

总结经验,把握现状和预测未来的原则;兼顾行政法学内容的广度和深度的原则;加强行政法学体系的逻辑性的原则;改革现有体系与借鉴外国经验相结合原则;吸收相关法学学科的研究成果的原则。^{〔13〕}

有的学者也提出了当前完善行政法学体系亟待研究的问题:1. 行政法律关系与行政相对人的研究;2. 行政组织法学与行政组织学的关系;3. 行政行为的研究;4. 行政征收在行政法学中的地位;5. 行政计划、行政指导、行政契约的研究;6. 关于公物法的研究。

行政法学体系目前尚有争议,而实际上也没有必要非搞一个统一的行政法学体系不可。目前的问题是如何创新突破旧体系,而不是如何统一的问题。

总之,1994年行政法学的研究内容比较广泛,没有特点和热点。这是好事,学术不是赶时髦的东西,从本质上说,学术问题无所谓哪一个更重要,行政法学理论是一个大厦,对任何一个行政法学理论问题的忽视,都会影响行政法学理论整体的完善与发展。

近年的行政法学研究成果,理论深度有所提高,但仍不够。行政法学在我国是一门新学科,我国正处于一个改革的年代,社会关系的不断变化,各种利益的不断撞击,会引发许多理论问题,这是一个创造理论家的年代。因此未来的行政法学研究应力争解决一些重大的理论问题。

行政法学研究成果的另一个缺憾是:较系统地介绍当代西方行政法学理论的著作和译作太少。

(责任校对:林 炎)

民商法学研究评述

张 涵

对于我国民商法学界来说,1994年是一个风调雨顺然而并不十分丰收的年份。“风调雨顺”者,谓之各种外部条件不错,在我国社会主义市场经济的建立过程中,民商法学大有用武之地,无论是不断加速的立法进程还是日益纷繁的司法实践都给民商法研究提供了大量的素材和机遇并对它抱有厚望。“并不十分丰收”者,谓之民商法学研究虽有数量可观的作品面世,但质量优秀者并不很多。民商法学研究并没有因为良好的外部条件而十分和全面繁荣起来,对民商法各个部分之研究发展也不太平衡。

本文欲对1994年发表的民商法文章(主要是发表于法学专门刊物的文章)中的一些观点进行综述并发表一些评论意见,某些有价值的文章或观点可能有所遗漏,有些评论未必完全中肯、正确。对作者,无论本文是否直接评述其文章,也无论是褒奖还是商榷,我都以一个忠实的读者和长期从事民商法论文编辑工作的编者身份,向他们致敬。

一、关于民法基本理论

我国的民法基本理论在过去四十年左右走过了两个主要阶段,一是建立于计划经济体制之上的并服务于计划经济体制的民法基本理论。它主要是照搬苏俄民法基本理论,盛行于五十年代中后期,衰于七十年代后期。二是建立在一种处于过渡状态的经济体制(所谓“计划经济为主、市场经济为辅”、“有计划的商品经济”)并为这种过渡性的经济体制服务的民法基本理论。

〔13〕 程雁雷:《重构行政法学体系应遵循的原则》,《行政法学研究》1994年第3期。

它主要是指以“商品关系说”为代表的民法基本理论,源于七十年代后期,盛行于八十年代中期,衰于九十年代。在我国市场经济条件下,是否需要一种全新的民法基本理论呢?回答是肯定的。我国民法学者正在这方面进行有效的探索。这一探索涉及民法的调整对象、基本原则、民法的结构与立法模式、民法观念等。

近年来,尤其是1994年,有人就民法的上述基本理论问题发表了一系列文章,并提出以下观点:1. 关于民法的名称。认为“民法”本为“市民法”,在中文中使用“民法”一词乃为不忠实之翻译。2. 关于民法的调整对象。认为“市民法是作用于市民社会的法”,其调整对象首先是市民的权利与国家权利之间的关系,其次是市民彼此权利之间的关系。3. 关于民法的地位与作用。认为民法与宪法相并列,高于其他部门法,是根本法之一;民法尤其是民法典之制定,有控制权力(尤其是司法权滥用)之功能。4. 关于民事主体及其行为标准。认为“市民法”的主体应当是市民而不是公民;应当有一个由法律所明确规定的行为标准,这就是一个“经济人”的标准,民事主体(市民)就是合理地追求自己利益之最大化的“经济人”。^[1]

如果说徐国栋先生的《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》^[2],是作者以民法作为素材来构筑某种法哲学思想(此处不予评论)的话,那么作者近年发表的一系列文章则是试图用这种法哲学思想来解释或检讨民法的基本理论,以“为民法典之制定进行理论上的准备”。虽然我们不敢完全苟同于徐先生的结论,但这种研究无疑有助于在市场经济条件下我国民法基本理论的新生。由于历史和现实的原因,“民法”不一定需要更名为“市民法”以“还其庐山真面目”,日本人就没有去搞这种拨乱反正。然而,从市民社会的角度(无非是独立于国家权力的所谓“私”的关系)来探讨民法的调整对象及其特征是有意义的。由法律明确规定的关于民事主体的行为标准确实有待研究并建立起来,这个标准既不是理想色彩过份浓厚的说教,也不是仅以物质利益为唯一目标的“经济人”,而是既反映市场经济条件下的物质利益关系又追求诚实信用的人际关系和社会精神文明相统一的行为标准。这一问题确有展开进一步研究之必要。

我们注意到,有的民法学者将更多的研究兴趣集中到民法的基本理论上来。如梁慧星先生前几年的这方面的研究成果主要收录入其第二本文集《民法学说判例与立法研究》^[3]一书中,1994年在这方面又发表了几篇论文。在《诚实信用原则与漏洞补充》^[4]一文中,作者提出诚实信用是市场经济活动中形成的道德规则,是道德准则的法律化,其实质在于授予法院以自由裁量权,其功能是指导当事人行使权利,解释、评价和补充法律行为,解释和补充法律;其对法律漏洞之补充,包括对空白地规定型漏洞的补充、对预想外型漏洞的补充、对明显漏洞的补充等。在收入《民商法论丛》(第1卷)^[5]的另外两篇文章中,作者还专门讨论了法律漏洞及其补充方法、市场经济与公序良俗原则等问题。

有的民法学者指出,民法观念的发展与市场经济的发展紧密联系,主体平等和意思自治是民法观念的核心。在市场经济条件下,我们应当增强民法观念。^[6]与此相关联,也有人提出民

[1] 请参徐国栋先生发表于《法学研究》1994年第4期、《天津社会科学》1994年第6期及《法学》1993年第9期的各篇文章。

[2] 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学1992年版。

[3] 中国政法大学出版社1993年出版。

[4] 载《法学研究》1994年第2期。

[5] 法律出版社1994年出版。

[6] 魏振瀛、钱强波:《市场经济与民法观念》,《中外法学》1994年第5期。

法的精神是自由主义。^{〔7〕}从意识形态的角度、从文化现象的角度对民法进行研究,是有重要意义的。无论是国外还是国内的这方面研究,都还处于初步阶段,有待进一步地深入。一个全新的市场经济条件下的民法基本理论,必然要包括其意识形态方面、其文化方面,乃至其方法论方面等。

二、关于产权与现代企业制度

如果说国有企业“两权分离”的理论曾经是八十年代我国民法经济法学界的热门话题之一的話,那么随着经济体制改革的不断深入,多数学者已突破了“经营权”而主张企业法人财产所有权,企业产权与现代企业制度之建立成为九十年代我国民商法学的新热点。

关于所有权与所有制的对应关系,近几年来我国法学界不少人提出过疑议。最近有人著文比较系统地批评了所有权与所有制相对应的观点,认为二者虽有一定联系但其区别是主要的,所有权是远远早于所有制概念而产生的法律概念,所有权作为一项民法制度或民法权利,在不同性质的国家或社会形态并无根本区别。至于所有制,那应当是由宪法或所有制法所规范的对象。^{〔8〕}在民法学领域将所有权理论与所有制这一具有浓厚政治经济学色彩的概念相驳离,是有十分重要的理论和现实意义的。在理论方面,我们可以集中精力研究只属于民法的问题,而将本不属于民法的所有制理论剔除出去,以免受困惑;在实践方面,我们可以承认企业法人所有权而不必担心其对公有制之影响。

与所有权概念紧密联系的是企业产权问题,对此我国民法学界有不同看法。有人指出,产权是指财产权和与财产所有权有关的财产权,包括物权和工业产权,但不包括债权;产权关系是产权主体之间在财产占有、使用、收益、处分中发生的关系,包括所有者与经营者和使用者之间的关系、所有者与所有者之间的关系、所有者内部各管理主体之间的关系、经营者和使用者相互之间的关系等;理顺产权关系对于转换企业经营机制、建立现代企业制度、政企分开、转变政府职能、防止国有资产流失、巩固和壮大国有经济具有重要意义。^{〔9〕}但也有人仍然认为,企业法人财产权不是所有权而是经营权。^{〔10〕}还有人在承认企业法人所有权的前提下,认为市场经济条件下两权宜合不宜分,企业所有权与经营权合一以建立法人所有权制度,使企业财产权和经营权集中于企业(公司)一身。^{〔11〕}关于企业产权,也有人主张包括企业的债权。

“产权”本为西方产权经济学的一个概念,依我国有些学者的见解,它有两层意义:一是基本经济制度方面的,其含义与所有制略同;二是民事主体的财产权利。在经济体制的改革进程中,首先是由我国的一些经济学家引进了产权经济学的理论,接着民法学家们使用它来说明作为独立的民事主体的企业(公司)的财产权性质。从不同法系的比较来看,英美法系的财产权(或产权)制度与大陆法系的物权(以及知识产权中的工业产权制度)既有许多相似之处,又存在较大差别。引进产权理论,也许是为了克服我国长期继受大陆法传统固守严格物权理论的一些不便。产权理论对于改革固然重要,但我们很欣慰地看到,整个民商法学界没有象八十年代

〔7〕 徐国栋:《市民社会与市民法》,《法学研究》1994年第4期。

〔8〕 康德瑄:《所有权所有制剥离论与现代企业产权制度》,《法学研究》1994年第6期。

〔9〕 谢次昌、王修经:《关于产权的若干理论问题》,《法学研究》1994年第1期。

〔10〕 余能斌、李国庆:《国有企业产权法律性质辨析》,《中国法学》1994年第5期。

〔11〕 汪进元:《市场经济条件下两权宜合不宜分》,《法学评论》1994年第1期。

对“两权分离”那么热衷或说“倾巢出洞”,而是在一种正态分布的和谐状况下展开对产权理论的研究。这一现象表明我国民商法学界已走向成熟。

1994年有一场有关股权性质的争论。有人著文提出,股权是不同于社员权的一种独立的民事权利,作为民事权利的股权是由特定的法律行为创设的,创设行为是产生股权的法律事实,股权是公司所有权的伴生物。^[12]但也有人对上述观点提出质疑,认为投资人的身份具有两重性,一是股票持有人的身份,二是股东身份。这种双重身份不能由民法进行解释,股权的性质是公司法上的权利而不是民法上的权利。^[13]

从新的角度研究股权的性质是有重要意义的。社员权是股权的性质之一,此为陈论。但作为股东,其身份和权利确有两重性,这种双重的身份和权利是否可能或是否有必要概括为一种“独立的民事权利”呢?还有待学者的进一步研究。至于股权是否可用民法进行解释、是否为民法上的权利,则是比较容易回答的问题。如果主张民商合一,回答当是肯定的;如果主张民商分立,回答当是否定的。

三、关于侵权行为法

几年来,侵权行为法一直是我国民法学界研究讨论的热点,这一热点又集中在归责原则、特殊侵权行为、精神损害等方面。

有人探讨无过错责任的原因,介绍了法国的过错推定说、利益说与影响领域说、德国的危险说与支配说、英国的严格责任说,认为无过错责任的真正原因在于权利人行使权利应对他人负有保证不侵害的义务;无过错责任,因不以有无过错为要件,所以必须明确其应有的限度方能正确适用,无过错责任应为我国侵权行为法的一项(归责)原则,其适用以法律有特别规定为限,并设有若干免责事由。^[14]

关于侵权行为法的归责原则,在我国民法学界实为一桩旧案。概而言之,有一元说(认为仅有一个归责原则,即过错责任原则)、二元说(认为归责原则包括过错责任和无过错责任)、三元说(认为归责原则包括过错责任、无过错责任和公平责任)。上述文章是主张三元说的,但对无过错责任这一归责原则进行了更深入的阐述,使用了一些新的材料,并对其具体适用提出了若干意见。在1994年发表的另一一些有关侵权行为法归责原则的文章,也从不同的角度支持一元说、二元说或三元说,推动了这一领域的研究向纵深发展。

在侵权行为法领域,对特殊侵权行为的研究也引人注目。有人指出,饲养动物造成损害,其民事责任之构成有三个要件:1. 饲养的动物致人损害;2. 损害是由饲养动物的独立动作造成的;3. 因果关系。^[15]有人指出,饲养动物致人损害的行为应当是人的行为(对动物的所有、占有、饲养或管理)与动物的行为(直接加害)的复合。只有这两种行为相结合,才能构成“侵害行为”。有人还指出,“饲养的动物”应同时具备4个条件:1. 它为特定的人所有或占有;2. 饲养或管理者对动物具有适当程度的控制力;3. 该动物依其本性有可能致人损害;4. 该动物为家畜、

[12] 江平、孔祥俊:《论股权》,《中国法学》1994年第1期。

[13] 左羽、书生:《公民法人所有权和股东的权利》,《中国法学》1994年第3期。

[14] 刘士国:《论无过错责任》,《法学研究》1994年第3期。

[15] 王爱平:《论饲养动物造成损害的民事责任》,《法学杂志》1994年第2期。

家禽、宠物或驯养的野兽、爬行类动物。^[16] 还有人探讨了高度危险作业致人损害的问题,讨论了此类侵权行为的构成要件、无过错责任原则之适用以及免责条件等。^[17] 有人著文指出,行政赔偿的主体包括公务员、被委托人、自愿协助公务人员、公证人员等;构成行政侵权赔偿责任的行为必须是执行职务的行为,包括“处罚等具体行为”,以及不作为、事实行为、内部行政行为、职务提供便利条件的行为等特殊执行职务行为。关于行为人的主观方面,作者认为必须寻找一种新标准,或扩大违法性的解释或采用过失客观化的标准;此外,作者还讨论了损害的范围、对象、因果关系、免责条件等问题。^[18] 还有人指出,我国国家赔偿法 1. 承认国家有侵权行为因而有赔偿责任;2. 国家赔偿法虽渊于民法,但实属国家法;3. 直接规定国家赔偿的范围;4. 赔偿水平以保障受害人的生活 and 生存所需为限;5. 程序上便民利民。^[19] 此外,1994 年还发表了一些有关产品质量和产品责任的文章。

我国民法学界对特殊侵权行为的研究之繁荣,一方面反映了立法的发展和适应司法实践之迫切需要;另一方面则表明对侵权行为法的研究不再局限于基础理论,而是既注重其理论方面,又贴近立法和司法实践,这些研究的成果具有重要的现实意义。但也应当看到,这些研究大多是初步的,有待进一步深入;有些观点也有待进一步讨论。比如,“国家赔偿以违法性为归责原则”这一观点为不少人所主张,但将“违法性”与归责原则相提并论似有不妥之处:1. 凡侵权行为均有违法性;2. 作为归责原则,通常是考虑加害人的主观方面(也有人从客观公平的角度考虑的),或有过错或无过错,或要求加害人具有过错或不考虑加害人有无过错,而不是考虑加害人的行为在客观上是否违法。

在侵权行为法的其他方面,1994 年也发表了不少文章。有人著文指出,返还不当得利之责任与侵权责任在某些情形有竞合之可能,因侵权行为而发生不当得利;在司法实践中这种竞合常常表现在关于遗失物的返还纠纷上;于出现责任竞合之情形,允许受害人选择请求权,并对这种请求权加以适当限制以平衡当事人之间的利益、充分发挥财产的效益。这是我国大陆民法学界首次较系统地讨论两种责任竞合的文章。^[20] 此外,1994 年还发表了一些关于人身损害、精神损害之赔偿等方面问题的文章。^[21] 这些文章多贴近立法尤其是司法实践,其实用价值更胜于其理论价值。

如果说产权与现代企业制度这一热点直接根源于经济体制改革大潮的话,那么侵权行为法领域的理论研究持续火热以及司法实践中的侵权行为诉讼层出不穷,则有着更为深刻的社会背景,至少它表明在我国的法制建设进程中人们权利意识的不断觉醒,法学家们敏锐地捕捉到了这一具有根本意义的法律现象。

四、关于合同法

有人指出,合同解除的概念有广义与狭义之分别。广义的合同解除是指合同成立后没有履

[16] 张新宝:《饲养动物致人损害的赔偿责任》,《法学研究》1994 年第 2 期。

[17] 张新宝:《关于高度危险作业致人损害的赔偿责任的几个问题》,《政法论坛》1994 年第 4 期。

[18] 马怀德:《行政赔偿责任的构成特征》,《政法论坛》1994 年第 3—4 期。

[19] 肖峒:《论国家赔偿立法的几个基本观点》,《中国法学》1994 年第 4 期。

[20] 王利明:《论返还不当得利责任与侵权责任的竞合》,《中国法学》1994 年第 5 期。

[21] 杨立新:《自由权之侵害及其民法救济》,《法学研究》1994 年第 4 期;《劳动能力丧失及其损害赔偿》,《政治与法律》1994 年第 4 期。

行或未履行前,当事人通过双方协议或通过一方行使解除权使合同效力消灭的一种制度;狭义的合同解除仅指一方当事人行使法定或约定的解除权使合同效力消灭的一种单方法律行为。合同解除不同于合同无效、撤销、变更或终止。法律应对法定解除权的行使、效力和消灭详加规定。合同解除权作为一种形成权,只须由解除权人一方行使就发生效力。我国将来的合同法应以专门一节规定合同的解除权。^[22]有人指出,合同的成立与生效有明确的区别,二者的含义、作用、构成要件、体现的原则、决定权的归属以及时间定位均不相同。为了正确认识这两个概念,应引入“限制性效力”这一概念。^[23]有人讨论了违约赔偿范围涉及的一组概念,包括直接损失和间接损失、可得利益、实际损失的范围等,还讨论了可得利益的属性。^[24]

与侵权行为法相比,1994年对合同法的研究似略显平淡。虽然1993年立法机关修订了经济合同法而且统一合同法的起草工作正在积极进行,但有关合同法的重要理论文章似不多见。出现这种状况的原因大致有二:其一,我国民法学界对合同法的密集研究早于对侵权行为法的密集研究,十多年来一些主要问题都已有人论及,所剩的“处女地”恐不多了,而要在此基础上真正做出有份量的文章来,需要下大功夫。其二,有相当一部分合同法学者一年来致力于统一合同法的起草工作,而无暇写文章。

五、关于民商法的其他方面

(一)知识产权

1994年发表的有关知识产权的文章特别多,这与国家加强知识产权的保护、实践中侵害知识产权的案件不断增多有着直接的关系。这些文章多具有浓厚的实用色彩,试图说明或解决立法、司法实践中的一些具体问题。有人从中国传统文化的角度,遵循传播技术发展的历史线索,探讨著作权制度的成因和著作权观念的演变,对著作权法律文化研究进行了一次有益的尝试。^[25]有人讨论了1993年乌拉圭回合形成的知识产权协议文本中的“成员”、“多边”与“世界”贸易组织、“国民”待遇、“互惠”、非国民待遇、最惠待遇及其例外等概念和制度。^[26]

(二)商事法律^[27]

在商事法律方面,以讨论破产法、海商法、期货交易等的文章居多。有人指出,破产法中和解的目的有三项,即1. 避免对债务人适用破产程序,2. 避免法院宣告破产,3. 避免通过破产清算分配破产人的财产;我国现行和解制度存在1. 在立法体例和运用上未实现一体化,2. 政府参与色彩过浓,3. 程序僵化,4. 法院缺乏主动性等方面的缺陷;应完善和解申请及法院审查制度、和解协议的议决和认可制度、有关和解协议效力的制度和和解废止制度。^[28]有人指出,破产管理人具有客观的临时性和中立性的特点。在我国,破产管理人为破产清算组,它是一种准司法机构,本质上属于职务说的范畴,应当通过1. 赋予债权人会议监督权和2. 建立破产清算

[22] 王铁军:《论建立我国的合同解除制度》,《法学研究》1994年第4期。

[23] 翁祝建:《试论合同的成立与生效》,《法学与实践》1994年第5期。

[24] 李成林:《我国违约赔偿范围的几个理论问题》,《中外法学》1994年第1期。

[25] 吴汉东、王毅:《中国传统文化与著作权制度略论》,《法学研究》1994年第4期。

[26] 郑成思:《Trips中的国际与区际法律问题》,《法学研究》1994年第4期。

[27] 公司法也属于商事法律之一,但在本文第二部分已述及,此处略。

[28] 邹海林:《论我国破产程序中的和解制度及其革新》,《法学研究》1994年第5期。

的法律责任制度来完善破产管理人的监督机制。^[29]此外,还有人讨论过担保人向破产企业的债权申报问题。

破产法研究的繁荣,一方面反映了深化经济体制改革建立现代企业制度的要求,另一方面则是配合国家的立法计划,为制定统一的破产法进行理论准备。

我国法学界过去对海商法的研究不多,但1994年发表了一些有关赔偿责任的文章。有人指出,我国海商法规定了1. 不完全过失责任制,2. 完全过失责任制和3. 非限制性责任制。^[30]有人指出,海事赔偿责任限制仅适用于海上远洋运输关系,不适用于内河运输关系。^[31]有人讨论了船舶优先权与海事赔偿责任限制问题。^[32]

一年来,部分刊物发表了一些有关期货交易的文章,但有些法学刊物尤其是理论性较强的刊物,较少刊登此类文章,其原因恐有两个方面:1. 期货交易与其说存在某些法学理论问题倒不如说更多地存在操作方面的实务问题;2. 作为我国的一种新的经济现象,追逐潮流的应时之作当然会多一些。

(三)婚姻家庭法律制度

有人指出,现在夫妻财产制存在较多缺陷,建议1. 提高约定财产制的法律地位,完善约定夫妻财产立法;2. 法定夫妻财产宜采取婚后劳动所得共同制;3. 对共同财产的管理权作出更详细的规定;4. 对婚姻房屋作出适合我国国情的具体规定。^[33]有人撰文讨论了复员转业军人离婚时的财产分割问题。^[34]有人撰文讨论了非法同居关系的认定与处理。

近年来,从法学角度讨论婚姻家庭问题尤其是其理论方面的文章不多。1994年发表的有关文章似表明,研究者已把关注的焦点从离婚的标准转移到离婚时的财产分割以及夫妻关系存续期间的财产制方面。

(责任校对:张新宝)

经济法学研究述评

许明月* 张 涵

经济法学研究前几年一直处于不景气状态。1994年,经济法学在经历了旧体系的瓦解和对传统理论的深刻检讨与反思之后,迈出了艰难而可喜的一步。

一、关于经济法基础理论

1994年经济法基础理论研究比较活跃,经济法学界摆脱了传统计划经济体制和旧经济法理论的羁绊,从新的视角对经济法的概念、调整对象、经济法的性质、价值取向及体系等诸多关涉经济法存在合理性的问题进行了颇具建设性的探索,其中涉及较多者主要包括以下几个方

* 许明月系中国社会科学院研究生院博士研究生。

[29] 汤维建:《论破产管理人》,《法商研究》1994年第5期。

[30] 陈忠槐:《我国〈海商法〉的责任原则》,《法学杂志》1994年第2期。

[31] 施文、伍载阳:《海事赔偿责任限制的几个问题》,《法学研究》1994年第3期。

[32] 沈秋明:《船舶优先权与海事赔偿责任限制》,《法学杂志》1994年第2期。

[33] 陈雷:《完善我国市场经济条件下的夫妻财产制度》,《政治与法律》1994年第3期。

[34] 荀恒东:《复员转业军人离婚时的财产分割》,《法学研究》1994年第6期。