

Private Law Review

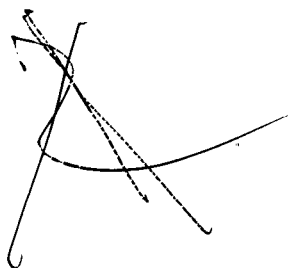


第5辑 第1卷

(总第9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 5 辑·第 1 卷(总第 9 卷)

Private Law Review

Vol. 5 No. 1

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 程 颖 杨 李红海

林瑞虎 刘成伟 梅夏英 滕 锐

王 迁 王海燕 易继明 尹 飞



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

私法. 第5辑. 第1卷/易继明主编. —北京:北京大学出版社, 2005.7

ISBN 7-301-09334-9

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(2005)第074515号

书 名: 私 法(第5辑·第1卷)

著作责任者: 易继明 主编

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-09334-9/D·1230

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 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: pl@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 82350640

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 30.25印张 472千字

2005年7月第1版 2005年7月第1次印刷

定 价: 47.00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(中国政法大学民商经济法学院教授)

江平(中国政法大学民商经济法学院教授)

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(中国政法大学民商经济法学院教授)

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。

正因为如此,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。可是在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,就必须特别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》的主编易继明博士请我为他的出版物作序,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,在当前主要是制订民法典。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、民事诉讼法都已制订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。我认为民法典的制订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。民法典的制订,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。通过制订民法典,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。通过制订民法典,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。通过制订民法典,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需的。

随着我国《合同法》的制订颁行,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,是我国民法典制订工作的一个重要步骤。在《合同法》制订以后,如何加快民法典其他部分的制订步伐呢?考虑到我国民法典不太可能采取“一步到位式”的民法典编纂方法,而只能采用分段制订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式(德国式)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订工作。我认为,当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制订工作。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。在制订物权法的同时,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,制订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,应当制订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连续出版严肃的学术出版物的形式,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》系列出版物越办越好,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,实现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”命名刊物的缺憾,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,不仅民法经济法学学者系数卷入,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

稿 约

一、《私法》系一个具有广泛参与性的开放的法学学术园地,旨在为了加强私法领域内的各学科及其整合性研究,以便进行私法理论的抽象和私法文化的提炼,从而倡扬乃至形成一种权利文化。

二、本刊刊载著述、大家文章、新锐作品,广采博收。主要栏目包括“主题研讨”、“论文”、“评论”、“案例研究”、“书评”、“杂文”和“学术动态”等。

三、来稿语种、篇幅不限,唯求能充分表达深刻而真切之学术观点为要。本刊对来稿一律采取匿名评审,并实行责任编辑初审、学术顾问委员评议和编辑部会议审定三级评审制度。

四、来稿要求附有作者简介、联系方式;论文和评论还要求附有中英文内容摘要与关键词;打印稿要求附有磁盘或发来电子邮件。文章采用注释体例参见另页所附。

五、本刊所采用稿件一律不付稿酬,只赠送本卷2—4册。

六、来稿请寄:北京市海淀区颐和山庄云锦园22楼222室易继明收(邮政编码:100094);

联系电话:010—6248 8859(传真)

E-mail: yijiming@263.net privatelawreview@hotmail.com

目 录

谢怀栻教授序	(1)
王利明教授序	(3)
梁慧星教授序	(7)

[专题研究：民法法典化]

物权法草案(第二次审议稿)若干条文的解释与批判	梁慧星 (1)
物权法制定之焦点	河 山 (26)
民事习惯对民法典的意义	
——以分家析产习惯为线索	俞 江 (44)
多次性分家研究	
——湖北省团风县长林咀村有关分家的民事习惯	
调查报告	蔡伟钊 (66)
中国农村赡养习惯与国家法的背离	
——以湖北钟祥石巷村的调查为基础	何永红 (96)
中国农村的分家规范、家产分割与国家法	
——从一份分书看农村分家问题	李传广 (125)
家庭代际财产传承的习惯法、国家法和西方法	
——以湖北省 Z 市 S 镇法庭纠纷处理为例	余盛峰 (149)

[论文]

19 世纪德国法律科学	[美] 马蒂阿斯·雷曼 (189)
论法律上的归属	李锡鹤 (248)

[评论]

20 世纪侵权行为法理论 [美] 约翰·C.P. 格尔 德波格 (268)

一般人格权的确立及其适用 郑永宽 (345)

审计师的激励结构与审计独立性 周学峰 (371)

论学位论文写作方法 梁慧星 (400)

[编后记]

贩卖罪恶:我们到底害怕什么 易继明 (455)

Contents

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

Monograph: Codification of Civil Law

Explanations and Comments about Some Articles of *Real Right*

Law Draft (The Second Draft for Examination and Approval)	by Liang Huixing (1)
--	------------------------

Main Issues in Drafting *Real Right Law of the People's*

<i>Republic of China</i>	by He Shan (26)
--------------------------------	-----------------

The Meanings of Civil Customs to the *Civil Code*

——Based on Civil Customs of Family Division	by Yu Jiang (44)
---	------------------

On Family Divisions

——An Investigation Report about Civil Custom of Family Division in Changlinzui Village, Tuanfeng County in Hubei Province	by Cai Weizhao (66)
---	---------------------

The Deviation of the Maintenance Custom from Statutory Law in China

——Based on an Investigation in Shixiang Village, Zhongxiang City in Hubei Province	by He Yonghong (96)
---	---------------------

Rules of Family Division and Statutory Law

——On Family Division of Rural Areas Based on a Contract of Family Division	by Li Chuanguang (125)
---	------------------------

The Custom Law, Statutory Law and Western Law in Property Succession between the Generations of Family ——Taking the Disputes Settlement Mechanism in the Court of Town S, City Z in Hubei Province as an Example	by Yu Shengfeng (149)
--	-----------------------

Articles

Nineteenth Century German Legal Science	by Mathias Reimann (189)
On Legal Belongingnesses	by Li Xihe (248)

Essays

Twentieth-Century Tort Law Theory	by John C. P. Goldberg (268)
The Establishment and Application of General Personality Right	by Zheng Yongkuan (345)
Incentive Structure for Auditors and the Independence of Company Audit	by Zhou Xuefeng (371)
The Writing Methods of Academic Articles	by Liang Huixing (400)

Afterword

Selling the Sin: What We Are Frightened of	by Yi Jiming (455)
--	--------------------

物权法草案(第二次审议稿)

若干条文的解释与批判

梁慧星*

内容提要:从物权法草案(第二次审议稿)的内容看,大多数规定是正确的,有的规定因为不符合中国国情而显得不适当,还有一些是违反常识的错误规定。草案在对不动产登记簿的“证据资格”、不动产登记的“权利推定”效力和“善意保护”效力,以及动产的“善意取得”等制度的规定上均存在明显的理论错误和矛盾。笔者对这些错误和矛盾进行了分析和批判,并提出修改或废除的建议,以期对立法者有所助益。

关键词:物权法草案 不动产登记 善意取得 物权变动 物权请求权
动产加工

Abstract: Examining the content of *Real Right Law Draft* (the Second Draft for Examination and Approval), we will find that most provisions are justifiable, some appear otherwise for being inappropriate to the situation of China, and others are against general understanding. Some provisions about the registration book such as its evidential competency, its constructive effect for qualified rights and its effect to protect bona fide third party, and provisions about bona fide acquisition for personal property are apparently theoretically wrong or contradict each other. The author analyzes these mistakes and then put forward some suggestions to modify or abrogate, hopefully to be beneficial to the presently going legislation.

* 梁慧星,男,中国社会科学院法学研究所研究员,山东大学法学院院长。

Key Words: *Real Right Law Draft*, Real Property Registration, Bona Fide, Acquisition Change of Real Right, Real Claim, Personal Property Processing

引言：物权法草案(第二次审议稿)的概要

第二次审议的物权法草案是在前面 8 月份的草案的基础上作了一些修改形成的,它总共分为五编,22 章,共计 297 条。结构如下:第一编总则,包括第一章一般规定,第二章物权变动,第三章物权保护;第二编所有权,包括第四章一般规定,第五章所有权的基本类型,第六章建筑物区分所有权,第七章相邻关系,第八章共有,第九章所有权取得的特别规定;第三编用益物权,包括第十章一般规定,第十一章土地承包经营权,第十二章建设用地使用权,第十三章宅基地使用权,第十四章地役权,第十五章典权,第十六章居住权;第四编担保物权,包括第十七章一般规定,第十八章抵押权,第十九章质权,第二十章留置权,第二十一章让与担保;第五编占有,仅第二十二章占有。

物权法草案(第二次审议稿)的内容,可以分为三类:一类是正确的规定,这占大多数;另一类是不适当的规定,并不是没有道理,而是不符合中国国情(当然这也只是包括我在内的部分学者的观点),无论如何不能说是错误规定,当然也不好说是正确的规定;第三类是显然错误的规定,因为违反常识。我现在就对第三类规定作评论。

一、不动产登记簿的“证据资格”

请看物权法草案(第二次审议稿)第 17 条:“不动产登记簿记载的事项,是物权归属及其内容的根据”。

关于不动产登记制度的一个重要问题是,不动产登记簿在诉讼当中起什么作用?能不能作为诉讼证据呢?按照物权法草案的规定,不动产物权变动是以“登记生效主义”为原则,“不经登记,不生物权效力”,既然其效力如此绝对,则不动产登记簿在诉讼当中应当是关键证据,应当具有“证据资格”。而不动产登