



天同律师事务所

编著

诉讼卷

人民法院出版社

天同

2015 — 2016

精选集



天同律师事务所

编著

天同 诉讼卷

人民法院出版社

天同

2015 — 2016
精选集

图书在版编目 (CIP) 数据

天同诉讼圈精选集. 2015-2016 / 天同律师事务所编著. -- 北京:
人民法院出版社, 2017.5

ISBN 978-7-5109-1808-7

I. ①天… II. ①天… III. ①诉讼—案例—中国

IV. ① D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 090853 号

天同诉讼圈精选集 (2015—2016)

天同律师事务所 编著

责任编辑: 兰丽专 赵作棟

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550626 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ: 2092078039

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787×1092 毫米 1/16

字 数: 612 千字

印 张: 45

版 次: 2017 年 5 月第 1 版 2017 年 6 月第 2 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5109-1808-7

定 价: 148.00 元

版权所有 侵权必究

卷首语

一转眼，“天同诉讼圈”已经满3周岁了。在这3年多时间里，我们发布了超过1200篇文章，其中超过80%是天同律师有关诉讼知识与经验的原创。借助于移动互联网，这些文章广为传播，累计阅读数超过3400万。

我们相信，好内容不会只有一时的生命。在2015年年初，我们就尝试印制了1000册2014年“天同诉讼圈”精选集，23分钟之内就被抢光。这一次，我们想更好地呈现内容，把它分享给更多的人。

我们梳理了“天同诉讼圈”2015年和2016年发布的内容，精选了其中最受欢迎、最具深度的87篇文章，通过人民法院出版社正式出版发行。精选集的栏目也有了很大的变化，而它的背后，正是天同律师事务所本身的变化。

这两年，我们的四合院里新来了3位合伙人。他们在过往职业经历中积累的出色能力让我们在高端民商事争议解决领域的的能力拼图更加完整。

“民商辛说”栏目的主持人辛正郁老师原为最高人民法院民一庭审判长，他的理论功底和审判业务就算是在高手如云的最高人民法院也是相当出色的。他的加盟让我们能够更好地理解法官的裁判思路，拥有更强的结合理论与实践的能力，从而在复杂民商案件处理的更高层面发挥作用。

“法务芳谈”栏目的主持人朱华芳律师原本是世界五百强企业中国中化集团的法律部副总经理，她的加盟帮助我们补足了涉外诉讼仲裁业务领域的能力。同时，央企法务的出身使得她更懂法务，也帮助我们全面提升了服务法务的能力。

“抗诉真言”栏目的主持人王真律师曾经是北京市人民检察院的一位检察官，获得过首届“全国检察机关民事行政检察业务竞赛”的第一名。她的加盟帮助我们补足了民事抗诉业务领域的能力，成为我们既有的再审案件业务链的自然延伸。

更让我们感到高兴的是，新同事的加入并没有让天同一贯的分享精神和“天同诉讼圈”传播诉讼正能量的初心有丝毫改变。无论工作多忙，天同的律师们仍然会用心地准备文章，毫无保留地和大家分享我们在案件代理和课题研究中的知识成果。

新加入的3位合伙人兴致盎然地开办了专栏，每周定期更新；年轻律师们积极参与到各个栏目的写作中，带来丰富多彩的选题视角；更不用说已经从知识主管晋升合伙人的陈枝辉律师，从“天同诉讼圈”创办之初就每周推出一期“天同码”，已经坚持了3年有余。

常常有人对此表示不解，问我：“蒋律师，你们这样开放自己的知识成果，担心培育竞争对手，削弱自己的竞争优势吗？”

我总是笑着摇摇头说：“其实恰恰相反。”

竞争优势不是靠保守得来，而在于自身的不断进步。更重要的是，这些年来，我们从开放中收获了很多。

开放让我们收获了更多进步。“天同诉讼圈”每天的发稿压力促使我们在平日的工作中不断学习、思考和总结。每一次写作的过程，也是我们不断整理知识，把它内化于心的过程。每每想到这些文章将被全国众多的法律人审视，我们就立马打起十二分精神，反复打磨，力争呈现最好的内容。就拿我自己来说，正是不能让“每周蒋讲”栏目“空窗”的压力激励我无论再累再忙，都一

定会挤出时间来写作和思考，收获了难得的成长。

开放让我们收获了更多朋友。目前，“天同诉讼圈”的粉丝数量已经突破35万，其中有许多是我们的律师同行，也有法官、检察官、公司法务和法学院学生等。他们在文章的评论区与我们互动，甚至特意撰文与我们商榷，让我们受益匪浅；他们在“天同开放日”来到我们的四合院，分享他们的故事，也进一步了解天同；他们向我们发来了分享交流的邀请，我们也由此认识了全国各地更多的法律人，无论是知识上的交流还是业务上的合作都越来越密切。

开放让我们看到了律师行业的变化。过去，或许正是由于对削弱自身竞争力的担心，许多律所和律师都希望把自己封闭起来，行业里的交流机会并不多见，执业中的困惑也只能独自摸索。但当我们主动开放自己，我们发现，越来越多的同行也乐意向我们开放，向全行业开放。最近这几年来，开放已经逐渐成为整个行业的风气。越来越多的律师同行乐意通过写文章、做演讲等方式，分享自己的知识和技能。越来越多的人相信技术是可以驱动法律的，并且愿意为之努力。律师行业的力量因此被空前地凝聚了起来，包括我们在内的每一位律师都能从这样的风气里获益。

这时常让我回想起2013年的冬天，我们筹划给这个即将开通的微信公众号取名的时候。大家七嘴八舌，一直没有讨论出满意的方案。最后我说，就叫它“天同诉讼圈”吧，这源自于天同为自己设定的愿景：参与打造一个更加公平正义的法律生态圈。

在那时，我其实并不确定这样的“诉讼圈”能否真正为“更加公平正义的法律生态圈”贡献力量，但渐渐地，我发现，“诉讼圈”传播的专业法律知识在这个移动互联网的时代充分地发挥了“圈层效应”，让共同关注这些知识的法律人因此在线上被识别出来，连接起来。法律人的身份认同被强化，地域的边界被打破，无边界的交流和协作也成为可能。这样一个在线上聚成的“诉讼圈”，竟实实在在推动着我们，朝着那个有关法律生态圈的愿景迈进。

因此，当我们重新审视“天同诉讼圈”这两年来发布的内容和我们在这两年里的成长，我们无比庆幸。拒绝开放或许能让我们在封闭领地里短暂地自成一体，却会与这个正在飞速成长的广阔世界失之交臂。虽然我们也曾经为是否向同行开放、是否创办微信公众号有过犹豫，但我们最终坚定地迈出了这一步。

我们必须感恩这个时代。它让我们这一步可以被更多人看到，把我们和所有乐意开放的人连接在一起，由此碰撞出无限可能。

我们更感恩陪伴我们一路走来的你们。你们的真诚和善意让我们的开放之路愈加坚定，你们的关注与支持是让我们努力进步的不竭动力。我们深知，“天同诉讼圈”早已不只属于天同，而是承载着所有热爱诉讼的人对诉讼的坚持与执着。

我们精选这两年来“天同诉讼圈”上的内容，付梓成册，呈现为更加厚重的纸质书，是对这两年来我们一同成长的时光的纪念，亦是对未来的期许。

都说这是一个线上线下相融合的时代，未来，我们希望“天同诉讼圈”也能像它曾经生产的这些内容一样，从线上走到线下，让热爱诉讼的人们有机会做更深度的交流，让那些在线上广为传播的诉讼理念与方法在我们的不断切磋中，真真切切地融入我们的日常工作，进一步提升法律行业诉讼业务的整体水平。

3年前，无讼阅读 App 在首个国家宪法日举办的发布会上，我的演讲主题就叫“法律人的大连接时代”。未来，我们将更加深度地融入这个“法律人的大连接时代”，更加努力地提供更有价值的内容，为诉讼生态圈乃至整个法律生态圈贡献更多建设性的力量。

愿与你携手，共创未来。

蒋 勇

2017年5月

目录

民商辛说 MINSHANG XINSHUO

从最高人民法院到天同，我对法律的爱以终为始	辛正郁 / 003
物权法司法解释拾遗系列：流押禁止不必如此强势	辛正郁 / 011
物权法疑难问题再思考：不动产善意取得中的无权处分	辛正郁 / 027
物权法疑难问题再思考：特殊动产物权变动登记对抗之理解	辛正郁 / 036
物权法疑难问题再思考：《物权法司法解释（一）》重点内容理解	辛正郁 / 043
对方同意在合同权利义务转让中的法律效果	辛正郁 / 057
以物抵债法律性质刍议	辛正郁 / 064
以物抵债与物权变动	辛正郁 / 071
以物抵债与保证责任	辛正郁 / 079
最佳证据规则的实践把握	辛正郁 / 084

“天价”约定违约金该如何“适当减少”	辛正郁 / 090
出质人处分已出质机动车是否构成无权处分	辛正郁 / 102
特殊动产抵押权善意取得构成要件简析	辛正郁 / 108
主合同被转性认定时的担保人责任	郑 杰 / 114
主债权转让, 质权是否随同移转	郑 杰 / 123
合伙人越权提供合伙企业担保的效力	郭佑宁 / 131
指示交付中的“指示”和“交付”	石 睿 / 138

天同码 Tiantongma

最高人民法院要案传真: 天价违约金被支持	陈枝辉 / 147
最高人民法院要案传真: 以物抵债的诺成性质	陈枝辉 / 155
最高人民法院: 民间借贷, 还是真的房屋买卖	陈枝辉 / 164
最高人民法院 2016 年公报: 精选十大民事案例	陈枝辉 / 178
最高人民法院 2016 年公报: 精选十大商事案例	陈枝辉 / 193
一方当事人犯罪, 合同是否有效	陈枝辉 / 212

下午茶 Xiaowucha

股东不履行清算义务承担连带责任的实务分析	刘 欢 李文奇 / 231
最高人民法院观点: 法定代表人身份的公示效力如何认定	李 谦 / 237

因关联交易所致公司的可得利益损失能否获赔	彭 卿 李 皓 / 243
约定利息超出银行同类贷款利率的 4 倍, 一定得不到支持吗	曹玉龙 / 247
施工合同无效, 当事人是否有权选择工程款的结算方式	宋 峰 / 252
招投标瑕疵的建设工程施工合同是否有效	张小健 / 257
未经批准的矿业权转让合同, 如何判断合同效力	欧阳春 / 262
如何认定委托质物监管合同的性质及质物是否存在	石 睿 / 270
法院对现金交付的效力认定	孟也甜 / 275
借新还旧保证人免责的适用范围与裁判思路	刘 欢 / 283
金钱质押“特定化”的裁判规则和律师建议	孟也甜 / 288
主债务人破产后, 保证人的责任范围是否受破产程序影响而减少	孟也甜 郑 杰 / 295
连带保证的债权人向部分保证人追讨, 效力是否及于其他保证人	王 峰 / 301
预告登记能否排除生效裁判文书导致的物权变动	张小健 郭佑宁 / 306
一图看懂案外人救济途径怎么走	曹玉龙 李文奇 / 311
构成、基数、标准: 计算金钱债务迟延履行利息的三个要点	李 谦 / 315
办理债权文书强制执行公证的三大风险争议点	孟也甜 / 320
《民事诉讼法司法解释》对“合同履行地”的再定义	杨骏啸 / 327
《民事诉讼法司法解释》对管辖权异议模糊处理, 司法实践应如何应对	李 皓 / 332
《民事诉讼法司法解释》法定再审事由实务解读	王 峰 / 337
分期履行的租赁合同, 诉讼时效何时起算	杨骏啸 李 谦 / 344
起草争议解决条款, 哪些错误不能犯	王 峰 宋 峰 / 351

抗诉真言 KANGSU ZHENYAN

- 从检察院到天同，只是转身，并未远离 王 真 / 361
- 一图看懂案外人救济的另一条途径：申请检察监督 王 真 / 367
- 民事检察监督不是抗诉那么简单 王 真 / 377
- 敲开检察监督的第一道门——提交申请材料 王 真 宋 峰 / 385
- 撰写检察《监督申请书》不能犯的那些错误 王 真 / 395
- 私人印章的法律效力 王 真 / 406
- 事实问题还是法律问题？两则抗诉案例告诉你 王 真 郭遥远 / 413
- 四张图告诉你：民事抗诉案件有多少被支持 王 真 王 峰 / 421
- 这五大民事诉讼抗诉程序的要点，经常被律师误读 王 真 王 峰 / 431
-

涉外邦 SHEWAIBANG

- 纽约南区法院凭什么罚中国银行的款 朱华芳 石佳筠 / 443
- 这起涉外仲裁案例，读一个顶十个 朱华芳 / 456
- 到底按谁的规矩办——图解国际商事仲裁法律适用 朱华芳 / 466
- 到底归不归它管——承认及执行外国仲裁裁决公约适用的六个误读 朱华芳 / 477
- 涉外民商事案件集中管辖实务简析 朱华芳 / 486

那些我们追问过的国际商事仲裁问题——仲裁与诉讼的 PK	朱华芳 / 492
中国企业必须了解的美国民事诉讼第一利器——Rule B 扣押令	朱华芳 / 500
香港形成证据之使用攻略	曹玉龙 / 508
2000 ~ 2015 年，不予承认和执行的 30 个外国仲裁裁决	曹玉龙 / 515

法务芳谈 FAWU FANGTAN

从央企法务到天同律师，视角转变，初心未改	朱华芳 / 529
最高人民法院裁判规则：企业国有资产交易未履行规定程序的效力	朱华芳 / 538
看美剧学法律：16 个问答带你系统认识律师 - 当事人特免权	朱华芳 / 550
10 个问答，读懂内地与香港判决相互认可和执行	朱华芳 / 559
最高人民法院案例：“动摇”一份仲裁裁决的路，他们——走过	朱华芳 / 568
法务技能 get：9 个案例告诉你如何起草和审核合同仲裁条款	朱华芳 / 578

每周蒋讲 MEIZHOU JIANGJIANG

青年节致青年律师：其实你比想象的更强大	蒋 勇 / 589
天同内部讲话：让我们为胜利欢呼	蒋 勇 / 595
是资源，而非成本：律师人才的选、育、用、留	蒋 勇 / 603
解密：天同合伙人是怎样分配利润的	蒋 勇 / 611
相较于利润分配，律所架构是更高位阶的考量	蒋 勇 / 617

四个版本更迭：更高效的律所模式是什么样的	蒋 勇 / 623
法律服务互联网化与工匠精神是对立的吗	蒋 勇 / 630
大数据能为律师行业带来什么	蒋 勇 / 636
哈佛大学演讲：从天同到无讼，看中国律所在互联网上的探索	蒋 勇 / 642
哈佛大学演讲：从交易成本理论看互联网背景下律所的组织结构变革	蒋 勇 / 648

法务圈 FAWUQUAN

一文彻底读懂动产（大宗商品）质押的风险及其防控	李 皓 / 663
银行业诉讼研究报告：动态质押的效力及风控要点	刘 欢 / 674
企业贸易型融资的头等法律风险——合同性质不明	石 睿 / 679
大宗商品贸易中货物单证流转的风险	石 睿 / 684
全面解析融资性贸易的七大交易模式（一）	王 峰 石 睿 / 690
全面解析融资性贸易的七大交易模式（二）	王 峰 石 睿 / 694
全面总结“融资性贸易”纠纷的几个重要特点	王 峰 石 睿 / 699
“名为买卖、实为借贷”案件的裁判思路剖析	王 峰 石 睿 / 704

——民商辛说——

天
商

从最高人民法院到天同， 我对法律的热爱以终为始

◎辛正郁

他在最高人民法院任职 20 余年，审结近千件各类民事案件，多次参与司法解释执笔、起草和法律制定、修订工作，在学术领域亦多耕耘。而今，他离开钟爱的审判岗位，加入天同律师事务所。他是辛正郁。

因此，由辛正郁主笔/主持的天同诉讼圈全新栏目“民商辛说”应运而生。在今日这篇开栏文章中，辛正郁回忆了自己走上法律职业道路的过程和经历、对法官生涯的感悟与感恩，是对过往的纪念，更是对未来的期许：希望这个专注于解析民商实务热点难点的栏目，能将其多年来的所学所悟，与各位读者朋友分享。

“越专注，越宁静”。每周二晚 6 点，“民商辛说”期待与您共建一方民商实务问题交流探讨的净土。

一、注定之缘

知者乐水。吉林市，一个松花江穿城而过的北方城市，她是我的家乡。父亲是20世纪60年代的工大毕业生，身边的人常说：“你也得考上大学才行”，而我更想以后在父亲工作的国营工厂做一个工人，这样就可以永远和幼儿园的小朋友朝夕相处了。

那一天至今清晰印刻在我记忆里，一个普普通通冬季的周末下午。父亲要到市里办事，红旗牌“二八”自行车是他的座驾，而长长的横梁是我的专座。一路上，父亲时不时对我进行理想教育：上小学了，好好学习、天天向上是必须的。80年代初的北方工业城市，高楼大厦并不多见，遮挡少了，风景自然也就多了。指着一栋栋楼房问“这里是干什么的”，是我一路上最重要的问题。路旁矗立着一幢有至少两层楼高且宽阔台阶的建筑，不只气势恢宏，并不多见的明白色调在一众灰暗中也格外跳脱，“这里是干什么的？”我问。父亲侧头答道：“这儿是市司法局。”继续前行，父亲突然又补充道：“那里面都是带大盖帽的，还有枪，你好好学习考上大学，毕业了就能到这里工作。”那个时代老百姓对政法系统的直观认识，虽不准确但足够威武气派。

小学、初中、高中的学习按部就班，我偶尔淘气但还算务正业，学习成绩始终优异。记得一次开家长会，小学班主任对各位家长教育子女的方式方法乃至成效做了点评，我作为正面典型受到表扬，“娇惯而不溺爱”，是王老师对父亲的评价。父亲自己的总结则是注意培养孩子的学习兴趣、教会孩子学习方法最重要，不打孩子的经验之谈让我的童年平凡而幸福。高二期末，我们面临最重大的人生抉择是文理分班。有了数理化，走遍天下才不怕，那时的人们对此深信不疑。年级第一名当然得选择理科班，而我的最爱是语文、历史和地理，百般坚持下，我如愿成为文科班的一员。此后很多年，都不相信人生的轨迹真