



天同
律
师
事
务
所

编
著

天 同 诉 讼 卷

人
民
法
院
出
版
社

2015 — 2016

精
选
集



天同律师事务所 编著

天同 诉讼卷

人民法院出版社

2015 — 2016
精选集

图书在版编目 (CIP) 数据 www.docsriver.com店铺太我也

天同诉讼圈精选集 . 2015-2016 / 天同律师事务所编著 . -- 北京 :
人民法院出版社 , 2017.5

ISBN 978-7-5109-1808-7

I . ①天… II . ①天… III . ①诉讼—案例—中国

IV . ① D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 090853 号

天同诉讼圈精选集 (2015—2016)

天同律师事务所 编著

责任编辑: 兰丽专 赵作棟

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) 67550626 (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 - m a i l : courtpress@sohu.com

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 612 千字

印 张: 45

版 次: 2017 年 5 月第 1 版 2017 年 6 月第 2 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5109-1808-7

定 价: 148.00 元

版权所有 侵权必究

卷首语

一转眼，“天同诉讼圈”已经满3周岁了。在这3年多时间里，我们发布了超过1200篇文章，其中超过80%是天同律师有关诉讼知识与经验的原创。借助于移动互联网，这些文章广为传播，累计阅读数超过3400万。

我们相信，好内容不会只有一时的生命。在2015年年初，我们就尝试印制了1000册2014年“天同诉讼圈”精选集，23分钟之内就被抢光。这一次，我们想更好地呈现内容，把它分享给更多的人。

我们梳理了“天同诉讼圈”2015年和2016年发布的内容，精选了其中最受欢迎、最具深度的87篇文章，通过人民法院出版社正式出版发行。精选集的栏目也有了很大的变化，而它的背后，正是天同律师事务所本身的变化。

这两年，我们的四合院里新来了3位合伙人。他们在过往职业经历中积累的出色能力让我们在高端民商事争议解决领域的的能力拼图更加完整。

“民商辛说”栏目的主持人辛正郁老师原为最高人民法院民一庭审判长，他的理论功底和审判业务就算是在高手如云的最高人民法院也是相当出色的。他的加盟让我们能够更好地理解法官的裁判思路，拥有更强的结合理论与实践的能力，从而在复杂民商案件处理的更高层面发挥作用。

“法务芳谈”栏目的主持人朱华芳律师原本是世界五百强企业中国中化集团的法律部副总经理，她的加盟帮助我们补足了涉外诉讼仲裁业务领域的能力。同时，央企法务的出身使得她更懂法务，也帮助我们全面提升了服务法务的能力。

“抗诉真言”栏目的主持人王真律师曾经是北京市人民检察院的一位检察官，获得过首届“全国检察机关民事行政检察业务竞赛”的第一名。她的加盟帮助我们补足了民事抗诉业务领域的能力，成为我们既有的再审案件业务链的自然延伸。

更让我们感到高兴的是，新同事的加入并没有让天同一贯的分享精神和“天同诉讼圈”传播诉讼正能量的初心有丝毫改变。无论工作多忙，天同的律师们仍然会用心地准备文章，毫无保留地和大家分享我们在案件代理和课题研究中的知识成果。

新加入的3位合伙人兴致盎然地开办了专栏，每周定期更新；年轻律师们积极参与到各个栏目的写作中，带来丰富多彩的选题视角；更不用说已经从知识主管晋升合伙人的陈枝辉律师，从“天同诉讼圈”创办之初就每周推出一期“天同码”，已经坚持了3年有余。

常常有人对此表示不解，问我：“蒋律师，你们这样开放自己的知识成果，不担心培育竞争对手，削弱自己的竞争优势吗？”

我总是笑着摇摇头说：“其实恰恰相反。”

竞争优势不是靠保守得来，而在于自身的不断进步。更重要的是，这些年来，我们从开放中收获了很多。

开放让我们收获了更多进步。“天同诉讼圈”每天的发稿压力促使我们在平日的工作中不断学习、思考和总结。每一次写作的过程，也是我们不断整理知识，把它内化于心的过程。每每想到这些文章将被全国众多的法律人审视，我们就立马打起十二分精神，反复打磨，力争呈现最好的内容。就拿我自己来说，正是不能让“每周蒋讲”栏目“空窗”的压力激励我无论再累再忙，都一

定会挤出时间来写作和思考，收获不停，成长不停。

开放让我们收获了更多朋友。目前，“天同诉讼圈”的粉丝数量已经突破35万，其中有许多是我们的律师同行，也有法官、检察官、公司法务和法学院学生等。他们在文章的评论区与我们互动，甚至特意撰文与我们商榷，让我们受益匪浅；他们在“天同开放日”来到我们的四合院，分享他们的故事，也进一步了解天同；他们向我们发来了分享交流的邀请，我们也由此认识了全国各地更多的法律人，无论是知识上的交流还是业务上的合作都越来越密切。

开放让我们看到了律师行业的变化。过去，或许正是由于对削弱自身竞争力的担心，许多律所和律师都希望把自己封闭起来，行业里的交流机会并不多见，执业中的困惑也只能独自摸索。但当我们主动开放自己，我们发现，越来越多的同行也乐意向我们开放，向全行业开放。最近这几年来，开放已经逐渐成为整个行业的风气。越来越多的律师同行乐意通过写文章、做演讲等方式，分享自己的知识和技能。越来越多的人相信技术是可以驱动法律的，并且愿意为之努力。律师行业的力量因此被空前地凝聚了起来，包括我们在内的每一位律师都能从这样的风气里获益。

这时常让我回想起2013年的冬天，我们筹划给这个即将开通的微信公众号取名的时候。大家七嘴八舌，一直没有讨论出满意的方案。最后我说，就叫它“天同诉讼圈”吧，这源自于天同为自己设定的愿景：参与打造一个更加公平正义的法律生态圈。

在那时，我其实并不确定这样的“诉讼圈”能否真正为“更加公平正义的法律生态圈”贡献力量，但渐渐地，我发现，“诉讼圈”传播的专业法律知识在这个移动互联网的时代充分地发挥了“圈层效应”，让共同关注这些知识的法律人因此在线上被识别出来，连接起来。法律人的身份认同被强化，地域的边界被打破，无边界的交流和协作也成为可能。这样一个在线上聚成的“诉讼圈”，竟实实在在推动着我们，朝着那个有关法律生态圈的愿景迈进。

因此，当我们重新审视“天同诉讼圈”这两年来发布的内容和我们在这两年里的成长，我们无比庆幸。拒绝开放或许能让我们在封闭领地里短暂地自成一体，却会与这个正在飞速成长的广阔世界失之交臂。虽然我们也曾经为是否向同行开放、是否创办微信公众号有过犹豫，但我们最终坚定地迈出了这一步。

我们必须感恩这个时代。它让我们这一步可以被更多人看到，把我们和所有乐意开放的人连接在一起，由此碰撞出无限可能。

我们更感恩陪伴我们一路走来的你们。你们的真诚和善意让我们的开放之路愈加坚定，你们的关注与支持是让我们努力进步的不竭动力。我们深知，“天同诉讼圈”早已不只属于天同，而是承载着所有热爱诉讼的人对诉讼的坚持与执着。

我们精选这两年来“天同诉讼圈”上的内容，付梓成册，呈现为更加厚重的纸质书，是对这两年来我们一同成长的时光的纪念，亦是对未来的期许。

都说这是一个线上线下相融合的时代，未来，我们希望“天同诉讼圈”也能像它曾经生产的这些内容一样，从线上走到线下，让热爱诉讼的人们有机会做更深度的交流，让那些在线上广为传播的诉讼理念与方法在我们的不断切磋中，真真切切地融入我们的日常工作，进一步提升法律行业诉讼业务的整体水平。

3年前，无讼阅读 App 在首个国家宪法日举办的发布会上，我的演讲主题就叫“法律人的大连接时代”。未来，我们将更加深度地融入这个“法律人的大连接时代”，更加努力地提供更有价值的内容，为诉讼生态圈乃至整个法律生态圈贡献更多建设性的力量。

愿与你携手，共创未来。

蒋 勇

2017年5月

目录

民商辛说 MINSHANG XINSHUO

从最高人民法院到天同，我对法律的爱以终为始	辛正郁 / 003
物权法司法解释拾遗系列：流押禁止不必如此强势	辛正郁 / 011
物权法疑难问题再思考：不动产善意取得中的无权处分	辛正郁 / 027
物权法疑难问题再思考：特殊动产物权变动登记对抗之理解	辛正郁 / 036
物权法疑难问题再思考：《物权法司法解释（一）》重点内容理解	辛正郁 / 043
对方同意在合同权利义务转让中的法律效果	辛正郁 / 057
以物抵债法律性质刍议	辛正郁 / 064
以物抵债与物权变动	辛正郁 / 071
以物抵债与保证责任	辛正郁 / 079
最佳证据规则的实践把握	辛正郁 / 084

“天价”约定违约金该如何“适当减少”	辛正郁 / 090
出质人处分已出质机动车是否构成无权处分	辛正郁 / 102
特殊动产抵押权善意取得构成要件简析	辛正郁 / 108
主合同被转性认定时的担保人责任	郑杰 / 114
主债权转让，质权是否随同移转	郑杰 / 123
合伙人越权提供合伙企业担保的效力	郭佑宁 / 131
指示交付中的“指示”和“交付”	石睿 / 138

天同码 TIAN TONG MA

最高人民法院要案传真：天价违约金被支持	陈枝辉 / 147
最高人民法院要案传真：以物抵债的诺成性质	陈枝辉 / 155
最高人民法院：民间借贷，还是真的房屋买卖	陈枝辉 / 164
最高人民法院 2016 年公报：精选十大民事案例	陈枝辉 / 178
最高人民法院 2016 年公报：精选十大商事案例	陈枝辉 / 193
一方当事人犯罪，合同是否有效	陈枝辉 / 212

下午茶 XIA WU CHA

股东不履行清算义务承担连带责任的实务分析	刘欢 李文奇 / 231
最高人民法院观点：法定代表人身份的公示效力如何认定	李谦 / 237

因关联交易所致公司的可得利益损失能否扣除	彭 卿 李 皓 / 243
约定利息超出银行同类贷款利率的 4 倍，一定得不到支持吗	曹玉龙 / 247
施工合同无效，当事人是否有权选择工程款的结算方式	宋 峰 / 252
招投标瑕疵的建设工程施工合同是否有效	张小健 / 257
未经批准的矿业权转让合同，如何判断合同效力	欧阳春 / 262
如何认定委托质物监管合同的性质及质物是否存在	石 睿 / 270
法院对现金交付的效力认定	孟也甜 / 275
借新还旧保证人免责的适用范围与裁判思路	刘 欢 / 283
金钱质押“特定化”的裁判规则和律师建议	孟也甜 / 288
主债务人破产后，保证人的责任范围是否受破产程序影响而减少	孟也甜 郑 杰 / 295
连带保证的债权人向部分保证人追讨，效力是否及于其他保证人	王 峰 / 301
预告登记能否排除生效裁判文书导致的物权变动	张小健 郭佑宁 / 306
一图看懂案外人救济途径怎么走	曹玉龙 李文奇 / 311
构成、基数、标准：计算金钱债务迟延履行利息的三个要点	李 谦 / 315
办理债权文书强制执行公证的三大风险争议点	孟也甜 / 320
《民事诉讼法司法解释》对“合同履行地”的再定义	杨骏啸 / 327
《民事诉讼法司法解释》对管辖权异议模糊处理，司法实践应如何应对	李 皓 / 332
《民事诉讼法司法解释》法定再审事由实务解读	王 峰 / 337
分期履行的租赁合同，诉讼时效何时起算	杨骏啸 李 谦 / 344
起草争议解决条款，哪些错误不能犯	王 峰 宋 峰 / 351

抗诉真言 KANGSU ZHENYAN

- 从检察院到天同，只是转身，并未远离 王 真 / 361
- 一图看懂案外人救济的另一条途径：申请检察监督 王 真 / 367
- 民事检察监督不是抗诉那么简单 王 真 / 377
- 敲开检察监督的第一道门——提交申请材料 王 真 宋 峰 / 385
- 撰写检察《监督申请书》不能犯的那些错误 王 真 / 395
- 私人印章的法律效力 王 真 / 406
- 事实问题还是法律问题？两则抗诉案例告诉你 王 真 郭遥远 / 413
- 四张图告诉你：民事抗诉案件有多少被支持 王 真 王 峰 / 421
- 这五大民事诉讼抗诉程序的要点，经常被律师误读 王 真 王 峰 / 431

涉外邦 SHEWAIBANG

- 纽约南区法院凭什么罚中国银行的款 朱华芳 石佳筠 / 443
- 这起涉外仲裁案例，读一个顶十个 朱华芳 / 456
- 到底按谁的规矩办——图解国际商事仲裁法律适用 朱华芳 / 466
- 到底归不归它管——承认及执行外国仲裁裁决公约适用的六个误区 朱华芳 / 477
- 涉外民商事案件集中管辖实务简析 朱华芳 / 486

那些我们追问过的国际商事仲裁问题——仲裁与诉讼的 PK	朱华芳 / 492
中国企业必须了解的美国民事诉讼第一利器——Rule B 扣押令	朱华芳 / 500
香港形成证据之使用攻略	曹玉龙 / 508
2000 ~ 2015 年，不予承认和执行的 30 个外国仲裁裁决	曹玉龙 / 515

法务芳谈 FAWU FANGTAN

从央企法务到天同律师，视角转变，初心未改	朱华芳 / 529
最高人民法院裁判规则：企业国有资产交易未履行规定程序的效力	朱华芳 / 536
看美剧学法律：16 个问答带你系统认识律师 - 当事人特免权	朱华芳 / 550
10 个问答，读懂内地与香港判决相互认可和执行	朱华芳 / 559
最高人民法院案例：“动摇”一份仲裁裁决的路，他们——走过	朱华芳 / 568
法务技能 get：9 个案例告诉你如何起草和审核合同仲裁条款	朱华芳 / 578

每周蒋讲 MEIZHOU JIANGJIANG

青年节致青年律师：其实你比想象的更强大	蒋 勇 / 589
天同内部讲话：让我们为胜利欢呼	蒋 勇 / 595
是资源，而非成本：律师人才的选、育、用、留	蒋 勇 / 603
解密：天同合伙人是怎样分配利润的	蒋 勇 / 611
相较于利润分配，律所架构是更高位阶的考量	蒋 勇 / 617

四个版本更迭：更高效的律所模式是什么样的	蒋 勇 / 623
法律服务互联网化与工匠精神是对立的吗	蒋 勇 / 630
大数据能为律师行业带来什么	蒋 勇 / 636
哈佛大学演讲：从天同到无讼，看中国律所在互联网上的探索	蒋 勇 / 642
哈佛大学演讲：从交易成本理论看互联网背景下律所的组织结构变革	蒋 勇 / 648

法务圈 FAWUQUAN

一文彻底读懂动产（大宗商品）质押的风险及其防控	李 皓 / 663
银行业诉讼研究报告：动态质押的效力及风控要点	刘 欢 / 674
企业贸易型融资的头等法律风险——合同性质不明	石 睿 / 679
大宗商品贸易中货物单证流转的风险	石 睿 / 684
全面解析融资性贸易的七大交易模式（一）	王 峰 石 睿 / 690
全面解析融资性贸易的七大交易模式（二）	王 峰 石 睿 / 694
全面总结“融资性贸易”纠纷的几个重要特点	王 峰 石 睿 / 699
“名为买卖、实为借贷”案件的裁判思路剖析	王 峰 石 睿 / 704

www.docsriver.com店铺太我也

——
民商辛说
——

从最高人民法院到天同， 我对法律的热爱以终为始

◎辛正郁

他在最高人民法院任职 20 余年，审结近千件各类民事案件，多次参与司法解释执笔、起草和法律制定、修订工作，在学术领域亦多耕耘。而今，他离开钟爱的审判岗位，加入天同律师事务所。他是辛正郁。

因此，由辛正郁主笔/主持的天同诉讼圈全新栏目“民商辛说”应运而生。在今日这篇开栏文章中，辛正郁回忆了自己走上法律职业道路的过程和经历、对法官生涯的感悟与感恩，是对过往的纪念，更是对未来的期许：希望这个专注于解析民商实务热点难点的栏目，能将其多年来的所学所悟，与各位读者朋友分享。

“越专注，越宁静”。每周二晚 6 点，“民商辛说”期待与您共建一方民商实务问题交流探讨的净土。

一、注定之缘

知者乐水。吉林市，一个松花江穿城而过的北方城市，她是我的家乡。父亲是20世纪60年代的工大毕业生，身边的人常说：“你也得考上大学才行”，而我更想以后在父亲工作的国营工厂做一个工人，这样就可以永远和幼儿园的小朋友朝夕相处了。

那一天至今清晰印刻在我记忆里，一个普普通通冬季的周末下午。父亲要到市里办事，红旗牌“二八”自行车是他的座驾，而长长的横梁是我的专座。一路上，父亲时不时对我进行理想教育：上小学了，好好学习、天天向上是必须的。80年代初的北方工业城市，高楼大厦并不多见，遮挡少了，风景自然也就多了。指着一栋栋楼房问“这里是干什么的”，是我一路上最重要的问题。路旁矗立着一幢有至少两层楼高且宽阔台阶的建筑，不只气势恢宏，并不多见的明白色调在一众灰暗中也格外跳脱，“这里是干什么的？”我问。父亲侧头答道：“这儿是市司法局。”继续前行，父亲突然又补充道：“那里面都是带大盖帽的，还有枪，你好好学习考上大学，毕业了就能到这里工作。”那个时代老百姓对政法系统的直观认识，虽不准确但足够威武气派。

小学、初中、高中的学习按部就班，我偶尔淘气但还算务正业，学习成绩始终优异。记得一次开家长会，小学班主任对各位家长教育子女的方式方法乃至成效做了点评，我作为正面典型受到表扬，“娇惯而不溺爱”，是王老师对父亲的评价。父亲自己的总结则是注意培养孩子的学习兴趣、教会孩子学习方法最重要，不打孩子的经验之谈让我的童年平凡而幸福。高二期末，我们面临最重大的人生抉择是文理分班。有了数理化，走遍天下才不怕，那时的人们对此深信不疑。年级第一名当然得选择理科班，而我的最爱是语文、历史和地理，百般坚持下，我如愿成为文科班的一员。此后很多年，都不相信人生的轨迹真

就是早已注定的，但我一直没能搞清楚。尚不知法律为何物之时，怎么偏偏在第一志愿中只选了中国政法大学。其实，宇宙人生的真道理往往通过这种方式化现，今天，我对此深信不疑。

报到前夕，我还和父亲聊起过那个普普通通冬季的周末下午，当时也就是一笑而过。现在回想，我此后的人生起点，就在这里，一个法律人的缘分由此徐徐展开。

二、精进承业

据说 1994 年是国家分配与自主择业相结合的第一个年头。7 月，包括我在内的 12 名年轻人走进最高人民法院。源自百姓之家的我，能够成为国家最高审判机关的一员，家族荣耀的承载，自我虚荣的满足，这种喜悦一生能得几回。虽然没能走进儿时艳羡不已的那幢大楼，但我已经处在法律职业最为庄严殊胜的庙堂之中了。

20 出头到年逾不惑，是人生最华彩的一章。书记员、助理审判员、审判员、审判长，看似简单的角色转换占满了我的这 20 多年。法官的艰辛、压力、困惑甚至些许无奈，对我而言实实在在。但对工作，我仍深怀感恩。在工作中，自己逐渐养成较为完善的法律思维，成长为一名还算合格的法官。期间，还获得公派赴日留学的宝贵机会，这次深造带给我的影响今天仍明澈可见，未来亦会如是。如果说法学基础理论的根基是在中国政法大学筑就的话，第一次升华则是在此间完成的。不知不觉中，人生的意义变得不再虚无，有时还更像朝夕相处的朋友。珍贵的经验、良好的训练、才能的表现、品格的修养，除了父母的养育之恩、爱人的终生相伴，又有什么能像工作这样对你慷慨给予呢？每每念及得到的如此之多、付出的如此之少，心中总有不安。

人有什么样的品质，外界就会给他什么样的评价。检验人的品质最简单的

方法，就是看他以什么样的精神面貌工作，看到一个人的工作，就如见其人了。回首历往的岁月，基于对法律职业从未消退的钟情热爱、对法治精神的信仰坚持，我倾己所能力争尽善完成每一项工作，虽无成绩可言，已能问心无愧。敬业是我对自己的要求，对工作始终保有一份敬畏甚至虔诚之心，勤恳踏实、不贪功不谄过、谨言慎行、真诚待人，坚持初心不为庞杂所动，我自信做到了这一点。在这份坚持中，我从青葱岁月步入不惑之年。

民庭（2000年后为民事审判第一庭）是最高人民法院历史最为悠久的两个审判庭之一。后来除刑事审判庭之外的所有审判部门几乎都可以从民庭找到某种渊源。民事审判领域广、范围宽、难点多、体量大，看似下里巴人，实则兹事体大。它是一片沃土，只要你勤奋就一定能收获属于你的果实。我所在的合议庭在办案的同时，还专项承担物权、农村法治、基层基础等研究指导任务，客观地说，这些也是我国立法相对薄弱、政策更新较多、深层次问题聚集的领域。相关司法解释、司法政策的制定，是此间最高人民法院监督指导全国审判工作的重点。自2003年起，在起草农村土地承包、建筑物区分所有权、物业服务、物权法等司法解释过程中，人物债的衍生交织，情理法的此消彼长，静态动态的盘根错节，纵向横向的时空转换，无时无刻不考验着我们的智力、耐心、勇气乃至人性。解释每易其稿，都体现出对局部与整体、部门与体系、专门与一般、逻辑与经验的深入研判与螺旋升华。

前后十几年间，我所得到的锻造源于站在最高人民法院这个坚实宽广的平台之上。我最引以为傲的光环、最冀望得到的认同，只源于且仅终于“法官”这两个字，法官最好的舞台只在法庭，法官最好的作品就是裁判，我和我的同事特别是合议庭的年轻法官秉持了这一信念，与他们共度的每一天都是愉快和难忘的。他们日后取得的每一点进步，我都会默默祝福。没有他们，我又怎能如此不舍。慈悲是人与生俱来的品格，但一定也必须体现在具体实在的事物之中。立法目的或有不同，但其道德伦理基础是一致的，即培植善念、鼓励善行；

www.docsriver.com 店铺太我也

抑制恶念、惩戒恶行。法官的使命在于抽丝剥茧，让隐藏在纷繁复杂案件事实背后的善恶美丑显现出来，判断善恶美丑毕竟相对简单，拿捏得当即可为司法裁判赢得最广泛的民意认同。做到这一点，是法律对包括自由、正义、秩序等价值的终极关怀召唤使然。作为一名法官，就是要怀菩萨心、出霹雳手，宽仁与严厉之间，彰显的是人性的光辉。于此计，我和合议庭的同事们通过裁判尽心竭力昭示善恶，孜孜以求弘扬正道，纵使或有不足，但无怨无悔。前辈们如父如兄、亦师亦友的关怀鼓励，让我真切体会什么是知遇提携之恩、扶助宽容之谊，他们博学、审问、慎思、明辨、笃行的良好品质，是对我最好的传承和馈赠，对此，我永存感激、终生难忘。愿他们万好顺安。

2011年3月，最高人民法院参考美国法学院案例教程（Casebook series）和日本司法研修所等机构教材编写方法，决定启动《案例与资料》（共计20册）丛书编撰工作。编写队伍由最高人民法院院领导、著名学者和资深法官组成。堪称豪华已极的编写队伍汇聚了国内法律实务和法学理论界享誉最高权威的大家巨匠，蒙错爱，我以区区审判长的身份被聘为《物权法学教程——案例与资料》的执行副主编。作为后学晚辈，能与各位大法官、法学大家和最高人民法院各位庭领导共同参与此一浩大工程的建筑，我倍感荣幸。接受任务后，我组织最高人民法院民一庭以及法院系统在物权法方面钻研精深的近30位法官开始编写工作，在国家法官学院和北京大学法学院的大力支持下，第一个完成了所有工作。但遗憾的是，时至今日仍未能结集出版，看着电脑中洋洋百万余字的书稿，心底时常涌起莫名的惆怅。

《华严经》中说，所见诸佛，皆由自心。成功失败、褒奖抑贬，又何尝不是如此。外界他人的评价，本质上都不重要，也可能不尽真实。静夜长思中，能否自我认同是谁都无法回避的。躬身自省，我自认当已做到了。

三、是日已过

在法官职业道路上继续前行，已似顺理成章，但工作家庭两相成全，有时恰恰难以遂愿。或许是个人福报亏损，抑或自身资粮本就不足，我已无法一如既往地全身心投入审判工作了。为不至留下人生难以承受之痛，我只能选择一份更具弹性的工作，以便有更多时间陪伴家人，尽管从未想过有一天会以辞职的方式走出法院，也不知道果真如此，自己会如何自处和经历。2016年3月24日，是我与东交民巷27号说再见的日子。几位同事帮我捆扎书籍，我只想记住自己的法官服和法袍是装在那个最大的蛇皮袋子里。

离开钟爱的审判岗位，不能再和这些优秀的法律人共同实践崇高的法治信仰，与最高人民法院法官的职业梦想失之交臂，难再体味法官群体的光辉荣耀，是我心中难以抹去的遗憾。而我又是如此幸运，能带着那么多人的祝福离开法院，真希望留下的是最美好的回忆。知身从缘起，究竟无所著。我心是平静的。

有时还是会想，如果儿时艳羡不已的那幢大楼属于中级法院，该有多好。

四、中和无讼

《中庸》载：“中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。”贵和持中、贵和尚中是我国的传统文化理念乃至法律文化传统的主要特征。无讼理念体现的就是这样一种价值取向。2004年，Google在招股说明书提出：“不要作恶。我们坚信，作为一个为世界做好事的公司，从长远来看，我们会得到更好的回馈——即使我们要放弃一些短期收益。”这份“不作恶宣言”，赢得人们朴素道德观念的深深认同。天同星是紫微斗数14主星中的最后一颗，个性最为平和，古称“福星”。天同星平易近人、知足常乐、心地宽宏、愿解纷争，故而轻松惬意，是谓之福。作为一家律所，取名天同并将无讼作为文化图腾，其对传统的正向

持守虽理想国色彩浓厚，但这种文化皈依有新意，也有勇气。这应该是一条正确的路。

天同律师事务所确实有些与众不同，就传统角度看，似乎还有点不务正业。于我而言，它却符合我对未来职业生涯的所有想象。在天同将近一周的时间里，肆意漫扬的青春气息无处不在，我尽力熟悉新的工作氛围。虽然很难以与他们一般的蓬勃姿态进取，但巨大的推力已经使我发生了些许改变。这是一个有要求有品质的组织，一个有追求有梦想的集体，一个有激情有活力的团队，身处这个同时充盈着新媒体意识和力量的群体，我第一次拿起了智能手机，开通了微信。希望自己真能完全融入其中，不要掉队才好。天同诉讼圈是国内最大的法律公众号之一，近30万的粉丝究竟意味着什么，我至今也不是十分清楚。蒋勇同学鼓励我开一个栏目，我却感觉很惶恐，所幸专业团队的栏目设置构想十分灵活，目前看似乎压力不是很大。仔细想想，此身别无精业，民商法律充其量也就是略知一二，此番尝试权作无知者便无畏吧。惟愿能不负自己的既往经过。

所谓“民商”，一是扣在天同所致力细分职业领域，二则回应整个团队的法学兴趣所在，绝无民商法学宏大建构的痴妄。至于“辛说”，源于“每周蒋讲”的名式启发，既有我个人长期法官生涯趣事故章、典型案例的回顾整理、由来细说，也有同仁大方的如炬真知、不吝赐教。设想中的“民商辛说”应该是这样一个栏目：**随性**，随性在我的能力和精力不允许做得更严谨和更多；**真诚**，真诚在都是我的有感而发实实在在；**开放**，开放在期望得到法律共同体中诸位良师益友的鼎力相助；**投入**，投入在我把它视作法官职业之后的情感寄托和延续；**素简**，素简在既然品质如何仁智互见不如务求干净纯洁之美。万事不可执着，我必会尽力，能走多久、成效如何不作任何奢望。新的职业生涯若能收获自我的认同，当足矣。

惊诧不已的是，自己似乎还是轮回般地走进了儿时艳羡不已的那幢大楼。

五、视远惟明

20多年最高人民法院的工作经历，是我一生最为重要的一页，我将永远引以为傲，无法想象未来的某一天，它会淡出我的记忆。那么多亲爱的同事以成远算者不恤近怨的大气度，任大事者不顾细谨的大格局，实践着胸中的法治梦想。在宏大的司法改革进程中，“法官”一定也必将得到本属于他们的职业尊崇，他们完全值得。曾经与之共同奋斗，我无上光荣。

法治承载着人类对美好生活的终极向往，需要吾辈法律人毕生投入其中。对职业的转换，我深知当以得其意忘其形为重，亦不会执着于法官职业的远离，毕竟自己肩上一份沉甸甸的责任还在。知者不惑，仁者不忧，勇者不惧，真的希望最优秀的法律人以锐利之视觉高广之眼界，共同柄执国之重器，树起家国天下的法治尖峰。

爰缀数语，抒泻情意，留作纪念，不让始终难守。

2016年4月9日深夜

于南湾子胡同3号院

物权法司法解释拾遗系列： 流押禁止不必如此强势

◎辛正郁

自2002年起，我开始承担并参与司法解释制定工作。2009年，我和合议庭的同事们就投身于物权法司法解释的研究、论证。作为聚焦《物权法》中重要基础性问题的首部司法解释，《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）》[以下简称《物权法司法解释（一）》]虽然只是局部和阶段性的成果，但在长达7年的时间里，我们为这项工作倾注了几乎全部的身心精力。

因无法形成共识等种种原因，我们倾注大量思考的诸多重要问题，未能体现在最终颁行的司法解释之中。此外，就已经呈现在我们面前的条文而言，也有一些文本之外的思考需要加以说明和阐释。因此，在职业转换之后，我希望借“拾遗系列”，以上述问题为重点展开连续探讨，慰藉在解释制定过程中的未竟之业。

流押禁止正在失去其强势的基础。但遗憾的是，在《物权法司法解释（一）》中，由于物权法定主义余威犹存，建构非典型担保制度的努力未能取得成效。本文将就其中的取舍之道进行分析。

司法裁判是根据法律规范对具体案件的认定和处理作业。然而，构成法律条文的语言，或多或少总有不明确之处。语言的核心部分，其意义固甚明确，但越趋边缘则越模糊。语言边缘之处的边缘意义（fringe meaning）一片朦胧，极易引起争执。法律条文尚且如此，总有所谓边界案例（borderline case），濒临法律边缘，究竟是否属于该法律条文规范的范畴，亦费斟酌。^①

一、问题的提出

2007年1月25日，张某与甲公司签订房屋买卖合同，购买甲公司开发的商铺，双方办理了合同备案登记手续，甲公司出具不动产销售发票。次日，双方签订借款协议约定，如甲公司借期3个月届满不能偿还，则履行房屋买卖合同。因甲公司未能偿还借款，张某遂诉请甲公司履行房屋买卖合同。^②

日本民法学者加藤一郎将法律规定形象比喻成一个中心浓厚、边缘稀薄的框，其文义在框之朦胧地带，将有复数解释之可能性，因而应依其他解释方法始能解决。^③《物权法》第186条规定：“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。”依规范事项，前述规定之含义当属明确，所谓“框的中心浓厚”，即是如此。但题设类案是否属于该法律条文规范的范畴，则将我们引入“框之朦胧地带”。近来，有关该规定在前述类案中适用问题的争论，颇为引人注目。主要争议为：如何看待当事人法律关系的性质；如何适用流押禁止原则。

① [英] 威利姆斯：《语言与法律》，转引自梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2003年版，第215页。

② 涉案原型案件为最高人民法院（2011）民提字第344号，相关文书见中国裁判文书网或无讼案例，亦可见《最高人民法院公报》2014年第12期（裁判文书选登栏）。

③ [日] 加藤一郎：《民法的理论与利益衡量》，有斐阁1974年版，第36页。

二、法律关系性质分析——房屋买卖与非典型担保

民法上的担保，依是否为制定法明定之标准，分为典型担保与非典型担保。就制度构造看，非典型担保是在不移转占有的前提下，以移转担保标的物所有权或其他权利方式，实现债权担保之目的，故又被称为权利移转型担保。题涉交易情形的出现，与非典型担保的域外发端有着极为类似的实践动因。站在比较法层面，考察域外法制应对之策的演变轨迹，当属必要。

依担保标的物所有权或者其他权利转移的时间，非典型担保主要分为三类：假登记担保（代物清偿契约、买卖预约）、让与担保和所有权保留。^① 题设情形有别于所有权保留无需赘言，是否属于让与担保不无疑问。让与担保中，标的物权利系在先转移于债权人，依此初步判断，题设情形不属于让与担保。从类型分析看，广义的让与担保包括让与式担保（让渡担保）和买卖式担保（卖渡担保）。前者是指债务人将标的物的财产权转移给债权人，债权人享有请求债务人履行债务的权利，在债务人不履行债务时，债权人可以就标的物取偿；后者是指以买卖的方式进行信用的授受，授信者没有请求返还价金的权利，但受信者享有通过支付一定的金额而请求返还其所让与标的物的财产权。质言之，让与式担保权利移转的原因是债权的担保，当事人之间仅存在债权债务关系；买卖式担保中权利移转的原因是买卖，当事人之间没有除此以外的债权债务关系。因买卖型担保已成特例，几近萎缩，现实语境下的让与担保就是指狭义的让与担保，即让与式担保。即使仍从广义角度理解，题述情形因存在买卖关系而不属于让与式担保，又因存在债权担保而不属于买卖式担保。

假登记担保契约，其发端旨在规避法律中有关流担保约款禁止的规定。学理上的分类主要包括买卖预约、代物清偿契约以及附停止条件的代物清偿契约

^① 因非典型担保本非担保物权的预定制度而由立法者所设计，各国（地区）学者对其种类的认识存在较大差异。本文采纳日本学界的观点。

等。代物清偿契约，是指债权人和债务人之间指定特定财产，在债务人不履行债务时，则转让该财产并以之充当债务清偿的合意。^①其特点有二：一是当事人之间存在债权债务关系；二是特定财产之财产权在债务不履行时才移转于债权人，而非在缔结代物清偿契约时发生移转。其与附停止条件代物清偿契约的差别在于，债务人不履行债务时，标的物权利并非当然归属于债权人，而须债权人行使权利的意思表示，标的物方可移转归属于债权人。^②买卖预约情形中，债权人、债务人不设立担保物权而设定买卖关系，在债务人不清偿债务时，债权人有权以一定价格买受该标的物。综合来看，买卖预约与题设情形最为相近，可为题设命题提供非典型担保物权上的学理归位，后续的比较法解释、分析乃至判断的基础亦由此奠定。当然，概念化的法学研究成果，亦会存在不被实践引据的可能，理论上有无必要拓展非典型担保之类型，可予更进一步研究。

三、虚伪表示之检讨——非典型担保物权合法化努力之一

当前，我国理论与实务界中有关当事人之间并不存在真实买卖关系的观点，正是着眼于通过买卖移转标的物所有权仅属形式，当事人间实质上并无移转标的物的权利之意思，故构成通谋虚伪意思表示的判断。域外物权实践中，非典型担保物权之滥觞有其深刻的社会背景。纵观其渐生发展的过程，大体经历了否定、改良、承认的演变过程。在否定阶段，主要理由就在于，当事人设定让与标的物物权（以所有权为代表）移转之意思，构成虚伪表示。^③

① [日]我妻荣：《新订担保物权法》，岩波书店1981年版，第570页。

② [日]四宫和夫：《让渡担保》，日本评论社1972年版，第528页。

③ 但此种见解，仅在德国普通法时代与日本明治末年至大正初年曾经出现，其后即无径以其为通谋虚伪表示，认其为无效者。参见谢在全：《民法物权论》，自发行，台湾地区三民书局经销2004年修订三版（六），第456页。

非典型担保物权制度 www.docsriver.com 店铺太我也

中最具代表性的理论与实务努力首先表现在，赋予其设定目的上的独立性，使其摆脱了“虚伪表示”的嫌疑。非典型担保中，担保金钱债务履行是当事人的目的，通过买卖或者其他设定行为移转权利则属于手段。之于目的而言，手段是否反映了当事人的真实意思，一直纠结着学者的逻辑思维。最终确立该手段合法性的理论创造和移植，也历经了一个不断完善自洽的过程，第一步体现在虚伪表示概念的重新界定上。耶林在其《罗马法的精神》中，从技术意义上阐释了一个区别于虚伪表示的新概念，即伪装行为。与虚伪表示的不同之处在于，伪装行为并非旨在排除因其法律行为所生之法律效果，而恰恰是为了获得在该行为中所包含的两次性效果。于历史角度考察，该行为多是因为企图回避不便的法律而为，其概念系经由习惯法上的长期沉淀而最后形成。^① 库勒在继受与虚伪表示相区别的伪装行为概念基础上，认为其间存在一个隐匿行为，亦即当事人虽然意图某一法律效果，但该行为自身却是为了与该法律效果不同的经济目的而进行。题涉类案中，作为目的存在的“担保”，即属隐匿行为，但系双方当事人有真意思表示不一致的结果。在内部关系中，应对各方产生拘束力。学说上根本解决“虚伪表示”问题的标志，是信托行为理论的提出。非典型担保物权之理论溯源于罗马法中信托行为理论并吸收日耳曼法上之信托成分，经由百多年发展演变而来。英美法中信托财产之所有权采“二元所有权”观念，大陆法系继受信托制度时虽未确定承袭该称谓，但无不认为受托人之所有权及受益人之受益权决不可与民法中所有权及债权请求权相提并论。亦即，信托财产具有独立性。信托制度中对该独立性的把握体现了信托关系的内外权利构成，也为学说最终以担保权架构理论取代所有权架构理论解释非典型担保物权架构奠定了基础。在信托行为理论更为精准划分当事人内部关系权利义务内容

^① Jhering, Geist des römischen Rechts, II2, 4.Anfl. (1883), § III1, § 58 S.281 ff. 转引自王闻：《让与担保法律制度研究》，法律出版社 2000 年版，第 41 页。

的基础上，德国学者 Rigelsberger 认为，信托行为就是当事人为一定目的而采取的超出必要限度手段的法律行为，最终是为了达到法律所许可的目的。就法律效果而言，标的物所有权基于买卖而转移，但经济上或者说实质层面的担保设定，应被视为该法律行为的动机。^① 建立在学说的一系列努力之上，日本于 1977 年颁行《假登记担保契约法》。至此，假登记担保契约这一非典型担保物权终获立法肯认。尽管仍然间或面对“卑劣的担保手段”“私法上的泥沼植物”乃至“私法交易上的私生子”等质疑和讥讽，但理论上已一致认为当事人就非典型担保物权之约定，乃出于真正之效果意思而为表示，与通谋虚伪意思表示，双方当事人间故意为不符真意之表示，欠缺效果意思者，显有不同。^②

四、脱法行为之反思——非典型担保物权合法化努力之二

否定非典型担保物权最为坚挺的理由在于，其违反了流担保禁止原则，构成不正义的法律规避，即脱法行为。域外学说在解决此问题时，重要着力点之一，是将强行法禁止规范区分为目的行为禁止和方法行为禁止两种类型。在前者，强行法规系在防止当事人企图实现一定事实之效果，若有违反自属无效，此类脱法行为亦同。至于后者，强行法规仅在禁止以特定手段发生一定之效果，因之：如直接违反此项强行法规者，同属无效；惟倘系依其他手段发生同一效果者，则不在禁止之列，仍属有效。流担保禁止规定即属此种强行法规，亦即仅在禁止以设定抵押权、质权之手段达到取得标的物所有权之效果，并非一概不许依其他担保方法发生相同效果。^③ 《物权法》中有关流担保禁止规定之立法目的、条文性质与域外法例完全相同，在解释上作一体解读，应无不妥。

① [日]田高宽贵：《担保体系的新发展》，劲草书房 1996 年版，第 48～49 页。

② 谢在全：《民法物权论》，自发行，台湾地区三民书局经销 2004 年修订三版（六），第 456 页。

③ 谢在全：《民法物权论》，自发行，台湾地区三民书局经销 2004 年修订三版（六），第 464 页。

如果说前述努力还带有www.docsriver.com入驻店铺太我也电子书制作发布彻底扫清非典型担保物权之伦理障碍并使其最终摆脱脱法行为质疑的，当属清算义务的确立。该项成果的取得，离不开对流担保禁止制度的一系列深刻反思。以流押禁止为例，其系基于民法公平、等价有偿原则以及抵押权价值权属性，为杜绝债权人压榨债务人，禁止当事人在抵押权设立至债务履行期届满前，约定债权人未获清偿即取得抵押财产所有权的法律制度。在采禁止主义的国家和地区中，改变原有立场已有著例，如我国台湾地区。^①禁止流押的立法考量主要有二：一是债权人、债务人地位失衡，债务人极易受到胁迫和压榨，而其往往无法充分证明其受到的胁迫和压榨；二是执行流押条款将严重损害债务人的合法权益，使其高额财产低价转至债权人处。其中，后者应为法律禁止流押的核心考量和实质要件。此种立法考量折射出慈悲的家父情怀，应然主义色彩浓厚。但从实然层面检验，其制度目的很难在实践中予以理想化地贯彻。抵押财产之价格随着市场波动而变化，达成流押条款之时与债权人取得抵押财产之时往往存在价格差异，是否一定会在客观上导致债务人权利受损的结果，不能一足而定。此外，抵押权实现程序往往存在时间、金钱上的高昂成本支出，这些最终还是要由债务人来承担。从抵押权实现的一般途径看，拍卖、变卖为典型方式。基于强烈的变现偿债（而非最大化实现市场价值）需求，抵押物在拍卖、变卖过程中普遍通过逐次降价方式，最终在低于市价相当比例之价格区间内成交变现。所谓依抵押权实现时抵押物市价担保债务履行不过是制度设计的美好愿望，现实情况大体都不会按此设想运行。此外，在抵押财产价格降低时，若否定流押条款之效力，债务人仍需就不足清偿部分承担责任。按此操作，则在实质上确立了债权人于流押条

^① 参见我国台湾地区“民法”(2007年3月28日修订)第873-1条、第893条。前条内容为：约定于债权已届清偿期而未为清偿时，抵押物之所有权移属于抵押权人者，非经登记，不得对抗第三人。抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时，抵押物价值超过担保债权部分，应返还抵押人；不足清偿担保债权人者，仍得请求债务人清偿。后者第二款规定质权之实行准用第873-1条规定。