

Private Law Review



第2辑 第2卷

(总第4卷)

易继明 主编

北京大学出版社

私 法

第2辑·第2卷/总第4卷

Private Law Review

Vol.2 No.2

主 编 易继明

副主编 李红海

本卷编辑部成员 (按姓氏拼音顺序排列)

邓建鹏 杜 颖 李红海 林瑞珠

罗胜华 杨素娟 易继明 张 娟

北京大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

私法.第2辑.第2卷/易继明主编.一北京:北京大学出版社,2003.8
ISBN 7-301-06442-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(2003)第 062765 号

书 名:私法

著作责任者:易继明 主编

责任编辑:邹记东

标准书号:ISBN 7-301-06442-X/D·0763

出版发行: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:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱:zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者:北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者:北京中科印刷有限公司

经 销 者:新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 23.25印张 318千字

2003年8月第1版 2003年8月第1次印刷

定 价:34.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

《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 (中国人民大学法学院教授)

谢怀栻教授序

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、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

王利明教授序

《私法》杂志的主编易继明博士请我为他的刊物作序,我感到非常高兴。

公法、私法之分肇始于罗马法时代。此后,在欧洲漫长的历史长河中,私法不仅吸收了教会法、各地习惯法等营养,而且借助于资本主义经济和思想文化的蓬勃发展,逐渐形成了一种内涵丰富、影响深远的私法传统以及私法文化。这种私法传统和私法文化,一方面为西方文明的产生、发展和繁荣提供了思想动力和制度保障;而另一方面,西方文明的兴盛也为私法制度和私法精神的完善、深化与发展提供了原动力和物质基础。因此,可以说,私法传统和私法文化是欧洲资本主义发展的重要元素之一。

众所周知,私法传统在我们国家一直未能形成与发达,其中的原因较为复杂,既有经济方面的原因(比如资本主义生产方式在我国迟迟不能发展),也有社会文化方面的原因(比如儒家的道德规范对整个中华文明的影响)。在我看来,私法传统对于一个民族来说非常重要。它不仅影响到法律制度及其法律文化,而且对于一个民族的制度选择、思维习惯、行为方式等等也产生着广泛而深远的影响。现阶段,我国正在致力于社会主义市场经济建设和民主法制建设,努力实现中华民族的伟大复兴,在这个过程中,加强民商立法、弘扬民法精神、培育私法文化对于我们实现这一伟大目标将发挥着举足轻重的作用。

加强民商立法,在当前主要是制订民法典。我国民法典的制订自 20 世纪 50 年代初期以来,曾为无数的学者所呼吁和企盼。迄今为止,我国几个重要的法律部门如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法都已制订了较为系统完备的法律。它们尽管在名称上未被称为法典,但实际上已具备了法典的特点和功能。然而,民法典至今仍未出台,许多学者曾呼吁,在刑法典的修改工作完成以后,民法典的起草工作应尽快地提上议事日程。我认为民法

典的制订的必要性并不仅仅在于法律工作者的热烈企盼,而主要在于我国经济和社会发展的迫切需要。民法典的制订,正是实行依法治国战略,完善社会主义市场经济的法律体系的重要标志。通过制订民法典,全面地将公民法人的民事权利法定化、明确化,充分保护其合法权益,并使人民法院审理民事、经济案件有法可依、有章可循。通过制订民法典,可以为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则,使其明确自由行为的范围,逾越法定范围的后果和责任,从而对其行为后果便有合理预期,这就能从制度保障市场经济的良性运转,从而有利于市场经济秩序的建立。通过制订民法典,还能够弘扬人格独立、人格平等、契约自由、责任自负等理性的精神,这些都是建立法制社会所必须的。

随着我国《合同法》的制订颁行,市场经济合同活动的规则由以前纷繁、复杂、冲突与落后的状态走向统一和谐与完善。作为民法典重要组成部分的《合同法》的出台,是我国民法典制订工作的一个重要步骤。在《合同法》制订以后,如何加快民法典其他部分的制订步伐呢?考虑到我国民法典不太可能采取“一步到位式”的法典编纂方法,而只能采用分段制订最后通过汇编整理修订的方式来完成。因此,我们目前应该着重考虑民法典体系的总体设计,我认为我国民法典总体上应采用大陆法系的民法典体系,同时应采用潘得克顿(德国式)式的模式。既要有总则,又要明确区分债权与物权。但传统的大陆法系民法典体系具有的几个缺陷应加以克服。首先,在传统民法典的体系中缺乏独立的人格权制度。而人格权制度既无法在总则的“民事主体制度”中做出规定,也不能在侵权法中规定。因此,人格权制度应该独立成编,并置于分则之首。其次,传统大陆法系的民法根据债的发生原因,将侵权行为法仅仅作为债法的组成部分,这种模式强调了侵权行为制度与债法其他制度的共性,却忽略了侵权制度所具有的更强的个性。而且由于许多债权总论中的许多规则无法适用于侵权制度,从而造成了债法体系的不和谐。同时,将侵权法放在债法之中也限制了极为复杂的侵权制度的发展。因此,我认为侵权法应该从债法中分离出来,作为民法分则中的一个独立制度。侵权法与债法的分离,并不意味着债法制

度的消亡,债法的基本规则仍将与合同法及其他债法制度(如无因管理、不当得利)共同组成“债与合同法制度”,放在侵权制度之前。

在民法典体系确立之后,我们需要分阶段、分步骤,根据社会生活的实际需要程度展开民法典的制订工作。我认为,当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制订工作。作为调整人对生产资料、生活资料的支配与使用的重要法律制度,物权法是市场经济最基本的法律规则。如果缺少了一个系统合理的物权法律制度,市场经济所需要的法律体系和规则便难以真正建立和完善。在制订物权法的同时,需要加紧修改《婚姻法》、《继承法》及知识产权法的工作。第二项工作就是,制订完善的侵权行为法与人格权法。目前对人格权和侵权责任加以规定的主要法律就是《民法通则》,但《民法通则》的规定过于简略,远远不能适应社会生活与司法实践的要求。因此,应当制订一部完善的侵权行为法与人格权法。与此同时,应该加紧对民法总则的修订工作。鉴于《民法通则》主要是关于民法总则内容的规定,因此可以在《民法通则》的基础上完善民法总则内容的修订工作。

迈向新世纪的中国,需要一部民法典。由于我国市场经济体系的建立为民法典的制订奠定了经济基础,我国司法实践中已为民法典的制订工作积累了丰富的实践经验,广大民法学者也做了大量的理论准备,因此颁行一部体系完整、内容充实、符合中国国情的民法典,是完全可行的,并将为我国在 21 世纪经济的腾飞、文化的昌明、国家的长治久安提供强有力的保障。我们有充分的理由相信,一部有中国特色的、先进的、体系完整的民法典的问世在不远的将来,将成为现实。如果说 19 世纪初的法国民法典和 20 世纪初的德国民法典的问世,成为世界民法发展史上的重要成果,则 21 世纪初中国民法典的出台,必将在民法发展史上留下光辉的篇章。

由于历史及文化的原因,我国的私法传统过于薄弱,学界对其重视和研究尚不够。为此,我们需要大力弘扬民法精神、培育私法文化。这种精神和文化的培育和发扬,需要一大批人持久而踏实的努力。今天,一批青年学者能够通过出版严肃的学术刊物的形式,来弘扬和发展这种传统和精神,确实是难能可贵的。我想,他们应该得到所有法学界人士、甚至是整个

社会的支持和认同,因为这不仅是为我们法学界的学术研究做贡献,同时也是在为我们这个社会、为我们的民族做贡献。

祝愿《私法》杂志越办越好,也祝愿我国私法研究日益繁荣与昌明。

王利明
2002年6月

目 录

谢怀栻教授序 (1)

王利明教授序 (2)

[专题研究:民法法典化]

是制订“物权法”还是制订“财产法”?

——郑成思教授的建议引发的思考 梁慧星 (1)

[论文]

论法律行为概念的缘起与法学方法 谢鸿飞 (55)

基因隐私权研究 罗胜华 (101)

[评论]

近代中国民法学中的人格理论 俞 江 (153)

股东派生诉讼

——基于一个典型案例的深入分析 王 元 (182)

由“买者自慎”原则的发展谈美国合同法的

缔约前披露义务 张鸣飞 (258)

再生利用与竞争政策

——以再生利用指针为中心 [日] 泽田克己 (300)

[案例研究]

合同的解释与国际惯例

——中国粮食贸易公司诉金光油籽(宁波)有限公司

委托合同纠纷案二审判决之理论基础 刘春梅 (322)

[编辑札记]

给《私法》编辑部的一封信 马俊驹 (341)

离天堂最近的人

——《私法》编辑前后 易继明 (342)

Contents

Preface by Professor Xie Huaishi (1)

Preface by Professor Wang Liming (2)

Special topic: codification of the civil law

“Law of right in rem” or “law of property”?

——reflection on Professor Zheng Chengsi’s advice

on our civil code by Liang Huixing (1)

Articles

On the reason why we have the conception of juristic act

and the methodology in legal study by Xie Hongfei (55)

Study on the privacy of genetic right by Luo Shenghua (101)

Essays

Theories of personality in the civil law study in China

in the first part of the 20th century by Yu Jiang (153)

Shareholder’s derivative action

——An analysis in detail on a typical case by Wang Yuan (182)

On the pre-contractual duty of disclosure in American law

——From the development of the rule of

“caveat emptor” by Zhang Mingfei (258)

Recycling use and the policy of competition

——Focusing on the recycling use

..... by [Japanese] Katsumi Sawada (300)

Case study

Contract Interpretation and international usages

- The theoretical basement of the judgement in the appeal
of the case China Agricultural Product Commercial
Corporation v. Jinguang (Ningbo) Corporation
Ltd by Liu Chunmei (322)

Note of the editors

A letter to the committee of the Private

- Law Review by Professor Ma Junju (341)

Those who are nearest to the paradise

- Something about the publication of the Private
Law Review by Yi Jiming (342)

是制订“物权法”还是制订“财产法”？

——郑成思教授的建议引发的思考

梁慧星*

内容提要：民法法典化过程中是制订“物权法”还是“财产法”的问题，郑成思教授刊发了三篇文章论述。针对郑成思教授的有关论述，文章进行了相反的论证和批判，提出以下的观点：（一）我国民法学者一直以民法是调整人与人之间的关系为认识基础，并未认为民法是调节人与物的关系的观点；（二）在物权的本质问题上，我国大陆民法学者没有认为它是一种人对物的关系；（三）国外民法典立法成例有三编制、四编制、五编制、六编制、七编制、九编制和十编制等，远非仅有法国民法典的三编制，将民法典归纳为三个部分（即人、财产权和债权）也并非更加合理和科学；（四）财产、财产权和财产法的概念有广义和狭义两种理解和区分，债权可以属于广义上的财产权；（五）法国民法典和德国民法典的制订取决于各自的法律传统和学术背景，与历史唯物主义无关；（六）法国民法典没有采用物权概念是受到当时法学发展程度的限制，现在的法国民法理论已广泛采纳物权概念和体系；（七）人类社会的生活以有形财产为基础，但也并不排除无形财产在当今社会中发挥越来越重要的作用，正在制订中的物权法并不是旨在制订一部调整一切财产关系的基本法，而只是以调整有形财产归属关系为主的基本法律。

关键词：郑成思 物权法 财产法 立法模式 批判

* 作者简介：梁慧星，男，中国社会科学院法学研究所研究员。

Abstract: Professor Zheng Chengsi wrote three articles on whether law of right in rem or law of property is necessary to our civil code in the meantime. Now this article from Professor Liang Huixing expresses some different ideas on the same topic. It says, firstly, our civil law scholars have kept the idea that civil law is just concerning the relationship between person and person while not between person and rem all the time; secondly, the essence of the law of right in rem is a kind of relationship between person and person, and nobody holds the different idea; thirdly, civil codes in different foreign countries have different frame while not just the three-chapter system in the France Civil Code, of which we don't think it's more reasonable; fourthly, we can understand the following three phrase, estate, property and law of property, from two different perspective and right in person can be catalogued as a kind of property from a macro-perspective; fifthly, the codification of the France civil law and the German civil law depend on their own different legal tradition and the different background of their own legal science; sixthly, we owes the absence of the conception of right in rem in the France Civil Code to the development of the legal science at that time and now this conception is widely accepted by France civil law scholars; seventhly, the life of we the human beings mainly depends on corporate things, but it does not necessarily excludes the role the incorporate things play today. Additionally, this latter role becomes more and more important. The law of right in rem now in preparing is not intended to cover everything we are just talking about, corporate or incorporate, but to consider corporate things only.

Key Words: Zheng Chengsi law of right in rem law of property the frame of the code criticize

引言

2001年6月、7月、9月,中国社会科学院《要报》接连刊载中国社会科学院法学研究所郑成思教授的三篇文章,建议不制订物权法而制订财产法,并对中国民法学界进行了尖锐的批评。

中国社会科学院《要报》是一份专供中央高层领导阅读的机密内刊。郑成思教授选择该刊而不是选择一般学术刊物连续发表此三篇文章,一下子就将此事关民事立法、事关民法学术的重大问题,提交国家最高领导层,寄希望于最高领导层的权威以解决问题,而有意回避学术争论。

鉴于郑成思教授的建议事关国家民事立法走向,同时涉及民法学术上的重要理论,如民法调整对象、物权的本质、民法典的结构体例和对“物”、“物权”、“财产权”等基本概念的理解,以及如何看待包括网络技术在内的高科技和知识产权等等,毋庸置疑,也关系到整个中国内地民法学界的声誉,因此笔者经犹豫再三之后,决定撰写本文,与郑成思教授商榷。

为便于读者对郑成思教授的建议和批评有充分了解,特将郑成思教授的三篇文章(第一篇是原文,第二、三两篇是摘要),置于本文正文之前。

郑成思教授的第一篇文章:

关于制订“财产法”而不是“物权法”的建议(本文中简称《建议一》)

一、无论在物权法中还是在将来的民法总则中,使用“物权法”还是使用“财产法”,有必要认真研究。

关于使用“财产法”的建议,是我在1997年读到同样是从计划经济向市场经济转轨的越南所起草的《民法典》时,受到启发而提出的。由于我国多数民法学者的基本概念来自台湾地区、日本、德国等使用“物权”概念的民法中,故至今我的建议不被我国民法界接受,但我仍旧希望立法机关能够认真研究一下这个问题。

二、法律乃至整个社会科学领域应当过问的是人与人的关系,不是人

与物的关系。“物权法”开宗明义就须界定什么是“物”。这是与我国民法学者们在他们的“民法总论”中大都认为“民法调节人与人、人与物、两个人与第三人这三种关系”有关的。而认为民法调节人与物的关系的论点,我认为并不正确。我们可以从马克思在《哥达纲领批判》中第一段的论述中推断出的,诸如阳光、风力乃至雷电等等,都是“物”,其中有些甚至可以是“财富”,但它们显然并不属于法律规范的对象。即使真如一些民法学者所说“物权法是调整财产归属的”(而不可能调整上述物的归属),那么称“财产法”而不称“物权法”就更加合理一些,也是显而易见的。

民法典的始祖,法国民法典并不使用“物权”。20世纪90年代两个曾经与我国制度相同的国家俄罗斯与越南新制订的民法典,也不使用“物权”(俄罗斯的民法典中提到物权,越南则根本不提)。

自19世纪中叶以来,即使不赞成马克思主义理论的西方法学家,也有相当一部分赞同并转述着马克思主义理论中的这样一个观点:“财产”不过是指人与人之间的一种关系。这种观点,直到20世纪末叶,仍旧被西方学者转述着。例如,在德莱豪斯的《知识产权哲学》一书的开始,我们就可以读到下面一段在马列著作中屡见不鲜的论述:“把财产看做物,而不看做人 与人的某种关系,即使不是完全错误的,也至少是毫无意义的。”

但是,财产(无论动产还是不动产)一般会首先表现为某种“物”。因此,在马克思主义出现之前,财产往往被看做是人与物之间的关系,甚至是物与物之间的关系。

三、我国由于大致从改革开放的20世纪70年代末才真正允许对财产法的研究,现在民法中财产权理论几无基础。一些作为教材的论著把财产法所规范的关系(至少其中一部分关系)归纳为“人与物之间的关系”。他们忘记了:只有自然科学才可能研究人与物的关系。在社会科学中,在法学中,在法学的民法项下的财产法中,当我们讲到某物归某人所有时,我们讲的实质是该人同其他一切人的一种关系。这是人与人的关系,法律要规范的正是这种关系,而决不会去规范人与物的关系。当我们讲到某甲欠了一百元债,在财产法中也决不能停留在甲与这一百元的关系上。任何律师