



判例百选系列

民法判例百选

周江洪 陆青 章程 主编

■ 主编简介

周江洪

1976年9月生,浙江省磐安县人,法学博士。现为浙江大学社会科学研究院院长,光华法学院教授、博士生导师;中宣部文化名家暨“四个一批”人才、教育部长江学者奖励计划青年学者、国家“万人计划”青年拔尖人才、教育部新世纪优秀人才;教育部高等学校法学类专业教学指导委员会委员、中国法学会理事、中国民法学研究会常务理事、中国法学教育研究会理事。代表性论著有:《区分所有建筑物的灾后重建》《侵权赔偿与社会保险并行给付的困境与出路》《风险负担规则与合同解除》《作为民法学方法的案例研究进路》《买卖不破租赁规则的法律效果》《委托合同任意解除损害赔偿》《服务合同研究》《合同法案例研习》等。

陆青

1981年9月生,浙江省绍兴市人,法学博士。现为浙江大学光华法学院副教授、硕士生导师;浙江大学立法研究院院长助理、浙江大学房地产研究中心副主任、浙江省案例法研究会副会长、浙江省民法学研究会秘书长、浙江省之江青年社科学者。代表性论著有:《合同解除效果的意思自治研究:以意大利法为背景的考察》、《债是法锁:债法要义》(译著)、《离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究》、《以房抵债协议的法理基础》等。

章程

1985年10月生,江苏省武进县人,法学博士。现为浙江大学光华法学院讲师,浙江大学民商法研究所副所长;中日民商法研究会副秘书长,最高人民法院行政审判庭行政审判案例研究基地秘书长。代表性论著有:《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件》《论我国留置权的规范适用与体系整合》等。

■ 序 言

本书收集近百位学者所撰写的 100 篇案例评释,是中国法学研究的创举,在比较法上罕见其例,具有重大深远的里程碑式意义。评释的案例涵盖 1986 年《民法通则》施行以来累积的重要指导性的裁判及若干民事第一例,体现社会变迁、法之实践以及司法的任务和贡献。本书对案例评释采取统一的格式,包括事实概要、判决要旨、评析(相关规范、本判决的思路和意义、相关学理、司法实践状况、本案遗留的问题)及参考文献,可以作为案例研究的典范模式。

中国民法及民法学的发展相伴同行,可以分为三个阶段。第一个阶段是改革开放,倡导民法理念,形成私法体系以及制定具有历史性意义的《民法通则》(1978 年~1986 年)。第二个阶段的重点在于建构中国民法学,开展法律教育,陆续完成《合同法》、《物权法》和《侵权责任法》等民事立法,集大成于 2020 年制定的中国第一部《民法典》。本书近百位学者所代表的世代,承担着承前启后第三阶段的使命。这个使命在于更进一步强化法律教学,深化法学研究,尤其是结合理论与实务,实践民法的理念,促进具有中国特色社会主义社会的发展,保障人民的合法权益。本书的出版展现一致的信念、明确的目标及共同的努力,建设一个以人为本的法治社会。

判决评释或案例研究系以法学方法解析判决,结合判例与学说,建构法释义学。法学方法论旨在提供一定的规则,用于引导法之适用的过程,检视其论证内容。法之适用始于具体案例的法律问题,以此为出发点,寻找得适用的规范(尤其是请求权基础),分析其构成要件,就其法律概念加以定义,涵摄于经认定的案例事实,加以论证,而获取一定的结论。

法之适用在方法论上通常分为法律解释(概括条款的具体化)及法之续造。法律解释的课题包括解释目的、解释方法及法律解释客观性。《民法典》第 10 条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”问题在于无法律或习惯时,如何处理?此涉及法律漏洞及漏洞填补(类推适用及目的性限缩)。制定 2020 年《民法典》时曾经讨论这个问题,但未采纳《瑞士民法》第 1 条的规定,以法理作为法源,授权法院从事法之续造。此将为民法发展的重要课题,以法学方法检视法律解释,从事法之续造,系案例研究的任务。提升法学方法论的认知及意识,有助于达成判例研究的任务。法之适用及判决评释与法释义学(法教义学)具有密切的关系,一

方面,运用法释义学从事案例研究;他方面,以案例研究建构法释义学。法释义学系对现行法律(包括判例学说)进行阐释,从事法体系的建构,并提出解决实务上争议问题的建议。法释义学具有如下的功能:第一,建构法体系功能。整合判例学说,有系统地整理分析现行法的概念体系,了解法律内部的价值理念,在整体上把握其于具体案件规范适用的关联,以利法之适用。第二,稳定功能。为司法实践及法院裁判提出可适用的法律见解,以期能长期影响同一类型判决,形成普遍实践原则,以强化法院裁判的可预见性及法律安定性。第三,减轻论证负担功能。为特定法律问题,提供可供检验并具说服力的解决方法,得以减轻法学研究及法之适用上论证的负担,不必凡事都要重新讨论。因此,法院适用法律,要变更法释义学上具有一定共识的法律见解,应提出更好的理由,承担论证责任。第四,修正与更新功能。法释义学所提出关于法律解释及法之续造的原则,具有调节各个制度发展的作用,但不应拘泥于向来之见解。为适应社会变迁,应为深刻的批评创造条件,发现矛盾,解决冲突,探寻符合体系的新的解决方法途径,而能有所革新进步。

值得再予强调的是,判例研究不仅在于方法论上检视法之适用、实现个案正义,并在发现法律原则,尤其是整合判例与学说,建构法释义学,体现法学的任务。所应努力的是,排除表面的论述,公开隐蔽的价值理念,不能满足于当前法律政策和法律实践的需求,必须对学说见解与司法实践进行必要的批评和修正,积极参与法规范的形成与开展。从事判例研究是每一个法学者的权利、责任与义务。

本书 100 个案例凸显中国民法 30 年来实务上法律解释及法之续造的重要问题。有为中国特色(尤其是物权法),如合法建造房屋所有权归属(033)、集体土地征收中土地承包经营权主体的确定(039)、宅基地所有权继承问题(040);有为比较法上共同的问题,如违反强制性规范合同效力的认定(021)、无权代理人的赔偿责任(022)、预约认定及违约责任(054)等。值得提出的是,若干案例涉及民法的核心问题,如公序良俗与法律行为效力(002)、宪法权利的民法效力(003)、情事变更与不可抗力的关系(062)、继续性合同的适用规则(063)、不当得利的类型化(087)、受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻(088)、纯粹经济上损失的侵权行为保护(093)等。每一个法律问题均具重要性,每一件案例评释均具参考价值,有助于民法案例法的形成及民法的进步。以下拟就案例 001——诚信原则在违约无效合同中的适用,试做简要的说明:

在案例 001 中,合同因违反法律规定无效,当事人一方以合同无效为理由,拒绝履行债务,是否违反诚实信用原则而不得为此主张,进而发生诚信原则能否修正制定法规则或修正制定法规则适用不当结果的争议。学说上有肯定、否定及折中的观点。最高人民法院采肯定见解。本件评释赞成法院见解,补充其论证的内容,提出判断的基准。判决评释有对法院见解提出质疑,提供不同的思考方法;有更深入阐释法院判决适用的问题,

有就个案判决建立一般法律原则,有整合相关判决创设理论体系。本件判决评释的重点在于明确争点问题,加强判决的理由构成及论证内容,此亦为判例研究的任务,具有重要价值,应予肯定。

诚信原则在违约无效合同中的适用问题,似不在于以诚信原则修正制定规则,或修正制定法规则本身适用不当结果。合同违反法律规定无效,其无效系自始无效、当然无效、绝对无效,法院应依职权加以审究。真正的问题在于当事人主张合同无效而拒绝履行,是否构成违反诚信原则的不当权利的行使。最高人民法院基本上采肯定见解,提出两点理由:第一,合同无效制度设立的重要目的在于防止因为无效的合同履行给国家、社会以及第三人带来损失,维护社会的法治秩序和公德。第二,本案中,华诚房地产公司作为违法行为人恶意主动请求确认合同无效,如支持其请求,意味着体现双方真实意愿的合同约定不仅对其没有约束力,甚至可能使其获得不正当的利益,这将违背合同无效制度设立的宗旨,也将纵容违法行为人从事违法行为,使合同无效制度沦为违法行为人追求不正当甚至非法利益的手段。这两点理由实值赞同,问题在于能否建立较明确的判断基准。

本件判决评释肯定法院判决,并从更高的法理层次加以论述,认为法律规则的一般性,决定了其仅能保障通常、多数情况下的正义;但一定会有某些特殊、少数情形,规则适用将产生不正义的后果,导致法律走向正义的反面。此即成文法的“不合目的性”。然而,法律不允许少数人成为制度的“牺牲品”,在规则适用产生严重不正义结果时,客观上需要一个纠正机制。诚信原则提供了这样一个纠正的工具。拉德布鲁赫公式指出,当制定法与正义的矛盾达到“不能容忍”的程度时,制定法须屈服于正义。因此,真正的问题不在于表征正义的原则能否修正规则,而在于如何尽到证明规则与正义的矛盾已经达到“不能容忍”的程度的论证。此项见解甚为深刻。需说明的是,引述拉德布鲁赫公式,或无必要。之所以提出“不能容忍”程度的论证义务,旨在强调诚实信用原则的适用应该审慎,借以维护无效规则(制度),避免逃避或遁入概括条款,影响法律适用的安定性及预见性,此项见解诚值赞同。

需说明的是,诚信原则系属概括条款,必须具体化,借助案例比较建构次原则。权利不当行使系诚信原则的次原则,应就各种类型(如权利失效、矛盾行为、权利滥用等)明确其构成要件及法律效果。构成要件的建立应基于利益衡量,考量合同的性质、当事人的归责性及公共利益而于具体案件加以适用论证,此为本案例的核心问题。法律争议问题并非均有唯一明确的答案,案例研究在于发现或认识真正的法律问题的争点,这是一种彼此协力、共同思考、相互启发、达成共识的论证过程。

法律的生命在于实践,体现于法院判决。法院判决是法律人的“粮食”,研读案件、理解案件是法律人思维的基本素养及能力。本书的出版是件盛事,应对参与其事的学者及

相关人士表示敬意,期待能够继续出版此类文集,对法律教育、法学研究及实务发展做出更大的贡献。

本书可作为大学案例研究的教材。硕博士论文应以法院重要案例作为研究课题。学说的任务在于整合判例学说、建立理论体系。法学杂志应增加刊登案例研究论文。法学界应提高对案例研究在学术上的评价。律师研读案例评释,应用于诉讼,直接有助于实务开展。

最值得强调的是,案例研究是为法院而服务。要认真对待权利,也要认真对待实践权利的法院判决及案例研究。法院应重视判决评释的见解及论证,自我检视、自我反省,而能有所改变、完善或创新,促进法律的进步。实务与理论系属共同体,有理论而无实务,犹如空谈;有实务而无理论,难免盲目飞行。案例研究系理论与实务、判例与学说的共同协力,沟通交流,增进法之适用的共识,更进一步提升裁判品质及人民对司法的信赖,贯彻同案同判的平等保护原则与正义的理念。

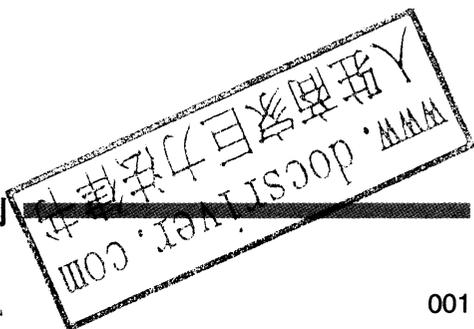
A large, expressive handwritten signature in black ink, reading '王泽鉴' (Wang Zhan).

台湾大学名誉教授 王泽鉴

2020年10月1日

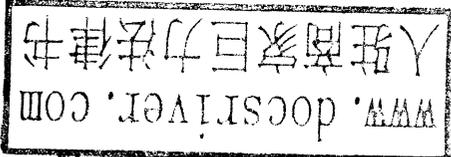
目 录

总 则



- 001 诚信原则在违法无效合同中的适用/于 飞 001
新疆华诚安居房地产开发有限公司、中国铁建大桥工程局集团有限公司建设工程施工合同纠纷案 | 最高人民法院(2019)最高法民终字 347 号民事判决书
- 002 公序良俗原则与法律行为的效力/叶增胜 007
张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案(泸州遗赠案) | 四川省泸州市(2001)纳溪民初字第 561 号民事判决书
- 003 宪法权利的民法效力/王冠玺 012
齐玉苓诉陈晓琪等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纠纷案 | 山东省高级人民法院(1999)鲁民终字第 258 号民事判决书
- 004 习惯作为法源的适用/汪 洋 017
石坊昌诉石忠雪顶盆过继案 | 青岛市李沧区人民法院(2005)李民初字第 3460 号民事判决书; 青岛市中级人民法院(2006)青民一终字 206 号民事判决书
- 005 异质人工授精所生子女的法律地位及胎儿继承权保护/张玉东 022
李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案 | 最高人民法院第 50 号指导性案例
- 006 限制民事行为能力人实施代理行为的默示追认/彭诚信 027
吕应福、彭兴平买卖合同纠纷二审民事判决书 | 浙江省湖州市中级人民法院(2018)浙 05 民终 1363 号民事判决书
- 007 监护资格的撤销/刘征峰 032
陈庆佩与陈庆宏申请撤销监护人资格案 | 上海市杨浦区人民法院(2019)沪 0110 民特 88 号民事判决书
- 008 越权代表的效力认定/吕成龙 037
招商银行股份有限公司大连东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2015 年第 2 期
- 009 有限公司清算义务人的界定/马俊彦 042
上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案 | 最高人民法院第 9 号指导性案例

- 010 **关联公司间法人格否认制度的适用/韩 强** 047
徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案 | 最高人民法院第15号指导性案例
- 011 **隐名股东与名义股东债权人执行异议之诉的裁判规则/张桂龙** 052
黄德鸣、李开俊与皮涛、广元市蜀川矿业有限责任公司案外人执行异议之诉案 | 最高人民法院(2019)最高法民再45号民事判决书
- 012 **非营利法人举办者、出资人的法律权利/金锦萍** 057
李稳博诉上海虹口区艺术合子美术进修学校合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2016年第9期
- 013 **冷冻胚胎的法律属性及法律归属/梁 琳** 062
沈新南、邵玉妹诉刘金法、胡杏仙监管、处置权纠纷案 | (2014)锡民终字第01235号民事判决书
- 014 **公司依瑕疵决议所为增资行为之效力认定/周 淳** 067
绵阳市红日实业有限公司、蒋洋诉绵阳高新区科创实业有限公司股东会决议效力及公司增资纠纷案 | 《最高人民法院公报》2011年第3期
- 015 **沉默只有在例外情形才可被视为意思表示/纪海龙** 072
沈阳国际汽车城开发有限公司与抚顺中通建设(集团)有限公司建设工程施工合同纠纷案 | 最高人民法院(2018)最高法民申549号民事裁定书
- 016 **跟单信用证交易中开证行关于提单权利的合同解释/朱晓喆** 076
中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行诉广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案 | 最高人民法院第111号指导性案例
- 017 **恶意串通、通谋虚伪与债权人撤销权/茅少伟** 081
瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案 | 最高人民法院第33号指导性案例
- 018 **网络购物合同的成立与标价错误/王天凡** 086
北京世纪卓越信息技术有限公司与李尚辉买卖合同纠纷上诉案 | 北京市第三中级人民法院(2017)京03民终1140号民事判决书
- 019 **“过失欺诈”的可能/刘 勇** 091
刘向前诉安邦财产保险公司保险合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2013年第8期
- 020 **违反强制性规范合同的效力认定/钟瑞栋** 096
四川金核矿业有限公司与新疆临钢资源投资股份有限公司特殊区域合作勘查合同纠纷案 | 最高人民法院(2015)民二终字第167号民事判决书

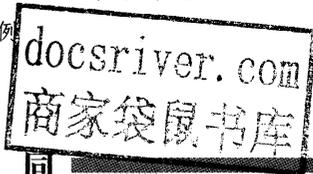
- 021 **非法吸收公众存款罪所涉合同的效力认定/税 兵** 101
 吴国军诉陈晓富、王克祥、德清县中建房地产开发有限公司民间借贷纠纷案 | 《最高人民法院公报》2011 年第 11 期
- 022 **无权代理人的赔偿责任/张家勇** 106
 刘昕、彭某良房屋买卖合同纠纷案 | 广东省佛山市中级人民法院(2018)粤 06 民终 3076 号民事判决书
- 023 **表见代理构成中的被代理人可归责性/朱 虎** 111
 山东宝华耐磨钢有限公司、方大特钢科技股份有限公司买卖合同纠纷案 | 最高人民法院(2018)最高法民终 122 号民事判决书
- 024 **违法代理与本人的责任/王 浩** 116
 郑州市财务开发公司、中国长城资产管理公司郑州办事处与郑州市财政局、郑州市人民政府、中国工商银行河南省分行营业部债券认购款返还纠纷上诉案 | 最高人民法院(2006)民二终字第 85 号民事判决书
- 025 **禁止“跳单”条款的效力和“跳单”违约的裁判标准/戴孟勇** 121
 上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案 | 最高人民法院第 1 号指导性案例
- 026 **定期履行租金债权诉讼时效期间的起算规则/周江洪** 126
 大连市物资回收总公司、大连市国土资源和房屋局土地租赁合同纠纷案 | 最高人民法院(2018)最高法民申 3959 号民事裁定书
- 
-
- 物 权**
- 027 **物权法定原则的缓释机制/熊丙万** 131
 江西欧亚集团有限公司、上海浦东发展银行股份有限公司南昌分行金融借款合同纠纷案 | 最高人民法院(2018)最高法民终 496 号民事判决书
- 028 **不动产登记的静态效力/朱晶晶** 136
 丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2012 年第 11 期
- 029 **预购商品房抵押预告登记的法律效力/常鹏翱** 141
 中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2014 年第 9 期
- 030 **特殊动产(船舶)物权的变动方式与效力机制/聂卫锋** 146
 王卫东等诉王树建船舶权属纠纷案 | 最高人民法院(2017)最高法民申 3692 号民事裁定书

- 031 **基于默示占有改定的动产所有权移转/庄加园** 151
 青岛源宏祥纺织有限公司诉港润(聊城)印染有限公司取回权确认纠纷案 | 《最高人民法院公报》2012 年第 4 期
- 032 **以物抵债协议及以物抵债裁定对物权变动之影响/吴一鸣** 156
 中国银行济南分行与汇统房地产有限公司等欠款纠纷执行案 | 最高人民法院(2016)最高法执监 85 号民事裁定书
- 033 **合法建造房屋的所有权归属/章 程** 161
 陕西崇立实业发展有限公司与中国信达资产管理股份有限公司陕西省分公司、西安佳佳房地产综合开发有限责任公司案外人执行异议之诉案 | 最高人民法院(2016)最高法民终 763 号民事判决书
- 034 **金钱价值返还请求权/孙 鹏** 166
 河南省金博土地开发有限公司与刘玉荣及第三人河南元恒建设集团有限公司案外人执行异议之诉案 | 最高人民法院(2017)最高法民申 322 号民事裁定书
- 035 **乌木的所有权归属/金可可** 171
 吴高亮、吴高惠诉四川省彭州市通济镇人民政府“乌木”行政纠纷上诉案
- 036 **网络虚拟财产的返还财产请求权/李国强** 176
 韩某诉李某某返还原物纠纷案 | 河北省石家庄市中级人民法院(2018)冀 01 民终 13196 号民事判决书
- 037 **区分所有建筑物楼顶空间及其架空层的所有权归属/陈华彬** 181
 曾李嵘等 15 人与东兴房地产开发有限公司、东淮房地产开发有限公司财产损害纠纷案 | 福建省泉州市中级人民法院(2006)泉民终字第 342 号民事判决书
- 038 **善意取得中的受让人登记/娄爱华** 186
 杨家辉诉叶娟云返还原物案 | 福建省福州市中级人民法院(2013)榕民终字第 833 号民事判决书
- 039 **集体土地征收中土地承包经营权主体的确定/耿 卓** 191
 陈清棕诉亭洋村一组、亭洋村村委会征地补偿款分配纠纷 | 《最高人民法院公报》2005 年第 10 期
- 040 **宅基地使用权继承问题/高 飞** 196
 陈某 1 与陈某 2 继承纠纷上诉案 | 浙江省宁波市中级人民法院(2016)浙 02 民终 3633 号民事判决书
- 041 **混合担保中担保人之间的追偿权及其范围/叶名怡** 201
 顾正康等诉湖北汇城置业有限公司追偿权纠纷再审案 | 最高人民法院(2017)最高法民再 137 号民事判决书

- 042 **混合共同担保求偿权/耿 林** 206
黑龙江北大荒投资担保股份有限公司与黑龙江省建三江农垦七星粮油工贸有限责任公司、黑龙江省建三江农垦宏达粮油工贸有限公司等担保合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2018 年第 1 期
- 043 **以个人资产作抵押为债权提供担保属于保证/董学立** 211
张玉彪与江苏省无锡欧翔动力机车贸易有限公司抵押权纠纷上诉案 | 江苏省无锡市中级人民法院(2012)锡商终字第 0169 号民事判决书
- 044 **未登记抵押合同的效力/冉克平** 216
新疆石河子农村合作银行与刘峻瑞、步春华借款合同纠纷案 | 最高人民法院(2015)民申字第 2354 号民事裁定书
- 045 **在建工程抵押与房地一体原则的适用/刘 颖** 221
山东省国际信托股份有限公司与田佳灵执行异议之诉纠纷案 | 湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂 05 民终 776 号民事判决书
- 046 **主债权诉讼时效期间届满抵押权是否消灭/程 啸** 226
王军诉李睿抵押合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2017 年第 7 期
- 047 **最高额担保中“最高额”含义的确定/黄 忠** 231
珠海农村商业银行股份有限公司、冯潇金融借款合同纠纷案 | 广东省珠海市中级人民法院(2017)粤 04 民终 1261 号民事判决书
- 048 **流质条款的效力/陈永强** 236
唐虎威与陈小建、魏子杨和费俊玮质押合同纠纷案 | 北京市第二中级人民法院(2019)02 京 6873 号民事判决书
- 049 **特许经营项目收益权质押的效力认定/高圣平** 241
福建海峡银行股份有限公司福州五一支行与长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司借款合同纠纷案 | 最高人民法院第 53 号指导性案例
- 050 **保证金账户质押的设立要件/高圣平** 246
中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司执行异议之诉纠纷案 | 最高人民法院第 54 号指导性案例

合 同

- 051 **身份关系协议的法律适用/王 雷** 251
李某某诉王某某离婚后财产纠纷案 | 北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第 09734 号民事判决书



- 052 **混合合同的法律适用规则/许中缘** 256
宏大中源太阳能股份有限公司与湖南红太阳光电科技有限公司买卖合同纠纷再审案
| 最高人民法院(2019)最高法民申4300号
- 053 **合同联立的认定及其法律适用/陆 青** 261
车定兄弟矿业有限责任公司、云南德胜钢铁有限公司民间借贷纠纷案 | 最高人民法院
(2018)最高法民申862号民事裁定书
- 054 **预约的认定及违约责任/李 俊** 266
成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有
限公司房屋买卖合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2015年第1期
- 055 **悬赏广告的解释规则/施鸿鹏** 271
鲁瑞庚诉东港市公安局悬赏广告纠纷案 | 《最高人民法院公报》2003年第1期
- 056 **恶意磋商的认定/尚连杰** 276
陕西咸阳星云机械有限公司与彩虹集团电子股份有限公司缔约过失责任纠纷上诉案
| 最高人民法院(2008)民二终字第8号民事判决书
- 057 **消费者保护法上的告知义务和欺诈认定/陆 青** 281
张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案 | 最高人民法院第17号指导
性案例
- 058 **报批义务违反之损害赔偿规则/汤文平** 286
深圳市标榜投资发展有限公司与鞍山市财政局股权转让纠纷案 | 《最高人民法院公
报》2017年第12期
- 059 **约定不明的多数人债务的推定规则/齐 云** 291
王勇与艾国保、霍建明买卖合同纠纷案 | 内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院
(2014)呼民终字第436号民事判决书
- 060 **利他合同/薛 军** 296
黄以霞等诉王明然等买卖合同案 | 江苏省宿迁市中级人民法院(2005)宿中民二终字
第0187号民事判决书
- 061 **第三人违约是否引发丧失商业信誉之不安抗辩/贺 剑** 301
俞财新与福建华辰房地产有限公司、魏传瑞商品房买卖(预约)合同纠纷案 | 《最高人
民法院公报》2011年第8期
- 062 **情势变更与不可抗力的关系问题/侯国跃** 306
成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小
组办公室采矿权纠纷案 | 《最高人民法院公报》2010年第4期

- 063 **继续性合同的适用规则/许中缘** 311
孙金辉与济南万怡物业服务有限公司物业服务合同纠纷案 | 济南市中级人民法院(2018)鲁01民终3323号民事判决书
- 064 **债务人进入破产程序后的代位权行使/石一峰** 316
中国长城资产管理公司长沙办事处与成功控股集团有限公司、酒鬼酒股份有限公司、湖南湘泉集团有限公司代位权纠纷上诉案 | 最高人民法院(2006)民二终字第218号民事裁定书
- 065 **债权人对故意有偿行为的撤销/王洪亮** 321
国家开发银行与沈阳高压开关有限责任公司、新东北电气(沈阳)高压开关有限公司、新东北电气(沈阳)高压隔离开关有限公司、沈阳北富机械制造有限公司等借款合同、撤销权纠纷案 | 最高人民法院(2008)民二终字第23号民事判决书
- 066 **债权让与通知对债务人的效力/冯洁语** 326
遵义渝禾商贸有限责任公司诉中信银行股份有限公司贵阳分行公司、简传刚、杨小平保理业务合同纠纷案 | 最高人民法院(2016)最高法民申7号民事裁定书
- 067 **转让抵押权不以办理转移登记为必要/吕双全** 331
黄健民与黄稼云担保物权纠纷案 | 陕西省宝鸡市渭滨区人民法院(2017)陕0302民特1号民事裁定书
- 068 **以物抵债(替代清偿)的规则建构/肖俊** 336
通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2017年第9期
- 069 **非金钱合同债务履行费用“过高”与违约方解除/谢鸿飞** 341
新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2006年第6期
- 070 **合同解除权与解除异议/张双根** 346
四川省聚丰房地产开发有限责任公司与达州广播电视大学合资、合作开发房地产合同纠纷案 | 最高人民法院(2013)民一终字第18号民事判决书
- 071 **瑕疵补正请求权:修理与更换/夏静宜** 351
任才生诉宜兴市广海元汽车销售公司因汽车质量问题要求更换纠纷案 | 江苏省宜兴市人民法院(2011)宜民初字第2540号民事判决书
- 072 **隐藏在银行卡盗刷纠纷背后的法理/解巨** 356
宋鹏诉中国工商银行股份有限公司南京新门口支行借记卡纠纷案 | 《最高人民法院公报》2017年第12期
- 073 **预期违约情形“以自己的行为表明不履行合同义务”的认定/陈韵希** 361
开封东京空分集团有限公司、白银有色集团股份有限公司买卖合同纠纷案 | 最高人民法院(2018)最高法民终377号民事判决书

- 074 **违反竞业禁止、保密义务与违约金酌减/姚明斌** 366
马海力、王巍与楼世良、楼利波、庄子粲股权转让纠纷案 | 浙江省宁波市中级人民法院(2009)浙甬商终字第948号民事判决书
- 075 **债权人违反协力义务的法律效果/刘 洋** 370
孙宝静诉上海一定得美容有限公司服务合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2014年第11期
- 076 **减损义务与替代交易/程 坦** 375
青海省大柴旦大华化工有限公司与江苏绿陵润发化工有限公司买卖合同纠纷案 | 最高人民法院(2009)民二终字第91号民事判决书
- 077 **检验期间、通知期间与质量保证期的关系/金 晶** 380
北京天超仓储超市有限责任公司与首佳提供照明方案(北京)有限责任公司买卖合同纠纷案 | 北京市第三中级人民法院(2016)京03民终12203号民事判决书
- 078 **借名购房中的多重法律关系/陈信勇** 385
陆某某、徐某与宋某某、章某某所有权确认纠纷案 | 浙江省海宁市人民法院(2011)嘉海民初字第3806号民事判决书
- 079 **分期付款买卖合同解除规则对股权转让的参照适用/孙新宽** 390
汤长龙诉周士海股权转让纠纷案 | 最高人民法院第67号指导性案例
- 080 **股东与公司间股权回购协议的裁判路径/刘 燕** 395
江苏华工创业投资有限公司与扬州锻压机床股份有限公司、潘云虎等请求公司收购股份纠纷案 | 江苏省高级人民法院(2019)苏民再62号民事判决书
- 081 **独立担保索付欺诈的认定/李世刚** 400
安徽省外经建设(集团)有限公司诉东方置业房地产有限公司保函欺诈纠纷案 | 最高人民法院第109号指导性案例
- 082 **基础合同真实性与保理人权利的实现/高 放** 405
中央储备粮长春直属库有限公司与前郭县阳光村镇银行股份有限公司、松原市隆瑞祥贸易有限公司合同纠纷 | 吉林省高级人民法院(2018)吉民再112号民事判决书
- 083 **定作人任意解除权的行使与赔偿范围之认定/宁红丽** 410
北京东方宏业家具有限公司诉鄂尔多斯市福泰房地产开发有限责任公司定作合同纠纷案 | 北京市第二中级人民法院(2016)京02民终10573号民事判决书
- 084 **借用资质承揽建设工程的法律责任/黄 喆** 415
莫志华、深圳市东深工程有限公司与东莞市长富广场房地产开发有限公司建设工程合同纠纷案 | 《最高人民法院公报》2013年第11期

- 085 **货运代理转委托行为的效力规则/方新军** 420
宁波维度纺织品有限公司与建峰(上海)国际货运代理有限公司、建峰(上海)国际货运代理有限公司宁波分公司海上、通海水域货物运输合同纠纷 | 浙江省高级人民法院(2011)浙海终字第102号民事判决书
- 086 **合伙关系的认定/严 城** 425
刘永林、内蒙古金泽煤业有限责任公司与吕文斌、大连金泽矿业有限公司合伙协议纠纷案 | 最高人民法院(2013)民提字第69号民事判决书
- 087 **不当得利当事人确定和善意得利人返还范围规则/赵文杰** 430
刘忠友与南昌市市政建设有限公司、江西省福振路桥建筑工程有限公司建设工程合同纠纷案 | 最高人民法院(2017)最高法民再287号民事判决书

侵 权

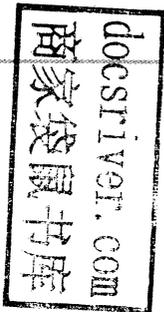
- 088 **受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻/程 啸** 435
荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案 | 最高人民法院第24号指导案例
- 089 **数人侵权责任规则的检索顺序及共同过失的认定/曹险峰** 440
杨丐俊与中国工商银行股份有限公司澧县支行、兴业银行股份有限公司长沙分行等财产损害赔偿纠纷案 | 最高人民法院(2014)民提字第159号民事判决书
- 090 **擅自转让旅游业务与连带责任/孙维飞** 445
焦建军与江苏省中山国际旅行社有限公司、第三人中国康辉南京国际旅行社有限责任公司旅游侵权纠纷案 | 《最高人民法院公报》2012年第11期
- 091 **刑事受害人的民事赔偿范围/石冠彬** 449
尹瑞军诉颜礼奎健康权、身体权纠纷案 | 《最高人民法院公报》2019年第3期
- 092 **按因侵权所获利益认定赔偿额的方法/王 好** 454
无锡国威陶瓷电器有限公司、蒋国屏与常熟市林芝电热器件有限公司、苏宁易购集团股份有限公司侵害实用新型专利权纠纷案 | 《最高人民法院公报》2019年第3期
- 093 **纯粹经济损失的侵权责任法保护/李 昊** 459
黔江区永安建筑有限责任公司诉黔江区民族医院、黔江区供电有限责任公司财产损害赔偿纠纷案 | 重庆市第四中级人民法院(2006)渝四中法民一终字第9号民事判决书
- 094 **适用公平责任规则是否存在法律因果关系为要件/王文胜** 464
田九菊诉杨帆生命权纠纷案 | 河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终14848号民事判决书

095	经营者未尽产品特殊危险的充分警示义务与被侵权人过错的责任分担规则 /王 竹	469
	张玉梅诉南京港华燃气有限公司产品生产者责任纠纷案 《最高人民法院公报》2019 年第9期	
096	惩罚性赔偿的适用规则 /税 兵	474
	孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案 最高人民法院第23号指导 性案例	
097	违反医疗知情同意规则的法律责任 /梁神宝	479
	陈某诉中国人民武装警察部队上海总队医院案 上海市第一中级人民法院(2000)沪 一中民终字第900号民事判决书	
098	延误治疗与侵权责任 /林涸民	484
	颜荷莲、程玉环诉周宜霞、吉林天药科技有限责任公司等侵权责任纠纷案 《最高人民 法院公报》2019年第1期(总第267期)	
099	环境污染侵权中的因果关系证明 /巩 固	489
	浙江省平湖师范农场特种养殖场诉嘉兴市步云染化厂等五企业水污染损害赔偿纠纷 案 最高人民法院(2006)民二提字第5号民事判决书	
100	动物侵权责任 /季若望	494
	欧丽珍诉高燕饲养动物损害责任纠纷案 《最高人民法院公报》2019年第10期(总第 276期)	
	法律共同体的三重要约(代后记)	499

001

诚信原则在违法无效合同中的适用

新疆华诚安居房地产开发有限公司、中国铁建大桥工程局集团有限公司建设工程施工合同纠纷案 | 最高人民法院(2019)最高法民终字 347 号民事判决书



于 飞 中国政法大学民商经济法学院

■ 事实概要

2011年7月11日,新疆华诚安居房地产公司(以下简称华诚公司)与中铁十三局集团有限公司(后改称“中国铁建大桥工程局集团有限公司”,以下简称中铁公司)签订《建筑施工合作框架协议书》,约定了建筑施工内容、项目建筑施工总概算及履约保证金等内容。2012年5月8日,中铁公司通过招投标取得该工程,并于5月9日签订《建设工程施工合同》。2017年,因华诚公司拖欠部分工程款,中铁公司诉至新疆维吾尔自治区高级人民法院,请求解除《建设工程施工合同》,支付尚欠的工程款及逾期利息,并返还履约保证金及逾期利息。一审法院作出(2017)新民初26号民事判决,支持了原告请求。

被告华诚公司上诉至最高人民法院,主张《建设工程施工合同》无效。理由是招投标程序前,双方已就其以后应当通过招投标程序来确定的施工内容、范围、概算、工期、承包方式、履约保证金及其退付、配合使中铁公司中标等实质性内容进行谈判,签订了《建筑施工合作框架协议书》,并支付了1000万元的履约保证金。双方的行为违反了《招标投标法》第43、53、55条以及最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》[法释(2004)14号](以下简称《建设工程施工合同司法解释一》)第1条的规定,涉案工程中标无效,以此签订的《建设工程施工合同》亦无效。因合同无效的处理方式与合同有效的处理方式截然不同,故请求改判或发回重审。

■ 判决要旨

驳回上诉,维持原判。

判决书指出,合同约定应当严守,诚信观念应当强化。华诚公司作为涉案建设工程的招标人、甲方,主导签订了涉案《建设工程施工合同》,在合同相对方中铁公司按约履行合同而其并未按约支付工程款,一审判决华诚公司承担相应责任后,华诚公司以其自身的招标行为存在违法违规为由,于二审中主张合同无效,其行为不仅违反诚实信用基本原则,而且不利于民事法律关系的稳定,属于不讲诚信、为追求自身利益最大化而置他人利益于不顾

的恶意抗辩行为。合同无效制度设立的重要目的在于防止因为无效合同的履行给国家、社会以及第三人利益带来损失,维护社会的法治秩序和公共道德。而本案中,华诚公司作为违法行为人恶意主动请求确认合同无效,如支持其诉求,意味着体现双方真实意愿的合同约定不仅对其没有约束力,甚至可能使其获得不正当的利益,这将违背合同无效制度设立的宗旨,也将纵容违法行为人从事违法行为,使合同无效制度沦为违法行为人追求不正当甚至非法利益的手段。综上所述,华诚公司在二审中主张涉案《建设工程施工合同》无效,该主张有违诚信原则,故华诚公司关于其与中铁公司于招投标前就合同实质性内容进行谈判的行为违反了《招标投标法》的规定,导致涉案《建设工程施工合同》无效的主张,缺乏事实和法律依据,予以驳回。

■ 评 析

I 相关规范

1.《合同法》第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”(《民法总则》第153条第1款,《民法典》第153条第1款)

2.《建设工程施工合同司法解释一》第1条规定:“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:……(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”

3.《招标投标法》第43条规定:“在确定中标人前,招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。”第55条规定:“依法必须进行招标的项目,招标人违反本法规定,与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的,给予警告,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。前款所列行为影响中标结果的,中标无效。”

综合而言,《招标投标法》第55条中的“中标无效”,经由《建设工程施工合同司法解释一》第1条援引《合同法》第52条第5项,导致建设工程施工合同无效。

II 本判决的思路和意义

本案中,双方在招投标前进行了实质性谈判,并签订了《建筑施工合作框架协议书》,违反了前引法律及司法解释规定。二审中,华诚公司主动提出合同因自己的违法行为应归于无效,目的是规避应承担的付款义务,免除或者减轻一审判决确定由其承担的民事责任。

此时,法院如果支持华诚公司的主张,将在事实上鼓励“不讲诚信、为追求自身利益最大化而置他人利益于不顾的恶意抗辩行为”,并且“违背合同无效制度设立的宗旨”。而若不支持华诚公司的主张,则将面对原《合同法》第52条第5项、《建设工程施工合同司法解释一》第1条、《招标投标法》第55条共同编织成的无效规则之网,需要给出一个不适用前述规则的理由。

本判决中,法院认为,华诚公司以自己的违法行为为由主张合同无效,违背了诚信原

则,因此驳回了华诚公司的无效主张。也即法院是以一方当事人行为违反诚信原则为理由,事实上排除了无效规则的适用结果。

当具体规则的适用结果与诚信原则相悖时,究竟是具体规则优先,还是诚信原则优先?这是诚信原则司法适用中的一个重要问题。本判决显示,诚信原则在个案中可以优先于具体规则适用,其具有纠正规则严重不妥当的适用结果的功能,此为本判决的意义。

III 相关学理

1. 既有学说梳理

诚信原则能否修正制定法规则或纠正制定法规则适用的不当结果,对此学界存在不同意见。

肯定意见认为,基本原则具有“修正功能”,即“在个案中,适用具体法规则在结果上违反社会正义时,不适用该具体规则,而改用基本原则裁判”(韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第61~63页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第24页;徐国栋:《民法基本原则解释》,北京大学出版社2013年版,第260页)。

否定意见认为,“援用诚信原则结果,苟导致与法律规定相反的结论,亦不在被允许之列,盖于此情形,苟亦被允许,则解释法律者,将可借适用诚信原则之美名,而为所欲为之解释也”[杨仁寿:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第190页]。

亦有学者持折中观点,认为理论上应持肯定说,但在我国目前的实践中,肯定说可能会导致法官权力的滥用[李永军:《民法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第82页]。

2. 本文观点

本文认为肯定说更为合理。法律规则的一般性,决定了其仅能保障通常、多数情况下的正义;但一定会有某些特殊、少数情形,规则适用将产生不正义的后果,导致法律走向正义的反面。此即成文法的“不合目的性”(徐国栋:《民法基本原则解释》,北京大学出版社2013年版,第265页)。然而,法律不允许少数人成为制度的牺牲品,在规则适用产生严重不正义结果时,客观上需要一个纠正机制。诚信原则提供了这样一个纠正的工具。

拉德布鲁赫公式指出,当制定法与正义的矛盾达到“不能容忍”的程度时,制定法须屈服于正义(雷磊:《再访拉德布鲁赫公式》,载雷磊主编:《拉德布鲁赫公式》,中国政法大学出版社2015年版,第147页)。因此,真正的问题不在于表征正义的原则能否修正规则,而在于如何尽到证明规则与正义的矛盾已经达到“不能容忍”程度的论证义务。

IV 司法实践状况

当下我国法院在违法无效规则与诚信原则发生冲突时,有以下几种做法:

1. 严格适用规则,判定合同无效。例如,开发商签订商品房预售合同时未取得预售许可证,后来房价大幅上涨,开发商以自己签订合同时未办理预售许可证为由主张合同无效。法院以最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》[法释(2003)7号]第2条为依据,支持开发商主张[河北省承德市中级人民法院(2019)冀08民终2894

号民事判决书】。

2. 确认合同无效后,以诚信原则为由进行利益调节。例如,非集体经济组织成员购买集体土地上的集资房,后因房价上涨,出卖人主张合同无效。法院虽仍基于《土地管理法》第62条等规定认定合同无效,但同时认为出卖人行为违背诚信原则,应承担买受人因房屋涨价造成的差价损失的70% [河北省石家庄市中级人民法院(2018)冀01民终8011号民事判决书]。

3. 以违背诚信原则为由,驳回当事人的无效主张。例如,同样是开发商以自己未办理商品房预售许可证为由主张合同无效,法院认为“原告在未取得房屋预售许可证的情况下销售房屋并收取被告大部分购房款后,在案涉房屋已为现房、具备交付条件、房价大幅上涨的情形下,拒绝继续履行协议、交付房屋而请求确认认购协议无效,明显违背诚实信用原则,其行为属滥用诉权、构成恶意诉讼,本院对原告所述不予支持” [河北省正定县人民法院(2018)冀0123民初2593号民事判决书]。

4. 无效合同按有效合同对待。例如,工程承包人以自己不具备建筑施工企业资质为由,主张建设工程合同无效(《建设工程施工合同司法解释一》第1条第1款)。法院首先认定该合同为无效合同,然后指出主张无效一方违背诚信原则,“故本院认为,无效合同应当按有效合同的原则进行处理,即虽为无效合同但双方仍应按合同约定行使相应的权利,履行相应的义务” [山东省胶州市人民法院(2007)胶民重字第14号民事判决书]。

5. 基于诚信原则修正无效规则,认定合同有效。例如,同为开发商以自己未办理商品房预售许可证为由主张合同无效,法院指出开发商“主张《商品房认购合同书》无效,使购房人的商品房买卖合同目的落空,严重违反诚信原则。对于原告的诉讼请求,违反民法的基本原则,故本院不予支持”,“合同依法成立,合法有效,双方均应恪守” [内蒙古自治区呼和浩特市新城区人民法院(2018)内0102民初4785号民事判决书,同参西安市莲湖区人民法院(2018)陕0104民初2071号民事判决书]。

最高人民法院在本案中显示出来的裁判思路,是以上5种处理方法之第三种,即驳回背信者的无效主张。对此应指出以下两点:

第一,在法技术上,此种裁判方法所依据的实为诚信原则的子类型——“禁止权利滥用”。权利行使的正面要求是遵循诚信,反面要求是不得滥用权利。故禁止权利滥用实为诚信原则核心适用领域(权利行使领域)的反向规定。违法者以自己违法为由,主张合同无效,系一种违背诚信的权利滥用行为,导致其主张被否定。

第二,在利益的实质衡量上,本判决书揭示出两个权衡的关键点:其一,若法院支持背信者的主张,等于允许违法者拥有了选择合同效力的自由。一方当事人,尤其是优势方,可以先做出某种能导致合同无效的违法行为,从而为自己留下选择余地。如本案判决书所示,“在招投标过程中,较承包人而言,发包人掌握一定主动权。本案中,华诚公司作为招标人,明知其与铁建大桥工程局于招投标之前就合同实质性内容进行谈判的行为可能导致双方其后签订的《建设工程施工合同》因违反《招标投标法》的相关规定而被认定为无效,仍然积极追求或放任该法律后果的发生”。然后在合同履行中,违法者可以视该合同是否实际

于己有利,来决定是否主张无效。“华诚房地产公司在本案二审中提出涉案《建设工程施工合同》无效的上诉主张,是认为涉案《建设工程施工合同》有效将为其带来不利,或者所带来的利益小于合同无效所带来的利益,其目的是规避应承担的付款义务,免除或者减轻一审判决确定由其承担的民事责任。”这种背信行为若不禁止,违法者会因自己的违法行为,获得依其单方意思控制合同效力的巨大利益。其二,违背合同无效制度的目的。如判决书所述,“合同无效制度设立的重要目的,在于防止因为无效合同的履行给国家、社会以及第三人利益带来损失,维护社会的法治秩序和公共道德”。若支持背信者的请求,则这种无效不仅不能保护国家、社会及第三人利益,不能惩罚违法者,不能维护法治秩序与公共道德,反而会“纵容违法行为人从事违法行为,使合同无效制度沦为违法行为人追求不正当甚至非法利益的手段”。

可以说,以上两个权衡要点促使最高人民法院认为,本案中无效规则适用的结果与正义之间的矛盾已经达到了“无法容忍”的程度。故规则在此应当向表征正义的诚信原则让步。

有学者认为,可以将“主张无效一方之相对方的利益”“主张无效一方之利益”“法律禁令的规范目的”“社会公共利益”四个因素纳入考量,进行综合权衡(夏昊晗:《诚信原则在“借违法无效之名毁约”案型中的适用》,载《法学》2019年第6期)。

Ⅴ 本案遗留的问题

《招标投标法》第55条禁止招投标双方事先进行实质性谈判,并规定“前款所列行为影响中标结果的,中标无效”。也即从法技术上讲,双方事先实质性谈判引起的中标无效,还需要具备一个“影响中标结果”的要件。

本案判决书指出:“华诚公司虽称其自身违反《招标投标法》的规定致使中标无效,但该违法违规行为是否影响了中标结果,华诚公司未予以证明。”从这段话来看,法院认为“影响中标结果”的要件在本案中并不具备。

此处存在一个明显的冲突。如果“影响中标结果”这一要件不具备,则直接依构成要件不满足就可以确定该无效规则不适用;这与无效规则虽应适用,但须被诚信原则纠正,完全是两个问题。换言之,当适用规则与适用原则能得出同样结果时,本就不需要原则出场;否则,就有“向一般条款逃避”之嫌(梁慧星:《民法解释学》,法律出版社2009年版,第313~314页)。

就一般社会经验及常理而言,若招投标双方事先进行了实质性谈判并签订了框架协议,最终也是该事先协商的投标者中标,此时再说实质性谈判没有影响中标结果,则比较勉强。

裁判者的顾虑,可能并不在于本案判决结果是否合乎实质正义,而在于以原则修正规则可能会带来法的安定性的破坏。因此,即使勉强,法院也要在构成要件上捎带一击,以尽量维持法律适用的形式理性。同时,法院对依构成要件解决本案并不十分自信,因此才会连篇累牍地论证诚信原则及相关利益衡量,并最终援引原《民法总则》第7条、《民事诉讼法》第13条第1款这两个诚信条款,驳回了背信者的主张。

因此,本案遗留的问题是,若实践中出现司法者无法向构成要件遁逃的案件时,如前引一些地方法院判决的情形,最高人民法院是否仍然坚持诚信原则可以修正规则或规则适用结果的立场,还有待进一步的发展与观察。

□ 参考文献

韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版。

魏振瀛主编:《民法》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2013年版。

徐国栋:《民法基本原则解释》,北京大学出版社2013年版。

杨仁寿:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版。

李永军:《民法总论》(第2版),法律出版社2009年版。

雷磊:《再访拉德布鲁赫公式》,载雷磊主编:《拉德布鲁赫公式》,中国政法大学出版社2015年版。

夏昊晗:《诚信原则在“借违法无效之名毁约”案型中的适用》,载《法学》2019年第6期。

梁慧星:《民法解释学》,法律出版社2009年版。

张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案(泸州遗赠案) | 四川省泸州市
(2001)纳溪民初字第561号民事判决书*



叶增胜 浙江理工大学法政学院

■ 事实概要

被告蒋伦芳与遗赠人黄永彬系夫妻关系,因婚后未生育,收养一子黄勇。1990年7月,蒋伦芳继承父母遗产取得泸州市市中区顺城街67号房屋所有权。1995年,该房被拆迁,拆迁单位将位于泸州市江阳区新马路6—2—8—2号的77.2平方米住房一套作为还房安置给蒋伦芳,并以其名义办理了房屋产权手续。1996年,黄永彬与原告张学英相识后便在外租房同居生活。2000年9月,黄永彬与蒋伦芳将继承所得的房产以8万元的价格卖与他人,并将其中的3万元赠与儿子黄勇。

2001年初,黄永彬因患肝癌住院,其间一直由蒋伦芳及其家属护理。2001年4月20日,黄永彬立下书面遗嘱,将其所得的住房公积金、住房补贴金、抚恤金,以及出售房屋的一半价款4万元及所用的手机一部赠与张学英,泸州市纳溪区公证处对该遗嘱出具了(2001)泸纳证字第148号公证书。同月22日,黄永彬去世。张学英即持遗嘱要求蒋伦芳交付遗赠财产,双方发生纠纷。

■ 判决要旨

驳回原告的诉讼请求。

遗赠人黄永彬基于与原告张学英的非法同居关系而将财产赠与原告的遗嘱,虽然是其真实的意思表示且形式上合法,但其行使遗赠权违反了法律的规定。根据《民法通则》第7条的规定,民事行为不得违反公共秩序和社会公德,违反者其行为无效。根据《婚姻法》第2条规定的一夫一妻的婚姻制度和第3条禁止有配偶者与他人同居以及第4条夫妻应当互相忠实、互相尊重的法律规定,遗赠人黄永彬基于与原告张学英有非法同居关系而立下遗嘱,将其遗产和属被告所有的财产赠与原告张学英,是一种违反公共秩序、社会公德和违反法律的行为。遗赠人黄永彬无视法律规定,违反社会公德,漠视其结发夫妻的忠实与扶助,侵犯了蒋伦芳的合法权益,对蒋伦芳造成精神上的损害,在分割处理夫妻共同财产时,本应对

* 本案二审终审结论维持一审原判,除沿用一审理由外,二审判决基本未形成新的论证,鉴于此,本文仍以一审判决书作为分析对象。

蒋伦芳进行损害赔偿,但将财产赠与其非法同居的原告张学英,实质上损害了被告蒋伦芳依法享有的合法的财产继承权,违反了公序良俗,破坏了社会风气。

■ 评 析

I 本判决的思路和意义

本案被告主张因遗赠人生前与原告长期非法同居,其所立遗赠属于违反社会公德的无效遗赠行为。法院对此予以肯定,其认为该遗嘱虽为真实的意思表示且形式合法,但因其违反公序良俗而属于无效的法律行为。本判决首次通过公序良俗原则的适用来否定法律行为的效力,被称为“中国公序良俗第一案”,对公序良俗原则在具体个案中的适用有着重要的开拓意义。

II 规范及学理

长期以来,我国民事法律中并没有“公序良俗”的概念,而通常使用社会公共利益和社会公德的概念,其中“社会公共利益”大致相当于“公共秩序”,“社会公德”大致相当于“善良风俗”。不过在实际使用时,“社会公共利益”与“公共秩序”、“社会公德”与“善良风俗”之间并非严格对应,前述概念常交替使用,从未得到明确区分。因此,也可以单独将“社会公共利益”或“社会公德”任一概念对应于“公序良俗”[朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第301页]。原《民法通则》第7条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”原《合同法》第7条规定:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”原《物权法》第7条规定:“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。”法律行为作为最重要的“民事活动”,其效力因此受到社会公共利益的控制。原《民法通则》第55条第3项把“不违反社会公共利益”作为“民事法律行为”消极要件予以规定,又通过第58条第1款第5项将“违反社会公共利益”的“民事行为”归诸无效。原《合同法》第52条第4项同其规定。及至原《民法总则》第8条(《民法典》第8条)规定:“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。”这是我国法律中首次正式使用“公序良俗”这一概念。作为法律,原《民法总则》正式使用了公序良俗概念,是我国民法进一步科学化的重要标志(李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第47页)。延续通过社会公共利益控制法律行为效力的思路,原《民法总则》第143条(《民法典》第143条第3项)将不违背公序良俗作为民事法律行为的有效要件,并在第153条第2款(《民法典》第153条第2款)规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效”。

维系社会共同体以尊重必要的强制秩序为前提,该强制秩序不得为任何个别意志所改变,处于自治领域之外。因此,如果法律行为与强制秩序相抵触,行为的效力则可能出现瑕疵。法律之所以规定法律行为违背公序良俗无效,正是有基于此。当然,法律也可以通过具

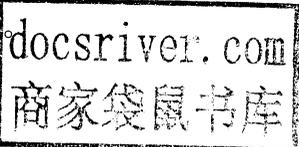
体的规则——列举出被禁止的行为。但是私人交往的复杂程度远较立法者的理性为甚,立法者永远不可能将所有交往惯例巨细无遗地加以规定,更不可能预见交往中的新禁忌[朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第294页]。因此,在规则的具体列举之外辅以抽象的原则就成为必然选择。公序良俗作为不确定的法律概念,会带来适用上的困境,亦即公序良俗原则应当在何种程度上实现对法律行为效力的控制。

在此问题上,学者的意见并不一致。有的认为违反公序良俗属于法律行为标的的不妥当;有的认为是法律行为内容不得违反法律或者社会公共利益;有的认为对于法律行为是否违反社会公共利益,应当从目的、标的、条件和社会效果的角度考察;还有的认为应当从目的、标的、条件和方式四个方面考察(田士永:《法律行为违背善良风俗中意思要素的分析——从泸州遗赠案开始》,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第1期)。本案涉及更多的则是法律行为在行为动机违反公序良俗情形的效力问题。法律行为的基本要素是意思表示,其中的意思要素可以分为行为意思、表示意识、效果意思三个部分。本案中所涉及的遗嘱,其行为意思、表示意识显然都不存在问题;其效果意思仅在于遗产管理人有权将特定遗产移转给受遗赠人,也不存在违背公序良俗的问题。遗赠人与受遗赠人之间的同居关系,并不属于遗赠行为本身,而属于遗赠的行为动机。

针对将动机作为法律行为违背公序良俗与否的判断标准的观点,颇具争议。反对者提出了较为有力的反驳(田士永:《法律行为违背善良风俗中意思要素的分析——从泸州遗赠案开始》,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第1期)。其认为,法律行为的功能在于通过意思表示为当事人设立、变更、终止权利义务关系,实现私人自治的基本要求;为实现私人自治的要求,适当限制善良风俗对法律行为效力的影响,并无不妥。从现代社会不应限制思想自由的角度来说,法律行为也不应考虑动机对法律行为效力的影响,而是应当通过法律行为之外的其他途径实现保障公序良俗的效果,如通过道德谴责、行政处罚或者刑罚让行为人承担不利后果。在个案中,如果动机没有通过某种途径进入法律行为之中,如成为法律行为的内容,就不应该成为法律行为需要考虑的要素,当事人的意思要素违背公序良俗,也许应受到道德谴责,却与法律行为无关。至于动机已经表现于外,是否影响法律行为,则有不同见解。客观说认为,若以动机为条件,则动机已经成为法律行为的内容,应当视其内容违背公序良俗与否进行判断;主观说则认为已表示的动机以及未表示而相对人已知动机,均属于判断内容违背公序良俗与否的标准;折中说认为只有已表示的动机才是判断内容违背公序良俗与否的标准。从保护思想自由的角度,折中说较为合适。此外,如果动机影响法律行为的效力,交易安全的保护与阻止违法目的实现就需要妥善地兼顾。

四 既往司法实践状况

在司法实践中,法官适用公序良俗原则作为裁判依据的现象并不鲜见,相关的判例涉及民法的各个领域:有对民事法律行为效力的判断,如一般合同和涉及婚姻、继承等身份关系的合同、遗嘱等单方民事法律行为及劳动合同等效力的判断;有涉及对是否构成侵权的判断,如判断是否侵害物权、人身权等;有涉及对物权请求权是否存在的判断等(蔡唱:《公序



良俗在我国的司法适用研究》，载《中国法学》2016年第6期）。总体而言，司法实践中公序良俗主要的适用领域还是对民事法律行为效力的控制。其中最为典型的是两类案件：第一类是请托纠纷。请托事务包括“为受托人找关系解决就业”“找关系打赢官司”等。就该类案件而言，在具体诉由上当事人作出了两种选择：一是直接以不当得利为依据请求返还请托费用；二是以双方形成的所谓“合同关系”为基础请求返还请托费用，但在合同性质上，有的认为是委托合同，有的认为是居间合同，亦有人认为是服务合同。在“段玉龙诉陈琳不当得利纠纷案”[四川省遂宁市船山区人民法院(2015)船山民初字第368号民事判决书]中，法院认为原告醉酒驾驶机动车，依法应当承担相应的刑事责任和行政责任，被人民法院判处刑罚和被公安机关吊销机动车驾驶证，不会因为请托被告而予以免除，原告与被告之间发生的请托“办事”行为，违反了民法基本原则中的公序良俗原则，被告取得原告的款项没有合法的依据，构成不当得利。在“高丙与严汉轩居间合同纠纷案”[江苏省淮安市清河区人民法院(2013)河民初字第5318号民事判决书]中，法院认为原告委托被告通过金钱给付的不正当渠道为高同办理入学事宜，此委托行为侵犯了其他同期考生的平等招录权利，有违公序良俗原则和社会公共利益；双方签订的协议违反国家教育管理制度，为法律所禁止，属于无效协议。

第二类为运用公序良俗原则判断存在婚外同居或不正当关系当事人之间的民事法律行为的效力，包括当事人之间以赠与合同、欠条、承诺书等方式，约定一方赠与对方财产的情形。在“谢巧英与黄芳林、刘香平民间借贷纠纷案”[湖南省资兴市人民法院(2015)资民二初字第56号民事判决书]中，法院认为合法的民间借贷关系受法律保护，被告黄芳林在与原告谢巧英非法同居生活期间，为了长期与原告谢巧英保持不正当男女关系，先后两次出具一张100,000元的借条给原告谢巧英，由此形成的债权债务关系有悖社会公德，且原告谢巧英除了借条外，没有其他有效证据佐证该债务的实际发生，因此对原告的诉讼请求不予支持。

此外，既有判例在公序良俗原则的适用上呈现一定误区和偏差：一是在法律规范对案件争议有明确规定时，有些裁判者径直适用公序良俗原则判决，以公序良俗原则取代具体的法律规范，从而陷入向一般条款逃逸的误区，造成具体法律规范被闲置的局面；二是仅仅将公序良俗原则作为增强法院判决说服力的工具，判决实际上是适用具体法律规范的结果，公序良俗原则只是对该具体法律规范的道德性评价，即使不适用也会得出同样的结论；三是将公序良俗原则作为诚实信用原则等其他民法基本原则的替代形式，这种做法混淆了民法基本原则之间的适用界限。要避免前述适用上的误区和偏差，首先是要认清公序良俗原则的适用条件。公序良俗原则的适用前提是存在法律漏洞或法律规范之间存在冲突，公序良俗原则不能作为单纯的证成或增强法院依据具体规范所作判决说服力的工具；在立法已有具体明确的法律规范时，应首先使用具体规范，而不能直接适用公序良俗原则，以避免向一般条款逃逸（李岩：《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》，载《法学》2015年第11期）。其次是要厘清公序良俗原则与其他民法基本原则之间的界限。公序良俗原则与诚实信用原则在审查对象、适用范围是否以“特别关联”为前提、保护对象是否及于第三人及公众、标准设立的高低、反社会性的强弱方面存在区别（于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期）。

IV 本判决的参考意义及将来的课题

本判决通过适用公序良俗原则来控制法律行为的效力,被称为“中国公序良俗第一案”,产生了较大的社会影响,对公序良俗原则在司法实践中的适用具有重要的开拓意义。但公序良俗作为抽象的法律原则,是具体规则的补充,这也就意味着其中并无明确的构成要件可供把握,判断时需要结合具体的主客观情境进行综合考量,因此司法判例的类型化是必不可少的步骤,这也是将来需要做的功课。

□ 参考文献

朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版。

李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版。

田士永:《法律行为违背善良风俗中意思要素的分析——从泸州遗赠案开始》,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第1期。

蔡唱:《公序良俗在我国的司法适用研究》,载《中国法学》2016年第6期。

李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,载《法学》2015年第11期。

于飞:《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》,载《中国社会科学》2015年第11期。

戴孟勇:《法律行为与公序良俗》,载《法学家》2020年第1期。

齐玉苓诉陈晓琪等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纠纷案 | 山东省高级人民法院(1999)鲁民终字第258号民事判决书



王冠玺 浙江大学光华法学院

■ 事实概要

1990年,山东省滕州市鲍沟镇圈里村齐玉苓(17岁)参加初级中等教育毕业考试并通过,随后参加第二阶段初级中等教育升学考试,成绩为441分,被山东省济宁商业学校(以下简称济宁商校)财会班录取。同村陈晓琪(17岁)因未通过第一阶段的测试,故无法参加第二阶段测试,陈晓琪之父陈克政为村支部书记,与滕州八中、济宁商校和山东省滕州市教育委员会(以下简称滕州教委)的行政人员串通,使陈晓琪顶替齐玉苓的身份就读济宁商校,并将齐玉苓作落榜处理;由于齐玉苓家境贫穷,只能直接就业。

1993年,陈晓琪从济宁商校毕业,被分配到中国人民银行西门口储蓄所工作。齐玉苓则是筹借了6000多元购买户口,至邹城技工学校学习。1996年,齐玉苓从邹城技工学校结业,被分配到山东省鲁南铁合金总厂担任工人,随后因工厂减员分流被迫下岗。1998年,齐玉苓突然接到来自中国人民银行滕州支行行员拜访,庆贺弄瓦之喜。齐玉苓惊觉有异,跟随该部人员来到滕州支行,发现储蓄所主任名牌上印的是自己的名字,但照片上却是陈晓琪。

齐玉苓得知真相后,找到陈晓琪父亲陈克政理论,陈克政除了意欲说服齐玉苓其乃是自愿放弃受教育权外,并给了齐玉苓5000元人民币要她封口;齐玉苓不愿妥协,随后陈克政派人到齐家进行暴力骚扰。1999年1月29日,齐玉苓向山东省枣庄市中级人民法院状告陈晓琪等人,诉称:由于各被告共同弄虚作假,促成被告陈晓琪冒用原告的姓名进入济宁商校学习,致使原告的姓名权、受教育权以及其他相关权益被侵犯。请求法院判令被告停止侵害、赔礼道歉,并赔偿原告经济损失16万元,精神损失40万元。

山东省枣庄市中级人民法院判决被告陈晓琪停止对原告齐玉苓姓名权的侵害;被告陈晓琪、陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州教委向原告齐玉苓赔礼道歉;原告齐玉苓支付的律师代理费825元,由被告陈晓琪负担,被告陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州教委对此负连带责任;原告齐玉苓的精神损失费35,000元,由被告陈晓琪、陈克政各负担5000元,济宁商校负担15,000元,滕州八中负担6000元,滕州教委负担4000元;驳回齐玉苓的其他诉讼请求。双方均不服一审判决,齐玉苓向山东省高级人民法院提起上诉。

■ 判决要旨

2001年,山东省高级人民法院报请最高人民法院进行解释;同年7月24日,最高人民法院发出《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》[法释(2001)25号](已失效),对此作出答复:“山东省高级人民法院: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。”

2001年8月13日,山东省高级人民法院引用《宪法》第46条和最高人民法院的批复,作出最终判决:被上诉人陈晓琪、陈克政赔偿齐玉苓因受教育的权利被侵犯造成的直接经济损失7000元,被上诉人济宁商校、滕州八中、滕州教委承担连带赔偿责任;被上诉人陈晓琪、陈克政赔偿齐玉苓因受教育的权利被侵犯造成的间接经济损失(按陈晓琪以齐玉苓名义领取的工资扣除最低生活保障费后计算)41,045元,被上诉人济宁商校、滕州八中、滕州教委承担连带赔偿责任;被上诉人陈晓琪、陈克政、济宁商校、滕州八中、滕州教委赔偿齐玉苓精神损害费50,000元。

■ 评析

I 本判决的思路和意义

有关齐玉苓一案的司法解释被法学界称为“宪法司法化第一案”;此后,宪法权利诉讼风起云涌,“三名高中生诉教育部高考分数线不统一案”“蒋韬诉银行招工身高歧视案”“周香华诉男女退休年龄不同案”等案,均为依据宪法规定的平等权提起的诉讼。2008年1月,广州市黄埔区人民法院援用宪法中公民享有人身自由权、居住自由权的规定,裁定广州市三水食品有限公司“禁止员工擅自在外住宿”的规定违宪[广州市黄埔区人民法院(2008)黄发行初第2号行政判决书]。

最高人民法院民事审判第一庭法官表示,齐玉苓案“开创了法院保护公民依照宪法规定享有的基本权利之先河”,“创造了宪法司法化的先例”;我国公民依照宪法规定享有的基本权利有相当一部分在司法实践中长期处于“睡眠”或“半睡眠”状态,该批复首次打破了“沉默”,“我国宪法司法化可以参考美国的模式,由普通法院审理宪法权利纠纷”等。

学者廉希圣则认为,法释(2001)25号司法解释使法院拥有对宪法的解释权,而且还能监督人大对宪法的实施,与议会至上的人民代表大会制相矛盾。根据中国的宪政体制,全国人民代表大会及全国人大常委会为国家宪法解释机关,最高人民法院由全国人大产生、对全国人大负责。学者周道鸾亦认为,考虑到我国的现行体制,最高人民法院无权对涉及宪法的问题作出解释,所以该司法解释应停止适用。

2008年,最高人民法院审判委员会通过《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》,废止《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》[法释(2001)25号]。

II 宪法基本权利的性质与功能

宪法所保障的人民权利,称为基本权利,齐玉苓案即涉及基本权利之性质与功能的讨论。

1. 基本权利具有双重性质

(1) 防御权(主观权利),即人民享有不受公权力(立法、行政、司法)侵害的自由空间,于其基本权利遭受侵害时,得依法定程序请求释宪,宣告相关法律(司法解释)、命令等无效。

(2) 客观规范,即政府负有在立法、行政、司法上采取必要措施,以保护基本权利的义务。基本权利的客观价值体系,应当扩散于整个法秩序,就民法而言,其方法有两种:其一,应对民法条文作符合基本权利的解释;其二,使基本权利得经由民法的“概括规定”,适用于私人关系(包括合同、侵权行为、物权及亲属关系等)而具有所谓的间接第三人效力。

2. 基本权利的第三人效力

本案涉及宪法中的基本权利保障问题。传统上,基本权利被认为是用以对抗国家的工具,并不接受对私人主张基本权利的功能,此即不适用说;此说从古典基本权利理论出发,认为基本权关系仅涉及人民与国家机关间之公法关系,民事关系应依民事法规处理,不应紊乱公私法体系的功能。然而,随着基本权利由主观走向客观化,基本权利逐步发展出客观价值秩序面向后,不适用说已有违现代国家“保护义务”(Schutzpflichtn)之概念;故此,于今之学说与实务见解,一般均承认基本权利有第三人效力。于此,真正重要的问题,乃宪法基本权利之规定应如何进入私法领域?此即所谓基本权利的第三人效力,亦即基本权利在私法中所发生的“放射效力”(Ausstrahlungswirkung)。有争议者系此种基本权利的第三人效力究为“直接效力”抑或“间接效力”?

(1) 直接效力说

直接效力说认为,基本权在本质上具有客观价值秩序的功能,可以将其价值放射至所有的法领域,其中自然也包含了私法的领域,且在目前私经济蓬勃发展的情境下,私人之间的实力差距已经拉大,不平等的情形日趋严重,为了完善基本权利的保障,应该将基本权利条款直接适用在私法领域中,人民在遭遇其他私人侵害基本权利时,可以直接援引宪法基本权利条款以资救济。换言之,法院在审判民事案件时,得直接引用宪法基本权利的规定,不必通过民事法律,使基本权利得在民事个案中获得实现。例如,在侵权行为方面,若可由基本权利规定衍生出私法权利(如德国法上的一般人格权),则被害人得直接依民法关于侵权行为的规定(《德国民法典》第823条第1项:“因故意或过失,不法侵害他人之生命、身体、健康、所有权或其他权利者,对所生之损害应负赔偿责任。”)请求损害赔偿。应予说明者系,德国系以宪法(基本法)为依据,创设出一般人格权;当行为人侵害被害人的一般人格权时,即为侵害被害人之基本权,被害人得以该基本权所创设出的民事法律规范为请求权基础,向行为人主张损害赔偿,此即基本权对第三人发生直接效力。我国宪法并无类似德国基本法之规定,