



法研教科书

www.docsvriver.com
搜索商家 巨力电子书



民法总论

The General Theory of Civil Law

朱庆育 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



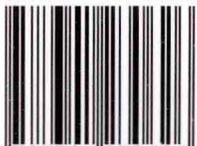
The General Theory of Civil Law

本书共四编十五章五十一节，以中国实证私法为阐述对象，意在构建作者所倡导的规范性解释科学的体系框架。全书系统论述了民法基础理论与民法总论各项制度的脉络和细节，以概念的准确运用为支点，既讲求实证规范理解中的逻辑缜密性，亦追问技术规则背后的理念正当性。

阅读本书，尚可关注两个维度：一是空间维度。本书既接驳德国知识传统，亦对大陆法系其他家族成员如日、苏（俄）、瑞、法、奥、台湾地区等投以必要关注，为理解我国相应规范、制度及理论提供了广阔的空间视角。二是时间维度。本书着意接续汉语法学传统，上迄民国时期，下至20世纪50年代以来新中国各阶段的民法思考，无不纳入本书观察范围，以历史的视角细致梳理了我国的民法知识传统及其流变。

“表达是一种艺术。有关方法或艺术规则的争论价值甚微，惟有作品才具有说服力。”作者在自序中引用的这句话相信也是本书的写作准则。本书是教科书，但绝不仅仅是教科书。或者换个说法，教科书的表达形式并不妨碍十年磨一剑的本书成为民法领域难得的大美之作。

ISBN 978-7-301-23062-6



9 787301 230626 >

定价：68.00元



法研教科书



民法总论

The General Theory of Civil Law

朱庆育 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/朱庆育著. —北京:北京大学出版社,2013.8

(法研教科书)

ISBN 978-7-301-23062-6

I. ①民… II. ①朱… III. ①民法-中国-研究生-教材 IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第191860号

书 名: 民法总论

著作责任者: 朱庆育 著

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978-7-301-23062-6/D·3400

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 37印张 746千字

2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷

定 价: 68.00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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

民法教科书及其写法(代自序)

(一)

八十年前,胡长清先生在其《中国民法总论》“弁言”中开篇即称:“关于民法著作,大陆诸国及日本多已由教科书的民法书之时代,进于特殊问题研究之时代。”这句话很容易被解读为,“教科书的民法书之时代”系较之“特殊问题研究之时代”更为初级的阶段,更进一步的推论则是,教科书较之研究“特殊问题”的作品更少学术含量。若此解读不至于过度诠释,胡先生应是较早就教科书与专题研究作高下比较的汉语法学家。如今,上述见解已成“常识”,各种学术评价标准中,除非“钦定”教科书,否则前者必不可与后者同日而语。

吊诡的是,民国时期传之后世的著作却多为教科书。史尚宽先生的“民法全书”固不待论,其他法学名家如梅仲协先生、王伯琦先生乃至胡长清先生自己,为人所熟知的作品无不是各自教科书。相反,民国“特殊问题研究”作品至今仍被引用者,虽不能说是绝无仅有,但以寥若晨星形容,当不为过。当然,这一现象可作多种解释,比如,此正可说明民国尚滞留于教科书而未能进入特殊问题研究时代,但无论何种解释,至少可以肯定的是,教科书不妨成为饱含学术价值的经典。

更具说明意义的是德国。德国法系的所有制度、理论几乎全由德国一肩创立,迄今为止,这一法系的其他家族成员并未贡献太多原创思想。依胡先生所信,德国早已进入“特殊问题研究之时代”。1958年,时任马普外国私法与国际私法研究所所长并兼任德国比较法学会首任会长的汉斯·德勒教授在德国法学家年会发表著名的“法学上的发现”之演讲,历数十九世纪以来德国法学家堪与自然科学媲美的七项伟大发现,此或可印证德国“特殊问题研究”的辉煌成就。然而,也许更需要重视的是,德国法系之形成,端赖十八、尤其是十九世纪的潘德克顿教科书,作为德国民法典先声的萨克森民法典更几乎是潘德克顿教科书条文化的产物。至于七项伟大发现,虽多由专题论文首发,却无一例外皆以进入教科书为归宿,其中更有若干“发现”或者本就直接由教科书提出(如萨维尼的法律关系本座说),或者在之前的教科书中已是呼之欲出(如泽克尔的形成权理论)。今日德国法学所尊奉的经典文献,研究特殊问题之作品固然所在多有,萨维尼、温德沙伊德、耶林、恩内克策鲁斯、冯·图尔、弗卢梅、拉伦

茨等大家著宿的教科书亦因其代表相应时代的最高学术成就而历久不衰。

笔者无意表明教科书的学术价值高于或者——稍退一步——不低于研究特殊问题的专著。实际上,二者唯有质量之优劣,而无文体之高下。教科书用以建立学科的整体知识体系,在此意义上,特殊问题之研究若无法融入教科书,或者势将遭遇体系排异而意义有限,或者表明既有教科书的“常规科学”受到挑战。成功的挑战带来“科学革命”乃至学术范式的改变,而学术新范式的建立,亦以新的教科书之推出为标志。知识其实就在特殊问题之研究催生教科书从而确立“常规科学”、特殊问题研究之新成果挑战“常规科学”从而以新的教科书实现学术范式转换的循环结构中不断实现螺旋式增长。自然科学固不待论,即便是社会科学,这一螺旋脉络亦清晰可见。例如,亚当·斯密创立现代经济学后,经济学范式经历了从古典至新古典的转型;再如,潘德克顿法学开创德国现代法学后,民法学范式由概念法学经由利益法学的过渡转型成为今日评价法学。

(二)

十九世纪正是建立现代法学“常规科学”的时代,而自然科学则当仁不让成为一切“常规科学”的范本。英国边沁—奥斯丁法律实证主义区分“法律是什么”与“法律应当是什么”并将法学的任务限定于回答前一问题,此固然是典型的科学精神之体现;德国潘德克顿法学由法学实证主义(rechtswissenschaftliche Positivismus)而制定法实证主义(Gesetzespositivismus)的发展轨迹,对科学精神的追求亦不遑多让;至若历史法学派仿照自然科学(Naturwissenschaft)的构词法创造“法律科学”(Rechtswissenschaft)一词,比附之心更是跃然纸上。

科学的任务在于解释。自然科学旨在解释外在于人的自然世界,法律科学则以规范文本为其解释对象。为了实现如同自然科学般的客观解释,法律解释要求撇除解释者的主观恣意,而规范文本亦被视作外在于解释者的自足存在,如此,类似于自然科学的主客体分立格局在法律科学中得以构建。不同的是,自然世界中,花自飘零水自流,人类认知此等自然现象时,无妨以旁观者身份作客观观察,法律解释的对象则是人的活动产物,解释结果亦关乎人的行为正当性评价。为防止解释者移情置入,法学家遂求诸待解释文本的权威性,以规范的权威性提醒解释者安分守己从而实现解释的客观性。法学家相信,法律规范一经制定,意义即已确定,解释者要做的仅仅是将其予以揭示而已——如同自然科学家之发现自然事实,至于所谓正义,即便有意义,亦仅是立法者考虑的问题,解释者只要能够正确理解并适用法律,正义自然包含其中。于是,作为“常规科学”的传统民法教科书谨守“立法论”与“解释论”的楚河汉界而不敢越雷池一步。在此观念下,法律解释技术日趋精密,规范背后的正当性追问却越来越成为解释者的禁忌。

解释对象系解释者不可僭越的权威文本,法律解释凭此特点与圣经解释一道成为教义诠释学(dogmatische Hermeneutik)的家族成员,“法律教义学”(Rechtsdogmatik)亦成为德国法学家眼中“法律科学”的同义概念。然而,世俗法律不同于圣经,后者被尊为神的作品,任何凡人无权更易一字,前者则随时面临增删修改之可能,甚至整部法律推倒重来亦属寻常。在此意义上,制定法以某种面貌出现纯属偶然,法学将此偶然现象作为解释对象,科学性甚至还不如神学。德国检察官基尔希曼在柏林法学会发表的演讲“论法学作为科学的无价值性”即将法学这一尴尬一语道破:“以偶在现象为其研究对象者,自身亦终沦为偶在。立法者修改三个字,所有法学文献将因此变成一堆废纸。”此语既出,法学家如芒刺在背。一百一十九年后,拉伦茨在相同的地点发表针锋相对的演讲“论法学作为科学的不可或缺性”,富含激情地表示:“只要如何公正解决彼此层出不穷的利益冲突之追问不会停止,如何合理建立相互唇齿相依的生活秩序之追问不会停止,法学就会存在,对于人类即是不可或缺——这不仅是因为它有着实践功用,更在于它表述着人类精神的实质。”

拉伦茨的说法可用来抚慰法学家受伤的心灵,却似乎多少有点回避主题。如果法律解释仅仅是为了发现已为规范文本所固化的“真理”,那么,更适合表述人类精神实质的其实并非法学,而是立法。问题的真正关键在于,法学的科学性是否可简单比附自然科学?法律解释究否如自然科学般在主客体分立的前提下对“法律是什么”问题作客观事实的探究?依笔者之见,答案是否定的。法学乃是规范科学而非事实科学,法律解释旨在意义理解而非确证事实。规范性解释科学意味着,意义理解绝非主体对客体的单向观察,而是双向的主体间性交流,是彼此的视域融合;同时意味着,在解释之前,法律规范并不存在有待解释者去“发现”的自在意义,解释本身就是创造规范意义的活动。

解释者视域各有不同。不同的解释者基于不同的知识前见对于相同的法律规范可能作相当不同甚至相反的解释,并且,所有各种解释,均在不同程度上为解释目的所指引,例如,《物权法》颁行之前,我国学者有关物权行为理论的立场已是聚讼纷纭,颁行之后,争端却未消弭,甚至几乎没有学者因此改变之前择定的立场,这部法律的意义,似乎仅仅在于为不同立场提供解释与印证的材料而已。当然,笔者并非主张法律解释听凭解释者的随心所欲。任何解释者均对法律规范有所解释,却不意味着,所有解释均具有相同的可接受性。关于法律解释的可接受性问题,有三项因素值得特别关注。首先,如果解释者仰赖的知识前见不可沟通,则几乎不存在相互说服之可能,而法律人群体的知识前见若是过于分散,则意味着知识共同体尚未形成。其次,法律以合理解决纠纷为目的,如何理解“合理”,将影响法律解释的方向。解释者判断“合理”的标准差异越大,相互说服的难度也就越大,例如,以维护自治或强化管制为出发点,对于同一规范的解释可能截然相反,此时,无论解释过程如何严谨,不同价值取向的双方均难以达成共识。最后,规范意义必须得到体系性的理解。每一具体规

范均是整个规范体系的一环,任何解释亦均是“通过部分理解整体、通过整体理解部分”的循环过程,因此,解释结论若无法与规范体系协调,其可接受性也就值得怀疑。

(三)

十一年前,笔者博士论文将诠释学理论引入私法研究并在2004年以《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》之名出版。之后,笔者思考重点逐渐转向此项研究的教科书化,本书可视为笔者博士论文工作的继续,不同的是,本书对于诠释学的基本知识与理论脉络不再专作介绍,而直接将其运用于具体的规范解释。是否成功,有待读者检验。

1905年,初露学术峥嵘的黑克在《德意志法律家杂志》发表“利益法学与法律信守”一文,首次祭出“利益法学”大旗,矛头直指概念法学,代表传统潘德克顿法学的佐姆起而应战。几个回合后,佐姆以前辈口吻用一段语重心长的告诫结束这次论战:“即便我们的学术样式必须改变,亦不可能通过框架建议或单纯的否定性批判实现。表达是一种艺术。有关方法或艺术规则的争论价值甚微,惟有作品才具有说服力。希望‘利益法学’的代表以实际行动表明:他们才是更好的艺术家!惟有如此,才能真正符合学术的要求。”对此告诫,笔者时刻谨记于心。

本书在笔者十年讲稿的基础上增删而成,正式写作则历时两年有余,但即便如此,时间仍颇为紧张,加之书稿篇幅已是不小,成稿时不得不删去讲稿中基础理论部分的“私法自治”与“民法方法论”两章,若干章节内容亦不得不从权。缺憾是前行的动力,希望将来有机会弥补一二。

法规缩略语表

《案例指导规定》:《最高人民法院关于案例指导工作的规定》

《保险法》:《中华人民共和国保险法》

《裁判规范规定》:《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》

《产品质量法》:《中华人民共和国产品质量法》

《城市房地产管理法》:《中华人民共和国城市房地产管理法》

《城镇集体所有制企业条例》:《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》

《担保法》:《中华人民共和国担保法》

《担保法解释》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

《独资企业登记管理办法》:《个人独资企业登记管理办法》

《独资企业法》:《中华人民共和国个人独资企业法》

《法院组织法》:《中华人民共和国人民法院组织法》

《反不正当竞争法》:《中华人民共和国反不正当竞争法》

《个人所得税法》:《中华人民共和国个人所得税法》

《公司法》:《中华人民共和国公司法》

《公司法解释二》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》

《公司法解释三》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》

《公务员法》:《中华人民共和国公务员法》

《国家赔偿法》:《中华人民共和国国家赔偿法》

《海商法》:《中华人民共和国海商法》

《合伙企业法》:《中华人民共和国合伙企业法》

《合同法》:《中华人民共和国合同法》

《合同法解释一》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》

《合同法解释二》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》

的解释(二)》

《合资企业法》:《中华人民共和国中外合资经营企业法》

《合作企业法》:《中华人民共和国中外合作经营企业法》

《环境法》:《中华人民共和国环境法》

《婚姻法》:《中华人民共和国婚姻法》

《婚姻法解释一》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》

《继承法》:《中华人民共和国继承法》

《继承法意见》:《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》

《经济合同法》:《中华人民共和国经济合同法(已失效)》

《矿产资源法》:《中华人民共和国矿产资源法》

《劳动法》:《中华人民共和国劳动法》

《劳动合同法》:《中华人民共和国劳动合同法》

《立法法》:《中华人民共和国立法法》

《买卖合同解释》:《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《民法通则》:《中华人民共和国民法通则》

《民商事合同案件指导意见》:《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》

《民事诉讼法》:《中华人民共和国民事诉讼法》

《民诉法意见》:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》

《民通意见》:《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》

《民用航空法》:《中华人民共和国民用航空法》

《名誉权解答》:《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》

《名誉权解释》:《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》

《农村土地承包法》:《中华人民共和国农村土地承包法》

《农民专业合作社法》:《中华人民共和国农民专业合作社法》

《拍卖法》:《中华人民共和国拍卖法》

《票据法》:《中华人民共和国票据法》

《票据问题规定》:《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》

《企业所得税法》:《中华人民共和国企业所得税法》

《侵权精神损害赔偿解释》:《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任

若干问题的解释》

《侵权责任法》:《中华人民共和国侵权责任法》

《全民所有制工业企业法》:《中华人民共和国全民所有制工业企业法》

《森林法》:《中华人民共和国森林法》

《商标法》:《中华人民共和国商标法》

《商品房买卖解释》:《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《收养法》:《中华人民共和国收养法》

《水法》:《中华人民共和国水法》

《司法解释规定》:《最高人民法院关于司法解释工作的规定》

《诉讼时效规定》:《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的解释》

《土地管理法》:《中华人民共和国土地管理法》

《外资企业法》:《中华人民共和国外资企业法》

《未成年人保护法》:《中华人民共和国未成年人保护法》

《物权法》:《中华人民共和国物权法》

《宪法》:《中华人民共和国宪法》

《乡镇企业法》:《中华人民共和国乡镇企业法》

《消法》:《中华人民共和国消费者权益保护法》

《信托法》:《中华人民共和国信托法》

《刑法》:《中华人民共和国刑法》

《刑事诉讼法》:《中华人民共和国刑事诉讼法》

《行政强制法》:《中华人民共和国行政强制法》

《行政诉讼法》:《中华人民共和国行政诉讼法》

《野生动物保护法》:《中华人民共和国野生动物保护法》

《渔业法》:《中华人民共和国渔业法》

《招标投标法》:《中华人民共和国招标投标法》

《证券法》:《中华人民共和国证券法》

《著作权法》:《中华人民共和国著作权法》

《著作权法实施条例》:《中华人民共和国著作权法实施条例》

《专利法》:《中华人民共和国专利法》

简目

CONTENTS

001 民法教科书及其写法(代自序)

005 法规缩略语表

第一编 基础理论

003 第一章 民法基础

003 第一节 民法的概念

016 第二节 民法总则编

035 第三节 民法的法源

043 第二章 民法规范理论

043 第四节 法律规范的概念与结构

050 第五节 民法规范的传统分类

061 第六节 个别规范与法律行为

第二编 法律行为

073 第三章 法律行为的本质

073 第七节 法律行为的概念

085 第八节 中国法上的民事法律行为

109	第四章 法律行为的效力自治
109	第九节 法律行为的效力基础
122	第十节 法律行为效力自治的时间维度
132	第五章 法律行为的类型
132	第十一节 法律行为的分类
139	第十二节 契约
149	第六章 负担行为与处分行为
149	第十三节 基本概念
157	第十四节 分离原则
170	第十五节 抽象原则
184	第七章 意思表示的一般原理
184	第十六节 意思表示的概念
195	第十七节 意思表示的生效
209	第十八节 意思表示的解释
228	第八章 法律行为的效力瑕疵
228	第十九节 效力瑕疵及其事由
233	第二十节 判断能力与法律行为
255	第二十一节 意思保留与法律行为
260	第二十二节 单方错误与法律行为
272	第二十三节 表意自由与法律行为
284	第二十四节 事务处置与法律行为
287	第二十五节 强制秩序与法律行为
301	第二十六节 效力瑕疵的基本形态

319	第九章 代理
319	第二十七节 代理概说
330	第二十八节 意定代理权
349	第二十九节 无权代理

第三编 权利主体

367	第十章 自然人
367	第三十节 民法上的人
370	第三十一节 自然人的权利能力
387	第三十二节 自然人的行为能力
390	第三十三节 人格的保护
401	第三十四节 户籍与住所的民法意义

406	第十一章 自然人的团体构造——法人
406	第三十五节 法人概说
415	第三十六节 法人的分类
423	第三十七节 法人权利能力:开始与消灭
435	第三十八节 法人权利能力:根据与范围
447	第三十九节 法人行为能力
454	第四十节 法人目的的性质

463	第十二章 自然人的其他团体构造
463	第四十一节 家庭
468	第四十二节 非法人团体

第四编 权利理论

- 483 **第十三章 权利的一般原理**
- 483 第四十三节 权利的概念
- 491 第四十四节 权利的实证法体系
- 498 第四十五节 权利的分类
- 507 第四十六节 权利的界限
-
- 518 **第十四章 权利的时间属性**
- 518 第四十七节 法律关系与时间
- 520 第四十八节 诉讼时效的基本原理
- 534 第四十九节 诉讼时效的计算
-
- 546 **第十五章 权利的救济**
- 546 第五十节 请求权基础理论
- 554 第五十一节 权利的私力救济
-
- 561 **条文索引**

详目

CONTENTS

民法教科书及其写法(代自序) / 001

法规缩略语表 / 005

第一编 基础理论

第一章 民法基础 / 003

第一节 民法的概念 / 003

一、“民法”的语源 / 003

(一) 西文 / 003

(二) 中文 / 004

二、调整对象学说 / 005

(一) 学说史略 / 005

(二) 《民法通则》第2条 / 007

三、公法与私法 / 008

(一) 各种学说 / 008

(二) 区分的相对性 / 010

(三) 区分的价值 / 010

(四) 调整对象学说与公私法之区分 / 011

四、民法与其他法域 / 011

(一) 宪法 / 011

(二) 商法 / 013

(三) 经济法 / 014

(四) 民事诉讼法 / 015

(五) 刑法 / 016

第二节 民法总则编 / 016

一、概说 / 016

二、法典功能定位与总则编 / 017

(一) 法典功能与私法自治 / 017

(二) 法典目标读者与总则编 / 021

三、总则编的构成 / 024

(一) 总则编史略 / 024

(二) 公因式提取标准 / 025

(三) 括号之外的元素 / 026

四、总则编的改造 / 034

第三节 民法的法源 / 035

一、法源的含义 / 035

二、民法法源的基本框架 / 036

(一) 规范法源 / 036

(二) 法律 / 036

(三) 法律解释 / 037

(四) 司法解释 / 038

三、习惯的法源地位 / 039

四、法律行为(契约)的法源性 / 041

第二章 民法规范理论 / 043

第四节 法律规范的概念与结构 / 043

一、法律规范的概念 / 043

二、规范、规则与原则 / 044

(一) 概念用法 / 044

(二) 实质差别论与程度差别论 / 044

三、民法规范的逻辑结构 / 046

(一) 完全规范 / 046

(二) 不完全规范 / 046

(三) 规范的体系性与不完全性 / 050

第五节 民法规范的传统分类 / 050

一、任意规范与强制规范 / 050

(一) 民法规范的任意性 / 050

(二) 任意规范的功能及其识别 / 050

(三) 强制规范及其功能 / 053	
(四) 半强制规范 / 055	
二、强行规范、许可规范与授权规范 / 055	
(一) 强行规范 / 056	
(二) 许可规范 / 056	
(三) 授权规范 / 057	
(四) 小结 / 058	
三、行为规范与裁判规范 / 059	
(一) 行为规范 / 059	
(二) 裁判规范 / 061	
第六节 个别规范与法律行为的 / 061	
一、积极行为规范何在? / 061	
二、凯尔森的个别规范理论 / 061	
(一) 法律规范的传统特征 / 061	
(二) 个别规范与规范的层级构造 / 062	
三、法律行为的规范品格 / 064	
(一) 法律行为之为个别规范 / 064	
(二) 私法自治与规范创制 / 065	
(三) 法律行为规范的效力来源 / 067	

第二编 法律行为

第三章 法律行为的本质 / 073

第七节 法律行为的概念 / 073	
一、法律行为的功能 / 073	
二、法律行为及其相邻概念 / 078	
(一) 概念体系 / 078	
(二) 法律行为与情谊行为 / 078	
(三) 法律行为与事实行为 / 081	
(四) 法律行为与准法律行为 / 082	
第八节 中国法上的民事法律行为 / 085	
一、民事法律行为概念之缘起 / 085	
(一) 前《民法通则》的民事法律行为 / 085	
(二) 《民法通则》中的民事法律行为 / 086	
二、民事法律行为概念的语用逻辑 / 087	
(一) 民事法律行为概念的赋值考量 / 087	
(二) 民事行为的含义 / 088	
三、法律行为概念的“合法性矛盾” / 089	

(一) 合法性挑战 / 089	
(二) 德国法学的用法 / 092	
(三) 苏联法学的影响 / 095	
(四) 所谓合法性矛盾 / 098	
四、“民事”法律行为的法域区分价值 / 100	
(一) 潘德克顿法学中的法域界定 / 100	
(二) 法律行为与私法自治 / 101	
(三) 法律行为与行政行为 / 104	

第四章 法律行为的效力自治 / 109

第九节 法律行为的效力基础 / 109	
一、法律行为的自治途径 / 109	
(一) 行为自由 / 109	
(二) 效果自主 / 110	
二、法律行为效力基础的传统见解 / 111	
三、法律行为的构成要件 / 112	
(一) 构成要件的传统功能 / 112	
(二) 要件理论及其意义 / 113	
(三) 要件理论的重塑 / 115	
(四) 本书见解 / 118	
四、法律行为效果自主的正当性 / 119	
第十节 法律行为效力自治的时间维度 / 122	
一、法律行为的附款 / 122	
(一) 法律行为效果自主与附款 / 122	
(二) 附款的许可性 / 122	
(三) 附款的种类 / 123	
二、条件 / 123	
(一) 条件的构成 / 123	
(二) 条件的类型 / 125	
(三) 不真正条件 / 128	
(四) 条件的效力 / 129	
(五) 条件成就与不成就的拟制 / 130	
三、期限 / 130	
(一) 期限的构成 / 130	
(二) 期限的类型 / 130	
(三) 期限的法律适用 / 131	

第五章 法律行为的类型 / 132

第十一节 法律行为的分类 / 132	
--------------------	--

一、单方法律行为与数方法律行为 / 132	二、分离原则的基础 / 158
(一) 单方法律行为 / 132	(一) 理念基础 / 158
(二) 契约 / 133	(二) 规范基础 / 159
(三) 决议 / 133	三、分离原则否定论 / 160
二、财产行为与身份行为 / 134	(一) 行为一体抑或行为分离? / 160
三、给予行为与非给予行为 / 135	(二) 事实行为抑或法律行为? / 165
四、有偿行为与无偿行为 / 135	(三) 生活写照抑或分析工具? / 167
五、诺成行为与要物行为 / 136	(四) 债权意思抑或物权意思? / 168
六、要式行为与不要式行为 / 138	第十五节 抽象原则 / 170
七、生前行为与死因行为 / 139	一、抽象原则的含义 / 170
第十二节 契约 / 139	(一) 法律原因 / 170
一、契约的概念 / 139	(二) 要因行为与抽象行为 / 171
(一) 立法定义 / 139	(三) 外部抽象与内部抽象 / 172
(二) 概念体系 / 140	(四) 绝对抽象与相对抽象 / 173
二、契约原则 / 141	二、抽象原则的基础 / 173
三、要约 / 143	(一) 理念基础 / 173
(一) 需受领的单方意思表示 / 144	(二) 规范基础 / 174
(二) 内容具体确定 / 144	三、抽象原则的功能 / 177
(三) 具有受法律拘束的意思 / 144	(一) 厘清法律关系 / 177
四、承诺 / 145	(二) 捋顺法律效果 / 178
(一) 意思表示向要约人作出 / 145	(三) 维护交易安全 / 180
(二) 对要约表示同意 / 146	四、抽象原则否定论 / 181
(三) 适时到达 / 146	(一) 对原权利人不公平 / 181
五、契约的特殊订立方式 / 147	(二) 功能替代 / 182
(一) 交叉要约 / 147	五、抽象原则的限制 / 183
(二) 拍卖契约 / 147	
(三) 招标投标契约 / 147	第七章 意思表示的一般原理 / 184
六、合意与不合意 / 148	第十六节 意思表示的概念 / 184
第六章 负担行为与处分行为 / 149	一、意思表示与法律行为 / 184
第十三节 基本概念 / 149	(一) 要素说 / 184
一、负担行为 / 149	(二) 工具说 / 185
二、处分行为 / 152	二、无意思表示之法律行为? / 186
三、概念关联 / 154	(一) 事实契约理论 / 186
四、区分标准 / 154	(二) 事实契约理论的衰落 / 186
(一) 法律效果 / 154	(三) 事实契约理论的中国版本 / 188
(二) 处分权 / 155	三、意思表示的构成 / 188
(三) 效力的相对性与绝对性 / 156	(一) 外部要素 / 188
(四) 特定原则与确定原则 / 156	(二) 内部要素 / 192
(五) 目的无涉 / 157	(三) 复合式概念的正当性 / 193
第十四节 分离原则 / 157	第十七节 意思表示的生效 / 195
一、分离原则的含义 / 157	一、意思表示的基本类型 / 195
	(一) 是否需要受领 / 195

(二) 受领人是否在场 / 196
二、意思表示的发出 / 197
(一) 发出的含义 / 197
(二) 发出的判断 / 197
(三) 发出的法律意义 / 199
三、需受领意思表示的到达 / 199
(一) 到达的含义 / 199
(二) 到达在场人的判断 / 200
(三) 到达不在场人的判断 / 201
(四) 理解问题对到达的影响 / 202
(五) 到达障碍 / 203
(六) 到达的法律意义 / 205
四、需受领意思表示的生效时点 / 205
(一) 对不在场人的意思表示 / 205
(二) 对在场人的意思表示 / 206
五、意思表示的撤回与撤销 / 207
(一) 意思表示的撤回 / 207
(二) 意思表示的撤销 / 208
第十八节 意思表示的解释 / 209
一、意思表示解释的性质 / 209
(一) 理解意义抑或消除歧义? / 209
(二) 事实问题抑或法律问题? / 211
(三) 意思表示解释与法律解释 / 213
二、意思表示解释目标 / 215
(一) 解释终于何处? / 215
(二) 意思主义 / 216
(三) 表示主义 / 217
(四) 意思表示解释与风险分配 / 218
三、意思表示解释因素 / 222
(一) 解释诸因素 / 223
(二) 解释因素、解释方法抑或解释规则? / 225
四、补充解释 / 226
(一) 单纯解释与补充解释 / 226
(二) 补充解释的功能 / 226
(三) 任意规范先于补充解释 / 227

第八章 法律行为的效力瑕疵 / 228

第十九节 效力瑕疵及其事由 / 228
一、法律行为效力根源与效力瑕疵 / 228
二、法律行为效力瑕疵概观 / 228
(一) 无效 / 229

(二) 有效却可撤销 / 230
三、效力瑕疵事由概览 / 230
(一) 绝对无效事由 / 230
(二) 未决的无效事由 / 230
(三) 可撤销事由 / 231
四、法律行为效力瑕疵的判断流程 / 231
第二十节 判断能力与法律行为 / 233
一、判断能力与法律行为效力 / 233
二、判断能力的暂缺 / 233
(一) 意思表示的发出与受领 / 233
(二) 间歇性精神病人发病期间与神志不清 / 234
三、行为能力 / 235
(一) 行为能力的概念 / 235
(二) 行为能力的界定依据 / 237
(三) 行为能力的程度分界 / 238
四、无行为能力与法律行为效力 / 243
(一) 法律效果 / 243
(二) 无行为能力人实施法律行为的方式 / 243
五、限制行为能力与法律行为效力 / 246
(一) 自由行为领域 / 246
(二) 受管制行为领域 / 250
第二十一节 意思保留与法律行为 / 255
一、意思保留与行为效力 / 255
二、通谋虚伪行为 / 256
(一) 基本结构 / 256
(二) 效力规则 / 256
(三) 实证规范 / 256
(四) 通谋虚伪行为与法律规避行为 / 257
三、单独虚伪表示 / 258
(一) 内心保留 / 258
(二) 非诚意表示 / 258
(三) 内心保留与非诚意表示 / 259
第二十二节 单方错误与法律行为 / 260
一、错误概说 / 260
(一) 术语界定 / 261
(二) 法律行为错误与私法自治 / 261
(三) 解释先于撤销 / 262
二、错误的形态 / 263

(一) 意思表示错误 / 263	(一) 要式行为的正当性 / 296
(二) 意思形成错误 / 265	(二) 法律效果 / 296
(三) 特殊错误形态 / 267	第二十六节 效力瑕疵的基本形态 / 301
三、错误与意思表示的因果关联 / 270	一、无效 / 301
四、错误与误传 / 271	(一) 无效概说 / 301
五、错误人的损害赔偿 / 271	(二) 部分无效 / 303
第二十三节 表意自由与法律行为 / 272	(三) 相对无效 / 303
一、意志的自由表达与法律行为效力 / 272	二、未决的无效 / 307
二、受恶意欺诈的法律行为 / 273	(一) 法律效果的二阶性 / 307
(一) 构成要件 / 273	(二) 同意的一般规则 / 307
(二) 法律效果 / 275	(三) 允许的特殊规则 / 308
(三) 第三人欺诈 / 276	(四) 追认的特殊规则 / 308
(四) 权利竞合 / 277	(五) 相对人的催告与撤回 / 309
三、受非法胁迫的法律行为 / 278	三、可撤销 / 309
(一) 构成要件 / 278	(一) 法律效果的二阶性 / 309
(二) 法律效果 / 281	(二) 撤销行为 / 309
四、危难被乘的法律行为 / 281	(三) 负担行为与处分行为的可撤销性 / 315
(一) 构成要件 / 281	(四) “变更权” / 317
(二) 法律效果 / 282	
(三) 危难被乘、显失公平与暴利行为 / 283	
第二十四节 事务处置与法律行为 / 284	第九章 代理 / 319
一、自治原则与事务处置 / 284	第二十七节 代理概说 / 319
二、无权处分 / 284	一、代理制度与私法自治 / 319
(一) 构成要件 / 285	二、代理的概念 / 319
(二) 法律效果 / 286	(一) 法定代理、意定代理与机关代理 / 320
三、无权代理 / 287	(二) 代理中的法律关系 / 321
第二十五节 强制秩序与法律行为 / 287	(三) 代理理论 / 322
一、私法自治与强制秩序 / 287	三、代理的构成 / 324
二、违反法律禁令的法律行为 / 288	(一) 行为的可代理性 / 324
(一) 法律规范与法律行为的效力 / 288	(二) 代理人为意思表示 / 324
(二) 法律禁令的类型 / 289	(三) 显名原则 / 326
(三) 转介条款 / 292	(四) 代理权 / 328
三、违背公序良俗的行为 / 292	四、代理的法律效果 / 329
(一) 公共秩序与善良风俗 / 292	(一) 效果归属 / 329
(二) 社会公共利益与公序良俗 / 292	(二) 代理人的意思表示瑕疵 / 329
(三) 违背公序良俗行为的构成 / 294	(三) 善意的判断 / 330
(四) 法律效果 / 295	第二十八节 意定代理权 / 330
四、形式强制 / 296	一、意定代理抑或委托代理? / 330
	二、代理权的授予 / 331
	(一) 授权行为之作出 / 331
	(二) 授权行为与基础法律关系 / 332

三、代理权的类型 / 337	
(一) 个别代理权、类代理权与一般代理权 / 337	
(二) 单独代理权与共同代理权 / 338	
(三) 本代理权与复代理权 / 338	
四、代理权的限制 / 340	
(一) 自我行为之禁止 / 340	
(二) 代理权滥用之禁止 / 342	
五、代理权的撤回与撤销 / 343	
(一) 代理权的撤回 / 343	
(二) 代理权的撤销 / 343	
六、代理权的消灭 / 346	
(一) 意定代理权的消灭 / 346	
(二) 法定代理权的消灭 / 348	
第二十九节 无权代理 / 349	
一、狭义无权代理与表见代理 / 349	
二、狭义无权代理的法律效果 / 349	
(一) 被代理人与第三人之间的关系 / 349	
(二) 代理人与第三人之间的关系 / 351	
(三) 被代理人与代理人之间的关系 / 353	
三、表见代理 / 354	
(一) 表见代理的规范依据 / 354	
(二) 表见代理的发生原因 / 356	
(三) 表见代理的构成要件 / 359	
(四) 表见代理的法律效果 / 361	

第三编 权利主体

第十章 自然人 / 367

第三十节 民法上的人 / 367	
一、人在法典中的位置 / 367	
二、民法观念中的人 / 368	
(一) 人的两种表述 / 368	
(二) 以自然人为模型 / 369	
(三) 两种“观念自然人” / 369	
第三十一节 自然人的权利能力 / 370	
一、权利能力与自然人的主体地位 / 370	
(一) 权利能力的概念 / 370	
(二) 权利能力的性质 / 372	
二、权利能力的开始 / 374	
(一) 出生之完成 / 374	

(二) 胎儿的权利能力 / 375	
三、权利能力的终止 / 377	
(一) 死亡的法律性质 / 377	
(二) 死亡的判断 / 377	
(三) 死亡的时间推定 / 379	
四、死亡宣告 / 381	
(一) 死亡宣告的要件 / 381	
(二) 死亡宣告的效力 / 383	
(三) 死亡宣告的撤销 / 384	
第三十二节 自然人的行为能力 / 387	
一、行为能力与自然人的主体地位 / 387	
二、行为能力欠缺者的制度保护 / 387	
(一) 消极保护与积极保护 / 387	
(二) 监护人顺位 / 388	
(三) 监护义务 / 388	
(四) 监护人的指定 / 389	
(五) 委托监护 / 389	
第三十三节 人格的保护 / 390	
一、人格的法律意义 / 390	
(一) 作为主体资格的人格 / 390	
(二) 作为人的尊严的人格 / 391	
二、人格权概念 / 391	
三、一般人格权 / 392	
四、具体人格权 / 394	
(一) 概览 / 394	
(二) 生命权 / 395	
(三) 健康权 / 396	
(四) 身体权 / 396	
(五) 姓名权 / 396	
(六) 肖像权 / 397	
(七) 名誉权 / 398	
(八) 隐私权 / 398	
五、死者人格问题 / 400	
第三十四节 户籍与住所的民法意义 / 401	
一、户籍 / 401	
二、住所 / 402	
三、失踪宣告制度 / 403	
(一) 体例安排 / 403	
(二) 失踪宣告的要件 / 404	
(三) 失踪宣告的效力 / 404	

- (四) 失踪宣告的撤销 / 404
- (五) 失踪宣告制度之检讨 / 404

第十一章 自然人的团体构造:法人 / 406

- 第三十五节 法人概说 / 406
 - 一、法人与民法上的人 / 406
 - 二、作为法律构造物的法人 / 407
 - (一) 法人的概念 / 407
 - (二) 法人的构造 / 410
 - 三、法人的内部结构 / 412
 - (一) 意思形成机关 / 413
 - (二) 意思表示机关 / 414
 - (三) 监督机关 / 414
- 第三十六节 法人的分类 / 415
 - 一、法人分类的意义 / 415
 - 二、公法人与私法人 / 416
 - 三、社团法人与财团法人 / 417
 - (一) 划分标准 / 417
 - (二) 构造差异 / 418
 - 四、营利法人、公益法人与中间法人 / 420
 - 五、《民法通则》的分类 / 421
 - (一) 企业法人 / 421
 - (二) 机关法人 / 421
 - (三) 事业单位法人 / 421
 - (四) 社会团体法人 / 422
 - (五) 法人型民办非企业单位 / 422
- 第三十七节 法人权利能力:开始与消灭 / 423
 - 一、法人权利能力的开始 / 423
 - (一) 法人的设立原则 / 423
 - (二) 法人的设立方式 / 425
 - (三) 法人的成立标志 / 426
 - (四) 设立中法人 / 428
 - 二、法人权利能力的消灭 / 429
 - (一) 法人权利能力消灭的标志 / 429
 - (二) 法人终止与法人清算 / 430
 - (三) 法人终止的原因 / 432
 - 三、法人的变更 / 433
 - (一) 法人变更及其登记 / 433
 - (二) 法人的合并 / 434
 - (三) 法人的分立 / 434

- (四) 法人的形态变更 / 434
- (五) 法人的目的事业变更 / 435

第三十八节 法人权利能力:根据与范围 / 435

- 一、法人权利能力的根据 / 435
 - (一) 学说 / 435
 - (二) 评略 / 435
- 二、法人人格权 / 437
 - (一) 权利能力范围与法人人格权 / 437
 - (二) 法人名称权 / 438
 - (三) 法人名誉权 / 439
 - (四) 本书见解 / 440
- 三、财产法上的法人权利能力 / 440
 - (一) 法人财产权利能力范围及其限制 / 440
 - (二) 公法人的目的限制 / 441
 - (三) 非营利法人的经营限制 / 441
 - (四) 营利法人的投资限制 / 443
 - (五) 法人逾越权利能力的行为效力 / 445
- 四、法人限制权利能力 / 446

第三十九节 法人行为能力 / 447

- 一、法人本质学说与法人行为能力 / 447
 - (一) 学说 / 447
 - (二) 立法例 / 449
- 二、法人行为能力的范围 / 452
- 三、法人不法行为能力 / 453

第四十节 法人目的的性质 / 454

- 一、法人目的事业的意义 / 454
- 二、经营范围与法人目的 / 454
- 三、法人目的与法人权利能力 / 455
 - (一) 越权规则及其继受 / 455
 - (二) 《民法通则》中的经营范围 / 456
- 四、法人目的与法人行为能力 / 457
- 五、法人目的与代理理论 / 459

第十二章 自然人的其他团体构造 / 463

- 第四十一节 家庭 / 463
 - 一、家庭的法律意义 / 463
 - 二、农户 / 463
 - 三、个体工商户 / 464

- (一) 个体工商户的概念 / 464
- (二) 个体工商户的设立 / 466
- (三) 个体工商户的终止 / 466
- (四) 个体工商户的权利能力 / 467

四、农村承包经营户 / 467

- (一) 农村承包经营户的概念 / 467
- (二) 农村承包经营户的设立 / 467
- (三) 农村承包经营户的权利能力 / 468

第四十二节 非法人团体 / 468

一、概说 / 468

- (一) 非法人团体的类型 / 468
- (二) 非法人团体的权利能力 / 469

二、个人独资企业 / 472

- (一) 个人独资企业的概念 / 472
- (二) 个人独资企业的设立 / 473
- (三) 个人独资企业的终止 / 474
- (四) 个人独资企业的权利能力 / 474

三、合伙 / 475

- (一) 合伙史略 / 475
- (二) 个人合伙 / 475
- (三) 合伙团体 / 476
- (四) 合伙企业的设立 / 478
- (五) 合伙企业的终止 / 479
- (六) 合伙企业的权利能力 / 480

第四编 权利理论

第十三章 权利的一般原理 / 483

第四十三节 权利的概念 / 483

一、“权利”的语源 / 483

- (一) 西文 / 483
- (二) 中文 / 484

二、权利的本质 / 485

- (一) 意志理论 / 485
- (二) 利益理论 / 487
- (三) 本书见解 / 488

三、权利的取得 / 489

- (一) 原始取得与继受取得 / 489
- (二) 个别继受与概括继受 / 490
- (三) 自权利人处取得与非自权利人处

取得 / 491

四、权利的消灭 / 491

- (一) 绝对消灭 / 491
- (二) 相对消灭 / 491

第四十四节 权利的实证法体系 / 491

一、《民法通则》中的权利框架 / 491

- (一) 财产所有权和与财产所有权有关的财产权 / 492
- (二) 债权 / 492
- (三) 知识产权 / 492
- (四) 人身权 / 493

二、单行法中的权利图景 / 493

- (一) 物权 / 493
- (二) 继承权 / 494
- (三) 债权 / 496
- (四) 知识产权 / 496
- (五) 亲属权 / 496
- (六) 社员权 / 496

三、我国实证法权利体系概览 / 497

第四十五节 权利的分类 / 498

一、绝对权与相对权 / 498

- (一) 区分界限 / 498
- (二) 区分意义 / 499

二、支配权、请求权、抗辩权与形成权 / 500

- (一) 支配权 / 500
- (二) 请求权 / 501
- (三) 抗辩权 / 502
- (四) 形成权 / 504

三、原权与救济权 / 505

四、完整权与期待权 / 506

五、主权利与从权利 / 507

第四十六节 权利的界限 / 507

一、自由行为与权利界限 / 507

二、诚实信用原则 / 508

- (一) 概说 / 508
- (二) 功能 / 510

三、禁止权利滥用原则 / 511

- (一) 概说 / 511
- (二) 效力 / 515

四、诚实信用与禁止权利滥用 / 515

第十四章 权利的时间属性 / 518

第四十七节 法律关系与时间 / 518

- 一、法律关系的时间结构 / 518
 - (一) 时间结构中的权利享有者 / 518
 - (二) 时间结构中的权利 / 518
- 二、时间与管制 / 519
- 三、期日与期间 / 520
 - (一) 功能与概念 / 520
 - (二) 期间的计算规则 / 520
 - (三) 规范性质 / 520

第四十八节 诉讼时效的基本原理 / 520

- 一、诉讼时效概说 / 520
 - (一) 功能 / 520
 - (二) 语词表述 / 521
- 二、诉讼时效的适用对象 / 522
 - (一) 对象范围 / 522
 - (二) 债权请求权 / 523
 - (三) 物权请求权 / 523
 - (四) 基于人格权的请求权 / 525
 - (五) 基于亲属权的请求权 / 526
- 三、诉讼时效的效力 / 526
 - (一) 抗辩权发生 / 526
 - (二) 债务人放弃抗辩 / 528
 - (三) 债务人履行 / 529
 - (四) 从权利的效力 / 529
- 四、诉讼时效的规范性质 / 530
 - (一) 强制规范? / 530
 - (二) 正当性 / 531
- 五、诉讼时效与除斥期间 / 533
 - (一) 除斥期间的功能 / 533
 - (二) 除斥期间与诉讼时效 / 533

第四十九节 诉讼时效的计算 / 534

- 一、诉讼时效期间 / 534
 - (一) 普通时效期间 / 534
 - (二) 特别时效期间 / 535
 - (三) 最长时效期间 / 537
- 二、诉讼时效的开始 / 537
 - (一) 客观期间与主观期间 / 537
 - (二) 类型化规则 / 538
- 三、诉讼时效的障碍 / 541

- (一) 障碍类型 / 541
- (二) 诉讼时效的中止 / 543
- (三) 诉讼时效的中断 / 543
- (四) 诉讼时效的延长 / 545

第十五章 权利的救济 / 546

第五十节 请求权基础理论 / 546

- 一、权利救济概说 / 546
- 二、民事诉讼与请求权 / 546
 - (一) 权利之私法救济的样式 / 546
 - (二) 两种请求权 / 547
 - (三) 请求权与诉权 / 547
 - (四) 请求权在私法救济体系中的枢纽地位 / 548
- 三、请求权基础体系 / 549
 - (一) 请求权基础的类型 / 549
 - (二) 请求权基础的检视 / 550
- 四、请求权基础的多元性 / 552
 - (一) 请求权基础多元性的含义 / 552
 - (二) 规范排斥竞合 / 552
 - (三) 择一竞合 / 553
 - (四) 请求权聚合 / 553
 - (五) 请求权竞合 / 554

第五十一节 权利的私力救济 / 554

- 一、私力救济的样式 / 554
- 二、正当防卫 / 555
 - (一) 概念 / 555
 - (二) 构成要件 / 555
 - (三) 法律效果 / 556
- 三、紧急避险 / 556
 - (一) 概念 / 556
 - (二) 构成要件 / 556
 - (三) 法律效果 / 557
- 四、自助行为 / 559
 - (一) 概念 / 559
 - (二) 构成要件 / 559
 - (三) 自助行为的界限 / 560
 - (四) 法律效果 / 560

条文索引 / 561



第一编 | 基础理论

第一章 民法基础

第二章 民法规范理论

第一章 民法基础

第一节 民法的概念

一、“民法”的语源

了解语词构形演化与意义流变,能够为理解概念提供有益的历史视角。

(一) 西文

“民法”源于罗马法上的 *ius civile*。罗马私法曾被三分为 *ius naturale*(自然法)、*ius gentium*(万民法)与 *ius civile*(市民法),其中,自然法适用于包括人在内的一切生物,万民法系人类一体适用的法律,市民法则是专属罗马市民适用的法律。^① 不过,这一分类未被罗马法贯彻始终。公元 212 年,卡拉卡拉大帝(Caracalla)一项法律规定,全部帝国臣民均得适用市民法。自此,万民法与市民法的界限逐渐烟消。^②

中世纪时,基督教会在与世俗王室的权力争斗中提出,不仅精神之剑,世俗之剑亦应执掌于教会之手。^③ 教会法因而近乎全面控制了世人生活。十一世纪以后,随着古罗马 *corpus iuris civilis*(市民法大全)重见天日,世俗法学家以之抗衡教会法,从而形成二元的法律结构。此时,*ius civile* 所偏重的,乃是与 *ius canonicum*(寺院法)相对的“世俗法”之含义。^④

随着教会法逐渐退出世俗领域以及市民阶级、个人主义观念的兴起,罗马法对欧洲社会的影响再次占据主导地位,*ius civile* 之称谓为许多国家所继受,如法语 *droit civil*、意大利语 *diritto civile*、德语 *Zivilrecht*(日耳曼词根的同义表达是 *bürgerliches Re-*

① Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, *Corpus Iuris Civilis: Die Institution (Text und Übersetzung)*, 3. Aufl., S. 2 f.

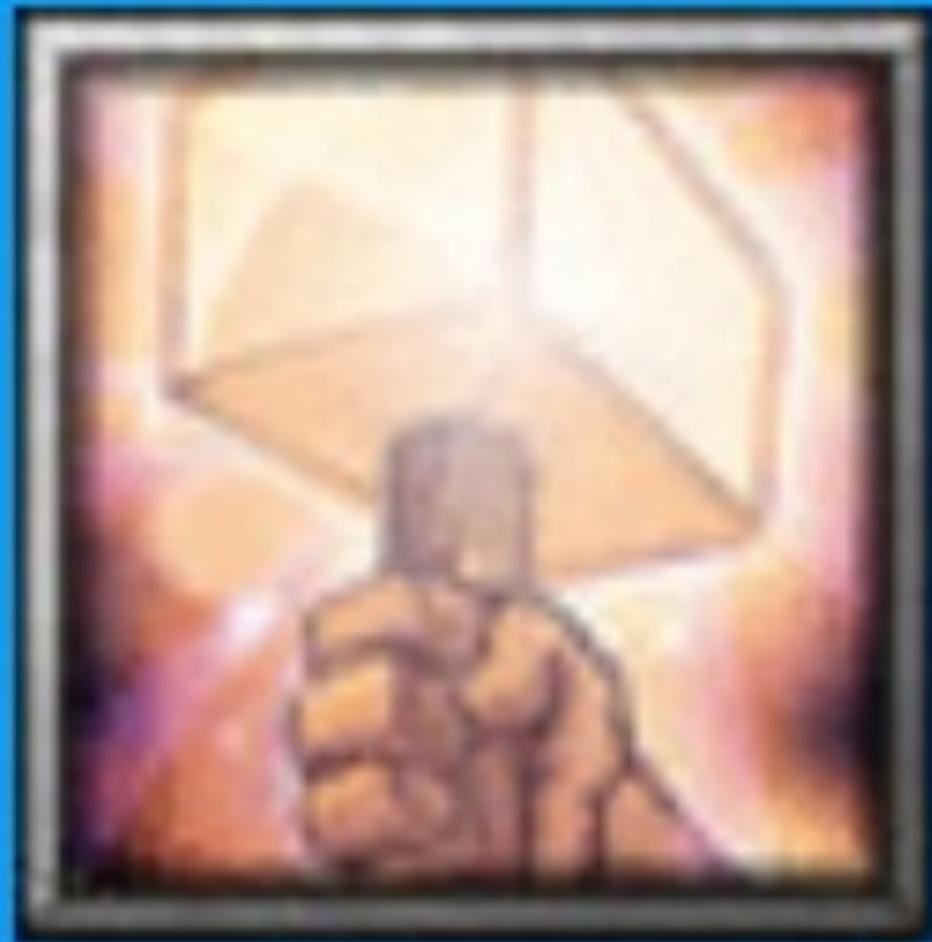
② Gustav Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung 1*, 1950, S. 5.

③ [美]伯尔曼:《法律与革命(第1卷)——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,法律出版社 2008 年版,第 107 页;[美]G. F. 穆尔:《基督教简史》,郭舜平、郑德超、项星耀、材纪焘译,商务印书馆 1996 年版,第 174—175 页。

④ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., 1967, S. 72; Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 2. Aufl., 2000, S. 287.

www.docsriver.com

搜索商家 巨力电子书



cht)等。同时,《法国民法典》(Code Civil)^①、《德国民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch)^②、《瑞士民法典》(Schweizerisches Zivilgesetzbuch)^③、《意大利民法典》(Codice Civile Italiano)^④等莫不以此为名。唯须注意者,各立法例下,虽同以语词 civil(Zivil)指称民法典,但用法略有不同:在民商分立的法德,民法典一般不包括商法规则;奉民商合一的瑞意,则将商法规则一并纳入其中。

(二) 中文

清季变法,曾出现“国律”、“文律”、“民律”等不同语词^⑤,最终选定“民法”,通说认为,典籍无所本,系因袭日本的结果。^⑥唯清光绪33年民政部奏请厘定民律称:“中国律例,民刑不分,而民法之称,见于尚书孔传。”^⑦查《尚书孔传》释“咎单作明居”云:“咎单,臣名,主土地之官。作明居民法一篇,亡。”又《史记·殷本纪》:“咎单作明居。”马融注曰:“咎单,汤司空也。明居民之法也。”另查《荀子·王制》:“修堤梁,沟通沟洫,行水潦,安水臧,以时决塞,岁虽凶败水旱,使民有所耘艾,司空之事也。”显然,所谓“明居民法”,系明晓民众筑土安居之法之谓,典籍中的“民”、“法”二字,甚至未尝构为一词,与今日所称“民法”,相去自是不可以道里计。

西法东渐中,日本率先接纳西方法律体系,并以汉字组合“民法”二字作为 ius civile 的对译语词。^⑧对此译名,张俊浩教授颇不以为然,讥之为“貌似神失,移桔变枳”的误译,理由是,ius civile 意为“市民法”,而“市民法”注入了“私法”、“私权法”、“市民社会的法”等诸多信息,一字之差的“民法”则将这些信息“差不多全给丢掉了”。^⑨管见以为,日本这一“依字义直译”^⑩的译名虽然未必如何高明,似乎也不至于误译。civis(Bürger)从古罗马开始,基本含义即是作为特定人群的“市民(城市居民)”,相应的,civitas(Bürgerrecht)特指“市民身份”或“市民权”,因而,罗马时期的 ius civile 实际

① 若无特别说明,本书所引用的《法国民法典》条文内容,来自于罗结珍译:《法国民法典》,北京大学出版社2010年版。

② 若无特别说明,本书所引用的《德国民法典》条文内容,系作者根据德文原文自译。

③ 若无特别说明,本书所引用的《瑞士民法典》条文内容,系作者根据德文原文自译。

④ 若无特别说明,本书所引用的《意大利民法典》条文内容,来自于《意大利民法典》,费安玲、丁玫、张宓译,中国政法大学出版社2004年版。

⑤ 俞江:《近代中国法学语词的生成与发展》,载氏著:《近代中国的法律与学术》,北京大学出版社2008年版,第11页。

⑥ 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第8页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页;王伯琦:《民法总则》(第8版),台湾“国立编译馆”1979年版,第1页。

⑦ (清)朱寿朋编:《光绪朝东华录》(第5册),中华书局1958年版,总第5682页。

⑧ 唯翻译的具体途径说法不一。曾任《日本民法典》起草委员的富井正章称:“民法之名称,乃日儒箕作麟祥氏,翻译法兰西法典始用之。”氏著:《民法原论》(第1卷),陈海瀛、陈海超译,杨廷栋修正,中国政法大学出版社2003年版,第35页。穗积重远与松坂佐二氏则谓:乃庆应4年,津田真道自荷兰语翻译而来。转引自郑玉波著:《民法总论》(修订第11版),黄宗乐修订,台湾三民书局2008年版,第9页。

⑨ 张俊浩主编:《民法学原理》(上册)(修订第3版),中国政法大学出版社2000年版,第5—6页(张俊浩)(合著作品在页码之后标出征引内容的作者;未标出者,即表明该书未显示作者分工。下同)。

⑩ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。

上是典型的身份立法的产物。这一传统,直到1794年的《普鲁士普通邦法》(ALR, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten)依然得以延续。邦法将国民区分为农民身份(Bauerstand)、市民身份(Bürgerstand)与贵族身份(Adelstand)三种类型,分别予以不同的权利。^①潘德克顿法学(Pandektenrecht)以bürgerliches Recht指称ius civile,同时将后者身份立法的含义去除,伯默尔(Gustav Boehmer)指出:“bürgerliches Recht并不是专门适用于依出生或职业身份而确定的‘市民’或其社会阶层的法律,它不过是如同其他众多流传至今的法律术语,系罗马法术语的借用,自拉丁语词jus civile翻译而来。在古罗马的演进中,这一概念早已失去与特定‘身份’的关联。”^②就此而言,以“市民法”作为对译语词固然贴近ius civile的原意,但原意中的身份立法含义亦可能被一并带入。

无论“民法”之表述源自何处、与本义的差距有多大,既已约定俗成,自不必推倒重来,况且,起源于罗马的ius civile在社会变迁中,含义本非一成不变。对于理解概念,比语词选择更重要的,是概念如何实际使用。不过,张教授的批评虽稍严苛,其间所表现的市民社会与政治国家分野的观念,以及在此背景下对于私权神圣的尊崇,却无疑是切中肯綮的。

二、调整对象学说

对于多数新中国法学家而言,欲要了解民法概念如何实际使用,必先明确其调整对象。一个极具代表性的说法是:“民法调整对象问题的研究将关系到我国民法科学的建立、民法典的编纂以及司法实践中对民法规范的正确运用。因此,民法对象是民法科学中首先应该解决的一个基本问题。”^③《民法通则》第2条正是这一观念的结果。

(一) 学说史略

有关民法调整对象的讨论为苏联法学所引发。调整对象问题,被认为是苏维埃社会主义法律体系的构建、民法典的制定、法律的正确适用以及法律教育的开展诸环节的根本问题,为此,1938—1940年与1954—1955年,苏联曾发起过两次大规模的讨论。^④讨论之后,民法教科书的标准表述是:苏维埃社会主义民法调整一定范围的财产关系和与此相联系的人身非财产关系。其中,财产关系包括社会主义组织之间的财产关系、社会主义组织与公民之间的财产关系以及公民之间的财产关系,人身非财产关系则与人身不可分离而无财产内容,如荣誉权、名誉权、姓名权、著作权等。至于

^① Gustav Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung I, 1950, S. 5.

^② a. a. O., S. 4 f.

^③ 佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第2页(佟柔)。

^④ 《关于苏维埃民法对象的讨论总结》,王明毅译,载《苏维埃民法的对象论文集》,全国人民代表大会常务委员会办公厅编译室编印(印行年份不详),第63—64页。

婚姻家庭关系,因其“如此特殊”,以至于不能如资产阶级般划归民法之列。^①

苏联关于调整对象的讨论曾全面影响新中国民法学。“两个一定”(一定范围的财产关系与一定范围的人身非财产关系)的表述在较长时期内成为各民法教科书的固定表达。^②对此成说,佟柔先生表示,所谓“一定范围”,过于笼统,不足为训,综观法律史,民法均是为调整商品关系而设,只不过因社会发展阶段不同,所调整的分别是简单商品关系、资本主义商品关系或社会主义商品关系,在社会主义初级阶段的我国,民法的调整对象自然是社会主义商品关系。^③

佟柔先生对于苏联范本的修正,意义在于:第一,佟先生基于商品经济的特性,力证当事人地位平等与等价有偿乃是民法的基本原则,而苏联法学虽亦称“公民享有平等权利”,但主要是在按劳取酬的分配原则方面强调平等^④,至于民事交往中的地位平等问题,则存而不论。佟先生认为,奉行按劳取酬原则的,与其说是属于民法范畴,不如归诸劳动法调整更为恰当。^⑤地位平等与等价有偿原则,后被写入《民法通则》第3条与第4条。第二,依佟先生之见,苏联的“两个一定”说之所以含糊,还在于它其实未为民法确定一个统一的调整对象,“商品关系”说则既为民法确立统一的调整对象,更由此划出民法与其他法律尤其是经济法的界限。佟先生指出,经济法是把某种具体的经济现象、经济过程作为自己的调整对象,不具有统一性,调整时,需要借助民法、行政法、劳动法、财政法甚至刑法等多种调整手段,因此不成其为独立的法律部门。^⑥当是时也,依托于计划经济的经济法观念颇有否弃民法并取而代之之势,佟柔先生的“商品关系”说,为风雨飘摇的民法确立了生存根基,自有其不可磨灭的历史功绩。

① [苏]谢列布洛夫斯基:《苏联民法概论》,赵涵舆译,人民出版社1951年版,第3页;[苏]斯·恩·布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版1954年版,第3—8页;[苏]Д. М. 坚金主编:《苏维埃民法》(第1册),中国人民大学民法教研室(李光谟、康宝田、邬志雄)译,法律出版社1956年版,第16—17页(坚金);[苏]B. П. 格里巴诺夫、С. М. 科尔涅耶夫主编:《苏联民法》(上册),中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,第3—11页。

② 举其要者如,中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第19页;西南政法学院民法教研室编:《中华人民共和国民法讲义》,1980,第1—4页;北京政法学院民法教研室讲授:《民法讲义》(上册),第三期全国律师训练班录音整理,1981,第2页(江平);佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第2页(佟柔);王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超等编:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第6页;陈国柱主编:《民法学》,吉林大学出版社1984年版,第1页(王建国)。

③ 佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第2—5页(佟柔)。

④ [苏]斯·恩·布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1954年版,第12页。

⑤ 佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第6页(佟柔)。

⑥ 同上书,第7—8页(佟柔)。关于民法与经济法的关系,佟柔先生在稍后出版的《中华人民共和国民法原理》(上册)(全国第三期法律专业师资进修班民法班整理,1983年7月)中有详细论证(第32—54页)。

（二）《民法通则》第2条

1986年4月12日六届全国人大四次会议通过的《民法通则》（1987年1月1日起施行）第2条是关于调整对象的规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”在调整对象的表述中直接突出“平等主体”，这一界定方式于当时的法学界略显陌生，就笔者所见，《民法通则》之前的教科书，唯杨振山先生关于民法的定义与之相似：“民法是统治阶级根据自己的意志制定的，用以调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。”^①不过，在佟柔先生眼里，所谓“平等主体”，也许不过是“商品关系”的另一种表述，因为，“在商品经济社会，平等主体间的关系必然取决于商品经济关系，并以商品经济关系为核心”。^②

除“平等主体”这一中国元素外，《民法通则》第2条的表述其实还是打上了鲜明的苏联烙印，不仅“公民之间、法人之间、公民和法人之间”这等繁琐的表述明显自苏联财产关系的三分法改造而来，“财产关系和人身关系”之并列，亦是舶来苏联法学之物。尤具说明价值的是，苏联民法所称人身关系，只是荣誉权、名誉权、姓名权、著作权中的人身权等如今被归入人格权的关系，亲属法上的身份权则被排除在外，与之相应，《民法通则》颁行之初，教科书在解释第2条之“人身关系”时，亦大多表示：指的是平等主体之间因姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、著作权、发明权等所发生的社会关系。^③

解释不是唯一的。关于“人身关系”的理解，虽然几乎是众口一词，却仍偶有异声。《民法新论》一书即反对将婚姻家庭法独立于民法之外，认为《民法通则》第2条所称人身关系，亦包括夫妻之间、父母子女之间等基于亲属关系而产生的身份权。^④这部由未参与立法的年轻学者编撰的教科书，在解释法律条文时，显然未太多受制于“立法原意”。20世纪90年代以后，“立法原意”越来越远离大众视线。伴随着婚姻、继承法对于民法体系的回归，第2条中的“人身关系”逐渐被拆解为“人格关系”与“身份关系”的合称。^⑤时至今日，《民法通则》颁行未三十年，第2条之“立法原意”已几乎为人所淡忘，法律解释中主观解释与客观解释的消长，于此可见一斑。

《民法通则》之后，学界关于调整对象的争论逐渐偃旗息鼓，普遍转而依制定法框

^① 杨振山、王遂起：《中华人民共和国民法讲义》，中国政法大学函授部印行1984年版，第2页（杨振山）。

^② 佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第8页。

^③ 举其要者如，唐德华主编：《民法教程》，法律出版社1987年版，第5页（王利明）；江平、张佩霖：《民法教程》，中国政法大学出版社1988年版，第4页（江平）；李由义主编：《民法学》，北京大学出版社1988年版，第16页（郑立）；寇志新主编：《民法学》（上册），陕西科学技术出版社1989年版，第27—29页（寇志新）；周元伯主编：《中国民法教程》，南京大学出版社1989年版，第3页（周元伯）；佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第10—14页。

^④ 王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》（上册），中国政法大学出版社1988年版，第16—22页。

^⑤ 如，张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1991年版，第5—6页（张俊浩）。

架进行阐述。

三、公法与私法

从调整对象的角度理解民法概念,这只是众多可能的路径之一。欧陆民法传统中,更通行的路径是公法与私法之分野。在此分野格局中,民法被划归私法之列,或径被当作私法的同义表达。然则公法与私法如何界定?

(一) 各种学说

区分公法与私法的传统在欧陆可谓源远流长,期间形成的理论学说不胜枚举,最具代表性的,莫过于利益、隶属与主体三说。

1. 利益说

罗马法时期,由乌尔比安(Ulpianus)提出并被优士丁尼大帝(Flavius Iustinianus)编入钦定教科书的一个著名论断是:“公法事关罗马国家秩序,私法则涉及个人利益。”^①此即所谓“利益说”(Interessentheorie)。然而,私法中未必没有公共利益的因素,例如,公共利益通常是影响法律行为效力的因素,而亲属法等事关伦理的法律规范,更是与公共利益密切相关;另一方面,社会保障法等公法其实亦是直接关乎个人利益。上述定义显然有欠周延。不仅如此,哈耶克(F. A. von Hayek)甚至认为,公法对应公共利益、私法只保护私人利益的观点,实属是非颠倒之论,从根本上说,私人目的在自由秩序中顺利实现才是真正的维护公共利益之道,通过政府组织实现公共福祉,反倒是拾遗补缺之举。^②

另外,“利益说”的缺陷还在于,以“利益”属性为判断标准,可能为“一切法律皆公法”的主张提供支持。德国纳粹法律理论即宣称,所有法律均是实现人民共同利益的工具,因此,私法亦是关乎公共利益之法,与公法别无二致。^③如今,“利益说”在法国依然占据主导地位^④,在德国则几乎无人再予支持。^⑤

2. 隶属说

“隶属说”(Subordinationstheorie)或称“主体地位说”(Subjektionstheorie)曾长时间在德国占主导地位。^⑥该说主张:第一,在法律关系的内容方面,公法关系中主体地位具有隶属关系,下位意志受制于上位意志;私法则规范平等主体之间的关系,任何一

^① Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis: Die Institution (Text und Übersetzung), 3. Aufl., 2007, S. 2.

^② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第209—210页。

^③ Hans Carl Nipperdey, Das System des bürgerlichen Rechts, in: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, 1938, S. 98; Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1996, Rn. 2.

^④ [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第66页。

^⑤ Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, Rn. 17.

^⑥ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rn. 8.