



第1辑 第2卷

易继明 主编



北京大学出版社



私志



私 法

Private Law Review

(第1辑·第2卷)

主 编 易继明

副主编 罗先觉

本卷编辑部成员 (按姓氏拼音顺序排列)

陈卫佐 杜 颖 罗先觉

冯夏民 易继明 袁秀挺

北京大学出版社

北 京·2002

图书在版编目(CIP)数据

私法. 第1辑. 第2卷/易继明主编. —北京: 北京大学出版社, 2002.3

ISBN 7-301-05520-X

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(2002)第012718号

书 名: 私法

著作责任者: 易继明 主编

责任编辑: 邹记东 刘延寿

封面设计: 常燕生

标准书号: ISBN 7-301-05520-X/D·0582

出版者: 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: 出版部 62754962 发行部 62754140 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京艺海打字服务社

印 刷 者: 中国书店印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 1/16 26.25印张 370千字

2002年3月第1版 2002年3月第1次印刷

定 价: 36.00元

凡购买北京大学出版社图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

《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 (中国政法大学教授)

江 平 (中国政法大学教授)

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 (中国社会科学院法学研究所研究员)

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、行政法、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

注释体例

一、文章采用脚注，每页重新编号；编号序号依次为：①，②，③，……

二、统一基本规格（包括标点符号）

◆〔国籍〕主要责任者【两人以上用顿号隔开；以下译者、校订者同】（编或主编）：《文献名称》，译者，校订者，出版社与出版年代及版次，第几页。

三、注释例

（一）著作类

●〔英〕F.H. 劳森、B. 拉登：《财产法》（第2版），施天涛、梅慎实、孔祥俊译，中国大百科全书出版社1998年4月第1版，第89—90页。

●魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年9月第1版，第90页。

（二）论文类

●易继明：《评财产权劳动学说》，载《法学研究》2000年第3期。

●梁慧星：《制定中国物权法的若干问题》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（2000年第1号总第16卷），金桥文化出版（香港）有限公司2000年8月第1版，第342页以下。

（三）报纸类

●沈宗灵：《评“法律全球化”理论》，载《人民日报》1999年12月11日第6版。

（四）文集和选集类

●王泽鉴：《物之瑕疵与不当得利》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第3册），台湾三民书局1996年11月版，第109页。

●〔美〕哈罗德·拉斯韦尔：《政策分析研究：情报与评价功能》，载〔美〕格林斯坦、波尔斯比（编）：《政治学手册精选》（上卷），竺乾威、周琪、胡君芳译，王沪宁校，商务印书馆 1996 年 4 月第 1 版，第 557 页。

●《马克思恩格斯选集》（第 4 卷·上册），人民出版社 1975 年 7 月第 2 版，第 78 页。

（五）古籍、辞书类

●《管子·牧民第一》卷一。

●〔清〕沈家本：《沈寄簃先生遗书》甲编，第 43 卷。

●《辞海》，上海辞书出版社 1979 年 9 月第 4 版，第 983 页。

四、外文类

从该文种注释体例或习惯。

五、其他说明

（一）引自同一文献者，同样应完整地注释，不得省略为“见前注”或“前引”等。

（二）非引用原文，注释前加“参见”；如同时参见其他著述，则再加“又参见”。

（三）引用资料非原始出处，注明“转引自”。

目 录

序	谢怀栻 (1)
---------	---------

[卷首语]

将私法作为一个整体的学问	易继明 (1)
--------------------	---------

[论文]

论我国用益物权的基本形态	钱明星 (39)
--------------------	----------

销售合同中损害赔偿责任的免责事由

——从联合国国际货物销售公约到日本民法理论的

方法论	[日] 潮见佳男 (125)
-----------	----------------

不动产物权冲突研究	陈 洪 (163)
-----------------	-----------

[评论]

为德国法律统一而斗争

——德国民法典的产生与《施陶丁格尔德国民法典注释》

第一版	[德] 弗里茨·施图尔姆 (313)
-----------	--------------------

德国民法典对日本民法及民法学的影响	[日] 石川明 (343)
-------------------------	---------------

德国民法典对美国法的影响	[美] 约瑟夫·达比 (353)
--------------------	------------------

[案例研究]

网上商业诽谤第一案：恒升诉王洪等

侵权案评析	张新宝 唐一平 (362)
-------------	---------------

非彼莫属，仅此宜家！

——评英特艾基公司诉国网公司不正当竞争、商标

侵权纠纷案 金勇军 (387)

Contents

Preface by Xie Huaishi (1)

To *Private Law Review*

Private Law as Synthetic Study Object by Yi Jiming (1)

Articles

On Usufruct System of Chinese Property Law by Qian Mingxing (39)

Exceptions from Damages in Contract for Sale

——From UN Convention on Contracts for International Sales of
Goods (1980) to Japanese Legal Theory

..... by Yoshio Shiomi (125)

On Conflicts of Real Estate Right by Chen Hong (163)

Essays

Fight for Uniform of German Law

——BGB and Staudinger Commentary by Fritz Sturm (313)

BGB's Influences on Japanese Civil Code and

Civil Law Science by Akira Ishikawa (343)

BGB's Influences on American Law by Joseph J. Darby (353)

Cases and Studies

On Maxstation Group. v. Wang Hong Case

..... by Zhang Xinbao and Tang Yiping (362)

On Inter IKEA Systems B. V. v. Beijing CINET Inf.

Co. Ltd. Case by Jin Yongjun (387)

将私法作为一个整体的学问

易继明^{*}

内容提要：纷繁复杂的学科分类体系已经支解了私法的整合性研究，从而妨碍了对私法理论的抽象和私法文化的建立。本文从四个方面论述了关于将私法作为一个整体的学问的命题：（一）提出应“将学问看成学问”，认为这一观念的确立在当今中国法学研究中尤为重要；（二）确立私法的界线是将私法作为一个整体进行研究的前提条件；（三）认为私法统一在以自然理性为基础的理论核心中，也应以此将私法作为一个统一的整体，进行整合性研究；（四）文章认为，通过私法的整合性研究，抽象出作为私权本位价值的社会基础含义，从而有助于形成一种权利文化。最后，作者寄语中国私法文化（权利文化）健康成长与发展。

关键词：自然理性 私法 整合性研究 学问

Abstract: The complicated division of study branches has destroyed synthetic study about private law and also obstructs establishment of private law culture and extension of private law theory. This article expounds the theme that we should give private law a synthetic study from four aspects: 1. "Study should be taken as study seriously", and establishment of the opinion is especially necessary to Chinese legal research. 2. Setting boundary for private law is precondition to the synthetic study. 3. All the branches of private

^{*} 作者简介：易继明（1970年2月—），男，湖北省荆州市公安县人，北京大学法学院博士生；邮政编码：100871。

law can be embraced in the theory of natural reason, which constitutes the base for the synthetic study. 4. It holds that we can draw out the social meaning of private right standard value system from the synthetic study and this will help to form a culture based on right.

Key words: Natural Reason Private Law Synthetic Study Study

一、引言：将学问看成学问

面对以生产学术制品为己任的现代学术体制，日趋复杂的学科分类体系实际上已经消减了人们对学问的拓展和自省能力，正在将我们变成大规模知识生产车间的“手工生产者”；——即使是借用了现代信息技术，也不能使我们比一个机械工人高明多少，因为我们几乎已经习惯于用“手”去工作而不是用“脑”在思考。不仅如此，而且由于自20世纪80年代开始的中国社会科学重建工作缺乏对学术制度本身的合理性（legitimacy）问题的自主性思考，“亦即大体上在不考虑社会科学知识的性质以及这种知识增长的规定性的境况下诉求学术制度的恢复和建构，从而致使这种对学术制度的追求滞留于形式层面；更进一步讲，本来为了抵御意识形态及其他社会经济因素对社会科学的干预而建构的学术制度，结果由于对建构学术制度的学术判准的不意识，而使意识形态及其他社会经济因素嵌入于这些制度之中，并透过这些制度而展现出社会经济等需求在另一种形式下对中国社会科学的无处不在的渗透和支配”^①。这样，学术研究中的“手工劳动”，与依附于政治、资本和职称的所谓“专家学者”相结合，构成了一种越陷越深而又不能自拔的恶性循环：通过这些“专家学者”，政治、经济和其他领域中非科学或学问性质因素，获得了合法性基础；而通过对政治、经济等资源的利用，“专家学者”们又获得了稳定的而无以动摇的“学术地位”。而最终，这些做法又反过来强化了这种学术制度及其背后的非学

^① 邓小平来：《关于中国社会科学的思考》，上海三联书店2000年12月第1版，第5页。

术性因素对学术研究的支配性,从而使得社会科学研究又丧失了自主性品格^①。这些所谓的“专家学者”们似乎忘了,“社会科学只有拒绝迎合让它充当合法化或社会操纵工具的那些社会力量,才能构成其自身。而社会科学家们也只有借助自己研究所确立起来的逻辑,才能确立自身的地位。”^②

在社会科学这种叙事式的发展进程中,狭隘的法学学科分类体制不仅使人们失去了对学术所应有的人文主义理想和关怀,并且使学术体制一方面成为偏见的生产地,而另一方面则成为某些人谋求专业地位和建立所谓“学术权威”的场所。尤为严重的是,法学本身是一门实践性很强的学问,因而它所面临的诱惑也就更多。青年学者孙宪忠博士曾对那种动辄把某种制度归结为“市场经济”或“计划经济”的定性做法表示过不满,认为这是“一种看起来与阶级分析的方法有所背离,但是从研究方法看却属同类的研究方法”^③。而在我看来,从严肃的学问角度出发,这种“研究”与其说是研究,倒不如说他们是依附于时事政治的一种媚俗。因此,是否将法学看成学问,在当代中国几乎也成为了一个问题。从这个角度看,尽管我也并不十分赞赏诸如“学问中国”之类的江湖豪情和“漫话法学”式的闲情逸致,但相较之下,“学问中国”毕竟有一种试图将学问看成学问的情怀,而“漫话法学”也竟有一种远离尘嚣的悠然。因为这些研究毕竟可以在一种近乎“自娱自乐”的学问中在一定程度上完成学术的独立性和自主性建构。我们不能放弃社会科学自身的操守而去逢迎政治和经济,从而

① 按照邓正来先生的看法,20世纪80年代为了回应此前30年间社会科学意识形态化以及知识分子独立人格基本丧失的状况,社会科学的重建主要是通过“中国社会科学学科性建设”和“知识分子心态和品格”的设问方式以及对此类问题的回答来展开的。前者试图通过社会科学的学科恢复和学科建制以使中国社会科学摆脱意识形态的束缚;后者试图通过对中国知识分子“入世”心态的检讨来唤醒其特立独行的精神与人格。但是,经过这些年的发展,邓正来先生认为,在“知识这个向度”,我们还很难说中国社会科学获得了“相应的自主性”。本文研究的出发点,一如邓正来先生所说,并不在于对中国社会科学目前已经取得的成就进行一概否定,而是试图通过认识一些尚不足的部分,以期对进一步建构中国社会科学(主要是私法学)提出一点建设性意见。参见邓正来:《关于中国社会科学思考》,上海三联书店2000年12月第1版,第1—2页。

② P. Bourdieu, *In Other Words: Essays Toward a Reflexive Sociology*, Cambridge: Polity Press, 1990, pp. 27-28.

③ 孙宪忠:《关于民商法的研究方法》,载《法律科学》1999年第2期。

让政治和金钱去为所欲为。政治概念会减弱法学的学问价值或学术性；而金钱则可以腐蚀一个学者的灵魂。私法学术性的建构更需要学术人能够战胜自己的私欲！

拉德布鲁赫（Gustav Radbruch, 1878—1949）曾说过，那些有理由去为自身的研究方法而忙碌的科学，往往是一种病态的科学^①。这位 20 世纪早期的德国法学家当然不知道中国法学目前的研究状况，而考虑到缺乏基础研究范式的“国情”，我们姑且可以将他的这番话当作一种“坐着说话腰不疼”的说法^②。不过，在当今中国，我们也有理由认为在私法研究领域存在着某种“病态”，而且有理由认为这种病态还不能用“中国传统文化中缺乏私法文化或权利文化”^③之类的老生常谈的问题加以搪塞了事。但是，当我们仔细琢磨目前私法研究中关键问题到底出在哪的时候，这个看起来无处不在的“问题”，又似乎无处可寻。好在我们这里还可以从一些结论性的现象入手，进行一种反向推论，或许从中能够发现问题的实质所在。

尽管我们的新闻媒体经常会出现一些“十年索赔案”之类报道，但一种权利受到侵害以后常常找不到正当的司法途径而不得不求助于法律之外的力量或干脆放弃权利的事例，在中国社会几乎是屡见不鲜的。将问题归结为老百姓权利意识淡薄的说法，是一种不负责任的做法。因为现实中国

① 拉德布鲁赫说：“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样，有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学，也常常成为病态的科学，健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年 7 月第 1 版，第 169 页。

② 例如，在自由主义和个人权利得到充分张扬的国家中，有些学者开始怀疑公私法区分的意义，并认为这种划分在实践中缺乏“实益”。而实际上，他们却正生活在权利文化所构筑的制度之中，这也是一种“饱汉不知饿汉饥”的现象。在我国，缺乏权利文化的洗礼，法律制度建设中自然缺乏权利和人性基础，而“私法”更是一门待补的课程。

③ 2001 年 9 月《私法》第 1 辑第 1 卷（北京大学出版社 2001 年 9 月第 1 版）的稿约，也似乎印证了这一点。在这次向两位研究中国法律史的学者约稿中，有位学者提出要谈有关“中国私法公法化”的问题，而另一位学者则欲探究中国古代私法思想，但经研究，却认为中国古代没有什么私法思想。当然，更有甚者，有的学者认为中国法律史的研究没有什么意义；如果要有，就是要证明中国古代没有什么法律思想。从某种角度看，这也并不是没有道理的，——尽管这多少有些历史虚无主义之嫌。

的“语境”^①，使得我们几乎普遍存在一种“失语症”：权利主张的结果，不仅是“得不偿失”，往往还要承受更大的精神痛苦。因此，事实上，权利文化的缺乏，可以说是权利实现的“道路”不畅问题；换句话说，也是具体权利交往和实现的制度与规则缺乏，或者说它们本身不具备正当性。在现实中国，伴随着新中国诞生和改革开放发展起来的民事、商事和经济等规范，从总体上看，规范本身的不具备正当性的问题，要比规范缺乏的问题要严重得多。而具体的权利制度与规则存在的“不正当性”的问题，实质上是这些制度与规则中没有将老百姓自己的事当作他们“自己的”事来看待，——也即没有将“私人的”东西当成“私人的”；按照一句学理性的话来说，就是这些制度与规则缺乏一种“私法的精神”。然而，私法精神的获得决不仅停留在“自由”、“平等”、“博爱”或“意识自治”等这些口号上，它更多的是要通过学术化的理论抽象、具体规则和制度建立以及其内部相互和谐一致等途径来贯彻和实现。

当然，将法学作为学问的命题，并不等同于法学是否能够作为一种严格意义上的“科学”的问题，——实际上，它并没有要求法学成为一种具有“客观性”或者“惟一真理性”的东西。一个国家属于何种法律体系或建立什么样的制度形式，是具有多样性的制度选择问题。本人认为，将私法作为一种学问，就应当为人们的日常生活情感提供一种知识准备，对老百姓的“想当然”和在“情理”之中的东西，进行辨析，并加以理论化和知识化，从而抽象出合理的规则和生活的基本理念，由此而建构起一种权利文化。

当然，老百姓的日常生活情感，更多的是一个私法问题。事实上，“公法和私法的区分，是法律学上的一个基本观念”^②。一般认为，公法与

① 尽管有的学者在谈论“语境”时试图与一般社会学眼光有所不同的做法显得有些“玄学化”的色彩，但其“力求语境化地理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历史正当性和合理性”的出发点也提醒我们：对今天的社会事实和法律制度之间的关系也不能忽视。同时，这种研究进路和方法在历史合理性的保守主义论调和制度变革的激进言论中所获得的“左右逢源式”的解释力，也是值得注意的。参见苏力：《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》，载《中外法学》2000年第1期。

② 韩忠谟：《法学绪论》，台湾韩忠谟教授法学基金会1994年再版，第33页。

私法的区分产生于罗马法，我们甚至可以将之追溯至更早的古希腊。这不仅是因为我们从古希腊《格尔蒂法典》^①（*The Law Code of Gortyn*）中可以找到更多西方私法发展的进步因素^②，而且在于古希腊在自然学说、城邦制所形成的公民法二元结构和确立私有制的基本原则与规范这三个方面对大陆法私法形成所做出的重大贡献^③。《布莱克法律辞典》对“私法”（Private Law）一词的含义是这样表述的：“私法是公法的对立词，它是指调整市民与市民之间的关系的法律，或者是在权利附着的主体与义务联系的主体均为私的个人的情况下，有关定义、立法及权利实现的法律。”^④

但是，这个西方法学最基础的，甚至在人们生活中也是最基本的概念，即使在当代中国社会，也依然不能够很容易地得到阐释。在《中国大百科全书·法学卷》中，尚没有“私法”辞条。而在“民法”辞条中，私法是被这样理解的：“在私有制社会里，财产关系、人身关系一般都发生在私人之间，民法的作用在于保护私人利益，所以民法又被称为‘私法’。”显然，这是一种不承认“私法”的观点，而且对“私法”一词的含义，也是讳莫如深^⑤。而在今天正在进行着的《北京大学法学百科全书》编纂中，“私法”仅仅是在“法律史学卷”中作为介绍罗马法时

① 《格尔蒂法典》是目前欧洲大陆发现的最早的一部完整的古希腊成文法典，它定年在公元前五世纪前期。该法典分别于1857年、1879年、1884年在希腊克里特岛上古代格尔蒂城Lethaios河边的古墙上发掘，共有12栏、600多行法典残篇，堪称古代在公共建筑上公布法典的典范。刻有法典全文的墙壁至今仍挺立在古格尔蒂城的废墟上。中译本参见《格尔蒂法典》（古法新译第二卷），郝际陶译，高等教育出版社1992年7月第1版。

② 参见易继明：《〈格尔蒂法典〉与大陆法私法的源流》，载《环球法律评论》（原《外国法译评》）1999年第1期。

③ 参见易继明：《论古希腊法对大陆法私法传统形成的贡献》，载《中外法学》1999年第6期。

④ *Black's Law Dictionary*, 5th ed., West Publishing Company, 1979, p. 1076.

⑤ 佟柔先生还谈到了列宁在原苏俄民法典中给司法人民委员部负责人库尔斯基的信，信中说：“我们不承认任何私法，在我们看来经济领域里的许多问题都在公法的范围而不在私法的范围。”并从社会关系角度说明不同意“私法”观念。参见佟柔：《我国民法科学在新时期的历史任务》和《论我国民法的调整对象及与经济法的关系》，载《佟柔文集》编辑委员会（编）：《佟柔文集——纪念佟柔教授诞辰75周年》，中国政法大学出版社1996年6月第1版，第8页和第88页。

《私法》第1辑第2卷