

PROPERTY RIGHT RESEARCH

产权法治研究

第4卷第1辑（总第5辑）

李凤章 主编

上海大学出版社

PROPERTY RIGHT RESEARCH

产权法治研究

第4卷第1辑（总第5辑）

李凤章 主编

上海大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

产权法治研究. 第4卷. 第1辑: 总第5辑 / 李凤章
主编. —上海: 上海大学出版社, 2018. 8

ISBN 978-7-5671-3231-3

I. ①产… II. ①李… III. ①知识产权法—法治—研
究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 199927 号

责任编辑 傅玉芳 刘 强

封面设计 柯国富

技术编辑 金 鑫

产权法治研究

第4卷第1辑(总第5辑)

李凤章 主编

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路99号 邮政编码200444)

(<http://www.shupress.cn> 发行热线021-66135112)

出版人 戴骏豪

*

南京展望文化发展有限公司排版

上海华教印务有限公司印刷 各地新华书店经销

开本 710 mm×1000 mm 1/16 印张 13.5 字数 200 千字

2018年8月第1版 2018年8月第1次印刷

ISBN 978-7-5671-3231-3/D·209 定价 58.00 元

《产权法治研究》编委会

编委会主任 沈四宝

编委会委员 (按姓氏拼音字母次序排列)

陈剑平 崔文玉 兰跃军 李 本 李凤章

李建勇 李清伟 李 智 刘俊敏 史长青

陶鑫良 王勉青 徐静琳 许春明 张秀全

主 编 李凤章

编 辑 (按姓氏拼音字母次序排列)

陈敬根 李凤章 李俊峰 李立新 刘俊敏

潘传表 杨显滨 袁真富 赵 辉 赵清林

助理编辑 汤 彬

编辑部主任 陈敬根

出版资助单位 金茂凯德律师事务所 上海东方环发律师事务所

声 明

本书的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,不代表编委会和编辑部的任何意见、观点或倾向,也不反映主办单位上海大学法学院的立场。特此声明。

《产权法治研究》编委会

为什么是“产权法治研究”

之所以将本书聚焦于产权法治研究，首先是立足于上海大学法学院的学科研究方向。经过近几年的快速发展，上海大学法学院已经在产权领域，特别是在知识产权、土地产权、ADR 和新型产权保护、宪法和行政法等领域形成了较为明显的特色。更重要的是，产权法治建设仍然是目前中国法治建设的短板，也因此为法治研究所急需。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，社会主义市场经济本质上是法治经济。要使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，完善社会主义市场经济法律制度。要健全以公平为核心原则的产权保护制度，加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护。始终是把产权建设放在第一位。更可喜的是，2016 年 11 月 4 日，中共中央、国务院通过了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，在执政党历史上第一次公开地、系统地出台专门的保护产权的政策，被评为执政理念的重大变革。随后，最高人民法院也颁布了《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》和《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》。可以说，产权保护已成为国家改革的重要抓手。

产权法治建设，攸关经济发展。中国改革开放的巨大成就，归根结底依赖的就是产权激励，无论是农民的承包经营权，抑或是乡镇企业的经营权、国有企业的经营权以及后来公司制改革下的股权，乃至知识产权、网络虚拟产权等，所有这些，构成了一条中国改革开放的主线：产权制度从无到有，从模糊到清晰，从封闭到开放，从管制到自由，从国内到国际，促进了中国市场经济的繁荣。而现在经济结构转型，从依赖资源到依赖创新，其挑战的也

恰是滞后的产权制度。长期以来，中国的资源和环境，仍然处于产权模糊阶段，这一有意或无意的模糊，为国家权力不顾资源和环境的成本约束，为GDP透支资源和环境提供了方便。现在要建立生态文明，要实现经济转型，就必须使得资源和环境要素作为生产成本对生产者产生硬约束，并可通过市场实现优化配置，而这就依赖于对资源和环境的产权进行明晰，并为其市场配置建构交易规则。

产权法治建设，还是国家建设的根本。产权，特别是有体产权，本质上源于国家对资源的初始分配，代表着国家和社会的契约关系，代表着“风能进，雨能进，国王不能进”。当然，国家的分配，只能以占有形成的利益事实为基础。产权的保护力度和政府的自我约束是成正比的。对产权的破坏，削弱的是国家对契约精神的坚守，摧毁的是国家权力的边界。建立法治政府，必自产权制度始！

产权法治建设，还事关国民素质和文化建设，产权意味着成本和收益的内在化，从而形成对权利人的自我约束和自我激励，因此，产权培养着自律和责任，培养着契约精神和诚信观念，促进着秩序的稳定和对基本价值的坚守。“有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。”（《孟子·滕文公上》）所谓恒心，就是这种自律、诚信以及在此基础上形成的对未来的稳定预期，它避免了无视规则的机会主义和短期行为。“苟无恒心，放辟邪侈，无不为已。”（《孟子·梁惠王上》）没有产权保护，大家都抱着“能捞一把是一把”“过了这个村再没这个店”“享乐了才是自己的”的观念，拜挥霍奢靡为时尚，视坑蒙拐骗为本领，则民心大坏矣，所谓企业家精神又从何谈起？

《产权法治研究》，虽名法治，其实需要经济学、社会学、政治学、历史学、法学等各学科的交叉研究。我们希望以本书为平台，汇集专家学者，通过对中国产权问题的交叉研究，打破学科藩篱，形成制度共识，共同推进中国的法治建设和经济转轨、社会转型。

主编谨识

2018年4月

目 录

[名家讲坛]

《民法总则》理解与适用的几个问题	孙宪忠 / 1
------------------------	---------

[特稿]

立法解释对象的贫困	邓家元 / 20
体外受精胚胎处置中的利益冲突与价值衡量	袁金根 吴强林 / 38

[不动产产权法治研究]

上海松江家庭农场十年发展情况的调研报告	方志权 / 50
农村基层组织治理研究	
——以农村土地征收补偿分配为视角	宋伟锋 / 58

[知识产权法治研究]

数字专利侵权与 3D 打印	蔡晓东 / 67
非专利实施体标准必要专利诉讼中禁令的适用原则	何 丹 / 78

[企业产权法治研究]

我国经营者集中附条件许可制度研究	罗 阳 / 94
------------------------	----------

[保险产权法治研究]

社保缴费基数不足问题的法律规制	孔德娥 谢 颖 / 109
-----------------------	---------------

强制执行人身保险保单权益相关问题研究 李治非 / 118

[产权保护与司法救济]

我国网络金融法律监管制度研究 金鹏伟 / 133

人民陪审员制度改革的路径转向

——基于司法民主理论意蕴的再辨析 孔才池 布乃东 / 153

论设区的市停车场管理问题的立法规制 石东洋 / 166

[其他]

医患法律关系的新冲突及其解决路径

——对患者“不愿知情权”的考量 金成华 / 177

“一带一路”倡议下涉外海洋法治人才培养的机遇与

挑战 裴兆斌 曲亚因 杨斯婷 / 193

《民法总则》理解与适用的几个问题

孙宪忠*

摘 要：本文主要涉及四个方面的问题：一是从历史的角度看我国民法的立法过程，二是从法律技术等层面认识和探讨《民法典》编纂的理论基础，三是探究民法一般法与特别法之间的关系，四是分析《民法总则》的思想制度和创新。

关键词：民法典 民法典理论 民法特别法

研究《民法总则》是很有意义的事情。我国目前最为重大的立法活动就是《民法典》的编纂，《民法总则》的颁布是《民法典》编纂的第一步，下一步还要完成其他分则部分的编纂。按照全国人大分两步走的规划：第一步是重新制定《民法总则》；第二步要对其他的民法，如《合同法》《物权法》做体系性的整合。两步走方案的基本原因是，《民法通则》制定于1986年，那个时候是计划经济时代，该法基本内容是按照计划经济体制的要求制定的。因为该法制定的历史比较早，内容基本上完全陈旧而不能使用，因此必须重新编制《民法总则》。它的立法工作量比较大，其他主要法律是在1992年市场经济体制确定以后才制定的，虽然仍然存在不少漏洞，但是没有必要重新编制，所以分则编制面临的工作主要是体系整合的问题。

认识《民法总则》，包括以下几个部分的内容：第一，重新认识民法；第二，如何认识民法典；第三，民法的一般法与特别法的关系问题；第四，如何认识《民法总则》；第五，如何认识《民法总则》与《民法通则》的重大差别。

* 孙宪忠，中国社会科学院法学研究所研究员，法学教授、博士生导师，上海大学自强教授。根据作者在上海大学法学院的讲座录音整理。

主要针对一些基础性的认识问题，强调的是体系性知识，不是具体条文的阐述。

一、如何认识民法

为什么要谈如何认识民法这个问题？原因是我在整个参与《民法总则》立法的过程中，发现了一个比较大的问题：法学界对民法的评价以及期待和国家立法机关不一样，因为法学界和社会上很多人对民法的认识，与立法者不一样。这个认识差别，对未来的法律实施和法律编纂、对人民权利保护影响很大。首先的一个认识问题是，法学界对民法的基本定位是把它当作部门法，而立法机关把民法当作基本法。在民法教科书中，很多教师的课程和著作，都认为民法是部门法，在整个中国的法律体系中发挥着部门法的作用。但是，《民法总则》编制的过程中，最高立法机关所作的四次立法说明以及领导人的讲话都没有把民法叫作部门法，而是把民法叫作基本法。2016年6月27日对《民法总则》的第一次审议，是法律工作委员会主任李适时作的报告。在报告中，他提出民法（不只是《民法总则》）是贯彻依法治国原则，完成国家治理的基本法律，在整个法律体系中民法是作用仅次于《宪法》的国家基本法。到10月份第二次审议的时候，法律委员会主任乔晓阳的报告内容大体上与李适时主任是相似的。2017年3月8日，李建国副委员长作的报告中指出，《民法典》编纂是国家法制建设的基本举措，民法是国家法制的百科全书，它在国家整个治理过程中，起到了全面性和基础性的作用。2018年3月3日，习近平总书记对中共党员代表的讲话中提到，民法是完成国家治理的基本举措，对整个国计民生而言，发挥着全局性的作用。通过比较这些报告，我们就可以看到目前法学界对民法的作用和功能的认识，和立法者的认识不一致。

如果民法是部门法，那么它就只能是在一个有限的板块内部或者局部内发生作用；如果说它是基本法的话，那么它就要在法律体系的全局中发挥作用。苏联法认为民法是部门法，而市场经济体制下的各种法律著作认为，民法是国家的基本法。市场体制一般强调公法和私法相区分，即 public law 和 private law 的区分。公法体系中的基本法是宪法，而私法体系中的基本法是

民法，或者说一般法是民法。在市场体制下，一些法学著作认为，民法的作用范围远远大于宪法，因为公民和社会最基本的活动都是由民法来规范的。当然，在有些领域，民法跟宪法是相互融合的，比如说民法关于所有权的规定、关于保护人权的規定等方面。当然，宪法和民法的作用角度不一样，宪法解决的是族群和阶层人之间的权利问题，而私法或者民法解决单一主体之间的权利问题。从总体的角度来讲，宪法比民法的效力要高，它对民法发挥制约的作用，但是民法反过来又对宪法发挥基础的支持作用。民法包括具体的财产制度，包括财产的具体占有、使用和流转，市场体制下基本经济活动必须依靠民法。所以虽然宪法规定我国的经济基础是市场体制，但是市场上的具体活动却要依靠民法。所以虽然两个法律作用不完全一样，但是都发挥着全局性的作用。然后，包括涉及的非商业性的民事活动，如婚姻、家庭，都是由民法调整的，所以民法的作用范围是很广的。民法规定了公法法人，规定了公法法人参加民事领域的生活。总体上来看，民法在我们国家发挥着基础性、全局性的作用，而不是发挥着部门法的作用。

苏联法把民法叫作部门法的原因很简单。因为在苏联的体制下，民法发挥作用的范围是有限的，在计划经济体制下，国家的基本经济活动都是由计划来调拨的，人、财和物，供、产、销都是按照计划执行的，民众甚至都不是主体，而是劳动力资源，民事主体的意思自治范围非常小，只是被限制在民众相互之间财产往来的一些领域，和民众个人的私有财产权、所有权行使这些领域，甚至连婚姻家庭关系都不属于民法问题。苏联法认为婚姻家庭涉及道德伦理，所以把它从民法中间分出去。这一点与我国现实状况完全不同。在苏联法中，民法的作用范围是非常小的。可是目前中国法学界，尤其是中国的法理学界、宪法学界，也包括民法学界一些人受到苏联法学的影响很大，他们到现在也没有改变自己对民法的认识，把民法限定在部门法的范畴之内。这种思想观念的转变还要有相当长的过程，这是问题的一个方面。

我国社会包括法学界关于民法认识的另一个显著的缺陷，是他们对民事权利、对民法始终持有怀疑的态度。这次《民法总则》颁布以后，很多法理学家、宪法学家发表的谈话也还是这样。他们认为，民法是建立在私权保护

基础上的法律，民法过分强调私权保护，这样就必然会损坏公共利益。宪法是强调公共利益的法律，所以按照社会主义的思想，必须要借助宪法对民法实行规范和限制。按照这种说法，我们国家制定民法好像出发点有问题，因为我们好像在主张随意扩大老百姓的权利，有意识地损害公共利益。这种观点由来已久，大家都知道 2005 年的物权法风波，就是因为这个原因而发生的。但是通过对历史的考察证明，我国法学界的这种知识有缺陷，他们不了解真正的法律制度历史上的民法，更不了解中国的民法。

我们可以说，传统古典民法是建立在自由主义的思想基础之上的，那么它的一些制度，从防止公共权力侵害民事权利的角度看，好像是对公共利益有些妨害。但是从历史的角度看，防止公共权力侵害民事权利这个出发点，这个问题的提出，就是一个很大的进步，因为在此之前的人类历史是封建君主专制社会，所以不信任公共权力。这个出发点虽然具有自由主义的特征，但也是有理由的。在自由主义之前，人类社会的法思想是君权主义或者神权主义。神权主义的法思想认为，社会上所有的权利都是上帝所赐予的。君权主义的法思想认为，所有的权利都是君主所赐予的。依据这些法思想，民事主体的权利是没有伦理根基的，因为其权利来源于神或者君主的赐予。因此君主收回这些权利的时候，民事主体不可以抗拒。在自由主义的法思想阶段，按照人民主权理论、自然权利学说、启蒙思想等，人们得出的基本结论就是，我出生我就有权利，我活着我就有权利，我的权利来源于自然，不是来源于神的赐予，也不是来源于君主的赐予。这些法权思想，对于一般老百姓的权利，尤其是民法上的权利而言，意义十分重大。所以我们说，这是历史的进步。这一点我们首先要看到，苏联法在这一点上歪曲了历史，不让我们看到这一点，最后造成了严重的民事权利保护的现实问题。

但是，如果公共权力的行使真是代表公共利益的时候，还是强调排斥公共权力，那就有可能损害公共利益。比如，法国《民法典》第 552 条规定，土地所有权人对土地的权利及于土地地表上下不受限制的任意空间。这个关于所有权的规定很有特点，在历史上很有名。它规定，土地是以地表展开的，但是也垂直延伸到地表的上和下，而且是不受限制的任意空间。如果是这样，

土地所有权人的权利支配范围就太大了。这样飞机从天上飞过，明显属于侵权，要在地下修地铁，也是侵权。如果是这样主张个人权利要个人绝对行使，那就真的损害了公共利益。

但是后来，在欧洲兴起了社会主义法学，人们就解决了这个问题。1918年《魏玛宪法》已经认识到这个问题。《魏玛宪法》第14条规定，个人所有权和继承权受到法律承认和保护，但是个人权利要为公共利益服务。这个规定提出了个人权利要为公共利益服务这个非常著名的原则，也被称为所有权的社会义务原则，强调个人所有权和公共利益要相协调。这个原则后来在全世界，包括法国都得到了承认，法国《民法典》都修改了。所有权的社会义务这个原则，影响扩展到全世界，使得自由主义的法思想发生了本质变革，人们认为这个原则是社会主义法思想的典型标志。所以从那个时候起，西方民法也都没有哪一个承认个人利益就能够绝对行使、能够妨害公共利益。可惜的是，我们以前学习和引进的苏联法学里面，没有这样的知识。

在中国更不可能发生个人利益依据民法妨害公共利益的情况。大家可以看看《物权法》第四十二条，这个条文是我创意设计的。这个条文规定了征收征用等规则，意思是首先要承认以公共利益目的发生消灭个人所有权的，法律是许可的，但是要给个人利益以足够的补偿。这个条文中贯彻了当时我提出的三大原则：目的正当、程序正当、足额补偿。征地拆迁里面贯彻这三个原则，出发点是要限制过分强大的公共权力。从历史到现实生活中，我们国家的公共权力相对于老百姓的民事权利一直显得过分强大，事实上并且从来没有出现过个人利益妨害公共权力的情形。

最近这些年来，虽然出现了一些钉子户的情形，但是经过仔细考察我们知道，这些钉子户并不是依据民法来当钉子户的。此外，还存在个人权利保护不当的问题，当然也存在个人权利滥用的问题。所以这次《民法总则》第一百一十七条明确规定，为了公共利益可以征收个人利益，可以征收个人的不动产和动产，但是要给个人利益足额的补偿。这里首先就是说，为了公共利益可以消灭民众拥有的动产和不动产，但是要给老百姓足额补偿。这个法律条文体现的是个人利益和公共利益的协调。从这个条文可以看出，我们民

法中，公共利益是大于个人利益的。因为征收征用跟民法上的购买是不一样的，购买需要相互同意的意思表示。可是第一百一十七条规定，征收是不需要民事主体同意的。这个条文体现了公共利益优先的原则，这与西方的个人利益与公共利益相互协调的原则，还是不同的。

从这个角度来看，有些宪法学家或者法理学家认为主张民事权利就可能妨害公共利益这个表达是很不严谨的。这种不严谨的根源就是，多年以来存在的对民法、对老百姓的民事权利所持有的怀疑甚至是压抑限制的态度，这是改革开放之前的意识形态或者思想倾向。在中国，总是有这个问题，总觉得个人权利自私自利，欠缺道德伦理的正当性。这个看法不正确，这几年我们一直在做这一方面的研究，为普通民众的民事权利建立正当性的伦理基础，我们的一些想法也获得了支持。比如说 2016 年底中央关于“产权保护意见”中提到，要平等承认公共财产和老百姓的财产，要对老百姓的财产给予足够的承认和保护。2017 年的政府工作报告中，李克强总理讲到产权保护的问题时，也讲到保护产权就是保护生产力，平等地保护产权是法治文明的体现等。从这些讲话、决定可以看出，国家的意识形态在对老百姓权利保护这个问题上已经有了本质的进步，但是我们法学界的思想还没有更新。这是我第一点要给大家讲的，希望大家能够意识到这个问题。

二、如何认识民法典

《民法总则》的制定是民法典制定的第一步，要理解《民法总则》，还必须理解民法典。首先要从法律技术的角度认识民法典，这个出发点很重要。民法典编纂，就是解决民法规范的体系化的问题。庞大的民法规范不是一麻袋土豆，它必须有一个逻辑体系，使得规范、制度形成体系。这个体系如何形成，这是民法典编纂的关键。可惜的是，这部分内容很多要点是我国民法学界不知道的。和大家开个玩笑，这是我自己做学术考古 20 多年，才了解到的一些情况，在这里给大家分享一下。

实际上古代人也知道民法规范必须体系化，人类从事民法体系化的工作

已经好几千年了。2 世纪的时候，罗马的法学家盖尤斯和他的六个学生一起整理了一个很像民法法典化的东西，叫《法学阶梯》。《法学阶梯》产生的背景是，当时人们主要还是依据习惯法来规范社会生活的，盖尤斯他们把这些习惯进行分析归纳和整理，在其中找出了民法里三个必要元素或者说是三个必然的因子，即人、物、权利。在我国也有些学者把其中的权利翻译为诉讼，因此也称这三个民法因子是人、物、诉讼。《法学阶梯》把大量的民法习惯法规范进行逻辑整理而归纳为三个元素，结论非常抽象，但是非常科学而且准确。民法涉及的制度规范，在现实生活中可以说不知道有多少，包括所有权、婚姻、家庭、财产买卖、租赁，等等，可是盖尤斯将这个庞大的民法习惯总结为人、物和权利这三个因素之后，整个庞大的民法规范群体一下子就显得脉络清晰了，制度与制度之间形成了互相区分又互相连接的体系。

《法学阶梯》首先规范的是人，就是法律上的主体。可是法律上的人和自然状态下的人是不一样的。自然状态下的人，有奴隶，奴隶不是法律上的人，而是法律上的客体。而且在古罗马的时候民法上还有一个很大的麻烦，那就是等级身份制。在罗马时代，不是奴隶的自然人虽然叫自由人，可是自由人还有等级身份制。有些自然人是贵族，有些是平民，有些是上等人，有些是下等人。人与人之间的身份是有重大差别的，他们的权利、义务和责任是法定不平等的。所以民法上也要先解决谁是人的问题，自然人有多少法律资格的问题。首先奴隶中有女奴隶，但是女奴隶生的孩子不一定是奴隶；自由人也不是都有平等的人格。所以罗马民法首先要解决“谁是人、谁不是人”“谁是上等人、谁是下等人”这些复杂的问题。

《法学阶梯》要解决的物的问题意义也很大。大千世界，这么多东西，什么物才是民法上的物？什么是公物？什么是私物？人怎样占有使用物？怎样依法获得物的收益？这些事情想起来也是很复杂的。《法学阶梯》依靠那个时代的经验逻辑，对这些问题都做了仔细的归纳和概括。它对物这个范畴所建立的法律规范，是很有价值很有思想的。以我研究的重点问题公共财产问题为例。我现在研究国家所有权问题，发现我们接受了苏联法学之后，现在很多制度和立法思想在立法严谨性和实用性方面，还达不到罗马法的高度。现

在我国有一大批人，把所有的公共资产统统视为国家所有，他们认为这个做法在政治上很保险，自以为这就什么问题都解决了。但是，《法学阶梯》认为，物必须区分为公物和私物，公物必须区分为绝对公有物、相对公有物、公法私有物三种类型。其中绝对公有物必须对任何人开放，比如空气和海水，比如纯粹自然的野生动物。相对公有物，在法律上应该有个所有权，这个所有权应该属于政府，政府负责用纳税人的钱来扶持这些公物、保护这些公物，但是这些公物必须要给大众无偿使用，比如图书馆和国家修建的道路等。公法私有物，指的是政府的办公土地以及建筑物等，任何私人不可以随意进入侵占。这个法律逻辑多清晰啊，苏联法学那个著名的“唯一统一国家所有权”理论，怎么能比得上啊！

此外，《法学阶梯》认为，权利和侵权的问题，也是民法独立的制度。因此，它把民法划分为四个部分：人的法律、物的法律、权利取得的法律、侵权的法律。《法学阶梯》是2世纪编纂的，6世纪的时候，罗马皇帝查士丁尼（Justinian）把它颁布为法律，认为《法学阶梯》是有效的法律。

《法学阶梯》虽然成就显著，但是到了17世纪时，它被潘德克顿法学给超越了。这件事情与查士丁尼这位皇帝有关。因为他在承认《法学阶梯》是有效法律的同时，他还承认了罗马法还有另一个重要的法律渊源，叫作《学说汇纂》或《法学汇纂》，按照发音，就是潘德克顿。《法学汇纂》是由五个法学家法学著作中的学术观点汇编（digest，拉丁语 Pandectarum，Pandekten）组成的。在后来的历史发展过程中，《学说汇纂》后来居上，学术影响超越了《法学阶梯》。这个现象出现的原因，是人类社会生产方式、交易方式的重大改变。《法学阶梯》诞生于2世纪，它所看到的社会交易就是农贸市场那种方式的交易，一手交钱一手交货，出卖的物品是现成的，交易在协议完成的同时便履行了。那个时候，买粮食、买羊、买猪都是现实的，在买的时候，这些东西的成色、品质、性别、大小、颜色、健康状况一眼就看清了，没有很复杂的合同约定问题，所以一手交钱一手交货，就可以成交。这是我们现在要注意的问题的一方面。另一个重要的方面，也是关键的问题所在，就是一手交钱一手交货的情况下，如果协议形成了却没有继续交易，

那怎么办？比如双方达成了协议 100 元钱买一只羊，但是却看到旁边同样的一只羊只卖 90 元，那么买方会反悔不买。或者是卖东西的，看到旁边卖的价格高了，自己卖的价格低了，也可能会反悔不卖。这种农贸市场上的反悔会有什么结果？这个是最关键的法律问题。可是我们考察的结果你们都知道，当事人遇到这种事情，常常是没有任何结果的。人们可能发发牢骚，但是不会追究对方的违约责任，一般没有这种说法。因为卖方的羊没有受损失，买方的钱也没有受损失。这是农贸市场交易规则最大的特点，即交易本身没有信用（credit）。可是到了 17 世纪以后，随着英国的工业革命产生，大规模的工厂产生了，这个时候人们的交易，如果订立了合同却不履行那么会怎样？人们订立合同常常到履行会有时间上的距离，这个时候如果订立合同以后，你不要你订的货物，或者工厂交付不了你的订货，这就有麻烦了。这个时候德国民法学家为了解决这个问题，他们借助于罗马法上法锁这个概念提出了债权的理论，在合同订立之后，还没有标的物的时候，让合同产生法律上的拘束力。这个拘束力翻译为汉语就是债权。债权这个概念产生后，潘德克顿法学也取得了质的飞跃，成为影响最大的法学流派了。因为债权的理论和制度产生后，其实践价值非常大，解决了现代市场经济体制下交易规则最主要的问题。从此以后，合同产生了法律上的效果。而且，合同债权产生效果的时候，标的物还没有产生，所以债权是人为地拟制和抽象出来的。可是，债权抽象出来以后，整个民法就获得了巨大的历史进步。现代化的法律交易的法律规则中，债权制度一直处于核心的地位，它不但解决了市场信用保障的问题，而且也解决了针对特定当事人的法律责任问题。可以说，搞清楚了债权也就搞清楚了全部民法。

就这么一小点法学上的道理，但是此前我国法学界没有多少人掌握，所以说，这是我的学术考古。我国民法学在最近这几十年来，并没有完全接受潘德克顿法学，原因也在这里。如果你事先没有读过我写的书，那你也就无法理解这些知识，可能还觉得没有什么意义。可是你们看看我们的《合同法》你就明白了。因为这个法律的核心规则就是按照《法学阶梯》的规则制定的。《合同法》第一百三十二条规定，买卖合同的成立，出卖人必须要对标的物有