

总主编◎高在敏 李少伟

法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材

赵林青◎主编

民事案例评析

MINSHI ANLI PINGXI

中国政法大学出版社

法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材

总主编 高在敏
李少伟

民事案例评析

主 编 赵林青

撰稿人 (按撰写部分先后为序)

李 新 肖福禄 赵林青

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事案例评析 / 赵林青主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2008. 6

ISBN 978-7-5620-3236-6

I. 民... II. 赵... III. 民事诉讼法 - 案例 - 分析 - 中国 IV. D925.105

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第084769号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 16.5印张 300千字

2008年6月第1版 2008年6月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3236-6/D·3196

定 价: 28.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

民商法是市场经济的基本法。民法学、商法学和民事诉讼法学是高等学校法学专业的核心课程。西北政法大学民商法学院根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》，先后编写并出版了《民法学》、《商法》和《民事诉讼法学》教材。在此基础上，根据我院课程设置的需要和教材建设规划，在总结多年课程教学经验、吸收教学改革成果的基础上，组织学术水平较高、教学经验丰富的教师编写并推出“法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材”。编写此“系列教材”的目的：一是深化民商事实体法学和程序法学的教学内容，扩展和丰富课程类型；二是体现理论与实务的结合，培养学生的法律专业技能或实务操作能力。

首批编写和出版的教材有：侵权行为法理论与实务、民事案例评析、商事案例评析、证券法理论与实务、票据法理论与实务、破产法理论与实务、亲属法学、民事执行学、仲裁法学。

这套系列教材的出版既是我院教学改革阶段性成果的体现，更是一种新的尝试，其中难免有欠妥适之处，诚望同仁和读者不吝指正。

编者

2008年5月

说 明

民事案例评析课作为西北政法大学法学专业学生的选修课,目的旨在通过对典型个案的分析,发现和研究理论与实务上的民事法律问题,培养学生的研究兴趣,通过训练,使学生运用法律思维方式分析、解决问题的能力有所提高。民事案例评析课的重点不是由教师阐述、灌输给学生,而是师生互动、以学生为中心、不定唯一答案的整个教学过程,在这种学习过程中,学生不仅仅从老师的施教中学习,而且从他人的学习经历中获得启示和借鉴,在自己查询、求证、剖析案件的过程中得以学习和提高。本书中的深度分析只是给学生提供一种分析的思路,绝不是唯一的答案。

本书共由四个部分组成,总论部分、物权法部分、债权法部分和案例赏析部分。撰写分工如下:

李 新:总论部分案例,赏析案例中的第五、六个案例;

肖福祿:物权法部分案例,赏析案例中的第三、四个案例;

赵林青:债权法部分案例,赏析案例中的第一、二个案例。

编 者

2008年5月30日

| 目 录 |

第一部分 总论案例 1

- 一、民法基本原则之公序良俗原则 /1
- 二、冯大勇宣告死亡案 /11
- 三、未成年人被监护案 /22
- 四、租借北京故宫博物院拍电视剧案 /32
- 五、表见代理、职务行为还是犯罪 /43
- 六、姐妹花诉讼时效一案 /54

第二部分 物权法案例 65

- 一、非法律行为引起的不动产物权变动,登记只有宣示效力 /65
- 二、债权行为和物权变动各自独立 /71
- 三、特殊动产,登记对抗主义 /79
- 四、无权处分和表见代理是不同的概念 /83
- 五、保证人与物上担保人向债权人承担连带责任 /87
- 六、不能流质,但可以代物清偿 /93
- 七、征收必须以公共利益为目的 /100

第三部分 债权法案例 106

- 一、公交车纠纷案 /106
- 二、房屋纠纷案 /119
- 三、古董保管案 /137
- 四、曹某一房二卖案 /148
- 五、未成年人不当得利与无因管理 /168

六、小说惹的祸——死者名誉纠纷 /175

七、甲女、乙男诉 A 市妇幼医院侵权案 /186

第四部分 赏析案例 198

一、陈某诉李某、刘某及超市人身损害赔偿案 /198

二、机器设备融资租赁合同案 /208

三、顾然地诉巨星物业排除妨碍、赔偿损失纠纷案 /222

四、混合担保,债权人享有选择权 /230

五、违约、侵权、还是代理?——析一起储蓄纠纷案件 /234

六、何某与王某房屋买卖重大误解案 /244

第一部分

总论案例

一、民法基本原则之公序良俗原则

【案情简介】

四川省泸州市某公司职工黄某和蒋某于1963年5月登记结婚，但是妻子蒋某一直没有生育，后来只得抱养了一个儿子，由此给家庭笼罩上了一层阴影。1990年7月，蒋某继承父母遗产而取得面积为51平方米的房屋一套。1995年因城市建设，该房屋被拆，拆迁单位将一套面积为77.2平方米的住房安置给了蒋某，并以蒋某的名义办理了房屋产权登记手续。1994年，黄某与比他小20多的女子张某相识，并且在第二年开始同居。黄某的妻子蒋某发现这一事实以后，进行劝告，但是无效。1996年底，黄某和张某租房公开同居，以“夫妻”名义生活，依靠黄的工资（退休金）及奖金生活。2000年9月，黄某与蒋某将蒋某继承所得房产以8万元的价格出售。双方约定在房屋交易中产生的税费由蒋某负担。2001年春节，黄某、蒋某将售房款中的3万元赠与其养子。2001年2月，黄到医院检查，确认自己已经是晚期肝癌。在黄即将离开人世的这段日子里，张某面对旁人的嘲讽，以妻子的身份守候在黄的病床边。黄某在2001年4月18日立下遗嘱：“我决定，将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和出卖泸州市江阳区一套住房售价的一半（即4万元），以及手机一部遗留给我的朋友张某一人所有。我去世后骨灰盒由张某负责安葬。”4月20日黄的这份遗嘱在泸州市纳溪区公证处得到公证。4月22日，黄去世。黄某的遗体火化时，张某偕同律师上前阻拦，并当着蒋某的面宣布了黄某留下的遗嘱，并根据遗嘱向蒋索要财产和骨灰盒，但遭到蒋的拒绝。于是张某以蒋某侵害其财产权为由将其诉至泸州市纳溪区人民法院。请求依据《继承法》的有关规定，判令被告蒋某按遗嘱履行，同时对遗产申请诉前保全。从5月17日起，法院经过4次庭审之后（其间曾一度中止，2001年7月13日，纳溪区司法局对该公证遗嘱的“遗赠抚恤

金”部分予以撤销,依然维持了住房补贴和公积金中属于黄某部分的公证。此后审理恢复),10月11日纳溪区人民法院公开宣判,认为:尽管《继承法》中有明确的法律条文,而且本案中的遗赠也是真实的,但是遗赠人黄某的遗赠行为违反了《民法通则》第7条“民事行为不得违反公共秩序和社会公德”的法律原则和精神,损害了社会公德,破坏了公共秩序,应属无效行为,因此作出驳回原告张某诉讼请求的一审判决。一审判决后,张某不服,于2001年11月向四川省泸州市中级法院提起上诉。二审法院在查明本案的事实后,以与一审法院同样的理由,当庭作出了驳回上诉,维持原判的终审判决。

【预习导读】

(一) 知识回顾:公序良俗原则;民法基本原则的适用条件。

(二) 参考书目:

1. 于飞:《公序良俗原则研究:以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版。

2. 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社2004年版。

3. 梁慧星:《民法总论》(高等学校法学教材),法律出版社2001年版。

(三) 相关法规:

1. 《民法通则》第7条。

2. 《婚姻法》、《继承法》第7、16、19条。

【思考问题】

1. 如何理解民法公序良俗原则?

2. 如何从法律上理解“黄某病重期间张某以妻子的身份守候在其病床边”之事实?

3. 公序良俗原则的法律适用。

4. 如何看待本案遗嘱的效力?

5. 黄某设立遗嘱的行为与“包二奶”有必然联系吗?其行为违反社会公共利益吗?其动机是什么?

6. 如何理解法官的自由裁量权和法律解释?

【深度分析】

(一) 公序良俗

公序即公共秩序,是指人类的公共生活秩序,与人类的基本利益和国家、社会的基本利益是统一的。良俗即善良风俗,是在特定社会条件下人们对一些

问题的一般习惯性认识。在理论上,学者们一般将这一概念表述为道德,而且是最基本的道德,是“特定社会所尊重的起码的伦理要求”。^[1]由于公共秩序与善良风俗目的相同,同为人类社会最基本的行为规范,且在部分内容上是重合的,两者相辅相成,互相支持,共同发挥效力,所以应一并规定在民法中。公序良俗原则于民法规定之初,乃是对契约自由进行限制,但于今,公序良俗原则已被视为与诚信原则同等的私法领域的大原则:私法上权利的行使、义务的履行,须在此范围内,始为正当。诚信原则是在法律自由之基调上,从法律内部对当事人间的权益加以调整修补,而公序良俗则是在同样的基调上,从外部对之加以限制。有学者将公序良俗的功能归纳为四个方面:①公序良俗原则维护了法律的正义;②公序良俗原则克服了法律的局限性;③公序良俗原则扩大了法官自由裁量权;④公序良俗原则使民法成为一个开放的体系。中国现行法因受前苏联民事立法及民事理论的影响,未使用公序良俗等字样,而以“社会公共利益”、“社会公德”来表达同样的精神,“社会公共利益”在内涵与作用方面同“公共秩序”相当;“社会公德”则与“善良风俗”相当。公序良俗原则在诸多民事立法较好的国家都有明文规定,如《法国民法典》第6条规定,个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。《德国民法典》第138条规定,违反善良风俗的法律行为无效。《日本民法典》第90条规定,以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为无效,等等。民法之所以需要规定公序良俗原则,是因为立法当时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定,故设立公序良俗原则,以弥补禁止性规定之不足。公序良俗原则包含了法官自由裁量的因素,具有极大的灵活性,因而能处理现代市场经济中发生的各种新问题,在确保国家一般利益、社会道德秩序,以及协调各种利益冲突、保护弱者、维护社会正义等方面发挥极为重要的作用。当遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为,而又缺乏相应的禁止性法律规定时,法院可直接依据公序良俗原则认定该行为无效。日本学者我妻荣运用判例综合研究法,将违反公序良俗的行为归纳为以下七种类型:①违反人伦的行为;②违反正义观念的行为;③利用他人窘迫、无经验获取不当利益的行为;④极度限制个人自由的行为;⑤限制营业自由的行为;⑥处分生存基础财产的行为;⑦显著的射幸行为。此即著名的“我妻类型”。了解了第一个问题后,接下来需探讨的是直接适用民法基本原则审理民事纠纷的前提是什么?或许有人会引用《瑞士民法典》第1条第2款之规定:“无法从本法得出相应规定时,法官应依据习惯法裁判;如无习惯法时,依据自己如作为

[1] 郑玉波:《民法总则》,三民书局印行1959年版,第11页。

立法者应提出的规则裁判。”或者是我国台湾地区“民法”第1条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”类似的规定还可见于德国、意大利、日本、奥地利等国家的民法典。同时还有人会举出学理上的理由反对民法基本原则直接适用于审判实践。这样的论证无疑是为了确立法律的最终权威，使得法律能够确定并且可以预见，能够起到引导当事人行为的作用。

（二）自由裁量权

直接适用民法基本原则解决民事纠纷必然涉及法官的自由裁量权。有句名言说得好，“理论是灰色的，而生活之树常青”。法学家并非无所不知，法律也非万能的，面对不断发展变化的客观情况，实践中法官的自由裁量权不可避免，也是必要的。但是具体案件中法官的自由裁量权并非可以不受约束地恣意适用，它至少应受到以下两点制约：

1. 自由裁量权应受到法律解释方法的约束。在适用法律规范时，“对于适用者而言，恰恰就是在讨论该规范对此类案件事实是否适用时，规范文字变得有疑义”。^{〔1〕}而法律解释方法要求我们在适用法律时首先要判断案件事实的法律关系和适用的法律规范。因此法官可以用什么方法对《继承法》以及本案遗嘱的合法性作出解释是处理本案的第一步。

那么，法律解释的原则或规则是什么？不言而喻，法官的自由裁量权是依附于其严格适用法律之义务的，超越权限的任意解释无疑会破坏法律的权威。鉴于近年法学界在这方面已经有诸多著述，本人在此不对法律解释的理论过多赘述，且以梁慧星教授提出的以下规则作为出发点：①任何法律条文之解释，均必须从文义解释入手；②经采用文义解释方法，出现复数解释结果时，才可以继之以论理解释；③作论理解释时，应先运用体系解释和法意解释方法以探求法律意旨；在此前提下继之以扩张解释或限缩解释或当然解释以判明法律之意义；若仍不能澄清法律疑义，应进一步作目的解释，以探求立法目的；最后可再进行合宪性解释，审核其是否符合宪法之基本价值判断；④在论理解释仍不能确定解释结论时，可进一步作比较法解释或社会学解释；⑤所作解释，不得完全无视法条之文义。^{〔2〕}按照这个顺序，本案在对继承法进行文义解释后，似乎出现了复数的结论。不少学者认为，《继承法》仅就一般情况下遗产的处分问题作出了规定，对于“第三者”能否接受遗赠，并没有明确作出规定。另有学者认为，既然《继承法》中没有明确的禁止规定，则遗产当然可以赠与任何人，也包括侵害合法婚姻家庭权益的人。接下来，法官就应当从文义解释和形

〔1〕 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版有限公司1996年版，第217页。

〔2〕 杨立雄：“‘个体主义’抑或‘整体主义’”，载《经济学家》2000年第1期。

式推理进入到论理解释和实质推理阶段。论理解释是以承认法律漏洞及填补漏洞的必要性为前提的，没有相应的法律规则并不是拒绝解释的理由，而恰恰是解释的开始。法院在出现法律漏洞的情况下引用一般法律原则来进行裁判，是符合法治精神的。因为，很显然，如果法律真的存在漏洞，我们不可能先将案件搁置在一边，而等待立法机关将法律制定出来再进行处理。1889年著名的 *Riggs v. Palmer* 案就是一起涉及遗嘱继承的案件——遗嘱继承人杀害了被继承人，他是否仍然可以合法继承遗产？当时的法律并无任何明确的禁止或限制，缺少作出否定性判决的形式推理的必要前提。然而，法官通过论理解释和实质推理认为，允许其继承遗产不符合法律的精神和立法者的意图，因为任何人都不应从其犯罪行为中获益，否则就失去了法律的公正性。由此案产生了一个新的法律规则：杀害被继承人的人应当被剥夺继承权，此后，这一规则为世界各地的继承法所确认。因此，法官自由裁量权必须是在缺少明确规则或社会情势发生变化的情况下适用。由此可见，本案的核心问题是：法院应不应当避开《继承法》而直接适用公序良俗原则？换句话说，《继承法》的规定是否已经出现了严重功能障碍，存在着法律漏洞？我们注意到，首先，本案公证已经证明了遗嘱是立遗嘱人黄某的真实意思表示，形式合法。虽然该公证遗嘱后来又被纳溪区司法局依法对“遗赠抚恤金”部分予以撤销，但同时仍然维持了住房补贴和公积金中属于黄某部分的公证，这就表明，黄某的遗嘱行为及其内容，已经得到了国家意志的确认。当然，经过公证的行为不一定必然有效，本案焦点之一是黄某所立遗嘱是否有效，实际上就是黄某处分自身财产的自由，在本案中应否受到法律的限制。理论上说，民法上对自由的确认和保障，无需理由也无需法律依据；但对于自由的限制，既需要有足够充分的理由，又需要有明确的法律依据。这一价值取向，是个人化的，因而也是无法且不需要论证的，可以将其等同于一种信仰。我们可以从几方面分析该遗赠行为的效力：首先看黄某设立遗赠的行为是否有效。根据我国《继承法》第16条第3款规定：“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”这就从正面规定了我国公民有设立遗赠的权利。同时，我国法律又从反面规定遗赠设立的效力问题，如遗赠是通过设立遗嘱的方式进行的，《继承法》第19条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”如果设定遗赠的遗嘱违反了这一规定，遗赠便因为违反法律无效。同时，法律也不允许遗赠人通过遗赠的手段来逃避其应当缴纳的税款和应该归还的债务，所以如果有逃避税款或者债务的情况，则遗赠也无效。当然，在本案中，并不存在上述的问题，所以不会产生因为遗赠违反《继承法》规定而无效的情况。同时我们还需要考察设定遗赠的形式——遗嘱的有效性。因为遗赠是通过遗嘱设

定的，则遗嘱的有效是遗赠有效的一个必要的前提。按照我国《继承法》第22条的规定，遗嘱的有效要件为：立遗嘱人具有立遗嘱能力；遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示；遗嘱不得取消缺乏劳动能力又无生活来源的法定继承人必要的继承份额；遗嘱处分的财产是遗嘱人自己的财产；遗嘱的内容合法；遗嘱的形式有效。根据上述有效要件，我们一一对应考察案件的情况：本案中，黄某是一个完全民事行为能力人，同时其设定遗嘱的时候并没有发生昏迷等情况，因此遗嘱人应该有立遗嘱能力。同时遗嘱也的确是遗嘱人自己的真实意思表示，不存在受欺骗、胁迫或者伪造、篡改的情况。而且案件当中不存在取消缺乏劳动能力而无生活来源的法定继承人的遗产份额的情况。处分的财产在遗嘱中也明确地表明是“自己那份财产（价值约4万元）”。遗嘱的内容没有违反法律的强行性规定。遗嘱的形式是公证遗嘱。我国《继承法》第17条第1款承认了公证遗嘱的形式：“公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。”同时该法第20条第3款规定了公证遗嘱与其他形式设定的遗嘱的效力次序问题：“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。”在本案中，黄某的遗嘱是通过纳溪区公证机关公证过的，因此应当具有完全的可信性。由此判断：黄某的遗嘱是完全有效的。另外，我们可以考察张某是否有得到遗赠的权利。我国《继承法》虽然没有直接规定受遗赠权消灭的原因，但是我们可以比照继承权丧失的原因来看待这个问题。《继承法》第7条规定：“继承人有下列行为之一的，丧失继承权：①故意杀害被继承人的；②为争夺遗产而杀害其他继承人的；③遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；④伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。”但是在本案中并没有发生这样的问题，则不应该剥夺张某的受遗赠权。《继承法》第5条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”另外，第16条第3款还规定：“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”因此，按照《继承法》的相关规定，黄某的遗嘱行为及其对财产的处理完全是在法律允许的范围之内。同时，从现行《继承法》和其他法律法规的规定来看，确实没有禁止所谓的“第三者”接受遗赠的内容和规则。本案法官应该以“特别法优于普通法”的原理做出适用《继承法》的选择，这样的原理所隐含的信息就是，法官应该严格依法判决，法律对原告的权利是有规定的，原告对自己权利的诉求和维护是于法有据的，是应该受到法律的保护的。是法律给了原告以合法而确定的预期，因此，她才诉请法律来争取她自己的权利。在这里，法律没有空白和漏洞，法官所需要做的，仅仅是正确地适用法律，给当事人一个明确而权威的裁断而已。在这里，不需要法官自由裁量权的发挥，因为并不存在所谓的“法律的空白地带”。原告所需要的是法律的权威。我们认为，

立法者的原意是最大限度地尊重当事人（立遗嘱人）的意思自治，在符合其他形式要件的前提下，遗嘱的内容即使违反道德，只要不涉及上述必须排除的情况，就应该认定其为合法有效。如果连法律、公证等国家意志都不能给当事人以确定的预期，那么，当事人还指望有什么可以可靠地指引他们的行为呢？他们还能信任国家和法律些什么呢？难道他们只能求助于私力的救济，求助于暴力、非法组织等国家与法律的替代形式去解决他们的纠纷和争议？因此，在通常的情况下，我们认为，对本案的处理，除了“遗赠抚恤金”部分被予以合法撤销外，首先应该按照遗嘱的内容，将其列出的财产交给张某，以维护张某的合法受遗赠权，并由张某负责安葬黄某的骨灰盒；其次，黄某的其他财产再按法定继承的程序办理，依法维护黄某的妻子蒋某及他们养子的继承权。这就是法律应该对当事人双方的权利和义务做出的安排。按照黄某的遗嘱对他的财产加以处理，不仅符合黄某对自己财产处理的确定期望，更为关键的是，法官支持张某的诉讼请求，并不是表明法院对张某充当第三者的行为的认可和纵容，而是表明法院尊重死者黄某作为一个中国公民生前处分自己财产的权利和遗嘱自由的权利。同时，也表明法院对法律的尊重。《继承法》对个人遗产继承作了明文规定，本案中法官的自由裁量权无从适用。

2. 行使自由裁量权应慎用“道德、民意”考量。即使本案法官有自由裁量权，法官在自由裁量权的行使上也存在问题：①《民法通则》的指导思想和立法本意是弘扬财产所有权神圣原则和遗嘱自由精神，而非杜绝或控制“第三者”、“包二奶”等不良社会风气；②法官的首要任务是通过具体案件的审判以实现个案中的公平，而非追求社会整体的公平。本案中，黄某所立遗嘱与国家利益发生冲突的可能性极小，最有可能与之发生冲突的，当属社会公共利益。正反各方的争论，也是围绕这一问题展开。这就又使得本案的讨论涉及究竟何谓社会公共利益？黄某的遗嘱何以就损害了社会公共利益？这仍要从我国现行民事立法的规定中去分析。现行民事立法上比较典型的社会公共利益的类型包括：①不特定第三人的私人利益；②与基本法律价值相联系的私人利益，如自然人的生命利益、健康利益、自由利益等；③社会公德。从立法论的角度看，还应将死者的利益包括在社会公共利益之内。严格来讲，在很多情形下，这样一个社会公共利益的清单，只会一定程度上增加我们法律共识的内容，但对于具体问题的解决可能仍然于事无补。比如本案，黄某立遗嘱将财产遗赠给作为“二奶”的张某，是否会导致其处分财产的自由与社会公德之间的冲突，仍是一个需要做出价值判断的问题。首先黄某的行为不会损害第二种利益。其行为与第一种利益应该也无涉，因为黄某立遗嘱处分的是自己的个人财产。公序良俗原则的适用仅限于国家利益或者社会公共利益与民事主体私人利益发生冲

突的场合。本案不存在这种情况。

本案争议在于黄某与张某非法同居进而立遗嘱将财产赠与张某是否违反社会公德。何谓社会公德？一般而言，社会公德是全体公民在社会交往和公共生活中应该遵循的行为准则，涵盖了人与人、人与社会、人与自然之间的关系。我们当前的社会公德，以“文明礼貌、助人为乐、爱护公物、保护环境、遵纪守法”为主要内容。与公德相对的是私德。两者的厘定确有一定难度，因为有许多不同的标准。一种是从指涉范围来区分，该划分简单明了，作用于社会公共生活的为公德，作用于私人生活领域的为私德。这种划分的弊端同这种划分方式本身一样，社会生活与私人生活多半是一体两面，个体行为常常产生社会影响，社会生活必然由个人生活构成，直接影响个人生活。^{〔1〕}那么，是不是不存在严格意义上的“私人生活”，私人生活只是公共生活的特殊空间，都要接受社会公德的监督呢？显然不应如此。2002年8月18日发生在陕西省延安市在全国掀起轩然大波的“夫妻看黄碟”事件，因为对国家社会没有产生危害，不属违法行为，而且如果不是警察的错误干涉，也不会有人知道，这种行为就是严格意义上的私人生活，不应受到公德的干涉。另一种是以道德的功能来划分，有益于公众团体或社会的是公德，有益于个体的是私德。有益于社会确实是公德的特点，但公德有益于社会并不等于说有益于社会的就是公德。公德具有公共性，常人皆应具有，如果有益于社会的就是公德，那我们就应该将自己的休闲娱乐时间用于公益活动，为社会做贡献，否则就是缺乏公德，这显然荒谬至极。再一种是以道德主体的道德状况来划分的。公德之“公”可以有两种解释，一是与私人相对的社会之意，由此推及，公德是指社会生活领域中的道德；一是普遍之意，即公度、公认之意。据此，公德即指社会公众应该普遍具备、共同认可的道德状态，这可以说是抓住了公德的一个基本特征。

但社会公众普遍具备的也未必是公德，在社会失范的情况下，某种恶行可能具有较强的普遍性，这恰恰是公德建设需要清除的诟病、社会正义需要铲除的弊端。公德应该有其积极意义，能够普及善行，至少要有利于社会秩序的维持与提升。从这个意义上说，公德不仅是普遍之德，更应该是一种美德。此外，公德属于历史范畴，某种公德逐渐深入人心，可能成为风俗传统甚至是社会、民族个性心理的构成部分，此时，这一曾经的公德就不成其为公德了，违反这一道德也不是道德问题，而是精神病态的表现。^{〔2〕}由此看来公德与私德之间的

〔1〕 弘扬：“加强社会公德建设提高社会公德水平”，载人民网，www.people.com.cn，2002年6月4日访问。

〔2〕 詹森林：《民事法理与判例研究》，中国政法大学出版社2002年版，第13页。

区别有时候是很模糊的，只要不影响国家、集体和他人合法利益，不公开宣扬，只限于成年男女之间的婚外同居行为，算不上违法，算不上损坏社会公德，因此黄某立遗嘱的行为不应受到干预。再则，黄某立遗嘱和其与第三者同居属两个独立的行为，黄某与张某的同居关系固然存在，可是，法院凭什么认定二者的婚外同居关系及同居关系与遗嘱之间的必然联系呢？有什么人就二者的同居关系向法院起诉了吗？如果法官确认其同居关系，并在此基础上推论其遗赠行为与其同居关系存在必然关系，则法官确实走得太远了一些。婚外同居关系并不必然导致遗嘱无效，二者显然属于不同的法律关系，并无必然的联系。婚外同居违法，不能推导出遗赠行为违法，或者当事人其他民事行为也都违法。我们假设张某的身份不是“第三者”，而是黄某的同事，或是一位与黄某并不相识的陌生人，这样张某的受遗赠权是否可以得到实现呢？法律是否可以维护她的合法受遗赠权呢？答案显然是肯定的。假如本案黄某通过遗嘱将其财产遗赠给他的一名开赌场的朋友或者一名嫖客朋友，法院应该不会判决该遗嘱无效，因为法院肯定会说人家开赌场、当嫖客与本案无关。为什么黄某将其财产遗赠给第三者，法院就不能承认该遗嘱的效力呢？赌博、嫖娼、当“第三者”，在我们国家都被认为是违反社会公德的，为什么法院要区别对待呢？应该说，本案原告张某充当“第三者”的行为与她接受遗赠的权利是两码事。她充当“第三者”的行为破坏了他人的家庭幸福，当然违背了社会公德，但是她接受遗赠的权利绝不能因为她有充当“第三者”这种不道德的行为而被剥夺，就如同法律不能剥夺小偷的继承权一样。而本案的处理，仅仅是屈从于所谓民意的需要，便断然任由良心、道德牵引法官而使之丧失对法律应该具有的忠诚，去达到一种实际上是法外的、良心上的、个案看似公平的公平，去违背法治的本质精神和原则。在某种程度上，这是对依法治国进程的一种挑衅，是无益于人们法律信仰的确立和巩固的。

3. 法官对于社会公德本身理解有误。由于利益主体多元化、思想文化多元化、价值取向多元化，普遍的社会公德是否存在值得怀疑，如果有，其含义应是指每个人都能真正地享有法律所规定的权利，都认真对待和正确行使自己的权利。在一定的意义和程度上，我们更认为，民众的掌声也许更需要理智的引导。所谓的民意，有时是公共选择的结果，有时则是盲从、情绪化、不知情（对法律的不了解）、不加分析和不计后果的结果。建设法治国家的伟大进程，更需要人们的理智行为来襄助，而不是感情用事，听任情感的驱使。

本案人民法院的判决既在人们的预料之中，因为它“满足了当地民众对本案的是非判断和道德评价”，以民意的表达代替法律的宣告；又在人们的预料之外，因为法院承受着它所不能承受之重，违法行使了它裁断纠纷的权力，违背

了司法的基本原则，没有严格依法履行它应尽的职责。本案中，对黄某所立遗嘱是否真实有效、张某是否有权接受黄某的遗赠等问题，《继承法》里有明确的法律条文对其进行了规定，因此，法官在适用法律时绝不能舍弃《继承法》的具体规范而直接去适用极具模糊性与不确定性的公序良俗原则。本案中，法官虽然也认识到《继承法》属于特别法，但是仍然置司法中“特别法应优于普通法”的基本原则于不顾，为了一个特定的社会效果的需要，偏离了司法的基本原则，任由自己“屈从于容易激动的情感，屈从于含混不清且未加规制的仁爱之心”，使自己成为“一位随意漫游、追逐他自己的美善理想的游侠”。应该说，法院是为了迎合所谓的“热烈掌声”，才没有严格依法裁判，而是尝试违反法律推理的逻辑顺序和司法的一些确定原则，凭良心偏好判案，这对主张权利的当事人是不公正、不公平的。

本案需探讨的另一问题是，从法律上如何理解“黄某病重期间张某以妻子的身份守候在其病床边”之事实。从法律上说，首先黄、张二人已构成重婚罪。重婚罪是指有配偶的人在夫妻关系存续期间又与其他人建立夫妻关系，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。本案中黄某是有配偶又与张某公开以夫妻名义同居，张某是明知黄某有配偶而与其公开以夫妻关系同居，两人都已经构成重婚罪。当然本案例要探讨的关键还是是否应该保护张某的受遗赠权利的问题。黄某长期与张某同居，及其病重期间张某以妻子的身份守候在其病床边之事实也从另一侧面反映出黄某与其妻子蒋某之间的关系名存实亡。我国《婚姻法》强调婚姻以感情为基础，婚姻如果没了感情就什么都没有了。这里所说感情一定程度上说就是爱情。爱情不同于亲情，亲情是与生俱来不可改变的，爱情则不然，随着时间、环境的变迁会发生变化，当婚姻中双方或其中一方的爱发生了改变，这样的婚姻还有必要继续存在吗？仅仅依靠责任维系的婚姻会幸福吗？维持没有感情的婚姻道德吗？而张某在黄某病重期间以妻子的身份守候在其病床边之事实表明两人是有感情的。为了表达这份感情，并在自己死后给张某一份生活保证，黄某立遗嘱将自己的个人财产赠与张某的动机既不违法也不违反社会公德。