

作用的情况下,要建立涉及政治体制改革的新机构很困难。况且,如果有法不依的局面不改变,即使建立了新机构,也很难真正发挥作用。因此,他主张将现有监督机制运转起来,并完善其运行程序。^{〔22〕}

除了上述各种主要问题外,仍然有学者继续对公民的基本权利与自由、人大制度建设、民族立法、村民代表会议、乡规民约和违宪审查等问题进行探讨,但文章数量不多。

简 评

概括而言,我国宪法学界讨论的问题可分为宪法基本理论和中国宪政建设实践两大类。1995年学界讨论的热点集中于前一类问题,后一类问题里只有立法制度问题讨论得多一些。这种略显冷落的状态与民商法、经济法、诉讼法等其他部门法学界热火朝天地讨论现实法制建设的情况形成鲜明的对照。其因与我国目前集中精力搞建设,大规模进行经济立法,而政治体制改革措施出台相对比较谨慎有关。虽然这种状况对宪法学的繁荣并不能说非常有利,但也给宪法学者提供了冷静思考的机会。以往我国的改革举措往往带有较强的实用性考虑,缺乏系统充分的理论准备,而宪法学现在却有了这么一个进行准备的机会,这当然是件好事。我国现行宪政体制确立于1982年,此后社会主义市场经济体制、共产党领导的多党合作制等制度相继被补充入宪法。这说明随着社会生活的变迁,我国宪政体制也会不断地进行局部变动,现在有关立法问题的讨论,许多就是在宪法层次上进行的。经济体制改革的深入会不断提出新的宪法方面的问题来。我国宪法学界应该密切注视这方面的进展,预先思考未来将会出现的问题。在研究方法上,要提倡实证性的国情调查的方法,正确地把握中国社会正在发生的变化。还要提倡历史和比较的方法,多研究那些与我国国情类似的国家经济改革怎样促进政治改革的经验。此外,在研究中,还要特别注意学术问题的客观性和独立性,以科学的态度从事研究工作。诚能如是,我国宪法学会大有希望。

民事法学研究评述

张 涵

一、概 述

1995年第1期发表的述评是以“民商法学”为题的,没有包括民事诉讼法方面的内容。这一做法受到一些同行的批评。这次述评以“民事法学”为题,把民事诉讼法学包括进来。因此,本文所谓“民事法学”,包括民法学、商法学以及民事诉讼法学。将民法学和商法学归为一类,似

〔22〕 陈延庆:《论我国立法监督的权限和程序》,《中国法学》1995年第2期。

有据可查,如“民商合一”说。^{〔1〕}而将民事诉讼法学亦归为“民事法学”,所要解决的不是学科分类的学术问题,而是基于本刊编辑部的工作分工,并希望在这一年度的评述中对民事诉讼法学的研究成果适当反映并加以评论,而不致遗漏某些重要的学术观点。

在本文的写作过程中,作者对我国几种法学专门刊物1995年发表的民事法学论文进行了一个粗略的统计,^{〔2〕}希望通过这组统计数据给读者一个整体印象。《法学研究》(1995年第1—6期)共发表民事法学论文24篇,其中有关民法总论的文章3篇,物权法论文3篇,合同法论文3篇,民法史、民事案评(侵权行为类)及研究综述各1篇,商法论文6篇,知识产权论文3篇,民事诉讼法论文3篇。《法学研究》1995年发表的民事法学论文占全年发表文章的32%。《中国法学》(1995年第1—5期)共发表民事法学论文17篇,主要涉及合同法、破产法、公司法、知识产权法及民事诉讼法等方面的问题。《中外法学》(1994年第6期至1995年第5期)共发表民事法学论文18篇,主要涉及破产法、民事诉讼法、民法基本理论、公司法、知识产权法等方面的问题。《政法论坛》(1994年第6期至1995年第5期)共发表民事法学论文约20篇,主要涉及民法基本理论、合同法、破产法等方面的问题。《法商研究》(1995年第1—5期)共发表民事法学文章16篇,主要涉及著作权法、公司法、合同法及民事诉讼法等方面的问题。《现代法学》(1994年第6期至1995年第5期)共发表民事法学论文近40篇,《法学家》(1994年第6期至1995年第5期)共发表民事法学论文11篇,《法学评论》(1995年第1—5期)共发表民事法学论文15篇,《法律科学》(1995年第1—5期)共发表民事法学论文21篇,《法制与社会发展》(1995年第1—5期)共发表民事法学论文10篇。各刊所发表的民事法学论文约占到其发表文章总数20%以上,有的达到30%。

另一些主要法学专业刊物,如《法学》、《政治与法律》、《法学杂志》、《河北法学》等,在1995年同样发表了许多重要的民事法学方面的文章,本文将评述其中的一些学术观点。但由于技术方面的原因,未能对这些刊物发表的民事法学文章进行统计。

二、主要观点介评

(一)民法的现代化与现代化进程中的民法

有人指出,中国民法的现代化不单是民法制度的现代化,还应是民法文化的现代化;不单是民法的法典化,还应是民法的科学化和活化。^{〔3〕}中国民法典的经济使命是为经济活动提供良好的制度框架和活动准则,促进市场经济的发展;其政治使命是促进中国民主政治的发展和法治国的实现;其文化使命是促进市民社会的缔造,促进传统文化向现代文化的转型,实现新的社会整合。将要制定的民法典应具有实用性和体系开放性特征。^{〔4〕}

有人认为,制定民法典或说民法法典化,是发展我国社会主义市场经济的需要,是完善社会主义民主、充分保护公民、法人民事权利的需要,是健全社会主义法制、实现法律科学化的需

〔1〕 主流观点似为“民商合一”。但有人认为“进一步完善”民商法律“就是民法、商法分立”。见徐学鹿:《论“进一步完善民商法律”》,《法制与社会发展》1995年第2期。

〔2〕 统计数字不绝对精确:数字中不包括专门介绍外国民法制的文章;某些文章的学科归属可能有争议;某些非学术研究的作品不包括在统计数字内。

〔3〕〔4〕 韩世远:《论中国民法的现代化》,《法学研究》1995年第4期。

要。该文作者还讨论了制定民法典的思路,认为在速度上,总则编、债编应当快一些,物权编应当慢一些;关于民法典的共性与个性,认为共性大于个性。作者重申了民商合一主义,主张将公司法、票据法、海商法和保险法作为民法的特别法,将隐名合伙、居间、行纪、承揽运送等商事性合同列入民法典债编。^[5]

有人著文探讨了中国民法的民族性问题,认为中国民法应是中华民族的民法;中国民法应是大众化的,应是人民生活的方法,包括对婚姻家庭关系的调整。^[6]

有人指出,民法是现代法治的基础,西方法理学主要是民法精神的总结与升华,法学本体论必须吸纳民法精神,并将民法精神作为基本思想。^[7]还有人认为,民法是中国法制改革的支点,民法是在承认主体多元化、利益多元化的基础上,用权利这一法律细胞来界定自由的,并为解决权利与权力、私权与公权的关系奠定了法律前提……民法是万法之基。民法不仅以权利这一精巧的法律单元奠定了法治的根基,而且以“行为”作为实现权利的手段,贯彻意思自治和机会平等原则,为民事主体提供了一个合理生活的手段,创造了权利平等的法律环境。^[8]

有人著文讨论了民法典与权力控制问题,认为我国将来的民法典必须规定意思自治原则,使市民社会能抵御国家权力任意进入私域,同时须规定权利不得滥用原则,使国家权力控制恶性膨胀的私人权利,由此在市民的权利与国家权力间达成一种平衡,形成有秩序的自由。^[9]有人著文讨论了禁止权利滥用原则,认为权利滥用具有行使权利的表征或与行使权利有关,权利滥用是违背权利本旨或超越权利正当界限的行为,权利滥用是一种违法行为。该文作者还建议将民法通则第7条修改为“任何人均不得滥用自己的权利。”^[10]

对民法基本理论的研究,是1995年我国民法学研究的主要热点之一,而这一点又集中于两个方面:一是以制定民法典为中心的民法自身现代化问题;二是民法在现代化进程中的作用问题。对于前者,学者们已不停留在前几年仅仅是呼吁制定民法典的阶段,而是深入研究了民法典的经济和哲学基础,探讨了民法的基本制度,提出了民法典的具体结构^[11]。对于后者,学者们认识到了民法对于促进经济建设以及文化方面的特有制度功能,有人甚至将其作为一种独立于物质文明和精神文明的“第三种文明”,认为“与物质财富之创造(如农民种庄稼、工人开矿山)和精神财富之创造(如文学家创作小说、艺术家创作图画)完全不同,法学家所孜孜以求的是第三种文明——制度文明,即建立一个文明的法律制度。这种文明的基本标准包括三个要素:作为制度之基础的公平和正义;制度运行之有效性及成本节省;制度表现形式的规范性和科学性。”^[12]从某种意义而言,民法的现代化或民法典之制定,是这种制度文明自身建设的重要(甚或主要)组成部分;而一部现代化的民法典有效地调节社会民事生活,则是这一文明制度的价值实现。民法的制度价值本身,不仅仅在于其对平等主体财产关系和人身关系的调整(这诚然是十分重要的),更在于它对于法治国家和市民社会之建立的重要的责无旁贷的历史

[5] 魏振瀛:《中国的民事立法与民法法典化》,《中外法学》1995年第3期。

[6] 张谷:《论中国民法的民族性》,《法学家》1995年第3期。

[7] 郝铁川:《民法精神与中国法理学的重构》,《法学》1994年第12期。

[8] 杨振山:《论民法是中国法制改革的支点》,《政法论坛》1995年第1期。

[9] 徐国栋:《民法典与权力控制》,《法学研究》1995年第1期。

[10] 汪渊智:《论禁止权利滥用原则》,《法学研究》1995年第5期。

[11] 王明锁:《论中国民法法典化》,《法学研究》1995年增刊。

[12] 张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1995年版,第14页。

使命。^{〔13〕}

(二) 物权法：寻找理论研究的突破

有人著文提出了制定我国物权法的基本思路，认为物权法是规范财产归属关系的法律，制定物权法，对划清产权关系、保障各种物权不受侵犯、杜绝国有和集体财产“流失”、稳定社会经济秩序具有特别重要的意义。该文提出了制定物权法的立法原则，包括：(1)贯彻个人利益与社会利益协调发展的所有权思想；(2)适应物权的价值化和国际化发展趋势；(3)规定国家征收土地的条件及公正补偿；(4)规定物权法定主义；(5)坚持一物一权主义，但可设若干例外；(6)不承认物权行为的独立性和无因性；(7)物权变动采登记(交付)要件主义；(8)以物权关系固定农地使用关系；(9)明确国有土地使用权为一种用益物权；(10)废除习惯法上的典权；(11)在土地与建筑物的关系上采分别主义。该文将物权分为所有权(即完全物权，包括建筑物区分所有权、不动产相邻关系)和限制物权(即不完全物权，包括用益物权与担保物权)。该文还提出了我国物权法的基本结构，包括总则、所有权、基地使用权、农地使用权、地役权、抵押权、质权、留置权、占有及附则共10章。^{〔14〕}但是，有人提出的方案认为应当保留典权，并建立采矿权、水权、渔业权制度。^{〔15〕}典权为我国固有法上之他物权一种，其产生与存在当与封建生产关系及宗法思想有关。如果在现代市场经济条件下还保留典权，似应说明其应存在的社会经济条件。

有人著文探讨了我国他物权制度的重新构造。认为重构我国他物权制度的指导思想包括：(1)借鉴国外立法经验；(2)继承本国立法传统；(3)吸收司法实务经验；(4)审度本国具体情况。该文作者主张改造农村土地承包经营权为承租权，扩充典权范围，并将抵押权与质权分开。^{〔16〕}

有人著文讨论了动产抵押问题，认为我国动产抵押权的登记宜采书面成立——登记对抗主义为宜。这种公示方式既有利于交易之便捷，也能保护第三人的利益与维护交易安全。该文作者还认为，我国立法不应赋予动产抵押权登记以公信力，理由有三：(1)动产以占有作为公信的基础，而动产抵押最大特征是不移转占有，因此第三人无法从占有上辨明抵押权设定的表征，所以不具有赋予其公信力的前提；(2)动产抵押权虽以登记为公示方式，但其登记仅是对抗要件而非成立要件，仅有物权宣示的性质而无物权创设之功能，可信度较登记成立主义低，因此不宜赋予公信力；(3)我国基本上建立了善意取得制度，善意第三人可藉此制度受到保护。^{〔17〕}

1990年曾有人著文讨论过建筑物区分所有权的问题。^{〔18〕}1995年对此问题的研究有了较深入的进展，出版了专著并发表了相关论文。关于建筑物区分所有权，在国外有一元说、新一元

〔13〕 有人认为，“中国对市民社会的重建，使中国的民法得到复兴”(前引〔9〕，徐国栋文)。笔者似不能同意这一观点：其一，中国过去很难说过有真正的市民社会，因此不是“重建”，而是从无到有的“建立”；其二，民法不是建立市民社会的结果，而是建立市民社会的手段，正是民法规定了主体的权利和自由，人们才能(甚或才知道)依法抗衡于政治国家。完善我国民事立法(包括编纂民法典)，其目的之一“就是要建立中国的市民社会”(前引〔10〕，汪渊智文)。

〔14〕 中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组：《制定中国物权法的基本思路》，《法学研究》1995年第3期。

〔15〕 崔建远：《我国物权法应选取的结构原则》，《法制与社会发展》1995年第3期。

〔16〕 杨立新、尹艳：《我国他物权制度的重新构造》，《中国社会科学》1995年第3期。

〔17〕 王闯：《动产抵押论纲》，《法制与社会发展》1995年第1期。

〔18〕 陈忠：《论建筑物区分所有权》，《法学研究》1990年第5期。

说、二元说、三元说等。^[19]我国有人主张三元说,认为建筑物区分所有权是指多个区分所有权人共同拥有一栋区分所有权建筑物时,各区分所有权人对建筑物专有部分所享有的专有所有权,与对建筑物共用部分所享有的共有部分持分权以及因区分所有权人之间的共用关系所生的成员权之总称。^[20]也有人认为建筑物区分所有的性质是复合共有,它由整个建筑物的按份共有、共同使用部分的互有和专有使用部分的专有复合构成既不同于按份共有又不同于共同共有的第三种共有形态(所谓“准共有”)。^[21]在近年大量出版有关房地产法律的普法和解决操作层面问题的实用书籍的同时,对建筑物区分所有权的进一步理论研究,反映了我国房产制度改革对民法理论深层次的要求。

大约十年前,已故著名民法学家佟柔教授曾将我国国有企业财产权的民法表现问题比喻为我国民法学的哥德巴赫猜想,可见先生当时即敏锐地观察到了我国物权法理论以及建立以所有权为核心的物权制度的艰难程度。从民法通则公布到九十年代初期,我国民法学界集中精力讨论了“两权分立”、“企业产权”等问题,虽然也有少数学者零星研究过诸如占有、善意取得、相邻关系等物权法的制度,但对物权法的整体研究无论是在广度还是在深度方面都是薄弱的。^[22]令人欣慰的是,以中国物权法的起草准备为契机,我国民法学者在1995年对物权法的研究投入了大量精力并发表了许多重要成果,这似乎意味着人们正在寻找我国物权法理论研究的突破。

有一个现象值得一提。1995年我国颁布了担保法,这无论是与正在起草中的统一合同法还是与将要准备起草的物权法,都有交叉关系。该法在公布之前很少有人为其进行深入的理论准备,公布之后也尚未见到深刻的理论评析,不知理论界将如何处理该法在将来物权法和统一合同法乃至民法典中的地位问题。

(三)从“三足鼎立”到统一合同法

所谓“三足鼎立”的合同法体制,是指经济合同法及其附属法规、技术合同法和涉外经济合同法这三个并列的调整合同关系的法律制度。在“三足鼎立”的合同法格局形成之初,就有人提出过批评意见,认为以经济合同法为中心的我国现行合同法体系不可避免地残存着产品经济思想和“以计划调节为主,市场调节为辅”的旧体制烙印,主张“统一的市场要求统一的法律调整,要求统一的合同法。”^[23]

随着我国社会主义市场经济体制的全面确立,社会经济生活对统一合同法的要求更为迫切,我国理论界对此的理论准备也更为深刻、全面和成熟。有人指出,现行合同法的缺陷有经济体制方面的原因,有立法体制方面的原因,有民法理论方面的原因,也有立法指导思想方面的原因。^[24]发展市场经济要求实现合同法的统一,“三足鼎立”的合同法不符合市场经济的要求,随着改革开放的进展,经济合同的概念已经丧失意义,发展现代化市场经济要求实现合同法的现代化。^[25]

受全国人大法工委委托,由学者^[26]起草的统一合同法立法方案提出了统一合同法的立法

[19][20] 陈华彬:《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社1995年版,第66页以下。

[21] 杨立新:《论建筑物区分所有权》,《法学家》1995年第4期。

[22] 现在也有学者主张物权法之制定应缓一步,前引[6],张谷文。

[23] 张新宝:《论建立我国统一的合同法律制度》,《中南政法学院学报》1987年第1期。

[24][25] 梁慧星:《从“三足鼎立”走向统一的合同法》,《中国法学》1995年第3期。

[26] 包括江平、梁慧星、王利明、崔建远、郭明瑞、张广兴、李凡、何忻。见张广兴:《中华人民共和国合同法的起草》,《法学研究》1995年第5期。

指导思想,确定了其调整对象(一切平等主体之间的合同关系,但限于债权合同),坚持民商合一。方案还确定了合同法的基本结构(包括总则、分则和附则三部分)及技术性要求。^[27]根据该方案,全国12个单位参与了合同法建议草案的起草工作。^[28]建议草案确立了合同自由、平等、公平、诚实信用和公序良俗的原则。建议草案体现了以下特色:(1)以现行法为依据并予以进一步完善;(2)充分尊重审判实践经验;(3)尽量采纳反映市场经济客观规律的共同规则;(4)注重协调与兼顾当事人利益与国家、社会利益;(5)注重兼顾交易便捷与交易安全;(6)注重法律的科学性与实用性。^[29]

统一合同法立法方案及基于该方案起草的建议草案,既是一次重要的立法准备工作,更是一次重要的合同法学术活动。在这次活动中,人们就制定合同法的着眼点、合同法与现行法的关系、合同法对有关国际公约、发达国家和地区合同立法、学说和判例的借鉴与吸收、意思自治在合同法中的地位、诚实信用原则的适用等重大理论和实践问题展开了卓有成效的讨论,为统一合同法的最终出台进行了丰富的理论准备。

有人检讨了合同无效制度,认为在我国合同的大量无效,在很大程度上是由于制度性的原因,一是行政管理部门和人民法院对合同效力的过度干预,二是当事人对合同无效规定的滥用。合同无效作为一种法律现象,通常是指当事人之间达成的协议或者已完成的交易不能发生预期的法律后果,或者约定的条款不能发生法律上的约束力。产生合同无效的原因包括订约程式之欠缺、合同主体能力之欠缺、意思表示缺陷、内容不合法等。合同无效的补救方法包括部分无效、法律行为的解释、无效行为的转换与补正、放弃撤销权及法定追认等。合同无效的后果将导致合同无约束力、恢复原状、损害赔偿和其他制裁。该文作者认为,我国合同法的整体目标应当是合同实现,合同法的价值理念是效率、交易安全和公平,应当在民商法框架内建立和完善我国合同法,并尊重当事人意思自治、限制行政干预、承认交易习惯、保护善意相对人。^[30]这是一篇比较系统地研究合同无效制度的文章,一方面它切中了当前经济交往和民事经济审判实践中无效合同数量“相当惊人”的时弊;另一方面它所提出的指导思想和对策是符合市场经济规律的。

有人介绍了《联合国国际货物销售合同公约》中的根本违反合同制度,建议我国在修改三个合同法或制定统一合同法时,应更多借鉴这一制度,因为公约是迄今为止国际货物买卖统一实体法中最详备、最全面、最先进的法律,借鉴该制度对于确保合同的实际履行具有重要意义,且有利于我国合同解除制度之完善。^[31]我们在倡导建立统一合同法时大多强调与国际惯例接轨,而研究国际货物买卖统一实体法中的一些重要制度,并在未来的合同立法中加以吸收或借鉴,无疑是“接轨”的途径之一。

本刊曾于1993年刊登两篇文章讨论预期违约(或称先期违约)问题。^[32]1995年又有学者著文研究这一问题,认为预期违约有三个特点:(1)其行为表现为未来将不履行义务;(2)其侵

[27][28] 前引[26]。

[29] 前引[24],梁慧星文。

[30] 王卫国:《论合同无效制度》,《法学研究》1995年第3期。

[31] 赵康、慕亚平:《根本违反合同与中国合同法》,《法学研究》1995年第4期。讨论该问题的另一篇重要文章是王利明撰写的《论根本违约与合同解除的关系》,《中国法学》1995年第3期。

[32] 南振兴等:《预期违约理论比较研究》,《法学研究》1993年第1期;韩世远、崔建远:《先期违约与中国合同法》,《法学研究》1993年第3期。

害的是期待的债权而不是现实的债权;(3)其补救方式不同于实际违约。该文作者还认为明示毁约是预期违约的主要形态。明示毁约方必须明确肯定地向对方提出违约的表示,必须明确表示在履行期到来以后不履行合同义务,必须表示不履行合同的主要义务且明示毁约无正当理由,这些是构成明示毁约的必备条件。明示毁约不同于履行拒绝,也不同于不安抗辩。该文作者建议,我国合同立法应采纳预期违约制度,而不应沿袭大陆法的不安抗辩权制度。^[33]我国本来是一个具有较浓厚大陆法传统的国家,而在两大法系相互借鉴乃至在一定程度上相互融合的今天,建立我国现代民法,确有必要学习各家之长,而无须拘于一个模式。但是,如果拒绝大陆法系某一已经较为定型的制度,似应全面考察这一制度在大陆法系国家的实际运行情况,方可得出孰优孰劣的判断,而仅凭较少的文字材料,则难以得出客观公正的结论。在民法学研究中,某些时候简单地罗列、比较一些国家的法律条文,缺乏实证的研讨,确有隔岸观火之嫌,难完全令人信服。

有人著文探讨了“依法不能成立的合同”,认为“依法不能成立的合同”被排除在合同概念之外,且不同于无效合同。^[34]对这一问题的探讨,有利于解决司法实践中某些案件的性质认定与管辖权之确定。有人著文讨论了合同形式问题,认为“合同是相对人之间为一定给付或者为一定行为、不为一定行为的合意,此合意之外在表现就是合同形式。”^[35]该文认为,我国现行合同法所采的“要件主义”是一种典型的国家干预主义,建议合同形式由双方当事人决定,但法律有规定或当事人约定应采特定形式的除外。采取“不要式为主,要式为辅,要式合同中适用证据主义与要件主义相结合。”^[36]我国现行合同法中严格的要式主义近年来受到较多批评,它既不符合国际惯例,也与实际经济生活严重脱节。上述观点无疑是有建设性的。有人著文讨论了合同权利让与问题,认为合同权利让与是一种合同行为,该行为一经成立,即在当事人之间发生法律效力。该文进一步认为,合同权利让与,须经“债务人同意主义”已为世界上多数国家立法所不采,我国宜采“通知债务人主义”以完善我国的合同权利让与制度。^[37]这一观点,也与统一合同法立法方案之主张相符合。

在上一年度的综述中,笔者曾经指出我国民法学界“1994年对合同法的研究似略显平淡。”^[38]而1995年的情形似发生了重大变化,有关合同法的研究成果十分丰富,且不乏有较高质量者。研究的问题也有相对明确的针对性,即围绕统一合同法的制定进行多方位的深入研究和理论准备。市场经济急切地呼唤着我国统一合同法的诞生,而这次完全由专家提出方案与准备建议稿的立法准备工作,又为我国合同法研究带来了一次前所未有的繁荣——它与当年颁布经济合同法或建立“三足鼎立”合同法体制时的情况完全不同,不再是一般性的宣传和解释(这在当时也是十分必要的),而是用法学家的理性(包括对市场经济及其规律的深刻认识、包括在长期的法学生涯中形成的公平正义观以及对法的感情和对人民的忠诚,等等)和智慧(包括对古今中外有关合同立法、司法材料的积累和消化,以及在此基础上产生的思想)建构一个在他们看来更符合我国社会经济生活需要的合同法律制度。

[33] 王利明:《预期违约制度若干问题研究》,《政法论坛》1995年第2期。

[34] 张德天、唐宏喜:《浅析依法不成立的合同》,《法学》1995年第2期。

[35][36] 张坦:《论合同形式》,《法商研究》1995年第2期。

[37] 王旭光:《论合同权利让与的若干基本问题》,《河北法学》1995年第2期。

[38] 张涵:《民商法学研究评述》,《法学研究》1995年第1期。

(四)知识产权研究:追求理论深度

有人著文讨论了我国知识产权保护与国际接轨的问题,认为我国建立了比较完备的知识产权法律体系,加强了知识产权的司法保护和行政保护。该文作者还认为,目前我国对知识产权的保护的法律法规已具有国际水平,但应进一步完善商标法(如现缺少对防御商标和联合商标注册的规定)、专利法(如现缺少对植物新品种保护的规定、实用新型的最终确认权与国际惯例不同、专利管理机关对纠纷的处理程序不完善)、著作权法(如应改变以合同取消作者法定权利的作法、对侵权行为应规定法定赔偿额、应重视利用计算机软件侵犯著作权的问题),并应善于利用国际公约,在知识产权保护的国际合作中发挥重要作用。^[39] 有人著文讨论了商标国际保护中的一些问题,认为巴黎公约与 Trips 均已涉及驰名商标的认定与保护问题,但并未完全解决这一问题,我国商标法中虽无防御及联合商标的规定,但在管理实践中为驰名商标提供相当于防御商标注册的实例亦有,提出应考虑有无必要通过商标立法对这种实践加以明文规定。该文作者还认为,近年来在许多地区性商标条约及一些国家的国内法中,都规定了对商标权的限制。我国商标法至今未对此作出规定,给人们的印象是商标权是绝对的,建议对商标权应有所限制。但由于各国乃至同一国中司法界与法学界对商标权“权利穷竭”的看法不同,现有的世界性国际条约中,均未就此作出结论,这是个允许继续讨论的问题。^[40] 有人著文讨论了关贸总协定中的知识产权程序条款与我国的立法问题,认为 Trips 第 41 条,第 73 条,属于程序性的条款,其作用是规定成员国或成员地区,通过怎样的途径,以及通过什么样的成员之间的争端的解决方式,以保证协议前半部分所承认的那些“私权”能够得到行使,又不致于妨碍国际贸易活动。这些程序条款对我国立法有重要参考价值。^[41]

有人著文讨论了作品的独创性,认为作者权体系和版权体系对独创性概念的规定有着根本区别,这个区别主要源于它们各自基于的社会环境的不同,而且对“创作”概念有不同的认识。两个体系对创作概念不同的认识反映在独创性概念上,表现为同一概念质的规定性不同,这是本质的区别。在我国版权制度中,独创性概念是不确定的,这导致了版权司法在确认版权作品和判定版权侵权上存在着盲目性和任意性的问题,这些问题应该引起立法机关和司法机关的重视。^[42] 有人著文讨论了作品的合理使用问题,认为公平正义观是合理使用制度的基础,合理使用的价值目标在于通过均衡保护的途径,促进科学、文化事业的发展,而这一制度的属性为对著作权的限制,对于非著作权人而言合理使用应被视为一种利益。该文作者建议,我国合理使用制度的修订,应顾及现代著作权立法趋势,向国际规范靠拢,对于“个人使用”,应符合两个条件,即限于使用者本人(包括家庭)及不以营利为目的;对于“教育使用”,应将商业目的的教学排除在外;对于“科研使用”,营利性实体使用他人有著作权的作品则被认为不合理;对于“公务使用”,应限定为“政府与司法部门”,等等。^[43]

有人著文讨论了著作出租权制度,认为著作出租权乃著作权人依法享有的出租或许可他人出租其作品并获得一定报酬的权利。其客体为作品而非作品之载体;其内容包括(1)著作权

[39] 刘剑文:《再论我国知识产权保护与国际接轨》,《法学评论》1995年第2期。

[40] 郑成思:《商标国际保护中的若干问题》,《法制与社会发展》1995年第1期。

[41] 郑成思:《关贸总协定中的知识产权程序条款与我国的立法》,《中国法学》1995年第2期。

[42] 金渝林:《论作品的独创性》,《法学研究》1995年第4期。

[43] 吴汉东:《论合理使用》,《法学研究》1995年第4期。

人有权出租其著作,(2)著作权人有权许可他人出租其著作,(3)获取报酬。对于著作出租权之立法模式,有两种类型,或将其纳入发行权之中,将作品出租视为作品发行的一种方式,或将其与发行权分开,单独列出。该文作者建议,对于租金之收取,可由著作权人委托著作权集体管理机构向出租店主征收租金。此方式之优点在于联合集体的力量制约作品使用者,租金收取较有保障;故为大多国家采用,我国可借鉴此方式。^[44]有人著文探讨了美术作品著作权与商标权的冲突及其对策,认为冲突的原因包括:(1)同一美术作品受著作权法和商标法的双重保护;(2)商标对他人著作权构成侵权。^[45]有人著文评析软件保护法律制度,认为目前软件法律保护制度包括三个方面:(1)计算机程序,不论是源码或目标码,均作为文字作品受著作权保护;(2)属于技术范围的程序,其主题可以获得专利保护;(3)计算机程序只要符合商业秘密保护要件的,则可获得商业秘密或类似法律的保护。但这些制度还不完整,如果能开创一种类似于外观设计保护的程序设计法律保护制度,则可填补软件法律保护制度中的这个空白。^[46]

1995年我国学者对知识产权的研究,似不仅试图说明或解决立法、司法实践中的一些具体问题,而呈现出两个鲜明的特征:一是加大研究的理论深度,从法理学、经济学和社会文化的角度研究知识产权法(尤其是著作权法),二是抓住我国知识产权立法司法实践与国际接轨这一重大问题展开研究。

(五)商事法学:公司法与破产法研究繁荣

1. 公司法与企业法

有人著文讨论了公司股东大会的地位及其运营的法律问题,认为根据我国公司法规定,股东大会是公司的权力机关,其职权的核心是决定公司的最高意思,包括:(1)股东大会法定职权范围内的事项,为股东大会专属管辖意思决定事项,不能分属于其他公司机关;(2)股东大会依法和依公司章程作出的决定是最高意思,具有约束董事会、监事会、董事长、经理的效力,董事会虽然可以就业务执行决定公司日常的经营意思,但它不得同股东大会的决定相抵触;(3)股东大会的机能仅限于作出决定,不负责执行决定,对外不代表公司。该文还强调了股东大会全员性,分析了资本多数决定原则的利弊及救济。^[47]有人认为,国有企业改建为公司的动机虽有多种,但其本质就是把企业塑造成真正的市场经营主体。^[48]

有人著文讨论了公司法中的严格责任制度,主张在我国公司法律制度完善过程中建立严格责任制度。严格责任的主体主要是对公司债务承担有限责任的股东,导致股东承担严格责任的原因是其行为的内容背离了分离原则使法人失去独立性,导致严格责任的损害行为是违反法律规定或违背善良风俗和诚信原则的滥用行为。^[49]有人讨论了公司发起人的违约责任和资本充实责任,认为保护股东利益与保护公司债权人利益之间应建立一种平衡,公司发起人违反出资约定,应向其他发起人或公司承担违约或赔偿责任,而当出资额不足时还应承担资本充实之责任。^[50]

[44] 胡开忠:《关于著作出租权制度的理论探讨及立法动议》,《法商研究》1995年第2期。

[45] 刘力:《美术作品著作权与商标权的冲突及其对策》,《法商研究》1995年第5期。

[46] 郑胜利:《软件法律保护制度评析》,《中外法学》1995年第5期。

[47] 王保树:《公司股东大会的地位及其运营的法理》,《中国社会科学院研究生院学报》1995年第1期。

[48] 王保树:《国有企业走向公司的难点及其法理思考》,《法学研究》1995年第1期。

[49] 范健、赵敏:《论公司法中的严格责任制度》,《中国法学》1995年第4期。

[50] 陈彤:《公司发起人的违约责任与资本充实责任》,《法学研究》1995年第6期。

有人认为,公司的本质在于公司资本的社会化;产权民主化是公司治理结构的重要特征,是公司资本社会化的必然体现;一人公司与现代公司本质相抵触,因而只能是例外;我国有独资公司,与企业改革目标相抵触,独资公司宜慎行。^[51] 有人对独资企业的立法问题进行研究,认为独资企业由一个自然人组成,无独立法律人格,为私法形态企业;并且建议制定一部统一的独资企业法,对独资企业和回复独资企业性质的个体工商户进行统一调整,但不调整法人独资企业。^[52]

1995年我国公司法研究的繁荣表现在两个方面,一是有份量的论文发表较多,二是研究由表浅层次逐步走向深入。如果说呼吁国有企业公司化改造只是公司法的外围或政策性问题的话,那么对有关公司股东地位与责任、公司董事会的权力、公司的利益分配与权力制衡、公司收购与兼并等方面的研究,则触及到了公司法自身的原则、制度与规范。

2. 破产法

有人著文探讨建立我国个人破产制度,认为建立我国个人破产制度势在必行,我国个人破产制度应当实行一般破产主义,个人破产包括普通合伙的破产、有限合伙的破产、个体工商户的破产、自然人的破产,个人破产与法人破产应在制度上设置若干区别。^[53]

有人著文对破产概念进行了分析,认为破产概念的量的变化和质的变化相结合,使之不可避免地带上了变动不居性。破产概念可分别从经济意义与法律意义上探讨。法律意义上的破产概念可分为:清算型破产与预防型破产;自愿型破产与非自愿型破产;所有权型破产与非所有权型破产。^[54]

有一些文章分析了我国现行企业破产法的问题,并对破产法之制度(或修订)提出了意见。有人认为,企业破产法对破产时间没有明确规定,在遏制滥用破产权利规避法律方面存在不少漏洞。^[55] 有人认为企业破产法法律条文过于简单笼统,适用范围过窄,破产界限难以正确掌握、破产程序规定不科学,缺乏诉前和解,人员安置规定过于原则,法律责任规定有多处弊端。^[56] 有人认为,我国制定中的破产法在立法指导思想和适用范围上都应进行检讨,而对于破产法的结构之设计,应受制于两个因素,即法院适用破产法应当便利,破产法的内容安排不可与破产程序制度脱节。^[57] 有人著文讨论破产和解制度问题,主张破产和解制度独立化、破产和解制度一元化、破产程序与和解程序分离化并完善破产和解程序的监督机制。^[58]

此外,有人著文对我国票据法存在的一些问题提出了批评,认为该法没有坚持票据行为的无因性而将票据行为与其原因行为相混淆;限制票据使用主体和范围,不符合市场经济的要求。^[59]

[51] 郑祝君:《从西方公司制的变迁看公司的本质特征和基本功能——兼论我国企业公司化改造中的国有独资公司问题》,《法商研究》1995年第4期。

[52] 赵旭东:《独资企业立法研究》,《政法论坛》1995年第1期。

[53] 汤维建:《关于建立我国的个人破产程序制度的构想》,《政法论坛》1995年第3—4期(连载)。

[54] 汤维建:《破产概念新说》,《中外法学》1995年第3期。

[55] 华泽、韩敏:《我国〈企业破产法(试行)〉存在的几个问题》,《中外法学》1995年第3期。

[56] 张景文:《关于重新修订〈破产法〉的法律思考》,《中外法学》1995年第3期。

[57] 常敏、邹海林:《中华人民共和国破产法的制定》,《法学研究》1995年第2期。

[58] 汤维建:《破产和解制度的改革与完善》,《中国法学》1995年第2期。

[59] 谢怀斌:《评新近公布的我国票据法》,《法学研究》1995年第6期。

1995年对商事法的研究,尤以公司法和破产法为繁荣。因为公司法刚实施不久,诸多理论和实践问题有待解决;而破产法正在起草之中,需要更多地听到来自学界的意见和建议。较之民法,商事法似更趋于实务性和技术性,但我国民商法学界1995年对此的研究,却颇有一些理论性较强的文章发表。

(六)民事诉讼法研究:改革审判方式追求诉讼效益

有人撰文指出,我国法院系统自八十年代后期开始的民事审判方式的改革,表面上被认为是审判工作为适应社会主义市场经济发展的迫切需要所作出的努力以及民事经济纠纷整体数量上升而迫使法院作出的自我调整,但更为深层的动因,乃是法院及其他诉讼主体对公正、效益、效率等价值目标的追求。民事诉讼的价值目标包括:(1)程序公正;(2)诉讼效益;(3)诉讼效率;(4)保障。我国现行民事审判方式具有法官权力强大、主动参与性强、责任界域模糊、程序设计不科学等缺点。该文作者建议,应当弱化法官职权、导入举证责任义务说、建立法官个人负责制。^[60]

有人认为,实行对抗制虽然可以解决一些问题,但它提出了许多法制和法理的问题,虽不拒绝对抗性,但应将一些隐含的深层次问题提出来。^[61]有人通过对普通法国家对抗制的观察以及对中国法官与司法制度的认识,倾向于得出我国不能够移植对抗制的结论,并建议:(1)法官的数量必须限制在合理的规模之内;(2)改进法官选任制度;(3)改变现行司法判决风格,增大判决书对法律原理的阐述。^[62]也有人认为,职权主义和当事人主义这两大诉讼构造之间,在不失各自特色的前提下,早已存在一种相互靠近的趋势,或许中国可建立一种高度兼容的以职权主义为主、当事人主义为辅的诉讼模式。^[63]

有人认为,在民事诉讼中不应实行一元证明要求,而应采用优势证据证明要求,认为民事和刑事诉讼性质上的重大区别是实行有差别证明的理论依据,法律规定不同是实行有差别证明要求的法律依据;审判实践中对某些民事案件的处理是实行差别对待的实践依据,而实行差别对待还可借鉴国外的经验。该作者进一步指出,在民事诉讼中实行优势证据证明要求,如果全案证据显示某一待证事实存在的可能性明显大于其不存在的可能性,使法官有理由相信它很可能存在,尽管还不能完全排除存在相反的可能性,也应当允许法官根据优势证据认定这一事实。^[64]有人著文讨论了诉讼效益与证明要求问题,认为民事诉讼应讲求效益,民事法庭认定的案件事实并非都是客观真实,应当确立高度盖然性证明要求。高度盖然性原则符合“民事自治”原则,民事诉讼效益成为追求市场经济效益的一部分;运用这一原则可以减少诸多案件真伪不明状态,提高诉讼效益;这一原则还可加强对诉讼公正的追求。^[65]

有人著文讨论了我国涉外仲裁监督机制问题,认为我国仲裁法规定内国仲裁监督与涉外仲裁监督实行“分轨制”,对于涉外仲裁裁决,只允许审查和监督其程序运作,不允许审查和监督其实体内容,致使涉外仲裁接受监督的范围远远小于内国仲裁,远不符合中国国情。该文作

[60] 涂文忠:《民事审判方式改革的价值目标及其实现》,《法商研究》1995年第5期。

[61] 苏力:《关于对抗制的几点法理学和法律社会学思考》,《法学研究》1995年第4期。

[62] 贺卫方:《对抗制与中国法官》,《法学研究》1995年第4期。

[63] 张志铭:《审判方式改革再思考》,《法学研究》1995年第4期。

[64] 李浩:《差别证明要求与优势证明要求》,《法学研究》1995年第5期。

[65] 陈响荣等:《诉讼效益与证明要求——论在民事诉讼中应确立高度盖然性原则》,《法学研究》1995年第5期。

者建议,参照当代国际仲裁立法的先进通例,将内国仲裁监督与涉外仲裁监督完全并轨,设立对涉外仲裁的监督机构,修正与健全首席仲裁员的指定体制,从严选定首席仲裁员。^{〔66〕}

1995年我国民事诉讼法学研究,把握了市场经济条件下民事审判、仲裁制度的改革方向,并在这一领域引入了反映市场规律要求的效益原则。其中的一些论文有较高的理论水平和重要实践意义。当然,诉讼制度的改革,应当考虑我国的国情(如法官素质、法律文化传统),否则生吞活剥的“移植”不一定收到好的效果。有些学者已经看到了这一问题,并提出了折衷性的方案。此外,1995年还发表了民事诉讼中涉及立案、管辖、送达、执行等实际问题的文章,对于完善我国民事诉讼法的具体规定具有重要参考意义。

三、简评与展望

笔者曾经指出,“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。”^{〔67〕}但1995年的情况似有较大改观,应当说这是一个丰收的年份。突出的表现是:(1)以统一合同法的起草准备为契机,不少民法学者对合同法、债法的基本理论和近晚发展进行了重新审视,并围绕统一合同法的立法方案与建议草案发表了许多文章;(2)物权法研究开始寻求理论突破,虽然仍有一些人研究企业财产权等问题,但更多人是将注意力转移到物权法自身的内容上来;(3)知识产权法研究,已从呼吁、引进向纵深理论性转型;(4)有些民商法学者对现行的乃至近期公布的民事立法进行系统的批评,开创了民事法学研究的一条新路子;(5)在民事法学的诸多领域,都有较高水平的论文发表,表明这一学科的研究比较平衡、协调发展。

在民事法学领域一些在1994年曾经是热点的课题(如侵权行为法),到了1995年则不象前一年那么引人注目;有一些在1994年曾讨论不多的问题(如知识产权的理论方面),到了1995年则成果叠出;还有一些课题(如婚姻家庭法、继承法研究),近几年来一直显得比较沉闷,缺乏有较大份量的作品问世。这种现象一方面反映了社会经济发展对民事法律不同制度需求程度之差别,反映了我国民事法学界在人员、精力分布上的情况,另一方面也为对下一年度乃至今后较长时间民事法学研究的趋势之估价提供了参考座标:某些火热的领域由于社会经济之需要,将保持持续的火热,某些火热的领域由于其历史使命的完成,将慢慢凉下来;某些暂时冷门的领域,由于社会经济生活的迫切要求,会很快火热起来,这也是未来最容易出成果

的领域;还有一些领域,由于种种原因,还将保持半休眠状态。

民事法学,无论是民法学、商法学还是民事诉讼法学,总是与现实生活中的法律现象(如立法、司法)直接联系在一起的,它所解决的是现实的治世问题;但作为法学之一部分的民事法学,它又不同于政治学或经济学,它所解决的是行为规范问题,包括规范的制定和实施,以及包含于规范之中的公平、正义、效率及科学性。如何摆正这二者的关系,是搞好民事法学研究的前提。如果脱离改革开放实际闭门造车,是搞不好民事法学研究的,即使寻出点文字来也是不痛不痒的无病呻吟;如果一味地赶时髦,忽视民事法学的基本理论,同样是搞不好民事法学研究的,即使弄出点文字来也是人云亦云的没有学术价值的高谈阔论。我们回头总结我国过去几

〔66〕 陈安:《中国涉外仲裁监督机制评析》,《中国社会科学》1995年第4期。

〔67〕 张涵:《民商法学研究评述》,《法学研究》1995年第1期。此种评价也未必完全正确,如同庄稼有一年生、二年生和多年生者一样,有些学术成果也是经过一年、两年乃至多年准备才发表出来的。

年的民事法律学科的学术史,发现有所价值者总是那些既贴近民事立法和司法实践服务于改革开放和市场经济体制之建立,又深深地植根于民事法学文化传统,并在此基础上提出建议、对策乃至批评的作品。我们希望在新的一年里有更好的这种作品发表。

经济法学研究述评

张 舫 张 涵

近十多年来,经济法学一度是我国法学界最具活力、最多热门课题的学科之一。本文将对1995年发表于我国法学专门刊物(有的包括1994年最后一期,有的未能包括1995年最后一期)的经济法学论文以及劳动法学和环境法学论文中的一些观点进行评述。评述以热点问题为中心,难以面面俱到。如对重要问题有所遗漏或某些评论未尽妥贴,作者真诚地欢迎学界的批评指正,并将在未来的工作中加以改进。

一、关于经济法的基础理论

经济法基础理论为经济法学赖以建立的基础,其重要性有如经济法学大厦之基石,故为历来研究经济法学学者所重视。但由于社会经济条件的变化和对经济法学认识角度的不同,此领域又是经济法学争论最多的领域。其中很多问题仍具讼纷纭,尚无定论。1995年度的经济法基础理论研究的文章较多,它们对经济法的调整对象、概念、经济法的基本原则、经济法的体系以及经济法与其他法律学科的关系等问题都作了较广泛的探讨。但总的看来成果虽较多,硕果却很少。

(一)关于经济法的概念

对经济法的认识不同,对经济法所下定义也就不同。多年以来,对经济法的概念有诸多说法。经济法的概念直接关乎经济法的性质、调整对象、体系结构等问题,十分重要。1995年对经济法的概念大约有以下几种意见:

1. 经营协作关系说

此说由来已久,并经历了一个发展和完善的过程。现在的经济协作关系说认为,经济法是调整“经济管理过程中和计划指导下的经营协作活动中所发生的经济关系的法律规范的总称,经济法调整的是具有国家计划、监督、组织等因素的经济关系。”对此,本年度有的学者加以进一步论述,认为当代市场经济条件下,民商法就其性质来说,除不能调整组织管理性质的所谓“纵向的经济关系”外,还有一些“平等主体”间横向的经济关系或契约关系,也因为加进了组织管理因素而超出了民商法调整的范畴。这些超出民商法的调整范畴的经济关系,就需要经济法,或“公、私法”融合的其他法律部门来调整。经济法是经济社会化和法律对经法关系调整日趋精细化和专业化的必然结果,它将公法和私法融为一体,是现代经济社会领域中不可或缺的

• 张舫系中国社会科学院研究生院博士研究生。