

丛书主编 何勤华

上海市教委重点学科
华东政法学院民商法丛书

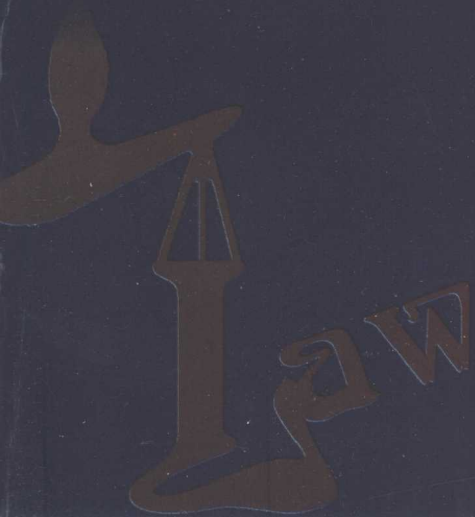
何勤华 戴永盛 主编

民商法

新

論

复旦大学出版社



- 上海市教委重点学科·华东政法学院民商法丛书
- 何勤华 主编

民 商 法 新 论

主 编	何勤华	戴永盛	
撰稿人	刘 燊	许 莉	戴永盛
	潘瑞才	张惠英	童以航
	李红玲	陈 芳	俞立珍

复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法新论/何勤华,戴永盛主编. —上海:复旦大学出版社,
1999.12

ISBN 7-309-02347-1

(民商法丛书/何勤华主编)

I. 民… II. ①何…②戴… III. ①民法-研究-
中国 ②商法-研究-中国 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 32872 号

出版发行 复旦大学出版社

上海市国权路 579 号 200433

86-21-65102941(发行部) 86-21-65642892(编辑部)

fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

经销 新华书店上海发行所

印刷 同济大学印刷厂

开本 850×1168 1/32

印张 15

字数 383 千

版次 1999 年 12 月第一版 1999 年 12 月第一次印刷

印数 1-3 000

定价 22.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书以专题研究形式对我国民商法领域的若干重要问题作了较为系统、深入的研究和探索,内容涉及我国民商法的体系建设、合伙制度、隐私权的法律保护、缔约上过失责任、标准合同制度、商业秘密的法律保护、人工生育的伦理法律问题、夫妻财产制度、票据抗辩、公益信托立法等。全书论点新颖,资料翔实,具有较高的理论意义和实践价值。

总 序

1996年,华东政法学院民商法学科被上海市教委正式评定为上海市重点学科,在教材建设、师资培养尤其是科学研究方面获得了资助。自那时以来,在本学科全体教师的共同努力下,我们已取得了诸多成果。现拟将这批成果中带有基础理论研究性质的项目予以公开出版,第一批书目确定为《民商法新论》、《外国民商法导论》、《中华人民共和国民法史》、《民法哲学论稿》。

本丛书的编写得到了上海市教委科研处谈顺发、蒋虹、周景泰、刘唯聪等同志的热情关怀,得到了上海地区民商法专家徐开墅、沈国明、傅长禄、胡鸿高、王全弟、王美娟、陈翠银、杨心明、李铸国等的大力支持。华东政法学院民法教研室彭万林、金立琪、张贤钰、傅鼎生、吕淑琴、张驰、沈幼伦、王跃龙、戴永盛等教授,对本丛书的编写,付出了辛勤劳动。本丛书的出版也得到了复旦大学出版社领导的帮助,尤其是责任编辑张永彬先生为此套丛书的面世付出了艰辛的劳动。在此,一并表示我们诚挚的谢意。

改革开放以后,在法学各个学科中,民商法学科可能是出书最多的一个。我们希望本丛书能以其内容的创新和个性化在民商法学百花园中占有一席之地,并受到读者的欢迎。

何勤华

于上海·华东政法学院

1999年6月1日

前 言

本书是以专题研究的形式,对我国目前民商法领域的若干重要问题进行探索性研究。具体内容涉及我国民商法的体系建设,合伙制度的立法问题,隐私权的法律保护,缔约上过失责任,标准合同制度,商业秘密的法律保护,人工生育的伦理法律问题,夫妻财产制度的完善,票据行为,票据抗辩,证券市场信息公开制度,公益信托立法等。在这些专题中,有些涉及我国目前国家立法活动中正在关注的问题,如合伙制度,商业秘密的法律保护,信托法律制度等;有些属于我国现行立法的完善问题,如隐私权的法律保护问题,夫妻财产制度问题等;有些则涉及民商法理论在我国当前审判实践中的理解和运用,如票据抗辩问题,缔约上过失责任问题,标准合同问题,证券市场信息公开制度等。综观这些专题,其内容基本上覆盖了民商法的各主要领域,诸如民事主体制度、债法、婚姻法、票据法、反不正当竞争法、证券法、信托法等。

市场经济需要有完善的民商法制。当前我国正处于体制转型时期,民商法领域的各种新问题层出不穷,亟待我们探索研究,并加以解决。这是促进我国民商法制走向成熟和完善所必须做的工作。本书所选的这些专题都是我国当前体制转型时期民商法领域出现的热点问题。我们试图以比较、分析的方法,本着批判、借鉴的态度对这些问题进行研究,为完善我国现有立法和民商法制提出建设性意见。

本书是上海市教委重点学科——华东政法学院民商法学科的研究成果之一,由该学科学术带头人何勤华教授、该学科教师戴永盛副教授负责,参加撰稿的人员分工如下(按章节顺序):刘燊:第一、二、十一章;许莉:第三章;戴永盛:第四章;潘瑞才:第五、十章;张惠英:第六章;童以航:第七章;李红玲:第八章;陈芳:第九、十二章;俞立珍:第十三章。

全书最后由主编统稿、定稿。

本书的撰写、出版,得到了华东政法学院科研处的支持,得到了上海市教委科研处的领导以及审查该项目的专家傅长禄、沈国明、李铸国等的指导,也得到了复旦大学出版社张永彬先生的帮助,华东政法学院中国法制史专业硕士研究生吴秋发做了一些目录整理工作,在此一并表示我们诚挚的谢意。

由于本书涉及面广,错误缺点肯定不少,祈盼读者批评指正。

编 者

1999年8月于上海·华东政法学院

目 录

第一章 现代中国民法体系研究·····	1
第一节 民法体系化的价值·····	1
第二节 各国民法体系及其理论分析·····	7
第三节 民法与民法学的现代化 ·····	18
第四节 我国现代民法体系的构想 ·····	23
第二章 《合伙企业法》若干问题研究 ·····	31
第一节 合伙企业的合伙人资格 ·····	31
第二节 合伙企业财产的法律性质 ·····	38
第三节 合伙企业债务的清偿 ·····	45
第四节 隐名合伙问题 ·····	54
第三章 人工生殖技术的伦理法律研究 ·····	60
第一节 人工生殖技术存在的伦理和法律基础 ·····	60
第二节 人工授精生育的伦理法律问题 ·····	67
第三节 代孕的伦理法律问题 ·····	82
第四节 精卵冷藏术引发的伦理法律问题 ·····	91
第五节 无性生殖的伦理法律问题 ·····	95
第四章 隐私权若干问题研究·····	103
第一节 隐私权的提出和发展·····	103
第二节 隐私权的概念·····	109
第三节 隐私权与知情权·····	117

第四节	对我国现行隐私权立法的评价·····	121
第五节	完善我国隐私权立法的构想·····	125
第五章	缔约上过失责任制度研究·····	131
第一节	缔约上过失责任的概念及理论基础·····	131
第二节	缔约上过失责任的构成及适用范围·····	139
第三节	信赖关系的发展及缔约上过失赔偿责任的 范围·····	145
第四节	缔约上过失责任在各国确立及我国相应 制度的完善·····	150
第六章	标准合同制度研究·····	158
第一节	标准合同的界定与分类·····	158
第二节	标准合同的性质及利弊分析·····	165
第三节	标准合同的规制·····	174
第四节	我国标准合同的现状以及标准合同制度的 完善·····	198
第七章	商业秘密法律保护研究·····	211
第一节	商业秘密与商业秘密权·····	211
第二节	商业秘密保护立法的发展·····	219
第三节	商业秘密保护的理论基础·····	226
第四节	商业秘密侵权行为·····	229
第五节	商业秘密的法律保护·····	233
第六节	我国商业秘密法制现状评价·····	241
第八章	我国夫妻财产制度研究·····	247
第一节	法定财产制的缺陷和完善·····	247
第二节	约定财产制的完善·····	258
第三节	私营经济家庭夫妻财产关系的法律调整·····	268
第四节	离婚时的房屋归属和居住权·····	273
第九章	董事义务与责任制度研究·····	282

第一节 董事承担义务与责任的依据·····	282
第二节 董事的义务·····	288
第三节 董事的责任·····	301
第四节 我国董事义务与责任制度的完善·····	313
第十章 票据行为研究 ·····	317
第一节 票据行为及其与民法上法律行为的关系·····	317
第二节 票据行为的性质和特性·····	324
第三节 票据行为的构成要件·····	333
第四节 票据行为的定型化分析·····	343
第五节 票据行为代理中的法律问题·····	361
第十一章 票据抗辩研究 ·····	373
第一节 票据抗辩概说·····	373
第二节 物的抗辩·····	378
第三节 人的抗辩·····	387
第四节 票据抗辩的限制·····	391
第十二章 证券市场信息公开制度研究 ·····	396
第一节 信息公开制度基本问题·····	396
第二节 信息公开制度的内容和形式·····	403
第三节 违反信息公开制度的法律责任·····	416
第四节 我国证券信息公开制度的构建·····	422
第十三章 公益信托的法律问题 ·····	427
第一节 公益信托概说·····	427
第二节 公益信托的设立·····	432
第三节 公益信托的种类·····	438
第四节 公益信托的法律关系·····	444
第五节 公益信托的力求近似原则·····	457
第六节 公益信托的管理与监督·····	461

第一章 现代中国民法体系研究

第一节 民法体系化的价值

一、当代中国社会民法的使命

梅因在考察“进步社会的运动”时,将之归结为“从身份到契约的运动”,换言之,即为一场民法运动。^①近现代法律文化的主要特点之一,便是民法运动这个永远持续的现象。由于民法并非我国的固有法,我国传统文化亦与民法的传统理念格格不入,故我国的民法运动,主要是通过大量异质继受外国法来实现的。百余年的中国民法发展史始于西方现代文明的冲击,1911年大清民律草案的颁布,是为我国民法运动的开端,它“充分显示着一个古老民族如何在外来压力之下,毅然决定抛弃固有传统法制,继受西洋法学思潮,以求生存的决心、挣扎和奋斗。”^②

历史进入20世纪的最后10年,一方面,现代法律业已成为国家进行社会管理和社会控制并促进社会变迁的重要工具;另一方面,随着市场导向改革的深入,我国社会正面临着一个全面的转型

① 《民法通则》实施十周年理论与实务研讨会简报“刊首语”,1996年12月16日发。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第五册,第2页。

时期。在此背景下,作为为市场运行提供一般规则、兼具行为规范和裁判规范双重性格的民法,不仅是以适应社会需要的面目出现的,而且,亦扮演着促进社会变迁和社会发展工具的重要角色,从而肩负着特殊的经济、政治和文化使命。

“市场经济的运作须要两只手,一只看不见的手,那就是追求利益;一只可见的手,那就是法制。”^① 民法的经济使命即体现在为现代市场经济活动提供了行为规范,“确立了市场经济条件下财产交换的合理范围并指明了其责任风险。”^② 未来中国的民法体系,既应在量的方面,为我国的经济活动提供良好的制度框架和行为规范,使市场参加者得以按照这些规则活动,进行预测、计划和冒险;亦应在质的方面,体现私法自治精神,予市场主体以充分的自由,在关怀当事人利益的同时,兼顾对社会公益的保护。

民法“首要的维护社会政治秩序的任务是以在社会关系中提供自由保证并要求责任自负的原则完成的。国家从公民手中拿走的决定权越多,个人为自己的行为所负的责任限制就越多,私法就越会失去其本质。”^③ 民法的政治使命即在于促进中国民主政治的发展,为人权提供基本保障和实现真正的以法治国。孟德斯鸠在其名著《论法的精神》中写道,“在民法的慈母般的眼里,每一个个人就是整个的国家”。^④ 马克思将民法典称为“人民自由的圣经”,其意皆出于此。以私法自治为基本理念的民法,必然要求明确区分市民社会和政治国家,区分社会生活中私权和公权的区域,奉行权利本位和私权神圣观念。而且,民法还首先规定和保护作

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第七册,第35页。

② 海尔穆特·库勒尔:《〈德国民法典〉的过去与现在》,载《民商法论丛》第2卷,法律出版社1994年版,第220页。

③ 海尔穆特·库勒尔:《〈德国民法典〉的过去与现在》,载《民商法论丛》第2卷,法律出版社1994年版,第220页。

④ 孟德斯鸠:《论法的精神》(下卷),商务印书馆1995年版,第191页。

为人权理念最基本内容的人身权。尤其是,民法基本理念所蕴含的多元化的利益主体和利益主张,也必然要求政治机会的均等和政治主体地位的平等,从而有力地保障人民经济民主和政治民主的真正实现。

梅因亦曾指出:“一个国家文明的高低,看它的民法和刑法的比例就知道,大凡半开化的国家,民法少而刑法多;进化的国家,民法多而刑法少。”^①虽然这一观点多受批评,但民法确实以其特有的精神反映着社会开化和进步的程度,民法之发达亦往往被看作是整个社会文化发展程度高低的重要象征。当代中国社会,民法的社会文化使命即在于促进中国市民社会的形成、促进传统文化向现代文化的转型和实现新的社会整合。促进市民社会的建构,实现市民社会与政治国家的分离,不仅是当代中国民法的重要时代使命,而且是培育私法意识,促进中国文化由传统转向现代的重要环节。更重要的一点还在于,中国社会正在由传统的依地缘关系和亲缘关系为支柱所建构的“熟人”社会解构为依契约所建构的“陌生人”社会,而在“陌生人”中间,“法律(尤其是民法)所负有的特殊任务之一,就是把支离破碎的道德环境,重新组合成一个结构严密的社会统一体。”^②

二、民法体系化的价值

亚里士多德认为形式是最高者,追求至善至美是人类之本性,此一本性,体现在法律研究上,就是追求法律的体系化。所谓法律体系,即指将众多法律,依一定的观点,加以归类组织而形成之秩序。法律的体系化,“作为研究方法,就是把法律如实地看成表现并且规整社会生活、储存着文化价值的规范体系”;其功能在于“运

① 梅因:《古代法》“小引”,商务印书馆 1996 年版。

② 罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,华夏出版社 1989 年版,第 111 页。

用和平的和可以理解的方式把孕育和养育它的那个社会所认可的正义,实现在人们的共同生活之中”;就其本质而言,“体系化作为方法,就是要求客观地、全面地、本质地看待法律问题,而不能主观恣意,不能片面机械,不能就事论事,不能言不及义。”^① 体系化方法,对于立法,要求取向于正义,实现规范的体系化;对于司法,则要求忠于法律而不盲从,既要防止“有法不依”,也要避免“恶法亦法”;在具体操作上,则要求面向案件事实而解释法律,同时取向于价值而认定事实,并且经由适用总结经验,演进法律。^②

(一) 民法体系化的根据

民法体系化的根据,在于其法律概念及其所存储价值的位阶性,此为民法体系化研究的实证和逻辑上的可靠基础。

以普赫塔、温特海德为代表的德国概念法学发现,规定于内涵的抽象程度的法律概念的位阶性,可在逻辑上形成属概念和种概念的演绎关系,并在实证法上形成了相应的效力关系,即下位阶概念优先于上位阶概念而适用,上位阶概念具有大于下位阶概念的适用范围。从而,所有的法律概念应当且足以形成一个位阶分明、内部协调统一的体系。如普赫塔即认为,“法律尤其是罗马法,系一有体系、有逻辑一贯性的法律”,并“试图将罗马法分析成许多法律概念、法律准则或较为一般性的规定,通过分析、归纳及演绎等方法,导出一般原理原则,构成一个上下之间、层次分明、逻辑严密的法律秩序的体现。”^③

概念法学对于法律体系的认识,侧重于体系的逻辑方面,甚至因而发展到制定法至上主义、法律逻辑崇拜及成文法完美无缺的观念,忽视甚至否认法律概念和法律规定的目的和价值。20 世纪

① 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 32~33 页。

② 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 32~33 页。

③ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 60 页。

批判概念法学的自由法运动,从法律的目的性和价值入手,发现了与概念的逻辑体系相统一的价值体系,并且得出了两个体系在本质上是一个体系的结论。尤其是利益法学认为,对法律概念的研究,必须注意到负荷于事实上的价值,而价值依据其抽象程度,亦呈现位阶结构,从而构成位阶分明、和谐统一的体系。这种体系化,在实证法意义上,则是通过负荷于概念体系而实现的。价值位阶性的效力,正在于下位阶价值不得抵触上位阶价值,任何价值均不得违背作为一般价值的法的正义理念。

概念负荷价值,价值借概念以行,由概念所构成的体系与由价值所构成的体系,是同一个事物的两个方面:没有逻辑的支撑,价值体系无从走入现实生活;没有价值体系,则必然导致逻辑体系存在不正义之处。缺少任何一个方面,将使整个法律体系归于失败,无从实现体系化的价值。

(二) 民法体系化的价值

民法体系化的价值包括贯彻价值、说明价值和法治价值三个方面。^①

1. 贯彻价值

它首先表现在,只有实现民法的体系化,才能有效地贯彻法律、实现法律的高覆盖率,把法律的内在矛盾和法律漏洞降到合理限制之内,并把法律的价值贯彻到每一条规范之中。其次,实现民法的体系化,有利于实现法律规范价值的确定性和保真度,有利于法律的稳定和安全,有利于实现“案件相似、裁判也应相似”这一法律适用的基本原则。利益法学的代表人物赫克即认为,法有两个理想,其一为完全的安定性理想,其二为完全的妥当性理想。^②即使立法者往往不能同时满足此二理想,但体系化带来的内部协调

① 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第34~36页。

② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第71页。

和联系,却使体系化的规范成为最稳定和最不易破坏的规范,并成为法的安定性和妥当性的稳定保障。王泽鉴先生亦指出,“合乎社会需要、结构严谨之法律体系,对于法律生活,具有规范之功能。反之,概念不清,体系不明,法律制度之性质难以究明,则于解决具体问题,势必疑虑丛生,混乱与不确定,将接踵而起矣。”^①

2. 说明价值

它主要表现在:其一,便于学习法律。概念准确、位阶分明的民法体系,便于运用演绎式教学方法和学习者的掌握。如近代德国潘德克顿法学的体系化传统,正是在继受罗马法的过程中,由法学教授们传授罗马法知识的方法而得以形成即为其明证。其二,便于“找法”。法律适用中的三段论式推理过程中,民法的体系化将可为“寻找大前提、形成小前提”的“找法”活动提供莫大的便利。其三,便于解释法律。民法解释学常常运用体系解释方法,从法律的逻辑体系和价值体系出发,以法律条文在法律体系上之关联,探求其规范意义,以此实现法律体系和概念用语的统一性。^②其四,便于新鲜法律资料的整理和吸纳。立法、判例、学说之层出不穷,乃是一国民法充满生机的条件之一。只有以民法的合理体系化为前提,整理和吸纳新鲜法律资料、吸收和借鉴各国私法文明,才能使民法的发展适应社会生活的节拍。

3. 法治价值

民法的体系化,有助于增强法律的透明度,制约执法、司法中的神秘主义;有助于实现“立法——司法”关系的平衡,为法律解释和补充提供科学依据和制度保证,实现对法官的自由裁量所可能导致的恣意擅断的制约;有助于我国市民社会之统一私法观的形成,以及理性全盘地思考现实社会生活的私法要求。

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第一册,第152页。

② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第217~219页。

第二节 各国民法体系及其理论分析

一、罗马私法体系

罗马法学家盖尤斯编写的法学教科书《法学阶梯》，在方法论层面上最早运用了体系化方法，而查士丁尼《民法大全》，则集中代表了罗马私法追求体系化的努力。

罗马私法体系的特点在于其法律具体设计中，尤其在法典化时，采用了单元化设计方法，即将私法分解为一个个单元制度，并呈层次结构。^①如《法学阶梯》划分为人法、物法、诉讼法三部分，其中人法又具体划分为人、婚姻、家庭、亲属、监护，物法具体划分为物、物权、债权、继承等。单元化方法，使罗马私法得以准确地反映复杂的私法关系，使之与现实社会的私法关系得以精确的结合，从而成为可以具体把握的有实际意义的规则，并因此形成了罗马私法体系化的必要前提。

与其单元化方法相适应，罗马私法较大程度上运用了体系化方法。在罗马法法典化之前，其法律渊源中许多种概念、属概念以及规范群的存在，即多少显示了这一特点。至查士丁尼《民法大全》，则比较清楚地反映了体系化特征，它从具体权利义务规范向上直到私法总题，全部私法构成了一个多层次的体系。体系化使每个单元协调组合，整体上服务于一个统一的、适宜的发展要求。

虽然，与罗马人不过分崇尚理论，更多一些务实性的精神相联，《民法大全》还无从与后世民法典的体系化和抽象性相比，但在某种意义上正是它为后世民法体系的形成提供了一个基本的框

^① 杨振山主编：《罗马法、中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第26页。