

MINFA

ZHUANTIYANJIU

# 民法专题研究与应用

YU  
YINGYONG

蓝承烈 著

群众出版社

# 民法专题研究与应用

蓝承烈 著

群众出版社

2002年·北京

**图书在版编目 (CIP) 数据**

民法专题研究与应用/蓝承烈著. - 北京: 群众出版社, 2002.8

ISBN 7-5014-2736-4

I. 民… II. 蓝… III. 民法 - 研究 - 中国  
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 053092 号

技术设计: 张代英

**民法专题研究与应用**

蓝承烈 著

---

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京公大印刷厂印刷

850 × 1168 毫米 32 开本 15.375 印张 376 千字

2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

---

ISBN 7 - 5014 - 2736 - 4/D·1284 定价: 26.00 元

印数: 0001-4000 册

# 自序

当今的中国,正处于一个伟大变革的时代。变革,是社会发展的动力,而变革又必以变法为先锋、为主力、为后盾!伟大的变革的时代,为中华法学的繁荣和发展提供了契机,也呼唤着一批又一批中青年法学家的诞生!

法律是什么?对于一个法律人而言,这个话题也许平凡得不能再平凡了。但是,翻开人类社会几千年的文明史,有多少大师为这一话题而绞尽脑汁,苦苦思索,著书立说,唇枪舌剑,但至今仍无共识,话题之沉重,岂可以“平凡”论。在笔者初涉法学殿堂时,即深受“鞭子”论的熏陶,并曾深信不疑。历史的脚步仅仅向前移动了几十年,则不仅使这条“鞭子”再也找不到昔日的抽打对象,甚至找不到原本意义上的合格的执掌者。困惑之余,则必然是重新思考。当代一位杰出的法学教育家、法律活动家江平教授的话也许能给我们以深刻的启示——“离开了民主、自由、人权这样的基本目标,法律就会苍白无力,甚至可以成为压迫人民的工具,镇压不同意见的人的工具。”<sup>①</sup>

我们崇尚法律,这是因为我们渴望真正的民主、自由和人权!我们需要法律,这是因为我们反对专制和独裁!我们不能没有法律,这是因为我们不愿离开稳定和发展!我无意给法律下一个永恒的定义,因为法律本身就不是永恒的。这也许就是我作为一个法律人,积几十年的思考,在现实条件下,对现实法

---

<sup>①</sup> 江平著:《江平文集》自序,中国法制出版社,2000。

律的理解。

二十年前,当中华法学刚刚从冬眠中复苏的时候,我们看到的不仅是法学本身的稚嫩与贫困,更重要的是法律专业人才的严重匮乏。二十年后的今天,不仅是中华法学已开始走出贫困,更令人振奋的是,一批又一批中青年法律专业人才正在脱颖而出。作为一位致力于法律实务和法学研究近四十年的法律人,我在为此而欢呼雀跃的同时,尚不敢忘记为新一代法律人的成长竭尽绵薄之力!

民法之学,繁博精细,虽致力于此近四十年,不过窥其一斑而已。四十年来,有过遨游知识海洋的快乐,也有过“三忠于”、“四无限”的狂热;有过“无产阶级专政下继续革命”的困惑,也有过成为社会上“处理品”的悲哀;有过接受工农兵“再教育”的战斗历程,也有过掌握“刀把子”的艰辛……当这一切都成为过去的时候,我竟在不知不觉中闯进了黑龙江大学法律系筹建者的视野,这才使我在恍惚中猛然想到了培养新一代法律人也许是“上帝”赋予我们的历史使命。于是乎,我历经近两年的恳切请求,终于感动“上苍”,1982年到黑龙江大学法律系教书。在恨时光不能倒流之余,也匆匆涂抹了一些文字,将一己之陋知浅见整理照录于此,对于莘莘学子,或有可供参考之处,我愿足矣!

惟笔者才疏学浅,加之思虑未深,谬误之辞,在所难免。诚望贤达有识之士,不吝斧正,以释误人子弟之忧,不胜感激!

二十一世纪的第二个早春,乍暖还寒,但离百花盛开的日子已经不远了!在结束这段序言的时候,愿以下述文字作为新世纪的寄语,也作为一个为法治事业默默耕耘近四十年的法律人的心声,与国人共鉴:

法乃立国之本,亦为治国之道!

无法,国无以立!

法不行,国何以治!

作者

二〇〇二年二月于黑龙江大学寓所



## 作者简介

蓝承烈，辽宁省瓦房店市人，1944年1月生，1966年毕业于原北京政法学院政法系。现任黑龙江大学法学院教授、民商法硕士研究生导师。兼任哈尔滨仲裁委员会副主任，政协黑龙江省委员会委员等职。曾长期从事司法审判工作，历任助理审判员、审判员、基层法院副院长等职。1982年开始从事法学教育。主要著作有：《民法概论》、《继承法新论》、《破产法要论》、《专利法与商标法》、《民法专题研究》等九部。并先后在《中国法学》、《法学评论》、《学习探索》、《学术交流》、《光明日报》等学术理论报刊上发表学术论文数十篇。“三元制归责原则”的学术主张受到民法学界的关注，并在国内外具有广泛的影响。曾多次获省市教学科研奖，享受国务院政府特殊津贴。

# 目 录

## 第一编 民法总论

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 第一章 请求权基础 .....          | (3)   |
| 专题一 请求权基础的意义 .....       | (4)   |
| 专题二 请求权基础的类型 .....       | (8)   |
| 专题三 请求权基础的检查 .....       | (30)  |
| 专题四 请求权基础的竞合 .....       | (37)  |
| 第二章 民事行为 .....           | (48)  |
| 专题五 意思表示的有效要件 .....      | (48)  |
| 专题六 民事行为的目的 .....        | (84)  |
| 专题七 企业法人行为 .....         | (91)  |
| 第三章 代理与时效 .....          | (103) |
| 专题八 授权行为的独立性及无因性 .....   | (103) |
| 专题九 狭义无权代理 .....         | (113) |
| 专题十 表见代理 .....           | (125) |
| 专题十一 交易安全优位保护与取得时效 ..... | (136) |

## 第二编 合同法总论

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 专题十二 统一合同法的必要性 ..... | (149) |
|----------------------|-------|

|       |                    |       |
|-------|--------------------|-------|
| 专题十三  | 优等悬赏广告 .....       | (159) |
| 专题十四  | 合同效力的扩张 .....      | (168) |
| 专题十五  | 合同对第三人的保护效力 .....  | (185) |
| 专题十六  | 合同关系上的义务群 .....    | (193) |
| 专题十七  | 合同上的不安抗辩权 .....    | (200) |
| 专题十八  | 债权人代位权 .....       | (211) |
| 专题十九  | 债权人撤销权 .....       | (223) |
| 专题二十  | 债权让与受让人利益之保护 ..... | (233) |
| 专题二十一 | 合同保证三论 .....       | (239) |

### 第三编 民事责任论

|       |                     |       |
|-------|---------------------|-------|
| 第一章   | 民事责任总论 .....        | (249) |
| 专题二十二 | 民事责任归责客观化 .....     | (249) |
| 专题二十三 | 客观责任原则 .....        | (263) |
| 专题二十四 | 公平责任原则 .....        | (272) |
| 专题二十五 | 非财产损害 .....         | (283) |
| 专题二十六 | 不可抗力与情势变更 .....     | (291) |
| 专题二十七 | 民事责任竞合 .....        | (299) |
| 第二章   | 合同责任论 .....         | (312) |
| 专题二十八 | 预期违约 .....          | (312) |
| 专题二十九 | 违约金的性质 .....        | (336) |
| 专题三十  | 违约损害赔偿的合理预见规则 ..... | (353) |
| 第三章   | 侵权责任 .....          | (376) |
| 专题三十一 | 侵权行为的归责原则 .....     | (376) |
| 专题三十二 | 企业法人侵权责任 .....      | (383) |

---

|       |                    |       |
|-------|--------------------|-------|
| 专题三十三 | 连带侵权责任与内部求偿权 ..... | (393) |
| 专题三十四 | 国家赔偿责任 .....       | (401) |
| 专题三十五 | 侵权法上的产品责任 .....    | (408) |
| 专题三十六 | 监护人的赔偿责任 .....     | (419) |

## 第四编 其他各论

|       |                     |       |
|-------|---------------------|-------|
| 专题三十七 | 继承权的丧失 .....        | (429) |
| 专题三十八 | 代位继承 .....          | (441) |
| 专题三十九 | 遗产酌分请求权 .....       | (451) |
| 专题四十  | 婚姻两种属性的统一与分离 .....  | (460) |
| 专题四十一 | 对事实婚姻的效力应限制承认 ..... | (469) |
| 专题四十二 | 增强能力是法学教改的重心 .....  | (475) |

第一编

# 民法总论

原  
书  
空  
白

## 第一章 请求权基础

“一个案例,摆在我的面前,当问我们应当怎么办,尤其是当问我们为什么应当这样办的时候,往往感到无从谈起,甚至感到茫然。而听您谈起来,往往又感到浅显易懂(并非深不可测),头头是道。您谈的那些道理和法律依据,我们往往也并非不知道,但是我们就是想不到。这是为什么?老师!”这是我不知多少次面对我的研究生向我提出的问题。“并非不知道,就是想不到”,这是为什么?我也不知多少次地问自己。作为一个法学教育工作者的责任感驱使我不得不反复思考这个问题,不得不到处寻找答案。

我深知,这个问题绝不是仅凭我的三言两语能说清楚的,也绝不是仅凭学子们的三天五日之功所能解决的。但是,我同样深知,这个问题无论从法学教育的角度,还是从审判实务的角度,都是必须解决的。积多年的学习和思考,使我逐步认识到,这个问题的解决,固然需要多方面的努力,比如,对知识的全面掌握,深刻理解,融会贯通;理论与实践相结合,不断提高自己运用理论知识,分析和解决实际问题的能力等。但从法律人的角度看,解决好请求权的分析,无疑是一个非常重要的方面。但正是这样一个十分重要的方面,却被我们的法学教育和司法实践长期地忽视了。我之所以撰写本章文字,就是希望对莘莘学子们解决这个问题能有所启迪和帮助。

## 专题一

# 请求权基础的意义

民法学,是一门应用性很强的法律学科。研习法律的人(即本文所称法律人),尤其是研习民法的人(可简称民法人),不仅仅是完成法律学和民法学知识的积累,更重要的还有另外两个方面,即:一是完成法律思维能力的训练,即遵循法律逻辑,以合理的价值取向为参照目标,合理的解释、论证和适用法律。二是完成法律应用能力的训练,即运用掌握的法律知识,以独特的法律思维方法,分析和解决现实社会生活中所发生的各种实际问题——包括预防争议于其发生之前和解决纠纷于其发生之后两个方面,而不仅是一个方面!

而从法律思维的角度看,分析和解决实际问题的法律思维方式主要有两种:一是顺序思维方式,也称历史思维方式,是指按案件事实发生的先后顺序,历史地依次分析其法律关系,并寻找其法律基础。二是请求权思维方式,即以请求权为核心,分析其法律关系,并寻找其法律基础。关于顺序思维方式,本文不拟作详细探讨,现仅就请求权方式说明如下。

请求权思维方式的内容模式可表述如下:

1. 谁(诉讼程序中的原告,仲裁程序中的申请人)?
2. 可以向谁(诉讼程序中的被告,仲裁程序中的被申请人)?
3. 提出何种请求(请求权,包括请求权的种类、内容、救济方法等)?
4. 其法律依据是什么(即请求权的法律基础)?

例如:张某因受王某胁迫,将A画赠与不知情的李某。一年后,张向李说明情况,并请求返还A画。李则称已将A画与赵某

的B画互易,并已将A画交付予赵某。

此例可提出的问题有:

1. 张某(即谁)。
2. 是否可以向王某、李某或赵某(即可以向谁)。
3. 请求返还A画?或请求损害赔偿?或请求返还不当得利?或……(即提出何种请求)。
4. 具体法律依据是什么(即请求权法律基础)?

如果将上述问题具体化,那么:

1. 张能否向王主张侵权损害赔偿请求权?
2. 张能否向赵依所有权、或不当得利的规定请求返还A画?并主张侵权损害赔偿请求权?
3. 张能否向李依所有权、或不当得利的规定请求返还A画?并主张侵权损害赔偿请求权?

仔细斟酌,我们可以发现,请求权思维方式的基本特征是:一方面要依据案件事实去寻找法律依据,即请求权法律基础;另一方面又必须将抽象的法律规范适用于具体案件事实。即是一个双向互逆,互相说明的思维过程。即English教授所称的“上位规范与生活事实间来回穿梭的观察”,或Scheurele氏所称的“事实认定行为与其法律定性之间的相互渗透。”<sup>①</sup>这种“案件事实”与“法律规范”之间来回互逆的穿梭思考,就是从“具体事实”到“抽象规范”,从“抽象规范”到“具体事实”的思维过程。它是分析和解决实际问题的起点,也是法律解释、论证和适用的核心,法律人必须仔细琢磨,并下功夫努力加以解决!

请求权思维方式虽然不是法律人惟一的思维方式,但与顺序思维方式相比较,却有着顺序思维方式所不可替代的优越性。

例如:赵某的电冰箱发生故障,赵于5月6日电话要求该冰箱

---

① 转引自王泽鉴著:《法律思维与民法实例》,台湾,1999。

专营商场派技术人员帮助检修,商场应允,并于次日派技术工人王某前去检修。王某在检修完毕离开赵家时,发现客厅茶几上有一只金表,便乘主人不备窃取。赵某能否要求王某和专营商场承担侵权责任?

本案如依顺序思维方式,其思维过程应当是:

1. 赵某于5月6日电话要求专营商场派员帮助检修电冰箱,应属要约行为,因专营商场当即了解其内容而即时生效(《中华人民共和国合同法》,以下简称《合同法》第14条、第16条)。

2. 专营商场当即应允,应属承诺,该承诺因赵某当即了解而即时生效,故赵与专营商场之间的承揽合同成立(《合同法》第21条、第25条、第251条)。

3. 该合同不存在无效或可撤销的原因,故自其成立时起即具有相应的法律约束力(《合同法》第44条)。

4. 专营商场于次日派王某前去检修,属法人指派其工作人员履行该法人依承揽合同应当承担的合同义务(《合同法》第353条第1款)。

5. 王某乘主人不备,窃取金表,属故意侵害他人所有权的行為,应当承担相应的侵权责任(《中华人民共和国民法通则》,以下简称《民法通则》第106条第2款、第117条第10款)。

6. 王某乘主人不备窃取金表,与其接受委派履行法人合同义务的经营活劢并无适当的牵连关系,只能视为王某在经营活动外实施的个人行为,而不能视为法人行为,故不能由专营商场承担责任(《民法通则》第43条)。

结论:赵某只能请求王某承担侵权责任,而不能请求专营商场承担侵权责任。

该案如果依请求权思维方式进行分析,其思维过程就相对简单许多。因为按请求权思维方式进行分析,上述1至4的分析均无必要,只需有5和6的分析,就可以得出与前述相同的结论了。

可见,请求权思维方式至少有以下三点优点:

1. 符合实际需要。因为实践中,法官、仲裁员或律师往往首先面对的是当事人的请求或判决、仲裁结论,需要解决的是去寻找这种请求,或判决、仲裁的基础是否存在或是否正确,而往往不是跟踪当事人的行为顺序去思维。这就是说,实践中在多数情况下,是从结论开始,逆着当事人的行为顺序进行逆向思维,而不是相反。

2. 可以简化思维过程。这种从结论开始的逆向思维过程,一般可以追溯到请求权基础时为止,而不必追溯到行为开始,这往往可以大大简化思维过程。

3. 由于这种思维方式简化了思维过程,从而可以进一步避免各种主、客观因素对思维过程的干扰,有利于保证思维结论的客观公正。

当然,我们在说明请求权思维方式优点的同时,也无意贬低顺序思维方式的價值。因为实践中也往往需要把这两种思维方式结合使用,效果才更为理想。尤其是在需要认定行为是否有效,权利是否已经发生变动的场合,往往需要两种方式并用,效果才令人满意。