

# 民商法

# 论丛

第2卷

CIVIL AND COMMERCIAL  
LAW REVIEW VOL. 2

谢怀栻先生从事民法五十周年纪念特辑

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

# 民 商 法 论 丛

## 第 2 卷

(1994 年第 2 号)

梁慧星 主编

谢怀栻先生从事民法五十周年纪念特辑

法 律 出 版 社

民商法论丛第2卷

谢怀栻先生从事民法五十周年特辑

梁慧星 主编

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/18 字数/482千字

---

版本/1994年12月第1版 1997年10月第4次印刷

印数/9,001-12,000

社址/北京市广外六里桥北里甲1号八一厂内(100073)

电话/3266779 3266793

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN7-5036-1607-5/D·1285

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

# 卷首语

欣逢谢怀栻老师从事民法 50 周年,本卷作为特别纪念专号,将编者撰稿的贺辞及先生在 1993 年海峡两岸民商法研讨会上的发言《两岸民事立法的互动与趋同》刊于卷首,以表达对先生的景仰和祝贺。

为贯彻《民商法论丛》之编辑宗旨,本卷内容较之第一卷有新的开拓。新增[法学经典]一栏,译载了名著《为权利而斗争》。这是距今 122 年前(即 1872 年),德意志伟大的民法学家鲁道夫·冯·耶林,在维也纳法律协会上的讲演。同年,耶林对该讲演稿进行了补充加工,并以《为权利而斗争》为题,予以公开发表。《为权利而斗争》一经刊行,便引起巨大反响。至 1921 年,在德国重印达 20 版,在 17 个外国被翻译出版。至今被公认为经典法律名著。《为权利而斗争》是耶林毕生为普通读者写的唯一著作,之所以有如此巨大的影响,是因为提出了若干极重要的见解,揭示了若干前人所未曾认识的真理。这些见解和真理,今天对于正致力于建立、健全法治与民主的中国,仍有其重大的理论意义和实践意义。

在[法学方法论]一栏译载了日本著名学者加藤一郎先生的《民法的解释与利益衡量》一文。加藤先生所提倡“利益衡量论”对日本战后的民法解释学和实务产生了很大的影响,本文是先生关于自己学说的讲演,极为生动易懂,读者定可对“利益衡量论”及其运作获得大致的了解。日本战后法学界曾经发生过有名的“法解释论争”,推动了法学和实务的发展。对论争的背景和主要争点,《民商法论丛》将陆续加以介绍。

[专题研究]栏编入了台湾著名学者王泽鉴先生在 1993 年中国

社会科学院法学研究所主办的海峡两岸民商法研讨会上的论文,王先生是大陆民法界所熟知和尊重的学者,其著作《民法学说与判例研究》一至七册在大陆流传甚广,本卷所收的《动产担保制度与经济发展》一文,将使我们台湾六十年代制定的《动产担保交易法》有详细的理解。另外还译载了日本东京大学民法教授内田贵先生的论文《现代契约法的新发展和一般条款》。内田先生的大著《契约的再生》乃是对美国学者吉尔莫的《契约的死亡》一书的答复,这两部著作在本世纪民法理论上有着重要的影响。《民商法论丛》将从第三卷开始连载,请读者留意。据说立法机关已将统一破产法的工作提上日程,因此编入邹海林先生、王仲兴先生的新作《论破产程序中的债权人自治》。叶自强先生的《公证机构设置问题研究》,针对我国公证制度的改革建议改采自负盈亏的公证人事务所模式,值得重视。

本卷选载了三篇硕士学位论文,即蔡立东先生的《公司人格否认论》;桂菊平女士的《论瑕疵担保责任、积极侵害债权和产品责任之关系》;韩世远先生的《免责条款研究》。表明近年的硕士论文开始注重研究市场经济条件下民商法理论和实务的重大课题,代表了硕士论文的方向。

在[域外法]栏编入三篇文章,其一是德国奥格斯堡大学教授海尔穆特·库勒尔博士为1993年出版的《德国民法典》所写的序言,由正在德国进修的孙宪忠博士翻译,对我们了解德国民法的新发展定有帮助。其二是西南政法学院的尹田先生研究法国合同法的论文,作者曾留学法国,是我国专门研究法国法的学者。所论述的虽是法国合同法中意思自治原则的衰落,实际上也是战后以来合同法发展的一个缩影。其三是日本名城大学讲师渠涛的《从损害赔偿走向社会保障性的救济》一文,介绍名古屋大学加藤雅信教授关于侵权行为法的新构想。加藤雅信教授于1979年提出废止现行侵权行为制度,创立社会保障性质的综合救济系统的建议,引起极大反响。这一极富创造性、极为大胆的构想,对于正在谋求法制现代化的中国法学无疑有参考价值。

在[资料]一栏译载了美国租赁法,是美国统一商法典新增第二编,其中关于融资性租赁的规定对我国有关立法和实务当有重要参考价值,是由博士研究生傅静坤女士翻译。

编完本卷之时,编者注意到国家立法机关近来已加快了立法速度,凡是想得到的法律法规似乎均在起草之中。有一家大报用了这样一条醒目的标题:“立法驶上快车道”!的确,国家终于认识到了法律对于发展现代化市场经济之极端重要性,打算用较短的时间建立一个完善的市场经济法律体系。这毫无疑问是值得欢迎的,值得高兴的大好事。因此,初读这一报道,抑制不住内心的欣喜。但仔细思量,却又生出几许杞忧。正所谓一则以喜,一则以忧也!

试想汽车之行驶,基本上属于技术问题,且有道路可以遵循,有红绿灯加以节制,而车速过快尚且要发生交通事故,所谓“十次肇事九次快”。立法工作,绝不同于汽车行驶之技术问题,乃是为人类社会活动制定行为规范,而现代社会生活又极为纷繁复杂,法律之制定甚或一个条文之拟定,不仅关乎当事人切身利益,而且关乎一国经济之张弛,吏治之良否,民风之善恶,民族之兴衰,国运之隆替,须要有科学理论为之提供法理基础,有严格的程序保障人民意志之体现,有科学的方法确保整个法律体系之和谐和价值判断之贯彻,既不可闭门臆造,也不可照猫画犬,切切不可贪图速度而草率从事!此“立法快车”之令人忧虑也!又立法本身并非目的,其目的在于法律能够切实实行。今日法律之实行状况如何,能否抱乐观态度,此为官民所共见,不待细说。所谓“立法快车”,至少予人以偏重法律之制定而对法律之实行未予应有重视之印象,实不能令人无忧也!

编者

1994年8月6日

# 目 录

## 卷首语

### [祝贺谢怀栻先生从事民法 50 周年]

- 谢怀栻先生从事民法 50 周年贺辞 ..... 编 者(1)  
海峡两岸民事立法的互动与趋同 ..... 谢怀栻(5)

### [法学经典]

- 为权利而斗争 ..... 鲁道夫·冯·耶林(胡宝海译)(12)

### [法学方法论]

- 诚实信用原则与漏洞补充 ..... 梁慧星(60)  
民法的解释与利益衡量 ..... 加藤一郎(梁慧星译)(74)

### [专题研究]

- 动产担保制度与经济发展  
——台湾动产担保交易法制定施行 30 年的经验  
..... 王泽鉴(96)  
现代契约法的新发展与一般条款..... 内田贵(胡宝海译)(117)

- 论破产程序中的债权人自治…………… 邹海林 王仲兴(156)  
公证机构设置问题探讨…………… 叶自强(201)

### [域外法]

- 《德国民法典》的过去与现在  
…………… 海尔穆特·库勒尔(孙宪忠译)(217)  
契约自由与社会公正的冲突与平衡  
——法国合同法中意思自治原则的衰落…………… 尹 田(250)  
从损害赔偿走向社会保障性的救济  
——加藤雅信教授对侵权行为法的构想…………… 渠 涛(288)

### [硕士学位论文]

- 公司人格否认论…………… 蔡立东(321)  
论出卖人瑕疵担保责任、积极侵害债权及产品  
责任之关系…………… 桂菊平(361)  
免责条款研究…………… 韩世远(455)

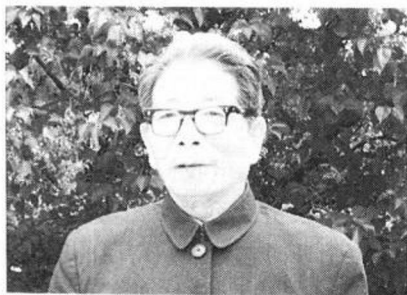
### [资料]

- 美国《统一商法典——租赁》…………… 傅静坤译(523)



# [祝贺谢怀栻先生从事民法 50 周年]

## 谢怀栻先生从事民法 50 周年贺辞



编 者

公元一千九百九十四年秋,欣逢中国社会科学院法学研究所研究员谢怀栻先生从事民法 50 周年,《民商法论丛》特别刊行纪念专号,以表达对先生的景仰和祝贺。

先生于 1919 年 8 月 15 日生于湖北枣阳。1938 年考入中央政治学校大学部法律系,1942 年毕业,同年参加高等文官考试司法官考试及格,1943 年 5 月到重庆地方法院任学习推事,10 月入中央政治学校公务员训练部司法官组学习,1944 年 2 月结业,参加高等文官考试复试及格,分配到重庆地方法院任推事。1945 年日寇投降,台湾光复,先生被任命为(台北)台湾高等法院推事,成为中国政府派到台湾的第一批司法官员,作为台湾高等法院院长的代表亲自从日本人手 里接管了台中、台南、高雄等地方法院,并签发了中国的司法机关在台湾的第一份判决书。1947 年 6 月任上海地方法院推事,1948 年

8月担任上海国立同济大学法学院副教授。新中国成立后,1949年2月进北京中国新法学研究院学习,1951年2月担任新法学研究院辅导员,1951年12月至1958年3月担任中央政法干部学校教员。1957年被划右派,1958年3月受到开除公职、劳动教养处分。1962年6月劳动教养结束,继续留场劳动,1966年9月到新疆生产建设兵团劳动。1979年2月右派改正,回到北京,同年7月到中国社会科学院法学研究所从事民商法学术研究,1989年1月退休。

先生为人耿直,坚持真理。其在57年被划右派,与此有关。1957年6月4日,在北京法学界座谈会上,先生作了以《立法工作的指导思想 and 肃反运动的法律问题》为题的发言。主要谈了三个大问题。第一,关于开国以来的立法工作指导思想问题。先生说:“立法迟缓的原因,大家只谈到是由于作风、组织、技术等问题。但我认为主要是立法工作的领导同志的思想、观点问题”。对此,先生列举了三种倾向。其一,“以政策代替法律”的倾向;其二,“领导同志对审判错误的原因没有很好研究,只认为是干部政策界限不明。但没有法,就不可能避免错判。没有依据是错判的重要原因”;其三,“爬行经验主义”倾向。先生指出,“不能要求法律每一条都从经验中产生,不能一切都求之于直接经验而不看间接经验。立法不能排除理论的指导作用,不能都等待经验总结出来再搞”。第二,关于政法干部教育的问题。先生谈了三方面的问题。其一,“政法干部教育的重要性”。其二,“现在法律教育的体制”并立重叠,“质量很低”。其三,“政法干校的问题”。先生着重指出的问题有:“学校领导干部骄傲自满情绪很重;干校训练干部只看数量,质量很差。教学只能念讲稿,甚至讲稿还是老教授写的,他们是‘前台’,老教授是‘后台’,并美其名曰‘干中学’;科学研究根本不受重视;学校宗派主义严重;盲目扩大机构,人浮于事,如校长办公室有三个主任、八个秘书,所谓‘三八制’”。第三,肃反运动中的法律问题。先生说,“肃反运动中出现的错误,有些是由于主观主义,有的则属于法律问题,对待这些法律问题,应比对待主观主义更加严重地看待。所谓法律问题,就中央政法干校来说是指:违法限制人身自由,

而且是长时期的限制人身自由；违法搜索被侵害人的住宅、行李、信件，并且扣押乃至损毁这些信件”。先生建议“人代会和政协检查肃反工作时，以检查法律问题为重点”。

我在这里详细引用法律出版社1957年出版的《政法界右派分子谬论集》中记载的先生的发言，并非要唤起人们对历史的记忆，而是作为先生禀性耿直、坚持真理之高尚人格的证据。虽历经磨难，而先生追求真理之心、正道直行之志，迄今不变。凡是在课堂上听过先生的精彩讲演的人，在学术会议或立法机关主持的讨论立法问题的会议上听过先生的慷慨陈词的人，对此均有极深刻的印象，并为先生伟大的人格力量所折服。

自1979年以来，先生不仅进行学术研究和教学，而且密切联系实际，积极参加国家立法工作，以其高尚的人格、渊博的学识和对社会正义的追求，赢得立法机关和学术界的尊敬。举凡重要的民商事立法如民法通则、民事诉讼法、海商法、著作权法、公司法、反不正当竞争法、消费者权益保护法及正在起草中的合同法、担保法、票据法、证券法等，无不听取和采纳了先生的重要意见。而先生的许多重要意见，或属于言人所未见，或属于推翻陈说，或属于正本清源，或属于借鉴国外经验，无不从中国改革开放、发展现代化市场经济和与国际市场接轨的实际出发，广泛参考发达国家和地区成功的立法经验和理论研究成果，顺乎法治民主之潮流，而又切合我国实际之需要。

先生治学严谨，用功至勤，从不间断。即使在被划右派、劳动教养期间，还托人买来俄文版“语录本”学习俄语。改正以来，无论是参加立法草案的修改论证、为司法机关就疑难案件提供咨询意见，或是撰写论著、准备讲义，从查阅中外文资料到撰稿成文，均自己动手，不假他人。退休以来，主编《台湾法律丛书》，对于全部书稿必仔细审阅、仔细修改，甚至整章整节亲自改写。其勤谨严格、一丝不苟，堪为学界之楷模。

先生平易近人，提携后进，诲人不倦。虽年已古稀，仍博闻强记。其讲课旁征博引，联系实际，深入浅出，生动有趣，极受欢迎。如十余

年前在人民大学为研究生授课，针对当时存在的刻意追求法律和法学的中国特色的倾向说，好比一个人鼻子上长了一个又红又大的瘤，可以说是极有特色，但这样的特色有什么好处，还是以没有特色为好。此一比喻，诙谐有趣，切中时弊，揭示了真理，使听课学生印象深刻。

50年来，先生先投身实务，后从事教学，尤其是改革开放以来，先生焕发精神，著书立说，参与立法，培养青年，为中国民商事立法的进步和民商法学的发展，做出了重大贡献。而无论身处顺境、逆境，先生始终追求法治民主和社会正义，视权势富贵如浮云，不坠操守，持节不渝。当今之时，物欲横流，学术低迷，而先生以古稀之年仍笔耕不已，怡然自得其乐，实不愧为我民商法学界一代宗师之典范！

先生的主要著作有：《德国民事诉讼法》（翻译）；《合同法》（合著）；《票据法》；《台湾经济法》；《社会主义商品经济法律制度研究》（合著）；主编《台湾法律丛书》等。其中，《票据法》荣获中国社会科学院1977—1991优秀科研成果奖。

谨以《民商法论丛》编者的名义并代表民商法学界曾经受教于先生的中青年学人，向先生致以最诚挚的敬意！并祝先生健康长寿！

# 海峡两岸民事立法的互动与趋同

谢 怀 斌

## 目 次

- 一、分裂与差异
- 二、互动与趋同
- 三、由分裂向统一的复归

### 一、分裂与差异

我国数千年来,诸法合一,民刑不分。自清末变法以后,引进大陆法系的法制,始有独立的民事立法。但在民国初年,并未制定民法。国民政府奠都南京以后,立法院制定《民法》五编,于1929年至1930年先后公布施行。这是我国的第一部民法典。以后国民政府又陆续公布公司法、票据法、海商法与保险法(均在1929年)。我国的民事立法体系基本完成。

这一套民事立法施行20年,大陆解放,以后这些法律仍在台湾施行,迄于现在。40余年来,这些法律在台湾虽经多次修改,但变动不大,面目依旧。其中民法债编与物权编则未经修改。在法律中,60余年未经修改一字,如同这两编

的,可谓罕见。

关于这一套法律在台湾的施行情形与其发展情况,台湾民法学家多有论述,不属本文范围。<sup>①</sup>

在大陆方面,早在中华人民共和国成立之前,中共中央已宣布废除“六法全书”,即旧中华民国的一切法律,其中当然包括前述的各种民事立法。中华人民共和国成立后,仅在1950年公布《婚姻法》,其他民事法律,长期没有制定。<sup>②</sup>直到1980年又公布新《婚姻法》,1981年公布《经济合同法》,1985年公布《继承法》,1986年公布《民法通则》,等等。以后又制定了一些法律,但民事方面的法律仍很不完备。今年以来,人大常委已宣布要加速制定法律。

祖国的分裂,使两岸的民事立法在极不相同的两条道路上各自发展,现在已有相当的差异。

由于海峡两岸在经济制度和意识形态方面的不同,民事法律间的差异表现在:第一,台湾沿用旧中华民国的民法和一些特别民法,其民法包括财产法与身份法,法律体系比较整齐完备。大陆方面由于受苏联的影响,将婚姻法单独制定,并在长期内将之划出民法范围之外。又另行制定继承法。在财产法方面,有三个合同法(经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法)并立,而《民法通则》则极为简单。在特别

---

<sup>①</sup> 参看郑玉波:《民法五十年》,《法学丛刊》第117期;林廷瑞:《民法三十年来之变迁》,《法学丛刊》第117期;王泽鉴:《民法五十年》,载《民法学说与判例研究》第5册;林咏荣:《我国公司立法的回顾、检讨与展望》,载《商事法论文选辑》(上)。

<sup>②</sup> 关于大陆方面在长达30年的时期内没有民事法律的原因与实际情况,非本文范围,暂置不论。

民法方面,现在只有《海商法》(1992),<sup>①</sup>以致现在就整个民法体系言,零乱简单而又严重不全。<sup>②</sup>第二,就各种法律的内容言,台湾民法(实即旧中国民法)系参考德国、瑞士、日本诸国民法制定,属于大陆法系的传统模式。大陆法律受苏联法影响制定。虽然苏联法在某些方面也受大陆法影响,但有些方面已与传统大陆法有所不同。特别在有关经济的法律方面,由于计划经济的影响,发生了许多特点。如“经济合同”制度即为一个最显著的例子。<sup>③</sup>另外在有些方面,大陆法律又回复了中国古老法律的少数规定,如在亲等计算上回复了古代的世代算法,在婚姻法与继承法中都有关于继子女的规定等。<sup>④</sup>第三,在一些具体的民事法律制度和规定上,台湾民事法律与大陆的相应的法律已有很多不同之处。例如台湾民法中的“自然人”,大陆民法通则称为“公民(自然人)”。成年年龄,在台湾民法为20岁(民法第12条),在大陆民法为18岁(民法通则第11条)。结婚年龄,在台湾民法为18与16岁(民法第980条),在大陆为22与20岁(婚姻法第5条)。又如台湾民法所称“契约”,大陆法律改称“合同”。其他类似情况,不一而足。

总之,随着民事立法的分裂,海峡两岸民事法律已有了

---

① 大陆的《海商法》,1992年11月7日公布,1993年7月1日施行,共分15章,278条。这是大陆现在民事法律中最为详尽的法律(较《民法通则》——共156条——长得多),不论在内容和立法技术上都为民法学者所称许。

② 关于此点,大陆民法学者论述极多,不胜枚举。

③ 关于大陆法律中的“经济合同”,参看谢怀斌《论制定适应社会主义市场经济的合同法问题》,载《中国法学》1993年第2期。

④ 婚姻法第21条第2款:“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利或义务,适用本法对父母子女关系的规定。”继承法第10条第3款:“本法所说的子女,包括婚生子女,……和有抚养关系的继子女。”继承法第12条:“丧偶儿媳对公婆,丧偶女婿对岳父母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。”

甚多差异。

## 二、互动与趋同

自从两岸关系恢复以后,随着两岸人民的往来与经贸关系的发展,法律方面的接触与交流也逐渐增多。两岸法律发生了一些互相影响的情况。

第一是相互了解与相互学习。

由于 40 余年的隔绝,不仅两岸普通人民相互间,即两岸法学家,对于另一方的法律也多不了解。近年来,两岸人民的来往接触,两岸法学家(包括法官、律师)的来往与学术交流,已使这种互不了解的情况有所改变。更重要的,两岸都有一些法学家在这方面做了很多工作。例如台湾的蔚理法律出版社即曾出版《大陆法律咨询系列》书籍十余种,向台湾人民介绍大陆法律。大陆方面也曾出版一些介绍台湾法律的书籍,如《台湾法律丛书》(共十册,中国社会科学院法学研究所编),《台湾经济法概论》(陈训敬、吴永泉主编,福建鹭江出版社)、《海峡两岸交往中的法律问题》(曾宪义、郭平坦主编,河南人民出版社)等,都是显著的例证。还有一些法学家,对彼此的法律进行深入的探讨与研究。在台湾方面,如刘清波教授、林秀雄教授对大陆婚姻法的研究,王泽鉴教授对大陆民法通则的研究。在大陆方面,如谢怀栻对台湾经济法的研究,郑成思对台湾著作权法的研究,都是例证。

在相互了解的基础上,两岸法学家之间相互学习的风气与日俱盛。这是十分令人欣喜的。

第二,立法方面的相互影响。



近年来已出现两岸间在法律工作方面互相影响的开端,这是一个十分引人注目并十分令人兴奋的现象。由于台湾的民事法律比大陆完备一些,台湾在实行市场经济方面较大陆富有经验,近年来大陆在制定公司法、反对不正当竞争法、证券法时,即曾参考台湾的相应的法律。台湾方面也常注意到大陆的相应法律中的规定,例如台湾“立法院”在讨论著作权法时,就有立委提出,大陆设有“版权局”,台湾也应该设置著作权的专管机关,以“因应两岸的交流”。<sup>①</sup> 这种相互影响的情况是完全可以理解的,也是值得赞许的。

第三,两岸民事法律的接近。

就大陆方面而言,过去民事法律受苏联法的影响,又受计划经济的制约,所以有一些特殊之处。现在,这两方面的影响均已消失。加以大陆实行改革开放政策,近年来不仅积极制定各种适应市场经济的民商法律与经济法律,而且特别注意采用国际惯例,吸收外国先进法例,力求使我国法律与国际通行法制接轨。<sup>②</sup> 此外,中华人民共和国又已参加多种有关民商事国际公约。<sup>③</sup> 这些都使大陆法律将有很大变化。台湾方面近年来在制定各种法律时也尽量参考各国的先进法例,以适应经济方面的“自由化、国际化”。<sup>④</sup>

基于此种情况,可以预言,今后两岸的民事法律,必将日趋接近。

---

① 见台湾《“立法院”公报》。

② 大陆今年特别要抓紧制定社会主义市场经济法律。在立法中除立足于中国国情外,要大胆吸收国外立法中比较好的又适合我们目前情况的东西。甚至“有些适合我们的法律条文,可以直接移植”。“我国有关市场经济的一些法律,需要同国外的有关法律和国际惯例相衔接。”(乔石在八届人大常委会二次会上的讲话,《人民日报》1993年7月3日)。

③ 例如《联合国国际货物销售合同公约》。

④ 例如台湾在制定《著作权法》(修正案)、《公平交易法》时均如此。