

中国政法大学

# 优秀论文选集

中国政法大学科研处

编



中国政法大学出版社

## 序 言

在我校建校 45 周年之际，我们举行了由全校教师和学生参加的校庆学术论文研讨会。这次研讨会的特点是，提交论文数量多，参加人员广泛，涉及学科全。论文内容涉及政治学、宪法、民法、经济法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法、法制史、国际法等诸多学科。在研讨会上，我校著名学者江平、陈光中、何秉松、郭翔、刘圣恩等教授作了精彩发言。广大教师及学生对我国法制建设和经济体制改革中遇到的新问题进行了广泛深入探讨，提出了完善法制和推进经济体制改革的建议，不少建议对实际部门具有参考借鉴意义。它在一定程度上反映了我校教师及学生的研究水平和最新研究成果，不仅具有较高学术价值，也颇具实践意义。

为纪念我校建校 45 周年，我们在评选校庆优秀论文的基础上，选编了这本论文集。本论文集共收录了 28 篇论文。希望论文集的出版，能够进一步激发师生进行学术研究的积极性，有更多的高质量的科研成果问世，为促进我校教学、科研水平的进一步提高，繁荣学术研究，推动我国法制建设和经济发展做出更大贡献。

在论文集选编过程中，以下人员付出了辛勤劳动，在此特向他们表示衷心感谢，他们是：怀效锋、梁淑英、郭成伟、卫灵、

郎佩娟、王灿发、姚新华、费安玲、肖圣喜、卞建林、宋英辉、满学会、刘文平、张建港。本论文集的出版，得到了中国政法大学出版社的大力支持，在论文集付梓之际，向他们表示诚挚的谢意。

赵相林

1998年6月

# 目 录

## 上篇 教师论文

- 制订民法典的几点宏观思考 ..... 江 平 (3)
- 海峡两岸民事诉讼基本原则之比较研究 ..... 常 英 (8)
- 论重整企业的营业授权 ..... 王卫国 (27)
- 论城镇住房制度改革 ..... 符启林 (40)
- 贸易自由化对环境的影响和我国的立法对策 ..... 王灿发 (63)
- 市场经济条件下的管理体制
- 亚洲各国建立市场经济的比较研究 ..... 刘圣恩 (73)
- 美国关税法 337 条款剖析 ..... 李 巍 (84)
- 全球网络一体化经营联盟初探 ..... 王一民 (96)
- 试论新刑法的罪刑法定原则 ..... 何秉松 (103)
- 青少年犯罪：预防、惩戒与康复 ..... 郭 翔 (134)
- 轻微刑事案件自诉的问题与研究 ..... 洪道德 (164)
- 逮捕条件的理解与适用 ..... 鲁 杨 (173)
- 浅析中国对外国人的引渡 ..... 梁淑英 (182)
- 中美毒品问题及禁毒对策之比较 ..... 吕小莉 (199)
- 市场经济与行政法的发展思路 ..... 薛刚凌 (215)
- 行政许可制度存在的问题及立法构想 ..... 马怀德 (228)

试论香港特别行政区与内地间的法律冲突 .....	郭晓光 (239)
法的经济价值初探 .....	郭 燕 (248)
√ 清代刑名幕友初论 .....	高浣月 (258)
中国现代化建设的国际机遇与挑战 .....	刘长敏 (280)
√ 世界高科技浪潮下的思考 .....	卫 灵 (294)
论现代考核的科学化与民主化 .....	刘俊生 (306)
美育在精神文明建设中的作用 .....	朱惠格 (314)

## 下篇 学生论文

### 经济法与民商法

——以企业立法为例分析 .....	卢晓光 (321)
论侵权责任构成 .....	张树升 (334)
论买卖合同中的瑕疵责任 .....	李莅宾 (355)
论继承权 .....	向 东 (373)
论国际货物买卖违约救济方法中的实际 履行和损害赔偿 .....	岳 胤 (393)

# 上篇 教师论文



## 制订民法典的几点宏观思考

江 平

我国民法典的制订工作最近已得到立法最高决策者的同意。而且，在刑法典修改工作完成后，民法典的起草工作已经在悄悄准备起来。但民法典的完成决不会像刑法的修改能在一年内完成，它可能需要三五年甚至七八年的历史过程。在开始这一艰巨工程前需要对这一工程的宏观设计作一些思考。

### 一、基本法和单行法

是否需要制订一部包笼一切民事法律关系的“大而全”的民法典是人们思考的首要问题。《民法通则》是不可能“大而全”的，民法典是否可以呢？从世界范围来看，我们可以见到“大而全”的刑法典，但我们却难以见到“大而全”的民法典，因此，新的民法典也不能企求“大而全”。不能求全，但大到什么范围呢？

首先是传统上以单行法形式出现的，如知识产权，信托的法律制度，仍宜采取单行法形式不纳入民法典；

其次是传统上以民法典形式出现而在我国已在单行法中详细规定的，如保险法中的保险合同，铁路法中的铁路运输合同等，似仍以单行法规定为宜；



再次是民法典是否应包括亲属编，传统世界大陆法系民法典均包含亲属编，原苏俄民法典首次将亲属排除在外，另立家庭婚姻监护法典。80年代初起草民法典的初稿中将其纳入民法典范围，1986年《民法通则》未作明确规定，似应按各国民法典通例，将其纳入民法典范围。

## 二、大陆法和英美法

究竟以大陆法模式或英美法模式或二者兼而取之，是起草民法典指导思想的一个重要问题。现今许多大陆法系国家和地区，尤其是日本和台湾地区均受到英美法的重大影响，但一般说来是民法继受大陆法、商法受美国影响较大。我国改革开放以来，在民商立法中也兼吸收了二者的长处，而在《民法通则》中则以大陆法系为主也兼考虑了英美法的做法，例如，把物的担保和人的担保并合一起列在债的担保范围内，而不是像大陆法那样把物的担保放在物权编，而把人的担保放在债权编。作为单行法的《担保法》也大体采取这一格局，并把美国《动产担保交易法》的一些内容吸收过来。新的民法典仍采取《民法通则》的模式将各种担保制度统一规定在民法典债权编内，是严格依传统的大陆法系民法典模式，还是继续保留担保法作为单行法实施，是一个需要认真研究的问题。

代理制度也是一个需要认真对待的问题，《民法通则》中的代理是严格意义上的大陆法代理概念，或称直接代理。而英美法的代理概念则更加广泛。《民法通则》被通过并实施10年来，代理概念有扩大趋势，现今外贸代理以及正在试行的内贸代理制，已经不是原有代理概念所能包括的。现今正在制订的《经纪人法》以及国家工商管理总局制订的《经纪人管理办法》采取的是英美法制度，而统一合同法中的居间契约又是采取大陆法制度。二者之间如何协调一致仍有许多不合谐地方有待研究。这方面需要解决的远不止这两个问题。

### 三、公法和私法

将要制订的民法典作为一部私法出现，这是没有争议的，但是，公法与私法在法律中如何界定划分就比它在原理上如何划分难得多了。在一部民法典中人们已经不难发现仍有若干行政权力的规定。而在以调整平等主体关系为主的单行法律中，有关行政权力的规定则更加普遍，更趋增多了，如信托法和信托业法在我国均融合于一个法中，就是这种表现。

有关土地权利和土地管理的法律可能是我国现行法律体系中最为混乱的一个部分。以台湾地区为例，有关土地民事权利的规定均在民法典中，而土地法则主要是有关地政方面的规范，私法公法泾渭分明。我国现今《民法通则》中有关土地权益的规定甚为简单，土地法正在制订中以代替现今之土地管理法，而土地法制订中又将包含大量的有关土地权益的私法规范。前几年通过的《城镇房地产交易管理法》则是集房地产交易中私法与公法规范于一体。因此，在制订民法典时其中物权篇有关土地权益的规定与土地法、房地产交易管理法之间的关系必须明确，否则，其内容之重复、交叉和相互矛盾之处在所难免。

### 四、民法和商法

将要制订的民法典和商法是什么关系，这需要从理论构思和立法框架上首先明确。虽然有人主张我国实行民商分立的立法模式，而且要制订一部商法典。但是，我认为这种模式在中国几乎不可行，这是因为现代商法的具体领域已经远远超过上一世纪商法典通常包括的公司、票据、保险、海商的范围。此外，这四个领域，尤其是海商法早已形成独立的法律部门，既然已经有了四个独立的单行法，再把它们合成一部商法典也无必要。

因此，有关商事立法可能有两种途径可循：一是制订一部商事通则或商法通则，规定商事活动原则、商事主体、商事企业（包括关联企业）、商业账簿、商业人身权（包括商业信用、商业

秘密等)、商事行为和各種商業代理等，而不規定任何具體的部門法律；二是把上述一些準則都納入到民法典中，實行完全的民商合一。從意大利民法典和最近剛剛通過的俄羅斯民法典來看，它們都把商事主體、商事行為、商事代理、商事權利歸納到民法典的相應各篇章中。我個人認為第一種模式應當更為簡便可行。

## 五、主體法和行為法

民事權利歸根到底要反映在主體法中或行為法中，在將要制訂的民法典中將不會有現今《民法通則》中獨立的民事權利一篇或一章。行為法的權利更多地體現為意思自治，即約定的權利；而主體法的權利更多地體現為法定性 or 國家權力機關的監督和控制。這一點可以從合夥立法的指導思想得到說明。

在《民法通則》中，合夥是放在主體法中加以規定的。合夥企業法立法曾有不同主張，有的主張叫合夥法，有的主張叫合夥企業法，其考慮角度前者為行為法，後者為主體法。最後還是按主體法的思考制訂了一部《合夥企業法》，而正在起草的統一合同法也把合夥合同列為合同的具体形式之一加以規範。既把合夥規定在主體法中，又把它規定在行為法中，必然造成內容的重複。同樣，民法典中規定合夥的地位和合夥人之間權利又與作為單行法的合夥企業法內容重複甚至相衝突。因此，如何處理好這三者之間的關係，給合夥關係以最科學的法律定位是民法典必須慎重考慮的問題。

主體法和行為法的問題也在前面所談的《經紀人法》中表現出來，經紀人法是一部主體法，更多地從經紀人的資格取得、經紀人的法律地位及國家的管理和監督上加以規範，但是經紀人的權利義務必然又與其行為法（經紀合同）相互聯繫。而經紀作為一種行為是在合同法中規定的，居間合同就是經紀關係的主要行為法律形態。那麼，居間這種法律關係究竟從主體法抑或行為法的角度去加以規範呢，還是二者同時規範呢？這不得不加以認真

思考。

## 六、强制性规范与任意性规范

强制性规范即国家意志优先于当事人自己意志的规范，而任意性规范则是当事人意志优先于国家意志的规范。在主体法中应当是强制性规范为主，而行为法中则是任意性规范为主，例如，在企业形态上应该采取法定主义，即只有法律规定的企业形式才是合法的，法律没有规定的，任何人不得创造或设立。例如，公司法中本来准备规定法人独资公司，后来考虑到这种法人独资公司会带来一些弊端，故而删去不规定了。那么，法律究竟是否允许设立这种法人独资公司呢？最初人们理解为法律未规定的就是不允许，而后来有些人就试图解释为法律未规定的不一定就是不允许。所以，现在有些地方又开始注册成立这类公司。如果按这种解释，那么，自然人也可以设立独资有限公司了，这就近乎于荒唐。应该看到企业法定主义和物权法定主义一样都应遵循一个原则，即法律未规定的就是不允许的。这与合同种类完全不同，在合同法中法律未规定的合同种类，只要其内容不违法应视为合法。因此，如何把握强制性规范与任意性规范在民法典中的关系也是法典制订前必须明确的一个指导思想。

## 海峡两岸民事诉讼基本 原则之比较研究

常 英

民事诉讼的基本原则，我国台湾地区学者称之为诉讼程序立法主义，指在民事诉讼程序中起指导作用的基本准则。基本原则是民事诉讼法的精髓，它体现民事诉讼法的本质和民事诉讼的基本规律，体现统治阶级对民事诉讼模式的设计和要求。《中华人民共和国民事诉讼法》（以下称《民事诉讼法》）为突出基本原则在民事诉讼中的地位和作用，专设法条予以规定。涉及的法条从第5条到第17条，规定的基本原则有：同等原则，对等原则，民事案件的审判权由人民法院行使原则，独立审判原则，以事实为根据、以法律为准绳原则，诉讼权利平等原则，对当事人在适用法律上一律平等原则，调解原则，合议原则，回避原则，公开审判原则，两审终审原则，民族语言文字原则，辩论原则，处分原则，检察监督原则，支持起诉原则，人民调解原则，民族自治地方可以制定变通或补充规定原则等，共19个。台湾地区“民事诉讼法”对基本原则没有专设法条，而是将其融化在民事诉讼的各项程序制度中。根据台湾地区学者陈荣宗、杨建华等人的概括，这些基本原则也有十几个之多。其中有些基本原则是与我国

民事诉讼相同或者相近似的，但也有些基本原则根本不同。本文拟就海峡两岸民事诉讼中几个最具有代表性的基本原则，试加比较与探讨。

### 一、处分原则

处分原则，台湾地区学者称之为处分权主义，是民事诉讼中处于第一位的重要基本原则。指民事纠纷发生后，是否起诉、在什么范围内对什么人起诉，以及起诉后对实体权利和诉讼权利的处置，原则上由当事人自己决定。他人乃至国家均不得包办代替。

我国《民事诉讼法》第13条规定：“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”这一规定确立了我国民事诉讼的处分原则，并为当事人在民事诉讼中行使处分权提供了法律依据。

处分原则在我国民事诉讼中的主要表现是：

第一，民事纠纷发生后，是否向人民法院起诉，由当事人自己决定，人民法院不得依职权开始民事诉讼，人民检察院也不得为保护他人民事权益而提起民事诉讼。

第二，诉讼进行中，原告可以放弃或者变更诉讼请求，被告可以承认反驳诉讼请求，双方当事人可以自行和解。

第三，一审判决后，是否提起上诉，由当事人自己决定；第二审人民法院审理上诉案件，仅对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查，不得任意扩大审理和裁判的范围。

第四，宣判前，原告可以撤回起诉，上诉人可以撤回上诉。

第五，强制执行的开始以当事人申请为原则，当事人没有提出申请，人民法院一般不能依职权开始强制执行。

从处分原则在民事诉讼中的表现可以看出，在我国民事诉讼中，从起诉到终审，再到强制执行，当事人对自己依法享有的民事权利和诉讼权利，均可行使处分权。但是，我国毕竟是以生产

资料公有制为基础的社会主义国家，基于维护社会主义经济基础的需要，民事诉讼法在赋予当事人处分权的同时，又要求当事人的处分行为必须在法律规定的范围内进行，不得损害国家利益、社会利益和他人的民事权益。否则，人民法院有权代表国家进行干预，不承认其处分行为。当事人处分民事权利和诉讼权利的行为如果不能得到人民法院的承认，便不具有法律效力，不能达到预期的结果。比如，诉讼程序开始后，原告要求撤回起诉。接到申请后，人民法院首先要审查其撤诉行为是否违反国家法律，是否损害国家利益、社会利益和他人的民事权益，如果不存在这种情况，裁定准予撤诉。这样，诉讼被撤回，诉讼程序终结。反之，裁定不准撤诉。凡是人民法院裁定不准撤诉的案件，原告仍须参加诉讼，如经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

我国台湾地区是奉行“私权自治”的地区。因此，在其民事诉讼中，处分原则体现的比较彻底，而且处于十分重要的地位。除起诉、上诉由当事人自己决定，诉讼进行中当事人可以放弃、承认诉讼请求，与对方当事人和解外，处分原则还体现在以下几个方面：

（一）法院不得就当事人未声明之事项为判决（台湾地区“民事诉讼法”第388条）

这就是说，法院的审判活动限制在当事人请求的范围内。台湾地区“民事诉讼法”第244条明确规定，原告提交的起诉状，应当记载原告对于被告就一定诉讼标的所求判决之内容及范围。比如，原告提起给付房屋租金之诉，其诉状中应当记载请求被告给付房屋租金若干元。该请求于原告胜诉时，通常就是判决主文的内容。如果法院就当事人未声明之事项作出判决，该判决则为诉外裁判，当事人得以此为由提起上诉，请求上级法院予以撤销。台湾地区法院审理民事案件实行三审终审制。第二审法院和

第三审法院对案件的审理，限制在上诉声明的范围内（台湾地区“民事诉讼法”第450条、第475条）。

## （二）法院不得依职权变更或者追加当事人

我国民事诉讼法准许人民法院依职权追加共同诉讼人和无独立请求权的第三人。台湾地区学者认为，这种做法是违反处分原则的。<sup>〔1〕</sup>台湾地区“民事诉讼法”第255条第1款规定：“诉状送达后，原告不得将原诉变更或追加他诉。但经被告同意或不甚碍被告之防御及诉讼之终结者，不在此限。”法律对原告尚且如此限制，法院不是案件的利害关系人，对它的限制就更加严格，绝对不准法院依职权改变诉状内容，就当事人未声明之事项为判决。对于诉讼标的必须合一确定的必要共同诉讼，法律要求所有当事人必须一同起诉或者被诉，如有欠缺，法院得以当事人不合格为由，判决驳回原告之诉。诉讼进行中，原告主动要求追加共同诉讼当事人的，作为第255条之例外，法律也准许。但法院决不能依职权追加当事人，也不得命当事人补正。至于追加无独立请求权的第三人（台湾地区“民事诉讼法”称为从参加人和辅助参加人），在其民事诉讼中是绝对禁止的。如果第三人与双方当事人正在进行的诉讼有法律上的利害关系，为维护自身利益，可以提出参加书状，申请参加诉讼（台湾地区“民事诉讼法”第58条、第59条）。如果第三人不知有诉讼系属之事实，当事人可以将诉讼系属之事实告知因自己败诉而有法律上利害关系的第三人，促其参加诉讼（台湾地区“民事诉讼法”第65条）。经当事人告知而不参加诉讼的，视为已参加诉讼，判决对其发生参加效力。即该第三人在以后发生的他与本案一方当事人的诉讼中，不得声明裁判不当。

---

〔1〕《民事诉讼法之研讨》（四），台湾三民书局有限公司，1996年版，第258页。



(三) 判决确定前，原告可以不经法院批准而任意撤回起诉

在台湾地区民事诉讼中，对当事人处分民事权利和诉讼权利的行为，法院是不加监督和干预的。因此，当事人撤回起诉，只须提出书状，即发生终结诉讼的效力，而不经法院审查批准。但是，如果被告已进行言词辩论，须征得被告同意，才能撤回起诉。台湾地区学者认为，撤诉乃诉讼法上单方法律行为，原告一经向法院表明撤回起诉的意思，撤诉即成立，诉讼程序即终结。<sup>〔1〕</sup>

有人认为，在台湾地区民事诉讼中，当事人处分民事权利和诉讼权利是绝对自由的，毫无限制的。这是对台湾地区法律不甚了解而产生的误解。实际上，台湾地区法律对当事人处分权的限制和干预，在某些方面比我国民事诉讼法更进一步。其主要表现是：

第一，如果发生争议的民事案件涉及国家利益、社会利益（台湾地区“民事诉讼法”称公益案件），可由检察官代表国家作为原告提起民事诉讼。比如，台湾地区“民法”第14条和第64条明文规定，检察官可以主动提起对有禁治产原因之人进行禁治产宣告程序；政府主要机关或检察官可以主动提起民事诉讼，请求法院判决宣告财团董事违反捐助章程之行为无效。

第二，有些民事案件，法律明文规定当事人不得自由处分其权利。比如，台湾地区“民事诉讼法”第574条、第588条、第594条、第595条、第615条和第624条均明确规定，认诺和自认的效力，不适用婚姻案件、亲子关系案件和禁治产案件。

可见，在台湾地区民事诉讼中，处分原则在一定民事诉讼范围内是受到限制的，并无绝对可言。

与台湾地区民事诉讼中的处分原则相比，我国民事诉讼中的

---

〔1〕 杨建华：《民事诉讼法要论》，台湾三民书局有限公司，1993年版，第231页。