

Private Law Review



第2辑 第1卷

(总第3卷)

易继明 主编

北京大学出版社

中国社会科学院法学研究所私法研究中心主办

私 法

Private Law Review

第2辑·第1卷/总第3卷
(2002年)

主 编 易继明

副主编 连慧仪

本卷编辑部成员 (按姓氏拼音顺序排列)

杜 颖 连慧仪 罗胜华

梅夏勇 郭春园 易继明

北 京 大 学 出 版 社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

私法,第2辑.第1卷/易继明主编. - 北京:北京大学出版社,2002.11
ISBN 7-301-05938-8

I. 私… II. 易… III. 私法-研究-丛刊 IV. D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 083480 号

书 名: 私法

著作责任者: 易继明

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-05938-8/D·0669

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 出版部 62754962 发行部 62754140 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 高新特激光照排中心 62637627

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 21.5 印张 308 千字

2002 年 11 月第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

《私法》学术顾问委员会

(按姓氏拼音顺序排列)

崔建远 (清华大学法学院教授)

方流芳 (中国政法大学教授)

江 平 (中国政法大学教授)

梁慧星 (中国社会科学院法学研究所研究员)

刘剑文 (北京大学法学院教授)

罗玉中 (北京大学法学院教授)

马俊驹 (清华大学法学院教授)

孙宪忠 (中国社会科学院法学研究所研究员)

王保树 (清华大学法学院教授)

王利明 (中国人民大学法学院教授)

王卫国 (中国政法大学教授)

吴汉东 (中南财经政法大学教授)

吴志攀 (北京大学法学院教授)

谢怀栻 (中国社会科学院法学研究所研究员)

徐国栋 (厦门大学法学院教授)

尹 田 (北京大学法学院教授)

张新宝 (中国人民大学法学院教授)

谢怀栻教授序

中国自古以来没有“私法”。人民之间不存在“私法关系”。就连婚姻关系,也是受统治的(受家长、族长和父母官的管制)。新中国成立以后,仍旧不承认“私法”,把民法作为公法。婚姻方面,虽然提倡“婚姻自由”,但是婚姻登记还是被“组织”或“单位”所控制、所掌握。甚至对民事诉讼,也要讲“无限制干预”。这种情况极大地阻碍了我国经济和社会的发展。

直到 20 世纪 80 年代,情况才大变,“私法”概念得到承认,“私人”之间的“私法关系”得到承认,企业之间的“私法关系”也得到承认。“私法”与“公法”(宪法、刑法、诉讼法)能够并肩而立了。

正因为如此,在我国的法学中,对私法的研究仍较薄弱。私法方面的一些原理,一直没有得到充分彻底的阐述和研究。可是一个国家的法律文化中,私法文化如果得不到充分的发展,这样的法律文化必将是虚弱的。因此,要提高我国的法学理论水平,丰富我国的法律文化,就必须特别加强对我国私法的研究,特别是提倡私法精神,发扬私法文化。

北京大学的一些中青年法学者有鉴于此,特别创办了《私法》这个出版物,聚集了一些对私法研究特别有认识、有兴趣的学者,致力于私法的研究,将他们的研究成果发表出来,为我国私法文化的建设贡献力量。这是一件非常值得称道的事。我相信他们的努力一定会成功,特书数语以表祝贺。

谢怀栻

2001 年 4 月

王利明教授序

《私法》杂志的主编易继明博士请我为他的刊物作序,我感到非常高兴。

公法、私法之分肇始于罗马法时代。此后,在欧洲漫长的历史长河中,私法不仅吸收了教会法、各地习惯法等营养,而且借助于资本主义经济和思想文化的蓬勃发展,逐渐形成了一种内涵丰富、影响深远的私法传统以及私法文化。这种私法传统和私法文化,一方面为西方文明的产生、发展和繁荣提供了思想动力和制度保障;而另一方面,西方文明的兴盛也为私法制度和私法精神的完善、深化与发展提供了原动力和物质基础。因此,可以说,私法传统和私法文化是欧洲资本主义发展的重要元素之一。

众所周知,私法传统在我们国家一直未能形成与发达,其中的原因较为复杂,既有经济方面的原因(比如资本主义生产方式在我国迟迟不能发展),也有社会文化方面的原因(比如儒家的道德规范对整个中华文明的影响)。在我看来,私法传统对于一个民族来说非常重要。它不仅影响到法律制度及其法律文化,而且对于一个民族的制度选择、思维习惯、行为方式等等也产生着广泛而深远的影响。现阶段,我国正在致力于社会主义市场经济建设和民主法制建设,努力实现中华民族的伟大复兴,在这个过程中,加强民商立法、弘扬民法精神、培育私法文化对于我们实现这一伟大目标将发挥着举足轻重的作用。

加强民商立法,在当前主要是制定民法典。我国民法典的制定自 20 世纪 50 年代初期以来,曾为无数的学者所呼吁和企盼。迄今为止,我国几个重要的法律部门如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法都已制定了较为系统完备的法律。它们尽管在名称上未被称为法典,但实际上已具备了法典的特点和功能。然而,民法典至今仍未出台,许多学者曾呼吁,在刑法典的修改工作完成以后,民法典的起草工作应尽快地提上议事日程。我认为民法

典的制定的必要性并不仅仅在于法律工作者的热烈企盼,而更主要的在于我国经济社会发展的迫切需要。民法典的制定,正是实行依法治国战略,完善社会主义市场经济的法律体系的重要标志。通过制定民法典,全面地将公民法人的民事权利法定化、明确化,充分保护其合法权益,并使人民法院审理民事、经济案件有法可依、有章可循。通过制定民法典,可以为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则,使其明确自由行为的范围,逾越法定范围的后果和责任,从而对其行为后果便有合理预期,这就能从制度上保障市场经济的良性运转,从而有利于市场经济秩序的建立。通过制定民法典,还能够弘扬人格独立、人格平等、契约自由、责任自负等理性的精神,这些都是建立法制社会所必须的。

随着我国《合同法》的制定颁行,市场经济合同活动的规则由以前纷繁、复杂、冲突与落后的状态走向统一和谐与完善。作为民法典重要组成部分的《合同法》的出台,是我国民法典制定工作的一个重要步骤。在《合同法》制定以后,如何加快民法典其他部分的制定步伐呢?考虑到我国民法典不太可能采取“一步到位式”的法典编纂方法,而只能采用分段制定最后通过汇编整理修订的方式来完成。因此,我们目前应该着重考虑民法典体系的总体设计,我认为我国民法典总体上应采用大陆法系的民法典体系,同时应采用潘得克顿式(德国式)的模式。既要有总则,又要明确区分债权与物权。但传统的大陆法系民法典体系具有的几个缺陷应加以克服。首先,在传统民法典的体系中缺乏独立的人格权制度。而人格权制度既无法在总则的“民事主体制度”中作出规定,也不能在侵权法中规定。因此,人格权制度应该独立成编,并置于分则之首。其次,传统大陆法系的民法根据债的发生原因,将侵权行为法仅仅作为债法的组成部分,这种模式强调了侵权行为制度与债法其他制度的共性,却忽略了侵权制度所具有的更强的个性。而且由于许多债权总论中的许多规则无法适用于侵权制度,从而造成了债法体系的不和谐。同时,将侵权法放在债法之中也限制了极为复杂的侵权制度的发展。因此,我认为侵权法应该从债法中分离出来,作为民法分则中的一个独立制度。侵权法与债法的分离,并不意味着债法制

度的消亡,债法的基本规则仍将与合同法及其他债法制度(如无因管理、不当得利)共同组成“债与合同法制度”,放在侵权制度之前。

在民法典体系确立之后,我们需要分阶段、分步骤,根据社会生活的实际需要程度展开民法典的制定工作。我认为,当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制定工作。作为调整人对生产资料、生活资料的支配与使用的重要法律制度,物权法是市场经济最基本的法律规则。如果缺少了一个系统合理的物权法律制度,市场经济所需要的法律体系和规则便难以真正建立和完善。在制定物权法的同时,需要加紧修改《婚姻法》、《继承法》及知识产权法的工作。第二项工作就是,制定完善的侵权行为法与人格权法。目前对人格权和侵权责任加以规定的主要法律就是《民法通则》,但《民法通则》的规定过于简略,远远不能适应社会生活与司法实践的要求。因此,应当制定一部完善的侵权行为法与人格权法。与此同时,应该加紧对民法总则的修订工作。鉴于《民法通则》主要是关于民法总则内容的规定,因此可以在《民法通则》的基础上完善民法总则内容的修订工作。

迈向新世纪的中国,需要一部民法典。由于我国市场经济体系的建立为民法典的制定奠定了经济基础,我国司法实践中已为民法典的制定工作积累了丰富的实践经验,广大民法学者也做了大量的理论准备,因此颁行一部体系完整、内容充实、符合中国国情的民法典,是完全可行的,并将为我国在21世纪经济的腾飞、文化的昌明、国家的长治久安提供强有力的保障。我们有充分的理由相信,一部有中国特色的、先进的、体系完整的民法典的问世在不远的将来,将成为现实。如果说19世纪初的法国民法典和20世纪初的德国民法典的问世,成为世界民法发展史上的重要成果,则21世纪初中国民法典的出台,必将在民法发展史上留下光辉的篇章。

由于历史及文化的原因,我国的私法传统过于薄弱,学界对其重视和研究尚不够。为此,我们需要大力弘扬民法精神、培育私法文化。这种精神和文化的培育和发扬,需要一大批人持久而踏实的努力。今天,一批青年学者能够通过出版严肃的学术刊物的形式,来弘扬和发展这种传统和精神,确实是难能可贵的。我想,他们应该得到所有法学界人士、甚至是整个

社会的支持和认同,因为这不仅是为我们法学界的学术研究做贡献,同时也是在为我们这个社会、为我们的民族做贡献。

祝愿《私法》杂志越办越好,也祝愿我国私法研究日益繁荣与昌明。

王利明
2002年6月

稿 约

一、《私法》系由北京大学法学院的几名博士生发起的、具有广泛参与性的一个开放的法学学术园地,旨在为了加强私法领域内的各学科及其整合性研究,以便进行私法理论的抽象和私法文化的提炼,从而倡扬乃至于形成一种权利文化。

二、本刊刊载著述,大家文章、新锐作品,广采博收。主要栏目包括“主题研讨”、“论文”、“评论”、“案例研究”、“书评”、“杂文”和“学术动态”等。

三、来稿语种、篇幅不限,唯求能充分表达深刻而真灼之学术观点为要。本刊对来稿一律采取匿名评审,并实行责任编辑初审、学术顾问委员评议和编辑部会议审定三级评审制度。

四、来稿要求附有作者简介、联系方式;论文和评论还要求附有中英文内容提要;打印稿要求附有磁盘或发来电子邮件。文章采用注释体例参见另页所附。

五、本刊所采用稿件一律不付稿酬,只赠送本卷2—4册。

六、本刊刊载著述,版权属于本编辑部所有。

七、来稿请寄:北京市海淀区颐和山庄云锦园22楼222室易继明收
(邮政编码:100094);

联系电话:010-6248 8859

E-mail: yijiming@263.net privatelawreview@hotmail.com

目 录

谢怀栻教授序	(1)
王利明教授序	(2)

[专题研究:民法法典化]

大陆法国家民法典研究(二)	谢怀栻(1)
《中国民法典·侵权行为法编草案建议稿》理由概说	张新宝(14)
民法法典化及其限制	易继明(102)

[论文]

自己决定权与公序	
——婚姻家庭·成年人监护·脑死亡	[日]吉田克己(130)

[评论]

药品设计是不同的	
..... [美]James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski(163)	
真正的检验标准:专利垄断市场中对药品和医疗设备采用的	
“可选择的更安全设计”	[美]George W. Conk(200)
“过失”在侵权行为法中的三重角色	徐爱国(259)
物权请求权制度的历史演变	刘凯湘(276)

[案例研究]

被架空的继承法	
——张××诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述	萧 瀚(300)

[书评]

正本清源	
——评《无形财产权制度研究》之“基本理论编”	袁秀挺(314)

Contents

Preface by Xie Huaishi(1)

Preface by Wang Liming(2)

Monograph: codification of civil law

Study on Civil Law Code of the Continental Law Tradition

Countries by Xie Huaishi(1)

An Explanation on Proposal Draft of Tort Law in Chinese

Civil Law Code by Zhang Xinbao(14)

Codification of Civil Law and Its Limits by Yi Jiming(102)

Articles

Self-determination Right and Public Order by Katsumi Yoshida(130)

Essays

Drug Designs Are Different

..... by James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski(163)

The True Test: Alternative Safer Designs for Drugs and Medical

Devices in a Patent-constrained Market ... by George W. Conk(200)

Three Meanings of "Negligence" in Tort Law by Xu Aiguo(259)

The History of Dingerlicher Anspruch by Liu Kaixiang(276)

Case and Study

Inheritance Law in an Impracticable Position

——On Zhang v. Jiang Lunfang Case by Xiao Han(300)

Book Review

Clear up the Source of the Subject

——A Comments on Basic Theory Section in *Study on Intangible*

Property System by Yuan Xiuting(314)

大陆法国家民法典研究(二)^{*}

谢怀栻^{**}

内容提要:在本节中,文章研究了我国历史上第一部民法典——中华民国民法的产生及其历史背景,并着重探讨了其民商合一模式的确立、身份制度上的革新和财产领域中的进步倾向。通过这些研究,文章认为,中华民国民法典在改革中国数千年传统法制、开创私法制度和倡导私法文化等方面具有重大的意义,是一部中华民族引以为自豪的民法典。

关键词:民国民法典 制定 民商合一 革新精神

Abstract: This section probes the first civil law code in China, its birth and history background. The article centers on the code's syncretic model of civil law and commercial law, its renovation on status regulation, its progressive tendency in property field. After study, it points out that the civil law code of the Republic of China deserves praise in reforming Chinese traditional legal system, initiating private law system and bringing private law culture.

Key Words: Civil Law Code of the Republic of China, Making, Syncretic Model of Civil Law and Commercial Law, Renovation

* 编者按:谢怀栻先生在《私法》第1辑第1卷(2001年)中发表“大陆法国家民法典研究”长文,对大陆法国家民法概括及法国、德国、瑞士和日本等国民法典进行了研究。谢老还希望对我国民国时期民法、意大利和荷兰等大陆法其他主要国家的民法典也进行一些连续性和系统性研究。本刊将关注谢老在这方面的研究,陆续将我国大陆法传统守望者——一代大师谢怀栻先生在这方面的研究成果呈献给广大读者。

** 作者简介:谢怀栻(1919年8月—),男,湖北省枣阳人,中国社会科学院法学研究所研究员。

第六节 中华民国民法

一、概说

我国自古没有民法。清末变法,学习西方法制,开始制定民法,但未及成功而清朝亡。民国成立后,战乱频仍,政局动荡,迄未进行正规的立法工作。北洋政府虽也草拟过民律草案,也未能将之制定为法律。直到民国成立将近20年时(民国18年),南京国民政府设立立法院,积极从事立法工作,在前后4年的时间内,制定出民法五编,次第公布施行。这就是我国有史以来的第一部民法——中华民国民法。

这部民法显然自西方继受而来,从形式(五编制)到内容,基本上是采用了德国和瑞士民法的模式。梅仲协先生曾经指出:“现行民法,采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法日苏联之成规,亦尝撷取一二,集现代各国民法之精英,而弃其糟粕,诚巨制也。”^①当然,也有人批评这部民法是抄袭之作,不符合中国国情之处甚多。中国变法后的法律完全是继受外国法而来,这一点是确定的事实,即立法者自己也承认,所以今天已无须再讨论这些问题。这里只想指出一点,我国制定法律虽有几千年历史,但在民法方面,确实没有一点“遗产”留下来。所以继受外国法是惟一可行之路。^②相反地,我们今天研究这部民法,应该注意这部民法所起的除旧布新的作用,它如何打破了我国在民事方面相沿几千年的成规陋习,如何为中华民族进入近现代文明社会开辟了道路。我国台湾地区民法学家王泽鉴说,这部法典“充分显示着一个古老民族如何在外来压力下,毅然

^① 梅仲协:《民法要义》初版序,中国政法大学出版社1998年6月第1版。

^② 关于讨论中国民法继受外国法的文章很多,最新的文章请参见邵建东:《中国继受德国民法的实际效果及历史功绩》,载范健、邵建东、戴圣生(主编):《中德法律继受与法典编纂》,法律出版社2000年11月第1版,第32—41页。

决定抛弃固有传统法制,继受西洋法学思潮,以求生存的决心、挣扎及奋斗”。^① 这才是我们的研究重点与研究目的所应置重的所在。

这部民法是七十余年前的产物,在中国大陆只存在了近20年(1929—1949年),而且还没有普遍施行于大陆全部。所以,对于大陆地区来说,这部民法的作用可谓不是很大;并且在建国后,这部民法长期被作为“反动法律”而受到批判。但是,我们却不能说这部民法在大陆地区一点影响也没有。中国自改革开放以来的民法研究工作和教学工作,乃至民事立法工作,都受到这部民法一定的影响。这也是不容否定的。不过,本文对这些方面的情形不拟详论。

在1949年以后,这部民法在我国台湾地区施行至今。近年来又有所修改。台湾民法学在这部民法的基础上,经数十年的研究,成就甚大。这方面的情况,本文也不涉及。

二、制定情况

1928年12月,南京国民政府的五院之一的立法院成立,立法院院长胡汉民即于当月呈请“中央政治会议”(当时国民党的一种党政合一的最高机关)制定民法。可见,当时把制定民法作为立法院的首要工作,甚为重视。^② 1929年1月,立法院组成民法起草委员会,开始工作。历时3年,民法五编相继完成,次第公布施行。总则编于1929年5月23日公布,同年10月10日施行。债编于1929年11月22日公布,1930年5月5日施行。物权编于1929年11月30日公布,1930年5月5日施行。亲属编和继承编同于1930年12月26日公布,同于1931年5月5日施行。

中华民国的《民法》共5编,1225条。各编均有“施行法”,与各编同时公布施行。

^① 王泽鉴:《民法五十年》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第五册),台湾三民书局1996年10月出版,第2页。

^② 当时立法院的前身法制局于1927年6月成立后,即着手草拟民法,决定先订亲属、继承两编。可见,当时立法机关对制定民法有正确的认识,也有很高的积极性。参见谢振民(编著):《中华民国立法史》(下册),张知本校订,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第749页。

制定《民法》的工程不可说不大,但是在三年里就完成了。每编的制定时间都只有几个月。不过,看当时立法院对各编开会讨论的情况(例如总则编,立法院开会讨论三十余次;物权编,讨论了四十余次;讨论债编则多达一百五十余次;亲属编及继承编也讨论了三十余次^①),也很难说是“草率”。

现在看来,关于这部民法的制定,有几点可以指出。

(一) 当时制定民法,有两次的民律草案可资参考。一次是《大清民律草案》,一次是1915年的《民律第二次草案》。另外,还有国民政府法制局(立法院的前身)起草的亲属法草案和继承法草案(1928年),可资参考。可以说,起草工作有一定的基础。

中国自清末变法以来,有相当数量留学外国(日本最多)学法的人归国后在各大学法学院与各级法院工作,在中国民法学方面卓有建树。这为制定民法典奠定了学术方面的基础。当时专门有秘书部门将各外国的民法(包括较新的法典,如苏俄民法、暹罗[即泰国]民法、意大利民法草案等)译成中文,供立法委员们参考。

(二) 在立法程序上,当时依照国民政府制定重要法律的办法,先定“立法原则”,再定条文,然后讨论通过。即在每编起草条文之前,由立法院拟定该编的“立法原则”(又称先决问题)。将该编中的重大原则问题先行定出,并报中央政治会议批准,然后立法院根据这些原则拟具条文,再讨论通过。这样做有一点好处,就是把原则问题和具体条文问题分开,可以节省讨论的时间,以免原则定不下来,条文也就无法草拟。例如民法总则编的立法原则共19条,包括法律和习惯的适用问题、成年年龄问题、姓名权问题、外国法人的认可问题、权利滥用问题、自由不得放弃问题等。民法亲属编的立法原则共9点,包括亲属分类、夫妻及子女的姓氏问题、亲属的范围及亲等的计算方法、结婚年龄及亲属结婚问题、夫妻财产制问题、妾的问

^① 参见谢振民(编著):《中华民国立法史》(下册)(第5章),张知本校订,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第740页以下。

题、家制问题等。所谓立法原则问题都是“立法主义上最有争议”^①之点,至于原则下的细节,则可在起草条文时讨论决定。^②这个办法在当时颇为行之有效。^③

再有一点,当时拟定各编条文以及参加讨论的人,有不少都是有关民法各编的专家,例如草拟亲属编草案的燕树棠、草拟继承法草案的罗鼎,参与民法起草委员会的史尚宽、林彬、郑毓秀、王宠惠等。^④这一点,对立法工作也是有帮助的。

(三)在起草民法亲属、继承两编之前,除提出立法原则外,又做了一些准备工作。一方面是,由立法院制定表册多种,发交各地征求习惯。再就前北京司法部的全国各地习惯调查报告加以整理。又将有关的重要问题分别委托各委员等详加研究。^⑤这些工作当然对立法是有好处的。

(四)当时起草民法时,就各编立法原则有说明书(即理由书),就各编全文和每条也有起草说明书(即理由书)。其中,亲属和继承两编的说明书尤为详细。这些文书以后均行公布,对研究民法很有帮助(至今,台湾出版的六法全书中,在民法各编各章之首与各条之下,仍载有简单的“理由”)。

(五)在民法各编公布后,随即公布了各编的施行法,与各编同日施行。施行法旨在解决法律在施行过程中的问题,由立法机关与法律同时制定并公布,当然便于法的施行。

(六)最后,关于当时制定民法的一些思路,也值得提到。中华民国民法没有像《中华人民共和国民法通则》(1986年)一样,设置一些“原则”条

① 谢振民(编著):《中华民国立法史》(下册),张知本校订,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第779页。

② 参见谢振民(编著):《中华民国立法史》(下册),张知本校订,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第778—801页。

③ 就某些原则问题先行决定,以免就同一问题在各种层次的会议上反复争论,进而影响整个法律的编纂与条文的拟定。因此,这种做法是有一定好处的。

④ 参见谢振民(编著):《中华民国立法史》(下册),张知本校订,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第749、755页。第二次民律草案的主稿人余荣昌、应时、黄右昌等人,也都是当时的著名专家。参见同上,谢振民书,第747页。

⑤ 参见谢振民(编著):《中华民国立法史》(下册),张知本校订,中国政法大学出版社2000年1月第1版,第793页。