

律师办案

常见民事疑难指导

沈秋明 主编



江苏人

律师办案

620

2925.1-1

543

常见民事疑难指导

宗山氏著

沈秋明
主编

图书在版编目(CIP)数据

律师办案常见民事疑难指导/沈秋明主编.—南京:江苏人民出版社,2003.1

ISBN 7—214—03402—6

I. 律... II. 沈... III. 民事诉讼法—案例—分析—中国 IV. D925.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 098578 号

- 书 名 律师办案常见民事疑难指导
主 编 沈秋明
责任编辑 朱 超
责任监制 陈晓明
出版发行 江苏人民出版社(南京中央路 165 号 210009)
网 址 <http://www.book-wind.com>
经 销 江苏省新华书店
照 排 南京人民印刷厂制版分厂
印 刷 者 连云港市海狮印刷厂
开 本 850×1168 毫米 1/32
印 张 12 插页 2
印 数 1—4 130 册
字 数 288 千字
版 次 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷
标准书号 ISBN 7—214—03402—6/D·518
定 价 18.00 元

(江苏人民版图书凡印装错误可向本社调换)

目 录

第一部分 理论篇

一 民法的调整对象及特点	1
二 民法的渊源	7
三 民法的体系及民商分合	17
四 民事权利	22
五 民事主体	37
六 民事法律行为	64
七 代理	88

第二部分 案例篇

一 合伙纠纷案	113
二 重大误解纠纷案	122
三 无效合同纠纷案	128
四 附条件房屋买卖合同纠纷案	136
五 外贸代理货款支付纠纷案	144
六 表见代理纠纷案	152
七 股票交易代理纠纷案	159
八 诉讼时效纠纷案	165
九 存折占有纠纷案	174
一十 分割登记为共有的房产案	179
十一 相邻关系纠纷案	187
十二 用益物权抵押合同纠纷案	192
十三 房屋典权回赎纠纷案	198

十四	水产品买卖合同纠纷案·····	206
十五	第三人代为履行纠纷案·····	214
十六	行使合同撤销权案·····	223
十七	买卖合同中涉及同时履行抗辩权纠纷案·····	228
十八	债务承担纠纷案·····	234
十九	违约责任纠纷案·····	242
二十	借款合同担保纠纷案·····	250
二一	合同预期违约纠纷案·····	259
二二	保险合同纠纷案·····	266
二三	人身损害赔偿案·····	274
二四	通讯设施脱落致人伤害请求损害赔偿案·····	283
二五	电视机损害赔偿纠纷案·····	292
二六	水污染损害赔偿案·····	298
二七	精神损害赔偿案·····	307
二八	公平责任纠纷案·····	314
二九	无过错责任纠纷案·····	322
三十	无因管理纠纷案·····	330
三一	不当得利纠纷案·····	338

第三部分 司法解释索引篇

一	民事实体法律司法解释·····	342
二	民事诉讼、仲裁法律司法解释·····	365

第一部分 理论篇

一 民法的调整对象及特点

一般认为,“民法”(civil law)一词来源于罗马法中的市民法(jus civile)。而汉语的民法一词公认为日本学者所创,并为中国法学界接受。自清末光绪三十四年(1908年)起草《大清民律》以来,这个部门法在我国被称为“民法”,影响至今。民法这一术语,主要在两个意义上使用:一是指大陆法系国家作为实体部门法之一的民法;二是指作为该部门法的法典。由于我国尚未制定民法典,且实际上存在有大量的民事法律法规,故本书所论民法是就第一种含义而言的。

就民法这一概念有必要说明两点:第一,民法是大陆法系文化特有的现象。而在普通法系国家,尽管事实上存在着民法这样的法律部门,但它却不是通过成文法典,而是主要通过判例及单行法规表现出来的。“遵循先例”的原则使判例在普通法系国家起到了法律规范的作用。因此在普通法系国家,没有民法这样的部门法律术语,而通常相应地直接指称财产法、合同法、侵权法等。普通法系国家称谓大陆法系国家民法时,更经常是称其为“私法”;第二,民法这一概念是人类对法律体系,尤其是法律部门科学认识的产物。在这种认识形成之前,自然没有民法概念可言。然而,在民法概念形成之后,却可以用来说明以前的事实。例如罗马民法、日耳曼民法、中国古代民法。

(一) 民法的调整对象

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第2条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”调整平等主体之间的财产关系和人身关系为民法的当然职责。有人因此认为,《民法通则》这一规定为世界各国立法史上所独有。之所以如此,源于《民法通则》制定之时存在关于民法调整范围的争论。为避免学说及以后立法之歧异,《民法通则》遂作此规定。^①

财产关系和人身关系是民法调整对象的外在形态。

财产关系是指以财产为媒介发生的社会关系,通常包括财产所有关系和财产流转关系。财产所有关系是指因占有、使用、收益、处分财产而发生的社会关系;财产流转关系是指因转移财产而发生的社会关系。财产所有关系往往是发生财产流转关系的前提条件,通常只有财产所有人才能对财产实施法律上的处分,与对方发生债的关系;而财产流转关系通常又是实现财产所有关系的方法,即财产所有人通过债的关系取得或行使财产所有权。这两种财产关系,只要是发生在平等主体之间,都应该由民法调整。

人身关系是指以人格或身份为媒介而发生的社会关系,包括人格关系和身份关系。所谓人格关系是指因民事主体的人格利益而发生的社会关系。人格利益是指人的生命、健康、姓名、名称、肖像、名誉等方面的利益。人格关系在法律上表现为人格权关系,包括生命权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权等关系。人格权是民事主体依法固有的、以人格利益为客体的、为维护主体的独

^① 张俊浩主编:《民法学原理》,第6页,中国政法大学出版社1997年版。

立人格所必备的权利。所谓身份关系是指基于一定的身份而产生的社会关系,包括亲属、监护等关系。这些关系表现为民事法律关系则为身份权关系。民法对身份关系的调整,是保证人的生存和正常发展、维持家庭存续和发挥正常功能的必要条件。

民法调整的人身关系与财产关系有着密切联系。某些人身权(如姓名权、名誉权等)是民事主体从事正常的经济活动,并与他人广泛地发生经济联系的前提;某些人身权(如法人的名称权)的行使,可以使自然人和法人获得财产利益。同样,在民事主体的人身权受到侵犯的情况下,往往会使其遭受财产损失。所以在确定民法的调整对象时,不能将财产关系和人身关系完全割裂开来。

主体平等,是确定民法调整对象范围的内在标准。民法之所以把财产关系和人身关系集合在一起作为调整对象,除了两者在某些方面存在一定的联系外,最根本的原因在于两者具有平等的属性,即当事人处于同等地位,互不隶属,各自保持自己的自由意志。而民法也正是以主体平等作为确定自己所调整的财产关系和人身关系的范围的标准。

平等主体间的财产关系和人身关系,实质上就是市民社会一般生活关系的基本形态。因为主体平等正是市民社会的固有特征,而财产关系和人身关系也不过是市民社会一般生活关系的两个基本方面。《民法通则》以平等主体把财产关系和人身关系联系起来,并以此作为确立其调整对象的内在标准,可以说间接道出了民法调整对象的本来面目。有人对《民法通则》第2条将“平等主体”的范围仅限于公民、法人两种,存有微辞,认为在立法技术乃至指导思想上都未必恰当。^①

不过,目前我国民法学界对民法所调整的“平等主体”已经不认

^① 李双元、温世扬主编:《比较民法学》,第11页,武汉大学出版社1998年版。

为仅限于公民(自然人)和法人,非法人的其他组织同样在民法调整的“平等主体”之列。1999年颁布的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条即对此作了明确的规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

(二) 民法的特点

1. 民法是权利法

民法最基本的职能在于对民事权利的确认和保护。这就使民法具有权利法的特点。无论民法在历史上是以义务为本位还是以权利为本位,或以社会为本位,民法都强调对私权的充分保护。私权神圣被作为市民法的传统理念。所谓私权神圣,即民事权利受到法律的充分保障,任何人或者任何权力均不得侵犯,并且非依公正的法律程序,不得限制或者褫夺。私权神圣的重点在于人格权神圣和所有权神圣。可以说,不同所有制社会的民法都坚持了一个最基本的共性,即民法以权利为核心。民法调整市民生活的基本方法,就是在民法中郑重地承认民事主体的正当利益,并予以充分有效的保护。权利这个概念,凝结了市民法对于个人价值的尊崇,对于市场制度的信心,同时表述了对于权力的冷静界定和警戒之心。正因为如此,权利概念成为民法的核心概念,民法同时也体现为权利的庞大体系。假使从民法中把权利的概念抽掉,整个体系将顷刻坍塌。这种现象,学者称之为“权利本位”。^①

2. 民法的内容主要是私法

关于公法和私法的划分标准历来存在着不同的观点。主要学

^① 张俊浩主编:《民法学原理》,第29页,中国政法大学出版社1997年版。

说有:一是利益说,认为规定国家事务的法律为公法,规定私人利益的法律为私法;二是意思说,认为规范权力者及服从者的意思的法律为公法,规范平等者的意思的法律为私法;三是主体说,认为公法主要规范至少有一方是国家或国家授予公权者,私法主要规范地位平等的私权主体。概言之,公法实施的保障措施是权力,其运作赖于权威,赖于命令和服从,其内容体现为政治、公共秩序以及国家利益;而私法是以权利为核心,以主体平等和意思自治为基本理念,其内容则体现为私人利益。也有不少学者极力反对公法和私法的区分,认为这种分类并没有什么实际意义。^① 我们认为,为了建立适应市场经济体制要求的法律体系,区分公法和私法,并将民法置于私法范畴非常必要。由于公法和私法的调整对象不同,决定了各自遵循的原则也大不一样。确立民法属私法范畴,有助于在民事活动中提倡当事人意思自治,尽可能减少国家干预,充分尊重和保障民事主体的财产权和人身权。

3. 民法的部分规范具有任意性

民法规范中相当一部分属于任意性规范,在调整财产流转关系的债权法中尤其如此。这是因为,平等的民事主体之间设定权利义务关系,需要通过相互协商来实现。加之商品交换的复杂性和随机性,要求尊重当事人的主动性,法律无需也不可能越俎代庖,为交换的当事人规定交换的具体内容和方式。制定任意性规范,允许当事人享有充分的意思自由,是极为明智的。民法的大多数规范特别是债权法部分的规范以任意性规范居多,即允许当事人通过协商改变民法中的规定。民法的此种特性,与行政命令和要求服从的法律规范截然不同。

^① 梁慧星:《民法总论》,第26~28页,法律出版社1996年版。

4. 民法追究民事责任的同质救济性

民法规范规定不履行民事法律义务的人应当承担民事责任。民事责任以回复被侵害权利的原来状况为原则；在回复原状不可能时，则按照价值规律的要求，用金钱赔偿损失。显然，民事责任以对受害人的同质救济为原则。相形之下，通过追究加害人行政责任和刑事责任的方式来实现救济，尽管手段是严厉的，却不是对于受害人的救济，而是对于社会秩序与公共安全的救济。《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）对证券市场的民事侵权纠纷有追究民事责任的规定，但还很不完善。2001年9月，最高人民法院对证券市场上发生的因内幕交易、操纵市场、虚假陈述等侵权行为而引起的民事赔偿纠纷案件曾下发“暂不受理”的通知。事实上人民法院过去受理的此类案件为数不多，即便受理也都未进入实体审理。但人民法院不受理和不审理证券市场民事侵权纠纷案件，对建立和完善证券市场法律制度是有负面影响的。对包括侵权行为在内的证券违规行为，如果只有行政处罚或刑事制裁，并不能全面有效地保护违法行为的受害人。只有人民法院受理和审理各类证券市场民事侵权纠纷案件，追究证券侵权行为人的民事责任，才能真正建立和完善证券法律制度，并完善我国的民事侵权责任制度。为此，最高人民法院在调查论证的基础上，经慎重研究后，决定有条件地逐步受理证券市场民事侵权纠纷，于2002年1月15日发布了《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》。最高人民法院副院长李国光当日在受理证券市场有关民事侵权纠纷案件新闻发布会上说，尽管法院目前只是有条件地受理和审理因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件，但这是推动中国证券市场法制化进程的一项重大举措，并表示待市场条件和法律条件进一步成熟后，人民法院必将无保留地依法受理和审理各类证券市场民事侵权纠纷案件。至于《中华人民共和

国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第 49 条规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍”,实际上是追究经营者违法行为为民事责任的特例,目的是对作为弱者的消费者加以特别的保护。

二 民法的渊源

民法的渊源是指民法的创制形式,亦即民事法律规范藉以表现的形式。

大陆法系国家民法的渊源有一元制和多元制之别。采一元制者,只承认制定法为民法的渊源;采多元制者,则主张民法渊源除制定法外,还包括习惯、判例和法理等。《法国民法典》是一元制的代表;《德国民法典》、《瑞士民法典》和《日本民法典》采纳的是多元制。对各国民法典的考察,既要以其民法典为蓝本,又不能拘泥于法典本身。

在法律(民法)渊源方面,普通法系国家遵循与大陆法系国家不同的模式,即以判例法为主导的多元制渊源模式,其民法(私法)渊源表现为普通法、衡平法、制定法、习惯法和权威学说等几种。1873 年至 1875 年英国实行司法改革,废除了普通法与衡平法的划分,形成了一套法庭系统适用一种判例法的体制,但判例法作为主要法律渊源的地位并未改变。判例法的基本原则是遵从先例。在英国,遵从先例是指,上议院的判决对其他一切法院均有约束力(在 1966 年以前对上议院自身也有约束力);上诉法院的判决,对除上议院以外的所有法院(包括上诉法院本身)均有约束力;高等法院的判决,下级法院必须遵从,对该法院其他法官也有重要的说

服力。在美国,州下级法院在州法律问题上受州上诉法院判决的约束;在联邦法律问题上,应受联邦法院,特别是联邦最高法院判决的约束;联邦法院在联邦法律问题上受联邦上级法院的约束,在州法律问题上则受州法院有关判决的约束(只要这此判决不违反联邦宪法)。与英国不同的是,美国联邦以至各州的最高法院不认为自己应受本院以先前判决的约束。^①至于学说,一般来说对法官的司法活动并不具有直接拘束力,只具有说服力,但在缺乏制定法和判例法的场合,法理学说则成为司法裁判权威性的依据(其权威性往往取决于作者的声望和地位以及该学说产生的年代)。在英国,格兰威尔、布拉克顿、利特尔顿、柯克、布莱克斯通等早期法学家的著作常被法院判决所援引;在美国,肯特和斯托里等早期最有影响的法学家的观点也被许多法官视为至理名言而加以援引。^②

我国的民法理论通说认为,我国的民法渊源包括:宪法;民事法律;国务院发布的民事法规、决议和命令;最高人民法院的司法解释;国务院各部委制定的规范性文件(行政规章);地方性法规以及国家认可的民事习惯。^③但是,对民法渊源的上述理论设计与我国现行立法状况并不完全一致:第一,《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”据此,“国家政策”也成为民法的渊源之一;第二,《民法通则》第142条第2、3款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以

① 沈宗灵:《比较法导论》,第246~247页,北京大学出版社1997年版。

② 由嵘主编:《外国法制史》,第480~483页,北京大学出版社1992年版。

③ 王利明主编:《民法》,第21~23页,中国人民大学出版社2000年版。

适用国际惯例。”这一规定又表明,国际条约和国际惯例也是我国民法的渊源;第三,一般意义上的习惯(非国际惯例)经国家认可即成为民法的渊源,这在理论上似已成共识,但在现行立法中并无佐证。由上可见,在民法渊源问题上,我国通行民法理论与现行立法之间并非完全协调一致。^①

下面就宪法、国家政策、司法解释以及判例、法理和法律的一般原则作简要探讨。

在我国,宪法是国家根本法,由全国人民代表大会制定,并具有最高的法律效力。宪法中关于财产所有制和所有权的规定、关于公民基本权利和义务的规定,都是调整民事关系的重要法律规范,也是《民法通则》和各种单行民事法律法规必须遵循的法律依据。近年来,我国一些地方的法院在民事审判中,在缺乏直接的民事法律依据时,曾援引宪法为依据。最高人民法院 2001 年 7 月 24 日以法释[2001]25 号公布了《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,并宣布自 2001 年 8 月 13 日起施行。该批复给山东省高级人民法院称:“你院 1999 鲁民终字第 258 号《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》收悉。经研究,我们认为,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”

国家政策是指一国统治集团为了实现一定的目的,在一定的历史时期所提出的行动纲领。我国长期实行高度集权的计划经济体制,民事关系主要由国家政策和指令性计划调节。截至《民法通

① 李双元、温世扬主编:《比较民法学》,第 21 页,武汉大学出版社 1998 年版。

则》颁布时,民事活动和民事审判无法可依的局面也未完全改观,不得不借助政策的力量调整民事生活。在发展社会主义市场经济的今天,我国法律界对民法的性质和作用有了进一步的认识。在此基础上重新审视《民法通则》第6条的规定,可以看到其不当之处:其一,将国家政策列为民事法律的渊源,无疑为政府任意干预民事生活开了方便之门,此与民法的基本理念不符;其二,国家政策不具有法律的稳定性、公开性和可操作性,将其作为民法渊源,民事生活的稳定 and 安全感可能受到妨害,从而不利于市场经济的正常发展;其三,国家政策的精神与民法的一般原理(基本原则)可能是一致的,也可能不一致。在不一致的情况下,如果将国家政策作为民法渊源,实际上否定了法理(民法基本原则)的指导作用,从而有可能使当事人的行为或案件的审理结果背离民法的固有精神。基于上述考虑,建议我国正在制定的民法典不宜继续将“国家政策”作为民法的渊源。^①

由于作为制定法的民事法律尽管在立法中已经强调其规范的明确、详细、完整和可操作,但毕竟在这些法律中存在有大量的规范还过于笼统、不甚明确、不宜操作的问题,因此最高人民法院针对民事审判中出现的法律适用和理解问题作出澄清和明确很有必要。最高人民法院历来重视民事法律规范的解释和补充。民事立法粗而不细和轻视体系的格局,把最高人民法院推上了形式上无权立法,实质上又不得不造法的境地。它的作为,势必将在相当程度上塑造我国民事法律的基本特质,其影响巨大。民法学界将关注它的言行,并且善意地相信它会好自为之,而不沦为人治的工具,同时希望能最终寻得解决此一问题的途径。^② 我国最高人民

^① 李双元、温世扬主编:《比较民法学》,第22~23页,武汉大学出版社1998年版。

^② 张俊浩主编:《民法学原理》,第65页,中国政法大学出版社1997年版。

法院的司法解释意见,是以个案意见和系统意见两种形式作出的,并根据司法解释的内容分为“批复”、“解释”和“规定”三种类型。

由于历史的原因,当代中国尚不存在判例法,判例也不被认为是民法的渊源之一。但是,近年来在中国法学界也展开了对制定法和判例法各自优缺点的讨论。一些学者提出了在中国确立判例法制度,认为我国虽为成文法国家,但建立判例法制度不仅将我国历史上重视判例的做法得以保持和发展,而且也完全符合当今世界各国法律发展的趋向。主要理由为:第一,判例法与成文法各具特点,很难说谁优谁劣。最佳的办法是将两者融为一体,相互取长补短。正是由于这一原因,至 20 世纪以来,特别是第二次世界大战以来,两大法系在法律形式方面相互接近,出现了一种“趋同现象”;第二,从我国的司法实践来看,建立判例法制度有助于法官在裁判中正确适用法律。判例本身是正确适用法律、解释法律的样板,因此,遵循先例实际上为法官正确适用法律提供了指导;第三,有助于限制法官的自由裁量权。由于目前立法规定较为原则、抽象,特别是由于立法尚不完善,因此给法官的自由裁量权留下了很大的空间。这就需要通过判例对此种自由裁量权作出适当的限制,以防止自由裁量权的滥用;第四,有利于尽快提高法官的裁判质量。为保障司法公正、提高裁判质量,必须通过建立判例制度,为法官制作判决书提供良好的样板。每一个先例都是在事实的认定和说理方面的标本,法官必须要按照先例来制作判决书。^①反对者则认为,判例法不适合中国现行的政治制度,而中国也没有像英国和其他普通法系国家所存在的长期和牢固的判例法历史传统,且中国法官缺乏判例法的方法论经验,因此中国不应采用判例

^① 李步云:《关于法系的几个问题》,《中国法学》1990 年第 1 期;王利明主编:《民法》,第 22~23 页,中国人民大学出版社 2000 年版。

法制度,但主张加强判例的作用。其主要理由为:首先,我国的民法理论和民事立法,在很大程度上是继承了大陆法系国家民法的传统,其突出的一点是以制定法作为其民法至高无上的渊源,判例法历来是受到排斥的。即使改革也不应割断历史,更不能脱离现实,脱离中国现行的基本政治制度——人民代表大会制度(其核心内容之一是,全国人大及其常委会行使国家立法权,人民法院依照法律规定行使审判权)。所以,在中国现行政治制度下,采用判例法的主张是不切实际的。不可否认,自 20 世纪初以来,世界上的两大法系在法律渊源方面出现了取长补短、彼此接近的迹象,但也应当看到,这种迹象的发展从总体上说是缓慢的,迄今为止,制定法和判例法在各自法律体系中主次地位仍然有别;其次,判例法被认可的程度在大陆法系各国中及一国的不同法律部门中是有区别的。就民法而言,在法典中直接确认判例法地位的只有瑞士、土耳其等少数国家;而在法国、德国、日本等众多大陆法系国家,判例仅因其“说服力”而在学理上或实践中被当做民法的渊源,在其民法典中,原先没有,后来也未曾确认判例法的条文,即使在民事审判实践中判例的渊源地位得到认可,其拘束力也十分有限;最后,大陆法系国家民法汲取英美判例法制度的长处,并不意味着除了直接确认判例为民法渊源之外别无它途。实际上,许多大陆法系国家正是通过发挥判例的“说服力”,即加强判例的指导作用(如发布判例公报、判例汇编)来实现弥补制定法不足这一目标的。所谓与普通法的接近,也主要是从这一意义上理解的。在当代中国,这种努力也已经开始(最高人民法院通过发布公报刊载典型案例),现在面临的是要加强对判例的研究。^①

值得提及的是,我国有些地方法院在此方面作了一些改革。

^① 李双元、温世扬主编:《比较民法学》,第 23~25 页,武汉大学出版社 1998 年版。