

“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⑤辑

王利明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014038166

D913.04-53
02-3
V5



RESEARCH ON CIVIL AND

COMMERCIAL LAW

民商法研究

第 5 辑

王利明 著



D913,04-53

02-3

V5



北航

C1724169



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法研究. 第5辑 / 王利明著. —北京: 法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5639 - 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(2013)第 270789 号

民商法研究(第五辑)

王利明 著

责任编辑 吕丽丽
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 2014 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

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 42 字数 575 千

印次 2014 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)

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 - 5639 - 5

定价:70.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1724169

新版序言

自20世纪80年代初期发表学术论文至今,我与民法同行已近三十年。新世纪以来,我在法律出版社陆续出版了个人文集一至八卷。此次应法律出版社之邀,对这八卷个人文集进行修订,并增补第九卷,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,更何况那也是对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,借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、内生于中国传统文化传统、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做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,笔者认为,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作出贡献。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,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。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。新世纪以来,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、侵权责任法的起草,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,民法论文更是屈指可数;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,需要靠每个人不断地努力和积累。我愿化作沧海一粟,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。

2013年2月16日于明德法学楼

原版序言

17世纪的自然法学家、被誉为“国际法之父”的胡果·格劳秀斯曾经说过:“对于一个学者而言,没有什么比研究法律更有价值!”此话被法学家们津津乐道、聊以自慰。然而,要享受这句话所带来的荣耀,又岂止是在书斋里殚精竭虑、皓首穷经所能达致。现代社会突飞猛进,日新月异,法治已成为维系社会进步、保障人民福祉、促进经济繁荣的关键所在。对于一个研究法律的学者而言,不仅要认识到法治在现代化进程中的极端重要性,更须意识到自己对中国法制现代化的建树所应承担的责任。

我作为“文革”后第一批经高考入校的大学生,于1978年年初开始接触法律。当时的民法学,可以说是一片荒芜的园地,很多人根本不知民法为何物,课堂上所学的民法,实际上不过是一些有关婚姻、财产继承、损害赔偿的政策规定。直到1981年年初,我准备报考研究生时,才见到了佟柔教授等人编写的民法讲义,那是一部油印的、仅20余万字的教材,然而,我却由此走入民法的殿堂,它是我入门的教科书。

1982年年初,我考入中国人民大学,在佟柔老师的指导下,真正开始学习和研究民法。进校以后,恰逢学术界展开民法、经济法调整对象的争论。根据佟柔教授的意见,我开始研究民法的调整对象和经济法的

理论问题,并逐渐形成了经济法就是经济行政法的认识。1982年,在王家福教授等人的鼓励下,我在由中国社会科学院法学研究所主持的全国经济法理论研讨会上,作了一个有关经济行政法理论构想的大会发言,得到了民法界前辈的支持和鼓励。我的硕士学位论文选题也因此确定。在论文写作过程中,我经常与梁慧星教授切磋,并在1986年与梁教授合作撰写了《经济法的理论问题》一书。

1984年留校任教以后,我开始给本科生、研究生讲授民法课程。在此过程中形成了自己对民法体系及各项制度的看法和认识。1986年我和郭明瑞教授等人,合作撰写了《民法新论》上下册,该书对刚刚颁布的《民法通则》作了一定的研究,也对中国民法学的内容和体系,作了较为认真的探讨。其间,我与原国家经委的李时荣同志合作,编写了《经济体制改革中的法律问题》,与最高人民法院唐德华等同志合作编写了《民法教程》。

1987年,我在佟柔教授的指导下,攻读在职民法博士学位。1988年受美中法学教育交流委员会的资助赴美进修,在美国著名的财产法教授 Mr. Olin Browder 的指导下,研究英美财产法、信托法、合同法、侵权法等问题。回国后,我以《国家所有权研究》一文,于1990年年初,通过了博士学位论文答辩,成为中国大陆首位民法学博士。此后,我开始撰写有关侵权行为的论著,相继出版了《侵权行为法归责原则研究》、《民法·侵权行为法》(与郭明瑞等合著)、《侵权行为法》(与杨立新合著)、《改革开放中的民法疑难问题》等著作。当时我国的侵权行为法研究领域少人问津,这几本小书的出版,对侵权法理论的发展多少起到了一些推动作用。

1993年以来,我与杨立新等同志合作开始研究民法学中的一个新领域,即人格权问题。这些研究成果便是后来与他人合著的《人格权法新论》、《人格权与新闻侵权》、《人格权法》。在这些著作中,我极力主张人格权法应与侵权行为法一样作为民法中独立的制度对待,从而改变传统民法历来沿袭的重物轻人的状况,并在此基础上构建新的民法体系。

我对合同法研究始终抱有浓厚的兴趣。在美国学习期间,曾花很大的精力研究英美合同法的历史、现状和发展。自1993年以来,由于参与合同法的制定工作,开始集中精力研究合同法问题,独自撰写了《违法责任

论》，并与崔建远先生合作出版了《合同法新论·总则》。在这两本小书中，我也希望探索中国合同法自身体系和制度的建构，尤其是希望立足于中国的现实，通过不断吸收两大法系的立法和司法经验以及国际惯例，逐步建立先进的、科学的、符合中国国情的合同法体系和规则。

20世纪80年代中期，我曾在佟柔教授的指导下，就国家所有权和国有企业财产权问题，在《中国社会科学》、《法学研究》等杂志上发表过一系列论文，提出通过股份制改造全民所有制企业，使其享有法人所有权；在我的博士学位论文《国家所有权研究》中，我就企业法人的所有权与国家所有权的关系问题作了专门探讨；同时，我也就物权特别是所有权的基本原理作了研究。最近这几年，基于国家制定物权法的需要，我又重新开始探索物权法的理论问题，并撰写了《物权法论》一书。

作为一个民法学教员，我一直很重视教材的编写，并先后参与、实际主持、主编过6本民法教材。近几年，为了改进民法的教学方法，引进英美法的判例教学法，我开始系统编写民法案例研究的教材。由此形成了《合同法疑难案例研究》、《高级司法官法律培训教材·中国民法案例与学理研究》（4辑）（与郭明瑞、杨立新等合作）。

创建中国自己的民法学体系是我自研究民法以来孜孜以求的理想。我始终认为，我们伟大的民族曾经在历史上创造了博大精深的包括中华法系在内的中国文化，数千年来巍然屹立于世界文化之林。我们感激先人的贡献，更应在当代对中国法律体系的建立和法制的现代化有所作为。我们的民法学应当创建自己的体系，这不仅是因为我们所处的历史传统和文化积淀有其特性，我们的现实经济及社会生活独具特点，而且还因为，我们具有将辉煌的中华法系发扬光大的历史责任。我们的民法学需要大量借鉴两大法系的先进经验，但不能完全照搬照抄，成为某些国家民法的简单复制。人在天地间贵在自立，国家和民族贵在自强。我们的民法，也应当在世界民法之林中有自己的重要地位。作为民法学工作者，我们所做的一切，都应是向着这个目标而努力。

黄仁宇先生在《中国大历史》一书中指出：“我们想见今后几十年内是从事中国法制生活人士的黄金时代。他们有极多机会接受挑战、尽量创

造。”过去的十多年里,我也曾在治学的道路上面对艰苦的生活和学习条件而产生彷徨,在那些难以忘怀的岁月里,每次总是得到佟柔教授的教诲和鼓励。当我在异国他乡的时候,他每每去信,总是要我学成归国,报效国家;而在他去世的前一天,和我作最后一次长谈,也仍是坚信法治是中国的必由之路,民法的健全乃是法制建设的最重要内容。他勉励我不论今后遇到多大困难,也要坚定地民法学的研究道路上走下去。斯人已去,但先生的教诲和人格力量,使我得以克服各种困难,在充满崎岖的学术之路上咬紧牙关,走到今天。

我很庆幸的是,在近二十年的学习和治学生涯中,始终得到民法学界德高望重的前辈如谢怀栻先生、江平先生、王家福先生等提携和鼓励。本院高铭喧教授、曾宪义教授、王益英教授曾对我悉心栽培、热情帮助,赵中孚教授在我博士学位论文答辩中也曾给予我不少支持,至于曾给过我各种热情帮助的学术界前辈、同人及朋友,则实在是太多而无法一一列出,我只能在此对他们表示由衷的谢意。

本书的编辑大体采用年代顺序,共分为四辑,第一辑从1984年至1990年;第二辑从1990年至1993年;第三辑从1993年至1996年;第四辑则从1996年至今。此书只是对前段工作的总结,今后将继续编写下去。本书中有数篇论文完稿于1991年以前,此次修改时,我又增加了一些注释,某些注释中所载的论著发表于1991年以后,特此说明。

最后要表达的是对法律出版社及其总编辑贾京平和编辑蒋浩、朱宁的感谢,他们冒着可能亏损的后果出此纯学术的著作,其注重学术的精神及做法令人更有理由对中国学术的未来充满信心。我也对在本书编辑中,曾对我提供许多帮助的姚辉副教授、王轶博士、邓旭博士、石佳友、朱岩等人,表示感谢。

1998年1月15日于贤进楼

目 录

新版序言 / 1

原版序言 / 1

第一编 民法总则

关于民法典制定的若干问题 / 3

加入世贸组织与我国法制建设 / 31

论间接代理 / 41

第二编 人格权法

我国未来民法典中人格权编的完善——2002年《民法典
草案》第四编评述 / 77

人格权法中的人格尊严价值及实现 / 93

论死者人格利益的保护 / 117

第三编 物权制度

物权法立法的若干问题探讨 / 137

农村土地承包经营权的若干问题探讨 / 172

试论我国不动产登记制度的完善 / 191

论商铺业主的专有权及其行使 / 228

第四编 债和合同制度

试论合同法的总分结构 / 243

论我国合同法分则的完善 / 261

电子合同的法律问题 / 281

论无权处分 / 305

论合同解释 / 329

中德买卖合同制度的比较 / 366

再论违约责任与侵权责任的竞合——兼评《合同法》第122条 / 396

我国合同法中违约责任的归责原则 / 426

论“买卖不破租赁” / 445

论特许人订约前的信息披露义务 / 463

第五编 侵权行为制度

惩罚性赔偿研究 / 483

试论个人用工的侵权责任 / 503

第六编 婚姻法、证券法、证据法

婚姻法修改中的若干问题 / 519

我国证券法中民事责任制度的完善 / 536

第七编 其他

论基于习惯法的漏洞填补方法 / 563

论权力机关对法院独立行使审判权的监督 / 591

试论司法审查制度 / 620

制定民办高等教育法规规范民办高校办学行为 / 654

第一编 | 民法总则

关于民法典制定的若干问题*

自新中国成立以来,法律界的有识之士便开始呼吁民法典的制定。50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制定工作的步伐,民法典的制定也已经提上了议事日程。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进一步探讨。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,因此本文拟就上述问题谈一些粗浅的看法。

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,人文主义思潮的影响是非常巨大的。人文主义的基本特点就在于它集中焦点在人的身上,从人的经验开始;人文主

* 原载《人大法律评论》2000年卷第1辑。本文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。

义认为“每个人在他或她自己的身上都是有价值的——我们仍用文艺复兴时期的话,叫作人的尊严——其他一切价值的根源和人权的根源就是对此的尊重”。^② 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。^③ 《奥地利民法典》、《拿破仑民法典》、《德国民法典》等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可以看出,这些民法典都在不同程度上受到了人文主义的影响,具体表现在,各民法典中大都主张如下原则:第一,人格的独立与平等。人格平等,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。^④ 人格独立意味着民法上的人格与生俱来,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。^⑤ 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。^⑥ 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;每一个人应该对自己的过错行为负责,而不应对他人的过错行

② [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。

③ [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。

④ 参见《法国民法典》第 8 条、《德国民法典》第 1 条。

⑤ 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。

⑥ 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。