

有充分认识到改革必须完整才会有价值, 认识到改革所需要的各种条件, 改革才会富有成效, 而不是表面的热闹。

民法学研究述评

龚赛红^x 张新宝

一、关于民法总论

(一) 关于民事行为能力与民事责任能力

学术界一般将民事行为能力和民事责任能力看作是一回事, 即有民事行为能力就有民事责任能力, 没有民事行为能力也就没有民事责任能力。有人不赞成这种观点, 认为民事行为能力与民事责任能力/ 有着本质上的差别⁰。基于民事行为能力与民事责任能力的严格区别, 有人提出了对民事责任能力进行规制的设想: (1) 民事责任能力以行为人有/ 识别能力⁰即可, 其能力标准应低于民事行为能力, 同时也应低于刑事责任能力。(2) 对民事责任能力规定一个年龄界限。(3) 为保护未成年人之利益, 可规定在未成年人有识别能力时, 法定代理人与其负连带赔偿责任。^{1 12}

(二) 关于合伙是否可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体

11 肯定说。该说首先将全部合伙分为两类, 一类是独立的民事主体, 包括由合伙企业法所调整的合伙企业以及由一些专门立法和行政法规所调整的合伙组织, 如合伙会计师事务所、合伙律师事务所。另一类不是独立的民事主体。该说认为, 具有民事主体资格的合伙当然也是独立的民事诉讼主体, 对于有民事诉讼主体资格的合伙而言, 全体合伙人必须委托主要负责人代表合伙参与诉讼。对于无独立民事主体地位的合伙, 应将全体合伙人作为必要共同诉讼人参与诉讼。/ 法律设置两种不同的制度, 其目的都是为了增强第三人与合伙进行交易的安全性, 提高合伙在社会经济生活中的地位, 并由此鼓励全社会的交易活动。^{0 1 22}

21 否定说。该说首先排除将法律明确规定具有法人资格的合伙、隐名合伙、有限合伙、法人合伙人等几种情况, 来探讨合伙是否为独立的民事主体、民事诉讼主体的问题。由此, 我们可以在肯定说和否定说之间能找到共同的探讨对象, 即由专门立法和行政法规所调整的合伙组织, 如合伙会计师事务所、合伙律师事务所, 即有共同的认识基础。否定说认为, 这些合伙不具有民事主体资格和民事诉讼主体资格。不过, 该说强调: / 合伙不具有民事主体资格, 并不意味着合伙当然也不具有民事诉讼主体资格。不具有民事主体资格的团体可能具有民事诉讼主体资格。⁰因合伙事务产生的诉讼, 应当将全体合伙人列为必要共同诉讼人。^{1 32}

关于合伙是否可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体的问题, 可以借助/ 民事权利能力动态说⁰。有人指出, 大陆法系的实体法和程序法在非法人团体的民事权利能力与民事诉讼能力问题上的规定是相冲突的。/ 权利能力动态说⁰使这一冲突得到了圆满的解释。该说指出,

x 中国社会科学院研究生院民法学博士研究生。

1 12 李庆海: 5论民事行为能力与民事责任能力6, 5法商研究6 1999年第1期。

1 22 陈华、刘勇: 5合伙可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体6, 5法商研究6 1999年第5期。

1 32 江伟、王国征: 5合伙不具有民事诉讼主体资格6, 5法商研究6 1999年第1期。

自然人之所以被认为有权利能力,只是首先被肯定为适格者之一,不是先认定自然人具有权利能力,再挑选何者比拟为自然人,只要非法人团体适于驻足权利义务,理当有权利能力,如不能行使权利义务,不能有民法上的权利能力,则何来纠纷,何来诉讼赋予诉讼法上当事人能力,岂非多余? / 该说不仅为非法人团体能否成为第三民事主体这一悬而未决的问题开辟了道路,也为民事主体的多元化和一致性奠定的理论基础。^{0 1 42} 由此看来,作为非法人团体的合伙可以成为民事主体,也可以成为民事诉讼主体。

二、关于物权法

(一) 关于物权法的结构体系

11 物权法基本范畴学说

有人指出,一般的学术观点将物权定格为静态支配权,进而把物权法定义为调整静态财产关系的法律。 / 这一看法与市场经济条件下的物权法基本范畴并不符合⁰。该学者认为,物权法的基本范畴可以归纳为三点: (1) 规范静态的物权关系,即根据本国的国情确定物权的具体种类以及内容; (2) 规范物权的动态关系,即建立物权设立、转移、变更与废止的具体制度; (3) 保护交易中的第三人,并强调/ 物权法三大任务的确立必须有一个基本的前提条件,即必须在立法上坚持物权与债权法律效力的严格区分,以及物权变动与债权变动的法律根据的区分,即坚持债权法上的行为不能发生物权变动的效力,物权变动的效力也不能仅仅取决于当事人债法上的意思表示的原则。^{0 1 52} 物权法基本范畴的学说,使物权法的权利结构体系更为明晰、合理,也能更明确地表达物权立法的目的和宗旨。

21 物的二元划分学说

有人以不动产和动产的划分为线索,对不动产与物权法体系形成与演变作了历史考察,认为,两大法系的所有权理念及物权法体系均直接源于不动产制度,不动产法成为两大法系的核心,所以应以物的二元划分(不动产与动产的划分)来构建物权物权法体系。为此,应抛弃过去完全依照物权种类和性质设计物权法体系的做法。两种规则重合的地方可以共同规定或以特别规定的形式解释。依据二元划分,物权法不外三大部分:占有、不动产和动产所有权及限制物权。物权法体系的编排应包括五部分:总则、所有权、用益物权、担保物权、占有。^{1 62}

(二) 关于物权变动

11 关于物权变动的原因与结果的区分原则

有人指出,任何物权变动自然有其法律上原因,但原因的成立生效与物权的变动并不是一回事,在物权法中, / 有必要建立物权变动的原因及其结果的区分原则⁰。

该说进一步认为,区分原则既适用于不动产物权变动,也适用于动产物权的变动,其实践价值表现在两个方面: (1) 在合同生效而物权变动未成就的情况下发挥对保护合同当事人的债权请求权作用,在合同生效的情况下,一方当事人在另一方当事人违约的情况下,应当享有法律上的救济权,即要求违约者承担责任; (2) 在原因行为生效时,发挥确定物权变动的准确时间界限的保护第三人的正当利益的作用。

1 42 赵群:5非法人团体作为第三民事主体问题的研究6,5中国法学61999年第1期。

1 52 孙宪忠:5物权法基本范畴及主要制度反思6(上),5中国法学61999年第5期。

1 62 马俊驹、梅夏英:5不动产制度与物权法理论和立法构造6,5中国法学61999年第4期。

21 关于不动产物权变动制度

有人对世界上有代表性的不动产物权变动制度进行考察后认为,从登记对不动产交易安全的保护范围这一角度,这些制度可以分两种类型即登记生效主义型和登记对抗主义型。这些制度虽然各具特色,甚至在有些制度之间形成鲜明的对立,但在制度的制定乃至理论的选择上都是根据各自的具体情况,以最适合自己国家的经济、社会乃至交易习惯为最基本的取舍标准,^{1 72}不存在孰优孰劣,以及孰为先进孰为落后的问题。⁰因此,[/]中国物权立法时,更应该花精力探讨的是在准确认识中国现状的基础上如何选择的问题。⁰登记生效与登记对抗之间对登记制度的完善程度,特别是对负责登记的行政官员的权限以及与权限相符合的知识业务水平的要求理应有所不同。[/]就中国的现状而言,完善基本的公示制度本身尚待时日,要达到赋予公信力程度更是不可预期的追求,[,]如果从社会成本的投入与社会效果之间的关系等方面看,很难承认登记生效主义是中国物权立法的明智选择。⁰对于我国不动产交易的法律调整,[/]在初始登记应采用登记生效主义,而在此之后的转移登记便应采登记对抗主义。^{0 1 72}

该说跳出了[/]登记生效主义⁰和[/]登记对抗主义⁰二进必选其一的传统的思维。其对各制度考察所作的结论和对中国不动产物权变动制度的立法选择都是独特新颖的,给我国的物权理论研究和物权立法提供了一个新的思路。

(三) 关于担保物权

11 关于抵押权

有人指出:抵押权的核心内容在于抵押权人可以支配抵押物的交换价值,而不在于取得或者限制抵押物的使用价值,故抵押权的发生不以占有标的物为要件,抵押人无须将抵押物交付抵押权人占有。不移转抵押物的占有,抵押人可以使用、收益、处分抵押物,最大限度地发挥抵押物的使用价值。我国担保法第49条规定的基本内容,[/]若由抵押物交换价值的保全以及增强抵押人对抵押担保的信赖和抵押权的效力为立足点,并非全无理由,⁰但与[/]抵押权的公理性观念⁰发生冲突,使其产生了三个方面的缺陷,即:限制抵押物的转让具有明显的不合理性,对抵押物的第三取得人没有提供有效的救济手段,其第三款并非抵押权的物上代位性的反映。因此,我国应当对担保法第49条尽予以修正和完善。^{1 82}

有人指出,在我国担保法缺乏抵押期限制度的情况下,使抵押成为一种无限制的负担,无从体现法律对当事人权利、义务、责任、风险的合理分配,而且殃及抵押人对超出其所担保债权价值部分的抵押物的自由处分,至为不公。我国应规定抵押期限,且明确其为除斥期间。^{1 92}

21 关于股权质押

股权质押属权利质押的一种,是以股权作为质押标的物而设立的担保,由于作为质押标的物的股权的特殊性,使得股权质押异于其他种类的权利质押,较为复杂。有人认为,股权中的财产性权利与公司事务参与权,只是对股权具体内容的表述。[/]实质上这些权利均非指独立的权利,而属于股权的具体权能,正如所有权之对占有、使用、收益、处分诸权能一样。⁰股权作为质权的标的,是将其全部权能作为债权的担保,对股权的处分,自然是对股权的全部权能一体处分,其结果是发生股权转让的效力。[/]如果认为股权质押的标的物为股权中的财产性权

1 72 渠涛:5不动产物权变动制度研究与中国的选择6,5法学研究61999年第5期。

1 82 邹海林:5抵押物的转让与抵押权的效力6,5法学研究61999年第4期。

1 92 翟云岭:5论抵押期限6,5政法论坛61999年第2期。

利,而股权质押权的实现也仅能处分股权中的财产性权利,而不可能处分未作为质押标的物的公司事务参与权,这显然是极其荒谬的。¹¹⁰²

三、关于合同法

(一) 关于合同义务的本质

有人指出,大陆法系始终没有创设出/合同义务0的一般概念,法律辞书上竟然无/合同义务0的辞条。该学者从分析/不利益说0和/法律约束说0的不当入手,得出/合同义务的本质是义务人的自利0的结论。因为,/虽然从静态上讲,合同义务的承担对义务而言是不利益,是利他,但从主观上、从动态上讲,义务人是出于自利。由于义务人的自利而导致了利他的客观效果,但这种客观效果只是义务的表面,自利才是合同义务的本质所在。¹¹¹²

(二) 关于赠与合同的性质

11 诺成合同说。该说认为,我国合同法规定的赠与合同为诺成合同,与传统观念和司法实务作为实践合同有质的差别。理由是:合同法没有象保管合同那样将赠与合同明文规定为实践合同,也没有将/以赠与物的交付为准0的司法解释精神纳入。依据合同法第 25 条/承诺生效时合同成立0、第 44 条/依法成立的合同,自成立时生效0的规定,赠与合同采纳了诺成合同说。诺成合同即双方就赠与的意思表示过成一致时合同成立,依法成立则生效,并不以赠与物的交付为条件(交付为合同的履行)。¹¹²²

21 折衷说。该说认为,我国立法采用了赠与合同为诺成合同的主张其实是一个误解。/我国合同法对于赠与合同性质的规定,既不同于德国、日本民法典的有关规定,也不同于前苏联东欧国家民法典的有关规定,而是采取了一种新的折衷方式以平衡赠与人与受赠人之间的利益。0合同法第 186 条对赠与合同的实践性或诺成性,采用了两分的方法加以规定。有人认为,目前一些人将我国赠与合同解释为实践诺成合同,是受到5德国民法典6的影响,而又没有考虑立法者在赠与合同上的划分。德国民法将赠与合同划分为书面赠与合同与口头赠与合同,而是将赠与合同划分为:(1)普通赠与合同(包括一般书面赠与合同和口头赠与合同);(2)具有社会公益、道德义务性质的赠与合同;(3)经过公众的赠与合同。将普通赠与合同规定为实践合同,将后者规定为诺成合同。¹¹³²

(三) 主合同变更对担保责任的影响

有人指出,我国担保法第 24 条关于主合同变更对保证责任影响的规定,对主合同变更并未区分具体情况,可以而且应当理解为主合同的任何变更,包括对主债务范围的缩小的变更,非经保证人书面同意,都将导致保证责任的免除。这既显得过于笼统和机械,也明显地存在不合理性。应当借鉴外国立法例,结合我国审判实务,对我国担保法对主合同变更保证人的保证责任的承担,从六个层面加以规定和完善。该学者还认为,关于主合同变更对保证责任的有关规定,也应当适用于抵押和质押。¹¹⁴²

1102 阎天怀:5论股权质押6,5中国法学6 1999 年第 1 期。

1112 向阳:5论合同义务的本质6,5法学6 1999 年第 9 期。

1122 唐明:5试论赠与合同的立法及司法实践6,5中国法学6 1999 年第 5 期。

1132 李盾:5我国赠与合同的实践性与诺成性探讨6,5法学评论6 1999 年第 5 期。

1142 王韶华:5主合同变更对担保责任的影响6,5法学研究6 1999 年第 2 期。

四、关于民法学的其它问题

(一) 关于侵权行为法

11 关于环境侵权的救济

有人指出,关于环境侵权与环境侵害的排除,需综合考虑权利不可侵害原则和原因行为的社会相当性、合法性、有因性、价值性等,权利遭受实质性侵害仅是排除环境侵害的必要条件,而非充分条件。这种权利侵害是否具有不合理性的判断,即是所谓的利益衡量。就权利救济和保护而言,由于各种权利在法律价值判断上具有层次性,法律对不同权益的保护范围、程度和次序往往有一定的区别,在论及权益遭受环境侵害与排除环境侵害之间的关系时,是否可以利用利益衡量原则,如可以适用利益衡量原则,则适用的程度如何,均须根据不同的权利类型分别考量。该说认为,对环境侵权所致的单纯财产损害或轻微人身损害的救济,可以采用法律经济分析方法。就具体的环境侵权案件而言,对影响少数人财产的/私害0,应采取排除侵害的救济方法,而对影响许多人财产的/公害0则应采取/代替排除侵害的赔偿0的救济方法。¹¹⁵²

21 关于滥用诉权之侵权责任

有人针对我国实体法没有滥用诉权者承担责任的规定,而使受害者求诉无门的法律缺陷,提出应在我国民法中建立明确的诉权滥用赔偿制度。还认为,滥用诉权侵权责任,应区分故意、重大过失和一般过失,只规定故意或等于故意的重大过失滥用诉权的,承担赔偿责任,一般过失除外。这样,才能使鼓励人们正当大胆使用诉讼权利和抑制滥用诉权二者之间实现平衡。但一般过失滥用诉权也会使相对方遭受损失,法律不能对此完全漠然视之,可以借鉴美国的发现程序。¹¹⁶²

(二) 关于婚姻家庭法

11 夫妻财产制与民事交易安全

有人指出,夫妻实行何种财产制,夫妻怎样行使法定或者约定的财产权利,不仅关系到夫妻本人的利益,而且同样关系到与夫妻发生种种民事交往的相对人的利益。立法应就夫妻对财产制的确认和对夫妻共同财产的管理、使用、收益和处分诸方面权利,作出明确的规定。该说还特别提到有关夫妻债务的问题,主张从立法上监控夫妻一方单独巨额举债的行为。¹¹⁷²

21 关于血缘主义与亲子关系的确定

有人指出,法律上决定亲子关系的指导原理是血缘主义(血统相承)原则,但彻底推行此原则反而招致对国家、社会或当事人不利时就应受到某些修正或限制。因为,若完全贯彻血缘主义,则婚生推定制度的合理性就颇值得怀疑,对婚生推定的否认就不应当加以限制,这样反而会侵害子女的利益。如果只要有事实上的血缘关系,国家不问当事人意思如何,须依职权确认非婚生亲子关系,势必侵害公民的隐私权,并加重国家的负担。因此,为谋求亲子关系的稳定,尤其为保障子女的利益,不得不在一定情形下承认没有血缘关系的亲子为法律上的亲子,有血缘关系的亲子却不是法律上的亲子。¹¹⁸²

(三) 关于知识产权法

1152 王明远:5相邻关系制度的调整与环境侵权的救济6,5法学研究61999年第3期。

1162 郭卫华:5滥用诉权之侵权责任6,5法学研究61998年第6期。

1172 蒋月:5夫妻财产制与民事交易安全若干问题6,5法学61999年第5期。

1182 王洪:5论血缘主义在确定亲子关系时的修正与限制6,5现代法学61999年第4期。

11 知识产权冲突协调原则

有人指出,由于知识产权/保护期的有限性、空间上的地域性、权能上的独占性和对他人的绝对性特征,演绎了因国家而异的知识产权保护体系,同时导致知识产权各类权利之间的冲突以及知识产权与其他类型权利的冲突。

该说认为,协调知识产权冲突应遵循以下四条原则:(1)在相同权利发生冲突时,应当遵循/ 扬先抑后0原则))) 张扬在先权利,否定在后权利;(2)在效益不同而权利发生冲突时,应当遵循/ 效益最大化0原则))) 张扬宏观效益权利,并举微观效益权利,使权利效益最大化;(3)在效应不同而权利发生冲突时,应当遵循/ 取正弃负0原则))) 张扬正向效应权利,打压负向效应权利;(4)在样态不定之诸权利发生冲突时,应当遵循/ 综合评价0原则))) 张扬积极理性权利,限制消极传统权利。¹¹⁹²

21 关于商标抢注

有人对商标抢注这一我国目前商标保护领域的热点问题进行了研究,对于商标抢注现象的态度形成了否定和肯定两种对立的见解。

否定说认为,商标抢注者通过损害他人的利益来换取自己利益的最大化,有违公平、诚信的竞争原则,并非法律所推崇。我国商标抢注行为如此泛滥,反映了现行商标立法不完善以及商标审查工作的疏漏。应对有关商标法的规定予以修改和完善,以杜绝商标注行为。¹²⁰⁰

肯定说认为,对商标/ 抢注0事件被以/ 注册不当0为理由被国家商标管理机关/ 依法0予以撤销表示疑问。认为,商标作为一种知识产权,它的原始取得没有先占、先占权一说,/ 它一开始便是国家制度供给的结果0。所谓/ 抢注0,既无实体违法,又无程序违法,何来/ 注册不当0? / 所以- 撤销- 是为了保护知名企业品牌0的/ 善议0,/ 作为观念意识,则是十分狭隘与荒谬的。- 撤销- 所保护的是企业落后的法律意识。¹²¹²

31 平行进口与知识产权保护

平行进口与知识产权保护之间的冲突在理论上主要表现为知识产权的权利用尽原则和地域性原则的冲突。有人主张,我国在专利和版权领域应采用地域性原则,禁止平行进口;在商标领域采用权利用尽原则,允许平行进口。¹²²²

另有人认为,不受任何约束的平行进口(商标商品的平行进口),有可能妨碍公平竞争,损害消费者利益。我国可以在商标法中确认商标权利用尽原则,使平行进口合法性的评判标准在商标法中得以明确。与此同时,必须对商标用尽原则的效力作出必要限制。该学者还指出,基于销售协议或商业代理关系,由出口供应商出面协调和规范经销商之间的销售关系更具有现实可行性。¹²³²

五、简短的评论与展望

(一) 对1999年民法学研究的基本评论

1999年我国民法学研究呈现整体繁荣的景象。由于合同法这一重要民事法律的颁布实

1192 曹新民:5论知识产权冲突协调原则6,5法学研究61999年第3期。

1202 李疑怡:5对商标抢注现象的反思6,5法学评论61999年第5期。

1212 郑祝君:5适法者要用正确行动引导法律功能的实现6,5法商研究61998年第6期。

1222 孙颖:5平行进口与知识产权保护之冲突及其法律调整6,5政法论坛61999年第3期。

1232 张今:5平行进口法律问题研究6,5政法论坛61999年第3期。

施,解释评论合同法的著述和论文如雨后春笋;由于学界将立法研究的重点从合同法转向物权法,探讨物权法基本理论的论文也比较多;随着因特网深入到日常生活的各个领域,与此相关的著作权保护成为我国知识产权领域的热门话题;而民事司法领域的热点问题如精神损害赔偿,也受到民法学界的广泛关注。

需要指出的是,在这种繁荣的背后,还存在着不足,其突出表现为:(1)有丰厚的理论积淀、提出独创观点的作品不多;(2)联系立法司法实践的深度和广度不够;(3)学术评价标准和体系没有真正建立起来;(4)争论不够。

(二) 对未来民法学研究的若干展望

每年写完当年的学术研究综述,时间总是到了年底,年终情结和节日气氛渐渐浓厚。目前的情况更是如此。人们不仅在例行公事似地迎接新年的到来,更是迫不及待地翘首以盼/ 仟禧年0的到来。这种气氛和心态,对于商人们来说也许是机遇,而对于学术研究却不见得是什么好事。近来,/ 世纪情结0或/ 仟禧情结0也在不同程度上感染了我们的法学界。负有历史使命感的同行们在兢兢业业地总结着一个世纪(或者一个千年)以来的法学和法治得失,并高瞻远瞩地为下一个世纪(或者下一个千年)法学和法治的发展描绘蓝图。

在笔者看来,法学和法治基本上是以渐进的方式发展的,即使偶尔出现突变,也绝对不以世纪或者/ 仟禧0划线。法学研究尤其是民商法学研究,需要脚踏实地,关注(1)民法学科的基本理论问题;(2)科学技术(电信技术、生物技术、医学和遗传学等)迅速发展对民商法理论和制度的挑战;(3)在我国特殊条件下建立社会主义市场经济体制对民商法的特殊要求;(4)物权法的制定;(5)民法典的制定;(6)合同法实施中的新问题;(7)司法实践中有关民商法的热点和难点问题;(8)其他民商法律制度的建立与完善问题。

商法学研究述评

彭 诚 信 姜 朋^x 张新宝

一、关于商法基础理论

基础理论是具体制度研究得以全面和深入展开的根基和土壤,每年都有学者对此予以关注。针对我国现行商事主体制度与商事行为制度之间存在着明显的功能扭曲、价值失衡状况,有人指出应当依据商法制度价值的一般原则更新观念,重构我国商法的价值结构。^{1 12}

商法基本原则的研究也备受关注,有人撰文指出,商法之所以能够以部门法的形式独立存在,其中一个重要原因就在于它具有区别于其他部门法的基本原则,并认为:市场准入严格法定、确认营利保护营利、促使交易简便迅捷、维护交易公平、保障交易安全应为商法的五项基本原则。^{1 22}也有人认为,商法的基本原则应包含强化商事主体、维护交易公平、保障交易安全、

x 彭诚信系吉林大学法学院讲师、博士研究生;姜朋系吉林大学法学院硕士研究生。

1 12 张楚:《论我国商法规范的二元结构及其价值缺陷》,《中国法学》1999年第2期。

1 22 雷兴虎:《略论我国商法的基本原则》,《中外法学》1999年第4期。