

审判前沿与文化述说

第一辑

卢祖新 主编

调研报告

审判研究

案例精解

法官随笔



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

审判前沿与文化述说

第一辑

卢祖新 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿与文化述说. 第1辑 / 卢祖新主编. —北京: 法律出版社, 2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7108 - 4

I. ①审… II. ①卢… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 253495 号

审判前沿与文化述说(第一辑)
卢祖新 主编

策划编辑 韦钦平 万颖
责任编辑 万颖
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 12 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印业有限公司

印张 22.5 字数 394 千
印次 2014 年 12 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7108-4

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

重庆,依山傍水。山绕四周,城在山中,水穿城过,城沿水走。两江于朝天门汇而不融,不争不抢,润泽巴渝,寥寥数语便可勾勒出重庆之地貌轮廓。

与重庆地貌形成需历经沧海桑田的变迁相映衬,重庆市第一中级人民法院是一个积淀丰厚的法院,其历史可以追溯至建国初期的重庆市人民法院。与此同时,作为以“第一”命名的直辖市中级法院,不过十七年,甚是年轻。年轻,则彰显着活力与激情,寓意着争鸣与碰撞。近年来,重庆一中法院在具有时代特色、体现地域人情、反映法官事业追求的“民为上、法为是、德为本、勤为先”精神引领下,在薪火相传中开拓进取,在传承接力中执着向前。一中法院人在法槌起落间定分止争的同时,并没有停止思考的步伐,而是继续在理论探索上笔耕不辍,启迪智慧,在阅读中愉悦心灵,交流进益,并卓有成效。至此,便有了汇编近三年来优秀调研成果和法官随笔的初衷。

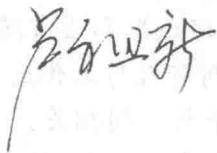
从《审判前沿与文化述说》的题目不难看出,本书主要包含两方面的内容,一个与审判相关,一个与文化相连。与审判相关的“审判前沿”缘于审判,却高于审判,是审判实践中定分止争之后的进一步思考,包括调研报告、审判研究、案例精解。或短小精悍,或洋洋洒洒,重实证,强思辨,每个部分思考的维度有别,但共同致力于推动审判实践的发展。与文化相连的“文化述说”主要容纳的是近三年来重庆一中法院“法院书香浓”读书活动中的法官随笔。文章本天成,妙手偶得之,在重庆一中法院,这个“妙手”就是阅读的力量。诚如早春二月,俄罗斯索契冬奥会期间,习近平主席接受专访时所说:“读书已成了我的一种生活方式。读书可以让人保持思想活力,让人得到智慧启发,让人滋养浩然之气”。在重庆一中院,阅读也日渐成为一中法院人的生活方式。阅读,既益智亦悦心,法律相关书籍、报刊、杂志,是良师,引领着一中法院人审判实践之后的思考进路;是益友,帮扶着一篇又一篇调研文章从概念的高处平稳落地,并与审判实践互生互长,互促互进。阅读后与自己生命经验的印证感悟以及法官职业的自我认知,理性如深入线团的分析技巧、拆解

乱绪的言说本事以及探寻事物真相的洞见能力,不一而足,优点各异,共通之处在于皆言为心声,词明意达。键盘敲击之间,所有的智慧和文采均从法官之手流淌出来,汇集成了本系列丛书中的篇篇文章。无论是审判前沿,还是文化述说,内容有别,却缘起一处,并殊途同归,其中滋味,待读者自身体会。

文章均得江山助。在践行依法治国,建设法治文化过程中,重庆一中法院依法公正审判,于审判实践中积累,于阅读中思索,于思索中沉淀,于沉淀中升华,渐成此本记载重庆一中法院践行法治中国梦的理论探索和文化集锦。

随着党的十八届四中全会召开,依法治国开启了新的篇章,法治理念与法治实践必更深入人心。在法治前行的征途中,重庆一中法院人的探索不会停止,思考也将继续,并将对法治理想的探求转化为现实中的具体行动,在更为广阔的空间实现公平正义的价值追求。

重庆市第一中级人民法院院长



目 录

CATALOGUE

调研报告

关于违法民事法律行为效力认定问题的调研报告

——以《合同法》第五十二条第(五)项为视角

重庆市第一中级人民法院、西南政法大学课题组 / 3

审判研究

无固定期限劳动合同法律问题研究

张明丽 / 93

民事诉讼中的法官调解偏好实证研究

——从基层法院的视角

闫信良 / 101

违反资格型强制性规范之效力研究

重庆市第一中级人民法院课题组 / 112

重构我国的证据交换制度

——以构建民事争点整理程序为切入点

莫运垠 李 沁 / 123

强制医疗程序适用中的疑难问题及对策

——以重庆市H区李某故意杀人案为范例的分析

施鹏鹏 卢祖新 / 136

前瞻与能动:破解受贿罪客观方面司法认定困境

——以C市某中级法院审理的收受型受贿案件为切入点

吴 雯 / 141

关于建立刑事被害人救助制度的实证分析

——以重庆市一中院及其辖区基层法院刑事案件为研究样本

李 颖 / 153

刑民交叉型合同诈骗类案件中民事法律关系处理机制新探

——以被害人民事权利保障为中心

贾 科 赵永华 王永红 / 172

审视与构建:论未成年人犯罪刑事和解制度路径选择及完善

黄 晨 / 185

试论专门人民调解委员会的构建

袁晓音 付永雄 / 199

审判管理与审判工作良性互动之路径探索

——以实现审判管理效能最大化为目的,以重庆审判管理模式为视野

卢祖新 蒋佩佚 / 203

从宏观到微观:法院信息化建设路径探析

——以效益最大化为目标

卢祖新 / 211

关于构建调解自动履行机制的思考

赵 一 / 221

案例精解

被告抗辩路径有误 法院应予释明

吴学文 / 235

业主资格及物业管理公司聘任主体之认定

万 怡 黄 晨 / 237

劳动者不辞而别的法律性质认定

——重庆一中院判决上嘉公司诉陈敏劳动争议案

闫信良 吴光成 / 239

从合同目的出发分析商品房买卖合同中“一户一表”的合同含义

朱华惠 / 242

离婚协议中的赠与能否撤销

李 静 / 247

前行为的瑕疵已补救不影响后行为的效力

刘之玮 / 252

不良债权不生息

宋 勇 / 257

在高层建筑外墙设置商店招牌的相关法律问题

贾 科 / 262

被保险人非因不法行为死亡时保险人的保险责任承担

陈 瑜 / 268

主挂车连接使用时保险责任的划分

曾 进 / 274

企业名称和商标冲突案件中的侵权认定和责任承担

谭 颖 / 280

婚生子女推定与否认探析

申和平 侯国跃 / 287

虚构有同案犯的行为不构成自首

但 斌 肖 舸 / 294

在审理共同犯罪案件后到案同案人时,前案同案人的生效判决确定的事实对

后案不具有溯及力

李 颖 胡 海 / 298

特情介入对毒品犯罪量刑的影响

汪礼滔 陈 斌 / 302

受贿罪中滥用职权行为的界定

但 斌 陈其琨 / 306

原行政机关不得自行撤销经复议维持的具体行政行为

刘兴旺 李 弼 / 312

杨梅诉孙昌宏民间借贷纠纷案

张 毅 / 319

黄书贵、黄健故意杀人案

王桂荣 汪礼滔 / 321

法官随笔

不平静,就不会幸福

——读《幸福了吗》有感

李 沁 / 325

信仰的魅力

——《新教伦理与资本主义精神》读书札记

贾 科 / 328

读《读点经典》

陈 玲 / 331

徘徊于应然与实然之间

——读《乡土中国》的一点感悟

傅典模 / 335

当精英意识遭遇大众心理

——一个法律人对《乌合之众：大众心理研究》的阅读

傅典模 / 340

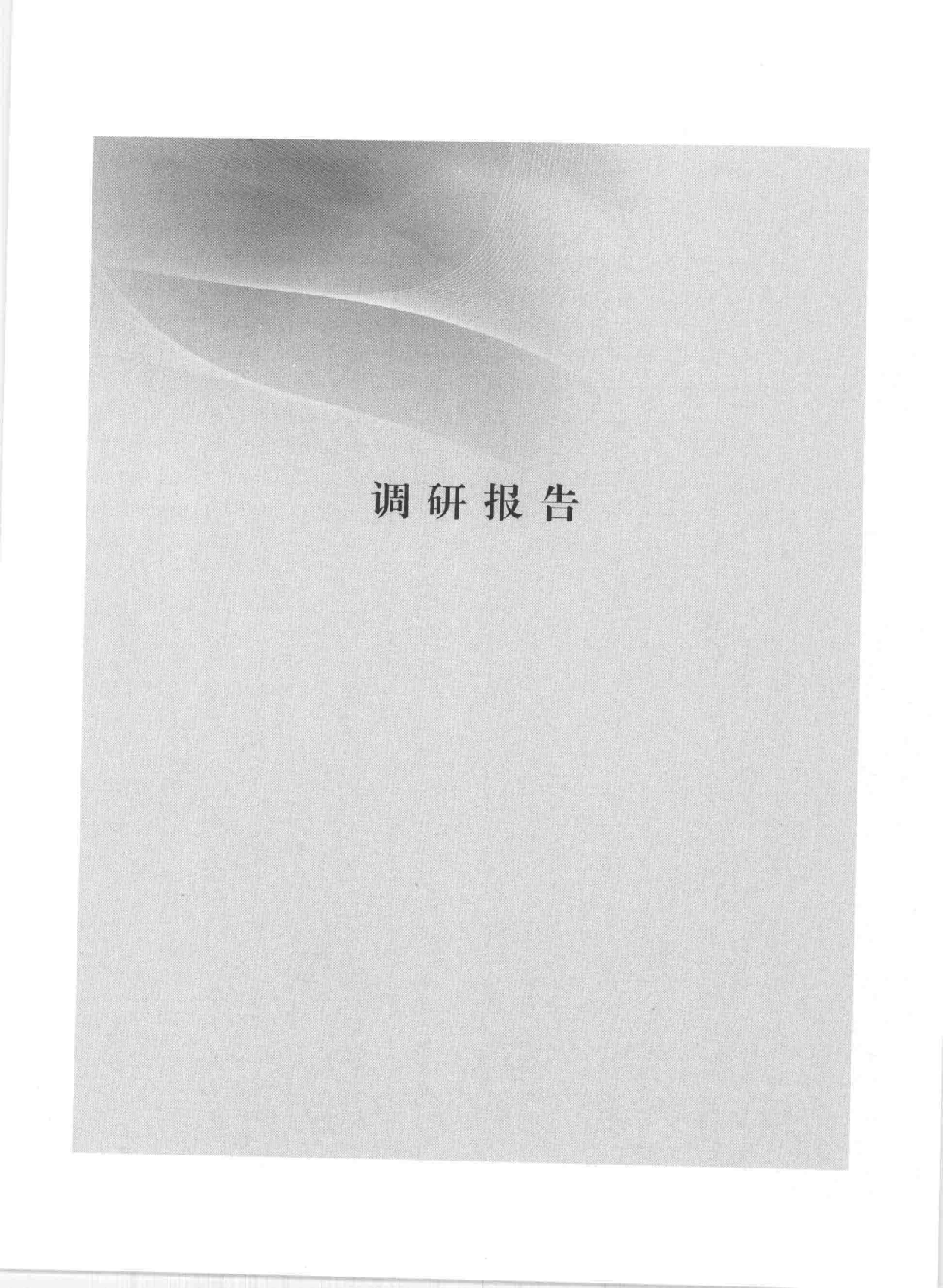
漂浮于海上的亘古传奇

——解读《海上钢琴师》

谢威利 / 346

后 记

/ 351



调研报告

关于违法民事法律行为效力 认定问题的调研报告

——以《合同法》第五十二条第(五)项为视角

重庆市第一中级人民法院、西南政法大学课题组*

违法民事法律行为的效力认定一直是困扰我国民事立法和审判的难题。曾几何时,以《民法通则》为代表的我国民事立法,将违法的民事法律行为一概规定为无效,从而导致司法实践中,“违法行为的概念被赋予了无限的延伸”^①,使“律师们总能钻新旧体制交替的空子,从20世纪80年代破旧的红头文件中找到确认经济合同无效的‘合法’依据,从而轻而易举地实现他们的战略和策略。”以至于“经济合同的无效率直线上升,履约率直线下降,打经济合同无效的官司几乎成了违约者规避违约责任的常用手法和律师帮助违约者摆脱违约责任的经常手段。”显然“这种不利于市场经济发展的势头已到了非扭转不可的地步。”^②

正是在这种背景下,1999年颁布的《合同法》审时度势,对《民法通则》的认识做了缩限。《合同法》第52条第5项规定:“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同才无效。同年最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》[以下简称《合同法解释(一)》]第4条再次对《合同法》的位阶限制予以了强调。此后,经过相当的司法实践,并在学说的推动下,2009年最高人民法院在公布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》[以下简称《合同法解释(二)》]第14条又将《合同法》上的“强制性规定”缩限为“效力性强制性规定”。

然而,很明显的是,当前的民事立法及司法解释就违法的民事法律行为效力认定问题的规定仍难谓完善,尚无法给法官判定违法的民事法律行为的效力提供一个可行的指引:首先,合同违反法律、行政法规以外的“强制性规定”是否一定有效?若也会无效,则《合同法》第52条第5项及其解释的位阶限制究竟有何意义?其次,“强制性规定”究竟是指什么?尤其是《合同法解释(二)》上的“效力性强制性规定”有何特征?法官该如何发现?最后,《合同法》第52条第5项与第4项之

* 该课题为最高人民法院2010年重大课题,主持人为黄明耀、孙鹏。

① 王卫国:“论合同无效制度”,载《法学研究》1995年第2期。

② 李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第255页。当然,相比1981年的《经济合同法》,《民法通则》第58条第5项没有明确规定违反政策合同无效,仍具有一定的历史进步性。

间又有何关系?

当下之中国,社会主义法制体系已经建成,法律、法规较为齐全完备,在此背景下民事法律行为违法的概率势必增加,因此,无论是从民事立法,抑或民事审判,还是民法(学)研究的角度,关于违法民事法律行为的效力认定问题都是一项值得研究的重要论题。正是基于上述考虑,重庆市第一中级人民法院与西南政法大学联合组成课题组,接受最高人民法院的委托,进行专题调查研究,力图通过实证、比较、逻辑等多视角的分析,为妥当认定违法民事法律行为的效力提供参考。

一、现状:实证调研的情况

(一)调研的重心及方式

首先需要说明的是,无论是立法还是司法,在讨论违法民事法律行为的效力问题时,其重心都在于合同,因此本调研以违法合同为典型来检讨违法民事法律行为的效力问题。当然,以违法合同为典型所得出的基本结论,对于违法的婚姻、遗嘱等其他民事法律行为的效力认定也有参考性。

还需指出的是,在讨论违法民事法律行为的效力问题时,显然是以法律未对违反后的私法效果作出明确规定为前提的。换言之,若法律已明确了违法后的私法效果,则至少在司法(解释论)层面就不具讨论意义。比如,《合同法》第329条规定“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”则“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同”就当然会因违反《合同法》第329条而无效,这一结论的得出并不会在解释上遇到障碍。相反,若法律没有明确规定违反的私法效果,那就可能会出现解释上的分歧。比如《法官法》第32条规定,法官不得“从事营利性的经营活动”但并未明确法官“从事营利性的经营活动”所签订的合同的私法效力,因此在实践中就必然会对此问题产生争议。^①

调研采取了问卷、实地调研、查阅案卷、召开专家论证会及访谈的方式,我们先后对有关法院、权力及行政机关和企业进行了调研。由于本课题与法官的审判活动直接关联,因此调研主要针对法院(官)而展开。

^① 冯伟祥:“法官与人合伙开店是否合法?”,载《浙江工人日报》2006年7月29日;冯伟祥:“法院判决法官胜诉省检察院依法抗诉”,载《浙江工人日报》2007年7月14日;冯伟祥:“法官经商虽违法签订合同仍有效”,载《浙江工人日报》2008年12月4日;赵忻、林义人:“法官经营冷库引纠纷 其行为算不算违法经商”,载《法制今报》2010年5月14日;台建林:“神木法官入股煤矿讨要红利案终审败诉”,载《法制日报》2010年5月19日。

(二) 调查问卷的情况

课题组先后向六个地区的法院(法官)^①发放了 1500 份调查问卷,收回 1125 份,其中浙江地区法院共计 150 份;上海地区法院共计 100 份;甘肃地区法院共计 145 份;广州地区法院共计 150 份;成都地区法院共计 100 份;重庆地区法院共计 480 份。在收回的调查问卷中,高级法院共计 235 份,中级法院共计 290 份,基层法院共计 600 份。

调查问卷表设定的问题主要有:实践中最为常见的有关效力认定的案件类型、认定行为效力时通常引用的法条、对将强制性规定划分为效力性规定和管理性规定的态度及所持的区分标准、对一些典型法条的规范性质判定、认定行为效力时的综合考量因素、法官面对强制性规定的具体处理方式等。围绕这些问题,课题组拟就问卷调查的反馈情况作如下对比分析:

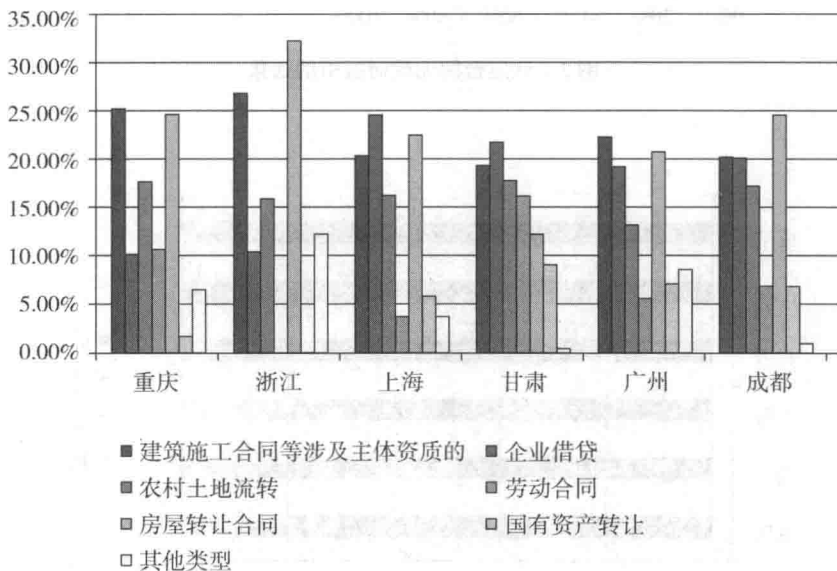


图1 法院审理的涉及合同效力认定的主要案件类型

^① 浙江地区法院包括浙江慈溪市法院、宁海县法院、海曙区法院;上海地区法院指上海二中院;甘肃地区法院指甘肃高院;广州地区法院包括广州市中级法院及其辖区越秀区法院、海珠区法院、天河区法院、荔湾区法院;成都地区法院包括成都市中级法院及辖区金堂县法院、青羊区法院、蒲江县法院、大邑县法院、金牛区法院、新津县法院、新都区法院、崇州市法院、都江堰市法院、龙泉驿区法院,重庆地区法院包括重庆市高院、重庆一中院及其辖区大足县法院、渝北区法院、璧山县法院、潼南县法院、铜梁县法院、双桥区法院、长寿区法院、沙坪坝区法院、北碚区法院。

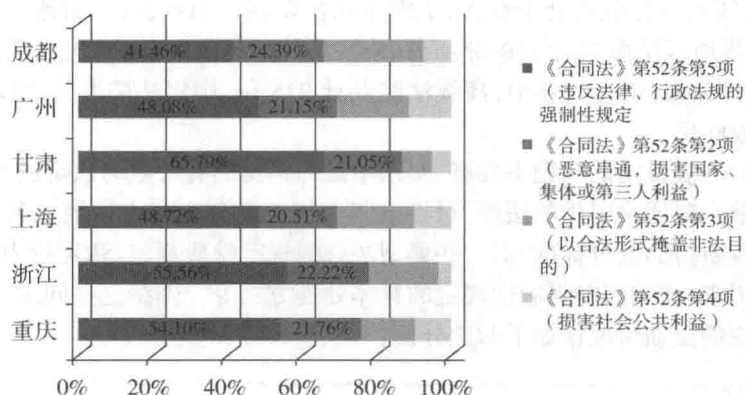


图2 认定合同无效时援引的法条

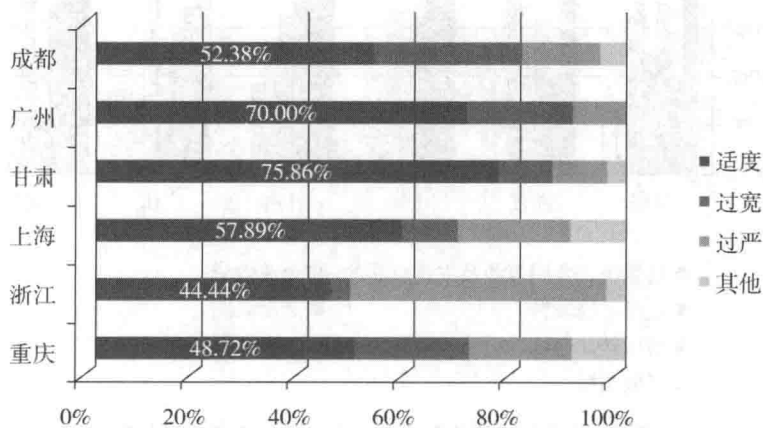


图3 对违法民事法律行为效力认定所掌握尺度的看法

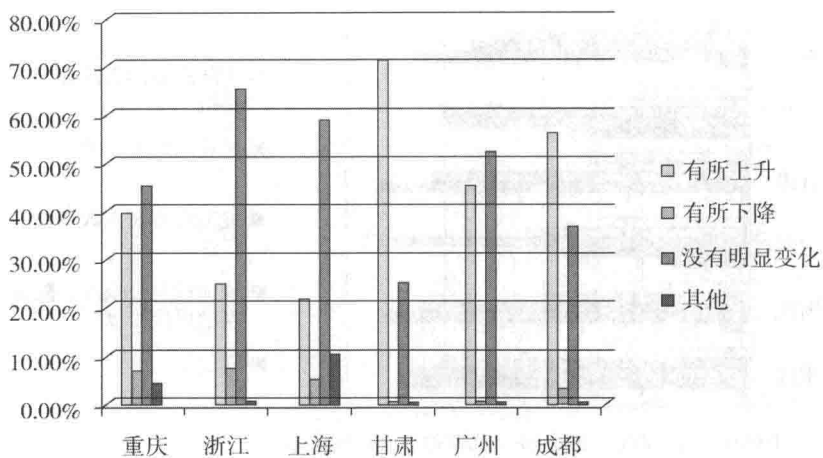


图4 判决违法合同有效的比例是否因《合同法解释(二)》的出台上升或降低

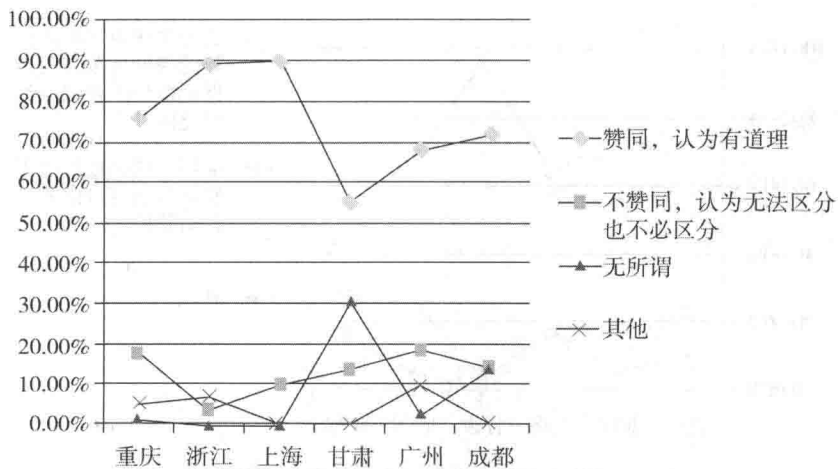


图5 对《合同法解释(二)》区分效力性规定和管理性规定的看法

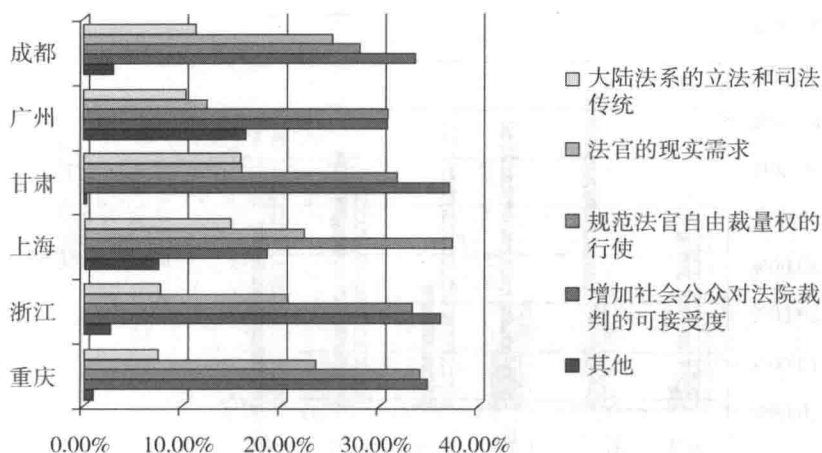


图6 对主张明确规定效力性规定和管理性规定识别标准所持的理由

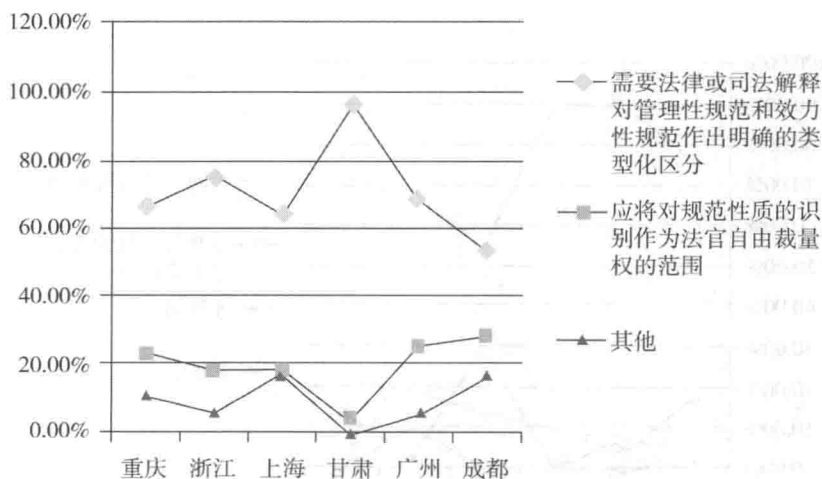


图7 对效力性规定和管理性规定区分路径的看法

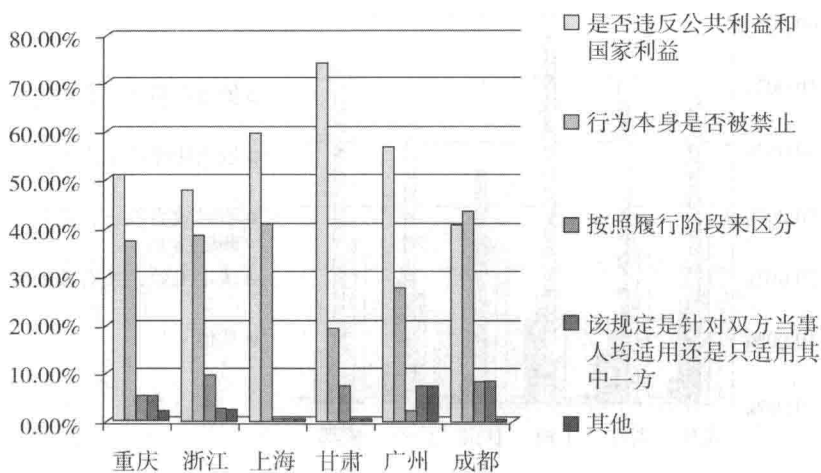


图8 区分效力性规定和管理性规定的标准

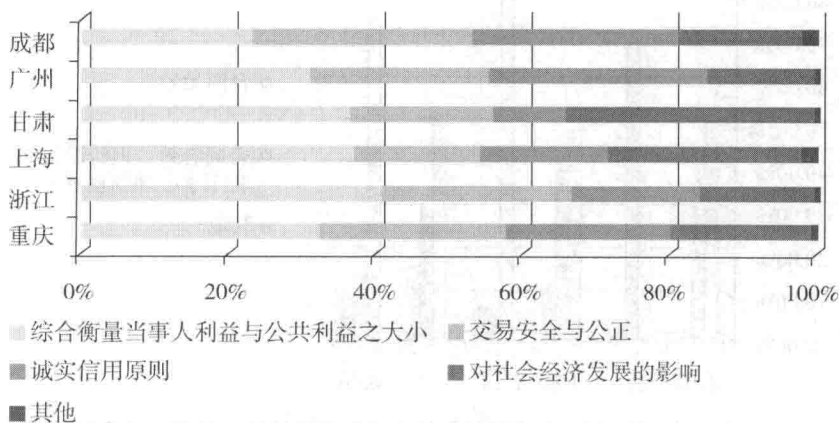


图9 认定违法民事法律行为效力时综合考虑的因素