

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第二辑)



上海市黄浦区人民法院 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第二辑)



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法阶梯:审判前沿问题研究. 第2辑 / 上海市黄浦区
人民法院编. —北京:法律出版社, 2009. 3
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9345 - 8

I. 司… II. 上… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 032857 号

司法阶梯——审判前沿问题研究(第二辑)
上海市黄浦区人民法院编

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
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 陶 松

开本 787 × 960 毫米 1/16
印张 29.25
字数 420 千
版本 2009 年 5 月第 1 版
印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9345 - 8

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)

序

伴随着社会文明的发展与进步,尤其是处在我国经济社会快速发展,各种新情况、新问题不断涌现的特定历史时期,人民群众的司法需求不断增长,司法期待不断增强。积极回应人民群众的新需求和新期待,正成为人民法院司法工作的新要求和新挑战,也是人民法官面临的新任务。在构建社会主义和谐社会,践行社会主义法治理念的过程中,作为司法活动中最关键的主体——法官,尤其是基层法院的法官,处于司法活动最前沿、审判第一线,掌握着最为丰富的审判实践资料,负载着正确诠释和适用法律,促进社会和谐进步的责任。因此,在完成繁重审判任务的同时,倡导、鼓励、引导和支持法官善于学习,善于思考,善于总结,善于升华,从而加快培养与建设一支既有实践经验又具理论水平的专家型法官队伍,既是时代的要求和形势的必需,也是上海法院正大力推进的队伍建设工程。

地处上海市中心城区的黄浦区人民法院,是一个具有优良传统的法院,素有“南京路上好法院”之美誉。近年来,该院更是以建设一流法院为工作目标,通过开展“争办精品案件,争做优秀法官”等活动,大兴调研之风,大力加强法官队伍的司法能力建设,取得了可喜的成绩,在全院营造出了争先创优、奋发向上的良好氛围,并涌现出一批业务素质与调研能力俱佳的优秀法官群体。

展现在我们面前的基层法院审判实务研究系列丛书《司法阶梯——审判前沿问题研究》,便是该院在总结近年来调研成果的基础上,遴选部分优秀论文、案例汇编而成的。其中既有全国法院学术讨论会获奖论文、重大调研课题优秀成果,也有被《最高人民法院公报》刊登的案例以及在全国、省市级期刊上发表的学术论文,还有资深法官对审理方法、审判技巧以及审判管理经验的提炼与

总结。见微知著,透过这一篇篇颇具专业功底的文章,我们看到了该院法官应对和谐司法亟须解决的热点、难点问题,知难而进、迎难而上的勇气和睿智;仔细研读其中的内容,我们能真切感受到,该院法官对法学理论研究和审判实务相结合的有益尝试与积极探索,既富有实践性、创新性,亦不乏理论价值和实践意义。

“法之善者,仍在用法之人。”希冀越来越多的法院像黄浦区法院一样,立足我国基本国情,立足区域法治实践,再接再厉,激发起更大的调研热情,并加强调研成果的转化与利用,不断提升全体法官的业务素质,为推进社会主义民主法治建设,构建社会主义和谐社会的伟大事业谱写新的篇章。

是为序。

上海市高级人民法院院长



二〇〇八年七月

导 读

《司法阶梯——审判前沿问题研究》(第二辑)又如约与您见面了。本专辑延续了第一辑中的编排体例。

在第一部分“审判研究”中,法官们对审判实务中遇到的各类热点、难点法律问题进行了深入调查、思考,形成的20余篇研究成果多立足于审判实践,从实务的角度,阐法析理,既探讨很具体的审判工作、法院改革、队伍管理等问题,又剖析相关法律条款、法学理论在实践中的具体应用,理论与实践较好地结合在一起,具备了一定的学术参考价值,也获得了学界、实务界的肯定,除绝大部分已经公开发表在《人民司法》、《执行工作指导》、《中国司法鉴定》、《人民法院报》、《上海审判实践》等专业期刊外,还有6篇在全国法院系统第十九届学术讨论会暨2007年上海法院系统学术讨论会活动中,分别获得一、二、三等奖及优秀论文奖。

案例是人民法院拥有的最为丰富、最为鲜活的审判资源,也是战斗在审判实践最前沿的广大法官们需要攻克的一座座堡垒。在第二部分“精品案件”和第三部分“案例精解”中,刊载了上海市黄浦区人民法院从2007年审结的近二万件案件里精心挑选出的9件精品案件及7篇案例精解。这些案例基本涵盖了刑、民、商、知产、行政、执行等各专业,其中,既有引起社会强烈关注的典型案例,也有内含复杂疑难法律问题的新型案例,不仅为广大读者们提供裁判文书全文等最鲜活、最丰富的实务资料,每篇案例还附有主审法官们对该案例审理裁判过程的思考及在法学理论层面的拓展。我们试图通过这种形式,从判例的评论和解读中透视法律的运作规律,从学理的分析中挖掘法律的价值,以实现法官与广大读者们的对话与交流,在一定程度上实现“以案说法”的社会效果,

进而赢得群众和社会各界对司法的理解和信赖。

最后,本专辑还选登了6篇资深法官们从多年审判实务工作中提炼、总结出的有关审判思路、经验和体会的文章,意在为广大读者们提供一个切实了解法官们裁判案件思辨的途径,也为年轻法官提供具有较强实用价值的指导。

衷心期望通过本专辑的出版,在法官们与广大读者之间、司法裁决与法学理论之间,搭建起一座沟通交流的桥梁。

编者

2008年11月

目 录

CATALOGUE

审判研究

恶意诉讼的规制及风险防范

——诉讼模式调整背景下当事人诉权行使的规范与合理限制问题

本院课题组 / 3

法官业绩考评的职业化与准数字化

——审判质效评估体系在法官业绩考评机制中的实践与探索

本院课题组 / 14

网络虚拟财产刑事司法保护问题研究

本院课题组 / 29

论科技弱势群体的司法保护

——以 IP 电话异常话费的风险责任承担为视角

金民珍 张 宁 徐 亮 / 42

通向和谐的博弈

——论拆迁纠纷中公益与私益的司法衡平

陈树森 / 54

戏剧作品著作权特殊性与疑难问题研究

——以戏剧作品中权利主体构成者与传播者的权利分配为视角 陈 红 / 67

民事诉讼当事人反悔行为效力之研判

王连国 / 80

论司法透明之度

——对赋予当事人合意决定不公开审理权利的探讨

凌 崧 邵宁宁 / 91

送达正当化理念之应然及其运用

——对我国当前邮寄送达制度的反思与重构 虞 憬 / 103

业主团体决定撤销之诉初探

——论物权法第 78 条之理解与适用 孙巾淋 / 117

业主委员会权利能力的法律考察

——兼论小区众多业主对开发商提起违约之诉的解决途径
金民珍 张 宁 / 128

劳动争议案件诉讼费收退费现状分析及改革建议

金民珍 蒋 宏 张 宁 / 138

名人虚假广告的司法规制探析

陈树森 / 144

论瑕疵出资对股权转让协议效力的影响

孙巾淋 / 153

知识产权诉前临时措施的困惑与完善

——美国临时禁止令与初步禁令之衔接引发的启示 陈 红 / 163

恢复执行程序的启动及操作流程问题

蒋 宏 / 174

集约化财产查询机制分析

徐 亮 / 184

我国民事执行参与分配制度研究

熊理思 / 192

医疗纠纷中鉴定结论的效力研究

陈树森 / 199

论电子证据的技术特征对其证明力的影响

李 珏 徐 亮 / 206

精品案件

童某、陈某、吴某盗窃案

王信芳 沈解平 池晓烽 / 219

赵某、王某、杨某妨害公务案

孙明德 陈平建 池晓烽 / 239

马某、马某某诉上海春秋黄浦旅行社有限公司旅游合同纠纷案 姜海清 / 255

陈某诉被告上海国电实业有限公司、第三人支某等公司决议侵害股东权益纠纷案

徐 立 周伟荣 徐晨平 / 268

上海江崎格力高食品有限公司诉上海康业炒货食品有限公司不正当竞争纠纷案

陈 萌 钱光文 金 滢 / 284

上海瑞豪网络通讯技术有限公司诉三得利(中国)投资有限公司电信服务
合同纠纷案

蔡银寿 陶彩英 孙怀弟 / 303

赵某诉武汉多普达通讯有限公司产品质量纠纷案

李名坚 顾丹伟 王 刚 / 318

上海源程置业有限公司申请执行上海同鑫房地产开发有限公司股东知情

权纠纷案

顾丹伟 王智翔 / 336

上海商业会计学校诉上海市黄浦区劳动和社会保障局不服工伤认定行政

确认案

鲍 浩 马金铭 翟从海 / 347

案例精解

尚未销售的假冒注册商标商品货值金额的认定

——析何某销售假冒注册商标的商品罪

蔡丽明 朱铁军 / 367

对瞒骗同伙做“私活”行为的认定

——析杨某、李某骗取出境证件案

陈平建 熊理思 / 373

遗体(骨灰)的法律属性及其处分问题评析

——析俞某龙诉俞某涛骨灰安葬纠纷案

王连国 / 378

财产保全中的民事赔偿责任

——析上海联合财务管理有限公司诉张某财产损害赔偿纠纷案

徐婷姿 / 385

商品形状与他人注册商标相似构成商标侵权的可能性分析

——析 Cartier International B. V 诉上海老凤祥银楼有限公司等商标侵

权案

钱光文 陈 红 / 394

未发表的数码照片著作权属认定标准

——析格林豪泰酒店(威海)管理有限公司诉上海辉盛酒店管理有限

公司著作权纠纷案

方 产 / 402

强制管理制度的理论探讨与实证分析

——析上海诚亚房地产发展有限公司系列执行案

郭 颖 陈树森 / 412

法官思辨

道路交通事故损害赔偿审判思路

汤文元 陈亚男 / 423

动迁补偿款权属纠纷案件的审判思路

李名坚 张 宁 / 429

房屋相邻纠纷案件的特点、诱因及预防和审理对策

赵冰清 / 435

审理民事案件的几点感悟	汤文元 / 442
如何做好专家证人出庭工作	钱光文 孙巾淋 / 446
如何提高简易执行阶段的工作效率	郝 颖 / 451
后记	/ 455

审判研究

恶意诉讼的规制及风险防范

——诉讼模式调整背景下当事人诉权行使的规范与合理限制问题

法官业绩考评的职业化与准数字化

——审判质效评估体系在法官业绩考评机制中的实践与探索

网络虚拟财产刑事司法保护问题研究

论科技弱势群体的司法保护

——以 IP 电话异常话费的风险责任承担为视角

通向和谐的博弈

——论拆迁纠纷中公益与私益的司法衡平

戏剧作品著作权特殊性与疑难问题研究

——以戏剧作品中权利主体构成者与传播者的权利分配为视角

民事诉讼当事人反悔行为效力之研判

论司法透明之度

——对赋予当事人合意决定不公开审理权利的探讨

送达正当化理念之应然及其运用

——对我国当前邮寄送达制度的反思与重构

业主团体决定撤销之诉初探

——论物权法第 78 条之理解与适用

业主委员会权利能力的法律考察

——兼论小区众多业主对开发商提起违约之诉的解决途径

劳动争议案件诉讼费收退费现状分析及改革建议

名人虚假广告的司法规制探析

论瑕疵出资对股权转让协议效力的影响

知识产权诉前临时措施的困惑与完善
——美国临时禁止令与初步禁令之衔接引发的启示

恢复执行程序的启动及操作流程问题

集约化财产查询机制分析

我国民事执行参与分配制度研究

医疗纠纷中鉴定结论的效力研究

论电子证据的技术特征对其证明力的影响

恶意诉讼的规制及风险防范*

——诉讼模式调整背景下当事人诉权行使的规范与合理限制问题

◎本院课题组

【提要】 在诉讼过程中,行为人过度或者不当地行使法律赋予的各项程序性诉讼权利损害他人利益的行为构成恶意诉讼。当前司法实践中,当事人恶意诉讼的形态多种多样,大致可以归类为以故意损害他人利益为目的、为达胜诉外其他非正当目的、选择有害的方式行使权利、行使权利导致害大于利、违反诚实信用原则不顾权利存在目的而滥用、过错(失)行使权利等基本类型。恶意诉讼现象的产生存在着较为复杂的原因,包括现行法律体系缺乏对恶意诉讼行为的有效惩戒和制约措施、各项诉讼权利具体行使规范的欠缺以及诉讼模式调整所带来的消极负面影响等。因此,防范和化解恶意诉讼,不仅需要在制度层面加快相关立法步伐和相关案例制度的建设,建立并完善恶意诉讼损害赔偿制度和惩戒制度,制定并完善相关具体诉讼制度和诉讼权利的行使规范;在司法层面,还需要注意在诉讼模式调整过程中,法官职权的正确行使在防范和化解诉权滥用中的重要作用。

【关键词】 恶意诉讼 诉权滥用 当事人主义 法官职权

* 本文系2007年上海市高级人民法院批准立项的调研中标课题《恶意诉讼的规制及风险防范》研究成果,部分成果载《上海法治报》2008年5月14日。

一、概述

在我国现有的法律体系中,对恶意诉讼尚无明确的定义,司法理论和实践中也众说纷纭,各执一词,较多的是从侵权行为法的角度探讨如何定义和预防恶意诉讼,如有人认为,所谓恶意诉讼,指故意以他人受到损害为目的,无事实根据和正当理由而提起民事诉讼,致使相对人在诉讼中遭受损失的行为,强调行为人在缺乏实体权利的基础上,利用法律所赋予的程序性权利损害他人利益的行为。^① 我们认为,将“行为人利用法律所赋予的程序性权利损害他人利益”归纳为恶意诉讼的基本内涵是恰当的,但是否应将“行为人缺乏实体权利基础”作为界定恶意诉讼行为的前提,则值得商榷。探讨研究恶意诉讼,不妨从厘定行为人享有法律赋予的哪些程序性权利着手。

所谓程序性权利,并非严谨的法律概念,与之相近的法律概念是诉权或诉讼权利。一般认为,所谓诉权,是由诉的法律制度所确定的,赋予当事人进行诉讼,请求法院依法行使审判权解决纠纷和保护权益的公民的基本权利。^② 诉权又具体体现为诉讼程序发动权、诉讼裁判获得权、获得公正裁判权等内容。在现代民事诉讼理论中,诉讼程序发动权是指当事人申请发起各项诉讼程序的权利,如起诉权、上诉权、申诉权以及申请先予执行、诉讼保全等各项诉讼权利;诉讼裁判获得权是指国家司法权不得不合理地限制当事人的诉权,而应该采取“有诉必理,有讼必裁”的原则;获得公正裁判权则是指当事人获得借以保证纠纷得以公正解决的各项具体诉讼权利。^③ 因而,从民事诉讼法理的角度观察,诉权至少应包含两层含义:一是公民将有实体依据支撑的纠纷提交法院裁判、寻求司法救济的权利,也即所谓起诉权,又称狭义概念上的诉权。另一层含义是指当事人在诉讼程序启动后参与诉讼程序的过程中所享有的各项程序性权利,也即诉讼中的各项具体诉讼权利,如被告反诉权、抗辩权、当事人请求权、陈述

^① 参见中国人民大学民商事法律科学研究中心起草的民法典草案建议稿第 1863 条规定(恶意诉讼)。

^② 参见刘家兴主编:《北大法学百科全书》,北京大学出版社,第 441 页。

^③ 顾伟:“广义诉权的概念探析”,载《科教文汇》2007 年第 5 期下旬刊,第 140 页。

权、提供证据权、证据质疑权、第三人参与诉讼请求权、申请回避权、调查请求权。其中,前者是后者的基础,后者则是前者实现的具体保证,二者密不可分。

有权利的地方即存在权利被滥用的可能。恶意诉讼就是指行为人过度或者不当地行使法律赋予的上述各项程序性诉讼权利的行为。从司法实践的角度观察,虽然当事人缺乏实体权利基础而恶意提起诉讼以达到其个人非法目的滥用起诉权的现象屡见不鲜,但近年来随着诉讼程序法律制度的健全和进一步普及,当事人滥用其他各项诉讼权利的现象却日益严重,而且恶意起诉的当事人也必然会在后续的程序中滥用各项诉讼权利,因此,恶意诉讼应当是一个广泛的概念。如果仅仅将恶意诉讼的问题局限于行为人提起民事诉讼时主观上是否存在恶意这一点,显然无法从根本上、整体上消解目前当事人滥用各项诉讼权利的行为。故本文研究探讨的恶意诉讼概念是一个广义的概念,包括了行为人滥用各项诉讼权利的行为在内,若无特别注明,恶意诉讼与滥用诉权、滥用诉讼权利同义。

当下我国正在进行中的司法体制改革和民事审判方式改革,即是以强调并保障当事人诉权的依法行使及维护为重要内容的。司法实践充分证明,在诉讼活动中充分保障当事人的诉讼权利,有利于尊重和保障人权,有利于司法的公正与高效。但任何权利的规定,原则上只是确定一种规范,将人们的行为纳入一定的范围,而不是具体规定权利主体如何行使权利以实现权利的内容,这即为权利人滥用权利留下空隙。当前,我国经济、社会正处于转轨时期,法律体系尚未健全,人们正确的权利观念尚未完全树立,因而公民在通过诉讼途径保护合法权益的意识逐步增强的同时,借助诉讼这一合法的外在形式牟取不正当利益或者损害他人利益的动机也同样得到了“强化”,进而导致大量恶意诉讼现象的出现。

二、审判实践中恶意诉讼现象分析

诉讼权利是程序法赋予诉讼当事人在进行民事诉讼活动时享有的各项基本权利,如申请回避权、提出管辖异议权、申请财产保全或证据保全权、陈述权、

上诉权、反诉权、提供证据权、调解权、和解权等。恶意诉讼即是对上述各项诉讼权利的不正当行使。例如,当事人不论申请理由是否符合法定情形,均要求法官或书记员回避,意图影响诉讼的正常进行而构成滥用申请回避权。当事人在明知没有事实及法律依据的情况下,故意提起管辖权异议,或故意通过虚列被告、将不是被告的人列为被告而把真正的被告列为“第三人”、擅自改变案件的案由或性质、伪造证据、改变证据中与案件管辖有关的内容等手段来故意规避管辖或拖延诉讼,则构成管辖权的滥用。当事人恶意串通、虚构事实进行恶意调解,以达到或逃避债务或转移财产或规避法律等目的,构成恶意调解。一些诉讼代理人尤其是代理律师出于一方利益需要甚或自身职业利益需要,影响、干扰甚至阻碍当事人如实陈述案情,阻挠当事人达成庭外和解或法庭调解,构成滥用诉讼代理权。可见,审判实践中,当事人或其诉讼代理人滥用诉讼权利的情形是多种多样、纷繁复杂的。从行为人滥用诉讼权利的动机和目的角度,可以将恶意诉讼现象归纳为如下几种基本类型:

1. 以故意损害他人为目的

指行为人提起诉讼的目的主要在于给相对人带来诉讼的麻烦,使得相对人被无谓卷入诉讼之中而耗费大量时间、精力或金钱,或者通过诉讼保全、媒体不当宣传等手段,以达到严重影响相对人正常生活的行为。损害型滥用诉权是一种较为常见的滥用诉权现象,多表现为出于报复或打压心理,通过诉讼或威胁通过诉讼,严重影响相对方的正常生活,或者打压竞争对手的市场空间或阻挠、影响竞争对手的正常经营活动。如前段时间轰动一时的深圳某公司因不满一篇有关员工“超时加班”问题的报道,而以名誉侵权纠纷为由,向两名记者提出总额人民币3000万元索赔,并要求法院查封、冻结两名记者的个人财产即为其典型。

2. 为达胜诉外其他非正当目的而滥用诉权

指行为人明知其纠纷缺乏可争议性或者缺乏事实和法律依据支撑,但为寻求胜诉之外的其他非正当目的,仍然起诉到法院,进而构成滥用。审判实践中经常出现的个别居民企图通过诉讼途径获取不当动迁利益的现象即属于此类。另外,如一些人明知自己没有正当利益,却故意利用法律漏洞,人为制造纠纷,