

审判理论与实践

吴合振 / 主编

李璞荣 / 副主编

任永中 / 副主编



探
疑

大家

序

改革开放二十年来,我们的国家发生了天翻地覆的变化,改革和建设取得了举世瞩目的辉煌成就,生产力的解放,推动着生产关系的变革,经济的飞速发展,改善了人民群众的物质文化生活,也带来了社会关系的纷繁复杂。新的形势,使人民法院不断面临新问题、新挑战、新机遇。严肃执法,司法公正已成为全社会的基本观念。在实践中探索,在探索中总结,在总结中提高,是保证严肃执法,司法公正,提高司法水平的有效途径。该书所收录的文章,就是作者对改革开放中司法工作遇到的新情况、新问题进行理论思考的结晶。

本书的作者均为河南省高级人民法院的法官,有的是中层领导,有的是业务骨干。他们身处司法工作的第一线,办理多种多样、形形色色的案件,经常遇到一些困惑难解的问题,同时在实践中也有心得,有顿悟,有归纳。他们凭着自己深厚的理论功底,高层次去剖析,多角度去揭示,全方位去研讨,每一篇文章都渗透着他们辛勤的汗水,也反映了他们的聪明才智。这些文章,有的探古察今,有的摄取国外法律的精华,更多的是解剖新形势下出现的新情况、新问题,虽无高深精细的学术理论,但其论点新,论证全,论据足,自有一孔之见,自成一家之言,从某

种程度上反映了改革大潮中司法审判的倾向或趋势。

本书所收录的文章是河南省高级人民法院第一、第二届理论研讨会获奖的优秀作品,把她们集册付梓,不仅是因为她们反映了司法队伍业务素质的提高,更重要的是对审判实践具有较强的借鉴参考作用。相信这本书的编印发行对于加强司法理论与实务的调查研究,提高司法队伍素质,保障司法公正,会起到积极的促进作用。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '李健民' (Li Jianmin). The signature is stylized with fluid, connected strokes.

目 录

序.....	(1)
--------	-----

一、经济审判

贯彻执行《担保法》中的几个问题.....	吴合振(1)
对经济审判方式改革若干问题的思考	王韶华(13)
论工程造价包定的效力与变更	张国明(26)
对买卖合同中交付问题的法律思考	李保甫(38)
保证人抗辩事由探析	侯建中(50)
证券回购纠纷案件审理中存在的问题 及处理原则	宋海萍(60)
质押担保法律问题研究	秦德平(66)
审判实践中的合同解释	尚万增(76)
关于企业全部资产抵押有关法律问题 的探讨	王晓东(85)
试论非法人组织的法律地位	曹书瑜(94)
第三人侵害债权的侵权行为刍议.....	王 磊(100)

二、民事审判

论人身损害赔偿数额的确认.....	吴毛旦(108)
个人合伙案件实务研究.....	周志刚(130)
贯彻执行劳动法中存在的问题、原因与建议	余获秋 孙加瑞(145)

劳动争议案件若干问题探讨·····	李庆军(153)
关于挂靠企业的几个问题·····	刘玉春 李 红(167)
关于房地产抵押若干问题的研究·····	刘祖一(182)

三、行政审判

论对行政许可的量化控制 ·····	张子祥 高树德 李小山(199)
涉农行政案件存在的问题及解决的 有效途径·····	谢华海(208)
论行政诉讼的合法性审查原则·····	荆 伟(220)

四、刑事审判

对“携带凶器抢夺”以抢劫罪论处 的理解与适用·····	李剑非(233)
浅谈新《刑法》对自首制度的修改与适用·····	田立文(240)
无罪推定原则是现代刑事诉讼制度的基石 ·····	李璞荣 彭晓东(247)
限制责任能力精神病人刑事责任的 理解与适用·····	张开乐(256)
对 100 起经济犯罪大案要案的 调查与思考·····	曾松志(265)

五、司法技术鉴定

伪造文件物证的特征与检验鉴定·····	齐宇文(276)
---------------------	----------

六、其他

解决中国内地与香港法律冲突的若干问题 ·····	任永中 彭晓东(282)
-----------------------------	--------------

一、经济审判

贯彻执行《担保法》中的 几个问题

吴合振

《中华人民共和国担保法》经八届全国人大常委会第十四次会议通过,1995年10月1日起施行。近几年来,各级人民法院积极学习《担保法》,认真贯彻执行《担保法》,保护了担保合同当事人的合法权益,保障了债权人债权的实现,促进了资金融通和商品流通。实践证明,《担保法》反映了我国社会主义市场经济发展的要求,体现了近年来我国关于担保理论研究成果和审判实践经验,是一部比较好的法律。但是,由于现实生活是十分复杂的,任何一部法律都不可能解决现实生活中所有的法律问题,同时,人们对法律的理解不同,在学习和贯彻执行《担保法》的过程中,也存在着不同意见的争论。现就贯彻执行《担保法》中有争议的几个问题谈点个人看法。

一、关于不具有代为清偿债务能力的 保证人提供的保证效力问题

我国《担保法》第7条规定“具有代为清偿债务能力的法人、其

他组织或者公民,可以作为保证人。”但在审判实践中经常遇到,当债务人不能清偿债务时,保证人也不能代为清偿全部债务,有的甚至根本不具有代为清偿债务的能力。对于这种不具有代为清偿债务能力的保证人提供的保证是否有效,审判实践中有不同认识。一种意见认为,设立保证的目的,是为了保证债权人债权的实现,保证人不具有代为清偿债务的能力,不能起到保证的作用,也不符合《担保法》第7条的规定,因此是无效的。另一种意见则认为,保证是当事人自愿设立的,债权人有权选择保证人的权利,债权人既然同意不具有代为清偿债务能力的人为之担保,人民法院就不宜确认担保无效。本人认为后一种意见更有道理。其一,在订立合同时,要求对方提供担保,是当事人的权利,债权人可以行使这种权利,也可以放弃这种权利,具有充分的自主权;同样道理,债权人接受什么样的人作为实现自己债权的担保,享有完全的自决权,债权人有权要求债务人提供代偿能力较强的人作为债务履行的担保,也有权自主决定接受代偿能力较弱的人作为保证人,这是债权人的权利,他人无权干涉。债权人接受代偿能力较弱的人作为实现其债权的担保,就意味着其自愿承担了债权不能完全实现的风险。在实践中,由于保证人难找,对于债权人来说,有担保总比无担保强,因此,在许多情况下,债权人明知保证人的担保能力有限,仍接受其担保,道理就在于此,以保证人不具有代偿能力为理由确认保证无效,恰恰违背了当事人的意思表示。其二,保证人的财产处在不断变化之中,有的保证人在设立保证时,可能具有完全清偿债务的能力,但其后情况发生变化,财产减少,代偿能力减弱,无能力代为清偿全部债务。也有的保证人在设立保证时,代偿能力较弱,但需要其承担保证责任时,其已具有全部的代偿能力,究竟是以设立担保时保证人的代偿能力还是以需要其承担保证责任时其实际的代偿能力来衡量保证人的代偿能力,都有合理之处,也都有不尽合理之处。其三,一个当事人究竟有多少财产,具有多大的代偿能力,其他

人是难以知晓的,有时即使是当事人本人也不完全清楚自己究竟能否在需要其承担责任时就有能力承担责任,除了其财产处在不断变化之中,财产的变化非当事人所能预料外,有的企业虽然仍在正常运转,但负债已大于其资产,如主要的债权人不主张其债权,企业还可以继续生产经营,对外承担责任,但是,如果主要的债权人向其主张债权,企业就无能力再为他人承担责任了。不少企业账面资产与负债和实际并不完全一致,实际具有多大代偿能力只有经过审计或资产评估才能知道。而订立合同是一项经常性的简单的经济活动,在许多情况下,要求债权人在订立合同时确知保证人是否具有代偿能力,既不现实也不可能。其四,保证责任在许多情况下是一种补充责任,由于债务人是否履行债务处在不确定状态,是否需要保证人承担责任,以及保证人是否具有代偿能力都难以确定。有的保证人虽然不具有代为清偿全部债务的能力,但是由于债务人自动履行了债务,根本不需要保证人代为履行,在有些情况下,虽然保证人代为清偿债务的能力较弱,但债务人履行了大部分债务,保证人的财产足以用来清偿保证债务。在这种情况下,不好说保证人不具有代为清偿债务的能力。其五,保证人是否具有代为清偿债务的能力,在许多情况下保证人自己是清楚的,而债权人是不清楚的,明知自己不具有代为清偿债务的能力而为他人提供保证,保证人是有过错的,债权人没有太大过错,如果以保证人不具有代偿能力确认保证合同无效,使保证人解脱了保证责任,不利于债权人实现其债权,使过错方占了便宜,损害了无过错方或过错不大的一方的合法权益,这样做显然是不合理的。

综上所述,无论是理论上还是实践中,都不宜将不具有完全代为清偿能力的保证人提供的担保确认无效。这种认识是否违反立法本意呢?并不违反。法律规范有强制性规范,有引导性规范。对强制性规范,人们必须遵守,违反了要受到制裁,承担责任,对引导性规范,并不强制人们必须遵守。比如《经济合同法》第12条规定

了经济合同一般应当具备的条款,包括标的、数量、质量、价款或者酬金、履行的期限、地点和方式,以及违约责任等。在实践中,许多合同没有约定违约责任,有的合同约定的履行地点、期限和方式或者质量不明确,实践中并不因为这些合同缺乏某个条款或者某个条款不完备,不符合《经济合同法》的规定而确认该合同无效,而是据实进行处理,从《民法通则》第88条和最高人民法院的有关司法解释看,不符合《经济合同法》第12条规定的,并不因此而确认合同无效,对不符合《担保法》第7条规定的也应当这样处理。

二、关于国家机关作保证人是否 承担责任的问题

《担保法》第8、9、10条规定,除国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷者外,国家机关不得为保证人;以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人;企业法人的分支机构、职能部门除经法人书面授权,不得为保证人。如果违反了上述规定,不能作保证人的人作了保证人,是否承担责任,《担保法》第29条仅对企业法人的分支机构未经法人书面授权提供担保的,应如何承担责任作了规定,而没有对国家机关、事业单位作保证人,保证合同被确认无效后如何承担责任作出规定。实践中有人认为,既然同是不具有保证资格的人提供的担保,保证无效,《担保法》仅对企业法人分支机构提供担保如何承担责任作出规定,而未对国家机关、事业单位提供担保如何承担责任作出规定,意味着国家机关、事业单位提供的担保无效后可以不承担责任,而这样做有利于规范经济生活,使今后无人敢接受国家机关、事业单位提供担保。另一种意见则认为,根据过错原则,国家机关、事业单位作保证人,保证合同被确认无效后,保证人也应当承担责任。本人同意后一种观点。因为,无论国家机关、事业单位,还是企业法人的分支机构,

尽管有不同之处,但从法律上讲,都是不具有担保资格的组织,在适用法律上应当平等,在经济生活中不允许存在特殊主体。按照法律规定,国家机关、公益性事业单位、社会团体不能作保证人,不仅债权人应当知道,国家机关、事业单位更应当知道,明知自己不具有保证人资格而为他人担保是有过错的,有过错而不承担责任不符合法理。因此,国家机关、公益性事业单位、社会团体为他人提供保证,保证合同被确认无效后,保证人应承担过错赔偿责任,即当债务人不能清偿债务时,保证人应根据其过错承担责任。由于国家机关、公益性事业单位不能作保证人,不仅保证人自己应当知道,债权人也应当知道,双方都有过错,各自应按照过错大小承担相应的责任。当不能确定双方的责任哪个更大时,对造成的损失双方应当均担。如果保证人无力承担责任,损失由债权人自担,对债权人本身就是一种教育,也能起到规范经济生活的目的。

三、关于抵押合同无效抵押人是否还要承担责任的问题

抵押合同无效,抵押人是否还要承担责任,这是在贯彻执行《担保法》过程中另一个有争议的问题。有人认为,抵押是一种财产担保,抵押合同有效时,抵押权人的权利是对特定物的优先受偿权,对抵押人的其他财产不享有权利;抵押合同无效时,抵押权人丧失了对抵押物的优先受偿权,也就丧失了对物上保证人的债权清偿的请求权,抵押人也就不再承担清偿债务的责任。另有人认为,抵押合同被确认无效后,抵押权人对抵押物不再享有优先受偿权,但如果抵押人对设立抵押有过错,因抵押无效给抵押权人造成损失的,抵押人应承担赔偿责任。应当说,以上两种意见,都有其合理的地方。由于造成抵押无效的原因是多方面的,因此,不能笼统地讲,抵押合同无效后,抵押人还承不不承担责任,而应区分不同情

况,具体问题具体分析。一般地说,造成抵押合同无效的原因不同,抵押人的责任也不同。

1. 未按照《担保法》第 37 条的规定,以不得设立抵押的财产作抵押的,抵押合同无效后,抵押权人不能以抵押物来清偿债务,但是,如果抵押人明知该物品不能抵押,而采用欺骗手段欺诈债权人,使债权人与债务人订立合同的,抵押合同无效后,抵押人应对其过错给对方造成的损失承担赔偿责任。如某甲明知自己对某物没有所有权,而有意欺骗债权人,谎称该物为自己所有,设立抵押,使债权人信以为真,与债务人订立合同,造成损失,像这种情况,抵押合同虽然无效,但由于抵押人对造成债权人的损失有重大过错,抵押人应承担赔偿责任。不过,此时抵押人承担责任不是基于抵押合同,而是基于订立抵押合同时的过错。

2. 未经其他共有人同意擅自以共有财产作抵押的,抵押的效力不及于其他人对该财产的权利,抵押人仍应以其享有的份额承担责任。比如,甲、乙、丙各出资 6 万元共同购置一辆汽车搞运输,甲未经乙、丙同意,擅自将该车作抵押从银行贷款从事其他经营。如果银行对该车全部享有优先受偿权,显然损害了乙、丙二人的合法权益;如果银行不能对该车享有任何优先权,则会造成有过错的甲占了便宜,使无过错的债权人遭受损失。为保护无过错方当事人的合法权益,银行可以对甲在该车中享有的权利行使优先受偿权。不过,银行在行使优先受偿权时应注意保护乙、丙的合法权益,不因其行使优先受偿权而损害乙、丙的合法权益,在对该车变价时,可与乙、丙协商,在同等条件下,乙、丙有优先购买权。

3. 按照《担保法》第 40 条的规定,在订立抵押合同时,抵押权人与抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有。如果抵押权人与抵押人在合同中作了这样的约定,该约定无效。抵押权人不能自动取得抵押物的所有权,即抵押权人取得抵押物的方式无效,而不是整个抵

押无效，抵押权人仍可按法定程序对抵押物变价，从变价款中优先受偿。

4. 按照《担保法》第 41、42、43 条的规定，在设立抵押时，应当办理抵押物登记，当事人未办理登记的，抵押合同不发生效力，债权人对抵押物不享有优先受偿权，如果他人对该物主张权利，订立抵押合同的人不能与之对抗，但并不是说，订立抵押合同的债权人不能对该物申请执行，如果该物属于债务人所有，又无其他债权人申请对该物执行，债权到期后，债权人可以申请人民法院对该物执行以实现自己的债权。

5. 以限制流通的物品作抵押的，一般不宜以该物为限制流通之物而确认抵押无效，而应按照有关规定，在对抵押物变价时交有关部门收购即可。如金银可交中国人民银行收购，珍贵文物交文物部门收购。

四、关于《担保法》的适用

在《担保法》之前，我国的《经济合同法》和《民法通则》曾对担保问题作了原则规定，为适应审判工作的需要，最高人民法院曾就担保问题作过多个司法解释，其中比较系统的是 1994 年 4 月 15 日《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》。最高法院的司法解释是在法律没有具体规定的情况下作出的，和后来的《担保法》有不尽一致的地方，这就给如何适用法律带来了一些困难。

按照法律不溯及既往的原则，凡《担保法》以前，法律和司法解释有规定的，应当适用当时的法律规定进行处理，当时没有规定的，可以参照《担保法》的规定进行处理。比如，在《担保法》之前，我国法律未规定最高额担保，但实践中已经存在，在处理最高额担保纠纷时，可以参照《担保法》关于最高额担保的规定进行。对此，实

践中争议不大。实践中争议比较大的是,《担保法》的规定与原来的规定不一致时,是按原来的规定处理,还是适用《担保法》的规定进行处理。如在《担保法》之前,我国法律对没有约定保证期间的保证合同保证人应当在多长时间内承担保证责任没有规定,而实践中多数保证合同没有约定保证期间,人民法院在审理保证合同纠纷案件中,遇到的一个突出问题就是,当保证合同没有约定保证期间时,如何确定保证人承担保证责任的期间。1994年最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第11条规定:“保证合同中约定保证责任期限或者约定不明的,保证人应当在被保证人承担责任的期限内承担保证责任。”而《担保法》第25条规定:“一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。”第26条规定:“连带责任的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。”很显然,《担保法》的规定与最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》对这个问题的规定不尽一致。

对于1995年10月1日《担保法》实施以后成立的保证合同,按照《担保法》的规定确定保证人承担保证责任的期间是理所当然的,对于1995年10月1日《担保法》实施前成立的保证合同,没有约定保证期间,《担保法》实施后起诉到人民法院的,如何确定保证人的保证期间,无论在理论上还是在实践中争论都比较大。一种意见认为,由于法律不溯及既往,法律只能规范其实施后的行为,对其实施前的行为没有约束力。因此,对《担保法》实施前成立的保证合同只能适用《担保法》以前的法律规定,当时由于法律没有规定,只能适用最高人民法院1994年《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》处理。另一种意见则认为,法律是一种行为规范,对其实施之前的行为虽然没有约束力,但对其实施后的行为有约束力,行为时如果没有法律规定,可以参照后来的法律规定

处理,这不违背法律不溯及既往的原则。对1995年10月1日前成立的保证合同,在《担保法》实施前债务履行期已经届满的,应当参照《担保法》第25条、第26条的规定,债权人应当从1995年10月1日起六个月内向保证人提起诉讼、申请仲裁,或者要求保证人承担保证责任,否则,保证人的保证责任免除。对于1995年10月1日前成立的保证合同,《担保法》实施后主债务履行期届满的,债权人应在主债务履行期届满之日起六个月内对保证人提起诉讼、申请仲裁或者要求保证人承担保证责任,否则,保证人的责任免除。笔者倾向后一种意见,其理由如下:

1. 在《担保法》之前,全国人大及其常委会制定的法律中,没有关于保证合同没有约定保证期间,保证人应在多长时间内承担保证责任的规定,而实践中发生了大量的纠纷,人民法院不能不处理。作为最高司法机关的最高人民法院只能解释法律而不能创设法律,由于保证期间不仅涉及到债权人的利益,也涉及到保证人的利益,在当事人没有约定保证期间,法律对此也没有规定的情况下,司法机关不能设定一个保证期间,所以,在当时情况下,作为解决问题的一种办法,最高人民法院在《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》中规定:“保证合同中约定保证期限或者约定不明确的,保证人应当在被保证人承担责任的期限内承担保证责任。”而实际上,保证人承担保证责任的期限与债务人承担责任的期限不应当是完全一致的。比如在连带责任的保证中,当债务履行期限已经届满,债务人没有履行债务,债权人既可以向债务人主张权利,也可以向保证人主张权利,债权人仅向债务人主张权利,其效力不及于保证人,很显然,债务人承担清偿债务的期间与保证人承担保证责任的期间是不同的。

2. 法律上设立“期间”的目的,在于督促当事人及时行使自己的权利,履行自己的义务,使当事人之间的权利义务关系及时清结,使债权人的合法权益及时得到有效保护,债务人尽快从债务中

解脱出来。否则,债权人不及时行使权利,其与债务人的关系长期处于不稳定状态,不利于经济秩序的稳定和当事人之间的往来,不利于经济的发展,而且时间拖长后,时过境迁,证据难以收集,不利于保护当事人的合法权益。在保证合同中,如果债权人仅向债务人主张权利,而不向保证人主张权利,保证人无论到什么时候都要承担保证责任,这对保证人显然是不公平的。为了保护保证人的合法权益,债权人要求保证人承担保证责任应当在一定期间内以一定的方式向保证人提出,否则,保证人有权拒绝。

3. 保证期间与诉讼时效期间是两个性质完全不同的概念。保证期间是不变期间,不适用时效中止、中断的规定,而诉讼时效期间适用时效中止、中断的规定。债务履行期间届满,债务人没有履行债务,债权人向债务人主张权利,适用《民法通则》关于诉讼时效的有关规定,而保证人承担保证责任的条件是,债权人在保证期间内以法定方式向保证人主张权利。否则,保证责任免除。

4. 由于在《担保法》之前全国人大及其常委会制定的法律中,没有关于未约定保证期间的保证合同保证人应在多长时间内承担保证责任的规定,对《担保法》实施前债务履行期间已经届满的合同,债权人已经按照当时的规定——最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》行使了权利,在《担保法》实施后,参照《担保法》关于保证期间的规定,对债权人行使权利的时间和方式加以规范,并不是按照《担保法》的规定,从主债务履行期间届满之日起计算保证期间,而是有明文规定的法律实施后开始计算,因此,与法律不溯及既往的原则并不矛盾。对于《担保法》实施前成立的保证合同,《担保法》实施后,债务履行期间届满的,债权人参照《担保法》关于保证期间的规定行使权利,对债权人也没有不公平之处。因为《担保法》是1995年6月30日公布的,1995年10月1日起施行。从公布到施行有3个月的学习、准备时间,当事人有充足的时间学习《担保法》,并参照《担保法》的规定及

时行使自己的权利。

5. 不溯及既往是适用法律的一般原则,但对以前没有法律规定,以后有了法律规定的,可以参照后来的法律规定去处理以前发生的行为,也是适用法律的一项原则。《担保法》公布后,1995年8月30日最高人民法院下发的《关于认真学习、贯彻〈票据法〉、〈担保法〉的通知》第3条规定:“对在《票据法》、《担保法》施行前所发生的票据行为、担保行为,应当适用该行为发生时的有关规定;如果行为发生时没有规定的,可参照《票据法》、《担保法》的规定。当事人对《票据法》、《担保法》施行前已经发生法律效力的裁决申请再审或者按照审判监督程序决定再审的票据纠纷案件、担保纠纷案件,仍适用当时的有关规定。”该条规定既体现了法律不溯及既往的原则,又对原来没有法律规定的行为如何处理进行了明确。同时,该《通知》第4条又规定:“《票据法》、《担保法》施行后,最高人民法院在两部法律颁布前作出的有关票据、担保问题的司法解释,凡与《票据法》、《担保法》抵触的,除本通知第3条所述情况外,不再适用”。很显然,1994年最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第11条关于保证合同没有约定保证期限保证人如何承担保证责任的规定与《担保法》第25条、第26条的规定不尽一致。对于《担保法》施行前已经发生法律效力的裁决,当事人申请再审或者人民法院按照审判监督程序再审的保证纠纷案件,或者当事人已经按照当时的规定已经行使权利,仍适用当时的有关规定,而对《担保法》施行后的行为按照法律的规定进行规范,既有利于维护各方当事人的合法权益,也符合法律适用的原则。

6. 关于“期间”的问题,过去最高人民法院有类似规定。如在《民法通则》以前,我国法律基本上没有关于诉讼时效期间的规定,《民法通则》公布后,也面临一个对以前发生的民事行为如何适用诉讼时效期间的问题。1988年4月2日最高人民法院下发的《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)》第165条规定:“在民法通则实施前,权利人知道或者应当知道其民事权利被侵害,民法通则实施后,向人民法院请求保护的诉讼时效期间,应当适用民法通则第135条和第136条的规定,从1987年1月1日起算。”这一规定既体现了法律不溯及既往的原则,又体现了法律规范人们行为的作用,各方面都认为比较合理。关于保证期间的适用也应参照这一规定处理,才合情理。