



中国民商事审判新问题

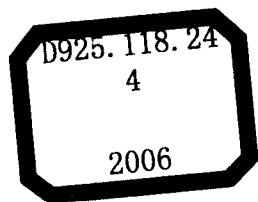
ZHONGGUO MINSHANGSHI SHENPAN XINWENTI

刘贵祥 / 主编

【本书内容】

本书紧密结合审判工作实际，针对当前民商事审判前沿的热点、难点问题，根据现行法律规定，从法理角度寻根究源，从各种观点中剖析论证，归纳总结了解决所提问题的方案，具有相当的深度和新意。

人民法院出版社



中国民商事审判新问题

ZHONGGUO MINSHANGSHI SHENPAN XINWENTI

刘贵祥 / 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民商事审判新问题/刘贵祥主编. —北京:人民法院出版社,2006.10

ISBN 7-80217-337-X

I. 中… II. 刘… III. 民事诉讼-审判-研究-中国
IV. D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 111679 号

中国民商事审判新问题

主编 刘贵祥

责任编辑 陈燕华 谢 庆 黄玉辉
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) 85250583 (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 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 563 千字
印 张 36.875
版 次 2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-337-X
定 价 70.00 元

版权所有 侵权必究

编写说明

民商事审判业务博大精深、浩瀚复杂，人类进入二十一世纪以来，我国随着市场经济体制的逐步建立和完善，人民法院民商事审判工作中面临着层出不穷的新情况、新问题，特别是在法律适用方面，由于一些法律、法规尚欠完善，已出台的司法解释亦有个别不统一或存在冲突的现象，法官在审判工作中也存在对法律和司法解释理解不一致的问题。为了统一裁判思路，正确适用法律，进一步提高民商事案件审判质量，最高人民法院民事审判第二庭原副庭长、现任政治部副主任刘贵祥在湖南省高级人民法院挂职担任副院长期间，组织全国各地法院部分从事民商事审判并具有深厚法理功底和丰富民商事审判经验的法官撰写了这本《中国民商事审判新问题》。

本书紧密结合审判工作实际，针对当前民商事审判前沿的热点、难点问题，根据现行法律规定，从法理角度寻根究源，从各种观点中剖析论证，归纳总结了解决所提问题的方案。具有相当的深度和新意。

每个专题的脉络是：

【问题的提出】是引言，即提出要研究和探讨的问题及撰文目的、意义；

【解决方案】是核心，即对所研究问题的结论性意见，也就是告诉读者在审判实践中对这个问题怎样处理，怎样操作。这部分文字表述较准确、精练、严密，是专题的精华部分；

【法理分析】是基础，这是对所提方案的理由阐述。它从法理的深度，结合法律条文，深入分析和论证，最后归纳性地提出了作者的观点。即告诉读者为什么要提出这样的“解决方案”，这个“解决方案”的法律、法理依据是什么；

【法律链接】是依据，它告诉读者，按照这个“解决方案”去解决文中提出的问题的，裁判时会涉及到哪些法律、法规和司法

解释条文；

【**注意的问题**】是补充，这部分是指按照上述“解决方案”操作，对那些例外的情况怎样认识，怎样处理。这是文中的弹性部分，有需要注意的问题则有这部分内容，没有需要注意的问题则无这部分内容；

【**相关案例**】是样板，即举一至几个审判案例，分析给读者看。这就是全专题的逻辑结构。

由于这些作者都是在一线办案中挤出时间来研究和撰文的，其中疏漏和不足之处在所难免。我们诚恳地希望读者多提批评意见。

《中国民事审判新问题》编委会

二〇〇六年八月

序

曾记得，最高法院民二庭于2002年在井冈山举办一次民商审判培训班，听课者皆为各级法院从事民商审判工作的法官，授课者尽系最高法院民二庭长期从事民商事审判工作且参加过一些重大司法解释起草工作的法官，乃采“法官教法官”之模式。该次培训初始之目的无非是对民商审判中的热点、疑点、难点问题及有关司法解释的适用进行讲解与诠释，并无特别策划之处。但培训内容所引起的学员的浓厚兴趣、强烈共鸣，课间学员所表现出的投入、默契，乃至与授课者的内心互动，课后对一些实务问题或提出疑问或发表见解的热烈气氛，却给我留下了深刻的印象，至今不忘。培训班期间，几位中级法院的法官在向我提出几个常见的但处理思路颇有分歧的问题之后坦言：类似问题很多，对法律和司法解释没有规定或规定得不明确的问题，不同的法院，甚至相同法院的不同法官，会有不同的认识，对案件的处理结果不尽一致，甚至南辕北辙。这样，往往不能让当事人心服口服，自然难以息事宁人，对司法的公信力、权威性亦是一个极大的挑战。如何使我们的裁判尺度尽可能地趋于一致呢？我无法对这一貌似简单的问题给出满意的答案。事实上，几位法官提出的问题何尝不是一个民商审判中面临的深刻而复杂的重大课题呢！在以往处理民商事上诉案件的过程中，可以感受到各地法院在处理某类案件中不同的裁判尺度、不同的裁判思路，而心中的忧虑只是一闪而过，繁忙的审判业务使自己无暇无力去认真地思考这一问题，审判经验的局限及

才疏学浅亦使自己难以系统、科学地解决这一问题。

培训班结束已久，几位法官所提出的问题却时刻萦绕在大脑，放之不下，挥之不去。以往储存在大脑皮层零乱而模糊的记忆渐渐变得系统而清晰起来，诸如：公司法中，非投资性公司对外投资额超过净资产的50%，其投资效力如何认定，尤其是在国企改制中原公司把大部分资产投资到另外新组建的企业以取得该企业的股份，新组建的企业是否承担原公司的债务责任，原公司债权人是否可以违犯公司法规定主张投资无效；违犯公司法第60条规定公司为股东担保，经董事会决议同意，或经股东会表决但没有排除被担保股东的表决权，担保是否无效，等等。民法通则的诉讼时效制度中，法院是否可以主动援用诉讼时效驳回原告的诉讼请求，物权请求权可否罹于诉讼时效，分期履行合同、合同无效、合同解除、合同未约定履行期限情形诉讼时效的起算，撤诉能否引起诉讼时效的中断，银行在债务人账户扣划利息能否引起诉讼时效中断，等等。合同法中，可得利益损失的计算、条件和标准，违约金过高法院如何权衡，违约金与赔偿损失的关系；表见代理中“相对人有理由相信有代理权”的实务标准，构成表见代理的要件，等等。担保法中，保证期间约定超过诉讼时效而主债务超过诉讼时效期间保证人是否承担保证责任，保证期间再生条件的把握；担保法及其司法解释的溯及既往的效力，有关司法解释、规范性司法文件的适用条件及相互衔接；房产与地产分别抵押的效力，国有划拨土地未在国有土地管理部门登记或未经其批准情形下抵押的效力；让与担保、独立担保、各种收费权、经营权及其他非担保法规定的权利的质押等非典型担保的效力，等等。民商审判中没有形成统一定论的问题，裁判尺度的分

歧比比皆是，不一而足。

对诸问题分门别类的梳理，建立在通说法理基础上的研究，乃至提出统一解决问题的方案和指导意见，是上级法院义不容辞的责任，亦是所有法律人的共同使命。对裁判尺度的不一、同案不同裁判的担忧，决非夸大其词、杞人忧天。对统一裁判尺度的呼吁，亦决非无病呻吟、矫柔造作。事实上，实务界近年来对此已渐渐给予极大关注，做出了不懈的努力，采取了令人欣慰的解决措施，出现了颇有见地的研究成果。据了解，有关法院业务部门下发通知要求有关审判部门全面收集民商审判中出现的常见的存在分歧的审判实务问题，而后分门别类地归纳整理，在进行充分调查研究及广泛征求各方面意见的基础上，提出带有指导性的解决方案，并附注该解决方案的法理依据、可能援用的法律条款。这不失为一个有益且明智之举！而多年来最高法院以多种形式颁布的司法解释，对缓解乃至解决某方面的裁判尺度不一问题，应当说发挥了举足轻重的作用。这一系列的司法解释，是在总结各级法院审判经验的基础上制定的，凝聚着广大法官、法学专家等法律人的智慧和心血，对于增加有关法律的可操作性、减少法律适用中的分歧、填补法律漏洞、统一裁判思路发挥了重要作用。应该说，司法解释的权威性及在法院审判活动中的重大作用，长期以来得到了社会的认可和肯定。当然，毋庸讳言，一些司法解释有其时代的局限性，经过几年的实践，也发现了一些问题和疏漏。同时，在具体适用时，往往产生不同的理解，甚至产生严重的分歧，导致同一的案件，适用同样的司法解释，却出现了不同的判决结果。因此，一些法律人士、相关方面对一些司法解释曾提出种种疑问，甚至对司法解释的合法性、必要性提出质疑。但

是，我们必须清醒地看到，我国法律体系尚不完备、存在法律空白，诸多法律规定过于原则、可操作性较差，法律规范之间存在不协调乃至冲突之处。民商法理论博大精深，源远流长，各种学说、学派林立，而这些法学理论随着法官素质的提高不断地渗透到审判实践中去，潜移默化地影响着法官的审判思路。加之民商事案件种类繁多、变幻莫测，又受国家不断变化、调整的宏观或微观经济政策的巨大影响，使民商事审判不断地出现新问题、新动向。法官职业化、素质的提高需要一个漫长的过程，现有法官队伍庞大而又良莠不齐。诸如此类的原因，使司法解释在法院的审判活动中具有极端的重要性和必要性。难以想像，前几年批量出现的以存单为表现形式的借贷纠纷案件、证券回购纠纷案件、国有企业破产改制案件等，如没有及时制定相应的司法解释或指导意见，将会出现裁判上的怎样的混乱现象。即使我国制定了专门的担保法，在法律适用中的问题亦层出不穷，最高法院司法解释的出台虽然并未完全根除有关案件裁判尺度上的分歧，但至少极大地缓解了这种分歧。如果担保法司法解释出台得更及时一些，效果也许会更好一些。因此，司法解释中的一些问题，不过是玉之微瑕，切不可因噎废食。当然，规范司法解释的起草工作，提高司法解释制定过程中的民主性、透明性、及时性、实用性、简洁性、稳定性、权威性是十分必要的。此外，还需特别一提的是，最高法院十分重视案例的指导作用，对案例编纂整理、分门别类，并拟研究实行案例指导制度，确系统一裁判尺度，规范法官自由裁量权的实用举措。

在法学理论界，对如何形成法律职业共同体，统一司法理念，统一裁判尺度进行了卓有成效的研究，一些学者

倾注了颇多的心血。著名民商法专家梁慧星曾著书《裁判的方法》，以极为通俗易懂的语言系统练达地讲解了法官在审查判断证据、认定事实、进行裁判解释、适用法律过程中的具体方法，意在倡导法官把握好裁判尺度、运用好法律思维。正如其在该书序中所言：知我者谓我何忧，不知我者谓我何求，其中的用心岂可向外人道哉。拳拳之心、脉脉之情、谆谆之语，跃然纸上，令人怦然心动。著名民商法专家王利明倡导并主编的《判解研究》已出版发行数辑，该书以判例及司法解释为研究对象，抽取并提炼判例和司法解释中所体现的法律思维方法、法律解释方法和法理依据，树立判例的模范，使法律人在“不仅知其然，而且知其所以然”的境界下去效法模范的判例，领悟裁判的诀窍，感悟法律的真谛。不容置疑，这一法学理论探讨与审判实务相结合的研究方法，对形成法律职业共同体，开阔法官在裁判中的理论视野，把握基本的裁判方法，统一基本的裁判理念大有裨益。如前所述，民商法理论研究会各种不同的观点，甚至会出现与审判实务的脱节，与中国国情的背离，这就需要在理论与实务之间搭建一座沟通的桥梁，以取长补短。我们应当觉悟到，法学研究也罢，审判实务也罢，均存在一些“短处”，需要进行自省和互省。

就审判实务而言，与本话题相关者，可举两种倾向：一是忽视法理基础，满足于没有法理依托的经验主义。裁判文书缺乏辨法析理，难以从裁判文书中感受到法官深厚的法律功底，睿智的法律思辨，透明坦荡的裁判过程，超然中立的裁判意识；二是忽视社会经验、审判经验的积累，沉醉于玄学般的理论追求，用学术争论中一家观点支持自己的裁判思维。裁判文书晦涩难懂，难以从裁判文书

中体会到法官对古老中国风土人情的感悟，对当代中国公序良俗的把握，更是展现不出法官坚实丰厚的社会阅历，至情入理的人文主义关怀。

就法学研究而言，笔者感受最深者，则是个别学者对国外的某项法律制度推崇备至，并极力呼吁中国采取拿来主义，但却忽视该法律制度能够在某国优良运转所依托的社会经济背景、法律文化传统以及相配套的其他法律制度，忽视在中国特定的社会经济现实、法律文化传统情况下是否水土不服，而陶醉于法律理想主义和法律浪漫主义。“一些人谈起德国民法如何、日本民法如何、英美合同法或者侵权法如何如何，好像很是了解，一旦被问到中国法如何时，则或者茫然不知所措，或者支支吾吾，语焉不详，甚至把国外法当做中国法。如果是一个外国人，倒也有情可原，可惜这样的人往往是没有到过国外的中国人。如此嘴上夸夸其谈，其实仅有半瓶子醋，又如何称得上是个合格的法律人？如果我们的法学教育培养出来的多是这样的纸上谈兵之人，那我们的法学教育真的是出问题了”^①。韩世远先生的忧虑不无道理。不知从何时，法学教育中批判式教育成为一种时尚，凡授课或讲演，必对中国的立法、司法一通冷嘲热讽，一通狂轰滥炸，似乎不如此不足以显示大家风范，不如此不足以彰显真知灼见，不如此不足以赢得阵阵喝彩。但是，以培育学生对法律的崇尚意识、培养学生理性法律思维，厚积学生法律基础知识为己任的法学教育岂不将在喝彩声中迷失自我？难怪一些刚走入校门不久的学生，在对博大精深的民商法学还在懵懵懂懂的状态时，就只见树木不见森林地对中国的立法、司法评头论足，一副指点江山、挥斥方遒的派头。此风的盛行，非我国法制建设之福也。习法之人从开始便无对法律，乃至法律职业的尊崇感、敬畏感，将来何以很好地遵

①《人民法院报》2005年5月16日第3版。

守、使用？岂不令人忧哉！

民法理论大体可以分为立法论和解释论两类。立法论所关注者乃民商事规范的理想状态，对古今中外的法律规范进行比较研究，提出科学、合理的设计方案。对现行的法律规范、法律制度或褒扬或针砭，进行自圆其说的利弊分析，即便言词激烈亦无可厚非。法学研究与其他研究一样，本应有其自由的空间，毛泽东主席早就倡导百家争鸣，岂有堵塞言论之理。问题在于，要立足现实，根植国情，有的放矢，言之有据。否则，其对完善根植于现实社会经济的法制的作用是有限的，甚至是全无用处的。中国立法论的生命力何在？在于服务中国的法制建设！服务于中国社会经济的发展！服务于构建和谐社会的民族大业！当我们回顾中国法制建设艰难而曲折的历程的时候，当我们由此而感悟到中国的法制建设需要循序渐进、需要应运而生的时候，当我们由此感悟到中国百姓乃至官员渴望以民主平等为基础的法制而又没有习惯于接受法制对自身带来的不便或约束的时候，任何的急功近利，任何的虚无缥缈，任何的浅尝辄止，乃至任何的哗众取宠，岂不应当就此止步吗！和平年代法律人的责任重于泰山，而我们担负起这种责任了吗？当然，法律人不可妄自菲薄，许多有责任感的法学家诸多学术成果对完善我国立法，改进我国司法发挥了举足轻重的作用。这些法学家之所以成绩斐然、深孚众望，与其通今博古、谙熟中外有很大关系，这自不待言。而其脚踏实地、静水深流的治学精神更令人肃然起敬。笔者欣喜地看到，一些法学界的大家开始用通俗的语言阐释深奥的法学理论，开始用深奥的法学理论深入浅出地解释错综复杂的中国社会经济现象，开始由对国外法律制度、法学研究成果的关注转入对如何恰如其分地洋为中用的关注，此乃中国法制建设之大幸。解释论与立法论的一个重大区别在于，按照一定的方法和规则，对现行法律规范进行合理的诠释，以确保法律适用具有统一性和可预

测性。这就要求解释论者摒弃理想主义成分,围绕立法目的、精神、背景,以及规范文义、法律体系等进行解释,不能凭空而来,妄下断言。如果说立法论是以改进立法、司法为己任,解释论则是以正确理解现行立法、正确适用现行立法为己任。解释论在我国方兴未艾,任重道远,法律人需要在这方面倾注更多的心血和精力。法官更是要有角色意识,在积累深厚的法理知识的基础上,完成自己的分内之事,此所谓“君子素其位而行,不愿乎其外”。

说到此,又不得不引申出另一个话题,即学术观点与裁判意见的关系问题。对此,已有专家予以关注,如孔祥俊先生在《中国审判》著文专门论述,其中观点我甚以为然,不妨择摘一二:“司法与学术可以并行不悖和相互促进。法官应有学术底蕴,及时关注学术动态和善于吸收学术成果,使司法在理论上具有先进性……学术可以拉近理想与现实的距离,成为司法的重要推动力量。学术有时是司法的批评者,可以成为对司法的鞭策,促进司法的发展。学术可以为司法提供营养源泉,甚至在学术研究的成果成为通说时,司法可以将其作为公认的学理而成为法源,弥补立法之不足。”但“司法不能唯学术是从,否则会丧失其调节现实关系的准确性、务实性和有效性……司法具有其自身的理性,学术的指责和批评不能使司法轻易地改弦易辙……无论理论方案或者学术设计多么完美,倘若缺乏现实可行性,那么不过是镜花水月”^①。诚然,作为一个法官必须具有丰富的审判经验,深厚的社会阅历,才能对面临的发生争议的社会关系有深刻的理解和把握。同样,一个法官必须有法学家般的渊博法律知识,并不断从法学理论前沿吸取养分,才能提升内在理论素养。而只有具备内在的理论素养,才能够对纷呈多样的学术观点去粗取精、去伪存真,才能自如地运用其方法而非机械地生搬硬套其内容,才能将理论为审判实务所用而非使审判实务沦为理论的奴隶。当我们面对法律规范语焉不详,面对

①《中国审判》
2006年第5期,第
50~53页。

法律规范理解不一，面对法律关系无据可依的时候，我们能否凭借自己的法律功底、社会经验、审判积累做出令人信服的裁判解释，并做出符合公平正义理念的裁判结果，那是对我们理论水平和实践经验的考验。经验在漫长的实践中获取，理论素养亦在不断吸取养分中循序渐进中提升，关键在于用心。“君子之道，辟如行远，必自迩；辟如登高，必自卑。”道理即在于此。

一通感慨，离题甚远，但愿能道出踌躇再三担当该书主编之心声。亦许读者还是不明就里，不妨再啰嗦三言二语，亦不负为本书辛勤耕耘之各位法官：在上述心理状态之下，久有“凌云壮志”，凭在民商审判庭工作几年的积累和对一些民商事审判现象的感性认识，写一本依基本法理为依托的解决常见但又存在争议问题的民商审判方面的小册子；可仅如此一个小小愿望因自己的怠惰而未动笔。去年有幸到湖南高院挂职锻炼，主管民商事审判各庭，该愿望愈发强烈。一则对解决一些问题的迫切性感受更深，二则对这些问题有更进一步的认识。为此，利用晚间没有家庭羁绊之便，动笔写了五六万字。可不久，组织安排我利用周末时间去各中院讲课，为不负组织之信任，工作之余精心备课，确耗费不少精力，遂将写作之事暂时搁置。但没有完成几年的夙愿，甚是懊恼。恰在临近挂职结束前两个月，几个搞民商事审判的法官提出，是否由我把志同道合者组织起来，策划、主编一本民商事审判新问题的书籍，探讨、解决一些民商事审判中的疑难问题。坦言之，我对作一个深孚众望、颇有建树的专家型法官，“虽不能至，心向往之。”但我向来不太热衷于编书之事，除了对多人创作一本书很难步调一致、一气呵成存在顾虑外，还感到有利用他人辛勤耕耘成果扬名之嫌。但是，自己想完成的写作无疾而终，心有不甘，总想有所“找补”，于是，三思后还是草拟出该书的体例、写作要求、基本构思、有关专题，交湖南高院的黄玉辉同志去具体组织。正

如所料，参加写作的法官均以满腔热忱和高度的责任感，以极快的速度完成了初稿。一篇篇详读后，提出一些修改意见，经大家认真修改，终成本稿。该书的基本目的在于解决民商事审判中大家体会最深的迫切需要解决的实务问题，有感而发，有的放矢。在体例上，首先提出问题，再明确解决问题的方案，其后阐述如此解决问题的法理依据，需要援用的法律规范。同时，紧扣有关问题进行一至两个案例分析。所有承担某一个问题写作的法官，均办理过类似案件，有深切的感受，充满内心确信。当然，写作的动机是好的，但是否能如愿以偿，心中并无太大把握，是非成败还是由读者来评判吧。无论如何，我赞赏参加该书写作的各位法官追求法律真谛的精神，我感谢他们付出的辛勤努力。该书即将付梓之际，言不达意地感慨一番，是为序。

刘贵祥

2006年8月于北京

目 录

合同纠纷篇

- 一、涉及银行不良金融资产转让纠纷的适用法律 (2)
- 二、合同格式条款的辨析、解释及效力认定 (30)
- 三、表见代理的构成要件及其认定 (51)
- 四、合同法定解除事由的判断 (65)
- 五、合同未约定违约责任条款时违约责任的认定 (83)
- 六、违约金约定过高的认定和调整 (95)
- 七、违约损害赔偿的限制 (112)
- 八、出租物的瑕疵、租赁合同的解除及租赁
 合同解除的溯及力 (124)
- 九、企业与业务员之间的法律关系分析 (134)
- 十、最高额抵押主合同债权的转让 (153)
- 十一、不动产抵押权是否适用善意取得 (168)
- 十二、诉讼时效届满后债务人及保证人的责任承担 (182)
- 十三、客户证券交易结算资金的取回权 (194)
- 十四、委托理财合同风险责任条款的法律适用 (239)
- 十五、保证保险合同审判的法律适用 (257)

公司纠纷篇

- 十六、股东瑕疵出资的民事责任的认定 (278)

十七、公司转投资的效力及其处理	(300)
十八、股东权利行使的基础	(321)
十九、瑕疵出资的股权转让及其民事责任的承担	(343)
二十、公司财务会计及其从属行为涉假的民事责任认定 ...	(362)

破产纠纷篇

二十一、涉诉民办学校终止若干法律问题	(394)
二十二、审理企业破产案件中对企业分立行为的 效力的认定	(413)
二十三、企业法人解散中清算主体的法律责任	(427)

诉讼程序篇

二十四、法官释明权的行使原则和方法	(462)
二十五、举证时限的若干实务问题	(495)
二十六、在认定刑事案件事实时对逻辑推理的运用	(510)
二十七、举证妨碍法则 ——对《证据规定》七十五条的理解与适用	(527)
二十八、新的证据判断标准及其法律适用	(540)
二十九、举证责任转移在审判实践中的应用	(552)
三十、专家出庭作证实务操作规则	(563)