

民商法

论丛

第8卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 8

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 8 卷

(1997 年第 2 期)

梁慧星 主编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛 第8卷/梁慧星主编. - 北京:法律出版社,1997.12
ISBN 7-5036-2242-3

I. 民… II. 梁… III. ①商法-文集②民法-文集
V. D913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 21191 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/25.25 字数/654 千

版本/1997 年 12 月第 1 版 1998 年 8 月第 2 次印刷

印数/5,001-8,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2242-3/D·1864

定价:40 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

本卷为民商法论丛第8卷(1997年2号)。

全国人大常委会法制工作委员会于今年5月底发出统一合同法草案征求意见稿广泛征求修改意见。6月9日—18日在北京昌平召开了讨论征求意见稿的专家会议,会上对征求意见稿进行了比较充分的讨论,会议参加者充分表述了各自的意见和建议。相信在今后的合同法草案修改中将充分斟酌各部门、各地区、各单位提出的修改意见和这次会上发表的意见,形成一个比较完善的草案。本卷为配合合同法草案的修改讨论,设【立法问题】栏刊载编者的《从过错责任到严格责任》一文,介绍合同法草案征求意见稿将违约责任规定为严格责任的主要理由,另在【专题研究】栏刊载了汪泽先生的《表见代理若干问题研究》和胡基先生的《合同解释的理论与规则研究》,意在为读者讨论合同法草案关于违约责任原则、表见代理制度和合同解释的规定,提供参考。

科学技术突飞猛进的发展,屡屡向法律特别是民法提出挑战,其中因生殖技术和计算机技术的应用所引发的法律问题最为严峻。有鉴于此,【专题研究】栏特别刊载了冯建妹女士的《生殖技术的法律问题研究》和薛虹小姐的《纳入版权保护体系的网络传输》两篇论文,相信对立法和理论研究有重要参考价值。我国民事立法正在逐步完善,编纂民法典的工作亦在准备中。民法本质上为“人”的行为规范,因此民法亦可称为“人”法。虽我国民法通则关于法人和自然人已设有规定,但如何理解、把握民法上“人”的概念,以及民法究应以什么样的人作为法律概念“人”的定位,向来未

见有深入的研究成果,而这个问题关系甚大,将影响21世纪中国民法的走向。因此,在【法学名著】栏译载日本著名学者、原东京大学法学部教授星野英一先生的论文《私法中的人》,系由王闯先生翻译,希望能够引起我国民法学界对此问题的关注。该栏还续完原田尚彦先生的《日本环境法》一书,请读者注意。

我们知道,继1980年的联合国国际销售合同公约之后,进入90年代,合同法领域又有几个引起各国民法学者极大的关注的动向。即1992年荷兰施行了修正后的《荷兰民法典》,同年德意志联邦司法部债务法修正委员会公布了关于修正德国民法典债务法编的《最终报告书》,1994年国际统一私法协会公布了《国际商事合同通则》,1996年欧洲合同法委员会公布了《欧洲合同法原则》。今年1月在北京召开的中日合同法现代化问题研讨会上,日本大阪大学法学部教授潮见佳男先生的报告,根据荷兰新民法典、德国债务法修正委员会的最终报告书和欧洲合同法原则的有关规定,着重分析了合同责任和履行障碍法的最新发展,给出席会议的中方学者留下了深刻的印象。会后,潮见先生对报告进行了整理和充实,授权本刊发表。这就是【域外法】栏刊载的长文:《最近欧洲合同责任、履行障碍法的发展》,是由于敏先生翻译的。

【判解研究】栏编入四篇文章。首先应向读者推荐的是厦门大学法学院院长陈安教授的《一项判决 三点质疑》一文。该文是对香港高等法院1993年第A8176号案件判决的评析。其英文本发表在日内瓦《国际仲裁学刊》第13卷第4期(1996年2月),据悉已引起国外法学界重视,反响甚大。中文本发表在香港城市大学《中国法与比较法研究》第1卷第2期(1996年6月),因系新刊,发行量小,大陆读者难以看到。鉴于该文所论,涉及中国法、英国法及香港法之间的“法律冲突”,司法管辖与仲裁管辖的分野与交叉,民法债权债务与票据法债权债务的区别与联系,原告与被告诉讼权利之平等与保障,主审法官与作证专家的知识水平与职业操

守,执法不公与枉法裁判之揭示与预防等多种歧义,涵盖实体法与程序法多方面的理论和实务问题,因此商得作者同意,刊载于此,以饷读者。另外两篇判解研究是金勇军先生的《评吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩拍卖有限公司侵权案》,和《评马敏诉刘伟等共同参与行为损害赔偿纠纷案》。前一个案件,此前已有知识产权法学者发表研究文章。但同一案件判决,由不同的作者研究,因作者视角不同,常有不同的阐释,并无重复之嫌。后一个案件属于共同参与行为,或者共同危险行为,我国现行法未有规定,相信作者的研究对立法和实务均有裨益。从来判例研究有个案判例研究与综合判例研究之分,后者是对属于同一类型的若干案件判决的综合分析研究,相对于个案判例研究而言,另有其意义和难度。本卷【判解研究】刊载的张新宝和康长庆两位先生合著的《民法通则实施以来我国人民法院审理侵害名誉权案件的情况、问题和若干对策》一文,就属于综合判例研究,请读者注意。

【硕士学位论文】栏选编了三篇论文,其一是北京大学法律系国际经济法硕士王江雨先生的《买卖合同成立的一般规则与国际贸易中的格式之战》;其二是中南政法学院国际经济法硕士孙美兰小姐的《论国际货物买卖中货物损失风险的转移》;其三是中南政法学院民法硕士徐涤宇先生的《论合同的解释》。这三篇论文表明,硕士学位论文的选题已经从一度偏好大而空的题目的倾向,转向注重比较精细的、针对立法和实务的重要问题的选题,这是值得欢迎的。希望莘莘学子辛勤研究的成果,能够引起立法方面的重视,成为统一合同法起草的参考。

时值香港回归之隆重庆典。我中华民族终于洗雪百年耻辱。谨以本卷作为纪念。

编者于 1997 年 7 月 1 日

目 录

卷首语

立法问题

- 1 从过错责任到严格责任 梁慧星
——关于合同法草案征求意见稿
第76条第1款

专题研究

- 8 表见代理若干问题研究 汪 泽
27 合同解释的理论与规则研究 胡 基
63 生殖技术的法律问题研究 冯建妹
123 纳入版权保护体系的网络传输 薛 虹

法学名著

- 150 私法中的人 [日]星野英一 王 闯译
——以民法财产法为中心

197 日本环境法 [日]原田尚彦 于敏译

域外法

299 最近欧洲合同责任、履行障害法的发展
——荷兰修正民法典、德国债务法
修正草案、欧洲合同法原则
[日]潮见佳男 于敏译

判解研究

412 一项判决 三点质疑
——评香港高等法院“1993年
第A8176号”案件判决书 陈安

456 评吴敏诉刘伟等共同参与行为
损害赔偿纠纷案 金勇军

472 评吴冠中诉上海朵云轩、香港
永成古玩拍卖有限公司侵权案 金勇军

487 民法通则实施以来人民法院审理
侵害名誉权案件的情况、问题
和若干对策 张新宝 康长庆

硕士学位论文

545 买卖合同成立的一般规则与国际
贸易中的格式之战 王江雨

638 论国际货物买卖中货物损失风险
的转移 孙美兰

706 论合同的解释 徐涤宇

立法问题

从过错责任到严格责任

——关于合同法草案征求意见稿
第 76 条第 1 款

梁慧星

合同法草案征求意见稿第 76 条第 1 款规定：“当事人不履行债务或者履行债务不符合合同约定或者法律规定的，应当承担违约责任”。这是关于违约责任原则的规定。条文完全没有提到“过错”问题，因此与现行经济合同法的规定不同，也与一般民法教材关于违约责任的论述不同。现行经济合同法第 29 条规定的是过错责任原则，现在的一般民法教材在论述违约责任时，也都认为我国民法关于违约责任实行过错责任原则。而合同法草案征求意见稿第 76 条第 1 款的规定，却属于严格责任。

这里需要说明的是，合同法立法方案关于违约责任原则，原定为过错推定责任。由全国 12 所法律院系和研究机构的学者依据立法方案起草的合同法建议草案，也规定为过错推定责任。建议草案第 138 条规定：“合同当事人一方不履行合同债务或者其履行不符合法定或者约定条件的，应当承担违约责任。但当事人能够

证明自己没有过错的除外”。这是对过错推定的表述。之所以明定为过错推定责任,是因为考虑到大陆法系民法虽规定违约责任为过错责任,以违约人有过错为责任要件,即所谓有过错即有责任,无过错即无责任,但在诉讼中追究违约责任时并不要求受害方即原告向法庭举证证明违约方有过错,而是在查明有违约的事实时,即推定违约方有过错,使其承担违约责任,并允许违约方就自己无过错举证,如果违约方向法庭举证证明自己对于违约没有过错,即可获得免责。此与一般侵权行为的过错责任不同。一般侵权行为的过错责任,须由受害人即原告向法庭举证证明加害人即被告有过错,原告不能举证证明被告有过错时,被告不承担侵权责任。一般侵权行为的过错责任,与实行过错责任原则的违约责任,在以过错为责任构成要件这一点上是相同的,因此都属于过错责任。但在过错的证明上,一般侵权行为的过错责任由受害人即原告负担举证责任,而过错责任原则的违约责任不要求受害人即原告负担举证责任,反过来要求违约方即被告就自己无过错负担举证责任,这就是所谓举证责任倒置。由于违约责任采用了所谓举证责任倒置的法技术,免除了受害人即原告关于违约方有过错的举证责任,对受害方即原告比较有利。因此,违约责任虽名为实行过错责任原则,实际上并不是原来意义上的过错责任,而属于过错推定责任。合同法立法方案及合同法建议草案,正是考虑到违约责任与一般侵权行为的过错责任在过错证明上的差异,决定将违约责任明定为过错推定责任。

在1995年4月法制工作委员会召开的讨论合同法建议草案的会议上,会议参加者充分注意到合同法建议草案明定违约责任为过错推定责任的理由,并考虑到国际公约的经验,建议更进一步,将第138条的第2句“但当事人能够证明自己没有过错的除外”删去,将合同法建议草案关于违约责任原则的规定由过错推定责任改为严格责任。这一修改在1996年5月27—6月7日修改

合同法草案的会议上得到肯定,规定在这次会形成的合同法草案第三稿的第80条第1款:“当事人不履行债务或者履行债务不符合合同约定或者法律规定的,应当承担违约责任”。合同法草案征求意见稿是在第三稿的基础上稍作增删调整后形成的,其第76条第1款与第三稿第80条第1款完全相同。在1997年6月9日—18日讨论合同法草案的会议上,有学者对这一条文提出疑问,认为不宜将违约责任规定为严格责任,此前亦有学者著文针对合同法草案第三稿第80条第1款将违约责任改为严格责任提出批评。下面介绍合同法草案第三稿和征求意见稿将违约责任原则规定为严格责任的理由:

其一,民法通则及涉外经济合同法和技术合同法已经将违约责任规定为严格责任

在现行法之中,涉外经济合同法率先将违约责任规定为严格责任。这就是该法第18条:“当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件,即违反合同的,另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后,尚不能完全弥补另一方受到的损失的,另一方仍然有权要求赔偿损失。”民法通则第111条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的,另一方有权要求履行或者采取补救措施,并有权要求赔偿损失。”除文字上的差异外,民法通则的规定与涉外经济合同法的规定毫无二致^①。再看技术合同法第17条的规定:“当事人一方不履行技术合同或者履行合同义务不符合约定条件,即违反合同的,另一方有权要求履行或者采取补救措施,并有

^① 学者已经注意到民法通则第106条第1款和第111条“未出现过错的字样”,却仍然坚持认为我国法律关于违约责任系采过错责任原则。参见崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第69页;王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1996年版,第672—674页。

权要求赔偿损失。”这一规定显然是以民法通则的规定为根据的。现行法中,明文规定违约责任为过错责任的,唯有经济合同法。该法第29条(即修订前的第32条)规定:“由于当事人一方的过错,造成经济合同不能履行或者不能完全履行,由有过错的一方承担违约责任”。可见,将违约责任规定为严格责任非自统一合同法草案始。

其二,严格责任是合同法的发展趋势

大陆法系民法关于违约责任一般采过错责任原则,以违约方对于违约有过错为责任构成要件。但按照英美普通法,违约责任不以违约方有过错为构成要件,只要违反合同,就应承担责任,除非有约定或者法定的免责事由,因此属于严格责任。关于违约责任采纳了英美法的严格责任原则,根据联合国国际货物销售合同公约第45条关于卖方不履行合同义务时买方的补救方法及第61条关于买方不履行合同义务时卖方的补救方法的规定,“受损害一方援用损害赔偿这一救济方法时,无须证明违约一方有过错”^①。国际统一私法协会起草的《国际商事合同通则》同样采纳了严格责任原则,其第7.4.1条规定:“任何不履行均使受损害方当事人取得单独的损害赔偿请求权,或是与其他救济手段一并行使的损害赔偿请求权,除非不履行可根据本通则的规定予以免责”。本条的“注释1”指出,“本条重申像其他救济手段一样,损害赔偿的权利产生于不履行这个唯一事实。受损害方当事人仅仅证明不履行,即他没有得到所承诺的履行就足够了。尤其没有必要再去证明不履行是由不履行方当事人的过错引起的”^②。让我们再看欧洲合同法委员会起草的《欧洲合同法原则》,其第八章规定不履行和救

^① 姜凤纹:《国际货物买卖中的统一法律问题》,法律出版社1988年版,第56页。

^② 国际统一私法协会《国际商事合同通则》(中英文对照),法律出版社1996年版,第167—168页。

济,其中第101条规定:(1)任何一方当事人不履行合同上的义务,且该不履行不能依本章第108条被谅解,则受害方可以采取第四章规定的任何救济手段;(2)如一方当事人的不履行可依本章第108条的规定被谅解,则受损害方可以采取第四章规定的除请求履行和损害赔偿以外的救济手段。按照第108条的规定,不履行一方如果证明其不履行是因他所不能控制的障碍所致,且不能合理期待他在合同成立之时能够预见该障碍,或者能够避免或克服该障碍或其后果,则该不履行应被谅解。如果说《联合国国际货物销售合同公约》采纳严格责任原则是受英美法的影响的话,则《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》之采纳严格责任,应该被认为是两大法系的权威学者在经过充分的斟酌权衡之后所达成的共识,反映了合同法发展的共同趋势^①。

其三,严格责任具有显而易见的优点

首先是在严格责任原则之下,原告只须向法庭证明被告未履行合同义务的事实,即证明被告未履行或者履行不符合合同约定或法律规定。既不要求原告证明被告对于不履行有过错,也不要要求被告证明自己对于不履行无过错。这里的逻辑是,只要违约就应当承担违约责任,责任的构成仅以不履行为要件,被告对于不履行是否有过错,与责任无关。被告免责的可能性在于证明有免责事由。由于不履行和免责事由均属于客观存在的事实,其存在与否的证明与判断相对来说比较容易。而过错属于主观的心理状

^① 其实这一发展趋势在大陆法系国家的国内法中也有反映,例如在罗伯特·霍恩、海因·科茨和莱塞合著的《德国民商法导论》中,作者写道:“过错原则在契约法中得到如此广泛的扩展,以致我们可以说,在很多情况下,它都是采用的客观责任的原则”。“很多不属于过错的情况都可能产生责任”。“如果换一个角度,我们也可以说,过错原则的逐渐衰微使得德国的法律制度与其他国家的法律制度更加接近了,在这些国家,法律不要求债务人有过错,但是存在着免除责任的可能性”。引自《德国民商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版,第122页、第123—124页。

态,其存在与否的证明与判断相对来说比较困难。因此,实行严格责任原则可以方便裁判,有利于诉讼经济。其次,在严格责任原则之下,使不履行与违约责任直接联系,有违约行为即有违约责任,违约行为与违约责任互为因果关系,有利于促使当事人严肃对待合同,有利于合同的严肃性。违约行为发生后,违约责任当然发生,如果没有免责事由,即应承担违约责任。可以避免在过错责任原则之下违约方总是企图寻求无过错的理由以期逃脱责任的现象,有利于增强当事人的责任心和法律意识。

其四,严格责任原则更符合违约责任的本质

违约责任与侵权责任虽同属于民事责任,但二者有本质的不同。侵权行为一般发生在预先不存在联系的当事人之间。当事人之间预先未有意思联络,更不用说存在什么双方约定的权利义务。法律规定,每一个人都负有不得损害他人人身、财产和其他合法权益的义务,否则即应承担侵权责任,这是出于维护社会秩序的要求。严格说来,社会生活中,各人都为追求自己的利益而行动,发生权利冲突在所难免。当一个人行使自己的权利或者进行其他行为造成他人损害时,一般要求加害人须有过错,如果无论什么情形只要有损害就要加害人承担责任,难免会对人们行使权利或者进行其他追求自己利益的正当行为造成不当限制,不利于社会的发展。因此,一般侵权行为责任要求以加害人有过错为构成要件。这里的逻辑是,既然权利冲突是广泛存在的,损害的发生是难以避免的,法律上要求侵权行为人承担责任就不应仅以损害发生为前提,在损害事实之外还应该另有其理由,这就是可归责性。过错就是可归责性。由于具有过错,就使追究一般侵权行为责任具有了合理性和说服力。但违约责任则不同。违约责任发生在预先有密切联系的当事人之间。违约方和受害方预先通过自愿协商,建立了合法有效的合同关系,商定了相互之间的权利义务。此合同关系上的权利义务完全是由当事人自己商定的,当然完全符合当事

人双方的意愿和利益。违约责任是由合同义务转化而来,本质上出于当事人双方约定,不是法律强加的,这与侵权责任显然不同。合同相当于当事人双方为自己制定的法律。法律确认合同具有拘束力,在一方不履行时追究其违约责任,不过是执行当事人的意愿和约定而已。因此,违约责任与一般侵权行为责任比较,应该更严格。质言之,违约责任出于当事人自己的约定,这就使违约责任具有了充分的合理性和说服力,此外无须再要求使违约责任具有合理性和说服力的其他理由。

专题研究

表见代理若干问题研究

汪 泽

目 次

导 言

- 一、表见代理制度的功能
- 二、表见代理的概念和构成要件
- 三、表见代理与狭义的无权代理
- 四、表见代理的类型
- 五、表见代理的法律后果

导 言

代理,是指代理人在代理权限内,以本人(被代理人)的名义为民事法律行为,其后果直接归属于本人的法律制度。代理制度的出现和发展,使民事主体摆脱了事必躬亲的束缚,从而在纷繁复杂的商品交易中游刃有余,这无疑会促进交易的发展,加速商品的流

转,增加社会财富。但是,作为代理伴生物的无权代理的存在,则危害交易的安全和本人的利益。因此有必要对无权代理加以规范。传统的民法理论根据无权代理的法律后果归属不同,将其分为表见代理和狭义无权代理,它们共同构成广义的无权代理。前者的法律后果直接归属于本人,即本人对第三人负授权责任;后者非经本人承担,本人不承担代理行为的法律后果,而对于无权代理人课以特别之责任,以达维持代理制度之信用,而谋交易之安全。^① 鉴于我国民法尚未确立表见代理制度和民法理论上的诸多争论与分歧,本文拟就表见代理中的若干疑难问题作出探讨。

一、表见代理制度的功能

(一)维护交易的动的安全

代理制度以私法自治之扩张及其补充为目的,其特点在于限制个人意思绝对的思想,而注重法律行为(代理行为)本身的社会意义及目的,对其行为本身与其效果予以分离。^② 行为主体(代理人)与承担行为效果的主体(本人)的分离,同时构成对交易安全的极大威胁,这尤其表现在无权代理上。如果认为无权代理是没有代理权的代理行为,本人概不负责,显然没有考虑到交易安全和维护善意第三人的合法利益,从而使不特定的社会一般交易也受其影响。而且,此种观点势必引起一般人不欲与代理人交易,从而使本人难以利用代理制度,使代理制度所应有的扩张私法自治的作用大为减损。因此有必要将无权代理区分为表见代理和狭义无

^① [台]刘春堂:《民商法论集》(一),辅仁大学丛书编辑委员会,1985年版,第34页。

^② [台]洪逊欣:《中国民法总则》,台北1992年版,第484页。