

■ 王利明 / 著

Research on
Civil and Commercial Law

民商法 研究

第四辑

法 律 出 版 社



律

出

版

社

■王利明/著

民商法研究

Research on
Civil and Commercial Law

第四辑

图书在版编目(CIP)数据

民商法研究 第4辑/王利明著. —北京:法律出版社,
1998. 7

ISBN 7-5036-2458-2

I. 民… II. 王… III. ①民法-研究-文集②商法-研究-文集 IV. D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 10812 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/25.25 字数/630 千

版本/1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000 册

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2458-2/D·2075

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

17 世纪的自然法学家,被誉为“国际法之父”的胡果·格劳秀斯曾经说过:“对于一个学者而言,没有什么比研究法律更有价值!”此话被法学家们津津乐道,聊以自慰。然而,要享受这句话所带来的荣耀,又岂止是在书斋里殚精竭虑、皓首穷经所能达致。现代社会突飞猛进,日新月异,法治已成为维系社会进步、保障人民福祉、促进经济繁荣的关键所在。对于一个研究法律的学者而言,不仅要认识到法治在现代化进程中的极端重要性,更须意识到自己对中国法制现代化的建树所应扮演的角色。

我作为文革后第一批经高考入校的大学生,于 1978 年初开始接触法律。当时的民法学,可以说是一片荒芜的园地,很多人根本不知民法为何物,课堂上所学的民法,实际上不过是一些有关婚姻、财产继承、损害赔偿的政策规定。直到 1981 年初,我准备报考研究生时,才见到了佟柔教授等人编写的民法讲义,那是一部油印的、仅 20 余万字的教材,然而,我却由此走入民法的殿堂,它是我入门的教科书。

1982 年初,我考入中国人民大学,在佟柔老师指导下,真正开始学习和研究民法。进校以后,恰逢学术界展开民法、经济法调整对象的争论。根据佟柔教授的意见,我开始研究民法的调整对象和经济法的理论问题,并逐渐形成了经济法就是经济行政法的认识。

1982年,在王家福教授等人的鼓励下,我在由中国社会科学院法学研究所主持的全国经济法理论研讨会上,作了一个有关经济行政法理论构想的大会发言,得到了民法界前辈的支持和鼓励。我的硕士论文选题也因此确定。在论文写作过程中,我经常与梁慧星教授切磋,并在1986年与梁教授合作撰写了《经济法的理论问题》一书。

1984年留校任教以后,我开始给本科生、研究生讲授民法课程。在此过程中形成了自己对民法体系及各项制度的看法和认识。1986年我和郭明瑞教授等人,合作撰写了《民法新论》上下册,该书对刚刚颁布的《民法通则》做了一定的研究,也对中国民法学的内容和体系,做了较为认真的探讨。期间,我与原国家经委的李时荣同志合作,编写了《经济体制改革中的法律问题》,与最高人民法院唐德华等同志合作编写了《民法教程》。

1987年,我在佟柔教授指导下,攻读在职民法博士生。1988年受美中法学教育交流委员会的资助赴美进修,在美国著名的财产法教授 Mr. Olin. Browder 指导下,研究英美财产法、信托法、合同法、侵权法等问题。回国后,我以《国家所有权研究》为题,于1990年初,通过了博士学位论文答辩,成为中国大陆首位民法学博士。此后,我开始撰写有关侵权行为法的论著,相继出版了《侵权行为法归责原则研究》、《民法·侵权行为法》(与郭明瑞等合著)、《侵权行为法》(与杨立新合著)、《改革开放中的民法疑难问题》等著作。当时我国的侵权行为法研究领域少人问津,这几本小书的出版,对侵权法理论的发展多少起到了一些推动作用。

1993年以来,我与杨立新等同志合作开始研究民法学中的一个新领域,即人格权问题。这些研究成果便是后来与他人合著的《人格权法新论》、《人格权与新闻侵权》、《人格权法》。在这些著作中,我极力主张人格权法应与侵权行为法一样作为民法中独立的制度对待,从而改变传统民法历来沿袭的重物轻人的状况,并在此

基础上构建新的民法体系。

我对合同法研究始终抱有浓厚的兴趣。在美国学习期间,曾花很大的精力研究英美合同法的现状和发展。自1993年以来,由于参与合同法的制订工作,开始集中精力研究合同法问题。独自撰写了《违约责任论》,并与崔建远先生合作,出版了《合同法新论·总则》。在这两本小书中,我也希望探索我国合同法自身体系和内容的建构,尤其是希望立足于中国的现实,通过不断吸收两大法系的立法和司法经验以及国际惯例,逐步建立先进的、科学的、符合中国国情的合同法体系和规则。

80年代中期,我曾在佟柔教授指导下,就国家所有权和国有企业财产权问题,在《中国社会科学》、《法学研究》等杂志上发表过一系列论文,提出通过股份制改造全民所有制企业,使其享有法人所有权;在我的博士论文《国家所有权研究》中,我就企业法人的所有权与国家所有权的关系问题作了专门探讨。同时,我也就物权,特别是所有权的基本原理做了研究,最近这几年,基于国家制订物权法的需要,我又重新开始探索物权法的理论问题,并撰写了《物权法论》一书。

作为一个民法学教员,我一直很重视教材的编写,先后参与、实际主持、主编过6本民法教材。近几年,为了改进民法的教学方法,引进英美法的判例教学法,我开始系统编写民法案例研究的教材。由此形成了《合同法疑难案例研究》、《高级司法官法律培训教材·中国民法案例与学理研究》(4辑)(与郭明瑞、杨立新等合作)。

创建中国自己的民法学体系是我自研究民法以来孜孜以求的理想。我始终认为,我们伟大的民族曾经在历史上创造了博大精深的包括中华法系在内的中国文化,数千年来巍然屹立于世界文化之林。我们感激先人的贡献,更应在当代对中国法律体系的建立和法制的现代化有所作为。我们的民法学应当创建自己的体系,这不

仅是因为我们所处的历史传统和文化积淀有其特性,我们的现实经济及社会生活独具特点,而且还因为,我们具有将辉煌的中华法系发扬光大的历史责任。我们的民法学需要大量借鉴两大法系的先进经验,但不能完全照搬照抄,成为某些民法的简单复制。人在天地间贵在自立,国家和民族贵在自强。我们的民法,也应当在世界民法之林中有自己的重要地位。作为一个民法学工作者,我们所作的一切,都应是朝着这个目标而努力。

黄仁宇先生在《中国大历史》一书中指出:“我们想见今后几十年内是从事中国法制生活人士的黄金时代。他们有极多机会接受挑战、尽量创造。”过去的十多年里,我也曾在治学的道路上面对艰苦的生活和学习条件而产生彷徨,在那些难以忘怀的岁月里,每次总是得到佟柔教授的教诲和鼓励。当我在异国他乡的时候,他每每去信,总是要我学成归国,报效国家;而在他去世的前一天,和我作最后一次长谈,也仍是坚信法治是中国的必由之路,民法的健全乃法制建设的最重要内容。他勉励我不论今后遇到多大困难,也要坚定地民法学的研究道路上走下去。斯人已去,但先生的教诲和人格力量,使我得以克服各种困难,在充满崎岖的学术之路上咬紧牙关,走到今天。

我很庆幸的是,在近二十年的学习和治学生涯中,始终得到民法学界德高望重的前辈如谢怀栻先生、江平先生、王家福先生等的提携和鼓励。本院高铭暄教授、曾宪义教授、王益英教授曾对我悉心栽培、热情帮助,赵中孚教授在我博士学位论文的答辩中也曾给予我不少支持,至于曾给过我各种热情帮助的学术界前辈、同仁及朋友,则实在是太多而无法一一列出,我只能在此对他们表示由衷的谢意。

本书的编辑大体采用年代顺序,共分为四辑,第一辑从1984年至1990年;第二辑从1990年至1993年;第三辑从1993年至1996年;第四辑则从1996年至今。此书只是对前段工作的总结,

今后将继续编写下去。

最后要表达的是对法律出版社及其总编辑贾京平、编辑蒋浩、朱宁的感谢,他们冒着可能亏损的后果出此纯学术的著作,其注重学术的精神及做法令人更有理由对中国学术的未来充满信心。我也对在本书编辑中,曾对我提供许多帮助的姚辉副教授、王轶博士、邓旭博士、石佳友、朱岩等人,表示感谢。



一九九八年八月二十日

目 录

序.....	(1)
--------	-------

<u>第一编 民法总则</u>	(1)
-----------------------	-------

也谈依法治国.....	(3)
-------------	-------

试论诚实信用原则.....	(19)
---------------	--------

论法人的侵权行为能力.....	(38)
-----------------	--------

无效抑或撤销.....	(64)
-------------	--------

试论附条件的民事法律行为.....	(97)
-------------------	--------

表见代理若干问题探讨.....	(107)
-----------------	---------

关于诉讼时效的效力.....	(131)
----------------	---------

<u>第二编 人格权制度</u>	(141)
------------------------	---------

试述人格权法在民法中的相对独立性.....	(143)
-----------------------	---------

第三编 物权制度..... (153)

论物权的概念和特征.....	(155)
试论物权的客体.....	(169)
论公示和公信原则.....	(179)
再论善意取得制度.....	(191)
论建筑物区分所有制度.....	(217)
国有土地使用权若干问题研究.....	(273)
集体所有权的性质探讨.....	(310)
集体土地所有权研究.....	(317)
相邻权研究.....	(331)
质押若干问题研究.....	(358)
典权问题研究.....	(384)
论占有.....	(397)

第四编 债和合同制度..... (433)

合同的概念与统一合同法的规范对象.....	(435)
要约的若干问题探讨.....	(450)
论情势变更原则.....	(479)
合同解释的若干问题.....	(509)
论合同的转让.....	(526)
论免责条款.....	(569)
论违约责任.....	(587)
违约责任与不当得利返还责任.....	(606)
试论违约形态体系.....	(615)
论履行迟延.....	(625)
关于定金责任的若干问题.....	(642)

无因管理制度探讨.....	(663)
---------------	-------

第五编 侵权行为制度..... (679)

合久必分:侵权行为法与债法的关系	(681)
------------------------	-------

论侵权责任和违约责任的竞合.....	(713)
--------------------	-------

精神损害赔偿若干问题探讨.....	(736)
-------------------	-------

第六编 其 他..... (749)

关于民法案例教学法的引入与教材编写.....	(751)
------------------------	-------

人民法院机构设置及审判方式改革问题研究.....	(757)
--------------------------	-------

第一编 民法总则

也谈依法治国

依法治国与法治的概念在内涵上是相同的,因为法治本身表达了一种治国方略或社会调控方式。^①法治是保持社会稳定和长治久安的基础,也是维系社会进步、保障人民福祉、促进经济繁荣的关键所在。随着我国社会主义市场经济的发展,关于法治应成为我国社会所追求的目标的观点,已成为有识之士的共识。有关依法治国问题学术界曾展开过热烈讨论,本文对此将不作系统探讨,下面仅就立法、执法和司法中的问题谈几点看法。

一、我们需要什么样的市场经济法律体系

依法治国,首先须有法可依。这就需要加强立法,建立完备的社会主义市场经济法律体系。缺乏完备的法律体系,立法将是杂乱无章、相互冲突的,同时也会留下许多法律调整上的漏洞,进而严重影响执法的质量和效果,依法治国,也就无从谈起。

关于社会主义市场经济体制所需要的法律体系,王家福教授等曾在《论依法治国》一文中列举了应完善的法律包括九个方面,即宪法、行政法、经济法、行政诉讼法、民商法、民事诉讼法、刑法、

^① 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第284页。

刑事诉讼法和社会保障法。^① 这种概括是极为全面和精辟的。对此,我个人深表赞同。但我认为,有关社会主义市场经济法律体系中,有一个很重要的问题值得探讨,这就是:在众多的经济立法中,应当突出哪个方面?是应强调民商立法及其原则和精神,还是应强调以政府部门的规章为主要内容的经济行政立法以及其所采纳的国家干预经济的原则?这其实是关系到我国立法方向的问题。

我的观点是,适应社会主义市场经济发展需要的法律体系,应当是以民商法为重心的法律体系。这是因为,民商法作为调整各类平等主体间的交易关系,保护主体的合法权益的法律,乃是市场经济活动的最基本的规则,或者说是市场经济社会的基本法。市场经济的成熟程度是以法律,特别是民商法规则的健全程度为标志的。如果我们的经济是以平等、等价有偿以及自由竞争为内容,并由市场引导生产要素的自由流转和组合,则必然要加强民商法的作用。这就要求我们尽快建立和健全物权法、合同法、侵权行为法、公司法、合伙法、保险法、破产法、证券法等法律制度。之所以如此,是因为没有健全的民商法律,就不可能形成成熟的市场经济。

民商法的重要性不只体现在它对市场经济关系的调整作用上,还表现在它对法治社会的建立所产生的巨大作用上。我国的社会实践以及学者的研究都揭示了这样一个真理,即民商法以其对人格平等和自由的确认,对主体财产和人身权利的充分保护,对权利和义务相对应的要求,对交易安全的保障和对交易便捷的推动,为法治社会的建立提供了坚实的法律基础。中国步入法治社会的必由之路乃是民商法的完备和充分实施。只要我们不再是把法治作为手段,而是将其奉为社会发展的目标,那么,充分体现了现代法治价值的民商法在社会生活中应发挥重要的作用。在当前,健全法制,很大程度上应当是指健全民商法。

① 王家福、李步云等:“论依法治国”,《法学研究》1996年第2期。

应当看到,民商法与经济行政法都是调整市场经济关系的基本法律,两者的协调一致和有效的综合调整,是建立市场经济法律体系的基础。然而,民商法的许多规则及原则,有可能与政府部门的某些规章所确立的内容并不完全一致。具体而言:

第一,民商法是以权利为本位的法律,它确认了公民和法人所享有的财产所有权、债权、人格权及知识产权等各项民事权利,并对这些权利实行平等的保护。因此,民商法被称为“权利法”或“保护权利的法律”。而政府部门所制定的许多规章,注重的是对被管理者的管理以及对被管理者从事某类民事活动的限制。毫无疑问,在市场经济条件下,对民事主体施加一定的限制是必要的,国家对经济的宏观调整从来都是必不可少的。但如果限制过多或不合理,则效果可能适得其反,并且对公民或法人基于民商法所享有的合法权利造成不适当的限制。

第二,民商法充分体现了意思自治和合同自由原则。市场是由无数的交易行为构成的,而交易的法律形式便是合同。鼓励当事人缔结合法的契约并保障其实现,必然会促进交易的发展和市场的繁荣。因此,市场经济必须以合同自由为其基本原则,必须确保民事主体在法定范围内根据自己的意思从事各种合法的民事行为。改革开放以来,由于大量民商法律的颁行,已使在计划体制下受到严格限制的交易当事人享有越来越多的合同自由。然而正如许多学者所指出的,在实际生活中,当事人的合同自由仍然受到了过多的限制和干预。^① 这些限制和干预,很多正是通过部门或地方的规章来实现的。许多规章的制定,就是为了确立对某类交易的许可和审批制度,而这些许可或审批又往往总是与收费联系在一起的。当然,我们的历来强调合同自由是相对的,应当受到限制的,但政府

^① 刘海年等编:《依法治国,建设社会主义法治国家》,中国法制出版社1996年版,第25页。

对合同自由的干预应当适度、应当保持在合理的范围,如果交易的审批、许可过多,则当事人依据民商法所应享有的合同自由就会受到不合理的限制和妨碍。

第三,民商法充分尊重当事人所享有的财产权利。依据民法,所有人可在法定范围内依法占有、使用、收益和处分其财产;有权自己使用或消费其物,亦可将其财产出租、出让或设置抵押等。所有人有权获得在其财产上所产生的各种收益,凡是合法取得的财产,均受到我国民法的平等保护。不管所有人的所有制形式或经济实力等是否存在差别,其所有权在民法上都应得到一体保护。由于财产所有权是市场交易的基础和前提,因而保护财产所有权、尊重所有人对其财产所享有的自由和利益,是维护交易秩序,促进市场经济发展的前提。但是,目前的许多行政规章在对公民或法人财产所有权、特别是不动产权利的行使和转让方面限制较多,某些限制也不完全合理(例如房屋租赁的强制备案及不备案将导致租赁合同无效等规定)。

民商法所奉行的上述原则和精神,正是市场经济所必不可少的规则,也是社会主义市场经济所需要的新的法制基础。^① 对此,我国广大民商法学者已作出了充分的论证和说明。在经济立法方面,我们必须充分尊重和运用上述原则,如果我们的法律、法规、规章不能充分保护主体的权利,或对交易的发展未能起到促进作用或未能尊重交易当事人的必要的合同自由和财产权利,就根本不可能适应市场经济的需要并促进社会的进步。这样的规范性文件即使制定再多,也不是市场经济所需要的。在这样的法律、法规、规章的基础上,是不可能建立我们所需要的社会主义市场经济法律体系的。

^① 刘海年等编:《依法治国,建设社会主义法治国家》,中国法制出版社1996年版,第22页。