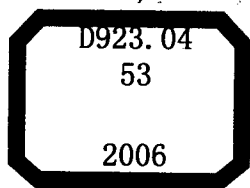


我国民法典 重大疑难问题 之研究

STUDY ON CRUCIAL & DIFFICULT PROBLEMS
OF CHINA'S CIVIL CODE

王利明
著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



STUDY ON CRUCIAL & DIFFICULT PROBLEMS
OF CHINA'S CIVIL CODE

我国民法典 重大疑难问题 之研究

王利明
著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国民法典重大疑难问题之研究/王利明著. —北京:法律出版社,2006.6

ISBN 7-5036-6443-6

I. 我… II. 王… III. 民法—法典—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 063809 号

©法律出版社·中国

我国民法典重大疑难问题之研究

王利明 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2006 年 7 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 42 字数 568 千

印次 2006 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

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/010-63939840

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6443-6/D·6160

定价:67.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

本书是我近几年来参与民法典的起草制定工作以及从事民法学教学和研究的阶段性总结,也是我承担的教育部重大攻关课题“民法典体系与重大疑难问题研究”(项目批准文号:03JZD005)的部分内容。众所周知,近几年立法机关展开了举世瞩目的民法典起草工作,作为一名民法的研究工作者,有幸能够参与民法典的起草这一伟大的法治建设工程,我深感躬逢其盛,同时也感到自己肩上的责任重大。民法典的制定是我国民法学界几代人的热切期盼。记得先师佟柔先生曾多次说,如果自己能够在有生之年见到一部中国民法典的问世,将是人生一大幸事。尽管像佟柔先生、谢怀栻先生等老一辈民法学家为中国民法典的问世奔走呼吁一生,但是他们都没有能够见到中国民法典的颁行。值得欣喜的是,我国最高立法机关已经将民法典的制定提上了议事日程,我们这一代民法学者不仅能够见证民法典的问世,而且有幸参与其中,奉献自己的才智。这既是时代赋予我们的伟大机遇,是民法学者一生的宝贵阅历,也是时代对我们提出的重大挑战。

民法典的制定是一项非常复杂、浩繁、重大的系统工程,不可能像19、20世纪一些国家制定民法典那样,进行简单地移植甚至照搬照抄。作为一个

正在和平崛起的大国,我国所制定的民法典理所当然要屹立于世界民法典之林,要作出自己的贡献。这就需要在制定民法典的过程中,首先立足于我国的国情,从中国的现实出发,认真研究实践问题,尤其是改革开放以来社会经济生活中出现的各种新情况、新问题。另一方面,在经济全球化的趋势加深以及我国已经加入世界贸易组织的情况下,我们也必须吸收借鉴那些先进的经验与做法,将其为我所用。因此,在制定民法典的过程中,我们不能固步自封。民法是古老的,但也是常新的。“明者因时而变,智者随世而制”,进入21世纪以来,科学技术突飞猛进,互联网的迅速发展,产生了许多民法从来没有遇到的问题,这既是对传统民法的挑战,也是民法发展与创新的机遇。为此,我们必须准确地把握民法发展的新趋势,掌握民法的发展规律,才能使我们的民法典既立足于我国国情,又符合世界潮流。

民法典的制定过程中所涉及的问题是众多的,任何一个民法学者穷其毕生精力也无法研究或者解决全部,只能研究解决其中的一些重大疑难问题。当然民法典制定过程中哪些问题是重大的或者是疑难的,这本身就是一个仁者见仁、智者见智的问题。本书所研究的民法典制定过程中的重大疑难问题只是我个人的一孔之见,因此书中选取了民法典研究中的一些问题进行了探讨,这些问题是否有价值以及本书研究的深入与否,还取决于读者的评判。我个人深感本书对许多问题的研究也许尚显肤浅,甚至有些是不正确的。在研究的过程中,我对一些问题的看法也是不断深化的。我常常在一些文章发表之后,觉得并不满意,但是,我之所以仍能坚持不断地写作,并将这些文章不揣鄙陋地发表出来,因为我认为任何研究都是一个不断探索的过程,作为一个法学工作者,我们的首要职责就是通过自己的创作活动为社会提供精神产品,为国家法治建设建言献策。在民法典制定过程中,我们有义务有责任为民法典的制定提出自己的看法和建议,为推动一部科学的、具有中国特色的民法典的制定作出自己的贡献。即使我的看法是肤浅的,但只要做出了一些努力,我也深感荣幸。

正因如此,我将自己这几年来对民法典中一些问题的研究成果

整理成书,一则希望能够对我国民法典的制定工作贡献个人的微薄之力;二则希望能够引起学界对这些问题的关注,将相关的研究推向深入。我深知,我们要制定的民法典是面向 21 世纪的民法典,因此要面对许多原有的民法理论所未解决的新问题,尤其是民法典理论博大精深、纷繁复杂,我个人的研究不过是沧海一粟,书中缺漏错误在所难免,希望读者不吝指正。

王利明

2006 年 6 月 1 日于明德法学楼

目 录

序言

第一编 民法典概览

第一章 民法典的意义和价值	3
第一节 我国制定民法典的必要性	3
第二节 民法典与司法公正	17
第三节 民法典与判例法的关系及建立判例法的必要性	24
第二章 未来我国民法典的体系	34
第一节 建立民法典体系的必要性	34
第二节 确立我国民法典体系应解决的几个问题	38
第三节 构建我国民法典的体系的具体问题	49
第三章 我国民法的基本性质问题	53
第一节 民法是私法	53
第二节 民法是市场经济的法律	59
第三节 民法是市民社会的基本法	62
第四节 民法是权利法	66

第二编 民法总则

第四章 民法典总则编设立的必要性及基本结构	73
第一节 设立民法总则编的必要性	73
第二节 不能以人法代替民法典的总则编	81

第三节	我国民法典总则编的基本结构	85
第五章	民法典总则编中的法律行为制度	93
第一节	法律行为制度的历史发展	93
第二节	如何界定法律行为的概念	97
第三节	意思表示与法律行为	105
第四节	未来我国民法典中设立法律行为制度的必要性	112
第五节	未来我国民法典总则部分应如何构建法律行为制度	120
第六章	民法典总则编中诉讼时效制度	124
第一节	诉讼时效规定的援引	124
第二节	诉讼时效的适用范围	128
第三节	诉讼时效期间的起算	135
第四节	诉讼时效的中断	141
第五节	诉讼时效的中止	145
第六节	诉讼时效的延长	149
第七节	诉讼时效期间届满的法律后果	151
第八节	义务人的自愿履行和时效利益的抛弃	156
第九节	诉讼时效和除斥期间	159
第三编	人格权法	
第七章	人格权制度在未来我国民法典中的地位	167
第一节	人格权制度独立成编是丰富与完善民法典体系的需要	168
第二节	民事主体制度无法涵盖人格权制度	175
第三节	侵权行为法不能取代独立的人格权编	181
第四节	人格权独立成编是其人格权自身发展的需要	186
第八章	人格权制度在近现代法中的新发展	193
第一节	人格权概念的产生	193
第二节	近代民法中的人格权	198
第三节	现代民法中的人格权	204

第四节 人格权在现代法中的新发展对我国民事立法工作的 借鉴意义	213
------------------------------------	-----

第四编 物权法

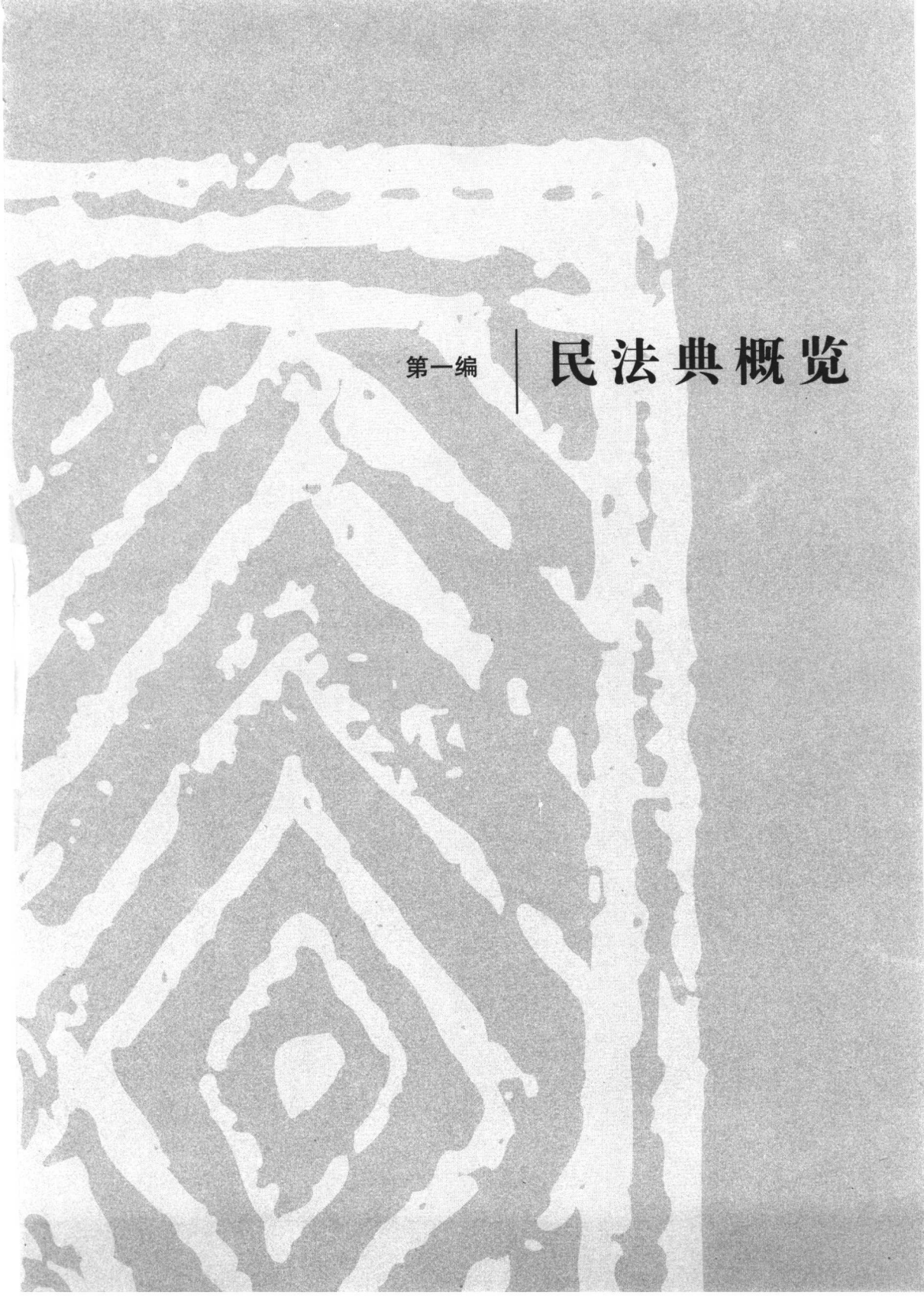
第九章 制定我国物权法的意义与物权法的价值	225
第一节 物权法能够确认和保护物权	226
第二节 物权法能够促进交易并保障交易安全	230
第三节 物权法能够增进财产利用效益从而实现物尽其用	234
第十章 物权法的平等保护原则	245
第一节 平等保护原则的内涵	245
第二节 我国物权法中应当确立平等保护原则的理由	247
第三节 平等保护原则的误区与澄清	250
第四节 物权法草案对平等保护原则的体现	251
第十一章 未来我国物权法的体系与基本内容	257
第一节 应采纳物权还是财产权的概念	257
第二节 民法典中是否需要设立一个财产权总则	261
第三节 根据物权的对世性考虑物权体系的问题	263
第四节 物权法定原则	265
第五节 所有权是否需要类型化	268
第六节 租赁权是否应当成为物权的问题	270
第七节 公司财产的独立性问题	271
第八节 是否要规定物权请求权的问题	272
第九节 关于作为物权客体的物	274
第十节 担保物权是否属于物权的问题	276
第十二章 经济全球化与物权法的国际化	279
第一节 物权法中有关固有的内容难以国际化	280
第二节 物权法中有关交易的规则可以国际化	284
第三节 我国物权立法中应注意把握物权法的发展趋势	287

第十三章 基于法律行为的不动产物权变动模式	293
第一节 引言	293
第二节 不动产变动模式的立法例	294
第三节 我国物权法应当确立的不动产物权变动模式	296
第十四章 不动产登记制度	306
第一节 不动产登记制度的沿革	306
第二节 不动产登记制度的功能	312
第三节 不动产登记的公信力	317
第四节 不动产登记的效力	321
第五节 预告登记与商品房预售登记	325
第六节 登记的请求权	330
第七节 我国物权立法中不动产登记制度的完善	335
第十五章 占有的权利推定	345
第一节 确立占有的权利推定规则的必要性	345
第二节 占有的权利推定规则的内涵	350
第三节 占有的权利推定规则与公信原则	354
第四节 排除占有推定规则的情形	356
第十六章 他物权的设定	359
第一节 他物权设定模式的特殊性	359
第二节 他物权设定的要件之一:合意	365
第三节 他物权设定要件之二:公示	369
第四节 设立他物权模式:登记要件主义	375
第十七章 农村土地承包经营权	380
第一节 承包经营权物权化的必要性	380
第二节 土地承包合同与农村土地承包经营权	387
第三节 农村土地承包经营权的流转	393

第十八章 物权法中添附制度与侵权责任的相互关系	400
第一节 添附制度与侵权责任的适用范围不同	401
第二节 构成侵权的添附未必要按照侵权处理	404
第三节 添附与侵权请求权冲突的解决	408
第十九章 物权的征收与征用	412
第一节 物权法是否应当明确界定“公共利益”	412
第二节 物权法应当分别规定征收、征用与拆迁	421
第三节 物权法草案应明确规定征收、征用的合理补偿标准	426
 第五编 合同法	
第二十章 现代合同法的新发展	435
第一节 从形式正义走向实质正义	435
第二节 逐步限制合同自由	441
第三节 科学技术的发展对合同法提出的挑战	446
第四节 诚实信用原则的发展对合同法的影响	449
第五节 经济全球化对合同法的影响	453
第二十一章 合同的无效及确认	456
第一节 无效合同的违法性	456
第二节 确认合同无效的若干问题	460
第三节 合同的绝对无效和相对无效	463
第四节 合同的无效和合同的不成立	466
第五节 合同无效与恶意抗辩	469
第六节 无效和可撤销合同的区别	472
第七节 合同无效与诉讼时效规则的适用	475
第二十二章 合同漏洞的填补	479
第一节 合同漏洞的概述	479
第二节 填补合同漏洞的程序	483

第六编 侵权行为法

第二十三章 侵权行为法在未来我国民法典中的地位	497
第一节 侵权行为法独立成编的理由	498
第二节 未来我国侵权行为法的体系	529
第三节 侵权行为法的一般条款	532
第二十四章 侵权行为的概念	541
第一节 关于侵权行为概念的两种学说	541
第二节 对侵权行为概念的几点认识	544
第二十五章 现代侵权行为法的新发展	561
第一节 现代侵权行为法的几个发展趋势	561
第二节 我国侵权行为法的历史发展、现状及未来	573
第二十六章 过错责任	587
第一节 过错责任的概念与特征	587
第二节 过错责任的功能	592
第二十七章 无过失责任	598
第一节 无过失责任的概念与特征	598
第二节 无过失责任的适用范围	603
第三节 无过失责任和严格责任	609
第四节 无过失责任与危险责任	614
第五节 无过失责任是否属于一项归责原则	623
第二十八章 公平责任	627
第一节 公平责任的概念与特征	627
第二节 公平责任作为归责原则的必要性	632
第三节 公平责任的适用	639

The background of the cover features a large, abstract, high-contrast geometric pattern. It consists of a series of interlocking, irregular shapes that form a complex, crystalline structure. The pattern is rendered in shades of gray, with the central area being lighter and the outer edges being darker, creating a sense of depth and movement. The overall effect is reminiscent of a stylized, abstract landscape or a complex architectural design.

第一编

民法典概览

第一章 民法典的意义和价值*

自从新中国成立以来,法律界的有识之士便开始呼吁民法典的制定,五十年来我国民事立法取得了长足的进步,在统一合同法制定以后,立法机关已经加快了物权法的制定工作的步伐,民法典的制定已经摆到了议事日程。然而民法典制定的必要性以及民法典与判例法的相互关系仍有待探讨。对上述问题的研究不仅仅涉及是否要制定民法典的问题,而且关系到我国民事立法应该采取何种模式以及未来的发展方向问题,因此本章拟就上述问题谈一些粗浅的看法。

第一节 我国制定民法典的必要性

一、民法典与人文主义(Humanism)

艾伦·沃森曾言:“理性的思潮,例如人文主义,从实质上影响着法律传统。”^①就大陆法系而言,人文主义的思潮影响是非常巨大的。人文主义的

* 本章在写作过程中得到我院程啸同学的大力帮助,在此谨致谢意。

① [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120页。

基本特点就在于它把焦点集中在人的身上,从人的经验开始;人文主义认为“每个人在他或她的自己的身上都是有价值的——我们仍用文艺复兴时期的话,叫做人的尊严——其他一切价值的根源和人权的根源就是对此的尊重”;^①总之,人文主义充分尊重个人的人格自由、人格独立,提倡人格平等。正是这种人文主义运动所确立的信念,使人相信法律可以建立在理性的基础上,这种理性的动机导致了法律变革,导致了理性与民法传统的结盟,促成了官方编纂法典。^② 奥地利民法典、拿破仑民法典、德国民法典等民法典的诞生正是启蒙思想的产物,同时亦是人文主义的成果。

纵观 19 世纪和 20 世纪大陆法系国家民法典的制定过程及其内容,它们都不同程度受到人文主义的影响。具体的表现在民法典大都主张如下原则:第一,人格的独立与平等。人格独立即民事主体都享有平等的权利能力,不因民族、种族、职业、性别、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限、政治地位的差异而有所不同;人格独立意味着民法上的人格与生俱有,既不可被他人剥夺,也不得由本人放弃;每个人在权利范围内只服从本人的意志而不受他人制约;每个人对自己行为的后果承担责任。^③ 第二,意思自治,即私法自治,是指在私法的范畴内,当事人自由决定其行为,确定参与市民生活的交往方式,而不受任何非法的干涉。^④ 第三,对人格的尊重及对私权的充分保护,民法确认了公民与法人所享有的人格权,通过对人格权的保护而对主体的人格予以了充分的尊重,同时民法赋予了主体广泛的财产权利,如债权、物权、知识产权、继承权等,并为这些权利提供了保护。第四,责任自负,每一个人在法定的范围内享有充分的自由但应对自己的行为及其后果承担责任,每一

① [英]阿伦·布洛克:《西方人文主义传统》,董乐山译,三联书店 1997 年版,第 234 页。

② [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 150 页。

③ 参见方流芳:“近代民法的个人权利本位思想及其文化背景”,载《法律学习与研究》1988 年第 6 辑。

④ 苏号朋:“民法文化——一个初步的理论解析”,载《比较法研究》1997 年第 3 期,第 254 页。

个人应该对自己的过错行为负责,而不应对他人的过错负责,这也充分体现了对人格的尊重。总之,上述理性主义的内容恰好反映了市场经济的要求,并且是对封建的身份关系、等级特权以及对人格、私权的漠视制度的否定。正如梅里曼所指出的,《德国民法典》的制定正是通过反映理性主义的思想来结束与改造旧的制度的。^①

民法典本身作为全面反映理性精神的法律形式,其制定本身的重要意义就在于对理性的传播。在我国,民法典的制定和颁行,可以有效地培养人们的权利意识和平等观念,促进中国市民社会的缔造,促进传统文化向现代文化的转型,实现新的社会整合,^②从而奠定依法治国的社会基础。我国是一个具有五千年光辉灿烂的文明史的国家,但同时也是一个有两千多年封建历史且封建主义传统、思想意识根深蒂固的国家。正如邓小平同志所指出的“旧中国留给我们的,封建专制传统比较大,民主法制传统很少”,^③因此,不仅一般民众,而且许多领导干部也深受封建等级特权思想的影响,人们的权利意识和平等观念十分淡薄,且等级观念、特权观念、长官意识、官本位思想等,在社会中极为盛行。这些观念都是和市场经济格格不入的,对于市场经济的发展,也是极为不利的。因而借助民法典的制定,培育和发展公民的权利意识和平等观念,是十分必要的。所以要真正地建立法治国家,必须要反对任何形式的封建特权,提倡人格的独立、人格的平等,充分尊重公民的各项人格权,保护民事主体的财产权。中国民法典的制定正是以实现这些目标为宗旨。民法以保护主体的权利为其重要职能,确认和保护公民的财产权和人身权,充分尊重主体在法定范围内的意志自由,对行为方式的选择自由对民主政治的发展也极有作用。如果每个公民真正理解和遵循民法,也就意味着每个公民懂得自己享有何种民事权利,懂得捍卫自己和尊重他人的财产权益、人身自由和人格尊严;也

① John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1985, p. 27.

② 韩世远:“论中国民法的现代化”,载《法学研究》1995年第4期。

③ 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第332页。