



民事法律与基础法学

(一)

王冠玺 著

法律外借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民事法律与基础法学

(一)

王冠玺 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事法律与基础法学. 一 / 王冠玺著. -- 北京 : 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1803 - 9

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—研究—中国②法的理论—中国 IV. ①D923.04②D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 317663 号

民事法律与基础法学(一)
MINSHI FALÜ YU JICHU FAXUE(YI)

王冠玺 著

策划编辑 张 岩
责任编辑 张 岩
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 A5
印张 10.375
字数 240 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5197-1803-9

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

王冠玺

浙江大学光华法学院教授 博士生导师

北京大学法学博士

中国人民大学法学院博士后研究

哈佛燕京学人

主要研究领域：

民法 宪法 国际关系 两岸关系 心理文化学

序

本书汇集的文章,以民法方面为主,部分兼及宪法、法社会学与法律史等领域。肇因于中国当代特色与传统政治文化等重要影响,中国的法律有其明确的自身逻辑与规律;仅仅通过法律条文,很难精确地掌握中国的法律发展现状与其所发挥的社会功能。本书在充分理解中国社会背景的基础上,从现代化法律功能所能发挥的角度,让许多重要法律议题得到进一步研究的机会。

大陆与台湾地区共同承袭着中华文化,使用相同的语言与相通的文字,从社会科学研究这个角度来说,一位来自宝岛台湾的学者能够纵横捭阖的文化地理空间,远远超过台湾地区的实际地理面积。我期勉自己能不断地从法律的内在逻辑与外部进入这两方面,对我们中国的法律与法律文化进行更深刻的研究。本书在出版过程中,获得了浙江大学光华法学院民商法研究所与法律出版社独立策划部高级策划编辑张岩的鼎力协助,在此表示诚挚谢忱。

王冠玺

2017.9.20 杭州

目 录

第一章 法学发展的“十字现象”

——以物权行为制度与《合同法》第 51 条为说明

主体	1
一、引 言	6
二、不采用物权行为制度的主要见解与本章对其之评释	8
三、是否采用物权行为制度之案例比较分析,兼论《合同法》 第 51 条规定之不当	19
四、意思主义下的物权变动模式学说探讨	30
五、以法律经济分析法,探究是否应采用物权行为制度 与《合同法》第 51 条规定之交易成本辨析	42
六、结 论	46

第二章 法人得否主张精神损害赔偿的再探索

——比较法上的观察

一、大陆与台湾地区有关法人不得主张精神损害赔偿之 司法解释与学说争议	53
二、精神损害赔偿本质的辨析	58
三、精神损害赔偿、非财产上损害与慰抚金的概念区分 及制度选择	70

四、结 论	79
-------------	----

第三章 法人的基本权利探索

——法人得否主张精神损害赔偿的宪法上论证	81
一、引 言	84
二、法人是否具有基本权利的比较法研究	85
三、法人基本权利的内容及法人得以主张精神损害赔偿的 宪法理论基础	91
四、基本权利保障在私(民)法上的应用	100
五、结 论	107

第四章 《侵权责任法》第二条的立法模式检讨

——从比较法的观点出发	110
一、侵权行为一般条款的基本问题——权利与利益的辨析	113
二、侵权行为法一般条款立法模式的功能——比较法研究	117
三、结 论	136

第五章 从法律视角谈农村土地融资的相关问题与建议

.....	138
一、前 言	141
二、农民融资难的具体解决途径	141
三、以农村土地融资的社会实践现况与相关规定的完善 建议	148

四、县一级地方政府对开展农村土地融资应有的具体政策 考虑·····	152
五、结 论·····	154
第六章 土地承包经营权抵押范围的再探索 ·····	155
一、引 言·····	158
二、海南岭南农业开发有限公司与海口新华典当有限责任 公司抵押借款合同纠纷再审案·····	159
三、限制土地承包经营权得抵押范围之法规检讨·····	162
四、承包经营权抵押范围扩大之可行性分析·····	170
五、结 论·····	178
第七章 农村土地、林木、农作物与相关权利主体的辨析 ——兼论民事法律体系建构的反思 ·····	182
一、前 言·····	185
二、相关民事权利主体所涉若干概念问题分析·····	187
三、相关民事权利客体问题所涉若干概念问题分析·····	195
四、民事法律体系建构的反思——代结语·····	217
第八章 知识产权法律与国家发展政策的整合研究 ·····	223
一、前 言·····	226
二、知识产权保护的前瞻与界限·····	227
三、知识产权法律效力与基本权保障的辩证关系及解决 方式·····	238

4 民事法律与基础法学(一)

四、结论——知识产权法制与政策的因应之道与展望·····	249
------------------------------	-----

第九章 两岸民事判决的认可与执行问题研究·····	253
---------------------------	-----

一、前言·····	258
-----------	-----

二、法律规定与实务现状·····	259
------------------	-----

三、问题焦点与分歧探讨·····	263
------------------	-----

四、期待模式与未来展望·····	295
------------------	-----

第十章 清代涉台官式文书析要·····	297
---------------------	-----

一、序言·····	301
-----------	-----

二、清代官式文书之源流及其释义·····	301
----------------------	-----

三、清初三朝奏折选录·····	308
-----------------	-----

四、结论·····	319
-----------	-----

第一章



法学发展的“十字现象”

——以物权行为制度与《合同法》

第 51 条为说明主体

一、引 言

二、不采用物权行为制度的主要见解与本章对其之评释

(一) 不采用物权行为制度的主要见解

(二) 对不采用物权行为制度主要见解的评释

三、是否采用物权行为制度之案例比较分析,兼论《合同法》第 51 条规定之不当

例一:抛弃动产

例二:出卖他人之物

例三:夫妻之一方出卖共有物

例四:一物二卖

例五:买卖合同有意思表示得撤销之法律原因时,出卖依该买卖合同所取得之物

四、意思主义下的物权变动模式学说探讨

(一) 法国民法意思主义下的物权变动模式

(二) 日本民法意思主义下的物权变动模式

(三) 中国学者所创设的物权变动模式

2 民事法律与基础法学(一)

(四)小 结

五、以法律经济分析法,探究是否应采用物权行为制度与《合同法》第 51 条规定之交易成本辨析

六、结 论

摘 要

由于中国法学发展忽略“十字现象”,民法典不采物权行为制度似已成定论,并决定采用意思主义辅之以交付、登记制度;此制度确有难以操作之处,是否即应采用,兹事体大,仍值再予辩证。本文论述不限于理论,并提出数例说明;此外,《合同法》第51条规定的失误,亦一并叙之。文中分别介绍不采物权行为制度的主要见解及本文对其之评释;并分举数例以说明不同制度的优劣;同时探讨意思主义下的物权变动模式,其内容涉及法国民法模式、日本民法模式、我国学者所创设的模式;最后并以法律经济分析法,探究是否应采用物权行为制度与《合同法》第51条规定的交易成本辨析,以为民法典立法应采用物权行为制度之佐证。

关键词: 物权行为 意思主义 债权形式主义 无权处分 善意取得 法律经济分析 《合同法》第51条

Abstract

Since the academic community neglects the cross phenomenon of law development, it seems that the *dingliches Rechtsgeschäft* principle will not be adopted by the Civil Code; instead, the principle under which the French model regarding transfer of property rights serves as the primary means, with delivery of property and registration of transfer serving as back-up requirements would be opted for. However, such framework would hardly be an ideal one, and since this issue is of the utmost importance, it would be advisable for all to discuss it more thoroughly before any decision whether to adopt it or not is made. In addition to many theories and representative cases, the author will also provide some of his own comments on Article 51 of the Contract Law. Furthermore, through the introduction of the reader to various academic views against *dingliches Rechtsgeschäft* as well as comments thereon, the author would like to come up with some typical examples regarding the comparison as to exactly which system would be the most preferable. At the same time, the author would also like to elaborate on how property title changes hands under several systems, including the French model, the Japanese model and some innovative ideas of scholars from China. Last but not least, the author will, by means of the methodology of economic analysis, highlight the potential transaction costs of both adopting the *dingliches Rechtsgeschäft* and not adopting it, as well as the transaction cost of putting Article 51 of the Contract Law into practice, which may well serve as one of the main justifications, as the author

argues, for the introduction of the *dingli-ches Rechtsgeschäft* into China's Civil Code.

Key Words: Dingliches Rechtsgeschäft Verfügung eines Nichtberechtigten Economy Analysis of Law Article 51 of the Contract Law

一、引言

各国法学界均面临着不断地完善该国法律的挑战,此乃法律进步的一种纵向发展过程。在中国,由于未具法律内涵的既存制度,已与社会盘根错节紧密结合,所以在制定新法律时,应使新法律能够纵向地符合社会进步的要求;为了尽量降低新法律实施后所带来的各式交易成本,还必须要使大量的既存制度能为新法律所包容,以符合新法律所欲达到的涵摄(subsumtion)目的。因此法学界所面临的问题,不仅是纵向的,还是横向的。此种纵横交错的特殊状态,是法学发展中的国家的共通特色,我们不妨称其为法学发展的“十字现象”。

研究中国的法学问题,如果不能掌握此一现象,就无法正确继受西方理论,遑论提出新的发明。本章所讨论的命题,既有的主流见解似未真正意识到“十字现象”与本命题之间的关系,在继受西方理论与自我发明的过程中亦未臻严谨;值此物权法即将公布之际,因影响重大,故有再为论证的必要。

依据《中国物权法草案建议稿》中的说明,在强调物权变动必须遵守公示原则的情况下,物权的变动只能在公示之后生效,而非仅依当事人之意思表示,物权变动和债权变动之界限划清。此即物权变动与其原因行为的区分原则。^①此原则不采法国民法的意思主义,及日本《民法典》第176条的意思主义、第177条的登记对抗主义;亦不采

^① 《中国物权法草案建议稿》,第94页。转引自王泽鉴:《物权法上的自由与限制》,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集(2002)》,法律出版社2003年版,第242页。

德国法上的物权行为理论。故此中国大陆民法理论上虽有民事行为^②或法律行为之概念,但却无“物权行为”制度。^③

部分学者认为关于物权之变动,宜采用意思主义与登记或交付制度之结合,并且采债权行为与物权行为区分说之不当。学者引经据典,提出诸多学说予以论证,以裨益其确立物权法草案所采制度之立论基础。此制度虽有可取之处,仍不乏持保留态度者,管见以为此制度在许多情形之下,确有难行之处;惟纯粹的理论辩难,有时候反而会失去问题的焦点。因此,笔者之论述并不仅限于理论部分,文中并就此制度实际运作时将遭遇的种种困难,不揣浅陋地提出数例说明。此外,《合同法》第51条规定之误,在此一并指出。此一命题所涉及的深层问题争议,实系肇因于理论架构与价值取向的选取不同。^④

② 由于民法之立法一直受到苏联法律概念之影响,因此只有“民事法律行为”之概念,并无“法律行为”之概念。法律行为的精髓在于透过意思表示将私法自治发挥到极限;苏联民法将意思表示制度、法律行为制度极度简化,其目的乃在于尽量压缩社会大众意思自治的机会。参见孙宪忠:《制定民法典的主要难题》,载《法学》2003年第5期。

③ 王泽鉴:《物权法上的自由与限制》,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集(2002)》,法律出版社2003年版,第242~243页。

④ 如学者所言,“在具体分析、评论这几种存在严重分歧的观点之前,必须首先指出一个前提性的问题,这就是:从表面上看,这几种观点仅仅是对无权处分行为的效力认定有差异,但在更深层面上,它们的逻辑前提已然不同。它们代表着论者对我国物权变动模式的立法选择在认识上的差异”。参见王轶:《论物权处分行为的效力——以物权变动模式的立法选择为背景》,载王利明主编:《民商法理论争议问题——无权处分》,中国人民大学出版社2003年版,第129页。

二、不采用物权行为制度的主要见解与本章对其之评释

(一) 不采用物权行为制度的主要见解

目前反对民法典应采用物权行为制度,以及对《合同法》第51条规定抱持肯定态度的主流见解,大致可以归纳为以下几点:

1. 物权行为独立性和无因性理论违背交易之实态和人们的认识,使法律关系复杂化;对出卖人显失公平;其保护交易安全的作用已经被善意取得制度所取代;^⑤……虚构物权变动中“物权的合意”这一概念,并使之具有独立性与无因性,结果不独使物权变动之际的法律关系徒增紊乱,同时也与社会生活的实际理念不符;^⑥……立法要求物权之变动,除债权意思表示外,还须以登记或交付为要件^⑦……从实际情况来看,采取此种模式较之于采用物权行为模式,其优越性明显表现在:一方面,它符合我国的立法传统;另一方面,它易于被执法者

⑤ 梁慧星:《物权变动与无权处分》,载王利明主编:《民商法理论争议问题——无权处分》,中国人民大学出版社2003年版,第45页。

⑥ 陈华彬:《物权的变动》,载梁慧星主编:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第185页;王利明:《无权处分的若干问题》,载王利明主编:《民商法理论争议问题——无权处分》,中国人民大学出版社2003年版,第65页。

⑦ 刘德宽:《民法诸问题与新展望》,台湾三民书局1979年版,第466页。转引自王利明主编:《民商法理论争议问题——无权处分》,中国人民大学出版社2003年版,第65页。