

□ 王利明/著

民商法 研究

第7辑

Research on Civil and Commercial Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 律 出 版 社

■ 王利明/著

民商法研究

Research on
Civil and Commercial Law

第7辑

图书在版编目(CIP)数据

民商法研究. 第7辑/王利明著. —北京: 法律出版社,
2009. 2

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9113 - 3

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(2008)第 199442 号

民商法研究(第7辑)

王利明 著

责任编辑 孙东育 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 5 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 24.375 字数 603 千

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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 - 5036 - 9113 - 3

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

登山 · 治学 · 做人——代序

登山是一项非常好的运动,既可以锻炼身体,又能呼吸新鲜空气。登山尤其是登高山、险山、大山,比较累人,常常要出一身大汗,但是出过汗后,整个人却感到无比的轻松与愉悦。尤其在经过一番艰苦的跋涉,终于登上山顶,饱览眼前的美景,更是令人心旷神怡。春之生机、夏之热烈、秋之成熟与冬之冷峻,皆能在山水的流连忘返中一一体味。久居城市喧嚣之人,在静谧与雄阔的大自然中往往能够体会到人生的另一种意境。古人游历山川,登高望远,托物明志,借景抒怀,发思古之幽情,陶开阔之心境,留下了多少登山抒怀的不朽作品。“一生好人名山游”的大诗人李白云:“众鸟高飞尽,孤云独去闲。相看两不厌,唯有敬亭山。”这首诗抒发了诗人在孤寂中仍然保持高洁品质和情怀。杜甫在《望岳》一诗中“会当凌绝顶,一览众山小”更是把泰山的雄伟描述得淋漓尽致,也抒发了诗人志存高远的情怀。而宋代苏轼的名句“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”更是以观山为例精辟说明了人们看事物的角度不同所得出的结论也不同。所以,只要有空闲,我就会带着学生去爬山。登山的次数越多,我就愈发感到登山与治学两个似乎毫不相干的事情,实际上存在很多共通之处。

一则,无论是登山还是治学都是一种有目标的活动。登山不同于散步,散步常常是没有目的的,性之所至,随心所欲,但是登山总是与追求联系在一起。登山是要沿着山路向峰顶前进,而山

顶就是目标。所以登山是一种有目的的追求,既非闲庭信步,更不同于昏昏然的梦游。登山在这一点上同于治学。治学虽需要激情,但不同于吟诗作画,趣之所至,性之使然,甚至是自娱自乐。治学需要的是严谨、求实,是要对现实与理论问题的解决,治学的目标就是探索真善美,寻求真理。尽管治学需要兴趣,甚至很多时候兴趣本身就是一个强大的动力,但满足个人的兴趣绝不是做学问的终极目的。学者应该常怀报国之心,治学应以国家民族的利益追求以及学术的发展为己任,这样的治学才具有持久性与永恒性。

二则,无论登山还是治学都是一个永无止境的活动。当人们登上一座山的峰顶之后,他常常会发现还有更高、更险峻的山在等着他,于是又要向新的目标前进。一个真正的登山爱好者绝不会满足于登上一个山峰,他会不断地挑战自我,去征服那些更高、更陡峭的山。做学问也是如此,任何有志于学术之人都绝不会满足于一孔之得,而沾沾自喜,他总是不断地追求、不断挑战自我、超越自我,也正是在这样一个永无止境的过程中不断实现自我价值,他的学问也在不断升华。现代社会中信息、知识的发展速度一日千里,尤其需要治学者不断地求索适应时代发展之需要;如果满足于陈旧之知识,不及时更新,则势必为时代所抛弃。

登山不仅仅是对美景的观赏也是对自我意志的一种考验,“无限风光在险峰”既是登山者的追求也是学问人的心境。王安石在《游褒禅山记》中说:“夫夷以近,则游者众;险以远,则至者少。而世之奇伟、瑰怪、非常之观,常在于险远,而人之所罕至焉,故非有志者不能至也。”由此可见,登山与治学实在是具有异曲同工之妙。因为学问研究得越深、越新,则需要付出的努力就越大。任何学术精品非经年累月之功无法完成,它是由作者的心血所铸造的。简单的重复性劳动,众人皆可为之,难以体现学问之真谛,而任何艰深学问永远都只是少数恒者、艰辛者才能达致。浅尝辄止,眼高手低,这山望着那山高,永远不可能探寻学问的奥秘。在

茹苦中坚持,在含辛中锤炼,登山与做学问一样都需要付出艰辛的努力,登的山越高就越辛苦,学问做得越深越扎实也越辛苦,二者是成正比的。创作是一件非常艰苦的事情,需要把别人喝咖啡的时间都运用在创作上,需要牺牲很多个人的乐趣,甚至家人与亲友的诸多幸福。俗语有云“一分耕耘,一分收获”。尽管有些时候,付出了劳动却未必能得到收获,或者没有得到预期的收获,但是“尽吾志不能至者,无悔也”。

三则,无论是登山还是做学问,都需要脚踏实地,一步一个脚印,没有终南捷径。伟人马克思曾言:“在科学上没有平坦的大道,只有不畏劳苦沿着陡峭山路攀登的人,才有希望达到光辉的顶点。”尽管现代科技高度发达,人们乘坐汽车或缆车可直达山顶,但是这样也就失去了登山本身所具有的诸多乐趣,不能称为登山。同样,做学问也是一个长期坚苦的过程,必须踏踏实实、平心静气,不可寄希望于走捷径,任何投机取巧的行为也许能获得短暂的喝彩,但不可能做出真正的学问。登山的过程是平凡的,没有什么精彩之处,一步一步,汗流浹背的背后常常是平凡甚至枯燥。同样,做学问也是一个很清苦的事情,既没有鲜花也没有掌声,有时甚至会被世人所遗忘,但是做学问又必须要这样,所谓“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”。没有“板凳坐得十年冷”的态度与精神,是不可能做出真学问的。

四则,登山与做学问一样都需要顽强的毅力,持之以恒,锲而不舍,绝不可半途而废。在登山的过程,经常要遭受肌酸腿累之苦,甚至风吹雨淋日晒,甚至会遇上各种不测之险,如果没有顽强的毅力与恒心,因为畏惧、痛苦而退缩,那么永远不可能登上山峰。做学问一样,任何真学问都不可能是三天两日就可以做出来的,必须持之以恒,数年甚至数十年如一日,如果因为短期内没有出成果就灰心丧气,一日十曝,甚至完全放弃,那么也永远做不出真学问。尤其在现代社会,各种诱惑甚多,生活就像万花筒一样,千变万化,

多姿多彩,做学问的人没有顽强的毅力与恒心,因为外界的诱惑而浮躁,心存杂念,如何能够做得了学问?

在登山的过程中,我也领悟到了许多做人的道理。人生在于奋斗。人是要有一定追求,要有自己的信念与理想,人的一生应当像登山那样一步一步地追求自己的目标,而不能漫无目的,虚度年华,游戏人生。人生要脚踏实地,一步一个脚印,不能追求一时的狂飙突进,不能也无法超越他应当经历的阶段。古人云:“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。”做人也同样要在实现自己人生的理想的过程中,不断求索,砥砺前行。登山有上坡也有下坡,有平坦的大路也有陡峭的悬崖,而人生不是同样既有一帆风顺,也有坎坷曲折吗?如果因为一时的困难挫折而灰心丧气,怎么可能会取得更大的成功呢?毛主席说:“世上无难事,只要肯登攀。”只要勇于追求、持之以恒,任何艰难险阻都不是不可战胜的。登山时即便已经登上山峰一座,也会看到山外有山,因此做人要谦虚谨慎,戒骄戒躁。尤其是登上山顶,尽管颇有一览众山小的架势,但是高处不胜寒。由此看来,人们要始终有敬畏之心,切不可小成绩而洋洋自得,忘乎所以,始终保持“不以物喜,不以己悲”之心境。

这也许是古人所谓的仁者乐山,智者乐水吧。尽管不敢称自己为仁者与智者,但从登山中也领悟出许多人生真谛。将这些感悟写出来,主要是为了激励自己在今后的学术之路上能够走得更扎实,同时也希望能够与同仁共勉。

目 录

登山 · 治学 · 做人——代序	(1)
第一编 民法总则	(1)
什么是法学家的社会责任	(3)
《宪法》与私有财产的保护	(18)
民法案例分析的基本方法探讨	(30)
第二编 人格权	(55)
试论人格权的新发展	(57)
隐私权内容探讨	(87)
公众人物人格权的限制和保护	(104)
第三编 物权法	(123)
经济全球化与物权法的国际化	(125)
关于物权立法的若干问题的新思考	(140)
再论物权的概念	(164)

试论物权法的平等保护原则	(184)
论物权法定原则	(197)
关于“物权法草案·总则”的几点思考	(237)
试论业主的建筑物区分所有权的概念	(271)
论物权法中车库的归属及相关法律问题	(292)
试论物权法草案中征收征用制度的完善	(318)
关于物权法草案中确立的不动产物权变动模式	(342)
论他物权的设定	(356)
添附制度若干问题探讨	(379)
善意取得制度的构成	
——以我国物权法草案第111条为分析对象	(403)
空间权:一种新型的财产权利	(440)
担保物权制度的发展与我国物权法草案	(471)
试论动产抵押	(492)
收费权质押的若干问题探讨	(512)
试述占有的权利推定规则	(535)
 第四编 债与合同法	 (551)
合同无效制度的问题	(553)
足球坠井与请求权	(579)
《消费者权益保护法》的完善	(590)
 第五编 侵权行为法	 (605)
侵权责任法制定中的若干问题	(607)
共同侵权行为的概念和本质	
——兼评《最高人民法院关于审理人身损害赔偿	

案件适用法律若干问题的解释》第三条	(628)
共同危险行为若干问题研究	
——兼评《最高人民法院关于审理人身损害赔偿	
案件适用法律若干问题的解释》第四条	(650)
第六编 其他	(663)
破产立法中的若干疑难问题探讨	(665)
关于劳动债权与担保物权的关系	(691)
民事证据规则司法解释若干问题研究	(700)
论民法典的体系化与法学教育	(729)
“饭碗法学”应当休矣	(751)
后记	(755)

第一编 民法总则

什么是法学家的社会责任^①

一、为什么讨论法学家的社会责任

什么是法学家的社会责任,仁者见仁,智者见智。有的人会说,法学家的社会责任就是阐释法律的精神,探寻法学的真谛;有的人会说,法学家的社会责任就在于维护社会正义,推动法治进程;还有的人认为,法学家的社会责任应当是宣传法治理念,弘扬法治精神。从不同的角度来看,这些说法都有一定的道理。事实上,法学家的社会责任究竟是什么,这个问题在学界并没有获得应有的重视。我想这主要是因为我们对于讨论这个问题的意义缺乏足够的认识,一些人甚至认为这样的问题大而空泛,离现实显得过于遥远;而实际情况并非如此。

讨论法学家的社会责任究竟是什么,最主要的意义有这么几点。首先,有助于明确法学家的社会定位,即法学家在现代复杂的社会分工中处于什么样的位置。他究竟是理论工作者,还是实务工作者;如果是理论工作者,他与其他领域的学者有着什么样的区别。从目前的情况来看,对此还没有形成一个最低限度的共识。

^① 原载《法学家》2006年第3期。

讨论法学家的社会责任,就是讨论法学家的本分问题,解决的是法学研究作为一种职业,法学家的主要工作任务是什么的问题。这一问题可以说是法学家展开日常工作的基本前提和基础。

其次,有助于明确法学家对于社会的发展、人类的进步,可以发挥什么样的作用,负有何种职责。曾国藩有言:“学求其于世有济,事行乎此心所安。”法学家的的工作也必须对社会有意义、有价值,要服务于社会。同时,要通过自己的日用常行来确立自己做人的准则,也体现底线伦理的要求。我觉得,这也是法学家的社会责任的组成部分。法学家的思考应当有助于解决社会中的实际问题。作为一名法学家,面对纷繁芜杂的社会现象、面对经济的高速发展和法治建设的日渐完善,我们应该常常反躬自问:自己应当为社会做些什么?或者按照苏力教授的说法,什么是你的贡献?多问一下这样的问题,才有助于明确自己努力的方向。

最后,有助于指导我们确立正确的思维模式和研究方法。法学家的研究工作不是书斋中的游戏,法学是一门非常实用的学问,它以法律作为研究对象,而法律又是国家和社会管理的一种非常重要的工具,法学的研究工作当然要面向社会实践。如果把学问看作自娱自乐的事情,就会使我们的研究越来越脱离现实,成为不能解决现实问题的空洞理论,我们就不能尽到相应的社会责任。法学家要解决社会问题,就必须关注现实世界。从这个意义上说,法学家应当做什么,决定着法学家研究的方法和态度。

我认为,法学家首先应当是一个从事法学研究的知识分子。“法学家”既不是一种荣誉称号,也不代表着某种社会地位,法学家无论多么出名,地位多么显赫,他也只是一个法学理论工作者。不清楚这一点,就很难认识到法学家与法官、政府官员或者律师的社会责任究竟有什么区别。有学者认为,中国的法律人与知识分子已经发生分离,法律人不算是知识分子的一部分,没有向知识界提供优秀的知识产品。我认为这种看法并不妥当,实际上,法学本

身就是思想的产品,也是知识的产品,优秀的法学著作本身也属于人类宝贵知识财富的一部分,甚至可以说是现代社会文明的重要组成部分。

法学家是以从事法学研究为职业的知识分子,从这一点上说他们与从事经济学研究的经济学家、从事历史研究的史学家、从事哲学研究的哲学家等并没有本质的区别。因此,法学家如果要对国家、社会的发展发挥作用,贡献自己的力量,就要向社会提供其所需的知识产品、提供有价值的智力劳动成果。为了达到这一目的,法学家应当努力寻求学问的真谛,探求学术的奥秘,追求学术的精进,最终为法治建设提供理论支持。法学家如果把从事学术研究作为手段,希望借此谋取地位和财富,这就发生了错位。既然法学家是以学术研究,以知识产品的创造为目的,那么任何实务性的活动都应当服从和服务于这一目标本身。

其次,法学家不是法律实务工作者,也就是说,法学家不同于法官、检察官、律师等。由于法学是一门实践性很强的社会科学,所以法学家不可能闭门造车,需要理论结合实践,需要对实践有清晰准确的了解与把握,为此适当地参与实务工作很有必要。但是,法学家毕竟不是法官、检察官、律师等实务工作者,法学家参与任何实务活动说到底都是为了更好地从事学术研究,不应该以学术研究作为手段,而以参与实务作为目的。如果一个法学家整天从事实务活动,主要精力不放在学术上,那么他就不是一个名副其实的法学家。

法学家也是学者,因此他们必须有作为学者的理想、信念与良知。在我国悠久的历史中产生了很多优秀的学者,他们肩负着历史使命,为了国家、民族、社会的发展而努力奋斗,成为鲁迅先生所说的“民族的脊梁”。作为学者,他们“念兹在兹”的信仰是“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”,这是儒家学者的最高信仰,我认为也应当是中国知识分子的崇高

目标。“立德、立功、立言”,这就是对社会的贡献。知识分子始终心系国家社稷,“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”,在为国家、民族奋斗的过程中,不以物喜,不以己悲,不计较个人的荣辱得失,即便为此献出生命也在所不惜。知识分子非常注重个人的品德与修养,始终秉持良心行事,不以恶小而为之,不以善小而不为。中华民族优秀知识分子的这些品德也应当是每一个法学家所追求的目标。

法学家是知识分子,但是他是专门从事法学这门学科研究的知识分子,因此法学家终生与法律有不可分离的联系,他是学者同时也属于法律人的一部分。虽然法学家与法律实务工作者有区别,但是就从事法律工作而言,他们又是紧密联系在一起的。首先,作为法律工作者,法学家应当有对法律的信仰与崇敬,如果法学家自己对于法律都不信仰或尊重,那么他只是一个法学匠而非法学家。如果法学家对现实悲观、茫然或者玩世不恭,他怎么有强大的动力去皓首穷经、为法治建设提供理论支持?一个缺乏信仰和激情的学者,他的作品也必然是没有生命力的。法治的发展不可能一马平川、一帆风顺,法治的进程还将面临各种考验,无论在法治进程中出现何种挫折,法学家都应当对法治的实现充满信心,如果法学家都对法治理想的实现丧失了信念,那么他怎么能够有充足的动力去从事法学研究和法治宣传,动员人民群众信仰法律呢?其次,法学家本身应当心存公平、正义的理念,并在自己的日常行动中加以贯彻落实。因为法律本身就是一门正义之学。按照亚里士多德的看法,公正是个人的美德,但是对法学家来说,公正应当是其基本素质之一。如果法学家自己平时口口声声宣扬公平、正义,而实际上却干一些鸡鸣狗盗之事,那么他就不可能是一个真正的法学家,也不可能研究好法学,也就做不到曾国藩所说的“事行乎此心所安”。最后,法学家应该具有良好的法律意识和依据法律思维来思考问题的习惯,也就是说他能以强烈的法律意识、

敏锐的法律视角来观察和思考各种社会现象并提出自己独到的见解,这也是法学家不同于其他专家的一个特点。

法学家以法律为业,他不仅仅是具有法学知识的知识分子,而是一个通晓法律的专家,应该具有深厚的理论功底与学术造诣,具有运用严谨的法律思维分析解决各种复杂法律问题的能力。霍尔姆斯说过,法律的生命在于经验而非逻辑。真正要成为法学家,应当关注社会生活的实践,紧跟法学研究的前沿,把握法学发展的趋势,不断开拓进取,同时,也要努力养成法学思维的习惯,不断提高自己的学术素养。因而,并非是任何从事法律教学研究的人,或具有法学博士学位头衔的人,或发表过一些法学论著的人就都可以被称为“法学家”。一个法学家的称号应当是社会和学界的客观评价,是众多法学学子内心的评价,而不是通过某个组织的一纸奖励,或者某个机构授予“头衔”就能获得的。可以说,谁是真正的法学家,是一个广泛的社会评价问题,而不是自我或某个人可以得出的结论。

二、法学家的社会责任是什么

在明确了上述法学家的社会定位之后,我们才能比较清晰地把握法学家的社会责任。既然法学家是一个法学理论工作者,那么,提供社会发展所需要的法学理论产品就应当是法学家的社会责任。然而,法学家毕竟不是政治家,不需要去组织社会力量、动员社会资源实现政策目标,也不掌握国家权力去进行社会管理。法学家也不是法律实务工作者,法学家的研究必须注意社会的法治实践,强调学以致用,但毕竟不是实务人员,他向社会提供的主要是一种理论产品。有人认为,法学家从事实务,兼职担任律师,就是对社会的贡献。此种看法不无道理,从广义上讲,我们对法治建设的大厦填补的一砖一瓦,都是在履行我们的社会责任。但法学工作者为社会所作的贡献不是具体地解决某一个纠纷或者裁判