

私法研究

创刊号

PRIVATE LAW REVIEW VOL.1

主编/吴汉东

Editor-in-chief/Wu Handong

本刊执行主编/陈小君

executive Editor-in-chief/Chen xiaojun

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

私法研究/吴汉东主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2001. 10

ISBN 7-5620-2190-2

I. 私... II. 吴... III. 私法—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 077436 号

书 名	私法研究
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社
经 销	全国各地新华书店
承 印	清华大学印刷厂
开 本	880 × 1230mm 1/32
印 张	19
字 数	490 千字
版 本	2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷
印 数	0 001—4 000
书 号	ISBN 7-5620-2190-2/D·2150
定 价	35.00 元

社 址	北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话	(010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱	zf5620@263.net
网 址	http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm

☆☆☆☆☆

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装, 请与出版社联系调换。

私法研究

总第一卷

编委会主任

覃有土

编委会副主任

陈小君

编委会成员

吴汉东 覃有土 陈小君

雷兴虎 曹新明 刘大洪

吕忠梅 曹诗权 赵家仪

于宁杰

责任编辑

陈小君 麻昌华 徐涤宇

高利红 胡开忠 薛军

樊启荣

中国政法大学出版社

发 刊 词

追溯大陆法系私法的演变史，罗马法在源头处就向我们展示出一幅繁荣的画卷，其完备的体系、高超的技巧、准确的定义、简练的用语开创了私法立法之先河，成为欧陆、日本等国私法的范本。罗马私法的发展，不完全是立法机关作用的结果，而主要是凭借裁判官的司法实践和法学家的活动。正是他们的创制成就，为罗马私法的繁荣提供了丰富多彩的法源。在中世纪欧洲，私权遭受到封建神权和专制王权的双重压迫，法律沦为王权与神权膝下的婢女。但是，罗马法的复兴和自然法思想的形成衍生出人们关于市民私权观念的勃兴，历史上为捍卫权利进行的斗争从来就没有停止过。降至近代，私法在整个法律体系中的地位十分昭著，在国家生活中仍然是欧洲世俗秩序的基础本身。

罗马私法的立法与法学研究结合得如此紧密，二者在这种互动关系中相得益彰，都得到了长足发展并达到了前所未有的高度。《学说汇纂》与《法学阶梯》为法、德民法典的制定提供了重要的研究素材和立法体例的范式。罗马法不论从内容还是形式都留给后世私法以历史烙印，这在大陆法系国家里表现得尤为突出。但后世私法并非是罗马法的简单翻版，恰是当时法学研究之成果、现实社会之发展需求的体现。其中，在很大程度上，制度创新要归功于那些伟大法学家的努力。法学理论上的争论往往对当时的立法有着重大影响，甚至在《巴黎习惯法》、《国民民事习惯调查报告录》等实践调查活动中，都可以看到那些有着良好法学教育背景的法学家在国家立法活动中的重要地位。历史实践证明：法学家从来就是私法

编纂工作的倡导者、组织者与参加者。从他们手中诞生的法典历经时间、空间的考验，至今仍散发着理性的光辉。这些法典因体系的开放性而包容新的社会生活内容，并因这种包容和法学家、立法者的创造性改进而不断得到发展。

人类社会正从工业经济时代步入知识经济时代。知识经济是一个“以知识为基础的经济”，它以知识劳动为源泉，以知识创新为动力。在科技、经济、法律的协调发展体系中，私法既是社会制度文明的典范，又是现代社会文明的保障机制。新的时代需要新的理论更新，需要在此基础上的新的制度设计。当代法学家的历史使命是：在历史与现实的交汇点上聚焦相关法律的变革与发展，在理论与实际的结合上探求新的法律制度与规则。私法历来是众多法学家给予充分关注的对象，也是当代法律现代化、一体化程度最为明显的领域。继《法国民法典》、《德国民法典》之后，自20世纪90年代以来，第三次法典编纂运动席卷全球。许多国家根据法学研究的最新成果和现代社会的实践要求修改了本国私法，创设了一些新的制度，并在合同法、知识产权法、外贸法、投资法等领域推动了国际惯例与国际保护体制的形成。

当代私法神圣殿堂的构筑，不能离开私法研究的深厚沃土。中国在知识经济时代日益重视法学家的作用，合同法的出台与物权法的起草，无不凝结着法学工作者的心血和智慧。中南财经政法大学民商法典研究所一贯重视私法研究，积极参加相关立法工作，并积极开展了“法学新视野沙龙”、编译各国（地区）民商法典、私法研究国际交流等系列活动，这些都为我校民商法学科的建设和发展打下了坚实的基础，注入了强劲的活力。时逢法学盛世，承蒙中国政法大学出版社与法学界、律师界各位朋友的大力支持，《私法研究》得以正式出版。我们50多位集聚在民商法专业旗帜下的同仁，以民商法典研究所为学术窗口，以民商法教研室为教研阵地，以《私法研究》为思想传播载体，拟在加强重点学科建设的目标指引

下，以刊求文，以文会友，会同海内外学者共同进行私法理论之研究，共同推动私法制度之成长。

试将涓涓细流，汇成滔滔大海。《私法研究》决意努力而为之。

本刊主编：

A stylized, handwritten signature in black ink, likely belonging to the editor mentioned in the text.

2001年9月7日

卷 首 语

曾几何时，我们这群从事民商法教研的中青年朋友们总牵挂着自己爱恋的事业做些什么，至少使蕴藏于心中的学术热情和对国民商法理论的全面繁荣与立法巨厦构筑的真诚企盼得以释放。久而久之，创办一个以私法话题为中心的刊物便自然成为大家的共识。现呈献在读者面前的，正是这一共识的一粒青果——《私法研究》创刊号。

《私法研究》栏目的设计，既是未来办刊方向的引导，亦集中反映了我校民商法学科研究的重心和成效。对在这次创刊版面上出现的主要栏目的设置意义，我们有如下认识：

“民法典研究”：关于民法典的争论，可以说是我们时代最为热门的法学话题之一，而立法机关将其提上立法日程，更是在实践层面推动了其进程。但我们设置“民法典研究”栏目的目的，并非仅仅对此作出回应。罗马法学家彭波尼告诉我们，罗马法学家最初仅限于对先前制定的法律加以收集和整理，而不增加任何其自己的东西；在随后的发展阶段，法学家们在法律文本旁增加了诉讼以及对它们的解释；此后发生的根本性转折就是法学家们把对法律的评论纳入到一个以其学识为基础的总体系之中。遵循这种“系统的和创制性的”方法，法学家开始以其学识创造法，这种学识使其理论的逻辑关系成为可受检验的。^{〔1〕}从这种意义上说，如果我们排除概

〔1〕 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼为《法学阶梯》中译本（盖尤斯著，黄风译，中国政法大学出版社1996年版）所写的前言。

念法学之极端主张的干扰,那么民法典本身并不是封闭性的,它只不过是法学家的造法活动提供了一系列的出发点和丰富的研究素材。在另一方面,20世纪末欧洲出现的所谓“非法典化”(decodification)的现象,也并非要彻底否定民法典的工具性作用。法律渊源的多元化(如判例和学理作为法律渊源的性质被直接或间接地承认),一般条款日益成为对经典文本之司法修正的工具,虽然弱化了法典本身(即“非法典化”),但也只是说明了当代的法典已不再是拿破仑或概念法学家眼中的法典。^[2]法典概念的历史发展,折射出人们对“法典外无法”、“法典完备无缺”之观念的转变,而本刊“民法典研究”栏目的设置,就是要贯彻这种已发生变化的法典观念,努力实现中南财经政法大学民商法典研究所基本任务中的一项:在理论界和实务界酝酿中国未来民法典之际,为其瓜熟蒂落提供理论阵地;民法典一旦被制定,我们又将视其为新的起点而一如既往地投入热情。我们希望,世界各国民法典的制定过程及其从未间断过的后续性研究工作,能成为本栏目之恒久生命力的预兆。

“私法专题”:专题研究是同类主题之刊物的传统栏目。姑且不论专题研究从来就是民事立法的储备库,单从世界各国民法一般都确认法理的间接法源性质,就可发现学理研究在司法活动中日益上升的地位。《瑞士民法典》规定,如果法无相应明文,那么法官可根据自己如作为立法者应提出的规则进行裁判,而其依据则为“公认的学理”;秘鲁在修订其1984年民法典时,从另一个侧面确立了学理虽然不是法律的渊源,但应发挥其对判决理由的指导性功能的规则。我们期待以此栏目进一步推动专题研究的繁荣和深入。

“法学沙龙”:本栏目源于我校“法学新视野”学术沙龙。该沙龙是原中南政法学院从事民商法研究的中青年学者自发创办、组织

[2] See H. Patrick Glenn, "The Grounding of Codification", *University of California Davis Law Review*, Spring 1998, pp. 765 - 782.

的民间学术活动形式。沙龙采取主题报告加评议和讨论的形式，每两周举办一期，每期由一位报告人作主题发言，再由两位评议人对报告人的主题论文加以评议，然后是参与师生们围绕主题报告的自由讨论。沙龙至今已连续举办了30多场次，次次内容精彩，场场学者爆满。部分讨论材料稍经整理后，在中国人民大学法学院民商事法律科学研究中心主办的民商法律网站上发表。^{〔3〕}但我们感到，网站刊载的只是主题报告的讨论内容，而主题论文的整体风貌及经沙龙锤炼后作者修改的主题论文，却无法直接与读者见面。并且，网站的设备要求及网上内容的常变性对沙龙内容的了解和保存形成了一定的限制。就创立学术沙龙的宗旨而言，在于打通学科间的隔阂、碰撞思想的火花、营造灵活的学术讨论之氛围。为了将其成果更有效地展现于外部，也为了能吸引校外专家学者的广泛参与，我们设置了“法学沙龙”栏目。虽经整理的发言或对话可能略欠学术规范性，但或许能为学界贡献某些启发性的观点。

“民事立法评论”：改革开放后的一系列民事立法标志着法制建设循序渐进过程中的一个个里程碑，是政治体制和经济体制改革之阶段性成果的总结。但每一项民事立法，并非民事立法活动的终点；相反，它为更加完善的私法制度提供了新的研究素材。我们设立“民事立法评论”专栏的初衷，在于对现有民商事立法的成功进行阐释、对立法的缺陷加以检讨，以推动中国民事立法的完善。

“外国法译评”：法国比较法学家 *Saleilles* 认为，比较法旨在发现“相对理想法”（*droit idéal relatif*）。换言之，经典自然法理论试图“先验地”，以演绎的方法导出“绝对的理想法”，而比较法则致力于以归纳的方法，从“经验的”，也就是在法制比较的经验上，建立新的自然法。这种经由比较研究获得的“相对理想法”，或可开阔本国法学研究的视野，为立法提供资料，或可被采为法理，以

〔3〕本刊出版后的沙龙内容，将载入我校网站的民商法典研究所的网页中。

4 卷首语

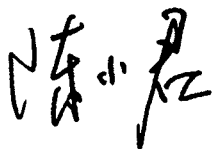
补充本国法的不足。^{〔4〕}基于这种认识,本刊也辟有“外国法译评”栏目。

“知识与知识产权”:对知识产权乃至无形财产权的研究,我校学者一直有着令学界瞩目的成绩。由吴汉东教授主持的、反映知识经济时代财产权发展新趋势的一系列国家级重点科研项目,成为我校民商法研究群体不断开拓这一研究领域的推进器。为引起学界更为广泛的关注,我们在本卷设置了“知识与知识产权”栏目。

根据编辑委员会全体同仁提出的“精编精选、精雕细琢”的编辑方针,在我们设计的栏目中,“民法典研究”、“私法专题”、“外国法译评”是本刊的主导和相对固定的栏目,并且我们试图将此创办成王牌栏目。而其他栏目从内容到数量均可依理论与现实的发展进行调整、增加和扩充,即与时俱进,不拘泥于某一方面。对此,我们愿作如下承诺:凡是私法领域的科学研究成果,无论形式如何,无论作者是否为知名学者,在同等条件下,我们定以文取胜。

愿《私法研究》这颗青果在大家学术光辉的沐浴下,逐渐地成熟并健康成长!

本刊执行主编:



2001年9月8日

〔4〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(2),中国政法大学出版社1998年版,第7页。

注释体例

一、文中注释采用脚注，全文连续注码，注码放标点之后。注码号为〔 〕。

二、注释例

(一) 著作类

〔1〕《马克思恩格斯选集》，第2卷上册，人民出版社1972年版，第35页。

〔2〕吴汉东：《著作权的合理使用制度研究》，中国政法大学出版社1996年版，第206页。

(二) 论文类

〔1〕陈小君、易军：《论我国合同法上赠与合同的性质》，载《法商研究》2001年第1期。

(三) 文集类

〔1〕覃有土：《我国继承法基本原则探讨》，载《中国人文社会科学博士、硕士文库》，浙江教育出版社1999年版。

(四) 译作类

〔1〕〔澳〕依凡·谢瑞尔：《国内法院对国际法的查明和适用》，尤明青译，《法商研究》1997年第5期。

(五) 报纸类

〔1〕王启东：《法制与法治》，《法制日报》1989年3月2日。

(六) 古籍类

〔1〕《唐律疏议·职制》。

(七) 辞书类

2 注释体例

[1]《辞海》，上海辞书出版社 1979 年版，第 932 页。

(八) 港台著作

[1] 史尚宽：《民法总论》，[台] 正大印书馆 1980 年版，第 16 页。

(九) 外文类

从该文注释习惯。

三、其他

(一) 非引用原文者，注释前加“参见”。

(二) 引用资料非来自原始出处者，注明“转引自”

(三) 数个注释引自同一资料者，注释例：前引 [1]，梅因书，第 31 页。

(四) 引文出自同一资料相邻数页者，注释例：第 28 页以下。

稿 约

仰赖学界贤达的支持,《私法研究》创刊号呱呱落地了。本着繁荣法学研究的精神,本刊拟每年出版两期,以书代刊形成文丛。本刊重点设置如下栏目:民法典研究、私法专题、外国法译评、法学沙龙等,每期也将视具体情况灵活设置特别栏目(如物权法专题、知识与知识产权、亲属法研究等)。

主编吴汉东教授和编辑部同仁一致认识到:高质量的作品是保持刊物生命力的不息源泉,刊物的发展自然离不开海内外专家学者的鼎力扶持。鉴于此,本刊编辑部热忱欢迎专家学者重点就以下专题惠赐佳作(篇幅不限):

1. 民法典的基础理论以及制定中国民法典的具体问题;
2. 民商法基础理论研究、实务研究;
3. 对私法发展趋势的前瞻性研究以及相关学科的交叉研究;
4. 对外国重要立法经验和判例学说的评介;
5. 以学术沙龙或笔谈形式就某一专题展开的对话。

秉承创刊时的工作热情和对学术的孜孜追求,本刊编辑部将以高度负责的态度对待每一篇来稿。结合重点栏目的特点,我们将采取直接和间接两种约稿形式,最后以匿名审稿制进行严格、谨慎的取舍。在期盼您赐稿的同时,我们真诚地感谢您对本刊的支持与帮助!

2 稿 约

倘蒙惠赐，请将大作寄至：湖北武汉市中南财经政法大学南湖校区民商法典研究所《私法研究》编辑部（邮编：430073）；或
E-mail: chenxj@public.wh.hb.cn

中南财经政法大学民商法典研究所

《私法研究》编辑部

2001年9月8日

CONTENTS

Civil Code Studies:

The Relationship between Constitution and Private Law (*Wang Yong*) /1
European Codes and American Restatements: Some Difficulties (*James Gordley*) /23

Codification and Legal Scholarship (*James Gordley*) /52

The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications (*Gian-maria Ajani*) /63

Methodology of the Property Law and Jurisprudence of Concepts (*Yin Tian*) /74

Fundamental Principles of Property Law (*Wang Liming*) /94

Special Articles on Private Law

Ideological Sources of the Trend of the Socialization of Private Law (*Qin Youtu and Fan Qirong*) /116

• Property Legislation Choices on Neighbor Rights and Servitude (*Peng Chengxin*) /136

Establishment of the Theories on the Civil Law Protection of Environmental Rights (*Lü Zhongmei*) /150

China Law on Non – performance of Obligations (*Han Shiyuan*) /182

On Parental Power (*Chen Xiaojun and YiJun*) /208

Studies on the Rules of Corporation Capital (*Lei Xinhua and Chen Meisheng*) /237

Studies on Discretion in Private International Law (*Xu Weigong*) /299

Jurisprudential Salon

on Public Interests Litigation (*Liang Huixing et al*) /349

Foreign Law Review

The Excessive Onerousness of Prestation in the Peruvian Codification (*Marcial Rubio Correa*) /376

The Latest Development in American Products Liability Law and How China Can Learn from It (*You Mingqing*) /391

Knowledge Economy and Intellectual Property

Loss of Humanities in the Market Unification (*Li Chen*) /408

From Electronic Copyrights to Cyberspace Copyrights (*Wu Handong*) /421

Latest Development in the Theories on the Restriction of Intellectual Property Rights (*Hu Kaizhong*) /459

Legal Protection for Unregistered Trademarks (*Wei Zhi*) /505

Civil Legislation Review

The Uniformed Contract Law of the PR of China within the Framework of Codification of Civil Law (*Gianmaria Ajani*) /521

Translation Errors in the English Version of the Contract Law of the People's Republic of China (*Wu Qifei*) /531

Comments on the Revised Chinese Marriage Law (*Cao Shiquan*) /537

Translated by You Mingqing

/ 目录 /

- 1 发刊词
- 1 卷首语
- 1 注释体例
- 1 稿约

〔民法典研究〕

- 1 宪法与私法关系的两个基本问题/王涌
- 23 欧洲各国法典和美国的法律重述：
 一些难以解决的悖论/[美] 詹姆斯·戈德雷
- 52 法典编纂与法律学术/[美] 詹姆斯·戈德雷
- 63 比较法在新法典编纂中的角色/[意大利] 简曼拉·阿雅尼
- 74 物权法的方法与概念法学/尹田
- 94 物权法基本原则探讨/王利明

〔私法专题〕

- 116 私法社会化思潮的源流/覃有土 樊启荣
- 136 相邻权与地役权的物权立法选择/彭诚信
- 150 环境权的民法保护理论构造——对两大
 法系环境权理论的比较/吕忠梅
- 182 中国的履行障碍法/韩世远
- 208 亲权制度研究及其立法建构/陈小君 易军
- 237 公司资本制度研究/雷兴虎 陈美生