SHENPAN
QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

总第8辑

2011年

审判前沿观察

第1辑

合同法解释（二）的理解与适用 曹守晔
主从犯认定中的事实整理与价值考量 黄祥青
对当前刑事判决教育功能的反思——以预防犯罪为视角 于鹏
公共政策在司法实践中的运用及规制 王秋良 方遒 刘金妨
关于民事诉讼法中证据规则的修改意见——在最高人民法院民事诉讼法修改座谈会上的发言 刘言浩

上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

需要全本请访问 www.ertongbook.com

审 判 前 沿 观 察

2011 年　第 1 辑

《审判前沿观察》编辑委员会　编

上海交通大學出版社

内 容 提 要

本书共分为专家论坛、审判实务、专题研究、调查分析、改革探索、判案评析等版块，既有理论探索，也有对司法实践工作的总结，旨在通过对审判工作中热点、重点和难点问题的研究来总结审判经验，推动司法实务的进步。

同时，本书力争立足于法学前沿动态，汲取来自于法学界的先进成果，构建法学界与司法界交流的平台。

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿观察. 2011 年. 第 1 辑/《审判前沿观察》编辑委员会编. —上海：上海交通大学出版社，2011
ISBN 978-7-313-07870-4

Ⅰ. ①审… Ⅱ. ①审… Ⅲ. ①审判—研究—中国—丛刊
Ⅳ. ①D925.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 227013 号

审判前沿观察

(2011 年第 1 辑)

《审判前沿观察》编辑委员会 编

上海交通大学 出版社出版发行
(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)
电话：64071208 出版人：韩建民
常熟市梅李印刷有限公司印刷 全国新华书店经销
开本：787mm×960mm 1/16 印张：21.25 字数：349 千字
2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-313-07870-4/D 定价：35.00 元

版权所有 侵权必究

告读者：如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系
联系电话：0512-52661481

《审判前沿观察》编委会

主　任　孙建国

副主任　周赞华　宋学东　汤黎明　黄祥青

委　员　顾福金　许祥云　周荣芳　章克勤　倪金龙
谷开文　王　珊　沈维嘉　庄登杰　张志杰
谷　杨　秦明华　吴　薇　陈福民　施　杨
赵卫平　刘军华　宋　航　孙敬沪　奚强华
王　犁　华双根　李学忠

主　编　黄祥青

副主编　王　珊　刘言浩

编　辑　（按姓氏笔画排列）
于　鹏　吴慧琼　周　欣　胡震远　郭文龙
董礼洁

Contents 审判前沿观察 | 目录

专家论坛

合同法解释（二）的理解与适用 曹守晔/3

主从犯认定中的事实整理与价值考量 黄祥青/29

审判实务

商事合同债权人代位权诉讼若干疑难实务问题探析 韩朝炜/41

浅析商业诋毁纠纷案件中的法律问题 沈 强/53

雇主责任刍议 孙 倩/64

对当前刑事判决教育功能的反思

——以预防犯罪为视角 于 鹏/74

专题研究

工伤保险待遇与第三人侵权损害赔偿竞合时部分兼得模式的构建 奉贤区法院课题组/87

工伤保险待遇与民事侵权赔偿竞合时的救济模式

上海市第一中级人民法院民一庭课题组/99

企业改制过程中的职务犯罪问题研究

上海市第一中级人民法院刑二庭课题组/120

需要全本请访问 www.ertongbook.com

执行工作评价与考核机制研究

上海市第一中级人民法院执行庭课题组/152

论特殊侦查措施在职务犯罪侦查中的运用 丁 嘉 何 亮/171

违法建筑的私法权益分析 姚建中 陈娟娟 张占平/182

行政审判中适用利益衡量原则实证研究 任静远/191

调 查 分 析

近年来本市未成年人重新犯罪的实证分析及对策研究

——以上海市未成年犯管教所在押少年犯为研究样本

上海市第一中级人民法院少年庭课题组/205

涉机动车辆保险纠纷案件特点、成因及对策分析 张文婷/217

改 革 探 索

公共政策在司法实践中的运用及规制

王秋良 方 遒 刘金妹/231

关于民事诉讼法中证据规则的修改意见

——在最高人民法院民事诉讼法修改座谈会上的发言 刘言浩 /240

案例指导之运作机制研究 胡震远/249

行政诉讼调解制度的比较借鉴 唐 震/257

诉调对接中法院角色定位的博弈分析 陆 茵/266

公司僵局的司法救济措施研究 夏 青/277

回应型审判管理工作机制的构建 张建国 雷 霆/286

判 案 评 析

侦查人员出庭作证的范围和程序

——被告人王某某、陈某运输毒品案 余 剑/299

密码在电话银行业务中的法律地位和作用

——胡某诉A银行股份有限公司上海分行等财产损害赔偿纠纷案　范德鸿/*305*

涉外重婚犯罪的管辖及域外证据在刑事审判中的审核采信

——自诉人A诉被告人B重婚一案　张华松/*318*

《审判前沿观察》稿件技术规范/*328*

专家论坛

编者按 最高人民法院资深高级法官、博士生导师、中国应用法学研究所副所长曹守晔，全程参与了《合同法》立法过程，也是“《合同法》解释”的起草人。2011年4月，应上海市第一中级人民法院和上海市法学会的邀请，在上海市第一中级人民法院就“‘合同法解释（二）’如何理解与适用”问题作了一场精彩的报告，受到广泛好评。根据大家的要求，并经曹守晔教授审核同意，现将讲课录音整理为文，供研究参考。

合同法解释（二）的理解与适用

曹守晔

合同法有两大司法解释，“合同法解释（一）”在1999年颁布，主要解决统一的合同法颁布实施后，新旧法律衔接过程中迫切需要解决的问题；“合同法解释（二）”主要是针对统一合同法实施以后暴露出来的一些问题，特别是对审判实践和一些律师代理过程中遇到的问题，作出有针对性的解释。2008年以来金融危机席卷全球，对我国一些行业、领域产生相当大的影响，最高人民法院新一届党组和王胜俊院长高度重视这一司法解释。最高人民法院的司法解释，单项的批复、决定，或针对具体某一个条文的解释，每年都会有一些陆续出台，但是由最高院“一把手”亲自主持的并不多。“合同法解释（二）”由王胜俊院长亲自主持审判委员会进行讨论，历时2天（2010年2月2日、2月9日）。2009年这一解释由最高人民法院审判委员会2月9日顺利通过，于2009年5月13日公布实行。

2月9日审判委员会就已通过，为什么到5月才发布？这是因为最高人民法院对一些争议比较大的问题非常谨慎，要求起草小组在审判委员会讨论通过后，进一步征求全国人大常委会法工委的意见。

下面，我分三个问题讲：起草背景、指导思想、主要内容。

一 起草背景

第一，承前启后。所谓承前是指“合同法解释（二）”与“合同法解释

（一）”是相衔接的，是一种补充，是一种完善，是一种递进，特别是对合同法实施后出现的一些问题作出的解释。所谓启后，“合同法解释（二）”出台后，并不意味着大家在审判实践中没有问题，事实上，有些问题争议还很大，考虑到上报审委会后仍然争议比较大，因此，有个别问题起草小组就忍痛割爱，舍弃了。特别是在“合同法解释（二）”之后，最高人民法院还专门针对当时国际金融危机的情况，结合“合同法解释（二）”一些规定的理解问题，随后发布了指导意见，作为补充。当然指导意见不是司法解释，有一些我们不是很有把握的就放在了指导意见里。另有一些内容放在指导意见里是因为属于政策性、阶段性的意见。相对来说，司法解释更稳定，程序也明显不一样的。但是指导意见对于正确理解、统一适用“合同法解释（二）”是有帮助的。

第二，恰逢其时。2008 年，因全球金融危机蔓延所引发的矛盾和纠纷，在司法领域反映明显，民商事案件，尤其是与企业经营相关的民商事合同纠纷案件大幅增长，同时出现了因宏观经济形势变化所引发的新的审判实际问题。虽然我国不像美国受到很大冲击，但我国的经济发展、企业经营、资金流转、出口贸易等也产生影响。对于审判实践中遇到的一些新情况，新问题，积极作为，主动服务，未雨绸缪，这即是能动司法方面的表现。人民法院围绕国家经济发展战略和“保增长、保民生、保稳定”要求，坚持“为大局服务、为人民司法”的工作主题，认真研究并及时解决这些民商事审判实务中与宏观经济形势变化密切相关的问题，有效化解矛盾和纠纷，这不仅是法院应对金融危机的重要任务，而且对于维护诚信的市场交易秩序、保障公平法治的投资环境、公平解决纠纷、提升市场信心等具有重要意义。

第三，合同纠纷案件诉讼形势。合同案件在全国法院受理的民商事案件中超过半壁江山。当时提交给最高法院审判委员会讨论时参考的资料很能说明情况（见表 1）。

表 1　全国法院合同案件收案情况　　单位：件

年　份	民事一审	合同一审		
	收　案	收　案	同比（%）	比例（%）
1998	4 830 284	1 329 020	—	—
1999	5 054 857	1 410 107	6. 10	27. 90

需要全本请访问 www.ertongbook.com

（续表）

年　份	民事一审	合同一审		
	收　案	收　案	同比（%）	比例（%）
2000	4 710 102	1 184 613	－15. 99	25. 15
2001	4 615 017	1 062 302	－10. 32	23. 02
2002	4 420 123	2 266 695	113. 38	51. 28
2003	4 410 236	2 266 476	－0. 01	51. 39
2004	4 332 727	2 247 841	－0. 82	51. 88
2005	4 380 035	2 265 362	0. 78	51. 72
2006	4 385 732	2 240 759	－1. 09	51. 09
2007	4 724 440	2 463 775	9. 95	52. 15
2008	5 412 591	2 933 514	19. 07	54. 20
合计	51 276 144	21 670 464		42. 26

注：1999～2001 年中的合同案件收案，仅包括经济合同纠纷案件。

从表 1 的数字变化，特别是统一的合同法颁布后，合同纠纷案件上升的幅度比较大，在全部民商事案件中占据的比例也比较大。以 2007 年、2008 年为例，2007 年全国法院受理的一审合同纠纷案件占全部民商事纠纷案件的 52%，2008 年全国法院受理的一审合同纠纷案件占全部民商事纠纷案件的 54%。2001 年以前所占比例是 20% 多，这主要是因为统计的口径不同。2001 年“合同法解释（二）”出台之前的数据，原来是基于合同法的“三国鼎立”——《涉外经济合同法》、《技术合同法》、《经济合同法》，涉外合同与技术合同都按另外的口径统计，因此 2001 年之前的数据不具有可比性。“合同法解释（二）”出台以后，2009 年全国法院的民商事纠纷中一审案件 580 万件左右，而全国法院受理的一审合同纠纷案件 315 万多，占 54. 31%，显然超过了一半。2010 年全国法院新收民商事案件 609 万，其中新收一审合同纠纷案件 322 万多，同比上升 3. 25%，其中上升幅度比较大的，以保险合同纠纷案件为例，新收 59 767 件，同比上升 43. 15%。

有关《合同法》的一些立法活动以及最高人民法院围绕《合同法》的司法活动，都备受关注。这从其他行业举办“《合同法解释》培训班”的情况就可见一斑。国家法官学院举办“《合同法解释（二）》培训班”，每一期安排三天时间学

习，一天讨论。从法院受理的案件情况来看，也可以得出这样的结论。由此可见，学好《合同法》和“合同法解释（二）”，对于我们正确处理民商事案件意义重大。

（以 2011 年 4 月本次讲课为时间标准）最高法院新发布了修订版的《民事案件案由规定》，2008 年修改过一次，最近一次修改最主要是因为侵权责任法发布对民事案件的影响。根据侵权责任法的规定，对民事案件案由作了进一步修改。现在（以 2011 年 4 月本次讲课为时间标准）开始，民事案件案由新的规定开始实施。在新的规定里，合同纠纷案由是二级案由，全部案由 424 个，三级案由从第 66 个案由到 127 个都是属于合同纠纷案由，与 2008 年相比，其中增加 12 个（66—67，77—80，94，96，123—124，126，141，拆分原 75“供用电、水、气、热力合同纠纷”为 84—87，变更原 112“人民调解协议纠纷”为 127“请求确认人民调解协议效力”）。案由归类中，由于分类标准不同，虽然合同纠纷案件在数量上占一半以上，但在案由中并不占一半。除了统一的二级案由合同纠纷案由，在其他的二级案由中也有合同纠纷案由，比如说知识产权案件，基本上分两块，一部分是知识产权合同纠纷案由；另一部分是知识产权侵权，因为知识产权有独特性，因此把这部分从统一的合同纠纷案件中拿出来，单独作为二级案由。知识产权的三级案由里，从 133 到 141 也是合同纠纷案件。除了知识产权，还有公司、证券、保险、海商等，这些项下也有合同纠纷案由。这一点对于当事人起诉、对于法院立案庭和统计部门很重要，从今天开始，各级法院统计时一定要按新的案由来填写报表。

“合同法解释（二）”与“合同法解释（一）”相比，在条文数量上也是 30 项条文、5 个大问题，主要针对合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的消灭、违约责任这些问题作出解释，再加上附则，共 6 大部分。总体来看，“合同法解释（二）”彰显了最高法院根据全国人大常委会的授权，依照法律制定司法解释所体现的指导性、针对性，及时吸收了司法审判实践中积累的审判实践经验和学界一些研究合同法的成熟理论，反映了人民法院坚持“三个至上”工作指导思想和“为大局服务、为人民司法”的工作主题，在内容上形成了很有时代特点的一些亮点。

二　指导思想

现介绍一下起草小组起草“合同法解释（二）”的指导思想。这个指导思想与我国总体的指导思想不一样，我国总的指导思想是以“邓小平理论、三个代表、科学发展观”为指导思想，这是最高层次的。还有整个法院工作的指导思想，就是胡锦涛同志提出的“三个至上”，这也是指导思想。这里我要说的指导思想是作为“合同法解释（二）”起草小组在列举问题、拟定答案、研究论证，反复推敲中秉持的指导思想，因为这些思想未必能从条文的字面上看出来，而是条文概念背后所体现出来的。

第一，注重解释的合法性。司法解释是对法律的解释，一般来说，是以法律条文在审判实践适用中出现的问题作为解释的根据，因此特别强调它的合法性。这里的合法性是从内容上来讲，与最高法院是否有权作司法解释是不同的。最高法院有权做司法解释，因为有宪法依据，有法院组织法、诉讼法作为依据，还有全国人大常委会授权。这里讲的合法性是指内容上的合法，是从内容上来讲的，与最高人民法院是否有权作司法解释不同。2011 年初，全国人大常务委员会委员长吴邦国同志宣布，中国特色社会主义法律体系形成。在这个法律体系中，有一个很重要的法律：《立法法》。《立法法》在 1995 年起草研究时，有一个问题叫法律解释，分立法解释和司法解释。在起草研究过程中，曾经有一个方案，就是司法解释权由最高人民法院统一行使。这一点我觉得非常科学，也符合司法规律。但在研究过程中，有的部门和单位认为他们也应当有权制定司法解释。立法机关为了避免矛盾、促进《立法法》尽快出台，这一问题最后就没有写进《立法法》，这就掩盖了一些深层次的问题。因此我们看到《立法法》中没有提及司法解释，只有立法解释。从历史上来说，从权限上来说，“两高”都有司法解释权。但我们的法制不应当停留在历史的原起点上，也不能停留在现状上，我们应该追求不断进步。不管制定司法解释权是一家行使还是两家三家行使，司法解释都是重要的法律渊源之一。

第二，注重解释的实践性。这就是针对全国各级法院法官在审理合同纠纷案件中，在应用《合同法》及相关法律中遇到的问题，也包括全国其他相关职业的专业人士，特别是律师在代理合同纠纷案件中遇到的问题。所有问题都来源于实

践，从实践中来，到实践中去，司法解释与法律相比，更侧重于有针对性地解决司法实践中的问题。

第三，注重解释的理论性。理论性是指我们针对这些问题调研论证拟出的方案，是在不同观点、不同意见都有一定道理的时候，也能够言之成理。这个理论大而言之，是中国特色社会主义理论，小而言之是合同法理论；这个理论包括法理，也包括情理、事理。

第四，注重解释的国际性。统一合同法把涉外合同法包括在内，虽然《合同法》是我们的国内法，但要体现一定的国际视野，比如“合同法解释（一）”中关于代位权，这是重点解释问题之一。在合同法实施过程中，有的法院对这个问题做了专题的调研，发现涉外案件中有的当事人也想提起代位权诉讼，但被告一方在境外，这种情况如果还按“合同法解释（一）”的思路，宏观上会影响我国的司法主权，微观上导致当事人诉讼不便，增加司法成本。因此，“合同法解释（二）”第 17 条对于代位权诉讼中被告一方在境外的情形有了新的思路和解决规定，作了补充解释：“人民法院根据《民事诉讼法》涉外民事诉讼的规定确定管辖。”

第五，注重解释的民主性。无论是征集问题还是研究论证，甚至到最后，我们都广泛征求各方面的意见，充分体现民意，其中包括律师行业的意见，起草小组曾经去全国律协、北京律师协会等都征求过意见。

第六，注重解释的通俗性。司法解释在语言上讲求通俗性，避免过于专业、拗口的专业术语。比如条文中“摁手印”这个词，老百姓一般都说“摁手印”，在征求意见时，有的单位提出这个用词太土，主张用“捺手印”。最后起草小组考虑到《合同法》与普通老百姓的生老病死、衣食住行关系密切，要让一般百姓都能看得懂，特别是在广大的边远贫困农村山区，“摁手印”一词应用非常广泛，因此还是用了“摁手印”。

三　主要内容

下面我们将“合同法解释（二）”的主要内容简单讲解一下。“合同法解释（二）”最开头一段话最主要是说明了“合同法解释（二）”制定的立法根据、适用范围，根本目的。开头的这一段与“合同法解释（一）”是完全一样的。

（一）第一部分　合同的订立

第一条　当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

第一条是就“合同成立”作的解释。“合同成立”是合同法制定过程中大大丰富内容的一个方面。合同成立是双方当事人从事合同、从事交易的开头，对于合同双方当事人来说，如果合同基础不牢，就意味着以后纠纷不断，因此立法机关在制定统一合同法时充实了“合同订立”的内容。

在统一合同法中，也就是合同法的第 12 条，它对于一个完整的合同应当具备几要素作出了规定，采纳了“八要素说”，即当事人、标的、数量、质量、价款、报酬、履行期限、地点、违约责任、解决争议的方式等等，归纳起来，立法上列举了 8 个方面。在司法实践中，合同是否成立到底具备几要素才能认定，在司法实践和理论界都是有争议的。最少的，学界一般认为“二要素”就可以，即有合同主体、合同标的，“三要素”还包括数量。

就到底几要素合同即成立的问题，起草小组进行了反复论证，最后采纳了“三要素说”，即当事人、标的、数量。由于现实生活比较复杂，还是留有余地，我们对第 1 条加了但书。对于合同欠缺其他的情况，当事人仍然达不成协议，法院按照合同法第 61 条、第 62 条、第 125 条等，予以确定。这里的“三要素说”，我们的用词是“一般应当认定合同成立”，即具备了三要素，一般认定合同成立。是不是所有的具备“三要素”的情形都有把握认定合同成立？这个因案而异。前几年上海高级法院有个股权转让方面的请示案件，双方争议的焦点就是合同是否成立，该案中有当事人，有标的，有数量，但欠缺价格，达不成协议。形成诉讼后，双方当事人仍然达不成一致意见，法院调解也不成功，股权价格无法确定，导致该合同难以认定是否成立。最后我们答复的倾向性意见是：如果确实是双方协商不成，法院根据相关法条也难以推定，法院无法调解，征求专家意见也不能达成统一，就按合同不成立认定。

第二条　当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一

款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外。

该第 2 条是对合同形式作了解释，具体来说是针对《合同法》第 10 条：“当事人订立合同有书面形式，口头形式和其他形式。”前两种好理解，对于“其他形式”的理解就比较难。我想在座的不少法官或律师都写过书或文章，知道做定义、下概念最忌讳从否定的方面入手。但立法机关在制定立法时，措辞很不容易，“书面形式”、“口头形式”都是用两个字就表达清楚了，后面“其他形式”如果用很长一段话表达，显得啰嗦，所以这个概念就留给最高人民法院来解释。

实践中的合同形式有很多种，理论上有的论著也对合同形式的类型发表了各自见解，例如登记合同、审批合同、公证合同、见证合同、推定合同等形式。在社会实践中，事实合同、默示合同大量出现，特别是与订立合同行为有关系的，都是日常或经营交往中常见的。因此“合同法解释（二）”规定，如果当事人没有订立书面或口同合同，但是从双方所从事的民事行为能够推定双方有订立合同的合意的，法院可以认定双方是以“其他形式”订立的合同，合同成立。

“合意”一词从表达法律的内容来说，意思上是比较准确的，但不够通俗。因此在上述条文中我们改为“能够推定双方有订立合同意愿的”。在全国律协举办讲座时，有一位律师提出只是“合同意愿表达”不是特别准确。我们在理解此条文时，应该看到这里所指的“订立合同的意愿”，是指双方能够达成合意的意愿。

对“其他形式”的解释，国外无论是在司法实践还是法学理论上，都有一定基础，我国立法上也有先例。我们在《劳动法》基础上起草的《劳动合同法》，是承认劳动关系中的事实合同的；虽然在婚姻纠纷案件中，修订后的《婚姻法》不承认事实婚姻，但是劳动关系中是承认事实合同的。对于婚姻关系，有的人说《婚姻法》是“闭着眼睛说瞎话”，现实生活中事实婚姻越来越多，反而不承认了。但今天我们不讲《婚姻法》，讲《合同法》。我觉得合同法领域有必要承认事实合同，有一位台湾学者对此也持支持态度，认为现在社会急剧变动，内地经济体制改革、转轨，各方面变化比较大，不承认它就不适应现代经济交易活动需要和当前时代的发展需求。

从理论上来说，“事实合同”这个理论也不是我们的首创，最早是德国一位民法学者豪普特（Haupt）于 20 世纪 40 年代提出的，他主张事实行为成立合同理论。当时刚刚经历过战乱，德国国内都渴望和平，法学家与时俱进，适应时代需

需要全本请访问 www.ertongbook.com