

# 域外

## 中国法评论

(第一辑) 2009

卜元石 主编



上海人民出版社

# 域外

## 中国法评论

(第一辑) 2009

卜元石 主编



上海人民出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

域外中国法评论. 第1辑/卜元石主编. —上海: 上海  
人民出版社, 2009  
ISBN 978 - 7 - 208 - 08857 - 3

I. 域... II. 卜... III. 法律—中国—文集 IV. D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 169986 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 王小阳

**域外中国法评论**

(第一辑)2009

卜元石 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 21.25 插页 4 字数 323,000

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 08857 - 3/D · 1598

定价 40.00 元

## 序

中国法过去三十年间的发展在很大程度上是一个对外国法学习与吸收的过程。因此,本套文丛旨在以中国读者的需要为出发点,从比较法的角度探讨一些法律基本问题以及当前立法中的热点与难点。本文丛所收录的文章的内容以民商法为主,兼而涉及公法与程序法。

法律制度选择性移植的可行性,是基于不同国家在解决同样问题时采用方法的局限性与经验在某种程度上的可复制性。这种局限性体现在面对同一法律问题,即便是不同的社会、不同的法系,可供选择的解决方法实际上并不是任意多的。经验一定程度的可复制性决定了借鉴外国积累了多年的法律制度是中国法律完善的一个可选择的捷径。但是如何在面对具体问题时,确定这种可复制性却是中国立法者无法回避的一个难题。

为了确定经验的可复制性,首先必须要全面准确了解该项法律制度的具体内容和立法目的。其次,要知道该法律制度在来源国整个宏观法律体系中的作用以及与其他相关制度的衔接与配合。最后,还应当了解该项法律制度在实践中的运用与发展,而这一点对于判断法律移植可行性的作用尤为突出。因为在任何国家,立法只是社会与法律规则形成的第一步。最终为立法者所采纳而上升为法律的规定,未必就是学理上最有说服力、体系上最为契合、学者们所主张的解决问题的办法与思路。立法时所涉及利益的博弈会延续到立法之后的司法实践,真正的规则大多形成在实践中。

目前对于外国法律介绍的主要手段是对外文书籍和已发表的期刊文章进

行翻译。法律文献的翻译很难达到严复先生所提倡的信、达、雅的境界。这不仅是因为在其翻译过程中经常要为中国法律体系中所不存在的外国法概念创造新的中文名词。如何保证这些新词能为中国读者所理解实在并非易事。更重要的是翻译的原文所包涵的内容一般远远超越了字面本身所承载的信息。因为这些文章针对的是在该法律体系中受过系统法律教育的读者群体,并以他们现存知识量为前提,中国读者对于其中所提及的、设定为已知的概念却未必真正理解。此外,这些文章的重点因为语境的不同与我们的需要可能会相去甚远。我们的问题与疑虑是时常不能找到最直接的或是令人认同的解答。

为了解决这些问题,我们在翻译已发表文章的同时作了如下的尝试:一、邀请外国学者从他们的视角对中国法进行评价。虽然他们的评论因为接触第一手资料方面的原因有时难免会有失偏颇,但是因其视角的不同反而能够看到一些被我们忽略的或是不认为是问题的问题,从而可以开阔我们的思路。另外,他们的治学方法与风格对于我们也有参考价值。在对于中国读者可能存在的知识缺口处尽量添加译者的注释。此外,在翻译的文章之后,由在该领域从事研究的中国作者对外国学者评价中国法时用来作为参照的相关外国法律制度进行介绍。两者互为补充,以便读者能更深入理解所探讨的法律问题;二、翻译一些亲历性的报告。这些报告多为一些直接参与立法的学者或司法实践人员所写,因为不受学术文章体例上的拘束,内容又多是个人的直接感受,尤其适合直观生动地理解法律制度在运行中的状态;三、邀请中外法律工作者共同就某法律问题进行比较研究,借此来尽可能避免对中国法或是外国法的误读。

中国的法律虽然年轻,本身有着这样或那样有待改进的地方,但随着中国国力的增强,必将会引起越来越多国家的关注。这也就是我们能够找到对中国法感兴趣并有能力参与这样一种比较研究的外国同行的原因。相信总有一天,中国法学与国外的交流不再是单向的,其最终也能为其他国家提供可以借鉴的经验与模式。

本文丛中用来与中国法进行比较的外国法并不限于大陆法系国家的法

律,也包括英美法系国家的法律内容,重点虽为德国法与瑞士法,但也将涉及被中国法学界较少关注的其他大陆法系国家,如法国、西班牙及东欧一些国家的法律。这样的安排一方面是考虑到德国法对中国民商法长久以来的影响。另外,德国学者擅长抽象思维,治学严谨,对于概念的精确性与制度的体系化的追求和对于纯理论研究的热衷,使得德国的法学研究异常发达。这一风格也影响了德国的司法实践。德国的司法判例,无论是源于最高法院的,还是出自州一级法院,都近似学术论文,具有很高的学术价值。至于瑞士法,国内目前对于瑞士法的研究还很少,但是瑞士法因其如下两个特点颇值得中国立法者关注:一、瑞士法因为语言的关系,同时受到德国法与法国法的影响,《瑞士民法典》和《瑞士债法典》实际就是支持德国法与支持法国法论点相互交锋与妥协的结果;二、瑞士法律语言的亲民性:与德国相反,瑞士虽然工业与金融业高度发达,瑞士人却以其脚踏实地与务实的态度而著名,因此对形而上学和过度抽象化抱有与生俱来的怀疑。其在立法时强调法律的通俗易懂性,为此有时甚至不惜牺牲法律的精确性。《瑞士民法典》与《瑞士债法典》即为这方面的典范。这种与德国法完全不同的立法价值取向似乎更适合中国立法者的风格。

本辑文集内容分为三个方面:一是就一般民法的一些基本制度进行比较研究;二是就中国的最新立法进行评价,主要包括物权法、破产法、反垄断法、劳动合同法与公司法;三是就美国与德国法学研究方法方面的差异进行探究。

在一般民法方面,本文集共收录了两篇文章。一篇为本人与东亚法研究所助教韦西蒙合著的关于第三民事主体的研究。民事主体是民法的一个基本概念。尽管民法通则只规定了自然人与法人两种民事主体,但在学术界、司法解释与司法实践中早已承认了第三民事主体的存在,只是对其内涵及范围的界定还未有定论,对其称呼也不统一。民事主体直接关系到民法与民事诉讼法中的一些基本概念,如法人的定义、权利能力、行为能力、侵权能力,也涉及一些新型民事主体,如业主委员会的法律地位以及民事诉讼法中的当事人能力和强制执行方面的问题。因此,中国未来的民法典应如何处理这一问题,具

有重大意义。学术界对此也提出了不同的建议。在这一领域的相关论述中常以德国法的规定为佐证,但是德国通过立法与司法判例恰恰在自2000年以来的几年间对这一领域进行了重大的改革,虽然这一改革已反馈到中国国内,但尚未引起学术界足够的注意。本文试图在分析与对比中国和德国在这一方面的发展与目前规定的基础上,对中国民事主体立法提出自己的建议。另一篇为南京大学叶金强教授关于要约法律效力之基础的比较法分析。作者首先介绍了传统理论中对要约法律性质及其效力结构定位的不足,比较了英美法系、大陆法系及国际公约中对要约撤销权的规定,得出要约之法律效力乃自治原理与信赖原理互相平衡的结果,肯定了我国立法在该方面的进步。

物权法方面的第一篇文章的作者为国内读者所熟悉的弗莱堡大学霍尔夫·施蒂尔纳教授。他与鲍尔教授合著的《物权法》堪称德国物权法教科书中的经典之作,其中文译本对国内学者而言也是非常重要的参考文献。施蒂尔纳教授本身十分关注中国物权法的发展,他在文章中首先从所有权的伦理学基础出发,说明了物权法对于个人权利以及社会经济发展的重要意义,高屋建瓴地从中国物权法所确立的基本原则入手,立足于德国法,结合法国法及美国法,对于该领域的混合继受作出了中肯的评价。关于在市场经济中扮演举足轻重角色的担保物权,施蒂尔纳教授也提出了对其附随性、动产担保登记制度合理性以及担保人在担保期间对担保物处分所受限制的质疑。物权法方面的第二篇文章为康茨坦茨大学阿斯特里德·施塔德勒教授的关于物权行为无因性的论述——《德国法上的抽象原则与信贷担保》。施塔德勒教授师从施蒂尔纳教授,在弗莱堡大学完成了其取得大学教授资格的专著《通过无因性实现的构建自由和交易保护》。该书是德国晚近对于抽象原则研究的集大成之作,施塔德勒教授也是德国学界公认的研究抽象原则方面的专家。对于无因性,国内学者曾经进行过热烈的讨论,但讨论的结果似乎仍然是一个僵局。《物权法》的出台也并未为这一讨论画上一个句号。我们以往所熟知的对于抽象原则优势的强调往往局限于其对于交易安全保护的功能,对于抽象原则为交易安排所提供的更为广泛的法律空间却很少提及。相信这篇文章可促进中国读者对抽象原则产生更深层次的理解。

破产法方面的第一篇文章是海德堡大学安德里亚斯·毕肯布鲁克教授从比较法角度对中国破产法进行的评论。该文内容翔实,其分析涉及了中国破产法的整体构架以及几乎所有的重要制度。在与德国破产法的比较过程中,作者在充分肯定了中国立法者近 15 年来在破产法方面所取得进步的同时,也明确指出了中国破产法在条文上所存在的不足及其在实践中可能导致的问题,相信一定会为中国的破产法学者提供有益的新思路。该文所引资料的详尽不仅具体体现了德国法学论文严谨的学术规范,也从侧面反映了作为并非中国法专家的作者对该文写作所倾注的精力。与毕肯布鲁克教授的文章相呼应,东亚法研究所助教徐杭先生的论文力图通过对德国破产法历史渊源以及百余年来沿革,尤其是 1999 年德国新破产法立法背景的回顾以及其具体制度的介绍,引发中国破产法学者对破产法的立法宗旨、破产程序中的债权人自治原则、破产财产扩增和担保权人在破产程序中地位等方面的进一步思考。

反垄断法方面的第一篇文章出自在德国联邦反垄断管理局就职、并以德国专家身份参与了中国反垄断法立法过程的汉斯-约根·鲁柏先生。他的文章主要指向了中国反垄断法在立法宗旨、适用范围、垄断禁止等方面所存在的待决问题。第二篇文章为瑞士律师马瑟·科西勒所写的对瑞士反垄断法发展的介绍。也许限于瑞士的国土面积,该国的反垄断法在中国反垄断法立法过程中并未引起学者与立法者的注意。但瑞士反垄断法的一些特殊性对中国反垄断文化的培养或许会带来一些启发。瑞士的反垄断法起步很晚,其第一部反垄断法在 20 世纪 90 年代中期才得以颁布,个中原因耐人寻味。在反垄断法实施前,瑞士社会的主流观点认为垄断协议在道德上无可厚非,甚至值得鼓励。因此,在反垄断法颁布后,执法机关的执行力度也非常有限。直到 2002 年反垄断法修订后,该法才获得了应有的威慑力。虽然现在在诸如平行进口的个别问题上,还存在不同的声音,但社会的主流观点也已经逐渐认识到了反垄断法的价值与意义。该文对瑞士反垄断法的立法目的,执行中存在的阻力,以及反垄断执法机构近几年的实践进行了总结。第三篇文章为南京大学方小敏教授撰写的《经营者集中控制:法律制度和实践》,内容涉及经营者集中控制

法的结构、宗旨和重要制度,并从比较法角度对中国经营者集中控制法及其实践进行了评析。其在肯定中国立法所取得成就的同时,也明确指出了现行反垄断法规定的不足及其在实践中可能导致的问题。文章结合经营者集中控制法律中诸如申报标准、实质审查标准、公共利益豁免标准、国家安全审查等疑难争议问题,立足于立法背景,阐述问题存在的深层次原因,并通过与欧共体法和德国法的比较研究,力求寻找到解决问题的方案,为完善中国反垄断法理论和顺利实施反垄断法提供有益参考。

在劳动法方面,2007年是中国劳动立法发生巨大变化的一年。《劳动合同法》可以说是中国近年来最有争议的一部法律。如何实现劳资平衡是摆在每个国家立法者面前的一个难题。劳动法所承载的不仅仅是法律中的公平理念,体现得更多的是一种国家干预和各种政治力量的较量与平衡。西欧大多数国家劳动法的保护水平都很高。在全球化的大背景下,随着本国企业向低劳动成本国家的迁移而导致的失业率上升,迫使立法者必须对现有劳动法的保护水平进行调整。弗莱堡大学塞巴斯蒂安·克莱勃教授所著的《劳动成本竞争中的劳动关系终止保护机制》,就此对于近年来德国、法国、意大利和西班牙在这方面根据其各自劳动市场所存在的不同问题所作改革的论述对于中国劳动法的发展不乏借鉴意义。该文的最后同样对中国《劳动合同法》作出了简短的评价。第二篇文章为东亚法研究所助教安瀚思与弗莱堡大学法学硕士生阮青结合新颁布的《劳动合同法》就中德行业性集体合同效力进行的比较法分析,从德国《劳资合同法》的角度探讨中国目前立法已有的思路与可能的问题。

公司法方面收录的第一篇文章为德国著名公司法学者马尔库斯·卢特教授从当年立法参与者的角度对德国公司法半个世纪以来发展历程的回顾。其中作为德国特色的公司治理双轨制中监事会的作用和针对企业集团的专门立法,以及德国资本市场法产生过程的介绍,对于我国公司法的研究应有所启发。在第二篇文章中,香港大学博士生金靖对美国公司法的核心概念——股东至上原则(shareholder primacy norm)的发展历程进行了梳理,并从这一角度对中国的公司治理进行了评析。文章从实证、规范以及比较

的视角去理解和分析美国法中的股东至上原则作为一个公司目标和权利配置解决方案的作用和局限性,以期对中国公司治理体制的理论阐释和实践完善有所助益。

德国学者的文章常常给人晦涩无趣、难以接近的感觉,不像美国学者的文章那样娓娓道来,通俗易懂。德国法学也很少有跨学科的研究。在德国,法学家的任务被认为是就法条研究法学本身的概念与体系问题。德国法学研究的精髓就在于法教义学(Dogmatik)。与之相反,美国法学家认为研究法律必须超越法条,以经济分析或社会学视野调查等其他学科的方法考察法律对于社会的影响。而这一点又被以德国法学为代表的欧陆法学认为是不务正业,抹杀了法学作为一种独立学科的价值。为什么会存在这种学术风格上的巨大差异?是因为美国的法学教育更能够保证法学院的毕业生具有跨学科的背景,或是美国的法学学术期刊主要由学生审稿,因此更为开放?如果认为这种区别是因为大陆法系是成文法而英美法系是判例法,那么为什么同属判例法的英国直到今天在法学研究方面仍然属于欧陆式的呢?而美国的法学研究在20世纪初期之前也是欧陆式?译文《法律思维的差异演变》对一百年来欧陆以及北美法哲学不同流派的发展进行了梳理,从法哲学发展的角度探讨了德国法学与美国法学在学术方法上走上截然不同道路的原因。

本辑文集的出版仅仅是一个开始,是一些支持我们这样一种尝试的同行与好友和东亚法研究所成员的共同努力的结晶。在此特别感谢同济大学高旭军教授、社科院法学所冉昊副研究员、清华大学王洪亮副教授、北京大学郭雳副教授在本书出版方面所提供的帮助,上海人民出版社,特别是曹培雷女士对我们的大力支持与高效的工作,方小敏副教授、王洪亮副教授、叶金强教授、徐杭先生、赵阳先生、李光博士、马丁先生、阮青女士、Marcel Küchler 先生、Simon Werthwein(韦西蒙)先生和 Johannes Allmendinger(安瀚思)先生提供的文章与翻译,以及弗莱堡大学东亚法研究所工作人员杨亦莹女士、Björn Münchberg、Hye-Kyong Lee 在文章校对、编辑以及排版等方面的支持。如果没有他们付出的时间与倾注的心血,所有的想法直至今天也只能停留在纸面上。我们希望能够通过本文丛为中国的法制建设尽一点微薄之力。与此同

时,我还要感谢我的丈夫史仲阳先生和我的父母对我在精神上和专业上的长久支持。本书德文稿件来源于2007年10月在德国举办的第一届弗莱堡大学中国法论坛,该会议的举办与本文集的出版得到巴斯夫集团(BASF)、杜拉维特洁具有限公司(Duravit)、德国科学基金会(Deutsche Forschungsgemeinschaft)、巴登符腾堡州中国协会(Baden-Württembergische Chinesengesellschaft)、弗莱堡大学(Albert-Ludwigs-Universität Freiburg)以及巴登符腾堡州科技部(Wissenschaftsministerium Baden-Württemberg)的资助,在此一并表示感谢!

卜元石

2009年11月于德国弗莱堡

# 目 录

|           |     |
|-----------|-----|
| 1 序 ..... | 卜元石 |
|-----------|-----|

## 基础研究

|                                              |           |
|----------------------------------------------|-----------|
| 3 [一般民商法]                                    |           |
| 3 中德第三民事主体的比较研究 .....                        | 卜元石、韦西蒙 著 |
| 33 要约法律效力之基础及其展开<br>——以自治原理与信赖原理之竞争为主线 ..... | 叶金强 著     |

## 最新立法评价

|                         |                            |
|-------------------------|----------------------------|
| 53 [物权法]                |                            |
| 53 德国视角下的中国新物权法 .....   | 霍尔夫·施蒂尔纳 著<br>王洪亮 译        |
| 69 德国法上的抽象原则与信贷担保 ..... | 阿斯特里德·施塔德勒 著<br>马 丁 译      |
| 89 [破产法]                |                            |
| 89 对中国破产法的比较法分析 .....   | 安德里亚斯·毕肯布鲁克 著<br>徐 杭、赵 阳 译 |
| 123 德国破产法之沿革 .....      | 徐 杭 著                      |

154 [反垄断法]

154 中国反垄断法之竞争政策取向与待决问题 ..... 汉斯-约根·鲁柏 著

徐 杭 译

161 瑞士反垄断法的发展 ..... 马瑟·科西勒 著

徐 杭 译

175 经营者集中控制:法律制度和实践 ..... 方小敏 著

203 [劳动法]

203 劳动成本竞争中的劳动关系终止保护机制

..... 塞巴斯蒂安·克莱勃 著

李 光 译

220 论行业性集体合同之效力——中德劳动法比较 ..... 安瀚思、阮 青 著

234 德国劳资合同法 ..... 阮 青 译

239 [公司法]

239 企业法五十年 ..... 马尔库斯·卢特 著

赵 阳 译

250 股东至上原则及其局限——从美国公司法的视角 ..... 金 靖 著

大陆法与英美法

277 法律思维的差异演变

——美国的法律经济分析与德国的法教义学之辨

..... 克里斯多夫·格里琴里希、马丁·盖特 著

徐 杭 译



# 基 础 研 究

---



## 中德第三民事主体的比较研究

卜元石\*、韦西蒙\*\* 著

### 一、问题的提出

民事主体是民法的一个基本概念。尽管《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)只规定了自然人与法人两种民事主体,但在中国学术界、司法解释与司法实践中早已承认了第三民事主体的存在,只是对其内涵及范围的界定还未有定论,对此的称呼也不统一。民事主体直接关系到民法与程序法中的一些基本概念,如法人的定义、权利能力、行为能力、责任能力以及诉讼法中的当事人能力和强制执行方面的问题。因此,中国未来的民法典如何处理这一问题显得意义重大。学术界对此也提出了不同的建议。在这一领域相关论述中常佐证德国法的规定,但是德国通过立法与司法判例恰恰在2000年以来的几年间对这一领域进行了重大的改革,虽然已反馈到中国国内,但未引起学术界足够的注意。本文试图对在分析与对比中国和德国在这一方面的发展与目前规定的基础上对中国民事主体立法方面提出自己的建议。

### 二、中国当前法律对民事主体的规定

#### (一) 其他组织的概念

中国在1986年颁布实施的《民法通则》只规定了两种民事主体,即自然人

---

\* 德国弗莱堡大学法学教授、东亚法研究所所长。

\*\* Simon Werthwein, 德国帕绍大学法学博士、弗莱堡大学东亚法研究所助教。

与法人。法人有自己的名称、财产与经营场所,具有对外独立承担民事责任的能力。至于现实生活中存在的各种各样的团体,不论它们是否具有一定的组织性,是否对外以自己的名义从事民事活动或者取得财产,只要不能满足独立承担民事责任的前提,它们就不能成为法人,也就不是独立的民事主体。没有民事主体地位也就没有民事权利能力与行为能力,由此推论,这些团体根据《民法通则》中民事主体两分法理论,无法以自己的名义签订合同。同理可以认定,在有字号的个人合伙中,某一合伙人以合伙名义签订合同实际上是一种无权代理行为。因为合伙本身既然没有权利能力,也就不能成为被代理人。所以,合同真正的当事人不是该个人合伙,而是实际订立合同的合伙人,或是全体合伙人,如果订立合伙的合伙人事先得到其他合伙人的授权或之后取得其他合伙人的认可。如果合同按照约定履行,对于该交易的另一方而言,谁是合同的当事人似乎并不重要。而一旦发生纠纷并诉诸法院时,问题就会凸显出来。因为这时法官在解决实体法上的权利义务关系之前,必须解决谁是适格的当事人的问题。如果认定个人合伙没有民事行为能力,而行为能力是诉讼能力的前提,那么是否可以认为个人合伙不是适格的当事人呢?如果真是如此,不论实体法上的权利义务关系如何,可以确定的是个人合伙都不具有以自己名义独立参与民事诉讼的能力。由此推断,这可能就是在《民法通则》颁布后最早对于民事主体规定的解释针对的不是实体法,而是程序法上问题的原因。

在1988年最高人民法院颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第45条规定了“起字号的个人合伙,在民事诉讼中,应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人,并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力。未起字号的个人合伙,合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的,可以推举诉讼代表人参加诉讼,诉讼代表人的诉讼行为,对全体合伙人发生法律效力”。这一解释实际上承认了有字号的个人合伙的诉讼能力。在1991年通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第49条更是明确了除公民、法人外的其他组织可以作为民事诉讼的当事人。此后,“其他组织”便成了自然人与法人之间团体的代名词。