



中国法学精萃系列丛书

中国民法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国民法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2002 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀民法学论文编辑而成。主要包括：“中国民法典制订的宏观思考”、“中国物权法的起草”等。涵盖总则、物权法、债权法、知识产权、婚姻家庭法、人身权、侵权法七个部分。这些论文代表了 2002 年度我国民法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民法学精萃. 2003 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京：机械工业出版社，2004.1

(中国法学精萃系列丛书)

ISBN 7-111-13330-7

I. 中… II. 法… III 民法—法的理论—中国
IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 099793 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)

责任编辑：梁代军

封面设计：饶 薇 责任印制：施 红

北京铭成印刷有限公司印刷·新华书店北京发行所发行

2004 年 1 月第 1 版·第 1 次印刷

1000mm×1400 mm B5·21.5 印张·2 插页·731 千字

0 001—4 000 册

定价：56.00 元

凡购本书，如有缺页、倒页、脱页，由本社发行部调换

本社购书热线电话(010)68993821、88379646

封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委（按姓氏笔划排序）

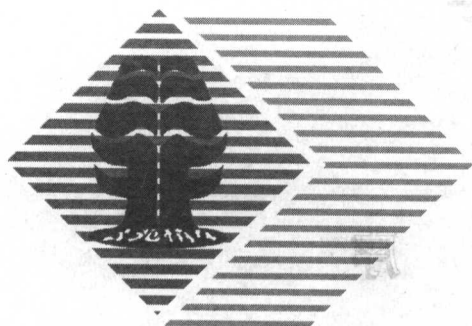
- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
王保树 清华大学法学院教授、博导
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院常务副院长，吉林大学法学院教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
张文显 吉林大学党委书记、教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博导
吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导
陈光中 中国政法大学终身教授、博导

IV

- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
郑成良 国家法官学院院长、教授、博导
郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
黄 进 武汉大学副校长、教授、博导
崔建远 清华大学法学院教授、博导
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博导
梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、山东大学法学院院长、教授、博导
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主任 刘保文

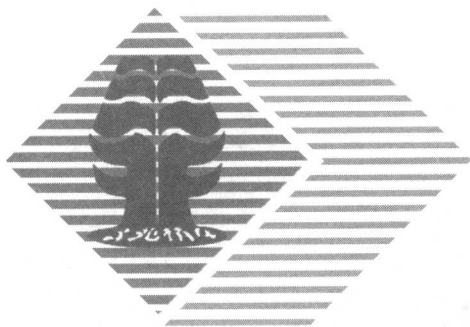
委员 (按姓氏拼音排序)

常淑茶

梁代军

孙森林

肖振生



中国法学精萃系列丛书 总序

序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有 24 小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

张文显

目 录

序

第一部分 总则/ 1

江 平 中国民法典制订的宏观思考/ 3

刘士国 论中国民法典的体系/ 11

易继明 民法法典化及其限制/ 18

Manfred Wolf 教授 著 丁晓春 译 民法的法典化/ 41

李建华 蔡立东 董 彪 论中国民法的现代性问题
——民法典立法基调前瞻/ 69

张维迎 法律制度的信誉基础/ 83

王利明 关于诚信的法学思考/ 101

徐国栋 诚实信用原则二题/ 108

李永军 私法中的人文主义及其衰落/ 128

刘凯湘 进入 21 世纪的中国民法/ 137

余能斌 余立力 制定“民商法律总纲”完善民商法律体系/ 143

钱玉林 禁止权利滥用的法理分析/ 151

孙宪忠 刘 静 德国民法的结构、意义和经验/ 166

温世扬 廖焕国 取得时效立法研究/ 176

第二部分 物权法/ 191

梁慧星 中国物权法的起草/ 193

- 李开国 关于我国物权法体系结构的思考/ 207
- 谢怀栻 程 啸 物权行为理论辨析/ 230
- 尹 田 论一物一权原则及其与“双重所有权”理论的冲突/ 240
- 钱明星 李富成 中国公有制物权法的基本问题/ 257
- 屈茂辉 动产交付制度研究/ 282
- 王 轶 论一物数卖——以物权变动模式的立法选择为背景/ 297
- 崔建远 水权与民法理论及物权法典的制定/ 308
- 房绍坤 郑 莹 担保物权司法解释的缺陷/ 345

第三部分 债权法/ 357

- 李 伟 德国《债法现代化法》简介/ 359
- 佟 强 代位权制度研究/ 366
- 马新彦 信赖规则之界定/ 398
- 韩世远 履行迟延的理论问题/ 415
- 蓝承烈 预期违约与不安抗辩的再思考/ 433

第四部分 知识产权/ 447

- 郑成思 中国人世与知识产权保护/ 449
- 吴汉东 知识产权制度不宜编入我国民法典/ 467
- 李永明 知识产权侵权损害法定赔偿研究/ 471

第五部分 婚姻家庭法/ 477

- 杨大文 民法的法典化与婚姻家庭法制的全面完善
——关于民法婚姻家庭编的总体构想/ 479
- 巫昌祯 李忠芳 民法典婚姻家庭编通则一章的具体设计/ 485
- 张学军 事实婚姻的效力/ 491
- 龙翼飞 制定中国民法典财产继承编的思考与建议/ 511

第六部分 人身权/ 525

- 马俊驹 刘 卉 论法律人格内涵的变迁和人格权的发展

——从民法中的人出发/ 527

梁慧星 民法典不应单独设立人格权编/ 555

葛云松 死者生前人格利益的民法保护/ 559

姚 辉 民法上的“停止侵害请求权”

——从两个日本判例看人格权保护/ 578

刘大洪 基因技术与隐私权的保护/ 582

第七部分 侵权法/ 593

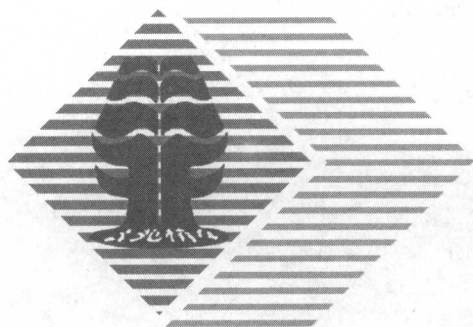
麻昌华 21 世纪侵权行为法的革命/ 595

崔建远 绝对权请求权抑或侵权责任方式/ 611

杨立新 人身损害赔偿问题研究/ 618

关今华 精神损害赔偿法律关系的解析/ 653

附 录 2002 年度全国主要报刊民法学论文索引/ 662



第一部分

总 则

中国民法典制订的宏观思考^①

江 平

一、要处理好基本法与单行法的关系

《民法通则》制定的时候，是以大量民事单行法的存在为其立法指导思想的，那么，现在要制定的民法典是否仍然需要民事单行法？

从世界范围来看，我们可以见到“大而全”的刑法典，却难见到“大而全”的民法典。拿破仑在制订法国民法典时，曾经有三个目标：一是让法典成为惟一神圣的准则，不允许法官去创造法，甚至不允许法官去解释它；二是让法典成为连普通的老妪都能读懂的东西；三是让法典把当时、甚至今后相当一段时期内所可能发生的一切民事法律关系都详尽地加以规范。事实证明，他的前两个目标多少可以得到实现，但他的第三个目标是碰壁的。法国民法典颁布后几十年乃至上百年中，经济生活和社会生活的发展是如此之快，当时认为是再完善不过的民法典也失去了它的无所不包性。

从我国现实情况来看，刑法典的修改完成了它的“一统大业”，而且我们国家也一直遵循不能直接依据单行法判刑的基本原则。刑法典修改又取消了有关类推的规定。可以说，刑法典是将现阶段所有能作为犯罪的行为都详尽无遗的规定下来了。但是，未来的民法典则不应该是一部包罗一切民事法律关系的“大而全”的民法典。由于社会经济生活、家庭生活以及民事权利的发展和迅速变化，尤其是在我国社会转型时期，想把一切民事关系都规定详尽周延是不可能的，且根据一些国家和我国台湾的经验来看，类推在民法中不但不会消除，而且还会得到更大的适用。

^① 本文观点曾在相关学术报告、其他学术刊物及论文集发表，现经综合整理而成。

那么,有哪些内容需要纳入民法典之中,又有哪些东西作为民事单行法最为适宜呢?1986年《民法通则》通过前后,以及我们可以预见的立法规划中,属于民事或与民事有密切关系的单行法大体可以概括为十类:商事和商事企业法;知识产权法;合同法;婚姻、家庭、继承法;不动产法;特殊交易形式法律,如拍卖法、招标投标法等;交易安全保障法,如担保法;特殊侵权行为法,如环保法等;公法与私法高度融合的法律,如国有资产法、国家赔偿法以及有关国家订货的法律;以及传统大陆法系国家民法典不能包括的从英美普通法中引进的法律制度,如信托法等。在这些单行法中,我们有把握纳入民法典的只是合同法、担保法、继承法和不动产物权法。争议较大的则是婚姻家庭法。历史上大陆法系民法典均包含亲属编,这是因为民法所调整的市民社会关系包括两大类物质生活:一类是人类为了满足自身生存物质需要的经济关系;另一类是人类为了使自身能得到延续的婚姻家庭关系。这两类关系均属于民法所调整的平等主体之间的关系。前苏联十月革命胜利后,首次将婚姻家庭关系和劳动关系排除在民法典之外,另立家庭婚姻监护法典和劳动法典,其主要理由是这两种关系不属于商品关系范畴。1923年的苏俄民法典是以刚刚开始的新经济政策为其调整范围的理论基础。我国建国后一直采取前苏联的立法模式。20世纪80年代初第三次起草民法典时,其立法宗旨和草案内容均将婚姻家庭关系列为亲属编。1986年的民法通则回避了这一争论,只是在“人身权”的一节中规定了婚姻自主权及婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。因此,在起草新民法典时,似应按各国民法典之通例,将这部分关系纳入民法典之中,以避免造成这样一种误解:似乎我国民法只调整平等主体之间的商品交换关系。至于其他一些单行法仍应保留其单行法形式,不应当把它们纳入作为基本法的民法典之中,以免形成“大一统”民法典所造成的庞杂、混乱,缺乏基本法的科学性。

二、关于外国法的借鉴与吸收

英美法是以判例法为其存在土壤的,我国既然采取民法典这种大陆法模式的立法体例而不采取“法官造法”的判例法形式,也就从根本上失去了采取英美法的可能;但是,我们要立的是一部21世纪的民法典,它必须包容各国民事立法的有益经验,这样,吸收一些英美法的先进制度、规则不仅可能,而且必要。因此,如何在大陆法系的法典中吸收英美法系的成功经验就是一个亟待研究和解决

的问题。

从世界趋势来看,大陆法和英美法不是水火不相容。在一些国际统一法律文件中,不乏成功地把二者融合在一起的先例。例如,国际私法统一协会制订的“国际商事合同通则”就把大陆法和英美法中有关合同的法律规范,以取长补短的办法结合了起来。我们也不否认,二战后一些国家和地区,尤其是东亚一些国家和地区,在民法,尤其是商法方面受到了英美法越来越多的影响,如日本、韩国和中国台湾。

从我们国家情况来看,我们在市场经济的立法中越来越多地考虑香港的因素和英美法中的积极东西,在制订统一合同法的过程中很充分地说明了这一点。自改革开放以来,研究法律的高层次专门人才到国外去学习的,也以美国居多,从学者专家所持的立论来看,英美法也有越来越超过大陆法的趋势。甚至有一些学者主张在民商立法中应抛弃大陆法的模式而改采用英美法模式,并不限于仅仅采用某些个别英美法制度。如果说,1986年制订民法通则时的争论是民法和经济法之争的话,那么,今天制订民法典时,这种争论意义已经不大了,或者没有多大争论了。今天制订民法典的主要争论可能是,在多大程度上采用英美法模式和如何采用英美法模式之争。一句话,是大陆法和英美法之争。

民法通则在考虑担保的法律属性时,没有按严格的大陆法理论体系,把物的担保放在物权中,把人的担保(保证)放在债权(保证合同)中,而是统一放在债的担保部分内,就颇具英美法的特点:重实用、方便,而不重理论。我国担保法的出台继续采取这一格局,并把美国《动产担保交易法》的一些作法吸收进来,如扩大实行不转移占有的动产抵押制度。中国台湾的作法是在大陆法的原有物的担保和人的担保严格划分的基础上,又另外通过一部完全仿效美国的单行法——《动产担保交易法》。我们在制订民法典时又将如何呢?是继续保留担保法作为单行法呢?还是依民法通则模式统一作为债的担保形式呢?或是依传统大陆法模式分解为物的担保和人的担保呢?或是像中国台湾那样,既保留大陆法的法典传统模式,又辅以完全英美法模式的单行法呢?这是一个需要认真解决的问题。

再一个例子就是代理制度。代理制度也是引起大陆法和英美法冲突的一个重要领域。民法通则中的代理是严格意义上的大陆法代理概念,必须是“以被代理人名义”,或称直接代理。而英美法的代理概念则更加广泛,除直接代理外,还包括“以代理人自己名义”的间接代理。民法通则施行后的十多年来,代理概念有不断扩大的趋势。现今外贸代理以及正在试行的内贸代理制,已经不是原有代

理概念所能包容的。在制订统一合同法过程中有人主张以英美法的代理合同代替大陆法的委托合同、行纪合同、居间合同。有关部门正在制订《经纪人法》，都是试图以英美法的制度来突破现有的大陆法框框。但如何才能有效突破而又不引起法律上的矛盾，实在是一个很需要从理论深度去解决的问题。现在，人们对于英美法中的经纪（Brokerage）和大陆法中的居间究竟是什么关系，其内容有多少重合之处都还没有弄清楚，这边在制订包括委任、行纪、居间的合同法，那边又在制订《经纪人法》，只能造成大陆法和英美法的混乱，而不是和谐统一！

当然，大陆法和英美法的关系远不止上述的担保和代理两例。

三、关于公法与私法的界定

将要制订的民法典是作为一部完整的私法形式出现，这是不会有什么争议的。但是，公法与私法在法律中如何界定就远比它在法学原理上如何划分要难得多了。现今的世界恐怕难以找到一部不掺入一点公权力的民法典，监护和代理可以由法院或其他公权力单位设定，法人资格需要公权力机构的核准登记，物权设定或变动需要公权力机构的登记才能有对抗力，甚至某些合同需要经过批准才有效。但这绝不改变民法典的私法性质。

在以调整平等主体关系为主的单行法律中，有关行政权力的管理性规则越来越多了，但它仍不失为一部私法性质的法律。例如，商标管理在今天显得越来越重要，但是，我们必须非常明确而坚定地说，商标管理的全部目的就在于保障商标专有权人的权利不受侵犯，只此而已。绝不能把商标管理等同于枪支管理。不了解这一点，就会混淆两种不同性质的管理。在这样一些法律中，公权力是以保障私权利为其目的的。

还有一些法律则是明显地把私法性质的法律和公法性质的法律硬性揉合在一起，最典型的莫过于信托法。日本学者曾极力主张按一些国家模式分为两个法制订：信托法和信托业法。前者为私法，全面调整平等主体之间的信托权利义务关系；后者为公法，体现国家对信托作为金融的一个部门进行的管理和监督。我们因为立法规划已经确定，也不好任意更改，再加之公法私法之分长期属于禁区，故二者就硬性揉合在一个法中了。这样，在理解我国信托法的性质时就不能单纯以私法对待。类似的还有证券法、期货法、保险法以及铁路法等。可以说，公法和私法的划分是一回事，而在一部法律中既有公法又有私法则是另一回事。但我