

民商法学说 与 审判实践

MIN SHANG FA XUE SHUO YU SHEN PAN SHI JIAN

北京市朝阳区人民法院编

人民法院出版社

民商法学说 与 审判实践

王利军 曹永成 王利军 曹永成 编

中国政法大学出版社

民商法学说 与 审判实践

MIN SHANG FA XUE SHUO YU SHEN PAN SHI JIAN

北京市朝阳区人民法院编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法学说与审判实践/北京市朝阳区人民法院编. —北京:人民法院出版社, 2005. 7

ISBN 7 - 80217 - 083 - 4

I. 民… II. 北… III. ①民法 - 研究 - 中国②商法 - 研究 - 中国
IV. D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 079630 号

民商法学说与审判实践

北京市朝阳区人民法院 编

-
- 责任编辑 高绍安
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) 85250510 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 www. courtpress. com
E - mail courtpress@sohu. com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
-
- 开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 502 千字
印 张 30. 5
版 次 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7 - 80217 - 083 - 4
定 价 65. 00 元
-

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

编辑委员会

主 任	李新生		
副主任	鲁桂华	夏俭军	林 军
	王远捷	杨彦军	辛振兴
	赵俊生		
委 员	政玉英	毛 力	马勇进
	李宝贵	郭丽蓉	林子英
	崔长林	张维平	侯纯英
	张 雯	朗团聚	刘双玉
主 编	政玉英		
编 辑	赵一平	原 静	苏亚宁

序

为全面建设小康社会创造良好的法制环境是新时期人民法院审判工作全面实践“三个代表”，确保司法制度在全社会实现公平与正义的根本任务，也是摆在我们面前的新课题。这需要我们不断加强调查研究，认真解决在实现公平与正义过程中出现的各种问题，包括审判实践中出现的各种新情况和新问题。

目前，随着我国小康社会建设的全面启动，改革开放的不断深入，人民法院在审判工作中遇到一些新情况和新问题，这些问题的出现与存在对法院的审判工作提出了新的挑战，但同时，也为人民法院的长期发展提供了良好的发展机遇。加强理论研究，认真解决这些问题，是审判工作实现公正与高效的内在要求，是法官在实践中不断提高自身业务素质和法律修养的有效途径。

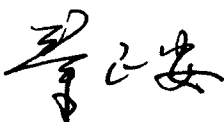
北京市朝阳区是首都经济发展的窗口之一，审判案件具有“案件多、类型新、审理难、影响大”的特点。这是宝贵的审判资源，也是法官开展理论研究的沃土。朝阳区法院的法官们在完成繁重的审判工作之余对此进行了难能可贵的探索和尝试，对目前民商法审判领域的若干重要问题进行深入的研究，内容涉及人身权、物权、债权、法人制度若干问题，票据、保险制度问题，以及民事诉讼法方面的诉讼时效、反诉制度问题等。有些属于我国现行立法的完善问题，如投资法、重整立法等；有些则涉及民商法理论在我国当前司法实践中的理解和运用问题，如精神损害赔偿、票据质权行使等。纵观这些内容，基本上涵盖了民商法的各主要领域。尽管这些都是理论上的研究，但与审判实践的結合，又是从承办各个鲜活案件的法官视野的角度进行的研究，对审判工作进行总结，这决定了本书具有鲜活性、针对性和实践性强的特点。尽管有些观点还显稚嫩，但独特的视角，反映了法官对审判实践中法律适用方面的独特理论思考和研究，这个过程锻炼和提高了法官严谨、睿智的法律思维方式。同时，组织法官对审判实务问题开展研究，也是法官职业化建设，培养专家型法官队伍，提高法官队伍整体素质，增强司法能力，实现司法公正与效率的有效

2 民商法学说与审判实践

途径。

衷心希望这种好的工作作风和严谨的学风能传承下去，并深深根植于审判实践沃土之中，成为一支鲜艳的法学与审判实践相结合的奇葩，为实现十六大提出的“司法制度必须保障在全社会实现公平与正义”做出应有的贡献。

北京市高级人民法院院长

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes that form the characters '王纪中' (Wang Jizhong).

2005 年 4 月

序 言

党的十六届四中全会提出了“加强党的执政能力建设”的重大命题。党的执政能力建设是我党执政后的一项根本任务，其中当然包括党领导的全部司法实践活动。因此，司法能力是党的执政能力在司法领域的集中体现，加强法院和法官的司法能力也是加强党的执政能力建设的必然要求。长期的法院工作实践证明，提高法院和法官的调研能力是加强司法能力的基础。无论是提高法院的司法决策能力和审判管理能力，还是增强法官的法律适用和判决说理能力，都以法院和法官具备较强的调研能力为前提。

北京市朝阳区是首都经济、社会、文化发展最快的区域之一，案件呈现“新、难、大”的特点。朝阳区法院是首都乃至全国的大区法院，由于长期承担巨大的审判压力而面临着审判方式改革、审判管理模式创新的艰巨任务。这些情况既是对朝阳法院和朝阳法官的挑战，也是增强我院司法能力，提高我院法官司法水平的历史机遇。面临这样的历史机遇，我院法官对民商事审判领域出现的新问题、新情况做了有益的探索和尝试，在出版《民商法学说与审判实践》（第一卷）的基础上，经过多年审判经验的积累和法学理论的学习，集中我院最新的调研成果，《民商法学说与审判实践》（第二卷）也将付梓印刷。与第一卷相比，此次登载的调研成果在审判实践与法学理论的结合上有较大侧重，突出反映和解决了法律适用中的一些疑难问题。除了反映案件审理中的法律实践问题外，本书还集中收录了相当一部分有关司法决策和审判管理方面的理论成果。从总体上说，本书更贴近司法实践，更贴近法院工作实际。

2 民商法学说与审判实践

当然，由于观察问题视角的局限和理论功底的欠缺，我们的法官提出的见解和建议难免有偏颇、稚嫩之处，这也是我们继续学习提高的契机和动力，希望各界同仁多对本书提出批评和建议，帮助朝阳区法院和法官在提高司法能力的道路上继续前进。

北京市朝阳区人民法院院长



2005 年 7 月

/ 目录 /

1 序

1 序言

一、民商法理论研究

1 张 华/垫付责任相关诉讼管辖问题探讨

6 张 雯/论夫妻日常家事代理制度在我国民事审判中的运用

16 陈晓东/当前物业管理纠纷案件的难点及对策

25 赵一平/论立约定金罚则在商品房买卖合同纠纷中的适用 ——兼谈《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条

33 张 雯/关于环境噪声污染侵权纠纷案件的若干问题初探

43 刘建刚/农村房屋买卖法律问题初探

53 赵一平/论账户质押中的法律问题

64 张颖辉/有限责任公司股权转让中的几个法律问题

71 钟蔚莉/国企改制中的债务承担及原企业出资人的风险与控制

78 杨 威/重新审视对公共权力机关名誉权的司法保护

89 王远捷/关于重新构建我国民事诉讼简易程序之我见

100 史德海/道路交通事故损害赔偿案件中的几个常见问题

108 冯 慧/答辩失权制度管见

——程序价值与答辩制度之契合

119 苏亚宁/浅谈我国物业管理存在的问题及法律机制的完善

132 宋淑华/电子商务中的电子证据问题刍议

- 148 姜春玲/财物返还有关问题的探讨与处理
- 164 王继红 俞里江/论现代司法理念下劳动争议解决机制的重构
- 178 夏俭军 原 静/论民事诉讼收费制度的现状与改革
- 194 鲁桂华/浅谈善意占有的法律保护
- 201 鲁桂华/物业管理公司的保安义务与责任
- 211 政玉英/试析强制执行中的股权执行
- 220 政玉英/论执行穷尽原则及其立法完善
- 231 政玉英/论执行和解制度及其法律完善
- 242 钟蔚莉/对户外广告纠纷案件的分析
- 253 研究室/关于民工权益保护问题的思考
- 265 民二庭 研究室/汽车消费贷款案件存在的问题及解决的建议
- 274 民四庭 研究室/庭前准备阶段加强调解工作的可行性分析
- 286 望京法庭课题组/商品房买卖合同纠纷案件的审判要点
- 295 双桥法庭 研究室/加强新时期人民调解工作指导的思考
- 310 民三庭/对不正当竞争纠纷案件审理的几点思考

二、民商案例评析

- 324 陈晓东 马 铁/公民个人购买的福利分房可以依法遗赠他人
——析桂平等与魏代花房屋遗赠纠纷案
- 329 姜春玲/因所购商品房的标号楼层与实际楼层不一致引发的纠纷
——析刘某与京港物业发展有限公司商品房买卖合同纠纷案
- 335 陈 征/住户燃气爆炸煤气公司有无责任
——评同楼其他业主与高某燃气爆炸损害赔偿纠纷案
- 342 张 雯 胡显发/公众人物名誉权保护与新闻自由的冲突及衡平
——评著名歌手高晓松与雅虎香港控股有限公司侵害名誉权案

- 349 陈晓东/验资机构出具虚假验资证明给其他利害关系人造成损失应承担怎样的民事责任
——析高翔航空皮件厂与华龙会计师事务所虚假验资损害赔偿纠纷案
- 353 汪 冬 何青叶/对有争议的公证债权文书的执行
——析王某与程某公证借款协议执行纠纷案
- 356 张 丽/调解书制作要立足已经发生的案件事实
——析许晴与北京其汇房产建设有限公司商品房预售合同纠纷案
- 362 郭莉蓉/撤销权成立是否以撤销权人已对债务人享有债权为要件
——析北京兆维电子(集团)有限责任公司与中国对外贸易咨询公司撤销权纠纷案
- 368 高 萍 陈 征/经营者非营业时间未尽安全保障义务致他人受伤应在过错范围内承担赔偿责任
——析潘郭群与北京宴江南餐饮有限责任公司损害赔偿纠纷案
- 373 林子英/未按期交付剧本创作稿是否构成违约
——析华艺影业发展有限公司与李志明等委托创作合同纠纷案
- 380 林子英/未经作者许可收编作者文章的侵权行为应承担什么责任
——析余秋雨与中国文联出版社著作权侵权纠纷案
- 386 张 雯/国际惯例在涉外法律关系中的认定
——析刘驰与荷兰皇家航空公司损害赔偿纠纷案
- 390 史德海/未定履行期限债权的诉讼时效期间应如何起算
——析刘某与鲁某借款纠纷案
- 397 赵一平/论信托关系的形成及其法律责任
——析龚林芳与北京零重力投资顾问有限公司委托合同纠纷案

- 403 任 頌/包含多个完整意思表示的要约具有可分性
——析农行亚运村支行与北京和平实业集团等借款合同纠纷案
- 413 汪 东 何清叶/申请执行人在参与分配时对已申请保全的财产不享有优先受偿权
——析张某申请执行某房地产开发有限公司诉讼保全财产案
- 419 刘双玉 牛东华/网络游戏中虚拟财产赔偿案件引发的法律思考
——析李某与某科技发展有限公司网游网虚拟装备丢失赔偿纠纷案
- 427 胡显发/违约责任与侵权责任竞合的处理
——析郭某与某医院医疗美容赔偿纠纷案
- 436 俞里江/合同有效成立情况下的缔约过失责任
——析徐高与北京中鸿天房地产有限公司商品房预售合同纠纷案
- 441 郭莉蓉 蔡 黎/政府采购纠纷案件的处理
——析某医疗设备厂与某畜牧兽医总站等招投标纠纷案
- 449 张 雯 胡显发/关于离婚后未成年子女姓名权纠纷处理的法律思考
——评刘某与吴某姓名权纠纷案
- 454 郭莉蓉 蔡 黎/垫付责任相关诉讼管辖问题探讨
——析王香荣与中国民族证券有限责任公司等证券损害赔偿纠纷案
- 465 刘建刚/医院丢失病灶标本应承担何种责任
——析耿某与某医院病灶标本丢失赔偿纠纷案
- 474 钟蔚莉 赵一平/综合考虑案件事实及诚实信用原则确定合同当事人的从义务
——析会之光公司与中国医师协会会展合作合同纠纷案

一、民商法理论研究

垫付责任相关诉讼管辖问题探讨

张 华

一、案 情

原告：田某，男，住某市 A 区。

被告：刘某，女，住某市 B 区（系死者付宇之母）。

被告刘某的儿子付宇驾驶原告田某所有的二轮摩托车，后乘另一人王磊，当行至某市 A 区某路口时，与白某驾驶的大客车相撞，付宇当场死亡，王磊受伤经医院抢救无效死亡。

经交管局交通事故责任认定，付宇负事故的主要责任，白某负事故的次要责任，王磊负自身损害的次要责任。

后王磊之母诉至 A 区法院要求田某垫付付宇应当赔付王磊的赔偿金 5 万余元，A 区人民法院受理此案，经法院调解田某为付宇垫付王磊赔偿金 4 万元。

现田某诉至某市 A 区法院，要求被告刘某给付原告为其垫付的赔偿金 4 万元。

A 区人民法院的立案人员就此案的管辖问题展开讨论。

二、争 议

一种观点认为此案不应当由 A 区人民法院管辖。理由是：垫付责任既不属于违约责任，也不属于侵权责任的范畴，因此与垫付责任相关诉讼，应适用《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）关于管辖的一般规定，由被告住所地人民法院即某市 B 区人民法院管辖。

另一种观点则认为此案 A 区和 B 区人民法院均有管辖权。这其中又分别有两种不同的理由。一种理由是：垫付责任尽管不属于侵权责任，但它是因侵权行为而产生的一种法定义务，应适用《民诉法》第二十九条关于侵权行为确定管辖的原则：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖”。本文所涉及的垫付追偿请求权之诉是车辆所有人在承担垫付责任之后，向真正的侵权人提起的追偿垫付款的诉讼。它的讼因还是侵权行为，所以仍应适用《民诉法》第二十九条的规定，由侵权行为地 A 区人民法院或被告住所地 B 区人民法院管辖。另一种理由是：垫付行为基本可视为一个特殊的法定的债权转让过程，垫付人承担垫付责任之后，即取代受害人取得了侵权之债的债权，因此对垫付追偿请求权之诉仍应适用侵权之诉的管辖原则，由侵权行为地 A 区人民法院或被告住所地 B 区人民法院管辖。

三、分 析

在讨论本案的管辖之前，有必要先确认垫付责任的性质。垫付责任是指在法律法规有明确规定的情况下，当被垫付人因致人损害应当承担损害赔偿责任的而又无力进行赔偿时，垫付人因与被垫付人之间存在某种特定关系而必须代替被垫付人先行支付赔偿金，以使受害人的合法权益得到及时有效的救济的一种民事责任。在我国现行法律体系中，有关垫付责任的规定主要见于：国务院《道路交通事故处理办法》第三十一条规定“交通事故责任者对交通事故造成的损失，应当承担赔偿责任。承担赔偿责任的机动车驾驶员暂时无力赔偿的，

由驾驶员所在单位或者机动车的所有人负责垫付……”和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百六十一条第二款规定：“行为人致损害时年满十八周岁的，应当由本人承担民事责任；没有经济收入的，由扶养人垫付，垫付有困难的，也可以调解或判决延期给付。”本案的垫付责任即为依《道路交通事故处理办法》的规定而产生的。

就垫付责任的性质而言，笔者认为，垫付责任是一种新型的民事责任，既不属于违约责任，也不属于侵权责任。首先，垫付责任不同于违约责任，其产生的依据为法律的明确规定，而非当事人之间约定；其次，垫付责任区别于侵权责任，理由在于：第一，根据民事侵权赔偿责任的理论，侵权赔偿责任以责任人给他方造成损失为承担责任的前提条件，而垫付责任的责任人并不是侵权行为加害方，他本身没有给任何人造成任何损失。第二，侵权责任中的转承责任也无法涵盖垫付责任的内容。转承责任指的是雇佣人对其所雇人员在执行职务过程中的致人损害负有如同自己行为的责任。垫付责任则指侵权行为人致人损害无力承担损害赔偿时，为保护受害人的利益，由与侵权行为人有特定关系的人依法承担先行代为支付赔偿金的民事法律责任。两者从立法的初衷、责任的性质、法律后果等各个方面都存在极大的区别。第三，垫付责任从侵权责任的归责原则上分析，既不符合无过错责任原则的特征，也不符合过错推定原则或公平责任原则的特征。

通过以上论证，笔者认为《道路交通事故处理办法》规定了侵权人所在单位或车主的垫付义务是一种新的债的发生原因，这种新的债的发生原因必然导致一种新的民事责任的产生。这种新的民事责任具有以下一些特征：

1. 垫付人与被垫付人之间从法律关系上分析，仅具有所在单位或车主与驾驶员这一层比较单纯的法律关系，而不存在驾驶员在履行公务过程中，或雇佣等特殊的关系。

2. 垫付人并不是交通事故侵权之债的当事人一方，他（它）承担垫付责任的惟一根据就是他是车主或它是驾驶员所在的单位。

3. 垫付人不是侵权责任的最后承担者，他（它）也不与侵权人承担连带责任。他（它）承担垫付责任后有向真正的侵权人追偿的权利。

4. 垫付责任的发生以被垫付人无力承担损害赔偿为条件。当然为了起到垫付责任应有的作用，这一条件的掌握不易过窄。有人认为垫付责任类似

于一般保证责任,即只有债权人对债务人强制执行后仍不能偿还的,才产生像保证人承担保证责任一样有垫付人负垫付责任的结果。^[1]笔者认为不妥。垫付责任的立法意义在于给予交通事故受害人以及时有效的救济。如果等到对侵权人经过强制执行程序仍不能得到赔偿再向垫付人要求承担垫付责任,这一制度将起不到应有作用。

四、结 论

在上述结论的基础上,我们再来分析垫付责任相关诉讼的管辖问题。

基于垫付责任是一种新型民事责任的观点,根据现行《民法法》有关管辖的规定,我们只能得出一个结论:垫付责任相关诉讼的管辖应当适用民事诉讼法关于管辖的一般规定,即应由被告住所地人民法院管辖。但笔者认为在垫付责任相关诉讼中纯粹排除侵权行为地法院的管辖权有不妥之处。与垫付责任相关的诉讼只有两种:受害人要求垫付人承担垫付责任的诉讼和垫付人向侵权行为人追偿垫付款的诉讼。笔者认为对于垫付责任之诉可规定由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖。理由为:(1)方便人民法院和当事人收集调取证据;(2)垫付责任之诉与道路交通事故损害赔偿诉讼合并为一个诉讼时,受害人依法当然有权在侵权行为地和被告住所地之间进行选择;(3)当受害人单独提起垫付责任之诉时,如果不赋予受害人在侵权行为地和被告住所地之间进行选择的权利,不利于保护受害人的权利,可能使垫付责任失去其原有的价值和意义。因为作为被告的垫付人住所地很可能与侵权行为地不一致,受害人不得不到垫付人住所地起诉,会使受害人在生命、健康或财产权利受到侵害急需补救之时耗费大量精力去垫付人住所地进行诉讼。且垫付人住所地与侵权行为地、垫付人所有的车辆所在地可能存在的的不同,会使案件审判效率降低,甚至导致未来的判决执行困难,从而使垫付责任及时有效保护受害人权益的意义落空。

对于垫付追偿请求权之诉的管辖应当适用一般管辖的规定,即由被告住所

[1] 马士明:《再谈车辆买卖不过户出了事故怎么判》,载《法律适用》1998年第6期。