

总第61辑 (2015.1)

www.docsriver.com商家623760976

中国审判指导丛书

# 民事审判指导与参考

杜万华 主编

最高人民法院民事审判第一庭 编

微信号：623760976

电子书 纸质书

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 特约编委

北京高院	朱春涛	湖南高院	彭亚东
天津高院	刘 莉	广东高院	戴佛明
河北高院	胡华军	广西高院	林 立
山西高院	吉瑞田	海南高院	范 忠
内蒙古高院	麻新铨	重庆高院	彭 贵
辽宁高院	王玉砚	四川高院	张兴全
吉林高院	张临伟	贵州高院	赵 君
黑龙江高院	李晓晔	云南高院	凌 云
上海高院	吴 薇	西藏高院	次但央宗
江苏高院	王世华	陕西高院	张译允
浙江高院	蒋卫宇	甘肃高院	李 明
安徽高院	文则俊	青海高院	祁得青
福建高院	董碧仙	宁夏高院	张 仁
江西高院	胡国运	新疆高院	刘维新
山东高院	王永起	兵团法院	聂忠泽
河南高院	司晓森	军事法院	刘仁献
湖北高院	李 涛		

微信号: 623760976  
电子书 纸质书

## 特约通讯员

北京高院	张朝阳	湖南高院	张乐夫
天津高院	杨宇	广东高院	金锦城
河北高院	宣建新	广西高院	肖海明
山西高院	王迪	海南高院	宋长清
内蒙古高院	梁静	重庆高院	林曦
辽宁高院	王刚	四川高院	蔡源原
吉林高院	虞大江	贵州高院	罗二
黑龙江高院	王洋	云南高院	赵锐
上海高院	洪波	西藏高院	德央
江苏高院	王淳	陕西高院	程翠萍
浙江高院	沈妙	甘肃高院	刘恒
安徽高院	鲍冬梅	青海高院	杨智建
福建高院	林琳	宁夏高院	李梅
江西高院	龚雪林	新疆高院	孙万里
山东高院	于军波	兵团法院	朱程文
河南高院	贺小丽	军事法院	李毅
湖北高院	李涛		

微信号: 623760976  
纸质书

## 目 录

### 【最新司法解释】

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

(2015年1月30日) ..... (1)

最高人民法院

关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和  
发回重审若干问题的规定

(2015年2月16日) ..... (79)

### 【人民法庭工作经验交流专题】

加强便民诉讼网络建设 扎实推进人民法庭工作

..... 重庆市高级人民法院(82)

努力打造高科技平台 助推人民法庭科学发展

..... 浙江省高级人民法院(86)

以规范化建设为载体 努力打造人民满意的现代化人民法庭

..... 四川省泸州市中级人民法院(89)

突出特色 创新管理 护航一方民生经济

..... 广西壮族自治区柳州市中级人民法院(93)

坚持司法为民 大力开展巡回审判

..... 青海省互助土族自治县人民法院(96)

坚持群众路线 全面践行司法为民理念

…………… 吉林省农安县人民法院哈拉海人民法庭(100)

能调则调 当判则判 调判结合 案结事了

…………… 上海市闵行区人民法院颀桥人民法庭(103)

## 【合同法专题】

关于实际施工人向发包人主张权利的法律适用与完善

…………… 胡光甲(107)

## 【涉农专题】

农村家庭承包经营土地上权利结构分析

——以“三权分置”为视角…………… 王 丹(119)

## 【未成年人保护专题】

《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为

若干问题的意见》解读…………… 张颖新 方 芳(128)

## 【审判理论专题】

商思维在“非典型”商事审判中的运用之探讨…………… 沈丹丹(149)

## 【探索与争鸣】

重婚是否属于婚姻法解释一第八条的无效婚姻

阻却范围…………… 王礼仁(159)

## 【指导性案例】

夫妻共同债务还是个人债务…………… 最高人民法院民一庭(172)

买卖合同尚未履行完结,买受人请求确认其为房屋所有权人的,

不属于物权确认争议…………… 最高人民法院民一庭(177)

- 当事人在抵押合同中约定抵押权的担保范围为主债权及利息的，  
逾期利息是否属于担保债权范围 …… 最高人民法院民一庭(181)
- 刑事案件的被害人经过追缴或者退赔不能弥补损失，向人民法院  
民事审判庭另行提起民事诉讼的处理问题  
…… 最高人民法院民一庭(184)
- 未经民主议定程序，村集体经济组织将“四荒”土地发包给  
村外人的承包合同效力应如何认定 …… 最高人民法院民一庭(191)

### 【最高人民法院案件解析】

- 对房地产项目转让中一物数卖行为的认定处理  
——东莞利成公司、宝源公司与东莞晶隆公司、大岭山  
房地产公司房地产项目转让合同纠纷案 …… 韩延斌(198)
- 诉讼中达成的调解协议的效力问题  
——岳阳市汇辰房地产开发有限公司与岳阳中林置业投资  
有限公司、湖南泰山工程有限公司建设用地使用权  
转让合同纠纷再审案 …… 吴晓芳(215)
- 违反招投标法规定签订的建设工程施工合同应当认定无效  
——江苏南通六建建设集团有限公司与山西嘉和泰开发  
有限公司建设工程施工合同纠纷案 …… 王毓莹(231)
- 如何理解《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件  
适用法律若干问题的解释》第八条关于惩罚性赔偿的规定，  
违约方在承担了合同法第一百一十三条规定的可得利益  
损失的情况下，是否还应承担惩罚性赔偿  
——郑国安与青海万通物业发展有限公司商品房买卖  
合同纠纷二审案 …… 司 伟(245)

### 【地方法院案件解析】

- 燃气热水器产品缺陷的扩张认定  
——覃育娟、詹向前、詹鑫诉胡金江、中山市奇田电器  
有限公司等产品责任纠纷案 …… 方 帅(256)

有权代理与表见代理的认定

——孙银享与王振林、郭明芝确认合同无效纠纷案 … 王 忠(267)

【热点调研】

关于审理农村土地流转纠纷案件的调查与思考

…………… 浙江省丽水市莲都区人民法院课题组(274)

【民事审判信箱】

非金融性质的法人或其他组织在本单位内部通过借款形式向职工

筹集资金,用于本单位生产、经营,是否受法律保护 …………… (283)

民间借贷合同中没有约定利息,借款人自愿支付,但借款人又以不当

得利为由要求出借人返还已支付的利息,人民法院是否支持

…………… (283)

保险公司支公司有无诉讼主体资格 …………… (284)

怎样理解民事诉讼法第二百五十三条规定的“加倍支付迟延履行

期间的债务利息” …………… (285)

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干

问题的解释》第七条规定能否适用于以房屋所有权安置租赁

房屋的情形 …………… (286)

微信号: 623760976

电子书 纸质书



## 【最新司法解释】

# 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

法释〔2015〕5号

(2014年12月18日最高人民法院审判委员会第1636次会议通过  
2015年1月30日最高人民法院公告公布 自2015年2月4日起施行)

### 目 录

- 一、管辖
- 二、回避
- 三、诉讼参加人
- 四、证据
- 五、期间和送达
- 六、调解
- 七、保全和先予执行
- 八、对妨害民事诉讼的强制措施
- 九、诉讼费用
- 十、第一审普通程序
- 十一、简易程序
- 十二、简易程序中的小额诉讼
- 十三、公益诉讼
- 十四、第三人撤销之诉
- 十五、执行异议之诉
- 十六、第二审程序
- 十七、特别程序

- 十八、审判监督程序
- 十九、督促程序
- 二十、公示催告程序
- 二十一、执行程序
- 二十二、涉外民事诉讼程序的特别规定
- 二十三、附则

2012年8月31日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》。根据修改后的民事诉讼法,结合人民法院民事审判和执行工作实际,制定本解释。

## 一、管 辖

**第一条** 民事诉讼法第十八条第一项规定的重大涉外案件,包括争议标的额大的案件、案情复杂的案件,或者一方当事人人数众多等具有重大影响的案件。

**第二条** 专利纠纷案件由知识产权法院、最高人民法院确定的中级人民法院和基层人民法院管辖。

海事、海商案件由海事法院管辖。

**第三条** 公民的住所地是指公民的户籍所在地,法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办事机构所在地。

法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的,法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。

**第四条** 公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方,但公民住院就医的地方除外。

**第五条** 对没有办事机构的个人合伙、合伙型联营体提起的诉讼,由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记,几个被告又不在同一辖区的,被告住所地的人民法院都有管辖权。

**第六条** 被告被注销户籍的,依照民事诉讼法第二十二条规定确定管辖;原告、被告均被注销户籍的,由被告居住地人民法院管辖。

**第七条** 当事人的户籍迁出后尚未落户,有经常居住地的,由该地人民法院管辖;没有经常居住地的,由其原户籍所在地人民法院管辖。

**第八条** 双方当事人都被监禁或者被采取强制性教育措施的，由被告住所地人民法院管辖。被告被监禁或者被采取强制性教育措施一年以上的，由被告被监禁地或者被采取强制性教育措施地人民法院管辖。

**第九条** 追索赡养费、抚育费、扶养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。

**第十条** 不服指定监护或者变更监护关系的案件，可以由被监护人住所地人民法院管辖。

**第十一条** 双方当事人均为军人或者军队单位的民事案件由军事法院管辖。

**第十二条** 夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地人民法院管辖。

夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时被告居住地人民法院管辖。

**第十三条** 在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

**第十四条** 在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖。

**第十五条** 中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地人民法院都有权管辖。国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

**第十六条** 中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地人民法院管辖。

**第十七条** 已经离婚的中国公民，双方均定居国外，仅就国内财产分割提起诉讼的，由主要财产所在地人民法院管辖。

**第十八条** 合同约定履行地点的，以约定的履行地点为合同履行地。

合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地；交付不动产的，不动产所在地为合同履行地；其他标的，履行义务一方所在地为合同履行地。即时结清的合

同,交易行为地为合同履行地。

合同没有实际履行,当事人双方住所地都不在合同约定的履行地的,由被告住所地人民法院管辖。

**第十九条** 财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地。合同对履行地有约定的,从其约定。

**第二十条** 以信息网络方式订立的买卖合同,通过信息网络交付标的的,以买受人住所地为合同履行地;通过其他方式交付标的的,收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的,从其约定。

**第二十一条** 因财产保险合同纠纷提起的诉讼,如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物,可以由运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地人民法院管辖。

因人身保险合同纠纷提起的诉讼,可以由被保险人住所地人民法院管辖。

**第二十二条** 因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、公司增资等纠纷提起的诉讼,依照民事诉讼法第二十六条规定确定管辖。

**第二十三条** 债权人申请支付令,适用民事诉讼法第二十一条规定,由债务人住所地基层人民法院管辖。

**第二十四条** 民事诉讼法第二十八条规定的侵权行为地,包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

**第二十五条** 信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地,侵权结果发生地包括被侵权人住所地。

**第二十六条** 因产品、服务质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼,产品制造地、产品销售地、服务提供地、侵权行为地和被告住所地人民法院都有管辖权。

**第二十七条** 当事人申请诉前保全后没有在法定期间起诉或者申请仲裁,给被申请人、利害关系人造成损失引起的诉讼,由采取保全措施的人民法院管辖。

当事人申请诉前保全后在法定期间内起诉或者申请仲裁,被申请人、利害关系人因保全受到损失提起的诉讼,由受理起诉的人民法院或者采取保全措施的人民法院管辖。

**第二十八条** 民事诉讼法第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因

不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。

农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。

不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。

**第二十九条** 民事诉讼法第三十四条规定的书面协议，包括书面合同中的协议管辖条款或者诉讼前以书面形式达成的选择管辖的协议。

**第三十条** 根据管辖协议，起诉时能够确定管辖法院的，从其约定；不能确定的，依照民事诉讼法的相关规定确定管辖。

管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉。

**第三十一条** 经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。

**第三十二条** 管辖协议约定由一方当事人住所地人民法院管辖，协议签订后当事人住所地变更的，由签订管辖协议时的住所地人民法院管辖，但当事人另有约定的除外。

**第三十三条** 合同转让的，合同的管辖协议对合同受让人有效，但转让时受让人不知道有管辖协议，或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。

**第三十四条** 当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发生财产争议，约定管辖的，可以适用民事诉讼法第三十四条规定确定管辖。

**第三十五条** 当事人在答辩期间届满后未应诉答辩，人民法院在一审开庭前，发现案件不属于本院管辖的，应当裁定移送有管辖权的人民法院。

**第三十六条** 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，不得重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。

**第三十七条** 案件受理后，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。

**第三十八条** 有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区域变更

为由,将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件,由原审人民法院的上级人民法院进行审判;上级人民法院指令再审、发回重审的案件,由原审人民法院再审或者重审。

**第三十九条** 人民法院对管辖异议审查后确定有管辖权的,不因当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求等改变管辖,但违反级别管辖、专属管辖规定的除外。

人民法院发回重审或者按第一审程序再审的案件,当事人提出管辖异议的,人民法院不予审查。

**第四十条** 依照民事诉讼法第三十七条第二款规定,发生管辖权争议的两个人民法院因协商不成报请它们的共同上级人民法院指定管辖时,双方为同属一个地、市辖区的基层人民法院的,由该地、市的中级人民法院及时指定管辖;同属一个省、自治区、直辖市的两个人民法院的,由该省、自治区、直辖市的高级人民法院及时指定管辖;双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院,高级人民法院协商不成的,由最高人民法院及时指定管辖。

依照前款规定报请上级人民法院指定管辖时,应当逐级进行。

**第四十一条** 人民法院依照民事诉讼法第三十七条第二款规定指定管辖的,应当作出裁定。

对报请上级人民法院指定管辖的案件,下级人民法院应当中止审理。指定管辖裁定作出前,下级人民法院对案件作出判决、裁定的,上级人民法院应当在裁定指定管辖的同时,一并撤销下级人民法院的判决、裁定。

**第四十二条** 下列第一审民事案件,人民法院依照民事诉讼法第三十八条第一款规定,可以在开庭前交下级人民法院审理:

- (一) 破产程序中有关债务人的诉讼案件;
- (二) 当事人人数众多且不方便诉讼的案件;
- (三) 最高人民法院确定的其他类型案件。

人民法院交下级人民法院审理前,应当报请其上级人民法院批准。上级人民法院批准后,人民法院应当裁定将案件交下级人民法院审理。

## 二、回 避

**第四十三条** 审判人员有下列情形之一的,应当自行回避,当事人有权申请其回避:

- (一) 是本案当事人或者当事人近亲属的；
- (二) 本人或者其近亲属与本案有利害关系的；
- (三) 担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人、翻译人员的；
- (四) 是本案诉讼代理人近亲属的；
- (五) 本人或者其近亲属持有本案非上市公司当事人的股份或者股权的；
- (六) 与本案当事人或者诉讼代理人有其他利害关系，可能影响公正审理的。

**第四十四条** 审判人员有下列情形之一的，当事人有权申请其回避：

- (一) 接受本案当事人及其受托人宴请，或者参加由其支付费用的活动的；
- (二) 索取、接受本案当事人及其受托人财物或者其他利益的；
- (三) 违反规定会见本案当事人、诉讼代理人的；
- (四) 为本案当事人推荐、介绍诉讼代理人，或者为律师、其他人员介绍代理本案的；
- (五) 向本案当事人及其受托人借用款物的；
- (六) 有其他不正当行为，可能影响公正审理的。

**第四十五条** 在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判。

发回重审的案件，在一审法院作出裁判后又进入第二审程序的，原第二审程序中合议庭组成人员不受前款规定的限制。

**第四十六条** 审判人员有应当回避的情形，没有自行回避，当事人也没有申请其回避的，由院长或者审判委员会决定其回避。

**第四十七条** 人民法院应当依法告知当事人对合议庭组成人员、独任审判员和书记员等人员有申请回避的权利。

**第四十八条** 民事诉讼法第四十四条所称的审判人员，包括参与本案审理的人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员、助理审判员和人民陪审员。

**第四十九条** 书记员和执行官适用审判人员回避的有关规定。

### 三、诉讼参加人

**第五十条** 法人的法定代表人以依法登记的为准，但法律另有规定的

除外。依法不需要办理登记的法人，以其正职负责人为法定代表人；没有正职负责人的，以其主持工作的副职负责人为法定代表人。

法定代表人已经变更，但未完成登记，变更后的法定代表人要求代表法人参加诉讼的，人民法院可以准许。

其他组织，以其主要负责人为代表人。

**第五十一条** 在诉讼中，法人的法定代表人变更的，由新的法定代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明书。原法定代表人进行的诉讼行为有效。

前款规定，适用于其他组织参加的诉讼。

**第五十二条** 民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：

- (一) 依法登记领取营业执照的个人独资企业；
- (二) 依法登记领取营业执照的合伙企业；
- (三) 依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
- (四) 依法成立的社会团体的分支机构、代表机构；
- (五) 依法设立并领取营业执照的法人的分支机构；
- (六) 依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构；
- (七) 经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；
- (八) 其他符合本条规定条件的组织。

**第五十三条** 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

**第五十四条** 以挂靠形式从事民事活动，当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的，该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。

**第五十五条** 在诉讼中，一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的，裁定中止诉讼。人民法院应当及时通知继承人作为当事人承担诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。

**第五十六条** 法人或者其他组织的工作人员执行工作任务造成他人损害的，该法人或者其他组织为当事人。

**第五十七条** 提供劳务一方因劳务造成他人损害，受害人提起诉讼的，以接受劳务一方为被告。

**第五十八条** 在劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造



成他人损害的，以接受劳务派遣的用工单位为当事人。当事人主张劳务派遣单位承担责任的，该劳务派遣单位为共同被告。

**第五十九条** 在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息。

营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人。

**第六十条** 在诉讼中，未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。

**第六十一条** 当事人之间的纠纷经人民调解委员会调解达成协议后，一方当事人不履行调解协议，另一方当事人向人民法院提起诉讼的，应以对方当事人为被告。

**第六十二条** 下列情形，以行为人为当事人：

（一）法人或者其他组织应登记而未登记，行为人即以该法人或者其他组织名义进行民事活动的；

（二）行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义进行民事活动的，但相对人有理由相信行为人有代理权的除外；

（三）法人或者其他组织依法终止后，行为人仍以其名义进行民事活动的。

**第六十三条** 企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

**第六十四条** 企业法人解散的，依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。

**第六十五条** 借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。

**第六十六条** 因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告。保证合同约定为一般保证，债权人仅起诉保证人的，人民法院应当通知被保

证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可以只列被保证人为被告。

**第六十七条** 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。

**第六十八条** 村民委员会或者村民小组与他人发生民事纠纷的，村民委员会或者有独立财产的村民小组为当事人。

**第六十九条** 对侵害死者遗体、遗骨以及姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等行为提起诉讼的，死者的近亲属为当事人。

**第七十条** 在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。

**第七十一条** 原告起诉被代理人和代理人，要求承担连带责任的，被代理人和代理人为共同被告。

**第七十二条** 共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人为共同诉讼人。

**第七十三条** 必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照民事诉讼法第一百三十二条的规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请理由不成立的，裁定驳回；申请理由成立的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。

**第七十四条** 人民法院追加共同诉讼的当事人时，应当通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

**第七十五条** 民事诉讼法第五十三条、第五十四条和第一百九十九条规定的人数众多，一般指十人以上。

**第七十六条** 依照民事诉讼法第五十三条规定，当事人一方人数众多在起诉时确定的，可以由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可以自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉。

**第七十七条** 根据民事诉讼法第五十四条规定，当事人一方人数众多在起诉时不确定的，由当事人推选代表人。当事人推选不出的，可以由人

民法院提出人选与当事人协商；协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。

**第七十八条** 民事诉讼法第五十三条和第五十四条规定的代表人为二至五人，每位代表人可以委托一至二人作为诉讼代理人。

**第七十九条** 依照民事诉讼法第五十四条规定受理的案件，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期间根据案件的具体情况确定，但不得少于三十日。

**第八十条** 根据民事诉讼法第五十四条规定向人民法院登记的权利人，应当证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，权利人可以另行起诉。人民法院的裁判在登记的范围内执行。未参加登记的权利人提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

**第八十一条** 根据民事诉讼法第五十六条的规定，有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人；无独立请求权的第三人，可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。

第一审程序中未参加诉讼的第三人，申请参加第二审程序的，人民法院可以准许。

**第八十二条** 在一审诉讼中，无独立请求权的第三人无权提出管辖异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉，被判决承担民事责任的，有权提起上诉。

**第八十三条** 在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定；协商不成的，由人民法院在他们之中指定诉讼中的法定代理人。当事人没有民法通则第十六条第一款、第二款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼中的法定代理人。

**第八十四条** 无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他依法不能作为诉讼代理人的，当事人不得委托其作为诉讼代理人。

**第八十五条** 根据民事诉讼法第五十八条第二款第二项规定，与当事人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲、近姻亲关系以及其他有抚养、赡养关系的亲属，可以当事人近亲属的名义作为诉讼代理人。

**第八十六条** 根据民事诉讼法第五十八条第二款第二项规定，与当事

人有合法劳动人事关系的职工，可以当事人工作人员的名义作为诉讼代理人。

**第八十七条** 根据民事诉讼法第五十八条第二款第三项规定，有关社会团体推荐公民担任诉讼代理人的，应当符合下列条件：

(一) 社会团体属于依法登记设立或者依法免于登记设立的非营利性法人组织；

(二) 被代理人属于该社会团体的成员，或者当事人一方住所地位于该社会团体的活动地域；

(三) 代理事务属于该社会团体章程载明的业务范围；

(四) 被推荐的公民是该社会团体的负责人或者与该社会团体有合法劳动人事关系的工作人员。

专利代理人经中华全国专利代理人协会推荐，可以在专利纠纷案件中担任诉讼代理人。

**第八十八条** 诉讼代理人除根据民事诉讼法第五十九条规定提交授权委托书外，还应当按照下列规定向人民法院提交相关材料：

(一) 律师应当提交律师执业证、律师事务所证明材料；

(二) 基层法律服务工作者应当提交法律服务工作者执业证、基层法律服务所出具的介绍信以及当事人一方位于本辖区内的证明材料；

(三) 当事人的近亲属应当提交身份证件和与委托人有近亲属关系的证明材料；

(四) 当事人的工作人员应当提交身份证件和与当事人有合法劳动人事关系的证明材料；

(五) 当事人所在社区、单位推荐的公民应当提交身份证件、推荐材料和当事人属于该社区、单位的证明材料；

(六) 有关社会团体推荐的公民应当提交身份证件和符合本解释第八十七条规定条件的证明材料。

**第八十九条** 当事人向人民法院提交的授权委托书，应当在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提出反诉或者提起上诉。

适用简易程序审理的案件，双方当事人同时到庭并径行开庭审理的，可以当场口头委托诉讼代理人，由人民法院记入笔录。

#### 四、证据

**第九十条** 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

**第九十一条** 人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：

(一) 主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；

(二) 主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

**第九十二条** 一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。

对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用前款自认的规定。

自认的事实与查明的事实不符的，人民法院不予确认。

**第九十三条** 下列事实，当事人无须举证证明：

- (一) 自然规律以及定理、定律；
- (二) 众所周知的事实；
- (三) 根据法律规定推定的事实；
- (四) 根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实；
- (五) 已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；
- (六) 已为仲裁机构生效裁决所确认的事实；
- (七) 已为有效公证文书所证明的事实。

前款第二项至第四项规定的事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第五项至第七项规定的事实，当事人有相反证据足以推翻的除外。

**第九十四条** 民事诉讼法第六十四条第二款规定的当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据包括：

- (一) 证据由国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调

取的；

(二) 涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；

(三) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，可以在举证期限届满前书面申请人民法院调查收集。

**第九十五条** 当事人申请调查收集的证据，与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的，人民法院不予准许。

**第九十六条** 民事诉讼法第六十四条第二款规定的人民法院认为审理案件需要的证据包括：

(一) 涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；

(二) 涉及身份关系的；

(三) 涉及民事诉讼法第五十五条规定诉讼的；

(四) 当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；

(五) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

除前款规定外，人民法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行。

**第九十七条** 人民法院调查收集证据，应当由两人以上共同进行。调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名、捺印或者盖章。

**第九十八条** 当事人根据民事诉讼法第八十一条第一款规定申请证据保全的，可以在举证期限届满前书面提出。

证据保全可能对他人造成损失的，人民法院应当责令申请人提供相应的担保。

**第九十九条** 人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。

人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。

举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的限制。

**第一百条** 当事人申请延长举证期限的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。

申请理由成立的，人民法院应当准许，适当延长举证期限，并通知其他当事人。延长的举证期限适用于其他当事人。

申请理由不成立的，人民法院不予准许，并通知申请人。

**第一百零一条** 当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据。

当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。

**第一百零二条** 当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。

当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，人民法院可予支持。

**第一百零三条** 证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。

当事人在审理前的准备阶段认可的证据，经审判人员在庭审中说明后，视为质证过的证据。

涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者法律规定应当保密的证据，不得公开质证。

**第一百零四条** 人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及对待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。

能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。

**第一百零五条** 人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。

**第一百零六条** 对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。

**第一百零七条** 在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实,不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据,但法律另有规定或者当事人均同意的除外。

**第一百零八条** 对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,认为待证事实真伪不明的,应当认定该事实不存在。

法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的,从其规定。

**第一百零九条** 当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在。

**第一百一十条** 人民法院认为有必要的,可以要求当事人本人到庭,就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前,可以要求其签署保证书。

保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。

负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书,待证事实又欠缺其他证据证明的,人民法院对其主张的事实不予认定。

**第一百一十一条** 民事诉讼法第七十条规定的提交书证原件确有困难,包括下列情形:

- (一) 书证原件遗失、灭失或者毁损的;
- (二) 原件在对方当事人控制之下,经合法通知提交而拒不提交的;
- (三) 原件在他人控制之下,而其有权不提交的;
- (四) 原件因篇幅或者体积过大而不便提交的;
- (五) 承担举证证明责任的当事人通过申请人民法院调查收集或者其他方式无法获得书证原件的。

前款规定情形,人民法院应当结合其他证据和案件具体情况,审查判断书证复制品等能否作为认定案件事实的根据。

**第一百一十二条** 书证在对方当事人控制之下的,承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。



申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。

**第一百一十三条** 持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定，对其处以罚款、拘留。

**第一百一十四条** 国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织，在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。必要时，人民法院可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。

**第一百一十五条** 单位向人民法院提出的证明材料，应当由单位负责人及制作证明材料的人员签名或者盖章，并加盖单位印章。人民法院就单位出具的证明材料，可以向单位及制作证明材料的人员进行调查核实。必要时，可以要求制作证明材料的人员出庭作证。

单位及制作证明材料的人员拒绝人民法院调查核实，或者制作证明材料的人员无正当理由拒绝出庭作证的，该证明材料不得作为认定案件事实的根据。

**第一百一十六条** 视听资料包括录音资料和影像资料。

电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。

存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。

**第一百一十七条** 当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前提出。

符合本解释第九十六条第一款规定情形的，人民法院可以依职权通知证人出庭作证。

未经人民法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经人民法院准许的除外。

**第一百一十八条** 民事诉讼法第七十四条规定的证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用，按照机关事业单位工作人员差旅费用和补贴标准计算；误工损失按照国家上年度职工日平均工资标准计算。

人民法院准许证人出庭作证申请的,应当通知申请人预缴证人出庭作证费用。

**第一百一十九条** 人民法院在证人出庭作证前应当告知其如实作证的义务以及作伪证的法律后果,并责令其签署保证书,但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。

证人签署保证书适用本解释关于当事人签署保证书的规定。

**第一百二十条** 证人拒绝签署保证书的,不得作证,并自行承担相关费用。

**第一百二十一条** 当事人申请鉴定,可以在举证期限届满前提出。申请鉴定的事项与待证事实无关联,或者对证明待证事实无意义的,人民法院不予准许。

人民法院准许当事人鉴定申请的,应当组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。当事人协商不成的,由人民法院指定。

符合依职权调查收集证据条件的,人民法院应当依职权委托鉴定,在询问当事人的意见后,指定具备相应资格的鉴定人。

**第一百二十二条** 当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定,在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭,代表当事人对鉴定意见进行质证,或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。

具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述。

人民法院准许当事人申请的,相关费用由提出申请的当事人负担。

**第一百二十三条** 人民法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许,当事人可以对出庭的具有专门知识的人进行询问,当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。

具有专门知识的人不得参与专业问题之外的法庭审理活动。

**第一百二十四条** 人民法院认为有必要的,可以根据当事人的申请或者依职权对物证或者现场进行勘验。勘验时应当保护他人的隐私和尊严。

人民法院可以要求鉴定人参与勘验。必要时,可以要求鉴定人在勘验中进行鉴定。

## 五、期间和送达

**第一百二十五条** 依照民事诉讼法第八十二条第二款规定,民事诉讼

中以时起算的期间从次时起算；以日、月、年计算的期间从次日起算。

**第一百二十六条** 民事诉讼法第一百二十三条规定的立案期限，因起诉状内容欠缺通知原告补正的，从补正后交人民法院的次日起算。由上级人民法院转交下级人民法院立案的案件，从受诉人民法院收到起诉状的次日起算。

**第一百二十七条** 民事诉讼法第五十六条第三款、第二百零五条以及本解释第三百七十四条、第三百八十四条、第四百零一条、第四百二十二条、第四百二十三条规定的六个月，民事诉讼法第二百二十三条规定的一年，为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断、延长的规定。

**第一百二十八条** 再审案件按照第一审程序或者第二审程序审理的，适用民事诉讼法第一百四十九条、第一百七十六条规定的审限。审限自再审立案的次日起算。

**第一百二十九条** 对申请再审案件，人民法院应当自受理之日起三个月内审查完毕，但公告期间、当事人和解期间等不计入审查期限。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

**第一百三十条** 向法人或者其他组织送达诉讼文书，应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或者盖章，拒绝签收或者盖章的，适用留置送达。

民事诉讼法第八十六条规定的有关基层组织和所在单位的代表，可以是受送达人住所地的居民委员会、村民委员会的工作人员以及受送达人所在单位的工作人员。

**第一百三十一条** 人民法院直接送达诉讼文书的，可以通知当事人到人民法院领取。当事人到达人民法院，拒绝签署送达回证的，视为送达。审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。

人民法院可以在当事人住所地以外向当事人直接送达诉讼文书。当事人拒绝签署送达回证的，采用拍照、录像等方式记录送达过程即视为送达。审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。

**第一百三十二条** 受送达人有诉讼代理人的，人民法院既可以向受送达人送达，也可以向其诉讼代理人送达。受送达人指定诉讼代理人为代收人的，向诉讼代理人送达时，适用留置送达。

**第一百三十三条** 调解书应当直接送达当事人本人，不适用留置送达。当事人本人因故不能签收的，可由其指定的代收人签收。

**第一百三十四条** 依照民事诉讼法第八十八条规定,委托其他人民法院代为送达的,委托法院应当出具委托函,并附需要送达的诉讼文书和送达回证,以受送达人在送达回证上签收的日期为送达日期。

委托送达的,受委托人民法院应当自收到委托函及相关诉讼文书之日起十日内代为送达。

**第一百三十五条** 电子送达可以采用传真、电子邮件、移动通信等即时收悉的特定系统作为送达媒介。

民事诉讼法第八十七条第二款规定的到达受送达人特定系统的日期,为人民法院对应系统显示发送成功的日期,但受送达人证明到达其特定系统的日期与人民法院对应系统显示发送成功的日期不一致的,以受送达人证明到达其特定系统的日期为准。

**第一百三十六条** 受送达人同意采用电子方式送达的,应当在送达地址确认书中予以确认。

**第一百三十七条** 当事人在提起上诉、申请再审、申请执行时未书面变更送达地址的,其在第一审程序中确认的送达地址可以作为第二审程序、审判监督程序、执行程序的送达地址。

**第一百三十八条** 公告送达可以在法院的公告栏和受送达人住所地张贴公告,也可以在报纸、信息网络等媒体上刊登公告,发出公告日期以最后张贴或者刊登的日期为准。对公告送达方式有特殊要求的,应当按要求的方式进行。公告期满,即视为送达。

人民法院在受送达人住所地张贴公告的,应当采取拍照、录像等方式记录张贴过程。

**第一百三十九条** 公告送达应当说明公告送达的原因;公告送达起诉状或者上诉状副本的,应当说明起诉或者上诉要点,受送达人答辩期限及逾期不答辩的法律后果;公告送达传票,应当说明出庭的时间和地点及逾期不出庭的法律后果;公告送达判决书、裁定书的,应当说明裁判主要内容,当事人有权上诉的,还应当说明上诉权利、上诉期限和上诉的人民法院。

**第一百四十条** 适用简易程序的案件,不适用公告送达。

**第一百四十一条** 人民法院在定期宣判时,当事人拒不签收判决书、裁定书的,应视为送达,并在宣判笔录中记明。

## 六、调 解

第一百四十二条 人民法院受理案件后，经审查，认为法律关系明确、事实清楚，在征得当事人双方同意后，可以径行调解。

第一百四十三条 适用特别程序、督促程序、公示催告程序的案件，婚姻等身份关系确认案件以及其他根据案件性质不能进行调解的案件，不得调解。

第一百四十四条 人民法院审理民事案件，发现当事人之间恶意串通，企图通过和解、调解方式侵害他人合法权益的，应当依照民事诉讼法第一百一十二条的规定处理。

第一百四十五条 人民法院审理民事案件，应当根据自愿、合法的原则进行调解。当事人一方或者双方坚持不愿调解的，应当及时裁判。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决。

第一百四十六条 人民法院审理民事案件，调解过程不公开，但当事人同意公开的除外。

调解协议内容不公开，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益，人民法院认为确有必要的除外。

主持调解以及参与调解的人员，对调解过程以及调解过程中获悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私和其他不宜公开的信息，应当保守秘密，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。

第一百四十七条 人民法院调解案件时，当事人不能出庭的，经其特别授权，可由其委托代理人参加调解，达成的调解协议，可由委托代理人签名。

离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

第一百四十八条 当事人自行和解或者调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予准许。

无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人对方达成协议要求发给判决书的，可根据协议内容制作判决书。

第一百四十九条 调解书需经当事人签收后才发生法律效力，应当以最后收到调解书的当事人签收的日期为调解书生效日期。

第一百五十条 人民法院调解民事案件，需由无独立请求权的第三人

承担责任的,应当经其同意。该第三人在调解书送达前反悔的,人民法院应当及时裁判。

**第一百五十一条** 根据民事诉讼法第九十八条第一款第四项规定,当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后即发生法律效力的,经人民法院审查确认后,应当记入笔录或者将调解协议附卷,并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。

前款规定情形,当事人请求制作调解书的,人民法院审查确认后可以制作调解书送交当事人。当事人拒收调解书的,不影响调解协议的效力。

## 七、保全和先予执行

**第一百五十二条** 人民法院依照民事诉讼法第一百条、第一百零一条规定,在采取诉前保全、诉讼保全措施时,责令利害关系人或者当事人提供担保的,应当书面通知。

利害关系人申请诉前保全的,应当提供担保。申请诉前财产保全的,应当提供相当于请求保全数额的担保;情况特殊的,人民法院可以酌情处理。申请诉前行为保全的,担保的数额由人民法院根据案件的具体情况决定。

在诉讼中,人民法院依申请或者依职权采取保全措施的,应当根据案件的具体情况,决定当事人是否应当提供担保以及担保的数额。

**第一百五十三条** 人民法院对季节性商品、鲜活、易腐烂变质以及其他不宜长期保存的物品采取保全措施时,可以责令当事人及时处理,由人民法院保存价款;必要时,人民法院可予以变卖,保存价款。

**第一百五十四条** 人民法院在财产保全中采取查封、扣押、冻结财产措施时,应当妥善保管被查封、扣押、冻结的财产。不宜由人民法院保管的,人民法院可以指定被保全人负责保管;不宜由被保全人保管的,可以委托他人或者申请保全人保管。

查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产,一般由担保物权人保管;由人民法院保管的,质权、留置权不因采取保全措施而消灭。

**第一百五十五条** 由人民法院指定被保全人保管的财产,如果继续使用对该财产的价值无重大影响,可以允许被保全人继续使用;由人民法院保管或者委托他人、申请保全人保管的财产,人民法院和其他保管人不得使用。

**第一百五十六条** 人民法院采取财产保全的方法和措施，依照执行程序相关规定办理。

**第一百五十七条** 人民法院对抵押物、质押物、留置物可以采取财产保全措施，但不影响抵押权人、质权人、留置权人的优先受偿权。

**第一百五十八条** 人民法院对债务人到期应得的收益，可以采取财产保全措施，限制其支取，通知有关单位协助执行。

**第一百五十九条** 债务人的财产不能满足保全请求，但对他人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该他人不得对本案债务人清偿。该他人要求偿付的，由人民法院提存财物或者价款。

**第一百六十条** 当事人向采取诉前保全措施以外的其他有管辖权的人民法院起诉的，采取诉前保全措施的人民法院应当将保全手续移送受理案件的人民法院。诉前保全的裁定视为受移送人民法院作出的裁定。

**第一百六十一条** 对当事人不服一审判决提起上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或者依职权采取。第一审人民法院的保全裁定，应当及时报送第二审人民法院。

**第一百六十二条** 第二审人民法院裁定对第一审人民法院采取的保全措施予以续保或者采取新的保全措施的，可以自行实施，也可以委托第一审人民法院实施。

再审人民法院裁定对原保全措施予以续保或者采取新的保全措施的，可以自行实施，也可以委托原审人民法院或者执行法院实施。

**第一百六十三条** 法律文书生效后，进入执行程序前，债权人因对方当事人转移财产等紧急情况，不申请保全将可能导致生效法律文书不能执行或者难以执行的，可以向执行法院申请采取保全措施。债权人在法律文书指定的履行期间届满后五日内不申请执行的，人民法院应当解除保全。

**第一百六十四条** 对申请保全人或者他人提供的担保财产，人民法院应当依法办理查封、扣押、冻结等手续。

**第一百六十五条** 人民法院裁定采取保全措施后，除作出保全裁定的人民法院自行解除或者其上级人民法院决定解除外，在保全期限内，任何单位不得解除保全措施。

**第一百六十六条** 裁定采取保全措施后，有下列情形之一的，人民法院应当作出解除保全裁定：

- (一) 保全错误的;
- (二) 申请人撤回保全申请的;
- (三) 申请人的起诉或者诉讼请求被生效裁判驳回的;
- (四) 人民法院认为应当解除保全的其他情形。

解除以登记方式实施的保全措施的,应当向登记机关发出协助执行通知书。

**第一百六十七条** 财产保全的被保全人提供其他等值担保财产且有利于执行的,人民法院可以裁定变更保全标的物为被保全人提供的担保财产。

**第一百六十八条** 保全裁定未经人民法院依法撤销或者解除,进入执行程序后,自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施,期限连续计算,执行法院无需重新制作裁定书,但查封、扣押、冻结期限届满的除外。

**第一百六十九条** 民事诉讼法规定的先予执行,人民法院应当在受理案件后终审判决作出前采取。先予执行应当限于当事人诉讼请求的范围,并以当事人的生活、生产经营的急需为限。

**第一百七十条** 民事诉讼法第一百零六条第三项规定的情况紧急,包括:

- (一) 需要立即停止侵害、排除妨碍的;
- (二) 需要立即制止某项行为的;
- (三) 追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的;
- (四) 需要立即返还社会保险金、社会救助资金的;
- (五) 不立即返还款项,将严重影响权利人生活和生产经营的。

**第一百七十一条** 当事人对保全或者先予执行裁定不服的,可以自收到裁定书之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议。人民法院应当在收到复议申请后十日内审查。裁定正确的,驳回当事人的申请;裁定不当的,变更或者撤销原裁定。

**第一百七十二条** 利害关系人对保全或者先予执行的裁定不服申请复议的,由作出裁定的人民法院依照民事诉讼法第一百零八条规定处理。

**第一百七十三条** 人民法院先予执行后,根据发生法律效力判决,申请人应当返还因先予执行所取得的利益的,适用民事诉讼法第二百三十三条的规定。



## 八、对妨害民事诉讼的强制措施

**第一百七十四条** 民事诉讼法第一百零九条规定的必须到庭的被告，是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。

人民法院对必须到庭才能查清案件基本事实的原告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

**第一百七十五条** 拘传必须用拘传票，并直接送达被拘传人；在拘传前，应当向被拘传人说明拒不到庭的后果，经批评教育仍拒不到庭的，可以拘传其到庭。

**第一百七十六条** 诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以适用民事诉讼法第一百一十条规定处理：

- (一) 未经准许进行录音、录像、摄影的；
- (二) 未经准许以移动通信等方式现场传播审判活动的；
- (三) 其他扰乱法庭秩序，妨害审判活动进行的。

有前款规定情形的，人民法院可以暂扣诉讼参与人或者其他人员进行录音、录像、摄影、传播审判活动的器材，并责令其删除有关内容；拒不删除的，人民法院可以采取必要手段强制删除。

**第一百七十七条** 训诫、责令退出法庭由合议庭或者独任审判员决定。训诫的内容、被责令退出法庭者的违法事实应当记入庭审笔录。

**第一百七十八条** 人民法院依照民事诉讼法第一百一十条至第一百四十四条的规定采取拘留措施的，应经院长批准，作出拘留决定书，由司法警察将被拘留人送交当地公安机关看管。

**第一百七十九条** 被拘留人不在本辖区的，作出拘留决定的人民法院应当派员到被拘留人所在地的人民法院，请该院协助执行，受委托的人民法院应当及时派员协助执行。被拘留人申请复议或者在拘留期间承认并改正错误，需要提前解除拘留的，受委托人民法院应当向委托人民法院转达或者提出建议，由委托人民法院审查决定。

**第一百八十条** 人民法院对被拘留人采取拘留措施后，应当在二十四小时内通知其家属；确实无法按时通知或者通知不到的，应当记录在案。

**第一百八十一条** 因哄闹、冲击法庭，用暴力、威胁等方法抗拒执行公务等紧急情况，必须立即采取拘留措施的，可在拘留后，立即报告院长补办批准手续。院长认为拘留不当的，应当解除拘留。

**第一百八十二条** 被拘留人在拘留期间认错悔改的,可以责令其具结悔过,提前解除拘留。提前解除拘留,应报经院长批准,并作出提前解除拘留决定书,交负责看管的公安机关执行。

**第一百八十三条** 民事诉讼法第一百一十条至第一百一十三条规定的罚款、拘留可以单独适用,也可以合并适用。

**第一百八十四条** 对同一妨害民事诉讼行为的罚款、拘留不得连续适用。发生新的妨害民事诉讼行为的,人民法院可以重新予以罚款、拘留。

**第一百八十五条** 被罚款、拘留的人不服罚款、拘留决定申请复议的,应当自收到决定书之日起三日内提出。上级人民法院应当在收到复议申请后五日内作出决定,并将复议结果通知下级人民法院和当事人。

**第一百八十六条** 上级人民法院复议时认为强制措施不当的,应当制作决定书,撤销或者变更下级人民法院作出的拘留、罚款决定。情况紧急的,可以在口头通知后三日内发出决定书。

**第一百八十七条** 民事诉讼法第一百一十一条第一款第五项规定的以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的行为,包括:

- (一) 在人民法院哄闹、滞留,不听从司法工作人员劝阻的;
- (二) 故意毁损、抢夺人民法院法律文书、查封标志的;
- (三) 哄闹、冲击执行公务现场,围困、扣押执行或者协助执行公务人员的;
- (四) 毁损、抢夺、扣留案件材料、执行公务车辆、其他执行公务器械、执行公务人员服装和执行公务证件的;
- (五) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员查询、查封、扣押、冻结、划拨、拍卖、变卖财产的;
- (六) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的其他行为。

**第一百八十八条** 民事诉讼法第一百一十一条第一款第六项规定的拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的行为,包括:

- (一) 在法律文书发生法律效力后隐藏、转移、变卖、毁损财产或者无偿转让财产、以明显不合理的价格交易财产、放弃到期债权、无偿为他人提供担保等,致使人民法院无法执行的;
- (二) 隐藏、转移、毁损或者未经人民法院允许处分已向人民法院提供担保的财产的;

(三) 违反人民法院限制高消费令进行消费的；

(四) 有履行能力而拒不按照人民法院执行通知履行生效法律文书确定的义务的；

(五) 有义务协助执行的个人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行的。

**第一百八十九条** 诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以适用民事诉讼法第一百一十一条的规定处理：

(一) 冒充他人提起诉讼或者参加诉讼的；

(二) 证人签署保证书后作虚假证言，妨碍人民法院审理案件的；

(三) 伪造、隐藏、毁灭或者拒绝交出有关被执行人履行能力的重要证据，妨碍人民法院查明被执行人财产状况的；

(四) 擅自解冻已被人民法院冻结的财产的；

(五) 接到人民法院协助执行通知书后，给当事人通风报信，协助其转移、隐匿财产的。

**第一百九十条** 民事诉讼法第一百一十二条规定的他人合法权益，包括案外人的合法权益、国家利益、社会公共利益。

第三人根据民事诉讼法第五十六条第三款规定提起撤销之诉，经审查，原案当事人之间恶意串通进行虚假诉讼的，适用民事诉讼法第一百一十二条规定处理。

**第一百九十一条** 单位有民事诉讼法第一百一十二条或者第一百一十三条规定行为的，人民法院应当对该单位进行罚款，并可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**第一百九十二条** 有关单位接到人民法院协助执行通知书后，有下列行为之一的，人民法院可以适用民事诉讼法第一百一十四条规定处理：

(一) 允许被执行人高消费的；

(二) 允许被执行人出境的；

(三) 拒不停止办理有关财产权证照转移手续、权属变更登记、规划审批等手续的；

(四) 以需要内部请示、内部审批，有内部规定等为由拖延办理的。

**第一百九十三条** 人民法院对个人或者单位采取罚款措施时，应当根据其实施妨害民事诉讼行为的性质、情节、后果，当地的经济水平，以及诉讼标的额等因素，在民事诉讼法第一百一十五条第一款规定的限额

内确定相应的罚款金额。

## 九、诉讼费用

**第一百九十四条** 依照民事诉讼法第五十四条审理的案件不预交案件受理费，结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳。

**第一百九十五条** 支付令失效后转入诉讼程序的，债权人应当按照《诉讼费用交纳办法》补交案件受理费。

支付令被撤销后，债权人另行起诉的，按照《诉讼费用交纳办法》交纳诉讼费用。

**第一百九十六条** 人民法院改变原判决、裁定、调解结果的，应当在裁判文书中对原审诉讼费用的负担一并作出处理。

**第一百九十七条** 诉讼标的物是证券的，按照证券交易规则并根据当事人起诉之日前最后一个交易日的收盘价、当日的市场价或者其载明的金额计算诉讼标的金额。

**第一百九十八条** 诉讼标的物是房屋、土地、林木、车辆、船舶、文物等特定物或者知识产权，起诉时价值难以确定的，人民法院应当向原告释明主张过高或者过低的诉讼风险，以原告主张的价值确定诉讼标的金额。

**第一百九十九条** 适用简易程序审理的案件转为普通程序的，原告自接到人民法院交纳诉讼费用通知之日起七日内补交案件受理费。

原告无正当理由未按期足额补交的，按撤诉处理，已经收取的诉讼费用退还一半。

**第二百条** 破产程序中有关债务人的民事诉讼案件，按照财产案件标准交纳诉讼费，但劳动争议案件除外。

**第二百零一条** 既有财产性诉讼请求，又有非财产性诉讼请求的，按照财产性诉讼请求的标准交纳诉讼费。

有多个财产性诉讼请求的，合并计算交纳诉讼费；诉讼请求中有多个非财产性诉讼请求的，按一件交纳诉讼费。

**第二百零二条** 原告、被告、第三人分别上诉的，按照上诉请求分别预交二审案件受理费。

同一方多人共同上诉的，只预交一份二审案件受理费；分别上诉的，按照上诉请求分别预交二审案件受理费。

**第二百零三条** 承担连带责任的当事人败诉的，应当共同负担诉讼费用。

**第二百零四条** 实现担保物权案件，人民法院裁定拍卖、变卖担保财产的，申请费由债务人、担保人负担；人民法院裁定驳回申请的，申请费由申请人负担。

申请人另行起诉的，其已经交纳的申请费可以从案件受理费中扣除。

**第二百零五条** 拍卖、变卖担保财产的裁定作出后，人民法院强制执行的，按照执行金额收取执行申请费。

**第二百零六条** 人民法院决定减半收取案件受理费的，只能减半一次。

**第二百零七条** 判决生效后，胜诉方预交但不应负担的诉讼费用，人民法院应当退还，由败诉方向人民法院交纳，但胜诉方自愿承担或者同意败诉方直接向其支付的除外。

当事人拒不交纳诉讼费用的，人民法院可以强制执行。

## 十、第一审普通程序

**第二百零八条** 人民法院接到当事人提交的民事起诉状时，对符合民事诉讼法第一百一十九条的规定，且不属于第一百二十四条规定情形的，应当登记立案；对当场不能判定是否符合起诉条件的，应当接收起诉材料，并出具注明收到日期的书面凭证。

需要补充必要相关材料的，人民法院应当及时告知当事人。在补齐相关材料后，应当在七日内决定是否立案。

立案后发现不符合起诉条件或者属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，裁定驳回起诉。

**第二百零九条** 原告提供被告的姓名或者名称、住所等信息具体明确，足以使被告与他人相区别的，可以认定为有明确的被告。

起诉状列写被告信息不足以认定明确的被告的，人民法院可以告知原告补正。原告补正后仍不能确定明确的被告的，人民法院裁定不予受理。

**第二百一十条** 原告在起诉状中有谩骂和人身攻击之辞的，人民法院应当告知其修改后提起诉讼。

**第二百一十一条** 对本院没有管辖权的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管

管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

**第二百一十二条** 裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉，符合起诉条件且不属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的，人民法院应予受理。

**第二百一十三条** 原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获批准而仍不预交的，裁定按撤诉处理。

**第二百一十四条** 原告撤诉或者人民法院按撤诉处理后，原告以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。

原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内又起诉的，比照民事诉讼法第一百二十四条第七项的规定不予受理。

**第二百一十五条** 依照民事诉讼法第一百二十四条第二项的规定，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院应当告知原告向仲裁机构申请仲裁，其坚持起诉的，裁定不予受理，但仲裁条款或者仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的除外。

**第二百一十六条** 在人民法院首次开庭前，被告以有书面仲裁协议为由对受理民事案件提出异议的，人民法院应当进行审查。

经审查符合下列情形之一的，人民法院应当裁定驳回起诉：

- (一) 仲裁机构或者人民法院已经确认仲裁协议有效的；
- (二) 当事人没有在仲裁庭首次开庭前对仲裁协议的效力提出异议的；
- (三) 仲裁协议符合仲裁法第十六条规定且不具有仲裁法第十七条规定情形的。

**第二百一十七条** 夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或者死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人公告送达诉讼文书。

**第二百一十八条** 赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或者减少费用的，人民法院应作为新案受理。

**第二百一十九条** 当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后对方当事人提出诉讼时效抗辩，人民法院经审理认为抗辩事由成立的，判决驳回原告的诉讼请求。

**第二百二十条** 民事诉讼法第六十八条、第一百三十四条、第一百五十六条规定的商业秘密，是指生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿公开的技术秘密、商业情报及信息。

**第二百二十一条** 基于同一事实发生的纠纷，当事人分别向同一人民法院起诉的，人民法院可以合并审理。

**第二百二十二条** 原告在起诉状中直接列写第三人的，视为其申请人民法院追加该第三人参加诉讼。是否通知第三人参加诉讼，由人民法院审查决定。

**第二百二十三条** 当事人在提交答辩状期间提出管辖异议，又针对起诉状的内容进行答辩的，人民法院应当依照民事诉讼法第一百二十七条第一款的规定，对管辖异议进行审查。

当事人未提出管辖异议，就案件实体内容进行答辩、陈述或者反诉的，可以认定为民事诉讼法第一百二十七条第二款规定的应诉答辩。

**第二百二十四条** 依照民事诉讼法第一百三十三条第四项规定，人民法院可以在答辩期届满后，通过组织证据交换、召集庭前会议等方式，作好审理前的准备。

**第二百二十五条** 根据案件具体情况，庭前会议可以包括下列内容：

- (一) 明确原告的诉讼请求和被告的答辩意见；
- (二) 审查处理当事人增加、变更诉讼请求的申请和提出的反诉，以及第三人提出的与本案有关的诉讼请求；
- (三) 根据当事人的申请决定调查收集证据，委托鉴定，要求当事人提供证据，进行勘验，进行证据保全；
- (四) 组织交换证据；
- (五) 归纳争议焦点；
- (六) 进行调解。

**第二百二十六条** 人民法院应当根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况，归纳争议焦点，并就归纳的争议焦点征求当事人的意见。

**第二百二十七条** 人民法院适用普通程序审理案件，应当在开庭三日前用传票传唤当事人。对诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员应当用通知书通知其到庭。当事人或者其他诉讼参与人在外地的，应当留有必要的在途时间。

**第二百二十八条** 法庭审理应当围绕当事人争议的事实、证据和法律适用等焦点问题进行。

**第二百二十九条** 当事人在庭审中对其在审理前的准备阶段认可的事实和证据提出不同意见的, 人民法院应当责令其说明理由。必要时, 可以责令其提供相应证据。人民法院应当结合当事人的诉讼能力、证据和案件的具体情况审查。理由成立的, 可以列入争议焦点进行审理。

**第二百三十条** 人民法院根据案件具体情况并征得当事人同意, 可以将法庭调查和法庭辩论合并进行。

**第二百三十一条** 当事人在法庭上提出新的证据的, 人民法院应当依照民事诉讼法第六十五条第二款规定和本解释相关规定处理。

**第二百三十二条** 在案件受理后, 法庭辩论结束前, 原告增加诉讼请求, 被告提出反诉, 第三人提出与本案有关的诉讼请求, 可以合并审理的, 人民法院应当合并审理。

**第二百三十三条** 反诉的当事人应当限于本诉的当事人的范围。

反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系, 或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实的, 人民法院应当合并审理。

反诉应由其他人民法院专属管辖, 或者与本诉的诉讼标的及诉讼请求所依据的事实、理由无关联的, 裁定不予受理, 告知另行起诉。

**第二百三十四条** 无民事行为能力人的离婚诉讼, 当事人的法定代理人应当到庭; 法定代理人不能到庭的, 人民法院应当在查清事实的基础上, 依法作出判决。

**第二百三十五条** 无民事行为能力的当事人的法定代理人, 经传票传唤无正当理由拒不到庭, 属于原告方的, 比照民事诉讼法第一百四十三条的规定, 按撤诉处理; 属于被告方的, 比照民事诉讼法第一百四十四条的规定, 缺席判决。必要时, 人民法院可以拘传其到庭。

**第二百三十六条** 有独立请求权的第三人经人民法院传票传唤, 无正当理由拒不到庭的, 或者未经法庭许可中途退庭的, 比照民事诉讼法第一百四十三条的规定, 按撤诉处理。

**第二百三十七条** 有独立请求权的第三人参加诉讼后, 原告申请撤诉, 人民法院在准许原告撤诉后, 有独立请求权的第三人作为另案原告, 原案原告、被告作为另案被告, 诉讼继续进行。



**第二百三十八条** 当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的，人民法院可以不准许撤诉或者不按撤诉处理。

法庭辩论终结后原告申请撤诉，被告不同意的，人民法院可以不予准许。

**第二百三十九条** 人民法院准许本诉原告撤诉的，应当对反诉继续审理；被告申请撤回反诉的，人民法院应予准许。

**第二百四十条** 无独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。

**第二百四十一条** 被告经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，人民法院应当按期开庭或者继续开庭审理，对到庭的当事人诉讼请求、双方的答辩理由以及已经提交的证据及其他诉讼材料进行审理后，可以依法缺席判决。

**第二百四十二条** 一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。

**第二百四十三条** 民事诉讼法第一百四十九条规定的审限，是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但公告期间、鉴定期间、双方当事人和解期间、审理当事人提出的管辖异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内。

**第二百四十四条** 可以上诉的判决书、裁定书不能同时送达双方当事人的，上诉期从各自收到判决书、裁定书之日计算。

**第二百四十五条** 民事诉讼法第一百五十四条第一款第七项规定的笔误是指法律文书误写、误算，诉讼费用漏写、误算和其他笔误。

**第二百四十六条** 裁定中止诉讼的原因消除，恢复诉讼程序时，不必撤销原裁定，从人民法院通知或者准许当事人双方继续进行诉讼时起，中止诉讼的裁定即失去效力。

**第二百四十七条** 当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：

- (一) 后诉与前诉的当事人相同；
- (二) 后诉与前诉的诉讼标的相同；

(三) 后诉与前诉的诉讼请求相同, 或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。

当事人重复起诉的, 裁定不予受理; 已经受理的, 裁定驳回起诉, 但法律、司法解释另有规定的除外。

**第二百四十八条** 裁判发生法律效力后, 发生新的事实, 当事人再次提起诉讼的, 人民法院应当依法受理。

**第二百四十九条** 在诉讼中, 争议的民事权利义务转移的, 不影响当事人的诉讼主体资格和诉讼地位。人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定对受让人具有拘束力。

受让人申请以无独立请求权的第三人身份参加诉讼的, 人民法院可予准许。受让人申请替代当事人承担诉讼的, 人民法院可以根据案件的具体情况决定是否准许; 不予准许的, 可以追加其为无独立请求权的第三人。

**第二百五十条** 依照本解释第二百四十九条规定, 人民法院准许受让人替代当事人承担诉讼的, 裁定变更当事人。

变更当事人后, 诉讼程序以受让人为当事人继续进行, 原当事人应当退出诉讼。原当事人已经完成的诉讼行为对受让人具有拘束力。

**第二百五十一条** 二审裁定撤销一审判决发回重审的案件, 当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉, 第三人提出与本案有关的诉讼请求的, 依照民事诉讼法第一百四十四条规定处理。

**第二百五十二条** 再审裁定撤销原判决、裁定发回重审的案件, 当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉, 符合下列情形之一的, 人民法院应当准许:

- (一) 原审未合法传唤缺席判决, 影响当事人行使诉讼权利的;
- (二) 追加新的诉讼当事人的;
- (三) 诉讼标的物灭失或者发生变化致使原诉讼请求无法实现的;
- (四) 当事人申请变更、增加的诉讼请求或者提出的反诉, 无法通过另诉解决的。

**第二百五十三条** 当庭宣判的案件, 除当事人当庭要求邮寄发送裁判文书的外, 人民法院应当告知当事人或者诉讼代理人领取裁判文书的时间和地点以及逾期不领取的法律后果。上述情况, 应当记入笔录。

**第二百五十四条** 公民、法人或者其他组织申请查阅发生法律效力的判决书、裁定书的, 应当向作出该生效裁判的人民法院提出。申请应当以

书面形式提出，并提供具体的案号或者当事人姓名、名称。

**第二百五十五条** 对于查阅判决书、裁定书的申请，人民法院根据下列情形分别处理：

（一）判决书、裁定书已经通过信息网络向社会公开的，应当引导申请人自行查阅；

（二）判决书、裁定书未通过信息网络向社会公开，且申请符合要求的，应当及时提供便捷的查阅服务；

（三）判决书、裁定书尚未发生法律效力，或者已失去法律效力的，不提供查阅并告知申请人；

（四）发生法律效力的判决书、裁定书不是本院作出的，应当告知申请人向作出生效裁判的人民法院申请查阅；

（五）申请查阅的内容涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的，不予准许并告知申请人。

## 十一、简易程序

**第二百五十六条** 民事诉讼法第一百五十七条规定的简单民事案件中的事实清楚，是指当事人对争议的事实陈述基本一致，并能提供相应的证据，无须人民法院调查收集证据即可查明事实；权利义务关系明确是指能明确区分谁是责任的承担者，谁是权利的享有者；争议不大是指当事人对案件的是非、责任承担以及诉讼标的争执无原则分歧。

**第二百五十七条** 下列案件，不适用简易程序：

（一）起诉时被告下落不明的；

（二）发回重审的；

（三）当事人一方人数众多的；

（四）适用审判监督程序的；

（五）涉及国家利益、社会公共利益的；

（六）第三人起诉请求改变或者撤销生效判决、裁定、调解书的；

（七）其他不宜适用简易程序的案件。

**第二百五十八条** 适用简易程序审理的案件，审理期限到期后，双方当事人同意继续适用简易程序的，由本院院长批准，可以延长审理期限。延长后的审理期限累计不得超过六个月。

人民法院发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，应当在审理期限

届满前作出裁定并将合议庭组成人员及相关事项书面通知双方当事人。

案件转为普通程序审理的，审理期限自人民法院立案之日计算。

**第二百五十九条** 当事人双方可就开庭方式向人民法院提出申请，由人民法院决定是否准许。经当事人双方同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。

**第二百六十条** 已经按照普通程序审理的案件，在开庭后不得转为简易程序审理。

**第二百六十一条** 适用简易程序审理案件，人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。

以简便方式送达的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的，人民法院不得缺席判决。

适用简易程序审理案件，由审判员独任审判，书记员担任记录。

**第二百六十二条** 人民法庭制作的判决书、裁定书、调解书，必须加盖基层人民法院印章，不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章。

**第二百六十三条** 适用简易程序审理案件，卷宗中应当具备以下材料：

- (一) 起诉状或者口头起诉笔录；
- (二) 答辩状或者口头答辩笔录；
- (三) 当事人身份证明材料；
- (四) 委托他人代理诉讼的授权委托书或者口头委托笔录；
- (五) 证据；
- (六) 询问当事人笔录；
- (七) 审理（包括调解）笔录；
- (八) 判决书、裁定书、调解书或者调解协议；
- (九) 送达和宣判笔录；
- (十) 执行情况；
- (十一) 诉讼费收据；

(十二) 适用简易程序第一百六十二条规定审理的，有关程序适用的书面告知。

**第二百六十四条** 当事人双方根据民事诉讼法第一百五十七条第二款规定约定适用简易程序的，应当在开庭前提出。口头提出的，记入笔录，

由双方当事人签名或者捺印确认。

本解释第二百五十七条规定的案件，当事人约定适用简易程序的，人民法院不予准许。

**第二百六十五条** 原告口头起诉的，人民法院应当将当事人的姓名、性别、工作单位、住所、联系方式等基本信息，诉讼请求，事实及理由等准确记入笔录，由原告核对无误后签名或者捺印。对当事人提交的证据材料，应当出具收据。

**第二百六十六条** 适用简易程序案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但不得超过十五日。被告要求书面答辩的，人民法院可在征得其同意的基础上，合理确定答辩期间。

人民法院应当将举证期限和开庭日期告知双方当事人，并向当事人说明逾期举证以及拒不到庭的法律后果，由双方当事人在笔录和开庭传票的送达回证上签名或者捺印。

当事人双方均表示不需要举证期限、答辩期间的，人民法院可以立即开庭审理或者确定开庭日期。

**第二百六十七条** 适用简易程序审理案件，可以简便方式进行审理前的准备。

**第二百六十八条** 对没有委托律师、基层法律服务工作者代理诉讼的当事人，人民法院在庭审过程中可以对回避、自认、举证证明责任等相关内容向其作必要的解释或者说明，并在庭审过程中适当提示当事人正确行使诉讼权利、履行诉讼义务。

**第二百六十九条** 当事人就案件适用简易程序提出异议，人民法院经审查，异议成立的，裁定转为普通程序；异议不成立的，口头告知当事人，并记入笔录。

转为普通程序的，人民法院应当将合议庭组成人员及相关事项以书面形式通知双方当事人。

转为普通程序前，双方当事人已确认的事实，可以不再进行举证、质证。

**第二百七十条** 适用简易程序审理的案件，有下列情形之一的，人民法院在制作判决书、裁定书、调解书时，对认定事实或者裁判理由部分可以适当简化：

(一) 当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的；

(二) 一方当事人明确表示承认对方全部或者部分诉讼请求的;

(三) 涉及商业秘密、个人隐私的案件, 当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容, 人民法院认为理由正当的;

(四) 当事人双方同意简化的。

## 十二、简易程序中的小额诉讼

**第二百七十一条** 人民法院审理小额诉讼案件, 适用民事诉讼法第一百六十二条的规定, 实行一审终审。

**第二百七十二条** 民事诉讼法第一百六十二条规定的各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资, 是指已经公布的各省、自治区、直辖市上一年度就业人员年平均工资。在上一年度就业人员年平均工资公布前, 以已经公布的最近年度就业人员年平均工资为准。

**第二百七十三条** 海事法院可以审理海事、海商小额诉讼案件。案件标的额应当以实际受理案件的海事法院或者其派出法庭所在的省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十为限。

**第二百七十四条** 下列金钱给付的案件, 适用小额诉讼程序审理:

(一) 买卖合同、借款合同、租赁合同纠纷;

(二) 身份关系清楚, 仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的赡养费、抚育费、扶养费纠纷;

(三) 责任明确, 仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的交通事故损害赔偿和其他人身损害赔偿纠纷;

(四) 供用水、电、气、热力合同纠纷;

(五) 银行卡纠纷;

(六) 劳动关系清楚, 仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金给付数额、时间、方式上存在争议的劳动合同纠纷;

(七) 劳务关系清楚, 仅在劳务报酬给付数额、时间、方式上存在争议的劳务合同纠纷;

(八) 物业、电信等服务合同纠纷;

(九) 其他金钱给付纠纷。

**第二百七十五条** 下列案件, 不适用小额诉讼程序审理:

(一) 人身关系、财产确权纠纷;

(二) 涉外民事纠纷;

- (三) 知识产权纠纷；
- (四) 需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的纠纷；
- (五) 其他不宜适用一审终审的纠纷。

**第二百七十六条** 人民法院受理小额诉讼案件，应当向当事人告知该类案件的审判组织、一审终审、审理期限、诉讼费用交纳标准等相关事项。

**第二百七十七条** 小额诉讼案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但一般不超过七日。

被告要求书面答辩的，人民法院可以在征得其同意的基础上合理确定答辩期间，但最长不得超过十五日。

当事人到庭后表示不需要举证期限和答辩期间的，人民法院可立即开庭审理。

**第二百七十八条** 当事人对小额诉讼案件提出管辖异议的，人民法院应当作出裁定。裁定一经作出即生效。

**第二百七十九条** 人民法院受理小额诉讼案件后，发现起诉不符合民事诉讼法第一百一十九条规定的起诉条件的，裁定驳回起诉。裁定一经作出即生效。

**第二百八十条** 因当事人申请增加或者变更诉讼请求、提出反诉、追加当事人等，致使案件不符合小额诉讼案件条件的，应当适用简易程序的其他规定审理。

前款规定案件，应当适用普通程序审理的，裁定转为普通程序。

适用简易程序的其他规定或者普通程序审理前，双方当事人已确认的事实，可以不再进行举证、质证。

**第二百八十一条** 当事人对按照小额诉讼案件审理有异议的，应当在开庭前提出。人民法院经审查，异议成立的，适用简易程序的其他规定审理；异议不成立的，告知当事人，并记入笔录。

**第二百八十二条** 小额诉讼案件的裁判文书可以简化，主要记载当事人基本信息、诉讼请求、裁判主文等内容。

**第二百八十三条** 人民法院审理小额诉讼案件，本解释没有规定的，适用简易程序的其他规定。

### 十三、公益诉讼

**第二百八十四条** 环境保护法、消费者权益保护法等法律规定的机关

和有关组织对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,根据民事诉讼法第五十五条规定提起公益诉讼,符合下列条件的,人民法院应当受理:

- (一) 有明确的被告;
- (二) 有具体的诉讼请求;
- (三) 有社会公共利益受到损害的初步证据;
- (四) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

**第二百八十五条** 公益诉讼案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖,但法律、司法解释另有规定的除外。

因污染海洋环境提起的公益诉讼,由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖。

对同一侵权行为分别向两个以上人民法院提起公益诉讼的,由最先立案的人民法院管辖,必要时由它们的共同上级人民法院指定管辖。

**第二百八十六条** 人民法院受理公益诉讼案件后,应当在十日内书面告知相关行政主管部门。

**第二百八十七条** 人民法院受理公益诉讼案件后,依法可以提起诉讼的其他机关和有关组织,可以在开庭前向人民法院申请参加诉讼。人民法院准许参加诉讼的,列为共同原告。

**第二百八十八条** 人民法院受理公益诉讼案件,不影响同一侵权行为的受害人根据民事诉讼法第一百一十九条规定提起诉讼。

**第二百八十九条** 对公益诉讼案件,当事人可以和解,人民法院可以调解。

当事人达成和解或者调解协议后,人民法院应当将和解或者调解协议进行公告。公告期间不得少于三十日。

公告期满后,人民法院经审查,和解或者调解协议不违反社会公共利益的,应当出具调解书;和解或者调解协议违反社会公共利益的,不予出具调解书,继续对案件进行审理并依法作出裁判。

**第二百九十条** 公益诉讼案件的原告在法庭辩论终结后申请撤诉的,人民法院不予准许。

**第二百九十一条** 公益诉讼案件的裁判发生法律效力后,其他依法具有原告资格的机关和有关组织就同一侵权行为另行提起公益诉讼的,人民法院裁定不予受理,但法律、司法解释另有规定的除外。



#### 十四、第三人撤销之诉

**第二百九十二条** 第三人对已经发生法律效力判决、裁定、调解书提起撤销之诉的，应当自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出生效判决、裁定、调解书的人民法院提出，并提供存在下列情形的证据材料：

- (一) 因不能归责于本人的事由未参加诉讼；
- (二) 发生法律效力判决、裁定、调解书的全部或者部分内容错误；
- (三) 发生法律效力判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益。

**第二百九十三条** 人民法院应当在收到起诉状和证据材料之日起五日内送交对方当事人，对方当事人可以自收到起诉状之日起十日内提出书面意见。

人民法院应当对第三人提交的起诉状、证据材料以及对方当事人的书面意见进行审查。必要时，可以询问双方当事人。

经审查，符合起诉条件的，人民法院应当在收到起诉状之日起三十日内立案。不符合起诉条件的，应当在收到起诉状之日起三十日内裁定不予受理。

**第二百九十四条** 人民法院对第三人撤销之诉案件，应当组成合议庭开庭审理。

**第二百九十五条** 民事诉讼法第五十六条第三款规定的因不能归责于本人的事由未参加诉讼，是指没有被列为生效判决、裁定、调解书当事人，且无过错或者无明显过错的情形。包括：

- (一) 不知道诉讼而未参加的；
- (二) 申请参加未获准许的；
- (三) 知道诉讼，但因客观原因无法参加的；
- (四) 因其他不能归责于本人的事由未参加诉讼的。

**第二百九十六条** 民事诉讼法第五十六条第三款规定的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容，是指判决、裁定的主文，调解书中处理当事人民事权利义务的结果。

**第二百九十七条** 对下列情形提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理：

- (一) 适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程

序处理的案件；

(二) 婚姻无效、撤销或者解除婚姻关系等判决、裁定、调解书中涉及身份关系的内容；

(三) 民事诉讼法第五十四条规定的未参加登记的权利人对代表人诉讼案件的生效裁判；

(四) 民事诉讼法第五十五条规定的损害社会公共利益行为的受害人对公益诉讼案件的生效裁判。

**第二百九十八条** 第三人提起撤销之诉，人民法院应当将该第三人列为原告，生效判决、裁定、调解书的当事人列为被告，但生效判决、裁定、调解书中没有承担责任的无独立请求权的第三人列为第三人。

**第二百九十九条** 受理第三人撤销之诉案件后，原告提供相应担保，请求中止执行的，人民法院可以准许。

**第三百条** 对第三人撤销或者部分撤销发生法律效力的判决、裁定、调解书内容的请求，人民法院经审理，按下列情形分别处理：

(一) 请求成立且确认其民事权利的主张全部或部分成立的，改变原判决、裁定、调解书内容的错误部分；

(二) 请求成立，但确认其全部或部分民事权利的主张不成立，或者未提出确认其民事权利请求的，撤销原判决、裁定、调解书内容的错误部分；

(三) 请求不成立的，驳回诉讼请求。

对前款规定裁判不服的，当事人可以上诉。

原判决、裁定、调解书的内容未改变或者未撤销的部分继续有效。

**第三百零一条** 第三人撤销之诉案件审理期间，人民法院对生效判决、裁定、调解书裁定再审的，受理第三人撤销之诉的人民法院应当裁定将第三人的诉讼请求并入再审程序。但有证据证明原审当事人之间恶意串通损害第三人合法权益的，人民法院应当先行审理第三人撤销之诉案件，裁定中止再审诉讼。

**第三百零二条** 第三人诉讼请求并入再审程序审理的，按照下列情形分别处理：

(一) 按照第一审程序审理的，人民法院应当对第三人的诉讼请求一并审理，所作的判决可以上诉；

(二) 按照第二审程序审理的，人民法院可以调解，调解不成协议

的，应当裁定撤销原判决、裁定、调解书，发回一审法院重审，重审时应当列明第三人。

**第三百零三条** 第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书执行的，执行法院对第三人依照民事诉讼法第二百二十七条规定提出的执行异议，应予审查。第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审理的，人民法院不予受理。

案外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据民事诉讼法第二百二十七条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。

## 十五、执行异议之诉

**第三百零四条** 根据民事诉讼法第二百二十七条规定，案外人、当事人对执行异议裁定不服，自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起执行异议之诉的，由执行法院管辖。

**第三百零五条** 案外人提起执行异议之诉，除符合民事诉讼法第一百一十九条规定外，还应当具备下列条件：

(一) 案外人的执行异议申请已经被人民法院裁定驳回；

(二) 有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关；

(三) 自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。

人民法院应当在收到起诉状之日起十五日内决定是否立案。

**第三百零六条** 申请执行人提起执行异议之诉，除符合民事诉讼法第一百一十九条规定外，还应当具备下列条件：

(一) 以案外人执行异议申请，人民法院裁定中止执行；

(二) 有明确的对执行标的继续执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关；

(三) 自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。

人民法院应当在收到起诉状之日起十五日内决定是否立案。

**第三百零七条** 案外人提起执行异议之诉的，以申请执行人为被告。被执行人反对案外人异议的，被执行人为共同被告；被执行人不反对案外人异议的，可以列被执行人为第三人。

**第三百零八条** 申请执行人提起执行异议之诉的，以案外人为被告。

被执行人反对申请执行人主张的,以案外人和被执行人为共同被告;被执行人不反对申请执行人主张的,可以列被执行人为第三人。

**第三百零九条** 申请执行人对中止执行裁定未提起执行异议之诉,被执行人提起执行异议之诉的,人民法院告知其另行起诉。

**第三百一十条** 人民法院审理执行异议之诉案件,适用普通程序。

**第三百一十一条** 案外人或者申请执行人提起执行异议之诉的,案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。

**第三百一十二条** 对案外人提起的执行异议之诉,人民法院经审理,按照下列情形分别处理:

(一)案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的,判决不得执行该执行标的;

(二)案外人就执行标的的不享有足以排除强制执行的民事权益的,判决驳回诉讼请求。

案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的,人民法院可以在判决中一并作出裁判。

**第三百一十三条** 对申请执行人提起的执行异议之诉,人民法院经审理,按照下列情形分别处理:

(一)案外人就执行标的的不享有足以排除强制执行的民事权益的,判决准许执行该执行标的;

(二)案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的,判决驳回诉讼请求。

**第三百一十四条** 对案外人执行异议之诉,人民法院判决不得对执行标的执行的,执行异议裁定失效。

对申请执行人执行异议之诉,人民法院判决准许对该执行标的执行的,执行异议裁定失效,执行法院可以根据申请执行人的申请或者依职权恢复执行。

**第三百一十五条** 案外人执行异议之诉审理期间,人民法院不得对执行标的进行处分。申请执行人请求人民法院继续执行并提供相应担保的,人民法院可以准许。

被执行人与案外人恶意串通,通过执行异议、执行异议之诉妨害执行的,人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十三条规定处理。申请执行人

因此受到损害的，可以提起诉讼要求被执行人、案外人赔偿。

**第三百一十六条** 人民法院对执行标的裁定中止执行后，申请执行人在法律规定的期间内未提起执行异议之诉的，人民法院应当自起诉期限届满之日起七日内解除对该执行标的采取的执行措施。

## 十六、第二审程序

**第三百一十七条** 双方当事人和第三人都提起上诉的，均列为上诉人。人民法院可以依职权确定第二审程序中当事人的诉讼地位。

**第三百一十八条** 民事诉讼法第一百六十六条、第一百六十七条规定的对方当事人包括被上诉人和原审其他当事人。

**第三百一十九条** 必要共同诉讼人的一人或者部分人提起上诉的，按下列情形分别处理：

(一) 上诉仅对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；

(二) 上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明；

(三) 上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提起上诉的其他当事人均为被上诉人。

**第三百二十条** 一审宣判时或者判决书、裁定书送达时，当事人口头表示上诉的，人民法院应告知其必须在法定上诉期间内递交上诉状。未在法定上诉期间内递交上诉状的，视为未提起上诉。虽递交上诉状，但未在指定的期限内交纳上诉费的，按自动撤回上诉处理。

**第三百二十一条** 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人，可以代理当事人提起上诉。

**第三百二十二条** 上诉案件的当事人死亡或者终止的，人民法院依法通知其权利义务承继者参加诉讼。

需要终结诉讼的，适用民事诉讼法第一百五十一条规定。

**第三百二十三条** 第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。

当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规

定,或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。

**第三百二十四条** 开庭审理的上诉案件,第二审人民法院可以依照民事诉讼法第一百三十三条第四项规定进行审理前的准备。

**第三百二十五条** 下列情形,可以认定为民事诉讼法第一百七十条第一款第四项规定的严重违反法定程序:

- (一) 审判组织的组成不合法的;
- (二) 应当回避的审判人员未回避的;
- (三) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼的;
- (四) 违法剥夺当事人辩论权利的。

**第三百二十六条** 对当事人在第一审程序中已经提出的诉讼请求,原审人民法院未作审理、判决的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解;调解不成的,发回重审。

**第三百二十七条** 必须参加诉讼的当事人或者有独立请求权的第三人,在第一审程序中未参加诉讼,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解;调解不成的,发回重审。

**第三百二十八条** 在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或者原审被告提出反诉的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解;调解不成的,告知当事人另行起诉。

双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的,第二审人民法院可以一并裁判。

**第三百二十九条** 一审判决不准离婚的案件,上诉后,第二审人民法院认为应当判决离婚的,可以根据当事人自愿的原则,与子女抚养、财产问题一并调解;调解不成的,发回重审。

双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的,第二审人民法院可以一并裁判。

**第三百三十条** 人民法院依照第二审程序审理案件,认为依法不应由人民法院受理的,可以由第二审人民法院直接裁定撤销原裁判,驳回起诉。

**第三百三十一条** 人民法院依照第二审程序审理案件,认为第一审人民法院受理案件违反专属管辖规定的,应当裁定撤销原裁判并移送有管辖权的人民法院。

**第三百三十二条** 第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受

理裁定有错误的，应当在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院立案受理；查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的，应当在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院审理。

**第三百三十三条** 第二审人民法院对下列上诉案件，依照民事诉讼法第一百六十九条规定可以不开庭审理：

- (一) 不服不予受理、管辖权异议和驳回起诉裁定的；
- (二) 当事人提出的上诉请求明显不能成立的；
- (三) 原判决、裁定认定事实清楚，但适用法律错误的；
- (四) 原判决严重违反法定程序，需要发回重审的。

**第三百三十四条** 原判决、裁定认定事实或者适用法律虽有瑕疵，但裁判结果正确的，第二审人民法院可以在判决、裁定中纠正瑕疵后，依照民事诉讼法第一百七十条第一款第一项规定予以维持。

**第三百三十五条** 民事诉讼法第一百七十条第一款第三项规定的基本事实，是指用以确定当事人主体资格、案件性质、民事权利义务等对原判决、裁定的结果有实质性影响的事实。

**第三百三十六条** 在第二审程序中，作为当事人的法人或者其他组织分立的，人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人；合并的，将合并后的法人或者其他组织列为当事人。

**第三百三十七条** 在第二审程序中，当事人申请撤回上诉，人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者当事人之间恶意串通损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，不应准许。

**第三百三十八条** 在第二审程序中，原审原告申请撤回起诉，经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，人民法院可以准许。准许撤诉的，应当一并裁定撤销一审裁判。

原审原告在第二审程序中撤回起诉后重复起诉的，人民法院不予受理。

**第三百三十九条** 当事人在第二审程序中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。

**第三百四十条** 第二审人民法院宣告判决可以自行宣判，也可以委托原审人民法院或者当事人所在地人民法院代行宣判。

**第三百四十一条** 人民法院审理对裁定的上诉案件,应当在第二审立案之日起三十日内作出终审裁定。有特殊情况需要延长审限的,由本院院长批准。

**第三百四十二条** 当事人在第一审程序中实施的诉讼行为,在第二审程序中对该当事人仍具有拘束力。

当事人推翻其在第一审程序中实施的诉讼行为时,人民法院应当责令其说明理由。理由不成立的,不予支持。

## 十七、特别程序

**第三百四十三条** 宣告失踪或者宣告死亡案件,人民法院可以根据申请人的请求,清理下落不明人的财产,并指定案件审理期间的财产管理人。公告期满后,人民法院判决宣告失踪的,应当同时依照民法通则第二十一条第一款的规定指定失踪人的财产代管人。

**第三百四十四条** 失踪人的财产代管人经人民法院指定后,代管人申请变更代管的,比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请理由成立的,裁定撤销申请人的代管人身份,同时另行指定财产代管人;申请理由不成立的,裁定驳回申请。

失踪人的其他利害关系人申请变更代管的,人民法院应当告知其以原指定的代管人为被告起诉,并按普通程序进行审理。

**第三百四十五条** 人民法院判决宣告公民失踪后,利害关系人向人民法院申请宣告失踪人死亡,自失踪之日起满四年的,人民法院应当受理,宣告失踪的判决即是该公民失踪的证明,审理中仍应依照民事诉讼法第一百八十五条规定进行公告。

**第三百四十六条** 符合法律规定的多个利害关系人提出宣告失踪、宣告死亡申请的,列为共同申请人。

**第三百四十七条** 寻找下落不明人的公告应当记载下列内容:

(一) 被申请人应当在规定期间内向受理法院申报其具体地址及其联系方式。否则,被申请人将被宣告失踪、宣告死亡;

(二) 凡知悉被申请人生存现状的人,应当在公告期间内将其所知道情况向受理法院报告。

**第三百四十八条** 人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后,作出判决前,申请人撤回申请的,人民法院应当裁定终结案件,但其他符合法律



规定的利害关系人加入程序要求继续审理的除外。

**第三百四十九条** 在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或者限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

**第三百五十条** 认定财产无主案件，公告期间有人对财产提出请求的，人民法院应当裁定终结特别程序，告知申请人另行起诉，适用普通程序审理。

**第三百五十一条** 被指定的监护人不服指定，应当自接到通知之日起三十日内向人民法院提出异议。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回异议；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应当送达异议人、原指定单位及判决指定的监护人。

**第三百五十二条** 申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，被申请人没有近亲属的，人民法院可以指定其他亲属为代理人。被申请人没有亲属的，人民法院可以指定经被申请人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意，且愿意担任代理人的关系密切的朋友为代理人。

没有前款规定的代理人的，由被申请人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任代理人。

代理人可以是一人，也可以是同一顺序中的两人。

**第三百五十三条** 申请司法确认调解协议的，双方当事人应当本人或者由符合民事诉讼法第五十八条规定的代理人向调解组织所在地基层人民法院或者人民法庭提出申请。

**第三百五十四条** 两个以上调解组织参与调解的，各调解组织所在地基层人民法院均有管辖权。

双方当事人可以共同向其中一个调解组织所在地基层人民法院提出申请；双方当事人共同向两个以上调解组织所在地基层人民法院提出申请的，由最先立案的人民法院管辖。

**第三百五十五条** 当事人申请司法确认调解协议，可以采用书面形式或者口头形式。当事人口头申请的，人民法院应当记入笔录，并由当事人签名、捺印或者盖章。

**第三百五十六条** 当事人申请司法确认调解协议，应当向人民法院提

交调解协议、调解组织主持调解的证明,以及与调解协议相关的财产权利证明等材料,并提供双方当事人的身份、住所、联系方式等基本信息。

当事人未提交上述材料的,人民法院应当要求当事人限期补交。

**第三百五十七条** 当事人申请司法确认调解协议,有下列情形之一的,人民法院裁定不予受理:

- (一) 不属于人民法院受理范围的;
- (二) 不属于收到申请的人民法院管辖的;
- (三) 申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的;
- (四) 涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的;
- (五) 调解协议内容涉及物权、知识产权确权的。

人民法院受理申请后,发现有上述不予受理情形的,应当裁定驳回当事人的申请。

**第三百五十八条** 人民法院审查相关情况时,应当通知双方当事人共同到场对案件进行核实。

人民法院经审查,认为当事人的陈述或者提供的证明材料不充分、不完备或者有疑义的,可以要求当事人限期补充陈述或者补充证明材料。必要时,人民法院可以向调解组织核实有关情况。

**第三百五十九条** 确认调解协议的裁定作出前,当事人撤回申请的,人民法院可以裁定准许。

当事人无正当理由未在限期内补充陈述、补充证明材料或者拒不接受询问的,人民法院可以按撤回申请处理。

**第三百六十条** 经审查,调解协议有下列情形之一的,人民法院应当裁定驳回申请:

- (一) 违反法律强制性规定的;
- (二) 损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的;
- (三) 违背公序良俗的;
- (四) 违反自愿原则的;
- (五) 内容不明确的;
- (六) 其他不能进行司法确认的情形。

**第三百六十一条** 民事诉讼法第一百九十六条规定的担保物权人,包括抵押权人、质权人、留置权人;其他有权请求实现担保物权的人,包括

抵押人、出质人、财产被留置的债务人或者所有权人等。

**第三百六十二条** 实现票据、仓单、提单等有权利凭证的权利质权案件，可以由权利凭证持有人住所地人民法院管辖；无权利凭证的权利质权，由出质登记地人民法院管辖。

**第三百六十三条** 实现担保物权案件属于海事法院等专门人民法院管辖的，由专门人民法院管辖。

**第三百六十四条** 同一债权的担保物有多个且所在地不同，申请人分别向有管辖权的人民法院申请实现担保物权的，人民法院应当依法受理。

**第三百六十五条** 依照物权法第一百七十六条的规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保，当事人对实现担保物权的顺序有约定，实现担保物权的申请违反该约定的，人民法院裁定不予受理；没有约定或者约定不明的，人民法院应当受理。

**第三百六十六条** 同一财产上设立多个担保物权，登记在先的担保物权尚未实现的，不影响后顺位的担保物权人向人民法院申请实现担保物权。

**第三百六十七条** 申请实现担保物权，应当提交下列材料：

(一) 申请书。申请书应当记明申请人、被申请人的姓名或者名称、联系方式等基本信息，具体的请求和事实、理由；

(二) 证明担保物权存在的材料，包括主合同、担保合同、抵押登记证明或者其他权利证书，权利质权的权利凭证或者质权出质登记证明等；

(三) 证明实现担保物权条件成就的材料；

(四) 担保财产现状的说明；

(五) 人民法院认为需要提交的其他材料。

**第三百六十八条** 人民法院受理申请后，应当在五日内向被申请人送达申请书副本、异议权利告知书等文书。

被申请人有异议的，应当在收到人民法院通知后的五日内向人民法院提出，同时说明理由并提供相应的证据材料。

**第三百六十九条** 实现担保物权案件可以由审判员一人独任审查。担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的，应当组成合议庭进行审查。

**第三百七十条** 人民法院审查实现担保物权案件，可以询问申请人、被申请人、利害关系人，必要时可以依职权调查相关事实。

**第三百七十一条** 人民法院应当就主合同的效力、期限、履行情况，

担保物权是否有效设立、担保财产的范围、被担保的债权范围、被担保的债权是否已届清偿期等担保物权实现的条件,以及是否损害他人合法权益等内容进行审查。

被申请人或者利害关系人提出异议的,人民法院应当一并审查。

**第三百七十二條** 人民法院审查后,按下列情形分别处理:

(一)当事人对实现担保物权无实质性争议且实现担保物权条件成就的,裁定准许拍卖、变卖担保财产;

(二)当事人对实现担保物权有部分实质性争议的,可以就无争议部分裁定准许拍卖、变卖担保财产;

(三)当事人对实现担保物权有实质性争议的,裁定驳回申请,并告知申请人向人民法院提起诉讼。

**第三百七十三條** 人民法院受理申请后,申请人对担保财产提出保全申请的,可以按照民事诉讼法关于诉讼保全的规定办理。

**第三百七十四條** 适用特别程序作出的判决、裁定,当事人、利害关系人认为有错误的,可以向作出该判决、裁定的人民法院提出异议。人民法院经审查,异议成立或者部分成立的,作出新的判决、裁定撤销或者改变原判决、裁定;异议不成立的,裁定驳回。

对人民法院作出的确认调解协议、准许实现担保物权的裁定,当事人有异议的,应当自收到裁定之日起十五日内提出;利害关系人有异议的,自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。

## 十八、审判监督程序

**第三百七十五條** 当事人死亡或者终止的,其权利义务承继者可以根据民事诉讼法第一百九十九条、第二百零一条的规定申请再审。

判决、调解书生效后,当事人将判决、调解书确认的债权转让,债权人受让人对该判决、调解书不服申请再审的,人民法院不予受理。

**第三百七十六條** 民事诉讼法第一百九十九条规定的人数众多的一方当事人,包括公民、法人和其他组织。

民事诉讼法第一百九十九条规定的当事人双方为公民的案件,是指原告和被告均为公民的案件。

**第三百七十七條** 当事人申请再审,应当提交下列材料:

(一)再审申请书,并按照被申请人和原审其他当事人的人数提交

副本；

(二) 再审申请人是自然人的，应当提交身份证明；再审申请人是法人或者其他组织的，应当提交营业执照、组织机构代码证书、法定代表人或者主要负责人身份证明书。委托他人代为申请的，应当提交授权委托书和代理人身份证明；

(三) 原审判决书、裁定书、调解书；

(四) 反映案件基本事实的主要证据及其他材料。

前款第二项、第三项、第四项规定的材料可以是与原件核对无异的复印件。

**第三百七十八条** 再审申请书应当记明下列事项：

(一) 再审申请人与被申请人及原审其他当事人的基本信息；

(二) 原审人民法院的名称，原审裁判文书案号；

(三) 具体的再审请求；

(四) 申请再审的法定情形及具体事实、理由。

再审申请书应当明确申请再审的人民法院，并由再审申请人签名、捺印或者盖章。

**第三百七十九条** 当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，当事人分别向原审人民法院和上一级人民法院申请再审且不能协商一致的，由原审人民法院受理。

**第三百八十条** 适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序审理的案件，当事人不得申请再审。

**第三百八十一条** 当事人认为发生法律效力的不予受理、驳回起诉的裁定错误的，可以申请再审。

**第三百八十二条** 当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审，如涉及判决中已分割的财产，人民法院应当依照民事诉讼法第二百条的规定进行审查，符合再审条件的，应当裁定再审；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应当告知当事人另行起诉。

**第三百八十三条** 当事人申请再审，有下列情形之一的，人民法院不予受理：

(一) 再审申请被驳回后再次提出申请的；

(二) 对再审判决、裁定提出申请的；

(三) 在人民检察院对当事人的申请作出不予提出再审检察建议或者

抗诉决定后又提出申请的。

前款第一项、第二项规定情形, 人民法院应当告知当事人可以向人民检察院申请再审检察建议或者抗诉, 但因人民检察院提出再审检察建议或者抗诉而再审作出的判决、裁定除外。

**第三百八十四条** 当事人对已经发生法律效力调解书申请再审, 应当在调解书发生法律效力后六个月内提出。

**第三百八十五条** 人民法院应当自收到符合条件的再审申请书等材料之日起五日内向再审申请人发送受理通知书, 并向被申请人及原审其他当事人发送应诉通知书、再审申请书副本等材料。

**第三百八十六条** 人民法院受理申请再审案件后, 应当依照民事诉讼法第二百条、第二百零一条、第二百零四条等规定, 对当事人主张的再审事由进行审查。

**第三百八十七条** 再审申请人提供的新的证据, 能够证明原判决、裁定认定事实或者裁判结果错误的, 应当认定为民事诉讼法第二百条第一项规定的情形。

对于符合前款规定的证据, 人民法院应当责令再审申请人说明其逾期提供该证据的理由; 拒不说明理由或者理由不成立的, 依照民事诉讼法第六十五条第二款和本解释第一百零二条的规定处理。

**第三百八十八条** 再审申请人证明其提交的新的证据符合下列情形之一的, 可以认定逾期提供证据的理由成立:

(一) 在原审庭审结束前已经存在, 因客观原因于庭审结束后才发现的;

(二) 在原审庭审结束前已经发现, 但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的;

(三) 在原审庭审结束后形成, 无法据此另行提起诉讼的。

再审申请人提交的证据在原审中已经提供, 原审人民法院未组织质证且未作为裁判根据的, 视为逾期提供证据的理由成立, 但原审人民法院依照民事诉讼法第六十五条规定不予采纳的除外。

**第三百八十九条** 当事人对原判决、裁定认定事实的主要证据在原审中拒绝发表质证意见或者质证中未对证据发表质证意见的, 不属于民事诉讼法第二百条第四项规定的未经质证的情形。

**第三百九十条** 有下列情形之一, 导致判决、裁定结果错误的, 应当

认定为民事诉讼法第二百条第六项规定的原判决、裁定适用法律确有错误：

- (一) 适用的法律与案件性质明显不符的；
- (二) 确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的；
- (三) 适用已经失效或者尚未施行的法律的；
- (四) 违反法律溯及力规定的；
- (五) 违反法律适用规则的；
- (六) 明显违背立法原意的。

**第三百九十一条** 原审开庭过程中有下列情形之一的，应当认定为民事诉讼法第二百条第九项规定的剥夺当事人辩论权利：

- (一) 不允许当事人发表辩论意见的；
- (二) 应当开庭审理而未开庭审理的；
- (三) 违反法律规定送达起诉状副本或者上诉状副本，致使当事人无法行使辩论权利的；
- (四) 违法剥夺当事人辩论权利的其他情形。

**第三百九十二条** 民事诉讼法第二百条第十一项规定的诉讼请求，包括一审诉讼请求、二审上诉请求，但当事人未对一审判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求提起上诉的除外。

**第三百九十三条** 民事诉讼法第二百条第十二项规定的法律文书包括：

- (一) 发生法律效力判决书、裁定书、调解书；
- (二) 发生法律效力仲裁裁决书；
- (三) 具有强制执行效力的公证债权文书。

**第三百九十四条** 民事诉讼法第二百条第十三项规定的审判人员审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为，是指已经由生效刑事法律文书或者纪律处分决定所确认的行为。

**第三百九十五条** 当事人主张的再审事由成立，且符合民事诉讼法和本解释规定的申请再审条件的，人民法院应当裁定再审。

当事人主张的再审事由不成立，或者当事人申请再审超过法定申请再审期限、超出法定再审事由范围等不符合民事诉讼法和本解释规定的申请再审条件的，人民法院应当裁定驳回再审申请。

**第三百九十六条** 人民法院对已经发生法律效力判决、裁定、调解

书依法决定再审，依照民事诉讼法第二百零六条规定，需要中止执行的，应当在再审裁定中同时写明中止原判决、裁定、调解书的执行；情况紧急的，可以将中止执行裁定口头通知负责执行的人民法院，并在通知后十日内发出裁定书。

**第三百九十七条** 人民法院根据审查案件的需要决定是否询问当事人。新的证据可能推翻原判决、裁定的，人民法院应当询问当事人。

**第三百九十八条** 审查再审申请期间，被申请人及原审其他当事人依法提出再审申请的，人民法院应当将其列为再审申请人，对其再审事由一并审查，审查期限重新计算。经审查，其中一方再审申请人主张的再审事由成立的，应当裁定再审。各方再审申请人主张的再审事由均不成立的，一并裁定驳回再审申请。

**第三百九十九条** 审查再审申请期间，再审申请人申请人民法院委托鉴定、勘验的，人民法院不予准许。

**第四百条** 审查再审申请期间，再审申请人撤回再审申请的，是否准许，由人民法院裁定。

再审申请人经传票传唤，无正当理由拒不接受询问的，可以按撤回再审申请处理。

**第四百零一条** 人民法院准许撤回再审申请或者按撤回再审申请处理后，再审申请人再次申请再审的，不予受理，但有民事诉讼法第二百条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形，自知道或者应当知道之日起六个月内提出的除外。

**第四百零二条** 再审申请审查期间，有下列情形之一的，裁定终结审查：

(一) 再审申请人死亡或者终止，无权利义务承继者或者权利义务承继者声明放弃再审申请的；

(二) 在给付之诉中，负有给付义务的被申请人死亡或者终止，无可供执行的财产，也没有应当承担义务的人的；

(三) 当事人达成和解协议且已履行完毕的，但当事人在和解协议中声明不放弃申请再审权利的除外；

(四) 他人未经授权以当事人名义申请再审的；

(五) 原审或者上一级人民法院已经裁定再审的；

(六) 有本解释第三百八十三条第一款规定情形的。



**第四百零三条** 人民法院审理再审案件应当组成合议庭开庭审理，但按照第二审程序审理，有特殊情况或者双方当事人已经通过其他方式充分表达意见，且书面同意不开庭审理的除外。

符合缺席判决条件的，可以缺席判决。

**第四百零四条** 人民法院开庭审理再审案件，应当按照下列情形分别进行：

（一）因当事人申请再审的，先由再审申请人陈述再审请求及理由，后由被申请人答辩、其他原审当事人发表意见；

（二）因抗诉再审的，先由抗诉机关宣读抗诉书，再由申请抗诉的当事人陈述，后由被申请人答辩、其他原审当事人发表意见；

（三）人民法院依职权再审，有申诉人的，先由申诉人陈述再审请求及理由；后由被申诉人答辩、其他原审当事人发表意见；

（四）人民法院依职权再审，没有申诉人的，先由原审原告或者原审上诉人陈述，后由原审其他当事人发表意见。

对前款第一项至第三项规定的情形，人民法院应当要求当事人明确其再审请求。

**第四百零五条** 人民法院审理再审案件应当围绕再审请求进行。当事人的再审请求超出原审诉讼请求的，不予审理；符合另案诉讼条件的，告知当事人可以另行起诉。

被申请人及原审其他当事人在庭审辩论结束前提出的再审请求，符合民事诉讼法第二百零五条规定的，人民法院应当一并审理。

人民法院经再审，发现已经发生法律效力的判决、裁定损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，应当一并审理。

**第四百零六条** 再审审理期间，有下列情形之一的，可以裁定终结再审程序：

（一）再审申请人在再审期间撤回再审请求，人民法院准许的；

（二）再审申请人经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭，按撤回再审请求处理的；

（三）人民检察院撤回抗诉的；

（四）有本解释第四百零二条第一项至第四项规定情形的。

因人民检察院提出抗诉裁定再审的案件，申请抗诉的当事人有前款规定的情形，且不损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的，人民

法院应当裁定终结再审程序。

再审程序终结后, 人民法院裁定中止执行的原生效判决自动恢复执行。

**第四百零七条** 人民法院经再审审理认为, 原判决、裁定认定事实清楚、适用法律正确的, 应予维持; 原判决、裁定认定事实、适用法律虽有瑕疵, 但裁判结果正确的, 应当在再审判决、裁定中纠正瑕疵后予以维持。

原判决、裁定认定事实、适用法律错误, 导致裁判结果错误的, 应当依法改判、撤销或者变更。

**第四百零八条** 按照第二审程序再审的案件, 人民法院经审理认为不符合民事诉讼法规定的起诉条件或者符合民事诉讼法第一百二十四条规定不予受理情形的, 应当裁定撤销一、二审判决, 驳回起诉。

**第四百零九条** 人民法院对调解书裁定再审后, 按照下列情形分别处理:

(一) 当事人提出的调解违反自愿原则的事由不成立, 且调解书的内容不违反法律强制性规定的, 裁定驳回再审申请;

(二) 人民检察院抗诉或者再审检察建议所主张的损害国家利益、社会公共利益的理由不成立的, 裁定终结再审程序。

前款规定情形, 人民法院裁定中止执行的调解书需要继续执行的, 自动恢复执行。

**第四百一十条** 一审原告在再审审理程序中申请撤回起诉, 经其他当事人同意, 且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的, 人民法院可以准许。裁定准许撤诉的, 应当一并撤销原判决。

一审原告在再审审理程序中撤回起诉后重复起诉的, 人民法院不予受理。

**第四百一十一条** 当事人提交新的证据致使再审改判, 因再审申请人或者申请检察监督当事人的过错未能在原审程序中及时举证, 被申请人等当事人请求补偿其增加的交通、住宿、就餐、误工等必要费用的, 人民法院应予支持。

**第四百一十二条** 部分当事人到庭并达成调解协议, 其他当事人未作出书面表示的, 人民法院应当在判决中对该事实作出表述; 调解协议内容不违反法律规定, 且不损害其他当事人合法权益的, 可以在判决主文中予

以确认。

**第四百一十三条** 人民检察院依法对损害国家利益、社会公共利益的发生法律效力的判决、裁定、调解书提出抗诉，或者经人民检察院检察委员会讨论决定提出再审检察建议的，人民法院应予受理。

**第四百一十四条** 人民检察院对已经发生法律效力判决以及不予受理、驳回起诉的裁定依法提出抗诉的，人民法院应予受理，但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序以及解除婚姻关系的判决、裁定等不适用审判监督程序的判决、裁定除外。

**第四百一十五条** 人民检察院依照民事诉讼法第二百零九条第一款第三项规定对有明显错误的再审判决、裁定提出抗诉或者再审检察建议的，人民法院应予受理。

**第四百一十六条** 地方各级人民检察院依当事人的申请对生效判决、裁定向同级人民法院提出再审检察建议，符合下列条件的，应予受理：

- (一) 再审检察建议书和原审当事人申请书及相关证据材料已经提交；
- (二) 建议再审的对象为依照民事诉讼法和本解释规定可以进行再审判决、裁定；
- (三) 再审检察建议书列明该判决、裁定有民事诉讼法第二百零八条第二款规定情形；
- (四) 符合民事诉讼法第二百零九条第一款第一项、第二项规定情形；
- (五) 再审检察建议经该人民检察院检察委员会讨论决定。

不符合前款规定的，人民法院可以建议人民检察院予以补正或者撤回；不予补正或者撤回的，应当函告人民检察院不予受理。

**第四百一十七条** 人民检察院依当事人的申请对生效判决、裁定提出抗诉，符合下列条件的，人民法院应当在三十日内裁定再审：

- (一) 抗诉书和原审当事人申请书及相关证据材料已经提交；
- (二) 抗诉对象为依照民事诉讼法和本解释规定可以进行再审判决、裁定；

(三) 抗诉书列明该判决、裁定有民事诉讼法第二百零八条第一款规定情形；

- (四) 符合民事诉讼法第二百零九条第一款第一项、第二项规定情形。

不符合前款规定的，人民法院可以建议人民检察院予以补正或者撤回；不予补正或者撤回的，人民法院可以裁定不予受理。

**第四百一十八条** 当事人的再审申请被上级人民法院裁定驳回后,人民检察院对原判决、裁定、调解书提出抗诉,抗诉事由符合民事诉讼法第二百条第一项至第五项规定情形之一的,受理抗诉的人民法院可以交由下一级人民法院再审。

**第四百一十九条** 人民法院收到再审检察建议后,应当组成合议庭,在三个月内进行审查,发现原判决、裁定、调解书确有错误,需要再审的,依照民事诉讼法第一百九十八条规定裁定再审,并通知当事人;经审查,决定不予再审的,应当书面回复人民检察院。

**第四百二十条** 人民法院审理因人民检察院抗诉或者检察建议裁定再审的案件,不受此前已经作出的驳回当事人再审申请裁定的影响。

**第四百二十一条** 人民法院开庭审理抗诉案件,应当在开庭三日前通知人民检察院、当事人和其他诉讼参与人。同级人民检察院或者提出抗诉的人民检察院应当派员出庭。

人民检察院因履行法律监督职责向当事人或者案外人调查核实的情况,应当向法庭提交并予以说明,由双方当事人进行质证。

**第四百二十二条** 必须共同进行诉讼的当事人因不能归责于本人或者其诉讼代理人事由未参加诉讼的,可以根据民事诉讼法第二百条第八项规定,自知道或者应当知道之日起六个月内申请再审,但符合本解释第四百二十三条规定情形的除外。

人民法院因前款规定的当事人申请而裁定再审,按照第一审程序再审的,应当追加其为当事人,作出新的判决、裁定;按照第二审程序再审,经调解不能达成协议的,应当撤销原判决、裁定,发回重审,重审时应追加其为当事人。

**第四百二十三条** 根据民事诉讼法第二百二十七条规定,案外人对驳回其执行异议的裁定不服,认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益的,可以自执行异议裁定送达之日起六个月内,向作出原判决、裁定、调解书的人民法院申请再审。

**第四百二十四条** 根据民事诉讼法第二百二十七条规定,人民法院裁定再审后,案外人属于必要的共同诉讼当事人的,依照本解释第四百二十二条第二款规定处理。

案外人不是必要的共同诉讼当事人的,人民法院仅审理原判决、裁定、调解书对其民事权益造成损害的内容。经审理,再审请求成立的,撤

销或者改变原判决、裁定、调解书；再申请不成立的，维持原判决、裁定、调解书。

**第四百二十五条** 本解释第三百四十条规定适用于审判监督程序。

**第四百二十六条** 对小额诉讼案件的判决、裁定，当事人以民事诉讼法第二百条规定的事由向原审人民法院申请再审的，人民法院应当受理。申请再审事由成立的，应当裁定再审，组成合议庭进行审理。作出的再审判决、裁定，当事人不得上诉。

当事人以不应按小额诉讼案件审理为由向原审人民法院申请再审的，人民法院应当受理。理由成立的，应当裁定再审，组成合议庭审理。作出的再审判决、裁定，当事人可以上诉。

## 十九、督促程序

**第四百二十七条** 两个以上人民法院都有管辖权的，债权人可以向其中一个基层人民法院申请支付令。

债权人向两个以上有管辖权的基层人民法院申请支付令的，由最先立案的人民法院管辖。

**第四百二十八条** 人民法院收到债权人的支付令申请书后，认为申请书不符合要求的，可以通知债权人限期补正。人民法院应当自收到补正材料之日起五日内通知债权人是否受理。

**第四百二十九条** 债权人申请支付令，符合下列条件的，基层人民法院应当受理，并在收到支付令申请书后五日内通知债权人：

- (一) 请求给付金钱或者汇票、本票、支票、股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券；
- (二) 请求给付金钱或者有价证券已到期且数额确定，并写明了请求所根据的事实、证据；
- (三) 债权人没有对待给付义务；
- (四) 债务人在我国境内且未下落不明；
- (五) 支付令能够送达债务人；
- (六) 收到申请书的人民法院有管辖权；
- (七) 债权人未向人民法院申请诉前保全。

不符合前款规定的，人民法院应当在收到支付令申请书后五日内通知债权人不予受理。

基层人民法院受理申请支付令案件，不受债权金额的限制。

**第四百三十条** 人民法院受理申请后，由审判员一人进行审查。经审查，有下列情形之一的，裁定驳回申请：

(一) 申请人不具备当事人资格的；

(二) 给付金钱或者有价证券的证明文件没有约定逾期给付利息或者违约金、赔偿金，债权人坚持要求给付利息或者违约金、赔偿金的；

(三) 要求给付金钱或者有价证券属于违法所得的；

(四) 要求给付金钱或者有价证券尚未到期或者数额不确定的。

人民法院受理支付令申请后，发现不符合本解释规定的受理条件的，应当在受理之日起十五日内裁定驳回申请。

**第四百三十一条** 向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。

**第四百三十二条** 有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结督促程序，已发出支付令的，支付令自行失效：

(一) 人民法院受理支付令申请后，债权人就同一债权债务关系又提起诉讼的；

(二) 人民法院发出支付令之日起三十日内无法送达债务人的；

(三) 债务人收到支付令前，债权人撤回申请的。

**第四百三十三条** 债务人在收到支付令后，未在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

债务人超过法定期间提出异议的，视为未提出异议。

**第四百三十四条** 债权人基于同一债权债务关系，在同一支付令申请中向债务人提出多项支付请求，债务人仅就其中一项或者几项请求提出异议的，不影响其他各项请求的效力。

**第四百三十五条** 债权人基于同一债权债务关系，就可分之债向多个债务人提出支付请求，多个债务人中的一人或者几人提出异议的，不影响其他请求的效力。

**第四百三十六条** 对设有担保的债务的主债务人发出的支付令，对担保人没有拘束力。

债权人就担保关系单独提起诉讼的，支付令自人民法院受理案件之日起失效。

**第四百三十七条** 经形式审查，债务人提出的书面异议有下列情形之一的

一的，应当认定异议成立，裁定终结督促程序，支付令自行失效：

- (一) 本解释规定的不予受理申请情形的；
- (二) 本解释规定的裁定驳回申请情形的；
- (三) 本解释规定的应当裁定终结督促程序情形的；
- (四) 人民法院对是否符合发出支付令条件产生合理怀疑的。

**第四百三十八条** 债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力、延缓债务清偿期限、变更债务清偿方式等异议的，不影响支付令的效力。

人民法院经审查认为异议不成立的，裁定驳回。

债务人的口头异议无效。

**第四百三十九条** 人民法院作出终结督促程序或者驳回异议裁定前，债务人请求撤回异议的，应当裁定准许。

债务人对撤回异议反悔的，人民法院不予支持。

**第四百四十条** 支付令失效后，申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的，应当自收到终结督促程序裁定之日起七日内向受理申请的人民法院提出。

申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的，不影响其向其他有管辖权的人民法院提起诉讼。

**第四百四十一条** 支付令失效后，申请支付令的一方当事人自收到终结督促程序裁定之日起七日内未向受理申请的人民法院表明不同意提起诉讼的，视为向受理申请的人民法院起诉。

债权人提出支付令申请的时间，即为向人民法院起诉的时间。

**第四百四十二条** 债权人向人民法院申请执行支付令的期间，适用民事诉讼法第二百三十九条的规定。

**第四百四十三条** 人民法院院长发现本院已经发生法律效力的支付令确有错误，认为需要撤销的，应当提交本院审判委员会讨论决定后，裁定撤销支付令，驳回债权人的申请。

## 二十、公示催告程序

**第四百四十四条** 民事诉讼法第二百一十八条规定的票据持有人，是指票据被盗、遗失或者灭失前的最后持有人。

**第四百四十五条** 人民法院收到公示催告的申请后，应当立即审查，

并决定是否受理。经审查认为符合受理条件的,通知予以受理,并同时通知支付人停止支付;认为不符合受理条件的,七日内裁定驳回申请。

**第四百四十六条** 因票据丧失,申请公示催告的,人民法院应结合票据存根、丧失票据的复印件、出票人关于签发票据的证明、申请人合法取得票据的证明、银行挂失止付通知书、报案证明等证据,决定是否受理。

**第四百四十七条** 人民法院依照民事诉讼法第二百一十九条规定发出的受理申请的公告,应当写明下列内容:

(一) 公示催告申请人的姓名或者名称;

(二) 票据的种类、号码、票面金额、出票人、背书人、持票人、付款期限等事项以及其他可以申请公示催告的权利凭证的种类、号码、权利范围、权利人、义务人、行权日期等事项;

(三) 申报权利的期间;

(四) 在公示催告期间转让票据等权利凭证,利害关系人不申报的法律后果。

**第四百四十八条** 公告应当在有关报纸或者其他媒体上刊登,并于同日公布于人民法院公告栏内。人民法院所在地有证券交易所的,还应当同日在该交易所公布。

**第四百四十九条** 公告期间不得少于六十日,且公示催告期间届满日不得早于票据付款日后十五日。

**第四百五十条** 在申报期届满后、判决作出之前,利害关系人申报权利的,应当适用民事诉讼法第二百二十一条第二款、第三款规定处理。

**第四百五十一条** 利害关系人申报权利,人民法院应当通知其向法院出示票据,并通知公示催告申请人在指定的期间查看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的,应当裁定驳回利害关系人的申报。

**第四百五十二条** 在申报权利的期间无人申报权利,或者申报被驳回的,申请人应当自公示催告期间届满之日起一个月内申请作出判决。逾期不申请判决的,终结公示催告程序。

裁定终结公示催告程序的,应当通知申请人和支付人。

**第四百五十三条** 判决公告之日起,公示催告申请人有权依据判决向付款人请求付款。

付款人拒绝付款,申请人向人民法院起诉,符合民事诉讼法第一百一



十九条规定的起诉条件的，人民法院应予受理。

**第四百五十四条** 适用公示催告程序审理案件，可由审判员一人独任审理；判决宣告票据无效的，应当组成合议庭审理。

**第四百五十五条** 公示催告申请人撤回申请，应在公示催告前提出；公示催告期间申请撤回的，人民法院可以径行裁定终结公示催告程序。

**第四百五十六条** 人民法院依照民事诉讼法第二百二十条规定通知支付人停止支付，应当符合有关财产保全的规定。支付人收到停止支付通知后拒不止付的，除可依照民事诉讼法第一百一十一条、第一百一十四条规定采取强制措施外，在判决后，支付人仍应承担付款义务。

**第四百五十七条** 人民法院依照民事诉讼法第二百二十一条规定终结公示催告程序后，公示催告申请人或者申报人向人民法院提起诉讼，因票据权利纠纷提起的，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖；因非票据权利纠纷提起的，由被告住所地人民法院管辖。

**第四百五十八条** 依照民事诉讼法第二百二十一条规定制作的终结公示催告程序的裁定书，由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

**第四百五十九条** 依照民事诉讼法第二百二十三条的规定，利害关系人向人民法院起诉的，人民法院可按票据纠纷适用普通程序审理。

**第四百六十条** 民事诉讼法第二百二十三条规定的正当理由，包括：

- (一) 因发生意外事件或者不可抗力致使利害关系人无法知道公告事实的；
- (二) 利害关系人因被限制人身自由而无法知道公告事实，或者虽然知道公告事实，但无法自己或者委托他人代为申报权利的；
- (三) 不属于法定申请公示催告情形的；
- (四) 未予公告或者未按法定方式公告的；
- (五) 其他导致利害关系人在判决作出前未能向人民法院申报权利的客观事由。

**第四百六十一条** 根据民事诉讼法第二百二十三条的规定，利害关系人请求人民法院撤除权判决的，应当将申请人列为被告。

利害关系人仅诉请确认其为合法持票人的，人民法院应当在裁判文书中写明，确认利害关系人为票据权利人的判决作出后，除权判决即被撤销。

## 二十一、执行程序

**第四百六十二条** 发生法律效力是实现担保物权裁定、确认调解协议裁定、支付令，由作出裁定、支付令的人民法院或者与其同级的被执行财产所在地的人民法院执行。

认定财产无主的判决，由作出判决的人民法院将无主财产收归国家或者集体所有。

**第四百六十三条** 当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当具备下列条件：

- (一) 权利义务主体明确；
- (二) 给付内容明确。

法律文书确定继续履行合同的，应当明确继续履行的具体内容。

**第四百六十四条** 根据民事诉讼法第二百二十七条规定，案外人对执行标的提出异议的，应当在该执行标的执行程序终结前提出。

**第四百六十五条** 对案外人对执行标的提出的异议，经审查，按照下列情形分别处理：

(一) 案外人对执行标的不享有足以排除强制执行的权益的，裁定驳回其异议；

(二) 案外人对执行标的享有足以排除强制执行的权益的，裁定中止执行。

驳回案外人执行异议裁定送达案外人之日起十五日内，人民法院不得对执行标的进行处分。

**第四百六十六条** 申请执行人与被执行人达成和解协议后请求中止执行或者撤回执行申请的，人民法院可以裁定中止执行或者终结执行。

**第四百六十七条** 一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

**第四百六十八条** 申请恢复执行原生效法律文书，适用民事诉讼法第二百三十九条申请执行期间的规定。申请执行期间因达成执行中的和解协议而中断，其期间自和解协议约定履行期限的最后一日起重新计算。

**第四百六十九条** 人民法院依照民事诉讼法第二百三十一条规定决定

暂缓执行的，如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应当与担保期限一致，但最长不得超过一年。被执行人或者担保人对担保的财产在暂缓执行期间有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，人民法院可以恢复强制执行。

**第四百七十条** 根据民事诉讼法第二百三十一条规定向人民法院提供执行担保的，可以由被执行人或者他人提供财产担保，也可以由他人提供保证。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。

他人提供执行保证的，应当向执行法院出具保证书，并将保证书副本送交申请执行人。被执行人或者他人提供财产担保的，应当参照物权法、担保法的有关规定办理相应手续。

**第四百七十一条** 被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。

**第四百七十二条** 依照民事诉讼法第二百三十二条规定，执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人；被注销的，如果依照有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。

**第四百七十三条** 其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。

**第四百七十四条** 在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

**第四百七十五条** 作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

**第四百七十六条** 法律规定由人民法院执行的其他法律文书执行完毕后，该法律文书被有关机关或者组织依法撤销的，经当事人申请，适用民事诉讼法第二百三十三条规定。

**第四百七十七条** 仲裁机构裁决的事项，部分有民事诉讼法第二百三十七条第二款、第三款规定情形的，人民法院应当裁定对该部分不予执行。

应当不予执行部分与其他部分不可分的，人民法院应当裁定不予执行仲裁裁决。

**第四百七十八条** 依照民事诉讼法第二百三十七条第二款、第三款规定, 人民法院裁定不予执行仲裁裁决后, 当事人对该裁定提出执行异议或者复议的, 人民法院不予受理。当事人可以就该民事纠纷重新达成书面仲裁协议申请仲裁, 也可以向人民法院起诉。

**第四百七十九条** 在执行中, 被执行人通过仲裁程序将人民法院查封、扣押、冻结的财产确权或者分割给案外人的, 不影响人民法院执行程序地进行。

案外人不服的, 可以根据民事诉讼法第二百二十七条规定提出异议。

**第四百八十条** 有下列情形之一的, 可以认定为民事诉讼法第二百三十八条第二款规定的公证债权文书确有错误:

(一) 公证债权文书属于不得赋予强制执行效力的债权文书的;

(二) 被执行人一方未亲自或者未委托代理人到场公证等严重违反法律规定的公证程序的;

(三) 公证债权文书的内容与事实不符或者违反法律强制性规定的;

(四) 公证债权文书未载明被执行人不履行义务或者不完全履行义务时同意接受强制执行的。

人民法院认定执行该公证债权文书违背社会公共利益的, 裁定不予执行。

公证债权文书被裁定不予执行后, 当事人、公证事项的利害关系人可以就债权争议提起诉讼。

**第四百八十一条** 当事人请求不予执行仲裁裁决或者公证债权文书的, 应当在执行终结前向执行法院提出。

**第四百八十二条** 人民法院应当在收到申请执行书或者移交执行书后十日内发出执行通知。

执行通知中除应责令被执行人履行法律文书确定的义务外, 还应通知其承担民事诉讼法第二百五十三条规定的迟延履行利息或者迟延履行金。

**第四百八十三条** 申请执行人超过申请执行时效期间向人民法院申请强制执行的, 人民法院应予受理。被执行人对申请执行时效期间提出异议, 人民法院经审查异议成立的, 裁定不予执行。

被执行人履行全部或者部分义务后, 又以不知道申请执行时效期间届满为由请求执行回转的, 人民法院不予支持。

**第四百八十四条** 对必须接受调查询问的被执行人、被执行人的法定

代表人、负责人或者实际控制人，经依法传唤无正当理由拒不到场的，人民法院可以拘传其到场。

人民法院应当及时对被拘传人进行调查询问，调查询问的时间不得超过八小时；情况复杂，依法可能采取拘留措施的，调查询问的时间不得超过二十四小时。

人民法院在本辖区以外采取拘传措施时，可以将被拘传人拘传到当地人民法院，当地人民法院应予协助。

**第四百八十五条** 人民法院有权查询被执行人的身份信息与财产信息，掌握相关信息的单位和个人必须按照协助执行通知书办理。

**第四百八十六条** 对被执行的财产，人民法院非经查封、扣押、冻结不得处分。对银行存款等各类可以直接扣划的财产，人民法院的扣划裁定同时具有冻结的法律效力。

**第四百八十七条** 人民法院冻结被执行人的银行存款的期限不得超过一年，查封、扣押动产的期限不得超过两年，查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过三年。

申请执行人申请延长期限的，人民法院应当在查封、扣押、冻结期限届满前办理续行查封、扣押、冻结手续，续行期限不得超过前款规定的期限。

人民法院也可以依职权办理续行查封、扣押、冻结手续。

**第四百八十八条** 依照民事诉讼法第二百四十七条规定，人民法院在执行中需要拍卖被执行人财产的，可以由人民法院自行组织拍卖，也可以交由具备相应资质的拍卖机构拍卖。

交拍卖机构拍卖的，人民法院应当对拍卖活动进行监督。

**第四百八十九条** 拍卖评估需要对现场进行检查、勘验的，人民法院应当责令被执行人、协助义务人予以配合。被执行人、协助义务人不予配合的，人民法院可以强制进行。

**第四百九十条** 人民法院在执行中需要变卖被执行人财产的，可以交有关单位变卖，也可以由人民法院直接变卖。

对变卖的财产，人民法院或者其工作人员不得买受。

**第四百九十一条** 经申请执行人和被执行人同意，且不损害其他债权人合法权益和社会公共利益的，人民法院可以不经拍卖、变卖，直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务。对剩余债务，被执行人应当继

续清偿。

**第四百九十二条** 被执行人的财产无法拍卖或者变卖的，经申请执行人同意，且不损害其他债权人合法权益和社会公共利益的，人民法院可以将该项财产作价后交付申请执行人抵偿债务，或者交付申请执行人管理；申请执行人拒绝接收或者管理的，退回被执行人。

**第四百九十三条** 拍卖成交或者依法定程序裁定以物抵债的，标的物所有权自拍卖成交裁定或者抵债裁定送达买受人或者接受抵债物的债权人时转移。

**第四百九十四条** 执行标的物为特定物的，应当执行原物。原物确已毁损或者灭失的，经双方当事人同意，可以折价赔偿。

双方当事人对折价赔偿不能协商一致的，人民法院应当终结执行程序。申请执行人可以另行起诉。

**第四百九十五条** 他人持有法律文书指定交付的财物或者票证，人民法院依照民事诉讼法第二百四十九条第二款、第三款规定发出协助执行通知后，拒不转交的，可以强制执行，并可依照民事诉讼法第一百一十四条、第一百一十五条规定处理。

他人持有期间财物或者票证毁损、灭失的，参照本解释第四百九十四条规定处理。

他人主张合法持有财物或者票证的，可以根据民事诉讼法第二百二十七条规定提出执行异议。

**第四百九十六条** 在执行中，被执行人隐匿财产、会计账簿等资料的，人民法院除可依照民事诉讼法第一百一十一条第一款第六项规定对其处理外，还应责令被执行人交出隐匿的财产、会计账簿等资料。被执行人拒不交出的，人民法院可以采取搜查措施。

**第四百九十七条** 搜查人员应当按规定着装并出示搜查令和工作证件。

**第四百九十八条** 人民法院搜查时禁止无关人员进入搜查现场；搜查对象是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属以及基层组织派员到场；搜查对象是法人或者其他组织的，应当通知法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响搜查。

搜查妇女身体，应当由女执行人员进行。

**第四百九十九条** 搜查中发现应当依法采取查封、扣押措施的财产，

依照民事诉讼法第二百四十五条第二款和第二百四十七条规定办理。

**第五百条** 搜查应当制作搜查笔录，由搜查人员、被搜查人及其他在场人签名、捺印或者盖章。拒绝签名、捺印或者盖章的，应当记入搜查笔录。

**第五百零一条** 人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。

该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。利害关系人对到期债权有异议的，人民法院应当按照民事诉讼法第二百二十七条规定处理。

对生效法律文书确定的到期债权，该他人予以否认的，人民法院不予支持。

**第五百零二条** 人民法院在执行中需要办理房产证、土地证、林权证、专利证书、商标证书、车船执照等有关财产权证照转移手续的，可以依照民事诉讼法第二百五十一条规定办理。

**第五百零三条** 被执行人不履行生效法律文书确定的行为义务，该义务可由他人完成的，人民法院可以选定代履行人；法律、行政法规对履行该行为义务有资格限制的，应当从有资格的人中选定。必要时，可以通过招标的方式确定代履行人。

申请执行人可以在符合条件的人中推荐代履行人，也可以申请自己代为履行，是否准许，由人民法院决定。

**第五百零四条** 代履行费用的数额由人民法院根据案件具体情况确定，并由被执行人在指定期限内预先支付。被执行人未预付的，人民法院可以对该费用强制执行。

代履行结束后，被执行人可以查阅、复制费用清单以及主要凭证。

**第五百零五条** 被执行人不履行法律文书指定的行为，且该项行为只能由被执行人完成的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条第一款第六项规定处理。

被执行人在人民法院确定的履行期间内仍不履行的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条第一款第六项规定再次处理。

**第五百零六条** 被执行人迟延履行义务的，迟延履行期间的利息或者迟延履行金自判决、裁定和其他法律文书指定的履行期间届满之日起计算。

**第五百零七条** 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行

履行非金钱给付义务的, 无论是否已给申请执行人造成损失, 都应当支付迟延履行金。已经造成损失的, 双倍补偿申请执行人已经受到的损失; 没有造成损失的, 迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。

**第五百零八条** 被执行人为公民或者其他组织, 在执行程序开始后, 被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的, 可以向人民法院申请参与分配。

对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人, 可以直接申请参与分配, 主张优先受偿权。

**第五百零九条** 申请参与分配, 申请人应当提交申请书。申请书应当写明参与分配和被执行人不能清偿所有债权的事实、理由, 并附有执行依据。

参与分配申请应当在执行程序开始后, 被执行人的财产执行终结前提出。

**第五百一十条** 参与分配执行中, 执行所得价款扣除执行费用, 并清偿应当优先受偿的债权后, 对于普通债权, 原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务, 被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的, 可以随时请求人民法院执行。

**第五百一十一条** 多个债权人对执行财产申请参与分配的, 执行法院应当制作财产分配方案, 并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的, 应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

**第五百一十二条** 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的, 执行法院应当通知未提出异议的债权人、被执行人。

未提出异议的债权人、被执行人自收到通知之日起十五日内未提出反对意见的, 执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配; 提出反对意见的, 应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内, 以提出反对意见的债权人、被执行人为被告, 向执行法院提起诉讼; 异议人逾期未提起诉讼的, 执行法院按照原分配方案进行分配。

诉讼期间进行分配的, 执行法院应当提存与争议债权数额相应的款项。

**第五百一十三条** 在执行中, 作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的, 执行法院经申请执行人之一或者被执行人同



意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院。

**第五百一十四条** 被执行人住所地人民法院应当自收到执行案件相关材料之日起三十日内，将是否受理破产案件的裁定告知执行法院。不予受理的，应当将相关案件材料退回执行法院。

**第五百一十五条** 被执行人住所地人民法院裁定受理破产案件的，执行法院应当解除对被执行人财产的保全措施。被执行人住所地人民法院裁定宣告被执行人破产的，执行法院应当裁定终结对该被执行人的执行。

被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院应当恢复执行。

**第五百一十六条** 当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。

**第五百一十七条** 债权人根据民事诉讼法第二百五十四条规定请求人民法院继续执行的，不受民事诉讼法第二百三十九条规定申请执行时效期间的限制。

**第五百一十八条** 被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院除对被执行人予以处罚外，还可以根据情节将其纳入失信被执行人名单，将被执行人不履行或者不完全履行义务的信息向其所在单位、征信机构以及其他相关机构通报。

**第五百一十九条** 经过财产调查未发现可供执行的财产，在申请执行人签字确认或者执行法院组成合议庭审查核实并经院长批准后，可以裁定终结本次执行程序。

依照前款规定终结执行后，申请执行人发现被执行人有可供执行财产的，可以再次申请执行。再次申请不受申请执行时效期间的限制。

**第五百二十条** 因撤销申请而终结执行后，当事人在民事诉讼法第二百三十九条规定的申请执行时效期间内再次申请执行的，人民法院应当受理。

**第五百二十一条** 在执行终结六个月内，被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的，人民法院可以依申请排除妨害，并可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定进行处罚。因妨害行为给执行债权人或者其他

人造成损失的, 受害人可以另行起诉。

## 二十二、涉外民事诉讼程序的特别规定

**第五百二十二条** 有下列情形之一的, 人民法院可以认定为涉外民事案件:

(一) 当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的;

(二) 当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的;

(三) 标的物在中华人民共和国领域外的;

(四) 产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的;

(五) 可以认定为涉外民事案件的其他情形。

**第五百二十三条** 外国人参加诉讼, 应当向人民法院提交护照等用以证明自己身份的证件。

外国企业或者组织参加诉讼, 向人民法院提交的身份证明文件, 应当经所在国公证机关公证, 并经中华人民共和国驻该国使领馆认证, 或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

代表外国企业或者组织参加诉讼的人, 应当向人民法院提交其有权作为代表人参加诉讼的证明, 该证明应当经所在国公证机关公证, 并经中华人民共和国驻该国使领馆认证, 或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

本条所称的“所在国”, 是指外国企业或者组织的设立登记地国, 也可以是办理了营业登记手续的第三国。

**第五百二十四条** 依照民事诉讼法第二百六十四条以及本解释第五百二十三条规定, 需要办理公证、认证手续, 而外国当事人所在国与中华人民共和国没有建立外交关系的, 可以经该国公证机关公证, 经与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国使领馆认证, 再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆认证。

**第五百二十五条** 外国人、外国企业或者组织的代表人在人民法院法官的见证下签署授权委托书, 委托代理人进行民事诉讼的, 人民法院应予认可。

**第五百二十六条** 外国人、外国企业或者组织的代表人在中华人民共

和国境内签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼，经中华人民共和国公证机构公证的，人民法院应予认可。

**第五百二十七条** 当事人向人民法院提交的书面材料是外文的，应当同时向人民法院提交中文翻译件。

当事人对中文翻译件有异议的，应当共同委托翻译机构提供翻译文本；当事人对翻译机构的选择不能达成一致的，由人民法院确定。

**第五百二十八条** 涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交或者领事特权和豁免。

**第五百二十九条** 涉外民事诉讼中，外国驻华使领馆授权其本馆官员，在作为当事人的本国国民不在中华人民共和国领域内的情况下，可以以外交代表身份为其本国国民在中华人民共和国聘请中华人民共和国律师或者中华人民共和国公民代理民事诉讼。

**第五百三十条** 涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。

**第五百三十一条** 涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。

根据民事诉讼法第三十三条和第二百六十六条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。

**第五百三十二条** 涉外民事案件同时符合下列情形的，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提起诉讼：

(一) 被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求，或者提出管辖异议；

(二) 当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议；

(三) 案件不属于中华人民共和国法院专属管辖；

(四) 案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益；

(五) 案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内，且案件

不适用中华人民共和国法律，人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；

(六) 外国法院对案件享有管辖权，且审理该案件更加方便。

**第五百三十三条** 中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

外国法院判决、裁定已经被人民法院承认，当事人就同一争议向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

**第五百三十四条** 对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，经用公告方式送达诉讼文书，公告期满不应诉，人民法院缺席判决后，仍应当将裁判文书依照民事诉讼法第二百六十七条第八项规定公告送达。自公告送达裁判文书满三个月之日起，经过三十日的上诉期当事人没有上诉的，一审判决即发生法律效力。

**第五百三十五条** 外国人或者外国企业、组织的代表人、主要负责人在中华人民共和国领域内的，人民法院可以向该自然人或者外国企业、组织的代表人、主要负责人送达。

外国企业、组织的主要负责人包括该企业、组织的董事、监事、高级管理人员等。

**第五百三十六条** 受送达人所在国允许邮寄送达的，人民法院可以邮寄送达。

邮寄送达时应当附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。

自邮寄之日起满三个月，如果未收到送达的证明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为不能用邮寄方式送达。

**第五百三十七条** 人民法院一审时采取公告方式向当事人送达诉讼文书的，二审时可径行采取公告方式向其送达诉讼文书，但人民法院能够采取公告方式之外的其他方式送达的除外。

**第五百三十八条** 不服第一审人民法院判决、裁定的上诉期，对在中华人民共和国领域内有住所的当事人，适用民事诉讼法第一百六十四条规定的期限；对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，适用民事诉讼

法第二百六十九条规定的期限。当事人的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决、裁定即发生法律效力。

**第五百三十九条** 人民法院对涉外民事案件的当事人申请再审进行审查的期间，不受民事诉讼法第二百零四条规定的限制。

**第五百四十条** 申请人向人民法院申请执行中华人民共和国涉外仲裁机构的裁决，应当提出书面申请，并附裁决书正本。如申请人为外国当事人，其申请书应当用中文文本提出。

**第五百四十一条** 人民法院强制执行涉外仲裁机构的仲裁裁决时，被执行人以有民事诉讼法第二百七十四条第一款规定的情形为由提出抗辩的，人民法院应当对被执行人的抗辩进行审查，并根据审查结果裁定执行或者不予执行。

**第五百四十二条** 依照民事诉讼法第二百七十二的规定，中华人民共和国涉外仲裁机构将当事人的保全申请提交人民法院裁定的，人民法院可以进行审查，裁定是否进行保全。裁定保全的，应当责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

当事人申请证据保全，人民法院经审查认为无需提供担保的，申请人可以不提供担保。

**第五百四十三条** 申请人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，应当提交申请书，并附外国法院作出的发生法律效力判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本。外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的，申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件，但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约对提交文件有规定的，按照规定办理。

**第五百四十四条** 当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，裁定驳回申请，但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。

承认和执行申请被裁定驳回的，当事人可以向人民法院起诉。

**第五百四十五条** 对临时仲裁庭在中华人民共和国领域外作出的仲裁裁决，一方当事人向人民法院申请承认和执行的，人民法院应当依照民事

诉讼法第二百八十三条规定处理。

**第五百四十六条** 对外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决，需要中华人民共和国法院执行的，当事人应当先向人民法院申请承认。人民法院经审查，裁定承认后，再根据民事诉讼法第三编的规定予以执行。

当事人仅申请承认而未同时申请执行的，人民法院仅对应否承认进行审查并作出裁定。

**第五百四十七条** 当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间，适用民事诉讼法第二百三十九条的规定。

当事人仅申请承认而未同时申请执行的，申请执行的期间自人民法院对承认申请作出的裁定生效之日起重新计算。

**第五百四十八条** 承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭进行审查。

人民法院应当将申请书送达被申请人。被申请人可以陈述意见。

人民法院经审查作出的裁定，一经送达即发生法律效力。

**第五百四十九条** 与中华人民共和国没有司法协助条约又无互惠关系的国家的法院，未通过外交途径，直接请求人民法院提供司法协助的，人民法院应予退回，并说明理由。

**第五百五十条** 当事人在中华人民共和国领域外使用中华人民共和国法院的判决书、裁定书，要求中华人民共和国法院证明其法律效力的，或者外国法院要求中华人民共和国法院证明判决书、裁定的法律效力的，作出判决、裁定的中华人民共和国法院，可以本法院的名义出具证明。

**第五百五十一条** 人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件，可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。

二十三、附 则  
微信号：623760976  
电子书 纸质书

**第五百五十二条** 本解释公布施行后，最高人民法院于1992年7月14日发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》同时废止；最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

# 最高人民法院 关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审 和发回重审若干问题的规定

法释〔2015〕7号

(2015年2月2日最高人民法院审判委员会第1643次会议通过)

2015年2月16日最高人民法院公告公布

自2015年3月15日起施行)

为了及时有效维护各方当事人的合法权益，维护司法公正，进一步规范民事案件指令再审和再审查回重审，提高审判监督质量和效率，根据《中华人民共和国民事诉讼法》，结合审判实际，制定本规定。

**第一条** 上级人民法院应当严格依照民事诉讼法第二百条

等规定审查当事人的再审申请，符合法定条件的，裁定再审。不得因指令再审而降低再审启动标准，也不得因当事人反复申诉将依法不应当再审的案件指令下级人民法院再审。

**第二条** 因当事人申请裁定再审的案件一般应当由裁定再审的人民法院审理。有下列情形之一的，最高人民法院、高级人民法院可以指令原审人民法院再审：

- (一) 依据民事诉讼法第二百条第(四)项、第(五)项或者第(九)项裁定再审的；
- (二) 发生法律效力后，调解书是由第一审法院作出的；
- (三) 当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的；
- (四) 经审判委员会讨论决定的其他情形。

人民检察院提出抗诉的案件，由接受抗诉的人民法院审理，具有民事诉讼法第二百条第(一)至第(五)项规定情形之一的，可以指令原审人民法院再审。

人民法院依据民事诉讼法第一百九十八条第二款裁定再审的，应当提审。

**第三条** 虽然符合本规定第二条可以指令再审的条件，但有下列情形之一的，应当提审：

- (一) 原判决、裁定系经原审人民法院再审审理后作出的；
- (二) 原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的；
- (三) 原审审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的；
- (四) 原审人民法院对该案无再审管辖权的；
- (五) 需要统一法律适用或裁量权行使标准的；
- (六) 其他不宜指令原审人民法院再审的情形。

**第四条** 人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现原判决认定事实不清的，一般应当通过庭审认定事实后依法作出判决。但原审人民法院未对基本事实进行过审理的，可以裁定撤销原判决，发回重审。原判决认定事实错误的，上级人民法院不得以基本事实不清为由裁定发回重审。

**第五条** 人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现第一审人民法院有下列严重违反法定程序情形之一的，可以依照民事诉讼法第一百七十条第一款第(四)项的规定，裁定撤销原判决，发回第一审人民法院重审：

- (一) 原判决遗漏必须参加诉讼的当事人的；
- (二) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼，或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；
- (三) 未经合法传唤缺席判决，或者违反法律规定剥夺当事人辩论权利的；
- (四) 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；
- (五) 原判决、裁定遗漏诉讼请求的。

**第六条** 上级人民法院裁定指令再审、发回重审的，应当在裁定书中阐明指令再审或者发回重审的具体理由。

**第七条** 再审案件应当围绕申请人的再审请求进行审理和裁判。对方



当事人在再审庭审辩论终结前也提出再审请求的，应一并审理和裁判。当事人的再审请求超出原审诉讼请求的不予审理，构成另案诉讼的应告知当事人可以提起新的诉讼。

**第八条** 再审发回重审的案件，应当围绕当事人原诉讼请求进行审理。当事人申请变更、增加诉讼请求和提出反诉的，按照《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》第二百五十二条的规定审查决定是否准许。当事人变更其在原审中的诉讼主张、质证及辩论意见的，应说明理由并提交相应的证据，理由不成立或证据不充分的，人民法院不予支持。

**第九条** 各级人民法院对民事案件指令再审和再审发回重审的审判行为，应当严格遵守本规定。违反本规定的，应当依照相关规定追究有关人员的责任。

**第十条** 最高人民法院以前发布的司法解释与本规定不一致的，不再适用。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【人民法庭工作经验交流专题】

### 加强便民诉讼网络建设 扎实推进人民法庭工作

重庆市高级人民法院

重庆法院的便民诉讼网络涵盖农村和城区两个系统。在农村,针对山高坡陡、交通不便、通讯不畅的现实,构建了以人民法庭为中心、便民诉讼站为主干、便民联系点为支点、便民联络员为纽带的便民诉讼网络,密切了人民法庭与基层组织的联系,扩大了人民法庭在乡村社会的积极影响,取得了令人瞩目的成绩。目前,全市128个人民法庭共建成便民诉讼站272个、便民联系点1142个,聘请便民联络员6227名。

#### 一、明确指导思想

在建设便民诉讼网络过程中,重庆法院坚持从人民法庭的工作职责出发,明确便民诉讼网络建设的指导思想,逐步将其打造成为人民法庭不可或缺的“编外力量”。

一是方便群众诉讼。将方便群众诉讼作为建设便民诉讼网络的指导思想之一,体现了便民诉讼网络对人民法庭本职工作的服务作用,有助于克服人民法庭“关门办案”的消极性与被动性,对于解决广大农村地区撤并人民法庭后客观存在的“诉讼难”问题具有特别现实的意义。方便群众诉讼主要体现在,通过便民诉讼网络,让符合起诉条件、确有诉讼必要的困难群众“打得了”官司。在实践中,人民法庭依托便民诉讼网络,采取上门立案或者“田间法庭”、“院坝法庭”等方式,为群众诉讼提供了方便。针对重庆外出务工人员多的实际情况,一些法院还在务工人员聚居地设立便民联系点,拓宽了方便群众诉讼的途径。例如,垫江县法院在该县外出

务工人员比较集中的昆明市设立了便民联系点，有效地解决了“送达难”等问题。

二是协助法庭工作。人民法院是担负审判职能的国家机关，审理（执行）各类诉讼案件是人民法庭的本职工作，考虑各项工作都应当以此作为出发点和归宿。便民诉讼网络是人民法院依托基层组织、发动群众骨干而组建的工作平台，协助人民法庭完成本职工作、充分发挥人民法庭的职能作用，应当成为建设便民诉讼网络的重要指导思想。在实践中，协助法庭工作主要是通过便民诉讼联络员作用的发挥，减轻一线法官的办案压力。便民诉讼网络为纠纷进入法院设置了一道“减压带”，一些纠纷在进入法院之前经过便民诉讼联络员的工作得到了化解或者缓和。近三年来，便民诉讼联络员参与诉前调解 49850 件，调解成功 35695 件，减轻了对人民法庭审判工作的压力。此外，便民诉讼联络员具有人熟、地熟、情况熟的优势，可以帮助解决“送达难”、“调查难”、“执行难”等问题。据不完全统计，2013 年全市便民诉讼网络共协助执行 2098 件，协助送达 10584 件，协助立案 5745 件，这些工作让一线法官从许多事务性工作中解脱出来，为提高办案效率、保证办案质量创造了条件。

三是优化审判质效。审判质效是对人民法庭履行审判职能的综合反映，评估一个法庭的审判质效数据，可以判断其发挥职能作用的基本情况。在建设便民诉讼网络过程中，重庆法院将方便群众诉讼、协助法庭工作与优化审判质效有机地统一起来，使便民诉讼网络成为优化审判质效的促进力量。2011 年以来，全市人民法庭审判质效逐年提升，质效评估指数从 2011 年的 83.57 提升到 2013 年的 90.02，增幅达到 7.72%。其中，凝结了广大便民诉讼联络员的辛勤汗水。

## 二、培养便民诉讼联络骨干

重庆法院着力培养便民诉讼联络骨干，以骨干队伍的积极作用逐步影响和带动其他便民诉讼联络员，推进便民诉讼联络工作。主要采取了三项措施：

一是精心遴选。2011 年 9 月，重庆高院下发《关于规范便民诉讼网络工作的意见（试行）》，对遴选便民诉讼联络员作出了规定。2012 年又召开专题会议，对遴选便民诉讼联络骨干进行了指导。便民诉讼联络骨干主要在热心司法事业、实践经验丰富、具有较强能力的乡镇司法助理员、综

治专干、优秀人民调解员中选定。目前全市 128 个人民法庭均建立了便民诉讼联络骨干名册，并确定了法庭工作人员与其保持经常性联系。2013 年，便民诉讼联络骨干达到 751 人，占便民诉讼联络员的 12.04%。

二是强化培训。便民诉讼联络骨干不仅在具体的联络事务中要成为“主力”，而且在联络工作中要发挥“牵头”作用。对便民诉讼联络骨干的培训，既包括协助送达、协助调查、协助执行、诉前调解等联络业务知识，也包括统领、分解、指导、反馈本乡镇便民诉讼联络工作等管理知识。2012 年，重庆高院组织编写的《便民诉讼知识读本》，针对便民诉讼联络骨干的实际需求，提供了比较系统的培训资料，推动了基层培训工作。目前，各基层人民法院、人民法庭结合实际，通过开展便民诉讼联络业务讲座、解析便民诉讼联络事例、点评诉调对接案例、赠阅法律文件等方式，为便民诉讼联络骨干掌握相关法律知识、工作方法、工作技巧提供了重要帮助。

三是适时激励。必要的激励是鼓舞干劲的动力。为了确保激励的准确性，发挥好激励的示范效应，重庆高院《关于规范便民诉讼网络工作的意见（试行）》明确要求建立便民诉讼工作台账，详细记载便民诉讼联络员开展工作的情况，并由各基层人民法院、人民法庭根据台账酌情予以激励。2012 年以来，共投入 192 万元用于便民诉讼工作补贴及表彰，调动了便民诉讼联络员的工作积极性。

### 三、着力推动诉调衔接

诉调衔接是人民法院参与社会管理创新、能动发挥职能作用的重要体现。实践表明，便民诉讼联络员对纠纷的调解属于非诉讼调解，其规范程度、效力层次存在一定局限性，要彻底解决纠纷，往往还需要与诉讼程序相衔接。近年来，重庆法院瞄准便民诉讼网络，通过依法适用司法确认程序、督促程序或者诉讼调解程序，以司法确认书、支付令或者诉讼调解书等形式巩固、提升便民诉讼联络员调解成果，取得了积极成效。

在实践中，针对个别人民法庭滥用、误用诉调衔接的情形，重庆高院明确了适用诉调衔接机制的三个条件：首先，便民诉讼联络员调解的纠纷应当属于人民法院受案范围。其次，经便民诉讼联络员调解，已经达成调解协议或者调解意向。最后，双方当事人不满足于调解协议的民事合同效力，希望调解协议的内容有强制执行的保障。这些条件对诉调衔接的具体

适用进行了界定，既鼓励了诉调衔接也防止了诉调衔接的“走形变样”。

2013年，全市人民法庭通过与便民诉讼网络进行诉调衔接，共调解结案18302件、司法确认296件，分别占当年结案总数的43.11%、0.7%。目前，各人民法庭进一步加大了专项培训力度，引领便民诉讼联络员根据自愿、合法原则进行调解。对确实需要适用司法确认程序、督促程序或者诉讼调解程序的，依法及时作出诉讼处理。

#### 四、强化制度与经费保障

制度和经费是确保便民诉讼网络持续健康发展的重要基础。自2008年以来，重庆法院不断完善制度，逐步落实经费，保障了便民诉讼网络建设需求，推动了人民法庭的发展。

一是制度保障。重庆高院从人民法庭建设的实际情况出发，围绕便民诉讼网络工作出台了一系列文件，专门召开了便民诉讼网络建设推进会，为便民诉讼网络建设提供了有力保障。例如，制定《关于开展创建“民生法庭”活动的实施办法》《关于“示范民生法庭”的评定办法》，明确将便民诉讼网络建设作为创建成功的必要条件，强化了便民诉讼网络建设在“民生法庭”、“示范法庭”创建活动中的地位与作用；颁布《人民法庭案件质量评估办法（试行）》，设置了一审判决案件改判发回重审率、调解率、一审简易程序适用率、一审判决案件上诉率、平均审理时间指数、未审结案件审理持续时间与审限比、法庭法官人均结案数、再审审查率、撤诉率等九个评估指标，对人民法庭发挥便民诉讼网络在优化审判质效方面的作用进行了指引；下发《关于规范便民诉讼网络工作的意见（试行）》，统一便民诉讼站、点的设置和标识，建立“一簿五账制度”，推动了便民诉讼网络的规范化建设。

二是经费保障。切实加强与企业相关部门的沟通、协调，积极争取便民诉讼网络建设资金支持。2013年，重庆高院向市财政争取便民诉讼网络专项资金100万元，用于完善便民诉讼网络建设。各基层人民法院也根据辖区实际情况，多方筹集物资、经费，对便民诉讼站、点建设和便民诉讼联络员的培训、激励给予了保障。

## 努力打造高科技平台 助推人民法庭科学发展

浙江省高级人民法院

大数据时代对人民法庭工作提出新的要求。通过高科技手段提高司法能力、司法效率、司法公信力,成为法院破解工作难题、加强自身建设的重要切入点和有效载体。2008年以来,浙江法院按照“八项司法”的要求,充分运用高科技手段强化“基层司法”,促进了人民法庭工作的科学发展。

### 一、以数字化法庭建设为抓手,促进规范司法

按照省高院、中院和基层法院三层管理架构,全省联网,统一入口,统一接口,信息共享的要求,全省235个人民法庭均已建成数字化法庭,数字审判庭总数467个。数字法庭实现了对庭审活动的全流程记录,当庭产生的文字、音视频信息自动保存到系统中,做到“每案一盘”;并实现同步录音录像,支持网上庭审直播。数字法庭同时与审判管理系统等其他应用系统无缝对接,既能为法官提供审理案件的基本信息,提供法律法规查询和生成各类法律文书,也能为法官的业绩考核提供客观依据,有效提高法官的庭审能力。对出庭审判有困难的当事人,也可利用数字法庭系统平台进行网络远程审判,证人远程作证等,降低司法成本,方便群众诉讼。

我们还利用数字法庭系统对案件庭审进行实时观摩和定向点播。近年来,省高院每年一度的法庭集中检查回访和平时的随机抽查,其中一项就是通过数字法庭对人民法庭庭审活动进行检查,实现有效指导和监督。

### 二、引入审判质效评估体系,全面提升公正与效率

自2009年起,浙江高院在人民法院质效评估体系的基础上,选取了“当前存案工作量”、“平均审理天数”、“调撤率”、“上诉率”、“二审改判发回瑕疵率”等21个指标,建立专属于人民法庭的审判执行质量和效率

评估体系，率先对 46 家“省级模范五好法庭”进行质效评估，2012 年起又对全省所有人民法庭进行质效评估。通过定期公布《评估数据》，实行动态排序，实时监督法庭的审判工作态势，有效推动了法庭审判质量、效率、效果的全面提升，八成数据均保持逐年向上态势，平均审理天数、平均执行天数、上诉案件移送天数同比分别减少了 7 天、31 天和 18 天。服判息诉率达到 96.3%，二审改判发回率为 8%，简易程序适用率达 82.2%；平均审理天数为 48.5 天。案件发改瑕疵率、申诉率、申诉发改率明显下降。可调撤率、调解案件自动履行率、普通程序陪审率明显提高。

同时，借助这一平台，让各法庭看清自身工作的强项和弱项，以及在全省法庭中的位置和差距，逐渐形成了“比学赶帮超”的良好竞争氛围，使全省人民法庭的办案管理迈上新台阶，多项办案质量、效率指标居全国前列。目前，全省各级法院和人民法庭已经把评估数据作为加强法庭审判工作、开展法庭各项管理、争先创优的有效手段。

### 三、以法庭网络建设为载体，落实为民司法

通过法庭网络建设，全省人民法庭实现了网络立案、网络视频庭审、网上银行缴纳、退结诉讼费等功能，切实方便了人民群众诉讼。不少法院大胆创新，运用信息技术为人民法庭研发案款管理软件，定期将案款情况以短信方式发送至经办人、部门负责人手机，提醒尽快逐案清理案款。该软件既规范了案款的管理，也解决了以往当事人迟迟不能退款、收款的老大难问题。针对当事人诉讼知识欠缺，经常为立案跑错门的情况，有些法庭充分利用法院局域网，为来法庭立案的当事人，提供案件材料扫描、网上传输等服务，将数字资料转到有管辖权的院机关和其他法庭，直接实现网上立案，解决了长期以来当事人“跑错门、跑断腿”的问题。有的法庭为方便当事人缴纳退结诉讼费，利用扫描仪将当事人的身份证信息等财务档案资料进行扫描，并将形成的数字资料同步上传至与银行共同开发的“银法通”系统中，方便办案法官实时掌握案件的诉讼费退缴进度，方便当事人查询缴退费情况。

### 四、以信息科技为手段，不断完善社会治理方式

全省人民法庭注重创新工作方式，借用新科技建立网络沟通机制，通过信息互通、诉调衔接、答疑解惑等方式，借助合力提升社会治理水平。

通过法庭微博、QQ群等互联网传播方式,建立涵盖辖区党政部门及群众的局域网,同时积极向群众公布法庭信息,发布新出台、修正的法律法规及典型案例,提高群众的法制意识。如嵊州甘霖法庭自2012年2月10日开通法庭微博以来,共对外发布信息215条,有效地提升了法庭在当地辖区的影响力。不少法庭建立QQ群,邀请各专业调解组织加入,开通视频对接功能,通过“面对面”的视频指导方式,对人民调解组织、村级调解组织、行政调解组织等及时进行专业指导,有效促进了调解工作的依法有序进行,提高了人民群众对调解工作的信任度。如诸暨法院的“陈法官调解室”QQ群,自2013年5月成立以来,当月便通过QQ视频的指导方式调解案件10起。该举措受到最高人民法院院长周强的高度肯定。同时,各人民法庭还积极探索手机短信送达平台,利用手机短信平台与当事人沟通,及时告知立案情况、调解时间、催告执行等,缩短办案周期。

### 五、以法庭信息管理系统为支点,加强法庭工作指导的针对性、时效性

为进一步推动我省人民法庭工作,提升法庭工作管理水平,2012年省高院经向省编委争取,设立基层工作处,专司基层工作指导,为人民法庭指导工作提供了坚实的组织保障。为进一步完善法庭工作指导方式,2012年省高院组织研发了“全省人民法庭信息管理系统”。系统集成信息采集、汇总、存储、查询、指导管理等功能于一体,主要分为法庭简介、审执质效、模范五好、信息查询、数据录入、系统管理等六大功能模块,包含了法庭有关人、财、物、审判质效、综合治理、巡回审判、法制宣传、司法建议等各方面内容,全面反映全省法庭的情况,并做到专人管理、实时更新。该系统的推出为全面、实时掌握全省法庭情况,公正客观、实事求是地评价法庭年度工作业绩提供了有效管理手段。省高院充分利用该体系,创新“模范五好法庭”<sup>①</sup>争创机制,利用数据生成技术,完成对参评法庭各项考评指标得分的自动计算,提高了竞争的公开性和公平性,也大大减轻了争创工作给基层法院和人民法庭带来的工作压力。

<sup>①</sup> 省级模范五好法庭是在20世纪90年代开展的省级五好法庭争创活动的基础上,开展的一项创先争优活动。省级模范五好法庭的具体要求是:“审判质效更优,队伍素质更高,物质装备更好,内部管理更严,综合功能更全”。自2004年开展这项活动以来,已经进行了四个批次的争创,有效推动了全省人民法庭的各项工作。



## 以规范化建设为载体 努力打造人民满意的现代化人民法庭

四川省泸州市中级人民法院

泸州市中级人民法院下辖7个基层法院，52个人民法庭，平均每个法庭每年受理案件400余件，承担着基层法院一半以上的办案任务。建设好人民法庭，对优化审判资源配置、实现社会矛盾纠纷源头化解、建设平安泸州、法治泸州，意义十分重大。2012年以来，泸州法院结合自身实际，在全省率先开展人民法庭规范化建设，努力打造人民满意的现代化人民法庭。

### 一、强化“三大保障”，切实夯实规范化建设的工作基础

市法院党组将人民法庭规范化建设确定为全市法院中心工作，争取党委、政府支持，确定了“人员下沉、案件下沉、指导下沉、保障下沉”的工作思路，夯实基础，扎实推进，务求实效。

强化组织保障。2012年初，市法院班子成员带队摸底全市人民法庭情况，针对普遍存在的基础设施落后、办案不规范、便民措施不健全等突出问题，向市委政法委专题汇报。市委政法委成立以政法书记为组长，法院、纪委、宣传等部门为成员的领导小组，动员全市力量推动人民法庭规范化建设。全市法院积极发挥主力军作用，均按要求成立以院长为组长的专门工作机构，负责制定方案、组织协调、督促检查和考核考评。

建立机制保障。市法院印发人民法庭规范化建设指导意见，制定法庭基础建设、案件审理、诉讼服务、队伍建设、文化建设实施细则，逐一对照检查落实，按月通报进展情况。扎实开展争创“人民满意人民法庭”和“泸州筑梦人——寻找最美基层法官”两项活动，积极营造比学赶超的工

作氛围。市委政法委组织召开人民法庭规范化建设和争创“人民满意人民法庭”动员大会、现场推进会，市纪委牵头针对人民法庭庭审、接访、着装、行为规范等开展明察暗访，形成全社会关心重视法庭发展的良好态势。

落实经费保障。在审判庭、人民法庭建设“交钥匙”工程基础上，全市法院积极向党委、政府汇报，争取专项经费用于人民法庭规范化建设。各级法院还在省、中央转移支付的保障经费中向人民法庭倾斜，并主动争取中央、省市的投资计划资金。全市52个人民法庭中，除需新批未建、改建、在机关合署办公的14个法庭外，其余38个法庭平均投入30余万元，总投入1000万元，为人民法庭提档升级提供坚实物质保障。

## 二、突出“六个结合”，全面落实规范化建设的工作要求

泸州法院在开展人民法庭规范化建设过程中，坚持立足当前、着眼长远和适度超前，突出整体性，注重全面性，强调规范性，不断融入上级法院的新部署，努力适应形势任务的新要求。

统一标准与突出特色相结合。市法院印发《人民法庭规范化建设的指导意见》，将人民法庭规范化建设细化为基础建设、诉讼服务、案件审理、队伍建设、文化建设共五大方面23项重点工作，逐一落实了责任部门和完成时限，确保人民法庭规范化建设统一标准、一体化推进。同时，市法院要求各地人民法庭结合自身实际打造品牌法庭。合江县榕山人民法庭坐落于合江县临港工业园区内，结合自身案件特点积极打造服务园区法庭。全国十佳法庭纳溪区江宁人民法庭是四川省第一个女子法庭，法庭干警创造出家事案件调解“五步法”，在当地形成了一道亮丽风景线。

硬件建设与软件建设相结合。规范功能分区，每个人民法庭均在一楼设置立案信访室、当事人及代理人休息查阅室、调解员工作室、审判庭，在二楼设置审判人员办公室、会议室、荣誉室、法官沙龙、干警休息室和人民陪审员、人民调解员办公室。设置法庭指引牌，法庭标识、庭训、公示栏、宣传栏或电子显示屏、法官去向牌，在法庭入口配备安检设备等。与此同时，加快人民法庭信息化建设，与高、中、基法院“四级联网”，实现案件信息网上同步录入、公文网上流转、电子签章和网上办事。加快科技法庭建设，全市各人民法庭均要在2014年底以前至少建成1个科技法庭，实现每庭必录。目前，江阳区江北人民法庭、泸县牛滩人民法庭等6

个人民法庭已建成科技法庭。

规范办案与完善职能相结合。实行院机关部门纵向指导与法庭庭长横向管理相结合的“网格化”管理，制定法庭办案管理细则，严格案件流程节点控制，强化案件评查和庭审评查，严把案件质量关。主动适应人民法庭职能完善的新要求，规范巡回审判，配备巡回审判车及便携式办案工具。充分适用简易程序和小额诉讼程序，要求人民法庭尽量采用简易程序审理案件，符合小额诉讼的案件一律适用小额诉讼，努力构建“调解、速裁、简易程序”相互衔接的矛盾纠纷化解体系。2013年，全市人民法庭适用简易程序审理11527件，占案件总数的87.98%。

深化为民与加强宣传相结合。在法庭内设置导诉台、温馨调解室、休息和查阅室等，公示案件收费标准、审理流程等，公开干警相片、姓名、职务及联系方式，开通法庭24小时值班电话。在社区、村社设置巡回审判点、移动收案点，努力为群众提供热情周到的司法服务。同时，对长期扎根法庭、热心服务群众、办案质量较高的优秀干警，积极运用报纸、电视、广播、网络、手机短信平台等载体，加大宣传报道力度。2013年8月，在市委宣传部的大力支持下，全市法院开展“泸州筑梦人——最美基层法官”集中宣传活动，6家省市新闻媒体对张清海、曾万军、曾凡铮等8名法官开展集中宣传报道，人民法官清正、廉洁、为民的形象更加深入人心。

内部透明与外部公开相结合。依托信息化加强法庭工作透明度，开发人民法庭监控系统，实现院机关与人民法庭同步录音录像，并与科技法庭资源共享，在院机关可以实时观看法庭庭审情况。开发人民法庭车辆GPS跟踪系统，随时监控法庭车辆去向。加强司法公开，在法庭大厅设置触摸屏，当事人凭密码可以查询审判流程信息、执行案件信息，对符合上网条件的案件实行100%上网公开。建立人大代表、政协委员、人民调解员、人民陪审员信息库，邀请旁听案件、参与调解，努力实现以公开促公正。

提升能力与培育文化相结合。在业务学习培训上对法庭倾斜，确保法庭干警每年至少有一次不少于5天的集中学习机会。组织中院讲师团在法庭巡回授课，建立业务骨干驻庭答疑及案件定期讨论制度。所有法庭实现“三审一书一警”配备，落实法庭庭长副科实职。加强法庭文化的培育，规范文化建设，打造文化阵地。设置荣誉室、阅览室、文化走廊、文体场所等，开展法官沙龙，提高、丰富干警文化素养和精神生活。

### 三、着眼“四个提升”，充分彰显规范化建设的工作效果

经过两年多持之以恒地开展人民法庭规范化建设，全市人民法庭整体面貌发生了根本变化，人民法庭小气候的营造带动了全市司法大环境的改善，有力地推动了泸州依法治市进程。

人民法庭办案条件明显提升，实现以规范促发展。通过开展规范化建设，人民法庭脏乱差、设备设施陈旧落后等问题得到根本解决，执法办案条件大为改善。截至目前，全市已有38个人民法庭达到规范化建设标准，这些法庭外观大气庄严，庭院环境优美、布局合理、卫生整洁，司法功能齐备，便民设施健全，现代化气息浓郁，编制成了一张张覆盖城乡的便民服务网。

人民法庭案件质效明显上升，实现以规范促审判。2013年，全市法庭共受理13102件，同比增加3187件，占基层法院民事案件数51.17%。审结案件12882件，结案率98.32%，同比提高4.95个百分点。几项核心审判指标中，服判息诉率98.05%，同比上升0.38个百分点；调撤率86.78%，同比上升0.5个百分点；巡回审判率53.37%，同比上升2.57个百分点；无信访投诉案件。

人民法庭队伍能力明显提升，实现以规范促队建。开展规范化建设以来，人民法庭干警司法能力得到锻炼，创先争优意识进一步增强。2012年以来，全市34名法庭干警、47个法庭受到市级以上表彰，38名有法庭工作经历的干警得到晋升。纳溪区江宁女子法庭、合江县九支法庭被最高人民法院表彰为全国法院先进集体。

人民群众满意度明显提升，实现以规范促公信。两年多来，全市人民法庭共收到锦旗、表扬信、感谢信等800余件，古蔺县德耀法庭被31名农民工亲切地称为“文明执法、秉公办事”的好法庭。市中院在对26个先进集体测评时，收到的有效问卷全部为满意。

微信号 623760976  
电子书 纸质书

## 突出特色 创新管理 护航一方民生经济

广西壮族自治区柳州市中级人民法院

近年来，柳州市人民法庭围绕执法办案第一要务，深入推进巡回审判方便群众诉讼，大力开展“诉调对接”化解矛盾纠纷，积极开展“无诉社区、村屯”创建工作，加强法庭指导，强化法庭管理，人民法庭的整体水平明显提升，为维护当地社会稳定、促进经济发展作出了积极贡献，获得了上级法院和当地党委政府的高度肯定。我市法院在人民法庭建设过程中，结合自身情况，探索出一套独具特色的工作模式，较好地促进了人民法庭工作的有效开展。

### 一、突出民族特色，开展多元调解化解矛盾纠纷

一是“民族化”调解，实现社会和谐。我市少数民族人口众多，北部融安、融水、三江三县还属于少数民族聚居地，人民法庭在调解工作中不仅推行“双语调解”，还结合民族风俗文化，引导当事人遵从本民族的共同习惯达成和解，在法律法规允许的范围內就地调解。

二是“网络化”调解，创建“无诉讼社区、村屯”。人民法庭根据辖区实际情况，在选定创建的无诉讼社区、村屯内设立人民法庭“驻社区、村屯联系点”，与辖区乡镇政府、公安派出所、司法所等建立网络化的联动机制。通过“联动调解”“诉调对接”的方式，积极开展创建活动。如太平法庭注重加强与辖区内乡镇党委、政府及司法所等基层组织密切联系，加强调解联动机制，建立行之有效的乡镇、村委、屯、生产队“四级”调解网络。据统计，2011年以来，各人民法庭已经派驻联系点法官895人次，其中接待当事人来访1460人次，主持纠纷调解767次，化解了大量的矛盾纠纷，维护了社会的和谐与稳定。

三是“动态化”调解，将矛盾消除在基层。市中院在指导人民法庭开

展调解工作的过程中,实行诉调分流机制,对前来立案的当事人,引导进入诉前调解。在调解的过程中,通过委托调解、庭长专调、上下联调、司法确认等多种方式,实现就地调解、就地服务。同时,联合乡镇政府、司法所、派出所等政府部门,妇联、残联、学校、厂矿等单位对案件进行多重调解。

## 二、创新工作方式方法,千方百计方便群众诉讼

一是打造司法服务“窗口”。我市各基层人民法庭以创建人民法庭“立案信访窗口”为契机,打造各具特色的司法服务“窗口”,“妇女儿童维权岗”“小额速裁工作室”“大学生普法宣传教育基地”“人民陪审员调解室”“委托调解室”等专门性、服务性“窗口”不断设立和完善。如融水法庭启动的立案信访“亮窗”行动,通过设置导诉台,由庭内干警轮流值班,为群众提供导诉服务,还设立了“妇女儿童维权岗”,开设了“维权微博”“维权QQ”及“维权热线”。又如柳北区沙塘法庭在法庭内设立了“小额速裁驻法庭工作室”,目前该工作室调撤案件500余件。为进一步推动人民法庭窗口创建工作,方便群众诉讼,市中级人民法院正组织推进人民法庭远程视频接访工作。

二是“三不传”制度落地生根。“三不传”制度是鹿寨县寨沙法庭于2008年创立的,现已在全市法庭铺开。该制度的主要内容为:农忙时节一般不传唤当事人;老人、病人、未成年人等作为当事人的一般不传唤;地处交通不便村寨的当事人一般不传唤。这一制度已经成为我市基层人民法庭实现便民诉讼的基本要求。近三年来,我市人民法庭进行上门立案600余件、上门送达文书1300多次、在巡回审理点开庭1500余件,就地调解1200余件,“三不传”制度赢得了群众的赞誉。

三是“专业化”法庭延伸服务。针对交通事故案件、消费者权益案件特点,在交警部门、工商所等机构内设立巡回办案点,方便法律宣传、诉前调解和快速审理,设置了专门的审判管理流程,并将上述类型的案件纳入到联动调解范畴,引导当事人在专门机构的协调下达成和解。针对人民法庭服务对象多为山区,普法比较困难,各法庭通过“公众开放日”、“法制宣传日”,走访辖区内各企业、学校、医院等单位以及在社区、村镇等地点设立宣传点,将法律知识带到各家各户的同时,利用集市、民族活动群众较集中的特点,开展统一法制宣传,收到较好效果。

### 三、注重监督指导，夯实法庭审判质效

一是建章立制，制定制度规范。为统一全市基层人民法庭规范化建设，市中级人民法院在全区法院率先制定了《关于人民法庭规范化建设的规定》，从审判流程、调解工作、信息化建设、法庭文化建设等方面对人民法庭的各项工作进行了详细规定。各基层人民法庭均在中院制定规则的基础上，制定出适合自己的规章制度，形成了两级法院（法庭）系统关于人民法庭工作规章制度的体系。

二是抓质效管理，实行信息化考评监督。全面推进人民法庭内网系统四级联网建设。目前，全市20个人民法庭均已实现了法院内网系统四级联网。针对人民法庭受理的简易案件，开发快速审理自动生成软件，规范和简化简单民事案件的审理和文书制作过程。加大科技法庭建设，通过设置电子触摸屏、电子公示墙、远程视频系统等建设，推行网上办案、庭审同步视频、庭审图文直播、远程审判、远程接访。将信息化技术延伸至人民法庭巡回办案点，配备方便携带的庭审设备，让下乡办案的干警能够及时、准确地将案件处理过程录入审判管理系统，也让远离人民法庭驻地的当事人感受到司法高效带来的好处。

### 四、保持两个同步，打造法庭精神支柱

一是抓队伍建设，风清气正。一方面强化作风建设，在党风廉政建设、会议学习、岗位轮换、思想道德规范和仪表风纪等方面下功夫，通过设立“党员示范岗”、开展“微型党课”、推行青年法官导师制度等方式加强队伍建设，建立一支公正廉洁、业务精通、作风踏实、群众满意的基层司法队伍。另一方面树立实干精神。大多数人民法庭地处农村，物质条件并不优越，在加大人民法庭物质投入、提高人民法庭干警待遇的同时，还需要树立起艰苦奋斗的价值观念。

二是抓文化建设，奉公亲民。我市法院人民法庭文化建设的基本要求是必须具备宣传栏、文化墙、指示牌、开放日、普法册，一些法庭还因地制宜，发展出具有地域特色的法庭文化，如大良法庭开展以“四声一情”（槌声铿锵、书声琅琅、歌声嘹亮、课声清爽、心情舒畅）为内容的文化创建活动。

## 坚持司法为民 大力开展巡回审判

青海省互助土族自治县人民法院

青海省互助县是全国唯一的土族自治县,全县总面积3423.9平方公里,人口39万,农村人口占全县总人口的93%,是个农业大县、民族大县。互助县法院每年审理的3000件案件中,有90%来自农村、来自农民。同时,由于我县一些地区山大沟深,交通不便,经济条件有限,人民群众的诉讼成本较高。为了方便群众诉讼,切实把司法为民的各项措施落到实处,院党组不断加强对巡回审判工作的领导,成立巡回审判工作领导小组,制定法官下基层开展巡回审判工作实施方案,设立巡回审判站,确定巡回审判案件范围,规定凡当事人因农忙、交通或健康状况等原因到庭参加诉讼确有困难的案件等10类案件必须开展巡回审判,让法官走下法台,走出法庭,走进老百姓心中,将法庭搬到老百姓最需要的地方,把审判法庭延伸到人民群众的家门口,方便快捷有效地化解了矛盾纠纷,增强了与人民群众的感情,维护了社会和谐稳定,取得了各族群众的满意和信任。

### 一、基本情况

互助县辖8镇11乡,294个行政村,有汉、土、藏、回等15个民族,全县总人口39.2万人。我院下辖双树、台子、五十、北山、东沟、哈拉直沟等6个人民法庭,基本上一个法庭管辖3个乡镇。院民一庭管辖一个镇。6个法庭现有法官14名,书记员11名。近年来,法院民事庭和6个法庭抽调精兵强将组成8个巡回审判组,在全县19个乡镇的中心地区和县城社区建立8个巡回审判站,经常深入基层开展上门立案、就地开庭、就地调解,及时处理相邻纠纷、赡养等民商事纠纷案件。

2010年,全院组织开展了为期100天的巡回办案百日活动,20余名干警深入全县的15个乡镇160个村社,调解案件104件。通过送法下乡、调



解纠纷、回访案件等，提升了人民法院司法为民的良好形象，受到了老百姓的普遍称赞，社会效果很好。2011年，为了配合全县中心工作，助力青海省曹家堡飞机场二期工程建设，化解征地拆迁纠纷，由本院立案庭、民一庭、民二庭、哈拉直沟法庭、五十法庭组成“临空经济开发区巡回法庭”，负责审理开发区案件。临空经济开发区巡回法庭成立以来，共开展巡回办案300余次，出动车辆300余台，参与巡回办案干警1200余人，共处理各类民事案件近242件，结案标的额200余万，所审结的案件均实现了“零错案、零投诉、零上访”的工作目标，得到县委县政府和社会各界的肯定和称赞，海东市委、中院对此做法在全市进行了推广。

5年来，我院8个巡回法庭和1个专门巡回法庭开展巡回办案1787次，调解民事纠纷2100件，占民事结案的29%，其中调解结案1962件，占巡回办案的93%。巡回办案面积覆盖全县294个村和社区、工矿企业。

## 二、主要做法

方法灵活，以便民利民为原则。我院的巡回审判采取不定期灵活的方法开展，各法庭根据个案实际情况，对凡是符合巡回审判的案件，及时派出巡回审判组，赴案发地进行审理。而且，为了能让各乡镇的群众及时了解这项制度，主动联系新闻媒体进行宣传，并在各乡镇政府办公楼显眼位置悬挂标明巡回审判横幅。同时要求各巡回审判组必须在确定的开庭日准时到达辖区乡镇开展工作，不能因节假日、双休日或其他原因延误或改变，真正做到诚实守信、说到做到，树立人民法院司法权威和形象。一位群众曾亲切的将巡回法庭表述为：“哪怕大雪封山也会来，哪怕大年三十也会来！”。2011年8月份，村民蔡某以村委会侵犯其林地承包经营权为由将村委会告上双树法庭。立案后，法庭认为此案较典型、案件时间跨度大、牵涉面广，且当时正值农忙季节，为了不误农时方便群众，法庭决定携案前往该村开庭。开庭当天天下着大雨，主管副院长李宁泉和法庭干警将车开到乡政府后，徒步3公里赶到该村，早已等候在村委会办公室院子里的旁听群众见法官们打着雨伞、挽着裤腿前来开庭时，不约而同地鼓掌。经过讲解有关法律规定，指出纠纷的症结所在，又建设性地提出调解方案，最终使该村民与村委会达成了协议。

解结化怨，以案结事了为目的。我院六个法庭和民一、民二庭经常派员前往山区、农村或其他巡回站解答法律咨询，对符合立案条件的纠纷当

场立案,除了因当事人双方相隔较远、无法当日送达或当事人有特殊原因无法当天参加诉讼等特殊情况外,巡回法庭法官一般都能做到就地开庭,进行调解或宣判。巡回审判中所受理的案件虽然标的额不大,事实也清楚,但由于农村中涉案当事人大都是常年甚至世代生活在一起的村民,关系错综复杂。因此,法官对这类案件依法判决并不难,但简单判决不但不会使矛盾化解,反而可能进一步激化矛盾,从而出现一个纠纷的解决导致更多纠纷产生的尴尬和困境。我院巡回法庭在办案中非常注重运用多种调解方法引导当事人协商解决各类纠纷,从而真正实现解结化怨、定分止争、息诉平判,化解群众矛盾。

简便快捷,以人为本为理念。我院在巡回审判中,突出简便快捷,以人为本的理念。对巡回审理中当场受理的简单案件,在征得双方当事人同意的情况下,当即就地开庭审理,并实行调解优先原则进行调解,最大限度地用调解手段化解矛盾纠纷。如案情较为疑难、复杂,审判人员应先做好案件审理前的准备工作,并及时告知双方当事人巡回开庭的时间、地点。巡回审判中简化一些程序,采用简便的方式传唤当事人,采用填空式法律文书,当场送达双方当事人,对因身体健康等原因无法到庭的当事人,采取上门开庭调解纠纷,让当事人实实在在感受到法治的阳光,树立法官和法院便民利民的良好形象。原告刘某与被告田某是一对结婚多年的老夫妻。1998年被告田某因宫外孕致病经多方医治未能治愈,造成身体残疾,生活不能自理。多年来,虽然原告精心照顾,多方医治,但因两位年近八旬的老人家庭生活极其困难而无法治愈。为此原告提出与被告离婚。双树法庭立案后考虑到被告行动不便的特殊情况,决定赴原被告家中开庭,并邀请村调委会成员和司法便民联络员参与调解。在调解过程中,法官向当事人话亲情、讲法律、讲道德、讲伦理,在和谐温馨的环境中进行调解,最终双方达成离婚协议。考虑到被告今后的生活问题和生活不能自理的实际情况,为最大限度地保护残疾人的合法权益,原告表示一定照顾好被告今后的衣食住行,村委亦表示积极协调为被告办理“五保”待遇,使此案做到了离婚不离亲情。

寓教于审,以法制教育为根本。在巡回办案的同时,办案法官还从繁忙的工作中抽出时间对所巡回乡镇的村调解员、司法联络员们进行调解技巧等的培训。近年来,开展人民调解员培训1000余起,培训司法联络员1200人(次),人民陪审员200人。在培训会的现场,调解员们还与巡回

审判法官们就农村调解工作中遇到的一些法律问题进行的探讨。法官与他们的交流，既使他们了解了调解技巧，又使法官了解了社情民意，可谓双赢甚至多赢。配合各乡镇中小学的法制教育，巡回审判组还经常抽出人员分别针对中小学生的心理特点精心编写法制宣传资料，通过公开课的形式对中小学生开展人生观、价值观、法制观的教育。为农村中小学开展法制讲座 1500 余起，参加人数达 13000 余人。通过调解案件，使旁听群众在家门口接受法制教育。

### 三、取得的成效

一是法官走出了法庭，学会做群众工作的方法。作为基层法官经常深入到群众中去，学会与群众打交道、交朋友，虚心向群众请教，说老百姓能够认同的话，讲老百姓能够接受的理，做到“进得了门，谈得上话，交得上心”，在与群众接触交流中不断拉近与群众的距离，赢得群众的信任与支持。这样做虽然法官苦些累些，但是群众欢迎，老百姓满意，人民群众亲切地称赞他们是“庄稼人的知心法官”。

二是群众得到实惠。从法院角度讲，巡回审判增加了办案开支，但使生活在山脊峁里的农民都能较方便的得到法律的援助，在家门口解决了矛盾纠纷；减少了农民的诉讼负担，尽可能的让刚解决温饱问题的农民不因打官司而不堪重负；有利于对农民开展法制宣传教育，提高农民的法律意识，为普法和农村社会治安综合治理作出努力。

三是促进了法院建设，提高了法官的素质。首先，大力开展巡回审判，本身就是一个法院群众工作不断完善和提高的过程。其次，巡回审判使法官深入基层、服务基层，了解社情民意。它对提高法官的服务意识、独当一面的能力和综合素质，具有极大的作用。可以这么说，巡回审判是树立“人民法官为人民”形象的有效载体。

微信号：623760976

电子书 纸质书

## 坚持群众路线 全面践行司法为民理念

吉林省农安县人民法院哈拉海人民法庭

近年来,哈拉海人民法庭坚持以群众路线为工作统领,坚持面向农村、面向基层、面向群众的工作原则,全面践行司法为民理念,建立健全各项司法为民工作机制,为辖区经济社会发展提供了良好的司法保障与服务。2011年至2013年,共受理民事案件2792件,审结2790件,结案率达99.93%。其中以调解或撤诉方式结案的2381件,调撤率达85.34%,从未激化过矛盾,从未引发过信访,有力地促进了社会和谐稳定。

### 一、完善人民法庭功能,打造便民服务阵地

人民法庭地处农村辖区,具有便利人民群众参与诉讼的有利条件。我庭针对农村法庭受理案件多、标的额小、利于就近就便解决的特点,积极完善自身功能,在开展好辖区一审民事案件的立案、审判工作以外,经院执行局授权,还积极开展和参与开展了自审案件的执行工作。具体操作中,我们坚持立案考虑审判、审判考虑执行的一盘棋理念,注重机制建设,加强了立、审、执工作的衔接,不仅全面提高了案件质量,而且极大地方便了辖区群众。辖区发生的每一起民事案件,从立案到审判、执行都在人民法庭完成,并且50%以上均能够自动履行,切实给当事人带来了便利。

### 二、强化便民利民措施,减轻群众讼累

针对农村当事人法律知识匮乏、农务繁忙、经济不宽裕的实际情况,强化便民措施,最大限度地减轻群众诉讼负担。注重整理诉讼权利义务以及诉讼中注意的问题,制成了《诉讼指南》读本,免费向当事人发放,帮助当事人正确行使诉讼权利、履行诉讼义务、避免诉讼风险。推行案件繁

简分流机制，采取了简易案件及时收案、及时裁决、当庭制作法律文书、当庭送达的做法，及时、简便、快捷地解决纠纷。在四个乡镇分别设立了巡回审判点，定期开展巡回审判，真正将法庭开在田间地头、农家院里。进一步加大了司法救助力度，特别是对追索抚养费、赡养费、人身损害赔偿金、劳动报酬等案件中经济上有特别困难的农村群众，及时采取缓、减、免诉讼费措施。三年来，我庭共发放《诉讼指南》1205本，巡回审判723次，实施司法救助240余件，有效地维护了弱势群体的合法权益，减轻了群众诉累。

### 三、主动开展司法服务，积极服务“三农”

立足安农县情，延伸司法服务触角，助推“三农”工作的开展。为维护农村社会稳定，针对矛盾纠纷多发的情况，我们把对法律法规的宣传和对一般法律问题的解答作为化解农村社会矛盾纠纷的重要手段，定期到村屯进行走访，免费向群众发放《法律手册》500余本，及时答疑解惑，从源头上减少矛盾纠纷的发生。为促进农业的发展，针对辖区涉农企业较多的实际，制定了法官包保辖区企业的对接表，通过定期走访，解决企业经营中遇到的法律问题，为企业安心发展提供法律保障。为保护农民的合法权益，针对春耕生产、夏季农忙、秋季收割等特殊时节群众的司法需求，开展相关的司法服务活动，对于涉农案件，及时立案，尽量适用简易程序，依法压缩审理期限，在法定期限内提速提质。

### 四、突出调解结案，努力实现案结事了

法庭受理的案件类型较为固定，当事人之间关系较近、风土人情味浓。对于这些纠纷，调解是最便捷、效果最好的处理方式，既能够有效节省司法资源，又能最大程度地修复社会关系，减轻群众的心理压力。我庭构建了全案、全程、全员调解的新格局。在案件调解范围上，我们每案必调。在调解过程上，我们利用立案、送达、交换证据、开庭、宣判、判后答疑、执行、回访等一切机会进行调解，提高调解成功率。在调解人员上，我们全员进行调解，建立了办案人、副庭长、庭长的三级调解法。通过全案、全程、全员调解的工作方法，案件调撤率达85%以上，实现了案结事了的的目标，有效促进了社会稳定。

## 五、构建司法联动，满足群众多元化司法需求

随着经济的发展，人民群众的司法需求日益呈现出多元化的趋势，不仅要求自己的合法权益得到有效保护，而且要求以最便捷的方式予以实现。为及时适应群众司法需求上的变化，我庭立足案多人少的实际状况，在辖区乡镇综治办、乡镇司法所、农村村委会干部中，聘任了55名调解能力强、工作热情高的司法联动员，在法庭专门设立了司法联动员办公室，建立了司法联动员参与诉讼、协助执行、化解矛盾的三项工作机制，充分利用司法联动员熟悉社情民意、掌握群众思想动向的优势，形成了化解矛盾、维护稳定的强大合力。几年来，我们通过司法联动员及时受理并成功化解纠纷500余起，较好地回应了人民群众的司法需求。

## 六、发挥典型引领作用，全面提升司法为民水平

我庭副庭长翟树全同志，扎根基层服务群众25年，用自己的实际行动诠释了“人民法官为人民”工作主题，被最高人民法院评为“全国模范法官”、“全国优秀法官”，被中组部、中宣部评为“最美基层干部”，从中央到地方共获得荣誉三十余项。为了充分发挥先进典型的带动作用，我们召开了“典型在身边，我们怎么干”座谈会，总结翟树全先进事迹的精神实质，把精神的感召转变成具体的行动。认真学习翟树全“十大调解法”，并运用到办案过程中，提高了调解工作水平。通过深入开展向先进典型翟树全学习活动，不仅掀起了学先进、找标杆、比贡献的实践热潮，也在全庭营造了比、学、赶、帮、超的良好工作氛围，有效地提升了全庭人员司法为民的工作水平。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 能调则调 当判则判 调判结合 案结事了

上海市闵行区人民法院颛桥人民法庭

上海市闵行区人民法院颛桥法庭辖区地处上海市西南，辖区总面积约占全区总面积的49%，常住人口超过100万，辖区内既有高度城镇化的街道，又有原生态的乡村，既有大型居住社区，又有市级、国家级的工业开发区。多样的社会环境给颛桥法庭的审判工作带来了丰富的案件类型，在传统侵权、婚姻家庭纠纷之外，还有消费者权益纠纷、业主知情权纠纷、网络名誉侵权纠纷等新型案件。2013年，全庭结案数达到了7599件，15名承办法官的人均年结案506.6件。当庭裁判率为63.77%，一审服判息诉率达96.31%，上诉案件中二审发改瑕疵率为零，案件调撤率为74.47%，高于当年全市平均值10.33个百分点。这既是全庭法官辛勤工作的结果，也是颛桥法庭多年来形成的“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”工作方法的最好体现。

调解与判决是人民法庭结案的两种重要方式，都是化解矛盾的有效途径，两者的有机结合有利于民事纠纷的彻底解决，一方面可以有效防止强制调解或变相强制调解现象的滋生和蔓延，另一方面也可以减少或杜绝一判了之、案结事不了问题的产生。颛桥法庭在处理具体纠纷时，强调两者之间的平衡，充分发挥两种结案方式的各自优势，使其相得益彰，确保了各类民事纠纷得到有效化解，从而促进社会的稳定与和谐发展。

能调则调就是要求法官以正确裁判作为工作基本目标，依据案件实际情况和当事人意愿，适时展开调解。从案件类型上看，对于婚姻、继承等家事纠纷，鼓励法官多做调解工作。这类纠纷中当事人更多地考虑情感需求、道德评价，法官在庭审之外的轻松环境中摸清当事人的心结所在，有针对性地进行法理释明、心理疏导，能够避免轻易判决导致的矛盾激化。如在一起离婚纠纷中，原、被告因为孩子的抚养和探视问题矛盾尖锐，双

方家人甚至在庭审期间相互谩骂，在庭审结束之后大打出手，一方当事人的耳朵被咬下一块，引发刑事诉讼。在这样的情形下，法官一边组织好庭审，一边通过电话了解当事人的心态变化，经过多次电话沟通、当庭调解，双方终于达成一致并实现了相互谅解，避免了矛盾进一步升级。从调解的方式上看，注重多管齐下、多元调解。颀桥法庭多年来坚持“多层次调解”的工作思路。一方面，加强对人民调解的指导，为基层调解员提供驻庭培训，将法律咨询、诉讼服务下沉至基层接待窗口，通过诉前调解就地化解纠纷，或者指导当事人理性诉讼，并形成调解笔录等固化信息材料，便于法官诉讼中准确把握争议焦点，提高诉讼效率。2007年，颀桥法庭成立了上海第一个驻人民法庭的人民调解工作室；2011年，颀桥法庭建立起江川街道综治法律咨询窗口，每月接待人数维持在50人次左右；2012年和2013年，调解室共成功调解各类民事纠纷案件1721件，涉案金额达到8306万余元。另一方面，颀桥法庭注重帮助社区搭建大调解工作格局，让社区“老舅妈”的调解成为诉讼的有效补充，积极促成当事人在诉讼中达成一致。或者让“老舅妈”在判决之后担当平缓情绪、心理疏导的角色，使判决的社会效果与法律效果得到更好统一。

当判则判就是积极履行法官职责，探究纠纷实质，对疑难或具有导向性的案件，果断下判。调解虽然是私法上意思自治的体现，但在诉讼程序中，调解的意思自治应当受到约束，颀桥法庭强调司法程序中的法庭审查义务，避免片面追求调解、“久调不决”现象的产生。从审判实践看，对下列四类案件颀桥法庭坚持“当判则判”：

一是当事人缺乏调解意愿的新类型纠纷。考虑到判决独有的释法明理、引导公众行为的功能，对于当事人缺乏调解意愿的一些新类型的纠纷，一般予以及时判决。如在一起名誉侵权案件中，网友在某网站上散布了“某公司生产的疫苗可能引发猪口蹄疫爆发是真的吗？”“待求证！”等“质疑求证式”语言的虚假信息。原、被告对于这种非确定性的表达是否实质上侵害了原告名誉权进行了激烈辩论，鉴于该案的处理结果具有明确的行为引导意义，最终承办法官以判决形式确认该类暗示性言论具有损害一方名誉权的效果，被告某网站怠于删除不实言论应当承担侵权责任，并以案例分析的方式进一步阐明了裁判的理由和思路，为处理同类纠纷提供了评价的标准。

二是当事人诉讼成本明显高于系争法益的案件。对于此类案件要通过



充分发挥法官的智慧，以法律效果与社会效果相统一的标准及时下判。如一起相邻漏水纠纷，原告起诉要求楼上邻居对漏水所致损害承担责任，被告坚持认为漏水系公共管道引发，拒绝担责。考虑到双方争议的利益较小，但鉴定费较高，故法官在释明法理后提出以水表计数为证，被告暂停用水3天，再观察楼下是否漏水的事实查明方法，得到了原、被告认可。实施中，法官四次到现场查看。被告发现停止用水后其地砖之下依然明显潮湿，虽口头坚持无责，但实际上却悄悄对漏水部位进行了修缮，原告也确认漏水不再发生。基于此，法官依高度盖然性的原则判决原告胜诉。至此，这个困扰原告长达一年多的漏水问题，起诉至法院后，从庭审到漏水解决，只用了不到20天的时间，实现了效率与效果的兼顾。

三是可能引发群体性纠纷的“试探性”案件。某些群体性纠纷，当事人往往以个案方式进行“投石问路”，并将诉讼结果作为处理纠纷的指引。为保证适法统一，此类案件通过及时判决来明确司法处理意见效果为好。颛桥法庭辖区经济活跃、社区众多，大量民商事纠纷都会以“试探性”诉讼进入法庭，如此时进行调解，对其背后的群体性案件就可能产生不同的导向作用，反而容易激化矛盾。如业主起诉物业公司违约的案件，业主往往以房屋漏水、电瓶车丢失等理由，起诉物业公司承担违约责任，并要求在物业费中进行抵扣。该类案件的处理结果，同一小区的其他业主都非常关注，通常会几十人一起参加旁听。对此，颛桥法庭并不以小额诉讼的快速结案为目标，而是通过规范的庭审程序让双方充分阐述意见，在查清事实、释明法理的基础上，再行判决，力求实现判决的导向作用，也避免了“同案不同判”的司法尴尬。

四是当事人故意隐瞒真实意图的案件。颛桥法庭每年受理大量以“其他合同纠纷”起诉的案件，立案时法律关系尚难确定，需要法官在审理中逐步查明纠纷实质，并作出裁判。如，一起原告要求支付聘用报酬的合同案件中，原、被告书面约定由原告将其持有的一级建造师证书注册到被告处，并保证在此期间积极协助参与被告的工程投标、备案等工作，被告每年支付给原告4万元聘用费。法官审查后认为，双方虽签订了聘用协议，但实际原告从未参与被告的投标、备案等业务，且原告另有工作单位，原、被告之间并非聘用关系，双方系以合法形式掩盖违规出借一级建造师资质的非法目的，故原被告之间的协议书无效。同时，法官认为双方从非法行为中获取的利益不受法律保护，故判决协议无效，违法所得8万元予

以没收。一审后，原、被告均息诉服判。此外，对于当事人“手拉手”调解的案件，法官也注重审查案件事实，及时作出判决，防止少数当事人通过虚假调解损害社会或他人利益。

人民法庭作为化解社会纠纷的排头兵，在案件多、压力大的现实情况下，“能调则调、当判则判”是其化解矛盾纠纷必须坚持的基本原则。颀桥法庭以“调判结合、案结事了”为目标，既重视调解的纠纷化解、关系修复功能，又强调判决的宣示性、导向性功能，取得了较好的法律效果和社会效果。近年来，该庭先后多次荣立上海法院系统一等功、二等功，并涌现出“全国五一劳动奖章”获得者徐玉弟、“全国法院办案标兵”彭雄辉等先进个人。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【合同法专题】

### 关于实际施工人向发包人 主张权利的法律适用与完善

胡光甲\*

在建设工程转包或违法分包情形下，实际施工人向发包人主张工程欠款而提起的诉讼，审判实践中依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第二十六条第二款之规定，即：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”但该规定过于简约且有不足，加之审判实践中个案情况复杂，因此，处理此类案件，无论在程序上还是实体上，尚有许多问题值得研究。在保护实际施工人利益同时，如何全面维护好发包人、转包人、违法分包人的利益，也成为审判实践中较为突出的问题。正因如此，2011年10月9日下发的《全国民事审判工作会议纪要》（法办〔2011〕442号）又郑重强调：“对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查；不能随意扩大《解释》第二十六条第二款的适用范围，并且严格依据相关司法解释规定明确发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。”如何正确适用《解释》第二十六条第二款，切实把握好《纪要》精神，本文就审判实践中比较突出的问题加以探讨，期望对《解释》的完善和处理此类案件的审判实践有所裨益。

\* 辽宁省高级人民法院民一庭庭长。

## 一、当事人诉讼地位

实际施工人仅起诉发包人，转包人或者违法分包人应否追加为案件当事人？依对《解释》第二十六条第二款的字面理解，应该是可以追加，也可以不追加，根据个案情况灵活掌握。但是，从民事审判实践看，不是可以追加不追加的问题，而是应当追加不追加的问题。即应以追加为原则，不追加为例外。

由于《解释》第二十六条第二款规定发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任，因此，正确处理此类案件，首先需要解决的问题就是工程转包人或者违法分包人是否拖欠实际施工人的工程款，发包人是否拖欠转包人或者违法分包人工程款。在实际施工人仅起诉发包人的情况下，如不追加转包人或者违法分包人为当事人，则相互之间是否拖欠以及欠付多少的确定将成为难题。审判实践表明，如果仅仅依靠实际施工人和发包人的举证来解决上述问题，易于导致事实认定错误，造成错判。审理此类案件的司法实务中，一方面，作为工程发包人会通过虚假举证主张不拖欠转包人或者违法分包人的工程款，以逃避责任；另一方面，实际施工人也会通过虚假举证虚拟拖欠事实或拖欠数额。而要避免上述问题，在转包人、违法分包人不参加诉讼的情况下，往往难以查清事实而无法做到。尤其是建设工程施工合同纠纷案件，工程造价多数情况需要通过鉴定方能作出结论，在有关当事人不参加诉讼的情况下，无从保证鉴定结论的准确性。

从维护转包人或者违法分包人的利益上看，在转包人、违法分包人不参加诉讼的情况下确定发包人是否拖欠转包人或违法分包人的工程款及多少，转包人或违法分包人是否拖欠实际施工人的工程款及拖欠多少，极易损害转包人或违法分包人的利益。比如，转包人、违法分包人不欠实际施工人工程款，判决确认欠了；发包人拖欠转包人、违法分包人工程款，判决确认不欠了，或者欠多，确认少了。此种情形下判决认定的事实，当事人往往会把它作为另行主张权利的依据。如转包人或违法分包人不能提供证据推翻生效判决认定的事实，则其利益损害将无从得到修复和弥补。

从保护实际施工人利益角度看，如转包人或违法分包人未参加诉讼，在相关事实无法查清的情况下径行处理，实际施工人的诉讼请求被驳回的情况将无法避免。倘若如此，实际施工人是否还能以转包人或违法分包

人、发包人为共同被告另行提起诉讼？如果可以，莫不如当初就把转包人或违法分包人追加到诉讼当中。这样，不仅避免了审判资源的浪费，也使当事人的利益得到了及时保护。如果说不可以，那么，实际施工人能否通过再审途径获得司法救济，在没有新证据新理由的情况下，难道还能以生效判决遗漏当事人为由进入再审程序吗？如果说遗漏当事人，由于当事人没有申请追加，人民法院也没有依职权追加，那么，谁之过？显然，是个困惑！一切缘由《解释》第二十六条第二款就追加转包人或违法分包人为当事人是“可以”的规定。如果没有追加属于实际施工人的责任，则其必然不能通过再审程序获得利益救济。

由上，从司法实务上去考量，为全面切实保护当事人利益，在实际施工人仅起诉发包人的情况下，不追加转包人或违法分包人参加诉讼，是不可取的选择。《解释》第二十六条第二款关于追加当事人上“可以”的表述，使追加和不追加似乎成了自由裁量的范畴，加大了执法的随意性，极易损害当事人的利益。笔者认为，发包人或实际施工人申请追加的，应当追加；发包人或实际施工人没有申请追加的，人民法院也应当依职权追加。

那么，什么情况不予追加？笔者认为，发包人、转包人或违法分包人、实际施工人就相互之间拖欠工程款及其数额没有异议则不予追加。于此情形，实际施工人利益得到了保护，也不会损害其他当事人的利益。

需要指出，在当事人的追加，人民法院有权对当事人行使处分权予以合理的干预。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十二条规定：“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。”该规定就是合理干预的法律依据。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第五条规定：“赔偿权利人起诉部分共同侵权人，人民法院应当追加其他共同侵权人作为共同被告。”该规定便是处分权受到干预的例证。但这里的干预体现在必要的共同诉讼当中，在非必要共同诉讼场合是否亦应如此？《解释》或许正是囿于这种考虑，而作出了“可以”的选择。这种两可选择的弊端已为司法实践所证明。笔者认为，于本文命题应当作出肯定的回答，即在实际施工人仅起诉发包人的情形下，应追加转包人或者违法分包人为当事人，如此，一是符合诉讼经济原则，能够切实避免诉累和浪费审判资源；二是有利于查清案件事实，以切实全面保护当事人利益；三是符合此类纠纷的特点；四是并不构

成对“不告不理”、“私法自治”原则的冲击与破坏。

## 二、关于转包人或者违法分包人的诉讼地位问题

此节问题司法解释没有明确。在司法实务中,就追加的当事人是共同被告还是第三人并不无争议,做法不一。

有观点认为:“转包合同、违法分包合同关系中的承包人主张权利应当以不突破合同相对性为基本原则;只有特定情况下以准许突破合同相对性作为补充。转承包人与发包人(业主)之间已经全面实际履行承包人与发包人(业主)签订的建设工程施工合同并形成事实上的权利义务关系时,转承包人事实上已经取代第一手的承包人与发包人形成合同关系,在这种情况下,应当准许转承包人以发包人为被告提起追索工程款的诉讼,人民法院可以追加转包人为共同被告。”<sup>①</sup>上述观点对突破合同相对性原则作了限缩解释,也对追加转包人的诉讼地位作了解释。

对此,笔者不能苟同。在理论研究领域和司法实务界,应承担连带责任和共同责任的当事人被追加至诉讼中,其诉讼地位为共同被告似乎成为主流倾向。但是,具有司法解释权的最高人民法院对此曾经动摇。在《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》征求意见稿中曾经规定:赔偿权利人未起诉的其他共同侵权人,在裁判文书中列为第三人。主要考虑是坚持“不告不理”的制度特征。但最终未能如此,主要是考虑追加为共同被告能够体现共同诉讼制度的特征。<sup>②</sup>本文认为,在“不告不理”制度与共同诉讼制度的权衡上,后者应当让位于前者。因为前者是诉讼制度的根本,是“私法自治”最核心、最本质的体现。“被告系原告命名”,共同诉讼制度对当事人处分权的干预当限于当事人是否必须参加诉讼,至于诉讼身份应服从于当事人的意思自治,遵从原告的命名。从当事人利益的救济与维护上看,当事人的称谓并不重要,过于苛求制度特征,未免有舍本逐末之嫌。

在连带责任情形下,如为贴合共同诉讼制度的特征,将原告未起诉的当事人列为第三人似乎有所不顺,但在非连带责任场合,遵从原告命名来

<sup>①</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第229页。

<sup>②</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第92页。

确定被追加当事人的诉讼地位便为理所当然。

于本文命题，实际施工人与发包人没有直接的法律关系，其向发包人主张权利源于《解释》第二十六条第二款之规定，因此发包人责任是一种法定责任。转包人或违法分包人与实际施工人存在合同关系，其承担的是直接的合同责任，该责任与发包人承担的责任不是基于同一因由，相对于发包人承担的法定责任而言，即就法定的权利义务关系，转包人或违法分包人与这种权利义务关系没有直接的关联性。在实际施工人不主张转包人或违法分包人承担责任的情况下，发包人应承担的责任具有明显的独立性，与转包人或违法分包人无涉。只是发包人实际上应否承担责任以及承担多少，案件的处理结果影响转包人或违法分包人与发包人以及实际施工人之间的利益关系，即影响他们相互之间债权是否存在及额度多少的确定。因此，在实际施工人不向转包人或违法分包人主张权利的情况下，追加的转包人或违法分包人其诉讼地位为第三人，更符合法律及法理对第三人的定位。

鉴于上述，笔者认为，追加至诉讼中的转包人或违法分包人因追加的主体不同其诉讼地位当有区别：实际施工人起诉发包人后又申请追加转包人或违法分包人参加诉讼的，追加的转包人或违法分包人应为共同被告；发包人申请追加的，其主体身份及其承担责任的法定性和独立性决定了申请追加的转包人或违法分包人其诉讼地位只能是第三人；人民法院依职权追加，依前文所作的论述，其目的就是为了查清案件事实，全面保护各方当事人利益。因此，依职权追加的转包人或者违法分包人，其诉讼地位亦为第三人。

有观点认为，实际施工人对发包人主张的权利，本质上是合同法上的代位权在建筑施工领域的具体体现。该观点正确与否，在此不作评价。<sup>①</sup>但由此想到《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（一）》第十六条之规定。该条一款规定：“债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。”笔者认为，《解释》第二十六条第二款规定的发包人的责任与上述规定的次债务人的责任类型较为相似。将两种责任相比较，在实际施工人仅向发包人主张权利的情况下，将转包人或违法分包人定位

<sup>①</sup> 肖乐新：《实际施工人权利保护若干问题探析》，载《人民法院报》2013年12月25日，第8版。

为第三人，也符合类似情况等同对待的原则。

### 三、关于发包人的责任与转包人或违法分包人应承担的责任有无关联问题

前文已述，发包人的责任是一种法定责任，这种法定性就是《解释》在特定的历史阶段为保护特定人（农民工）利益而专设的一种责任制度，是法律政策使然的结果。那么这种责任与转包人或违法分包人应承担的责任有无关联？实践中，有的主张发包人的责任是一种连带责任，有的则主张是一种补充责任。

前文已述，转包人或违法分包人应承担的责任与发包人应承担的责任是两种性质不同的责任，两种责任缺乏连带责任共同性的因素，而且《解释》对此种责任并未明文为连带责任，因此，作为连带责任也缺少法定性。

补充责任是侵权领域的一种责任形态当无异议，且是基于法定义务不履行行为与侵权行为竞合而发生。在合同关系范畴，一个与特定合同关系毫无关联的主体，非有法定事由，没有承担责任的余地，更谈不上补充责任。《解释》第二十六条第二款规定：实际施工人仅起诉发包人的，人民法院可以追加转包人或违法分包人为当事人。从该条规定的“可以追加”的内容来推定，转包人或违法分包人并不当然为案件当事人，在转包人或违法分包人不参加诉讼情况下，自然谈不上其责任承担，于此情形，又不影响发包人承担责任。可见，《解释》该条规定必定不是程序意义上的补充责任，也即发包人不享有先诉抗辩权。如果说是补充责任，也只是实体上也即特定份额的补充。但这种补充与侵权领域中承担补充责任以责任主体不履行法定义务为前提是不同的。笔者认为，就转包人或违法分包人对实际施工人应承担的责任，发包人没有当然承担的法理基础。

既然发包人应承担的责任非程序意义上的补充责任，因此，其承担责任并不以转包人或者违法分包人承担责任为前提。在具体案件处理当中，即使实际施工人明确表示不向转包人或者违法分包人主张权利，也不影响其向发包人主张权利。不过，转包人或违法分包人拖欠实际施工人工程款则是发包人承担责任的先决条件。

### 四、关于发包人承担责任的情形限定问题

《解释》第二十六条第二款是在坚持合同相对性原则的前提下所作的



突破当无异议。但笔者认为，这种突破有两个弊端：一是对民事权利制度体系构成了冲击，使代位权制度在转包和违法分包建设工程领域没有存在意义。如果强调特殊群体利益，不管在何领域，动辄作出如此规定，则代位权制度便如同虚设。同时我们会发现，《解释》将合同有效与否作为发包人是否承担责任的分界线在法理上存在难于逾越的鸿沟，因为合同有效与否债的相对人没有变。二是会损害发包人的利益。在承包人对发包人的工程款债权尚未到期的情况下，如适用《解释》第二十六条第二款，虽保护了实际施工人的利益，但却严重地侵犯了发包人的利益。事实上，司法实践中扩大适用《解释》第二十六条第二款适用范围侵害发包人利益的问题的确突出，也引起了司法解释起草部门的高度重视。2011年《全国民事审判会议纪要》征求意见稿第49条规定：“人民法院在受理建设工程施工合同纠纷时，不能随意扩大《解释》第二十六条第二款的适用范围，实际施工人原则上不能突破合同相对性以与其没有合同关系的转包人、违法分包人、总承包人、发包人为被告提起民事诉讼。只有在实际施工人的相对人主体资格灭失、下落不明、资信状况恶化等确实丧失支付能力，且与其没有合同关系的转包人、违法分包人、总承包人、分包人欠付工程款数额较大的情况下，为保护实际施工人雇佣的农民工的合法权益，才能将转包人、违法分包人、总承包人、发包人等追加为当事人，且发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”应当说，上述意见同《解释》第二十六条相比较，在适用上作了较多的限制，但最终出台的会议纪要并未采用。笔者认为，随着建筑市场的不断规范，通过市场机制的自我调整，结合必要的行政手段，农民工的利益的保护将不再是敏感的突出的社会性问题，《解释》第二十六条第二款退出历史舞台是迟早的事情。

在《解释》第二十六条第二款尚在适用的状况下，对发包人承担责任的情形作出严格的限定是必要的。从目前的状况看，至少应把握以下两点：

第一，发包人承担责任必须限定在合同无效的情形。有观点认为，实际施工人在法律层面，首次出现在《解释》当中，具体体现在《解释》第一条、第四条、第二十五条、第二十六条。从上述条文表述可以看出，实

际施工人仅存在于合同无效情形。<sup>①</sup> 该观点有相对权威的司法解释<sup>②</sup>作依据。该解释认为,《解释》第四条、第二十五条、第二十六条中的实际施工人与合同法中的施工人是不同的,指的是无效合同中的承包人。从《解释》有关条款的内容看,笔者赞同上述观点。

第二,发包人承担责任必须以保护提供劳务的施工人利益为限。最高人民法院就《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》答记者问第十一个问题明确指出,“《解释》第二十六条规定是为了保护农民工的合法权益作出的规定。”因此,发包人向实际施工人承担责任必须以保护农民工利益为前提。如果实际施工人不涉及农民工利益问题,则不能适用《解释》第二十六条第二款。比如,工程承包人将工程的钢梁制作安装部分未经发包人同意转包或违法分包给某个专业机械厂,于此情形,与农民工利益无涉,因此,机械厂向发包人主张工程款不能适用《解释》第二十六条第二款。但是提供劳务的施工人不仅包括农民工,也包括城镇居民。因此,笔者认为,发包人承担责任的范围应包括所有提供劳务的施工人。

在此需要指出,本文前已提及的观点认为,适用《解释》第二十六条第二款仅限于“转承包人与发包人(业主)之间已经全面实际履行承包人与发包人(业主)签订的建设工程施工合同并形成事实上的权利义务关系,转承包人事实上已经取代第一手承包人与发包人形成合同关系”。前述最高人民法院负责人答记者问也作出与此基本一致的表述。该观点中“全面实际履行”、“取代第一手承包人”、“形成合同关系”易于产生歧义。全面实际履行是单方(实际施工人履行施工义务),还是双方(实际施工人履行施工义务、发包人支付工程款)?取代第一手承包人是否意味着合同主体作了变更?形成合同关系,是指原合同关系主体作了变更,还是形成了新的合同关系;如是原合同主体作了变更,合同内容是发包人与承包人之间的合同内容,还是承包人与转承包人之间的合同内容?按照上述表述,如果说实际施工人与发包人建立了建设工程施工合同关系,那么,实际施工人向发包人主张权利便不存在合同相对性突破问题。而且,

<sup>①</sup> 张大为:《实际施工人向发包人主张权利的尺度》,载《人民法院报》2013年12月11日,第8版。

<sup>②</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第218页。

按照此观点进行推演，实际施工人履行的是发包人与承包人之间的合同内容，据此发包人应按其与承包人签订的合同约定向实际施工人支付工程款。这一结论显然与当事人的主观意图不符，即实际施工人是按照其与承包人签订的合同约定主张工程款。笔者认为，《解释》的本意不是如此，上述表述的主旨也非如此，而是意在阐明合同相对性的突破应掌控的度，这个度的核心点就是因为实际施工人完成了应由转包人或违法分包人应完成的施工内容。倘若如此，上述提及的观点及最高法院负责人答记者问的表述当予以修正为宜。

从建筑施工领域的实际情况看，转包或违法分包常常存在三种情形：第一种情况是发包人对转包或违法分包知情，履行上发包人向实际施工人支付了部分工程款，或者向转包人或违法分包人支付了一部分工程款，也向实际施工人支付部分工程款；第二种情形是发包人对转包或违法分包知情，但履行上仍然针对转包人或违法分包人；第三种情况是发包人对转包或者违法分包并不知情，履行上发包人针对转包人或者违法分包人，再由转包人或者违法分包人针对实际施工人。笔者认为，上述第二、三种情形均不能认定发包人与实际施工人形成了建设工程施工合同关系，因为发包人与实际施工人没有主客观一致的合意。第一种情况只有在形成直接的结算关系或构成债的加入情况下，方能认定实际施工人与发包人形成了合同关系（容后述），但这种合同关系并非前述观点意义上的建设工程施工合同关系。因此，以实际施工人与发包人形成了建设工程施工合同关系作为发包人承担责任的理由与建筑施工领域实际情况也不符。上述三种情形如果涉及提供劳务分包的施工人利益，在《解释》第二十六条第二款尚在适用情况下，均不应排除在适用范畴。

如果为了进一步衡平发包人与实际施工人的利益，向毫无过错的发包人利益倾斜，对发包人就转包或违法分包不知情的情形，不妨排除在《解释》第二十六条第二款之外。

## 五、关于发包人对实际施工人承担责任的其他依据问题

审判实务表明，发包人对实际施工人承担责任除依据《解释》第二十六条第二款外，还存在其他情形。一种情形是：合同履行当中，转包人或者违法分包人从来没有向实际施工人支付工程款，而是由发包人按照施工进度向实际施工人支付工程款，发包人与实际施工人形成了直接的结算关

系。另一种情形是：发包人在向转包人或违法分包人支付工程款同时也向实际施工人支付工程款。

关于第一种情形，即实际施工人与发包人形成直接的结算关系应作为发包人承担责任的依据。《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）》第二条规定：“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意思的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一款的‘其他形式’订立的合同。但法律另有规定除外。”根据该规定，此种情形应当认定发包人与实际施工人之间建立了合同权利义务关系，即双方就工程款的给付形成了合同关系。

关于第二种情形，发包人的行为若构成债的加入则应承担责任的加入。即发包人与实际施工人原本没有直接的权利义务关系，而是通过自身支付工程款的行为表明其愿与转包人或者违法分包人共同承担支付工程款的义务。

在此值得一提的是，发包人与实际施工人形成结算关系及构成债的加入的认定，应当慎重，因为发包人基于自身利益考量，不愿意自己名下的工程项目被转包或违法分包，多数情况是不知情，转包或违法分包后实际施工人履约能力降低，会直接损害发包人利益，发包人不知情的情况下不适用以下结论。

还需要指出的是，依据《解释》第二十六条第二款，发包人应承担责任的，与实际施工人形成了直接的结算关系或构成债的加入发包人亦应承担责任的，两者并存时，以何种理由主张权利，实际施工人享有选择权。但两者责任性质不同，后果不同，判令发包人承担责任不能将两种理由同时并用。

## 六、关于发包人承担责任的标准问题

在工程转包和违法分包情况下，发包人与转包人或违法分包人之间签订了建设工程施工合同，转包人或违法分包人与实际施工人之间也签订了建设工程施工合同。前后合同就同一工程内容工程造价的计价标准或计价方法约定往往是不同的。多数情况下，后者低于前者。实践中有观点认为，如后者低于或等于前者，则按后者约定的计价标准确定工程价款；如后者高于前者，则应按照前者标准计算。之所以作如此考虑，一是因为发包人承担的是替代责任，在转包人或违法分包人与实际施工人约定的标准

过高情况下，按此标准计算工程价款对发包人不公平；二是为了防止实际施工人利用《解释》第二十六条第二款之规定，与转包人或违法分包人恶意串通损害发包人利益。笔者认为，这种观点系思维误区所致。因为发包人承担的责任范围是在拖欠转包人或违法分包人的工程价款范围内，发包人拖欠的数额是依据其与转包人或违法分包人合同约定的标准计算的，因此，无论转包人或违法分包人与实际施工人约定的计价标准高与低，均不影响发包人承担的责任份额，都损害不了发包人的利益。发包人最终会在依约应支付给转包人或违法分包人的工程款当中摊销其支付给实际施工人的部分。如实际施工人与转包人或违法分包人恶意串通虚增工程价款，最终受损的是转包人或违法分包人。

在发包人与实际施工人形成事实上结算关系的情况下，实际施工人如据此向发包人主张权利的，则此时发包人的责任性质已非《解释》第二十六条第二款意义上发包人责任，发包人的责任承担无须考虑其是否拖欠转包人或者违法分包人的工程款。如发包人与实际施工人就结算标准形成一致意见的，按形成的标准确定。反之，则按转包人或违法分包人与实际施工人约定的标准计算工程价款，即使该标准高于发包人与转包人或违法分包人约定的标准，亦应如此。因为计价标准来源于转包人或者违法分包人与实际施工人之间的约定，在发包人与实际施工人没有重新作出约定的情况下，发包人就工程价款的自行给付行为，不仅意味着其愿意承担给付责任，也意味着接受给付的标准。反之，对实际施工人不公。债的加入情形，发包人依实际施工人与转包人或违法分包人合同约定的计算标准承担责任。

通过前文的充分研讨，《解释》的不足比较明显，影响了执法的统一。为此，笔者对《解释》第二十六条提出修改建议如下：

关于当事人的追加：实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为当事人。但发包人、转包人或者违法分包人、实际施工人就相互之间欠付的工程价款没有异议的除外。

关于追加的当事人诉讼地位：实际施工人申请追加的，转包人或者违法分包人的诉讼地位为被告；发包人申请追加的，转包人或者违法分包人的诉讼地位为第三人；人民法院依职权追加的，转包人或者违法分包人的诉讼地位为第三人。

关于发包人承担责任的独立性：实际施工人不向转包人或者违法分包

人主张权利的，不影响发包人承担责任。

关于发包人承担责任的情形限定：依法转包、分包建设工程，施工人向发包人主张权利的，不适用本《解释》第二十六条。

发包人对实际施工人承担责任以保护提供劳务的施工人利益为限。

关于发包人承担责任的范围：发包人只在欠付转包人或者违法分包人工程价款的范围内对实际施工人承担责任。

关于实际施工人请求权的选择：实际施工人有权选择依照本《解释》第二十六条要求发包人承担责任或者依照其他法律要求其承担合同责任。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【涉农专题】

# 农村家庭承包经营土地上权利结构分析

——以“三权分置”为视角

王丹\*

伴随着我国工业化、信息化、城镇化和农业现代化进程，农村劳动力大量转移，农户承包土地的经营权流转明显加快。如何既稳定农村土地承包关系长久不变，赋予农民长期而有保障的土地使用权，又切实实现农民土地承包经营权的财产性权益，优化土地资源配置，成为理论和实践中迫切需要解决的问题。党的十八届三中全会明确提出，稳定农村土地承包关系并保持长久不变，坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。2014年中央1号文件更是进一步明确了集体土地的“三权分置”，即落实农村土地集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权。这为农村土地承包经营权的流转提供了政策支持。但对于集体所有权的实现形式，尤其是承包权和经营权的具体权利内容以及集体所有权、农户承包权、土地经营权在土地流转中的相互权利关系问题，尚需要理论的分析 and 界定。笔者拟结合中央有关农村土地问题的最新政策规定，就三种权利的内容和相互关系进行剖析，以抛砖引玉。

### 一、关于集体所有权的问题

首先，从集体所有权的本质属性看。集体所有权是集体所有制关系在

\* 最高人民法院民一庭法官。

法律上的能动反映。一般认为,集体所有制是指一定社会范围的人群共同体或劳动群众在协作和对土地及靠劳动本身生产的生产资料共同占有基础上的所有制。由此决定了集体所有权是全体集体成员直接享有的所有权,是集体成员对集体生产资料不可分割地共同占有基础上的所有权,是把集体成员的共同意志和利益同集体成员的个人意志和利益有机统一的所有权。<sup>①</sup>“集体所有权是指一定团体或社区在其成员平等、民主基础上形成集体共同意志,对其财产进行占有、使用、收益和处分的权利。”<sup>②</sup>集体所有权研究中最主要的是所有权主体问题。长期以来,我国集体所有制的实践尤其是法学研究上,对集体所有权主体存在模糊认识,所有权主体存在虚化的问题。有观点认为集体所有权的主体是村集体经济组织,这种观点实际上把村集体经济组织作为一个独立于全体村民的主体,像公司独立于股东一样,不能体现集体所有制的性质;也有观点认为集体财产由全体成员共同共有,这也被人批评为私有化倾向,因为如果是共有,按照共有的基本理论,最终仍会涉及分割的问题,但集体财产尤其土地是不能分割的。“集体所有权的主体不一定由直接劳动者构成,也未必是法人组织。”<sup>③</sup>物权法第五十九条规定,农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。从而在法律上第一次明确了集体所有权的主体为“成员集体”。“成员集体”不是一个独立于全体成员的法人单位,其作为抽象化出的所有权主体,仅具有形式上的意义。当然,这个成员集体是一个有机体,其内部成员因生老病死、婚丧嫁娶,时刻处于变动中。在内部,成员集体是由全体成员组成的,但其对集体财产的所有又不同于多数人的共同共有。这里,全体成员仅具有抽象的统一支配权,只有当全体成员结合为集体,处于集体之中,与集体共存在时,才能享有所有权。因此,集体所有权的行使须体现全体成员的共同意志和利益要求,在民主议定基础上形成“成员集体”这个所有权主体的意志。对此,物权法第五十九条第二款和村民委员会组织法第二十四条均规定重大事项须经村民会议或村民代表大会讨论决定。而按照物权法的规定,村集体经济组织或者村民委员会只是代表集体行使所有权,也即,村集体经济组织或村民委员会只是代行所有权职

<sup>①</sup> 韩松:《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》,陕西师范大学出版社2000年版,第61页。

<sup>②</sup> 史际春:《集体所有权的概念》,载《法律科学》1991年第6期。

<sup>③</sup> 同上。



能，是所有集体成员共同决定形成的“成员集体”意思表示的一个表达机构。

其次，从我国农村集体所有制的历史演进看。众所周知，我国农村集体所有制的实践深受前苏联集体所有制理论的影响，集体所有制在我国的建立，是通过对个体所有制进行社会主义改造、并以农业合作化的方式实现的。其最初的实现形式为人民公社体制，即全体成员集体劳动，统一核算，按劳分配。安徽小岗村“包产到户”的改革拉开了农村集体经济改革的序幕。高度集中的经营管理体制转向家庭分散经营的管理体制，最终确立了目前的家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。“把集体所有制经济简单地归纳为生产资料属劳动群众集体所有，实行共同劳动和按劳分配的社会主义公有制形式，尽管历史上农村的人民公社和城市的大集体企业都试图实现这一定义，但事实表明，我国并未出现完全满足上述定义的集体经济组织。”<sup>①</sup> 实践表明，集体所有制的实现并非千篇一律地采用共同劳动和按劳分配一种形式，而必须以生产力水平为依据，“一大二公”还是家庭承包，只是集体所有制的实现方式不同而已。

再次，从所有权的权能角度看。民法理论上一般将所有权的权能概括为积极权能和消极权能两个方面。积极权能包括占有、使用、收益和处分权能。消极权能主要指所有权主体排除他人干涉所有权行使的权能。“无论所有权的积极权能还是消极权能，他们都不过是所有权的主要权能而非全部权能。”<sup>②</sup> 集体所有权主体如何实现对财产的支配是极为复杂的过程，首先就有一个组织管理的问题，其次还有一个确保集体成员如何享受利益的问题。因此，集体所有权的权能不仅指对集体财产的占有、使用、收益和处分，并排除他人干涉的权能，而且包括管理权能和受益权能。<sup>③</sup> 如前所述，集体所有权的主体是一个抽象化的成员集体，其本身无法实现对财产的直接占有、使用、收益和处分，必须由其成员通过某种方式具体实现。而农户承包本集体土地并享受利益，恰恰是集体所有权管理权能和受益权能的具体体现。因为从最终目的上讲，集体的作用正是通过对集体财产的管理以使全体集体成员受益。而以集体劳动、按劳分配为管理方式还

① 汪海粟：《社区合作经济论》，经济科学出版社1996年版，第74页。

② 梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社1998年版，第258页。

③ 韩松：《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》，陕西师范大学出版社2000年版，第97页。

是以成员分别“享有自己的一亩三分地”为管理方式，并无本质区别。“在所有权越来越观念化之今日，土地所有权已逐渐变为永久之地租收取权”<sup>①</sup>则集体土地所有权以农户之永久承包权的方式存在似并无不可。

综上，笔者认为，集体所有权与农户承包权是本质与现象的关系，农户承包权是集体所有权的实现方式。在针对集体所有权时，全体成员必须结合为一个成员集体才能统一享有所有权，每个单个成员对集体财产并非享有碎片化的所有权，也无权请求对集体财产进行分割；但在如何具体实现对集体财产的管理和受益时，我们采取了农户承包的方式，由每个农户承包集体的一块土地，也即农户的承包权是其作为成员集体的一分子实现所有权的形式。

## 二、关于农户承包权的问题

2014年中央1号文件将原来笼统讲的承包经营权分解为承包权和经营权，但对于这两个权利的具体内容、权利性质以及与原有承包经营权的关系并未明确。

从我国家庭联产承包责任制的历史演进看，农户承包权最初的目的实际上是一种资格的体现，正如农村土地承包法第五条规定的，农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地。任何组织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利。为了进一步从法律上解决所有权主体虚化的问题，物权法用传统的用益物权理论对这个承包的资格进行了改造，明确土地承包经营权为一种用益物权。但是，承包经营权中的承包权利实际上并不具有用益物权的主要特点，表现在：（1）从设立上看。传统的用益物权主要是通过合同的方式自愿设立，而土地承包经营权的设立具有强制性，也就是说，只要具备农村集体经济组织的成员资格，发包方就必须与之订立承包合同；（2）从存在的期限性上看。近代用益物权之理论构造，系与近代所有权之构造相对应，亦即用益物权系在承认所有权之完全性、整体性与恒久性前提下构成之。所有权具有完全性，但用益物权需具有异质优越性之需求，因之，需为定限性与有期性，否则将有害于所有权之完全性与弹性性。<sup>②</sup>而对于承包权而言，虽然农村土地承包法和物权法均规定了耕地、林地、草地的具体承包期

<sup>①</sup> 谢在全：《民法物权论（中册）》，中国政法大学出版社2011年版，第444页。

<sup>②</sup> 谢在全：《民法物权论（中册）》，中国政法大学出版社2011年版，第425页。

限，似具有用益物权的期限性特征，但物权法第一百二十六条第二款又规定，前款规定的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。而自党的十七届三中全会明确提出“现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”以来，国家有关规定中多次要求“承包关系长久不变”，这实际上赋予了承包权的无期限性，而这种无期限性正是目前转让的最大障碍，因为农户虽然名义上转让的是用益物权，但由于该权利实际上没有期限，导致所有权无法回弹，等于转让了土地的所有权。(3)从消灭的方式看。传统用益物权消灭原因主要有存续期间届满、权利人抛弃、未按约定支付对价以及改变约定用途等。而对于承包权而言，如上所述，只要具有集体成员资格，承包权即保持长久不变，原则上不存在存续期间届满承包权消灭的情况；同时，根据农村土地承包法的规定，除了极特殊情况<sup>①</sup>，即便承包人对承包地用于非农建设、对土地造成永久性损害，或者弃耕撂荒的，<sup>②</sup>承包期内，发包方也不得收回和调整承包地，而且承包权的取得是无偿的，因此，也不存在未按约定支付对价或改变约定用途导致承包权消灭的情形。综上所述，原来承包经营权虽设计为用益物权，但其首要作用不是发挥土地的使用效能，而是为了实现广大农民“耕者有其田”的理想，是为了赋予农民长期而有保障的土地使用权，更侧重于体现其中的承包权利色彩，而承包权与传统的用益物权实际上存在较大差别。我们如果承认单纯的承包权为用益物权，则该权利不仅无期限而且几乎无任何终止事由，有损于所有权的完整，已经完全不同于用益物权的理论构造。笔者认为，所谓用益物权，主要目的是为了实现对物的利用，以解决所有和利用相分离的问题，以往之所以将承包和经营连在一起，主要是因为原有小农经济条件下，农村市场化极不发达，土地流转少，一家一户家庭承包后，绝大多数是直接进行经营，当然地认为承包和经营是一体的，承包经营权权利内容较为单一。但目前客观实际情况已经发生变化，随着城镇化发展，农村剩余劳动力转移加快，尤其是农业现代化需要适度的规模经

① 根据农村土地承包法第二十六条规定，发包方有权收回承包地的情形只有一种，即承包期内，承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的。根据农村土地承包法第二十七条规定，发包方有权对个别农户调整承包地的情形也只有一种，即承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形。

② 农村土地承包法第六十条规定，承包方违法将承包地用于非农建设的，由县级以上地方人民政府有关行政主管部门依法予以处罚。承包方给承包地造成永久性损害的，发包方有权制止，并有权要求承包方赔偿由此造成的损失。

济,小农经济已经不能满足生产力发展需要,承包户不一定有能力、有意愿实际经营,其完全可以通过其他方式实现承包的利益。由此,承包经营权的权利内容和边界亦需要丰富和扩展,从前述第一点分析看,农户的承包权实际上是集体所有权的实现方式,是集体所有权的管理权能和受益权能的体现,是解决集体所有权虚化问题的一种现实路径,农户之所以有承包权是其作为成员集体这个所有权主体中的一分子而实现其相关权益的形式。农户的承包权更多地不是用益物权的性质而是所有权的体现。而承包经营权中的经营,包括了占有、使用、收益的全部内容,这恰恰是用益物权最本质的特征。也即目前的土地承包经营权,已渐渐偏离最初设立的本意,原是以保障承包为目的,现在则须以经营为核心。2014年中央1号文件提出,要稳定农户的承包权,正是考虑到了农户承包权的上述特点。《国务院办公厅关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》中也明确,该类市场以农户承包土地的经营权为主,不涉及农村集体土地所有权和依法以家庭承包方式承包的集体土地承包权。

综上,笔者认为,农户承包权是集体土地所有权的实现方式。稳定农户承包权,根本上是为了保障集体所有权。享有集体所有权的实现方式之一就是可以承包本集体经济组织的土地,就如同可以分配经济收益一样。承包权最本质的特征在于其为一种资格,该权利无法转让。因此,目前应以强化农户承包权的方式具体实现集体所有权,同时,也只有承认承包权的长久不变,才是对农户的最大激励,也是推动土地经营权流转的前提和基础。按照中央要求,在集体产权制度改革试点的基础上,需要推动相关法律法规的修改,包括土地管理法、农村土地承包法,甚至物权法。为此,笔者建议,在物权法中可以将承包权放在集体所有权项下,作为集体所有权实现方式加以规定,而原来土地承包经营权中的“承包”去掉后,即可作为用益物权的一种。

### 三、关于土地经营权的问题

土地经营权是2014年中央1号文件新提出的一种权利,也是本轮农村土地制度改革要解决的核心问题。对该权利具体如何定性,尚存有争议。有观点认为,基于物权法定原则,在物权法没有明确规定的情况下,该权利应为债权,类似于租赁权。笔者认为,该权利应为物权性质的权利,具体应属于用益物权。理由是:(1)从该权利的具体内容看。如上点所述,

经营权包括了占有、使用和收益的全部内容，具备用益物权的基本特征；（2）从需要保护的地位看。一般来讲，物权的保护力度要比债权的保护力度大，法律之所以将某种权利从债权上升到法定的物权，与该国的历史传统、社会政治经济状况、国民习惯以及法律文化等密切相关。“用益物权之起源甚早，其种类及内容因历史传统、国情地域之不同而异趣，深具固有法色彩。唯其发展大抵在补不动产债权型态用益权之不足，并强化用益权之效果。”<sup>①</sup>从我国目前农业发展状况看，随着社会主义市场经济的发展，土地作为生产要素，越来越需要通过市场进行优化资源配置，以提高农业生产效率，因此在稳定承包权的前提下，保护经营权人的利益，使其安心投入，发展农业生产，对其获得的权利进行物权性的保护尤为必要。《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》中也专门提出，要“保护流入方的土地经营权益。”（3）从该权利与承包权的关系看。如上所述，承包权更多的体现了一种资格，其本身与传统用益物权大异其趣。农村家庭承包经营的土地上需要一个用益物权。而与承包权分离后，经营权恰好能承担此项功能；（4）从改革的必要性看。中央相关政策文件明确经营权可以流转本身即是对其物权化性质的一种认可。按照传统用益物权的理论，作为用益物权人，可以自己不占有、使用标的物，而由他人经营，即通过债权方式设立租赁权解决。现有法律中已有转包、出租等债权方式，无须另设经营权解决承包和经营相分离的问题。否则，我们的农村土地制度改革也失去了必要性和存在的意义。而且将经营权确定为物权也更有利于推动经营权的流转和担保。

如上所述，物权法中的土地承包经营权原来更侧重表达承包权之意，并认为承包权与经营权是必然结合在一起的，但市场经济条件下，土地作为生产要素，需要进行优化配置。“三权分置”是解决公有制、农民权利和市场经济三者关系现实可行的办法。对农村土地制度改革，中央确定了“三条底线”，即公有制性质不能改变、耕地红线不能突破、农民权益不能受损。在这“三条底线”中，保护农民权益与保护公有制放到了同等重要的地位，因此，在权利配置上，我们也应将农户的承包权放到与集体所有权同等的地位，而经营权更类似于传统的用益物权。按照传统的用益物权理论，用益物权是有期限性的，可以是当事人约定，也可以是法定。如果

<sup>①</sup> 谢在全：《民法物权论（中册）》，中国政法大学出版社2011年版，第426页。

按照农村土地承包法的规定,将耕地经营权定为30年,则经营权转让后,受让人取得的只是30年的占有、使用和收益权,30年后,权利期间届满,用益物权消灭,土地仍可以回到农户手里。彼时,农户可以根据个人意愿,重新设定新的经营权。这样既解决了土地流转、规模经营的问题,保障了流入方的利益,同时也实现了农民的财产性权益,并使农民不至于因此“失地”。如此,放活经营权则无法理上和实践中的障碍。

笔者认为,推动经营权流转的主要目的或思路有二:(1)发展适度规模经营,以提高农业生产效率,保障国家粮食安全,并为城镇化发展夯实基础;(2)拓宽农民融资渠道,扩大农民的财产性权益,为社会经济良性发展提供助力。为此,需要强调的是:(1)赋予经营权以独立的用益物权地位,始能放活经营权,推动经营权的流转,此为发展农业适度规模经营、实现农业现代化的必由之路;(2)根据中央政策要求,经营权的流转需谨慎推进。笔者认为,这其中至少有如下问题需要注意:(1)明晰产权。产权明晰是市场交易的前提。经营权的流转要以土地承包经营权的确权登记颁证工作为基础,只有将经营权纳入统一的不动产登记中,才能确保其顺畅流转。物权法之所以在土地承包经营权的变动上未采用登记生效要件主义,主要是基于现实国情的考虑,由于实践中大部分土地承包经营权未登记颁证,而且在严格限制土地承包经营权流转的情况下,登记颁证现实意义并不明显。但在目前农村土地制度改革的新条件下,笔者认为,经营权的物权变动模式应逐步过渡到登记生效要件主义,否则将有碍于经营权的流转,尤其是抵押担保。(2)须定有期限。根据中央的政策规定,流转的只是经营权,不包括承包权。因此,应对经营权定有期限,始符合用益物权之特征。(3)规模经营要适度。十八届三中全会、2014年中央1号文件和2015年中央1号文件中,均强调家庭经营仍具有基础性地位,因此在处理经营权流转的纠纷中,要把握流转规模的适度,而非完全工业化的大生产。对于受让方,从国务院近期先后出台的《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》和《国务院办公厅关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》两个政策规定对比看,国家对经营权的流转也出现一定程度的变化,前一个意见中对经营权流转要求“原则上,须在集体经济组织内部,且须经发包方同意”,而后一个意见中虽然规定农村产权流转交易市场中流转的主要为经营权,但同时又规定,除宅基地使用权、农民住房财产权和农户持有的集体资产股权外,受让方原

则上没有限制。由此可以反推出，经营权的流转，受让方或者抵押权人原则上不受限制。但仍须严格限制工商资本长时间、大面积对经营权的控制。2015年中央1号文件也提出，尽快制定工商资本租赁农地的准入和监管办法，严禁擅自改变农业用途。(4)严格的用途管制。这也是此次农村土地制度改革，中央确定的“三条底线”之一，也就是说，不管是作为受让方还是抵押权人实现抵押权后，其对土地的利用都不得改变土地的农业用途。从民事角度看，借鉴传统用益物权消灭的事由，如受让人改变农业用途的，可以赋予集体经济组织或承包人终止用益物权、收回土地的权利。问题是在土地已经流转或抵押权人实现抵押权后，改变农业用途的，转让方或抵押人基于各种原因可能不再关心流转后的土地是否用于农业用途，这就不能单靠民事法律来解决，而需要政府相关部门的有力监管。

农村土地制度的改革是此轮深化改革的重点和难点，涉及能否实现农业现代化和国家的长治久安，而明晰产权则是土地制度改革的核心。党的十八届三中全会和2014年、2015年中央1号文件对农村集体土地产权制度提出了一系列总体设计，农业部等相关部门也在积极地推动相关试点工作，对中央提出的集体所有权、农户承包权和土地经营权在土地流转中的相互权利关系和具体实现形式进行法理上的探究和厘清，已经是现实的迫切要求，也必将有助于改革在法治的轨道上稳步推进。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【未成年人保护专题】

# 《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》解读

张颖新\* 方芳\*\*

### 一、起草背景及过程

近年来,我国出台了一系列保护未成年人的法律法规和政策措施,未成年人权益保护工作取得了积极成效。但是,侵害未成年人权益的违法犯罪行为仍然时有发生,媒体不断报道的侵害未成年人犯罪特别是监护人侵害未成年人的案件,如“南京饿死女童案”、“深圳父亲教训儿子致死案”、“福建莆田‘饮料男孩’案”等,令人痛心,引发社会强烈关注。中央领导对此高度重视,多次作出重要批示,要求坚决避免冲击社会道德和心理底线的事件发生。最高人民法院院领导、民政部部领导也分别批示要求切实做好未成年人的保护工作。

监护人严重侵害未成年人权益的极端事件,反映出未成年人家庭监护存在很多问题,暴露出我国在未成年人保护法律法规及监管力度上存在缺失。发生严重事件的原因有很多。首先是时代矛盾的折射和反映。当前,我国正处于发展的重要战略机遇期,又处于社会矛盾凸显期,市场化、信息化、城镇化加速发展,社会问题和矛盾必然要反映到家庭中,出现了大量留守儿童缺少父母关爱,一些贫困家庭缺乏养育子女的能力,少数有吸

\* 最高人民法院民一庭高级法官。

\*\* 最高人民法院研究室少年法庭工作办公室副主任。



毒、酗酒恶习的父母甚至虐待子女等问题。第二是传统观念的制约。传统观念认为，孩子是父母的，父母殴打孩子是家务事，外人不便干预。而随着家庭户规模的不断缩小，原来大家庭亲属之间相互扶助的能力降低，因此，受到家庭监护侵害的孩子经常难以得到有效救济。第三是立法比较原则。民法通则、未成年人保护法都规定，人民法院可以根据“有关人员或者单位”的申请，撤销监护人资格，但没有对申请人资格、可以撤销监护人资格的情形作出细化规定。第四是司法解释规定不够具体。司法解释没有明确申请人的资格和诉讼程序，对“不履行监护职责、侵害未成年人权益”等法律规定没有进一步具体化。第五是行政机关没有可操作性的规定。政府没有明确各职能部门在介入未成年人家庭监护侵害方面的职责、分工等。以上种种，致使相关法律规定难以落实。

在这样的背景下，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部经共同研究，一致认为司法机关和行政机关应当积极作为，加强未成年人保护机制的顶层设计，建立儿童监护的行政干预和司法裁判衔接的工作机制，依法处理监护侵害行为，确保未成年人得到妥善的监护照料。2013年12月，四部门启动了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》（以下简称《意见》）的起草工作。《意见》经过充分调研论证，广泛征求意见，得到了各有关部门的认可和支 持，特别是得到了全国人大内司委、全国人大常委会法工委、国务院妇儿工委等中央单位的肯定，于2014年12月23日正式发布，自2015年1月1日起实施。

《意见》确立了司法机关和行政机关在未成年人保护方面分工明确、密切配合的原则，积极探索了我国未成年人国家监护制度，以切实解决实践中难题为目标，以有利于各部门操作为原则，对各项制度、机制都进行了非常明确的设计和规定。《意见》对于全面维护未成年人合法权益，促进未成年人健康成长，必将发挥重要作用，产生深远影响。

## 二、基本原则和主要内容

《意见》根据法律规定和立法精神，结合未成年人受到家庭监护侵害后发现难、起诉难、审理难、安置难等实际问题，对有关未成年人监护问题作出了具体规定，进一步细化了未成年人保护法、民法通则等相关法律规定，明确了行政机关、司法机关的工作程序和工作内容。

起草《意见》时，我们着重把握以下原则：

### 1. 坚持未成年人最大利益原则

《意见》在各项制度设计方面，都充分考虑到未成年人身心特点并尊重未成年人意愿。

### 2. 坚持制度创新原则

在符合立法精神的前提下，《意见》对未成年人保护工作进行了前瞻性的设计，规定了公安机关在紧急情况下的带离制度，民政部门的临时监护制度，人民法院作出人身安全保护裁定的程序和内容，当事人申请恢复监护人资格的程序，以及检察机关起诉虐待罪和监督制度等。

### 3. 坚持撤销监护人资格严谨慎重的原则

《意见》列举了撤销监护人资格的七种严重情形，并规定当事人在一年内还可以申请恢复监护人资格，目的就是尽量减少撤销监护人资格的数量，尽可能地维护亲情，促使未成年人回归家庭。

### 4. 坚持部门间衔接配合原则

《意见》明确了公安、民政、检察院、法院各部门的职责和工作衔接方式，建立多部门分工明确、紧密衔接的工作机制。

### 5. 坚持社会力量参与原则

《意见》在发现报告、调查评估、监护指导、提起诉讼、案件审理、回访考察等方面，都积极引导和鼓励社会力量共同参与。

《意见》分为五个部分，共44条。

第一部分为“一般规定”，界定了监护侵害行为的内容，规定了四部门的工作原则和工作任务。

第二部分为“报告和处置”，规定了有关单位和个人发现监护侵害行为的举报义务；对公安机关受理举报、出警处置等工作提出具体要求，明确了紧急情况下公安机关可以将未成年人带离监护人的制度。

第三部分为“临时安置和人身安全保护裁定”，明确了未成年人救助保护机构应当接受公安机关护送来的受监护侵害的未成年人以及临时监护的具体职责，并对人身安全保护裁定的申请、受理、执行等作出规定。

第四部分为“申请撤销监护人资格诉讼”，规定了诉讼主体资格、证据材料提供以及管辖法院。

第五部分为“撤销监护人资格案件审理和判后安置”，规定了法院审理程序、撤销监护人资格的具体情形、指定监护人的要求以及申请恢复监护人资格的条件等，规定了法院在没有其他合适人员和单位担任指定监护

人的情况下，应当判决民政部门担任监护人，明确了民政部门的兜底责任。

### 三、逐条说明

#### （一）一般规定

1. 本意见所称监护侵害行为，是指父母或者其他监护人（以下简称监护人）性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，以及不履行监护职责严重危害未成年人身心健康等行为。

说明：本条界定监护侵害行为的概念，明确了未成年人保护法第五十三条、民法通则第十六条关于“不履行监护职责、侵害未成年人权益”的规定，《意见》第35条有更具体的规定。

有意见认为，应当将“严重忽视”的情形列为监护侵害行为。经研究，我们认为，“严重忽视”的情形可以被“不履行监护职责”的内容所包含，无须单独规定。

2. 处理监护侵害行为，应当遵循未成年人最大利益原则，充分考虑未成年人身心特点和人格尊严，给予未成年人特殊、优先保护。

说明：本条根据儿童权利公约第三条，未成年人保护法第三条的规定，明确提出了“未成年人最大利益”原则。

3. 对于监护侵害行为，任何组织和个人都有权劝阻、制止或者举报。

公安机关应当采取措施，及时制止在工作中发现以及单位、个人举报的监护侵害行为，情况紧急时将未成年人带离监护人。

民政部门应当设立未成年人救助保护机构（包括救助管理站、未成年人救助保护中心），对因受到监护侵害进入机构的未成年人承担临时监护责任，必要时向人民法院申请撤销监护人资格。

人民法院应当依法受理人身安全保护裁定申请和撤销监护人资格案件并作出裁判。

人民检察院对公安机关、人民法院处理监护侵害行为的工作依法实行法律监督。

人民法院、人民检察院、公安机关设有办理未成年人案件专门工作机构的，应当优先由专门工作机构办理监护侵害案件。

说明：本条概括了四部门工作职责，并且强调未成年人保护是全社会的责任。

需要重点说明的是，对民政部门而言，这是一项全新的工作。民政部门还存在机构建设缺位、基础设施薄弱、人员力量不足、专业队伍紧缺等诸多实际问题和困难，特别是很多县（市）尚未建立未成年人救助保护机构，或者现有设施设备不能满足未成年人救助保护需求。因此，本条规定了民政部门应当设立机构。

民政部自2013年开始推动未成年人社会保护试点工作，目前全国共有98个国家级试点地区、105个省级试点地区。开展试点工作的目的在于探索建立未成年人社会保护“监测预防、发现报告、帮扶干预”联动反应机制，推动建立“以家庭监护为基础、社会监督为保障、国家监护为补充”的监护制度。开展试点工作以来，各地将处于监护缺失、监护无力、监护失当等困境的未成年人作为重点工作对象，全面开展摸底排查，推动建立多渠道的发现报告机制，建立困境未成年人风险评估标准，对重点家庭进行调查评估和分类帮扶。试点工作面临的最大挑战就是面对监护人严重侵害未成年人权益的行为，难以采取有效的干预措施，特别是通过剥夺监护权来保障未成年人得到妥善安置。《意见》的出台，解决了试点工作遇到的政策瓶颈，将推动试点工作向纵深发展。同时，试点工作的深入开展将有效减少监护侵权的现象，降低剥夺监护权案件的发生概率，为未成年人健康成长营造良好的家庭环境。

4. 人民法院、人民检察院、公安机关、民政部门应当充分履行职责，加强指导和培训，提高保护未成年人的能力和水平；加强沟通协作，建立信息共享机制，实现未成年人行政保护和司法保护的有效衔接。

5. 人民法院、人民检察院、公安机关、民政部门应当加强与妇儿工委、教育部门、卫生部门、共青团、妇联、关工委、未成年人住所地村（居）民委员会等的联系和协作，积极引导、鼓励、支持法律服务机构、社会工作服务机构、公益慈善组织和志愿者等社会力量，共同做好受监护侵害的未成年人的保护工作。

说明：以上两条规定四部门之间紧密配合、与其他单位和社会团体密切合作的工作方式。

## （二）报告和处置

6. 学校、医院、村（居）民委员会、社会工作服务机构等单位及其工作人员，发现未成年人受到监护侵害的，应当及时向公安机关报案或者举报。

其他单位及其工作人员、个人发现未成年人受到监护侵害的，也应当及时向公安机关报案或者举报。

说明：本条规定报告义务的主体，既包括有特定职责的单位及其工作人员，也包括没有特定职责的单位和个人。对此有两种不同意见。

多数意见认为，未成年人保护法第五条规定，保护未成年人是全社会的共同责任，刑事诉讼法第一百零八条亦有类似规定，“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务报案或者举报。”因此，应当规定报告和举报是所有单位和个人的义务，同时对负有未成年人保护特殊职责的单位和工作人员应当着重强调。

少数意见认为，报告、举报是负有特殊职责的单位和个人的职责及义务，如未成年人所在学校、医院、辖区公安派出所、村（居）民委员会等，并非全体单位及公民的法定义务。因此，应当分两个层次规定：一是规定上述单位和工作人员有义务报告、举报，二是规定其他单位和个人有权利报告、举报。

本条规定采纳了多数意见，根据未成年人保护法的规定，强调全社会在未成年人保护方面的责任。

7. 公安机关接到涉及监护侵害行为的报案、举报后，应当立即出警处置，制止正在发生的侵害行为并迅速进行调查。符合刑事立案条件的，应当立即立案侦查。

8. 公安机关在办理监护侵害案件时，应当依照法定程序，及时、全面收集固定证据，保证办案质量。

询问未成年人，应当考虑未成年人的身心特点，采取和缓的方式进行，防止造成进一步伤害。

未成年人有其他监护人的，应当通知其他监护人到场。其他监护人无法通知或者未能到场的，可以通知未成年人的其他成年亲属、所在学校、村（居）民委员会、未成年人保护组织的代表以及专业社会工作者等到场。

**说明：**以上两条规定公安机关办案程序和要求。

9. 监护人的监护侵害行为构成违反治安管理行为的，公安机关应当依法给予治安管理处罚，但情节特别轻微不予治安管理处罚的，应当给予批评教育并通报当地村（居）民委员会；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**说明：**有意见建议，对于监护人的行为尚未构成犯罪的，公安机关还应当通报未成年人父母所在单位。经研究，我们认为，对于情形不严重的，一律通知所在单位容易引起监护人反感，批评教育并且通报当地基层组织即可；对于情形比较严重需要进行治安管理处罚或者追究刑事责任的，按照法定程序处理。

10. 对于疑似患有精神障碍的监护人，已实施危害未成年人安全的行为或者有危害未成年人安全危险的，其近亲属、所在单位、当地公安机关应当立即采取措施予以制止，并将其送往医疗机构进行精神障碍诊断。

**说明：**实践中虐待伤害孩子的监护人，常见精神异常现象，有的本身患有精神疾病，有的因吸毒或长期酗酒出现精神异常，故根据精神卫生法第二十八条第二款作出规定。

11. 公安机关在出警过程中，发现未成年人身体受到严重伤害、面临严重人身安全威胁或者处于无人照料等危险状态的，应当将其带离实施监护侵害行为的监护人，就近护送至其他监护人、亲属、村（居）民委员会或者未成年人救助保护机构，并办理书面交接手续。未成年人有表达能力的，应当就护送地点征求未成年人意见。

负责接收未成年人的单位和人员（以下简称临时照料人）应当对未成年人予以临时紧急庇护和短期生活照料，保护未成年人的人身安全，不得侵害未成年人合法权益。

公安机关应当书面告知临时照料人有权依法向人民法院申请人身安全保护裁定和撤销监护人资格。

**说明：**本条规定，在未成年人受到严重伤害或者面临人身安全威胁和危险的情况下，公安机关可以将未成年人带离侵害人进行临时紧急庇护。临时照料人由公安机关根据情况进行选择。

如何判断未成年人处于需要带离的危险状态，需要警察根据当时情形进行判断。第一种情形，未成年人身体受到严重伤害的，根据未成年人受伤情况就可以作出判断；第二种情形，面临严重人身安全威胁的，要结合实施监护侵害行为的监护人是否经常施暴或者有暴力倾向，是否

有长期酗酒、吸毒等恶习或者有精神异常表现等作出判断；第三种无人照料的危险状态比较好判断，根据未成年人的年龄、无人照料的时间、次数等综合考虑。

规定护送地点主要有以下两方面的考虑：（1）充分考虑未成年人身心特点和生活学习需要，规定多元化的护送地点，公安机关可以根据亲属关系、生活联系、居住地点、临时照料能力和意愿等进行选择，同时还规定要征求有表达能力的未成年人的意见。（2）要便于公安机关开展工作，公安机关将未成年人带离的前提是情况紧急，护送未成年人是为了妥善临时安置，护送地点强调就近原则。因此，《意见》没有规定一律送至亲属或者未成年人救助保护机构。

为保证临时照料人能够妥善照料未成年人，本条还强调，公安机关应当书面告知临时照料人有权依法向人民法院申请人身安全保护裁定和撤销监护人资格。

12. 对身体受到严重伤害需要医疗的未成年人，公安机关应当先行送医救治，同时通知其他有监护资格的亲属照料，或者通知当地未成年人救助保护机构开展后续救助工作。

监护人应当依法承担医疗救治费用。其他亲属和未成年人救助保护机构等垫付医疗救治费用的，有权向监护人追偿。

说明：本条规定对于身体受到严重伤害的未成年人，公安机关应当先行送医救治，在没有亲属照料的情况下，由未成年人救助保护机构承担后续救助工作。

13. 公安机关将受监护侵害的未成年人护送至未成年人救助保护机构的，应当在五个工作日内提供案件侦办查处情况说明。

说明：本条规定公安机关与民政部门的工作衔接。

14. 监护侵害行为可能构成虐待罪的，公安机关应当告知未成年人及其近亲属有权告诉或者代为告诉，并通报所在地同级人民检察院。

未成年人及其近亲属没有告诉的，由人民检察院起诉。

说明：本条根据刑法第二百六十条、第九十八条规定作出。刑法第二百六十条规定，虐待家庭成员，情节恶劣的，处二以下有期徒刑、拘役或者管制。同时规定这一款罪，告诉的才处理（虐待致使被害人重伤、死亡的案件为公诉案件）。刑法第九十八条规定，本法所称告诉才处理，是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉

的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。

在《意见》中强调人民检察院对虐待罪的起诉，主要是考虑未成年人一般不具备诉讼能力，而伤害未成年人的人又是他们的监护人，从未成年人的年龄和加害人的身份看，应当认定为未成年人受到了强制、威吓。实践中，未成年人遭受家庭虐待的，实施虐待行为的监护人当然不会起诉自己，其他近亲属出于种种原因，如难以收集证据、不愿多管别人的家务事、怕惹麻烦等等，也往往无法或者不愿代为告诉。因此，检察院代为告诉就显得非常重要，能够更好地惩罚犯罪，保护未成年人权益。我们认为，由检察院起诉虐待罪的规定，是符合刑法规定和工作实际的。此外，刑法修正案（九）已经对刑法第二百六十条虐待罪进行了修改，将没有能力告诉和受到强制、威吓无法告诉的情形，作为公诉案件。我们在《意见》中作出起诉规定，既符合现行刑法规定，也与刑法修正案（九）的规定衔接。

### （三）临时安置和人身安全保护裁定

15. 未成年人救助保护机构应当接收公安机关护送来的受监护侵害的未成年人，履行临时监护责任。

未成年人救助保护机构履行临时监护责任一般不超过一年。

说明：根据未成年人保护法第四十三条规定，明确未成年人救助保护机构的临时监护责任和期限。

有意见认为，短期照料一般不应超过三个月，理由是：应当严格限制国家临时监护的时间，以督促行政机关的工作，促使未成年人尽快回归家庭或者稳定状态。

我们认为，实践中，有些案件不属于特别严重需要立即起诉的情形，但将未成年人交回父母则又面临风险，民政部门可能要采取适当措施对家庭进行帮扶、干预，需要一定的时间。临时监护更多的是责任而不是权利，规定临时监护一般不超过一年，目的是避免在情况不清楚时将未成年人交回家庭而导致他们继续受到伤害的可能，总体来说对未成年人是有利的。

16. 未成年人救助保护机构可以采取家庭寄养、自愿助养、机构代养或者委托政府指定的寄宿学校安置等方式，对未成年人进行临时照料，并为未成年人提供心理疏导、情感抚慰等服务。



未成年人因临时监护需要转学、异地入学接受义务教育的，教育行政部门应当予以保障。

说明：本条规定临时监护可以采取的方式，同时规定教育部门应当保障义务教育。

17. 未成年人的其他监护人、近亲属要求照料未成年人的，经公安机关或者村（居）民委员会确认其身份后，未成年人救助保护机构可以将未成年人交由其照料，终止临时监护。

关系密切的其他亲属、朋友要求照料未成年人的，经未成年人父、母所在单位或者村（居）民委员会同意，未成年人救助保护机构可以将未成年人交由其照料，终止临时监护。

未成年人救助保护机构将未成年人送交亲友临时照料的，应当办理书面交接手续，并书面告知临时照料人有权依法向人民法院申请人身安全保护裁定和撤销监护人资格。

说明：第一款规定其他监护人、近亲属要求临时照料的，在确认身份后，一般交由其照料，主要是考虑有亲情的家庭环境优于机构照料。但其他监护人、近亲属没有能力照料或者照料对未成年人明显不利的（如不阻止侵害发生，仍然与侵害人共同生活等），民政部门也可以不将未成年人交给他们照料。

第二款参照民法通则第十六条规定，对其他亲属和朋友要求照料未成年人的，作相对严格的限制。

18. 未成年人救助保护机构可以组织社会工作服务机构等社会力量，对监护人开展监护指导、心理疏导等教育辅导工作，并对未成年人的家庭基本情况、监护情况、监护人悔过情况、未成年人身心健康状况以及未成年人意愿等进行调查评估。监护人接受教育辅导及后续表现情况应当作为调查评估报告的重要内容。

有关单位和个人应当配合调查评估工作的开展。

说明：本条规定救助保护机构可以开展教育辅导和调查评估工作。这是民政部门的重要工作内容，体现了政府对家庭监护的监督、干预和指导，也可以为下一步是否提起诉讼提供参考依据。本条未能规定“应当”开展上述工作，主要是考虑实践中有些地方还没有成立未成年人救助保护机构，有些地方虽有机构但缺乏组织开展调查的能力。

19. 未成年人救助保护机构应当与公安机关、村（居）民委员会、学

校以及未成年人亲属等进行会商,根据案件侦办查处情况说明、调查评估报告和监护人接受教育辅导等情况,并征求有表达能力的未成年人意见,形成会商结论。

经会商认为本意见第11条第1款规定的危险状态已消除,监护人能够正确履行监护职责的,未成年人救助保护机构应当及时通知监护人领回未成年人。监护人应当在三日内领回未成年人并办理书面交接手续。会商形成结论前,未成年人救助保护机构不得将未成年人交由监护人领回。

经会商认为监护侵害行为属于本意见第35条规定情形的,未成年人救助保护机构应当向人民法院申请撤销监护人资格。

**说明:**对于监护人领回未成年人应当慎重,需要进行会商,避免让未成年人再次受到伤害。对于符合起诉条件的,明确规定救助保护机构应当起诉,不得将未成年人交由侵权的监护人。

20. 未成年人救助保护机构通知监护人领回未成年人的,应当将相关情况通报未成年人所在学校、辖区公安派出所、村(居)民委员会,并告知其对通报内容负有保密义务。

**说明:**上述单位与未成年人及监护人联系最为紧密,通知他们便于随时对未成年人的监护情况进行监督。

21. 监护人领回未成年人的,未成年人救助保护机构应当指导村(居)民委员会对监护人的监护情况进行随访,开展教育辅导工作。

未成年人救助保护机构也可以组织社会工作服务机构等社会力量,开展前款工作。

**说明:**对于监护人侵害行为未达到十分严重的情形,不符合起诉条件的,将未成年人交由其领回之后,需要对其进行帮扶和教育指导,也需要随时监督。本条规定了救助保护机构应当承担上述工作。

22. 未成年人救助保护机构或者其他临时照料人可以根据需要,在诉讼前向未成年人住所地、监护人住所地或者侵权行为地人民法院申请人身安全保护裁定。

未成年人救助保护机构或者其他临时照料人也可以在诉讼中向人民法院申请人身安全保护裁定。

**说明:**近年来,一些地方法院在家庭暴力案件中对人身安全保护裁定工作进行了探索,实践证明,人身安全保护裁定对于约束家庭暴力加害人的行为,维护受害人的合法权益,起到了积极的作用。

人身安全保护裁定在保障未成年人及其临时照料人的权益方面，将发挥重要作用。（1）为临时照料行为提供合法依据。公安机关将受到严重侵害或者面临危险的未成年人带离后，未成年人救助保护机构等临时照料人可以依据人身安全保护裁定对未成年人临时照料。例如，规定禁止被申请人接触、骚扰未成年人的，被申请人在人身安全保护裁定生效期间就不得将未成年人从临时照料人身边带走。（2）对被申请人起到教育震慑作用，人身安全保护裁定责令被申请人作出一定行为或者禁止作出一定行为，就是司法对被申请人行为的评价。（3）规定了公安机关和人民法院密切配合的执行程序，对于违反人身安全保护裁定危及人身安全或者扰乱工作秩序的，由公安机关依法处理；对于其他违反人身安全保护裁定的行为，人民法院按照民事诉讼法的规定进行处罚。严重违反人身安全裁定构成犯罪的，要依法追究刑事责任。

同时，根据民事诉讼法及司法解释的规定，明确申请人身安全保护裁定的受理法院，与本意见第31条的规定一致（第31条有详细的说明）。

23. 人民法院接受人身安全保护裁定申请后，应当按照民事诉讼法第一百条、第一百零一条、第一百零二条的规定作出裁定。经审查认为存在侵害未成年人人身安全危险的，应当作出人身安全保护裁定。

人民法院接受诉讼前人身安全保护裁定申请后，应当在四十八小时内作出裁定。接受诉讼中人身安全保护裁定申请，情况紧急的，也应当在四十八小时内作出裁定。人身安全保护裁定应当立即执行。

说明：本条根据民事诉讼法规定作出。

24. 人身安全保护裁定可以包括下列内容中的一项或者多项：

- （一）禁止被申请人暴力伤害、威胁未成年人及其临时照料人；
- （二）禁止被申请人跟踪、骚扰、接触未成年人及其临时照料人；
- （三）责令被申请人迁出未成年人住所；
- （四）保护未成年人及其临时照料人人身安全的其他措施。

说明：本条参考最高人民法院法研所2008年制定的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》有关规定和一些试点法院的实践经验作出。

25. 被申请人拒不履行人身安全保护裁定，危及未成年人及其临时照料人人身安全或者扰乱未成年人救助保护机构工作秩序的，未成年人、未成年人救助保护机构或者其他临时照料人有权向公安机关报告，由公安机

关依法处理。

被申请人有其他拒不履行人身安全保护裁定行为的, 未成年人、未成年人救助保护机构或者其他临时照料人有权向人民法院报告, 人民法院根据民事诉讼法第一百一十一条、第一百一十五条、第一百一十六条的规定, 视情节轻重处以罚款、拘留; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

**说明:** 本条对人身安全保护裁定的执行作出规定。

有意见认为, 人身保护裁定应当由公安机关监督执行。经研究, 我们认为, 从工作需要及国际立法看, 人身安全保护裁定由公安机关执行更为合适, 但目前此项工作由公安机关执行没有明确的法律依据, 且公安机关表示对人身安全保护裁定难以完全监督到位。本条分情形作出两款规定, 我们认为比较符合立法精神和目前工作实际。

26. 当事人对人身安全保护裁定不服的, 可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

**说明:** 根据民事诉讼法规定作出。

#### (四) 申请撤销监护人资格诉讼

27. 下列单位和人员 (以下简称有关单位和人员) 有权向人民法院申请撤销监护人资格:

(一) 未成年人的其他监护人, 祖父母、外祖父母、兄、姐, 关系密切的其他亲属、朋友;

(二) 未成年人住所地的村 (居) 民委员会, 未成年人父、母所在单位;

(三) 民政部门及其设立的未成年人救助保护机构;

(四) 共青团、妇联、关工委、学校等团体和单位。

申请撤销监护人资格, 一般由前款中负责临时照料未成年人的单位和人员提出, 也可以由前款中其他单位和人员提出。

**说明:** 本条规定了可以申请撤销监护人资格的主体, 依据是《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) 第 20 条的规定, 并且增加了第四项的团体和单位。

本条争议较大, 主要有三种意见:

第一种意见 (多数意见): 民法通则第十八条、未成年人保护法第

五十三条规定提起诉讼的主体为“有关人员或者有关单位”，没有作出具体限制，考虑到实践需要，本条第四项规定的团体和单位对未成年人负有保护职责，可以作为起诉主体。不宜再扩大到其他主体。

第二种意见：根据民法通则第十六条、民通意见第20条的规定，起诉主体应坚持少而精的原则，本条第四项作为起诉主体没有法律依据，应当删除。

第三种意见：除了本条规定的起诉主体外，人民检察院也可以起诉，并在案件收集、后续安置等方面都可发挥作用。

经研究，我们采纳了第一种意见，理由是：（1）民法通则第十六条规定本条的第一、二、三项主体可以作为未成年人的监护人，作为诉讼主体有法律依据。（2）第四项作为诉讼主体也有法律依据。未成年人保护法第八条规定：“共产主义青年团、妇女联合会、工会、青年联合会、学生联合会、少年先锋队以及其他有关社会团体，协助各级人民政府做好未成年人保护工作，维护未成年人的合法权益。”民政部门是提起撤销监护人资格诉讼的适格主体，本条第四项规定的主体可以协助政府部门参与诉讼。（3）检察机关作为法律监督机关及公诉机关参与民事诉讼无法律依据，亦不符合民事诉讼法的调整范围和规定的起诉条件，不宜规定人民检察院有权提起撤销监护人资格的诉讼，故未采纳第三种意见。

28. 有关单位和人员向人民法院申请撤销监护人资格的，应当提交相关证据。

有包含未成年人基本情况、监护存在问题、监护人悔过情况、监护人接受教育辅导情况、未成年人身心健康状况以及未成年人意愿等内容的调查评估报告的，应当一并提交。

说明：本条强调有关证据特别是调查报告的提交。

29. 有关单位和人员向公安机关、人民检察院申请出具相关案件证明材料的，公安机关、人民检察院应当提供证明案件事实的基本材料或者书面说明。

说明：为便于申请人提起诉讼，本条规定公安机关和检察机关应当提供案件证明材料或者书面说明。考虑到案件办理过程中的保密需要，规定可以出具办案说明。

30. 监护人因监护侵害行为被提起公诉的案件，人民检察院应当书面

告知未成年人及其临时照料人有权依法申请撤销监护人资格。

对于监护侵害行为符合本意见第35条规定情形而相关单位和人员没有提起诉讼的,人民检察院应当书面建议当地民政部门或者未成年人救助保护机构向人民法院申请撤销监护人资格。

说明:本条强调检察机关对于符合撤销情形的公诉案件,应当书面建议民政部门起诉。2015年2月,徐州市铜山区法院审理了一起撤销监护人资格的案件,申请人铜山区民政局就是接受检察院书面建议后起诉的。

31. 申请撤销监护人资格案件,由未成年人住所地、监护人住所地或者侵害行为地基层人民法院管辖。

人民法院受理撤销监护人资格案件,不收取诉讼费用。

说明:本条规定案件的管辖法院,主要依据和理由:(1)撤销监护人资格的案件由上述法院管辖,符合民事诉讼法第二十一条、第二十二条、第二十八条关于地域管辖的规定。(2)与2015年民事诉讼法司法解释一致,该解释第十条规定:“不服指定监护或变更监护关系的案件,可以由被监护人住所地人民法院管辖。”(3)随着进城务工人员的不断增加,监护侵害行为可能发生在被监护人住所地,也可能发生在监护人住所地,甚至发生在流浪地。侵害行为发生后,往往是行为发生地公安机关先行介入、收集证据,当地民政部门履行临时监护责任、提起诉讼,因此,有些案件由侵害行为地或者监护人住所地的人民法院管辖可能更为适宜。

#### (五) 撤销监护人资格案件审理和判后安置

32. 人民法院审理撤销监护人资格案件,比照民事诉讼法规定的特别程序进行,在一个月內审理结案。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。

说明:根据民通意见第10条、最高人民法院2011年修改通过的《民事案件案由规定》第387项规定,本条规定了撤销监护人资格案件按照特别程序审理。对于本条另有两种不同意见:

一种意见认为,此类案件不应当适用特别程序审理,可比照普通程序审理。理由:(1)虽然民通意见第20条规定监护权变更案件按照特别程序进行审理,但由于民通意见制定于1988年,距今已有26年,与

目前社会实际情况和审判工作的指导思想不相适应，参照民事诉讼一般程序审理更符合当前人民法院解决纠纷的实际要求。(2) 民事诉讼法规定的特别程序主要适用于选民资格案件、宣告失踪或宣告死亡案件、认定财产无主案件等非争讼性案件，其程序价值在于对某种法律事实是否存在进行确认。非争讼性案件不解决民事权利义务争议，而是对某种法律事实是否存在进行确认。监护权变更案件属于争讼性案件，存在明显的诉辩双方当事人和具体的民事权利义务争议。因此，监护权变更案件不宜适用特别程序进行审理。

另一种意见认为，民事诉讼法及司法解释对这个问题都没有明确规定，只有1988年的民通意见和《民事案件案由规定》第387项作了规定，应当比照特别程序审理。如果《意见》直接规定适用普通程序或者简易程序审理，则与民通意见第19、20条规定矛盾，有逾越司法解释的嫌疑，实践中撤销监护资格案件也都是按照特别程序审理的。另外，适用特别程序审理此类案件，能够快速审结案件，明确未成年人的监护人，有利于保障未成年人的权益。

经研究，我们采纳了后一种意见，本着与法律、司法解释一致的原则，比照特别程序审理。

33. 人民法院应当全面审查调查评估报告等证据材料，听取被申请人、有表达能力的未成年人以及村（居）民委员会、学校、邻居等的意见。

34. 人民法院根据案件需要可以聘请适当的社会人士对未成年人进行社会观护，并可以引入心理疏导和测评机制，组织专业社会工作者、儿童心理问题专家等专业人员参与诉讼，为未成年人和被申请人提供心理辅导和测评服务。

说明：撤销监护人资格案件的审理，不同于普通民事案件审判，需要听取各方面意见，且根据保护未成年人权益的需要，法院可以根据情况多做一些工作，故作出以上两条规定。

35. 被申请人有下列情形之一的，人民法院可以判决撤销其监护人资格：

(一) 性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，严重损害未成年人身心健康的；

(二) 将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；

(三) 拒不履行监护职责长达六个月以上, 导致未成年人流离失所或者生活无着的;

(四) 有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责, 且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人, 致使未成年人处于困境或者危险状态的;

(五) 胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨, 经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正, 严重影响未成年人正常生活和学习的;

(六) 教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为, 情节恶劣的;

(七) 有其他严重侵害未成年人合法权益行为的。

**说明:** 由于我国法律对撤销监护人资格的规定非常原则, 仅规定“不履行监护职责或者侵害未成年人的权益的, 可以撤销监护人资格”, 没有规定具体情形, 也没有规定中止或者临时撤销等程序。在撤销监护资格案件中, 法院只有两种选择, 一种是撤销, 另一种是不撤销, 这就要求撤销监护人资格的情形设定应当尽量严格。

之所以规定只有在严重侵害未成年人权益的情形下才可以判决撤销监护人资格, 主要出于以下两点考虑: (1) 是未成年人最大利益原则的要求。未成年人健康成长最需要父母的关爱, 家庭是未成年人最好的生活环境。在条件允许的情况下, 应当尽可能地让未成年人在家庭中生活。同时, 父母抚养孩子既是亲情的需求, 也是法定的责任。这就决定了撤销监护人资格只能适用于极少数特别严重的情形。(2) 符合我国国情。在我国, 以轻微打骂等不当方式教育孩子的现象普遍存在, 社会对此有一定的容忍度。如果撤销监护人资格的标准不够严格, 则可能混淆监护侵害行为和不当教育方式, 导致大量案件进入司法程序, 这是目前社会难以接受的。因此, 《意见》本着尽可能严格的原则列举了可以撤销监护人资格的情形, 这些情形与不当教育方法有明显的区别。不仅是我国, 许多国家如美国、英国、荷兰等也都对撤销监护人资格的情形作出严格限定, 撤销监护人资格本着“不得已而为之”的原则是国际上通常做法。

36. 判决撤销监护人资格, 未成年人有其他监护人的, 应当由其他监护人承担监护职责。其他监护人应当采取措施避免未成年人继续受到侵害。



没有其他监护人的，人民法院根据最有利于未成年人的原则，在民法通则第十六条第二款、第四款规定的人员和单位中指定监护人。指定个人担任监护人的，应当综合考虑其意愿、品行、身体状况、经济条件、与未成年人的生活情感联系以及有表达能力的未成年人的意愿等。

没有合适人员和其他单位担任监护人的，人民法院应当指定民政部门担任监护人，由其所属儿童福利机构收留抚养。

说明：本条规定撤销监护人资格后未成年人的监护问题。分为三个层次：（1）有其他监护人的，如父或母一方被撤销监护资格，另一方仍有监护权，则由另一方担任监护人。（2）在没有其他监护人的情况下，根据民法通则第十六条的规定，择优选择监护人，没有规定将亲属关系的远近作为选择顺序，是给法官有充分的选择余地，以更好地实现未成年人最大利益。（3）规定在没有其他合适人员和单位担任指定监护人的情况下，应当判决民政部门担任监护人，明确了民政部门的兜底责任。

37. 判决不撤销监护人资格的，人民法院可以根据需要走访未成年人及其家庭，也可以向当地民政部门、辖区公安派出所、村（居）民委员会、共青团、妇联、未成年人所在学校、监护人所在单位等发出司法建议，加强对未成年人的保护和监护人的监督指导。

说明：本条规定人民法院可以在判后开展回访工作、发出司法建议。

38. 被撤销监护人资格的侵害人，自监护人资格被撤销之日起三个月至一年内，可以书面向人民法院申请恢复监护人资格，并应当提交相关证据。

人民法院应当将前款内容书面告知侵害人和其他监护人、指定监护人。

说明：本条规定了恢复行使监护人资格的程序及期限。有三种不同意见。

第一种意见（多数意见）：可以允许被撤销监护人资格的侵害人申请恢复监护人资格，但应当规定一个合理的期限。

第二种意见：设定恢复申请的一年期限无法律依据，应当允许被撤销人随时申请。

第三种意见：恢复申请程序无法律依据，一旦撤销，则不允许

恢复。

本条采纳多数意见。理由是：(1) 众所周知，家庭是未成年人是最好的生活环境，父母亲情无人可以取代。规定当事人可以在一定期限内申请恢复监护人资格就是为了尽可能地促使当事人悔改，促进未成年人回归家庭，本条规定符合未成年人保护的立法精神。第三种意见既不利于保障儿童权益，也不利于保障父母权益，不可取。(2) 未成年人保护法和民法通则只规定可以撤销监护人资格，但没有明确规定是否可以恢复监护人资格。在法律没有明确规定的情况下，本意见规定可以恢复并设定期限不违法。国外立法普遍有恢复制度，如德国、法国、荷兰、日本等。(3) 规定三个月以后才可以申请恢复监护人资格，目的是给当事人一个合理的悔过和恢复监护能力的期限。规定申请恢复资格应当在一年内，是为了避免未成年人的监护权长期处于不稳定状态，以便让新的监护人能够更好、更踏实地履行职责，也可以让民政部门一年以后放心地送养。民政部门担任未成年人监护人的，儿童福利机构通常采用机构抚养、家庭寄养和送养的方式抚养未成年人。机构抚养很难营造出类似家庭的生活环境，家庭寄养稳定性较差，送养则可以提供较为稳定的家庭生活和学习环境，最有利于未成年人健康成长。因此，民政部门一般会优先选择送养，通过考察、筛选合适家庭，让未成年人在新的家庭中生活。如果《意见》不设定一年的申请期限，则意味着在未成年人18岁之前，被撤销资格的当事人随时可以申请恢复监护人资格，未成年人的监护权将长期处于不确定的状态，民政部门不敢轻易送养，从而不利于未成年人得到稳定妥善照管。

《意见》规定政府的临时监护责任一般不超过一年，并规定被撤销监护人资格后三个月至一年内可以申请恢复，事实上给当事人大约两年的时间用来悔改和恢复监护能力，充分体现了适用撤销监护人资格的慎重。

39. 人民法院审理申请恢复监护人资格案件，按照变更监护关系的案件审理程序进行。

人民法院应当征求未成年人现任监护人和有表达能力的未成年人的意见，并可以委托申请人住所地的未成年人救助保护机构或者其他未成年人保护组织，对申请人监护意愿、悔改表现、监护能力、身心状况、工作生活情况等进行调查，形成调查评估报告。

申请人正在服刑或者接受社区矫正的，人民法院应当征求刑罚执行机关或者社区矫正机构的意见。

说明：撤销监护人资格的审判应当慎重，恢复监护人资格案件的审判也应当慎重，需要全面考量申请人的悔改表现、意愿和能力，同时还需要考虑现任监护人的监护情况和未成年人的意愿，根据最有利于未成年人的原则进行审判。

40. 人民法院经审理认为申请人确有悔改表现并且适宜担任监护人的，可以判决恢复其监护人资格，原指定监护人的监护人资格终止。

申请人具有下列情形之一的，一般不得判决恢复其监护人资格：

- (一) 性侵害、出卖未成年人的；
- (二) 虐待、遗弃未成年人六个月以上、多次遗弃未成年人，并且造成重伤以上严重后果的；
- (三) 因监护侵权行为被判处五年有期徒刑以上刑罚的。

说明：本条第一款规定判决恢复监护人资格的，应当同时终止原指定监护人的资格（指定监护人与法定监护人不得并存）。如由其他监护人监护的，则申请人恢复资格后共同监护未成年人。

本条第二款规定了一般不得恢复监护资格的情形，列举的三种情形都属于情节非常恶劣的，供法官参考。

41. 撤销监护人资格诉讼终结后六个月内，未成年人及其现任监护人可以向人民法院申请人身安全保护裁定。

说明：《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》第五百二十一条规定：“在执行终结六个月内，被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的，人民法院可以依申请排除妨害，并可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定进行处罚。因妨害行为给执行债权人或者其他造成损失的，受害人可以另行起诉。”《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第31条第2款规定，人身安全保护裁定的申请，可以在离婚诉讼提起之前、诉讼过程中或者诉讼终结后的6个月内提出。

考虑人身安全保护裁定在诉讼终结后依然有其价值，能防止被撤销监护人资格的父母继续伤害未成年人及其现任监护人，从而最大程度保护未成年人权益，作出本条规定。

42. 被撤销监护人资格的父、母应当继续负担未成年人的抚养费用和

因监护侵害行为产生的各项费用。相关单位和人员起诉的，人民法院应予支持。

**说明：**根据未成年人保护法第五十三条规定作出。

43. 民政部门应当根据有关规定，将符合条件的受监护侵害的未成年人纳入社会救助和相关保障范围。

**说明：**本条规定体现国家对未成年人的特殊照顾。

44. 民政部门担任监护人的，承担抚养职责的儿童福利机构可以送养未成年人。

送养未成年人应当在人民法院作出撤销监护人资格判决一年后进行。侵害人有本意见第40条第2款规定情形的，不受一年后送养的限制。

**说明：**本条规定由民政部门担任指定监护人的未成年人一年后可以送养。理由是：收养法规定三类不满十四周岁的未成年人可以被收养：丧失父母的孤儿；查找不到生父母的弃婴和儿童；生父母有特殊困难无力抚养的子女。我们认为，父母被撤销监护人资格的未成年人，与“丧失父母的孤儿”情况类似，民政部门可以参考收养法规定的“丧失父母的孤儿”送养。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【审判理论专题】

# 商思维在“非典型”商事审判中的运用之探讨

沈丹丹\*

商思维和商事审判，近年来开始走进商法学者热议的范围，同时也受到实务界的广泛重视。但是，这种研究、探讨和实务探索，基本上都集中在对公司、破产、票据、海事海商等典型商事审判领域，而在实践中，有很多实质上的商事纠纷并不表现为上述典型商事纠纷，特别是从当前司法系统的内部分工来看，它们往往属于民事审判部门审理的案件，甚至表现为自然人之间的纠纷。在这些“非典型”商事纠纷的审判中，商思维的引入和运用，同样有着现实的需要和可能。

### 一、商思维

#### (一) 商思维的概念——内涵及外延

对于商事领域思维方式或价值理念的研究，通常是从商事、商人、商法等不同切入点展开的。本文之所以采用了“商思维”的表述方式，是因为笔者认为，在司法实践过程中所应当运用的思维，不应该也不可能仅仅限于商事思维、商人思维或者商法思维一隅，而往往是多种理念的综合运用。因此，本文将努力以“商思维”这一表述方式，将通常我们所讨论的各种商事行为和商事裁判领域的思维与理念，涵盖到文章的讨论范围之内。在这样的立意下，本文所称之商思维，至少应当容纳通常我们所说的

\* 最高人民法院民一庭法官。

商事思维、商人思维和商法思维。所谓商事思维，是运用商事思想处理商事活动的角度和方法，其核心和特点是考虑交易的效率与安全，体现商行为的营利性目的，尊重商主体意思自治和交易自由，鼓励诚信和创新。而商法思维则侧重从商事立法、司法等角度，按照商法的逻辑和思维模式，关注商事交易的特点和商人行为习惯，维护商事活动的秩序和商主体的合法权益。相较之下，商人思维则更强调商事交易主体的主观感受和价值判断，从而不应成为司法所应重点关注的视角，但是，在司法需要对交易行为的动机、目的等予以考虑，从而对合同作出解释、对案件事实作出综合认定的时候，商人思维恐怕也应当成为裁判者不能不予以考虑的因素。

由于本文对商思维的外延做了泛化解释，因而其内涵也相应地可以从不同角度和层面来理解，当然，即使就同一个概念来说，也存在对其内涵作不同解读的问题。比如从商法思维来看，它可以从公民法区分的维度上，归属于私法范畴，从而与公法领域内的思维方式相区别；而从民法与商法关系的维度上，商法思维则之于民法思维，又体现为特别法与一般法的关系。笔者认为，商法思维之于公法项下各种部门法的思维方式之区别固然存在，同样商事行为与社会生活中诸行为间的理念差异，商人与各职业群体之间的思维差异也都客观存在，但限于本文讨论的是司法审判领域的问题，笔者将会更加关注商法思维之于民法思维、商事思维之于民事思维、商人职业群体思维之于普通市民思维的区别，并从司法裁判者对纠纷调处角度，观察商思维在裁判中的运用。从这一角度出发，不难看出，商思维所侧重的是对交易的创新和促成，强调效率与公平兼顾基础上的效率优先；对于从事商事交易的主体，商思维在理性人的角度更强调意思自治、风险自担，从而也更重视交易机会和交易形式的公平、平等；对于商事交易行为中的财产权利，商思维更强调动态交易安全和财产流动性保护，即重视财产作为创造财富手段而不是终极目标的价值；对于商事交易责任的承担，商思维虽然同样强调诚实信用的交易道德，但也更看重促进效益最大化和交易风险后果的商业判断、自我承担，以及风险处置机制的构建与运用。

## （二）商事审判的源起与发展——历史及现实

一般认为，商事审判起源于中世纪商事法院及其处理商事纠纷的程序制度，而商事法院的历史，则可以追溯到古罗马帝国末期的商事裁判官。

商事审判制度作为处理商人之间纠纷的司法制度，它的源起与发展与商事实体法密不可分，而更深的社会背景则是商人阶层的形成和商事活动的活跃。如同商事实体法最早来源于商人在商事活动中的习惯、规则一样，商事诉讼程序也是由商人处理商事纠纷等事务的程序习惯发展而来。特别是在西方的历史文化背景下，这种实体法和程序法上的特别安排与商人摆脱封建束缚和实现自治的思想和需求息息相关。因此，随着封建制度的消亡，商事审判也逐渐从最初区别并独立于世俗审判体系的民间纠纷化解模式，融入到整个国家司法制度体系和权力范围内。<sup>①</sup> 商事活动的频繁、发达，商人阶层的成熟、壮大，从根本上推动了商事审判制度的发展，而商思维在从商事交易活动中产生和发展起来的商事审判中的运用，可以说是内化在审判活动各方参与者思想和行为上的，显得水到渠成。

而在我国历史上，司法体系的构建一直采取民刑合一的组织制度模式，遑论商事审判。由于缺乏商人阶层的崛起和反抗宗教和封建束缚的法治需求，即使在近现代，商事审判也一直没有形成真正的制度。从程序法的角度看，有观点认为，我国现行的民事诉讼程序，主要不是为了解决商人间纠纷的程序设置，而是以简单经济关系和社会结构为基础，以解决简单民事纠纷为基本功能的民事型主导的诉讼程序。<sup>②</sup> 从实体法的角度看，虽然商事特别法的制定已经总体完成了基本框架的构建，而总则性商法的制定和以民商合一形式运行的诸如合同法、物权法等实体法律的理解和适用，还存在很多问题。从审判组织的角度看，2010年的全国法院商事审判工作会议正式明确提出“商事审判”这一称谓，但当前无论是商事审判的职责划分、法官群体的选任与组成，都仍然沿袭以往，未见突破性进展。商品经济发展的种种不完善和计划经济死而未僵的残余势力，使得商思维即使在商事交易活动中也并不总是显得那么生命力旺盛，而在争议中努力构建的商事审判中，商思维的重要性，也如同整个商事审判一样，经历的

微信号：623760976

① 在当今世界，商事纠纷的司法处置方式从组织体的角度看，被认为可以划分为四种类型。一是普通法院、职业法官审理商事纠纷，不设专门审判组织和诉讼程序，如爱尔兰、西班牙、日本；二是普通法院内设的专门审判庭审理商事纠纷，法官均为职业法官，如罗马尼亚和中国；三是专门的商事法院审理商事纠纷，法官可能均是职业法官，也可能是从商人中选出的非职业法官，或者是两者共同组成的审理团队，如比利时、克罗地亚；四是全部由职业法官组成的仲裁法院审理商事纠纷，如俄罗斯。参见陈锦川、郑爱青：《改革中的法国商业法院》，载《欧洲法通讯》，法律出版社2001年版，第178页至179页。

② 参见江伟：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第359页。

是一种由外而内的推进，而不是自发、自然、自觉的内生过程。

### (三) 商思维在商事审判中的运用——域外与国内

西方商事审判制度的创设，与生俱来的有着简易、迅速、成本低、方式灵活等特点，努力将商思维中追求及时确定权利义务的效率，顺应瞬息万变的商机和保护诚信安全的目的，表现得淋漓尽致。在中国，由于并没有形成特别的商事审判制度，在司法层面上，商事纠纷与民事纠纷同属于民事诉讼范畴，加之受到传统轻商思想和计划经济思维的影响，商思维之审判运用长期以来并未引起应有的重视。在考虑这个问题时，我们首先应当承认，法律制度和司法体制，在具有开放性和普遍性的同时，更有着强烈的本土化倾向，它与一国的历史、经济、社会、文化紧密交融、相互适应。因此，对比国内外商事审判状况的现状，并不能简单得出商思维在司法审判中是否以及应否得以运用的结论，而只有对审判实践的切实观察，才能发现由于社会和经济的迅速发展变化，中国目前的司法审判中，正面临着商思维缺位、错位等所带来的困扰。

## 二、“非典型”商事审判中商思维欠缺的现状

毋庸置疑，讨论商思维在商事审判中的运用是一个庞大的系统工程，本文囿于篇幅仅能做浅尝辄止的探讨，即集中考察“非典型”商事审判中的相关问题。

### (一) “非典型”商事审判

首先需要澄清的是商事审判的概念。关于商事审判的界定，从当前司法系统的角度看，多局限于内部分工在民事和商事审判庭之间的区分，商事审判从这个意义上被界定在公司、股权、证券、保险、票据、破产纠纷以及借款、担保合同等金融相关类型纠纷，即本文所指典型商事纠纷的审判上。笔者认为，从商事审判的本意来看，应是对商人在商事交易活动中发生的法律纠纷的司法裁判，其突出特点并不是所被冠以的法律关系或类型的名称，而是这种法律关系的发生是在商人间为谋取商业利益而从事的营业活动中。这也是本文所讨论商事纠纷的着眼点，即从纠纷实质特点出发的判断。就典型商事纠纷的审判，目前已经引起了相当程度的重视。而对那些表现在各类合同纠纷，甚至有时会发生在侵权纠纷中的“非典型”商事纠纷，是否在审判



中面临商思维运用或缺乏之问题，以及如何进一步解决这一问题，还欠缺更深入的思考。从案件的案由上看，这些合同或者侵权纠纷，不能明确区分是属于商人间的营利交易还是普通民众的民事行为，比如商品房买卖合同纠纷、民间借贷纠纷等；从当事人的主体形式上看，也并不一定表现为公司法人间的交易纠纷，比如以个人身份挂靠经营而产生的建设工程合同纠纷、为规避法律规制而以个人名义进行的借贷纠纷等。而按照当前司法系统内部划分分工的标准，虽然明确提出了商事审判的称谓，但案件审理的分工并非从内容实质上来进行严格区分。因此，一些以民事纠纷面貌出现的“非典型”商事纠纷，并没有被真正纳入所谓商事审判的范畴，而是与大量真正意义上的民事纠纷一起，实际运行在民事审判的范畴内。而这些实质意义上的商事纠纷的审判，正是本文所特别关注的。

## （二）“非典型”商事审判中商思维的欠缺

从实证角度出发观察和分析当前“非典型”商事审判中的一些所谓审判难点问题不难发现，商思维在这些案件审理中的欠缺，不仅是现实存在的，而且正在很大程度上给案件的审理带来困扰。

### 1. 在法律规定上欠缺商思维

严格来说这种情况并非商事审判中商思维欠缺与否的问题。在没有法官造法权限和环境的语境下，至少在理论上，法官的裁判只能基于现行法律规定进行，如果法律规范缺失，法官能够通过运用司法裁量权来予以弥补的余地，尽管并非没有，但也总是十分有限的。但是，不容否认的是，作为一种现象，商思维在立法上的缺失导致相应法律规范缺位或错位，从而在商事审判中表现出来，还是一个不可轻视的方面。比如从诉讼程序上，没有区别于民事程序的商事程序，使得商事纠纷能够得以更方便快捷的审理<sup>①</sup>，一度成为关注热点的诸如商事特约调解制度等旨在以更适合商事交易特点方式解决商事纠纷的尝试，也没有获得相应法定程序的支持；律师代理虽然在很多商事纠纷——不限于典型商事纠纷——中显得十分必

<sup>①</sup> 2012年新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十二条规定，基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审。该规定增加了民事诉讼中的小额诉讼一审终审程序规定，但其适用标准是从诉讼标的而不是纠纷性质角度规定的。因此，并非“小额”的商事纠纷，仍然需要进入普通民事诉讼程序解决。

要,但是缺少相应的强制性规定使得很多纠纷得不到专业处置等。再比如从实体上,对于当事人签订商品房买卖合同用以担保双方之间借贷等商事交易安排,仅从当事人真实意思表示的角度认定合同性质和效力往往会法官感觉到吃力,因为这两份合同可能从一定角度上看都是双方真实意思的表示,由此引申的问题是,对于商事交易中的流质条款是否有必要和民事交易一样予以禁止,就是更为复杂的问题了。

## 2. 在法律理解与适用上欠缺商思维

由于我国的民商事立法基本上还是采取民商合一的立法模式,尚未制定统一商法典和商法总则,而在日常商事活动中,除了公司、保险、证券等商事特别法外,广泛使用的是诸如合同法这样采取民商合一立法模式的法律规范。在实践中,对于合同纠纷并没有从交易实质是日常生活所需的民事交易还是商人经营谋利的商事交易角度进行区分,因此,对此类案件的审理,就容易出现对相关规定的理解和适用不当,从而产生裁判结果违背商事交易特点和需要,从而对经济交往的效率、安全甚至公平产生不利影响的问题。比如对合同继续履行请求权与合同解除权的法律理解上。如何根据法律的规定,对合同所遭遇的履行困难进行细分,从而对当事人在诉讼中提出的合同继续履行请求能否以及如何支持作出判断,特别是当被告通过反诉主张解除合同的情况下,是否可以支持这种反诉请求,往往成为困扰法官们的问题。有观点认为,如果守约方坚持要求违约方继续履行合同,法院就必须判决支持这一请求。笔者认为,这显然是对合同法第一百一十条规定的误解,但这种误解并非偶然现象,究其原因,对商事交易中效率违约的漠视以及对商事合同违约方苛以过重的道德评价倾向恐怕不容忽视。<sup>①</sup>

## 3. 在事实认定上欠缺商思维

商事外观主义应该说是商思维的重要方面。对商事交易行为,无论是出于安全性还是便捷性的考虑,都会要求在法律上强调外观主义的适用。这是因为,通常观点都承认,要求商人在大量而频繁的商业交易中具体考察权利的真实状态、交易的真实意思,是不经济甚至是不现实的。通常我们对于这个问题的关注,往往局限于类似票据关系等典型商事交易上,而在合同法律关系的认定上,至少目前现实存在的一种司法倾向是,对真实意思表示和真

<sup>①</sup> 观点详见拙作《浅议合作开发类合同继续履行违约责任》,载《民事审判指导与参考》总第 52 辑,人民法院出版社 2013 年版,第 118~128 页。

实权利人过分关注。这虽然在个案中可能更有利于实现公平正义，但是从总体和长远看，这种倾向所带来的负面影响是不容忽视的。一方面，过分关注合同背后的真实交易故事或者权利归属状况，不仅会对基本法律原则和理念构成挑战，更使得司法成本大大增加，诉讼迁延反复在所难免，这本身就会对商事交易关系的稳定和快捷造成很大伤害。另一方面，这种忽视商事交易外观主义的价值取向，还会对整个社会经济交往产生不良指引，商人们将会对如何确保交易安全感觉无所适从，而那些在这种价值取向向下受到保护的当事人，则很有可能是违反交易规则、违背诚实信用的投机分子。比如各方当事人均为商主体、交易内容亦属于商事活动的前提下，债权人和债务人通过书面协议反复确认双方之间存在借贷关系，嗣后债权人将债权转让给第三人，第三人向债务人主张债权时，债务人对原协议所载明的债权债务关系的真实性或具体内容予以否认，在这种否认没有充分证据支持的情况下，法官是否有必要以及在何种程度上需要审查原协议所载债权债务关系的真实性，包括真实的借款人、出借人、借款的本金、利率、还款期限、已经还款的事实甚至钱款的来源、去向等，实践中存在很大争议。如果说在交易双方之间审查交易真实性并不违反外观主义原则，那么当通过灵活的市场交易手段使第三人——很多情况下债权的转让还并非仅经历了一次这么简单——介入的情况下，如果仍要在很深的程度上进行这种事实审查和认定，恐怕就有对外观主义构成威胁的嫌疑了。

#### 4. 在裁量权的行使上欠缺商思维

不容否认的是，无论设计多么严密精良的法律，都无法与现实生活严丝合缝，因而，法官在司法过程中的自由裁量权行使总是不可避免。在商事纠纷审判中，法官的自由裁量权应当何时以及怎样行使，与商思维在裁判理念上的融入关系密切。比如对合同利益以及合同理解的判断。商事交易中，商人所面临的商机不仅瞬息万变而且差异性很大，而法律对一般合同履行利益的判断与商人在具体交易中的商业判断往往是不能吻合的。因此，在具体的交易中，合同的签订不可能保证交易内容的实质公平，而基于商人是理性人的判断，这种不公平往往正体现出商品经济环境下交易的自由和公平。商事交易不同于民事交易的一个重要特点是由于商人以商为业，因此交易通常是频繁且专业的，而民事交易的发生一般不具有这种特点。作为老百姓，终其一生可能只有一两次买卖房屋的经历，而作为房地产开发商，房屋买卖则是其专门从事的行业。因此，对于商事交易中所签

订的合同的解释,应当建立在商人理性、专业的基础上,体现在裁判理念上,则应当最直接的表现对合同约定的忠实和尊重。法官越俎代庖试图替代当事人做出商业利益和交易公平的判断而造成实质上的交易不公平的情况是应当极力避免的。比如在合资合作类合同纠纷的审理中,总有一些法官倾向于主动审查合同约定的投资与利益分配比例,特别是当这一分配比例的约定并不是特别清晰,或者合同并没有按照预计那样被实际履行的情况下。无视当事人明确约定的投资分配比例,以最终的利益分配比例反观投资是否达标,或者以实际投资比例厘定利益分配比例,看似维护实质公平,但却忽视了当事人作出“不公平”约定的经济合理性。当资源的稀缺性不能或者不宜通过受到管控或限制的交易价格来体现的时候,交易上的“租”并不会因此而消亡,而这个经济上合理且现实存在的“租”,在司法裁判中可能难以做出恰当的解释。再比如对损失赔偿范围的厘定、违约金合理与否的认定和调整,对于民事交易和商事交易的“一视同仁”,也是商思维欠缺的又一具体表现。在通常情况下,法官会认为违约损失赔偿的范围不应包括诸如律师费等费用支出,这种判断恐怕是出于民事纠纷并不一定要诉诸司法程序,而即使在司法程序中没有强制要求当事人聘请律师的考虑,当然也不排除法官们对社会经济发展程度与赔偿损失范围相适应的宏观考虑。但实际上,随着社会专业化分工的深入,商人在面对纠纷的时候更倾向于聘请专业人士解决,因此承认这些费用支出是一种违约造成的“实际损失”可能是更加符合客观实际的。法官对于此类成本在司法裁量上的否认,会从整体上降低违约成本,使得人们在交易中更倾向于违反承诺和约定,这对频繁而大量的商业交往的影响是不应被忽视的。

### 三、“非典型”商事审判中商思维的运用

对于商思维在商事审判中运用之必要,已经有过许多讨论,但这些讨论更多的是集中在对典型商事纠纷的审判中。对于本文所指“非典型”商事审判,这一必要性并没有引起过多重视。<sup>①</sup>实际上,如果仅从司法机关裁判纠纷的体量上看,典型商事纠纷所占比例是小于非典型商事纠纷的。因此,解决此类案件中商思维运用问题具有必要性。

<sup>①</sup> 参加范健:《商事审判独立性研究》,载《南京师大学报(社会科学版)》2013年第3期,第74~84页;樊涛:《我国商事审判制度的反思与重构》,载《河北法学》2010年第28卷第2期,第145~149页。

### （一）现有观点的局限性

关于商思维的具体运用方式和模式，目前的讨论大多倾向于通过建立专门的商事审判机构，构建专门的商事审判制度来得以彻底解决。这一解决思路所面临的最突出问题是难以给出一个明确标准，从而可以方便而准确地从外观上区分民事纠纷和商事纠纷。诚然，如果我们仅仅将所谓商事审判制度所解决纠纷的目标锁定在典型商事纠纷上，问题似乎就迎刃而解了。但这一方法并不能真正解决本文提出的实质商事纠纷审判中所遭遇的商思维缺位问题。对于商人和商事活动来说，从合同角度提供广泛、公平、科学、合理的司法保护，而不仅仅是对公司等商事组织体或者票据等交易媒介手段予以司法保护，意义更加重大。建立在现有司法机关内分工标准基础上的商事纠纷判断标准，会将大量实质上的商事纠纷遗漏在商事审判范畴之外。而抛弃以案由区分民商事纠纷的思维模式，转而尝试以主体标准来区分，则势必会将个体工商户或者以个人名义挂靠、签订合同等实质上的商行为，排除在商事纠纷范畴外。

民商事纠纷划分上的困难，根源于商事活动的特性。商主体和商行为的界定，从来都存在争议。虽然有观点认为商主体仅应限于法人范畴，<sup>①</sup>但如同笔者一样持不同观点者也大有人在。而商行为的界定，又难以避免的与商主体联系在一起，因而本身就蕴含争议。加之对商行为中“营利性”的判断，也存在各种不同的标准，试图通过一种普适标准而准确地将商事纠纷从民事纠纷中区分出来的做法，就显得缺乏可操作性。进一步反思不难发现，以西方经验为基础的商事审判制度研究进路，忽略了中西方法治背景以及经济社会发展历史现状的差异问题。从商事审判的起源看，中国并不存在世俗审判拖沓冗长、成本高昂以及诸如宗教裁判等问题。相反，中国的民事诉讼制度从未放弃过对审判高效率、低成本追求。我们可以这样认为，即使在诉讼程序领域，中国一直奉行的也是与实体法一样的民商合一理念。笔者认为，不能简单地以中国没有独立的商事审判组织或者商事诉讼程序而认为当前的审判制度存在缺陷，或者有效仿西方设立商事审判组织的必要。从现实的经济社会状况看，在中国引入商人裁判这样专业裁判模式，目前仍有较大困难，商人阶层尚未成熟而稳定，而仲裁

<sup>①</sup> 参见范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》（第二版），中国人民大学出版社2007年版，第218页。

制度作为一种更适应商事交易的纠纷裁处制度的存在和发展,也使得单独建立新的商事审判或者仲裁制度,显得并不那么迫切。

## (二) 本文的观点

笔者认为,对于当前司法审判中存在的因商思维欠缺而遭遇的困难,无论是从我国社会历史和现实状况出发,还是考虑商事活动本身的特点,又或者出于降低改革成本,提高可操作性的需要,都应该作出尊重事实并尽可能在现有体系内解决问题的选择,将解决问题的关键锁定在商思维在审判中运用所遭遇的具体困难上。

首先,应当填补商事立法空白。人们在发现司法裁判对于商事纠纷的解决没有尊重商事交易规律和特点时,往往总是习惯首先质疑法官的裁判思路。但事实上,法官在面对案件时,不能发现商事纠纷所蕴含的商业特点的情况其实并不多见。法官作出的裁判不能遵从商思维的方式,关键在于在没有明确法律规定作为依据的情况下,法官仅基于商思维作出认定,需要承受巨大的压力和风险。只有尽快完善商事立法,填补立法空白,使重要的商思维不仅止步于“思维”,而是切实转化为“法律”,才能从根本上解决商事裁判依据的问题。

其次,应当澄清法律的理解和适用。由于采取民商合一的立法模式,在合同法、物权法、担保法等法律规范中,对于民事、商事纠纷区别适用的思想并非没有体现。遗憾的是,在司法过程中,法官们对于这些法律规定的理解还存在一定问题。对于这一问题的解决,应当主要立足于现有司法状况解决,通过司法解释将法律规定中所蕴含的商思维更加全面、直接的展现出来。

再次,应当改善裁量权行使。法官对于案件的裁判,无论在事实认定上的自由心证还是最终裁判上的自由裁量权行使,总是难以避免的受到其裁判理念和观念的影响。虽然从法理学的角度对这一问题的争论从未停止,但至少从现实角度看,要求法官做法律“自动售货机”的理想,恐怕会因为违背人类思维特点的客观事实而难以实现。笔者认为,裁量权行使受到法官主观影响的事实,应当得到科学利用。比如商思维理念恰当运用的指导性案例的发布,在涉及裁量权行使而又一时无法上升到司法解释的具体问题上,将对引导和改善法官面对商事纠纷裁断时裁量权行使的科学性、合理性具有重要意义。

## 【探索与争鸣】

# 重婚是否属于婚姻法解释一 第八条的无效婚姻阻却范围

王礼仁\*

### 一、问题的提出

所谓无效婚姻阻却，就是无效婚姻的无效条件消失后，使原本无效婚姻被阻止，不再产生无效效力，成为有效婚姻。世界多数国家的婚姻法中都有无效婚姻阻却的规定。我国婚姻法在立法过程中考虑到这样规定，可能会在一些人中产生负面效果，故在婚姻法中没有直接规定。但在《最高人民法院关于〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称婚姻法解释一）第八条中则规定了无效婚姻阻却。然而对该条规定的无效婚姻阻却范围如何界定，分歧很大。特别是重婚是否属于阻却范围，不仅在理论上存在分歧，在具体案件判决结果上也迥然不同。

#### （一）同案不同判案例

##### 【案例1】承认重婚消失后的婚姻效力

广西南宁市韦先生和江女士已结婚10年并育有一子，因夫妻感情出现裂痕，韦先生以江女士与自己结婚时没有与前夫离婚为由将江女士诉至法院，要求法院确认自己与江女士的婚姻无效。法院审理查明江女士与韦先生登记结婚为1996年3月20日，与其前夫于1996年8月30日离婚。法

\* 湖北省宜昌市中级人民法院高级法官，三峡大学兼职教授。

院认为,鉴于韦先生起诉时双方婚姻关系还存在,且已共同生活10年,法定的无效婚姻情形已经消失。据此,法院不宜再认定双方的婚姻关系无效,遂驳回韦先生的诉讼请求。<sup>①</sup>

### 【案例2】不承认重婚消失后的婚姻效力

严某于1992年4月4日与张某某在被告处登记结婚。1998年12月8日,严某与原告车某某持双方身份证、户口本、所在街道办事处及村委会证明、体检表,并填写《婚姻登记申请书》后,向郑州市金水区民政局申请结婚登记。严某在该申请材料中填写其婚姻状况为“初婚”,其所在街道办事处出具的介绍信载明其婚姻状况为“未婚”。审查上述申请材料后,被告为原告车某某、第三人严某办理结婚登记,并颁发豫金婚字第5566号结婚证。2004年12月27日严某与张某某在郑州市金水区民政局登记离婚。原告车某某于2014年9月2日提起行政诉讼请求法院确认被告于1998年12月8日为原告车某某、第三人严某办理的证号为豫金婚字第5566号的结婚登记无效。第三人严某诉称:1992年与张某某进行结婚登记时,第三人没有到场,一直以为该结婚登记是无效的。知道该结婚有效后就于2004年12月27日在被告处协议离婚。造成与原告1998年进行结婚登记的过错在第三人,同意原告的诉讼请求,请求法院确认第三人与原告于1998年12月8日的结婚登记无效。郑州市金水区人民法院认为第三人在已与他人进行结婚登记且未解除婚姻关系的情况下,隐瞒事实又与原告登记结婚,造成其与原告的结婚登记存在重婚情形,依法应予确认无效。遂判决:确认被告于1998年12月8日为原告车某某、第三人严某办理的证号为豫金婚字第5566号的结婚登记无效。<sup>②</sup>

### 【案例3】不承认重婚消失后婚姻效力的再审案件

河南的张丽和老华于1984年1月1日登记结婚,婚后生育两子小华、小飞,1996年1月3日经法院调解双方离婚。但老华于1991年9月19日与刘云登记结婚,婚后生育两子女。2011年,在重婚已经20年,重婚消失15年后,老华的前婚子女主张老华与刘云的婚姻无效。法院认为重婚行为违反一夫一妻制原则,不属于婚姻法解释一第八条无效婚姻情形消失后

<sup>①</sup> 《婚后10年发现妻子重婚,被判婚姻有效》,载新华网 [http://news.xinhuanet.com/mrdx/2006-09/28/content\\_5148166.htm](http://news.xinhuanet.com/mrdx/2006-09/28/content_5148166.htm),访问时间:2014年8月9日。

<sup>②</sup> 车某某与郑州市金水区民政局婚姻登记一案一审行政判决书,河南省郑州市金水区人民法院(2014)金行初字第280号行政判决书。



不得再主张婚姻无效的范围，故判决张老华与刘云重婚无效。由于无效婚姻属于一审终审，刘云不服。判决生效后以刘云重婚消失，婚姻有效为由申请再审。刘云在再审中认为，“根据婚姻法解释一第八条的有关规定，当事人申请宣告婚姻无效时，法定婚姻无效的情形已经消失的，人民法院对原审原告申请婚姻无效的请求应当予以驳回”。法院对该案再审后认为，原审被告老华在与原审被告小云登记结婚时并未与小丽离婚，即原审被告老华一人同时存在两个婚姻关系，其行为违反我国《中华人民共和国婚姻法》规定的一夫一妻制原则，已构成重婚。婚姻法解释一对于婚姻无效的阻却事由是存在于所有四种婚姻无效情形还是仅适用于部分情形，并没有作出明确表态，对此应根据《中华人民共和国婚姻法》基本原则进行分析。重婚行为严重违反一夫一妻制原则，从性质上不应当存在阻却事由。故原审原告申请原审两被告之间的婚姻关系无效，符合《中华人民共和国婚姻法》规定的无效婚姻情形，本院予以支持。2014年1月9日法院作出再审判决，其结果仍然维持原判。<sup>①</sup>这虽然是一个申请再审要求改判而再次败诉的案例，但这个案件之所以能够进入再审，不难看出在同一法院的法官中对婚姻法解释一第八条有不同认识。

## （二）理论上的不同观点

在理论上对重婚无效是否可以阻却，也一直存在争议。如在婚姻法解释一制定和征求意见过程中，一种观点认为，对以重婚为由申请宣告婚姻无效的，在申请时，如果重婚者仅存有一个婚姻关系，则不能再宣告另外一个婚姻无效。另一种观点认为，因重婚是严重违反一夫一妻制原则的行为，不应当存在阻却事由，即申请时，无论重婚者是存在两个婚姻关系，还是只有一个婚姻关系，都应宣告其中一个婚姻无效，构成犯罪的，还应用于刑罚制裁。<sup>②</sup>在婚姻法解释一颁布后，对重婚无效是否可以阻却仍然存在争议。而且，在最高人民法院法官之间，也存在两种观点：一种观点认为，重婚无效属于解释一第八条阻却范围。如参与起草婚姻法解释一的刘银春法官在《关于适用婚姻法若干问题的解释一的理解与适用》一文

<sup>①</sup> 河南省郑州市金水区人民法院民事判决书（2012）金民再初字第13号。

<sup>②</sup> 最高人民法院民事审判第一庭：《婚姻法司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第36~37页。

中,并没有排除重婚无效不能阻却;<sup>①</sup>《人民司法》的“本刊研究组”在“人民司法信箱”中答复福建省长乐市人民法院法官关于重婚消失后婚姻如何处理的问题中,更是直接以婚姻法解释一第八条规定为根据,明确答复重婚无效的法定事由消除后,不应以宣告婚姻无效案件处理,而应当按照离婚案件处理。<sup>②</sup>另一种观点认为,重婚无效不属于婚姻法解释一第八条阻却范围。如最高人民法院民一庭法官韩延斌在《婚姻法司法解释的理解与适用》一书中,对婚姻法解释一第八条解读时则认为,重婚属于严重违反一夫一妻制的行为,不存在阻却,第八条的无效婚姻阻却不适用重婚。<sup>③</sup>2014年最高人民法院民一庭法官吴晓芳,也发表与韩延斌法官相同的看法。而且吴晓芳法官还认为,婚姻无效可以区分相对无效和绝对无效两种情况。绝对无效是指婚姻关系自始无效、完全和彻底无效,重婚属于绝对无效,不存在阻却。而未达法定婚龄、患有禁止结婚的疾病和原有亲属关系等均属于相对无效的情形,如产生争议时无效的情形已经不复存在的,可认定婚姻关系有效。<sup>④</sup>

在地方法院或基层法院也有不同观点,比如河南省郑州市金水区人民法院在审理田雄华申请宣告田华与郭淑云婚姻无效案件中,即形成了两种观点:第一种意见认为,既然最高人民法院规定当事人申请宣告婚姻无效时法定无效婚姻的情况已经消失的,就不再支持宣告婚姻无效,那么本案田雄华提出申请时,因田华与前妻黄丽华已经法院调解离婚,田华的重婚情形已不存在,就应当驳回田雄华的诉讼请求,不再宣告田华与郭淑云婚姻无效。第二种意见认为重婚是婚姻法明令禁止的,所以无论申请宣告婚姻无效时重婚是否仍然存在,都应宣告构成重婚的婚姻无效。最高人民法院虽以司法解释的形式规定了宣告婚姻无效的阻却事由,但阻却事由是存在于所有四种婚姻无效情形还是仅适用于部分情形,并没有作出明确规定。就重婚而言,是否因前一婚姻关系的终止而合法化?对此,应当从婚姻法的基本原则进行分析:重婚行为违反一夫一妻制,有悖于社会的公序

① 见《人民司法》2002年第3期。

② 见《人民司法》2005年第1期110页《该离婚案应如何处理?》。

③ 最高人民法院民一庭:《婚姻法司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第36-37页。

④ 吴晓芳法官于2014年9月14日在广东科学馆出席“婚姻家庭案件审判实务”讲座里的观点,见“家事法苑”网, <http://www.famlaw.cn/article-detail.aspx?id=5952>,访问时间:2014年9月19日。

良俗，是我国法律明令禁止的严重的婚姻违法行为，从性质上不应当存在阻却事由，不产生从违法到合法的转化问题。因此，无论申请确认婚姻无效时，重婚者是存在两个婚姻关系，还是只存再一个婚姻关系，都应确认构成重婚的婚姻无效。即使前婚已合法终止，后一婚姻关系仍为无效。最终金水区法院再审后采纳了第二种意见，宣告田华与郭淑云的婚姻无效。<sup>①</sup>福建省长乐市人民法院在向“人民司法信箱”咨询时，还出现三种意见，即除了重婚消失后应当认定婚姻有效与无效两种不同观点外，还有一种观点是在处理程序上，应当建议婚姻登记机关撤销婚姻登记。<sup>②</sup>

由此可见，婚姻法解释一第八条关于婚姻无效的阻却规定是否包括重婚在内，从最高人民法院到基层法院都存在不同看法，这种认识上的分歧，直接导致同案不同判，影响了司法的统一。同时，如何理解婚姻法解释一第八条，也直接涉及司法解释的权威和司法解释的质量问题。有必要加以研究，以便统一认识，统一司法。

如何理解婚姻法解释一第八条婚姻无效的阻却规定是否包括重婚在内，关键在于厘清该条是解释错误或存在严重疏漏，还是其价值选择。

## 二、第八条文意与不同解读之判断与选择

如何理解婚姻法解释一第八条，首先面临对最高人民法院法官对第八条两种解读（一种解读与第八条文意相同，另一种解读与第八条文意不同）的选择。因为这种不同解读对全国法院如何理解和适用第八条有直接影响。那么，我们应当采取哪一种解读？尤其是能否采用与第八条文意相反的解读，则涉及到这种相反解读与第八条文意差异的判断与选择问题。要厘清这一问题，必须对第八条文字含义、法理基础、解释背景、域外相关立法等加以考证。

婚姻法解释一第八条规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”按照该规定，无效婚姻情形已经消失的，再主张婚姻无效都不能支持，没有例外情形。而婚姻法第十条规定的四种无效婚姻，除近亲结婚中的血亲不可能消失外，包括拟制血亲、重婚、禁止结婚的疾病、未达婚龄结婚等无效婚姻均可能出现消失的情形。因而，重婚消失后

① 见《重婚消失后能否判决现行婚姻有效》，载《人民法院报》2014年9月18日，第六版。

② 见《该离婚案应如何处理？》，载《人民司法》2005年第1期。

申请宣告婚姻无效不予支持，自然包括在婚姻法解释一第八条规定的范围内。

目前如果认定重婚无效不存在阻却，则必然认为婚姻法解释一第八条属于解释错误或疏漏，没有发挥司法解释定分止争的功能。那么，第八条到底是解释错误或疏漏，还是其价值选择呢？我们认为，从婚姻法解释一第八条的文字表述和该条解释的背景，并结合域外立法和法理看，重婚消失后不得再主张婚姻无效，更符合婚姻法解释一第八条解释本意。因为重婚无效并非绝对不能阻却，而司法解释也没有排除重婚无效可以阻却，在这种情况下，我们没有理由说是司法解释存在错误或疏漏，而应当理解为是司法解释的价值选择才是合理的。

### （一）从立法上考察

#### 1. 从域外立法上考察

重婚在民法上产生何种效果，各国规定大相径庭，大致有三种情形：（1）规定重婚为无效婚姻；（2）规定重婚为撤销婚姻；（3）规定重婚为离婚原因。而重婚无效能否阻却，各国也有肯定与否定两种立法模式。从一些国家和地区的立法看，规定重婚无效可以阻却的立法模式大致可以分为三种：一是有条件阻却，如德国民法第1315条规定：“在缔结婚姻前，以宣告离婚或前婚姻的废止且这一宣告新婚姻缔结后发生既判力的，违反1306条时”，不得宣告无效。<sup>①</sup>《纽约州家庭法》第6条也在规定重婚为无效婚姻的同时，规定了重婚为无效婚姻的阻却事由。<sup>②</sup>还有一些国家和地区设立了重婚信赖保护规定，即重婚双方或一方信赖原来婚姻已经解除或信赖不存在婚姻而结婚者，因此构成的重婚不得宣告无效。我国台湾地区也设立了重婚信赖保护规定。二是直接规定重婚消失后重婚有效。如挪威婚姻法第31条2项规定：“重婚时在第二次婚姻请求无效宣告之诉以前，第一次婚姻解消或宣告为无效时，第二次无需再举行婚式而成为有效”。<sup>③</sup>澳门民法第1506条规定：“重婚者的前一婚姻被解除（包括配偶一方死亡或双方离婚）或者被撤销的，其最后一婚姻（重婚）则成为有效婚。”日本民法虽然没有规定重婚的除斥期间或阻却，然依判例“当事双方死亡后或

① 陈卫佐译注：《德国民法典》（第2版），法律出版社2006年版，第429~430页。

② 张贤钰主编：《外国婚姻家庭法资料选编》，复旦大学出版社1991年版，第121~122页。

③ 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第240页。

有裁判上之离婚后，任何人不得请求撤销”。<sup>①</sup> 三是间接规定重婚消失后婚姻有效。如俄罗斯俄罗斯民法第 29 条规定：“在审理确认婚姻无效案件时，如果法律不准结婚的条件已经消除，法院可以认定婚姻有效。”<sup>②</sup> 格鲁吉亚民法第 1120 条（婚姻妨碍情况）规定：“一方或双方已在婚”者，不得结婚；第 1143 条（因存在妨碍因素而宣布婚姻无效）规定：“1. 如婚姻登记违反本法第 1120 条的规定，法庭可裁定该婚姻无效。2. 如法庭审案之前原妨碍因素已消除，则法庭可宣布该婚姻自妨碍因素消除之时起有效。”<sup>③</sup> 《阿根廷共和国民法典》第 176 条规定：“非以结婚障碍存在为基础的异议，无需其他程序即可被驳回”。<sup>④</sup> 这些国家虽然没有直接规定重婚无效的阻却事由，但从无效婚姻阻却的概括性规定中，可以看出重婚属于阻却范围，即重婚消失后，其重婚有效。这些规定与我国婚姻法解释一第八条的规定模式相同。还有《加拿大刑法典》第 154 条也规定：“于第一次婚姻离婚者，不以重婚论。”<sup>⑤</sup> 巴西刑法 235 条（2）也规定，因任何原因，取消第一次婚姻，或取消另一次婚姻，只要不是重婚的，都不算有罪。<sup>⑥</sup>

## 2. 从我国法律看

我国在婚姻法上将重婚规定为无效婚姻始于 2010 年修订婚姻法，在此之前，重婚作为离婚的原因或条件。在刑法上，重婚历来规定为犯罪，1979 年刑法第一百八十条规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”1997 年刑法第二百五十八条的规定与 1979 年刑法相同。但《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第一百九十七条规定：“人民法院对告诉才处理和被害人有权证明的轻微刑事案件，可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉。”而重婚罪属于轻微刑事案件，也属于可以调解或撤诉的范围，并非必须追究重婚罪责任。

微信号：623760976

电子书 纸质书

- ① 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 240 页。
- ② 陈苇主编：《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社 2006 年版，第 127 页。
- ③ 格鲁吉亚民法（婚姻部分参考译文），中华人民共和国驻格鲁吉亚大使馆格鲁吉亚民法（婚姻部分参考译文），载 <http://ge.chineseembassy.org/chn/fggz/t190111.htm>
- ④ 徐涂宇译注：《最新阿根廷共和国民法典》，法律出版社 2007 年版，第 49 页。
- ⑤ 中国政法大学编：《外国刑法研究资料》（第六辑），第 120-121 页。
- ⑥ 中国政法大学编：《外国刑法研究资料》（第六辑），第 260 页。

### 3. 域外立法和我国立法的特点与启示

一是从民法上看,重婚无效既有直接阻却的规定,也有间接阻却的规定;二是从刑法上看,既有重婚消失后不追究重婚罪的规定,也有重婚没有消失,可以调解或撤诉的规定。重婚无论是在民法上还是刑法上,都可以阻却。那么,婚姻法解释一第八条规定重婚无效可以阻却有何不行?据此,不能认为第八条属于解释疏漏,而应当理解为价值选择。

#### (二) 认为重婚不能阻却的理由根据不足

目前认为重婚不能阻却的主要有两个理由:一是重婚是违反一夫一妻制原则的行为;二是认为重婚属于绝对无效,不存在阻却;而未达法定婚龄,患有禁止结婚的疾病等均属于相对无效,可以阻却。上述理由根据不足,有的甚至是错误的。

1. 认为重婚违反一夫一妻制原则不应当阻却,无非认为重婚比其他违法婚姻更严重。但从四种无效婚姻的性质和客观事实看,并非完全如此。

比如与幼女或少女结婚、或者与被拐骗少女结婚,这些违法婚姻或无效婚姻与重婚相比,重婚则只是破坏了一夫一妻制度,而前者不仅严重违反了法定婚龄,甚至严重侵犯人权。如果与幼女或少女结婚、或者与被拐骗少女结婚,达到婚龄(无效情形消失),其无效婚姻可以阻却,重婚消失后又为何不能阻却?

如豫西南A县一个小山村仅仅14周岁(1974年出生)的张娟,1988年11月被拐卖给邻县一个大她22岁的棍徒靳山。靳山请人帮忙伪造婚姻状况证明,将张娟的出生日期改为1965年7月15日。1989年2月25日,靳山持伪造的证明领到了结婚证。1990年4月27日,15岁的张娟生一男孩。靳山不准张娟到邻居家串门子,不准张娟同村里的男人说话。1999年8月13日,张娟悄然出走到南方打工,并与同厂一名男技术员产生爱情。2005年5月30日,张娟向法院起诉,要求与靳山离婚。法院认为婚姻有效,按离婚案件解除双方婚姻关系。<sup>①</sup>

上述案件的违法性质和后果包括:(1)与14岁少女结婚,严重违反禁婚年龄;(2)与被拐卖妇女结婚,侵犯了他人人身权利;(3)导致15

<sup>①</sup> 内乡法院杨宗华、杨红、张敏祝:《少女被拐卖与人“登记结婚”成年后是否可以离婚》,载河南法院网<http://hnfy.chinacourt.org/article/detail/2005/08/id/711551.shtml>,访问时间:2014年8月9日。

岁少女怀孕生子，有损他人身体健康；（4）15岁少女结婚生子，违反计划生育政策；等等。像这样的案件，怎么能说它比重婚的危害小呢？

至于与幼女结婚的现象也大有案例存在，但目前在所公开的案例都是在幼女没有达到婚龄时被发现而宣告婚姻无效，并追究男方强奸罪刑事责任。但在现实生活中，并不能完全排除与幼女结婚后已经达到婚龄的情形存在。对于这种无效婚姻的情形已经消失，也只能认定婚姻有效，如果没有超过犯罪追诉期，则只能追究男方的刑事责任。还有很多无效婚姻情形，很难说其社会危害比重婚小。因此，认为重婚属于违反一夫一妻制，比其他无效婚姻严重，不应当存在阻却事由的观点，缺乏充分的说服力。

2. 在婚姻法理论上，婚姻无效又分为无效婚姻与可撤销婚姻，无效婚姻属于绝对无效；可撤销婚姻属于相对无效。从我国现行婚姻法的立法考察，我国立法规定的重婚等四种法定无效婚姻情形均属于无效婚姻，四种法定无效婚姻同一性质，即均属绝对无效婚姻。我国婚姻法规定的可撤销婚姻只有婚姻法第十一条胁迫结婚一种，我国的相对无效婚姻也只有胁迫结婚。因而，认为重婚属于绝对无效，其他三种（即未达法定婚龄、患有禁止结婚的疾病和近亲属结婚）属于相对无效婚姻，其理解不符合我国婚姻法的规定。那么，据此认为重婚属于绝对无效婚姻，不能阻却；其他三种无效婚姻属于相对无效婚姻，可以阻却的观点自然是错误的。

### （三）重婚消失后宣告无效，不能达到保护一夫一妻制的目的

禁止重婚的立法目的，是禁止有婚时不能重婚，或不能同时存在双重婚姻；而不是禁止前婚解除后，其重婚不能继续存在。从司法实践看，重婚消失后，起诉否认婚姻效力的原因，主要有三种情形：一是为了争夺财产（包括婚姻当事人之间或其父母子女等）。如前述“案例3”中的前婚子女申请宣告重婚消失15年的婚姻无效，即有争夺财产之嫌。二是一方有了婚外情，借此宣告婚姻无效后再婚。如1995年10月刘姓男子，隐瞒已婚事实，在婚姻存续期间与姜姓女子登记结婚（重婚），1996年5月刘姓男子悄然与前妻离婚。刘姓男子在与姜姓女子生活期间，又结识了魏姓女子，两人关系逐渐升温，由谈情说爱到同居，直至发展到两人决定结婚。刘姓男子为了摆脱与姜姓女子的婚姻，2011年6月刘姓男子以重婚为由申请宣告与姜姓女子的婚姻无效。姜姓女子方知15年前的结婚为重婚，并抗辩重婚已经消失15年，其婚姻应当有效。像这样的案件显然是利用一夫一

妻制破坏一夫一妻制或破坏婚姻的稳定。三是一方想离婚而理由不充分时,以宣告婚姻无效代替离婚诉讼(如前述“案例1”);或者双方均要求离婚时,以宣告婚姻无效代替离婚诉讼(如“案例2”)。因而,从重婚消失后,申请宣告无效的目的和效果看,并没有起到保护一夫一妻制的作用,而是利用一夫一妻制争夺财产或达到其他目的。

#### (四) 从民法理论上考察,重婚无效可以阻却有理论基础

关于婚姻无效的范围及其阻却事由,在民法理论上,也有两种主要立法模式:第一种是中国社会科学院的民法建议稿,将重婚、近亲结婚作为婚姻无效;其他则为可撤销婚姻。其中婚姻无效不存在阻却问题,而可撤销婚姻可以阻却。<sup>①</sup>第二种是中国人民大学民法建议稿和婚姻法修改过程中的专家稿关于婚姻无效的四种情形与现行婚姻法相同。但这两个建议稿对婚姻无效的阻却都是概括性规定,如中国人民大学建议稿在第四百零七条中规定无效婚姻情形,在第四百零八条中规定“无效婚姻消失后,不得再宣告无效”。专家稿第二十二条也规定:“婚姻无效的原因消失后,不得再宣告该婚姻无效。”<sup>②</sup>中国人民大学建议稿和专家建议稿,都没有列举具体排除情形或例外情形,重婚阻却自然包括其中。与此同时,中国人民大学建议稿在关于无效婚姻消失后不得再宣告无效的理由中指出:(1)婚姻的无效是以婚姻的违法性为条件,如果违法性已经不复存在——“婚姻无效的原因已经消失”,即不应该再宣告婚姻无效。(2)这样可以节约行政资源和社会资源。婚姻无效是以当事人已经办理结婚登记、领取结婚证为前提的,如果对于婚姻无效的原因消失之后的婚姻再次宣告无效,当事人只好再次办理婚姻登记。显然,这是无谓的消费行政资源和社会资源。<sup>③</sup>

尽管两种立法模式都可以成为立法选择的对象,但我国现行婚姻法关于无效婚姻的规定是中国人民大学建议稿和专家稿模式,婚姻法解释一第八条关于婚姻无效的阻却也是中国人民大学建议稿和专家稿模式。这说明婚姻法解释一第八条重婚无效可以阻却也有理论基础。如果认为重婚无效

<sup>①</sup> 梁慧星:《中国民法典草案建设稿附理由——亲属编》,法律出版社2006年版,第35-39页。

<sup>②</sup> 王胜明、孙礼海主编:《〈中华人民共和国婚姻法〉修改立法资料选》,法律出版社2001年版,第462页。

<sup>③</sup> 王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由(人格编、婚姻家庭编、继承编)》,法律出版社2006年版,第231-232页。



不能阻却，将来可以采取中国社会科学院的立法模式，将重婚无效排除在阻却范围。但在没有修改婚姻法和婚姻法解释一第八条时，应当认为重婚无效属于阻却范围，才真正符合立法本意。

(五) 从司法解释的形成过程看，在两种争议中没有选择排除，应当认定是其价值选择

从司法解释背景考察，关于宣告无效婚姻制度中是否存在阻却事由问题，据最高人民法院参与起草的刘银春法官的介绍：“在起草过程中有过不同意见。一种意见认为，应该以起诉时的情况为准，因为无论起诉前或缔结婚姻时的状况怎样，一旦经过一定期间，其双方已经具备法律规定的结婚条件的，就已经属于合法的婚姻，不能用以前的无效事由来对抗已经合法有效的婚姻。另一种意见则认为，无论日后双方处于怎样的状态，只要当初缔结婚姻时存在无效事由的，该婚姻关系就根本没有成立。如果当事人起诉到法院请求宣告婚姻无效的，不论何时、不论双方的状况如何，都一律应予支持。后一种观点实际上不承认在宣告婚姻无效制度中存在阻却事由。婚姻法解释一根据立法本意，从有利于稳定当事人生活关系角度出发，承认了此领域内阻却事由的存在。当事人或利害关系人向人民法院请求宣告婚姻无效的案件，必须是起诉时该婚姻关系仍然属于法律规定的无效情形，否则不予支持，即由于阻却事由的出现，将导致不能出现无效婚姻的结论。”<sup>①</sup> 从上述介绍看，并没有将重婚排除在阻却范围。

同时，据最高人民法院有关法官介绍，重婚是否可以阻却，在司法解释制定过程中两种争议业已出现，即一种观点认为，在申请时重婚已经消失，仅存有一个婚姻关系者，不再宣告婚姻无效。<sup>②</sup> 最高人民法院起草者对此显然很清楚。那么，按照正常的司法解释逻辑，如果最高人民法院认为重婚不存在阻却，就应当在第八条作出排除或例外性规定，然而第八条却没有作出排除或例外性规定，这应当理解是最高人民法院的价值选择。

<sup>①</sup> 刘银春：《〈关于适用婚姻法若干问题的解释（一）〉的理解与适用》，载《人民司法》2002年第3期。

<sup>②</sup> 最高人民法院民一庭编著：《婚姻法司法解释的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第36-37页。

## (六) 从法治思维考察, 应当以法律规范作为解读法律的基准

从法治思维来考察, 法律规范是逻辑思维方式的基准, 解读和判断法律的内涵, 应当以法律规范为根据, 不能脱离法律规范。当法律规范存在多个选项条件时, 无论法律规范作出何种选择, 我们都应当尊重法律规范的选择, 不能作出相反的解读。只有当法律规范存在唯一选项, 其他选项为不可能或明显错误时, 我们才能作出相反或不同的解读。这就是法治思维的基本要求。如前所述, 重婚无效可以阻却, 无论是在立法上还是在理论上均是选项之一, 重婚无效不能阻却, 并非唯一选项, 第八条具有选择重婚无效阻却的条件及其合理性。据此, 我们认为, 认定第八条包括重婚无效阻却在内, 有其充分的根据和理由。其主要理由可以概括归纳如下: 一是在域外法律上重婚消失后可以阻却有立法先例; 二是在理论上重婚消失后阻却可以作出合理解释, 有理论基础; 三是在我国立法草案建议稿中也有与第八条相同或相近的立法建议; 四是在婚姻法解释一起草和征求意见过程中, 已有人主张重婚消失后可以阻却, 如果最高人民法院反对重婚阻却就会在第八条作出排除性规定, 而第八条没有作出排除性规定。综合上述诸种情形, 我们没有理由认为第八条是解释错误或疏漏, 更没有理由作出与第八条意思相反的解读, 而只能理解第八条是其价值选择。这样才符合第八条本意, 也符合法治思维。否则, 搞“法外释法”, 则是人治思维代替法治思维。人治思维不仅影响法律的安定性, 导致适用法律混乱, 也会造成当事人对判决不服而申诉上访, 乃至对法律失去信仰, 从而破坏法律的权威性。

### 三、承认重婚无效可以阻却并不意味着放纵或支持重婚

应当指出的是, 在产生重婚之时, 或重婚存在之时, 不宣告婚姻无效, 而在重婚消失后再宣告, 看似维护一夫一妻制, 实则是一种虚幻的理论效果, 对维护一夫一妻制并不能起到实质作用。重婚消失后否认婚姻效力的“事后惩罚”, 其惩罚对象并非重婚, 而是重婚消失后的一夫一妻制; 其惩罚的效果也不能起到维护一夫一妻制的作用。

1. 重婚消失后并不禁止其结婚, 如果双方有感情, 仍然可以登记结婚, 宣告婚姻无效莫非是要求当事人重新登记而已。而双方感情破裂的,

重婚消失后宣告婚姻无效也仅仅起到解除婚姻关系的作用。

2. 在前婚消灭后，事实上只有一个婚姻关系，不存在重婚，承认无效婚姻可以阻却，事实上并不是保护重婚，而是承认重婚消失后的一夫一妻制，与维护一夫一妻制并不矛盾。

3. 重婚消失后，不承认无效婚姻可以阻却，反而可以使一些人利用一夫一妻制达到其他目的，使本来可以维持的婚姻被解体，影响婚姻的稳定性。

4. 不承认重婚无效可以阻却，可以使一些人借机在重婚消失后，与他人登记结婚或者形成事实婚姻，这对保护一夫一妻制不仅没有积极作用，而是消极作用。

5. 重婚消失后宣告婚姻无效，对阻止重婚效果有限。也许有人认为，只有不承认重婚无效可以阻却，才能阻止重婚。这种看法也是片面的。试想，当事人敢冒着重婚罪的风险而重婚，难道还害怕重婚消失后宣告无效？重婚消失后宣告婚姻无效对重婚的威慑或阻止效果极其有限。

重婚的原因是多方面的，阻止重婚的关键在于不让重婚产生，或者在重婚存续期间及时宣告重婚无效，并追究重婚者的刑事责任、行政责任和民事责任，而不是在重婚消失后不承认其阻却效力。只有不断完善婚姻登记程序，加大对重婚者的刑事制裁力度，完善行政处罚和民事赔偿责任（如完善对重婚者的行政拘留、罚款，对无过错一方的民事赔偿等制度），才能真正有效地遏制重婚发生。目前，忽视重婚的其他综合治理手段，不承认重婚消失后的婚姻效力，反而使重婚者可以从中获利，这对遏制重婚不仅没有积极作用，反而有消极作用。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【指导性案例】

### 夫妻共同债务还是个人债务

最高人民法院民一庭

#### 一、案情简介

原告：孔玉屏，女，1981年9月出生。

被告：初进贤，男，1976年12月出生。

初进贤与孔玉屏系夫妻，孔玉屏于2013年10月以初进贤为被告诉至法院，请求判令二人离婚。6岁的婚生女初绽归孔玉屏抚养，初进贤每月支付抚养费3000元。夫妻共同财产已经协商自行分割完毕。

诉讼期间，初进贤表示同意孔玉屏提出的离婚和子女抚养要求，但同时提出，2012年2月，自己向马思明借款150万元，现需归还所借款项本息共计200万元，自己因作生意亏本，无力偿还借款，该债务属于夫妻共同债务，孔玉屏应对所欠债务承担连带清偿责任。

孔玉屏称，对于初进贤借款一事，自己一无所知。自己每月工资近万元，刚上小学一年级的女儿身体健康，家中无特殊开销。离婚前，初进贤系公司职员，每月亦有固定收入，家庭收支每月均有结余。因家中雇有保姆，保姆对于其负责购买的家庭日用开销均详细记账。因此，初进贤所谓的借款自己既不知道也未用于家庭生活，故不应承担该笔债务的清偿责任。

#### 二、法院裁判情况

一审法院查明，初进贤向马思明借款之事，发生2012年2月20日。

初进贤给马思明写有借据，内容为：“今借到马思明人民币 150 万元，借期一年。到期归还本息 200 万元。”一审期间，马思明到庭作证，提供了借条和将 150 万元打入初进贤账户的银行汇款凭证。故可以认定上述借款确系发生在初进贤与孔玉屏二人婚姻关系存续期间。一审法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定，“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情况的除外。”而初进贤与孔玉屏均未就双方于婚姻关系存续期间实行分别财产制并且在初进贤借款时曾明确告知马思明之事提出证据加以证明，故初进贤向马思明所借 150 万元应视为初进贤与孔玉屏的夫妻共同债务。对于案涉借款利息超过同期银行贷款利率四倍的部分不予保护。遂判决：准许初进贤与孔玉屏离婚，婚生女初旋由孔玉屏抚养，初进贤每月给付抚养费 2000 元。初进贤向马思明所借 150 万元债务属于夫妻共同债务。

一审判决后，孔玉屏不服，以自己初对初进贤所借债务从不知晓，且该笔借款以及初进贤所谓的做生意的收入从未用于夫妻共同生活，不应被认定为夫妻共同债务，故提起上诉。并补充证据证明，初进贤借款时，自己已经与其分居半年多。

二审法院认为，根据《中华人民共和国婚姻法》第四十一条规定，“离婚时原为夫妻共同生活所负债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。”本案中初进贤主张自己以个人名义所借债务属于夫妻共同债务，但除了该笔债务发生于夫妻关系存续期间外，并未举证证明所借款项用于夫妻共同生活。孔玉屏已经从几个方面举证证明自己有关案涉债务不属于夫妻共同债务的观点：第一，初进贤借款时双方已经分居，初进贤从分居至离婚均在外地做生意，并未回家与孔玉屏共同生活。第二，孔玉屏自己的收入足以支付其家庭日常生活，其家庭在与案涉债务有关的特定时期，并无特殊支出。第三，孔玉屏和其家中保姆对于日常购物、支出均有记账的习惯，孔玉屏已经提交了近三年的家庭账目以证明初进贤所借款项并未用于夫妻共同生活。因此，应认定初进贤所借款项并未用于夫妻共同生活，不属于夫妻共同债务。二审法院遂改判认定初进贤所借债务为其个人

债务。

### 三、主要观点和理由

二审审理过程中,对于本案该如何确定初进贤所借债务的性质,曾经存在三种观点。第一种观点认为,既然双方当事人对于此笔债务的性质存在争议,而债权人马思明尚未提起诉讼,故可以将债务问题甩出,不在本案中处理,待马思明起诉后,在债务案件中再加以解决。第二种观点是,既然债权债务关系清楚,债务的存在已经得到证明,当事人在离婚案件中又要求确认债务的性质,人民法院就应当对此作出认定。但认定债务性质的依据应当是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第二十四条的规定。一审法院的判决并无不当,应予维持。第三种观点认为,本案应当对初进贤向马思明所借150万元的性质是否属于夫妻共同债务作出认定,因为债权债务关系明确具体,债务真实存在,当事人有请求,实际上在离婚案件中人民法院要解决案涉债务是否属于夫妻共同债务问题,这直接关系到夫妻共同财产的分割。如果案涉债务被认定为夫妻共同债务,则需要以夫妻共同财产清偿。处理这一问题的依据应当是《中华人民共和国婚姻法》第四十一条的规定。初进贤对于自己于婚姻关系存续期间以个人名义所借债务属于夫妻共同债务的主张,应当提供证据加以证明。但其并未提出该借款用于夫妻共同生活的证据。孔玉屏在诉讼中所举出的证据,已经充分证明初进贤所借款项并未用于夫妻共同生活,因此,应当认定初进贤所借款项属于其个人债务。

我们认为,相比较而言,第三种观点的更具合理性。审判实践中,人民法院在司法实践中遇到的涉及夫妻共同债务问题的案件最常见的有以下两种情况:

1. 婚姻关系存续期间,债权人持与夫妻一方签订的借款协议或一方出具的欠条向人民法院起诉,主张由债务人及其配偶对该债务承担连带清偿责任

此种情况下,有些受诉法院会将债务人的配偶追加为共同被告,既可能是根据债权人的请求追加,也可能依职权追加。之所以会考虑依职权追加,是因为如果债务人有配偶,且借债时未声明其夫妻二人实行约定财产制,则即使法院判决债务人还债,债务人的配偶也会以被执行的财产为夫妻共同财产,其作为财产共有人不同意为由拒绝还债。追加债务人的配偶

参加诉讼后，只要通过审理查明，借款确实发生于婚姻关系存续期间，而债务人夫妻没有实行约定财产制或者虽然实行约定财产制但未于借款时明确告知债权人，一般均会判决债务人及其配偶对债务承担连带清偿责任。这样有利于保护债权人的合法权益，也便于人民法院强制执行。

对于夫妻关系存续期间一方以个人名义所借债务，实务界的多数人认为应当由夫妻共同偿还。因为我国婚姻法规定了婚后所得共同制是夫妻财产制的普遍原则，约定财产制为特别原则。我国的大多数家庭实行的也正是婚后所得共同制。但在债权人以一个已婚自然人为被告提起的诉讼中，仍然需要人民法院对案涉债务的性质进行认定，即在双方当事人就债务性质为借债之人的个人债务还是夫妻共同债务存在争议的情况下，人民法院必须对该债务的性质作出判断。因为普遍存在的情况是无论该债务的性质如何，都需要以夫妻共同财产偿还。特殊情况是双方当事人对案涉债务的性质无争议，以个人名义举债的债务人有能力以其个人财产清偿。债务性质的确认导致的直接结果是：（1）对于夫妻共同债务，夫妻就该债务的清偿负连带责任。债权人可以选择请求任何一个连带责任人清偿全部债务，且清偿不是以夫妻共同财产为限。（2）对于夫妻一方的个人债务，虽然因为债务人的婚姻关系存续，家庭财产未经分割前多为夫妻共同财产，因此，要用夫妻共同财产还债。但以此为限，在夫妻共同财产不能满足债权的情况下，非经债务人配偶的同意，人民法院是不能判决债务人的配偶以其个人财产清偿债务的。

2. 离婚时，夫妻一方提出自己以个人名义举债用于夫妻共同生活，要求法院确认上述债务为夫妻共同债务

这种情况属于在夫妻内部对债务性质产生的争议。举债人的配偶往往会以自己根本不知道债务的存在为由，根本否认对方举债用于夫妻共同生活。因为离婚案件不允许追加“债权人”为第三人参加诉讼，故证明责任属于主张债权债务关系存在且所举债务用于夫妻共同生活的一方当事人。“债权人”可能作为证人出庭作证，也可能根本就找不到。

审判实践中的一般做法是，对于明显缺乏证据证明的债务，并不在离婚案件中处理，而是将这一部分债务甩出去，待债权人起诉时再按照债务纠纷案件受理。即使举债人此时已经离婚，只要债权人将债务人的原配偶列为被告，举债人的原配偶抗辩该债务不属于夫妻共同债务的，人民法院在审理中仍然要对债务的性质属于夫妻共同债务还是举债人的个人债务作

出判断。如果债务被定性为夫妻共同债务，则由债务人与其前配偶负连带清偿责任。

在离婚当事人对债务性质发生争议的情况下，主张以个人名义所举债务为夫妻共同债务的夫妻一方，负有证明所借债务用于夫妻共同生活的义务，如果不能证明，则人民法院可以不支持其诉讼请求。因此，本案中，初进贤既然提出孔玉屏有义务偿还夫妻共同债务，就应当举证证明所借款项已经用于夫妻共同生活。而实际上，初进贤没有举出任何证据对自己的主张加以证明，相反是孔玉屏在努力举证证明初进贤所借债务没有用于夫妻共同生活。因此，那种以孔玉屏所举证据不够充分为由，进而支持初进贤有关150万元为夫妻共同债务的观点是不能成立的。那种不看案件具体情况，仅以债务发生时间是否为当事人婚姻关系存续期间作为为债务定性依据的做法，也是不可取的。

#### 四、最高人民法院民一庭意见

离婚案件中，主张于婚姻关系存续期间以个人名义所举债务为夫妻共同债务的一方当事人，除了要证明债务的真实存在并产生于婚姻关系存续期间外，还有责任举证证明所借款项用于夫妻共同生活。

(执笔人：最高人民法院民一庭 韩玫)

微信号：623760976  
电子书 纸质书



## 买卖合同尚未履行完结，买受人请求 确认其为房屋所有权人的，不属于物权确认争议

最高人民法院民一庭

### 一、案情简介

2010年3月，陈某与张某订立房屋买卖合同，购买张某名下房产一处。张某收取房屋价款后将房产交付陈某，陈某将该房产出租给谢某，谢某用其存放有关物品并未居住。前述房产一直未办理房屋过户手续。后因张某负债未还，债权人刘某将其诉至法院，案件终审后，张某负偿还刘某本息共计37万余元的义务。该案进入强制执行程序，法院查封了张某名下的前述房产。陈某提出执行异议被驳回，遂提起执行异议之诉，请求确认其为案涉房产所有权人，并解除对该房产的查封措施。

### 二、法院裁判情况

一审法院经审理认为，案涉房产并未过户至陈某名下，按照物权法第九条规定，陈某请求确认其为所有权人没有法律依据。又因陈某未在人民法院采取查封措施之前对该房产实际占有，不符合《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》（以下简称《查扣冻规定》）第十七条规定的须已实际占有的条件，故其请求解除查封措施没有法律依据。据此，一审法院驳回了陈某的诉讼请求。

二审法院经审理认为，案涉房产仍然登记在张某名下，物权变动尚未完成，陈某要求确认其为所有权人理据不足。陈某受领张某交付后，虽未自己直接占有，但其通过设定租赁关系的方式已经实现对案涉房产的间接占有，故应认定已符合《查扣冻规定》第十七条所称的实际占有情形，根

据该规定,应当解除执行法院对案涉房产采取的查封措施。据此,二审判决撤销原决,判决解除针对该房产的查封措施,驳回陈某有关确认其为所有权人的诉讼请求。

### 三、主要观点及理由

对不应支持陈某所提确认其为案涉房屋所有权人的诉讼请求一节,实践中应无争议。但原因为何,尚有不同观点。

第一种观点认为,根据物权法第九条规定,除法律另有规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力。因陈某并非登记权利人,物权变动还没有成就,故不应支持其确认物权的诉讼请求。

第二种观点认为,当事人系通过签订买卖合同的方式意欲转让房屋之所有权,陈某取得房屋所有权是买卖合同依法履行的结果。双方当事人之间的争议不符合物权确认争议的构成要件。本案诉讼在性质上不属于确认之诉,人民法院不能判决确认陈某享有房屋所有权。

我们认为,第二种观点是正确的。理由如下:

#### (一) 物权确认之诉中需存在物权争议

物权法第三十三条规定,因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。物权确认是指在物权的归属和内容不明或者发生争议的时候,利害关系人请求有权机关对争议内容予以明确,从而解决物权争议的行为。由此,确认物权的逻辑前提是存在物权争议,具体到本案即为物权的归属存在争议。但就法律层面而言,案涉房产之所有权并非不明或者有争议。首先,在当事人针对标的物物权移转达成合意时,该权利归属于张某是明确的,否则陈某通过订立买卖合同受让房屋所有权的合理性也就不存在了。其次,在履行阶段结束之前,标的物物权归属于张某也是确定的,双方之间之所以产生争议,并非因物权归属不明或者有争议所致,而是由于出卖人张某未按约变更买卖标的物之所有权。由此,因陈某请求人民法院确认其对争议房屋享有所有权而产生的本案争议,其实质并非物权法第三十三条所称的物权归属争议。既然不存在物权归属争议,陈某通过确认之诉寻求救济属于路径选择错误。

## （二）正确理解确认之诉与给付之诉

抽象地看，两类诉讼的区别是比较清晰的，但在实践中，往往出现混淆。很多应当通过给付之诉解决的争议，法院最终却作出了确认法律文书。根据物权法第九条的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。在物权变动以法律行为为内在动因的场合，即便不考虑确认法律文书能否引发物权变动效果的问题，混淆确认之诉与给付之诉的做法，一方面会不当介入本应由合同履行制度规制的领域，另一方面也将在客观上消损登记制度在不动产物权公示中的基础性地位。由此可见，厘清确认之诉与给付之诉的适用范围，不仅对规范诉权行使具有意义，更会对不动产物权体系乃至整个民事法律体系的安定产生重要影响。

## （三）正确理解确认法律文书的法律效果

物权法第二十八条规定，因人民法院、仲裁委员会的法律文书，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书生效时发生法律效力。如何准确界定其中所称生效法律文书的范围，是一个自物权法施行后即争论不休的问题。确认法律文书，是对当事人之间民事实体法律关系或特定法律事实是否存在所作权威性判定的载体。就物权归属争议而言，确认法律文书只是判断当事人是否享有所争议的物权，并不改变既存物权关系。申言之，这类法律文书的生效并非“物权设立、变更、转让或者消灭”的原因。如果将其解释为物权法第二十八条规定的法律文书，原本早已存在的物权只能在确认法律文书生效时发生物权效力。进而，在该物权实际已经产生至确认法律文书生效的时间段内，物权归属于谁就成疑问。因此，确认物权归属的生效法律文书并不属于物权法第二十八条规定所称，导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书。在此基础上，假使法院判决确认陈某享有案涉房屋所有权，将会面临如下困境：陈某取得房屋所有权系通过受让方式而非自始享有，买卖标的物之物权若经由确认判决移转至陈某名下，则当事人之间的既存物权关系因此发生变化，而此种结果显属形成判决之功能；若买卖标的物之物权不受确认判决左右，法院作出该判决的实益何在即成疑问。不独如此，前述理由所述的合同履行问题也亟待回答。亦即，在物权变动以法律行为为内在动因的场合中，物权变动到底应

该通过合同的完全履行实现还是通过确认物权来完成不无疑问。概言之,买受人藉由出卖人之给付行为取得物权实为继受取得之典型方式,而物权确认裁判是对争议物权原始状态的判定作业,通过物权确认方式解决类案争议,要么摧毁当事人之间法律行为的逻辑基础,要么抹杀法律行为中当事人给付行为背后的债之关系。无论如何,都是不正确的。

#### (四) 物权法第九条不是驳回陈某确认物权诉讼请求的法律依据

物权法第九条是有关不动产物权登记效力的规定。不动产物权的设立、变更、转让和消灭,通常需要特定的方式予以公示,这个方式就是登记。物权变动通过登记来表彰,主要是在外部关系中凸显其存在价值。外界经由不动产登记对不动产物权归属会产生信赖,但外界的信赖并不必然及于不动产物权的真实归属。除基于法律特别规定,登记与否并不决定物权状态的情形外,不能或无法依据登记对物权归属作终局评价的情形主要有三类:一是因登记错误导致登记公示的权利状态与实际不符,二是存在异议登记,且该异议登记处在有效期间;三是因没有登记导致物权归属在外观和形式上难以判断。而在物权变动所涉内部关系中,登记的完成只不过标志着物权交易当事人之间旨在转移不动产物权的权利义务关系画上句号而已,这当然不是确认之诉所要思考和解决的问题。一部分物权确认争议中,最终被确认享有所有权的人很可能不是登记权利人。以陈某并非不动产登记权利人为理由驳回其物权确认诉讼请求,结果虽然正确,但思考路径错误。此外,按其逻辑,如果陈某已经完成变更登记,是否就可以对其所有权人身份作出确认判决了呢?显然,其中的症结还是没有准确把握物权确认之诉与给付之诉的区别所在。

#### 四、最高人民法院民一庭意见

确认物权以存在物权归属争议为前提。买卖合同尚未履行完结,买受人请求确认其享有标的物所有权的,不符合物权法第三十三条规定的物权归属争议,不应纳入物权确认之诉。

(执笔人:最高人民法院民一庭 辛正郁)

## 当事人在抵押合同中约定抵押权的担保范围为主债权及利息的，逾期利息是否属于担保债权范围

最高人民法院民一庭

### 一、案情简介

2012年1月，张某与赵某签订抵押借款合同。双方在约定了借款本金、利息标准、借款期限等内容的同时，还约定：张某以其名下一处房产设定抵押，抵押物担保范围包括主债权及利息；对违约责任，双方约定张某如不按期还款，除按约定的利率支付利息外，另需加倍支付逾期利息并按每日万分之一支付违约赔偿金。合同签订后，双方办理了抵押登记，在抵押权担保债权范围一栏，记载事项为“主债权及利息”。后因张某未按期还款，赵某向人民法院提起诉讼，请求张某按约偿还本金、利息、逾期利息及违约金，并请求确认其就本金、利息、逾期利息对抵押物的变价享有优先受偿权。

### 二、法院裁判情况

一审法院审理期间，争议问题集中在抵押权担保范围是否包括逾期利息。一审法院认为，双方当事人对抵押权担保范围有明确约定，即包括本金及利息，逾期利息在性质上也属于利息范畴，故应当纳入抵押权担保范围。故判决支持了赵某的全部诉讼请求。

张某不服一审判决，提起上诉，认为逾期利息不应属于担保范围。

二审法院认为，逾期利息的表述虽然含有“利息”字样，但综合考量逾期利息的性质、当事人约定具体内容看，逾期利息不应纳入抵押权担保

的债权范围，一审判决相关认定错误。据此对原判作出相应变更。

### 三、主要观点及理由

对本案中的逾期利息应否纳入抵押权担保范围问题，存在两种不同观点。

一种观点认为，根据合同法第二百零七条规定：“借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。”由此，逾期利息在本质上仍属本金的法定孳息。如果当事人明确约定抵押权担保范围包括本金及利息，那么逾期利息也应该纳入进来。

另一种观点则认为，逾期利息是由逾期偿还贷款所产生的罚利息，具有遏制和惩罚借款人违约行为的目的和功能。虽然合同法对逾期利息有明确规定，但不宜据此认定逾期利息当然属于法定孳息。

我们总体上赞同后一种观点。理由如下：

1. 逾期利息的性质不应一概而论。本案的借款行为并非发生在金融机构与其他民事交易主体之间，对民间借贷中逾期利息性质的判断离不开对当事人本意的探究。如果当事人在合同中对借期内利息标准和借期外逾期利息计算标准分别作出约定，则逾期利息仍可作为当事人对借款利息计算标准的自行约定事项，虽表述为逾期利息，但其在性质上当为利息无疑；但若当事人将逾期利息作为违约责任事项进行约定，则其性质则具有处罚性质，不能将其解释为“法定孳息”。案涉合同中，当事人在违约责任一节中约定“张某如不按期还款，除按约定的利率支付利息外，另需加倍支付逾期利息并按每日万分之一支付违约赔偿金”，该约定已将逾期利息确认为违约金计算方法之一，其违约金性质显而易见。

2. 担保法第四十六条规定：“抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。”物权法第一百七十三条规定：“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。”上述法律规定针对担保物权担保范围问题，确立了约定优先、法定补充的原则。

3. 物权法第十六条规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据。抵押权作为物权之一种，其担保范围问题属于抵押权内容的重要方面。一经登记，一则可以起到表彰权利的作用，更为重要的是会对外界产生公示效

力。在前述相关法律规定中，利息与违约金之间属并列关系，在此情况下，如果将具有违约金性质的逾期利息通过解释纳入合同约定乃至登记簿明确记载的“利息”范畴，将面临解释法律是否恰当的质疑。

4. 抵押权在性质上属于意定物权。总的来说，不动产登记簿之所以具有“物权归属和内容的根据”效力，主要原因之一就是其记载内容一般情况下不过是当事人意思自治的反映。当事人既然已经约定了性质不同的“利息”、“逾期利息”，但却又在合同和登记簿上记载“抵押物担保范围包括主债权及利息”，何种理解更符合当事人的本意，答案不言自明。

当然，还需注意的一个问题是，如果合同约定与登记簿记载事项之间存在差异的时候，应当如何确定当事人的权利义务内容。笔者认为，此时应当区分内部关系和外部关系。在外部关系中，应当依据登记簿记载事项为准；而在内部关系中，则取决于合同约定。具体到题涉案件，如果登记簿记载的担保范围为主债权及利息，而当事人在合同中约定的确实主债权及利息、违约金等，那么张某优先受偿权之范围仅能止于主债权及利息。

#### 四、最高人民法院民一庭意见

逾期利息的性质应依当事人约定情况而定。如果当事人将担保物权的担保范围明确为主债权及利息，而将逾期利息作为违约责任之一种进行约定，则不应将逾期利息纳入担保物权担保的债权范围。

(执笔人：最高人民法院民一庭 辛正郁 司 伟)

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 刑事案件的被害人经过追缴或者退赔 不能弥补损失，向人民法院民事审判庭 另行提起民事诉讼的处理问题

最高人民法院民一庭

### 一、案件简介

2009年5月18日，某银行与刘某签订借款合同，约定银行向刘某发放贷款120万元，借款期限从2009年5月18日起至2010年10月18日。同日，该银行与某公司签订抵押合同，约定由某公司以其在建的3000平方米工程为刘某贷款120万元设定抵押担保，并于同日办理了抵押登记。2009年6月11日，银行支付给刘某120万元。2009年8月10日，某公司法定代表人张某偿还本金3万元。其余借款至今未偿还。

2010年4月24日，刘某向其所在市的公安局经侦支队报案称，刘某受某公司法定代表人张某委托于2009年5月18日在某银行用在建房屋进行抵押，贷款120万元，该款已于足额交付给张某，2009年10月，经银行抽查发现抵押房屋中部分房屋已被违法出售。2010年4月13日，银行向刘某催收欠款时发现，抵押房屋已全部售出。刘某多次向张某催款，但某公司无力偿还，经其多方努力追款，但张某已不知去向，刘某本人无力偿还银行借款，特向公安机关报案，望尽早追回房款。

2010年12月6日，该银行工作人员到其所在市的公安局经济犯罪侦查支队报警称，某公司法定代表人张某使用其开发的房屋在银行抵押贷款120万元，后偿还3万元，尚欠贷款117万元，在银行不知情的情况下，张某私自将作为抵押的房屋出售给他人或重新使用作为抵押的房屋继续从他人手中抵押借款，致使银行117万元的借款遭受损失，且该笔贷款至今



仍未偿还。

2010年12月6日，某银行向其所在市的公安局经侦支队提交书面的报案材料称，刘某于2009年5月18日向银行申请抵押贷款120万元，抵押人某公司，抵押物为某公司开发的房屋，抵押面积3000平方米，同时到该市房地产管理局办理抵押登记，贷款到期日为2010年10月18日。2009年10月21日，张某出售房屋一户，售楼款3万元，由其子张某某到银行偿还贷款。现贷款余额117万元。贷款到期后，刘某未履行还款义务，抵押物已被抵押人售出和抵押给他人。鉴于借款人不能履行还款义务，抵押人将抵押物出售和抵押给他人致使银行无法实现债权，为挽回损失，特向公安机关报案。

2011年1月6日，该市公安局作出刑事立案决定书，决定对张某涉嫌骗取贷款案立案侦查。

2012年2月15日，该市某区人民法院以张某犯骗取贷款罪、合同诈骗罪作出刑事判决书。该刑事判决书认定：2009年5月18日，张某以刘某的名义，使用某公司开发的计房屋作为抵押，在银行抵押借款120万元。用于抵押的房屋中部分房屋被张某出售或者抵押给他人，后归还本金3万元。共骗取银行本金117万元。该判决认为，张某作为某公司的法定代表人，以欺骗的手段骗取银行贷款，其行为已构成骗取贷款罪。张某以单位名义骗取财物，所得款项用于单位经营活动，应以单位犯罪论处。判决：“被告人张某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑九年，并处罚金人民币500000.00元；犯骗取贷款罪判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币50000.00元。数罪并罚，合并执行有期徒刑十年，并处罚金人民币550000.00元。”

某银行诉称，2009年5月18日，刘某与银行签订借款合同，合同约定借款人刘某向银行借款120万元，借贷期间为2009年5月18日至2010年10月18日，贷款利率月9.7‰，按季付息。某公司以其在建的房屋为刘某贷款提供抵押，并办理了抵押登记。担保责任范围包括贷款本金、利息、违约金、赔偿金，贷款人实现债权的费用。逾期还款承担利率上浮50%的利息。刘某曾偿还本金3万元。贷款期届满后，银行曾向刘某及某公司催还借款，但刘某及某公司一直未能还款。为此银行提起诉讼，请求依法判决刘某偿还借款本金120万元及到期利息。

刘某辩称，（1）银行提供的借款合同中借款人处签署的“刘某”不是

刘某本人所写，印章也不是刘某提供的。并且经生效的法律文书认定，该笔贷款的借款人是张某。(2) 银行对外借款是基于在建工程抵押而形成的，其应向房产抵押人主张权利。

## 二、法院裁判情况

一审法院认为，银行主张2009年5月18日，其与刘某签订借款合同、与某公司签订抵押合同，合同签订后银行按约定发放了贷款。贷款期满后，刘某未按约定还款，起诉要求刘某履行还款义务，某公司以抵押房屋承担还款责任。因该区法院作出的刑事判决书，已将该笔借款认定为张某以刘某的名义，在银行抵押贷款。张某作为某公司的法定代表人，以欺骗的手段骗取银行贷款，其行为已构成骗取贷款罪。张某亦因此被判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币5万元。依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条的规定，银行在本案中诉求的120万元借款，已被认定为张某的骗取贷款罪的犯罪所得，因此其与刘某之间并不存在真正的借款合同关系，故一审法院对其要求刘某偿还借款的诉讼请求不予支持。某公司以其在建工程中的房屋，对120万元的贷款向银行设定抵押担保，该抵押担保合同为借款合同的从合同，以作为主合同的借款合同存在为前提、为依据，因刘某与银行之间不存在借款合同关系，故担保合同亦失去了存在的前提，依据《中华人民共和国担保法》第五条第一款“担保合同是主合同的从合同，主合同无效的，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”的规定，某银行要求某公司以抵押房屋承担还款责任没有依据，亦不予支持。综上，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条及前述法律的规定，一审法院作出民事判决：驳回该银行的诉讼请求。

某银行不服一审判决，向二审法院提起上诉。

二审法院认为，某区法院刑事判决书认定：张某以刘某的名义，使用某公司开发的房屋作为抵押，在银行抵押借款120万元。用于抵押的房屋中部分房屋被张某出售或者抵押给他人，后归还本金3万元。共骗取银行贷款本金117万元。张某作为某公司的法定代表人，以欺骗手段骗取银行贷款，其行为已经构成骗取贷款罪。张某以单位名义骗取财物，所得款项用于单位经营活动，应以单位犯罪论处。据此判决：被告人张某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑九年，并处罚金人民币50万元；犯骗取贷款罪判处有期徒刑

期徒刑一年六个月，并处罚金人民币5万元。数罪并罚，合并执行有期徒刑十年，并处罚金人民币55万元。根据上述刑事判决，可以认定以刘某的名义办理贷款系张某犯罪的手段，刘某不是本案的实际借款人，贷款人和实际款项使用人是刑事案件中的被告人张某，银行是张某犯罪行为的受害人。银行在本案中诉求的120万元借款，已被法院生效判决认定为张某的骗取贷款罪的犯罪所得，其应依据上述刑事判决通过追赃主张权利，其现以同一事实向原审法院提起民事诉讼，要求刘某偿还借款的诉讼请求不属于人民法院民事案件受案范围。

综上，一审法院受理银行起诉并作出实体判决不当，应予纠正。该院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，二审法院裁定：一、撤销一审判决；二、驳回银行的起诉。

### 三、主要观点和理由

本案中，双方当事人争议的实质问题是：银行的损失能否通过民事诉讼获得救济。

第一种观点认为，银行在本案中诉求的120万元借款，已被认定为张某的骗取贷款罪的犯罪所得，因此其与刘某之间并不存在真正的借款合同关系，故一审法院对其要求刘某偿还借款的诉讼请求不予支持。抵押担保合同为借款合同的从合同，以作为主合同的借款合同存在为前提、为依据，因刘某与银行之间不存在借款合同关系，故担保合同亦失去了存在的前提。应当驳回银行的诉讼请求。

第二种观点认为，银行违反了“一事不再理”原则，银行在本案中诉求的120万元借款，已被法院生效判决认定为张某的骗取贷款罪的犯罪所得，其应依据上述刑事判决通过追赃主张权利，其现以同一事实向原审法院提起民事诉讼，要求刘某偿还借款的诉讼请求不属于人民法院民事案件受案范围。《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》第一百三十九条规定：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》（法〔2013〕229号）进一步规定：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。据此，追缴或者责令退赔的具体内容，应当在判决主文中写明；其中，判决前已经发还被害人的财产，应当注明。

被害人提起附带民事诉讼，或者另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的，人民法院不予受理。”

第三种观点认为，相关刑事案件一审已经审结，当事人没有上诉，检察院也未抗诉，一审判决已经发生法律效力。该判决中只有判处罚金55万元，这部分罚金是上交国库，没有涉及追赃和退赔问题。银行不可能再依据刑事判决追赃主张权利，现行法律没有赋予当事人行使这一权利。刘某是正常向银行借款。双方已形成借贷关系。刘某将贷款借出后，其交给张某是另一法律关系。

我们认为，第三种观点是正确的。主要理由如下：

1. 《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》（法释〔2000〕47号）第五条规定：“经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。”

2. 新民事诉讼法进一步强化了对当事人民事诉讼权利的保障，强化诉讼意识。修改后的民事诉讼法第一百二十三条特别强调：“人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利，对符合本法第一百一十九条的起诉，必须受理。符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；……。”实践中，对于符合民法受理条件的起诉，不予受理，或者驳回起诉，均与新民法强调保护当事人起诉权利的立法目的相悖。应依法保障当事人的诉权。

3. 刑事诉讼的追缴和退赔程序属于公权力，且局限于刑事诉讼，根本不能代替当事人行使私权救济。其与民事诉讼在理念、证明标准、保护范围方面存在很大不同，况且当事人无法启动该程序。

本案涉及民刑交叉问题。民刑交叉案件最为主要的表现形式是：因同一法律事实同时侵犯了刑事法律关系和民事法律关系，从而构成民刑案件交叉。此类交叉实质上是源于法规竞合，由于刑法和民法都对该项法律事实作了相应的规定，且竞相要求适用于该法律事实，造成民刑案件的交叉。民事诉讼与刑事诉讼既有不同，也有联系。一个事件如果同时产生了民法与刑法上的法律事实，那么对这一事件的认定就有可能对民法与刑法上的法律事实均产生意义。刑事案件与民事案件在处理程序上存在对同一事实认定不同的可能性。民事诉讼程序与刑事诉讼程序对同一事实的认定不同的原因有四：（1）不同审判人员的认识不同；（2）通常情况下前后审理与判决过程中，证据等发生了变化；（3）举证能力的不同。由于刑事案

件由国家机关介入取证，其取证能力远远大于一般的民事诉讼的当事人；（4）证明标准的不同。一般地，刑事案件的认定标准比民事上的认定标准高，相较于民事案件的“高度概然性”标准，刑事案件“确实、充分”的证明标准远较民事案件高。由上可见，不同案件对同一事实的认定不同，并非民事程序或者刑事程序出现了问题，实际上任何在事实上有牵连的两个案件均可能存在认定不同的情况。对刑事案件的刑罚与民事案件的赔偿的不同性质也是刑事案件与民事案件相互独立的一个表现。刑事案件的刑罚是对犯罪行为的公法制裁，而民事案件的赔偿是对当事人所造成损害的赔偿，以补偿性为原则，以惩罚性为补充。民事被告对被害人的民事赔偿与刑事案件中司法机关对犯罪所得的追缴与责令退赔不存在冲突。刑法作为国家公法，侧重于公权保护，而民法作为私法，侧重于私权保护。刑民交叉案件所涉及的范围一般是侵犯被害人个人人身或财产权利的案件，其中大部分从行为性质上看是较轻缓的案件，那些从根本上危及国家和社会稳定的严重犯罪，一般不可能刑民交叉。所以，对于刑民交叉案件在一定程度上尊重当事人主要是被害人的自主选择权，不会对国家和社会造成根本性的影响。而且，不少此类案件，法律本来就规定当事人可以选择刑事自诉，比如侵犯知识产权案件。既然如此，当事人不选择刑事程序而选择民事程序，是当事人的权利，国家公权力不应当对此进行干涉。比如，法院在审理侵犯知识产权民事案件时，发现侵权人涉嫌知识产权犯罪，应当征求被害人的意见，如果被害人选择通过民事诉讼解决，则一般不应当启动刑事诉讼程序，除非犯罪行为非常严重，已经严重危害了公共利益。我国刑事诉讼法虽然将被害人规定为诉讼当事人，但对被害人的保护力度却非常小。被害人在刑事诉讼中不能提出独立的诉讼请求，对刑事判决不服，不能提出上诉，只能请求检察院抗诉。所以，我国刑事诉讼的功能定位就是侧重于公权保护，而对被害人的私权保护却基本缺位。而刑事犯罪最直接、最根本的受害者是被害人（无被害人的犯罪除外），他们在无法通过刑事诉讼程序充分保护其被侵犯的权利的情况下，选择通过民事诉讼程序保护其应有的权利，就具有正当性。<sup>①</sup> 本案中，应当尊重当事人的诉讼权利，刑事案件的被害人经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院应当予以受理。

<sup>①</sup> 张建、肖晚祥：《刑民交叉案件中的关系分析及处理原则》，载《上海政法管理干部学院学报》2009年第2期，第120页。

#### 四、最高人民法院民一庭倾向性意见

应依法保障当事人的诉权。刑事案件的被害人经过追缴或者退赔不能弥补损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院应当予以受理。

(执笔人：最高人民法院民一庭 王毓莹)

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 未经民主议定程序，村集体经济组织 将“四荒”土地发包给村外人的 承包合同效力应如何认定

最高人民法院民一庭

### 一、案情简介

2004年，A村村委会将本村的荒山发包给村外人李某，种植果树。双方在承包合同中约定，承包期限为30年，承包费为每年1万元。2010年，该村村民张某等60人联名向法院提起诉讼，请求确认承包合同无效，由李某返还荒山。

张某等人诉称，案涉荒山归A村所有，村委会将其发包给村外人李某，未经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，承包合同应为无效，故诉请李某返还荒山。

李某辩称，案涉承包合同系双方当事人真实意思表示，村民会议或村民代表会议的民主议定程序欠缺，不影响承包合同效力，该合同合法有效。应驳回张某等人的诉讼请求。

### 二、法院裁判情况

一审法院认为，村委会与李某签订的承包合同是双方当事人真实意思表示，虽然物权法第五十九条、农村土地承包法第四十八条和村民委员会组织法第二十四条均规定了将“四荒”土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，须经民主议定程序决定，但上述规定仅仅是内部程序性规定，不属于合同法第五十二条规定的合同无效情形，故承包合同应为有效，李某的承包权受法律保护，张某等人无权要求李某返还案涉荒山。综上，一审法院判决：驳回张某等人的诉讼请求。

张某等人不服一审判决，提起上诉。

二审法院经审理认为，物权法第五十九条、农村土地承包法第四十八条和村民委员会组织法第二十四条的规定属于效力性强制性规定，违反上述规定的承包合同应为无效。按照合同法第五十八条的规定，承包合同无效后，李某应将案涉荒山予以返还。村委会作为村集体财产的代行所有权机构，明知应经村民会议或村民代表会议民主决定，才能发包本集体经济组织的“四荒”土地，仍擅自将案涉荒山发包给李某，故其对承包合同的无效，负有过错责任。李某为整理荒山、栽种果树所支出的费用为李某因合同无效受到的损失，村委会应当予以赔偿。经依法委托鉴定机构鉴定，李某所支出的费用为282.30万元。综上，判决如下：（一）撤销一审判决；（二）承包合同无效；（三）李某返还案涉荒山；（四）A村村委会赔偿李某损失282.30万元。

### 三、主要观点及理由

本案的争议焦点是未经村民会议或村民代表会议同意，村集体经济组织将“四荒”土地发包给村集体经济组织以外的单位或者个人的，承包合同效力应如何认定。对此，主要有三种观点：

第一种观点认为，承包合同应为无效。主要理由是：（1）物权法第五十九条、农村土地承包法第四十八条和村民委员会组织法第二十四条关于村集体经济组织重大事项须经民主议定程序的规定属于效力性强制性规定，违反上述规定的承包合同应为无效；（2）应对农民利益进行倾斜性保护。虽然“四荒”土地不主要承载农民基本生存保障功能，但毕竟属于村集体经济组织的财产，对农民生活有一定的保障作用。未经村民会议或者村民代表会议同意，损害了农民的利益；（3）从价值取向上看。如果认定合同有效，则无异于诱导村集体经济组织继续擅自对“四荒”土地进行发包，损害农民利益，尤其是在目前村集体经济组织仍旧强势的现实状况下；（4）从以往政策上看。最高人民法院1999年的司法解释——《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定》第二条规定，发包方所属的半数以上村民，以签订承包合同时违反《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国村民委员会组织法》等法律规定的民主议定原则，或者其所签合同内容违背多数村民意志，损害集体和村民利益为由，以发包方为被告，要求确认承包合同的效力提起诉讼的，人民法院应当依法受理，并可通知承包方作为第三人参加诉讼。第二十五条规定，人民法院在审理



依本规定第二条所起诉的案件中，对发包方违背集体经济组织成员大会或者成员代表大会决议，越权发包的，应当认定该承包合同为无效合同，并根据当事人的过错，确定其应承担的相应责任。属本条前款规定的情形，自承包合同签订之日起超过一年，或者虽未超过一年，但承包人已实际做了大量的投入的，对原告方要求确认该承包合同无效或者要求终止该承包合同的，人民法院不予支持。但可根据实际情况，依照公平原则，对该承包合同的有关内容进行适当调整。虽然上述司法解释已经废止，但在现行法律或司法解释没有明确规定的情况下，该条规定的精神仍可参照。

第二种观点认为，承包合同应为有效。主要理由是：（1）村集体经济组织作为代行所有权的机构，有权经营管理本村的财产，村民会议或者村民代表会议的民主议定只是内部程序，不应影响外部法律行为的效力；（2）从目前理论和实务界对合同无效的把握上看，认定合同无效的标准非常严格。根据《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）》〔以下简称合同法司法解释（二）〕的规定，只有对效力性强制性规定的违反，才能导致合同无效，而物权法、农村土地承包法和村民委员会组织法的相关规定，均为程序性规定，不属于效力性强制性规定，违反该规定的，不应导致合同无效；（3）从实践情况看，绝大部分的“四荒”土地承包合同均未经过民主议定程序同意，而且目前农村“空巢”现象比较普遍，实际上也无法召开村民会议或村民代表会议；（4）从利益平衡和诚实信用原则的保护看。绝大多数引起诉讼的情况均是利益的诱导，有违诚实信用原则。同时，对承包人来讲，荒山的开发前期投入大、利润回报周期长，合同无效后，其预期可得利益不受保护，也无法平衡双方当事人利益。

第三种观点认为，承包合同应为效力待定的合同，如果在一审辩论结束以前得到村民会议或村民代表会议同意，可以补正其效力。

第四种观点认为，承包合同为可撤销合同。理由是：（1）按照合同法对可撤销合同的制度设计，可撤销合同主要针对的是意思表示不真实、不自由的情况下，法律赋予相关合同当事人一方接受或解开合同枷锁的权利。未经民主议定程序的“四荒”土地承包合同，损害了村民的利益，故可以参照合同法第五十四条规定，赋予村委会或村民以撤销权，同时根据合同法第五十五条的规定，予以适当限制，即具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权或具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的，撤销权消

灭；(2) 根据物权法第六十三条规定，对村集体或其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

上述四种观点，我们倾向同意第三种观点。理由如下：

(一) 与认定合同无效相比较，认定为效力待定合同，理论更为周延，也更具有现实意义

#### 1. 从效力待定合同的特征看

效力待定合同是指合同成立后，是否已经发生效力尚不能确定，有待于其他行为或者事实使之确定的合同。根据合同法的规定，效力待定合同包括三类，即限制民事行为能力人订立的合同、无权代理人因无权代理而订立的合同、无权处分人因无权处分而订立的合同。严格讲，效力待定概念只适用于后两种情况<sup>①</sup>还有学者认为，效力待定的合同，仅指无权处分行为。因此，从更严格的意义上讲，效力待定合同即是为了保护真正权利人所设计的制度。根据物权法第五十九条的规定，农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。也即，集体财产的所有权主体是成员集体，该成员集体由全体成员组成。村集体经济组织仅是代表集体行使所有权。由于成员集体由全体成员组成，该所有权主体的意思表示应经全体成员履行民主议定程序后作出，故在未经过村民大会或村民代表大会民主议定的情况下，村集体经济组织所作出的承包的意思表示并非所有权人的意思表示，属于无权处分的范畴。

#### 2. 从集体财产对本集体成员最终保障意义上看

认定合同无效的主要理由之一就是要倾斜保护农民的利益。但是，“四荒”土地作为村集体经济组织的财产，其承包收益由全体成员享受，才是最终目的。至于该财产是由本集体经济组织成员经营管理还是由村外人经营管理，仅是财产的使用方式问题，不因此影响全体成员的受益权。因此，“四荒”土地承包给村外人并不必然损害本集体成员的利益，相反可能因为其资金、技术和经验等方面的优势，能够产生更大的效益，这符合其他方式承包效率优先的特点。因此，一律认定无效对集体成员来讲并非一定是最优选择。归根结底，集体所有权仍是一定范围成员的私有权，对集体财产的处分应遵从全体成员的共同意志，如果通过补开村民会议或村民代表会议的方式，由其来决定是否同意承包合同，保障全体成员权利

<sup>①</sup> 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2002年版，第541页。

的行使，则仍属于意思自治的范畴，国家公权力对此不应干涉过深。如果认为承包费用过低，尚可适用合同法救济。当然，应当保障同等条件下本集体经济组织成员的优先承包权，但优先承包权的行使亦须有一定期限，这已是另外一个问题。

### 3. 从合同效力的判断标准和结果上看

合同法第五十二条规定了五种导致合同无效的情形，在村集体经济组织与承包人不存在恶意串通的情况下，只有第四种和第五种情形有可能符合。第四种情形是损害社会公共利益，而集体成员的利益归根结底是一部分人员的利益，是私有权利，不符合社会公共利益的特征。对于是否违反法律、行政法规的强制性规定，合同法司法解释（二）第十四条规定，合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”是指效力性强制性规定。“对于如何识别效力性规定，应当采用正反两个标准。在肯定性识别标准上，首先的判断标准是该强制性规定是否明确了违反的后果是合同无效，如果规定了违反的后果是导致合同无效，该规定属于效力性强制性规定。其次，法律、行政法规虽然没有规定违反将导致合同无效的，但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的，也应当认定该规定是效力性强制性规定。在否定性识别上，应当明确法律、行政法规的强制性规定仅关系当事人利益的，法律、行政法规的强制性规定仅是为了行政管理或纪律管理需要的一般都不属于效力性强制性规定。”<sup>①</sup>农村土地承包法第四十八条第一款规定，发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。从上述分析看，该条规定应不属于管理性的规定。当然，现有的强制性法律规定，并非除了管理性规定，就全部为效力性强制性规定，对上述规定的违反难道损害国家利益和社会公共利益。该项规定虽然属于程序性的规定，但涉及农民作为所有权主体一分子的核心权利行使问题，更多的是从保护所有权人利益的角度进行规范的。从1999年司法解释的规定看，该规定存在自相矛盾之处，合同要么无效要么有效，不能因签订的时间长短而有差异，而且从实际情况看，签订一年内就主张无效的情形并不多见，按照该司法解释的规定，大部分合同仍须认定为有效，这与其确定的原则背

<sup>①</sup> 最高人民法院研究室编著：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第112页。

道而驰。因此,该条既然已经废止,不应该再参照适用。综上,认定承包合同无效,法律依据不足。

#### 4. 从法律后果看

即便将物权法第五十九条、农村土地承包法第四十八条和村民委员会组织法第二十四条的规定认定为效力性强制性规定,并因此认定承包合同无效,按照以往司法解释对无效合同掌握的处理原则,一般是承认在一审法庭辩论终结前消除违法性的,转化为有效合同。“一般讲,司法解释有关合同效力转化的截止时间多数规定在一审法庭辩论终结前,个别规定在一审起诉前。规定在一审法庭辩论终结前具有程序意义,一是一审法庭辩论终结前多是当事人提交证据的截止时间,此前提交证据符合证据规则;二是一审庭后提交或者二审提交,增加另一方当事人讼累,也使得合同效力一直处于不确定状态。”<sup>①</sup> 也就是说的,即便承包合同无效,一审法庭辩论终结前获得村民大会或者村民代表大会同意的,合同应为有效。而效力待定合同的效力处于有效和无效的中间状态,效力不确定,但是效力待定并不是因为违反国家法律、行政法规的强制性规定或者违背社会公序良俗而使得合同效力待定,“效力待定的合同,并不违反法律、行政法规的强制性规定,也未违反社会公共利益,有挽救的余地,在挽救后有效”<sup>②</sup>。根据合同法第五十一条规定,无处分权人处分他人财产,经权利人追认或者事后取得处分权的,合同有效。也即如果认定承包合同为效力待定合同,也可以因为村民大会或者村民代表大会事后的授权而使合同有效。而且,如果没有得到村民大会或者村民代表大会的同意,该合同也仍要归于无效。因此,认定为效力待定合同和认定为无效合同从法律后果上看并无不同,只不过一个是需要消除违法性,一个是须获得真正权利人同意。既然如此,国家法律没有必要行使国家干预权促使合同无效,促使合同确定下来的权利人是享有真正民事实体权利的合同相对人以外的权利人,更能体现意思自治和合同自由。

### (二) 认定承包合同为有效合同不妥当

首先,村集体经济组织未经民主议定程序对外发包本集体土地的行为,不同于公司法上的法定代表人未经股东大会和董事会同意的对外行

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释的理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第38页。

<sup>②</sup> 谢怀栻等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第99页。

为。依据法人制度，法定代表人的行为就是法人自身的行为，法定代表人的行为后果直接由法人来承担。而根据物权法和农村土地承包法的规定，村集体经济组织不能直接代表全体成员，重大事项须经民主议定决定，此为法律的明确规定，是法定程序。因此，该民主议定程序不是内部程序，应属于相对人的注意义务范畴。其次，从价值导向上看，如果认定承包合同有效，则在对村集体经济组织没有其他监督制约手段的情形下，法律关于重要事项须经民主议定程序的规定就会流于形式，亦会诱导村集体经济组织随意处置集体财产，在目前村集体经济组织本身已经非常强势的情况下，不利于保障农民利益。因此，在价值选择上，在承包方利益与农民利益之间，应更倾向于保护农民利益，这符合中央现有的政策精神以及农村土地承包法和物权法的立法目的。而对承包方的利益，可以通过赔偿损失等方式予以保护。

### （三）认定承包合同为可撤销合同不妥当

根据合同法的规定，可撤销的情形是重大误解、显失公平或者欺诈、胁迫和乘人之危的情形，承包合同不能归入上述任何一种情形；而且根据法律规定，享有撤销权的是合同当事人一方，而实践中大多数情况下是部分村民提起的诉讼，其并非合同当事人，亦无提起撤销权的权利基础；虽然物权法第六十三条规定，对村集体或其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。但根据该条规定，受侵害的集体成员撤销的是村集体或其负责人作出的决定，而非其与第三人签订的合同。

## 四、最高人民法院民一庭倾向性意见

村集体经济组织将“四荒”土地发包给村外人承包的，必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表同意，否则属于无权处分。根据合同法第五十二条规定，双方不存在恶意串通的情况下，承包合同效力待定。在一审法庭辩论终结前，修正上述法定程序的，应当认定承包合同有效。

（执笔人：最高人民法院民一庭 王丹）

## 【最高人民法院案件解析】

### 对房地产项目转让中一物数卖行为的认定处理

——东莞利成公司、宝源公司与东莞晶隆公司、  
大岭山房地产公司房地产项目转让合同纠纷案

韩延斌\*

**法理提示** 一物数卖是房地产纠纷案件中常见的一种类型，表现形式多样，无法采用同一标准进行处理。因此，如何认定和解决此类纠纷成为困扰民事审判工作的一个难点。要准确判断和认定是否构成一物数卖，必须根据每个案件的不同事实情况，剖析当事人的内心真意，依法公平合理地平衡各方当事人的利益。

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：东莞市利成电子实业有限公司。

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：河源市源城区宝源房地产发展有限公司。

再审申请人（一审被告、二审被上诉人）：东莞市晶隆实业发展有限公司（原东莞市长新实业发展有限公司）。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：东莞市大岭山镇房地产开发有限公司。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：东莞市大岭山镇颜屋村村民委员会。

\* 最高人民法院民一庭高级法官。

一审第三人：麦赞新、蔡月红。

## 一、广东省东莞市中级人民法院一审审理查明的事实

东莞市利成电子实业有限公司（以下简称利成公司）、河源市源城区宝源房地产发展有限公司（以下简称宝源公司）于2008年12月17日向广东省东莞市中级人民法院（以下简称东莞中院）提起诉讼，请求判令：（1）确认利成公司、宝源公司与长新公司签订的《转让合同书》和《调解协议》有效；（2）判令东莞市长新实业发展有限公司（以下简称长新公司）继续履行将其名下2块土地的《国有土地使用权证》过户到利成公司、宝源公司名下的义务；（3）确认长新公司挂靠在大岭山镇房地产开发公司（以下简称大岭山房地产公司）名下的9块土地使用权属利成公司、宝源公司财产，判决解除利成公司、宝源公司和大岭山房地产公司的挂靠协议，判令大岭山房地产公司协助将该9块土地的国有土地使用权证更名过户到利成公司、宝源公司名下；（4）判令长新公司从2008年5月26日起至将11块土地使用权转让过户到利成公司、宝源公司之日止按日支付3万元的逾期办证违约金给利成公司、宝源公司。

东莞中院查明，2003年7月10日，颜屋村委会作为甲方，大岭山房地产公司作为乙方与长新公司作为丙方共同签订《土地使用权转让合同书》，约定甲方将位于莲花山颜屋村水库边山地约499600.02平方米土地在办理国有土地使用许可证后交由丙方作房地产项目开发；开发过程中丙方将挂靠乙方名义，土地使用证也以乙方名义办理。上述土地转让总价款9242600.37元。

2006年8月6日，麦赞新代表长新公司（甲方）与李炳（乙方）签订《协议书》。约定：甲方至签订协议书之时，名下资产有依据与大岭山房地产公司及东莞市大岭山镇颜屋村村民委员会（以下简称颜屋村委会）签署的《土地使用权转让合同书》所享有的“莲湖山庄”房地产开发项目；甲方将长新公司全部股份及名下“莲湖山庄”项目整体转让给乙方，由于特殊原因暂无法办理工商登记手续，该股份及项目转让事宜已事先取得长新公司全体股东决议通过；双方确认整体转让价款为13000万元。麦赞新以法定代表人的身份签名并加盖长新公司公章。同日，麦赞新签署《授权委托书》一份，内容为麦赞新以身体不适为由授权李炳代为履行其作为长新

公司法定代表人一职，代为行使作为长新公司法定代表人的一切权限，委托期限为自2006年8月6日起至2011年8月5日止；该委托书另载明受托人可以在该《授权委托书》列明之委托权限范围内对被委托之事宜进行委托，无需委托人另行确认，该委托书为不可撤销之委托。同日，麦赞新与李炳签署《托管协议》一份，载明长新公司就公司全部资产委托给李炳经营管理，期限从协议签署之日起至长新公司书面确认解除托管之日止；双方并约定李炳有代为继续履行长新公司先前之经营行为所产生之后续义务等经营管理权。麦赞新与长新公司在该协议中签名并加盖公章。同日，麦赞新与李炳签署《交接书》一份，确认移交长新公司公章，财务章、法人私章各一枚及《土地使用权转让合同书》正本一份，另移交9本《国有土地使用权证》正本。

2007年3月29日，麦赞新在东莞日报刊登“东莞市长新实业有限公司遗失营业执照正副本以及公章、财务专用章一枚，特此声明作废”的遗失声明，并以此为由申请补发证照。同日，麦赞新将字样为“东莞市长新实业发展有限公司”（中间有五角星）的公章和字样为“东莞市长新实业有限公司财务专用章”的财务章向东莞市公安局治安巡逻支队治安科进行备案，该局出具了公章备案回执。

东莞市晶隆实业发展有限公司（以下简称晶隆公司）主张麦赞新于2006年8月6日交给李炳持有的长新公司公章、财务章，上述公章中间并没有五角星，与麦赞新另行雕刻的公章并不相同。

2007年5月31日与2007年6月11日，李炳以长新公司名义向颜屋村村委会、大岭山房地产公司支付地价转让款865万元和1254万元，共付款2119万元。

2007年7月30日，大岭山房地产公司向东莞中院出具《情况说明书》，内容为：颜屋村村委会、大岭山房地产公司与长新公司于2003年7月10日、2003年9月19日签署了《土地使用权转让合同书》及《土地转让补充合同书》，据此，长新公司取得位于颜屋村莲花山脚下的颜屋村水库周边“莲湖山庄”项目，由于长新公司没有房地产开发资质，其必须挂靠大岭山房地产公司开发“莲湖山庄”项目。因此“莲湖山庄”部分土地在办理国有土地使用权证书的过程中，长新公司是以大岭山房地产公司作为土地使用权人申报的，但相关国有土地证项下之土地的实际权益此时属于长新公司。



2008年3月26日，长新公司作为甲方与作为乙方的利成公司、宝源公司签订《“莲湖山庄”房地产项目整体转让合同书》（以下简称《转让合同书》），约定：第一条：甲方于2003年7月10日同颜屋村委会签订并购买颜屋村水库周边的779.4亩（499600平方米）房地产商住用地，现该地已有299634平方米房地产商住用地办领了11本《国有土地使用权证》，其中挂靠在大岭山房地产公司名下的土地有9块，另外属于甲方名下的土地有2块。第二条：甲方同意将“莲湖山庄”房地产开发项目及其项下的11块土地使用权整体转让给乙方和丙方。第三条：乙方、丙方购买该项目的价款为1.5亿元。（1）本合同签订后30日内，乙方和丙方向甲方支付1000万元第一期项目转让款；（2）本合同签订后60日内，乙方和丙方向甲方支付2000万元第二期项目转让款；（3）在甲方将该项目全部过户到乙方和丙方名下后30日内，乙方和丙方将剩余的12000万元转让款付清给甲方。第四条：1. 甲方收到乙方和丙方的第一期项目转让款后，即应向政府有关部门申请办理该项目的转让过户手续，并在本合同签订后的60日内将该项目过户到乙方和丙方名下。第六条：如有未尽事宜，三方应通过友好协商解决。协商不成，可向利成公司、宝源公司住所地的人民法院起诉解决。第八条：本合同经三方法定代表人签字并加盖公章之日起生效。”在该合同“甲方（盖章）”一栏加盖了“东莞市长新实业有限公司”公章（中间有五角星），麦赞新在“法定代表人”一栏签名确认；在“乙方（盖章）”和“丙方（盖章）”及其“法定代表人”栏目中亦有利成公司和宝源公司加盖公章及其法定代表人的签名确认。

2008年4月21日，利成公司转账1000万元至长新公司，麦赞新出具《收据》，载明收到利成公司购买莲湖山庄房地产项目首期款1000万元，加盖了“东莞市长新实业有限公司”公章（中间有五角星）。2008年5月26日，三利公司转账500万元至长新公司，麦赞新出具《收据》，载明收到三利公司代利成公司购买莲湖山庄房地产项目第二期款500万元，加盖“东莞市长新实业有限公司”公章（中间有五角星）。同日，吉龙公司转账1500万元至长新公司，麦赞新出具《收据》，载明收到吉龙公司代利成公司购买莲湖山庄房地产项目第二期款1500万元，加盖“东莞市长新实业有限公司”公章（中间有五角星）。2008年6月18日，利成公司转账3000万元至长新公司，麦赞新出具《收据》，载明收到利成公司购买莲湖山庄房地产项目款3000万元，加盖“东莞市长新实业有限公司”公章

(中间有五角星)。同日,长新公司归还贷款2500万元和5029050元,《还款凭证》载明贷款人是长新公司。

东莞中院另查明,根据最高人民法院(2008)民申字第677号民事裁定书认定的事实:蔡月红与麦赞新系夫妻关系,长新公司于2002年5月15日设立,麦赞新占90%的股份,是该公司法定代表人,蔡月红占10%的股份。2006年7月7日,蔡月红因涉嫌职务侵占罪被逮捕。麦赞新向李炳借款1500万元用于归还蔡月红挪用公款的缺口。2007年4月24日,蔡月红向一审法院起诉,请求确认麦赞新与李炳签订股权转让协议无效,李炳提起反诉,请求确认有效,判令蔡月红和麦赞新履行股东转让协议义务,将麦赞新持有的长新公司90%股份变更给李炳。一审法院判决,确认2006年8月6日《协议书》中麦赞新转让蔡月红股权部分的协议内容无效;驳回李炳的反诉请求。李炳提起上诉,二审法院于2008年6月4日作出(2008)粤高法民二终字第86号民事判决,撤销一审法院判决;驳回蔡月红的诉讼请求;麦赞新与蔡月红应于收到判决书之日起三十日内,将其名下长新公司的股权全部过户给李炳。蔡月红不服,申请再审,最高人民法院于2009年2月26日作出(2008)民申字第677号民事裁定,驳回蔡月红的再审申请。

## 二、东莞中院一审认定和判决

一审归纳本案争议焦点为2008年3月26日的《转让合同书》是否有效的问题。

东莞中院认为,麦赞新与利成公司、宝源公司在签订《转让合同书》时,无权代表长新公司行使有关民事权利,麦赞新另行所刻的公章、财务章没有征得长新公司的同意,利成公司、宝源公司没有尽到谨慎、合理的注意义务,不能作为善意第三人,利成公司、宝源公司应当知道麦赞新无权代表长新公司实施相关民事行为和处分相关民事权利,而且利成公司、宝源公司在受让涉案房地产项目时并没有办理国有土地使用权登记过户手续。根据《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法)第五十条“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效”的规定,《转让合同书》应当认定为无效合同,根据《民事诉讼法》(2007年)第一百二十八条、第一百三十一条的规定,判决确认利成公司、宝源公司与长新公司签

订的《转让合同书》；驳回利成公司、宝源公司的诉讼请求。

### 三、当事人上诉情况

利成公司、宝源公司不服，提起上诉称：（1）一审判决认定麦赞新无权代表长新公司签约没有事实和法律根据。2008年3月26日签订《转让合同书》时，东莞市工商局公司档案登记的长新公司法定代表人仍是麦赞新。因而，利成公司、宝源公司有理由相信麦赞新在2008年3月26日完全有权代表长新公司。（2）一审判决认定利成公司没有善意取得“莲湖山庄”房地产项目与事实不符。长新公司与利成公司经协商一致，约定将“莲湖山庄”房地产项目以1.5亿元价格转让给利成公司，至今对转让价格仍无异议，表明该价格合理，利成公司已依法善意取得“莲湖山庄”房地产项目。（3）《转让合同书》合法有效，不存在一物二卖。利成公司根据合同书受让的是长新公司的“莲湖山庄”房地产项目，而麦赞新转让给李炳的是长新公司的股权，两个合同转让的标的不同，所产生的权利义务亦不相同。

### 四、广东省高级人民法院二审审理情况

广东省高级人民法院（以下简称广东高院）经审理查明，东莞中院查明的事实清楚，予以确认。

另查明，长新公司于2008年12月24日经东莞市工商行政管理局核准变更登记，法定代表人由麦赞新变更为李炳，股东由麦赞新（持股90%）、蔡月红（持股10%）变更为李炳（持股100%）。2010年1月6日，长新公司经东莞市工商行政管理局核准，变更为晶隆公司，并于2010年4月13日领取《企业法人营业执照》，法定代表人李炳，经营范围包括莲湖山庄房地产项目开发经营等。

再查明，蔡月红因与李炳、麦赞新股权转让合同纠纷一案，不服（2008）粤高法民二终字第86号民事判决，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2009年2月26日作出（2008）民申字第677号裁定，认定事实：2006年8月6日《协议书》包含了两个法律关系：一是长新公司向李炳转让“莲湖山庄”项目的法律关系；二是股权转让关系。《协议书》的股权转让方为长新公司，从形式上看似乎是公司处分了股东的股权，但结合本案的实际情况看，该协议是将股权转让和项目转让一并进行

约定。虽然《协议书》签订形式不规范，但不能因此认定合同无效。《协议书》是当事人的真实意思表示，二审判决确认股权转让行为有效并无错误，裁定驳回蔡月红的再审申请。

已生效的（2008）粤高法民二终字第86号判决确认以下事实：2006年6月14日至2007年7月20日，李炳以银行转账的方式向麦赞新支付股权转让款共计3634万元。此外，麦赞新于2006年7月27日、2006年9月20日、2006年12月29日、2007年2月26日、2007年3月18日分别出具《收据》或《借据》，载明收到李炳现金合计610万元。另，2007年5月31日和2007年6月11日，李炳以长新公司的名义向颜屋村委会、大岭山房地产公司分别支付土地使用权转让款8650000元和12540000元，共计2119万元。

广东高院认为，本案系项目转让合同纠纷，争议的焦点为《转让合同书》的效力及履行问题。

#### （一）关于《转让合同书》效力问题

根据查明的事实，2006年8月6日，麦赞新代表长新公司与李炳签订的《协议书》实际包含了两个法律关系：一是长新公司向李炳转让“莲湖山庄”项目的法律关系；二是股权转让关系。《协议书》是双方当事人的真实意思表示，合法有效。虽然《协议书》约定整体转让的“莲湖山庄”项目所涉的土地中有9块土地使用权登记在大岭山房地产公司名下，但大岭山房地产公司作为登记权属人已确认上述9块土地的实际权益属于长新公司，并于事后对长新公司通过签订《协议书》将上述9块土地的权益转让给李炳的行为以书面形式予以追认；另2块土地使用权登记在长新公司名下，长新公司有权处分。该《协议书》签订后，李炳直接以长新公司的名义支付了2119万元土地使用权转让款给颜屋村委会和大岭山房地产公司，另付给麦赞新4244万元作为股权转让款，已基本适当履行了协议约定的义务。而且麦赞新也于2006年8月将长新公司的公章、财务章、法定代表人私章及《土地使用权转让合同书》正本以及相关资料等原件移交给李炳接收，并出具《授权委托书》和《托管协议》，授权李炳代为履行其作为长新公司法定代表人一职，将长新公司全部资产委托给李炳经营管理。随后，李炳实际接管了长新公司及“莲湖山庄”房地产项目，并于2008年12月24日经东莞市工商行政管理局核准变更登记，成为长新公司唯一

股东（持股100%）和法定代表人。虽然蔡月红曾因股权转让合同纠纷起诉至法院，但当事人起诉行为至法院判决的过程，是因双方对于转让行为效力发生争议的纠纷调处过程，一旦经法院生效判决确认转让行为有效，则转让行为的效力应自合同约定的生效之日起发生法律效力。麦赞新与李炳签订的《协议书》约定：“本协议一经签字盖章即生效”，故该《协议书》应自双方签字盖章的2006年8月6日起发生法律效力。因此，自2006年8月6日起，麦赞新及蔡月红已将其所持有长新公司全部股份及长新公司名下的“莲湖山庄”项目整体一并转让给了李炳。《协议书》合法有效，双方应切实履行各自的合同义务。

对《转让合同书》的效力问题应根据现有事实区别对待。

#### 1. 合同部分无效

涉案的11块土地中，其中9块土地《国有土地使用权证》登记的权属人为大岭山房地产公司，2块土地《国有土地使用权证》登记的权属人为长新公司。根据物权法第九条关于“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力”的规定，以及合同法第五十一条关于“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效”的规定，麦赞新在未经大岭山房地产公司同意的情况下，以长新公司名义对登记在大岭山房地产公司名下的土地使用权予以转让处分，应属无处分权的人处分他人财产，且事后大岭山房地产公司对其转让行为也不予追认，故《转让合同书》中涉及转让权属人为大岭山房地产公司的9块土地使用权部分依法应认定为无效。至于长新公司与利成公司、宝源公司达成的《调解协议》中，约定长新公司将其与颜屋村委会、大岭山房地产公司签订的《土地使用权转让合同》、《土地转让补充合同》的权利义务全部转让给利成公司、宝源公司的问题，合同法第八十八条规定，当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人，现无论长新公司或利成公司、宝源公司，均未能提交证据证明长新公司将其在《土地使用权转让合同》和《土地转让补充合同》中的权利义务全部转让给利成公司、宝源公司的事实已征得合同相对方颜屋村委会和大岭山房地产公司的同意，故涉及转让长新公司在《土地使用权转让合同》和《土地转让补充合同》中的权利义务给利成公司、宝源公司的约定，依法也应认定为无效。利成公司、宝源公司据此要求解除与颜屋村委会和大岭山房地产公司挂靠协议的

主张, 缺乏合同依据和法律依据, 不予支持。

2、合同部分有效。登记在长新公司名下的2块土地使用权, 虽然长新公司通过与李炳签订《协议书》转让给了李炳, 但至今尚未办理权属变更登记手续, 该2块土地在长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时, 其登记权属人仍为长新公司, 根据物权法第九条的规定, 第三人有理由相信长新公司有权处分该2块土地使用权。由于李炳受让股权后未及时进行股权和法定代表人的变更登记, 根据《中华人民共和国公司法》(以下简称公司法)第十三条、第三十三条第三款的规定, 公司法定代表人变更, 应当办理变更登记, 股东未经登记或者变更登记的, 不得对抗第三人。故麦赞新在与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时, 其对外身份仍是长新公司的股东和法定代表人, 第三人也有理由相信麦赞新有权代表长新公司行使权利。关于已办抵押手续的土地使用权能否转让的问题。虽然在长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时, 其名下的2块土地使用权尚处于抵押状态, 物权法第一百九十一条第二款规定: “抵押期间, 抵押人未经抵押权人同意, 不得转让抵押财产, 但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”, 但相关抵押财产未经抵押权人同意只是不能办理转让登记, 而并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定, 故《转让合同书》中涉及转让长新公司名下的2块土地使用权部分依法应认定为有效。因此, 一审判决认定《转让合同书》中涉及长新公司转让其名下的2块土地使用权部分无效不当, 予以纠正。晶隆公司虽主张麦赞新与利成公司、宝源公司恶意串通, 损害长新公司及股东的利益, 《转让合同书》应认定全部无效, 但晶隆公司未能提供充足的证据, 故对其关于麦赞新转让长新公司名下2块土地使用权给利成公司、宝源公司部分也应属无效的抗辩意见, 不予采纳。

## (二) 关于《转让合同书》履行问题

### 1. 关于无效合同部分

利成公司、宝源公司与长新公司签订的《转让合同书》和《调解协议》中涉及转让登记在大岭山房地产公司名下的9块土地使用权部分, 因合同无效而没有法律约束力。因此, 利成公司、宝源公司要求确认大岭山房地产公司名下的9块土地的使用权属其财产, 并要求大岭山房地产公司协助将该9块土地《国有土地使用权证》更名过户到其名下以及长新公司

应从2008年5月26日起至将大岭山房地产公司名下的9块土地使用权转让过户到利成公司、宝源公司之日止按日向其支付3万元的逾期办证违约金的主张，理据不足，不予支持。利成公司、宝源公司与长新公司签订《转让合同书》和《调解协议》后，已支付了部分合同对价，因合同无效本应予以返还，但经一审法院向利成公司、宝源公司释明可变更诉讼请求，利成公司、宝源公司仍坚持不变更其诉讼请求，故对合同无效的后果处理部分不予审理，利成公司、宝源公司可另循法律途径主张权利。

## 2. 关于有效合同部分

利成公司、宝源公司与长新公司签订的《转让合同书》和《调解协议》中涉及转让长新公司名下的2块土地使用权部分有效，本应予以履行。但长新公司就该登记在其名下的2块土地使用权已由麦赞新通过签订《协议书》转让给李炳，李炳已先后向麦赞新支付股权转让款和项目转让款共计6363万元，并经麦赞新和长新公司的授权，已实际接管长新公司和控制占有包括涉案11块土地在内的“莲湖山庄”项目。利成公司、宝源公司在2008年3月26日才与长新公司签订《转让合同书》，其也提供证据证明其自2008年4月21日始也先后向长新公司支付了6000多万元的项目转让款。经审查，作为同一地块受让人的李炳或是利成公司、宝源公司，均未办理涉案2块土地的变更登记手续。但作为签约在先的李炳已先行合法占有涉案土地，也先行支付了涉案土地使用权的部分转让价款，根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条的规定，李炳要求履行与长新公司签订的《协议书》，依法应予以支持；利成公司、宝源公司因签约、付款在后，也未合法占有涉案土地。因此，利成公司、宝源公司要求长新公司继续履行的主张，理据不足，不予支持。没有取得土地使用权的受让方依法可以请求解除合同、赔偿损失。由于利成公司、宝源公司对合同不能继续履行的后果处理并未提出请求，故对此不予审理，利成公司、宝源公司可另循法律途径主张权利。

综上所述，判决确认利成公司、宝源公司与长新公司签订的《转让合同书》中涉及长新公司转让其名下的2块土地使用权部分有效，其余部分无效；驳回利成公司、宝源公司的其他诉讼请求。

## 五、当事人再审情况

利成公司、宝源公司不服二审判决，向最高人民法院提起再审申请，

请求撤销一审判决、二审判决，支持利成公司、宝源公司的诉讼请求。

事实和理由：(1) 二审判决认定《协议书》包含了长新公司向李炳转让“莲湖山庄”项目和转让股权两个法律关系与当事人的真实意思表示不符。①蔡月红起诉要求确认《协议书》无效案的东莞中院和广东高院判决确认的案由均是股权转让合同纠纷。二审开庭《调查笔录》中，李炳和麦赞新及蔡月红均认为该《协议书》为单一的股权转让，并不包括房地产项目转让关系在内；李炳的《上诉人补充上诉意见》和《代理词》中仍坚持认为《协议书》是单一的股权转让合同。②《协议书》是单一的股权转让关系，李炳取得的仅是全部股权。东莞中院和广东高院在股权转让合同纠纷案的判决均未将“莲湖山庄”房地产项目判归李炳使用，李炳至今也未将“莲湖山庄”房地产项目过户到其名下。(2) 按照长新公司与颜屋村委会、大岭山房地产公司签订的《土地使用权转让合同》第四条(二)款8项“丙方(长新公司)享有自行规划、设计、建设、转让、抵押等法律规定的处分、收益的各种权利”的约定，长新公司享有对挂靠在大岭山房地产公司名下9块土地使用权的完全处分权。二审判决适用合同法无权处分的规定，认定长新公司将挂靠在大岭山房地产公司名下的9块土地使用权转让给利成公司、宝源公司无效，适用法律错误。长新公司将其在《土地使用权转让合同》、《土地转让补充合同》的权利义务全部转让给利成公司、宝源公司是在诉讼的调解过程中达成的协议，得到了法院的确认，并通过执行裁定和协助执行通知书的形式通知了颜屋村委会、大岭山房地产公司。颜屋村委会、大岭山房地产公司收到通知后也未向源城法院提出过任何异议。故二审判决适用合同法第八十八条“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利义务一并转让给第三人”的非效力强制性条款来认定当事人在诉讼中达成的《调解协议》无效，适用法律错误。二审判决在本案没有“一地两卖”的情况下，适用《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条第一款的规定将本案的土地使用权认定给李炳使用，适用法律错误。适用该司法解释规定的前提是“土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同”，在本案中，利成公司、宝源公司根据《转让合同书》受让了长新公司“莲湖山庄”房地产项目的11块土地使用权；而李炳受让的是麦赞新和蔡月红在长新公司的股权。两个合同转让的标的不同，本案土地没有“一地两卖”的事实。



## 六、最高人民法院再审审理情况

最高人民法院再审查明的事实与一审、二审查明的事实相同。

根据当事人的再审申请请求，再审审理的争议焦点为：（1）关于《转让合同书》的效力问题；（2）关于《转让合同书》的履行问题。

### （一）关于《转让合同书》的效力问题

根据查明的案件事实，利成公司、宝源公司与长新公司签订的《转让合同书》应为有效。

第一，2008年3月26日麦赞新代表长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时，东莞市工商局的公司档案登记的长新公司法定代表人仍是麦赞新。同时，东莞中院在审理（2008）东中法民二初字第43、44号案件的诉讼过程中，通知麦赞新以长新公司法定代表人的身份参加了诉讼调解，并由麦赞新代表长新公司领取民事调解书。虽然在2006年8月6日麦赞新代表长新公司与李炳签订《协议书》，约定长新公司将其全部股份及名下的“莲湖山庄”项目整体转让给李炳，并将长新公司的公章、财务章、法定代表人私章及《土地使用权转让合同书》正本、登记在大岭山房地产公司名下的9本国有土地使用权证书以及广东建设项目选址意见书、关于莲湖山庄房地产开发立项申请批复、建设用地规划许可证、用地红线图等原件移交给李炳接收，同时授权李炳代为履行其作为长新公司法定代表人一职，将长新公司全部资产委托给李炳经营管理，而且二审法院（2008）粤高法民二终字第86号民事判决也判决长新公司将全部股权过户给李炳，但双方并未办理股东变更工商登记，直到2008年12月24日才经东莞市工商行政管理局核准变更登记，李炳成为长新公司法定代表人。公司法第十三条规定，公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记；第三十三条第三款规定，公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记，登记事项发生变更的，应当办理变更登记，未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。据此，在2008年12月24日长新公司股权和法定代表人变更登记之前，利成公司、宝源公司有理由相信麦赞新仍是长新公司的法定代表人，尽管麦赞新授权李炳代为履行其作为长新公司法定代表人一职，将长新公司全部资产委托给李炳经营管理，但长

新公司不能以此对抗合同相对人。

第二,根据长新公司于2003年7月10日与颜屋村委会、大岭山房地产公司共同签订的《土地使用权转让合同书》约定,长新公司对受让的土地在符合规划主管部门有关规定的情况下,享有自行规划、设计、建设、转让、抵押等法律规定的处分、收益的各项权利。另颜屋村委会、大岭山房地产公司出具的情况说明也证实“莲湖山庄”房地产项目所涉的土地有9块土地使用权虽登记在大岭山房地产公司名下,但9块土地的实际权益属于长新公司。况且,根据《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》第三条第一款关于“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持”的规定,即使长新公司缔约时对于其中相关的9块地块无处分权,也不能因此认定该部分合同约定的内容无效。

第三,在2008年12月24日长新公司法定代表人核准变更登记为李炳之前,麦赞新虽然仍是登记的长新公司法定代表人,但其已授权李炳代为履行其长新公司法定代表人的职权,其法定代表人的权力本已受到限制。然而,根据合同法第五十条规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效”。因此,利成公司、宝源公司与麦赞新在2008年3月26日签订《转让合同书》时,有理由相信麦赞新有权代表长新公司订立合同,而且长新公司的《收据》《银行进账单》《银行还款凭证》等证据证明,利成公司按照合同约定向长新公司支付的6000万元项目转让款,全部归还了长新公司所有的欠款,并赎回了长新公司抵押的2块涉案土地,已部分履行了合同。

综上,麦赞新以长新公司法定代表人的名义代表长新公司与利成公司、宝源公司签订的《转让合同书》应为有效。

## (二)关于《转让合同书》的履行问题

虽然《转让合同书》应认定为有效,但由于其所约定转让的标的物涉及长新公司与颜屋村委会、大岭山房地产公司签订的《土地使用权转让合同》《土地转让补充合同》中的权利义务转让,合同法第八十条规定:“债权人转让权利的,应当通知债务人,未经通知,该转让对债务人不发生法律效力”,第八十八条规定:“当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的

权利和义务一并转让给第三人”。根据本案查明的事实，没有证据证明麦赞新代表长新公司将其与颜屋村委会、大岭山房地产公司签订的《土地使用权转让合同》《土地转让补充合同》中的权利义务约定转让给利成公司、宝源公司时，通知或者征得颜屋村委会、大岭山房地产公司的同意。据此，《转让合同书》所约定的内容只是对长新公司、利成公司、宝源公司之间具有约束力，利成公司、宝源公司只能对长新公司提出履行请求，而对大岭山房地产公司、颜屋村委会不发生效力。利成公司、宝源公司据此要求解除长新公司与颜屋村委会和大岭山房地产公司挂靠协议并要求大岭山房地产公司协助将挂靠在其名下的9块土地使用权更名过户到利成公司、宝源公司名下的主张，没有合同依据和法律依据，不予支持。对《转让合同书》中所约定转让的登记在长新公司名下的2块土地使用权的效力问题，二审判决认定有效正确。

关于《转让合同书》的履行问题。根据本案事实，麦赞新与李炳签订的《协议书》已明确约定了将长新公司全部股份及名下的莲湖山庄项目整体转让给李炳，利成公司、宝源公司虽然再审提出，在蔡月红提起的确认《协议书》无效诉讼一案中，一审、二审均是以股权转让侵权纠纷立案审理，麦赞新与李炳也都明确表示双方签订的协议是单一的股权转让关系，但最高人民法院已生效的（2008）民申字第677号裁定认定，《协议书》包含了长新公司向李炳转让“莲湖山庄”项目的法律关系和股权转让关系，该协议是将股权转让和项目转让一并进行约定。二审判决据此做出关于涉案土地在麦赞新代表长新公司与李炳签订《协议书》将长新公司股权及涉案“莲湖山庄”项目转让后，又代表长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》再次转让“莲湖山庄”项目的行为构成一地二卖的认定，并无不妥。由于麦赞新代表长新公司通过签订《协议书》约定将长新公司股权及“莲湖山庄”项目转让给李炳，李炳已先后向麦赞新支付股权转让款和项目转让款共计6363.6376万元，并经麦赞新和长新公司的授权，已实际接管长新公司和合法先行占有包括涉案11块土地在内的“莲湖山庄”项目并进行了开发建设，涉案标的物不动产已发生了重大变化，根据物权法占有制度的立法目的，在占有人有权占有的情况下，为保持和维护现有物的事实秩序和法律秩序，事实上已不能按照《转让合同书》的约定履行交付涉案标的物。虽然利成公司、宝源公司在与长新公司签订《转让合同书》后也先后向长新公司支付了6000多万元的项目转让款，但作为签约

在先的李炳已先行合法占有涉案土地，也先行支付了涉案土地使用权的部分转让价款并进行开发建设。根据合同法第一百一十条关于当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定，事实上不能履行的规定和《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条的规定，利成公司、宝源公司要求长新公司继续履行的主张，理据不足，不予支持。根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条的规定，没有取得土地使用权的受让方依法可以请求解除合同、赔偿损失。经释明，由于利成公司、宝源公司对合同不能继续履行的后果处理并未提出请求，故对此不予审理。利成公司、宝源公司可就无法继续履行导致的损失另循法律途径主张权利。

综上，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第(二)项之规定，判决确认利成公司、宝源公司与长新公司签订的《转让合同书》有效，驳回利成公司、宝源公司的其他诉讼请求。

## 七、对本案的解析

本案涉及两个争点问题，第一个是如何认定麦赞新代表长新公司与利成公司、宝源公司签订的《转让合同书》的效力问题，这是认定涉案房地产项目转让是否构成一物数卖的前提基础。

东莞中院一审以麦赞新无权代表长新公司行使有关民事权利，也没有征得长新公司的同意为由认定《转让合同书》涉及的11块土地中的9块土地为无权处分为由，认定为无效；长新公司名下的2块土地使用权为有权处分，认定有效。最高人民法院再审则认为，《转让合同书》应当全部有效。之所以有不同认识，关键在于对认定事实和把握认定合同效力条件的法律适用理解上存在歧义。

首先，根据查明的案件事实，麦赞新代表长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时，东莞市工商局的公司档案登记的长新公司法定代表人仍是麦赞新。虽然在此之前麦赞新代表长新公司与李炳签订《协议书》，将涉案房地产项目的阿相关手续资料及长新公司的公章、财务章、法定代表人私章移交给李炳接收，同时授权李炳代为履行其作为长新公司法定代表人一职，但并不能就由此认定麦赞新丧失了法人代表的权利，而且在诉讼之前，双方并未办理股东变更工商登记。公司法第十三条规定，

工商法定代表人变更，应当办理变更登记；第三十三条第三款，工商应当将股东的姓名或者名称及其出资额向工商登记机关登记，登记事项发生变更的，应当办理变更登记，未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。据此，在麦赞新代表长新公司与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》时，麦赞新仍是长新公司的法定代表人，一审判决认定麦赞新无权代理长新公司是错误的。

其次，根据长新公司与颜屋村委会、大岭山房地产公司签订的《土地使用权转让合同书》约定，长新公司对受让的土地在符合规划主管部门有关规定的情况下，享有自行规划、设计、建设、转让、抵押的那个法律规定的处分、收益的各项权利。另颜屋村委会、大岭山房地产公司出具的情况说明也证实“莲湖山庄”房地产项目所涉的土地有9块土地使用权虽登记在大岭山房地产公司名下，但9块土地的实际权益属于长新公司，另2块土地使用权登记在长新公司名下，长新公司有权处分。据此，可以认定麦赞新有权代表长新公司处分涉案项目的11块地块，无需经过颜屋村委会、大岭山房地产公司的同意。二审判决认定无效的事实依据错误。

第二个争点是否构成一地两卖。只有认定了麦赞新代表颜屋村委会、大岭山房地产公司的《协议书》、《转让合同书》都是有效的前提下，才进一步设计到如何认定麦赞新代表颜屋村委会、大岭山房地产公司签订合同转让莲湖山庄房地产项目是否构成一物数卖的问题。对此问题，案件审理中有两种不同的观点。

第一种观点，不构成一地两卖。根据本案事实，麦赞新与李炳签订的《协议书》虽然约定了将长新公司全部股份及名下的莲湖山庄项目整体转让给李炳，但在蔡月红提起的确认《协议书》无效的诉讼中，一审、二审均是以股份转让侵权纠纷立案审理，而且麦赞新与李炳都明确表示双方签订的协议是单一的股权转让关系，李炳向广东高院提交的上诉状明确表示“《协议书》是单一的股权转让关系，并不是一身判决认定的包括股权转让关系和房地产项目转让关系必须在内的多种法律关系，协议书只有长新公司股权变更登记的约定而没有房地产项目变更登记的约定，证明房地产项目无需另行进行法律意义上的转让”。根据法人财产权与股东权利分离的原则，李炳只是通过股权转让协议受让长新公司股权成为唯一股东，从而控制长新公司名下的房地产项目，长新公司与李炳签订的《协议书》转移的标的物是长新公司股权，而长新公司与利成公司、宝源公司签订的《转

让合同书》转让的标的物是房地产项目，二个合同标的物不同、所产生的权利义务也不同，股权转让并意味着法人财产权也随之转移，而且长新公司名下的房地产项目至今未发生权属变更移转，涉案房地产项目仍在长新公司名下，本案不属于一物二卖。长行使应当继续履行合同约定的义务。

第二种观点认为，构成一地两卖。根据本案事实，麦赞新与李炳签订的《协议书》已明确约定了将长新公司全部股份及名下的莲湖山庄项目整体转让给李炳，利成公司、宝源公司虽然再审提出在蔡月红提起的确认《协议书》无效诉讼一案中，一审、二审均是以股权转让侵权纠纷立案审理，麦赞新与李炳也都明确表示双方签订的协议是单一的股权转让关系，李炳向二审法院提交的上诉状也明确表示“《协议书》”是单一的股权转让关系，并不是一审判决认定的包括股权转让关系和房地产项目转让关系在内的多种法律关系，协议书只有长新公司股权变更登记的约定而没有房地产项目变更登记的约定，证明房地产项目无需另行进行法律意义上的转让，以此证明《协议书》只是单一的股权转让，不包括房地产项目的转让。但最高人民法院已生效的（2008）民申字第677号裁定认为《协议书》包含了长新公司与李炳转让“莲湖山庄”项目的法律关系和股权转让关系，该协议是将股权转让和项目转让一并进行约定。麦赞新代表长新公司与李炳签订《协议书》将长新公司股权及涉案“莲湖山庄”项目转让后，又与利成公司、宝源公司签订《转让合同书》再次转让“莲湖山庄”项目的行为构成一地二卖。

本案经最高人民法院审判委员会讨论决定，最后处理结果采纳了第二种观点。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 诉讼中达成的调解协议的效力问题

### ——岳阳市汇辰房地产开发有限公司与岳阳中林置业投资有限公司、湖南泰山工程有限公司建设 土地使用权转让合同纠纷再审案

吴晓芳\*

**法理提示** 诉讼中达成的调解协议是当事人自愿处分其实体权利和诉讼权利的一种文书形式，是人民法院制作民事调解书的基础。其本身的性质不同于一般民事合同，其与诉讼密切相关，是为解决已发生的诉讼纠纷而由各方当事人自愿达成的协议。调解协议的目的是使诉讼终结，其只有与审判权相结合，以法院调解书的形式表现出来，才对当事人具有法律上的约束力，同时也具有强制执行力，即在法院制作的调解书送达之前，调解协议的当事人有反悔的权利。

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：岳阳市汇辰房地产开发有限公司。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：岳阳中林置业投资有限公司。  
原审第三人：湖南泰山工程有限公司。

#### 一、湖南省岳阳市中级人民法院一审查明的事实

2011年11月11日，湖南省岳阳市中级人民法院（以下简称一审法院）受理了湖南泰山工程有限公司（以下简称泰山公司）诉岳阳市汇辰房地产开发有限公司（以下简称汇辰公司）建设工程施工合同纠纷一案，并

\* 最高人民法院民一庭高级法官。

依泰山公司的申请作出了(2011)岳中民一初字第29-3号民事裁定,自2011年11月14日起查封了汇辰公司位于岳阳大道与北港交汇处东北角(岳市国用2007字第00203号)土地未开发部分。审理期间,汇辰公司、泰山公司以及岳阳中林置业投资有限公司(以下简称中林公司)于2011年12月20日就泰山公司与汇辰公司之间的工程款结算事宜进行了协商,并制作了《调解协议书》。在该《调解协议书》中,汇辰公司还与第三方中林公司就本案诉争土地的转让签订了相关条款。在协议第4.1.1项中约定:甲方(汇辰公司)将其拥有的位于岳阳市北港路与金鹗路交叉处的约3.6亩土地使用权作价2000万元抵偿给陈林年投资并为法人代表的中林公司(丙方),甲方予以认可。土地使用权证号为岳市国用(2007)字第00203号土地未开发的部分,具体面积及土地四至以岳阳市国土资源局出具的墨线图为准。第4.1.3项约定:土地使用权转让款支付方式为:(1)合同签订后一个星期支付600万元;(2)合同签订后15天内处理好王红卫的400万元借款(丙方负责将甲方该款的借据和抵押品手续交付给甲方);(3)在2012年1月6日支付500万元;(4)另500万元由丙方直接支付给乙方(泰山公司),抵偿甲方所欠乙方的工程款,并由乙方项目部出具收到500万工程款的收据给甲方。第4.1.4项该宗土地过户所涉及的全部税、费约定为:(1)该宗土地增容地价约1200万元由丙方承担,与甲方无关;(2)在本协议土地使用权过户更名过程中,涉及的政府主管部门及政府部门指定的机构所收取的各项税、费,丙方承担以100万(含100万本数)为限,超出部分由甲、丙双方各承担50%。第4.1.6项约定:甲方在收到丙方支付的第一笔款项后即开始配合办理土地使用权过户更名手续,如丙方未按时支付土地转让款,则应当赔偿甲方的全部损失;如甲方违约则应当赔偿乙方、丙方的全部损失。

同日,汇辰公司与中林公司为进一步明确转让的有关事项签订了《补充协议》,该《补充协议》约定:拟转让的项目土地墨线图由中林公司在1月5日前办理完成,相关费用由汇辰公司承担,规划费用第一期应交费用由汇辰公司承担,第二期及项目转让的费用由中林公司承担。项目转让所需的资料相关国土、规划、设计等部门的手续由汇辰公司无条件协助办理。协议签订后,中林公司于2011年12月23日、26日、29日分别向汇辰公司账户汇入600万元、100万元和80万元;2012年1月10日中林公司委托陈林年向汇辰公司账户汇入50万元;2011年12月30日中林公司



分别委托陶乐意、侯勇军向汇辰公司股东陈小微账户汇入 50 万元和 30 万元；同月 31 日委托方继伟汇入同一账户 20 万元；2012 年 1 月 15 日和 2 月 16 日中林公司委托陈林年向汇辰公司指定的蒋萍账户分别汇入 20 万元和 15000 元；2012 年 1 月 21 日中林公司向汇辰公司指定的杨卫东账户汇入 10 万元；2012 年 2 月 20 日中林公司委托陈林年代汇辰公司偿还王卫红借款 400 万元，2 月 24 日代付该笔借款利息 36 万元，3 月 21 日代付利息 24 万元；2012 年 1 月期间中林公司与泰山公司结清了汇辰公司的应付工程款 500 万元，以上共计 1924.5 万元，汇辰公司确认为中林公司向其支付的土地转让款，现中林公司尚有 75.5 万元土地转让款未付。

汇辰公司在协议签订后，未办理土地转让手续。中林公司遂于 2012 年 4 月 6 日诉至一审法院称，2011 年 12 月 20 日，双方当事人以及第三人泰山公司签订一份《调解协议书》。该《调解协议书》约定，将汇辰公司所有的位于岳阳市北港路与金鄂路交叉处的 3.6 亩土地使用权作价 2000 万元转让给中林公司。依约定，汇辰公司应在中林公司支付第一笔 600 万元转让款时，即应开始配合办理土地过户手续。现中林公司已支付了 1944.5 万元土地转让款，汇辰公司仍拒绝履行合同约定的义务。故请求判令：（1）汇辰公司履行土地转让协议中及时办理土地使用权过户手续的义务；（2）由汇辰公司承担因拖延办理土地使用权过户手续造成中林公司融资成本增加的损失 1818000 元。

一审法院作出（2012）岳中民一初字第 11 号民事判决：一、汇辰公司在判决生效后 7 日内将位于岳阳市北港路与金鄂路交叉处约 3.6 亩土地使用权变更登记至中林公司名下（土地四至范围以岳阳市国土资源局出具的墨线图为准），变更登记过程中涉及的各项税费，由中林公司承担 100 万元，超过部分由中林公司与汇辰公司各承担百分之五十；二、中林公司在判决生效后 7 日内应向汇辰公司支付该宗土地转让款余款 785000 元；三、驳回中林公司的其他诉讼请求。

汇辰公司不服上述判决提起上诉，湖南省高级人民法院（以下简称二审法院）以（2012）湘高法民三终字第 39 号裁定书裁定：撤销原判，发回重审。在本案发回重审后，中林公司将诉讼请求变更为：要求汇辰公司将位于岳阳市北港路与金鄂路交叉处约 3.6 亩土地使用权变更登记至中林公司名下并赔偿以本金 1944.5 万元自占用之日起至 2012 年 12 月 25 日按银行利率的四倍计算的资金占用损失 499.56 万元；延误房地产开发一年造

成的损失 617.76 万元 (建筑面积 19800 平方米按均价 6500 元/平方米计算, 共计销售收入 12870 万元, 按房地产行业平均利润率 40% 计算, 利润 5148 万元。按月息一分计算, 一年利息损失为 617.76 万元)。

一审法院另查明, 2009 年 5 月 3 日, 泰山公司向汇辰公司出具一份授权委托书, 全权委托陈林年为华瑞名郡住宅小区工程的项目负责人, 履行与建设方的有关工作联系, 享受和承担合同中的一切权利义务, 并负责办理该项目相关的财务手续 (但工程款必须汇入合同中约定的公司指定账户)。2012 年 8 月 28 日, 泰山公司向二审法院出具了“关于未申请解除对汇辰公司未开发土地查封情况说明及后续处理方案”, 同意在中林公司办理土地使用权过户手续时, 向法院申请解除查封。

岳阳市国土资源局根据温州市鹿城区人民法院 (2012) 温鹿商初字第 752 号协助执行通知书, 自 2012 年 4 月 1 日起对该宗土地中未开发部分轮后查封。汇辰公司因开发需要, 向交通银行岳阳分行申请贷款, 双方于 2010 年 1 月 15 日签订《最高额抵押合同》, 汇辰公司将其名下的岳阳市国用 (2007) 第 00203 号国有土地使用权于 2010 年 1 月 25 日抵押给交通银行岳阳分行, 同日办理了《岳阳市他项 (2010) 第 0022 号他项权利证书》。后汇辰公司还清贷款, 2012 年 12 月 20 日交通银行岳阳分行出具了“汇辰公司贷款还清证明”, 汇辰公司未去办理申请注销他项权利的手续。

中林公司同意对 2012 年 6 月 13 日汇辰公司的借款 20 万元另案处理, 不作为本案中支付给汇辰公司的土地转让款。

重申过程中, 汇辰公司认为其多支付了工程款, 遂以泰山公司和陈林年为被告向一审法院提起诉讼。泰山公司与汇辰公司建设工程合同纠纷案尚在审理中, 工程款的具体金额尚未确定。

## 二、一审及二审法院审理情况

一审法院认为, 本案争议焦点是: (1) 2011 年 12 月 20 日三方当事人签订的《调解协议书》的效力; (2) 汇辰公司与泰山公司、陈林年的工程款结算是否与本案有关系, 是否应与本案并案处理; (3) 中林公司要求汇辰公司赔偿资金占用损失 499.56 万元和延误房地产开发一年造成的损失 617.76 万元是否有依据。

关于第一个焦点, 首先, 汇辰公司的章程规定, 执行董事有权决定公司的经营计划、投资方案, 公司的法定代表人为经理, 其工作职权和执行

董事相同。该《调解协议书》加盖了汇辰公司的印章，法定代表人白洪光亦在《调解协议书》上签字，形式合法。即使汇辰公司所称白洪光签订《调解协议书》时未经股东会决议的理由成立，对外亦不具备对抗效力。其次，从签订《调解协议书》的经过分析，汇辰公司为解决其与泰山公司建设工程合同纠纷一案中的工程款结算事宜，经与中林公司协商后，三方签订了包含有将汇辰公司名下土地使用权转让给中林公司的《调解协议书》。该《调解协议书》是各方当事人的真实意思表示。第三，从是否违反法律规定分析，签订《调解协议书》时，协议书中涉及的土地使用权虽然已经被泰山公司申请法院查封及设立了他项权利，但从《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》第二十六条规定：“被执行人就已经查封的财产所作的移转，设定权利负担或其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。”据此可知，违反查封的禁止处分效力所为的处分行为并非绝对无效，而只是不得对抗债权人，且查封申请人泰山公司明确表示同意在中林公司办理土地使用权过户手续时，向法院申请解除查封。温州市鹿城区人民法院作出的查封裁定在《调解协议书》签订之后，该院的查封裁定不影响《调解协议书》的效力。故汇辰公司认为根据《城市房地产管理法》第三十七条第（二）项“司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的房地产，不得转让”的规定，涉诉土地使用权因被法院查封，故转让无效的理由不能成立。根据《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》第六十七条：“抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。”物权法第一百九十一条第二款亦规定：“抵押期间抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”由此可知，禁止转让抵押物的目的是为了**保护抵押权人的利益**，并非一律无效，现汇辰公司欠抵押权人借款已经偿还，抵押权人的权利已经实现，抵押债权已清偿，故汇辰公司认为涉诉土地设置了抵押，未经抵押权人同意转让而无效的理由亦不能成立。第四，从《调解协议书》签订后的履行情况分析，2011年12月20日三方签订《调解协议书》的同时，汇辰公司与中林公司另行签订了《补充协议》，并约定：“鉴于甲乙双方签订《调解协议书》甲方将

香缙半岛二期项目土地转让给乙方，为进一步明确有关事项达成如下协议”，可认定双方在签订《调解协议书》之后又进一步确认了土地使用权转让行为的效力。之后，汇辰公司接受中林公司支付的1944.5万元转让款，办好了墨线图，中林公司已实际占有该土地并进行了土地平整、建筑围墙和规划设计。根据合同法第三十六条的规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务对方接受的，该合同成立。”第三十七条规定：“采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”根据上述法律规定所体现的立法宗旨，当事人虽然没有订立变更生效条款的书面协议，但其实际履行的行为已经变更了《调解协议书》中关于“本调解协议经甲乙丙三方签字，岳阳市中级人民法院认定后生效，由岳阳市中级法院制作调解书。”的生效条款的约定，《调解协议书》已生效。另外，泰山公司与汇辰公司关于工程款结算及支付的约定，之所以未结案是因为审计结论一直未出来。所以，也不能因为未经法院制作调解书而否认三方协议的生效。综上，该《调解协议书》并非单独由泰山公司与汇辰公司在诉讼过程中形成的协议，其中还包括汇辰公司与该诉讼外第三人中林公司之间转让土地的内容，该部分内容已经实际大部分履行，且不违反法律规定，故应为有效合同，且不受法院是否制作调解书的约束，故汇辰公司与该诉讼外第三人中林公司关于土地转让的相关约定应当继续履行。

关于第二个焦点，《调解协议书》中虽包含了工程款结算和建设用地使用权转让两个法律关系，但因《调解协议书》中达成的土地转让的约定合法有效，中林公司与汇辰公司又另行签订了补充协议。而且汇辰公司与泰山公司、陈林年的工程结算纠纷如不能调解结案，则最终的判决结果无非是以下三种：一是汇辰公司支付泰山公司剩余工程款，二是泰山公司返还支付汇辰公司的工程款，三是驳回汇辰公司和泰山公司双方的诉讼请求（如工程款恰好付清），但无论何种判决结果，均不能改变汇辰公司应向中林公司继续履行办理土地使用权过户手续的义务。故本案虽因汇辰公司与泰山公司、陈林年的工程款结算纠纷引起，但并不具备必须与汇辰公司和泰山公司、陈林年的工程款结算纠纷并案处理的法定情形。

关于第三个焦点，《调解协议书》中虽约定汇辰公司收到中林公司支付的第一笔款项后即开始配合办理土地使用权过户更名手续，但并未约定

汇辰公司完成配合办理土地使用权过户更名手续的截止日期，且签订《调解协议书》时客观上存在不能按约办理的法定情形，故中林公司要求汇辰公司赔偿资金占用损失 499.56 万元请求的理由不充分，不予支持。同时中林公司要求按均价 6500 元/平方米，按房地产行业平均利润 40% 计算所获利润的利息损失 617.76 万元，因按均价 6500 元/平方米，按房地产行业平均利润 40% 系中林公司单方预测，故中林公司要求汇辰公司赔偿该部分损失请求的理由不充分，亦不予支持。

综上，汇辰公司为处理债务纠纷，与中林公司自行协商在《调解协议书》中达成的土地转让约定的意思表示真实，合法有效，双方均应遵循诚实信用原则按照协议全面履行。在中林公司按约支付第一笔 600 万元土地转让款后，汇辰公司未依据协议约定履行其配合办理土地使用权过户更名手续的义务构成违约，应承担相应的民事责任。现中林公司要求其履行合同约定义务的理由正当，予以支持。《调解协议书》中，汇辰公司与泰山公司就工程款结算进行的约定，是其与另一民事主体泰山公司之间的权利义务关系，诉讼标的并不相同。汇辰公司认为中林公司与泰山公司实为一方，本案应与泰山公司与汇辰公司建设工程施工合同纠纷一案合并审理，但没有法律依据，不予支持。中林公司要求汇辰公司承担因拖延办理土地使用权过户手续造成的资金占用损失 499.56 万元及延误房地产开发一年造成的损失 617.76 万元的理由亦不充分，不予支持。第三人泰山公司在本案中无违约行为，不承担责任。故一审法院以（2012）岳中民一初字第 31 号民事判决书判决如下：（1）由汇辰公司在判决生效后七日内将位于岳阳市北港路与金鹗路交叉处约 3.6 亩土地使用权变更登记至中林公司名下（土地四至范围以岳阳市国土资源局出具的墨线图为准），变更登记过程中涉及的各项税费，由中林公司承担 100 万元，超过部分由中林公司与汇辰公司各承担 50%，中林公司在判决生效后七日内应向汇辰公司支付该宗土地转让款余款 75.5 万元；（2）驳回中林公司的其他诉讼请求。

汇辰公司提出上诉称：（1）一审判决查明的本案案件的事实基本清楚，但对案件的定性明显错误。一审法院查明的事实及《调解协议书》本身约定的内容，与一审法院对本案的定性之间，相互矛盾，存在错误。本案依法不能成为独立之诉，应与一审法院先期受理并正在审理的泰山公司诉汇辰公司建设工程施工合同纠纷一案并案处理。2009 年 5 月 13 日，泰山公司向汇辰公司出具的《授权委托书》证实，泰山公司与汇辰公司所签

订的《建设工程施工合同》中的一切权利和义务均由陈林年享受和承担。陈林年是挂靠泰山公司名下来承接汇辰公司的项目施工，陈林年是泰山公司与汇辰公司建设工程合同纠纷案中泰山公司实体权利享有者和义务承担者。中林公司诉请汇辰公司将土地过户至自己名下，其实质是陈林年在主张权利，只不过是便于受让、开发土地而由具有相应资质的中林公司来办理相关手续而已。《调解协议书》是在一审法院已经立案受理泰山公司诉汇辰公司建设工程施工合同纠纷案，且一审法院已经对汇辰公司的全部有效资产采取查封、冻结的诉讼保全措施，汇辰公司的运作陷入困境的情况下签订的。汇辰公司欠付工程款，同意采用以物抵偿方式来支付，土地使用权抵偿欠付工程款只是以物抵债方式之一，各方并不存在独立于正在审理的工程款纠纷案之外的土地使用权转让的意思表示。且协议第8条明确约定“本调解协议经甲、乙、丙三方签字岳阳市中级人民法院认定后生效。由岳阳市中级人民法院制作调解书。”汇辰公司根本没有将本案诉争土地公司转让给中林公司的独立意思表示。(2) 一审判决对本案的关键事实《调解协议书》作出有效认定并据此作出判决，违背客观事实，亦违反法律规定。中林公司依据《调解协议书》对汇辰公司提出的诉讼请求，因《调解协议书》违反法律规定而无效，应当依法应予驳回。《调解协议书》签订的前提和基础并不存在且违反常理。《调解协议书》签订的基础是因汇辰公司欠付工程款，各方当事人在诉讼过程中为解决纠纷，因汇辰公司无现金支付而达成的以不动产抵偿债务的合意。事实上，汇辰公司已举证证明不仅没有欠付工程款，而且还多付了工程款，并向岳阳中院提出了请求返还之诉。因此，《调解协议书》签订的前提和基础实际上并不存在。至少在汇辰公司诉泰山公司、陈林年关于工程款给付及返还之诉没有最终裁决前，汇辰公司是否欠付工程款，这一事实是不确定的。按照《调解协议书》的约定：以土地使用权抵偿工程款500万元，以房屋抵偿工程款：1560万元，合计为2060万元。既然泰山公司已经签字认同，那么，泰山公司此前向岳阳中院提出的给付工程款3348万元的诉讼请求显然应当变更减少。然而，在泰山公司与汇辰公司工程款纠纷案第一次开庭审理时，泰山公司不仅没有变更减少，而且增加为3370多万元。泰山公司的这一诉讼行为，充分说明其对《调解协议书》对各方不具有法律拘束力在事实上已经认同。对汇辰公司而言，《调解协议书》对各方不具有法律拘束力在事实上已经认同。对汇辰公司而言，《调解协议书》的签订旨在解决与泰山

公司的工程款纠纷，故协议明确约定“岳阳市中级人民法院认定后生效”且认定的方式是由岳阳市中级人民法院制作调解书。《调解协议书》自始至终未得到岳阳中院的认定，亦未据此制作调解书。依据合同法第四十五条“当事人对合同的效力可以约定附条件。附条件的合同，自条件成就时生效”的规定，该《调解协议书》自始并未生效，对各方当事人不产生法律拘束力。《调解协议书》中约定转让的香缇半岛二期开发用地于2011年11月11日已被岳阳中院以（2011）岳中民一初字第29-3号民事裁定书查封，查封期间不得进行转让、抵押；同时，对汇辰公司岳市国用（2007）字第00203号地块，岳阳市国土资源局以（2009）第05号通知书决定停办审批登记发证手续。显然，无论是司法机关还是国家行政机关对涉案地块均采取了权利限制措施，依法不得转让。在泰山公司已经申请岳阳中院查封后，汇辰公司与中林公司就涉案地块进行转让，这一行为显然损害了泰山公司的利益。如果泰山公司认为没有损害自己的利益，则恰恰说明泰山公司、陈林年、中林公司在泰山公司诉汇辰公司建设工程施工合同纠纷和本案中是利益共同体。涉案土地已于2010年1月25日抵押给交通银行股份有限公司岳阳市花板桥支行，并办理了抵押登记手续。在得知抵押地块已被法院查封和当事人私下转让后，在贷款尚未到期的情况下，交行花板桥支行于2012年1月16日依据《固定资产贷款合同》向岳阳中院提起诉讼。汇辰公司和中林公司约定将抵押土地部分处置，损害了抵押权人的合法权益，亦违反了法律的禁止性规定，显属无效。依据《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十七条规定：“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据”。在该《调解协议书》中汇辰公司作出的以房产、土地使用权等方式抵偿工程款的妥协和让步的不利的意思表示，既不能在工程款纠纷案中作为证据使用，同样也不能在本不成为独立之诉的本案中作为证据使用。（3）一审法院基于对本案定性及认定事实错误，导致判决结果错误。一审法院所依据的《调解协议书》因违背客观事实及违反法律规定而无效，中林公司的诉讼请求依法应当判决驳回。在涉案地块合法设定的抵押权及政府职能部门所设定的行政限制未依法解除前，特别是在各级法院的查封冻结措施依法解除前，一审法院判令汇辰公司在判决生效后七日内交付地块没有法律依据。

二审法院查明的事实与一审法院查明的事实相同。

二审法院认为,本案的争议焦点是:本案是否应当与一审法院正在审理的汇辰公司与泰山公司、陈林年的建设工程施工合同纠纷案件并案审理;调解协议书中涉案土地使用权转让的效力如何,汇辰公司是否应当将土地使用权过户至中林公司名下。

关于本案是否应当与一审法院正在审理的汇辰公司与泰山公司、陈林年建设工程施工合同纠纷案件并案审理的问题。本案中林公司是以泰山公司诉汇辰公司建设工程施工合同纠纷案件中双方当事人达成的《调解协议书》提起诉讼,诉讼请求是判令汇辰公司按《调解协议书》的约定将相关土地使用权过户至中林公司名下,中林公司的起诉符合《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定,系一个独立的诉讼,本案双方争议的主要问题是《调解协议书》是否有效,汇辰公司是否应当按该协议书履行自己对中林公司的义务,而泰山公司和汇辰公司之间的建设工程施工合同纠纷一案争议的焦点是工程款的结算,二者并无法律上的关系,当事人的诉讼请求也属于两个不同的法律关系,两案不具备必须并案审理的法定情形,故汇辰公司提出本案应当与另案并案审理的理由不能成立。

关于《调解协议书》效力如何,汇辰公司是否应当将土地使用权过户到中林公司名下的问题。本案中林公司是以泰山公司起诉汇辰公司支付欠付工程款案件中三方达成的《调解协议书》主张权利,该《调解协议书》是否无效和是否生效是本案的关键问题。涉案《调解协议书》经协议三方法定代表人签字,公司加盖公章,形式合法。虽然签订协议时处分的土地已被法院根据泰山公司申请查封,但泰山公司已经明确向法院表示只要三方按照《调解协议书》履行义务将申请解封,该查封并不影响协议的效力;温州市鹿城区人民法院作出的查封是在《调解协议书》签订之后,该查封只对合同的履行造成阻碍,并不影响协议效力;交通银行岳阳分行已出具《汇辰公司贷款还清证明》,其对汇辰公司的抵押权实际已消灭,故涉案土地上的抵押登记也不影响协议效力。综上,根据合同法第五十二条的规定,涉案《调解协议书》不具有法律规定的无效情形,不属无效合同。汇辰公司上诉主张《调解协议书》无效的理由不能成立。

虽然《调解协议书》第8条约定“调解协议经甲乙丙三方签字,岳阳市中级人民法院认定后生效,由岳阳市中级法院制作调解书”,但中林公司已按《调解协议书》约定支付了大部分款项,在付款过程中,汇辰公司对中林公司代为偿还借款的行为并未提出异议,也接受了中林公司直接支



付的部分款项，表明双方已经通过自己的行为变更了协议的生效条款。因此，《调解协议书》已生效，双方当事人应当依约履行。中林公司已支付1924.5万元款项，履行了《调解协议书》中对汇辰公司的绝大部分义务，虽然还欠付75.5万元，但根据《调解协议书》约定，汇辰公司应在收到中林公司支付的第一笔款项后即开始配合办理土地使用权过户手续，现中林公司已支付了1924.5万元，故汇辰公司应将涉案土地使用权过户至中林公司名下，中林公司应将75.5万元尾款付清。至于汇辰公司向一审法院起诉主张泰山公司退还多支付的工程款一案是否影响《调解协议书》效力的问题。经查，该案与本案是不同的法律关系，诉讼主体也不一致，即使该案判决泰山公司应返还工程款给汇辰公司，也与中林公司无关。因此，汇辰公司主张《调解协议书》未生效的理由不能成立，其相关上诉请求不予支持。据此，二审法院以（2013）湘高法民一终字第57号民事判决书判决：驳回上诉，维持原判。

### 三、汇辰公司申请再审情况

汇辰公司申请再审称，（1）《调解协议书》是诉讼当事人的调解意向，不是独立的合同。本案涉及的《调解协议书》是在泰山公司诉汇辰公司拖欠工程款的诉讼过程中，涉案当事人为实现调解结案而达成的意向，表示各方对诉讼结果可接受的条件。这些条件是人民法院对案件作出判决或者调解结案的依据，《调解协议书》不是独立于诉讼之外的民事合同，其不具有直接产生按照协议履行的法律约束力。人民法院审理案件，只有用以确定当事人权利义务的生效裁判文书，才具有法律的强制力。原判认定《调解协议书》有效，直接判令各方按照协议履行是适用法律错误。（2）《调解协议书》需经人民法院的认可，调解内容尚未发生法律效力。该协议明确约定，这些条件需要经过人民法院审查认可，并由人民法院依据调解的内容作出调解书方能生效。但时至今日，一审法院对《调解协议书》并未作出任何表示，更没有依据该调解协议制作相关的法律文书。调解协议的内容尚未发生法律效力，中林公司请求按照调解协议履行的条件没有成就。在案件审结前，当事人达成的调解，有可能因得不到人民法院的认可，或亦因一方反悔而不发生效力。届时当事人只能依生效的法律文书主张权利。原判依尚未生效的调解协议判令当事人履行义务，没有法律依据。（3）《调解协议书》损害汇辰公司的利益，汇辰公司可以请求确认其

无效；协议显失公平，汇辰公司可以请求变更或者撤销。《调解协议书》处分了汇辰公司的重要财产，依据公司法的规定需要经董事会和股东大会讨论决定，然而当时的公司法定代表人白洪光却是背着董事会和股东擅自决定的，这一行为导致公司的利益严重受损，这里不排除存在恶意串通的情形。为此，公司其他股东有权主张确认其行为无效。汇辰公司在履行建设工程施工合同时，已经多付了工程款1000多万元，而调解协议又以物抵款，约定的内容显失公平，汇辰公司有权请求人民法院变更或者撤销。汇辰公司已经为请求返还多支付的工程款向一审法院提起诉讼，汇辰公司是否拖欠工程款，是直接决定调解协议存在的前提，人民法院未对该调解诉讼进行审理结案，表示调解协议尚处在不确定状态。原判判令按照调解协议履行显然缺乏事实依据。(4)《调解协议书》不属于独立的合同，中林公司不具有独立的诉权。《调解协议书》是在泰山公司诉汇辰公司拖欠工程款的诉讼中产生的，不属于独立的民事合同。《调解协议书》是否生效需要由法院的裁判文书确定，协议被确认生效后，当事人主张权利，需要通过执行法律文书来实现，而不是提起履行调解协议的诉讼。《调解协议书》因不属于独立的民事法律关系，因此各方均不享有独立的诉权。中林公司主张协议权利只能在拖欠工程款纠纷诉讼中和执行程序中实现。原判直接判决按照调解协议履行，显然违反诉讼程序。

为履行建筑工程施工合同发生的纠纷，一审法院已经受理了三宗案件，这三宗案件的事实是同一的，当事人也是相同的，这三宗案件原告的请求属于相互关联的，建筑工程施工合同的效力决定工程款数额，工程款给付数额决定是否拖欠事实，从而决定抵款的《调解协议书》能否成立。因而调解协议纠纷不可与前两案分割单独审理，更不能先于另两案进行审理。原判单独审理调解协议纠纷，并先予作出裁判，程序明显不当。

中林公司提交书面意见认为，(1)中林公司与汇辰公司之间的土地使用权转让协议独立成立并生效，且合法有效。(2)本案不存在中止审理或与工程款结算纠纷案合并审理的情形。汇辰公司的再审申请不能成立，请求予以驳回。

#### 四、最高人民法院再审的处理情况

最高人民法院再审查明：汇辰公司（甲方）与泰山公司（乙方）、中林公司（丙方）在2011年12月20日签订的《调解协议书》中载明：

“甲、乙、丙三方就香缇半岛建设工程合同结算、工程款支付、土地折价抵偿工程款等问题，经双方充分协商，在平等互利的基础上，达成如下协议……”“在甲方付清全部工程款或按已结算的净额抵偿同等价值的房屋并由乙方开出全部工程款税票后，乙方向法院申请撤诉；已交诉讼费113400元，甲方承担60000元，乙方承担53400元。”“本调解协议经甲乙丙三方签字，岳阳市中级人民法院认定后生效，由岳阳市中级人民法院制作调解书。本协议一式四份，甲乙丙三方各持一份，一份交岳阳市中级人民法院备存。”

2011年12月20日汇辰公司（甲方）与中林公司（乙方）签订的《补充协议》中载明：“鉴于甲、乙双方签订《调解协议书》甲方将香缇半岛二期项目转让给乙方，为进一步明确项目有关事项达成如下协议……”

最高人民法院认为，本案当事人争议的焦点问题是：中林公司要求汇辰公司履行双方在另案中达成的《调解协议书》，是否具有法律依据。

中林公司提起本案诉讼依据的是其与汇辰公司、泰山公司三方在泰山公司诉汇辰公司建设工程施工合同纠纷案件中达成的《调解协议书》，该《调解协议书》的性质和效力，决定了各方当事人是否应受《调解协议书》约束并履行相关义务。

从本案查明的事实来看，汇辰公司和泰山公司虽在另案建设工程施工合同纠纷中与中林公司共同签订了《调解协议书》，但各方并未约定协议签订后即生效，而是在该协议中明确约定“本调解协议经甲乙丙三方签字，岳阳市中级人民法院认定后生效，由岳阳市中级人民法院制作调解书”。因此，在一审法院依法制作调解书并送达当事人之前，涉案《调解协议书》不发生法律效力。虽然中林公司依据《调解协议书》履行了大部分的付款义务，汇辰公司也接受了中林公司支付的款项，但当事人的上述履行行为并不能产生改变《调解协议书》中有关经“岳阳市中级人民法院认定后生效”的法律后果。如果是当事人以实际行为改变了《调解协议书》的约定并自愿履行完毕，理应由泰山公司向一审法院申请撤诉从而终结原有的诉讼，但实际情况是泰山公司并未申请撤诉，建设工程施工合同纠纷也未了结。在泰山公司与汇辰公司之间的工程款纠纷尚无定论的情况下，二审法院径直判令当事人履行以汇辰公司欠付泰山公司工程款为调解基础的《调解协议书》显属不当。

从《调解协议书》的内容来看,签订的三方主体明确该《调解协议书》是为处理香缇半岛建设工程合同结算、工程款支付、土地折价抵偿工程款等问题所达成,并约定汇辰公司履行约定义务后泰山公司撤诉,该《调解协议书》中关于汇辰公司将涉案土地使用权转让给中林公司并将土地使用权证办至中林公司名下,是泰山公司不再主张工程款的一个条件,涉案土地转让的目的是为了抵偿泰山公司工程款,并非一个独立的土地使用权转让合同。中林公司作为工程款欠款纠纷之外的当事人加入调解,系《调解协议书》三方当事人的真实意思表示,不违反法律关于诉讼中调解的规定,也没有改变《调解协议书》的目的和性质。汇辰公司和中林公司在《调解协议书》签订的同时,又签订了一份《补充协议》,该《补充协议》是为了保证《调解协议书》履行而约定的细则,属于《调解协议书》的附件,不能取代《调解协议书》而形成独立的土地使用权转让合同。

综上,由于汇辰公司和中林公司、泰山公司签订的《调解协议书》未按照三方当事人的约定经一审法院确认并制作调解书,该《调解协议书》对当事人不具有法律约束力。中林公司以该《调解协议书》为依据,提出要求汇辰公司履行办理土地使用权过户手续义务及赔偿相关损失的诉讼,缺乏相应的事实和法律依据,前述诉讼请求应当予以驳回。当事人之间的有关土地使用权转让款问题,可另寻法律途径解决。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条、第一百七十条第一款第二项之规定,判决:二、撤销湖南省高级人民法院(2013)湘高法民一终字第57号民事判决、湖南省岳阳市中级人民法院(2012)岳中民一初字第31号民事判决;二、驳回岳阳中林置业投资有限公司的诉讼请求。

## 五、对本案的解析

诉讼中达成的调解协议是当事人自愿处分其实体权利和诉讼权利的一种文书形式,是人民法院制作民事调解书的基础。其本身的性质不同于一般民事合同,其与诉讼密切相关,是为解决已发生的诉讼纠纷而由各方当事人自愿达成的协议。调解协议的目的是使诉讼终结,其只有与审判权相结合,以法院调解书的形式表现出来,才对当事人具有法律上的约束力,同时也具有强制执行力,即在法院制作的调解书送达之前,调解协议的当事人有反悔的权利。

一般而言,当事人在诉讼中达成调解协议后,存在以下四种可能的情

形：(1) 由人民法院依法制作调解书，以调解方式结案。根据民事诉讼法第九十七条的规定，调解达成协议，人民法院应当制作调解书；调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。(2) 调解协议签订后即发生法律效力，以调解方式结案。《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第十三条规定，当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效的，经人民法院审查确认后，应当记入笔录或者将协议附卷，并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。即在各方当事人同意的情况下，可以不制作调解书并送达当事人的程序，调解协议在各方当事人签字或者盖章后即具有法律效力。(3) 当事人自愿履行调解协议后，原告一方依据调解协议向人民法院申请撤诉，以人民法院准许撤诉的方式结案。(4) 当事人一方在调解书送达前反悔的，人民法院依法作出判决，调解书不发生法律效力。

从本案的实际情况来看，汇辰公司和泰山公司虽在另案建设工程施工合同纠纷中与第三人中林公司共同签订了《调解协议书》，但各方并未约定协议签订后即生效，而是在该协议第8条明确约定“本调解协议经甲乙丙三方签字，岳阳市中级人民法院认定后生效，由岳阳市中级人民法院制作调解书”。因此，在岳阳市中级人民法院依法制作调解书并送达当事人之前，涉案《调解协议书》不发生法律效力。虽然中林公司依据《调解协议书》履行了大部分的付款义务，汇辰公司也接受了中林公司支付的款项，但当事人的上述行为并不能产生改变《调解协议书》中有关经“岳阳市中级人民法院认定后生效”的法律后果。如果是当事人以实际行为改变了《调解协议书》的约定并自愿履行完毕，理应由泰山公司向一审法院申请撤诉从而终结原有的诉讼，但实际情况是泰山公司并未申请撤诉，建设工程施工合同纠纷案件尚未审结。与此同时，汇辰公司又向一审法院提起诉讼，主张其多支付了泰山公司工程款，该案也在一审法院审理过程中，即泰山公司与汇辰公司之间的工程款纠纷尚无定论，二审法院径直判令当事人履行以汇辰公司欠付泰山公司工程款为前提的《调解协议书》显属不当。

有观点认为，虽然《调解协议书》第8条约定“调解协议经甲乙丙三方签字，岳阳市中级人民法院认定后生效，由岳阳市中级法院制作调解书”，但中林公司已按《调解协议书》约定支付了大部分款项，当事人已经通过自己的履行行为变更了协议的生效条件，因此《调解协议书》已生

效，双方当事人应当依约履行。上述观点依据的法律是合同法第三十六条和第三十七条，第三十六条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务、对方接收的，该合同成立。”第三十七条规定：“采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务、对方接收的，该合同成立。”笔者认为，合同法第三十六条和第三十七条规定的精神是一方当事人已经履行主要义务，对方接收的，其法律后果是导致合同成立。也就是说，一方当事人已经履行主要义务会产生合同成立的法律后果，但不能影响合同的效力问题。本案中的《调解协议书》明确约定经甲乙丙三方签字、岳阳市中级人民法院认定后生效，欠缺岳阳市中级人民法院认定的这一条件，上述《调解协议书》就没有生效。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 违反招标投标法规定签订的建设 工程施工合同应当认定无效

——江苏南通六建建设集团有限公司与  
山西嘉和泰开发有限公司建设工程施工合同纠纷案

王毓莹\*

**法理提示** 违反招标投标法规定签订的建设工程施工合同应当认定为无效。认定合同无效后应依据合同法第五十八条的规定进行处理。合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

上诉人（原审原告、反诉被告）：江苏南通六建建设集团有限公司。

上诉人（原审被告、反诉原告）：山西嘉和泰房地产开发有限公司。

### 一、江苏省高级人民法院一审查明的事实

2004年11月10日，南通六建与嘉和泰公司签订了一份《建设工程施工合同》，合同约定嘉和泰公司将其百桐园二期住宅小区的8、9、10、11号楼的土建、安装工程发包给南通六建进行施工建设，合同价暂定8000万元，合同履行期限是385天。该工程于2005年3月开工。2005年4月15日，南通六建与嘉和泰公司又对该工程签订了补充协议，该补充协议签订后，嘉和泰公司向南通六建先后支付1000万元的工程款，南通六建开始施工。后由于相关手续问题，嘉和泰公司先后于2005年7月9日和7月16日两次以书面形

\* 最高人民法院民一庭法官。

式要求南通六建暂停施工，至2005年8月26日后再次恢复施工。

由于双方在签订上述合同时未履行招标程序，2005年9月22日，通过招投标程序，南通六建中标。2005年10月15日，南通六建与嘉和泰公司再次签订了《百桐园小区二期建设工程工程施工合同》，该合同除了新增加的7号楼及地下车库外，其他工程标的物均与原合同相同，该合同约定：“工程承包范围：施工图以内全部土建、水暖、电气、通风空调安装（不含电梯、消防、机械土方及地基工程）。开工日期：2005年10月1日，竣工日期：2006年8月31日，总工期335天。工程质量标准：分项工程一次验收合格，总体工程验收确保优良标准。合同价款为10388.845万元（按实结算），资金来源：自筹。”双方均在合同上签字盖章。合同后附通用条款及专用条款部分。其中专用条款第23.2条第（2）项约定“合同价款采用施工图纸预算加技术核定，现场签证，设计变更的方式，工程以实际完成量经发包人及监理确认后办理结算”。合同专用条款第26条约定了工程款（进度款）支付的方式和时间：“承包人施工从基础垫层至主体砼结构封顶，每幢楼主体结构封顶后10天内支付已完工程量的70%。工程交付使用前支付已完成工程量的85%，工程竣工验收，收到承包人提供的工程结算后60天内审定结算，双方确认后28天内支付工程款至总价的95%，留5%为保修金，保修二年期满后30日内一次性付清。”合同专用条款第47条第七项约定了违约惩罚：“工程质量达不到承包人承诺的优良标准时承包人向发包人支付违约金200000元。如工程不能按附表中的建设工期完成，承包人每迟延一天向发包人支付违约金100000元。”合同还约定了其他事项。

2005年12月27日，南通六建完成了8、9、10、11号楼主体结构封顶工程。2005年12月29日，南通六建向嘉和泰公司报送了建筑安装工程预算表。其认为已完成的主体工程价款总计为77880282.37元。嘉和泰公司认为按照合同约定工程预算应当先报监理公司审核，且认为南通六建所报数额过高，实际工程预算应为5178万元。且监理公司发现有质量问题。故书面答复对南通六建报送的预算表不予认可。

2006年2月，双方产生地基基础分部工程质量验收记录，确认地基基础部分验收合格。南通六建、嘉和泰公司及监理单位西安安宇建设监理有限公司（以下简称安宇监理公司）、设计单位中创建设设计有限公司、山西地质工程勘察院均签字盖章确认。



2006年3月,安宇监理公司发现部分楼板有裂缝等问题,向南通六建下达工程暂停令,要求停工整改。

2006年4月,太原市建筑工程质量检测站接受嘉和泰公司委托,对监理公司发现的楼板裂缝问题进行了检测,检测结果是部分楼板有裂缝等质量问题,部分楼板厚度不符合设计要求、板类构件负弯保护层厚度不符合设计要求。南通六建、嘉和泰公司对此检测结果均予认可。2006年6月28日,太原市建设工程质量监督站向太原市建设管理委员会上报,出具《关于山西嘉和泰房地产开发有限公司8JHJ、9JHJ、10JHJ、11JHJ楼工程质量事故上报的报告》,认为该工程存在质量隐患,为质量事故。

2006年7月29日,建设单位、监理单位、施工单位三家委托山西中创建筑设计有限公司对出现楼板裂缝、板厚等问题进行处理方案设计。之后,由南通六建对楼板裂缝的质量问题进行了修复。2006年8月15日,设计、建设、监理、施工四家单位对8、9、10号楼楼板面静载实验检测总结,结论为:“测量结果均满足结构规范要求及设计要求”。2006年8月18日,山西中创建筑设计有限公司在对楼板的处理方案中,认为“该类型的结构楼板安全性是有保障的,达到设计要求。”2006年9月8日,针对部分楼面裂缝,产生工程质量问题处理记录,载明:“按方案处理后,各处理工序均合格,处理结果达到了设计要求”。南通六建、嘉和泰公司及监理单位、设计单位均签字盖章予以确认。

2006年9月,产生8JHJ、9JHJ、10JHJ、11JHJ楼主体结构工程质量验收记录,确认主体结构工程质量验收合格。验收记录由南通六建、嘉和泰公司及监理单位安宇监理公司、设计单位中创建筑设计有限公司和山西省建筑设计研究院签字盖章确认。2006年9月21日,太原市建设工程质量监督站同意南通六建恢复施工。但南通六建认为嘉和泰公司未足额支付工程款,故未再进行施工。

南通六建共完成8、9、10、11号楼主体工程及10、11号楼地下车库、换热站和百桐园一期车库出入口工程。(换热站和百桐园一期车库出入口工程双方未签订书面合同)。截至2006年10月12日,嘉和泰公司共向南通六建以各种形式支付工程款约计3513万元。

2007年2月10日,嘉和泰公司以书面形式通知南通六建解除合同,认为:(1)各楼均出现严重质量问题;(2)违法分包;(3)工期严重延误;(4)并主张延期竣工的违约金及质量赔偿金,故要求解除合同并声

明：“假如还有应付款，我公司均以此款抵消”。

2007年3月29日、4月19日，太原市建设工程质量监督站两次发出抽查工程质量问题整改通知单，称因部分框梁发生裂缝，要求立即停工，并进行鉴定及将处理意见上报。

2007年4月25日，太原市建设管理委员会就解决百桐园小区工程项目框架裂缝、南通六建占据工地造成施工拖延及纠纷解决等有关问题召开协调会，建委、建设单位、施工单位、质量监督站、监理公司相关负责人参加，并形成（2007）第9期会议纪要，主要内容为：（1）框梁裂缝等质量问题，由嘉和泰公司牵头，南通六建、安宇监理公司参加，委托具有相应资质的检测单位立即进行检测，依据检测结果，由设计单位拿出技术方案处理，此项工作由质量监督站监督实施。（2）对已完成工程量进行盘点。（3）南通六建于2007年4月30日前退出施工现场。由建设单位按照法定程序另行选择相应资质的施工队伍。（4）在盘清已完工程量后，可委托相应单位进行审核确认，对于双方履约中的纠纷，建议提起诉讼解决。

2007年6月7日，太原市建设工程质量监督站又发出整改通知，内容为：（1）尽快评出检测报告，必须得到设计认可方可进行下一步施工，对前期的工程质量缺陷必须认真处理，否则不得进行下一步施工；（2）就介入工程的施工，监理单位必须到建设行政主管部门完善相关的备案手续；（3）下一步施工前必须召开参建各方的首次监督工作会议，否则不予开工。

2007年6月28日，太原市建筑工程质量检测站接受嘉和泰公司委托，针对8、9、10、11号楼的进行了质量检测，检测项目包括：（1）板厚、层高检测；（2）钢筋保护层扫描；（3）现浇板裂缝测试。质量检测站出具鉴定报告，鉴定结论为：“1. 楼框架裂缝为变形裂缝。以上裂缝影响结构的耐久性。该裂缝为严重缺陷，应予以处理。2. 部分阳台栏板压顶扶手质量问题为混凝土施工振捣不到位、表层受冻及混凝土钢筋间距存在偏差。为一般缺陷。但存在安全隐患，建议进行处理。”之后，南通六建退出工地，太原市第一建筑公司进驻，继续进行施工。

双方多次协商未果，南通六建于2007年4月向山西省高级人民法院提起诉讼，嘉和泰公司于2007年6月1日提起反诉。

一审法院另查明，原一审期间一审法院委托山西省高级人民法院司法鉴定中心对所涉工程造价进行鉴定。2008年10月14日，山西三源工程造

价咨询有限公司出具鉴定报告，后双方又各自提出异议，经反复调整，2009年10月24日，三源工程造价咨询有限公司出具最终鉴定报告，鉴定结论为：南通六建承建的百桐园小区的8、9、10、11号楼、热交换站建筑工程、土建及安装工程总造价为：58948700.63元（其中含嘉和泰公司签认未盖章部分55327.95元）。其中8、9、10、11号楼工程造价为57234593.01元（其中，2005年12月前完成的钢筋砼主体工程鉴定造价为52441260.92元）；热交换站工程造价为1406245.85元；一期车道工程造价为102189.82元；签证部分为150344元；以上共计58893372.68元。嘉和泰公司向一审法院提出要求就工程质量问题及修复费用一并鉴定，一审法院又委托鉴定中心对本案所争议的工程质量问题及修复费用进行鉴定，但嘉和泰公司认为质检站报告已认定了质量问题，也不存在重新申请鉴定的情形，故不应再做鉴定，修复费用应在工程造价中一并认定。且鉴定机构与取费标准均未明确，故拒绝缴纳鉴定费用。本案未进行质量问题及修复费用的鉴定。

关于嘉和泰公司已付款的数目认定问题。经一审组织双方核对，无争议部分包括：（1）抵车款200万；（2）现款2005万元；（3）断桩及拉用费44430元；（4）代付混凝土款8727620元；（5）代付劳保统筹款3415057.85元；（6）代付奔驰车养路费1320元；（7）代付外墙砖款及装卸费200216元；（8）垃圾清运费7000元；（9）甲方所供材料计款236029.1元；以上共计34681672.95元。双方有争议部分，包括：（1）关于嘉和泰公司主张的垫付水电费部分，南通六建主张应以638881.74元计算，已付186899.55元，尚欠451982.19元。嘉和泰公司主张尚欠638881.74元。（2）关于嘉和泰公司所主张的工程罚款50000元，南通六建不予认可。（3）质监站楼板裂缝检测费1300000元、框架裂缝检测费839158.5元，合计2139158.5元，南通六建不予认可。

## 二、当事人一审起诉与答辩情况

南通六建起诉请求：（1）确认建设工程施工合同无效；（2）判令嘉和泰公司支付南通六建工程款、利息损失及停工损失53233865.00元；（3）本案诉讼费用、鉴定费用由嘉和泰公司承担。

嘉和泰公司答辩称，南通六建的诉讼请求无依据，请求一审法院依法予以驳回。

嘉和泰公司反诉请求：(1) 判令南通六建向嘉和泰还是支付工期延误的违约金 11540 万元；(2) 判令南通六建承担给嘉和泰公司造成的损失；(3) 诉讼费、保全费、律师费由南通六建承担。

南通六建答辩称，嘉和泰公司的反诉请求没有事实与法律依据，请求一审法院依法驳回嘉和泰公司的反诉请求。

### 三、一审法院审理的情况

一审法院认为，本案争议焦点为：一是双方签订的三份建设工程合同是否有效；二是嘉和泰公司应支付给南通六建的工程价款数额；三是违约责任的认定及承担问题。

关于双方签订的三份建设工程合同是否有效的问题。2004 年 11 月 10 日，南通六建与嘉和泰公司就涉案工程签订了《建设工程施工合同》，2005 年 4 月 15 日，南通六建、嘉和泰公司双方对该工程签订了补充协议。由于双方在签订上述合同时未履行招标程序，2005 年 9 月 22 日，双方补办了招标程序，并于 2005 年 10 月 15 日，再次签订《百桐园小区二期工程建设工程施工合同》。一审法院认为，《中华人民共和国招标投标法》第三条和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条规定，大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目必须进行招标；建设工程必须进行招标而未招标的应认定建设工程施工合同无效。本案涉案工程开工前未向社会公开招投标，事后虽然补办了招投标手续，但实际并未向社会公开招投标，属于“明招暗定”行为，违反了招投标法的规定，应当认定涉案合同无效。

关于嘉和泰公司尚欠南通六建的工程款数额是多少。关于南通六建完成的工程造价，原一审委托鉴定结论为：南通六建施工的百桐园二期住宅小区 8、9、10、11 号楼、换热站、一期车道等工程造价总计 58893372.68 元，一审法院对此数额予以认定。另有鉴定报告中体现的 55327.95 元，因嘉和泰公司否认未盖章，一审法院不予认定。关于嘉和泰公司已付工程款的数额，原一审主持双方核对，认定如下：(1) 无争议的已付款数额为 34681672.95 元。(2) 因工程确有质量问题，故嘉和泰公司已实际支付的楼板裂缝检测费和框架裂缝检测费共计 2139158.5 元及工程质量罚款 50000 元应由南通六建承担。(3) 依据 2000 年山西省建筑装饰工程费用定额，南通六建应支付嘉和泰公司垫付水电费部分认定为 451982.19 元。以

上三项共计 37322813.64 元。故嘉和泰公司尚欠南通六建工程款为 21570559.04 元。

关于违约责任的认定及承担问题。从原一审查明事实可知，2005 年 12 月 27 日，南通六建完成主体砼结构封顶后，即出现了一系列工程质量问题。其具体过程为：2006 年 3 月，工程监理公司发现部分楼板有裂缝，向南通六建下达工程暂停令，要求停工整改。2006 年 4 月，太原市建筑工程质量检测站对监理公司发现的楼板裂缝问题进行了检测，检测结果是部分楼板有裂缝等质量问题，部分楼板厚度不符合设计要求、板类构件负弯保护层厚度不符合设计要求。为此，太原市建筑工程质量监督站下达停工令，并向太原市建设管理委员会汇报，认定为质量事故。南通六建对质量检测站的检测结果也均予认可，并协商嘉和泰公司进行了修复处理。2006 年 9 月楼板裂缝问题得到处理后，质量监督站才同意恢复施工，但南通六建再未继续施工，造成工程持续拖延。并且在 2007 年 3 月 29 日、4 月 19 日，质量监督站又两次因部分框梁裂缝发出要求立即停工的工程质量问题整改通知，造成施工无法继续进行。太原市建设管理委员会主持召开的协调会议纪要的内容也证明了以上事实，可见，南通六建施工产生的楼板裂缝和框梁裂缝等质量问题是造成工期拖延的主要原因，也直接导致嘉和泰公司以书面形式要求解除合同的后果。关于南通六建所称的是因嘉和泰公司严重拖欠工程款而造成无法施工的抗辩理由，一审法院认为，双方合同中对工程价款的数额及支付进度问题均有明确约定，即主体砼结构封顶后，嘉和泰公司向南通六建支付已完成工程价款的 70%。首先，鉴定结论确认的钢筋砼主体工程造价为 5244 余万元，而南通六建在钢筋砼主体工程完工后向嘉和泰公司报送的工程价款却达到 7788 余万元，此数额明显偏高。故嘉和泰公司当然有理由拒绝依此数额支付。其次，从付款进度及数额来看，付款应当以工程质量达到合格标准为前提，而钢筋砼主体工程封顶后，即产生了一系列质量问题，在完成修复至 2006 年 9 月主体工程验收后，嘉和泰公司已付工程款数额达到了 3513 余万元，加上其已承担的裂缝检测费用，实际已付的工程款数额达到了 3643 余万元。这一数额与最终鉴定报告所确认的钢筋砼主体工程造价 5254 万元的 70% 即 3677 万元基本接近，其差距不足以造成无法继续施工。故南通六建所主张的是因嘉和泰公司严重拖欠工程款而造成无法施工的理由缺乏证据支持。一审法院认为，本案涉案合同虽然无效，但合同法第九十八条规定：“合同的权利义务终

止,不影响合同中结算和清算条款的效力。”违约金条款属于清算条款,所以违约条款在无效合同中仍可以适用。合同法第五十七条也规定:“合同无效、被撤销或终止的,不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款和效力。”综上,因南通六建施工产生的质量问题造成了工期的严重延误,依照双方合同中每迟延一日支付10万元的约定,南通六建应当向嘉和泰公司支付迟延竣工违约金。迟延履行应当从合同约定的竣工日期2006年8月31日起算至嘉和泰公司提出解除合同的2007年2月10日止,为163天,违约金数额应认定为1630万元。

综上所述,原一审判决对南通六建、嘉和泰公司双方签订的三份建设工程合同效力的认定虽然错误,但是针对案件事实来说,对嘉和泰公司应支付给南通六建的工程价款和违约责任的认定并无不妥,一审重审中应予以采纳。依据《中华人民共和国招标投标法》第三条,《中华人民共和国合同法》第五十二、五十七、六十条、第九十八条、第一百零七条、第一百零八条、第一百零九条、第一百一十四条第一款之规定,一审判决:一、嘉和泰公司与南通六建签订的《百桐园小区二期工程建设工程施工合同》无效;二、判决生效后十五日内,嘉和泰公司向南通六建支付工程欠款21570559.04元;三、判决生效后十五日内,南通六建向嘉和泰房公司支付迟延竣工违约金1630万元;四、以上两项给付义务相抵,判决生效后十五日内,嘉和泰公司向南通六建支付5270559.04元。(逾期按中国人民银行同期贷款利率计付逾期利息);五、驳回南通六建的其他诉讼请求。案件受理费307969元,由南通六建公司承担184781元,由嘉和泰公司承担123188元。保全费5000元及鉴定费用,由双方各半承担。

#### 四、当事人上诉及答辩情况

嘉和泰公司不服该判决,向最高人民法院提起上诉,请求:(1)改判南通六建支付嘉和泰公司延误工期的违约金11540万元。(2)改判嘉和泰公司不支付南通六建工程款。(3)改判一、二审诉讼费、保全费、鉴定费由南通六建承担。事实与理由是:(1)南通六建应支付嘉和泰公司延误工期的违约金11540万元。一审判决确认了南通六建工期延误的责任,但是在确定延误工期的期限上有误。(2)一审审理程序存在错误。一审开庭时,嘉和泰公司委托的两名代理人按时到达法庭,并提交了授权委托书等参加庭审,但一审让嘉和泰代理人坐旁听席。一审程序存在严重错误。

(3) 关于合同效力。本案合同经过招投标,是合法有效的。招投标前,南通六建是已进场,但之后进行招投标,结果可能是南通六建中标,也可能是南通六建以外的人中标。不能因为恰中标人是南通六建,就认为招投标有问题。(4) 退一步讲,即使认定合同无效,南通六建施工工程经其处理仍未合格,其主张工程款的请求根本不能得到支持。南通六建对于一个出现严重质量事故未经修复合格的工程,无权主张工程款。(5) 一审判决嘉和泰公司支付南通六建工程款所主要依据的鉴定结论有严重缺陷,不能作为确定工程款的依据。①鉴定机构山西三源工程造价咨询有限公司资质不符合法定要求。对5000万以上造价工程,应由甲级资质的公司作,三源公司仅是乙级资质。②未质证的情况下,三源公司出具了最终的鉴定报告,对此报告嘉和泰公司不认可。③鉴定报告对工程中因南通六建质量问题应减少的价款未做处理。(6) 一审判决确认嘉和泰公司已支付工程款额有误。①代付南通六建电缆款12243元,有2005年12月3日出库单为证,出库单上有南通六建符成林签字确认收到,此款应为嘉和泰公司的已付款。②锅炉房防盗门1000元,有南通六建人签字收到,此款应为嘉和泰公司的已付款。③关于垫付的水电费金额有误。金额是638881.74元,而不是一审判决确认的451982.19元。(7) 不合格的工程不能计价,在计算工程款时应当减少,嘉和泰公司要求在本案中一并解决。(8) 一审判决超越了南通六建的诉讼请求。南通六建在一审的诉状中要求的是百桐园8、9、10、11号楼的工程款,一审法院当时委托的也是对8、9、10、11号楼已完工程的工程款的鉴定,而鉴定报告却增加了换热站、和一期工程车道上的小房子,一审判决的工程款也包含了换热站、和一期工程车道上的小房子。

南通六建答辩称,嘉和泰公司的上诉没有事实与法律依据,请求二审依法驳回其上诉请求。

南通六建不服该判决,向本院提起上诉,请求:(1)撤销山西省高级人民法院(2012)晋民初字第9号民事判决第三项、第四项。(2)依法改判案件受理费为221994元。(3)本案一、二审诉讼费用、鉴定费用、保全费用及拖欠款至今的利息由嘉和泰公司承担。

事实与理由是:(1)一审法院判决南通六建承担违约金认定事实、适用法律错误。一审法院判决双方签订的《百桐园小区二期工程建设工程施工合同》无效,却错误判决南通六建承担1630万元违约金。(2)嘉和泰

公司原一审提出的反诉请求应按撤诉处理。嘉和泰公司曾在原一审中提出反诉请求, 该案经双方当事人上诉, 最高人民法院二审作出发回重审裁定, 山西省高级人民法院重审时嘉和泰公司未提出反诉, 也未参加诉讼。应按撤诉处理。

嘉和泰公司答辩称, 一审判决支付违约金正确, 但判决的数额过低。本案的审理有一个延续的过程, 原一审中其提起了反诉, 一审没有保障当事人基本的诉讼权利。

## 五、最高人民法院二审认定与判决

最高人民法院二审查明: 一审开庭时, 嘉和泰公司曾提交授权委托书, 委托范桂香参加诉讼。范桂香不是嘉和泰公司的员工。

最高人民法院二审查明的其他事实与一审法院查明的事实相同。

### (一) 关于一审是否存在程序错误的问题

#### 1. 关于一审判决是否超出了南通六建的诉讼请求

嘉和泰公司主张南通六建诉请的是百桐园 8、9、10、11 号楼的工程款, 并不包括换热站、和一期工程车道上的小房子。从本案的实际情况看, 换热站、和一期工程车道上的小房子与整个 8、9、10、11 号楼成为一体, 不是独立的部分, 应当包括在南通六建的诉讼请求范围内, 嘉和泰公司的该项主张最高人民法院不予支持。

#### 2. 关于一审未让嘉和泰公司的代理人参加庭审是否违反法定程序

范桂香并非嘉和泰公司的员工, 不符合民事诉讼法关于公民代理的要求, 一审未让其参加庭审并不违反法律规定。

#### 3. 关于反诉

本案一审时, 南通六建提起了诉讼, 嘉和泰公司进行了反诉。一审在列明当事人身份时, 并未列当事人在反诉中的身份, 属于错误, 应予纠正。一审未针对嘉和泰公司的反诉请求进行实体判决, 遗漏当事人的反诉请求, 属于程序错误。

### (二) 关于涉案合同的效力问题

双方在签订合同时未履行招标程序。2005 年 9 月 22 日, 通过补办招投标程序, 南通六建中标。2005 年 10 月 15 日, 双方再次签订了《百桐园



小区二期工程建设工程施工合同》。涉案工程没有经过招投标，事后双方当事人补办的招投标手续，并未向社会公开进行招投标，属于明招暗定行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》的相关规定，应当认定涉案合同无效。

### （三）关于鉴定结论能否作为计算涉案工程款的依据的问题

涉案工程的鉴定机构的资质等级为乙级，嘉和泰公司主张其作出的鉴定结论无效。其依据是《工程造价咨询企业管理办法》第十九条的规定：“乙级工程造价咨询企业可以从事工程造价5000万元人民币以下的造价咨询业务。”第三十八条规定：“超越资质等级承接工程造价咨询业务的，出具的工程造价成果文件无效。”但上述规定是原建设部的部颁规章，属于管理性规范，且嘉和泰公司在一审中并未提出鉴定资质不合格的主张，因此，应当以鉴定结论作为计算涉案工程款的依据。一审法院已经组织双方当事人对于鉴定结论进行质证，鉴定机构亦对双方当事人提出的异议予以了解答，因此，鉴定程序合法。关于质量问题，一审时，法院曾征求嘉和泰公司的意见，对于工程质量与修复费用进行鉴定。嘉和泰公司不同意对此进行鉴定并且未缴纳鉴定费用，因此鉴定机构未对工程质量与修复费用进行鉴定并无不当之处。鉴定结论可以作为计算涉案工程款的依据。

### （四）关于一审对于已付工程款的认定是否正确的问题

一审法院对于已付工程款已经组织双方当事人核对，并经双方当事人确认。关于水电费用，一审依据2000年山西省建筑装饰工程费用定额确定该笔费用亦无不当之处。且第一次上诉时，嘉和泰公司并未对此项提出上诉。因此，对嘉和泰公司的该项主张不予支持。

### （五）关于一审认定南通六建承担违约金1630万元是否正确的问题

如前所述，涉案建设工程施工合同无效，因此，嘉和泰公司基于合同有效主张南通六建承担违约责任、赔偿损失没有依据。一审认定南通六建承担违约金1630万元错误，应予纠正。嘉和泰公司若认为因合同无效南通六建给其造成损失，可另寻法律途径解决。

综上，一审认定事实不清，适用法律错误。最高人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第三项之规定，判决：一、维持山西省高级人民法院（2012）晋初字第9号民事判决第一项、第二项、第五项；二、撤销山西省高级人民法院（2012）晋初字第9号民事判决第三项、第四项；三、驳回嘉和泰公司的反诉请求。一审案件受理费307969元，由江苏南通六建建设集团有限公司承担120000元，山西嘉和泰房地产开发有限公司承担187969元。保全费5000元及鉴定费，由双方各半承担。二审案件受理费714329.01元，由江苏南通六建建设集团有限公司承担403176.01元，山西嘉和泰房地产开发有限公司承担311153元。

## 六、对本案的解析

本案中，双方当事人争议的焦点是涉案的建设工程施工合同是否有效。对于违反了招投标法规定签订的建设工程施工合同的效力问题，在理论界与实务界均存在争议。一种意见认为，应当认定建设工程合同有效。理由在于建设工程施工合同不同于普通的合同，施工人的劳动与建筑材料均物化到建设工程中，因此，即使建设工程施工合同无效，也应当参照合同约定支付工程价款。这样一来，在建设工程施工合同领域，无论合同是否有效，对于工程价款均没有影响。但是如果认定合同无效，违约责任的承担就失去了依据。因为违约责任是以合同有效为前提的。如果认定合同无效会造成一种逻辑困境，就是不守信用的一方会获得更多的利益。招投标法中有关招投标的规定应当理解为管理性规范，而非效力性规范。《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）》第十四条规定：“《合同法》第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”这一规定实际上就区分了效力性强制性规范和管理性强制性规范，并区分其法律后果。区分这两类规范的主要意义在于，只有违反了效力性规定的合同才作为无效的合同，而违反了管理性规范的规定，可以由有关机关对当事人实施行政处罚，但并不影响合同的效力。不应当认定合同无效，应当按照合同约定来计算涉案工程价款，也应当按照合同约定来认定违约责任的承担。

另一种意见认为，招投标法的有关规定属于效力性规范，而非管理性

规范，因此，违反上述规定，应当认定合同无效。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷适用法律问题的解释》第一条明确规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（1）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（2）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（3）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。在此情况下，很难将招投标法的规定视为管理性规范，应当认定建设工程施工合同无效。笔者认为，违反招投标法规定而签订的建设工程施工合同应当认定为无效。理由是在建设工程司法解释有明确规定的情况下，不应将其认定为管理性规范，而应认定为效力性规范。违反效力性规范，应当认定涉案建设工程施工合同无效。认定合同无效后，违约责任条款就没有适用的余地。但是认定合同无效后虽然涉案工程价款参照合同有效计算，并不等于合同无效与合同有效是一样的法律后果，否则就体现不出国家对于无效合同的否定性价值评判。建设工程施工合同并未脱离一般合同的范畴，因此，合同无效后，也应当适用合同法中对于无效合同处理的规定。合同法第五十八条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。建设工程施工合同中，施工人的劳动以及建筑材料都物化到工程总，合同被认定无效后不能够相互返还，只能折价补偿。折价补偿就体现为参照合同的约定来计算涉案工程价款。同时，有过错的一方应当赔偿对方因此造成的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。本案中，涉案工程没有经过招投标，事后双方当事人补办的招投标手续，并未向社会公开进行招投标，属于明招暗定行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》的相关规定，应当认定涉案合同无效。应当认定涉案施工合同无效。认定合同无效后双方关于1600万元违约责任的规定就不能够再适用。嘉和泰公司若认为因合同无效南通六建给其造成损失，可另寻法律途径解决。

本案中，还涉及另外一个法律问题。涉案工程的鉴定机构的资质等级为乙级，嘉和泰公司主张其作出的鉴定结论无效。其依据是《工程造价咨询企业管理办法》第十九条的规定“乙级工程造价咨询企业可以从事工程造价5000万元人民币以下的造价咨询业务”。第三十八条规定：“超越资

质等级承接工程造价咨询业务的，出具的工程造价成果文件无效。”但上述规定是原建设部的部颁规章，属于管理性规范，不能据此认定鉴定结论无效。从本案中可以充分体现区分效力性规范与管理性规范的重要性。效力性规范，是指该规范直接决定法律行为的效力。违反该规定，会导致法律行为归于无效。合同法第五十二条关于合同无效情形的规定就属于效力性强制性规范。管理性规范，则是指法律要求当事人应当遵守，而不得通过约定加以改变，一般的强制性规范大多属于此种类型，但违反此类规范并不必然导致行为在私法上的无效。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 如何理解《最高人民法院关于审理商品房买卖合同 纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条关于 惩罚性赔偿的规定，违约方在承担了合同法 第一百一十三条规定的可得利益损失的情况下， 是否还应承担惩罚性赔偿

——郑国安与青海万通物业发展有限公司  
商品房买卖合同纠纷二审案

司 伟\*

**法理提示** 根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条的制定背景及目的，其规定的惩罚性赔偿制度主要针对的是房价涨速过快、涨幅较大情形下房地产开发商在较短时间内一房数卖的行为，该条规定的“损失”不包括对可得利益损失的赔偿，一般不应与《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款规定的可得利益赔偿同时适用。

上诉人（原审原告）：郑国安。

上诉人（原审被告）：青海万通物业发展有限公司。

### 一、青海省高级人民法院一审查明的事实

2004年1月16日，郑国安与青海万通物业发展有限公司（以下简称万通公司）签订《商铺认购书》，约定万通公司将位于西宁市五四大街与

\* 最高人民法院民一庭法官。

交通巷交汇处的万通中心上铺一层 I231、I232 号商铺 251.77m<sup>2</sup>，单价 20000 元/m<sup>2</sup>，总价 5035400 元售予郑国安。并约定了定金交付、银行按揭付款的比例等条款。

2004 年 3 月 13 日双方签订《商品房买卖合同》，约定万通公司将位于西宁市五四大街 45 号一层 I235 号商业用房，框架剪力墙结构，面积 251.77m<sup>2</sup>，单价 20000 元/m<sup>2</sup>，总价 5035400 元售予郑国安。合同还约定了交房日期、双方违约责任等条款。至 2004 年 3 月 16 日郑国安付清首付款 2014400 元，余款 3021000 元由郑国安办理了银行按揭贷款。该商铺于 2005 年 6 月万通公司向郑国安交付，之后由郑国安对外出租。在郑国安使用期间，该房屋未办理房屋产权过户手续。

2004 年 3 月 13 日，郑国安与西宁市商业银行签订了《个人住房按揭合同》，就上述房产购房余款 3021000 元办理了按揭贷款手续。贷款期限为 2004 年 7 月 1 日至 2014 年 6 月 30 日。月利率为 4.8‰。并以上述房产作了抵押。

2012 年 1 月 16 日，万通公司与青海新华百货商业有限公司（以下简称新华百货公司）签订《商品房买卖合同》，万通公司将郑国安已购商铺在内的一层 46-67 号商铺 2089.09m<sup>2</sup>，以单价 9000 元/m<sup>2</sup>，总价 18801810 元售予新华百货公司。2012 年 1 月 20 日双方办理了房屋产权过户手续。

万通公司向新华百货公司交接上述房产期间，万通公司与郑国安就郑国安所购商铺的回购问题进行过协商，双方由于付款等问题最终未达成一致意见。

根据郑国安的申请，一审法院委托青海思创房地产评估司法鉴定所对案涉商铺以委托日为基准日的市场价格进行了评估。经评估，案涉商铺的市场价格为：单价 71230 元/m<sup>2</sup>，总价为 71230 元 × 251.77m<sup>2</sup> = 1793.36 万元。在审理过程中，一审法院委托上述鉴定机构以 2012 年 1 月 20 日作为基准日的市场价格予以了补充评估。经评估，案涉商铺此时的市场价格为：单价 65731 元/m<sup>2</sup>，总价为 65731 元 × 251.77m<sup>2</sup> = 1654.91 万元。

## 二、当事人一审起诉与答辩情况

郑国安提起诉讼，请求判令：（1）解除《商品房买卖合同》；（2）万通公司返还郑国安已付购房款 5035400 元及利息 2593280.03 元，赔偿房屋涨价损失 7553100 元（最终以评估鉴定为准）、查档费 100 元，并请求万

通公司承担已付购房款一倍的赔偿 5035400 元，以上合计 20217280.03 元；(3) 本案诉讼费、保全费、鉴定费由万通公司承担。2013 年 7 月 31 日，郑国安依鉴定意见，将第二项诉求变更为：判令万通公司返还郑国安已付购房款 5035400 元及至 2013 年 7 月 21 日按揭贷款利息 1070474.58 元，赔偿房屋涨价损失 12898177.10 元，查档费 550 元，并请求万通公司承担已付购房款一倍的赔偿 5035400 元，合计 24040001.68 元。

万通公司答辩称，郑国安诉求已付购房款利息、支付购房款一倍的赔偿、房屋涨价损失的理由与客观事实严重不符，且有悖于法，对其不合理、不合法的诉求应当驳回。万通公司并不否认郑国安购房的事实，郑国安实际占有、使用、收益所购房屋至 2012 年 3 月。为解决万通中心商铺在经营中存在的问题，青海万通招商引资是迫不得已的权宜之策，并非恶意一房二卖。万通中心整体出售后，新的买受人对万通中心进行整改、装修以及转变经营模式会影响到郑国安所购商铺的独立使用效益，郑国安曾在其他买受人与万通公司办理退铺回购期间，主动提出以 1000 万元回购的问题，后经双方协商基本达成一致，但因在万通公司付款问题上产生分歧，协商结果并未得到履行。如果郑国安无上述情形，万通公司不可能将其商铺予以转让。郑国安的无诚信行为导致本案发生，并非万通公司一房二卖所致，其责任应由郑国安自负。根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖合同解释》）第八条的规定，万通公司的行为不构成恶意违约，当然不能予以惩罚新赔偿。郑国安购买商铺后，万通公司及交付期使用收益，即不存在利息损失，更不存在涨价损失。根据本案事实，郑国安请求一倍的赔偿就不能重复请求涨价损失。郑国安同意退铺，万通公司可以按照双方合同约定向郑国安按已付房款 0.3% 赔偿损失。

### 三、青海省高级人民法院一审认定与判决

一审法院认为，(1) 关于双方签订的《商品房买卖合同》应予解除的问题。双方签订的《商品房买卖合同》是双方当事人真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，合法有效。一审庭审中，双方当事人均认可并同意合同解除，鉴于万通公司与新华百货公司已经办理了案涉商铺的产权过户手续，新华百货公司已支付购房款，郑国安与万通公司之间的合同已无法继续履行。因此，郑国安与万通公司之间的《商品房买卖合同》应予

解除。(2) 关于万通公司应否返还郑国安购房款 5035400 元, 赔偿郑国安按揭贷款利息 1070474.58 元、房屋涨价损失 12898177.10 元、查档查询费 550 元和已付房款一倍的赔偿 5035400 元的问题。一审法院认为, 由于双方当事人之间合同予以解除, 万通公司因合同收取的购房款 5035400 元应向郑国安返还。双方当事人签订《商品房买卖合同》后, 郑国安依约支付了首付款, 并办理了按揭贷款手续, 万通公司依约将案涉商铺于 2005 年 6 月交付郑国安, 案涉商铺交付郑国安后, 由郑国安对外出租收益。由于其他原因万通公司一直未向郑国安办理商铺产权过户手续, 双方当事人履行了合同约定的主要内容。2012 年 1 月 16 日, 万通公司向新华百货公司出售了包括郑国安所购商铺在内的商铺, 2012 年 1 月 20 日办理了商铺产权过户手续。万通公司的行为违反了其与郑国安的合同约定, 应承担相应的违约损害赔偿责任。根据《商品房买卖合同解释》第八条规定: 具有下列情形之一, 导致商品房买卖合同目的不能实现的, 无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失, 并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任: (1) 商品房买卖合同订立后, 出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人; (2) 商品房买卖合同订立后, 出卖人又将该房屋出卖给第三人。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》) 第一百一十三条规定: 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定, 给对方造成损失的, 损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失, 包括合同履行后可以获得的利益, 但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。本案中, 虽然万通公司的行为给郑国安造成了损失, 但该损失应当以合同正常履行后郑国安可以获得的利益为限, 万通公司于 2012 年 1 月 20 日向新华百货公司办理了案涉商铺的过户手续, 此时万通公司已构成违约, 导致郑国安与万通公司之间的合同已无法继续履行, 应以此时的案涉商铺市场价与购买价之间的差价 11513700 元, 由万通公司向郑国安赔偿, 郑国安对差价损失的主张予以支持。郑国安主张的按揭贷款利息为合同正常履行后郑国安为获得利益所支出的必要成本, 其应获得的利益在差价部分已得到补偿, 对郑国安就该部分的主张不予支持。关于郑国安主张的已付房款一倍的赔偿 5035400 元, 虽然万通公司存在违约行为, 郑国安的主张有法律依据, 但万通公司向新华百货公司过户商铺产权时, 就案涉商铺的回购问题与郑国安进行过洽谈, 并且万通公司以同样的方式回购了其他商铺。万



通公司的行为有别于上述司法解释规定的一房二卖中出卖人存在欺诈或恶意的情形，对郑国安的此项诉求不予支持。关于查档查询费 550 元，该部分费用为万通公司向新华百货公司出售案涉商铺后，郑国安为落实案涉商铺的产权登记和按揭贷款利息的支付情况而产生的合理支出，应由万通公司向郑国安赔付。

综上，一审法院认为，郑国安与万通公司签订的《商品房买卖合同》是双方当事人真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，合法有效。鉴于万通公司与新华百货公司已经办理了案涉商铺的产权过户手续，郑国安与万通公司之间的《商品房买卖合同》应予解除，因合同收取的购房款 5035400 元万通公司应向郑国安返还。由于万通公司存在违约行为，应向郑国安赔偿差价损失 11513700 元和查档查询费 550 元。郑国安的其他诉讼主张不予支持。故一审法院作出（2013）青民一初字第 4 号民事判决，判决：一、解除郑国安与万通公司签订的《商品房买卖合同》；二、万通公司于判决生效后 60 日内向郑国安返还已付购房款 5035400 元，赔偿商铺差价损失 11513700 元和查档查询费 550 元；三、驳回郑国安的其他诉讼请求。案件受理费 162000 元、财产保全费 5000 元、鉴定费 39000 元，由郑国安负担 51500 元，万通公司负担 154500 元。

#### 四、当事人上诉与答辩情况

郑国安不服一审判决，向最高人民法院提起上诉称，（1）一审判决未判令万通公司赔偿郑国安购房按揭贷款利息错误。《商品房买卖合同解释》第八条明确规定，在商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。一审判决未支持郑国安的该诉讼请求违反了上述规定。（2）一审判决未判令万通公司赔偿郑国安已付购房款一倍的损失缺乏事实依据，违背法律规定。一审判决认定“万通公司向新华百货公司过户商铺产权时，就案涉商铺的回购问题与郑国安进行过洽谈，……万通公司的行为有别于上述司法解释规定的一房二卖中出卖人存在欺诈或恶意的情形”缺乏客观事实依据，与实际情况不符。一审判决据此未支持郑国安的该诉讼请求违反了上述司法解释的规定。（3）一审判决少判商铺差价损失 1384500 元错误。虽然万通公司于 2012 年 1 月 20 日将案涉房屋过户至新华百货公司名下，但郑国安当时

并不知晓该情况。在法院判决解除案涉《商品房买卖合同》之前，万通公司的违约行为是一直持续的，如果《商品房买卖合同》未判决解除，郑国安还能实现合同目的即享有案涉房屋所有权，则郑国安就享有该房屋的现市场价值。因此，应当以诉讼后的市场价格为基准进行鉴定，评估基础日应为郑国安提起诉讼并申请鉴定的时间，一审判决以 2012 年 1 月 20 日作为评估基准日缺乏事实和法律依据。综上，请求：（1）判令万通公司赔偿郑国安购房按揭贷款利息 1070474.58 元、已付购房款一倍的赔偿 5035400 元以及一审判决少判的商铺差价损失 1384500 元；（2）本案一、二审诉讼费、保全费、鉴定费由万通公司承担。

万通公司答辩称，《商品房买卖合同解释》第八条对一房二卖赔偿金额有明确限定，郑国安上诉主张赔偿的金额已经超出了该司法解释规定的限额，故不应予以支持。

万通公司不服一审判决，向最高人民法院提起上诉称，（1）一审判决确定的赔偿数额与法律规定的赔偿原则不符，有失公正。《商品房买卖合同解释》第八条明确规定，对于一房二卖，买受人可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。但一审判决在判令万通公司返还购房款的同时，还判令万通公司赔偿房屋的市场差价，赔偿数额远远超过了已付购房款的两倍。（2）一审判决鉴定程序存在错误，鉴定意见有重大错误。在一审鉴定过程中，万通公司对鉴定提出了书面异议，并申请重新鉴定，但一审法院对于万通公司的申请既没有驳回，也没有采信。一审判决所依据的鉴定意见中，对案涉房屋进行价值评估时所参照的标的房屋使用权为 50 年，而案涉房屋的使用权只有 39 年，因此，必然导致评估结果远远高于实际价值。综上，请求：（1）撤销一审判决，依法改判；（2）本案一、二审诉讼费用由郑国安承担。

郑国安答辩称，第一，万通公司所称的郑国安请求的赔偿金额超过最高限额，是对《商品房买卖合同解释》第八条规定的误读。第二，一审鉴定程序不存在违法之处，鉴定报告估值系鉴定机构根据建房年限作出的，万通公司所称的评估价值高于实际价值不能成立。

## 五、最高人民法院二审查明的事实

最高人民法院二审查明的事实与一审法院查明的事实一致。

## 六、最高人民法院二审认定与判决

最高人民法院认为，本案二审争议焦点为：（1）万通公司是否应赔偿郑国安已付购房款一倍的损失 5035400 元。（2）一审判决万通公司赔偿郑国安商铺差价损失 11513700 元是否正确。（3）万通公司是否应赔偿郑国安购房按揭贷款利息 1070474.58 元。

（一）关于万通公司是否应赔偿郑国安已付购房款一倍的损失 5035400 元的问题

最高人民法院认为，首先，《商品房买卖合同解释》第八条规定：“具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：……（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。”该条规定明确赋予买受人请求出卖人承担解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失等合同解除后的民事责任，并承担不超过已付购房款一倍的惩罚性赔偿责任的权利，万通公司认为该条规定明确出卖人承担的损害赔偿赔偿责任不应超过已付购房款一倍系理解错误，不能成立。

其次，赔偿损失是指违约方以支付金钱的方式弥补受损害方因违约行为所减少的财产或者所丧失的利益，包括所受损失和可得利益。根据合同法第一百一十三条第一款的规定，合同履行后的可得利益应当由违约方予以赔偿，因此，万通公司应当赔偿郑国安的所受损失和可得利益。而考察《商品房买卖合同解释》第八条的制定背景及目的，该条规定的“损失”并不包括对可得利益损失的赔偿，而对于在房价涨速过快、涨幅较大的情形下，房地产开发商在较短时间内一房数卖的行为，仅支持返还已付购房款及利息，赔偿所受损失将会导致出卖人违约成本过低、从而在客观上鼓励违约行为的后果，故该条进一步规定了惩罚性赔偿制度。因此，应当综合考虑上述情形，对万通公司应当承担的违约责任加以认定。对于郑国安主张的已付房款一倍即 5035400 元赔偿，虽然万通公司存在违约行为，但郑国安已经占有案涉商铺 6 年多并用于出租，万通公司向新华百货公司过户商铺产权时，就案涉商铺的回购问题与郑国安进行过洽谈，并且万通公司以同样的方式回购了其他商铺，因此，万通公司的行为有别于《商品房

买卖合同解释》第八条规定的情形，一审判决对郑国安请求赔偿已付购房款一倍的损失 5035400 元的主张不予支持并无不当，最高人民法院予以维持。

## (二) 关于一审判决万通公司赔偿郑国安商铺差价损失 11513700 元是否正确的问题

最高人民法院认为，郑国安一审起诉所主张的房屋涨价损失，实际上指的就是可得利益损失。合同法第一百一十三条第一款规定，违约方应当赔偿守约方的可得利益损失，但不得超过其订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。本案中，万通公司与郑国安签订《商品房买卖合同》时，《商品房买卖合同解释》已经实施，因此，万通公司应当预见到，如其违反合同约定，根据该解释第八条的规定，其可能承担的违约责任，除对方当事人所受直接损失外，还可能包括已付购房款一倍的赔偿。综合本案中郑国安已经实际占有案涉房产并出租获益 6 年多，以及万通公司将案涉房产转售他人的背景、原因、交易价格等因素，一审判决以合同无法继续履行时点的市场价与郑国安购买价之间的差额作为可得利益损失，判令万通公司赔偿郑国安 11513700 元，导致双方当事人之间利益的显失平衡，超出了当事人对违反合同可能造成损失的预期，根据合同法第一百一十三条第一款规定精神，为了更好平衡双方当事人的利益，最高人民法院酌定万通公司赔偿郑国安可得利益损失 5035400 元。

此外，关于郑国安主张一审判决以 2012 年 1 月 20 日作为评估基准日缺乏事实和法律依据，从而少判商铺差价损失 1384500 元的问题，最高人民法院认为，鉴定意见仅系法院最终确认的参考，以何时点作为评估基准日进行鉴定，系一审法院行使自由裁量权的范畴，故其该理由不能成立。关于当事人重新鉴定的申请，是否予以采纳属于人民法院在审理案件中的审判职权行使问题，《中华人民共和国民事诉讼法》《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》并未规定必须要通过裁定等方式对当事人予以回复，故万通公司认为一审法院对其申请既没有驳回、也没有采信违法的理由没有法律依据。

## (三) 关于万通公司是否应赔偿郑国安购房按揭贷款利息 1070474.58 元的问题

由上所述，郑国安的可得利益损失应当得到赔偿，而郑国安主张的按

揭贷款利息，系合同正常履行后郑国安为获得利益所支出的必要成本，故一审判决对郑国安请求赔偿购房按揭贷款利息 1070474.58 元的主张不予支持并无不当，最高人民法院予以维持。

综上所述，最高人民法院认为，郑国安的上诉理由不能成立，万通公司的部分上诉理由成立，一审判决认定事实清楚，适用法律基本正确，但在可得利益损失的确定上存在错误，应予纠正。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项之规定，判决：一、维持青海省高级人民法院（2013）青民一初字第4号民事判决第一项、第三项；二、变更青海省高级人民法院（2013）青民一初字第4号民事判决第二项为：青海万通物业发展有限公司于本判决生效后30日内向郑国安返还已付购房款5035400元，赔偿可得利益损失5035400元和查档查询费550元。一审案件受理费、财产保全费、鉴定费，按一审判决执行；二审案件受理费114962.80元，由郑国安负担。

## 七、对本案的解析

本案的核心问题在于如何理解《商品房买卖合同解释》第八条规定的出卖人应承担的违约责任。

《商品房买卖合同解释》第八条规定：“具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：……（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。”本案中，万通公司在将案涉房屋出卖给郑国安后，又将其出售给新华百货公司并办理了产权过户手续，符合《商品房买卖合同解释》第八条规定的情形。

一方面，根据制定该司法解释时的合同法理论，解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失系合同解除后出卖人应承担的责任（不同于违约责任），不超过已付购房款一倍的赔偿责任系出卖人因其恶意违约行为而应承担的惩罚性赔偿责任。从文义理解，上述两种责任是并行不悖的，无法取得房屋的买受人可以请求出卖人同时承担上述两种责任，该条并未将出卖人此种情形下应承担的民事责任限定为不超过已付购房款一倍，故万通公司认为不应赔偿超过已付购房款一倍的上诉理由不能成立。

另一方面，郑国安请求万通公司赔偿购房按揭贷款利息及已付购房款

一倍的损失,对此应否支持,应当在正确理解《商品房买卖合同解释》第八条规定的背景、涵义的基础上,并结合本案的实际情况加以认定。这其中的关键问题是对《商品房买卖合同解释》第八条中所称的“损失”的理解,对此,应当以该司法解释制定时的考虑及理论研究背景加以理解。损害赔偿,又称为赔偿损失,是指违约方以支付金钱的方式弥补受害方因违约行为所减少的财产或者所丧失的利益,包括所受损失和可得利益。对合同解除的损害赔偿的范围分歧较大。有观点认为,合同解除的损害赔偿是对全部损失的赔偿,包括所受损失和可得利益;也有观点认为,损害赔偿仅仅是对恢复原状而发生的。笔者认为,根据民法通则和合同法有关规定和损害赔偿理论,合同解除后的损害赔偿首先应包括因恢复原状而发生的损害,因合同解除的法律效果就是要将当事人之间的权利义务关系恢复到合同订立前的状态,恢复原状作为合同解除的首要责任,其目的就在于通过当事人之间相互返还已履行的财产,恢复到当事人的财产原始状况。如通过返还财产的办法仍不足以使当事人的财产关系恢复到原来状态,还有因订立、履行合同或返还财产等实际支出的费用,就需借助损害赔偿予以补救。这些费用主要为因返还财产支出的必要费用、为订立合同或履行合同而造成的财产实际损失等,也即所受损失。但解除合同的损害赔偿不包括对可得利益损失的赔偿。根据合同法第一百一十三条规定,可得利益是在合同完全履行的情况下才能产生,只是在当事人一方不履行合同义务或者履行不符合约定,相对方请求人民法院强制违约方履行时应承担的赔偿责任,可得利益的取得是以合同双方继续履行为前提的。在合同解除的情况下,表明守约当事人不愿继续履行合同,放弃了可得利益,因此,赔偿损失范围内不应包括可得利益的损失。<sup>①</sup>而仅仅赔偿所受损失,在房价快速大幅上涨的情形下,往往会导致出卖人违约成本过低,为了平衡买卖双方的利益,该条司法解释因此还对出卖人刻以赔偿相应的购房款利息以及不超过已付购房款一倍的惩罚性赔偿。因此,如按此理解,万通公司应承担的返还已付购房款及利息、赔偿损失、不超过已付购房款一倍的赔偿责任总计金额应当不超过1200万元。而本案一审判决已经根据合同法第一

<sup>①</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第107~109页。需要特别指出的是,根据现在的合同法理论研究成果,合同法第一百一十三条规定的可得利益损失亦适用于合同解除的情形,而非以合同继续履行为前提了。

百一十三条之规定支持了郑国安的可得利益损失 11513700 元，万通公司承担的民事责任总计金额已经达到了 1600 余万元。而且，本案确实存在案涉房屋已经交付给郑国安 6 年多、万通公司在当地政府的主导下与郑国安进行了房屋回购的洽谈等有别于《商品房买卖合同解释》第八条的情形。因此，在此种情况下，一审判决对郑国安主张的按揭贷款利息及已付购房款一倍的赔偿未予支持并无不当，符合合同法第一百一十三条、《商品房买卖合同解释》第八条的精神以及本案的实际情况。

当然，对于可得利益损失的计算有其特定的法律规则。合同法第一百一十三条明确规定损害赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 10 条规定：“人民法院在计算和认定可得利益损失时，应当综合运用可预见规则、减损规则、损益相抵规则以及过失相抵规则等，从非违约方主张的可得利益赔偿总额中扣除违约方不可预见的损失、非违约方不当扩大的损失、非违约方因违约获得的利益、非违约方亦有过失所造成的损失以及必要的交易成本。”因此，根据可预见规则，2004 年双方订约卖房，考虑到无论哪一方当事人都难以预期 2012 年的房价，故仅仅以合同无法继续履行时点的市场价与郑国安购买价之间的差额计算可得利益损失，难免失之于简，再加上万通公司并非明显为了牟利而恶意违约、郑国安于占有房屋期间所获的租金收入等情况，一审判决万通公司承担 1100 多万的可得利益损失则在法律和事实上均有不当。那么，在本案中，笔者认为，参考《商品房买卖合同解释》第八条关于惩罚性赔偿的规定确定可得利益损失较为恰当。因为《商品房买卖合同解释》在 2004 年时已经生效实施，万通公司应当预见到如果违反合同约定，则其对自身的损失除去应承担的对方所受损失外，显然还包括惩罚性赔偿，也就是买方已支付购房款一倍的赔偿。因此，虽然如上所述，本案不应支持惩罚性赔偿，但以此为参照标准确定应赔偿的可得利益损失有事实及法律依据，故最高人民法院最终确定万通公司赔偿郑国安的可得利益损失金额为 5035400 元。

## 【地方法院案件解析】

### 燃气热水器产品缺陷的扩张认定

——覃育娟、詹向前、詹鑫诉胡金江、  
中山市奇田电器有限公司等产品责任纠纷案

方 帅\*

#### 【裁判要旨】

产品虽经质检符合国家、行业标准，但仍存在危及人身、财产安全的不合理危险，应认定为产品存在缺陷。产品缺陷应当涵括产品设计、制造、装配及说明指示，产品安装存在缺陷的也应当属于产品缺陷。燃气热水器是具有一定危险性的家用器具，从风险承担、规范市场的角度而言，对经营者课以法律义务是必要的。

#### 【案例索引】

一审：衢州市柯城区人民法院（2014）衢柯民初字第222号（2014年10月22日）。

二审：衢州市中级人民法院（2014）浙衢民终字第519号（2015年1月14日）。

#### 【案情】

原告：覃育娟。

\* 浙江省衢州市中级人民法院民一庭法官。



原告：詹向前。

原告：詹鑫。

被告：胡金江。

被告：吕朝阳。

被告：中山市奇田电器有限公司。

被告：宁波璐美燃气具阀门有限公司。

衢州市柯城区人民法院经审理查明：覃育娟、詹向前系夫妻关系，生育长子詹鑫、次子詹淳。2013年1月29日，詹向前在胡金江开办的柯城永新家电商行购买一台小鸭牌8L烟道式燃气热水器，胡金江当天派不具备安装资格的人员，将热水器安装于用户方衢州市荷花9幢103室房屋的厨房间窗边的右侧墙上，但未安装通往室外的烟道，排烟口未接排烟管。该热水器是由胡金江从经销商吕朝阳处进货。2013年5月23日晚上8时许，詹向前一家四口人依次使用热水器洗澡。在洗澡期间，房间北向阳台的窗户大约开启有30公分，其他窗户全部关闭，最后洗完澡的覃育娟在关闭所有窗户后睡觉，房内的房门未关。次日凌晨2点左右，睡在地上的覃育娟感觉有头晕、心跳加速，起床发现詹向前有口吐白沫后，遂打120电话求救。四人被送往医院急救后，经诊断为一氧化碳中毒，三人脱离危险，次子詹淳抢救无效死亡。2013年7月18日，覃育娟、詹向前、詹鑫向法院起诉要求：（1）胡金江、吕朝阳、中山市奇田电器有限公司赔偿覃育娟损失10176.45元；赔偿詹向前损失11677.14元；赔偿詹鑫损失3218.76元，并互负90%的连带赔偿责任。宁波璐美燃气具阀门有限公司承担三原告10%的赔偿责任。（2）胡金江、吕朝阳、中山市奇田电器有限公司对因产品质量及服务缺陷致覃育娟、詹向前的儿子死亡各项损失计832112.50元承担90%的共同连带赔偿责任；宁波璐美燃气具阀门有限公司对该项损失承担10%的赔偿责任；（3）胡金江退还600元热水器款。原审法院立预字案号，并根据覃育娟、詹向前的申请，委托浙江省质量检测科学研究院进行质量鉴定。鉴定机构组织专家对鉴定资料进行审查，并在委托方的陪同下，对现场进行调查、勘察及检测工作，确定涉案热水器的明示商标为小鸭圣吉奥，排烟方式为烟道式，制造厂为中山市奇田电器有限公司；现场燃气调压器明示制造厂为宁波璐美燃气具阀门有限公司，型式为可调式。鉴定结论：（1）涉案燃气热水器的安装不符合GB17905-2008《家用燃气燃烧器具安全管理规则》标准要求，存在严重的安全隐

患,是引起事故的主要原因;(2)涉案燃气热水器所测指标符合国家标准要求;与其配套使用的瓶装液化石油气调压器存在质量问题,是引起事故的原因之一。根据“小鸭圣吉奥”燃气热水器使用说明书,强制排气式热水器必须使用本热水器所配的专用排烟管,而对烟道式热水器无此方面的要求。詹向前于2009年6月3日登记设立衢州卓望装饰工程有限公司,开展各类装饰装修经营业务,从2007年9月起一直居住在事故发生地衢州市荷花9幢103室房屋内。

### 【审判】

衢州市柯城区人民法院经审理认为,中山市奇田电器有限公司系涉案的小鸭牌8L烟道式燃气热水器的生产者,吕朝阳、胡金江系该热水器的销售者,当事人均无异议,应予确认。宁波璐美燃气具阀门有限公司对委托质量鉴定之时的燃气调压器是否就是事故发生时燃气调压器提出异议。法院认为,从事故发生到委托司法鉴定持续的时间较长,虽然原告没有提出相应的证据保全措施,但是也无证据显示现场已对燃气调压器进行过更换。根据民事诉讼证据的若干规定,对证据证明力的判断,应当运用逻辑推理和日常生活经验。鉴定机构会同各方代表进行现场勘察确定涉案燃气热水器及使用配件的相关信息与事实相符,法院予以确认。本案在审理以前,依当事人之申请,法院委托浙江省质量检测科学研究院进行质量鉴定,鉴定过程中用户方及销售方代表均有参与,鉴定程序合法,依据充分。胡金江、宁波璐美燃气具阀门有限公司对此鉴定结论虽持有异议,但既未提交足以推翻鉴定结论的反驳证据,也未提出重新鉴定的申请,该鉴定结论可以作为认定案件事实的依据。涉案燃气热水器及使用配件的生产、安装是否存在缺陷是各被告承担责任的构成要件之一。胡金江的安装行为存在严重的安全隐患,是引起事故的主要原因,应由其承担事故主要赔偿责任;宁波璐美燃气具阀门有限公司生产配套使用的瓶装液化石油气调压器存在质量问题,是引起事故的原因之一,应由其承担事故的次要赔偿责任;中山市奇田电器有限公司生产的涉案热水器所测指标符合国家标准要求,该产品本身不存在任何缺陷,其不应承担事故的赔偿责任。覃育娟、詹向前及胡金江主张燃气热水器应当配备而没有配备专用排烟管,以此认为系缺陷产品。因烟道式热水器没有设置专用排烟管强制性或行业性的规定,该主张缺乏相应的事实依据;吕朝阳作为销售者,其未参与燃气

热水器的安装，对覃育娟、詹向前的损害不存在过错，不应承担赔偿责任。覃育娟、詹向前使用燃气热水器后，室内未保持通风，对造成损害自身存在一定过错，可适当减轻侵权人的责任。关于本案各项赔偿费用的计算标准。双方主要对适用农村居民或城镇居民标准的问题。覃育娟、詹向前于2009年6月3日在城镇注册公司，从事装修作业为其经济收入来源，事故发生地也是在其兄弟所有的城镇房屋内，虽然暂住证无法提交原件核对一致，但是当地居委会证明及小孩入学等多种事实状况，可以认定事故发生前一年已在城镇居住生活，故本案的各项损失可以适用城镇居民标准计算。因涉案热水器经鉴定产品本身不存在质量问题，与覃育娟、詹向前的损害也无因果关系，故覃育娟、詹向前要求退还热水器款的请求，法院不予支持。据此，原审判决：一、覃育娟所受损失医疗费2392.45元、误工费6684元、交通费100元，共计9176.45元；詹向前所受损失医疗费3893.14元、误工费6684元、交通费100元，共计10677.14元；詹鑫所受损失医疗费1618.76元、交通费100元，共计1718.76元。由胡金江承担70%分别为6424元、7474元、1203元，由宁波璐美燃气具阀门有限公司承担10%分别为918元、1068元、172元。二、覃育娟、詹向前因詹淳死亡所受损失丧葬费22256.50元、死亡赔偿金757020元、处理事故误工费1336元、交通住宿费1500元，共计782112.50元，由胡金江承担70%计547478.75元，另赔付精神抚慰金35000元，合计582478.75元；由宁波璐美燃气具阀门有限公司承担10%计78211.25元，另赔付精神抚慰金5000元，合计83211.25元。三、覃育娟、詹向前为鉴定支付的鉴定费30000元，由其自行承担6000元，胡金江承担21000元，宁波璐美燃气具阀门有限公司承担3000元；胡金江为鉴定支付的鉴定费30000元，由其自行承担21000元，覃育娟、詹向前承担6000元，宁波璐美燃气具阀门有限公司承担3000元。四、驳回覃育娟、詹向前、詹鑫的其他诉讼请求。

判决后，胡金江不服，向衢州市中级人民法院提起上诉。

衢州市中级人民法院经审理认为，本案热水器主件虽经质量鉴定合格，但涉案热水器为型号“JSD16-A”的烟道式热水器，根据《家用燃气快速热水器》（GB6932-2001），烟道式热水器燃烧时所需的氧气取自室内，所产生的烟气通过烟道排向室外，其与直排式热水器的区别在于增加了排烟接口与排烟管道，排烟管道是烟道式热水器保障安全的必要部件。而原国家轻工业局、原国家国内贸易局早在1999年即发布《关于禁

止生产、销售浴用直排式燃气热水器的通知》，规定从 2000 年 5 月 1 日起禁止销售浴用直排式燃气热水器。本案中山市奇田电器有限公司提供的涉案热水器虽设计了烟道口，但未向用户提供与产品相配套的排烟管道，事实上是将存在不合理危险的产品推向消费者，是以不足保障实效的指示说明为免责条件，向消费者销售一台名为烟道式热水器，实质上危险程度与国家明令禁止的直排式热水器相当的产品。根据产品质量法第四十六条的规定，产品缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准。因此，生产者与销售者应当保证其提供的产品在设计、生产、装配、销售环节符合保障人身财产安全的要求和相应标准，不存在危及人身、财产安全的不合理危险。中山市奇田电器有限公司作为涉案热水器的生产者在产品投入销售时没有配备必要的排烟管道，也未跟踪服务以保障产品的正确安装，以致无法保证消费者在使用热水器过程中的安全，也不符合《家用燃气燃烧器具安全管理规则》（GB17905 -2008）、《家用燃气快速热水器安装验收规程》（CJJ12 -1999）以及建设部《燃气燃烧器具安装维修管理规定》等国家、行业标准，应当承担赔偿责任。而胡金江作为涉案热水器的销售者，指派不具备安装资格也未经过技术培训的人员进行燃器具安装，其安装行为存在严重安全隐患。因此，本院认为应由生产者中山市奇田电器有限公司与销售者胡金江在 70% 的责任范围内承担连带赔偿责任，原审法院未认定中山市奇田电器有限公司承担赔偿责任不当，应予纠正。本案配套使用的瓶装液化石油气调压器存在质量问题，涉案调压器因出口压力超标，导致热水器的燃烧工况恶化，不能完全燃烧，最终造成一氧化碳排放量超标，也是引起事故的原因之一，宁波璐美燃气具阀门有限公司作为涉案调压器的生产商也应承担相应的赔偿责任，原审法院酌定其承担 10% 的责任亦在合理范围。关于覃育娟、詹向前自行承担的责任比例问题，覃育娟、詹向前在使用燃气设施时未保持室内空气流通，对损害结果的发生存在一定过错，原审法院认定受害人一方自行承担 20% 的责任，已经充分考虑受害方的过错程度。故法院判决：一、撤销浙江省衢州市柯城区人民法院（2014）衢柯民初字第 222 号民事判决。二、被上诉人覃育娟所受损失医疗费 2392.45 元、误工费 6684 元、交通费 100 元，共计 9176.45 元；被上诉人詹向前所受损失医疗费 3893.14 元、误工费 6684 元、交通费 100 元，共计 10677.14 元；被上诉人詹鑫所受损失医疗费 1618.76 元、交通费

100元,共计1718.76元。由上诉人胡金江与被上诉人中山市奇田电器有限公司共同承担70%分别为6424元、7474元、1203元,由宁波璐美燃气具阀门有限公司承担10%分别为918元、1068元、172元。三、被上诉人覃育娟、詹向前因詹淳死亡所受损失丧葬费22256.50元、死亡赔偿金757020元、处理事故误工费1336元、交通住宿费1500元,共计782112.50元,由上诉人胡金江与被上诉人中山市奇田电器有限公司共同承担70%计547478.75元,另赔付精神抚慰金35000元,合计582478.75元;由被上诉人宁波璐美燃气具阀门有限公司承担10%计78211.25元,另赔付精神抚慰金5000元,合计83211.25元。四、被上诉人覃育娟、詹向前为鉴定支付的鉴定费30000元,由其自行承担6000元,上诉人胡金江承担21000元,被上诉人宁波璐美燃气具阀门有限公司承担3000元;上诉人胡金江为鉴定支付的鉴定费30000元,由上诉人胡金江与被上诉人中山市奇田电器有限公司共同承担21000元,被上诉人覃育娟、詹向前承担6000元,被上诉人宁波璐美燃气具阀门有限公司承担3000元。五、驳回被上诉人覃育娟、詹向前、詹鑫的其他诉讼请求。

### 【评析】

本案争议焦点在于涉案热水器质检符合标准是否还应认定为产品存在缺陷?产品安装存在缺陷,是否属于产品缺陷?产品责任如何分担?

第一种观点认为,涉案热水器经鉴定符合标准要求,国家、行业标准也无强制性规定要求烟道式热水器配备专用排烟管。引起事故的主要原因在于安装不符合规范,与产品本身无关,生产商也对安装使用过程中的注意事项在产品说明以及产品外装上都作了指示,因此涉案热水器不存在产品缺陷。故涉案热水器生产者中山市奇田电器有限公司不应承担责任。

第二种观点认为,产品质量法第四十六条规定,“产品缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准,是指不符合该标准”。但产品质量即使符合国家、行业标准,如对人身、财产安全可能存在不合理危险的,也应当认定为产品存在缺陷。涉案烟道式热水器虽经质检合格,但排烟管道是烟道式热水器排出废气、保障安全使用的必要部件,本案生产者未配备排烟管道,安装者亦未按照标准正确安装,使产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险,应当认定为产品缺陷。且热水器是一种具有相当

危险性的家用器具,生产者不仅要保证产品的设计、生产符合国家标准,同时也应对投入市场使用的产品进行跟踪服务,以保障产品正确安装,对于产品缺陷应作扩张认定,产品安装缺陷也属于产品缺陷。因此,生产者与销售者对损害发生的结果均有过错,应承担连带赔偿责任。

笔者同意第二种观点。产品缺陷是构成产品责任的重要要件之一,认定产品是否存在缺陷,不应仅仅考察产品是否符合质量标准,还应当结合产品投入使用是否存在不合理危险等因素综合考虑,且产品的安装若不符合相关安全标准,也应当认定为产品缺陷,这与产品质量法最大限度保护消费者利益的立法精神与目的相符。

### 一、符合标准但存在危及人身安全的不合理危险仍应认定为产品缺陷

我国对于产品缺陷的认定,学理上存在两种标准:一是“不合理危险”标准,是人们有权期待的安全性,即一个善良人在正常情况下对一件产品所具备的安全性的期望;二是生产标准,是国家和行业对某些产品制定的保障人体健康、人身和财产安全的专门标准。<sup>①</sup>通常情况下判断产品是否存在不合理危险主要考虑以下因素:(1)生产者制造产品的预期用途,如按照产品一般用法却发生损害的,就是不具备合理期待的安全,证明产品存在缺陷;(2)消费者对产品安全性的合理期望,如消费者购买产品时已经意识到的危险,仍自愿承担,就不属于不合理危险;(3)产品制造时由于技术等局限性,尚未认识到的危险。<sup>②</sup>判断产品缺陷的第二个标准,也就是生产标准,主要看是否符合有关保障人体健康、人身和财产安全的国家标准或行业标准。

由于国家标准、行业标准是在一定科技水平下制定的,不可能涵盖产品的全部安全性能指标,随着社会经济的不断发展和新产品的不断涌现,国家也不可能所有新产品投入流通之前,均制定相应标准。因此,产品质量法关于产品缺陷的两项认定标准在实践中会存在不相协调,甚至冲突之处。如本案中争议的当产品符合国家、行业标准,但仍造成消费者人身损害的,生产者是否承担责任问题。笔者认为,该种情形应认定为产品缺陷,生产者应当承担民事赔偿责任。理由如下:

<sup>①</sup> 杨立新:《侵权责任法原理与案例教程》,中国人民大学出版社2008年版,第209页。

<sup>②</sup> 吴忆萍:《产品责任与产品缺陷探析》,载《现代法学》1999年第3期。

首先，标准绝大部分是针对特定技术领域或某项工艺流程而制定，往往是这类产品或技术在市场上有一定普及率后，再由有关行政机关或行业协会提交报批确定，同时，产品和技术更替又日新月异，因此，标准的制订和修改过程相对滞后，导致出现符合标准，仍存在不合理危险的“灰色地带”。由此可见，“标准”并不能完全代替“不合理危险”作为产品缺陷认定的依据，否则不利于保护消费者利益。

其次，单凭符合标准就将产品认定为无缺陷，容易使生产者的产品严格责任倒退为过错责任。严格责任原则意味着即使生产者没有过错，对其产品因存在不合理危险而给消费者造成的损害仍应当承担赔偿责任，除非存在法定免责情形。若一件产品符合标准要求，生产者知道或应当知道其投入市场后可能会造成危险，由于该责任不由生产者承担，就会产生一个推定结果，只要生产者证明其生产的产品符合国家、行业标准，即使造成消费者损害，也可以提出合理抗辩，不用担责。

本案中，根据《家用燃气快速热水器》（GB6932-2001）标准要求，烟道式热水器是“宜配备排烟管”，并非强行性规定，涉案热水器经鉴定也是符合国家、行业标准的，但商品或服务符合国家、行业标准这只是对生产者、销售者最基本的要求，符合标准并不意味着产品一定不存在危及人身财产安全的不合理危险。对于熟悉标准制定和生产流程的生产者而言，证明自身尽到合理注意义务，相对来说较为容易，而对于众多认识程度有强有弱的消费者而言，产品的不合理危险就可能影响到产品的安全使用。涉案热水器为型号“JSD16-A”的烟道式热水器，根据《家用燃气快速热水器》（GB6932-2001），烟道式热水器燃烧时所需的氧气取自室内，所产生的烟气通过烟道排向室外，其与直排式热水器的区别在于增加了排烟接口与排烟管道，排烟管道是烟道式热水器保障安全的必要部件。而原国家轻工业局、原国家国内贸易局早在1999年即发布《关于禁止生产、销售浴用直排式燃气热水器的通知》，规定从2000年5月1日起禁止销售浴用直排式燃气热水器。本案中山市奇田电器有限公司提供的涉案热水器虽设计了烟道口，但未向用户提供与产品相配套的排烟管道，事实上是将存在不合理危险的产品推向消费者，是以不足保障实效的指示说明为免责条件，向消费者销售一台名为烟道式热水器，实质上危险程度与国家明令禁止的直排式热水器相当的产品。因此，符合标准但存在危及人身安全的不合理危险仍应认定为产品缺陷，生产者应当承担赔偿责任。

## 二、产品安装存在缺陷也属于产品缺陷

产品缺陷,应指存在于产品的设计、原材料、制造装配、说明指示或跟踪观察等方面。<sup>①</sup>产品质量法第46条所称的产品符合国家、行业标准应当是指产品的设计、生产、装配及说明指示的各个环节均符合标准。生产者对于产品制造装配的安全注意义务,不仅存在于产品在原厂家生产的过程中,还应当涵括产品进入终端消费市场的装配活动,尤其是像燃气热水器这类具有一定危险性的家用器具,生产者须确保产品的安装场所、安装行为符合相应的安全标准。目前市场上我们常见的产品安装服务,一般是由生产企业免费提供,或者通过生产商与经销商签订委托代理协议的方式,明确所销售产品的安装及维修职责。对于特定产品从事安装、维修人员还应当进行技术培训,并由相关部门核发培训合格资质。

关于燃气热水器的安装,我们国家也有相应的标准要求,例如《家用燃气燃烧器具安全管理规则》(GB17905-2008)第4节“生产者的责任和义务”规定,“在产品的销售、安装和使用中,生产者对可能会影响产品安全的行为应采取保护性措施,通过对产品的关键部位进行封印、打火漆或采用非常规螺栓连接等,以确保过程中的安全性能不受损害”。可见生产者有义务采取措施尽可能消除产品可能存在的危及人身财产安全的不合理危险,且这一义务并不局限于产品生产和流通环节。再如《城镇燃气燃烧器具销售和售后服务要求》(GB25503-2010)第3.5条“燃气具安装者和维修者应取得规定的从业资质”,第4.1条“燃气具生产者和销售者(委托的代理营销商)出售燃气具时,应承担销售给消费者燃气具安装和维修的职责。《建设部燃气燃烧器具安装维修管理规定》第18条“对用户提供的不符合标准的燃气燃烧器具或者提出不符合安全的安装要求时,燃气燃烧器具安装企业应当拒绝安装”。这些都是对生产者、安装者提出的安全安装标准,生产者在向消费者提供燃气热水器时,不仅应当确保燃气热水器本身符合质量要求,不存在安全缺陷,而且有义务确保燃气热水器的安装符合规范;而销售者在与生产者之间无安装职责约定的情形下,若是由其直接违规安装或者虽未直接安装但未能履行检查验收义务,致使违规安装的水热水器投入使用的,也应承担责任。

<sup>①</sup> 最高人民法院侵权责任法研究小组编著:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第301、302页。



本案中，涉案燃气热水器经鉴定，安装不符合《家用燃气燃烧器具安全管理规则》（GB17905-2008）标准要求，存在严重的安全隐患，是引起事故的主要原因。造成这一损害后果，一方面是由于涉案热水器的生产者中山市奇田电器有限公司在产品投入销售时没有配备必要的排烟管道，也未跟踪服务以保障产品的正确安装，以致无法保证消费者在使用热水器过程中的安全，不符合国家、行业安全安装的标准；另一方面是因为胡金江作为涉案热水器的销售者，指派不具备安装资格也未经过技术培训的人员进行燃器具安装，安装行为存在严重安全隐患。因此，消费者可以产品质量法第四十三条为请求权基础，要求生产者中山市奇田电器有限公司与销售者胡金江共同承担赔偿责任。

### 三、裁判规则下的价值补充

产品质量法第四十六条对产品缺陷的概念进行了界定，但对不合理危险标准与生产标准冲突情形下如何进行缺陷认定，以及产品安装缺陷如何认定这两个问题都没有明确答案。这事实上就需要法院在裁判过程中，对法律规定的构成要件和适用范围加以确定，对不确定的概念进行价值补充。运用价值补充方法具体化不确定法律概念，是法律解释学领域的通说观点。就如台湾学者杨仁寿所言，“须于具体的个案中予以价值判断，使之具体化，而后其法律功能始能充分发挥，此种透过法官予以价值判断，使其规范意旨具体化之法律解释方法，谓之价值补充”。<sup>①</sup>在具体进行价值补充时，法官须考量法律规范外的因素，如“参酌社会可探知、认识的客观伦理秩序及公平正义原则，期能适应社会经济发展，及道德价值观念的变迁”。<sup>②</sup>基于我们当前的法治环境和司法实践，司法机关在强调法律适用应关注法律本身的规则性要求的同时，还应关注在法律之内寻求社会效果。<sup>③</sup>从这个意义上来说，法律效果与社会效果的统一，可以说是法院在具体价值补充中应考量的重要因素。

具体到本案，正是由于国家未有强制性标准要求生产者为烟道式热水器配备排烟管，导致部分生产厂家为减少成本，将配备购买排烟管的义务转

① 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第131页。

② 王泽鉴：《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，第247页。

③ 江必新：《在法律之内寻求社会效果》，载《中国法学》2009年第3期。

嫁给消费者，生产者也没有跟踪服务安装环节，而仅通过产品说明书予以说明，这就容易导致消费终端出现因安装不规范，而引起消费者的死伤事故。本案一氧化碳中毒事故，不属于发生在热水器正常使用价值范围内的危险，消费者在购买使用热水器时，也无法预知该类危险的存在，若将这类符合国家标准的产品即认定为不存在产品缺陷，不仅与立法初衷背道而驰，而且与社会普遍价值观不相一致。而且，燃气热水器相较于其他家用器具，在产品的安装上有严格的安全规范，对安装人员也有相应的技术要求，生产者和销售者有义务在产品的销售、安装中为消费者提供符合要求的安装服务。虽然从文义上理解，产品质量法对产品缺陷的定义，似乎仅单指成型的产品本身，但从产品生产的整个环节来看，它不是一个静态的过程，涵括了设计、制造、销售、装配等，只有符合要求的安装，才能保障产品最终的安全使用。因此，无论是从风险承担和规范市场，还是反映社会公众普遍道义诉求角度而言，扩张认定产品缺陷，对生产者和销售者课以法律义务都是必要的。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 有权代理与表见代理的认定

——孙银享与王振林、郭明芝确认合同无效纠纷案

王 忠\*

### 【裁判要旨】

委托代理关系中，授权范围虽措辞用语概括，但授权委托书详细载明了相关人员之身份、关系、住址等细节情况，系合理谨慎之行为，不应以法律专业标准苛求，结合当时事发情势，能够解释授权人真实意思表示的，应以此为据，判断代理是否有效。

表见代理系广义无权代理之一种，被代理人实际未授权却造成授权外观，引起了善意第三人对无权代理人有代理权的合理信赖，此时无权代理产生如有权代理相同的结果。

### 【案号】

一审：北京市顺义区人民法院（2014）顺民初字第02905号。

二审：北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第08061号。

### 【案情】 信号：623760976

上诉人（原审原告）：孙银享。

被上诉人（原审被告）：王振林。

被上诉人（原审被告）：郭明芝。

余开云系孙银享之子，未婚无子女，2013年12月21日在北京市顺义

\* 北京市第三中级人民法院民一庭法官。

区木林镇木林村王振林家建房施工过程中发生意外死亡。后经北京市公安局顺义分局鉴定余开云系创伤性失血性休克死亡。2013年12月22日,孙银享签订委托书,载明:“我是四川省兴文县共乐镇双河村四组村民孙银享,女,汉族,出生于1927年10月2日,身份证号(略),自愿委托四川省兴文县共乐镇双河村四组村民郭明芝,女,汉族,出生于1962年3月23日,身份证号(略),与我系婆媳关系(二儿媳),特委托她前来解决我四子(余开云,汉,汉族,出生于1967年11月25日,身份证号略)在北京市外出务工意外死亡等事宜。希贵地相关单位予以支持帮助。”该委托书落款处有孙银享、郭明芝的签字捺印。

2014年1月4日,郭明芝持上述委托书与王振林签订了协议书,协议书记载“经余开云的亲属与王振林家人等共同协商,因死亡赔偿一事达成如下协议:1.王振林一次性付给余开云死亡赔偿金计壹拾陆万伍仟元人民币;2.余开云一切的善后事宜由余开云的亲属担负,王振林不负任何责任;3.此协议余开云的亲属和王振林的家人等无有争议,口说无凭,立字为据,永不反悔。立字人郭明芝,王振林”。2014年1月6日郭明芝收到王振林支付的余开云死亡赔偿金15000元。后孙银享认为郭明芝与王振林签订的协议书超越代理权限,不予追认。诉至原审法院,要求确认王振林同郭明芝于2014年1月4日签订的协议书无效。

## 【审判】

北京市顺义区人民法院经审理认为,《中华人民共和国合同法》第四十九条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。”本案中,郭明芝签订协议书时持有孙银享的委托书,且委托书记载了孙银享委托郭明芝处理余开云意外死亡等事宜,说明王振林在与郭明芝达成协议时,王振林有理由相信郭明芝有代理权,郭明芝代孙银享签字的行为构成表见代理,应认定有效。故对孙银享主张郭明芝超越代理权限代其签名的行为构成无权代理,而致涉诉协议无效的诉讼请求,法院不予支持。据此判决:驳回孙银享的诉讼请求。

宣判后,孙银享不服,持原审诉称意见上诉,请求撤销原审判决,依法改判支持其原审诉讼请求。

北京市第三中级人民法院经审理认为,公民可以通过代理人实施民事

法律行为。根据审理查明事实，孙银享系耄耋老人，行动不便，异乡路遥，故出具书面委托书，授权郭明芝作为代理人代为办理余开云意外死亡等相关事宜。该委托书虽措辞用语概括，但详细载明了相关人员之身份、关系、住址等细节情况，系合理谨慎之行为，符合一般理性正常人的合理表达习惯方式，亦与社会通常认知水平一致，不应以法律专业标准苛求，结合当时事发情势，能够反映出孙银享授权郭明芝全权办理相关事宜的真实意思表示，故郭明芝签订协议书、处理赔偿事宜系在委托权限范围内实施法律行为，其法律后果应由委托人孙银享承担。退一步讲，即使郭明芝的行为存在超越代理权限的情形，鉴于郭明芝与孙银享、余开云的近亲属关系，且持有书面委托，王振林有充分理由相信郭明芝有完全代理权，结合郭明芝接受部分赔偿款的事实，亦可认为郭明芝签署协议之行为已构成表见代理，其法律效果亦应归孙银享承受。故对上诉人孙银享主张郭明芝超越代理权限与王振林就赔偿事宜签订协议的行为构成无权代理，所签协议书应属无效的意见，本院不予采纳。综上，孙银享的上诉请求依据不足，本院不予支持。原审判决并无不当，故判决：驳回上诉，维持原判。

### 【评析】

关于本案代理权限的判断，有两种不同观点。一种观点认为郭明芝的代理行为并未超越授权，属于有权代理；另一种观点认为郭明芝的代理行为确有超越授权之嫌，但可构成表见代理，由被代理人孙银享承担因代理行为所产生的后果。两种意见所指向的裁判结果虽然一致，但裁判思维路径截然不同，这涉及对授权行为的解释和对表见代理的理解问题。

#### 一、关于郭明芝是否具有代理权的判断

与有权代理相对的是无权代理，表见代理仅为无权代理的一种，因此，区别本案究竟系有权代理还是表见代理，关键实质的首先区分郭明芝的代理是否是无权代理。

民法通则第六十五条规定，民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。

本案中，孙银享签订书面委托书，详细载明了本人和代理人的身份情况，代理事项载明“解决四子（余开云）在北京市外出务工意外死亡等事

宜”。具备委托书所应具有的基本要素，其表达方式也符合一般人的表达习惯，授权郭明芝作为孙银享的代理人处理其四子意外死亡事宜，唯值得探究的是该授权的范围界限何在。即根据该授权委托书的语义表达，可否推出郭明芝有权代孙银享签署有关余开云死亡赔偿协议的授权。核心是对代理事项“解决四子（余开云）在北京市外出务工意外死亡等事宜”如何解释的问题。

在民事诉讼中双方当事人对授权委托书的授权范围产生争议时，作为居中裁判的法官应当如何认定？通说有三种观点，即根据一般人的理解（客观主义）、委托人的主观意思（主观主义）和二者（主客观）的结合。实践中，法官一般采主客观相结合的判断准则。在确定表示的规范意义时，一方面要以一般的语言用法、某种表达方式在生活中的普通意义以及普通的参与人对他的理解为准。另一方面，法官需结合当时情形和双方当事人的身份背景情况，综合考量、判断各方当事人的真意。具体到本案中，应从以下两方面分析：

#### 1. 本案宜解为概括授权

孙银享签订的书面委托书，代理事项载明“解决四子（余开云）在北京市外出务工意外死亡等事宜”。此处虽运用了等字，看似模糊用语，实则隐含了概括授权的意思。“等”字，在日常用语中常表示列举未尽之意。就本案，当是时，余开云意外身亡，作为其唯一继承人的母亲孙银享也已87岁高龄，且远在四川，客观上难以亲自处理儿子死亡的诸多事宜，其委托儿媳赶赴北京代其处理，符合日常行为规范。但因为余开云意外死亡事宜较多，一时难以列举穷尽所有可能需处理的事宜，因而孙银享在授权委托书使用了“等”字，意在授权郭明芝代其“全权处理”余开云死亡所产生的各项事宜，这也符合一般人的表达习惯。而且，从日常生活经验来看，因事故死亡的善后处理，不应仅仅包括丧葬等事宜，更多的，亲属所处理的是死亡赔偿等事宜，对此，孙银享老人也应有明确的认识，其在授权委托书中用“等”字概括而非排除此项重要授权，应理解为对郭明芝的“全权”概括授权。

因此事系普通民事主体之间就相关事项的委托和协议，从语言要求上看，民事日常委托的委托书并非严谨的法律文件，不应以法律标准苛求。有人认为本案属于表见代理的原因，系在对孙银享授权书的语言进行解释的过程中，由于授权的概括性，且加之在诉讼中，一般概括性的授权视为

一般性授权，不具备处分权，因此，自然的认为在一般性的民事授权委托书中，概括性的授权亦不应包括重要权利的处分权，因此郭明芝不具备代理孙银享签订补偿协议的权利。这一认识实际是混淆了司法的严谨性和日常民事交往的社会性。民事交往中，人们往往较为随意和自由，因而行为和表意更为日常化，与严谨的司法程序不同，因此，在解释自然人之间的书面文件时，应兼顾双方的身份、社会认知、当时情境及日常习俗综合考量。本案中，就极易以司法的严谨去衡量民间日常事务的普遍授权，往往失之过苛。

## 2. 特殊的亲属关系引致第三人的信赖

法律行为通常包括其作为核心的一项意思表示，但意思一旦作出，表示在外的意思就独立于表意人的内心意志，表述的内涵获得了独立的意义。表示对于他人，尤其对于表示的相对人，可能具备不同于表意人想要表达的或者相信要表达的内容。表示受领人信赖了他对意思表示所理解的或他应该理解的内容，而表意人则认为他的表示具有其他意义。产生这种冲突的原因在于语言表达和理解的多样性，但意思表示的意义和结果是可归责于表意人的，因此表意人必须对表示的意义承担责任。只要表意人能够意识到自己的行为具有某种为受领人所理解的意义，他就应该对他的行为在意思表示的这种（客观上所理解的）含义上负责，也应该在该意思表示在其接受人所理解的含义上对相对人负责。但该种责任的承担必须是在相对人的理解符合常理的前提下。因此，解释的目的既要考察表意人所要表达的意思是什么，也要考察在不考虑表意人所指的内容、而只考虑其他人或表示受领人对表示进行理解的可能性的情况下，在“客观上”应如何理解该项意思表示。

具体到本案中，郭明芝系孙银享老人的二儿媳，代理人与被代理人特殊的亲属关系使第三人产生信赖。亲人死亡，一般系由至亲之人处理其善后事宜。孙银享已是耄耋之年，且远居四川，其委托至亲来处理四子死亡事宜，合情合理。同时郭明芝持有孙银享的授权委托书，因此，综合二人特殊的亲属关系和授权委托的事实，第三人足以相信郭明芝有权代孙银享签署因余开云死亡产生的赔偿款的相关协议。实践中，近亲属间的事务代理，在代理人持有授权委托书，且授权内容系概括授权时，司法审查不宜过苛。因此，二审法院经全案案情综合考虑，认定郭明芝并未超越代理权。

同时,法官退一步讲,即使郭明芝超越代理权,也将产生表见代理的后果,这又涉及表见代理的认定。

## 二、退一步讲,本案也可构成表见代理

表见代理是指被代理人因疏忽的表见行为引起了善意第三人无权代理人有代理权的合理信赖,为保护这种合理信赖而让无权代理产生如有权代理相同的结果。<sup>①</sup>因此,从本质上讲,表见代理属于广义上的无权代理,只是因为被委托人具有委托权的外观,而造成该种状况的原因在于委托人,故而法律规定这种情况下应认定委托有效,委托人承担相应的责任。在民法上,许多国家采纳了表见代理理论,其合理性系法律为保护交易安全和合理信赖的制度,在客观上有代理权存在的外观情形,保护无过失地信赖该外观的相对人,便是表见代理。<sup>②</sup>

一般说来,表见代理的构成要件包括三方面:(1) 代理人具有代理权的外观;(2) 相对人的信赖应具有正当性;(3) 被代理人应具有可归责性。结合逾越代理权的表见代理,其特别要件应当包括相对人正当的信赖,即相对人应是善意,并具有正当理由相信代理人具有代理权。若将表见代理理解为基于表见法理的制度,则不仅要求相对人信赖外观,而且还要求就外观的形成本人具有归责性。判断的标准,将参照本人在多大程度上参与了代理行为看似拥有代理权的外观的形成;代理人实际实施的代理行为的内容在多大程度上脱离了本人所赋予的权限。脱离程度越大,就越是超出本人因赋予权限而应当承担风险的范围。

结合本案,退一步讲,即使孙银享本意并非授权郭明芝全权处理余开云死亡事宜,但其在授权委托书中表述使用概括性语言,加上其与郭明芝的近亲属关系,相对人有充分理由相信郭明芝具有代理权。而孙银享却未在授权委托书中对郭明芝的代理权限进行任何限制,也未出现任何限制性用语,因而其自身具有不谨慎性,对造成代理权外观具有可归责性。因此,二审法院退一步论证,即使郭明芝不具有代理权,本案也构成表见代理,其代理效果应由孙银享承担。

综上,二审法院认定郭明芝系有权代理,并驳回孙银享诉讼请求是正确的。

<sup>①</sup> 江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第226页。

<sup>②</sup> [日]山本敬三:《民法讲义》,北京大学出版社2004年版,第266页。



### 三、代理案件审理思路的启示

在对涉及代理的案件审判实践中，法官往往存在一种误解，即在当事人代理授权不明或双方对代理权范围有争议时，法官跳过对代理权范围的解释，直接往表见代理上靠，这是一种审判思路的误区。表见代理与有权代理有本质区别，一个授权是假，一个授权是真。表见代理的立法宗旨系保护善意第三人的利益，因此，从构成要件上，表见代理有一重要要件即是相对人主观上须为善意、无过失。这一要件要求法官应当对第三人的行为是否存在瑕疵以及是否为善意进行审查，而有权代理并无此构成要件。

因此，在代理问题的审理上，应当有一个正确的思路：首先应当审查当事人形式上是否构成代理；如果形式上构成代理，被代理人提出异议后，第二步应审查是否确实授权，有授权的则构成真正的代理；第三步，在被代理人没有授权时，再对是否构成表见代理进行判断，应该循序渐进，不宜在代理权有无未审查清楚前直接往表见代理上考，给人层次不清之感。

微信号：623760976  
电子书 纸质书

## 【热点调研】

# 关于审理农村土地流转纠纷案件的调查与思考

浙江省丽水市莲都区人民法院课题组\*

### 一、前言：研究对象与逻辑前提的阐明

本调研所称的农村土地流转是指法律允许或者暂时法律规定模糊但政策上允许乃至鼓励的农村土地（林地）使用权流转。也即物权法上用益物权（宅基地使用权、承包土地的经营权、集体经营性建设用地使用权）的流转。本调研对前述三类权利的称谓作与物权法不同的表述，是为了与研究成果相对应。如将惯常的“土地承包经营权”改称“承包土地的经营权”，彰显的是本调研主张的经营权流转而非承包权流转的观点，又如将惯常的“集体建设用地使用权”改称“集体经营性建设用地使用权”，彰显的是本调研主张的集体非经营性建设用地不得流转的观点。新称谓并非课题组刻意标新立异，称谓本身取自中共中央、国务院《关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》（2014年中央一号文件）以及中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》的权威表述。

本调研中的宅基地使用权的流转包含了小产权房买卖的处置，因为小产权房买卖的实质是房屋所附着的宅基地使用权买卖。承包土地的经营权流转包含了承包林地的经营权流转，因为林地也可以被理解为广义上的土地。2014年中央一号文件中将“完善集体林权制度改革”的内容置于“深化农村土地制度改革”的大项下，也体现了同样的思路，课题组据此

\* 课题组成员：舒维云、施建伟、金陈乾、黄野松。

认为延续该思路是妥当的。

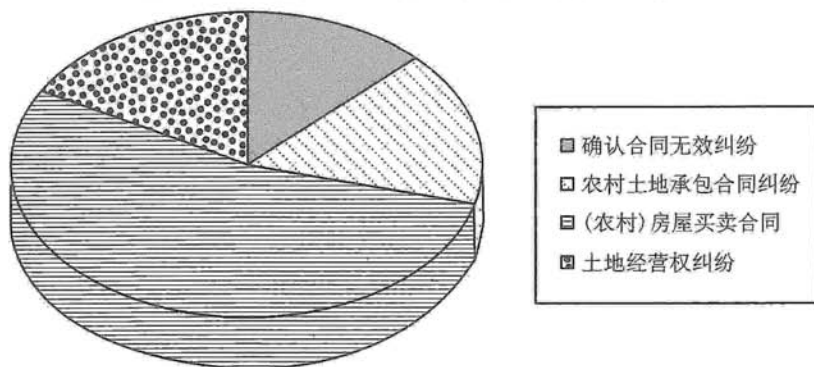
## 二、丽水市莲都区人民法院审理农村土地流转纠纷案件概况

### (一) 受理案件的基本情况

#### 1. 2011年至2014年受理案件数量（如下列表一所示）

	2011年	2012年	2013年	2014年	总计
宅基地使用权	2	0	6	7	15
承包土地的经营权	2	1	5	1	9
集体经营性建设用地使用权	0	0	0	0	0
总计	4	1	11	8	24

#### 2. 2011年至2014年受理案件案由分布（如下列表二所示）



#### 3. 受理案件情况反映的问题

农村土地流转纠纷大多集中于相同区域内，多因为该区域即将拆迁或进行“村改居”。在利益驱动下，一些人选择以诉讼方式来“打”掉之前签订的土地使用权（或者附着于该土地的房屋）买卖合同。从2013年开始此类案件数量迅速上升的原因，正是2013~2014年丽水莲都区水东村部分区域开展了“村改居”。另外，集体经营性建设用地使用权纠纷案件暂时没有，原因在于集体经营性建设用地原本较少，通行的观点认为集体经

营性建设用地主要是指乡镇企业用地。<sup>①</sup> 土地管理法第四十三条亦持相同观点。对此,中央农村工作领导小组副组长陈锡文指出,并不是所有的农村土地都可以入市,也不是所有的农村集体建设用地都可以入市,只有符合规划和用途管制的农村集体经营性建设用地才可以入市。<sup>②</sup> 法律和政策上较小的空间导致纠纷案件鲜见。所以,实践中农村土地流转纠纷案件实际只有宅基地使用权流转纠纷和承包土地的经营权流转纠纷案件,下文将就这两类纠纷案件展开讨论。

## (二) 审理案件的形态与特点

### 1. 宅基地使用权流转纠纷案件的形态与特点 (如下列表三所示)

<p>形态一: 纯土地买卖。卖方通过签订买卖合同将集体所有的宅基地出卖给非集体经济组织成员,后因拆迁利益驱使,卖方反悔起诉确认合同无效。</p>	<p>特点: 涉及对合同效力进行评价。如非该集体经济组织成员即便“买得”土地使用权,也无法获得法律保护,如无法到国土部门办理土地登记,建设部门也不会批准以买方名义建房。</p>
<p>形态二: 房地共买卖。卖方签订买卖合同将集体所有的宅基地以及宅基地上的房屋出卖给非集体经济组织成员。卖方作为原告起诉确认合同无效并返还房屋。</p>	<p>特点: 不仅涉及对合同效力的评价,还需要对合同无效后做处理,房地产业飞速发展使得房屋价值已有增值,对这部分增值价值如何分配成为处理的难题。</p>
<p>形态三: 卖地,房屋由买方建设。非集体经济组织成员在“买”得的土地上建设了房屋。</p>	<p>特点: 即便宅基地使用权买卖合同被判无效,宅基地使用权返还虽无异议,但覆着于该宗土地上的由买受人建造的房屋难以处置。</p>

<sup>①</sup> 侯银萍:《产权性质视角下的“农地入市”困境破解》,载《法学》2014年第5期。

<sup>②</sup> 冯华、陈仁泽:《陈锡文:农地制度改革不能突破底线》,载《农村经营管理》2014年第1期。

## 2. 承包土地的经营权流转纠纷案件的形态与特点（如下列表四所示）

形态一：征地补偿款分配引发承包土地的经营权流转纠纷。土地被征用后，补偿款分配引起的纠纷。	特点：买受人应享有何种权益，应如何补偿。
形态二：集体经济组织内部治理引发承包土地的经营权流转纠纷。该类纠纷并非源自承包土地的经营权本身的矛盾，多因为集体经济组织内部治理失范所致。	特点：集体经济组织内部的少数意见不认同多数意见，表现为反对集体经济组织做出的流转决定，拒不交地，导致流转失败或者流转后再起其他纠纷。

## 三、农村土地流转纠纷案件审理中的五大难及其成因分析

## （一）审理难的具体表现

## 1. 事实查证难

宅基地使用权纠纷案件中很多宅基地使用权归属的事实查证困难。法官不得不根据证人证言、房屋的现有使用状况等间接证据进行考量，一些亲属之间进行的宅基地使用权买卖【如（2014）丽莲民初字第63号】，加大了事实查清的难度。又如土地承包经营权纠纷案件中被承包林地开始时的实际状况【如（2012）丽莲南民初字第149号】，往往时间相隔数年乃至数十年，现在的山林早已因为后续的开垦行为而覆盖林木，当时的实际情景已不可能重现。

## 2. 委托鉴定难

宅基地使用权纠纷案件中，鉴定机构往往不愿意出具鉴定报告。【如（2013）丽莲民初字第650号、（2013）丽莲民初字第651号两案，鉴定机构出具书面意见称无法鉴定】原因一是土地买卖行为在我国法律上地位模糊，鉴定机构为规避自身风险往往选择不予鉴定。原因二是宅基地使用权由于不能进入二级市场交易，鲜有成功的交易例子（农民私下的交易行为虽有，但往往很难查实真实价格），而鉴定机构采取的常见估价方法的前提是参考周边地区的同类交易价格，这也从技术上加剧了鉴定难。

### 3. 适用法律难

合同效力认定上法律适用困难。宅基地使用权流转纠纷案件大都涉及对合同效力的评价,通行理解这类合同因为违反法律法规的强制性规定应认定为无效。北京通州区宋庄镇画家村小产权房诉讼中北京通州区人民法院和北京市第二中级人民法院两审判令合同无效。近来也有学者认为此类合同应认定为有效,<sup>①</sup>实务中反对意见认为判令合同无效没有法律依据。<sup>②</sup>各方观点的不一致导致了适用法律上各行其是。

### 4. 调解结案难

已经结案的18个案例中调解结案的只有一个,大部分案件需要判决。调解难一方面是因为宅基地使用权流转纠纷案件中大多涉及合同效力的评价,无法通过调解解决,另一方面也有争端冲突时间长、利益纠葛大的原因。

### 5. 案结事了难

当事人不服裁判,容易导致上诉上访。有涉及房屋腾空的案件,需要强制执行,对立情绪较大。如(2013)丽莲民初字第327号案件中,当事人虽没有就一审判决提起上诉,但也未实际履行判决,后法院通过强制腾房方式予以执行。

## (二)“审理难”的原因分析

### 1. 政策走向不明朗

国家宏观政策对于土地流转的态度不明,似有放开的趋势,但未见最终落地。《关于全面深化改革农村改革加快推进农业现代化的若干意见》中“稳定农户承包权、放活土地经营权”的表述的确有突破之意,但就“放活”二字的理解仍未明朗,是否认可流转?多大程度、多大范围内予以保护等问题依然存在。

### 2. 立法规定不明确

宅基地使用权纠纷集中体现为对宅基地买卖合同的效力认定上的不同理解。承包土地的经营权流转中承包权与经营权的分离等虽有政策依据,但立法上仍然未能跟进。《关于全面深化改革农村改革加快推进农业现代化的若干意见》中明确要求要“推动修订相关法律法规”,但就法律适用而言,法律一天不修改,其效力就及于案件,司法机关操作空间有限。

<sup>①</sup> 梁慧星:《审理合同纠纷案件的若干问题》,载《法律适用》2012年第12期。

<sup>②</sup> 应秀英:《农村房屋买卖合同效力辨析》,载《法律适用》2009年第7期。

### 3. 司法认识不一致

司法实务中对法律性质的认定（如宅基地转让合同的效力）有分歧；对合同无效后的处理有不同意见，是行政处理先行，还是折价返还；对土地的承包权和经营权是否能够分离以及怎样分离莫衷一是；对集体经济组织在诉讼中的主体地位等问题未获一致意见。

### 4. 行政监管不到位

《中华人民共和国土地管理法》第七十三条规定，买卖或者以其他形式非法转让土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门没收违法所得；对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施。宅基地使用权的转让当属“买卖或者以其他形式非法转让土地”，应由行政机关处理，现实中行政机关不作为的情形并不少见，甚至在发送司法建议之后，行政机关也只是将违法所得予以没收，对土地恢复原状、拆除新建建筑物和其他设施等均不能落实到位。

## 四、对农村土地流转纠纷案件审理的对策建议

### （一）对宅基地使用权流转纠纷案件的审理建议

#### 1. “合同无效说”的论证：基于对“合同有效说”的反驳展开

（1）对判令无效会使不诚信者得利说的反驳。不能简单地以卖方十年前花费10万元卖了宅基地，十年后因拆迁获得100万的赔偿款，就认为不诚信者得利了，因为这里卖方获利并不是基于不诚信行为，而是基于其集体经济组织成员资格而获得利益。这个利益依附于特殊身份，不论其是否违反法律出卖该宗土地，都不会影响到其获得基于集体经济组织成员资格而应享有的利益。

（2）对判令合同无效缺乏法律依据说的反驳。《中华人民共和国物权法》第一百三十五条对宅基地使用权的取得、行使和转让规定为适用土地管理法等法律和国家有关规定，其中“国家有关规定”的表述颇值得玩味。课题组认为，物权法没有按照惯常立法表述为适用法律法规，而在规定了适用土地管理法后又单列了一个“国家有关规定”，这给法律法规以外的规范性文件的适用留下了空间。国务院作为国家最高行政机关，国土

资源部作为国家土地管理部门,所作出的规定当然可以理解为“国家有关规定”,这说明被反对意见指称为并非法律法规的《关于加强土地转让管理严禁炒买土地的通知》和《关于加强农村宅基地管理的意见》两个文件,已因为物权法的授权性立法而获得了对宅基地使用权的取得、行使和转让作出禁止性规定的权力。

(3)“合同有效说”缺乏实践可操作性。如果合同做有效处理,当事人一方会持法院判决书要求对房屋进行权属登记,但《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒买土地的通知》规定,有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。如此势必造成虽然合同被认定有效,但买方仍无法取得物权。法院作为司法机关即便有心促成交易,也因其囿于司法权无法介入行政权的限制而无能为力。

## 2. 合同被判无效后处理方法的实务解析

(1) 合同无效后财产返还已有的处理办法。第一种做法是判决返还购房款时,将购房款作为本金看待,认为作为资金被占用期间的利息损失看待,按照中国人民银行规定的同期同类同档次贷款基准利率计息。第二种做法是折价补偿或赔偿。依据是合同法第五十八条规定的“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”这种做法严格按照法条规定操作,购房款返还,对房屋现价值进行评估,扣减购房款计算出增值部分后,按照过错比例在买卖双方间分摊,一般认为卖方不诚信,过错较大,应负主要责任(有判决将之确定为80%)。第三种做法是基于公平原则,卖方按照房屋现价值赔偿。该观点认为当年的买卖行为体现的是“市场价”,现在卖方也应当按照评估出的“市场价”予以赔偿。

(2) 区分处理原则的阐明与证成。第一种做法中利息损失理解按照一倍利率进行赔偿符合法律规定,但是赔偿标准过低,可能助长反悔行为,故只能作为其他赔偿方式均无法适用情况下的备选方案。第二种做法严格按照法条执行,法理逻辑上较为严密,不足之处在于没有将通货膨胀因素考虑在内,可能导致权利义务分配不公。如因买卖发生时间较早,当时的购房款现在予以返还,购买力已经严重缩水,即便加上增值部分价值可能仍不足以填补损失(根据既有评估情况看,评估价值通常低于市场价)。综合分析得,该种意见适合买方支付购房款金额相对较高的情形,



而对于购房款支付相对较低的情形不宜适用。第三种做法是考虑到第二种意见的不足,实际是市场价“买回”的思路,不足之处是法律依据不充分,长处是相对来说结果较为公平。此外,尚需单列专门讨论的是前文所述的“卖地,房屋由买方建设或者买方参与建设”的情形。该情形下房屋系买方建设或者参与建设,要求其返还房屋保证“房地一体”明显不公平,不要求返还会造成“房地不一体”,似难两全。课题组认为,可考虑判决合同无效后对房屋归属的实体问题不予处理,在判决主文表述上以卖方未能对房屋进行补偿为由,以权利义务相称原则为依据对其提出的返还房屋诉请予以驳回。这种处理办法虽是权宜之计,但也能找到一定的法理依据,有学者就认为“对于违反公序良俗以及违反法律、行政法规强制性规定而导致无效的,由于任何人不得基于不法行为而主张权利,原则上应否定当事人以违法合同而提出的财产返还请求。”<sup>①</sup>

## (二) 对承包土地的经营权流转纠纷案件的审理建议

### 1. 对承包土地的经营权主体的认识

承包土地的经营权流转纠纷案件应以谁为被告,村民委员会抑或是集体经济组织?课题组认为,我国法律虽确立了集体所有制,但正如学者指出的,农民集体“是全体农民的集合,是一个抽象没有法律人格意义的集合群体”,<sup>②</sup>很难被认为是法律上的民事主体,而“缺乏主体的所谓‘集体所有权’,只能具有抽象的所有制意义,无法成为民法上具有实体权利性质的财产所有权。”<sup>③</sup>因此,必须有一个能够独立为意思表示的管理机构来“替”农民集体行使所有权。目前具有这样能力的组织只有村民委员会与集体经济组织,相较而言由后者承担此项职责较为妥当,因为由集体经济组织作为我国农村的基础组织形式由来已久,并在长期的演化过程中逐步为农民所熟知和接受。该做法也得到了地方性立法的采纳。如浙江省人大常委会2007年修订的《浙江省村经济合作社组织条例》第四条明确规定:“村经济合作社依法代表社员行使集体财产所有权,享受独立进行经济活

<sup>①</sup> 李仁玉:《合同效力研究》,北京大学出版社2006年版,第259页。

<sup>②</sup> 于建嵘:《农村集体土地所有权虚置的制度分析》,载蔡继明、邝梅主编:《论中国土地制度改革》,中国财政经济出版社2009年版,第23页。与之类似的意见还有,“‘农民集体’本身就是一个松散的一定地区内的个体结合,没有独立的意思表示机关,不可能存在独立的意思。”参见高圣平、刘守英:《宅基地使用权初始取得制度研究》,载《中国土地科学》2007年第2期。

<sup>③</sup> 尹田:《物权主体论纲》,载《现代法学》2006年第2期。

动的自主权。尚未成立村经济合作社的,村集体财产所有权由村民委员会行使。”实践中,丽水市缙云县已经开展了相关试点工作,各村成立了自己的经济合作社,并颁发了营业执照。为视区别,经济合作社的法定代表人与村民委员会法定代表人不一致,委员虽有重叠,但也不尽相同,经济合作社有自己专门的财务账户,实现组织架构和运作上的独立。有鉴于此,课题组认为,符合上述情况的经济合作社,应当认定为符合法定条件的集体经济组织,可以行使集体所有权,如果涉诉,也应由集体经济组织作为被告,只有对于没有成立集体经济组织的才能由村民委员会作为被告。

## 2. 对承包权与经营权分离的认识

(1) 正确理解中央一号文件。本轮改革的核心就是承包权与经营权的分离。具体而言,承包权的取得需具备一定的身份条件,如本集体经济组织成员方可承包该集体土地,但与承包权分离后的经营权不受身份限制,因为经营权者一般并不依赖于经营的土地获取生活必需品,即并不完全依赖该土地生存,而对土地有依赖的农民可以通过经营权流转获取经济收益,同时又不会丧失经营权,因为承包权归属于农民决定了农民可以在经营权流转期限结束后或者依据约定收回经营权。这种制度安排很好地解决了农村土地资源闲置与需求之间的矛盾,完成了农村土地资源集约化,又不会造成农民失地,不会有悖于现行法律,不失为一举三得之策。

(2) 稳妥审理承包土地的经营权流转纠纷案件。实践中已经出现了以集体经济组织名义整合各农户的土地资源后,将之流转给集体经济组织以外的人经营的例子。对于这一类法律规定不明但政策依据明确的案件的处理,不应简单粗暴的一律认定非法。应大胆尝试,本着法律精神与政策指导,发挥司法裁判的示范作用,鼓励创新、支持改革。对于符合农村土地制度改革方向和有利于农村产权资本效益最大化的流转制度改革不应轻易否定。对于有利于土地资源集约化经营,有利于推进新农村建设发展方向的改革,要给予有力的司法支持。这类案件的审判中应重点审查以下两个方面:一是审查农民是否自愿将其承包的土地进行流转,要坚决杜绝强制或变相强制流转的现象,对于农民非自愿进行的流转,应依法认定合同无效。二是要审查经营者是否改变了土地用途和用地总体规划,对于改变土地用途和不符合用地总体规划的行为应当予以打击,必要时应向有关机关发送司法建议。

## 【民事审判信箱】

### 非金融性质的法人或其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，是否受法律保护

答：这种单位内部向职工集资的方式属于民间借贷的一种形式。民间借贷、民间融资作为我国金融体系的一个组成部分，已经成为正规金融融资方式的有益补充，在我国整个金融体系中占有巨大的份额，在促进国民经济迅速发展方面发挥着重要的作用。所以，仅从这种融资形式上讲，法律是不禁止的。但具体融资的行为是否有效、是否受法律保护，首先应审查是否存在合同法第五十二条关于合同无效的情形：（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（3）以合法形式掩盖非法目的；（4）损害社会公共利益；（5）违反法律、行政法规的强制性规定。如果存在以上情形，单位内

部的集资行为归于无效。除此之外，还应审查向本单位职工集资取得的资金，如果用于从事下列活动，也应认定为无效：（1）转贷给他人牟取利益；（2）用于从事违法活动；（3）从事违背社会公序良俗的活动。

（本书研究组）

### 民间借贷合同中没有约定利息，借款人自愿支付，但借款人又以不当得利为由要求出借人返还已支付的利息，人民法院是否支持

答：对于这种情况，人民法院一般不予支持。民法通则第九十二条规定：“没有合法依据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人”。根据法律确立的这一规则，构成不当得利有四个要件：一方获有利益；他方受到损失；获利与受损之间存在因果关系；获利没有合法根据，即无“法律上的原因”，这是不当得

利的关键。本问题中,借款人自愿支付利息的行为是基于借款合同的成立和有效履行,并非没有“法律上的原因”。再者,借款合同未约定利息,存在两种情况,一种是双方可能有过口头的约定,这种情况在实践中并不少见,借款人是依据约定支付利息,便不得再要求返还;另一种是双方确实没有约定过利息,此种情况下,借款人主动支付利息的行为可视为新要约,出借人无异议并接受即形成双方新的合约,该合约已履行完毕,借款人要求返还即属于毁约行为,也不应得到支持。

(本书研究组)

## 保险公司支公司有无诉讼主体资格

答:原告作为投保人为其丈夫在某保险公司县级营销服务部办理了人身保险业务,保险受益人为原告。保险公司提供了由该公司省分公司批准生效而加盖总公司(住所地在北京)印章的格式合同,而保险费则由该公司的市中心支公司收取并出具了发票。后黄某病亡,为理赔事宜,袁某以该保险公司的县级营销服务部及市中心支公司(均有营业执照)为共同被告诉至法院。该公司市中心支公司辩称,其不是

适格被告,应以省分公司为被告。究竟谁是适格被告,合议庭有三种意见:第一种意见认为该公司市中心支公司是适格主体。第二种意见认为应以该公司市中心支公司和省分公司为共同被告。第三种意见认为应以省分公司为被告。请问:哪种意见正确。

答:第一种意见是正确的。理由是:第一,保险公司市中心支公司收取保险费行为,表明其是保险合同的实际履行者,属于适格被告。本案的保险合同虽然是经保险公司省分公司批准生效而加盖总公司的印章,但与原告进行合同协商的是该保险公司县级营销服务部,即要约与承诺发生在原告与该保险公司县级营销服务部之间,市中心支公司收取保险费并出具发票的行为,表明其是保险合同的实际履行人。原告根据合同协商、签订和履行的实际情况,将二者列为被告,符合诚实信用原则,不存在虚列被告争管辖等情形。故第一种意见根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(三)》第二十条规定,认定保险公司市中心支公司为适格被告,是正确的。

第二,本案中的合同是格式合同,应当按照有利于原告一方进行解释。本案原告实际在保险公司县

级营销服务部办理的保险业务，市中心支公司收取保险费并出具发票，保险合同是经保险公司省分公司批准生效，加盖的是总公司的印章，保险公司的四级机构均参与了保险合同的签订和履行，如何确定保险合同主体，存在两种以上的解释。根据《中华人民共和国合同法》第四十一条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。应当作出不利于保险公司一方的解释，因此市中心支公司主张其不是适格被告的请求不应予以支持。

(本书研究组)

## 怎样理解民事诉讼法第二百五十三条规定的“加倍支付迟延履行期间的债务利息”

答：民事诉讼法第二百五十三条规定：“被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。”实践中各地法院对迟延履行金钱义务掌握的标准

不一，有的认为“金钱义务”仅认定为判决主文被告应承担的金钱给付义务，有的认为还应包括由被告承担的诉讼费、鉴定费等费用。另外对利息计算的起止时间也有争议。请问对此应如何掌握？

答：关于利息的标准和起算时间问题。根据民事诉讼法第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息标准是按银行同期贷款最高利率计付的债务利息基础上再增加一倍。被执行人承担迟延履行责任的起算时间为生效法律文书指定的履行期间届满之日起，而非法院执行通知书指定被执行人履行的期间届满之日起，即使被执行人在执行通知书指定的期间内履行了法律义务，但超过了生效法律文书指定的履行期间，申请执行人仍有权要求被执行人加倍支付迟延履行期间的债务利息。

关于迟延履行利息基数的确定问题。我们认为，诉讼费用不应当计入迟延履行利息的基数中，理由是：债务利息是指因生效法律文书确定的债务所产生的利息，对于判决来讲，是指判决主文确定的给付金钱债务所产生的利息。而诉讼费用是当事人在诉讼中向法院交纳的费用，与双倍迟延履行利息惩罚性和补偿性不相符。如预交案件受理费是民事诉讼法对原告及上诉人的

要求,目的是防止当事人滥用诉权,对方当事人并未因此受益。另外,在不同案件中诉讼费用是不同的,有的案件对当事人减免诉讼费,有些案件的鉴定费是被告申请和支付的。将诉讼费用计入迟延履行利息基数没有依据。加倍支付生效判决确定的给付金钱债务的迟延履行期间的利息,已体现了对迟延履行的惩罚和对债权人的补偿,较好地平衡了双方的利益。

(本书研究组)

## 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条规定能否适用于以房屋所有权安置租赁房屋的情形

答:甲厂与乙拆迁办签订的《拆迁安置协议书》约定,乙拆迁办拆迁甲厂的房屋后,以某特定位置、面积的所有权房屋安置甲厂。但该安置协议书中拆迁甲厂的房屋中,甲厂仅对部分被拆迁房屋享有产权,对大多数被拆迁房屋并不享有产权,仅享有承租的权利,此种情形能否适用《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干

问题的解释》(以下简称《商品房买卖合同解释》)第七条的规定?

答:《商品房买卖合同解释》第七条第一款规定:“拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议,明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置,如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人,被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的,应予支持。”虽然上述规定针对所有权调换形式,但是从该条规定的立法原意而言,该规定的重点应在于以所有权来安置被拆迁人。因此,如果拆迁安置补偿协议约定以房屋所有权来安置被拆迁人,则原则上应考虑对上述规定作扩张解释,即应考虑上述规定的适用。

从提问的情形来看,甲厂虽然只对部分被拆迁房屋面积享有产权,对多数房屋面积仅有使用权,但如果根据案涉《拆迁安置协议书》的约定,拆迁人与被拆迁人已经约定以建成房屋的所有权对甲厂进行安置,则这种产权安置的约定符合《商品房买卖合同解释》第七条规定的情形,在此种情况下可以适用《商品房买卖合同解释》第七条的规定,由甲厂优先取得安置房屋。

(本书研究组)