

第2卷

法官 如何裁判

最高人民法院民事审判要旨与思维

MAKING JUDGMENT

THE POINTS AND THINKING IN THE CIVIL
TRIALS OF THE SUPREME PEOPLE' S COURT

朱兰春 ◎ 著

中国法制出版社

法官 如何裁判

最高人民法院民事审判要旨与思维

MAKING JUDGMENT

THE POINTS AND THINKING IN THE CIVIL
TRIALS OF THE SUPREME PEOPLE' S COURT

朱兰春 ©著

第**2**版

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第二版序

这是一个高度不确定的时代，每个人都在为寻求相对的确定性而努力。在某种意义上，民商事诉讼案件也是这个时代的缩影，因为诉讼的世界里，同样也充满了各种不确定性。司法界负责人曾公开承认，“我们需要清醒地认识到，就目前的司法实践来说，我们的司法执法主体对规则的认识判断，对事实证据的认识判断，仍然具有极大的不确定性，而这主要基于他们法律意识的不一致”。^①因此，包括法官、律师在内的所有法律人，其日常工作的实质，无非是在歧见纷呈的法律世界里，寻求各自相对的确定性，并力争做到法律意识的交叉、重叠和趋同，使相对性的同心圆扩张至最大化。

就法院系统而言，法律意识主要是指法官群体的审判思维，其物质载体就是裁判文书。对从事实务工作的法律人来说，长期、大量、深入研读裁判文书，应当成为一种学习习惯。经由一份份公开的裁判文书，我们有可能洞察到，裁判是有规律的，规律是可以认识的，认识规律是需要一定方法的。只是，真正领悟到这一点，需要我们用整个职业生涯为丈量尺度，在历史与现实、枝蔓与主干、个体与组织、功能与结构之间来回穿梭。法国年鉴学派历史学家费尔南·布罗代尔的长时段理论，同样适用于看似风马牛不相及的法学领域。

与司法实践的客观需要相比，总体来看，已面世的各类案例书籍，简单编排罗列有余，深刻总结提炼不足，对思维模式的探讨更是付之阙如。

^① 张军：《法官的自由裁量权与司法正义》，载《法律科学》2015年第4期。

有明确方法论意识，能上升到理论层面有所概括，并有效反哺司法实务的研究专著，实属难得一见。如何在这方面真正有所突破，“授人以渔而不只是授人以鱼”，是我长期以来的思考内容和不自量力的追求目标。

因缘际会，在代理最高人民法院民商案件的同时，从事最高人民法院民商裁判文书的实证研究有年。从研究裁判文书到研究法官个体，从研究法官个体到研究法官群体，从研究法官群体到研究审判思维，从研究审判思维到研究审判规律，从研究审判规律到反思研究方法，一切都是顺理成章的逻辑必然。

作为粗糙思维的艰难结晶，本书第一版面市时，腰封上赫然印着“十年磨一剑”的醒目字样，事前我是不知道的，事后也有点惴惴不安。这是一个极少有人涉足的研究地带，缺乏足资借鉴的学术成果，时间并不是书稿质量的唯一保证。读者是挑剔的，市场是无情的，多少书出版即是绝版。值得安慰的是，在未作任何宣传的情况下，本书出版后很快售罄，接着出现了高仿盗版本。不少人索书不得，干脆直接到中国知网，下载孕育本书的博士论文。45万字的晦涩文本，下载量超过2800次。2018年底，亚马逊网站又推出了定价不菲的电子版，以满足更多人的需要。一本很不成熟的法学实务书籍，在这么短的时间里，能收获这么多素不相识的认同，确实是我的莫大福分，曾经为之挥洒过的不堪岁月，终于沉淀为记忆中的金色年轮。

靡不有初，鲜克有终。几千年前老祖宗的告诫，令我如芒在背，不敢过分懈怠。此次全面修订，更是拿出十二分的力气，增写内容超过30万字，且并非简单地修修补补，而是对原有体系结构的续造与深化。推进过程之艰难，令我再次体验到了熟悉的焦虑、无奈的煎熬。虽竭尽全力，力求跟上审判形势的最新发展，但眼高手低，仍不满意手中永远的半成品，因为“吃的草比预想得要多，挤的奶却比期冀得要少”，真是书到用时方恨少，事非经过不知难。看来，这就是人的宿命，“你必在额上流汗，以获你的面包”。感谢命运，以这种方式再次警醒我，不管任何时候，只要想做点像样的事情，就不能不对自己狠一点。人确实是要有点精神的，知其不可为而

为之，方能不顾地心的引力，拔着自己的头发飞翔。

生命的进击姿势，与内心的恬淡从容，经常是一枚硬币的两面。朱光潜先生尝言，慢慢走，欣赏啊。过了知天命之年，重温这句看似平常的软言慰喻，就像阳光洒满了心田。是啊，人生的路并不算长，一定要慢慢走，往前走，专心走。走着走着，花就开了。

第一版序

对最高人民法院（以下简称最高法院）民事判决的研究，始于1994年。当年我从南京大学硕士毕业，旋即通过全国首次统一录取的律师资格考试，正式开始了律师执业。当时一个朴素而执着的想法是，办理案件，就要向最高法院学习，最高法院的公报案例，就是最好的教科书。

对最高法院民事判决的深入研究，始于1999年。当年最高法院经济审判庭主编的《经济审判指导与参考》首次公开发行。以此为标志，最高法院民庭、知识产权庭也开始主编系列出版物，批量刊载其审理的各类民事案件。2000年至2003年，最高法院连续四年出版该院民事裁判文书汇编。2003年，最高法院更是史无前例地出版十五卷《中华人民共和国最高人民法院判案大系》。这些宝贵的民事案例资源，是我反复阅读和消化咀嚼的精神食粮。

对最高法院民事判决的理论研究，始于2003年。当年我考入武汉大学攻读法学博士学位。基于此前的积累和总结，我很快拿出一份七八万字的研究最高法院民事判决的初稿。此后，导师孟勤国教授建议我研究民法基本理论，我虽心有不甘，但还是接受建议，潜心于民法基本理论研究。现在看来，孟老师的这一建议，的确高瞻远瞩，对最高法院民事判决尤其是民事审判思维的深入研究，没有民法基本理论的坚实支撑，是不太可能走出一望无际的地平线，获得俯瞰的视野与高度的。

对最高法院民事判决的系统性实证研究，始于2008年。经过长达五年的理论准备，我开始埋首于博士论文的写作。其间艰辛，确有点“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”。六年之后，45万字的博士论文《最高法院民

事判决四元结构论：1985—2014》脱稿，2014年顺利通过答辩。一向对学生要求极严的孟勤国教授认为，“这是一篇独一无二的民法博士论文”。

几个细节，值得一提。读博期间，自己老老实实读了上千本专业书。2014年预答辩时，温世扬教授说我是武大民商法老师们公认最勤奋、最用功的学生。正式答辩结束时，导师孟勤国教授破例发言，指出这篇博士论文的全部价值，就在这段话上：“三十年来，最高法院在界定民事主体时，开放中有规范；在判断法律行为时，宽松中有反复；在保障民事权利时，绝对中有限制；在划分民事责任时，承担中有平衡”，认为这是对最高法院民事审判思维模式的最好概括。此后，因缘际会，结识中国政法大学宋连斌教授，对我的博士论文予以极高评价，认为做了最高法院应该做而至今没有做到的事。中国法制出版社赵宏编辑在我博士论文答辩前，就接受书稿出版，并倾尽心力打造成为更具使用价值的实务版本。所有这些，让我既诚惶诚恐，又备受鞭策。

之所以回顾二十年的研究心路，是想展示自己与这项研究事业的缘分，同时也顺带说明，这本脱胎于博士论文的《法官如何裁判》，何以出自律师之手。裁判文书乃学术公器，对一切法律人开放，任何人都可自由进入。理论上讲，法官更有条件进入，更有可能研究，更有资格写作。但事实上，二十年如一日地进入、研究和写作，对所有法律人而言，都是一项极大的挑战。幸运的是，我坚持了下来。作为律师，我既是最高法院具体民事判决的参与者，更是最高法院全部民事判决的旁观者，个案探究和整体研究4双重视角，有效平衡了我的一孔之得。作为历史的匆匆过客，我有义务把它忠实地记录下来，更多的人或可从中受益，后来者或可借此攀向更高峰。

以上就是这本小书的前世与今生。逝水流年，略有积淀，这真是命运最好的安排。至于我是否交出了一份像样的答卷，读者才是最终的裁判者，我期待着最后的审判。

目 录

最高人民法院民事审判思维大数据报告

- 一、最高人民法院民事案例公布整体情况 / 1
- 二、研究方法综述 / 3
- 三、案例研究方法论：四元结构分析法 / 7
- 四、分析取样说明及研究目的 / 8
- 五、结论 / 12

第一章 界定民事主体

- 第一节 主体资格的司法扩张 / 27
- 第二节 主体资格的扩张依据 / 33
- 第三节 适格当事人的审查标准 / 37
 - 一、直接权利义务 / 37
 - 二、合同相对性 / 47
 - 三、当事人的选择 / 51
 - 四、以工商登记为准 / 54
 - 五、以资质为准 / 58
 - 六、以专营制度为准 / 62
 - 七、依中央文件为准 / 64

第四节 几种特殊主体的确定 / 66

- 一、分支或内设机构 / 66
- 二、吊销营业执照和破产企业 / 69
- 三、筹备处、组委会、指挥部等临时机构 / 72
- 四、外国代表处 / 75
- 五、职工持股会 / 77
- 六、业主委员会 / 78
- 七、国家机关 / 81

第五节 分析与评论 / 84

附录一 地方政府的民事主体资格认定：以最高法院椒江大桥航道通行权案为例

第二章 判断法律行为

第一节 审查诉讼请求 / 95

- 一、不告不理原则 / 95
- 二、诉讼请求的识别、释明与选择 / 102

第二节 查明案件事实 / 107

- 一、待查事实的影响因素 / 108
- 二、无法查明事实的处理方式 / 114
- 三、客观事实与法律事实的区分 / 120
- 四、客观事实与法律事实间的摇摆：以土地使用证为例 / 124
- 五、法律事实与法律事实的冲突：以民刑交叉证据为例 / 127
- 六、视为与推定 / 131

第三节 定性法律关系 / 143

- 一、性质决定审理方向 / 143
- 二、不同法律关系能否合并审理 / 151
- 三、法律关系的内外之别 / 155
- 四、法律关系的流变与转化 / 160

第四节 认定行为效力 / 164

- 一、区分成立与有效 / 164
- 二、法院能否主动审查合同效力 / 165
- 三、影响效力的主要因素 / 171
- 四、合同效力：渐宽与反复 / 189
- 五、论无效合同 / 207

第五节 分析与评论 / 215

附录二 从合同成立之诉到合同效力之诉：以最高法院布吉公司股份代
理转让合同案为例

第三章 保障民事权利

第一节 物权 / 232

- 一、物权确认基本原则 / 232
- 二、关于物权追及力 / 241
- 三、土地与房屋分别确权 / 246
- 四、集体土地流转问题 / 248
- 五、几类特殊物权归属 / 249
- 六、担保物权若干问题 / 252
- 七、相邻权 / 259

第二节 股权 / 261

- 一、工商登记与股权认定 / 261
- 二、审批手续与股权认定 / 264
- 三、出资与股权认定 / 266
- 四、股权行使诸问题 / 268

第三节 债权 / 273

- 一、债权债务转移 / 276
- 二、代位权与撤销权 / 278
- 三、外部善意债权人 / 282

四、外部过错债权人 / 288

第四节 知识产权 / 293

一、司法保护取向 / 294

二、平衡与限制 / 306

第五节 民事权益 / 311

第六节 分析与评论 / 315

附录三 从利益平衡到禁止权利滥用：以最高法院采乐商标案为例

第四章 划分民事责任

第一节 主体性质与责任归属 / 331

一、职务行为 / 331

二、管理过错 / 334

三、个人行为 / 337

第二节 各方责任的分别认定 / 338

一、违约中的责任认定 / 338

二、侵权中的责任认定 / 352

三、公平中的责任分担 / 360

第三节 民事责任的连带与扩张 / 364

一、恶意串通 / 364

二、挂靠关系 / 365

三、追加开办单位 / 368

四、验资等中介机构责任 / 371

五、人格混同或否定 / 373

第四节 民事责任的加重、减轻和免除 / 375

一、加重 / 375

二、减轻 / 377

三、免除 / 380

第五节 强制执行中的民事责任 / 393

第六节 分析与评论 / 400

附录四 非诉行政执行的合法性审查：以最高法院普华凯达公司执行监督案为例

第五章 透视审判思维

第一节 审判思维的三个层次 / 410

一、个案中的规范思维 / 410

二、群案中的类型思维 / 418

三、全案中的结构思维 / 423

第二节 大法官的审判思维 / 428

一、大局意识 / 429

二、嵌入思维 / 438

三、国情思维 / 442

四、穿透思维 / 446

第三节 精英法官的审判思维 / 452

一、微观：找法释法 / 452

二、中观：经验逻辑 / 463

三、宏观：价值导向 / 480

四、客观：举证责任 / 487

五、主观：自由心证 / 495

六、旁观：同案同判 / 509

第四节 不同层级法院的审判思维 / 524

一、高法改判案件 / 525

二、民商请示案件 / 540

三、涉外仲裁案件 / 548

第五节 九民会议纪要审判思维 / 557

一、指导思想 / 559

法官如何裁判：最高人民法院民事审判要旨与思维

二、审判理念 / 560

三、突出特征 / 563

四、技术细节 / 569

第六节 律师视野下的法官审判思维 / 573

一、影响民商裁判的八大基本要素 / 574

二、法官个性化思维实证研究 / 584

三、审判思维的比较：公报案例述评之一 / 600

四、审判思维的误区：公报案例述评之二 / 617

第七节 分析与评论 / 634

附录五 有追索权保理关系的法理论证：以某市华润银行保理合同纠纷
再审案为例

参考文献 / 661

后记 / 676

最高人民法院民事审判思维大数据报告

一、最高人民法院民事案例公布整体情况

从1985年至今，最高法院公布裁判文书的过程，有两个特征鲜明的发展阶段。第一阶段是相对零散的纸媒期，以公布为例外，不公布为常态，该阶段持续近三十年之久。第二阶段是批量增长的网媒期，以不公布为例外，公布为常态，该阶段距今仅七年。这七年来发布的民商裁判文书，在数量上近五倍于前三十年发布裁判文书的总和。最高法院裁判文书正在不断揭开“面纱”，并迅疾走向大众，走向世界。

关于纸媒公布案例，据笔者不完全统计，从1985年5月至2020年12月，最高法院通过包括出版公报、各类审判指导丛书、年度裁判文书汇编等纸质媒体，以及发布指导性案例、典型案例等方式，共公布了6000余件裁判文书或典型案例。其中，绝大多数是各类民商事案件（含执行案件），而且大多数是由最高法院审理的民商事案件。如《中华人民共和国最高人民法院判案大系》共十五卷，除第十四卷为行政案件外，其他十四卷全部为最高法院审理的民商事案件。^①即便是在《最高人民法院公报》上刊登的下级法院审理的裁判文书或典型案例，也是经过严格审定而精选出来的，具有典型性、真实性、公正性和权威性，因为公报本身就有很高的准确性、适用性和指导性，所刊登的案例直接反映了最高法院的司法立场、法律见解

^① 资料来源：《最高人民法院公报》（1—290期）；最高法院于2000年至2003年公布的年度裁判文书汇编；最高法院各民事审判庭编辑的《审判参考》《指导案例》《案件解析》等丛书；《中华人民共和国最高人民法院判案大系》（十五卷）；最高法院先后公布的26批指导性案件及各类典型案例；以及最高法院中国应用法学研究所编著的《人民法院案例选》。此外，最高法院机关报刊《人民司法》《中国审判》《人民法院报》，也刊登零星的最高法院审理的案件。据统计，自1985年5月至2011年2月，剔除重复部分，最高法院通过纸媒共公布案例或裁判文书约4200件，数据资料参见刘德权主编：《最高人民法院裁判意见精选》（上册），人民法院出版社2011年版，第3页。另据笔者统计，此后，从2011年3月至2020年12月，通过《最高人民法院公报》、各类审判指导、案例汇编、观点集成、判例集要等纸质媒体，最高法院又新公布民事案例约1800件，以上合计共在纸质媒体公布民事案例约6000件。

和实务观点。^①

关于网媒公布案例，自2013年7月1日起，最高法院开始在机关内部实施本院裁判文书上网公布制度。据权威媒体公开报道，2013年1月1日至11月30日，最高人民法院共制作判决书、裁定书、决定书2501篇，上网公布2293篇，占91.7%，仅有208篇因具有法定情形，经审批不上网或暂不上网公布。^②另根据最高法院院长周强2014年在十二届全国人大第二次会议所作的工作报告，最高法院建成“中国裁判文书网”后，公布最高法院生效裁判文书3858件。^③而截至2019年10月，“中国裁判文书网”公布最高法院民商裁判文书，总量已经超过29000篇。^④

此外，根据公开资料，2003年时，最高法院进入实质性审判的案件即在3000件以上。^⑤而仅在2008年度，最高法院受理的案件数量更是突破1万件。^⑥根据经验判断，其中绝大多数也属于民商事案件。此后多年，虽然最高法院未正式发布过受案数据，但从其多次以司法文件的方式，修改案件受理标准，不断提高中级和高级法院的案件受理标准，2019年更是史无前例地将高级法院管辖金额规定为50亿元以上，以减少对最高法院的案件涌入这一点，即不难推断，最高法院每年审理的各类民商事案件，其绝对数相当可观。^⑦随着网上强制公布制度的实施，最高法院今后公布的民事判决或案例数量，将会呈现爆炸式增长趋势。

可以说，历经三十五年的日积月累，最高法院已经公布的民商事裁判文书，与有数百年传统的判例法国家相比，虽还算不上汗牛充栋，但也非常庞大驳杂，而且将会继续迅速膨胀。

① 《最高人民法院公报》编辑部编：《中华人民共和国最高人民法院公报全集（1985—1994）》，人民法院出版社1995年版；《最高人民法院公报》编辑部编：《最高人民法院公报典型案例和司法解释精选（1993.7—1996.6）》，中国法制出版社1996年版；周伟编著：《人民法院审判观点汇纂：最高人民法院公报民商事案例（1985—2010）》，北京大学出版社2011年版。

② 唐亚南：《深化审判管理：彰显公平正义》，载《人民法院报》2014年3月8日。

③ 周强：《最高人民法院工作报告》，载《人民法院报》2014年3月18日。

④ 杜万华总主编、刘德权副总主编：《最高人民法院民商事判例集要》（合同卷），中国民主法制出版社2020年版，第2页。

⑤ 傅郁林：《论最高法院的职能》，载《中外法学》2003年第5期。

⑥ 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院审判经验集萃》，人民法院出版社2009年版，第1页。

⑦ 根据最新公布的数据，2013~2017年，最高人民法院审理案件82383件，审结79692件，年均审理案件仍超过1万件，数据来源参见周强：《2018年最高人民法院工作报告》。2019年，最高人民法院受理案件38498件、审结34481件，比2018年分别上升10.7%、8.2%。数据来源参见周强：《2020年最高人民法院工作报告》。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

二、研究方法综述

最高法院的案例是一座蕴藏丰富的智慧宝库，然而，矿藏再丰富，也不能自动出产成品。如何有效地分析和利用这批珍贵的司法资源，进一步揭示法官思维，总结认知模式，探索审判规律，在此基础上厘清法理脉络，反哺司法实践，廓明前进方向，乃至形成学术共识，提高研究水平，推动法治文明，是摆在每一个有使命感的理论和实务工作者面前沉甸甸的任务。

综观现有的各种案例研究方法，有其突出的传统优点，也有明显的时代局限。笔者努力将其划分为实务和理论两个层面，以便进一步分析研究。需要说明的是，实务与理论两种研究方法的区分，并非十分严格和纯粹，两种方法之间，也并非完全截然分明，而是常常互相渗透，只不过各有侧重而已。

1. 实务研究方法

所谓实务研究方法，一言以蔽之，主要是案例汇编法，包括对最高法院公布的全类案件的收集、整理、加工、提炼和解析，研究对象既可以是最高法院发布的全部案例（尽管这极为少见），也可以是其中的部分案例，还可以根据需要，确定为某一类型的案例。^①最高法院各民事审判庭以及法官、从事司法实践的法律工作者如律师，以及部分高校和研究机构的学者，均大量地使用这种研究方法，以便直接或协助解决当下迫切的法律问题。

2. 理论研究方法

(1) 法律关系分析法

按照权威学者的定义，“所谓法律关系分析的方法，是指通过理顺不同的法律关系，确定其要素及变动情况，从而全面地把握案件的性质和当事人的权利义务关系，并在此基础上通过逻辑三段论的适用以准确适用法律，作出正确的判决的一种案例

^① 笔者在广义上使用“案例汇编”概念，包括对案件的法理解析，有学者也称“案例指导方法”，但金赛波、冯守尊编著的《票据法案例精选》，黄毅主编、周玉华编著的《最新银行法经典疑难案例判解》等，也收入部分最高人民法院公布的民商事案例。显然小于案例汇编方法，参见王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社2011年版，第259页。此外，鉴于本书研究对象的整体性，故不单独评论个案研究，也不否认个案研究的独立价值。尽管笔者认为，即使是个案研究，也宜放入整体对象中，才能更为准确地理解和把握。事实上，刊登在《法学研究》《判解研究》《知识产权判解研究》《侵权法评论》等专业法学刊物上的很多个案研究，往往都是案件的类型化研究，早已摆脱个案视角的狭隘性。对此，学界也有共鸣：“就某一法律问题的研判法院的立场，对系列案件的研究或许比个案研究更有价值。”解亘主编：《南京大学判例评论》（第1辑），法律出版社2012年版。