

民商法律评论

(第二卷)

中国方正出版社



主 编 江 平 杨振山
执行主编 何培华

MINSHANGFA LU PINGLUN

中国方正出版社

民商法評論

(第二卷)

謝子剛題



MINSHANGFA LUO PINGLUN

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法律评论 (第二卷) / 江平、杨振山主编. — 北京: 中国方正出版社, 2005. 1

ISBN 7-80107-600-1

I. 民… II. ①江…②杨… III. 民商法—研究—文集
IV. D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 026860 号

民商法律评论 (第二卷)

江平 杨振山 主编

责任编辑: 向晓静

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 730 毫米×988 毫米 1/16

印 张: 31.25

字 数: 467 千字

版 次: 2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-600-1

定价: 38.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

民商法律评论

(第二卷)

主	编	江 平	杨振山
执 行 主 编	何培华		
执行副主编	刘 锐	郝 磊	
执 行 编 委	何培华	刘 锐	
	胡鹏翔	郝 磊	

卷首语

伴随着新春匆促行进的足音,《民商法律评论》第二卷又与读者诸君见面了。

继调整债权流转关系的合同法出台之后,规范民事主体财产关系的物权法又提上了我国立法的重心位置,民法典的制定再次成为学者、立法者、司法者等社会各界共同瞩目的焦点。而要使“为生民立命”的民法典真正成为有效安排中国人民生活、切实保障公民自由权利实现的基本章程,除了需要学界和立法者对中国社会状况的深切体察和发现,还需要在借鉴大陆及英美法系诸国民事立法先进经验的基础上,对我国民事立法的基本理论进行必要的建构和创新。《民商法律评论》正好为民商法领域的学人关切上述诸问题提供一个交流观点、沟通思想、建言献策的平台。“立足中国民商法制,博采各国民商法律文化精华;探索民商法基本理论,推进中国民商法治建设”将成为本刊始终持守的基本理念。

围绕上述办刊宗旨和思路,《民商法律评论》第二卷在秉持第一卷基本风格的基础上,设置了以下栏目:名家论坛,主要约请我国民商法学界的一些知名法学家撰写文章,或者对其自身所关心的理论问题发表其学术见解,或者对我国的民商事立法提出自己的真知灼见;专题研究,主要围绕民商立法、司法或者法学研究中存在的某一问题从多角度、多侧面进行集中、深入的探讨,以期开阔学术视野、增进观点碰撞;民事制度研究,主要刊载对民法领域某一具体法律制度进行学理探析和立法研究的学术作品,以及对民法制度进行综合研究的理论文章;

商事制度研究,主要刊登对商法领域某一具体法律制度进行学理探析和立法研究的学术作品,以及对民法制度进行综合研究的理论文章;外国民商法,主要登载国外学者对本国民商事法律理论或者法律制度进行探研评析的文章;民商实务研究,主要刊登那些对国内外民商法实践中的有代表性的案例进行实证解析和法律研究的作品。

本期名家论坛专栏共收录了3篇文章,分别是江平教授的《市场与法治》,杨振山教授的《平等、奴役和自由——论人的平等性的发展及其根源》以及米健教授的《关于物权交易无因性的误解与正解》。江平教授的《市场与法治》一文,从市场与法治密切关联的角度论述了经济学家与法学家联盟的必要性与紧迫性。文章认为,要建设一个好的市场经济就必须遵从法治原则,而好的市场经济的法治标准有两个重要的“度”。第一个“度”是国家权力干预市场的度,第二个“度”是市场培养发展过程中,市场主体贫与富的度。经济学家和法学家的共同任务不仅是把“蛋糕”做得更大,还要把“鸟笼”做得更大。杨振山教授与博士生艾茜合著的论文以社会主义劳动论为理论基础,从历史的角度,探讨了人类平等、自由的发展规律,认为只有充分体现劳动力的私人属性,社会主义民事立法才能更加充分地保障人类的平等、自由。其结论是独树一帜的,也是具有重大理论价值的。米健教授的《关于物权交易无因性的误解与正解》,对民法中讨论最多、也最热烈的一个问题,即物权交易的无因性问题做了深入的分析。在文中,作者在对我国民法典起草过程中学界所存在的对物权交易无因性的误解做了必要的澄清之后,表达了自己的立场和看法。作者认为,“对于抽象原则是否对物权变动和民事交易安全十分重大的价值,以至于我国民事立法一定要予以接受才算明智之举,似乎不能武断片面地作结论”。这一观点,对于我们在物权立法中正确地对待物权行为理论、选择适当的立法方案无疑具有重大的警示作用。

本期的专题研究专栏主要针对我国物权立法中一个十分重要和关键的问题即不动产登记而展开。科学、规范的不动产登

记制度,对于确定权利归属、促进权属流转,保障交易安全具有重大的实践价值;对于理解物权行为等问题也具有重大的理论价值。同时,登记制度不仅仅是不动产物权的保障法、贯彻法,更是不动产物权的生成法,科学的登记制度对于缓和物权法定主义的僵化,促进新物权的产生,从而保持物权法的开放性也具有重要意义。然而,我国对于不动产登记制度的研究是非常薄弱的。本卷为此编发了三篇关于不动产登记的作品。李凤章的《不动产登记制度的价值分析和路径选择》从登记的价值理念入手,指出了各国登记制度的殊途而同归,强调了制度移植过程中要注意制度的自恰性和完整性。张长青、席智国的《不动产登记法基本问题研究》则从立法论的角度,为我国的不不动产登记立法搭建了宏观构架。林新生的《不动产登记的正确性与公信力——以德国法为中心》一文则对公信力和登记簿正确性的关系进行了反思,对我们澄清实质审查的模糊认识大有裨益。三篇文章,宏微互现,中外相彰,堪有一读。

本期民事制度研究制度专栏共收入 10 篇文章。其内容涉及主体制度、人身权制度、物权制度、债权制度、继承制度。在主体制度方面,秦国辉的《差异性的要求:合伙主体的法律特征》一文结合事物的差异性要求,对合伙的法律特征做了探析,认为,“在与非主体合伙之差异性和与既有主体之差异性的双重约束下,合伙如果成为主体,其法律特征只能是财产独立、责任不独立”。这一结论在理论上和民法典的立法实践中有重要的价值。陈例茹的文章《论私法关系下之基本权冲突——以言论自由与名誉权的保护为例》与刘锐、孟利民合著的《隐私的价值与隐私权概念》则主要对私法关系下的基本权冲突问题和隐私权的相关问题做了研究,提出了自己的一些新观点,对我国民法典中人格权法的构造无疑会产生积极的镜鉴作用。张彤的文章《人役权制度价值的再思考——以人役权制度的历史变迁和立法差异考察为中心》在对人役权制度进行历史考察和实证法分析的基础上,认为人役权制度在我国应当有其存在的价值;在《物权法》中规定用益权和居住权,以弥补我国在建立社会

保障制度以及社会保险制度方面的欠缺,解决我国的养老和抚养问题,是一种很好的制度选择。郝磊、尚晨光、陈晓军的三篇文章则围绕我国目前正在进行的物权立法中的几个理论问题,即不动产物权定位、动产善意取得、物权变动模式等做了专门性研究,所提建议对推进我国正在进行的物权法制度构建不无裨益。赵廉慧博士的《效率违约、违约救济方式与选择权》则引入美国学者对不同权利的不同救济理念,指出损害赔偿的救济大致相当于责任法规则的救济,实际履行大致相当于财产法规则的救济。并认为,效率违约的观念把损害赔偿的救济理念推向极致,这实质上是赋予了违约方一个选择权而不是赋予非违约方选择权;这种做法忽视了合同当事人对于合同所抱有的主观目的,由法院的“中立”和“客观”的事后判断代替了当事人的判断,不符合尊重财产权的法律理念。其文章立论和论证方式都有较强的新颖性。针对我国连带债务人的求偿制度“简陋、零散;不仅理论构建不足,而且实务可操作性不强”的现实,朱绵伟的《论连带债务人的求偿权》从理论和实务两个层面做了探析,并提出了有价值的建议,相信能对我国民法中连带债务人求偿制度的完善提供参考,颇值一读。而李占荣博士后与唐勇合著的《法定继承制度的历史与现实问题研究》则从历史与现实两个维度对法定继承制度之演化做了理论爬梳,对我们合理把握法定继承的内涵、准确诠释法定继承制度的功能及价值会有相当的帮助。

本期商事制度研究专栏共收入9篇文章。所收文章既有对我国商事立法进行宏观考察和研究的论文,如任尔昕副教授的《我国商事立法模式之选择及〈商事通则〉的制定》;也有对具体商法制度进行微观探研的作品,如靳文静副教授的《我国特许经营法律制度的若干问题探讨》、胡鹏翔的《资产证券化投资利益保护机制分析》以及孙有强的《违反出资义务的民事法律责任》;既有侧重于对制度之合理性进行理论反思的文章,如陈梦坤的《法人制度的人本主义反思》和汪公文的《商事信用基本理论问题研究》,也有侧重于对我国现有制度进行实践探索和

实证分析的作品，如何培华的《论外资并购国有企业主体资格判断标准》、周昊的《双轨制下企业法人合并中的债权保障问题考察》及刘晓英法官的《中小股东权利之保护与救济——股东派生诉讼的法理分析及其制度建构》。这些文章虽选题不同，论证方式也有差异，但是都具有其理论上的创新之处，对我国商事立法的完善不乏重大的参考价值。

本期的外国民商法专栏收录了韩国籍博士生苏三永的《韩国商法上的股份交换及股份移转制度》，该文在解析韩国商法中股份交换及股份移转制度的相关概念及其效果的同时，介绍了该国股份交换及移转的程序和与其相关的股东保护程序，并对股份交换及移转无效之诉的相关问题做了探讨。其所述及的韩国立法的内容及其文章结论，对我国公司立法改革将产生积极的借鉴作用。

本期的民商实务研究收录了3篇论文。黄福宁的文章在分析银河宾馆案例的基础上，认为单纯的违约责任归责原则的改变不会影响当事人的法律责任，也不会减少对于风险分配的争论，其结果不过是转移了当事人争论的焦点。李小明博士的《关于民事判决生效后又因执行问题产生新纠纷的探讨》一文通过对案例的分析，得出以下三个方面的结论：其一，合同是民商事活动的法律基础，为防止合同一方当事人利用合同条款解释歧义达到逃避合同义务的目的，应当正确适用《合同法》的解释条款；其二，民商事活动中的意思自治原则应当以当事人意思表示清楚、一致为基础，不应出现双方解释上的冲突；其三，当事人达成的民事协议构成执行和解协议的条件应当进一步规范。可以说，二位作者的分析方法及其结论在实践中无疑具有很强的启发和示范意义。

在本卷编辑出版的过程中，著名法学家、法律教育家、法律思想家杨振山教授的溘然长逝，令我们扼腕悲痛！本刊特辟专栏，发表专稿《“为天地立心 为生民立命”——著名法学家杨振山教授生平及学术思想》，以悼念这位德高望重的师长，寄托我们无尽的哀思。

目 录

卷首语	编委会(1)
-----------	----------

[名家论坛]

市场与法治	江 平(1)
平等、奴役与自由	
——论人的平等性的发展及根源	杨振山 艾 茜(5)
关于物权交易无因性的误解与正解	米 健(24)

[专题研究]

不动产登记制度的价值分析和路径选择	李凤章(33)
不动产登记法基本问题研究	张长青 席智国(62)
不动产登记的正确性与公信力	
——以德国法为中心	林新生(81)

[民事制度研究]

差异性的要求:合伙主体的法律特征	秦国辉(93)
论私法关系下之基本权冲突	
——以言论自由与名誉权的保护为例	陈俐茹(100)
隐私的价值与隐私权概念	刘 锐 孟利民(120)

人役权制度价值的再思考

——以人役权制度的历史变迁和立法差异考察

- 为中心 张 彤(136)
- 我国土地物权的立法定位及其模式选择 郝 磊(152)
- 动产善意取得制度的经济学解构 尚晨光(161)
- 物权行为理论更有利于交易安全吗?
- 对无因性原理作用下物权变动模式的考察 陈晓军(171)
- 效率违约、违约救济方式与选择权 赵廉慧(181)
- 论连带债务人的求偿权 朱绵伟(197)
- 法定继承制度的历史与现实问题研究 李占荣 唐 勇(212)

[商事制度研究]

- 我国商事立法模式之选择及《商事通则》的制定 任尔昕(231)
- 法人制度的人本主义反思 陈梦坤(253)
- 论外资并购国有企业主体资格的判断标准 何培华(280)
- 双轨制下企业法人合并中的债权保障问题考察
- 对我国国有企业和公司合并中债权保障制度的
- 比较 周 昊(310)
- 商事信用基本理论问题研究 汪公文(327)
- 中小股东权利之保护与救济
- 股东派生诉讼的法理分析及其制度建构 刘晓英(354)
- 违反出资义务的民事法律责任 孙有强(372)
- 资产证券化投资利益保护机制分析 胡鹏翔(387)
- 我国特许经营法律制度的若干问题探讨 靳文静(413)

[外国民商法]

- 韩国商法上的股份交换及股份移转制度 苏三永(431)

[民商实务]

关于民事判决生效后又因执行问题产生新纠纷的探讨 …… 李小明(449)
过错责任抑或无过错责任?

——从银河宾馆案件谈违约责任的归责原则之争 …… 黄福宁(460)

试论注册会计师虚假验资侵权责任的构成要件 …… 张炜可(469)

[纪念杨振山教授专稿]

“为天地立心 为生民立命”

——杨振山教授生平及学术思想 …… 本刊编委会(479)

[名家论坛]

市场与法治^{*}

江 平^{**}

记得去年12月上海法律与经济研究所在北京召开大型学术研讨会的开幕式上，吴敬琏教授说了一段意味深长的话。他说，改革开放初期，经济学家有个天真的想法，似乎有了市场经济，一切问题就都解决了。20多年过去了，今天我们认识到，市场经济有好的，也有坏的。我在闭幕式上回应了这样一段话：改革开放初期，法学家也有个天真的想法，似乎有了法律，一切问题就都解决了。20多年过去了，今天我们也认识到，法律有好、有坏。有法律不等于就有法治；法律越多也不等于法治越完善，就像我们认识到有宪法不等于有宪政那样。

经济学家与法学家联盟的必要性与紧迫性就是由市场与法治的密切关系所决定的。长期以来人们都说市场经济就是法治经济。今天看来似乎还有些不准确，市场经济既然有好、有坏，它就绝不都是法治经济。要建设一个好的市场经济就必须遵从法治原则。因此，不是任何市场经济都称得上是法治经济，只有法治经济才称得上是好的市场经济。那么，作为好的市场经济的法治标准究竟是什么呢？我认为有两个重要的“度”。第一个“度”就是国家权力干预市场的度。市场

^{*} 此文为江平先生为他与吴敬琏教授共同主编的《洪范评论》创刊号专门撰写的文章，经作者同意本刊予以刊载，以飨读者。

^{**} 江平：中国政法大学终身教授，民商法博士生导师。

必须有自由和市场秩序，又不能缺少国家强制力。在法学家看来，这就是国家意志和市场主体意志的关系。前者表现为法律的强制性规范，后者表现为任意性规范（当事人意思自治）。经济学家和法学家的共同任务是把握好这个度。没有国家干预的市场当然不好；国家干预过多的市场也不好。要成为一个好的市场经济，只能是国家权力必要干预的市场经济，这是市场经济的外部环境。第二个“度”就是市场培养发展过程中，市场主体贫与富的度。市场经济是竞争经济，一般而言，竞争中往往是富者越富，贫者越贫（当然不一定是绝对贫困）。市场经济本身就会造成贫富的两极分化，而贫富的过度两极分化又会造成社会的巨大冲突和市场秩序的巨大破坏，这就又需要国家力量的干预。吃大锅饭，搞平均主义不可能造就一个好的市场经济；贫富两极过度分化也不是一个好的市场经济。这就是市场经济的内部环境。经济学家和法学家的共同任务就是要把握好市场经济这个度。概括起来可以说，法治经济中的法治，一是要求自由和秩序，二是要求公平和正义。前者要求不能有国家权力的滥用，后者要求不能有为富的不仁。我理解吴敬琏教授所指责的市场经济中的“权贵”就是这个意思。老百姓的仇官仇富的心理也就是对权力滥用和为富不仁的仇恨。

长期以来，人们在谈到市场与法治关系时只说市场经济应是法治经济一面，而忽略了另一面，这就是市场经济的法治也应当是能体现市场规律及其价值理念的法治。如果说法律有善法和恶法之分，大体没有争议，但法治（或者市场经济的法治）究竟包含什么内容，却仁者见仁，智者见智。我认为真正的法治应当体现市场的规律和理念。既然市场经济是竞争经济，而竞争的第一规则是它必须是平等的竞争，无平等，无竞争。竞争的第二规则是它必须是自由的竞争，无权利，无竞争。竞争的第三规则是利益至上、权利至上的竞争，无权利，无竞争。竞争的第四规则是它必须是公平的竞争，无公平，无竞争。因此，市场经济的法治必须以平等、自由、权利、公平为其基本价值理念。

市场的培育和发展体现为我国改革开放以来经济体制改革的主线；法治的培育和发展体现为我国改革开放以来政治体制改革的主线。这两条线是不匀称的。这两个改革发展也有个度的问题，或者说是市场与法治关系所需要掌握的第三个度。政治体制改革大大超前于

经济体制改革，有国际上社会主义国家历史为训，似乎不可取，但政治体制改革大大落后于经济体制改革同样也不可取。任何东西过度的不匀称就有断裂的危险，而社会层面的断裂远比物质层面（比如一座大桥）的断裂危害要大得多。

中国法治完善路程要比市场完善的路程艰巨的多，复杂得多，长远的多。从改革开放 20 多年历程来看，中国法治建设的进程有以下三个特点：

第一，中国法治的每一步前进既需要自上而下的支持，也需要自下而上的推动。完全依赖于开明领导的金口玉言来推动法治是不行的，虽然重大的法治进程总是需要最高层的同意。而自下而上的推动往往又通过一些事件、舆论媒体、社会公众以及学者专家互动而促就的。例如 2003 年非典事件就促进了政务公开和政府问责制度的完善；孙志刚案件促进了人权保障和违宪审查制度前进一步；搬迁自焚和嘉禾事件促进了对征收土地和城市搬迁中补偿办法和强制执行制度的反思和改进。每一个事件都是法治建设中量变到质变的过程。量变到一定时候，必然会形成质变。量变的巨大推动力是任何人也难以阻挡的。

第二，中国法治的进程不是笔直前进的，有前进，也有倒退。不仅中国一百年来的法治进程是如此，不仅建国以来五十多年的法治进程是如此，就是改革开放 20 多年来法治环境大大改善的时候也是如此。有进有退是正常现象，关键是进两步、退一步，还是进一步、退两步。人治和法治的较量是长期的，这不仅因为中国有着几千年的人治历史，也不仅因为中国的政治体制决定着人治的因素更多一些，还在于权力在孳生腐败的同时也在孳生人治。人治和腐败是权力最容易生养出来的孳生儿。

第三，中国法治的进程是在国家权力监管下逐渐放开的，只有渐变，没有巨变，就像最初的中国市场经济是在计划指导下放开的一样。计划指导下的市场经济人们比喻为“鸟笼”经济，当时经济学家的任务是把“鸟笼”做大一些。今天的国家监管下的法治建设也不妨比喻为“鸟笼”法治。既要让法治得到发展的必要空间，又不能让法治发展到国家权力无法控制。这也就是法治与稳定的关系。过分强调稳定而人治泛滥、法治不兴当然不行。过分强调法治，而危及到稳定，危及到党和国家的生存当然也绝不会被容忍。在这个意义上，这

又是一个市场与法治关系的第四个度。这个度的掌握，可能比前面所讲的另外三个度更难一些。

不论怎么说，今天我们的法治环境已经不可与改革开放前那时同日而语了。“鸟笼”也已经大得许多了。我们今天的时代依然是飞不出“鸟笼”的法治时代。经济学家和法学家的共同任务不仅是把“蛋糕”做得更大，还要把“鸟笼”做得更大。不能说前者只是经济学家的任务，后者只是法学家的任务，应该说两个“做大”是我们共同的任务。

我国著名民法学家、法律思想家、法学教育家，本刊主编杨振山教授于2004年10月19日辞世，本刊全体同仁无限悲痛。特发表杨振山教授与艾茜同学合作的一篇未发表的作品，以表达我们对先生的无尽思念。

平等、奴役与自由

——论人的平等性的发展及根源

杨振山* 艾 茜**

内容摘要：西方法律思想家往往用“天赋人权理论”来解释人类的自由、平等理念。笔者认为，“天赋人权理论”是以中世纪基督教神学理论为基础，将神秘主义世俗化的一个结果，其目的只是为了解释资产阶级大革命的正当性，并没有揭示人类平等属性的根源所在。笔者在本文中从劳动力的私人属性这一基本立足点出发，探讨了人类平等、自由的发展历史，希望能从中总结出现代自然人平等属性的根源所在。

关键词：劳动力 平等 自由 奴役

Abstract: Western jurist always use the theory of natural right to explain the fiction of freedom and equality. But we believe that the basis of the theory of natural right is the Christian theology. It is the consequence of popularizing mysticism. The theory is just used to explain the property of the great capitalism revolution. It cannot explain the foundation of equality and freedom. Depending on the theory of private labor, we will discuss the history of equality and freedom in this article, and hope to bring the theoretic foundation of equality and

* 杨振山，男（1937—2004），中国政法大学民商法博士生导师。

** 艾茜，男（1973—），中国政法大学2003级民商法博士研究生。