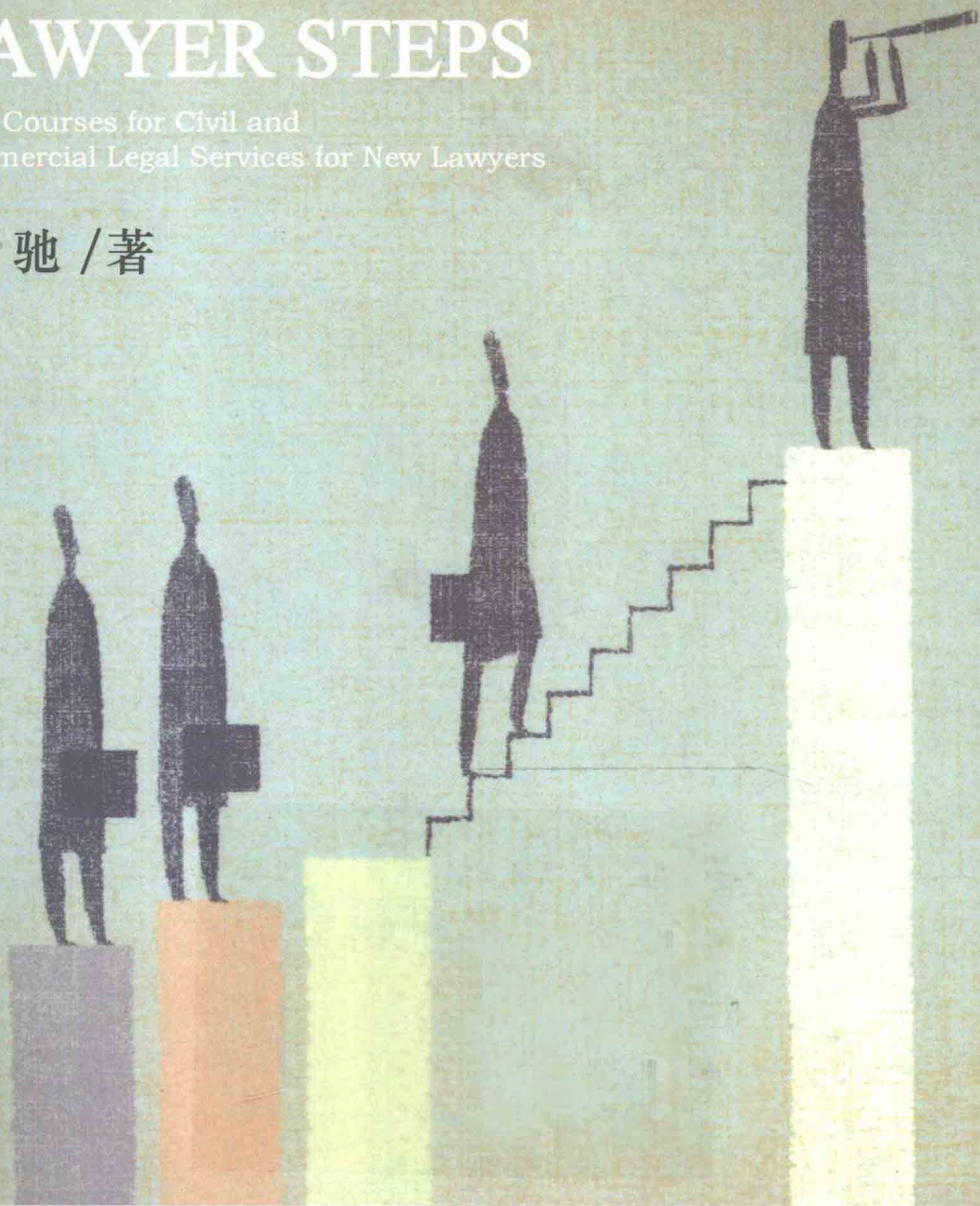


LAWYER STEPS

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

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

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

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

第一章 代理诉讼案件的方法与技巧	001
一、怎样寻找合适的代理观点	001
案例 1-1 A 公司诉 Y 股东出资纠纷案	002
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	003
案例 1-3 B 公司诉 Y 公司、D 公司买卖合同纠纷案	006
二、怎样举证	010
(一) 代理原告举证的注意事项	011
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	012
(二) 代理被告举证的注意事项	016
案例 1-5 王某诉 B 公司及下属 C 厂买卖合同纠纷案	017
案例 1-6 李某诉 H 公司及其法定代表人张某借贷纠纷案	018
案例 1-7 K 公司因 B 公司所诉买卖合同纠纷提起反诉案	019
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	019
(三) 证据保全	021
案例 1-9 M 公司诉高某委托合同纠纷案	022
案例 1-10 北京 R 公司诉辽宁 X 公司承揽合同纠纷案	023
三、案件管辖地的选择	026
案例 1-11 B 公司诉翟某买卖合同纠纷案	026
案例 1-12 某建筑公司诉 B 公司建设工程施工合同纠纷案	027



四、申请财产保全的时机与方法	029
五、接受委托时应注意事项	031
(一) 办理委托手续时应注意事项	031
(二) 对委托事项进行程序审查时应注意事项	033
(三) 对委托事项进行实体审查时应注意事项	033
第二章 参加庭审的技巧	035
一、庭审前的准备	035
二、出席庭审的注意事项	038
(一) 参加庭审的着装	039
(二) 参加庭审的语言	039
(三) 怎样质证	044
案例 2-1 陆某诉 H 煤矿租赁合同纠纷案	047
三、如何在调解中发挥作用	052
案例 2-2 李某诉张某债务纠纷调解案	052
四、庭审结束的后续工作	056
第三章 诉讼类法律文书写作	059
一、起诉状的写作要点及范例	059
(一) 起诉状的结构	060
(二) 撰写民事起诉状应注意的事项	060
文书范本 3-1 起诉状	063
二、答辩状	064
(一) 答辩状的结构	065
(二) 撰写民事答辩状应注意事项	065
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	065

范本 3-2 一审答辩状	066
范本 3-3 二审答辩状	069
三、上诉状	070
(一) 上诉状的结构	071
(二) 撰写民事上诉状应注意事项	071
案例 3-2 X 公司诉 Z 公司买卖合同纠纷案	072
范本 3-4 上诉状(单一当事人)	074
案例 3-3 周某诉 Y 厂、B 公司债务纠纷案	076
范本 3-5 上诉状(多方当事人)	077
四、代理词	079
(一) 代理词的格式	082
案例 3-4 T 委诉 Y 公司租赁合同纠纷案	083
范本 3-6 代理词(一审案件被告提起反诉)	083
范本 3-7 代理词(一审代理被告)	087
范本 3-8 代理词(二审代理上诉人)	090
范本 3-9 代理词(二审代理上诉人)	093
范本 3-10 代理词(二审代理被上诉人)	098
(二) 撰写代理词应注意事项	101
五、诉讼类法律文书写作的其他注意事项	102
第四章 诉讼类法律文书写作常见错误批注与评析	106
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	107
(一) 简要案情	107
(二) 代理词写作及批注	107
(三) 作业评析	113
(四) 案件处理结果	114



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)	114
(一) 简要案情	115
(二) 上诉状写作及批注	115
(三) 作业评析	125
(四) 案件处理结果	126
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	127
(一) 简要案情	127
(二) 起诉状写作及批注	128
(三) 双方举证情况及被告反诉情况	137
(四) 反诉答辩状写作及批注	140
(五) 代理词写作及批注	149
(六) 作业评析	160
(七) 案件处理结果	163
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	164
(一) 简要案情	165
(二) 答辩状写作及批注	166
(三) 代理词写作及批注	177
(四) 作业评析	197
(五) 案件处理结果	200
第五章 复杂合同的制作	203
一、制作合同前的准备	203
二、制作合同的具体方法	209
(一) 制作合同的基本要求	211
(二) 制作合同的具体操作	213

第六章 卷宗归档	250
一、卷宗分类	250
二、装订入卷材料应注意事项	251
(一) 应装订入卷材料的范围	251
(二) 卷宗装订应注意事项	252
三、卷宗封皮的填写	253
结束语	257
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	265

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，尽可能地为客户争取最大的利益。

(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到的合同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,下面的案例涉及到的合同是《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?