

法律 评论

大连海事大学法学院 编

屈广清 主审

2002



大连海事大学出版社

© 大连海事大学法学院 2002

图书在版编目(CIP)数据

法律评论(2002) / 大连海事大学法学院编 .—大连 : 大连海事大学出版社, 2002.11

ISBN 7-5632-1599-9

I . 法… II . 大… III . 法律—文集 IV . D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 086682 号

大连海事大学出版社出版

地址:大连市凌水桥 邮编:116026 电话:4728394 传真:4727996

<http://www.dmupress.com> E-mail: cbs@dmupress.com

大连铁道学院印刷厂印装 大连海事大学出版社发行

幅面尺寸:140 mm×203 mm 印张:12

字数:301 千字 印数:1~800 册

2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷

责任编辑:王桂云 版式设计:艺 晓

封面设计:王 艳 责任校对:王艺霖

定价:24.00 元

序

《法律评论》付梓出版了。这是一部由大连海事大学法学院教师撰写,进而公开发行的出版物;虽为法律评论,却并非贺卫方先生论断之“号‘法律评论’的刊物毫无例外,都是由法学院的学生编辑的”。不过,在以后各期,将由法学院教师和学生共同编辑,采用全国乃至世界各地的稿件。

一份出版物的诞生,从征稿到付梓,其间艰辛,总是惟同行则“心有戚戚焉”,而于旁观者,不过在汗牛充栋的法学杂刊中又多了一个偶拾珍贝的机会。但就《法律评论》而言,作为创办者,心中却别有一番滋味。

大连海事大学的创建虽可追溯至 1909 年的“南洋公学”,但法学院从 1998 年成立至今不过短短几年,要想创办一份属于自己的出版物,实非易事。所幸的是创办之事兼具天时、地利、人和,终使所有海大法律学人的企盼得以实现。

自改革开放以来,中国法学教育、法学研究和法制建设事业的发展进入了前所未有的繁荣时期。特别是近年来,国内许多大学都先后效法英美等发达国家法学院校的做法,创办了自己的法律评论,以丰富法学研究,活跃法律思想。在这样一个评论纵横的时代里,《法律评论》的出版无疑是具有良好实践基础的。

创办《法律评论》最初的动因,可能来自于希望将多年来在海商、海事法律方面的研究能够通过一个更直接、便利的渠道与学界同仁分享与交流。而这对于身处海事大学这所百年航海名校的《法律评论》的策划者,其优势是显见的得天独厚。其实早在《法律评论》筹划之前,海大学报就曾专辟社会科学版,用以吸纳包括法学在内的社会科学新贵。这一举措,所带来的最直接而积极的影

响也许就是促成了《法律评论》的问世;再随之而来的,就是海大人忽然在惯常的旷广不羁中感受到了来自法学的儒雅理性。

而《法律评论》能够顺利问世,则要得益于海大几代法律人的不懈努力。我国海商法学先驱者司玉琢先生作为第一代海大法律人的杰出代表,其在海商法诸领域的精深研究,尤在船舶碰撞法领域的见地独具,使《法律评论》的出版顿增厚重;加之,其众多弟子在多年的教学与科研中取得的斐然成果,也使得《法律评论》颇具特色和可读性。更有一批青年法律才俊,另辟蹊径,将对法学的研究拓至更为广博的领域。传统的法理学、民商法学及新兴的国际法学正因他们的睿智探索而在海大的蓝色沃土上焕发出勃勃生机。《法律评论》的诞生,或许可作为法学研究新生力量厚积薄发的明证。

在《法律评论》的创办过程中,其栏目划分不能不谓之重要。于是,一番酌量之后,便有了以下的安排:

关于“理论研究”。亚里士多德说,“法律是一种远离激情的理智”;但没有激情的理论研究终会丧失法律科学的持久生命力。因此,将充满智慧的理论 with 热烈的探讨并举于“理论研究”,是《法律评论》创办者不懈的追求。

关于“案例研究”。法律思维乃是细致严谨的论证过程,尤其在细节上小心和着力。对个案的关注评析似乎是每个法律研习者的本能和志趣所在。而《法律评论》的创办者恰好不乏这样的热情,并希望能够在“案例研究”中静品枝节细末中的神魔之战。

关于“司法实践”。对中国的法学理论研究者而言,提到司法实践,总有点恨铁不成钢的味道。实践者却不以为然——惟有生活才是法的生命所在。因此,竭力促成司法和思想的协力,成为《法律评论》创办者的又一点想法。

关于“比较法研究”。国际法院的法官史久镛先生曾这样评价比较法学在我国的发展:“国内对国际法及比较法,一则研究的程

度及范围不够深广；二则传播的途径不够充足。”这也许可以从一个角度论证《法律评论》中专设这样一个栏目的必要性。

对于《法律评论》，我们有很多期望。首先，我们期望她是我们不断提高自身科研水平的驱使力。无论是高质量外来稿件的激励，还是自身展示成果的客观需要，都将刺激和鞭策我们在法学研究方面努力前行。其次，我们期望她成为我们与法学界和法律界同行们交流的新渠道。学术智慧犹如燧石，惟碰撞才能产生火花。能使我们的成果有更多的机会得到同行们的批评和指导，从而推动法学研究的不断深入，可谓一件幸事。然后，我们还期望她是更多法学研究成果的传播者，法律人才的发掘者，期望她能为法制建设和法学教育事业的发展略尽绵薄之力。上述种种，或许也构成了我们创办《法律评论》的基本宗旨。

连续出版物的价值在于延续持久。培根说，对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期望播种与收获同时进行；为了使它们逐渐成熟，必须有一个培育的过程。办好一份高质量的法学出版物委实需要多方面的长期努力。《法律评论》是大家的法律评论，因此直接以《法律评论》命名，不缀于任何限定，恰恰显示了海大人的大海性格。作为一份连续性法学类出版物，《法律评论》将每年公开出版一卷，每期 30 万字左右。在稿件的选用上，实行内外兼顾、同等条件下优先采用外稿的原则；在稿件质量控制方面，将逐步实行匿名审稿制度；在用稿范围上，尽量兼顾法学各分支学科的平衡。在法学界和法律界同行们的支持、鼓励之下，我们将努力争取把《法律评论》办成一份有特色、有影响的连续性法学类学术出版物。

屠广清

2002 年 12 月

目 录

[理论研究]

- 论人权的存在形态..... 杜力夫(1)
- 论试用买卖的法律效力..... 翟云岭(9)
- 论无权处分..... 许民强,刘云龙(18)
- 论立功的司法认定..... 邵维国(26)
- 论要约人对合同成立的最后否定权..... 侯淑波(35)
- 试论间接正犯的成立范围..... 朴宗根(43)
- 论我国独立董事制度与监事会的衔接..... 林 一(52)
- 论国际货物买卖中卖方面临买方拒收时的对策..... 谷 浩(64)
- 论国际贸易中知识产权的平行进口..... 李冬梅(69)
- 论我国企业跨国经营资金运作的若干法律问题..... 李 卉(76)
- 论船舶登记对抗第三人..... 赵鹿军(85)
- 沿海运输船舶油污损害赔偿的法律适用..... 司玉琢(93)
- 提单公约的实施及我国《海商法》第四章的适用范围
..... 韩立新(103)
- WTO 体制下中国国际经济法理论的反思与展望
——中国国际经济法学会 2001 年年会综述... 屈广清(114)

[案例研究]

- “快乐日子”一案带给中国船舶所有人的思考..... 郭 萍(123)
- 日舰击沉不明国籍船只事件的国际法思考
..... 许瑞雪,夏元军(130)

[司法实践]

- 质证制度与民事审判公平..... 裴 桦(136)
- 论海关在行政诉讼中的举证责任..... 阎铁毅(146)
- 关于民事诉讼举证时限制度的探讨..... 尹伟民,于 芳(158)

论股东的派生诉讼权·····	朱 莉(169)
转让定价税制法律透析·····	魏国君(177)
国际技术贸易中专利侵权责任问题分析·····	徐红菊(187)
船舶碰撞案中海事赔偿责任限制基金的设立·····	初北平(194)
否认提单管辖权条款效力的理论与实践·····	朱作贤(207)
ISM 规则在船舶保险中对船舶所有人的负面影响 ·····	单红军,葛延珉(219)
海事担保若干法律问题浅析·····	蒋跃川(230)
欧盟 CR 法规案对我国的启示 ·····	周清华,黄 芳(241)
船舶优先权项目及受偿顺序 ·····	张 丽,黄 河(248)
论海上保险中代位求偿权的范围——兼论对我国 《海商法》第 254 条的理解·····	沈晓平(256)
关于信用证欺诈问题·····	王晓凌(261)
电子提单的安全法律适用·····	李 鹏(273)
国际货运代理企业签发他人提单的法律问题 ——由一起案例所引起的思考·····	李志文(283)
船舶融资租赁出租人的风险及防范·····	胡正良(293)
海上保险中的保证义务 ·····	袁绍春,于 芳(301)
[比较法研究]	
WTO 与我国金融法律体系的完善 ·····	王艳玲(311)
《服务贸易总协定》的基本原则 ·····	姜圣复,李 悦(318)
条约法基本理论问题初探·····	王秋玲(332)
国际贸易最新发展对修订 Incoterms 2000 的影响 ·····	王淑敏,李 青(345)
A Study of Subrogation Right under English and Chinese Law ·····	王 欣(351)

论人权的存在形态

杜力夫*

“人权”是法学中的一个重要概念。由于人们对“人权”有不同的理解,在谈论人权问题时有一定的分歧是十分正常的。但是,无论是在理论研究的领域还是在政治对话的场合,人们应当首先明确自己是在何种意义上谈论“人权”问题,所使用的人权概念是指哪一种形态上的人权,否则,不免会陷于自说自话相互难以沟通的境地。

作者认为:人权的存在形态有四种:第一种是以理想形态存在的人权,可称做“人权理想”;第二种是以口号形态存在的人权,可称做“人权口号”;第三种是以法定权利形态存在的制度化的人权,被称做“公民基本权利”或“人权制度”;第四种是人权现实,即现实中真正存在的、人们真正能享受到的人权。除此之外,没有什么抽象的人权。

一、人权理想与人权口号

“享有充分人权,是长期以来人类追求的理想。”^①人权,就是理想中每个人都享有或应该享有的权利。它体现着人的生存和发展的基本要求,反映着人类摆脱一切社会奴役和压迫,使每个人都得到全面自由发展的崇高理想。向往没有剥削奴役和人压迫人的“大同世界”,是人类社会产生以来,延绵不绝的理想追求。但在压迫人、奴役人;把人不当做人的奴隶社会和封建社会,它只能停留在人道主义理想的阶段。另一方面,人权理想,作为人类对现实世

* [作者简介] 杜力夫,大连海事大学法学院教授。

① 国务院新闻办公室:《中国的人权状况》,北京:中央文献出版社,1991, p. 1.

界中束缚人们发展的社会因素的否定,也存在于人类社会的其他阶段。即使在人类社会步入资本主义社会和社会主义社会后,人权理想作为对现存社会负面因素的否定和对美好事物的追求,也必然会长期存在。有必要指出的是,人权理想决不是所谓的“应有人权”。“应有人权”其实就是“天赋人权”。抽象地谈论“应有人权”,只能模糊人们对人权问题的认识。

将人道主义理想和权利要求结合起来,第一次提出人权口号的,是资产阶级。

人权口号最早是在14世纪文艺复兴时期的人文主义基础上形成和发展起来的。在欧洲文艺复兴时期,一批新兴的资产阶级先驱人物,如但丁(1265~1321)、薄伽丘(1313~1375)、布丹(1530~1596),以人文主义为武器,宣扬人性、人道主义、自由、平等,向封建教会势力作斗争。他们反对神权、君权,要求人的自由、平等和幸福,要求维护人的尊严、发展人的智力,尊重人的财产,主张反抗暴君压迫的权利,表达了初步的人权思想。

17、18世纪资产阶级的启蒙思想家格劳秀斯(1583~1645)、洛克(1632~1704)、卢梭(1712~1788)、潘恩(1737~1809)等人,将人文主义的人性论和人道主义理想与资产阶级的权利要求结合起来,提出了人权口号,以对抗和抨击封建专制的神权和君权,并且系统地创立了“社会契约”和“天赋人权”的学说,作为人权口号的理论依据。他们认为,在国家产生以前,人类生活在一种自然状态之中。在这种状态下,人人都天生享有生命、自由、财产的权利,这些权利合乎人的天性,是不可转让和不可剥夺的权利。洛克认为:“人类天生都是自由、平等和独立的。”^①“任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^②卢梭认为:“每个人都生而自由、平等。”“放弃自己的自由,就是放弃自己做人的资格,就是放弃人

^① 洛克.政府论(下篇).北京:商务印书馆,1983,p.59.

^② 同上,p.6.

类的权利,甚至就是放弃自己的义务。”^①潘恩强调:“天赋权利就是人在生存方面所具有的权利。”^②他们进一步提出,国家的产生,政府的设立,是人民相互缔结契约,出让一部分权利的结果,而设立政府的目的,就是为了保护人民的这些“天赋权利”。如果政府违反契约,侵害人民的生命、自由和财产,人民就有权推翻政府,以维护自身的“天赋人权”。

资产阶级提出人权口号,有其内在的经济根源和政治根源。封建社会末期,资本主义商品经济的迅速发展,受到了封建的身份等级制度、行会垄断制度和君主专制制度的严重阻碍。资本主义的商品经济要求商品所有者的资格平等、交换自由;资本主义的雇佣劳动制要求有劳动力买卖的自由;资产阶级经济势力的膨胀使他们提出分享政权的要求。因此,资产阶级将自由、平等的经济要求和参与政权的政治要求以“人权”口号的形式提出,通过人权口号动员广大人民群众参加推翻封建制度的斗争,以夺取国家政权,实现自身的经济政治权利要求。自由、平等、财产、反抗压迫成为人权口号的基本内容。

这一时期,人权口号不仅反映了资本主义商品经济和雇佣劳动制所要求自由平等的渴望,也反映了资产阶级主张废除封建君主专制制度和封建等级制度的政治要求。更重要的是,它成为资产阶级动员广大劳动人民推翻封建专制制度的一面旗帜。人权口号包含的发展资本主义商品经济,以资产阶级民主制度取代封建专制制度的要求,具有重要的历史进步意义。同时也应看到,资产阶级将本阶级的经济政治要求以人类的普遍要求——人权的形式提出,一方面,使人权口号在资本主义社会不可避免地具有虚伪性;另一方面,人权口号一经提出,就以其特有的高度概括性,使之伴随人类社会的发展进步,不断摆脱和冲破资产阶级的狭隘理解

① 卢梭.社会契约论.北京:商务印书馆,1982,p.9、16.

② 潘恩.潘恩选集.北京:商务印书馆,1982,p.142.

和界定,不断发展扩大,反映时代要求,增添新内容。

二、人权制度与人权现实

资产阶级启蒙思想家主张人人生而享有的自由、平等、财产和反抗压迫的人权,是人作为人应当享有的权利。他们认为人权合乎正义、公平,符合人的本性,为社会道德规范所支持与认可,是天赋的“应有权利”。其实,资产阶级是以“人权理想”与现实社会状况的巨大反差,来唤起人民群众的觉醒,通过提出“人权口号”来掀起埋葬封建专制制度的狂飙。

人权口号在政治上曾经起过进步作用,但它的理论基础“天赋人权”学说却是不科学的。人的权利不是“天赋”的,也不是人与生俱来的,而是社会历史和商品经济的产物,是一定社会和国家认可的。在近现代,首先是国家的宪法、法律认可和规定的。资产阶级取得政权后,为防止封建势力复辟,巩固自己的统治,把人权口号载入政治纲领和国家宪法之中,使人权从理想、口号的形态演变为资产阶级国家公民法定权利的形态。1776年美国《独立宣言》第一次以政治纲领的形式确立了人权原则。1789年法国大革命时期发表的《人权和公民权宣言》,成为1791年法国宪法的组成部分。美国在制定联邦宪法后不久也通过了保障基本人权的10条宪法修正案,简称《权利法案》。这样,人权原则被以国家根本大法的形式所确认,成为“人权制度”,即公民的法定权利。这一时期,以宪法确认的公民基本权利所表现的人权,主要以财产权、平等权、人身自由权、言论自由、宗教信仰自由等公民个人权利和政治权利为内容。这些以“自由权”为主要内容的权利,因其要求国家承担“不作为”的义务,被称为“消极的权利”。19世纪到20世纪初,随着资产阶级民主制的发展和普选制的建立,资产阶级各国宪法对公民的参政权做了进一步的规定,逐步确认了公民普遍、平等的选举权,有些国家的宪法还规定了公民的创制权、复决权、罢免权。

第一次世界大战后,以公民法定基本权利所表现的人权,增添了新的内容。资产阶级为缓和社会矛盾,同时由于19世纪末20世纪初工人运动和社会主义革命的压力和影响,以1919年德国魏玛宪法为代表,公民的社会经济文化教育权利被写进宪法。这些权利包括劳动权(工作权)、休息权、享受劳动保护、社会保障、社会救济方面的权利以及受教育权和从事科学、文学艺术活动的自由等。这些权利也被称为“生存权”、“受益权”、“社会权”。因其要求国家承担有所“作为”的义务,又被称为“积极的权利”。

人权由一种理想和口号被国家根本大法确认保护而成为法定权利,人权理想由人权口号转化为一定社会的人权制度,是人权发展史上的历史性进步。而这一切,完全是因为提出人权口号的那个阶级通过这样或那样形式的革命取得了国家政权。没有国家政权,这一转化是无法完成的。只有拥有了国家政权,抽象的人权理想和口号才得以在法定权利中找到了自己的实现途径。人权只有成为宪法规定的公民基本权利,对人们来说,才是现实的,有可能享有的。从这个意义上讲,人权实质上就是公民基本权利,人权在现实社会和民族国家中的存在形态也只能是宪法规定的公民基本权利。

但是,如前所述,法定权利指向实有权利而不等于实有权利和实际利益。人权制度为人权现实创造了条件,开辟了道路,但并不等于人权现实。资产阶级国家宪法中的公民基本权利并没有成为每一个公民的实有权利。公民权利中最基本的是人身自由权,最重要的则是参与国家管理的权利。而后者在阶级社会中只能为统治阶级所享有,资本主义社会也不例外。资产阶级宪法通常都规定公民享有被选举权,但在现实中高额的竞选费用使没有一定经济实力的公民无法参与竞选,无法享有被选举权。宪法中许诺给全体公民的权利,实际上只为一部分公民所享有。资产阶级宪法中的公民基本权利和资本主义的人权制度有虚伪性的一面,对此,

马克思、恩格斯予以深刻的揭露和批判,指出:“平等地剥削劳动力,是资本的首要人权”^①、“被宣布为最主要的人权之一是资产阶级的所有权”^②、“人权本身就是特权”^③。

社会主义国家一贯致力于保障基本人权。列宁亲自起草的1918年1月12日全俄苏维埃第三次代表大会通过的《被剥削劳动人民权利宣言》是第一部社会主义的人权宣言。在我国,生存权是人民长期争取的首要人权。中华人民共和国成立后,在生产资料公有制的基础上,致力于实现人民当家作主,从而使宪法规定的公民基本权利有较为充分的物质上、法律上的保障。法定权利和实有权利之间、人权制度和人权现实之间的差距逐步缩小。

三、人权和公民基本权利的发展

第一次世界大战后,随着国际交往的发展,人权问题超出国内法的界限,进入国际法领域。一些国际条约中规定了保护少数民族的权利和自由的内容。1926年9月25日国际联盟主持制定的《禁奴公约》、1930年6月28日的《禁止强迫劳动公约》,都是有关人权国际保护的公约。

第二次世界大战期间,人权成为世界人民反法西斯制度的武器,并逐步被接受成为一项国际法准则。1942年,正在同德、意、日法西斯作战的26个国家,经过美国、中国、苏联、英国等国代表的磋商,在共同签署的《联合国宣言》中指出:深信完成战胜共同敌国的使命,对于保护生命、自由、独立和宗教信仰自由,并在本国和其他国家内保障人权和政治自由是非常必要的。1945年联合国成立,《联合国宪章》重申对基本人权、人格尊严的价值,以及对男女平等和大小国平等的信念。尊重和促进基本人权成为联合国的宗旨之一。联合国成立了人权委员会,并在1948年12月1日制

① 《马克思恩格斯全集》第23卷,p.324.

② 《马克思恩格斯全集》第3卷,p.57.

③ 《马克思恩格斯全集》第3卷,p.229.

定通过了《世界人权宣言》。该《宣言》第一次系统地在国际范围内提出了人权的具体内容和奋斗目标,为后来国际人权活动奠定了基础。中国政府对《世界人权宣言》也给予了高度评价,认为它“作为第一个人权问题的国际文件,为国际人权领域的实践奠定了基础”。^①

20世纪50年代以来,在社会主义国家和广大发展中国家的推动下,世界范围内争取人权的运动进一步发展,人权思想和人权理论以及国际人权公约也大大丰富发展。联合国先后通过了《殖民地国家和民族独立承认宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《发展权宣言》等几十个关于人权问题的国际文件。这些宣言、公约突破了传统的人权概念,在承认个人人权的基础上,增加了民族自决权、国家独立权、发展权、和平权等集体人权。与人权理论和人权实践的发展相适应,各国宪法和司法实践中出现了许多新的公民基本权利的要求。如反对战争的“和平生存权”;针对环境污染和生态恶化提出的“环境权”、“空气权”、“静稳权”、“净水权”、“眺望权”;为实现表达自由而提出的“知情权”、“接近和利用大众传播媒介权”等等。这些新的基本权利有些尚未定型化,有些虽然在司法实践中得到确认,但还没有正式规定在宪法中。随着社会的发展,公民法定的基本权利必将进一步扩大。

这一切都充分表明,在当今世界,人权理想和人权口号并没有失去它的价值和作用。人权理想和人权口号一直是世界各国人民争取美好生活,改善生存条件,扩大民主,完善法治的重要推动力之一。但是,任何国家和组织不应将人权理想和人权口号用做干涉别国内政、践踏别国主权的借口。

^① 国务院新闻办公室. 中国人权的状况. p. 1.

近年来,西方一些学者认为,既然人权已载入《联合国宪章》和其他一些国际文件,成为国际法调整的事项,已不再是绝对属于国内法管辖的事项,因此应当置于国际社会的直接保护之下。某些西方大国甚至利用人权问题推行自己的价值观念、意识形态、政治标准和发展模式,借口人权问题干涉别国内政,甚至入侵别国领土。这种以所谓“人权的国际保护”为借口干涉别国内政的做法,是我们坚决反对的。对于危及世界和平与安全的行为和构成国际罪行的行为,如种族隔离、种族歧视、灭绝种族、贩卖奴隶、国际恐怖组织活动等,国际社会有权进行干预和制止,实行人权的国际保护。除此之外,人权问题本质上属于一国内部管辖的问题,别的国家和国际组织不应直接干预。

无论是在理论研究中,还是在政治实践中,当我们谈论人权问题时,必须明确所谈的“人权”是哪种形态意义上的人权。不能把人权理想、人权口号和人权制度以及人权现实这四种不同形态的“人权”混为一谈。当有人把用抽象而美好的字眼宣扬“人权”时,也许任何一个国家的人权制度和人权现实都无法达到他所向往的“人权”标准,因为他所谈论的是人权理想或人权口号;当有人以为宪法和法律中规定了公民基本权利,就可以万事大吉,也许他轻视了争取人权的艰巨性,因为法定的人权制度不等于人权现实。明确人权的四种不同形态,有助于我们更好地认识和解决人权问题。

论试用买卖的法律效力

翟云岭*

一、试用买卖的性质及其法律效力的发生

为适应市场经济交易多样化要求,我国《合同法》设计了特种买卖制度,试用买卖即为其中之一。依通说,试用(试验)买卖属附条件之买卖。^①其所附条件为买受人对买卖标的物之承认。换言之,试用买卖虽经出卖人、买受人双方合意而成立,但买卖合同得于买受人认可标的物时生效。可见,当事人所附条件为延缓条件。

(一) 承认之属性

作为确定试用买卖合同生效与否的承认(与拒绝)的法律事实,绝非仅仅是买受人对标的物本身认可(与否)的观念通知,从本质上讲,买受人对买卖合同效力发生与否的意思表示,属法律行为,^②应适用法律行为的相关规则。因此,只要该意思表示确定的有效成立并到达出卖人,试用买卖所附条件即确定的成就,试用买卖合同得以生效,即演变为普通买卖合同。买受人承认之后的翻悔属违约行为,不获法律支持。从法律性质上讲,买受人所拥有的承认权,具有使期待权生效为现实债权(债务)有效发生的作用,当属形成权中的选择权。

* [作者简介] 翟云岭,大连海事大学法学院教授。

① 《法国民法典》第1588条,《德国民法典》第495条,“台湾地区民法典”第384条。

② 史尚宽著,债法各论,台北,1982, p. 83.

(二) 承认之限制

买受人承认与否,得由买受人自主任意决定。因此,买受人之承认不受标的物本身瑕疵与否的限制;买受人未经检验或试用而做出承认表示的,不影响承认的成立与效力;买受人无义务对其承认与否做出说明与解释,而且,即便是买受人做出说明的理由不成立,亦不应影响其承认(或拒绝)的效力。但是,

其一,基于承认为法律行为之属性,凡得以影响法律行为效力的诸项因素均得适用于对承认效力的判断。

其二,当事人间可不妨约定,标的物经检验或适用符合约定的特定条件或标准,买受人必须为承认之意思表示。然而,这已不是合同法意义上的试用买卖,而仅是一般意义上的附条件买卖合同。^①

其三,台湾学者史尚宽先生认为,买受人于标的物交付前已支付价金者,系以当事人约定以买受人之不承认(拒绝)为解除条件之买卖合同,而非试用合同。^②笔者认为,以买受人何时支付价款作为判断所付条件的性质,进而确定是否为试用买卖的观点并无立法与学理上的充分依据。决定所付条件性质的判断标准当为当事人间约定的条件所起作用的不同,因此,在上述情形下,如果买受人对标的物(买卖合同)不予承认,则当事人所约定的条件为确定的不成就,试用买卖合同不生效,如此一来,出卖人、买受人各自分别占有对方的价款、标的物即为无合法根据,而应予相互返还。

(三) 承认之拟制

根据意思自治原则,当事人可对承认的形式做出特别的约定。但是,在当事人间无特别约定的情况下,包括我国《合同法》在内的各国立法对承认的形式并无特别的限制:口头、书面及其他形式均无不可。本文仅对其他形式承认之拟制予以探讨。

^① 孙礼海主编,《合同法实用解释》,北京:工商出版社,1999,p.260.

^② 前注史尚宽书,p.82.