

“十二五”国家重点规划出版图书



RESEARCH ON CIVIL AND
COMMERCIAL LAW

民商法研究

第 10 辑

王利明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



RESEARCH ON CIVIL AND
COMMERCIAL LAW

民商法研究

第 10 辑

王利明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法研究. 第10辑 / 王利明著. —北京: 法律出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0668 - 5

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—研究—中国②商
法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第047889号

民商法研究·第10辑

王利明 著

责任编辑 李峰沄
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2017年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨昆玲

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 43.25 字数 615千

印次 2017年3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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0668-5

定价:118.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

亲历法治四十载(代序言)

从1977年,我刚刚进入大学的那一年开始,到现在已经整整过了四十年的时间。四十年对个人来说是漫长的,而在国家和社会的发展面前却是短暂的。回首过往,“逝者如斯夫”的哲人感慨于我确有共鸣,但这种共鸣不是消极的悲天悯人,而是看到我国法治事业飞速发展的欣慰感慨。

正是在这漫长而又短暂的四十年里,我们这一代人亲历和见证了中国改革开放的全过程,并充分利用了自己所学的知识投入我国法治事业的建设之中。作为我国法治事业发展的亲历者、建设者和思考者,四十年来未敢有一日懈怠,与法治同行、推动我国法治事业的进步,始终是我心中怀揣的理想和孜孜不倦的追求。

我们是新中国法治发展的亲历者。回想“文革”刚结束时,我国的法律数量屈指可数,公、检、法也已被砸烂,法律院校寥寥无几,放眼望去,中国法治一片废墟。以我自身的经历来讲,我在大学学习法律,但实际上根本无法律课程可学,我们的课程安排基本都是学习政策。在图书馆,基本上见不到法律书籍,所能见到的就是20世纪50年代苏联专家关于国家和法理论的一些著述。那个时候,我们的梦想是,能够体验到真实的法律。毕业之后,面对百废待兴的中国法治建设,我

们这些法学学子,怀抱着一腔热忱投入国家的法治建设之中。经过四十年的艰苦奋斗,我国的法治建设已取得了巨大成就,在立法方面已基本形成社会主义法律体系,用短短几十年走过了西方几百年所走过的法治建设道路。与此同时,司法体系已基本齐备,司法作为解决纠纷、维护社会正义最后一道防线的功能也日益凸显,依法行政和法治政府建设也有长足进步。法学教育欣欣向荣,蓬勃发展,法学院从最初寥寥几所发展到今天的640多所,在校法学学生已逾30万。

我们是新中国法治建设的参与者。新中国成立伊始,我们就开始着手进行法治建设,但因为各种主客观因素,法治建设的进程极其缓慢,甚至曾因为“文革”等各种运动而中断。改革开放是中国法治建设的新起点,伴随着改革开放一路走来,在法治建设的道路上,有我们流下的辛勤的汗水和坚实的脚印,我们见证着,也参与着中国法治建设的历史进程。我从1986年开始,参与了《合同法》《物权法》《侵权责任法》等法律的制定,也一直以不同的方式,积极参加其他有关法律、行政法规、司法解释等规范性法律文件的制定、修改、论证、咨询等工作。同时作为一名法学教师,我自1984年留校以来,从事教书育人的工作,为中国法治建设提供一批批的新鲜血液,他们都在不同的工作岗位发挥了重要作用。《礼记》有言:“师也者,教之以事而喻诸德者也”。作为一名园丁,尽管平凡,却不平庸;尽管地位并不显赫,但深感职责重大;尽管没有花团锦簇,但内心充满荣耀。

我们是新中国法治建设的思考者。关于什么是法治,其实我们都在思考和探索,法治的内涵是不断变化、逐渐成型的,它经历了从“法制”到“法治”的蜕变和升华过程。在改革开放之初,我们所理解的法治是“法制”,其经典内涵是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”,但在几代法学人的不断探索和思考后,发现这种提法不能涵盖“依法治国”所涉及的全部领域,故而法治不仅要求在形式上具备“依法办事”的制度安排及运行体制机制,更追求法律至上、制约权力、保障权利、程序公正、良法之治等法治精神和价值原则,要真正形成良法与善治相结合的治理状态。如何践行法治,同样充满了挑战。以民法为例,在改革开放之初曾有民法和经济法的论争,经过充分论证,民法和经济法各有领域,这为民法的发展奠

定了坚实基础。而是否需要编纂民法和如何制定民法典曾经也是颇有争议问题,经过反复论证,并结合实践需求,今天我们重新开启了民法典的编纂。“大海不拒百川之水”,我们的思考和探索未必都能为决策所采纳,但只要能够为立法、执法和司法提供一定的参考,也必将助推法治前行。

我们是法治理想的不懈追求者。建设中国特色社会主义法治是一项前所未有的伟大事业,还有很多理论和实践问题需要探索。在这一过程中,既不能迷古,也不能洋化,而是要结合中国改革开放的实践和中国自身的国情,通过汲取中国传统文化的精华和国外值得借鉴的经验,直面中国问题、运用中国智慧、总结中国经验,走一条符合中国实际的法治建设道路。“人民的福祉是最高的法律”,我期盼着尽早建立更加完善的法治社会,让人民生活得有尊严、有自由,生活更加美好。人人遵纪守法,社会公正有序,争议得到公正解决,合理的诉求都能及时实现。为了实现这样的理想,我们愿意不懈努力奋斗。

四十年法治建设的风风雨雨,让我深切地感受到在中国这样一个曾经有着几千年封建传统历史的国家,法治建设任重道远,而我们建设的法治是走一条中国特色社会主义法治的道路,这样一条道路是人类法治建设史上从来没有过的伟大探索和实践。虽然在四十年法治建设的过程中,我们取得了重大成就,特别是建立了中国特色社会主义法律体系,但离我们的法治理想仍有一定的差距。“路漫漫其修远兮”,我们作为法律人,尽管法治之路可能是曲折与漫长的,但我始终要心怀坚定的理想与信念,始终要从我做起,从自身做起,心怀正义,崇法尚法,践行法治理想,不断砥砺前行。可以说,实践法治的过程就是法律人自我修炼的过程,法治建设既给我们提出了挑战,也给我们提供了个人成长的机遇,我们自己伴随着法治建设事业一同成长。

美国最高法院大法官肯尼迪说,法律是故事,是我们昨天的故事;法律是知识,是我们关于今天如何行事的知识;法律是梦想,是我们对明天的梦想。这句话准确地道出了法治与每个人的密切关联。在我国变革时代的大背景下,我们要珍视和重视法治的作用和力量,特别是随着法治中国被提升为国家的重要战略,我们更要适应法治新环境,抓住法治新机遇,

不忘初心,继续前行。个人的未来,取决于站在怎样的高度、做出怎样的事业,法治建设在发展,我们自己也在成长,与法治同行,祖国的前途无限美好,民族复兴的梦想必定成真!

一至十辑序言

自20世纪80年代初期发表学术论文至今,我与民法同行已三十余年。21世纪以来,我在法律出版社陆续出版了个人文集一卷至九卷。此次应法律出版社之邀,对这九卷个人文集进行修订,并增补第十卷,这确实是一件颇为繁复之事。

这套文集收录了我近三十年来公开发表和未发表的学术论文。今天读来,一些文章显得粗糙甚至肤浅,但这些作品反映了我当时对中国现实民商法问题的一些思考,凝聚了我的汗水和心血。这些作品的写作也是一段冥思苦想、艰苦求索的心路历程。在那个年代,没有电脑网络、图书资料极度匮乏,从事学术研究是件苦差事。许多早期作品都是在那种艰苦的环境中创作的。虽然这些文章或许不乏幼稚之处,但敝帚自珍,更何况也是对那一段艰难困苦历程的记载。

古人云:“君子之为学也,将以成身而备天下国家之用也。”我也一直铭记先师佟柔教授“治学报国、奉献法治”之教诲,以研究中国法治建设中的现实问题为使命,以为中国当代法治建设问题建言献策为己任,藉此追求法治梦和民法梦。我国《宪法》通过对“依法治国”方略的确认,书写下我们的法治梦,描绘出中国法治的宏伟蓝图。而新中国几代民法学人的民法梦就是期待一部中国民法典的面世。就我个人而言,民法梦

还有一层含义,就是要构建中国民法学理论体系,这样一个体系是立足于中国实践、内生于中国文化传统、回应中国社会现实需求、展示民族时代风貌的理论体系。在世界文化多元化背景下,这样一个中国民法学理论体系也应当是一种具有自身特色、受世人广泛关注、高度评价和普遍尊重的法律文化样态,其能够为促进世界民法文化的繁荣与发展作出我们中国人自己的贡献。那么,我们应当构建什么样的中国民法学理论体系呢?

——它应当以研究中国现实问题为重心。“社会不是以法律为基础的。”“相反地,法律应该以社会为基础。”(马克思语)中国民法学理论体系在内容上应当与市场经济建设过程中诸种问题相照应,包括作为市场经济基本规则和市民生活“百科全书”的民法和商法。所有这些内容都应该在中国大地上谱写,直接回应中国的现实问题。在我看来,本土特色的制度文明也就是国际的文化贡献,扎根于本国现实问题的民商法学也就是居于国际领先水平的民法学文化。解决了市场经济体制构建中的中国特色民商法重大问题就是解决了为世界普遍关注的问题,就是对世界民商法学发展的重大贡献,也就达到了国际领先水平。

——它应当以解决中国现实问题为依归。对于“法律究竟是什么”这一问题,我认为,古罗马的西塞罗在其名著《法律篇》中提及的“人民的福祉是最高法律”(Salus populi suprema lex esto)这一名言给出了最佳的回答。民法学研究应当以实现人民的福祉作为指导理念。民之所欲,法之所系。一个学者研究法律的所有出发点都是实现人文关怀,保障人的自由和尊严,促进人的全面发展。这就要求我们的民法学研究应当来源并服务于中国改革开放的伟大实践,对社会生活中产生的现实问题提出创造性的解决方案,以此为民主法治建设做出贡献。有真问题,才可能有真学问。民法学要成为一门治国安邦、经世济民、服务社会的学问,就必须以中国的现实问题为依归。

——它应当具有对世界优秀民法文化的开放和包容态度。构建以研究我国现实问题为重心的民法学理论体系并不等于对异域法律文化的排斥。相反,在全球化背景下,中国民法学体系应当是一个包容世界民法文化精髓的体系,它反映了人类社会发展进程中面临的共同问题和应对智

慧。理论自信不等于盲目自大,学术自信离不开我们对异域法律文化的充分了解,离不开我们对人类社会最新成果和趋势的准确把握。对人类法律文明的优秀成果,应秉持鲁迅所言“我们要运用脑髓,放出眼光,自己来拿”,我想这也是比较法研究的重要任务和价值所在。在文化多元化的时代,中国特色民法学体系的构建将有助于世界民商法学文化的繁荣,有助于增进人类共同的福祉。我们从来都不能完全照搬外国民法理论体系来构建自己的民法学体系,虽然我们的研究需要借鉴两大法系的有益经验,需要把握国际民商法学的发展趋势,但我们不能妄自菲薄,不能对异域研究亦步亦趋、随波逐流。

近三十年来,我本人的民商法研究经历基本上遵循了前述思路。回顾自己的学术历程,从最初在佟柔教授指导下研究民法调整对象和民法体系、民法与经济法的关系以及经济体制改革过程中的所有权形态等问题,到20世纪80年代末期赴美学习后回国开始从事民法总则、侵权责任法归责原则、物权法基本原理等问题研究,再到后来因参与合同法立法而开始全面研究合同法问题,在这期间,本人就民法中的诸多重大疑难问题撰写了不少学术论文。20世纪90年代末期我又赴哈佛进修,重点研究司法改革等法治热点难点问题。21世纪以来,随着民法法典化的正式启动,我作为起草人之一参与民法典草案的编撰工作,就物权法、人格权法、侵权责任法和民法典体系等基本理论问题展开了专门研究。后又配合物权法、侵权责任的起草,就相关领域的重大理论问题展开了认真探讨。作为中国民法法典化见证者和参与者,我在整个研究历程中都尽最大的努力提供建设性意见和理论支持,我也与其他民法学同人一道大力助推中国民法学体系的建构和民法学文化的传播。

弹指一挥间,近三十年过去了。当初荒芜的法学园地而今已繁花似锦,当初被称为“幼稚的法学”今天已成为一门显学,民法学在其中表现得尤为突出。记得在改革开放之后相当长的时间内,社会上一般人都不知民法为何物。一些重要的民法制度和民法术语更为人们所陌生。例如,在20世纪90年代初期,我国权威词典仍然把“隐私”这一概念理解为“阴私”,将其视为一种贬义词汇。而今天,“隐私”这一术语已广为人知,保护

隐私的观念也已深入人心,这不能不说是一个巨大的社会进步。不得不承认,这一历史性演变进步凝聚了一代又一代民法学人的汗水、心血与期盼。还记得20世纪80年代初我大学毕业时,民法教科书仅寥寥数本,且尚未公开出版,民法论文屈指可数。而今,我国民法学教科书“汗牛充栋”,民法学论文浩如烟海,民法学研究人才辈出,民法学的未来一片光明。

但我们还应当清醒地意识到,中国仍处于人治向法治的转型时期,法治建设任重道远,市场经济法律制度还处于不断完善之中,与此直接相关的是民法学理论体系仍处于初创阶段。这不仅仅表现在现有民法理论和相应民法制度还未能有效地回应诸多重大现实问题,还表现在我国民法学理论的国际影响尚不尽如人意、民法学理论的国际话语权仍然有限。虽然法治梦和民法梦已经开启,但这些梦想的实现,还有待我们为之作长期不懈的努力。

尼采有句理想主义名言,“不断重复一个梦幻,就能把它变为现实”。我们已经从迷茫中醒来,选择市场经济这一发展道路,法治是中国的唯一选择,舍此别无他路。在这一过程中,法学工作者肩负着重大职责和光荣使命。基于这样一种认识,我希望借此《民商法研究》修订的机会,重复我的中国民法梦想,以助推法治梦的实现。这就像涓涓细流汇入大海一样,学术繁荣就像水流汇集成川一样,需要靠每个人不断的努力和积累。我愿意化作沧海一粟,汇入中国民法学文化的江海;我愿作为一粒石子,铺上法治的康庄大道。

期盼中国民法梦梦想成真,期待中国法治梦早日实现。

于明德法学楼

目 录

亲历法治四十载(代序言) / 1

一至十辑序言 / 1

第一编 民法典编纂

全面深化改革中的民法典编纂 / 3

民法典的时代特征和编纂步骤 / 26

民商合一体制下的民法总则 / 44

负面清单管理模式与私法自治 / 61

加快民法典制定 促进法律体系完善 / 82

亟待编纂一部 21 世纪的民法典 / 95

民法典编纂与中国特色民法学理论的发展 / 102

编纂一部网络时代的民法典 / 118

第二编 民法总则

民法总则的立法思路 / 133

关于制定民法总则的几点思考 / 151

何谓根据宪法制定民法? / 169

论互联网立法的重点问题 / 190

论习惯作为民法渊源 / 208

市场主体法律制度的改革与完善 / 236

放宽市场准入 激发市场活力 / 259

第三编 人格权法

人格权的积极确权模式探讨

——兼论人格权法与侵权责任法之关系 / 267

论民法总则不宜全面规定人格权制度

——兼论人格权独立成编 / 292

人文关怀与人格权独立成编 / 312

第四编 物权法

构建统一的不动产权公示制度 / 331

共有人优先购买权若干问题

——对《物权法司法解释(一)》相关规则的评述 / 342

我国物权法中担保物权制度的发展与完善 / 364

第五编 债和合同

民法典应设置债法总则编 / 381

论债法总则与合同法总则的关系 / 388

论合同法组织经济的功能 / 410

预期违约和不安抗辩权关系的探讨 / 438

典型合同立法的发展趋势 / 457

预约合同若干问题研究

——我国司法解释相关规定述评 / 474

论特别法上有名合同的法律特征 / 493

合同法中可得利益损失的赔偿 / 502

第六编 侵权责任法

论我国侵权责任法分则的体系及其完善 / 525

论网络侵权中的通知规则 / 549

第七编 法学方法论和法律解释学

论法律解释之必要性 / 573

第八编 法治理论

法治:良法与善治 / 595

从法律体系迈向法治体系 / 610

法治具有目的性 / 626

改革必须于法有据 / 636

依法治国方略是怎样形成和发展的? / 645

第九编 其他

读书札记 / 655

读书人的家国情怀 / 666

后 记 / 677

第一编 | 民法典编纂

全面深化改革中的民法典编纂^{*}

四中全会决定在“加强重点领域立法”中指出:“加强市场法律制度建设,编纂民法典。”这是建设社会主义法治体系和法治中国的重要步骤,为民法典的编纂送来了“东风”,必将有力推进我国民法典的编纂进程。在全面深化改革中,编纂民法典既是保障既有改革成果的需要,也是保障改革于法有据、引领改革进程的需要。

一、域外历史经验的回顾:民法典编纂引领改革

从世界各国民法典编纂的历史来看,大陆法系国家有代表性的法典都是在社会急剧变动时期颁布和施行的,从这一背景来看,民法典的编纂与社会变革之间具有相互促进、相辅相成的关系。

在1804年《法国民法典》制定时,法国资产阶级革命刚刚完成,法国正处在由封建领主制经济向土地私有化的过渡阶段,《法国民法典》的编纂推进了土地私有化,为资本主义经济关系的壮大和发展提供了保护。在法国大革命中,雅各宾派政权颁行了一些法令,将一

^{*} 原载《中国法学》2015年第4期。