

民商审判 疑难问题 辨析

Analysis and Explanation of Complicated
Issues in Civil and Commercial Trial



柴建国 著

CHAIJIANGUO

人民法院出版社

民商审判疑难问题辨析

柴建国 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商审判疑难问题辨析/柴建国著. - 北京: 人民法院出版社, 2002.1

ISBN 7-80161-232-9

I. 民… II. 柴… III. ①民事诉讼-审判-研究-中国②经济纠纷-审判-研究-中国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 089159 号

民商审判疑难问题辨析

柴建国 著

责任编辑 陈燕华 于 红

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)

电 话 65282306 (责任编辑) 65136848 (出版)

65299981 65136849 (发行)

E - mail courtpress@sohu . com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 500 千字

印 张 18

印 次 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷

印 数 1 - 5000 册

书 号 ISBN 7-80161-232-9/D·232

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序一

民商法是建立和发展社会主义市场经济的重要制度。与我国社会主义市场经济蓬勃发展相适应,我国民商法律理论研究和制度建设得到了较快的发展。但是,“徒法不足于自行。”把制度转换为实践,用法理武装思维,并在实践中不断检讨制度和理论的有效性和可行性仍是摆在广大市场主体,特别是司法工作者面前的一个长期的实践性课题;也是法学繁荣、制度生长的一个不可或缺的重要方面。深入领会法律制度的要旨,发现、总结和解决法律实践中存在的问题,是广大从事审判实务和应用法学研究工作者所肩负的历史重任!

改革开放以来,我国民商法著述较为丰富,但多是制度阐释和理论研究,应用实务研究相对薄弱。特别是能够为司法实践解疑释惑,满足广大司法实务人员需要的应用法学研究著作不足,不能适应现实需要。《民商审判疑难问题辨析》就是出于对这一现状的考虑而进行创作和编写的。作者柴建国同志长期从事审判工作,具有比较扎实的法学知识功底和良好的审判业务素养。他在完成本职工作之余,以锲而不舍的精神对我国民商法律制度进行了认真的学习和广泛的探索,并将自己日常工作中积累起来的点滴体会汇集成书。可以说,本书是这位来自基层审判人员的司法理念、审判经验和学习心得的一次结晶。

本书立足我国现行的民商法律制度,以民商事法律基本理论为统领,以基本法律概念为重点,兼取百家之长,密切联系实际,对我国民商事法律制度中主要的或常用的相关、相近的法律问题逐一进行探讨和论证,意在解疑释惑、厘清渊源、辨异析难、阐发意旨,为准确理解和适用体系庞大、制度芜杂、高度抽

象化、概念化的民商事法律制度提供一定的帮助。当然，本书也有尚待完善之处。从书稿可以看出，作者长于司法实践，而对法理的阐释似显薄弱；另外，由于作者刻意使各部内容独立成篇，而对整个民商法制体系难以照顾周全，个别观点还可进一步探讨。如此等等。但这并不影响本书作为司法实务工作者和学习者深入研习民商法制度所具有的独特参阅价值。完成本书本身对于一名长期忙于审判事务的法官已属难能可贵。

从事一线审判工作的法官已经不满足于埋头办案、就案办案，开始著书立说，总结审判工作的体会心得。这表明我国法官队伍业务素质的增强和法官职业化、专业化的趋向。这是司法改革所显露出的一个可喜成效。

为鼓励法官进行学术研究、见到更多更好的直接产生于审判实践的作品，我乐于为之作序。

刘家琛

二〇〇一年十一月

序二

民商法涵盖面广，浩瀚繁杂，涉及人们生活的方方面面，与公民、法人及其他组织的生产、生活、工作等息息相关。近些年来，民商事纠纷、争议日渐增多并日趋复杂，加之改革开放的不断深化扩大，市场经济体制的逐步建立和完善，以及知识经济和全球经济一体化的走向强劲，对于广大法官和司法实务工作者提出了更高的要求。因此，系统学习民商法、积极开展民商法理解与适用方面的研究与探讨，对于提高法官和司法实务工作者的自身素质，及时、公正处理民商事纠纷案件，对于依法调整和规范民商事法律关系及其他社会关系乃至对于整顿、规范市场经济秩序，维护正常的信用、契约关系，显得十分重要。

本书作者为了满足广大法官和司法实务工作者的渴求，结合自己多年的司法实践和在民商事法律方面的研究探索与积累，吸收了当今民商法学方面众多学者、实务工作者，特别是来自基层广大法官的先进研究思想、审判体会，遴选了一批民商法方面较为重要、常用、较难把握的问题，从其概念、特征、相互关系及司法实践中应注意的问题角度进行了研究分析和探讨。

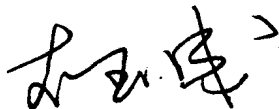
本书的编写体现了理论性与实践性的统一；深入与普及的统一；应用与研究的统一；不同层面读者对象的统一等特点，按照每个法律问题单独编写，按部门法及自身结构顺序排列，集则成书，分则成文，以适应广大读者特别是法官、司法实务工作者、律师及法律工作者、应用法学研究人员、高等法律院校师生及民商事法律学习、研究、爱好者的需求。

本书作者长期在基层及高级法院从事民商事审判、调研及应用法学研究工作，具有较好的法学理论素养和丰富的审判实践经

验。多年的磨炼使其养成了勤于思考、勇于探索、善于积累的良好习惯，早在基层法院担任领导工作期间就曾合作编著出版《行政机关行政诉讼应诉答辩技巧》等法学著作，仅97年来就先后在全国及省级报刊杂志发表法学研究及司法实务方面的论文十余篇，6篇论文及调研成果在全国法院学术讨论会或最高法院获奖。

希望该书会对广大读者在民商事法律的理解、适用及审判、研究工作方面提供一些良好的帮助，或起到一些引玉之砖的作用。

由于作者水平所限，加之民商事法律领域的广阔和深邃，本书难免存在许多错误或疏漏，诚望广大读者不吝赐教。



二〇〇一年十一月

目 录

第一篇 民商法总则

一、民商法与宪法·····	(1)
二、民商法与刑法·····	(4)
三、民商法与行政法·····	(6)
四、公民与自然人·····	(8)
五、国籍与公民资格·····	(10)
六、公民的民商事权利能力与其享有的民商事权利·····	(11)
七、亲权与监护·····	(13)
八、个人合伙与自然人、法人·····	(15)
九、附条件民事法律行为与附期限民事法律行为之 间的关系·····	(16)
十、代理与行纪的区别·····	(18)
十一、代理人与经纪人如何区别·····	(20)
十二、委托代理与委托合同的关系·····	(22)
十三、诉讼时效与除斥期间的异同·····	(24)
十四、如何区分无效民事行为和可变更或可撤销的 民事行为·····	(25)
十五、民事法律行为的成立与生效·····	(26)
十六、债权与物权·····	(27)
十七、配偶权与贞操权的关系·····	(29)
十八、身份权与人格权的区别·····	(30)

第二篇 物 权 法

一、物、物权、物权法·····	(32)
二、我国物在法律上的分类及其相互区别·····	(34)
三、我国立法与学理上的物权分类·····	(38)
四、企业经营权与国家所有权的关系·····	(39)
五、企业经营权与承包经营权的异同·····	(41)
六、典权与抵押权、附有买回条款的买卖合同的 区别·····	(43)
七、如何区别担保物权与用益物权·····	(44)
八、担保物权和债权的异同·····	(45)
九、《担保法》与《民法通则》在担保物权规定上 的不同·····	(47)
十、留置权与抵销权的区别·····	(49)
十一、留置权与双务合同中同时履行抗辩权的区别·····	(50)
十二、留置权与质权的区别·····	(52)
十三、占有权与占有权能的区别·····	(54)
十四、合法留置与非法留置在审判实践中的区分·····	(55)

第三篇 合 同 法

总 则 部 分

一、格式合同与一般合同的主要区别·····	(57)
二、如何理解合同要约与要约邀请之区别·····	(62)
三、附随义务与主给付义务如何区别·····	(69)
四、缔约过失责任与违约责任之区别·····	(71)
五、合同的成立与合同生效的关系·····	(74)
六、无效合同与可撤销合同的异同·····	(79)
七、可撤销合同与效力待定合同的主要区别·····	(83)

八、我国合同法中的除斥期间与诉讼时效期间的联系与区别·····	(86)
九、债权人代位权与撤销权的联系与区别·····	(89)
十、合同变更与合同转让的区别·····	(95)
十一、缔约过失责任与无效合同、被撤销合同者责任的 区别与联系·····	(97)
十二、合同更新与合同变更有何区别·····	(99)
十三、合同的约定解除与协议解除的区别·····	(101)
十四、如何理解区分我国合同法约定解除中协商解 除与约定解除权的解除·····	(103)
十五、合同解除有无溯及力的区别·····	(106)
十六、我国合同法中的五种违约责任承担方式之 间的区别与联系·····	(108)
十七、债务承担与第三人代为履行的主要区别·····	(114)
十八、合同的转让与辅助履行、第三方受益合同、 倒卖合同之区别·····	(118)
十九、不安抗辩权、同时履行抗辩权、后履行抗辩 权三者联系与区别·····	(121)
二十、同时履行抗辩权与不安抗辩权的区别及司法 实践中应注意的问题·····	(124)
二十一、不安抗辩权与后履行抗辩权的区别及司法 实践中应注意的问题·····	(131)
二十二、合同变更、转让、终止与不安抗辩权、同 时履行抗辩权、后履行抗辩权的主要区别·····	(135)
二十三、默示预期违约与不安抗辩权的联系与区别·····	(136)
二十四、表见代理与无权代理的联系与区别·····	(138)
二十五、合同的解除与合同变更的异同·····	(141)
二十六、合同解除与合同终止的相同点和区别·····	(144)
二十七、如何理解区分预期违约与一般意义上的实 际违约·····	(147)

二十八、如何把握明示毁约与默示毁约之区别·····	(150)
二十九、加害给付与瑕疵给付的关键区别·····	(153)
三十、违约责任与违约救济的区别·····	(155)
三十一、违约金与赔偿金的联系与区别·····	(157)
三十二、定金与违约金的主要区别之处·····	(160)
三十三、违约责任和侵权责任的关系及其主要区别·····	(163)
三十四、不同类别的合同纠纷诉讼时效期间起算之 差异·····	(169)
三十五、诉讼时效期间中止、中断和延长的区别·····	(172)
三十六、如何正确区分合同纠纷与合同诈骗罪·····	(177)

分 则 部 分

一、买卖合同与互易合同之区别·····	(186)
二、合同法中买卖合同标的物交付与简易交付的关 系及区别·····	(191)
三、不同情况下的买卖合同中标的物毁损、灭失风 险责任承担之区别·····	(194)
四、出卖人的权利瑕疵担保责任与物的瑕疵担保责 任的联系区别·····	(196)
五、试用买卖与一般买卖的主要区别·····	(200)
六、赠与合同法定撤销与任意撤销的联系与区别·····	(203)
七、我国合同法中非自然人之间的借款合同与自然 人之间借款合同之区别·····	(208)
八、一般借款合同与资金拆借合同的区别与联系·····	(211)
九、委托贷款合同与信托贷款合同的异同·····	(214)
十、一般存单纠纷与以存单为表现形式的借贷纠纷 案件的区别·····	(219)
十一、委托贷款、信托贷款与以存单为表现形式的 借贷的异同·····	(225)
十二、一般租赁合同与企业租赁合同的区别·····	(227)

十三、融资租赁合同与租赁合同的区别·····	(231)
十四、融资租赁合同与保留所有权的分期付款买卖 合同之区别·····	(235)
十五、融资租赁合同与借款合同的区别·····	(237)
十六、建设工程合同与承揽合同的联系与区别·····	(239)
十七、建筑工程合同与建筑装饰工程合同的区别·····	(244)
十八、建设工程合同的总包、分包与转包及其主要 区别·····	(246)
十九、运输合同与多式联运合同的联系与区别·····	(251)
二十、如何区分技术开发合同中的委托开发合同和 合作开发合同·····	(255)
二十一、技术咨询合同与技术服务合同的主要区别·····	(260)
二十二、技术服务合同与技术转让合同的主要联系 与区别·····	(266)
二十三、保管合同与仓储合同的异同·····	(268)
二十四、保管合同与借贷、租赁、委托等相类似合 同的关系·····	(273)
二十五、消费保管合同与一般保管合同的区别·····	(276)
二十六、混藏保管合同与一般保管合同、消费保管 合同的区别及联系·····	(282)
二十七、委托合同当事人合同解除权与一般合同当 事人合同解除权的差别·····	(284)
二十八、委托代理合同与信托合同的区别·····	(286)
二十九、委托代理合同与承揽合同的主要区别·····	(292)
三十、委托代理合同与雇佣合同的区别点·····	(293)
三十一、特别委托与概括委托的区分·····	(294)
三十二、如何正确区别转委托与复代理·····	(297)
三十三、行纪合同与委托合同有哪些区别·····	(299)
三十四、我国合同法中的行纪合同与英美法系中的 信托合同之比较·····	(301)

三十五、居间合同与委托合同如何区别·····	(304)
三十六、如何区别居间合同与行纪合同·····	(307)
三十七、居间合同与雇佣合同的异同·····	(308)
三十八、如何区别居间人与中介人、经纪人·····	(309)
三十九、附条件交易行为与相关不正当竞争行为的 区别与联系·····	(311)

第四篇 担保法

一、担保与反担保、再担保的主要区别·····	(315)
二、保证合同与主合同的联系与区别·····	(318)
三、一般保证与连带责任保证之异同·····	(321)
四、共同保证与连带责任保证之异同·····	(322)
五、一般保证责任与连带保证责任保证合同诉讼时 效起算点的主要区别·····	(324)
六、保证合同与主合同诉讼时效中断、中止上一般 保证与连带责任保证的关系与区别·····	(326)
七、主债权转让、债务转让、主合同变更, 保证人 是否继续承担保证责任上的主要区别·····	(327)
八、同一债权上人的担保与物的担保并存的不同情 况下, 保证人保证责任承担的区别·····	(332)
九、定金与预付款的主要区别·····	(338)
十、我国担保法与合同法关于留置权规定的不同之 处·····	(342)
十一、最高额保证合同有无约定债务清偿期限对于 保证期间确定上的区别·····	(344)
十二、抵押与质押的主要区别·····	(348)
十三、银行保函与备用信用证的主要区别·····	(353)

第五篇 票 据 法

一、票据法与民法的关系及区别·····	(359)
二、票据行为与民事法律行为的关系·····	(361)
三、票据法关于票据权利转让的规定与民法普通债权转让规定的主要区别·····	(364)
四、票据行为意思表示的效力与民法上意思表示的效力的区别·····	(365)
五、票据行为的代理与一般民事法律行为代理的不同·····	(366)
六、银行汇票与商业汇票之区别·····	(367)
七、商业承兑汇票和银行承兑汇票的主要不同点·····	(369)
八、支票与汇票、本票的比较·····	(371)
九、汇票、本票、支票三者异同·····	(377)
十、票据法上的票据关系与非票据关系的联系与区别·····	(380)
十一、票据关系与票据基础关系的联系区别·····	(381)
十二、票据伪造与变造的区别·····	(383)
十三、票据涂销与票据变造的区别·····	(387)
十四、票据抗辩限制与票据善意取得的区别·····	(388)
十五、票据权利时效与民法通则规定时效的不同·····	(391)
十六、票据保证与民法上的保证之异同·····	(394)
十七、支票保付与票据保证的区别·····	(398)
十八、支票保证与汇票本票保证之异同·····	(400)
十九、支票背书与汇票背书之异同·····	(402)
二十、支票保证与支票付款保证之比较·····	(405)
二十一、保付行为与承兑行为的区别·····	(407)
二十二、保付行为与保证行为的不同点·····	(408)
二十三、参加承兑与承兑的区别·····	(409)

二十四、付款人、担当付款人与预备付款人的区别·····	(413)
二十五、参加付款与付款、参加承兑、第三人代为 清偿之区别·····	(415)
二十六、票据到期日、提示期限、诉讼时效期间概 念之区分·····	(417)
二十七、付款请求权期间、追索权期间和再追索期 间的概念之区分·····	(418)
二十八、如何区分票据中的复本与誊本·····	(419)
二十九、本票见票与汇票承兑之异同·····	(421)
三十、信用证和汇票的联系与区别·····	(423)

第六篇 保 险 法

一、如何理解保险与再保险·····	(430)
二、保险与储蓄的主要区别·····	(437)
三、保险与赌博有哪些区别·····	(439)
四、如何理解《保险法》与《民法通则》、《合同 法》的关系·····	(441)
五、如何认识投保人、保险人、被保险人、受益人 及其相互关系·····	(443)
六、如何区分财产保险与人身保险·····	(445)
七、如何理解人身保险的保险金额与财产保险的保 险金额之区别·····	(448)
八、人寿保险与健康保险的联系与区别·····	(449)
九、保险代理与一般代理行为有何区别·····	(454)
十、怎样区分保险代理人与保险经纪人·····	(456)
十一、保险法中保险代位求偿权与合同法中的代位 权制度之比较·····	(461)
十二、在保险合同的解除权行使方面保险人与投保 人的异同·····	(466)

十三、审判实践中如何正确区分保险欺诈、保险合同纠纷与保险诈骗犯罪·····	(469)
十四、保险公司的撤销、解散、破产及其主要区别·····	(473)
十五、保险公司与一般公司在被撤销或宣告破产时的主要区别·····	(477)

第七篇 期货交易法

一、期货交易与现货交易的联系与区别·····	(482)
二、期货交易与远期交易的联系与区别·····	(485)
三、期货交易与证券交易之比较分析·····	(487)
四、期货市场与证券市场的主要联系与区别·····	(489)
五、期货合同标的与一般民事合同的主要区别·····	(490)
六、如何认识期货交易风险与赌博活动的区别·····	(491)
七、如何理解期货合同的标准化与一般标准化民事合同的区别·····	(493)
八、期货交易与期货期权交易的关系·····	(497)
九、外汇期货交易与远期外汇交易之异同·····	(499)
十、外汇期权交易与期货或远期交易的对比分析·····	(501)
十一、期货选择权交易与柜台式选择权交易的差别·····	(502)
十二、期货选择权交易与期货交易的联系与区别·····	(504)

第八篇 知识产权法

一、著作人身权和著作财产权之异同·····	(508)
二、货源标记或原产地名称权与商标权、商誉、商业秘密权之区别·····	(513)

第九篇 继承法

一、财产继承与分家析产的区别·····	(520)
二、继承权与继承期待权、继承既得权的关系·····	(522)
三、放弃继承权与丧失继承权的主要区别·····	(524)
四、代位继承与转继承的主要区别·····	(527)
五、如何理解法定继承与遗嘱继承的相同点与不同 点·····	(529)
六、后位继承与补充继承的异同·····	(534)
七、遗赠和遗嘱继承之区别·····	(536)
八、遗赠和生前赠与有哪些不同·····	(539)
九、遗赠与死因赠与的主要区别·····	(541)
十、如何理解遗赠扶养协议与遗赠的主要区别·····	(544)
十一、遗赠扶养协议与一般民事合同的联系与区别·····	(546)
 主要参考书目·····	(550)
后记·····	(557)