



民法:公平的艺术

民商法新问题及热点问题研究

熊进光 彭国元 主编



江西人民出版社

民法：公平的艺术

民商法新问题及热点问题研究

主编：熊进光 彭国元

撰稿人：（按撰写章节先后为序）

田 剑 向 杰 李 强

熊进光 唐雪松 彭国元

江西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法:公平的艺术

——民商法新问题及热点问题研究/熊进光 彭国元

—江西南昌:江西人民出版社,1998.10

ISBN 7-210-02024-1

I. 民…

I. 熊…

II. 理论专著,民法—法律

N. D9(5)

D913

511

0251931

公平的艺术

——民商法新问题及热点问题研究

主编 熊进光 彭国元

江西人民出版社出版发行

江西财经大学印刷厂印刷 新华书店经销

1998年10月第1版 1998年10月第1次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:10.625 插页:

字数:265千 印数:1—2300册

ISBN 7-210-02024-1/D·282 定价:18.00元

江西人民出版社 地址:南昌市新魏路17号

邮政编码:330002 电报挂号:3652 电话:8511534(发行部)

(赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换)

序

当今，中国民事立法和民法理论正进入一个新的历史发展时期。如果说，70年代末到80年代中期是我国民法理论研究的起步阶段的话，那么，至90年代初，则是其初步发展时期，而最近五六年，民法理论可以说是获得了实质性的突飞猛进。从民法基本理论结构的形成到其趋于完善，我们实现了第一次飞跃；我们逐步填补民法基础理论各个领域的空白，选择和建立民法的各项基本规范。于是，我们有了比较完整和较高水平的教科书，建构了适合于中国国情的民法理论框架和制度体系。然后，我们开始着手完善这一体系。而当我们发现，中国民法不可能成为孤立的历史现象，中国民法的崛起，必须以其融入中国以至世界历史的长河、融入世界各国民法的发展潮流为前提，我们便开放了眼界，开阔了心胸。于是，我们研究古代罗马法和日尔曼民法，研究法国的、德国的、日本的、瑞士的乃至台湾地区的民法，研究美国的、英国的乃至香港地区的民法。我们还发现，民法不是一种孤立的法律现象，民法理论不仅必须建筑在广博的法律文化基础之上，而且必须建筑在更为广博的整个社会文化的基础之上。于是，我们开始去探索民法的精神实质，从哲学、经济学、政治学及有关社会人文科学的一切领域中寻找民法理论的生命元素和养料。而当民法理论开始剥离其机械、教条、干瘪、枯寂的外衣，因逐渐开拓的思想火花的迸发而辉煌，因逐渐深入的判例研究而鲜活之时，我们便实现了民法理论研究的第二次飞跃。

然而，中国民法理论发展之路何其艰辛，何其漫长！任何一点微小的进步，无不凝结众多学人的心血和操劳。正如一幢在建之大厦，一砖一瓦，全凭人去添加。而老一辈学者的虔诚，后一辈学者的

坚贞，新一代学人的热诚，汇聚为击之不破的强大信念，正是中国民法终将前行的动力。

本书的作者为一群年轻的民商法硕士。作为中国民法学界的新人，他们的研究充满热情和活力，其献身民法事业的执著和真诚更值得赞扬。他们现在所做的，只是为中国民法理论大厦加一块砖或添一片瓦，他们以后所能做的，也只能是为之再加一些砖，再添一些瓦。但是，当我们确信中国民法的发展程度将凸现中国法制建设的历史进程，并将标志整个中国社会文明进步程度时，这些青年人的所思所想、所作所为，怎能不令人无限宽慰？！

西南政法大学民商法教授 尹田

1998年6月4日于重庆

目 录

导论 民法:公平的艺术	(1)
一、民事公平:民法的精神所在	(1)
二、双重公平:民法的两难选择	(4)
三、多元制衡:民事公平的实现机制	(6)
第一章 诚信原则在现代契约法中的适用	(9)
第一节 诚信原则的一般理论	(9)
第二节 诚信原则与契约公正 ——公平价值在契约法上的反映	(16)
第三节 诚信原则在现代契约法中的适用	(31)
第二章 情事变更原则:从静态公平向动态公平的转变	(54)
第一节 情事变更原则的法理分析	(55)
第二节 情事变更原则与相关法律原则	(63)
第三节 情事变更原则的适用	(77)
第三章 合同解释制度	(97)
第一节 合同解释概述	(97)
第二节 外国合同解释理论及立法考察	(103)
第三节 我国合同解释的理论及制度构建	(120)
第四章 法人人格否认制度	(143)
第一节 法人人格否认的基本理论	(143)

第二节	外国法人人格否认的学说及司法实践·····	(149)
第三节	法人人格否认制度的适用·····	(158)
第五章	民事抗辩制度 ·····	(168)
第一节	民事抗辩制度的价值与功能·····	(168)
第二节	民事抗辩制度的机理分析·····	(175)
第三节	民事抗辩权的行使·····	(182)
第四节	民事抗辩权的流转与限制·····	(200)
第六章	民事责任竞合 ·····	(210)
第一节	民事责任竞合概说·····	(210)
第二节	外国民事责任竞合立法例与学说·····	(231)
第三节	我国民事责任竞合模式的立法选择·····	(242)
第七章	精神损害赔偿 ·····	(257)
第一节	精神损害与精神损害赔偿·····	(257)
第二节	我国精神损害赔偿的立法及判例·····	(268)
第三节	精神损害赔偿金的确定·····	(286)
第八章	技术秘密的法律保护 ·····	(291)
第一节	技术秘密法律保护概述·····	(291)
第二节	技术秘密法律保护的理论基础·····	(304)
第三节	技术秘密法律保护的基本政策·····	(312)
第四节	技术秘密法律保护的途径·····	(321)
后 记	·····	(335)

导论 民法：公平的艺术

公平与效益是民法的终极价值目标，民事法律制度的构建和完善的过程，实质上就是在公平与效益的矛盾和冲突下如何寻求最佳平衡点的过程，在一般公平与个别公平、形式公平与实质公平、静态公平与动态公平的两难选择中，它无时无刻不体现着立法者对民法公平观念和理性精神的领悟和追求，民法不只是各项具体法律制度的简单相加，更为重要的它是一种公平的艺术。

一、民事公平：民法的精神所在

任何值得被称为法律制度的制度，必须关注某些基本价值。公平价值作为法律制度的基本价值，与法律制度同呼吸、共命运，可谓息息相关。任何制度都是应然与实然的结合，^①也必然或多或少、或真或假、或强或弱地体现作为应然部分的公平价值。那么，什么是“公平”呢？古往今来，公平大致有三种含义：第一，公平是法律的最高价值。^②在这里，公平就是正义，被当成法律的理想状态。第二，“公平的含义也就是平等”。^③此时，公平被当作平等的替换词。

① 参见(英)麦考密克·魏因贝格著：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版，第40页。

② 参见孙国华主编：《市场经济是法治经济》，天津人民出版社1995年版，第163页。

③ 何怀宏著：《契约伦理与社会正义》，中国人民大学出版社1993年版，第120页。

第三，公平即是分配正义。^①此时，公平又被当成指示“均衡”的天平。尽管内涵各异，但精神实质相同：平等人应有平等的对待，谓之公平。

公平是整个法律体系的法律价值，自然也是民事法律部门的价值需求之一。不仅如此，与其他法律部门相比，民法的公平价值尤为突出。其一，“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础，而且政治统治只有在它执行了它的社会职能时才能持续下去。”^②民法是实现国家的社会职能，调整市民社会的重要工具。其二，市场是天生的平等派，市民社会本身依循着公平的理念，民法作为调整平等主体间的社会关系之私法性质，无疑更应反映、维护、信守、忠诚“平等主体平等对待”的公平需求。否则，不仅会动摇民法本身的根基，而且也使整个法制的公平价值成为空中楼阁。民事公平理应作为民法的基本原则，我国《民法通则》对此作了明确的表述。应当说，这是我国民法的一个科学创举。一方面，它使公平的法律价值得到公开的宣示，并受到法律的强力保障；另一方面它又赋予了民事公平的内涵以崭新的面貌——把公平价值中比较清晰的部分用平等、诚信、自治原则加以规定，把公平价值中比较模糊的部分用公平原则加以宣告，从而形成了公平原则既对其他原则以指导，又与其他原则相并列的民事原则新格局，全面覆盖了私法关系。

遗憾的是，作为原则根本不成问题的民事公平原则，近年来却受到了不应有的忽视和冷遇，甚至有被诚信原则取而代之迹象。其表现：一是诚信原则的内涵和功能被无限扩大，把当事人之间以及当事人与社会之间的利益平衡问题也纳入其中，^③公平原则就这样悄悄地被“兼容”掉。不少新近的教材再也不提公平原则，许多论

① 参见(美)博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1997年版，第225页。

② 《马克思恩格斯选集》第3卷，第219页。

③ 参见彭万林主编：《民法学》（高等政法院校规划教材），中国政法大学出版社1994年版，第38页。

著把诚信原则奉为“帝王规则”，使得诚信原则和公平原则的关系发生了“历史性”逆转，诚信原则不仅不是公平原则在意思表示和遵行方面的表现；恰恰相反，公平原则却成了诚信原则的表现，甚至在立法中也有此动向。^①二是公平原则的研究被长期忽略，法理学著作是如此，^②最能体现公平价值的民法学著作也是如此。由于对公平原则的内涵、地位、功能与实现机制等方面的研究浅尝辄止，不仅使形成权、抗辩权等与公平原则紧密相关的“民事特权”的研究几近空白，而且一度在可撤销民事行为中是否应当取消“显失公平”一类引发争论。^③

我们认为，诚信原则不能吸收公平原则。其一，从语义上讲，诚信就是“善意、诚实、信用”，^④是对行为时行为心理状态的要求。其二，从功能上讲，诚信原则主要是对意思自治原则的限制。^⑤即民事主体在意思表示和行为控制中，依法可以“自治”，但必讲“诚信”。其三，从法意识上看，“要法律给个说法”的法情感直觉是法律应当“公平”而不是法律应当“诚信”。因此，对法律未有规定之事项，“法官可直接根据公平观念作出决断”^⑥。其四，公平原则的内涵远比诚信丰富，用诚信吸收公平只能是削足适履。不仅不利于民法学本身的发展，而且也不利于解决诸如“公平与效率”等重要理论问题。正如徐国栋先生所言：“公平是民法的精神，尽管民法的各种规定千头万绪，复杂万端，如果要对其作一言以蔽之的说明，必定用得着‘公平’二字。舍却公平，民法将不成其为民法。”^⑦

① 参见《中华人民共和国合同法(建议草案)》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第4卷。

② 参见卓泽渊：《法律价值》，重庆大学出版社1994年版。

③ 沈庆中：《显失公平民事行为的规定弊大利小》，《法学》1993年第8期。

④ 金平主编：《中国民法学》，四川人民出版社1990年版，第42页。

⑤ 参见楼建波、刘燕：《合同自由原则的限制及与诚信原则的关系》，《中外法学》1995年第6期。

⑥ 徐国栋著：《民法的基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，第66页。

⑦ 同上。

二、双重公平：民法的两难选择

“平等的人应有平等的对待”，应有哪些方面、多大程度、何种形式的“平等对待”，在法制的演进长河中，由于受到经济条件以及由经济条件决定的政治、文化结构的制约，是不断变化发展的。总的趋势是由少到多、由假到真、由弱到强。由此使得公平价值观念遵循着三条基本轨迹：由个别公平向一般公平演进，由形式公平向实质公平演进，由静态公平向动态公平演进。

个别公平向一般公平演进。个别公平是指当事人之间的利益衡平，一般公平是指当事人与社会利益之间的利益衡平。自由资本主义阶段，经济的放任导致法律上的宽容，个别公平得到了空前的崇尚。契约自由、所有权绝对、过错责任，构成了民法的三大原则。随着资本主义进入垄断阶段，少数垄断者利用其优越的经济地位，合法地损害大多数弱者的利益。原有的仅限于当事人之间利益衡平的个别公平观念受到了严峻的挑战，时代呼唤着当事人利益与社会利益相衡平的一般公平理念的萌生。传统的视为神圣的民法三原则在“一般公平”的校正后发生了新的变化。契约自由受到了法律越来越多的干预，所有权绝对也受到了越来越多的限制，过错责任的适用范围逐渐收缩，无过错责任得以割据生息。

形式公平向实质公平演进。形式公平指民事法律关系中权利义务的设定机会均等，实质公平指民事法律关系中权利义务的分配结果均衡。“契约即公正”、“契约即法律”的时代，完全崇尚形式公平。但是契约这种法律形式的平等完全忽视了经济地位的不平等。以至到格式合同充斥到社会生活的各个方面，经济上的弱者说“不”的权利仅限于合同的签订，甚至在大量的消费合同中，连合同签订可以说“不”的权利也因为生活所需事实上被剥夺了。于是引发了“契约的死亡”的哀叹。^①为拯救契约、拯救公平，当代民法采

^①（美）格兰特·吉尔莫著：《契约的死亡》，曹士兵等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第3卷。

取了一系列相应对策。完善合同法,对格式合同以特别限制;加强对合同效力的司法干预,在一定程序降低合同的效力强度;制定单行合同法,对重要合同以强行规定。这些对策的实施,对相当部分契约的实体方面预先或事中进行一定范围的强行安排,使得民事主体以契约形式构建的实体分配格局更趋公平。

静态公平向动态公平演进。静态的公平是指利益分配格局公平。动态公平是指利益的实现格局公平。从利益的分配到利益的实现往往有一个过程。分配时公平的民事行为到实现(履行)时却未必公平。这种利益状态的变动在市场经济下多属合理的商业风险。因此,大多数国家的民法注重静态公平的保护,对动态公平持谨慎态度。其表现:一是“情事变更”在多数国家还停留在学说的鼓动阶段,真正为立法所接受的并不多。^①二是“选择赔偿”(即债务人迟延履行时,是按约定履行日的市场状况赔偿,还是按迟延履行日的市场状况赔偿,由债权人选择)学术界鲜有论及,立法也难见其端。我国也仅对执行计划价格的工矿产品购销合同的迟延履行作了类似的规定。三是对“不安抗辩”相当多的国家比较克制。我国也仅在涉外经济合同法中作了规定。但是,与交易安全的维护越来越重视动态维护相适应,公平价值由静态向动态的演进趋势是难以阻挡的。^②

个别公平向一般公平演进,形式公平向实质公平演进,静态公平向动态公平演进,以公平为本的民法就在这公平的两难选择中顽强地延伸着自己的发展轨迹。因此,如何正确处理公平价值的内在矛盾,把握和遵行民法自身的发展方向,就成为民法研究和完善的重大课题。

① 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第395页。

② 《中华人民共和国合同法(建议草案)》第67条对不安抗辩权已作了规定,载梁慧星主编:《民商法论丛》第4卷,第454页。

(一)在不损害一般公平的前提下,保持最大限度的个人公平

只有最大限度的个人公平,才有最大限度的激励机制,才谈得到实现个人利益的最大化。也只有把最大限度的个人公平限定在不损害一般公平的前提下,也才能在实现个人利益最大化的同时,实现社会利益的最大化。只有这样,公平与效益的兼顾才能实现,只有这样,也才能科学地界定民事主体的自治范围。

(二)在不明显损害实质公平的情况下,保持最大限度的形式公平

只有最大限度的形式公平,民法的规范才能最大限度地转化为生活的现实。也只有把最大限度的形式公平限定在不明显损害实质公平的范围内,才能够在最大限度地实现民法规范的同时,最大限度地实现民法目标。只有这样,才能科学地把握对民事行为进行法律干预的力度,才能正确解决法律规范(形式)与法律精神(实质)相矛盾的法律滞后问题。

(三)在不明显损害动态公平的前提下,最大限度地维护静态公平

只有最大限度地维护静态公平,才能最大限度地让民事主体享有依法行为的利益,才能最大限度地提高民事主体行为时对民法的信度。也只有把最大限度的静态公平保持在不明显损害动态公平的界限内,才能在维护最大限度的静态公平的同时,最大限度地维护公平交易的目标。只有这样,才能协调解决交易公平与交易安全的矛盾,才能准确把握当代民法刚中求柔的节奏。

三、多元制衡:民事公平的实现机制

个别公平与一般公平、形式公平与实质公平、静态公平与动态公平的对立和统一,决定了民事公平实现机制的多元制衡格局。

(一)法律规定

物权、知识产权作为法律对社会有形财产、无形财产的初次分配,直接与全体民事主体的公共利益息息相关。如果允许约定设立

物权、知识产权,将不能确保一般公平。因此,物权、知识产权的调控是有计划的直接调控。

(二)当事人约定

债权作为法律资源的再次分配,是初次分配利益在民事主体间的局部交易或流转,一般与公共利益无妨。因此,应从最大限度地维护个别公平出发,允许作为自己最佳利益的判断者的民事主体约定设立。当然为了确保公共利益不至因当事人的约定受到损害,对一些与交易安全或弱者利益保护紧密相关的债权,法律作出了一些强行规定,不许当事人约定排除。但总的说来,民法对债权的调控是约定为主、法定为辅的间接调控。

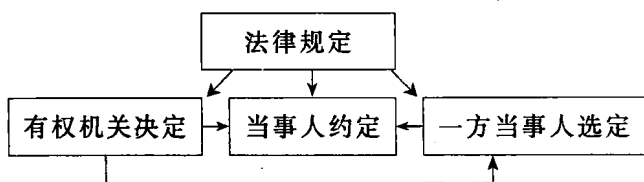
(三)有权机关决定

对一些对公共利益关系重大的物权、知识产权,除了法律的确认外,还需要有权机关依法予以确认,如不动产物权登记,一定范围的动产物权登记,专利权、商标权的批准取得等;对一些与公共利益关系密切的债权,在成立之前需经有关机关批准、公告或公证。

(四)一方当事人选定

对一些与公共利益无妨,仅是当事人利益衡平的民事行为,遇有使一方当事人对权利的享有、义务的负担、责任的承受等方面显失公平的法定情形时,可授权该方当事人对权利、义务、责任的安排在一定范围内选择。如形成权、抗辩权的行使即是。另外,对某一民事行为,法律虽未规定显失公平的具体情形,一方当事人也可径直以“显失公平”为由申请撤销,但须经有关机关决定。

以上四元的制衡机制可用简图表示如下:



显而易见,为了实现不损害一般公平(公共利益)前提下的最大的个别公平,为了矫正在实现这种最大的个别公平的过程中出现的明显损害实质公平和动态公平的情形,立法者一方面规定了若干强行性规范,当事人必须遵行;另一方面又授权有关机关对某些“约定”、某些“选定”裁量决定,并授权遇有显失公平的“法定事由”一方对一定范围的权利、义务、责任的效力单方选定。这样,形成了立法机关的立法权之下,由有权机关的决定权、当事人的合约权、一方当事人的选定权组成的有序制衡、全程调控的民事公平实现机制。

第一章 诚信原则在现代 契约法中的适用

第一节 诚信原则的一般理论

一、诚信原则的立法沿革和思想渊源

(一) 诚信原则的立法沿革

诚实信用原则，简称诚信原则，是现代民法的基本原则，它起源于罗马法。古罗马称之为一般恶意抗辩。“在罗马法，依裁判官法之规定，当事人因误信有债之原因而承认债务，实则其原因并不存在时，得提起诈欺之抗辩，以拒绝履行。另一方面，依市民法的规定，当事人如因错误而履行是项债务时，得提起‘不当得利之诉’，请求他方返还。其未履行者，得提出‘无原因之诉’，请求宣告其不受是项债务约束。”^①随后，古罗马又有了诚信契约，其与严法契约相对而言，指的是当事人的义务不仅依法律规定，而且依诚实信用产生的义务，当事人亦得承担。近代《法国民法典》第1134条规定：“契约应依善意履行。”此善意即为诚实信用之意。但在绝对意思自治原则下，此条款实际意义很小。1863年《撒克逊民法典》第858条规定：“契约履行，除依特约或法规外，应遵守诚信，依诚实人所

^① 陈朝壁语。转引自何孝元：《诚实信用原则与衡平法》，台北，三民书局1986年版，第14页。

应为者为之。”《撒克逊民法典》虽然明文规定诚信原则，但允许当事人以特约方式排除诚信原则适用。直到1896年《德国民法典》的颁布，诚实信用才真正成为合同法的一项原则。该法第42条规定：债务人应依诚实与信用的原则，并参照交易上的习惯，履行给付。第157条规定：契约解释，应遵守诚实与信用的原则，并考虑交易上的习惯。1907年《瑞士民法典》进一步将诚实信用确立为所有民事活动的基本原则：“任何人都必须诚实、信用地行使权利并履行义务。明显地滥用权利，不受法律保护。”这里的诚实信用原则对权利义务关系的规范，明确地揭示了限制包括合同自由在内的绝对自由的立法意图。此后，各国民法纷纷效仿瑞士民法中的诚信规定。我国《台湾民法》第219条规定：行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法。第148条规定：权利之行使，不得违反公共利益，或以损害他人为主要目的。我国《民法通则》第4条规定：民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。第7条规定：民事活动应当尊重社会公德、不得损害社会公共利益、破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。至此，诚信原则已由一般债权债务关系的原则，上升为整个民事权利义务的原则，并成为近代民法革新的先驱。

（二）诚信原则的思想渊源

诚信原则思想渊源于自然法。史丹木拉曾说过：“诚信原则乃具有变化内容的自然法。”^①日本学者常盛敏太教授也认为：“诚信原则乃相关、客观的概念，而为具有强行性的法律原则。其性质乃系一个具有变化内容的自然法，而属于法源之一。”^②事实也如此，诚实信用不外乎是自然法的一部分，其发展也与自然法的演进紧密相关。

所谓自然法，是相对于实在法而言的，指的是自然界和人类社

^① Stammer, Wirtschaft and Recht. S. 17, 1921.

^② 何孝元：《诚实信用原则与衡平法》，台北，三民书局1986年版，第27页。