



CIVIL AND COMMERCIAL LAW
— SALON —

民商审判前沿

争议、法理与实务

——“民商法沙龙”微信群讨论实录

第二辑

李志刚 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商审判前沿：争议、法理与实务：“民商法沙龙”
微信群讨论实录. 第二辑 / 李志刚主编. --北京：人
民法院出版社，2020.10
ISBN 978-7-5109-2972-4

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—研究—中国②商
法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字 (2020) 第208208号

民商审判前沿：争议、法理与实务
——“民商法沙龙”微信群讨论实录 (第二辑)

李志刚 主编

开 本	787毫米×1092毫米	1/16
字 数	540千字	
印 张	36.5	
版 次	2020年10月第1版 2020年10月第1次印刷	
书 号	ISBN 978-7-5109-2972-4	
定 价	109.00元	

民商审判前沿：争议、法理与实务
——“民商法沙龙”微信群讨论实录（第二辑）
编委会

主 编：李志刚

副主编：（以姓氏笔画为序）

王 松 王 赫 刘生亮 陈 克 熊丙万

“民商法沙龙”微信群

群友录

专家学者（以姓氏笔画为序）：

- | | | | |
|-----|----------|-----|----------|
| 于莹 | 吉林大学 | 任重 | 清华大学 |
| 万方 | 北京外国语大学 | 庄加园 | 上海交通大学 |
| 王军 | 中国政法大学 | 刘静 | 北京外国语大学 |
| 王轶 | 中国人民大学 | 刘召成 | 天津大学 |
| 王涌 | 中国政法大学 | 刘凯湘 | 北京大学 |
| 王之洲 | 美国华盛顿大学 | 刘保玉 | 中国政法大学 |
| 王文胜 | 湖南大学 | 纪海龙 | 华东师范大学 |
| 王志诚 | 中国文化大学 | 李宇 | 上海财经大学 |
| 王建文 | 南京航空航天大学 | 李昊 | 北京航空航天大学 |
| 王欣新 | 中国人民大学 | 李莉 | 北京科技大学 |
| 王松 | 徐州师范大学 | 李靖 | 长春理工大学 |
| 方斯远 | 暨南大学 | 李安安 | 武汉大学 |
| 尹田 | 北京大学 | 李秀霞 | 山东师范大学 |
| 邓峰 | 北京大学 | 李建伟 | 中国政法大学 |
| 石佳友 | 中国人民大学 | 肖建国 | 中国人民大学 |
| 龙俊 | 清华大学 | 杨代雄 | 华东政法大学 |
| 叶林 | 中国人民大学 | 吴光荣 | 国家法官学院 |
| 宁红丽 | 对外经济贸易大学 | 吴泽勇 | 华东师范大学 |
| 吕来明 | 北京工商大学 | 吴香香 | 中国政法大学 |
| 朱虎 | 中国人民大学 | 汪青松 | 西南政法大学 |
| 朱晓喆 | 上海财经大学 | 张谷 | 浙江大学 |
| 朱慈蕴 | 清华大学 | 张瀚 | 华南理工大学 |





- | | | | |
|-----|---------|-----|---------|
| 张 巍 | 新加坡管理大学 | 桑本谦 | 中国海洋大学 |
| 陈 洁 | 中国社会科学院 | 黄 辉 | 香港中文大学 |
| 陈 敦 | 北京工商大学 | 曹志勋 | 北京大学 |
| 陈 醇 | 浙江师范大学 | 常鹏翱 | 北京大学 |
| 林海权 | 中国人民大学 | 崔文玉 | 上海大学 |
| 周林彬 | 中山大学 | 梁上上 | 清华大学 |
| 赵旭东 | 中国政法大学 | 彭 冰 | 北京大学 |
| 赵廉慧 | 中国政法大学 | 葛云松 | 北京大学 |
| 胡田野 | 国家法官学院 | 葛伟军 | 上海财经大学 |
| 姚 辉 | 中国人民大学 | 董学立 | 苏州大学 |
| 贺 剑 | 北京大学 | 蒋大兴 | 北京大学 |
| 钱玉林 | 华东政法大学 | 傅 穹 | 吉林大学 |
| 徐同远 | 华东政法大学 | 谢鸿飞 | 中国社会科学院 |
| 高圣平 | 中国人民大学 | 熊丙万 | 中国人民大学 |
| 郭 锐 | 中国人民大学 | 薛 军 | 北京大学 |

法官及其他实务人员（以姓氏笔画为序）：

- | | | | |
|-----|----------------|-----|--------------|
| 王 灯 | 广东省广州市中级人民法院 | 刘小飞 | 最高人民法院 |
| 王 蕴 | 南京海事法院 | 刘兰芳 | 中国商法学研究会 |
| 王长军 | 四川天府新区成都片区人民法院 | 刘成安 | 山东省高级人民法院 |
| 王世华 | 江苏省盐城市中级人民法院 | 刘建功 | 江苏省高级人民法院 |
| 王朝辉 | 最高人民法院 | 刘炳荣 | 福建省高级人民法院 |
| 王毓莹 | 最高人民法院 | 羊 琴 | 广东省高级人民法院 |
| 厉 莉 | 北京市房山区人民法院 | 关 倩 | 江苏省高级人民法院 |
| 冯文生 | 最高人民法院 | 孙卫权 | 江苏省盐城市中级人民法院 |
| 朱亚男 | 江苏省高级人民法院 | 司 伟 | 最高人民法院 |
| 刘 振 | 江苏省高级人民法院 | 苏 蓓 | 最高人民法院 |

李 芹 山东省高级人民法院
李 荐 江苏省高级人民法院
李后龙 南京海事法院
李红建 江苏省高级人民法院
杨 静 安徽省高级人民法院
杨晓蓉 江苏省高级人民法院
肖 彬 山东省高级人民法院
吴凯敏 最高人民法院
何民捷 人民日报社
余琼圣 广东省高级人民法院
邹 宇 江苏省高级人民法院
邹 波 河南省高级人民法院
张 娜 《人民司法》杂志社
张 颖 最高人民法院
张小洁 最高人民法院
张建康 山西省高级人民法院
陈 克 上海市高级人民法院

陈现杰 最高人民法院
陆晓燕 江苏省无锡市中级人民法院
林晓青 广东省深圳市宝安区人民法院
罗 曼 北京市朝阳区人民法院
周家开 广西壮族自治区高级人民法院
南宝龙 天津市红桥区人民法院
段晓娟 江苏省高级人民法院
夏正芳 江苏省人大法工委
郭宁华 广东省深圳前海合作区人民法院
章恒筑 浙江省高级人民法院
董俊武 湖北省高级人民法院
蒋太仁 广西壮族自治区高级人民法院
曾宏伟 最高人民法院
谢 澍 湖南省长沙市岳麓区人民法院
潘军锋 南京海事法院
戴景月 河北省邯郸市中级人民法院

丁广宇 丁俊峰 马向伟 王 赫 王富博 邓江源 田朗亮 仲伟珩
任一民 刘生亮 刘春梅 孙兆晖 杜 军 李相波 杨永清 吴庆宝
吴兆祥 余冬爱 张 元 张雪樑 周伦军 姜 强 钱海玲 郭载宇
葛洪涛 詹 巍

“民商法沙龙”微信群发起人：李志刚

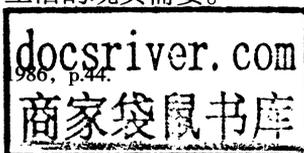


序

中国改革开放的伟大实践和社会主义法律体系的建立与完善，为中国民商事法学理论和司法实践提出了丰富的、厚重的中国问题，积极回应时代发展的需求，在立法、司法与法学理论的良性互动中，推动建立和完善民商法的中国学派，推进实现良法善治，是中国民商法律人、民商法学者的共同使命。

随着我国民法典的颁行，我们将进入民法典时代。但民法典的出台并不意味着对民商法问题研究的终结，而是一个新时代的开始，这也将成为生成和发展民商法的中国学派的重要契机。可以预见，在当前和今后一段时期，民法典语境下民商法适用问题研究将成为民商法学研究的重中之重。但要完成这一重大研究课题，不仅需要具有宽广的国际视野，更需要有对中国经济社会生活的深入理解、对法理和民情的深入体味以及对诉讼纠纷和司法实践的深入观察。德沃金指出，“法律是一种不断完善的实践”。^①时代是思想之母，实践是理论之源。民法典需要通过司法实践完成从纸面上的法向行动中的法转化，也需要通过实践而不断丰富、发展、完善法典的内容。虽然当事人、法官、律师、学者的视角不同，但其要解决的现实法律问题可能是共同的。因此，民商法学的理论研究，从来都不是关在书斋里完成的，需要广大实务工作者的参与，需要我们打破学科的、专业的、职业的局限，多维度地进行观察和思考，使法律更好地回应经济社会生活的现实需要。

^① Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press





法律条文是抽象的，但其背后的每一个具体案件却是具体的、鲜活的，在民法典制定过程中，不可避免地要回答商法的地位和立法模式问题，如商事合同的规范配置、公司法的规定与民法典中的法人制度的关系等问题。在立法语言上，不能仅仅用法学家们所熟悉的专业术语，还要考虑使用便于法官和民众理解的表述。此外，民法典的适用还涉及如何处理民事实体法和民事程序法的关系问题。要解决好这些问题，就需要我们有意识地增进不同部门法学者之间的交流，增进学者与法官等不同职业法律人之间的交流，进而突破个人专业与职业的局限，以更多维的视角探讨和理解民法典制度、规则背后的法理。民法典的起草过程已经充分体现了这种交流和互动，在民法典施行中，这种交流和互动更加不可或缺。

志刚博士搭建的“民商法沙龙”微信群平台，聚集了诸多优秀的中青年法学家和审判业务专家，他们以线上讨论的方式，探讨民商法理论和实践中的前沿问题，增进了民法学者与商法学者以及民法学者与民事诉讼法学者之间的沟通与理解，增进了学者和法官、理论与实践之间的沟通与理解，碰撞出了诸多的思想火花，一些讨论成果已经在民商事立法、司法实践中产生了积极影响。这样高品质的专业交流能持续近六年而不止，并集腋成裘，汇集成书，更是难能可贵。可以说，本书不仅是一份宝贵的知识结晶，也是民商法学者与民商事法官共同推进中国民商法学进步与发展的经验总结。

我们有理由相信，以线上阵地为学术平台，“民商法沙龙”在即将到来的民法典时代，必将创造出更多的民商法知识精品，在民商法理论发展和司法运用中，也必将发挥更大的影响力和推动力！

是为序。

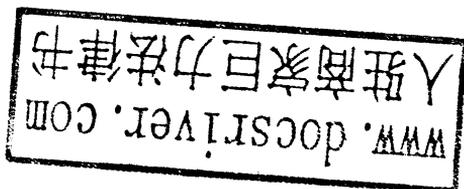
王利明

2020年3月30日

导 读

本书以民商法学者、法学家与审判业务专家的专题微信讨论的完整记录呈现，作为最大内核特色；并辅以编者的评论、对所讨论问题的学术观点梳理、典型案例的裁判观点的精要提炼为补充，集中呈现了对民商审判前沿问题的深入剖析、理论研究现状和司法态度。法官、律师、学者、学生，可从不同角度精读相关内容，撷取书中的重要观点和论证，作为法律实务和论文写作之用。

一、内容导读



（一）如何读【沙龙实录】

沙龙实录是法官与学者的对谈及争论全过程，集中体现了对民商审判中前沿问题的各种分歧观点和主要理由。阅读此部分内容，可从以下三个方面进行思考与梳理：一是分析观点分歧的原因，是对基本概念内涵与外延的争论、对涵摄过程的争论，还是在基本的价值判断上的分歧。特别值得关注的是分歧点的选取。认真研读，您可以发现，即使是一个看似简单的问题，实际上在概念、判断、逻辑、价值等方面，往往有诸多的分歧点和论证点。微信群的讨论与碰撞，一个重要的价值就是可以克服单线思维，拓展出有价值的问题点。二是注意论证的方法，是逻辑推理的，还是实证的；是否因为法官和学者不同的职业视角，而有不同的结论。三是在分歧中寻找自己的答案。



思考如何从多种分歧观点的论辩中，作出确定的观点选择，并对其他否定性观点的理由作出自己的评判。

既有的教育体验和思维模式，侧重于教和考唯一确定的正确答案，缺乏一种思辨思维。精读本部分内容，对于提升法律人的思辨能力很有裨益。思辨能力、对专题问题思考的深度，并非天生，但可以通过观摩、思考与自身的研究习得并强化。编者就每一专题所写的【总结及倾向性意见】，可以作为就本专题讨论的问题进行的思辨、评论与总结的一种参考。

（二）如何读【代表性学术观点】

每一专题的【代表性学术观点】部分，选取的是就这个问题研究得最为深入、最具代表性的学者的观点和论证理由。有的观点还并不一致，甚至完全矛盾。通过对本部分的阅读，既可以了解学界就此问题研究的最新进展，也可按图索骥，找来论文全文学习，据以提升对某一问题的学理认识深度。

（三）如何读【典型案例】

本书所选取的案例，主要为最高人民法院或者比较有代表性的高级人民法院的最为典型的案例，并从万字裁判文书中提取出和讨论专题密切相关的要件事实作为【基本案情】，就裁判文书中的核心观点提炼出【裁判要旨】，并将裁判文书中对法官就这一问题的说理部分进行集中呈现，以便理解法官的裁判思路和采取相应观点的主要裁判理由。

二、读者指引

（一）法官如何读

对于经过司法考试，并且长期从事审判工作的法官而言，案件难，不在于常规案件，而在于法律对相关的问题规定不明或者没有规定的案件。正是这样的问题，为两造当事人提供了充分的博弈空间，而法官需要完成支持其中一种观点，否定另一种观点的裁判说理过程。这个过程，首先是说服自己的过程，然后是说服合议庭成员的过程，最后是通过裁判文书的说理论证过程展示，说服败诉当事人的过程。



本书的重要价值在于，在【沙龙实录】中，法学家与审判业务专家已就该争议问题的各种可能答案进行了充分的论辩，对立论和驳论的观点及理由，以真正中立、客观的“专家论证会”的方式，进行了全面的论证。法官需要做的是“择其善者而从之”，从而可以避免仅仅局限于两造当事人及律师的“选择性论证”。法官如能将【沙龙实录】呈现的对争议问题的集中、深入讨论进行简要的观点归纳和论证评判，有望使出手的裁判文书，成为一份“具有法理深度和说理典范”的优秀裁判文书，并将可能产生就此类问题作出类案指引的广泛影响。

（二）律师如何读

可以说，随着我国法学教育的持续扩张和律师行业的持续发展，我国律师行业的整体专业水平，已经越来越高。疑难商事案件的成功代理与胜诉，也成为考验律师法律专业水准和法理功底的一项重要指标。甚至可以这么说，由于持续激增的案件数量给法官带来的巨大办案压力，法官从事专门的学习研究和理论提升的时间被大大压缩。诸多专业律师在某些特定法律问题上的研究程度，可能已经高于承办法官。在疑难法律问题上，律师能否说服法官，经常成为一些案件的制胜关键。可以看到，已经有诸多律师及当事人就疑难法律问题组织专家论证会，进行论证，并形成专家法律意见书，提交给法院。但因此种专家意见书系单方有偿提供，而使其公信力受到一定影响，且其立足点重于立论。本书的价值在于，参与讨论的法官和学者没有立场预设，能够客观地、出于公正公理之心就抽象法律问题进行论证。因此，在不同观点的立论及驳论上，本书均提供了足以参照的观点及理由，可为律师在增强己方观点和驳斥彼方观点方面，提供充足的“弹药”，提升说服裁判者的法律与法理层级。

而每一专题后的【典型案例】，均附上了案号及裁判观点，可以为律师提供裁判结果的预判及案例搜索的指引。其裁判观点部分，可以作为律师在代理意见中予以借用或者重点反驳的基础。

故，如您致力于中高端商事诉讼业务，建议可以精读本书，据以了解和掌握民商审判的最前沿问题、民商法学术研究的最新动态，并据此提升在疑



难民商事法律问题上的思辨能力与法理功力。

（三）学者如何读

应当看到，经过改革开放四十年的发展，我国民商法的学术研究已经进入了一个新的阶段。民商法本身就和社会经济生活密切关联，具备高度的实证因素。对于不少学者而言，较为关注的有两点：一是现在的实务热点难点问题是什么？二是司法裁判的观点是什么，法官怎么看？由于“民商法沙龙”微信群的群友半数均为四级法院中的一线资深法官和审判业务专家，因此，可以说，沙龙讨论的每一个问题，都是民商审判实务中的前沿问题、争议问题。而诸多法官和学者愿意花费半天或者数天的时间，集中就书中的一个具体问题，展开持续、深入的争辩，则足见本书所选入的专题的理论延展性及实务前沿性。正如苏永钦老师所言，本书“问题取向，要言不烦，理论与实务工作者互补性极高，一针一线补缀，再经编纂就是一幅幅佳作”。可以说，每一专题的沙龙讨论、学术观点梳理与典型案例的结合，稍作论文式的理论化、体系化整理，就是一篇立足前沿、贴近实务、有足够问题意识、论证延展、法理深度的学术期刊论文。

（四）法科学生与研究生如何读

本书不适合大学一、二年级的本科生阅读，因为大学本科的低年级学生，尚未建立起对基本法学概念、法学论证逻辑的基本框架与认知，可能产生读不懂，甚至有迷茫、不确定性之感。本书更适于优秀的高年级本科生以及在校攻读民商法专业的硕士研究生、博士研究生精读，其原因有三：

一是培养和提升从简单法律规定中读出诸多理论与实务分歧的问题意识。从事学术研究，最重要的一点，甚至起点，就是问题意识。看不出问题，是最大的问题。本书的每一个专题，都是法学理论与司法实务中的真问题，而且在讨论中，不断激发出新问题。

二是拓展思维的广度与深度。学术研究能力的一个重要体现是“小题大做”，从一个很小的题目中，发现问题富矿，并深度挖掘。单人单线的思维，对于认识复杂的世界而言，显得狭隘。克服狭隘的一个重要途径，就是看他人讨论及与他人讨论。“民商法沙龙”微信群集中了一批极具代表性的中青年

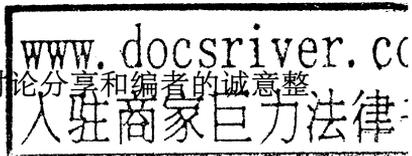


法学家和审判业务专家，发言碰撞可谓“华山论剑”，处处精彩。这种论辩的微信记录，等于一场场精彩的大师课，或者说旁听了几十场民商法前沿的专家研讨会。其对于法学思维的拓展、对于思辨能力的提升，非精读不足以体会。

三是为学位论文提供了足够的选题与素材。无论是本科生还是研究生，不知道写什么、不知道怎么展开、不知道问题点在哪、不知道如何论证，是学位论文选题与撰写中面临的主要问题与困难。本书提供的每一个专题，都是极好的学位论文选题，都提供了足够的问题点，并且附上了代表性学术论文观点和实务裁判观点，等于买好了菜，备好了料，只等厨师下锅翻炒，即成佳肴。故如果在校本科生、研究生不知道毕业论文如何选题，不妨从本书讨论专题中任选一题，整理成文，当非难事。

当然，更为重要的，不是仅仅为了完成一篇学位论文，而是在精读本书中，用心观摩和体会这些中青年法学家、专家型法官的思维方式和论证方式，并以此提升自己的专业素质和思维能力，为自己的未来职业发展，提供一个坚实的素质基础。

我们衷心期待，“民商法沙龙”微信群的精彩讨论分享和编者的诚意整理，能给每一位读者带来启发和裨益！



凡 例

1. 法律文件名称中的“中华人民共和国”省略，其余一般不省略，例如《中华人民共和国民法典》简称为《民法典》；
2. 《全国法院民商事审判工作会议纪要》简称为《民商审判会议纪要》；
3. 《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）》简称为《公司法司法解释（二）》；
4. 《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（三）》简称为《公司法司法解释（三）》；
5. 《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（四）》简称为《公司法司法解释（四）》；
6. 《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》简称为《担保法司法解释》；
7. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》简称为《查封、扣押、冻结规定》；
8. 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》简称为《执行异议复议规定》；
9. 《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）》简称为《合同法司法解释（一）》；
10. 《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）》简称为《合同法司法解释（二）》；



11.《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》简称为《民间借贷司法解释》；

12.《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》简称为《民事诉讼法解释》；

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）》简称为《物权法司法解释（一）》；

14.《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》简称为《变更、追加当事人规定》；

15.《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》简称为《拍卖、变卖财产规定》。



www.docswriter.com
人驻商家巨力法律书

第一部分 民商审判会议纪要专题

- 公司对外担保无效时公司的过错与赔偿责任 /3
- 公司为股东间交易提供担保的效力 /38
- 行政审批与合同生效 /51
- 抵押合同之违约金条款的效力 /87
- 外观主义与强制执行：代持股权是谁的责任财产？ /99

第二部分 合同法专题

- 民事合同与商事合同：学理、实务与立法期待 /123
- 政府定价、房屋限购与合同效力 /145
- 电商刷单与合同效力 /160
- 格式条款的效力认定 /183
- 税率调整与情势变更 /199
- 代位权之行使条件与证明责任 /209
- 汽车销售中的欺诈与惩罚性赔偿 /225
- 对账单的性质与诉讼时效的起算 /257

第三部分 担保法专题

- 主合同无效返还之债的担保 /271



一般保证的诉讼时效起算与中断 /276

未同时起诉抵押人的抵押期间效力 /291

土地被收回时抵押权的效力 /301

房屋抵押与租金质押并存时的租金权利冲突与顺位 /310

第四部分 公司法专题

司法判决介入公司治理 /333

一人公司能否为股东提供担保：法理基础与制度设计 /349

欠缴出资之股东间的催缴诉权 /368

股东增资不足与发起人的连带责任 /387

股东对公司的债权能否抵销股东的出资义务 /395

股东与公司之间的合同及决议 /405

股权冻结的登记与公示 /428

第五部分 民事诉讼法专题

债权转让后的借款合同管辖 /447

破产案件的管辖权异议 /459

超过上诉期限后能否增加上诉请求 /468

执行程序中担保物拍卖税款与担保物权的顺位 /481

公司债权人能否基于双层股东的出资瑕疵，追加其为被执行人 /506

以股权转让方式转让土地使用权中的民事行政交叉问题 /516

民事责任与刑事责任的财产清偿顺序 /525

附

林海权大战李志刚

——关于民商审判几个根本问题的分歧与争论 /532

后 记 /561

www.docsriver.com
入驻商家巨力法律书

第一部分

民商审判会议纪要专题



