

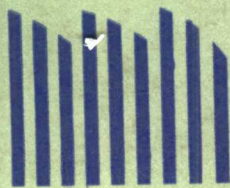


民法适用释疑丛书

顾问 马 原
主编 唐德华

民事审判诸问题 释疑

主编 杨立新



民法适用释疑丛书之四

民事审判诸问题释疑

主 编 杨立新

撰稿人 (按题目先后为序)

张廷智 高 祥 吴合振

杨立新 姜联润 李兴树

汪国献 葛行军 蒋志培

汤树华 金民珍 谢卫东

尹 艳 韩 玫

吉 林 人 民 出 版 社

民事审判诸问题释疑

主编 杨立新

※

吉林人民出版社出版 吉林省新华书店发行

长春市第四印刷厂印刷

※

787×1092毫米32开本 16.25印张 插页 2 360 000字

1992年10月第1版 1992年10月第1次印刷

印数: 1—3,200册

I S B N 7—206—01608—1
D·473 定 价: 7.60元

序 言

党的十一届三中全会以来，民事立法逐步完善，国家立法机关陆续公布实施了民法通则、继承法、著作权法、民事诉讼法等一系列民事法律，重新修改、公布了婚姻法，使国家的民事法律已经基本完备。这标志着人民法院的民事审判工作已经走上了有法可依、执法必严、严格依法办案的新阶段。

国家法律抽象地概括社会生活现象，规范人们的行为，不可能规定现实生活中的所有问题。因此，当人民法院的审判人员应用法律于审判实践的时候，就不可避免地碰到各种各样的疑难问题，碰到法律没有详细规定的形形色色的具体问题。民事审判同样如此。刚刚结束的第五次全国民事审判工作会议根据当前的实际情况，提出当前民事审判工作的主要任务，就是严肃执法，全面提高执法水平。完成这一任务的一个重要途径，就是要解决在民事审判实践中的各种疑难问题。正是基于这样的想法，这套丛书的编写者在吉林人民出版社的支持下，出版这样一套《民法适用释疑丛书》，对于广大民事审判干部审理民事案件具有借鉴作用。同时，它还可以提供给律师、检察干部、司法助理员、人民调解人员以及广大读者阅读，因而对于社会主义法制建设也是很有意义的。

参加这套丛书编写工作的，主要是最高人民法院民事审

判庭的部分审判干部。他们立足于审判实践，根据具体的实际问题，总结各地的审判经验，依照现行民事立法和民法理论，进行深入浅出的分析、研究，提出个人的见解和意见，对于民事审判工作具有借鉴和参考价值。既然是个人的看法，就不可避免地会存在一些不足之处。尽管如此，这套丛书的价值和独到的特点还是很明显的，相信广大读者是会欢迎的。

在《民法适用释疑丛书》出版发行的时候，应编写者和出版者之约，略涂数语，作为序言。

最高人民法院副院长

马骥
90.12.20

前 言

《中华人民共和国民法通则》公布施行以来，民法理论研究和民法审判实践发生了深刻的变化。民法理论研究与民事审判实践的日益紧密地相结合，就是这种深刻变化的表现之一。

从目前情况来看，国家的民事立法已经初具规模。以《民法通则》为中心的民事法律，对于保障公民、法人的民事权利，推动改革，保证社会主义建设事业的发展，具有重要的意义。在民事审判工作中，各级人民法院的民事审判干部严肃执行这些法律，就能更好地为人民、为社会服务。从这些年的实践情况看，仅有了完备的民事立法和审判人员严肃执法的良好愿望，还不能保证法律的严格执行。这是因为，民事法律几乎涵盖了社会生活的各个方面，民法理论博大精深，如果民事审判干部没有良好的民法理论修养，不能以正确的民法理论来指导法律的适用，民事法律就不能够正确地施行。正是由于这个道理，很多民法理论工作者积极贴近实践，从实践中发现问题，深入研究，发展理论，指导实践；而民法实际工作者则积极研习民法理论，将实践中提出的问题，放在民法理论的研习中去找答案，既解决实践中的疑难问题，又促进了民法理论研究的发展。这种理论与实践相结合的作法，正是毛泽东同志一贯倡导的优良学风。理论与实践互相促进，携手发展，必将不断推动民法理论研究和

民事审判实践的发展，在社会主义事业中发挥更大的作用。

正是由于这个原因，我们这些有志于研习民法理论的审判干部组织起来，选择了近几年来在民事审判工作中遇到的部分新情况、新问题，进行研究、探讨，提出自己的看法，汇集成书，作为《民法适用释疑丛书》之四出版发行，献给广大读者，愿我们这些粗浅的文字能对大家有所启发和帮助。书中的内容分为两部分，一部分是专题研究，另一部分是对最高人民法院若干司法解释进行阐释。书中各专题由作者分工撰写，都是作者个人的看法，并非集体的意见。由于理论水平所限，又加时间仓促，文中难免存在误讹，请广大读者批评指正。

本书的撰写分工是：张廷智，第1题；高祥，第2题；吴合振，第3、4、5、6题；杨立新，第7、14、17、20、21题；姜联润，第8题；李兴树、汪国猷，第9题；葛行军，第10、11题；蒋志培，第12题；汤树华，第13、15题；金民珍，第16题；谢卫东，第18、22题；尹艳，第19、23题；韩玫，第24题。全书由主编在文字上进行了统一整理，但基本观点没有改动。

杨立新

1991年12月5日

北京·东交民巷

目 录

1. 怎样审理连带责任的案件——关于连带责任的若干问题·····	(1)
一、连带责任的概念和法律特征·····	(1)
二、连带责任的种类和分类·····	(4)
三、连带责任的效力·····	(7)
四、连带责任人相互间的关系·····	(13)
五、审理连带责任案件应注意的几个问题·····	(14)
六、几种主要的连带责任·····	(21)
2. 在审判实践中如何认定合同是否有效	
——论无效合同的认定和处理·····	(30)
一、无效合同的概念·····	(30)
二、无效合同的认定·····	(34)
三、无效合同的处理·····	(48)
四、认定和处理无效合同时应当注意的几个重要问题·····	(55)
3. 审理保证合同纠纷案件应当注意哪些问题	
——关于保证合同的理论与实践问题·····	(61)
一、保证的概念·····	(61)
二、保证合同及其当事人·····	(63)
三、对保证合同效力的确认·····	(66)
四、保证人的责任·····	(70)
五、保证人的权利与义务·····	(77)

六、有关保证合同的其他几个问题·····	(80)
4. 怎样审理抵押担保纠纷案件——抵押担保	
的法律问题·····	(85)
一、抵押的概念、种类和性质·····	(85)
二、抵押权的设立·····	(91)
三、抵押合同的内容·····	(93)
四、抵押合同的效力·····	(95)
五、抵押合同双方当事人的权利与义务·····	(99)
六、抵押权的实现·····	(101)
七、抵押权的物上代位权·····	(105)
八、物上保证人的求偿权与代位权·····	(108)
九、抵押权的消灭·····	(109)
5. 留置权案件在审判实践中应当如何处理	
——关于留置权的有关法律问题·····	(110)
一、留置权的概念和特点·····	(110)
二、留置权成立的要件·····	(113)
三、留置权人与债务人的权利与义务·····	(116)
四、留置行为的效力与产生该	
留置权的合同效力的关系·····	(118)
五、留置权的实现·····	(119)
六、留置权的消灭·····	(121)
6. 在审理定金纠纷案件时应怎样适用定金	
罚则——定金罚则在审判实践中的适用·····	(123)
一、定金的概述·····	(123)
二、定金的效力·····	(126)
三、定金与违约金、预付款的区别·····	(130)
7. 银行存款单折丢失后造成的存款损失	

应当由谁承担责任——论储蓄存款损	
失的性质及其法律责任·····	(133)
一、如何认定这类案件的性质·····	(133)
二、怎样确定双方当事人的过失·····	(136)
三、对银行赔偿责任的认定·····	(141)
四、存款损失赔偿中的混合过错·····	(147)
8. 关停并转企业、机关办的公司、挂靠企	
业和承包企业应当怎样参加诉讼和承	
担责任——关于几种民事主体诉讼地	
位的确认及其责任范围的探讨·····	(153)
一、企业关停、倒闭或资不抵债后，	
其主管机关或开办单位的诉讼	
地位及责任范围·····	(153)
二、党政机关及所属序列的事业单位	
开办的企业、公司的债务纠纷，	
其诉讼主体的确认及责任范围·····	(159)
三、挂靠企业与被挂靠企业诉讼	
地位的确认及民事责任·····	(166)
四、乡镇集体企业承包中对外债务的	
承担及诉讼主体的确定·····	(169)
9. 因上级主管机关的过错造成合同不能履	
行或者不能完全履行应当怎样	
承担违约责任——对上级主管	
机关承担民事责任的探讨·····	(173)
一、上级主管机关承担民事责任的意义·····	(173)
二、上级主管机关承担民事责任的性质·····	(174)
三、上级主管机关承担民事责任的范围·····	(178)

- 四、上级主管机关承担事民责任的方式…………… (180)
10. 在民事审判工作中如何确定个人合伙的
 法律地位——论我国个人合伙的主体地位… (183)
 一、个人合伙的概念和基本特征…………… (183)
 二、个人合伙与公民的区别…………… (186)
 三、个人合伙与法人的区别…………… (189)
 四、个人合伙的主体地位是非法人团体…………… (191)
11. 宣传虚假广告造成他人损失应否承担
 法律责任——浅析广告行为的
 有效条件及其违法责任…………… (194)
 一、广告法律行为及其构成…………… (194)
 二、广告行为的违法责任…………… (199)
 三、广告违法责任的承担方式…………… (202)
12. 在民事审判实践中怎样更好地保护公民人
 身权——论我国民法对公民人身权的保护… (205)
 一、《民法通则》对公民人身权
 保护的法律规定…………… (205)
 二、公民人身权民法保护的特征与原则…………… (207)
 三、公民人身权民法保护的方法…………… (211)
 四、公民人身权民法保护的意义和实
 践中值得重视的三个问题…………… (214)
13. 审理人身损害赔偿案件时应注意哪些
 问题——谈审理人身损害赔偿
 案件的几个问题…………… (220)
 一、人身损害赔偿案件的概念、
 特点及其对策…………… (220)
 二、正确认定人身损害赔偿案件

中的因果关系·····	(227)
三、人身损害赔偿案件的当事人责任·····	(237)
四、关于人身损害赔偿案件中 监护人的责任问题·····	(243)
五、关于人身损害赔偿案件赔偿 范围的确定问题·····	(248)
六、关于人身损害赔偿责任方式 的适用问题·····	(256)
七、关于审理人身损害赔偿案件中 其他几个值得注意的问题·····	(258)
14. 最高人民法院对民法通则适用的司法解 释有哪些新意向——论《关于贯彻执 行〈民法通则〉若干问题的意见（修 改稿）》的几条试拟条文的含义·····	(261)
一、关于善意取得·····	(262)
二、关于债的保全·····	(275)
三、雇用人转承赔偿责任·····	(281)
四、关于人身伤害侵权行为事 先免责条款无效原则·····	(290)
五、对侵权义务主体的进一步完善·····	(295)
六、先买权中的优先权·····	(296)
七、侮辱性使用肖像的侵权责任·····	(298)
15. 房地产案件的审判实践面临哪些新 课题——论当前房地产案件中 出现的若干新问题及其对策·····	(303)
一、关于房地产案件的审判及 其发展的新趋势·····	(303)

二、房地产案件在实体方面出现	
的新问题及其对策·····	(306)
三、房地产案件在程序方面出现	
的新问题及其对策·····	(347)
16. 在审判实践中如何掌握各类离婚纠纷的	
处理原则——常见离婚纠纷及其处理·····	(355)
一、因封建婚姻和封建思想引	
起的离婚纠纷及其处理·····	(355)
二、因一方有外遇而引起的离婚纠纷·····	(360)
三、因生理缺陷或严重疾病而	
引起的离婚纠纷·····	(364)
四、因草率结婚而引起离婚纠纷·····	(365)
五、因一方违法犯罪而引起的离婚纠纷·····	(369)
六、因其他原因引起的离婚纠纷·····	(374)
17. 审理侵权损害赔偿案件在适用程序上应注意	
哪些问题——论侵权案件的程序法适用·····	(382)
一、主管、管辖、受理方面的问题·····	(382)
二、特殊侵权损害赔偿案件的诉讼当事人·····	(386)
三、侵权损害赔偿案件的案由·····	(388)
四、侵权损害赔偿案件的举证责任·····	(391)
五、特殊侵权损害赔偿案件追	
偿关系的程序处理·····	(395)
18. 股份经济发展及其纠纷的处理原则	
——股份公司案件审判的理性思考·····	(398)
一、股份经济所有制性质辨析·····	(398)
二、股份制功能的综合评价·····	(414)
三、企业股份弊端剖析·····	(431)

四、试点阶段股份制类型划分·····	(435)
五、股份经济案件审判实践的几点思考·····	(438)
19. 共有人私自与外籍华人违反法律进行房 产抵押买卖交易是否有效——关于先契 约责任理论和按份共有及其财产处分·····	(441)
一、先契约责任理论·····	(442)
二、按份共有及其财产处分·····	(447)
20. 存款人对存款单身份证保管不善造成存款损 失由谁承担责任——论共同过错与过失相抵···	(452)
一、混合过错与与有过失、共同过失·····	(452)
二、过失相抵及其构成和效力·····	(456)
三、对本复函的理论研讨·····	(460)
21. 将合同履行期由公历确定为农历是否 属于变更合同——保证人在主合同没 有变更时仍应承担保证责任·····	(463)
22. 个人合伙成员在经营活动中死亡其他 成员应否承担民事责任——论合伙的 事务执行和风险责任关系·····	(469)
一、合伙的利益与风险·····	(470)
二、合伙的事务执行·····	(473)
三、合伙风险责任的承担·····	(480)
四、该司法解释的现实意义·····	(483)
23. 用虚构历史小说中人物的办法影射、诽谤 他人的作者和发表该文的报社应否承担侵 害名誉权责任——谈撰写、发表历史小说侵 害名誉权的民事责任承担·····	(486)
一、撰写历史小说可以构成侵害名誉权·····	(487)

二、侵权小说的编辑、出版者的侵权责任……	(491)
24. 土改前地主出典的城镇房屋经过30年能 否回赎——谈典权的取得和回赎期限……	(495)
一、典权的取得及双方当事人的权利、义务…	(496)
二、我国民事法律政策对典权的保护……	(498)
三、典期、回赎期的计算……	(500)

1. 怎样审理连带责任的案件—— 关于连带责任的若干问题

一、连带责任的概念和法律特征

对于连带责任的概念，法学界至今尚无统一的表述。许多学者和法律工作者，把连带责任等同于连带债务，认为凡两个以上当事人分别对债务均需承担全部清偿的责任，称之为连带责任。多数人之债中，如果多数债务人中的每一债务人除清偿自己的债务份额外，还必须就整个债务负责清偿，即为连带债务。连带责任即连带债务人承担的责任。在有关的法学辞书和法学著作中，一般也只在连带之债列出，而不另列连带责任的条目。那么，债务和民事责任是否属同一个概念呢？罗马法上，债务与责任两个概念不分，债与责任两者结合在一起。在日耳曼法上，债务与责任两个概念相区分，债务是应为给付的义务，责任是对义务的担保。现在我们所指的民事责任，是指民事主体因违反合同或者不履行其他义务，侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身，而依法承担的法律后果。民事责任具有以下法律特征：

（一）民事责任是公民法人违反民事义务应承担的责任，它是以民事义务为基础的；（二）民事责任具有强制性；（三）民事责任主要是财产责任，但不限于财产责任。债务则是在债这一法律关系中，债务人对债权人应为特定行为的义务。债务是义务的一种，它具有一般法律义务的必要特征。同

时，债务又有其特定性，它是特定人对特定人的特殊行为。特定性是债务最突出的特性。

从民事责任和债务的法律特征上不难看出，它们是两个不同的概念。首先，两者在法的方面是不同的，民事义务（包括债务）是法律规范规定应当实施的行为。履行这种行为是受社会鼓励的，有益于社会的。民事责任是违反义务后的后果，承担这种责任是实施不法行为的后果。它即可以表现为剥夺违反义务者的某种权利或者加以某种新的义务承担，也可以表现为只让违反义务者履行原来的义务。

其次，在量的方面两者有时也是不相同的，责任者有无限责任和有限责任之分，无限责任是指债务人以自己的全部财产对其债务负履行责任。例如，不具备法人资格的私营企业应以企业的财产和业主的其他全部财产对自己的债务承担责任。有限责任是指债务人以自己的一定限度的财产负履行责任，这种限度，一方面表现为限于特定的财产，例如，继承人以被继承人的遗产为限度对被继承人生前的债务负清偿责任；一方面表现为限于一定数额的财产，例如法人型的联营，各方只就自己出资的数额为限度对联营的债务承担责任。无限责任与债务量度相等，有限责任在量度上可能少于债务。

再次，债务与责任可以分离。如诉讼时效期间届满后的债务，是有债务而无责任的，这种债务称之为“自然债务”。在抵押物为第三人取得时，就所有人所负的担保责任，则是有责任而无债务。

因此，把连带责任同等于连带债务是不妥的。所谓连带责任，是指根据法律规定和当事人约定，应当由两个以上的当事人分别承担共同责任，或者由两个以上当事人中的二人