

西南
民商



法学阶梯

刘云生
主编

第四卷

图书馆



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

卷之四

卷之四



117

D913.04

192

:4

西南
南
民
商

法学阶梯



赵万一
刘云生 主编

第四卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西南民商法学阶梯. 第4卷 / 赵万一, 刘云生主编.
北京: 法律出版社, 2009. 5
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9612 - 1

I. 西… II. ①赵…②刘… III. ①民法—法的理论—中国—文集②商法—法的理论—中国—文集 IV. D923. 01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079437 号

西南民商法学阶梯(第四卷)

赵万一 刘云生 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2009年6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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.5 字数 327千
印次 2009年6月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9612 - 1

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西南民商法学阶梯》编辑委员会

主 任:

赵万一 (教授 博士生导师 民商法学院院长 中国法学会民法研究会副会长)

李开国 (教授 博士生导师 中国法学会民法研究会顾问)

委 员:

张玉敏 (教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长)

刘 俊 (教授 博士生导师 中国法学会社会法学研究会副会长)

刘云生 (教授 博士生导师 民商法学院副院长)

张 耕 (教授 民商法学院副院长)

陈 苇 (教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长)

谭启平 (教授 博士生导师 中国科技法学会会长助理)

唐烈英 (教授 博士生导师 房地产法研究室主任)

汪世虎 (教授 博士生导师 商法研究室主任)

李雨峰 (教授 博士生导师 知识产权法研究室主任)

学科发展与文化传承

大学作为人才培养的重要基地,同时也是民族文化遗产的主要载体。这种文化传承体现在许多方面,如学术传统、学风、研究方法,甚至学术观点。如果一个学校的学术特色明显,那么就有可能形成所谓的学派。纵观世界经济文化的发展历程我们不难发现:一国经济的发展必须以文化的强盛为依托,在文化的荒漠上很难构筑起经济繁荣的大厦。进而言之,如果说一个没有文化传统的国家是一个思想浅薄的国家的话,那么,一所没有文化传承的大学则无特色和品味可言,更不可能成为引领时代发展的中流砥柱。

大学之大,缘于各门特色学科不可替代的社会地位。换言之,大学学术水平的高低、社会知名度的大小,不是靠奢华的硬件设施,而是靠知名的学者和一批在全国乃至世界上有影响的学科或学科群支撑起来的。西南政法大学作为地处西南边陲的一所以法学为主的院校,既无天时之优,更无地利之便,之所以能在中国的法学教育中占据举足轻重的地位,甚至被戏称之为中国法学教育的“黄埔军校”,主要得益于西政人自强不息、和衷共济的人和精,依靠的是有一批在全国有一定影响的学科及其骨干队伍。

民商法学科作为西政传统的优势学科之一,与其他若干优势学科一道共同见证了西政法学教育的辉煌,承载着资政育人的历史重托。经过五十余年的曲折发展,不但为国内外培养了数以千计的高层次专业人才,而且逐步形成了颇具优势的专业特色,即注重实务性教学,密切关注中国的实际,坚持求真创新的良好学风。改革开放之始至上世纪90年代初期,本学科的带头人金平教授和杨怀英教授作为全国民商法领域中的重要领军人物,开拓奋进、殚精竭虑,以他们的敬业精神和人格魅力,团结和凝聚了包括邓大榜、聂天旻、黄名述、李开国、柯瑞清、邓宏碧、叶

清勳、张和光、赵勇山、赵泽隆、谭向北、程正宗、陈志学、胡平等在内的一大批在全国有一定影响的教师队伍，正是经过他们的不懈努力才为西政民商法学科今天的快速发展奠定了雄厚的基础。其时，一大批西政中青年学者和研究生崭露头角，他们的学术成就开始引起社会的关注，这批中青年教师和研究生包括：王卫国、禄正平、刘晓星、周强、伍再阳、张玉敏、尹田、吴卫国、赵万一、张西建、陈苇、谭玲、杨泽延等。他们的成就不但为西政民商法学科赢得了广泛而深远的社会声誉，也为西政民商法学科的发展奠定了坚实的基础。

90年代中前期，随着商品经济浪潮对学校净土的不断侵蚀，社会对知识的鄙夷导致读书无用论抬头，并进而影响到学校师资队伍的稳定，博士点申报中的延宕和错失，使学校丧失了高层次人才培养的制控权，加之金平、杨怀英等老一辈学者相继离退休和部分中青年教师的正常人才流动，使西政民商法学科的整体实力受到一定影响。但即使在学科发展中的最困难时期，留守西政的一批中青年骨干教师并未自怨自艾，更无颓废之气，卧薪尝胆，迎难而上，逆境奋起，勇挑大梁，为本学科的历史转型与再次崛起提供了人才和知识储备。90年代中后期以来，在学校的大力支持下，西政民商法学科的内外环境得到明显改善，特别是1997年博士学位授权点的获得和2003年民商法学院的成立，使得西政民商法学科迎来了新的发展机遇。在李开国、张玉敏、赵万一等学科带头人的带领下，本学科的全体同仁励精图治，拼搏进取，不但使学科师资规模达到创世纪的76人，而且在职称结构、学历结构、学缘结构等方面都有了实质性改善，教学科研水平也上升到一个全新的高度。特别可喜的是一批青年教师步入教学科研的主战场，积极尝试用自己的努力和成就继续谱写西政民商法学科新的辉煌篇章。2004年至今，本学科在科研总量及科研项目方面一直高居全校第一，部分中青年学者无论是在讲坛上，还是在社会影响方面，都不断重复着前辈的光荣与梦想。

为了总结西政民商法学科在过去三十多年中所取得的一些成绩，我们编辑出版了这套“西南民商法学阶梯”丛书。其目的，一方面在于饮水思源，时刻铭记老一辈民法学者对本学科发展所做出的突出贡献，另一方面则在于激励同仁珍视目前的成就，努力为本学科的发展贡献自己

的才智。为了进一步体现西政民商法学科的学术传承,今后我们还将继续编辑出版本学科有代表性的学术成果汇编。我们相信,在学校领导的大力支持下,在国内外同行专家的共同帮助下,经过本学科同仁持续不断的拼搏和努力,西政民商法学科一定会取得更加辉煌的成就。

是为序。

赵万一

2009年5月23日于西南政法大学

目 录

· 民法之什 ·

- 民法规范适用的合理人标准 梅 伟 / 3
- 论契约关系与市场经济 苑书涛 / 17
- 为概念法学正名 蒙晓阳 / 26
- 经济分析法学的方法论意义及局限 侯国跃 / 42
- 超越抑或回归:论撤销权的法律效果 黄家镇 / 54
- 无效民事行为之转换规则研究 黄 忠 / 67
- 私人所有权:所有权制度的支点——兼评《中华人民共和国
物权法》的所有权制度 范雪飞 / 90
- 从不确定性和风险管理的角度看担保物权的法律意义 卓武扬 / 105

· 商法之什 ·

- 提单、仓单质押性质探析 吴春燕 / 113
- 论商人法的历史演进 王煜宇 / 129
- 激烈竞争下的变革:公司法判例法方法的引入 刘乃睿 / 143
- 股东派生诉讼的激励与约束机制 陈南男 / 162
- 城乡统筹发展下重庆农民应对自然灾害的法律对策研究 徐 来 / 171
- 论团体保险之保险人说明义务的履行对象 涂咏松 / 182
- 法国金融有价证券契约之要约规则阐释 胡 军 / 192

· 婚姻法之什 ·

- 关于设立“特留份”制度的立法构想 张华贵 / 207
- 继承合同效力研究及构建我国的继承合同制度 朱 凡 / 220
- 遗产债务清偿制度的解读与重塑 杜江涌 / 231
- 离婚后扶养制度的性质探析与立法展望 李 俊 / 253

· 社会法之什 ·

- 加拿大工伤保险中的经济激励机制研究 李满奎 / 269
- 企业逃债现象的法律分析——透视中江县丝绸公司
破产案件之冲突解决模式 胡大武 / 283

· 房地产法之什 ·

- 农地管制中的财产权保障——从外部效益分享看农
地激励性管制 熊 晖 / 321
- 我国土地征收中公共利益的厘定与处置 吴春燕 / 337
- 预告登记的物权保障效力探析 张 艳 / 353

民法之什

民法规范适用的合理人标准

梅 伟

民法是权利法、弹性法,有许多授权性法律规范,即需要法官判断才能明确当事人的权利义务的规范,如过错(过失)的判断、合同的解释,表见代理的表见理由、善意取得制度中善意的判断等。授权性法律规范是法官自由裁量权的空间,也是法官易于滥用权力的地域。为实现司法公正,法官适用授权性法律规范应遵循合理人标准。^[1] 合理人标准是公正的标准,合理人是法官拟制的正义的偶像,是公正裁判的参照物。在国外,合理人标准广泛适用于司法实践,而在我国司法中尚属陌生概念,本文就此予以深入探讨,以期对我国民法适用有所裨益。

一、合理人的产生与内涵

合理人的概念可追溯至罗马法关于过失的判断标准:“善良家父”。“故意和过失是抽象的和一般的。它们表现为不符合由理性的人(善良家父)所应表现出的诚信和勤谨注意的客观标准。”^[2] 大陆法系国家沿袭罗马法概念,法院判断过错时采取“善良家父”的客观标准。

在英美普通法中,合理人源于侵权人过错的判断。这种标准是英国在1837年的 *Vaughan v. Menlove* 一案中首次确立的。该案中,原告在其与被告相邻的土地上建了农舍,而被告在其土地上堆放草堆,由于通

[1] 合理人是 the Reasonable Person 的翻译。我国学者张民安、叶金强等教授将其译为理性人,台湾学者刘兴善在《美国侵权法重述》(台湾司法周刊杂志社印行)中将其翻译为合理人。美国学者 Gregory C. Keating 认为合理性(reasonableness)与理性(rationality)是不同的,合理性强调公平、正义,理性则侧重当事人对利益的理智权衡和判断。See Gregory C. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, *Stan. L. Rev.* (1996), 作者认为理性人多用于经济学领域,在法学领域翻译为合理人更好。

[2] [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第184页。

风不好,该草堆自燃起火而燃烧,大火烧毁了原告的农舍。原告起诉被告承担侵权责任。法官指出:当原告向被告指出其草堆所存在的问题及可能会发生的损害后果时,被告仍然不采取一个普通谨慎和普通预见能力的人自然建议会采取的预防措施,被告有过错,应对原告的损害承担责任。这种普通的谨慎和普通的预见能力的标准此后得到英美判例法的大量援引,从而成为判断被告的行为是否有过错的标准。朴瑟尔(Prosser)指出,为了给人类的行为提供确定的标准,法院创设了在上世界上根本不存在的拟制人,即普通谨慎的合理人,人们将他说成是一个理性的人、中等谨慎的人,尽到一般注意和具有一般技能的人,十分明显,所有这些词都是用来指同一事务。人们要求行为人从事一个有理性的人在其地位上所应当从事的行为。他是所有人的榜样,他身上仅仅具有社会可以容忍的缺点和弱点。^[3]

合理人在合同领域最早是以多事旁观者(officious bystander test)形象出现。麦金农法官在1939年的Shirlaw v. Southern Foundries Ltd案中刻画了多事旁观者。他认为:“不难看成,在任何一份合同中都要隐含着一些没有必要明示的东西,这些东西是如此显而易见,以至于根本不必说出来。所以,假设双方当事人进行协商时,一个爱管闲事的旁观者建议在他们的协议中加上某些明示的条款,双方当事人就会同声说道‘当然啦,这还用说!’。”^[4]多事旁观者是法官为判断合同中应否加插默示条款基于合理性和必要性拟制的人,即合理人。此后,法院在合同的解释中广泛运用了合理人标准。大法官卡多佐阐明“法院的标准必须是一种客观的标准。在这些问题上,真正作数的并不是那些我认为正确的东西,而是那些我有理由认为其他正常智力和良心的人都可能会合乎情理地认为是正确的东西。”^[5]“其他正常智力和良心的人”是卡多佐对合理人的一种表述。

合理人的基础是司法的客观主义。大法官卡多佐指出:“法官在作出决定时所看到的是具体的案件,并且参照了一些绝对实在的问题,他

[3] 张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第269页。

[4] 何宝玉:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第323页。

[5] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,法律出版社1998年版,第54页。

应当遵循我们的现代组织的精神,并且,为了摆脱危险的恣意行为,他应当尽可能地使自己从每一种个体性的或其他产生于他所面临的特殊情况的影响中解脱出来,并将他的司法决定基于具有一种客观性质的某些因素之上。……它是自由的,是因为在这里它摆脱了实在权威的活动;同时,它是科学的,因为它能在独有科学才能揭示的那些客观因素之中发现自己的坚实基础。”〔6〕司法的客观主义意味着法官裁判的标准必须是客观的、具体的。法官在审理案件时必须依据客观的外在事实作出公正裁判。合理人是以客观事实为要素以特定环境中的常人为参照构建的,不同的案件会有不同的合理人,然而,同一个案件中只有一个合理人。

合理人的产生基于法官的正义。柏拉图在《理想国》中阐明“法官是以心治心,犹如医治人们疾病的医生,做法官的人心灵须美好公正”。〔7〕如果法官心灵玷污自然不会拟制出合理人。合理人虽出自法官的拟制却是任何善良的人能够接受的裁判者。合理人不是超人,不具有超凡魅力也不身怀异能,合理人是一般理智人或谨慎人(rational being or prudent man)。合理人的概念源于对人的本性的认知,植根于人类对正义的追逐。正如自然法深信人类是理性的生物,能够权衡利弊,理性选择自己的事务。〔8〕因此,合理人是社会正义的刻画。

二、合理人标准的实证分析

(一)合理人是合同解释的客观标准

合同解释是法官阐明、补充当事人订立的合同条款的司法活动。由于合同条款语义的模糊与语句的歧义,哈特说“在所有的经验领域,不只是规则的领域,都存在着一般语言所能提供的指引上的限度,这是语言所固有的。”〔9〕加上当事人法律知识的缺乏,缔约履约环境的变迁均会

〔6〕 [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,法律出版社1998年版,第74页。

〔7〕 [古希腊]柏拉图:《理想国》,商务印书馆1986年版,第119页。

〔8〕 Larry A. DiMatteo, *The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person and the Subjectivity of Judgment* (1997), 48S. C. Rev. 80.

〔9〕 [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第126页。

导致合同意思表示的不明确与缺漏,这就决定了合同解释的必要性。合同的解释经历了一个从主观主义(意思主义)到客观主义(表示主义)的过程。主观主义主张合同解释应探询当事人在合同中的真实意思;客观主义则主张合同解释应阐明当事人行为表示的意思。在19世纪之前,主观主义合同解释占据支配地位,大多数国家都效仿《德国民法典》第133条的规定,法官“解释意思表示时应查明真实意思,并且不得拘泥于所用词句的表面意义”。然而,“在实践中,法官很难确定已经成为过去的当事人的实际意思,所以他不可避免地要考虑‘客观’因素,也就是说,询问在所有的情形都相同的条件下,一个通情达理的人通常将怎样理解对方所做的表述。”^[10]19世纪末,大法官霍姆斯在构建普通法契约理论体系时发出惊人之语:“契约的全部意义在于它的正式性和外在性。法官不探求当事人内心状态而关注其外部表示行为。”^[11]他尖锐嘲讽“主观主义”和“意志的合意”,自称自己是“客观主义者”,并指出判决的真实基础不是当事人内心所指的情势而是当事人所表达出来的事实。霍姆斯法哲学的中心思想是:“法律发展的必然过程遵循下列轨迹:最初,作为法律规则基础或渊源的是那些对具有主观道德错误或应受责备的案件的判决;最后,法律规则所具有的原始的道德内容将会完全消失,而被告意志的主观状态也会变得无关大体。法律就这样从‘主观’到‘客观’、从‘内部’到‘外部’、从‘非正式’到‘正式’运动的。”^[12]自19世纪末,客观主义即取得了优势地位,现今法院普遍接受了客观主义合同解释理论。^[13]

合同解释的客观主义确立了一个观念:当事人的意思表示通过外在的事实表达,任何理智之人均可明确合同的意思与目的。这就奠定了合理人作为合同解释标准的理论基础。“每一个表述都是一种社会交流行为,表述者将对他说所说的内容负责任,因为听者信赖其表述所含的意思,

[10] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》,周忠海等译,法律出版社2001年版,第160页。

[11] Oliver Wendell Homes Jr, *The Common Law*, Mark DeWolfe Howe ed. 1963, p. 242.

[12] [美]格兰特·吉尔莫:《契约的死亡》,曹士兵等译,载《民商法论丛》(第3卷),法律出版社1995年版,第212页。

[13] E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law& Business, 1999, 3rd, ed, p. 453.

并且将接受此字面上的要约,并在此基础上履行合同或作其他的安排。所以,如果表述的意思是由一个正常的、通情达理的人站在听者的角度所能理解到的,则表述者必须认真地对待这种意思。”^[14] 威林斯顿(Willinston)在其主持的《合同法重述》第一版中提出“意志的合意”通常是由行为人外部行为中抽象出来的,在主观理论下无法精确地说明已经确立的契约规则,除非坚持主张构成契约的必要要素只能是外在的。所以解释合同不能依赖当事人任何一方的主观意图,而应依照熟悉该事项情况的理智之人的标准作解释。^[15] 自此,合理人作为合同解释的标准纳入了合同法的规范之中。1994年5月通过的《国际商事合同通则》第4.1条规定:“(1)合同应根据各方的共同意思予以解释。(2)如果该种意思不能确定,合同应根据各方当事人具有同等资格的理智之人在处于相同情况时对该合同所应有的理解来解释。”

(二)合理人是过错(过失)的判断标准

民法上的过错是指行为人从事违法行为的心理状态。过失是一般侵权行为归责的构成要件,是侵权法的核心概念之一;合同法虽采纳严格(无过错)归责原则,^[16]但在许多具体合同中也会考虑当事人的过错。因而,过错的判断在司法中具有重要意义。过错的判断标准有两种:主观性过错标准、客观性过错标准。主观性过错指行为人主观上具有可归责的心理状态。“行为人在实施过失行为时,由于疏忽大意而使行为人对行为结果处于无认识状态,或行为人对于其行为结果已有认识或能够认识,因不注意或过于自信而使其缺乏认识”,^[17]这些都表明行为人主观上具有可归责性。客观性过错指行为人违反客观的注意义务的心理状态。罗马法中的“善良家父的注意义务”即体现客观的过错标准。由于主观性过错缺乏客观的判断依据,20世纪以来客观性过错逐渐成为主流观念,被法院普遍认同。

[14] E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 1999, 3rd, ed, p. 162.

[15] 胡基:《合同解释的理论与规则研究》,载《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第36页。

[16] 梁慧星:《从过错责任到严格责任》,载《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第4页。

[17] 王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社1997年版,第245页。