

Exploration and Research of Judicial Practice

司法实务

若干专题探讨与研究

孙长江 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

Exploration and Research of Judicial Practice

司法实务 若干专题探讨与研究

孙长江 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法实务若干专题探讨与研究 / 孙长江主编. —北京: 法律出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0537 - 4

I. ①司… II. ①孙… III. ①律师业务—研究—中国
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 001717 号

司法实务若干专题探讨与研究
孙长江 主编

策划编辑 韦钦平
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 13.75 字数 211 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第三分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@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/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071010/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0537 - 4

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

在我的法律职业生涯中,有幸与许多法官、检察官、警官、学者、记者、官员以及律师同行,在法律实务、法学研究的平台上达成了许多共识。无论是在三大诉讼的各种诉讼程序中,还是在非诉领域法律服务实践中,或是在学术研究的过程中,作为志同道合者,我们在广泛的领域中进行切磋探索,共同关注、研究法律实务中的事件、案件、课题。本书选编了我们共同思索的一些文章,包括在各级各类期刊和会议上发表的研究成果,既作为我们思想融合的记录,又是我们协同合作的尝试。

本书收录的文章,是自2014年以来完成或发表的,其中有的观点是在当时背景下思考的。今天审视,或许已经时过境迁。但是,作为一个过程,一个曾经的探讨与研究,它见证了我们经历的心路历程。

古人孟子曾从一个人的发展和一个国家的兴亡两个不同的角度,论证了忧患则生、安乐则亡的道理。作为一名法律人,本人更期待我们成为一个燃灯者,融入依法治国的大势中,使我们的“微言”能够发光发热。

值本书付梓之际,衷心感谢本书文集的合作者。

孙长江
2016年10月

目 录

民事诉讼类

禁止向一般条款逃避原则在合同变更冲突解释中的比照适用 / 003

民间借贷忧思 / 011

关于民间借贷诉讼纠纷的裁判锁链构想 / 017

金融监管与民间融资浅谈

——试析《放债人条例》与《贷款通则》 / 023

民间借贷问题的法律规制 / 029

民间借贷纠纷探源

——简析合同规范化之必要性 / 036

金融服务业发展政策法律问题研究

——民间金融利率的规范与规制 / 043

农村民间借贷纠纷探源

——基于农村民间借贷纠纷案由裁判文书的数据分析 / 052

民间借贷裁判文书调研数据比较 / 060

刑事诉讼类

刑事错案的防范反思

——刑事诉讼法实施研究 / 069

构建控、辩、审三方良性互动关系的基础 / 078

浅谈中国刑事辩护制度(选要) / 082

刑事诉讼攻防要略

——关于刑事诉讼法实施问题的研究 / 091

一宗毒品案件的证据分析兼裁判文书形成展略 / 100

裁判文书类

裁判文书的构成要素及其规范论纲 / 111

裁判文书制作的结构思考

——兼议行政撤销案件的裁判书写 / 131

关于格式化裁判文书在审判实践中的适用 / 142

从于德水盗窃案刑事判决书看罪刑说理 / 147

论庭审实质化视角下刑事判决书的罪刑说理 / 151

以审判为中心诉讼制度背景下的裁判文书策应 / 160

凌云健笔气如虹:古代判词的艺术之美 / 167

关于国家赔偿决定书的语言、逻辑和理由研究 / 178

案件事实认定的过程与基本方法 / 188

论社区矫正立法的模式及与刑事法的协调 / 193

多元化纠纷解决机制的研究 / 200

走进二巡·感受司法的温度

——以第二巡回法庭司法业绩为视角 / 209

民事诉讼类

禁止向一般条款逃避原则在合同变更 冲突解释中的比照适用*

贾宏斌 孙长江**

【裁判要旨】

合同双方当事人经协商签订的补充协议,针对主合同中的某一条款内容予以变更,在变更后的特殊条款与主合同中的其他一般条款出现冲突时,比照禁止向一般条款逃避原则,应作出特殊条款效力强于一般条款的认定。

【案号】

一审:(2012)沈河民二初字第416号

二审:(2013)沈中民二终字第637号

再审:(2014)辽审一民申字第598号

【案情】

上诉人(原审原告):辽宁安泰物业有限公司(以下简称安泰公司)。

被上诉人(原审被告):辽宁昊宇房地产开发有限公司(以下简称昊宇公司)。

原审被告:王某。

昊宇公司系恒运豪庭小区开发单位,王某系该公司工作人员。2008

* 本文发表于《人民司法(案例)》2016年第26期。

** 贾宏斌,沈阳市中级人民法院法官;孙长江,北京大成(沈阳)律师事务所律师。

年3月18日,昊宇公司作为甲方、安泰公司作为乙方,签订前期物业服务合同(主合同),昊宇公司委托安泰公司向恒运豪庭小区提供物业服务,合同期限自2008年3月18日起至2011年3月18日止,物业服务费收费标准:多层住宅1.2元/月·平方米,高层住宅1.2元/月·平方米,办公楼4.0元/月·平方米,商业物业0.6元/月·平方米,电梯费按物价局批准定价,地下车位60元/月·个。该合同第7条约定:“业主应于办理入住之日起交纳物业服务费用(物业服务资金)。纳入物业管理范围的已竣工但尚未出售,或者因甲方原因未能按时交给物业买受人的物业,其物业服务费用(物业服务资金)由甲方全额交纳。”并约定物业服务费用(物业服务资金)按1年交纳。第41条约定:“本合同未尽事宜,双方可另行以书面形式签订补充协议,补充协议与本合同存在冲突的,以本合同为准。”同日,双方签订前期物业服务合同的补充协议(补充协议),该协议第5条约定:“安泰公司不得采用任何理由收取昊宇公司未售出的房屋、车位等闲置费用。”第9条约定:“上述各条款,经双方协商一致同意。本协议与其他各项协议具有同等法律效率(力)。”

另查明,现恒运豪庭小区尚有11处房产合同备案在王某名下。经释明,安泰公司确认本案的诉讼请求:要求昊宇公司、王某履行约定交纳物业服务费的义务,总计265万元及利息。

【审判】

辽宁省沈阳市沈河区人民法院一审经审理认为:本案的争议焦点:前期物业服务合同第7条约定已竣工但未出售房屋的物业服务费由昊宇公司全额交纳,与补充协议第5条约定安泰公司不得采用任何理由收取昊宇公司未售出的房屋、车位等闲置费用,是否矛盾;如矛盾,是否应适用前期物业服务合同第4条约定“补充协议与本合同存在冲突的,以本合同为准”。首先,主合同第7条约定的“未出售房屋的物业服务费”与补充协议第5条约定的“未售出的房屋、车位等闲置费用”是指同一费用,该两项条款的约定存在矛盾。其次,对于上述两项条款之间的矛盾不应适用主合同第41条解决。第一,主合同第41条的约定不符合常理,如补充协议与主合同存在矛盾以主合同为准,那么补充协议就没有存在的意义。第二,主合同系安泰公司提供的格式合同,其对同一天签订的补充协议与主合同约

定相矛盾亦是明知的,而其未尽合理的告知义务,因此,应以非格式条款的补充协议的约定为准。最后,因备案在王某名下的11处房产并非真实买卖关系,亦属于未售出房屋,不应交纳物业费。故判决驳回安泰公司的诉讼请求。

宣判后,安泰公司不服,提起上诉,请求撤销一审判决,依法改判或发回重审。主要理由:1.一审法院认定“未出售房屋的物业服务费”和“未出售房屋、车位等闲置费”为同一费用没有任何依据,据此认定主合同与补充协议存在矛盾,属认定事实错误;2.前期物业服务合同是通过招标方式,经双方协商一致签订的,不是格式合同;3.即使是格式合同,因前期物业服务合同已在沈河区小区管理办公室备案,双方在履行合同中发生纠纷,也应以备案合同的约定为准。

被上诉人昊宇公司答辩称:同意原审判决,请求维持原判。

原审被告王某答辩称:服从原审判决,按常理我也买不起这么多房子,我只是昊宇公司的一名司机。

辽宁省沈阳市中级人民法院二审经审理认为:本案上诉人安泰公司的诉讼请求为要求昊宇公司、王某履行约定交纳物业服务费的义务,总计265万元及利息。对于能否支持安泰公司的诉讼请求应以其与昊宇公司是否存在物业费交付关系为基础和前提,故本案应就安泰公司的诉请是否具有合同及法律依据先行进行审理和认定。即若依据成立,则在此基础上再进行物业费数额的认定,否则,对其诉讼请求不予支持。

《物业管理条例》第42条第2款之规定:“已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业,物业服务费用由建设单位交纳。”以及双方签订的前期物业服务合同第7条之约定,可以初步看出安泰公司的请求具有合同及行政法规依据。但与此相悖,双方补充协议第5条对此内容予以变更。根据《合同法》第77条之规定:“当事人协商一致,可以变更合同。”本案中,双方对于补充协议第5条是否构成对主合同第7条内容进行变更存在争议。安泰公司主张补充协议中的“未售出的房屋、车位等闲置费用”不同于主合同中的“未出售或未交付物业的物业服务费用”,其称闲置费用是指签订合同前、物价部门没有核准前所发生的物业费用。而昊宇公司则认为两者为同一概念,补充协议系为变更主合同部分内容而签订,当时在对方认可的情况下,才确定由安泰公司进入园区提供物业服务。对于双

方该争议,二审法院认为,根据《合同法》第125条之规定:“当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。”应对合同双方当事人缔约时的内在真实意思表示和外部表示行为因素结合考虑予以认定。首先,从字面意思来看,“未售出的房屋、车位等闲置费用”与“未出售或未交付物业的物业服务费用”应为同一概念,因安泰公司除请求昊宇公司支付该物业服务费用之外,再无他项闲置费用支付请求权。其次,从补充协议整体内容来看,该协议作为主合同的补充,绝大部分条款约定了安泰公司受昊宇公司委托,配合其经营而承担的义务,现安泰公司并未举证证明该协议存在无效的情形。同时,经审查,《物业管理条例》的相关规定系对已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业所产生物业服务费承担的管理性规定,并非是效力性强制性规定,即并未禁止当事人对该项费用的承担予以合意变更的意思自治行为,故对补充协议的法律效力应予以肯定。再次,从约定目的来看,前期物业服务合同为行政主管部门制发的格式合同,对其内容修改需要通过签订补充协议的形式予以变更,这也是双方签订补充协议目的所在。进言之,补充协议的第5条系为变更主合同第7条而产生的具有针对性的约定,否则,即无约定之必要。最后,从交易习惯来看,双方作为房屋开发建设和物业服务经营企业,均应具有较强的专业性认识,安泰公司在其签字盖章的补充协议中对第5条中使用的“闲置费用”一词未标注任何例外性文字说明,对其应采用行业惯例的理解,即理解为等同于主合同第7条约定的未出售或未交付物业的物业服务费用;而且,在合同订立后,安泰公司并未对此表示反对,且实际对园区提供了物业服务,故其应受补充协议条款的约束。综上所述,通过补充协议第5条的约定,安泰公司自行放弃了其先期具有的向昊宇公司请求支付闲置物业服务费用的权利。

关于安泰公司提出前期物业服务合同是通过招投标方式签订,不属格式合同,即使是格式合同,亦应按不利于在招投标中处于强势地位的被上诉人而作出解释,该合同第41条约定了“本合同未尽事宜,双方可另行以书面形式签订补充协议,补充协议与本合同存在冲突的,以本合同为准”,故补充协议不构成对主合同已经约定内容的变更的上诉主张。现有证据均无法证明补充协议具有无效或可撤销情形,且无论主合同第41条是否

具有格式条款性质,均属一般条款,而补充协议第5条则为特殊条款。同时,双方在补充协议第9条亦约定了“上述各条款,经双方协商一致同意。本协议与其他各项协议具有同等法律效率(力)”,对补充协议中的特殊条款效力进一步强化。现安泰公司仅以主合同中的一般条款否定补充协议中的特殊条款的效力,属依据不足,亦属禁止“向一般条款逃避”原则,即在特殊条款与一般条款不一致时,特殊条款应视为对一般条款的例外,其效力及证明力应强于一般条款,因此,安泰公司的该上诉主张不足以反驳及否定补充协议条款的有效性,其应承担相应的法律后果。

鉴于安泰公司据以请求昊宇公司支付闲置物业费的合同依据和理由无法成立,安泰公司提出对该物业费数额的审计的主张亦失去了前提和基础。至于安泰公司要求昊宇公司、王某交纳备案在王某名下11处房产的物业服务费的主张,根据现有证据,均无法认定昊宇公司将此房产备案在王某名下的行为构成真实的房屋买卖合同关系,且昊宇公司亦未将该房产交付王某实际使用,仍属于未售出房屋,依据双方补充协议的约定,安泰公司亦无权主张二者向其支付该房产的物业服务费即闲置费用。故判决驳回上诉,维持原判。

后安泰公司向辽宁省高级人民法院申请再审,被驳回。

【评析】

笔者认为,本案最值得探讨之处在于双方当事人,在合同变更过程中,对相关条款的理解存在冲突时,法院如何找寻适合的法律依据或法理基础,作出准确解释并加以认定。

(一)合同变更的概述

合同生效后,由于当事人预见能力的局限性、现实生活的多样性,以及语言的丰富性,难免出现某些合同权利或义务约定不妥当或不明确之处,因此,合同的变更在所难免。

1. 合同变更的内涵

合同变更有广义与狭义之分。前者包括合同主体和内容的变更,后者仅指合同内容的变更。我国《合同法》第五章对合同变更与转让分别进行了规定,对合同变更采纳了狭义概念。由此,合同变更,是指当事人约定的合同的内容发生变化和更改,即权利和义务变化的民事法律行为。

2. 合同变更的要件

根据我国相关法律的规定,合同变更应当具备以下要件:(1)原已存在有效的合同关系;(2)变更后合同不存在法律规定的无效情形;(3)符合相应的条件。如协议变更的,应当获得各方当事人的一致同意;请求变更的,应当具备请求变更的法定事由;(4)遵循法定的程序和方式。

3. 合同变更与黑白合同之比较

黑白合同,是指当事人就同一合同标的签订两份以上实质内容不一致的合同。黑白合同的存在,严重违背了公平竞争原则。在司法实践中,当事人往往将黑白合同与合同变更混为一谈,实际上两者有明显不同。(1)当事人意思表示是否真实不同;(2)合同内容是否合法不同;(3)当事人的目的能否实现不同;(4)涉及合同实质内容是否变化不同;(5)变更适用的程序不同。总之,黑白合同与合同变更存在本质差别,合同变更为法律所允许,黑白合同则违反了相关法律规定,违背了公共利益。

(二) 合同变更中的冲突解释方法

英国大法官丹宁曾说:“在法律的日常实践中,最重要的问题是对文件的解释。”^{〔1〕}我国《合同法》第125条所规定的5种合同解释方法,与其说是合同解释的规则,不如说是合同解释的方向,彰显了现代《合同法》从形式正义朝兼顾实质正义的转向。众所周知,合同是当事人合意诉诸文字的产物,那么具体言之,在合同解释方法论视野下,对合同进行解释首先应考虑对合同的用语按照通常的理解进行解释。其次,如果合同条款所使用的文字含义与当事人所明确表达的目的相违背,可以按照合同的目的予以解释,而不必拘泥于文字。再次,在前两者仍不能解决双方的矛盾时,则应考虑适用整体解释,对当事人在合同中使用的语言文字,结合上下文及其他条款所使用词语综合考虑以把握其真意,而不宜将合同的只言片语作为当事人的真实意思,断章取义。再次,在采用上述三种解释仍无法解决分歧时,则再考虑采用交易习惯来解释当事人的意思,交易习惯不仅可以用来解释合同条款的含义,也可用于填补合同之漏洞。最后,只能是在适用其他解释方法均不足以解决问题时方可适用诚信原则。

笔者认为,虽然该规定限定了“当事人对合同条款的理解有争议的”

〔1〕 丹宁:《法律的训诫》,群众出版社1985年版,第31页。

情境,但对该情境的理解不应仅局限于对合同中某一特定条款或特定用语的解释适用,对于条款相互之间的冲突,更需要运用该规定予以明晰。而且,对合同条款的争议,当然包含合同变更中前后相关条款出现分歧的情形,同理可寻,合同解释的基本方法应适用于合同变更的冲突解释之中。

(三) 禁止向一般条款逃避原则的法理界定

一般条款,顾名思义,意指为人所知,普遍适用于某类合同中的一般性、非特殊性条款,具有概括性、通用性、抽象性等特点。但“一般条款”一词被法学家尤其是成文法国家赋予了特殊的法学含义。一般条款产生于德国的立法,后来被瑞士、日本及其他借鉴《德国民法典》的国家所采用。卡尔·拉伦茨在其名著《德国民法通论》中谈道:“为了减少抽象概括立法体裁的缺点,立法者在法典中规定了一些‘一般条款’,这些条款具有指令的特点,属于判断标准,其内容还需要加以填补。”^{〔1〕}日本民法学者山本敬三曾指出:“一般条款是没有特定要件和效果的条款。”^{〔2〕}梁慧星教授通过揭示一般条款的特征给出如下定义:“所谓一般条款是指法律中的某些不具有确定内涵、外延,又具有开放性的指导性规定,其文义是空泛的、抽象的,表达立法者的价值倾向,其具体内涵需要法官于具体个案中依据价值判断予以具体化。”^{〔3〕}

最为人们熟知和称道的一般条款是诚实信用条款,在德国又被称为帝王条款,同时《瑞士民法典》将其列为法典的第2条,成为规范整个民法的条款。^{〔4〕}依此原则为例,禁止“向一般条款逃避”原则的缘由除了逃避有损法律权威的功能外,更实际的一点乃基于一般条款的自身特点。如英国的路易·古德所言:“我们在英国发现很难采纳一种诚实信用的一般性概念,我们不知道它究竟意味什么”。这种不确定性一方面给予法官自由裁量,另一方面则要求法官给予这种不确定的概念以相对的具体化,因为太多边际模糊的情形不仅不能使案件当事人对判决结果信服,更不利于对今后的民事行为给予明确的引导和规范。由此得出,司法实务要尽量避免判

〔1〕 [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第34页。

〔2〕 [日]山本敬三:《民法讲义·I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第397页。

〔3〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第292~298页。

〔4〕 王泽鉴:《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001年版,第244页。

案依据的相对空洞化,即禁止直接引用一般条款作为判案依据。

(四)禁止向一般条款逃避原则在本案中的比照适用

如上所言,一般条款大致可列有如下特征:其一,一般条款不具有明确的内涵和外延;其二,一般条款极具抽象性、概括性;其三,一般条款在适用时需要价值填补和内容具体化;其四,一般条款没有统一设定的要件和预定的效果。这与本案中双方争议的主合同第41条的约定有异曲同工之处。该合同赋予双方对未尽事宜可另行签订补充协议,但又提到补充协议与主合同存在冲突时,以主合同内容为准。一方面,其约定内容具有高度的概括性,既对需要变更的条款没有明确的指向,亦未对产生何种冲突予以设定。另一方面,其内涵和外延均具有不确定性,发生争议时需要裁判者进行后期的解读,故此可谓系属双方主合同中的一般条款。而双方签订的补充协议第5条对主合同第7条的内容进行了变更,具有明确的指向和新的合意,具有特定的要件和效果,应属特殊条款约定。可见,贵为帝王条款的诚信原则在未能穷尽其他解释规则的情形下尚不能直接适用,相比照于本案主合同第41条具有一般意义的兜底性条款,在包含具有明确变更意思表示的特殊条款在内的补充协议业已达成的前提下,其排除特殊条款适用的途径已然阻却,其解释效力更无法超越特殊条款。

需要指出的是,经过笔者查阅,本案引发主要争议的主合同第41条款亦出现在住建部前期物业服务合同(示范文本)之中,而恰恰在其使用说明中,特别注明“经协商确定,建设单位和物业管理企业可对本示范文本的条款内容进行选择、修改、增补或删减”,^[1]这一方面印证了该争议条款并非效力性强制性规定,另一方面说明该示范文本亦有需要细致考量并加以完善之处。本案合同变更冲突解释的复杂性,表现在法官本已找到了适用于认定事实的条款解释,但同时发现与确立的事实极相类似的另一事实,却由另一条款赋予了完全不同的法律后果,因此感到条款之间存在冲突。本案法官并没有局限于一般性思维,创新比照适用禁止向一般条款逃避原则,进行实务研判,不失为探寻民法学意义上一般条款本源的回归,同时避免陷入格式条款循环解释的泥沼之中。

[1] 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第421页。