



学说与判例相互协力
理论与实务相互连通
来自法官的知识分享

民法解释 - 与 裁判思维

李超 著

民法解释 与 裁判思维

李超 著

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法解释与裁判思维/李超著. —上海:上海人民出版社,2019

ISBN 978-7-208-15766-8

I. ①民… II. ①李… III. ①民法-中国-文集
IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 048018 号

责任编辑 冯 静

封面设计 一本好书

民法解释与裁判思维

李 超 著

出 版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)
发 行 上海人民出版社发行中心
印 刷 上海商务联西印刷有限公司
开 本 890×1240 1/32
印 张 10.75
插 页 2
字 数 222,000
版 次 2019 年 4 月第 1 版
印 次 2019 年 4 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-208-15766-8/D·3391
定 价 48.00 元

序 言

天津市高级人民法院李超法官将近年来发表的民法学论文结集出版，命名《民法解释与裁判思维》。

我曾在不同场合为法官讲授民法适用与裁判方法，这个过程中，常有法官与我讨论所办理的各种疑难案件，许多法官提供的典型案例也被我纳入授课内容之中，我也在与他们的交流中获得实践的知识。2011年11月的一天，李超法官随同天津市高级人民法院吴广庭长就公有住房使用权的调研课题，专门来征询我的意见。这是一个在教科书上见不到的问题。我当时的意见是，公有住房使用权虽然具有特殊性，但是有些问题在现行法律框架下是能够获得解决的，这就是解释论的问题，应当认真对照现行法律，看看哪些问题通过现行法律可以得到圆满解决。既关注到问题的特殊性，也要关注问题的一般特点。这个意见也被天津法院的调研报告所接受。正是这个缘由，与本书作者相识。我也乐于与年轻法官探讨民法问题。李超法官对民法问题的研究

有极大的热忱。法官因审判事务繁复，即便对学术有所关注，也难免精力上顾之不及，能结出学术成果者更属难能可贵。

民法学是实践的科学，是实践社会正义的艺术！有赖于法官将“纸上的法律”变成现实生活中真正发挥作用的“活法”。法官从司法实务工作中提炼出的裁判观点往往更具有现实针对性。本书从裁判者的视角出发，对于民事司法实务中的疑难问题特别是一些“本土问题”，从民法规范的现实结构中寻求解决问题的途径和方法，强调民法解释的价值权衡与判断，同时，又注重学说观点与案件处理之间相互协力，来实现理论与实务之间相互连通。

本书是作者对既往学术历程的回顾。看到年轻法官能够在司法实践中不忘对学术有所追求，我感到由衷的欢欣鼓舞！中青年民法学人，无论是理论界还是实务界，都是中国民法未来发展的核心驱动力。希望本书的出版只是李超法官在民法研究领域内的一个新起点，期待他能够在未来为民法实践和理论作出更大的贡献。

是为序。

中国社会科学院学部委员 梁慧星

2018年12月12日于珠海

自序

民法典时代即将开启。从1986年全国人大通过《民法通则》算起，到立法规划确定的民法典通过时间——2020年，不过三十余年时间，其间形成的本土元素为数不多。而“中国民法”形成的关键，在于能否形成自己的民法解释论体系。民法解释是法官以法律本身的价值标准作为依据所作的一种价值判断，既不能脱离民法精神，也绝非简单形式逻辑的操作。笔者作为法官，自然更为关注解释论问题。

本书系从笔者自2006年以来发表的研究成果汇总而成，其中的《履行请求权之界限与给付不能》《侵权法上的防御性请求权研究》两篇文章最初发表于我国台湾地区的法学期刊，此为首次以中文简体字的形式呈现出来。本书所收录的文章涉及对合同法、物权法、侵权责任法等一些具体争议问题的探讨，多为案例研究。本书旨在从裁判者的立场出发，在笃信现行实在法秩序的前提之下，探寻民法解释的思维和论证方法，希冀本书能增进民法适用实益。然而，笔者自知才疏

学浅，书中观点难免谬误丛生，尚盼读者不吝指正。

本书的出版，承天津市高级人民法院审监庭吴广庭长、广东八维律师事务所郭志武律师、中国社会科学院法学所焦旭鹏副研究员鼎力相助，谨此致谢。需要特别感谢的是，中国社会科学院学部委员梁慧星老师拨冗为本书作序，以及中国社会科学院学部委员孙宪忠老师、北京航空航天大学法学院院长龙卫球老师对本书的热心推荐。获得三位前辈大家的指教和鼓励，我深感荣幸。上海人民出版社冯静女士为本书的出版付出了辛劳，一并致以诚挚谢意。

李超

2019年1月3日

目 录

序言 001

自序 001

第一章 本土问题的解释论

物之毁损的恢复原状与金钱赔偿

——多种侵权责任方式下的解释 003

侵权法上的防御性请求权研究 027

论小区共用部分车位、车库的约定专用

——兼评《物权法》第74条 077

关于公有住房使用权纠纷案件的调查与分析 095

第二章 民法中的“边界”问题

履行请求权之界限与给付不能 121

自甘冒险与侵权责任的承担 143

非典型承揽合同的判定及定作人过失的责任承担 171

学术批评的边界与名誉权的保护 182

第三章 裁判的思维与分析方法

《民法总则》民事责任章条文释义与适用 205

腾房案裁判中的利益衡量与价值判断 230

“凶宅”买卖中的瑕疵担保责任与缔约责任 250

采光妨害的判定及其赔偿标准 259

保理合同纠纷若干裁判思路与规则 269

第四章 番外：程序与例案

在限缩与扩张之间

——围绕民事判决既判力客观范围的实证分析与制度推演 293

指导性案例：公共政策的一种表达方式 316

第一章 本土问题的解释论

民法典时代的到来，必然给民法学研究带来一种变化，从注重制度性研究到认真对待现行实在法的解释。从《民法通则》到民法典，经过三十多年的时间，以私法理念为基础的民法学体系逐步构筑起来，这个历程自然离不开对其他国家民法制度的移植与借鉴。一项法律制度在其形成及发展的过程中，必然会与当地的政治、经济、文化等各种因素相融合，以适应自身的需求。法律制度移植与借鉴的过程即是对“既有”制度改造的过程，是为“本土化”。民法典的制定过程中，由《民法通则》生成的特有的民法制度因扎根太深而得以保留，“民法传统”得以延续，例如民事责任制度。这是中国民法的“本土化”问题，不再唯他国的民事法律是尚。民法典颁布后，更会有大量的“本土化”问题凸显，唯有在解释论上不断前行，才可能建构起具有强大解释力的学术体系。

物之毁损的恢复原状与金钱赔偿

——多种侵权责任方式下的解释

目次

问题的提出

一、全部赔偿的实现路径：恢复原状抑或金钱赔偿

二、恢复原状与金钱赔偿的分界

三、“当事人选择主义”的优势

四、技术性贬值与交易性贬值

五、恢复原状、金钱赔偿与获利禁止

结语：尚待讨论的问题

问题的提出

物之毁损（广义而言包括灭失）的损害赔偿问题，历来为司法实务所重视。对于受害者而言，损害究竟如何获得填补，乃是其最为关

注的议题，而损害赔偿的具体方法事关损害的填补程度，其适用问题有必要深入探究。《侵权责任法》所称的“侵权责任方式”，即就侵权损害行为而承担法律上不利后果的具体方式，其内涵和外延接近于德、日等国民法中的“损害赔偿方法”的概念。《侵权责任法》沿用《民法通则》第六章第四节“责任方式”之概念，列举停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉、消除影响及恢复名誉等八种承担侵权责任的方式，剔除了《民法通则》第134条中与合同之债密切关联的“修理、重做、更换”与“支付违约金”。这种规定形式有别于民法法系的传统，德国民法将损害赔偿¹作为民事责任的核心问题，亦可理解为损害赔偿为唯一的侵权责任方式，确立了恢复原状与金钱赔偿²两种损害赔偿方法。我国法的特色在于将“恢复原状”与“金钱赔偿”两种损害赔偿方法扩充为八种，且形式上不分主次并列之，规定“可以单独适用，也可以合并适用”。

纵观各国立法，除英美侵权法较为纯粹的金钱赔偿原则以外，大陆法系民法在损害赔偿方法上主要存在三种“主义”：其一是“恢复原状主义”，即以恢复原状为原则，以金钱赔偿为例外，旨在重建受侵害权益之原貌，德国民法即是如此；其二是“金钱赔偿主义”，即以金钱赔偿为原则，以恢复原状为补充，旨在以金钱来填补所遭受之损害，

¹ 有学者将“损害赔偿”等同于“赔偿损失”(或称“金钱赔偿”)。大陆法系国家的损害赔偿，不限于金钱赔偿，还包括恢复原状。

² 恢复原状又称“回复原状”；金钱赔偿在我国法上的表述为“赔偿损失”，其涵义相同。为行文方便，本文采恢复原状与金钱赔偿之称谓。

日本、法国民法如此规定；其三是“法官裁断主义”，即采何种赔偿方式主要依据法官的选择，损害赔偿方法作为法官自由裁量的内容，瑞士债法、法国侵权法草案均采用这种形式。《侵权责任法》规定的侵权责任方式中：停止侵害、排除妨碍、消除危险责任方式为防御性请求权的法律效果，此三种责任方式始于对物权的保护，后逐步在保护人格权、知识产权等领域推而广之；返还财产责任方式是因无权占有他人财产而产生，一般隶属于物权保护制度范畴，也适用于合同责任和返还不当得利；赔礼道歉、消除影响、恢复名誉责任方式被认为属于“广义的恢复原状”¹，主要适用于对人身权益的保护；传统民法中的恢复原状与金钱赔偿（赔偿损失）在形式上与前述责任方式并列，并未获得突出的地位，然从法律适用的程度来看，恢复原状与金钱赔偿无疑受到更为广泛的适用。从恢复原状与金钱赔偿二者的关系来看，平行列举式的规定设置无法反映出“谁优先、谁例外”。此外，《侵权责任法》也从未申明承担责任方式需由法官裁量，若无需法官决定，唯有交给当事人来选择，故我国《侵权责任法》损害赔偿方法应属一种新的类型——“当事人选择主义”。并且，在选择的过程中，当事人可以通过对责任方式作出单独选择或多重选择，来填补所遭受的损害。

多种责任方式并列规定的模式之下，被害人的救济方法固然得到扩展，但由于立法的体系化与精细化不足，诸多争点未得厘清。多种

¹ 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第68页。

责任方式并列，是否意味着放弃了恢复原状与金钱赔偿作为损害赔偿基本方法的地位，颇具疑问？物之毁损场合之下，作为使用频率最高的方法，恢复原状与金钱赔偿如何区分？区分实益为何？被害人究竟如何实现对损害赔偿方法的选择？在恢复原状和金钱赔偿过程中出现的不当获益问题如何处理？太多的实务问题尚未形成统一的规则。下文以恢复原状与金钱赔偿在物之毁损场合的适用为基点，尝试对我国法上的损害赔偿方法作体系化的解说。

一、全部赔偿的实现路径：恢复原状抑或金钱赔偿

依大陆法系民法之传统观念，恢复原状与金钱赔偿共同构成损害赔偿的基本方法，而损害赔偿本身作为一种民事责任形式，旨在填补受害人所受损害，“以使其恢复到受侵害之前的权利保有或法益享有的状态”，侵权损害赔偿要遵循全部赔偿原则（Grundsatz der Totalreparation），即侵权人对侵权行为所造成的受害人的全部损害都应予以赔偿，全部赔偿的范围应与受害人的损害范围相当。¹全部赔偿也被称为“全面赔偿”²、“完全赔偿”³，只要归责要件具备，加害人即应全部赔偿，而不应区分加害人之故意与过失。并且，全部赔偿并非仅仅是

¹ 杨震主编：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第137页。

² 参见江平、费安玲主编：《中国侵权责任法教程》，知识产权出版社2010年版，第403页；王成：《侵权责任法》，北京大学出版社2011年版，第136页。

³ 参见王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第608～610页；张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2010年版，第94页。

财产损害的赔偿原则¹，而是包括人身、财产、精神等在内的所有权益损害赔偿之原则，不过，在人身及精神损害赔偿领域，由于有些损害只能抚慰，因无法恢复遭受侵害法益的应有状态而发生恢复原状客观不能，唯有通过制定统一的金钱赔偿规则辅之以法官自由裁量的方式来填补损害，但无论如何，无限接近受侵害法益的应有状态应当是损害赔偿法所追求的价值所在，因此，可以说全部赔偿是损害赔偿法的基本原则。不可否认，在财产损害赔偿上全部赔偿原则发挥的作用更为直接，尤其是在物受侵害而毁损的场合。

以德国为首的传统大陆法系强调损害赔偿以恢复原状为原则、以金钱赔偿为例外。德国民法首先引入了恢复原状制度，认为应当专注于被害人完整利益（Integritätsinteresse）的保护，加害人应当恢复到没有损害事件时应存在的状态，被害人的利益情况应当保持在“具体组成上而非仅依价值受到保护”。² 德国民法在解释第 249 条规定债务人应

¹ 杨立新教授在论述全部赔偿原则时，仅将其作为财产损害的“总的规则”，在人身及精神损害赔偿领域未提及全部赔偿原则。参见杨立新：《侵权责任法》，法律出版社 2010 年版，第 143 页。同时，张新宝教授认为，“对被侵权人的实际财产损失采用完全赔偿的原则”，“对于精神损害赔偿采用法定项目与法官酌定数额（自由裁量）相结合的原则”，“对于死亡赔偿与残疾赔偿采用法定主义的赔偿原则”。参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 94 页。王利明教授认为，全部赔偿仅限于财产损失，“因为非财产损害的计算本身具有主观性，所以很难全面贯彻完全赔偿原则”。参见王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社 2010 年版，第 609 页。

² [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，法律出版社 2004 年版，第 432 ~ 433 页。

当“恢复在使其负担赔偿义务的事由不发生时原应存在的状态”，认为应当包含全部赔偿和恢复原状两层含义。¹ 可以认为，恢复原状与全部赔偿反映的是一个问题的两个方面——方法与原则，也就是说，在更多的情况下只有保持和维护被害人的完整利益，其受到的损害才得全部赔偿。

恢复原状有恢复到原有状态与应有状态之分：原有状态系指损害事故发生时之状况，对于损害发生以后的损益变动不加考虑；应有状态系指损害事故终结时之状况，所恢复的内容包含损害发生以后遭受的损失，即就损害事故发生后的损益变动状况一并考虑，从而在损害事故终结时，有如损害事故未曾发生。例如，甲骗取乙 100 元，一个月后乙请求返还，若仅返还 100 元即为恢复原有状态，若在返还 100 元时连同法定利息一并返还，则为恢复应有状态。损害赔偿法上的恢复原状目的在于重建受害人受侵害权益之原貌，旨在达到“损害事故未曾发生”的效果，故而应以恢复应有状态为其内涵。² 以金钱来填补损害是为金钱赔偿，系指“价值赔偿”而言，在被害人因不能恢复原状而在财产上所受损害时，应“依交易价值定之”，包括“所失利益”。³ 与恢复原状相对应的，金钱赔偿关注点不在于完整利益而在于价

¹ 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2004 年版，第 430～433 页。

² 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 148～149 页。

³ 王泽鉴：《回复原状与金钱赔偿——损害赔偿方法的基本架构》，载台湾《月旦法学杂志》第 127 期。