

耿林 著

私法

规范、自由、强制

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

平法學文叢

耿
林
著

民法

规范、自由、强制


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法:规范、自由、强制 / 耿林著. —北京:法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7561 - 7

I. ①私… II. ①耿… III. ①私法—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 036244 号

私法:规范、自由、强制

耿 林 著

责任编辑 刘文科 李峰沅

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 24.75 字数 391 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7561 - 7

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)

耿 林

男，1963年10月生，已婚并育有一女。籍贯地，安徽省全椒县。家乡全椒地处江淮之间，毗邻长江北岸，属椒陵之地，儒林之乡。在家乡完成高中及以前教育之后，即离开故土北上就学。一路之上，经历了本科阶段的山东大学（法学）、硕士阶段的吉林大学（政治学）。喘息一下，来到中原大地的郑州大学，先后从事政治学与民法学的教学工作，间或也从事一点法律实务。温饱有余之后，对专业深造的渴望与追求油然而生。于是，2001年，重启求学模式，二次北上，来到北京的清华大学，师从崔建远教授研习民法；其间，曾重拾德语并短暂在德国交流学习，浸润欧风。这一阶段的知识积累与能力提高，是作者人生中又一次重要转折点；德语的利用则为此后教学研究与学术兴趣准备了必要的工具。2009年从郑州大学法学院再次辗转北上，以“人才”引进方式忝列清华法学院教员至今。一点愿望是，在安静的校园里静心做事而不计功名。卑微人生，何足张扬。

未曾有显赫的社会兼职，也未曾有鸿篇巨制发表。曾出版有《强制规范与合同效力》（民主与法制出版社，1999年版）一书，略算作者用心之作。零星论作，已收集于本文集，尚待方家评鉴。

以上简介虽略显离经叛道，惟愿读者能从中更全面与鲜活地认识作者。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这 20 年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育 20 年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对 21 世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015 年 5 月 5 日

于清华园明理楼

前 言

法律是规范的技艺,离开规范无从谈起法律及法学。在大陆法系是这样,在英美法系也不例外,所不同的,也许只是英美法系规范的表现形式不同罢了。因为无论是行为指引还是后果裁判,无不以一定的规范作为依据。心中有规范,才会心外有结果。因此,确定或发现规范、解释规范以及运用规范,就是法学的全部事业。

作为法学知识的传授者兼法学研究者,笔者在多年教学之余所思考的方向也大致如此:民法规范及其解释。这里的规范,又可进一步区分成规范本身与规范的编纂技术。前者主要是关于对规范内容的思考,后者则更多偏向对规范表现形式的研究。规范内容的焦点,被投放在民事规范的基本性质区分之上,即强制规范与自由的际遇分野。这也几乎构成民事规范的永恒宏大主题,但也是民事理论与实务不可须臾回避的具体困境。笔者多年对此予以关注与研究。相关成果,除了专门的研究拙著《强制规范与合同效力》之外,还有写就的数篇思考小文。这些文字便是本文集所选辑的十九篇发表或者未发表的文章。它们分为四部,从一般规范研究、规范编纂技术研究、规范的解释研究,再到规范的自由与强制关系研究,试图体现从总到分、从一般外围到核心问题的结构脉络。虽然第四部才直接涉及规范的本质,但是,从更广的意义上说,本文集所有各篇的主题又何尝不是从不同角度在表现与揭示民法规范的强制与自由关系呢!可以说,自由与强制构成了作者多年来思考民法问题的中心,也是本书的价值主线。

至于民事规范的运用,虽然是法律艺术的一部分,且是最具现实意义的一部分,也是应用学科的目的,但按照作者对法学教育功能的认识,本文集未能将之纳入其中。在大陆法系国家,法学的基本使命可以用三个概念来概

括：规范、解释与运用。规范是基础，是立法的对象，也是法学研究的对象与法律运用前提（大前提）；解释是以规范为文本的诠释学过程，是以规范为起点同时也是终点的文义性、体系性、目的性与正当性作业；运用则是一切法学与法律活动的终极目的，是将生活事实代入大前提，并运用恩吉施教授的穿梭法得出公正个案裁判的法实践活动。它是决定法律学科性质的基本规定性。三者之间互相联系，不可割裂。如果把法学教育区分为大学教育与实践教育的话，则在大学专业教育中，法律人培养的目标主要应注重规范及其解释。至于法运用，除基本方法与简单训练可在大学阶段完成外，更多地应由专门的实践教育阶段来完成，比如像德国的第一次国家考试之后的两年多的专门实践教育。这一过程绝不是简单、零星地穿插在大学教育期间的实习或诊所课程所能完全替代的。准此以言，我国专门的法学实践教育阶段，必须在大学教育阶段之外得到补充与完善。因此，本文集未将重点落在大学法学教育基本任务之外，即未涉及法律运用方法方面的讨论，也是作者的一点良苦用心，想借此彰显自己所理解的法学教育理念。

寥寥数语，以作先导，期待以此将各篇思想凝聚，并阐释文集主题。

目 录

第一部 私法规范一般研究

民法基本原则研究	003
合同订立研究	021
论代理	038
论法国民法典	077
奥地利损害赔偿法的新发展	123

第二部 私法规范的编纂技术

合同成立与合同生效的立法定位研究	145
规范编纂技术研究	155
论法律规范的过度抽象	185
合同法中合同内容的规制	194

第三部 私法规范的解释

论要约的形式拘束力	205
论诉讼上抵销的性质	220
论我国物权法上的动产抵押制度	229
民法解释学对我国合同法的影响	250
中国侵权法上的违法性及其法律依据	281
悬赏广告与其他相关行为之辨析 ——兼评孙震诉邢良坤悬赏广告纠纷一案及其一审判决	294

第四部 自由与强制

私法自治的限制	303
公司向其股东提供担保的合同效力认定	326
论无预售许可的商品房预售合同效力 ——兼评商品房买卖合同司法解释第二条与第九条	357
福利彩票中强制性规定的法律适用	374
后记	386

第一部 私法规范一般研究

民法基本原则研究

目 次

- 一、民法基本原则的基本含义
- 二、我国民法基本原则的功能
- 三、民法基本原则的适用
- 四、民法基本原则的内容:以解释论为基础

一、民法基本原则的基本含义

(一)原则的含义

“原则”(principle)一词有多种含义。在日常用语中,原则指一般意义上的“规则”,即“说话或行事所依据的法则或标准”。比如,人们常说,“办事要讲原则”,意指要按照规则要求或者规矩办事。原则也可以指“大的方面”。比如,“他原则上同意这个方案”。在西语中,principle(原则)的日常用语与汉语有大致相同的含义,即可指“作为人的行为准则使用的规则”(a rule used by a person as a guide for action)。^①从汉语构词上考察,“原则”有“最初的准则或者规范”的意思,因为,汉语“原”字有“最初的”、“开始的”^②的意思,而“则”字,有“制度、规章”、“模范、规范”^③的意思。这与西文类似。Principle从词源上考察,最早来自拉丁语 *principium* (pl. *principia*),意指“开始”、“第一”的意思,从1413年开始有“起源”、“渊源”的意思;1532年起有“行为的一

① See *Longman Dictionary of Contemporary English*, 1978, main entry “Principle”, p. 869.

② 《新华大辞典》编委会编:《新华大辞典》(彩色版),商务印书馆国际有限公司2004年版,第1101页,“原”字头第1义项。

③ 同上书,1120页,“则”字头,第1、第2义项。

般规则”(general rule of conduct)的意思;1653年起有“善或道德准则”的意思。^④

(二) 法的原则及其分类

渊源于日常用语的“原则”在法律用语中也有不同含义,这在英美法系和大陆法系都具有一定的相似性。“原则”既可以指一般意义上的法律规则,也可以指不同抽象层次意义上的法律规则,直至最抽象的自然法上的原则或者判例法以外的一般法律原则。^⑤ 比如,《欧洲合同法原则》(PECL)以及由欧洲学者完成的具有欧盟民法典功能的《共同参照框架草案》(DCFR)^⑥都是在一般规则意义上使用“原则”(principle)一词。^⑦ 作为一般意义上的法律规则,即具体规则意义上的原则,是相对于具体案件事实来说的,因为一个具体的规则可以反复地适用到相同或者类似案件事实中去。就法律的内部结构而言,每一个法律规范对生活事实的概括适用程度又存在差别,因此,我们可以根据这种差别区分出不同层次的法律“原则”来。区分的标准不同,类型也会有差别。^⑧ 比如,从规则的概括程度,即适用范围上的差别角度,^⑨ 我们可以将原则区分成:

1. 整个法制的原则

这些原则,或者是直接产生于法律思想,或者来源于宪法的基本原则,比如,人格平等、行为自由、法不溯及既往、无罪推定、禁止专制、比例原则、法律

^④ Online Etymology Dictionary, 2010 Douglas Harper, entry “principle”, on the website: <http://dictionary.reference.com/browse/principle>.

^⑤ 德沃金(Ronald Dworkin)使用的“原则”含义,与“规则”相对。参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版公司2000年版,第49页以下。德沃金的一般法律原则是正义、公平和法律安定性。Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press 1986.

^⑥ Study Group & Acquis Group (prepared), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, sellier. European Law Publishers, 2009.

^⑦ 参见《欧洲合同法原则》第1:101条第1款; Study Group & Acquis Group (prepared), *DCFR*, outline edition, sellier. European Law Publishers, 2009, p. 9. 美国法的资料参见[美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版。

^⑧ 比如,奥地利著名民法学者 Franz Bydliniski 1988年出版了《基本法律原则》之后,又在其1996年出版的《私法的制度与原则》一书中,用近800页的篇幅共阐释了140条之多的私法原则。S. Bydliniski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien, New York: Springer, 1996; Rezensiert von Dieter Medicus, in *AcP*, (197)1997, S. 317-322.

^⑨ 类似的分类方法,如日本星野英一教授的分类,即将法律原则分成:关系法律全体的原则、作为制度的根据在学问中所主张的原则、表明民法典内在的基本价值的原则和比较纯粹的法技术的原则四类。参见梁慧星:《民法总论》(第3版),法律出版社2007年版,第44页。

的安定性,等等。

2. 民法的前提性原则,如私法自治(意思自治)、所有权绝对(自由)、自我决定(与自己责任)。

3. 民法的基本原则,如,诚实信用、公序良俗、强制规范违反禁止。

4. 民法部门原则,比如,合同自由(合同法)、直接支配(物权)、一夫一妻(婚姻法)。

5. 民法部门内部原则,比如,格式条款的含义不明时,应作对格式条款使用人不利的解释(《合同法》第41条第2句)。

从规则的抽象性及其作用角度,我们可以将民法原则区分成:^⑩

1. 原则:即一般规则(rules)。

2. 基础性原则(underlying principle):支持具体规则(rules)存在的理由——自由、安全、正义、效率。

3. 指导性原则(overriding principle):宏观上居于具体规则之上,从法典之外整体上对法典予以政策影响的原则,是抽象的法的基本价值——保护人权、促进社会稳定、增强社会责任、增进社会福祉、推进市场经济发展。

其中,基础性原则是手段,指导性原则是目的。

(三)民法基本原则

在民法中,对基本原则(general principles; Grundprinzipien; Rechtsgrundsätze)的理解与定位也存在仁者见仁的现象。但是,民法基本原则应该考虑到民法的自身规范特点,应当对民法全部规范有共同适用性,既要体现出民法基本原则同民法外的其他规范之间的差别,也要体现与民法内部特定领域原则之间的不同。

基本原则的特征主要有:第一,基本原则是根本准则,应当贯穿于整个民法,统率民法的各项制度及规范。第二,基本原则体现民法的基本价值,是民法立法、执法、守法及研究的总指导思想。第三,基本原则是国家对民事关系

^⑩ Study Group & Acquis Group (prepared), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, pp. 13 - 17. 苏格兰学者 Walker 教授则将私法规范按抽象程度不同区分成学说(doctrines)、原则(principles)和规则(rules)。参见 David M. Walker, *Principles of Scottish Private Law*, 3rd ed., Vol. I, Clarendon press Oxford 1982, p. 30 ff.