

民商法律责任通论

樊成玮 ◆ 著

MIN SHANG FA LU ZE REN TONG LUN

中国法制出版社

民商法律责任通论

曹成钢 等著

中国政法大学民商经济法学院 中国政法大学民商经济法学院 中国政法大学民商经济法学院

中国政法大学出版社

民商法律责任通论

樊成玮 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法律责任通论/樊成玮著. —北京: 中国法制出版社, 2005. 8

ISBN 7-80182-531-4

I. 民… II. 樊… III. ①民商-法律责任-研究-中国②商法-法律责任-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 091030 号

民商法律责任通论

MINSHANG FALU ZEREN TONGLUN

著者/樊成玮

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2005 年 8 月第 1 版

印张/17.875 字数/410 千

2005 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-531-4

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66070084

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

序

吴汉东

(中南财经政法大学校长、教授、博士生导师)

以民商法为核心的私法制度肇端于欧洲，可以追溯数百年。中国独立的民商法历史起始于清朝末年，1904年颁布的《钦定大清商律》初现端倪，1911年完成的《大清民律草案》未及颁行，至今仅百年期。新中国真正意义上的民商事立法和司法体制是伴随着二十多年的改革开放，社会经济的高速发展而得以不断健全和完善的。民商法是市民社会的权利法，市场经济的基本法，其规范效力涉及到社会生活的方方面面，对人们的言行举止，交往联系产生着深刻而实际的影响。丰富多彩的私法实践带来了民商法科学的繁荣，但也不容讳言，针对法律实践具指导意义的学术研究、著述，仍跟不上社会发展的需要，达不到社会公众的要求。法学理论植根于社会实践，因而，对于法律科学的研究，不仅仅是法学理论界的“专利”，而且也是法律实务界的任务。

中国古代先贤早已提出“法贵在执行”。日本民法学家我妻荣教授也指出：“法律，特别是私法，在其所承担的一定范围内，对社会生活关系依法进行处理，换句话说，就是最广泛的意义的裁判为其中心职能的”。所以，在民商法问题上，法得以“行止”的基本指针，法用以“裁判”的关键依据，就是法律责任规范。民商法律责任作为民商法律关系主体的权利实现和义务履行的保障措施，不但是法学理论界研究的亮点，也是法律实务界操作的重点，更是民商事案件当事人关注的焦点。所以，对民商法律责任进行专项研究具有重要的社会指导意义。

令人欣喜的是，《民商法律责任通论》的作者正是从“责任”

2 民商法律责任通论

入手，紧紧抓住民商事立法、司法中的法律责任可供研究、探讨的问题，就民商法律责任的分类、构成、归责、承担等总体方面和不同责任表现的具体方面进行体系性的研究和论述，同时，针对不同章节之内容所涉，结合相关案例或社会实践中的效果对既存的理论学说提出自己的看法、观点和论证理由。有些概念、提法和思路与现行的理论并不完全一致，甚至是大胆提出假说，创设观点，此虽为作者的一家之言，但作为来自法律实践第一线的研究成果，相信会对法学理论界有一定的启发意义，对法律学子有一定的参考作用，对司法实务界有一定的实用价值。应该说，《民商法律责任通论》的结构、分类新颖，观点、见解独到，对一些概念的提出和理解确有其难能可贵之处。

当然，这本书中也不乏问题的存在，虽然有些观点的提出有其新颖、独到之处，做到了“大胆假设”，“勇敢提出”，敢于直面社会和法学界的评品，但在“小心求证”，“严谨分析”方面似乎有所欠缺，仍需要理论和实践的检验。

《民商法律责任通论》的作者樊成玮系我校“文革”后恢复招生的“新三届”学人，二十多年来，无论是作为政府公务员，企业管理者，还是作为执业律师，一直勤于思考，笔耕不辍，多年的实务经验和理论探索，使得樊成玮不仅仅是一个法律实践者，其在法律理论方面也同样有一定的建树。无论在其出版的多本专著中，还是发表的数十篇论文中，其中所体现的“以理论指导和规范实践，以实践充实和完善理论”的写作指导思想在本书中依然得以充分地贯彻和体现，这也是我所欣然为本书写序的理由所在。

总之，该书不失为具有一定研读价值的好书，该书的出版，对于法学理论研究和司法实务具有重要的意义，鉴于此，乃作序。



二〇〇五年七月

目 录

导 论	(1)
总 论	(8)
第一章 民商法律责任通说	(8)
第一节 民商法律责任的分类及构成要件	(8)
第二节 民商法律责任的承担方式	(17)
第三节 民商法律责任的归责原则	(25)
第四节 民商法律责任的免除和减轻	(34)
第二章 民商法律责任主体	(40)
第一节 民商法律责任主体通说	(40)
第二节 自然人	(44)
第三节 自然人组合体	(57)
第四节 法人及其分支机构	(63)
第五节 法人联营体	(73)
第三章 民商法律责任客体假说	(79)
第一节 民商法律责任客体假说的提出	(79)
第二节 人身权	(83)
第三节 物权	(96)
第四节 债权	(108)
第四章 民商法律责任行为假说	(116)
第一节 民商法律责任行为假说的提出	(116)
第二节 有效行为	(120)
第三节 无效行为	(125)

第四节 代理行为	(133)
第五节 占有行为	(142)
第五章 侵权责任	(148)
第一节 侵权责任通说	(148)
第二节 一般侵权责任	(152)
第三节 特殊侵权责任	(158)
第四节 共同侵权责任	(165)
第六章 人身损害赔偿責任	(171)
第一节 人身损害赔偿責任通說	(171)
第二节 人身损害赔偿的归责原则	(176)
第三节 精神损害赔偿	(181)
第七章 违约责任	(189)
第一节 违约责任通说	(189)
第二节 违约责任的归责原则与免责事由	(194)
第三节 违约责任形式	(201)
第四节 违约责任的抗辩	(211)
第八章 债权行使懈怠責任	(218)
第一节 债权行使懈怠責任通說	(218)
第二节 债权人行使代位权	(221)
第三节 债权人行使撤销权	(228)
第九章 缔约过失責任	(235)
第一节 缔约过失責任通說	(235)
第二节 缔约过失責任的法律基础	(241)
第三节 缔约过失責任的类型	(246)
分 论	(252)
第十章 担保責任	(252)
第一节 担保責任通說	(252)
第二节 保证	(258)

第三节	抵押	(268)
第四节	质押	(277)
第五节	留置	(284)
第六节	定金	(289)
第十一章	产品侵权责任	(295)
第一节	产品侵权责任通说	(295)
第二节	产品经营者的法定义务	(299)
第三节	产品侵权责任的承担与免责	(305)
第十二章	侵犯知识产权责任	(312)
第一节	侵犯知识产权责任通说	(312)
第二节	侵犯专利权责任	(320)
第三节	侵犯商标权责任	(329)
第四节	侵犯著作权责任	(341)
第十三章	不正当竞争责任	(358)
第一节	不正当竞争责任通说	(358)
第二节	特定竞争者利益侵害责任	(362)
第三节	全体竞争者及公众利益侵害责任	(368)
第四节	不正当有奖销售责任	(374)
第十四章	商业保险责任	(381)
第一节	商业保险责任通说	(381)
第二节	人身保险责任	(387)
第三节	财产保险责任	(392)
第四节	责任保险责任	(398)
第十五章	票据责任	(404)
第一节	票据责任通说	(404)
第二节	票据出票与背书责任	(412)
第三节	票据承兑、保证与付款责任	(418)
第四节	追索权的行使与举证责任	(424)

4 民商法律责任通论

第十六章 证券违法责任	(430)
第一节 证券违法责任通说	(430)
第二节 证券市场虚假陈述责任	(439)
第三节 证券市场内幕交易责任	(451)
第十七章 违反商事组织法责任	(460)
第一节 商事组织经营责任通说	(460)
第二节 公司设立责任	(466)
第三节 股东出资责任	(473)
第四节 股权转让责任与国有资产转让	(481)
第十八章 企业终止清算责任	(489)
第一节 企业终止清算责任通说	(489)
第二节 企业解散清算责任	(493)
第三节 企业破产清算责任	(500)
余 论	(512)
第十九章 民商法律责任追索途径	(512)
第一节 协商与调解	(512)
第二节 仲裁	(518)
第三节 诉讼	(532)
第二十章 民商事案件的宪法司法化置疑	(546)
第一节 从宪法功能置疑宪法司法化	(546)
第二节 从司法权能置疑宪法司法化	(550)
第三节 从法律体系置疑宪法司法化	(553)
第四节 从现行案例置疑宪法司法化	(557)
后 记	(562)

导 论

一

责——责任——法律责任——民商法律责任。仅以古之“责”字原始含意为起点，逐步衍生至现有之“民商法律责任”为落脚点的文字历史进化方向而言，相信人们基本会同意笔者这一粗略的推演轨迹演示。据《新五代史·梁家人传》：“崇愚太祖慵堕不作业，数加笞责。”我们知道此“责”为处罚之意。《孟子·公孙丑下》：“有官守者，不得其职则去，有言责者，不得其言则去。”可知此“责”意为责任。再从《汉书·淮阳襄王钦传》：“博（钦舅张博）言负责数百万”更知“责”是欠他人钱财的意思。其它还有“责”为索取、要求的文字记载。同时，责，还是债的本字。而古时的债及基于债而提出索取和要求则是现代民商法律责任的法理雏形。而责任更明确指份内应做的事，没有做好份内应做的事因而应当承担的过失。所以，我们也可以说民商法律责任的渊源是“责”，其核心关键词亦为“责”。而从上述在中国古代文字记载的社会活动和人际关系中，已体现了民商法律责任的思维倾向。一般认为，最早将债务和责任作出区别的学者是德国人布林兹（Brinz），他于1874年根据罗马时代的各种琐碎资料，提出了债务和责任的区别。他认为，债权需要责任才能产

生，更因为存在着诉权的责任，才产生了债权的概念。^①

与人类社会的文明发展历史相适应，法律制度的发展相应地出现了四种不同类型的法，即奴隶制类型的法、封建制类型的法、资本主义类型的法和社会主义类型的法。但在奴隶社会和封建社会这一数千年漫长的历史进程中，尽管也有过外国《古罗马法》的历史经典和中国《唐六典》的文明辉煌，但都表现为诸法合体，民刑不分，以刑代民的法律制度，在追究任何人的法律责任时，皆体现为人身（或身体）责任制度，即均以刑罚手段处罚。民事责任之起源与刑事责任之起源同一，例如古代复仇及偿金制度，一方面为民事关系之赔偿手段，同时又为刑事上之制裁。再如古罗马的《十二铜表法》规定，债务人如果不能偿还债务，便要以身抵债，沦为奴隶，有的甚至要处以死刑。《汉谟拉比法典》一共 282 条，其中因侵犯财产处以死刑或其它刑罚的就达 30 条。我国历史上第一部比较系统的封建成文法典《法经》规定，于路途上捡拾遗失物适用“贼法”而要被砍断脚趾。《汉律》规定：“盗马者死，盗牛者枷。”等等，不一而足。虽然在唐律、大明律及清代的立法中也涉及到土地财产所有权、产品规范、官营专卖、市场管理、债务追偿等经济、商务、民事方面的内容，但由其历史条件和社会制度的本质所决定，不同等级的人、不同性别者适用不同的法律规定，承担不同的法律责任，且法律责任的追究具有很大的任意性。

基于欧洲文艺复兴时期新兴资产阶级代表人物的天赋人权学说，1789 年法国的《人权宣言》正式确认了“法律对于所有的人，无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前，所有的公民都是平等的。”资本主义的法制思想所确立的法律责任原则为：

^① 王利明著：《违约责任论》（修订版），中国政法大学出版社 2003 年版，第 13 页。

法律面前人人平等原则；私有财产神圣不可侵犯原则；无过失不负赔偿责任原则；法律责任追究程序化原则等，从根本上奠定了现代法律责任制度的基础，从而推动了法律责任制度的完善，催生了刑事责任、行政责任和民事责任的科学分类。在中国，直到最后一个封建王朝——清朝 1904 年 1 月颁布的《钦定大清商律》、1904 年 3 月颁行的《公司注册试办章程》、1904 年 7 月颁布的《商标注册试办章程》、1906 年 5 月颁行的《破产律》，以及 1911 年 8 月完成的《大清民律草案》（未颁布施行）才启动了中国民商法律制度的开端，算是创我国民刑分立之始。

一

在商法尚未成为民法中越来越重要的组成部分并相对独立于传统民法而成为一个学科专业分支之前，民商法律责任又可统称或惯称为民事责任，在民商法统一的国家 and 地区，民事责任和商事责任仍可惯称或合称为民事责任。民事责任一词最早源于“以私有制为基础的法律的最完备形式”^①的包括十二铜表法以及整个罗马共和国时期的法律及其各种法学解释与注释的古罗马的“市民法”。其民事责任针对契约行为和不法行为，对民事责任的追究包括权利人依法针对义务人的对物诉讼或对人诉讼。如产生于公元前五世纪中叶的《十二铜表法》，其在第三表执行、第六表所有权和占有、第七表土地和房屋相邻关系、第八表私犯中已作出了各种民商事违法行为的责任规定，有些条款直接使用“责

^① 《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1976 年版，第 143 页。

任”一词。在中国，民事责任明文载入正式法典首见于1929年至1930年间国民政府立法院依照国民党中央政治会议决议民法各编立法原则与编订民商合一法典议案陆续颁布的民法总则、债编、物权编、亲属编、继承编，并于1931年5月5日正式施行的《中华民国民法》中。中国大陆现行法律对民商法律责任的规定尤为重视，作为民商法律规范的基本法《中华人民共和国民法通则》第六章专章规定民事责任，其它民商法律规范也专节有相应的责任规定。

在民商法律责任的起源、发展、演变、分支这一动态的历史过程中，基于法学基本理论，乃是在不同国家、地区，甚至在同一国家和地区的不同历史时期均有不同的规定和原则，即使在同一法系中，其民商法律责任原则和规定也不尽一致。其实，我们传统上划分的不同法系，实则主要是不同法律表现形式的划分，而非对法律原则、精神、规定和条款表述方式的划分，更不体现其法律目的的不同。无论何种法系，每一国家和地区在其法治主导目的和法律本质追求上，对民商法律责任总的趋势都是朝向责任设置更加合理，制裁手段更加科学，追究制度更加严密的方向发展。

在社会生活的各个领域，寻求法律保护，规避法律制裁，免于承担法律责任后果，是一切遵纪守法的行为主体的本能和基本要求，也是法律威慑力要达到的目的之一。民商法律责任是以民事义务的存在为基础，以民事权利的请求为前提，其责任的承担乃是基于民商法律规定的义务和民商事合同约定的义务，该义务是民商法律责任主体为了使权利人实现其权利所承担的风险、后果或约束。因而，我们可以说，在广义的概念上，民商法律关系主体应承担的民商法律责任与其所负的法律义务及合同义务同义，包括了法定和约定之作为义务、不作为义务，以及因侵权和债的不履行等行为而依据民商法律规范所导致的给付义务、赔偿

义务等法律制裁。所以，有专家学者总结说，既然民事违法行为是不履行民事义务的行为，民事责任也就是不履行民事义务的法律后果。^① 民商法律责任的目的在于通过对责任人的相关责任的追究和制裁，避免和减少民商事行为违法违规的后果，尽量恢复业已遭到损害的民商法律关系，促其稳定。民商法律责任，作为保障民商法律关系主体的权利和义务的实现措施，作为保障自然人、法人和其他组织的民事权利的手段，日益彰显出其在民法体系中的重要位置。正如梁慧星先生所指出的那样，民商法律责任“乃是现代民法上生命力所在”，民事立法的进步与完善，其着重点不在于规定人们可以享受民事权利之多寡，而在于制定尽量完善的民事责任制度。^②

无论是在学理意义上的民商法理论，还是在总和诸多单行法规意义上的民商法条文，抑或系统的基本法法典意义上的民商法体系上，我们都可以明显地看出民商法律责任是一个结论性的后果，在相关的法律规范中多属于指引性规范和确定性规则，并体现出直接性和实用性，为诉讼或仲裁之裁决性法律文书直接引用，用以说明和认定责任人的责任尺度。而且法律责任条文除附则说明及总则的原则性规定之外的禁止性规范、义务性规范，则大多表述为认定和判别法律责任性质的条文，因而多被当事人用于查阅以确定自己行使权利方向时所侧重，也为司法（仲裁）机关确认行为人责任定性和案件类别时所关注。所以，我们说民商法律责任是直接实用型、实施型的条文，直接表现为当事人是否遵守了法律规范和民事约定的后果性结论，具有极其重要的目的性作用。

① 郭明瑞等著：《民事责任论》，中国社会科学出版社1991年版，第11页。

② 梁慧星著：《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第255页。

三

王安石曾云“制而用之存乎法，推而行之存乎人”，法贵能行在于知法度，知法维权在于明其责。立法、司法、执法及当事人是否守法的落脚点在于民商法律责任是否依法认定并令责任人切实承担，所以，民商法律责任还在于其明确性及可操作性便于民商法律责任的认定和承担。民商法律责任之目的，在于填补因不法行为而生之损害，使社会关系不平衡复归常态。而对于民商法律责任的认定和承担，在诉讼（仲裁）层面上讲，有经过法定程序上的追究过程以及实体结果上的制裁结论（包括惩罚和补偿），这只能由国家强制力保障并经法律授权认定的审判或仲裁机关通过民事审判或仲裁活动，依据法律、法规的明确规定，方可对违法违约行为实施认定权并对责任人行使追究执行权。

但在不寻求公力保护情况下的非诉讼（仲裁）的层面上讲，民商法律责任的承担与否及追究程度，以及是否予以惩罚性或补偿性，或者惩罚性与补偿性相结合的相应制裁，则可由当事人依据意思自治原则，自行协商，达成合意，权利人可据此在合法范围内进行自力救济（或叫私力救助）。自力救济虽然具有一定的法律约束力，然而无直接强制执行之功效，此乃私法性质的民商法律责任之特征所决定的。也就是说，当事人各方就责任性质、责任程度、承担方式的约定只要不存在可能被依法认定无效或可撤销的情况，当事人并不一定非得教条地硬套法律规定的责任条款，可依自由意志进行约定。但自力救济的前提是依法可行。如据《检察日报》2004年9月19日报道，原告汪某为偿还一笔

7,000元的债务,于2002年承包了一家猪场。同年12月某日,汪某通知债权人章某到其养猪场捉猪抵债。但章某在未与汪某就价格、数量等事项协商一致的情况下,就将汪某饲养的母猪、生猪共82头拖走并卖给他人。江苏省海安县法院经审理认为被告章某擅自捉走原告所有的母猪、生猪构成侵权,并根据当地价格认证中心确认的章某侵权行为时的猪市价格为基准,依法判决被告章某向原告汪某赔偿损失13,000余元。此案说明,违法自救不可取。当然,依自力救济而就责任承担达成协议的任一方当事人若悖于诚信,事后反悔,另一方则可通过诉讼(仲裁)途径寻求公力救济,保障自己应有的权利和应得的利益。

由于民商法律规范的调整对象主要是一定社会的以平等和对价为内容之特定财产关系,以及与财产关系相联系的人身非财产关系,因而适用民商法律责任所欲达到的目的也是多样的,民商法律责任并非仅限于财产责任,还包括某些非财产责任形式。民商法律责任基于违法违约行为而有其存在的基础,同时针对违法违约行为而显其存在的价值。民商法律责任是对民商事行为违法违约制裁的依据,没有民商法律责任的确立就没有对民商事行为违法违约的制裁,也就不可能达到维护民商法律关系稳定,保障当事人的合法权益,促进人文关系和谐,推动社会经济发展的目的。