

宁波市北仑区人民法院审判研究丛书

司法实践中的 实务

热点透视

(2 0 0 9)

邬凡敏 主编

人民法院出版社

宁波市北仑区人民法院审判研究丛书

司法实践中的实务 热点透视（2009）

邬凡敏 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法实践中的实务热点透视: 2009/ 邬凡敏主编. —北京: 人民法院出版社, 2009. 11

(宁波市北仑区人民法院审判研究丛书)

ISBN 978-7-80217-920-2

I. 司… II. 邬… III. 司法—工作—中国—文集—2009 IV. D926—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 203421 号

司法实践中的实务热点透视 (2009)

邬凡敏 主编

责任编辑 贾 毅
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) 67550542 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 218 千字
印 张 8.125
版 次 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-80217-920-2
定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

序

蒋剑巍*

法律制度终究是关乎于人的制度，法学问题也终究要为无限大众服务。正是人类从“政治人”（亚里士多德云）摇身变为“经济人”（亚当·斯密的定义），其中又暗示出并不缺乏“符号动物”（卡西尔语）的基因，人类的理性才得以不断的提升，我们也才有更大的勇气和能力来反省自己。所以，人类社会的“管理之道”始终在毫不气馁地寻求与“人性”变化的同步，法律作为管理制度重要之一种，其意义自然非凡。可是，法律制度设计、革新的始发点究竟在何处？我想，决然不会是学者拍脑袋的发明，也恐怕不能单纯寄希望于社会的自变，稳妥之路当潜藏在我们对于“具体问题”的关注之下；而问题的本源又来自于何方？是立法实践中的困惑，是司法实务中的棘手，是执法过程中的疑虑，是遵纪守法中的迷惘……但都缺少不了参与问题者对于科学的问题理论体系的认知。

近年来，人民法院在审判执行领域实践了不少鲜活的经验，对这些经验加以总结、分析和利用，不但可促使我们加深对法律本体的认识，且会对“问题”的厘清与破解产生积极作用——这显然构成了法院调研的基本动能和意义。诚如浙江高院齐奇院长所言：调研工作最紧要的是解决审判实务问题。面对人民群众对

* 浙江省宁波市中级人民法院院长。

司法工作日益增长的高期待、高要求，我们唯有不断解放思想、开拓思路，创造性地开展调查研究工作，在实践领域将问题打包，以实践需要为视角将问题破解，才能不辜负“为大局服务、为人民司法”的时代重任。

希望北仑法院将此丛书作为解决审判实务难题的重要平台，通过不懈的努力，营造出法院学习和研究的浓厚氛围，培养出一批精通调研的学者型、专家型法官，让实践发展与理论创新形成良性互动。

是为序。

2009 年 11 月

目 录

试论“明确的被告”

——从实践的角度反思民事诉讼被告主体资格的审查

..... 贾旭辉 (1)

论抵押权与所有权保留竞合之处理 薛天祥 (7)

论惩罚性赔偿的可行性 吴希松 (15)

好意同乘的民事责任 严学军 (24)

公示催告制度的立法缺失及其完善 卞 杰 (36)

论既判事实的预决力 倪联辉 (46)

民事速裁机制的经济学分析

..... 张 怡 (56)

雇员受害赔偿案件疑难问题探析

——谈人身损害赔偿司法解释第 11 条的理解与适用

..... 朱宗游 (71)

论专利实施许可下被许可人的诉讼资格

..... 周 敏 (81)

婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务的性质认定

——以北仑法院 2004 年以来司法判例为基础

..... 何菊花 谢 敏 (90)

论住宅物业管理中的保安责任 袁士增 (99)

我国现行执行救济制度存在的问题及完善 宋建侠 (114)

论执行中的轮候查封	王献军	薛天祥	(124)
执行保证适用初探	周	敏	(134)
交通事故案件中有关损失的认定	杜	宇	(146)
审判实务中工伤认定的若干问题	徐宏伟		(160)
理论与实务——双重规范下的票据质押	卞	杰	(167)
利用公司债券开展并购的法律空间	郑智杨		(182)
“犯罪结果分层说”之提倡			
——作为确定个罪罪过形式的一种进路	张晓华		(189)
从客观要件的重合性谈抢劫罪与敲诈勒索罪之界定			
.....	俞毅刚		(209)
酌定量刑情节现状浅析	赵	涛	(216)
驾驶员盗窃运输途中集装箱货物行为定性研究 ...	殷东伟		(230)
未成年人刑事责任年龄的审查与认定	张	萍	(241)

试论“明确的被告”

——从实践的角度反思民事诉讼被告主体资格的审查

贾旭辉^{*}

【内容提要】 “有明确的被告”是当事人起诉法定基本要件。实践中“有明确的被告”，重点是在‘有’字，还是否必须是“适格”，争议颇大，本文实践出发，认为“明确的被告”包含两层意思：一、有确切的所在的形式上被告；二、与原告之间存在有法律事实及相关证据证实的法律关系的实质意义的被告。

依照《民事诉讼法》第108条的规定，当事人起诉必须符合的基本要件之一即是“有明确的被告”，但如何界定“明确的被告”的涵义一直以来都是司法实务中的难点。目前通行的观点认为，“审查立案时只要明确谁是被告就可以了，至于这个被告是不是符合条件，在起诉时无需确定，因为被告是否符合条件，一般只有经过审理才能确定。”^①也就是说，法律要求“有明确的被告”，“重点在‘有’字。至于该被告是否必须是适格的被告，法律未作规定，审查立案时没有必要对此苛求。”^②对上述观点

^{*} 宁波市北仑区人民法院监察室主任，法学学士。

^① 奚后如：《一审立案如何适用民事诉讼法第一百零八条》，载《人民法院报》2002年7月20日。

^② 张名实：《人民法院受理案件是否有必要审查被告的主体资格》，载《立案疑难问题解答与研究》，法律出版社2006年版，第41页。

笔者难以苟同，该类观点不仅有悖法理，在司法实践中也带来重重弊端，既与当事人主义的理念不符，又对保障当事人权利无实质意义，同时浪费司法资源。对此，笔者将在后文详述，笔者认为，有明确具体的被告是起诉的实质要件之一，“有明确具体的被告”这一概念本身包纳了两个层面：一是有“明确”的被告，既要有具体的告诉相对方，明确相对方是谁，又要有具体相对方确切的所在，明确相对方的地址住所，通过身份和空间处所两个要素把相对方固定成为“明确”的被告。二是有明确的“被告”，即不仅要明确告诉相对方形式上的身份（姓名、性别、年龄等），还要明确相对方与原告之间法律关系、法律事实及相关证据。

一、“明确”的被告

对于起诉要有具体的告诉相对方、明确相对方的姓名、年龄、性别等形式要素这一点毋庸置疑。主要的分歧集中在是否有明确的所在，也即是否要明确被告具体、真实的空间处所，上述通行观点认为对此不应苛求，只要明确被告是谁就可以了。笔者则认为明确具体的所在是“明确的被告”的基本要素，不可或缺，有这样两个案例：

案例一 法院根据原告张某在诉状中提供的地址向被告王某送达相关法律文书，经了解房主晚间才在。于是法院又于夜间前往送达。但房主却不是被告，次日由原告陪同在其他地址找到了被告王某，原告张某在诉状中提供了错误的地址。但法院为该案法律文书的送达费了两天一夜的时间。

案例二 原告李某在诉状中将被告赵某曾临时住过的地址作为住所，但原告李某不清楚被告赵某具体的住所地或居住地，无法向法院提供被告的准确所在，使法院既无法确定对该案是否具有管辖权，又无法公告送达或驳回起诉。另一方面，案件审理期限从立案之日起开始计算，送达起诉状副本等法律文书也都有法定的期限。在这种情形下，法院只能主动想方设法调查被告有关

状况，这显然违背了司法中立消极的原则。

窥一斑而见全豹，从以上案例我们可以看出，通行的观点在实务中将带来如下弊端：

1. 不利于管辖权制度的遵行。管辖权问题是评价民事诉讼程序正当性和判决有效性的标准之一。“管辖权得不到普遍遵行将导致人类秩序的紊乱”、“超出管辖权所作的判决不必遵守”等法谚都生动地阐明了管辖权制度的重要价值。但是如果依照通行观点，立案时对被告主体资格审查尽量放宽，不要求提供被告具体处所的话，那么管辖权制度运行必然陷入混乱。道理很简单，“原告就被告”是管辖的一般原则，如果被告住所地不具体或不真实则从根本上动摇了管辖权的基础与合法性，也就是管辖权据以确定的依据事实虚无或先天扭曲了，其原因或者出于原告无意的疏漏，或者由于恶意的企图改变案件的管辖，但不论何种原因导致的被告所在不明都将阻碍管辖的明确和管辖权制度的有效运行。

2. 不利于当事人权利的保障。原告都是从保护自身合法权益这个正当目的出发而启动诉讼程序，其根本目的在于实体权利的保障。当然，笔者绝无“实体为重、程序为轻”之意，通行观点主张对被告主体资格审查条件放宽，其核心理论依据就在于“保护当事人的诉权”，认为起诉权与实体权是分离的，并且前者具有独立的价值。毋庸置疑，提供对当事人诉权的保障对缓解实践中一度存在过的起诉难，告状难问题发挥了积极的作用，但问题不在于是否要保障当事人的诉权，而在于如何保障，或者说，是否依通行观点所主张的放宽被告主体资格审查条件就确实能够保障当事人的诉权呢？抑或要求明确被告所在就是与保障诉权理念相冲突呢？笔者认为绝非如此。首先，任何权利的行使都是有界限的，权利的运行都有其自身的规制。没有不受制约的权利，诉权作为权利的一种，当然也离不开它运行的条件，离不开合法的规制，要求起诉时明确被告的所在绝非苛求。诉讼相对方特定

化是启动一场诉讼起码的要件，而仅仅只提供被告形式上的诸如姓名、性别等要素是无法将相对方固定、特定化的。举一个例子，中国地广人稠，同名同姓之人不知凡几，如原告起诉时只明确相对方为张三，男，30岁，那么符合该特征的不是特定的个体而将是叫“张三”的庞大的群体，这种情形又如何称得上有“明确的被告”？即使法院受案后主动调查甄别，整个过程也是拖沓漫长的，损及的不仅是当事人自身的权利，还有司法的效率与威严。

其次，对权利的保障要义在于保护权利在应用界限内的自如行使而非模糊、不设应有界限的放纵。在立案阶段，对诉权的保障集中体现为界定出清晰、合理的起诉要件并在符合该要件的前提下充分保护起诉权的行使，如果如通行观点所主张那样放宽对被告主体资格审查实质上模糊了起诉的要件，不但无益于正当权利的保护反倒会在某种程度上诱导权利的滥用使部分当事人不经周全考虑和必要准备即仓促启动诉讼，待发觉被告所在有误或不明时再加以改动或干脆依赖法院调查甄别，无论哪种情况都会助长当事人非正当行使权利的心态和司法资源的无谓浪费。

综上，明确被告具体的空间处所是“明确”的被告这一起诉要件的应有之义，否则既会导致管辖权制度运行的混乱又不利于保障当事人合法权利的正当行使。

二、明确的“被告”

原告起诉是因为其权利受到侵犯或其权利需要确认，为程序意义上的权利主体；被告被诉则是因为被指控使原告的权利受到了威胁或损害。为程序意义上的义务主体。也就是说，由于原、被告是权利、义务的相对方，所以作为被告除了必须符合上文所述“明确”的条件外还应当是与原告主张的权利可能有利害关系，至少在原告的主张中要反映出被告与原告主张的权利有利害关系，这一点与作为原告的条件是相对应的。立案时对被告主体资格的审查是分成两个层面的，第一个层面是前文所述的“明

确”的被告，更确切地说，这一层面的审查实质上只能达到有明确的“人”的标准，至于该人是否与原告主张的权利有利害关系，是否是本案适格的“被告”则有赖于第二层面的审查了。而这是实务中常常被混淆或忽略的，不注重明确的“人”与明确的“被告”之间差异所导致最主要的弊端即是非诚信诉讼，滥用起诉权。它集中表现为如下情形：

1. 盲目性诉讼

原告起诉前不作冷静的分析和调查，便向法院提起一个毫无事实根据和法律根据的诉讼。原告起诉时提供的被告身份及所在都是真实具体的，其主观心态也不存在故意使相对方遭受不当损害的目的，但由于缺乏对其权利利害关系的正确认知和判断，致使提起一个毫无根据之诉。如原告向张三提起违约之诉，但原告只要稍加调查即可知张三本为李四的代理人，实际的违约者是李四而非张三，对张三而言，其为该盲目的诉讼所耗费的物力与精力最终都是无意义的。

2. 非正当性诉讼

这一类起诉情形多种多样，一般原告启动诉讼程序都是出于维护自身合法权益的正当目的。当事人为了胜诉往往置道义于不顾。有的原告因真正的被告已无力清偿债务或财产不易查明，为实现自己权益往往会将经济实力雄厚，信用状况良好但与其主张的权利却无法律上利害关系的法人列为共同被告以求得一丝侥幸；有的在无法确定被告的情况下，本着“宁可错杀一个，不可放过一个”的想法，而将其认为可能承担责任的主体全部列上，比如原告对行为人是否为职务行为无法确认时，就将行为人与其所在单位列为共同被告。因原告无需承担错诉责任而“聪明”地避免了因应诉主体未列而被驳回起诉的危险，但其中不需要承担责任的被告却白白花费了许多精力证明自己的“清白”，在一对一的纠纷中胜诉的被告尚还可以败诉的原告负担诉讼费的后果得到一点安慰，此时他的权益有损却无以安慰。还有的原告出于争夺管辖权而多列共同被告，在对真正被告财产保全后，又借机撤

回多列的被告，而被多列的被告白白投入精力物力后很难不对司法的公正和法律的权威产生质疑。

以上是滥用起诉权两类最常见的情形，第一类情形中法院审查时往往难以发觉，法院所能防范地主要在于第二类情形，只要正确理解适用被告主体资格审查所具备要件，关注到明确的“人”与明确的“被告”之间的区别，围绕“与原告主张的权利有法律上利害关系”这一核心，就可以在起诉阶段阻拦大部分的非正当诉讼。防止起诉权的滥用，维护司法的权威。

总而言之，立案时对被告主体资格的审查的法律根据即是有“明确的被告”。它包纳了“明确”的被告与明确的“被告”两个层面，两者互为表里、不可或缺。实务中尤需明确两点：一是明确具体的空间处所是“明确”的被告应有之义；二是明确的“被告”与明确的“人”是两个不同的概念，前者是与原告主张的权利有法律上利害关系的特定的义务主体，是后者在诉讼中主体地位的特定化与合法化。只有同时符合“明确”的被告和明确的“被告”两个要件的特定个体才能成为法律意义上“明确的被告”，才是适格的。

论抵押权与所有权保留竞合之处理

薛天祥^{*}

【内容提要】 本文通过在法院实际执行中的案例引出，通过对民商法基本原则价值的考量以及各国立法例和国内主要学派的观点来进行学理分析，同时结合中国相关立法规定和最新的物权法，并通过所举案例对执行中遇到的抵押权与所有权保留竞合情况提供指引。

引论：案情简介

宁波某机械有限公司与宁波某模具制造有限公司货款纠纷一案中，申请人宁波某机械有限公司向被执行人宁波某模具制造有限公司出售 5 台压铸机，并且在合同中约定在机器交付前或交付时支付部分货款，余款在规定期限内分期付清，在被执行人付清货款以前，申请人保留货物的所有权。合同生效以后，申请人依约交付了机器，但被执行人除支付首期款外，未支付任何余款，至 2008 年 3 月 27 日止，被告共欠原告 450345 元。原告要求判令被告返还上述机器，法院判决结果是被告向原告立即支付压铸机款 450345 元。

但是，之后在法院的实际执行过程中，法院执行法官了解到

^{*} 宁波市北仑区人民法院执行局助理审判员，法学硕士。

被执行人宁波某模具制造有限公司在未向申请人宁波某机械有限公司通知并且未征得申请人同意的情况下,擅自将上述5台压铸机抵押给宁波某金融机构,取得抵押贷款70万元。

本案争议的焦点是:(1)被执行人宁波某模具制造有限公司上述抵押行为的效力问题;(2)申请人宁波某机械有限公司的所有权保留的物上返还请求权与抵押权人宁波某金融机构的抵押权何者优先,谁能取得上述机器的所有权。本文试图通过将所有权保留和抵押在执行情况中可能冲突的情形进行列举,并依照所有权保留和抵押权本身的性质和中国相关立法和理论的规定,对解决上述冲突提供建议。

一、法理分析:交易便捷与安全原则的内涵及相互关系

1. 交易便捷原则

所谓交易的“便捷”,是指交易的简便与快捷。市场的快速流转要求物权的转让应该简化交易形式,降低交易成本,也只有这样,财产才能在流转中实现价值的增值。^① 为了达到快速流转的要求,一方面,法律应尽量设计多种交易形式供交易主体选择,满足交易主体多种交易形式的需要。另一方面,法律应该为没有按照法律规定的形式从事交易的主体提供合理的救济途径,以实现对他们利益的保护。^② 特别是交易主体不能按照法定方式从事物权转让时,其合法权利应该得到合理的保障,而不能僵硬地固守法定的物权转让模式,无视其他利益的保护。

2. 交易安全原则

法律秩序分静的安全与动的安全。在物质资源极其丰富、物的流转极度频繁的商品社会,为充分实现物的最大价值,物权法定分止争的功能应该着力于保护动的交易安全。特别是在物权转让场合,为了促进物的流转,对动的安全即第三人的保护就成为

① 张民安:《商法总论》,法律出版社2004版,第105页。

② 张民安主编:《商事法学》,中山大学出版社2002年版,第50页。

必要。^① 因为，在陌生人的交易环境中，当事人彼此的深入了解几乎不可能，人们之间的交易主要建立在相互信赖的基础上，所以，只要具有一定的信赖基础，法律就应该对这种信赖予以保护。这种信赖的保护在法律上表现为对第三人利益的合法保护。特别在若干交易链中，若其中的某个第三人的利益不能得到很好保护，则整个交易链可能就会断裂，交易秩序就会受到损害。所以，现代法律的制度价值应当尽量维护动的安全，保护第三人利益，维护整个交易秩序。物权变动安全原则要求法律为维护交易安全，尽量保护具有一定信赖基础的第三人的利益。在具体制度设计中，要为第三人的信赖提供合理的制度基础和保护。物权法中的善意取得制度、动产交付制度、不动产登记制度、取得时效制度等都体现了维护交易安全、保护具有一定信赖基础的第三人利益的价值取向和精神。^②

为此《物权法》上明确规定了善意第三人取得制度，第 106 条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。”第 108 条规定：“善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。”

二、学理分析：抵押权与所有权保留竞合处理

所有权保留，是指在买卖合同中，买受人虽先占有、使用标

① 王保树：《商法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2002 年版，第 85 页。

② 王利明：《民商法研究》（第 6 辑），法律出版社 2004 年版，第 155 页。

的物，但双方当事人约定的特定条件（通常是价金的一部或全部清偿）成就之前，出卖人仍保留标的物所有权，待条件成就后，再将所有权移转给买受人的制度。

在国外立法中，所有权保留与让与担保制度共同组成非典型担保的两种主要形式。由于我国立法中严禁流质契约，而让与担保实质上属于一种流质契约，因此，让与担保制度在我国并未被采用。但所有权保留制度则被我国立法所采用，如我国《合同法》第133条规定：“标的物所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”从该条中很自然推导出当事人可以自由约定标的物所有权的转移时间。如果当事人对标的物的转移时间有明确约定，依当事人的约定；当事人对标的物所有权转移时间的约定可以排除“标的物所有权自标的物交付时起转移”的适用，以及对分期付款和融资租赁的规定。《合同法》第134条规定，当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。在所有权保留的情况下，当买受人不履行付款义务或者约定的其他义务时，出卖人可以通知买受人解除合同，并取回标的物。当买受人尚未支付价款或尚未充分支付价款或者陷于破产时，标的物所有权不发生转移，出卖人对标的物有取回权。当买受人不履行支付价款或者约定的其他义务，又将标的物转卖第三人，出卖人有追回权，但第三人如果符合善意取得的条件的，应依善意取得制度获得所有权。^①

在所有权保留的买卖中，由于所有权暂不移转，出卖人仍可在标的物上设置抵押担保，出卖人就是抵押人。此时，在所有权转移之前，不可能发生抵押权与所有权保留的竞合，只是出卖人设置的抵押担保期限，不可长于所有权转移的最后期限，否则应视为非法处分他人之物的行为而认定无效。但是所有权保留买卖

^① 王泽鉴：《附条件买卖买受人之期待权》，载《民法学说与判例研究》（第一册），中国政法大学出版社1997年版，第133页。