

培文通识
大讲堂



The Wisdom of Law

名案中的法律智慧

徐爱国 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

培文通识
大讲堂

The Wisdom of Law
名案中的法律智慧

徐爱国 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

名案中的法律智慧/徐爱国著. —北京: 北京大学出版社, 2016.4
(培文通识大讲堂)
ISBN 978-7-301-26575-8

I. ①名… II. ①徐… III. ①案例-汇编-英国 ②案例-汇编-美国
IV. ①D956.109②D971.209

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第284625号

- | | |
|-------|--|
| 书 名 | 名案中的法律智慧
Ming'an zhong de Falü Zhihui |
| 著作责任者 | 徐爱国 著 |
| 责任编辑 | 黄敏劼 |
| 标准书号 | ISBN 978-7-301-26575-8 |
| 出版发行 | 北京大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区成府路 205 号 100871 |
| 网 址 | http://www.pup.cn 新浪微博: @北京大学出版社 @培文图书 |
| 电子信箱 | pkupw@qq.com |
| 电 话 | 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62750883 |
| 印 刷 者 | 三河市国新印装有限公司 |
| 经 销 者 | 新华书店 |
| | 660 毫米 × 960 毫米 16 开本 26.25 印张 339 千字
2016 年 4 月第 1 版 2016 年 4 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 68.00 元 |

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

法律离我们有多远？（代序）

先看两条法律条文：

第 218 条 倘医生以青铜刀为自由民施行严重的手术，而致此自由民于死，或以青铜刀割自由民之眼疮，而毁损自由民之眼，则彼应断指。

第 823 条 因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。

前一条法律出自 3800 年前的《汉谟拉比法典》，后一条出自 1900 年的《德国民法典》；前者被认为是迄今为止可查的最古老的法典，它是古代法律的典范，后者被认为是现代西方最成熟的法典，它是现代民法典的楷模。两个法典之间，相距近三千年。在这三千年的历史中，人类的法律制度伴随着人类的演化也发生了诸多的变化。上述第 218 条给我们提供了一幅法律画卷：一个医生手术不成功，导致病人的死亡或者伤害，他因为他的行为而失去了他的手指；上述第 823 条给我们提供了一个法律的权威，一个威严的尊者命令对有过错的人实施惩罚。法律画卷给我们的是生动、具体和生活化的法律形象，而法律权威给我们的是概念、抽象和职业化的法律形象。法律由具体的个案发展成抽象的规则，被认为是法律的一种“进化”。法律的这种演化带给我们一些积极的东西，同时也失去了一些鲜活的东西。法律的抽象化、规则化和职业化，使得法律的从业者可以从法律的一般原则推演出法律的特殊性，他可以不管具体案件之间千差万别的事实而适用

法律、决定案件当事人之间的权利和义务；同时，这种“科学”的法律学也使得法律远离了社会生活，法律的知识被少数“社会精英”所垄断，法律运作的主体不再是社会中活生生的人，而是高高在上的立法者和法官，以及法律的其他附属职业者。这种演化是一种进步？还是一种退步？与之相关的问题则是：法律应该距离生活多远？

中国原本也有自己法律传统，可惜在清末的时候中断了。我们的老祖宗们“不小心”抄袭了日本的法典，而那个日本的法典又是“不小心”复制德国法典的产物。这样一来，我们现在的法律既没有中国社会生活的根基，也没有日本或者德国法典内在于东洋或西洋社会生活的根基。法官们学的是西方的法典，用的是西方传统的法典，而他要处理的又是中国社会本身的问题，在人类共同的问题上，适用西方法律规则是没有问题的，而在东西方有差异性的地方，法律职业者们用西方的法律理念处理中国的问题，无益于中国的社会，同时他们又没有真正弄清西方法律理论所依赖的西方社会生活，也曲解了西方社会。中国学习西方法律已经成为一种事实，“西方法律制度中国本土化”只是学者们的美好愿望，法律制度的趋同化与民族法律个性的丧失，则是法律发展的一般模式。在这个前提下，我们的工作不仅仅是要提倡建设中国特色的法治，更重要的是：我们要弄清西方传统法律如何在西方社会中发生？这也是本书的一个出发点，这就是：从西方社会的生活中去发现西方法律规则的含义。将法律规则与社会生活联系起来，最后形成法律规则体系最典型的法律制度，应该是英国和美国的法律制度，拿专业术语来说，就是英美法系的判例法。本书的内容就是对英美判例的介绍、解读和评论。就每个案件而言，双方当事人之间发生了法律的纠纷，就是一个法律的事件，每个事件都是紧张的、冲突的、微妙的，甚至是带有个人隐私的，从而也是具有社会价值及新闻价值的，每个事件都可以上大报的头版头条。当事人到了法院，法官们就会提出解决问题的若干方案，每种方案都具有法官们的法律

理由，法律理由的浓缩就形成了法律的规则。这种法律规则决定了当事人法律上的命运，同时也指导着普通大众在相同或者相似事件中将来的行为，因为法律的规则指引着法律行为的预期结果。与此相一致，我对每个案件的表达分为三个部分，其一是对案件事实的描述，具有好奇心的读者也许会找到他们所需要的东西；其二是对法官所形成或者适用的法律规则的解读，对法律智慧有兴趣的读者会感受到法律智慧的愉悦；其三是对案件进行形而上的评论，喜欢刨根问底的读者可以发现进一步思考的线索。

选入本书的案件，基本上分为三类，第一类可以称为 leading case，一个案件代表了一种新的诉讼形式和诉讼规则；第二类可以称之为 principal case，每一个案件都可以入选法学院的教科书，第三类可以称为 famous case，每个案件都可以成为大众讨论的话题。为了方便起见，本书统称之为“名案”。

如果读完本书后，你有如下的感叹之一，那么我就觉得这本书没有白写：

这本书很好玩，案件很有趣。

法官的分析很精辟，我知道了在何种案件中应该如何处理。

读懂这本书其实不容易，不过，在折磨自己大脑的时候却颇有收获。

哈哈，法律原来是这样，它离我们的生活并不遥远啊！

目 录

001	法律离我们有多远? (代序)
001	“杀了你, 还是阉了你?”
005	语言威胁与侵权行为
008	精神病人的侵权责任
012	老师打学生
016	五岁儿童承担侵权责任吗?
020	儿子告老子
024	商家有没有权利搜顾客的身?
028	自愿行为与剥夺人身自由
032	精神创伤和法律赔偿
036	陪伴损失与赔偿
040	都是误诊惹的祸
044	隐私权的法律保护
048	一个男人和三个女人的故事
052	私有财产和公共权力的豁免
056	生命的价值高于财产的利益
060	平安夜里的大火

064	“上帝的意志”与人的行为
068	连带责任和分别责任
072	“自愿承担风险”
076	侵权行为赔偿的计算
080	啤酒里的蜗牛
084	适当注意与不可预料
088	“酒吧里的枪声”
092	不维修道路者的责任
096	紧急状态下的过失标准
100	直接的因果关系
104	“薄薄的鸡蛋壳”规则
108	“可预见的损害”
112	“因果关系链的中断”
116	法律上的因果关系
120	牛奶里的虹鳟鱼
124	我是谁?
128	“不当出生”的侵权行为诉讼
132	死亡者的诉讼权利
136	三个酒鬼的故事
140	“与有过失”与“比较过失”
143	比较过失的经济分析
147	法律上的成本与效益

151	大楼里的枪击案
155	助人为乐的侵权结果
159	违法行为与漠视行为
163	卖酒者的责任
167	“多拔了我 16 颗牙！”
171	“丧失了生存的机会”
175	医生保守秘密的界限
179	“合理信赖义务”
183	病人殴打护士
187	“病人的知情权”
191	“违反了信赖的义务”
195	“打发病人” 的法律责任
199	地方标准与国家标准
203	“专家的过失标准”
207	言论自由与名誉损害的较量
210	私人名誉权与名人名誉权的区别保护
214	名誉损害案件中的特免权
218	间接诽谤的名誉损害
222	恶意诉讼的侵权行为责任
226	“以宪法的名义！”
230	正当法律程序与侵权行为
234	政府机关的侵权和豁免

- 238 政府官员的侵权责任及其豁免
- 242 联邦的权威与州的权威
- 246 “咱们工人有力量”
- 250 罢工与侵权
- 254 占大便宜的夫妇
- 258 欺诈与不实陈述
- 262 未履行诺言是否承担责任？
- 266 法律上的相互关系
- 270 违约和侵权
- 274 引诱违约的侵权行为责任
- 278 挖人才与引诱违约
- 282 妨碍预期经济利益的侵权行为责任
- 286 窃取商业信息与经济侵权行为
- 290 商业秘密的法律保护
- 294 模仿外观设计的法律责任
- 298 电脑软件的法律保护
- 302 通用名称与商标
- 306 通用名称的第二重含义
- 310 谁对消防队员人身安全负责？
- 314 工伤意外事故及其赔偿
- 318 飞机失事与举证责任
- 322 “开脱责任条款”的法律效力
- 326 “成文法的规定和普通法的规则”

330	房东与房客
334	房主对来访客人的侵权责任
338	商家对顾客的安全保障义务
342	倒霉的老爷车赛手
346	健康优先还是财富优先?
350	不实陈述的严格责任
354	法律上的披露义务
358	虚假许诺的责任界限
362	有错没错都得赔
366	瑕疵产品的侵权责任
370	产品责任的抗辩理由
374	制造商的过失与严格责任
378	服务性行业的严格责任
382	血液制品瑕疵的责任性质
386	雇主的替代责任
390	“用人不慎的代价”
394	“借用人员规则”
398	“非代理责任”
402	“我为老板而抽烟”
405	结 语

“杀了你，还是阉了你？”

事件发生在 1975 年美国的北卡罗来纳州。本案原告是一位 31 岁的男子，他与被告的女儿同居，一同酗酒、吸大麻。被告的女儿是一个 17 岁的中学生。经过长期的准备，被告于那年的 4 月 2 日终于将原告骗到了该州某县的郊外。确定了原告的身份后，被告掏出手枪对着原告的眼睛咆哮：“你小子终于出来了。”四个面戴滑雪罩、手持警棍的男人从后面冲向了原告，将原告打成半休克状态。他们将原告铐在农用机械上，继续用警棍打他。被告挥舞着一把刀，剪掉原告的头发，威胁着要将原告阉割掉。在 4 到 5 轮的抽打间隙，当着原告的面，被告和打手们商量要用投票的方式决定：是将原告杀死，还是把他阉割掉？大约 2 个小时后，他们达成了一致的意见，并停止抽打原告。被告告诉原告：回家，从家里的墙上拔掉电话，收拾好自己的衣服，离开北卡罗来纳州；否则就杀死他。原告获释。

原告于 1978 年 3 月 31 日提起了诉讼，指控被告的行为造成了他精神的痛苦。他说，由于被告的行为，他遭受了“严重的和永久的心理和情感之创伤，他的神经和神经系统也遭到了实际的损害”。他说他不能够入睡，总担心被杀，并且慢性腹泻、牙龈不适，不能够有效地工作，每个月都损失 1000 美元的收入。原告没有提起殴打和威胁的诉讼，因为这两种诉讼的诉讼时效是 1 年。当原告提出诉讼的时候，与案件发生的时间已相去近三年。鉴于精神赔偿诉讼的时效是 3 年，原告提起精神损害的诉讼请求。初审法院和上诉审法院作出有利于被告

的判决，原告上诉到了北卡罗来纳州最高法院。

易克休姆大法官认为，本案件是基于殴打和威胁的精神损害案件。他认为，在北卡罗来纳州，殴打和威胁遵循普通法的原则。威胁是指对一个人作出暴力的表示但是并不打他，而殴打是指将这种威胁付诸打击的行动。殴打诉讼所保护的利益是：未得到允许，身体不受暴力故意侵犯的自由；威胁诉讼所保护的利益是：免受伤害或者攻击之恐惧的自由。法官说，对于殴打和威胁，北卡罗来纳州和美国《法律重述·侵权法》的解释是一致的。在威胁的侵权行为方面，要使一个人承担威胁的侵权行为责任，就要求他使另外一个人处于“即刻”被打的恐惧之中。言辞本身不足以构成威胁，只有伴随其他行为或者条件、使他人有理由感到受伤害或者攻击恐惧的时候，言辞者才承担威胁的责任。法官进一步援引法律重述的解释说，“仅仅有言辞不构成威胁，必须有公开的行为”。威胁可能导致精神的伤害，但是这里的利益发生了变化，精神赔偿诉讼所保护的利益是免受情感痛苦的自由。比如，A 是一个果断而且做事不计后果的人，他在一个漆黑的夜晚威胁在偏僻之处将 B 半道扔下，那么 A 对 B 不承担威胁的责任，而应该因其粗暴和轻率的行为承担精神损害的责任。法官还引用了侵权行为法教授普洛塞的看法，得出的结论是：被告将来如何如何的恫吓，不产生威胁的侵权行为责任，而是故意导致他人的精神创伤。

大法官回到本案件的事实，他说，殴击原告的身体和剪掉他的头发，构成殴打的侵权行为；恫吓阉割和杀掉，结果使原告感到即刻受伤害和攻击的恐惧，这构成威胁的侵权行为。但是，因为成文法规定了这两种侵权行为诉讼的时限为一年，所以原告受到的身体和心理伤害将得不到补偿。另外一个方面，被告威胁原告，让他回家，从家里的墙上拔掉电话，收拾好自己的衣服，离开该州，否则就杀死他。法官说，这是一种对将来的威胁，而不是一种即刻的威胁。这种威胁不

再属于对人身不法侵害的恫吓，而是导致他人精神伤害的威胁。而这种威胁是可以提起诉讼的，这是一种故意导致他人精神创伤的诉讼。

最后，大法官部分维持、部分修改了下级法院的裁定。大法官认为下级法院的错误是：认定被告的威胁不是即刻的威胁，从而不构成对人身不法侵害。他认为，对这一点要予以修改并发回重审，原告可以提起精神赔偿的诉讼。*

本书开篇选取了这个案件，原因很多，其一，趣味性；其二，法律与道德的冲突；其三，这类案件规则的全面性。

本书的着眼点是国外的真实侵权案件，选择侵权案件的目的是为了本书的趣味性。一个侵权案件也许就是一个完整的、复杂的、激动人心的或者紧张的“法律故事”，在这一点上，法律的其他部门无法与之争艳。这种侵权的“故事”与我们日常生活相关，这种“故事”经过法官的认定、解释和判决，就与法律联系起来。法律是专家游弋的领地，法官区别于大众的地方，就在于他们这类人充满了“法律的智慧”。从日常生活中去发现智慧的闪光从而体会到一种美感，这也许是人区别于动物的地方之一。

就这个案件而言，一个生活方式偏离了正统道德轨道的年轻人，做了一件正直的人们所不认可的事，也就是他酗酒、抽大麻和毒害青少年，他因此受到了惩罚：被打、被威胁和失去了某种程度上的自由，最后留下了心理的创伤。这种人是应该受到谴责还是应该受到同情，估计几句话也说不清楚。按照普通的心理和情感，他活该，经常挂在嘴边的名言“失道寡助”和“恶有恶报”也许就是我们的第一反应。这也许是本案第一审和第二审法院不在法律上支持他的社会心理理由。但是，世事不那么简单，因为道德败坏的人毕竟还是一个人，毕竟还是我们的一个同类，道德归道德、法律归法律，这也是西方法律的一种精神。“坏人”的权利应该得到相应的保护，现在也被认为是

人类进化的一种记号。也正是在这个意义上，州最高法院给了他必要的公道，为他讨回他应得的权利开辟了道路。

在我们国家，这类案件统称为侵犯人身权的案件，也就是说，被告伤害了原告的人身权利，原告身体受到了伤害，精神受到了威胁，心理受到了创伤。英美国家法律的可赞之处就在于细末之处见功底，拿大话说来说就是：那是个法治社会。在这个案件中，法官区分了三种对人身权的不法侵害：殴打、威胁和精神损害。三者的含义和三者之间的区别，法官已经解释得很清楚，如果你看了之后还不明白，那么最好的办法是：回过头去，再看一遍。

* Dickens v. Puryear, Supreme Court of North Carolina, 1981. 302 N. C. 437, 276 S. E. 2d 325

语言威胁与侵权行为

本案是一个男人与两个女人之间的故事，妻子是这个案件中的原告，丈夫是这个案件中的被告。丈夫与前妻离婚后还藕断丝连，妻子要离婚，丈夫不同意且威胁了妻子，妻子把丈夫告上了法庭。法院认定的事实是这样的：原告怀忒克嫁给了被告霍尔康博医生。婚后一个月，霍尔康博医生就去找另外一个女人。原告提出了异议，被告则告诉原告：那位女士是他的第一个妻子，而且自己还会娶她。霍尔康博医生最后搬出了原告的公寓，不过也仍然花一些时间陪她。一天，原告去了那“另外的女人”的公寓，与被告作了一次谈话，说想与他办理离婚。他说：“如果你把我弄进了法庭，我会杀了你。”霍尔康博医生于是开始骚扰原告，经常半夜给她打电话。原告于那年9月提起了“威胁”的侵权行为诉讼。10月，霍尔康博医生去了她的公寓。他不让他进门，他就撞她的房门，并且还说：“如果你把我弄进了法庭，我会杀了你。”原告修改了她的权利要求，把第二次的威胁加了进去。陪审团作出了有利于原告的判定，判定被告赔偿原告35000美元，法官减至15000美元。

在上诉审中，法官引用了两本法学家的著作，具体解释了威胁侵权行为的规则。一本侵权行为法著作写道：如果语言不能够合理地被理解，就不能够成为一种行为。但是，另外一方面，一个非法和无正当理由的要求伴随了一种武力，使对方感受到一种被殴击的恐惧，就

是一种侵权行为法上的威胁。美国著名的侵权行为法家普洛塞认为，如果被告没有法律上的权利，他就不能够强迫原告去寻找安全。上诉法官以为，在这个案件中，被告显然没有权利向原告提出任何条件和要求。在这种情况下，我们不能忽视他对他伤害的威胁。法官说：

“被告说他的行为不构成威胁，因为他没有一种明显的行为。但是，原告提供的证据表明，被告撞击她的门、试图闯进她的公寓、威胁她如果她坚持‘弄他去法庭’就杀了她。就法律而言，我们不得不说这可以充分地理解为一种伤害或者一种攻击性的行为。我们认为这是一个由陪审团来解决的问题，这个问题是被告是否显然有能力来实施这种威胁的行为。”最后的结论是维持原判。”

在早期的英美法中，对人身的伤害有三种独立的侵权行为诉讼：殴打、威胁和非法拘禁。后来又有了精神损害和侵犯隐私。威胁的最典型例子是被告拿着手枪对着原告的脑袋，而手枪里没有子弹。这种侵权行为的经典表述是：被告攻击性的行为使原告感到一种即刻被殴打的恐惧。语言本身不足以构成威胁，它需要伴随一定的行为。因此，在这个案件中，被告第一次仅仅说“如果你把我弄进了法庭，我会杀了你”，不会成为一种侵权行为，但是，当他第二次说这样的话，而且伴有武力的动作，也就是被告撞击原告的门，想进入她公寓的时候，他的行为就可能构成威胁的侵权行为。在赔偿数额方面，这个案件是较高的。一般而言，此类只有攻击性的行为而无实际损害案件的赔偿费为6美分或者1美元，这称之为名义上的赔偿。

在这个案件中，原告没有提起精神损害的权利要求。如果原告提出这种附带的要求，而且得到法院的判定，赔偿的数量就会大大增加。因为毕竟在本案件中，被告半夜打电话骚扰了原告，侵犯了原告心理的平静权，也使原告遭受到了精神上的损害。如果精神损害成立，那么在一定的情况下，即使没有实际的身体损害，或者即使没有