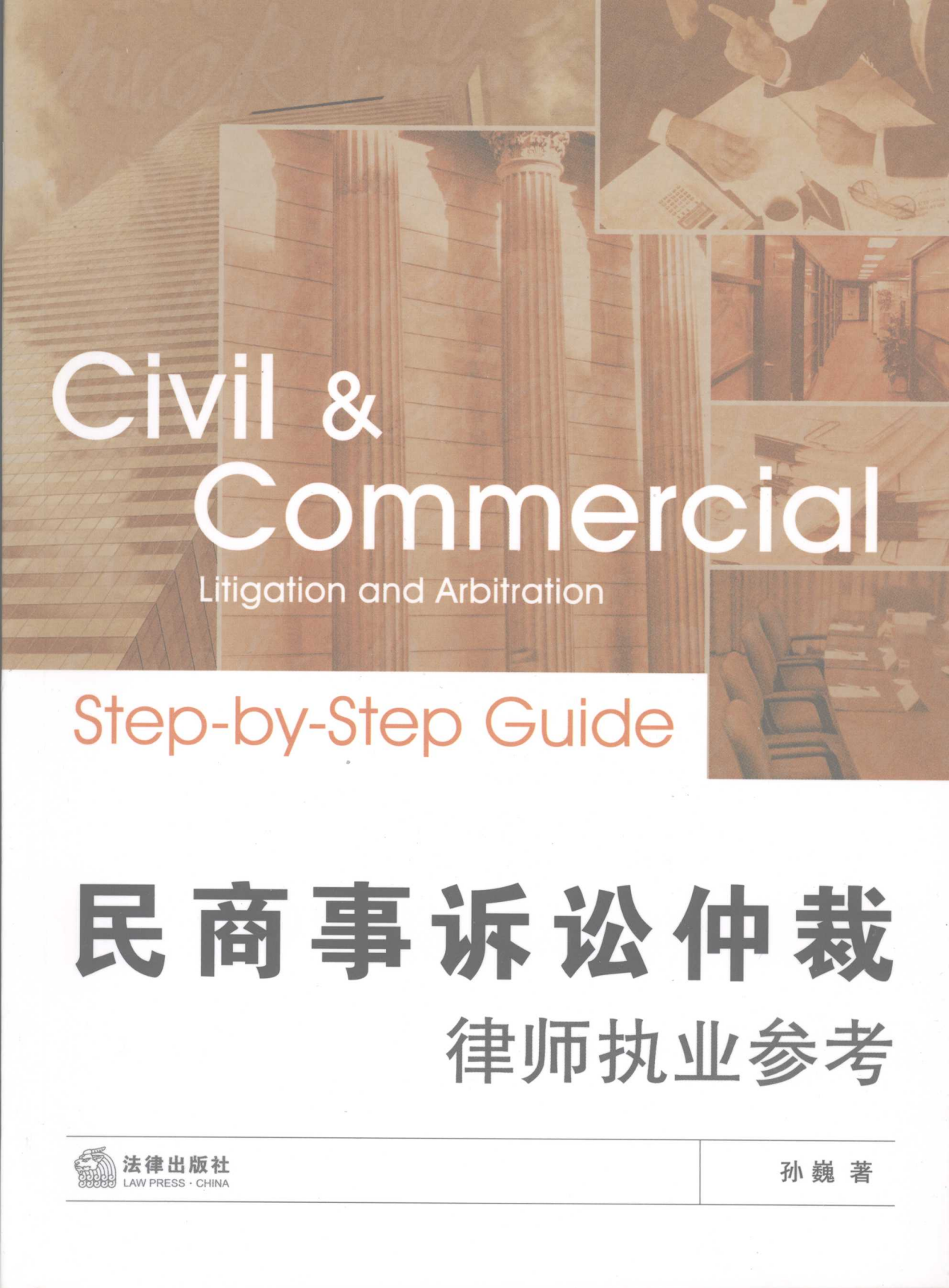




Civil & Commercial

Litigation and Arbitration

Step-by-Step Guide

民商事诉讼仲裁 律师执业参考



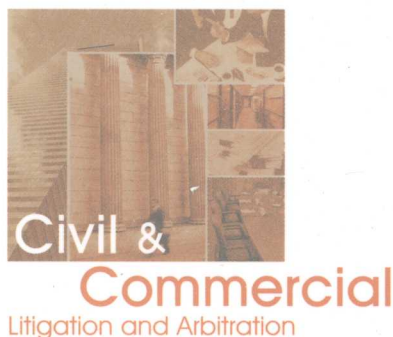
法律出版社
LAW PRESS · CHINA

孙巍 著

为什么要写这本书

和大家分享民商事诉讼仲裁律师的经验、教训和知识是孙巍写这本书的初衷。在六年多的执业过程中，孙巍经历了很多，有教训，也总结了一些经验和实用知识。孙巍希望这些教训不要在同行，尤其是那些刚入行的律师朋友们身上重演；又希望和其他律师分享若干年来积累的经验和知识，共同提高执业水平。

起初，这种愿望是通过在律师事务所内举办讲座和培训进行的，后来孙巍开设了个人博客，有了更多的读者。现在，孙巍希望能够借助法律出版社这一全国最著名、最权威的法律出版机构，以书的形式和更广泛的朋友交流。



 **独角兽工作室**
平面设计

上架建议 法律实务·诉讼实务·民商法

ISBN 978-7-5036-7719-9



定价：49.00元

中伦金通律师事务所
推荐律师执业参考用书

民商事诉讼仲裁

律师执业参考

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

孙巍 著

图书在版编目(CIP)数据

民商事诉讼仲裁律师执业参考/孙巍著. —北京:
法律出版社, 2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7719 - 9

I. 民… II. 孙… III. ①仲裁法—中国—参考
②民事诉讼法—中国—参考 IV. D925.7 - 62
D925.1 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 145447 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2007 年 11 月第 1 版

印张/17.5 字数/256 千
印次/2007 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7719 - 9

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序言一

踏着中国经济发展的节奏,身边太多的律师每天在紧张忙碌中度过。一年年下来,这些忙碌的身影在努力工作的同时也在苦苦探寻着律师的成功之道。看着身边有的律师在大步前行,而有的律师却在踏步中痛苦地拼争,作为律师事务所的管理者,我常常在想导致这种差异的原因到底何在呢?本书的作者通过他的一段段文字让我们知道你越善于把职业的规矩细节变成你的生命习惯时,你离成功也就越近了。

如何做好诉讼仲裁律师,人们总是说三个重要的法则就是:准备,准备,再准备。关于如何准备,大家似乎早已知道了太多的原则,学过了太多的知识,懂得了太多的规矩,而我们学到的规矩和知识常常又太原则。于是,我们会困惑:我们一直在努力,为什么总是被别人说不够专业,为什么在一些具体法律问题面前总是不知所措。当有人告诉你上庭应当拿多大尺寸的包,如何把自己的皮鞋擦亮时,你也许觉得太多余,太细节,而正是这些细节的东西在提升着你,每一个细节提升你一点点,你越是注意到了多一点的细节,你就越是专业一分。本书显然没能告诉你作为诉讼仲裁律师应当注意到的所有细节,但它告诉你的这一部份,足以让你明白一个道理:魔鬼就在细节之中。

这本书中的各个章节一定会让每一个诉讼仲裁律师产生兴趣,同时也会让其他的律师和关注诉讼仲裁的人感兴趣。这些文字涉及到了诉讼仲裁诸多方面的问题:庭前准备,文件的制作,证据的审查,庭审中的语言把握,执业风险等。之所以会让你产生兴趣还在于作者在探讨这些问题时不是在和你讲大道理,而

是把最基本的步骤和方法传达给你,和你一同分享。

本书的作者是本所(中伦金通律师事务所——编者注)一名优秀的年轻律师,多年的法律实践培养了他良好的专业素养和职业态度,正是他多年的法律实践让他对书中涉及的法律问题有了第一手的数据资料和感悟。可是,在极其忙碌和充满压力的工作状态下,人们思考的空间常常会被琐碎的日常工作搅得支离破碎,能够在这份忙碌中静下心来,思考一下案件以外更深层面的专业问题,并把自己的思考整理出来,把自己的智慧贡献出来,实在难得。当作者把自己朴素严谨的文字写在博客上时,可以让我们感到这时尚的博主本身少了些许的浮躁,却多出了几分沉稳和思想的魅力。这也许正是为什么它能被集结成书的原因。

我认识本书的作者已有四年的时间。四年来,无论从他的文字中还是从他的行为里,我都能强烈地感到他是一个有心人,他在不断用心地揣摩自己工作中的问题,用心地思考律师应有的行为细节,用心地厘清职业的程序与流程。而功夫不负有心人,有心必有得。当他把自己多年律师执业中的所得、所感记录下来,把他的心得与大家分享时,我们能明显地感受到他本人的成长。他把这些感悟写在了自己的书中,因为本书的作者似乎从未想过传道授业,他的书更像是写给自己的,写给自己的每一天,每一个行为,每一个问题的处理。从这个层面上讲,他的书并没有写完,他一定会继续地写下去,因为这实在是利己利人的事。祝福他。是为序。

张学兵 律师

二〇〇七年十月十八日

序言二

律师的学、识、行

做一个成功的律师,与其说是一门科学,不如说是一门艺术。无论是科学还是艺术,都是建立在一些律师必备的学识、能力基础上的。就我的理解而言,我把它总结为律师职业的三块基石,即律师的学、识、行。

律师的学就是律师应当具备的学问、知识。自古以来,从事类似律师职业的人士都须具备一些专门的知识。即便在法制并不发达的中国古代,代写状纸或代为陈情的讼师也需熟知朝廷律法、能言善辩。在法律高度发达的今天,律师职业所需要的知识准备也越来越繁杂了。就其要点而言,其一,是要有必备的法学知识,这一点在经过大学教育或通过自我学习系统的法学课程后可以初步具备,但也仅此而已。国家法学学术的发展和社会政治、经济的发展所带动的立法、司法活动的发展使整个社会各阶层人士的法学知识都在精进增长的状态中,这就要求律师以及一些从事商业活动的人士必须随时了解、随时学习、随时更新提高其法学知识。从这个意义上讲,作为一名律师,应当具备终身学习的理念;一个律师事务所,也应当是一个终身学习的机构。正是基于这样的认识,我所早在几年前就在全所范围提出建设学习型机构,建设学院式律师事务所的设想和要求。其二,作为一个希望成功的律师,仅仅有基本的法学知识,甚或不断提高和更新的法学知识储备是远远不够的。律师是为客户提供法律服务的职业。任何一个律师服务的需求者都期望他们的商业事务能够得到律师的充分理解,并且能够尽快找到解决之道。在心理预期上,他们对律师的要求都是多、快、好、省的。要做到这一点,律师必须了解服务对象的业务或案情,既要像法律专家,也要像业务专家一样去诊断他们的业务或案情。甚至有的时候律师只有精通客户的业务

本身,才谈得上提供合适的法律服务。否则,既难以和客户沟通,也难以提出切合客户业务特点的法律服务建议。因此,律师需要从客户那里去学习他们的业务。如果立志做一名专业化的律师,那就更应该抽出时间,长期地坚持不懈地学习所服务专业领域的业务知识,了解业务的流程,能够做到把客户的业务流程用法律化的方法分解成一段一段的业务环节,然后用一个一个的合约、行动、法律措施去解决它们,既可以分之,又可以合之。身处大变革、大转型时代的我们,对自己服务的专业领域的业务知识的学习、储备和更新也必须是与时俱进的。有了以上两类知识基础,律师执业起来就能做到比较有底气了。

我把律师应当具备的识见、眼光、判断力称之为律师的识。我们都知道,为什么我们生病时都要设法去找那些大医院里的专业科室的最有名的专家呢?我们不怕多花钱去找名专家看病,就是因为他们能够以多年的经验、丰厚的医学知识对疾病迅速作出准确的判断。我常把律师比作社会的医生,仔细地比较一下,律师与医生这个职业相似之处何其多。当委托人约见律师的时候,无一例外,都希望律师能够迅速准确地指出问题的症结所在,并能够提出正确的、切实可行的而且是比较经济的解决方法。在这个问题上,可以立见所谓大律师与小律师之间的区别。每一个律师都希望自己能够做到在最短的时间里,直指问题核心,并手到病除。但往往委托人摆在律师面前的事实或问题却是枝蔓丛生、是非难辨、彼此纠缠,甚至有可能委托人向律师陈述案情时遗漏对自己不利的事件。这个时候就需要律师的识见、洞察力、眼界和判断了。

律师的识如何得来?苏力教授在一篇书评中说:“就法学来说,学术创新的真正动力和源泉都只能来自经验的研究,而不可能来自对法学概念的分析演绎。”^①这对律师来说是同样的道理。律师的识见也主要来自经验的研究。法学知识是重要的背景和基础,但律师的识见并不是来自对法学概念的分析演绎。尽管在有些案件中,厘清法律概念,将事实分门别类的贴上法律规范的标签同样必要。律师应当从多种经验中去提高自己的识见。

我总以为,法律是充满生命力的,而不是僵化的教条,而委托人的事务更是纷繁复杂。如何将不断发展、充斥着多种例外和规则的法律与委托人的繁杂、是

① 苏力:《波斯纳及其他》,法律出版社2004年版,第111页。

非难辨的事务有机地结合起来,发现委托人的权利,并能有力的维护那些权利,甚至是那些隐藏的、不易发现的、被你的委托人视而不见的、忽略掉的权利?这需要律师勤勉的多做业务,多学习,多交流,多总结,通过漫长时间的积累,百炼成钢,炼就一副火眼金睛,方能洞察一切。

大家都知道,律师职业最大的特点就是实践性。律师是一线的、积极的、有强烈目的性的法律的运用者。律师的知识准备,以及经年积累的经验和具有真知灼见的洞察力都是为了在下一个委托事务中维护你的委托人的合法权利。也就是说,归根到底要归到律师的行上。

就我们的委托人而言,绝大多数委托人对律师的要求都是相当苛刻的。他们可能只问结果,而不问过程;他们付律师费,或者说愿意向律师付费,是因为他们希望委托律师能够帮助他们达到他们希望的结果。无论是诉讼还是商业交易,其过程都是痛苦的、充满了不确定性、变化和代价,这个过程往往主要由受托的律师来经历。如何才能在合法框架内达到委托人希望的结果?面对交待给律师的基本事实,面对所适用的一切法律规则、习惯、甚至包括你的委托人的经济实力(有些委托人的经济实力不允许你大动干戈),律师如何设计出一条近路显得异常重要。尽管道路曲折,却也曲径通幽,可达彼岸。法律服务方案或法律行动方案之关键在于律师需要精密地计算出这一路上有多少个路口以及多少处关塞和陷阱,处处都要有应对之策,以保障你的委托人可以按照当初的设计平安到达彼岸去享受“结果”。这一个全面的过程中,对大局的把握,对任何一个细节的安排落实,综合起来就是律师的行动力。其实,律师生而就是为这个过程准备的,一个充满激情的律师最乐意的就是享受这个过程。当他的委托人可以去享受结果时,作为律师的成就感也就由然而生。

这个过程,有时候我想,它真是一门艺术。律师,你就是这门艺术的创造者。

我做律师十多年来,从未失去对这个职业的激情。我甚至想,一个优秀的法学院毕业生,最好的职业选择应该是选择一个适合自己执业理想的律师事务所开始自己的职业律师生涯。而开始一名律师生涯的年轻人,从第一天开始就应该有“不着魔不成活”的执著,一步步地走向成功的终点。

孙巍律师是我们事务所的年轻人,承担的业务总是不少。但他并不觉得没有时间,总是每天一早就到办公室,练习外语,研究法律,写博客文章,上法院,访

客户,直到披星戴月才回。在律师这园地里,孙律师也算“晨兴理荒秽,戴月荷锄归”。辛苦耕耘总有收获,现在呈现在读者面前的这本册子就是他对自己经验的总结,对法律的研究,对自己眼光的锻炼。总有一天,他会如享受艺术一般地去享受律师执业的过程。

是为序。

朱茂元 律师

二〇〇七年十月二十二日

致谢

本书是献给我深爱的家人和一直关心、支持我的朋友、同事们的一份礼物和敬意。

感谢我的父亲孙中文先生、母亲曲华女士对我的养育之恩。父亲的乐观、豁达,母亲的勤劳、执着使我受益终生。感谢我的妻子陈静女士一直以来对我的体贴照顾和无私支持,感谢她为我们的家和我们的宝贝女儿付出的点点滴滴。我每一个进步的背后都有她的鼓励和爱。感谢我的岳父陈学铭先生、岳母孙素琴女士在我的妻子生产期间对我的妻子和我们刚刚出生的女儿无微不至的照顾,使我能专心于工作和本书的写作。感谢我的妹妹孙莉莉女士和妹夫丛岩先生为本书封面设计提供的宝贵建议。

感谢中伦金通律师事务所指导我的五位合伙人——张学兵律师、朱茂元律师、康铎律师、王飞律师和金赛波律师;感谢他们对我的教诲、宽容和信任。感谢我团结、友善、敬业的同事们。

感谢王飞律师将我的书稿推荐给法律出版社。感谢法律出版社对外合作出版分社朱宁社长对我的鼓励和支持。感谢法律出版社策划编辑易明群小姐和她的同事们在本书策划、出版过程中的辛苦工作。

感谢所有鼓励、支持、鞭策我的亲人、朋友、同事!

孙巍

于2007年7月



第1章 整装待发	1
1.1 理好案卷是诉讼仲裁律师的好习惯	1
1.2 把庭审笔录整理好,放到卷里	5
1.3 保持办公桌和文件柜整洁、有序	6
1.4 带一本预约记事本	7
1.5 带一本实用法条汇编	7
1.6 穿一双得体、合脚的皮鞋,并且擦亮它	9
1.7 拎一款适合诉讼律师的包	10
第2章 做一套漂亮的文件	11
2.1 文件表面先要漂亮	11
2.2 起草一份严谨的起诉状	12
2.3 如何主张逾期付款违约金	20
2.4 迟延付款利息损失赔偿计算问题的判例实证分析	23
2.5 一个可以主张但容易被忽视的仲裁请求——汇率损失	40
2.6 起草授权委托书应注意的问题	42
2.7 从(2007)一中民初字第2243号案看境外当事人提供的法定代表 人身份证明书和授权委托书应注意的问题	46
2.8 在授权委托书上注明你的手机号码	50

第3章 按图索骥定管辖	52
3.1 涉外案件集中管辖情况简述	52
3.2 涉外案件集中管辖法院明细表	56
第4章 财产保全	87
4.1 财产保全应注意的三个小问题	87
4.2 诉讼或诉前财产保全担保与民商事担保的比较分析	89
4.3 信用证独立性原则与财产保全问题分析	90
第5章 证据	95
5.1 举证时限的设定与当事人诉讼及抗辩理由的确定——论《证据规则》第33条及34条	95
5.2 对在香港形成的书证的审查	105
5.3 对在澳门形成的书证的审查	106
5.4 对在台湾地区形成的书证的审查	108
5.5 单位证言提交形式的合法性	110
5.6 《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第一条、第二条之评述	112
5.7 对鉴定结论的审查	116
5.8 对公证书的审查	119
第6章 庭审	123
6.1 律师在庭审中应注意礼貌和谦逊	123
6.2 律师在庭审中的语言把握——语气和缓,态度坚决	124
6.3 律师在庭审中的语言把握——语言精准,少说废话	125
6.4 律师在庭审中的语言把握——语言通俗、生动	126
6.5 律师在庭审中的语言把握——放慢语速	127
6.6 律师在庭审中的语言把握——尽量避免和法官发生激烈辩论	127
6.7 小律师的小故事	129

第7章 法律文书的提交、转递和送达	133
7.1 律师提交证据应注意的细节问题	133
7.2 目前内地与港澳台地区就民商事案件的司法文书协助送达及协助调取证据情况简述	135
第8章 执行	138
8.1 内地与港澳台地区民商事案件判决互相认可和执行情况简述	138
8.2 《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》部分条文评述	142
8.3 从北京高院(2007)高执字第65号执行案看《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十七条	146
8.4 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》中对第三人利益的保护分析	150
第9章 仲裁	160
9.1 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》部分条文评述	160
9.2 内地仲裁机构与香港国际仲裁中心国际仲裁规则及程序区别简介	164
9.3 以最高人民法院公布的部分案例分析我国法院对涉外及国际仲裁的司法审查	191
9.4 《涉外商事海事审判指导》中涉外及国际仲裁司法审查典型案例统计	202
第10章 律师执业风险控制	216
10.1 及时发送案件进展报告	216
10.2 律师诉讼或仲裁业务中的“期间”风险控制管理	217
附件 授权部分省市法院行使涉外管辖权的规定	221

第1章

整装待发

>> 1.1 理好案卷是诉讼仲裁律师的好习惯

我们经常见到这样的律师——开庭时不断的从大信封、文件袋、手提袋中忙乱地翻出这样或那样的文件。这绝对不是好习惯。诉讼、仲裁律师整理好案卷是十分重要的。益处至少有以下三点：第一，各类文件有序存放，提高工作效率；第二，降低执业风险；第三，给法官、仲裁员以及我们的客户留下良好印象。

如何理好案卷呢？我觉得至少要做到如下九点：

第一，最好用两英寸或三英寸 A4 文件夹做卷壳。文件夹内用五档一套的分页纸分隔各类文件。

第二，文件夹中文件分六档存放：

第一档：分页纸的封面页与第一分页之间存放《案件联系表》和《案件进展明细表》。

第二档：第一分页与第二分页之间存放“往来文件”，包括：律师与客户之间，或律师与合作律师之间的传真、电子邮件、往来信函等。在第一分页预留标记处写明往来函件。

第三档：第二分页和第三分页之间存放原告文件，包括：起诉状、证据清单、

证据说明、证据,以及原告提交的其他文件资料;或者上诉人文件、申请人文件等,视案件种类和程序而定。在第二分页预留标记处写明原告文件(或上诉人文件、申请人文件,视情况而定)。

第四档:第三分页和第四分页之间存放被告文件(或被上诉人文件、被申请人文件等,视情况而定)。在第三分页预留标记处写明被告文件(或被上诉人文件、被申请人文件,视情况而定)。

第五档:在第四分页和第五分页之间存放法庭或仲裁庭文件,包括法庭的传票、通知、裁定、判决、庭审笔录、授权委托书、法定代表人身份证明书、出庭函等文件。在第四分页预留标记处写明法庭文件。

第六档:在第五分页以下存放参考文件,包括虽未列入证据但可资参考的文件。

第三,《案件联系表》是为记载客户、合作律师、对方当事人、对方律师、法官、仲裁员、书记员等的联系方式而设计的表格。《案件联系表》应记录前述人员的电话、传真、电邮、地址、邮编等有效的的基本联系信息。《案件联系表》请参见本附表一。

第四,《案件进展明细表》是为承办律师记录案件进展情况而设计的表格,其中应工整、详细记录案件的每一个进展情况,如会议、开庭、文件领取、电话通知或讨论等。每一条记录均应包括时间、地点、人物、事件诸要素,以便日后查阅、核对。为什么要写《案件进展明细表》呢?一则是案件进展明细表记录了律师办案的全过程,我们随时可以倒查案件进展过程中的每一个事件。二则是确定责任承担。想想看,如果你已经向合伙人汇报了案件情况,合伙人口头指示案件应如何处理,你记录在明细表中。如果日后发现合伙人指示的处理方式不妥,那就可以做律师自保的稻草了。《案件进展明细表》样本请见附表二。

第五,往来函档中存放的传真文件必须附传真发出的报告单(OK单)。在我们承办的一宗我所在的律师事务所诉一客户法律服务合同纠纷案中,我们的客户对我们发送的文件、提供的法律服务矢口否认。我们提交的传真发送报告单在庭审中就起到了重要的证明作用。

第六,如果我们向客户或法院寄送文件,必须在详情单上注明文件的名称、份数、原件或复印件,以及交寄时间。待速递公司或邮局人员取件后,必须保留

“客户留存联”原件,并粘贴到空白 A4 纸上,打孔,入到案卷中的往来函档。同样,我们客户邮寄给我们的文件的详情单也应照此处理。

第七,第三、四、五、六档文件中凡两页以上文件,建议或者用订书器装订,或者用燕尾夹夹牢,尽量不要使用回形针。回形针很容易脱落,导致某一档内文件散乱。

第八,文件夹内都配有钢卡。在文件暂不使用时应卡紧文件,否则案卷前几页很容易破损。

第九,卷脊上应分两列纵向打印案件名称。左列列明当事人。当事人可以使用简称;右列列明案由。案由应严格按照最高院《民事案件案由规定(试行)》确定。如:A 公司诉 B 公司补偿贸易纠纷案中,“A 公司诉 B 公司”在左列,“补偿贸易纠纷案”在右列。

带着漂亮的案卷去开庭吧。

附表一:《案件联系表》

本案相关人联系表

承 办 律 师			
律师	1.	2.	
委 托 人			
名称/姓名			
地址			
邮编			
联系人	电话	传真	电 邮