

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2001年第4号

总第21卷

VOL · 21

民商法论丛

2001 年第 4 号 / 总第 21 卷

梁

慧

星

一曉

编

金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛(总第21卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司
香港中环干诺道中68号华懋广场二期
六字楼A室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2001年12月第1版第1次印刷

书号 ISBN 962-85837-8-6

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是第21卷(2001年第4号)。

卷首刊载谢鸿飞采访前辈民法学者谢怀栻先生的访谈录《制定一部好的中国民法典》。谢老针对关于民法典设计中的许多重要争论问题,表明了自己的意见,值得我们认真学习。

本卷特设【民法典论争】栏,刊载四篇文章:一,徐国栋的《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》;二,张谷的《质疑“新人文主义”》;三,谢鸿飞的《论人法与物法的两种编排体例》;四,编者的《当前关于民法典编纂的三条思路》。起因是编者在一些大学法学院的讲演中,批评了徐国栋以重要性作为决定民法典结构体例的标准的主张,徐撰写了《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》一文予以反击。该文着重批评我关于民法典结构体例的主张,斥之为“物文主义”,并标举徐自己的主张是“新人文主义”。考虑到徐文涉及若干哲学问题,而我在哲学方面的知识不足,因此求助于博士生谢鸿飞,本意是请谢针对徐文提供一些哲学方面的资料供我在答辩时参考,并请谢看看徐文中有哪些理论漏洞可以作为我攻击的目标。谢读了徐文后表示愿自著一文与徐商榷,等于代替我进行了答辩。但《论人法与物法的两种编排体例》一文所体现的,完全是谢自己的思想和观点。在北京大学作博士后研究的张谷受出版社之托审读徐文后,主动向徐表示要撰文参加辩论,于是有了《质疑“新人文主义”》一文。这些文章已由徐国栋编成《中国民法典论争文集》交出版社。经商得徐和其他两位作者同意,刊于本卷,以饷读者。中国民法典的制定乃是国家民族的大事,应当受到社会各界广泛的重视。希

望由此引起更热烈、深入的争论。

【专题研究】栏刊登三篇论文。一是葛云松的《论无权处分》。自合同法生效以来,关于第51条所规定的无权处分,发表了不少文章,意见颇为分歧。本文结合此前学者的研究成果并参考他国经验探讨第51条的得失及其适用,值得一读。二是陈小君和易军的《合同法分则整体式研究》。从合同法内容看,对于社会生活中若干重要合同类型未设规定,已有的合同分则规定亦绝非尽善。显系关于合同分则的理论研究不足所致。本文评析了合同法分则的得失,并强调合同法分则研究的迫切性,值得重视。三是方建华的《电子商务与消费者保护的若干法律问题》。随着电子商务的发展,电子商务领域的消费者保护问题逐渐突出,为了建立电子商务领域的公正秩序,有必要制定专门的法律。本文对电子商务的消费者保护问题作了较系统的研究,值得参考。

【法学名著】栏编入两篇译文:一是波斯纳的《论隐私权》;二是布鲁斯通的《隐私无价——就经济分析方法与波斯纳教授商榷》。前者是美国经济分析法学代表人物波斯纳在佐治亚州立大学的讲演,内容是以经济分析方法分析隐私权问题。可以补充其代表作《法律的经济分析》有关此问题的论述之不足。后者是布鲁斯通教授针对《论隐私权》一文的商榷,涉及作者对波斯纳的整个理论的批评。考虑到经济分析法学自20世纪80年代初介绍到中国后,一直是法学理论上的热点,两篇译文值得一读。

【域外法】刊登八篇文章,可分为三组。第一组仅李旺的《美国法院关于诉讼竞合的法律制度》一篇,是民事程序法方面的研究成果;第二组有三篇文章:毛大春和王枫的《英国侵权法的注意义务述评》、张民安的《因交通事故而产生的侵权责任——法国1985年Badinter法研究》、于敏的《部分国家输

血感染损害的状况及问题解决》，属于侵权法方面的研究；第三组四篇译文，是2001年4月在汉城大学召开的“东亚消费者保护法国际研讨会”上的论文。出席该国际研讨会的中国、日本、韩国的学者，各自介绍本国的法律制度。这里刊出的是日、韩学者的论文：安永正昭的《日本消费者合同的法律解释》，由张严方翻译；圆谷峻的《日本的产品责任法》，由孙美兰翻译；梁彰洙的《韩国制造物责任法》，由崔吉子翻译；权五乘的《契约自由与消费者保护》，由崔吉子翻译。

【判解研究】刊登两篇文章，一是何丽新的《尼卡轮案法律问题研究》，属于个案判例研究；二是程啸的《论医疗损害民事纠纷中医疗者的义务》，属于综合判例研究。

【统一商法典】栏续刊《美国〈统一商法典〉条文及其正式评论》之二，是该法典第二编买卖（前三章），由孙新强翻译。美国统一商法典条文及其正式评论的译文，可能超过1200页，本刊从20卷开始连载，请读者留意。

编 者

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版4卷，每卷50万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者精典论著；七、重要立法资料。

目 录

卷首语

【访谈录】

“制定一部好的中国民法典”

——谢怀栻先生访谈录…………… 谢鸿飞(1)

【民法典论争】

两种民法典起草思路:新人文主义对物文

主义…………… 徐国栋(13)

论人法与物法的两种编排体例

——兼求教于徐国栋先生…………… 谢鸿飞(60)

质疑“新人文主义”

——评徐国栋《两种民法典起草思路:

新人文主义对物文主义》…………… 张 谷(118)

当前关于民法典编纂的三条思路…………… 梁慧星(170)

【专题研究】

论无权处分…………… 葛云松(185)

合同法分则整体式研究…………… 陈小君 易 军(258)

电子商务与消费者保护的若干法律

问题…………… 方建华(293)

【法学名著】

- 论隐私权 …… 【美】理查德·A·波斯纳 常鹏翱译(345)
 隐私无价
 ——就经济分析方法与波斯纳教授商榷
 …… 【美】爱德华·J·布鲁斯通 常鹏翱译(382)

【域外法】

- 美国法院关于诉讼竞合的法律制度 …… 李 旺(410)
 英国侵权法的注意义务述评 …… 毛大春 王 枫(448)
 因交通事故而产生的侵权责任
 ——法国 1985 年 Badinter 法研究 …… 张民安(499)
 部分国家输血感染损害的状况及问题
 解决 …… 于 敏编译(537)
 日本消费者合同的法律解释
 …… 【日】安永正昭 张严方译(590)
 日本的产品责任 …… 【日】圆谷 峻 孙美兰译(616)
 韩国制造物责任法 …… 【韩】梁彰洙 崔吉子译(640)
 契约自由与消费者保护
 …… 【韩】权五乘 崔吉子译(660)

【判解研究】

- 尼卡轮案法律问题研究 …… 何丽新(683)
 论医疗损害民事纠纷中医疗者的义务 …… 程 啸(716)

【美国统一商法典】

- 美国《统一商法典》及其正式评论(二)
 …… 孙新强译(760)

【访谈录】

“制定一部好的中国民法典”

——谢怀栻先生访谈录

谢鸿飞

2001年6月中旬,受《环球法律评论》之托,蒙谢老许可,笔者有幸亲炙一代民法学大师风范,并就时下民法典制定等问题就教于先生。先生虽已耄耋高龄,然精神矍铄,思维敏锐。先生居所甚简陋,书房、卧室合一。时先生正校拉伦兹《民法总论》的中文译本,正可谓老骥伏枥。访谈在先生居所进行。

问:谢老,可否请您简单地介绍一下自己的学术经历?

谢老:我在大学里学法律,以后又在大学里教民法。1958年后成为右派,从1962年开始,在新疆改造了20多年。一直到1979年才回到法学所,真正从事民法研究工作的时间,也就是从1980年开始到现在,不过20年。到1989年我就退休了。因此我在法学所研究民法只有10年的时间,1989年后也从事民法的教学和科研工作。关于我的经历和学术作品,可以参看《民商法论丛》第2卷上梁慧星老师写的文章。

问:在这篇文章中,梁老师提到,1945年,您曾代表台湾高等法院从日本人手中接收了台湾地方法院,并签发了中国

司法机关在台湾的第一份判决书。这是莘莘学子非常崇敬您的一件事。请您简单介绍一下当时的情况。

谢老：日本投降时，我在重庆地方法院工作。当时国民政府为了接收台湾，专门办了赴台人员训练班。出于爱国热情，我参加了这个培训班。当时派杨鹏到台湾负责接收法院，我也自愿报名去了。当时的主要工作是接收法院。台湾高等法院由杨鹏接收，台北地区的法院由另外一个人接收，其他地方的法院由我代表杨鹏接收，大概是6个。接收法院后，我就留在台湾工作。

当时台湾用的是日本的法律。为了镇压台湾地区的抗日活动，日本还制定了特别刑法。在接收之前，日本关押了大批抗日爱国志士，当时，依日本的法律，中国人的抗日活动是“叛国行为”。我们接收法院后，首先就释放了这部分人；其中有一些被判刑的，还要宣告无罪。第一个无罪判决是由我以中华民国台湾高等法院的名义签发的，这也是中华民国接收台湾后的第一份判决书，很有历史意义。

问：目前我国正在制定民法典。在这一过程中，学者仁智互见，观点纷呈。我很想了解您对中国制定民法典的看法。我想就几个问题向您请教。

我国一些学者主张借鉴英美国家的立法体例，制定我国的民法典，梁慧星先生把这种观点称为“分散式、邦联式”的思路。大多数人反对这一意见。您认为中国未来的民法典能否走这条路子？

谢老：我没有参加民法典的制定工作，也没有对中国民法典发表过意见。但我在《中外法学》今年的第一期上发表了一篇文章，里面虽然没有明确表示我的观点，但实际上很多观点可以从里面推导出来。我不赞成民法典使用英美法律体系，

讨论民法典要以德国的五编制为基础,我赞成梁老师的观点,问题在于如何改进五编制的体例。德国民法典是一个大方向。梁老师的观点的确是现实主义的、实事求是的。在中国采用英美法是完全行不通的,在理论上和实践中都行不通。就是香港的何美欢教授也不赞成采用英美法,她想得更远,认为到2047年,要制定全国统一的民法典。我们将来要统一全中国的民法典就必须制定一个好的民法典,而且我们的民法典要走大陆法的方向。英美法体系无论如何都不适合中国国情,我们要以德国民法典为基础,在德国民法典的基础上进行改进。另外,走英美法的路对立法来说是一个浪费,比如许多问题合同法中要规定,以后在侵权法中也要规定。

问:梅仲协先生提到,中华民国民法典十之六七取自德国,十之三四取自瑞士,法、日、苏联的制度也采取了一些,好像基本上没有提到英美法。现在我们制定民法典是否还可以这样呢?

谢老:以前中国民法典完全走的是德国民法典的路子,基本上没有英美法的东西。中华民国民法典与德国民法典唯一不同之处在于,中华民国民法典走的是民商合一的制度,实际上德国也没有完全坚持民商分立,德国后来制定的很多单行法,比如有限责任公司法、股份公司法、海商法都没有纳入到商法典中。有些制度是可以借鉴英美法的。我们的合同法就采取了英美法中的一些东西,合同法采取了《联合国国际货物销售公约》和《国际商事合同通则》的一些制度,这些制度是间接来自英美法的。我说制定民法典走大陆法的路子,并不是排斥英美法的具体制度。对国外的立法,能够借鉴的我们都可以借鉴。中华民国的民法典也不是完全走德国法的路子,也借鉴了很多瑞士法的东西。

问:徐国栋先生认为,德国民法典设立总则编,把人法放在总则中规定,没有凸显人的地位,导致整个民法典以物为中心,湮没了人,因此应该单独设立“人”一编,并仅设一个“小总则”。在大陆法系各国中,有的民法典也没有总则,那么我们的民法典是否应当设立总则编?

谢老:目前对德国民法典的争议集中在是否应设立总则编。但是完全废除总则,在理论上说不过去,在现实中也行不通。荷兰民法典虽然没有总则,但是事实上也有。它的小总则一扩充,不就是总则么?实际上徐国栋也设计了一个小总则。把民法典分为人法与物法,给人的印象是,民法典好像不是一个整体。但是为什么人法与物法会凑在一起?只有设立了一个总则,才能说明民法典是一个整体。因此,应当把人法与物法的共同问题放在总则中解决。有总则才说明民法典是一个有机的整体,而不是机械的凑合。人法与物法的共同问题首先是法律主体、客体和法律行为。一些人反对说,法人没有自然人的许多属性,比如法人不适用亲属法的规定等等。但是这不足为病,因为总则的内容并不是要适用于民法典的所有方面。总之,五编制还是好的,我们的民法典要设计一个总则。

问:有学者主张,为了弘扬人的地位,尊重人的尊严,我们的民法典应专门设立人格法编,与传统民法典的几大编平行;但是有人认为这一部分的内容太少,如果单独设编的话,会影响民法典的形式美感;而且这一部分的内容会与侵权法的规定重复。您对此有什么意见?

谢老:我觉得这是一个问题。我在“民事权利体系”一文中也说到突出人格权的问题。人格权在教学和理论中是可以

单独作为一编的,但是在立法中没有必要单独作为一编。我以前也想过将它单独作为一编,或者专门作为一章。后来觉得这样不好。我认为还是把它规定在自然人一章中。当然法人也有人格权问题,而且按照现在的发展趋势,法人的人格权问题还会越来越重要,尤其是法人的名誉权。比如在香港,有人污蔑希望工程,说工作人员贪污了钱,为此还在香港打了官司。自然人的很多人格权是其独有的,法人不能享有。我认为人格权还是规定在自然人中好一些,有一些人格权也可以在法人章中规定。总而言之,德国民法典还是有价值的,在中国立法和理论中抛弃德国法是不可能的,因为我们的理论和立法框架接受的都是德国法。

问:在大陆法系各国的民法典中,人法与物法的顺序有两种:一种是人法前置的,比如瑞士民法典和意大利民法典,把亲属法和继承法放在财产法前面;一种是物法前置的,如德国民法典等等。徐国栋先生认为,德国民法典的这种体例是重视物,而遮蔽了人。您怎样看这种观点?

谢老:徐国栋把民法典分为人法和物法,这是从罗马法来的。我认为,人身关系与财产关系的轻重并不是一个关键性问题,人法与物法的顺序也不是一个关键性问题,是可以讨论的。把人法摆在前面也可以,各编的顺序变动并不影响民法典本身。在五编制的框架下,内部的顺序是可以改进的。梁慧星说有人身关系的地方就涉及到财产,说得过去。在市场经济条件下尤其如此,不可能有人身关系而无财产关系。徐国栋的大框架我还是不赞成的,尤其是把继承编放在人法中,因为继承必然涉及到财产,如果要这样的话,继承编可以放在人法与财产法之间,因为继承既涉及到人法,也涉及到物法。关于各编顺序问题,我们可以拿出来讨论,如果大多数人赞同

把人法放在前面的话,我也赞同。

问:一些学者从英美法律体系出发,认为现代侵权法已经成为一个独立法律部门,发展非常快,它与合同之债的共同点也不多,因此把它放在债权编中不合适,应该把它独立作为一篇,以维持侵权行为法的开放型。您对此观点如何评价?

谢老:侵权法要独立出来是可以的,问题是如何独立。如果说侵权法和合同法相互独立,我是赞成的;但是如果把侵权法从债法中脱离出来,在理论上说不过去,事实上也做不到,因为侵权之债也是一种债。如果我们把它从债法中分离出来,这样,一部分内容在债法中规定了,另外一部分内容还要在侵权法中规定,岂不是造成了立法的浪费?立法要讲究节约,总则编的设立就是为了避免立法的浪费。

问:部分学者认为,传统民法典是以有形物为中心建构的,现代是知识经济时代,知识产权越来越重要,英美国家正在考虑把无形财产纳入财产法体系中。未来我国的民法典也有必要规定知识产权。您对此有什么意见?

谢老:知识产权没有必要在民法典中规定。从理论上说,知识产权与其他民法权利有根本性不同。第一,其他民事权利或者是与生俱来的,比如人格权;或者是个人生活不可缺少的,比如财产权。人不可能没有人格权,也不可能没有财产,尤其是在市场经济条件下。但是即使在市场经济条件下,一个人也完全可能不和知识产权打交道。比如我一辈子不写书,就不会与著作权打交道;一辈子不发明东西,就不会和专利法打交道;一辈子不作生意,就不会和商标法打交道。一个边远地区的农民可能一辈子也不会接触到知识产权。第二,知识产权与政府的管理有关,比如专利权和商标权就要国家

批准。因此我建议把知识产权放在民法典外,但是在理论上,民法学可以研究。

我也反对这样一种观点,就是认为知识产权与民法完全无关。知识产权在民事权利的体系之外,知识产权属于民事权利,但是应由特别民法调整。

问:我国目前正在制定物权法,关于物权法的最大理论争议是要不要承认物权行为及其无因性。这一理论被视为德国人抽象思维在法学中的极端表现之一。我国学者反对物权行为最主要的理由是:它脱离了实际生活;严重损害了原所有权人的利益;其维护交易安全的功能已经不大;最主要的赞成理由是,它维护了交易安全;在对行为的分析方面非常清晰;在法律体系上也使法律行为成为一个整体。您怎么看物权行为?

谢老:我们对物权行为理论的研究还很不够。最近两年我参加法大博士论文答辩时,对两个写物权行为理论的学生说,希望他们深入、仔细地研究下去,把这个问题搞清楚。我不赞成关于物权行为的两种观点。一种是认为物权行为纯粹是主观的构想,没有现实基础。这种观点过于极端了,实际上法律制度不可能由法学家构想出来的,它总是有现实基础的。把一个买卖行为分为三个行为,即一个债权行为,两个物权行为,在现货交易中,我们可能会觉得这是法学家的构思,不现实。但是在一个远期的复杂交易中,是可以划分三个行为的。比如购买波音飞机,几年后才交货,在现代社会里,很多交易都是这样的。在这些交易中,不能不让人想到有不同的行为。我们批判这一理论是可以的,但是不能走极端。还有一种观点认为,德国法上的这一制度完全是好的,这一态度也不好。我认为,我们首先要详细、深入地研究,重点要研究

这样两个问题：第一，物权行为无因性理论是怎样来的，根源在哪里；第二，物权行为无因性理论在德国一百多年都能够立足，原因是什么？我们目前不要轻易赞成物权行为无因性，也不要轻易反对物权行为无因性，而是要坐下来仔细研究怎么改进。

另外，如果不承认物权行为无因性，交易安全的问题能够完全解决，我们是完全可以不要物权行为的。但是善意取得制度是不是能够完全保障交易安全，我还没有过细地研究。另外一个问题是，在交易中，我们要保障谁的安全？无因性保障的是买受人的安全；如果不承认物权行为无因性，保障的是所有人的安全。问题在于，有什么制度能够把两者都保护到。

问：反对物权行为无因性学者普遍认为，物权行为无因性太抽象了，脱离了日常生活，是一种精英话语，老百姓不懂。您对此有什么意见？

谢老：这不是理由。实际上民法中有很多这样的术语。“权利能力”、“行为能力”老百姓懂吗？就连法人这么普遍的术语，大家也不是都懂了。比如好多厂长、董事、经理都说自己就是法人呀，这说明他们不懂法人这个概念，不知道法人和法定代表人的区别。

问：您曾深入、细致地研究过大陆法系主要国家的民法典，这一研究在民法学界产生了重大影响。那么，您认为，在整体上，哪个国家的民法典最好？

谢老：不能说哪个民法典最好。每个国家的民法典都有其特色，只要它适合于自己国家的国情，对于它的国家就是好的。大陆法系各国的民法典中，德国民法典的框架比较好，实际上，意大利民法典和俄罗斯民法典也没有脱离这一框架。