

100年

《中外法学》文萃

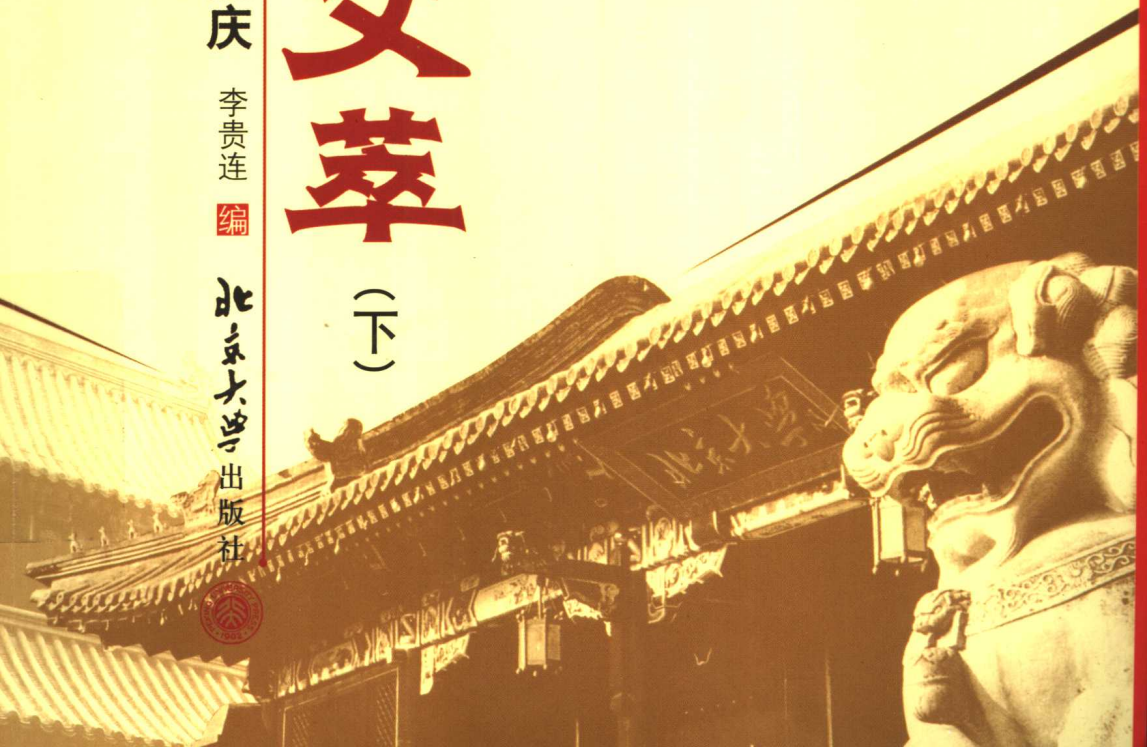
(下)

——纪念北京大学法学院百年院庆

李贵连

编

北京大学出版社



100%

中外法学文库

丁

——

——

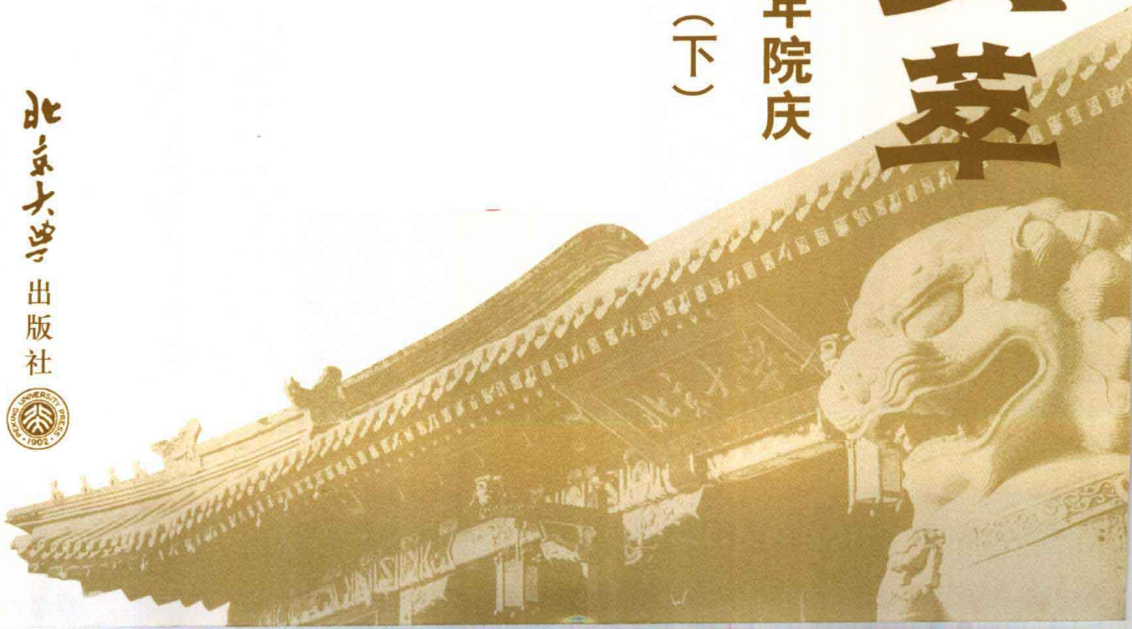
《中外法学》文萃

——纪念北京大学法学院百年院庆

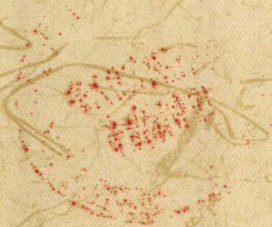
李贵连 编

(下)

北京大学出版社



100年



目录

(下册)

民商、经济法学

论民法典中的民事责任体系

——我国民法典应建立新的民事责任体系…………… 魏振瀛(959)

中国内地与香港代理法比较研究…………… 魏振瀛 王小能(975)

财产所有权客体新论

——兼论公司财产权和股东财产权的客体…………… 杨紫烜(997)

当代市场经济与数量法学…………… 刘瑞复(1003)

论物权的定义与本质

——从一种方法论的角度…………… 尹 田(1025)

国际借贷中的消极担保、浮动担保及其在中国之

法律效力…………… 刘剑文(1044)

论对引人误解或误认的不正当竞争行为的法律禁止…………… 盛杰民(1052)

宏观调控法的周期变易…………… 张守文(1059)

税法的普适性及其局限…………… 张守文(1077)

论用益物权的客体…………… 钱明星(1098)

近现代物权法的发展趋势与我国物权法的制定…………… 钱明星(1112)

意思自治原则的变迁及其经济分析…………… 刘凯湘 张云平(1124)

集成电路布图设计保护法比较研究	郑胜利(1136)
中国民事审判的现状与未来	潘剑锋(1150)
民事诉讼法制建设四十年	潘剑锋(1159)
中小企业促进法实施中的法律与政策问题研究	甘培忠(1172)
商法独立性初探	
——从票据法与海商法的角度	王小能 郭瑜(1188)
企业法人所有权的若干问题探讨	楼建波(1208)
合同自由原则的限制及其与诚实	
信用原则的关系	楼建波 刘燕(1223)
走下“自由裁量权”的神坛	
——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争	刘燕(1243)
代位权制度研究	佟强(1300)
论无权处分行为的效力	
——以物权变动模式的立法选择为背景	王轶(1338)
略论合同行为的效力	
——兼评《合同法》第三章	张谷(1359)
论债权让与与契约与债务人保护原则	张谷(1385)
二十世纪之中国婚姻家庭法学	马忆南(1409)
欧共体计算机程序保护指令评介	韦之(1434)
传统财产权理论对知识产权观念之影响	曲三强(1447)
论全球环境立法的趋同化	汪劲(1489)
跨国公司法律地位探讨	王慧(1513)
论最高法院的职能	傅郁林(1528)
关于银行立法的几个问题	吴志攀(1572)
论三种金融形态和商业银行立法的任务	吴志攀(1582)

国际法学

国际海洋法法庭的创建

——我的个人经历和感受	赵理海 (1591)
人权的国际保护与不干涉内政	魏 敏 (1610)
新的海洋科学研究国际法制度	
——专属经济区和大陆架、国际海底区域、结论	邵 津 (1617)
试述近代中国不平等条约体系的形成与扩展	程道德 (1630)
国家管辖豁免原则的历史形成过程	龚刃韧 (1639)
关于人权与国际法若干问题的初步思考	龚刃韧 (1649)
试论国际组织与国际组织法的关系	饶戈平 (1664)
国际法上的自决权与少数者权利	白桂梅 (1681)
论国际法上对妇女暴力行为的责任	白桂梅 (1697)
《国际技术转让行动守则》中的法律适用问题	邵景春 (1715)
《联合国宪章》人权条款的法律义务问题	李 鸣 (1724)
从主权平等的发展看我国四十年来国际法的	
理论与实践	李 鸣 (1734)
从“南联盟诉北约国家案”看人道主义干涉问题	李红云 (1744)
论 GATT 及 WTO 关于豁免成员方义务的规定	张潇剑 (1761)
清代人士关于国际法的评论	程 鹏 (1776)

民 商
经济法学

论民法典中的民事责任体系

——我国民法典应建立新的民事责任体系

魏振瀛*

一、民事责任的立法例及其发展

——责任与债从融合到分离

研究民法典中的民事责任体系,需要研究民事责任的立法例,把握其脉络,才能了解其发展趋势。民法法系国家的民法典体系包括其民事责任体系,主要受罗马法的影响。因此,首先需要从罗马法的民事责任体系讲起。在罗马法上,责任不是一个独立的概念,它是与债的概念融合在一起的。“债权、债务、债之关系,夫此三种不同之名词,拉丁文均作‘obligatio’”。^[1]债,在罗马法上有时是指法律关系。债是“当事人之一方依法得请求他方为一定给付之法律关系也。”^[2]有时是指履行义务的法锁。“优帝法典所述之定义曰:‘债者,依国法而应负担履行义务之法锁也。’”^[3]“有时(至少在优士丁尼法的文献中)还指权利人享有的权利。”^[4]学者在论述罗马法时,也是从不同的角度讲债的。有时将债务与责任混用,例如说:“债之关系有两方面:一方面系要求对造履行约定或法定之义务,他方面系向对造尽履行之责任。”^[5]有时将权利与责任相对比而言。例如说:“侵权云者,谓对于个人法益受侵害而发生损害赔偿之权利也。衡之罗马法例,权利之侵害有可以回复者,有不能回复者。其可以回复者,则为契约上之请求权;其不能回复者,

* 北京大学法学院教授。

则发生赔偿之责任。”^[6]“在昔罗马法，债务与责任合而成为债务之观念，责任常随债务而生，二者有不可分离之关系。”^[7]在罗马法上，责任体现在债的效力之中，体现为“债受法律保护。债务人如不履行债务，债权人可诉请法院强制履行或赔偿损失。”^[8]

近现代各国民法典将责任与债务两个概念区别开了，但是，各国规定有所不同。法国民法典第 1142 条规定：“一切作为或不作为之债，在债务人不履行之场合，均引起损害赔偿。”^[9]第 1382 条规定：“任何行为致他人受到损害时，因其过错致行为发生之人，应对该他人负赔偿之责任。”从上述规定可以看出，法国民法典把义务、债务与责任作了区分。但是，并未作严格的区分。例如，该法第 1382 条规定侵权行为的后果是负“赔偿之责任”。第 1370 条第 4 款却明文规定侵权行为属于“由于债务人本人而发生的债”。

德国民法典第 2 编第 1 章第 1 节的题目是“给付义务”。其中第 242 条规定：“债务人有义务依诚实和信用，并参照交易习惯，履行给付。”第 249 条前段规定：“负损害赔偿义务的人，应回复损害发生前的原状。”第 276 条第 1 款前段规定：“除另有其他规定外，债务人应对其故意或者过失负责。”第 280 条第 1 款规定：“因可归责于债务人的事由致使给付不能时，债务人应对债权人因不履行而产的损害负赔偿责任。”

值得研究的是，德国民法典与法国民法典不同，没有将损害赔偿明确认定为责任，而是有时将损害赔偿认定为义务，有时将损害赔偿认定为责任。从立法例考察，德国民法典“设有损害赔偿之债之一般规定(249—255 条)，盖损害赔偿之债，不仅可由侵权行为及债务不履行发生，此外依法律之规定及当事人之法律行为亦均可发生，自应设有—般性之规定，以资适用”^[10]。

在上述立法例中，责任与债务经常相混。郑玉波先生对此作了鲜明的解释。他说：民事责任之意义，得分为二：第一种意义，“民事责任乃某人对于他人之权利或利益，不法的加以侵害，而应受民事上之制裁也。”这种“民事责任乃债务(损害赔偿债务)之成立的因，亦即‘责任为因，债务(损害赔偿债务)为果’”。第二种意义，“民事责任乃债务人就其债务，应以其财产为之担保之谓。此种民事责任乃债务成立之后之结果，亦即‘债务为因，责任为果’”。“民法上所谓之‘债务之一般担保’，即指此种意义之民事责任而言。

在现行民法中,以有债务即有此种民事责任为原则,故债务与责任两者,常混而为一,互相代用”。^[11]

在责任与债的关系上,日本民法典与德国民法典相同的是,设债编总则。不同的是,没有设损害赔偿的一般规定,而与法国民法典一样,将债务不履行的损害赔偿与侵权行为的损害赔偿分别规定。日本民法典第3编债权共5章,其中第5章是侵权行为。由此可见,日本民法典与法、德两国民法典的共同点是因侵权行为而发生的损害赔偿视为债,对责任与债未作严格的划分。

以上是民法法系国家民法典中,关于责任与债的立法体系的三种基本模式。

值得注意的是1964年颁布的苏俄民法典的有关规定。该法典有3编债权共27章(第15—42章),分两部分:第一部分关于债的一般原则(第15—20章),第二部分债的种类(第21—42章)。第19章题目是违反债的责任,专章对违反债的责任作了规定,突出了责任的地位。第40章是因致人损害而发生的债。该法第444条规定:“对公民的人身或财产造成的损害,以及对组织造成的损害,都应当由造成损害的人全部赔偿。”该章其他各条均从不同的角度规定损害赔偿问题。该法与其他各国民法典不同的是,不用“侵权行为”,而用“因致人损害而发生的债”。它的特点是不笼统地规定侵权行为之债,而直接规定侵权行为的后果即损害赔偿之债。该法将因致人损害而发生的债,作为债的分则中的一章,即认定因致人损害而发生的责任是债的发生根据之一,这与其他国家民法典将侵权行为认定为债的发生根据之一大体相同。1994年和1995年先后颁布的俄罗斯民法典的第一部分和第二部分,包括了债的全部规定,保持了原苏俄民法典将违反债的责任及因致人损害而发生的债独立成章的特点。

我国至今尚未颁布民法典,1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》(以下称民法通则),是我国重要的民事一般法。该法的一个重要特点是将民事责任独立成章(第6章),将责任与债分离。该章分4节,即一般规定、违反合同的民事责任、侵权的民事责任、承担民事责任的方式。

1995年颁布的越南社会主义共和国民法典,第3编规定民事义务与民

事合同。该编第1章是总的规定,其中第3节是民事责任,内容是规定“不履行民事义务的民事责任”。该编第5章是合同外的损害赔偿 responsibility,其中第609条规定:“任何人故意或过失侵犯公民的生命、健康、名誉、人格、威信、财产及其他合法权利、利益,侵犯法人及其他主体的名誉、威信、财产并引起损害时,必须赔偿损失。”该编规定的“民事义务”的定义在第285条作了规定:“民事义务是根据法律的规定,一个或数个主体(称为义务人)必须为了另一个主体或另一些主体(称为权利人)的利益作出一定的行为或不得作出一定的行为。”由此可见,这里讲的“义务”,与其他各国民法典中的“债务”的含义相同。该法明确使用“损害赔偿 responsibility”的概念,而不用“损害赔偿义务”的概念。该法与民法通则的相同点是,一是将责任与义务(债务)区分开了,二是对民事责任有独立的规定(独立成节,而不是成章)。不同之点是越南民法典用“义务”而不用“债务”的概念。

综上所述可以看出,以法国、德国、日本三国民法典为代表的三种立法例,关于责任与债的关系的规定在体系上的共同点,是对责任与债作了区分,明确提出了责任的概念。同时,又规定损害赔偿 responsibility 产生债务,这就说明该三国民法典对责任与债务未作严格的区分。在体系上的区别是德、日两国民法典都设有债的通则,法国民法典没有统一的债的通则,而是设契约或约定之债的一般规定(第3卷第3编),与之相并列的是非经约定而发生的债(第3卷第4编)。这样规定表明非经约定而发生的债,不适用契约或约定之债的一般规定。从1964年的苏俄民法典开始,进一步突出了责任的地位。我国民法通则将民事责任独立成章,从整体上突出了民事责任的地位,并将民事责任与债作了区分,形成了另一种民事责任体系。

从立法例考察说明责任与债的概念由不分到区别,责任与债的关系由融合到分离,是一个合理的发展过程。

二、民事责任的本质及其与民事义务的区别

——民事责任都能转化为债吗？

（一）民事责任的本质

民事责任是一种法律责任。探讨民事责任的本质,需要从民事权利、民事义务以及法律上的权利与义务的本质讲起。关于权利、义务、责任的概念与本质,众说纷纭,莫衷一是,对此本文不作详论,仅就与民事责任的本质有关者作简要论述。

法理学上对权利的释义有资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、尺度说、选择说、手段说等多种学说。有学者认为,权利是“法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的,由其他人的法律义务所保证的法律手段。”^[12]有学者认为:“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。”^[13]上述两个关于权利的释义强调权利是一种手段,这种手段要达到的目的是使权利人获得利益。由此可见,权利的本质是利益。民法学上对民事权利的释义也有多种。本文参考法理学界的手段说,对民事权利的定义表述如下:民事权利,是指民事法律规范赋予民事主体满足其利益的法律手段。民事权利的本质是民事利益。

什么是义务?有的法理学者说:“法律意义上的义务,即由国家规定或承认,法律关系主体应这样行为或不这样行为的一种限制或约束。”^[14]另有学者认为:“义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对受动的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。”^[15]前一个定义所说的对主体的限制或约束,目的也是保障权利人获得利益。由此可以得出的结论是:义务的本质是权利人实现权利的必要条件。在通常情况下,权利人实现权利,也以自己履行义务为条件,这正是权利与义务对立统一的表现。在民法学上关于民事义务的释义也有多种。本文参考法理学界对义务的释义中的手段说,对民事义务的定义表述如下:民事义

务,是指民事法律规范规定或当事人依法约定,义务人为一定的行为或不行为,以满足权利人的利益的法律手段。民事义务的本质是权利人实现民事权利的必要条件。

法理学上对责任的释义有义务说、处罚说、后果说、责任能力说、法律地位说、“含义组合说”等。我国法理学界有代表性的学说是后果说与义务说。有学者认为责任是“行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果”^[16]。有学者认为:“法律责任是由特定法律事实所引起的对损害予以赔偿、补偿、或接受惩罚的特殊义务。”^[17]前一释义所说的后果的内涵也包括了赔偿、补偿或惩罚。与权利和义务的本质相比较而言,应当说责任的本质是促使义务人履行义务,使权利人实现其权利的辅助条件。从宏观上讲,责任的本质是维护社会秩序的一种法律措施。民法学界对民事责任的释义也有多种。本文参考法理学界的后果说,认为:民事责任是民事主体违反法定义务或约定义务而应承担的法律后果。民事责任的本质是促使义务人履行民事义务,使权利人实现其民事权利的辅助条件。

(二) 民事责任与民事义务的区别

民事责任与民事义务是民法上两个不同的概念,其主要区别如下:

一是性质不同。从权利、义务、责任三者的关系看,义务的本质是权利人实现民事权利的必要条件。民事义务根据当事人的约定或法律规定而产生,是为了权利人实现其权利。义务是义务人“应为”(传统术语是“当为”)的行为。应为而为,即义务人履行了义务,则权利人的权利得到实现。从权利、义务、责任三者的关系看,民事责任的本质是促使义务人履行民事义务的辅助条件。义务人应为而不为,即不履行民事义务,其结果是权利人的权利不能得到实现。因此,义务人则应当承担其后果,即承担民事责任。

二是对应关系不同。民事义务与民事权利相对应。通常,有民事权利即有民事义务,有民事义务即有民事权利。民事责任与民事义务相对应,但不完全对应。说其对应,是指在通常情况下,有民事义务才会有民事责任,

没有民事义务就不会有民事责任。说其不完全对应,是因为在多数情况下,民事主体能自动履行民事义务,因而不发生民事责任问题。传统民法学说强调民事责任与债务(民事义务的一种形式)的统一性,认为二者以合一存在为原则,而忽视二者的区别。“债务与责任原则上系相伴而生,如影随身,难以分开。”^[18]如果说债务与责任以合一存在为原则,是指责任是“债之一般担保”,“在现行民法中,以有债务即有此种民事责任为原则”。^[19]确切地说,把责任视为“债之一般担保”是学理上的概括,正如史尚宽先生所说:“债之效力最重要者,为给付之强制执行与其利益之损害赔偿,……然强制执行,除以物之交付为标的者外,仍系命债务人为金钱之支付(代执行及间接强制),而损害赔偿亦多以金钱填补,故民法债之效力,结局归于请求金钱之支付。在现今法制,为使债务人支付金钱,惟有处分其财产以换取之。古代法之强使债务人服役,或以之为奴隶出卖,而以其所得清偿债务,或拘押债务人,而迫其亲友代为清偿之手段,在今日已摒而不用。故债之效力之最后手段,乃不出于债务人之一般财产。”^[20]由此可见,债务人的“一般财产”作为“债之一般担保”,实质是指“债之效力的最后手段”,或者说是以“一般财产”为极限,这显然不是法定意义上的民事责任的概念。责任是不履行债务的后果,如果债务人履行了债务,就无责任可言。实践中通常是债务人自动履行债务,而没有责任,少数情况下债务人不履行债务而产生责任。应当说责任与债务相分离为常态,合一存在是例外。

从另一个角度看,民事义务又是与救济权相对应的概念。^[21]但是,这种对应是存在责任的情况下派生的对应概念。先有责任,后有救济权,而不是相反。

三是民事责任与民事义务的范围不同。民事义务通常与民事权利相对应,在财产关系中,义务与权利有对价性。民事责任主要是弥补权利人的损失,也有对价性。但是,责任的范围不限于对价,当事人约定的责任可以有惩罚性,例如惩罚性违约金。民事法律规定的责任也有惩罚性的,例如,故意侵害他人人身,造成他人精神损害,情节严重的,司法机关有权依法裁决侵权行为人承担惩罚性赔偿金。此外,民事责任不限于赔偿,还有停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉等等。

四是法律拘束力不同。民事义务产生以后,有法律的拘束力。这种拘束力是指义务人不履行义务时,应承担民事责任。基于民事法律关系的平等自愿原则,对义务的履行没有强制性,权利人不能强制义务人履行义务,司法机关也不能强制义务人履行义务(在义务人不履行义务时,权利人有权请求法院强制义务人履行义务;在这种情况下,法院强制义务人履行义务,实质是强制义务人承担责任)。民事责任具有强制性,在义务人不履行义务时,权利人有权请求义务人承担民事责任,或请求司法机关强制义务人(责任人)承担民事责任。

区别民事责任与民事义务有重要意义。

首先,区别民事责任与民事义务是完善民法理论的需要。传统民法理论认为民事义务(债务)产生民事责任,又说民事责任产生民事义务(债务),如此循环,那么民事责任与民事义务(债务)还怎么区别?

其次,区别民事责任与民事义务是正确处理民事法律关系的需要。民事责任与民事义务有本质的不同,对于不同质的问题应当用不同的方法解决。权利人可以请求司法机关强制义务人承担民事责任,而不能请求司法机关强制义务人履行民事义务。我国《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”这里明确规定“继续履行”是一种违约责任。民事责任的范围基本上可以由当事人约定,但是,民事责任形式则只能由法律规定。

三、民事责任与民事制裁的区别

——民事责任的自动承担与强制承担

民事责任与民事制裁是否同一概念?为弄清这个问题,首先需要弄清法律责任与法律制裁是否同一概念。法理学界对法律责任与法律制裁的关系的认识不同。有学者将法律责任与法律制裁等同,认为:“法之有效推行亦必以实力为其后盾,当法规范的内容受到违反时,它就要借重实力,对于违反者实施处罚或强制,这种处罚或强制,统称为制裁”。^[22]“法律的制裁,

乃指国家对于违反法律者所予的惩罚”。^[23]奥地利法学家凯尔森认为,法律责任是与义务相关的概念。一个人在法律上要对一定行为负责,或者他为此承担法律责任,意思就是,他作相反行为时,他应受制裁。^[24]以上三位学者都只讲法律制裁,而不讲法律责任,显然是把法律责任与法律制裁等同。有学者把法律制裁看作“法律责任的实现方式”,对法律责任与法律制裁不作严格的区分,认为:“惩罚即法律制裁,是国家通过强制对责任主体的人身、财产和精神实施制裁的责任方式。”持这种观点的学者列举的法律责任的实现方式有三种,即惩罚、补偿(赔偿)、强制。^[25]沈宗灵教授明确提出法律责任与法律制裁不同。他说法律责任是“行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果”^[26]。“法律制裁,是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。”他指出:“法律制裁与法律责任有着紧密的联系。一方面,法律制裁是承担法律责任的一个重要方式。法律责任是前提,法律制裁是结果或体现。法律制裁的目的,是强制责任主体承担否定的法律后果,惩罚违法者,恢复被侵害的权利和秩序。另一方面,法律制裁与法律责任又有明显的区别。法律责任不等于法律制裁,有法律责任不等于一定有法律制裁。”他还明确提出了法律责任的承担分主动承担和被动承担两类。他说:“法律责任的承担是指责任主体依法承受不利的法律后果。法律责任的承担方式可以分为主动承担和被动承担两类。……主动承担的方式,是指责任主体自觉地承担法律责任,主动支付赔偿,补偿或恢复受损害的利益和权利。……被动承担的方式,是指责任主体根据司法机关和行政机关的确认和归结,承担相应的法律责任。”^[27]沈宗灵教授提出法律责任与法律制裁的区别,并将法律责任的承担区分为主动承担和被动承担两类,是对法律责任学说的发展。这一发展对于深刻理解法律责任的本质和内涵,对于立法和司法有重要的理论与实践意义,对于完善民法典中的民事责任体系具有指导意义。

为了弄清民事责任与民事制裁的区别,有必要对制裁的概念作进一步推敲。制裁一词与惩罚、强制两个名词相关联。惩罚一词又与处罚一词相关联。处罚是一个内涵较广的概念,如对罪犯的处罚,对犯错误的人的处罚等。惩罚比处罚的程度重,可以说惩罚就是严厉的处罚。惩罚可能是对人