

中国石油大学（华东）法学硕士点建设项目系列教材

MINFAXUE YUANLI ZHUANTI YANJIU

民法学原理专题研究

田国兴 李凤霞 著



中国政法大学出版社

中国石油大学（华东）法学硕士点建设项目系列教材

MINFAXUE YUANLI ZHUANTI YANJIU

民法学原理专题研究

田国兴 李凤霞 著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

民法学原理专题研究/田国兴,李凤霞著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5620-7855-5

1. ①民… II. ①田… ②李… III. ①民法—法的理论—中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第283248号

- | | |
|------|---|
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 12.375 |
| 字 数 | 235 千字 |
| 版 次 | 2017 年 11 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 11 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 49.00 元 |

Preface 前言

在人类社会法制文明史中，民法是最古老的法律及法学部门之一。人类社会实践已经反复证明：民法是商品经济社会的法律共同语。

民法肇始于古罗马法，成熟于《法国民法典》，完善于《德国民法典》。民法是社会经济生活的法律表现，恩格斯说“民法的准则只是以法律的形式表现了社会生活的经济条件”。

中国古代有辉煌灿烂的法律文化，从《周礼》到历代《刑法志》和明清档案，从皇帝旨旨到乡规民约等包含了丰富的法律史料，但存在诸法合体、民刑不分、重刑轻民的状况，民法一直未发达起来。清朝末期，1907年开始了我国历史上的首次民法典编纂，1911年完成《大清民律草案》（由沈家本、俞廉三等人制定，聘请了日本的法学家甲钾太郎、松冈正义等人参与），未及公布清王朝即覆灭。

国民党统治时期，南京国民政府于1929年~1930年编纂了《中华民国民法典》。它是我国第一部正式生效的民法典。

中华人民共和国成立后，废除了民国时期的六法全书，作为六法全书组成部分的民法典在内地失去效力。新中国成立后，



根据我国经济的发展，曾起草了几次民法典，但都没有成功。直至1983年开始起草《中华人民共和国民法通则》，1986年4月12日第六届全国人民代表大会通过颁布。它借鉴、吸取各国民事立法经验、考虑我国实际情况制定，为我国解决民事问题提供了依据。后来，我国又陆续颁布了《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国侵权责任法》，连同以前所颁布的《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》等法律共同构成了我国民事法律的主要内容。但是，遗憾的是一直以来，我国没有制定民法典，这一方面是因为我国的经济制度还处于社会主义市场经济的初级阶段，另一方面，制定民法典所需要的制度设计还不成熟。可喜的是2017年3月15日，第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》，该法确立了我国民法典的基本制度、框架，有效协调了民法与商法之间的关系，消除了原先存在的民法通则与有关单行法律之间的冲突和矛盾，规范了社会生活的基本规则，标志着我国民法典编纂的第一步已经顺利完成。同时，民法总则的顺利通过，也预示着新中国第一部民法典即将诞生。正如王利明教授所说：“民法总则颁布，就意味着离中国民法典走得更近了。总的来说，这一部法律的颁布，使我们更加有信心期盼一部符合中国实际的、面向21世纪的科学的民法典能够尽快出台。”

作为法学专业的硕士研究生，不但要了解民法发展的历史，更要深刻领会民法的深邃制度及民法的精神与理念。同时，作为一门应用性很强的部门法，学生必须能够对民法有深入的理解和研究，并具备分析解决民事案件的能力和素质。因此，一直以来，我们都想写一部书供法学研究生阅读与理解，以提高其对民法的解读能力。

本书立足于《民法学原理》的总论与分论内容，对民法总论、物权、债权、侵权责任、婚姻与继承等诸多问题都有论及。该书不但注重民法理论，也注重实践能力的锻炼，对提高学生们的研究能力、分析解决问题的能力大有裨益。作者长期从事民法学的理论教学，对《民法学原理》有着深厚的理解和研究，愿把对《民法学原理》理论以及民法实务思考的成果奉献给大家，请大家批评指正。

目 录

前 言	1
第一章 民法总论专题研究	1
第一节 死者人格利益保护研究	1
第二节 表见代理制度研究	25
第二章 物权法专题研究	46
第一节 物权公示制度研究	46
第二节 我国特殊动产物权变动规则研究	76
第三节 我国农村土地承包经营权信托法律制度 研究	107
第四节 抵押权存续期间研究	128
第三章 债权法专题研究	147
第一节 情势变更原则研究	147
第二节 双务合同履行抗辩权研究	177
第三节 先合同义务研究	204
第四节 预期违约制度研究	231



第四章 侵权责任专题研究	260
第一节 情谊行为侵权责任承担研究	260
第二节 共同侵权行为研究	279
第三节 高空抛物侵权法律责任研究	299
第四节 网络隐私权侵权及其法律保护	320
第五章 婚姻继承专题研究	345
第一节 我国夫妻共同财产制度若干问题探讨	345
第二节 继承法修改的若干问题	362

第一章

民法总论专题研究

第一节 死者人格利益保护研究

关于死者人格利益保护的问题一直存在着争论，现实中这方面的案例也层出不穷。

我国台湾地区的“诽韩案”，^{〔1〕}谢晋遗孀徐大雯诉宋祖德、刘信达名誉侵权案，^{〔2〕}都是侵犯死者人格利益的典型案例。从以上案例我们不难得出：案件涉及的都是关于侵犯死者的人格利益造成死者的近亲属或后代请求赔偿的问题，归根结底就是关于死者人格利益的保护问题，但是这也引出以下几个问题：死人有没有人格权？侵权行为的对象是什么？是死者的人格利益还是死者近亲属的权利？请求精神损害赔偿的主体及请求期限等。

根据我国《民法通则》第9条和《民法总则》第13条的规

〔1〕 1976年10月，台湾《潮州文献》第2卷4期发表郭寿华：“韩文公、苏东坡给予潮州后人的观感”一文。文中有韩愈因消磨于风花雪月而染风流病，误信方士硫磺下补剂，卒于硫磺中毒等语。此文引起韩愈第39代直系血亲韩思道愤慨，后者以诽谤死人罪向台北地方法院提起自诉。

〔2〕 该案法庭最终宣判：一审法院判令两人停止对谢晋名誉的侵害，在国内多家网站、报纸刊登赔礼道歉声明并赔偿徐大雯28万多元。



定：公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。根据该条的规定，公民的民事权利能力存在的期间从其出生到其死亡，当公民死亡后，其民事权利能力也当然消灭，也就是说公民死亡之后不再享有法律上所规定的法律权利，也就没有得到法律保护的法律依据。但是基于对人性尊严的尊重和对社会公序良俗的保护，我们认为应当建立对死者人格利益的法律保护，并且希望能够为其找到合理的学说依据，并进一步完善死者人格利益的法律制度规定。

一、死者人格利益的内涵及对其保护的价值分析

（一）死者人格利益的内涵

在具体讨论对死者的人格利益保护之前，有必要明确人格、人格权、人格利益的含义以及三者之间的相互关系。因为只有对概念进行了准确把握，才能更好的透析死者人格利益的保护问题。

1. 人格、人格权、人格利益的含义及三者的关系

（1）人格这一概念可以分别有以下含义：第一，可以指具有独立法律地位的个人和组织，主要包括自然人和法人；第二，可以指民事权利能力；第三，也可以指一种应受法律保护的利益，它具体包括人身自由、姓名、名称、名誉、尊严等。^①

（2）人格权是指民事主体专属享有，以人格利益为客体，为维护其独立人格所必备的固有权利。人格权的固有性表现在，它与民事主体的存在共始终，公民、法人只要具有法律上的人格，只要还在社会上存在，就享有人格权，既不能因某种事实而丧失，也不能基于某种原因而被剥夺。综合起来，人格权的基本分类，应分为一般人格权、精神性人格权和物质性人格权这三大类。物质性人格权包括身体权、健康权、生命权三种。

精神性人格权包括姓名权（含法人名称权）、肖像权、自由权、名誉权、隐私权以及其他具体人格权。

（3）与人格权相比，人格利益的外延更为广泛，是一系列利益的总称，即表露在事实层面上的“人之作为一个人”所必须具备的要素。从根本上说，人格利益是一种法律意义上的人格，是法律所确认和保护的利益，但是，它不完全等同于法律人格。人格利益分为一般人格利益和个别人格利益。前者主要指生命、健康、自由，后者则是指名誉、肖像、姓名、隐私等具体的利益。

在明确了这三个概念后，需要理清它们之间的关系。具体来说，人格是人格权的载体，它是自然人或法人享有人格权的基础，没有人格（主要指权利能力），就不能成为法律上的人，当然亦不得享有人格权。人格与人格权如影相随，无人格，即无人格权，人格的产生或消灭将导致人格权的享有或丧失，没有无人格的人格权，也没有无人格权的人格，^②它们是相辅相成、不可分割的有机整体。而人格利益是主体固有的，不随人的死亡而消失，而正是由于人格利益不因自然人生命终止而消灭，所以就产生了死者人格利益保护的问题。

2. 死者人格利益的基本内容

自然人死亡后，虽然其个人享有的人格权随主体消失而不复存在，但一些人格利益仍有法律保护价值，这是由于死者的一些人格利益关系到其近亲属的人格利益，也关系到社会公共利益和社会公德。

但是，死者毕竟不是活生生的自然人，其生前的一些人格利益因其死亡而毫无保护价值，如生命、健康、身体、自由等等，因而法律保护的范围仅限于姓名、名誉、肖像、隐私、荣誉、遗体等。因为这些利益不仅具有很强的人身属性，并且某



些法益在其死后很容易被他人利用，尤其对名人而言，利用其姓名、名誉、肖像、隐私、荣誉可以获得一定的经济利益，容易造成对人格利益的滥用，因而姓名、名誉、肖像、隐私、荣誉等是死者所被保护的人格利益。

至于死者遗体的法律保护，有的学者认为死者的遗体、遗骨为特殊的物，可以物权保护方法予以保护。但是，死者遗体与遗属的情感有密切的关系，是死者生前精神与形象的反映，有人格利益存在，应依死者人格利益的延伸来保护，这符合一般的社会观念。例如，我国最高人民法院 2001 年《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中规定的法律所保护的死者人格利益包括姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等。由此可见，对死者人格利益的保护是具体的、法定的、有限的。

3. 死者人格利益的性质界定

通过以上的介绍，我们知道在学界中，关于死者人格利益的性质界定存在两种观点：一是将人格利益作为“权利”加以保护，二是将其作为“利益”来加以保护。

从侵权法的角度来看，对权利和利益的保护，就其责任的构成要件而言，是存在差别的。对权利的伤害采取的是一般的过错责任原则，无论是故意或过失都可构成。但对利益的伤害，如果构成侵权，要求加害人具有故意或重大过失。行为人仅具有一般过失，往往不构成侵权。

笔者不赞成权利说。因为此观点在民法上与民事主体制度存在明显的冲突。既然自然人已经死亡，权利主体已经消灭，不可能仍然享有权利，其人格权亦不复存在，但其人格利益不会因死亡而消灭。我国《民法通则》第 5 条规定：“合法的民事权益受法律保护”，此处兼采权利和利益的概念，表明在权利之

外仍有一些合法的利益存在，但它们没有被确认为权利。死者人格利益即属于此种情况，其实际上是一种法益。法益就是法律所保护的利益，广义上法益包括法律规定的权利，狭义上法益是指权利之外而为法律所保护的利益，是一个与权利相对应的概念。这种法益因为缺少承载权利的主体而不能上升为权利，但同时这种人格利益在一定程度上体现了社会公共利益和公共道德，因此有必要保护。^③

（二）死者人格利益保护的价值分析

在主体已经消灭的情况下，为了有效保护未来潜在主体的人格利益或者是维护公共利益等方面的需要，有必要扩张法律所保护的人格利益主体的范围。各国有关人格权保护的判例和学说几乎都无一例外地赞成对死者人格利益进行保护。保护死者人格利益的价值在于：

第一，有助于促进社会的进步。社会的进步与个人追求良好的名声具有密切的关系。俗话说，“雁过留声，人过留名”，许多人生前为社会作出贡献，甚至为了民族、社会的利益而献身，也是为了青史留名，至少不希望受后人指责甚至唾弃。因此，死者的人格利益尤其是死者的名誉，对于鼓励现世人积极向上、奋发有为，从而促进社会的进步，具有重大的意义。^④

第二，有助于维护良好的社会风尚。尊重死者既是对死者人格的尊重，也是对人们追求的良好道德、风尚、声誉等的尊重。绝大多数的社会成员，都希望死后不会受到他人的诽谤或贬损，这是一个社会可以延续下去的重要保障，康德即赞成“一位好名声的人死后继续存在的权利”的学说，如果对死者的人格利益不予保护，实际上是不鼓励人们生前从事正当的行为，这就会引发严重的社会道德风险。^⑤

第三，有助于维护社会公共利益。许多名人的名誉、肖像



等已经成为公共利益，甚至是国家利益的组成部分，尤其是领袖、伟人的肖像等涉及整个国家利益和公共利益。对其的贬损，不仅是对历史的不尊重，而且是对民族情感的伤害。所以，对于这些人，即使是近亲属不提起诉讼，有关机关也应当提起诉讼，请求停止侵害。^⑥

第四，有助于安慰死者的近亲属，消除不安定因素，维护社会稳定。因为死者的人格利益与生者的利益是不可分的，辱骂他人的长辈、祖先，在某种程度上，也是对生者的侮辱。死者人格利益的有效保护，关系着近亲属利益的维护，也关系着社会和谐，有助于建设良好的社会公序良俗，凸显人的价值、确立人的地位，使我国社会成为人本位、人格权本位的法治社会。

二、我国理论界关于死者人格利益保护的学说及评析

（一）权利保护说

该学说观点是，自然人死亡后，仍可以继续享有某些人身权。^⑦有学者认为，尽管立法规定公民权利能力始于出生终于死亡，但从历史上看，民事权利能力并不总与人的出生死亡相始终。从外国和我国有关法律规定的看，民事权利能力始于出生终于死亡的观点已被突破并有加剧趋势（即民事权利能力和民事权利可以分离），因此死者可成为人格权（如名誉权）的主体，应当受到法律保护。

这一观点与民法基本理论以及现行的民事主体制度是相悖的。民事主体之所以能够享有民事权利，是依据其自身的权利能力而享有的。法律明确规定死者不具有民事权利能力，当其死后自然就不再享有权利，否则在法律上将会出现无主体的权利。“民事权利能力和民事权利可以分离”的观点在逻辑上是自相矛盾的，

这样的学说无论是在理论还是在实践上都是无法成立的。^⑧

（二）近亲属利益保护说

自然人死亡后，民事权利能力终止，名誉权即告消灭，但是在我国现阶段，根据公民通常的观念，死者的名誉、好坏，往往影响对其近亲属的评价，因此侵害死者名誉可能同时侵害其亲属的名誉。如果侵害，则亲属可以以自己的权利为依据要求承担侵权责任。^⑨

支持这种观点的学者不在少数。近亲属利益保护说看到了死者与生存亲属利益间的某种联系，觉察到了侵犯死者利益的同时也侵犯了其近亲属的利益，为其近亲属起诉找到了合理的依据。但是该说将死者人格利益和近亲属人格利益混为一谈，有悖于人格利益的专属性，同时也不符合权利主体与权利客体相统一的原理，割裂了权利主体与权利客体。另外该说尚无法解释当死者无近亲属时，法律为何还要保护其人格利益，保护的又是什么主体的利益这一问题。^⑩显然，这一学说也还有许多不足之处。

（三）家庭利益保护说

这种主张认为，死者的名誉遭到侵害时，其遗属的名誉也往往会遭到侵害，这两者之间的连结点就是家庭名誉。^⑪家庭名誉是冠于一个家庭之上的，对于一个家庭的信誉、声誉等的社会评价。家庭名誉并不因为家庭个别成员的死亡而消灭。因而在对死亡人的名誉加以侵害时，家庭名誉也就必然遭到侵害。

这种观点认为家庭名誉实质上是所有成员名誉的集合，是一个抽象概念，其具体是指除被侵害的个人名誉之外的所有家庭成员的名誉。况且这种观点在立论的根本上出了问题，保护死者人格是基于对死者本身的人格尊严的保护，而不是出于对其家庭尊严的保护。因此，家庭名誉并不能真正解决死者人格



保护的理論依据问题。另外，家庭利益保护说与现代民法主体制度不符，家庭不是一个法律概念，更不是民事主体。

（四）法益保护说

这种观点认为，就我国现行法律规定而言，死者不能成为民事权利的主体，更不能享有权利。对于死者，法律所保护的是法益。这不仅仅是死者自身利益的需要，而且是社会利益的需要。因此，死者人格利益应该作为一种合法利益而存在，并受到法律的切实保护。

死者人格利益应该是死者个体利益和社会利益的综合体，上述观点的学者主张对死者人格利益的保护应该偏重其关乎社会利益的方面，对于其它个体利益则没有再行保护的必要，我们认为社会利益应该加以保护，但死者的个人利益更应该加以保护。

（五）延伸保护说

该说认为，法律仅仅保护民事主体的人身权利是不够的，必然使其先期人身权利和延续人身利益缺少必要的法律保护，使之成为自然的利益，无法抵御外来的侵害，进而损害人身权利本身。^⑫该说得出的现实依据是——法律对于胎儿的特殊保护的原理，这是人格利益的一种向前延伸保护——既然人格利益可以向前延伸，那么也必然可以在自然人死后向后延伸保护，且这种延伸是基于维护社会利益及死者近亲属的利益的考虑的。

延伸保护说实质上仍认为死者是权利主体，权利客体是其人格权，死者生前享有的权利保护在其死后再延续一段时间并转由其近亲属行使之。这与权利保护说犯了同样的错误，即作为权利的享有者的自然人须在生命存续间享有权利，否则会出现无主体之权利。

通过以上的学说探讨，我们认识到各种学说理论都有其不

足之处，但是各种学说在保护死者人格利益的必要性问题上都持肯定态度。其中，近亲属利益保护说和法益保护说，从不同的角度提示了对死者人格利益法律保护的一些基本问题，两者在揭示死者人格利益保护的法理基础上具有更大的说服力。首先，就法益保护说而言，前文我们已将死者人格利益界定为法益。所以法益保护说既符合民事主体与权利的民法原理，又很好地解释了死者人格利益的法律依据问题。其次，如果说法益保护说为我们对死者生人格利益的保护提出合理的学说依据，那么近亲属权利保护说则为我们保护死者人格利益寻求现实途径提供了借鉴意义。侵害可能同时损害死者近亲属的名誉或一般人格尊严，因而在侵害死者人格利益的行为时，死者的近亲属可以为了保护自己的名誉权或一般人格权而请求停止侵害或精神损害赔偿，这也就为间接地保护死者人格利益提出了可行的现实途径。

三、我国死者人格利益保护现状分析

(一) 我国死者人格利益保护的立法现状

《民法通则》第9条、《民法总则》第13条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”以此为逻辑推理，自然人死亡以后应不再可以享有任何权利。

但是，自从1989年天津荷花女案以来，其他法律和司法解释上对死者生前的人格权的法律保护问题已经多有涉及：

(1) 最高人民法院1989年《关于死亡人的名誉权应受法律保护保护的函》认为：“吉文贞（艺名荷花女）死亡后，其名誉权应依法保护，其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼。”

(2) 最高人民法院1990年《关于范应莲诉敬永祥等侵害海