

GONGPINGYUZHIXU

MINSHANGFAREDIANNANDIANWENTIYANJIU

GONGPINGYUZHIXU

MINSHANGFAREDIANNANDIANWENTIYANJIU

GONGPINGYUZHIXU

公平与秩序

——民商法热点难点问题研究

茹作勋 著



兰州大学出版社

LANZHOU UNIVERSITY PRESS

GONGPINGYUZHIXU

MINSHANGFAREDIANNANDIANWENTIYANJIU

GONGPINGYUZHIXU

MINSHANGFAREDIANNANDIANWENTIYANJIU

GONGPINGYUZHIXU

公平与秩序

——民商法热点难点问题研究

茹作勋 著

D913.04
R1

GONGPINGYUZHIXU

MINSHANGFAREDIANNANDIANWENTIYANJIU

GONGPINGYUZHIXU

MINSHANGFAREDIANNANDIANWENTIYANJIUGONGPINGYUZHIXU

GONGPINGYUZHIXU

GONGPINGYUZHIXU

EDIANNANDIANWENTIYANJIU

GONGPINGYUZHIXU

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公平与秩序:民商法热点难点问题研究/茹作勋著.

兰州:兰州大学出版社,2005.6

ISBN 7-311-02605-9

I.公... II.茹... III.①民法—研究②商法—研究
IV.D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 066677 号

公 平 与 秩 序
——民商法热点难点问题研究

茹作勋 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8617156 邮编:730000

E-mail:press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

兰州大学出版社激光照排中心照排

兰州德辉印刷有限责任公司印刷

开本:880×1230 1/32

印张:11.375

2005 年 6 月第 1 版

2005 年 6 月第 1 次印刷

字数:312 千字

印数:1~2000 册

ISBN7-311-02605-9/D·181

定价:26.00 元

甘肃省高级人民法院院长郝洪涛题辞

鍥而不舍
金石可鐫

題贈作勛同志

乙酉郝洪涛



序

奉献给读者的《公平与秩序》这本集子,记录着一个法律工作者的执着追求和奋斗足迹。他勤于学问,勤于笔耕,充分展现了他的业务能力和研究写作水平。十五年前他就以表格的方式对民法原则及其司法实务进行归纳,出版了一本《中国民法图解》,使读者便于学习、理解、实践,得到了司法工作者的好评。近年来,在繁忙的工作之余,他笔耕不辍,执着追求,不断探索,付出艰苦的辛劳,写出30余万字的《公平与秩序》。这种精神和毅力,实属难能可贵。

《公平与秩序》一书的作者是在甘肃省高级人民法院从事民事审判实践和法律研究工作的法官。多年来,他立足现实,紧贴民事审判工作实际,着眼未来,大胆探索,从理论与实践的结合上进行潜心研究。在民事审判实践中,由于新情况、新问题不断增多,新类型的案件层出不穷,纠纷处理的难度越来越大。为了准确地执行法律,作者分别从情事变更原则研究、民事审判方式改革对证据制度的影响及完善、民事证据立法的意义及内容、论精神损害赔偿、房地产抵押、企业改制的法律问题、商业秘密保护、鉴定结论、物业管理等方面进行了论述。读后使人感到开卷有益:一是针对性强,就民事审判的热点、难点问题进行了探索和研究。二是理论与实践并重,积极解决有益民事审判的司法实务问题。所有这些,对我国民事审判的司法实践与理论研究,都是大有裨益的。

《公平与秩序》一书题材广泛,内容翔实,语言精练。理论工作者读它,会感到这些文章确实应当有人做,同时会觉得受益匪浅;从事民事审判的法官们读它,对它的实用性会赞叹不已,还会联想这些文章我也能写,可我为什么没写呢?我相信,一切有幸读到此书的广大读者将会有所收获。

李永昌

2005年2月

目 录

第一章 情事变更原则研究	(1)
一、情事变更原则之法学机制	(4)
二、关于情事变更原则之比较方法研究及我国立法之雏形体现	(11)
三、情事变更与不可抗力、商业风险之区别及这一原则的具体适用	(16)
四、完善法官自由裁量权之建议	(30)
五、事情变更原则之判例方法研究	(33)
第二章 民事审判方式改革对证据制度的影响及完善	(39)
一、民事审判方式改革之回顾和现状	(42)
二、民事审判方式改革对民事证据制度的影响	(45)
三、完善和构建我国的民事证据制度的设想	(51)
第三章 我国民事证据立法的意义及其内容	(63)
一、认识能力的有限性和诉讼主体追求案件真实的无限性之间存在深刻的矛盾,证据法是解决这一矛盾的必然选择	(65)
二、我国证据法应遵循的基本原则	(77)
三、我国证据法应具备的主要内容	(83)



公平与秩序

第四章 论精神损害赔偿	(89)
一、精神损害的概念	(91)
二、精神损害赔偿的概念	(94)
三、精神损害赔偿的功能	(97)
四、精神损害赔偿的范围	(100)
五、精神损害赔偿金的确定	(107)
六、完善精神损害赔偿制度的几点思考	(109)
 第五章 企业股份制改制的法律问题	(111)
一、当代中国的企业管理体制改革回顾	(113)
二、企业股份制改制的必要性	(118)
三、企业改制中组织形式的选择	(119)
四、股份制改制中国有股权的界定及管理	(122)
五、股份制改制中的资产重组	(129)
六、股份制改制的程序和要求	(137)
 第六章 民事举证责任	(141)
一、举证责任的含义	(143)
二、举证责任的性质	(147)
三、举证责任的分担	(149)
四、当事人举证与法院依职权收集证据	(153)
五、举证责任的免除	(158)
六、举证责任的变更	(160)
七、举证责任的不可转移性	(163)
 第七章 鉴定结论	(167)
一、鉴定结论概说	(169)
二、技术鉴定的法律关系	(173)
三、鉴定部门和鉴定人	(186)
四、技术鉴定的组织程序	(189)

五、完善我国民事鉴定制度的思考	(193)
第八章 商品房预售	(195)
一、商品房预售概述	(197)
二、商品房预售的有关法律问题	(207)
三、楼花按揭的理论与法律调整	(212)
四、商品房预售纠纷若干具体问题研究	(219)
第九章 房地产抵押	(229)
一、房地产抵押的民法原理	(231)
二、房地产抵押概述	(232)
三、房地产抵押权的设定	(235)
四、房地产抵押权的效力范围	(237)
五、有关房地产抵押的疑难问题探讨	(240)
第十章 物业管理初探	(251)
一、物业管理概述	(253)
二、物业管理法律关系中的主体	(255)
三、物业管理中的契约关系	(261)
四、物业管理服务的内容	(266)
第十一章 外观设计专利研究	(273)
一、外观设计专利在市场经济中的作用	(275)
二、外观设计的专利保护	(276)
三、外观设计专利侵权判定	(279)
四、外观设计专利保护中的若干问题	(286)
第十二章 专利等技术出资入股问题研究	(291)
一、专利等技术出资的法律特点	(297)
二、专利等技术入股的法律依据	(298)



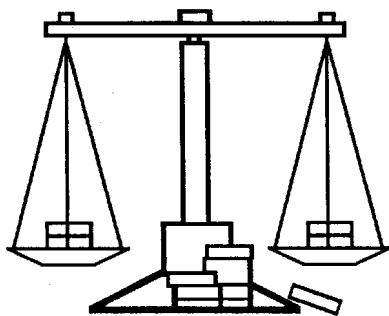
公平与秩序

三、专利等技术财产权的法律特征	(299)
四、享有财产权利的技术是入股的前提	(300)
五、专利等技术入股的风险防范	(304)
六、专利等技术出资瑕疵的民事责任	(305)
第十三章 商业秘密法律保护	(307)
一、商业秘密的概念及构成要件	(309)
二、商业秘密法律保护的理论	(313)
三、商业秘密侵权行为的认定	(317)
四、商业秘密诉讼的证据问题	(327)
五、与商业秘密保护有关的问题	(328)
六、加强商业秘密保护的对策和建议	(334)
第十四章 驰名商标若干问题研究	(339)
一、驰名商标的法律性质	(347)
二、驰名商标的认定机制	(348)
三、驰名商标认定的效力	(351)
后 记	(352)



第一章

情事变更原则研究



情事(亦称“情势”)变更原则是债法中最重要的法律原则之一,也是现代市场经济社会中一项不可或缺的民法制度。其实质与功能在于贯彻公平及诚实信用原则,消除合同因不可预知的情事变更所产生的不公平后果,协调合同当事人之间的利益冲突,维护社会公平,以促进经济流转的安全与便捷。这一原则的立法化已是当代民法不可逆转的潮流。

情事变更原则是指合同依法成立后至履行完毕前,作为合同存在基础的客观情况发生了不可预见的变化,以致按合同履行显失公平,经受不利影响的当事人得请求变更或解除合同,以衡平风险损益的一项法律救济原则。究其实质,这一原则为诚实信用原则的具体运用,目的在于消除合同因情事变更所产生的不公平后果。^①

情事变更原则虽然发展于人类历史的灾变时期,特别是20世纪早期,却不独于灾变时期有其适用,这已是学说上不争的定论。在我国尤其是目前还处于改革时期,在经济前所未有的发展的同时,商品的流通速度日益加快,市场经济愈加活跃,由于市场的供求矛盾所导致的物价暴涨暴跌、通货膨胀、货币贬值、国家财税政策、价格政策、金融政策的重大变化,紧缩银根及利率的重大调整,国际市场价格意外暴涨狂跌,国家限制某种商品的进出口等不确定因素,随着全球经济一体化的进展,国际经济、政治风云的变幻,致使合同履行充满风险,因情事变更致合同履行显失公平而成诉讼的纠纷不断发生,亟需在审判实践中依情事变更原则进行公平、合理的处理。为此,对情事变更原则的研究和探析,对于我国合同法甚至民法的发展无疑具有十分重要的意义。

^① 参见梁慧星《中国民法经济法诸问题》,中国法制出版社1999年版,第170页。



一、情事变更原则之法学机制

(一)情事变更原则的理论根据

关于情事变更原则的理论根据,学术界历来存在不同看法,归纳起来,主要有以下几种观点:第一种观点是约款说。这种观点认为,情事变更原则是基于当事人意思的一种约款,即当事人对情事变更条款存在着一种约定。德国学者温德塞得认为,情事变更是当事人意思表示的附加条款,这种意思表示的内容仅在某种内容尚未成为一种确定的条件,但仍有一种意思表示存在^①。英美法普遍采纳了默示条款说(The Principle of Implied Conditions)。第二种观点是法律行为基础学说。该说是由德国学者奥特曼于1921年在《法律行为基础》一书中提出来的。他在该书中对法律行为基础作出了如下定义:“法律行为基础是缔结法律行为时,当事人一方对于特定环境的存在或发生所具有的预想,相对人明知这种预想的重要性且未作反对表示;或者,多数当事人对于特定环境的存在或发生所具有的共同预想。基于这种预想,形成缔结法律行为的意思。”^②这就是所谓著名的“奥特曼公式”。根据上述定义,法律行为基础包括如下内容:一方面,法律行为的基础是指法律行为的客观基础。与当事人的动机和法律行为的目的不同,它也不属于默示的法律行为的构成部分,不同于所谓的默示条款。^③另一方面,法律行为基础概念本身的确定标准是主观标准。按照奥特曼的观点,如果以整个法律秩序或客观第三人的观点来判断什么是法律行为基础,则无法处理在法律行为缔结时,某种特定环

① 参见史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第446页,下同。

② 彭凤至《情事变更原则之研究》,台湾1986年版,第24~25页。转引自王利明《民商法研究(第四辑)》,法律出版社1998年版,第487页,下同。

③ 参见梁慧星《中国民法经济法诸问题》,中国法制出版社1999年版,第182页。

境自始存在或不存在的问题。所以,某种环境是否或如何成为法律行为基础,也必须如此确定。

奥特曼的这一观点提出后曾经引起了法律界的高度重视,并被司法判例所采纳,但在学术上却引起了数十年的争论。争论的主要焦点是法律行为基础本身的定义问题。为修正法律行为基础学说,德国学者拉伦茨区分了主观法律行为基础和客观法律行为基础。“主观法律行为基础”是指“双方当事人于契约签订时所根据且对双方意思决定有影响的共同预想”。主观的法律行为基础学说主要用于处理双方动机错误的问题。“客观的法律行为基础”是指作为当事人订立合同的客观基础,用以解决“对价关系严重破坏”及“目的不达”问题。但德国学者雷尔曼(Lehmann)则认为,严格划分主观与客观法律行为基础并无实际意义,而应当将二者合并起来加以考察。因此,他提出:“所谓法律行为基础丧失,乃指契约当事人于签约时,如曾考虑到某种情事的不确定性,则该契约之相对人依诚实信用原则并兼顾契约之目的,必曾以该情事之存在为契约发生效力的前提;或者公平而言应该以之为契约效力发生之前提者”^①。可见,他认为合同效力是否应受到影响,应以某种情事转变为前提,而情事是否已发生变化,则以“合同目的”作为判断依据。

第三种观点是法律制度说。这种观点认为,情事变更原则是对于无辜的当事人因遭遇不可预见的情事变化,并受到不公平的待遇时,法律所赋予的一种补救措施,它是法律上所规定的制度。在德国,奥特曼提出法律行为基础学说以后,经过实务上的反复运用,而形成一种具有一定功能和内涵的新的法律制度(rechtsinstitut),并被称为“法律行为基础制度”。这一制度在实践中曾经发挥巨大作用。按照台湾学者彭凤至的看法,“法律行为基础制度自第一次世界大战以来,已经德国民法实务上证明其系一种用以处理经济与社会情况剧变问题的有效制度。此项制度虽形成于灾变时期,但实际上却不仅于灾变时期有其意义,尤其处于社会环境瞬息万变之现代,此种制度自有不

^① 彭凤至《情事变更原则之研究》,台湾1986年版,第46页。



可或缺之重要性。”^①

第四种观点是诚信原则说。此种观点认为,情事变更是诚实信用原则的具体体现。也就是说,当事人在订立合同以后,因为出现了订约时所不可预见的情事,如果继续按合同履行,将会导致对诚实信用原则的违背,所以应允许当事人变更或解除合同。台湾学者林诚二指出:“诚实信用原则系道德规范,乃法律道德化之表征,学者乃立之为法律之最高指导原则。易言之,诚信衡平原则系一种领导性规范,情事变更原则系诚信衡平原则之一适用耳。是故,余以为情势变更原则这理论根据应以诚信衡平说较为适宜。”^②

诚实信用原则要求当事人以诚实信用的方法行使权利并履行义务,当发生了一些特殊情况导致当事人之间利益关系失衡时,应平衡当事人之间的利益关系。所以,根据诚实信用原则,在发生了情事变更导致当事人利益失衡时,如果符合一定的条件,应允许当事人变更或解除合同。所以,情事变更旨在平衡当事人双方的利益或根据诚实信用原则调整当事人之间的利益关系。正是从这个意义上说,情事变更原则是诚实信用原则在合同法中的运用,其理论根据当然应为诚实信用原则。

情事变更原则渊源于诚实信用原则,其性质和内容也没有超出诚实信用原则的范畴,但是也不能据此认为二者是完全等同的。诚实信用原则是广泛适用于民商法领域的一项重要的基本原则,它是民事主体从事任何交易行为所必须遵循的准则。在司法实践中,诚实信用原则也是法官据以解释法律和补充法律不足的原则,而情事变更原则则是债法中指导合同履行的一项原则,它们在适用范围上是完全不同的。就适用于债法领域而言,二者也是有区别的。诚实信用原则旨在确定合同当事人行使权利、履行义务的方法。该原则对合同的订立、履行具有重大指导意义。同时,也产生了当事人之间所应当负

① 彭风至《情事变更原则之研究》,台湾1986年版,第52页。

② 林诚二《情势变更原则之理论与实际》,台湾,《中兴法学》第14期,第294页。

担的各种附随义务。而情事变更原则的效力主要体现在合同的变更或解除上,该原则并不能为当事人的履行确定一定的方法,更不能从该原则中引申出合同的义务。

(二)情事变更原则的历史演进

在罗马社会早期,商品生产、交换的范围非常狭窄,信用制度不发达,即时之交易占主导地位,所以在当时的经济条件下没有确立和适用情事变更原则的社会基础。至共和时期,虽然买卖、租赁、合伙等合同已发展成为诺成性合同(即这类合同的成立、生效与履行在时空上分离),但因为罗马人视债为“法锁”,所以也未接受情事变更对合同效力发生影响的普遍观念^①。现在的学者大多认为,情事变更原则起源于12、13世纪注释法学派著作《优帝法学阶梯注解》,该派学者在其中提出了“情事不变条款”学说。该学说认为:每一个合同均包含一个默示的条款,即缔约时作为合同基础的客观情况应继续存在,一旦这种客观情况不再存在,准予变更或解除合同,此条款称为情事不变条款。“情事不变条款”说在13、14世纪得到了以托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 1225-1274)为首的经院哲学派的赞同,阿奎那主张:基于人或事的变迁,得不遵守承诺。到16、17世纪,自然法思想广为流行,许多自然法学家对“情事不变条款”学说进行了研究,并继承和发展了这一学说。如雨果·格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583-1645)认为,合同义务的履行,如果变得过于艰难而不可忍受时,无论是基于一般的人类本性,或是在比较人、事与法律关系的目的之后认为是正当的,则可使该义务归于消灭。格劳秀斯进一步指出:正如立法时不能预见所有可能发生的情况,因而嗣后必须以衡平的观念修正立法一样,契约于订立时也不能预见到全部可能发生的情况。因此,他主张超出个案限制,普遍建立起因环境变化而进行的契约修正,兴起衡平修正法律关系的概念。之后,自然法学家科塞济(Cocceli)对“情事不变条款”作了大幅扩展,将其演绎为整个法律秩序的精神之所在。他认为事物的状态由许多情事构成,如事物的本质状态发生重大变

^① 参见史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第444页。



化,那么合同的义务即免除,因为原来约定的意义和目的已完全丧失。他主张这项原则应适用于所有的法律范围。受自然法思想影响,一些法典如巴伐利Maximilaan大帝于1756年颁布的民法典、1794年普鲁士普通法以及1811年奥地利民法典曾不同程度地采纳了“情事不变条款”学说。18世纪后期,由于“情事不变条款”的适用过于宽泛,以至被滥用,损害了法律秩序的安定,于是受到了严厉的批判,并渐渐地被法学家和立法者所摒弃。至19世纪,作为古典自然法学派对立面而出现的历史法学派对“情事不变条款”学说的价值更是极为贬低。其后,分析法学派主张形式上的正义,重视严守契约原则及法律秩序的安定性,于是“情事不变条款”学说愈益丧失其重要性^①。

情事变更原则在现代民法中得到确立并在审判实践中广泛适用,是20世纪初叶以后的事情。20世纪以来,人类先后经历了两次世界大战和数次严重的经济危机的打击,许多国家的经济遭到严重破坏,恶性的通货膨胀、急剧的市场变化,致使无数合同难以依约履行,法院面临大量不能依现行法律或先例裁判的案件,即发生所谓“法律不足”的现象。在这种历史条件下,中世纪的“情事不变条款”学说被人们重新提起,并在该理论上产生了有关情事变更原则的多种理论,立法者及司法者对情事变更问题也逐渐关注起来。

在法国,起初立法者对情事变更原则是持保守态度的。1804年的《法国民法典》受历史法学派的影响,坚持“合同必须严守”的原则。虽然这部法典第1148条规定:“如债务人因不可抗力或事变而未履行给付或作为的债务,或违反约定从事禁止的行为时,不发生赔偿损害的责任。”但法国学者大多认为,《法国民法典》并不存在情事变更原则的一般性规定,特别是《法国民法典》第1134条“依法订立的契约,对于缔约当事人双方有相当于法律的效力”的规定,实际上是对情事变更原则的否定。第一次世界大战后,法国发生严重的通货膨胀,这时,立法者对情事变更原则的态度发生了转变,虽然在立法中未规定合

^① 熊进光、彭国光主编《民法·公平的艺术》,江西人民出版社1998年版,第56页。