

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

周吉川 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



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在诉讼中提出诉讼理由，并对每一个问题做了具体的展开。

上架建议 律师实务·民商法

ISBN 978-7-5093-3502-4



9 787509 335024 >

定价：39.00元

律师如何思考

民商事案件思维与诉讼策略

周士川 著

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.
—北京：中国法制出版社，2012.2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3502 - 4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 015297 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

LUSHI RUHE SIKAO——MINSHANGSHI ANJIAN SIWEI YU SUSONG CELUE

著者/周吉川

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/710×1000 毫米 16

版次/2012 年 2 月第 1 版

印张/13.25 字数/173 千

2012 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3502 - 4

定价：39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66017726

传真：66031119

编辑部电话：66010483

邮购部电话：66033288

自序 胜在思维

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、提出诉讼请求以及诉讼理由等的一整套具有内在联系的具体方法。诉讼策略的背后是律师的思维。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 and 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，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；一是影响裁判的思维，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，然后应当如何在坚持原则的基础上调动这些因素，怎样去发起一个诉讼、提出一个诉讼请

2 律师如何思考——民商事案件思维与诉讼策略

求，怎样去写一个理由、陈述一个理由，总之，就是要思考怎样利用自己的专业知识和思维去影响甚至是引导裁判者。这个思考的过程，既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，关注律师的工作！

是为序。

周吉川

2012 年 2 月

目 录

Contents

上篇 什么影响了裁判



自序 胜在思维	1
第一章 裁判结果和价值衡量	4
第二章 法律规范本身的限制	8
第一节 法律的疏漏	8
[案例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 /8	
[案例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 /10	
第二节 法律和实践的矛盾	13
[案例3] 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 /15	
[案例4] 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 /17	
第三章 司法系统内的影响因素	19
第一节 法官的个人因素	19
[案例5] 李某与王某、孙某房屋买卖纠纷案 /20	
[案例6] 上海某公司与山东某公司铁矿粉买卖纠纷仲裁案 /20	
第二节 审级对裁判的影响	25
[案例7] 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 /27	
第三节 法院运行机制的影响	30
[案例8] 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) 高压开关有限公司、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等借款合同、撤销权纠纷案 /32	
[案例9] 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申请再审案 /34	



第四节 司法政策的影响 35

[案例10] 某清算组与某房地产公司财产权属纠纷案 /38

[案例11] 江汉石油钻头股份有限公司诉天津立林钻头有限公司、幸某侵犯商业秘密纠纷上诉案 /39

第四章 司法系统外因素的影响 43

第一节 当事人的因素 43

[案例12] 某内地企业与某香港公司借款合同纠纷案 /44

第二节 社会经济政策的影响 46

下篇 诉讼方案的设计

第五章 是否提起诉讼 53

第一节 决定诉讼启动的考虑因素 53

[案例13] 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 /57

[案例14] 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 /58

[案例15] 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 /60

[案例16] 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 /62

[案例17] 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 /64



[案例18] 富士康起诉记者天价赔偿案 /66

[案例19] 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 /68

[案例20] 张某和谢某房屋买卖纠纷 /69

[案例21] 王某和李某房屋买卖纠纷案 /70

第二节 其他程序在民商事诉讼中的运用 71

[案例22] 大成工程股份有限公司与施某、大成工程股份有限公司山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 /72

[案例23] 黑龙江省东宁县华埠经济贸易公司与中国外运山东威海公司等船舶进口代理合同、废钢船买卖合同纠纷再审案 /73

[案例24] 中国新时代科技有限公司与中国轻工业对外经济技术合作公司买卖合同纠纷上诉案 /75

[案例25] 武汉国际信托投资公司与中国农业银行黄冈市分行侵权纠纷案 /76

[案例26] 西部证券股份有限公司西安市西五路营业部与中国农业银行西安昆明路支行存单纠纷案 /78

[案例27] 中国人民银行赣县支行与中国银行股份有限公司北京市分行损害赔偿纠纷上诉案 /80

[案例28] 大庆市庆莎商城有限责任公司等与中国建设银行大庆市分行借款合同纠纷上诉案 /86

[案例29] 重庆台华房地产开发有限公司与重庆晨光实业发展(集团)有限责任公司、重庆晨光百货有限责任公司、重庆晨光大酒店有限责任公司房屋搬迁纠纷案 /91

[案例30] 佛山市人民政府与交通银行香港分行担保纠纷案 /93

[案例31] 郑州市财务开发公司、中国长城资产管理公司郑州办事处与郑州市财政局、郑州市人民政府、中国工商银行河南省分行营业部债券认购款返还纠纷上诉案 /95

第六章 如何提出诉讼 98

第一节 如何确定诉讼进行的要素 98



- [案例32] 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 /99
- [案例33] 兴泰公司与华富公司股权确认纠纷 /102
- [案例34] 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 /103
- [案例35] 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 /108
- [案例36] 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上诉案 /111
- [案例37] 某小区居民阻扰施工纠纷 /113
- [案例38] 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 /117

第二节 如何设计和利用诉讼请求 119

- [案例39] 中国华融资产管理公司哈尔滨办事处与牡丹江市无线电厂、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上诉案 /120
- [案例40] 刘甲、刘乙与刘丙、李甲人身损害赔偿纠纷申诉案 /131
- [案例41] 广发证券股份有限公司与兴业银行北京中路路支行证券登记、托管和结算纠纷上诉案 /133
- [案例42] 江苏太湖锅炉股份有限公司与陕西明德集中供热有限责任公司买卖合同管辖争议案 /134
- [案例43] 湖南洞庭水殖股份有限公司与中国光大银行长沙华顺支行等借款担保纠纷上诉案 /136
- [案例44] 武汉赛迪尔经济发展有限责任公司与武汉市东西湖区国债服务部、武汉市国债服务部侵权纠纷上诉案 /140
- [案例45] 湖南省成功开发投资有限公司与湖南省湘林置业有限公司土地使用权转让合同纠纷上诉案 /142
- [案例46] 上海汉宇房地产策划营销有限公司与上海金厦房地产有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案 /143
- [案例47] 新宇公司诉冯某商铺买卖合同纠纷案 /145
- [案例48] 青岛嘉成织造有限公司与青岛市黄岛区长江路街道办事处北江路社区居民委员会房屋买卖合同纠纷再审案 /146



[案例49] 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 /147	
第三节 诉讼方案的设计：个案为例	150
第七章 如何提出诉讼理由	159
[案例50] 万顺公司诉永新公司等合作开发协议纠纷案 /159	
第一节 提出诉由的考虑因素	160
[案例51] 重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案 /161	
[案例52] 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 /163	
[案例53] 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（以下简称安宝公司）房地产项目转让合同纠纷案件 /165	
第二节 寻找诉由的基本方法	167
[案例54] 王某和李某房屋买卖纠纷案 /167	
[案例55] 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 /169	
[案例56] 大成工程股份有限公司与施某、大成工程股份有限公司山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 /171	
[案例57] 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 /173	
[案例58] 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案 /175	
[案例59] 某投资公司与某咨询有限公司借款合同纠纷案 /184	
第三节 提出合适的诉由：个案为例	185
小结	199
后记	200



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，自动会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，才能更好地指导代理工作。

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在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。

第一章 裁判结果和价值衡量

裁判是怎样产生的呢？

我们通常认为法官的职责是捍卫和适用法律，整个裁判过程就是从大前提到小前提再到结论的三段论推理过程，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，案件事实和法律规定仅是影响其作出裁判的因素之一。

先来看下面这个案例。

基本案情：1993年5月27日，广西建设信托投资有限公司（以下简称区建信公司）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，由区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）给区建信公司出具《担保书》，承诺为该笔借款提供连带担保责任。签订当天，区建信公司即将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。对区建信公司的催讨，中联公司分别于1993年9月9日、1995年3月14日给区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日区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，区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日建投开发公司向区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。”该函上有区建信公司办公室一名文印员白斌的签名及“广西建设信托投资有限公司收发专用章”。1996年3月25日建行开发公司法律顾问单位函告区建信公司，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，区建信公司委托其顾问单位回复称，区建信公司未收到桂计投函字（1996）1号函，开发投资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（以下简称投资集团公司）。

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讼请求，原告上诉，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：白斌签名的桂计投函字（1996）1号函原件在投资集团手中，其没有证据证明还有第二份，也没有证据证明收发章是区建信公司使用的专用章，区建信公司又回函称未收到该函，投资集团公司对此也没有提出异议，因此对于该函已经送达区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区建信公司行使诉讼请求权，而不是要求其行使诉讼请求权，不符合保证规定第11条规定的免责条件，因此，投资集团公司的保证责任不能免除。故判决维持二审判决。

投资集团公司向最高院申请再审。最高院提审后，经法院四次调解，各方达成协议：信达南宁办事处退给投资集团公司1500万元，自调解书生效之日

起3个月内付清。^①

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。本案对于当事人而言关键是究竟适用什么法律。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》第十一条规定，“保证合同中沒有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对保证人的债权不能实现。

因此，本案的焦点就是投资集团在桂计投函字（1996）1号函中的表述是否达到了法定要求。投资集团在函中提出“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，投资集团只是说“希望”，而不是“要求”，所以该函不符合保证规定第十一条的免责条件。

在固定了事实，明确了法律依据后，如果该函符合规定则投资集团公司免责，否则应承担担保责任。究竟会如何处理，本案最高人民法院再审承办法官认为“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要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。”^②

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。

^① 参见苏泽林主编《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1月第1版，第141页。

^② 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1月第1版，第141页。