

The Essence of
Civil and Commercial
Law Practice

高杉 Legal

民商法实务精要

高杉峻 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

高杉 Legal

民商法实务精要

高杉峻 编

撰稿人名单

高杉峻 / 陈淦 / 方向东 / 黄琳娜 / 张健 /
张华 / 田朗亮 / 姚明斌 / 董庶 / 关倩 /
陈现安 / 沈诚 / 葛黄斌 / 曹会杰 / 曾大鹏 /
张兴 / 刘乃进 / 卿正科 / 柏钦涛 / 许海波



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民商法实务精要/高杉峻编. —北京:北京大学出版社,2015.4

ISBN 978-7-301-25531-5

- 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(2015)第033777号



书名 民商法实务精要
著作责任者 高杉峻编
责任编辑 曾健 白茹
标准书号 ISBN 978-7-301-25531-5
出版发行 北京大学出版社
地址 北京市海淀区成府路205号 100871
网址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
电子信箱 yandayuanzhao@163.com
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印刷者 北京汇林印务有限公司
经销者 新华书店
650毫米×980毫米 16开本 17.5印张 265千字
2015年4月第1版 2015年4月第1次印刷
定 价 59.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

代序

源起与致谢

不少朋友问我,为什么花费如此多的业余时间,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。

很多入行多年的法律界同仁往往有过这样的感受,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,却发现自己几乎不知该从何处下手,这反映了国内法学院教育中法律实务技能培训的欠缺。另一种常见的情况,就是在国内大量非诉业务中,大家会使用很多明显源自英译的合同文本,而其中不少用语在中国法律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》这样的实务技能类文章,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·法律信息库),吴秀军、肖瑾璟(人民法院出版社),@汉德法官、@海坛特哥、@张予菡、@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(北京金诚同达律师事务所),杨元庆(北京市华贸硅谷律师事务所),沈诚[北京盈科(上海)律师事务所],李迎春[北京盈科(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(北京大成律师事务所),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(上海普兰金融服务有限公司),乔智炜(独角兽工作室),曾健、@柳如娅、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:legalgaoshan)交流告知。

高杉峻
2015年3月

目 录

-
- 实务技能** 3 **民商事案件法律检索标准流程**
高杉峻
- 8 **尽职调查实用网站汇总**
陈 淦
- 15 **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
- 20 **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
- 24 **律师审查合同经验谈之三**
——服务合同的审查要点
方向东
- 27 **借条范本与书写借条注意事项**
高杉峻
- 29 **调解协议的写法**
黄琳娜
- 40 **民商事案件律师诉讼文书写作指要**
高杉峻

43 **民事案件质证指引**

张 健

债 与 合 同

53 **效力性强制性规定的类型化识别**

张 华

61 **风险代理条款常见法律争点案例解析**

田朗亮

73 **金钱债务迟延履行违约金的法律适用**

姚明斌

80 **不当得利纠纷中“无法律上原因”的证明责任分配**

董 庶

91 **民间借贷案件大额现金交付的认定思路**

关 倩

102 **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

115 **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

127 **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

147 **担保人是否受债权人与债务人仲裁协议约束问题研究**

葛黄斌

160 **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

实 务 技 能

民商事案件法律检索标准流程

高杉峻*

现行有效的民商事法律规范已经浩如烟海,仅凭广泛的阅读和记忆,已经无法找全、找准特定案件所应适用的法条。要提高办案时找法的查全率与查准率,除了借助外部数据库进行有效的法律检索外,别无他法。

法律检索是法律从业者的基础技能之一,法律检索结果的优劣,会对案件办理结果产生直接影响。对业内资深人士而言,法律检索的过程也是发现案件争点、调整办案思路的过程。

一、法律检索的作用

(一) 法条意识

我国属大陆法系国家,一切诉讼都是从法条中来又到法条中去,准确、快速地检索到适用于手头案件的法条,关系到诉讼的结果与成败,所以法律检索是法律人基本的实务技能之一,此点的重要性无须多述。

(二) 法律人实务学习的重要工具

目前我国法学研究与实务所需的匹配度有待提高,学术研究的基本出发点亦不在于现有法条在实务中的具体运用。遇到实务疑难,从传统学术资料中往往难以找到答案,此时借助法律检索往往更能有效地答疑解惑。

* 高杉峻,北京法律学者,微信号 legalganshan。

二、作为法律检索对象的实务信息的分布

(一) 大陆法系一切诉讼取决于法条,法律检索的主要对象当然是法条

可作为民商事诉讼中法院裁判的依据,主要分为全国人大及其常委会立法、行政法规、司法解释、地方性法规四类以及作为准法源的指导性案例。同时,也需要检索案例,检索案例可以辅助理解法条或将其作为对法条某种特定理解的佐证。

(二) 法条的识别

全国人民代表大会及其常务委员会除了法律,还会制定其他多种文件,最高人民法院除了司法解释,也会制定其他多种文件,所以,对同一机关制定的多种文件进行法条识别就很重要。上述四类法律法规中,较难准确识别的是最高人民法院制定的司法解释。司法解释识别的基本规律是,1997年之后的司法解释必带“法释”文号,1997年之前的司法解释按惯例确定。

三、搜索引擎的使用

就要检索的法律问题,首先使用百度或谷歌(Google)进行检索,了解基本情况和必要背景信息,确定下一步使用数据库检索的大方向。

在使用百度和谷歌提供的高级检索功能的同时,应熟练掌握双引号、“site:”“filetype:”“intitle:”“inurl:”等搜索语法。

四、数据库的选择

目前常用的中国法数据库有“北大法宝”(http://www.pkulaw.cn/)、“威科先行”(http://law.wkinfo.com.cn/)等。北大法宝中,最常用的子库系“中央法规库”“公报案例库”与“裁判文书库”。威科先行数据库除常规的法条和案例检索之外,其“英文翻译”“实务指南”“专业解读”栏目富有特色。

最高人民法院新设了“中国裁判文书网”(http://www.court.gov.cn/zgcpsw/),该网站有高级检索功能(http://www.court.gov.cn/extension/search.htm)。最高人民法院的民商事判决一旦生效,需在规定时限内上传至该网站,未来全国各地各级法院生效判决均会在该网站及时公开。

其他常见数据库例如全国人大官网的“法律释义与问答”(http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/node_1793.htm)、中国法院网的“法律文库”(<http://www.chinacourt.org/law.shtml>)、全国人大的“中国法律法规信息系统”(<http://law.npc.gov.cn/home/begin1.cbs>)等。

五、法律检索的方法

(一) 体系检索法

1. 民法是有体系的,所以我们可以从体系出发进行检索

以“夫妻一方单独处分共有房产”为例,一旦就该问题进行检索,从民法体系出发,即可判断该问题必然涉及《婚姻法》《合同法》《物权法》及相关司法解释。从北大法宝中检索出《婚姻法》《合同法》《物权法》及相关司法解释,分别利用“共有”“无权”“处分”等关键词进行页面筛查,就可以发现相关主要法条。

2. 利用自动索引功能

专业数据库会在每个法条下自动索引引用了该法条的其他法律、司法解释、裁判文书等,点开自动索引的链接,就可以发现其他密切相关的法条、司法解释、案例等信息。

(二) 关键词检索法

1. 检索口径的调整

检索所得结果过多,难以人工筛选时,需要缩小检索口径,可通过(1)加长关键词(代理→无权代理);(2)增加关键词(处分→处分*无效);(3)增加检索项(发布机关限定为最高人民法院)等方法缩小检索口径,得到范围限缩后的检索结果。检索所得结果过少,需要扩大检索口径时,则反之。

2. 如何选取关键词?

(1) 从中文文本出发发现关键词:同义词、近义词、反义词。

(2) 根据法理发现关键词(检索无权处分就要想到善意取得,检索无权代理就要想到表见代理)。

(3) 从相关法条的表述中发现关键词。

(4) 从判决的行文中发现关键词。

(5) 从行业习惯用语出发发现关键词。

关键词的选取能力是检索经验、中文功底、法律功底的综合体现。

3. 检索逻辑符号的运用

*、-、or 等符号的单独或合并使用,如标题检索关键词:“合同*效力-仲裁”。

(三) 案例倒查法

以上两种检索方法归根到底都是从概念出发的演绎的思路,而案例倒查法则是从案例找法条的归纳的思路。

1. 如何找到案例

一是用“体系检索法”在相应法条下自动索引的裁判文书中找案例;二是用“关键词检索法”在案例库中找案例。

2. 如何倒查法条

逐个浏览筛选案例全文,重点放在“本院依据某某法……”部分引用的法条。倒查不仅能实现找法上的查漏补缺,更能发现法条在实务中的争点和疑点。

实务中,对不熟悉的领域或问题,案例倒查法往往先于体系检索和关键词检索使用,以提前确定检索方向。

六、检索所得法条的效力甄别

一次认真全面的法律检索做完,可能找到几十个甚至上百个相关法条,有必要对所得法条逐一进行效力甄别。

1. 对检索所得法条是否有效进行甄别

① 是否已被废止;② 是否属于已经公布但尚未施行;③ 是否属于法院的裁判可依据的文件范围。

2. 法条在事项效力上是否适用于本案

① 注意法律文件的标题对适用事项范围的界定,如最高人民法院《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》,该文件的标题已经明确了不适用于农村房屋的租赁纠纷。

② 注意法律文件的条文对适用事项范围的界定,如《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第1条已经排除了该法适用于企业间借贷。

3. 法条在时间效力上是否适用于本案

民商事实体立法一般不具有溯及力,民商事实体司法解释一般具有“溯及力”,程序立法或司法解释即时适用。注意司法解释末条的一、二、再审的程序适用(适用的时间范围)条款。

七、做好检索记录

法官、律师向助理布置检索任务时,应要求其随同检索结果一并提交检索记录(使用何种数据库、何种方法、何种关键词、何种顺序做的检索),以便查漏补缺。

附:法律检索相关法律及司法解释

1. 《中华人民共和国立法法》
2. 最高人民法院《关于司法解释工作的规定》
3. 最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》
4. 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》

尽职调查实用网站汇总

陈 淦*

随着电脑技术和互联网的发展,信息化时代来临。以往很多难以实现的信息收集和整理,现在只需通过在电脑前“点点鼠标,敲敲键盘”就能完成相应的查询和资讯获取。政府信息的透明化、公开化,是法治社会的必然要求,在此情势下越来越多的法规、文件、信息都随之上网,可供公众无条件进行查询。作为专业的法律从业者,结合自身实务经验,整理大量实用的网站与大家一起分享,坚持免费为原则,对于收费的网站本文不予推荐。

一、主体信息查询

1. 国家工商总局“全国企业信用信息公示系统”(<http://gsxt.saic.gov.cn>)

2014年3月1日正式运行,能够查询全国企业、农民专业合作社、个体工商户等市场主体的工商登记基本信息。依据国务院《企业信息公示暂行条例》的规定,市场主体的下列信息应当自产生之日起20个工作日内在该系统内予以公示:(1) 注册登记、备案信息,具体包括公司注册号、法定代表人、类型、注册资本、成立日期、住所地、营业期限、经营范围、登记机关、经营状态、投资人信息、公司主要备案的高级管理人员名单、分支机构、清算信息、行政处罚信息等;(2) 动产抵押登记信息;(3) 股权出质登记信息;(4) 行政处罚信息;(5) 其他依法应当公示的信息。

企业年度报告也将通过该系统予以公示,年度报告内容包括:(1) 企业

* 陈淦,浙江六和律师事务所合伙人律师,电子邮箱 Chenganlawyer@gmail.com。

通信地址、邮政编码、联系电话、电子邮箱等信息；(2) 企业开业、歇业、清算等存续状态信息；(3) 企业投资设立企业、购买股权信息；(4) 企业为有限责任公司或者股份有限公司的，其股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息；(5) 有限责任公司股东股权转让等股权变更信息；(6) 企业网站以及从事网络经营的网店的名称、网址等信息；(7) 企业从业人数、资产总额、负债总额、对外提供保证担保、所有者权益合计、营业总收入、主营业务收入、利润总额、净利润、纳税总额信息。第(1)项至第(7)项规定的信息应当向社会公示，第(7)项规定的信息由企业选择是否向社会公示。

企业的下列信息也将在形成之日起 20 个工作日内通过系统公示：(1) 有限责任公司股东或者股份有限公司发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息；(2) 有限责任公司股东股权转让等股权变更信息；(3) 行政许可取得、变更、延续信息；(4) 知识产权出质登记信息；(5) 受到行政处罚的信息；(6) 其他依法应当公示的信息。

目前公示系统的部分功能已经开放查询，部分信息模块已经建成，后续需要各地工商管理局配套跟进后逐步开放查询。

2. 各省、市级工商局网站

这些地方性网站在国家工商总局“全国企业信用信息公示系统”未上线之前，发挥了巨大作用，这些网站以前提供过信息公示系统所查询的主要信息，读者不能在国家级网站上查到的信息，进入这些地方性网站查询也会有所发现。但随着“全国企业信用信息公示系统”的强力推进，各地方性工商局网站将会被取代。

3. 各省、市级信用网

这些网站是地方性主导的，一般以企业信用体系建设推进办为主导，如北京市企业信用信息网 (<http://qyxy.baic.gov.cn>)、浙江企业信用网 (<http://www.zjccredit.org>)、信用浙江 (<http://www.zjccredit.gov.cn>) 等，基本信息都有，但如需要更全面的如年检信息、对外投资信息、商标、变更、劳保等信息，则可能需注册会员资格等。笔者在实务中发现，基本上各个地方都有类似的网站，优点在于有些网站可以通过法定代表人的姓名查询到该企业，这是与“全国企业信用信息公示系统”不同的查询方式。