

YI NAN MIN SHI JIU FEN
SI FA DUI CE

(第五集)

杨立新 / 主编

疑难民事纠纷司法对策

吉林人民出版社

疑难民事纠纷司法对策

(第五集)

主 编 杨立新

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

疑难民事纠纷司法对策(第五集)

主 编	杨立新	封面设计	张 迅
责任编辑	邢一哲	版式设计	胡学军
责任校对	孟 奇		

出 版 者	吉林人民出版社 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
制 版	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市东新印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	19
字 数	443 千字
版 次	1998 年 5 月第 1 版
印 次	1999 年 9 月第 3 次印刷
印 数	8 300—11 400 册

标准书号	ISBN 7-206-02902-7/D·766
定 价	30.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

216.68 03



杨立新, 1952 年 1 月生于吉林省通化市, 曾长期在审判机关工作, 历任中级人民法院副院长、最高人民法院民事审判庭审判员、审判组长, 烟台大学法律系副教授, 现任最高人民检察院民事行政检察厅副厅长、检察员; 是中国民法经济法研究会理事、中国诉讼法研究会理事。在民法理论研究中, 坚持理论联系实际, 著作颇丰。已出版的专著有《人身权法论》等十部, 主编或参编的著作二十余部, 发表法学论文百余篇。

目 录

第一编 物权问题研究	(1)
1. 在制定我国《物权法》时应当怎样构建具有我国特色的他物权体系？ ——他物权的历史演进和我国他物权制度的重新构造	(3)
2. 在我国的审判实践中究竟有没有适用取得时效制度？ ——论取得时效制度	(67)
3. 在审判实践中怎样确定动产所有权的移转的时间界限？ ——财产交付与所有权移转	(82)
4. 确定按份共有应当注意掌握哪些要点？ ——论按份共有	(89)
5. 确定共同共有应当注意掌握哪些要点？ ——论共同共有	(100)
6. 用益物权的发展趋势以及我国应当建立什么样的用益物权制度？ ——用益物权三论	(112)
7. 在司法实践中怎样掌握留置权成立后的效力范围？ ——关于留置权的效力研究	(127)

第二编 合同与债的纠纷····· (145)

8. 履行期限届至前义务人表示将不履行
或者可能无力履行的应当怎样处理?
——预期违约制度的若干问题 ····· (147)
9. 在审判实践中怎样对待瑕疵担保和不
适当履行?
——瑕疵担保责任与不适当履行 ····· (178)
10. 订约期间由于一方当事人的过错而使
合同没有成立致使另一方当事人受到
损害可否要求赔偿损失?
——缔约过失责任原理及其适用 ····· (203)
11. 当事人接受预先制定的定型化合同条款
应当掌握哪些要点?
——标准合同的若干问题 ····· (221)
12. 在审判实践中审理农村承包合同纠纷
案件应当注意哪些问题?
——审理农村承包合同纠纷案件的若干问题 ····· (260)
13. 审理存款纠纷案件应当掌握哪些
基本问题?
——有关审理存款纠纷案件的情况综述 ····· (290)
14. 审查合同应当如何选定合同用语的含义?
——合同解释研究 ····· (300)

第三编 侵权损害赔偿····· (311)

15. 在审理侵权损害赔偿案件中如何界定受害
人的过错以及怎样确定侵权责任?

——论受害人过错	(313)
16. 侵害财产占有权能否构成侵权损害 赔偿责任？	
——论侵害财产占有权及其损害赔偿	(328)
17. 具备什么样的条件才能构成侵害债权的侵权 行为以及怎样进行损害赔偿？	
——债权侵权行为及其损害赔偿	(345)
18. 从事对周围环境有高度危险的作业致人 损害怎样确定行为人的损害赔偿赔偿责任？	
——论高度危险作业致害责任	(365)
19. 无民事行为能力人和限制民事行为能力人 致人损害如何确定侵权损害赔偿赔偿责任？	
——论法定代理人的侵权责任	(380)
20. 在不正当竞争中对竞争对手进行诋毁构成 何种性质的违法行为？	
——论诋毁竞争对手的不正当竞争行为	(403)
 第四编 人身权的法律保护	 (411)
21. 在审判实践中怎样认识名誉权以及对其 疑难问题应当如何处理？	
——名誉权疑难问题研究	(413)
22. 怎样界定贞操权的性质以及对侵害贞操 权的行为如何进行制裁？	
——论贞操权及其侵害的民法救济	(478)
 第五编 民商事诉讼程序	 (497)
23. 对于侵害国有产权益的民事违法行为	

检察机关可否向人民法院提起公诉？

——论检察机关在国有资产权益保障中的作用 …… (499)

24. 检察机关在办理民事行政抗诉案件中应当
注意几个主要的问题？

——关于审查民事行政抗诉案件的几个

实务问题 …… (515)

第六编 疑难案例研究 …… (533)

25. 承诺给予奖赏的寻物启事的性质是什么
以及应当如何处理？

——悬赏广告的法律效果 …… (535)

26. 约定以确认书为准的合同应当如何确定
合同何时生效？

——关于确认书的性质 …… (540)

27. 合同的变更与合同的更新是不是一回事？

——合同的变更与合同的更新的区别 …… (546)

28. 在审判实践中怎样区别要约和邀请要约
的界限？

——关于要约与邀请要约的区别 …… (551)

29. 在审理合同纠纷案件中对合同的履行期限
应当怎样确定？

——关于履行期限的确定 …… (556)

30. 在审理合同纠纷案件中怎样处理违约与
不当得利的返还责任？

——违约与不当得利返还责任 …… (561)

31. 在审理合同纠纷案件中应当怎样处理解除
合同的诉讼请求？

——关于合同的解除	(567)
32. 在审判实践中怎样区分信托存款与委托 存贷款的界限?	
——此案是信托存款还是委托存贷款	(572)
第七编 疑难问题解答	(577)
1. 侵害肖像权的精神损害赔偿应当 如何计算?	(579)
2. 搭乘他人汽车肇事被撞伤, 车主应否承担 赔偿责任?	(581)
3. 玩耍掉进闲置的菜窖中致伤, 确定赔偿责任 应当适用《民法通则》第125条还是 第126条?	(584)
4. 没有根据地以作弊为由处罚学生是否构成 侵害名誉权?	(586)
5. 法院判决生效以后申请再审被驳回是否还有 其他要求再审的办法?	(588)
6. 向人民检察院申请抗诉是否受《民事诉讼法》 第182条规定的两年时限的限制?	(590)
7. 此案应向哪一级人民法院提出抗诉?	(593)
8. 哪些超诉讼时效20年的民事案件可延长 时效期间?	(595)

第一编 物权问题研究

1. 在制定我国《物权法》时应当怎样构建具有我国特色的他物权体系？

——他物权的历史演进和我国他物权制度的重新构造

在市场经济日益发展、繁荣的今天，各国立法越来越重视民法中他物权制度的法律调整制度，不断加强他物权的立法建设，使他物权的立法与市场经济的发展相协调，发挥其对市场经济的法律调整功能。

在中国，随着闭关锁国的计划经济逐渐地被开放型的社会主义市场经济所替代，立法者终于认识到他物权制度对国家经济发展的重要的法律调整作用，已经摒弃了将物权归结为单一的所有权的传统认识，开始重视他物权的作用，在立法上已经采取了一些必要的措施，初步建立了他物权的体系。在即将建立中国特色的《物权法》的时候，在理论上和实践中对他物权制度进行深入研究，对于建立中国《物权法》的他物权制度，无疑是十分必要的。

近年来，在物权法理论研究越来越繁荣的情况下，越来越多的学者、专家对我国《民法通则》关于财产权的立法现状感到不满意。归根结底，就是因为《民法通则》关于物权的立法不能适应现代市场经济发展的要求，没有建立一个完备的民法物权体系，有些规定不符合商品经济发展规律。其中重要的一点，就是没有

建立一个完备的、科学的他物权制度。为了适应市场经济发展的需要，对于这一现行的他物权立法进行彻底的革命性改革，重建新型的社会主义民法的他物权立法体系，是迫切需要的。本文试图从总体上对我国他物权立法的局限和改革进行全面的阐述，说明作者对于重建新的他物权制度的基本看法。

一、他物权的概念及其历史演进

（一）关于他物权的称谓

《民法通则》中没有他物权的概念，与之相对应的概念，是“与财产所有权有关的财产权”。这是一个前所未有的称谓，事实上，这就是他物权的另外一种拗口的、古怪的表述方法。^①按其基本内容看，包括的是他物权中用益物权的部分内容。

《民法通则》为什么不用“他物权”的称谓而采用“与财产所有权有关的财产权”这一概念，至今未见权威的解释，在学者的论述中也未见说明。事实上这并不是没有原因的。在我看来，主要有两个原因：

一是，前苏联民事立法思想的影响。在前苏联的民事立法中，就只承认所有权而不承认他物权。在《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》和《苏俄民法典》中，都只规定所有权，不规定他物权。在我国最早的民法教科书《中华人民共和国民法基本问题》^②中，基本上就是按照前苏联的民法理论体系，只承认所有权，不承认他物权。此后沿袭下来，我国民法理论总是对他物权采取回

^① 据我国著名民法学家佟柔先生称，这个“绕口令”式的民法概念，就是指他物权。

^② 中央政法干部管理学校民法教研室编著，法律出版社1958年版。

避态度。例如在最早的《法学词典》^①中,根本就没有他物权的词条,待其修订再版时,虽设他物权词条,但称其为“罗马法中针对他人所有之物享有的某种物权”^②。在权威的《中国大百科全书·法学》中,亦未设专门的他物权词条,在涉及他物权的4个条目中,其中有两个是担保物权和用益物权的条目,一处是介绍罗马法的物权制度,只有在物权条目中,介绍他物权是在他人所有物上设定的物权。在《民法通则》之前的民法草稿中,基本上是这种状态,如《民法草案(四稿)》,就只设有所有权的规定。

二是,“左”的思想束缚。在我国传统的民法理论中,“左”的思想可谓根深蒂固,尤以物权领域中为甚。在“左”的思想束缚下,认为物权制度不仅仅是体现于一定的民事法律关系之中,更重要的是保护和巩固不同社会的经济基础,为不同阶级的利益服务。而他物权,有的原是为维护封建剥削制度服务,而资产阶级学者强调他物权中的人对物的关系,是回避和抹杀了体现在物权中的阶级关系^③。在这样的思想指导下,对他物权乃至物权本身,均采取小心翼翼的态度,是完全可以理解的。但是,《民法通则》诞生于我国的改革开放已经取得了重大进展的1986年,其时中央已经确认我国的经济性质为有计划的商品经济。作为调整商品经济关系基本法的民法,为反映商品经济运行规律,调整商品生产、商品交换中静的、动的财产关系,都不可避免地遇到他物权的立法问题。在这样的情况下,一方面是商品经济发展的迫切需要,另一方面是还没有完全破除的“左”的思想束缚,“与财产所有权有关的财产权”作为他物权的替代概念,终于在新旧思想、新旧体

① 《法学词典》,上海辞书出版社1979年版。

② 《法学词典(增订版)》,上海辞书出版社1984年版,第190页。

③ 《中国大百科全书·法学》,第628页。

制的碰撞中，应运而生。一方面，它强烈地反映了商品经济运行规律迫切要求他物权制度的客观需要，另一方面，它又生动地体现了“左”的思想对立法者主观心态的束缚。

应当充分肯定，“与财产所有权有关的财产权”这一概念的提出，是我国民事立法和民法理论的重大进步，它是我国社会主义他物权制度从无到有、他物权理论从无到有的标志。尽管它的称谓还不科学、不准确，它的体系还不完备、不系统，但它仍然是我国他物权制度建设的一个里程碑。

在今天，恢复他物权的本来面目，脱去其身上的“与财产所有权有关的财产权”的“左”的外衣，使它成为实实在在的民法概念，已经是势在必行，顺理成章的问题了。尽管在物权法研究上还有或多或少的“左”的干扰，但在使用他物权概念的问题上，则是民法学者的一致主张。作者主张，一是在修改民事立法时，应当以“他物权”概念取代“与财产所有权有关的财产权”的概念；二是在教科书与理论文章中应当直呼“与财产所有权有关的财产权”为他物权；从而，在立法上和理论研究上彻底抛弃这一“左”的民法概念。

（二）关于他物权的概念

研究他物权的概念，首先必须解决的问题是，他物权和“与财产所有权有关的财产权”是否为同一概念。

对于这个问题，我们的看法是，一方面，“与财产所有权有关的财产权”就是指他物权而言，另一方面，我国的“与财产所有权有关的财产权”与严格意义上的他物权还存在很大的不同，因而还不是严格意义上的他物权。对于前一方面，前文已经作了阐述，“与财产所有权有关的财产权”这一概念所要回避的，也是与这一概念相对应的民法物权概念，只能是也必然是他物权。所以说它还不是严格意义上的他物权，主要是指其外延方面，尚不

能完全概括他物权所应概括的全部内容。按照《民法通则》规定,我国的“与财产所有权有关的财产权”包括土地使用权、土地承包经营权、国有自然资源使用权、采矿权、全民所有企业经营权、相邻权。它没有完全包括他物权中主要的用益物权,更没有包括他物权中的担保物权。

正确认识“与财产所有权有关的财产权”与他物权的异同,为正确界定他物权的概念确定了一个适当的出发点,这就是,研究他物权的概念,不能从“与财产所有权有关的财产权”的概念出发,而是必须从他物权的概念出发,完整地揭示他物权概念的内涵和外延。

按照近、现代民法观念,他物权是物权的有机组成部分。与自物权即所有权相对应,二者共同构成完整的物权体系。

我国民法学界对于他物权概念的界定,没有原则的分歧,但依其强调的侧重点不同,可以分为三种不同的定义。

一是强调他物权是对所有权人的财产所享有的物权,认为他物权是“根据法律规定或当事人的约定,由他人对所有权人的财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利”,^①或者认为是“权利人根据法律或合同的具体规定,对他人所有之物享有的物权”。^②

二是强调他物权相对于所有权所具有的派生性,是所有权派生出来的权利,认为他物权是“指在他人之物上设定的,即由所有权所派生出来的物权”。^③

三是强调他物权的限制性物权属性,认为“此等权利,以所

① 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第264页。

② 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第346页。

③ 刘春茂主编:《民法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第217页。

有权的一定权能为内容，为所有权上之负担，而限制所有权，故称为限制物权。又均系在所有人之物上所设定之权利，故又称他物权”。^①

为他物权下一个准确、科学的定义，并非易事。上述各种对他物权概念的界定，均各有其特点，但均有不尽人意之处。

我们认为，他物权是指权利人根据法律规定或者合同约定，对他人所有之物享有的以所有权的一定权能为内容，并与所有权相分离的限制性法定物权。这样一个定义，较好地概括了他物权的如下法律特征：

(1) 他物权是在他人所有之物上设定的物权。这是他物权与自物权的最本质区别。他物权不能在自己所有之物上设定，因为自己所有之物，是所有权客体，而所有权是最完备的物权，所有人享有最完全的支配权，勿需也不能为自己设定他物权。离开他人所有之物，他物权无从设定。

(2) 他物权是派生于所有权而又与所有权相分离的物权。他物权是所有权之派生权，并非是完全独立的民事权利。它是根据对所有权所设定的债权而形成的，而且来源于所有权，因而将所有权称之为母权，而将他物权称之为子权。^②他物权虽然与所有权具有如此密切的关系，但它是在所有权权能与所有权发生分离的基础上产生的民事权利，即指非所有人在所有人的财产上享有占有、使用或收益权，以及在特殊情况下依法享有一定的处分权。^③因而，这种物权具有相对独立的性质。

① 史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆，1979年版，第13页。

② 《国际比较法百科全书·财产法在结构上的变化》，见《外国民法论文选》，第185—186页。

③ 王利明等：《民法新论》（下册），中国政法大学出版社1988年版，第196页。