

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2002年第2号

总第23卷

VOL · 23

梁慧星 / 主编

民商法论丛

2002 年第 2 号 / 总第 23 卷
金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛 (总第23卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

封面设计 石 磨

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司
香港中环干诺道中68号华懋广场二期
六字楼A室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2002年6月第1版第1次印刷

书号 ISBN 962-85837-0-0

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是第23卷(2002年第2号)。

【专题研究】栏刊登五篇论文。其一是赵钢和刘学在的《婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉研究》。我国1950年和1980年的婚姻法均未规定婚姻无效和婚姻撤销制度,致在实践中产生弊端。2001年修正的婚姻法增设了婚姻无效和婚姻撤销制度,是完善我国结婚制度的一项重大举措,也是我国婚姻立法的一大进步。但婚姻无效和婚姻撤销制度的实施,涉及一系列程序问题。本文对婚姻无效之诉和撤销婚姻之诉的一系列程序问题作了探讨,提出了若干重要的建议,值得立法和实务界参考。其二是朱建农的《无权处分行为及其相关制度研究》。合同法实施以来,学术和实务界对于第51条无权处分制度应如何理解和适用进行了热烈讨论,本《论丛》也曾曾在第21卷刊登葛云松的《论无权处分》,本文从不同的视角研究同一制度,值得一读。其三是何乃刚和朱宏的《论董事与公司间交易的规范》。公司法如何规范董事与公司的交易,关系公司和股东重大利益,我国公司法对此虽有规定,但实践中难于操作,无法真正控制董事或其关系人追求私利而损害公司利益的行为。本文基于对发达国家和地区相关制度的比较,探讨如何建立有效的控制董事自己交易的机制,值得立法机关参考。其四是李伟群的《关于我国〈票据法〉的善意取得》。现行票据法是否规定了票据的善意取得制度,学者间观点分歧。本文结合票据法第12条规定,分析不同的解释意见,并参考日本学者关于票据善意取得的理论,对我国票据法的完善提供建议。其五是朱谦的《论我国公司对外担保立法存在的问

题及其完善》。本文认为,无论是现行公司法还是担保法及最高法院关于担保法的解释,就公司对外担保行为的规制均存在缺陷。作者针对现行法所存在的问题,参考发达国家和地区的立法经验,提出了完善我国公司对外担保立法的建议,值得重视。

【法学方法论】栏刊登日本京都大学教授山本敬三著、解亘翻译的《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》。日本在二战后发生了激烈的法解释论争,20世纪60年代以后利益衡量论占据了支配的地位。进入90年代平井宜雄发表《法律学基础论备忘录》批评利益衡量论是“非合理主义”,并提倡用“讨论”的理论克服“非合理主义”。由此引起新的争论。作者山本敬三认为,要进行“讨论”,须要讨论双方之间存在共同的“框架”。为此,有必要进一步探讨法解释方法论的中心问题,即关于法律价值判断的合理性基础构建的方法论。所谓动态系统论是二战期间奥地利学者Walter Wilburg所提倡的理论。目的是要在概念法学与自由法学之间寻求一种平衡,即既要打破概念法学的僵化,以适应发展变化的现实生活的要求,又要避免像自由法学那样听凭法感情自由决定的任意性。其基本构想是,通过更加“动态”地构成法律,展开比以往更具弹性的规范,将民法体系的许多部分从僵硬状态下解放出来。在某个问题上各方当事人是否值得保护,要由法官遵从原则性的基准进行审查。动态系统论的目标,就是“动态”地构成这种原则性的基准,以作为法官裁量的指针。动态系统论受到现在被视为法解释方法论主流的评价法学派的积极评价,并得到德国、奥地利两国著名民法学者的支持。读者如果结合本刊连载的《日本民法解释学》阅读本文,定有收获。

【法学名著】栏续刊日本著名学者田中英夫和竹内昭夫著

《私人在法实现中的作用》(李薇译)。前三部分译文刊登在第10卷,第四部分译文刊登在第12卷,本卷刊登第五、六、七部分译文。至此,本书正文已刊完。正文后面还附有两位作者关于论题的“对话”,将在近期刊登。

【判解研究】栏刊登编者的《最高人民法院关于侵犯受教育权案的法释[2001]25号批复评析》。去年山东审结一起冒名上学案。原告齐玉苓以被告陈晓琪等侵害其姓名权和受教育权为由诉至法院,一审判决仅认可原告姓名权受侵害,驳回其受教育权被侵害的主张。原告不服,上诉至二审。二审法院请示最高法院,最高法院作出《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释[2001]25号)。二审法院根据此批复,作出终审判决,其判决书引用了“宪法第46条作为判决的实体法依据,打破了我国不得直接引用宪法条文作为民刑裁判的判决依据的司法惯例。在理论和实务界引起强烈反响,被誉为“开创了我国宪法司法化的先例”,“具有里程碑式的意义”。本文是从民法解释学角度对该批复的评析。

【仲裁问题】栏刊登两篇论文,一是邓杰的《论我国仲裁协议制度的完善》。作者指出,仲裁协议既是将争议提交仲裁的依据,又是仲裁庭受理案件的管辖权基础,是整个仲裁制度的基础和灵魂。我国目前的仲裁协议制度还存在许多缺陷,在进入WTO之后,如何进一步完善我国仲裁协议制度,已成为当务之急。本文结合国际仲裁实践,针对我国仲裁协议制度的不足和缺陷,提出修正和完善的建议。二是张宪初著、秦绪栋和赵富强翻译的《香港与内地相互执行仲裁裁决问题研究》。香港回归前,香港和内地相互承认和执行仲裁裁决一直是在《1958年联合国承认和执行外国仲裁裁决的国际公约》的基础上进行的,香港回归后,该公约不再适用于香港与内地

之间。1999年6月21日最高人民法院与香港特别行政区律政司在深圳签署了《内地与香港关于相互执行仲裁裁决的安排》，本文对《安排》的主要内容及有关实际问题进行了分析研究，并提出若干对策意见。

【域外法】栏刊登四篇文章。一是【德】霍尔斯特·埃曼著、邵建东等翻译的《德国民法中的一般人格权制度》。本文作者对于一般人格权制度，特别是与数据保护法相关的法律问题，有很深入的研究。本文是他为德国联邦最高法院成立50周年纪念文集撰写的论文，涉及到德国联邦最高法院及德国宪法法院几乎所有的重要判例，内容全面，见解深刻，极有参考价值。二是郭锡昆的《1998年德国仲裁法述评》。德国仲裁法规定在民事诉讼法第10编，自1877年以来几乎没有任何实质性的改进。1990年两德统一后，成立仲裁程序法革新委员会，经过7年的讨论，终于在1997年颁布《仲裁程序修订法》，对民事诉讼法第10编作了修订。该修订法已于1998年1月1日生效。本文在对其立法背景和主要内容评述的基础上，进一步指出了值得我国参考借鉴的成功经验和具体做法。三是【美】玛格丽特·安·艾尔文著、陈雪娇和王继远翻译的《信息社会信息隐私权的保护》。1974年美国议会通过《隐私权法》，授权个人可以查阅机构关于本人的信息记录并对错误的信息记录进行修改。美国法院根据该法作出的大量判决，肯定个人在特定情况下有权控制自身信息。但这些判例多着重于书面记录及磁带等固定形式记载的信息。网络技术的运用所引发的最大的社会问题，莫过于信息隐私权的保护问题。美国国内税收机构于1993年设立隐私权保护局，是联邦政府建立的第一个隐私权保护机关。隐私权保护局的第一个重大成就是《关于隐私权保护原则的宣言》和《关于纳税人隐私权的政策声明》。本文对这两个法律文件的主要

内容有详细的述评。四是杜颖的日本《消费者契约法制定的历史背景》。日本《消费者契约法》于2000年4月28日通过，2001年4月1日起生效。该法译文刊登在本刊第19卷。本文着重介绍该法制定的历史背景及条文背后的政策思想，值得一读。

本刊从第20卷起开设【美国统一商法典】专栏，连载孙新强翻译的美国《统一商法典》及其正式评论。该法典第二编买卖，包括七章，第一至三章刊登在本刊第21卷，本卷续刊第四章和第五章。请读者留意。

本卷新设【中国民法典建议草案】专栏，陆续发表《中国民法典立法研究课题组》起草的《民法典草案建议稿》。《中国民法典立法研究》是编者领导的一个国家社科基金项目。其最终成果是《中国民法典草案建议稿及立法理由书》。这里发表的，是中国民法典的侵权行为编和继承编的条文建议稿。参加侵权行为编起草的课题组成员有梁慧星研究员、张新宝教授、刘士国教授、于敏副研究员、龚赛红副教授，由张新宝担任召集人。张新宝负责设计章节结构并起草第一章一般规定、第二章第一节对人身权的侵害和第二节对财产权和财产利益、精神利益的侵害及第五章侵权的民事责任；龚赛红起草第二章第三节专家责任；刘士国起草第三章对他人侵权之责任；刘士国、于敏起草第四章第一节物造成的损害、第二节污染环境及危险作业等致人损害；于敏起草第四章第三节机动车和高速交通工具致人损害；梁慧星起草第四章第四节产品责任。在起草人对全部条文草案进行集体讨论的基础上由张新宝统稿，由梁慧星最后修改定稿。参加继承编起草的课题组成员是郭明瑞教授、房绍坤教授和关涛副教授，由郭明瑞担任召集人。郭明瑞、房绍坤、关涛起草条文草案，参加讨论的有张洪波、张平华、仲相、司艳丽、田野、朱呈义、刘经靖等。由郭明

瑞、房绍坤统稿,最后由梁慧星修改定稿。

【资料】栏刊登《欧盟理事会关于破产程序的规则》,是由石静遐翻译的。

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国的民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国的民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版4卷，每卷50万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者经典论著；七、重要立法资料。

金桥（近期出版）书目

《民商法论丛》第16卷	定价：80元
《民商法论丛》第17卷	定价：56元
《民商法论丛》第18卷	定价：52元
《民商法论丛》第19卷	定价：52元
《民商法论丛》第20卷	定价：55元
《民商法论丛》第21卷	定价：58元
《民商法论丛》第22卷	定价：50元
《越南社会主义共和国民法典》	定价：25元
《蒙古国民法典》（新编本）	定价：20元
《阿尔及利亚民法典》	定价：23元
《埃塞俄比亚民法典》	定价：65元
《物权法研究》	定价：56元
《物权法原理》	定价：45元
《从近代民法到现代民法》	定价：24元
《为权利而斗争》	定价：36元
《自由心证与自由裁量》	定价：12元
《迎接WTO》第一辑	定价：21元
《迎接WTO》第二辑	定价：38.50元
《迎接WTO》第三辑	定价：27元

联系地址：北京市西城区南礼士路21号621室
邮政编码：100045
联系电话：010-68028094

目 录

卷首语

专题研究

婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉研究

赵 钢 刘学在 / 1

无权处分行为及其相关制度研究

——关于合同法第 51 条的理解问题 朱建农 / 51

论董事与公司间交易的规范 何乃刚 朱 宏 / 81

关于我国《票据法》的善意取得 李伟群 / 121

论我国公司对外担保立法存在的问题

及其完善 朱 谦 / 149

1
目

录

法学方法论

民法中的动态系统论

——有关法律评价及方法的绪论性考察——

【日】山本敬三著 解 亘译 / 172

法学名著

私人在法实现中的作用

【日】田中英夫 竹内昭夫著 李 薇译 / 267

判解研究

最高人民法院关于侵犯受教育权案的法释

【2001】25 号批复评析 梁慧星 / 332

仲裁问题

论我国仲裁协议制度的完善 邓杰/343

香港与内地相互执行仲裁裁决问题研究

张宪初著 秦绪栋 赵富强译/381

域外法

德国民法中的一般人格权制度

——论从非道德行为到侵权行为的转变

【德】霍尔斯特·埃曼著 邵建东等译/411

1998年德国仲裁法述评

郭锡昆/502

信息社会信息隐私权的保护

【美】玛格丽特·安·艾尔文著 陈雪娇 王继远译/539

日本《消费者契约法》制定的历史背景

杜颖/552

美国统一商法典

美国《统一商法典》及其正式评论(三)

孙新强译/567

中国民法典建议草案

中国民法典:侵权行为编条文建议稿

中国民法典立法研究课题组/617

中国民法典:继承编条文建议稿

中国民法典立法研究课题组/641

资料

欧盟理事会关于破产程序的规则

石静遐译/662

专题研究

婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉研究

赵 钢 刘学在

目 次

- 一、绪论
- 二、婚姻无效事件与撤销婚姻事件之主管机关
- 三、婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉的性质及诉讼标的
- 四、婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉的当事人问题
- 五、婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉的管辖
- 六、婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉的特殊审判规则

一、 绪 论

无效婚姻制度与撤销婚姻制度乃是结婚制度的有机组成部分,它们与结婚的各项要件相辅相成,对于规范公民的结婚行为、预防和减少违法婚姻、维护婚姻立法的严肃性、建立良好的婚姻秩序、保护利害关系人的正当权益等诸多方面,都具有极为重要的意义。然而,由于各种主客观条件的制约,我国于1950年和1980年制定的两部婚姻法均未对无效婚姻制度

与撤销婚姻制度作出规定,因而在实践中产生了很多弊端。有鉴于此,2001年4月28日修正后的《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)在第10条至第12条对这两项制度初步作出了规定。其中第10条规定:“有下列情形之一的,婚姻无效:(1)重婚的;(2)有禁止结婚的亲属关系的;(3)婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的;(4)未到法定婚龄的。”第11条则是关于可撤销婚姻的规定,即:“因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求,应当自结婚登记之日起1年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的,应当自恢复人身自由之日起1年内提出。”第12条进一步就无效婚姻与撤销婚姻的法律后果作出了规定,即:“无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法有关父母子女的规定。”

无效婚姻制度与撤销婚姻制度的确立,是完善我国结婚制度的一项重大举措,也是我国婚姻立法的一大进步。但不可否认的是,上述规定仅仅是一种粗线条的“勾画”,在实践中仍然是难以操作的,因为关于确认婚姻无效与撤销婚姻的一系列程序问题,例如在有权提出请求的主体范围、宣告婚姻无效的主管机关、请求撤销婚姻的管辖法院、具体的处理程序等方面有何特殊要求等等,立法上并没有进一步明确规定。从理论上讲,婚姻无效事件和撤销婚姻事件应由法院主管为宜,也即应当采取诉讼的方式进行;而且,由于婚姻无效之诉和撤销婚姻之诉涉及相关人等之身份关系的最终确定,故而在诉

讼程序的很多方面应当有别于通常民事诉讼程序。有鉴于此,本文拟对婚姻无效之诉与撤销婚姻之诉的一系列程序问题予以探讨,以供司法实践参考之用并为民事诉讼立法相关内容之完善提供理论依据。

二、婚姻无效事件与撤销婚姻事件之主管机关

(一)修正后的《婚姻法》之规定及其与《婚姻法(修正草案)》之比较

对于撤销婚姻事件,2001年4月28日修正的《婚姻法》与2001年1月11日全国人大常委会办公厅公布的《中华人民共和国婚姻法(修正草案)》(下称《修正草案》)均规定:“因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销婚姻。”^[1]因此,作为行政机关的婚姻登记机关和作为司法机关的人民法院都有权对当事人提出的撤销婚姻的请求作出处理,在这一点上,修正后的《婚姻法》与《修正草案》的规定是一致的。但是,将婚姻登记机关也作为撤销婚姻事件的主管机关则是不合适的,对此后文将予以讨论。

对于婚姻无效事件,修正后的《婚姻法》仅仅规定了无效婚姻的几种法定情形,删去了《修正草案》第10条第2.3款的内容,从而并未规定宣告婚姻无效制度的主管机关。具体而言,《修正草案》第10条第2.3款规定:“对于无效婚姻,当事人以及利害关系人可以向婚姻登记机关或人民法院提出该婚姻无效;婚姻登记机关或人民法院应当宣告该婚姻无效。”但是在全国人大常委会审议该《修正草案》的过程中,有人认为,《修正草案》中所规定的可请求宣告婚姻无效的利害关系人,

指的是谁并不清楚,实践中可能会因此而产生扩大化适用。特别是对于无效婚姻问题,民法理论界的主流观点采取的是所谓当然无效说,即认为对于那些具有无效情形的婚姻,即使未经有关机关确认或宣告,也是当然无效、自始无效的。因而在审议《修正草案》的过程中,有人认为,“考虑到因重婚、有禁止结婚的亲属关系等情形骗取结婚登记的,即使未经登记机关或人民法院宣告无效,该婚姻也是无效的;如果婚姻法对宣告无效程序作了规定,反而可能引起歧义。”^[2]故此,修改后的《婚姻法》没有规定处理无效婚姻的机关和程序,而仅仅规定了无效婚姻的情形及法律后果。由此看来,对于无效婚姻问题,我国《婚姻法》采取的不是宣告制,^[3]而是当然无效制,但在解释上一般则认为,“这并不妨碍当事人请求人民法院和民政部门宣告自己的婚姻无效,也不妨碍民政部门在执法检查的过程中发现无效婚姻时收回结婚证,同时,人民法院在审理案件过程中,如果发现当事人有无效婚姻的情形,也可以宣告该婚姻无效。”^[4]

(二)婚姻无效应采取宣告制

依照《婚姻法》第10条和第12条的规定,无效婚姻属自始无效、当然无效,而不以有关国家机关作出宣告为必要条件。这种当然无效制看似比较合理,但它与实际生活并不相符,也不利于婚姻关系的稳定和对正常婚姻秩序的维护,因而实则是不合理的。

1. 当然无效制在法律规定上存在冲突,在法律逻辑上难以自圆其说。

依照《婚姻法》第8条的规定,男女双方到婚姻登记机关进行婚姻登记并领取结婚证后,即确立了夫妻关系。从婚姻登记机关的角度来讲,在予以登记并发给当事人结婚证后,即