

Private Law Review



第3辑 第2卷

(总第6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
中国·香港连慧仪律师事务所协办

私 法

第 3 辑·第 2 卷/总第 6 卷

Private Law Review
Vol.3 No.2

主 编 易继明
副主编 邓建鹏
本卷编辑部成员 (按姓氏拼音顺序排列)
邓建鹏 李红海 林瑞珠
罗胜 杨素娟 易继明

北 京 大 学 出 版 社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

私法.第3辑.第2卷/易继明主编. —北京:北京大学出版社,2004.1
ISBN 7-301-06856-5

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(2003)第 119251 号

书 名: 私 法

著作责任者: 易继明 主编

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-06856-5/D·0822

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: 邮购部 62752015 发行部 62750672·编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 北京中科印刷有限公司

经销者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 29 5 印张 472 千字

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 41.00 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,而主要在于我国经济和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(德国式)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，应当有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

梁慧星教授序

私法和公法的划分,是大陆法系区别于英美法系的重要特征之一。作为公法的对称,私法是市民社会的基本法,它调整市民社会中一切私人性质的人身关系和财产关系,在一国法律体系中居于重要的基础性地位。通过物权界定资源归属,通过契约实现资源流动,通过侵权责任救济受到损害的社会关系,通过亲属和继承给个人以家庭的温情与扶助,这些形成了大陆法国家对社会进行治理的基本模式。这种通过私法来实现社会治理的模式,可以有效地将国家权力排除在私人生活之外,实行私人生活的非政治化和非意识形态化,从而实现私人生活的自由、平等与博爱,这是对人的一种终极关怀。

私法在大陆法国家法律体系中具有核心地位,也决定了私法制度、私法理论与私法文化的研究在大陆法国家的法学研究中占有举足轻重的地位。众所周知,在我国,由于历史文化方面的原因,私法一直没有得到很好的发展。清末改制后引进欧陆民法,形成了大陆法传统。但其后民国法统被废除,转而实行高度集中的计划经济,根本谈不上有什么真正意义上的“私法”,甚至对“私人”性质的东西都畏如蛇蝎。《私法》的创办,弥补了中国没有以“私法”命名出版物的缺憾,倡导了一种“私的”精神和理念,也为国际民商法苑增添了一道中国的风景线。

近些年来,法学教育、法学研究逐渐呈现出欣欣向荣的景象,这是一件值得我们欢欣鼓舞的事情。然而,相对中国社会转型的发展方向而言,我们的法学研究和民事立法仍然也有些不成熟的表现。早年《民法通则》的制定,就曾遭到一些经济法学学者们的反对,嗣后又有民法与经济法长达数年的论战,不仅民法经济法学者悉数卷入,许多法理、宪法和行政法学者也被潮流所挟,所发表文章数量之巨,所耗费的人力、物力,难以计数。实际上,以今天将私法作为市民社会基本法的观点来看,这些都是一些无谓的争论。私法本身包含了所有与建构市民社会有关的“私人性”的法律,具有其自身的一般价值和完整体系,是可以作为一个整体的理论而存在的。而且,这种理论也并不排斥具有一些“社会性质”但以“私的”价值为追求目标的成分(如反垄断法和反不正当竞争法)。

《私法》倡导将私法作为一个整体的学问进行整合性研究,特别重视私法基本理论,是一个非常有创见、有理论品位的学术出版物。事实上,现在提交到全国人大常委会审议的民法草案出现了一些立法随意性倾向,也是缺乏私法一般理论研究、特别是缺乏将私法作为一个整体进行研究的结果。没有对私法制度、私法理论与私法精神的统摄性研究,就很难保证民法典有一个完备的体系,民法也就会失去作为市民社会一般法所应当具有的包容性,也很容易使我们在制定中国民法典的过程中迷失方向。

在这个意义上,我欣喜地关注着《私法》的诞生与成长,希望《私法》能一如既往地奉行严格的学术标准和严谨的学术规范,为中国法学的发展留下一笔厚重的财富。

梁慧星

2003年4月

目 录

谢怀栻教授序	(1)
王利明教授序	(3)
梁慧星教授序	(7)

[学者访谈]

学问人生与人生的学问

——访著名民法学家梁慧星教授	易继明 (1)
----------------------	-----------

[专题研究：民法法典化]

近代日本民事立法的启示

——关于中国民法典编纂方针的几点思考	于 敏 (53)
民法法典化运动及其当代命运	封丽霞 (72)
韩国民法典的修正及其背景	苏亦工 (96)
韩国民法典	金玉珍(译) (125)

[论文]

论我国国家法律人格的双重性

——兼谈国家所有权实现的私法路径	张作华 (268)
------------------------	-----------

中国清代的民事诉讼与“法之构筑”

——以《淡新档案》的一个事例作为素材	[日] 寺田浩明 (304)
--------------------------	----------------

[评论]

论中国债权人代位权制度

——历史的考察与评析	俞 江 (327)
------------------	-----------

安然事件对现代公司管理和控制的启示

——初步回顾 [美] Jeffery N. Gordon (358)

法律语言改革之我见

——以法律语言的特性为中心 谢宏滨 (379)

简析台湾地区电子签章法 林瑞珠 (394)

跟单信用证统一惯例电子交单补充规则 eUCP1.0 研究 [韩] 慕德升 (415)

[案例研究]

莫须有? 抑或无!

——评振华武术研究所诉潼关互助会借款合同纠纷

上诉案 金勇军 (428)

[编后记]

关心自己, 珍爱生命

——“非典”之下话市民生活 易继明 (441)

Contents

Preface	by Xie Huaishi (1)
Preface	by Wang Liming (3)
Preface	by Liang Huixing (7)

Discourse with Jurist

Interview with Professor Liang Huixing	by Yi Jiming (1)
--	--------------------

Monograph: Codification of Civil Law

The Enlightenments of Japan's Civil Legislation in the Modern Age	
— On several considerations of the guidance to the China's Civil Code codification	by Yu Min (53)
The Codification Movement of Civil Law and Its Contemporary Fate	
.....	by Feng Lixia (72)
The Enactment of Korean Civil Code and Its Amendment	
.....	by Su Yigong (96)
The Korean Civil Code	translated by Jin Yuzhen (125)

Articles

On Dualism of Chinese State Legal Personality	
—also about an Approach in Private Law to Realize State Ownership	by Zhang Zuohua (268)
Civil Litigation in Qing China and Law	
—a Study of a Case in the Danshui-Xinzhu Archives	
.....	by Terada Hiroaki (304)

Essays

Right of Subrogation in Chinese Legislation on Obligation

..... by Yu Jiang (327)

What Enron Means for the Management and Control of the

Modern Business Corporation: Some Initial Reflections

..... by Jeffery N. Gordon (358)

How and Why Legal Language Is Special

——What Could Be Done about It by Xie Hongbin (379)

A Concise Review on Electronic Signature Legislation

of Taiwan District by Lin Ruizhu (394)

On the eUCP1.0 of UCP by Mu Desheng (415)

Case and Study

A Review of Zhenhua Wushu Institution v. Tongguan Mutual

Association by Jin Yongjun (428)

Afterword

To Take Care Self and Cherish Life by Yi Jiming (441)

学问人生与人生的学问

——访著名民法学家梁慧星教授*

易继明**

如果在自己的学术道路上走下去的时候,能够使我们的国家和人民得到一些实际的利益和好处,我就满足了。

——题记:梁慧星于2003年8月19日语

第一部分 走近学问

易继明主编(以下简称“易”):梁老师,您好!首先,我代表《私法》编辑部感谢您接受我们的采访。

梁慧星教授(以下简称“梁”):好的。

易:我之所以想做这个访谈,是想摆脱学术论文写作框架的局限,可以自由地

* 编者按:梁慧星,男,1944年1月生。我国著名民法学家,中国社会科学院法学研究所研究员,山东大学法学院院长。1962年9月—1966年7月在西南政法学院法律系学习;1978年10月—1981年10月在中国社会科学院研究生院法学系民法专业学习,获得法学硕士学位;1981年10月起在法学所从事民法学研究,并于1988年10月破格晋升为研究员;1985—1988年担任《法学研究》杂志副主编;1988年10月—1999年3月担任民法研究室主任;1999年1月起担任《法学研究》杂志主编;2003年3月当选为全国第十届政协委员。主要学术研究与教学领域为:民法总论、债权法和法学方法论。

2003年8月19日,受《私法》编辑部的委托,主编易继明教授采访了梁慧星先生。为时一天的采访在中国社会科学院法学研究所图书馆会议室进行。为了阅读的方便,这里大致划分为四个部分,各部分的标题名称为整理者所加。

** 易继明,华中科技大学法学院教授,中国社会科学院法学研究所博士后研究员,《私法》编辑部主编。电子信箱:yjiming@263.net。

阐发一些思想、观点和看法,并让人们了解这些思想与观念背后的一些事情,也是为了给民法学的研究带来一些具有思想性的东西。

梁:是的。的确,就像我们前两天在纪念谢先生 85 周年暨缅怀谢先生的座谈会上有一位老先生说的,改革开放以来,我们法学界还没有像文学界、史学界、哲学界那样,经历一场真正的“拨乱反正”,没有经过一些思想上的洗礼。实际上,改革开放以来法学界的论战,特别是民法学界的一些争鸣,说穿了,还不就是两种体制的斗争吗?!就是计划经济体制和市场经济体制的争论。过去前苏联的那一套东西,你也不能认为它有什么错,因为它当时是符合我们的经济体制的。改革开放以后民法与经济法的论战,民法内部的一些论争,多数跟两种体制的争论有关。

易:缺乏这种“拨乱反正”和思想上的洗礼,这是不是因为法学与政治结合得太紧,而政治的禁忌又比较多的缘故?

梁:法学从一开始,政治禁忌就相当多。过去都说“政法”,法学跟政治不可分嘛。谢先生受到打击,不就是说了“不能用政策代替法律”的话吗?没有真正的学术,就没有真正的学者。学术呢,实际就是对现行政策的一种阐释,一种解释。学者呢,也有意无意地,或者自觉不自觉地,成为了政府或政策的代言人,有点像“御用文人”。20 世纪 80 年代的时候,有一位学者——不是我们民法学的——在一次会议上就说道:“香港的学者批评我,说我是官方的代言人。”他当时说这个话的时候,不是觉得作为“官方代言人”有什么不妥,而是觉得很自然,是理所当然的,并且颇引以为自豪。在这种情况下,我们对法律也就不能提出什么批评:法律一颁布,你就只能说好。只有法律的“解释”(宣讲),没有法律的“研究”。

易:说到官方代言人问题,我最近参加了在京西宾馆召开的国家中长期科技发展规划的法制建设问题的专题会议,会议争论比较大。我觉得,其中政府分割、部门利益因素比较多。我国制定这种规划,不像国外有些国家那样,你依据什么制定这个规划,又通过哪些程序提交国会批准,最后批准多少经费、怎样支付等。我们主要是通过行政部门联系一些学者,将自己部门利益放进去,并希望引导学者的研究。

梁:实际上,我们政府的各个机关、各个部门,他们相互之间有不同的利益。这些利益,我们通常说是部门利益。部门利益不能等同于国家利益。所以,对法学工作者来说,过去我们常说要自觉地为国家和人民服务,其实看你是站在哪个部门的利益和立场上。制定法律由哪个机关牵头,牵头的机关是至关重要的。那么,我们

作为学者,是附和它,还是保持学术独立?对于中国法学学者来说,主要问题是“什么是真正的学术”的问题。只有真正的学术才能起到为国家、为民族服务的作用。而不是真正的学术,则要看领导人的眼色,或者是迎合某个部门、某个机关的意图,这样的学术是假学术,看起来符合领导人的意图,实质上违背了国家、民族和人民的根本利益。作为一个学者,我觉得应坚持学者的独立性,坚持学术的立场。真正的学术的立场,符合国家、民族和人民的利益。

从学术研究得出一个结论或者一个立法建议,这个结论或这个立法建议应该提供给国家,供国家领导人或立法者参考。是否采纳由他们决定,但我们要说真话。学者中可能有不同的方案,这不要紧,我们是站在自己独立的立场上研究得出的结果。也许是两个方案或者是三个方案,交给立法机关、交给国家,由他们去取舍。但如果我们从一开始就迎合领导人意图,从一开始就揣摩领导人的意图(其实到底是不是真的领导人的意图,还未可知),这样的立法建议或方案就背离了学术的立场,不可能符合国家、民族和人民的利益。

就拿关于民法典的制定要不要逻辑性和体系性的问题来说,现在一些学者不赞成,立法机关也实际上不赞成,那么我们主张坚持逻辑性和体系性是不是就没有道理呢?按我的想法,真正把党和国家最高领导人请来面对面地讨论,我们的理由未必就不能说服他们。实际情况是,我们的领导人和学者之间,存在中间环节,阻隔了他们与学术界的交流,而中间环节又掌握着法律草案的起草和审议的权力。他们把领导人的意图转达给学者,再把学者的方案转达给领导人。其实,他们所理解的领导人的意图也未必就是领导人真正的意图。他们按他们的想法来利用学者。例如,他们不赞成张三的某个意见,就用李四的某个意见去否定张三的意见,对李四的某个意见不赞成,就利用张三或王五的某个意见去否定李四的意见。这中间实际起作用的,是他们自己的意见。实际是他们自己的意见,改为以学者的意见表现出来,并提供给最高领导人。这样的做法,会导致对真理的偏离和违背,对领导人也是一种“误导”。

易:按照过去的一种说法,这种政治就是所谓的“秘书政治”吧。

梁:既然领导人已经有了“秘书”,那我们就不用再去做“秘书”了嘛。国家之所以需要法学者,就是需要法学者有独立的立场。如果他们“秘书”揣摩领导人的意图,而学者又揣摩他们“秘书”的意图,最终就背离了国家、民族和人民的根本利益。