

房绍坤 谢哲胜
◎主 编

中国财产法理论与实务

Zhongguo Caichanfa Lilun yu Shiwu
Zhongguo Caichanfa Lilun yu Shiwu



本书立足于
论研讨会的
前我国民法
题，既有关
探讨，也有
务中具体实
新出台中华
相关内容，
对我国当前
的借鉴意义
两岸民法典
果。内容涵
乎所有热点
法典理念上
地区在司法
析。同时结
民共和国物
证了理论的
法学的研究
本书立足于
论研讨会的
前我国民法
题，既有关
探讨，也有
务中具体实
新出台中华
相关内容，
对我国当前
的借鉴意义
两岸民法典

果。内容涵盖当前我国民法领域几
乎所有热点问题。既有关于制定民
法典理念上的探讨，也有我国台湾
地区在司法实务中具体实践的剖
析。同时结合了新出台的《中华人
民共和国物权法》的相关内容，保
证了理论的前瞻性。对我国当前民
法学的研究有重要的借鉴意义。
本书立足于首届海峡两岸民法理
论研讨会的理论成果。内容涵盖当
前我国民法领域几乎所有热点问
题。既有关于制定民法典理念上的
探讨，也有我国台湾地区在司法书



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

房绍坤 谢哲胜 © 主编

中国财产法理论与实务

Zhongguo Caichanfa Lilun yu Shiwu



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国财产法理论与实务/房绍坤,谢哲胜主编. —北京:北京大学出版社,2008.1

ISBN 978-7-301-13198-5

I. 中… II. ①房… ②谢… III. 民法-所有权-研究-中国
IV. D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第188313号

书 名: 中国财产法理论与实务

著作责任者: 房绍坤 谢哲胜 主编

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978-7-301-13198-5/D·1935

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://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5 18.5印张 532千字

2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

定 价: 28.00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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

主 编 简 介

房绍坤 法学博士,烟台大学副校长、教授,教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员,中国法学会商法学研究会常务理事、民法学研究会理事、法学教育研究会理事,山东省法学会副会长,曾获全国高等学校“国家级教学名师奖”,入选“新世纪百千万人才工程国家级人选”,系山东省有突出贡献的中青年专家。先后承担和参与了4项国家社科基金课题、5项省部级课题;科研成果获省部级以上奖励10余项;出版学术著作60余部,代表性著作有:《用益物权基本问题研究》(北京大学出版社)、《民商法问题研究与适用》(北京大学出版社)、《继承法研究》(中国人民大学出版社)、《民商法原理》(中国人民大学出版社)等;在《中国法学》、《法学研究》等学术杂志上发表论文100余篇,代表性论文有:《民事立法瑕疵及其原因与矫正》、《用益物权三论》、《用益物权的法律属性》等。

谢哲胜 法学博士、台湾中正大学法律学系暨研究所教授、教师会理事长,台湾财产法暨经济法研究协会理事长,台湾东吴大学兼职教授,美国哈佛大学法学院访问学者;主要从事民法、法律经济学方面的教学研究,著述颇丰,长年跟踪大陆民事立法进程,经常到大陆进行学术交流,发表了诸多很有影响的独到见解。出版著作40余部,代表性学术著作有:《财产法专题研究》(1—5册,台湾月旦出版公司等)、《中国民法典立法研究》(北京大学出版社)、《不动产抵押贷款债权证券化》(台湾翰芦图书出版公司)等;在《法商研究》、《月旦民商法》等杂志上发表论文100余篇,代表论文有:《高层建筑坠落物致人损害的责任》、《契约自治与管制》、《民法法典化的几种选择》。

目 录

第一编 财产法总论

第一章 财产权限制的意义	张平华 (1)
一、权利限制的理论基石	(1)
二、权利限制的效力	(11)
三、权利限制的限制	(20)
四、结语	(29)
第二章 公开权或商品化权	刘宏渭 (31)
一、问题的提出	(31)
二、公开权的概念及其由来——隐私权的法律保护 的不充分	(34)
三、公开权的性质	(36)
四、公开权的主体和客体	(38)
五、公开权的法律保护及与相关法律的衔接	(40)
第三章 沉默的民事诈欺构成	牟宪魁 (44)
一、问题的提出	(44)
二、诈欺的概念及其构成要件之比较	(45)
三、沉默的民事诈欺构成	(46)
四、说明义务的认定	(55)
五、主要案型	(60)

第二编 物权法律制度

第四章 我国台湾地区物权法制的发展	谢哲胜 (63)
一、物权法通则在我国台湾地区的发展	(64)

二、所有权在我国台湾地区的发展	(74)
三、用益物权在我国台湾地区的发展	(77)
四、担保物权在我国台湾地区的发展	(80)
五、占有在我国台湾地区的发展	(82)
六、结论	(84)
第五章 物权的含义及其实现的路径选择	刘经靖(86)
一、物权变动理论:方法的反思与重构	(86)
二、古典物权观及与之相对应的古典物权变动模式	(90)
三、现代物权观及现代物权变动模式的理性化解读	(94)
四、结语	(101)
第六章 也论“交易中的物权归属确定”	董学立(102)
一、物权行为与物权公示的关系	(103)
二、交易中的物权归属确定的两个方面	(110)
三、具象物权与抽象物权的变动规则	(118)
四、结束语	(124)
第七章 论占有改定	秦伟(126)
一、占有改定之源起	(126)
二、占有改定的内涵和构成要件	(128)
三、占有改定与物权公示公信制度	(130)
四、占有改定与善意取得	(132)
第八章 区分所有的理论与实务	谢哲胜(138)
一、区分所有概说	(138)
二、专有部分的理论	(141)
三、共有部分的理论	(144)
四、规约的理论	(145)
五、实务上区分所有权相关的问题	(147)
六、结论	(152)
第九章 公寓大厦管理委员会之研究	林宇光(153)
一、问题之提出	(153)
二、管理委员会(或管理负责人)之产生	(161)
三、管理内容及其职务	(164)

四、管理委员会之法律地位·····	(175)
五、结语·····	(185)
第十章 海域使用权的几个问题 ····· 李 轶 张洪波	(188)
一、海域使用权的客体范围·····	(188)
二、海域使用权对民法物权理论的发展·····	(193)
三、海域使用权与相关权利的冲突及协调·····	(195)
第十一章 账户质押的法律问题思考 ····· 董翠香	(200)
一、我国账户质押的产生及现实状况·····	(200)
二、账户质押的含义及与相关制度比较·····	(202)
三、账户质押存在的法律问题·····	(207)
第十二章 流质(押)契约自由与限制 ····· 谢哲胜	(213)
一、债务人责任和担保制度·····	(213)
二、债务人责任与流质契约的相互关系·····	(215)
三、流质契约禁止合理性的重新检验·····	(216)
四、物权编修正相关条文评释·····	(222)
五、结论·····	(223)

第三编 债权法律制度

第十三章 契约自治与管制 ····· 谢哲胜	(225)
一、契约自治的意旨·····	(226)
二、管制的手段·····	(227)
三、管制的功能与成本·····	(229)
四、自治与管制的平衡·····	(232)
五、结论·····	(236)
第十四章 安全保障义务人的补充责任 ····· 纪红心	(237)
一、问题的提出·····	(237)
二、安全保障义务概述·····	(239)
三、安全保障义务人承担的补充责任性质·····	(245)
四、结语·····	(254)

第十五章 恶意诉讼的构成要件及其侵权责任	商昌国 (256)
一、恶意诉讼含义的界定	(256)
二、恶意诉讼的构成要件	(258)
三、恶意诉讼的侵权责任	(262)
第十六章 高层建筑坠落物致人损害的责任	谢哲胜 (266)
一、侵权行为法的功能	(266)
二、侵权行为法的归责类型	(268)
三、高层建筑物使用人集体归责的合理性	(273)
四、中国大陆烟灰缸案件判决和民法草案相关规定评释	(275)
五、结论	(276)
第十七章 医师违反产前诊断义务的赔偿责任	
	房绍坤 王洪平 (278)
一、问题的提出	(278)
二、产前诊断义务	(281)
三、赔偿责任的请求权基础	(284)
四、赔偿责任的请求权主体	(290)
五、损害赔偿的范围	(295)
第十八章 死亡补偿费构想	石春玲 (299)
一、问题的产生及现行法评价	(299)
二、死亡补偿费的性质	(303)
三、仍需解决的问题及死亡补偿费设计	(310)

第四编 商事法律制度

第十九章 设立中的公司若干法律问题	姜一春 (315)
一、设立中公司的发起人的权限和地位	(316)
二、设立中公司的属性	(320)
三、设立中公司的行为效力	(322)
第二十章 公司强制解散制度的价值选择与制度设计	吴玉阁 (329)
一、外国公司强制解散制度简介	(329)

二、我国公司强制解散制度的现状分析·····	(330)
三、公司强制解散制度的价值选择·····	(333)
四、公司强制解散的制度设计·····	(335)
第二十一章 我国台湾地区《企业并购法》之独立专家研究	
····· 陈介山	(338)
一、企业并购概述·····	(338)
二、独立专家之意义·····	(340)
三、独立专家之性质·····	(342)
四、独立专家公平意见存在之理由·····	(345)
五、独立专家公平意见在公司治理中的作用·····	(347)
六、独立专家公平意见固有与潜在之问题·····	(348)
七、董事应如何依赖公平意见以阻却其责任·····	(351)
八、违反独立专家规定之法律效果·····	(352)
九、我国台湾地区《企业并购法》第6条之检讨 与建议·····	(354)
第二十二章 员工分红与员工分红入股 ····· 林佩儒	(358)
一、员工分红制度之概念·····	(359)
二、员工分红制度之走向·····	(363)
三、员工分红入股制度之改进·····	(365)
第二十三章 海上货物运输法趋同化简论 ····· 马德懿	(368)
一、海上货物运输法律趋同化的意义·····	(368)
二、海上货物运输法律冲突的解决途径·····	(371)
三、海上货物运输法趋同化艰难性之原因·····	(373)
四、海上货物运输法律趋同化的模式·····	(376)
第二十四章 班轮公司收取 THC 的合法性及其法律 保障措施 ····· 刘伟军	(380)
一、班轮公司收取 THC 的合法性 ·····	(380)
二、班轮公司收取 THC 的法律保障措施 ·····	(384)
第二十五章 无单放货的法律对策 ····· 张海燕	(388)
一、无单放货的概念·····	(388)
二、无单放货的消极法律对策·····	(389)
三、无单放货的积极法律对策·····	(392)

第二十六章 承运人责任基础的经济分析	孙希尧 (400)
一、成本—收益的基本含义	(400)
二、引入过失责任制度面临的问题	(401)
三、效益与正义的关系	(404)
四、结语	(406)
第二十七章 电子商务与竞争	陈樱琴 (408)
一、电子商务法律议题	(408)
二、电子商务与产业市场	(410)
三、电子商务商业模式	(412)
四、电子商务与竞争规范——电子市集规范说明	(428)
五、结语与建议	(432)
第二十八章 未来国际商事仲裁的发展趋势	姜世波 (436)
一、国际商事仲裁司法监督的弱化趋势	(436)
二、国际商事仲裁发展的产业化趋势	(437)
三、国际商事仲裁行为的国际化和多样化	(439)
四、国际商事仲裁人才培养、仲裁合作、文化交流 日趋活跃	(441)
五、网上仲裁事业逐步发展起来	(441)
第二十九章 仲裁在我国台湾地区证券争议解决机制 之地位	朱从龙 (444)
一、证券争议概述	(444)
二、当事人取舍证券仲裁与诉讼之考虑	(449)
三、证券诉讼与证券仲裁之比较	(452)
四、证券仲裁	(460)
五、结论	(470)

第五编 知识产权法律制度

第三十章 颜色、立体及声音商标及其法律保护

.....	林洲富 (471)
一、颜色、立体及声音商标立法概述	(471)

二、颜色、立体及声音商标之意义	(474)
三、颜色、立体及声音商标之立法例	(477)
四、颜色商标之保护	(479)
五、立体商标之保护	(486)
六、声音商标之保护	(493)
七、评论台湾《商标法》相关修正规定	(496)
八、结论	(503)
第三十一章 著作权中介团体	卢明轩 (506)
一、著作权中介团体之概念	(507)
二、著作权中介团体之简介	(511)
三、著作权中介团体之设立与组织	(515)
四、著作权中介团体之法律关系	(519)
五、结语	(524)
第三十二章 专利权之侵害及民事救济	林洲富 (525)
一、专利之要件	(528)
二、专利权范围之界定	(531)
三、专利侵害之类型	(537)
四、专利侵害之鉴定标准	(539)
五、判断专利侵害之流程	(547)
六、专利权侵害之民事救济	(554)
七、结语	(565)
第三十三章 网络中商业标识冲突之规制	于海防 万久祝 (568)
一、域名与商业标识的关联性分析	(569)
二、域名与商业标识的冲突解决模式	(570)
三、对商业标识的保护限制	(575)
后记	(579)

第一编 财产法总论

第一章 财产权限制的意义

张平华*

一、权利限制的理论基石

权利边界是经过限制之后而产生的,抑或未经限制就存在权利的边界呢?权利冲突中的权利是未受限制的权利,还是已受限制的权利?如果权利边界本身包含限制,则限制无疑可达到消除权利冲突的目的,也就不可能存在权利冲突;如果权利边界本身不包含限制,则主体行使权利时必存在与他人的权利相冲突的可能,权利限制主要是化解权利冲突的对策而已。

(一) 关于权利限制的两种理论

1. 外在理论(external theory)

德国学者科恩(Friedrich Kein)认为,权利是一种先于国家而存在的固有事物,由此固有本性反映出的权利范围就是权利边界,国家法律可以在权利外部设置限制。权利限制意味着存在两个事物:权利、限制,所谓权利指本义上的权利(right in itself),这项权利是没有

* 烟台大学法学院副教授、博士。

限制的。接着,存在一个经限制后而存在权利,这个权利可被称为受限制后的权利(right as limited),外在理论由此而得名。尽管从一般意义上讲,权利是应该受限制的,但权利本身完全可以无限制的状态(本义上的权利)而存在,限制与权利并无必然的联系,只有当要求权利与其他个人的权利或者公共利益和谐相处时,这种联系才凸现出来。^①

外在理论以“形式抽象思考”的方法定义所有权,此方法认为,所有权先于国家而产生,国家系为保护权利而存在^②;所有权的边界可以在所有权的定义中体现出来,这一定义应着眼于对物全面支配性,至于法令限制系来自于外部,并非所有权的本质要求。外在理论下的所有权,并不排除基于保护他人正当利益或公共利益而对所有权为必要的限制。而在现代社会里,日益增加的权利限制只是反映了所有权自由、利益量上的变化,不能由量上的变动而导出概念本质:权利限制绝非权利的本质属性。如若将法令限制纳入所有权概念,将使公权力过分介入所有权之私的领域。^③

2. 内在理论(internal theory)

该理论反对存在一个先于法律而存在的权利,认为权利必内含限制。权利依法享有一个确定、唯一的内容,权利限制只是确定权利的延伸范围(extent)或者权利的内容(content)的方法。所谓基于公共利益、国家法秩序要求对权利的限制,也只是从权利的内部进行的必要的“限制”,故这种限制应被称作内部限制(immanent limit)。^④权利的内在限制只是在已经确定的主体自由范围内部,对权利行使方式的限制。^⑤

① Robert Alexy, translated by Julian Rivers, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2002, page 178—179.

② 郑玉波:《论所有权社会化》,载郑玉波:《民商法问题研究》(二),台湾大学法学丛书编辑委员会编辑 1982 年版,第 101 页。

③ 王泽鉴:《民法物权》(一),中国政法大学出版社 2001 年版,第 159—160 页。

④ Robert Alexy, translated by Julian Rivers, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2002, page 178—179.

⑤ [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社 2004 年版,第 704—705 页。

内在理论采用“所有权本质蕴涵权利义务”的方法界定所有权,认为法令限制及由此产生的义务应该纳入所有权的概念,所有权必蕴含义务,而只有如此定义才能符合社会经济及所有权法秩序的发展需要。基尔克认为,私的所有权依其概念本身并非绝对,基于公共利益的限制包括征收的可能性均寓于所有权本身,源自最深处的本质。所有权兼括权能和义务,限制及拘束乃所有权的本质内容。此种应受合理规范的所有权将使私的所有权更具存在的依据,而发挥其功能。^① 内在理论强调对所有权的限制为共同决定着所有权的因素^②,更有甚者将财产权边界划归为因强弱对比而灵动可变的事物。例如,贝登考夫(Kurt Biedenkopf)教授认为,财产权的大小应视当事人市场地位强弱而定,市场地位越强者,其财产权越要受限制。^③

我国学者对权利限制与权利边界的关系,存在一定程度的混淆或误解。例如,梁慧星教授认为,权利的内部限制指权利本身负有义务,权利应为社会目的而行使,目的在于实践公益优先原则,必要时牺牲个人利益以维护社会公益。权利之外部限制是在承认权利之不可侵性、权利行使之自由性的前提下,以公法的措施适当限制权利之不可侵性,以民法上的诚实信用原则、权利滥用之禁止原则及公序良俗原则限制权利的自由性。^④ 有的学者批判了这种将权利限制区分为内部限制、外部限制的学说,认为梁教授所言的内部限制、外部限制无非是多项制度的集合:公益优先原则(所谓权利的社会性)、公法限制、一般原则限制。而这些制度均可划归到公共利益优先这一大原则之下,诚信原则、禁止权利滥用原则、公序良俗原则无非是社会公共利益原则的不同法律表达,因此,理论上并无区分内部限制、外部限制的必要。^⑤ 我们认为,批判者忽视了这样一个问题,梁教授

① 王泽鉴:《民法物权》(一),中国政法大学出版社2001年版,第159—160页。

② [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第53页。

③ 苏永钦:《经济宪法作为政治与经济关系的基本规范》,载苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第117页。

④ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第286—287页。

⑤ 熊胥龙:《私法中的“社会公共利益”》,载王利明、郭明瑞、潘维大主编:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版,第115页。

的内部限制、外部限制理论实际上是混合采用内在限制说、外在限制说,同时采用两种角度论证权利限制问题的结果。其理论进路为:如果对权利限制问题采用内在理论(internal theory),那么权利本身要反映公益的要求,权利附义务就是权利内在属性之必然,此时依社会公共利益限制权利当属内部限制;如果对权利限制采用外在理论(external theory),承认权利绝对性、不可侵犯性,那么权利本身是不应附义务,则国家法律可以依民法基本原则对权利进行限制,这种限制可称为外部限制。批判者则持内在理论,认为权利的限制应是权利内在属性的必然要求,内部限制、外部限制的理论根据大同小异,因此得出内部限制、外部限制没有必要区分的结论。

(二) 外在理论是坚持权利本位的必然要求

阿历克西教授(Alexy)指出,如果人们持个人主义立场,则会倾向于外在理论;如果人们更多关注社会本位,则倾向于内部理论。^①这里的个人主义立场即民法上的权利本位。一般地认为,权利本位与社会本位存在如下区别:权利本位是自由竞争的市场经济的必然要求,自由经济必然要求以个人主义与权利的绝对化为基础。权利本位承认公、私法分立,在此背景下,权利是主体自由、主体人格的具体化、客体化的体现,对权利的侵害就意味着对主体人格和自由的侵害。^②社会本位要求国家积极干预自由经济,以实现社会福利目标。权利制度的基点不再仅是个人,公益性也成为权利的另外一面。在社会本位下,私法、公法的界限并不清晰^③,权利社会化成为法律社

① Robert Alexy, translated by Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, page 178—179.

② [日]川岛武宜:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社2004年版,第66页;[日]牧野英一:《法律上之进化与进步》,朱广文译,中国政法大学出版社2003年版,第115—116页。

③ 对一个以个人主义为中心的法律秩序来说,公法仅仅把国家作为保护的一小部分,它主要围绕着私法和私有财产而运行;相反,在一个奉行社会本位的法律秩序中,私法的地位就显得有限,它和无所不包的公法相比,个人因素所起的作用越来越小。Gustav Radbruch, *Vom individualistischen Recht zum sozialen Recht* (1930), *Der Mensch im Recht* (Gotttingen, 1957), p. 40. 转引自[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第232页。

会化的当然结论,权利必须从法律所认定之旨趣而行使。若权利人反于其趣旨而“为”或“不为”,则可构成不法行为,故“权利实同时伴有适当行使之义务也”。^①

当前,在民事立法中,有的学者主张民法应该采用社会本位^②;有的学者主张应该采用“权利本位兼社会本位,但以权利本位为主,社会本位为辅”^③;有的学者主张中国民法应该坚持权利本位。^④我们认为,中国民法应坚持权利本位而不应采用社会本位或权利本位兼社会本位,应采用外在理论作为权利限制的理论基础。理由如下:

1. 坚持权利本位是计划经济转轨到市场经济的需要

社会本位为消除自由经济带来的环境污染、强弱对比悬殊、社会不公正等负面现象而设,是修正权利本位的产物。与资本主义民法后天形成社会本位相反,中国长期奉行高度集中的计划经济,而计划经济先天就是“极端的社会本位”或“国家本位”。计划经济下的民事权利,其公益性成为权利的固有、本质属性。我国《民法通则》第7条规定,民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。禁止权利滥用原则也就名正言顺地成为维护社会公益、计划经济秩序的工具。^⑤我国尚未完成计划经济转轨到市场经济的任务,极端社会本位的思维惯性依旧强大,在经济社会各个领域均有明显体现,并严重侵蚀着市场经济的制度基础——权利本位。为此,我国民法应旗帜鲜明地采取权利本位,以削弱、抵制极端社会本位的习惯影响,培育市民的权利意识,通过权利实践,推动市场经济体制的建立。我们也应以外在限制理论作为权利限制的基础,承认义务绝非所有

① [日]牧野英一:《法律上之进化与进步》,朱广文译,中国政法大学出版社2003年版,第23页。

② 李石山、彭欢燕:《法哲学视野中的民法现代化理论模式》,载《现代法学》2004年第2期。

③ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第38页。

④ 刘凯湘:《论民法的性质与理念》,载《法学论坛》2000年第1期。

⑤ 顾昂然、王家福、江平:《中华人民共和国民法通则》,中国法制出版社2001年版,第79页;何孝元:《云五社会科学大词典·法学》(第六册),台湾五南图书出版公司1976年版,滥用权利条。

权的固有本质。其实,我国学者早已注意到这一问题,他们认为,“所有权承担义务”的说法在我国这样一个所有权观念淡薄的国度里不宜采用。^①

2. 坚持权利本位是公、私法分离的需要

社会本位引发了“私法公法化”的浪潮,以公法控制私法自由或私法在公法可容忍的框架下自治,这是西方民法为解决私法过度自治开出的药方。然而,此一药方不适合中国之国情。

即使在社会本位下,“维护私法自治原则并不断扩大其范围也是社会政策方面的一项重大的任务”^②。受前苏联法律思想影响,长期以来我国民法不被视为私法。^③时至今日,公法干预私法现象依然严重,建树私法自治原则更任重而道远。不坚持公、私法之分离,盲目跟从“私法公法化”之风,就无法在制度上排除公法对私法的肆意干预。^④我国民事立法仍受制于国家利益、社会公共利益至上的理念,仍为公权力侵害私权利预留了合法的通道。例如,立法者不顾学者的反对在最后通过的《合同法》中仍然保留了合同管理的相关内容。当前,我国行政权力以社会公共利益为据侵害私权的现象严重。例如,在城市房屋拆迁中,“私权保护理念严重缺位”:行政管理观念取代了私权保护应有的地位;公权力任意干涉私房所有权人的权利行使;私房所有权人的利益被虚假公益目的所侵害却难以获得法律救济等。城市私房拆迁往往超出公共利益的目的,甚至以公共利益做幌子,实际是为某些团体甚至是个人获得盈利而滥用房屋拆

① 余能斌、范中超:《所有权社会化的考察与反思》,载《法学》2001年第1期;费安玲:《私权理念与城市私房拆迁的立法》,载《政法论坛》2004年第5期。

② [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第71页。

③ 时任最高人民法院院长董必武指出,对一般财产关系的案件来说,如果说过去很多是属于私与私和有些公与私的问题,那么现在由于生产关系的变革,属于公与私和公与公的问题已在增加,而私与私的问题,实际上又有不少是涉及公与私的问题的。城市、农村中的一般合同纠纷,更多的是属于公与公的问题。参见董必武:《关于最高人民法院工作的报告》(1957年7月2日于第一届全国人民代表大会第四次会议)。

④ 庞德指出,当代公法的发展趋势是使私人的利益从属于政府官员的利益,允许后者将冲突的一方等同于公共利益,从而给予他更多关照,而忽视了另一方的利益。参见[意]布鲁诺·莱奥尼等:《自由与法律》,秋风译,吉林人民出版社2004年版,第70页。