

民商审判实务难题 与典型案例释解

沈 杨 著

MINSHANG
SHENPAN
SHIWU
NANTI YU
DIANXING
ANLI
SHIJIE



人民法院出版社

民商审判实务难题 与典型案例释解

沈 杨 著



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商审判实务难题与典型案例释解/沈杨著. —北京:
人民法院出版社, 2004.8
ISBN 7-80161-842-4

I. 民… II. 沈… III. 民事诉讼-审判-中国
IV. D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 072637 号

民商审判实务难题与典型案例释解

沈杨 著

责任编辑 陈燕华 谢 庆
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)
电 话 (010) 65290583 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 373 千字
印 张 14
版 次 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-842-4/D·842
定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

内 容 简 介

本书是一本展示司法调研成果的论文汇集。它主要通过应用法学论文、案例分析和裁判文书等三种文体和形式试图表现一名民商审判战线上的法官是如何结合审判实践开展应用法学研究的，进而透视法官在履行职责过程中是如何思考法律问题、解释法律现象、守望司法发展的。

如果我们把案件比作原料，那么判决就是产品，其质量在很大程度上取决于加工的能力和水平，此种加工能力即法官的法律思维能力，也是法官守望司法的方法和途径。法官应当具备超凡的法律思维能力。法律思维是一种合法性思维，它不同于基于利弊权衡的政治思维和关心善恶是非的道德思维，亦不同于在成本与收入之间进行比较的经济思维。“法官是法律的良心，守望司法是法官永恒的天职”。

本书在体例上分为四编，且各编自成体系。第一编为民商法疑难问题思索，第二编为民事诉讼与司法改革，第三编为民商事典型案例释解，第四编是笔者自己制作部分民事判决书以及制作心得，还有一篇关于裁判文书改革的阶段性调查报告。本书所收文章基本上都是笔者近年来发表于国家级、省级报刊或者在全国性的学术讨论会上获奖的学术论文和案例分析，它们既保持形式上的独立成篇，又兼顾彼此间的逻辑联系，且在总体上紧扣并贯穿于法官应该如何独立司法、应该如何守望法律之运动发展的主线。

本书也是作者以专家型、学者型法官为奋斗目标，藉一名普通法官的身份积极参加和推进法官的职业化建设的一次尝试。

应用法学研究的价值和体例（代序）

有一门学问叫作应用法学，它是相对于理论法学而言的一个法学分支。它以司法实践过程中遇到的法律问题为研究对象，以论理、经验总结、实证分析等为研究方法，以论文、案例分析、裁判文书等为研究形式，以解决实际问题、保障司法的公正与效率为研究目标。也许有人会感到诧异，作为社会科学的法学不就是为了司法实践服务的吗？还有什么必要去区分应用法学和理论法学呢？

在我国法学研究领域长期存在着一种“怪”现象：司法实践界与理论法学界之间总有一条无法逾越的鸿沟。应用法学的研究在理论法学人士看来都是些不上台面的小打小闹，甚至有些幼稚可笑，因而不屑为之；而理论法学的研究在应用法学人士看来又都是些毫无用处的空泛议论，说得严重点就是在无病呻吟，所以不愿为之。由此导致了应用法学与理论法学分别在各自固定的空间内生存和发展，各有各的研究人群，各有各的受众，就连刊登文章的载体也是各有各的、各登各的，可谓“老死不相往来”。这一状况曾经延续了很多年，现在有所好转。司法实践界开始越来越重视汲取理论法学研究的成果，以不断丰富和壮大自己；理论法学界则以前所未有的兴趣和热情关注起了经验研究和实证分析，其最明显的变化莫过于：越来越多的专家、教授开始热衷于讨论司法实践中广泛存在的“细枝末节”的实务难题了。

应用法学与理论法学的界限开始变得模糊，但二者共同关注的问题却与日俱增。这一边缘地带将来必定会成为我国法学研究

的创新点和增长点，应用法学必将为中国理论法学研究桎梏的突破带来契机，这便是应用法学之于中国法学研究的最大价值。除此以外，应用法学研究至少还有以下五个方面的功能：（1）应用法学研究的过程在某种意义上就是司法的过程，或者说司法的过程在某种意义上就是应用法学研究的过程；（2）应用法学研究的成果可以直接被用来解决司法实践中存在的种种难题；（3）应用法学研究的成果对于立法的修订和完善具有实证参考价值；（4）应用法学研究可以训练法官的逻辑思维能力和文字表达能力，提高我国法官队伍的整体素质；（5）通过应用法学研究可以清楚地透视法官在履行职责过程中是如何思考法律问题、解释法律现象、守望司法发展的。

如前所述，应用法学研究的体例主要有三：一是学术论文；二是案例分析；三是裁判文书。其中，学术论文在应用法学研究中属于理论层次最高的，也是最接近于理论法学研究的文体形式。它的研究来源主要是从司法实践中抽象出来的法律问题，此外，也有倒过来对传统理论法学的研究课题作实证分析的。具体的写作方法一般都是先对某个问题在理论层面上作一些阐释，然后再着重论述如何解决实践中存在的各种问题。

案例分析（或者叫判解研究）则主要是就一个案件、几个案件或者一类案件的司法处理进行研究，理论色彩稍微浓一些的也有就该案件所引申或折射出来的法律问题进行的研讨的。与应用法学论文相比，案例分析的写作难度明显要容易得多，因为它对理论抽象的要求并不高，而且案例本身就像一个打开了的话匣子一样，由此可以轻松地引出很多值得研究的课题，所以比较容易写作，另外案例分析的取材也很方便，对广大司法实践者而言案例资源俯拾皆是。

裁判文书本是一种应用文，但它同时又是一种基本的应用法学调研方式。因为裁判文书生来就担负着阐释法理、创制规则的职能，它是法官思想的凝聚，是司法理想的张扬。所以说，一篇好的判决书就是一篇好的案例分析，甚至是一篇好的法学论文。

裁判文书因其目的性和指向性都很强，在三种文体中是最容易的写作的，但它的撰写群体比较特殊，仅限于法官。

如今，将以上任何一种文体汇编成书者大有人在，但同时关注并致力于三种形式之共同发展的却鲜有之。笔者近年致力于应用法学研究，三种文体皆小有所成。于是遵照上述体例编排了这本《民商审判实务难题与典型案例释解》小书的篇章结构，目的有二：一来展示一下所谓应用法学研究文集的概貌；二是希望有更多的调研爱好者一起来推动应用法学研究的系统发展与学科进步。至于本文关于应用法学研究的价值和体例的初步分析若有不到或不当之处，诚挚地欢迎大家提出批评。

作 者

2004年6月29日

作者简介

沈杨，男，1974年8月生，法律硕士研究生，江苏省南通市中级人民法院审判员、审判长。主要从事知识产权、人身权、诉讼制度及司法改革领域的审判与研究，已在《人民司法》、《法律适用》、《知识产权》等核心期刊发表法学论文数十篇，其中《对一起侵犯隐私权纠纷案的法理评析——兼论隐私权与名誉权的本质区别》、《对假冒他人署名的解释》等多篇文章被中国人民大学报刊复印资料《民商法学》和《诉讼法学、司法制度》全文转载或列入索引。迄今已在全国法院系统学术讨论会四次获奖，其中两度获二等奖、两度获三等奖；2004年5月又获中国知识产权研究会学术年会三等奖。

目 录

第一编 民商法疑难问题思索

重塑商标权概念

——从商标标示权到商标权概念的复位…………… (3)

商标权担保若干法律问题探析…………… (7)

一、商标权的“可担保性”研究…………… (8)

二、是质押？还是抵押？——关于商标权担保
方式的讨论…………… (10)

三、商标权担保的成立及各方当事人之权利义
务分析…………… (13)

四、商标权担保的优先受偿及变现方法探讨…………… (14)

商标权平行进口问题的司法认知

——以商标许可使用合同为审理进路…………… (17)

一、商标权平行进口问题概述…………… (18)

二、应对商标权平行进口问题的通常思路及其
内在矛盾性…………… (20)

三、商标许可使用制度的确立——商标权平行
进口问题衍生的逻辑前提…………… (23)

四、以许可使用合同为进路审理商标权平行进
口纠纷的初步设想…………… (25)

商标权的行政保护与司法保护…………… (28)

一、商标权行政保护与司法保护的含义及特点…………… (29)

二、我国商标权保护“双轨制”的缺陷与不足·····	(31)
论商标权的法律限制·····	(38)
一、因商标权内在因素的法律限制·····	(38)
二、因与其他权利冲突的法律限制·····	(41)
服务商标法律保护初论·····	(45)
一、服务商标概述·····	(45)
二、服务商标侵权的认定及其法律保护·····	(53)
三、服务商标权保护的法律限制·····	(67)
四、服务商标亟待刑法的保护：代结语·····	(69)
对假冒他人署名的理解·····	(73)
一、传统解释的理论依据·····	(73)
二、对传统解释的三点质疑·····	(76)
三、“假冒他人署名”的真正含义 ·····	(79)
四、“假冒他人署名”之构成要件 ·····	(81)
审理商业秘密案件若干程序问题的处置·····	(83)
一、商业秘密案件临时禁令措施的采取·····	(84)
二、商业秘密案件证明责任的分配·····	(87)
三、商业秘密案件中的证据保全、证据交换及其他 ··· (90)	
四、商业秘密案件中的司法鉴定问题·····	(92)
抚慰金惩罚功能的彰显与算定规则的重构·····	(94)
一、抚慰金惩罚功能之缘起·····	(95)
二、抚慰金惩罚功能之彰显·····	(100)
三、惩罚功能的彰显与抚慰金评算思路的变革·····	(104)
四、抚慰金算定规则之重构·····	(108)
房屋联建合同若干法律问题探析·····	(114)
一、房屋联建合同的主要类型及其法律性质·····	(115)
二、房屋联建合同纠纷的处理原则·····	(118)
三、房屋联建合同与第三人的关系·····	(121)

第二编 民事诉讼与司法改革

财产保全的法律性质辨析·····	(125)
一、财产保全制度的历史沿革·····	(126)
二、关于财产保全性质的两种学说·····	(126)
三、财产保全——民事诉讼中的临时救济·····	(128)
四、财产保全的“临时救济”性质对司法实践 的意义·····	(130)
发回重审存废论·····	(133)
一、发回重审的概念和特征·····	(134)
二、存废发回重审的理性思考·····	(137)
三、各国立法例述评及对我国的借鉴意义·····	(143)
四、二审发回重审制度的重构·····	(146)
五、再审发回重审的摒弃·····	(152)
调查报告：新时期法院调解工作的困境与出路·····	(154)
一、人民法院开展诉讼调解工作的过去和现状·····	(156)
二、影响和制约法院调解工作开展的主观方面 原因·····	(160)
三、影响和制约法院调解工作开展的客观方面 原因·····	(163)
四、改善新时期法院调解工作的对策与建议·····	(170)
论民事诉讼中伪证的防范与排除	
——以诉讼证据规则的建构和完善为中心·····	(181)
一、确定民事诉讼中伪证的基本特征——从证据 三属性理论出发·····	(182)
二、伪证现象与我国职权主义诉讼模式的内在联系·····	(185)
三、在民事诉讼证据制度中建构伪证防范与排除 的规则体系·····	(187)
四、伪证防治法律体系的完善·····	(193)
五、对我国民事证据立法理念的一点建议：代结语·····	(195)

对行政诉讼中不停止执行原则的反思

——兼论停止执行制度的建立·····	(196)
一、对两种理论观点的比较分析·····	(197)
二、十年司法实践的印证·····	(201)
三、新制度设置上的构想·····	(203)
司法行政化问题研究·····	(208)
一、司法行政化的主要表现及其危害·····	(209)
二、司法行政化问题的由来·····	(215)
三、司法排斥行政化之法理剖析·····	(216)
四、克服司法行政化的几点设想·····	(218)
改革与规范审判委员会工作制度的若干思考·····	(223)
一、审判委员会制度概述·····	(223)
二、审判委员会制度存在的问题·····	(225)
三、审判委员会职能的定位·····	(228)
四、规范审判委员会讨论决定个案制的几点设想·····	(230)
五、关于专业委员会和专业委员·····	(233)
六、审判委员会委员的考评·····	(234)
机构改革与资深法官的特别保障	
——兼评《法官法》修订后的若干规定·····	(235)
一、资深法官特定涵义之界定·····	(236)
二、资深法官特别保障之必要·····	(237)
三、资深法官特别保障之举措·····	(239)
典型案例的功能及其发布制度之构建·····	(242)
一、典型案例的作用·····	(242)
二、典型案例的功能障碍·····	(244)
三、报送、发布典型案例的制度设计·····	(244)
四、典型案例效能的发挥·····	(247)
浅议 WTO 协议与人民法院工作的整合·····	(249)
一、对 WTO 规则在我国法院的可适用性的初步考察·····	(250)

二、WTO 协议对我国审判工作的具体影响及对策·····	(252)
三、WTO 协议对中国法院革新审判理念的要求·····	(256)
四、结语·····	(257)

第三编 民商事典型案例释解

配偶应先于子女承担扶养义务	
——郭林成诉陆文遂夫妻扶养案评析·····	(261)
本案侵权行为的法律性质及其救济	
——周美兰、洪永高诉如皋市常青乡卫生院	
侵害生育权案评析·····	(267)
隐私权的构成及其与名誉权的区别	
——姜××诉时×等侵犯隐私权案评析·····	(275)
混合过错与伤病比共存时赔偿数额的算定	
——赵永平诉曹歧非道路交通事故损害赔偿案评析···	(284)
邻地通行权与越界建筑相邻权的规制	
——对两起相邻权纠纷的法理评析·····	(292)
金融机构擅自提高存款档期和利率之行为性质	
的认定	
——启东市农村社会养老保险事业管理处诉	
中国建设银行启东市支行存款案评析·····	(299)
剩余的八万元捐款该归谁	
——对一起公益捐赠案的法理评析·····	(305)
共同侵权后的个别和解与连带责任的承担	
——南通苏海化工厂诉王华富、陈礼龙侵犯	
注册商标专用权案评析·····	(309)
肖像权许可使用的效力能否及于著作权?	
——黄志斌诉百乐渔都侵犯摄影作品著作权案评析···	(318)
客户名单范围的确定及“实质性相似加接触”	
规则的适用	
——南通市通业实业有限公司诉何××、张×、	

江苏南强集团公司侵犯商业秘密纠纷案评析·····	(326)
--------------------------	-------

第四编 裁判文书制作与改革

民事判决书及制作心得（人身损害赔偿案）·····	(341)
民事判决书及制作心得（侵犯著作权案）·····	(348)
民事判决书及制作心得（侵犯著作权、名誉权、 不正当竞争案）·····	(356)
民事判决书及制作心得（医疗损害赔偿案）·····	(365)
民事判决书及制作心得（侵犯商业秘密案）·····	(373)
民事判决书及制作心得（房屋迁让案）·····	(386)
民事判决书及制作心得（侵害隐私权案）·····	(392)
民事判决书及制作心得（非道路交通事故赔偿案）·····	(400)
民事判决书及制作心得（人身保险合同案）·····	(408)
调查报告：裁判文书改革的过去、现在和未来·····	(418)
一、回顾过去：民事裁判文书改革成果概述·····	(418)
二、现实反思：民事裁判文书改革中存在的 主要问题剖析·····	(421)
三、展望未来：进一步规范 and 加强民事裁判 文书改革的设想·····	(424)
后 记·····	(430)

第一编 民商法疑难 问题思索

重塑商标权概念^{*}

——从商标标示权到商标权概念的复位

《商标法》修改在即，不少有识之士针对现行《商标法》与世界贸易的组织规则——主要是《与贸易有关的知识产权协议》(Trips)存在的差距，提出了许多修改方案和建议，这些真知灼见对于完善商标法律制度，加快我国进入世贸组织的步伐，无疑是有裨益的。然而，我国现行《商标法》除了在具体制度的设置上与Trips的要求有一定的距离外，在商标权基本概念的选择上也存在严重缺陷，亟待修正。

我国《商标法》对商标权的一贯称谓是“商标专用权”，具体法条中当表述到商标权的权利主体时也有“注册商标所有人”、“商标使用人”的提法^①，严格地讲，这几种说法都是不科学、不准确的。从法律规定和司法实践来看，商标权作为一项完整的民事权利，除了商标专用权外，还应包括商标标示权、商标使用

^{*} 本文创作于2001年10月《中华人民共和国商标法》修正前，文中所提建议在本次修订过程中得到部分采纳，如：商标权权利主体的称谓在新商标法中被改成了“商标注册人”——具体可参见新《商标法》第三条、第九条、第十三条、第四十条、第五十八条等规定；再如：当规定哪些行为属于商标侵权行为时，补充了“未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场”的行为——新《商标法》第五十二条第(四)项。

^① 1993年修正的《中华人民共和国商标法》第六条、第三十八条。