

活的法律

广东非凡精诚律师事务所 主编



—— 商務印書館 ——

活 的 法 律

广东非凡精诚律师事务所主编

商 务 印 书 馆

2001 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

活的法律/广东非凡精诚律师事务所主编. -北京:商务印书馆,2001

ISBN 7-100-03334-9

I. 活… II. 广… III. ①行政诉讼-案例-中国②刑事诉讼-案例-中国③民商事诉讼-案例-中国 IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 036114 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

HUÓ DE Fǎ Lǚ

活 的 法 律

广东非凡精诚律师事务所主编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-03334-9/D·285

2001年12月第1版

开本 850 × 1168 1/32

2001年12月北京第1次印刷

印张 19 1/4

定价: 29.00元

时代呼唤活的法律

法律作为人类社会的独特现象,正日益受到人们的关注。然而在学者看来,法律的概念、特征、本质等最为一般的问题,常常是众口多辞、莫衷一是的。这种百家争鸣的氛围无疑有益于法学的深化。当我们审思法律之际,不应忘记,我们是在具有数千年历史的传统法律文化的根基之上,是在近现代先是承继欧洲大陆法系,后是借鉴英美判例法系的过程之中,是在既有的经久不衰的和现有的日益强化的文化影响之下,进行表面独立,实际难以独立的思考。这种强大的文化影响,在不知不觉之中既给我们以启迪,又限制了我们的思考。而人们对法律的认识和理解,直接关系到法律的发展方向和完善程度。

在这里,我们不想生造出什么新的术语和理论,只是面对法律实践活动的真实场景,向世人提出一个建议,向学者提供一种资料,向法律专门工作者(法官、检察官、律师)提出一种新方法,以期对我国法制建设事业有所帮助。这就是我们要言及的“活的法律”。

为了论述的方便,我们以社会功能为标准,把法律分成两类:静的法律和活的法律。静的法律和活的法律是两种不同的法律规范的表现形式和立法司法活动的宏观样式。

静的法律指成文法。作为一种法律规范,成文法是由国家立法

机关经一定程序制定的，一般来说，它具有一定的篇章结构，并大量使用法律的专门术语。这种法律规范一般是向民众公布的，让人们预先知道何种行为是合法的、违法的，又应承担何种责任。这种法律规范具有极高权威，非经立法机关不得更改和废除。它一经公布便要求人们普遍服从。法官在审判中必须严格依照成文法律裁判，既不允许运用自己的主观判断，又不得援引已往的案例。在法无明文规定的情况下，或者实行“法无明文规定不为罪”的原则不予追究责任，或者作为疑难个案层层上报审批，并且一案一报一批，只对此案，不及其余。成文法崇尚“立法至上”的原则。法官只是实施法律的工匠。由于成文法律是由一系列高度概括的抽象的语言和法律术语写成的，因此，要明白法律的真实含义必须有赖于法学家的学理注释和最高审判机关的司法解释。对法官来说，如果没有上述两种解释，他们便很难了解法律究竟说了些什么。社会生活总是不断发展变化的，成文法律的缺点是：第一，它不可能对社会生活的方方面面包揽无余；第二，它也不可能自动地适应变化了的新情况。而立法活动常常是一个颇费时日的复杂过程，这就使成文法律常常与社会生活相脱节，从而多少影响人们对法律的信仰。

活的法律是判例法。作为一种法律规范，判例来源于审判机关针对具体案件做出的判决。这些数量繁多的判例被依照一定顺序或类别编纂起来，以便人们查找。这些判例不仅包含对案件的裁判决定，还包含对案件事实的评价，对责任的认定，以及判决的理由。这些理由常常从已往的判例中被抽象引申出来并适用于正在审理的案件。这些判例是经一定程序被确认为正确有效的，法官在今后审理同类案件时必须遵循已往判例所体现的法律原则。这就是“遵循先例”。当社会生活发生变化，已往的判例不再适用之际，

审判机关可以依一定程序废止这些判例,并创制新的判例。在这个过程中,法官居于主导地位。因此判例法崇尚“司法至上”的口号。法官是创制和适用判例的核心人物。而法官的审判活动则将立法过程和司法过程悄然合而为一。判例法的缺点是卷帙浩繁难以把握,使寻常百姓望而却步。

按学者们通常的分类方法,欧洲大陆国家的法律属于成文法法律,英美等国家的法律属于判例法法律。而中国的传统法律,依笔者的看法,既有类似判例法的时期,如西周春秋时代,又有类似成文法的时期,如战国秦朝,还有成文法与判例相结合的混合法时代,如西汉至清末。一个多世纪以来,西方两大法系不论从理论、观念还是法律形式上,都出现了相互靠拢的发展趋势。这种趋势也许正是中国古已有之的静动结合的混合法。

今天,当古老的中华民族步入 21 世纪的时候,我们刚刚确定了“依法治国”的总方针。实施改革开放以来的 20 年,国家立法机关成绩卓著,社会生活的主要方面都有了相应的法律法规。可谓“诸产得宜,皆有法式”。但是,一方面,由于社会生活发展的速度越来越快,在审判活动中经常遇到法无明文规定,或法律条文过于抽象的情况,使法官无所措手足,同时也无法有效保护当事人的正当权利。另一方面,由于成文法律的“网眼”太大,造成法官的自由裁量权也过大,加上法官的素质不一,最终造成“司法不一”。在这种情况下,一些学者提出了借鉴判例制度的意见,他们开始呼唤“活的法律”。

活的法律与静的法律相比,有一系列明显的特点。首先,活的法律更为久远。世界上的古老民族,大都是先有诉讼活动,先有对具体案件的审理和判决,然后才有了成文法条的。其次,活的法律

更为精确。成文法的文字常常是抽象的,比如“情节严重”、“数额巨大”等,使人无法把握。而活的法律则对具体的情节做出定量的判断,并做出具体的处分,这种实在的评价是十分精确的。这种精确的评价一旦被赋予法律、半法律或内部规则的效力,便会有效地指导或制约法官的裁量活动,实现“裁判自律”。第三,活的法律更为灵活。在法无明文规定或旧的法律规定违背新的社会公共准则的特殊情况下,法官可以通过创制和适用新的判例的方式,机敏地解决法律滞后的弊端。第四,活的法律更为可读。人民大众常常是通过具体的案例而非法学原理来了解法律是什么,以及什么是违法行为。近些年来,新闻媒体正是通过以案说法的方式进行着卓有成效的普法活动。第五,活的法律更为新颖进步。法官通过对新类型案件的审判,以案例的形式为同类案件的审判提供先例,完成了法律的局部更新。正因如此,近年来,活的法律日渐受到社会的重视。以案例为主要材料的司法注释和教科书大批问世,并且在法官培训和院校教学中运用,就是证明。

在司法改革日趋深入的今天,案例的作用逐渐被人们所认识。人们常说“司法不公”,其实“公”或“不公”本身就是个模糊的语言。我们应当追求可以定量分析的目标,那就是“司法统一”,即同类案件得到大体相同的处分。举例说,对某一具体犯罪行为,在刑法规定的法定刑范围内,既可以判一年,也可以判七年,这就是“司法不一”。如果在成文法条下面,列出一系列具体案例,分别判处一至七年徒刑,并以此来规范同类案件的审判,就有可能实现“司法统一”。这种在成文法条下面罗列具体案例的作法是古已有之、行之有效的。

司法改革的关键是提高法官的综合素质。近年来,人民法院系

统非常重视法官的培训工作，但真正有效的培训也许不是学者来培训法官，而是法官自己培训自己。在这种过程中，案例有着不可或缺的作用。如果一名法官，能够把某一审判领域的成文法条的规定和法官用语用大量的案例来加以诠释的话，他大体上就成了一名“专家型的法官”了。这种法官不仅面对寻常案件可以得心应手、信手拈来，面对新型案件可以自信满满、“温故而知新”，而且可以登上法学教学和研究的大雅之堂。这样一来，再加上科班出身的学子不断注入人民法院，法学界和法律实践界的传统鸿沟最终将被填平。

应当指出，今天，我们对判例的认识和重视仅仅是一个小小的开端，大量的工作还没真正展开。不可否认，我国的成文法传统是个主流，在历史上判例只是个不自觉的配角。近代以降，我国法律的现代化与中国法律的大陆法系化如出一辙。英美法系对我国法律的影响只是后来的事情。因此，“判例不是法律的渊源”的见解仍然凝重并制约着人们的思考。同样不可否认的是，在我国现行法律架构之下，还不具备严格意义的判例法机制和科学意义的可操作性。其中最重要的是，法官未被赋予创制和适用判例的权力，法院也没有被授予编制整理颁布判例，并赋予这些判例以法律渊源的职权。尽管如此，我们仍然坚信，引入判例法机制是符合中国法制国情的明智之举，它的引进必然大推动我国司法实践乃至“依法治国”建设法治国家的进程。这是近年来为此而呼唤的学者们和法律工作者们共同的神圣的期待。

在一边期待一边勤奋工作的人群当中，就包括主办《判例与研究》的法界同仁们。今天，这部专门研究判例的杂志不仅为全国的法官和律师所熟知，还被北京大学法学院列为为数不多的“内定法

学核心刊物”之一。他们的工作，正是寻找法的活力，呼唤活的法律。当《活的法律》被商务印书馆出版之际，我应邀写了上面的话，是为序。

武树臣

2001年2月14日于北京大学燕北园寓所

目 录

行政诉讼判例

- 刘宇宸诉济南市历下区教委不作为行政诉讼案……………王延卫 (3)
- 重庆渝康建筑工程公司诉九龙坡区房管分局行政
侵权纠纷案……………金代权(12)
- 陈锥、陈彦诉福州市公安局马尾分局滥用职权
侵权案……………陈 江(22)
- 福建省仙游经济发展总公司诉福州市公安局马尾
分局侵犯财产权行政诉讼案……………许永东(31)
- 王女士诉深圳市劳动局不作为行政诉讼案……………张 敏(41)
- 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行
政诉讼案……………温 辉(48)
- 毕可财诉荣成市烟草专卖局违法处罚行政诉
讼案……………龙 飞(55)
- 包更生诉中国人民银行上海分行没收假币案……………金泽刚(65)
- 邱彩萍诉浙江省天台县公安局限制人身自由案……………张 峰(75)
- 辽宁省本溪市民族贸易公司清算小组诉荣成市
人民政府、荣成市经济技术开发区管理委员会
兑现招商引资奖励允诺行政诉讼案……………龙 飞(82)

刑事审判判例

- 杀人嫌疑犯杨沃亮引渡案 赵国强 (93)
- 应书德挪用公款案 肖晚祥 杨华权 张本勇 (104)
- 费谷崎故意杀人案 何 萍 (113)
- 宋福祥故意杀人案
- 如何理解不作为犯罪的因果关系 肖中华 (122)
- 王卫明强奸案(一) 周 琦 胡志国 (141)
- 王卫明强奸案(二) 杨兴培 (165)
- 史荣奎受贿案 阮传胜 (177)
- 李某敲诈勒索案
- 如何区分抢劫罪与敲诈勒索罪及理解“入户
抢劫” 肖中华 (184)

民商事审判判例

- 中国工商银行杭州市高新技术产业开发区支行诉杭州
大中南物业发展有限公司借款抵押合同纠纷案 ... 陆永祿 (199)
- 清河县典当行诉邢台市东围城路城市信用社、第三人
张保坤、董长先以存单为表现形式的借贷纠纷案 ... 郭绍革 (209)
- 升辉集团有限公司诉南海市计划局、南海市人民
政府涉外债务纠纷案 文 南 (215)
- 江宁县东山镇副业公司诉江苏省南京机场高速公路
管理处损害赔偿纠纷案 吴 华 (226)
- 杨惠娟、杨胜燕、杨来月、冯阿宝诉何刘根、何春华、

浙江三环丝绸(集团)公司海盐丝厂、宋银茹、张君山、 吴树滋、张祖荣、浙江省海盐县海塘供销合作社道路 交通事故损害赔偿案	
——共同侵权、责任竞合与必要共同诉讼	
..... 陈灵海 张利群	(235)
陶腊梅诉南京市公共交通总公司、杜家才道路 交通事故损害赔偿案	 丁凤楚 (249)
周静诉叶天玉、重庆轴承工业公司损害赔偿案	
..... 刘忠华 谢宝红	(256)
张思诉周昌凤、当阳市玉阳中学损害赔偿案	 刘卓彬 (264)
赵立诉张宏飞等人身损害赔偿纠纷案	 郑晓阳 冯 华 (273)
偃师市总工会及魏其武等四人诉洛阳市郊区 公路管理段等人身、财产损害赔偿案	 牛振宇 (281)
李钢、新大洲公司诉金城集团劳动合同 纠纷案	 杭 鸣 曹晓红 (288)
蔡敦煌诉中国太平洋保险公司厦门分公司 保险合同纠纷案	 吴旭莉 (298)
南海平洲海天贸易有限公司诉广州市南方大厦 集团股份有限公司担保合同纠纷案	
——兼论设立我国再担保法律制度	 刘子平 梁朔梅 (306)
柳德军诉湖北捷龙快速客运有限公司旅客 运输合同纠纷案	 刘卓彬 (315)
王海诉天津伊势丹有限公司买卖纠纷案	 侯德强 (325)
中国建筑总公司第八工程局第三工程公司诉南京市	

五金机械总公司、南京市金利旺有限公司返还定金纠纷案

——析无效保证合同中的民事责任 … 孙 勇 孙 文(336)

沈阳石油总公司石化物资公司诉辽宁省石油

煤炭销售公司以“不得转让”汇票向招商银行

沈阳分行质押无效案

…………… 聂飞舟(345)

厦门福鹭燃料航运公司诉长泰县新安果蔬开发

有限公司等航次租船合同纠纷案 …… 许俊强 李辉东(355)

成都市信托投资股份有限公司诉四川省证券股份

有限公司债券包销纠纷案 …… 张天智 徐 红(368)

郭鸿翔诉冯月华、江苏省邗江县汽车运输总公司

挂靠车辆经营权转让纠纷案 …… 丁 浩(376)

交通银行青岛分行诉胶州市营海渔业公司、青岛

电站辅机厂债权债务纠纷案 … 孙志远 于东成 纪新敏(384)

杨秀琴诉尹瑞萍不当得利案 …… 朱志俊(396)

许继电器股份有限公司诉郑学生、漯河市爱特设备

有限公司侵犯商业秘密纠纷案 …… 刘学圣(405)

贵州庆丰旅游产品供应公司诉贵阳物资集团有限

公司机电设备公司、贵州裕华房地产开发有限

公司出租房屋优先购买权案 …… 任明星 唐 宏(421)

山东联燃燃料有限公司诉三水鸿盛燃料有限公司、

三水市审计师事务所货款纠纷案

——兼论公司法人格否认与社会主体责任

…………… 刘子平 梁朔梅(432)

江中制药厂诉青岛双龙制药有限公司不正当竞争案	沈庆中 邓扬茂(443)
钱庆祺、薄贵珍诉钱庆佳相邻权纠纷案	
——判决能否预断未来的纠纷	陈灵海 刘娟娟(456)
张承志诉世纪互联通讯技术有限公司侵犯著作权案	
	李庆元(466)
钱钟书、人民文学出版社诉胥智芬、四川文艺出版社	
著作权纠纷案	金勇军(476)
焦彦丰诉深圳市住宅局楼宇名称侵权案	王 博(487)
李玉洁诉唐嘉弘等《先秦简史》著作权纠纷案	付翠英(495)
张延华诉临猗县县志编纂委员会等侵犯著作权	
纠纷案	李晓轩(508)
微宏研究所诉惠软经营部、连邦公司侵犯计算机	
软件著作权案	郭泽华(519)
邵仲广诉广东美的集团股份有限公司“美的”商标	
图案著作权纠纷案	陈 池 万选才(531)
北京阳光数据公司诉上海霸才数据有限公司技术	
合同、不正当竞争案	刘 勇(540)
沂源县玉德公司诉沂源县林前酒厂不正当竞争案	
	房 鹏 吕兴勇(551)
泰山企业股份有限公司诉台福食品有限公司	
不正当竞争案	陈 江 胡茂刚(560)
粤海公司诉仓码公司等无单放货、提货纠纷案	曾 洋(571)
海南汇通国际信托投资公司诉海南五矿乐海	
有限公司、海南万邦实业有限公司提单项下	

货物交付纠纷案	莫世健(578)
河南中翔实业有限公司诉中国工商银行佛山市分行 第二营业部、中国工商银行佛山市分行承兑汇票 纠纷案.....	葛承书(592)
韦海华诉广州海昌油运发展公司船舶碰撞损害 赔偿案.....	黄青男(599)
中亚航运公司、盛友有限公司诉厦门厦友集装箱 制造有限公司、厦门特贸有限公司无正本提单 提货案.....	许俊强(605)
后记.....	贺海仁(618)

行 政 诉 讼 判 例

