



私法

Private
Law
Review

第11辑·第1卷
(总第21卷)

易继明/主编



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

武汉 2014

私 法

PRIVATE LAW REVIEW

Vol. 11 No. 1

第 11 辑 · 第 1 卷(总第 21 卷)

华中科技大学出版社

武汉 · 2013

图书在版编目(CIP)数据

私法 第11辑·第1卷(总第21卷)/易继明 主编. —武汉: 华中科技大学出版社, 2013. 12
ISBN 978-7-5609-9610-3

I. ①私… II. ①易… III. ①私法-研究-丛刊 IV. ①D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 002531 号

私法 第11辑·第1卷(总第21卷)

易继明 主编



责任编辑: 殷 茜

封面设计: 潘 群

责任校对: 李 琴

责任监印: 张正林

出版发行: 华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编: 430074 电话: (027)81321915

录 排: 华中科技大学惠友文印中心

印 刷: 湖北恒泰印务有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 21.5

字 数: 487 千字

版 次: 2013 年 12 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 48.00 元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

主 编 易继明

副 主 编 杨 帆

《私法》编辑委员会（按姓氏拼音顺序排列）

邓建鹏	杜 颖	李红海	李 扬
林瑞珠	刘承勰	罗胜华	梅夏英
王 迁	杨 帆	易继明	尹 飞
周 琼			

本卷责任编辑 初 萌



《私法》学术顾问委员会 (按姓氏拼音顺序排列)

陈小君(中南财经政法大学教授)
崔建远(清华大学教授)
方流芳(中国政法大学教授)
房绍坤(烟台大学教授)
黄 进(中国政法大学教授)
郭明瑞(山东大学教授)
江 平(中国政法大学教授)
梁慧星(中国社会科学院研究员)
刘剑文(北京大学教授)
刘凯湘(北京大学教授)
罗玉中(北京大学教授)
马俊驹(清华大学教授)
钱明星(北京大学教授)
覃有土(中南财经政法大学教授)
孙宪忠(中国社会科学院研究员)
王保树(清华大学教授)
王利明(中国人民大学教授)
王卫国(中国政法大学教授)
魏振瀛(北京大学教授)
吴汉东(中南财经政法大学教授)
吴志攀(北京大学教授)
徐国栋(厦门大学教授)
杨立新(中国人民大学教授)
尹 田(北京大学教授)
张新宝(中国人民大学教授)
赵万一(西南政法大学教授)

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经济的发展。

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》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需的。

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式(德国式)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”中作出规定,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。

迈进新世纪的中国,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,我国司法实践已为民法典的制定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，来弘扬和发展这种精神和文化，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作贡献，同时也是在为我们这个社会、为我们的民族作贡献。

祝愿《私法》系列出版物越办越好，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,是一个非常有创见、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,也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

〔专题研究：民法法典化〕

- 中国需要什么样的民法典 苏永钦/1
论民族主义与中国民法典 许中缘/19

〔论文〕

- 性别主流化与女性人身安全保障
——从台湾经验出发 陈惠馨/41
论潜在损害的诉讼时效 谢鸿飞/69
财产、合同及证明：财产权法定问题与权利的可分性
..... Henny B. Hansmann, Erinier H. Kraakman 著 李飞 译/87
论我国最后贷款人制度的法律完善
——兼谈中国人民银行的核心角色 常健/129
我国民事审级制度的历史考察与反思 傅郁林/153

〔评论〕

- 违反公共政策的合同：一个法律经济学分析
..... Michael Chu 著 叶火杰 译/177
英美侵权法中的因果关系
——法律传统和法律政策视角下的考察 张新宝 张小义/195
探求紧急避险的法理理由
——道德可谴责性、经济效益和社会公平 徐爱国/229
德国专家责任的建构
——以保护纯经济上损失的交易安全义务为基础 李 昊/249
日本商标法对商标权效力的限制 李 扬/275
从制度演变看世界金融危机的诞生、演变与治理 许正中/293



〔编后记〕

论善政 易继明/319



Contents

Monograph: Codification of Civil Law

- What Kind of Civil Law Does China Need? by Su Yongqin(1)
Nationalism and the Chinese Civil Code by Xu Zhongyuan(19)

Articles

- Gender Mainstreaming and the Protection of Women's Personal Safety:
Beginning with the Experience in Taiwan by Chen Huixing(41)
On the Limitation of Action of the Latent Damage by Xie Hongfei(69)
Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the
Divisibility of Rights by Henry B. Hansmann, Erinier H. Kraakman(87)
On Legislation Perfecting of Lender of Last Resort System: Also on the Core Role of
the People's Bank of China by Chang Jian(129)
The Historical Insight and Reflection on Chinese Civil Trial System
..... by Fu Yulin(153)

Reviews

- A Law and Economics Look at Contracts Against Public Policy
..... by Michael Chu(177)
The Causality Theory Under The Common-Tort-Law: Based upon the Dual Perspectives
of Legal Traditions and Legal Policies
..... by Zhang Xinbao, Zhang Xiaoyi(195)
Jurisprudential Reasons of Necessity: Moral Blameworthiness, Economic Efficiency
and Social Justice by Xu Aiguo(229)
The Construction of German Expert Liability: Based on the Obligation of Protecting
the Pure Economic Loss by Li Hao(249)



The Restriction on Effectiveness of Trademark Right in Japanese

Trademark Law by Li Yang(275)

Looking the Birth, Evolution and Governance of World Financial Crisis

Through the Evolution of System by Xu Zhengzhong(293)

After Words

On Good Government by Yi Jiming(319)



中国需要什么样的民法典

苏永钦^{**}

尊敬的易院长,尊敬的各位老师、各位同学:

大家早上好!

很高兴今天有这样的一个机会来造访华中科技大学!我和易继明教授已经认识很久了,他用自己的远见和毅力办了一个非常好的出版物,让我非常受益,所以很高兴接受易院长的邀请来这边交流。刚刚参观了法学院,了解到这是一个非常年轻的法学院,有非常大的未来性,并且在这几年之间,培养了很多的专业人才。在这里我也想表达一种高度的佩服和祝福。

今天,我来作这样的一个报告,并且选择了这样一个看起来大得不着边际的话题。因为我认为,对于我这样的“外来人”,如果选择一个具体的问题反而显得更加不切实际。今天谈的这个问题,也是我自己在民法学习上的一些心得体会。在台湾,除了讲授民法以外,我也参与“民法”的修正工作。对民事财产法部分的修改是从“债法”开始的,修改了大概有20年,并且已经在10多年前完成;后来参加了“物权法”部分的修正。在讨论这些修正的时候,我们碰到很多像郑玉波老师一样的实务界的同行,所以收集到的问题,大都是一些实践中所遇到的问题,而民法学界的思考也是一样的。台湾民法学的一些讨论其实也是在一些框框里面进行的,而这个框框主要就是德国民法学所设立的一些议题。我常常在思考:可不可以换一个角度来思考?谈一谈“民法”后面的为什么、要不要?对很多台湾学者来讲,“民法典”已经存在了,所以不需要问为什么、要不要或者怎么样,需要做的就是弥补实践中的不足。然而,当我10年前接触到大陆的一些学者和文献的时候,我的震惊很大。这里的思考是直接去问为什么、要不要。的确,对于中国这样大的一个国家,存在各种不同的背景,而都在为了建立一个共同的新制度而努力。那么,民法典这样一个古老的产物,到底有没有用?它的哪些精神值得我们借鉴?我们究竟需要什么样的民法典?我非常好奇地参与了这样的一些讨论,并且与部分学者对话。在这个过程中,我感觉好像又打开了一扇通往民法学习的窗子。在大陆,我恰好参

* 本文原载《华中法律评论》总第5卷(2010年),有改动。

** 苏永钦,台湾政治大学讲座教授。



与了物权法的制定,我知道是从2002年开始,全国人大把民法典的立法计划公布了,不管是多匆促或者怎么样,至少议程设定将来要有一个民法典。在我看来,物权法就是民法典的一部分,还有即将出台的侵权责任法,也是在这个立法计划之下推动的。出我意料的是,在我2005年底回台湾以后,2006年物权法并没有如期出台。这里面可能会有一些争议,我也是有很大的好奇,通过一定的了解让我有了更多的认识,所以今天我的讲题就从这里开始。

这是一个很有意义的事件!即使推迟了一年,有一些损失,但是从整体上来讲,对中国民法典的未来制定是一个很有意义的过程。因为有人已经开始从宪法的角度来思考民法,探寻民法的空间和限制。这才是法治国家应该有的思路,因为民法不可能置身于整个国家的法律制度。这样的争论,其实内容、层次都不重要,因为争论本身就是一个进步的表现、一种合理的方式,而且是未来进行立法研究的主要方式,所以这是一个非常有教育价值的过程。从这里思考,我的报告分为两个部分:第一部分就从这个争议的背景来谈,从宪法给民法的空间和限制,来分析宪法到底允许和期待一个什么样的民法体系?第二部分,假如我的一些看法可以被接受,那么依循着民法的发展方向,我想尝试去探究,未来的我们应该拥有怎样的民法典?

民法不可能置身于宪法,这是法律体系的基础,因为任何一个国家的法律体系都不能够相互矛盾。所以我认为,这样一个调和的过程,是一个值得庆幸的过程。回到第一个问题,那么,宪法到底给了民法多大的空间?我们的宪法是1982年宪法,基本上还是建立在计划经济的体制上,从一个发布指令的计划经济转换到一个比较弹性的计划经济。虽然宪法里面已经有了市场经济的因素,但是那些都只是起到辅助的作用。因为主要的经营主体是国营企业和集体经济组织,平等主体能够介入的空间很小,所以那时的民法只是一种补充式的民法,补其不足而已。但是这个情况,在后面的几次修宪中有了很大的转变——开始提出社会主义市场经济的理念,并且对经济活动的主体也相应进行了一个典范式的改变,比如国有的企业和集体经济组织基本上都开始按照法律的规定去运作,由市场导向而不是行政导向。更重要的是,非公有经济快速兴起,在对国民经济的整体作用上已经开始超过国有经济和集体经济。而这样令全世界都惊讶的发展,恰恰是由宪法引导的,并且在经济体制中的配套资源分配和参与主体方面也都发生了相应的变化。这样的变化实际上是要放开市场,让更多的非公有的经济主体加入进来,让市场来承担大部分的资源分配问题。还有,1999年修宪所加入的依法治国,将法治和市场经济融合到一起。那么,国家必须要提供能够达到这样水平的市场经济机制,同时还需要大量的法律规范来满足这样的变化,所以如果还仅仅是156条的内容,是无法满足经济发展的要求的,也正是这样,就促成了关于民法典的讨论。再加上中国不断融入国际社会,也要求民法要达到一个较高的水平。因此,才有了1999年的合同法