

麦读 MyRead

The Essence of
Civil and Commercial
Law Practice

高杉 Legal

民商法实务精要 ①

| 修订本 |

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 1

| 修订本 |

高杉峻 主编

撰稿人名单

柏钦涛	曹会杰	陈 淦	陈现安	方向东
高杉峻	葛黄斌	关 倩	黄琳娜	刘乃进
庞小菊	沈 诚	许海波	姚明斌	曾大鹏
张 华	张 健	张 兴	朱庆育	

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. 1/ 高杉峻主编. —修订本. —北京:
中国法制出版社, 2018. 6

ISBN 978-7-5093-9561-5

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(2018)第 127194 号

策划人 曾 健 肖瑾璟

责任编辑 谢 雯

封面设计 乔智炜

民商法实务精要(1)(修订本)

MINSHANGFA SHIWU JINGYAO (1) (XIUDINGBEN)

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/2018 年 6 月第 1 版

印张/20.25 字数/302 千

2018 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9561-5

定价:59.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:010-66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:010-66010493

市场营销部电话:010-66033393

邮购部电话:010-66033288

(如有印装质量问题,请与本社印务部联系调换。电话:010-66032926)

评审团成员

柏钦涛	曹会杰	曹志勋	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	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	

代序

源起与致谢

不少朋友问过我,为什么会花费如此之多的业余时间,创建「高杉LEGAL」这样一个微信公号,专注于高品质民商法实务文章的持续分享?答案其实很简单,就是为了促进对中国民商法实务的研究与交流。

很多人行多年的法律界同仁往往都有过这样的感受,不管之前接受了多少年的法学院系统教育,也不论司法考试的分数有多高,当真正开始法律职业生涯而去做检索、审合同、写文书的时候,却会发现自己几乎不知道该从何处下手,这反映了国内法学院教育中法律实务技能培训的欠缺。而另一种常见的情况,就是在国内大量非诉业务的交易中,大家会使用很多明显源自英译中的合同文本,而其中不少用语在中国法的语境下其实难以得到准确解读,这也反映了法律实务界本身研究的不足与交流的不充分。

自2014年1月19日第一篇文章《民商法实务书单》推送以来,微信公号「高杉LEGAL」已连续发表近300篇民商法实务文章,此次出版的《民商法实务精要》一书,系从上述近300篇文章中精选了28篇。这其中既有《民商事案件法律检索标准流程》《尽职调查实用网站汇总》《律师审查合同经验谈》这样的基础技能类文章,也有《债权行为与物权行为的区分及在司法实践中的运用评析》《不当得利纠纷中“无法律上原因”的证明责任分配》《公司越权对外担保的效力研究》这样的传统民法类文章,还有《对赌条款分析与设计》《家族信托实务的若干思考》《PE投资中的风险管理和争议解决实务问题》这样的新型业务类文章。衷心希望微信公号「高杉LEGAL」能够持续作为法律实务界研究、分享与交流的优质中立平台,并能有助于中国法律行业技术层面的整体发展。

从微博到微信公号再到纸质出版,一路走来,感谢各位作者的辛勤写作与投稿支持;感谢何帆(最高人民法院),@倾城(恩施州中级人民法院),关倩、魏明(江苏省高级人民法院),王静(南京市中级人民法院),黄成(重庆市高级人民法院),胡清平、罗莱娜、@诺诺多(iCourt),梁金涛(计兮网),李江、喻阳[威科先行(Wolters Kluwer)法律数据库],吴秀军、肖瑾璟(人民法院出版社),@汉德法官,@海坛特哥,@张子菡,@陈别

扭,陈汉(中国政法大学),郑戈(上海交通大学),郑睿(上海海事大学),姚明斌、高翔(华东政法大学),田璐(西南政法大学),邹义(君泰律师事务所),许海波[金诚同达(上海)律师事务所],杨元庆(北京市华贸硅谷律师事务所),沈诚[盈科(上海)律师事务所],李迎春[盈科(深圳)律师事务所],何远(浙江泽大律师事务所),熊定中(北京华沛德权律师事务所),Raymond Wang(北京市安理律师事务所),张健[大成(福州)律师事务所],Jack Chao(广东翰锐律师事务所),屈子建(湖南醒龙律师事务所),曹会杰、刘乃进[国浩律师(天津)事务所],Isabelle Liwen Wu(金杜律师事务所香港分所),葛黄斌(新加坡国际仲裁管理服务中心),梁博文(腾讯公司),崔琦(南京市鼓楼区商务局),周政宇(上海普兰金融服务公司),乔智炜(独角兽工作室),曾健、@柳如嫫、白茹(北京大学出版社)等线上线下未能穷举的各位朋友的大力支持;更要特别感谢 LEGAL 评审团的各位成员,没有你们对评审工作的认真与热情,「高杉 LEGAL」实务文章的品质控制就无从谈起。

读者若发现本书错漏之处,或对微信公号「高杉 LEGAL」有任何建议,请添加我的个人微信号@高杉峻(ID:legalsaoshan)交流告知。

高杉峻

2015年3月

修订说明:

本书于2015年4月首次出版,此后《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》《民法总则》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》等重要民商事法规相继发布施行。为保持实务作品的时效性,此次修订新版增删了部分篇目,且各篇文章的作者亦已根据最新的法规、案例,对各自的文章作了修订。另外,《民商法实务精要(1)》的修订新版,也统一移至中国法制出版社出版。特此说明。

高杉峻

2018年6月

目 录

-
- | | | |
|-------------|-----------|--|
| 实务技能 | 3 | 民法的法源
朱庆育 |
| | 14 | 民商事案件法律检索标准流程
高杉峻 |
| | 21 | 尽职调查实用网站及 APP 最新汇总(2018)
陈 淦 |
| | 39 | 律师审查合同经验谈之一
——影响合同审查的几项内在因素
方向东 |
| | 45 | 律师审查合同经验谈之二
——影响合同审查的几项外在因素
方向东 |
| | 50 | 律师审查合同经验谈之三
——服务合同的审查要点
方向东 |
| | 53 | 借条范本及借条书写注意事项
高杉峻 |
| | 58 | 调解协议的写法
黄琳娜 |
| | 69 | 民商事案件律师诉讼文书写作指要
高杉峻 |
| | 74 | 民事案件质证指引
张 健 |

81 **抗辩与反诉的界定**

庞小菊

债与合同

95 **效力性强制性规定的类型化识别**

张 华

104 **论合同报批义务的独立性**

张 华

118 **金钱债务迟延履行金的规范限制**

姚明斌

139 **民间借贷案件大额现金交付的认定思路**

关 倩

151 **涉建设工程商事疑难案件中表见代理的认定**

——以类型化裁判方法为视角

关 倩

164 **建设工程价款优先受偿权适用的争议与实践**

陈现安

物权与担保

177 **债权行为与物权行为的区分及在司法实践中的运用评析**

沈 诚

196 **担保人是否受债权人与债务人仲裁协议约束**

葛黄斌

213 **由一起存单质权纠纷案件谈谈虚假存单质押效力的司法认定**

曹会杰

221 **涉刑事犯罪借贷担保类案件若干疑难问题最新权威裁判规则速览**

曹会杰

公 司 法

233 **公司越权对外担保的效力研究**

曾大鹏

- 255 **公司股东知情权案件法院如何判？**
——基于法院判决的分析
张 兴
- 269 **债权人审查债务人公司年报的法律意义**
关 倩
- 273 **对赌条款分析与设计**
——以中国司法实践为背景
刘乃进

-
- 金融法及其他** 291 **某信托项目监管账户被监管银行申请扣划一案分析**
——兼谈信托财产的独立性
柏钦涛
- 297 **家族信托实务的若干思考**
许海波
- 304 **《消费者权益保护法》的调整范围**
——从第 2 条出发对金融、医疗、知假买假等问题的探讨
沈 诚

实 务 技 能

民法的法源*

朱庆育**

一、法源的含义

法源系法律渊源(Rechtsquelle)之简称,有广狭两义。狭义法源称规范法源(präskriptive Rechtsquellen)或法学家法源(juristische Rechtsquellen),对法官具有法律拘束力,法院裁判应当予以援引。广义法源则进一步包括所有能够对法律产生影响的事实,举凡法学著述(“法学家法”)、行政活动、法院实践以及大众观念(一般法意识)等,均在其列,它们虽然未必能拘束法官,却有助于形成法律认知,往往构成法社会学的研究对象,相应地,此类法源可称“社会学法源”(soziologische Rechtsquellen)。^[1]

规范法源与社会学法源的区别主要有二:前者具有规范性特点,后者则是一种社会事实;前者应得到法官的援引,后者则对法官无拘束力。不过,此等界限其实颇为模糊。例如,学界通说对于法官并无拘束力,乃是一种事实存在,属于社会学法源;但通说常为法律问题提供解决方案,具

* 本文首发于《中德私法研究》总第7卷(2013年),修改后成为笔者首版于2013年《民法总论》第3节的内容。这次重刊,除在《民法总论》第2版(2016年)的基础上再作修订外,并结合2017年颁布的《民法总则》作有适当调整与补充。

** 浙江大学光华法学院教授,法学博士。

[1] F. Röhl/C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 519 f.; Rütters, Rechtstheorie, 3. Aufl., 2007, Rn. 217.

有应然的规范结构,法官可直接援引判案,在此意义上,又不失为规范法源。^[1]

法源论所要讨论的问题是,法官应援引何种规定作为裁判依据,以及如何依规定之不同来源进行体系化整理。^[2]可见,法源论在实证法学中占据基础地位,唯有首先了解法律如何构成,才有可能进一步谈及法律规范的效力、解释、适用等实证法学的各种问题。另外,在法律理论上,法源论亦是法学流派得以形成的基础,所谓自然法学派、法律实证主义、历史法学派,之所以并峙而立,在某种程度上说,无非是因其各自所持法源论不同而已。

二、民法法源的基本框架

民法法源的类型较为繁复,广至国际公约、窄至村规民约,上至中央立法机关的制定法、下至地方各级政府的具体政令,均可能在不同程度上影响民法裁判。

为简化问题,本文主要以最高人民法院2009年发布的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(以下简称《裁判规范规定》)为据,对我国法院应予援引的民法规范法源框架略作分析。在此司法解释中,民法法源被分为两个层次:一是作为裁判依据的法源,即规范法源,包括法律、法律解释、司法解释、行政法规、地方性法规、自治条例及单行条例(第4条);二是作为裁判理由的法源,指的是前述列举之外,“根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的”的规范性文件(第6条),主要包括部门规章、地方政府规章及其他政府规定等。第二层次法源介于规范法源与社会学法源之间,可称“准规范法源”:具有规范性,但对于法院无拘束力,法官可经自由裁量选择适用;同时,此类规则不得直接充当裁判主文的依据,只能用作裁判理由。

下文主要讨论第一层次的规范法源。

[1] F. Röhl/C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 520.

[2] Rüthers, Rechtstheorie, 3. Aufl., 2007, Rn. 217.

（一）法律

在成文法国家,制定法(法律)是首先被考虑的法源。问题是,哪些规则可称作“法律”。

《立法法》第2条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。”“国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。”根据此条,并结合其他相应规定,“法律”一词可在三个层次上使用:最严格的用法,仅指由全国人大及其常委会制定的“法律”(《立法法》第7条第1款);次之,亦包括国务院制定的行政法规(《立法法》第65条第1款),省级人大及其常委会和设区的市及自治州人大及其常委会制定的地方性法规(《立法法》第72条),以及民族自治地方的人大制定的自治条例与单行条例(《立法法》第75条、《民法通则》第151条);最广义的用法,则再加上国务院各部门制定的部门规章(《立法法》第80条)、省级与设区的市及自治州政府制定的地方政府规章(《立法法》第82条)。《裁判规范规定》第4条所称“法律”,显然是在最狭义上使用。当然,依据该条,第二层次上的法律,亦是法院裁判的依据,只不过效力等级低于狭义法律(《立法法》第88条第1款)。

同时需要注意的是,虽然在一般意义上,狭义法律、行政法规、地方性法规、自治条例与单行条例均具有民法法源的地位,但亦不排除某些领域有其特别的法源构成。例如,《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”此处“法律”,依通说,仅指全国人大及其常委会制定的狭义“法律”,既不包括行政法规与地方性法规,亦不包括司法解释与司法判例。^[1]至于是否包括自治条例与单行条例,则不甚明确,但《立法法》第75条既然授之以“变通”法律之权,即意味着,民族自治地方有权根据当地民族特点特设物权类型。

[1] 全国人大常委会法工委民法室编:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第6页;江平主编:《中华人民共和国物权法精解》,中国政法大学出版社2007年版,第17页;杨永清:《〈物权法〉总则与民事审判》,载《法律适用》2007年第6期。

宪法比较特殊。《立法法》第 87 条规定：“宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”由此表明，处于效力等级顶端的宪法并非前文所称“法律”。但我国现行《宪法》与法律一样，亦是由全国人大制定并修正。就宪法能否直接作为裁判依据问题，学界存有争议，司法实践亦有反复。^{〔1〕}

2001 年齐玉苓案中，被告冒原告之名为山东省济宁商业学校所录取，而使原告失去录取机会，并影响她其后的择业，原告就此请求民事赔偿。最高人民法院应山东高院请示，作出法释〔2001〕25 号《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，称：“……陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”山东高院据此批复，直接在裁判主文援引《宪法》第 46 条作为裁判依据，判令冒名入学的被告承担民事赔偿责任。^{〔2〕} 该案被称为我国“宪法司法化第一案”。许多学者认为，宪法规范直接作为裁判依据的大门从此开启。^{〔3〕} 然而，七年之后，该批复被法释〔2008〕15 号《最高人民法院关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》以“已停止适用”为由废止，至于何以“停止适用”，则未见说明。“宪法司法化”的实践由此停住脚步。

（二）法律解释

《裁判规范规定》列举的第 2 项民法法源是“法律解释”。这一概念系在立法法的意义上使用，指的是由全国人大常委会依法定程序对法律作出的解释（《立法法》第 45 条第 1 款），即所谓“立法解释”。《立法法》第 45 条第 2 款规定，在两种情况下需要作出法律解释：第一，“法律的规定需要进一步明确具体含义的”；第二，“法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”。此等“法律解释”与“法律”具有同等效力（第 50

〔1〕 参见张千帆：《宪法学导论》（第 3 版），法律出版社 2014 年版，第 179—182 页。

〔2〕 《齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案》，载《最高人民法院公报》2001 年第 5 期。

〔3〕 参见张千帆：《宪法学导论》（第 3 版），法律出版社 2014 年版，第 180 页。

条),其实亦是立法行为。

迄今为止,关于民事法律,全国人大常委会只在2014年11月1日就《民法通则》第99条第1款与《婚姻法》第22条作过正式解释。^[1]其他为数不多的法律解释案,集中于刑法领域,而且,各解释案率皆陆续被纳入修正后的《刑法》正式文本。

(三) 司法解释

1955年,第一届全国人大常委会第十七次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于解释法律问题的决议》,授权最高人民法院解释“审判过程中如何具体应用法律、法令的问题”,之后,1980年1月1日起施行的《人民法院组织法》(2006年修正)第32条规定:“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释。”1981年6月10日,第五届全国人大常委会第十九次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》,第2条除重申最高人民法院的法律解释权外,更将此项权力加授予最高人民检察院。最高人民法院与最高人民检察院所作的法律解释称“司法解释”,构成第三类民法法源。

民事案件需要检察院作出解释的情形甚是罕见,作为民法法源的“司法解释”,基本上指的是最高人民法院的司法解释。

依最高人民法院2007年发布的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条,最高人民法院的司法解释分“解释”“规定”“批复”“决定”四种形式。其中,“解释”是“对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释”,如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释二》),这类解释亦可能以“意见”“解答”之名发布,前者如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》,后者如《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》。

[1] 该解释案确立的规则包括三款:“公民依法享有姓名权。公民行使姓名权,还应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。”“公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的,可以在父姓和母姓之外选取姓氏:(一)选取其他直系长辈血亲的姓氏;(二)因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏;(三)有不违反公序良俗的其他正当理由。”“少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。”

的解答》；“规定”是“根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释”，如《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》；“批复”是“对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释”，如齐玉苓案批复；“决定”则用以“修改或者废止司法解释”，如《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》。

除“批复”外，其他三种司法解释均以抽象条款的方式作出，同时，无论何种形式的司法解释，一经发布，即具有反复适用的一般效力。就此而言，司法解释可谓是由最高司法机关行使的立法权。虽然司法解释有其法律依据——“对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释”，但对这一界限模糊的授权，最高人民法院显然作了扩张解释，不仅具体裁判中的个案解释成为题中应有之义——以至于有权以“批复”的形式指示下级法院判案，以发布抽象条款的方式进行一般解释亦被理所当然地纳入其中，甚至，法院裁判应如何援引法律规范，也被当作“行业自律”的内容，由最高人民法院以“规定”的形式发布。这种明显带有自我授权性质的扩张解释，在制定法总是过于粗糙的背景下，直至今日，依然得到我国法律现实的默许。^[1]

2010年11月26日，最高人民法院发布《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，对于最高人民法院发布的指导性案例，要求“各级人民法院审判类似案例时应当参照”(第7条)，这似乎表明，经最高人民法院审判委员会讨论决定，并在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站及《人民法院报》上以公告形式发布的指导性案例(第6条第2款)，将获得相当于英美法上应予遵循的先例的效力。果真如此，通过自我授权，最高人民法院又创造新的司法解释形式。

意味深长的是，2015年3月15日修正施行的《立法法》在“附则”章

[1] 不仅如此，最高人民法院的司法解释经验还向下蔓延，得到各省级高院的纷纷效仿。如京高法发[2003]389号《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见(试行)》、京高法发[2009]43号《北京市高级人民法院审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》等。此类“意见”当然不是规范法源，但现实中，在我国高度行政化的司法体制下，各高院通常会指令“辖区”内的下级法院遵循，而后者一般都会服从。