

中国民法典型案例与法律适用分析丛书



民法总则典型案例疏议



主 编 李显冬
副主编 李晓梅
黄 杨

MINFA ZONGZE DIANXING ANLI SHUYI

新华社北京2008年3月10日电：

最高人民法院院长肖扬10日上午向十一届全国人大一次会议作最高人民法院工作报告谈到加强司法解释时说：

“最高人民法院在颁布85件司法解释的同时，还发布了180件司法指导性文件，公布了169个指导性案例，逐步探索建立中国的司法判例指导制度。

最高人民法院的这些工作，既遵守了我国宪法的司法原则，尊重全国人大及其常委会的立法权力，同时又克服了各级司法机关在适用法律中存在的混乱现象，为确保国家法制的统一，提供了良好的司法制度保证。”

本书以精选的近年来现实发生的国内典型案例（主要选自最高人民法院公布的典型案例以及通过其他方面获取的新型案例和有广泛影响的案例）为基础，介绍案件的基本情况和法院的审理结果，并分析案件中相应的法律关系。



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国民法典型案例与法律适用分析丛书

民法总则典型案例疏议



MINFA ZONGZE DIANXING ANLI SHUYI

主 编 李显冬
副主编 李晓梅
黄 杨



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法总则典型案例疏议 / 李显冬主编. —北京:法律出版社,2008.7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8498 - 2

I. 民… II. 李… III. 民法—总则—案例—分析—中国
IV. D923.15

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 090277 号

©法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092毫米 1/16

印张/29 字数/647千

版本/2008年10月第1版

印次/2008年10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 - 5036 - 8498 - 2

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《民法总则典型案例疏义》

主 编	李显冬			
副主编	李晓梅	黄 杨		
撰稿人	李晓梅	朱庆梅	黄 杨	李 平
	马吉亮	扶晴晴	于 敏	刘 臻
	武建峰	陈绍方	高海玲	李兆军
	周小勇	王晓云	李显冬	邬海曼

序

对中国人而言,任何学习和研究都侧重于解决实际问题的考量。这种实践理性的法律观同西方那种逻辑分析式的法律观是大异其趣的。同样,中国人学习法律的目的也是为了运用。故对研习法律之人来说,要想取得理性的效果,必须采取正确之方法。

一般而言,用法找法的结果无非有三:一是有可以适用的法律规范;二是没有可适用的法律规范;三是虽有规定,可由于其过于抽象,必须加以具体化。无论哪种情况,均需法律规范解释,或使之系统化;或使漏洞得以弥补;或使法律规范的价值得以补充。概言之,在西方,无论是分析法学派、历史法学派、哲学法学派、比较法学派,还是近代勃兴的社会法学派,都无不侧重以研究典型案例的方法来阐述和解释法律的真义。可见,法律的学习和适用都必将涉及法律的解释问题;而法律解释的重要方法之一即为案例的研究。申言之,法科学生绝不能仅专注于法律条文的分析,更不能只对现行法律条文穿凿附会,而应当在法律条文之外,对社会变迁、社会现状、社会发展趋势有相应的了解,而要做到这一点,研析各种案例便是最便捷的途径之一。

在英美法系国家,自古以来,不成文的案例法实际上起着法律的作用。因此,大量案例的研析就成为这些国家法科学生法律专业训练的主要内容,案例分析法也就顺理成章地成为这些国家基本的法学教学方法。

相比之下,大陆法系国家对这种“遵循先例”的原则却持否定态度,至少在理论上不正面承认任何法院的判例具有法律效力,在法律明文规定中并不强调下级法院要受上级法院判例的约束。大陆法系国家在处理案件时,首先考虑的是制定法中的一般法律准则,传统民法学运用了一个单纯的逻辑模式作为法律适用始终应遵循的方法,称为确定法效果的三段

论法。^①在这个逻辑推理的三段论中,法官俨然像一个机器操作工,把法学家创造出的“系统、清晰、逻辑严密”的法典中的法律规范适用于具体的案件事实。

然而,任何规则总有例外。当代越来越多的研究发现,三段论模式不恰当地简化了法律适用的过程。在法条就构成要件以及法律效果的规定相当精确的场合,三段论的适用问题不大。但事实上,法律中的多数法条是不完整、不精确的,往往需要填补和完善,故而大陆法系的法学家们也越来越多地求助于案例研究来完成此过程。王利明先生说:“当今世界法治发展的趋势表明,判例法未因成文法的发达而湮没在浩如烟海的法典及法律之中,相反,判例法在法律的创制、解释及填补法律漏洞上所发挥的作用,使其地位比以往任何时候更加突出。”^②从某种意义上来说,当今的两大法系存在一种互相学习借鉴,甚至融合接近的趋势。大陆法系学习借鉴的重要对象之一,就是英美法系的判例研析制度。

就中国传统社会而言,其固有的民法演化规律是,先是“以例辅律”,逐渐“例律并行”,最后“以例破律”。所谓“例”,即成例汇编。明清法规以律为主,律外有例、诰、令、条例、则例、会典等。“律不尽者著于例……有例则置其律,例有新者则置其故者,律与例无正条者,得比而科焉,必疏闻以候旨。”“清以例治天下,一岁汇所治事为四季条例。采条例为各部署则例。新例行,旧例即废,故则例必五年一小修,十年一大修。采条例以入会典,名为会典则例,或事例。”^③同治四年颁布的《户部纂辑则例》中明确规定:“旧例有与现行之案不符者,逐条逐案详查折中。”所采取的具体办法是:“例均舍案存例,案均改例从案。”即就是说,当现行之案较多,而例与之相矛盾时,将案上升到例,即所谓“新例”,而原例或删除,或作为案保留在例中,以体现不以案废例的原则。可见,一套以比附范例作为审判时所应遵循的先例制度已经具备“雏形”。

以“正律”之外的“例”或其他类似规定来断案的方法古已有之,并非明清两代的独创。战国时期的荀子曾言:“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也。”^④当代学者将其含义解释为:“在审判中,有现成的法律条文可援引的,就按法律条文定罪科刑,没有法律条文的就援引以往的判例,没有判例就依照统治阶级的法律意识、法律政策来定罪量刑,创制判例。”^⑤可见,中国古代同样存在实质意义上的判例法,认为中国古代法是所谓“混合法”的学者说:“中国存在着实质意义上的判例法乃至判例法体系。在清代,已经存在着一种判例法的形成机制,经过这种机制抽象出来的例,体现了若干禁止性授权性的规范,因而成为一种可以普遍适用于其他相关案件的法律原则。因此,清代不仅存在着判例(成案),也存在着判例法(定例),而且存在着判例法体系(大清例的体系)。”^⑥

由于历史的原因,中国的法律现代化一开始就囿于大陆法系的窠臼之中,中国近代最早的民法和民事诉讼法都主要模仿大陆法系国家。众所周知,我国目前的民法和民事诉

① 拉伦茨:《法律方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1999年版,第168页。

② 王利明:《中国民法案例与学理研究》(总则编),法律出版社1998年版,第1页。

③ 林乾、张晋藩:“《户部则例》与清代法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第121页。

④ 《荀子·王制》。

⑤ 武树臣:“中国古代法律样式的理论诠释”,载《中国社会科学》1997年第1期,第135页。

⑥ 何勤华:“清代法律渊源考”,载《中国社会科学》2001年第2期,第131页。

讼法在理论体系上都属于大陆法系。随着改革开放的不断深入和发展,我们与英美法系国家的交往愈益密切,而且,在我国民事诉讼法修改以后,祖国大陆的诉讼制度正在由“纠问式”向“辩论式”演化。可是,虽然诉讼程序在法律上已经改为辩论式,而实体法却依然是法典化的。故研究两大法系对案例的态度,并将之适用于审判实践之中,即有了更加现实的意义。

最高人民法院前院长肖扬在2008年3月10日向第十一届全国人民代表大会第一次会议所作的最高人民法院工作报告中说:“最高人民法院在颁布85件司法解释的同时,还发布了180件司法指导性文件,公布了169个指导性案例,逐步探索建立中国的司法判例指导制度。”显而易见,最高人民法院的这些细致而深入的工作,既遵守了我国宪法的司法原则,尊重了全国人大及其常委会的立法权力,又克服了各级司法机关在适用法律中存在的混乱现象,为确保国家法制的统一提供了良好的司法制度保证。

总之,想以单独一部民法囊括社会生活中的一切社会关系显然是不切实际的,这正是所谓成文法的局限性。对于审判实践中遇到的、属于民法调整范围内的、但民法又没有明文规定的社会关系层出不穷,事实上,任何国家都不得通过判例的方式来对其予以调整。典型的判例可使法官处理同类或类似案件时,作为必要的参考,起到示范作用。所以,案例研究本身其实也就是总结法官的办案经验,就提高审判水平而言,这已被历史证明是一个有效途径,在英美法系国家如此,在大陆法系国家的我国也概莫能外。

江平

目录 / Contents

第一章 民法概述	1
第一节 民法的概念与特征	1
一、民法的概念与内涵	1
二、民法的法律特征	3
第二节 民法的调整对象	7
一、民法的调整对象与调整范围	7
二、民法调整对象的认定	10
三、民法与商法的关系	11
第三节 民法的基本原则	14
一、民法基本原则的概念	14
二、我国民法基本原则的内容	15
第四节 民法的渊源	24
一、民法渊源的概念	24
二、民法直接渊源的内涵	24
三、民法间接渊源的内涵	25
第五节 民法的适用范围	26
一、民法适用范围的概念	26
二、民法对人的效力	26
三、民法在时间上的拘束力	28
四、民法在空间上的拘束力	29
第二章 民事法律关系	31
第一节 民事法律关系的概念和特征	31
一、民事法律关系的概念	31
二、民事法律关系的特征	36
三、民法学即民事法律关系学	37

第二节 民事法律关系的三要素	38
一、民事法律关系的主体	38
二、民事法律关系的内容	40
三、民事法律关系的客体	40
第三节 民事法律事实	42
一、民事法律事实的概念	42
二、民事法律事实的构成	43
第四节 民事权利与民事义务	44
一、民事权利	44
二、民事义务	54
第三章 自然人	56
第一节 自然人概述	56
一、自然人的概念与内涵	56
二、自然人主体的法律特征	57
第二节 民事行为能力	59
一、民事行为能力的概念	59
二、民事行为能力的开始与终止	59
第三节 民事行为能力	63
一、民事行为能力的概念及其与相关概念的关系	63
二、民事行为能力的分类	65
三、民事行为能力认定的年龄标准	66
四、民事行为能力认定的精神状态标准	69
第四节 自然人的住所	71
一、自然人住所的概念	71
二、住所民法中的意义	72
三、住所的认定	74
四、自然人的户籍和身份证	74
第五节 监护	76
一、监护的内涵	76
二、监护的设立	78
三、监护人的职责	83
第六节 宣告失踪	84
一、宣告失踪的概念及要件	84
二、宣告失踪的法律效力	85
第七节 宣告死亡	86
一、宣告死亡的概念与意义	86
二、宣告死亡的法律要件	88

三、宣告死亡的法律后果	91
四、被宣告死亡的人生还的效果	92
第八节 个体工商户与农村承包经营户	93
一、个体工商户	93
二、农村承包经营户	95
第九节 合伙	98
一、合伙的概念和特征	98
二、合伙的分类	100
三、合伙的成立以及合伙的内部法律关系	104
四、合伙的财产及合伙的外部法律关系	119
五、合伙财产的结算与清算	124
第十节 联营	126
一、联营的概念和特点	126
二、我国民法中的法人合伙	130
第四章 法人	134
第一节 法人概述	134
一、法人的概念和特征	134
二、法人成立的要件	141
三、法人的分类	148
第二节 法人的能力	154
一、法人的民事权利能力	154
二、法人的民事行为能力	158
三、法人超越经营范围的行为是否有效的问题	159
四、法人的责任能力	160
五、“法人人格否认”的理论	165
第三节 法人的机关	166
一、法人机关的概念及其构成	166
二、法人机关的类型	167
三、法人机关与法人的关系	170
四、企业法人的分支机构	171
第四节 法人的成立、变更和终止	174
一、法人的成立	174
二、法人的变更	177
三、法人的终止	184
四、法人的清算	185
五、法人的登记	189

第五章 民事法律行为概述	193
第一节 民事法律行为的概念体系	193
一、民事法律行为的基本概念	193
二、民事法律行为的内涵与外延	200
三、民事法律行为的特征	200
四、民事法律行为制度的价值与意义	206
第二节 民事法律行为的分类	209
一、单方法律行为、双方法律行为和共同法律行为	209
二、有偿法律行为和无偿法律行为	213
三、诺成性的法律行为和实践性的法律行为	218
四、要式法律行为和不要式法律行为	220
五、主法律行为和从法律行为	222
六、财产法律行为和身份法律行为	224
七、处分行为和负担行为	226
八、有因行为和无因行为	231
九、生前行为与死因行为	233
第三节 法律行为的核心要素——意思表示	235
一、意思表示与法律行为	235
二、意思表示的概念与特征	236
三、意思表示的类型	241
第四节 意思表示的瑕疵	251
一、意思表示瑕疵的定义与类型	251
二、意思表示不一致	251
三、意思表示不自由	260
第六章 法律行为之效力	271
第一节 民事法律行为的成立与生效	271
一、民事法律行为的成立与民事法律行为的生效是两个概念	271
二、民事法律行为的成立	275
三、民事法律行为的生效	278
第二节 附条件与附期限的民事法律行为	289
一、附条件与附期限的民事法律行为之概说	289
二、附条件的民事法律行为	289
三、附期限的民事法律行为	297
第三节 有效力瑕疵的法律行为	299
一、无效民事行为	299
二、可变更、可撤销民事法律行为	316

三、效力未定的民事行为	327
第七章 代理	332
第一节 代理概述	332
一、代理的概念	332
二、代理的法律特征	338
三、代理的功能	343
第二节 代理的分类	344
一、直接代理与间接代理	344
二、法定代理、指定代理、委托代理	344
三、一般代理和特别代理	348
四、单独代理和共同代理	349
五、本代理与复代理	350
第三节 代理权	352
一、代理权的本质与来源	352
二、授权行为及其基础关系	355
三、代理权取得的凭证	359
四、代理权行使的原则	360
五、代理权滥用的构成要件及基本类型	365
六、代理权消灭的原因	369
七、被代理人及代理人的权利与义务	370
第四节 无权代理	383
一、无权代理的概念和特征	383
二、狭义无权代理	384
三、无权代理的民事责任	388
四、表见代理	390
第八章 诉讼时效	398
第一节 时效的概述	398
一、时效的概念与构成要件	398
二、时效的法律特征	402
三、时效的制度价值	402
第二节 诉讼时效	404
一、诉讼时效的概念与特征	404
二、诉讼时效与除斥期间的区别	405
三、诉讼时效的法律效力	408
四、诉讼时效的客体	411
第三节 诉讼时效的分类	413

一、普通诉讼时效和特殊诉讼时效	413
二、短期诉讼时效	414
三、最长诉讼时效	418
第四节 诉讼时效的开始	419
一、诉讼时效开始的抽象标准	419
二、诉讼时效开始的具体标准	421
第五节 诉讼时效的中止、中断和延长	429
一、诉讼时效的中止	429
二、诉讼时效的中断	432
三、诉讼时效的延长	442

第一章 民法概述

第一节 民法的概念与特征

一、民法的概念与内涵

(一) 民法的概念

我国《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”据此一般认为，所谓民法是指那些调整平等民事主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

《利用业余时间为村办企业提供技术服务所获取的报酬是否违法案》^①

【案情简介】

市水利电力勘测设计研究院工程师金某应原郊区某村会计李某的要求，于1985年末为该村机械厂揽活并进行技术服务。当时，该厂处于停产半停产状态。1986年初，金某任研究院第三产业办公室副主任期间，征得有关领导的同意，将自己为一些水库设计的水闸门及其附件的加工制作任务交给该机械厂。并经常利用节假日等业余时间，到该厂进行技术指导，并同工人一起加工制作，使该厂不仅能够保证加工质量，赶在汛期前交货，而且节省了人力、工时和材料，获得了可观的经济效益。与此同时，金某还为该厂设计制作等项目提供了技术咨询和技术服务，解决了生产中的难题。为此，该厂于1986年5月至年底先后分三次给金某技术咨询费、揽活提成费等共计3200元，还给金某所在单位管理费1000元。

^① “金永涉利用业余时间为村办企业提供技术服务获取报酬不构成受贿罪案”，载最高人民法院中国应用法研究所编：《人民法院案例选》1994年第2辑（总第8辑），人民法院出版社1994年版，第11页。

1988年2月,该村新的领导班子认为,金某为该村的机械厂付出的劳动较多,获得的报酬太少,以后还要求他帮助工作,决定再付给他一部分酬金。为此,该村以制作假工资表的形式,付给金某3377.70元。案发后,金某将上述所得款全部退出。

【审理辨析】

本案一审时法院认定金某构成了受贿罪,再审时改判金某无罪。

【法理研究】

早在本案发生之前和发生后的立案侦查期间,中共中央和国务院发布了一系列文件,对科技人员业余兼职等问题做出了规定,如1985年3月中共中央下发了《关于科学技术体制改革的决定》,1988年1月国务院办公厅转发了国家科委《关于科技人员业余兼职若干问题的意见》,1988年5月国务院做出了《关于深化科技体制改革若干问题的决定》,等等。所有这些政策、法律文件都在不同程度上规定,要充分发挥现有科技人员的作用,鼓励和支持他们到农村进行有偿服务。科技人员在完成本职工作和不侵犯本单位技术权益、经济利益的前提下,可以利用业余时间在其他单位兼职,从事技术咨询和技术服务,收入归己。

根据我国《民法通则》第4条的规定,“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”本案中,金某利用业余时间到村办企业进行技术服务,使该企业走出困境,获得可观的经济效益,此行为为党和政府所鼓励,金某因此获取的酬金是他自己付出劳动所应获得的报酬。金某没有侵犯本单位的技术权益和经济利益,反而为本单位挣得1000元的管理费。

总之,金某的行为不但不具有社会危害性,而且为扶持村办企业、发展农村经济做出了贡献,不应当被认为构成受贿罪。可见,准确把握民法的基本原则之一——等价有偿原则是正确处理本案的关键。

(二)民法的内涵

简单地讲,“民法”就是市场交换的最一般的行为规则。市场经济愈是发达,“民法”就愈是昌盛。新中国成立后,在经济建设上借鉴前苏联模式施行高度集中的计划经济体制,以指令性计划和行政命令调整经济生活,民法在调整经济生活方面无从发挥作用。

十一届三中全会后,我国实行改革开放政策,市场经济地位逐步得以确立,民法的作用随之日渐显著,其在整个法律体系中的地位也愈益提高。1986年4月12日,全国人民代表大会第四次会议正式通过了《民法通则》,揭开了新中国民事立法的新篇章。该法颁布以后,我国又制定和实施了一系列单行民事法律、法规,逐步形成了以《民法通则》和《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《公司法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《海商法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等,特别是2007年通过的《物权法》等民事基本法以及单行法为框架的实质意义上的民事法律规范系统。

目前我国正走向现代化,现代化的标志不仅是工业文明和商业文明,而且是政治文明和法治文明。民法是自由、平等的现代政治文明的支柱,更是理性、和谐的现代法制文明的代表。民法作为社会生活规范,是维持社会全体之生存所必需。可以说,民法发达和权利昌明之日,便是我国现代化全面实现之时。

二、民法的法律特征

(一)民法调整的是平等主体之间的社会关系

民法这一概念的最基本要点就是,民法调整的是平等民事主体之间的横向的法律关系。法律关系主体平等,是民法区别于其他法律部门的重要特征。所谓“平等主体”的“平等”,是指民事交往中的一方不能把自己的意志强加于对方,任何一方都不得凌驾于另一方之上,在设立、变更、终止民事法律关系时完全基于其自由意志。即使民事主体之间存在行政隶属关系、尊卑血亲关系、经济实力强弱关系等,也不能改变他们之间在民事活动中的平等地位。

法律关系主体之间是否处于平等地位是决定该案件是否由民法调整的先决条件。

《不服水上公安局处理尸体案》^①

【案情简介】

2002年4月24日,水上公安局接到“110”出警指令,在三岔港水域发现浮尸一具,该所立即出动警力至现场,将浮尸拖上岸并运送至派出所。法医对尸体进行检验后的结论是,死者为男性,年龄在二十五岁左右,死亡时间约一周,全身衣着完整,未发生生前暴力性损伤痕迹,可排除生前遭暴力性损伤致死的可能性,确认死因为生前溺水死亡。死者裤袋内有黑色皮夹一只,内有张甲身份证和兵役证各一张,为查明身份,水上派出所当即与单位联系,该单位无其人,之后依其户籍,通过当地警署上门查看,但其父张乙不在家中。

因张甲尸体已高度腐烂,水上公安局遂开具居民死亡殡葬证,写明死者姓名及性别、年龄、民族、身份证编号、常住户口地址、死亡原因等,并在“签发单位”栏内写明“尸体请按规定予以火化处理(尸体高腐)”。殡仪馆接到水上公安局通知后,于当天下午3时许将尸体运走并予以火化。4月25日,张父至水上公安局,确认死者是其儿子张甲,并取回身份证、手表等遗物。5月16日,水上公安局出具[2002]公水法检字第30号《尸体检验情况》,写明死者张甲系生前溺水死亡。张父对水上公安局已知家属下落的情况下擅自处理张甲尸体的行为感到不满,遂向区法院提起诉讼。

原告诉称,作为该案中死者张甲的父亲,根据《上海市殡葬管理条例》的规定,其应是张甲丧事的法定承办人,对张甲的尸体享有处分权。而被告水上公安局的职责只是妥善保管尸体,等待家属认尸后再开具死亡殡葬证。但被告在事先未征得同意的情况下,就单方面开具了死亡殡葬证并将尸体送交殡仪馆火化,其行为已侵犯了原告的合法权益,并使原告想见儿子最后一面的愿望也遭落空,令其身心受到严重伤害。故提起诉讼,要求法院确认被告水上公安局擅自火化死者尸体的行政行为违法,并为此偿付原告精神损害赔偿费5万元、侵犯张甲身体权的赔偿费10万元、丧葬费5万元。

被告辩称,其及时将原告张乙之子张甲已经高度腐烂的尸体进行火化,是出于对公共卫生安全考虑而做出的一种应急措施,该处理行为完全符合市公安局、市民政局《关于处理非正常死亡尸体的施行办法的通知》(以下简称《通知》)中的有关规定,并无不当。

^① “张步余不服上海市公安局水上公安局处理尸体案”,载最高人民法院中国应用法研究所编:《人民法院案例选》2004年行政·国家赔偿专辑(总第50辑),人民法院出版社2005年版,第57页。

所以,原告对其依法履行职务而实施的具体行政行为要求赔偿,缺乏相关的法律依据,故提请法院驳回原告的诉讼请求。

【审理辨析】

区法院经审理认为,被告市公安局水上派出所依法负有对水上浮尸进行处理的职责,而死者张甲的尸体已高度腐烂,置于公共场所显属不当。根据《上海市殡葬管理条例》第4条第3款“各级公安、工商、卫生、规划、园林、房屋土地、环境卫生、环境保护以及农业、交通等行政管理部门,应当按照各自职责,配合民政部门共同做好殡葬活动的管理工作”,第16条和《通知》第5条“高度腐烂的尸体(如浮尸等),殡葬部门在取得公安机关出具的死亡证后,应立即火化”等规定,被告在确认张甲死因后,出具死亡证明并通知殡葬部门收尸、火化的行为,维护了社会公共卫生,保护了人民的生命健康,符合《通知》的规定,属合法的具体行政行为,应予维持。而根据《国家赔偿法》第2条的规定,国家机关及其工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成损失的,受害人有权取得国家赔偿。本案原告提出的精神损害赔偿等诉讼请求,因缺乏事实依据和法律依据,法院不予支持,故判决:驳回原告张父的诉讼请求。

一审宣判后,原告不服,向市中级人民法院上诉称,被上诉人2002年4月24日开具《居民死亡殡葬证》的行为违法,其所依据的《尸体检验情况》是在殡葬证之后即2002年5月16日出具,被上诉人的具体行政行为缺乏事实依据。被上诉人在已经通知上诉人来确认尸体的情况下,匆忙将尸体送交殡仪馆火化,侵犯了上诉人的合法权益,故请求二审法院撤销一审判决,支持上诉人一审诉讼请求。

被上诉人辩称,被上诉人在发现尸体的当天即对尸体进行了检验,确认死因为生前溺水死亡,因尸体高度腐烂,不宜保存,故依法开具《居民死亡殡葬证》,并将尸体送至殡仪馆。至于《尸体检验情况》出具时间,是因为检验报告形成书面材料需要一个过程,但检验结论在4月24日即做出,故不存在违法行政。

二审法院经审理认为,检验报告书面成文虽在2002年5月16日,但并不影响被上诉人于尸检当天即做出结论并据此出具《居民死亡殡葬证》行为的真实性和合法性。被上诉人做出的具体行政行为合法,上诉人要求确认具体行政行为违法并进行赔偿的诉讼请求缺乏事实证据和法院依据,法院不予支持。原审判决并无不当。驳回上诉,维持原判。

【法理研究】

本案中,死者张甲的父亲依据民事法律规范对张甲的尸体享有处分权,其主张被告在事先未征得同意的情况下,就单方面开具了死亡殡葬证并将尸体送交殡仪馆火化,使自己想见儿子最后一面的愿望落空,身心自然受到某种伤害,要求赔偿,这无疑是私权保护问题。但被告水上公安局的行为究竟是否侵犯了原告的合法权益?其职责是否就只是妥善保管尸体,只有等待家属认尸后才能开具死亡殡葬证?这都需要审查水上公安局处理尸体所适用的法律是否站得住脚,所需具备的条件是否齐全等行政法律适用的问题,这不但是本案正确审理的切入点,而且显然是一种公法法律关系。

公法与私法划分的理论是西方法律文化的产物,直到近代才开始引入我国,并逐渐成为构建我国社会主义市场经济法律体系的基本理论。最早对“公法”与“私法”做出明确区分的是作为罗马帝国时期五大法学家之一的乌尔比安,其以法律保护的利益不同为标准,