

民商事诉讼 实务丛书

怎样打赢 合同官司

合同诉讼实用方略

HOW TO WIN A CONTRACT CASE

王宝发 ◆ 编著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



民商事诉讼实务丛书

怎样打赢官司 合同诉讼实用方略

王宝发 ◆ 编著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

怎样打赢合同官司:合同诉讼实用方略/王宝发编著.
北京:法律出版社,2003.12
ISBN 7-5036-4573-3

I. 怎… II. 王… III. 合同-民事诉讼-中国
IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 094665 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴 伟	装帧设计/于 佳
出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/16.875 字数/424 千
版本/2004 年 1 月第 1 版	印次/2004 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939642	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4573-3/D·4291	定价:29.00 元

作者简介

王宝发,1947年12月生,河北省清河县人。现任天津市高级人民法院高级法官、天津市高级人民法院法官考评委员会委员、天津法官学院、国家法官学院天津分院教授。兼任中国民法经济法学研究会常务理事、中国诉讼法学研究会理事、李大钊思想研究会副会长等职。1995年享受国务院专家特岗津贴。现为天津市政协委员、天津市南开区政协委员。

该同志长期从事审判、法官教育培训工作,特别注重应用法学的研究。专著《民法债权原理与新论》、《合同法实用问答》、《合同纠纷的预防与解决》等。主编《改革开放中国的民事审判理论与实践》、《中国民事诉讼理论与实务》、《怎样打赢民事官司》等。该同志结合实际研究法学,曾撰写出一些在全国很有影响的法学论文、调研报告或司法建议,其中有些论文在全国重要学术刊物刊登,有的观点被立法机关采纳,有的司法建议被中央有关内参及新华社内参刊登,被领导机关决策采纳后产生了很好的社会效益,为我国的司法改革乃至法治建设作出了积极的贡献。

自序

众所周知,合同在现代社会经济生活中起着极其重要的作用,正如一位美国法学家庞德教授所言“在商业时代,财富大部分是由合同构成的”。每个公民、法人和有关组织,尤其企业的老板、经理们都应依法订立、履行合同,自觉维护合同“秩序”。然而,现实经济生活是复杂多变的,人们在订立与履行合同中,产生某些合同纠纷也是客观难免的。

对于解决合同纠纷,人们有多种途径可选择,比如,自行和解、民间调解、行政调解、仲裁、诉讼等,而作为诉讼,到法院打官司来解决合同纠纷则是最普遍的、最终的、最有效的途径。为了帮助人们在进行合同诉讼中,能正确行使自己的种种诉讼权利,更有效地维护自己的合法权益,笔者近年一直在酝酿、构思怎样才能写好《怎样打赢合同官司》一书。

构思此书困惑我的第一个问题是,如何处理程序法、实体法及有关法律的关系。法律是一部一部逐步颁布实施的,而在现实经济生活中,当事人在运用法律行使自己的各种权利、保护其合法权益时,却不能单一地仅用一种法律,而是多种法律的交叉综合的运用。因此,在构思本书时,既要考虑涉及有关程序法,比如《民事诉讼法》、

《海事诉讼特别程序法》等,也考虑涉及有关实体法,比如《民法通则》、《合同法》、《担保法》等,还要考虑涉及《民事证据规则》等最高法院有关司法解释,构思本书必须要从当事人打合同官司的实际出发,以程序法为主,也涉及部分实体法,两者有机融合,便于人们在诉讼中实际操作。

如何构建本书的体例,怎样突出打合同官司的实际特点,而不致淹没在多如烟海的一般诉讼书籍之中,这是在编著此书过程中困惑我的另一个问题。通过多方面进行调研,向有关学者、专家、法律实务工作者、企业家等多方面请教,最终决定本书必须突破一些传统体例的束缚,突出打赢合同官司的针对性、实战性,并注意整书逻辑的一致性,这样全书则分为八章,第一章善用诉讼维护权利;第二章诉讼前的必须准备;第三章诉讼中的应知应会;第四章诉讼后的执行;第五章审限、期限与期间;第六章合同诉讼文书;第七章诉讼费用、司法救助与法律援助;第八章合同错案赔偿。全书八章41节共523条目。所设的问题不是闭门造车、冥思苦索硬挤出来的,而是通过调研从实践而来。

该书不仅帮助人们怎样打赢合同官司,而且对打好其他各类民事官司均有指导作用。

该书不仅是帮助企业老板、经理、法律顾问们进行合同诉讼的“良师益友”,而且也是法官、检察官、律师办好合同纠纷案件的“业务词典”。

笔者期望《怎样打赢合同官司》一书的出版问世,能与笔者1999年在法律出版社出版的《合同法实用问答》、2001年在法律出版社出版的《合同纠纷的预防与解决》构成帮助人们维护合同权益的“三部曲”,能成为促进人们更好地维护市场经济合同秩序、维护当事人合法的合同权益的相互配套的系列丛书。

在本书出版之际,衷心感谢天津市高级人民法院张柏峰院长的指教与支持,中国法学会副会长兼秘书长宋树涛同志、全国人大法制委员会委员王利明教授对本书提出指导意见,法律出版社的编校人

自序

员对本书严格审定、辛苦校正,在此一并感谢。

笔者作为一位普通法律工作者,能够通过本书的出版来传播法律,这既是一种责任,也是一种快乐。虽已尽力作好此事,但难免仍有疏漏和不妥之处,恳盼读者惠正。

王宝发

2003年7月22日于津门翠园斋

目 录

第一章 善用诉讼维护权益

第一节 何谓合同纠纷诉讼

【问 001】何谓诉讼？	1
【问 002】何谓民事诉讼？	1
【问 003】打合同官司是民事诉讼吗？	2
【问 004】到法院打官司解决合同纠纷比其他解决途径有何优 势？	2
【问 005】企业家学会进行诉讼、敢于打合同官司有何意义？	3

第二节 怎样在合同诉讼中维护自己权利

【问 006】为何有的企业家有理而打不赢合同官司？	4
【问 007】打合同官司应主要具备哪些法律知识？	4
【问 008】合同当事人在打官司中享有哪些权利？ 负有哪些义 务？	5
【问 009】在合同纠纷中，当事人主要应进行哪些诉讼活动？	8

【问 010】打合同官司可能遇到哪些诉讼风险？	9
【问 011】当事人妨害民事诉讼会受到什么样的处理？	10

第二章 诉讼前的必要准备

【问 012】打合同官司为何还要作好诉前准备？ 主要涉及哪些 必要准备？	12
---	----

第一节 确定合同纠纷性质与案由

【问 013】何谓合同纠纷案由？ 正确确定合同纠纷案由有何意 义？	12
【问 014】应从哪几方面来分析研究确定合同纠纷案由？	13
【问 015】在实践中有哪些合同纠纷案由？	14
【问 016】怎样正确界定“代销”与“购销”案由？	23
【问 017】怎样正确界定“购销”与“承揽”案由？	23

第二节 分析合同效力与相关责任

【问 018】在解决合同纠纷中为何要分析研究合同是否成立问 题？	24
【问 019】对没有成立的合同应怎样进一步进行分析？	24
【问 020】合同成立与合同生效有何区别与联系？	24
【问 021】合同的效力有哪几种情况？	25
【问 022】对有效合同应怎样进一步分析研究违约责任？	26
【问 023】对无效合同应怎样进一步查清无效的法律依据？	26
【问 024】怎样分析研究合同免责条款？	26
【问 025】怎样应对无效合同纠纷？	27
【问 026】怎样应对合同效力未定合同纠纷？	27
【问 027】怎样应对可变更、可撤销合同？	28
【问 028】担保合同无效担保人还应承担民事责任吗？	28
【问 029】保证人在主合同上签字、盖章的，应否承担保证责 任？	28

【问 030】一般保证的保证人有先诉抗辩权吗？	29
-------------------------------	----

第三节 搞清与谁打官司

【问 031】诉讼前为何要分析合同纠纷主体？	29
【问 032】谁是合同纠纷案件的当事人？	30
【问 033】何谓合同纠纷诉讼中的原告与被告？	30
【问 034】合同纠纷案件的当事人在不同的诉讼程序中各有 什么称谓？	31
【问 035】分析界定法定代表人应注意什么问题？	31
【问 036】怎样分析界定“其他组织”？	32
【问 037】在诉讼中企业合并或者关闭怎样确定诉讼当事人？	32
【问 038】原合同关系主体分离前有纠纷应告谁？	32
【问 039】原合同关系主体被撤销有纠纷应告谁？	33
【问 040】企业单位开办的企业倒闭后其债务由谁承担？	33
【问 041】不具备法人资格的乡、镇、村和街道企业关闭后由谁 作被告？	33
【问 042】联营或合资企业之前的合同纠纷应告谁？	34
【问 043】投资不实企业的合同纠纷应告谁？	34
【问 044】企业法人解散、撤销或破产后其债权债务由谁处理？	34
【问 045】与街办企业发生合同纠纷应列谁为被告？	35
【问 046】乡、镇、村的企业资不抵债如何处理？	35
【问 047】与个体工商户发生合同纠纷怎样确定对方当事人？	35
【问 048】与个人合伙发生合同纠纷怎样确定对方当事人？	35
【问 049】与承包公司发生合同纠纷应列谁为被告？	35
【问 050】出借执照产生合同纠纷应列谁为被告？	36
【问 051】与根本没依法登记的冒充人发生合同纠纷应列谁为 被告？	36
【问 052】借用他人空白合同书或银行账户的发生合同纠纷应 列谁为被告？	36
【问 053】企业法人未经清算即被撤销后有合同纠纷应列谁为	

被告？	36
【问 054】合同的保证人能否作为共同被告？	36
【问 055】合同纠纷涉及政府担保怎么办？	37

第四节 研究诉讼时效与相关期间

【问 056】诉讼时效制度在诉讼中有何重要作用？	37
【问 057】合同纠纷有哪几种诉讼时效？	37
【问 058】诉讼时效有哪些事由可以中止？	38
【问 059】诉讼时效中止后应怎样再继续计算诉讼时效期间？	38
【问 060】诉讼时效中断需重新计算有哪些证明方法？	38
【问 061】哪些情况能引起诉讼时效的中断？	39
【问 062】如果诉讼时效已接近消灭应采取什么对策再续时 效？	39
【问 063】诉讼时效中止与中断在计算期间上有何不同？	39
【问 064】何谓诉讼时效期间的延长？诉讼时效期间的延长 应符合哪些条件？	40
【问 065】《合同法》规定的有关期间是否适用诉讼时效中止、 中断或者延长的规定？	41
【问 066】如果在诉讼时效内已知对方有违约等怎么办？	41
【问 067】如果诉讼时效已消灭应采取哪种途径来解决合同 纠纷？	41

第五节 选准受诉法院

【问 068】选准受诉法院有何意义？	42
【问 069】合同纠纷官司应到哪个地方的人民法院去打？ 履行地不明怎么办？	42
【问 070】保险合同纠纷案件属哪个法院管辖？	43
【问 071】运输合同纠纷案件属哪个法院管辖？	43
【问 072】两个法院都有管辖权的当事人应到哪个法院打合同 官司？	44

目 录

【问 073】被告怎样提起管辖权异议？	44
【问 074】被告怎样争取管辖上的有利地位？	45
【问 075】被告怎样分析判断受诉法院有无管辖权？	46

第六节 准备证据与证据保全

【问 076】何谓合同纠纷诉讼证据？	46
【问 077】合同诉讼前研究收集证据有何重要意义？	47
【问 078】在合同纠纷诉讼中怎样确定当事人举证责任？ 基本原则有哪些？	47
【问 079】打合同官司应如何具体分担举证责任？	49
【问 080】合同纠纷案件的当事人在诉讼中应当准备提供哪些 证据？	49
【问 081】当事人在合同纠纷诉讼中对哪些事实不需举证证 明？	50
【问 082】当事人收集证据时应注意什么？	51
【问 083】打合同纠纷官司，在什么情况下可以申请人民法院 调查收集证据？	51
【问 084】打合同官司在什么情况下人民法院可以主动调查收 集证据？	52
【问 085】有些合同纠纷“有理无证”怎么办？	52
【问 086】何谓证据保全？证据保全对打赢合同官司有何作用？	53
【问 087】何谓诉讼前证据保全？有何主要程序性规定？	53
【问 088】诉前证据保全应由哪个法院管辖？	54

第七节 考虑先予执行与诉前财产保全

【问 089】何谓先予执行？它与诉讼财产保全有何不同？	55
【问 090】采取先予执行措施应符合哪些条件？	55
【问 091】哪些案件可以适用先予执行？	56
【问 092】合同纠纷的原告应如何申请先予执行？	56
【问 093】当事人不服先予执行裁定的有何救济措施？	57

【问 094】怎样保证被申请人不因先予执行错误而遭受损失？	57
【问 095】在合同诉讼前为何要考虑诉前财产保全？	57
【问 096】何为诉前财产保全？它与诉讼保全有何区别？	57
【问 097】采取诉前财产保全措施应具备哪些条件？	58
【问 098】申请诉前财产保全为何必须提供相应的担保？	59
【问 099】申请诉前财产保全有错该怎么办？	59
【问 100】诉前财产保全应向何法院申请？	59
【问 101】采取诉前财产保全后，申请人起诉的应向何法院提起？	59
【问 102】采取诉前财产保全后因申请人没有在法定期间内起诉而给被申请人造成损失所引起的诉讼由何法院管辖？	60
【问 103】诉前财产保全在何情况下应当予以解除？	60

第八节 慎重委托诉讼代理人

【问 104】何谓诉讼代理人？有哪几种？	60
【问 105】哪些人可以担当委托诉讼代理人？	61
【问 106】为何要慎选诉讼委托代理人？	61
【问 107】怎样委托诉讼代理人？	61
【问 108】诉讼当事人怎样与律师签订委托代理合同？	62
【问 109】诉讼当事人怎样为律师出具授权委托书？	62
【问 110】诉讼当事人应怎样授予诉讼代理人代理权限？	63
【问 111】花钱请律师有何标准？	63
【问 112】律师把官司打输了还能退钱吗？	64

第九节 分析评估打官司的经济效益

【问 113】何谓打官司的经济效益？	64
【问 114】怎样防止打赢合同官司而赔了钱现象？	64
【问 115】应从哪几方面评估诉讼成本？	64
【问 116】在什么情况下可以考虑通过打官司解决合同纠纷？	65

【问 117】在什么情况下不宜打官司解决合同纠纷？	65
---------------------------------	----

第三章 诉讼中的须知应会

第一节 第一审普通程序

【问 118】何谓第一审普通程序？	66
-------------------------	----

【问 119】为何讲第一审程序是诉讼的基础？	66
------------------------------	----

一、原告起诉与被告应诉

(一)原告起诉与法院受理

【问 120】何谓“起诉”？打官司为何必须经“起诉”环节？	67
-------------------------------------	----

【问 121】起诉应符合哪些法定实质要件？	67
-----------------------------	----

【问 122】起诉应具备哪些法定形式要件？	68
-----------------------------	----

【问 123】原告起诉时应准备哪些证据？	68
----------------------------	----

【问 124】打合同纠纷官司为何要研究诉讼“主管”问题？	69
------------------------------------	----

【问 125】不服仲裁裁决还可以向人民法院另行起诉吗？	70
-----------------------------------	----

【问 126】在递交起诉状立案过程中对有关证据和诉争财产可 以怎么办？	70
--	----

【问 127】何谓“受理”？	70
----------------------	----

【问 128】对起诉状审查期限是怎样规定的？	71
------------------------------	----

【问 129】裁定不予受理或驳回起诉的案件原告再次起诉的能 受理吗？	71
---	----

【问 130】当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一 诉讼请求再次起诉的能受理吗？	71
--	----

【问 131】过了诉讼时效当事人还可以起诉吗？	71
-------------------------------	----

【问 132】法院对超过诉讼时效起诉的应怎样处理？	71
---------------------------------	----

【问 133】超过诉讼时效期间当事人又达成的还款协议是否应 当受到法律保护？	72
---	----

(二)被告应诉与法院审理前的准备

【问 134】人民法院审理前有哪些主要准备工作？	72
--------------------------------	----

【问 135】被告为何应认真应诉？	72
【问 136】被告应诉时应注意什么问题？	73
【问 137】对被告应诉有何法律要求？	73
【问 138】被告不应诉将导致什么后果？	74
【问 139】被告在应诉中为何要审查分析案件管辖权？	74
【问 140】在什么条件下可以提出管辖权异议？	74
【问 141】法院对当事人的管辖权异议应怎样处理？	75
【问 142】反诉在诉讼中有何意义？	75
【问 143】被告在什么条件下可提出反诉？	75
【问 144】何谓反诉证据？它与起诉证据有何不同？	76
【问 145】被告应诉中如何对待法院诉前财产保全裁定？	77

二、开庭审理

【问 146】何谓开庭审理？它有哪些基本程序？	77
-------------------------------	----

（一）开庭预备

【问 147】开庭预备阶段法院对当事人主要有哪些告知义务？	77
【问 148】在开庭预备阶段当事人怎样行使好知情权？	78
【问 149】在什么情况下可以更换和追加当事人？	78
【问 150】必须参加诉讼的共同诉讼人未参加诉讼怎么办？	78
【问 151】被追加共同诉讼的原告不到庭怎么办？	79
【问 152】被追加参加共同诉讼的被告不到庭怎么办？	79
【问 153】什么是诉讼第三人？分哪几种？	79
【问 154】有独立请求权的第三人享有哪些诉讼权利与义务？	80
【问 155】无独立请求权的第三人享有哪些诉讼权利？	80
【问 156】有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人 有何主要区别？	80
【问 157】举证通知书主要有哪些内容？	81
【问 158】何谓证据交换？证据交换适用哪些案件？	81
【问 159】证据交换应在何时进行？	82

目 录

【问 160】证据交换应怎样进行? 证据交换目的何在?	82
【问 161】为何允许再次进行证据交换? 有何限制?	83

(二)开始审理

【问 162】开始审理后法庭有哪些必要工作?	83
【问 163】开庭开始法院对当事人有哪些告知和询问义务?	83
【问 164】当事人怎样行使申请回避权?	84

(三)法庭调解

【问 165】何谓诉讼调解?	85
【问 166】调解适用于民事诉讼哪个阶段?	85
【问 167】诉讼调解应遵循哪些原则?	85
【问 168】调解成功后还要办哪些手续?	86
【问 169】调解不成或调解后又反悔怎么办?	86
【问 170】在诉讼中当事人可以和解吗? 当事人自行和解后怎 么办?	87

(四)法庭调查与证据规则

【问 171】何谓法庭调查?	87
【问 172】法庭调查应按什么顺序进行?	87

1. 当事人陈述

【问 173】在法庭调查开始时当事人怎样陈述?	88
【问 174】在法庭上当事人按什么顺序陈述?	88
【问 175】案件有两个以上独立存在的事实或诉讼请求的怎样 在庭上陈述?	89

2. 当事人举证

【问 176】怎样理解举证责任的双重含义?	89
【问 177】举证责任“倒置”有哪几种情况? 主要“倒置”什么?	89

【问 178】合同是否成立的纠纷由谁负举证责任？	90
【问 179】合同是否生效的纠纷由谁负举证责任？	91
【问 180】合同法律关系发生变动的纠纷由谁负举证责任？	92
【问 181】合同是否履行的纠纷由谁负举证责任？	92
【问 182】合同代理权纠纷由谁负举证责任？	93
【问 183】何谓免证？哪些事实可以免证？	93
【问 184】提交证据材料怎样分类编号？	94
【问 185】提交证据应有什么手续？	94

3. 法院调取证据、证据保全与鉴定

【问 186】当事人申请法院调取证据为何规定书面形式？	95
【问 187】为何对申请调取证据的期限作出规定？	95
【问 188】当事人对法院作出不予准许申请调取证据的决定 有何救济程序？	96
【问 189】怎样出示书证、物证和视听资料？	96
【问 190】何谓书证？调取书证有何要求？	96
【问 191】何谓物证？调取物证有何要求？	97
【问 192】何谓视听资料？调取视听资料有何要求？	97
【问 193】在什么情况下需要采取证据保全措施？	98
【问 194】证据保全的期限有何规定？	99
【问 195】证据保全担保与财产保全担保在法律要求上有何差 异？	99
【问 196】申请证据保全主要有哪些程序性规定？	99
【问 197】何谓司法鉴定？怎样保证司法鉴定公正？	100
【问 198】启动鉴定程序的一般原则是什么？	101
【问 199】司法鉴定的委托受理实行什么原则？	101
【问 200】当事人不申请鉴定将承担什么法律后果？	102
【问 201】怎样宣读鉴定结论？	102
【问 202】何谓“重新鉴定”？对法院委托鉴定的鉴定结论申请 重新鉴定的条件是什么？	102