

 麦读 MyRead

The Essence of
Civil and Commercial
Law Practice

高杉 Legal 

民商法实务精要 ④

高杉峻 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

高杉 Legal

民商法实务精要 4

高杉峻 主编

撰稿人名单

柏钦涛	陈 汉	陈诣文	崔 琦	郭君磊
郭璇玲	韩 蛟	华轶琳	扈天利	敬 玲
孔政龙	李 挺	罗 为	孟恩海	潘欣荣
余陈平	王国聚	王 军	王新锐	王 洋
吴 宁	熊定中	许海波	徐海谋	许建添
许彦生	闫飞翔	岳 鹏	张 敏	

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

民商法实务精要. 4/ 高杉峻主编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8297 - 4

I. ①民… II. ①高… III. ①民法 - 中国 - 文集②
商法 - 中国 - 文集 IV. ①D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 038451 号

策划人 曾 健 肖瑾璟

责任编辑 靳晓婷

封面设计 乔智炜

民商法实务精要(4)

MIN SHANG FA SHI WU JING YAO (4)

主编/高杉峻

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 毫米×960 毫米 16 开

版次/2017 年 3 月第 1 版

印张/17.5 字数/268 千

2017 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8297 - 4

定价:59.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话:66026508

邮政编码:100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66034242

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010-66032926)

评审团成员

柏钦涛	曹会杰	陈 淦	陈 汉	陈现安
崔 琦	董 庶	方向东	冯 兢	冯明辉
高杉峻	高 翔	葛黄斌	关 倩	韩 冰
黄琳娜	黄 胜	李迎春	刘乃进	梅丽鹏
乔 茜	秦悦民	屈子建	沈 诚	田朗亮
田 璐	王 静	王 军	王 潇	王新锐
王雅琼	韦 剑	熊定中	许海波	杨静安
杨元庆	姚明斌	袁晶晶	曾大鹏	张 健
张 敏	赵国庆	赵俊杰	郑 睿	

自序

《民商法实务精要》系「高杉 LEGAL」微信公号所发布文章的系列精选辑。2015 年 4 月推出了《民商法实务精要》第 1 辑,到本辑已是第 4 辑。读者的厚爱和支持,是对高杉 LEGAL 评审团每位成员和《民商法实务精要》每一辑全体作者以及我个人的莫大肯定。

关于为什么要做「高杉 LEGAL」这样一个法律实务文章原创分享的平台、对「高杉 LEGAL」的定位有何主要考虑、LEGAL 微信群如何建立、LEGAL 评审团如何运作等问题,前三辑的序言均已一一向读者做了说明。借本辑写序的机会,我想和读者谈一下我对如何写作法律实务文章的一些理解。

真正的面向法律同行的实务文章的写作,既不应是学术论文式的写作,也不应是普法介绍式的写作,而应提炼出办理诉讼及非诉案件中碰到的真问题并对其进行充分结合法条和案例的分析。

第一,写作实务文章不追求结论的唯一正确性,而是向读者充分展示具体法律问题在实务中的各种可能性和不同的应对措施及相应风险。

第二,如果某个问题,实务中确实存在多种分歧观点而作者仅认同其中一种观点时,作者应在文中向读者提示其他观点的存在,且应清醒地判断出多种分歧观点中哪一种是实务主流观点(如果有的话)并告知读者。

第三,任何一级法院的已有案例都只是实务写作的素材,我们不认为其绝对正确也不认为其绝对错误,法院案例只是揭示了实务观点的一种

可能,同一法院不同法官观点可能不同,同一法官的观点也可能发生变化。但为尊重司法权威起见,行文中涉及某判决且不认同该判决观点时,应仅就事论事进行温和商榷。

第四,多谈解释论,少谈立法论。如果一篇文章以对现行主流观点的批评以及立法建议为主,那么这篇文章就很难称为是一篇真正的实务文章。

以上都是我个人的一些理解,供有意投稿的作者参考,也是对读者阅读「高杉 LEGAL」有所帮助的背景资料。如读者有任何建议,或发现本书的错漏之处,请添加我的个人微信号:legalgaoshan,即可交流讨论。

高杉峻

2017年3月

目 录

实务指引	3	法律人的商业价值 熊定中
	16	法律行业知识储备与管理 崔琦
	27	怎样做好一名法务 柏钦涛
	36	合同示范条款：送达条款 徐海谋 孟恩海

债与合同	43	合同解除异议案件的审查要点 ——兼论对《合同法司法解释(二)》第24条的理解 李挺
	55	税费负担条款的法律风险分析及建议 扈天利
	66	涉发票纠纷民事案件裁判规则评析 王国聚
	78	买卖不破租赁与房屋预告登记的适用关系分析 陈诣文
	86	承揽合同与雇佣合同的实务区分 韩蛟

- 物权与担保**
- 103 **房地产项目地下空间权属的实务分析**
孔政龙 余陈平
- 115 **最高额抵押债权的确定**
许建添
- 125 **应收账款质权实现难点及应对路径**
敬 玲
- 133 **担保型买卖合同的效力**
——《民间借贷规定》第24条的理解与适用
潘欣荣
-

- 家事法**
- 147 **离婚时共同还贷房产如何分割**
——具体计算公式的分析与完善
郭璇玲
- 164 **配偶一方因离婚财产分割协议取得的债权与第三人
债权的清偿顺序问题**
吴 宁
- 171 **遗嘱起草指要**
陈 汉
- 176 **家事法非诉业务指引**
陈 汉
-

- 公司法**
- 193 **公司法教科书的理论架构与实务资料**
王 军
- 203 **公司证照返还纠纷诉讼指引**
华轶琳
- 214 **名股实债纠纷裁决路径分析**
闫飞翔
- 225 **股东除名决议效力的认定**
岳 鹏 王 洋

-
- 金融法及其他** 235 **《P2P 管理办法》解读及平台合规建议**
郭君磊 王新锐 罗 为
- 246 **差额补足或流动性支持措施的实务分析**
许彦生
- 252 **“伞型信托”法律问题析**
许海波
- 266 **私募,如何募集才合法合规**
——解读《私募投资基金募集行为管理办法》
张 敏

实务指引

法律人的商业价值

熊定中*

一、前言

2016年上半年,阿里巴巴集团的慎凯先生,在荷兰威科集团赞助召开的国内互联网法务大会上,介绍了阿里巴巴集团大法务部门的工作范围和战略规划。无独有偶,2016年下半年,在腾讯研究院举办的几次活动中,司晓先生也公开提及腾讯法务(研究)部门的布局 and 规划。

如果听过前述这些介绍,我们可能会得出这样的结论:在二十世纪八九十年代,法律界是法学家的天下,大家都在听江平老师这样的学界大师解读改革开放后制定的法律;而后近二十年,变成了律师界人物各领风骚,顶尖律师们在有社会影响力的案件和商业项目中,创设了一大批民事、商事行为规范;但接下来的时代,可能属于法务人员,尤其是巨型互联网企业法务的天下。

为什么这么说?因为商业和法律的结合是大势所趋和时代潮流,对此,位于商业一线的顶尖互联网企业的法务人员比学者、律师更有发言权。严格来说,本文的主题也更像是大公司总法务所探讨的内容,但我作为律师,恰巧也同时担任一些公司的外部法务主管,实质上负责了企业内部风控流程等,因此想将自己对于法律人的商业价值的思考与诸位分享、一同探讨。

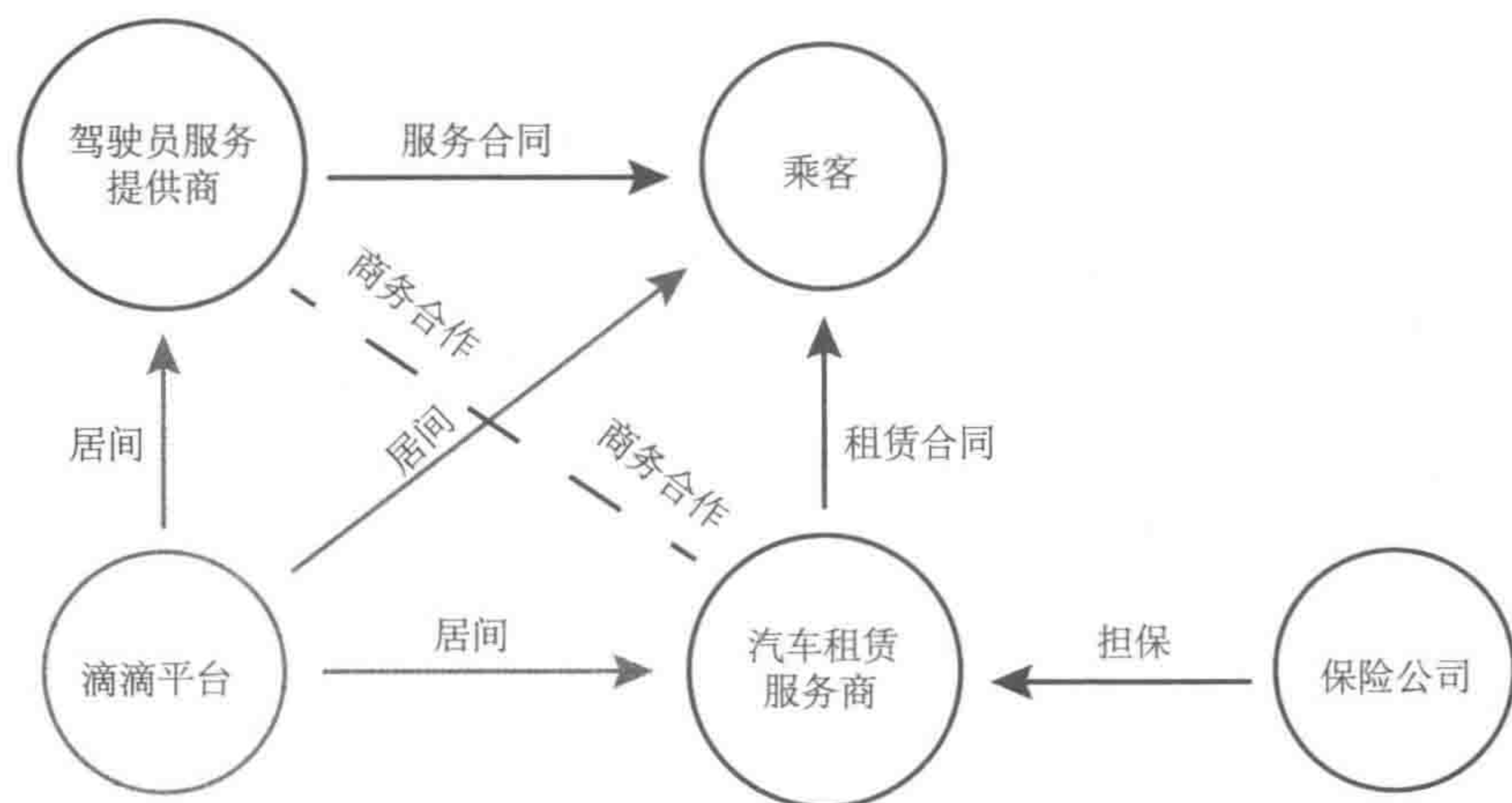
* 北京清律律师事务所主任、首席合伙人,清华大学法学学士,德国帕绍大学法律硕士,微信号 siberwaage,电子邮箱 xiongdinzhong@tsinglaw.com。

二、法律人如何理解商业逻辑

首先需要说明的是,本文提到的商业内容与在机场书店陈设的成功学鸡汤是有本质区别的,虽然在此说的是商业逻辑,但实际上,这是一个美学概念。

在校读书时,我们曾把王泽鉴老师的《民法学说与判例研究》奉为圣经,它所阐述的请求权基础理论为我们展现了一种至美的思辨逻辑。而在工作之后,我们接触到的是这样的法律关系:

滴滴法律关系 



上图是我根据现有的公开的协议和规则所归纳的滴滴的法律关系结构图(以下还会提到其他很多公司的商业产品,都是根据公开文件倒推出来的法律关系,不涉及任何公司的商业秘密)。如上图,滴滴和驾驶员服务提供商是居间关系,乘客和驾驶员之间有服务合同等,有各自独立的法律关系。这是一个典型的商业产品的法律关系结构图。这样的结构应该不是滴滴的总裁或者 CEO 设计的,他们只想要解决一个痛点——大家打不到车却有很多车在路上空跑。如何去解决这个痛点,是产品经理的事情,而在有了商业方案后,如何去搭建配套的法律关系结构,就是企业法务需要解决的问题了。

滴滴的法律关系图很简单,它遵循了设计商业产品的法律结构的基本原则,也即我们通常所说的奥卡姆剃刀定律——简洁。

我们在为商业产品设计法律关系结构时,核心目的之一即增加交易安全性。而如何实现这一目的?治标的方法是使每个展现法律风险的文件更周密,如使条款表述更精确、结构更严谨,以增强法律风险的可控性。那么治本的办法呢?答案是减少法律关系。一个复杂交易将涉及一整套法律文件,如果内容差不多的话,签五个合同一定比签两个合同的风险概率高。虽然上图中滴滴还可以加入租赁、劳务等很多法律关系,但法律关系加得越多风险概率越高。

因此滴滴所采用的这种简洁的法律关系结构,体现了商业逻辑中的美:效率+安全。一个更有效率、更加安全的交易才是漂亮的交易,本文正是从这个角度来探讨商业逻辑的。

三、法律人为什么要理解商业逻辑

如果说前些年这还是一个问题的话,那么近两年,至少在顶级的互联网企业里,这已经不是一个问题,而是一个基本要求了。阿里巴巴的慎凯先生在会上说了一句有趣的话:“我不和你们律师比专业,不比对于法律条文的熟悉程度,但是在商业一线上,没有人比得过我们。”这是公司法务独特的优势,更是法务不得不为的事。

为何?因为传统意义上的公司法务部门是一个资源消耗部门,不产生利润但支出成本;同时,法律人有风险回避的本性,对于商业产品,业务部门关注的是能有多少利润,而法务部门则考虑是否合法、风险多少,并因此可能否决一个合同或项目,而与业务部门产生冲突。因此法务部门天然受到追求利润的老总和业务部门的抵触,法务部门也常吐槽自己为边缘部门。

现状如此,在互联网迅猛发展的大背景下,有没有法律人的转机?有没有法律人的春天呢?

我们可以从这个角度看,盈利=营收-成本。业务部门创造营收,法务则可以降低成本:一个是保证营收模式合法,如果新的营收模式违法导致公司被吊销执照,根本就不用谈盈利了。另一个就是降低违约风险。

在新时代背景下,部分走在前沿的公司,如一些大型互联网企业的法务已公开承认,现在法务部门不仅仅是成本部门,实施上也在创造广义上的盈利,为企业开拓市场提供了有力帮助,甚至通过参与立法来争取公司的行业地位。法律人正在以下这些新兴领域创造自己的商业价值:

(一)新产品合规

这是一个新兴的重点领域。需要说明的是,这里的“产品”是广义的,是一种商业模式,不是特定的实物产品。

在此,以360和百度的不正当竞争案件为例。360安全卫士某天突然上线了一个新功能,即360用户在电脑上用百度进行搜索时,360会在搜索页面给百度的广告插标,提示用户这是推广,并有“可能存在虚假链接”等表述。当时《互联网广告管理暂行办法》尚未实施,无须标注付费搜索广告,因此百度以此及其他一些理由诉360不正当竞争,案件最终一直诉到最高院,结果360败诉。

本文不讨论这个案例的法律争议本身,而关注其反映的三个有趣的要点:流程、权限、工作。

第一,日常流程中,360软件新增这个功能的时候业务是否提前通知了法务?第二,如果业务告知了法务,法务是否有权驳回这样一个看上去是技术改进的申请?第三,如果最后公司负责人决定不管是不是违法、是否有风险都要做,法务要不要配合、如何配合?

从公开信息来看,360在做此产品时法务似乎是不知道的,可能即使知道也无权驳回,但最终法务部门却需花费极大人力物力去处理这个案件。如法务事先知晓并充分准备,结果是不是就可能不一样了?

上述所说第三点涉及“商业决定”的概念,如果最后是公司负责人决定要做,那么律师和法务能做什么?假如一个合同可给公司带来5000万的预期利润,但合同有很多风险,面对2000万的风险和1个亿的风险,公司负责人的商业决策是否会不同?法律人在此应提示公司负责人风险是什么以及发生风险的大致概率,提供充分的信息,展现全部的操作路径以及相应的结果,从而让公司负责人的商业决定更加客观、理性,至少是对信息充分进行评估后才作出权衡(而不是拍脑袋)。此即法律人的商业价值所在。

(二) 营销方式

新广告法实施后,推广方式的合法性成为广告企业和快消企业的重要问题,也是这些公司法务经常需处理的咨询。

如 iPhone 6s 的一个广告语“唯一的不同,是处处都不同”,引起了极大争议,在全国各地都有职业索赔人向工商局投诉,这句话读起来有点怪,因为至少 iPhone 6 与 iPhone 6s 在大小上就是一样的。从公开途径听闻苹果公司内部对此广告语是存在异议的,但最后还是采用了。那么商业决策点可能是:如果这句话那么深入人心,可能使销量提升,而预估处罚是可以承受的,那么就认罚吧。

再如,前段时间广州恒大队在足球比赛时临时换了球衣上的广告,大家都知道这是违约的,但是如果法务或律师给出了风险评估,认定违约责任在可承受范围内,商业决定可能就是做。

(三) 项目开发

现在出现了很多的项目开发需求,而哪些项目是法律人的新战场呢?有如下几个要点:

首先是高频次的产品需求。以前我刚入行时给三星(中国)的首席法律顾问做助理,当时三星要在中国建一个船厂,这个事情很可能几十年都不会发生一次,需要律师提供专项法律服务,法务的价值不突出。但如一个广告文案明天就要上线,或者明天公司要做商业产品上的技术改进,来不及聘请律师,只能求助于内部法务:第一,这事情能不能做?第二,如果不能做,怎么改?第三,如果无法改,风险是什么?对于这种高频次的需求,法务可以有很高的参与度。

其次是多产品线。目前中国的新兴行业发展十分迅猛,出现各种新型商业产品,涉及社会方方面面,而立法未及时跟进,导致法律的模糊地带很多,如网约车业务已经非常成熟,滴滴已经估值几百亿美元,如此大体量的市场仍在争论合法性问题,在互联网时代之前难以想象。对于这些新兴行业的、多产品线的公司如 BAT[即百度公司(Baidu)、阿里巴巴集团(Alibaba)、腾讯公司(Tencent)],需要熟悉商业规则的法务人员为新产品出谋划策。

最后就是违法责任判断,这个在广告领域尤为明显。可能出现花几百块钱做了一个广告最后被罚几十万的情形,但因为法律没有也无法面面俱到,广告合法性的判断成了极具技术含量的问题。业务是无法判断的,这是法务的挑战,也是机遇。

四、商业逻辑是什么

商业逻辑是为实现某种商业目的,基于特定逻辑构建的体系。商业逻辑的发展阶段如下表:

互联网时代的商业逻辑	4.0	招财宝……
高阶的商业逻辑	3.0	期货交易为代表的非即时交易
复杂的商业逻辑	2.0	一般等价物为中介的商品交换
简单明快的商业逻辑	1.0	原始社会以物易物

原始社会的商业目的无须赘言。一般等价物的商业目的是什么? A 有衣服 B 有食物, A 想要 B 的食物但 B 并不想要 A 的衣服,此时 A 需要有中间物(货币)去换取 B 的食物。后来发展出了期货交易,它的商业目的是让企业锁定原材料价格,使未来支出可控,如钢材的价格会产生波动,但就特定订单来说是以固定价格进行交割,从而控制了成本。虽然后来期货成了一种金融产品,但这跟初始商业目的无关。

本文重点探讨互联网时代的商业逻辑。以支付宝的理财产品招财宝为例,我们仔细分析用户协议,可得出法律关系结构图如下: