



全国法院再审 法律疑难问题

最高人民法院审判监督庭 / 编

江必新 / 主编

QUAN GUO FA YUAN ZAI SHEN
FA LU YI NAN WEN TI

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

最后的审判

司法审判中最新、最全面、最疑难的问题！

《全国法院再审典型案例评注》和《全国法院再审法律疑难问题》涉及的案例涵盖全国四级法院刑事、民事、行政三大诉讼领域，呈现了近年来审判监督工作所面临的各种法律疑难问题，展示了全国审判监督法官解决这些疑难问题的经验与智慧，既可供办案人员参考，也具有一定的学术研究价值。

——江必新（最高人民法院副院长）

上架建议 司法实务·民事诉讼

ISBN 978-7-5093-2445-5



9 787509 324455 >

定价：56.00元



全国法院再审 法律疑难问题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全国法院再审法律疑难问题/江必新主编; 最高人民法院审判监督庭编. —北京: 中国法制出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2445 - 5

I. ①全… II. ①江… ②最… III. ①法院 - 再审 - 案例 - 分析 - 中国 IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 249338 号

策划编辑 罗莱娜

责任编辑 朱丹颖

封面设计 李 宁

全国法院再审法律疑难问题

QUAN GUO FA YUAN ZAI SHEN FA LU YI NAN WEN TI

主编/江必新

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2011 年 1 月第 1 版

印张/17.5 字数/228 千

2011 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2445 - 5

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66067369

邮购部电话: 66033288

序

审判监督程序是人民法院审理案件的最后一道关口，案件在原审裁判生效之后，通过申请再审审查、检察机关抗诉、法院复查等程序方可进入再审，如何在再审中解决之前历次审理未能解决的法律疑难问题并统一再审案件裁判尺度，回应人民群众“同案同判”的呼声，从而彻底定分止争、实现公平正义，是全国法院审判监督工作面临的重大课题。

由此，最高人民法院将相对统一再审裁判法律适用尺度列为今年审判监督工作的要点之一，并要求各高级人民法院审判监督庭从本辖区审结的再审案件中选择具有典型意义的案例报送最高人民法院审判监督庭，重点是在原审或再审中适用法律方面疑难、复杂的案件，或者法律适用尺度不一现象比较普遍的案件。此次共收到案例近千个，最高人民法院审判监督庭组织业务骨干，对这些文书进行研究、分析，层层筛选，从中精选出具有法律适用典型意义的132篇文书交由各级法院相关案件承办人写出案例评析，汇编成《全国法院再审典型案例评注》一书。同时，参与此项工作的十多位同志将筛选裁判文书时发现的法律疑难问题予以进一步研究、归纳，并结合各自办案经验，写出多篇调研文章。我们将这些文章及对最高人民法院审判监督庭近年来具有典型意义的请示答复案件的评析等材料，汇编成了《全国法院再审法律疑难问题》一书。

《全国法院再审典型案例评注》和《全国法院再审法律疑难问题》涉及的案例涵盖全国四级法院刑事、民事、行政三大诉讼领域，呈现了近年来审判监督工作所面临的各种法律疑难问题，展示了全国审判监督法官解决这些疑难问题的经验与智慧，既可供办案人员参考，也具有一定的学术研究价值。

衷心希望这两本书能有效促进全国法院再审案件法律适用尺度的统一和

目 录

Contents

一、合同与侵权类纠纷

1. 再审中租赁、买卖合同纠纷法律适用疑难问题 3

- ◆ 租赁期间，租赁房屋被政府拆迁，是否属于不可抗力，出租人是否应当向承租人承担违约责任 / 3
- ◆ 承租人的擅自转租行为已经消灭，出租人还能否以承租人擅自转租为由行使合同解除权；承租人将部分房屋擅自转租，出租人可否对全部租赁合同行使解除权 / 6
- ◆ 预约合同的认定及处理 / 8
- ◆ 房屋实际使用人与承租人构成并存的债务承担的认定 / 10
- ◆ 买卖合同中交易习惯的认定及其适用规则 / 12
- ◆ 买卖合同中违反附随义务的责任承担方式 / 15

2. 再审中借款、担保合同纠纷法律适用疑难问题 18

- ◆ 当事人对分期履行的债务约定担保责任的，如何确定保证期间起算点 / 18
- ◆ 当事人对保证期间约定长于主债务履行期届满后二年情形的效力认定 / 19
- ◆ 无效合同是否存在诉讼时效 / 21
- ◆ 原审中当事人没有对诉讼时效进行抗辩，再审中能否以此为由进行抗辩 / 23
- ◆ 以合法占有的他人存单出质的效力 / 24
- ◆ 国内独立担保的效力 / 25
- ◆ 司法执行程序中担保权益的实现是否要通过诉讼程序 / 27

3. 如何认定未约定借款用途的保证合同中保证人的真实意思表示 28
——关于工行湖北十堰市人民路支行、东方资产管理公司武汉办事处与十堰市五堰商场股份有限公司、十堰市汇发贸易有限公司保证借款合同纠纷一案的请示与答复
4. 未获完全履行的执行和解协议不能视为“实际收回款项” 37
——关于四川粮油（集团）有限责任公司与四川法典律师事务所委托代理合同纠纷再申请请示与答复
5. 旅客诉交通事故中无过错承运人客运合同纠纷诉讼的受理和赔偿范围的认定 45
——关于就客运合同纠纷案件中，对无过错一方承运人如何适用法律有关问题的请示与答复
6. 道路交通事故损害赔偿纠纷法律适用疑难问题 50
 - 机动车挂靠发生交通事故致人损害，被挂靠单位的责任认定 / 50
 - 出租车发生交通事故致人损害，出租汽车公司的责任认定 / 53
 - 出租机动车发生交通事故致人损害的责任主体确定 / 54
 - 分期付款购买车辆但具备挂靠经营性质，保留车辆所有权的出卖方的责任认定 / 56
 - 醉驾情形下发生交通事故，保险公司能否免责 / 57
 - 汽车被撞贬值损失应否赔偿 / 61

二、房地产类纠纷

7. 无效建设工程施工合同的处理 65
 - 无效建设工程施工合同处理中常见争议 / 65
 - 《解释》相关规定的不足 / 68
 - 完善《解释》相关规定的建议 / 71
8. 商品房验收合格的认定 75
——关于安徽省金鹰房地产开发有限公司六安分公司与李安全、安徽省金鹰房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案的请示与答复

9. 违反城市房地产管理法第 38、39 条等强制性法律规定的
 房地产转让合同的效力认定 84
 - ④ 以出让方式取得土地使用权且房屋建设工程未完成开发投资总额
 25% 的房地产转让合同的效力认定 / 85
 - ④ 以出让方式取得土地使用权但尚未取得土地使用权证书的房地产
 转让合同的效力认定 / 94
 - ④ 被查封房地产转让合同的效力认定 / 94
 - ④ 土地使用权已被依法收回的房地产转让合同效力的认定 / 95
 - ④ 未经其他共有人书面同意的共有房地产转让合同效力的认定 / 96
 - ④ 权属有争议的房地产转让合同的效力认定 / 97
 - ④ 未依法登记领取权属证书的房地产转让合同的效力认定 / 97
 - ④ 民事再审中对《房地产法》第 38、39 条与原审存在不同
 认识时的处理 / 99
10. 租赁房屋被拍卖时承租人优先购买权的保护 102
 - 关于福州市名流园艺有限公司与翁武强、翁武雄及福州市
 国有资产营运中心确认合同效力纠纷案的请示与答复

三、公司企业类纠纷

11. 公司股权转让合同的效力认定 113
 - ④ 无书面形式的股权转让合同是否成立 / 114
 - ④ 瑕疵股权转让合同的效力认定 / 115
 - ④ 个人与合营企业一方订立以获取利润为目的的投资协议效力认定 / 117
 - ④ 台商以中国自然人的名义受让股权的协议效力认定 / 118
 - ④ 未经审批的国有股权转让合同效力认定 / 120
12. 挪用国有企业改制前资金出资, 改制后企业的股东资格认定 124
 - 关于昌邑市华星矿业有限责任公司与姜光先股东资格确认和
 公司盈余分配权纠纷一案的请示与答复

四、民事再审程序

13. 关于再审中新证据的认定及运用问题的调研 133
 - 以民事诉讼为中心

14. 民事再审程序若干问题研究 169

- 关于“可以向上一级人民法院申请再审” / 169
- 关于再审程序的三个阶段 / 170
- 关于“诉访分离”问题 / 170
- 关于再审顺位问题 / 171
- 关于再审事由的把握 / 171
- 关于再审新证据 / 172
- 关于案外人申请再审 / 173
- 关于终结再审诉讼 / 174
- 关于裁定驳回再审申请后抗诉问题 / 175
- 关于判决确定债权的受让人能否申请再审 / 175
- 关于有限再审（或终审不终）问题 / 176
- 关于再审的审理范围 / 177

15. 民事抗诉程序疑难问题 179

- 当事人向检察机关申请抗诉的期限 / 179
- 检察机关可提起抗诉的民事裁判的范围 / 181
- 驳回申请再审的裁定与抗诉 / 182
- 抗诉书的送达及当事人出庭 / 184
- 民事抗诉案件的审理范围 / 185
- 抗诉案件审理中检察机关调取的证据及其运用 / 187

16. 人民法院裁定驳回当事人再审申请后，检察机关就原生效判决又提起抗诉的，人民法院应否受理问题的请示与答复 190

五、刑事审判监督

17. 合同诈骗类再审案件的认定 199

- 单笔业务中存在欺诈手段，符合合同诈骗罪客观方面的特征，但整体利益没有受损，能否认定为合同诈骗罪 / 199
- 采取欺诈手段签订合同，将所得款大部分用于合同履行，能否认定为合同诈骗罪 / 200
- 行为人采取欺诈手段签订、履行合同，并基于该合同获得了巨大利益，但同时另一方当事人的合同目的同样得以实现，是否需要追究行为人的刑事责任 / 201
- “合同骗用”型案件中如何认定非法占有目的 / 201
- 合同诈骗和民事欺诈的区分问题 / 203

* 单位犯罪和自然人犯罪的区分问题 / 204	
* 从刑法的谦抑性看合同诈骗罪的认定 / 205	
18. 如何具体认定被告人主观上是否具有非法占有贷款的目的	207
——关于穆亚莉贷款诈骗案的请示与答复	
19. 对利用计算机系统故障盗取 ATM 机款项的量刑	214
——关于何鹏盗窃一案的请示与答复	
20. 如何具体区分帮助毁灭、伪造证据罪、徇私枉法罪和 帮助犯罪分子逃避处罚罪	220
——关于原审被告人葛柏林、孔凡鹰帮助毁灭、 伪造证据一案的请示与答复	
21. 如何把握假冒注册商标罪中“使用与注册商标相同的商标”	227
——关于上海江沪实业有限公司、谢益元假冒 注册商标一案的请示与答复	
22. 因刑事案件引发的储蓄合同纠纷案件分析	236
* 不法分子利用技术手段获取银行卡信息及密码的情形 / 236	
* 不法分子骗取银行卡信息及密码的情形 / 239	
* 不法分子窃取银行卡并窥得密码的情形 / 241	
* 不法分子利用张贴的虚假银行客服电话诱骗储户 将存款转入其他账户的情形 / 245	
* 小结 / 249	
23. 减轻处罚的法律适用	251
* “法定刑以下”是否包括法定最低刑 / 251	
* 减轻处罚是否可以减为更轻的刑种 / 252	
* 减轻处罚是否应该有幅度的限制 / 253	
* 减轻处罚能否从主刑减为附加刑，可否减至免除处罚 / 255	
* 减轻主刑时是否需要相应地减轻附加刑 / 256	
* 酌定减轻处罚中“案件的特殊情况”范围的界定 / 257	
* 司法实践中酌定减轻处罚的几种常见类型 / 258	
* 酌定减轻处罚与《刑法》第 37 条免除处罚在适用上的区别 / 260	
24. 前罪判处无期徒刑减为有期徒刑后，发现漏罪被判处无期徒刑， 减刑应该如何计算刑期	265
——刘文占减刑一案的请示与答复	

一、合同与侵权类纠纷

HE TONG YU QIN QUAN LEI JIU FEN

1

再审中租赁、买卖合同纠纷法律适用疑难问题

张 华^①

一、租赁期间，租赁房屋被政府拆迁，是否属于不可抗力，出租人是否应当向承租人承担违约责任

不可抗力在我国法上是一种法定的民事责任免责事由。就不可抗力的范围问题，学界及实务界尚未形成定论，特别是政府的行政行为是否构成不可抗力，更是存在争议。

(2008)青民再字第15号民事判决认定，马美琴与青海德令哈市旅游餐饮服务公司（以下简称旅游公司）于1999年10月20日签订《房屋租赁合同》，期限为1999年10月20日至2005年10月20日，共6年。租赁期间，青海德令哈市建设和交通局于2001年9月通知旅游公司将祁连路以东、柴达木路以北的用地进行调整，于2001年9月30日前将其所属房屋全部拆除。青海德令哈市建设和交通局与旅游公司签订《拆迁还建协议》约定，政府支付拆迁补偿费11万元，为保证企业持续经营，市政府将用上述拆迁补偿费在商业步行街、体育广场西侧建设商业用房进行产权置换安置旅游公司，旅游公司随后通知马美琴于10月7日前搬出承租房屋。承租房屋于10月被拆除。另，马美琴于1996年6月对承租房屋进行了装潢。马美琴请求判令旅游公司赔偿其装潢损失42000元。

本案争议的焦点在于政府的拆迁行为是否属于不可抗力，以及不可抗力下当事人的民事责任。一审未对此作出判断，以承租人未能提供损失证据为由驳回马美琴的诉讼请求。二审认为，拆迁属行政行为，不属于法律规定的不可抗力，出租人虽无过错，但不能免责，判决出租人旅游公司赔偿承租人

^① 作者单位：最高人民法院审判监督庭。

马美琴的房屋装潢损失。再审撤销二审判决,维持一审判决,抗诉机关抗诉后,再再审判判决撤销原再审判决,维持二审判决。

本案涉及的法律问题是政府的行政行为是否可以构成民事上的不可抗力。

《合同法》第一百一十七第一款规定“因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外”。民法通则和合同法均规定“本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。立法上对不可抗力采取了“三个不能”的标准,三者同时满足,才构成不可抗力。我国合同法和民法通则对不可抗力兼采主观说和客观说,即认为从性质上说不可抗力具有客观性,不受当事人主观意志的左右,但在具体认定不可抗力事件时,要看当事人主观上是否尽到了应有的注意义务,据此判断当事人主观上是否存有过错;两个标准,缺一则不构成作为免责事由的不可抗力。^①但立法没有明确不可抗力的适用范围,学者对不可抗力的列举范围上,有一致的地方,也有不一致的地方,对于政府行为是否构成不可抗力,存在争议。有学者认为,由于国家行使立法、行政、司法等职能而致使债务不履行及损害的发生或扩大,在某些特定的条件下,此类国家行为也属于不可抗力的范围,如《海商法》第五十一条关于承运人在责任期间货物发生的灭失或损坏的免责事由就包含有“政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押”。另有学者认为,法律的颁布实施、政策的出台与贯彻落实、司法机关对标的物采取的强制措施、国家征用等,只要符合不可预见性、不可避免及不可克服性,均可以成为不可抗力。^②

(一) 对具体行政行为是否导致不可抗力的分析

1. 完全不导致不可抗力发生的具体行政行为。这类具体行政行为包括行政许可、行政处罚等。对于行政许可、行政处罚,如果合法合理,其结果是行政相对人的申请不被许可,或行为应受处罚,相对人对此应有合理稳定的预期,相对人因此不能履行合同,自应向对方当事人承担违约责任。如果行政许可、行政处罚违法或显失合理性,行政相对人可以通过行政复议、行政诉讼得到救济,并由作出具体行政行为的行政机关对其造成的损失进行赔偿,此种情况下,即使发生不可抗力并致使标的物毁损灭失,不论标的物是

① 王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社2000年版,第333页。

② 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第432页。

种类物还是特定物，均不因履行不能而适用不可抗力规则。

2. 可能发生不可抗力的具体行政行为。这类具体行政行为包括行政征收、行政征用、行政强制等。对这类具体行政行为是否发生不可抗力，需要具体问题具体分析。如果行政机关实施该类具体行政行为违法或错误，行政相对人可以获得救济，不应属不可抗力的范围。但如果行政机关在紧急情况下的征收、征用行为合法，如为防汛抢险的需要紧急征用相对人的财产，致使相对人无法向权利人交付合同约定的财物，此时，行政机关的行政行为完全合法，其对行政相对人的补偿也只是限于合理的使用和损耗等费用，相对人对该征收、征用行为无法预见、不能避免并不能克服。所以，从“应否发生损害赔偿义务”这种法律政策的角度考量，^①合法的行政征收、行政征用、行政强制等具体行政行为，如导致相对人无法履行合同，则应归入不可抗力的范围。

本案中，行政拆迁是否属于不可抗力，二审和再审判决均认为不属于法律规定的不可抗力，但对于不属于法律规定的不可抗力的原因，没有展开论述。本案中，青海德令哈市建设和交通局与旅游公司签订的《拆迁还建协议》约定，政府支付拆迁补偿费11万元，为保证企业持续经营，市政府将用上述拆迁补偿费在商业步行街、体育广场西侧建设商业用房进行产权置换安置旅游公司。由于青海德令哈市建设和交通局已与旅游局就拆迁补偿达成了补偿协议，青海德令哈市建设和交通局的“损害赔偿义务”已经实际发生，从这个角度出发，青海德令哈市建设和交通局对出租房屋的拆迁不构成旅游局不履行与马美琴的租赁合同的不可抗力。

（二）抽象行政行为是否发生不可抗力

抽象行政行为，针对的是不特定的对象，包括行政立法行为和制定规范性文件的行为，立法和规范性文件在正式颁布之前，虽然有些向社会公众公开征求过意见，但对一般的群体来说，其具体内容、生效时间、颁布时间可以说是完全不得而知的，所以，该两种行为对一般的群体来说应属不能预见的行为；其次，一般的行政立法和规范性文件的产生都经过了较严格的论证程序，如果属于良法，其颁布并生效显属不能避免；再次，行政行为的强制性决定了其在一定范围内具有普遍的约束力，在这个范围内任何主体都应该遵守，表现为不能克服性。所以，一般地讲，抽象行政行为可构成不可抗力。

^① 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第429页。

二、承租人的擅自转租行为已经消灭，出租人还能否以承租人擅自转租为由行使合同解除权；承租人将部分房屋擅自转租，出租人可否对全部租赁合同行使解除权

(2009)云高民再终字第44号民事判决认定，出租人盘龙房地产有限公司（以下简称盘龙公司）和承租人昆明银圣地商贸有限公司（以下简称银圣地公司）于2003年10月26日签订房屋租赁合同，盘龙公司将圆通广场出租给银圣地公司，租期自2003年12月1日起至2023年12月1日止，年租金30万元。房屋租赁合同第八条约定“严禁改变本合同双方整体进行转租，若出现乙方整体进行转租，甲方有权终止合同收回广场，由乙方承担一切损失”。合同履行中，在未经盘龙公司同意的情况下，银圣地公司于2004年1月将承租房屋一层转租给吉原公司，合同签订后，银圣地公司将房屋交给了吉原公司，因吉原公司未按约交付租金，银圣地公司于2004年9月向昆明中院起诉请求解除合同，经法院判决并执行，2005年7月银圣地公司收回了房屋。2005年7月，盘龙公司以银圣地公司擅自转租为由，请求解除合同。一审判决认为，银圣地公司转租的事实盘龙公司起诉时已经不存在，银圣地公司并未违约，判决继续履行合同。二审判决认为，银圣地公司未经盘龙公司同意即将租赁物整体转租给第三人，判决解除房屋租赁合同。昆明中院再审认为，银圣地公司擅自转租的行为违反了合同法的规定，盘龙公司享有合同解除权，判决维持二审判决。云南高院再审认为：1. 房屋租赁合同第八条约定的是整体转租才构成违约，部分转租不构成违约，据此，该约定排除了《合同法》第二百二十四条关于租赁物不得转租的规定。2. 二审及再审查为整体转租且在转租行为及事实已经归于消灭的情况下认定银圣地公司违约并判决解除合同欠妥。3. 鉴于盘龙公司已将租赁房屋另行出租给案外人，银圣地公司继续履行合同的请求已客观上不能履行。云南高院再审判决撤销上述三个判决；解除双方的房屋租赁合同；驳回盘龙公司的其他诉讼请求。

本案涉及转租的两个法律问题。一是擅自转租行为的持续时间是否会对擅自转租的后果有影响，在擅自转租行为已经消灭的情况下，出租人是否还享有合同解除权；二是承租人将部分房屋擅自转租给第三人，是否构成擅自整体转租的法律后果，出租人是否享有合同解除权。

就第一个问题，《合同法》第二百二十四条规定“承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同”，该条没有就承租人擅自转租的持续时间