

常见民商事审判 思路与尺度

主编◎张传臣



CHANGJIAN

MINSHANGSHI SHENPAN

SILU YU CHIDU

·民事侵权纠纷案件审理思路与尺度·道路交通事故损害赔偿案件审理思路与尺度·离婚纠纷案件审理思路与尺度·继承纠纷案件审理思路与尺度·农村土地承包合同纠纷案件审理思路与尺度·宅基地使用权纠纷案件审理思路与尺度·买卖合同纠纷案件审理思路与尺度·借款合同纠纷案件审理思路与尺度·建设工程承包合同纠纷案件审理思路与尺度·房屋租赁合同纠纷案件审理思路与尺度·劳动合同纠纷案件审理思路与尺度·

人民法院出版社



常见民商事审判思路与尺度

主编 张传臣

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

常见民商事审判思路与尺度/张传臣主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 8
ISBN 978 - 7 - 80217 - 977 - 6

I. ①常… II. ①张… III. ①民事诉讼 - 审判 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 118. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 129941 号

常见民商事审判思路与尺度

主编 张传臣

责任编辑 胡玉莹
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550565 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 413 千字
印 张 24.5
版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 977 - 6
定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

裁量权的自由与规范

(代序)

按照法的创制与表达方式的不同，人们习惯于将各国法律区分为成文法与不成文法。我国属于成文法国家。一般来说，成文法具有学理性、逻辑性、普遍性、确定性、稳定性和易于掌握等方面的优点，但是，成文法与不成文法相比较，也有着自身所固有的缺陷，这就是它的滞后性、模糊性和僵硬性。在这种情形下，作为成文法的国家往往是通过法官自由裁量权的规定和运用，来弥补成文法的这些缺陷和不足。关于法官自由裁量权的规定，在我国的立法中并没有过多的体现，但在审判实践中的运用却是十分广泛的。

自由裁量权的有效行使弥补了成文法的不足，对于保障社会转型时期的法律秩序，起到了极为重要的作用。但是，我们必须清醒地认识到，法官手中的自由裁量权，其实是一把双刃剑，适用不当甚至滥用都会对我们国家的法治造成破坏性的影响。近年来，出现的“同案不同判”的问题，已经成为饱受社会诟病的司法现象。尽管造成“同案不同判”的原因很多，有些来自于法官对法律条文理解上的差异，有些来自于法官的价值标准、法律素养、实践经验上的差异，还有些来自于法官职业道德的缺失，甚至是违法、违纪的行为。但无论何种原因，这种现象的存在，都无法排除当事人对司法不公或司法腐败的合理怀疑。正是在这一背景下，对法官自由裁量权的适度规范，便成了司法机关改善自身形象、提高社会公信力必须要解决的课题。

对法官自由裁量权的规范，不仅可以相对统一司法裁判的标准，而且也会大大提高司法过程的效率。但目前的困难在于，由于

案件压力过大，大部分法官忙于办案，没有时间进行系统的学习研究，更不可能对案件裁判标准进行细致梳理。另一方面，受法官离职交流等诸多因素的影响，传统的老师带学生般的培训方式不断受到冲击，相当一部分新任法官需要花费大量时间和精力熟悉业务，不可能尽快进入工作状态，案件审判的效率也相对低下。针对这一客观现实，莱山区人民法院本着规范审判思路、统一裁判尺度的指导思想，就常见多发的民商事案件审理中所涉及的相关问题，组织该院一批专家型法官进行系统全面的总结。这是在规范自由裁量权、统一案件裁判标准方面，所迈出的可喜一步，相信司法审判中也必将产生良好的成效。

当然，必须强调的是，对案件裁判标准的适度规范，并不意味着法官自由裁判权的终结。正确把握法律意旨，适度进行价值衡量，仍然是法官司法裁判的基本准则。面对层出不穷的新类型案件和处于变动当中的法律规则，我们更应以积极的学习态度，准确把握司法政策导向，厘定个案裁判的具体标准，而这也正是司法之树常青的生命力所在。

是为序。

烟台市中级人民法院院长 刘卫群

2011年7月19日

《常见民商事审判思路与尺度》

编 委 会

主 编：张传臣

副主编：王 惠 王志强 刘 嘉 王 红

撰稿人：王志强 许春莲 孔 梁 朱淑杰

李小红 冀文佳 胡海宁 刘晓婷

张纯山 王樱诺 孙玮琳 宋城承

目 录

第一章 民事侵权纠纷案件审理思路与裁判尺度	(1)
第一节 侵权民事纠纷基本法律概念与原理	(1)
第二节 一般人身损害赔偿案件的审理	(21)
第三节 特殊侵权纠纷案件的审理	(31)
第四节 审理民事侵权纠纷案件常用法律规范	(83)
第二章 道路交通事故损害赔偿案件审理思路与裁判尺度	(84)
第一节 道路交通事故损害赔偿案件基本法律概念与原理	(84)
第二节 道路交通事故损害赔偿案件的立案审查	(87)
第三节 道路交通事故损害赔偿案件的审理	(88)
第四节 审理道路交通事故损害赔偿案件常用法律规范	(99)
第三章 离婚纠纷案件审理思路与裁判尺度	(100)
第一节 离婚纠纷案件基本法律概念与原理	(100)
第二节 离婚纠纷案件的立案审查	(107)
第三节 离婚纠纷案件的审理	(108)
第四节 审理离婚纠纷案件常用法律规范	(126)
第四章 继承纠纷案件审理思路与裁判尺度	(127)
第一节 继承纠纷案件基本法律概念与原理	(127)
第二节 继承纠纷案件的立案审查	(131)
第三节 继承纠纷案件的审理	(132)

第四节	审理继承纠纷案件常用法律规范	(162)
第五章	农村土地承包合同纠纷案件审理思路与裁判尺度	(163)
第一节	农村土地承包合同纠纷案件基本法律概念与原理	(163)
第二节	农村土地承包合同纠纷案件的立案审查	(176)
第三节	农村土地承包合同纠纷案件的审理	(179)
第四节	审理农村土地承包合同纠纷案件常用法律规范	(190)
第六章	宅基地使用权纠纷案件审理思路与裁判尺度	(192)
第一节	宅基地使用权纠纷案件基本法律概念与原理	(192)
第二节	宅基地使用权纠纷案件的立案审查	(195)
第三节	宅基地使用权纠纷案件的审理	(197)
第四节	审理宅基地纠纷案件常用法律规范	(205)
第七章	买卖合同纠纷案件审理思路与裁判尺度	(206)
第一节	买卖合同纠纷案件基本法律概念与原理	(206)
第二节	买卖合同纠纷案件的立案审查	(208)
第三节	买卖合同纠纷案件的审理	(209)
第四节	审理买卖合同纠纷案件常用法律规范	(236)
第八章	借款合同纠纷案件审理思路与裁判尺度	(237)
第一节	借款合同纠纷案件基本法律概念与原理	(237)
第二节	借款合同纠纷案件的立案审查	(240)
第三节	借款合同纠纷案件的审理	(242)
第四节	审理借款合同纠纷案件常用法律规范	(273)
第九章	建设工程承包合同纠纷案件审理思路与裁判尺度	(276)
第一节	建设工程承包合同纠纷案件基本法律概念与原理	(276)
第二节	建设工程承包合同纠纷案件的立案审查	(280)
第三节	建设工程承包合同纠纷案件的审理	(281)
第四节	审理建设工程承包合同纠纷案件常用法律规范	(300)

第十章 房屋租赁合同纠纷案件审理思路与裁判尺度	(301)
第一节 房屋租赁合同纠纷案件基本法律概念与原理	(301)
第二节 房屋租赁合同纠纷案件的立案审查	(303)
第三节 房屋租赁合同纠纷案件的审理	(304)
第四节 审理房屋租赁合同纠纷案件常用法律规范	(318)
第十一章 劳动合同纠纷案件审理思路与裁判尺度	(320)
第一节 劳动合同纠纷案件基本法律概念与原理	(320)
第二节 劳动合同纠纷案件的立案审查	(320)
第三节 劳动纠纷案件的审理	(327)
第四节 审理劳动合同纠纷案件常用法律规范	(344)
附录：民商事审判六步法	(347)
第一步 明确原告的诉讼主张	(347)
第二步 明确被告的抗辩主张	(351)
第三步 归纳案件的庭审调查重点	(354)
第四步 进行举证、质证和认证	(357)
第五步 认定案件事实	(360)
第六步 依法作出裁判	(368)
附：民事判决书	(374)
后记	(381)

第一章 民事侵权纠纷案件 审理思路与裁判尺度

第一节 侵权民事纠纷基本 法律概念与原理

一、民事权益的概念和种类

(一) 概念

民事权益包括民事权利和民事利益。

1. 民事权利

是指为了保护民事主体的某种利益而赋予的法律上的力，是利益与法律之力的结合。如所有权、生命权、专利权等。

2. 民事利益

是指虽然受到法律保护但未被确定为民事权利的利益。如商业秘密、纯粹经济利益。

(二) 《侵权责任法》保护的民事权益

《侵权责任法》保护的民事权益（采取具体列举和一般概括相结合）：

侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益的权利和利益。

（《侵权责任法》第2条）

二、侵权行为的概念和分类

(一) 概念

侵权行为，是指行为人由于过错，或者在法律特别规定情形下无过错，

违反法律规定的义务，以作为或不作为的加害方式，侵害他人人身权利和财产权利，依法应当承担损害赔偿等法律后果的行为。

（二）分类

1. 分类方式

从构成要件、归责原则、举证责任等综合因素来看，侵权行为可以分为一般侵权行为与特殊侵权行为两大类。

2. 侵权形态

从具体侵权形态来看，侵权行为可以分为单独侵权行为、共同侵权行为、共同危险行为及违反保护他人特定义务的侵权行为等。

三、侵权责任

（一）概念

侵权责任，是指行为人侵害了他人的民事权益而依法应当承担的强制性的法律后果。

（二）侵权责任与行政责任、刑事责任的关系

1. 侵权人因同一行为应当承担刑事责任或行政责任的，不影响依法承担侵权责任。

（《侵权责任法》第4条第1款）

侵权人的同一行为既符合刑事责任的构成要件或行政责任的构成要件，又符合侵权责任的构成要件时，侵权人应当同时承担刑事责任或行政责任与侵权责任，不能因为承担了一项责任而免除了另一项责任。

2. 因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权为人的财产不足以支付的，先承担侵权责任。

（《侵权责任法》第4条第2款）

当侵权行为人的同一行为同时要承担侵权责任和刑事责任，侵权责任和行政责任，或者同时承担刑事责任、行政责任和侵权责任，并且这些责任都是财产性质的责任时，责任人的财产不足以全额支付的，应当以其财产优先承担侵权赔偿责任，以填补受害人所遭受的损害。

四、《侵权责任法》与其他法律之间的关系

1. 其他法律对侵权责任另有特别规定的，依照其规定。

（《侵权责任法》第5条）

2. 其他法律是指全国人民代表大会及其常务委员会通过的法律，而不包括行政法规等其他法律规范。

五、侵权责任的责任构成和责任承担

（一）侵权责任的归责原则

侵权责任的归责原则是指在损害事实已经发生的情况下，确定侵权行为人对自己行为造成的损害是否承担责任的规则，即确定侵权民事责任归属（由何人承担及如何承担）的原则，是界定责任主体与责任承担的依据。归责原则在《侵权责任法》中居于核心地位，责任承担问题是《侵权责任法》要解决的主要问题。

侵权责任的归责原则分为过错责任原则和无过错责任原则。

1. 过错责任原则

（1）行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

（《侵权责任法》第6条第1款）

过错责任是指行为人承担责任以其是否有过错为依据，无过错则无责任。过错责任源于罗马法“无过错则无责任”原则。德国法学家耶林所言“使人负损害赔偿的，不是因为有过错，而是因为有过错”深刻揭示了过错归责的实质。

（2）法律特征：

①责任主体的特定性。过错责任主要适用于侵权行为人“为自己行为”之责任情形，一般不包括“自己监管下的人所实施的行为”和“自己管领物件时的不当行为”之责任情形。

②对于过错的举证责任，多由受害人承担。

③过错程度决定责任轻重和责任范围。侵权行为人所应负的责任与其过错程度相一致，过错越大则责任越重，过错越小则责任越轻。

（3）过错归责原则的特殊形式——过错推定原则。根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

（《侵权责任法》第6条第2款）

①过错推定，是指在侵权损害因果关系存在的基础上，根据法律规定或案件审理需要，推定加害人有过错，若加害人不能提出反证推翻对其过错的推定，则应承担侵权责任。

②过错推定责任原则的特殊之处就在于其证据法则，即举证责任倒置。过错推定原则的要旨在于保障受害人赔偿请求权的实现。

2. 无过错责任原则

(1) 概念。行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

(《侵权责任法》第7条)

无过错责任原则，是指在法律规定的特殊情况下，行为人无论有无过错，都要承担民事责任的归责原则。无过错责任原则的内涵不是说行为人没有过错而承担责任，而是不以行为人有过错作为责任承担的条件，无过错时应承担责任，有过错时更应承担责任。

无过错责任原则源于德国，首先适用于劳工伤害事故的赔偿责任。为维护权利人（弱势群体）的合法权益，保证正常的社会秩序。

(2) 法律特征：

①无过错责任原则的责任构成只须具备损害事实、加害行为和因果关系三要件即可。因果关系成为定责的主要条件。

②举证责任的分担：通常由受害方对责任构成的三要件负举证责任；加害方欲主张免责，则需证明致害原因在于受害方的故意，加害人仅证明自己无过错，而不能证明受害人故意的，不能免责。

③无过错责任原则只在法律特别规定情形下才可以适用。

过错责任原则作为《侵权责任法》的基本归责原则，通常适用于一般侵权行为，无过错责任原则适用于法律明确规定的特殊侵权行为。

(二) 侵权责任的构成要件

侵权民事责任的构成要件，是指行为人承担侵权责任所应具备的条件，即行为人在何种情况下才承担侵权民事责任。法学界通常认为侵权民事责任的构成包括损害事实、违法（加害）行为、违法行为与损害事实之间具有因果关系、行为人具有过错四个要件。

1. 损害事实（损害后果）

(1) 概念。损害事实，是指因侵权行为使自然人或法人及其他组织的财产或非财产性权利和利益减损或灭失的客观事实。

①损害事实的构成要素：A. 权利被侵害；B. 权利被侵害造成利益受损的客观事实。

②损害事实是民事赔偿法律关系的发生根据，无损害则无赔偿。

(2) 损害的分类：

①物质性损害，如人身伤害或财产损害。

②非物质性损害，如精神性人格权受损。

(3) 损害对象的范围界定：

①法定权利。

②权利以外之合法利益。

(4) 财产损失范围的界定：

①直接损失（实际损失），指侵权行为致受害人现有财产的直接减少或灭失。

②间接损失（可得利益损失），指侵权行为致受害人一定范围内预期可得财产利益的损失（如残疾者生活补助费）。该损失仅限于损害直接影响之范围，不能无限扩大。

2. 违法行为

(1) 概念。违法行为指自然人、法人或其他组织违反法定义务、违反法律所禁止而实施的作为或不作为。

(2) 构成要素：

①行为：包括积极的作为和消极的不作为。

②违法性。主要表现为三个方面：A. 违反法定义务；B. 违反保护他人之法律；C. 故意违背社会公德。

(3) 表现方式：

①作为：法律规定不应为而为之。

②不作为：违反特定法律义务（包括法律直接规定的义务；业务或职务的要求；行为人先行为引起的义务），应为之而不为。

(4) 具体形态：

①自己的行为。

②自己监管下的人所实施的行为。

③自己管领物件时的不当行为。

通常，①为一般侵权，适用过错归责原则；②、③为特殊侵权，适用过错推定或无过错归责原则。

3. 因果关系

(1) 概念。该因果关系特指违法行为与损害事实之间的关联性，即两者之间具有引起与被引起的客观联系，前者为因，后者为果。

(2) 关于因果关系的主要学理观点——相当因果关系说。台湾法学家史尚宽先生对此作如下概括：“以行为时存在而可为条件之通常情事或特别情事

中，于行为时吾人智识经验一般可得而知及为行为人所知情事为基础，而且其情事对于其结果为不可缺之条件，一般有发生同种结果之可能者，其条件与其结果为有相当因果关系。”简而言之，确定行为与结果之间有无因果关系，要依行为时一般社会经验和智力水平作判断标准，认为该行为有引起该损害的可能性（即行为是产生结果的适当条件），而实际上该行为又确实引起了该损害后果，则该行为与结果之间有因果关系。

相当因果关系说现已渐成为法学界的主流观点，在实际审判中，应充分借鉴该学说简便易行、客观性强的优点对案情进行综合判断，及时、合理、公正地保护当事人的合法权益，但也要注意防止出现扩大归责范围的倾向。

4. 过错

（1）概念。过错是指行为人通过违背法律和道德的行为表现出来的主观状态。

（2）过错的形式：

①故意，即行为人预见到自己行为的结果，仍然希望或放任结果的发生。

②过失，即行为人对自已注意义务的违反。过失的形式有二：一为疏忽，指行为人对自己行为的结果应预见或能够预见而未预见；二为懈怠，指行为人对自己行为的结果已经预见而轻信可以避免。

（3）过错的综合判断标准（主观过错与客观过错的辨析）。过错的本质属性为主观心理状态，但过错标准客观化却是民法理论与实务发展的必然要求，过错不是行为本身，但过错一定要从行为人的具体行为之中体现。关于过错的客观判断标准，大陆法系国家普遍采用罗马法的一般注意标准，即以一个谨慎、明智的抽象人作为比较对象，如果行为人违反规范性法律文件或社会公共准则所要求的注意义务而实施了一个善良公民所不会实施的致害行为，即构成了对一般注意义务的违反，其就具有过错。

（4）过失的具体评定标准及相关程度：

①违反普通人之注意义务——重大过失。

②违反应与处理与自己事务为同一注意义务——具体轻过失。

③违反善良管理人之注意义务——抽象轻过失。

（5）过错的特殊形式：

①共同过错。A. 共同过错的内容不仅包括加害人共同故意，还包括共同过失；B. 共同过错的表现方式包括共同侵权行为和共同危险行为；C. 共同过错侵权责任的承担：对外（各赔偿义务人与赔偿权利人之间）承担连带责任，

对内（各赔偿义务人之间）承担按份责任。

（《民法通则》第130条）

②混合过错（与有过失）。A. 损害的发生或扩大，不仅加害方有过错，受害方也有过错；B. 特指受害人一方受损害，加害人一方未受损害之情形；C. 混合过错的责任承担应当通过对双方过错程度的比较而确定，适用过失相抵的赔偿原则。

（《民法通则》第131条、《侵权责任法》第26条）

（6）过错要件并非一切侵权民事责任的必备要件，其仅适用于一般侵权行为和以过错推定作为归责原则的特殊侵权行为；法律规定适用无过错归责原则的特殊侵权行为，只要具备了其他三要件即构成侵权。

六、数人侵权责任类型

（一）共同侵权责任

二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

（《侵权责任法》第8条）

1. 构成要件

（1）加害主体的复数性：两人以上且均具有民事行为能力，如只有一人具有完全民事行为能力，其他人不具有完全民事行为能力，就不能成立共同侵权。

（2）加害行为的协作性：加害人之间存在相互利用、彼此支持的行为负担。

（3）主观意思的共同性：

①共同故意：指不仅每一行为人对其加害行为都存在个别认识上的故意，而且行为人相互之间还存在必要的共谋，即相互间具有共同的意思联络。如事先策划、分工等。

②共同过失：指数行为人对损害发生的可能性有共同的认识，但均有回避损害的自信。

（4）损害结果的同一性。

（5）加害行为的违法性与加害行为与损害后果之间的因果关系。

2. 共同侵权的责任承担方式

（1）对外效力：法律规定承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

（《侵权责任法》第13条）

连带债务之债权人，有权就一部或全部债务，向债务人中的一人、数人

或者全体请求给付。

(2) 对内效力：连带责任人根据各自责任大小确定相应的赔偿数额；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。支付超出自己赔偿数额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。

(《侵权责任法》第14条)

所谓“责任大小”是指各加害行为对损害结果的原因力大小及与有过失之轻重，审判实务上应据此确定各行为人应分担的损害赔偿义务之份额。

(3) 关于无过错责任能否成立共同侵权。无过错责任原则的内涵不是说行为人没有过错而承担责任，而是不以行为人有过错作为责任承担的条件，无过错时应承担责任，有过错时更应承担责任。因此无过错责任侵权只要具备了共同侵权的构成要件即构成共同侵权。

(二) 教唆、帮助行为侵权责任的规定

教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。

(《侵权责任法》第9条)

1. 教唆行为

(1) 概念。行为人利用语言对他人进行开导、说服或通过刺激、利诱、怂恿等行为，最终促使被教唆人接受教唆人的意图，进而实施某种侵害行为。教唆行为与被教唆人的侵权行为之间具有法律意义上的因果关系。

(2) 构成要件：

①教唆人实施了教唆行为。可以通过书面、口头或者其他形式进行；可以直接教唆或者通过他人间接教唆，可以一人教唆或多人共同教唆。

②被教唆人实施了侵权行为，且教唆行为与侵权行为之间具有因果关系。

③教唆人主观上具有教唆他人的意图，既包括直接故意，也包括间接故意。即教唆人明知或应知自己的行为会使被教唆人产生加害意图并实施加害行为而仍然进行教唆，并对加害行为的发生持希望或放任态度。教唆人的故意是针对加害行为的发生，而不必针对损害结果。

2. 帮助行为

(1) 概念。行为人通过提供工具、指示目标或以语言刺激等方式从物质或精神上帮助实施加害的行为。