

民商审判疑难问题解析 与典型案例指导

何东宁 等/著

Analysis on Civil and Commercial Trials and
the Guidance for the Classic Cases

- 资深作者 • 焦点问题
- 深刻解析 • 典型案例



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014943698

D925.118.24

16

民商审判疑难问题解析 与典型案例指导

Analysis on Civil and Commercial Trials and
the Guidance for the Classic Cases

何东宁 等/著



北航

C1731436



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D925.118.24

16

图书在版编目(CIP)数据

民商审判疑难问题解析与典型案例指导 / 何东宁等
著. — 北京:法律出版社,2014.4
ISBN 978-7-5118-6245-7

I. ①民… II. ①何… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 063005 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 曦

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/20 字数/314 千

版本/2014 年 4 月第 1 版

印次/2014 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6245-7

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

美国法学家霍姆斯指出,“法律的生命不在于逻辑而在于经验”。它提醒我们法律人,不仅要掌握法律的基本逻辑,而且还要加强对人的研究、加强对人文环境和制度环境的研究,更加需要对社会现实的了解。法律不仅是写在纸上,而且是社会生活的反映,而这种反映却永远无法达到尽善尽美的境界。生活之树常青,但客观现实生活却总处于不断发展变化之中,法官在审判活动中所要面临的重要任务,就是如何将写在纸面的法律,适用于千变万化的客观情况,诠释法律所蕴含的公平与正义的精神。法官通过裁判的艺术,将普遍适用的法律规范准确地应用到各式各样的案件中,实现法律效果与社会效果的统一,这不仅是法官的法律知识和法律素养的体现,而且是法官司法能力的综合体现。法官要做到这一点,不仅要娴熟地掌握法律专业知识,而且要不断地丰富审判实践经验;不仅要更新司法理念,而且要培养法律思维;不仅要总结自己的实践经验,而且要借鉴他人的智慧;不仅要承袭司法的传统,而且要探索审判的规律。

在完成相关书稿后,出版社的朋友发来邮件,问能不能将自己近年来所写的文章集中起来出一本专著,由此萌发了编集成书的想法。本书按问题解析与案例指导来编排,上编为审判实务中的疑难问题解析,这些问题都是当前法学理论界和司法实务界研究、讨论的热点和难点,针对热点和难点,不仅有理论阐述,而且对实务中的困惑提出了应当注意的问题,有的还提出了完善的建设性建议和意见;下编为典型案例指导,这些案例都是《最高人民法院公报》刊登的或作者在审判中亲自办理的案件,对做好审判执行工作具有一定的指导意义。本书大部分内容都曾发表在不同的刊物上,部分内容是笔者与何利、朱婧、丁俊峰、刘登辉、程似锦、刘伟等合作完成的,因此,本书也算是“集体智慧”的结晶。由于时间仓促、作者水平有限,书中难免有疏漏之处,恳请读者不吝赐教。

本书责任编辑王曦女士为书稿的编辑出版付出了辛勤劳动,特致谢忱。

作 者

2014年3月3日

目 录

上编 疑难问题解析

第一章 借款担保合同案件中几个法律问题的研究	(3)
一、关于当事人对分期履行的债务约定担保责任的,如何确定 保证期间起算点的问题	(3)
二、关于当事人对保证期间约定长于主债务履行期届满后二 年情形的效力认定问题	(4)
三、关于无效合同是否存在诉讼时效问题	(6)
四、关于原审中当事人没有对诉讼时效进行抗辩,再审中能否 以此为由进行抗辩的问题	(8)
五、关于以合法占有他人存单出质的效力问题	(9)
六、关于国内独立担保的效力问题	(10)
七、主合同协议仲裁管辖的效力能否及于从合同中的保证人	(12)
八、关于司法执行程序中,担保权益的实现是否要通过诉讼程 序的问题	(13)
第二章 预约合同若干法律问题研究	(15)
一、预约合同之内涵及法律特征	(15)
(一) 预约合同的内涵	(15)
(二) 预约合同的法律特征	(16)
二、预约合同之成立与效力	(17)
(一) 预约合同的成立	(17)
(二) 预约合同的效力	(17)
三、预约合同违约责任之承担	(19)

(一)关于继续履行·····	(19)
(二)关于损害赔偿·····	(20)
四、关于违反预约合同的违约责任与定金、缔约过失责任之比较·····	(22)
(一)违反预约合同的违约责任与定金责任·····	(22)
(二)预约合同责任与缔约过失责任·····	(23)
 第三章 对违反诉讼诚信原则的规制研究·····	(26)
一、民事诉讼中诚实信用原则的内涵·····	(26)
(一)对诚实信用原则本质的不同认识·····	(26)
(二)民事诉讼中诚实信用原则本质含义的探讨·····	(28)
二、民事诉讼中诚实信用原则的历史沿革·····	(29)
(一)诚实信用原则在西方国家民事诉讼中适用的发展历程·····	(30)
(二)我国民事诉讼中适用诚实信用原则的演进·····	(33)
三、诚实信用原则在民事诉讼中的适用·····	(36)
(一)民事诉讼法中诚实信用原则适用的主体范围·····	(37)
(二)诚实信用原则适用的客体范围·····	(40)
四、有关恶意诉讼、虚假诉讼问题的调研情况·····	(41)
(一)浙江法院的调研和探索·····	(41)
(二)北京法院的调研和探讨·····	(43)
五、诉讼欺诈的内涵及构成要件·····	(45)
(一)诉讼欺诈的内涵·····	(45)
(二)诉讼欺诈(恶意诉讼)的构成要件·····	(46)
六、诉讼欺诈的主要类型及表现形态·····	(48)
(一)实体上诉讼欺诈所表现的主要类型·····	(48)
(二)实体上诉讼欺诈的表现形式·····	(49)
(三)程序上诉讼欺诈所表现的主要类型·····	(50)
(四)实践中滥用程序性权利典型情形的分析与对策·····	(51)
七、对诉讼欺诈(虚假诉讼)和恶意逃避执行的规制·····	(53)
(一)对虚假诉讼的规制·····	(53)
(二)对恶意串通逃避执行行为的规制·····	(56)

第四章 公益诉讼制度研究	(60)
一、我国建立公益诉讼制度的重要意义	(60)
(一) 建立公益诉讼制度是保护公共利益、促进经济社会发展 的重要手段	(60)
(二) 建立公益诉讼制度是落实宪法、物权法相关规定的重要 举措	(61)
(三) 建立公益诉讼制度是保障经济社会科学发展的必然要求	(62)
(四) 建立公益诉讼制度是创新社会管理、促进社会进步的有 效方式	(62)
二、建立公益诉讼制度的可行性分析	(63)
(一) 司法实践为立法积累了丰富的经验	(63)
(二) 理论研究为立法提供了有力的理论支持	(66)
(三) 国外立法提供了可资借鉴的经验	(67)
三、公益诉讼制度的立法背景情况简介	(73)
(一) 问题提出	(73)
(二) 最高人民法院两次建议稿的起草过程	(74)
(三) 立法过程中社会各方的意见	(76)
(四) 立法机关设立公益诉讼制度的立法精神和理由	(79)
四、司法实践中公益诉讼应当注意的问题	(81)
(一) 关于公共利益的内涵及基本特征	(81)
(二) 关于公益诉讼与私益诉讼的区别	(83)
(三) 关于公益诉讼原告主体的把握	(84)
(四) 关于公益诉讼案件的范围及受理	(87)
(五) 关于公益诉讼的管辖	(89)
(六) 提起公益诉讼主体的诉讼请求	(90)
(七) 关于公益诉讼原告的处分权	(92)
(八) 公益诉讼中的举证责任分配	(94)
(九) 关于公益诉讼费用的承担	(95)

第五章 检察机关对民事裁定提出抗诉标准的研究

——以人民法院发回重审民事裁定能否提出抗诉为研究对象	(97)
一、问题的提出	(97)
二、检察机关对民事裁定提出抗诉的标准探讨	(97)
三、对人民法院发回重审裁定提出抗诉依据的分析	(103)
(一)发回重审裁定是对审判程序的一种非常规救济方式	(103)
(二)发回重审裁定只具有否定既有裁判的效力	(103)
(三)发回重审裁定是一种纯程序性裁定,不适用再审程序审理	(104)
(四)发回重审裁定具有不可逆转性	(104)
(五)从维护法的安定性而言,对发回重审裁定不宜提出抗诉	(105)
四、余论	(105)

第六章 论协同主义语境下民事抗诉再审案件的证明标准的研究

.....	(107)
一、民事抗诉再审案件证明标准的法理分析	(108)
(一)前提——对证明标准的基本把握	(108)
(二)厘清——民事抗诉再审案件证明标准的特质	(110)
二、协同主义对民事抗诉再审案件证明标准的影响	(112)
(一)协同主义的追溯	(112)
(二)协同主义对民事抗诉再审诉讼模式的影响	(114)
(三)协同主义对民事抗诉再审案件证明标准的影响	(116)
三、在协同主义下民事抗诉再审案件的证明标准之构建	(117)
(一)基本原则	(117)
(二)民事再审抗诉案件再审改判的具体证明标准	(119)

第七章 执行和解协议可诉性之研究

一、民事执行和解协议的属性	(122)
二、执行和解协议的执行力	(125)
(一)执行和解协议是否具有执行力的问题	(127)

(二)合法有效的和解协议能否直接被赋予强制执行效力问题	(127)
(三)和解协议能否由法律直接赋予执行力的问题	(128)
(四)执行和解协议中第三人担保能否将其追加为被执行人的问题	(128)
三、执行和解协议的可诉性	(130)
(一)从和解协议的性质上分析	(130)
(二)从诉的要素上分析	(132)
(三)从法律规定上分析	(133)
(四)从司法实践中分析	(134)

下编 典型案例指导

案例1:瑕疵股权的受让人对公司已存在的债务应在原股东出资不足范围内承担补充责任

——北京双鹤药业股份有限公司与贵州益佰制药股份有限公司、湖北恒康双鹤医药股份有限公司、湖北省医药有限公司买卖合同货款纠纷案 (139)

案例2:夫妻双方以各自所有的财产作为注册资本登记注册公司,未进行财产分割的,应当认定为共同共有财产出资设立公司

——彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案 (151)

案例3:《公司法》第16条并非效力性强制性规定,公司违反该规定与他人订立担保合同的,不能简单认定担保合同无效

——中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展(北京)有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案 (176)

案例4:依法定程序裁定以物抵债后,标的物所有权自抵债裁定送达承受人时起转移

——鄂州联丰房地产开发有限公司不服湖北省高级人民法

- 院(2010)鄂执复字第17号执行裁定监督案 (206)
- 案例5:当事人协议直接以物抵债损害其他债权人利益的,该协议无效 (215)
- 陈昌光与甘树北借款纠纷再审案 (215)
- 案例6:当事人未在撤销权行使期限内申请变更或撤销合同,但以对方当事人欺诈为由拒绝履行合同义务的,不予支持 (227)
- 中国农业银行长沙市先锋支行与湖南金帆投资管理有限公司、长沙金霞开发建设有限公司借款担保合同纠纷案 (227)
- 案例7:基于相同的当事人、同一事实、同一法律关系以及主要诉讼请求相同分别提起诉讼所形成的案件,可以认定属于同一案件 (251)
- 王贺春、张福才、王贺全、张国振、何红心、王连军与卢继先、华宸建设集团股份有限公司债权转让合同纠纷申请再审案 (251)
- 案例8:未采用自认规则所认定的事实当事人不能用自认规则予以否认 (260)
- 商丘东方房地产发展有限公司与商丘市新联建筑有限公司建筑工程合同纠纷抗诉案 (260)
- 案例9:人民法院审理和判决民事案件应以当事人请求、主张的范围为限 (272)
- 中国农业银行股份有限公司重庆市分行与重庆雨田房地产开发有限公司房屋联建纠纷案 (272)
- 案例10:民事调解书没有将某项财产直接确定为执行标的物,案外人不能以该调解书明确约定债权人有权申请采取强制执行措施为由申请启动再审程序 (287)
- 案外人国浩房地产(中国)有限公司就深圳发展银行与北京东华广场置业有限公司、北京城建东华房地产开发有限责任公司撤销权纠纷申请再审案 (287)

案例 11: 执行和解协议对原裁判文书未涉及或不能恢复执行的部分具有可诉性

——新疆城市投资有限责任公司与中国建设银行股份有限公司新疆维吾尔自治区分行营业部、新疆宏海房地产开发有限公司拆迁安置补偿纠纷案 (300)

上编 疑难问题解析

第一章 借款担保合同中几个法律问题的研究^①

近期对全国部分省市法院审结的,涉及借款合同及担保合同案件的再审裁判文书进行了审阅,由于原审与再审存在一些理念、规则的把握上的不尽一致,从而使审判实务中对同一法律问题认识不一,出现裁判尺度上的差异。笔者仅择其中的几个问题,发表个人拙见,求教于同仁。

一、关于当事人对分期履行的债务约定担保责任的,如何确定保证期间起算点的问题

保证期间的起算点,是保证人保证责任发生的时间尺度。以该时间点为临界线,此前债权人对保证人不享有保证债务实际请求权;此后保证人即负有履行保证债务之义务。当事人之间设立保证的目的是担保债务的履行,而在主债务履行期限内主债务人先行履行债务既是其必然义务,也是法律的必然要求。只有当主债务履行期届满主债务人仍然不履行或不能履行时,保证人才有义务按照保证合同的约定承担保证责任。因此,无论何种保证方式,是一般保证还是连带责任保证,也无论如何约定保证期间,是自行约定期间还是遵循法定期间,只有当债务已届履行期,且债务人没有履行义务的情况下,债权人方可要求保证人履行保证义务。故确定保证期间始期的基本规则是保证期间从主债务履行期届满之后开始起算,即主债务履行期届满日为确定保证期间始期的基准日。但我们应当注意当事人约定的起算点只能等于或迟于主债务履行期届满日,而不能早于该基准日。

由于因分期履行的借款合同而生的债权,当事人约定保证人对某一笔或者某几笔债务分别提供担保的情形下,保证期间应从某一笔或者某几笔债务履行期限届满之日起算还是从最后一笔债务履行期限届满之日起算存

^① 本章曾发表于江必新主编:《审判监督指导》2010年第3期,笔者已根据最新法律法规修改。

在争议。应从某一笔或者某几笔债务履行期限届满之日起算的观点认为,保证期间与诉讼时效期间的立法目的与效力并不相同,从保证期间保护保证人的立法目的,以及当事人约定的仅为某一笔或者某几笔债务提供担保的真实意思考量,保证人只对某一笔或者某几笔债务提供担保的,原则上保证期间应从某一笔或者某几笔债务履行期限届满之日起算。应从最后一笔债务履行期限届满之日起算的观点认为,尽管保证人仅对某一笔或者某几笔债务提供担保,但由于该一笔或者几笔债务是整个债务的一部分,且给付每一期债务的诉讼时效期间是从最后一期履行期限届满之日起算,故保证期间的起算也应与其相衔接,从最后一期履行期限届满之日起算。^①笔者认为,当事人约定保证人对整个债务提供担保,保证期间应从最后履行期限届满之日起算。

二、关于当事人对保证期间约定长于主债务履行期届满后二年情形的效力认定问题

当事人是否可以对保证期间进行任意约定,约定的保证期间超过两年,即约定的保证期间长于诉讼时效是否有效。从裁判文书中反映的结果也是两种不同的裁判思路,一种是作有效对待,另一种是作无效对待。理论上也存在两种截然不同的观点。一种观点认为,此种约定无效。另一种观点认为,保证期间多长及是否有利于债权人,纯属当事人意思自治的问题,保证期间并非时效期间,其长度应允许当事人自由约定。^②笔者认为,首先,保证合同是主合同的从合同,主债务的存在是保证债务存在的前提和基础,保证以主债权的成立而存在,以主债权的转移而转移,以主债权的消灭而解除。债权人因在诉讼时效期间内怠于行使其诉权,致使主债务消灭的,债权人自己应当对此承担不利后果。如果此时保证人仍然承担保证责任,之后如果保证人又难以向债务人追偿,致使保证人承担了全部的交易风险,从承担责任的结果而言有失公正。如果保证人可以行使追偿权,无异于重新激活了主债务的诉讼时效,这与《民法通则》关于诉讼时效的规定相悖;其次,诉讼时效是可变期间,可以因法定事由的出现引起诉讼时效的中止、中断或延长,这样,当事人约定长于诉讼时效期间的保证期间对债权人是具有法律意

① 奚晓明主编:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第114页。

② 高圣平:“约定保证期间的效力研究”,载《人民司法》2004年第4期。

义的。即当出现诉讼时效期间中断等情形时,虽然保证期间过长,但在保证期间内诉讼时效仍未完成,债权人既对主债务人享有胜诉权,又不丧失向保证人请求其承担保证责任的实体权利。当事人完全可以基于这种考虑而约定过长的诉讼时效期间。^①最后,依据“法无禁止即为允许”的私法自治理念,应当允许当事人对保证期间作出约定,但所作的约定不得违反法律的规定。我国法律并没有对保证期间的长短作出限制,如果在司法实践中认定保证期间不得超过2年显然缺乏法律依据。应当明确的是,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》第32条第2款“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的,视为约定不明,保证期间为主债务履行期届满之日起二年”的规定,实质是针对不定期保证所做出的规定,其目的是为了防止债权人无限期地向保证人求偿。而当事人对保证期限有明确约定,仅仅是约定的期限较长的情形,并不属于不定期保证,不能适用该条的规定。如果允许约定的保证期间长于主债务履行期届满后2年,可能会产生主债务已超过诉讼时效,而保证期间尚未届满的情形。时效结束后的保证期间是否有效,须视保证人是否援引时效完成来抗辩。我们可以分两种情形来分析:1. 如果是连带责任保证,只要保证期间未届满,债权人可以通过向保证人主张权利而保全保证债权。2. 如果是一般保证,只要债权人在保证期间内就主债权提起诉讼或申请仲裁,保证债权就能够得以继续。债权人因主债务已超过诉讼时效而丧失胜诉权,并非起诉权,其仍可通过诉讼实现对保证债权的维系,但基于保证债务从属于主债务的特征,保证人可主张特定的抗辩权以维护其合法权益。根据《担保法》第20条的规定,“一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的,保证人仍有权抗辩”。保证人享有主债务人的抗辩权。在主债权人因诉讼时效期间的届满而丧失胜诉权时,对于主债权人的请求,主债务人享有时效抗辩权,实质上是主债务人享有不履行债务的抗辩权。如主债权人向保证人主张保证债权,保证人自得以主债务人的时效抗辩权对抗之,则余下的保证期间名存实亡。值得注意的是,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》第35条虽对保证人抛弃时效利益作了规定,但该规定仅限于主债务

^① 刘贵祥:“担保法适用中的几个新问题”,载《法律适用》2004年第6期。

已超过诉讼时效的情形,属事后抛弃,诉讼时效利益不得事先抛弃。综上所述,可以认为,当事人约定保证期间超过主债务诉讼时效期间的,应认定有效。如果主债务未超过诉讼时效期间的,连带责任保证的保证人应当在保证合同约定的保证期间内承担连带保证责任。否则,保证人免责。

三、关于无效合同是否存在诉讼时效问题

一般认为,合同无效是法律对合同效力所作的强制性、否定性的评价,无论当事人是否实际履行合同,只要具备无效情形,合同便是自始、当然、确定的无效。关于无效合同诉讼时效期间的起算点,现行法律、司法解释尚没有相应的规定,审判实践中各地法院掌握的标准也不尽相同,从所阅的再审裁判文书中也有所反映。同时,理论界争议很大,主要有三种观点。第一种观点认为,诉讼时效应从受领给付之时的次日开始计算。第二种观点认为,诉讼时效应从合同被确认无效之日起算。第三种观点认为,无效合同的诉讼时效应从合同约定的履行期间届满之日起算。^① 笔者认为,根据《民法通则》第135条的规定,“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外”。这里的“法律另有规定的”仅指法律对时效期间的长短另有规定,而不是对是否受时效限制另有规定。根据该条的规定,任何情况下以任何方式向人民法院提出诉讼请求,都应受时效限制,只不过不同情况下时效期间的长短不同,开始计算的时间不同,是否应中止、中断和延长的情况不同。因此,权利人请求人民法院保护其民事权利,须于诉讼时效期间内提起诉讼。《民法通则》第137条规定:“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起算。”而《合同法》对此无另行规定。因此,合同纠纷的诉讼时效仍应遵循此规定,即从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。

在合同纠纷中,一方当事人到期不履行合同义务,即构成对另一方合同权利的伤害。在合同的一方当事人已经履行合同义务而对方违反合同约定未按期履行合同的情况下,尽管已履行合同的一方当事人的合同权利因合同在事后被确认无效而不为法律所认可,但因合同双方在自认为合同有效的情况下,基于其真实、自愿的意思表示而签订和履行合同的,各方对该合

^① “借款合同与担保合同的诉讼时效利益分析”,载 <http://www.faloge.com/article/ptht/2337.html>。