

家

庭

律

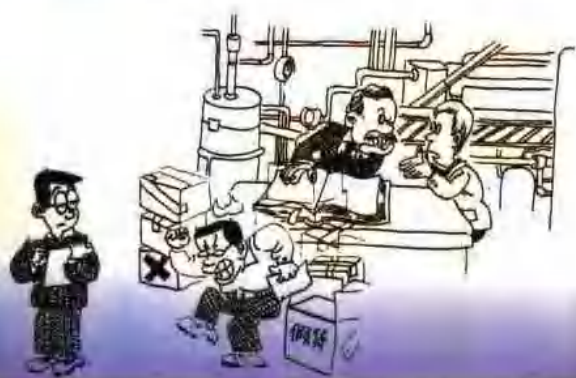
师

丛

书

商务官司锦囊

— 正 —



湖北人民出版社

商务官司锦囊

丛书顾问	李双元	刘清海			
丛书主编	蒋新苗	赖紫宁			
副主编	郑远民	陈俊	罗杜芳		
编委	一正	马松建	吕国民	陈俊	
	陈永平	郑远民	梁桂青	谭岳奇	
撰稿人	一正				

鄂新登字 01 号

· 家庭律师丛书 ·

商务官司锦囊

——正 主编

出版：湖北人民出版社
发行：

地址：武汉市解放大道新育村 33 号
邮编：430022

印刷：湖北人民出版社蒲圻印刷厂 经销：湖北省新华书店

开本：787 毫米×1092 毫米 1/32 印张：6.25

字数：129 千字 插页：1

版次：1997 年 8 月第 1 版 印次：1997 年 8 月第 1 次印刷

印数：1—9 140 定价：6.30 元

书号：ISBN 7-216-02112-6/D·402

序

人们习惯认为，法律就是规定义务的，在法律面前，我们首先甚至只能考虑“应该或者必须做什么”。这种观念现在落伍了。君不见，随着社会文明的不断发展，法律越来越多地告诉人们“可以做什么”，并且给予诸多的保障，对此，你需要拓展权利观念。

如果说“可以做什么”意味着权利，而权利又意味着“行为选择的自由”，那么，就一定存在怎样巧妙运用权利的问题。

法律是座门道繁多、结构繁复的大厦。巧妙运用权利，就是巧选这座大厦中的路径。要巧妙地选择路径，首先，要知道有多少条路径，其次，要知道路径的“死活”，接下来，还要知道路径的相互关系。毫无疑问，享有权利就要承担义务，用经济术语来表这这个意思，便是权利包含着成本。因此，路径选得精妙，才能进出顺畅，减少成本，并最大限度地“享受”权利。

这，就是本书思考的出发点。

目 录

上篇 商务官司的一般程序

一、当你作为原告

1. 手中的证据 (3)
2. 生命线上的诉讼时效 (6)
3. 请关注第三人 (8)
4. 状子的明与暗 (11)
5. 横向选择管辖法院 (13)
6. 第一时间的操作
—— 申请财产保全 (16)
7. 先予执行的机巧 (18)
8. “节能”的支付令 (20)
9. 运筹帷幄 (出庭准备一) (22)
10. 未雨绸缪 (出庭准备二) (24)
11. 随机应变 (庭审之中一) (26)
12. 有理有力有节 (庭审之中二) (28)

13. 调解	
——化难为易的润滑剂	(30)
14. 调解	
——利弊参半的化解手段	(32)
15. 撤诉的时间表	(34)
16. 上诉权利的灵活运用	(36)
17. 上诉 ABC (一)	(38)
18. 上诉 ABC (二)	(40)
19. 二审庭审的重心	(41)
20. 形势不利与调解杠杆 (二审中)	(43)
21. 终审之后的柳暗花明	(45)
22. 申请破产的悖论	(48)
23. 执行的零时和执行的及时启动	(50)
二、当你作为被告	(53)
24. 接到起诉状后	(53)
25. 相反证据的排列组合	(55)
26. 有的放矢全力答辩	(57)
27. 反诉吞并本诉	(59)
28. 对管辖法院的求疵挑剔	(63)
29. 诉讼时效的保护圈	(65)
30. 凡遇支付令必予反驳	(67)
31. 丢卒保车	
——申请破产的得与失	(69)
32. 胸有成竹	
——庭审之前的仔细阅卷	(71)

33. 知彼知己	
——庭审之前的反复预测	(72)
34. 胜似闲庭信步 (庭审之中)	(74)
35. 化干戈为玉帛	
——调解的运用	(76)
36. 黎明的曙光——上诉	(78)
37. 二审中的三个机遇	(81)
三、当你作为第三人	(84)
38. 原告被告都是“被告”	(84)
39. 诉讼中的“你我他”	(86)
40. 巧用第三人的诉讼权利	(88)
41. 摆脱执行第三人困境的策略	(90)

下篇 分类商务官司实务

四、当你进入经济合同诉讼	(97)
42. 合同效力的有与无 (一)	(97)
43. 合同效力的有与无 (二)	(100)
44. 无效合同的后果盘算	(102)
45. 担保面面观 (一)	(105)
46. 担保面面观 (二)	(107)
47. 担保面面观 (三)	(109)
48. 合同履行的系数分辨	(112)

49. 相应过错相应责任	(114)
50. 违约责任的豁免空间	(116)
51. 工矿产品购销合同责任浏览	(119)
52. 农副产品购销合同责任浏览	(123)
53. 承建合同质量责任的分化	(128)
54. 定作合同中的“盲点”	(130)
55. 联运合同连带责任	(132)
56. 租赁合同中的擅自转租辨析	(135)
57. 借贷的两个禁区	(138)
五、当你进入工业产权诉讼	(141)
58. 牌子(商标)纠纷中的网	(141)
59. 专利侵权的范围设定	(144)
六、当你进入房地产诉讼	(147)
60. 房屋买卖手续的管制效应	(147)
61. 楼花的今昔异同	(150)
62. 房屋租户权利的得天独厚	(152)
63. 房屋的公公合建与公私合建	(154)
64. 土地流转中的制约机制	(155)
七、当你进入名誉侵权诉讼	(158)
65. 名誉侵权的座标界定	(158)
66. 名誉侵权的名声效应	(161)
67. 名誉损失的弹性	(162)
68. 名誉侵权与舆论监督	(164)

附录 商务法律文书的格式 及写作技巧·····	(166)
结束语·····	(192)

上篇 商务官司的一般程序



一、当你作为原告



1. 手中的证据

打官司中最重要的莫过于证据了。虽说人们在打官司中总是将“案件的事实”、“案件的真相”等似乎是十分客观的东西挂在嘴边，但是，法官眼中只有证据。很明显，法官看不到你我之间发生过的“事实”或“真相”，他只能看到证据。



因此，在整个打官司的过程中切忌“空口无凭”。有了证据，就需要注意下面三点。

第一，揣摸一下证据对自己的利弊。有时，稍有不慎便会提交似乎对己有利实际对己不利的证据，从而造成诉讼中的被动局面。笔者有一位朋友，因房产纠纷与被告对簿公堂。作为原告，这位朋友握有数份有利证据：购房协议中买房人是他、购房发票中的用户也是他，……于是，一审中驾轻就熟、左右逢源，似乎是“吉人自有天相”，判决下来，房屋所有权的归属在他看来那真是实至名归！二审中，被告仍是不能举出扭转局面的证据，还是重复他曾出资参与购房的老调，以说明部分房产归其所有。本来，我这位朋友完全可以以逸待劳，但是他却又拿出几份“证据”打算进一步说明被告的无理要求。不料其中一份倒被法院认为是对被告主张有利的证明，上面标明：在购房时是被告向原告“借钱”去交该房款。法院据此点出如下两方面：1. 被告借钱买房，房屋可归被告所有；2. 被告只须借钱还钱。这样，官司发生了戏剧性的转变，原告反倒陷入了艰难的境地。此例说明应对证据的利弊有一个慎重的把握。

第二，看看证据是否有疏漏。在这里，疏漏不是指缺少什么其他证据（一般来说谁都知道尽量收集各种证据），而是指一项证据本身是否有疏漏。证据有毛病，是不会起到支撑自己主张的作用的。曾有两公司因合同纠纷闹到法院。案情是：双方签订了一份购销合同，后因种种原因，在需方的要求下，供方同意将货物降价卖给需方并写下一份“补充协议”，上注明了货物降至多少元出售并签了字盖了章；需方依此“补充协议”付款，但供方以需方未按前份合同价格付款

为由拒绝供货，需方便告到法院要求供方履行合同上述“补充协议”。按照常理，作出了承诺要依照承诺去行事，因此供方当然是于理不通。可惜的是原告（需方）并未如愿以偿。原因何在？因为原告没有在“补充协议”上签字盖章！法院指出：协议乃双方意思表示一致之表现，故双方都签字盖章方为有效。对这个例子，我们可以假设一下：如果原告于起诉时在“补充协议”上签字盖章，情况又会怎样？我看，证据的疏漏是可以弥补的！

证据种类繁多，所以证据的证明力便有强弱之分，也因此你认为是重要的证据在法院那里可能是无足轻重的。专家都知道，原始证据和直接证据在证明作用是派生证据和间接证据所不能相比的（像土地使用证就是证明土地使用权归属的原始证据或直接证据，而别人声称的使用权归谁则是派生证据或间接证据）。当前两者与后两者矛盾时，你的命运就取决于前两者的走向了。因此，将注意力集中在前两者身上以便胸中有数，这就是第三。

如今的法律都讲究“谁主张谁举证”，这点看似简单，但实质颇为复杂。有时人们作为第三者旁观诉讼时，发现“公说公有理，婆说婆有理”，以至于不知谁对谁错，部分原因就在于对上面三点缺乏必要的理解。在起诉时，用这三点看看手中的证据，应该是大有裨益的。

法律适用条款：

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件

需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

第六十六条：证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

第六十七条：经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

第七十四条：在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

2. 生命线上的诉讼时效

有人认为，只要自己有理，官司必胜无疑，那么何时起诉都无所谓，这是视生命如儿戏。

几年前，一家出版社请某建筑公司盖宿舍楼，造价百万余元。在楼建成之后，由于出版社经营不善，屡屡亏损，银库已是所剩无几，于是，建筑公司仅收到一半工程费用。公司头目相信，待出版社有钱时，出版社定会如数偿还的，即使不认账，诉诸法律也不迟。出版社当时亦许诺在适当时候首先给付工程款项。时隔两年三个月，出版社经营有方，渐渐有了起色，支付欠款已是绰绰有余。但是，出版社并未履行诺言。公司此时开始追索，多次追索后仍旧没有任何结果，无奈只得作为原告诉至法院。公司确信，这官司无论打到哪

里，都没有不胜的理由。可是判决结果给其当头一棒！“在两年三个月中，原告未向被告主张权利，未向法院提起诉讼或向其他法定机构提出请求，被告亦未同意履行义务，故诉讼时效已过，原告权利法院不予保护，其诉讼请求予以驳回。”这是判决书中的最后几句话。

无独有偶，某银行向一公司贷款，还款期限过后，前者也未在两年内向后者追款，以至官司结果是法院照判银行败诉。银行坚持认为：借钱还钱，天经地义，何况此款是国家财产，岂有过两年就追不回来的道理？！可是殊不知，时下乃市场经济之运作，以往银行在借贷中的“官家”地位已是一去不复返了，大笔贷款到底还是要作学费。

无论是前一例的建筑公司，还是后一例的银行，现在只能是期待被告自觉还款了。而被告们是否能够自觉只有天知道了。

诉讼时效是民事经济法律的重要规定，与你在纠纷中是否有理没有关系。它仅仅是提醒人们时刻要记住：提出权利要求要赶早不赶晚，否则必死无疑。理解诉讼时效的要点有二：1. 明白从对方义务产生之日起至己方提出权利主张之时，期间不得超过两年（对于出售质量不合格的商品未声明的、延付或拒付租金的等情况，期间为一年）；2. 向对方提出权利要求时务必留下证据，如让对方签字认可，或让他人在旁作证，做到有备无患。

如果在经济中，时间就是金钱，那么在法律中，时间就是生命。因此，要时时想着你是否该当原告了。

法律适用条款：

《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十五条：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

第一百三十六条：下列的诉讼时效期间为一年：（1）身体受到伤害要求赔偿的；（2）出售质量不合格的商品未声明的；（3）延付或者拒付租金的；（4）寄存财物被丢失或者损毁的。

第一百三十七条：诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。

第一百三十九条：在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。

第一百四十条：诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。

3. 请关注第三人

谁都知道，在官司中要告那些与自己有直接纠纷关系的人，这就自然地应了民事诉讼法规定的精神：原告与被告之间必须存在直接的法律关系。但是，如果死认一个理儿，纠缠着这种观念，有时便会遗漏本应拉进官司的其他在客观上间接损害自己利益的当事人，进而导致官司只开花不结果。从