



本书系四川大学民商事法律科学研究中心课题成果



民商法

前沿问题研究

王建平 刘昕杰 著



四川出版集团
四川人民出版社

本书系四川大学民商事法律科学研究中心课题成果

王建平 刘昕杰 著

民商法

前沿问题研究



图书在版编目 (CIP) 数据

民商法前沿问题研究/王建平; 刘昕杰著. —成都:
四川人民出版社, 2006. 7
ISBN 7-220-07207-4

I. 民... II. ①王... ②刘... 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 (2006) 第 083217 号

MINSHANGFA QIANYAN WENTI YANJIU

民商法前沿问题研究

王建平 刘昕杰 著

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

邓 燕
彭小柯
戴雨虹
袁晓红 何秀兰
李 剑 孔凌凌

出版发行
网 址

四川出版集团 (成都槐树街 2 号)
四川人民出版社
<http://www.scpph.com>
<http://www.scrmcbs.com>
E-mail: scrmcbsf@mail.sc.cninfo.net

发行部业务电话
防盗版举报电话
照 排
印 刷
成品尺寸
印 张
字 数
版 次
印 次
书 号
定 价

(028) 86259459 86259455
(028) 86259524
成都华宇电子制印有限公司
成都市书林印刷厂
146mm×208mm
15.25
365 千
2006 年 7 月第 1 版
2006 年 7 月第 1 次印刷
ISBN 7-220-07207-4/D·944
35.00 元

■ 著作权所有·违者必究

本书若出现印装质量问题, 请与工厂联系调换
电话: (028) 87481198

作者简介

王建平 男，陕西咸阳人，民法学硕士，经济学博士，四川大学法学院教授，四川大学民商事法律科学研究中心主任，主要从事民商法、证券法研究。1997年8月美国圣路易斯大学法学院、1998年1月加拿大英属哥伦比亚大学法学院访问学者。近年来承担国家社科基金“证券交易中民事责任问题研究”等课题。主要著作有《民商法前沿问题研究》、《民法法典化研究》、

《TRIPS协定与我国知识产权法衔接研究》、《民法学》、《减轻自然灾害的法律问题研究》、《合同法教程》（副主编）、《证券市场风险的法律规制》、《合同法实施中的陷阱与风险防范》等30多部，在《中国法学》、《法学》等权威期刊上发表论文90余篇。担任中国法学会民法学研究会理事、中国法学会环境资源法学研究会常务理事、中国法学会比较法研究会会员、中国法学会商法学研究会会员，国家法官学院四川分院兼职教授，四川省法学会民法学经济法学研究会和国际经济法学研究会副会长等。

刘昕杰 男，重庆人，四川大学法学院民商法硕士研究生，主要从事民商法、人格权法研究。在《人文杂志》、《重庆社会科学》等CSSCI期刊上发表多篇论文。参与撰写《民法法典化研究》、《中国的劳动就业歧视：法律与现状》、《外国法制史》等。



四川出版集团·四川人民出版社

献给四川大学建校110周年

中国民法典编纂体例研究

(代序)

民法典是社会法治发达的标本。中国自清末变法即以大陆法系为师开始了六法的法典化，修订法律馆于1911年8月完成了《大清民律草案》，1929年民国政府设立民法起草委员会编纂民法典，至1930年12月26日完成《中华民国民法》并颁布施行，这是中国历史上第一部真正意义上的民法典。中华人民共和国建立后，也先后历经了多次的民法草案讨论。时至今日，民法典已经不再是要与不要的问题，而是如何做得更好的问题。认真地总结现有民法典立法资源，完善民法典编纂体例，拟定一部合乎社会期待的民法典已成为民法学界的首要任务。

一、民法典法典化的急迫性

在法典出现之前，法的发展经历了一个从习惯到习惯法又到成文法的漫长过程。用近代日本法学家穗积陈重的话说，就是一个从无形到有形再到法典的过程：“在国家初期，关于法律事项，民信即法，始于刑罚争讼，后世普通法律事项，神、君主、僧长、族长、家长等权力者之意思，并祖先以来之习惯，有绝对的服从强制力。盖当时法权虽存，法规未现；国

家稍有发展，由先例之积累，归纳抽象的泛则，或依君主、高僧、其他权力者之创意，新定行为之准则，用声律传句，以便口传记诵，可谓已有法规，然尚未得谓之有法形，这是法律形式发展的无形法阶段。其后，人文大启，或画法规于形象，或载之以文书，始可谓有法形，这是法律形式发展的有形法阶段。然后以文章载之以法规，以逻辑的排列之为条规，或附条号于各法规，或汇类编纂之，至成为法典，这是法律形式发展的高级阶段，即法典阶段。”^①

民法典是近现代民主社会构造的重要支柱，是市民的精神家园。民法典，有着深刻的意蕴。正如有的学者所说，“自19世纪初期出现法典编纂运动后，几乎所有的法律思想都或多或少的与对法典的看法有关。”^② 中国的民事立法也同样经历了从不成文法到成文法再到法典的过程，中国传统社会中虽有零星的民事法律规范，但是没有自己独立的民法典，在清末修律时才借鉴德国和日本的一些立法模式制定自己的民法典。制定出民法典，意味着我国的民事立法实现了近代化，也意味着我国开始走向近代法治社会。

到目前为止，大陆法系的主要国家都完成了自己民法典的制定，一些国家的民法典已历经数次修订，即使是一些转轨国家也以民法典的形式确认了市民社会的法治规范，1994年俄罗斯、蒙古完成了民法典，1996年越南、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦完成了民法典。现在世界上共有110多个国家有民法典。制定出一部民法典已经成为衡量一个大陆法系国家法治水

① [日] 穗积陈重：《法律进化论》，黄尊三、萨孟武、陶汇曾等译，中国政法大学出版社1997年版，第7～8页。

② 徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1993年版，第261页。

平的标志，中国的法治建设在各个方面都取得了很大的成就，但就立法而言，一日不颁行民法典，便不能说我们初步建立起了社会主义法制。

除了民法典所蕴含的政治寓意和其标志性功能外，就其实质作用而言，在当前的民事活动中，由于缺乏一部系统化、全面化的民法典而导致了市场交易和社会生活出现了大量失范现象。民法典不仅仅是对民事法律的简单汇编，而是一项系统性的工程。系统是一个“处于一定的相互关系中并与环境发生关系的各组成部分（要素）的总体（集）”^①。系统不是各部分的简单组合，而具有统一性，各组成部分或各层次的充分协调和连接，提高系统的有序性和整体的运行效果。在要素不变的情况下，要素的组织方式对系统整体的功能起着决定性的作用，我们通常所说的一加一大于二就是这个道理。以民法典总则的价值为例，由于民法典始终无法预测社会生活的每一侧面，它就有“不周延性和滞后性”^②，这就涉及在遇到民法典没有明确规定情形时如何处理的问题。民法典总则的高度抽象性就使得民法典具有相当的灵活性，实现民法典对社会生活的高覆盖率。如果遇到民法典没有规定的问题，即使我们无法从低位阶的具体规范中找到处理案件的规则，只要我们沿着民法典的逻辑位阶，也可以在高位阶处找到处理问题的一般原则和基本精神。同时总则的抽象性和概括性还为法官的自由裁量和法律解释留下一定空间。从这种意义上说，总则使得民法典具有了相当的灵活性和弹性，增强了民法对社会生活的适应能力，最终

① 转引自倪正茂：《法哲学经纬》，上海社会科学出版社 1996 年版，第 818 页。

② 徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 137～143 页。

实现法典的灵活、简约、安全的价值。无怪乎茨威斯特说《德国民法典》的总则“起了一个安全阀的作用，它防止民法典那僵硬但却精确的文体被社会变更的压力所冲破”^①。但我们没有一部系统的民法典，单行的民事法律是不具备总则的规范功能的，因此在民事活动领域，许多需要我们通过体系化思维加以调整和规范的行为都处于法律的空白状态，也为作为大陆法系思维的现有的司法活动带来困难。

二、民法典编纂的指导思想

编纂民法典必须首先解决民法典的指导思想问题，只有解决了这个问题，具体的民法典立法才可能有所依托。在民国时期的民法典制定中，当时的立法院就部分公布了相关立法原则，从而使民法典的制定有了基本的思路，在遇到立法困难时能够有更高位阶的价值取向作为指导。而中国当代的民法典制定具有更为复杂的社会背景，特别是在计划经济向市场经济转轨的过程中，如果做到现有的民法典能够具有较强的生命力，能够保障我国市场经济的进一步发展而不是简简单单的对现有社会现状的妥协，这就要求我们必须在制定民法典之前，确定几个最为基本的指导思想。

（一）以吸收和借鉴现有民法典立法为技术支持

现代意义上的法在中国缺乏本土论述是不争的事实，“民法”一词也是经由日本翻译西方文献而传入中国，因此现代中

^① [德] K. 茨威斯特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，贵州人民出版社 1992 年版，第 280 页。

国的法治建设依赖于对国外法治经验的借鉴和吸收不仅仅是可行的，也是必要的，脱离了世界范围内的法律知识，或者说脱离了西方法治的知识总结，而单纯地强调中国国情或是中国特色，抑或是为创新而创新都不是制定民法典应有的科学精神，真正做到尊重中国传统的民法文化，关键还在于对一些习惯法和地方法的认同，因为就现实而言，现代中国还保有传统文化的地方恰恰是集中在国家法影响较为薄弱的地方，以边远地区、农村地区、少数民族地区为最，而对这些地区所孕育的传统民商事习惯，最好的方法是承认法典的非万能性，在民法法源上承认法律没有规定的依习惯。而对于民法典，作为一个国家市民社会的基本法，不可能为了保留所谓的民族特色而失去规范市场行为和社会发展的功能，毕竟国家的发展是以经济政治包括法律制度的全球化为基础趋势的。

（二）以尊重和鼓励学术探讨争论为理论支持

就立法层面而言，从各国的历史经验来看，民法典的制定主要是法学家特别是民法学家的事情，相对成熟的民法理论和民法学家队伍的形成同样是产生现代化民法典不可或缺的条件。中国当下制定民法典遇到的现实问题还包括民法理论的支持问题，尚有许多学者对民法学界是否具备了民法典的制定条件抱有怀疑的态度，认为就目前的情况来看，这方面的条件是不完全具备的，包括对民法典制定的讨论也是不够深入的^①，但对于什么时候才是理论准备充足，却没有谁能够说出明确的

^① 参见刘凯湘：《中国民法的现代化》，北京大学“中国民法百年：回顾与前瞻”学术研讨会提交论文，载中国民商法律网，后经整理收录于该次学术研讨会的论文集《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会文集》，法律出版社2003年版。

时间与标准，因此理论准备充足问题，也成为不可能论证的命题。但不论是赞成或反对，都要看立法条件是否成熟，都必须面对在民法典制定中如何体现民法学学术成果的问题。一方面，立法作为法学研究的成果体现，在国家权力机关制定民法典的时候应该尊重民法学者的独立见解，对民法学者提出的问题和方案应当予以重视和尊重，对于处于看待事物不同角度引发的立法部门和学者之间的赞成与反对的争议要相互容忍。另一方面，任何一部优秀民法典的出台都不是一言堂的结果，德国民法典、日本民法典的出台都经历了长久的论证，其中包括了不同学派、不同学者之间的激烈争论，真理是越辩越明，只有在学术界充分的论证探讨之后才可能有较为合理的最终选择。

（三）以承认私法自治和个人权利本位为立法前提

民法是市民法，是市民社会的基本法。一部好的民法典必然是彰显市民权利、彰显市民社会的自我维护的民法典。民法是权利法的一个基本的论断，也是民法典存在的最终意义所在，无论现代社会如何发展，强调个人的利益、强调权利本位仍然是时代的主题，特别是中国作为一个不重视个人权利和长期坚持义务本位治理模式的国家，承认权利本位显得更为重要。要保障民法的权利属性，就必然要求我们承认国家和社会的多元分立，市民社会与政治国家在功能上有严格的区分，作为市民社会的一分子，只要不触犯国家公权力，就应当成为自己社会的主人，国家不能够以领导者、指挥者的身份介入，干预市民生活。国家制定民法典并不是对老百姓赋予权利，而是老百姓本身就享有这方面的权利，只是由于历史的原因到现在才做到还权于民，这应当成为立法机关乃至学界考虑民法典权利设置的前提。

三、民法典的基本结构体系

(一) 主要国家民法典体例

1. 罗马法（《法学阶梯》）

民法法典史上著名的“法学阶梯式”，又称“罗马式”，即是源于盖尤斯的法律教科书《法学阶梯》，被查士丁尼编纂法典袭用。盖尤斯所著《法学阶梯》分为四编，主要由三部分构成：第一部分“人（Persona）”，第二部分“物（Res）”，第三部分“诉讼（Actio）”。

第一部分即第一编，内容主要是人法，包括人的权利能力、人的资格、婚姻权和家庭权。具体而言有：（1）市民法和万民法；（2）法律的制定；（3）权利主体的法律地位；（4）人的权利能力；（5）婚姻、家庭等。第二部分即第二编和第三编，主要是物法，包括了物的概念、分类及物权的取得、继承、债法。具体而言有：（1）物的概念和分类；（2）取得物的所有权的方式；（3）继承；（4）债法等。第三部分即第四编是诉讼法。诉讼分为对人诉讼和对物诉讼。

2. 法国民法典^①

《法国民法典》采用了“法学阶梯（Institutiones）式”的结构体系。分为“人（des personnes）”，“物及所有权的各种变动（des biens et des différentes modifications de la propriété）”及“取得所有权的各种方法（des différentes

^① 具体条文参见《法国民法典》，李浩培等译，商务印书馆 1979 年版。

manieres dont on acquiert la propriété)”。

第一编“人”，是有关人法和家庭法的规定。本编共 11 章（第 7 条至第 515 条）。主要内容包括民事权利的享有及丧失、身份证书、住所、不在、结婚、离婚、父母子女、收养与非正式监护、亲权的解除、成年、禁治产及裁判上的辅助人等。第二编“物及所有权的各种变动”。本编共 4 章（第 516 条至第 710 条）。包括财产分类、所有权、用益权、使用权及居住权和役权或地役权等等。第三编“于取得财产的各种方法”。本编共 20 章（第 710 条至第 2281 条）。主要内容包括继承、生前赠与及遗嘱、契约或合意之债的一般规定、非因合意而发生的债、夫妻财产契约及夫妻间的相互权利、买卖、互易、租赁、合伙、借贷、寄托及讼争物的寄托、赌博性的契约、委任、保证、和解、民事拘留、质押、优先权及抵押权、对于债务人不动产的强制执行及债权人间受分配的顺位、时效等等。

3. 德国民法典^①

《德国民法典》遂一改以往继受罗马法法典通常所采用的“法学阶梯式”的体例，而采用“潘得克顿式”立法。《德国民法典》设立“总则”列于各编之首，强调总则对于私法基本类型的普遍适用性，之后分别规定了“债务关系法（Recht der Schuldverhältnisse）”，“物权法（Sachenrecht）”，“家族法（Familienrecht）”和“继承法（Erbrecht）”。法典以编、章、节、目、条、款、项为逻辑基础，共计 2385 个条文。它是 19 世纪末欧洲国家编纂的规模最大的一部民事法典。

第一编：“总则”（第 1 条至第 240 条），主要内容是规定涉及民法各部分的一般原则和基本制度。分为人、物、法律行

^① 具体条文参见《德国民法典》，郑冲、贾红梅译，法律出版社 1999 年版。

为、期间及期日、消灭时效、权利行使、提供担保等。《德国民法典》首次系统地规定了“法人”和“法律行为”两项制度。第二编：“债务关系法”（第 241 条至第 853 条）。主要包括债的内容、因契约而产生的债务、债务关系的消灭、债权的转让、债务的承担、多数债务人和债权人以及各种具体的契约等。民法典采用把共同性规定置于特殊性规定之前的方法来规定债权法的内容。从第 241 条至第 432 条包含着债务关系以及由它引起的请求权的内容及处理的共同性规则，而第 433 条到第 853 条则逐一规定了各种特殊而具体的债务关系。第三编：“物权法”（第 854 条至第 1296 条）。主要内容包括占有、土地权利、所有权、地上权、地役权、先买权、土地的产物负担、土地债务、定期金债务、抵押权、质权等。第四编：“亲属法（家庭法）”（第 1297 条至第 1921 条）。主要内容有民事婚姻、亲属关系和监护等。第五编：“继承法”（第 1922 条至第 2385 条）。内容包括继承顺序、继承人的法律地位、遗嘱、继承契约、特留份、丧失继承资格、抛弃继承的契约、继承证书以及继承财产的买卖等。

《德国民法典》配备有施行法共 218 条。施行法中含有大量临时性的条款，其中大多数现在已经失效；除此之外，它还包括少量点缀性的国际私法规则（第 3 条至第 38 条）。

4. 日本民法典^①

《日本民法典》沿袭了德国民法典的基本结构，共分五编。

第一编“总则”，共 6 章，是关于人、法人、物、法律行为、期间和时效等基本民法制度的规定。第二编“物权”，共 10 章，规定了物权的总则、占有权、所有权、地上权、永佃

^① 具体条文参见《日本民法典》，王书江译，中国人民公安大学出版社 1999 年版。

权、地役权、留置权、先取特权、质权、抵押权。第三编“债权”，共9章，规定了债权的总则、契约、事务管理、不当得利、不法行为。第四编“亲属”，共8章，是关于亲属的总则、户主及家庭、婚姻、亲子、亲权、监护、亲族会、扶养义务的规定。第五编“继承”，共7章。规定了户主身份继承、遗产继承、继承的承认及抛弃、财产的分离、继承人的空缺、遗嘱、遗留分等内容。

5. 瑞士民法典^①

《瑞士民法典》正文包括一个引言和四编，除此之外还有一个附则。引言仅有10条，具有总则性质，规定了法律的渊源、基本原则、与州法的关系、证据规则等内容。第一编“人法”，分自然人和法人两章。第二编“家庭法”，分为三部分：第一部分是婚姻法，包括结婚、离婚、婚姻的一般效力、夫妻财产权4章；第二部分是亲属法，包括子女关系的形成、子女关系的效力、家庭的共同生活3章；第三部分是监护，包括总则、监护的执行、监护终止3章。第三编“继承法”，分为两部分：第一部分是继承人，包括法定继承人、遗嘱处分两章；第二部分是继承，包括继承的开始、继承的效果、遗产的分割3章。第四编“物权法”，分为三部分：第一部分是所有权，包括通则、土地所有权、动产所有权3章；第二部分是限制物权，包括役权及土地负担、不动产担保、动产担保3章；第三部分是占有及不动产登记簿，包括占有、不动产登记簿两章。附则有61条，分原法律和新法律的适用、补充及暂行规定两节。

另外，学界一般认为其债务法虽未能纳入民法典，但实际

^① 具体条文参见《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社1999年版。

上是作为民法典的第五编来看待的,包括总则、各种契约关系、公司与合作社、商业登记、商号与商业账簿、有价证券五部分。

6. 意大利民法典^①

《意大利民法典》共分六编。在第一编之前设置了“序编”,规定法源和法律的适用问题。第一编(第1条至第455条)“人与家庭”,共18章,分别为“自然人”、“法人”、“住所与居所”、“失踪宣告死亡”、“血亲与姻亲”、“婚姻”、“亲子关系”、“由成年人实行的收养”、“亲权”、“监视”、“监护与解除亲权”、“领养及其安置”、“精神病”、“禁治产和准禁治产”、“抚养费”、“扶养费”、“赡养费”、“身份证明”。第二编(第456条至第809条)“继承”,分“继承的一般原则”、“法定继承”、“遗嘱继承”、“遗产分割”、“赠与”5章。第三编(第810条至第1172条)“所有权”。虽然该编使用“所有权”而未使用“物权”名称,但从具体章节及内容看,它的规定超出了所有权范畴,而规定的是整个物权规范(担保物权除外)。该编共9章,分别为“财产”、“所有权”、“地上权”、“永佃权”、“用益权、使用权和居住权”、“地役权”、“共有”、“占有”、“新施工警告和惧怕损害之诉”。第四编(第1173条至第2059条)“债”,分为9章。包括“债的一般规则”、“合同总论”、“合同分论”、“单方允诺”、“有价证券”、“无因管理”、“非债清偿”、“不当得利”和“不法行为”。第五编“劳动”。第六编“权利的保护”。

^① 具体条文参见《意大利民法典》,费安玲、丁玫译,中国政法大学出版社1997年版。新版本见中国政法大学出版社2004年版。

7. 荷兰民法典^①

1992年的《荷兰民法典》实行十编制，具体结构是：第一编“自然人法和家庭法”，第二编“法人”，第三编“财产法总则”，第四编“继承法”，第五编“物和物权”，第六编“债法总则”，第七编“特殊合同”，第八编“运输法”，第九编“智力成果法”，第十编“国际私法”。

8. 魁北克民法典^②

1994年正式实施的《魁北克民法典》不同于上一个时代的民法典，它回应了近百年科技进步、消费社会的形成等方面的社会发展，在平衡各方当事人权利义务时，加强对弱者的保护，彰显出人文主义的立法思想。《魁北克民法典》体例是十编制，分别是：第一编“人”，第二编“家庭”，第三编“继承”，第四编“财产”，第五编“债”，第六编“优先权和抵押权”，第七编“证据”，第八编“时效”，第九编“权利公示”，第十编“国际私法”。

这些主要国家的民法典体例总结起来，基本上有以下几个共同点：第一，注重民事权利的体系化，即均从民法是权利法的角度重视对民事权利的体系化保障，均明确了物权债权的二元结构，从而建立起较为严密的民事权利法网；第二，民法典体例从一定程度上表现了当时民法理论乃至社会思潮的趋向，如法国法将人法置为首编，体现了当时对人权和以个人本位的社会理念，德国法五编制是其历史学派严密逻辑推演的结果，新近的荷兰和魁北克民法典都将人的规定放置在法典首位，有

^① 参见[荷]亚瑟·S. 哈特坎普：《荷兰民法典的修订：1947—1992》，汤欣译，载《外国法评译》1998年第1期。

^② 具体条文参见《魁北克民法典》，孙建江、郭站红、朱亚芬译，中国人民大学出版社2005年版。