



法 官 博 士 文 库

整体性法律观 的民商法应用

民商事疑难法律问题研究

吴晓静 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA



整体性法律观 的民商法应用

民商事疑难法律问题研究



吴晓静 著

法

官

文

库

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

整体性法律观的民商法应用:民商事疑难法律问题
研究 / 吴晓静著. —北京:法律出版社, 2013. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5567 - 1

I. ①整… II. ①吴… III. ①民法—研究—中国②商
法—研究—中国 IV. ①D923.04



中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 257974 号

编辑统筹 大众出版分社
责任编辑 万 颖
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任印制 沙 磊

开本 A5
印张 11
字数 260千
版本 2013 年 10 月第 1 版
印次 2013 年 10 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5567 - 1

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

西南政法大学历来有注重实践的传统,毕业生的实务能力一直受到各界好评。我本人在这所学校从事民商法教学几十年,也遵从了这个传统。吴晓静是我指导的博士生中兼具学者品格与突出的实务能力的一名佼佼者。他1999年完成的硕士学位论文《民事归责原则研究》创造性地提出了一种“二层次归责原则体系”,在我看来是归责原则研究方面一篇颇有独到见地的作品,我印象很深(大概由于该文偏于理论的缘故,作者未将相关内容收入本书)。我相信从那个时候起,他现在在本书中提出的“整体性法律观”就已经在他内心开始萌芽了。整体性法律观,或者法律关系网,这样的概念我本人是喜见的,我相信中国学人一般对此都不会抵触。但是将这种观念作为一种民法哲学来运用,并且旗帜鲜明地将其阐发为民事立法及司法领域的一种通用理论,这在我阅读所及还是第一个。通读本书不难发现,这种做法其实是相当有道理的。所以当初吴晓静提出想以《民事法律关系网络论》作为其博士学位论文题,我未加犹豫就同

意了。

本书可以说是《民事法律关系网络论》一文的实践版。本书中,其实整体性法律观或者法律关系网都只是一种理论骨架,它串联起的是对诸多常见于民商法学尤其是民商事法律实务中的疑难问题的研究。这些问题中,有些属于争论已久未有定论的经典难题,例如不真正连带债务与连带债务的区别问题、夫妻共同债务与个人债务的区分问题(本书中列在“已婚者的财产地位”一章)、业主委员会的法律地位问题等;有些属于司法实践中经验尚少、方法有待摸索的问题,例如股东责任追究实务问题;有些属于好像早已解决,但实际上一直没有解决的问题,例如分公司的法律地位(尤其是诉讼地位)问题;有些属于传统民法早有定论,但近年来遇到一些新的问题,需要新的阐释角度、阐释方法的问题,例如物权与债权的关系问题;有些属于已经有比较一致的声音,但真理未必掌握在“多数人”手里的问题,例如虚假诉讼的防治问题;还有一些属于实务界一直比较头痛,单纯研究民法或者民事诉讼法的学者也未必能够拿捏得好的问题,例如民间借贷事实认定与法律适用问题。这些问题若分开来研究,做得好的话,都足以形成比较有分量的学术成果,同时又都具有一定的难度与挑战性,而能够在一部专著中“同时挑战”这些问题,作者勇气可嘉!当然,这也应当与作者怀揣“整体性法律观”之利器,行走法律江湖游刃有余的一份自信有关。更可能,以我对作者的了解来看,纯然因为作者不愿意故弄玄虚,任何问题点到即止的学术风格而已。

作为对一系列经典难题的挑战之作,作者给出的答案不大可能让所有人满意。不过我本人认为作者给出的这些答案值得认真一读,赞同与否倒在其次,起码他对很多问题的讨论角度就比较独特、新颖,他的结论,要想驳倒似乎也不容易。全书读罢,应该会对整体性法律观之于民商法的意义有比较深刻的印象。同时就我本人而言还有一个比较

强烈的阅读感受,就是法学研究者真的需要多接触法律实务,那是法律问题的真正来源与法律观点的真正的检验平台。

总之,我本人很喜欢这本书。吴晓静已经获得“重庆市审判业务专家”和“重庆市优秀中青年法律专家”的称号,这本书应当足以说明他是当之无愧的。也希望法律实务界能够多做这样的思考,多出这样的作品。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '李刚' (Li Gang), written in a cursive style.

2013年9月9日

自序

我自1993年至今一直是民法的一个孜孜以求的研习者。到基层法院工作14年了,几乎一直没离开民商事审判领域,当了七年的“兵”,然后当了七年的副院长,仍然是分管民商事审判,工作即是研究,研究即是工作,所幸兴趣与事业契合,倒也乐此不疲。

法律是高度实践性的学问,法律人光钻理论不行,没有理论也不行,这一点,到法院工作以来深有体会。所幸一开始我就没打算做一个书斋里的学者,而是想成为法律实务领域的行家。这个目标实现了没有?我不敢说,艺无止境吧。但是这种实务导向型的目标选择,倒确实使我受益匪浅,打从1996年进入西南政法大学读研究生,就确立了以实践为指向而研究、理论联系实际治学风格,坚持至今,其间的好处,用一句话来概括就是感觉没有浪费时间,时间都花在法律实务问题的思考、法律实践能力的修炼上面了,没有什么可遗憾的。这就够了。

不知道其他人如何,我自己的感觉是,研习民法久了自己会形成自己的相对固定的一些思维模式,如

果细加梳理的话可能就会有自己的所谓民法理念与民法哲学,这些东西,或许会限制你的进一步发展,但也可能使你的民法水平提升到一定的层次。在这方面,我目前最大的感受是形成了一种整体性的法律观,就是这本书里写的东西。这个观念是我在2006年撰写民商法博士论文期间逐渐清晰起来的,这个观念一旦形成,研究也好,处理工作中的实务问题也好,都会受其强烈影响,至今为止我倒是觉得都在受益,未受其累。

这种民法观念,是在与“问题”的不断碰撞中浮现和逐渐定型的。民法学习中,以及法院工作中,总是会接触大量的问题,这些问题用一般的方法与思维工具解决不了,就会促使你用更开阔的视野去看待问题之间的相互联系,然后可能就捕捉到了一些共性的东西,再回来直面原来的问题,感觉就容易多了。这本书里写的主要内容,就是对民法学研究以及民商事审判领域多年来的一些热点难点问题的思考,包括一些本该被注意到但通常被忽略的重要问题;尽管不敢说给这些问题都提供了可以画上句号的答案,但我都已经努力争取有实质性的推动。我猜想,这些问题大多既是民法研习者感兴趣的,也是民商法实务界人士感兴趣的吧。

感谢恩师李开国教授。他的肯定一直是我前进的动力。我的整体性法律观,也是在上他的民法课期间从“绝对权关系的相对性”——那是我与老师几乎同时注意到的一个有趣话题——之类的思想碰撞中燃起星星之火的。

感谢我的母校西南政法大学和我硕士及博士研究生期间那些同学。西政有浓厚的辩论传统,是不是那块料,通过各种形式的辩论——当然宿舍里的自由辩论是“主战场”——也就大体清楚了,而在此过程中,思维的活跃性、敏锐性与严谨性乃至思想的锐利度都会得到非常有益的锻炼,辩友越强,获益越多。那真是一段美妙的日子。

也感谢我 14 年来工作的重庆市南岸区法院。本书的写作,同事们给了我不少意见与启发,单位也给了我比较宽松的写作环境。这本书也可以说是我向单位交的一份作业吧。

吴晓静
2013 年 9 月

目 录

第一章 整体性法律观与民事法律关系网 / 001

第一节 整体性法律观 / 001

第二节 民事法律关系网 / 009

一、民事法律关系 / 009

二、民事法律关系网 / 011

第二章 法律关系的合并与分离 / 023

第一节 法律关系的实体合并 / 024

一、我国现有债权人代位权制度的突破与不足 / 025

二、建设工程承包领域的直索责任 / 034

第二节 法律关系的程序合并 / 045

一、一案数请求 / 045

二、反诉的条件 / 051

三、准合并：分别立案合并审理 / 052

四、抵销 / 053

五、必须共同进行诉讼的当事人 / 055

六、第三人诉讼 / 056

第三节 法律关系的程序分离 / 063

第四节 连带债务与“不真正连带债务” / 065

一、关于连带债务的适用范围 / 065

- 二、关于连带债务与“不真正连带债务”的关系 / 068
- 三、连带债务在合并、拆分民事法律关系方面的作用 / 079

第三章 法律关系网视角下的民事主体 / 082

第一节 法人本质究竟是什么 / 082

- 一、关于法人本质的传统论争 / 082
- 二、法律关系网视角下的法人本质 / 085

第二节 法人的法律要件 / 088

- 一、通说 / 088
- 二、我国现行法上关于法人要件的规定 / 090
- 三、法律关系网视角下的法人要件 / 092

第三节 关于非法人组织的主体地位 / 094

第四节 业主委员会的法律地位 / 097

- 一、规定与争议 / 097
- 二、本文观点 / 098

第五节 法人分支机构的法律地位 / 105

- 一、法条文义冲突引发的问题 / 105
- 二、司法实践中的不同做法 / 106
- 三、本文观点 / 113

第四章 已婚者的财产地位 / 119

第一节 如何区分夫妻一方个人财产与夫妻共有财产 / 120

- 一、现行法的规定 / 120
- 二、现行法的规定在实践中的作用局限 / 122

第二节 夫妻一方对外所欠债务应当如何偿还 / 130

- 一、相关的规定 / 130

二、学界的意见 / 132

三、法院内部的观点 / 135

第三节 本文的意见 / 137

一、夫妻财产复合所有制应当废弃 / 137

二、关于现行法婚内单方负债规则的解读、评价与完善 / 141

三、以法律关系网的视角看已婚者的财产地位 / 147

第五章 公司责任与公司背后的人 / 149

第一节 股东与公司责任 / 150

一、“否认公司法人人格”理论简介 / 150

二、关于股东与公司责任关系的其他观点 / 155

三、我国现行法律及司法解释的相关规定 / 156

四、本文的意见 / 160

第二节 与公司责任有关的其他人 / 207

一、公司的实际控制人 / 207

二、公司的董事、高级管理人员 / 208

三、挂靠人 / 209

第六章 法律关系网视角下的物权与债权 / 215

第一节 物权与债权的区别 / 215

一、关于物权与债权区别的一般主张 / 215

二、物权与债权区别的相对性泛论 / 217

第二节 物权是否具有相对于债权的优先效力 / 221

一、从真实案例说起 / 222

二、现行法是否承认未取得法定公示的物权的实际存在 / 224

三、买受人能否在取得法定公示之前取得标的物所有权 / 227

四、物权优先性的具体判断 / 234

第三节 法律关系网视角下的物权与债权的关系 / 244

一、灵动的社会生活不应受制于机械的“概念法学” / 245

二、适当地突破和超越物权—债权概念藩篱或许已当其时 / 246

三、以新观点解释和解决一些疑难问题 / 253

第七章 虚假民事诉讼的防与治 / 262

第一节 “甄别预防论”与诉讼原则、制度有冲突 / 264

一、与“辩论主义”诉讼原则不相容 / 264

二、与处分原则不尽相容 / 267

三、与自认规则不尽相容 / 267

四、与认诺规则不尽相容 / 269

五、与审判推进标准步骤安排相冲突 / 269

第二节 “甄别预防论”在审判实践中难以操作 / 270

一、标本：浙江省高院的规定 / 271

二、标本的解剖：能否操作 / 273

三、症结：“甄别预防论”与现代民事审判职能不吻合 / 289

第三节 虚假诉讼真的那么值得预防吗 / 293

一、从证明标准角度再谈民事诉讼的职能与虚假诉讼的危害 / 294

二、从既判力的角度再谈民事诉讼的职能与虚假诉讼的危害 / 297

第四节 防止和处理虚假诉讼的应然措施 / 300

一、修订刑法，完善刑事打击手段 / 300

二、以受害人另行起诉作为应对虚假诉讼的常规民事手段 / 301

三、对利害关系人作诉讼告知并允许其参加诉讼 / 305

四、为事后追究保留证据 / 306

第八章 民间借贷疑难案件处理 / 307

第一节 企业间借款合同的效力 / 308

第二节 几种疑难案型的处理 / 312

一、只有付款事实而无借款协议——是不是借款 / 313

二、只有付款事实而无借款协议——是借款还是还款 / 315

三、只有借款事实而无借款协议——被告持有的借条不在了? / 319

四、借条的真实性由谁证明 / 321

五、借条是不是借款的充分证据 / 323

第一章

整体性法律观与民事法律关系网

第一节 整体性法律观

笔者撰写博士学位论文《民事法律关系网络论》的时候,着重于以“民事法律关系网”这个形象的比喻来建立和指称一种法律观念,相应的理论主张,笔者称之为民事法律关系网络论,其理论主张有以下要点:

1. 每一个民事法律关系都只是民法对社会生活特定局部的调整结果,由于对社会生活具体局部范围的不同选择(即调整的精细程度不同),民事法律关系之间存在大关系中包含小关系的层级关系或者说嵌套关系,这种关系本身就具有一定的网络特征。

2. 民事法律关系的本质是民事利益关系(人身关系与财产关系的共同本质就是利益关系),社会生活的流动性必然导致民事利益流转,民事利益流转的过程必然导致民事法律关系之间存在引起与被引起、推动与被推动的传递关系,这种传递,会将不同的民事

法律关系串接在一起。实际上,这种串接只是一种表象,它是生活的无限流动性被人们用个别化的法律关系模型加以观照而获得的片断性结果之间的再一次整合,也就是说,在法律人的观念世界里,无限延展、永恒流动的实际民事生活在时间维度上的展开,就表现为而且仅仅表现为民事法律关系之间的顺序串接关系。从时间维度上看,民事法律关系之间的串接链条是无始无终的,民事生活流动不止,则民事法律关系演进不绝。

3. 正如民事生活中各个民事关系之间存在复杂、多样的相互联系一样,民事法律关系之间也不仅存在层级关系与序接(续接)关系,任何一个法律关系都可能由于多方面因素的作用而与多个其他的法律关系之间存在牵连,即使仅以顺序串接关系而论,任何一个法律关系的变动都可能对多个其他法律关系发生一定的影响,因此,法律关系之间的顺序串接联系链条就将向多个方向延伸。因此,民事法律关系之间的联系具有立体性、多维性。正如顺序串接链条可以无限延伸一样,民事法律关系的立体联系网络也是没有边际的。

4. 民法是以整体方式对社会生活发生作用的,即民法是以其自身的全部内容对社会生活进行调整,因而民事法律关系也是以网络形态对社会生活发生作用,不能割裂民事法律关系之间的联系。原则上,任何一个被单独设计、个别识别的民事法律关系都不具有必须单独适用的特别理由与法律要求。民法上从未见过有这种特别要求,也不应该有这种要求。

5. 就具体的每一个民事法律关系而言,其与其他民事法律关系之间的联系有远近、松紧的不同,因此,民事法律关系之间的普遍联系不能掩盖和抹煞民事法律关系的局部联系的特殊意义。由于社会生活的复杂性,民事关系之间的联系类型往往具有一定程度的模糊性、弹性和可变性,这就决定民事法律关系之间的联系也不可能是铁板一块的

固体状态,而会具有相当程度的抽象性、观念性、见仁见智性,因此,民事法律关系之间的联系通常只能局限在非常狭小、非常紧密的范围之内去考虑,超出一定的范围,就将使法律适用无法把握、无法操作。这意味着,对民事法律关系相互联系的处理有一个辩证原则,既要正视其相互联系的存在,又必须注意防止将民事法律关系的个性特征完全湮没于甚至消灭于普遍联系的海洋中。毕竟民法是一种技术性存在,脱离了可操作性也就丧失了民法自身的生命力。

6. 不同民事法律关系之间的联接点,只能是单个民事法律关系的一个端点,即民事法律关系中的主体。因此,如果说民事法律关系之间存在网络化联系的话,民事主体就是这种网络中的网络节点。

以上是笔者博士论文的原文摘引。其中观点,笔者至今尚无意修改,这些内容也是本书的理论骨架。但是论文答辩过程中得到一些启发。首先,好像“法律关系网”这个提法跳跃性略大,虽然答辩委员会全体成员都不认为它是一个坏的、不好的比喻或者说,但是部分成员对这个提法不太喜欢,感觉它与现有的民事法律关系理论体系之间的相容性问题,或者说,二者之间关系不好掌握。其次,从观念上强调注意民事法律关系之间的相互关系,这一点,答辩委员会成员们都予以承认和肯定,亦即论文的立论方向是正确的,但是教授们更加关注的是进一步的问题,即关于民事法律关系之间的相互关系究竟应当如何从理论上加以把握,能否得出一种与“网络论”这个名称相对应的理论体系,以便能够对立法与司法实践起到足够明确具体的指导作用,换言之,既要有理论的高度,又要有实践的精度。

教授们的这些意见,确实很有道理。写作博士论文的时候,笔者选择了一个全新的、无人谈及的题目,因而把着重点放在如何让读者相信存在一张“法律关系网”上面,文中对若干具体问题的讨论尽管也有就事论事、把具体问题解决得更好的想法,但出于论文体系性的考虑,实