

SUIPIENGSHIENG

隋彭生

律师民法业务思维

理论 · 案例 · 经验 · 技巧

2

LÜSHI MINFA YEWU SIWEI

隋彭生 著



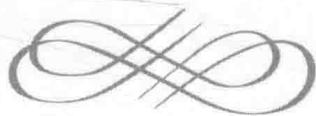
中国政法大学出版社

隋彭生

律师民法业务思维

②

LÜSHI MINFA YEWU SIWEI



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

隋彭生：律师民法业务思维. 二/隋彭生著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 6

ISBN 978-7-5620-6830-3

I. ①隋… II. ①隋… III. ①民法—律师业务—基本知识—中国 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第119478号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437 (编辑室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	12.5
字 数	300 千字
版 次	2016 年 6 月第 1 版
印 次	2016 年 6 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

前 言

1. 《律师民法业务思维（二）》，与《律师民法业务思维（一）》的内容不同，不是其再版。

2. 本书的关键词仍是：理论、案例、经验、技巧，与上本相比，在实务上稍有加强。

3. 本书包括“合同的起草、设计、审查”“合同法”“物权法”“侵权责任法”“婚姻法、继承法、遗赠扶养协议”和“律师操作”六个板块。对《民间借贷规定》《物权法解释（一）》作了简要阐释。

4. 我写书的努力方向：不但要表达一种知识，而且要助人打开思路。

5. 本书可能给人以知识碎片化的印象，联系起来看，也是有助于体系把握的。

6. 本书从律师的角度写作，对其他法律人，亦不无参考价值。

中国政法大学教授 隋彭生

2016年3月25日

微博：隋彭生民商法

缩略语表

1. 《中华人民共和国民法通则》——《民法通则》
2. 最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》——《民通意见》
3. 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》——《诉讼时效规定》
4. 《中华人民共和国合同法》——《合同法》
5. 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（一）》——《合同法解释（一）》
6. 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）》——《合同法解释（二）》
7. 最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》——《买卖合同解释》
8. 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》——《民间借贷规定》
9. 《中华人民共和国担保法》——《担保法》
10. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》——《担保法解释》
11. 最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》——《城镇房屋租赁合同解释》
12. 《中华人民共和国物权法》——《物权法》
13. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉

若干问题的解释（一）》——《物权法解释（一）》

14. 《中华人民共和国婚姻法》——《婚姻法》

15. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》——《婚姻法解释（一）》

16. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》——《婚姻法解释（二）》

17. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》——《婚姻法解释（三）》

18. 《中华人民共和国继承法》——《继承法》

19. 《中华人民共和国民事诉讼法》——《民事诉讼法》

20. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》——《民事诉讼法解释》

21. 《中华人民共和国矿产资源法》——《矿产资源法》

22. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》——《仲裁法解释》

23. 《中华人民共和国仲裁法》——《仲裁法》

24. 《中华人民共和国破产法》——《破产法》

25. 最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》——《商品房买卖合同解释》

26. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（三）》——《公司法解释（三）》

27. 《中华人民共和国公司法》——《公司法》

28. 《中华人民共和国反不正当竞争法》——《反不正当竞争法》

29. 《中华人民共和国行政诉讼法》——《行政诉讼法》

30. 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》——《行政诉讼法解释》

31. 《中华人民共和国侵权责任法》——《侵权责任法》
32. 《中华人民共和国慈善法》——《慈善法》
33. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》——《继承法意见》
34. 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（二）》——《公司法解释（二）》
35. 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》——《证据规定》

目 录

前 言	1
-----------	---

缩略语表	1
------------	---

◎第一部分 合同的起草、设计、审查

第一节 概 述	1
---------------	---

合同审查的四大原则	1
-----------------	---

合同审查的对象	4
---------------	---

一方签发的聘书能否证明合同法律关系的成立	4
----------------------------	---

看看合同主体是否错位	5
------------------	---

区分合同的性质	6
---------------	---

可不可以接受屈辱条约	6
------------------	---

格式条款的转换	7
---------------	---

盖私章、摁手印不可取	7
------------------	---

只有一方的手印（指模），协议能否成立	8
--------------------------	---

为预约定性	9
-------------	---

暂付阙如的条款	9
---------------	---

合同可否设立排他性条款	10
-------------------	----

可以在合同中约定“失权条款”吗	10
-----------------------	----

“填空题”和“选择题”	10
-------------------	----

对示范合同书文本也要审查	11
--------------------	----

合同附件的特殊内容	11
-----------------	----

异地签订书面形式的合同，是否一定要采用寄信的方式	11
--------------------------------	----

对要约邀请的审查·····	12
不可撤销的要约与可撤销的要约·····	13
镜像规则、最后一枪规则、容纳规则·····	13
合同当事人的指代应前后一致·····	14
合同书首部的签约日期与实际签约日期应当一致·····	14
合同书约定的“时间段”与签约时间的协调·····	14
违约金的约定一般要“对称”·····	14
债权让与合同不可留下利息的“尾巴”·····	15
股权转让，约定到期未到工商办理登记的违约责任是否有效···	15
术语的准确运用，有助于减少纠纷·····	16
商业广告的一个风险·····	16
悬乎的“条件”·····	16
合同附既成条件，等于没有附条件·····	17
先履行义务人可以把“担保生效”作为“主合同生效”的条件···	17
合同可以同时约定附两种条件·····	17
合同所附条件要明确·····	18
可以把一方不履行合同作为解除合同的条件·····	18
当事人能否约定，以债务人的履行为合同的生效条件·····	19
实践合同与附随意条件·····	20
一方签字，仍可构成格式条款合同·····	20
对履行期和终止期的审查·····	20
是不是无效保底条款·····	21
自掘合同陷阱的行为·····	21
股权转让与公司资产转让·····	22
可以成功的技巧与不能成功的技巧·····	22
业务人员使用专用章的，为有权代理·····	23
一个无权代理订立的合同中包含仲裁协议，该合同未获得追认， 仲裁协议效力如何·····	23

关于部分追认	24
合同风险的承受	24
违约金条款的审查	25
合同可以排除违约金的调整权吗	26
鱼和熊掌，可否兼得	26
注意合同条款的性质	27
记载于合同台账	28
当事人可以在合同中约定形成权和除斥期间吗	28
合同中能否约定撤销权	29
当事人可以在合同中约定律师费用的承担吗	29
房屋“代持”合同，要写三句话	29
第二节 若干技术问题	29
签字不能用艺术体	29
签字的位置与“身份”的认定	30
是否漏签——审查合同的一个点	30
合同签订的时间	31
编号、骑缝章及其他	31
告知当事人出借“信章书户”的风险	32
合同对“时间点”和“时间段”的表述	32
授权委托书，应写明受托人享有授权的期间	33
不同性质的款项要分别书写	33
合同审查的一项任务：发现自相矛盾的条款	34
可仲可诉的约定是否有效	34
仲裁协议约定不明的一种情况	35
担保合同与主合同签订的时间不一致，不会影响合同效力	35
以抵押登记簿为准，还是以抵押合同为准	36
担保合同与主合同要对上号	37
诚意金的性质是什么	37

可以在《补充协议》中约定《协议》的终止吗	37
企业合同管理	38
第三节 各类合同的起草、设计、审查	39
第一目 买卖合同	39
审查合同，要看一下双方履行义务的时间	39
要强调最后的 10% 质保金是价金的一部分	39
动产所有权保留买卖，只能附条件，不能附期限	40
循环给付，可以约定浮动价格吗	41
样品封存	41
第二目 赠与合同	42
并非理论游戏	42
赠与合同审查之“三看”	42
本案回赠有风险	42
“双交”的约定没有用	43
第三目 租赁合同	43
转租条款的审查及相关问题	43
同意转租，在合同中如何表达	44
租赁时间怎么算	44
何种租赁	45
可以把小猫当租金吗	45
特约第三人（买受人）的任意解除权是否有效	46
可以约定承租人、次承租人没有优先购买权	46
第四目 技术合同、委托合同	47
技术合同的文字陷阱	47
如何区分委托开发合同和合作开发合同	47
委托合同的审查，要看一下是不是间接代理	48
第五目 担保合同	49
对担保人主体资格的审查很重要	49

股权转让, 能否由标的公司担任支付股权款的担保人	50
不宜约定“保证期限”	50
主合同效力拿不准, 要“保”一下担保合同(从合同)	50
能以特定的财产为保证吗	51
代物清偿的有限责任保证	52
反担保、再担保	53
混合担保可以约定先找第三人	55
能否将保证合同的成立、抵押权、质权的成立作为借贷合同 (主合同)或其他合同的生效条件	56
最高额抵押合同需要主债务人的签字吗	57
质押合同不要约定担保期间	58
质押合同可以约定变价期间	58
第六目 和解协议、夫妻忠诚协议	58
起草和解协议的一个注意事项	58
对和解协议原法律关系责任是否确定的审查	59
审查和解协议着重看什么	59
和解协议可以约定管辖法院吗	59
可以把和解协议约定为实践合同吗	59
夫妻忠诚协议是否可以约定婚内赔偿	60

◎第二部分 合同法

第一节 合同法律关系	61
合同法律关系的研究	61
意定法律关系与法定法律关系	61
合同法律关系的凭证	62
这个案例是否理论联系实际	62
双务合同两个单一法律关系的牵连性是履行抗辩权成立的 基础	63

单一法律关系的三要素	63
合同类型的判断	64
一个双务合同的两个诉讼时效	64
预约是不是本约的从合同	65
第二节 合同的效力	65
第一目 合同的效力状态	65
未按约定办理公证，合同有效吗	65
原因可以竞合，效力不能竞合（效力审查）	66
恶意串通的判断	66
以重大误解撤销或变更合同，应当“看人下菜碟”	67
格式条款未进入合同与无效	67
确认之诉，不受诉讼时效的限制	68
第二目 合同附条件及给付附条件	69
在条件成就之前，合同有效吗	69
买受人未付款，不影响追究出卖人的产品责任	69
缔约责任，是合同未成立或无效时的过错责任	70
第三目 签订合同的代理	70
容忍委托授权的沉默与无权代理的沉默有何区别	70
无权代理人是否承担合同履行义务	71
被代理人对代理人的权利外观产生无过错的，不承担责任	72
本案是否构成表见代理	73
构成犯罪不影响表见代理的存在	73
表见代理与无效合同	73
依表见代理取得，还是善意取得	74
本案合同是效力待定的合同，还是无效合同	74
合同无效与合同可撤销，可撤销与可解除，可撤销与效力待定， 能竞合吗	75

第三节 债权让与与债务承担	76
第一目 债权让与	76
哪些债权的让与通知债务人即可, 哪些须取得债务人的同意 ...	76
哪些债权的让与连通知都不需要	77
债权让与, 与向第三人履行不同	77
民间借贷的债权让与	78
第二目 债务承担	78
是免责的债务承担, 还是并存的债务承担	78
债务承担	79
并存的债务承担	81
并存的债务承担与免责的债务承担的区别	81
第四节 合同的履行、解除与抵销	82
第一目 合同的履行	82
浅谈从给付义务与附随义务	82
附随义务二例	82
行使不安抗辩权, 是否要基于同一双务合同	83
关于加速到期	85
行使抗辩权与行使解除权的选择	86
债权人撤销权成立的一个时间节点	86
第二目 合同的解除	87
溯及既往的解除 (面向过去的解除) 和不溯及既往的解除	
(面向将来的解除)	87
解除合同是不是一种违约责任形式	87
借款合同解除, 从何时失去效力	88
是否构成不当得利	89
溯及既往的解除	89
合同被撤销与被解除的区别及解决争议应当注意的问题	89
履行之催告、解除之通知、解除之催告、解除之异议	90

单方解除的通知及效力	95
对书面合同，口头解除是否有效	96
单方解除后诉讼时效的起算	97
第三目 抵 销	98
抵销概说	98
谁到期，谁有抵销权	98
可以用工程款抵销违约金吗	99
抵销权受除斥期间限制吗	99
第五节 违约责任	99
违约责任形式的选择	99
可以强制实际履行的债	100
举重以明轻的解释方法	102
请求调整违约金的一方，应负举证责任	102
对同一违约行为，为什么违约金与赔偿金不能并用	103
合同解除，还能适用违约金吗	103
迟延履行违约金与继续履行可以并用	104
双方违约与过错相抵	104
举证责任分配一例	105
损害赔偿的五大规则	105
第六节 赠与合同	106
第一目 赠与合同概述	106
赠与合同的几个“点”	106
赠与合同的主体	106
赠与中的自己代理问题	106
赠与合同无对价	107
赠与可以击破优先购买权	108
射幸式赠与	108
有奖销售不是赠与	109

无因管理不构成赠与	110
第三人的无偿担保不是赠与，预先放弃追偿权的为赠与	110
有对价的，不是赠与合同	112
关于名义上的对价	112
受赠人是特定的相对人	112
第二目 赠与人的任意撤销权	113
写了欠条，还能撤销吗	113
赠与人如何摆脱债务	113
是否可以约定受赠人先履行义务	114
第三目 赠与合同的法定事由撤销权	114
法定事由撤销权的含义	114
法定撤销权成立的事由	115
赠与人行使法定撤销权的方式	115
撤销赠与财产后果的处理	116
撤销的效力	117
赠与法定撤销后的增值利益及价值减损	118
一种回赠	118
第四目 各类财产的赠与	120
赠与的标的财产有哪些	120
遗产（房产）的赠与	120
动产赠与之交付	121
赠与的缩短给付	121
赠与物的简易交付	122
货币能否指示交付	123
债权的赠与	123
股权的赠与	124
干股的赠与	125

第五目 家事赠与	126
父母及其他人在缔结婚姻前的赠与	126
谁的房子	127
婚礼现场礼金的归属	128
能否以结婚作为赠与的条件	129
关于互赠	129
婚内赠与	129
抚养给付与赠与	130
抚养给付，不构成赠与	130
他人对夫妻的赠与	131
道德义务赠与一例	131
第七节 租赁合同	132
第一目 概述	132
租赁合同是最典型的有偿用益权合同	132
租赁合同包含的三个单一法律关系	132
出租人不一定是所有权人	133
定期租赁与不定期租赁	133
定期租赁的出租人或承租人能否以损害赔偿为代价获得单方解除权	136
承租人能否请求强制实际履行	136
第二目 出租人的瑕疵担保义务	137
出租人的权利瑕疵担保义务	137
以抵押的财产出租对租赁合同效力的影响	137
出租人的适用性担保义务	139
未支付租金，应当先催告，后解除	140
第三目 转租	140
转租产生的新的法律关系	140
转租与承租权转让的区别	141