

YI NAN MIN SHI JIU FEN
SI FA DUI CE

(第二集)

杨立新 / 主编

疑难民事纠纷司法对策

吉林人民出版社

疑难民事纠纷司法对策

(第二集)

主 编 杨立新

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

疑难民事纠纷司法对策(第二集)

主 编	杨立新	
责任编辑	邢一哲	封面设计 张 迅
责任校对	邢一哲	版式设计 胡学军

出 版 者	吉林人民出版社 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
印 刷 者	长春市东新印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	17
字 数	410 千字
版 次	1997 年 7 月第 1 版
印 次	1998 年 6 月第 2 次印刷
印 数	6 200—9 300 册

标准书号	ISBN 7-206-02949-3/D·779
定 价	25.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印厂联系

前

言

《疑难民事纠纷司法对策》一书于1991年出版以来，深受广大读者的欢迎。很多读者给作者写信，还有一些读者甚至登门访问，共同研究、切磋民法问题，同时，也给本书以很高的评价，希望能够看到更多的这样既有理论性、又有实践性的书籍出版。为了满足广大读者的要求，我们又编辑了《疑难民事纠纷司法对策（第二集）》，仍由吉林人民出版社出版发行。

在这一集当中，我们仍然从司法实务的需要出发，选择了四十多个疑难的民事纠纷或民法专题，理论和实践相结合，从某一纠纷或民法专题出发，在理论上进行细致、广泛的研究，在实务上作详细的解说，力图在理论探讨上具有较高的概括，同时，也力图对实务能够有较好的指导或参考作用。本书共分11编，第一编至第九编为疑难民事纠纷评释和民法专题研究，第十编为疑难民事纠纷解答，第十一编为附编，介绍了中国古代和外国的一部分法律制度。

《民法通则》实施以来的几年中，我国的民法理论研究和民事司法实务有了重大的发展，取得了前所未有的成果。但是，目前的状况距离社会发展的要求，还有很大的差距。尤其是在以民法理论的指导下，紧密结合司法实务中的疑难问题和疑难民事纠纷，进行广泛、深入的研究还很不够。在这方面，学者、专家还有很多工作要做，以缩小理论与实务的间隔，真正使民法理论研究贴近民法实务，指导民法实务，使民法实务更好地接受民法理论的指导，概括出科学的理论，并且互相促进，使我国的民事立法、司法不断进步，民法理论研究不断繁荣。我们今天所能做的，就是这样的一点点尝试。对我们的这种努力，盼望广大读者的批评指正。

本书的撰写分工是：郭明瑞：第2、13、14、18、20、21、23、24、26、27、29、30、35—38专题；杨立新：第1、4、5、32、39—41专题，第10编，第11编的第2、3两篇译著；房绍坤：第6—11、15、16、19、28、31、33专题；尹艳：第34、42专题和第11编第1专题；黄永超：第25专题；卢向阳：第17专题；史长青：第12专题；杨灵远：第3专题；王辉：第22专题。

主 编

1993年5月24日于烟台大学文园

目 录

第一编 精神损害赔偿..... (1)

1. 如何认定侵害肖像权的民事责任
 ——论侵害肖像权责任的几个问题 (1)
2. 认定侵害名誉权责任应注意哪些问题
 ——论名誉权侵权责任构成的若干问题 (19)
3. 如何判断新闻报道是否侵害名誉权
 ——关于新闻侵犯名誉权的几个问题 (31)
4. 如何认定侵害姓名权责任
 ——试论侵害姓名权的民事责任 (45)
5. 在理论上怎样认识精神损害赔偿的概念和性质
 ——试论精神损害赔偿的几个问题 (51)

第二编 特殊侵权民事责任 (58)

6. 适用《民法通则》第 121 条应掌握什么要件
 ——试论国家赔偿责任的构成要件 (58)
7. 适用《民法通则》第 123 条应注意哪些问题
 ——论高度危险作业的民事责任 (67)
8. 适用《民法通则》第 124 条应注意哪些问题
 ——试论环境污染损害赔偿责任 (79)
9. 适用《民法通则》第 126 条应注意哪些问题
 ——论工作物致人损害的民事责任 (91)

10. 适用《民法通则》第 127 条应注意哪些问题

——试论动物致人损害的民事责任…………… (104)

11. 如何掌握雇佣人侵权责任的性质与构成

——论雇佣人的民事责任…………… (113)

12. 处理医疗过失赔偿纠纷应当注意什么问题

对医疗过失致人损害民事责任的

探讨…………… (126)

第三编 侵权责任的其它问题…………… (141)

13. 审理侵权损害赔偿纠纷怎样适用归责原则

——论侵权民事责任的归责原则…………… (141)

14. 怎样分析认定民法上的因果关系

——对民法因果关系的探讨…………… (147)

15. 在实践中怎样认定教唆侵权及其责任

——论教唆侵权的民事责任…………… (155)

第四编 商标侵权及商标保护…………… (162)

16. 怎样保护驰名商标

——我国驰名商标法律保护制度初探…………… (162)

17. 在市场经济中如何制止商标侵权行为

——不正当竞争中商标侵权行为及对策…………… (172)

第五编 合同及合同纠纷…………… (184)

18. 怎样审理涉及第三人的合同纠纷

——试论合同第三人的法律地位和法律

特征…………… (184)

19. 合同是否对第三人发生效力

关于第三人利益合同的探讨	(198)
20. 怎样审理涉及合同解除的民事、经济纠纷	
——论合同的解除	(209)
21. 怎样认定公民合伙及入伙、退伙和盈余分配	
——合伙若干问题的研究	(219)
22. 怎样审理隐名合伙纠纷案件	
——试论隐名合伙	(227)
23. 怎样认识招标承包制的性质和效力	
——关于招标投标的几个法律问题	(242)
第六编 无因管理	(258)
24. 审理无因管理纠纷应当怎样适用法律	
——关于无因管理的几个问题	(258)
第七编 物权及担保物权	(270)
25. 怎样认识和对待房屋买卖中的过户登记手续	
——不动产登记研究	(270)
26. 在处理乡镇企业经济、民事纠纷中如何掌握其责任范围	
——关于乡镇企业财产权的性质和责任范围	(285)
27. 如何确认土地使用权、处理土地使用权纠纷	
——论土地使用权的几个法律问题	(292)
28. 审理优先购买权纠纷应注意哪些问题	
——优先购买权若干问题探讨	(304)
29. 在民事审判中如何认识和适用抵押的法律规定	
——关于抵押权的几个法律问题	(318)

30. 在审理保证合同纠纷中应如何适用保证的法律规定
 - 关于保证的若干问题探讨 (331)
31. 审理留置权纠纷应注意哪些问题
 - 关于留置权的几个法律问题 (341)
32. 在审判实践中如何处理善意取得案件
 - 关于善意取得制度的探讨 (356)
33. 如何认识和处理典权纠纷
 - 典权基本问题研究 (375)

第八编 其他民事纠纷和诉讼程序 (393)

34. 王某与陈某、阎某房屋确权纠纷案释评
 - 谈善意占有、诉讼时效、缔约过失责任的适用问题 (393)
35. 民事活动中的声明属于何种民事行为
 - 略论声明的有关法律问题 (404)
36. 在民事审判实践中如何适用诉讼时效制度
 - 诉讼时效的概念和效力初探 (409)
37. 承包人死亡后其继承人如何继续承包
 - 承包继承问题探讨 (414)
38. 怎样处理民事代理中的连带责任纠纷
 - 论民事代理中的连带责任 (418)
39. 在审判实践中如何适用侵权特别法的程序法
 - 论侵权特别法的程序法 (426)

第九编 司法解释研究 (438)

40. 混合过错与过失相抵
 - 对最高人民法院(1990)民他字第25号复函的

研究	(438)
11. 论债权人撤销权及其适用	
对最高人民法院贯彻执行《民法通则》若干问题的	
意见第 130 条的法理研讨	(448)
12. 债权人代位权的原理及适用	
对最高人民法院适用民事诉讼法意见第 300 条	
的研究	(456)
第十编 疑难民事纠纷解答	(467)
1. 怎样加强对民间借贷活动的管理?	(467)
2. 一人挥霍货款让一人赔偿合理吗?	(469)
3. 他有权出卖父亲送的房子吗?	(470)
4. 房产过户后被人损坏还能毁约退房吗?	(472)
5. 我厂的损失该由谁赔偿?	(473)
6. 通讯员稿件是否属著作权法保护之列?	(474)
7. 阳台上的花盆掉下来砸伤他人应当赔偿医药	
费吗?	(475)
8. 工厂泄漏氯气致农民的蔬菜绝产应否承担赔	
偿责任?	(477)
9. 被汽车轧伤能叫司机负责赔偿吗?	(478)
10. 电视机刚刚使用就烧毁可以按照产品侵权责	
任起诉吗?	(479)
11. 电冰箱保护器在使用中燃烧将电冰箱烧毁	
可否要求厂家赔偿损失?	(480)
12. 照片被照相馆私自用作广告可以追究其法律	
责任吗?	(481)
13. 父母偷看我的日记算不算侵权行为?	(482)

14. 自己不出面却指使别人毁坏他人财产应由谁负责赔偿? (484)
 15. 已经成年但没有工资收入的子女造成他人损害应当怎样赔偿? (485)
 16. 未成年子女造成他人损害应由谁负赔偿责任? (486)
 17. 为他人帮工致死, 其亲属可否要求被帮工人赔偿损失? (488)
 18. 杀人后自杀, 死者亲属的财产损失应由谁赔偿? (489)
 19. 在法律上有让不孝子女不得继承其父母遗产的办法吗? (491)
 20. 一方当事人死亡判决是否有效? (492)
 21. 人民法院长期不审理已立案的案件怎么办? (494)
- 第十一编 附 编** (496)
1. 合伙法中的已决事项不再理原则和间接禁止翻供原则 (496)
 2. 美国法官的民事责任 (511)

第一编

精神损害赔偿

1. 如何认定侵害肖像权的民事责任

——论侵害肖像权责任的几个问题

一、据以研究的实例

原告朱某幼年患“重症肌无力症”，于1967年去某市眼病中心防治所诊治。应经治医生请求，朱的家长提供了朱某患病症状的照片。后被告陈某接受朱某的治疗资料，继续为朱诊治，朱的病情基本康复。朱的家长又提供朱治愈后的照片一张，交陈某作为医学资料保存。1983年，陈某总结自己几十年的治疗经验，撰写了《重症肌无力症的中医诊治和调养》一书，自费出版。1986年，陈在该防治所开设业余专家门诊，专治此症，陈提取挂号费的50%。陈于1989年撰写稿件，

由某市科技报社编辑加工修改，在该报公开发表，介绍该病症的症状及陈的治疗效果，介绍陈的坐诊时间和著作，并擅自配发了朱某治疗前后的两张照片。朱某认为陈某与该报社发表该报道及使用其两幅照片，未经自己同意，具有营利目的，将属于其个人隐私和幼时病容肖像登载于报端，侵害了其肖像权，故向人民法院起诉，请求精神损害赔偿。

二、肖像及肖像权的一般概念

大陆民法学者研究肖像及肖像权，多从文字学意义上的研究出发，推导法律意义上的肖像及肖像权概念，从而得出的结论不尽相同。台湾学者对此下的界定则十分简洁，如：“肖像者，人之容姿之模写也，分绘画、照相、雕刻等类。以对自己肖像之利益为内容之权利，谓之肖像权。”^①

笔者认为，法律上的肖像，应当界定为：通过绘画、照相、雕塑、录像、电影等艺术形式使公民外貌在物质载体上再现的视觉形象。肖像的法律特征是：

1. 肖像首先是公民的外貌形象。法律意义上的形象，是指自然人所具有的客观的、实在的物质实体的外在形态，因而只有自然人才会有肖像。法人作为抽象集合体，作为拟制的人格，不具有外貌形象，即使在社会生活中对法人给以“形象”这种说法，如“公安机关高大形象”之类，但这种形象乃是抽象的、观念形态上的形象，也不可能成为法律意义上的肖像。

2. 肖像是公民外貌所再现的视觉形象。公民的外貌形象并非肖像，公民的外貌形象只有经过再现，即经过一种转换而得到的

^① 龙显铭：《私法上人格权之保护》，第93页；何孝元：《损害赔偿之研究》，第155页。

视觉的形象。换言之，肖像不是公民外貌形象的本身，而是公民外貌形象的真实反映，或称之为“映象”。它是一种视觉形象，需要观赏者以视觉来感知。某些立体的肖像，当然也可以用触觉来感知，但即使这样，肖像的主要功能在于其视觉的感受，而非触觉、听觉等的感受。肖像应当包括公民的整个外貌形象，但最主要之点，在于其面部形象，即乃“容姿”是。其真实程度，应为清晰可辨，即肖像反映的视觉形象与公民本人的外貌形象清晰可辨，具有一致性。有人认为，这种可辨的真实性，要真实到某演员脸上特定部位有一个明显的痣之类，如果反映的图象缺少这个痣，就不能确认该图象反映的肖像是该演员的肖像。^①这个结论过于武断。如果按照这种观点，某人盗用该演员的肖像，修除肖像上面部的痣，去做广告，难道就不认定其侵权了吗？显然不能。这种结论，容易给侵权人以空子可钻。

3. 肖像须通过绘画、照相、雕塑、录像、电影等艺术形式将公民外貌映象固定在物质载体上。人的外貌映象只有固定在物质载体上，才能成为法律意义上的肖像，如果这种映象固定不下来，就不能使用，也不存在肖像权的问题。譬如，镜中和水中的映象，不能简单地说它是肖像或不是肖像，一般说，它既不是通过艺术手段，也没有固定在物质载体上，应当说不是肖像。但是，如果将镜中或水中的人的外貌映象再通过艺术手段把它固定下来，仍然是肖像，不能说取自于镜中或水中的映象而不认为其是肖像。

肖像权，是公民对在自己的肖像上所体现的利益为内容的权利。肖像作为一种具体的人格权，是包含肖像所体现的精神利益和物质利益为内容的民事权利。

首先，肖像权作为公民的基本人格权，所体现的基本利益，是

^① 关今华等：《精神损害实务》，第151页。

精神利益。法律保护公民的肖像权，最主要的，是保护肖像权所体现的这种精神利益。这种保护，保护的是人之所以作为人而存在的人格。人之所以具有法律上的人格，肖像权的精神利益是最重要的内容之一。这种对肖像权精神利益的保护，包含公民对自己形象享有维护其完整的权利，有权禁止他人非法毁损、恶意玷污之。与公民的名誉权等其他人格权一样，肖像权人对歪曲其肖像，毁损、玷污其肖像，都会使其精神利益受到损害，对其作为公民的人格尊严构成侵害。法律保护公民的肖像权，最首要的就是保障公民人格尊严，保护肖像权所体现的这种精神权利。

其次，与公民的名誉权等人格权不同，肖像权利所具有的物质利益，是肖像权所体现的一项重要内容。有些学者认为，“肖像权是一种与财产无关的人身权利”。^①这种观点有失偏颇。笔者认为，原则上说，公民的具体人格权并不是一种财产权，是完全正确的，但如果说公民的具体人格权都与财产无关，则是不正确的。在公民的一般人格权中，名誉权、隐私权、自由权等，与财产关系不大，但并非无关。而肖像权与其他人格权相比，是与财产有密切的关系的。这就是肖像权所体现的物质利益。公民的肖像作为艺术品，具有美学价值。在商品经济条件下，这种美学价值能够转化为财产上的利益，享有肖像权，就可以获得财产上的利益，这是一个不可改变的客观事实。试想，众多的商业广告要出重金聘用明星来做，不就是明显的例证吗？当然，肖像权所包含的这种物质利益，并不是其主要内容，而是由肖像权的精神利益所派生、所转化的利益，带有附属的性质。但物质利益确实是肖像权的一项重要内容，保护公民肖像权，就要对物质利益在内的全部内容予以全面保护。

① 关今华等：《精神损害赔偿实务》，第156页。

再次，肖像权是公民专有的民事权利。肖像权的专有性，一是体现在形象再现的专有性。即公民享有是否允许他人再现自己的形象的权利。换言之，他人是否可以取得肖像权人的肖像，属于肖像权人的权利，以偷拍、偷画等方式取得他人的肖像，是对肖像专有权的侵犯。二是体现在肖像使用的处分性。肖像的使用权，原则上属于肖像权人，肖像使用权的处分，是肖像权人对其肖像使用权的转让。肖像的取得和肖像的使用，是肖像权专有性的两个基本内容，从侵害肖像权的角度分析，后者具有更重要的意义。未经肖像权人同意而擅自使用，原则上属于对肖像权的侵害。当然，肖像权的专有性，是相对的，法律准许在一定的条件下使用公民的肖像，但是这种使用，必须具有阻却违法的事由。

三、肖像使用行为的性质

既然肖像的使用是公民肖像权专有性的最重要的内容，是判断是否构成违法的主要标志。那么，肖像权人同意使用人使用其肖像的肖像使用行为，就是合法行为。肖像权人不同意使用人使用其肖像的肖像使用行为，就是违法行为。这样，就涉及一个重要问题，这就是，肖像使用行为在法律上是什么性质的法律行为呢？

笔者认为，合法的肖像使用行为，除去具有阻却违法事由的肖像使用以外，是肖像使用合同。这种肖像使用行为，具有合同的一般特征：

1. 肖像使用行为是双方或多方意思表示一致的民事法律行为。合同的基本特征之一，就是双方或多方意思表示一致，而肖像使用行为，正是肖像权人就其肖像的转让使用，与肖像使用人就该肖像的承受使用，具有一致的意思表示。由肖像权人与肖像使用人就肖像权人的肖像使用问题形成的意思表示一致，表明肖

像使用行为具有合同的基本特征之一。

2. 肖像使用行为的基础产生于双方当事人就他们之间设立以至变更、消灭肖像使用关系的协议。合法的肖像使用，必须先由双方当事人协商达成协议，约定肖像使用的范围、方式、报酬等具体内容，即双方的权利、义务关系。当肖像使用关系要变更或消灭时，亦应有相应的协议。这种在当事人之间设立、变更、终止某种民事法律关系的协议，正是合同的基本特征之一。

3. 肖像使用行为是当事人在平等、自愿的基础上所进行的民事法律行为。肖像权人和肖像使用人在肖像使用行为中，地位完全平等，绝没有谁受谁支配、谁受谁领导的关系，同时，转让使用和承受使用，都是双方自主自愿，并非是一方将其意志强加给另一方的强迫使用。这也是合同的特征之一。

4. 肖像使用行为的约定对双方具有法律拘束力，双方必须遵守，不得违反，非经对方同意，任何一方都不得擅自变更或解除。超出约定使用范围的使用，或者限制在约定的使用范围内使用，都是违约行为。这是合同的另一个特征。

合法的肖像使用行为的四个基本特征，完全符合合同这种民事法律行为的基本特征，因此确信，合法的肖像使用行为就是肖像使用合同的这一结论是正确的。

肖像使用合同作为具体的合同，它又具有它自己的法律特征：

1. 合同的主体只能是肖像权人和肖像使用人，其他人不能成为该合同的主体。就他人的肖像使用和就使用他人的肖像所达成的协议，不成立肖像使用合同。

2. 合同的客体是对肖像的使用，即肖像权人把自己的肖像的使用权部分地转让给使用人使用，使用人在约定的范围内使用肖像权人的肖像。肖像的使用范围，依合同约定。肖像使用权的转让，只能是部分地、有限地转让，不可能是全部地、无限地转让。