

总主编 高憬宏
主编 钱海玲

法官智典

商事卷

JUDGE'S INTELLECTUAL GUIDELINES



天津法院审判指导丛书

人民法院出版社

总主编 高憬宏
主编 钱海玲

法官智典

商事卷

JUDGE'S INTELLECTUAL GUIDELINES



天津法院审判指导丛书

人民法院出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

法官智典. 商事卷 / 钱海玲主编. — 北京:
人民法院出版社, 2018.12

(天津法院审判指导丛书 / 高憬宏总主编)

ISBN 978-7-5109-2354-8

I. ①法… II. ①钱… III. ①商法—审判—
天津—参考资料 IV. ①D926.22

中国版本图书馆CIP数据核字 (2018) 第286537号

法官智典·商事卷

钱海玲 主编

策划编辑 韦钦平
责任编辑 李安尼 刘晓宁
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) 67550572 (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 天津嘉恒印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092毫米 1/16
字 数 385千字
印 张 24.5
版 次 2018年12月第1版 2018年12月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-2354-8
定 价 85.00元

版权所有 侵权必究

《法官智典》丛书编委会

主 任：高憬宏

副 主 任：蔡志萍 王红卫 张 勇 郝树龙
李秀杰 蒋亚辉 钱海玲 李 颖

编委会委员：（按姓氏笔画排序）

于盛乐 王 平 王 瀚 田学新
石福新 任俊胜 邢小鹏 刘 莉
刘金洪 刘振清 李 川 李卓领
李鹤贤 张长山 张景良 周 宏
周振怀 赵 阳 袁新利 翟 红

编 辑 部

主 任：赵文艳

副 主 任：王 毅 贾亚强

编辑部成员：张 荷 吴纪奎 董 扬

《法官智典·商事卷》

总 主 编：高憬宏

主 编：钱海玲

执 行 主 编：余正琮 王庆娟 赵 伟

执行副主编：耿小宁 张 昕

执 行 编 辑：（按姓氏笔画排序）

王 斌 王建华 王慧鹏 刘云龙

李阿侠 杨在蔚 杨泽宇 张跃民

林世开 赵 蕾 荆媛媛



Introduction

总序

党的十八大以来，人民法院坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深化司法体制改革，落实“让审理者裁判、由裁判者负责”，取得了显著成绩。但与人民群众日益增长的司法需求和对公平正义的美好向往相比，仍有一定差距，特别是裁判尺度不一的“同案不同判”现象时有发生，制约了司法公信与司法权威的提升。

严格意义上讲，绝对相同的案件是不存在的，每一个案件都有自身的特点，都有需要法官统筹考量的不同因素。但是，“同类案件应当遵循相同的处理原则”确是人民群众的迫切需求。所以，我们这里提及的“同案不同判”主要是指“同类案件不同处理”。导致“同案不同判”的原因有很多，例如法律的变迁、当事人举证能力不同、法官自由裁量权、法官个体认知能力差异等。我国是成文法国家，以法律条文为审判的根本依据，但抽象的法律文本落实到复杂的现实纠纷中存在很大的适用和解释空间，常常给具体办理案件的法官带来困扰。法律法规无法囊括现实生活中纷繁复杂的纠纷情况，立法的滞后性也无法及时应对不断涌现的新类型案件。同时不同的承办法官因司法能力素养的个体差异在理解适用法律、司法解释和指导性文件时也容易产生认识差异。

为贯彻落实党的十八届四中全会提出的“明确各类司法人员工作职责、工作流程、工作标准”的要求，天津法院在全国率先推动司法标准



化,形成覆盖全面的标准体系,规范审执工作,为法官提供“标尺”,为统一裁判尺度打下了基础。而推出《审判指导丛书:法官智典》就是天津法院贯彻落实党的十九大提出的“全面落实司法责任制”的重要举措,是天津法院的第二标准化工程。如果说标准化解决的是司法实践中的最低标准问题,编撰审判指导丛书就是要解决广大法官在具体审判执行过程中面临一些法律没有规定的,或者法律规定比较原则的、比较模糊甚至存在相互冲突的情形时,如何正确行使审判执行权的问题。也是及时提炼总结天津法院广大法官在大量案件办理中积累的宝贵司法经验,集聚和传承天津法院法官智慧,培育和提高法学素养、司法技能的良好契机。

本套丛书按照立足当前、着眼长远、循序渐进的原则,分批次、有计划的完成编写出版工作。首次推出7个分册,分别为:刑事卷、民事卷、商事卷、知识产权卷、行政审判与国家赔偿卷、执行卷、立案与诉讼服务卷。每一分册围绕相应审判领域中存在的疑难、复杂、新型问题展开,给出解答精要,统一裁判尺度、指导审判实践。我们会根据司法观点的更新及实践需要对已出版书籍中观点予以修订,并适时推出刑事、民事、行政等审判领域某一专题的分册。本套丛书在编撰过程中力求达到以下几个特点:

一是以问答为体例,内容精炼、使用方便。丛书在问题的选择、编写体例的设计上始终秉承实用、方便的原则,便于法官使用和检索,以求真正起到工具书、案头书的实际效用。主体内容以问答形式展开,所收录问题均经过反复推敲与凝练,从小处入手,以解决实际问题为根本导向,存真去伪,避免过大过空。在行文上单刀直入、简明扼要。文首的“解答精要”针对问题给出简短精炼的观点和意见,分析与论证放置在下文且论述淡化学术理论性,涉及的法律法规、司法解释、会议纪要、典型案例等以注释方式列明,不在正文援引,使得观感上清晰明了,满足多种需求。

二是以疑难问题为对象,统一裁判,回应需求。本套丛书所收录的问题包括在法律没有明确规定或虽有相关规定但规定相互冲突的情况下产生的疑难问题,以及法律规定比较原则、导致实践中操作棘手造成裁判尺度不统一的问题等,以解决法官在工作中的实际困惑为目的,对于指导审判、统一裁判尺度很



有价值。

三是以一线法官为编写主力，上下协同，汇集智慧。丛书的编辑出版汇集了天津三级法院法官的心血与汗水，所涉问题的提出和解答的撰写都采取招投标方式向全市法院公开，鼓励法官积极发现归纳问题、总结审判经验。同时通过召开专业法官会议、审判委员会，邀请最高人民法院专家型法官及学者论证等方式对内容进行把关，努力提升观点的精细程度，使之更具有权威性、时效性、实用性和系统性。

著名教育家约翰·杜威曾经指出“一个人应能利用别人的经验，以弥补个人直接经验的狭隘性，这是教育的一个必要组成部分”。丛书出版后，将成为法官的案头工具书，并作为天津法官学院的培训教材。也希望丛书涉及问题的处理意见，能够作为相关法律法规、司法解释的立法参考和实践基础，并为检察官、律师等司法实务人员办案以及高校法学院教学、科研提供一些参考。

丛书编撰出版过程中，最高人民法院给予了悉心指导和大力支持，人民法院出版社和所有天津法院的编辑人员在这一年中兢兢业业、不辞辛劳，付出了很多心血，在此一并表示感谢！

高憬宏

2018年11月30日



前言

民商事案件是一个国家经济社会发展的“晴雨表”，民商事审判工作关系到一个国家和地区的投资和营商环境，与经济社会健康发展、人民群众切身利益密切相关。近年来，随着国内经济进入新常态，经济结构调整，公司类、破产类、金融类纠纷日益增长。放眼国际，随着我国“一带一路”倡议的延伸，我国企业对外贸易日益频繁，涉外商事海事纠纷不断增长。为了服务国内和国际两个大局，应对当前民商事审判面临的新任务、新挑战，在2015年12月召开的第八次全国法院民事商事审判工作会议上，最高人民法院院长周强在讲话中明确提出民事商事审判工作中必须坚持的“六大原则”，即依法保护产权、尊重契约自由、坚持平等保护、坚持权利义务责任相统一、倡导诚实守信、坚持程序公正与实体公正相统一。

为深入贯彻全国法院民商事审判工作会议的精神，适应商事审判的现实需求，统一全市法院的裁判尺度与工作标准，解决商事审判工作中的疑难复杂问题，及时提炼总结天津法院广大商事法官在案件办理过程中积累的宝贵经验，集聚和传承天津法院法官智慧，天津市高级人民法院组织编撰了《审判指导丛书：法官智典（商事卷）》。本书坚持以审判问题为导向，从审判实践中来，到审判实践中去，作为本书的主旨。审判实践中层出不穷的新情况新问题是本书的源泉。带着问题研究是贯穿本



书的主线，也构成了本书的内容，解决问题是本书的出发点和落脚点。

书中选编的问题，主要有两大来源：一是来源于日常工作中下级法院的请示，二是来源于全市三级法院范围内的问题征集。我们通过对问题来源、实践意义和争议焦点进行探讨，将一些具有普遍性、典型性和指导性的问题纳入研究视野之中，最终从近220个问题中筛选出154个有价值的问题作为入选题目。由天津高院民二庭与民四庭牵头组织全市三级法院业务骨干组成的编写小组进行编审。我们要求深入研究，直击问题，切中要害，并提出解决方案，确保问题解答的准确性、权威性和可操作性。每个问题由解答精要和理由组成，有的还在文中附相关案例和文书索引。可以说，全书凝聚了全市三级法院商事审判及涉外商事海事法官的智慧和心血。

本书共分五章。第一章合同部分，主要包括合同的订立，合同效力，合同的履行，合同解除及损害赔偿相关问题，还就日常经济生活中民间借贷、消费者维权等常见问题进行了阐释。值得一提的是，特别针对近年来出现的争议比较大的融资性买卖法律关系的认定及处理进行了专门阐述，以满足审判实践所需。在第二章，先就公司纠纷中股东资格与权利、义务，公司内部决议，公司解散，公司对外担保等问题进行了阐述，还就公司破产中的问题予以特别关注，包括破产案件的受理、管辖和审理，破产管理人的确定、职责及责任，“执转破”案件的启动及衔接问题。第三章金融部分，覆盖金融借款合同纠纷、保险合同纠纷、保理合同纠纷以及融资租赁合同纠纷四大类型，其中，天津法院在保理合同及融资租赁合同案件的审理方面积累了丰富的经验，审理水平走在全国前列，可资借鉴。第四章涉外商事部分，主要就涉外案件的起诉与司法管辖权，准据法的确定，域外证据的审查，司法协助（互助），涉外仲裁司法审查，国际货物买卖合同等方面的问题进行阐述。第五章海事海商，则涉及船员、船舶，海上货物运输合同，沿海水路货物运输合同，海上货运代理合同，海上保险合同，共同海损，海上污染、船舶碰撞及海事赔偿责任限制等诸多问题。

总的来说，本书从审判实践出发，具有很强的现实基础，又能回到审判实践中去，具有重要的应用价值。正确理解并适用法律和司法解释，是法官的日

常工作。本书内容丰富，适用面广，能起到以点带面的效果，对当前商事审判工作具有一定的参考价值。限于学识有限，能力所及，谬误之处仍无法避免，敬请读者雅正。

编 者

2018年11月



第一章 合 同

第一节 总则部分	1
问题1：要约邀请具备哪些条件可视为要约?	1
问题2：缔约过失责任的认定和责任承担?	4
问题3：如何审慎并正确认定合同无效?	6
问题4：撤销权应如何正确行使?	8
问题5：债务加入与第三人履行的区分及法律责任?	10
问题6：当事人请求人民法院确认解除合同效力时，合同解除时间如何认定?	12
问题7：当事人行使合同解除权时，解除行为应符合哪些法定程序? ...	14
问题8：预期违约项下守约方享有哪些选择权及法律后果?	16
问题9：人民法院如何调整违约金和具体范围?	19
问题10：合同解除后，守约方是否能够要求违约方按照该合同的约定支付违约金?	21



问题 11：可得利益损失的计算方式及举证责任分配？	23
问题 12：如何确定买方预付货款的利息损失计算标准？	25
问题 13：如何认定预约合同及其效力？	28
问题 14：预约合同违约后能否判决继续履行？	29
问题 15：涉贷款诈骗罪的担保合同是否有效？	32
第二节 分则部分	35
问题 16：如何认定融资性买卖法律关系的性质？	35
问题 17：如何确定融资性买卖合同的效力及责任承担？	39
问题 18：融资性买卖纠纷案件追加第三人的条件与情形？	40
问题 19：仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼，借款关系如何认定？	42
问题 20：仅以金融机构转账凭证提起民间借贷诉讼情形下借贷关系是否成立的判断标准？	44
问题 21：“消费者”的范围应当如何界定？	47
问题 22：如何认定经营者的欺诈行为？	49
问题 23：如何认定产品包装及包装瑕疵问题？	51
问题 24：商品瑕疵举证责任的分配及证明标准？	54
问题 25：如何审查债权转让中的基础债权？	56
问题 26：在债权转让没有通知债务人情形下能否将受让人直接起诉债务人视为“通知”？	59
问题 27：保证人死亡对保证责任是否产生影响？	61
问题 28：调解书的生效时间如何确定？	63
问题 29：企业询证函的证据效力如何认定？	66
问题 30：如何认定公司的职务行为？	68



问题 31 : 担保合同中的独立担保条款应如何认定?	70
----------------------------------	----

第二章 公司、破产

第一节 公司部分	73
----------------	----

问题 32 : 公司成立后, 设立公司协议对股东 (发起人) 是否有约束力?	73
--	----

问题 33 : 如何确定公司决议效力案件的起诉主体、当事人诉讼地位? 提起诉讼是否有时间限制?	76
--	----

问题 34 : 如何认定“对赌协议”的效力?	78
------------------------------	----

问题 35 : 公司解散纠纷中“经营管理发生严重困难”应当如何认定? ...	82
--	----

问题 36 : 关联公司的界定、关联公司对债权人共同承担民事责任的认 定标准?	84
--	----

问题 37 : 实际出资人请求确认股东资格的法律要件和程序?	87
--------------------------------------	----

问题 38 : 股东违反出资义务的责任承担问题?	89
--------------------------------	----

问题 39 : 请求解散公司案件立案时未审查出不符合起诉条件, 进入审 理后又满足起诉条件的应当如何处理?	92
--	----

第二节 破产部分	94
----------------	----

问题 40 : 破产管理人履职与法院监督的边界?	94
--------------------------------	----

问题 41 : 审判庭在破产管理人的确定与管理过程中的职责?	97
--------------------------------------	----

问题 42 : 如何确定和保障管理人报酬, 并发挥其激励作用?	100
---------------------------------------	-----

问题 43 : 如何优化管理人的指定方式?	103
-----------------------------	-----

问题 44 : 在破产重整中债务人自行管理模式下如何明确和规范管理人 职责?	106
---	-----

问题 45 : 如何认定管理人的民事责任?	108
-----------------------------	-----

问题 46 : 如何确定破产案件的管辖和进行立案审查?	111
-----------------------------------	-----



问题47: 破产案件的简易审理方式?	115
问题48: 如何做好关联企业破产中的利益平衡与破产债权的保障?	117
问题49: 如何建立和完善破产重整企业的识别机制?	118
问题50: 重整计划草案的审查和强制批准?	121
问题51: 执行转破产案件应符合哪些要件?	123
问题52: 如何做好执行转破产有关事宜的告知与征询工作?	124
问题53: 如何充分发挥执破衔接在执转破移送程序中的作用?	125
问题54: 执行部门移送审查时应当提交哪些材料?	127
问题55: “执转破”案件的管辖、审查与受理中应当注意哪些问题? ...	129
问题56: 执转破案件快速审理程序应注意哪些问题?	130

第三章 金 融

第一节 金融借款部分	133
问题57: 保证金专门账户金钱质押是否有效?	133
问题58: 贷款展期后保证人是否应当继续承担保证责任?	135
问题59: 抵押人对房产设立抵押并登记, 抵押权为何及于房产所涉建设 用地使用权?	136
问题60: 对金融借款合同中约定的“对应付未付利息计收复利”如何 理解?	137
问题61: 办理房屋抵押预告登记, 银行能否取得抵押权?	139
问题62: 签订抵押合同但未办理抵押登记, 债权人如何主张权利?	140
问题63: 特许经营权能否出质?	141
问题64: 委托贷款合同中的委托人能否直接向借款人主张债权?	144
问题65: 最高额抵押中最高额含义如何理解?	146



第二节 保险部分	148
问题 66 : 保险公司违规经营信贷业务对外签订的借款合同是否应认定为无效?	148
问题 67 : 保险合同中保险期限条款理解和适用?	150
问题 68 : 保险事故发生后,投保人、被保险人(或受益人)未(及时)向保险人报险,被保险人请求保险人对保险标的的损失进行赔偿应当如何处理?	152
问题 69 : 保证保险纠纷中如何适用法律?	154
问题 70 : 财产保险合同中“受益人”条款是否有效?	157
问题 71 : 家庭自用汽车从事网约车营运活动是否属于保险标的危险程度显著增加,保险公司能否据此免赔?	159
问题 72 : 交强险与商业险并存时,原告请求优先在交强险中主张精神损害赔偿是否应予以支持?	160
问题 73 : 交通事故认定书认定事故电动车为机动车,保险公司能否以被保险人无证驾驶为由免除其保险责任?	162
问题 74 : 人身保险合同纠纷案件中,被保险人使用社保卡的购药记录能否推定其患有某种疾病,并成为保险公司解除合同并拒赔的理由?	163
问题 75 : 机动车商业保险合同纠纷案件中,被保险人提交的经单方委托作出的评估报告能否作为认定保险标的损失数额的依据? ..	165
第三节 保理部分	167
问题 76 : 保理合同纠纷案件中,当事人的诉讼地位如何列明,同时起诉应收账款债务人和债权人的,如何确定各方责任?	167
问题 77 : 如何确定保理合同纠纷案件的管辖?	170
问题 78 : 如何认定以未来应收账款叙做保理的合同效力?	171



问题 79 : 债务人对无基础合同关系的“应收账款债权转让通知书”确认后, 保理商是否有权要求债务人承担相应责任?	173
问题 80 : 应收账款债务人对应收账款债权数额、还款期限、履行情况等提出抗辩的处理?	175
问题 81 : 应收账款不真实引发的保理赔偿纠纷中, 保理商是否尽到审查义务, 对债务人承担的责任有无影响?	176
问题 82 : 基础合同变更或解除是否对保理商权利义务产生影响?	178
问题 83 : 应收账款债务人收到应收账款转让通知后, 仍向债权人清偿的, 能否免除债务人的清偿责任?	180
问题 84 : 应收账款债权人以同一应收账款向不同保理商进行融资的, 如何确定保理商的权利顺位?	181
问题 85 : 保理专户中保理回款的性质认定?	183
第四节 融资租赁部分	185
问题 86 : 在融资租赁合同中, 租赁物高值低估和低值高估对合同性质的影响?	185
问题 87 : 未依法办理标的物所有权变更登记的, 融资租赁合同的性质和效力如何认定?	188
问题 88 : 名为融资租赁实为企业间借贷的合同效力如何认定?	189
问题 89 : 主合同不构成融资租赁法律关系, 保证人是否承担保证责任?	192
问题 90 : 出租人宣布租金加速到期的条件如何认定?	194
问题 91 : 租金加速到期情形下加速到期日如何认定?	197
问题 92 : 租赁期间内, 出租人以承租人逾期支付租金为由取回租赁物的合法性考量因素?	200
问题 93 : 出租人先诉租金加速到期后, 又诉解除合同, 是否支持?	203
问题 94 : 融资租赁合同中违约金的计算和调整标准如何确定?	205