

私权自治原则
立法研究

杜明强 著

A Research on the Legislation of the Private Right Autonomy



私权自治原则 立法研究

杜明强 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私权自治原则立法研究 / 杜明强著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2636 - 2

I. ①私… II. ①杜… III. ①立法—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 203436 号

私权自治原则立法研究
SIQUAN ZIZHI YUANZE LJFA YANJIU

杜明强 著

责任编辑 陈 慧
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 李景美
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 A5
印张 10
字数 265 千
版本 2018 年 11 月第 1 版
印次 2018 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2636 - 2

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给我的母亲——张连容女士

序 言

——为中国民法典的立法添砖加瓦

杜明强同学的博士学位论文即将出版,嘱我作序。明强博士是我所指导的首位立法学博士生,也是中山大学法学院培养的第一位立法学博士。在读博期间,明强广泛阅读、勤于思考,因受我研究兴趣之影响,对中国民法典的立法尤其是民法基本原则的立法建构问题表现出浓厚的学术兴趣,故在博士论文选题时,最终商定以“私权自治原则立法研究”为题。编纂民法典是党的十八届四中全会提出的重大立法任务,它既体现了党执政为民的根本宗旨,也是全面推进依法治国,实现国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。在《民法总则》通过以后,民法典的各个分编可望于 2018 年整体提请全国人大常委会审议。历经新中国几代人的努力,相信在 2020 年我们最终能够编纂一部适应中国特色社会主义发展要求、符合国情和实际的优秀民法典。在这个大背景下,认真研究民法基本原则的由来、制度设计及其规范表达,对于成文法局限性之克服、提升民众的私权护持意识以及私法文化的传承和弘扬等方面均有所助益。现在他的研究成果即将出版,很为他高兴。

中国民法典的立法正在如火如荼地进行中,我作为中山大学立法学专业的学者,当然关注民法典的立法进展,也有自己的思考和期盼。当前学术界通常认为,《法国民法典》是 19 世纪民法典的代表,《德国民法典》是 20 世纪民法典的代表,而在中国民法学界颇为流传的说法是,《中国民法典》将会成为 21 世纪民法典的代表!对于中国

民法典的编纂水平,每个民法学者可能都有自己的期盼,但对于当前这种颇为流行的说法,我认为我们还是应该进行冷静的分析和思考。完善的政治体制、发达的市场经济、雄厚的法学研究水平,这些都是编纂优秀民法典不可缺少的外部条件。就目前的发展状况而言,在伟大的中国共产党的领导下,依法治国战略取得了举世瞩目的伟大成绩,这是毋庸置疑的,但我们也还是需要冷静地认识到,我们国家目前还处在社会主义初级阶段,政治体制改革尚在进行,公权力还没有完全被关在法治的笼子里,政治体制改革和法治建设仍在改革的进程中;对于处于根本大法地位的宪法而言,其权威性已经在不断地加强,但完备的违宪责任追究机制还需要进一步健全;中国的经济体制改革取得了巨大的成功,但我们还没有建立完善的市场经济;至于民商法学的研究,尽管三十多年来取得了举足轻重的成就,但很难说我国的民法学研究已经达到了世界先进水平,我国更多的是借鉴和移植外国的法律,却很少能够提出令世界法学界刮目相看的创造理论。此外,仅就立法水平而言,我国的立法程序、立法技术都存在一些值得检讨和改进之处。总而言之,目前世界上已经有很多部值得借鉴的民法典,我认为结合多年的立法、司法和学术研究的成果,中国完全有能力编纂出一部适合中国国情的优秀民法典,而且就民法典对中国法治建设、司法审判、民法学研究而言,其作用无疑不可低估。至于《中国民法典》是否能够成为21世纪民法典的杰出代表,我们却应当保持冷静的头脑,既不当妄自尊大,也不应当妄自菲薄。《中国民法典》在世界民法中的地位,还是留给历史去检验。对未来的中国民法典,我认为我们应当保持乐观,但应当是谨慎的乐观。

目前从我国民法典编纂中,我们能够感受到国家的立法民主有了很大的提升,在《民法总则》的制定过程中,笔者曾经三次登录全国人大的官网,提交自己的立法意见,甚至还提交了笔者个人对中国民法典草案的立法建议稿。这和过去相比,我们国家的立法民主进程的确是个巨大的飞跃。在过去很长一段时间里,国家的立法草案被

当作国家的机密文件,在公布实施之前学者很难知道其内容,更别说让人民群众参与讨论。现在我们的立法机关则将立法草案提前公布,公开让大家讨论,广泛征询意见,这表明我国在立法民主方面有一个很大的跨越。同时,在中国民法典编纂过程中,我个人同样也深刻地感受到一些困惑。按照立法规划,2020年民法典的各个分编将全部被提交到全国人大审议,但到目前为止,我们的民法典究竟有多少编,究竟采取什么立法体例,至今仍然不够清晰,我感到有不少困惑,值得反思。

第一个困惑,人格权虽然独立成编,但过于简略。立法规划原来有三步走之说,也有两步走之说,其中的差别就是人格权是否独立成编。关于民法的调整对象,《民法总则》和《民法通则》相比有一个显著的变化,《民法通则》规定民法的调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系;《民法总则》则不然,立法者的理念有一个变化,把人身关系提到前面,而把财产关系放在后面,显然立法者把人身关系放在更为重要的地位,这表明立法机关对人身关系的高度重视。在民法典编纂中,虽然人格权已经独立成编,但到目前看来,立法的规定过于简略,只有短短的49条,将来在适用中难免出现挂一漏万、捉襟见肘的尴尬局面,这是我的第一个困惑。

第二个困惑,债权编是否还要保留传统民法中财产分为两大板块,一个是物权,另一个是债权,其中物权是绝对权,债权是相对权,这几乎是世界范围内成文法国家的通常模式。如果我们在民法典中把债权编取消了,这可能是一个很大的变化。我们从世界范围内来看民法典,法国、德国、日本等国家既有民法典,也有商法典,而瑞士则是全世界第一个施行民商合一的国家。瑞士由于其独特的立法背景,它在《瑞士民法典》之外,还有个独立的《债务法》,只不过后来他们的议会把《债务法》作为《瑞士民法典》的第五编,因此也可以说瑞士只有一部民法典了。瑞士是民商合一的国家,竟然有专门的债法,现在我们也宣布自己是民商合一的国家,我们不仅没有债法典,甚至

连债权编都取消了。债权编是否需要保留,这是我很大的困惑。如果我们不要债权编,我还有另外一个担心。债法总则是对各种之债提取公因式,其涵盖合同之债、侵权行为之债、不当得利之债、无因管理之债等内容,如债的产生、债的效力、债的履行、债的担保、债的保全、债的分类等。如果我们不保留债权编,那么债法总则的这些内容如何安排?当时梁慧星老师在起草《合同法》的时候,由于是在没有债法编的情况下起草,所以合同法中包括了很多债权总则的东西,这当然是权宜之计。现在在编纂民法典时,如果放弃了债权编,那么这些关于债权总则的东西放在哪里?有学者建议,如果放弃债法编,那么应当尽量利用合同法,发挥合同法的债权总则功能。我个人认为这实在是一个没有办法的办法。大陆法系的成文法特别强调立法的逻辑和体系。很明显,债权是一个上位概念,合同之债是一个下位概念,让下位法发挥上位法的作用,其结果必然导致逻辑的混乱和体系的违反。

第三个困惑,民商合一的路径问题。我们宣布中国是一个采用民商合一的国家,但民商如何合一?民商合一的立法体例最直接的体现就应该显示在《民法总则》的立法中。但是我们仔细研究一下,《民法总则》中究竟有多少商法的内容?我认为,现在的《民法总则》没有充分体现民商合一的立法理念,所以中国商法学研究会提出了《商法通则》的立法问题。我认为,仅仅根据《民法总则》第11条的简单设计,根本无法体现商法的理念、原则和特殊性。如何解决民商合一的路径问题,这是我的第三个困惑。

第四个困惑,涉外民事关系法律适用法是否要编入民法典?关于涉外民事法律关系的法律适用问题,《民法通则》中有专门的规定。后来也出台了《涉外民事关系法律适用法》。问题是,这部法律将来要不要编纂进民法典中,至今尚不清楚。从历史上考察,《民法通则》已经规定了“涉外民事关系的法律适用”;从司法审判实践来看,中国的法院系统普遍设立有专门审理涉外案件的法庭;从我国的改革开

放情况来看,随着中国对外开放的不断深入,人员交流频繁,国际贸易如火如荼,因此涉外民事纠纷也相应增多,关于涉外民事法律关系的法律适用是一个无法回避的突出问题。因此,我认为应当将我国于2010年10月通过的《涉外民事关系法律适用法》纳入民法典,作为民法典中独立的涉外民事关系的法律适用编。

第五个困惑,民事责任的立法特色是否需要保留。《民法通则》可以说是一个小民法典,其中民事责任是独立成章的。《民法通则》采取的立法体例其实是“总一分一总”的方式。首先是关于民法的总体规定,其次是物权、债权、知识产权等各项民事权利的规定,最后是对各项权利的救济,即民事责任。“无救济,则无权利”,侵犯了别人的民事权利,就要承担民事责任。我们在制定民法通则时,曾经宣布说,民事责任独立成章是我们的一个立法特色。现在我们要编纂民法典,那么这个特色我们还要不要继续坚持?这也是民事立法中值得思考的一个问题。

第六个困惑,侵权法的定位问题。对于侵权法,我认为在立法上定位一直不太清楚。我们的立法机关制定的侵权法叫《侵权责任法》,同时我们的《民法总则》中规定:债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利,以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。这样就难免会产生一个问题:对于侵权,究竟是把它视为侵权行为之债,还是把它视为侵权行为之民事责任?换句话说,我们应把它放在债权中,还是把它放在民事责任中?立法机关似乎对这个问题语焉不详。我认为《侵权责任法》这个名称并不妥当,可以叫《侵权法》,也可以叫《侵权行为法》,而不应该叫《侵权责任法》。侵权行为,究竟定位为一种侵权行为之债,还是定位为侵权之民事责任,对侵权法将来如何定位似乎并不清楚,我觉得这是一个很大的困惑。还有一点,如果我们的侵权法独立成编,我希望能够增加一种类型化的侵权,即新闻媒体侵权。特别是我们现在生活在一个新闻媒体大数据时代,这是一个需要高度关注的事情。多年以

前我们就曾经设想制定新闻法,然而新闻法还遥遥无期。现在大量存在新闻媒体侵权现象,例如,利用网络去侵害别人的名誉权和隐私权。侵权法对这个问题应该有所回应。在未来的侵权编中,我们不妨确立一些基本的规则和框架。例如,通行的抗辩理由包括:真实报导、公众评论、权威信息来源等。当然也有学者认为,将来可以制定《新闻法》和《出版法》,但在这些法律尚未出台的情况下,我们不妨针对当前大量存在的新闻媒体侵权案件,在侵权法中做一个应急处理。

第七个困惑,附编的问题。在民法典的编纂中,还涉及法律的溯及既往问题、比照适用问题、民族自治地方对民法典部分内容的变通或补充适用、授权对某些事项进行地方立法、授权国务院对某些事项制定实施办法、民法典生效后的法律废止、民法典的实施日期等问题,这些问题比较杂乱,而且放在前几编都不适合,属于“无法归类”之列。《民法通则》有“附则”之设,《瑞士民法典》有“末章”,《绿色民法典草案》有“附编”和“尾题”,我认为,为了保持民法典立法体例的统一,可以考虑在民法典的最后专门设置独立的“附编”。如果考虑附编的内容偏少,其附编之下没有“章”“节”为支撑,也不妨继续沿用《民法通则》中“附则”之设。

中国民法典的编纂,并非直接对物权法、合同法、侵权责任法、婚姻法、收养法、继承法等民事单行法进行简单地汇编,而是国家一项重要的立法活动。大陆法系国家的立法都非常强调法律的逻辑性和体系性,我国民法典的整体立法属于化整为零,先制定各个民事单行法,最后再进行民法典的编纂。从现在我国民法典立法的整体规划来考察,笔者认为,全国人大在民法典立法中对体系性和逻辑性的安排还可以进一步完善,立法技术上也存在一定的商榷之余地,而现行的民事单行法和司法解释中也存在很多矛盾冲突、繁简失当、轻重失衡、立法漏洞等问题,与构建一部成熟的民法典还有一定的差距。在中国法典编纂中,必然要对其进行系统的研究,结合民商法的研究成

果,进行删除、修订和增补。在各种利益的交错冲突中,立法者实际上在扮演公共政策选择的角色。面对众说纷纭的制度设计,如何果断地一锤定音,这十分考验立法机关的智慧。如果我们预先对整部民法典的立法有一个科学而完备的立法规划,那么在各个民事单行法逐步出台以后,在最后编纂《中国民法典》的时候,相对而言就会容易一些。由于我们民法典编纂中对体系性、逻辑性的立法技术安排存在一些缺陷,这样会导致立法中存在衔接失当的问题,也会引发立法上的不少困惑,因此在未来法典编纂中,对各编进行审查、删除、修订和增补的工作就会相对困难一些。

明强的研究紧随中国民法典编纂的时代步伐,以民法基本原则立法和理论研究的反思为起点,对私权自治原则这一私法的核心原则展开全面深入研究。在选题之初,我曾告诫明强:博士学位论文不仅要以通过为目标,而且要成为检验学术水平的标尺,至少应当达到专著的出版标准。明强对此铭记在心,经过近两年的努力,保质保量地完成了博士学位论文撰写,并顺利通过专家外审和答辩。概言之,本书具有以下特色:第一,在民法基本原则研究领域,目前我国学界多从解释论的视角切入进行研究,较少涉及立法论视角的系统化和专门化研究,本书具有自己独特的研究视角。第二,从国家与社会的视角去探讨私权自治的本质及其立法基础,合理界定了私权自治的内涵和外延,释明了私法原则的立法走向,并为私权自治和国家管制在私法立法领域的妥当安置提供了有效进路。第三,作者提出私权自治原则应为私法领域的最高指导原则、私法规范中“活的灵魂”和民法基本原则群中的核心原则。我国民事立法需要重塑私权自治原则在私法中的核心地位。一旦私权自治原则的核心定位获得立法和理论认同,民法基本原则的内在逻辑体系将被清晰建立,各项原则间的司法适用位阶将得以明定,私法原则的立法正道亦将得以维系。作者还强调宜将私权自治原则的效力贯穿于私法制度设计的始终,并对如何实现私权自治的立法建构问题作了详细探讨,提出了较为

独到的见解。

明强博士毕业后,秉持对学术的热爱,选择到贵州大学法学院从事教学科研工作,表明其沉下心来做学术的志向,所以他邀我为本书作序时,我便欣然应允。我想本书的出版定会为我国民法典的立法发挥添砖加瓦的积极作用。希望他继续保持对学术的专注,凝练学术思维,取得更多更好的学术成果!

于海涌教授

中山大学立法研究中心主任

2018年6月19日

目 录

序 言	(1)
导 论	(1)
一、研究背景及选题意义	(1)
二、国内外研究动态分析	(4)
三、研究方法	(23)
四、研究思路和创新之处	(24)
第一章 我国民法基本原则立法及研究的反思	(29)
第一节 我国民法基本原则研究的误区分析	(30)
一、重公轻私倾向相对显著	(30)
二、民法独立王国思想固化	(36)
第二节 我国民法基本原则的立法检讨	(39)
一、核心原则定位欠妥,私权自治被边缘化	(39)
二、立法标准尚未定型,内在体系不够完整	(44)
三、原则之间界限不明,立法表达技术欠佳	(47)
四、价值导向存有偏差,私法文化传承受阻	(51)
五、工具主义色彩较浓,私法主体性意识衰微	(54)
第三节 民法典编纂中基本原则的立法正道	(57)
一、坚持私法的民法观,守护基本原则的私法品性	(58)
二、科学定位核心原则,注重自治与管制之平衡	(59)
三、规范私法原则立法基础,建构基本原则内在体系	(60)

第二章 私权自治原则的立法定位	(62)
第一节 私权自治的界定	(62)
一、变迁中的“私权”含义考察	(62)
二、何谓私权自治	(67)
三、私权自治与自愿原则、意思自治之间的关系诠释	(70)
第二节 现行立法对待私权自治原则的态度	(77)
一、正式立法的态度:含糊其辞	(77)
二、非正式立法的态度:摇摆不定	(80)
第三节 私权自治原则的立法价值与制度功能	(86)
一、弘扬私法精神,强化私权保护	(86)
二、修正立法误区,引领立法价值取向	(88)
三、建构私权立法平台,确立私权优位论	(91)
第四节 民法典中私权自治原则的立法定位	(93)
一、作为民法基本原则中的核心原则	(94)
二、作为统一私法共同选择的基本原则	(96)
三、作为私法立法领域的最高指导原则	(98)
第三章 私权自治原则的立法基础	(102)
第一节 立法源流——国家和社会二元构造	(103)
一、国家与社会二元理论的基本内涵	(103)
二、国家与社会二元理论的变迁	(105)
三、国家—社会理论对我国私法立法的影响	(114)
第二节 现实来源——私法与公法二元区分理论	(118)
一、私法与公法区分的理论脉络	(118)
二、公私法区分之危机及评价	(123)
三、私法与公法区分的法治价值体现	(128)
第三节 政治基础——私法与国家的关系演进	(136)
一、私法眼中的国家	(137)
二、国家眼中的私法	(140)

三、私权自治与国家管制	(146)
第四章 私权自治原则的既有立法限制	(162)
第一节 限制私权自治的正当化理由	(163)
一、“私权自治”的传统理论假设危机四伏	(163)
二、遵循“法律对自由限制”的基本原理	(168)
三、基于对所有人私权自治行为的平等保护	(172)
四、私权的社会义务	(174)
第二节 私权自治原则的自我修正	(179)
一、基于诚实信用原则的限制	(180)
二、基于公序良俗原则的限制	(184)
三、源自禁止权利滥用原则的限制	(190)
第三节 私权自治原则的公法限制	(197)
一、宪法基本权利对私权自治的限制	(198)
二、比例原则对私权自治的限制	(203)
第四节 限制私权自治原则的典型立法表现	(210)
一、合同自由的曲折	(210)
二、物权法定原则的盛行	(213)
三、遗嘱自由的限制	(216)
四、婚姻自由的羁绊	(219)
第五节 私权自治原则立法限制的评析	(223)
第五章 私权自治原则的立法建构	(228)
第一节 私权自治原则的核心地位重构	(228)
一、复兴私权自治原则的核心地位	(229)
二、修正诚实信用原则“帝王条款”的地位	(236)
三、防止公序良俗的过度绑架	(241)
第二节 私权自治原则与民法基本原则的立法选择	(247)
一、以私权自治为中心的民法基本原则体系	(247)

4 目 录

二、各基本原则的立法规范表达	(251)
三、私权自治与其他各基本原则的关系厘定	(252)
第三节 私权自治原则的立法贯彻	(256)
一、民法总则中私权自治的立法体现	(258)
二、物权制度中的私权自治	(261)
三、债权制度中的私权自治	(263)
四、婚姻家庭制度中的私权自治	(269)
五、继承制度中的私权自治	(272)
结 论	(277)
一、回归私法帝王宝座的私权自治	(277)
二、重塑国民法治信仰的私权自治	(281)
参考文献	(284)
后 记	(300)

导 论

一、研究背景及选题意义

在中华人民共和国民法法典化历程中,民法基本原则的立法选择和理论研究始终是立法界和学界关注的焦点。在立法层面,经历了1954年、1962年、1979年三次起草民法典的失败尝试,我国终于在1986年4月12日审议通过了《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)。《民法通则》和其他“夭折”的民法典草案有一个立法共性,即在立法条文中明确规定“民法基本原则”,经由立法界和学界三十多年的不断探讨和修正,基本原则最终在民法通则中修成正果。^{〔1〕}《民法通则》所开创民法基本原则的立法范式在我国私法立法领域得以广泛继承和发扬。如《中华人民共和国合同法》(以下

〔1〕 如我国20世纪50年代起草的《中华人民共和国民法总则草稿》第一章就规定“基本原则”,第二、三、四次草稿依旧沿袭开篇规定“基本原则”模式,不过该草稿中的基本原则与民法通则的规定有所不同,如果以民法通则的基本原则来看,民事权利受保护原则和公序良俗原则在第一、二次草稿中有所体现;第三、四次草稿中对平等原则、公序良俗原则有所规定。参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(上卷),法律出版社2003年版,第4、13、26、37页。此外,1963年《民法草稿》第二章为“民法的基本原则”,明文规定了“计划原则、民主集中制原则、兼顾国家、集体和个人利益的原则、勤俭建国和经济核算原则、等价交换原则、按劳分配原则和遵守国家政策、法律、法令的原则”。参见《新中国民法典草案总览》(下卷),法律出版社2003年版,第27~28页。20世纪80年代的《民法草案》(征求意见稿共四稿)对“计划原则、平等原则、等价有偿原则、兼顾国家、集体和个人利益的原则、公序良俗原则、诚实信用原则”有所规定,参见《新中国民法典草案总览》(下卷),法律出版社2003年版,第372、438、496、562页。可见,这一时期的民法基本原则立法为《民法通则》的基本原则立法奠定了雏形。