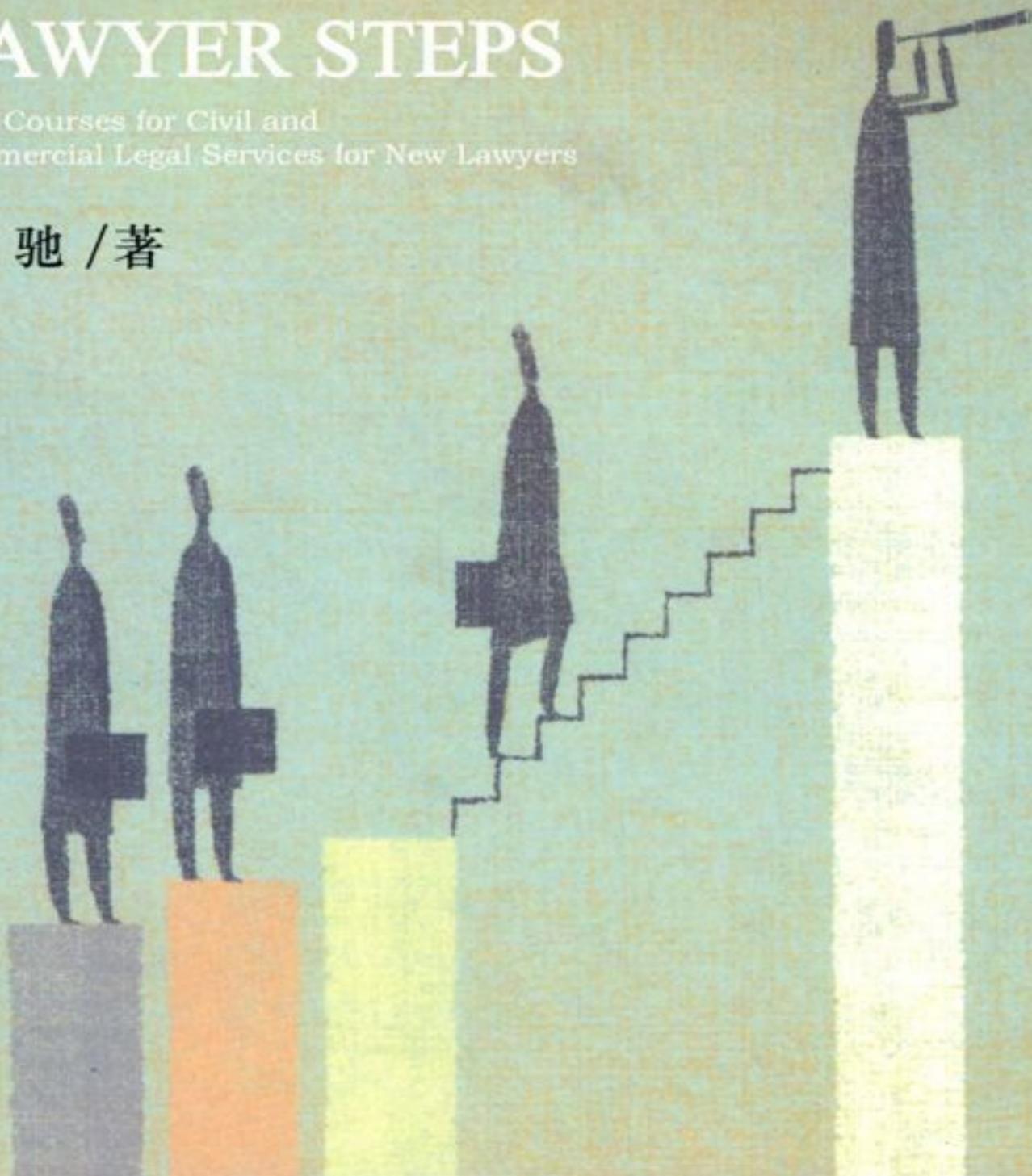


LAWYER STEPS

Core Courses for Civil and
Commercial Legal Services for New Lawyers

牟 驰 / 著



律师阶梯

新律师民商事业务必修课



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

作者简介



牟 驰

1997年考取律师资格，1998年开始执业。现为黑龙江远东律师集团事务所合伙人、副主任，兼任中华全国律师协会青年律师工作委员会委员、黑龙江省律师协会青年律师工作委员会副主任、黑龙江省律师协会涉外业务委员会副主任等社会职务。擅长商事投资、公司治理、资本运营与资产重组、合同纠纷、企业法律顾问等方面的法律业务。

执业十多年来，先后被黑龙江省司法厅授予“全国合伙律师事务所规范化建设年活动优秀律师”，黑龙江省法学会授予“黑龙江省第三届优秀法律工作者”，哈尔滨市司法局授予“优秀律师”和“关注民生、服务发展群众最满意单位评议活动先进个人”等荣誉称号。

在承办案件的同时，潜心钻研法学理论和律师实务，先后在《中国律师》、《黑龙江省政法管理干部学院学报》、中国律师网等媒体上发表《电子商务及其法律问题》、《信用销售的若干法律问题》、《对公司法若干问题的法律思考》、《国有企业股份制改造操作与探讨》、《论律师事务所的规范化管理》、《BOT投资律师实务》、《律师民商业务的风险与防范》、《路在何方——对完善中国律师制度的若干思考与建议》等多篇文章。

循阶渐进 登高望远

LAWYER STEPS

Core Courses for Civil and
Commercial Legal Services for New Lawyers

律师阶梯

新律师民商事业务必修课

牟 驰 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目（CIP）数据

律师阶梯：新律师民商事业务必修课 / 牟驰著. —北京：北京大学出版社，2011.7

ISBN 978-7-301-18931-3

I. ①律... II. ①牟... III. ①民法—代理（法律）—案例—中国
②商法—代理（法律）—案例—中国 IV. ①D923.05 ②D922.294.5
中国版本图书馆CIP数字核字（2011）第095854号

书 名：律师阶梯——新律师民商事业务必修课

著作责任者：牟 驰 著

策划编辑：陆建华

责任编辑：陈 康

装帧设计：沈仙卫

标准书号：ISBN 978-7-301-18931-3 / D·2854

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区成府路205号 100871

网 址：<http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱：

law@pup.pku.edu.cn

电 话：邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62117788 出
版部62754962

印 刷 者：北京大学印刷厂

经 销 者：新华书店

730毫米×980毫米 16开本 18.25印张 303千字

2011年7月第1版 2011年7月第1次印刷

定 价：39.00元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

序

PREFACE

律师行业的特点在于专业知识和实务技能缺一不可，且不可偏废。同样学历背景、同样知识结构的律师在从业过程中的表现和业绩有着天壤之别，其原因往往就在于思维方式和实务技能的不同。律师的技能是一种经验型的知识，源于律师个人的实践摸索、感受与总结，如果将这些经验型的知识分析、归纳，凝练为一系列可操作的思维方法、行为方式和原则规范，就成为律师执业的基本技能。对年轻律师而言，尽快掌握基本技能或许不能保证业绩的突飞猛进，但势必能帮助其少走弯路，迅速提高业务能力与水平，早日完成由懵懂学徒向资深律师的蜕变。

律师执业基本技能的重要性无需赘言，但现实困境在于缺少获取这一技能的途径：法学教育更多的是传授法律专业知识，在法学院难以学到从业技能，律师在开始执业之前也无从受到执业技能方面的系统培训；即使是执业了一段时间的律师，在摸爬滚打之中摸索出一些经验，但仍然缺乏对职业技能系统和规范的了解，雾里看花；而熟谙职业技能的资深律师由于种种原因，往往无暇或无心甚至抗拒传经授道，有幸得良师者固然受益匪浅、进步显著，但大部分年轻律师仍只能在实践中艰苦跋涉、独自摸索。

所幸，我们欣喜地看到，越来越多的优秀律师不再敝帚自珍，而是将其执业历程的心得与体会、实务操作的经验与技巧无私地总结并奉献出来，与同行及后进分享，为广大年轻律师的职业之路指引方向。

本书作者牟驰就是这些优秀律师中的一员。作为全国律师协会青年律师工作委员会的委员，作者根据自己10多年来的从业经历，针对当前年轻律师成长过程中面临的突出问题，写成此书。本书以作者多年律师执业的实践心得为依托，从代理诉讼案件的方法与技巧、参加庭审的技巧、诉讼类法律文书写作、诉讼类法律文书常见错误批注与评析、复杂合同的制作和卷宗归档六个方面，结合大量案例，对诉讼案件代理及参加庭审需要掌握的基本技能和具体的注意事项进行了阐述，对代理诉讼案件相关法律文书的具体写作方法以及年轻律师在诉讼类法律文书写作中存在的常见错误进行了说明与评析，对合同的制作方法进行了介绍，并结合相关法律规定和合同使用过程中出现的现实问题，对合同条款从律师的视角进行了分析和总结，对律师业务档案卷宗的装订和归档方法进行了说明。本书紧扣实务，案例丰富，不仅对重点问题浓墨重彩，更长于针对日常可能忽略之处提出独到的见解，实用性与可读性都很强，不但对年轻律师尽快掌握民商事代理诉讼具有指导作用，而且对其他业内同仁同样具有重要的参考价值。

我与牟驰相识已久，他不仅在实务方面取得了成就，同时勤于思考，潜心钻研律师业务和法律实务研究，是一名成长迅速的优秀律师。本书凝聚了他多年的从业经验与心得体会，希望通过本书的出版能够对刚刚步入律师职业之门的年轻律师有所帮助。

和西方同行成熟的行业文化及运作方式相比，中国律师业才刚刚起步，中国律师整体职业

水准的提高有待于本土律师不断地实践，总结经验，并通过在业内的分享、交流、讨论，带动年轻律师尽快成长，推动自身取长补短，从而不断提升律师行业的整体执业水平，这既是本土律师的使命，也是一名优秀律师气度与格调的体现。希望更多优秀的律师能加入这一行列，形成百家争鸣的气象，以前辈的经验与智慧，教诲和引领年轻律师在职业之路上传承衣钵、青出于蓝，为中国律师业的传承与发展贡献力量。

是为序。

中华全国律师协会副会长 蒋 敏

2011年5月书于庐州

前言

PREFACE

作为一名已经在律师行业中摸爬滚打了十多年的律师，回首自己走过的道路，经常想应该在一个合适的时候总结一下，既可以发现自己的优势和不足，也可以为刚加入到律师队伍中的同行们提供一些可以借鉴的经验和教训，帮助他们少走弯路，尽快成长起来。

写这本书的想法，最早可以追溯到2004年3月。那时候，我刚刚成为律师事务所的管理者。俗话说：“不当家不知柴米贵。”做专职律师的时候，脑子里想得最多的是怎样把自己手中的案件办好，很少考虑别的律师是怎样办案的。但是，作为律师事务所的管理者，就必须考虑怎样提高本所全体律师的业务水平和能力，否则就不是一名合格的管理者。记得上任后的第一件事，就是检查本所律师归档的卷宗。结果不查不知道，一查吓一跳。通过检查归档卷宗中的起诉状、答辩状、代理词等法律文书以及会见笔录、调查笔录等各种工作记录，发现大部分律师在对案件事实的了解与把握，证据的收集、筛选与提供，法律文书写作等方面存在很多不规范、不严谨，甚至是不会做、做得不对的情况。其中不乏执业多年的资深律师。这种现象的普遍性引起了我的深思。

究竟是什么原因造成了这种现象呢？

回想十多年来自己的成长历程，我找到了答案：是法律学历教育与律师执业实践的脱节，造成了即使是科班出身的法律专业毕业生也可能缺乏实际技能的情况；是律师行业对新律师基本技能培训的忽略与滞后，造成了大部分律师都处于“在干中学，在学中干”的现状。

记得自己刚刚考取律师资格，在律师事务所实习时，我写的第一篇代理词被带我的老律师先后修改了7次才算过关。由于那时候（1998年）电脑还属于新生事物，会用电脑打字的人可以说是凤毛麟角。于是，每一次修改都意味着要把全部代理词重新抄写，其工作量可想而知。就是这样的磨炼，使我养成了不论案件大小，法律文书都必须字斟句酌，决不敷衍、懈怠的习惯。可以说，我是幸运的，因为在我还是实习律师的时候，遇到了一位认真负责、业务水平高的好老师，但不是所有的律师都能够像我这般幸运。

近年来，律师的流动性越来越大，律师新老更替的速度也越来越快，新律师的比例呈现逐年上升的趋势。在这种情况下，怎样提高他们的执业技能，使他们尽快进入角色、尽快成长为成熟的律师，就成为一个迫切需要解决的问题。在这方面，我所在的律师事务所做了一些有益的探索，取得了一些成功的经验。在本书中，我将近年来对本事务所新入职律师进行执业技能培训的内容进行了系统的总结和整理，希望能够对所有刚刚加入到律师队伍的同行们有所裨益。

牟 驰
2011年5月

目 录

CONTENTS

[序](#)

[前言](#)

[第一章 代理诉讼案件的方法与技巧](#)

[一、怎样寻找合适的代理观点](#)

[案例1-1 A公司诉Y股东出资纠纷案](#)

[案例1-2 河南N化工厂诉北京R石化产品有限公司买卖合同纠纷案](#)

[案例1-3 B公司诉Y公司、D公司买卖合同纠纷案](#)

[二、怎样举证](#)

[（一）代理原告举证的注意事项](#)

[案例1-4 某银行诉H集团公司及下属W公司借款合同纠纷案](#)

[（二）代理被告举证的注意事项](#)

[案例1-5 王某诉B公司及下属C厂买卖合同纠纷案](#)

[案例1-6 李某诉H公司及其法定代表人张某借贷纠纷案](#)

[案例1-7 K公司因B公司所诉买卖合同纠纷提起反诉案](#)

[案例1-8 C公司诉Y厂、N企业集团、B公司及其所属D厂建设工程施工合同纠纷案](#)

[（三）证据保全](#)

[案例1-9 M公司诉高某委托合同纠纷案](#)

[案例1-10 北京R公司诉辽宁X公司承揽合同纠纷案](#)

[三、案件管辖地的选择](#)

[案例1-11 B公司诉翟某买卖合同纠纷案](#)

[案例1-12 某建筑公司诉B公司建设工程施工合同纠纷案](#)

[四、申请财产保全的时机与方法](#)

[五、接受委托时应注意事项](#)

- [\(一\) 办理委托手续应注意事项](#)
- [\(二\) 对委托事项进行程序审查应注意事项](#)
- [\(三\) 对委托事项进行实体审查应注意事项](#)

[第二章 参加庭审的技巧](#)

- [一、庭审前的准备](#)
- [二、出席庭审的注意事项](#)
 - [\(一\) 参加庭审的着装](#)
 - [\(二\) 参加庭审的语言](#)
 - [\(三\) 怎样质证](#)

[案例2-1 陆某诉H煤矿租赁合同纠纷案](#)

[三、如何在调解中发挥作用](#)

[案例2-2 李某诉张某债务纠纷调解案](#)

[四、庭审结束的后续工作](#)

[第三章 诉讼类法律文书写作](#)

- [一、起诉状的写作要点及范例](#)
 - [\(一\) 起诉状的结构](#)
 - [\(二\) 撰写民事起诉状应注意的事项](#)

[文书范本3-1 起诉状](#)

[二、答辩状](#)

- [\(一\) 答辩状的结构](#)
- [\(二\) 撰写民事答辩状应注意事项](#)

[案例3-1 J市第一建筑工程公司诉黑龙江省Q厂建设工程施工合同纠纷案](#)

[范本3-2 一审答辩状](#)

[范本3-3 二审答辩状](#)

[三、上诉状](#)

- [\(一\) 上诉状的结构](#)
- [\(二\) 撰写民事上诉状应注意事项](#)

[案例3-2 X公司诉Z公司买卖合同纠纷案](#)

[范本3-4 上诉状（单一当事人）](#)

[案例3-3 周某诉Y厂、B公司债务纠纷案](#)

[范本3-5 上诉状（多方当事人）](#)

[四、代理词](#)

[（一）代理词的格式](#)

[案例3-4 T委诉Y公司租赁合同纠纷案](#)

[范本3-6 代理词（一审案件被告提起反诉）](#)

[范本3-7 代理词（一审代理被告）](#)

[范本3-8 代理词（二审代理上诉人）](#)

[范本3-9 代理词（二审代理上诉人）](#)

[范本3-10 代理词（二审代理被上诉人）](#)

[（二）撰写代理词应注意事项](#)

[五、诉讼类法律文书写作的其他注意事项](#)

[第四章 诉讼类法律文书写作常见错误批注与评析](#)

[一、培训案例1：黑龙江省S食品公司诉黑龙江省J面粉厂供用电合同纠纷案](#)

[（一）简要案情](#)

[（二）代理词写作及批注](#)

[（三）作业评析](#)

[（四）案件处理结果](#)

[二、培训案例2：张某诉黑龙江省B公司人身损害赔偿纠纷案（二审）](#)

[（一）简要案情](#)

[（二）上诉状写作及批注](#)

[（三）作业评析](#)

[（四）案件处理结果](#)

[三、培训案例3：黑龙江省T委员会诉黑龙江省Y医药销售有限公司房屋租赁合同纠纷案](#)

[（一）简要案情](#)

- [\(二\) 起诉状写作及批注](#)
- [\(三\) 双方举证情况及被告反诉情况](#)
- [\(四\) 反诉答辩状写作及批注](#)
- [\(五\) 代理词写作及批注](#)
- [\(六\) 作业评析](#)
- [\(七\) 案件处理结果](#)

[四、培训案例4：河南N化工厂诉北京R石化产品有限公司买卖合同纠纷案](#)

- [\(一\) 简要案情](#)
- [\(二\) 答辩状写作及批注](#)
- [\(三\) 代理词写作及批注](#)
- [\(四\) 作业评析](#)
- [\(五\) 案件处理结果](#)

[第五章 复杂合同的制作](#)

- [一、制作合同前的准备](#)
- [二、制作合同的具体方法](#)
 - [\(一\) 制作合同的基本要求](#)
 - [\(二\) 制作合同的具体操作](#)

[第六章 卷宗归档](#)

- [一、卷宗分类](#)
- [二、装订入卷材料应注意事项](#)
 - [\(一\) 应装订入卷材料的范围](#)
 - [\(二\) 卷宗装订应注意事项](#)
- [三、卷宗封皮的填写](#)

[结束语](#)

- [附件 全国各省、自治区、直辖市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](#)

第一章 代理诉讼案件的方法与技巧

一、怎样寻找合适的代理观点

阅读提示

- 寻找合适的代理观点这一环节的基本操作要点包括：

(1) 以委托人所述事实为基础，首先确定纠纷的法律性质。

(2) 对比诉讼双方的起诉证据和抗辩证据，按照“认同争异”的原则，梳理整个案情，分析纠纷发生、演变的过程，归纳争议的焦点。“认同争异”是律师代理诉讼应当遵守的基本原则。“认同”，是指对双方提供的证据共同反映出的案件事实予以法律上的承认。这不仅是诉讼策略的需要，也是民事法律的普遍原则——诚实信用的要求。“争异”，是指对双方提供的证据不能共同反映出的案件事实，在依法的前提下，尽可能地委托人争取最大的利益。

(3) 在熟悉常用法条的同时，对个案涉及的司法解释、行政法规、部门规章、地方法规等内容，在查询时要尽可能地穷尽每一条具体的规定。

初做律师的人可能会有这样的困惑：很多案件接手以后不知道应该从哪个角度入手，或者不知道从哪个角度入手更合适。有些律师甚至因此对自己的能力产生了怀疑。其实，这种情况在每一个新入行的律师身上都可能发生过。原因很简单——国家司法考试备考以及考试时所作的案例分析题目都是经过加工整理的案件，其中涉及的法律关系、争议的焦点等关键问题基本上是一目了然，不用投入太多的精力梳理和分析。但是，在律师执业实践中遇到的案件却与之有着天壤之别。以合同纠纷

为例，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）中只规定了15种有名合同；而在很多合同纠纷案件中，有相当多的纠纷涉及的都是无法归类到有名合同中的无名合同。这样的情况该如何处理？

案例1-1 A公司诉Y股东出资纠纷案

A公司是由31个企业法人股东共同出资，以资产重组的方式设立的有限责任公司。Y股东将其下属的一家全民所有制的工业企业C厂注销后，以C厂原来经营管理的全部固定资产作为出资。公司设立后不久，由于Y股东在对C厂注销的过程中没有对C厂的债务进行妥善处理，导致C厂的债权人B公司将A公司诉至法院，要求A公司对此承担清偿责任并胜诉。A公司依照生效的判决履行了清偿责任后，委托律师向Y股东追偿。律师需要解决的焦点问题是：向Y股东追偿的法律依据是什么？案由如何确定？

本案从简要案情来看，很显然是一起合同纠纷。但是，《出资人协议》却无法归类到《合同法》规定的15种有名合同之中。怎么办？在这种情况下，就需要综合运用相关法律对案件涉及的事实进行梳理、分析和归纳：

1. 本案涉及的债务属于典型的合同之债，因此，本案是合同纠纷的定性没有错。

2. 《出资人协议》既然在法律性质上属于合同，当然适用《合同法》。

3. 既然各股东签订《出资人协议》的目的是为了设立A公司，就应当同时适用《公司法》关于股东权利、义务的规定。

4. 由于《出资人协议》无法归类到《合同法》规定的15种有名合同之中，在确定当事人权利、义务的时候，只能适用《合同法》总则，而不能适用《合同法》分则。

5. 虽然《出资人协议》无法归类到《合同法》规定的15种有名合同之中，但是其案由却可以通过检索最高人民法院颁布的《民事案件案由规定（试行）》中“合同纠纷案由”的规定进行确定——出资纠纷。

通过上述对案件涉及的事实进行的梳理、分析和归纳，本案的案由、需要适用的法律、当事人应当承担怎样的民事责任等焦点问题就迎刃而解了。

同样以合同纠纷为例，下面的案例涉及的合同是《合同法》规定的有名合同，但是，由于合同履行过程中双方当事人保留相关证据的意识较差，导致纠纷发生时任何一方单独提供的证据都无法客观地反映交易的全部过程。在这种情况下，怎样说明案件事实，为委托人争取最大的合法权益？

案例1-2 河南N化工厂诉北京R石化产品有限公司买卖合同纠纷案

北京R石化产品有限公司（以下简称“R公司”）与河南N化工厂（以下简称“N厂”）于2005年5月份开始，就某种石化产品进行连续交易，当时没有签订书面合同。2005年年底，R公司以N厂开具的增值税发票金额为准，向N厂支付了400余万元货款。2006年年初，双方签订书面的买卖合同，特别约定：（1）R公司先付款，N厂后发货；（2）N厂交货的数量以R公司出具的收货凭证为准。2006年9月，N厂突然向法院起诉，要求判令R公司清偿拖欠的货款320余万元。R公司委托律师应诉，并要求向N厂提起反诉，判令N厂返还多收的货款230余万元。为证明自己的主张，双方各自提供了证据（参见表1-1）。

表1-1 N厂诉R公司买卖合同纠纷案双方证据对比

原告 N 厂提供的证据	被告 R 公司提供的证据
N 厂开具的 14 张增值税发票,总金额 1,400 余万元	已经抵扣的、N 厂开具的 10 张增值税发票,总金额 900 余万元
R 公司出具的收货凭证(原件)7 张,记载的交货数量 300 余吨,总金额 500 余万元	出具给 N 厂的收货凭证(复印件)7 张,记载的交货数量 300 余吨,总金额 500 余万元
银行进账单 4 张,总金额 700 余万元	银行电汇凭证回单 4 张,总金额 700 余万元
双方盖章的买卖合同(原件)	双方盖章的买卖合同(原件)

虽然双方提供了大量的发票、收货凭证以及银行单据，但是，由于双方都缺乏足够的保留相关交易证据的意识，单独根据任何一方提交的证据，都无法得出全面的结论。为了快速、准确地梳理出本案的事实，分析双方各自观点的正确与否，并准确地归纳出双方争议的焦点，我采取了上述列表的方法，将双方提供的证据以一一对应的原则进行对比。从表1-1所列举的内容可以归纳出本案两方面的重要事实：

1. 双方没有争议的事实包括以下三个：

(1) 合同约定的条款；(2) R公司的付款金额900余万元；(3) R公司出具的收货凭证记载的交货数量300余吨和总金额500余万元。

2. 双方存在争议的事实也包括以下三个：

(1) R公司收到的N厂开具的增值税发票的数量及金额；(2) N厂以其向R公司开具的增值税发票的金额为依据计算出R公司拖欠货款的金额；(3) R公司以其向N厂出具的收货凭证记载的交货数量结合合同约定的单价计算出N厂多收货款的金额。

通过比较双方提交的证据梳理出的上述案件事实，我们可以非常容易地归纳出双方争议的焦点——以什么作为依据来确定双方实际交易的数量。具体地说，是以N厂向R公司开具的增值税发票的金额为依据，还是以R公司向N厂出具的收货凭证记载的交货数量结合合同约定的单价为依据。

总结出双方争议的焦点以后，为了能够让法官在庭审以及合议过程中方便、快捷地了解双方交易的具体过程，我又根据双方提供的证据，对双方的交易过程以列表的方式进行了分析（参见表1-2）。

表1-2 N厂诉R公司买卖合同纠纷案双方交易过程数据

付款时间	付款金额	收货数量	货物价值	收货时间	发票金额	发票开具时间
		36.00	559,800.00	2005-05-31		
		35.25	548,137.50	2005-06-06		
		30.00	466,500.00	2005-06-10		
		30.00	466,500.00	2005-07-01		
合计		131.25	2,040,937.50		1,118,244.40	2005-11-09
					1,118,244.40	2005-11-09
					1,118,244.40	2005-11-09
					850,664.49	2005-11-09
2005-12-19	4,205,397.69				发票金额合计	4,205,397.69
2006-04-12	2,000,000.00					
		34.50	536,475.00	2006-04-21		
		39.75	618,112.50	2006-04-24		
		39.75	618,112.50	2006-04-26		
合计		114.00	1,772,700.00			
2006-06-13	1,500,000.00				886,350.00	2006-05-26
					886,350.00	2006-05-26
					810,000.00	2006-05-26
					830,250.00	2006-05-26
					发票金额合计	3,412,950.00

(续表)

付款时间	付款金额	收货数量	货物价值	收货时间	发票金额	发票开具时间
		29.00	450,950.00	2006-06-18		
		29.00	450,950.00	2006-06-19		
		38.00	590,900.00	2006-06-21		
合计		96.00	1,492,800.00		744,000.00	2006-06-27
					744,000.00	2006-06-27
					发票金额合计	1,488,000.00
总计	7,705,397.69	341.25	5,306,437.50		9,106,347.69	

通过表1-2对双方交易过程中有关数据的对比分析，可以归纳出如下六个案件事实：

1. 2005年度双方交易行为的顺序是：N厂交货→N厂开具发票→R公司根据N厂开具的发票金额付款。

2. 2006年度双方交易行为的顺序是：R公司预付货款→N厂交货→N厂开具发票。

3. N厂开具发票的行为与交货行为并不一一对应。

4. 2005年，在双方没有书面合同对交易规则进行明确约定的情况下，R公司分毫不差地按照N厂开具的增值税发票金额履行了付款义务。

5. 2006年，在签订了书面合同以后，R公司始终按照合同中关于“R公司先付款，N厂后发货”的约定履行付款义务，而N厂开具的增值税发票金额却从未与R公司的付款金额吻合过。

6. 以R公司出具的收货凭证记载的数量计算，N厂向R公司交货的金额每次都没有超过R公司的付款金额。但是，以N厂出具的增值税发票金额计算，N厂向R公司“交货”的金额每次都超过R公司的付款金额。

分析到这里的时候，想必不仅仅是法官，就是任何一个稍稍具备社会常识的人，都能预测到案例1-2的结果——N厂的败诉在所难免。

在执业过程中，还会经常遇到这样的案件：被起诉的事实十分清楚，也没有什么有力的证据，作为被告的委托人，该从哪里着手呢？

案例1-3 B公司诉Y公司、D公司买卖合同纠纷案

2006年5月，Y公司通过竞标，与B公司签订了一份《机械设备买卖合同》。由于对Y公司的实力有所怀疑，B公司要求Y公司对不能履行交货义务的情况作出必要的承诺。在这种情况下，Y公司找到了业内非常有名气的D公司寻求帮助。由于两家公司有着长期的良好合作关系，D公司向B公司出具了一份《证明》，内容是：“B公司与Y公司签订的《机械设备买卖合同》约定的权利义务由D公司共同履行。”2007年9月，由于B公司与Y公司对合同条款内容的理解上存在偏差，双方发生了纠纷。B公司将Y公司和D公司作为共同被告诉至法院，要求两家公司共同承担违约责任。D公司接到起诉材料后，觉得很冤枉：我们没有拿过B公司一分钱，他们之间发生纠纷我们什么都不知道，凭什么起诉我们？

接受委托后，我分别约见了Y公司和D公司经手该笔业务的相关人员，了解到下列情况：

1. Y公司向D公司需求帮助的目的，是在该公司无法解决设备生产的技术问题时，D公司能够予以指导和帮助。

2. D公司的真实想法是，如果Y公司无法全部履行与B公司签订的合同，D公司可以接替Y公司向B公司供货。

3. B公司收到D公司出具的《证明》后，没有向D公司作出任何答

复。随后，我又仔细阅读了B公司的《起诉状》，B公司对D公司的诉讼请求是：“（1）判令解除原告与两被告的合同关系，两被告返还货款400万元；（2）判令两被告共同承担违约金400万元以及对原告造成的损失共同承担赔偿责任。”

掌握了基本案情之后，我组织本所部分律师对案件进行了讨论，大家的意见分为两种：

一部分人认为，D公司并没有参加投标，其出具的《证明》应当视为为Y公司提供的保证。根据《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第19条的规定，“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”因此，可以考虑从保证人的角度进行抗辩。

另一部分人认为，B公司的诉讼请求表述不清，《合同法》中并未规定债务可以共同履行，只规定了债务的代为履行和债务的概括转移。而D公司出具《证明》的行为既不属于债务的代为履行，也不属于债务的概括转移。因此，B公司的诉讼请求不应得到支持。

我认为，解决本案的关键在于两个环节：

1. D公司与B公司之间是否存在合同关系？
2. 如果D公司与B公司之间存在合同关系，这种合同关系的性质是什么？应当从这两个角度，结合相关证据对本案进行梳理和分析。

分析D公司与B公司之间是否存在合同关系，需要以《合同法》对合同成立的相关规定作为标准对D公司与B公司之间的签约行为加以衡量。从Y公司和B公司向法院递交的证据来看，D公司并未参加投标，D公司向Y公司出具《证明》的行为，根据《合同法》第14条⁽¹⁾的规定，应当属于要约。而《合同法》第13条规定：“当事人订立合同，采取要约、承诺方式。”也就是说，Y公司在接到D公司的要约——《证明》之后，应当根据《合同法》第22条⁽²⁾的规定作出承诺，双方之间的合同关系才能成立。Y公司在接到D公司的要约之后，并没有根据上述法律规定向D公司作出承诺。因此，Y公司和D公司之间并不存在合同关系。

既然两者间不存在合同关系，违约责任也就无从谈起了。经过据理力争，B公司在二审中放弃了对D公司的诉讼请求，并与Y公司在二审法院的主持下达成了和解。

通过上述三个案例，我们可以总结出寻找合适的代理观点这一环节的基本操作要点（参见图1-1）。

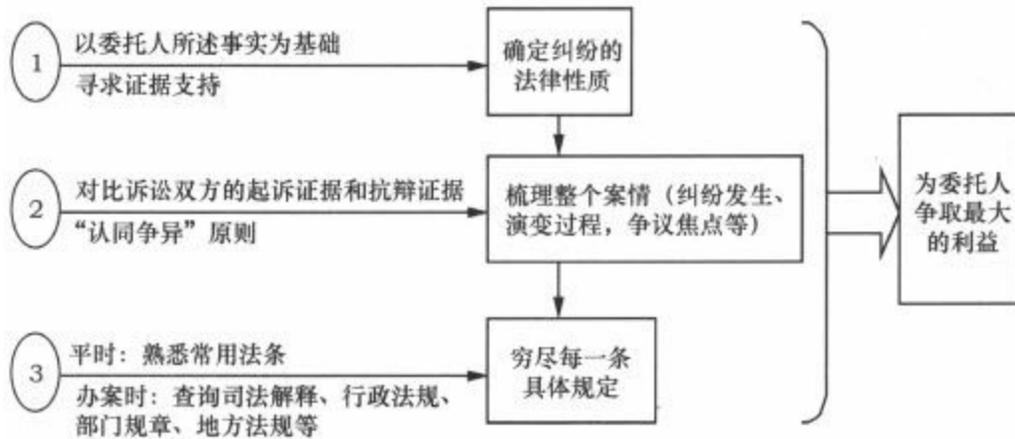


图1-1 寻找合适代理观点的基本操作要点

1. 以委托人所述事实为基础，首先确定纠纷的法律性质。是债权之争，还是物权之争？是合同之债，还是侵权之债？需要注意的是，这里所说的“委托人所述事实”必须有相应的证据支持。如果委托人不能提供相应的证据，收集并对收集到的证据进行筛选就成为律师的首要任务。关于证据的收集、筛选与提供将在后文详细介绍，这里不再赘述。

2. 对比诉讼双方的起诉证据和抗辩证据，按照“认同争异”的原则，梳理整个案情，分析纠纷发生、演变的过程，归纳争议的焦点。案件的审理与判决，实质上是案件当事人以外的人——法官对能够通过证据证明的争议事实进行定性，并根据法律规定确认案件当事人是否应当承担法律责任、承担什么样的法律责任的过程。在这个过程中，由于起决定作用的法官没有亲身经历纠纷发生、演变的过程，其对争议事实的定性只能通过分析、确认争议双方提交的证据进行。作为诉讼代理人的律师，为最大限度地维护委托人的合法权益，必须在争议提交给法官解决之前，尽量迅速、准确地梳理出争议的事实，依法分析双方各自的观

点正确与否，并准确地归纳出双方争议的焦点，为委托人是否或者如何采取下一步行动提供专业的参考意见。

在提供参考意见时，“认同争异”是律师代理诉讼应当遵守的基本原则。

“认同”，是指对双方提供的证据共同反映出的案件事实予以法律上的承认。这不仅是诉讼策略的需要，也是民事法律的普遍原则——诚实信用的要求。在律师执业实践中，经常出现明明双方提供的证据都能够证明案件事实的本来面目，而个别律师为了迎合委托人的意图或者哗众取宠，以种种令人不齿的理由百般狡辩。这样做的结果，只能使矛盾进一步激化，无形中增加了当事人的诉讼成本和纠纷的解决难度，同时也会引起有良知的法官的反感。

“争异”，是指对双方提供的证据不能共同反映出的案件事实，在依法的前提下，尽可能地为委托人争取最大的利益。比如，案例1-1中，作为A公司的代理人就可以根据A公司的具体情况，在追究Y股东违约责任的时候选择：是只要求Y股东对其由于履行出资义务存在瑕疵给A公司造成的直接经济损失——法院执行的金额承担赔偿责任，还是对全部损失——法院执行的金额以及应诉发生的诉讼费、律师费、差旅费等相关费用都承担赔偿责任。

就国家设立律师制度的目的而言，律师在民商事案件中的作用，就是在社会化分工的背景下，为委托人提供专业的法律服务。既然是服务，为委托人争取最大利益当然无可厚非。从律师与委托人之间法律关系的角度看，二者是代理与被代理的关系。根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《合同法》的相关规定，代理人一切代理行为均来源于委托人的授权。此时，代理人按照委托人的要求或者根据委托人的意图开展代理活动是有充分法律依据的。但是，所有这一切都必须在合法的前提下进行，否则，就既违背了国家设立律师制度的初衷，又没有尽到代理人的职责。

3. 在熟悉常用法条的同时，对个案涉及的司法解释、行政法规、

部门规章、地方法规等内容，在查询时要尽可能地穷尽每一条具体的规定。这不但有利于准确地认定案件的性质，有利于在合法的前提下为委托人争取最大的利益，而且可以帮助委托人尽可能地规避法律风险。在案例1-2中，由于R公司对N厂提供的多出实际交易金额的增值税发票进行了抵扣，其行为已经违反了《中华人民共和国发票管理办法》（1993年）[③](#)第36条第1款第（四）项和《中华人民共和国发票管理办法实施细则》（1993年）[④](#)第49条的规定，可能受到税务机关的行政处罚。

在接受委托准备应诉时，我将上述法律规定向R公司的法定代表人进行了详细解释，提示面临的法律风险。在提起反诉之前，我又专门就上述问题与R公司的法定代表人交换了意见。因为从双方提交的证据来看，R公司在本诉中获得胜诉的可能性极大。由于反诉与本诉有着直接、必然的联系，如果本诉胜诉，R公司提起的反诉也会随之取得胜利。这样的结果对N厂来讲，可以说是“赔了夫人又折兵”。在这种情况下，极有可能促使N厂采取极端的手段进行报复。而通过向税务机关举报R公司在增值税发票抵扣过程中存在的违法情形，无疑是最有可能的选择。在充分交换意见之后，R公司的法定代表人采纳了我提出的“主动将此情况向税务机关通报并求得谅解”的建议，解除了R公司的后顾之忧，使诉讼能够顺利进行。

由此可见，在了解相关的法律规定之后，根据案件的具体情况及时调整诉讼策略，尽量防范和化解相应的法律风险，并在必要的时候向委托人予以提示的做法，是律师在诉讼中必须掌握的基本技能之一，只有这样才能充分体现出律师在解决和预防纠纷方面的重要作用。

二、怎样举证

阅读提示

- 在收集证据的过程中应当注意：不论是对委托人有利的，还是对委

托人不利的证据都要收集。

- 如果委托人在办理委托手续时能够提供证据，律师应当从证据的形式、取得的来源、证明的内容、与纠纷的关联程度等方面进行审查，以确定证据的证明力。同时，还要综合考虑这些证据是否足以支持原告的诉讼请求。
- 在对收集到的证据进行筛选的时候，常常会遇到对证据如何取舍的问题。在这种情况下，可以从以下五个角度加以考虑：（1）证据证明的问题是否对委托人有利？（2）如果证据对委托人不利，对方是否有可能收集到这份证据？（3）如果证据既对委托人有利，又对对方有利，不提供这份证据，是否会影响诉讼请求的成立？（4）如果不提供这份证据会影响诉讼请求的成立，会影响到什么程度？（5）是否还有比这份证据的证明力更强的其他证据？
- 在没有绝对把握的情况下，尽量不要仅以“原告的起诉已经超过了诉讼时效”为由进行抗辩。
- 在作为被告的诉讼代理人收集证据时，必须将被告提出的抗辩观点和原告在《起诉状》中叙述的事实结合起来进行。
- 在代理案件时，一定要先站在局外人的角度审视案件事实，全面收集证据，切忌偏听偏信、先入为主。
- 在代理案件过程中遇到证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，作为诉讼代理人，必须依法向法院提交保全证据或者调取证据的书面申请，由法院出面进行调查取证。应当注意的是，在书面申请中必须列明证据的名称、能够证明的问题、该证据现存于何处，以便法院根据申请，决定采取何种具体的方式和方法来进行证据保全。

1991年4月9日颁布实施的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）确立了“谁主张，谁举证”的举证责任分配原则。最高人民法院2001年12月21日公布，并于2002年4月1日起实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民诉证据规定》）在此基础上，完善了举证责任的分配规则，进一步明确了民事诉讼的证明要求和证明标准，对当事人在诉讼过程中如何收集并提供证据提出了更高的要求。

在这种背景下，很多民商事案件，特别是案情复杂、证据繁杂或者法律关系众多并相互交叉的重大、复杂的民商事案件的当事人，都不约而同地放弃了自己直接参加诉讼的方式，转而选择委托律师代理诉讼。理由很简单，在如何收集、筛选并提供证据方面，作为法律专业人士的

律师更有优势。前文已经提到，以委托人所述事实为基础，首先确定发生的纠纷的法律性质，是确立合适的代理观点的首要环节。因此，如何收集、筛选与提供证据，就成为律师民商事诉讼业务最基础的内容。

（一）代理原告举证的注意事项

在诉讼中，原告是主动进攻的一方。为了尽可能达到诉讼目的，进攻前的准备工作尤为重要。通常情况下，作为原告的诉讼代理人，需要做好以下六个方面的工作：

1. 审查并确定原告的诉讼主体资格

《民事诉讼法》第49条规定“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”据此，律师应当根据委托人主体身份的不同，来审查并确定委托人是否具备原告的诉讼主体资格：

（1）委托人是自然人的，应当注意审查其是否具备完全民事行为能力。限制民事行为能力人和无民事行为能力人作为原告起诉的，应当将其法定代理人在《民事起诉状》中列明。在向法院举证时，应当将自然人原告的身份证复印件作为证据提交。

（2）委托人是单位的，应当注意审查其是否具备法人资格。具备法人资格的，应当以其《企业法人营业执照》中的单位名称为准，作为原告的名称；不具备法人资格的，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民诉法意见》）第40条^⑤和第41条^⑥的规定，确定是否以其名义作为原告。符合上述规定的，应当以其《营业执照》中的单位名称为准，作为原告的名称。在向法院举证时，应当将单位原告的《企业法人营业执照》或者《营业执照》和《组织机构代码证》的复印件作为证据提交。

（3）委托人是否与案件存在直接的利害关系。在我国还没有明确规定公益诉讼制度的情况下，各地各级法院在立案过程中一直都以《民事诉讼法》第108条规定的“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”内容为原则，审查原告是否适格。如果委托人与案件并不

存在直接的利害关系，在收案时一定要慎重，否则可能面临法院不予立案的尴尬局面。

2. 审查并确定被告的诉讼主体资格

对原告而言，起诉的被告是否正确关系到案件的最终结果。因此，在确定被告的诉讼主体资格时，一定要慎之又慎。《民诉法意见》第40条至第56条的规定，是确定被告时必须依据的程序方面的规定。在案件的实际操作过程中，还经常会遇到违约责任与侵权责任竞合的情形。这种情形出现时，根据《合同法》第122条关于“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”的规定，原告需要在追究违约责任或者侵权责任之间进行选择。如果遇到这样的案件，应当以“委托人利益最大化”的原则确定追究何种责任，并以此确定被告。

案例1-4 某银行诉H集团公司及下属W公司借款合同纠纷案

W公司是H集团公司下属的具有法人资格的企业。2002年3月，W公司从银行借款3,000万元用于生产经营，借款期限1年。借款期限届满后，W公司没有按时清偿借款本息。2003年4月，银行向W公司送达了《逾期借款催收通知书》，要求在3个月内清偿借款本息，否则将向法院提起诉讼。2003年5月，H集团公司以“完善经营管理体制，加强流动资金管理”为由下发文件，要求包括W公司在内的集团所属全部企业的流动资金都上交到H集团公司设立的集团财务结算中心账户统一管理。文件下发后，W公司将该公司名下所有银行账户中的资金全部转移到H集团公司财务结算中心的账户，造成了W公司“无钱还债”的既成事实。得到上述消息后，银行决定先向法院申请诉前财产保全，然后根据W公司的反应决定是否起诉。但是，由于W公司名下所有银行账户中的资金都已经被转移，如果申请对该公司的固定资产采取保全措施将使银行陷入被动，因为W公司的意图就是“以物抵债”。在这种情况下，银行向我寻求帮助。

分析了相关案情之后，我提出了“先以H集团公司为被申请人向法院申请诉前财产保全，后以W公司和H集团公司为共同被告提起诉讼”的方案。理由是：在程序上，根据《民事诉讼法》第93条⁽⁷⁾的规定，法院对申请人提出的诉前财产保全的申请只进行形式审查并且有严格的时限要求。因此，以H集团公司为被申请人申请诉前财产保全可以达到立即

冻结H集团公司财务结算中心账户资金的目的。在实体上，W公司和H集团公司将W公司的流动资金统一到H集团公司账户的行为，客观上已经形成了“恶意串通，损害第三人利益”的事实，共同损害了银行的金融债权，应当根据《民法通则》第130条⁽⁸⁾的规定承担连带责任。银行经过领导班子集体讨论，决定采纳律师提出的解决方案。随后，律师向省高级人民法院递交了《诉前财产保全申请书》，要求冻结被申请人H集团公司财务结算中心账户中的3,200万元资金。省高级人民法院依法采取保全措施之后，H集团公司迫于法律和现实的压力，主动向银行清偿了W公司拖欠的借款本息。

3. 注意审查案件所涉事实的诉讼时效

民事诉讼的一般诉讼时效为两年，这是基本的法律常识。但是，还有很多法律对诉讼时效作出了特别的规定，在审查案件诉讼时效应当特别加以注意。

《民法通则》第136条规定：下列的诉讼时效期间为一年：

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的；
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的；
- (三) 延付或者拒付租金的；
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。

《仲裁法》第59条规定：当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。

《合同法》第129条规定：因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。

《劳动争议调解仲裁法》第48条规定：劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

《劳动争议调解仲裁法》第49条规定：用人单位有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有下列情形之一，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (一) 适用法律、法规确有错误的；
- (二) 劳动争议仲裁委员会无管辖权的；
- (三) 违反法定程序的；
- (四) 裁决所根据的证据是伪造的；
- (五) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (六) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

4. 围绕原告介绍的案件事实收集能够支持其起诉理由的证据

在收集证据阶段，由于律师不是纠纷的当事人，不可能了解纠纷的形成过程以及双方争议的焦点在哪里。因此，接受委托后，只能先假设原告介绍的案件事实是真实的，并以此为中心收集能够支持其起诉理由的证据。在收集证据的过程中应当注意：不论是对委托人有利的，还是对委托人不利的证据都要收集。只有这样，才有助于律师全面、准确地把握案情，从而制订出切实、可行的诉讼方案。千万不要自作聪明，只收集对委托人有利的证据，而无视对委托人不利的证据的存在。因为只要有这样的证据存在，你不收集，对方当事人或者律师也会收集，那样你会更加被动。还不如在全面收集的基础上进行客观的分析，在权衡利弊之后再作选择。

如果委托人在办理委托手续时能够提供证据，律师应当从证据的形式、取得的来源、证明的内容、与纠纷的关联程度等方面进行审查，以确定证据的证明力。同时，还要综合考虑这些证据是否足以支持原告的诉讼请求。如果委托人提供给律师的证据与诉讼请求还有差距，律师应当抓紧时间按照上述原则收集相关的证据。

5. 对收集到的证据进行筛选

证据收集完毕后，应当以“委托人利益最大化”为原则，对收集到的证据进行筛选。这里所说的“委托人利益最大化”，是指在合法并且不违反公序良俗的前提下为委托人争取最大的利益。在对收集到的证据进行筛选的时候，常常会遇到对证据如何取舍的问题。在这种情况下，可以从以下五个角度加以考虑：

- (1) 证据证明的问题是否对委托人有利？
- (2) 如果证据对委托人不利，对方是否有可能收集到这份证据？
- (3) 如果证据既对委托人有利，又对对方有利，不提供这份证据，是否会影响诉讼请求的成立？

(4) 如果不提供这份证据会影响诉讼请求的成立，会影响到什么程度？

(5) 是否还有比这份证据的证明力更强的其他证据？

6. 整理证据，制作《证据目录》

根据《民诉证据规定》第14条⁽⁹⁾的规定，将筛选后的证据逐一分类编号，并制作一份《证据目录》（参见表1-3），按照对方当事人人数加1的数量准备副本，在办理立案手续的时候提交给受理案件的法院。如果有些证据需要申请法院调查收集，也可以先将符合《民事诉讼法》第108条⁽¹⁰⁾规定的证据在办理立案手续的时候提交，其余的证据待受理案件的法院调查收集后，在举证期限届满前一并提交。

■ 表1-3 证据目录参考格式

证据目录

提交人：黑龙江省××××有限公司

诉讼地位：原告

委托代理人：×××，××××律师事务所律师

联系电话：××××××××××

证据清单（均为复印件）：

序号	证据名称	份数	证据来源	证明内容
证据一	原告营业执照	1份(1页)	原告提供	原告诉讼主体资格
证据二	《区域经销合同》	1份(12页)	同上	1. 双方之间存在买卖合同关系; 2. 双方对交易过程中相关事项的具体约定。
证据三-1	《应收账款对账单》	1份(1页)	同上	被告对截至2005年11月3日欠款数额的确认。
证据三-2	《关于“往来账务未达账项遗留问题”的报告》	1份(3页)	同上	1. 被告对证据三-1中原告记载的欠款数额予以部分确认; 2. 被告与原告争议的焦点问题。
证据四-1	《合同订货单》	2份(4页)	同上	2005年11月3日后原告向被告发送货物的单价。
证据四-2	《接验货回执单》	13份(12页)	同上	2005年11月3日后原告向被告发送货物的数量。
证据五	《交通银行××分行记账回执》	11份(11页)	同上	2005年11月3日后被告向原告支付货款的金额。

(二) 代理被告举证的注意事项

相对于原告而言，被告是被动应诉的一方。但是，由于“谁主张，谁举证”原则的规制，原告必须在起诉时明确自己的诉讼请求并提供相关证据。也就是说，原告在发起进攻的时候就已经将自己的意图清楚地暴露了出来。在这种情况下，虽然被告是被动应诉的一方，但是却因此享有了天然发起反击的优势。

通常情况下，作为被告的诉讼代理人需要做好以下五个方面的工作：

1. 审查提起诉讼的“原告”是否具备法定的原告主体资格

虽然根据《民事诉讼法》第49条⁽¹¹⁾的规定，公民、法人和其他组织都可以作为民事诉讼的当事人。但是，《民事诉讼法》第108条同时规定，“原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。”在办案实践中，原告主体是否适格，应当依据《民诉法意见》第41条至第56条的规定予以确定。对被告而言，这一条是“不战而屈人之兵”的最好切入点。如果原告不符合上述规定，对于被告而言，意味着

不费吹灰之力就赢得了诉讼。

2. 审查被起诉的“被告”是否具备法定的被告主体资格

前面已经提到,《民诉法意见》第40条至第56条的规定,是确定被告时必须依据的程序方面的规定。因此,对于被起诉的“被告”来讲,如果不符合上述司法解释的规定,就不具备法定的被告主体资格,当然也不应当承担被告应当承担的法律责任。在律师执业实践中,经常会遇到的错列被告的情况,主要有以下三种:

(1) 本应将依法领取了营业执照的法人的分支机构作为被告,却以设立该分支机构的法人作为被告。

案例1-5 王某诉B公司及下属C厂买卖合同纠纷案

C厂是B公司依法设立的领取了营业执照的分支机构,主要从事药品原料的收购和药品的生产。王某于2006年6月向C厂出售了3吨药品原料,由于当时正值生产旺季,C厂的收购资金有限,就与王某达成了先支付60%的原料款,3个月后付清全款的协议。1个月后,王某与人赌博欠下赌债无法偿还,就拿着与C厂签订的协议前去讨债。C厂以协议没有到期为由拒绝付款,王某一气之下将B公司作为被告,向法院提起诉讼。法院在审查立案材料时提示王某,根据《民事诉讼法》第49条第1款⁽¹²⁾和《民诉法意见》第40条第5项⁽¹³⁾的规定,应当以C厂作为本案的被告。王某却坚持认为,B公司是C厂的上级单位,C厂现在没有钱给我,B公司就应该替C厂还债。在再三解释无效的情况下,法院最终以“被告的主体资格不符合法律规定”为由,裁定驳回了王某的起诉。

(2) 将法人、其他组织的工作人员的职务行为与个人行为相互混淆,应当以法人、其他组织作为被告的,却以工作人员作为被告;或者应当以工作人员作为被告的,却以法人、其他组织作为被告。

案例1-6 李某诉H公司及其法定代表人张某借贷纠纷案

张某是H公司的法定代表人。2004年2月,由于公司资金紧张,在无法从金融机构取得贷款的情况下,张某找到朋友李某商量借款事宜。碍于朋友的情面,李某同意借给张某300万元。在签订了《借款协议》后,李某将300万元汇入了H公司的账户。2005年3月,《借款协议》约定的还款期限届满,但是,H公司并没有按照约定偿还借款。李某遂与张某取得联系,要求他履行还款义务。张某答复说:我现在不是公司的法定代表人了,只是公司的股东之一,还款的事情我说了不算。李某见状,决定委托律师立即起诉。

在确定被告时，李某与律师发生了分歧：李某要求以张某作为本案的被告，因为张某是借款的经手人，而且是冲着张某与他是朋友的面子才决定借款的。律师认为，虽然上述因素客观存在，但是该笔借款汇入的账户是H公司的，而不是张某个人的，而且《借款协议》中写得也很清楚：由于H公司资金紧张向李某借款。因此，张某找李某借款的行为是其作为H公司法定代表人的职务行为，不是张某的个人行为。在这种情况下，只能以H公司作为被告。虽然律师再三解释，仍然不能说服李某。无奈之下，律师只好将张某和H公司都作为被告向法院提起诉讼。法院经审理认为，张某找李某借款的行为是其作为H公司法定代表人的职务行为，不是张某的个人行为，因此，判决由H公司承担清偿责任，并驳回了李某对张某的诉讼请求。

案例1-7 K公司因B公司所诉买卖合同纠纷提起反诉案

刘某是B公司的西北区域经理。2003年9月，刘某在到宁夏银川检查当地经销商K公司销售情况的过程中，因突患急性肠炎，在当地住院治疗。由于身上携带的现金不多，刘某从K公司借款2万余元。2004年11月，因K公司拖欠B公司货款，B公司向法院起诉。在举证期限内，K公司提出反诉，理由是刘某从该公司借款的2万余元应当由B公司清偿。法院经审理认为，刘某从K公司借款是为了个人住院治疗之用，不是以B公司名义从事的经营活动。遂依据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民法通则意见》）第58条关于“企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任”的规定，驳回了K公司的反诉请求。

（3）原告无法确定谁是适格的被告或者是出于省事的考虑，将所有与案件事实有关联的当事人都作为被告。

案例1-8 C公司诉Y厂、N企业集团、B公司及其所属D厂建设工程施工合同纠纷案

2002年2月，C公司与Y厂签订了《建设工程施工合同》为Y厂扩建厂区，具体包括厂区水泥地面、两栋钢筋混凝土结构的厂房以及相关附属设施，工程总价款760万元。2003年4月，全部工程竣工，经验收合格并交付使用，Y厂先后支付了350万元工程款，剩余的410万元承诺在2003年年底前支付完毕。2003年11月，Y厂的上级主管单位N企业集团，由

于无法偿还从B公司借出的价值1,400万元的生产原料，将Y厂的全部固定资产经评估后全部转让给了B公司。接收了Y厂的全部固定资产后，B公司在Y厂原来的地址成立了分支机构——D厂，并领取了营业执照。

知道了上述情况后，C公司找到D厂的负责人，要求D厂偿还原来Y厂拖欠的工程款。D厂的负责人以“我们与Y厂不是一个单位，Y厂的账由Y厂自己承担”为由，予以拒绝。C公司又找到Y厂的法定代表人要求偿还工程款，得到的答复是：我们厂值钱的东西都被N集团拿走还债了，现在就剩下一块牌子，你们要是喜欢就拿走。无奈之下，C公司又辗转找到N集团进行交涉，N集团的答复很干脆：你们和谁签的合同找谁去！眼看着400多万的工程款就要没有着落，C公司只好决定起诉。可是，告谁呢？D厂、Y厂、N集团三家单位说的都有道理，怎么办？情急之下，C公司决定将这三家单位，加上D厂的总公司——B公司都作为被告起诉到了法院。

在诉讼过程中，我作为B公司和D厂的诉讼代理人参加诉讼。在法庭审理过程中，我提出了如下代理观点：第一，D厂是B公司依法设立并领取了营业执照的分支机构，根据《民事诉讼法》第49条⁽¹⁴⁾和《民事诉讼法意见》第40条⁽¹⁵⁾的规定，D厂完全具备本案被告的主体资格。C公司同时将B公司列为本案被告的做法是错误的。第二，N集团将Y厂的全部固定资产用于清偿拖欠B公司的债务的行为，符合民事法律行为的成立要件，合法有效。D厂的设立既不是Y厂的分立，也不是对Y厂进行的企业改制。因此，D厂不应对Y厂的债务承担任何法律责任。第三，本案中，C公司与Y厂之间是合同关系，双方签订的《建设工程施工合同》足以证明这一点。而C公司与N集团之间是侵权关系，因为N集团将Y厂的全部固定资产用于抵债，客观上造成了Y厂丧失偿债能力的事实，侵害了C公司的债权。在这种情况下，应当由Y厂承担合同约定的支付工程款的义务，如果Y厂无力清偿，应当由N集团清偿。最终，法院采纳了我的代理意见，判决由Y厂向C公司清偿410万元工程款及相应利息。如果Y厂不能清偿，则由N集团清偿；同时，驳回了C公司对D厂和B公司的诉讼请求。

3. 注意审查案件的诉讼时效

在没有绝对把握的情况下，尽量不要仅以“原告的起诉已经超过了诉讼时效”为由进行抗辩。有相当多的律师都认为，以超过诉讼时效作为抗辩的理由是最简便易行的。但是，理智地思考一下，这种做法也是具有很大风险的：首先，根据《民法通则》对诉讼时效的相关规定，诉讼时效不但可以有中断或者中止的情形，而且“有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间”。也就是说，诉讼时效虽然原则上是固定的，但在实践中却是不固定的。其次，债权人主张权利的时间超过了诉讼时效的法律后果，只是丧失了胜诉权，而不是丧失了债权。在没有绝对把握的情况下，仅仅以此为理由进行抗辩，不仅会使法官觉得你的辩解苍白无力，而且任何一个有良知的律师都会因此而感到惴惴不安。因此，在代理案件的过程中，可以将诉讼时效作为进行抗辩的理由之一，但不应是唯一的理由。

4. 结合原告在《起诉状》中叙述的事实和被告提出的抗辩观点收集证据

与代理原告时不同，在作为被告的诉讼代理人收集证据时，必须将被告提出的抗辩观点和原告在《起诉状》中叙述的事实结合起来进行。特别是在双方对案件事实的叙述存在明显差异的情况下，这种做法就显得尤为重要。因为当事人出于为自己赢得更多利益或者尽量减轻自己责任的目的，在很多时候都会有意无意地“遗漏”一些事实，而这些事实可能会对案件的结果产生直接的影响。因此，律师在代理案件时，一定要先站在局外人的角度审视案件事实，全面收集证据，切忌偏听偏信、先入为主。

5. 对证据进行筛选及制作《证据目录》

如何对收集到的证据进行筛选以及《证据目录》的制作，在前面已经进行了详细的介绍，在此不再赘述。

（三）证据保全

证据法学上的证据保全，是指“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，执法机关根据当事人的请求或者依照职权主动采取一定措施加以固定的调查取证措施”⁽¹⁶⁾。笔者在这里提到的证据保全，与上述学理概念既有重合，又有区别。与上述学理概念重合的部分比较好理解，只要在代理案件过程中遇到证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，作为诉讼代理人必须依法向法院提交保全证据或者调取证据的书面申请，由法院出面进行调查取证。应当注意的是，在书面申请中必须列明证据的名称、能够证明的问题、该证据现存于何处，以便法院根据申请，决定采取何种具体的方式和方法来进行证据保全。

与上述学理概念有区别的情况，是指证据所能够证明的事实客观存在，但该证据在形式上不是客观存在，而是存在于当事人的主观意识中；或者虽然该证据客观存在，但是，一方当事人不知道或者无法知道该证据的存在，也就无法通过学理概念中的证据保全取得。这类证据，如果能够通过适当的方式取得，就可以将客观事实与法律事实加以完美的统一。否则，就只能根据客观存在的证据推定出法律事实，而无法还原成客观事实。一旦这种情况出现，就可能造成“有人欢喜有人愁”的后果，导致再审、申诉甚至反复上访现象的发生。

作为执业律师，虽然我们的能力和权力有限，但是，在代理案件的过程中，也应当尽最大努力防止这种情况的发生，尽量争取客观事实与法律事实的完美统一，以我们微薄的力量为减少再审、申诉或者反复上访现象的发生，为建设社会主义和谐社会贡献一份力量。在这里，向大家介绍两个案例，希望能够对大家理解另一种概念的“证据保全”有所帮助。

案例1-9 M公司诉高某委托合同纠纷案

2001年7月，住所地在H市的M公司与Q市居民高某签订了《代理销售合同》，双方约定：高某在Q市销售M公司的产品，M公司负责将产品以汽车运输的方式送到高某租赁的门市；每个月的月底结算一次，高某以产品的出厂价格与M公司结算，加价销售的利润归高某。合同签订以后，双方的合作非常顺利，高某每个月都及时与M公司结算，从不拖

延。随着时间的推移，精于算计的高某逐渐发现了M公司的漏洞：由于M公司送货的车辆是通过配货站雇用的，每一次送货的车辆都是不固定的，而且卸货以后不一定立即返回H市。这样，M公司就不能及时得到他已经收到产品的收货回执。此后，高某开始实施他的“赚钱计划”：仍然保持及时结算的现状，但是，每次结算时都故意少计算收到的数量。这种做法果然奏效，M公司在很长的一段时间里都没有发现高某的猫腻。2002年9月，M公司的大股东委托会计师事务所对M公司进行审计时发现，记在高某名下的应收账款已经达到180多万元。了解到上述情况后，M公司多次派人与高某进行交涉，希望他实事求是地进行对账并结算。但是，高某却矢口否认。无奈之下，M公司委托笔者准备对高某提起诉讼。笔者在认真审核了M公司提供的往来账目和相关证据后认为，现有证据确实不能证明高某收到产品的确切数量，因为有相当一部分产品发出后都没有收到高某签字确认的收货回执。如果以账目中记载的欠款金额起诉的话，败诉的可能性很大。出于种种考虑，M公司坚持以账目中记载的欠款金额作为起诉的标的额。

案件的转机发生在庭审过程中。在笔者代表M公司陈述完案件事实并且举证完毕之后，高某语出惊人：应当从起诉的标的额中减去14万元。

审判长随即问道：为什么？

高某回答说：M公司的杨总答应过，每销售一件产品，给我10元的返利。

听到这里，笔者意识到“证据保全”的机会来了。在得到审判长的同意后，笔者向高某问道：杨总什么时候说的这个话？还有谁能证实？

听到这样的提问，高某得意洋洋地拿出了M公司销售部的一份文件，上面确实有相关的内容。为了进一步固定案件事实，笔者又问道：你计算的金额准确吗？

高某回答：当然准，我这里有账！收到多少货、什么时候收到的、哪辆车送来的，我都记着呢！为了证明自己的说法，还随手拿出了一本记事本展示给法庭内的人看。

高某的上述举动，无疑为“证据保全”提供了极为有利的条件。笔者当即向合议庭提出：为了证明高某提出的抗辩理由的真实性，对其展示的记事本中记载的账目进行计算。合议庭同意了笔者的请求，当庭进行计算并对其金额予以确认。至此，在被告的“配合”下，作为原告的M公司顺利地完成了“证据保全”。

随后，笔者提出了自己的代理意见：虽然M公司提供的证据只能证

明被告高某收到了1万余件产品，与该公司账目中记载的欠款金额不符，但是，被告高某当庭提供的记事本中记载的账目经过计算，能够证明其确实收到了M公司交付的1.4万件产品，以此计算的金额与M公司账目中记载的欠款金额吻合。因此，M公司的诉讼请求成立，依法应当予以支持。同时，由于M公司以销售部文件的形式，向各地代理商作出了“每销售一件产品，给予10元返利”的承诺，在被告提出抵销的情况下，应当从起诉的180多万元标的额中予以抵销。合议庭最终采纳了笔者的代理意见，判决高某清偿欠款160余万元。

案例1-10 北京R公司诉辽宁X公司承揽合同纠纷案

2005年2月，北京的R公司与辽宁省P市的×公司签订了一份《加工合同》，约定由×公司在黑龙江省D市交付货物。合同签订后，R公司先后向×公司支付了1,700万余元货款，而×公司只交付了价值1,400万余元的货物。2005年底，R公司致函×公司，要求返还剩余的260万余元货款。×公司回函表示，尽快派人与R公司对账。时间很快到了2007年12月初，×公司始终没有任何对账或者解决欠款问题的举动。眼看诉讼时效即将届满，R公司委托北京某律师事务所的律师向黑龙江省D市中级人民法院提起诉讼。不料，在立案时遇到了麻烦。由于R公司的疏忽，合同中对协议管辖的约定出现了疏漏：“因履行本合同发生的争议协商不成时，由本合同执行地黑龙江省D市中级人民法院管辖。”负责立案的法官表示：法律中没有“合同执行地”的说法。如果想在这里立案，必须有证据证明对方是在D市交付货物的。由于R公司保存的所有货物交接手续中都没有注明交货地点，根本无法证明D市是合同履行地。在这种情况下，R公司解除了与北京律师的合同，欲委托笔者代理。了解到上述情况后，笔者表示，先设法解决立案管辖的问题，然后再协商委托代理事宜。随后，笔者以R公司的名义制作了一份《货款催收函》并同时附上了一份《对账单》（参见表1-4）用特快专递邮寄至×公司。收到《对账单》后，×公司不但在上面加盖了公章、填写了账目差异的金额，还专门致函R公司，对账目差异形成的原因进行了详细的解释。这样，笔者以×公司盖章确认的《对账单》作为证据，顺利地解决了R公司在合同履行地黑龙江省D市起诉的问题。

表1-4 R公司与X公司对账单

对 账 单

1. 截至2007年12月17日你公司送货情况列表

送货地点	送货时间	送货数量/吨	送货车辆车牌号码
黑龙江省 D 市	2005-03-18	38.25	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-03-19	74.25	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-03-23	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-03-24	28.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-03-30	72.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-03-31	63.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-01	63.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-04	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-05	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-06	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-09	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-12	63.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-14	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921

(续表)

送货地点	送货时间	送货数量/吨	送货车辆车牌号码
黑龙江省 D 市	2005-04-15	39.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-27	31.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-28	4.50	辽 L35888
	2005-04-29	63.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-04-30	63.00	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-05-09	37.50	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
	2005-05-18	30.75	辽 L35888\辽 L09904\辽 L10921
合计		860.25	—

2. 截至2007年12月17日我公司付款情况列表

付款时间	付款金额/元	付款方式	付款地点
2005-02-21	1,500,000	电汇	北京
2005-02-28	2,480,000		
2005-03-16	1,000,000		
2005-03-17	520,000		
2005-03-24	1,000,000		
2005-03-31	1,500,000		
2005-04-07	2,700,000		
2005-04-27	1,400,000		
2005-04-28	3,000,000		
2005-05-13	2,000,000		
合计	17,100,000		

按照上述列表内容及合同约定的价格计算，你公司多收我公司

2,561,775（贰佰伍拾陆万壹仟柒佰柒拾伍）元货款。

1. 你公司账面记载的金额为_____元。

2. 双方账面记载的差额为_____元。

如果你公司对上述内容有异议请在15日内将上述2项空格处填写后寄回我公司以便联系对账。否则，将视为对上述内容的认可，我公司将进一步采取法律措施以维护我公司的合法权益。

本对账单一式两份，我公司存档一份。

R公司

三、案件管辖地的选择

阅读提示

- 选择在何地法院提起诉讼，对案件当事人而言至关重要：一个合适的管辖法院选定以后，不但可以节省当事人的诉讼成本，还可以争取得到公正与效率兼备的判决，并且能够得到顺利执行。

众所周知，由于历史和现实的原因，目前在全国各地、各行各业都普遍存在“地方保护”的现象，在法院系统也不例外。而且有些时候，“地方保护”的现象在法院系统表现得更加明显。因此，律师在代理民事诉讼的时候，必须要在如何选择对委托人有利的案件管辖地方面给予高度的重视。

《民事诉讼法》第18条至第34条，对民事案件的级别管辖、地域管辖和专属管辖作出了详细的规定。但是，在实践中如何灵活应用这些条款，特别是地域管辖方面的规定，争取对委托人有利的案件管辖地，是每一名执业律师必须掌握的基本技能。

案例1-11 B公司诉翟某买卖合同纠纷案

翟某是N省H市人，由于其家族人丁兴旺，并且很多人都在实权部门工作，因此，在H

市很有势力。2002年4月，翟某以个体工商户的身份取得了B公司经销商的资格，开始在H市经销B公司的产品。2003年底，由于市场行情低迷，产品的销售每况愈下，翟某开始占用B公司的货款到L省S市经营其他公司的产品。2005年5月开始，B公司在了解到翟某已经到L省S市经营其他公司的产品并且在当地购买了一处150平方米的住房之后，多次指派工作人员与翟某协商清偿欠款一事。但是，都被翟某以没钱为由拒绝。2005年9月，由于翟某长期拖欠货款150余万元不予清偿，B公司决定对翟某提起诉讼。但是，考虑到翟某家族在H市的势力，B公司的领导很久下不了决心，因为他们知道，一旦在H市起诉，即使能够胜诉，执行起来也会遇到很大的阻力。

笔者了解到上述情况后，建议B公司在L省S市起诉。B公司的领导很不理解：法律不是规定“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地法院管辖”吗？翟某是N省H市人，其住所地当然也在N省H市。笔者解释道：“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地法院管辖”是地域管辖的一般原则，在被告住所地与经常居住地不一致的情况下，根据《民事诉讼法》第22条⁽¹⁷⁾的规定，由经常居住地法院管辖。根据《民法通则意见》第9条⁽¹⁸⁾、《民诉法意见》第5条⁽¹⁹⁾的规定，翟某在L省S市已经居住了将近2年的时间，在L省S市起诉有确切的法律依据。听完笔者的解释，B公司的领导终于下定决心在L省S市起诉。此后的事情十分顺利，由于缺少了家族的庇护，加之B公司对翟某在L省S市购买的住房采取了财产保全措施，翟某不但很快清偿了欠款，还支付了欠款的利息。

案例1-12 某建筑公司诉B公司建设工程施工合同纠纷案

2004年3月，营业地在H市的B公司收到了远在千里之外的Q市中级人民法院的传票，案由是“拖欠工程款”，并且冻结了B公司的银行存款300余万元。B公司的领导对此感到十分迷茫，公司在Q市没有基建项目，怎么会拖欠工程款呢？笔者阅读了Q市中级人民法院与传票一同寄来的相关案件材料后，向B公司的领导作出了解释：2003年9月份，B公司在Q市设立的分公司购买了一处厂房，该厂房的卖主拖欠施工单位的工程款多年未还，现在施工单位得知厂房被卖给了B公司的Q市分公司，就要求B公司清偿被拖欠的工程款。了解到上述情况后，出于尽量搞好与当地法院关系的考虑，B公司派人专程前往Q市中级人民法院说明情况，并委婉地提出：B公司不是该工程的建设单位，施工单位应当向原来的建设单位主张债权。不料，Q市中级人民法院的办案法官的回答却是：欠账的事实存在，谁还都是还，谁让你们有钱呢！得到这种蛮不讲理的答复，B公司的领导意识到，如果再不认真做好应诉的准备，败诉的日子就指日可待了。于是，B公司聘请笔者代理此案。

接受委托后，通过分析Q市中级人民法院立案的案由以及施工单位

提供的证据，笔者决定先从管辖权入手。施工单位与建设单位签订的《施工合同》没有约定案件的管辖地，根据《民事诉讼法》第24条⁽²⁰⁾的规定，本案应当由“被告住所地或者合同履行地人民法院管辖”。而《施工合同》中的建设单位并不是B公司，因此，Q市中级人民法院以《民事诉讼法》第24条的规定对本案行使管辖权显然是没有法律依据的。

于是，在答辩期限内，笔者代表B公司向Q市中级人民法院“试探性”地提出了管辖权异议。如笔者所料，Q市中级人民法院没有以《民事诉讼法》第24条的规定确定自己对本案拥有管辖权，而是以《民事诉讼法》第34条关于专属管辖的规定作为对本案拥有管辖权的理由：“本案系因不动产纠纷提起的诉讼，根据《民事诉讼法》关于专属管辖的规定，应当由不动产所在地的法院管辖”，一审驳回了B公司的管辖权异议申请。

摸清了Q市中级人民法院的底牌之后，笔者立即向省高级人民法院提起了上诉，在《上诉状》中，笔者针对Q市中级人民法院的错误裁决予以了针锋相对的驳斥：“本案是由于《施工合同》的承包人因发包人未履行支付工程款义务提起的主张债权的给付之诉，并不是对工程标的物权属产生的确权之诉。因此，本案是由于履行合同行为提起的诉讼，不是因不动产纠纷提起的诉讼，不应当适用专属管辖的规定确定本案的管辖权”。省高级人民法院终审采纳了笔者的代理观点，裁定“将本案移送H市中级人民法院审理”。H市中级人民法院经审理后认为：“施工单位的债权是与建设单位之间形成的。而B公司取得厂房的所有权已经向建设单位支付了对价，与建设单位之间并未形成债务转移的情形。在这种情况下，施工单位以B公司购买厂房为由，要求B公司承担建设该厂房的工程款缺乏事实和法律依据，其诉讼请求不应予以支持。”宣判后，施工单位没有上诉，B公司获得了胜诉。

四、申请财产保全的时机与方法