

2011-2015年

上海市黄浦区人民法院文丛

探索、实践与创新

EXPLORATION PRACTICE AND INNOVATION

主编 樊长春



民商事卷



法律出版社 | LAW PRESS

2011-2015年

上海市黄浦区人民法院文丛

探索、实践与创新

EXPLORATION PRACTICE AND INNOVATION

主编 樊长春

民商事卷



法律出版社 LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

2011-2015 年上海市黄浦区人民法院文丛:探索、实践与创新. 民商事卷/樊长春主编. —北京:法律出版社,2016.8

ISBN 978-7-5118-9863-0

I. ①2… II. ①樊… III. ①民法—中国—文集②商法—中国—文集 IV. ①D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 205078 号

探索、实践与创新

(民商事卷)

樊长春 主编

策划编辑 韦钦平

责任编辑 万颖

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2016 年 10 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 中煤(北京)印务有限公司

印张 35 字数 605 千

印次 2016 年 10 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 978-7-5118-9863-0

定价:89.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编审委员会

主 任：樊长春

副主任：王朝晖 陈建伟 郭延风 金民珍 张 颖

委 员：（排名不分先后）

刘廷碧	卞爱生	项新雷	方希伟	汤文元
朱 奇	沈 洁	闵 灏	黄利民	傅朱钢
顾文凯	李红云	沈晓峰	陈一鸣	沈瑛华
田家俊	黄 婕	张乔峰	杨 颖	刘为念
崔 群	吴永康	陈玮斌		

编辑委员会

主 编：樊长春

副主编：王朝晖 杨 颖

成 员：王连国 金卫兵 乐吟灏 高 才

前 言

民商事审判工作关系党和国家工作大局、经济社会健康发展、人民群众切身利益。随着改革开放的持续深入推进,社会转型期中的一些深层次矛盾更加突出,市场经济秩序、劳动就业、动拆迁、食品安全等问题日益凸显,体现在民商事审判领域,除了传统的婚姻家庭、继承、相邻、侵权、劳动及合同纠纷外,还出现了大量的涉房地产、涉公司企业、涉知识产权等纠纷。这些纠纷引发的民商事案件不仅涉及面广,而且类型复杂、矛盾尖锐、利益多元。人民法院承担着居中裁判不同利益主体之间冲突与博弈的重任,必须依法妥善处理好各类民商事矛盾纠纷,树立司法权威,化解社会矛盾,最大限度保护和实现广大人民群众的根本利益。

上海市黄浦区地处全市中心城区的核心区域,区里金融机构云集,商业贸易发达,国内外游客众多,具有鲜明的商业、旅游、金融等地域特色。近年来,受经济下行压力影响,一些企业生产经营困难,也面临着产业转型升级、金融创新、旧城改造等历史重任,矛盾复杂易发多发。作为辖区法院,黄浦区法院近年来受理的民商事案件尤其与企业经营相关的民商事合同纠纷案件呈大幅增长的态势,案件审理难度不断加大,社会关注度也比较高。黄浦区法院紧紧围绕区域经济社会发展战略,切实发挥好民商事审判职能作用,妥善化解各类民商事纠纷,依法促进经济结构调整、旧城改造和区域经济协调发展,切实保障民生,为人民群众安定、幸福的生活,为经济社会有序、健康的发展提供司法保障。近年来,积极稳妥地处理了一批社会高度关注的重大、敏感案件,取得了较好的法律效果和社会效果,树立了上海法院司法公正的良好形象,被最高人民法院授予“全国法院民商事审判工作先进集体”。

司法审判中,黄浦区法院牢固树立为大局服务、为人民司法的理念,充分关注民商事案件和相关数据中反映出来的经济社会发展的新动向,分别围绕涉商贸金融借款、网络借贷、股权转让、信用卡透支等案件,认真研究并及时解决审判中遇到的新情况、新问题,在疑难、“瓶颈”问题的破解上下功夫,提出了许多理论上有所建树、实践中可操作的解决方案。同时,围绕近年来颁布的法律和司法解释的理解与适用开展调研,梳理总结实践中遇到的问题,正确把握立法精神,提高法律适用的准确性,为有效化解民商事矛盾和纠纷,维护诚信公平的市场交易秩序,提供了有力的理论支持,确保民商事审判工作协调发展和可持续发展。

为全面展示黄浦区法院在2011年“撤二建一”以来五年间的各项工作,总结、提炼审判经验,提升司法能力,我们组织编写了这套《2011-2015年上海市黄浦区人民法院文丛》。本文丛共分《刑事、综合卷》、《民商事卷》、《行政、执行、程序卷》、《案例精选卷》、《司法统计分析卷》五个分册。《民商事卷》收录了2011~2015年间我院在民商事审判领域内所取得的各类优秀成果。这些成果既有对以往司法经验的总结与提炼,也有对前沿法学理论的探索与尝试,文中所提思路、观点和对策,立论准确,论证全面,创新意识强,具有较强的实践指导意义和理论参考价值。希望通过本书的公开出版,为法律工作者、法学研究者和社会公众打开一扇了解法院民商事审判工作、了解司法人员审判思维和裁判方法的窗户,进一步实现法院与社会公众之间的真诚对话和良性互动,凝聚智慧,深化共识,共同促进我国应用法学的进步,提升我们的民商事审判水平。

因时间、精力和水平所限,本书的疏漏或不足在所难免,特此恳请广大读者批评指正。

编 者

2016年6月

目 录

民 事 篇

(一)综 合 篇

无民事行为能力人的近亲属可否代为起诉离婚·····	汤文元 / 3
论违章建筑上占有制度的应用·····	暨秉恒 / 7

(二)民事合同篇

意志自由与法律强制冲突的权衡取舍

——对当事人关于合同无效后果所作约定的效力判析

·····	蒋庆琨 焦明静 / 18
-------	--------------

民法视野下道路客运班线经营权转让问题研究 ·····	徐婷姿 / 26
----------------------------	----------

医患关系的法律调整路径选择

——以医患纠纷适用《消费者权益保护法》的正当性争议为视角

·····	熊理思 / 35
-------	----------

对“租友”现象的法律透视 ·····	熊理思 / 43
--------------------	----------

民间借贷虚假诉讼识别的困境与出路

——类型化视角下对民间借贷司法解释之展开

·····	金民珍 徐婷姿 孙 琼 / 47
-------	------------------

合同解除权放弃相关问题探讨·····	邵宁宁 / 56
--------------------	----------

(三)侵 权 篇

意外伤害险中多因致损的近因分析思路改良探索

——以原因力理论引入为视角·····	符 望 张娜娜 / 62
--------------------	--------------

走出深度链接的雾霭

——深度链接类侵权行为的定性及认定标准·····	张 莹 / 68
--------------------------	----------

快递服务中消费者权益保护研究·····	刘杰 / 74
公共设施瑕疵致人损害案件中管理人的责任承担·····	程纪儒 / 81
财产保全申请错误损害赔偿责任的认定·····	熊理思 田家俊 / 90
如果乌龙异常交易发生在美国·····	熊理思 / 96

(四) 房地产篇

涉房产纠纷案件的调解技巧与心得·····	梅松松 / 100
对新时期房地产居间合同双方利益博弈焦点的实证考察 ·····	金民珍 暨秉恒 / 104
商业性房屋租赁纠纷相关问题研讨会综述·····	暨秉恒 焦明静 / 115
经济适用房相关疑难法律问题研讨会综述·····	暨秉恒 / 122
公房“共同居住人”享受动迁安置利益的困境与突破 ·····	华苏芳 马慧芳 / 130
房屋租赁合同中承租人不抗辩权的行使·····	暨秉恒 / 137
“房屋使用费”的形而上之辨 ——从语义学的视角解读“房屋使用费”概念的异化与复归 ·····	暨秉恒 / 144

(五) 婚姻家庭篇

子女最佳利益的判断标准 ——以离婚案件中子女抚养关系的确定为研究视角·····	金民珍 张莹 / 153
困境儿童监护权暂时转移制度研究·····	金民珍 王婷钰 孙琼 / 158
浅析审判实践中夫妻共同债务的认定·····	徐婷姿 / 164
离婚损害赔偿案件中证据的认定·····	赵霏 / 170

(六) 劳动争议篇

试析竞业限制协议纠纷的处理 ——以请求权竞合为视角·····	金民珍 / 176
隐蔽用工劳动关系之司法确认 ·····	方遑 / 182
派遣员工从事非法金融活动背景下金融机构责任承担探析 ——以用人者责任与共同侵权为视角·····	谢琴铮 / 188

知识产权篇

上海法院知识产权审判促进文化创意产业发展的路径思考 ·····	许伟基 凌宗亮 等 / 199
特许经营发展中知识产权保护问题研究 ·····	金民珍 凌宗亮 等 / 214

审理特许经营合同案件需要注意的几个问题·····	陈亚男 / 225
商品交易市场知识产权保护问题研究·····	金民珍 / 229
知识产权被许可人诉讼地位的理论审视与制度完善 ——缘起于被许可人提起侵权之诉的司法困惑·····	金民珍 凌宗亮 / 236
论小说角色的著作权保护·····	戚继敏 刘晶明 / 245
知识产权商业化诉讼问题初探 ·····	金民珍 王婷钰 等 / 249
论服装的知识产权保护·····	王婷钰 / 256
中小企业普通字号的保护·····	金民珍 / 265
化解注册商标间权利冲突的合理模式分析·····	凌宗亮 / 271
商标独占许可使用人对专用权人的诉讼路径 ——以请求权基础为视角·····	凌宗亮 / 278
商标被动使用的证伪与公众使用商标的提出 ——也评“索爱”等商标俗称的法律保护 ·····	凌宗亮 / 282
商标权与姓名权权利冲突之简析 ——以名人姓名权保护为视角·····	邱冬梅 / 290
论新《商标法》法定赔偿适用疑难问题 ·····	刘晶明 / 297
中国(上海)自由贸易试验区内知识产权保护的价值抉择 ——以区内商标平行进口的司法应对为视角·····	徐文进 姚竞燕 / 302
论法治社会中公共政策对法律类作品著作权的制约 ——以中美法律比较为视角·····	熊理思 / 311
论裁判文书与裁判文书库的著作权保护 ——以“裁判文书上网”为切入点 ·····	熊理思 / 318
国际视野下的我国著作权刑法保护完善·····	熊理思 / 323

商 事 篇

(一) 商事合同篇

外商投资企业股权转让中的审批问题研究

—— 外资审批对合同效力的影响 ·····	卞爱生 许剑飞 / 333
-----------------------	---------------

(二) 公 司 篇

我国公司股东除名之诉相关问题研究·····	陈建伟 顾文凯 / 340
管理人指定在实务中的若干问题探讨·····	邵宁宁 / 351

公司治理语境下解聘高级管理人员的法律冲突及路径选择

.....	徐文进 姚竞燕 / 358
公司高管自我交易的司法裁判实证初探.....	李 剑 / 364
简析公司实际控制人的司法认定.....	李 剑 / 371
涉股份合作制企业案件中相关问题探讨.....	邵宁宁 / 377

(三)金 融 篇

我国金融消费者权益保护的立法现状及实践审视.....	朱 奇 向 婧 / 386
上海法院近年审理涉金融消费案件的情况分析	

.....	刘 力 虞 憬 向 婧 等 / 393
-------	---------------------

银行抵押权与房主所有权之冲突与出路

——房屋买卖合同无效引发的难题探解.....	金民珍 陈 红 / 399
新型信用卡业务背景下的司法应对问题研究.....	金民珍 / 408
新型信用卡纠纷实务研究.....	朱云华 向 婧 / 418
浅谈信用卡持卡人知情权保护及合理限度.....	朱 奇 / 427
保险合同限制责任条款的适用争议与解决路径.....	曹 霞 / 429
对保险人说明义务的再思考.....	邵宁宁 / 439

商业车险投保人与被保险人利益平衡

——三者险、车损险被保险人部分受偿条款效力分析及其延伸

.....	曹 霞 / 446
车险定损若干问题思考.....	朱 奇 / 458
司法高效视野下的融资租赁案件审判实践.....	朱 奇 张娜娜 / 464

P2P 网络借贷纠纷的现状及其司法应对

——以上海市黄浦区法院 P2P 网络借贷纠纷为研究样本

.....	樊长春 王连国 张娜娜 等 / 472
P2P 网络借贷法律规制研究.....	高 才 / 487

P2P 网络贷款的监管规则底线设定

——以 P2P 网络贷款刑事案例为着眼点.....	张娜娜 / 495
P2P 网络贷款担保模式法律风险研究.....	张娜娜 / 505
P2P 网络借贷公司的法律性质定位及风险防范研究.....	练彬彬 / 511
电子证据认证困境分析与对策	

——以 P2P 网络借款案件为研究对象.....	谢琴铮 / 520
融资租赁合同纠纷案件审理难点研究.....	朱 奇 黄 頔 / 527
美国金融监管体系对上海金融中心建设的启示与建议.....	陈 红 / 536
美国对证券市场高频交易的最新法律监管动向及其启示	

——以防范类似光大证券“8·16”事件为视角.....	熊理思 / 543
-----------------------------	-----------

民 事 篇



(一) 综合篇

无民事行为能力人的近亲属可否代为起诉离婚

汤文元*

一、问题的提出

2011年3月31日,《人民法院报》刊登了题为《无行为能力人的近亲属能否代为起诉离婚》的文章:胡某与张某系夫妻,2009年胡某因为交通事故受伤致残,经鉴定为无民事行为能力人。2011年胡某的哥哥以张某虐待胡某、对胡某的治疗持消极态度,且张某不断转移夫妻共同财产侵害了胡某的合法权益为由,要求其作为胡某的法定代理人,代理胡某提起离婚诉讼。文章认为,无民事行为能力人的近亲属一般不能代其提起离婚诉讼,但配偶一方有虐待、遗弃、恶意处分夫妻重大共同财产等严重损害无民事行为能力人合法权益的行为时除外,但必须先提起特别程序诉讼,撤销无民事行为能力人配偶的监护人资格,由变更后的新的监护人代理无民事行为能力人提起离婚诉讼。

同日,《解放日报》刊登了题为《法院驳回女儿替智障父亲起诉离婚》的报道:父亲由于车祸受伤成为无民事行为能力人,继母却不照顾父亲的生活,为此女儿代替父亲向法院起诉离婚。法院认为妻子一直履行自己的监护职责,在诉讼中也明确不放弃监护人资格,女儿不是父亲的监护人,代替父亲起诉离婚在程序上不当,因此驳回了女儿的起诉。

二、实践的思考

上述两篇报道,反映了当前部分法院在处理无民事行为能力人提起离婚诉讼的通常程序是:无民事行为能力人起诉离婚必须先由其近亲属提起一个特别程序诉讼,撤销无民事行为能力人配偶的监护人资格,确定新的监护人,然后由新的监护人作为法定代理人代理无民事行为能力人提起离婚诉讼。笔者认为,虽然无民事行为能力人的配偶是其第一顺序监护人,但配偶存在虐待、遗弃、转移夫妻共同财产等明显不利于无民事行为能力人合法权益的情形时,第二顺序或第三顺序的监护人可以径行以无民事行为能力人的名义提起离婚诉讼,依法保护无民事行为能力人的合法权益。

* 汤文元,上海市黄浦区人民法院审监庭庭长、审判委员会委员。

(一)允许无民事行为能力人的近亲属代为起诉离婚,符合无民事行为能力人离婚的特殊性

根据《民法通则》第17条第1款的规定,无民事行为能力或者限制民事行为能力和精神病人,由下列人员担任监护人:(1)配偶;(2)父母;(3)成年子女;(4)其他近亲属;(5)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。同时《民事诉讼法》第57条规定:“无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。”两篇案例均据此认为,无民事行为能力人提起离婚诉讼,其配偶作为第一顺序的监护人是其当然的法定代理人,但如果允许无民事行为能力人的配偶代理其提起离婚诉讼,就会出现配偶自己与自己进行诉讼的情况,因此必须按照法律有关变更监护人的规定,提起一个特别程序诉讼,撤销配偶的监护人资格,确定新的监护人,然后由新的监护人作为法定代理人代理无民事行为能力人提起离婚诉讼。

笔者认为,在无民事行为能力人作为当事人的其他诉讼当中,配偶毫无疑问是其法定代理人,但无民事行为能力人离婚诉讼有其特殊性,配偶不宜作为当然的法定代理人:(1)与无民事行为能力人之间的婚姻关系,是配偶取得监护人资格的基础,而无民事行为能力人提起离婚诉讼就是要解除婚姻关系,在这种情况下,仍认为配偶是当然的法定代理人是不妥当的。(2)根据《婚姻法》的规定,“感情确已破裂”是准予离婚的原则。但在夫妻一方为无民事行为能力人的情况下,他(她)对人与人之间的感情和理性、夫妻感情是否破裂缺乏理解和判断能力。因此,无民事行为能力人起诉离婚均发生在配偶一方存在虐待、遗弃及其他损害无民事行为能力人的情况下,其目的是解除配偶的监护人资格,确立新的监护人,以保护无民事行为能力人的利益。如果要求无民事行为能力人起诉离婚必须先通过特殊程序确立新的监护人,则在一定程度上存在程序的重复。

(二)允许无民事行为能力人的近亲属代为起诉离婚,符合我国法律关于监护制度的规定

监护是对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益进行监督和保护的一种民事法律制度。根据《民法通则》第18条的规定,监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》),对《民法通则》上述法条作了进一步解释,其第10条规定,监护人的监护职责包括:保护被监护人的身体健康、照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产、代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时,代理其进行诉讼。

第14条规定,人民法院指定监护人时,“可以将民法通则第十七条第一款中的(一)、(二)、(三)、(四)、(五)项规定视为指定监护人的顺序”。“前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定。”“监护人可以是一人,也可以是同一顺序中的数人。”第20条规定,监护人不履行监护职责,或者侵害了被监护人的合法权益,《民法通则》第16条、第17条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉,要求监护人承担民事责任的,按照普通程序审理;要求变更监护关系的,按照特别程序审理;既要求承担民事责任,又要求变更监护关系的,分别审理。

以上是《民法通则》及《民通意见》关于监护法律制度和“监护人不履行监护职责”、“对被监护人明显不利”或者“侵害被监护人的合法权益”时,法律涉及规定的保护被监护人合法权益的具体规定。从中找不出当监护人不尽监护职责、侵害被监护人合法权益时,后一顺序有监护资格的人必须先通过特别程序变更监护关系,而不能以监护人资格,径行替被监护人提起民事诉讼,及时保护被监护人合法权益的任何法律条文。而《民通意见》第20条明确规定,准许无民事行为能力人的近亲属径行代为提起诉讼,且其他有监护资格的人可以径行提起要求原监护人承担民事责任的普通程序诉讼;也可以径行提起变更监护关系的特别程序诉讼;还可以径行同时提起上述普通诉讼程序和特别程序诉讼。

离婚诉讼,属于普通程序诉讼,当被监护人的配偶不履行监护职责,存在侵害对方合法财产时,被监护人的成年子女(近亲属)径行提起离婚诉讼,符合我国法律关于监护制度的规定。

当然,无民事行为能力人的近亲属代位提起离婚诉讼,法院应审查该近亲属在监护制度中的顺序位置,以及无民事行为能力人的生活关系紧密程度。除配偶外,无民事行为能力人的近亲属,首先应按照我国监护制度的法律规定,从监护顺序在前的父母、成年子女、其他近亲属等中选择产生;其次,在同一顺序中的近亲属,应从与无民事行为能力人生活关系紧密的人中产生,如同为成年子女,则由与无民事行为能力人共同生活,尽主要照料义务的子女代位提起诉讼;最后,顺序在前的近亲属因其智力、年龄、体质等因素难以胜任监护职责的,可从后一顺序的近亲属中产生,如无民事行为能力人的父母年事已高,本身生活自理能力发生困难,则可由其成年子女代位提起离婚诉讼。

(三)允许无民事行为能力人的近亲属代为起诉离婚,符合司法实践

司法实践中,当法定第一顺序监护人存在侵害或不利被监护人时,第一顺序其他监护人或下一顺序监护人以被监护人的名义提起诉讼的案例并不鲜见,而且均依法、有效维护了被监护人的合法权益,其法律效果和社会效果均得到社会积极的评价。

如离异夫妻一方,与其未成年子女之间发生财产权属争议纠纷,此时离异夫妻

一方还是其未成年子女的法定监护人,但在该案诉讼中,其就不能成为未成年子女的法定代理人(监护人),而应由离婚夫妻的另一方作为未成年子女的法定代理人(监护人)参加诉讼。因为此刻离异夫妻的一方作为其未成年子女的法定代理人(监护人),“将给被监护人带来不利”。或许有观点认为,此案例父母都是未成年子女同一顺序的监护人,由父或母做未成年子女的监护人并无不妥。如果离异夫妻一方与其未成年子女产生财产权属争议,夫妻另一方已去世,那么谁来做未成年子女的法定代理人(监护人)?对此,《民通意见》第14条规定:“前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的,人民法院可以根据对被监护人有利的原则,从后一顺序有监护资格的人中择优确定”。事实上,前述案例是不能变更监护人的,因为离开此案,离异夫妻的一方仍是其未成年子女的第一顺序监护人。

再设计一个特殊的案例,父母离婚后,不与未成年子女共同生活的父方拒付抚养费,母亲遂以子女的名义诉至法院,要求父亲给付抚养费。此时未成年子女是原告,母亲是未成年子女的法定代理人(监护人),父亲是被告。与此同时,该未成年子女在学校致同学甲伤害,甲诉至法院,要求未成年子女的父母承担赔偿责任。此时甲是原告,未成年人与其父亲和母亲是共同被告,并且对甲的民事赔偿应由作为监护人的父亲和母亲共同承担。在同一个时间段,该未成年子女的父亲,既是其子女起诉抚养费纠纷的被告,又是甲起诉民事赔偿案中其子女的监护人(共同被告)。表面上看似乎矛盾,实质上恰恰是我国监护法律制度的优势所在,突出了监护人对被监护人“人身、财产及其他合法权益”的保护和监护人为被监护人对外承担民事责任的法定责任。前述抚养费案,未成年子女的父亲未尽抚养义务,给未成年子女带来不利,此案中暂时“剥夺”了其监护权。后案民事赔偿纠纷案,父亲并没有对未成年子女带来不利,也没有损害被监护人的利益,父母当然是未成年子女的监护人。

审判实践中涉及无民事行为能力人的案件并不鲜见,本着依法保护无民事行为能力人的司法理念,通过简便、快速的程序,有效地保障了他们的合法权益,同理,在无民事行为能力人离婚诉讼中也应当暂时剥夺配偶的监护权,由其他近亲属作为监护人代理无民事行为能力人参加诉讼。

(四)允许无民事行为能力人的近亲属代为起诉离婚,有利于对无民事行为能力人利益的保护

如前所述,无民事行为能力人起诉离婚往往发生在配偶一方虐待、遗弃等损害无民事行为能力人利益的情况下,这时,离婚诉讼的简便、快捷对无民事行为能力人利益的保护就显得很重要:(1)如果将变更监护人作为无民事行为能力人提起离婚诉讼的前提,不仅程序烦琐、耗费时间,无法尽快将无民事行为能力人从不利的监护关系中解脱出来,而且还增加无民事行为能力人的诉讼成本。(2)司法实践中,常有无民事行为能力人或限制民事行为能力人的法定代理人因诉讼程序复杂、耗

时耗力而放弃诉讼的情形发生。如果无民事行为能力人离婚诉讼设计过于复杂,则有可能使无民事行为能力人的近亲属放弃代为提起离婚诉讼,这对无民事行为能力人是不利的。(3)如果将变更监护人作为无民事行为能力人提起离婚诉讼的前提,一旦离婚诉讼启动后判决不准双方离婚,就会出现是否需要再次变更监护人的问题,从而引发新的争议,增加当事人的讼累。而在准许无民事行为能力人的近亲属代为提起离婚诉讼的情况下,如果法院认定被告未尽监护人职责、损害被监护人合法权益,准予离婚,则依附于夫妻身份关系的监护关系自然也随之解除;如果法院认为配偶尽到监护职责,判决不予离婚,则婚姻关系继续维持,无民事行为能力人的配偶仍是监护人,不会发生对监护人的监护落空等不利于被监护人的情况发生。

(五)无民事行为能力人的近亲属可否代为提起离婚诉讼,涉及的是诉讼程序中的问题,至于案件实体处理的结果,需要法院审理后作出裁判

无民事行为能力人的近亲属可以代为提起离婚诉讼,仅是指无民事行为能力人的近亲属有代为提起诉讼的程序权利,至于其诉讼请求是否有事实证据予以证实,是否符合《婚姻法》的离婚条件,必须经过法院实体审理后,作出实体判决,起诉权不等同于胜诉权。《法院驳回女儿替致残父亲起诉离婚》一文中,法院在驳回起诉的裁定书中将“配偶一直履行了自己的监护职责”作为驳回起诉的原因之一,混淆了当事人程序上的起诉权和实体上的胜诉权之区别:如果认为“配偶一直履行了自己的监护职责”情况属实,证明配偶对无民事行为能力人是有感情的,已尽到妻子责任。而女儿认为继母不尽监护责任,又无事实依据,则法院应从实体上驳回女儿的诉讼请求。

综上,允许无民事行为能力人的近亲属作为监护人代为提起离婚诉讼,不仅符合法律规定,也能取得良好的法律效果和社会效果。

论违章建筑上占有制度的应用

暨秉恒*

随着我国法治化进程的加快,违章建筑问题日益凸显于公众视野之前。因历史原因、监管缺位等因素产生的违章建筑,以其在公法意义上建造的违法性而往往成为利害关系人口诛笔伐的对象和行政主管部门严令拆除的“眼中钉”;但与此同时,立足于私法的民事司法实践中不得不对既存的一些违章建筑上发生的民事关

* 暨秉恒,上海市黄浦区人民法院民四庭法官助理。