行使催告免责权，就很有可能维持原生效判决，这样做可能会起到提醒权利人不要试图通过在行使权利的过程中耍花样来谋取额外利益、减少民事纠纷的社会效果；如果人民法院想以判决警示债权人应当尽量谨慎小心对待保证人的书面文件，充分领会每一句话的含义，则可能改判保证人免责，而这样做的社会效果同样会从另一个角度减少民事纠纷。究竟哪一种方式更好，恐怕要取决于人民法院对总体价值取向的考虑。”<sup>①</sup>

由此可见，本案直接表现出来的焦点是对“希望”这个词的分析。判断其是否满足司法解释规定，显然是个认识问题，但左右这个认识的是裁判者的价值取向。许多案件都如同本案一样，并非必须判令一方胜诉，但判令任何一方胜诉均有坚强的理由。

从这个案件，我们也可以窥探出法院的裁判方式。在笔者看来，一个法官或者裁判者在作出一个裁判时，结果导向非常明显，其往往遵循这样的逻辑：

第一，确定案件合适的处理结果。民商事纠纷一般是涉及利益的分配问题。对各方争议的金钱或者财产做何种分配比较合适，这是一审法官先要考虑的问题；是维持还是改判，这是二审法官和再审法官先要考虑的问题。

第二，寻找处理结果所体现的价值追求。不同结果往往代表不同的价值取向。在确定结果之后，必须为这种结果寻找一个可以立足的价值因素。比如为了体现鼓励交易和诚信原则，所以判令合同继续履行；而判令合同解除则可体现对违约的惩罚。

第三，具体地解释和适用法律。裁判结果需要直接的法律规则为依据。根据不同的价值取向，对同样的法律规则、同样的客观事实可以得出不同的结论。寻找价值取向的重要意义在于，将这种价值判断贯穿于对法律的适用、对事实的认定当中，统领整个裁判理由，以自圆其说。仅是在价值判断上出现分歧，难以说对错。

---

<sup>①</sup> 苏泽林主编：《最后的裁判——最高人民法院典型疑难百案再审实录（担保与金融案件卷）》，中国长安出版社2007年版，第141页。

处理结果、价值取向与适用法律三者往往是互相影响的。对于处理结果的选定，决定了在价值判断中的取舍标准，也决定了对法律的解释和适用；对于法律规则的理解反过来也会影响价值取向并左右处理结果；而价值判断往往是两者的桥梁。

总之，一个裁判总是在各种价值或者利益充分冲突后产生的，程序在某种程度上仅是这种冲突的表现或者载体。但在一个案件中，各种价值取向往往难以取舍，影响价值衡量的因素具体而复杂。断定一个裁判者在接触案件之初就确定了裁判结果并不准确。实际上，即便一开始就确定了处理结果，但随着案件审理的深入，各种价值或者利益的碰撞加剧，各种因素的此消彼长，往往可能也会改变先前的看法。

然而，民商事案件在裁判文书上，总是表现为对事实的认定和法律的适用，接下来，我们就要探讨哪些因素可以影响裁判者的价值判断、左右对事实的认定以及对法律的适用，进而影响裁判结果。

## 第一章 法律规范本身的限制

法律规范这个因素是最能被理解和接受的。因为，规范本身既是作出不同裁判的原因，也是其依据。

### 第一节 法律的疏漏

即使是立法技术非常发达的今天，立法（包括司法解释）也不能囊括已有的全部的社会生活。在法律没有明确规定的情形下，裁判结果的不同是很

常见的。

我们可以把法律的疏漏分为客观的疏漏和主观的疏漏两种形式。客观的法律疏漏，是指在制定法律时，囿于当时的社会经济生活条件，对于某一问题没有作出规定，依据解释方法也难以规范而造成的疏漏。这种情况其实比较少见。主观的法律疏漏，是指对于某一问题虽无明确的规定，但是依据法律原则和解释方法可以将其纳入规范。这种情形比较多见，但是在如何规范的问题上，由于价值取向的不同往往会有不同的结果。

以下来看两个案例。

### [案例 1.1] 福建省中福实业股份有限公司等与中国工商银行福州市闽都支行借款担保纠纷案

该案基本案情是：

1996年12月5日，中国工商银行福州市闽都支行（以下简称闽都支行）的前身中国工商银行福州市分行第二营业部（以下简称营业部）为贷款人，中国福建国际经济技术合作公司（以下简称中福公司）为借款人签订了一份《人民币短期借款合同》，约定借款金额4000万元，借款期限自1996年12月5日至1997年6月25日。同年12月31日，双方又签订一份借款合同，借款金额210万元，借款期限自1996年12月31日至1997年6月25日。营业部按约发放贷款，中福公司未按期还贷。1998年7月28日，以营业部为甲方，中福公司为乙方签订了一份《还款协议书》，约定：甲、乙双方贷款总数为4210万元，贷款均已逾期。由于乙方暂无力归还欠款，向甲方申请分期归还，并提供福建九州集团股份有限公司（以下简称九州公司）和福建省中福实业股份有限公司（以下简称实业公司）作为承担连带责任的还款保证人。甲乙双方在还款协议中约定了本金、利息、还款期限，并约定乙方如未按约定归还欠款本息，除承担复息、罚息外，还应按违约金额的5%向甲方支付违约金，甲方有权提前收回全部欠款本息。甲、乙双方及九州公司和实业公司负责人均在协议上签名并加盖单位公章。因赵某当时同时兼任中福公司、九州公司和实业公司的董事长，所以《还款协议书》上代表债务人中福公司以及两家保证人九州公司和实业公司签字的均是赵某一一人。该协议书中福公司未完全履行，截至1999年底，中福公司尚欠本金3910万元和利息1,744,887,351元



未归还。而1998年8月31日，九州公司和实业公司与营业部根据上述合同签订了书面《保证合同书》，保证期限二年。该保证书也是赵某以董事长的身份同时代表九州公司和实业公司签字。

另查明：中福公司向闽都支行的借款原由江苏八达房地产开发有限公司提供的土地使用权抵押担保，在中福公司与闽都支行签订还款协议时，改由实业公司、九州公司提供连带责任的保证以替代抵押担保。

实业公司属于上市企业，中福公司是实业公司的具有控股地位的大股东。实业公司在提供担保时有实业公司董事会关于提供担保的决议文件，但实业公司的公司章程第80条规定董事“除经公司章程规定或者股东大会在知情的情况下批准，不得同本公司订立合同或者进行交易”，“不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”。闽都支行在与中福公司商谈担保事项时，收到中福公司提交的文件中，就有实业公司的公司章程。

1999年12月5日，闽都支行向福建省高级人民法院起诉，请求判令被告中福公司偿还所欠贷款本金和利息，并承担诉讼费。被告实业公司和九州公司承担连带责任。

一审法院认为：

《还款协议书》及《保证合同书》系各方当事人自愿行为，未违反有关法律规定，应确认有效。实业公司称该公司的保证行为违反《公司法》第60条第3款及第214条第3款的规定，应属无效。因本案的保证系经董事会研究的公司行为，也并非董事、经理为公司股东或其他个人债务提供担保的行为。《公司法》第60条、214条主要是规范公司内部董事、经理的行为，不能作为对外要求免责的抗辩事由。

最高人民法院认为：

《中华人民共和国公司法》第60条第3款对公司董事、经理以本公司财产为股东提供担保进行了禁止性规定，实业公司的公司章程也规定公司董事非经公司章程或股东大会批准不得以本公司资产为公司股东提供担保，因此，实业公司以赵某为首的五名董事通过形成董事会决议的形式代表实业公司为大股东中福公司提供连带责任保证的行为，因同时违反法律的强制性规定和实业公司章程的授权限制而无效，所签订的保证合同也无效。对此，《最高人

民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第4条已作了明确规定。<sup>①</sup>

### [案例 1.2] 中国进出口银行与光彩事业投资集团有限公司、四通集团公司借款担保合同纠纷案

在本案中，一审法院审理认为：

光彩事业投资集团有限公司（以下简称光彩集团）通过董事会决议的形式作出为股东四通集团公司（以下简称四通集团）提供连带责任保证的决定，并于2001年12月25日与中国进出口银行（以下简称进出口银行）签订《保证合同》，于2003年12月26日与进出口银行和四通集团在《贷款重组协议》中约定保证条款。根据修订前的《中华人民共和国公司法》（以下简称修订前公司法）第六十条第三款关于“董事、经理不得以公司资产为本公司股东或其他个人债务提供担保”的强制性规定，公司为本公司股东提供担保须经股东会同意或章程有特别规定。董事在以公司资产为股东提供担保事项上无决定权，董事会作为公司董事集体行使权力的法人机关，在法律对董事会对外提供担保上无授权性规定，公司章程或股东大会对董事会无授权时，亦因法律对各个董事的禁止性规定而无权作出以公司资产对股东提供担保的决定。修订前公司法第六十条第三款的禁止性规定既针对公司董事，也针对公司董事会。因此，光彩集团通过形成董事会决议的形式为股东四通集团提供连带责任保证的行为，因违反修订前公司法的强制性规定而无效，所签订的《保证合同》和《贷款重组协议》中的保证条款亦无效。光彩集团对保证合同无效应当承担过错责任。

对此问题，最高人民法院二审认为：

修订前公司法第六十条第三款规定“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”。该条规定是对公司董事、高管人员未经公司批准，擅自为公司股东及其他个人债务提供担保的禁止性规定。但该规定并非一概禁止公司为股东担保，对有限责任公司而言，符合公司章程，经过公司股东会、董事会批准，以公司名义进行关联担保，修订前公司法并未明确加以禁止。上述条款的立法目的是为了限制大股东、控股股东操纵公

---

① 案情可见最高人民法院（2000）经终字第186号民事判决书。

司与自己进行关联交易，损害中小股东的利益，以维护资本确定原则和保护中小股东权益。对经公司股东会、董事会同意以公司资产为小股东进行担保当不属禁止和限制之列。从价值取向的角度考量，在衡平公司债权人与公司股东利益冲突时，应优先保护公司债权人的利益。

根据本案查明的事实，光彩集团公司作为有限责任公司，公司注册资本5亿元，其中山东泛海集团公司出资3.56亿元，出资比例为71.2%；潍坊宝顺建设有限公司出资1亿元，出资比例20%；四通集团出资100万元，出资比例为0.2%。其公司章程未规定公司不得为股东进行担保。该章程规定，董事会是该公司法人机关，董事会成员由股东单位委派人员组成，董事会的表决程序采用资本多数决的形式。公司11家股东中10家股东单位委派其法定代表人担任该公司董事，一家为股东单位代表。光彩集团提供的证据表明，在该公司同意为四通集团进行担保的2001年12月25日、2003年12月26日的两次董事会上，分别持有该公司93.6%和91.2%股权的董事同意为四通集团担保，符合公司章程的规定。董事会决议加盖了董事会公章，在《保证合同》及《贷款重组协议》上加盖了光彩集团公章，光彩集团对上述公章的真实性均不持异议。应当认定光彩集团签署上述《保证合同》及《贷款重组协议》是其真实意思表示，不违背占资本绝大多数股东的意志，该保证行为亦不违反法律和行政法规的禁止性规定，应为有效。关于光彩集团提出的根据该公司章程，董事会至少8名董事参加方能召开，而上述两次董事会决议只分别有5名和2名董事签字，故董事会会议召开无效，董事会决议亦无效问题，本院认为：分别有5名和2名董事在董事会决议上签字，并不能证明只有5名或2名董事参加董事会会议。光彩集团应对该公司2001年12月25日、2003年12月26日的两次董事会的召开是否符合章程规定的董事出席人数负有举证责任，但该公司始终未提供两次董事会的纪要或原始记录，应承担举证不能的责任。且即使董事会决议有瑕疵，也属其公司内部行为，不能对公司的对外担保行为效力产生影响。故光彩集团在本案诉讼中提出的董事会决议无效，公司为其股东担保无效的主张没有事实和法律依据，且违反民事诉讼中的禁止反言规则，本院不予支持。进出口银行关于光彩集团为四通集团提供担保不违反法律的禁止性规定，是有效担保，光彩集团应对四通集团的本案

债务承担连带责任的上诉理由成立，本院予以支持。<sup>①</sup>

以上两个案件都涉及公司为股东提供担保，情况类似。第一个案件中，五名董事通过形成董事会决议的形式代表实业公司为大股东中福公司提供连带责任保证；第二案件中，光彩集团通过董事会决议的形式作出为股东四通集团提供连带责任保证的决定，并和银行签订《保证合同》。

两个案例都适用旧《公司法》（第一个案例适用1999年修订版，2004年公司法再次修订仅是删除第131条第2款），其第60条第3款规定“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”。按照这个规定，董事个人不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保，这没有异议。但问题是，董事会是否可以，或者说几个董事一起是否可以？

应当说，旧《公司法》在对于董事会是否可以以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保这个问题上是不明确的，存在疏漏，于是，如何来解释就成了问题。在第一个案件中，最高人民法院认为董事会也是不可以这么做的。承办法官专门撰文认为，“我国《公司法》第60条第3款的规定禁止的是特定担保行为，即公司为股东或个人债务提供的担保，在性质上属于立法禁止。该条的立法本意依通说认为系为维护资本确定原则和保护股东和债权人利益。……根据这一立法本意，《公司法》第60条第3款应当解释为既限制董事、经理的行为，也限制公司法人机关——董事会的行为，因为两者的担保行为最终都立足于‘以公司财产为股东担保’，本质上并无区别。”<sup>②</sup>按照承办法官的说法，这样的判决结果传达的理念就是在利益衡量上对中小股东权益的保护。这个判决一出来，代表银行方面的利益反应很强烈，因为作为债权人他们接受的很多担保都是这种情况，按照这个判决，都应该无效。而在第二个案件中，最高人民法院认为，修订前公司法第60条第3款并非一概禁止公司为股东担保，对有限责任公司而言，符合公司章程，经过公司股东会、董事会批准，以公司名义进行关联担保，修订前公司法并未明确加以禁止。“从价值取向的角度，

---

① 案情可见最高人民法院（2006）民二终字第49号民事判决书。

② 曹士兵：《我国法律对公司为其股东提供担保的限制——司法对行政监管的支持》，载《法律适用》2003年第5期。

在衡平公司债权人与公司股东利益冲突时，应优先保护公司债权人的利益”。可见，对于法律疏漏的解释，顺从什么样的价值取向非常重要。

对于法律疏漏，是比较常见的，无须赘述。在实践中，在法律存在疏漏的情形，特别依赖裁判者的认识。只有了解实践和理论上的争议，才可以更好地启发裁判者，这就给诉讼方案设计时的找法过程提出了客观要求。

## 第二节 法律和实践的矛盾

在考虑法律规范本身的问题时，其与实践的矛盾不得不提。法律和实践的矛盾，是指法律不适应实践的发展，新生事物对法律规范提出挑战。我国社会经济发展非常活跃，法律和实践的矛盾也很突出，这也是导致不同裁判结果的重要原因。

### 一、法律和司法解释的问题

法律制定后，实践发展产生了新的需求，但法律的修订程序复杂，而司法解释的制定程序相对灵活。因此，司法解释变得活跃，并且相当程度上代替了法律的功能。

全国人大常委会1981年6月10日作出的《关于加强法律解释工作的决议》规定，“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。”2006年的《人民法院组织法》第32条规定，“最高人民法院对于在审判过程中如何具体适用法律、法令的问题，进行解释”。当然，并非所有的司法解释都是对“法院审判工作中具体适用法律、法令”的问题进行的解释。实际上，一些司法解释不是对适用法律、法令的解释，而是对法官如何认定事实的解释，

不是解释“法律”，而是解释“事实”。

对于法律和司法解释的问题，在实践中，有几个方面值得注意。

### （一）司法解释效力超越法律

最高人民法院在2007年发布的《关于司法解释工作的规定》中规定，“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力”。实践中，司法解释已经取得法律的效力。

比如1994年制定的《担保法》很多地方跟不上实践，担保法解释的出台可以说更贴切地反映了现实的需求。在有的案件中，当事人按照立法法原则认为法律和司法解释发生冲突应当适用法律，因为法律是人大制定的。这种抗辩法院一般不予采纳。当然，在另一方面，“当司法解释没有成文法的支持时，这种带有立法性质的司法解释也可能令地方法院尴尬。实践中即存在个别地方法院在审判中刻意规避适用某一司法解释，以避免地方强力机关批评的现象。”<sup>①</sup>

实际上，这个问题还可以引申出另外的问题，即针对各地具体的实践，最高人民法院司法解释在执行过程中受到不同的理解和运用，各地法院出台的指导意见，甚至是内部会议的精神往往更具效力，虽然判决并不援引这些意见。

### （二）司法解释之间的矛盾

司法解释一般是由最高人民法院的某个庭室负责起草，最后经过审委会讨论通过。各个庭室的业务范围有所不同、司法解释起草过程中征求意见的范围、对象也有所不同，其考虑的角度也有差异，不同的司法解释涉及同一问题时，会形成不同的规定。这种情况并不多见，但也有发生。

比如对再审中新证据的解释问题，可以说是个典型。

2008年11月25日公布、2008年12月1日起施行的《关于适用〈中华

---

<sup>①</sup> 曹士兵：《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》，载中国民商法律网，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=34977>，2011年7月1日访问。

《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释》(以下简称《审监解释》)由最高人民法院审监庭起草。该解释第10条规定,“申请再审人提交下列证据之一的,人民法院可以认定为民事诉讼法第一百七十九条第一款第(一)项规定的‘新的证据’:……当事人在原审中提供的主要证据,原审未予质证、认证,但足以推翻原判决、裁定的,应当视为新的证据。”

这种情形主要是指申请人在原审中因自己过错逾期举证而被原审法院采取证据失权措施的证据。实际上,这已经颠覆了《关于民事诉讼证据的若干规定》确立的证据失权的规则。参加该司法解释起草的审监庭孙祥壮博士指出,“这里主要考虑的因素是,一些当事人反映,其在超出举证期限后提供了重要的证据材料,另一方当事人却以超过了举证期限不予质证,原审法院在未质证的情况下未在判决、裁定中加以认证,即不将该证据作为认定事实的依据。但由于该证据足以证明作出的判决、裁定有错误,当事人以该证据申请再审得不到支持,便到党政机关上访申诉,形成党政机关、立法机关及社会各界比较强烈的反应。因此,兼顾现实国情和申请再审难,解释作出视为新证据的规定。”<sup>①</sup>

2008年12月11日,最高人民法院发布了《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》(以下简称《举证时限通知》)。该通知第10条规定,人民法院对于“新的证据”,应当依照《证据规定》第41条、第42条、第43条、第44条的规定,结合以下因素综合认定:证据是否在举证期限或者《证据规定》第41条、第44条规定的其他期限内已经客观存在;当事人未在举证期限或者司法解释规定的其他期限内提供证据,是否存在故意或者重大过失的情形。依照最高人民法院民一庭起草的这个通知,当事人超过举证期限提交的证据如果主观上存在故意或重大过失,该证据仍然不能成为新证据,存在失权可能。

可见,两个几乎同时发布的司法文件,对于因当事人过错逾期提交的证据,采取了不同的处理方式。依据《关于司法解释工作的规定》,发布在前的

<sup>①</sup> 孙祥壮:《关于再审新的证据的认定与对待》,载《人民法院报》,2009年1月1日,第5版。

《审监解释》属于司法解释，其采取费用制裁的方式。<sup>①</sup>《举证时限通知》不属于司法解释的形式，但其实质上仍然有司法解释的效力，如前所述，其对于因当事人过错逾期提交的证据，采取的是证据失权的方式。<sup>②</sup>顺便指出的是，在实践中，再审审查裁定中援引前述两个文件的情形都是大量存在，法官通常在指出其形式上不是新证据外，还指出其并不足以推翻原判，真正以新证据进入再审并推翻原判的情形不多。

2012年《民事诉讼法》修改前，法律规定的是“证据随时提出主义”，然而2001年的《民事诉讼证据规定》确定了“证据限时提出主义”，两者存在冲突，而且《民事诉讼证据规定》关于证据失权制度的规定过于严厉，实施效果并不理想。前述《举证时限通知》和《审监解释》都意图在一定程度上缓和证据失权制度的弊端，但仍未解决问题。2012年《民事诉讼法》修订证据制度，在法律上确立举证时限制度的同时分层设置举证时限的后果。<sup>③</sup>

### （三）司法解释带来新问题

通过对法律进行解释本来是要解决问题，但往往又带来新的问题，造成无所适从，最后不得不靠再对司法解释进行解释。“迟延履行期间的债务利息”问题，可以说明这个问题。

2012年新《民事诉讼法》（2012年修订时本条未作修改）第253条规定，“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，

---

① 《审监解释》第39条规定，申请再审人或者申请抗诉的当事人提出新的证据致使再审改判，被申请人等当事人因申请再审人或者申请抗诉的当事人的过错未能在原审程序中及时举证，请求补偿其增加的差旅、误工等诉讼费用的，人民法院应当支持；请求赔偿其由此扩大的直接损失，可以另行提起诉讼解决。

② 李浩：《回归民事诉讼法？——〈审监解释〉对新证据界定的可能意义》，载江必新主编：《审判监督指导》2009年第2辑，人民法院出版社2010年1月版，第36页。

③ 2012年《民事诉讼法》第65条规定，“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。”



应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金”。对此，《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第294条规定，“民事诉讼法第二百三十二条规定的加倍支付迟延履行期间的债务利息，是指在按银行同期贷款最高利率计付的债务利息上增加一倍”。2009年，最高人民法院又专门出台司法解释《最高人民法院关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》，该批复规定，人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条计算“迟延履行期间的债务利息”时，应当按照中国人民银行规定的同期贷款基准利率计算。

但是，实践中产生的问题是，如果判决主文已经确定了债务利息（如判令支付利息至实际付清之日），迟延履行后，该利息与前述司法解释规定“迟延履行期间的债务利息”如何协调？实践中有允许债权人就高选择、同时并用、仅适用“迟延履行期间的债务利息”即双倍利息等不同做法。<sup>①</sup>最高人民法院近期在一则判决中对此问题进行了回应。

### 〔案例 1.3〕中国农业银行股份有限公司重庆巴南支行与重庆市毛氏实业（集团）有限公司申请复议案

中国农业银行股份有限公司重庆巴南支行（以下简称巴南农行）与重庆市毛氏实业（集团）有限公司（以下简称毛氏公司）借款合同纠纷案，重庆高院于2006年11月23日作出（2006）渝高法民初字第37号民事判决，判令毛氏公司于判决生效之日起十日内偿还巴南农行借款本金2450万元及利息（2006年6月20日前的利息为1473.399262万元，2006年6月21日后至付清之日的利息按月利息6.3‰计算）。案件受理费由毛氏公司承担。判决生效后，因毛氏公司未履行判决确定的义务，巴南农行于2007年1月8日向重庆高院申请执行。该院指定重庆五中院执行。

期间，毛氏公司另案起诉请求巴南农行履行双方于1998年4月20日签订的《财产转让协议》，案经重庆高院一审、最高人民法院二审，于2008年

---

<sup>①</sup> 可以参阅江必新主编：《执行工作指导》总第43辑（2012年第3辑）“迟延履行利息研究专题”，人民法院出版社2012年11月版。

9月1日作出(2007)民二终字第202号民事判决,判令:巴南农行继续履行《财产转让协议》,将重庆市南岸区南坪万寿路15号1-3层面积为7034平方米的房产(以下简称涉案房产)过户给毛氏公司;巴南农行向毛氏公司支付违约金50万元,并向毛氏公司支付以涉案房产购房款3500万元为基数的利息。毛氏公司于同年10月16日向重庆高院申请执行。

2011年4月,重庆高院将本案提级执行,与(2007)民二终字第202号民事判决执行案合并执行,最终采取两案案款互相冲抵,并由毛氏公司支付差额的方式处理。

(2011)渝高法执提字第8号《关于迟延履行金计算方式的通知》载明:重庆高院(2006)渝高法民初字第37号民事判决是本案的执行依据,按照该判决内容,本案的金钱给付义务为借款本金2450万元+2006年6月20日前的利息1473.399262万元+2006年6月21日起至判决指定履行期限(2006年12月18日)前的利息92.61万元(以2450万元为本金按月利率6.3‰计算)=4016.009262万元。迟延履行期间的债务利息按照金钱给付义务(4016.009262万元)×中国人民银行同期贷款基准利率×2×迟延履行期间来计算,而不是按照金钱给付义务×判决确定的月利率6.3‰×2×迟延履行期间来计算。迟延履行期间自2006年12月19日起算。上述中国人民银行同期贷款基准利率的确定按照判决指定履行日期到实际履行日的时间间隔对应中国人民银行公布的相应贷款基准利率计算,即按6个月以内(含6个月)、6个月至1年(含1年)、1年至3年(含3年)、3年至5年(含5年)、5年以上相应利率标准计算。

巴南农行对该通知提出异议,认为,本案的迟延履行期间的债务利息的计算方式应为:金钱给付债务(4016.009262万元)×判决确定的月利率6.3‰×2×迟延履行期间来计算。

重庆高院审查认为,关于迟延履行期间的债务利息如何计算,最高人民法院在《关于在执行工作中如何计算迟延履行期间的债务利息等问题的批复》(法释(2009)6号)(以下简称《批复》)中有明确规定,“执行款=清偿的法律文书确定的金钱债务+清偿的迟延履行期间的债务利息;清偿的迟延履行期间的债务利息=清偿的法律文书确定的金钱债务×同期贷款基准利率

×2× 迟延履行期间”。故，巴南农行认为迟延履行金钱的债务利息应按判决确定的月利率 6.3‰ 来计算不符合相关法律和司法解释的规定，不予支持。据此，重庆高院于 2012 年 12 月 18 日作出（2012）渝高法执异字第 00022 号执行裁定，驳回巴南农行的异议。

巴南农行向最高人民法院申请复议。

最高人民法院认为，本案双方争议的焦点问题，是如何处理《民事诉讼法》规定的迟延履行期间的债务利息与生效法律文书中确定的利息之间的关系。《民事诉讼法》第 253 条规定：“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。”该条文并未涉及计算迟延履行期间的债务利息的具体利率标准。本院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉法若干意见》）第 294 条规定：“加倍支付迟延履行期间的债务利息，是指在按银行同期贷款最高利率计付的债务利息上增加一倍”；本院《批复》中规定：“在计算迟延履行期间的债务利息时，应当按照中国人民银行规定的同期贷款基准利率计算”。上述司法解释只是针对生效法律文书没有确定债务利息的利率标准并计算到实际支付之日的情形而作出的规定，对生效法律文书确定了利率标准并且要求按照该利率将利息计算到实际支付之日的情形，该司法解释并未作出明确规定。对此，合理的解决方法应当是将《民事诉讼法》第 253 条及上述司法解释的规定和生效法律文书判定的内容结合起来进行判断，既体现《民事诉讼法》关于“加倍支付迟延履行期间的债务利息”的文义解释和立法目的，又符合执行只能以生效判决为依据的基本原则，合理平衡双方当事人的利益。人民法院原则上应当按该判决确定的利率和期限计算利息。但是，考虑到司法解释规定据以双倍计算迟延履行利息的利率是人民银行同期贷款基准利率，按照判决确定（合同约定）的利率双倍计算利息缺乏法律依据，而判决确定的约定利率本身高于同期贷款基准利率，即已涵盖了一倍的同期贷款基准利率，因此，在生效法律文书确定利息按照当事人约定利率计算到支付之日的情况下，应按照生效法律文书中确定的利率将法律文书确定的全部债务的迟延履行利息计算至实际给付之日止，再增加按照与迟延履行期间相对应的银行同期贷款基准利率计算一倍的利息。本案的生效判决基于双方当事人的合同约定，明确判令，