

Private Law Review



第4辑 第2卷

(总第8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4辑·第2卷/总第8卷

Private Law Review

Vol. 4 No. 2

主 编 易继明

副主编 李红海

本卷编辑部成员 (按姓氏拼音顺序排列)

邓建鹏 杜 颖 李 扬 李红海

梅夏英 林瑞珠 罗胜华 滕 锐

王 迁 杨素娟 易继明 周 琼



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

私法. 第4辑. 第2卷/易继明主编. —北京:北京大学出版社, 2004. 12

ISBN 7-301-08378-5

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(2004)第126886号

书 名: 私 法(第4辑·第2卷)

著作责任者: 易继明 主编

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-08378-5/D·1040

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

电子邮箱: pl@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 30.5 印张 488千字

2004年12月第1版 2004年12月第1次印刷

定 价: 46.00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》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 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,应当制定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、有理论品位的学术刊物。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)

[专题研究：民法法典化]

写在未有民法典之前	姜 朋 (1)
论民法典与我国私法的发展	许中缘 (44)

[论文]

债权保障理论初探	崔建远 (123)
不动产程序的过程价值	常鹏翱 (160)
潘德克吞体系的形成与发展	陈华彬 (207)

[评论]

宪法修正案对非公有制经济和私有财产的规定	梁慧星 (220)
对第三人具有保护效力的合同与信赖责任	
——以咨询责任为中心	许德风 (253)
公司法上资本观的局限与重新定位	左传卫 (291)
民国时期票据立法活动初探	
——兼与 1995 年票据立法比较	张 群 张 松 (308)
关于韩国《外国人投资促进法》的研究	
.....	金 秋 [韩] 任 虎 [韩] 李鸿旭 (328)

什么是社会保障？

——从社会保障制度史角度的分析 刘翠霄 (343)

[书评]

现代契约法的反思性与福利性 [英] 戴维·坎贝尔 (404)

关于清代听讼制度所见“自相矛盾”现象的理解

——对黄宗智教授的“表达与实践”理论的批判 [日] 寺田浩明 (431)

[编后记]

不受惊扰的幸福

——《私法》第8卷编后记 易继明 (462)

Contents

Preface by Xie Huaishi (1)

Preface by Wang Liming (3)

Preface by Liang Huixing (7)

Monograph: Codification of Civil Law

Something written before we have our own civil code Jiang Peng (1)

On relationship between the civil code and the
development of our civil law Xu Zhongyuan (44)

Articles

On the theory of the security of obligatory right Cui Jianyuan (123)

The procedural value of the process of the real
property Chang Peng'ao (160)

On the forthcoming and development of the Pandect
system Chen Huabin (207)

Essays

What the constitution amendment says about the non-public
economy and private property? Liang Huixing (220)

The effect of contract to protect the third party Xu Defeng (253)

The limitation and the arrangement of the view of investment
in Corporation law Zuo Chuanwei (291)

Legislation of negotiable instrument in the Republic of
China Era Zhang Qun & Zhang Song (308)

Study on the Promotion of Foreign Investment Law

in Korea Jin Qiu, Ren Hu & Li Hongxu (328)

What is social security? Liu Cuixiao (343)

Book review

The reflective and beneficial character of modern contract

law David Campbell (404)

Was There “Paradox” in Civil Justice in Qing China?

——A Critical Examination of Professor Huang’s

Representation-and-Practice Theory Hiroaki Terada (431)

Afteword

Unbothered happiness Yi Jiming (462)

写在未有民法典之前

姜 朋*

内容提要:在经历了起伏、断续之后,制定中国的民法典再次被提上议事日程。然而在制定宏大的法典之前,如何协调、平衡种种舶来的理论,以及理论与现实生活之间的微妙关系,恰是需要学界认真考虑的问题。

关键词:民法典 平等 法律关系 主体 客体 物权 债权 评价 功能

Abstract: After the twists and turns, it is again on the schedule to draft our civil code. But, before we start, it must be well considered how to coordinate and balance the subtle relationship of the various exotic theories and that of theory and reality.

Key Words: civil code, equality, legal relationship, subject, object, property right (Dingliche Rechte), creditor's right, evaluation, function

一、断裂与接续之间

2000年11月28日《法制日报》上的一则报道称,自1998年以来,郑州市上街区委区政府“指导全区2800多家农户进行‘家庭法人代表’的推举,各户推举出的代表经村民组审核、村委会批准后,由乡政府颁发证书。在三年的‘任期’里,作为农户参与村组政治经济生活的惟一代表,家庭法人代表享有代表本户参

* 作者简介:男,北京大学法学博士后流动站研究人员。

加村组有关会议、接受教育培训、对村组工作提出意见和建议的权利。……家庭法人代表与村民组签订包括家庭致富项目、人均纯收入、文明户建设等内容的目标责任书,年终兑现奖惩”。^①最初看到这则报道时真感到有些啼笑皆非。用法律专业的眼光来审视报道中的事例,可以认为:其一,虽然在社会学意义上可以说家庭是社会的细胞,但在法律上家庭并非独立的民事主体。在历史上,尽管也的确有过那样的时代,“个人道德的升降往往和个人所隶属集团的优缺点混淆在一起,或处于比较次要的地位”^②,但作为进步的表现,现代社会里的自然人最终获得了与家族(庭)依附相对立的法律上的个体独立。而“家庭法人代表”制度则试图淡化个人的主体性与独立性,不恰当的突出家庭的组织色彩,未免有开历史“倒车”之嫌。其二,虽然在民法上设立了代理制度,允许在特定情况下由他人代理本人与第三人进行民事交往,但是这种代理也不是事无巨细、无处不在的。推行“家庭法人代表”制度,让代表人成为农户家庭的惟一代表,有可能实际上剥夺广大农村村民的民主权利,有违反村民委员会组织法、选举法的有关规定、乃至宪法关于人人平等规定之嫌。由村民组村委会对“家庭法人代表”的资格进行审核批准,并只允许该家庭代表出席有关会议,可能便于村委会实现和加强内部人员控制。由区政府指导、乡政府颁发资格证书则有可能打开行政权力过度干预私人生活的闸门。其三,法人不是荣誉称号。在家庭中选任“法人代表”,无疑在表明家庭也是“法人”,这与现实中常听说的“张三是法人”或“我作为一个大型企业的法人应当如何如何”如出一辙,都表现出对法人概念、法人制度的误解或曲解。

如果超越上述具体问题预设的场景,将考察问题的视野拓展开去,可以发现,“家庭法人代表”现象其实反映出外国人在理解和运用外来的(舶来的)制度时的一种真实状态:即一个外来制度首先是作为一个名词被翻译介绍到国内,并在相当范围内获得传播的(甚至是作为一种时尚为人们所推崇),然而又不是每个非专业人士都能够弄懂其确切的含义,于是每个人都会按照自己的解释来运用这个名词。到头来,可能完全背离了其本初的含义。举个例子,“Bar”在英语里

^① 《谁有本事谁当家,郑州上街区两千多户领取“家庭法人代表证”》,载《法制日报》2000年11月28日,第3版。

^② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆1997年4月第6版,第73页。

最初是“横木”的意思,由于在小酒馆的柜台前有作为扶手的横木^①,所以“Bar”被用来指代小酒馆,翻译成中文时,被音译为“吧”,并在其前面附加上“酒”字,以免误会。然而富于形象思维的中国人很快就望文生义地赋予“酒吧”的“吧”字这一虚词以实际的含义:供某种活动的公共处所(并且有一种时尚气息在其中)。于是很快有了“氧吧”、“网吧”、“陶吧”、“醋吧”、“哭吧”……而此时的“吧”与最初音译过来的“吧”的关系已经很远了,与英语里的作为横木的“Bar”更是风马牛不相及。

一个名词的演化是如此,而当人们进行制度、法律的移植时遇到的麻烦可能更加巨大。社会结构的和思想观念的变革并非旦夕之功就能济事,它至少有赖于时间的推移和经验、习惯的积累。如果我们回过头来看,像“法人”这样的概念,至迟在清末移植西方法制时就已经引进中国,然而一个世纪过去,隔膜依旧。究其原因,不是因为中西文明之间有不可跨越的鸿沟,也不是国人缺少智能或不努力,很大程度上是因为追求的目标频繁转换,学习、交流的进程一次次地被打断,人们费尽周折实践的种种努力在中断中消逝,不再有积累。当那些曾被替换的目标被重新选中之后,人们发现自己已经无法将前辈当年的努力与现实再次衔接起来,而不得不从头再来,如西绪弗斯一般推着巨石上山。

当然,任何比喻都是蹩脚的。比起推石上山来,法律、制度的接续可能要困难得多。19世纪末20世纪初中国学习西方法制时由于语言等客观的局限,选择了通过日本,间接地学习德、法等欧陆国家法制的道路^②,后又直追德国。^③形式上,我们很多术语都是一字不改地移自日本法(如抗辩、自由心证等),而实际上很多词语骨子里则是德国的,比如法律行为、意思表示等。20世纪中叶开始

① 一说系指有柜台的房间。见《朗文现代英汉双解词典》,现代出版社、朗文出版(远东)有限公司1988年11月第1版,第90页,“bar”条;David B. Guralink, ed., *Webster's New World Dictionary of the American Language*, 2nd college ed. (New York and Cleveland: The World Publishing Company, 1972) 111.

② 康有为先生下面这段话颇能代表当年选择日本作为法制改革的参照和蓝本时的心态:“闻日本地势近我,政俗同我,成效最速,条理尤详,取而用之,尤易措手……”“彼与我同文,则转译辑其成书,比其译欧、美之文,事一而功万矣。彼与我同俗,则考其变政之次第,鉴其行事之得失,去其弊误,取其精华,在一转移间,而欧、美之新法,日本之良规,悉发现于我神州大陆矣。”康有为:《进呈日本明治变政考序》(光绪二十四年一月),转引自王健:《中国近代的法律教育》,北京:中国政法大学出版社2001年10月第1版,第86—87页。

③ 比如国民民法即采取了德国民法典所用的巴威里式的编纂体例,将债编放在物权编之前。