

民法总论

疑难问题研究

Research on Knotty Problems in General Theory of Civil Law

汪渊智 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

国家社科基金项目（项目批准号：08BFX023）

民法总论 疑难问题研究

Research on Knotty Problems in General Theory of Civil Law

汪渊智 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

民法总论疑难问题研究/汪渊智著. —北京:商务印
书馆, 2014

ISBN 978 - 7 - 100 - 07246 - 5

I. ①民… II. ①汪… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 037546 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。



民法总论疑难问题研究

汪渊智 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

山 西 省 美 术 印 务

有 限 责 任 公 司 印 刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 07246 - 5

2014 年 3 月第 1 版

开本 787×1092 1/16

2014 年 3 月山西第 1 次印刷

印张 24 1/2

定价:49.00 元



导 论	1
第一章 公权力与私权利的关系及其欧盟私法法典化	11
第一节 公权力与私权利关系的理性思考	12
一、公权力和私权利关系的历史考察	12
二、公权力和私权利关系的理论探索	16
三、我国社会中公权力和私权利关系的现状分析	19
四、和谐社会中公权力和私权利关系的协调	21
第二节 欧盟私法法典化与我国民法典的制定	27
一、欧盟私法法典化的背景	27
二、欧盟私法法典化的理论准备	30
三、欧盟私法法典化的进程	33
四、欧盟私法法典化的特征	35
五、我国现行民事立法及制定民法典的意义	37
六、欧盟私法法典化对我国制定民法典的启示	42
第二章 我国事业单位法人制度的反思	47
第一节 事业单位法人概念的存与废	48
一、问题的提出	48
二、事业单位法人概念的生成：一个历史性的错误	49
三、事业单位法人的法律属性：一个无法澄清的问题	53
四、事业单位法人分类改革实践：凸显概念自身的逻辑矛盾	56
五、社会公益类事业单位法人：并非立法理想的概念选择	58

六、结论：我国应放弃事业单位法人概念	61
第二节 事业单位法人制度的困惑与出路	62
一、事业单位法人的特征	62
二、事业单位法人的混合身份	63
三、事业单位法人自主性与独立性的缺失	65
四、事业单位法人的民事能力受到制约	68
五、事业单位法人制度的出路	70
六、事业单位法人的治理模式	71
七、我国事业单位法人制度的立法构想	82
第三章 人格权的保护与合理限制	87
第一节 人格权的发展与我国的人格权立法	88
一、人格权及人格权法的现代发展	88
二、我国未来民法典中人格权的立法体例	98
三、我国未来民法典中人格权制度的具体构想	105
第二节 人格权中财产利益的保护	113
一、人格权财产利益的法理分析	113
二、人格权财产利益保护的立法比较	122
三、我国对人格权财产利益的法律保护现状	145
四、我国人格权财产利益的保护模式	148
五、我国保护人格权财产利益之立法构想	154
第三节 人格权的合理限制	160
一、人格权合理限制的正当性依据	160
二、人格权限制的限度	168
三、人格权合理限制的典型类型分析	172
四、我国合理限制人格权存在的问题与立法建议	182
第四章 法律行为的效力根源及其国家强制	191
第一节 法律行为效力的根源	191

一、探寻法律行为效力根源的意义	191
二、法律行为效力根源的学说及评析	193
三、利益是法律行为效力的根源	198
四、利益说与法律行为效力的类型化	202
五、利益作为法律行为效力根源的意义	205
第二节 法律行为中的国家强制	208
一、法律行为中国家强制的正当性	208
二、法律行为中国家强制的途径	214
三、我国法律行为制度中的引致规范	227
四、法律行为中国家强制的限制	231
 第五章 经济全球化背景下我国代理法律制度的完善	239
第一节 经济全球化与代理法律制度的发展	240
一、经济全球化与法律的趋同化	240
二、代理法律制度的趋同与融合	242
第二节 我国代理法律制度的立法现状及存在的问题	259
一、我国代理法律制度的立法现状	259
二、我国代理法律制度存在的问题	261
第三节 完善我国代理法律制度的指导思想	264
一、我国的代理制度力求与国际代理立法保持一致	264
二、妥善处理好法律移植与法律本土化的关系	264
三、代理法律制度的立法应坚持民商合一	265
四、代理法律制度的构建应以大陆法为体、英美法为用	266
第四节 完善我国代理法律制度的立法建议	267
一、关于代理权规定的建议	267
二、关于代理行为规定的建议	275
三、关于表见代理与无权代理规定的建议	283
 第六章 取得时效制度的构建与侵权诉讼时效	291
第一节 我国取得时效制度的构建	291

一、我国建立取得时效制度的理由	291
二、我国建立取得时效制度的法律意义	296
三、我国取得时效制度的立法例选择	299
四、取得时效在我国的适用范围	302
五、取得时效的构成要件	308
六、取得时效完成的效力	314
七、取得时效的中断	317
第二节 侵权责任请求权的诉讼时效	319
一、可适用诉讼时效的侵权责任请求权	319
二、侵权责任请求权的诉讼时效期间	325
三、侵权责任请求权诉讼时效期间的起算	334
四、侵权诉讼时效与刑法追诉时效	359
五、侵权责任请求权诉讼时效完成之限制	362
参考文献	369
致 谢	379



新中国成立以来，与计划经济体制相适应，我国在民法理论上全盘接受了苏联的学说。随着改革开放的深入，尤其是市场经济体制的确立，旧的民法理论已经不能适应经济发展的要求。民法总则中的一些基本制度，如民事主体制度、人格权制度、法律行为制度以及时效制度等，都存在许多理论困扰，亟须在理论上给予正确的阐释。同时，世界经济的全球化客观上推进了法律的全球化，在这一背景下，我国的民法应该采取何种对策适应这一法律发展浪潮，也需要在理论上充分的准备。基于这一出发点，本书在已经完成的国家社科基金项目“民法总论疑难问题研究”成果的基础上做了进一步修改，主要就公权力与私权利的关系、欧盟私法法典化与我国民法典的制定、事业单位法人制度、人格权的保护与限制、法律行为的效力根源与国家强制、我国代理制度的重构、取得时效制度的构建以及侵权诉讼时效等问题进行了探讨。具体内容和主要观点介绍如下：

一、公权力与私权利的关系及其欧盟私法法典化

人类社会的历史就是公权力与私权利资源在不同阶层按不同方位排列组合的历史，与此同时，不同时期的思想家基于自己的立场对公权力与私权利的关系进行了有益的理论探索。目前我国的权利（力）状况是公权力强、私权利弱、公权力经常侵犯私权利。因此，我国应当明确划分公权力与私权利的界限，确立私权优位主义的指导思想，运用法律协调公权力与私权利的关系，发挥社会组织在公权力与私权利冲突中的润滑剂作用，从而适应市场经济的发展和构建和谐社会的要求。

在私法法典化的问题上，欧盟私法法典化进程虽然存在诸多遗憾与缺陷，但它融合了不同的法律文化与传统，体现了现代私法的最新理念与精神。尽管欧盟私法法典化与我国民法典的制定具有不同的历史背景，但对我国制定民法典具有重要的借鉴价值。第一，虽然民法典是调整私人关系的核心和基础的法律规范，但其同样也是政治家治国的政治选择，因为法典的制订过程无不是一个选择，而每一个选择背后都有支撑其存在的政治主张；第二，欧盟《共同参考框架（草案）》的重要特征就是多元的价值观，即不再将契约自由奉为唯一的价值目标，而旨在追求正义、自由、人权保护、经济福利、团结和社会责任等，我国民法典的编纂，对此也应予以借鉴；第三，欧盟《共同参考框架（草案）》具有高度的开放性，我国应在保证民法典完整性、稳定性的基础上，使其不断适应时代的发展要求，及时调整新生的民事法律关系，力求避免滞后性的弊端；第四，由于《共同参考框架（草案）》仅服务于欧盟自由市场经济，其内容未涉及到人法部分，因而具有很强的工具性色彩，然而，一部民法典不应仅仅立足于规范财产关系，人身关系也是其重要的规范对象，因此，我国未来民法典应当继续保持自罗马法以来所秉承的民法典的体系性和完整性，不能将人身关系与财产关系割裂开来；第五，在欧盟私法法典化过程中，特别注重对指令、条约、条例、建议中的冲突和矛盾进行协调，从而寻找成员国的共同规则。由于我国的现行民事立法除了众多的民事单行法外，还有许多零散的规定存在于行政法规、司法解释中，民事案例指导制度的引进也使得民法的渊源多元化，这与欧盟私法的现状有相同之处，因此，我国在制定民法典时特别要注重法律规范的系统性和统一性。

二、我国事业单位法人制度的反思

（一）我国应放弃事业单位法人概念

第一，我国事业单位法人产生于计划经济时期，是西方法人制度与

中国单位制度嫁接的产物，这个嫁接的概念在民法上是一个历史性的错误。第二，我国市场经济的高速发展，为法人组织提供了广阔的发展空间，而事业单位法人既非公法人，也非私法人中的非营利性法人，其法律属性的模糊性，给司法实践造成诸多困惑，不符合市场经济所要求的市场主体权、义、责明确的要求。第三，事业单位法人概念在产生之初，其法律属性相对单一，但是经过20多年的改革变化，已分化为不同性质、不同类型的法人。目前，事业单位法人在分类改革实践中已分化为行政管理类事业单位法人、企业类事业单位法人、社会公益类事业单位法人。这一概念本身已不能反映不同法人组织的共同点，作为历史性的产物，必将退出民法的历史舞台。第四，公益性事业单位法人概念本身并非未来民事立法的理想概念。公益性事业单位法人概念的法律属性也并非单一，我国在事业单位改革实践中对“公益”的认定主要是根据其所从事的事业范围，并非传统大陆法系意义上的公益法人概念。事实上，公益性事业单位法人概念并不能反映法人成员与法人之间的关系，不能反映法人营利与否的特点。所以，未来民法典应放弃此概念，采用传统大陆法系的法人概念构建中国的法人制度。

（二）我国事业单位法人制度的困惑与出路

从理论上讲，所谓事业单位法人，是指国家投资举办的、不以营利为目的，面向全社会提供公共服务，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织，其功能在于做民间不能或不愿做而政府又不便亲自去做的公共服务或独立监督管理事业。但从实践上看，第一，按照我国现行相关立法的规定，部分事业单位不仅要进行事业单位法人的登记，而且还要进行企业法人的登记，使之具有了双重身份，事业单位法人的重叠登记以及功能上的繁杂性，导致其法律属性模糊不清，给我国事业单位法人制度带来了理论上的困惑。第二，我国的事业单位法人，一方面具有公共服务和部分行政管理职能，受行政机关的制约，内部管理体制不合

理，缺乏意思自主性；另一方面，无独立的财产，不能独立承担责任，导致事业单位法人存在较严重的“名不副实”的现象，有“法人之名”而无“法人之实”。第三，事业单位法人的民事能力不仅受到各自宗旨和业务范围的限制，而且在特定情况下没有举债能力和破产能力，这极大地阻碍了事业单位法人制度功能的发挥。

鉴于上述困惑，我国事业单位法人制度的出路就在于分类改革，即对承担行政职能的，逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构；对从事生产经营活动的，逐步将其转为企业；对从事公益服务的，继续将其保留在事业单位序列，强化其公益属性。对于从事公益服务的事业单位法人，也要根据其职责任务、服务对象和资源配置方式等情况区别对待。此外，要建立和健全适合我国国情的事业单位法人治理结构。

三、人格权的保护与合理限制

人格及人格权在罗马法上只是作为统治者调控社会关系、配置社会资源的法技术手段，在近代又受到强力保护的财产权所遮蔽，只有在现代社会，人格及人格权才真正回归到旨在实现人的全面发展的对人自身伦理价值的关注上来。随着社会的进步、经济的发展和人权意识的日益增强，人格权的保护范围逐渐拓展，人格权的立法形式也由救济性规定发展为权利的宣示性规定。我国未来民法典中人格权的立法，不宜单独成编，应置于自然人项下，其内容除了典型的具体人格权外，还应对一般人格权进行抽象规定。

传统民法理论认为，人格权的客体是人格利益，其权利属性为非财产性权利，但是，进入20世纪以来，体现人的肖像、姓名、声音等人格标识，被广泛使用于推销商品或服务等领域，产生了一定的经济价值，从而使人格权具有了财产利益。对人格权中财产利益的保护，美国法院创设了与隐私权并立的“公开权”制度，德国法院则以基本法为依据发展出了“一般人格权”，日本法院则认可了“商品化权”。我国现行的人

格权制度只保护人格权精神利益，对人格权财产利益的保护则没有明确的规定。未来民法典中，我国无须将人格权中财产利益的保护另设新的制度，而应在人格权体系内进行一体保护，并允许人格标识的许可使用、转让和继承。

对人格权的保护不是绝对的，当个人人格利益与社会公共利益发生冲突时，为了实现法律的正义，平衡自由价值的冲突，个人人格利益就应退让，此即对人格权的限制。为了维护新闻监督自由、调查犯罪和改造罪犯以及处理紧急事件，通常要对人格权予以限制。我国在人格权的立法中应当注重对人格权限制的规范，同时也需要行政法、程序法等法律部门的积极配合。不过，对人格权的限制要符合权利位阶秩序，并且要控制在合理的范围内，要遵循法律保留原则和比例原则，防止以“限制”之名行侵害之实。

四、法律行为的效力根源与国家强制

（一）法律行为的效力根源

法律行为之所以能够对行为人产生法律效力，意思说认为，其根源在于行为人的意思本身，是行为人依照自己的理性选择为自己创设的权利义务；信赖说认为，其根源在于意思表示所引起的信赖，而不是意思表示本身；规范说认为，其根源既不是行为人的意思，也不是相对人的信赖，而是法律规范赋予了它这种效力。诸种学说虽有合理之处，但均不能正确阐释法律行为效力的根源。法律行为的效力，从表面上看，是法律赋予的结果，但就其实质而言，是行为人对利益的选择与追求获得了法律的肯定性评价，因而，法律行为的效力来源于法律对利益的确认与判断，是法律对利益冲突进行衡量的结果。有效法律行为是行为人所追求的利益具有正当性，并且与其他利益不发生冲突，因而法律给予了肯定性的评价；无效法律行为是行为人所追求的利益与国家利益、社会公共利益发生了冲突，因而法律做出了否定

性的评价；可撤销法律行为是行为人所追求的利益与相对人的利益发生了冲突，由于这是个体利益之间的冲突，法律不便强行干预，因而赋予相对人以撤销权，由相对人自己决定这一行为的命运；效力待定的法律行为或者是行为人的利益与特定的第三人的利益发生了冲突（如无权处分合同），或者是行为人自己无法做出正确的利益判断（如限制行为能力人所签的合同），也或者是行为人无资格为他人做出利益选择（如无权代理合同），因而法律允许他人对该行为的效力要件进行补正。通过利益衡量来判断法律行为的效力，不仅有助于认识法律行为的效力根源，而且对于法律行为制度的立法与司法实践均有重要的指导意义。

（二）法律行为中的国家强制

基于市场经济主体的理性假设，私法奉行意思自治原则，但过于放纵意思自由又会对市场秩序和公平正义造成危害。为了平衡二者的冲突，私法遂建立法律行为制度，一方面贯彻意思自治，另一方面将意思自治限制在一定轨道上，不至于偏离意思自治的目的，此限制即为法律行为中的国家强制。法律行为中的国家强制不仅体现了私法价值多元化的要求，而且也符合矫正私法自治理论假设缺陷的要求，同时也是化解公法与私法之间的矛盾、保障法律规范的整体性与统一性的手段。法律行为中的国家强制主要通过两种途径来实现，一是民法中的强制性规定，二是民法外的强制性规定。前者是指民法中诸如公序良俗的一般条款以及法律行为的成立要件和生效要件的强制性规定，后者是指民法通过引致规范从公法当中转介而来的强制性规定。民法外的强制性规定不能对法律行为直接产生影响，只能以一种外设的轨道对法律行为的效力进行评价，这种外设的轨道就是民法中的引致规范，此规范承担了公法介入私法的使命。我国私法中的引致规范在表述上较为模糊，导致在司法实践中难以操作，因而需要进一步完善。法律行为中的国家强制，势必会造成对私法自治的冲击，其中尤以民法外国家强制的介入最为明显。为了协调法律行为中私法自治与国家强制的关系，应当对法律行为

中的国家强制进行合理、适度的限制。这一合理程度，应当在遵循法律行为有效维护原则的前提下，对法律行为的效力做出多样化设定，如采取部分无效或无效行为的转换、法律行为的有效确认等措施来缓和国家强制的僵硬性。

五、经济全球化背景下我国代理法律制度的完善

代理制度是调整本人、代理人和第三人之间代理关系的一项重要法律制度，它产生于市场经济，并服务于市场经济。随着国际经济贸易的快速发展和经济全球化进程的加快，客观上要求消除各国之间在代理制度上的差异，建立统一的国际代理法律规范。为推进各国代理法的趋同与融合，国际统一私法协会早在20世纪60年代就起草了《代理统一法公约》和《代理合同统一法公约》，到20世纪80年代又完成了《国际货物销售代理公约》，2004年修订的《国际商事合同通则》增加了关于代理的规定。这些立法为国际代理制度的统一做出了重要贡献。除有关国际组织做出的努力外，鉴于欧盟成员国有关商业代理的国内法之间的差异，欧盟也进行了一系列立法活动：一是1986年通过的《关于协调成员国间有关代理商法律的指令》，二是2002年完成的《欧洲合同法原则》（该《原则》在第三章专章规定了“代理人的权限”），三是2007年完成的《欧洲民法典（草案）》（该草案在第二编第六章专章规定了“代理”）。这些立法活动在一定程度上推动了欧盟地区代理制度的一体化。

我国《民法通则》关于代理的规定以及《合同法》《拍卖法》《证券法》等民事单行法律和其他行政法律法规中的相关规定，构成了我国现行代理法体系。与市场经济发达国家的代理制度相比，我国的立法还存在诸多问题：第一，在整体上呈现出松散、零乱和不统一的情况，没有形成一个完整、严谨和科学的体系；第二，部分规定过于抽象、缺乏可操作性；第三，有些规定相互矛盾，甚至发生冲突；第四，有些规定不合理，不符合市场经济的要求。

鉴于此,我国应当顺应经济全球化的趋势,进一步完善代理法律制度,具体指导思想如下:一是我国的代理制度力求与国际代理立法保持一致,二是妥善处理好法律移植与法律本土化的关系,三是代理法律制度的立法应坚持民商合一,四是代理法律制度的构建应以大陆法为体、英美法为用。基于上述指导思想,我国应当在代理权、代理行为、无权代理以及表见代理等方面做进一步修改和完善。

六、取得时效制度的构建与侵权诉讼时效

(一) 我国取得时效制度的构建

取得时效制度是在权利人与占有人之间进行利益衡量的结果,是为了稳定现存的财产秩序,优先保护占有人利益的一项物权变动制度。它与我国的社会主义道德观念不相矛盾,也不会为国家或集体财产的流失留下可乘之机。我国已在司法实践中认可了取得时效,我国未来民法典应当建立取得时效制度。建立取得时效制度,有利于物尽其用、提高财产利用率,也有利于保护交易安全和维护财产秩序,并能够有效降低诉讼成本、提高司法效率。取得时效的立法模式,从理论上讲,分别主义应优于统一主义,但是在我国实行统一主义的立法模式更为现实可行。取得时效在我国的适用范围一般为所有权和用益物权,禁止流通物、国有土地、公有物和公用物、已经登记的不动产以及担保物权、知识产权和人身权等不适用取得时效。取得时效的构成要件为占有动产或未登记的不动产、该动产或未登记的不动产为他人所有、占有状态须持续达到法定的期间。取得时效完成,即可由占有人原始取得该动产或不动产的所有权,原所有权人丧失权利,取得人无不当得利返还责任或侵权损害赔偿责任。取得时效可因占有人自行中止占有、占有人变为不以所有之意思占有、占有被侵夺而不能回复以及由公然占有变为隐秘占有、由和平占有变为强暴占有等原因而中断,取得时效完成后可以由法官主动援用。

（二）侵权诉讼时效

侵权诉讼时效的适用范围并不是所有侵权责任的请求权，应当分别而论：为阻止或排除损害的发生而产生的请求权，即停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权，不适用诉讼时效；为填补受害人的损失而产生的请求权，原则上财产性的请求权，即返还财产请求权、恢复原状请求权、赔偿损失请求权应当有诉讼时效的限制，而非财产性质的请求权，即赔礼道歉请求权和消除影响、恢复名誉请求权不适宜有诉讼时效的限制。至于侵权诉讼时效的期间，应当长于违约责任请求权的诉讼时效期间，其中，侵害人身权的诉讼时效期间应当长于侵害财产权的诉讼时效期间，侵害物质性人格权的诉讼时效期间应当长于侵害精神性人格权的诉讼时效期间。侵权诉讼时效期间的起算点，不仅具有开始诉讼时效期间的意义，而且还是决定诉讼时效期间长短的灵活的调节器。时效期间较长者，往往采用客观起算点，相反，时效期间较短者，采用主观起算点居多。我国规定的是主观起算点，只是在解释上应当从知道所受损害及责任人时起算，但对于持续性侵权行为、损害继续型侵权行为和损害潜在型侵权行为的诉讼时效例外。确定侵权诉讼时效，要处理好与知识产权保护期的关系，并要与刑法追诉时效相协调。侵权诉讼时效完成后，应当禁止时效完成抗辩权的滥用，在特定情形下侵害人身权益的诉讼时效可以酌情排除，责任竞合下时效完成的效力也应受到限制。

