

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



2002年第3号

总第24卷

VOL · 24

梁慧星 / 主编

民商法论丛

2002 年第 3 号 / 总第 24 卷

金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛 (总第24卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

封面设计 石 磨

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 2002年9月第1版第1次印刷

书号 ISBN 962-86389-1-2

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是第 24 卷(2002 年第 3 号)。

增设【访谈录】栏,刊载《韩德培先生访谈录》,是由曾涛采写的。韩德培先生是最受中国法学界和实务界尊敬和爱戴的法学家,其对中国法学特别是中国国际私法学和环境与资源保护法学的巨大贡献,是举世公认的。在访谈中,韩先生概述了自己的求学经历、学术思想、理想追求和治学经验,特别谈到自己一个尚未实现的梦想,这就是希望在自己的学生中,或者学生的学生中,产生像奥本海、庞德和狄骥那样的伟大的法学家,为中华民族和全世界的法学发展作出历史性的伟大贡献。本刊发表本文,以表示对韩德培先生的敬意。

【专题研究】栏选刊两篇论文。一篇是冯刚的《数据库的法律保护研究》。作者是北京市第二中级人民法院裁判知识产权案件的法官,根据自己的裁判经验并广泛参考发达国家的经验和国际公约、国际惯例,对数据库的法律保护问题作全面、系统、深入的研究,值得重视。另一篇是蓝承烈和闫仁河的《论违约损害赔偿的合理预见规则》。合理预见规则来源于英美法,最先规定在涉外经济合同法第 19 条、技术合同法第 17 条,新合同法予以保留,规定在第 113 条。作者参考英美法的判例学说,提出合理预见规则适用的诸要点,值得参考。

【学术论争】栏刊登尹田的《物权行为理论评析》。自 20 世纪 90 年代初开始,民法学界关于物权变动的立法采取何种模式进行热烈争论,德国式物权行为理论一直是争论的焦点。本文是对物权行为理论的评论,值得一读。

【立法问题】栏刊登两篇文章。一篇是编者的《关于中国

民法典编纂》。本文回顾了中国历史上的历次民法典编纂,现今的民事立法体系及1998年民法起草工作小组成立以来民法典编纂的概况,特别介绍了民法学界关于民法典编纂体例的争论点,今年4月19日起草工作会议上就哪些问题达成了一致,哪些问题尚存在分歧及各方主要理由。另一篇是麻昌华的《论侵权行为法在民法典中的地位》。作者赞同侵权行为法单独设编,但提出了不同的理由。

【仲裁问题】栏选刊黄雁明的长文《对仲裁裁决终局效力的非理性挑战——剖析(96)贸仲裁字第0271号裁决书执行中的若干问题》。本文分析了中国国际经济贸易仲裁委员会(96)第0271号裁决申请执行的漫长曲折过程,指出导致同一案由出现若干终审裁定,终局裁决与终审裁定均成为一纸空文的法律漏洞,论述了法院对仲裁支持及执行体系中存在的问题、人们对侵权纠纷不可仲裁的误解及超法律因素所起的作用等。

【域外法】栏刊登四篇文章:其一是【美】西蒙尼德斯教授的《20世纪末的国际私法——进步还是退步?》,由宋晓翻译、黄进校订。西蒙尼德斯教授是美国Willamette大学法学院院长、路易斯安那国际私法法典的主要起草人,在国际私法学界负有盛名。本文是国际比较法大会(布雷斯托大会)的总报告。文章一开始就提出问题:20世纪有没有实现19世纪末的期望?我们把国际私法这只球向前传递了吗?我们把国际私法既有的车轮推进了,还是发明了新的车轮?我们在解决国际私法基本的哲学思想、方法论问题时,以及在致力于摆脱国际私法的困境时,有无新的阐发、深化或改进?可见,本文是国际私法的重要文献。其二是甘瑛的《WTO〈补贴与反补贴措施协议〉补贴定义之实证研究——兼评我国〈反补贴条例〉之缺陷》。二战以来,补贴成为非关税壁垒的主要形式之

一,对国际贸易产生的消极影响日益显著。虽然在 GATT 规则下已有补贴问题的规定,但直到东京回合谈判,补贴与反补贴问题才受到国际贸易法律层面的全面关注。本文结合 WTO 成立至今的重大案例,分析《补贴与反补贴措施协议》的补贴定义及其内涵,探讨我国 2001 年通过的《反补贴条例》的缺陷并提出对策建议。其三是张巍的《日本的抵押权涤除制度》。抵押权涤除制度起源于法国,为日本民法和瑞士民法所继受,我国学者起草的两个物权法草案均规定了同样的制度。作者从解释论、认识论和立法论三方面介绍日本民法上的涤除制度,并结合两个学者草案的规定考察中国是否需要引入及如何引入日本式的涤除制度。其四是【韩】权五乘教授的《韩国的约款规制法》。韩国于 1986 年制定《约款规制法》,并于 1987 年 7 月 1 日起施行。所谓“约款”,即中国合同法所谓“格式条款”,德国民法所谓“一般条款”。作者从实体法和程序法两方面,考察约款的订入、解释及效力限制,考察公平交易委员会的行政限制和法院的司法限制,并从立法论角度提出完善该法的建议方案。由崔吉子翻译。

【硕士学位论文】选刊孙振栋的《同性恋者人权保护问题研究》。同性恋在人类社会已经有几千年的历史,近一百多年来国外发表了大量研究同性恋问题的学术著作。据资料统计,同性恋人群占我国成年人口的 3%—4%。对于这样一个相对人数稀少而绝对人数庞大的人群,从法学角度研究他们的性倾向、生活方式、价值观念、权利要求,具有重要的理论意义和现实意义。本文是中国法学界研究这一重要课题的第一篇论文,广泛参考了发达国家关于同性恋者平等权和同性婚姻的判例和立法,并将中国立法应否承认同性婚或者同性恋伴侣关系这一尖锐问题提到了我们的面前。作者是山东大学法学院民商法硕士。

本刊自第20卷起设【美国统一商法典】栏,连载孙新强翻译的美国《统一商法典》及其正式评论。该法典第二编买卖,包括七章,第一章至第三章刊登在本刊第21卷,第四章和第五章刊登在本刊第23卷,本卷续刊第六章违约、毁约和免责,及第七章救济。请读者留意。

不久前收到徐国栋教授的来信,其中重要的一段文字如下:

“最后,对您有个请求(是对在北大的声明的重申)。您在北大文章出版时若援引我的观点,最好能加上注释。我仍然认为,我强调重要性排序并不排斥按逻辑性排序,这两个东西在多数情况下是一致的;其次,我从来未主张过法国式的三编制,众所周知,我主张两编制,这是最无可置疑的一点;最后,您说的我主张‘回到罗马法’,经核对原文,发现是‘回到罗马法的人法优位主义’。文字之事,一旦印刷出来,白纸黑字,后人理解没有我们现在有的背景信息,未免发生对作品的误读和对人的误解。为慎重计,为在将来的学说史上的准确介绍计(我们都生活在历史中),特对您为如上请求,望予以考虑为盼。”

其中所谓“在北大的声明”,是指今年4月6日北京大学召开的“中国民法百年:回顾与展望”学术研讨会上,当徐国栋教授与编者同台辩论时徐所作的同样内容的声明。徐的“声明”所针对的是编者此前对徐关于民法典编纂的“理想主义思路”的评论,特转录如下,以示慎重:

这是厦门大学教授徐国栋提出的民法典编纂思路。徐国栋教授自己称之为“理想主义思路”。徐论述这一思路的文章发表在《法学研究》上。按照这一思路,徐设计的中国民法典分为两编:第一编人身关系法,第二编财产关系法。各编再细分为四个分编。第一编人身关系法再分为:第一分编自然人

法、第二分编亲属法、第三分编法人法、第四分编继承法；第二编财产关系法再分为：第一分编物权法、第二分编债权法总则、第三分编各种合同、第四分编知识产权法。另外，在法典开头设一个序编，规定法律行为、代理、时效等，徐称之为“小总则”。在法典后面设一个附编，规定国际私法。

这一编纂思路有三个特点。第一个特点是“回到罗马法”。为什么分为人身关系法和财产关系法两编？因为罗马法就是分为“人法”和“物法”两部分，徐设计的人身关系法，对应于罗马法的“人法”，财产关系法对应于罗马法的“物法”。因为罗马法上就是“人法”比“物法”重要，“人法”在前、“物法”在后，因此人身关系法应该安排在第一编，财产关系法应该安排在后面。第二个特点是以法国式三编制为基础。因为法国式三编制，是采纳罗马法著名学者盖尤士法学阶梯的结构：人法、物法、诉讼法。只是法国民法典将诉讼法排除在外，将物法区分为两编，这就是法国民法典的三编制：人、财产、财产的取得方法。徐国栋教授认为法国式三编制深得罗马法的本意，突出民法的“人法”色彩。德国民法典从各编抽象出共同的规则和制度，创设总则编，使民法沦为财产法，人被淹没了。因此徐国栋教授认为德国式五编制是败笔，不足采。第三个特点是以重要性为标准。按照徐国栋教授的思路，什么制度应当安排在民法典上，什么制度应当安排在民法典之外，在民法典上什么内容应当在前，什么内容应当在后，纯以该制度的重要性为标准。人身关系法，直接体现人的尊严和人权，当然比财产法重要，因此安排在第一编。第一编内部，自然人最重要，在第一分编；其次是亲属法，在第二分编；法人法，在第三分编；继承法本属于财产法，但系以人身关系为基础的财产法，因此比普通财产法重要，安排在第四分编，表明其重要性低于前三个分编而高于第二编普通财产关系法。在第二编内

部,为什么物权法在前,因为物权比债权重要。徐国栋教授特别谈到日本学者的《债权的优越地位》一书,徐认为该书颠倒了物权与债权的重要性,是错误的。再如,知识产权法为什么要安排在民法典上,因为知识产权法重要。(引自本论丛第21卷第174—175页)

编者于北京南城清芷园 2002 年 6 月 29 日

《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、域外著名学者经典论著；七、重要立法资料。

金桥（近期出版）书目

《民商法论丛》第16卷	定价：60元
《民商法论丛》第17卷	定价：56元
《民商法论丛》第18卷	定价：52元
《民商法论丛》第19卷	定价：52元
《民商法论丛》第20卷	定价：55元
《民商法论丛》第21卷	定价：58元
《民商法论丛》第22卷	定价：50元
《民商法论丛》第23卷	定价：50元
《越南社会主义共和国民法典》	定价：25元
《蒙古国民法典》（新编本）	定价：20元
《阿尔及利亚民法典》	定价：23元
《埃塞俄比亚民法典》	定价：65元
《物权法研究》	定价：56元
《物权法原理》	定价：45元
《从近代民法到现代民法》	定价：24元
《为权利而斗争》	定价：36元
《自由心证与自由裁量》	定价：12元
《迎接WTO》第一辑	定价：21元
《迎接WTO》第二辑	定价：38.50元
《迎接WTO》第三辑	定价：27元

联系地址：北京市西城区南礼士路21号617室
邮政编码：100045
联系电话：010-68028094

目 录

卷首语

访谈录

韩德培先生访谈录

曾 涛/ 1

专题研究

数据库的法律保护研究

冯 刚/ 18

论违约损害赔偿的合理预见规则 蓝承烈 闫仁河/107

学术论争

物权行为理论评析

尹 田/131

立法问题

关于中国民法典编纂

梁慧星/207

论侵权行为法在民法典中的地位

麻昌华/222

仲裁问题

对仲裁裁决终局效力的非理性挑战

——剖析(96)贸仲裁字第0271号裁决书

执行中的若干问题

黄雁明/254

域外法

20世纪末的国际私法——进步还是退步？

【美】西蒙尼德斯 著 宋晓 译 黄进 校/362

WTO《补贴与反补贴措施协议》补贴定义之实证研究

——兼评我国《反补贴条例》之缺陷

甘 瑛/468

日本的抵押权涤除制度

张 巍/499

韩国的约款规制法

【韩】权五乘 著 崔吉子 译/569

硕士学位论文

同性恋者人权保护问题研究

孙振栋/587

美国统一商法典

美国《统一商法典》及其正式评论(四)

孙新强 译/711

访谈录

韩德培先生访谈录

曾 涛

在披翠叠秀的珞珈山下,笔者拜访了已逾 90 高龄的法学宗师韩德培先生。韩先生出生于上个世纪初,其在法学领域求学、为学和从事法律教育的曲折历程,恰好是 20 世纪中国社会、中国法学和法律制度以及法律教育曲折进程的见证。他在中国法学界的贡献是有目共睹的,特别在国际私法和环境法领域里,起到过倡导和开拓性的作用,



至今仍为之辛勤耕耘着。他现在还未退休,仍担任武汉大学法学院教授、博士生导师、国际法研究所名誉所长、环境法研究所名誉所长,还兼任中国国际法学会名誉会长,中国国际私法学会会长、中国环境与资源保护法学会会长,中国国际经济贸易仲裁委员会顾问等职。我国 1984 年出版的《中国大百科全书》法学卷曾把他作为“当代中国的法学人物”,以专条加以介绍。

在武汉大学韩先生朴素宁静的书斋，韩老精神矍铄地回答了笔者所提出的问题。

问：你早年的求学之路是怎样的？你是如何在法学殿堂求学和治学的？请您简单介绍一下自己的学术经历。

答：我于1911年出生于江苏省如皋县，当时苏北有“金如皋，银泰兴”的说法，因此在如皋县城里，只要不是入不敷出，生活是颇为舒适的。这样一来，如皋人贪图安逸的乡土观念很重，是很少有人愿意远走他乡的。我的想法和当时的如皋传统习俗并不一致，虽然家境贫寒，仍是一心向学。我6岁入私塾，打下了旧学的基础，10岁转入京江小学读书，当时受到新学影响，京江小学对语文、算术、英语课程特别重视，因此在上学时代我就受到了良好的英语训练。小学毕业后考取了不收学费和食宿费的如皋师范，在师范读书的三年半时间，广泛涉猎了各种书报杂志，其中包括陈独秀主编的《新青年》、梁启超的《饮冰室文集》、胡适之的《胡适文存》等，从新文化运动到西方的民主思想，使我接触到了一个崭新的大千世界，也更加坚定了我继续求学的决心。1928年，插班考入南通中学高二，并于1930年考入浙江大学史政系，半年之后，我所在的浙大史政系合并到中央大学。

转入中大本应进历史系或政治系，但我因为听了法律系一位教授的课而从此改学法律。这位教授就是时任中大法律系主任的谢冠生先生，他当时任国民政府司法行政部秘书长，后来任部长。谢先生讲话不带讲稿，只拿粉笔一枝，他教法理学，引经据典，侃侃而谈，不仅条理分明，而且把一般人心目中枯燥无味的法学课程讲得趣味无穷。在中大读书期间，在谢先生等名师指导的同时，我还广泛涉猎了各种书籍，当时已能阅读英法两种外文原著，先后读了奥本海的《国际法》、戴西的

《英宪精义》、庞德的《法律与道德》等英文原著,还有狄骥的《公法的变迁》和《私法的变迁》等法文原著,打下了坚实的法学基础。

1934年,从中大毕业以后,在中央大学编辑部任编辑,并兼教学工作。1939年考取中英庚款留英公费生,这是当时最难考的公费出国名额,全国共取24名,其中国际私法仅1名。由于二战爆发,本应赴英国剑桥大学,未果。1940年改赴加拿大多伦多大学研究生院研究法学,师从莫法特·汉考克教授,他当时是法学院最年轻的教授,对国际私法有相当新的见解,若干年后,他南下到美国加利福尼亚大学和斯坦福大学等校任教,成为闻名遐迩的国际私法教授,对美国国际私法学说的发展作出了杰出贡献。在我就读于他门下时,汉考克可说是国际私法学界一位正在上升的新星,受他的影响,使我在以后的学术研究中,总要求自己不要固步自封,对于青年学者提出的新的学术观念总是鼓励有加。

1942年我在多伦多大学获得硕士学位后,即转往美国哈佛大学法学院继续从事法学研究,鉴于当时某些留学生专为学位而读学位,我当时认为学位并不是最重要的事情,最重要的是要学到能为国家的发展和民族的兴旺作出贡献的真本事。因此入哈佛后,就决定不再读学位,而是利用世界上最好的法学图书馆的丰富书刊,进一步进行有计划、有步骤、有重点的研究,主要集中在国际私法、国际公法和法理学三个方面,特别是国际私法。在进行广泛阅读的基础上,尽量收集有关资料,作了大量的详细笔记。与此同时,我还选修了当时哈佛大学几位著名学者的课,其中包括欧文·格里斯沃尔德的国际私法、曼雷·赫德森的国际公法和拉斯科·庞德的法理学。在这段时间,我撰写了一些国际私法新著的书评以及评价社会法学、纯粹法学等学派学说的文章,发表于浙江大学的学术

刊物《思想与时代》及其他杂志上。

1945年,应武汉大学校长周鲠生先生的聘请,我回国任武大的法学院教授、系主任,开始毕生的法学教育生涯。1957年,蒙受不白之冤,此后21年未能在法学领域耕耘。1978年后,重新回到法学讲坛,出任武大法律系主任,进行武大的法学重建工作,并主要在国际私法和环境法领域从事研究工作,直到今日,争取再为中国法学的建设做一些力所能及的工作。

问:对于国际私法的理论体系,您有一段非常形象、精彩的比喻:“国际私法就好比是一架飞机,其内涵是飞机的机身,其外延则是飞机的两翼。具体在国际私法上,这内涵包括冲突法,也包括统一实体法,甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题,这是处理涉外民事关系的前提;另一翼则是在发生纠纷时,解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序,这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”请您进一步谈谈对现代国际私法理论体系的思考。

答:对于国际私法的范围和体系是一个有争议的法律问题,国内外学者有很多不同的主张,我对此总的出发点是从历史的角度出发,用发展的观点,结合国际民商事法律关系的现状和发展趋势来看待该问题。国际私法是一个不断发展的法律部门,研究国际私法的法律学科也在不断发展之中。的确,早期的国际私法是以冲突法为主的,主要用冲突规范及冲突法来调整国际民商法律关系和解决国际民商事法律冲突。后来,由于海牙国际私法会议等国际组织以及一些国家立法的推动,国际民事诉讼规范和国际商事仲裁规范逐渐纳入其中。二战后,随着国际经济贸易的迅速发展,国际统一民商法即国际统一实体私法进入一个新的发展时期,无论是以国际条约