

 麦读 MyRead

The Essence of
Civil and Commercial
Law Practice

高杉 Legal 

民商法实务精要 ②

| 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 2

| 修订本 |

高杉峻 主编

撰稿人名单

曹会杰	陈 汉	陈 欢	陈现安	方向东
冯 兢	关 倩	杨 梅	汪 江	江 溶
黎家骏	李亚洁	刘乃春	乔 青	秦悦民
任耀龙	孙 凯	田 杰	田嘉龙	王 静
王 军	王 忻	张 健	赵 丹	许海波
喻 挺	袁培皓	张 健	赵青云	赵庆庆
郑 玮	朱 朋			

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. 2/高杉峻主编. —修订本. —
北京:中国法制出版社, 2018. 4
ISBN 978-7-5093-4236-7

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071690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(2)(修订本)

MINSHANGFA SHIWU JINGYAO (2) (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4月第1版

印张/19 字数/287千

2018年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-4236-7

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:010-66034242

市场营销部电话:010-66033393

邮购部电话:010-66033288

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

自序

2014年1月19日,“高杉LEGAL”微信公众号向用户推送了第一篇文章,此后以每周至少三篇的频率更新,至今已将近两年,订户数突破八万人。感谢大家对“高杉LEGAL”的关注和支持,借此处写序的机会,和大家交流跟“高杉LEGAL”密切相关的几个问题。

坚持分享高品质的民商法实务文章。“高杉LEGAL”的资深用户与部分作者组成了LEGAL评审团(即评审委员会),评委们的职业构成以法律实务一线的法官、法务和律师为主,也有数位关心法律实务研究的在校学者。每篇实务投稿推送之前,都须通过评审团的整体评审或特定评委的定向评审,而且所有评审均系双向匿名。正是评委们对评审工作的热情,才保证了“高杉LEGAL”文章高品质的可持续性。

搭建高效便捷的LEGAL微信群。“高杉LEGAL”不定期发布公告,组建特定LEGAL群。LEGAL群均由全体群员充分自治,目前已覆盖法律人工作与生活的方方面面,既有金融、快消、商业地产等行业群,也有江苏、浙江、粤港等地域群,还有跑步、户外、美剧等生活群,有效促进了法律行业的实务讨论和业内交流。以LEGAL版权群为例,该群每周定时举办在线沙龙,讨论视频广告屏蔽、APP侵权法律适用等专业问题,并形成沙龙实录公开发表。

组织 HiLEGAL 线下研讨会。“高杉 LEGAL”和威科先行法律信息库合作,从“高杉 LEGAL”作者群中邀请主讲嘉宾,针对新广告法施行、金融资产管理纠纷等各种行业热点问题,持续开展高质量的线下研讨会,并通过网络会议软件向数百位线上与会者同步直播。

“高杉 LEGAL”将一如既往,在坚持分享高品质实务文章的同时,为专业法律人提供优质的线上与线下交流平台。读者如对“高杉 LEGAL”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

2015 年 12 月

修订说明:

本书于 2015 年 12 月首次出版,此后《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,各篇文章的作者现已根据最新的法规、案例,对各自的文章作了修订。另外,此次《民商法实务精要(2)》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 4 月

目 录

实 务 技 能	3	法律检索的术与道 曹会杰
	11	Legal Research, 律师的左右互搏之术 王 忻
	16	房地产法律尽职调查经验谈 方向东
	25	对拟抵押工业设备的法律尽职调查 任耀龙
	30	民事起诉状撰写指引 张 健
	37	法律文件排版格式指引 郑 玮
	41	律师个人知识管理经验谈 方向东
	49	律师办理商事仲裁案件的四大技巧 袁培皓

债 与 合 同	59	法律规避行为及其裁判方法 王 军
----------------	-----------	----------------------------

- 71 **合同显失公平构成要件的分析**
——基于若干法院典型案例及《民法总则》的施行
秦悦民
- 80 **对不当得利案件举证责任分配乱象的有效规制**
关 倩
- 84 **从债权转让通知义务中各要素之内涵角度再议
《合同法》第八十条**
孙 凯 喻 挺
- 93 **只有汇款单的民间借贷案件事实如何认定**
李亚洁
- 99 **刑民交叉情形下借款合同的效力认定**
——基于最高人民法院相关案例的梳理
朱 朋
- 108 **建设工程“黑白合同”法律实务**
陈现安
- 119 **工程转包与挂靠的认定与甄别**
徐 丹

-
- 物权与担保** 133 **夫妻一方擅自出卖该方名下共同房产的法律问题分析**
陈 欢
- 147 **以买卖房屋融资及以房屋抵债问题**
赵庆庆
- 157 **第三人抵押与保证人责任分担的实务分析**
冯 兢
- 163 **未成年人财产抵押的效力之实证分析**
陈 汉 何杨梅
- 168 **法定代表人违反《公司法》第十六条提供担保的效力认定**
韦 剑

公 司 法	185	公司章程自由约定事项汇总及实务价值分析 刘乃进
	198	股东资格确认案件的裁判尺度分析 ——以实际出资为例 田嘉龙
	206	瑕疵出资股东的民事责任 黎家骏
	214	公司法定代表人离职但未变更登记的法律问题 田 杰
	219	公司高管等未签劳动合同是否适用二倍工资条款 江 溶

金 融 法	233	借记卡伪卡交易类纠纷法院裁判要点分析 曹会杰
	247	银行的扣款还贷行为与破产管理人撤销权的博弈 侯 旺
	257	虚假诉讼并冻结账户能避免强制平仓吗? 乔 茜
	262	国内保理合同实务问题探析 赵青云 赵庆庆
	271	保险格式条款效力裁判的实证分析 王 静
	284	信托在金融投资与财富管理中的运用 许海波

实 务 技 能

法律检索的术与道

曹会杰*

讲法律检索的文章和讲座不少,大致可以分为三个层次:第一个层次是告诉大家有哪些“器”可用,也就是告诉你目前市面上较为流行和普遍使用的数据库、其技术层面的使用方法;第二个层次是“术”,教查找法条和案例的方法与技巧;第三个层次是“道”,也就是法律检索的思维以及法条案例的适用。互联网、大数据等的出现使得我们有更便捷、更全面的途径去搜索想要的东西,这就是器与术。那么,如何确定什么才是你想要的,哪些才是你能够适用的,则是融合了术与道。

一、法律检索的重要性

Legal Research、Writing、Speaking 是法律人安身立命的三大技能,而完美的写作与口头表达,其内容实质来源于法律人 Research 的能力。因此,可以说,法律检索的水平高低决定着一位法律人能够走多远。

第一,无论你在律师行业中是什么身份、处于何等地位,是初出茅庐还是经验老到,法律检索都贯穿你的执业生涯全程。这里的法律检索,是一个相对广义的概念,不仅仅指在数据库里找具体法条。每位律师新入行时,大概都有这样一种场景时常发生:合伙人交给你一沓材料,或者你刚刚听客户滔滔不绝讲了一整天,昏昏沉沉收到一大堆文件,看来看去就是发现不了其中需要研究的地方,哪些是会引起争议的点。而成长为资深律师或者合伙人后,仍然要参与或者主导案件,同样也要亲自进行法律

* 国浩律师(天津)事务所律师,微信号 caohuijie003,电子邮箱 cao_huijie@163.com。

研究。特别是在合伙人与助理磨合还没有非常默契的时候,在合伙人对助理的工作能力、检索能力、认真程度、工作态度等尚不能完全确信的时候,他势必要亲自验证或者说核查你搜索到的是否已经穷尽了所有正确的答案。有人说学习是律师一辈子都要去做的事,法律检索也是一样。

第二,无论你擅长何种业务类型,做诉讼还是非诉,法律检索都是必备技能之一。诉讼业务的两大核心无非就是“接案子”和“做案子”。在梳理事实现状与了解客户要求的基础上,只有做好法律检索才能制定出更加完备的策略报告,才能提供更加充实、可行、准确的诉讼方案,甚至于通过完整的法律检索得到的答案帮助决定你主观是否要接这个案子。法律的生命到底是在经验,还是在逻辑?这是一个百年辩题。无论如何,裁判文书网中上千万的裁判文书都可以称之为上千万人次法官以及律师、当事人的逻辑与经验的总和。这是多么巨大的一个宝库!比如说,某种案情的案件原告如何起诉被告如何答辩,你完全可以通过在数据库中搜索同类型案件裁判文书来学习、观摩与模仿。前阵子听说律师代理案件的政府指导价要取消了,律师的价值将会由市场决定,那么你如何才能脱颖而出或者说不被远远甩在后面,让客户认可你的价值,就取决于你是否能拿出比别人更多的、策略更好的方案,取决于你发现了哪些问题以及就这些问题你找到了什么样的答案。

第三,无论社会发展到什么程度,变幻莫测的交易模式如何迸发,产品如何迭代,以及专业术语怎样更新,法律检索仍然是每位律师必须掌握的基本功之一。我每天都会关注行业新闻,几乎几天就会出现一个新的产品或者交易架构,但是从根本上讲,暂时还没有脱离民商法的基本法律概念或者说基本的法律关系。举两个金融方面的例子来印证这一观点。第一个,某银行计划操作一个“信贷资产证券化项目”,考虑选用“债权转让+权利完善措施”的模式,需要律师帮他们做一个完整的法律论证。第二个,互联网金融争议解决,李某通过某 P2P 网贷平台跟会员号为 12345 号等 80 个人达成借款协议,约定该 80 人共计向李某出借 50 万元,如李某逾期还款则全体出借人一致同意将本协议债权无偿转让给该平台的运营方,由其统一向借款人追索。后李某逾期了,平台的运营方想要起诉,怎么做?没有接触过资产证券化和互联网金融的人,乍一听可能会觉得

很“高大上”有点晕,但是当你沉下心来开始研究资料之后会发现,前者无非就是“债权转让时最高额抵押权是否随之转让,是否需要办理抵押变更登记”的法律问题,后者则实体方面主要涉及“借款协议的签订履行”以及“债权转让是否生效”两个问题。那么,在进行检索的时候,只要分别从上述问题出发,利用后面要讲到的各种方法和技巧,就基本可以得到想要的答案了。

二、关于法律检索,理想与现实的差距

刚入行的律师助理在法律检索方面存在哪些问题?套用一句网络用语,那就是“理想是丰满的,现实是骨感的”。在法律检索工作方面,以下是比较突出的几个问题:

第一,没有检索的意识,简称为“不找”。凡事想当然,合伙人交代一个问题,你不假思索脱口而出“我觉得这个案子法院应该判我们胜诉”“我认为这份合同是有效的”……合伙人在心里默默翻了个白眼,撂下一句话:“你拿去研究研究再说吧。”说句毫不客气的话,刚刚入行的人凭借自己所谓的法学理论基础和司法考试的积累,说出的观点几乎没有价值可言。

第二,知道要找但是不知道该怎么找,简称为“瞎找”。拿着材料打开电脑浏览器,输入 www.baidu.com,不是望着搜索栏一片茫然就是打开之后漫无目的地随意输入关键词(更有甚者直接输入大段问句),这样大海捞针,效率不高不说,还不一定能够完成任务。

第三,打开了专业法律数据库也试了百度搜索,但就是找不到合伙人想要的,简称为“找不到”。因为搜索方法、搜索技巧不对,或者说没有细致地审题、精确地定位、全面地检索,可能导致花了好几天时间却什么都没找到。但是合伙人是要结论的,客户是要结论的。没找到有效的,找到无效的吗?没找到法条,找到案例了吗?没找到案例,找到法官或者学者观点了吗?连法官或者学者观点都没有,找找新闻报道里有没有类似接受采访的律师表态?我想大多数情况下,我们遇到的问题都不太可能是前无古人的。

第四,找到了,但是没有用处,简称为“白找”吧。费尽千辛万苦找到

的法条是被废止的,或者说找到法条没注意看适用范围,找到的案例已经被二审或再审否了,实质内容也对不上你手头的案情,解决不了你已经发现的问题,这种情况也时常发生。

第五,找到了但是提交的工作成果缺乏规范,用着费劲。法律检索不是法条简单机械的堆砌。我也曾经让某位助理去就一个无权处分的案子做法律研究,过了几天他交上来的只有一百多页法条。为什么这么多?因为他把物权法、担保法等都全文打印出来了,放在我桌子上,通篇既没有观点又没有结论,甚至连个目录都没有。与其这样,还不如直接在司法考试法律法规汇编目录上把相关的全都画钩然后把整本书交给我呢!

上述问题出现的原因主要是什么?只是方法、技巧存在偏差吗?我想不尽然。法律检索固然需要高频次的练习,也需要掌握一定的技巧和方法,但是首要的是调整你的心态、你的工作态度以及你的思路。

这里面我提四点小小的建议:

第一,一定要树立牢固的法条意识,特别是诉讼律师和新入行的律师。要避免没做任何研究之前就提出“我认为”。拿诉讼案件来说,所有的结论应该来源于证据和法条,从法条中来到法条中去。

第二,要主动检索、勤做研究,不要停留在被动地搜索具体的法条上,要注重积累和归纳,不仅平时要对接触到的行业背景知识做记录,还要对每一次的法律检索做记录,把检索到的法条案例观点按照知识管理的方法有秩序地、合理地储存在你的电脑里,有百利而无一害。

第三,要有勇敢推翻立论再立论的精神,为了达到精准的法律检索效果,我们有时候必须既检索对自己有利的内容,也要对自己不利的法条案例进行检索,以完成法庭上的对抗需要,这是一个有效性验证的过程。

第四,要对自己的检索成果负责任,要核实再核实,确认再确认。

三、法律检索的一般流程

一次相对完整的法律检索,我认为应该包括四个部分:检索之前的准备、数据库或网络书面检索、筛选与加工、制作检索记录及提交检索成果。

第一步,检索之前的准备——审题,搞清楚你要解决的法律问题是什么。

要审题,首先,要有题。因此做好记录非常重要。在开会的时候、接电话的时候,尽可能用纸和笔把涉及的问题记录下来。当然提炼问题需要一定的法学功底和实践经验积累。但是还是要学会发现问题,如果你发现不了问题,你就对法律研究无从下手。我以前做助理的时候也常常抱怨,为什么我做了半天检索工作结果却被指责压根儿没做到点子上。后来我才明白,这是因为我不会归纳问题,而且对于对方提出的问题本身没搞懂,至于这个问题还可以如何发散等更加不清楚。

其次,要积极地、有技巧地发问。在拿到问题之后,如果有不理解的地方要积极与合伙人或者客户进行沟通。既不能不问,也不能瞎问。怎么问才不会让客户觉得你不懂或者不会让合伙人觉得你不动脑子不用心,都是有技巧的。就事实部分,可以先根据现有文件材料归纳汇总,也可以去问百度,或者询问客户或合伙人。专业术语部分就不要问客户了,会显得很专业。法律部分,我认为在发问之前一定要自己先进行初步的法律研究,包括背景知识的研究,然后再针对相对不确定的问题去询问。问题的发现与检索的进行,是一个不断修正与调整的过程。

最后,一定要有系统全面大检索的概念,也就是说要全面地看问题。大家都考过司法考试,法律门类都是分门别类考的。但是我们在实际工作中,常常遇到的一件事情涉及多个法律门类。举个例子,前段时间我们接到一家企业的咨询,他们要推出一个新的产品平台,与银行合作,交易模式可能面向不特定人群,也许还要设增信措施,想让我们帮他们进行法律方面的论证。这里面就不仅涉及合同法、公司法、物权法甚至担保法的内容,还涉及刑法以及税法方面的内容。

第二步,正式通过数据库或网络、书面文件进行检索。

题目基本搞清楚了,下一步就是要按照一定的方法进行法律检索。高杉峻在《民商事诉讼法律检索标准流程》中列举的体系法查询、关键词法查询以及案例倒查法都非常好,我举几个例子逐一进行下补充说明。

民商法体系法。回顾一下司法考试第一卷和第三卷的内容,基本上囊括了民商法的整个体系。刚开始训练的时候,我们要有从大法到小法,从一般到特殊的概念,建议大家好好再看一遍《立法法》。这里举个简单的例子,搜索下被执行人的配偶能否追加为被执行人的问题,你不能上来

就直接搜索婚姻法司法解释,肯定要先看婚姻法,细节虽然不能遗漏,但是基本法律中的原则性规定也是很重要的。

关键词法。关键词找得准不准是能不能高效全面准确检索的“关键”所在。关键词如何确定,也有多种方法。比如从裁判文书中找关键词,联想法找关键词,以及背景知识法找关键词。在这儿我举几个例子说说联想法和背景知识法。有这么一个案子,一对夫妻,有一个未成年的女儿。该对夫妻在天津市武清区买了一处房子,当时没办房产证,以男方名义购买。后这俩人离婚了,离婚协议约定房子归闺女。离婚登记之前,男方把房产证办下来了,然后偷摸(其妻子是否知情没有任何证据)跟第三人签订了一份买卖合同,把房子过户到该第三人名下,第三人以该房子向银行申请了贷款,办理了抵押权登记。后来这男的去世了,他女儿起诉要求确认买卖合同无效,抵押合同无效。我代理的是银行一方,对方的诉求基于无权处分概念,那么,我们就首先应当凭借自己的经验或者初步的网络检索想到不动产抵押权的善意取得问题。再举个例子说说背景知识法,比如我曾经给中国移动做过法律风险管理体系建设,我们常用的电话号码,专业术语码号资源(想要匹配到相应的法规中必然要使用法规中的术语),不了解的人会觉得“码号资源”听着很别扭。

案例倒查法。也就是如何通过判决书检索法条。为什么有时候关键词检索和体系检索都不发挥作用了呢?因为,有时候我们对一个领域一个问题太陌生了,就相关的法律问题没办法进行精准的关键词定位,但是在判决书中会有大量的篇幅去陈述案件的事实,这时候就需要学会如何才能找到案例以及怎么在案例中倒查法条。这里我想跟大家说说怎么看判决书的结构,“经审理查明”部分就是案件事实,“本院认为”部分就是说理。而案件事实部分有时候和我们所掌握的案件事实是重合的,我们只要在裁判文书网输入案件事实的关键词,而不是法条的关键词,就可以在裁判文书的判项以前“综上,依据×××第××条之规定”以及判决书最末页的“附相关法律条文”这部分找到相关的法条。

最后,简单说说检索的工具或者数据的来源,也就是去哪儿找。这方面的文章很多,介绍如何限定网站、如何限定文本类型等技巧的帖子也不少。关于专业数据库的选择,目前主流的是北大法宝、威科先行,选用哪

一家一般要取决于你或者你所在的事务所、律师协会购买了哪一家,我听说很多人明明有律师协会配备的数据库但是从来不用,反而百度查法条,甚至在别人的博客上打印法条,数据来源过于不权威了。我个人常用的是威科先行、无讼案例以及中国法律知识总库,各个数据库都有不同的特点,适用于我在不同检索目的时使用。在使用之前,可以多看看专业数据库自身的介绍和演示,尽最大可能充分利用数据库的便捷。

同时,还要注意,不要忽视中国裁判文书网“水印”的作用,拿给法院做参考时水印必不可少。

除此之外,百度很有用,但是要注意方法与技巧。临时可使用手机,微信公众号法律之星或者威科先行的APP。有时候我们需要检索一些纸质文档,这时候购买专业书籍以及订阅一些期刊(或者可以去图书馆复印)是很重要的,可参考微信公众号“高杉LEGAL”曾经发过的《民商法实务书单》。在我们向法院提交书籍或期刊中的内容时,应该将书籍期刊原件以及带封皮、目录、内页的复印件一并提交给法院,以便使其确信来源。

第三步,效力甄别、整理与加工。

法条检索,要保证来源的权威性。除了来源,还得进行效力和适用范围的甄别。效力的甄别大家都懂,法律规定是否已经被废止或者更新,法条进行更新之后一定会对条文顺序进行调整。比如现在到法院去起诉,就不能在诉状上写根据《民事诉讼法》第一百零八条为了维护合法权益等,因为新修订的《民事诉讼法》对应条数是第一百一十九条。

案例检索,主要注意一个层级问题,比较有用的是最高人民法院案例、上诉法院的案例,还有其他法院的案例。还要注意最高人民法院的案例对下级法院的指导性意义到底有多大。最高人民法院的案例,分为公布的指导性案例、公报案例、发布的典型案例以及官方刊发的其他案例。此外,还有一般的裁判文书网发布的案例。我提醒大家一点,就是不要迷信和盲从官方发布。

第四步,检索记录的制作。

很多人听到这都会觉得有点懵,什么是检索记录?为什么要做检索记录?

检索记录能体现你的工作流程和体系,方便你及时做好自身的知识