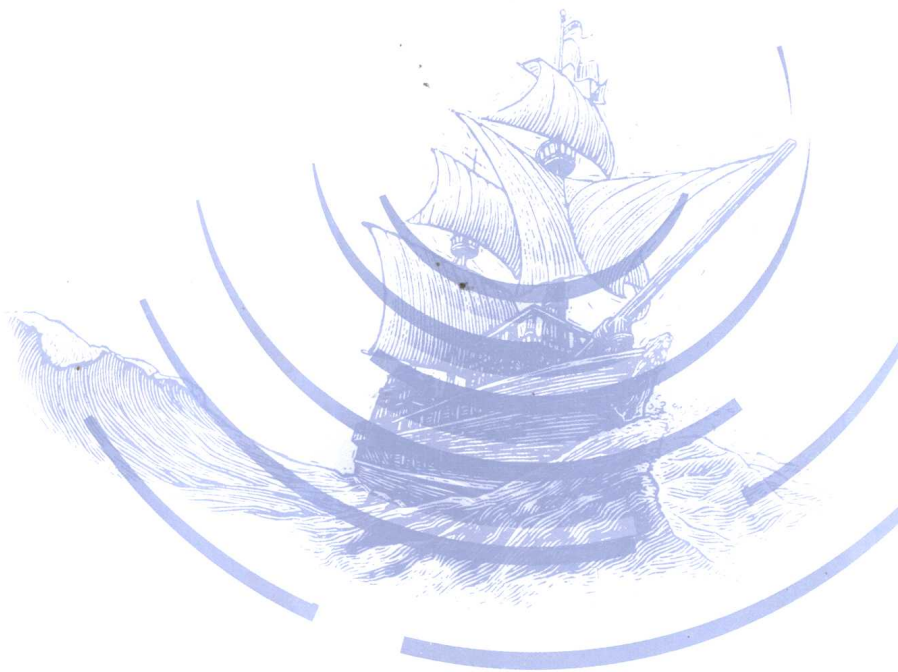


民商法论丛



ZHONGGUO MINFADIAN

中国民法典

立法研究

LIFA YANJIU

谢哲胜 常鹏翱 吴春岐 ◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



ZHONGGUO MINFADIAN

中国民法典

立法研究

LIFA YANJIU

谢哲胜 常鹏翱 吴春岐 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典立法研究/谢哲胜,常鹏翱,吴春岐著.—北京:北京大学出版社,2005.1

(民商法论丛)

ISBN 7-301-08637-7

I.中… II.①谢… ②常… ③吴… III.民法—立法—研究—中国
IV.D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 005882 号

书 名: 中国民法典立法研究

著作责任者: 谢哲胜 常鹏翱 吴春岐 著

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-08637-7/D·1090

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 13.75 印张 201 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

印 数: 0001—3000 册

定 价: 21.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

作者简介

谢哲胜

学历：

“国立”台湾大学法学士

美国威斯康星大学法学硕士、博士

现职：

“国立”中正大学法律学系教授

“国立”中正大学教师会理事长

台湾地区财产法暨经济法研究协会理事长

经历：

“国立”中正大学法律学系副教授

美国哈佛大学法学院访问学者

“国立”中正大学法律学系系主任暨研究所所长

主要著作：

《财产法专题研究》(一)

《财产法专题研究》(二)

《财产法专题研究》(三)

《信托法总论》

《房租管制法律与政策》

《不动产证券化》(合著)

《选择权》(合著)

《不动产抵押贷款债权证券化》(合著)

《不动产证券化——法律与制度运作》(合著)

《网络法律常识》(合著)

教授课程：

民法、土地法、信托法、法律经济学

学术活动：

一、受邀担任二〇〇三年十一月烟台大学举办的海峡两岸民法典

理论研讨会的报告人和主持人。

二、受邀参加二〇〇四年五月复旦大学主办的国际物权法研讨会并担任报告人,是惟一的台湾地区与会学者。

三、二〇〇四年八月底九月初受邀参访西南交通大学、西南政法大学、南京大学、扬州大学、山东大学、山东师范大学、山东政法学院、山东科技大学、中国社会科学院、中国人民大学、中国政法大学、北京大学、清华大学、全国人大常委会法制工作委员会。

学术影响:

一、于一九九四年在台湾地区就提出应废除物权行为概念,目前此一主张在内地已成通说,是惟一对美国财产法(Property Law)有深入研究的台湾地区民法学者。

二、于一九九四年就主张扬弃概念法学,改采经济分析方法,目前法律的经济分析在台湾地区已经蓬勃发展,在台湾地区被视为法律经济分析的最重要的三位法学者之一。

三、著有《信托法总论》一书和许多信托法论文,厘清许多信托的基本概念,在台湾地区被视为最重要的信托法学者之一。

四、著有许多重要的不动产法的书籍和论文,是对不动产法有深入研究的少数台湾地区法学者之一。

常鹏翱 法学博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

吴春岐 法学硕士,山东师范大学政法学院法律系副教授。

前 言

在经历几十年的民法典起草波折和准备后,中华人民共和国民法(草案)终于在二〇〇二年十二月提交第九届全国人大常委会第三十一次会议审议。这是中国在一九四九年后的第四次民法起草,而且是累积一九七九年改革开放后许多民事单行法的施行经验、法院的判决、学者的论述的见解而作成。民商法作为市场经济体制的建立和法制建设的基础,目前已成为一门显学,每年出版的书籍和期刊论文实在难以完全统计,而论述的中心即在于民法典制定,因此,此次民法典起草,可以说是中国有史以来法律论辩最热烈的议题。

最能代表此次民法典起草的立法方向的草案有三,即官方草案、由中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星领衔起草的草案和由中国人民大学法学院教授王利明领衔起草的草案,这三草案就成为本书各编评析比较的基础,对于其他草案未能一并研究,在此本人向其他辛勤研究民法而且也提出草案的学者致歉。希望将来有学者接续研究并对其他草案作通盘的评析比较,使将来出台的中国民法能够尽善尽美,让中国人在法学领域也能在世界上占有一席之地。

本书秉持着改革开放“解放思想”、“实事求是”、“与时俱进”的精神,以经济分析为方法,分别从民法典体系、民法总则、人格权、物权、合同、侵权责任和不动产物权变动公示方法七部分,探讨民法立法中身份法以外的全部议题。书中的许多思维模式完全不同于内地一般法学教科书,阅读本书将使读者进入一个全新的法学视野,虽不敢说是最好,但是绝对不落俗套,也是其他书籍所无法取代的。改革开放造就了内地的繁荣与进步,本书既然秉持着改革开放的精神,并以经济分析为方法,本书的见解如能被采纳,对于中国经济的繁荣、法学的昌盛,必然会有相当的贡献。

本书的另外二位作者常鹏翱和吴春岐先生,我是被他们的论著所吸

引,因而结识他们,并有共同创作构想。从他们二人身上,我看到的不只是杰出的青年法学家,而是法学昌盛的中国。本书为了早日问世,撰述不免有点仓促,见解因为新颖,不免有思虑不周之处,敬请民法专家学者批评指正。

谢哲胜

二〇〇四年十月于台湾地区财产法暨经济法研究协会

关于作者

谢哲胜

法学博士 台湾“国立”中正大学法律学系教授

常鹏翱

法学博士 中国社会科学院法学研究所助理研究员

吴春岐

法学硕士 山东师范大学政法学院法律系副教授

CONTENTS 目 录

第一编 中国民法典立法之民法典体系研究	1
壹 引言	1
贰 民法的基础理论体系	3
叁 “三版本”和台湾地区民法典的异同	8
肆 立法过程重大争议事项	14
伍 本编评析与立法建议	17
陆 结论	29
第二编 中国民法典立法之总则研究	32
壹 引言	32
贰 总则应规范的事项	33
叁 三版本和台湾地区民法典的异同	37
肆 本编评析与立法建议	48
伍 结论	66
第三编 中国民法典立法之人格权研究	68
壹 引言	68
贰 人格权法的功能与趋势	69
叁 三版本与台湾地区民法典的异同	71
肆 立法过程重大争议事项	76
伍 本编评析与立法建议	81
陆 结论	89
参考文献	91

CONTENTS 目 录

第四编 中国民法典立法之物权研究	93
壹 引言	93
贰 物权法的功能与趋势	94
叁 三版本与台湾地区民法典的异同	99
肆 立法过程重大争议事项	111
伍 本编评析与立法建议	120
陆 结论	131
参考文献	132
 第五编 中国民法典立法之契约(合同)研究	 136
壹 引言	136
贰 契约法的功能与趋势	136
叁 三版本与台湾地区民法典的异同	138
肆 立法过程重大争议事项	144
伍 本编评析与立法建议	147
陆 结论	153
参考文献	155
 第六编 中国民法典立法之侵权行为研究	 157
壹 引言	157
贰 侵权行为法的功能与趋势	157
叁 三版本与台湾地区民法典的异同	163
肆 立法过程重大争议事项	175

CONTENTS

目 录

伍	本编评析与立法建议	177
陆	结 论	181
第七编 中国民法典立法之不动产物权变动		
	公示方法研究	183
壹	引 言	183
貳	我国不动产物权变动公示方法的 社会调查与实证分析	184
叁	社会调查和实证研究对我国不动产 物权变动公示方法的立法启示	194
肆	结 语	205
	后 记	208

第一编 中国民法典立法之民法典体系研究

壹 引 言

在现代社会中,民法在民权保障、经济运行以及国家和人民的利益平衡中扮演的角色日益重要,与此相应,世界上多数国家和地区均用法典化的形式来体现民法的地位,以落实其功效。中国在经历几十年的民法典起草波折和准备后,现今终于有了官方正式的确认,并已具雏形,其表现就是在二〇〇二年末经第九届全国人大常委会第三十一次会议审议的《中华人民共和国民法(草案)》(以下简称“官方草案”)。毋庸置疑,中华人民共和国民法典将是大力推行市场经济和法治国家的最佳注释和保障,它也将为世界各国提供一部重要的民法典参考模板。

民法典对于国家和社会具有重大价值,是法学人士的基本共识,但这只是理想化的认知,一部具体的民法典能否发挥其应有价值,不仅要看其实际施行情况是否良好,更重要的还要看其本身立法品质的高下。民法典立法品质的保证,要有诸如立法程序和立法者的认识等诸多要素的协调,但起到基本作用的,则是民法学界对民法理论的法学认识。毕竟,虽然民法以调整人民的社会生活为己任,但是,法律终究是个专门的学科,民法尤其具有浓厚的职业主义色彩,未经专业学术训练的人,是难以深入全面掌握民法知识以及民法典规则的。与此相应,民法典的起草或者修改均离不开职业学者的身影,以至于民法典普遍性成为由法学主导的法律。这样,民法学的发展水平势必要对民法典的品质具有决定性作用,民法学理也决定着民法典的基本构成。

从民法调整的对象和关系着手分析,民法主要用以规范人民的人格权、身份权和财产权,这基本上属于法学共识,而世界各国、各地区的民法典对此也有非常清晰的表达。仅就海峡两岸的民法来看,台湾地区民

法典中规定了人格权规范,亲属编和继承编规范了身份权,债编和物权编则是财产权规范;中国民法典“官方草案”在立法体例上划分得更为清晰,它将人格权法独立成编,在立法形式上表达了人格权与其他两个权利具有同等法律地位,并将债法在形式上分为合同法和侵权行为法两编,从而与物权法编组合成财产法规范。

显然,如果从民法基本理论体系的角度进行广泛考虑,海峡两岸的民法典在体系构成上均认可人格权、身份权和财产权为民法三大体系,但这种共通性中也存在着非常明显的差别,如在财产权法制方面,台湾地区民法典模仿了德国民法典体系中的债权和物权分编体制,“官方草案”则采用了物权、契约和侵权行为三者分离的编制方式。这种编制形式上的差别,可能也反映了两种不同的学术认识:前者将契约、侵权行为、无因管理和不当得利作为债法的四大支柱,给予平等对待和一体规定;后者则表明在债法体系中,无因管理和不当得利规则与契约和侵权行为规则尚不具平等地位,在债法中突出的仅仅是契约和侵权行为。显然地,这是两种不同的财产权基础理论体系,至于它们的优劣,有待分析检验。不可否认,从法律比较分析中看到的这种差异,必将引起两岸民法学界的理论互动,引发我们反思台湾地区民法基础理论体系,并对中国民法典立法进行评析。

上述所提及的两岸民法典(草案)的差异,直接地表现为人格权法、身份权法和财产法在立法形式上的不同组合,这就是所谓的民法典体系,即通过特定方式编排组合民法典条文的规则,使之构成具有协调统一性的规则群。^① 在中国民法典立法过程中,民法学界对许多重要问题进行了深入讨论,并存在相当不同的学术见解,而且有相当直接和激烈的争论。在中国民法典立法官员看来,其中争论最激烈也最急需解决的

^① 这相当于德国法学中所讲的“外部体系”,是与讲究法律功能和价值的“内部体系”相对应的概念,参阅[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第356—357页。

问题,就是民法典体系问题^①,它也正是本编所要探讨和分析的主题。

基于以上认识,本编第貳部分将检讨民法基础理论体系,重点讨论财产法的内容组成要素,并以此作为民法典立法的基本架构和基本评价标准;第叁部分先介绍大陆的三部民法草案体系架构,即“官方草案”、由中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星先生领衔起草的草案(以下简称“社科院草案”)和由中国人民大学法学院教授王利明先生领衔起草的草案(以下简称“人民大学草案”)的基本体系^②,在此基础上,分别对比上述“三版本”与台湾地区民法典在体系上的异同,以及它们所反映的民法基础理论的异同;第肆部分则整理学界对民法典体系的重要争议问题事项,简要介绍相异观点立场以及理由;第伍部分针对上述争议事项进行评析,提出本编的见解,作为中国民法典立法的参考;第陆部分总结全编,提出本编结论。本编牵涉民法许多基础理论和不同立法例,笔者虽殚精竭虑,但仍不免有论述不周延之处,敬请两岸民法学界先进不吝批评指正。

貳 民法的基础理论体系

民法是规范人民一般社会生活的法律,因此要把人^③的人格、人和人的关系、人和财产的关系都包括在内,这也意味着民法应包括人格权法、身份权法和财产法三大体系。人格权法和身份权法在现代民法中的

① 参阅王胜明:“法治国家的必由之路——编纂《中华人民共和国民法(草案)》的几个问题”,载中国民商法网(<http://www.civillaw.com.cn>)。值得提及的是,在该文中,作者用的词语是“民法草案体例”,包括知识产权和涉外民事关系的法律适用要不要编入民法草案、人格权和债法总则要不要在民法草案中独立成编的内容,因此,它的实际含义就是“民法体系”。

② 需要指出的是,大陆还存在由其他部门人士(如最高人民法院原副院长唐德华先生)和学者(如厦门大学教授徐国栋先生)提出的民法草案,但受本书篇幅的限制,在此只能简要介绍和评点上述三部草案,而并不意味着其他草案没有理论价值或者这三部草案更有理论价值。

③ 民法意义上的“人”,既包括自然人也包括由自然人组成或者参与的法人以及其他社会团体,即民事主体。由于法人以及其他社会团体的民法规则是参照自然人的规则而设定的,故本文主要以自然人为对象来进行讨论。

重要性是毋庸置疑的,学界对它们的共识程度较高,因此,本编不针对它们进行专门探讨,而主要对财产法的三大体系加以说明,并特别分析无因管理和不当得利规则的功能与法制地位。

一、民法三大体系:人格权法、身份权法和财产权法

民法既然是以人民一般社会生活为规范对象,自然要涉及人自身、人与人及人与物的关系,依据这三个要素,就可界定人格权、身份权、财产权为民法的三大权利,和人格权法、身份权法、财产权法为民法的三个体系。^①

首先,人对自身享有的权利,是人之所以为人而自出生即得享有的专有权利,此即包括生命、健康、身体、姓名、肖像等权益内容的人格权。从积极意义上讲,该种权利的产生和行使,无需与他人或者外界之物发生关联,也基本上漠视了人的社会属性和具体特性,注重个体独立性和自然性,以民法中的人的存在为权利保护的充分必要条件,体现了“人生而平等、自由”的基本价值,这是它与身份权与财产权区别之处。围绕人格权而设立的规则当然就是人格权法。

其次,作为社会动物的人,不可避免地要与他人发生各种各样的关系。在这些关系中,我们首先考虑到的就是家庭、婚姻关系以及与此紧密关联的关系,此种亲情伦理给人设定了身份。由于家庭、婚姻是社会构成的最小集体单位,身份就以社会整体存在作为背景,把民法中的人镶嵌在社会格局中,让民法以其具体的社会角色为基础而进行身份确认和保护。这就导致了人格权和身份权的分离,即前者是人之所以为人皆得享有的、以具有人格属性的利益为内容的民事权利;后者则是特定的社会角色所涉及的权利,其以主体在家庭和社会网络中的身份利益为内容和保护对象,并不是人人皆得享有的权利。当然,人与人之间的关系,也有不牵涉身份关系的领域,根据具体关系内容不同,有可能发生

^① 德国法学巨擘萨维尼曾从人的意思支配对象入手,将可支配的标的分为自己、不自由的自然和他人,从而将民法权利分为现代意义上的人格权、物权和债权。参阅 Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, 1840, Berlin, S. 334ff.

以契约和侵权行为为中心的关系。故而,人与人之间的关系,如果是身份关系,则属于身份法调整的范围;否则,则是契约法或者侵权行为法——传统大陆法系国家民法中的债权法——调整的范围。

最后,人的存在和发展离不开人身之外的“物”,而且,只有在民法中确立人和物相互独立的分离,人作为“权利主体”或者“法律主体”与物作为“权利客体”的二元区分才能成为定局,人才真正地成为“主体”。^①由此,人与物的关系必然要成为民法调整的关系,此种关系原则上表现为物权。正如萨维尼所言,把人之外的自然中可支配的物当作客体,在其上负载了人之可欲的权利类型——物权,而其中最纯粹和原始的形态当属所有权。^②该处的物权当然要由民法中的物权法进行规范,物权法与上述的债权法相结合,就构成了财产法。

当然,以上只是概括的分法,并非一成不变。例如,有关人格权的保护规则,也可被置于侵权行为法的规定之中;又如,继承法的规定如果仅仅调整纯粹的财产继承关系,而其仅是以身份关系为连结的,则也可以将它归类在财产法的范围。虽然如此,也不足以从根本上打乱上述民法三大权利和三个体系的分类,民法学一般仍将人格权法、身份权法和财产法视为民法的三大体系。

二、财产法三大体系:物权法、契约法和侵权行为法

从客观上看,财产法是民法体系和学理研究中的重头戏,极具深入讨论的价值。财产法旨在规范财货的归属和移转的秩序,源于德意志法学的民法理论通常将物权法和债法作为财产法的两大构成要素,其中,主要用以规范财货归属秩序的法律是物权法,用以规范财货移转秩序的

① 德国法学家拉伦茨指出了德国民法典中人与物关系的精神基础:康德的“伦理人格主义哲学”通过目的—手段、理性—非理性、尊严—无尊严、主体—客体的区分,把“人”和“物”隔离到不能通约的河流两岸。参阅〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第46页以下。康德则指出:人是主体,他有能力承担加于他的行为;物是指那些不可能承担责任主体的东西。参阅〔德〕康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第26页。

② 参阅 Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, Berlin, 1840, S. 334ff.

法律则是债法。^① 所有权、地上权、地役权、土地使用权、抵押权等物权,体现了人对物所享有的直接支配性权利,而且它们相互协调、联接和补充,组成了具有共通特性和原则的制度统一体,无论是传统法学认识中的大陆法系还是英美法系、无论是法律学界还是实务界对此均无太大歧见。

值得进一步深思的是债法。债法既然是规范财货移转秩序的法律,自然必须能够全面规范财货移转的所有可能类型,这样方才合理。根据财货移转是否出于当事人主动追求发生法律效果的自愿意思,可以将之分为自愿和非自愿的两大类情形,从法律规范功能上看,自愿移转的情形属于契约法所规范的范围,而非自愿移转的情形则由侵权行为法所规范,法律运用的实际也证明,这两个规范基本上已经能解决几乎全部的财货移转情形。这样,传统民法学说根据债之发生原因,将债区分为契约、侵权行为、无因管理和不当得利,并进而认为债法体系由这四种规则所构成,而且这四种规则地位并重的观点,就有被质疑的可能。

既然财货的自愿移转和非自愿移转两种情形加起来已包括财货移转的全部情形,而它们已分别为契约法和侵权行为法所规范,很显然,即使债的发生原因有许多种,但只有契约和侵权行为才是最主要和最基本的两部分。从减少纠纷解决成本的角度考虑,在规范功能完备的前提下,简化法律规范、避免迭床架屋徒增解释和适用的法律成本,较符合法律规范的目的。否则,规范重复的结果,将造成同时存在许多请求权以解决同一纠纷事实,将在解释适用法律和诉讼程序上耗费许多成本,在法律规范上应尽量避免。故而,债法必须凸显地位重要、功能齐备的法律规则,也就是要突出契约法和侵权行为法的地位,不应将契约、侵权行为、无因管理和不当得利这四种规则放置在并重的地位。而且,正如下文所言,无因管理和不当得利规则的适用范围及其本质决定了它们仅仅具有补充功能。这样,如果要避免规范上重复,只有在契约法和侵权行为法在规范上有所不足之处,才是无因管理和不当得利规范发挥作用的范围。

^① 当然,物权法中的调整物权变动规则在相当程度上也有规范财货移转秩序的功能。