



民商法精论

王利明 著



商務印書館
The Commercial Press

民商法精论

王利明 著



 商务印书馆
The Commercial Press
创于1897

2018年·北京

图书在版编目(CIP)数据

民商法精论/王利明著. —北京:商务印书馆, 2018
ISBN 978-7-100-15799-5

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—中国—文集 ②商法—中国—文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 024046 号

权利保留,侵权必究。

民商法精论

王利明 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

北京通州皇家印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-15799-5

2018 年 6 月第 1 版

开本 787×1092 1/16

2018 年 6 月北京第 1 次印刷 印张 43 1/4

定价:135.00 元



王利明，1960年生，湖北仙桃人。现任中国人民大学常务副校长、教授、博士生导师，“长江学者”特聘教授，“新世纪百千万人才工程”国家级人选，享受国务院政府特殊津贴。兼任国务院学位委员会法学学科评议组成员兼召集人、教育部全国高等学校法学学科教学指导委员会副主任委员、中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长等。

主要研究领域为法学方法论、民法总论、商法理论、物权法、债与合同法、侵权行为法。在核心期刊发表论文二百余篇，出版了《民法总则》《物权法研究》等二十余部专著。先后获得中国高校人文社会科学研究优秀成果奖法学类一等奖（四次）、全国普通高等学校优秀法学教材一等奖、第六届国家图书奖、第九届中国图书奖、第十四届全国图书奖、第四届吴玉章人文社会科学研究优秀奖、第四届教育部“高校青年教师奖”等十余个国家级、省部级的重要奖项。作为第九届、十届、十一届全国人大代表，第九届全国人大财经委委员，第十届、十一届全国人大法律委员会委员，参与了改革开放以来的重要民商事法律的起草、讨论和修订工作。被评为“2006·中国十大教育英才”和“2007·CCTV中国年度法治人物”。

序 言

从 1977 年,我刚刚进入大学的那一年开始,到现在已经整整过了 40 年的时间。这 40 年来,我们的法治建设取得了长足的进步;我们的立法走过了西方国家几百年走过的路程,中国特色社会主义法律体系已经建成,从根本上改变了“文革”后“无法可依”的状况;司法体系从被砸烂的废墟中重新建立并逐渐完善,司法程序不断健全,司法作为维护社会公平正义的最后一道防线的地位逐渐凸显。从近年来人民法院年均审理一千多万件案件的数量就可以看出,法院已经成为解决社会矛盾和纠纷、维护社会公平正义的主要渠道。此外,依法行政、法治政府建设、人权保障事业也都取得了长足进步。法学教育欣欣向荣,蓬勃发展,法学院从最初寥寥几所发展到今天的 640 多所,在校法学学生已逾 30 万。所有的这些成就都表明,我们离法治梦的实现越来越近,我们离理想和目标的实现越来越近。

正是在这漫长而又短暂的 40 年里,我们这一代人亲历和见证了中国改革开放的全过程,并充分利用了自己所学的知识投入到我国法治事业的建设之中。作为我国法治事业发展的亲历者、建设者、思考者和不懈追求者,我 40 年来未敢有一日懈怠,与法治同行、推动我国法治事业的进步,始终是我心中怀揣的理想和孜孜不倦的追求。

我们是新中国法治发展的亲历者,也是新中国法治建设的参与者。新中国成立伊始,我们就开始着手进行法治建设,但因为各种主客观因素,法治建设的进程极其缓慢,甚至曾因为“文革”等各种运动而中断。改革开放是中国法治建设的新起点,伴随着改革开放一路走来,在法治建设的道路上,有我们流下的辛勤的汗水和坚实的脚印;我们见证着也参与着中国法治建设的历史

进程。从1986年开始,我参与了《合同法》《物权法》《侵权责任法》等法律的制定,也一直以不同的方式积极参与其他有关法律、行政法规、司法解释等规范性文件文件的制定、修改、论证、咨询等工作。《礼记》有言:“师也者,教之以事而喻诸德者也。”作为一名园丁,尽管平凡,却不平庸;尽管地位并不显赫,但深感职责重大;尽管没有花团锦簇,但内心充满荣耀。作为一名法学教师,我自1984年留校以来,从事教书育人的工作,为中国法治建设培育了一批批的“新鲜血液”,他们都在不同的工作岗位为中国的法治建设发挥着重要作用。

我们是新中国法治建设的思考者。关于什么是法治,其实我们都在思考和探索,法治的内涵是不断变化、逐渐成型的,它经历了从“法制”到“法治”的蜕变和升华过程。在改革开放之初,我们所理解的法治是“法制”,其经典内涵是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”,但在几代法学人的不断探索和思考后,发现法治不仅要求在形式上具备“依法办事”的制度安排及运行体制、机制,更追求法律至上、制约权力、保障权利、程序公正、良法之治等法治精神和价值原则,要真正形成良法与善治相结合的治理状态。如何践行法治,同样充满了挑战。以民法为例,在改革开放之初曾有民法和经济法的论争,经过充分的讨论,民法和经济法各有领域,这为民法的发展奠定了坚实基础。而是否需要编纂民法典和如何制定民法典曾经也是颇有争议问题,经过反复论证,并结合实践需求,今天我们重新开启了民法典的编纂。“大海不拒百川之水”,我们的思考和探索未必都能为决策所采纳,但只要能够为立法、执法和司法提供一定的参考,也必将助推法治前行。

我们是法治理想的不懈追求者。建设中国特色社会主义法治是一项前所未有的伟大事业,还有很多理论和实践问题需要探索。在这一过程中,既不能迷古,也不能洋化,而是要结合中国改革开放的实践和中国自身的国情,通过汲取中国传统文化的精华和国外值得借鉴的经验,直面中国问题、运用中国智慧、总结中国经验,走一条符合中国实际的法治建设道路。“人民的福祉是最高的法律”,我期盼着尽早建立更加完善的法治社会,让人民生活得有尊严、有自由,生活得更加美好。人人遵纪守法,社会公正有序,争议得到公正解决,合理的诉求都能及时实现。为了实现这样的理想,我们愿意不懈努力奋斗。

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,藉此追求法治梦和民法梦。我从 1982 年开始发表学术论文,迄今已公开发表论文近三百篇,此次应商务印书馆之邀,我对自己三十多年来所发表的论文进行了筛选,共收录了公开发表的学术论文 33 篇,这些文章主要发表在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物上,它们反映了我在不同阶段对我国民法典编纂的思考。“嘤其鸣矣,求其友声”,值此本书出版之际,希望本书的观点能够引起广大读者的关注,也希望学界同仁不吝赐教与指正。

王利明

2017 年 11 月 18 日

目 录

一 民法总则论

民法的人文关怀.....	3
民商合一体制下的民法总则	28
论国家作为民事主体	43
无效抑或撤销	
——对因欺诈而订立的合同的再思考	56
法律行为制度的若干问题探讨	83
论中国民事立法体系化之路径.....	110
负面清单管理模式与私法自治.....	126
全面深化改革中的民法典编纂.....	145

二 人格权论

论人格权制度在未来中国民法典中的地位.....	169
人格权的积极确权模式探讨	
——兼论人格权法与侵权责任法之关系	192
人格权法中的人格尊严价值及实现.....	215
论个人信息权的法律保护	
——以个人信息权与隐私权的界分为中心.....	237

三 物权制度论

我国《物权法》的制定对民法典编纂的启示	257
平等保护原则:中国《物权法》的鲜明特色	273
物权行为若干问题探讨	289
论他物权的设定	307
论我国农村土地权利制度的完善	
——以成员权为视角	325
论特殊动产物权变动的公示方法	343

四 债与合同制度论

债权总则在我国民法典中的地位及其体系	365
论返还不当得利责任与侵权责任的竞合	382
论根本违约与合同解除的关系	392
论完善我国违约责任制度	406
合同法的目标与鼓励交易	435
论合同的相对性	446
论合同法组织经济的功能	461
侵权法与合同法的界分	
——以侵权法扩张为视野	487

五 侵权责任制度论

合久必分:侵权行为法与债法的关系	519
惩罚性赔偿研究	545
我国侵权责任法的体系构建	
——以救济法为中心的思考	563
建立和完善多元化的受害人救济机制	587

论高度危险责任一般条款的适用·····	615
---------------------	-----

六 精论拾遗

我国证券法中民事责任制度的完善·····	641
关于制定我国破产法的若干问题·····	663

一 民法总则论

民法的人文关怀

民法是市民社会的基本法,也是保障私权的基本规则。当前,中国民法典的制定已进入关键时期,要制定贴近实际、面向未来的民法典,不能仅局限于对具体制度和规则的设计,更应当关注其价值理念。“古典的民法图像以其抽象的概念和制度成为自我完结的学问体系,而民法的现代图像则很难从这种学问的体系来把握。”^①也就是说,民法的研究,不能仅仅局限于外在体系或逻辑关联,而应从其价值理念着手,历史地考察其变迁,准确地把握其趋势,将民法建立在更为科学、完善的价值体系基础之上。本文基于民法的人文关怀这一价值理念,阐释其含义及其对完善民法制度和民法体系的重大影响。

一、民法的人文关怀:从以财产法为中心到人法地位的提升

在近代民法中,财产的归属与流转关系是民法规范的主要对象。近代民法以财产权利为中心,主要体现为对外在财富的支配。这显然忽视了人的存在中的精神性的一面,人的内涵中的多样性被简单地物质化了。^②在这样的体制中,人格独立于财产而存在的价值并不明显。正是在这一背景下,耶林才提出其著名论断:“谁侵害了他人的财产,就侵害了他人人格”。^③

从民法的发展历史来看,罗马法曾被恩格斯称为简单商品生产者社会的第一个世界性法律。它对简单商品生产者的一切本质的法律关系做周全细致

① [日]北川善太郎:《日本民法体系》,李毅多、仇京春译,科学出版社1995年版,第115页。

② 参见薛军:“人的保护:中国民法典编撰的价值基础”,载《中国社会科学》2006年第4期。

③ [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2007年版,第21页。

的规定,达到了古代法发展的顶峰。罗马法最先采用抽象的方法,“发展和规定那些作为私有财产的抽象关系”,^①规定了独立人格制度、债权制度和物权制度,并以此展开了整个私法的体系。在这一体系中,财产的流转与归属是调整的中心,对人格制度虽然有所规定,但更多地着眼于权利能力等“身份”法方面,与现代法意义上的人格权并不相同。在罗马法中,“persona”只是用来表明某种身份。^②当欧洲进入中世纪后,罗马私法的制度因与当时教会法、封建土地制度以及人身依附关系格格不入,而陷入长期的沉寂状态,直到中世纪进入尾声,由于地中海沿岸商品经济的发展,财产的流转关系日益复杂,罗马法才找到其复兴的基础,也适应了后来欧洲资本主义萌芽时期的社会需要。

在法典化时期,以法国民法典为代表的民法是以消灭封建社会对人的压迫、反对封建社会的贸易壁垒、促进市场经济的发展为目标的。《法国民法典》采纳了三编制模式,即人法、物法和取得财产权的方法。其人法的设计,主要着眼于肯定人人平等的观念和确定财产的归属,因此其整部法典的核心仍是财产权。^③正如法国学者萨瓦第埃指出:“与关于人的法相较而言,民法典(指《法国民法典》)赋予关于财产的法以支配地位。”^④

以财产为中心的特征,在《德国民法典》上也没有太大的改变。《德国民法典》采五编制(总则、债权、物权、亲属、继承),但其核心仍是债权与物权二编。而总则部分关于主体的规定也仍是以财产的归属与流通为中心展开的。在《德国民法典》制定时,对人格尊严的保护,并未被置于重要的位置。法律对自然人的规范过于简单,因此没有涉及一些重要的人格权。^⑤另外,对于侵权责任《德国民法典》仅考虑损害赔偿的一面,并据此将其置于债法之中,而且对于精神损害赔偿采取比较严格的限制立场。在《德国民法典》颁布不久,德国学者索姆巴特(Werner Sombart,1863—1941)就提出《德国民法典》存在着“重财轻人”的偏向。^⑥《德国民法典》的体系是按照从事商业贸易的资产阶级的需求来设计构思的,它所体现的资产阶层所特有的“重财轻人”正出自于此。这

① 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第280页。

② 参见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2002年版,第106页。

③ 参见谢怀栻:“大陆法国家民法典研究”,载《外国法译评》1994年第3期。

④ 参见〔日〕星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第29页。

⑤ 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第25页。

⑥ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Hüthig Jehle Rehm, 2007, Rn. 42.

种重财轻人的特色使关于人的法律地位和法律关系的法大大退缩于财产法之后。^①正是因为《德国民法典》没有规定人格权,所以,在“二战”以后德国法院只能借助于宪法上的基本权利的规定,而不能依据民法典发展出一般人格权,这从一个侧面也反映出《德国民法典》中的人格权法没有获得应有的地位。^②

近代民法之所以以财产法为中心,或者说出现“泛财产化”倾向,^③除受传统民法制度的影响,更与其特定时期的社会经济背景密切关联。在自由资本主义时期和垄断时期,要扩大投资、鼓励财富的创造,在这一时期,包括民法在内的整个法律都服务于这一目标。^④若以当时的社会经济条件为背景来观察,这样的选择并无不当。时至今日,随着市场经济的发展和科技的进步,社会、经济的格局发生了重大变化。在这一过程中,民法的发展逐渐呈现出一种对个人人文关怀的趋势。

所谓人文关怀,是指对人自由和尊严的充分保障以及对社会弱势群体的特殊关爱。人文关怀强调对人的保护,应将其视为民法的价值基础。^⑤本文认为,“人的保护”本身并不是目的,而只是实现人文关怀的手段,其最终目的是使人的自由及尊严得以实现。此处的“人”,一方面,是个体人,有其自由追求,应被具体地历史地对待;另一方面,也是伦理人,其尊严应得到尊重,基本的人格利益应得到保护。从这个意义上说,人文关怀就是将“使人享有良好的生存状态”作为法律的目标,实现马克思所说的“人的全面解放”。

民法的人文关怀并非当代的发明,而是具有深刻的社会与历史渊源。古希腊智者普罗泰戈拉曾提出:“人是万物的尺度。”罗马法上诸如人法、私犯等制度,虽不及现代法对人身、人格的全面保护,但已经或多或少地体现出了对奴隶以外的自由人的关爱。当然,人文主义观念的真正出现,是到文艺复兴时期才开始的。启蒙运动的思想家提出的启蒙思想进一步丰富了近代民法人文主义的内涵。例如,伏尔泰、孟德斯鸠等思想家宣扬的人权、自由、平等理念,

① 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第31页。

② 参见薛军:“揭开‘一般人格权’的面纱——兼论比较法研究中的‘体系意识’”,载《比较法研究》2008年第5期。

③ 参见薛军:“人的保护:中国民法典编撰的价值基础”,载《中国社会科学》2006年第4期。

④ 参见〔德〕马克斯·韦伯:《韦伯作品集IV:经济行动与社会团体》,康乐等译,广西师范大学出版社2004年版,第37—39页。

⑤ 参见薛军:“人的保护:中国民法典编撰的价值基础”,载《中国社会科学》2006年第4期。

很大程度上促进了近代民法中人格平等、契约自由、私法自治等价值理念的形成。这一时期,资本主义民法人文主义的基本脉络已经形成。人文主义的基本特点就在于,它把焦点集中在人本身,强调人的尊严和精神自由。^①人文主义认为“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,叫做‘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

自18世纪后半期开始,康德的理性哲学对于确立人的主体地位作出了重要贡献。他认为,人类的绝对价值就是人的尊严,就是以人的所有能力为基础的。他曾提出,“人是目的而不是手段”,并且“人只能被作为目的而不能被视为手段”。^③按照李泽厚的解读,“康德强调,物品有价格,人只有人格,他不能因对谁有用而获取价格。人作为自然存在,并不比动物优越,也并不比动物有更高价值可言,但人作为本体的存在,作为实践理性(道德)的主体,是超越一切价格的”。^④由此可以看出,理性哲学的兴起使维护人格独立和人格尊严成为社会的核心任务,进而也成为整个法律所要达到的目标。正是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的变革,加速了理性与民法传统的结盟,促成了官方法典的编纂。^⑤《法国民法典》《德国民法典》《奥地利民法典》等民法典的诞生正是启蒙思想的产物,在一定程度上体现了人本主义的精神。在价值理念上,近代民法蕴含的人本主义的理念取代了封建法以等级为中心的理念,封建等级体系被人格的独立平等所替代。但是,与本文所提倡的人文关怀价值观念相比,近代民法以财产权为中心的体系,限制了以人为中心的体系在法典中的展开。以康德为代表的理性哲学仅注重对人的自由的普遍保护,而忽略了在社会生活中人与人之间因为能力、智力、财富等方面的差异,尤其是没有考虑到社会对弱者的特别保护。^⑥因此,彼时的人文主义与当下的人文关怀有着较大差异。第二

① 参见孟广林:《欧洲文艺复兴史》(哲学卷),人民出版社2008年版,第27页。

② [英]阿伦·布洛克:《西方人文主义传统》,董乐山译,上海三联书店1997年版,第234页。

③ 参见康德:《实用人类学》,邓晓芒译,重庆出版社1987年版,第4页。

④ 李泽厚:《批判哲学的批判》,人民出版社1979年版,第290页。

⑤ 参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第144页。

⑥ Stamatios Tzitzis, Qu'est-ce que la personne? Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.

次世界大战以后,尤其是近几十年来,民法人文关怀的内涵日益丰富,地位日益突出,不仅体现于民法的具体制度,而且其对整个民法的外在体系也都产生了深刻影响。^①

民法的终极价值是对人的关怀,民法的最高目标就是服务于人格的尊严和人格的发展。要认识我国当代民法,把握当代民法的精髓,妥善应对传统民法所面临的挑战,就必须正确理解和把握社会变革的趋势,并使法律适应这些变化。第一,对人的尊重和保护被提高到前所未有的高度,人权运动在世界范围内蓬勃发展。与此相适应,人类自尊自重和追求高质量物质精神生活的意愿在民法中得到了充分表达。“二战”期间普遍发生的非人道行为,战后人们对战争非人道的反思以及 20 世纪 60 年代开始的人权运动,都推动和强化了现代民法对人格和尊严的关注。例如,第二次世界大战以后,德国《联邦基本法》第 1 条开宗明义地提出“人的尊严不受侵害”,把“人的尊严”规定在基本法中。进入 21 世纪后,尊重与保护人权已经成为整个国际社会的普遍共识。第二,工业化、市场化的发展使社会的两极分化日益严重。从全球范围来看,极少数人控制着绝大多数的财富,而社会实质不公平、不公正的现象也日益明显。在这一背景下,认为契约自由即可直接导向社会正义的传统观点已严重脱离现实。相反,私有财产的滥用、大企业对格式条款的操纵、经济上垄断一方的强势地位等,造成了种种社会不公,这在很大程度上对民法中曾深信不疑的财产权的合理性提出了深刻质疑。如果现代民法中没有深刻的人文关怀价值理念加以弥补,将造成更严重的社会不公的问题。第三,现代社会科技的迅猛发展也对民法人文关怀提出了新的需求,成为推动民法人文关怀发展的新动力。基因技术的发展使得对个人隐私的保护显得尤为重要,试管婴儿的出现改变了传统上对生命的理解,人工器官制造技术、干细胞研究、克隆技术和组织工程学的发展为人类最终解决器官来源问题铺平了道路。与此同时,上述科学技术也对生命、身体、健康等人格权提出了新的挑战,民事权利(尤其是人格权)受到侵害的可能性不断增大,后果也较以往更为严重,民法应对人提供更充分的保护。第四,随着人们的基本物质需要的满足,精神性上的需求就会凸显出来。马斯洛提出的需求层次理论认为,人的需求可以分为五种,从低

^① 参见朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,载《中国社会科学》2010 年第 6 期。