

第3卷 VOL.3

PRIVATE LAW REVIEW VOL.3

# 私法研究

◆ 主编〉 吴汉东

Editor-in-Chief/*Wu Handong*

◆ 本卷执行主编〉 陈小君

Executive Editor-in-Chief/*Chen Xiaojun*

◆ 中国政法大学出版社

# 私 法 研 究

第 3 卷

PRIVATE LAW REVIEW VOL.3

主编/吴汉东

*Editor-in-Chief/ Wu Handong*

本卷执行主编/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·第3卷/吴汉东主编. —北京:中国政法大学出版社,  
2003. 8

ISBN 7-5620-2469-3

I. 私... II. 吴... III. 私法—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 073354 号

---

书 名 私法研究·第3卷  
出 版 人 李传敢  
经 销 全国各地新华书店  
出版发行 中国政法大学出版社  
承 印 清华大学印刷厂  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 17.5  
字 数 450 千字  
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2469-3/D·2429  
印 数 0 001—3 000  
定 价 38.00 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>

---

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

# 私 法 研 究



---

## 第三卷

责 任 编 辑    陈小君   麻昌华   徐涤宇  
                  高利红   胡开忠   薛 军  
                  易 军

本刊采用匿名审稿制，不接受向编辑个人投稿

## 卷 首 语

承蒙读者厚爱，当本刊走入第三卷之时，其特色似乎已有所显现。基于私法领域的广袤无际，对其内涵的吸吮只能是蚕食般的。我们每期比较集中讨论某一个私法领域的问题，刊发相关文章。专题的选取力争切中学界讨论的焦点，文章的取舍试图立于学界研究的前沿。虽心高志短而力不达，却仍能昭然我辈献身私法的惘惘之心。

在大陆法国家的私法体系中，侵权行为法无论如何也不能说具有显赫地位，其只是在“民法”这一大厦的屋檐之下有一栖身之所。但就是这一长受冷落的领域，却在中国民法典制定的进程中掀起了轩然大波：侵权行为法的独立成篇，人格权法的独立成篇，债法体系的重构，债法总则的存废，等等，莫不与侵权行为法有关。侵权行为法的本来面目是什么？基于这一思考，这一期我们组织了“侵权行为法专题”，计8篇文章达20余万言。在这一专题栏目中，作为兼任中南财经政法大学侵权行为法研究所所长的张新宝教授撰写的“侵权行为法立法体系研究”一文，全面地比较了大陆法系国家民法典中的侵权行为法立法体系，分析各种体系的优劣，得出“绝大多数民法典（德国法系除外）的侵权行为法采用了侵权责任一般条款的立法模式”的启示性结论；文章分析了国内有关侵权行为法体系的几个设计方案，集中展示了我国学者对侵权行为法立法体系的理解；作者最后提出了以“全面一般条款下的全面列举”为原则设计我国民法典中的侵权行为法体系结构的思想，对思考民法典中的侵权行为法结构具有重要的参考价值。美国已故著名学者弗

莱米教授于1984年发表的“侵权行为法有未来吗?”的文章,毫无疑问是侵权行为法学发展中的经典之作,它在“侵权行为法危机”的问题上起到承上启下的作用。起始于20世纪70年代末期西方国家的“侵权行为法危机”对侵权行为法学的发展造成致命的打击。在一片低迷的悲观声中,弗莱米教授旁征博引地分析了所谓“危机”的原因,比较了冲击侵权行为法的特别补偿制度和综合补偿制度,提出了各种事故救济机制并存发展的观点,有力地回答了侵权行为法有无未来的问题。弗莱米教授1919年7月在德国出生,1997年9月在美国过世,一生从事侵权行为法研究,其所撰写的《*The Law of Torts*》一书自1957面世以来,已第九次再版,成为英美法系法科学学生的必备参考书。我们之所以选译该文在中国首次发表,是对先生辞世6周年的纪念。专题的另一篇译文是美国当代著名侵权行为法专家苏格曼教授的“人身伤害与社会政策”,该文从制度层面和社会意识形态的层面上,分析了人身伤害这一最为古老的侵权行为形态的救济机制的发展,比较了存在于这一形态之上的四种救济机制模式,提出了与政府管理相匹配的社会保险模式将是未来侵权行为法发展的最佳选择模式的观点,展示了这一领域研究的最高成就,其与弗莱米教授的“侵权行为法有未来吗?”相得益彰。麻昌华博士的“罗马法上的侵权行为法”一文,从侵权行为法在罗马法上的早期表现开始,分析了侵权行为法在概念上的变迁过程,认为将侵权行为作为债因的认识是罗马人的一个历史性的误解,得出了侵权行为法的本来面目应是责任法的结论,为侵权行为法的独立成编提供了历史性的支撑。专题的另外几篇文章分别为:赵家仪博士与金海统先生的“高度危险的民事责任的一般化与类型化及我国的立法选择”,为我们表明了高危责任作为侵权行为法中最为活跃的一支,在立法选择上具有很强的社会政策的成分;屈茂辉教授和黄劲先生的“劳动能力丧失的损害赔偿”,明确提出了劳动能力的损害赔偿方法;余耀军博士的“环境侵害民事救济制度之

创新”一文，讨论了环境侵权的民事责任问题，视野宽广，角度新颖，有相当的创意；张民安博士的“法国侵权民事责任根据研究”为我们展示了法国侵权行为法发展的最新资料。

“民法典研究”仍然是我们的主导栏目，上述侵权行为法专题不过是其子栏目之一。这期我们选刊了三篇文章，既有关于民法典制定的宏观方面的，也有民法典制定中具体制度的构想与设计。马俊驹教授的“对我国民法典制定中几个焦点问题的看法”，从宏观的角度表明了作者对民法典制定过程中诸多问题的态度，也有许多具体的建议。特别是提出了作者个人对法典体系结构的设计，与现有的几个设计稿相比，确具自己的特色。吴汉东教授的“知识产权法编纂体例与民法典制定”，深入分析了知识产权与民法典之间的关系，提出了知识产权在民法典中只宜作原则规定，知识产权特别法仍应保留的观点，为我国民法典制定中对知识产权法的安排提供了较好的理论基础和具体设计方案。韩清怀先生“中国民法典应否设立优先权制度的思考”一文是对物权立法中的具体制度设计的建议，具有一定的新意。

“私法专题”栏目是本刊较大容量的栏目，它可以为私法研究领域内的优秀作品提供一个相对不受限制的园地。本卷选载的三篇文章均是各自领域的力作。“动物的法律物格”一文，是英语语境下研究动物权利的第一人——*Steven M. Wise* 教授的力作。文章用大量的篇幅分析了动物在法律中的地位，在既有的法律体系中，动物都是法律中的物，但这是建立在宇宙是一个大的生物链的假设之上的，当这一假设的合理性受到质疑之时，动物的法律物格地位也就丧失了正当性。*Steven M. Wise* 教授不仅深入地分析了支撑动物法律物格地位理论的虚弱之处，还以雄辩的论证，得出了动物必然获得法律权利、享有主体地位的结论。本文经作者授权，首次在汉语世界刊发，盼望能给有兴趣的读者打开理论探索的新路径。由于文章较长，分两期刊载，请读者惠予等待。老龄人口达到 10% 以

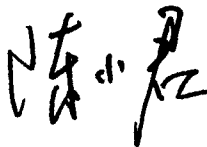
#### 4 卷首语

上就是老龄化了，21 世纪的中国已经进入老龄化时代。刘引玲副教授的“21 世纪中国人口老龄化及相关法律问题研究”率先提出对人口老龄化进行法律思考的问题，选题具有较强的时代性。宁红丽博士和耿艺先生的“合同法分则中的风险负担制度研究”一文，分析了风险负担的一般原理、买卖合同中的风险负担和其他合同中的风险负担，是一篇论证较充分、分析较透彻的论文。尤其是对合同法分则中风险负担一般原理的探索，有启发作用。

“知识产权”栏目选载的两篇文章，一篇是张今教授和陈健先生的“试论知识产权对物权法的影响和作用”，另一篇是曹新明教授的“数字时代的著作权保护措施”，其研究均为知识产权法中的焦点问题。前者对知识产权与物权的特点进行了比较分析；后者详细讨论了步入数字时代著作权保护的发展趋势。两篇文章对于完善我国知识产权立法有一定参考意义。

本卷稿件编辑时，正值全国人大法工委提出的《中华人民共和国民法（草案）》公布讨论之际。顾首本卷编辑的文章，大部分均与民法典制定相关，而文中的观点又多与人大法工委的方案相异。掩卷静思：这或许在一定程度上恰是学界对官方民法典草案稿方案的一种客观反应吧。

本卷执行主编：



2003 年 6 月

## 《私法研究》 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”，《法商研究》2001年第1期。

#### (三) 文集类

[1] 章有土：“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 《私法研究》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》，正大印书馆 1980 年版，第 16 页。

### (九) 外文类

从该文注释习惯。

### (十) 网络类：

[1] 吴汉东：《论范式民法典中的知识产权制度》

[http://www. privatelaw. com. cn/cgi - bin/ztyj/view. asp? id = 38](http://www.privatelaw.com.cn/cgi-bin/ztyj/view.asp?id=38)

### 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

本着繁荣法学研究的精神,《私法研究》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,不接受向编辑个人投稿。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!

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

2 稿 约

校区民商法典研究所《私法研究》编辑部 (邮编: 430074); 或  
*E-mail* : *clcode@znufe.edu.cn*

中南财经政法大学民商法典研究所  
《私法研究》编辑部

## ／目录／

- 1 卷首语
- 1 注释体例
- 1 稿约

### 〔民法典研究〕

- 1 对我国民法典制定中几个焦点问题的看法/马俊驹
- 51 知识产权法编繁体例与民法典编纂/吴汉东
- 76 中国民法典应否设立优先权制度的思考/韩清怀

### 〔侵权行为法专题〕

- 119 关于侵权行为法发展的思考：侵权行为法  
有未来吗？/[美] 编辑 G·弗莱米  
吕琳 许丽群 译
- 146 人身伤害与社会政策制度与意识形态的  
几种选择/[美] 史蒂芬 D·苏格曼  
许丽群 译
- 167 侵权行为法立法体系研究/张新宝

## 2 目 录

- 204 罗马法上的侵权行为法/麻昌华  
228 高危险民事责任的一般化与类型化及  
    我国的选择/赵家仪 金海统  
244 劳动能力丧失的损害赔偿问题/屈茂辉 黄劲  
265 环境侵害民事救济制度之创新/余耀军  
327 法国侵权责任根据研究/张民安

### 〔私法专题〕

- 389 动物的法律物格 /〔美〕斯蒂文 M·怀斯  
    郭晓彤 译  
436 中国人口老龄化及相关法律问题研究/刘引玲  
452 合同法分则中的风险负担制度研究/宁红丽 耿艺

### 〔知识产权〕

- 501 试论知识产权对物权法的影响和作用/张今 陈健  
515 数字时代的著作权保护措施/曹新明

# Contents

## Civil Code

- 1 1. Ma Junju: Some Issues in The Making of Chinese Civil Code
- 51 2. Wu Handong: Legislative Model of Intellectual Property Rights  
and Making of Civil Code
- 76 3. Han Qinghuai: Should The Future Chinese Civil Code Provide  
For Preference?

## Tort Law

- 119 1. John G. Fleming: Is There A Future for Tort?
- 146 2. Stephen D. Sugarman: Personal Injury and Social Policy—Insti-  
tutional and Ideological Alternatives
- 167 3. Zhang Xinbao: Research into Legislative System of Tort Law
- 204 4. Ma Changhua: Tort Law in The Roman Law
- 228 5. Zhao Jiayi, Jin Haitong: The Generalization and Classification  
of High - risk Civil Liabilities and Chinese Legislation Choice
- 244 6. Qu Jiemin, Huang Jin: Damages of The Lost of Working Abili-  
ties
- 265 7. Yu Yaojun: Innovation of The Legal Regime of Civil Relief for  
Environmental Damages

|     |                                                                                                         |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 327 | 8 . Zhang Min' an: Causes of Civil Tortuous Liabilities in French Law                                   |
|     | <b>Private Law</b>                                                                                      |
| 389 | 1. Steven M. Wise: The Legal Thinghood of Nonhuman Animals                                              |
| 436 | 2. Liu Yinling: The Aging of Chinese Population in The Twenty – first Century and Relevant Legal Issues |
| 452 | 3 . Ning Hongli, Geng Yi: The Burden of Risks in Specific Provisions of Contract Law                    |
|     | <b>Intellectual Property Rights</b>                                                                     |
| 501 | 1. Zhang Jin, Chen Jian: The Impact of Intellectual Property Rights on Property Law                     |
| 515 | 2. Cao Xinmin: Copyright Protection Measures in The Digital Era                                         |

# 对我国民法典制定中 几个焦点问题的看法

马俊驹\*\*

## 目 次

- 一、承认合伙的民事主体地位
- 二、在物权法应当分别规定国家所有权、集体所有权和个人所有权
- 三、《民法典》中可以不设债法总则
- 四、知识产权一般性规则应在《民法典》中加以规定
- 五、人格权应独立成编
- 六、设置亲属编
- 七、将侵权行为法作为民法典独立一编
- 八、不必设专编统一规定
- 九、民法典草案应分编审议、通过

建国后，我国民法典的起草经历了三起三落，直到去年岁末（2002年12月23日）人大法工委才正式将《中华人民共和国民法

---

\* 该文是根据马俊驹教授2003年2月17日、20日、27日在清华大学法学院所作民法专题讲座进行的整理。经马俊驹教授授权，本刊编辑进行了文字上的修饰。

\*\* 清华大学法学院教授、博士研究生导师。