

湖北法官论丛

第三辑

法官论民商事审判

主编/吴家友

执行主编/吕忠梅



法律出版社
LAW PRESS

《湖北法官论丛》第三辑

法官论民商事审判

主 编 吴家友
执行主编 吕忠梅

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官论民商事审判/吴家友主编. —北京:法律出版社,
2004.9

(湖北法官论丛. 第三辑)

ISBN 7-5036-5117-2

I. 法… II. 吴… III. 民事诉讼—审判—中国—
文集 IV. D925.118.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 091359 号

法律出版社·中国

责任编辑/赵 浩

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2004年9月第1版

印张/14.625 字数/450千
印次/2004年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939653

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636 中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995 中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5117-2/D·4835

定价:28.00 元

《湖北法官论丛》编委会

吴德桥	赵 刚	姚 莉	王 晨	李群星
夏建国	黄汉桥	贺彰好	徐桂兰	沈福元
刘 勇	李小菊	侯旺发	王建国	魏开发
刘春彬	夏明权			

卷首语

又是一年过去了。学界有一种说法,论丛出到第三辑才算是真的有了影响。尽管我们的《湖北法官论丛》有些不同,但出到第三辑也是令人欣慰的事情。希望读者开卷时也能感受到我们的喜悦,忙碌并快乐着。

这一辑名为《法官论民商事审判》,是2003年湖北省法院系统第十三届学术研讨会的优秀论文集,其中包括了参加全国法院系统第十四届学术研讨会并获得二、三等奖的论文。这次研讨的主题是民商事审判,论文围绕这一主题展开。

关于民商事审判,有许多课题可以研究,本卷所涉不过是其中极小部分。这些研究成果,对于完善民商事立法及司法都具有积极意义。但是,我们必须看到,民商事审判实践中的问题,不仅仅是立法及司法理论问题。除此以外,它还涉及更为广泛的法官队伍和司法体制,这些问题也是值得深入思考与研究的。

在我国,当前法院受理的各类案件中,民商事案件已经占到了80%以上。这种现象,与中国的改革开放与市场经济体制建设直接相关,也是中国发展市场经济、融入国际大市场的必然结果。但是,现状并不乐观,大量的民商事案件审理任务使法院、法官陷入困境:一方面是社会公众对司法公正的强烈期待,另一方面是民商事法律的粗疏、法官素质的欠缺、司法体制的不适应。综合来看,无论是民商事实体法还是程序法,无论是法官素质还是司法技术,无论是审判管理还是司法体制,都存在着与妥善处理民商事纠纷、维护社会经济秩序的稳定与健康发展的矛盾。这些矛盾令人忧虑。

法官作为法律的实施者,完善的立法是公正司法的基本前提。民商事活动涉及社会经济生活的各个方面,内容丰富、形式多样、法律关系复

杂,民事权利与义务不仅直接构成民事法律关系,还是构成其他多种法律关系的前提与基础。因此,完备的民商事立法被认为是发展市场经济所必须具备的条件,《民法典》更有市场经济活动的“宪章”之称,其概念性、逻辑性、缜密性居各法之首。在民商事实体法赋予民事主体权利的同时,为权利实施救济的各种程序制度也相应完善。这些实体法与程序法的规定,是法官得以主持诉讼并对当事人争议进行判断的法律依据。可是在我国,民商事立法无论是实体法还是程序法大都以原则性立法为主,尽管近年来在一些单项立法方面情况有所变化。但总体看来,作为民商事活动最基本准则的《民法典》尚未纳入本届人大的立法计划,作为司法救济的最基本程序的《民事诉讼法》也只有“谁主张谁举证”的原则性规定。法官在面对千变万化的民商事纠纷时,常常遭遇法律盲区。法院不得拒绝受理案件与法官不得拒绝裁判案件的司法训条和无法可循的矛盾十分突出。我们承认,现代司法中法官已告别了“法律复印机”年代而具有一定的能动性或者司法裁量权,司法裁量权的妥善行使可以相应的弥补立法的不足或者滞后所带来的问题。但是,司法裁量权同样要遵守不得滥用的原则。该权力的正确行使至少必须同时具备两个条件:即法官职业化和有权力行使的基本规则,而这两者又是密切联系的。因为法官作为经验的职业,权力的行使规则很大程度上是依靠职业伦理的传承和职业技能与技巧的认同,是一种“潜规则”。我们现在法官队伍的现状,很难满足这两个条件。由于法官队伍整体素质不高,没有形成拥有共同专业的法律知识结构、独特的法律思维方式,具有强烈社会正义感和公正信仰的整体,更没有形成具有仅属于该群体的职业传统和职业气质。法官的基本素质与法官的司法裁量权正确行使之间必然出现矛盾。

司法体制是国家对司法权这一国家主权的定位与配置,更是司法公正的体制性保障。但是,现行司法体制不能充分发挥司法在市场经济条件下的功能与作用,无法实现全社会公平与正义的目标。在我国,法律规定的司法机关包括审判机关和检察机关,但由于犯罪侦查权和执行权与司法活动存在密切联系,侦查机关和执行机关通常也被包括在司法机关的范围以内,形成了包括“公检法司”在内的所谓“大司法”体制。这种体制与当时的历史条件与社会生活对司法的要求是相适应的。在计划经济体制下,社会经济活动由计划进行调节,没有市场主体和市场行为,司法

的主要功能在于维护社会秩序、打击犯罪,基本不涉及经济活动领域。因此,无论是司法机关还是司法权的赋予都围绕打击犯罪这个核心,根据刑事案件的特点设置。客观地说,这种体制对于中国的社会主义革命与建设做出了巨大贡献。但是,随着经济体制改革的深入、对外开放的扩大,这种司法体制的不适应性日益凸现,甚至成为重大的体制障碍。因为在市场经济体制下,社会经济资源的配置必须由市场进行,而市场规律要求市场主体多元化、经济活动契约化、权利保障法治化,此时司法除了要继续发挥维护社会秩序、打击犯罪的功能与作用外,还必须承担起调节社会经济活动的任务。通过受理市场经济活动中发生的各种民事纠纷,解决各类主体间的利益冲突与矛盾,将各种利益冲突通过诉讼方式进行转化、缓解与平衡,将其控制在不对社会经济运行秩序造成严重不良影响的范围之内;通过受理市场经济管理中的各种行政纠纷,解决市场主体与行政机关之间的各种争议,维护当事人合法权益,限制行政机关对于市场主体利益的肆意,保证社会经济生活按市场规律运行。司法功能的扩展必然要对司法体制提出新的要求,从当前的司法实践来看,人民法院受理的各类案件中,刑事案件占5%左右,民事案件占到80%左右,而社会各界高度关注的司法不公、不廉、不快以及执行难等问题也都集中在民事案件部分,群众反映最突出、最强烈的地方保护主义、司法人员素质低下、赢了官司输了钱以及打不起官司等现象也出现在这一部分。因此,如何适应市场经济体制条件下司法功能与作用的变化情况,切实解决当前司法体制中存在的各种问题,是当前面临的一个重大而迫切的任务。

就此而言,民商事审判研究无论是从其制度本身还是从审判机制构建都极富挑战性,我们的研究刚刚起步,成果也远不够完善和丰富,还需付出更多的努力和进行更广、更深的开拓。我相信这是一个良好的开头!愿意与大家共同探索!

吕忠梅

2004年7月26日于武昌

目 录

民商事基础

物权登记制度研究.....	赵祖发(3)
让与担保基本问题之法律探讨	
——兼论我国让与担保制度的建立.....	王纳新(21)
刍议家庭承包方式取得的土地承包经营权	
抵押问题.....	叶明华 潘如文(44)
浅议公平责任原则的理解与适用.....	袁富强(51)
我国撤销权制度评析.....	肖保国(60)
简论审判权的功能及实现条件.....	王明义(69)
论农村土地承包经营权的物权化及其立法完善.....	陈智勇(76)
论著作权侵权行为的归责原则.....	周天勤(88)

民 事 类

关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的	
法学思考.....	杨 凯 李小菊(101)
司法审判应审慎运用道德话语	
——以婚姻家庭案件为例.....	千朝端(117)
夫妻间侵权行为的民事救济研究.....	陈志伟(132)

试论离婚损害赔偿制度·····	陈德祥	黄金波(146)
输血感染中的法律问题研究·····	杨清华	(160)
医疗事故损害赔偿若干问题探讨·····	曹 志	(173)
P2P 网站运营商著作权法律责任评析·····	宋 哲	(191)
婚姻效力探析·····	朱友学	(201)
人身损害赔偿若干疑难问题研究·····	雷涌泉	(215)
《劳动争议司法解释》实施问题研究·····	阮吉平	(226)
劳动争议案件若干问题探讨·····	刘茂仕	蔡 斌(239)
审理单方解除劳动合同争议的若干实体法 难题探讨·····	赵 端	杨 凯(248)
单方解除劳动合同涉及预告解除和商业秘密 的若干法律问题·····	刘敦生	杨 凯(261)
精神损害赔偿若干问题初探·····	王 鹏	(271)

商 事 类

母公司对子公司环境损害赔偿责任的承担·····	叶 蕾	(279)
试论出资瑕疵股东对公司债权人之民事责任·····	沈 红	(292)
我国公司法人格否认制的建立及司法适用·····	柯昌洁	(307)
论股权质押·····	陈时中	(321)
略论信用卡当事人之间的法律关系·····	孙 兰	(330)
试论虚假陈述与损害结果之间的因果关系·····	高英雄	(337)
企业法人被吊销营业执照后民事责任的承担·····	邹 磊	(349)
中小股东对控股股东侵权的可诉性及法律后果 ——从一起控股股东侵权案说起·····	王 宏	(360)
保证保险合同若干法律问题探讨·····	刘国园	(371)
公司诉讼问题研究 ——试论股东出资不实对债权人的民事责任·····	张 竞	(382)
内幕信息探析·····	王 晨	(389)

其 他

论海事国际惯例的适用·····	饶中享 王建新(403)
建立海事诉讼专家证人制度的设想·····	汪水松(418)
由“先例判决”引起的立法思考·····	谭华容(427)
民商事纠纷与经济犯罪交叉问题研究·····	黄宪华(434)
论国际货物多式联运合同纠纷案件的法律适用·····	侯振坤(445)

民商事基础

物权登记制度研究

□赵祖发

引言

甲有房地产一处,位于公安县城关民主路,价值约 20 万元,有土地使用权和房屋产权。1998 年元月,甲在 A 银行以该房屋产权作抵押,贷款 20 万元,抵押期 2 年,交付了房屋产权证,但未办理抵押权登记。1999 年 5 月,甲又通过私人关系,以该房的使用权在 B 银行抵押贷款,贷款 20 万元,办理了土地使用权抵押登记。甲与乙系连襟关系,1999 年底,二人立据协商:“拆除甲的上述房产后,甲、乙在原地共同投资合建四间两层楼房一栋,建成后各得一半房屋。”因投资额争议等原因,楼房建设中甲、乙即发生纠纷。建成后,乙利用建房协议通过私人关系单方对所建房屋的一半办理了房屋产权证,并要求入住,甲予以拒绝。后产生下列诉讼:

(1) A、B 银行分别诉甲偿还贷款,依抵押合同,主张就抵押物受偿,并追加乙为第三人。

(2) 甲就房产登记机关为乙的单方产权登记行为提起行政诉讼,主张撤销对乙的房屋产权登记。该登记被法院判令撤销。

(3) 乙依据合资建房协议提起确认房屋产权、土地使用权诉讼。甲以双方未经土地管理部门批准私自转让土地使用权,合伙建房协议无效为由抗辩。法院以土地使用权确权纠纷不属法院管辖为由,驳回乙的起诉。

(4) 乙提起确认建房协议效力诉讼,法院判决协议有效,但同时判令甲履行协议、配合办理产权登记。甲以法院判决超出诉讼请求范围(即另判令履行产权变更登记)为由上诉。

这一真实案例,依现行法律法规的规定,法院审理有很多法律障碍,当事人也因此走了很多诉讼弯路。该案例包含了大量物权法中与登记制

度相关的法律问题,如:

(1)登记与否对抵押权设定、土地使用权转让合同效力的影响,登记与否对物权转移的影响问题。

(2)登记行为的性质问题。

(3)债权合同与物权行为(登记行为)关系问题。

(4)地产、房产登记机关不统一的矛盾问题。

(5)当事人物权登记请求权问题。

物权法是规范财产归属关系的法律,债权法是规范财产流转关系(主要是市场交易关系)的法律。国外物权法法学理论和立法均十分发达,但我国的经济体制改革是从发展市场交易开始的,此时开始的民事立法中,规范市场交易关系的债权法相对完善一些,规范财产归属关系的物权法未受到应有的重视。我国物权立法明显滞后、薄弱,虽然产生了一些规范财产归属关系的物权法法规,但不是完整意义上的物权法。这类法规多是由国务院所属部委起草制订的,这些部门过多的考虑部门利益,法律法规互不协调、重复,甚至相互抵触,缺乏基本制度规定和相应的民法理论基础。迄今为止,我国未建立统一的不动产物权登记制度。物权登记制度包含一系列纷繁复杂而博大精深的法学理论,同时也是司法实践中常见而亟待明确的法律问题。司法实践中,同样的案件适用不同的法规,处理结果差异很大,有的甚至大相径庭。建立完善而统一的物权登记制度十分必要,本文试图对此展开一些研究、分析。

一、物权登记制度概述

(一)物权登记的概念和意义

物权登记是指将物之所有权及其变动的事实登载于特定文书之上的活动。^{〔1〕}广义上的不动产登记包括权利来源、取得时间、权利变化情况和地产的面积、结构、用途价值、等级、坐落、坐标、图形等事项。狭义上,不动产登记是土地上建筑物的所有权与他项权利的登记。^{〔2〕}由于现代各国法律将物区分为动产和不动产,进而规定原则上以登记为不动产物权的公示方法,以交付为动产物权公示方法。就不动产物权变动登记而

〔1〕 温世扬著:《物权法要论》,武汉大学出版社1997年版,第68页。

〔2〕 王洪亮:“不动产物权登记立法研究”,载《法律科学》2000年第2期。

言,形成了物权登记公示制度。

现代意义上的不动产登记制度源自欧洲。不动产物权的存在或变动伴随某种现象,是古代法制就存在的原则。近代法上,由于担保物权,尤其是抵押权的发达,采用公示原则,以调和债权人之间的利益,同时充分利用不动产的担保价值,显得尤为必要。登记制度就是在这一背景下应运而生的。普鲁士 1722 年的《抵押与破产法》和 1783 年的《一般抵押法》构成德国法系登记制度的先声。它们以及 1795 年法国的《抵押法》一同奠定了近代登记制度的基本框架。随着经济的发展,不仅抵押权,连所有权在内,也频繁地成为交易的对象,而且作为资本的不动产交易,不伴随外形变动的情形很多。这对于实现物权效力,保护交易安全非常不利。于是,近代法上普遍将针对抵押权而设计出的登记制度,一般性地适用于不动产所有权与其他的不动产物权。〔3〕

不动产登记作为对不动产财产权的记载,具有两方面的意义:首先,不动产登记是确定国家权力团体对不动产课税权的基础;其次,保护私权是现代国家的主要机能,而登记则是这一国家机能发挥作用的条件。民事主体间的不动产物权的变动状况,通过公示,国家对私权的保护才能切实实现。

(二) 物权登记的内容

1. 登记的基本种类

依不同的标准,物权登记区分为不同的类型,〔4〕下面介绍基本而常见的类型:

(1) 初始权利登记。它是指不动产的所有权人依法在规定的时间内对其权利进行的第一次登记。因为是第一次登记,其权利对以后的不动产物权变动具有原始根据的意义,故法律对该登记一般均规定有特别的申请程序和申请条件。

(2) 他项权利登记。实体权利登记中,所有权登记之外的其他登记一般称之为他项权利登记。它们是不动产所有权确立之后对所有权的各种限制,它主要是指创设物权登记,他项权利实际上是所有权人对其不动产

〔3〕 王轶著:《物权变动论》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 153 页。

〔4〕 其他分类详见注〔3〕,第 159 页。

的各种处分而产生新的物权形态的登记。

(3)变更物权登记和废止物权登记。变更物权登记包括不动产物权主体的变更,即不动产物权转让登记和在不涉及其他人的情况下权利主体对自己的权利内容的变更,如国有土地使用权的权利人变更土地使用目的,或者扩大与缩小原来的权利范围的登记等。废止物权登记,包括权利人抛弃其不动产物权的登记和不动产自然灭失(如土地和房屋因自然灾害而灭失)的登记等。废止物权登记一般也称为涂销登记。

(4)预告登记。预告登记是在当事人所期待的不动产物权变动所需要的条件缺乏或者尚未成就时,也就是说权利取得人只对未来取得物权享有请求权时,法律为保护这一请求权而为其进行的登记。预告登记制度为德国民法所创立,在世界各国多有采纳。

(5)限制物权部分内容的登记。是指不发生物权变动,而只限制物权的部分内容,以保护特定人的利益的一种登记(如德国民法中的异议抗辩登记)。

2. 不动产登记机关

(1)不动产登记机关的设立。因为不动产登记的本质是不动产的所有权和其他物权的登记,故关于不动产登记机关的设立,首先应当考虑的问题是登记的地域管辖问题,各国法律无一例外地采纳了根据不动产的地籍确定登记地的属地原则。不动产登记机关的设立级别也是一个应当考虑的问题。德国的不动产登记局一般设立在县一级。我国旧土地登记规则规定的登记机关也是在市县一级,与我国目前普遍的做法相同。不动产登记机关只能依地域设立,而不能依权利人的身份设立。我国目前一些地方实行的所谓“分级登记”制,即按照登记申请人的级别确定登记机关的作法,是不符合国际一般规则的。

(2)不动产登记机关职责行为的性质。德国不动产登记法规定,不动产登记局是地方法院的一个组成部分,是专门管辖不动产登记的司法机构。不动产登记行为是司法行为,其行为的结果和法院初审判决的效力等同。对不动产登记机关进行登记的职责行为的性质,主要有三种看法:一是国家行政管理行为;^{〔5〕}二是登记行为具有决定当事人的实体民事

〔5〕 崔建远:《中国房地产法研究》,中国法制出版社1997年版,第22页。

权利的作用,有一些人认为它是司法管理行为;^[6]三是当前大多数人认为登记行为是一种程序司法行为或者司法程序行为。^[7]

(三)物权登记制度的立法例

1. 契约登记制度

契约登记制度首创于法国,所以又称“法国登记制”。它是指不动产物权的得丧变更,经当事人订立契约,即已生效。但非经登记,不得对抗第三人。登记机关在登记时,依照契据所载的内容,予以登记。

目前,除法国外,日本、意大利、比利时、西班牙等国均采此制,美国多数州也采行这一登记制度。这种登记制度具有以下特点:

(1)形式审查主义。登记官吏对于登记的申请,只进行形式上的审查,如申请登记的手续完备,即依照契据内容记载于登记簿。至于契据上所载权利事项有无瑕疵,则不予过问。

(2)登记无公信力。登记无公信力,是指已登记的权利事项,公众不可信赖其为真实的权利状况。交易完成后,就受让人而言,对于早已登记的权利事项,如有人出面主张权利,应依实体法确定权利的归属。若在实体上认为其权利不成立,或无效或得撤销的原因时,则得以其不成立或无效而对抗受让物权的第三人。所以在此种制度下,交易第三人无法享受登记成立主义向人们提供的保护利益。

(3)登记与否不予强制。土地权利登记与否,由当事人斟酌决定,法律并无强制规定。

(4)登记簿的编成采人的编成主义。契据登记制度的登记簿编成不以土地为准,而以土地权利人登记次序的先后作成。

(5)登记不动产物权变动的状态。即不仅登记不动产物权的现在状态,而且也登记物权变动事项。

2. 权利登记制度

权利登记制度,又称“德国登记制”。它是指不动产物权的得丧变更

[6] 谢庄、王彤文:“产权变更登记不应是商品房买卖合同成立的要件”,载《法学评论》1996年第6期。

[7] 梁慧星:《社会主义市场经济管理法律制度研究》,中国政法大学出版社1993年版,第111页。