

人大法律评论

2003年卷 (总第五辑)

Renmin University Law Review

中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会 编



本期要目

我国民法典体系的再思考……………王利明
民法典的体系问题

…………… [日] 星野英一著 丁相顺译 王轶校
中国民法典立法过程的比较法观察

…………… [日] 北川善太郎著 丁相顺译 王晨校
中国电视法制节目研究……………范 愉

论环境合同……………吕忠梅 刘长兴

民事行政公诉制度研究……………杨立新

刑事再审程序启动权质疑……………陈卫东 李奋飞

怀念谢老

——谢怀栻先生的法学思想及其对我国民法事业的贡献

…………… 王利明

人大法律评论

2003 年卷(总第五辑)

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2003 年卷(总第五辑)/中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会编.

北京: 中国人民大学出版社, 2004

ISBN 7-300-05192-8/D·944

I. 人…

II. 中…

III. 法律-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 115770 号

人大法律评论

2003 年卷(总第五辑)

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242(总编室) 010-62511239(出版部)

010-62515351(邮购部) 010-62514148(门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32 版 次 2004 年 1 月第 1 版

印 张 14.125 印 次 2004 年 1 月第 1 次印刷

字 数 399 000 定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

学术委员会

高铭暄	许崇德	孙国华	王作富	赵中孚
江 伟	程荣斌	杨大文	刘文华	王利明
赵秉志	叶秋华	韩大元	龙翼飞	杨立新
朱景文	史际春	何家弘	卢建平	陈卫东
张新宝	郑 定	胡锦涛	朱力宇	张曙光
韩玉胜	赵秀文	林 嘉	姚 辉	孙言文

编辑委员会

执行编委	尹 飞	易 军				
荣誉编委	吴兆祥	程 啸	时延安			
编 委	尹 飞	易 军	熊谓龙	任端平	郭泽强	
	张保华	廖 明	张 璐			

目 录

[主题研讨：中国民法典体系研究]

- 我国民法典体系的再思考 王利明 (1)
- 民法典的体系问题 … [日] 星野英一著 丁相顺译 王轶校 (39)
- 中国民法典立法过程的比较法
- 观察 [日] 北川善太郎著 丁相顺译 王晨校 (43)
- 中国民法典的体系和
- 债权 [日] 北川善太郎著 丁相顺译 王晨校 (47)
- 关于人格权的地位 [日] 赖川信久著 丁相顺译 (52)
- 物权法的各种问题 … [日] 星野英一著 丁相顺译 王轶校 (56)
- 关于“中华人民共和国民法典(学者建议稿)”
- 物权编 [日] 国谷知史著 丁相顺译 (63)
- 设立债权总则编的必要性与侵权法的
- 发展 [日] 藤冈康宏著 丁相顺译 (69)
- 不法行为法二题 [日] 小口彦太著 丁相顺译 (88)

[论文]

- 中国电视法制节目研究 范 愉 (92)
- 论行政程序的理念
- 程序正义的理论与课题辨析 张步峰 (129)
- 论环境合同 吕忠梅 刘长兴 (147)
- 侵权行为法中的过错与违法性 程 啸 (188)
- 禁止权利滥用的法理分析 钱玉林 (246)
- 无权处分中买卖合同的法律效力问题研究 于海涌 (265)

再论商法	史际春 姚海放 (282)
英国商法的定位之研究	李 燕 (296)
民事行政诉讼制度研究	杨立新 (327)
刑事再审程序启动权质疑	陈卫东 李奋飞 (351)
论口头证据规则	陈界融 (366)
西班牙刑法制度与刑罚改革	谢望原 (403)

[怀念谢怀栻先生]

怀念谢老

——谢怀栻先生的法学思想及其对我国民法事业的 贡献	王利明 (419)
------------------------------------	-----------

不落的旗帜

——怀念民法泰斗谢怀栻教授	杨立新 (428)
---------------------	-----------

真正的大师

——悼谢老	姚 辉 (433)
-------------	-----------

追忆与谢怀栻先生交往的几件事	程 啸 (435)
----------------------	-----------

编者后记	(439)
------------	-------

Contents

Focus on the Structure and Model of the Civil Code of PRC

On the Structure of Civil Code of PRC **Wang Liming (1)**

The Problem of the Structure of Civil Code

[Japan] Eichi Hoshino (39)

Translated by Ding Xiangshun

Proofread by Wang Yi

A Comparative Research on the Process of

Regulation of Civil Code of PRC **[Japan] Zentaro Kitagawa (43)**

Translated by Ding Xiangshun

Proofread by Wang Chen

The Structure of Civil Code of PRC and the

Law of Obligation

[Japan] Zentaro Kitagawa (47)

Translated by Ding Xiangshun

Proofread by Wang Chen

On the Status of Personal Rights in

Civil Code

[Japan] Sekawa Nobuhisa (52)

Translated by Ding Xiangshun

Issues on the Book of Real Rights

[Japan] Eichi Hoshino (56)

Translated by Ding Xiangshun

Proofread by Wang Yi

On Academic Draft of the Book of Real Rights

of Civil Code of PRC

[Japan] Satoshi Kuniya (63)

Translated by Ding Xiangshun

- Necessity of the General Obligation Law and
the Development of Tort Law [Japan] Yasuhiro Fujioka (69)
Translated by Ding Xiangshun
- Two Topics on Tort Law [Japan] Hikota Koguchi (88)
Translated by Ding Xiangshun

Articles

- A Study on Law Matter TV Shows in China Fan Yu (92)
- The Idea of Administrative Procedures Zhang Bufeng (129)
—Theory and Analysis of Procedure Justice
- On Environmental Contract Lv Zhongmei & Liu Changxing (147)
- Fault and Unlawfulness of Torts Law Cheng Xiao (188)
- A Legal Analysis on Abuse of Rights Qian Yulin (246)
- The Legal Effects of Selling Other's Goods Yu Haiyong (265)
- Re-Study on Commercial Law Shi Jichun & Yao Haifang (282)
- The Standing of the English Commercial Law Li Yan (296)
- On the rule of Public Prosecution in Civil and
Administrative Action Yang Lixin (327)
- An Argument On the Right to initiate the
Criminal Re-review Procedure Chen Weidong & Li Fenfei (351)
- On Parol Evidence Rule Chen Jierong (366)
- The Criminal Law and the Reform of
Penalty System in Spain Xie Wangyuan (403)

Mourn for Pro. Xie Huaishi

- Pro. Xie's Legal Thoughts and Contribution
to the Chinese Civil Law Wang Liming (419)
- Pro. Xie, Ever-flowing Flag in the Chinese
Law Community Yang Lixin (428)

Pro. Xie, Real Great Master

Yao Hui (433)

Mourn for Pro. Xie

Cheng Xiao (435)

From the Editors

(439)

主题研讨：中国民法典体系研究

我国民法典体系的再思考

王利明*

所谓民法典的体系，是调整平等主体之间的关系、具有内在有机联系的规则体系，也可以说是将民法的各项规则有机地组合在民法典中的逻辑体系。在民法典编纂工程已然启动的情况下，学者与立法者所面临的首要难题就是应当如何建构与确立民法典的体系。近代意义上的法典作为最高形式的成文法，是追求体系化与严密逻辑性的法典。体系性与逻辑性不仅是民法典的内在要求，而且也是民法典的生命，缺乏体系性与逻辑性的“民法典”只能称为“民事法律的汇编”，而不能称为民法典。要构建完整的民法典的体系，首先需要明确民法典体系的内在逻辑。并且，民法典的制定乃基于法典化的理念，即将涉及民众生活的私法关系，在一定原则之下作通盘完整的规范。^① 首先确立居于民法典的支柱与骨架地位的民法典的体系可以发挥预先规划、提纲挈领的作用，使民法典层次分明、构造严谨。因此，民法典体系的确立对民法典的制定具有决定性的意义。关于如何构建民法典体系的问题，在民法学界曾存在过广泛的争议。我认为，中国民法典的体系应当由民法总则、人格权、亲属法、继承法、物权、债权总则、合同法、知识产权的一般规定、侵权行为法构成。下面拟就民法典体系构建中的几个争议较大的问题谈一点初步的看法。

* 中国人民大学法学院教授、副院长，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任。

① 参见王泽鉴：《民法总则》，22页，北京，中国政法大学出版社，2001。

一、关于民法典体例的逻辑结构

(一) 关于民法典体例的逻辑结构

完整的民法典的体系并非朝夕之间形成的,而是经过了漫长的历史演进。早在罗马法时代,法学家盖尤斯在其《法学阶梯》一书中就提出了一种民法典的编纂体例,该体例将罗马市民法划分为人法、物法和诉讼法三部分,后被优帝编纂罗马法大全所采用,后人称之为“罗马式”体系。至《法国民法典》编纂时,罗马式体例被民法制订者采纳,不过,立法者将诉讼法从民法典中分离出去,同时将物法进一步分为财产法与财产权的取得方法。在 19 世纪末,经过了数十年的法典论战后,《德国民法典》的起草者采纳了由潘德克顿学派所提出的民法典体系,这即是今天所说的五编制的“德国式”模式,更确切地说,是采纳了潘德克顿体系中的巴伐利亚式^①,即将民法典分为总则、债权、物权、亲属及继承五编。潘德克顿的模式后来为日本所继受,不过,与德国稍有不同的是,日本采纳了萨克逊式体例,将物权置于债权之前。20 世纪 90 年代完成的《荷兰民法典》在体例上又有重大的改变,法典的起草者巧妙地将法国法模式和德国法模式结合起来之后,同时又大量吸收了英美法系的经验,创建了民法典的八编模式。尤其值得注意的是,该法典在债权和物权之上设立了财产权总则,并改造了德国法的总则模式。该法典在颁布之后,得到了包括德国在内的许多国家民法学者的广泛好评。1994 年颁布的《俄罗斯民法典》在体系上也有了新的发展,例如该法典将债法分为两编加以规定,在债法总则中分别规定债的一般规定与合同的一般规定,并在总则的民事权利客体内容中规定了知识产权制度。由此表明,民法典体系并非一成不

^① 潘德克顿式体系可分为萨克逊式与巴伐利亚式,前者的编制结构是总则、物权、债权、亲属、继承;后者的编制结构则是总则、债权、物权、亲属、继承。两者的区别在于物权与债权的位置前后不同,这种位置的安排是为了表达主题的不同的重要性。参见徐国栋:《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,155 页,北京,中国政法大学出版社,2001。

变，它是一个随着社会政治经济文化的发展而变化的体系。

应当承认，中国自清末变法以来，基本上被纳入了大陆法的体系，近代中国的民事立法以及民法学说中大量吸收了大陆法尤其是德国法的概念与制度。对此，旧中国民法学家梅仲协先生曾精辟地指出：“现行民法采德国立法例者十之六七，瑞士立法例十之三四，而法日苏联之成规，亦尝撷一二。”^① 无论是过去还是现在，从我国民事立法的内容来看，确实大量借鉴了德国法的经验，这是毫无疑问的。然而，这是否意味着我们在 21 世纪制定中国民法典时还需要僵化到一成不变地继承《德国民法典》的五编制体例呢？许多学者认为，既然我国要采纳德国的体系设立总则，则必须完全采纳《德国民法典》的五编制体例。对此，我不敢苟同。

诚然，我们在制定民法典的时候，应当注重大陆法系尤其是德国法的经验，但是，借鉴并非意味着照搬照抄。如前所述，民法典的体系本身是一个开放和发展的体系，它与一国的政治经济文化环境等因素息息相关。一百多年前德国注释法学派所形成的德国民法典体系是符合当时德国社会经济需要的，但它并不完全符合当前我国社会经济的需要，如果无视我国现实情况而仍然延续《德国民法典》的结构，则无异于削足适履。如果这样，民法的发展又从何谈起？诚然，制定民法典肯定要借鉴外国立法的先进经验，但这绝不意味着要完全照搬其他国家或地区的经验。《德国民法典》毕竟是百年前的产物，一百多年来整个世界社会政治经济文化发生了巨大的变化，科技日新月异，民法的体系与内容理所当然应当随着时代的变化而变化。例如，《德国民法典》制定之时人格权尚处于萌芽状态，许多学者连人格权为何物尚且不知，民法典的起草者当然可以漠然对之，可现在人格权已经成为与财产权相并行的一项极为重要的民事权利制度，因此就存在着一个认真对待人格权制度在民法典中地位的问题。《德国民法典》对人格权的薄弱规定被公认为其不足。^② 德国的学者也已开始对其民法典进行反思，如梅迪库斯认

^① 梅仲协：《民法要义》，序言，北京，中国政法大学出版社，1998。

^② 参见陈云生、刘淑珍：《现代民法对公民人格权保护的基本情况及其发展趋势》，载《国外法学》，1982（6）。

为,“法律对自然人的规范过于简单,因此没有涉及一些重要的人格权”^①。迄今,人类已经进入了 21 世纪,一百多年来社会的发展对法律的发展也提出了更高的要求,人文精神和人权保护应在民法中得到体现,而《德国民法典》对人格权制度并没有过多的涉及,有关侵权行为的规定也较为单薄,这些都表明《德国民法典》的五编制体例是需要进一步完善的。

按照大多数学者的观点,关于民法典体系的架构,应采纳德国法的模式设立总则。^② 因为,一方面,总则的设立增强了民法典的形式合理性和体系逻辑性。总则条款有利于统领分则条款,确保民法典的和谐性^③;总则的设立使民法的各部分形成一个逻辑体系,将会减少对一些共性规则的重复规定,有利于立法的简洁明了。另一方面,尽管民法总则并非适用于各项民事制度,但只要它能够适用于大多数民事制度,那么它就有其存在的合理性和价值。总则的设立使民法典形成了一个从一般到具体的层层递进的逻辑体系。尽管关于总则的内容,在学者之间存在不同的看法,但多数学者认为,总则主要应当按照主体(包括自然人、法人及其他民事主体)、客体(物、智力成果等)、行为(民事法律行为、代理等)、责任(关于民事责任的一般规定)制度等内容来构建。

关于民法典体系的构建,不能完全照搬德国的五编制模式,而应该在此基础上有所创新,有所发展。一百多年来,整个世界发生了巨大的变化,经济生活高度复杂化、多样化,科技发展一日千里,作为经济生活的基本法,民法的体系与内容理应与时俱进。世易时移,变法宜矣。“明者因时而变,知者随世而制”,我们一定要从中国的实际出发构建一部具有中国特色的民法典体系。并在此基

① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,24 页,北京,法律出版社,2000。

② 不仅德国法系的民法典设立总则,而且拉丁美洲的多数典型法典中,一直有一种设立总则的趋势。如《阿根廷民法典》颁布以来的 5 个修正草案,每一草案无不设立总则。在巴西,其议会也在讨论修改旧的民法典,设立国家德国式的总则。由此可见,民法典总则自有其魅力。参见徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,65 页。

③ 参见徐海寰:《制定〈欧洲民法典〉的学术讨论述评》,载《当代法学》,1999(2)。

基础上制定出一部符合中国国情、反映时代需要、面向 21 世纪的民法典，这样才能使民法典的制定发挥出在社会生活中的巨大作用，并为世界法学的发展作出我们应有的贡献！

（二）构建民法典体系必须处理好民法典与民事单行法的关系

民法典与民事单行法的关系，是我国民法典体系构建中的一大难题。2002 年 12 月 22 日我国第一部民法典草案提交全国人大常委会审议，这部草案在总则之外规定了八编，即：物权、合同、人格权、婚姻、收养、继承、侵权责任、涉外民事关系的法律适用。对此种体例争议最大的问题之一就是，哪一些民事单行法应当被纳入民法典，哪一些不应当被纳入民法典。例如，有的学者认为，收养法不应当纳入民法典中，也有些学者认为，各种知识产权法如著作权、专利法等应当纳入到民法典中。还有的人认为，信托法、劳动法等也应在民法典中加以规定，并独立成编。各种观点都是不无道理的。

应当看到，民法典的体系并非封闭的，而是开放的，它要随着社会经济文化的发展而变动，如果将来社会经济生活的发展确实需要将某些重要的民事单行法纳入到民法典的体系当中，那么届时对民法典体系作出突破也是极为必要的。但是，民法典不是无所不包的、庞杂的法律汇编，编纂民法典绝非意味着将任何属于民事方面的法律制度都应当尽可能的纳入到民法典中，所以建立民法典体系必须处理好民法典与民事单行法的相互关系。我认为民法典与民事单行法的关系应当从以下方面加以考虑：

第一，民法典是对各种民事活动的基本的、普遍适用的规则所作的规定，民法典规定的是市民社会生活中基本规则，它在整个国家民事立法体系中属于最普通、最基础的民事立法，然而，社会生活是变动不居、纷繁复杂的，为此需要大量的单行法律以调整各种民事关系。但这些单行民事法律并不都需要纳入民法典。只有那些社会生活中普遍适用的、最基本的规则才应当由民法典加以规定，而对那些技术性很强的、仅仅适用个别的、局部性的民事关系的规则不应当由民法典规定，而应当由单行法来解决，例如，物权法主要解决的是物权中人们对财产进行占有、使用、收益、处分的关

系,这是市场经济普遍适用的规则,而信托法仅仅调整的是信托关系,它不是普遍的关系,而是在特殊情形下产生的特别规则。因此物权法应纳入民法典,信托法则应当作为民法典之外的单行法。

第二,民法典所确立的制度、规则应当保持较强的稳定性。民法典作为最高形式的成文法必须保持最大限度的稳定性,不能频繁地修改或者废除,这种稳定性正是民法典具有实现社会关系的稳定性以及人们在社会生活中的可预期性功能的基础。民法典中有些甚至是千百年来人类市场活动所共同遵循的规则总结。至于那些随着社会经济生活常常会发生改变的法律规则应当由民事特别法加以规定。例如,民法典中的物权、债权的许多规则是交易关系在法律上的反映,具有较强的稳定性。而有关知识产权的具体规则则常常不断变化发展,如果将各种适应社会经济文化的发展而不断变动的技术性很强的知识产权规则纳入民法典,无疑会妨碍民法典内容的稳定性。

第三,民法典主要调整那些私法领域内的基本民事法律规则,至于处于公法与私法交叉地带的法律规则,例如,劳动法、保险法、社会保障法等,由于其本身并非单纯的民事法律规则,而体现了较强的国家公权力干预的性质,所以应当制定单行立法。例如,德国的学者就将劳动法称为“特别私法”,其原因就在于,劳动法并非完全的纯粹的私法,劳动合同的订立也并非基于完全的合同自由,国家常常要作出许多的干预。

第四,民法典主要规定的是实体的交易规则以及对与实体交易规则联系极为密切的程序问题作出原则性的规定,如不动产登记规则可以在物权法中作出一些原则性规定,但是那些非常琐碎、具体、具有很强技术性程序性的规定,应当由单行法加以规定。例如,知识产权法涉及有关专利、商标登记的具体程序规则就不应当在民法典中作出规定。从这个意义上说,我认为,收养法由于涉及大量的具体的程序性规则,其中更多的是国家基于公共利益对收养条件等作出的严格性限定,所以有些学者认为收养法不应被纳入民法典,也是有一定道理的。

在处理民法典与单行法的关系之时,争议最大的就是知识产权

法律规范如何安排的问题。毫无疑问，知识产权属于民事权利的一种类型，知识产权法也应当属于民法的范畴。我国已经制定和颁布了《著作权法》、《商标法》、《专利法》，这些法律是否都应当纳入民法典？对此存在着两种不同的观点。我认为，将各个单行的知识产权法律都收入民法典是不可取的。主要理由在于：第一，知识产权制度本身是一个内容非常庞杂的规范体系，知识产权本身是一个综合性的法律规范体系，既涉及程序法也涉及实体法，既涉及公法也涉及私法，既涉及国际法也涉及国内法，显然，将其放到民法典是困难的。与其如此，还不如制定专门的知识产权法，集中规定知识产权的相关内容。第二，知识产权本身是一个开放式的法律体系。知识产权本身是不断变化发展的，自新技术革命于20世纪中叶兴起，知识产权法中出现了一种边缘保护法，即采用专利权和著作权的若干规则，创设出一种工业版权制度，如集成电路布图设计，即属于此种情况。再如，著作权邻接权的范围正在随着传播技术的提高逐渐扩大，如信息网络传播权等权利都纳入知识产权的范畴。所以，一旦在法典中将知识产权的类型固定化，不一定适应知识产权的发展需要。第三，将知识产权单行法收入民法典，会妨害民法典的体系的和谐。民法典是基本法，要保持一定的稳定性，不能朝令夕改，这决定了其规则应当具有普遍适用和相对抽象的特点。而知识产权法的技术性规定较多，且变化性较大，若将此一频频变动的法律置于相对稳定、系统化的民法典中，无疑会极大地损害民法典的稳定性。我认为，知识产权不应当作为独立的一编在民法典中作出规定。民法典对此作出规定可以考虑采纳第二种或第三种模式，即仅规定知识产权的共同规则，或仅在民事权利的客体中确认知识产权，这样有两个作用：一是宣示知识产权为民事权利，二是共性的规则在特别法中不好规定，可以放在民法典中规定。

（三）应当以法律关系的要素作为构建民法典体系的基本思路

尽管我们不能完全照搬德国模式，但我认为应当借鉴德国模式，采取法律关系的要素来构建我国民法典体系。潘德克顿学派的一个伟大的贡献在于，以法律关系的要素作为构建民法典总则体系的骨架，“德意志编别法创设总则编之一举，意义甚为重大，当时

德国法律学者皆认为:对各种法律关系共同事项,另有谋设一般的共同规定之必要”^①。也就是说,潘德克顿学派将整个法律关系的理论运用到法典里面去,构建了一个完整的民法典的体系结构。具体来说,在总则中确立主体、行为、客体制度,然后在分则中确立法律关系的内容,该内容主要是民事权利,具体包括债权、物权、亲属、继承权利,当总则中确立主体、行为、客体与分则中的权利结合在一起就构成一个完整的法律关系,例如总则中的主体、行为、客体与物权制度结合在一起,就构成完整的物权法律关系。由于法律关系的各种要素都已具备从而形成完整的法律关系,这种构架模式体现了潘德克顿体系的严谨性和科学性。

如果我们要采纳潘德克顿制定民法典体系的基本思路,那么总则按照法律关系的要素来构建,至少需要规定以下内容:第一,主体。主体是享有民事权利承担民事义务的自然人或法人,民事主体制度是独立的主体包括自然人、法人等所必备的民事权利能力与民事行为能力方面的规定,是商品关系的当事人在法律上的反映。民事主体主要包括自然人、法人和合伙等。第二,客体。客体是民事权利和义务指向的对象。根据概念法学的体系思想,应将作为法律规定的客体的构成要件分离出若干要素,并将这些要素一般化,形成类别概念,并借着不同层次的类型化,形成不同抽象程度的概念,并因此构成体系。^②总则中规定客体制度的主要理由是:我国民法总论已经在总则中抽象出来了法律行为的概念,对于法律行为的构成要素的客体是应该也可以抽象出来的。建立抽象的客体概念,可以涵盖未来发展出来的客体。因为客体本身是一个发展的概念,随着科技的迅猛发展以及社会生活的变化,无形财产权利在迅速扩张,近来有学者认为,像养老金、就业机会、营业执照、补贴、政治特许权利等都属于财产权范畴。^③因此,权利客体一词包

① 陈祺炎:《亲属、继承法基本问题》,3页,台湾,三民书局,1980。

② 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,356页,台湾,五南图书出版公司,1998。

③ See Lawrence M. Friedman, The Law of The Living, The Law of The Dead: Property, Succession, and Society, 1996 Wis. L. Rev. 340.