

质量的论著尚不多见,而且往往偏重于从刑法学的角度论述问题。对此问题,希望能引起行政法学界的进一步关注,以便能更好地解决行政处罚与刑事处罚的衔接问题。

行政法学研究一方面取决于行政法制的现实,取决于国家的整个法制环境,也深受相邻法律学科与整个法律科学的影响。由于法理学界对依法治国理论的热烈探讨,行政法学界也由此引发了对依法行政理论的进一步研究,并引发了对以前依法行政理论的深层次检讨。目前,已有课题组开展了本专题的研究,可望于近期取得部分成果。

从行政法学的整体来看,行政法学的进一步发展,应寄希望于方法的改进与观念的更新。就行政法学研究的方法而言,实证研究方法、经济分析方法是需要进一步引进与掌握的方法。在上述方法已成熟为基本的科研方法,甚至在别的国家已经作为行政立法的一种必要而有效的措施的情况下,我们要继续学习、运用这些方法,掌握有效的科研工具,而非仅仅是介绍别人的研究成果。否则,只能是永远跟在别人后面亦步亦趋,而无法取得超越前人的领先地位。应摆脱以前对他人理论的照搬照抄、全面移植,需要对外国行政法的客观分析和具体比较。就观念而言,要摆脱行政法学研究仅仅依赖于行政立法实践的传统,提倡开展既根植于深厚的行政法制土壤,又充满着丰厚的法律文化营养的行政法学研究,提倡一种客观、公正、独立、求实的学术风气。

民法学研究述评

王 闯* 张 涵

为了更好地综述我国民法学 1996 年的研究成果,我们特将民事诉讼法学和商事法学 1996 年的研究情况从过去的民事法学研究综述中分离出去,另撰写专文予以评述。本文集中综述我国 1996 年的民法研究情况,并予以适当的评论。

一、制定民法典与构建民事权利体系

有人指出,制定民法典,要循序渐进,有主次之分。首先要合理构建民法典的体系,建议按照总则、人身权、物权、债权、亲属、继承和附则的体例来设置。之所以将人身权单列为一编并置于物权、债权之前加以规定,是因为人身权是民事主体的首要权利,是立命安身的前提基础,其他民事权利的取得和实现归根结底都要以人身为依托。重视人身权的保护也是总结历史经验教训,保障社会主义人权的需要。知识产权因行政管理的内容较多,可以不纳入民法典。^[1]

有人对民事权利体系的构建提出设想,认为该体系主要以民事权利的内容即被保护的利益为标准,将其划分为五类:1. 人格权;2. 亲属权;3. 财产权;4. 知识产权;5. 社员权。该文作

* 中国社会科学院研究生院民法学博士研究生。

[1] 马俊驹、杨琴:《论社会主义市场经济与民法的完善》,《法学评论》1996年第1期。

者指出,关于人格权,有一些问题值得研究:(1)并不是任何“人格利益”都可以上升为“人格权”,这要取决于具体条件。(2)死者的“人格利益”能否作为死者的人格权受到保护。(3)人格权受到分割时,有没有非经济的损害,可不可以以金钱赔偿为救济手段。关于亲属权,由于亲属关系的范围正在逐渐缩小,大家族逐渐变为小家庭,所以亲属权与人格权相反,有日益缩小的趋势。关于社员权,目前股东权是主要的,其中退社权应属于社员权还是属于人格权中的自由权,值得探讨。^[2]有人撰文探讨期待权问题,认为期待权是指取得特定权利部分要件的主体所享有的,得因法律规定或当事人约定的其他要件的实现而取得特定权利的受法律保护的地位(自由)。基于此,下列情形当为期待权:1. 附条件权利和附期限权利;2. 履行期尚未届至的债权;3. 采登记要件主义的物权让与(或设定)尚未办理登记时受让(或取得)人的法律地位;4. 时效取得占有人在时效届满之前的法律地位。而下列情形不应承认为期待权:1. 采登记对抗主义的物权让与尚未办理登记时受让人的地位;2. 继承开始前继承人的地位;3. 遗失物拾得人的地位。^[3]

二、物权法研究:观念更新与制度完善

有人撰文构想了我国物权制度并重新确立物权观念和物权价值,该文作者认为,1. 中国物权制度应是一个财产归属法律制度和财产利用法律制度二元结构的法律机制,财产所有和财产占有分别为其中心点。重新建立起来的所有权和占有权相互之间不存在谁支配谁的问题,而是一种平等观念;2. 中国物权制度中的每一种物权都应是独立的民事权利,在所有权和占有权下面,可以依据不同的情况设定各种物权。例如在所有权下面,可以设定股权、定期收益权、最终处分权、重要事务决策权等,这些权利都视为财产归属意义上的支配权,是所有权在不同条件和情况下的不同存在形式;又如在占有权下面,也可以依据不同情况设定使用权、经营权、承包权、相邻权、抵押权、留置权等多种权利利用权利。传统物权理论中所有权权能分离论之所以谬误的关键在于将财产权利与权利的形式(权能)分离开来,但在同一财产中,所有权只能有一种表现形式,所谓权利权能的分离,客观上是不可能的。^[4]3. 中国物权制度应将财产的处分视为财产所有人和财产利用人都可以从事的行为。要改变所有权无所不在、所有权不到场就不能处分财产的物权观念,只以依法处分作为可否的标准。4. 中国物权法应更多地将保护重心落在与物权相关的实际利益而不必过分在乎物权本身,即所有人和占有人拥的哪些实际利益,应当分得清清楚楚,这比有哪些权能更为重要。^[5]

有人撰文指出,将国家所有权归属于民法在理论和实践上都不妥当的。因为国家所有权主体是政治主体国家,而不是民事主体。国家行使财产权的目的在于为社会服务,不能有国家私

[2] 谢怀栻:《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

[3] 王轶:《期待权初探》,《法律科学》1996年第4期。

[4] 关于所有权权能问题,有人认为:所有权并不存在什么“权能”,因为所有权是法律所确定的人们决定物的存在状况的权利,它是一种对物的无限权利。当无限的权利中的任何一种离开所有人时,所有人仍享有无限权利中的其他部分权利,这一部分仍然是无限的。因此,当占有、使用、收益、处分权都不在所有人手里时,所有人还有其他可以行使的手段(权利),并非是在这四项权能之上还存在着“支配权”来体现所有人的所有权。参见麻昌华、黎栋:《所有权及其内部结构论》,《法商研究》1996年第1期。

[5] 孟勤国:《中国物权制度的基本构想》,《现代法学》1996年第2期。

利；国家如何为社会服务也是在于权力——立法机构中少数服从多数的政治决策。现有国家所有权可以分为两类：第一类是国家用行政手段获得的资金以及国家用这些资金设置的财产；第二类是国家历来在国有企业上的投资以及这些企业营利后的上缴利润，改公司制后，该利润就是交付国有股的红利；虽然第二类国家财产所有权在运行过程中的最后环节，可能变形为企业法人所有权，但其与私有企业的法人所有权在根本性质上又有所不同。^{〔5〕}

有人著文指出，用益物权的发展呈现出用益物权逐渐成为物权法的中心、用益物权因社会经济的变迁而发生变动以及用益物权的权能在逐步扩大三个发展趋势；用益物权具有用益性、独立性和占有性三个法律属性；我国用益物权制度存在着立法概念不准确、立法内容不完善、立法体系不科学等缺陷，应当建立包括地上权、地役权、典权和用益权在内的完善的用益物权体系。^{〔7〕}

有人撰文认为，我国现行法上的农用权体系应由“四荒”土地使用权和土地承包经营权（包括口粮田使用权和责任田承包经营权）构成。“四荒”土地使用权和土地承包经营权产生的经济背景和分配基础不同，前者是由市场按照效益最大化原则配置的，符合效益优先原则；而后者则是在家庭联产承包制初期社区成员与社区土地之间对应配置、土地均有等分原则的产物，尤其是其中的事关社区成员的生存权的口粮田使用权，是社会公平正义的体现；但是其中责任田承包经营权以牺牲效率作为体现社会公平的代价的做法，在将来却并不值得提倡。为了避免效率的牺牲并保留其公平的价值，可以通过一系列的变革来实现，即改变按福利分配原则配置责任田承包经营权为由市场按效益最大化原则配置农用权，变惟有社区成员方能充任责任田承包经营权人为社区内外成员均可成为农用权人；变惟有发包人同意方能转让责任田承包经营权为只要转让双方协商一致并不改变农地用途即可转让农用权，变偏低的承包费为数额合理的地租，变社区成员通过分得责任田而获取福利和体现所有人一分子的身份为社区成员从农村集体组织分得一定地租来获取福利和体现所有人一分子身份，变责任田经营系社区成员唯一的或主要的就业途径为普通或次要途径，从而使现行的责任田承包经营权向“四荒”土地使用权模式转变。“四荒”土地使用权应当是我国未来农用权的目标模式，全国人大及其常委会应当尽快制定法律以确认“四荒”土地使用权的物权地位。^{〔8〕}有人认为我国农村土地承包经营制度的内在变化，是土地承包经营权物权化的直接动因，联产承包经营制从一开始就包含了否定自己的因素即“承包经营”就其法律上的本来含义，应当是由发包人投资，而由承包人经营土地上的种植物、养殖物和畜牧物等，应当由发包人所有并承担风险，承包人只承担善良管理人的债务上的责任。但是随着承包经营制的发展，承包的农民在农业生产中的投资份额越来越大，而集体除了土地外，很少再作其他投入，这种投资角色的转换，成为土地承包经营权转为土地使用权的决定因素，农民开始独自拥有承包土地上的农畜物的所有权，并自行承担风险。^{〔9〕}

有人从我国担保法的解释和适用方面撰文指出，我国担保法尚有漏洞、矛盾、含混等问题，影响正常适用。对押金、并存的债务承担等漏洞，应通过类推适用方式补充；对证券抵押、所有人抵押等漏洞，因物权法定主义的要求，只有待将来立法加以规定；对所有权保留，可通过分期

〔5〕左羽、书生：《市场经济社会中的国家所有权》，《中国法学》1996年第4期。

〔7〕房绍坤、丁海湖、张洪伟：《论用益物权三论》，《中国法学》1996年第2期。

〔8〕崔建远：《“四荒”拍卖与土地使用权》，《法学研究》1995年第6期。

〔9〕陈璠：《土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立》，《中国法学》1996年第3期。

付款买卖合同的效力使之生效。反担保的方式包括保证、抵押、质押,必须符合法律行为的有效要件,于原担保行使后实行。在一般担保中,只有在对债务人的财产依法强制执行无效果时,才可以请求保证人承担保证责任。在保证合同无效、被撤销场合,主张只赔偿信赖利益的损失。对拍卖“四荒”土地使用权,可通过类推适用承认为抵押物。抵押权的效力原则上及于抵押权设定后增加的从物,但因此影响一般债权人的共同担保时,无优先受偿权。^[0]有人认为,担保法应当进一步规定抵押登记和某些权利质押登记的具体办法、登记事项、登记机关的职责等;应当承认质权、抵押权的善意取得;应当允许将债权与作为债权担保的质权一并出质。应当补充抵押权人、质权人、留置权人行使其权利的除斥期间。^[1]有人进一步指出,我国担保法第35条关于限制多重抵押的规定是有缺陷的,因为:1. 登记已经为后顺位的抵押权人提供了足够的警示,尤其是抵押顺位的登记使权利取得人完全能够对自己的权利地位有明确的了解;2. 抵押权是为债权的实现提供担保而不是代替债务履行,债务人应当首先履行其义务;3. 后顺位的抵押权人的权利仍然比不享有抵押权的一般债权人优先;4. 不动产尤其是地产具有随着国民经济的发展自然增值的特点。因此,超出抵押标的的现有价值的抵押权,也会因这一特点而获得实现的机会。^[2]还有人认为,我国担保法在抵押权方面,应当拓宽权利抵押的范围;进一步明确动产抵押未经登记的效力问题;明确抵押物灭失产生的法律责任;确定实现抵押权费用的范围;具体补充关于登记请示权、登记机关原因造成登记拖延或错误导致财产损失的承担额、以及登记异议等方面的规定。^[3]

有人撰文探讨动产质权的善意取得和转质权问题,认为是否承认动产质权的善意取得应当从两个基本前提来把握。一是在形式意义上,维护占有人的公示作用,确认占有公示取得公信力。因为动产质权是质权人占有标的物为其成立要件和存续要件的,唯其占有才能给出质人以较重负荷和责任,给质权人以慰藉和权利保障;惟其占有才是动产质权有效而明显的标志。对于动产质权,其质物的所有人是谁,不应是质权人所十分关注的事,凡动产占有的公示方式即产生占有公信力;法律上不应强加质权人在设定质物时,有查明或确知出质人是否所有人或经营管理者的积极作为的义务。二是在价值意义上,应从鼓励交易,保障交易安全的社会功用出发。质权作为担保物权和债权担保手段之一,在表层的微观意义上是督促债务履行,救济债权损失,保障债权实现;在深层的宏观意义上,则是保障动态的市场交易的安全。中国市场经济的发展对民法的期待,不仅在于通过所有权和用益物权制度保障以物之利益的静的安全,更应赋予债权的物权化效力,通过抵押权、质权等担保物权制度保障的动的安全,使社会资源合理配置。当物的静的安全与动态交易安全发生一定冲突时,应首先考虑动态交易安全,维护交易秩序。因此,我国司法解释中基本确立的动产善意取得制度应扩展适用于质权。此外,转质权是使物质获得更充分利用的法律手段,物的功能得到充分的挖掘,避免了对物的简单占有和使用,完全与现代社会已将重视物的所有转变为重视物的利用观念相吻合,我国法律不应持怀疑、观望或排斥态度。^[4]

[0] 崔建远:《我国担保法的解释与适用初探》,《吉林大学社会科学学报》1996年第2期。

[1] 刘保玉:《论我国的担保制度的完善》,《法学评论》1995年第6期。

[2] 孙宪忠:《论不动产权登记》,《中国法学》1996年第5期。

[3] 冯骏:《论“担保法”中的抵押权制度》,《法律科学》1996年第4期。

[4] 陈小君、曹诗权:《债权的若干问题及其适用》,《法商研究》1996年第5期。

有人指出,在双方当事人一方想利用他方提供的不动产、他方想取得金钱供融资之用且金钱债权又能优先于其他一般债权受偿的情形下,兼有担保和用益功能的不动产转移占有担保债权制度恰能满足双方第三人的要求。该制度在我国目前尤有价值,目前土地分属国家、集体所有。房屋、企业集合财产分属国家、集体、个人所有,而且户籍法上存在着严格的城镇居民和农村居民的划分。使得不同形式所有权的企业的兼并,城镇居民于农村自建、购置房屋,农村居民于城镇自建、购置房屋遇到困难,从而不利于商品流通,而适用用益兼担保的不动产、企业集合财产转移占有债权制度可在一定程度上克服上述缺陷。^[5]

有人撰文研究了担保物权的历史趋向:1.担保物权由纯粹的债的保全功能向融通资金和商品的功能发展,表现在担保物权可以先于债权的成立而设立以担保未来的债权和担保物权可以流通从而使之成为投资的手段两个方面。2.担保物权由单纯重视担保功能向同时注重和发挥物的效用发展;3.担保物权标的物的范围不断扩大。^[6]

中国民法是否承认以及是否应当承认物权行为,不仅是纯粹的理论问题,更是一个重大的实践问题,因为它涉及到对现行法若干重要制度和规定的正确解释和适用以及将来中国物权法制定的理论选择问题。几年前有人就此问题进行了争论,学界有不少人主张否定说,但有人认为这一问题的讨论并没有真正开始,并撰文指出,在我国制定物权法和有关立法的时候,应当采纳物权行为理论。因为民法总则是民法分则的制度的抽象,如果没有法律行为制度,民法总则中就只剩下民事主体制度。又因法律行为制度的成立是物权行为和债权行为共同支持的结果,所以,物权行为理论不但是法律行为得以建立的根据之一,也是民法总则编得以建立的基础之一。在理论界反对物权行为理论的最主要理由在于其违背交易公正、不利于保护原所有权人。而这一缺陷已经得到弥补,即德国民法典总则编中关于法律行为效力的规范直接运用于物的合意,在原因行为有诈欺、错误等缘由可以撤销时,同时也可因这些缘由直接撤销物权行为,以达到中止物权转移的效力之目的。对于物权行为理论过于玄妙、难以为公众所接受的观点,作者认为我国应该吸取多年来立法简单化、粗放化、不合法理、难以操作的教训。物权行为理论所追求的是建立精确、细致、安全、公开的法律体系,它只能为复杂而又层次较高的市场经济服务;而我国制定民法通则时的经济背景和法律理论准备,都不可能使物权行为理论发挥作用。当今天我国的经济体制发展到较为高级的市场经济的阶段时,我国城市房地产管理法和担保法就比较顺利地接受了物权行为理论确立的原则和制度(这一接受也许是不自觉的)。^[7]该文作者以此为理论基础,在另一篇文章中对不动产物权登记制度的设计提出了建设性批评意见:中国未来不动产立法应当采纳物权行为理论,坚持实质登记主义。该登记的效力具有物权公示效力、物权变动的根据效力、权利正确性推定效力、善意保护效力、警示效力和监管效力。同时,实体权利登记和程序权利登记以及预登记是我国未来不动产立法应当关注的问题。此外,未来的物权法应当消除我国目前不动产登记机关“多头执政”的局面,实行不动产统一登记的制度。^[8]

三、合同法研究:制定一部面向二十一世纪的合同法

有人指出,制定统一合同法过程中的主要争论点在于:1.是制定一部二十一世纪的合同

[5] 张学军、王继军:《不动产、企业集合财产转移占有担保债权研究》,《中国法学》1996年第4期。

[6] 郭明瑞:《论担保物权的历史发展趋向》,《法学》1996年第2期。

[7] 孙宪忠:《物权行为理论探源及其意义》,《法学研究》1996年第3期。

[8] 孙宪忠:《论不动产物权登记》,《中国法学》1996年第5期。

法还是转轨时期的合同法; 2. 统一合同法是否可以突破、变更现行法的规定。3. 是应当将合同自由规定为民法基本原则, 还是要加强国家干预的程度。4. 对于发达国家和地区的立法经验和判例学说, 应当如何借鉴吸收以及借鉴吸收什么。5. 法院可否直接引用诚实信用原则裁判案件。^[9] 针对统一合同法制定中存在若干疑难问题, 有人著文指出: 统一合同法应当(1) 继续采纳民法通则第58条所规定的狭义的合同概念, 并将各种反映平等主体之间以民事权利义务为内容的协议纳入统一合同法规范的对象之中。(2) 贯彻合同自由原则。^[10] (3) 确认合同的相对性原则。^[11] (4) 确认合同正义原则。(5) 区分合同的成立与生效。(6) 在合同订立的基本规则方面, 采用大陆法系的“到达主义”。(7) 适当地修改现行法关于合同无效的规定, 将合同无效的范围原则上限定在违反法律和公共利益的范围之内。将欺诈、胁迫的合同作为可撤销合同对待。应当规定显失公平制度和情势变更制度。(8) 将合同的变更和解除作为两种制度分别规定。(9) 规定合同权利转让必须经义务人同意。在履行规定合同义务转移的同时, 还应对第三人代替履行一事明确作出规定。(10) 规定代位权制度, 并在债权人行使代位权时, 必须通过强制执行程序。(11) 由于履行不能仅仅是一种客观的事实状态, 所以不应当将其作为一种独立的违约形态来规定。^[12] 还有人撰文指出, 统一合同法中关于合同的主要条款应当规定为三项: 即标的、价金、数量和质量。关于国家对合同关系的干预问题上, 应把违反国家利益、公共利益和他人利益的合同宣告其无效, 不必再设行政干预的权力和程序, 而由司法机关依法处理。^[13]

有人认为, 合同法不但具有保护功能即保障合同当事人的权益, 而且具有鼓励交易的功能即是提高效率、增进社会财富的手段。所谓鼓励交易, 是指鼓励合法、正当、自愿的交易。在统一合同法的制定中, 应当特别强调鼓励交易的精神。^[14]

有人撰文指出: 在制定统一合同法时, 可考虑在合同效力部分并列规定履约不可能与合同目的落空制度, 或并列规定不可归责于当事人的给付不能和情势变更制度; 也可以通过制定完整的不可抗力制度来发挥上述制度的功效。^[15]

有人撰文研究不合法定形式的合同效力问题, 认为我国法律奉行的“要式为主, 不要式为辅”的合同形式原则应作必要的改革: 1. 将某种法定形式作为合同的证据, 而非合同成立或生效要件; 2. 逐步过渡到“不要式为主, 要式为辅”, 以求与国际接轨; 3. 改变“即时清结”的划分标准, 代之以“标的金额”与“即时清结”相结合的划分标准。^[16]

有人著文研析双重买卖问题, 认为双重买卖是合同自由原则的体现, 而由于意思主义与交付(登记)原则的混合制度的运用, 便无害于交易安全, 也不违反公序良俗。在先后的双重买卖情形中, 由于我国在物权变动方面既采意思主义和交付主义之混合制度, 因此不应将自始主观不能视为合同无效的原因, 而我国学者坚持履行不能为合同无效的原因的观点, 显然忽视了自

[9] 梁慧星:《中国合同法起草过程中的争论点》,《法学》1965年第2期。

[10] 讨论该问题的另一篇重要文章是柴振国、郭登科撰写的《论合同自治》,《法学家》1996年第4期。

[11] 合同相对性原则是制定统一合同法中的一个重要问题。关于该问题的一篇重要文章是王利明撰写的《论合同的相对性》,《中国法学》1996年第4期。

[12] 王利明:《统一合同法制定中的若干疑难问题探讨(上、下)》,《政法论坛》1996年第4期、第5期。

[13] 杨立新、张少锋:《关于制定统一合同法中的几个问题》,《河北法学》1996年第3期。

[14] 王利明:《合同的目标与鼓励交易》,《法学研究》1996年第3期。

[15] 车丕照:《合同落空、情势变更与不可抗力》,《兰州大学学报》1996年第2期。

[16] 刘培峰、任玉:《论不合法定形式合同的效力》,《法律科学》1996年第1期。

始主观不能情况下债务人犹可履行这一客观事实。我国合同立法应借鉴德国法系各国民法的做法,仅规定自始客观履行不能为合同无效的原因,即在出卖人已将标的物出卖于甲并转移后,又将其出卖于乙的情况下,应认定第二个合同有效,自始主观履行不能仅为合同履行的构成要件。^[27]

有人撰文探讨“减轻损害”原则的适用,认为:由于我国法律规定的冲突,使现行法难以适用“减轻损害”原则。为此,为了合理利用资源、避免浪费以及权衡效率和公平,我国法律应当明确肯认“减轻损害”原则。即使在债务人的义务也只作了部分履行时对方违约的,应当允许违约方在继续履行与赔偿损失之间作出选择。^[28]

有人分析了不真正连带债务问题,认为不真正连带债务产生的原因主要有:1. 因一人债务不履行与他人债务不履行相互竞合而产生;2. 因一人侵权行为与他人侵权行为相互竞合而产生;3. 因一人侵权行为与他人债务不履行相互竞合而产生;4. 因契约上损害赔偿与他人侵权行为相互竞合而产生;5. 因契约上损害赔偿与他人债务不履行相互竞合产生;6. 因一人债务不履行与他方依法律规定所负义务相互竞合而产生。^[29]

四、侵权行为法研究:体系构建与人格权保护

有人撰文设计了我国侵权法体系,认为侵权责任法的目的是补偿与抑制并存。补偿受害人损害是满足受害人利益的最低目的;抑制加害行为是维护社会整体利益的最高目的。受害人自己的赔偿要求是对防止加害行为的再发生的社会义务作出贡献。故此,我国侵权责任法有必要规定抑制加害行为的目的。应当确立过错责任、无过错责任、公平责任三项归责原则,应当贯彻全部赔偿、惩罚性赔偿和限定赔偿三项赔偿原则。全部赔偿原则,主要决定于补偿受害人损失的目的。民法通则第116条第3款规定的“其他重大损失”并无确定标准,法官自由裁量权过大,不利于法制的统一,应当删除此条文。惩罚性赔偿原则主要取决于抑制加害行为的目的,应就产品责任明定较高倍数的惩罚性赔偿。对精神损害的赔偿范围应当采用非限定主义,有利于对受害人的充分保护;对人身损害致残的赔偿宜采纳劳动能力丧失主义,对人身损害致死的赔偿宜采纳抚养丧失主义。^[30]

有人著文讨论了信息技术的发展与隐私权保护问题,认为在信息社会里人们的生活方式尤其是涉及私人领域的生活方式发生了某些改变,这主要表现在上班、消费、通讯、个人数据保护等方面。在个人数据保护方面及信息网络管制方面,均需要制定专门的法律保护公民的隐私权。不当收集、处理、披露和利用涉及个人有隐私权的数据,应当承担相应的法律责任。^[31]有人著文讨论了雇员在工作场所的隐私权保护与限制问题,对工作场所的监视、监听、搜查、检验、通信和个人数据保存等的合法与违法、侵权与非侵权及雇主和雇员的利益平衡问题进行了

[27] 徐涤宇:《试论双重买卖》,《法商研究》1996年第5期。

[28] 侯淑雯:《试析“减轻损害”原则的适用》,《法制与社会发展》1996年第1期。

[29] 张晓军:《试论不真正连带债务》,《法学家》1996年第5期。

[30] 刘士国:《关于完善我国侵权责任法的建议》,《中国法学》1996年第4期。

[31] 张新宝:《信息技术的发展与隐私权保护》,《法制与社会发展》1996年第5期。

探讨并提出了若干对策。^[62]有人著文讨论了隐私权与言论表述和新闻出版自由的关系,认为言论表述和新闻出版并非绝对自由而是一种受到包括公民的名誉权、隐私权在内的个人权利限制的自由,言论自由并不必然优先于其他民事权利,不当行使这一自由将可能构成对他人隐私、名誉等人格权的侵害,并应当承担相应的民事责任。新闻采访和新闻报导及出版不得侵害他人尤其是非公众人物的隐私权。^[63]

有人撰文探讨惩罚性民事责任问题,认为补偿性民事责任与惩罚性民事责任的有机结合构成了我国的民事责任体系,为弥补我国现行民事责任制度的不足,应当:1. 在违约责任中,对违约金的性质重新定位,抛弃现行的二重性说,将违约金规定为惩罚性违约责任的承担形式,这意味着使支付违约金与赔偿损失成为真正意义上的两个相互独立的法律责任。2. 增加惩罚性赔偿责任的法律规定,即:行为人故意侵害他人权利的,受害人可依法要求侵权人增加赔偿数额;3. 在今后的精神损害赔偿的立法中,可考虑规定对那些主观恶性大、情节严重、手段卑劣、社会影响大的,才承担支付赔偿金的法律责任应将赔偿金责任、作为一种民事惩罚措施有选择地慎重使用。^[64]

有人撰文研究产品缺陷问题,尤其探讨了“不合理危险”与安全标准的关系问题。作者认为:当产品在符合法定标准的情况下仍然给用户和消费者造成损害时,生产经营者不宜承担责任,理由是:1. 标准为国家制定的,其危险性的认识应是国家优于企业。2. 在标准发生问题的情况下,企业不应承担责任,同样,依主权豁免原则,国家也不应承担赔偿责任。3. 此时的损害救济应通过产品责任制度之外的其他途径解决。^[65]

五、知识产权法研究:向具体化和纵深化方向发展

有人认为,传统上所认识的主要由商标权、专利权和版权组成的知识产权的范围已经被突破,例如科学发现、know-how、公司收集的顾客数据等被认为是“理论信息”、“技术秘密信息”、“工商经营信息”,所以传统的知识产权,都包括在信息产权之中,而信息产权中的一部分标的,还很难被视为与传统的知识产权标的相同。世界知识产权所划的“知识产权”范围,事实上属于“信息产权”,是在原有知识产权基础上的扩大。^[66]

有人著文分析知识产权的属性,认为知识产权是一种人们就其创造的无形的物质财产——智力成果与工商业信誉——所依法享有的权益,对其外延应以“创造性成果权利”与“识别性标记权利”取代传统的工业产权和著作权的分法体系。知识产权体现为所有权和用益权两种。知识产权所有权的权能表现迥异于有形财产所有权;处于同一个层面,反映知识产权的普遍属性,足以表明知识产权与物权的区别等是评述知识产权特点的标准,知识产权的特点只是地域性和时间性,地域性与时间性的存在取决于知识产权保护对象的属性。特别是知识产权

[62] 张新宝:《雇员在工作场所的隐私权保护与限制》,《现代法学》1996年第5期。

[63] 张新宝:《隐私权与言论表述和新闻出版自由》,《法学研究》1996年第6期。

[64] 王小红:《论惩罚性民事责任》,《法律科学》1996年第1期;刘荣军先生也著文讨论了惩罚性损害赔偿与消费者保护方面的问题,参见《现代法学》1996年第5期。

[65] 石慧荣:《产品缺陷研究》,《现代法学》1996年第2期。

[66] 郑成思:《论知识产权的概念》,《中国社会科学院研究生院学报》1996年第1期。

实际上是一项相对性十分明显的权利。^[67]

有人撰文研究“模糊区”与知识产权的侵权认定问题,认为在相当大一部分知识产权侵权纠纷中,司法或行政执法机关会面临认定或否定侵权的困难。这主要是由于在“侵权”与“非侵权”之间,往往存在一个“模糊区”。缩小这个“模糊区”,是走向正确判决或决定的关键。该文作者进而就专利权、商标权、版权三种不同的知识产权领域的“模糊区”的缩小进行了一些探讨。^[68]有人撰文认为,对于知识产权侵权损害问题的关键不是引入惩罚性损害赔偿,而是应着力研究补偿性损害赔偿,使之尽可能地贴近受害人的实际损害。对著作侵权损害赔偿额的计算应采用类似于专利、商标侵权损害赔偿额的计算方法。其中应当将其与赔偿标准区分开来;应当考虑受害人所受损害与侵权行为之间的因果关系,侵害人的主观过错以及当事人的经济状况等。^[69]

有人撰文探析著作权作品的适当引用问题,认为对“适当引用”的认定,关键在于其“适当性”要求,判断“适当性”的四条标准在于:1. 适用目的;2. 被使用作品的性质;3. 使用作品的程度;4. 对被使用作品的影响。基于上述四条标准,可以帮助我们分清引用与剽窃的具体界限;其一,新作必须区别于原作;其二,新作必须独立于原作;其三,原作引用必须适宜于新作。^[40]

有人指出,临摹及其产生的作品,是个复杂的问题,“一切临摹作品均是复制品,因而无独立性”的结论的前提是错误的,即把有精神的人等同于机器,以及将一切“接触性”复制(如拓)与“非接触性”临摹完全等同。所以如果我们只承认到“艺术家中一部分,在临摹时不可能完全泯灭自己的个性”这一步,就至少可以判断“一切”临摹作品均没有独创性这一结论的正确与错误了。因此可以认为:第一,临摹作品的情况是复杂的,不能简单地“一刀切”,而要具体问题具体分析(即个案处理);第二,各国的司法实践可能在对待临摹作品的独创性方面有所不同,应允许这种不同的存在。一般而言,临摹古代(无版权)的艺术作品,不发生侵权问题。^[41]

有人认为,由于数据库是个动态的数据集合,其记录可以不断地增加、修改、删除,所以其保护期的计算也有别于一般文字作品。因此,应当突破“把数据库当作编辑作品”的框框,将数据库作为一类新的保护客体,针对其特性及发展需要,在著作权法范围内对数据库实行专门保护。^[42]有人撰文研讨商号的知识产权保护问题,认为:知识产权只保护商业信誉好的企业的商号之观点,在实践中将陷入如下困境:其一,所有的商号在其注册之初,因其没有市场影响力和不能为公众所熟知,都无法获得知识产权法的保护。如此,商号所有人在创制商号时所付出的创造性劳动岂不成了不受保护的對象,对这种劳动价值的侵害自然也就不受法律的制裁。其二,如果只保护商业信誉好的企业的商号,就必须在商号注册程序之外另行增设一个商号权的注册程序。这在各国立法中都无法可循。此外,要另设商号权注册程序,也使那些商业信誉好的企业的商号在商号权注册前的保护无法可依,因此应尽量避免赋予不同商业信誉的企业

[67] 王春燕:《也论知识产权的属性》,《中国法学》1996年第3期。

[68] 郑成思:《“模糊区”与知识产权的侵权认定》,《中国法学》1996年第2期。

[69] 王春燕:《知识产权侵权损害赔偿刍议》,《法学家》1996年第2期。

[40] 吴汉东:《论著作权作品的“适当引用”》,《法学评论》1996年第3期。

[41] 郑成思:《临摹、独创性与版权保护》,《法学研究》1996年第2期。

[42] 匡文波:《关于数据库的著作权保护》,《法学杂志》1996年第3期。

的商号以不同的法律地位。^[43]

六、婚姻家庭法研究:基础性重构和方法论更新

有人撰文对婚姻法进行基础性重构,认为:“婚姻法”用名不当,宜改称“婚姻家庭法”或“亲属法”。婚姻家庭法在法律体系上应归属于民法。在宏观层面上对婚姻家庭法展开基础性重构和再造的主要思路有三:第一,在立法技术上,由“粗放型”原则转向“细密型”规范;第二,在立法内容的重心本位上,从亲属身份法向亲属财产法倾斜;第三,在立法功能指向上,力求“公法”功能与“私法”属性兼顾,保障功能与权利本位并存。^[44]

有人著文探讨婚姻家庭法学研究方法的更新问题,指出:婚姻家庭法学理论应当作出如下方法论选择:1. 运用系统论的科学研究方法,拓展婚姻家庭法学理论的宏观视野,拔高婚姻家庭法学的理论基点。2. 深入微观领域,运用新的理论方法,研究婚姻家庭的内在机制,构建婚姻家庭法学的微观理论模式,为法律控制确立本位选择方向。3. 运用社会学的方法,研究婚姻家庭法在社会化过程中的运行、流动、转换规律,把握婚姻家庭与社会各方面的双向互动关系,开辟婚姻家庭法社会学的新天地。^[45]

七、简评与展望

我国1996年民法学的研究是比较繁荣的,综观其研究重点,确实与我国社会主义市场经济体制的建立相呼应。统一合同法的制定是面向二十一世纪的,许多学者围绕统一合同法的制定以及合同法的具体制度发表很多文章,为统一合同法在不久将来的出台奠定了深厚的理论基础。物权法的研究以物权法的制定被列为日程为契机,将很多学者的注意力吸引到中国物权制度体系和基本理论问题上来。其中,特别是担保法的颁布和施行情况引起诸多学者的关注,遂成为今年物权法研究的一个焦点问题。侵权行为法的研究也稳步推进,在体系方面力求尝试新的理论突破,在隐私权等人格权的保护及侵权的分离责任方面的研究也有了新的发展。知识产权法的研究在拓展其广度的同时,日益向具体化和纵深化方向发展。

有些在1995年就成为热点的民法课题,在1996年仍然成为众所关注的焦点问题,统一合同法的制定和物权法的制定思路即如是。而有些课题诸如婚姻家庭法、继承法等领域的研究,在近年来则一直显得比较低靡。笔者认为,作为市场经济客观规律在法律上的体现,民法固然是财产法,具有经济性;又因市场经济是全球经济,故而民法也具有世界性。但是民法也是人法,藉以维系人之人格、亲情、伦理等,具有人道性和伦理性;由于其深受数千年来根深蒂固的社会组织、风俗习惯和伦理即民族文化的影响,因而民法便带有较浓厚的民族性色彩。现代思潮的鼓动和经济发展的影响以及医学科技的突破性进展,对人类社会的伦理和民法规范带来巨大的冲击、挑战和难题。为使人能够健康和健全地发展,民法必须同时发挥其调整经济关系的功能和调整人身关系的功能,才能实现其在财产保障、人格尊重和亲情维系等方面的价值目

[43] 张丽霞:《论商号的知识产权保护》,《法商研究》1996年第4期。

[44] 曹诗权:《中国婚姻法的基础性重构》,《法学研究》1996年第3期。

[45] 曹诗权:《论婚姻家庭法学研究方法的更新》,《法商研究》1996年第3期。

标。其中民法的人道和伦理可以启迪民智,贯彻男女平等原则,维护家庭安全和子女幸福,使人保持一种安宁的情感与平稳的亲情,即安顿人的灵魂,这在市场经济迅速发展阶段,更显出其巨大的价值。因此,我们期望我国民法学者在继续重视财产法的研究的同时,也在人格权法、婚姻家庭、亲属及继承法等民事法律领域努力研究,不断进取。

1996年正值我国民法通则诞生十周年。这部民事基本法在经历十年的风风雨雨,为中国的经济改革和人权保护以及法治国的建设提供了坚实的法制基础,并因应不同阶段的需要,尽力发挥其规范功能;现行民法通则已不能完全适应已登上市场经济快车且急剧变迁的中国当代社会的需要,其规范功能的增强亟需民法的法典化。于世纪之交而展望未来,中国民法典的制定必然是所有民法工作者所肩负的艰巨而伟大的历史使命。此需日益深化基础理论的研究以尽快超越民法教科书时代,创新民法方法以使民法研究和立法科学化,加强判例评释以提高裁判的品质。诚如是,则在学说、方法及判例的协力之下,经过民法工作者的辛勤耕耘,中国民法的基础必将更加稳固,更具生机,更能获得国民的信赖和尊重,未来的中国民法典将成为与十九世纪的法国民法典和二十世纪的德国民法典比肩的一部伟大的二十一世纪民法典,那时的中国民法典不仅是“治国之一器”,更是国民之信仰!

商法学研究述评

刘俊海* 张新宝

在过去两年进行的年度研究回顾中,我们将商事法与民法一并述评。考虑到1996年发表的商事法文章较多,特对1996年的商法研究进行专门的评述。作这种处理,纯属技术上的方便考虑,不反映作者或本刊编辑部对民商分立或民商合一的态度。

一、关于商事法基础理论

有人认为,商事法的调整对象就是商事关系。商事关系的特点有三:一是发生于平等的商事主体之间,二是由商事主体基于营利动机而建立,三是仅发生于持续的营业之中;并在比较和借鉴国外的历史说、媒介说、企业说、实证说、集团交易说和商的色彩说的基础之上,主张运用企业说去把握商事关系的范围。^[1]

关于商事法在我国法律体系中的地位,有人认为商事法有自己的调整对象——商事关系和调整机制——营利调节机制,因而是一个独立的法域;而且还是一个渗透着公法因素的私法领域。而圆满地回答商事法的地位问题,还必须准确地界定其与民法、经济法等部门法的关系。多数学者认为,商事法与民法是私法中的两大法域,二者是特别法与一般法的关系;商事法的特别法地位主要表现在对民法个别规定的补充、变更,对民法一般制度的特殊化规定,以及创

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员、法学博士。

[1] 王保树:《商事法的理念与理念上的商事法》,载《商事法论集》1996年第1卷,法律出版社。