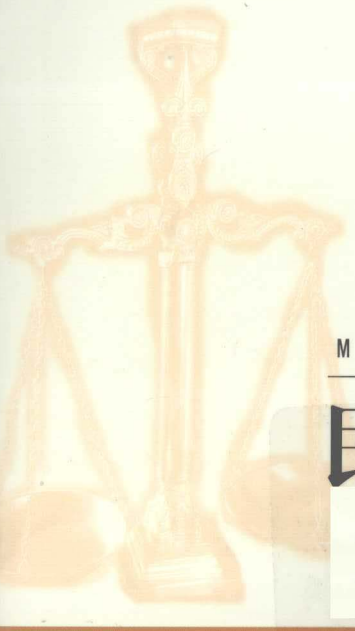


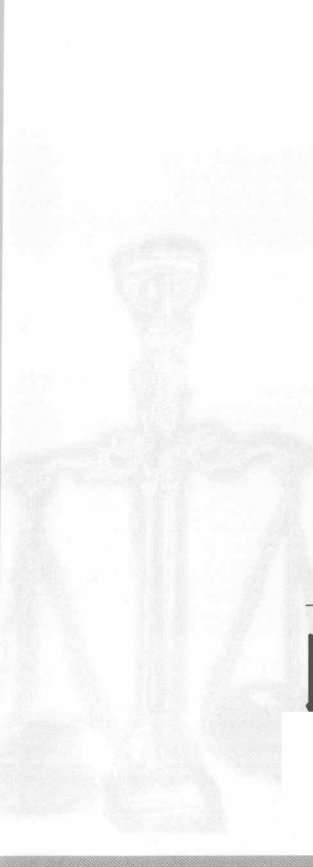


● 王立争 著

MINFA JIBEN YUANZE ZHUANLUN

民法基本原则 专论

安徽大学出版社



● 王立争 著

MINFA JIBEN YUANZE ZHUANLUN

民法基本原则 专论

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法基本原则专论 / 王立争著. —合肥:安徽大学出版社,2010.3
ISBN 978-7-81110-750-0

I. 民... II. 王... III. 民法—原则—研究—中国 IV. D923.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 040849 号

民法基本原则专论

王立争 著

出版发行	安徽大学出版社	印刷	合肥现代印务有限公司
	(合肥市肥西路3号 邮编 230039)	开本	880×1230 1/32
联系电话	编辑室 0551-5107784	印张	9.125
	发行部 0551-5107716	字数	230千
电子信箱	ahdxchps@mail.hf.cn	版次	2010年3月第1版
责任编辑	王云丽	印次	2010年3月第1次印刷
封面设计	孟献辉		

ISBN 978-7-81110-750-0

定价:18.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

序 言

我国当前的民法基本原则研究,基本可以用“欣欣向荣”和“死气沉沉”这一对几乎矛盾的词语来概括。所谓“欣欣向荣”,是指从表面情况来看,以1986年《民法通则》的颁布为转折点,学界开始围绕该法第一章中有关“基本原则”的条文展开研究,并且在这些条文基础上对我国民法基本原则的体系有了各种各样的阐发,从“四原则”、“五原则”乃至到“八原则”不等。从各具体原则角度,有关意思自治原则、主体平等原则等都有大量的成果问世,诚实信用原则、公序良俗原则更是有专著出版。^① 似乎我国的民法基本原

^① 有关诚实信用原则的专著,参见徐国栋《诚实信用原则研究》,北京:中国人民大学出版社,2002,该书的主要内容后来融入其《民法基本原则解释》一书的第五版中,该书的副标题也相应注明为“以诚实信用原则的法理分析为中心”,参见徐国栋《民法基本原则解释》,北京:中国政法大学出版社,2004,另见郑强《合同法诚实信用原则研究》,北京:法律出版社,2000。有关公序良俗原则的专著,参见于飞《公序良俗原则研究》,北京:北京大学出版社,2006。

2 民法基本原则专论

则研究已经达到了一个相当成熟的水平。所谓“死气沉沉”，是指如果深入分析既有的研究成果，可以发现我国的民法基本原则研究在近些年来并无实质性进展，在方法论和本体论两个面上均亟待拓展。这一点突出地反映在学界对于我国民法基本原则体系究竟应由哪些原则构成这样一个基本问题仍未达成共识，导致这种状况产生的主要原因是，学界至今尚未对民法基本原则确立的方法和依据进行系统的研究。因受到理论水平的限制，大部分学者以《民法通则》第3条至第7条的规定作为探讨我国民法基本原则的出发点，因此，其研究方法多集中在对通则条文的分析和对分析出的基本原则的考究和解释上。这种就事论事的非理性倾向必然使所确立的民法基本原则缺少理论基础，这一现象在各种教材资料中随处可见。^① 比如，一般的民法教科书均有民法基本原则一章（一节），然而其内容均较为空泛，毫无厚重性可言，并且基本上都是重复性的论述。在我国合同法起草过程中，合同法的基本原则经过了较激烈的争论；在物权法起草过程中，诸如平等保护、物权法定、公示公信等物权法的基本原则更是争论最为激烈的问题之一；而在民法典起草过程中，民法基本原则的研究不仅没有被学界深入讨论，甚至完全被冷落一旁，以至仅从表面现象来看，我国的民法基本原则似乎已经没有深入研究的空间了。这既与表面上的民法基本原则研究“欣欣向荣”有关，也与我国民法基本原则的方法和本体研究均基本陷入绝境有关。与“欣欣向荣”和“死气沉沉”相关的，就是既有的民法基本原则的一些研究结论，很难经得住深入推敲。如民法基本原则具有授权功能，诚实信用原则位列民法“帝王至尊”，这些基本在学界形成了共识，但本书表明，这些

^① 参见董学立《方法整合与本体确立——关于民法基本原则的初步研究》，载《比较法研究》，2007（4）。

观点都是不准确的。还有一些具有重要意义的研究结论本应在学界引起广泛的讨论,但事实上却是“无人理会”,如主观诚信观点的提出,对既有的诚信、善意的理论构成了极大的挑战,但学界对该观点的反应相当冷淡,个别学者虽有所回应,但基本上是直接照搬该理论,完全没有对其合理性与否进行真正的讨论,评论性的文献尚未得见。

民法基本原则身兼民法之“灵魂”和“神经”两种机能,对民法学理论和私法实践具有“中枢”的意义,民法基本原则在根本上所体现的是市民社会的普遍真相。在我国民法典立法过程中,民法基本原则有待学界深入、持续的研究。上述状况充分说明对我国民法基本原则的研究还十分幼稚,它不是没有深入研究的空间,而是有很多问题需要进一步讨论。鉴于此,笔者自2005年开始,集中精力参加了董学立教授主持的教育部人文社会科学规划基金项目《民法基本原则研究——在民法理念与民法规范之间》这一重要课题的研究,在研究过程中,有不少心得,陆续也有一些成果在各种期刊上发表,遂萌发了将这些成果整理出版的念头,于是就有了本书的问世。本书的写作,均是针对上述我国民法基本原则研究中的缺陷而展开的,既有方法论方面的独特探讨,也有本体论方面的深入论述。

全书除序言外,共分上、中、下三篇。上篇是关于民法基本原则一般原理性的研究,也可以说是民法基本原则的总论,主要从民法的性质和民法的人性基础这两个崭新的角度探讨民法基本原则的应然体系,不仅力求方法论上的突破,也提出了逻辑清晰、构造完整的民法基本原则体系。同时,对公平应否为民法基本原则这一颇有争论的问题提出了独到的见解;对民法基本原则之间的界限这一学界认识模糊的问题进行了深入考证;对民法基本原则具有授权功能这一已成学界共识的问题提出了全面质疑。中篇是关

4 民法基本原则专论

于几个具体的民法基本原则的研究,也可以说是民法基本原则的分论。本书选择了公序良俗原则、诚实信用原则和禁止权利滥用原则进行研究。公序良俗原则虽有专著问世,但有很多问题都有待深入研究,如在实践中如何判断公序良俗、它与强制性规定之间的关系如何界定、当行为人的动机违反公序良俗时如何处理、处分行为违反公序良俗时如何规范等,都是非常值得研究的课题,本书对这些问题进行了深入探讨。诚实信用原则是学界关注最多的民法基本原则,本书不是复述学界的既有研究成果,而是对诚实信用原则与公序良俗之间的关系进行考察,同时,对近年来我国有的学者提出的主观诚信的相关理论予以了强有力的批评。禁止权利滥用原则的基本地位、权利滥用的构成要件及违反该原则的后果,在目前的研究中均较为薄弱,故本书对这些问题进行了研究。下篇是运用民法基本原则的基本精神对民法中一些具体制度的研究。我国当前的民法基本原则研究,多停留在纯理论层面,对其与民法制度之间的关联性研究不足,运用民法基本原则的精神考究民法具体制度的成果更是十分鲜见,这与民法基本原则自身的内涵、功能均是相悖的,本书力图摆脱这种局面,在对民法基本原则的本体与方法展开研究的同时,又在其基本精神关照下对民事行为能力、准民事法律行为和取得时效这三大具体的民法制度进行了检讨与重构。民事行为能力制度,涉及民事主体有没有资格通过自己的行为行使权利的问题,本书通过将其置于民法基本原则的权利提倡规则下进行讨论,提出了与我国当前立法完全不同的立场;准民事法律行为,是民事主体行使权利的一种重要方式,与民事法律行为不同的是,对该问题在我国学界至今没有专题研究,有必要将其置于民法基本原则的权利行使规则下进行专门论述;取得时效制度,是民事主体取得权利的一种重要方式,但学界对此矫枉过正,忽视了其本质上也是一种权利丧失的原因,是对民事主体所享有

的权利的一种限制,因此有必要将其置于民法基本原则的权利限制规则下予以检讨重构。

本书结构的安排表明,本书并不是关于民法基本原则面面俱到的研究,诸如民法基本原则及诸具体原则的概念、特征这些问题本书均没有涉及,本书汇集的是作者关于我国民法基本原则研究中亟待拓展的那些领域的思考,属于专题研究的行列,故以“民法基本原则专论”命名。

目 次

〔 1 〕 序 言

上 篇 民法基本原则体系研究

〔 3 〕 第一章 民法基本原则的精神基础与体系重构

〔 3 〕 一、问题意识与研究进路

〔 5 〕 二、谦抑性：重构民法基本原则体系的精神基础之一

〔 14 〕 三、性恶论：重构民法基本原则体系的精神基础之二

〔 28 〕 四、结语

〔 29 〕 第二章 公平在民法上的重新定位

〔 30 〕 一、公平的一般涵义及其在民法上的认识论意义

〔 35 〕 二、公平在民法上的独特涵义及其地位之争

2 民法基本原则专论

〔40〕 三、公平在民法上的应然地位

〔45〕 四、结语

〔47〕 第三章 民法基本原则的逻辑界限：以社会利益的考察为中心

〔47〕 一、问题意识与研究进路

〔49〕 二、社会利益的意义及其与相关概念的界分

〔56〕 三、民法基本原则界限的重新厘定

〔64〕 第四章 民法基本原则授权功能说论考

〔64〕 一、问题意识与研究进路

〔68〕 二、从法律解释的基本属性考量民法基本原则
授权功能说

〔75〕 三、从法律解释的历史脉络考量民法基本原则
授权功能说

〔86〕 四、结语

中 篇 民法基本原则具体研究

〔89〕 第五章 公序良俗原则研究

〔89〕 一、公序良俗的判断基准

〔107〕 二、公序良俗与强制性规定的关系

〔122〕 三、动机违反公序良俗

〔138〕 四、处分行为违反公序良俗

〔149〕 第六章 诚实信用原则研究

〔149〕 一、主观诚信的适用领域及其立法方式论考

〔170〕 二、诚实信用与公序良俗的关系

〔183〕 第七章 禁止权利滥用原则研究

〔183〕 一、权利滥用概念的合理性分析

〔185〕 二、禁止权利滥用的地位界定

〔190〕 三、权利滥用构成要件的展开

〔194〕 四、权利滥用的法律后果

下 篇 民法基本原则相关制度研究

〔203〕 第八章 民法基本原则权利提倡规则下的行为能力制度重塑

〔204〕 一、无行为能力制度的立法目的及基本内容考察

〔214〕 二、无行为能力制度的理论困境

〔226〕 三、行为能力二分法下的制度设计

〔234〕 四、结语

〔236〕 第九章 民法基本原则权利行使规则下的准民事法律行为制度研究

〔237〕 一、准民事法律行为概说

4 民法基本原则专论

〔243〕 二、准民事法律行为的存在样态

〔250〕 三、法律行为的规则在准民事法律行为中的准用

〔253〕 **第十章 民法基本原则权利限制规则下的取得时效制度重构**

〔253〕 一、传统取得时效理论基础之弊端

〔256〕 二、恶意失权作为取得时效理论基础之论证

〔262〕 三、恶意失权作为取得时效理论基础之贯彻

〔267〕 **参考文献**

上 篇

民法基本原则体系研究

第一章

民法基本原则的 精神基础与体系重构

一、问题意识与研究进路

从逻辑上来说,民法的性质是构建民法基本原则最为重要的理论前提之一。然而这一意义重大的研究课题尚未引起学界重视,虽然有的学者指出,“确定我国民法基本原则首先应考虑民法的基本价值和基本理念”,^①但目前的民法研究,在该问题上基本均呈现出割裂状态,要么独立研究民法的性质,要么独立研究民法的基本原则,而没有将二者统合起来进行研究。在各种民法学教科书中,民法的性质与民法基本原则均是独立的两章(节),相互之间缺乏明显的呼应。这也是目前民法基本原则基础理论研究薄弱

^① 王利明:《民法总则研究》,第102页,北京:中国人民大学出版社,2003。

的一个重要表现。

人性论作为哲学中的一个重要范畴,在中西历史上都受到广泛重视,在政治学、经济学、法学等学科中,对人性的探讨也是一个古老的话题。休谟的名言一语道破了其中的奥秘:“一切科学对于人性总是或多或少地有些关系,任何学科不论似乎与人性离得多远,它们总是会通过这样或那样的途径回到人性。”^①霍姆斯则从法律的角度对此进一步有言:法律“根植于人类的心性之中,法律的最大正当性,乃在于其与人类最为深沉之天性契合无间”。^②以此为基础,学界近年来掀起了人性与法治关系的研究热潮,并进一步引发了学人关于民法的人性基础的思考。迄今的研究结果表明,性恶论为法治之基础已在学界形成共识。进而,民法的人性基础亦为性恶论。“近代民法之本源性力量来自于哲学、政治学、伦理学、经济学之人性恶假设,或者说,性恶论假设构成了近代民法之价值前提”。^③

如本书序言所论,当前的民法基本原则研究,在方法论上十分欠缺,从而导致其本体构建观点不一。有鉴于此,本章开辟民法基本原则的两个崭新领域进行研究,即以民法的性质和民法的人性假设作为构建民法基本原则的方法,并将民法的性质论与人性论作为构建民法基本原则的精神基础,并在此基础上推衍民法基本原则本体的构成,反思当前民法基本原则研究中某些不准确的观点。民法基本原则与民法性质以及人性关系的研究,无疑会给民法基本原则本体的形成提供十分肥沃的理论土壤,克服当前学界关于民法基本原则研究方法僵化之缺陷。

① [英]休谟:《人性论》,关文运译,第6页,北京:商务印书馆,1980。

② [美]霍姆斯:《法律之道》,许章润译,载《环球法律评论》,2001年秋季号。

③ 刘云生:《民法与人性》,第1页,北京:中国检察出版社,2005。

二、谦抑性:重构民法基本原则 体系的精神基础之一

(一)关于民法性质的不同学说评析

民法的性质如何,理论界存在不同认识。有的主张三性质说,其具体观点又有所不同,有的认为民法是私法、权利法、市场经济的基本法;^①有的认为民法为权利法,原则上为私法、市民法。^②有的主张四性质说,其具体观点也有所不同。有的主张民法是国内法、私法、普通法、实体法;^③有的主张民法是私法、市场经济的法律、市民社会的基本法、权利法;^④有的主张民法是市民社会的法、私法、实体法、体现了商品生产和商品交换的一般条件的法。^⑤有的主张五性质说,认为我国民法是社会主义类型的民法、社会主义市场经济的基本法,不是公法、民事实体法、国内法。该说对民法性质的界定,注重从我国民法的角度,而且特别指出不宜从公私法分类的角度分析民法性质。^⑥有的主张七性质说,即民法为私法、权利法、文明法、实体法、任意法、国内法、行为规范兼裁判规范。^⑦

上述观点中涉及的民法的某些性质,实际上很难经得住推敲。其中,有的所谓的性质没有揭示出民法的特有属性,而是很多部门

① 参见李开国《民法基本问题研究》,第28~38页,北京:法律出版社,1997。

② 参见彭万林《民法学》,第29~33页,北京:中国政法大学出版社,1999。

③ 参见胡长清《中国民法总论》,第9~10页,北京:中国政法大学出版社,1997。

④ 参见王利明《我国民法的基本性质探讨》,载《浙江社会科学》,2004(1)。

⑤ 参见刘凯湘《论民法的性质与理念》,载《法学论坛》,2000(1)。

⑥ 参见马俊驹、余延满《民法原论》(上册),第14~17页,北京:法律出版社,1998。

⑦ 参见郭明瑞《民法》,第11~12页,北京:高等教育出版社,2003。