

中国民法、刑法案例与学理研究

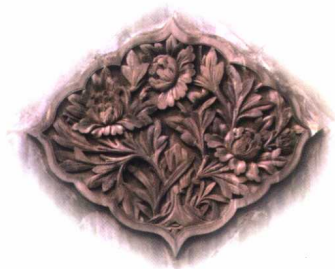
◎总主编/曾宪义

中国民法案例 与学理研究

总则篇

◆本卷主编/王利明

◆副主编/郭明瑞 杨立新



CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CIVIL
LAW

法律出版社

中国民法、刑法案例与学理研究

◎总主编/曾宪义

中国民法案例 与学理研究

总则篇

- ◆本卷主编/王利明
- ◆副主编/郭明瑞 杨立新
- ◆撰稿人/王利明 郭明瑞 杨立新
张 涵 孔祥俊



CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CIVIL
LAW

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民法案例与学理研究:总则篇/曾宪义主编;
王利明分卷主编. - 北京:法律出版社,1998
高级司法官法律培训教材
ISBN 7-5036-2415-9

I. 中… II. ①曾… ②王… III. ①民法-案例-研究
中国 ②民法-总则-案例-研究-中国 IV. D923.05
中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第08083号

中国民法案例与学理研究·总则篇

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/13.25 字数/320千

版本/1998年8月第1版 1998年8月第1次印刷

印数/00,001—5,000册

社址/北京市广外六里桥北里甲1号(100073)

电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7—5036—2415—9/D·2032

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序言

随着大陆法对判例的日益注重以及英美法对成文法立法的加强,两大法系正逐渐融合其各自特点并越来越具有相似性。当今世界法治发展的趋向表明,判例法不但未因成文法的发达而湮没在浩如烟海的法典及法律之中,相反,判例法在法律的创制、解释及填补法律漏洞上所发挥的作用,使其地位比以往任何时候更显突出。最近 10 年来,我国学者亦不断呼吁加强判例法研究及应用。这一良好建议因受我国立法体制、司法体制及法官状况等诸多因素的影响而难以在短期内成为现实。严格地说,我国不是判例法国家,我们只有案例而无可以作为法律渊源的判例。但是,案例研究在法制建设中无可替代的作用则是毋庸置疑的。

案例研究是指通过对具有典型意义的案例进行学理分析,从中发现立法的成功与不足,进而针对法律漏洞寻求填补办法,并通过对案例的整理而探求立法体系的完善。由此

可见,案例研究首先对立法的完善具有重要价值。但从中国的现行立法体制来看,由于主要采用成文法体制,使案例研究的作用更主要地表现在其对司法的指导、提供参考及促进法官素质提高等功能上。

具体而言:

第一,由于成文法的局限性,任何一部法律都不可能囊括社会现实中的所有情况,当审判实践中遇到法无明文规定或规定不明确的情形,法官就需要通过运用法律的基本原则、理解立法者的意图及法律的精神,扩张解释某些条文的含义等方法来适用法律;对于在适用范围、条件等方面规定不明确的条文,也须运用各种法律解释学的方法对其解释并体现在判案中,由此形成的案例对司法审判实践无疑具有重要的指导作用。如果将这些案例进行系统的整理和研究,其价值是不言而喻的。

第二,成功的案例本身即是一个好的样板。对于法官处理同类或相似案件,不仅可以提供重要参考,而且可以起到示范作用。在法官素质相对实际需要尚存有差距的情况下,通过案例研究,可以将成功的法官办案经验及艺术总结下来,为审判实践提供例范。

第三,案例就是每位法官对社会的答卷。它不仅反映各种社会现象、经济发展状况、法治建设水平,而且还如实地展示了法官对立法的理解、法律意识、执法精神、分析能力等等,换言之,案例是法官素质的真实表现。通过案例研究,可以及时发现法官素质中需要增强提高的薄弱环节,使我国法官的审判业务水平尽快登上新的台阶。

在法官培训教学中,进行案例研究并采用案例的教学方法是十分必要的。尽管我国是成文法国家,法学教学应以讲授法学基本原理、基本知识为主,从而使学员全面系统地掌握法学基本理论;但是法学教育、尤其是针对法官的培训教育中,更应当

注重案例的教学。通过案例教学,不仅可使理论的讲授变得生动活泼,具有启发性,而且有利于学员尽快掌握抽象的法学原理,并能灵活运用,举一反三。实践证明,刻板的灌输式理论教学从来难以达到理想的教学效果。

作为一名民法教师,我认为在民法教学中应当特别注重案例教学。因为民法作为调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律,深深植根于社会现实经济生活,它是人们每时每刻发生的、重复出现的交易活动的规律在法律上的集中体现。民法是活的法,它的规则不仅要切实反映活生生的现实生活,并且要随着现实经济生活的发展而不断发展和丰富。同时,即使其所包含的大量规则极为抽象和艰深,但也决不仅仅停留于理论的表象而用于满足纯粹思辨的乐趣或需要;而是完全可以用以解释经济活动和日常生活中哪怕是细小琐碎的财产争执、利益纠葛、交易行为。每一项规则其实无不是生活中故事的总结。因此,一个民法教师如果只能讲授规则的语义、演化、特征甚至规则间的联系,但并没有教会学生将特定的规则与相应的社会生活实践联系起来并进而运用规则去解释现实生活和处理各类纠纷,这种教学活动至少在我看来是不成功的。实际上,这样的教学也难以培养出高层次的应用型法学人才。正是由于这一原因,我认为民法的教学活动较之于某些部门法学的教学活动,更应当强调案例教学法,并应将这一方法贯彻于整个民法教学的始终。

当前,在民法的教学和研究中注重案例研究和教学,首先应当抓好教材建设。对于法官培训来说,教材是培训的基础,教材质量直接影响培训的效果。尽管目前已有许多案例分析或以案说法的书籍出版,这些著作无疑可以作为案例教学的参考书目,学生阅读这些书籍,一定会对自己的实际分析运用能力有所提高、促进。但是,从案例教学的要求看,仅有这些参考书籍是不

够的。一方面,这些参考书毕竟不是专为民法案例教学而设计编纂的,因而缺乏对民法规则阐述的系统性和逻辑性。另一方面,许多案例分析往往只注重结论而忽视对相关规则的运用及逻辑推理过程的详细分析,从而难以使学生通过研习而达到预期的效果,不能起到案例教学教材所应具有的作用。

1990年以来,我开始在研究生的民法课讲学中运用案例教学法,在给高级法官培训班授课时也偶尔采用。经过几年的摸索,我对案例教学方法有了更深的体会,同时对案例教学教材的编写初步形成了自己的一点想法。我认为,民法案例教学教材应当注重以下几个问题:

第一,所选案例应该具有典型性和系统性。案例不在大小,内容不在繁简,关键是看所选案例能否解释一个或数个民法规则的内涵及其运用。所谓典型性,不在于案件当时所产生的新闻效应,而在于案情与民法规则的联系性。所谓系统性,是指案例的编排能够在总体上系统阐述民法的规则体系。

第二,案例应当具有一定程度的疑难性。换言之,即使是情节非常简单的案件,也可能出现多种结论性意见,而各种处理意见、方案及理由均应提供出来,从而给学生开辟一个广阔的思维空间,避免采用单一化和模式化的僵硬思维方式。

第三,案例的选用不能完全拘泥于现行法的框架。现实生活是极为丰富复杂和多样化的,而民事立法不可能对之包罗万象或一成不变,法律漏洞在所难免,许多案例的处理必然在现行法上难以找到现实的依据。将这些案例适当地收入教材,并通过学理的分析及各种研究方法(如比较法的方法、经济分析的方法等)的导入找到对案件的最佳解决方案,这将进一步增强学生分析问题和解决问题的能力。

第四,案例的研究应当注重推理过程。此处所谓推理,既包括事实的推理,也包括法律适用的推理。案件的处理结论应该

是缜密推理的结果,也只有通过周密推理所导出的结论,才具备说服力。学生也只有在掌握了这样的推理手段之后,才真正掌握了民法思维的素养及正确适用民法的能力,从而真正掌握了民法这一活的法律。

第五,案例的分析应注重培养学生把握案件关键点、区分事实问题和法律问题,以及综合运用民法的各项规则(包括债和合同法、侵权行为法、物权法等方面)的能力。

1996年,福特基金会项目负责人张乐伦小姐约请我院曾宪义院长主编一套司法官培训教材。经反复酝酿和多次讨论,决定编写“中国民法、刑法案例与学理研究”共两套教材。曾宪义教授约请我主编《中国民法案例与学理研究》一书,我欣然接受了邀请,并先后约请郭明瑞教授、杨立新副厅长、张新宝副研究员、孔祥俊博士等人撰写本书,经过一年半的努力,此书终于完成。杀青之时,虽感本套教材具有创新之处,但毕竟因初次编写案例教材,经验不足,且因对实务了解不够,书中不足之处在所难免。我殷切希望广大读者不吝赐教。同时,对福特基金会的资助表示感谢。

王利明

1998年6月15日

目 录

1. 民法基本原则的效力····· 1
2. 确认民事法律关系的实践意义····· 7
3. 一般人格权及其民法保护····· 14
4. 身体权及其民法保护····· 22
5. 历史小说侵害人格权责任的认定····· 32
6. 侵害人身自由权及其民法救济····· 37
7. 公民姓名权及其民法保护····· 47
8. 名称权以及侵害名称权的民事责任····· 56
9. 侵害肖像权及其民事责任····· 69
10. 侵害名誉权的精神损害赔偿问题····· 77
11. 言论自由与名誉权侵害的界限····· 87
12. 侵害名誉权与侵害隐私权的竞合····· 92
13. 对死者名誉的民法保护····· 96
14. 发表小说与名誉权侵害····· 111
15. 小说侵害名誉权责任的认定····· 117
16. 侵权小说编辑出版者的民事责任问题····· 125
17. 隐私权····· 132
18. 隐私权与知情权的冲突与协调····· 145
19. 信用权及其民法保护····· 152
20. 贞操权及其民法保护····· 164

21. 荣誉权及其民法保护方法	174
22. 侵害配偶权的精神损害赔偿	185
23. 无完全民事行为能力人的纯受利益的行为效力	195
24. 监护的设立和监护人的职责	201
25. 委托监护人的责任	209
26. 法人的民事行为能力	214
27. 公司瑕疵设立的人格承认	222
28. 企业承包租赁经营后的法律关系主体	230
29. 因超越经营范围而订立的合同	235
30. 合伙的几个法律问题	241
31. 合伙共有财产	256
32. 个体工商户的债务承担	266
33. 无效民事行为的认定和财产处理	271
34. 民事行为的部分无效	278
35. 欺诈民事行为的构成条件	286
36. 不实广告与欺诈	292
37. 欺诈行为与责任竞合	297
38. 恶意串通的构成要件	303
39. 重大误解的民事行为	307
40. 显失公平的构成	315
41. 委托代理权的撤销和辞去	320
42. 无权代理的认定和后果	327
43. 无权代理与无因管理的区别	332
44. 代理中的连带责任	338
45. 人身伤害诉讼时效的计算	348
46. 主合同诉讼时效中断及于保证合同的效力	355
47. 诉讼时效完成的障碍	362
48. 诉讼时效届满后的自然债务	369

49. 主物和从物的法律关系	374
50. 民事法律关系中的“从随主”原则	377
51. 有价证券所载权利的移转	384
52. 孳息物的归属	391
53. 民事法律关系中的限制流通物	398
54. 对尸体的民法保护	401

1. 民法基本原则的效力

案情介绍

《最高人民法院公报》1990年第3期公布了“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争案”。该案的案情是：原告山东省莒县酒厂于1987年1月30日，在国家商标局核准注册了圆圈图形喜凰牌商标一枚，用于本厂生产的白酒。此酒的瓶贴装璜上，除印有圆圈形喜凰牌的注册商标外，还印有“喜凰酒”这一特定名称。被告山东省文登酿酒厂生产的白酒，注册商标为圆圈图形天福山牌。被告为与原告争夺市场，拿着带有原告商标标识“喜凰”酒的瓶贴装璜到莱州市彩印厂，让其把喜凰牌注册商标更换为天福山牌注册商标，除喜凰酒的“凰”字更换为“风”字外，其余均仿照印制。被告将印制好的天福山牌喜风酒瓶贴装璜用于本厂生产的白酒。临沂地区中级人民法院审理认为，被告的行为属于商标法第38条第(3)项所指的侵害注册商标专用权的行为，依照《中华人民共和国民法通则》第118条的规定，原告要求停止侵害，赔偿损失，是正当的，应予支持，根据被告的侵权行为，依照《商标法实施细则》第40条规定，应处以罚款。一审判决后，被告山东省文登酿酒厂不服，向山东省高级人民法院提出上诉。山东省高级人民法院第二审认为，原审判决把上诉人仿照制作、使用与被上诉人相近似的瓶贴装璜的行为认定为侵害商标专用权，是适用法律不当。但是上诉人的行为“不仅违反了民

法通则第4条规定的公民、法人在民事活动中,应当遵循诚实、信用的原则,而且违反了第5条的规定,侵害了被上诉人合法的民事权益,依照民法通则第7条的规定,上诉人的这种行为,还损害了社会公共利益,扰乱了社会经济秩序,是不正当的竞争行为,必须予以制止。被上诉人由此遭受的经济损失必须由上诉人赔偿。”该案经山东省高级人民法院二审判决。

对本案的不同意见

一种意见认为,法院不能直接引用民法的基本原则作为判决的法律根据,“在上述案件中,二审法院并未明确地把该不正当竞争行为认定为侵权行为,也没有准确地引用民法通则关于侵权民事责任的法律,而只是直接根据民法通则的基本原则规定下判有失允当,显为白璧之微瑕,其他法院应引以为鉴”。^①

另一种意见认为,法院可以引用民法的基本原则作为判决的法律依据,“我国民法通则的基本原则是具有普遍约束力的法律规定。……民法的基本原则是人民法院在没有具体法律规定时,据以判决民事案件的法律依据。在上述案例中文登酿酒厂的不正当竞争行为显然违反了民法通则第4条、第5条、第7条规定的基本原则,人民法院依据上述法条予以制裁,适用法律正确,判决并无不当。”^②

我们基本上赞同第二种意见,即人民法院适用基本原则作

^① 孔祥俊、姜天波、吕来明:《析首起不正当竞争纠纷案的法律责任》,载《经济法制》1991年第9期。

^② 杨金琪:《对一起不正当竞争案引起的思考》,载《人民司法》1991年第8期。

为判决的法律依据是正确的,其理由有以下几条:

第一、这是由基本原则的效力决定的。

关于民法基本原则的概念,学者的表述并不一致。有的认为,它是民法的立法原则,又是执行法律、进行民事活动和处理民事问题的根本准绳;有的认为,它是制定、解释、执行和研究民法的出发点和依据;有的认为,它是民法的指导方针,对民法的各项规定及其实施,都有指导的效力和作用;也有的认为,它是贯穿于整个民事立法,对各项民事法律制度和全部民法规范起统率作用的立法指导方针。但在民法的基本原则对于民法规范起统率或指导作用上,学者的认识是一致的,没有疑问的。我们认为,民法的基本原则就是民法的基本精神和指导思想。它是立法指导思想的直接体现,是国家民事政策的直接反映,最终是由社会经济条件决定的。例如,对于资本主义民法的基本原则,郑玉波先生认为,近代市民社会系以平等的契约关系为基础,而与封建社会之以阶级的身分关系为基础者大不相同。因此在私法上以“自由平等”为理念。基此理念遂演成私法上三大原则,即所有权绝对原则、契约自由原则、过失责任原则。以上三大原则,乃18世纪个人主义法律思想下的产物。时至今日,法律思想已由个人本位进入社会本位,于是此三大原则遂修正为所有权之社会化、契约自由之限制、无过失责任之采用。^①刘得宽先生认为,近代法之中心为私法,目的在保障个人的自由,其基本原则为:(1)权利能力平等之原则;(2)私法自治原则。个人意思自治之原则,其最重要的表现即,法律行为自由原则,或契约自由的原则;(3)个人财产权尊重之原则;(4)过失责任之原则。近代民法之诸原则,为求其目的之实质上实现起见,表现下列各种之展开:(1)从抽象性人格之尊重,转变为具体人格之尊重;(2)

^① 郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局1979年版,第10—13页。

权利之公共性与滥用之禁止；(3)交易安全之保护、公序良俗之尊重，以及契约之基准化；(4)无过失责任论之抬头。^① 尽管两位学者的表述有所不同，但都认为基本原则是立法指导思想的体现，是实现法的目的的保障，是由社会的经济条件所决定的。

民法的基本原则有两个基本特征：第一、它是贯穿于整个民事立法，能够体现民法的本质和特征，对各项民事制度的规定和实施都有指导的作用。也就是说，作为基本原则必须对于各项民事活动都有指导意义，在各类民事规范中都有体现，是民事主体从事各种民事活动的基本准则。如果只反映在一部分民法规范中，只对某一类民事活动起指导作用，则不能认定为民法的基本原则，其只能为民法的某项制度的基本原则。第二、它是由法律规定的。民法的基本原则虽也为立法的指导思想，但它须具体化，由法律固定下来。不是以法律条文规定下来的内容，不能为基本原则。如上所述，关于民法的基本原则，在学者中有各种各样的表述，但理论上的归纳和表述，只是对法律的一种理解。例如，学者常将资本主义民法的基本原则确定为“私有财产神圣不可侵犯”、“契约自由”和“过错责任”，这些原则在各资本主义国家的法律条文中的具体表述尽管有所不同，但都有所体现。又如，有的学者将我国民法的基本原则归纳为公平原则、平等原则、法律与道德结合的原则、简易原则、原则性与灵活性相结合的原则等。这些原则除平等原则在法律条文中的规定，其他原则在法律条文中并无表述，因此并不是法律规定的民法的基本原则。我国《民法通则》第一章标题即为“基本原则”，因此只有在此章中规定的原则才是我国民法的基本原则。第一章第1条规定的是立法目的，第2条规定的是民法的范围，因此这两条不属于民法的基本原则，只有第3条至第7条的规定才是民法的

^① 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，台北1979年版，第80—83页。

基本原则。

民法的基本原则既然是法律规定的,当然也就具有法律约束力,即具有法律效力。基本原则的这一效力表现在:其一,民法的基本原则是解释、理解民事法律的准绳。任何法律的适用都离不开对法律的解释、理解,理解是否准确,解释是否合法,都要靠以其是否合乎基本原则来衡量;其二,基本原则是从事民事活动的准则。公民、法人从事民事活动不能违反基本原则,违反基本原则的行为也就是违反民事法规的行为,即民事违法行为;其三,基本原则是裁判民事案件的依据。法院审理民事案件,不论调解,还是判决,都不能违反基本原则。因此,基本原则的约束力决定了法院可以依基本原则裁判案件。有一种观点认为,我国民法通则中规定的基本原则,多处提到“民事活动”,因此它只是公民、法人从事民事活动的基本原则,而不能作为法院处理案件的依据。我们认为,民事活动的基本原则,也就是民法的基本原则。民事法规原则上就是为民事主体划定行为范围的,适用于一切民事活动的基本原则,当然也就适用于一切民事法律关系。基本原则既然是为一切民事主体从事民事活动所必须遵循的基本准则,法院也就必然要以此来判别行为人所实施的行为的合法性,以此来裁判当事人之间的纠纷。

第二、这是由法治原则决定的。

社会主义法治原则要求人民法院在审理案件中要以事实为根据,以法律为准绳。这就要求任何一件案件的裁判都必须有法律依据。在社会主义法律日益完备的情况下,不能允许继续存在以“根据法律的有关精神和政策”为依据而下判的状况。裁决必须以有法律约束力的规定为依据,即使是依据“法律的有关精神和政策”,也须说明是何处规定的“精神和政策”。法律规定的基本原则是有法律约束力的、法律明文规定的“法律精神”,当然也就可以作为判决的根据。

第三、这是由民法的特点所决定的。

众所周知,任何法律都具有稳定性、强制性和滞后性。所谓滞后性是说法律总是会落后于社会关系的发展的,民法也有这些特点。同时民法还有与刑法等法律不同的特点,例如,民事关系具有复杂性、广泛性和活跃性。这就决定了一方面法律规定难以囊括各种民事关系,另一方面经济生活是发展的,新的关系会不断涌现。因此,在民法中不可能对各种民事关系都一一作出规定。我们知道,刑法中奉行“法无规定不为罪”,对于各种犯罪行为都须有明文规定,对没有规定的行为不能追究刑事责任;而民法做不到“法无规定不处理”,在民事活动中奉行的是“法律不禁止的,就是可为的”。另外,由于民法中不适用类推,而民法无明文规定的民事关系又大量存在,并且这些都是与社会经济或人民生活密切相关的,法律又不能不调整。这就是说,客观的社会经济生活条件要求民法对法律没有明文规定的民事关系进行调整。而在这些场合,又何以来断别当事人的行为,何以作出判决呢?这就要靠基本原则。基本原则是评价当事人行为的标准,规定有关基本原则的法律条文完全可以作为下判的法律依据。正是基于这一理由,我们说,基本原则的重要意义之一就在于弥补法律调整的不足。

实际上,引用基本原则下判,这是各国民法都允许的,我国当然也不应例外。不仅法律明文规定的基本原则可以作为民事判决的依据,而且在一定的条件下,习惯或法理也可作为审理民事案件的依据。例如,至今仍在台湾省施行的旧中国民法第1条就规定:“民事,法律所未规定者依习惯,无习惯者依法理”。其明确规定了以习惯、法理补充法律的方法。在法律有明文规定时,只能适用法律明文规定,不得适用习惯;在法律没有明文规定时,则得适用习惯,没有习惯的,则适用法理。其设该条的理由就是“以凡民事,审判官不得藉口于法律无明文,将法律关