

|天
Borderless
|下

法学新经典

我国民法典 重大疑难问题 之研究

——王利明 著——

第二版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

法学新经典

我国民法典 重大疑难问题 之研究

——王利明 著——

第二版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国民法典重大疑难问题之研究 / 王利明著.—2
版.—北京:法律出版社,2016.12
ISBN 978-7-5197-0322-6

I. ①我… II. ①王… III. ①民法—法典—研究—中
国 IV. ①D923.04
中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第280584号

我国民法典重大疑难问题之
研究(第二版)

王利明 著

责任编辑 李峰沅

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年12月第2版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 46.25 字数 701千

印次 2016年12月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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 978-7-5197-0322-6

定价: 128.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

第二版序言

民法典是“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法、市民生活的基本行为准则和法官裁判民商事案件的基本依据，它与每个公民的人身权利和财产权利息息相关。虽然我国社会主义法律体系已经形成，也已经颁行《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等重要的民事法律，这些法律基本涵盖了社会经济生活的主要方面，但我国法律体系需要与时俱进、不断完善。目前最重要的，就是要加快推进民法典的制定步伐。

党的十八届四中全会决定在“加强重点领域立法”中指出：“加强市场法律制度建设，编纂民法典。”这是建设社会主义法治体系和法治中国的重要步骤，为民法典的编纂送来了“东风”，必将有力推进我国民法典的编纂进程。“布政优优，百禄是道”，颁行一部面向 21 世纪的科学的民法典，将是我国法律文化达到一定水平的体现，更是中国法治现代化的重要标志、推进国家治理体系现代化的重要组成部分。一部先进的、体系完整的、符合中国国情的民法典，不仅能够真正从制度上保障市场经济的发展和完善，为市场经济健康有序地发展奠定坚实的基础，而且将为我国在 21 世纪的经济腾飞、文化昌明以及国家的长治久安提供坚强有力的保障。

颁行民法典是几代民法学人的不懈追求。古人云：“君子之为学也，将以成身而备天下国家之用也。”作为一名民法学人，应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，借

此追求法治梦和民法梦。我国《宪法》通过对“依法治国”方略的确认,书写下我们的法治梦,描绘出中国法治的宏伟蓝图。而每一个民法学人的民法梦就是期待中国民法典的面世。

这些年来,围绕民法典的制定工作,笔者在既有研究的基础上,对民法典的编排体系以及民法典各编的具体内容进行了认真思考和探索,在相关的报纸、杂志上发表了一系列论文,也曾经撰写了民法典草案建议稿,并组织国内外专家召开了多次民法典学术研讨会。近年来,在中国法学会的领导下,笔者本人组织民法学会同仁编写了民法总则草案建议稿、人格权法草案建议稿,并提交给立法机关参考,目前正在组织合同法草案建议稿等的整理工作。笔者结合这些年关于民法典编纂的思考,对原版书稿进行了修订,全面梳理了民法典编纂过程中重大疑难问题,希望能够对民法典的编纂奉献自己的绵薄之力。

期盼中国民法典早日问世!期待中国法治梦早日实现!

2016年9月5日于明德楼

第一版序言

本书是我近几年来参与民法典的起草制定工作以及从事民法学教学和研究的阶段性总结,也是我承担的教育部重大攻关课题“民法典体系与重大疑难问题研究”(项目批准文号:03JZD005)的部分内容。众所周知,近几年立法机关展开了举世瞩目的民法典起草工作,作为一名民法的研究工作者,有幸能够参与民法典的起草这一伟大的法治建设工程,我深感躬逢其盛,同时也感到自己肩上的责任重大。民法典的制定是我国民法学界几代人的热切期盼。记得先师佟柔先生曾多次说,如果自己能够在有生之年见到一部中国民法典的问世,将是人生一大幸事。尽管佟柔先生、谢怀栻先生等老一辈民法学家为中国民法典的问世奔走呼吁一生,但是他们都没有能够见到中国民法典的颁行。值得欣喜的是,我国最高立法机关已经将民法典的制定提上了议事日程,我们这一代民法学者不仅能够见证民法典的问世,而且有幸参与其中,奉献自己的才智。这既是时代赋予我们的伟大机遇,是民法学者一生的宝贵阅历,也是时代对我们提出的重大挑战。

民法典的制定是一项非常复杂、浩繁、重大的系统工程,不可能像19、20世纪一些国家制定民法典那样,进行简单地移植甚至照搬照抄。作为一个正在和平崛起的大国,我国所制定的民法典理所当然要屹立于世界民法典之林,要作出自己的贡献。这就需要在制定

民法典的过程中,首先立足于我国的国情,从中国的现实出发,认真研究实践问题,尤其是改革开放以来社会经济生活中出现的各种新情况、新问题。另一方面,在经济全球化的趋势加深以及我国已经加入世界贸易组织的情况下,我们也必须吸收借鉴那些先进的经验与做法,将其为我所用。因此,在制定民法典的过程中,我们不能故步自封。民法是古老的,但也是常新的。“明者因时而变,智者随世而制”,进入21世纪以来,科学技术突飞猛进,互联网的迅速发展,产生了许多民法从来没有遇到的问题,这既是对传统民法的挑战,也是民法发展与创新的机遇。为此,我们必须准确地把握民法发展的新趋势,掌握民法的发展规律,才能使我们的民法典既立足于我国国情,又符合世界潮流。

民法典的制定过程中所涉及的问题是众多的,任何一个民法学者穷其毕生精力也无法研究或者解决全部,只能研究解决其中的一些重大疑难问题。当然民法典制定过程中哪些问题是重大的或者是疑难的,这本身就是一个仁者见仁、智者见智的问题。本书所研究的民法典制定过程中的重大疑难问题只是我个人的一孔之见,因此书中选取了民法典研究中的一些问题进行了探讨,这些问题是否有价值以及本书研究的深入与否,还取决于读者的评判。我个人深感本书对许多问题的研究也许尚显肤浅,甚至有些是不正确的。在研究的过程中,我对一些问题的看法也是不断深化的。我常常在一些文章发表之后,觉得并不满意,但是,我之所以仍能坚持不断地写作,并将这些文章不揣鄙陋地发表出来,因为笔者认为任何研究都是一个不断探索的过程,作为一个法学工作者,我们的首要职责就是通过自己的创作活动为社会提供精神产品,为国家法治建设建言献策。在民法典制定过程中,我们有义务有责任为民法典的制定提出自己的看法和建议,为推动一部科学的、具有中国特色的民法典的制定作出自己的贡献。即使我的看法是肤浅的,但只要做出了一些努力,我也深感荣幸。

正因如此,我将自己这几年来对民法典中一些问题的研究成果整理成书,一则希望能够对我国民法典的制定工作贡献个人的微薄之力;二则希望能够引起学界对这些问题的关注,将相关的研究推向深入。我深知,我们要制定的民法典是面向21世纪的民法典,因此要面对许

多原有的民法理论所未解决的新问题,尤其是民法典理论博大精深、纷繁复杂,我个人的研究不过是沧海一粟,书中缺漏错误在所难免,希望读者不吝指正。

王利明

2006年6月1日于明德法学楼

目 录

第一编 民法典概览

第一章 民法典的意义和价值	3
第一节 我国制定民法典的必要性	3
第二节 民法典的时代精神	14
第三节 民法典的时代特征	30
第四节 全面深化改革与民法典编纂	46
第二章 我国民法典体系构建	67
第一节 构建民法典体系的必要性	67
第二节 构建我国民法典体系应解决的几个问题	70
第三节 构建我国民法典的体系的具体问题	80

第二编 民法总则

第三章 民法典总则的重大疑难问题	89
第一节 制定民法总则的必要性	89
第二节 以《民法通则》为基础推进民法总则的制定	95
第三节 以民商合一体例构建民法总则	98
第四节 按照私法基本法的定位来设计民法总则	107
第五节 民法总则应全面确认和保障私权体系	110
第四章 民事习惯与民法渊源	116
第一节 民法总则应当确认习惯是重要的民法渊源	116
第二节 民法总则应当规定习惯成为渊源的条件	122
第三节 民法总则应当明确习惯法与基本原则的关系	127
第四节 民法总则应当明确习惯法与法律规则的适用顺序	130

第五章 民法典总则编中的法律行为制度	135
第一节 法律行为制度的历史发展	135
第二节 如何界定法律行为的概念	139
第三节 民法典法律行为制度的具体构建	146

第三编 人格权法

第六章 人格权制度在未来我国民法典中的地位	155
第一节 人格权独立成编是民法的重要发展趋势	155
第二节 人格权独立成编是丰富与完善民法典体系的需要	160
第三节 民法总则不宜全面规定人格权制度	169
第四节 侵权责任法不能取代独立的人格权编	185
第五节 人格权独立成编是人格权自身发展的需要	191
第六节 人格权的新发展对我国民事立法的影响	198

第四编 物权法

第七章 物权法与民法典的制定	213
第一节 物权法在民法典中的地位	213
第二节 物权法的制定与民法典编纂	219
第三节 物权法的中国元素及其对民法典编纂的影响	233
第四节 经济全球化与物权法的国际化	238

第八章 我国物权法的体系与基本内容	246
第一节 物权法与财产法体系的选择	246
第二节 物权法体系的发展趋势及对我国的影响	252
第三节 物权法定原则及其缓和	261

第九章 物权变动法律制度的完善	272
第一节 物权变动模式探讨	272
第二节 基于法律行为的物权变动	290
第三节 特殊动产物权变动的公示方法	302

第四节	征收制度中“公共利益”的认定	320
第五节	善意取得制度的完善	335
第十章	我国农村土地权利制度的完善	347
第一节	我国农村土地权利制度的变迁与不足	347
第二节	集体土地所有权主体的界定	354
第三节	集体所有背景下成员权制度的完善	359
第十一章	用益物权制度的完善	366
第一节	住宅建设用地使用权自动续期规则的完善	366
第二节	确认房屋居住权制度	369
第三节	确认房屋典权制度	371
第四节	规定农村土地经营权	373
第十二章	担保物权制度的发展与完善	376
第一节	担保物权制度的发展趋势	376
第二节	我国物权法中担保物权制度的发展与完善	385
第五编	债与合同法	
第十三章	民法典应设置债法总则编	401
第一节	民法典应设置债法总则编	401
第二节	债法总则与合同法总则的关系	407
第三节	债法总则和合同法总则内容的分工与协调	420
第十四章	合同法的体系及其完善	427
第一节	合同法的体系构建	427
第二节	合同法体系的构成	431
第三节	合同法组织经济功能的发展	435
第四节	当代合同法的发展趋势及其对我国合同法的影响	454
第十五章	合同法总则的完善	482
第一节	完善合同订立规则	482

第二节	完善格式条款的法律规制	489
第三节	完善合同形式制度	492
第四节	完善利益第三人合同制度	497
第五节	完善合同无效制度	498
第六节	协调不安抗辩权与预期违约之间的关系	505
第七节	确认情事变更制度	516
第八节	区分合同变更与合同更新	528
第九节	完善合同解除制度	532
第十节	完善约定违约损害赔偿制度	538
第十一节	明确混合合同的法律适用规则	540
第十六章	合同法分则体系的完善	543
第一节	增加有名合同的类型	543
第二节	确认预约合同及其效力	547
第三节	买卖合同相关规则的完善	554
第四节	合同法分则相关规则的完善	556
第六编	侵权责任法	
第十七章	侵权责任法在民法典中的地位	563
第一节	侵权责任法的独立成编	563
第二节	明确侵权责任法的功能定位	570
第三节	侵权法的发展趋势及其对我国的借鉴意义	578
第四节	民法典应继受我国侵权责任立法的中国元素	591
第十八章	侵权责任法总则体系的完善	603
第一节	协调侵权责任法与合同法之间的关系	603
第二节	区分侵害权利和侵害利益的责任构成要件	610
第三节	构建事故损害综合救济制度	612
第四节	完善共同侵权制度	617
第五节	完善过失相抵制度	622
第六节	增设损益相抵规则	629

第十九章 侵权责任法分则体系的完善	638
第一节 独立的侵权责任法分则体系是我国侵权立法中的重大创举	639
第二节 侵权责任法关于特殊侵权责任的类型化的特色	646
第三节 侵权责任法分则体系中类型化规定的完善	652
第四节 民法典的编纂与侵权责任法分则中具体制度的完善	656

第七编 继承法

第二十章 继承法体系的完善	697
第一节 继承法在民法典中的地位	697
第二节 继承法的体系建构	705
第三节 我国继承法体系的完善	711

第二版后记	726
--------------	------------

第一编

民法典概览

第一章 民法典的意义和价值*

民法典被誉为“社会生活的百科全书”,是市场经济的基本法,是保护公民权利的宣言书,也是解决民商事纠纷的基本依据。党的十八届四中全会决定提出“编纂民法典”的历史任务,这是完善中国特色社会主义法律体系的重要步骤,对于全面推进依法治国战略进程具有里程碑式意义。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题,保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实,推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化,为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

第一节 我国制定民法典的必要性

一、民法在本质上是人法

民法在本质上是人法,以保障每个人的权利、自由、维护个人的人格尊严为宗旨。马克思主义的出发点是人,正是对现实的人及其生活条件的分析,马克思主义才形成了自己的思想体系。孟德斯鸠曾经有一句名言,

* 本章在写作过程中得到我院程啸同学的大力帮助,在此谨致谢意。

“在民法慈母般的眼里,每一个个人就是整个的国家”。21 世纪民法应当体现对个人人格尊严的尊重,这也是民法时代精神的重要体现。民法的终极价值是对人的关爱,最高目标是服务于人的尊严和人的发展。在解决个人的基本温饱之后,对于人的尊严保护应当提到一个更高的位置,我们的民法同样也应当将人的尊严、自由的保障提到更高的位置。

从民法的产生来看,纵观 19 世纪和 20 世纪大陆法系国家民法典的制定过程及其内容,它们都不同程度受到人文主义的影响。正如艾伦·沃森所言:“理性的思潮,例如人文主义,从实质上影响着法律传统。”^①人文主义充分尊重个人的人格自由、人格独立,提倡人格平等。正是这种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,这也导致了法律的变革,促成了官方编纂法典。^②《奥地利民法典》《法国民法典》《德国民法典》等民法典的诞生既是启蒙思想的产物,亦是人文主义的成果。人文精神在民法典中具体表现为如下原则:第一,人格的独立与平等。人格独立即民事主体都平等地享有民事权利能力,不因民族、种族、职业、性别、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限、政治地位的差异而有所不同;人格独立意味着民法上的人格与生俱有,既不可被他人剥夺,也不得由本人放弃;每个人在权利范围内只服从本人的意志而不受他人制约;每个人对自己行为的后果承担责任。^③第二,意思自治。意思自治也称为私法自治,它是指在私法的范畴内,当事人自由决定其行为,确定参与市民生活的交往方式,而不受任何非法的干涉。^④第三,对人格的尊重及对私权的充分保护。民法确认了公民与法人所享有的人格权,通过对人格权的保护而对主体的人格予以充分尊重;同时,民法赋予主体广泛的财产权利,如债权、物权、知识产权、继承权等,并为这些权利提供了保护。第四,责

① [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 120 页。

② [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 150 页。

③ 参见方流芳:《近代民法的个人权利本位思想及其文化背景》,载《法律学习与研究》1988 年第 6 辑。

④ 苏号朋:《民法文化——一个初步的理论解析》,载《比较法研究》1997 年第 3 期,第 254 页。