

浙江省律师协会 编

MINSHANGSHI
DIANXING PANLI YANJIU

民商事 典型判例研究

第一卷

| 陆云良/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

浙江省律师协会编

民商事典型判例研究

第一卷

主编 陆云良



法律出版社

www.lawpress.com.cn



法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

民商事典型判例研究. 第1卷 / 浙江省律师协会编.
—北京: 法律出版社, 2010. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0749 - 6

I. ①民… II. ①浙… III. ①民事诉讼—审判—案例
—分析—中国 IV. ①D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 073346 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/李娟华

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/保定市中国美凯印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.5 字数/326千

版本/2010年5月第1版

印次/2010年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0749 - 6

定价: 29.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任：叶 明

主 编：陆云良

副主编：金克明 洪友红 魏 杰

编委会委员（按姓氏笔画为序）：

王海霞 叶 明 冯震远 陆云良 张学锋

陈小明 吴清旺 金克明 金炳聪 洪友红

章定表 舒 军 魏 杰

序

浙江是中国市场经济的先发地,是中国民营经济的发达地,也是中国民商事最为活跃的沿海省份。浙江律师一直以诉讼特别是民商事诉讼作为其主战场。随着市场经济日趋完善,随着公民和法人权利意识的日益觉醒,民商事纠纷数量越来越多,标的越来越大,法律关系越来越复杂,解决难度越来越高。近年来,我省律师以服务中心、服务社会为己任,通过介入民商事纠纷,维护市场经济的正当秩序,提高交易的效率和效益,提升企业依法经营的水准,维护公民和法人的合法权益,促进社会和谐。与此同时,我省律师在民商事方面积累了大量的实务经验,以自己的专业、技巧和智慧,推动我国民商事司法工作的进步。

判例在法律适用中的地位越来越引起人们的高度关注。虽然我国属大陆成文法系,但是,判例特别是典型判例是我国法律体系的重要组成部分,在司法实践中有着重要的法律地位。社会生活和经济交往日新月异,成文法天然的滞后性客观上需要大量的生动鲜活的判例予以弥补和延廓。而从成文法适用的路径来看,判例是成文法与现实生活对接,最终规范现实生活的重要途径和方式之一。因此,从这个意义上看,本书的编辑出版是很有意义的一件事。

判例是法理的重要表现形式之一。法理是广义的法学家和法官就法律问题所陈述的观点。因此,法理包括学说和判例两种基本形式。学说是学者法,判例是法官法。在法律及其适用日益复

杂化的今天,大多数判例的形成都离不开律师的参与。广大律师为维护当事人的合法权益和法律的正确适用,孜孜求索,据理力争,不倦工作,为判例法打上了深深的律师适用法律的印记。因此,从这个意义上说,判例法既是法官法,也是律师法。

本书精选了各具典型性和代表性的30个判例,而且对每个判例都作了比较深入的评析。这些评析画龙点睛,使每个判例所蕴涵的法理光芒更加璀璨夺目。相信本书的出版,对律师办理民商事法律事务具有较高的指导价值。本书是第一卷,在第二卷、第三卷出版的时候,我们可以看到更加全面、系统和深入的法理评析。

浙江省律师协会会长:章靖忠

2010年2月20日

目 录

绪论:遵循先例是司法的重要原则	陆云良(1)
乘客为司机所害,车主应否为之担责	吴清旺 唐炳洪(11)
间接证据可以否定直接证据的效力	叶 明(23)
少交一把钥匙,汽车被盗出卖人是否担责	陈汪明(34)
未投保自燃险的车辆出险保险人免责	方刚成(44)
是保险金还是保险费?	蒋莹磊(53)
医疗鉴定医院负轻微责任,法院判决担全责	朱祖飞(66)
鉴定结论在医疗纠纷诉讼中的法律地位	魏 杰(75)
否认印章的存在,应由谁举证?	黄爱军(86)
超出申请恢复执行期限的债权不予保护	黄伟源(97)
欺诈性担保的认定	金克明(105)
娘舅送房给外甥,是否需舅妈同意?	李兴淳(114)
准确认定个人债务与合伙债务	陆云良(122)
采用现有技术不构成侵犯专利权	吕甲木(135)
雇佣关系和承揽关系的司法认定	周建伟 徐建民(148)
家庭共同财产的认定与分割	马秀文(158)
优先购买权能否对抗善意取得?	周 光 胡益蒙(165)
大型房产项目“接盘”法律问题	马正良 吴 涛(176)
承揽合同的成立与生效	倪卫星(188)
合同无效,未完工工程价款如何结算?	舒 军(203)

技术咨询报酬支付探讨	洪友红(217)
金华火腿商标沉浮录	汪继哲(223)
股权瑕疵交易效力及债权抵消的认定	王红燕 高振华(238)
妨害债权实现的财产转让行为应撤销	忻芙蓉(248)
产品责任纠纷的认定及合同相对性的理解	徐 涛(257)
论企业内部承包合同的性质及法律适用	杨 旅(268)
有限责任公司解散的条件和程序	苑 亮(280)
非同比例增资股东会决议有效的条件	章定表(287)
法院判令当事人应当履行的合同能否解除	赵箭冰 金伟文(296)
浅析为第三人合同与第三人接受履行	朱光先(307)
车辆挂靠经营相关法律关系如何认定?	周 光 陈李烨(316)

绪论：遵循先例是司法的重要原则

浙江浙联律师事务所 陆云良*

—

在当前我国的司法中，同案不同判的问题相当突出。所谓同案不同判，是指人民法院在法律适用和案件裁判时，对同一法律条文或规定作出不同的解释或适用，或者在法律没有明确规定时运用法理对案件进行自由裁量时作不同的甚至相反的价值取向，致使在不同案件中对同样的法律事实或相类似的法律事实所应导致的法律后果作出不同的认定和裁判结果。

同案不同判，不仅包括实体裁判上的同案不同判，还包括诸多与实体裁判相关的同样的程序上作出不同认定和裁判的问题。譬如，在举证责任分配和证据采信等问题上，在同样或类似的案件中，人民法院经常作出不同的认定或裁判，最终导致实体判决上的迥异。同案不同判，不仅表现为各省、市和基层法院对同案作出不同

* 陆云良，本书主编。现任浙江浙联律师事务所律师，副主任，法学硕士，曾任浙江工业大学法学院副教授，民商法学科负责人。现任浙江省省直律师协会常务理事并兼任民事专业委员会主任。同时担任浙江省律师协会民商业务委员会副主任，建筑与房地产业务委员会委员。专业从事民商事和建筑、房地产领域律师实务。至今在《现代法学》等核心法学期刊上发表法学论文二十余篇，参编多部律师实务著作，其中“论司法怀疑及其有效释缓”一文获浙江省全省法院系统论文一等奖，全国法院系统论文二等奖。

同裁判,有时甚至在同一法院甚至同一法官对同案作出不同的裁判。可见,同案不同判现象的普遍性和严重性。

二

面对这个问题,不少法律工作者往往片面强调案件的特殊性,或者片面强调法院、法官的自由裁量权,将这种现象解释为“正常”现象。但是,极大多数民众特别是案件的当事人不可能有这样的“理性”。法律只有一个,而且都是在中国的法院,同样的问题怎么能作出不同的裁判呢?无论如何,此中必有不正常的一面。面对我们很多法律专家对“同案不同判”现象的解释,难怪有很多网民讥讽我们这些所谓的法律专家是“砖家”。的确,老百姓虽然不是法律专家,甚至不太懂法,但是他们对法律的直觉感受往往是正确的。正如鸡蛋是鸡生的,鸡未必知道鸡蛋的味道,倒是不能生蛋的人可以品尝出鸡蛋的味道。

同案不同判的现象也经常困扰着广大律师,甚至为此感到苦恼。在为当事人的服务过程中,特别是诉讼案件的代理过程中,律师经常要在法官对案件作出裁判前进行“预审”,并往往会根据当事人的要求对案件作出胜诉或败诉的预测和评估。由于司法实践中存在大量的“同案不同判”的现象,作为律师有时很难预知法官对法律的认识和解释倾向,这就给律师代理案件时增添了难度,进而还给律师和当事人对法官的公正性产生合理怀疑提供了想象空间。加之当前我国司法实践中的确存在着不少较为严重的司法腐败现象,同案不同判现象必然进一步放大司法腐败现象,严重损害司法的权威性,使司法这道最后的和平防线和最终和平解决社会纠纷手段的解决社会纠纷功能严重弱化。

当然,作为成文法,只是为社会生活确定了一个大的基本框架。面对纷繁复杂的社会生活,立法者在立法时本来就留下一定的余地供司法者根据实际情况,进行灵活适用。在案件的审理和裁判的过程中,法官的自由裁量权和对法律的解释权,确实也是立

法者和法律对其的授权。因此,在立法者和法律的授权范围内,法官的自由裁量权和对法律的解释权应当得到尊重。但是,关键的问题是,这种自由裁量权和解释权是否运用得当,是一个很值得研究的问题。可以说,同案不同判现象,是法官自由裁量权和对法律的解释权运用失当,甚至走向立法反面的典型表现。

法官的自由裁量权和对法律的解释权不能损害成文法所固有的预见性。成文法存在不少缺陷,如过分的刚性和滞后性等。但是,成文法也有自己的不可比拟的优势。其中较为突出的一点,就是成文法有着判例法所无法比拟的预见性。成文法的预见性赋予了法律对社会生活提前干预和规范的功能,使社会生活在法律的指导下提前获得了潜在和未来的秩序,减少社会生活的法律成本。本来在成文法的体制下,老百姓和律师们根据成文法的预见性,可以较有把握地预知法律对某种法律行为的意见和态度,从而预先规范现实的法律行为,减少不必要的纠纷。但是,如果法官的自由裁量权和对法律的解释权到了可以“同案不同判”的程度,这就必然损害成文法所固有的优势,给社会生活秩序造成相当严重的困扰,进而破坏法律事前调节的机制。

同案不同判的现象严重损害了司法公正。司法是否公正,应当由谁说了算?笔者认为,在法律技术层面的问题,应当由法律专家说了算。法律是一门科学,不具有一定的法律知识和技能,特别是不具备必要的法学素养的话,是不可能理解法律这门科学的。所以法律和司法不能做老百姓的“尾巴”,更不能错误理解执法为民的司法理念,让司法随着舆论起舞,甚至失去法律和司法的独立性。从法理学的角度看,法律和司法就是要通过自己的合理范围内的刚性和个性,最终强有力地调节和规范社会生活,使社会生活跃至更高的境界,实现更为和谐的法律秩序和社会秩序。但是,法律和司法是否公正,归根结底还是要由老百姓说了算。老百姓是法律和司法的最终受体,司法是否公正,不由老百姓说了算,又能

由谁说了算呢?而且实践证明,被老百姓长期所诟病的司法问题,最终证明即使从法律技术和理论层面上进行考量,也往往是失去法理依据甚至违背人类理性的。就如在我国广泛存在的同案不同判的问题,从法理层面上看,必然存在司法不公的问题。有些同案不同判的问题,出在法官的个人水平、知识面和法律运用能力上,这不足为怪。但是,也有不少同案不同判的问题,根子在法律技能和水平之外,有时甚至是因为权力的非法干预所致。在现实生活中有一种“鼠屎”现象,也就是老百姓所常说的,一颗鼠屎坏了一锅粥。老百姓往往会把锅里的一颗“鼠屎”放大到一锅“鼠屎”。从表面上看,似乎民众很不理性。但是,老百姓用这个标准来衡量司法的公正性,是完全正确的。因为,一锅粥里如果有一颗鼠屎,从卫生的角度来说,这锅粥就不能吃了,这一锅粥就是“坏粥”。何况,我们现在的司法这锅粥里可能远远不止一颗“鼠屎”。我们应当意识到,在老百姓的印象中,司法是一件十分严肃和神圣的事,同案不同判的问题如果长期得不到纠正,任其发展,其结果必然让百姓对司法的公正性产生强烈的质疑,甚至是极端的不满。

同案不同判现象还严重地侵蚀着司法的统一性。我国大陆是一个统一的法域,司法的统一是国家统一的重要标志,也是司法权威性的重要基础,更是一个直接关乎法律体制和执法机关存在的合法性和正当性的根本问题。一个国家的司法的统一性问题,不单单是一个司法本身的问题。司法的统一性问题,还会延伸出诸多其他关乎政治和执政基础的重大问题。但是,这几年我们各个省,甚至同一个省份不同的市县,司法上都存在严重的不一致性。更为让人无法理解的是,有时在同一法院也存在同案不同判的现象。司法不统一的问题,应当引起我们高度的警觉了。

三

从一个法律工作者的视角看,解决同案不同判的问题,重要的途径应当是加强判例的研究,推动判例立法工作。作为一个法律

工作者,我们应当有这样的理性,即产生同案不同判的根本原因在于我们对判例缺乏系统的研究和整理工作,缺乏一整套较为完备的判例制度。我们经常振振有词地诟病同案不同判的现象,但是如果细究一下的话,什么是“同案”?“同案”的标准是什么?我们经常说的“同案”,在法律上是不是真的是“同案”?说实话,如果不作一番细致的研究,我们这些所谓的法律专家,还真难说出个让人信服的一二三条来。如果连上述这些问题都没有解决,是根本不可能真正解决“同案不同判”问题的,也不能真正确立“遵循先例”的判例制度。因此,作为法律工作者,与其与老百姓一起诟病同案不同判的现象,还不如好好地研究一下如何解决一些基础的法律和法理问题,好好地做一些有益的研究工作,为判例制度入法做些扎实的工作。

判例入法是解决“同案不同判”问题的最佳法律路径之一。“同案”之所以发生“不同判”的问题,是因为法律没有确立“遵循先例”的司法原则。说得更直白一点,就是没有确立“先例”判决的权威和法律效力。在没有确立“遵循先例”的司法原则的情况下,作为法官又怎么能自觉地或非得用先例判决来约束自己呢?这是个很简单的道理。

无论是在成文法还是在判例法体制下,遵循先例都是司法的重要原则。法律追求公正、效率和秩序等价值,最终起到定分止争的法律效能。遵循先例的司法原则,是各种法律精神和司法准则的综合体现。

首先,这是司法公正的重要体现。公平、公正既是一种可度量的实体存在,也是一种心理感受。从实体上来讲,人们往往将某一裁判与法律规定相比较和考量,最终看是否符合法律规定或法理要旨,从而得出某一裁判是否公平、公正的结论。同案不同判,司法公正无论如何都已被大打折扣。从实体上进行司法公正评价的人,往往是法律专业或具备较高法律素养的人士居多。对绝大多

数民众来说,对某一裁判是否公正,往往是从相同或他们认为相同的案件进行比较来评判某一裁判是否公正的。民众以这种方式评判司法的公正性,虽然是朴素的,甚至是笨拙的,但从根本上来说是正当的,也是具有天然的法理基础的。再说,司法是否公正,最终还得由我们认为不懂法的广大民众说了算。我们没有任何理由剥夺民众对司法公正的最终评判权。司法是上层建筑的重要组成部分,民众对司法的评判权是天赋的权利。现在是互联网时代,信息权和话语权已达到高度开放和自由,作为法院和法官的重要社会产品的裁判已经开始直面百姓,时时须接受民众的检验,如果希望通过剥夺民众的信息权和话语权而规避民众的评判,已经是不太可能的了。因此,法院和法官如果不能做到同案同判,民众对司法的公正性必然是怨声四起,进而损害到我们的执政基础。只有遵循先例判决,才能最终使民众获得司法公正的切实感受。

其次,这是司法效率的要求。现在,大量的民事案件一拖就是半年一年,甚至有的两三年还结不了案。究其原因,肯定是极其复杂的。但是,其中一个重要原因是没有确立遵循先例判决原则所致。在我们律师办案过程中,有些法官对超审限的问题所作的解释是法律规定不明确,“放放再说”。但是,有时律师即使提供了其他法院的判例,法院有时也不敢贸然下判。因为,这些判决并没有经过合法的程序确定其判例效力。因此,如果确立了遵循先例判决的司法原则,大量的案件不至于因法律规定不明而让法官在法理问题上思量良久,从而提高审判效率。

再次,这是法律秩序的价值追求。法律追求的价值是多元的。在纷繁复杂的市场经济条件下,为维护社会基本秩序,法律所追求的秩序价值越来越突出和必要。法律的秩序价值的实现,主要通过事前调节和事后调节两种方式,其中事前调节方式尤其重要和广泛。一个地区每年的经济交易量是无数的,但是形成诉讼纠纷的毕竟是其中的极少数。这说明什么?说明在形成纠纷前,绝大

多数交易行为都是在人们自觉遵守法律的情况下进行的。也就是说，法律最大的价值不在于通过法院的裁判行为实现，而是靠人们自觉遵守实现的。但是，民众对法律的了解主要不是通过研读法律条文获得的，而主要是通过“常理”来揣测法律和通过其了解身边的判例来获得的。因此，遵循先例判决的司法原则，对民众自觉遵守法律会起到极为重要的作用。当先例判决不能获得司法上的一般既判力，甚至出现严重的同案不同判的现象，必然会使民众无法通过自觉守法来事前调节自己的行为，进而损害法律所追求的秩序价值的实现。

最后，这是法律权威性的要求。法律是以国家暴力为后盾的社会规范。同案不同判，不仅使民众无所适从，而且还导致法律权威性的严重弱化。法律权威来自于民众对法律的敬重和法律对民众的平等。同案不同判，意味着法律自己与自己的对抗，意味着法律面前无法人人平等。这样的法律有谁会对其产生敬畏呢？另外，作为成文法，其法律价值和权威的获得最终是通过司法来实现的。任何一部法律不通过司法路径，都无法最终实现价值追求及其预设的法律秩序，最终也无法获得权威。因此，司法上的同案不同判现象如果长期得不到纠正，法律的权威性必将被消耗殆尽。当前，我们不能不看到一个重要问题，就是百姓上访普遍存在并有愈加严重的趋势。这是法律权威性受到严重损害和人民法院解决纠纷能力严重弱化的集中表现。大凡有识之士，无不为此感到忧心。

四

但是，司法应当遵循先例判决，说起来容易，做起来并不是一件十分容易的事情，要做大量的研究工作。

首先，我们要从大量的甚至是浩如烟海的“先例”中甄别出可尊为“先例”的先例判决。如果我们不管三七二十一，凡先例必遵的话，那又将是一场法律灾难。我们所说的遵循先例的司法原则，

是指遵循经过一定法律程序确认为正确的先例的司法原则,而不是指凡先例必遵的原则。相反,一些错误的先例,还需要通过相应的诉讼程序和审判监督程序予以及时的纠正。在此情况下,我们必须做大量的研究工作,从浩瀚的先例中甄别出正确的“先例”。否则,遵循先例,仅仅是一句空话而已。目前,最高人民法院以公报的形式向全国发布案例,这对指导全国的审判和司法工作起到了相当好的作用。但是,面对纷繁复杂的审判和司法工作,特别是日新月异的市场经济实践,单凭最高人民法院每年发布的寥寥几个判例,是根本不能适应全国的审判和司法实践的。笔者建议目前各省高院和有条件的市中院应当组织司法系统的专家、学者、律师和行业专家,做好全省判例的甄选和编纂工作,及时发布一些在全省有典型意义的判例,指导审判和司法实践。这对解决被社会所诟病的同案不同判现象,具有十分重要的作用。近几年,各省高院和市中院都出台了一些审判指导意见,这很有意义。但是,司法审判指导意见往往因其法律地位的模糊而很具有局限性,而且是很难取代判例指导工作的。判例指导对司法审判工作的指导更直接,更有针对性,也更能让民众接受和理解,社会效果可能会更好。

其次,要设定一套先例入法的程序。前面我们已经论及,遵循先例是指遵循可尊为先例的正确的“先例”,而不是凡先例必遵。这样很自然就涉及一个先例入法的程序问题。一个先例判决究竟是否应当入法,如何入法,该“先例”入法后究竟如何去约束案件的审理和裁判工作,等等,这些问题非得有一整套严密的法律程序不可。这几年,我们这方面的工作,喊得比较多,实际的研究工作做得比较少。当然,近几年来有些省级法院誓言要将所有应当公开的裁判都将在网络上公之于众,接受民众的监督和评判。虽然最后实际推进过程比较缓慢,但是,这最起码让人看到了一点司法改革的正确想法和难能可贵的勇气。与其让民众在背后指指点点,不如堂堂正正地接受大家的评判。司法裁判的公开性,是审判

公开的应有之义，也是遵循先例判决，解决同案不同判问题的一剂良药。

最后，要解决判例制度与成文法制度的对接和冲突的解决机制问题。我国毕竟是一个长期实行成文法体制的国家，而且成文法的诸多优势不容否定。在我们诟病同案不同判现象的同时，我们不能不看到成文法的巨大优越性。特别是在法制刚刚起步不久的现代中国，如果仅仅是头痛医头，脚痛医脚的话，可能会出现头痛脚一起痛的问题。我们八十年代的大学生，都得益于小平同志恢复高考制度才有机会上大学。如果没有高考制度的刚性，可能我们这些寒门出身的子弟，是很难与大学结缘的。成文法制度正如现在的高考制度，大受诟病。但是，如果某一天我们真的贸然取消了高考制度，另外一种社会不公就会随之而兴。因此，判例制度如何入法，如何与成文法制度相对接，如何建立判例制度与成文法制度之间的冲突衡平机制，也是我们当前必须着力做好研究工作的重要事项。

笔者不同意有人将同案不同判现象简单归结为司法腐败问题。的确，有不少同案不同判现象与司法腐败现象有着直接的渊源关系。但是，从根本上来说，这是个司法体制的问题。在任何社会，权力包括审判权在内都存在张扬的个性，不受约束的冲动，甚至是恣意的本能。因此，司法腐败这不是我们中国独有的现象。单单寄望于权力的自我约束，是不切实际的。全部的问题在于，我们应当如何去约束和规范审判权。从目前同案不同判现象的原因看，大量的同案不同判现象是因为判例制度没有确立起来，无法依法“遵循先例”而导致同案不同判的问题居多。因此，加强判例和判例制度的研究，进而在判例研究的基础上逐步建立起与成文法制度之间相互配套的判例制度，是一件刻不容缓的工作。

五

司法改革的动力是植根于社会经济生活的。浙江仍是全国市