

民商法

新问题与 判解研究

● 孔祥俊 著

人民法院出版社

民商法新问题与判解研究

孔祥俊 著

人民法院出版社

责任编辑/于新年

技术编辑/辛 叶

封面设计/秋一夫

民商法新问题与判解研究

孔祥俊 著

出版发行/人民法院出版社

社址/北京市东交民巷27号(最高人民法院机关大院)

邮编/100745 电话/65299981 65134290 65136849

开户行/中国工商银行北京王府井分理处

开户名称/人民法院出版社 帐号/46061-68

(通过本社邮购另加15%邮费)

经销/各地新华书店与其他书店 印刷/保定市光达印刷厂

开本/850×1168毫米 大32开 印张/15.75 字数/354千字

版本/1996年6月第1版 印次/1997年2月第2次

印数/5001-10000 定价/24.00元

书号/ISBN 7-80056-394-4/D·466

版权所有 侵权必究

序

随着改革开放的日益深化和社会主义市场经济体制的逐步建立，专以直接反映和表现社会经济生活条件为己任的我国民商法日益健全和发达。在短短的十年间，我国不但公布了民法通则等基本法，而且还先后公布了一系列专门的民商法律，形成了比较健全的民商法体系。还有一些重要的民商法律或即将公布，或正在起草。我国的民事、经济审判工作在取得了很大成绩的基础上，正在开拓中前进，近年来审理了类型繁多的大量民商事案件。在这种法制建设的大潮中，民商法学也一显身手。民商法的公布施行和审判工作的开展既凝结了民商法学研究的成果，又为民商法学研究提供了丰富的实践素材和广阔的研究领域，对民商法研究提出了更高的要求。在这种立法、审判与法学的交互作用中，我国民商法学研究取得了长足的进展，呈现出一派欣欣向荣的景象，可谓新著层出不穷，新人辈出。孔祥俊同志撰写的《民商法新问题与判解研究》就是这些新著中的一种，孔祥俊同志也是在近几年民商法学研究中涌现出来的新人。

综观这些年来的民商法著述，多属普及性读物，或阐述民商法的一般原理，或就案论法式的案例分析，具有较高理论价值的专题性研究著述尚嫌不足。应当说已出版的各类著述对于我国民商法制的发展功不可没，但随着民商立法的完善，民事、经济审判水平的提高和民商法学的进一步繁荣，专题研究确有待于强化。本书是一部专题类民商法学专著对民

事主体、权利、代理、时效、债、合同、侵权责任、公司、产权制度、股份合作企业等领域中的一些重点和热点问题进行了新的探索。民商法源远流长、理论艰深、领域广泛，学者每以“皓首难穷一经”慨叹，作者能够涉猎诸多的专题，并进行具有一定深度的探讨，的确难能而又可贵。

孔祥俊同志曾在法院系统从事过数年的经济审判工作，现在中国人民大学从事博士后研究。这种先法官而后学者的经历也使本书具有了理论与实践相结合的特色。本书既对一些重要的民商法专题进行了比较研究和理论论证，提出一些独到见解，又使理论研讨落脚于现实，并对一些司法解释和案例进行了理论评析，因而既有一定的学术价值，又不失应用性。本书力求新，读后你会觉得耳目一新。无疑，这对促进我国民商法研究，对广大司法人员开拓新的审判领域，探索新的问题，将会起到应有的积极作用。因此，本书虽是一家之言，但确有独到之处，我很乐意将本书推荐给广大读者。

我国的法制建设还在不断加强，民商立法也在完善和健全，我国民事、经济审判中的新情况、新问题还会层出不穷，因而民商法研究有其广阔的用武之地。作者还很年轻，还在继续深造，我殷切期望他在今后的耕耘中有更多的力作问世。我也殷切期望我国民商法学园地百花争艳，人才辈出。

唐世华
一九九六年四月

作序者系最高人民法院副院长

作者简介

孔祥俊,1965 年生于山东菏泽。大学毕业后曾在法院从事过 3 年经济审判工作。1994 年 7 月毕业于中国政法大学,获法学博士学位。同年,入中国人民大学法学博士后流动站,系我国第一位民商法学博士后。已发表学术论文 70 余篇,独著与合著专著 10 余部。

AJ43/08

ISBN 7-80056-394-4



9 787800 563942 >

ISBN7-80056-394-4/D·466

定价：24.00 元

责任编辑：于新年

技术编辑：辛 叶

封面设计：秋一夫

目 录

序.....	(1)
--------	-------

导 论.....	(1)
----------	-------

一、法官不得以法无明文规定而拒绝受理案件

原则.....	(1)
---------	-------

二、我国民法典立法研究的几个问题.....	(18)
-----------------------	--------

第一章 主体·权利·代理·时效.....	(29)
----------------------	--------

第一节 民法上的人·自然人·公民.....	(29)
-----------------------	--------

一、民法上的人·自然人的自然法基础.....	(30)
------------------------	--------

二、民法上的人或自然人是市民社会的成员.....	(37)
--------------------------	--------

三、以“公民”表述民事主体的由来.....	(46)
-----------------------	--------

四、重塑我国民法上的自然人制度.....	(48)
----------------------	--------

第二节 非法人组织（其他组织）的民法地位.....	(49)
---------------------------	--------

一、非法人组织的含义及法律要素.....	(49)
----------------------	--------

二、非法人组织的具体类型.....	(52)
-------------------	--------

三、非法人组织的法律地位.....	(54)
-------------------	--------

四、结语.....	(59)
-----------	--------

第三节 法人有限责任.....	(59)
-----------------	--------

一、法人有限责任的提法有悖法理·····	(60)
二、法人有限责任是股东有限责任的误认·····	(61)
第四节 联营制度·····	(65)
一、联营制度的由来及发展·····	(65)
二、联营的基本分类·····	(68)
三、联营制度的弊端及其成因·····	(70)
四、联营制度的立法完善·····	(84)
第五节 民法上的“从随主”原则·····	(87)
一、最高法院有关奖券纠纷的一则复函·····	(87)
二、本函复蕴含的法理：民法上的“从随主” 原则·····	(88)
第六节 代理制度三题·····	(93)
一、表见代理的适用·····	(93)
二、委托代理的法律完善·····	(100)
三、职务代理不是一种独立的代理·····	(104)
第七节、诉讼时效的若干问题·····	(108)
一、时效届满的效力·····	(109)
二、超过诉讼时效的案件的受理·····	(112)
三、超过诉讼时效的案件的裁判·····	(113)
四、超过诉讼时效的案件的撤诉·····	(113)
五、时效届满后所达成的还款协议的效力·····	(114)
 第二章 债·合同·侵权行为·····	 (115)
第一节 债务与责任·····	(115)
一、债务与责任的相互关系·····	(115)
二、连带债务与按份债务·····	(118)

第二节 连带责任	(120)
一、连带责任的界定	(120)
二、连带责任的成立要件	(125)
三、连带责任的效力	(127)
第三节 不真正连带债务	(132)
一、从关于违规退汇赔偿纠纷的批复谈起	(132)
二、不真正连带债务的界定	(134)
三、不真正连带债务的具体类型	(137)
四、不真正连带债务的效力	(139)
第四节 合同三论	(144)
一、违反形式要件的经济合同的效力	(144)
二、从一起口头合同纠纷案谈合同形式与 效力的关系	(148)
三、我国违约金制度的完善	(155)
第五节 侵权责任的法律要件	(164)
一、引言	(164)
二、损害	(169)
三、不法与过错	(188)
四、因果关系	(204)
五、结语	(213)
第六节 侵权法中的主观过错和客观过错	(216)
一、从动物伤人案谈侵权过错的认定	(216)
二、主观过错与客观过错	(219)
第七节 侵权行为的归责原则	(227)
一、归责原则的涵义	(227)
二、过错责任原则	(229)
三、危险责任原则	(234)

四、公平责任原则·····	(238)
第八节 共同侵权责任·····	(242)
一、共同侵权责任的立法根据·····	(243)
二、共同侵权行为的类型·····	(245)
三、共同侵权中“共同”的含义·····	(250)
四、共同侵权行为人的内部求偿关系·····	(255)
第九节 建筑物或其他设施造成损害的民事 责任·····	(258)
一、归责根据·····	(258)
二、责任主体的确定·····	(262)
三、确定责任中的几个特殊问题·····	(266)
 第三章 产权·公司·股份合作企业·····	(270)
第一节 公司产权结构·····	(270)
一、股权综析·····	(270)
二、股权与公司所有权的若干关系·····	(290)
三、股权约束激励：现代企业的内在机制·····	(295)
四、现代公司的产权结构·····	(312)
五、股东权利保护的法律完善·····	(336)
第二节 企业制度创新·····	(341)
一、从经营权、法人财产权到法人所有权·····	(341)
二、集体企业产权制度创新的法律分析·····	(367)
三、从温州“鹿运”事件看企业制度的创新·····	(394)
第三节 股份合作企业·····	(415)
一、股份合作企业概述·····	(415)
二、股份合作企业的法律结构·····	(431)

三、股份合作企业的股权结构·····	(448)
四、股份合作企业的立法探索·····	(460)
第四节 现代企业制度的法律建构·····	(469)
一、重构企业立法体系·····	(469)
二、企业形态法定原则与确立我国企业形态 体系·····	(471)
三、有限责任与维护交易安全·····	(474)
四、确立现代企业的立法原则·····	(475)
 第四章 附 论·····	(477)
第一节 民事举证责任的分配原则·····	(477)
一、举证责任分配的意义·····	(477)
二、举证责任分配的理论与实践·····	(478)
三、举证责任分配原则·····	(480)
第二节 继承中死亡先后不明的法律推定·····	(484)
一、司法解释及其适用·····	(484)
二、适用中的几个问题·····	(490)
 后记·····	(493)

导 论

一、法官不得以法无明文规定而拒绝受理案件原则

在人们法律意识日益提高，而法治建设尚不完善以及民事经济纠纷新情况和新问题又层出不穷的今天，在我国明确法官不得以法无明文规定而拒绝受理案件的民事司法原则，对于及时处理民事经济纠纷，保护当事人的合法权益，维护社会经济秩序和完善法治建设，都具有重大的理论意义和现实意义。

（一）这一原则的由来

这一原则是近代法治的重要原则。它是由肇开近代民事立法之先河的1804年《法国民法典》率先确立的，即其第4条规定：“审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，得以拒绝审判罪追诉之。”

从字面含义上看，这一规定旨在禁止法官以没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理案件的行为，也即对于民事案件，即使法律没有规定或法律规定不明确不完备，法官也应当受理和审判，而不得拒之门外，否则就科以拒绝审判罪。但有些学者则从另一角度解释这一规定，如认为19世纪欧洲大陆盛行绝对的严格规则主义，法国民法典的制订者们自认为

预见到了这一切，并已预先把法官将面临的所有诉讼问题的答案交给了他们（法官们）。正是由于起草者自认为他们制订的详备法典已使法官失去了以法无明文为由拒绝审判的可能，才敢于作出第4条的规定。^①按照这种解释，法国民法典的起草者本来就排除了法律没有规定或法律规定不明确不完备的存在可能性，任何民事案件都可以在这部完备的民法中找到明确而具体的条文依据，并可据此条文做出判决，因而也就排除了法官在条文之外进行裁判的可能性。而按前一种解释，没有法律规定或法律规定不明确不完备的情形不可避免，没有明确而具体的条文依据的民事案件也会出现，法官正是对这些案件不得拒绝受理和审判。而既然不允许对这些没有具体条文依据的案件拒绝受理和审判，法官受理和审判这些案件时必然在条文之外进行裁决。由此看来，两种不同的解释显然使这一原则具有截然不同的法律意义和法律地位，因而有必要考证这一原则的来龙去脉。

18世纪前后的欧陆国家，在自然法思想及过分夸大的分权理论导引下，人们竭力主张应收取法官发展法律的权力，并坚持合理、明确和全面的法律制度可以由理智的人类设计出来的信条，试图通过面面俱到的法典编纂使法官只能是机械的法律适用者。最为典型的当属1704年《普鲁士邦法》（Preuishes Landrecht），至今在人们的记忆中这部法典主要是法律自大的纪念物，它的雄心是想预见所有可能的偶然情况，并将人类行为的范围规定到无微不至的家庭生活琐事。^②

^① 徐国栋：《民法基本原则研究——成文法局限性之克服》，中国社会科学院研究生院1990界博士学位论文，第103页。

^② 参见《比较法律传统》，（美）格伦顿等著，米健等译，中国政法大学出版社中译本，第20页。

弗里德里希·威廉二世在其《普鲁士邦法》的颁行敕令中，明确禁止法官“对明了确定的法律规定自行作任何偏离解释，无论他是基于某种想象的哲学推理的理由或借口出于一种法律目的和观念而予以延伸解释，以便避免失去我们最高度的宠信和受到最严厉的惩罚。”在有疑问的情况下，法官应向立法委员会提出质询。正是基于这种原因，《普鲁士邦法》中“曾经试图凭借其不无善意的——但是今日却往往使人们觉得好笑的——具有决疑效用的 17000 个条款来给法官提供每一问题的精确答案，从而使解释问题尽可能成为不必要的事情。”^①

但是，法国民法典的起草者在这股思潮面前并没有简单地萧规曹随。法国民法典是在 16 和 17 世纪盛极一时的自然法理论和直到 19 世纪才清楚显现的以意志为中心的个人主义理论（individualism will-centered theory）两大智慧高潮之间的凹槽时期诞生的，并且适处于法国大革命的历史背景，它既确认了革命的成就，又是自然法思想的产儿，但在很大的程度上仍立足于保守主义和传统法律制度的基础之上，极为关注历史连续性的价值，这些特色使其成为多种思潮的交合物，充满了节制精神和智慧，所有这些都使其不能与具有决疑效用的普鲁士邦法之类的法典作简单的类比，不能仅凭 18 世纪的法律思想环境简单地推论出其奉行严格规则主义的结论，因而不能据此断言其第 4 条的规定是严格规则主义的产物。

法国革命一开始就将统一民法作为其最重要的目标之一，制宪会议就曾宣布过“将制定一部全王国共同的民法

^① 见《比较法总论》，（德）K·茨威格特、H·克茨著，贵州人民出版社中译本，第 166 页。

典”，以便使法律与新的革命秩序原则协调一致。从1789年召开制宪会议到1799年拿破仑执政的过渡时期，受大革命热情所激励的过渡期法律以空前的速度和彻底性改变着传统的社会秩序。此间以冈巴塞雷斯为主席的委员会起草了三稿民法典草案。在起草过程中，大革命的两项原则被反复提到，一是法典应体现何种共和思想（republican ideal），二是人人平等原则。前一原则直接涉及到分权原则及法典在与法官的关系中究竟应占据什么样的位置。

过渡时期分权原则的确被法国认真地接受了。1790年通过的法律规定：“当法院认为有必要解释一项法律或制定一项新法时，必须请求立法会议。”差不多与此同时设立的上诉法庭——后来的上诉法院——的任务就是撤消在这种意义上有悖成文法的法院判决。^①这种分权式的共和思想被一些议员强烈坚持。莫莱·盖瑞特议员（Malia-Garat）曾这样解释共和思想：“共和政体中的法律是主权的产物。它是人民通过自身或其代表，在宪法授权范围内制定法律的成果。法律是国家的意志……这就是为什么只有自由的人民才可以得到的权力。”由于法律是公民权利义务的唯尺度，必然是高度的清晰明白，不仅每个公民能理解它们，而且不允许任何人对其解释和补充。正如莫莱·盖瑞特所说，“在共和国中，法律的来源不允许任何人在执行中有权改变或变通它，或补充其不足，更不用说去填补它的空白了。”不依制定法（statute）审判的法官不是真正的法官，而是一个暴君。^②

① 前引《比较法总论》，第166—167页。

② James Gordley: "Myths of the French Civil Code.", "The American Journal of Comparative Law", published by The American Society of Comparative Law, volume 42, summer 1994.