

程
嘏
著

民法原理与规范解释

清華法學文叢



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

程
嘯 著

民法原理与规范解释


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法原理与规范解释 / 程啸著. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7424 - 5

I. ①民… II. ①程… III. ①民法—法的理论—中国
②民法—法律解释—中国 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 005239 号



责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.5 字数 359 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7424 - 5

定价: 60.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

程啸，男，江西都昌县人，1976年生于江西临川，法学博士、洪堡学者，清华大学法学院副教授、硕士研究生导师。兼任中国民法学研究会理事、中国证券法学研究会理事、国土资源部不动产登记工作专家委员会委员。2008年5月至2009年9月，荣获德国洪堡基金会“联邦德国总理奖学金”，在奥斯纳布吕克大学欧洲法研究所进行学术研究。2012年6月至9月，获德国洪堡基金会的资助，在柏林自由大学法学院进行学术研究。

先后出版个人专著：《中国抵押权制度的理论与实践》（法律出版社2002年）、《证券市场虚假陈述侵权损害赔偿责任》（人民法院出版社2004年）、《物权法·担保物权》（中国法制出版社2005年）、《保证合同研究》（法律出版社2006年）、《侵权行为法总论》（中国人民大学出版社2008年）、《不动产登记法研究》（法律出版社2011年）、《侵权责任法教程（第二版）》（中国人民大学出版社2014年）。其中，《不动产登记法研究》一书先后荣获第十三届“北京市哲学社会科学优秀成果奖”著作类二等奖、第三届“中国法学优秀成果奖”专著类二等奖；《侵权行为法总论》一书先后荣获中国民法学研究会第四届“佟柔民商法发展基金青年优秀研究成果奖”、清华大学优秀教材二等奖。

合著著作：《民法学（第四版）》（与王利明、杨立新、王轶合著，法律出版社2015年）、《民法总论（第二版）》（与崔建远等合著，清华大学出版社2013年）、《物权法》（与崔建远等合著，清华大学出版社2008年）、《中国物权法教程》（与王利明、尹飞合著，人民法院出版社2007年）。其中，《民法学（第二版）》荣获2008年度教育部高等教育精品教材奖。

参与撰写：《担保法新释新解与适用》（新华出版社2001年版）、《合同法要义与案例析解（总则）》（中国人民大学出版社2001年版）、《民法学》（复旦大学出版社2004年版）、《人身损害赔偿疑难问题——最高法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望》（副主编，中国社会科学出版社2004年版）、《新版以案说法：医疗纠纷篇》（主编，中国人民大学出版社2007年）、《中华人民共和国侵权责任法释义》（中国法制出版社2010年版）等。其中，《民法学》（复旦大学出版社2004年版）荣获“首届中国优秀法律图书奖”。

在《法学研究》、《中外法学》、《法学家》、《清华法学》等核心期刊上发表学术论文四十余篇。在《人民法院报》、《检察日报》、《国土资源报》、《中国青年报》、《新世纪》、《中国改革》等报刊杂志上发表文章数十篇。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

前 言

如果从 2000 年 9 月进入中国人民大学法学院攻读博士学位时算起,到今天为止,笔者走上学习研究民法之路已是十年有四了。在这十四年中,研究的兴趣从合同法到物权法,再到侵权法、不动产登记法与损害赔偿法,陆陆续续也发表了四十余篇论文。

检视旧作,发现自己这些年来的研究和写作始终不脱“原理探求”与“规范解释”这两面。自古罗马民法学肇兴以来,二千多年的积淀,无数有识之士的智力贡献,使民法学的原理博大精深。在我国,自 1987 年 1 月 1 日《民法通则》颁行至今,真正深入的民法学研究不过短短二十余年。虽经学者不懈努力,仍有许多领域的研究有待深入进行。在笔者十几年的学习研究中,有相当一部分研究对象属于比较基础性、原理性的民法学问题如物权行为理论、不动产登记簿的效力、过错与违法性的关系以及损害赔偿的方法。在笔者看来,21 世纪的民法学固有其独特的发展环境与研究特点,无须“言必称罗马”。但是,在民法学研究历史尚短的中国民法学界,加强基础性、原理性问题的研究仍是非常必要的。

经过二十多年的发展,中国的法治建设事业已经取得了很大的进步,有中国特色的社会主义法律体系已经建成。记得笔者在 20 世纪 90 年代初读大学时,各类法学期刊上常能看到不少以“应尽快制订某某法”为标题的文章。现在,根据 2011 年 10 月国务院新闻办发布的《中国特色社会主义法律体系》的统计,截至 2011 年 8 月底,中国已制定现行宪法和有效法律共 240 部、行政法规 706 部、地方性法规 8600 多部。就民法而言,虽然尚无民法典,但是《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》等基本的民事法律都已颁行,加之数十年来最高人民法院颁行的大量司法解释和最近几年来陆续发布的数十

个指导性案例,民法规范不可谓不多。民法学即民法解释学。在没有民法规范之时,民法学的研究或许像在白纸上作画那样,天马行空,肆意挥洒。但在已经有了大量的民事法律规范的情况下,民法学的研究就应当始终紧密地围绕规范进行,通过各种解释学的方法对法律文本做出最恰当、妥适的解释,填补法律规范中的漏洞,并通过法律的续造使民法适应社会的需要而得到进一步的发展与精确化。有鉴于此,笔者有相当一部分论文是对《物权法》、《侵权责任法》中的法律规范的研究,如《物权法》第28条关于法律文书直接导致物权变动的规定、同法第106条对善意取得构成要件的规定、第190条第2句对抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系的规定以及《侵权责任法》第8条至第12条对多数人侵权责任的规定等。

正因十余年来研究始终不脱民法学原理探求与民法学规范解释之窠臼,故从四十余篇旧作中各挑选7篇论文,共计14篇论文,组成本书,命名为《民法原理与规范解释》。

需要说明的是,本书中有两篇文章是合作作品。第一篇是《物权行为理论辨析》,此文是我国已故著名法学家谢怀栻先生(第一作者)生前与笔者合著的论文。它既是谢老生前发表的最后一篇学术论文,也是笔者在谢老的指导下于国内最权威、最具学术价值之法学刊物——《法学研究》上发表的第一篇论文。斯人已逝!为表达对谢怀栻先生——一位虽历经无数苦难却不改其志,为中国法治事业做出毕生贡献的法学前辈的无限敬仰与怀念,特将与谢老合作撰写的这篇文章放在本书之首。

第二篇合作作品是《损害赔偿的方法》。该文由笔者(第一作者)与王丹先生合作完成。王丹君本科阶段曾旁听过笔者的侵权法等课程,当时便发现此君勤学好问、慎思明辨。本科毕业后,王丹君负笈德国,在著名的基尔大学法学院就读。作为为数甚少的敢于参加德国国家司法考试的中国留学生,王丹君浸淫德国法教义学多年,对德国民法有非常深入的了解。写作《损害赔偿的方法》的思路,最初起源于2012年春节前,王丹君回国时在我办公室的讨论。当时我们都认为国内对恢复原状和金钱赔偿的理解存在误区,希望能够澄清这一误解,从而建立符合我国国情的损害赔偿方法的适用体系。恰值当年夏季,笔者又获得德国洪堡基金会的资助赴德国柏林自由大学法学院进行为期3个月的学术访问。利用这个机会,笔者在德国收集了大量资料,同

时又与王丹君进行了多次讨论,并商定各自分工负责撰写一部分,然后整合修改。回国后,我们通过电子邮件反复修改十数次方成此文。故此文乃真正意义上的合作作品,而非当下那些单纯“挂名”的合作作品。

在本书论文选取过程中,笔者得到了中央财经大学法学院尹飞教授的大力帮助,我指导的研究生柯勇敏同学为文集注释体例的统一及校对花费了大量的时间。在此谨致谢忱!

最后却并非最不重要的是,本书是为了庆祝清华大学法学院复建二十周年,在清华大学法学院资助下出版的“清华法学文丛”之一部。衷心感谢清华大学法学院的慷慨资助,并祝愿清华大学法学院明天会更好!

程 啸

2014年10月8日于清华大学法学院明理楼410室

目 录

第一编 民法原理

物权行为理论辨析	003
不动产登记簿之推定力	014
不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分	037
未来我国民法典中物权请求权制度的定位	060
侵权法上的过错与违法性	076
侵权行为法上的过失相抵制度	124
损害赔偿的方法	189

第二编 规范解释

法律文书直接导致的物权变动	
——以《物权法》第 28 条为中心	223
不动产善意取得之构成要件	247
抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系	
——对《物权法》第 190 条第 2 句的理解	274
动产多重买卖中标的物所有权归属的确定标准	
——评最高人民法院《买卖合同司法解释》第 9 ~ 10 条	293
《侵权责任法》第八条中“共同实施”的含义	308

共同危险行为的构成要件

——以《侵权责任法》第10条为中心 325

无意思联络的数人侵权

——以《侵权责任法》第11~12条为中心 343

第一编 民法原理

物权行为理论辨析*

目 次

一、前言

二、物权行为是客观存在的,它是法律行为的一种

三、物权行为的各种情形

四、结语

一、前言

长期以来,物权行为就是我国民法学者与法律实务工作者非常热衷于讨论的一个重要理论问题。^①随着物权法制定工作的全面展开,关于物权行为的探讨愈发激烈。有的人在争论我国民法是否承认(尤其是未来的物权立法应否承认)物权行为理论。^②有的人在研究物权行为的性质究竟是法律行为、事实行为还是两者兼有。^③还有的人在争论我国民法是否应当承认物权

* 与谢怀栻先生(第一作者)合著。

① 影响比较大的论文:梁慧星:“我国民法是否承认物权行为”,载《法学研究》1989年第6期;孙宪忠:“物权行为谈源及其意义”,载《法学研究》1996年第3期;王利明:“物权行为若干问题探讨”,载《中国法学》1997年第3期;赵勇山:“论物权行为”,载《现代法学》1998年第4期;李永军:“我国民法上真的不存在物权行为吗?”,载《法律科学》1998年第4期。

② 梁慧星:“我国民法是否承认物权行为”,载《法学研究》1989年第6期;蒋怀来:“对我国是否承认物权行为的重新认识”,载《法学》1997年第10期;李永军:“我国民法上真的不存在物权行为吗?”,载《法律科学》1998年第4期;杨垠红:“我国物权立法不宜采用物权行为理论”,载《引进与咨询》2001年第2期;李保甫:“我国物权立法应否采纳物权行为理论”,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第1期;刘兴旺:“我国物权立法应采纳物权行为制度”,载《重庆师院学报哲社版》1999年第1期。

③ 李庆海:“论物权行为的‘二象性’”,载《法律科学》1999年第1期;毛玮、刘蕾菁:“物权行为理论质疑”,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第3期。

行为的独立性、无因性的问题^④。

初步统计一下,1994年至2001年在全国各类期刊杂志上发表的以“物权行为”为题的论文数量近六十篇,物权行为的问题在我国民法理论研究中的重要性由此可见一斑。但从其中的一些争论来看,一些学者对所谓的物权行为理论仍然没有太清晰的认识。为澄清关于物权行为理论问题的实质所在,本文就拟对物权行为理论进行初步的辨析。

二、物权行为是客观存在的,它是法律行为的一种

民法是关于民事权利的法律规范,民事权利就是人与人之间直接形成的法律关系以及人与人之间以物为媒介间接形成的民事法律关系。一个人如果要和另一个人建立民事法律关系或者实现对一个特定的物加以利用的目的,就必须要从事法律行为(我国《民法通则》称为“民事法律行为”)。在私法领域中,实现私法自治的工具就是法律行为。^⑤只有通过法律行为,才能实现个人在私法领域内行为的自由。

“法律行为”这个概念是德国学者首先提出的。它从根本上解决了一般性的法律行为与具体的法律行为形式之间的关系,为不同类型具体法律行为的发展提供了可能性,克服了大陆法各国法制实践中长期悬而未决的矛盾,解决了法律行为普遍规则与具体规则之间的关系,使民法典避免再对各种具体法律行为做出不必要的重复规定;它解决了意思自治原则与合同自由原则之间的关系,确认了法律行为不仅可以发生债法上的效果,而且可以产生婚姻法、亲属法以及其他法上的效果,摆脱了将法律行为从属于债法或合同法的传统民法体系。^⑥因此,法律行为被称为德国民法典中的精华,成为德国以及继受德国民法的国家的基本民法理论与立法基础。

^④ 金星:“浅析物权行为无因性理论的几个问题”,载《沈阳师范学院学报》(社会科学版)2001年3月;何宗泽:“论物权行为无因性理论与善意取得制度”,载《安徽广播电视大学学报》2000年第1期;程宗璋:“关于物权行为的无因性原则的探讨”,载《青海师范大学学报》(哲学社会科学版)2000年第4期;彭诚信:“公示公信力与物权行为无因性的比较研究”,载《吉林大学社会科学学报》2000年第3期;宫邦友:“物权行为无因性理论与第三人的利益保护”,载《法律适用》1999年第5期;邓兴广、奚玮、刘远征:“物权行为独立性之探析”,载《河北法学》1999年第4期。

^⑤ [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第142页。

^⑥ 董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》,中国人民大学出版社1994年版,第33页。