

□ 王利明/著

民商法 研究

第6辑

Research on Civil and Commercial Law



法律出版社
LAW PRESS

法 律 出 版 社

■ 王利明/著

民商法研究

Research on
Civil and Commercial Law

第6辑

图书在版编目(CIP)数据

民商法研究. 第6辑/王利明著. —北京: 法律出版社, 2004. 2

ISBN 7-5036-4626-8

I. 民... II. 王... III. ①民法—研究—中国②商法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 008885 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁海俊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑/法学学术与综合出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2004年3月第1版

印张/26.125 字数/650千
印次/2004年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939661 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777 中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792 中法图北京分公司 010-62534456
网址/www.chinalawbook.com 中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4626-8/D·4344 定价: 38.00 元

序 言

新世纪之初,中国成功地加入了世界贸易组织(WTO),这是我们经济生活和社会生活中的一件大事,它不仅意味着我国经济生活等多个领域更全面地实现对外开放,融入全球经济一体化的浪潮之中,而且必将对我国法治建设产生极其深远的影响。从长远来看,加入世界贸易组织为我国法治建设提供的最大机遇将是极大地推动我国社会主义市场经济法律体系的建立与完善。

就调整市场经济关系的基本法——民法而言,加入世界贸易组织所带来的挑战更为空前。一方面,加入世界贸易组织后,我国经济将进一步融入一体化的全球经济当中,由此决定了现行的调整交易活动的民商事法律制度必须与国际通行规则接轨,要广泛借鉴英美法系与大陆法系的先进立法经验,使我国的民商事法律制度在现代化的道路上大步迈进;另一方面,加入世界贸易组织后我国必须开放相应的国内市场,以前一些由政府运用行政手段管制的领域将变成内资外资都能平等参与、自由竞争的市场,市场的范围会不断扩大,交易活动也将高度地复杂化。此时,惟有运用完善健全的体现意思自治的民法规则,方能更为有效地调整市场经济生活,适应未来我国经济、社会发展的客观需要。

为了符合世贸组织的要求,更为了进一步推动社会主义市场经济建设的深入进行,我国已经启动了民法典的起草工作,这是一项举世瞩目的伟大工程,其必将在新中国法治建设史上留下浓重

的一笔。2002年12月22日《中华人民共和国民法草案》正式提交九届全国人大常委会第三十一次会议上审议,这在新中国法治建设史上是具有里程碑意义的大事。1949年新中国成立以后,虽经几代民法学者的努力与呼吁,我国仍无一部民法典草案提交给最高立法机关审议。而此次民法典草案的提交审议是我国几代法律学者共同奋斗努力的结果,也是广大立法、司法以及理论工作者辛勤劳动的结晶。民法典草案提交审议本身就意味着我国民主法制建设和人权保障事业已经向前迈出了重要一步。在未来的几年内,我们每一个民法学工作者都应具有历史的使命感,为补充完善民法典草案献计献策,为民法典的早日通过而共同努力,作出自己应有的贡献!如何才能制定一部面向21世纪、体现时代精神并适合我国国情的民法典,是每一位中国民法学者热切关心的问题,更是时代摆在每一位中国民法学者面前的重大课题。

近年来,在民法典的制定过程中,学界就未来中国民法典的体系、规则、制度诸多方面的问题进行了深入细致的研究,也引发了极为激烈的争论。如果冷静地分析学者们就民法典制定过程中的问题所撰写的论著或者发表的言论,我们可以发现,种种争论最后的落脚点都涉及一个问题,即未来中国民法典的体系与结构究竟是应完全继受传统的德国民法典模式,还是应当因应时代的需要,在继受潘德克顿体系的基础上,合理吸收其他法系的先进经验,进一步创新与发展?许多学者认为,既然我国要采纳德国的体系设立总则,则必须完全采纳德国民法典的五编制体例。对此,我不敢苟同。

诚然,作为潘德克顿学派结晶的德国民法典,具有概念精密清晰,用语简练明确,体系严谨完整等诸多优点,虽历经百年社会变迁,仍不愧为一部伟大优秀的民法典。梅仲协指出,“现行民法采德国立法例者十之六七,瑞士立法例十之三四,而法日苏联之成

规,亦尝撷一二。”^①自清末变法以来,对德国民法的继受始终为我国民事立法与理论研究的主流,因此我们在制定民法典的时候不可能完全抛开《德国民法典》而另辟蹊径。但是,中国民法典要在世界民法中占有一席之地,要面向 21 世纪,就不能亦步亦趋,而必须有所创新。

首先,《德国民法典》毕竟是百年前的产物。一百多年来,整个世界发生了巨大的变化,经济生活高度复杂化、多样化,科技发展一日千里,作为经济生活的基本法,民法的体系与内容理应与时俱进。“世易时移,变法宜矣”,“明者因时而变,知者随世而制”。在 21 世纪制定一部中国的民法典就必须符合中国现实的政治、经济和文化等方面的需要。例如,《德国民法典》制定之初,人格权尚处萌芽状态,多数学者连人格权为何物尚且不知,惶论于民法典中加以规定,立法者当然可以对其漠然视之。然而,随着第二次世界大战以后人权运动的发展,在现代社会,人格权已经成为一项与财产权并行的极为重要的民事权利制度。从我国现实情况来看,设立人格权制度具有极为重要的现实意义。如果仅以《德国民法典》没有规定独立的人格权制度为由,而置现实需要于不顾,将人格权制度在民法典中用民事主体制度或侵权法的几个条款轻描淡写地一笔略过,这无异于削足适履,甚至是放弃了时代赋予当代中国民法学者的机遇与神圣职责!

其次,德国民法不是僵化的、静止的,其内容体系本身还处于发展过程中。一百年来,德国民法在不断地丰富、发展与完善。德国主要通过两种渠道去补充、修正、发展民法典,使其适应社会发展的要求:一是立法,包括修改民法典和在法典之外制定单行法;二是法院的判例。例如,《德国民法典》制定之时为了有效地保障

^① 此处“现行民法”指解放前国民政府通过的,现仍在台湾地区实行的“民法典”。
梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版,序言。

个人的自由,防止行为人动辄得咎,通过规定第 823 条与第 826 条而对侵权法的保护范围作出了严格的限定。但是,此种限定却导致随着社会发展而出现的一些新型侵权行为(如过失性虚假陈述、产品缺陷致人损害)无法受到侵权法的调整,以致不得不创造出缔约过失责任、附保护第三人的契约、默示信息提供契约、交易安全义务等诸多理论,由法院通过运用了这些理论的判例去改变、补充、发展甚至修正民法典。我国当前民法典的制定工作并不会如德国民法典制定时那样受到潘德克顿学派思想的限制,因此,完全可以在协调各方利益的前提下于侵权法中规定比较广泛的保护范围,直接确立多元的侵权行为归责体系,而无须像德国民法那样将危险责任委诸于单行法。此外,考虑到我国制定单行法的过程中广泛存在的部门立法现象,就更有必要在民法典中全面详细地规定各种侵权行为及其责任,包括事故责任。

再次,经济的全球化导致了大陆法系与英美法系的不断融合,最典型的体现就是随着欧盟的成立而正在逐步实现的欧洲民法一体化现象,例如,欧盟就公司证券法、消费者保护所发出的多个指令以及正在起草中的欧洲民法典。德国为了适应欧盟民事法律的统一已对本国法律作出了一些相应的修改,其中最明显的就是 2002 年 1 月 1 日施行的德国债法现代化法。该法出台的直接动因就是欧盟关于消费品买卖的 1999/44 号指令。德国学者文德浩教授称,债法现代化法是德国民法典自 1900 年生效以来最为深刻的一次变革,它动摇了德国民法的教条理论大厦的支柱,震撼了那些最为直接的继受了罗马法的教义。德国立法者在两大法系融合趋势的面前都能毅然修改民法典,那么,我国当前制定民法典又何必作茧自缚?我们在民法典的制定过程中更应当做到兼收并蓄,充分吸收包括德国民法在内的两大法系优秀先进的立法经验。

因此,我认为,在制定民法典的过程中应当立足于我国实践,本着兼收并蓄,取菁去芜的思想,胸怀海纳百川之气度,广泛吸收

借鉴各国民法的先进经验,而不是狭隘、盲目地崇拜德国法,受教条主义或本本主义的束缚。惟其如此,我们才能制定出一部符合中国国情、反映时代需要、面向 21 世纪的民法典,才能真正提升我国民法教学与研究的水平,为世界法学的发展作出我们应有的贡献!

本书的大部分内容,是我在参与民法典制定过程中,就民法典的体系及民法典中的一些重大疑难问题进行思考和研究后所撰写的论文,有些文章已公开发表,有些尚未公开发表。此次应法律出版社的邀请,将其汇编成《民商法研究》(第 6 辑)出版,我既为这些文章集结成书出版感到兴奋,也为这些文章可能在内容和质量尚不理想而深感惶恐。但是,正如我在以前的序言中所指出的,民法学的发展就好像涓涓细流汇成大海,是一个知识不断积累的过程,它需要众多学者贡献自己的心智,每一个学者将自己独立思考的成果发表出来,必将会对民法学的发展发挥作用。正是基于这种考虑,我才欣然接受法律出版社的邀请,将这些文章结集出版。坦率地说,这部文集中缺点错误是在所难免的,我殷切地希望广大读者不吝指正。

目 录

序言	(1)
----	-------

第一编 民法总则	(1)
----------	-------

关于我国民法典体系的再思考	(3)
论民事立法在保障社会信用中的作用	(23)
民法典总则设立的必要性及基本结构	(43)
试论民法的性质	(63)
论公序良俗原则	(80)
法律行为制度的若干问题探讨	(99)
诉讼时效若干问题探讨	(132)
试论责任聚合	(181)

第二编 人格权制度	(193)
-----------	---------

论人格权制度在未来中国民法典中的地位	(195)
--------------------	---------

第三编 物权制度..... (223)

论物权法的价值.....	(225)
担保物权若干问题研究.....	(246)
共有中的应有份额问题研究.....	(273)
水资源使用权研究.....	(292)
动产让与担保若干问题研究.....	(308)

第四编 债和合同制度..... (341)

试论合同法的新发展.....	(343)
关于合同形式的若干问题.....	(365)
关于债权与物权及合同无效与撤销权的关系.....	(399)
论第三人利益合同.....	(412)
论合同义务.....	(441)
关于无效合同确认的若干问题.....	(462)
试论重大误解.....	(486)
合同权利转让制度中的若干问题.....	(502)
论并存的债务承担.....	(528)
风险负担问题探讨.....	(536)

第五编 侵权行为制度..... (571)

侵权行为概念之研究.....	(573)
论侵权行为法的独立成编.....	(596)
美国惩罚性赔偿制度研究.....	(633)

第六编 破产法与民事证据法	(667)
关于制定我国破产法的若干问题.....	(669)
海峡两岸仲裁立法的比较研究.....	(707)
法律职业专业化与司法改革.....	(732)
关于举证责任倒置的若干问题.....	(747)
第七编 消费者权益保护法	(771)
消费者的概念及《消费者权益保护法》的调整范围.....	(773)
“银河宾馆案”评析.....	(795)
第八编 其他	(813)
怀念谢老.....	(815)

第一编 民法总则

1000

关于我国民法典体系的再思考^①

所谓民法典体系,是调整平等主体之间的关系、具有内在有机联系的规则体系,也可以说是将民法的各项规则有机地组合在民法典中的逻辑体系。在民法典编纂工程已然启动的情况下,学者与立法者所面临的首要难题就是应当如何建构与确立民法典的体系。要构建完整的民法典的体系,首先是要明确民法典体系的内在逻辑。可以说,民法典体系的确立对民法典的制定具有决定性的意义。有关民法典体系的具体构建,在民法学界曾引起广泛的争议。下面拟就民法典体系构建中的几个争议较大的问题谈一点初步的看法。

一、确立民法典体系的必要性

民法典编纂工程已然启动的情况下,学者与立法者所面临的首要难题就是应当如何建构与确立民法典的体系。探究研究民法典的体系,其根本的目的在于获致一个关于民法典的完备的体系,从而在该体系的支撑下制定出一部具有高度的逻辑性与体系性的民法典。可以说,民法典体系的确立对民法典的制定具有决定性

① 原载《法学》2003年第1期,原题为“关于我国民法典体系构建的几个问题”。

的意义,这主要是基于以下几个方面的原因:

第一,体系化与系统化是民法典的内在要求。近代意义上的法典作为最高形式的成文法,是追求体系化与严密逻辑性的法典。美国学者庞德认为,法典不同于其他的法律形式在于“它展示了整个既存的法律体系化的模式”;加拿大学者林登(Vander linden)也认为,民法典的本质特征是指多个部分结为整体之形式的统一性,罗宾格(Lobinger)也指出法典化不同于一般的立法在于法典“包含了各种有效的控制主体的法律规则的完整性、逻辑性、科学性”。^① 民法典就是以体系性以及由之所决定的逻辑性为重要特征的。体系是民法典的生命,缺乏体系性与逻辑性的“民法典”只能称为“民事法律的汇编”,而不能称之为民法典。民法典必须满足形式合理性的要求,而这种形式的合理性很大程度上就体现在其体系的完整性之上。因此,探求民法典的体系,是由民法典自身的内在属性所决定的。

第二,体系化有助于在整个民法典的制度中充分贯彻民法的基本价值观念,如平等、诚实信用、私法自治、维护交易安全等,同时有助于消除、防止整个法典价值观念彼此之间的冲突和矛盾。单行的法律固然能够在社会生活中的某一领域贯彻一种或多种民法价值观念,但是无法在全部社会生活领域中实现诸多民法基本价值观念的和谐融洽。诚如我国台湾地区学者王泽鉴先生所言,民法典的制定乃基于法典化的理念,即将涉及民众生活的私法关系,在一定原则之下作通盘完整的规范。^② 例如,现代民法不同于古代民法的一个主要方面在于,现代民法不仅注重对财产所有权的保护,同时也注重对交易安全的维护。当对交易安全的维护与对所有权的保护发生冲突之时,现代民法优先保护的是交易安全。

① 参见王涌:《私权的分析与建构》,中国政法大学1999年博士论文,结语。

② 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第22页。

此种优先保护交易安全的理念又分别体现在民法典的各个编章之中。例如,总则中的表见代理制度、物权法中的善意取得制度、合同法中的无权处分制度等,都体现了优先保护交易安全的价值选择。因此,只有通过民事法律规范的法典化才能够使民法中的各种价值贯彻如一,并协调它们相互之间的冲突与矛盾。

第三,体系化有助于消除现行民事法律制度的混乱与冲突,将各项法律制度整合为一个有机的整体,从而建立起内在和谐一致的民事规范体系。我国许多单行民事法律法规都是在改革的不同阶段制定的,有些法律是为了适应改革的不同阶段对法律调整的需求而制定的,或者是为了适应特定的目的或环境而采取的权宜之计。因此,立法者未必考虑到各种法律制度的配套与衔接。如担保法的制定在很大的程度上就是为了解决我国社会所面临的愈演愈烈的债务纠纷问题,故在制定担保法时尚未对物权法中的担保物权制度、合同法或债法中的担保制度的关系作出思考。由于在立法之初对嗣后所将要进行的一系列立法活动缺乏通盘的考虑,也由于没有考虑到民法自身的体系化,这就使得各个法律法规之间经常存在着冲突与矛盾的现象。在民法典的制定过程中,通过确立民法典的体系,能够消除现行民事法律制度中的混乱与冲突,将各项法律制度整合为有机的整体,从而实现我国民事法律的统一,建立起内在和谐一致的民事规范体系。在民法典的体系建立之后,就可以在民事普通法中形成总则与分则相区分的格局,在民事法律内在结构上也可以形成民法典与各个单行的民事立法尤其商事特别法之间的和谐体系。这个体系构建之后,就可以形成一套严格的法律适用规则,可以有效地为行为人提供相应的行为规范体系,为法官提供完整、和谐、清晰的裁判规则体系。体系化不仅有助于消除各项民事法律制度之间的冲突与矛盾,而且能够有效地保障整个民事法律体系中各个概念、范畴的严谨性与统一性。例如,在我国现行民事立法中,出现了“民事行为”、“民事活

动”、“民事法律行为”、“法律行为”等等诸多概念,这些概念究竟哪一个属概念,哪一个属种概念,它们的内涵与外延如何界定,许多学者都很难理清一个头绪。这就需要通过法典化来解决民法概念与范畴的严谨统一的问题。

第四,体系化有助于民法规范的遵守与适用。一方面,民法的法典化可以为法官和其他法律工作者适用民法提供极大的便利,民法典之所以不同于判例法,其重要的特点就在于其适用的方便性。另一方面,体系化也将促使法律工作者在适用民法之时形成体系化的思维观念。体系化要求我们去掌握体系化的民事法律规范,例如,确定请求权在具体案件中的适用,应当考虑请求权体系,并在此基础上用一种体系的概念来适用法律。再如在分析具体案件、确定原告享有何种请求权时,应当首先判断原告与被告之间是否有合同关系,如果有则产生合同法上的请求权,没有则判断是否存在无因管理请求权或不当得利请求权,最后才判断是否存在侵权损害赔偿请求权。因此体系化可以促使法律工作者用体系化的观念分析解决个案,从全方位的角度解决社会生活中的纠纷。

第五,体系化有助于通过保证民事法律规范的稳定性,从而最终实现社会生活关系的稳定性及人们在社会生活中的可预期性。诚如我国台湾地区学者黄茂荣教授所言,法的体系不但可以提高法之“可综览性”,从而提高其适用上之“实用性”,而且可以提高裁判上之“可预见性”,从而提高“法之安定性”,只要由之所构成的体系“圆满无缺”,则光凭逻辑的运作便能圆满解答每个法律问题。^①民法典的体系化就是要将市民社会生活中最基本的规则抽象出来,在民法典中加以规定,通过此种体系的安排使其成为稳定的规则,从而获得长久的生命力,不因国家的某项政策而随意发生改变。至于社会生活中的某些特殊领域,则可以通过颁布某项特别

^① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第471页。