

Private Law Review



第4辑 第1卷

(总第7卷)

易继明 主编

北京大学出版社

中国社会科学院法学研究所私法研究中心主办
中国·香港连慧仪律师事务所协办

私 法

第4辑·第1卷/总第7卷

Private Law Review

Vol.4 No.1

主 编 易继明

副主编 滕 锐

本卷编辑部成员 (按姓氏拼音顺序排列)

邓建鹏 杜 颖 李 扬 李红海

林瑞珠 罗胜华 滕 锐 王海燕

杨 燕 杨素娟 易继明 云建芳

北京大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

私法.第4辑.第1卷/易继明主编. —北京:北京大学出版社,2004.6
ISBN 7-301-07469-7

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(2004)第 047591 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 7-301-07469-7/D·0891

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 25.75 印张 388 千字

2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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)

谢怀拭教授序

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。

正因为如此，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，一直没有得到充分的阐述和研究。可是，在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。

谢怀拭

2001 年 4 月

王利明教授序

《私法》的主编易继明博士请我为他的出版物作序,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,在当前主要是制定民法典。我国民法典的制定自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、民事诉讼法都已制定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。我认为民法典的制定的必要性并不仅仅在于法律工作者的企盼,而主要在于我国经济和社会发展的迫切需要。民法典的制定,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。通过制定民法典,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。通过制定民法典,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,这就能从制度上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。通过制定民法典,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》的制定颁行,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,是我国民法典制定工作的一个重要步骤。在《合同法》制定以后,如何加快民法典其他部分的制定步伐呢?考虑到我国民法典不太可能采取“一步到位式”的民法典编纂方法,而只能采用分段制定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定工作。我认为,当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制定工作。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。在制定物权法的同时,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,制定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,应当有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定奠定了经济基础,我国的司法实践已为民法典的制定积累了丰富的经验,广大民法学者也为民法典的制定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,它将为我国在 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会成为现实。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,那么,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出版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》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

梁慧星教授序

私法和公法的划分,是大陆法系区别于英美法系的重要特征之一。作为公法的对称,私法是市民社会的基本法,它调整市民社会中一切私人性质的人身关系和财产关系,在一国法律体系中居于重要的基础性地位。通过物权界定资源归属,通过契约实现资源流动,通过侵权责任救济受到损害的社会关系,通过亲属和继承给个人以家庭的温情与扶助,这些形成了大陆法国家对社会进行治理的基本模式。这种通过私法来实现社会治理的模式,可以有效地将国家权力排除在私人生活之外,实行私人生活的非政治化和非意识形态化,从而实现私人生活的自由、平等与博爱,这是对人的一种终极关怀。

私法在大陆法国家法律体系中具有核心地位,也决定了私法制度、私法理论与私法文化的研究在大陆法国家的法学研究中占有举足轻重的地位。众所周知,在我国,由于历史文化方面的原因,私法一直没有得到很好的发展。清末改制后引进欧陆民法,形成了大陆法传统。但其后民国法统被废除,转而实行高度集中的计划经济,根本谈不上有什么真正意义上的“私法”,甚至对“私人”性质的东西都畏如蛇蝎。《私法》的创办,弥补了中国没有以“私法”命名出版物的缺憾,倡导了一种“私的”精神和理念,也为国际民商法苑增添了一道中国的风景线。

近些年来,法学教育、法学研究逐渐呈现出欣欣向荣的景象,这是一件值得我们欢欣鼓舞的事情。然而,相对中国社会转型的发展方向而言,我们的法学研究和民事立法仍然也有些不成熟的表现。早年《民法通则》的制定,就曾遭到一些经济法学学者们的反对,嗣后又有民法与经济法长达数年的论战,不仅民法经济法学学者悉数卷入,许多法理、宪法和行政法学者也被潮流所挟,所发表文章数量之巨,所耗费的人力、物力,难以计数。实际上,以今天将私法作为市民社会基本法的观点来看,这些都是一些无谓的争论。私法本身包含了所有与建构市民社会有关的“私人性”的法律,具有其自身的一般价值和完整体系,是可以作为一个整体的理论而存在的。而且,这种理论也并不排斥具有一些“社会性质”但以“私的”价值为追求目标的成分(如反垄断法和反不正当竞争法)。

《私法》倡导将私法作为一个整体的学问进行整合性研究,特别重视私法基本理论,因此,它是一个非常具有创见、有理论品位的学术出版物。事实上,现在提交到全国人大常委会审议的民法草案出现了一些立法随意性倾向,正是缺乏私法一般理论研究,特别是缺乏将私法作为一个整体进行研究的结果。没有对私法制度、私法理论与私法精神的统摄性研究,就很难保证民法典有一个完备的体系,民法也就会失去作为市民社会一般法所应当具有的包容性,也很容易使我们在制定中国民法典的过程中迷失方向。

在这个意义上,我欣喜地关注着《私法》的诞生与成长,希望《私法》能一如既往地奉行严格的学术标准和严谨的学术规范,为中国法学的发展留下一笔厚重的财富。

梁慧星

2003年4月

目 录

谢怀栻教授序	(1)
王利明教授序	(3)
梁慧星教授序	(7)

[专题研究：民法法典化]

是制定“物权法”还是制定“财产法”？

几点事实的澄清及我的总看法	郑成思 (1)
关于制定“财产法”而不是“物权法”的建议	郑成思 (3)
再谈应当制定“财产法”而不是制定“物权法”	郑成思 薛 虹 (7)
法国民法典中的“财产权”概念与我国立法的选择	郑成思 黄 晖 (11)
关于法律用语、法律名称的建议	郑成思 (16)

[论文]

奎里蒂法研究	徐国栋 (18)
英美过失侵权行为法中的因果关系论	
——兼论对我国侵权法上因果关系认定的启示	胡伟强 (69)
法国抵押权和优先权的公示制度研究	于海涌 (162)

[评论]

论医生对患者基因隐私的保密与披露义务	王 迁 (227)
论大型公众公司董事的责任	
——兼评近期发生的追究董事责任的案例	〔日〕和田宗久 (273)

美国的公司治理与购并

——20 世纪 80—90 年代历史之解读

..... [美] Bengt Holmstrom, Steven N. Kaplan (326)

日本消费者合同法综述 于 敏 (356)

[编后记]

苦乐之间 易继明 (382)

Contents

Preface	by Xie Huaishi (1)
Preface	by Wang Liming (3)
Preface	by Liang Huixing (7)

Monograph: Codification of Civil Law

Real Right Law or Property Law?

To Make Light upon Several Points of Fact and Present

My General View by Zheng Chengsi (1)

The Advice on Making Property Law Not Real Right Law

..... by Zheng Chengsi (3)

Further Reflections on What We Should Make Is Property Law Not

Real Right Law by Zheng Chengsi & Xue Hong (7)

Property Concept in Civil Code of France and the Choice for

China Legislation by Zheng Chengsi & Huang Hui (11)

The Advice on Legislation Language and the Title of the Code

..... by Zheng Chengsi (16)

Articles

A Study on Quiritium Law by Xu Guodong (18)

On the Causation Theory of Negligence in Anglo-American Tort Law

——The Reference in Recognizing Causation

in China's Tort Law by Hu Weiqiang (69)

On the Publication of Priority and Mortgage in Civil Code of France

..... by Yu Haiyong (162)

Essays

On the Physician's Duty to Keep Confidential and to Disclose

Patients' Genetic Information by Wang Qian (227)

On the Directors' Liability in Large Public Company

——Commenting on the Recently Happened Cases

Inquiring Directors' Liability by Wada Munehisa (273)

Corporate Governance and Merger Activity in the U. S. :

Making Sense of the 1980s and 1990s

..... by Bengt Holmstrom & Steven N. Kaplan (326)

A Comprehensive Study on Japanese Consumer's Contract Law

..... by Yu Min (356)

Afterword

Hardships and Happiness by Yi Jiming (382)

是制定“物权法”还是制定“财产法”?

几点事实的澄清及我的总看法

郑成思^{**}

1. 我在2001年通过社科院要报三次提过对物权法的异议是实。但其中的内容在那之前已经全部在学术报刊及出版物上公开过,并早已引起过讨论。因此,如果说“不付诸学术讨论而一下子就提到中央要求裁决”、“回避学术问题”等等,似乎歪曲了事实。读者可参看《知识产权论》第一章(此书由法律出版社1998年出版、2001年1月再版,已经销售逾万,决不属于“高度机密”)、《知识产权》杂志(中国知识产权研究会主办)1997年第5期、全国人大法工委出版物(非机密)1997法民工字(22)号、《中国专利与商标》杂志(香港出版)1998年第1期、《河南政法干部管理学院学报》杂志1998年第2期、全国人大法工委《法制参考资料》(未注明机密)1998年第72期、吉林大学《法制与社会发展》杂志1999年第1期刘士国同志的文章,等等。

2. 与我讨论“财产权”或“物权”的其他社科院法学所学者,也有在同一要报上建议“中国为何应当制定物权法而不是财产法”的。我并不认为这就是“提到中央要求裁决”。我认为这是非常正常的讨论,是把自己长篇观点缩成短篇,以

* 编者按:在我国民事立法过程中,是制定“物权法”还是制定“财产法”?这是一个引起民法学界争议的问题。《私法》第2辑第2卷/总第4卷曾经刊载梁慧星教授文章《是制定“物权法”还是制定“财产法”?——郑成思教授的建议引发的思考》。这里就此论争主题,特别刊发郑成思教授、薛虹副教授和黄晖博士的文章,希望能够更加清晰地展现论争各方的主要论点,并引发学术界更为深入的探讨。

** 作者简介:郑成思,男,中国社会科学院法学研究所研究员。

使决策者有可能了解学界意见的正常途径。社科院院所两级一向鼓励科研人员这样做。无论这样做可能还会再激怒谁,正常的科研人员们也仍旧将继续做下去。

3. 我谈到“民法界有人把人与物的关系作为法律调整的关系”决不是无中生有。但我谈问题从来只对问题不对人,因此本不打算提及具体人。如果有人一定要我对“不是无中生有”举证,那么就请参看《民法总论》(梁慧星著,法律出版社1996年第1版和2001年5月第2版)第7页:

民法所设想的社会关系如下:

.....

第二,甲、乙与各自的所有物之间的关系;

.....

4. 立法最后采用哪一个用语都可以,关键是要把问题讨论清楚。如果不允许讨论问题,或者只允许按照某个人同意的方式讨论问题,否则就是大逆不道,那样的话,学术是不可能提高的。从有的极为愤怒者的长篇大论看,其中有些问题仍旧没有搞清楚。而真正想弄清问题,要靠事实、靠不过时的资料的占有和冷静的分析。离开了这些,即使再多用几百个“!”,也只能使读者停留在“?”上。

关于制定“财产法”而不是“物权法”的建议

郑成思

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”,都有必要认真研究

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我国台湾地区、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,这也是显而易见的。

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——俄罗斯与越南的新制定民法典,也不使用“物权”(俄罗斯民法典中提到物权,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