

目 录

第一章 合同篇 / 1

第一节 审理合同诉讼案件的裁判方法 / 1

一、正确理解我国《合同法》的目标与鼓励交易之间的关系 / 1

二、关于合同的效力认定 / 5

三、债权保全制度的两种措施 / 9

四、关于正确适用违约金的问题 / 15

五、企业改制纠纷中出现的主要问题 / 20

六、关于认定质量异议期的问题 / 23

七、合同的相对性与第三人的履行 / 26

第二节 典型疑难合同纠纷案例分析 / 30

案例一：买卖合同质量异议期和试用买卖的认定及责任承担

——新永联机械厂有限公司因与北京广增包装制品有限公司买卖合同纠纷上诉案 / 30

案例二：在免责的债务承担中原债务人不承担责任

——中国机床总公司因与北京牡丹园公寓有限公司、北京大有克拉斯家具商城进口代理合同纠纷上诉案 / 43

案例三：融资回租租赁合同效力的认定

——纽科租赁有限公司因与北京巨港织袜有限公司、北京沃克曼贸易开发有限责任公司融资回租租赁合同纠纷上诉案 / 58

案例四：国航财务公司行使代位权所涉及的法律问题

——国航集团财务有限责任公司因与北京永盈大厦房地产有限公司、中国华诚集团财务有限责任公司代位权纠纷上诉案 / 74

案例五：炬洋公司的转让行为能否被撤销的问题

——中国建筑第六工程局第四建筑工程公司因与北京市炬洋经济技术发展公司等撤销权纠纷上诉案 / 87

案例六:对当事人一方行使解除权应加以限制

——北京宝利达投资管理有限责任公司因与上海浦之威投资有限公司、上海东方汽配城有限公司股权转让合同纠纷上诉案 / 100

案例七:当事人约定的违约金能否得到法院的支持

——北京金海湖渔阳国际滑雪有限公司因与北京万龙奥雪体育用品有限公司买卖合同纠纷上诉案 / 124

案例八:委托合同解除后外贸公司无权占有委托人的资金

——本溪钢铁(集团)有限责任公司、本钢集团国际经济贸易有限公司因与被上诉人中国机械对外经济技术合作总公司、中经东源进出口公司委托合同纠纷上诉案 / 138

案例九:审理外贸代理合同纠纷应注意的法律问题

——中广电信有限公司因与中仪设备进出口公司委托代理合同纠纷上诉案 / 155

第二章 担保篇 / 176

第一节 审理担保诉讼案件的裁判方法 / 176

一、关于《担保法》的原则和意义 / 176

二、《物权法》、《担保法》、《担保法解释》之间法律适用的衔接问题 / 177

三、关于国家机关不得作为保证人的问题 / 178

四、一般保证人先诉抗辩权限制行使问题 / 181

五、保证期间届满后的法律后果 / 183

六、保证期间内,法院受理债务人破产案件的,债权人既申报债权又请求保证人履行保证责任的问题 / 186

七、关于银行反担保函的独立性 / 186

八、人保和物保并存时的实行规则 / 188

第二节 典型疑难担保合同纠纷案例分析 / 191

案例一:违背保证人真实意思表示的保证合同,保证人不承担保证责任

——中铁十六局集团北京轨道交通工程建设有限公司因与河北中基房地产开发有限公司、河北省宏基国际贸易有限公司、鹿泉市曲寨物流有限公司、河北省宏基机械施工有限公司、吴国红保证合同纠纷上诉案 / 191

案例二:保证人对破产债权承担保证责任的范围应限定在破产债权之内

——中国华融资产管理公司北京办事处因与北京市大兴机动车检测场保证合同纠纷上诉案 / 206

案例三:债权人要求债务人履行债务发生重大困难时,可以要求一般保证人承担保证责任

——北京市京工房地产开发总公司因与中信实业银行保证合同纠纷上诉案 / 218

案例四:存单质押纠纷法律问题研究

——中国电子租赁有限公司因与中国对外经济贸易信托投资公司存单质押纠纷上诉案 / 232

案例五:同一债权既有人保也有物保的清偿顺序问题

——中国对外经济贸易信托投资有限公司因与北京通程金海置业发展有限公司、长沙通程实业(集团)有限公司借款合同纠纷上诉案 / 244

案例六:押汇合同相关法律问题研究

——北京华联商厦有限公司因与交通银行北京分行、海南南光进出口公司信用证项下押汇合同纠纷上诉案 / 256

案例七:担保企业以优质资产对外投资后承担担保责任的问题

——中国服装股份有限公司因与浙江兴业银行香港分行担保合同纠纷上诉案 / 270

案例八:独立保函业务中委托人未提交符合保函要求的单据无权请求担保行履行减额义务

——中国进出口银行因与深圳市曙光信息技术有限公司、深圳市点通数据有限公司其他担保合同纠纷上诉案 / 283

第三章 公司篇 / 319

第一节 审理公司诉讼案件的裁判方法 / 319

一、北京市法院审理公司纠纷案件的基本情况以及特点 / 319

二、北京市法院审理公司类纠纷案件中存在的突出问题 / 321

三、解决上述问题的基本措施与对策 / 327

四、审理公司类纠纷案件的相关建议 / 334

第二节 典型疑难公司纠纷案例分析 / 336

案例一:公司法定代表人越权对外签署的担保合同的效力问题

——中建材集团进出口公司与江苏银大科技有限公司担保合同上诉案 / 336

案例二:股东出资与股东资格取得所涉及的法律问题

——深圳市城市建设开发(集团)公司因与中华人民共和国国家旅游局、中国旅游国际信托投资有限公司侵权纠纷上诉案 / 355

案例三:股权转让过程中应正确认定合同的相对性

——中国银泰投资公司因与北京春旗实业有限公司股权转让纠纷上诉案 / 371

案例四:解决公司僵局的法律途径

——北京华商通置业发展有限公司因与北京邦泰兴业投资集团有限公司股权转让合同纠纷上诉案 / 391

第四章 涉外篇 / 424

第一节 审理信用证诉讼案件的裁判方法 / 424

一、《信用证若干问题的规定》施行后北京市法院信用证诉讼案件的基本情况和特点 / 425

二、北京市法院审理信用证纠纷案件中存在的突出问题 / 426

三、解决上述问题的基本措施与对策 / 429

四、审理信用证案件的相关建议 / 436

第二节 典型疑难涉外合同纠纷案件案例分析 / 437

案例一:信用证案件中开证行没有妥善保管单据或退单的应视为接受单据

——意大利信贷银行因与哈尔滨经济技术开发区对外经济贸易公司信用证结算纠纷上诉案 / 437

案例二:对已经国外开证申请人认可的货物质量申请人又委托国外鉴定机构认定为质量不合格不构成信用证欺诈

——北京宣联食品有限公司诉株式会社友利银行、中国银行股份有限公司北京市分行信用证纠纷上诉案 / 452

案例三:内地与香港相互承认与执行民商事判决所涉及的法律问题

——日本管材中心株式会社因与北京庄胜房地产开发有限公司买卖合同纠纷上诉案 / 468

第五章 其他篇 / 486

第一节 审理刑民交叉诉讼案件的裁判方法 / 486

一、对刑民交叉案件程序的考察及评析 / 486

二、北京法院审理刑民交叉案件中存在的问题 / 487

三、解决上述问题的基本措施与对策 / 489

四、审理民刑交叉案件的相关建议 / 495

第二节 典型疑难刑民交叉案件案例分析 / 496

案例:追缴赃款赃物不能取代民事请求权

——深圳市志信实业发展有限公司因与北京翔宇空间技术公司代理进口合同纠纷上诉案 / 496

第一章 合 同 篇

第一节 审理合同诉讼案件的裁判方法

1999年10月1日施行的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),不仅对保护当事人权益具有重大影响,而且对我国市场经济的健康发展也具有相当深远的意义。最高人民法院及时总结《合同法》实施以来合同诉讼案件的特点,研究全国各级人民法院在适用《合同法》审理相关案件时存在的问题,于1999年12月29日及时下发了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号)(以下简称《合同法解释(一)》)、于2009年4月24日下发了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)(以下简称《合同法解释(二)》)。这为法院在审理各种类型合同纠纷案件过程中,正确适用《合同法》及其司法解释、真正化解合同纠纷及促进交易的顺利进行等方面起到了积极的作用。但法律实践中,仍然存在一些疑难问题。因此,本书拟对一些合同纠纷中的疑难问题加以分析,以期进一步提高法院审理合同纠纷案件适用法律的准确性和审判质量。

一、正确理解我国《合同法》的目标与鼓励交易之间的关系

合同法应以当事人的意思自治和合同自由作为其基本原则,但在《合同法》实施以前,许多法律不仅未能起到鼓励交易的作用,反而在某种程度上对交易活动起到限制作用。这主要表现在:一方面,《合同法》实施以前的法律所规定的无效合同的范围过于宽泛。如《民法通则》第58条对无效民事行为的列举过宽,特别是将通过欺诈、胁迫、乘人之危等手段迫使另一方在违背真实意志的情况下所为的民事行为,都视为无效民事行为。但是将这些意思表示不真实的合同作为无效合同而不是作为可撤销的合同来处理,在客观上不适当地扩大了无效合同的适用范围。另一方面,许多法院认为只要合同不具备法律所规定的主要条款,就应当被宣告无效,从而造成了无效合同在实践中

的适用十分宽泛的现象。此外,根据原《经济合同法》第26条的规定,“由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同,非违约方有权通知另一方解除合同”。这就是说,只要债务人在合同约定的期限内没有履行合同,不管此种不履行是否造成严重后果,债权人均可以解除合同。该条规定没有对因违约而导致的解除权的行使作出限制,实际上是允许一方在迟延履行后,另一方可自由行使解除权。在审判实践中,许多法院据此认为只要一方违约,不管是轻微违约还是根本违约都可以宣告解除合同,使很多不应当被解除的合同被解除。本书拟对《合同法》强调鼓励交易的精神加以分析,具体而言表现在以下几个方面:

(一) 严格限制无效合同的范围

就无效合同的本质而言,无效合同具有非法性。正是因为无效合同不符合国家意志,因此,无效合同是当然无效的。即使当事人不主张无效,国家也要对无效合同进行干预。所以,无效合同的范围,应主要限定在违反法律的禁止性规定和公序良俗方面。至于因一方的欺诈、胁迫或乘人之危而订立的合同,尽管也具有一定程度的违法性,但主要是意思表示不真实的问题,从尊重受害人的利益和维护交易安全出发,应将此类合同作为可撤销的合同对待,由受害人自己提出撤销的请求。如受害人不愿意提出撤销的请求,则法律应当尊重受害人的意思,而不必加以干预。至于因自然人主体不合格而订立的合同(如行为人欠缺行为能力而订立的合同),或无权代理人订立的无权代理合同,都不是当然无效的,而存在着一个由监护人或本人的事后追认问题。如果他们予以事后追认,那么合同仍然是有效的。可见,这些合同应属于效力待定的合同,而不应属于当然无效的合同范畴。限制无效合同的范围和种类,有利于减少无效合同,促成一些合同成立或具有效力。

(二) 应明确可撤销的合同的性质和范围

可撤销的合同主要是意思表示不真实的合同,依据此类合同的性质,如果享有撤销权的一方当事人未主动提出要求撤销该类合同,则该类合同仍然有效。尤其应当指出的是,由于合同撤销与变更是联系在一起的,如果当事人仅提出变更合同而未提出撤销合同,则法院不能撤销合同;但即使当事人主张撤销合同,如果变更合同的条款足以保护受害一方的利益,且不违反法律和社会公共利益,法院也应尽可能在保持合同效力的前提下,变更合同的条款。这样有利于鼓励交易,并减少因撤销合同、返还财产所造成的损失 and 浪费。

(三) 严格区分合同的成立和合同的生效

审判实践中,许多法院将一些已经成立但不具备生效条件的合同,都作为

无效合同对待,从而导致了大量的本来可以成立的合同成为无效合同。实际上,合同的成立与合同的生效是有本质区别的。合同的成立是指合同订立过程的完成,即当事人经过平等协商,对合同的基本内容达成一致意见,标志着双方之间的要约、承诺的结束。^{〔1〕}但是,合同成立后并不是当然生效的,已经成立的合同要产生效力,取决于国家对已经成立的合同的态度和评价。所以,合同成立制度主要体现了当事人的意志,体现了合同自由原则;而合同生效制度则体现了国家对合同关系的肯定或否定的评价,反映了国家对合同关系的干预。^{〔2〕}如果合同当事人对合同规定的主要条款有遗漏或不明确,当事人又愿意接受合同关系的拘束,在此情况下,应当允许法院通过合同解释的方法,依据诚实信用原则探求当事人的真实意思,或者使用法律的一些补缺性规定,确定有关履行期限、地点、价款等条款,从而完善合同的内容,而不应简单地宣告无效,不适当地消灭一些交易。当然,对于故意违反法律的禁止性规定和公序良俗的合同,则不能通过合同解释的方法使其有效,而必须宣告无效。

(四)应明确规定合同的解释制度

所谓合同的解释,是指法院或仲裁机关,依据职权对合同条文或所用文句的准确含义所作的解释。解释的目的在于使一些不明确或不具体的合同内容得以明确或具体,使当事人的纠纷得以解决。在实践中,由于当事人合同法知识、交易经验等方面的欠缺及其他原因,可能会使其订立的合同存在一些条款不清或不全的问题,并由此产生各种纠纷。由于我国现行合同立法没有规定合同解释制度,因此,在实践中,法院对于这些问题常常按合同无效来处理,从而使得许多交易被迫消灭。审判实践中,应当充分尊重当事人的意志和利益,允许法官对一些条款稍有欠缺或不明确的合同予以解释。法官在合同既可以被解释为有效,也可以被解释为无效的情况下,应尽量解释为有效。^{〔3〕}这样不仅对法官的自由裁量权有了适当的限制,同时也充分体现了鼓励交易的精神和尊重当事人意志的原则。

(五)应该严格限制违约解除的条件

解除从实质上来说是要消灭一项交易,在许多情况下,如果非违约方在对方违约后愿意接受合同的履行;或者合同能够得到继续履行,且继续履行对非违约方并无不利,则一旦违约即宣告合同解除,既不利于保护非违约方的利益,

〔1〕 苏惠祥:“略论合同成立与生效”,载《法律科学》1990年第2期。

〔2〕 陈安主编:《涉外经济合同的理论与实务》,中国政法大学出版社1994年版,第103页。

〔3〕 王利明:“合同法的目标与鼓励交易”,载《法学研究》1996年第3期。

也不能体现合同法的鼓励交易的目的。所以,对因违约发生的合同解除,在法律上必须作出明确的限制。审判实践中,应当把握只有在根本违约的情况下才能解除合同。所谓根本违约,又称为重大违约,是指一方违反合同,严重影响了当事人订立合同所期待的经济利益。^{〔1〕}对于根本违约,非违约方有权解除合同。根本违约制度的出发点是:由于违约行为所造成的后果(包括损害后果)的严重性,使非违约方订立合同的目的不能达到,合同的存在对非违约方来说已经不再具有实质意义,合同即使在以后能够被遵守,但非违约方的目的仍不能达到,因此,应允许非违约方宣告合同解除,从而使其从已被严重违反的合同中解脱出来。限制合同因违约而解除,有利于鼓励交易,并有利于避免因违约解除而发生的财产的损失和浪费。

(六) 应将形式要件作为证明合同存在的标准

应将形式要件作为证明合同存在的标准,而不是作为决定合同是否成立的要件来对待。对于合同的形式要件的作用,有一种观点认为,如果当事人不采取书面形式订立合同,则合同不能成立和生效。但是值得注意的是,在现代市场交易中,许多当事人为了追求交易的简捷和方便,大量采用电话、电子邮件等方式订立合同,如果一概宣告此类合同无效,是会给交易活动带来不便的。此外,在当事人虽因各种原因未能采用书面形式订立合同的情况下,但当事人已经部分或全部履行了合同,或者虽然没有履行合同但当事人对于合同的存在及主要条款并没有争议。如果对这类合同按无效合同处理,则会消灭一些不应当消灭的交易。因此,如果采取当事人不以书面形式订立合同,则合同不能成立和生效的观点,虽有利于促使当事人以书面形式订立合同,减少一些不必要的纠纷,但因为严格要求当事人必须以书面形式订立合同,将会使许多可以成立的交易不能成立,不能体现鼓励交易的原则。审判实践中,从鼓励交易的需要出发,应采纳书面形式主要具有证据效力的观点。也就是说,除了那些必须要经过登记、审批的合同以外,对一般的合同,原则上要求当事人尽可能采用书面形式,但如果当事人未采用书面形式,则应由当事人就合同是否存在及合同的主要条款问题举证:如果当事人不能举证,则合同应被宣告不成立;如果当事人能够举证,则可以认定合同成立并生效。^{〔2〕}

〔1〕 原《涉外经济合同法》第29条规定:“有下列情形之一的,当事人一方有权通知另一方解除合同:一、另一方违反合同,以致严重影响订立合同所期望的经济利益;二、另一方在合同约定的期限内没有履行合同,在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行;三、发生不可抗力事件,致使合同的全部义务不能履行;四、合同约定的解除合同的条件已经出现。”。

〔2〕 王利明:“合同法的目标与鼓励交易”,载《法学研究》1996年第3期。

可见,法官在审理案件过程中,应当将鼓励交易作为合同法的目标和宗旨。但在强调鼓励交易重要性的同时,还应兼顾保护合同当事人合法权益、维护交易秩序的目的,以及兼顾合同自由和意思自治原则在合同法中的重要性。

二、关于合同的效力认定

《合同法》施行以来,关于合同效力的认定一直是审判实践中一个重要的问题。法官在审理合同纠纷案件中,首先要面对的就是合同有效还是无效。审判实践中,有的法院将无效合同认定为有效合同;有的法院将有效合同认定为无效合同;还有的法院在双方当事人未对合同的效力提出异议的情况下,以合同显失公平为由认定合同无效;还有的法院将合同部分无效认定为合同全部无效。本书在这里仅就以下两个问题阐述合同的效力问题。

(一)《合同法》第52条第5项与强制性规定的关系

1. 关于强制性法律规定

鼓励交易、保障交易安全是合同法的重要精神。只有违反法律和行政法规的强制性规定才能导致合同无效。所谓强制性规定,是指直接规范行为人的意思表示或者事实行为,不允许行为人依其自由意思而加以改变或排除适用,否则,将受到法律制裁的法律规定。^{〔1〕}可见,强制性规定通常包括如下形态:一是关于规制意思自治的有关意思自治行使要件的规定,诸如行为能力、意思表示生效要件以及合法的行为类型(限于对行为类型有强制性规定的情形);二是关于保障交易稳定、保护第三人信赖的规定;三是关于为避免产生严重的有失公平的后果或者为满足社会要求而对意思自治予以限制的规定。^{〔2〕}

2. 关于效力性强制规定与管理性强制规定的区分

强制性规定又包括管理性强制规定和效力性强制规定,违反效力性强制规定,合同无效;违反管理性强制规定,合同未必无效。^{〔3〕}理由在于:效力性强制规范着重于违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;而管理性强制规范着重于违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。^{〔4〕}

效力性规定,是指法律及行政法规明确规定违反该类规定将导致合同无

〔1〕 耿林:“强制性规范与合同效力”,清华大学法学院2006年博士学位论文,第40页。

〔2〕 [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀拭译,谢怀拭校,法律出版社2003年版,第42页。

〔3〕 王闯:“当前人民法院审理商事合同案件适用法律若干问题”,载《法律适用》2009年第9期。

〔4〕 史尚宽:《民法总论》,正大印书馆1980年版,第296页。

效的规范,或者虽未明确规定违反之后将导致合同无效,但若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的规范。此类规范不仅旨在处罚违反之行为,而且意在否定其在民商法上的效力。因此,只有违反了效力性的强制规范,才应当认定合同无效。管理性规范,是指法律及行政法规未明确规定违反此类规范将导致合同无效的规范。此类规范旨在管理和规范违反法律、法规规定的行为及后果,但并不否认该行为在民商法上的效力。此外,法院只能依据全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规认定合同无效,而不能直接援引地方性法规和行政规章作为判断合同无效的依据。如果违反地方性法规或者行政规章将导致损害社会公共利益,则可以根据《合同法》第52条第4项的规定,以损害公共利益为由确认合同无效。《合同法解释(二)》第14条也规定:“合同法第五十二条第(五)项规定的强制性规定,是指效力性强制性规定。”

在审判实务中,区分效力性强制规定和管理性强制规定,应综合法律、法规的意旨,权衡相互冲突的权益(诸如法益的种类、交易安全 and 其所禁止者究竟是针对双方当事人或仅一方当事人等)加以认定。例如,法律、法规禁止在某时间、地点营业者,仅涉及缔结法律行为的外部情况,而非禁止特定行为的内容,故应认定此规范为管理性强制规定,不影响法律行为的效力。^[1]在把握不准时,应当征求相关部门的意见或者请示上级人民法院。

(二) 关于批准、登记等对合同效力的影响

在《合同法》实施之前,批准、登记等这些法律、法规所规定的合同形式要件对合同效力的认定起了很大的作用。主要存在三种观点:第一种观点认为,批准、登记等都是对生效要件的规定,如果不符合这些规定,合同虽然成立,但是不能发生效力。第二种观点认为,批准、登记等是合同成立的特别形式要件,需要批准、登记的合同一概被视为要式合同,没有批准、登记的合同即未成立。第三种观点认为,法律对合同形式要件的规定是否属于合同成立或生效要件问题,应当具体情况具体分析,应区分不同性质的合同而作出结论。对此,法院大多将批准、登记以及经营范围等作为合同的有效要件,没有办理批准、登记等手续的合同,大多被认定为无效。《合同法》第44条第2款规定:“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”《合同法解释(一)》第9条第1款规定:“依照合同法第四十四条第二款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准手续,或者办理批准登记等手续才生效

[1] 王泽鉴:《民法总则》,三民书局2000年版,第302页。

的,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效;法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生效的,当事人未办理登记手续不影响合同的效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。”因此,对批准、登记生效的认定上,应当把握以下原则:

1. 合同成立与否,不应受批准、登记等的影响

批准、登记等不是合同的成立要件。因为“合意是构成真正交易的精神事件”,^[1]合同是当事人合意的结果,是合同自由原则的体现。因此,只要当事人双方根据《合同法》所规定的要约和承诺规则就合同的主要条款达成一致,或者符合《合同法》第37条等所规定的情形,该合同即告成立。至于非主要条款的欠缺,则可以通过适用法律补缺性规定来弥补。批准、登记等手续都是当事人合意以外的因素,不属于合同成立要件的范畴,而属于效力评价的领域。

2. 批准、登记等不是合同的有效要件

合同是否有效,取决于国家的价值判断,体现了国家对意思自治的一种合理干预,其判断的根据只能是法律、行政法规对合同无效的明确规定。而法律、行政法规对批准、登记等的规定,并不都属于强行性规范,^[2]因此,不能绝对化地以批准或登记与否来判定合同是否有效。

3. 批准、登记等仅仅是合同的生效要件

“生效”是与“不生效”相对应的概念,而不是与“无效”相对应,因此,“不生效”不等于“无效”。合同的生效与不生效,都是以合同成立作为前提的。一般而言,依法成立的合同自成立时生效。也就是说,合同的成立时间就是生效的时间。但是,有两种例外或特殊情况:一是附条件或附期限的合同,则应自条件成就或期限届至时生效。二是法律、行政法规规定应当经过批准、登记等手续生效的,则自批准、登记时生效。在这种情况下,虽然因未办理批准或登记手续等导致合同未生效,但是诸如违约责任、解决争议的方式等条款,则应当按照《合同法》的有关规定处理,即应认为是生效的。

4. 某些批准、登记等手续是可以补办的,或者说批准、登记等手续在一定

[1] [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店1994年版,第313页。

[2] 王闯:“对最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法有关问题解释(一)的若干理解”,载《判解研究》2000年第1期。

的期限内完成即可

审判实践中,对于一些企业先履行合同,后补办批准、登记的行为,应当采取适当宽容的态度,只要他们及时地在一审法庭辩论终结之前补办完批准、登记手续,那么,法院就应当承认其合同已经生效。这种做法也是与最高人民法院以前有关司法解释的精神相一致的。^{〔1〕}

5. 正确理解登记的法律含义

《物权法》关于不动产登记的规定与《担保法》的相关规定不同,这里要涉及的关键问题是不动产的抵押登记及其相应的法律后果。不动产抵押是在不动产上设定负担,直接关系交易第三人和后位抵押权人的利益。为了便于第三人在与抵押人进行交易时作出合理预期,避免遭受损害;也为了方便债权人查看抵押财产的权属关系以及抵押权的优先顺位,以决定是否接受该物抵押担保,因此,设定不动产抵押应当办理登记。对此,《担保法》明确规定了不动产抵押登记。《担保法》第41条规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。”《担保法》第42条规定:“办理抵押物登记的部门如下:(一)以无地上定着物的土地使用权抵押的,为核发土地使用权证书的土地管理部门;(二)以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,为县级以上地方人民政府规定的部门;(三)以林木抵押的,为县级以上林木主管部门;(四)以航空器、船舶、车辆抵押的,为运输工具的登记部门;(五)以企业的设备和其他动产抵押的,为财产所在地的工商行政管理部门。”但上述关于“抵押合同自登记之日起生效”的规定混淆了债权行为与物权行为的效力。抵押合同的订立是以发生物权变动为目的的原因行为,属于债权关系范畴,其成立、生效应当依据《合同法》确定。抵押权的效力,除要求抵押合同合法、有效这一要件外,还必须符合《物权法》的公示原则。因为抵押权人没有办理登记,抵押合同不发生效力,则抵押权人不仅不享有抵押权,甚至还丧失了追究抵押人合同违约责任的权利。这不仅对抵押权人不公平,也会助长恶意损害他人权益的行为,不利于保护抵押合同当事人的合法权益,也不利于社会经济秩序的维护。因此,《物权法》第187条规定:“以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或

〔1〕 最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》(1995年12月27日)第26条规定:“商品房的预售方,持有土地使用证,也投入一定的开始建设资金,进行了施工建设,预售商品房的,在一审诉讼期间办理了预售许可证的,可以认定预售合同有效。”这里的“有效”应理解为“生效”。

者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记,抵押权自登记时设立。”可见,《物权法》将《担保法》规定的“抵押合同自登记之日起生效”,修改为“抵押权自登记时设立”,区分了抵押合同效力和物权变动效力。

三、债权保全制度的两种措施

(一) 债权保全制度的立法目的

我国《合同法》第73~75条对合同债权保全制度即债权人代位权制度和债权人撤销权制度作出了规定。其中,第73条规定的债权人的代位权制度,旨在保全债务人的责任财产;而第74~75条所规定的债权人的撤销权制度,则意在恢复债务人的责任财产。《合同法解释(一)》第11~26条以及《合同法解释(二)》第17~20条就债权人代位权和撤销权制度若干问题作了专门解释。债权保全制度的目的在于防止因债务人财产的不当减少而致使债权人债权的实现受到不当损害。债权人的代位权制度主要着眼于债务人的消极行为,即当债务人怠于行使其债权并将影响债权人权利的实现时,法律允许债权人代债务人之位,以自己的名义向第三人行使债务人的权利。而债权人的撤销权则主要着眼于债务人的积极行为,即在债务人不履行其债务,且实施减少其财产而损害债权人债权实现的行为时,法律赋予债权人诉请法院撤销债务人所为的行为的权利。应当指出的是,根据合同相对性原则,合同债权仅仅发生在特定的当事人之间,即“债权人,乃将债务人之给付归属于债权人,使其得受领债务人之给付,债权人亦得向债务人请求给付”^{〔1〕}。可见,债权人代位权和撤销权制度,是对传统合同法“合同相对性”原则的突破,该制度的立法基础在于确保债权的实现。

(二) 债权人代位权问题

1. 关于债权必须确定的问题

我国《合同法》第73条创设了债权人代位权制度,该制度对保护债权人合法权益、保护交易安全、维护正常民商事流转秩序具有重要意义。近年来,虽然代位权越来越广泛地被债权人所主张,但在审判实践中,法院在理解与适用代位权法律规定时仍存在许多问题。这里需要明确的是,除了《合同法解释(一)》所规定的四个条件外,债权必须确定也是代位权的构成要件之一。所谓债权必须确定,是指债务人对于债权的存在以及内容没有异议,或者债权经过了法院和仲裁机构裁判后已确定。但什么是“债权确定”以及“债权人对债务人的债权与债务人对次债务人的债权是否都必须确定”的问题,同时涉

〔1〕 王泽鉴:《民法债编总论》(第一册),中国政法大学出版社2002年版,第17页。

及代位权案件的审理范围问题。在代位权诉讼中包括两个法律关系,即债权人和债务人之间的债权债务关系与债务人和次债务人之间的债权债务关系。

审判实践中应当明确的是,代位权的行使只应要求债权人对债务人的债权确定即可,债务人对次债务人的债权确定则不是必要条件。首先,如果债权人对债务人的债权不确定,债权人向债务人提出代位权诉讼时,次债务人因不知道债权人对债务人的债权情况而难以提出抗辩。因此,如债权人对债务人的债权不确定,则无法进行代位权诉讼。而债务人对次债务人的债权即使不确定,次债务人在债权人提起的代位权诉讼中,仍可以基于自己与债务人之间的债权债务关系,而将原本对债务人的抗辩事由转为对抗债权人。必要时可以通知债务人作为第三人参加诉讼,将债务人与次债务人之间的债权债务关系一并审理并加以认定,该认定并不损害次债务人的利益。因此,债务人和次债务人之间的债权债务是否处于确定状态并不影响代位权的行使。同时,债务人对次债务人的债权数额也应纳入代位权案件的审理范围,且这种审理是实质意义上的。如果次债务人、债务人抗辩其债权数额已经确定但债权人提出异议的,法院应进行司法审查,这既是代位权诉讼固有的要求,也符合诉讼经济的原则。

可见,法院应当准确把握代位权案件的审理范围,在查清两个法律关系的基础上,对债务人与次债务人的具体债务数额予以确认,并据此确定次债务人对代位权人应当承担的债务数额。

2. 关于代位权诉讼的程序问题

由于代位权的行使是以突破合同相对性为代价的,因此,这一突破必然对双方的利益产生重要影响。准确把握代位权行使要件的关键,就是在“保护债权人的债权”与“保护债务人的经济自由”这两个价值目标之间实现平衡。审判实践中,审理代位权案件存在的主要问题当属程序问题,这里将做如下分析:

第一,在债权人以债务人为被告提起诉讼后,又向同一法院或不同法院以次债务人为被告提起代位权诉讼的情形中,以债务人为被告的普通诉讼应依据《民事诉讼法》有关管辖的规定确定管辖法院;代位权诉讼应依照《合同法解释(一)》第14条的规定确定管辖法院。若普通诉讼的管辖法院与代位权诉讼的管辖法院为同一法院的,即发生管辖竞合,由同一法院另案受理,而不能合并审理。在普通诉讼和代位权诉讼并存的情形下,无论哪一个诉讼先行提起,都要贯彻普通诉讼优先进行的原则,受理代位权诉讼的法院应当中止代位权诉讼的审理。

第二,在债权人对次债务人提起代位权诉讼后,债务人另行对次债务人提起诉讼的情形中,法院可以以债务人起诉不合法为由不予受理或驳回起诉。当然,如果债务人在债权人提起的代位权诉讼中,对超过债权人代位权请求数额部分以次债务人为被告提起诉讼的,在符合起诉法定条件下,法院应当受理。

第三,关于在代位权诉讼中如何使用裁定的问题。如果债权人与债务人之间的债权债务关系不存在,法院应当以诉不合法为由,裁定驳回债权人的起诉。应当注意的是,法院在此驳回的仅是代位权诉讼,如果债权人以债务人为被告另行起诉且符合《民事诉讼法》第108条规定的起诉条件的,法院应当立案受理,不应以其代位权诉讼被驳回为由而不予受理或驳回起诉。

3. 司法实践中应当注意的问题

第一,应注意避免代位权适用的扩大化倾向。审判实践中,应当注意区分债权与物权。我国《合同法》上的债权人代位权制度只能以债权作为标的,只能代位债权而不能代位物权。因为,物权完全可以通过强制执行程序解决而无须采用代位权这种比较麻烦的程序。如对于债务人在第三人手中的财产,由于该财产为债务人所有,因此,债权人完全可以申请对债务人的该财产强制执行而没有必要对其行使代位权,否则徒增诉讼之累及诉讼成本。优先购买权具有物权的性质,并非债权,所以不能被代位行使。

第二,应注意到我国《合同法》上代位权制度与传统民法上代位权制度的区别。就代位权的行使对于债务人的效力而言,在传统民法上的代位权理论中,代位权的制度功能在于保全债务人的责任财产,而不是为某个特定债权人的利益而设。代位权行使的目的在于保全债务人的责任财产,该责任财产是所有债权人的共同担保,各个债权人不论是否行使代位权,都可依据债权平等原则,就债务人的财产平等受偿。因此,债权人代位权,仅仅指权利行使的代位而已,其权利义务仍然由债务人承受。债权人行使代位权的效果应直接归属于债务人,第三人(次债务人)履行债务也应当向债务人本人为之。^{〔1〕}而我国《合同法》上的代位权制度在这个方面,突破了传统民法上的代位权理论,其重大突破是:代位权行使的结果并不归属于债务人,而是在债务人所负债额的限度内,直接归属于债权人。换句话说,债权人行使代位权,不仅仅是对债权行使的代位,而且在债权人与债务人之间发生抵消的效果。这样规定的理

〔1〕 王闯:“对最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法有关问题解释(一)的若干理解”,载《判解研究》2000年第1期。

论依据在于债务人对债权人享有抵销权,实践根据在于其有利于“三角债”问题的解决。因此,法院可以直接判令次债务人向债权人履行清偿义务,以抵销债权人对债务人的债权,并且使债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系消灭。

第三,注意区分债务人诉讼与代位权诉讼的关系问题。在代位权诉讼中,经常掺杂着债务人对次债务人的诉讼,如债务人对于超过债权人代位请求数额的债权部分,向受理代位权诉讼的同一法院起诉次债务人。举例说明:债权人A与债务人B之间存在100万元的债权,而债务人B与次债务人C之间存在150万元的债权。在符合代位权诉讼的条件下,A向C提起代位权诉讼,要求C履行100万元的债务清偿。在此诉讼过程中,债务人B又诉请同一法院判令次债务人C履行50万元的债务清偿。在此情况下,人民法院应当明确地区分这两种诉讼:只有前者才属于代位权诉讼,而后者则属于普通的合同之债的诉讼,不属于代位权诉讼的一部分。所以,当债务人在代位诉讼中,对超过债权人行使代位请求额的债权部分在同一法院起诉次债务人时,法院应当告知其向有管辖权的法院另行起诉。如果该债务人的起诉符合法定条件的,法院应当受理。但是,由于该债务的诉讼请求数额受制于代位权诉讼的结果,因此,受理该债务人起诉的法院在代位权诉讼裁决发生法律效力之前,应当依法中止审理。^[1]

(三) 债权人撤销权问题

与同为债权保全制度的债权人代位权相比,债权人撤销权的效力更为强大,因为债权人的代位权是代位行使债务人现有的权利,这无论对于债务人还是次债务人而言,都是对本来应有的事态的重申,其影响甚小;而债权人撤销权则是撤销债务人所为的行为而从第三人处取回责任财产,是对已成立的法律关系的破坏,使债务人与第三人之间发生本来不应有的事态,其影响极大。所以,在理论上对于债权人撤销权的行使应严格限制其条件,以免对债务人以及第三人造成不测之害,破坏交易安全。

1. 债务人与第三人进行有偿民事法律行为时必须都具有恶意

我国《合同法》第74条所规定的撤销权将被撤销的标的行为分为无偿行

[1] 《合同法解释(一)》第22条规定:“债务人在代位权诉讼中,对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的,人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉。债务人的起诉符合法定条件的,人民法院应当受理;受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力以前,应当依法中止。”

为和有偿行为两种情形。对于无偿行为,诸如债务人放弃债权或无偿转让财产的,不以主观恶意为必要。对于有偿行为,诸如债务人以明显不合理的低价转让财产的,则要求债务人与第三人都具有恶意。这沿袭了大陆法系民法撤销权理论,即无偿行为的撤销,仅使受益人失去无偿所得的利益,并未损害其固有的利益,所以,此时撤销权的行使对当事人的利益关系影响较小。然而,在撤销债权人与第三人之间有偿行为的情况下,法律得在多种权利并存并且相互冲突的情形下作出平衡较量,不能随意厚此薄彼,否则就无法贯彻“债权人平等”原则,也无法维护交易安全。因此,在债务人与第三人所为的法律行为中,由于受益人所取得的利益有相当的对价,其利益理应给予法律保护;但是如果其主观上具有恶意,则没有保护的必要。所以,在有偿行为的场合,债权人撤销权的成立必须以当事人主观恶意为必要。其中,债务人的恶意是撤销权的成立要件,受益人的恶意是撤销权的行使要件。^[1]

2. 撤销权的行使范围问题

关于撤销权的行使范围有两种观点:一种观点认为,由于撤销权的行使目的在于保全所有债权人的财产,因此,其行使范围不以保全行使撤销权的债权人的债权额为限,而应以保全全体债权人的全部债权为其限度。^[2]另一种观点认为,当数个债权遭受同一债务人行为侵害时,各债权人都有权依撤销权起诉,其请求范畴仅仅限于各自债权的保全范围。^[3]《合同法解释(一)》第25条第2款规定:“两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告,就同一标的提起撤销权诉讼的,人民法院可以合并审理。”由此可见,《合同法解释(一)》将代位权的行使范围限定在债权人各自债权的保全范围内。

3. 司法实践中需要注意的问题

(1) 债务人和第三人主观恶意的判断

在判断有偿行为场合中债务人与第三人的恶意时,一般存在观念主义和意思主义两种立法例。根据观念主义,所谓债务人的恶意,是指债务人认识到其行为可能造成自己丧失偿还能力,并有害于债权的后果。法国、日本和我国台湾地区均采此立法例。根据意思主义,所谓债务人的恶意,是指不仅要求债务人对其有害债权行为的后果要有认识,而且在主观上还要有损害债权人的意思。德国、瑞士和奥地利等国采此立法例。我国《合同法》基本上是采取观

[1] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第473页。

[2] 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第186页。

[3] 杨立新:“关于合同法中的债的保全问题”,载《法学前沿》1999年第2辑。