

SUIPENGSHENG

隋彭生

律师民法业务思维

理论 · 案例 · 经验 · 技巧

1

LÜSHI MINFA YEWU SIWEI

隋彭生 著



中国政法大学出版社

隋彭生

律师民法业务思维

①

LÜSHI MINFA YEWU SIWEI



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

隋彭生：律师民法业务思维/隋彭生著. —北京：中国政法大学出版社，
2015. 3

ISBN 978-7-5620-5942-4

I. ①隋… II. ①隋… III. ①民法—律师业务—基本知识—中国 IV.
①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第049119号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	北京华正印刷有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	10.75
字 数	250 千字
版 次	2015 年 3 月第 1 版
印 次	2015 年 3 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

前 言

1. 本书的关键词是：理论、案例、经验、技巧。

2. 本书包括“合同的起草、设计、审查”、“合同法”、“用益物权”、“物权法”、“侵权责任法”、“婚姻法、继承法”和“律师操作”七个板块。

3. 我写书的努力方向：不但要表达一种知识，而且要助人打开思路。

4. 我写的律师民法业务思维，是一个个片段，联系起来，也有助体系理解之功效。

5. 律师业务水平的提升，要靠律师带徒弟，但这很不够，还需要理论的浸润。

6. 本书以律师的角度切入，对其他法律人，亦无参考价值。

中国政法大学教授 隋彭生

微博：隋彭生民商法

2015年1月1日

目 录

前 言	1
-----------	---

◎第一部分 合同的起草、设计、审查

第一节 概 述	1
---------------	---

合同审查提纲 (1)	1
------------------	---

律师代写合同, 名称的选择很重要 (2)	4
----------------------------	---

谈谈合同的形式审查与实质审查 (3)	7
--------------------------	---

律师对合同进行形式审查的八项注意 (4)	8
----------------------------	---

补充协议审查的九项注意 (5)	11
-----------------------	----

关于衡平 (6)	12
----------------	----

容纳规则 (7)	12
----------------	----

合同的事先审查 (8)	13
-------------------	----

格式免责提示条款最好手写 (9)	13
------------------------	----

优等悬赏广告的设计 (10)	16
----------------------	----

起草合同时, 如何排除可预见规则的适用? (11)	18
---------------------------------	----

一份协议书, 两个法律关系 (12)	18
--------------------------	----

略谈企业合同台账 (13)	19
---------------------	----

第二节 若干技术问题	20
------------------	----

合同书签字、盖章的几个具体问题 (1)	20
---------------------------	----

使用私刻公章, 效力如何? (2)	21
-------------------------	----

一般不要接受私人章 (3)	21
---------------------	----

合同书的结构 (4)	21
------------------	----

合同书上的联系方式（5）	22
慎用法言法语（6）	22
合同用词要准确（7）	23
慎用委托二字（8）	23
手写体与印刷体（9）	24
小写之后有大写（10）	24
有优势的文本（11）	24
格式条款合同与合同示范文本的区别及采用（12）	25
条款的暂付阙如与预约（13）	26
区分预约与本约（14）	26
合二为一（15）	27
抓大放小（16）	27
由合同签订地法院管辖的约定，应当具体（17）	28
一种技巧：抵销成就条件（18）	28
代物清偿协议生效的特别约定（19）	28
第三节 合同的解除	29
约定形成权（1）	29
约定解除权，要特别注意的一点（2）	30
约定解除权，应当将条件具体化（3）	30
解除权的特约（4）	31
合同解除条款的程序性设计（5）	32
合同的履行期与终止期（6）	32
第四节 各类合同的起草、设计、审查	33
第一目 买卖合同	33
审查样品与相应条款是否一致（1）	33
改变诺成合同的性质（2）	34
检验期间过短的法律风险（3）	34
避免商事留置的一个方法（4）	36

第二目 赠与合同	36
附负担赠与合同的设计 (1)	36
可否将赠与合同约定为实践合同 (2)	38
第三目 借款合同与使用借贷	39
借款期限的设计与诉讼时效 (1)	39
扣划的约定 (2)	39
使用借贷审查的两个点 (3)	40
第四目 租赁合同	40
租赁合同审查的十个具体问题 (1)	40
租赁合同解除权的设计 (2)	41
表明租赁合同性质的标题 (3)	42
场地租赁合同与保管合同的区分 (4)	43
租赁合同的更新 (5)	44
定期还是不定期 (6)	44
转租与分租: 两个条款 (7)	45
宜约定侵害房屋承租人优先购买权的违约责任 (8)	45
优先承租权的约定 (9)	46
第五目 承揽合同	46
承揽合同审查的一个“点” (1)	46
约定著作权的归属 (2)	48
第六目 技术合同	48
技术合同审查、起草的两个重点	48
第七目 委托合同、居间合同	52
演出经纪合同要注重保护演员 (1)	52
引起争论的一句话 (2)	53
第八目 和解协议	53
起草和解协议的注意事项 (1)	53
和解协议效力的设计 (2)	54

和解协议审查的重中之重（3）	55
和解协议，要注重设定条件（4）	56
附随意条件的和解协议（5）	56
第九目 遗赠扶养协议	57
遗赠扶养协议审查的五个点	57
第十目 夫妻忠诚协议	58
夫妻忠诚协议可以发生效力吗？（1）	58
夫妻忠诚协议的设计技巧（2）	58
婚外同居“散伙”时，“经济补偿协议”的设计（3）	59
第十一目 担保合同	60
第一分目 保证合同	60
保证合同设计和审查的核心（1）	60
起草、审查保证合同应注意的一个术语（2）	62
签字人之前要有定语（3）	63
保证的保证（4）	63
对“变更”审查（5）	64
第二分目 定金合同	64
定金合同的起草与审查（1）	64
定金合同审查的五个点（2）	67
明确定金的性质（3）	68
第三分目 抵押合同	68
签订动产抵押合同的一个技巧（1）	68
签订不动产抵押合同的一个技巧（2）	69
抵押双保险的一个技巧（3）	70
抵押双保险技巧及担保陷阱（4）	70
动产抵押权实行的技巧（5）	71
抵押与质押的竞合（6）	72
不要写抵押期间（7）	73

抵押登记时间的把握 (8)	73
为浮动抵押加一把锁 (9)	74
宜将从物写入抵押合同 (10)	76
移转所有权的“抵押”无效 (11)	76
商铺抵押的一个特殊风险 (12)	76
要注意界定最高额抵押的担保范围 (13)	77
第四分目 质押	78
界定质物,要写收条 (1)	78
物由第三人占有,宜设计为抵押 (2)	78
保证金不能质押 (3)	79
要审查抵押、质押合同有无流押、流质条款 (4)	80

◎第二部分 合同法

第一节 要约、承诺	83
不可撤销的要约 (1)	83
要约人与受要约人的博弈 (2)	86
别忘了发否认通知 (3)	87
镜像规则的例外 (4)	88
第二节 合同的类型	89
就要式合同达成的口头协议 (1)	89
诺成合同与实践合同的转换 (2)	91
保管合同的“另有约定” (3)	92
预约和本约 (4)	92
单务预约与双务预约 (5)	95
预约为什么可以按照本约处理 (6)	95
谈射幸合同 (7)	96
主合同、从合同和委托合同 (8)	97
互易的法律适用 (9)	99

以物易物与买卖合同有何不同？（10）	100
寄养马匹是什么合同（11）	101
餐饮合同是无名合同吗？（12）	102
第三节 合同的效力	103
合同附条件的好处（1）	103
是附条件还是附期限，抑或是条件拟制？（2）	104
以射幸合同为例谈给付附条件（3）	104
容忍委托授权与无权代理、表见代理（4）	105
判断相对人非善意的一个细节（5）	107
委托代理合同、委托授权与代理行为（6）	108
冒名合同的效力（7）	108
何人何时可以主张合同无效？（8）	110
存在仲裁协议而有权起诉一例（9）	111
自己代理订立的合同是可追认的合同（10）	112
无权处分时，所有权人保护的一个程序问题（11）	114
买卖“赌石”可否构成重大误解？（12）	115
商品标价错误可否构成重大误解？（13）	116
三种合同对显失公平规则的排斥（14）	116
要约邀请与欺诈的构成（15）	117
商业吹嘘与合同欺诈（16）	118
第四节 债权人代位权与并存的债务承担	119
债权人代位权：民法上的一条斜路（1）	119
并存债务承担一例（2）	121
第五节 合同的变更与解除	122
变更协议和催告通知应当注意的问题（1）	122
合同解除、变更的“五个不受影响”（2）	123
合同解除不需要催告的情形（3）	127
《买卖合同解释》的一个“陷阱”（4）	128

能否以公告的形式解除合同 (5)	128
附解除权的合同与附解除条件的合同 (6)	129
合同解除时的违约责任与不解除时的违约责任 (7)	130
合同解除后还能要求赔偿可得利益吗? (8)	132
无解除权人通知相对人解除合同的法律后果 (9)	133
第六节 违约责任	136
损益相抵的规则 (1)	136
损益相抵, 违约人的一种抗辩 (2)	137
可得利益损失赔偿之可预见规则 (3)	137
可得利益损失赔偿之减损规则 (4)	140
过错相抵与双方违约 (5)	142
约定违约金的好处 (6)	143
违约金性质、数量的设计 (7)	143
免责抗辩及违约金调整释明 (8)	144
第七节 合同的解释	145
合同的文义解释规则 (1)	145
合同的整体解释规则 (2)	147
按交易习惯解释的规则 (3)	148
有偿合同有利于债权人的解释规则 (4)	149
体系解释一例 (5)	151
第八节 买卖合同	153
“物的适用性担保义务” (1)	153
买受人对多交标的物的无偿保管及轻过失免责 (2)	155
普通动产的一物多卖 (3)	156
动产一物多卖例析 (4)	158
提取标的物单证以外的有关单证和资料 (5)	159
“主观特定物”的好处 (6)	161
瑕疵担保责任减免的特约 (7)	162

动产所有权保留买卖的占有媒介关系（8）	165
出卖人的取回权及其限制（9）	166
质押时，出卖人取回权的一时丧失（10）	168
回赎及取回后的另行出卖（11）	170
有偿转让权利的合同可以参照适用买卖合同的有关规定（12）	171
第九节 赠与合同	173
为什么要把赠与合同规定为诺成合同（1）	173
赠与为实践合同的规定为什么失效？（2）	174
动机如何，不影响赠与的效力（3）	175
死因赠与（4）	176
为什么要赋予赠与人任意撤销权（5）	177
赠与标的财产的移转与任意撤销权的行使（6）	178
赠与人撤销权的客体（7）	179
赠与人任意撤销权的性质（8）	180
债权人保全撤销权与赠与人任意撤销权（9）	181
赠与人法定任意撤销权与其法定事由撤销权的关系（10）	182
赠与人任意撤销权与可撤销合同之撤销权的关系（11）	183
赠与动产的观念交付（12）	184
“赠与欠条”或“情侣欠条”不构成观念交付（13）	186
以占有改定排除赠与人的任意撤销权（14）	186
就被继承人债务的清偿达成合意，是否构成道德义务的赠与？（15）	188
夫妻之间的赠与（16）	188
对子女的赠与是否为道德义务的赠与？（17）	190
继承人如何撤销被继承人赠与情人的房产（18）	190
经公证的赠与（19）	191
赠与人死亡，继承人可否撤销赠与（20）	193
受赠人死亡与任意撤销权（21）	194

赠与合同撤销后自始失去效力 (22)	194
赠与合同撤销后用益价值的保留 (23)	195
债务免除与任意撤销权 (24)	196
附生效条件的赠与与能否任意撤销? (25)	197
附负担的赠与, 赠与人是否有任意撤销权? (26)	198
赠与人通知受赠人抵销的情形 (27)	198
债权赠与与赠与人的任意撤销权 (28)	199
第十节 承揽合同、保管合同、居间合同	200
绿松石雕刻, 是买卖合同, 还是加工、定作合同? (1)	200
保管合同实践性解说 (2)	202
消费保管合同 (3)	203
媒介居间的双重法律关系 (4)	204
第十一节 和解协议	206
最常见的无名合同 (1)	206
和解协议中, 被违约人的抉择 (2)	207
和解协议确定的赔偿额高了, 能否撤销 (3)	208
附生效条件的和解协议 (4)	209
王二麻子说, 看我的面子! (5)	210
律师应当掌握的一道司法考试题 (6)	211
更新与和解协议的区别 (7)	212
第十二节 定金合同	213
对定金的错误分类 (1)	213
立约定金与犹豫定金 (2)	213
立约定金一例 (3)	214
意外事件不适用定金罚则 (4)	215
鱼和熊掌, 可否兼得? (5)	216
“三金”运用技巧例析 (6)	217
六种担保金 (7)	219

◎第三部分 用益债权

用益债权、用益赠与、用益互易、用益对价、用益侵权、	
用益法律关系、用益权合同（1）	221
典权性质的变化（2）	222
用益权合同（3）	223
动产用益质权（4）	224
实物用益出资的评估及用益年限（5）	226
用益互易（6）	227
用益抵债（7）	228

◎第四部分 物权法

第一节 物权概述	230
“特定的物”是“特定物”吗？（1）	230
天然孳息与法定孳息（2）	231
天然孳息与从物（3）	232
物权优于债权一例（4）	234
物权排他效力一瞥（5）	235
未取得登记的不动产物权的处分（6）	236
一物多卖时的物权与债权（7）	236
第二节 善意取得与动产抛弃	237
善意取得之“有偿”（1）	237
动产善意取得人何时为善意？（2）	238
对自己的动产能否善意取得（3）	239
带泪梨花各不同（4）	240
这只骂人的鹦鹉被善意取得了吗？（5）	241
动产善意取得后担保权的存废（6）	242
标的物中藏有钻戒，能否以重大误解为由撤销？（7）	242
动产抛弃发生“错误”，能否撤销？（8）	243

误把黄金当黄铜, 可否构成重大误解? (9)	244
第三节 他物权	244
他物权法律关系 (1)	244
他物权人对孳息的收取与取得 (2)	245
质权人收取何种孳息? (3)	248
表见地役权一例 (4)	249
混合担保时的责任 (5)	251
实行抵押权适用特别程序 (6)	252
所有权与抵押权的混同 (7)	254
以指示交付设立后次序质权 (8)	255
定作合同的承揽人不能成立留置权 (9)	256
第四节 占有及占有媒介关系	257
动产善意取得不是善意占有的效力 (1)	257
货币的占有与所有同一 (2)	258
间接占有是“裸体”本权 (3)	259
占有媒介关系是法律关系 (4)	260
出租人对次承租人的请求权及占有媒介关系连锁 (5)	262
交付的不同方向 (6)	263
指示交付设质的“三角法律关系” (7)	264
占有抗辩权 (8)	265
 ◎第五部分 侵权责任法	
准格言: “侵害一项权利, 产生他项权利” (1)	266
认定侵权责任的相当因果关系 (2)	266
八种违法阻却事由 (3)	267
紧急避险: 法益的冲突 (4)	268
补充责任与连带责任的区别 (5)	270
医院轻过失能否免责? (6)	274

今天是2012年12月21日（7）	275
无意思联络分别侵权的按份责任（8）	276
高度危险责任之一种（9）	277
动物致害责任（10）	277
对有体物的用益侵权（11）	279
用益侵权一例（12）	280
对作品的用益侵权（13）	281

◎第六部分 婚姻法、继承法

冒名婚姻之效力（1）	283
“离婚协议”的三个具体问题（2）	284
思辨：无人继承的遗产先成为无主物吗？（3）	285
自书遗嘱应当手写（4）	286
后老伴在对方以遗嘱处分全部财产后还能拿到遗产吗？（5） ...	287
遗嘱：期待权与既得权之别（6）	288
继承人在被继承人生前放弃继承权的效力（7）	288
夫妻一方放弃继承是否须经配偶同意？（8）	290
附“既成条件”的放弃遗产的协议（9）	291
必留份与特留份（10）	291
遗赠扶养协议的给付（11）	292
遗赠扶养协议双方有无任意解除权？（12）	293
遗赠扶养协议扶养人的资格（13）	294
限制行为能力人可否为遗赠扶养协议的“遗赠人”（14）	295
监护人可否代理被监护人签订遗赠扶养协议？（15）	296
赠与、死因赠与、遗赠扶养协议、遗赠（16）	297
“继承权”的行使受2年诉讼时效的限制吗？（17）	298

◎第七部分 律师操作

律师抛出观点的时机（1）	300
--------------------	-----

债务人欠缺偿债能力，债权人怎么办？（2）	301
不要轻易提出证据（3）	302
不同权利的先后行使（4）	302
欠条还是收条（5）	303
强制性规定的“合法规避”（6）	305
律师的一项基本功：发现合同默示条款（7）	306
在竞合中选择（8）	308
一种风险极大的质押（9）	308
避免举证责任的一个技巧（10）	310
无须举证的阶梯式抗辩（11）	310
共同危险行为的举证问题（12）	313
律师要善于发现或界定当事人行使形成权的行为（13）	314
无权占有人如何打赢官司？（14）	315
分析案情，应注意基础法律关系的存在（15）	316
此案的突破口在哪里（16）	317
中断诉讼时效的技巧（17）	318
诉讼时效期间届满后，债权人还有机会（18）	319
“开始的当天不算入”（19）	321