

献礼  
中华人民共和国  
成立 70 周年  
1949-2019



# 最高人民法院第二巡回法庭 法官会议纪要

第一辑

贺小荣 主编

违约损害赔偿中可得利益损失如何计算  
混合担保中保证人免责的认定  
合同解除对预查封执行效力的影响  
主债务人破产后保证责任及保证人追偿权的行使  
鉴定人未出庭作证是否违反法定程序  
受欺诈签订的行政协议的效力  
从吸毒人员处查获毒品后的罪名认定

人民法院出版社

# 最高人民法院第二巡回法庭 法官会议纪要

—— 第一辑 ——

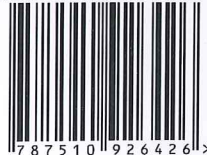
受教育背景、职业经历、司法经验、价值理念差异之影响，不同法官对于同一事实如何适用法律可能得出截然相反的结论。要让最高人民法院的裁判能够真正成为代表国家意志的终局裁判，让全社会真正接受和信赖最高人民法院的终局裁判，就必须建立一套符合司法规律的法律适用分歧解决机制，具体应当包括法律适用分歧的发现、讨论、约束、决策、评估和公开等六方面的内容。其中，法官会议是法院内部解决法律适用分歧的一种重要方式，对合议庭和全庭法官具有重要约束功能。最高人民法院第二巡回法庭选取了2019年的部分法官会议纪要集辑出版，旨在为解决法律适用分歧贡献自己的微薄力量。

本书是最高人民法院第二巡回法庭第三期全体法官集体智慧的结晶，是我们推动中国特色社会主义法治建设、不懈追求司法公平正义的理论探索和实践总结。法治昌明，则国泰民安。谨以此书作为全体“二巡人”为新中国七十华诞献上的一份薄礼。

—— 贺小荣

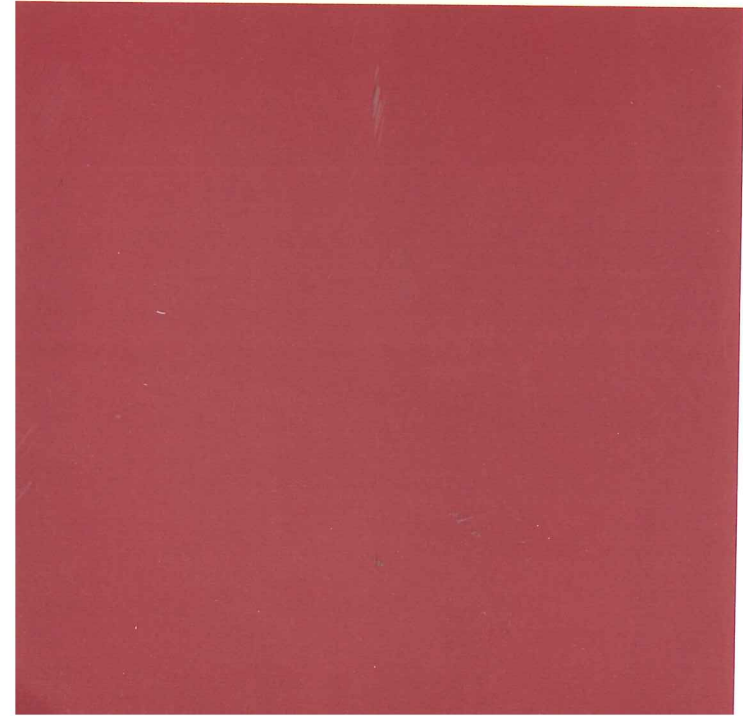
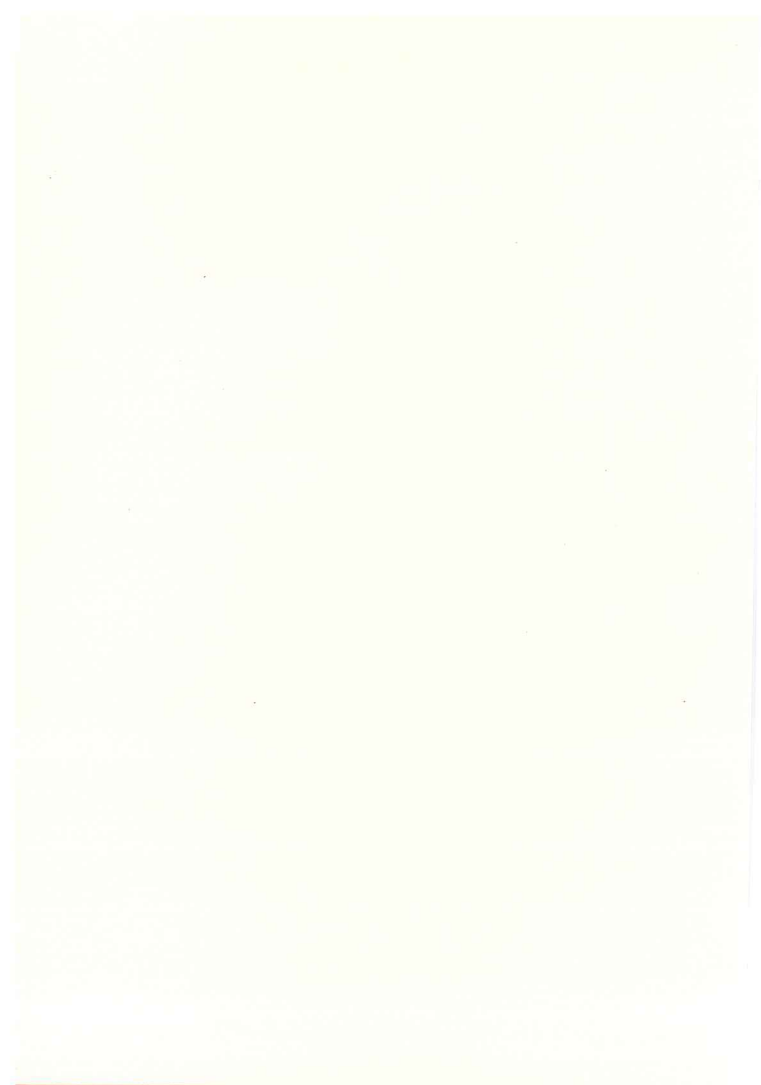


ISBN 978-7-5109-2642-6



9 787510 926426 >

定价：98.00 元



责任编辑◎韦钦平 李安尼 巩雪 赵芳慧

周利航 张怡 邓灿

封面设计◎丁鼎 王子莹



献礼  
中华人民共和国  
成立70周年



# 最高人民法院第二巡回法庭 法官会议纪要

—— 第一辑 ——

贺小荣 主编

人民法院出版社

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要. 第一辑/  
贺小荣主编. --北京: 人民法院出版社, 2019.10  
ISBN 978-7-5109-2642-6

I. ①最… II. ①贺… III. ①最高法院—商法—民事  
诉讼—审判—会议纪要—中国 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字 ( 2019 ) 第201099号

## 最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要 ( 第一辑 )

贺小荣 主编

---

责任编辑 韦钦平 李安尼 巩雪 赵芳慧  
周利航 张怡 邓灿

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 ) 67550579 ( 责任编辑 ) 67550558 ( 发行部查询 )  
65223677 ( 读者服务部 )

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 787毫米 × 1092毫米 1/16

字 数 360千字

印 张 28

版 次 2019年10月第1版 2019年10月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-2642-6

定 价 98.00元

---

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有 侵权必究

## 法律适用分歧的解决 方式与制度安排

贺小荣

与英美法系遵循先例的方法不同，大陆法系国家因恪守对制定法的阐释而决定了法律适用分歧存在的普遍性。受教育背景、职业经历、司法经验、价值理念差异之影响，不同法官对于同一事实如何适用法律可能得出截然相反的结论。出于对法官独立性这一职业伦理之尊重，法律适用分歧又无法通过简单的行政化手段予以消解，只能遵循司法权自身的运行规律来最终解决。在法官与法官、法官与不同审判组织之间为消除意见分歧而发生意志碰撞融合的过程中，如何正确处理独立判断原则与多数决原则的冲突，如何更好协调事实认定中的言词辩论原则与法律适用中会议讨论评议的相互关系，如何妥当安排审判权、监督权、管理权在集体意志形成过程中的权重以及位阶，都是解决法律适用分歧必须直面和回答的问题。

## 一、解决法律适用分歧的意义与价值

司法权作为代表国家行使的判断权和裁决权，应当坚守裁判标准的统一性。为此，国家建立了专门的法学教育体系和法律职业资格统一考试制度，目的就是让具有相同知识体系的人对同一类案件作出结果相同的判断。最高人民法院作为行使国家终局裁判权的最高审判机关，其裁判标准的统一性备受社会各界关注。近年来，随着最高人民法院受理案件数量的快速增长，<sup>①</sup>新类型案件的不断涌现，司法责任制改革的不断深化，最高人民法院坚守法律适用标准统一性的挑战与压力也与日俱增。特别是自2014年最高人民法院相继设立六个巡回法庭以来，如何实现“类案同判”已成为法律职业共同体近乎一致的呼吁和期盼。

“类案同判”是现代法治社会应当恪守的一项基本原则，也是国家治理体系和治理能力现代化在司法领域的具体体现。其一，“类案同判”是权利平等的内在要求。按照“法律面前人人平等”这一宪法原则的内在精神，要件事实基本类似的案件，应当给予相同标准的裁判结果。“类案同判”能够最大程度地体现法治的平等性和公正性。其二，“类案同判”可以为社会公众和市场主体提供相对明确的行为预期。同样的法律行为引致相同的法律后果，是构建法治社会秩序的必要条件，也是全体社会成员选择和决定自己行为方式并承担相应责任的法理基础。“类案不同判”的最大弊端是破坏了人们的行为预期，影响了社会成员对自己行为后果的准确判断，阻却了良好社会秩序的形成。其三，“类案同判”可以减少市场主体为实现自身权利而选择诉讼维权的成本。无论是违约行为还是侵权行为，统一而透明的裁判标准可以为将要选择诉讼的一方当事人提供重要的行为指引，同时也为当事人选择庭外和解创造了条件。反之，如果同样或近似的违约行为可以获得截然不同的裁判结果，就会激发当事人双方选择诉讼维权的冲动，司法机关受理案件的数量也就会日益增多。其四，“类案同判”有助于推进

---

<sup>①</sup> 2018年，最高人民法院受理案件34794件，地方各级人民法院受理案件2800万件。参见《2019年最高人民法院工作报告》。

法官的职业化建设。同样或近似的事实要获得相同的裁判结果，首先要求法官群体必须有一套相对统一的司法理念、裁判技术和规则体系，而这种理念、技术和规则又必须通过长期的法学教育和职业训练累积而成。为了实现“类案同判”，法官群体就必须注重对裁判规则和司法技术的研讨交流，法官职业化的水平也会得到相应提高。其五，“类案同判”有利于提高司法的质量和效率。相同的法律见解和裁判规则可以统一上下级法院之间、法官与律师之间的司法认知和裁判预期，这就会大大减少上诉、再审案件的比例，同时也可以从程序上减少发回重审、指令再审的案件数量，有效提高司法的质量和效率，大大节约诉讼的成本，不断提高司法裁判的公信力。

## 二、域外解决法律适用分歧的方式及启示

为了统一裁判标准，各个国家在解决法律适用分歧方面都采用不同的方式和路径，形成了一些相对固定的制度。但无论判例法国家或成文法国家，在解决法律适用分歧问题上均具有两个共同特点：一是在范围上主要集中在“原则重要性”和“歧异排除”两个方面。“原则重要性”实际上涉及到司法机关创设规则的问题，即案件涉及问题的意义已经超越了案件当事人在个案中的利益，需要提炼出相对统一的法律见解以约束未来类似案件裁判时的一种方法。“歧异排除”是解决正在审理案件的法律适用与本院或者上级法院的在先判例相冲突时统一裁判标准的一种方法。二是在形式上特别重视发挥最高法院在统一法律见解和裁判标准方面的重要作用。最高法院作为行使终审权的机关，负有统一全国法律适用标准的责任与义务。此外，一审法院的裁判因为有上诉救济程序做保障，不同法官适用法律问题的分歧完全可以通过上级法院或终审法院的判决来纠正。而最高法院的裁判因为没有上诉程序来救济，其判决的权威性和指导性直接影响一个国家法律适用的安定性。因此，最高法院在统一法律适用标准、解决法律适用分歧方面的功能被世界各国立法所普遍肯定。

美国作为判例法国家较为典型的代表之一，在解决法律适用争议方面也有一个发展演变的过程。二十世纪初期，美国联邦上诉法院遇到判决可



能发生歧异时，一般会将抽象的法律问题提交给联邦最高法院去处理。后来美国联邦最高法院同意联邦上诉法院用“全院模式”（大法庭）审理案件，自此以后将抽象问题提交联邦最高法院审理的制度就慢慢失去了功能。美国为解决法律适用争议采取的大法庭制度，一般分为三种情况：一是上诉的时候当事人就主张应该适用大法庭；二是案件审理之后判决之前，可以请求或申请大法庭审理；三是判决宣告之后，在符合美国联邦上诉规则四十条的期限内，可以将小法庭已经审理的案件交由一个大法庭重新审理。对于第三种判决宣告后再由大法庭审理的制度，必须经该院全体法官过半数以上同意才可启动。而实体上的条件也有三个：一是该案与本院先前生效的裁判有冲突；二是该案与联邦最高法院的裁判有冲突；三是该案具有特殊重要性。<sup>①</sup>

日本受大陆法系成文法传统的影响较大，立法上并未采用判例拘束性原则。日本最高裁判所有15名法官，分为3个小法庭，每个法庭通常由5名法官组成。日本最高裁判所亦设有全体法官组成之大法庭，审判长由院长担任，参与审理的最低法定人数为9人。大法庭审理的案件为：（1）基于当事人主张，判断法律、条例、命令、规则或处分是否符合宪法；（2）法院认为法律、条例、命令、规则或处分违宪时；（3）原裁判关于宪法或其他法令之解释适用，所持见解与最高裁判所之裁判先例相异时；（4）小法庭各法官意见不同，持不同意见法官的人数相同时；（5）小法庭认为交付大法庭审理为宜时；（6）法官身份之裁判；（7）人事官之弹劾裁判。日本最高裁判所自2008年至2017年12月间，大法庭共受理14件案件。<sup>②</sup>日本最高裁判所有一个七人组成的判例委员会，每月召开一次会议，专门挑选最高裁判所判决中具有普遍参考价值的判例。在日本，判例具有规范下级法院裁判的功能，下级法院有遵守判例的义务。对于相同类别案件应当作出相同之判断，

① 参见林超骏：《〈终审机关统一法律见解功能之再检视〉会议综述》，载台湾地区《月旦法学杂志》2013年第215期。

② 参见郑杰夫：《最高法院大法庭与统一见解》，载台湾地区《月旦法学杂志》2018年第280期。

因而产生裁判结果之预测可能性，进而实现法的安定性。在日本，判例在事实上的指导力毋庸置疑，但其制度上并不承认判例的立法属性。<sup>①</sup>

德国是大陆法系国家的典型代表，其解决法律适用争议的方法具有较为广泛的影响力。除联邦宪法法院外，德国另设有联邦最高法院（实为联邦最高民事刑事法院/最高联邦法院）、行政法院、财政法院、劳动法院、社会法院等五个终审法院。德国自1879年帝国法院成立初期，即设立联合民事审判庭、联合刑事审判庭以处理各民庭之间、刑庭之间裁判的内部冲突。1935年后，德国取消了“全体大会”而改设“民事大法庭”“刑事大法庭”，一直延续至今。德国联邦大法庭受理的案件类型有歧异提案与原则重要性提案两类。歧异提案是指最高法院审判庭对法律问题拟与同院其他法庭之先前裁判不同时，负有提案义务，必须将法律问题提交大法庭决定。大法庭统一法律见解后，提案法庭必须据此裁判。反之，如果因同院其他法庭不同见解之裁判在先，审判法庭未经大法庭提案程序，便不得作出与其他法庭见解歧异的裁判。原则重要性提案，是指审判法庭依其见解认为有可能创制规则或者确保裁判一致性之必要时，可以将具有原则上重要性问题提交大法庭裁判。德国联邦最高法院刑事大法庭，是由5个刑庭各2位法官与院长共计11人组成；民事大法庭，是由12个民庭各1位法官与院长共计13人组成。<sup>②</sup>德国在解决法律适用分歧时采取了“中间裁判模式”也称为“二阶制”，即最高法院小法庭提交审判中的案件，大法庭作出一个关于法律问题的中间裁判，最后案件再回到小法庭作出终局裁判。<sup>③</sup>

法国也是大陆法系具有广泛影响力的国家，但其解决法律适用分歧的方法却选择了与德国、日本并不相同的模式。法国最高法院设有6个审判法庭，分别是民事一庭、民事二庭、民事三庭、商事财经法庭、社会法

① 参见黄朝义：《〈终审机关统一法律见解功能之再检视〉会议综述》，载台湾地区《月旦法学杂志》2013年第215期。

② 参见郑杰夫：《最高法院大法庭与统一见解》，载台湾地区《月旦法学杂志》2018年第280期。

③ 参见林钰雄：《〈终审机关统一法律见解功能之再检视〉会议综述》，载台湾地区《月旦法学杂志》2013年第215期。

庭、刑事法庭。法国最高法院统一法律见解的路径有两条。一是“全院联席会”制度。由六个庭各派3位（庭长、资深法官、法官各1位）与院长共计19人参加，专门讨论“法律上具有原则性”的案件，特别是各事实审法院见解有所分歧或事实审法院与最高法院见解有所歧异的案件。案件如经“全院联席会”讨论，原审法院必须依照“全院联席会”的见解而为裁判。二是“请示咨询”制度。请示咨询是由事实审法官提起，必须具备以下三个条件：（1）请示所涉及的必须是新法律问题；（2）该法律问题确属疑难复杂；（3）该法律问题引发大量诉讼。请示咨询是法国最高法院“最原始”“最基本”的职权，最高法院的咨询意见在理论上并不拘束请求咨询法院之法官，但事实上仍具有相当程度之拘束力。<sup>①</sup>

分析各国在解决法律适用争议方面的不同实践，无论是德国、日本的“大法庭制度”，还是法国的“全院联席会制度”，我们从中不难看出解决法律适用分歧问题的内在规律。一是对象必须明确。法律适用分歧仅限于在审案件与在先判例的冲突以及涉及创设裁判规则等“原则性重要问题”，不能任意拓展法律适用分歧解决机制的适用范围。二是程序必须严格。法律适用分歧解决机制必须有严格的程序作保障，无论是“大法庭制度”还是“全院联席会制度”，从启动条件、人员构成、讨论程序、决议形成等均有一套完整的运行机制。三是结论必须权威。法律适用分歧解决机制的生命力在于其结论的权威性和公信力。尽管在成文法国家，判例很难具有立法的地位和属性，但判例对下级法院和未来同类案件的拘束力却不可动摇。

### 三、建立具有中国特色的法律适用分歧解决机制

随着中国法治建设进程的加快，解决法律适用分歧已经成为实现国家治理体系和治理能力现代化的一个重要内容。党的十八大以来，最高人民法院为解决法律适用分歧进行了积极探索，出台了一系列关于解决法律适用分歧的规范性文件。2014年7月，最高人民法院发布了《人民法院第四

<sup>①</sup> 参见郑杰夫：《最高法院大法庭与统一见解》，载台湾地区《月旦法学杂志》2018年第280期。

个五年改革纲要》，明确提出要改革和完善指导性案例的筛选、评估和发布机制，健全完善确保人民法院统一适用法律的工作机制。2015年9月，出台了《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》，分别就建立专业法官会议和完善审判委员会运行机制作出了具体规定。2019年9月，最高人民法院印发了《关于健全完善人民法院审判委员会工作机制的意见》，对审判委员会的组成、职能以及运行机制作出了具体规定。这几个文件的出台，为建立具有中国特色的法律适用分歧解决机制奠定了良好的制度基础。

我国在解决法律适用分歧方面具有两个较为明显的体制特征。一是人民法院依法独立行使审判权的宪法定位。我国《宪法》第一百三十一条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”我国《民事诉讼法》第六条规定：“民事案件的审判权由人民法院行使。”因此，我国各级法院作出的裁判，实际上是法官、合议庭以及审判委员会按照法定程序形成的集体意志，法律适用分歧完全可以在集体意志形成的过程中被吸收和化解。二是相对成熟的审判委员会集体讨论机制。我国《人民法院组织法》第三十七条规定：“审判委员会履行下列职能：（一）总结审判工作经验；（二）讨论决定重大、疑难、复杂案件的法律适用；（三）讨论决定本院已经发生法律效力的判决、裁定、调解书是否应当再审；（四）讨论决定其他有关审判工作的重大问题。最高人民法院对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释，应当由审判委员会全体会议讨论通过；发布指导性案例，可以由审判委员会专业委员会会议讨论通过。”我国《人民法院组织法》对审判委员会职能和范围的规定，全面总结吸收了多年来各级法院审判委员会的经验，形成了相对稳定成熟的工作机制。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 我国台湾地区中央警察大学黄朝义教授认为：法官依法独立审判的结果，代表法官可以不受任何机关之干涉，独立作出法律判断而为妥适的判决。但也代表着不同的法官对于相同事实与相同法律却可能作出不同结论之判决，将会有违反法安定性问题。从此观点而论，在审判过程中，可能会面临到的两个问题，也就是法律适用解释的一致性与法官独立审判精神间的不一致问题。参见林超骏：《〈终审机关统一法律见解功能之再检视〉会议综述》，载台湾地区《月旦法学杂志》2013年第215期。



按照我国法律对于审判权力运行机制的制度安排，我国法院的审判组织主要有独任法官、合议庭、审判委员会三种形式。除独任法官负责审理适用简易程序的第一审民事案件外，其他一审、二审和再审案件均由合议庭负责审理。因此，合议庭是我国法院最主要的一种审判组织形式。我国《人民法院组织法》第三十一条规定：“合议庭评议案件应当按照多数人的意见作出决定，少数人的意见应当记入笔录。”从以上法律规定中不难看出，我国各级法院普遍采用“多数决”原则来解决合议庭内部的法律适用分歧。而由合议庭的意志上升为法院的集体意志，中间是否需要设置必要的监督制约环节？由于地方各级法院的一审或二审裁判有上诉和再审程序作保障，当事人的实体权利尚可以得到救济，那么如果最高人民法院由三人组成的合议庭在解决法律适用分歧时简单采取二比一的多数决原则，由此形成代表国家终审权的终局裁判，是否能够赢得社会公众的普遍信赖，不无疑问，也显然存在一定的不足与缺憾。特别是六个巡回法庭相继成立以后，合议庭与合议庭之间、巡回法庭与巡回法庭之间、巡回法庭与最高人民法院本部之间面对法律适用分歧时如何解决？这成为当前亟待研究和规范的一个重大问题。

我国《宪法》第一百三十二条规定：“最高人民法院是最高审判机关。”最高人民法院的判决和裁定是直接发生法律效力终局的裁判，当事人不享有上诉救济的渠道。因此，要让最高人民法院的裁判能够真正成为代表国家意志的终局裁判，让全社会真正接受和信赖最高人民法院的终局裁判，就必须建立一套符合司法规律的法律适用分歧解决机制。具体有以下六个方面的内容：

一是要建立法律适用分歧的发现机制。合议庭对法律适用问题的分歧来自内外两条路径：其一，合议庭在评议案件时就法律适用问题形成两种相互对立的意见，合议庭一致建议或者持少数意见的人要求提交法官会议讨论，庭长认为确有必要的。其二，合议庭虽然形成了一致意见，但通过类案强制检索，发现案件裁判结果与本院的生效裁判在法律适用问题上发生冲突，必须提交法官会议和审判委员会讨论的。上述两种法律适用分歧



的发现路径，都与合议庭成员的人员数量、知识结构、职业经历具有密切的关系。我国法律规定了合议庭内部法律适用分歧采取“多数决”原则，也即三人合议庭中只要形成“二比一”的评议结果，裁判即具有正当性。但由最高人民法院作出的终局裁判，选择五人以上的大合议庭与其裁判的地位和属性应更加匹配。2018年8月以来，最高人民法院第二巡回法庭在重大民商事二审案件的审理上探索推行了五人合议庭制度，并且在人员结构上强调私法背景与公法背景的互补，将民商事法官与行政法官、刑事法官共同组成大合议庭（3+1+1），使不同专业背景的法律专业人员观点相互碰撞和补充，从而对纠纷解决路径进行多角度、全方位论证权衡，有利于法律适用分歧的发现和解决，有利于形成更加公正合理的纠纷化解渠道。实践证明，在五人合议庭审理的案件中，虽然法律适用分歧发生的概率较大，但当事人服判息诉的比例明显提高，司法公信力也得到较大幅度的提升。应当特别强调的是，如果没有法律适用分歧的发现机制，案件中潜藏的法律冲突就不可能进入法官会议和审判委员会讨论的范围之内，法律的安定性和可预期性就得不到有效保障。

二是要建立法律适用分歧的讨论机制。合议庭将法律适用分歧提交给法官会议后，法官会议的讨论规则和表决程序又直接决定会议决议的质量。一般来讲，法官会议的质量取决于如下三个环节：其一，案件摘要的形成。合议庭必须提炼简短的案情简介，内容涵盖案件的主要事实构成和法律争点，并简要介绍合议庭内部法律适用分歧或者与在先裁判冲突的观点及理由。根据实践观察，案件摘要的质量是法官会议决议质量的前提和基础。其二，讨论表决的程序。法官会议必须严格按照法官资历由低到高依次进行表决，除对案件事实进行提问外，资深法官和庭长不得抢先发表意见。在实践中，有的庭长为了提高效率，习惯于指定一位熟悉该领域的资深法官率先发表意见，导致其他法官受其影响而不能客观发表自己的真实意见，影响了法官会议决议的质量。其三，会议决议的形成。法官会议的主持人应当客观全面归纳与会法官的意见，并将多数人意见提炼概括为可以普遍适用的裁判观点和法律见解，然后由会议秘书会同庭长委托的一位资深法

官共同撰写出法官会议纪要并存档备查。

三是要建立法律适用分歧的约束机制。法官会议纪要对合议庭仅具有参考作用，但丝毫不能轻视法官会议纪要对合议庭和全庭法官的约束功能。如果合议庭的多数人拒绝接受法官会议的多数人意见，该案件必须提交院审判委员会讨论决定；如果审判委员会讨论后形成的意见与法官会议的多数人意见相同，持合议庭多数意见的人应当对自己的意见进行总结和分析；如果合议庭多数人的意见一年内数次被审判委员会否定，该合议庭的多数人应当停职进修或者接受专门领域的业务培训，情节严重的还可能有退出员额法官的风险。反之，如果法官会议的多数人意见数次被审判委员会否定，庭长应当组织全体法官进行分析总结，找出解决法律适用分歧中存在的问题与短板，不断提高全体法官的职业水平。

四是要建立法律适用分歧的决策机制。法官会议作为法院内部解决法律适用分歧的一种重要方式，因缺少法律制度的支持而不能从根本上解决争议。为了有效解决法律适用的分歧，必须完善法官会议与审判委员会的衔接机制。其一，合议庭发生法律适用分歧后，未经法官会议讨论，不能直接提交审判委员会讨论。其二，法官会议决议与合议庭意见不一致时，合议庭必须再行合议一次；合议庭合议后仍然坚持原来意见的，才可以提交审判委员会讨论。其三，审判委员会讨论时，合议庭除汇报合议庭的不同意见外，还必须客观全面地汇报法官会议讨论的结果，主持法官会议的庭长或副庭长可就法官会议讨论的情况进行必要补充。其四，审判委员会讨论的结果，合议庭必须无条件执行。因此，最高人民法院审判委员会才是最终解决法律适用分歧的最高审判组织。

五是要建立法律适用分歧的评估机制。法律适用分歧的解决过程是一个不断发展变化的过程。随着立法步伐的加快，原有的法律适用分歧因制定法的明晰而自然消解，而新法的适用又会引发新的法律适用分歧。因此，通过审判委员会定期分析评估司法解释、指导性案例等用以解决法律适用分歧的一系列裁判规则，及时修改、废止与现行法律不一致的批复、问题解答以及会议纪要，可以确保最高人民法院法律适用标准的统一性和权

威性。

六是要建立法律适用分歧的公开机制。法律适用分歧解决机制的价值是确保一个国家法律的安定性和可预期性。如果解决法律适用分歧的意见不能及时向社会公开，不仅不利于法律职业共同体在同样的规则体系下对话交流，也不利于社会民众在参与市场竞争中合理调适自己的商业行为。因此，定期公开最高审判机关解决法律适用分歧的意见，对于提高司法的质量和效率具有特别重要的意义。

最高人民法院第二巡回法庭选取了部分法官会议纪要集辑出版，目的是为解决法律适用分歧贡献自己的微薄力量。本辑中收录的法官会议纪要，凝聚了第二巡回法庭全体法官的智慧和心血，也是第二巡回法庭全体工作人员敢于创新、勇于进取的真实写照。应当特别说明的是，如果本辑中的观点、见解与最高人民法院审判委员会意见不一致的，应当以审判委员会的意见为准。

2019年10月18日



## 凡例

1. 法律文件名称中的“中华人民共和国”省略，其余一般不省略，例如《中华人民共和国企业破产法》，简称为《企业破产法》。

2. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》，简称《买卖合同司法解释》。

3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》，简称《合同法解释（二）》。

4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》，简称《民事诉讼法解释》。

5. 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，简称《民间借贷司法解释》。

6. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，简称《担保法解释》。

7. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》，简称《2008年执行解释》。

8. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》，简称《2008年审监解释》。

9. 《最高人民法院关于适用中华人民共和国行政诉讼法》的解释，简称《行诉解释》。

10. 《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）》，简称《民法通则意见》。

11. 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的



规定》，简称《执行异议司法解释》。

12. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》，简称《查扣冻规定》。

13. 《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》，简称《南宁会议纪要》。

14. 《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》，简称《大连会议纪要》。

15. 《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》，简称《武汉会议纪要》。

## 目 录

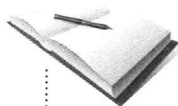
- 1. 公司法定代表人以虚假公章签订合同的效力** / 1  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 12 次法官会议纪要)
- 2. 违约损害赔偿中可得利益损失如何计算** / 15  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 13 次法官会议纪要)
- 3. 违约方请求法院判决解除合同并非行使合同解除权** / 33  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 13 次法官会议纪要)
- 4. 保理商能否同时行使追索权和偿债请求权** / 48  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 13 次法官会议纪要)
- 5. 民间借贷中超限利息的抵充** / 63  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 13 次法官会议纪要)
- 6. 质物监管纠纷中监管人的责任认定** / 73  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 13 次法官会议纪要)
- 7. 混合担保中保证人免责的认定** / 88  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 13 次法官会议纪要)
- 8. 最高额抵押财产被查封时抵押权人的债权何时确定** / 102  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 14 次法官会议纪要)
- 9. 人防车位的归属与利用** / 121  
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 15 次法官会议纪要)

<b>10. 案外人执行异议诉讼请求是否与原裁判有关的认定</b>	/ 144
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 15 次法官会议纪要）	
<b>11. 执行标的权属因执行而变动后案外人能否提起执行异议之诉</b>	/ 158
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 9 次法官会议纪要）	
<b>12. 合同解除对预查封执行效力的影响</b>	/ 175
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 15 次法官会议纪要）	
<b>13. 以物抵债能否排除强制执行</b>	/ 190
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 12 次法官会议纪要）	
<b>14. 主债务人破产后保证责任及保证人追偿权的行使</b>	/ 204
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 14 次法官会议纪要）	
<b>15. 破产程序中股权让与担保权人的权利</b>	/ 219
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 1 次法官会议纪要）	
<b>16. 鉴定人未出庭作证是否违反法定程序</b>	/ 235
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 9 次法官会议纪要）	
<b>17. 被告不适格抗辩的情形及处理</b>	/ 250
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 1 次法官会议纪要）	
<b>18. 一事不再理原则适用中“后诉与前诉的当事人相同”的认定</b>	/ 272
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 14 次法官会议纪要）	
<b>19. 刑事追赃与民事责任的协调与衔接</b>	/ 292
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 17 次法官会议纪要）	
<b>20. 行政机关依照生效裁判作出的执行行为不属于行政诉讼受案范围</b>	/ 303
（最高人民法院第二巡回法庭 2019 年度第 16 次法官会议纪要）	

<b>21. 一般给付判决和课予义务判决的适用</b>	/ 318
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 16 次法官会议纪要)	
<b>22. 行政行为确认违法后行政赔偿诉讼类型的选择与法院释明</b>	/ 336
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 16 次法官会议纪要)	
<b>23. 行政诉讼的“判断基准时”</b>	/ 352
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 16 次法官会议纪要)	
<b>24. 受欺诈签订的行政协议的效力</b>	/ 368
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 16 次法官会议纪要)	
<b>25. 从吸毒人员处查获毒品后的罪名认定</b>	/ 391
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 15 次法官会议纪要)	
<b>26. 减轻处罚应当同时适用于附加刑</b>	/ 408
(最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 15 次法官会议纪要)	
<b>后 记</b>	/ 424







## 1. 公司法定代表人以虚假公章 签订合同的效力

（最高人民法院第二巡回法庭  
2019年第12次法官会议纪要）

【主持人】贺小荣

【出席法官】贺小荣、郇中林、张树明、梁风云、王富博、  
张代恩、宋春雨、余晓汉、张艳、丁俊峰、  
张剑、仲伟珩、李盛烨、季伟明

【列席人】刘晓勇、袁登明、孙勇进、刘忠伟

### ● 案情摘要

甲公司与乙公司、丙公司签订《抵押借款协议》约定：乙公司因资金周转不良向丙公司借款2000万元，为期9个月，甲公司用其名下混凝土制造厂房及厂房内部分机器设备为乙公司的借款提供抵押担保，协议加盖了甲公司的公章并由法定代表人A签名。甲公司协助丙公司办理了抵押登记手续，丙公司亦按照协议约定向乙公司支付了款项。借款期限届满后，乙公司未依约偿



还上述借款，丙公司遂向法院提起诉讼，请求乙公司承担还款责任，甲公司在抵押担保范围内承担连带清偿责任。法院审理期间，甲公司主张其有证据证明《抵押借款协议》上加盖的公章系伪造，案涉协议加盖的公章与其在工商部门登记的公章并非同一印章。《抵押借款协议》并非甲公司真实意思表示，并且法定代表人A涉嫌伪造印章一案已由公安机关立案侦查。

### ● 法律问题

法定代表人以虚假公章签订的合同的效力如何认定？

### ● 不同观点

#### 甲说：有效说

公司法定代表人以法人的名义对外从事民事法律行为，法定代表人具有代表公司进行民事法律行为的能力与外观，不论书面合同是否加盖公司公章，其行为后果均由公司承担。法定代表人使用不真实的公司公章订立合同有违诚实信用原则，但若仅因为公章不真实而否认合同效力则会损害善意相对人的期待利益，亦不利于商事活动的稳定性。

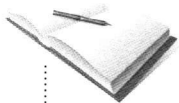
#### 乙说：无效说

加盖印章的行为意在表明该书面合同所涉内容系印章主体所为，反映的是印章所代表的主体的真实意志。虚假的公章不能够代表公司真实的意思表示，实际上行为人以虚假公章订立合同属于无权代理的范畴，在公司未表示追认的情况下，合同内容所生发的法律后果或者法律责任不能直接归于公司承担，非公司意思表示所订立的合同不能够对公司发生效力。

## ● 法官会议意见

### 采甲说

商事活动中的职务行为不同于一般自然人之间的代理行为。法定代表人是由法律授权，代表公司从事民事活动的主体，其有权代理或者代表公司整体意志作出意思表示，法定代表人在法定授权范围内代表公司所为的行为本质上是一种职务行为。一个有职务身份的人使用不真实的公司公章假意代表公司意志从事民事活动，该行为是否对公司产生效力，不能仅仅取决于合同所盖印章是否为公司承认的真实公章，亦应当结合行为人所为之行为是否属于其行使职权的范围，即在假意代替公司作出意思表示之时是否存在能够被善意相对人相信的权利外观。即使未在合同上加盖公司公章亦或是合同订立者擅自加盖虚假公章的，只要是法定代表人或者有权代理人代表公司而为的职务行为，并且其在合同书上的签章为真实的，仍应当视作公司行为，所产生的法律后果由公司承担。



## ● 意见阐释

### 一、印章对于解释合同的作用

合同解释旨在确定当事人双方的共同意思，是对形成于书面的、表现为合同条款的意思表示及其相关资料的含义所作的分析和说明。不论合同书中使用的语句是否清楚，都需要必要的解释。<sup>①</sup> 加盖于合同书上的印章不是合同条款、不是意思表示本身，因此，合同解释的对象并不包含合同上所盖之印章。但是，为符

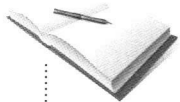
<sup>①</sup> 参见崔建远：《合同解释辨》，载《财经法学》2018年第4期。



合更加妥当地解决纠纷的要求，对于印章的认定不能过于机械和简单化，加盖印章的行为仍与当事人双方意思表示之间有着一定的关联。加盖公司公章的绝大部分行为都是合同行为，公司的生产、盈利、发展也离不开合同行为。印章对于书面合同而言意义重大，愿意享受权利和承担义务的当事人达成合意以后在合同文本上盖章，意在确定自身的权利义务关系，双方当事人加盖印章的时间也是双方协议达成的时间。而且，合同成立的地点也因最后一方盖章地点的不同而不同，因大陆法系采取到达主义，合同成立的地点影响着法院管辖权及法律的适用，更有可能影响着合同的效力。印章不属于合同条款亦非意思表示本身，但解释合同往往需要对印章进行核查和认定，解释合同还需要综合缔约人的身份并就意思表示之间的关联性进行说明和阐释。因此，合同解释宽于意思表示解释。合同书上加盖印章，表明意思表示系印章主体所为，印章能够指向作出某特定意思表示的表意者、受领者，那么通过对印章真伪的判断亦能够协助核查、判断所谓表示的存在与否。印章在一定程度上是诚实信用的凭证，是在经济活动过程中弥补信用制度不完备的重要工具。

加盖印章与当事人签字的行为均意在表明印章或签字所指向的主体是书面合同中意思表示的发出者，二者具有同等效力。意思表示贯穿于合同的成立、生效及履行。《合同法》第32条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”合同成立必然要求当事人的意思表示一致，而合同生效则要求当事人的意思表示是真实合法的。公司意思表示的形成与一般自然人作出表意行为的过程不同，公司的意思表示是指公司作为具有独立法人地位的权利主体，在其权利能力和行为能力范围内所做的经营活动或者决策；而印章的表征效力是指，印章将公司内在的意思表现于外，即通过公司公章代表公司的意思表示。公司作为一个组织体，其意志的表达需要通过特定

的自然人代而为之。在此种情况下，该特定的自然人所为之行为并非因其个人意思而产生，而是代表公司的整体意志，在实践活动中为了能够更加明确地将两者区分开来，表明该行为是职务行为而非个人行为，故而在法定代表人或者有权代理人签章的同时加盖法人公章。但是，在合同书上加盖法人印章的行为却无法直接确认形成于书面的意思表示为真实，这是在实践活动中经常被忽略的一点。有代表权或者代理权的人在自己的权限范围内从事代表、代理行为，应视同被代表或被代理者自身所为之行为，这才是合同对于被代表者、被代理者产生效力的关键。公章加盖于已然达成合意的合同之上，此时印章的真伪对于合同的效力并不能起到当然的判断作用。



## 二、关于加盖公章的合同效力的认定

### （一）公章的使用规范

公司公章是公司为了从事经营活动，在公司成立之时，经工商行政管理部门登记备案的具有公司全称的唯一印章，用以代表公司意志，是公司对外最有效的凭证之一，且具有很强的集合性。公司公章通常由法定代表人或其授权之人执掌，公司内部管理规范一般规定公司行为需要公司公章和法定代表人签章同时使用。《印章治安管理办法》第13条第1款规定：“需要刻制印章的单位，只能申请刻制一枚单位法定名称章。”需要准备工商部门营业执照、登记证书、法定代表人身份证明，公安机关出具准刻证明手续之后到指定地点进行刻制，刻制完成后需经工商部门备案、公安机关登记后方可使用。印章的保管也要符合《印章治安管理办法》的相关规定。实践中因为法人公章存在增刻、补刻的情况，所以便会存在公司同时持有两枚以上备案公章的可能性。法人公章的使用范围由法人决策机构授权，主要应用于经营管理事务，例如：公司性质的证明文件、财税报表、合同专用章之外



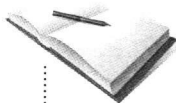


的物资采买及产品销售等个别行为或者公司主要负责人认为需要使用公章的情形。公章因其对公司意志的高度代表性而使得公章的使用要求也较为严格。实践中，在实施上述经营管理具体事项时，公章的使用都需要经过主管负责人的审批和签字，并报分管领导后经公司总经理批准方可使用。公司印章在司法实践中多被解释为公司的特殊财产，在法人实在说看来，公司从成立时起即具有主体资格，能够独立承担责任，并具有独立于股东和其他利益相关者的意志和财产。公司财产不仅仅包括物权、债权、股权和知识产权等财产权利和利益，还包括公司的营业执照、公司公章等，这一观点将公司公章视为公司财产。另一种观点认为，应当将公司印章解释为特殊的物。该观点认为，公司印章并非一般意义上的物，只能由法定代表人或者公司授权董事或者其他高级管理人员掌管，而公司的一般员工，比如财务、办公室雇员等，仅属于形式上的保管人员。在公司印章返还纠纷案件中，仅能要求公司印章的实质掌管人履行返还义务。理论上存在法人否定一说，该说否认法人人格存在的必要性，认为公司的意志实际上为各个成员的意志之和，即使法人存在人格亦应当归属于一定的自然人或无主财产，不应当拟制为想象中的人格。但是我国立法赋予了法人以人格，即采纳了法人组织体的学说，这代表着公司可以进行独立的意思表示。鉴于公司以组织体形态存在，一个组织体无法实施签字行为，故其表示行为必然需要依靠载体来实现，即由法定代表人代表法人实施签字和盖章行为，或者委托代理，经由合法授权的代理人实施。

## （二）异常情况下公章的法律效力

异常公章不一定不具备法律效力。异常公章的效力争议通常表现为三种情形：第一，法人不认可真实公章的表意效力；第二，法人曾对外使用多枚“公章”；第三，行为人私刻虚假公章以法人名义对外作出表示。因此，异常公章亦不等同于不真实的

公章，如上所述，应当结合行为人的身份、代理权限来判断以异常公章所签订的合同对公司的效力。首先，当行为人使用真实公章，却不被公章所属公司承认表意为真时，即合同书加盖的公司公章为真实，但其内容却不被公司认可时，应当根据行为人代理行为的性质综合进行判断。行为人此时的职务行为在职权范围内即为有权代理，合同效力自然及于被代理人，无需公司承认即对其发生法律效力。但当职务行为超越职权范围之时，便发生无权代理的效果，此时还需考虑相对人是否为善意，是否构成表见代理的问题。其次，存在着一个公司经常性使用多枚“公章”进行经营活动的情形，此时公司对于公章的管理虽然不符合《印章治安管理办法》的规定，但对于所订立合同中加盖与备案不一致的公章却并不持否定意思。司法实践中，对于先前订立的合同书上使用与备案公章不一致的印章但公司仍然认可其效力，而在其后订立的合同中却以公章不真实为由主张合同效力不可及于印章所属公司的情形，法院不予支持。即非由公安机关准予统一刻制的印章未经备案、公示，原则上不具有对外代表公司的效力，但若该公章此前所为法律行为已被公司认可或接受的，则该公章嗣后由公司再次使用时，可视为公司意思表示的表征。最后，若合同书上加盖公章为虚假公章，亦非以往签订的合同上的公章，而是由有代表权或代理权的人私自刻制以达到非法目的的，此时对于合同效力的认定以及责任后果是否可以归责于公司便是一个值得讨论的问题。有观点认为，加盖私刻的虚假公章会弱化职务行为的特性，协议上加盖的公章不真实可以证明行为人并非在履行职务行为，至少可以证明其是在非法履职。此类协议多以损害公司法人的利益来为个人谋取私利，是非职务的个人行为。对于行为人伪造代理权凭证以被代理人名义实施法律行为的私法效果，有观点认为，行为人伪造代理权凭证实施法律行为的，不构成表见代理。有学者意见称，伪造他人公章、合同书或者授权委





托书的情形或者属于伪造签名亦或是并非从签发人处取得的空白文书，即便其使用的是他人真实的公章或签名，也应解释为无权代理人所作出的表示，从而依无权代理的规则由行为人自己承担责任。<sup>①</sup>在实践中，亦存在法定代表人或代理人在从事了某一行为后，公司以其加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致、行为人没有代表权或者代理人没有代理权等为由否定合同效力。此时关键要看盖章的人在盖章时是否有代表权或代理权，从而根据代表或代理的相关规则来确定合同的效力，而不能将重点放在公章的真伪问题上，迷失裁判方向。

### 三、裁判思路

#### （一）对善意第三人信赖利益的保护

我国《企业法人法定代表人登记管理规定》第3条规定：“企业法人的法定代表人经企业登记机关核准登记，取得法定代表人资格。”在通常情形中，法定代表人以登记机关备案为准。但是，依照《公司登记管理条例》第20条、第21条的规定，公司设立登记时，应当向公司登记机关提交由公司的法定代表人签署的设立登记申请书。以上规定则意味着，在向登记机关进行登记备案之前，法定代表人已经确定并开始履行相应职务。<sup>②</sup>因此，登记并非法定代表人取得职务资格的条件，即使在未经登记的情形下，只要股东（大）会确认，其亦可代表设立中的公司。涉及公司以外的第三人因公司代表权而产生的外部争议时，基于工商登记的公示效力，则应以工商登记为准。公司章程中规定了法定代表人的代表权限，用以防止其滥用代表权利作出越权行为继而

<sup>①</sup> 参见徐涤宁：《代理制度如何贯彻司法自治》，载《中外法学》2017年第3期。

<sup>②</sup> 王保树：《从法条的公司法到实践的公司法》，载《法学研究》2006年第6期。