

主
编

赵
中
孚

民商法 理论研究 (第一辑)

CH

中国
人民
大学
出版
社

民商法理论研究

(第一辑)

主编 赵中孚

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法理论研究 (第1辑) / 赵中孚主编

北京: 中国人民大学出版社, 1998

ISBN 7-300-02960-4/D·379

I. 民…

II. 赵…

III. ①民法-研究-文集②商法-研究-文集

IV. D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 39420 号

民商法理论研究

(第一辑)

主编 赵中孚

出版发行: 中国人民大学出版社

(北京海淀路 157 号 邮编 100080)

发行部: 62514146 门市部: 62511369

总编室: 62511242 出版部: 62511239

E-mail: rendafx@263.net

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市鑫鑫印刷厂

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 11.625

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

字数: 286 000

定价: 18.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

主编 赵中孚

编委 (以姓氏笔画为序)

王利明	龙翼飞	叶 林
吕家琳	刘兆年	刘春田
杨大文	李大元	吴汉东
余能斌	林 嘉	赵中孚
姚 辉	徐 健	郭明瑞
崔洪夫	董安生	靳宝兰

序

20年前具有重要历史意义的党的十一届三中全会的胜利召开，开辟了我国社会主义现代化建设的新的里程，十分重视加强社会主义法制的重要性。从那时起至今，我国的立法，特别是民商立法出现了喜人的局面，数目之多，范围之广，有目共睹。1996年《中华人民共和国民法通则》的颁布以及若干年来其他单行民事立法和商事立法的问世，为促进我国的经济建设和保障公民、法人的合法权益，发挥了重要的调整作用，在1993年我国的社会主义市场经济得到宪法确认之后，其作用更为明显。与此同时，民商法学的理论研究如雨后春笋，呈现出空前的繁荣景象。

中国人民大学法学院民商法专业自80年代开始到现在已培养了数目可观的博士生、硕士生和高级法官班学员，他们之中不少人撰写的学位论文或者结业论文属于佳作，由于条件所限，未能出版献给读者。经过努力编成的本书，拟分辑不定期地出版，收入的论文以硕士论文为主，也包含篇幅在两三万字左右、方便读者阅读的其他论文和译著。出版本书的意图是愿为百花争艳的民商法苑耕植一株新苗，为民商法理论探讨和法制建设作些微薄的贡献。热切盼望得到同行的大力支持并听取批评和建议。

中国人民大学法学院民商法教研室

赵中孚

1998年8月26日

民商法理论研究（第一辑）

作者简介（依论文排列顺序）

- 赵中孚** 中国人民大学法学院教授，民商法学博士生导师。
- 刘春梅** 中国人民大学法学院民法学九六届硕士生，九九应届博士生。
- 刘毅勤** 福建省漳州市中级人民法院民庭副庭长，1996年9月～1997年7月中国人民大学高级法官民法班学员，结业后回原单位工作。
- 张晓军** 中国人民大学法学院民商法学九七届硕士生，现为天津市高级人民法院业余大学副教授。
- 蒋志培** 1988年9月～1989年7月中国人民大学高级法官民法班学员，1995年获硕士学位，现为最高人民法院知识产权审判庭副庭长。
- 卞江生** 中国人民大学法学院民商法学九八届硕士生、在读博士生。
- 邢海宝** 中国人民大学法学院民商法学九四届硕士生、九七届博士生，现为中国人民大学法学院讲师。
- 王利苹** 中国人民大学法学院民商法学九七届硕士生，现为贵州省高级人民法院经济庭助理审判员。
- 查松** 中国人民大学法学院民商法学九五届硕士生、九八届博士生，现供职于中国银行信贷管理部。

目 录

关于建立社会主义市场经济秩序与民商立法问题

研究	赵中孚 (1)
夫妻财产制的比较研究	刘春梅 (19)
房屋优先购买权制度及其存废之我见	刘毅勤 (67)
保证责任研究	张晓军 (78)
论知识产权侵权损害的赔偿	蒋志培 (131)
论股份有限公司股东表决权	卞江生 (151)
船舶扣押	邢海宝 (191)
保险代位法律制度研究	王利革 (248)
中国期货立法研究	查 松 (302)

关于建立社会主义市场经济秩序 与民商立法问题研究^①

□ 赵中孚

—

自党的十一届三中全会以来，在党的基本路线指引下，我国通过改革开放，解放和发展社会生产力，为建设具有中国特色的社会主义，不断总结经验，摸索前进，取得了举世瞩目的伟大成就。在改革前进的道路上，如何确定我国经济体制的目标和模式，一直是需要首先思考的课题，正像江泽民同志在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告中指出的，它是关系整个社会主义现代化建设全局的一个重大问题。这个问题的核心，是正确认识和处理好计划与市场的关系。我国在建设社会主义的过程中，不断提高认识，调整航标。从实行计划经济到提出计划经济为主、市场调节为辅，到实行社会主义公有制基础上的有计划商品经济，到实行计划经济与市场调节相结合的经济体制和运行机制，到今天的实行社会主义市场经济体制，这是在计划与市场关系问题上认识的新的重大突破，它已明确地载入我国第八届全国人民

① 本文第一、二部分曾载入北京市法学会编的《社会主义市场经济法律体系论文集》，其中第二部分以《我国民商法律体系的研究》为题刊于《法学杂志》1993年第6期，本次略有改动。

代表大会一次会议上通过的《中华人民共和国宪法修正案》之中，这是在我国根本大法中对社会主义经济体制变革的庄严宣告，是引导全国各族人民为建设我国社会主义经济最具权威的规范和共同的行动纲领。

建立社会主义市场经济体制是一个繁重的，并无先例可寻的历史任务，实现这一任务必须解放思想，实事求是，既要勇于开拓，阔步前进，又要统一筹划，稳妥可行，在统一的市场经济秩序下进行。对于如何建立社会主义市场经济秩序，需要做许多方面的工作，笔者仅就近年来对我国社会经济生活的观察和感受，提出以下几个方面的思考：

（一）加速改革开放步伐，坚持社会主义制度

我国实行社会主义市场经济体制，是把市场经济同社会主义制度紧紧结合在一起的。社会主义市场经济最基本的特点，在所有制方面应是以包括全民所有制和集体所有制两种经济的公有制为主体，个体经济、私营经济、外资经济为补充的多种经济成分长期存在，共同发展；在分配制度方面应是以按劳分配为主体，其他分配方式为补充，兼顾效率与公平，从而保证改革开放的中国特色，显示社会主义制度的生命力。在深化改革中，国有经济如何适应市场经济的要求，转换经营机制具有举足轻重的地位，这种转换的目的是为了使国有企业摆脱计划经济体制下造成的多方面不合理束缚，创造良好的外部环境，使国有企业真正成为独立自主，自负盈亏的法人实体，在平等的条件下参与市场竞争，改进和增强经济效益。这种转换无论是采取股份制还是其他有效形式进行，均应以不损害、不削弱国家对国有企业的财产所有权为前提条件，使国有企业法人依法享有充分的经营权，而非所有权，即国有企业依据国家授权享有对国有财产的占有权、使用权和一定范围的收益权和处分权，而国有企业的财产所有权，则只能属于国家。加速国有企业的改革步伐，创造的各种形式，都应

当严格国有资产管理，坚持社会主义公有制的主导地位，而不应轻率地把国有资产转化为法人所有或者个人所有。

（二）健全社会主义法制，真正发挥法律的作用

我国在建立社会主义市场经济秩序的过程中，除了必要的行政手段、经济手段以外，还要重视和发挥法律手段的重要作用。我国的社会主义法制体现了工人阶级和广大劳动人民的意志，它的完整内容和要求是“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。有法可依是健全社会主义法制的基础。做到有法可依，就不能只靠政策办事，忽视制定必要的法律、法规，更不能习惯于“以人代法”、“以言代法”的人治做法。当前，围绕社会主义市场经济的建立，应当着重健全调整它的民事立法，同时制定必要的宏观调控的行政立法和经济立法。有法必依是健全社会主义法制的关键。制定的法律、法规、规章必须付诸实施，才能发挥法律手段的作用，如果把立下的法束之高阁，不去遵守，法律的权威性丧失为一纸空文，带来的是十分严重的不良后果。执法必严是健全社会主义法制的标志。一切执法机关和人员必须严格依法律办事，严肃工作，严明纪律，维护法律的尊严。不得因人施法，畸轻畸重，把“人情”和“关系”摆在法律之上。不得违法乱纪，循私枉法，把神圣的执法权利作为肮脏交易的砝码，一些执法者类似的践踏法制的行径，已经在社会上造成极坏的影响。违法必究是健全社会主义法制的保证。对一切违法者均应依其违法的性质、情节和后果，依照相应的法律予以制裁，追究法律责任，真正实现法律面前人人平等，王子犯法与庶民同罪，对执法者的违法行为必须严加检查和制裁。

（三）加强社会主义精神文明建设，优化社会环境，塑造人的美的灵魂

精神文明建设为经济建设和改革开放提供了强大的精神动力和智力支持。因此，在改革开放迅猛发展的同时，必须大力加强

社会主义精神文明建设，坚持党的基本路线，坚持马克思列宁主义的思想教育和唯物史观，宣传群众，动员群众，焕发出建设社会主义市场经济的无穷力量。这些年来在物质文明建设方面，取得了明显的经济效益，发展了社会生产力。但在精神文明建设上抓得不硬，没有给以足够的重视，思想政治工作薄弱，组织涣散，使全心全意为人民服务的思想淡化了，不少机关、事业单位的部门把国家赋予的经济管理和行政管理的职能、份内无偿服务的职责，变换为有偿服务，实行权钱交易，待价而沽。社会主义伦理道德水平下降，封建迷信观念和资本主义腐朽思想侵蚀着社会机体和人的灵魂，拜金主义、享乐主义和极端个人主义滋生蔓延，早已根绝的卖淫嫖娼、吸毒现象又死灰复燃，严重侵害了妇女的身心健康和全民族的利益，损害了党和国家的声誉。对社会主义精神文明必须强化，应当围绕经济建设这个中心大力宣传马克思主义，武装头脑，树立革命的世界观和人生观，加强党的基本路线教育和爱国主义、集体主义、社会主义思想教育，维护平等互助的人与人之间的相互协作关系，在各条战线上表扬先进典型，抵制歪风邪气，优化社会环境，提高人的素质，塑造有理想、有道德、有文化、有纪律的合格建设者和可靠接班人。

二

在八届全国人大常委会第二次会议上，中央领导指出：今后五年是我国从旧经济体制向新经济体制转换的关键时期，建立和健全市场经济法律体系，是培育和发展社会主义市场经济不可分离的组成部分，社会主义市场经济的发展，必须有法律来引导、规范、保障和约束。还明确地把调整社会主义市场经济的法律体系与我国经济体制的转换这一伟大历史变革紧紧地结合在一起，并强调了法律这一工具的不可缺少和它的全面完整的作用。

(一) 转变观念，确立民法在调整社会主义市场经济中的首要地位

马克思列宁主义的基本原理告诉我们：国家和法律的性质和形式是由经济关系决定的。纵观几千年来的中国封建社会，由于自给自足的自然经济占居统治地位，商品经济很不发达，历代王朝为维护他们的统治地位，颁布实施的律例规章均以刑法为核心内容，有关民法的钱债田土户婚等等广泛内容的规定，大多处于次要、分散的地位。因之“重刑轻民”思想不仅在封建社会、半封建半殖民地社会严重存在，就是新中国建立后，直至今日，仍然有着相当的影响。但在西方世界，则是另一种情况，古罗马帝国，从奴隶社会到封建社会，由于商品经济的兴起和发展，急需相应的法律加以调整，从古罗马的“市民法”、“万民法”到公元12世纪的《国（民）法大全》，形成了当时较为完整的民法体系，恩格斯把罗马法誉为简单商品生产、即资本主义前的商品生产的完善的法，是商品生产者社会的第一个世界性法律。1789年法国资产阶级革命胜利后，适应调整资本主义商品经济的需要，拿破仑在1804年公布了以罗马法为基础的在大陆法系国家具有重要影响作用的《法国民法典》，它被恩格斯称为典型的资产阶级社会的法典。资本主义上升到垄断资本主义阶段，德国在1896年制定、1900年施行了内容更加全面，体例更为完整的《德国民法典》，对新时期的资本主义商品经济进行法律调整，这部法典同样在大陆法系国家起了重要的范本作用。1917年俄国十月革命胜利，是社会发展史上的新纪元。在列宁亲自指导下，俄罗斯加盟共和国于1922年制定、1923年施行的《苏俄民法典》，对最初出现的社会主义商品经济及时地进行法律调整。历史经验证明：民法同商品经济有着天然的紧密联系，在世界漫长广阔的时空环境里，商品经济不发达或者薄弱，产生不了系统的民事立法；商品经济活跃并日益发展，则要求建立和实现完整的

民事立法体系。

商品经济是相对自然经济而言的，市场经济是相对计划经济而言的，任何形态的商品经济都离不开市场，任何商品生产者都要依靠市场进行商品交换活动。参与市场经济的主体，无论是商品所有人或是商品交换者，他们进入市场均以平等的身份出现。他们之间在多种多样的横向经济关系中的利益和相互的意思表示，不可避免地需要民法予以积极的调整。像商品经济发达的西方国家一样，我国的社会主义市场经济也不例外，它为民法的制定和完善提供了孕育和滋生的土壤，民法的制定和施行则为社会主义市场经济的建立和发展发挥重要的调整作用。1986年4月12日六届全国人大四次会议通过的《中华人民共和国民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”。它明确规定我国民法调整财产关系和人身关系两大关系；参与这两大关系的主体，既包括公民，也包括法人；这两大主体参与两大关系时均以平等的地位出现，标示出民事活动的本质特征，划清了民事法律关系与其他调整财产关系的法律部门（如行政法、经济法）的基本界限。就民法调整的财产关系分析，市场经济中的商品关系占有相当比重，诸如：物权关系、债权关系和知识产权中的财产关系，均发生在平等主体之间，这些主体建立的民事法律关系，不是领导与被领导、上级部门和下级单位之间的行政隶属关系；这些主体间从事的民事活动，不是依据授意行事或者服从调拨指令，而是遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则进行。就民法调整的人身关系观察，人身关系是与人身密不可分而无直接财产内容的法律关系，但人身关系在市场经济体制中也可能由于受到侵害或者直接参与民事流转体现出财产内容，前者如公民或者法人因自身的名誉权、荣誉权、署名权、作品完整权的被侵害而向侵权者提出损害赔偿的财产要求；后者如法人依法对

名称权的有偿转让。我国民法通则于 1987 年 1 月 1 日施行后，显示出强大的生命力，它不仅科学地规定了民法调整的对象，而且确立了民事活动的基本原则、民事主体、民事法律行为、代理、诉讼时效、所有权、债权、知识产权、人身权、民事责任等法律制度，使一些在其他法律、法规中使用的概念（如法人）得到了科学的解释，并为我国各级审判机关审理民事、经济纠纷提供了直接的法律依据。

（二）如何评估我国法制建设中民事司法解释的重要作用及其发展远景

十几年来，我国法制建设开创了崭新的局面，蓬勃发展。全国人民代表大会及其常委会制定了新宪法这一根本大法，制定了刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、民法通则、行政诉讼法等基本法和许多单行法律。国务院及地方人民政府颁发了许多行政法规，最高司法机关就司法工作实践中具体适用法律的问题作出司法解释，丰富了我国法制建设的内容。

现在着重从民事立法方面观察和探讨一下。在民法通则施行后，全国各级法院受理的民事和经济案件数量迅速增长，案件类型也出现了新的变化，除了长时期以来受理的婚姻、债务、赔偿等案件外，新出现了以著作权为主的知识产权纠纷、人身权纠纷、承包经营和租赁经营纠纷、海事纠纷等，充分说明在社会主义市场经济条件下正确调整民事法律关系的重要性。由于民法通则只有 156 条，过于简括，难以适应审判工作的需要，为了弥补民事立法缓慢的空白，正确及时地解决民事和经济纠纷，最高人民法院于 1988 年 4 月 2 日发出《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》的通知，这个意见是十分重要的民法司法解释，共有 200 条，对民法通则中的有关内容的法律规定结合审判实践作出具体详明的解释，这个由我国最高人民法院作出的民法司法解释是**有权解释**，是具有法律约束力的

解释，它对解决大量民事和经济纠纷，保障我国市场经济的正常运转和人民日常生活的稳定发挥出积极的重大作用。值得思考的是作为我国基本法之一的民法通则条文有限，而贯彻执行民法通则的司法解释却多于立法条文，并有超越司法解释权限的内容，这种做法还有不断发展的趋向，这就构成了我国在民事立法和司法解释方面的一种特殊态势，它有别于其他法律部门立法和司法解释的格局，也不同于自建国起将近 40 年时间的传统做法。在那一段相当长的时间内，我国民事立法几无基本法问世，主要是单行法律、法规和规章，大多是中央和地方的条例、规定和办法等形式。最高司法机关作出的司法解释，基本是针对下级法院就个别的或者一类的民事疑难案件如何适用法律或者政策的具体批复。这与近年来民事立法已有基本法颁行的情况不同。今后，如不重视在民法通则等法律的基础上制定系统的民法，势必仍然不得不在民事司法解释上天下功夫，民事立法的有限条文不变，却不断增加民事司法解释的内容和数量，这样一种模式是否理想，是否适应我国国情和整体法制建设的框架以及与其他法律部门布局是否协调，对此如何评估，需要认真的思考和探讨。

（三）适应形势，把健全民商立法提上议事日程，促进社会主义市场经济机制的正常运转

近十几年来我国民事立法已有了一定的基础，制定了民法通则、几部合同法、知识产权法、婚姻法、继承法、各类企业和社会团体的法律、法规，有了对民法通则、继承法等司法解释，除了前面提到值得思考的民事立法和司法解释的关系之外，还需要探讨另一重要问题，即民法典和单行立法的关系。单行法有其针对性强、内容少、制定较为省力的长处，但往往对整体或者相近的立法考虑较少，存在自成体系或者造成重复的短处，仅就几部合同法对照一下，就可发现上述问题，如果把它们纳入民法中的债篇，作为合同之债加以规定，就可克服这些缺点并可作出系

统完整的规定。再从目前经济生活中观察，存在着众多纷杂的属于民法调整的财产关系，它们大多以没有法律约束或者规避法律而进行着活动，给酿成纠纷制造条件或者带来难以解决的不良后果，例如：对某些应予限制或禁止流通物以及不符质量要求的伪劣产品的任意买卖，对国家重要或者稀有文物的拍卖，乱索押金，担保制度的扩大化，借贷关系中的高利、上打利和计算复利以及利率的任意改变，破坏国家、集体的矿物、动植物和海洋资源，土地使用权的非法出让和转让，清不完的“三角债”，滥用联营形式，经纪人和居间人的高额索取，房地产开发中的不正当交易，无规范的期货交易，对公民、法人人格权和身份权的肆意侵害等等，不胜枚举。它们都是民法领域中的问题，一些同志主张就这些和更多的问题分别制定单行立法。如果这样，除了上述单行立法的缺点之外，还将大大增加单行民事立法的数量，使我国的民事立法相当庞杂，将会引导人们进入法律的迷宫之中，不用说对老百姓难以实现普法教育，就是法律工作者也是难以全面掌握的。为此，建议最高立法部门除了有计划地颁行必要的单行民事立法外，需要尽快着手研讨我国系统完整的民事立法，早日制定出我国的民法典，改变民法通则同刑法、刑诉、民诉等基本法以及和民法司法解释的不协调状态，改变单行法律、法规不断增加，民法典阙如的不合理状态，从根本上解决民事立法与我国确立的社会主义市场经济不相适应的矛盾。

商法是民法的特别法，在市场经济的活动中广泛存在的商业行为是民事法律关系在某一商事活动领域中的具体化。以《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《破产法》作为基本内容的商法，在世界范围内普遍存在，对市场经济的调整发挥着重要的作用，对我国也不例外。为了适应迅猛发展的社会主义市场经济，宜以单行立法形式，组成“民商合一”的立法体系。

应当看到，对制定单行商法的重要性是认识不够的，像十几年来“公司热”的几起几落，五花八门，不符要求的各种“公司”扰乱了正常经济秩序，给投机者以可乘之机，酿成了大量的产权和债务纠纷。在票据和证券方面，分不清股票和债券的性质，无限制地扩大个人股、法人股，无权者任意处分国有股以及上市股票不遵循公开、公平、公正三原则，非法集资以及伪造票据造成国家重大损失等等，出现这些问题有多方面原因，但立法缓慢滞后、留有空隙不能不是一个重要因素，习惯于经济发展成熟再着手立法的观念，忽略了立法对经济指导、可预见的超前作用。强调社会经济的发展，必须有法律来引导、规范、保障和约束是非常必要的。就商法范围的立法来看，保险法适应形势的需要，全国各省、直辖市保险公司制定的涉及财产、人身、责任保险的众多条例，较好地地为建立保险法律关系认真理赔创立了法律依据。适应国际贸易和海上运输日益发展的需要，1992年11月7日七届全国人大常委会第二十八次会议通过，1993年7月1日开始施行的《中华人民共和国海商法》，对船舶的所有权、抵押权、海上运输合同、船舶租用合同、船舶碰撞、海难救助、共同海损以及赔偿责任、海上保险合同、时效等内容作了完整的规定，全文278条，成为我国迄今为止内容丰富、便于适用、条文最多的单行立法。在票据证券单行立法方面正在加紧步伐制定，已公布的《股票发行与交易管理暂行条例》、《公开发行股票公司信息披露实施细则》以及《企业债券管理条例》等立法，对规范我国起步较晚的证券发行很有必要。公司法的颁布对我国公司的规范化，对投资者和经营者合法权益的保护，保障广泛发生的债权债务关系，都发挥了积极的调整作用。

总之，健全我国民商立法，才能适应神州大地风起云涌的改革开放大潮，有力地保障我国社会主义市场经济的健康发展。