



华园法学文集

张照东
主编

HUAYUAN FAXUE WENJI



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS



华国法学文集

卷一

华园法学文集

张照东 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

华园法学文集/张照东主编. —厦门:厦门大学出版社, 2005. 10
ISBN 7-5615-2467-6

I. 华… II. 张… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 115432 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门昕嘉莹印刷有限公司印刷

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

开本:880×1230 1/32 印张:20 插页:3

字数:538 千字 印数:0001-1000 册

定价:48.00 元

本书如有印装质量问题请寄承印厂调换

庄善裕教授七十华诞

庄善裕教授从教五十周年

华侨大学法律系创办二十周年

华侨大学校庆四十五周年

庄善裕教授简介

庄善裕教授，福建泉州人，律师。1936年出生于华侨教育世家；1955年毕业于华东政法学院后留校任教；1956年至1958年在上海司法鉴定科学研究所研究生班学习，毕业后在吉林地专（现为吉林大学职业技术学院）任教；1978年调华侨大学任教，历任副处长、副校长、校



长。其中，1987年接受福建省教育委员会的委托，创办仰恩学院（现为仰恩大学），并以华侨大学副校长的身份兼任该学院院长。与此同时，庄教授还兼任华侨大学董事会副董事长，华侨大学福建音乐学院董事会董事长，中国人民政治协商会议第八届福建省委员会社会、法制委员会副主任，福建省法学会副会长，福建省律师协会顾问，中国国际贸易促进会福建调解中心顾问，中国香港法研究会理事，福建省泉州市市长法律顾问，福建泉州华达律师事务所主任等职。2000年1月，庄善裕教授不再担任华侨大学校长的职务。2001年1月，出任亚洲（澳门）国际公开大学校长。

庄善裕教授长期从事法学教学和研究工作，是享受政府特殊津贴的法学专家。出版有合著《我国大陆与台湾财产权制度比较》、《利用直接投资和引进先进技术中的法律问题》、《海峡两岸债与合同制度比较》、《诉讼法大辞典》；主编《东南亚地区华文教育文集》、《比较经济法简论》等著作；暨南大学出版社为其出版专著《庄善裕文集》。庄善裕教授入选英国剑桥国际名人传记中心《世界名人录》，并于2001年获英国 International Management Center（国际管理中心）颁授的荣誉哲学博士学位。

高尚的人格魅力

——代前言

1996年,我被华侨大学录取为经济法硕士研究生,有幸师从庄善裕教授从事法律研究学习。在三年的研究生学习生活中,先生对学生在学业上进行悉心指导,生活上给予无微不至的关照。先生的言行,对我做学问、做人有着莫大的影响,令我终身难忘。先生严谨的治学态度和高深的学术造诣,常常使我自感浅陋,不仅使我在学业上获益匪浅,也鞭策和鼓励我在学术探索的征途上不能松懈;而先生和蔼可亲、平易近人、乐于助人的态度,也使我学会了如何更好地为人处事、待人接物。这不仅是我个人的感受,更是全体同学的一致体会。下文将要提到的我本人所经历的一件小事和两位同学的感受,可以说明一二。

华大办学的最大特色在于侨校,为侨服务,其中在澳门开班办学、送教上门是具体表现之一。在澳门上学的学生,只要有机会都会争取到泉州母校走一走、看一看。我在华大读书时,先生时任华大校长,每逢澳门学子来校,他总是亲自接待,安排行程。为了让境外学子亲身感受祖国河山的壮丽和改革开放以来所取得的巨大成就,先生在澳门学生的行程中一般会安排他们在回程中顺便参观厦门和厦门大学。由于我是本地人,又在厦大读过书,对厦门比较了解,而且我懂得粤语,方便与澳门学生沟通,先生便安排我给他们做导游,既可以为其介绍风土人情,又可以解答其随时提出的法律专业问题,而且在语言上不存在障碍,这使澳门同学感到亲切、温馨。此外,在每年的毕业典礼上,先生都会亲自为每一位境外学子举行学位颁发仪式。对于先生长期奉献教育事业的高尚情操以及对澳门学子事必躬

亲的周到安排，身居澳门的我国著名的教育家、书法家和爱国侨领梁披云先生深感赞许，并欣然亲笔书写了一幅对联“一身正气、两袖清风”，赠送给先生。

我的学弟，1998级经济法学硕士研究生卓翔感念先生的教诲，在其学位论文后记中写道：“回首三年来，艰辛磨砺的求学生涯，最难忘的是敬爱的恩师庄善裕教授。先生毕生投身教育事业，将人生中最富经验与激情的黄金岁月献给了华大，这不仅是华大的幸事，成为他指导下的一名研究生，我也感到光荣与自豪。先生作为一校之长，平时校务繁忙，常挤用节假日指导我们。将华大带入新世纪后，先生由于年纪已超过规定的退休年龄卸任，同学们都庆幸会有更多的时间和机会向先生求教。然而先生在华侨教育界的威望早已享誉海内外，离任交接刚完毕，即承海外学界同仁盛邀，出任亚洲（澳门）国际公开大学校长。先生老骥伏枥、志在千里的敬业报国之心，学生由衷的钦佩，但使我不能常伴近旁深入地研习先生的学术思想与治学精神，这不能不说是一个遗憾。先生对我的学习和研究给予了悉心的指导和孜孜不倦的教诲。从论文的选题、结构、写作、修改到最后完稿，更是多方面的关怀。先生高尚的人品、科学的态度、严谨的学风、无私的精神和宽阔的胸怀等老一辈知识分子的优秀品格，将成为学生修身立业的准则，将永远激励着我。”

我的学妹，2000级经济法学硕士研究生丘幸，在其硕士学位论文后记中，也有一段富有哲理的肺腑之言：“最感谢庄校长，也最钦佩庄校长。最初认识华大，是从认识庄校长开始的。他既是我们的校长，也是我们的老师。作为校长，他令我们肃然起敬；作为授课老师，他又离我们那么近。从庄校长身上，我真切地体会到学问应当在人格中升华的道理。是的，这才是最高境界的学者气质。如果要形容华大的美，庄校长仿佛是我们‘华园’的化身，朴实而美好；如果要形容庄校长的真，我想，你可以在清晨，摘取初夏草尖上的一滴露珠，那就是了。”

老骥伏枥，志在千里。2000年6月，先生因年届退休从华侨大

学校长职位上退下来之后，仍然热心于教育事业，继续担任华侨大学法学硕士研究生导师，并受命出任亚洲（澳门）国际公开大学校长一职，继续服务在教育事业的第一线。莫道桑榆晚，微霞尚满天。

小处见真情，这就是先生的为人。其实，这不仅是先生在我们学生心目中的形象，先生在我所认识的其他与之打过交道的人中也是有口皆碑的。

桃李不言，下自成蹊。2005年，先生从事教育工作正好满50周年，又适逢其70华诞。同时，由其亲手创办的华侨大学法律系（2003年升格为法学院）也迎来20周年的生日。这几十年来，先生奖掖后学，诲人不倦，如今早已是桃李满天下了。三喜临门，作为学生，为了表达对先生教育之恩的诚挚谢意，也表示对母校华大的繁荣发展的美好祝愿，我们这些从华大毕业的、先生指导的研究生共同出版了这本祝贺文集，聊表华大学子的敬仰之情。

衷心祝愿庄善裕先生健康长寿！

张照东

2005年5月于华侨大学法学院611室

目 录

庄善裕教授简介·····	(1)
高尚的人格魅力——代前言·····	(1)

民法

所有权产生的法理基础·····	吴文嫔(1)
所有权概念新论·····	刘清生(18)
所有权保留中的权利冲突及其衡平·····	余波(29)
论合同相对性原则在当代的发展·····	陈璟(40)
附随义务理论发展轨迹及其思考·····	梁三利(60)
债权让与和保理制度·····	刘冬平(74)
合同法上的情事变更问题·····	张照东(80)
预约研究·····	叶建丰 朱宁(100)
构建和谐社会 反对家庭暴力·····	梁伟(114)
大陆和台湾消费者保护法之比较研究·····	王浩云(127)
“信用危机”与诚实信用原则的法律分析·····	聂河军(134)
土地承包经营权“永佃权”化透视·····	李志强(143)
简论城市合建房地产项目的法律效力·····	郭小东(158)
抵押期限的法律质疑·····	张豪源(167)
信托收据的法律关系分析·····	陈咏晖(174)

经济法

经济法价值批判·····	聂河军(187)
社会化契约:经济法的理论进路·····	肖义方(197)
论资本多数决及其限制·····	周凯军(207)

上市公司反收购法律理念问题探究·····	赵 瑜(218)
破产母公司在子公司的利益处理研究·····	李春林(229)
美国证券侵权民事责任因果关系及其对我国的 借鉴作用·····	杨 峰(239)
内部人短线交易民事责任研究·····	黄奇中(258)
论我国证券私募发行法律制度的完善·····	张景三(269)
注册会计师审计损害赔偿责任的法律性质 研究·····	肖义方(284)
商自然人破产立法初论·····	刘清生(317)
关于票据抗辩的法学思考·····	陈 璟(331)
浅析我国产品召回制度的建立与完善·····	龙玉忠(345)
价格歧视内涵与外延的法学思考·····	李春林(357)
关于我国竞业禁止制度的立法思考·····	吴文琦(367)
试论现代物流企业法律管理体系的构建·····	杨 艳(377)
中国社会保障事业发展的总体构想·····	苏 涛(385)
浅谈市场中介组织的法律规制·····	古春琥(400)

国际经济法

WTO《政府采购协议》与中国·····	张照东(414)
WTO 知识产权协定对知识产权反竞争行为规定对 我国的立法启示·····	林志强(436)
论反倾销法中损害的确定及其因果关系的 判断·····	许志鹏(450)
WTO 反倾销争端解决中的司法解释·····	庄景芬(462)
平行进口之竞争法规制·····	朱玉能(472)
我国 BOT 特许权协议法律性质分析·····	林伟明(481)
论 BOT 合同中的情势变更原则·····	黄 勇(496)
对入世后中国旅游业的法律思考·····	王浩云(506)
跟单信用证欺诈例外制度初探·····	周凯军(515)

“华盛顿共识”理论基础辨析·····	奉茂春(523)
--------------------	----------

其他

外国仲裁裁决的承认与执行·····	李炎龙(537)
大学生法治意识和守法行为之调查研究·····	王立挺(555)
当前农民法律意识之分析·····	闫向荣(571)
论中国特色区域结构形式的多元化发展·····	吴旅燕(583)
实施国家知识产权战略,大力振兴我国 知识产权教育事业·····	魏衍亮(601)
实用法律教育值得重视·····	魏衍亮(619)

所有权产生的法理基础

——以占有性质的法律阐释为核心

● 吴文嫔*

内容摘要:占有源于人类的本能所需,人类通过占有实现了主客观世界的统一,但也导致了利益的冲突。法益是法律对利益进行选择的结果,具备先天转化为权利的条件。占有不是权利,它的与权利相区别的法律性质是法益。占有法益转化为所有权的途径是通过先占、取得时效等制度。占有在所有权的生产过程中居基础性地位。我国应建立以占有为基础的所有权取得体系。

关键词:法益 权利 占有 所有权

所有权的产生是人类文明发展的必然,本文主要从民法学的角度,立足于占有的法律性质对这一过程中占有所处的基础性地位进行论述。借此抛砖引玉,以期对我国未来民法典占有与所有权取得制度的建设略尽绵薄。

一、主客观世界的对立统一与占有本能的满足

自人类产生之日起,世界上便存在着人与物的对立与统一。一方面,人以其具有自由意志和实现自由意志的能力为根本特征,而物作为外在于人的客观世界,其没有意志而只能成为意志的对象。另一方面,物的客观世界,构成人的外部环境。人的维持生存、实现发展的物质需求与满足之间的矛盾,必须通过外在物这一中介得到解

* 吴文嫔,华侨大学1998级经济法硕士研究生,现为北京大学法学院博士研究生。

决。人实现与物的统一的唯一途径就是物的支配,即人以其优越于物的自由意志支配物。对物的支配意味着“我给它不同于它原有的灵魂,就是说,我把我的灵魂给它”。^① 于是,人的主体地位与物的客体地位,同时确立。

客体的“他物”概念是在自我意识的基础上形成的,“我”是首要的,没有“我”的存在,便没有“他物”。“他物”作为一个“外在于我的‘对象’,可以简单地说它仅仅是‘与作为主体的我是不同的,并且是有区别的’,或者说,它是‘一个在我之外的物,并可以在别的空间或时间中找到它’”。^② 进而言之,“我”应该是一个系统,不是一个个体的概念。“我”的概念一定包含一个与“我”相对应的“他物”。有“我”便有“他”,无“他”便无“我”。如同黑格尔所说:“自我意识是从感性的和知觉的世界的存在反思而来的,并且本质上是从他物的回归。”^③ 每一个个体的生命,作为一个个体的存在,已经具备了一定的感知能力。这种感知能力是建立在“我”的基础上的。至于动物,“我”的感知能力的存在是毋庸置疑的,达尔文认为,有些动物是具有“自我意识”的。^④ 人类认为自己所具有的很多能力,许多高等灵长类动物都具有,人类的“自我意识”只不过是动物“自我意识”的复杂及强化。也就是说,人类的“自我意识”是在人类尚未进化为人的那一阶段就已经确立了,所谓“我”与“他物”的对立,原本便已存在,只不过在生命演化到一定的阶段才被我们所认识。人只是生命的一种载体。作为物理形态的生命一旦被确认存在之后,它必须寻找自己在整个物理空间的位置。这种确定首先是通过“他物”来界定的。

① [德]黑格尔著,范扬、张企泰译:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 53 页。

② [德]康德著:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆 1991 年版,第 55 页。

③ [德]黑格尔著:《精神现象学》上卷,商务印书馆 1979 年版,第 116 页。

④ [英]达尔文著:《人类的由来》上册,商务印书馆 1983 年版,第 124~125 页。

“我不断地发现一个面对我而存在的时空现实，我自己以及一切在其中存在着的和以同样方式与其相关的人，都属于此现实。”^①这一界定行为出现的意义是重大的。

“我”与“他物”的界定，必须通过一个中介来完成，这个中介就是活动，也可称为实践，包括对物质世界的认识与对物的支配。实践是主观世界和客观世界之间关系得以形成和实现的现实基础，是主体—客体结构中的一种基本的功能关系。它表现了主体和客体之间实际的物质的相互作用。并通过这种相互作用，主体和客体各自都到了自己的规定，并现实和有效地实现它们之间的相互联系和相互转化。作为生物，存在的意义是延续生命，生命的延续最重要的手段就是要占有支持生命延续所需要的营养，实现对“他物”的支配与利用。这种对“他物”的占有便是生命实现对客观世界支配的实践活动，是连接主、客观世界的重要桥梁，它贯穿生命的始终，体现了生命的生存本能与对利益的追求本性。在生命的最初状态，养分是非常充裕的，而随着生命的复杂化，当生命所需的养分不但复杂化，而且不再丰裕并越发稀缺时，生命之间的“利益冲突”产生了。谁占有更多的养分，谁便能在残酷的自然界中生存。在对物的占有上，便出现了“我的”和“你的”的观念。企图保存更多的养分以备不时之需的最佳方式便是，向其他同类或异类宣告，这是我占有的，是我的，不能从我这夺走。原始人将获得多余的食物放置在某一个隐秘的地方，以备以后饥饿时食用。这种行为在今天我们都可以从其他动物的行为习惯中获得。有些动物通过用自己的粪便、毛发或气味来界定自己的活动范围，同时告诫其他同类：“这是‘我的’地盘。”在原始人那里，一道用木棍或茅秆扎起来的栅栏起到一种标志作用，表明这是由“我”所占有的，他人不得来犯。

可以说，“我”与“他物”意识的对立统一，“我”对“他物”的占有，乃至“我的”意识的张扬，可以追溯到人类生命的最初。占有作为

^① [德]胡塞尔著：《纯粹现象学通论》，商务印书馆1992年版，第94页。

联系主观与客观世界的桥梁,是满足人类的本能需要的一种方式,占有“他物”源于人类的生物性本能。

二、占有的历史变迁与占有性质的法律阐释

占有制度最早起源于罗马法。《十二铜表法》中设有“获得物占有权法”尽管未对占有予以定义,但从其有关占有的两条规定中,可以反映出早期罗马法关于占有的概念:其一是“占有土地的时效为二年,其他一切物品则为一年”。其二是“不愿以确定丈夫对自己支配权的妇女,每年应离开其家三夜,因而中断占有的一年时效”。根据罗马法的这种理论,占有人的占有状态达到一定的时效期限,即取得对该物的所有权。随着罗马私有制和罗马私法的发展,所有权的概念逐渐确立了,但占有制度并未因此而衰微,反而向体系化和制度化方向发展。在罗马帝政时期,占有成为物法的一个特殊分支,法理上对占有也有了系统分类,为占有制度的进一步发展奠定了基础。^①不过,虽然后期罗马法中有了各种占有类别,但对占有的性质并未作明确的界定,关于这一问题的争论一直影响到后世的民事立法和民法学理论。

最初是罗马法时代的学者对罗马法中的占有的性质是事实还是权利发生分歧。罗马古代的法学家一致认为占有是事实,但具有一定的法律效果;在帝政后期,有的学者开始主张占有是一种权利,也像物权一样,可以援用救济程序加以保障。这样,双方各执一词。^②这一分歧在后世各国或地区的立法中得到了体现。《法国民法典》规定占有是“对于物件或权利的持有或享有”(第2228条),“占有人在任何时候均应推定以所有人名义为自己而占有,但如证明其开始占

^① 比如有法定占有和自然占有、自己占有和代理占有、适法占有和违法占有等分类。参阅周相著:《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第409~441页。

^② 周相著:《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第407~409页。

有即为他人占有,不在此限”(第 2230 条),“为他人占有者,不论经过多长期限不得因时效而取得所有权”(第 2236 条),可见《法国民法典》认为占有为事实。《德国民法典》对法国法作了进一步发展,一方面对占有在法律上仍认为是一种事实,如第 854 条规定,取得物的占有,是由于取得对于物的事实上的支配力。^① 另一方面在体系上对占有制度作了详细规定。《日本民法典》则以“占有权”为标题来概括占有的内容,并在占有权中规定了占有权的取得、占有权的效力、占有权的失效等问题。如第 180 条规定:“占有权,按照自己所表示的意思,而持有这个物件的,取得之。”这一立法曾被一些学者称为由事实向权利转化的标志。^② 英美普通法学者也接受了罗马法注释法学家的某些占有理论。如区分自主占有和他主占有、占有的构成应当具有占有的意图等。15 世纪以后普通法逐渐发展了有关“possession”的理论,其中占有的事实与权利是相分离的,例如普通法常区分实体的(physical)占有、实际的(actual)占有、合法占有(legal possession)、推定占有(constructive possession)。^③ 但普通法并没有形成一套像大陆法那样系统和完整的制度。正如 Winfield 所说:“我们的法律还没有找到一个统一的占有概念,对它也缺乏一种科学的解释。”^④

有关占有性质的争议贯穿占有制度发展的始终,因为这涉及法

① 德国有学者将这个定义解释为:占有人就是指那些在事实上支配着物的人,在此不必考虑该物是否属其所有,占有人甚至还可以是将物从物主处偷来的小偷。参见 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 54, Aulf, München 1995, 转引自孙宪忠著:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 100 页。

② 孟勤国:《占有概念的历史发展与中国古代占有制度》,《中国社会科学》1993 年第 4 期。

③ A. E. S. Tay, The Concept of Possession in the Common Law, Foundations for a New Approach, *Melbourne University Rev.*, Vol. 4, 1964.

④ A. E. S. Tay, The Concept of Possession in the Common Law, Foundations for a New Approach, *Melbourne University Rev.*, Vol. 4, 1964.