

民商事重点难点问题 解析与适用

主编 王伯庭 陈伯诚 王 辉

MISS

吉林人民出版社

MINSHANGSHI
ZHONGDIANNANDIANWEN
JIEXIYUSHIYONG

民商事重点难点问题 解析与适用

主编 王伯庭 陈伯诚 王 辉

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商事重点难点问题解析与适用/王伯庭 陈伯诚
王辉主编. —长春:吉林人民出版社, 2001.3
ISBN 7-206-03662-7

I. 民… II. ①王…②陈…③王 III. ①民法—研
究—中国 ②商法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 06390 号

民商事重点难点问题解析与适用

主 编	王伯庭 陈伯诚 王 辉
责任编辑	李艳萍 封面设计 张 迅
责任校对	众 成 版式设计 晓 君

出 版 者	吉林人民出版社 0431—5649710 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
制 版	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市第九印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	20
字 数	500 千字
版 次	2001 年 3 月第 1 版
印 次	2001 年 3 月第 1 次印刷
印 数	1—5 000 册

标准书号	ISBN 7-206-03662-7/D·933
定 价	36.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

前 言

我国是以社会主义市场经济作为改革目标的国家，随着市场经济体系的逐步完善，民商法制的日益发达，民商法体系的日趋健全，民商法对社会经济关系的参与程度也越来越广泛。在我国的民商法制建设中，我们不但要对其他国家的先进民商法进行广泛的吸收、借鉴和移植，而且还要结合我国市场经济发展情况进行创新。在时代发展进程中，特别在司法实践中，民商法不断地会出现一些具有时代气息的热点、难点和前沿性问题。这些问题的出现和存在为我国民商法的研究提供了丰富的空间，这些问题的正确解决又促进我国民商法制的成熟和发展。正是基于这种强烈的使命感，三位主编会同几位资深的法官和律师，对民商法中的重点、难点和前沿性问题进行了积极的探讨，撰写了本书。本书结合了我国建立社会主义市场经济体制以来的司法实践，表达了作者长期从事司法实践的认识、体验和感受。我们深知，民商法源远流长、博大精深、内容浩瀚。司法实践中遇到的热点、难点问题十分繁多，内容广阔远非本书所能囊括和周全，我们无意对这些问题面面俱到，因而本书只就素有研究心得的若干专题进行了有选择性的探索。对此，若能对读者有些启发，对司法实践有所裨益，则甚感欣慰。

本书各专题均由王伯庭、陈伯诚、王辉三位主编选定。统稿、定稿由王伯庭同志完成，李徐州、汤茂灵、李绍元等三位副主编协助王伯庭同志对部分专题进行了审定。刘雁、宋佼娇同志做了大量的辅助性工作。

2000年12月

目 录

诚实信用原则概论	1
一、概 述	1
二、诚实信用原则的内涵界定	3
三、诚实信用原则的特征	7
四、诚实信用原则在现代契约法中的适用	14
契约自由的理论与实践	23
一、概 述	23
二、相关国家的合同自由原则	25
三、我国合同法确立的相对自由原则	31
民法上的权利	35
一、概 述	35
二、民法上权利的分类	39
三、民法上权利的并存	62
四、权利的行使	63
债 权	66
一、概 述	66
二、债的类型	69
三、债的发生	79
四、债的效力	90

五、债权的实现	97
六、债的移转	127
七、债的消灭	147
人身权	165
一、人身权的概念与特征	165
二、人身权法律关系	167
三、人身自由权	170
四、生命健康权	173
五、生命权	174
六、姓名权	176
七、名称权	178
八、肖像权	179
九、名誉权	182
十、荣誉权	184
十一、隐私权	186
十二、住宅不受侵犯权	189
抵押权	191
一、抵押与抵押权	191
二、抵押权的特征	195
三、抵押权的取得	200
四、抵押权的效力	211
五、抵押权的实现与消灭	212
六、不动产抵押权	222
七、动产抵押权	227
八、最高额抵押权	232
九、所有人抵押权	237

十、财团抵押权	239
十一、浮动抵押权	243
质 权	246
一、质权的概念与特征	246
二、质权的类别	249
三、动产质权	252
四、权利质权	262
五、普通债权质权	267
六、股份质权	270
七、证券债权质权	273
八、无体财产权质权	277
九、最高额质权	279
留置权	284
一、留置权的历史沿革	284
二、留置权的概念与特征	288
三、留置权的发生	290
四、留置权的效力	297
五、留置权的实现	300
六、特别留置权	302
七、留置权的消灭	304
典 权	306
一、典权的概念与特征	306
二、典权的设定	308
三、典权的效力	309

占 有	311
一、占有的概述	311
二、占有的概念与特征	313
三、占有的类别	315
四、占有的取得	319
五、占有的法律后果	320
产品质量责任探究	326
一、产品责任	326
二、产品质量责任	327
三、产品质量责任的归责原则	332
四、产品质量责任的类别	338
精神损害赔偿探析	341
一、精神损害赔偿的概念与特征	341
二、精神损害赔偿的历史沿革	342
三、精神损害行为的表现	346
四、精神损害赔偿的范围	349
五、精神损害赔偿的标准	349
名誉毁损的界定	352
一、导言	352
二、英美法系的公示 (Publication) 规则	352
三、公示规则对我国司法实践的启迪和影响	354
四、名誉权案件审理中的归责原则	355
侵犯商业秘密行为的认定与处理	357
一、商业秘密的概念与特征	357

二、侵犯商业秘密行为的构成	359
三、商业秘密的保密措施	361
四、侵犯商业秘密行为的法律责任	365
反不正当竞争的法律适用	367
一、反不正当竞争的历史沿革	367
二、不正当竞争行为的概念与特征	372
三、不正当竞争行为的构成	373
四、不正当竞争行为的法律责任	376
五、不正当竞争行为的表现形式	381
商品房预售中的若干法律问题	397
一、商品房预售合同的转让	397
二、预售商品房的按揭	399
三、情势变更原则在预售商品房纠纷中的适用	404
四、预售商品房中损失数额的认定	405
五、预售商品房纠纷案件的处理	407
贷款债权的清偿与保全	410
一、借款人实行承包、租赁经营时贷款债权 的保全和清偿	410
二、借款人进行股份制改造时贷款债权的保 全和清偿	411
三、借款人实行联营时贷款债权的保全和清偿	412
四、借款人被兼并（或合并）时贷款债权 的保全和清偿	412
五、借款人与外商合资（合作）时贷款债权 的保全和清偿	414

六、借款人分立时贷款债权的保全和清偿	415
七、借款人实行产权有偿转让或申请解散时 贷款债权的保全和清偿	415
八、借款人破产时贷款债权的保全和清偿	415
九、企业改制后保证人担保责任的承担	416
瑕疵票据责任概要	419
一、瑕疵票据的概念	419
二、票据伪造与效力	419
三、票据变造与效力	425
四、票据涂销与效力	431
存单纠纷案件的审判实务	436
一、导言	436
二、存单纠纷概要	436
三、一般存单纠纷案件	438
四、以存单为表现形式的借贷纠纷案件	440
五、委托贷款与信托贷款	443
六、存单质押纠纷	444
七、民事制裁、中止和移送	445
信用证流程之法律实务	446
一、导言	446
二、开证	447
三、通知及受益人审证	449
四、装船并取得相关单证	450
五、议付	451
六、赎单提货	453

善意取得制度的若干问题	454
一、善意取得制度概述	454
二、善意取得的构成	457
三、善意取得的法律效力	461
四、司法实践中应注意的问题	462
评票据对价制度	464
一、导言	464
二、普通法对价制度简介	464
三、我国票据对价制度的历史与现实	466
四、我国票据对价制度的完善	471
民事责任概论	473
一、民事责任概述	473
二、民事责任的一般构成要件	475
三、民事责任的分类	477
四、民事责任原则	479
民法时效制度研究	485
一、导言	485
二、时效概述	486
三、取得时效	488
四、诉讼时效	497
五、构筑我国时效制度的基本思路	506
国有企业改革与公司化若干问题研究	508
一、企业改革的历史沿革	508

二、公司法律制度探究	513
三、企业改革中公司形态的选择	518
合伙制度若干问题研究	521
一、合伙的渊源	521
二、合伙的概念与特征	523
三、合伙的种类	525
四、法人能否成为合伙人	527
五、劳务可否作为合伙出资	532
六、有限合伙制度	536
七、合伙人对合伙债务的清偿	543
破产法若干理论与实务研究	551
一、破产法的内涵和价值取向	551
二、破产程序开始中的有关问题	557
三、债权人会议的法律地位与组成	572
四、破产宣告的原因和效力	575
五、破产清算组的法律地位和组成	579
六、破产财产的范围限定	584
七、破产财产的分配对象	595
八、我国破产法实践中的主要问题	606
主要参考书目	611
后记	626

诚实信用原则概论

一、概 述

诚实与信用之原则（德 Grundsatz von Treu und Glauben），首称诚信原则，即行使债权，履行债务，应依诚实及信用之方法之谓。源于罗马法的诚实信用原则，最初体现在一般恶意抗辩诉权中，二者同出一源，尔后到 20 世纪，随着法律思想的变迁，即从所谓个人本位的法律思想，转变为社会本位的法律思想。世界各国开始将诚信原则广泛引入民法典中，其适用范围亦从债权之履行扩大至一切权利的行使和义务的履行，均应依诚实信用为主，并以此解释法律和契约。以致我国学者徐国栋在其《民法基本原则解释》一书中提出了“诚信原则几乎是大陆法系民法中唯一的基本原则”之论点。

作为在罗马法系的法典化历史中，具有重要里程碑意义的 1942 年《意大利民法典》第 175 条规定“债务人与债权人应当依诚实信用原则进行活动”。经过多次修订的《日本民法典》第 1 条〔基本原则〕第（二）项规定“行使权利及履行义务时，应恪守信义，诚实实行”。19 世纪初叶，法国民法第 1134 条进而规定有契约履行之诚信原则。又 1855 年日耳曼控诉法院之一连串判决，相继采用权利滥用禁止之法理，继而各种学说理论逐渐展开。其后，德国民法第 242 条亦规定，信用原则（Treu und Glauben），乃债务人之行为原理，同时于第 157 条规定，诚信原则

为契约解释之一般基准，又于第 226 条规定，权利之行使不许以加损害于他人为唯一目的。进而学说及判例，将诚信原则作为规律全部债权债务关系之法的原则，其发展之结果，认为德国民法第 826 条（良俗违反行为之赔偿责任）适用于民法第 226 条，仅具备主观要件即足，但权利滥用之要件，则必须客观化。待 19 世纪 90 年代，瑞士民法将诚信原则及权利滥用规定于同一条文中，其第 2 条第 1 项规定“任何人都必须以诚实信用的方式行使其权利和履行其义务”。第 2 项规定“显系滥用权利时，不受法律保护”。此条之规定，可谓系德国及法国民法学说及判例之成果，至此，诚信原则被扩大适用于一般之权利义务，而于权利滥用禁止原则，一方面规定其客观要件，另方面扩张其法理的机能领域，以应社会发展之要求。

我国“台湾地区现行民法”第 148 条则将原规定于“债法”第 219 条的诚信原则加上民法原第 148 条规定的不得滥用权利并合而成二项，一项为：“权利之行使不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的”；二项为：“权利应符合公共利益。行使权利、履行义务，应依诚实信用方法”。其立法形成，可谓一方面受到社会情事变迁而权利社会化之影响，另方面受他国立法例扩张诚信法理适用（主要系参考瑞士民法第 2 条及日本民法第 1 条）之结果。（详见台湾民法教授林诚二先生所著的《民法理论与问题研究》一书）。

我国民法通则第 4 条规定“民事活动应当遵循诚实信用的原则”。合同法第六条规定，“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”。我国作为成员国的国际统一私法协会所制订的《国际商事合同通则》第 1 条、第 7 条（1）规定：每一方当事人在国际贸易交易中应依据诚实信用和公平交易的原则行事。至此，诚实信用原则已由一般债权债务的原则，上升为整个民事权利义务的原则，并成为近代民法革新的先驱。

二、诚实信用原则的内涵界定

学者向杰在其《民法：公平的艺术》一书中谈到：诚信原则思想渊源于自然法而被罗马法所首先采用，史丹木拉曾说过：“诚信原则乃具有变化内容的自然法”。日本民法学者常盛敏太教授也认为：“诚信原则乃相关、客观的概念，而为具有强行性的法律原则”。其发展也与自然法的演进紧密相关。所谓自然法，是指对于实在法而言的，指的是自然界和人类社会的普遍法则。霍布斯把自然法的本质和内涵概括为道德的哲学，亦即关于人们利益的哲学；洛克则认为自然法渊源于人类生命的本质，“而理性，也就是自然法”，“实在法只有以自然法为基础时才是公正的，它们的解释和规定必然以自然法为根据”；孟德斯鸠认为自然法来源于自然，永恒不变，也就是所谓的正义、公平、自由、和平、善意等道德规律是绝对的，尽管自然法学各派存在众多分歧和争议，就其内容而言，自然法学是关于伦理道德及其制定法的关系的学问，正如普莱斯顿所说的：“伦理学与自然法有同一意义”。

诚信原则思想渊源于自然法的善意与公平的理念，也就是说诚信原则是道德的法律化，或者法律的道德化。如果排除政治因素，道德的目的从来就是法律的目的，法律由道德演进而来，庞德（Round）把法的演进程式概括为“最初仅为一部道德律，继而演变为衡平原理，再变为法律条款”。诚信原则正是自然法的公平、善意的道德规律在实在法上的表现。

从域外对诚信原则的理解看，有“语义说”和“一般条款说”两种观点。“语义说”认为：诚信原则要求民事主体在从事民事活动时应该诚实、守信用。而“一般条款说”认为：诚信原则是外延不十分确定，但具有强制性效力的一般条款。因“语义说”有重文生义之嫌，且没有考察诚信之语源，故并未揭示诚信

原则之本质内涵。

台湾省立中兴大学法商学院教授梅仲协认为：“诚信原则之确认，所以防止当事人藉口债之关系之内容，以滥行其权利，或规避其义务，致有害于法律生活之公平的状态，是故：(1) 债权人根据其形式上之权利，对于债务人有所苛求者，法院应依诚信原则，为有利于债务人之判决。例如债权人因有拒绝债务人为一部清偿之权利，但一部之清偿，无甚害于债权人利益者，债权人不得滥用其拒绝权。又如买受人对于有瑕疵之买卖物，因得请求解除契约，然若其瑕疵极为微细，且稍加修理，即能除去者，依诚信原则，该买受人不得遽行请求解约。又如承租人对于应支付之租金，仅有些微之数额，尚未清偿者，出租人不得径行终止其契约。(2) 债务人利用期罔不正之手段，提出显失公平之抗辩者，应使债权人受诚信原则之保护。例如债务人基于法律行为方式上之欠缺，系由于债务人之诈欺手段，故意使债权人陷于错误所致者，依诚信原则，债务人不得提出无效之抗辩。又如因债务人之阻遏，致债权人不能于适当时期提起诉讼者，债务人不得主张时效抗辩权。因运用诚信原则，尚发生下述之效果：(1) 债权人基于其他原因，即径负同样给付之义务者，不得基于其债权之作用，请求债务人为给付。例如汽车所有人，曾以其汽车贷于借用人借用，嗣复将其车卖与借用人。于此情形，所有人不得依据使用借贷关系，请求借用人先予返还其借用物，盖借用人得基于买卖合同，请求所有人即行移转其出卖物之占有也。(2) 债务人若履行债务，必受刑事上之制裁，或债权人因利用债务人债务之履行，以达成其违法之目的者，债务人得拒绝其给付。例如当事人于订立买卖物品契约之后，而该项物品，法律禁止其买卖，或出卖人探悉买受人欲将其买卖物，供走私漏税或接济敌人之用者，出卖人均得拒绝其债务之履行”。

国际统一私法协会在对《国际商事合同通则》第1条、第7

条诚实信用举例解释之。

(1) A 同意 B 可以在 48 小时内考虑是否接受其要约。当 B 在期限临近届满前决定接受时,却无法向 A 传递这一信息,因为此时是周末, A 办公室的传真机未开通,也没有能接收消息的自动电话。在紧接着的周一, A 拒绝了 B 的承诺。A 的这种做法违背了诚实信用原则,因为当 A 确定承诺的时限,他必须确保其办公室在整个 48 小时内均能接收信息。

(2) 在一份关于供应和安装某一特殊生产线的合同中有这样一条规定:卖方 A 就生产线的技术所做的任何改进, A 均有义务告知买方 B。1 年后, B 了解到有一项重要的技术改进未得到 A 的通知。对此 A 不能以这种事实为自己开脱,即: A 不再负责这种特定型号生产线的生产,生产已转由 A 的合资附属公司 C 承担。A 这样做违背了诚实公平交易的原则,因为 A 为了回避对于 B 的合同的义务,特意设立一个独立的实体 C,由 C 来承担这种生产。

(3) 代理商 A 代表委托人 B 在某一指定地区推销 B 的商品。合同规定,只有在 A 签订的合同得到 B 的同意后, A 才有理赔权。B 可自由决定是否同意 A 签订的合同,但任何对 A 所签合同的持续性的和不合理的拒绝都有悖于诚实信用原则。

(4) 在银行 A 和用户 B 商定的信贷协议有效期内, A 突然不加说明地拒绝向 B 继续提供贷款,致使 B 的生意遭受了重大损失,尽管协议中有允许 A “自愿”加快偿还款项的条款,但 A 这种没有事先警告和正当理由的要求全额还款则违背了诚实信用的原则。

有关国际贸易中的诚实信用的概念,并非按不同的国家法律体系中所采用的一般标准来适用。换句话说,对于那些国内标准,只有在其各个不同法律体系普遍接受时方能予以考虑。《国际商事合同通则》中的更深一层的含义是:“诚实信用”必须按