

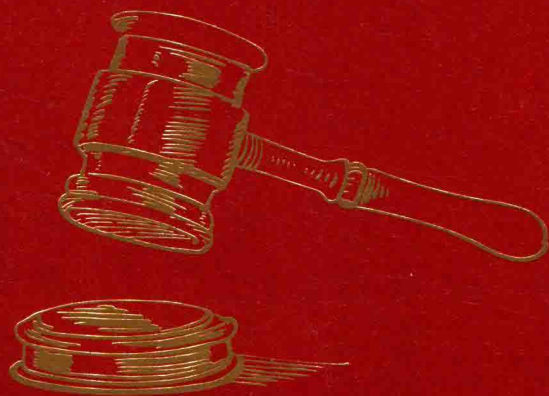
朱兰春 著

最高人民法院民事审判要旨与思维

MAKING A DECISION:

Points and Thinking in the Civil Trials of the
Supreme People's Court

法官 如何 裁判



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

朱兰春 ◎ 著

最高人民法院民事审判要旨与思维

MAKING A DECISION:

Points and Thinking in the Civil Trials of the
Supreme People's Court

法官 如何 裁判



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法官如何裁判：最高人民法院民事审判要旨与思维 / 朱兰春著. —北京：中国法制出版社，2017.1

ISBN 978-7-5093-6383-6

I. ①法… II. ①朱… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国
IV. ① D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 225984 号

策划编辑：赵 宏 (health-happy@163.com)

责任编辑：韩璐玮 (hanluwei666@163.com)

封面设计：周黎明

法官如何裁判：最高人民法院民事审判要旨与思维

FAGUAN RUHE CAIPAN: ZUIGAO RENMIN FAYUAN MINSHI SHENPAN YAOZHI YU SIWEI

著者 / 朱兰春

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2017 年 1 月第 1 版

印张 / 28 字数 / 410 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6383-6

定价：89.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：010-66033393

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

值班电话：010-66026508

传真：010-66031119

编辑部电话：010-66053217

邮购部电话：010-66033288

自序

对最高人民法院（以下简称“最高法院”）民事判决的研究，始于1994年。当年我从南京大学硕士毕业，旋即通过全国首次统一录取的律师资格考试，正式开始了律师执业。当时一个朴素而执着的想法是，办理案件，就要向最高法院学习，最高法院的公报案例，就是最好的教科书。

对最高法院民事判决的深入研究，始于1999年。当年最高法院经济审判庭主编的《经济审判指导与参考》首次公开发行。以此为标志，最高法院民庭、知识产权庭也开始主编系列出版物，批量刊载其审理的各类民事案件。2000年至2003年，最高法院连续四年出版该院民事裁判文书汇编。2003年，最高法院更是史无前例地出版十五卷《中华人民共和国最高人民法院判案大系》。这些宝贵的民事案例资源，是我反复阅读和消化咀嚼的精神食粮。

对最高法院民事判决的理论研究，始于2003年。当年我考入武汉大学攻读法学博士学位。基于此前的积累和总结，我很快拿出一份七八万字的研究最高法院民事判决的初稿。此后，导师孟勤国教授建议我研究民法基本理论，我虽心有不甘，但还是接受建议，潜心于民法基本理论研究。现在看来，孟老师的这一建议，的确高瞻远瞩，对最高法院民事判决尤其是民事审判思维的深入研究，没有民法基本理论的坚实支撑，是不太可能走出一望无际的地平线，获得俯瞰的视野与高度的。

对最高法院民事判决的系统性实证研究，始于2008年。经过长达五年的理论准备，我开始埋首于博士论文的写作。其间艰辛，确有点“衣带渐

宽终不悔，为伊消得人憔悴。”六年之后，40万字的博士论文《最高法院民事判决四元结构论：1985—2014》脱稿，2014年顺利通过答辩。一向要求学生极严的孟勤国教授认为，“这是一篇独一无二的民法博士论文。”

几个细节，值得一提。读博期间，自己老老实实读了上千本专业书。2014年预答辩时，温世扬教授说我是武大民商法老师们公认最勤奋、最用功的学生。正式答辩结束时，导师孟勤国教授破例发言，指出这篇博士论文的全部价值，就在这段话上：“三十年来，最高法院在界定民事主体时，开放中有规范；在判断法律行为时，宽松中有反复；在保障民事权利时，绝对中有限制；在划分民事责任时，承担中有平衡”，认为这是对最高法院民事审判思维模式的最好概括。此后，因缘际会，结识中国政法大学宋连斌教授，对我的博士论文予以极高评价，认为做了最高法院应该做而至今没有做到的事。中国法制出版社赵宏编辑在博士论文答辩前，就接受书稿出版，并倾心精力打造成为更具使用价值的实务版本。所有这些，让我既诚惶诚恐，又备受鞭策。

之所以回顾二十年的研究心路，是想展示自己与这项研究事业的缘份，同时也顺带说明，这本脱胎于博士论文的《法官如何裁判》，何以出自律师之手。裁判文书乃学术公器，对一切法律人开放，任何人均可自由进入。理论上讲，法官更有条件进入，更有可能研究，更有资格写作。但现实上看，二十年如一日地进入、研究和写作，对所有法律人而言，都是一项极大的挑战。幸运的是，我坚持了下来。作为律师，我既是最高法院具体民事判决的参与者，更是最高法院全部民事判决的旁观者，个案探究和整体研究的双重视角，有效平衡了我的一孔之得。作为历史的匆匆过客，我有义务把它忠实地记录下来，更多的人或可从中受益，后来者或可借此攀向更高峰。

以上就是这本小书的前世与今身。逝水流年，略有积淀，这真是命运最好的安排。至于我是否交出了一份像样的答卷，读者才是最终的裁判者，我期待着最后的审判。

目 录

最高人民法院民事审判思维大数据报告

第一章 界定民事主体

第一节 主体资格的司法扩张 / 28

第二节 主体资格的扩张依据 / 33

第三节 适格当事人的审查标准 / 38

一、直接权利义务 / 38

二、合同相对性 / 46

三、当事人的选择 / 52

四、以工商登记为准 / 54

五、以资质为准 / 60

六、以专营制度为准 / 64

七、依中央文件为准 / 65

第四节 几种特殊主体的确定 / 67

一、分支或内设机构 / 67

二、吊销营业执照和破产企业 / 70

三、筹备处、组委会、指挥部等临时机构 / 74

四、外国代表处 / 78

五、职工持股会 / 80

六、业主委员会 / 81

七、国家机关 / 84

第五节 分析与评论 / 88

附录一 地方政府的民事主体资格认定：以最高法院椒江大桥航道通行权案为例 / 92

第二章 判断法律行为

第一节 审查诉讼请求 / 100

一、不告不理原则 / 100

二、诉讼请求的识别、释明与选择 / 109

第二节 查明案件事实 / 116

一、待查事实的影响因素 / 117

二、无法查明事实的处理方式 / 124

三、客观事实与法律事实的区分 / 129

四、客观事实与法律事实间的摇摆：以土地使用证为例 / 134

五、法律事实与法律事实的冲突：以民刑交叉证据为例 / 137

六、视为与推定 / 140

第三节 定性法律关系 / 151

一、性质决定审理方向 / 152

二、不同法律关系能否合并审理 / 161

三、法律关系的内外之别 / 167

四、法律关系的流变与转化 / 171

第四节 认定行为效力 / 176

一、区分成立与有效 / 176

二、法院能否主动审查合同效力 / 177

- 三、影响效力的主要因素 / 182
- 四、合同效力：渐宽与反复 / 202
- 五、论无效合同 / 217

第五节 分析与评论 / 227

附录二 从合同成立之诉到合同效力之诉：以最高法院布吉公司股份代理转让合同案为例 / 234

第三章 保障民事权利

第一节 物权 / 246

- 一、物权确认基本原则 / 246
- 二、关于物权追及力 / 257
- 三、土地与房屋分别确权 / 260
- 四、集体土地流转问题 / 262
- 五、几类特殊物权归属 / 264
- 六、担保物权若干问题 / 267
- 七、相邻权 / 274

第二节 股权 / 277

- 一、工商登记与股权认定 / 277
- 二、审批手续与股权认定 / 281
- 三、出资与股权认定 / 282
- 四、股权行使诸问题 / 285

第三节 债权 / 288

- 一、债权债务转移 / 290
- 二、代位权与撤销权 / 291
- 三、外部善意债权人 / 294
- 四、外部过错债权人 / 298

第四节 知识产权 / 301

一、司法保护取向 / 302

二、平衡与限制 / 316

第五节 民事权益 / 322

第六节 分析与评论 / 326

附录三 从利益平衡到禁止权利滥用：以最高法院采乐商标案为例 / 331

第四章 划分民事责任

第一节 主体性质与责任归属 / 345

一、职务行为 / 345

二、管理过错 / 349

三、个人行为 / 352

第二节 各方责任的分别认定 / 353

一、违约中的责任认定 / 353

二、侵权中的责任认定 / 367

三、公平中的责任分担 / 377

第三节 民事责任的连带与扩张 / 379

一、恶意串通 / 379

二、挂靠关系 / 381

三、追加开办单位 / 384

四、验资等中介机构责任 / 386

五、人格混同或否定 / 389

第四节 民事责任的加重、减轻和免除 / 391

一、加重 / 391

二、减轻 / 394

三、免除 / 395

第五节 强制执行中的民事责任 / 407

第六节 分析与评论 / 414

附录四 非诉行政执行的合法性审查：以最高法院普华凯达公司执行监督案为例 / 422

参考资料 / 426

最高人民法院民事审判思维大数据报告

一、最高人民法院民事案例公布整体情况

据笔者不完全统计，从1985年5月至2014年12月，最高人民法院通过包括出版公报、各类审判指导丛书、年度裁判文书汇编等纸质媒体方式，共公布了约4540余件裁判文书或典型案例。其中，绝大多数是各类民商事案件（含执行案件），而且大多数是由最高人民法院自己审理的民商事案件。如《中华人民共和国最高人民法院判案大系》共十五卷，除第十四卷为行政案件外，其他十四卷全部为最高人民法院审理的民商事案件。^①即便是在《最高人民法院公报》上刊登的下级法院审理的裁判文书或典型案例，也是经过最高人民法院审判委员会严格审定而精选出来的，具有典型性、真实性、公正性和权威性，因为公报本身就有很高的准确性、适用性和指导性，所刊登的案例直接反映了最高人民法院的司法立场、法律见解和实务观点。^②

^① 资料来源：《最高人民法院公报》（1-209期）；最高人民法院于2000年至2003年公布的年度裁判文书汇编；最高人民法院各民事审判庭编辑的《审判参考》、《指导案例》、《案件解析》等丛书；《中华人民共和国最高人民法院判案大系》（十五卷）；最高人民法院先后公布的六批指导性案例；以及最高人民法院中国应用法学研究所编著的《人民法院案例选》。此外，最高人民法院机关报刊《人民司法》和《人民法院报》，也刊登零星的最高人民法院审理的案件。据统计，截至2011年2月，剔除重复部分，最高人民法院共公布约案例或裁判文书约4200件，数据资料参见刘德权主编：《最高人民法院裁判意见精选·前言》（上册），人民法院出版社2011年版，第3页。另据笔者统计，此后至2014年4月，在纸质媒体上，《最高人民法院公报》又新公布民事案例103件，最高人民法院各民事审判庭又新公布约175件，以上合计共公布民事案例约4478件。

^② 《最高人民法院公报》编辑部编：《中华人民共和国最高人民法院公报全集（1985-1994·出版说明）》，人民法院出版社1995年版；《最高人民法院公报》编辑部编：《最高人民法院公报典型案例和司法解释精选（1993.7-1996.6）·编辑说明》，中国法制出版社1996年版；周伟编著：《人民法院审判观点汇集：最高人民法院公报民商事案例（1985-2010）·序言》，北京大学出版社2011年版。

此外，自2013年7月1日起，最高人民法院开始在机关内部实施本院裁判文书上网公布制度。据权威媒体公开报道，2013年1月1日至11月30日，最高人民法院共制作判决书、裁定书、决定书2501篇，上网公布2293篇，占91.7%，仅有208篇因具有法定情形，经审批不上网或暂不上网公布。^①另根据最高人民法院院长周强在十二届全国人大第二次会议所作的工作报告，最高人民法院建成“中国裁判文书网”后，公布最高人民法院生效裁判文书3858件。^②另据笔者逐篇检索研读，最高人民法院在网上公布的该院裁判文书，大部分属于民商事领域，仅民事判决或裁定书即超过3000件。此外，根据公开资料，2003年时，最高人民法院进入实质性审判的案件即在3000件以上。^③而仅在2008年度，最高人民法院受理的案件数量更是突破一万件。^④根据经验判断，其中绝大多数也属于民商事案件。此后，虽然最高人民法院未正式发布过受案数据，但从其多次以司法解释的方式，修改案件受理标准，且不断降低高级法院的案件受理标准，以减少对最高人民法院的案件涌入这一点，即不难推断，最高人民法院每年审理的各类民商事案件，其绝对数相当可观。随着网上强制公布制度的实施，最高人民法院今后公布的民事判决或案例数量，将会呈现爆炸式增长趋势。

可以说，历经三十年的日积月累，最高人民法院已经公布的民商事裁判文书，与有数百年传统的判例法国家相比，虽还算不上汗牛充栋，但也非常庞大驳杂，而且将会继续迅速膨胀。

二、研究的方法综述

最高人民法院的案例是一座蕴藏丰富的智慧宝库，然而，矿藏再丰富，也不能自动出产成品。如何有效地分析和利用这批珍贵的司法资源，进一

① 唐亚南：《深化审判管理：彰显公平正义》，《人民法院报》2014年3月8日。

② 《人民法院报》2014年3月18日

③ 傅郁林：《论最高法院的职能》，《中外法学》2003年第5期，第591页。

④ 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院审判经验集萃（序）》，人民法院出版社2009年版，第1页。”

步揭示法官思维，总结认知模式，探索审判规律，在此基础上理清法理脉络，反哺司法实践，廓明前进方向，乃至形成学术共识，提高研究水平，推动法治文明，是摆在每一个有使命感的理论和实务工作者面前沉甸甸的任务。

（一）现有研究方法分析

综观现有的各种案例研究方法，有其突出的传统优点，也有明显的时代局限。笔者努力将其划分为实务和理论两个层面，以便进一步分析研究。需要说明的是，实务与理论两种研究方法的区分，并非十分严格和纯粹，两种方法之间，也并非完全截然分明，而是常常互相渗透，只不过各有侧重而已。

1. 实务研究方法

所谓实务研究方法，一言以蔽之，主要是案例汇编法，包括对最高人民法院公布的各类案件的收集、整理、加工、提炼和解析，研究对象既可以是最高人民法院发布的全部案例（尽管这极为少见），也可以是其中的部分案例，还可以根据需要，确定为某一类型的案例。^①最高人民法院各民事审判庭以及法官、从事司法实践的法律工作者如律师，以及部分高校和研究机构的学者，均大量地使用这种研究方法，以便解决或协助解决当下迫切的法律问题。

^① 笔者在广义上使用“案例汇编”概念，包括对案件的法理解析，有学者也称“案例指导方法”，但外延守尊编著的《票据法案例精选》，黄毅主编、周玉华编著的《最新银行法经典疑难案例判解》等，也收入部分最高人民法院公布的民商事案例。显然小于案例汇编方法，参见王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社2011年版，第259页。此外，鉴于本文研究对象的整体性，故不单独评论个案研究，也不否认个案研究的独立价值。尽管笔者认为，即使是个案研究，也宜放入整体对象中，才能更为准确地理解和把握。事实上，刊登在《法学研究》、《判解研究》、《知识产权判解研究》和《侵权法评论》等专业法学刊物上的很多个案研究，往往都是案件的类型化研究，早已摆脱个案的狭隘性。对此，学界也有共鸣：“就某一法律问题的研判法院的立场，对系列案件的研究或许比个案研究更有价值。”《南京大学判例评论·内容简介》（第1辑），法律出版社2012年版。

2. 理论研究方法

(1) 法律关系分析法

按照权威学者的定义，“所谓法律关系分析的方法，是指通过理顺不同的法律关系，确定其要素及变动情况，从而全面地把握案件的性质和当事人的权利义务关系，并在此基础上通过逻辑三段论的适用以准确适用法律，作出正确的判决的一种案例分析方法。其特点是先考虑案件小前提，即事实，然后再考虑案件的大前提，即法律。法官在裁判时必须目光在大前提和生活事实之间往复流转。”^①

这一方法的主要特点是，明确双方核心争点，分析法律关系性质，并确定法律关系的内容是否存在变动，最后根据逐渐抽象出的小前提，选择适用关联法律，得出最后的裁判结论。在遵循一系列严格确定次序的步骤中，三段论是其核心要素。^②这种裁判思维方法对司法实践影响巨大，查看最高人民法院历年来的民事判决，非常重视归纳争议焦点，其实这就是在提炼背后的小前提，据此确定法律关系性质，最后找到适用法律，并以此作为裁判标准。

运用这种方法，还可以根据法律关系的性质不同，进行类型化研究，如将各种案件根据其不同性质，列为不同的类型，分门别类予以归纳，尽可能缩小与法律适用之间的距离，便于法官找法。最高人民法院关于民事案件案由的规定，其实就是适用这种方法的直接结果，因此，笔者也将其视为定性研究方法。

(2) 请求权基础分析法

按照权威学者的解释，“请求权基础分析法又称为请求权规范基础检索或归入法、涵摄法。该方法通过考察当事人的请求权主张，寻求该请求权的规范基础，从而将小前提归入大前提，最终确定是否能够得到支持的裁

^① 王利明：《民法案例分析的基本方法探讨》，载《判解研究》2003年第4辑，第5-12页。

^② 国家法官学院、德国国际合作机构：《法律适用方法：公司法案例分析》，中国法制出版社2013年版，第45页。

判结论。^①相对于法律关系分析法，这种方法的舶来品色彩更浓，但目前也更流行，甚至用于国家法官学院的培训教材中。^②实务界作为成功审判经验推广的《要件审判九步法》^③、《民事案例分析方法及其运用》^④等专著，均受此启发。

与法律关系分析法不同的是，这种方法着眼于诉讼，其第一步通常都是，“针对某一个案件确定应当选择哪条法律规定来作为合适的抽象规则，然后要把这条抽象规则分解成各个部分和各个要件，并逐一与事实作出比较。对每一个要件的审查最后都应当得出一个结论，一旦对一个规定的所有要件都得出了结论，决定这条规定的所有要件是否能得到了满足就不再是难事。”^⑤

有学者通过法律人思维方式，进一步解释此种方法的实际运用，“对于同样的社会问题，法学教授首先问合不合法？然后问法律有没有规定？如果法律有规定，他再问法律是怎么规定的？当他谈论法律是怎么规定的时候，他就要分析法律的规范构成，分析其构成要件、适用范围和法律效果，然后用讨论的这个事实、这个行为与法律规范的构成要件加以对照。对照的结果符合规范的构成要件，就表示肯定的意见；不符合时就表示否定的意见。”^⑥

运用这种方法，对当事人的请求权性质判断非常重要，然后再进行请求权检索和固定，找到对应的具体法律规定，将分解的事实归入或涵摄到法律规范的构成要件中，如果全部满足，该请求权即得以成立。其典型构造是，谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利。其中，请求权基础的寻找

① 王利明：《民法案例分析的基本方法探讨》，载《判解研究》2003年第4辑，第12页。

② [德]迪特尔·梅迪库斯：《请求权基础》，陈卫佐、田士永、王洪亮、张双根译，法律出版社2012年版；王泽鉴：《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版；国家法官学院、德国国际合作机构：《法律适用方法：公司法案例分析》第三节《归入法》，中国法制出版社2013年版。

③ 邹碧华：《要件审判九步法》，法律出版社2010年版。

④ 吴永科、郭慧峰：《民事案例分析方法及其运用》，中国人民公安大学出版社2010年版。

⑤ 国家法官学院、德国国际合作机构：《法律适用方法：公司法案例分析》，中国法制出版社2013年版，第19页。

⑥ 梁慧星：《怎样进行法律思维》，爱思想网站，<http://www.aisixiang.com/data/25494.html?page=1>

是其核心工作，寻找请求权基础的过程，也是法律思维清晰的过程，”^① 据此，笔者将其视为定型研究方法。^②

此外，也有学者认为，法律关系分析法与请求权基础分析法，各自均存不足，故将两种方法融为一炉，结合为新的综合分析方法，用法律关系分析法“定性”，用请求权基础分析法“定法”，最后得出裁判结论即“定案”。^③ 显然，所谓综合法，仍以上述两种方法为基础，试图结合各自长处。鉴于该方法仍未脱离微观分析的思考框架，故不再单独陈述。

3. 现有方法的评价

实务研究方法虽始于个案研究，但本质上属于类型法，遵循从特殊到一般的认识路径，从个案剖析上升到案例集群，再扩大到案件类型，藉此把审判经验分门别类予以理清，如按部门划分为诸如物权法、公司法、合同法、侵权责任法等，汇集诸如合同案件观点集成、股权转让案件观点集成，以及裁判意见或观点集成等等，力图于各种审判经验的集大成中，扩大借鉴效果，因此，此类研究成果是很好的资料积累和工具用书。故德国法学家拉伦茨对案例研究中的类型划分欣赏有加，认为当抽象的概念及其建构外部体系不足以掌握生活现象或意义脉络的多样形态时，人们首先想到的辅助思考形式是类型。^④

理论研究方法的最大优点是精细化，遵循从一般到特殊的认识路径。在司法实务中，法律关系分析法的运用如此广泛，以致“人们曾经把三段论看作是所有法律适用的最普遍基石。”^⑤ 至于请求权分析方法，学者则将其视为不仅是区分法律人与门外汉的重要标准，更是视为区分法律人之间水平差距的尺度，认为凡是不能掌握这一方法的法律人，都是没有经过法学训

① 王泽鉴：《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，第50、54页。

② 梁慧星先生将此种方法命名为“规范法”。

③ 吴永科、郭慧峰：《民事案例分析方法及其运用》，中国人民公安大学出版社2010年版。

④ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第337页。

⑤ [法]雅克·盖斯坦、吉勒·古博，谢汉琪等译：《法国民法总论》，法律出版社2004年版，第37页。

练的门外汉。“对于没有经过法学训练的门外汉而言，是非感是决定法律判决的关键因素。而对于经过法学专门训练的法律人，虽然不能完全摆脱有关是非曲直的直觉影响，但对摆在面前的案件的分析起点绝对不是所谓的非理性的直觉影响而是该案件可以被涵摄在哪一法律框架下，然后依据该法律框架的内在逻辑结构对该案件进行事实与规范之间的逻辑关照，从而寻找正确的答案。”^①

不管是法律关系分析法，还是请求权基础分析法，抑或是结合两种方法之长处的综合分析法，其共同的目标都是在理清思维的同时，努力将抽取出来的案件事实，嵌入到对应的法律规范中去，最终得出法律判断，只不过一个是从客观事实出发，一个是从诉讼事实出发。不管从哪种路径开始，案件的透彻分析和法律的准确适用，是其共同的优点。

笔者能被现有研究方法说服，但不能被现有研究方法满足。在大数据时代，现有研究方法愈来愈有捉襟见肘之感，不管如何努力，总是落在海量的司法资源后面，有如西方哲学中的悖论命题，飞矢永远也追不上不远处的箭靶。如果只能具体问题具体分析，缺乏理论的前瞻和导引，那么，永远都是理在事后，充其量做到理在事中，而无法做到理在事前。

如果沉溺、满足或止步于个性化乃至类型化的案例分析，则无法从理论高度从容梳理、归纳和提炼海量司法资源，意味着法理对案例宏观统摄作用的实质性取消，法律乃至法律人的安身立命之根，面临前所未有的生存危机。

三、案例研究方法论：四元结构分析法

（一）四元分析法的提出

如何应对大数据时代的冲击和挑战，统领海量的司法审判资源？经笔者长期思索和反复推敲，最终将主体、行为、权利和责任四元结构确认为对案例分析的方法论表达，即针对具体的案件，分析的思维方式是：界定民事主体，判断法律行为，保障民事权利，划分民事责任。打个不

^① 席志国：《中国民法总论》，中国政法大学出版社2013年版，第132页。