

最新修订版

民法疑难案例研究

王利明 / 著

RESEARCH ON HARD
CASES OF CIVIL LAW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

最新修订版

民法疑难案例研究

王利明 / 著

RESEARCH ON HARD
CASES OF CIVIL LAW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民法疑难案例研究/王利明著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1645 - 0

I. ①民… II. ①王… III. ①民法 - 案例 - 研究 - 中国 IV. ①D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 226746 号

策划编辑 张岩

责任编辑 李遵伟

封面设计 蒋怡

民法疑难案例研究

MINFA YINAN ANLI YANJIU

著者/王利明

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2010 年 1 月第 1 版

印张/39 字数/513 千

2010 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1645 - 0

定价: 66.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66066621

邮购部电话: 66033288

以案例研究促进法学教育和研究的变革（自序）

一、案例研究的意义

霍尔姆斯曾言，“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”。这种经验产生于各种典型案例的司法实践。案例就是活生生的法律，也是行动中的法律。虽然我国是成文法国家，法律规范主要表现为立法机关制定的法律文本，且尚未建立也不承认判例制度，但是，案例研究在我国的立法、司法和法学教育中都具有重要意义。加强案例研究仍然对完善社会主义法制，提高法律适用技术和司法裁判质量，促进法学教育具有重要的作用和意义。

从立法层面来看，案例研究为立法实践提供了大量鲜活的经验，在案例中总结的经验是对立法的实证。案例资料为立法技术的完善和立法水平的提高提供了经验，同时对法律的“废、立、改”提出了迫切性的需求。因为案例研究的重要内容之一就是对现行法律法规的研究，尤其是对疑难复杂问题的研究。通过这些研究，一方面可以发现现行民商事法律规范的缺陷；另一方面可以通过运用各种法律解释技术，弥补现行法律的缺陷，为相应案件提供妥当裁判规则，并通过案例研究成果的推广和应用，以完善立法并保障法律的正确实施。

从司法层面来看，案例研究会对司法产生最为巨大的影响。虽然我国没有判例制度，但是近几年来最高人民法院在典型案例的推广上已做了大量工作，公布了许多典型疑难案例及其判决，为类似案例发挥了重要指导作用。其积极意义还在于：其一，通过案例的总结和公布推动我国司法解释的形式由成文化向判例化方向转变。这些以司法实践为基础的案例研究成果，又反过来影响今后的司法实践，指导司法裁判活动，有助于帮助提高法律适用技术，增强司法裁判结论的妥当性。从这个意义上讲，案例研究不是对既有案例的单纯评述，更不是对臆造案例的学术构造，而应当是立足于司法实践，以指导司法裁判实践为导向的有益探索。法律实践中有

关法律的技巧及其应用问题,使“纸上的法律”变成“行动中的法律”^①。其二,案例研究可以起到解释和完善法律的作用,弥补成文法滞后性的固有不足,提高成文法与时俱进的品质。由于立法历史背景的差异,分散于各民事单行法中的法律规范可能存在制度或者价值的冲突;由于社会和时代的发展变迁,以原有法律制度适用于当前的社会关系可能背离了公平正义的基本精神;由于部分新型社会关系的产生,现有法律中可能根本没有调整该关系的具体规则,形成了明显的法律漏洞,凡此等等。在这些情况下,加强民商事案例研究对于弥补现行法的不足,完善社会主义法律体系具有重要意义。其三,通过典型案例的总结,发现社会生活中的“活法”,为确定司法判决三段论中的大前提(即“找法”)提供依据。美国学者庞德指出,司法是一门艺术。法官仅仅通过法律条文和教科书的阅读,能够掌握法律的知识,但是很难掌握法律运用的艺术。而案例研究实质上就是司法实践具体化经验的总结,同时也是司法实践经验的升华,可以为法官正确适用法律提供有益的技巧与方法。

从法学研究的层面来看,案例研究可以明确现实中对法学理论的需求,发现实践中的真问题,从而有助于法学研究工作。通过典型案例的分析,学者能够发现社会实践对法学理论的新的需要,激发理论的创新,有助于学者真正把握时代发展的脉搏,实现理论和实务的良性互动。法学研究不是阳春白雪,而是实践性极强的学科,它必须面对实务中大量鲜活的案例才能切实服务于社会,而大量生动的案例正是理论之树常青的源头活水。案例研究本身也是对于理论成果的验证,理论能否对实务提供指导,通过案例研究可以予以证实或者证伪。对于民法等部门法而言,应用性是其本质特征,如果某种理论不能为司法实务服务,不能帮助解决纠纷,则未免无的放矢。

从法学教育层面来看,案例研究具有重要意义。尽管我国属于大陆法系国家,重视以法律条文为中心的教科书的讲授,^②但是这绝不意味着可以削弱案例研究的作用。案例教学的模式是以问题为中心,以实务为导向,以讨论为教学手段,以理论与实践相结合为教学目的。案例研究立足于司

^① 参见谢晖:《中国古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社2005年版,第19页。

^② 参见星野英一:《民法的另一种学习方法》,法律出版社2008年版,第57页。

法实践，通过真实的案例发现法律适用中的焦点和难点问题，并在此基础上探明法律的意旨，或者填补法律的漏洞，这就为培养实务型、创新型的人才提供了有效的途径。案例研究是一门实践性很强的学问，需要对案例进行全方位研究，尤其是要结合司法裁判中表现出的争议焦点，对司法审判实践中较为典型、突出和疑难的问题进行总结和归纳，并以学说理论对其进行逐一分析和定性，尤其是要对法律适用中的具体问题做出理论上的解答，最终得出科学妥当的案例分析报告，这些都有助于培养学生的思辨能力、表达能力和实际操作能力。

总之，案例研究工作应当是集推动法制建设与完善，提高司法裁判技术与裁判质量，促进法学实践教育等功能为一体的整体作业。

二、案例教学模式的改革与创新

案例研究必然要求在教学中得到运用，其运用的过程中有必要采取案例教学法。案例教学法是19世纪70年代美国哈佛大学法学院院长兰德（Langdell）首创的，其特点是采用问答式，仿效古希腊苏格拉底的提问式教学，以启发学生的思考。^①由于受历史传统、司法体制及法官素质等诸多因素的影响，我国在短期内无法创建判例法制度，但可以肯定的是，无论在学院教育还是法官培训中，案例教学法的运用都是极为迫切、非常重要的。

尽管我国的法学教育已经取得了相当的成就，但在教学方法与手段方面仍然需要改进。一方面，我国当前法学教育存在的问题在目标定位上没有明确实务导向。社会实践对人才的需求与法学教育存在着脱节，从法律实务部门反馈的意见来看，许多法律院校的毕业生的法律实践能力仍然有待提高，不少法律毕业生单独办案的能力不强。在很大程度上，这与我国案例教学等实践教学手段不发达有着重要关系。这也在一定程度上反映了我国的法学教育存在改革的必要。我国法学教育的人才培养定位应当是最大限度地满足法律实务部门的需要，培养合格的法律人才，这就要求采用以实务为导向的人才培养模式，强化学生运用法律解决问题的能力。为此，需要通过案例研究的方法促进法学教育的改革。另一方面，近几年很多法律院校开始招收法律硕士生，但是法律硕士的培养和教育如何产生特色，

^① 参见尹超：“法律职业教育的比较与探索”，载《中国法学教育研究》（2002年第2期），中国政法大学出版社2006年版，第59页。

仍然在探索之中。笔者认为,既然要区分法学硕士和法律硕士,那么法律硕士班就应当办出不同于法学硕士的特点,在很大程度上表现为法律硕士应当比法学硕士具有更强的法律实务能力。这就需要一套注重培养实务能力、方法、手段的教材与之相配套。还应该看到,自从我国实行统一司法考试以来,法学教育事业因此也受到不同程度的影响。由于司法考试是法律人从事司法的资格和门槛,因此通过司法考试已经成为毕业生就业的一个重大优势和条件。鉴于统一司法考试更多地强调案例的分析和法律的操作,所以我们的教学方法和教材建设也应当相应作出一些调整。多年来我一直呼吁我们应当改革法学教育方法,引入案例教学法,由于上述原因,在现阶段引入案例教材方法显得更为迫切了。但令人欣慰的是,在近几十年来的法学教育教学改革实践中,很多法学教育界同仁围绕法学实践教育开展了大量的有益尝试,摸索和总结出了一系列经验和成果。有的案例研究成果还注重理论和实践的结合,注重提高法科学生实践能力的重要辅助工具,已经取得了良好的效果,这些需要总结、推广和提高。

通过案例教学可以使学生掌握适用法律的方法和技巧。方法在古希腊语中,有“通向正确的道路”之义。赫克(Heck)曾经指出:“在所有的改变中,方法的改变才是最大的进步。”^① 法学方法是一系列关于法律运用和操作的技巧,对这些技巧的抽象和系统研究便构成法学方法论。关于方法的知识才是最重要的知识。案例教学重视为学生提供一种方法,通过案例教学的运用也促进了学生对知识的掌握。表现在:一是,学生通过案例的学习才能掌握法条的运用技巧,培养解决纠纷的能力。尤其是通过案例能够促使学生举一反三,融会贯通。二是,通过案例学习,可以帮助学生形成立体的视角,从整体上把握法律的精神实质。案例与教科书不同,不是就法律谈法律,而是在一个案例中可能涉及到实体法、程序法等多个部门法的综合运用,这有助于学生培养综合运用能力和体系化的知识框架。三是,通过案例学习,可以最大限度地激发学生的主动性、创造性和探索知识的热情。从概念到概念的枯燥学习削弱了学生的主体地位和学习的积极性,而案例教学可以通过讨论式的教学激发学生的学习热情和创造性,发掘其内在的智慧和潜力,使所学知识直接转化为处理具体问题的能力,并且自由的讨论对教师也产生启发,实现课堂互动,教学相长。四是,课

^① Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, DJZ 9 (1905), S. 32.

堂讨论直接应用于真实案例的解决，并使学生在案例分析中学到了他人处理问题、解决问题的思路 and 技巧。这有助于学生走出象牙塔，了解社会生活，了解实务操作，实现真正的理论与实际相结合，并且通过实际案例的学习，了解社会的变迁，从而为进入社会做准备。

案例教学模式，可以与理论课的教学结合起来进行，也可以单独设立案例教学课程。换言之，既可以在现有的课程之外增设有关的案例选修课程，也可以在理论教学课程中加大案例教学的比重。在教学过程中，教师应当事先让学生了解案例的事实，并做相应的准备。在课堂上，教师应当尽可能启发学生自己思考、运用已有学习的法律知识来寻求法律的适用。教师应当更多地采用苏格拉底式的提问法，引导学生思考各种可能的解决方案，发现各种解决方法的优劣，寻找最具有说服力和妥当性的结论。当然，这种讨论不应当成为漫无目的的“漫谈”，而应当在教师的引导下有序进行。同时，教师也注重进行必要的讲解和点拨。在案例教学中，应当结合理论的学习，而不是就案例讲案例，而是要实现案例与理论的结合，在理论中培养实践意识，在实践中增进理论素养。

当然，我们不能指望案例教学取代全部的课程讲授，毕竟我国属于成文法国家，教学要以法律条文的解释为中心，尤其要注重知识的体系性和全面性。在基础知识的学习上还应当以体系化的知识为核心，完全推翻既有的教学模式代之以英美式的案例教学，也是不利于学生的成长和成才的。

三、案例教学教材的编写

推进案例教学必须要有相应的教材配套。教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。一本良好的案例研究教材，应当注重对制定法、裁判技术和法学教育等多重因素的总结。但能够集中体现这些特征的案例研究著述远远不够实践的需要，目前案例教学已经在法学教育中逐渐推广，但是教材严重缺乏，尤其是理论与实物结合较好、比较有个性色彩的案例研究教材较少。大量参考书只是注重规则的简单适用，而没有关注法教义学上的需求，缺乏对规则阐述的系统性和逻辑性；另一方面，许多案例分析往往只注重结论而忽视对相关规则的运用及逻辑推理过程的详细分析，从而难以使学生通过研习而达到预期的效果，不能起到案例教学教材所应具有的作用。所以在当前，引入案例教材方法，必然要求有相应的案例教学教材与之配套。目前已有很

多案例分析和案例汇编的书籍出版，这些著作无疑可以作为案例教学的参考书目，学生阅读这些书籍，一定会使自己的实际分析运用能力有所提高。但是，从案例教学的要求来看，仅有这些参考书籍是不够的。一方面，这些参考书毕竟不是专为案例教学而设计编纂的，因而缺乏对规则阐述的系统性和逻辑性。另一方面，许多案例分析往往只注重结论而忽视对相关规则的运用及逻辑推理过程的详细分析，从而难以使学生通过研习而达到预期的效果，不能起到案例教学教材所应具有的作用。

案例教学模式的改革与创新，不但需要教学方法的创新，更需要教学工具的创新。案例教学模式的改革与创新是当代法学教育教学改革的重要内容之一，其与传统的“兜售式”理论型法学教育不同，培养学生的实践能力必要辅之以大量的案例教学，并要求大量的真实、典型且丰富的案例作为教学素材。可以说，翔实、深入且严谨的案例研究是重要的教学资料。

近些年来，我个人也曾经在民法的案例教学方面进行过一点探索和尝试，在案例教材的编写上，我个人有如下几点体会：

第一，所选案例应该具有典型性和系统性。案例不在多少，内容不在繁简，关键在于所选案例能否解释一个或多个法律规则的内涵及其运用。所谓典型性，不在于案件当时所产生的新闻效应，而在于案情与法律规则的联系性。所谓系统性，是指案例的编排能够在总体上系统阐述法律规则体系。

第二，案例应当具有一定程度的疑难性，疑难主要是指在案件的定性、法律关系的性质、法律的适用、责任的承担等方面存在着分歧意见。重大案例不一定是疑难的，但某些情节非常简单的案件，却能出现多种结论性意见。各种处理意见、方案及理由均应提供出来，从而给学生开辟一个广阔的思维空间，避免采用单一化和模式化的僵硬思维方式。

第三，案例的选用不能拘泥于现行法的框架。现实生活是极为丰富复杂和多样化的，而立法不可能对之包罗万象或一成不变，法律漏洞在所难免。许多案例的处理必然在现行法上难以找到现实的依据。将这些案例适当的引进教材，并通过学理的分析及各种研究方法（如比较法的方法、请求权基础分析方法、经济分析的方法等）的导入找到对案件的最佳解决方案，这将进一步增强学生分析问题和解决问题的能力。

第四，案例的研究应当注重推理的过程，此处所谓推理，既包括事实的推理，也包括法律适应的推理。案件的处理结论应该是缜密推理的结果，

也只有通过周密推理所导出的结论，才足以具备说服力，学生也只有在掌握了这样的推理手段之后，才真正掌握了法律思维方式及正确适用法律的能力，从而真正掌握法律。

第五，案例的分析应注重培养学生把握案件的关键点、区分事实问题和法律问题以及综合运用各种规则的能力。案例的分析应当将典型的案例与所讲述的理论密切结合，这不是一个机械的、“两张皮”式的拼凑，而是案例与分析、理论与实务的有机结合。在案例的分析过程中应当展示严密的逻辑推理以及分析过程，法律条文内涵的解释以及与案件事实的联结性，应当将形式逻辑的三段论和法律的解释方法结合在一起，形成一套完整的分析法律现象的方法。

我国幅员辽阔，各地案例各具特点，且目前社会转型剧烈，新型疑难案例层出不穷，不胜枚举。笔者从浩瀚的案例中精选出部分具有指导意义的案例呈献给读者。本书的案例大致分为案情简介、不同意见、作者观点三部分，对案情作准确介绍，对争议作精要总结，对焦点作深入分析，力求运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐述法律理论和具体制度，惟祈望能对我国案例教学和审判实践有所裨益。

是为序。

目 录

以案例研究促进法学教育和研究的变革（自序）	1
-----------------------------	---

第一部分 债和合同法案例

1 合同相对性原则的适用	3
2 合同关系中的第三人	9
3 和解协议的效力	15
4 要约与要约邀请的区别	25
5 合同成立与履行治愈规则	29
6 确认书的性质	34
7 悬赏广告的法律效果	39
8 附条件的合同	44
9 有奖销售的法律性质	49
10 预约合同的成立与效力	55
11 格式条款的效力问题	61
12 缔约过失责任的适用	68
13 合同履行与诚实信用原则	76
14 利他合同中的履行问题	85
15 债务履行辅助人的责任	90
16 合同价格条款的确定	94
17 工程款的鉴定问题	100
18 合同履行期限的确定	108
19 合同履行中的情势变更	113
20 同时履行抗辩与双方违约	120
21 根本违约与同时履行抗辩权的行使	125
22 欺诈行为与责任竞合	130

23	超越经营范围而订立的合同	135
24	显失公平合同的效力	140
25	显失公平的构成	146
26	债务转让与第三人代为履行的区别	151
27	债权的部分转让与委托索款	156
28	合同转让的效果	161
29	连环合同中的无效撤销和解除问题	168
30	恶意串通的构成要件	176
31	居间合同的性质和居间人的义务	180
32	股权转让协议的效力问题	189
33	合伙合同的履行问题	194
34	撤销权的行使	200
35	债权人的撤销权	207
36	债权人的代位权	212
37	预期违约与合同解除	217
38	合同解除的条件	223
39	合同的解除与买卖不破租赁原则	227
40	履行迟延与合同解除	231
41	免责条款的效力和解释	236
42	合同仲裁条款的解释	242
43	保证合同的当事人与保证范围	247
44	保证的形式	252
45	保证与物的担保的关系	257
46	债务人变更后担保人的责任承担	262
47	保证合同与主合同的关系	267
48	主合同的变更与保证责任	273
49	保证人代债务人行使抗辩权的问题	277
50	加害给付的责任	283
51	风险负担与违约责任	289
52	仓储保管合同的性质和违约责任	295
53	无偿保管人的注意义务和责任	302
54	明示毁约与履行拒绝	307

55	默示毁约的法律问题	311
56	损害赔偿范围的计算	315
57	违约损害赔偿责任的减轻	319
58	违约金责任的认定与调整	324
59	损害赔偿金与违约金的关系	329
60	定金的性质与责任	335
61	代理和行纪的关系	342
62	违约责任与不当得利返还	349
63	不当得利与侵权行为责任	354
64	无因管理的构成要件	360

第二部分 物权法案例

65	债权物权的关系和无效合同的撤销	367
66	物权与债权的区分	376
67	标的物的交付与所有权的移转	385
68	买卖合同下的所有权移转	391
69	动产物权的变动规则	396
70	房屋双重买卖的法律问题	404
71	商铺业主的专有权及其行使	412
72	集体土地所有权的处分	422
73	物权的确认	427
74	物上请求权的行使	431
75	抵押中的涤除权的行使	437
76	出租抵押物的效力	445
77	法定抵押权的行使	450
78	共同抵押中的受偿	457
79	货币出质的问题	463
80	房屋买卖中的优先购买权	467
81	不动产善意取得若干问题	473
82	共有人的优先购买权	485
83	非基于法律行为的物权变动	490
84	房屋所有权与宅基地使用权的关系	496

85	建筑物区分所有人对地基的权利	502
86	车位车库“首先满足业主的需要”规则	509
87	空间利用权的确定	515
88	货币所有权规则适用的例外	520
89	占有保护请求权的问题	527

第三部分 侵权责任法案例

90	“银河宾馆案”评析	537
91	虚假宣传与不正当竞争侵权	550
92	“老干妈”不正当竞争案评析	556
93	第三人侵害债权侵权责任的成立	564
94	“网络侵权第一案”评析	569
95	侵害债权与不真正连带债务	573
96	公交司乘人员的保护义务	583
97	物业管理公司的安全保障义务	591

第四部分 其他案例

98	收养协议纠纷	601
99	诉讼时效届满后的自然债务	605
	后记	610

第一部分

债和合同法案例

合同相对性原则的适用



（一）案情

原告：普新公司

被告：大成公司

普新公司与大成公司订立一项粮食购销合同，合同的附则规定：“有关交货事宜由力新公司出面协调解决。”合同第5条规定：“应在天津某粮库交货。”后来，普新公司因嫌交货地点及交货时间不合适，便找到力新公司，要求变更时间和地点。力新公司总经理陈某便以其个人名义，与普新公司达成一份补充协议，协议中将交货地点由天津变更为河北石家庄，将交货时间由12月变更为10月。补充协议订立后，普新公司将该协议送交给大成公司，要求大成公司于10月将货物发往石家庄某粮库。大成公司收到该协议以后，提出因交货时间提前而无法准备货源，并提出交货地点变更，使其费用增加，普新公司必须为此提供补偿。双方因不能达成协议，普新公司便以大成公司违约为由，向法院提起诉讼。

（二）关于本案的不同观点

本案在审理中存在着几种不同的观点：

一种观点认为，大成公司的行为确已构成违约，其原因在于，合同的附则规定：“有关交货事宜由力新公司出面协调解决。”可见，大成公司已授权力新公司与普新公司达成协议，普新公司已经与力新公司达成补充协议，该协议应当对大成公司具有约束力。大成公司拒绝履行该补充协议，已经构成违约。