

民商法

论丛

第9卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 9

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 9 卷

(1997 年第 3 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9卷/梁慧星主编. - 北京:法律出版社, 1998.5

ISBN 7-5036-2369-1

I. 民… II. 梁… III. ①商法-文集②民法-文集
IV. D 913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 04072 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/26.375 字数/660 千

版本/1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

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 7-5036-2369-1/D·1987

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

本卷为第9卷(1997年第3号)。

【立法问题】栏编入编者写的《中国统一合同法的起草》一文。统一合同法的起草始于1993年,迄今产生过四个草案。《民商法论丛》第4卷曾刊载由学者起草的中国统一合同法建议草案,即第一个草案。《民商法论丛》第7卷曾刊载介绍统一合同法草案第三稿的文章。今年5月全国人大常委会法制工作委员会向全国发出统一合同法草案征求意见稿,即第四个草案。今年10月在厦门大学召开的民法学经济法学研究会上,对此征求意见稿进行过热烈讨论,提出了许多问题。在这次会上获悉,统一合同法草案在1998年没有通过的可能。《中国统一合同法的起草》一文介绍了起草的理由、立法方案所确定的指导思想和基本方针、各个草案的产生经过,并着重介绍了总则部分重要制度的修改情况,及1997年6月9日至18日在北京昌平召开的讨论征求意见稿的专家研讨会上的主要争论。请读者留意。

【专题研究】栏编入6篇论文:刘郁武先生的《信用证与买卖双方义务若干问题的探讨》,是作者基于仲裁实践中的感受,单证不符情况下买卖双方的义务问题致为复杂,因此广泛参考借鉴国外的判例学说,研究此重要法律问题所取得的新成果;张民安先生的《公司少数股东的法律保护》,引用了丰富的立法、判例资料,研究了各国保护少数股东的方法和原则,对完善我国公司法对少数股东的保护提出了建议,值得一读;王小能女士的《中国大陆与香港、台湾地区三法域支票法律制度比较研究》,对三法域支票法律制度

的价值取向、基本规定和制度作了周详的比较,并提出自己的评价和修改建议,有重要理论和实践意义;喻敏先生的《对侵权行为法中过错问题的再思考》,是基于作者从事审判实务的经验,对传统过错理论进行了尖锐的质疑和批判,并提出作者对过错问题的崭新思想,令人耳目一新;于敏先生的《我国现行法律规定与精神损害赔偿》,结合近年法院认可人身伤害的精神损害赔偿的判例,对我国侵权行为法有关损害赔偿的规定作了新的解释,值得注意;刘荣军先生的《民事诉讼法律关系理论的再构筑》一文,对我国现在的民事诉讼法律关系理论进行了反思和批判,并参考国外民事诉讼理论,企图重新构筑我国民事诉讼法律关系理论,富有创造性。

【法学思潮】栏刊载李金泽先生的《法律互异与冲突:文化因素透视》,作者指出法律是人类社会的一种制度文明,各国法律的互异与冲突,不仅源于各国主权者意志的冲突,也源于各国在文化上的互异与冲突,对作为文化因素的语言、宗教和哲学如何导致法律互异作了分析,并提出协调法律互异与冲突的若干原则。

【法学名著】栏刊载《合同法中的自由与强制》一文,系德国著名比较法学者康·茨威格特和海因·克茨所著《比较法总论》第二卷的第24章,是由孙宪忠先生翻译的。

【域外法】栏刊载尤里·冈萨雷斯·罗丹尔的《墨西哥私法的法典编纂》一文,是由徐国栋先生翻译的。徐国栋先生在中南政法学院主持一个研究项目,着重翻译、介绍、研究中南美洲、亚洲各国的民法典,据说已经收集了20多个国家的民法典和法律文件,翻译工作正在按预定计划进行中。我国经济要腾飞并赶超发达国家,我国企业当然要打入北美、欧洲和日本这些发达国家和地区的市场,同发达国家和它们的企业竞争,但是要在这些市场上取得竞争的胜利谈何容易!编者认为,下个世纪对中国具有战略意义的市场,不是北美、欧洲和日本市场,而是中美州、南美、东南亚、中东和非洲的次发达和不发达国家市场。因此,中国的民法学者有义务、

有责任,去研究这些地区主要国家的民商法律,愈早愈好。本论丛将连续刊载这方面的研究成果和译介文章,请读者留意。

【判解研究】栏刊载姚德年先生的《浅析悬赏广告——对一则遗失物悬赏广告纠纷案的分析》一文。该案判决载于最高人民法院公报 1995 年第 2 期(总第 42 期),本论丛第 6 卷曾刊载过一篇对该案二审判决的判例研究。姚德年先生基于法社会学方法的研究,主张本案遗失物悬赏广告应无效,批评二审法院判决,赞同一审法院判决,值得注意。

【硕士学位论文】编入 4 篇论文,它们是竺琳小姐的《民事诈欺制度研究》,于海涌先生的《船舶抵押权法律效力问题研究》,张天民先生的《论信托财产上权利义务的冲突与衡平》,王敬毅小姐的《医疗过失责任研究》,均不乏理论意义和实践价值。

【资料】栏编入《欧共体理事会关于控制企业间集中的第 4064/89 号规则》,是由沈伟先生和李晓红小姐合译的。另一篇是《论国际商会关于合同保函的新规则》,文末附有国际商会合同保函统一规则译文,作者是西班牙的雅伟·伽玛·德·劳斯寥斯先生,是由徐海燕女士翻译的。

编完本卷,时值岁尾。回顾自拨乱反正、改革开放以来,国家强调民主和依法治国,经 20 年之努力,立法体系已初步建立。但是,人民对法律的信任度却日见其低下。究其原因,端在法律的执行,严重存在裁判不公。细思之,导致裁判不公的因素有三:一曰地方保护主义,二曰行政干预,三曰司法腐败。可谓中国法治之“三害”。“三害”不除,后果如何?可以断言:一旦人民对法律的信任丧失殆尽,法律和法院的权威扫地之时,人民遇有纷争将不再寻求社会正义于人民法院,必将转而寻求帮助于草莽之间。其后果何堪设想!意大利黑手党危害之烈至整个国家民族付出巨大惨重代价经数十年之整肃尚难以根除之惨痛教训,不亦我中华民族之殷鉴乎?!

解决地方保护主义和行政干预问题,关键在提高法院的地位,确保司法独立。从法院经费和法院干部任命与地方脱钩入手,将不难获得解决。再就是整个司法体制的改革。现行司法体制是从前苏联借鉴而来,本质上属于计划经济体制经济基础之上层建筑。改革开放和建立社会主义市场经济体制,致我国社会之经济基础已经发生了根本性变革。按照马克思主义关于经济基础与上层建筑相互关系的理论,所谓“三害”横行,正是反映旧经济体制本质特征的现行司法体制,与现今之经济基础不相适应、相互矛盾、相互冲突日益尖锐化的集中表现。司法体制改革之不可回避,之势在必行,难道还有什么不易理解吗?!

法律是一个高度抽象化、概念化的行为规则体系。要切实发挥法律的规范功能,要将“纸上的”法律,真正变成社会中“活生生的”法律,有赖于关心法律,维护法律,执行法律,对法律之成长、发展和进步,担负重要职责的“人”。即包括法官、律师和法学者的“法律人”职业团体。对这一法律职业团体来说,法律当然是一种职业。但是,这绝不是一般的职业!更不是通常所谓营业!这是一项高尚的、正义的、神圣的职业!要根绝司法腐败,当然要从司法体制改革入手,但最终还依赖于高素质的、崇尚法律正义的法律人职业团体之培育养成。法社会学创始人爱尔里希有一句名言:“法官的人格,是正义的最终保障”。我愿将此名言稍作变更,并献给民商法论丛的读者,尤其那些已经是或打算成为法官、律师和法学者的读者:法律人的人格,是社会正义的最终保障!

愿与诸君共勉之。

编者于 1997 年 12 月 11 日

目 录

卷首语

立法问题

- | | | |
|---|------------|-----|
| 1 | 中国统一合同法的起草 | 梁慧星 |
|---|------------|-----|

专题研究

- | | | |
|-----|---------------------------|-----|
| 32 | 信用证与买卖双方义务若干问题的探讨 | 刘郁武 |
| 87 | 公司少数股东的法律保护 | 张民安 |
| 177 | 中国大陆与香港、台湾地区三法域支票法律制度比较研究 | 王小能 |
| 205 | 对侵权行为法中过错问题的再思考 | 喻敏 |
| 230 | 我国现行法律规定与精神损害赔偿 | 于敏 |
| 260 | 民事诉讼法律关系理论的再构筑 | 刘荣军 |

法学思潮

- 303 法律互异与冲突:文化因素透视 李金泽

法学名著

- 349 合同法中的自由与强制
——合同的订立研究
〔德〕康拉德·茨威格特 海因·克茨
孙宪忠译

域外法

- 389 墨西哥私法的法典编纂
〔墨西哥〕尤里·冈萨雷斯·罗尔丹
徐国栋译

判解研究

- 402 浅析悬赏广告
——对一则遗失物悬赏广告纠纷案的分析
姚德年

硕士学位论文

- 418 民事诈欺制度研究 竺琳
539 船舶抵押权法律效力问题研究 于海涌
598 论信托财产上权利义务的冲突与衡平
——信托的合同基础与中国继受信
托法 张天民
668 医疗过失责任研究 王敬毅

资料

- 779 欧共体理事会关于控制企业间集中的
 第 4064/89 号规则 沈 伟 李晓红译
- 800 论国际商会关于合同保函的新规则
 〔西班牙〕雅伟·伽玛·德·劳斯寥斯
 徐海燕译
- 824 附录:国际商会合同保函统一规则
- 833 英文目录

CONTENTS

PREFACE

LEGISLATION ISSUES

- On the Drafting of the Uniform Contract Law of China
..... *Liang Huixing*

ARTICLES

- Letter of Credit and the Obligations of Both Parties to
Sales *Liu Yuwu*
Protection of Minority Shareholders *Zhang Minan*
A Comparative Approach to Checks of the Mainland of
China, Hong Kong and Taiwan *Wang Xiaoneng*
Rethinking on Fault in Torts *Yu Min*
Mental Injuries: Current Situations and Compensation in
China *Yu Min*
Reconstruction of the Theory of Legal Relationship in
Civil Proceedings *Liu Rongjun*

TRENDS OF LEGAL THOUGHTS

- Divergence and Conflicts of Private Laws: Culture Analysis *Li Jinze*

FAMOUS WORKS

Freedoms and Enforcement in Contracts: Studies on the

Making of a Contract *translated by Sun Xianzhong*

FOREINGN LAW STUDIES

The Codification of Private Law in Mexico

..... *translated by Xu Guodong*

CASE STUDIES

Comments on General Offer: a case of general offer to

find things lost *Yao Younian*

MASTER DEGREE THESISES

On Fraud *Zhu Lin*

Study on Legal Effects of Maritime Mortgage *Yu Haiyong*

Conflicts and Balance of the Rights and Duties on the

Trust Property *Zhang Tianmin*

Liabilities for Medical Malpractice *Wang Jingyi*

LEGISLATIVE MATERIALS

EC Council Rules No. 4064/89 on Controlling the Cen-

tralization of Enterprises *translated by Shen Wei etc.*

The New ICC Regulations on Contract Bonds

..... *translated by Xu Haiyan*

立法问题

中国统一合同法的起草

梁慧星

目 次

一、引 言

二、起草工作概要

三、合同总则部分的新规定及其修改

四、1997年6月9—18日研讨会上争论的主要问题

一、引 言

中国尚未制定民法典,在现行体系中相当于民法典的基本法地位的是1986年制定1987年生效的民法通则。在民法通则之下,并存三个合同法,即经济合同法(1981年12月13日公布,1982年7月1日生效,1993年9月2日修订并重新公布)、涉外经济合同法(1985年3月21日公布,同年7月1日生效)、技术合同法(1987年6月23日公布,同年11月1日生效)。此外,在海商

法、保险法、民用航空法等单行法中,均有关于合同的规定。

实践证明,民法通则、三个合同法及其他单行法的规定,对于规范市场交易行为,保护当事人合法权益,促进市场经济的发展,维护市场经济秩序,发挥了重要作用。当前中国的合同法律制度存在的重要问题是:三个合同法各自规范不同的关系和领域,相互之间存在不一致和不协调,且法律规定过分原则,可操作性不够,社会生活中还有许多合同缺乏法律规定。因此,自1992年中国政府确定以建立社会主义市场经济体制为改革的目标以来,在现行民法通则和三个合同法的基础上,制定一部统一的、较为完备的、现代化的合同法,就成为建立和完善社会主义市场经济法律体系的一项重要任务。下面谨就起草工作的概要、统一合同法草案总则部分的新规定及起草中存在的问题,作简要报告。

二、起草工作概要

(一)起草工作的开始和 合同法立法方案

中共中央关于经济体制改革的决定提出,要尽快建立社会主义市场经济法律体系,并特别指出要坚持市场经济法制的统一。中国合同法的统一和完善,只能通过制定统一的合同法才能实现。《关于修改经济合同法的决定》通过后不久,全国人大常委会法制工作委员会召开的一个专家研讨会上,与会专家学者一致认为制定统一合同法的时机已经成熟,建议由专家学者承担起草工作并委托部分学者先提出一个立法方案。这就产生了由政法大學江平、人民大學王利明、吉林大學崔建遠、煙台大學郭明瑞、最高法院李凡、北京高院何忻、《法學研究》雜誌編輯部張廣興和我共同提出的《中國合同法立法方案》。

立法方案确立的立法指导思想如下:1. 从中国改革开放和发展社会主义市场经济,建立全国统一的大市场及与国际市场接轨的实际出发,总结中国合同立法、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说,尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致。2. 充分体现当事人意思自治,在不违反法律和公序良俗的前提下,保障当事人享有充分的合同自由,不受行政机关及其他组织的干预。非基于重大的正当事由,不得对当事人的合同自由予以限制。3. 考虑到本法制定和实施的时代特点,本法应能适应中国建成社会主义市场经济后对法律调整的要求,同时应兼顾目前由计划经济体制向市场经济体制过渡时期的特点,但对落后的现实不应迁就。4. 本法在价值取向上应兼顾经济效益与社会公正、交易便捷与交易安全。即在拟定法律规则时,既要注重有利于提高效率,促进生产力发展,又要注重维护社会公益,保护消费者和劳动者权益,维护市场经济的道德秩序,不允许靠损害国家、社会利益、损害消费者和劳动者而发财致富;既要体现现代化市场经济对交易便捷的要求,力求简便和迅速,又不可因此损及交易安全,应规定必要的形式和手续。5. 应注重法律的规范性和可操作性,条文繁简适当,概念尽量准确,有明确的适用范围、构成要件和法律后果,以便于正确适用。

立法方案规定了统一合同法的调整范围及与其他法律的关系:本法调整平等主体之间的合同关系。维持狭义合同概念,即本法所称合同为债权合同。基于身份关系的协议如结婚、离婚、收养、遗赠扶养协议等均非本法所称合同。所谓行政合同亦不受本法调整。坚持统一的合同概念,不区分经济合同与非经济合同,商事合同与民事合同,国内合同与涉外合同。在坚持民商合一体制的前提下,处理与民(商)事单行法的关系:凡单行法有特别规定的,适用该特别规定;凡单行法无特别规定的,应适用本法。这里

所说的民(商)事单行法,指公司法、票据法、证券法、海商法、保险法、专利法、商标法、著作权法等。

立法方案设计的法律结构是:总则9章,分则25章,附则1章,共35章。

(二)1995年1月统一合同法

建议草案(第一稿)

立法方案经过1993年11月4日法制工作委员会邀请北京部分专家出席的讨论会及1994年1月法制工作委员会邀请全国十二个单位的学者专家出席的讨论会征求意见和论证,最后确定下来,并由法制工作委员会委托十二个单位的学者分别起草一章或几章。这十二个单位是:中国政法大学、北京大学、中国人民大学、中国社科院法学研究所、对外贸易大学、吉林大学、烟台大学、武汉大学、西南政法学院、中南政法学院、西北政法学院、华东政法学院。1994年11月各单位起草的条文汇总,由法制工作委员会委托梁慧星、张广兴、傅静坤三人统稿完成合同法建议草案,于1995年1月提交全国人大常委会法制工作委员会。

建议草案共34章528条。其中总则9章,第1条至第164条,即第一章一般规定,第二章合同的成立,第三章合同的效力,第四章合同的履行,第五章合同权利义务的转让,第六章合同的解除与终止,第七章合同的消灭,第八章违约责任,第九章合同的解释。分则24章,第165条至第525条,即第十章买卖合同,第十一章赠与合同,第十二章租赁合同,第十三章融资租赁合同,第十四章土地使用权出让与转让合同,第十五章企业经营合同,第十六章借贷合同,第十七章借用合同,第十八章承揽合同,第十九章运送合同,第二十章储蓄合同,第二十一章结算合同,第二十二章出版合同,第二十三章演出合同,第二十四章委托合同,第二十五章居间合同,第二十六章行纪合同,第二十七章保管合同,第二十八章合伙

合同,第二十九章雇用合同,第三十章保证合同,第三十一章技术开发与技术服务合同,第三十二章技术、商标转让与使用许可合同,第三十三章保险合同。第三十四章附则,第 526 条至第 528 条。

(三)1995 年 10 月统一合同法 草案试拟稿(第二稿)

法制工作委员会以学者提出的建议草案为基础,进行删节修改,形成法制工作委员会 1995 年 10 月合同法试拟稿,即第二草案。第二草案分总则 7 章,分则 22 章,附则 1 章,共 30 章。总则 7 章,即一般规定、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的终止、违约责任。分则 22 章,包括:买卖、供电供水供热供气、农村土地承包经营权许可使用或转让、承揽、工程建设、运输、借贷、储蓄、结算、租赁、融资租赁、保管、仓储、借用、技术、出版、雇用、合伙、赠与、委托、居间、经纪。与建议草案相比,增加了供电供水供热供气、农村土地承包经营权许可使用或转让,另从保管合同中分出仓储合同,从承揽合同中分出工程建设合同,将运送合同改为运输合同,行纪合同改为经纪合同,将技术开发与技术服务合同,与技术商标转让与使用许可合同合并,改称技术合同,删去企业经营合同、保证合同、保险合同。

(四)1996 年 6 月统一合同法 草案试拟稿(第三稿)

1996 年 5 月 27 日至 6 月 7 日,人大常委会法制工作委员会在北京西郊龙泉宾馆召开会议,修改统一合同法草案。参加会议的专家学者有:中国社会科学院法学研究所的梁慧星研究员、张广兴副主编,中国人民大学的王利明教授,中国政法大学的徐杰教授,外经贸大学的王军教授,中国国际贸易促进会的高隼来教授,