

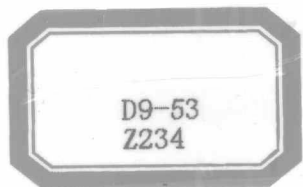
西南民商學人文庫

走过法律

(修订版)

张玉敏 著

法律出版社



南民商學人文庫

-6

走过法律

(修订版)

张玉敏 著

D9-53

Z234

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

走过法律 / 张玉敏著. —北京:法律出版社,2009.5
(西南民商学人文库)
ISBN 978-7-5036-9582-7

I. 走… II. 张… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第079233号

走过法律

张玉敏 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11 字数 306千

印次 2009年6月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9582-7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



张玉敏 1946 年 2 月出生于山东省莱州市的一个小山村。1965 年毕业于掖县一中（现为莱州一中），1970 年 3 月毕业于北京大学法律系，分配到贵州省纳雍县工作，1983 年 3 月调入西南政法学院（即现在的西南政法大学）任教。西南政法大学教授，博士生导师。出版学术专著 6 部，主编教材 12 部，发表学术论文五十多篇。主要代表作有：专著《继承法律制度研究》、《知识产权与市场竞争》，论文《我国民法应当承认物权行为》、《知识产权的概念和法律特征》、《侵害知识产权民事责任归责原则辨析》。

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近56个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到1953年9月7日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956年2月15日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民诉法教研室。1977年5月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天颢、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的4个人,发展到80年代末32个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003年6月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天祝老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

再 版 序

几年前,在编写这本自选集时,我在高兴之余,又备感忐忑。高兴的是它给了我一个自省的机会,借此,我得以整理自己的过去;忐忑的是它是否能使读者觉得值得一读,不是在浪费时间。当得知为了满足广大读者的需求,这本集子得以再版时,我心里感到无比的欣慰,毕竟自己过去的思考仍然有其现实价值,仍然能够经得起读者的评判。

借此次再版之际,我对文章进行了增减。新收录了以下四篇文章:《主观与客观之间——知识产权“信息说”的重新审视》、《涉外“定牌加工”商标侵权纠纷的法律适用问题》、《维护公平竞争是商标法的根本宗旨》以及《三维标志多重保护的体系化解读》。同时限于篇幅,我不得不将以下几篇文章删除:《论违约金》、《关于买卖合同的几个问题》、《侵权法上因果关系理论的反思》、《海峡两岸继承制度之比较》和《日本继承制度评价》。新增文章的风格和原版基本一致,仍然关注的是现实的具体法律问题,力争每个问题的讨论都具有针对性,使再版的整体结构和风格与原版保持一致。

希望再版后的这本集子能够得到更多读者的支持,引起更多的争鸣,也欢迎大家对它进行评判。

张玉敏

2009年5月8日

自序

整理自己的过去,并不意味着满足于已有的成就,更并不意味着“告别历史”(美国汉学家马若孟的一本新书名);相反,它给了我一个自省的机会,借此,我得以审视自己“走过法律”时未了的目标与心愿。因此之故,编写一本自选集的目的,更多的在于检省、回顾自己,而不是展现自我。因此,当读者面对这本书时,我希望读者感觉到的是一种真实,而不是那种虚假的谦虚以及谦虚字面背后的傲慢。

与许多同龄人一样,我经历了三年自然灾害的煎熬和“大跃进”、“四清运动”、“文化大革命”等诸多运动的折腾,也赶上了改革开放的机遇。幸运的是,在“文化大革命”之前,我考入了那座最高学府,并在那里度过了一段虽然短暂但却令很多人羡慕的岁月。由此,“法律”这个字眼不仅记在了我的人生档案里,也注入了我的血脉里。五年后,为支援三线建设,我听从祖国的召唤,豪情满怀,背着行囊去贵州省纳雍县政法部门工作,并在那里生活、奋斗了十几年,亲眼目睹、亲身体会了极“左”路线和政策对社会经济造成的巨大破坏和给百姓生活带来的苦难。这种经历决定了我们这一代人对这个社会的特殊体验,对建设民主、法治社会的特殊感情,也在相当程度上影响了我对法律特有的关注视角。

1983年,在那个法学人才奇缺的特殊历史时期,我从纳雍县法院调到西南政法学院任教。大体而言,我的法律生涯可以分为三个阶段:北京大学法律系毕业后到1980年代(法律实践时期);1980年代至1990年代初叶(主要教授民法时期);1990年代中叶至今(主要教授知识产权法时期)。不同的经历造就了人们的不同法律思维,不同的思维影响着法律人关注不同的法律问题。与有些偏重于法律史研究的学者不同,我较为感兴趣的是现实的法律。然而,这不并不意味着,在我看来历史的研究

方法对法律而言就没有用处,也不意味着我排斥那种史学的研究方式;相反,这主要归因于我在实践部门的经历,归因于我的现实关怀。同样,与有些偏重于哲学抽象思维的学者不同,我较为关注的是具体的法律问题,尽管我非常尊重那些研究法律哲学的学者并对抽象问题充满了好奇。在写法上,我看重的是文章的观点和看法,追求朴实简练的文风,忌讳华丽的表达。套用著作权法上的说法是,我侧重的是作品的 idea,而不 expression。坦白说,我是唯物主义者,也是现代主义者。与波斯纳所说的实用主义者的观点一致,我主张向前看,不愿过多地沉溺于历史;同时,我对社会的变革持一种乐观的态度,而不像后现代主义者那样对现代失去信心。

正是基于这样的立场和态势,我始终关注的是现实的具体的法律问题。我欣赏的是王泽鉴先生那样的学术研究方式,力争每个问题的讨论都具有针对性。这种研究不追求宏大话语,但求有的放矢。因此,在阅读本集子时,读者会发现某些文章,如《应当尽快建立取得时效制度》、《诉讼时效适用若干问题探讨》、《试论产权移转登记和买卖合同的关系》、《建立著作权转让登记制度,促进版权产业发展》、《商标抢注的性质和对策》等都是因为思考一些具体真实的案例而产生的灵感。而有些文章,则是在学习具体的法律条文过程中发现了法律的缺陷而思考的结果。

随着 1990 年代中叶授课任务的转移,我将研究的重点由民法转向了知识产权法。在研究知识产权法的过程中,民法的知识和修养给了我很大的帮助,我总是喜欢将民法的研究方法和最新研究成果移接到知识产权研究上来。尽管这种研究方法在知识产权法学界曾遭遇了一定的抵制,但我仍然固执地坚持兰德斯和波斯纳的看法,“随着知识产权学术活动越来越专门化,这就产生了这样一种危险,即抛弃在物质财产与知识财产之间具有连贯性的观点,从而失去通过应用经济学对前者的理解来帮助分析后者的效用。”以这种看法为依据,我在《知识产权的概念和法律特征》、《侵害知识产权民事责任归责原则辨析》、《论商标法上的权利丧失原则》等文章中阐释了我对知识产权法上一些基本问题的看法,并为真知进行了善意的学术性争论和批评。

值得一提的是,我们都无法超越历史、超越具体的语境看待问题,发表看法。在今天看来非常简单的问题在十几年前甚至几年前可能曾是引起争议的热点。本集子中所收录的文章都没有进行实质性改动,尽管现在看来有些文章未免幼稚和粗糙,有些观点应当充分展开或者修改。这样作的目的,是为了记录我的学术历程,保留一个真实的自我。

思想家罗兰·巴特曾在《作者之死》中指出,写作的真正场所是阅读。他认为,在作者、作品和读者这个文学系统中,作为支配一方的作者已经不再重要。福柯甚至指出连作者这个概念都是18世纪的发明物。这是一种对柏拉图以来之二元论哲学的否弃。不过,我却有失原意地读出另外一层含义:作者赋予文本的意义和读者所获得的意义并不一定是完全对应的。因此之故,我便省去了在这里花费笔墨介绍文章内容的必要。一切皆靠读者的评判。如果哪位读者在看完之后不觉得是浪费时间,那将是对我最大的宽慰。

张玉敏

2006年2月20日

《西南民商学人文库》学术委员会

主任：

赵万一（教授 博士生导师 民商法学院院长

中国法学会民法研究会副会长）

李开国（教授 博士生导师 中国法学会民法研究会顾问）

委员：

张玉敏（教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长）

刘俊（教授 博士生导师 中国法学会社会法学研究会副会长）

刘云生（教授 博士生导师 民商法学院副院长）

张耕（教授 民商法学院副院长）

陈苇（教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长）

谭启平（教授 博士生导师 中国科技法学会会长助理）

唐烈英（教授 博士生导师 房地产法研究室主任）

汪世虎（教授 博士生导师 商法研究室主任）

李雨峰（教授 博士生导师 知识产权法研究室主任）

目 录

关于民法溯及力的思考	1
关于不符合法定形式的民事行为效力的探讨	4
应当尽快建立取得时效制度	7
诉讼时效适用若干问题探讨	18
试论产权移转登记和买卖合同的关系	31
论不动产物权变更登记的效力——驳“登记有效条件说”	37
我国民法应当承认物权行为	46
论我国多数人之债制度的完善	57
“入库规则”:传统的悖离与超越	76
合同法的缺陷和启示	93
财产继承中债权人利益的保护	114
论限定继承制度	123
代位继承比较研究	132
论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想——以概括式立法为 目标模式	141
知识产权的概念和法律特征辨析	161
主观与客观之间——知识产权“信息说”的重新审视	181
侵害知识产权民事责任归责原则辨析	201
地域性与全球化——发展中国家版权制度的艰难选择	220
中国版权史纲	223
建立著作权转让登记制度,促进版权产业发展——从《老鼠爱大米》的 著作权纠纷说起	235
商标抢注的性质和对策	243
商标法修改评介	248
维护公平竞争是商标法的根本宗旨	256
三维标志多重保护的体系化解读	267

先使用商标的保护	287
论商标法上的权利丧失原则	292
论商标反向假冒的性质——兼谈商标的使用权	305
涉外“定牌加工”商标侵权纠纷的法律适用问题	315
论我国地理标志法律保护的制度选择	324

关于民法溯及力的思考*

一般来说,民法的效力从实施之日起发生,至废止之日起终止,此即“民法不溯及既往”的原则。按此原则,若民事法律关系发生于新法实施之前,处理于新法实施之后,仍应适用产生该民事法律关系时有有效的法律规范。这是因为国家不应要求人们遵守尚未产生的法律规范,以维护社会生活的稳定。

但是,“不溯及既往”是适用民法的原则,它并不排斥立法者根据社会生活需要,规定某些法律规范具有溯及既往的效力,这也是建立统治阶级所需要的法律秩序所必须的。法制健全的国家,对民法的溯及力均有明文规定,如《瑞士民法典》在《尾章》中专设《原法律及新法律的适用》一节,用50个条文详细规定了新旧法律规范的效力及适用问题,《德国民法施行法》则用64个条文专门对民法典的溯及效力作了具体规定。日本则制定专门的《民法施行法》,明确宣布“不溯及原则”,同时,对某些条文的溯及效力作了详细规定。我国台湾“民法”则在每编之后设施行法,如“民法总则施行法”、“民法债编施行法”等,对民法的溯及效力作出明确规定,如“民法总则施行法”第一条规定:“民事在民法总则施行前发生者,除本施行法有特别规定外,不适用民法总则之规定。”这里所宣示的也是原则上不溯及既往,但法律可以规定某些条文有溯及既往的效力。

民法的溯及力有两种情况。第一种情况是,对于在新法实施之前所发生的法律事实,新法的效力溯及其发生之时,即该法律事实引起何种法律后果,自始即应按新法确定。此谓之强度溯及效力,或完全的溯及效力。第二种情况是,对于在新法实施前产生的民事法律关系,自新法

* 本文原发表于《法学研究动态》1990年第2期。

实施之日起适用新法,即当事人之间的权利义务或责任按新法确定。此谓之弱度溯及效力,或不完全的溯及效力。哪些民法规范具有完全的溯及效力,哪些具有不完全的溯及效力,要从有利于法律秩序的统一和稳定以及社会生活的安全出发,根据实际情况确定。

我国的民事法律尚不健全,对民法的溯及效力鲜有规定。而且,在《民法通则》等民事法律实施以前,我国实际上长期处于基本无法可依的状态。在这种情况下,片面强调“法律溯及既往,必须要由法律明确作出规定,没有明确规定的,不能按照溯及既往的原则处理民事纠纷”是不适宜的。我们应当积极研究,从学理上阐明哪些民法规范应当具有溯及力,以及应当具有什么样的溯及力,这对于我们的立法和司法实践无疑具有十分重要的意义。

根据我国的司法实践以及外国的立法经验,我们认为,下列民法规范应当具有溯及既往的效力:

(一)维护公共秩序和社会主义道德的规范

民事活动应当遵守国家的法律和政策,尊重社会公德,这是我国民法的基本原则,不管法律事实发生于新法实施之后还是之前,这一条都不能违反。明确这一类规范具有溯及力,有利于维护民事活动的正常秩序,有利于弘扬社会主义道德。例如,我国《民法通则》第4条、第6条、第7条关于民事活动原则的规定,第79条关于所有人不明的埋藏物、隐藏物收归国家所有、拾得遗失物、漂流物以及散失动物应当归还失主的规定,第83条关于相邻关系的规定,第92条关于不当得利的规定,第93条关于无因管理规定,第106条至109条以及117条至133条关于民事责任的规定等,都属于这一类。这类民法规范原则上应当具有完全的溯及力。事实上,各级人民法院在司法实践中,也基本上是这样做的。

这类民法规范应当具有完全的溯及力,还因为我国过去没有调整这些社会关系的法律规范,如新法不具有溯及力,将使发生于新法实施之前的这类社会关系失去调整的准则,给司法实践造成困难。

(二)权利义务具有持续性的民事法律关系

对于权利义务具有持续性的民事法律关系,原则上新法应当具有不完全的溯及力,即除法律有特别规定者外,新法实施后,这类民事法律关

系当事人之间的权利义务关系应适用新法。例如租赁关系、雇佣劳动关系、有息借贷关系、商标、专利许可使用关系、监护关系、婚姻关系、物权关系、著作权、专利权、商标权关系等。

明确在新法实施后,这类民事法律关系当事人之间的权利义务关系应按新法确定,是建立符合统治阶级意志的法律秩序,保护当事人的合法权利、取缔违法活动之必须。例如,对于解放前成立的婚姻关系,在我国婚姻法施行后,必须按婚姻法规定的夫妻关系准则来确立夫妻间的权利和义务,决不能因为该婚姻关系是在解放前成立的,就继续按旧法来规范他们之间的夫妻关系。再如国家调整贷款和储蓄利率以后,对于在此之前发生的借贷和储蓄关系,也应当一律从调整之日起适用调整后的利率,而不应继续按建立这种关系时的利率计算。这个道理是显而易见的。

(三)除以上两种情况外,立法者还可以根据实际需要,决定某项法律规范具有溯及力

如王汉斌在《关于〈中华人民共和国继承法〉(草案)的说明》中,明确指出:“本法生效以前尚未处理的,以及本法生效以后发生的继承关系,适用本法。”

总之,民法的溯及效力是民法理论研究以及民事立法、司法实践中一个十分重要的问题,它直接关系到现行民事法律能否充分发挥作用,关系到法律秩序的统一和稳定。我们应当在坚持“法律不溯及既往”原则的同时,积极开展关于民法溯及力的研究,用我们的研究成果,去指导立法和司法实践。

(附记:这篇短文是笔者阅读台湾地区“民法”和外国民法典的一点心得,今天重读,觉得仍有现实意义,故收入文集。本文发表至今已有十六年的时间,由于教学任务转向,本人未能对这一问题继续进行研究,似乎也未见国内学者关于这个问题的研究成果。目前,我国正在制定民法典,希望这篇短文能够起到抛砖引玉的作用。)