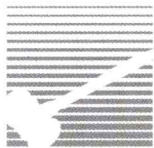


THE GUIDELINES FOR DISCRETION IN CIVIL JUDGEMENT

主编:吴庆宝 俞宏雷



民事裁判自由裁量规范

民事自由裁量权的一般原理
民事自由裁量权行使的一般要求
民事自由裁量权的正当行使及其规制
民法通则一般规定与自由裁量规范
民法通则具体制度适用与自由裁量规范
物权法与自由裁量规范
侵权责任法与自由裁量规范
婚姻法与自由裁量规范
继承法与自由裁量规范
建筑法与自由裁量规范
城市房地产管理法与自由裁量规范
农村土地承包法与自由裁量规范
产品质量法与自由裁量规范
消费者权益保护法与自由裁量规范
食品安全法与自由裁量规范
劳动法与自由裁量规范
民事程序法与自由裁量规范

人民法院出版社

ISBN 978-7-5167-8123-5
定价：58.00元

民事裁判自由裁量规范

主 编 吴庆宝 俞宏雷
副主编 王 英 周 科
撰稿人 俞宏雷 王 英 沈 君
 薛 崑 顾 妍 缪 凌
 钱 菲 徐 冰 周 科
 李 杨 王 静 静 林 中 辉
 羊 羚 牛 兆 祥

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事裁判自由裁量规范/吴庆宝,俞宏雷主编. —北京:人民法院出版社,2012. 12

ISBN 978-7-5109-0587-2

I. ①民… II. ①吴… ②俞… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 281025 号

民事裁判自由裁量规范

吴庆宝 俞宏雷 主编

-
- 责任编辑 张 珺
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550607 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中国画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店
-
- 开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 795 千字
印 张 35.25
版 次 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0587-2
定 价 86.00 元
-

版权所有 侵权必究

编撰说明

2012年3月，最高人民法院出台了法发〔2012〕7号《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》（以下简称《规范自由裁量权意见》）。该意见对正确认识、行使法官自由裁量权，正确运用证据规则、法律适用方法、法律解释方法、利益衡量方法，强化诉讼程序规范、审判组织规范、裁判文书规范，强化审判管理、合理规范审级监督，加强司法解释、案例指导，统一裁判标准、加强法官职业保障和防止权力滥用等方面作出了原则性规定，指导各级人民法院和法官在审判工作中妥善行使自由裁量权。

为配合《规范自由裁量权意见》的具体实施，我们搜集了各地、各级法院在行使自由裁量权过程中遇到的大量法律适用问题，组织了多名有丰富司法实务经验和法学理论功底深厚的一线法官，撰写了《民事裁判自由裁量规范》和《商事裁判自由裁量规范》两书。两书依据最高人民法院的司法解释、司法政策和主流观点，总结了各地法院和法官的实务经验，吸收了学界通说的精神，对民事、商事审判中常用法律中的难点、热点和焦点问题逐一解答，并提供了具有可操作性的裁量方案。这些裁量方案或是对立法中的原则性条款和幅度过宽条款进行了细化，或是对部分选择性条款和授权性条款根据最高人民法院的司法政策精神进行了初步的规范。

全书由北京市司法局副局长、法学教授（原最高人民法院民事审判第二庭审判长、高级法官）吴庆宝、江苏省无锡市人大常委会法工委副主任（原江苏省无锡市中级人民法院民事审判第二庭庭长）俞宏雷任主编。

对法官自由裁量权的研究是一项博大的工程，我们只是在理论界对法官自由裁量权基本理论进行研究的基础上，对民商事案件审理中法官自由裁量权的行使进行实证研究或者具体探讨。因为自由裁量权的存在空间是如此的广泛，我们对法官自由裁量权的具体研究也可能是不完全的，加之编者水平有限，书中疏漏难免，恳请读者批评指正。本书写作过程中，引用和借鉴了很多法学理论界和司法实务界的研究成果，在此我们顺致谢忱！

作者

2012年11月

目

录

第一编 总 则

第一章 民事自由裁量权的一般原理·····	(3)
第一节 自由裁量权及民事自由裁量权的基本范畴·····	(3)
第二节 民事自由裁量权的行使基础及基本形态·····	(14)
第二章 民事自由裁量权行使的一般要求·····	(41)
第三章 民事自由裁量权的正当行使及其规制·····	(55)

第二编 民法通则与自由裁量规范

第一章 民法通则一般规定与自由裁量规范·····	(75)
第一节 民法基本原则与自由裁量规范·····	(75)
1. 适用《民法通则》等民事法律规范中“诚实信用原则” 的自由裁量规范·····	(75)
2. 以违反“社会公德”为由确认民事行为或者合同无效的 裁量规范·····	(85)
3. 以违反“社会公共利益”为由确认民事行为或者合同无效的 裁量规范·····	(91)
第二节 关于民事法律行为规定的适用与自由裁量规范·····	(99)
4. 《民法通则》第 12 条、《合同法》第 47 条与限制民事行为 能力人年龄、智力相适应的民事活动的认定·····	(99)

5. 《民法通则》第 58 条、《合同法》第 54 条规定的“欺诈” 的认定	(105)
6. 《民法通则》第 58 条、《合同法》第 54 条第 2 款规定的 “胁迫”的认定	(110)
7. 《民法通则》第 58 条、《合同法》第 52 条规定的“以合法 形式掩盖非法目的”的认定	(115)
8. 《民法通则》第 58 条、《合同法》第 54 条规定的“乘人之危” 的认定	(119)
9. 《民法通则》第 59 条、《合同法》第 54 条规定的“重大误解” 的认定	(124)
10. 《民法通则》第 59 条、《合同法》第 54 条规定的“显失公平” 的认定	(131)
11. 《民法通则》第 61 条、《合同法》第 58 条规定的无效民事 行为或者合同中“有过错的一方应当赔偿对方因此所受的 损失”的确定	(137)
12. 《民法通则》第 61 条、《合同法》第 58 条规定的“各自承担 相应的责任”的判断	(139)
13. 《民法通则》第 58 条、《合同法》第 52 条规定的“恶意串通” 的认定	(141)
第二章 民法通则具体制度适用与自由裁量规范	(147)
第一节 民法通则物权部分适用与自由裁量规范	(147)
14. 《民法通则》第 78 条第 3 款、《物权法》第 101 条共有人行使 优先购买权中的“同等条件”的认定	(147)
15. 《民法通则》第 92 条“不当利益”的解释与范围确定	(152)
第二节 民法通则债权部分适用与自由裁量规范	(152)
16. 《民法通则》第 93 条规定的无因管理人“必要费用” 的确定	(158)
17. 《民法通则》第 107 条、《合同法》第 94 条、第 117 条规定的 “不可抗力”的认定	(160)
第三节 民法通则民事责任部分适用与自由裁量规范	(169)
18. 《民法通则》第 119 条规定的“死者生前扶养的人”的认定 ..	(169)
第四节 民法通则其他适用与自由裁量规范	(170)
19. 《民法通则》第 137 条规定的诉讼时效起算中“应当知道” 权利被侵害的认定	(170)
20. 《民法通则》第 137 条规定的可以延长诉讼时效期间的	

“特殊情况”的认定	(174)
-----------------	-------

第三编 物权法与自由裁量规范

21. 《物权法》第5条规定的物权法定原则中物权的“内容”以及“法律”范围的确定	(179)
22. 《物权法》规定的动产物权设立与转让中“交付”的认定	(183)
23. 《物权法》关于预告登记中规定的“能够进行不动产登记”的认定	(187)
24. 《物权法》第24条规定的“善意第三人”的认定	(189)
25. 《物权法》第38条“本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用”的具体运用	(191)
26. 《物权法》第42条第1款、第148条规定的“公共利益”的认定	(195)
27. 《物权法》第44条规定的“紧急需要”的认定	(198)
28. 《物权法》第57条第2款规定的“关联交易”的认定	(200)
29. 《物权法》第70条规定的“专有部分”的认定	(205)
30. 《物权法》第71条规定的“业主行使权利不得危及建筑物的安全”的认定	(211)
31. 关于《物权法》第72条规定的建筑物“共有部分”的认定	(212)
32. 《物权法》第74条第1款“应当首先满足业主的需要”的理解与适用	(216)
33. 关于《物权法》第83条规定的“损害他人合法权益的行为”的认定	(218)
34. 《物权法》第86条、第87条、第88条规定的“必要的便利”、“合理分配”的认定	(221)
35. 《物权法》第85条规定的“当地习惯”的运用	(224)
36. 《物权法》第89条规定的“妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照”的运用	(226)
37. 《物权法》第99条规定的“重大理由”、“共有的基础丧失”的认定	(229)
38. 《物权法》第106条、第108条、第243条规定的“善意取得”、“善意占有”的认定	(234)

39. 《物权法》第106条规定的“合理价格”的认定 (241)
40. 《物权法》第111条规定的“妥善保管遗失物”、第215条规定的“妥善保管质押财产”、第234条规定的“妥善保管留置财产”中的“妥善”的认定 (243)
41. 《物权法》第130条规定的“特殊情形”的认定 (245)
42. 《物权法》第142条规定的“相反证据”的具体认定 (247)
43. 《物权法》第168条规定的“滥用地役权”的认定 (248)
44. 《物权法》第182条规定的“一并抵押”的处理规则 (249)
45. 《物权法》第189条规定的“正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产”的认定 (252)
46. 《物权法》第199条规定的登记顺序的确定标准 (255)
47. 《物权法》第230条规定的“债务人的动产”范围的确定 (256)
48. 《物权法》第231条规定的“同一法律关系”的认定 (257)

第四编 侵权责任法与自由裁量规范

49. 关于人格利益保护范围的认定问题 (263)
50. 关于《侵权责任法》第2条规定的“民事权益”的认定 (266)
51. 关于《侵权责任法》第8条规定的“共同实施侵权行为”的认定 (268)
52. 《侵权责任法》第10条规定的共同危险行为的认定 (273)
53. 《侵权责任法》第11、12条规定的因果关系的认定 (279)
54. 《侵权责任法》第16条规定的“合理费用”的判断 (282)
55. 《侵权责任法》第17条规定的“多人”、“可以”等规定的判断与适用 (284)
56. 《侵权责任法》第19条规定的计算财产损失的“其他方式”的适用 (285)
57. 《侵权责任法》第20条规定的“根据实际情况确定赔偿数额”的运用 (287)
58. 《侵权责任法》第22条规定的“严重精神损害”的认定 (288)
59. 《侵权责任法》第22条所规定的“他人”的范围 (292)
60. 《侵权责任法》第23条、第33条,《人身损害赔偿解释》第14条、第15条“适当补偿”以及《民通意见》规定的“适当赔偿”的适用 (293)
61. 《民法通则》第132条、《侵权责任法》第24条规定的

公平责任原则的具体适用	(297)
62. 《侵权责任法》第 25 条规定的“一次性支付确有困难” 如何判断	(302)
63. 《侵权责任法》第 26 条规定的减轻侵权人责任的适用	(304)
64. 《侵权责任法》第 29 条关于不可抗力免责内容中规定的 “法律另有规定的”理解与适用	(306)
65. 《侵权责任法》第 30 条规定的“正当防卫”的理解与认定	(308)
66. 《侵权责任法》第 31 条规定的“紧急避险”的理解与认定	(312)
67. 《侵权责任法》第 34 条规定的用人单位工作人员“因执行 工作任务”造成他人损害的理解	(315)
68. 《侵权责任法》规定的“补充责任”的适用规范	(318)
69. 《侵权责任法》第 35 条规定的“劳务关系”的认定	(323)
70. 关于《侵权责任法》第 36 条规定的网络服务提供者“及时 采取必要措施”以及网络服务提供者知道网络用户 侵权的认定	(326)
71. 《侵权责任法》第 37 条规定的“安全保障义务”和 “相应”的认定	(329)
72. 《侵权责任法》规定的教育机构“教育、管理职责”的确定	(339)
73. 《侵权责任法》第 47 条规定的惩罚性赔偿的适用	(343)
74. 《侵权责任法》第 49 条规定的机动车所有人过错及相应赔偿 责任的认定	(347)
75. 《侵权责任法》第 51 条规定的“已达到报废标准的机动车” 的理解	(349)
76. 《侵权责任法》第 55 条规定的医务人员说明义务的履行 标准	(352)
77. 《侵权责任法》第 55 条规定的医务人员“不宜向患者说明” 医疗风险等情况的范围	(354)
78. 《侵权责任法》第 57 条规定的“与当时的医疗水平相应的 诊疗义务”的判断规范	(355)
79. 《侵权责任法》第 63 条规定的过度诊疗的认定规范	(357)
80. 《侵权责任法》第 65 条规定的“环境污染”行为以及 “污染者”的理解	(358)
81. 《民法通则》第 123 条、《侵权责任法》第 69 条规定的 “高度危险作业”的判定	(362)
82. 《侵权责任法》第 78 条规定的“动物饲养人或者管理人” 的范围	(367)

83. 《侵权责任法》第 87 条规定的“可能加害的建筑物使用人”
的确定 (370)
84. 《精神损害赔偿解释》第 4 条规定的“具有人格象征意义的
特定纪念物品”的认定 (372)

第五编 其他民事法律与自由裁量规范

- 第一章 婚姻法与自由裁量规范 (381)
85. 《婚姻法》第 3 条、第 32 条、第 46 条规定的“有配偶者
与他人同居”的认定 (381)
86. 《婚姻法》第 4 条夫妻之间“互相忠实”的含义 (384)
87. 关于夫妻忠诚协议的法律性质与效力的认定 (387)
88. 《婚姻法》第 10 条规定的“医学上认为不应当结婚的疾病”
的认定 (389)
89. 《婚姻法》第 17 条规定的“其他应当归共同所有的财产”
的认定 (392)
90. 《婚姻法》第 20 条规定的“扶养义务”的分配 (397)
91. 《婚姻法》第 32 条规定的“感情确已破裂”的判断 (399)
92. 《婚姻法》第 33 条规定的“军人一方重大过错”的判断 (402)
93. 《婚姻法》第 36 条“子女的权益和双方的具体情况”
的确定 (406)
94. 《婚姻法》第 37 条规定的“必要的生活费和教育费”、
“提出超过协议或判决原定数额的合理要求”的判断 (409)
95. 《婚姻法》第 38 条规定的行使探望权利的方式、时间
的确定 (413)
96. 《婚姻法》第 42 条规定的“适当帮助”的确定 (418)
97. 《婚姻法》第 46 条规定的无过错方有权请求损害赔偿
的数额的确定 (420)
- 第二章 继承法与自由裁量规范 (424)
98. 《继承法》第 7 条规定的“情节严重”的认定 (424)
99. 《继承法》第 12 条关于是否已尽主要赡养义务的认定 (425)
100. 关于《继承法》第 14 条规定的可以分给适当遗产的
适用与认定 (427)
101. 《继承法》第 19 条规定的必要遗产份额的适用 (430)

第三章 建筑法与自由裁量规范	(433)
102. 关于是否属于“肢解”建筑工程的判断	(433)
103. 建筑物合理使用寿命的判断	(438)
第四章 城市房地产管理法与自由裁量规范	(442)
104. 处理闲置土地使用权的例外	(442)
105. 《城市房地产管理法》中强制性规范的识别标准.....	(444)
第五章 农村土地承包法与自由裁量规范	(448)
106. 农村集体经济组织成员资格的确定	(448)
107. 《农村土地承包法》规定的承包经营权是否可继承	(455)
第六章 产品质量法与自由裁量规范	(458)
108. 《产品质量法》第 26 条“不存在危及人身、财产安全的 不合理的危险”、第 41 条以及《侵权责任法》第 41 条 “产品存在缺陷”的认定	(458)
109. 如何理解《产品质量法》第 26 条第 2 款、第 40 条 第 1 款中“具备产品应当具备的使用性能”的含义	(465)
110. 《产品质量法》第 27 条第 1 款中“在显著位置清晰地标明 生产日期和安全使用期或者失效日期”如何理解	(468)
111. 《产品质量法》第 41 条“投入流通”的认定	(471)
第七章 消费者权益保护法与自由裁量规范	(473)
112. 《消费者权益保护法》第 2 条规定的“生活消费需要”以及 第 48 条、第 49 条规定的“消费者”的界定	(473)
113. 《消费者权益保护法》第 10 条“强制交易行为”的判断	(477)
114. 《消费者权益保护法》第 19 条规定的“引人误解的虚假宣传” 的判断	(479)
115. 《消费者权益保护法》第 49 条规定的“欺诈行为”的认定	(483)
第八章 食品安全法与自由裁量规范	(487)
116. 《食品安全法》关于销售者销售明知是不符合食品安全 标准的食品的判断	(487)
第九章 劳动法与自由裁量规范	(489)
117. 《劳动法》及《劳动合同法》规定的劳动者“不能胜任工作” 的判断	(489)
118. 《劳动法》第 26 条、《劳动合同法》第 40 条中以客观 情况发生重大变化致使原劳动合同无法履行而解除 劳动合同的适用	(493)
119. 《劳动法》第 44 条、《劳动合同法》第 31 条、第 62 条、 第 85 条关于加班费的计算标准	(495)

120. 《劳动合同法》第 26 条规定的“欺诈、胁迫或者乘人之危”的判断	(500)
121. 《劳动合同法》第 37 条规定的劳动者履行通知义务的认定	(505)
122. 《劳动合同法》第 38 条规定的“未及时足额支付劳动报酬”的判断	(507)
123. 《劳动合同法》第 41 条规定的“同等条件”的判断	(511)
124. 劳务派遣单位与用工单位对劳动者的连带责任如何承担	(512)
125. 《劳动合同法》第 85 条规定的加付赔偿金的具体标准	(514)
第十章 道路交通安全法与自由裁量规范	(517)
126. 《道路交通安全法》规定的“第三者”的确定	(517)

第六编 民事程序法与自由裁量规范

127. 《民事诉讼法》第 18、19、20 条对中级、高级、最高人民法院管辖自己辖区内有“重大影响”的案件的判断	(523)
128. 《民事诉讼法》第 44 条规定的审判人员“与本案当事人、诉讼代理人有其他关系，可能影响对案件公正审理的”的认定	(524)
129. 《民事诉讼法》第 200 条“新的证据”的判断	(526)
130. 《民事诉讼法》第 200 条“基本事实缺乏证据证明”、“主要证据”的认定	(530)
131. 《民事诉讼法》第 200 条第 1 款第 (9) 项规定的“剥夺当事人辩论权利”的判断	(532)
132. 《民事诉讼证据规定》第 7 条的具体运用	(536)
133. 《民事诉讼证据规定》第 68 条关于特定取证手段是否“侵害他人合法权益”的认定	(540)
124. 《民事诉讼证据规定》第 73 条第 1 款规定的高度盖然性优势证明标准的认定	(542)
参考书目	(547)
缩略语对照表	(551)

第一编

总 则

第一章

民事自由裁量权的一般原理

第一节 自由裁量权及民事自由裁量权的基本范畴

一、自由裁量权的基本内涵

关于自由裁量权，传统的解释是指酌情做出决定的权力，并且这种决定在当时的情况下应当是正义、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任，确保其在某种情况下可以行使自由裁量权，有时是根据情势所需，有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力。^①

在我国，关于法官的自由裁量权的界定，从理论上讲，有广义与狭义之分，其中广义的自由裁量权定义把自由裁量权界定得很宽泛，认为法官所有正当的自由判断和决定都是自由裁量权。^②而狭义的自由裁量权定义则认为只有涉及对法律规则或原则的自由判断和决定才被称为自由裁量权。^③广义的自由裁量权定义可以说在每一个案件中都存在，每一个案件都要求法官把抽象的法律灵活地适用于具体的案件事实中，要求法官进行主观判断和作出决定。但是，所有这些自由判断和决定又是各不相同的，对证据和事实的确定、对法律的决定适用以及结论的作出所遵循的道理和行为的状态都不一样，所以广义上

^① 参见 [英] 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，光明出版社 1988 年版，第 261 页。

^② 自由裁量权，指酌情做出决定的权力，并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确和合理的。参见 [英] 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，光明出版社 1998 年版，第 261 页。转引自张素莲：《论法官的自由裁量权——侧重从刑事审判的角度》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 6 页。

^③ 《布莱克法律辞典》：法官自由裁量亦称司法自由裁量，是指法官或法庭对法律规则或原则的界限予以厘定。转引自张素莲：《论法官的自由裁量权——侧重从刑事审判的角度》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 6 页。

的自由裁量权虽然比较全面地概括了自由裁量权在各种语境下的共性，但是只宜作为一个称谓，难以对它进行定性分析。狭义上的自由裁量权定义所关注的是法官与法律的关系，解决的是法官能否补充修正法律的问题，这也是法理学历史上一直争论不休的问题。

本书所称法官的自由裁量，是指人民法院在审理案件过程中，根据法律规定和立法精神，秉持正确司法理念，运用科学方法，对案件事实认定、法律适用以及程序处理等问题进行分析和判断，并最终作出依法有据、公平公正、合情合理裁判的权力。^①

二、自由裁量权在司法实践中的发展

从历史上看，在奴隶社会、封建社会的司法实践中，实行的是极端自由裁量主义，即法官司法擅断、自由心证、无法可依、有法不依，甚至以个人的好恶及水平决定裁判结果。在古希腊这样的古老社会中，主流哲学家的观点认为法律是不可能周延的，他们期待着人的智慧能够弥补法律的不足。柏拉图在其著作《政治家》中认为：“因为法律不可能几乎同时准确地理解最好和最公正的，并责成做最好的事，道理在于人类本身及其行为是千差万别的……相反，运用统治艺术治理国家的君主根据不同情况，灵活地区别对待。”^②而在稍后的古罗马时代，法学家对法律的解释和裁判官对罗马法内容的丰富也证明了法律需要人的创造性利用。^③这说明法律从一开始就存在自由裁量的空间。

近代以来，西方资产阶级启蒙思想家提出了“人人平等”、“天赋人权”等人权思想，并随着资产阶级革命产生了契约自由、所有权神圣不可侵犯等法律原则，人类由此进入法治社会。在大陆法系国家建立初期，为了反对封建制度下的法官擅断，立法上采取绝对的法定主义，要求法官严格按照法律规定裁决案件，否定法官的主观能动性，从而使法官成为机械执行法律的机器，因而在此期间法官无任何自由裁量权。从18世纪末开始，欧洲大陆资本主义国家制定颁布了许多法典，如《普鲁士法典》（1794年）、《法国民法典》（1804年）、《奥地利法典》（1811年），由于法典的编纂成功引起了人们对法典的极度崇拜，在法国出现了仅以顺从地解释法典为其主要使命的“注释学派”。注释学派奉行法典崇拜，民法典被视为人间的理性，认为法典之外无法源，法典可以按照一种精致的逻辑推论方法适应所有的新情况。^④在这种思想的影响下，德国也形成了著名的概念法学派，其特征是：认为国家成文法是唯一法源；强调

^① 参见《最高人民法院关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》（2012年2月28日，法发〔2012〕7号）。

^② 张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1993年版，第17页。

^③ 刘全德：《西方法律思想史》，中国政法大学出版社1996年版，第34页。

^④ 梁慧星：《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》，载《中外法学》1997年第2期。