

西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书之五



YINAN ANJIAN SHENPAN SHIWU YANJIU

疑难案件审判 实务研究

康宝奇 主编

人民法院出版社

西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书之五

疑难案件审判 实务研究

康宝奇 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

疑难案件审判实务研究/康宝奇主编. —北京:人民法院出版社,
2007. 12

(西安市中级人民法院审判实务与理论研究丛书;5)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 597 - 6

I. 疑… II. 康… III. 审判 - 研究 - 中国 - 文集 IV. D925 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 184901 号

疑难案件审判实务研究

康宝奇 主编

责任编辑 贾毅

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)85250542(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 447 千字

印 张 16.625

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 597 - 6

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

编辑委员会

编委会主任	康宝奇			
副主任	刘刚	高占录	史赞文	李志强
	孙海龙	吴继明	朱荣华	侯健
	种文玉	骆绍成	张福元	
委员	吴登武	司撑良	王联社	武俊杰
	刘芳	吴海星	王保民	严惠仁
	刘天运	刘建荣	窦占平	陈子欣
	刘明哲	田明慧	高加强	孙剑博
	张亚飞	阎康娃	高志科	苗仰斌
	周宪勇			

主编	康宝奇			
常务副主编	孙海龙	杜豫苏	高伟	
副主编	徐琳茹	赵海峰	张鲁南	常青
	张曼慧	董刚	赵旭忠	

目 录

“十类”疑难民事案件的法律适用（代序）

——在西安市法院第五届审判实务与理论

研讨会上的发言 杨立新（1）

疑难案件审判与社会和谐 康宝奇（13）

一、刑事审判——财产刑的法律适用

西安市两级法院 2003 ~ 2005 年度财产刑判决及

执行情况的调研报告 常 青 李雪晴（19）

未成年人犯罪案件财产刑的司法裁量 王全谋（35）

单位犯罪适用罚金刑探讨 吴加亮（47）

财产刑执行问题的探讨 黄小炎 刘晓弘（61）

破坏社会主义经济秩序犯罪的财产刑

适用研究 张琳明 董 琳（80）

试论毒品犯罪财产刑的司法裁量

——以某区法院审结毒品犯罪案件为例 谢 玲（98）

二、民商事审判——疑难案件研究

（一）新型疑难案件受理问题研究（115）

新型疑难案件受理若干问题的

调研报告 刘天运 王建设（115）

对几类新型、疑难案件受理问题的 调研	于勤生 周晓锦 (129)
从本案浅谈高等学校在行政诉讼案件中的 法律地位	高 磊 梁 丰 (139)
土地征用补偿安置纠纷受理问题初探	周晓锦 (149)
(二) 关联主体诉讼问题研究	(159)
关联主体诉讼司法审查研究	刘天运 高 伟 刘 群 (159)
恶意民事诉讼及其法律规制	康宝奇 孙海龙 赵旭忠 (180)
论知识产权恶意诉讼	岳 博 (197)
关联企业诉讼的审查与处理	吴海星 孙 鹏 (207)
西安市商业银行钟楼支行、陕西省省级机关房屋建设 公司关联执行西安城东南统建公司案	张鲁南 (216)
(三) 物业纠纷案件审理研究	(221)
关于审理物业管理纠纷案件的调研报告	赵海峰 岳晓路 郭照花 王 勇 (221)
从小区车位(库)所有权的归属谈业主权利的 回归	常西岭 翟全军 (236)
论物业管理公司的安全保障义务	李小鹏 (253)
浅谈物业管理纠纷中业主抗辩权的 正当行使	崔志刚 (265)
(四) 医患纠纷案件审理研究	(277)
对医疗纠纷案件审理情况的分析与思考	徐琳茹 王 泉 邹守鸣 (277)
医疗纠纷案件司法鉴定中存在的问题及 对策	王连生 高加强 (291)
论医疗欺诈行为的法律适用	路小红 (307)
医疗纠纷案件法律适用若干问题研究	胡 刚 (318)

对 26 起医疗损害赔偿案件涉及的法律问题的 分析	丁 红 (331)
试论医疗机构的告知义务及责任承担	薛江明 (348)
(五) 国有金融债权打包转让纠纷研究	(359)
关于“国有金融债权打包转让纠纷案件”的 调查报告	杜豫苏 王西平 (359)
国有不良金融债权打包转让纠纷案件的 法律思考	杜豫苏 王西平 (374)
(六) 司法与仲裁问题研究	(385)
西安市中级人民法院 2003 年至 2006 年 6 月审理撤销 仲裁裁决案件、确认仲裁条款效力案件的 调研报告	呼延静 (385)
论我国法院对仲裁裁决的司法监督 ——以法官对仲裁裁决审查的自由裁量权 为视角	阿尼沙 王 渊 (406)
试论在民事执行程序中在国内民商事仲裁裁决的 审查	刘 哲 (416)
申请撤销国内仲裁裁决案件中的司法监督 ——从仲裁与法院的适度关系出发	王保民 杨 全 (436)

三、行政审判——司法审查标准的确定

行政诉讼合法性审查标准实践状况的调研报告	严惠仁 张曼慧 (449)
房地产登记行政诉讼案件的审查标准及相关问题	巨 艳 崔庆忠 (460)
浅议行政诉讼事实问题的审查标准	阿尼沙 张 宁 (473)
浅议对行政不作为案件的审查	王 锋 (480)

- 论行政诉讼中第三人的资格审查 孙伟丽 (491)
- (1) 寻找司法促进和谐的支点 孙伟丽
- (2) “疑难案件审判与社会和谐”研讨会 孙伟丽
- (3) 综述 孙海龙 高伟 李小鹏 (504)

后记 (523)

“十类”疑难民事案件的法律适用（代序）

——在西安市法院第五届审判实务
与理论研讨会上的发言

杨立新*

各位法官，很高兴有机会参加西安中院“疑难案件审判与社会和谐”研讨会，我有三十分钟的发言，在此，我想说这么两方面的问題。

第一方面问题，我觉得会议开得非常好，有这么多的法官写文章进行法学理论的研究、法学实践的研究，这样做的最重大意义：首先，就是能够调动全体审判干部进行法学科研究的积极性；其次，通过法学科研活动，可以大大地提高我们法官队伍的素质；再次，是把法学研究的成果转化为生产力，转变成为在司法实践当中掌握的法律适用标准。这样一来，就可以使西安市的两级法院法官在素质、形象方面发生非常大的变化。

据说，西安中院这样的研讨会已经开了五届，真的是不容易、不简单，除了有康院长的正确领导以外，还有《人民司法》杂志柳福华主编的积极支持。所以，这个会真的是一个非常好的会。我一下飞机，就有人给我介绍，说全市法官写了二百多篇文章，获奖的也有五十多篇文章，真的是很多。我原来以为，法官写文章，可能就是就案论案说一说，但是我接到了论文集，一看这些文章，真的

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、教授、博士生导师。

不是就案说一说，而是都有很深刻的道理，也写了很多经验的总结。我觉得，这就是理论研究与司法实践相结合最重要的一种方式，所以我对法官的研究热情非常、非常地感动。如果这项工作继续抓下去，这个意义就不仅仅是推动审判工作，也可能影响到法学理论研究的发展，甚至影响到立法的发展，这是一个非常重要的活动。

因此，我有一个建议。昨天我跟孙院长、史院长，还有柳福华总编都说过了，开这么大一个会，有这么好的成果，有这么大的影响，能不能把它更扩大一点。已经有这么大的规模，这么大的投资，完全可以再邀请一些省外的法官，或者说学者来参加，这样就可以把我们会议的影响力，我们法官创造的这些科研成果，能够更广泛地推广，那样就会使我们的会议影响更大。比方说邀请其他中级法院、其他高级法院，还有其他一些法院有志研究这些问题的法官来，真的可以扩大影响。所以我觉得这个会议真的是一个很好的形式。

很多法官都说我是从实践当中出来的学者，一个法官出身的学者。因此，我也就特别赞赏理论与实践相结合的研究方法。理论与实践相结合的研究才是实实在在的研究，才能够把法学研究和司法实践结合起来，更好地推动国家的法制建设。当然，学者的那些抽象研究也有重要意义，但是真正要发挥指导实践的作用，还是要和实践结合起来。

第二方面的问题是，大家在研讨会上提出了对一些案件的看法、规则，特别有意义的是编写了这本书和总结出处理疑难案件的指导意见。我看，这本书和指导意见是法官们的文章精华和结晶，经过大家的进一步讨论，就能够统一西安两级法院的法律适用的思想。这是非常有意义的工作。

大家提到一些问题，有些我懂得，有些我不懂，比如刑事的问题、行政法的问题、程序法的问题等我都不是很懂，我不敢去说。我选择大家提出的十种民事纠纷，说说我的看法。

一、关于医疗纠纷问题

昨天，在研讨会上，对这个问题的讨论是很深入的，徐庭长主持得也好。在讨论中，我发表的是比较详细的意见，我在这个大会上就说得简单一点。主要说三个方面的意见。

第一，关于医疗欺诈双倍赔偿问题。有一个法官写了一个医疗欺诈双倍赔偿问题的文章，我是赞同这篇文章的观点的。医疗合同是一个服务合同，《消费者权益保护法》第49条讲的那个服务欺诈，规定惩罚性赔偿金，返还欺诈那部分财产后，还可以再请求一倍的赔偿金，可以适用于医疗服务合同。比方说，在医疗服务合同中，医院故意多收患者的钱，就是欺诈。对多收的那部分，患者就可以请求惩罚性赔偿金。这是完全符合《消费者权益保护法》规定的，也符合《合同法》第113条规定的。因此，我非常赞同这种看法。大家不要被理论界的一些学术讨论迷住双眼，我们已经看准的问题就要坚持住。应当看到，理论上永远是有分歧的，但实践上却一定要统一。这是理论研究和实践操作中的一个重大差别。在司法实践中统一，就这样做，就是保护人民的权利，就能起到好的作用。对于这样的问题，在理论上是没有什么值得怀疑的。

第二，关于医疗事故鉴定的问题。医疗事故鉴定问题，我看大家已经谈得非常好了，我们不排除医疗事故的司法鉴定。我有一个非常极端的想法，就是要打破医疗事故鉴定由医学会垄断的这样一个做法，要不要鉴定应当由法官决定，当然当事人也可主张，也可以自己申请鉴定，但是要不要鉴定要由法官决定，鉴定以后由法官进行审查。我们说，就是要打破医学会出了一个鉴定，我们就只能按照他的方法来办，其他鉴定都不行的做法，这样做是不可以的。我想，还有一个从根本上解决问题的方法，那就是医学会根本无权组织鉴定，只有法官才有权决定要不要鉴定，如何组织鉴定。医疗事故鉴定不可以由专家组鉴定，不可以由五个人鉴定。医疗事故鉴定最好是由一个专家鉴定，一个人鉴定，他就可以负责任，五个人

就叫集体鉴定，就没有办法让谁负责任。一个人鉴定，如果你要包庇一方，那就可以追究你的包庇责任。但是现在这样的做法是不行的，五个人鉴定，无法追究集体的责任。我的想法，医疗事故鉴定就是司法鉴定，起码不能排除司法鉴定。

第三，关于医疗事故和医疗过错案件赔偿数额不一致的问题。解决这个问题的办法，就是按德国民法中的请求权法律基础的办法来做。客观事实是，《民法通则》规定了人身损害赔偿的标准，《医疗事故处理条例》规定了另外的赔偿标准，究竟要求按哪一个标准执行，并不是法院的权利，不是法官的权利，更不是国务院的权利，而是当事人自己的权利。受害人请求保护自己权利，就由他自己选择什么样的请求权法律基础。医疗事故有两个请求权的法律基础，那么就由患者选择其中的一个行使。法官在审理时，要看受到侵害的当事人一方选择什么样的法律基础。一个是《民法通则》的法律基础，一个是《医疗事故处理条例》的法律基础，把这个权利交给权利人。权利，本来就是由权利人行使的东西，干嘛要你法官决定行使哪个权利呢？我昨天在小组讨论时就对徐庭长说，看你们院长敢不敢做，你们院长敢做，这就是一个最好的解决矛盾的办法，而且按照今后发展的方向看，肯定是应当这样做的。我信奉我在《人身权法论》中说的一句话：“我们今天所做的一切，都是为了人民的权利。”所以，我要建议医疗事故的指导意见敢不敢说这样的办法？如果这样做了，就省得我们去说什么是医疗事故，什么是医疗过失，其实是难以分清的事情。

二、物业管理纠纷

物业管理纠纷大家提了很多意见，我看指导意见当中也说了很多，我觉得说的都很好。物业纠纷，我不想说具体的问题，我想说一些原则。

第一，物业公司和业主委员会之间是合同关系，真正是一个委托合同的关系。那么，这个委托合同关系是一个什么形式呢？《物

权法》草案第六次审议稿对这部分没有特别强调。一个建筑物区分所有权分为三个权利：专有权、共有权和管理权。小区整体管理分为三层，第一层是业主会议，国外叫区分所有权人大会；第二层是业主委员会，就是选一些委员管理日常事务；第三层是管理人。业主会议和业主委员会可以选择管理人，管理小区的日常事务和管理建筑物。这个管理人，因为一般的小区很大，通常要聘用物业管理公司来管理；很小的，就雇一个老大爷就可以管理，就是管理人。所以管理人就有两种形式，一种是个人管理，一种是物业管理公司的管理。不管是哪种，其实从形式上说，就是委托合同，委托管理业主自己的事情。把这个合同性质界定下来了，问题就不大了，一切按合同的原则处理。对此，也由《物业管理条例》的规定来调整，大体上我感觉还可以。这是一点。

第二，从建筑物区分所有权来看，整体建筑物应该是一个共有权，一个人对整体建筑物都享有相同的共有权利，大家作为共有人之一，对权利的享有和义务的负担都是按照共有权的要求来处理的。因此，共有权的基本原则，对建筑物区分所有权的共有权，都是适用的。

第三，大家提到业主委员会和业主大会是一个什么样性质的组织，这一点《物权法》草案是始终回避的，这就给司法实践造成一些困难。大家在文章中用到“敏感案件”的这个词，说的大概也是这样的问题。我们现在在很多地方都很敏感，所以也怕组成一些团体造成一些敏感的问题。一个城市有很多个小区，一个小区就是一个法人或者团体，把这些业主都聚集到一起，有了问题一呼百应，也很敏感。所以《物权法》根本没提到业主会议和业主委员会是什么性质。但是，不管怎么样，对业主会议和业主委员会总得界定它是一个什么样的地位，在诉讼上也必须有一个诉讼地位。我想，它就应该是一个其他组织，要不然不给它一个其他组织的地位，它凭什么和物业公司签订合同？既然它们能够签订合同，自然就是合同主体，《合同法》规定了公民、法人和其他组织都是合同

主体。所以，业主会议和业主委员会的性质是其他组织，应该是没有什么问题的。这是立法给我们留下的一个麻烦问题，其实它真的就是一个其他组织。

三、体育比赛纠纷

在当今社会，更多的人在进行体育活动，增强自己的体质。既然要锻炼身体，就不可能保证不造成伤害。那么，这个问题在实践中怎么处理呢？我的学生正在研究这个题目。

我想，是不是可以把体育比赛或者运动纠纷分为三种：第一种是体育伤害，体育伤害是故意，大家看到泰森打拳，打输了就咬人家的耳朵，这就是故意伤害，这是要赔偿的。第二种是体育风险，是运动就有风险，踢足球把人踢伤了，这是个风险问题，风险发生，有时候是不可避免的。第三种是体育意外，它比风险轻一些，是进行体育运动中突然发生的意外伤害。体育意外和体育风险造成的损害，原则上不赔偿。体育风险问题，在美国侵权法上有一个规则叫自冒风险，你知道体育存在风险，你还去自愿参加，当然你要由自己承担损害。《埃塞俄比亚民法典》第2068条规定，任何参加体育活动，包括观赏体育活动而受伤害，行为人都不承担赔偿责任，除非是行为人故意。

在这一方面，一个基本的原则是鼓励运动者参加体育运动。此类案件可以受理，但查明是体育风险或体育意外，则应判决驳回。

四、“性福权”问题

这个问题叫做“性福权”，是很别扭的，我叫做间接妨害婚姻关系，或者叫做侵害配偶权。在美国侵权法，这种行为叫间接妨害夫妻关系，我写文章时，也用这个词，我觉得这个词比较准确地概括了这种纠纷的性质。比方说丈夫的身体受到伤害，丧失性功能，或者妻子的人身受到伤害，丧失性功能，对方起诉要求配偶的性利益的损害赔偿的，应当支持。最典型的案件是南京的那个案件，丈

夫受到伤害丧失性功能，妻子起诉要求伤害人赔偿性利益损失。我在点评时说，性利益受到损害，损害的是配偶权当中的性利益，而不是性权利，因为性权利就是性自主权，损害的不是这个人的人格权。这种侵权行为，在理论上叫做间接受害人，直接受害人是她的丈夫，间接受害人就是这个太太，自己的丈夫丧失性功能，或者说是妻子丧失性功能，不能过正常人的性生活，那对方配偶当然受到了性利益的损失，这是性利益的损失，是配偶权受到损害，她当然有诉权，就是间接受害人。

对这种案件讨论应不应受理，我觉得没有什么可讨论的，就是应该受理。这种情况将来在侵权法中是否能写进去，我觉得不大可能。但是从侵权法一般规则来看，受理这种案件是没有问题的，在法律适用上，就直接适用《民法通则》第106条第2款。

五、性骚扰问题

性骚扰的问题，我看大家提的问题很有思想。性骚扰案件存在的问题，主要是证据难，取证难。所以是一个事实问题，应当按照证据准确认定事实，要慎重。

性骚扰行为的性质是侵权行为，这个问题没有问题。这种侵权行为究竟侵害的是什么权利，这个问题有问题。有人认为侵害的是性权利，有人认为侵害的是身体权，有的认为侵害的是人格权，这些都可以谈，但性骚扰肯定是侵权行为。有人说性骚扰不是一个法律概念，不对，大家可以看看《妇女权益保障法》，已经确定了性骚扰的法律责任，所以它是一个法律概念，完全可以认定为侵权行为。因此，这种案件是应该受理的。

性骚扰案件受理后，至于证据够不够，那是一个认定事实的问题。我认为，性骚扰有点像强奸罪，在证据上经常是一比一，很难拿出其他证据佐证。没有证据证明案件事实，是当事人自己的问题，不是法官的问题。曾经有一个记者对我说，性骚扰案件能不能举证责任倒置呢？我说行啊！我现在就起诉你性骚扰，我倒要看你

怎么举证责任倒置，你怎么举证证明你自己没有进行性骚扰，我看你怎么证明？你如果拿不出证据证明你没有进行性骚扰，那我就认定你性骚扰。你看这样行不行？不行吧？记者说，哦，原来是这个道理。

所以性骚扰的举证仍然是一个普通的举证责任。那么举证责任能不能完成，是当事人的事情，不能因此认为性骚扰不是侵权行为，而是当事人自己的举证责任没有完成，举证不够，这一点应该明确。

虽然《妇女权益保障法》对性骚扰有了规定了，但比较可惜的是，规定仅仅说了一个妇女被性骚扰可以投诉，没有讲具体的规范、规则。这就要靠法官来创造了。既然法律有了规定，具体规则法官就可以创造出来，这一点大家应大胆地去做。

六、关于“形成中的权利”

我看专门有一篇文章说这个问题的，我觉得内容很好。但是，我觉得这个提法不科学，为什么呢？因为在这里头，已经有了一个成熟的词，就是人身损害赔偿解释中提到“其他人格利益”，其他人格利益完全可以把发展中的人格权或者形成中的人格权概括进去。我们说一个权利没有形成，在形成过程中，那它就不是一个权利，既然不是一个权利，那我们就把它当做其他人格利益对待，这些形成中的权利，基本上讲的都是其他人格利益，或者讲是身份权、人格权。如果这样认识了，这些形成中的权利概括为其他人格利益，那么，现在就有保护途径了，就可以直接引用精神损害赔偿司法解释的第2条。形成中的权利，更多的人把它称为变动中的权利或者发展中的权利。比方说声音权，就是模仿他人的声音获得商业利益；还有形象权，模仿他人形象去赚钱，比方现在有人模仿赵本山，这种也是侵权行为。还有知情权，这些都是形成中的权利。这些利益的保护都可以引用其他人格利益的规定进行保护，都可以概括进去，不必再探讨其他方式，就用这个就行。

有的文章提到的生育权、同居权这样一些权利，生育权不仅仅是一个人格权，还是宪法权利，是人权问题。同居权应该讲是身份权的问题，配偶之间一方跟另一方同居，是一个义务，这是个身份权的问题。这个权利利用法律保护真的很难。有的文章说到不能强迫同居，但是，如果真的有这种案件起诉，在判的时候，对不同居的一方可以判决他赔偿。但也有一个问题，夫妻俩在一起，还是一个共同财产的主体，你让他赔偿什么，所以这种案件我觉得还是慎重为好。生育权问题也是不好解决的，我要生，你不生，你要生，我不生，不好解决问题，同时又是宪法权，人权的问题，这个问题也不好办。

大家提到的亲吻权问题，亲吻权根本就不要去理它。一个人坐出租车，撞豁了嘴，然后就说亲吻权受到损害，那么嘴能设定这种权利，就能设定无数个权利，其实就是健康权的损害。如果亲吻也设定一个独立的权利，那我们的法律可以规定几千个、几万个权利。其实就是一个健康权，他有一个权利保护了，不必再设定另一个权利加以保护。

七、宪法权问题

我看大家也提到宪法权的保护问题。宪法权利保护，最典型的案件就是戚玉玲那个案件。那个案判了以后，仁者见仁，智者见智，我是持一种支持的态度，但有一个原则，宪法不能直接援引到判决书当中，这是一个规则。这个案件是一个典型。对宪法规定的公民权利在民法上怎样进行保护，是值得研究的。对这一个问题，我们想在民法典中写一句话：宪法规定的权利，如果民法有具体保护方法时，法院可以作出权利保护的判决，但要直接援引民法而不是宪法。宪法是一个大法，是根本法，拿它作一个民事判决的话，就降低了宪法的身份。我认为民法典应该有这样一个条款。比如休息权受到损害的，那我觉得就是一个宪法权利，具体的把人累死了，过劳死就是侵害休息权，就是侵害休息权造成死亡后果。这就是一个宪法权利的保护问题，所以宪法当中包含一些人格权性质的