

第5卷 VOL.5

PRIVATE LAW REVIEW VOL.5

私法研究

◆ 主编〉吴汉东

Editor-in-Chief/*Wu Handong*

◆ 本卷执行主编〉陈小君

Executive Editor-in-Chief/*Chen Xiaojun*

◆ 中国政法大学出版社

私法研究

第五卷

PRIVATE LAW REVIEW VOL. 5

主编/吴汉东

Editor-in-Chief/ Wu Handong

本卷执行主编/陈小君

Executive Editor-in-Chief/ Chen Xiaojun

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第5卷 / 吴汉东主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2005. 10

ISBN 7-5620-2825-7

I. 私... II. 吴... III. 私法-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 120349 号

- 书 名 私法研究·第5卷
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 16.375
字 数 420千字
版 本 2005年12月第1版 2005年12月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2825-7/D·2785
定 价 36.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

卷 首 语

流火七月，烈日熔金，正值万物孕育已久的果实灼灼其华之时，我们的《私法研究》第五卷作为一份思想碰撞的札记与读者见面了。本卷私法研究仍将分别在民法典研究、私法专题、外国法评议、知识产权法以及书评五个专题栏目中和大家一起研究、探讨。

在“民法典研究”中，本期内容都与民法典制定休戚相关。李中原博士的“16世纪到19世纪欧洲大陆民法学思潮的演进”一文，以16世纪到19世纪这一有特殊意义时期的民法学思潮作为考察对象，细致阐述了民法学思潮在欧洲大陆的演变过程。本文的研究对于我们了解大陆法系一些主要的民法学派，起到了奠基性的作用。目前国内已存在多个版本的物权法草案，但是，学者们对于物权性质的保护机制和债权性质的保护机制应采取分离规范还是合一规范尚存在不同的见解。郑天铎先生与王伟先生在合著的“‘物权请求权’抑或‘物权的保护’——论我国物权立法中物权保护机制的体系建构”一文中，通过对历史及现存的各种物权保护立法形态的考察，分析了上述两种模式的优劣，认为：在物权的民法保护机制设置方面，采取物权性保护机制和债权性保护机制区别规范的二元结构体系更为合理。

“私法专题”一承以往容量大、题材广、限制少的特点，继续为所有与“私法”相关的研究提供理论阵地。在“从理性经济人到生态理性经济人”一文中，吕忠梅教授洞察了理性人假设的转变，以自己对环境法之深刻理解，在分析了民法中经济理性人的成

因、缺陷之后，提出中国将来的民法典制定中，应该坚持“生态理性经济人”的标准，并以此作为民法典的价值取向。无因性问题历来是民法中的难点和疑点，在中国民法典制定的过程中，有关此问题的争论也一直未曾平息过。徐涤宇教授的“无因性概念之辨正”通过翔实的考据，严密的论证，提出我国通说的无因性概念忽视了内在无因性的存在，由此不能使我们正确解读德国相关制度和法理，进而无法达到客观认识外国法的目的。作者认为，我们应该在尊重外国法个别性的前提下解读其法律文本，这样才能正确认识民法中一个个来自异国的制度。彭真明教授和常健先生的“论我国土地使用制度的完善”在评述现有的三部“民法典草案”中构建的土地使用权制度的基础上，对我国土地使用权制度立法的完善提出一些新的思路，文中详细的评析以及所提出的建议对我国《民法典》的制定大有裨益。在“对推进农村土地集约化经营的思考”一文中，作者黄文超先生先从理论上分析了农村土地集约化经营是必然趋势，并通过大量的实践经验总结了当前几点影响农村土地集约化经营的制约因素、分析了几种实现模式；然后作者从对周边国家农村土地集约经营经验的分析中得到启示，得出我国农村土地集约经营进程中应遵循的五大原则。作者踏实扎实平实的研究学风，为法学界吹进了一阵清新的风，值得提倡。资琳博士的“论合同正义的演进——以显失公平规则为视角”一文在关于契约正义的研究中，选择了政治哲学为切入点，主要运用罗尔斯的正义理论，通过形式正义与实质正义为桥，沟通合同正义与具体规则。资琳博士此种研究范式的创新意义自是不言而喻。违约责任是合同法中的一个最基本的法律制度，无论是理论上还是立法上均有众多的论述和规定，但违约责任对“度”的把握，却是法学研究者们所难以涉猎的。刘水林博士的“理性违约责任度的经济学诠释”为研究违约责任提供了一条新的路径。文中充盈着一个经济法学者的情结，然仍不失新颖。“预期不安履行规范模式之比较”又是一

篇对有关具体制度研究的论文，作者朱广新博士比较了国外的一些合同立法，例如德国民法典、UCC、CISG、PICC 和 PECL，并进而归纳出三种预期不安履行之规范模式。在此基础上，作者反省了我们的《合同法》中的第 68 条和第 69 条，并最终提出了完善方案。可以说，本文对预期不安履行的研究张合有度，值得品味。赵西巨先生在文章“论医学法上的‘知情同意’”中，以美国法为主导，分析了知情同意原则的历史渊源、法理根据、内容构成和救济途径，对我国相关制度的建构有很大借鉴作用。高危险民事责任制度发端于德国 1838 年的《普鲁士铁路企业法》，在“德国法上的危险责任”一文中，赵家仪教授从高危险民事责任概念、理论依据、基本类型和共性上为我们做了详细的介绍和解读，可供大家对高危险民事责任制度作全面、详细、准确的理解。

在“外国法评译”的栏目中，德国萨尔大学的米歇尔·马丁内克教授为本刊撰写的“德国民法典中的债法现代化——背景、概貌和批判”一文，为中国学者了解德国民法典中的债法现代化进程及内容提供了一幅清晰的蓝图。本刊还选登了俄罗斯著名民法教授 E·A·苏哈诺夫的“限制物权的概念和种类”，这篇文章对限制物权的一些基本理论做了介绍，文章把笔墨着重放在限制物权的概念和种类上，并援引《俄罗斯民法典》的相关内容，为我们展现了俄罗斯法中限制物权的基本面貌。E·A·苏哈诺夫教授的这篇文章也提示我们，俄罗斯目前的民法学研究已逐渐摆脱了原来计划经济的模式，注重吸收民法制度较为完善的国家的立法例。俄罗斯民法对我们来说，无疑又成为一个了解和学习外国民法的窗口。在当代，商事组织（企业）往往表现为一个复合的公司团的样貌。这些公司在法律上的相对独立性引起了母公司对子公司债务的责任问题。德国 1965 年的公司法第三编康采恩法是针对这一问题而制定出的较为成功的法律。德国萨尔大学苏珊娜·藏玛·莱昂哈特博士在“关于母公司对子公司债务的责任问题”一文中，

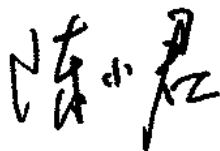
为我们详细介绍了几中不同类型的康采恩制度，为该领域的研究提供了许多宝贵的资料。比较法是发现本土法律自身缺陷、汲取他人精华的良方。秦瑞亭博士的《中德侵权行为冲突法比较》中，通过比较德国的侵权行为法和我国的侵权行为冲突法，认为：德国现行侵权行为冲突法以其明确性、实用性、灵活性的特征广受欢迎，而中国现行侵权行为冲突法已背离了该领域立法的国际趋势。文章为寻求合理解决侵权行为法律冲突的方案提供启发性的思考。专栏还选刊了邹国勇博士翻译的《荷兰王国2001年4月11日关于因侵权行为引起的债务关系的冲突法》的法条全文，希望能为读者朋友们提供更多的来自法律发达国家的信息。

“知识产权”中选载了三篇精彩的论文。在“构建促进知识产权产业化制度基本问题浅析”一文中，作者曹新明教授紧密联系当前各国争相制定国家知识产权战略的背景，讨论了在经济全球化浪潮中，我国制定国家、行业、地区以及企业知识产权战略的现实性和前瞻性。文章认为，构建促进知识产权产业化制度是建立国家知识产权战略的一个重要方面。该文对于实施我国知识产权战略，促进知识产权产业化具有相当强的理论意义和现实意义。魏衍亮博士的“与P2P有关的美国诉讼动态、产业动态及其对我国的启发”一文联系2000年以来美国发生的数十件与对等网络有关的法律诉讼，讨论了对等网络（P2P）所涉及的七类法律问题。随后，该文以Napster案为例，讨论了法院要求P2P经营者承担版权侵权责任规则，并分析了版权保护与社会公众利益之间的平衡问题。该文全面、及时地跟踪了美国发生的与P2P有关的诉讼动态、经营动态，较为系统地介绍典型判例提供的裁决结论之后，对我国网络事业的发展有较强的借鉴意义。胡开忠博士的“姓名权与商标权的冲突及法律解决模式分析”紧扣当前生活中频频发生的以名人姓名或其谐音注册为商标的案件所引起的争议，分析了行政机关和司法机关在解决姓名权与商标权冲突问题方面所依据的法律理由的利

弊。该文认为，无论是从姓名权角度来保护名人利益的，还是适用《商标法》所规定的“不良影响”制度来保护名人的姓名权，都有其优缺点。要想充分地通过制度来保护名人的姓名权，必须将上述两种制度结合起来，并通过创设类似形象权这样的新法律制度来解决上述困境。

本期依然延续原来的体例，“书评”专栏仍然继续。《论语》曰：君子和而不同。此点在本期书评当中得以完美的体现。在此卷“书评”专栏中，温世扬教授对陈小君教授等著的《农村土地法律制度研究——田野调查解读》做了独到且精辟的评论。温教授总结了此书研究方法、研究角度和研究学风上的几大特点，同时也对今后此类课题的研究提出了珍贵的建议。

本卷执行主编：

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '陈', '小', and '君'.

2005 年 7 月

《私法研究》注释体例

一、文中注释采用脚注，全文连续注码，注码放标点之后。注码号为 []。

二、注释例

(一) 著作类

[1] 《马克思恩格斯选集》，第2卷上册，人民出版社1972年版，第35页。

[2] 吴汉东：《著作权的合理使用制度研究》，中国政法大学出版社1996年版，第206页。

(二) 论文类

[1] 陈小君、易军：“论我国合同法上赠与合同的性质”，《法商研究》2001年第1期。

(三) 文集类

[1] 章有土：“我国继承法基本原则探讨”，载《中国人文社会科学博士、硕士文库》，浙江教育出版社1999年版。

(四) 译作类

[1] [澳] 依凡·谢瑞尔：《国内法院对国际法的查明和适用》，尤明青译，《法商研究》1997年第5期。

(五) 报纸类

[1] 王启东：“法制与法治”，《法制日报》1989年3月2日。

(六) 古籍类

[1] 《唐律疏议·职制》。

(七) 辞书类

2 《私法研究》注释体例

[1] 《辞海》，上海辞书出版社 1979 年版，第 932 页。

(八) 港台著作

[1] 史尚宽：《民法总论》，正大印书馆 1980 年版，第 16 页。

(九) 外文类

从该文注释习惯。

(十) 网络类：

[1] 吴汉东：《论范式民法典中的知识产权制度》

[http://www. privatelaw. com. cn/cgi - bin/ztyj/view. asp?](http://www.privatelaw.com.cn/cgi-bin/ztyj/view.asp?id=38)

id=38

三、其他

(一) 非引用原文者，注释前加“参见”。

(二) 引用资料非来自原始出处者，注明“转引自”。

(三) 数个注释引自同一资料者，注释例：前引 [1]，梅因书，第 31 页。

(四) 引文出自同一资料相邻数页者，注释例：第 28 页以下。

稿 约

本着繁荣法学研究的精神,《私法研究》拟每年出版两期,以书代刊形成文丛。本刊重点设置如下栏目:民法典研究、私法专题、外国法译评、法学沙龙等,每期也将视具体情况灵活设置特别栏目(如物权法专题、知识经济与知识产权、亲属法研究等)。

主编吴汉东教授和编辑部同仁一致认识到:高质量的作品是保持刊物生命力的不息源泉,刊物的发展自然离不开海内外专家学者的鼎力扶持。鉴于此,本刊编辑部热忱欢迎专家学者重点就以下专题惠赐佳作(篇幅不限):

1. 民法典的基础理论以及制定中国民法典的具体问题;
2. 民商法基础理论研究、实务研究;
3. 对私法发展趋势的前瞻性研究以及相关学科的交叉研究;
4. 对外国重要立法经验和判例学说的评介;
5. 以学术沙龙或笔谈形式就某一专题展开的对话。

秉承创刊时的工作热情和对学术的孜孜追求,本刊编辑部将以高度负责的态度对待每一篇来稿。结合重点栏目的特点,我们将采取直接和间接两种约稿形式,最后以匿名审稿制进行严格、谨慎的取舍,不接受向编辑个人投稿。在期盼您赐稿的同时,我们真诚地感谢您对本刊的支持与帮助!

倘蒙惠赐,请将大作寄至:湖北武汉市中南财经政法大学南湖

2 稿 约

校区民商法典研究所《私法研究》编辑部（邮编：430074）；或
E-mail：clcode@znufe.edu.cn

投稿请附英文题目。

中南财经政法大学民商法典研究所
中南财经政法大学知识产权研究中心
《私法研究》编辑部

／ 目录 ／

1 卷首语

1 注释体例

1 稿约

〔民法典研究〕

1 16 世纪到 19 世纪欧洲大陆民法学思潮的演进——以法国和德国为中心 / 李中原

22 “物权请求权”抑或“物权的保护”——论我国物权立法中物权保护机制的体系构建 / 郑天锋、王伟

〔私法专题〕

38 从理性经济人到生态理性经济人：《绿色民法典》的人性预设 / 吕忠梅

89 无因性概念之辨正 / 徐涤宇

124 论我国土地使用权制度的完善——兼评《中华人民共和国民法》（草案）的相关规定 / 彭真明、常键

160 对推进农村土地集约化经营的思考 / 黄文超

195 论合同正义的演进——以显失公平规则为视角 / 资琳

242 理性违约责任度的经济学诠释 / 刘水林

265 预期不安履行规范模式之比较 / 朱广新

2 目 录

- 292 论医学法上的“知情同意”——以美国法为主导/赵西臣
317 德国法上的危险责任/赵家仪

[外国法评译]

- 330 德国民法典中的债法现代化——背景、概貌和批判/[德]
米歇尔·马丁内克 晏锋译
356 限制物权的概念和种类/[俄] E. A. 苏哈诺夫 张建文译
390 关于母公司对于子公司债务的责任问题/[德] 苏姗娜·戴
玛·莱昂哈特 晏 峰译
403 中德侵权行为冲突法比较/秦瑞亭
434 荷兰王国 2001 年 4 月 11 日关于因侵权行为引起的债务关系
的冲突法/邹国勇译

[知识产权法]

- 437 构建促进知识产权产业化制度基本问题浅析——以国家知识
产权战略为视角/曹新明
459 与 P2P 有关的美国诉讼动态、产业动态及其对我国的启发/
魏衍亮
492 姓名权与商标权的冲突及法律解决模式分析/胡开忠

[书 评]

- 503 一部拓展法学研究方法的力作——评《农村土地法律制度
研究——田野调查解读》/温世扬

Contents

Civil Code

- 1 Li zhongyuan, The evolution of thought on civil law in European from 16 century to 19 century
- 22 Zheng tianfeng, Wang wei, "The right of claim on property right" or "The protection of property right"?

Private law

- 38 Lu zhongmei, From reasonable economic person to ecological reasonable economic person: the humanity presumption of *Green Civil Code*
- 89 Xu diyu, Identification and correction of the concept of abstraction
- 124 Peng Zhenming, ChangJian, The perfection of the right to use the land in China
- 160 HuangWenchao, Thinking on the advancing the intensive management of rural land
- 195 ZiLin, Study on evolution of the contract justice
- 242 LiuShuilin, Economics explanation on the system of rational lia-

	bility for breach of contract
265	ZhuGuangxin, A Comparative Study on Regulatory Mode of Anticipatory Insecurity as to Return Performance
292	ZhaoXiju, On medical "Informed Consent" in American law
317	ZhaoJiayi, The liability of dangerous operation in the German law
	Foreign Law Review
330	Michael Martinek, The modernization of the law of obligation in the German civil code: background, general conditions and criticism
356	E. A. Suhanof, conception and species of rights in re aliena
390	Susanne Wimmer_ Leonhardt, The company's liability for the debt of its subsidiary company
403	Qin Ruiting, The comparison of the conflict law of tort between China and German
434	Zou Guoyong, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, Jaargang 2001. no. 190
	Knowledge Economy and Intellectual Property Rights
437	Cao Xinming, The analyse of basic questions about the system on improving industrialization of Intellectual Property Rights
459	Wei Yanliang, The development of actions and industries related to P2P in U. S. and its inspiration to China
492	Hu Kaizhong, The conflicts between rights of name and trade mark privileges and the analyse of the mode to its solution

Book Review

- 503 | Wen Shiyang, A great works on expanding means of studying law