

民商法的 理论与实践

徐开墅●著 张国炎 陈历幸●编辑

MINSHANGFA DE
LILUNYUSHIJIAN

这是中国著名民商法学家——徐开墅教授的手迹文稿讲义汇编。

我国改革开放后，在普遍缺乏能够适应民商法研究生课程教材的情况下，徐老撰写的讲义为诸多研究生、教师和法律工作者提供了坚实而完整的民商法律理论基础，为曾经存在较多争议的民商事法律问题提出了一系列既根植于传统又符合时代精神的解决思路。



民商法的 理论与实践

徐开墅●著 张国炎 陈历幸●编辑



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法的理论与实践/徐开墅著. —上海:上海社会科学院出版社, 2004

ISBN 7-80681-415-9

I. 民... II. 徐... III. ①民法—研究—中国②商法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 029900 号

民商法的理论与实践

作 者 徐开墅

责任编辑 尹 蓉

封面设计 闵 敏

出版发行 上海社会科学院出版社

(200020)上海淮海中路 622 弄 7 号 021-63875741

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sassp.org.cn

经 销 新华书店

印 刷 上海社会科学院印刷厂

开 本 850×1168 毫米 1/32 开

印 张 11.25

插 页 2

字 数 270 千字

版 次 2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷

印 数 0001-1000

ISBN 7-80681-415-9/D·039

定价:25.00 元

版权所有 翻印必究



徐开墅教授八十大寿



徐开墅教授在家中
书房



1990年秋，徐开墅在
前往重庆参加全国民
法年会途中与本书编
辑张国炎合影



“桃李”为徐老八十寿辰所赠条幅

序

理论联系实践,在自然科学领域,并没有作为一句口号来强调;但是,科技人员一般都能自觉地将理论与实践结合起来,在人类历史中创造了惊人的奇迹。在我国的社会科学领域,这句口号强调了几十年,而其效果却始终是一个问题。这就说明社会科学领域理论与实践的结合要比自然科学领域艰难复杂得多。其中,最根本的一个原因是社会科学的大多数研究项目或研究对象都比较抽象,而且越往高级的层次发展,就越与人的精神相关。人的精神是具有主动性的,不会消极被动地等待被结合。精神既可以是研究的主体,又可以是被研究的客体。这样,处在主客体关系上的精神就有一个相互选择的过程,因此其结合往往不是研究人员单方面的愿望就可以完成的。主体除了尽可能地追求理论本身的完美以吸引客体的认同外,在相当程度上,还取决于客体精神的接受程度,而这种接受程度反映了一个时代的文明水平。也就是说,社会科学的理论和实践的结合要靠主客观双方的条件自然成熟来促成。过去,在个人意志肆意横行的时代,社会科学确实很难以一种科学的形态与实践相结合。今天,改革开放把人们带进了强调科学的时代,人们对社会科学的新觉悟和新认同,一定

会将我们社会科学理论与实践的结合推向一个新的高度。

本书作者徐开墅教授,据他谦称“我是我国法学教育工作队伍里的普通一兵”。其实,他毕生致力于教育工作,直至1978年10月退休。他的学生中已经有不少人,或在我国各级法院担任了法官、院长,或在法学高等院校和研究机构担任了教授、研究员,院长或校长。青出于蓝而深于蓝,自然是可喜现象,也是社会发展的必然规律。但是更值得一提的是,在年逾花甲的徐老退休之后,党中央召开了十一届三中全会,他感戴党的“重视知识、重视人才”的恩德,竟然又焕发青春,受聘于当时刚复院的上海社会科学院,担任法学研究所特邀研究员、研究生部国际私法和民法学教授。从此,他又在法学教育战线上、法学研究队伍中、法制建设前沿阵地里参战:培养研究生,讲学辨疑,分析案例;主持华东各省市硕士学位论文答辩会;参加各种法学研讨会,参加审评学位和职称工作;参加或审议中央和地方立法草案;带领学生进行法学科科研工作,联系改革开放实践,进行调查研究;发表论文,编译法典。他以惊人毅力和充沛精力竭尽“余热”,甘作人梯,扶掖后进,直至生命的最后一息。他于退休之后重又奋战了21个春秋,为党为国为人民做出了多方面的贡献。在这期间,徐教授针对当时立法、司法和普法的实际情况中存在的问题以及社会的普遍要求,运用自己深厚的理论根基,提出了许多富有独创性的观点和建议;而这些观点和建议也对我国的

民商事立法产生了一定的影响,并为我国的司法实践提供了许多公正合理的意见。这种良好的作用今后还将我国的法制建设中持续地体现出来。

2002年春夏之交,徐教授的部分学生根据徐老讲授民商法学讲义的手迹原稿,汇编成为一本著作,题为《民商法的理论与实践》,并邀请我写一篇序言。徐教授原是我的同年知友,我们两人还同时被上海市政府聘请为第一批市立法咨询委员,彼此交流机会更多。还应该指出,我在担任全国人大代表期间陆续提出过的61个议案,其中相当多的内容都凝聚了徐教授的心血。我深知徐教授朴厚诚挚,治学严谨,德高望重,桃李满园,学贯中西,对英美法系、大陆法系国家和社会主义国家的法学理论都有透彻的把握。他一贯主张借鉴外国法制一定要理解法律条文背后的理论背景,一定要立足于中国实情,切忌生硬移植,画虎不成反类犬。《民商法的理论与实践》一书反映了这位可敬的老教授在上述我国改革开放大潮的特定环境中不断探索的历程,是他在治学过程中力求将理论与实践相结合的集中体现。这也使我深深地体会到一位老年知识分子只有受到党的恩泽,才能充分发挥出自己的才华。

谨书片言,以表钦佩之忱和惜悼之殷,足以序。

张仲礼

2003年7月

前 言^①

1999年6月20日,恩师徐开墅导师匆匆地离开了我们,瞬间眼前一片黑暗,心中一片茫然。别后,一切过去了的都会变成挥之不去的怀念。他的声音,常在我们的耳畔响起;他的身影,常在我们眼前浮现;他的教诲,常驻我们的心田。为纪念导师的恩德及为了却其家属的心愿,我们特将导师生前的手迹文稿收集、汇编、整理成册并出版。

徐开墅(Xu Kaishu),男,当代民商法学家,民盟成员,1916年出生于金融业家庭,原籍浙江宁波。徐老早年就读于宁波的“翰香小学”,13岁考入上海沪江大学附中,1933年至1940年就读于沪江大学、东吴大学,获文学士、法学士学位。1947年与杨永清(原东吴大学校长)、黎照寰(原交通大学校长)等一起,被东吴大学法学院聘为抗战后的第一批教授。

徐老学生时代即从事文艺工作,组织洪钟文艺社,任社长,主张文艺为人生,请叶圣陶任顾问。1930年代末,大学毕业前后在林语堂主办的《宇宙风》、《天下事》等杂志发表译文;主编《近体诗选》。在《文汇报》、《中美

① 前言内容全部根据徐开墅导师的家属彭蓉芳、吕明炎提供的资料改写。

日报》副刊发表法学论文,兼任两报法律顾问栏编辑,为读者答问。又在李石曾主办的《世界月刊》上发表宪政论文,呼吁停止内战,劝说国共合作,实行宪政。1940年至1951年曾在上海东吴大学法学院、上海法学院、大夏大学、光华大学、复旦大学、上海法政学院任教,受聘为副教授、教授,讲授民法、商事法、民诉法等课程。又曾在上海高等法院担任审判、检察工作。解放后任上海市人民法院审判员、市教育局研究员、大学及中学文学和英语教学工作,兼任虹口区教育工会业务委员会主任。1980年受聘于上海社会科学院,任民商法、国际私法教授,法学研究所特邀研究员、研究生导师、导师组长。1999年受聘为上海市对外贸易学院终身教授。

徐老擅长比较法学、民商法学理,曾为研究生讲授民商法专题研究、债法的理论与实践、公司法、合伙法、涉外经济法、外国民法论文选译等课程。1980年起曾多次应邀参加全国人大法制工作委员会主持的民法起草小组工作,对民法草案各稿和以后的继承法、民法通则、中外合作企业法、全民所有制工业企业法、破产法、公司法、保险法、证券法、海商法等草案都提出过立法上的有益意见。1981年起又曾在华东各省市和华北、天津市等地讲学,兼任江西大学、安徽大学、南开大学法学所、上海工商学院、华东政法学院、上海市政法管理干部学院、上海大学法学院、上海市对外贸易学院、上海机械学院商学院顾问教授、特聘教授、研究员、研究生导师(曾主持外校民法、经济法硕士研究生毕业、学位答辩

会,授予法学硕士学位,计有安徽大学民法专业三届,华东政法学院民商法专业七届、经济法五届,复旦大学、山东大学经济法各两届,上海外贸学院国际贸易法七届);并为上述各校开设民法专题、外国民商法、比较婚姻家庭法讲座,为研究生讲授公司法、票据法、保险法、破产法、涉外经济法等课程;同时为各院校及法院业余大学等评审正副教授共 60 余人,推荐研究生出国深造 15 人。百忙中还兼任上海专利事务所顾问,中国法学会民法学经济法学研究会顾问,上海市法学会顾问兼学术委员,中国民主同盟中央法制委员会委员、民盟上海市法制委员会委员、民盟上海社科院法学所支部主任委员。1990 年起兼任上海东吴比较法进修学院副院长兼教务长。1993 年起兼任上海市人民检察院特邀研究员、上海市人民政府立法专家咨询委员等职。

新中国成立前,他曾编印《民法债编各论》(上海法学院讲义)、《契约法的比较研究》(东吴法学院讲义)。1978 年以后,主要编审译著有:《德意志联邦共和国民法典》(审校,45 万字,法律出版社 1984 年版)、《香港的法律》(审译之一,23 万字,上海翻译出版公司 1985 年版)、《国际私法公约集》(副主编,68 万字,上海社科院出版社 1986 年版)、《民法通则概论》(主编,22 万字,群众出版社 1988 年版)、《美国统一有限合伙法》(合译,《上海法学》1990 年第 3~4 期)、《徐开墅民商法论文集》(32 万字,法律出版社 1997 年出版)。此外,主要论文有:《我国宪法与民事立法》(收入《民法文集》,山西人民

出版社 1985 年版)、《关于保护和奖励知识产权的若干问题》(《人民日报》1986 年 9 月 30 日,增补刊登于《法治论丛》1988 年第 2 期)、《经济体制改革与建立债法制度》(合著,上海《社会科学》1987 年第 3 期)、《试论土地所有权的国家主权性质》(合著,上海《社会科学》1988 年第 11 期)、《对土地使用权有偿转让问题的几点意见》(合著,《政治与法律》1989 年第 1 期)、《论民事活动中的法律责任》(《政法论坛》1987 年第 5 期)、《强化企业经营权的若干法律问题》(收入《民法与建立商品经济新秩序》,吉林人民出版社 1990 年版)、《论涉外继承的法律适用》(收入《民法与建立商品经济新秩序》,吉林人民出版社 1990 年版)、《建立强制拍卖制度刍议》(合著,《中国法学》1990 年第 2 期)、《香港信托制度的法效意义》(《政治与法律》1991 年第 4 期)、《论债权的保全制度》(合著,《中国法学》1991 年第 4 期)、《论中外合资企业试行股份制》(合著,《政治与法律》1992 年第 4 期)、《关于财产保险的若干法律问题》(《上海保险》1991 年第 5 期)、《上海市财产拍卖办法研究报告》(1994 年 9 月 9 日、23 日《上海法制报》)、《要使商事刑法规范化》(《上海律师》1995 年第 6 期)、《论国有企业资产有偿转让的法律规制》(合著,1995 年上海《政府法制研究报告》第 5 期,转载于《社会科学》1995 年第 10 期)、《无形资产评估管理的法制化》(合著,《社会科学》1995 年第 5 期)、《论投资基金的法律机制》(合著,《中国法学》1995 年第 6 期)、《证券投资信托法律关系探析》(合著,上海社会科学院《学术季

刊》1995年第2期)、《论法人财产权与股东所有权》(合著,上海《社会科学》1996年第8期)、《国有企业改革与公司法制化》(《群言》1998年第8期)、《法人参加合伙之可能性》(合著,《上海法学研究》1998年第4期)等,以及其他散见于全国各报刊、杂志发表的论文和专访谈话共计50余篇。连同上述编审译著,总计已发表成果并编写讲义、立法意见等在300万字以上。在国际学术交流中,深受东西方学者,尤其是日、美民商法学者的赞誉。1994年受邀入选英国剑桥《世界名人录》。

1984年,在上海市民主党派为四化建设服务成果展览会上,徐老被列为“为健全法制奋斗不息”的四位法学家之一。1986年荣获上海市人民政府颁发的法学成果奖励证书,记功一次。1988年春荣获上海市1986年至1987年法学优秀论文一等奖。1995年9月荣获上海市1990年至1994年决策咨询研究成果奖。

徐老在教学、研究和参与立法过程中,对教学研究和参与立法工作等发表诸多独到的见解,从而形成了以下一些学术观点:

一、认为法律除有阶级性之外,也应重视其社会性。同是社会主义国家,国情不同,社会进程不同,必然会从经济基础上反映出一个时代有一个时代的不同要求,从而有其特殊的社会性。并主张在社会主义初级阶段,我国的法制建设应在宪法的原则性规定的基础上,特别重视民事立法,加强精神文明建设,提高公民的民主与法治意识。作为民事主体的人(公民和法人)的素质的提

高是强国富民的基础。民法在建立社会主义市场经济的过程中所处的地位最为重要,也是应用最广的行为规范。民事立法与公民衣食住行、生老病死,息息相关,与国家兴旺发达、建立社会经济秩序和精神文明,处处相连,是健全民主与法治、促进政治与经济体制改革的保证。

二、认为当前企业单位相互拖欠债款以及合同上的债事纠纷层出不穷、错综复杂,仲裁和诉讼案件的数量,年年成倍上升,现行法制已远远不能适应社会经济活动的客观需要,应该尽快完善债法制度,详尽地规范债权债务法律关系。同时应制定合伙法、公司法、票据法、提存法、拍卖法、产品责任法、禁止不正当竞争法、各种市场交易法以及民事强制执行法,以利于保障公民和法人的财产合法流转,保证企业合法竞争,提高产品质量,提高社会经济效益。

三、认为社会主义市场经济与国有企业的经营权之间的关系存在有两个矛盾到统一的问题,即:计划性与等价有偿价值规律之间的矛盾到统一的问题;全民所有制企业的国家所有权与企业经营权之间的矛盾到统一的问题。因而提出:(1)国有企业的经营权是国家所有权派生出来的他物权;经营权是国家所有权通过企业行为为国家创造经济效益和社会效益的体现。国家始终是企业财产的所有人;但国家只能通过调节、控制市场引导企业,生产经营权则只能在有计划的商品经济的基础上展开;(2)企业留利部分可以让经营者根据企业本

身需要依法自主运用。这部分留利只能说是自主资金，决不应称为“自有资金”。“企业自有资金”和“企业享有本企业的股份权”的提法在理论上说不通，实践中有害，而且于法无据；(3)利改税不是两权分离的体现。缴利和纳税是分别根据民法和行政法而产生的不同义务，应该使税利分流，根据不同渠道上缴。税利统包，只能是一时权宜之计。而且，承包数固定数年不变，不可能趋于合理；(4)企业法人的权利能力和行为能力以不超出其登记经营范围为限，否则，即属非法经营。某业为主兼营他业或多种经营，也应与主业有一定联系，行业应有适当限制，否则，不利于经济秩序的安定；(5)组建集团公司和公司集团一要防止垄断，防止不正当竞争，二要防止行政性公司复活；(6)承包不是万能，不承包也不是可以不负责任。兼并要出于自愿和双方有利，否则容易挫伤优秀经营者的积极性。

四、主张我国国有企业的国家所有权可以引进英美法系的信托制度中的自益信托办法，由国有财产管理机关为委托人将财产交由企业代管，由国家收益，从而理清所有权与经营者的关系，理清受托人与受益人的关系。

五、主张加强证券立法，加强证券市场管理，促进证券交易繁荣。加强现代企业制度的建设和监管，把国有大中型企业逐步改组为现代企业化的公司，纳入公司法轨道，加强竞争机制，禁止私人垄断。

六、主张民事当事人所希望的，可以引起民事法律

关系的产生、变更或消灭的行为,都称为法律行为,即只要当事人主观意图发生法律后果就是法律行为。至于客观上是否产生合法后果,还须以民法规范为尺度予以衡量。我国《民法通则》用条文把法律行为规定为是合法行为,法律行为须以合法性为要素。徐老认为,这是不妥当的。法律行为是一种法律事实,只有经过法律规范衡量后才能使人知悉产生何种法律后果。所以合法性只能在确定已经实施的行为的后果时才有意义。如果强制行为人在行为当时主观上必须确认产生合法后果,那么就不可能产生无效合同或可变更或可撤销的合同了。

七、主张必须进一步完善我国民法上的时效制度。认为只规定诉讼时效是不够的,必须有配套的占有时效和除斥期间才能解决不同客体的权利存续得失问题。提出:诉讼(消灭)时效的客体是债权的请求权;占有(取得)时效的客体是物权;而除斥期间的客体是形成权(包括同意权、追认权、否认权、解除权、变更权、终止权、中止权、撤销权、抛弃权、认领权等)。

八、我国《婚姻法》规定的关于结婚年龄限制,《民法通则》第11条第2款规定的关于视为完全民事行为能力人,《继承法》规定的关于限制行为能力人所立的遗嘱无效,都与关于一般行为能力的规定(18岁)不同。可见,这三法中的结婚能力、劳动能力和遗嘱能力等都是对特殊的行为能力的规定,与我国学者通说认为结婚能力是特殊权利能力理解不同,因而形成了不同学说。

九、在培养研究生工作中,强调广闻博见,独立思考,创新求实,要求提高独立解决问题的能力。另外,对学术界提出的“反对近亲繁殖”,持不完全苟同的态度。认为学术界不应该树山头,拉帮结派;但反对近亲繁殖不应该阻挠法学理论上的学派的形成。只有形成不同学派才会有对学术观点的论争。真理越辩越明,使学术繁荣,促进发展和进步。

十、倡议教育工作要重视对学生的思想品德教育,既教书又育人,对学生循循善诱,晓之以理,动之以情,把学生当作自己的子女一样,引导他们走上革命的人生大道。

今天,他的手迹文稿讲义编辑完成,行将出版。此次出版的根本宗旨,乃是我们敬重并纪念这位勤奋的法学家,他的文稿的出版也是他的付出得到了回报。他说过:人生苦短;法学研究是他生命的全部。这两句话体现了他对人生的追求。因此,无论是带教研究生,还是撰写论文,或是为立法机关和政府提供决策咨询意见、起草法律文件,他都兢兢业业,任劳任怨。他的言传身教,他的学术思想的不断阐发,使我们真正地认识了他,理解了他,并且,有越来越多的青年人被他吸引到民商法研究上来。

徐老的讲义曾经是他指导我们数届研究生的教材,不仅为上海社会科学院所用,也为华东政法学院、上海外贸学院所用。讲义出版后,读者可以系统地了解他的学术思想,尤其是我们可以了解徐老在计划经济与市场