

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商事法律科学研究文丛(7)

中国民事法律制度 继承与创新

Reference and Innovation of
Chinese Civil Law

| 主编 · 史浩明 |

人民法院出版社

· 江苏省哲学社会科学“十五”规划项目 ·

中国民事法律制度 继承与创新

Reference and Innovation of
Chinese Civil Law

| 主编·史浩明 |

撰稿人 史浩明 张 鹏 章正璋
李中原 方新军

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民事法律制度继承与创新/史浩明主编. -北京: 人民法院出版社, 2006. 4

(民商事法律科学研究文丛)

ISBN 7-80217-183-0

I. 中… II. 史… III. 民法—研究—中国

IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 159917 号

中国民事法律制度继承与创新

主编 史浩明

责任编辑 辛言 高林 高洪
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250579 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 鲁中晨报印务公司
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 570 千字
印 张 31.75
版 次 2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-183-0
定 价 59.00 元

版权所有 侵权必究

序

随着社会主义市场经济的繁荣和发展,民法在规范市场秩序、协调社会关系等方面的作用越发突显。市场主体的准入和地位、私人财产的确认和保护、人格利益的承认和救济、交易秩序的预设和维护、家庭秩序的引导和维持、违法行为的制裁和补偿等等,均依赖于民法的设立和有效运行。随着中国市民社会的形成和发展,民法作为调整市民社会的基本法,其在社会生活中的地位日益突出,这就为中国民法学的勃兴和繁荣创造了良好的社会基础。

经过二十多年的发展,中国民法学研究取得了长足的进步,许多科研成果为民事立法、司法提供了强大的智力支持。民法学界已经形成了一个良好的科研氛围和一支严谨的科研队伍。重研究、重学术,求真求实,已经成为了中国民法学界的主流风气,诸多学者越来越将兴趣集中到民法学学术研究上来。更令人可喜的是,除了一批老一辈民法学研究者之外,近年来,我们也涌现出了一大批中青年的民法学研究者。他们有厚实知识功底、饱满的研究热情、持久的学术毅力,所有的这一切,促成了他们成为当代民法学研究的中坚力量和排头先锋!

苏州大学法学院源于东吴大学法学院,有着深厚的法学研究传承,其目前的民商法教研室继承了这一光荣传统,形成了一支以中青年为骨干的优秀队伍。他们正值年富力强,且多是取得博士学位的年轻人,对于从事民法学学术研究充满了热情和干劲。我与其中的大部分均有交往,或有师生关系,对于他们的研究水平和深度均有较多了解。这些年来,面对外部世界的诸多物质诱惑,这批学者仍然醉心于学术研究,在繁忙的教学之余一直坚持科研工作,笔耕不辍。

此次,他们通力合作,共同推出该本专著,对于当前民法学研究中的许多难点、热点问题均给出了自己的答案。该本著作涉及了传统民法中的各方

面内容，其中的许多内容，选题新颖、论证精辟、结论有力。诸如民法典体系问题的研究，其中既有近代民法学思潮形成的历史回顾，也有对当前有关民法典编纂体例争论的述评，同时还提出了自己有关民法典编纂体例的独立见解。该书对于传统民法中的许多基础性制度也进行了新的思考，如关于人身关系研究、财产权概念研究、公用征收制度研究、提存制度研究、夫妻日常家事代理权研究等等，均在当前既有研究水平上提出了许多十分有益的创新性见解。此外，该书中还阐述了若干当前我国民法学界还没有引起足够重视的一些新问题，如成年人监护制度问题、承揽运送人的介入权和介入拟制行为问题、纵向限制竞争规则对特许经营合同的影响问题等等，本书对于这些问题的研究十分具有新意，可以说是一种开创性研究。

总之，我十分高兴地见到这批中青年学者经过刻苦研究而取得的新成果，并真挚地向广大读者推荐这本著作，同时也衷心地祝愿他们取得更大的成绩，为我们民法学事业的繁荣、为我们社会主义法治建设奉上自己的应有贡献！



2006年4月

目 录

第一编 民法典体系与创新

第一章 中国民法法典化的时代意义	(1)
一、从我国民事立法的现状看制定民法典的必要性	(1)
二、中国民法法典化的时代使命	(6)
三、民商合一与民商分立的立法选择	(9)
四、中国民法典的文字特点	(11)
第二章 潘得克吞体系的解释、完善与中国民法典的体系建构	(13)
一、潘得克吞体系的解释	(15)
二、中国民法典的体系建构与潘得克吞体系的完善	(19)
第三章 当前中国民法典编纂体例争论述评	(34)
一、民法典体例总体思路的争论	(35)
二、民法典若干具体编章设置的争论	(42)
第四章 近代民法学思潮流变回顾	(52)
一、16 世纪人文主义法学派的兴起	(54)
二、17 世纪德国学说汇纂的现代应用学派和理性自然法学派 的形成	(59)
三、19 世纪德国历史法学派的成就	(64)

第二编 民法总则制度的反思与创新

第五章 对人身关系（人身权）问题的再认识	(71)
一、“人法”与“物法”的历史顺序和历史地位问题	(71)
二、近代欧陆民法典中“姓名”条款的人身属性问题	(73)
三、债权与继承权的人身属性问题	(75)

四、前苏联民法的调整对象与康德理论的关系问题	(76)
五、中国民法对前苏联理论的改造问题	(78)
六、人格与人格权的问题	(80)
第六章 我国成年人监护制度的重建与创新	(84)
一、法、德、日原有成年人监护制度概要	(85)
二、现代以来成年人监护社会背景的变迁以及原有监护模式的 制度缺陷	(87)
三、现代各国成年人监护制度修改概况	(96)
四、我国成年人监护制度基本类型的评价与重构	(110)
五、重建我国成年人监护制度中的若干问题	(120)
六、高龄人的护理保险	(129)
第七章 两大法系代理理论差异的再思考	(131)
一、立法沿革上的考察	(132)
二、理论根源上的考察	(134)
三、实际运作中的考察	(146)
四、结语	(151)
第八章 信用权概念比较研究	(154)
一、信用权概念的各种学说	(154)
二、信用是对民事主体一般经济能力的社会评价，还是对特定 偿债能力的社会评价	(156)
三、信用是对民事主体客观偿债能力的评价，还是对民事主体 客观偿债能力以及主观偿债意愿的评价	(163)
四、信用是对民事主体客观偿债能力以及主观偿债意愿的社会 评价，还是包括此项社会评价以及相应的社会主体的信赖	(165)
五、结语	(167)
第九章 我国诉讼时效制度设计创新与完善	(168)
一、诉讼时效适用范围的合理界定	(169)
二、诉讼时效效力的模式选择	(175)
三、诉讼时效期间的设计	(180)
四、严格区分诉讼时效与除斥期间的关系	(183)

第三编 我国财产权制度的创新与健全

第十章 传统财产权概念的瓦解与重塑	(193)
一、财产与物的关系.....	(195)
二、霍菲尔德的权利分析理论是否是解决英美财产法困境的万能钥匙.....	(200)
三、传统财产权概念的瓦解是否侵蚀了资本主义的道德基础.....	(204)
第十一章 物权法定主义的发展与创新	(206)
一、物权法定主义的内涵与历史沿革.....	(207)
二、物权法定主义“合理性”批判.....	(210)
三、物权法定主义的历史根源探析.....	(222)
四、物权法定主义的运行实况及其成因.....	(229)
五、物权法定主义与物权自由创设主义.....	(240)
六、结语.....	(261)
第十二章 物权转让和物权行为实在说	(263)
一、物权行为独立性的三种学说.....	(263)
二、物权行为独立性对交易双方利益维护的均衡性与非均衡性.....	(266)
三、善意取得制度能否取代物权行为及其无因性.....	(268)
四、物权行为无因性的相对化趋势.....	(270)
第十三章 对国家所有权与所有制问题的回顾与反思	(272)
一、国家为何要享有所有权.....	(272)
二、国家所有权应有怎样的范围.....	(273)
三、国家所有权与所有制的关系.....	(275)
四、公有制下国有财产价值实现的理论与实践.....	(277)
五、国家所有权与我国当前的《物权法》立法.....	(284)
第十四章 财产权的合理限制与我国公用征收制度创新	(285)
一、德、美两国公用征收制度考察.....	(286)
二、给予财产权过度限制以公用征收保护的意義.....	(289)
三、财产权合理限制与公用征收救济补偿的区分.....	(290)
四、我国对因财产权过度限制而成立公用征收应有之立法选择.....	(293)
第十五章 特殊用益物权种类及对我国物权立法的影响	(298)
一、用益物权种类体系发展概述.....	(298)

二、居住权·····	(300)
三、空间使用权·····	(304)
四、分时度假权·····	(309)
五、不动产证券化·····	(312)
六、使用权·····	(315)
七、土地负担·····	(316)
八、限制的人役权·····	(317)
九、结语·····	(318)
第十六章 地役权制度的发展与创新·····	(320)
一、地役权制度起源·····	(321)
二、各国地役权制度概况·····	(323)
三、地役权制度若干具体问题创新研究·····	(327)

第四编 合同法律制度的发展与创新

第十七章 提存制度的发展与创新·····	(347)
一、提存制度的历史发展回顾·····	(347)
二、提存制度的价值功能·····	(349)
三、提存的法律性质·····	(350)
四、提存机关的确定·····	(351)
五、提存的条件·····	(352)
六、提存的程序·····	(354)
七、提存的效力·····	(355)
第十八章 交付制度的发展与创新·····	(359)
一、交付的概念·····	(359)
二、交付的性质·····	(361)
三、交付的方式(方法)·····	(364)
四、交付的意义·····	(365)
第十九章 无权处分与合同的效力·····	(368)
一、无权处分的立法缘由·····	(368)
二、无权处分的含义·····	(369)
三、无权处分的比较立法例·····	(369)
四、国内学界关于无权处分的主要观点·····	(373)

五、结语·····	(375)
第二十章 合同期前救济制度的发展与创新·····	(376)
一、英美法系合同期前救济制度——预期违约制度·····	(376)
二、大陆法系合同期前救济制度——从比较的视角出发·····	(379)
三、国际上的趋向——两大法系的竞争·····	(382)
四、我国《合同法》的立法取向——传统框架与规则创新·····	(384)
五、结语·····	(386)
第二十一章 合同法分则的变迁与发展趋势·····	(388)
一、罗马法中的合同种类及其变迁·····	(388)
二、法国民商事法典中的合同种类的前工业社会特征·····	(393)
三、德国民商事法典中的合同种类的工业社会特征·····	(399)
四、俄罗斯联邦民法典和澳门民商法典中的合同种类的后工业 社会特征·····	(404)
第二十二章 赠与人紧急需要抗辩权·····	(411)
一、赠与人紧急需要抗辩权的法理分析·····	(411)
二、赠与人紧急需要抗辩权的适用条件·····	(414)
三、赠与人紧急需要抗辩权的效力·····	(416)
四、我国《合同法》相关规定与国外立法之比较·····	(417)
第二十三章 承揽运送人的介入权和介入拟制行为·····	(420)
一、承揽运送人的介入权·····	(421)
二、承揽运送人的介入拟制行为·····	(424)
三、我国相关制度评说·····	(431)
第二十四章 纵向限制竞争规则对特许经营合同的影响·····	(433)
一、特许人能否限定受让人固定转售价格·····	(433)
二、特许人能否限定受让人行使特许经营权的地域范围·····	(437)
三、特许人能否限定受让人的进货渠道·····	(439)

第五编 我国亲属继承法的创新与完善

第二十五章 我国身份权制度的建立及其完善·····	(445)
一、身份与身份权的法律涵义·····	(445)
二、从历史演变看身份权是否应列为一类独立的人身权·····	(447)
三、我国民法中身份权制度的立法完善·····	(448)

四、配偶权若干问题探讨·····	(453)
第二十六章 夫妻日常家事代理权 ·····	(460)
一、比较法上的考察·····	(460)
二、日常家事代理权的性质·····	(463)
三、日常家事代理权的价值功能·····	(464)
四、设定日常家事代理权应注意的问题·····	(466)
第二十七章 我国继承法的创新与完善 ·····	(470)
一、孙子女、外孙子女应列为第二顺序继承人·····	(470)
二、完善被继承人债务的清偿制度·····	(472)
三、建立特留份制度·····	(474)
四、完善遗嘱形式的规定·····	(482)
五、应当允许夫妻合立遗嘱·····	(488)
六、放宽遗嘱变更形式的限制·····	(496)
七、确认补充继承制度·····	(497)
后 记 ·····	(499)

第一编
民法典体系与创新

第一章 中国民法法典化的时代意义

经过 20 多年的改革,我国社会经济生活发生了翻天覆地的变化,随着各项改革事业的推进,我国目前的改革开放和现代化建设事业也已经进入了一个关键时期。总结人类历史的经验,我们不无理由地认为:改革的成功取决于法治条件的成熟,市场经济的健康发展依赖于法治的厉行。所以,市场经济内在的、本质的要求是实行法治,建立和健全适应社会主义市场经济发展需要的法律体系,特别是规范市场主体、市场行为、市场秩序等方面的法律,这正是民法义不容辞的任务。民法是规约市场经济的基本法,^①法学家们早已证明,由于以市场关系为内容的民法是法治的真正法律基础,所以中国步入法制社会的途径之一是民法的完备和实行。^②然而,我国现行民事立法却极不尽人意,其无论在体例、结构还是基本内容等方面都不能适应社会生活的客观需求。这种状况亟待改变。因此,尽快制定一部统一的民法典,已经成为所有民法工作者的共同心愿。为此,我们从我国民事立法的现状出发,结合国外立法例和学理争论,对中国民法法典化的必要性和重大意义作一探讨。

一、从我国民事立法的现状看制定民法典的必要性

在我国现行民事立法中,1986 年颁布的《民法通则》处于准基本法的地位。此外,国家立法机关还根据“成熟一个制定一个”的立法方针,先后颁布了《继承法》、《商标法》、《专利法》、《著作权法》、《公司法》、《海商法》、《城市房地产管理法》、《担保法》、《票据法》、《保险法》、《合同法》等民事单行法。国务院及有关部委也制定了许多有关民事的或具有民事内容的条例、实施细则和规章。各地区也根据需要颁布了不少包含民法规范的地方性法规和

^① 王泽鉴:《台湾的民法与市场经济》、《法学研究》1993 年第 2 期。

^② 参见张文显:《中国步入法制社会的必由之路》,《中国社会科学》1989 年第 2 期。

规章。此外，最高人民法院在适用民法的过程中作了许多司法解释，补充了大量民事规范的内容。这样，在我国形成了以《民法通则》为核心，以民事单行法为主干，以有关民事生活的行政法规和司法意见为两翼的民事立法格局，民法体系已初具规模。所有这一切，在解决有法可依的问题上和保障改革开放顺利进行、促进我国经济的发展方面，起了很大的作用。但是，现行民事立法的缺陷也是显而易见的，这主要表现在：

1. 许多规定已陈旧过时。由于受当时历史条件的限制，现行法大部分制定于改革开放初期，故被深深地打上了产品经济和旧体制的印痕，如过多地强调法人之间经济关系的计划性，过多地突出主体的差异性、不平等性，过多地限制当事人的意志自由等等。

2. 结构体系零乱，缺乏系统性。现行民法体系中，各种法、条例、实施细则、办法、意见等各种规定名目繁多，而且往往法出多门、各自为政，缺乏整体规划和长远设想，内容重复，前后、上下、左右矛盾甚多。如，《民法通则》与《继承法》、《合同法》等法律就存在许多不一致的冲突之处。

3. 不少规定过于简略、抽象，呈现出众多的原则条款、弹性条款和任意条款。这不仅给民事司法造成困难，也使法官拥有过于宽泛的自由裁量权，这也为某些素质不高的法官滥用法律大开了方便之门。

4. 许多基本制度尚不完善，立法的空白点甚多。我国民法以平等主体之间的财产关系和人身关系为调整对象，据此，权利主体制度、物权制度、债权制度、人身权制度四位一体组成为我国民法的最基本的内容。对这四大基本制度，现行法已作出反映，但因其覆盖面的狭窄和立法时的极度谨慎而遗漏了许多内容。仅以物权和债权为例，在物权制度上，缺乏物权概念、基本原则、取得方法的规定，尤其是缺乏各种用益物权的规定。在债权制度方面，虽有《合同法》作为合同法制方面的基本法，但仍然缺少债权方面的通则性的规定，除合同外，不当得利、无因管理等债权类型缺少完善的法律规定。一些重要的合同类型，如储蓄合同、旅游合同、劳动合同等，也都处于法律失控的状态。^①

5. 立法技术落后。表现为：条文前不设标题，条文前后排列不合理，条文表述不准确、不科学等。

产生上述缺陷的原因，概括起来主要有三方面：一是经济体制上的原因。现行民法规范，许多制定于80年代初期，高度集中的产品经济体制和指令性

^① 也正是因为此，现在对于《合同法》的修正的主要建议都集中在增加有关合同分则方面的内容上。

计划手段、行政手段在当时还基本上没有多大触动,因而法律较多地反映旧体制的特征和要求也就在情理之中。二是立法指导思想上的偏差。长期以来,在我国民事立法中,一直奉行“宜粗不宜细”,“成熟一个、制定一个”,“坚持中国特色”的指导思想,这种思想导致我国现行的民事立法过于简略、笼统,许多重要的民法制度被遗漏,为司法机关擅断提供了客观基础,同时也造成我国民事立法落后于社会生活的需要,造成立法滞后,并与世界民法发展、进步的潮流和趋势不协调。三是民法学理论研究的不足。任何优秀法律的制定都离不开充分的理论准备,民法也不例外。而我国民法学研究的总体水平还比较低,仍局限于法律注释的阶段,有人称之为“教科书阶段”。深入研究、比较研究、联系实际研究的少,研究中的急功近利风靡,局限于文义解释、抽象研究的多。这必然影响民事立法的质量和水平。

我国民事立法不尽人意的现状,已逐渐为人们所认识,要求完善民事立法的呼声越来越高涨。但是,完善民事立法的出路何在?对此,人们的认识并不一致。近年来,在提及如何完善民事立法等问题时,人们总是过多地想到如何对现行立法进行修修补补;在提及如何正确执行民法等问题时,又过多地要求对现行立法进行立法解释和司法解释;在提及民法规范的整理等问题时,又过多地强调进行法规汇编。显然,这些措施对完善民法是必不可少的,但是,对民法规范的补充修改只能涉及到民法个别内容的变更和扩充;对民法规范的解释主要只揭示有关条文的立法意图和界定其内容;对民法规范的汇编整理,只能仅仅就现行民法规范按年代顺序或涉及的问题作分门别类的排列和汇总,并不能改变民法规范本身的内容。因此,上述这些措施实际上无助于问题的根本解决。

我们认为,欲从根本上解决我国现行民事立法存在的问题,惟一途径应当是及时、迅速地进行民法典的制定,从而根本改变我国现行民事立法支离破碎、漏洞百出的现状。民法典的制定,是使民法规范系统化的一种立法活动,它不仅在于整理已有的民法规范,对民法规范进行外部加工,而且还可以在审查民法规范的基础上,对其中某些已经过时或互相冲突、互相矛盾、互相重叠的部分进行必要的删除和调整,并将遗漏的内容补充进去,从而重新协调各法律规范之间的相互关系,最终形成一个从某些共同原则出发的、内在联系的统一体。

二、中国民法法典化的时代使命

纵观历史长河，人类经济与文化的典型发展阶段无不屹立着一座记载这一历史变迁的丰碑，这座丰碑就是民法典。世界民法典编纂的历史表明，法典化运动总是与伟大的政治和社会变更或巨变的时代相伴随，体现了其深刻的社会、经济、政治根源。《法国民法典》是紧随法国多年资产阶级革命之后制定的，社会急剧地从封建主义过渡到资本主义，民法典的使命就是为了巩固法国大革命的成果，统一全国的私法，兼有守成、统一和更新三重目的，^①为资本主义的发展开辟道路。有的学者将《法国民法典》誉为“摧毁了旧社会，开创是一个新社会”。^②《德国民法典》的制定发生在自由资本主义走向垄断资本主义时代，德国正由割据分裂状态转向政治、经济的统一，民法典的任务就是要实现德意志民族、国家和法律的统一。^③《日本民法典》的制定发生在资产阶级革命的明治维新时期，维新的重要内容之一是“变革”，亦即把西方法制移植到日本，其目的是希望彻底消除封建状态，改变受屈辱的殖民地地位，废除帝国主义列强的领事裁判权，实现国家的现代化。以上状态体现了社会变革与民法法典化的一种内在必然联系。一方面，社会变革为法典化运动提供了可能的经济基础和政治环境。新的经济因素的增长和不断壮大，各种政治势力在变革时期的互为妥协为法典的编纂创造了时机。正如一位外国学者所说：“对于法典编纂而言，政治因素必定是重要的，当法典问世之时，也必定有适当的政治环境。”^④另一方面，民法法典化被用来推行社会革命和巩固革命的成果，正如法、德、日法典化被看作是实现社会现代化，或者是实现因家、民族、法律统一的工具。由此可见，各国制定民法典均具有独特的时代使命，在一定程度上标志着同过去落后传统的决裂，也可以说它是一种革命。

当今中国社会正处于一个伟大的变革时期，这一时期与世界历史上民法

① [日]岩波版《法律学辞典》，昭和12年第2471页。转引自谢怀枬：《大陆法国家民法典研究（续）》，《外国法译评》1994年第4期。

② 谢怀枬：《大陆法国家民法典研究》，《外国法译评》1994年第3期。

③ 德意志帝国是由各个“邦”（州）组成的，这些邦早已有自己的法律或法典，《德国民法典》是在这些邦法基础上产生的。

④ [美]艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第130页。