

民法判例

MINFA PANLI
YANJIU

研究

民法判例

金勇军 著

中国政法大学出版社

民法判例研究

金勇军 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法判例研究/金勇军著. --北京:中国政法大学出版社,2002

ISBN 7-5620-2132-5

I. 民… II. 金… III. 民法-案例-研究-世界
N. D913. 05

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第000094号

书 名 民法判例研究

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京博诚印刷厂

开 本 850×1168 1/32

印 张 9.875

字 数 230千字

版 次 2002年3月第1版 2002年3月第1次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2132-5/D·2092

印 数 0001—3000册

定 价 19.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮编:100088

电 话 (010)62229563 或(010)62229278 (010)62229803

☆☆☆☆☆

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

自序

首先，笔者感谢汪庆华先生。他提醒我，将近几年来所写的判例结集出版，尽管我们俩的专业相去甚远。如果没有他的提醒，至少不会这么早。为什么呢？过去太多的经历说明，如果一哄而上，往往导致所涉事项的了结。不是耕作得力没有翻作的余地了而了结，而是耕作的人太多，但是也就那么样，因此人们弃之而去而了结。关键还在于，伤害了想真心耕作的人的胃口和勇气。过去，不是没有人提过出版一事，我的回复都是，看看再说。判例研习，实在是我喜欢，也认真耕作的田地。我不希望，非因可耕作性问题而撂荒。

当然，我也感谢，中国政法大学出版社社长李传敢先生。自联系开始不到一周的时间，就缔结了出版合同。其出版、扶植学术著作之用心，显然可见，凛然可嘉。

不过，既然是我个人的第一部文集，我也得向将来的读者交代一二。首先，此次结集出版的篇什包括判例评论12则、评论1则、论文3篇、译文1篇和代理词1份。除了译文外，判例之外的其他篇什，多多少少和判例有关。故将其一并出版。

其次，也许出于行业里一贯的做法，^{〔1〕} 笔者的评论在刊登

〔1〕 尽管多少也有著作权法上的依据。

2 自序

时，有所变动。当然，该种变动是编辑作的。此次结集时，笔者使用的是笔者的原件。因此，也可以省去校对刊登稿件注释讹误的工作。笔者确实发现，这样的讹误有不少。

其三，这些篇什，是笔者过去5年内完成的。现在回头看看以前的习作，心中的感觉，当然和当年的不会一模一样。有很多不满意的地方，特别是在注释体例^{〔2〕}和说理方面。但是那是我的历史。现在不用也不必去改动了，哪怕是不合事宜的地方。正视自己的历史，也许在放眼未来的时候，心中会有些哪怕是些许的准备和负担。

最后，关于补充瑞士民法典的联邦法。对此，笔者原来有一

〔2〕当年的注释，在参考了几家刊物推荐规范的基础上，有所取舍而作出的。今年开始揣摩和学习蓝皮书，在有关注释的想法上有了很大的变化。蓝皮书是指 The Blue Book: a Uniform System of Citation (17th. Ed. 2000)。

个计划和几点说明。^[3]现在笔者的想法已经改变,不再翻译其他内容。故将其一并结集出版。

那么,笔者为什么喜欢写判例评论呢?现在回想起来,首先是受梁慧星先生的影响。看了他写的电视节目预告表案的评论,^[4]觉得,这是一种可以模仿的写作方式。先是模仿,运用

(3) 具体内容是:

1. 瑞士债务法典包括一般规定(即总则)、特别债务关系(即各论)、商事公司和合作社、商事登记、商号和商人簿记、有价证券五大部分,计1200条左右。译者计划一部分一部分翻译,一部分一部分发表。待全部发表后,再合编出版。到时,再按译书的一般做法,收集材料,增写译者序言。此次译出者,是第一部分。故在此,译者只加几点说明。译事原本困难,希望译者的计划不会被任何理由打破。

2. 关于“损害”和“损失”两词,曾先后请教过北京大学法律学系的葛云松先生和清华大学法律学系的崔建远教授,颇受教益。考虑到德文中是同一词(Schaden),译者统一用“损害”。

3. 关于同意,德文中可用的有三个词:zustimmen、genehmigen和einwilligen。第二个是指事后同意,译者译为“追认”;第三个是指事前同意,译者译为“许可”;第一个包括事先和事后的同意,译者译为“同意”。

4. 关于Frist,中文中有“期间”和“期限”之说。参见梁慧星教授的《民法总论》,北京:法律出版社1996年版第181页以下。听取崔建远教授的意见后,译者统一译为“期间”。

5. 关于“或”和“或者”,一句话中有几处时,就可能不明白其中的层次关系或者产生两种或几种含义。如有这种情况,译者分别用之,以分清层次,比如第9条。“或”在内层,“或者”在外层。上文有下划线的文句也这么用。

6. 关于条款的小标题,原文置于边页。考虑到排版的困难和通常的习惯做法,放在条目之后并用“[]”包括。其中的标题层次,采用计算机上的目录表示法表示。

7. 作为民法学的翻译新手,不敢奢谈信达雅。但我以为法律条文的翻译,和其他文本的翻译相比,仍有些区别。首先,对照原文,译文不得有两种或多种含义,除非原文是如此的。比如“×××的×××的×××”之类的句型,在原文中,由于语法关系,不会有歧解。但该中文句型,就会有歧解,不知“的”前的修饰语究竟修饰哪一个词。其次,译文要读得懂,否则就无须翻译了。译者尽量做到这两点。故翻译时,能保留原来文句的语法结构的,尽量保留。如果保留该结构,甚难读懂的,译者通常打破该文句结构,甚至采取意译的办法。因此,凡文中出现“()”的,其中的中文是译者添加的。意译时,则不加。译者以为,这是翻译最低的要求,不知能否得到方正之家理解和支持。

8. 从决意到翻译,深得中南政法学院民商法典研究所及徐国栋教授的支持和鼓励,译者于此表示感谢。

[4] 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),北京:国家行政学院出版社1999年版,第206页以下。

4 自序

德文资料，进而慢慢熟练。^{〔5〕}后来，能用 lexis - nexis 数据库了，试着看看美国法学院法律评论上的论文，发现这本来就是一种很好的写作方法。从此开始，以问题为中心，阅读法律评论上的评论，模仿、学习它们的结构和方法，甚至想方设法找到蓝皮书，^{〔6〕}进而慢慢熟练一点到现在。^{〔7〕}

在学习和授课的过程中，也渐渐体会到这样一点。法学，我的意思是，在所在的民法领域，和会计学之类的学科类似，是一种职业性的知识。就像会计学，不做会计处理问题，做什么呢？不研习判例，那，民法该研习什么呢？就这一点，应该有一个大致一致的说法。

实际上，就业内人士而言，这一点体会，应该不会有太大差距的：不论法系归属为何，民法类法律，都是以判例或者案例为中心的。围绕它展开，而不是围绕其他中心展开的。而后来的这些经验，更坚定了我继续研习判例的信心。当然，我本来出自哲学系；因为自己觉得，自己适合做经验学科，才转行到法律学系；而判例，也使我有种归属的感觉。

以是为序。

金勇军

记于清华经管学院南 544 室

2001 年 10 月 22 日

〔5〕 第 12 篇之前的评论，属于这一阶段创作的。

〔6〕 参见前文注释〔2〕。

〔7〕 第 13 篇开始的评论，属于这一阶段创作的。

目 录

一般交易条款的解释	(1)
李家鸿诉广西人民出版社在出版的图书编委会 名单中将其名字印错署名权纠纷案评析	(24)
也谈后续作品的侵权性问题	(32)
有关姓名使用权的几个问题	(42)
评马敏诉刘伟等共同参与行为损害赔偿 纠纷案	(53)
评《毛泽东肖像》画案	(69)
评工商行吉化办事处诉关瑞存单纠纷案	(84)
发行权穷竭原则	(97)
慰抚金的几个问题	(106)
原告代理词	(123)
汇校作品是否侵犯了出版社的专有出版权	(132)
评“枫叶”诉“鳄鱼”不正当竞争案	(145)
会计师第三人责任问题	(163)
好一个“等”字了得!	(190)
最终用户的侵权责任	(209)
一分为二，还是合二为一?	(226)
花开两朵，同结一枝	(244)

2 目 录

关于补充瑞士民法典的联邦法（第五编 债务法）	(266)
第一章 一般规定	(266)
第一节 债务的产生	(266)
第一目 因契约而产生	(266)
第二目 因侵权行为而产生	(276)
第三目 因不当得利而产生	(280)
第二节 债务的效力	(281)
第一目 债务的履行	(281)
第二目 不履行的后果	(287)
第三目 第三人的关系	(290)
第三节 债务的消灭	(291)
第四节 债务的特别关系	(296)
第一目 连带关系	(296)
第二目 条件	(298)
第三目 证约定金和解约定金、扣除的工资、 违约金	(299)
第五节 债权转让和债务承担	(300)

一般交易条款的解释*

一、引子

1993年,《人民文学》刊登了一则启事如下:

“凡本刊发表之作品,本刊享有两年专有出版权。在此期间,任何报刊、出版单位、影视机构如需转载、改编、缩写本刊发表的作品,均须事先征得本刊同意。

凡向本刊投稿者,均被视为自动接受本刊上述约定。”

上述约定,是《人民文学》杂志社向投稿者提出的一种约定。问题是:上述约定的专有出版权的范围如何划定呢?权利是否覆盖作品的转载、改编、缩写和修改呢?是否覆盖作品的繁体字版呢?转载是否包括图书出版呢?从民法学的角度看,上述约定是一般交易条款(Allgemeine Geschäftsbedingungen)。^[1]一般交易条款,作为一种特殊的契约条款,涉及的主要法律问题有四个:(1)一般交易条款的性质问题(即一般交易条款的识别或定

* 载《法学》1997年第5期。

[1] 一般交易条款(简记AGB),又译为一般交易条件,一般契约条款。所谓一般交易条款是指为了将来数量众多的契约之缔结而事先拟制的由使用者于缔约时向对方提出的条款。比如汇款单、保险单背面的条款,其正面的条款,叫做单个契约条款。可参见德国《一般交易条款法》第1条第1款。

性, Qualification);〔2〕(2)一般交易条款成为单个契约组成部分的条件问题(即一般交易条款纳入单个契约, die Einbeziehung);〔3〕(3)一般交易条款的效力问题(即一般交易条款的内容控制, die Inhaltskontrolle);〔4〕(4)一般交易条款的解释问题(die Auslegung)。上述约款的问题,就是(4),本文联系德国立法和学说,愿述其详。

二、单个契约条款和 AGB 的关系

AGB 的解释,可适用的规则有两类。(1)法律行为或契约的

〔2〕有的认为是特别契约条款;有的认为是法律规范。前一种说法为通说。参见刘春堂:“一般契约条款之解释”,载《民商法论集》,辅仁大学法学丛书专论类(3),1988年,第189页。

〔3〕单个契约(Einzelvertrag),即经契约双方单个、具体协商议定的契约。使用AGB的情况下,契约包括:(1)单个契约条款;(2)已成为单个契约一部分的AGB。与此相对应,契约缔结程序也分两部分:(1)单个契约,双方单个、具体协商议定;(2)AGB,双方就其使用协商议定。如果协议使用AGB,AGB纳入单个契约。至于对方是否阅读理解AGB在所不问。

〔4〕内容控制,有的学者又称为“规制”,即对AGB的内容审查(Ueberprüfung)。如果属于法定无效条款,列入“黑名单”,无效;如果属于可以评判条款,列入“灰名单”,法院有权审查,判定无效者,无效;如果落入一般条款禁止范围,无效。参见刘宗荣:《定型化契约专辑》,三民书局股份有限公司1988年版,第45页以下。

解释规则^[5]。AGB 是特别的契约条款，自然可以适用。同时传统的法律行为或契约的解释规则是针对双方议定的条款发展起来的，因此在适用时又要作必要的审查，看 AGB 的特殊性（即单方拟制）是否足以构成背离一般解释规则的理由。^[6] 否则仍然

[5] 在英美法上，这类规则包括：诚实信用解释原则、书面条款与口头协议相一致解释原则、合目的解释原则、参照习惯解释原则、参照前例解释原则、明示条款优于习惯和惯例原则、前例优于习惯原则、协商议定条款优于标准条款原则、特别术语优于普通术语原则、手写优于打字和印刷条款原则。参见徐炳：《买卖法》，经济日报出版社 1991 年版，第 168 页以下。还包括平易明白解释原则、有效解释原则、反面解释原则、类推项目受例举项目共同性限制原则。参见前注 4，刘宗荣书，第 123～124 页。在大陆法系法国民法典的规定最为全面。根据《法国民法典》第 1156～1164 条的规定，包括：（1）文义解释。解释契约时，应探求当事人的意思，而不拘泥于文字的字面意思；（2）有效解释。如一项条款可能有两种意思，宁可以该条可能产生某种效果的意思理解该条款，而不是以该条款不能产生任何效果的意思理解该条款；（3）合目的解释。文字可能有两种解释时，应采取合于契约目的的解释；（4）习惯解释。有歧义的文字，按契约订立地的习惯解释；（5）补充解释。习惯虽未载明于契约，解释时应加以补充；（6）整体解释。契约的全部条款得互相解释，以确定每一条款从整个行为获得的意义；（7）不利解释。契约有疑义时，应作不利于债权人的解释；（8）笼统条款解释。所订立契约文字不问如何笼统，契约之标的仅仅为可推知当事人有意订定的事项；（9）例示解释。如果款约中记载一种情形以解释义务时，不得以此认为当事人意在限制该项义务范围，该项义务应包括应列举的各种情形。我国《合同法》（建议草案）第 163 条、第 164 条规定了：（1）公平解释。无偿合同，应按对债务人义务较轻的含义解释；有偿合同，应按对双方均较公平的含义解释。依一方当事人单方面所决定的合同条款订立的合同有歧义时，应按对决定合同条款一方不利的含义解释。（2）诚信解释。解释合同应遵循诚实信用原则。德国的情况也类似，参见徐国建：《德国民法总论》，经济科学出版社 1993 年版，第 155 页以下。

[6] Siehe Joachim Schmidt—salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. A., C.H. Beck, muenchen, 1977, S. 119.

适用。(2) AGB 解释的特别规则。本文所要讨论的,是第二类。在讨论之前,先解决单个契约条款和 AGB 关系问题。

(一) 单个契约条款的优先性

众所周知,契约条款的解释,应遵循整体解释规则,即契约条款可以相互解释,从整体中获取条款的含义。^[7]在使用 AGB 的场合,AGB 也是契约的条款,那么,AGB 是否可以和单个契约条款相互解释呢?不可以。因为单个契约条款具有优先性(Die Vorrangigkeit)。为什么单个契约条款优先于 AGB 呢?

这还得从整体解释规则谈起。这条规则成立的理由是:契约条款经双方协商议定,自然得平等对待,视为一体。可是在使用 AGB 的情况下,就不一样了,契约条款除了单个契约条款之外,还有 AGB。(1) 单个契约条款是经双方协商议定的;AGB 是由单方拟制并提供对方使用的,只经使用协议即纳入单个契约。(2) 单个契约具有单个性和具体性;AGB 在纳入单个契约前并没有单个化(noch—nicht—individualisierte),也没有具体化(noch—nicht—konkretisierte)。^[8](3) AGB 是为了将来契约之缔结而拟制,其本身并不是高于契约的规范。相反,经双方共同援引纳入契约,成为契约的一部分后,单个化并具体化。因为(3),AGB 不可能优先于单个契约条款;因为(1)、(2)和(3),AGB 不可能与单个契约条款平等;故 AGB 只能劣后于单个契约条款,单个契约条款具有优先性。^[9]

以上的判断和使用 AGB 的场合的契约缔结程序也相适应。在使用 AGB 的场合,双方当事人就单个契约条款协商一致,议

[7] BGH (24.11.75) Betr. 76/382, 383; BGH (14.1.76) VersR 76/542.

[8] 参见前注 6, 第 120 页。

[9] 参见前注 6, 第 120 页。

定契约；之外，双方协议援引 AGB，作为单个契约的条件纳入契约。其功能是补充契约。这种补充功能（ergaenzungsfunctio）意味着，AGB 是附加的（akzessorisch）。德国的《一般交易条款法》第四条规定：“单个契约条款优先于一般契约条款”。^[10]

单个契约条款的优先性，是由 AGB 的特殊性（Besonderheit）决定的。是整体解释规则的例外，是特别的解释规则。^[11]

（二）单个契约条款的限制使用功能

单个契约条款的优先性，首先表现在限制使用功能（Geltungs beschränkte Wirkung）上，即限制 AGB 的使用。当然是单个契约条款限制 AGB 的使用，这是契约解释问题；而不是法律限制 AGB 的使用，那是内容控制问题。

1. AGB 直接与单个契约条款冲突的场合（Unmittelbar Widerspruch）

在这种情况下，AGB 无效。^[12] 正因为如此，手写的条款优先于 AGB，^[13] 机械打印的条款优先于 AGB，^[14] 口头条款优先于 AGB。^[15]

但并不能由此而得出 AGB 是从属性的（subsidiäre）。因为

[10] Siehe Bürgerliches Gesetzbuch, 35. A., Deutscher Taschenbuch Verlag 1994, S.515.

[11] 参见前注 6，第 121 页。

[12] BGH (14.12.51) LMNr.3zu § 355HGB, BL. 2R; BGH (17.12.59) BB60/227; BGH (21.6.63) VersR63/326f; BGH (6.11.67) E49/84, 87; BGH (1.2.68) VersR68/293, 294; BGH (6.5.68) WM68/695; BGH (26.3.69) E52/30, 35f; BGH (14.15.69) NJW69/1626; BGH (29.3.71) WM71/817, 819; OLGKarlsruhe (12.2.74) BB74/389.

[13] BGH (6.11.67) E49/87Nr.1.

[14] BGH (26.3.69) E52/30, 35f.

[15] OLGHamberg (28.10.71) VersR72/580, 581; OLGkoeln (5.7.73) VersR74/877.

AGB 本身还是独立的条款。例如, AGB 中包含一项审判籍条款, 而委托确认书又包含一项仲裁条款, 同时双方也援引了 AGB。审判籍条款与仲裁条款相冲突, 无效。^[16] 例如 A 作为卖方有义务在 B 所在地安装出卖物, 这是单个契约的约定。但 AGB 中包含了一项托运条款, 该条款与单个契约相冲突, 无效。^[17] 又比如, 买方强调他只买某厂的球轴, 卖方运送了另一厂的球轴并附加一份 AGB, 其中有一款云: 不经通知买方即可运送其他厂家的货物。该条款与口头约定冲突, 无效。^[18] 以下是几种特殊情况, 独立讨论。

1) 保险契约中的 AGB 的解释错误。保险经纪人将 AGB 解释错误, 投保人依其错误投保。错误解释有效吗? 亦或 AGB 原文有效? 在这种情况下, 很大程度上是一个证据问题。如果能证明上列事实, 则错误解释是单个契约条款。AGB 与其冲突, AGB 无效。^[19]

2) 书面形式条款。E 和 F 口头缔结信贷契约一份, 双方约定, 若无重要原因, 不得终止契约。但使用的 AGB 中有一款约定, 可以终止契约, 如有相反约定, 应以书面形式订立。这就是所谓书面形式条款。现在的问题是: AGB 使用者主张不得终止条款未具备书面形式, 因此条款未成立; 既然未成立, 则 AGB 与单个契约条款不冲突。这种主张成立吗? 如果可以成立, 则书面形式条款具备了单个契约条款的效力, 据以判断单个契约条款成立与否。其最终的结果是单个契约条款优先性的丧失, 显然是

[16] 参见前注 6, 第 124 页。

[17] 参见前注 6, 第 123 页。

[18] BGH (9.2.70) NJW70/992.

[19] 参见前注 6, 第 125 页。

不合理的。书面形式条款是 AGB 之一，单个契约条款优先性仍然适用，该条款无效。^[20]

3) 禁止用 AGB 重新识别意定行为。所谓重新识别 (umqualifizieren) 意定行为 (rechtsgeschäftliches Verhalten)，是指使原意定行为变成另一种意定行为，其中的中介可以是 AGB。例如，已婚的家庭主妇在一张订单上以其夫的名义签了字，即代理其夫缔约，这种代理权来源于当家权 (Schlüsselgewalt)。但是该订单背面的 AGB 中有一款云：“家庭主妇可以在当家权的权限内签字并视同其本身签字”。^[21] 因此该种买卖，可以由家庭主妇代理其夫进行的，也可以是自己的行为。这样，AGB 重新识别了该行为。AGB 不能用来重新识别单个契约所属的意定行为。^[22] 如果存在重新识别，AGB 变更了原来的意定行为，无效。再比如，银行使用的 AGB 中有一款约定：如果顾客对收到的凭证不表示异议，则视为同意。这样，如果顾客反对，则有表示出来的义务。可是法律不是这样规定的，法律倒推定，不表示异议，视为不同意。因此重新识别条款无效。^[23] 在艺术品交易中缔结的一份远期交货契约中的 AGB 约定，买卖系附解除条件的买卖，到期货物送回。该条款重新识别远期交货交易，显然无效。^[24]

2. AGB 间接与单个契约条款冲突的场合 (Mittelbar Widerspruch)

AGB 与单个契约条款不发生直接冲突，但是，AGB 与单个

[20] 参见前注 6，第 127 页。

[21] 参见前注 6，第 128 页。

[22] 参见前注 6，第 129 页。

[23] BGH (15.12.75) WM76/248, 252; Vgl § 10 Nr. 5 AGB—Gesetze.

[24] 参见前注 6，第 130 页。

契约条款发生间接冲突，又如何呢？AGB 仍不得使用。什么是间接冲突呢？AGB 与单个契约所创设或所属法律关系的主要义务（kardinalpflicht）冲销或加以限制的，AGB 与单个契约条款间接相冲突。^[25]例如，为获取最大税收益处，而缔结的有关储蓄契约中，税收信息的提供及其准确性的担保，是该类契约的主要义务。但是 AGB 中有一款约定，银行免于信息准确之担保。在这种场合，AGB 与单个契约条款不直接相冲突，但 AGB 却把该类契约的主要义务免除了。为什么不得使用这类条款呢？以上例为例，该类契约中的主要义务正是对方当事人缔约时所期待的，现予以免除，则其提供的信息就毫无价值了，单个契约的内容也就空空如也，毫无保障了。故这种条款，实际上间接地重新拟制（类同于重新识别）原契约的主要权利和义务。在这种情况下，单个契约条款的优先性就有必要介入了。

例如，为了执行某保安契约，保安公司至少得派出必要的保安机构。但是保安公司在 AGB 中免除了提供必要嘱托和监控的义务，该条款与单个契约条款间接相冲突，无效”^[26]再比如，现有一份远洋轮拖带契约，该类契约的履行要求拖带轮具备一定的工具。但 AGB 将具备必要工具义务免除了，该条款与单个契约条款间接相冲突，无效。^[27]

那么，什么是主要义务呢？实现契约目的必须履行的义务，^[28]是主要义务。^[29]这种义务，不允许通过 AGB 免除。当

[25] 参见前注 6，第 133 页。

[26] 参见前注 6，第 135 页。

[27] BGH (13.3.56) BB56/577, 578.

[28] BGH (13.3.56) BB56/577, 578 Sub6.

[29] BGH (13.3.56) 56/577, 578Sub5; BGH (23.6.66) VersR66/871, 873; BGH (29.1.68) E49/356, 363; BGH (13.3.69) MDR69/557.