

# 走过法律



张玉敏 著

整理自己的过去，  
并不意味着满足于已有的成就……

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 走过法律

张玉敏 著



**图书在版编目(CIP)数据**

走过法律/张玉敏著. —北京:法律出版社, 2006. 4

ISBN 7-5036-6279-4

I. 走… II. 张… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第028663号

© 法律出版社·中国

走过法律

张玉敏 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年4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 北京中科印刷有限公司

印张 13.125 字数 295千

印次 2006年4月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6279-4/D·5996

定价:28.60元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 自序



整理自己的过去,并不意味着满足于已有的成就,更意味着“告别历史”(美国汉学家马若孟的一本新书书名);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。编写这本自选集的目的,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—种真实,而不是那种虚假的谦虚以及谦虚背后的傲慢。

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(北京大学法律系),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、亲身体验了极“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,我从纳雍县人民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20世纪80年代(法律实践时期);80年代至90年代初叶(主要教授民法时期);90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,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度,我始终关注的是现实的具体法律问题。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法律的缺陷而思考的结果。

随着 20 世纪 90 年代中期授课任务的转移,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法研究上来。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辨析”、“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。这样做的目的,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。

张立敏

2006年2月20日

# 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

/5

应当尽快建立取得时效制度

/9

诉讼时效适用若干问题探讨

/23

试论产权转移登记和买卖合同的关系

/39

论不动产物权变更登记的效力

——驳“登记有效条件说”

/46

我国民法应当承认物权行为

/57

论我国多数人之债制度的完善

/70





|                       |  |
|-----------------------|--|
| “入库规则”:传统的悖离与超越       |  |
| /94                   |  |
| 合同法的缺陷和启示             |  |
| /115                  |  |
| 论违约金                  |  |
| /141                  |  |
| 关于买卖合同的几个问题           |  |
| /152                  |  |
| 侵权法上因果关系理论的反思         |  |
| /158                  |  |
| 财产继承中债权人利益的保护         |  |
| /186                  |  |
| 论限定继承制度               |  |
| /197                  |  |
| 代位继承比较研究              |  |
| /208                  |  |
| 海峡两岸继承制度之比较           |  |
| /219                  |  |
| 日本继承制度评价              |  |
| /228                  |  |
| 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         |  |
| /244                  |  |
| 知识产权的概念和法律特征辨析        |  |
| /270                  |  |
| 侵害知识产权民事责任归责原则辨析      |  |
| /295                  |  |
| 地域性与全球化               |  |
| ——发展中国家版权制度的艰难选择      |  |
| /319                  |  |

中国版权史纲

/323

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

/335

商标抢注的性质和对策

/345

商标法修改评介

/351

先使用商标的保护

/361

论商标法上的权利丧失原则

/367

论商标反向假冒的性质

——兼谈商标的使用权

/382

论我国地理标志法律保护的制度选择

/394

## 关于民法溯及力的思考<sup>①</sup>



一般来说,民法的效力从实施之日起发生,至废止之日终止,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需的。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做了具体规定。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做了详细规定。我国台湾地区“民法典”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,对民法的溯及效力做出明确规定,如“民法总则施行法”第1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。”

<sup>①</sup> 本文原发表于《法学研究动态》1990年第2期。

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,必须要由法律明确做出规定,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和拾得遗失物、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条关于无因管理的规定,第106条至第109条以及第117条至第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。

这类民法规范之所以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,绝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我国台湾地区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16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。)



## 关于不符合法定形式的 民事行为效力的探讨<sup>①</sup>

到目前为止,国内民法教科书一般都认为,不符合法定形式的民事行为无效,多少年来,这似乎成了定论。我们姑且把这种观点称之为“无效论”。

其实,这种观点并无有力的法律依据。人们往往举出民法通则第56条和经济合同法第3条作为“无效论”的法律依据。这两个条文都是关于法律行为形式的规定,而且都使用了“应当”一词,属于强制性规范。按照违反强制性规范的行为无效的原则,不符合法定形式的民事行为无效似乎是顺理成章的。但是,我们还应当看到,民法通则第58条和经济合同法第7条专门规定了无效民事行为和无效经济合同的种类,但这两个法律条文均未将不符合法定形式作为无效的原因。这绝不是立法者的疏漏,它说明立法者已经认识到,不加区别地笼统规定不符合法定形式的民事行为无效是不合适的。查其他民事法律,如继承法、技术合同法、各种合同条例以及最高人民法院的指示、批复等司法解释,也没有关于违反法定形式的民事行为一律无效的规定。

<sup>①</sup> 本文原发表于《法学研究参考》(四川)1990年第2期。

从实践上看,“无效论”存在两个难以解决的矛盾:其一,这一主张不可能真正贯彻实施,必然带来法律规范和社会实际的严重脱节,有损法律的尊严,不利于加强法制。例如,书面形式是合同法对经济合同形式的要求,按“无效论”,凡不具备书面形式的经济合同一律无效(即时清结者除外),即使当事人已经履行,也不受法律保护。这在实际上根本无法做到。如果一个经济合同完全具备实质要件,当事人无异议,人民法院和合同管理机关无从宣告它无效。这样,法律规范就形同一纸空文。其二,“无效论”不利于保护诚实当事人的合法利益,不利于稳定经济秩序。例如甲、乙双方订立一份购销合同,约定甲向乙购买一宗货物,双方意思表示真实,内容合法,价格合理。乙依约交货后,由于市场情况发生变化,甲即主张合同无效,拒绝收货付款。按无效论,甲的主张应予以支持,但这显然违背诚实信用这一民法的基本原则。

法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事权利义务关系的合法行为,它以意思表示为基本要素,当事人的意思表示真实合法,是法律行为有效的最基本的条件。从历史上看,法律行为经历了一个从注重形式到注重意思表示的发展过程。古代,由于商品交换不发达,法律行为的形式主义严重。罗马古代的要式买卖、拟诉弃权都是典型的要式法律行为。按照市民法规定,要式买卖只要形式符合法律规定,就发生转移标的物所有权的法律后果,即使当事人意思表示有瑕疵,也在所不问。反之,尽管当事人意思表示真实,甚至已经相互履行,买卖行为也是无效的。后来由于商品交换的发展,万民法一改市民法片面注重形式的弊端,转而以意思表示真实、合法作为法律行为有效的基本条件。这一原则为现代民法所接受,并进一步发展完善。强调当事人意思表示的真实性、合法性,给当事人选择意思表示形式的充分自由,是现



代民事立法的一个共同特点。

民事行为的形式是为内容服务的,一般来说,法律对法律行为的形式无特别要求,当事人可以根据情况选择适当的形式进行民事行为。只有在某些特殊情况下,法律才规定某些法律行为必须采取某种特定形式,如一般书面形式、见证形式、公证形式、审核批准形式等。法律规定民事法律行为必须采取某种形式,有的是为了使行为的内容更加清楚、确定,以减少纠纷,即使发生纠纷,也可做到有据可查,如一般书面形式、见证形式;有的则是为了对某些重要的民事行为进行监督管理,防止民事行为损害国家利益和社会公共利益,如审核批准形式、公证形式。显而易见,在这两种情况下,违反法定形式的民事行为的效力应有所不同。在这方面,苏俄民法典第45、46、47条的规定值得我们参考。

综上所述,我们认为对不符合法定形式的民事行为的效力,应根据不同情况做出不同规定:

(1)明确规定不符合法定形式的民事行为只有在法律直接规定无效的情况下才当然无效。

(2)不遵守一般书面形式的民事行为,如果完全具备实质要件,当事人又无争议的,应当承认其有效。如果当事人发生争议,则不具有强制执行的效力,但一方当事人已经履行的应当认定行为有效,并责令对方履行义务。

(3)须经公证或核准登记的民事行为,如果完全具备法律行为的实质要件,且一方当事人已经部分或全部履行了义务,面对方规避办理公证或核准登记手续,或借口未经办理公证或核准登记手续,要求宣告行为无效的,法院可以根据已履行义务的当事人的请求,确认该行为有效,责令对方履行义务(涉外民事行为除外)。

这样规定的好处是,理论上不存在矛盾,实践中行得通,而且