

申卫星 著

民法基本范畴研究

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

平法學文叢

申卫星 著

民法基本范畴研究

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法基本范畴研究 / 申卫星著. —北京: 法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7527 - 3

I. ①民… II. ①申… III. ①民法—世界—文集
IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 027460 号



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 21 字数 328 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 - 7527 - 3

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)



清华大学法学院复建二十周年

申卫星

山东日照人，1970年4月出生于黑龙江省东宁县。申卫星教授分别毕业于吉林大学法学院、中国政法大学研究生院，获得法学学士、法学硕士和法学博士学位，2001年至2003年曾在北京大学法学院博士后流动站从事民法学研究和教学工作。现为清华大学法学院教授、博士生导师。此外兼任中国法学会民法学研究会理事、中国卫生法学会副会长。

申卫星教授具有丰富的海外进修经历，1999年10月至2000年10月作为教育部公派访问学者赴德国科隆大学法学院进修一年，2002年6月至9月德国弗莱堡大学法学院高级访问学者，2009年1月至11月美国哈佛大学法学院富布赖特访问学者，德国洪堡学者（2015—2016年度）。

申卫星教授主要研究领域为民法学，至今出版《期待权基本理论研究》和《物权法原理》等专著、教材16部，发表法学学术论文60余篇，其中有2篇被《新华文摘》全文转载；著有英文和德文论文，多篇论文被翻译日文、韩文和法文。曾获清华大学学术新人奖、北京市第十届哲学社会科学优秀成果二等奖、中国法学会优秀科研成果奖（民法学科论文奖），获得“首都教育先锋”、第七届“全国十大杰出青年法学家”称号。

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的对国家的热爱、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

这是我的第一本文集,有必要以前言的方式交代一下本文集构成的内在逻辑及其主要内容,以为导读。

本文集选取了我自 1992 年从事法学教育和法学研究以来的部分研究成果,涉及民法典、民事法律行为、民事法律关系以及期待权、形成权等民事基本权利类型和地役权、居住权、优先权、债权人代位权、债权人撤销权等基本民事权利制度,故名之为《民法基本范畴研究》。

在我看来,民法基本范畴研究的深度,标志着中国民法学成熟的程度。所谓民法基本范畴,是指民法学的基石概念,它们构建了民法科学的体系。如民事法律行为、民事法律关系、民事法律责任,以及支配权、请求权、抗辩权、形成权、期待权等民事基本权利类型。之所以称其为民事基本权利类型,就是因为它们都是一类权利群,对这类权利的研究具有很强的法律适用的示范效应。比如,研究清楚了形成权乃是以一方意思表示而对民事法律关系发生变化的权利,其效力强大,对方当事人只有“屈从”的义务,其行使受到除斥期间的限制。我们就可以对追认权、选择权、撤销权等形形色色的具体权利进行定性、归类以及相应地法律适用。由此可见,对于这些民事基本权利类型的研究,也会推动中国民法学的科学化进程。

在我的学术研究视野中,最早引起我注意的民法基本范畴还是民事法律行为制度。民事法律行为作为实现民法基本理念“私法自治”的技术工具,以其“意思表示”来构建自我负责的理想生活,在现代民法学的发展中扮演着最为重要的角色。然而在我大学学习民法时,民法学的教材一再强调民事法律行为的一个核心特征是“合法性”,而不是“意思表示”。这主要是受《民法通则》第 54 条规定的影响,即“民事法律行为是公民或者法人设立、变更和

终止民事权利和民事义务的合法行为”。当时,我朴素地认为这样定义法律行为有问题,因为合同也是法律行为,那么无效合同是否还是法律行为,是否还是合同呢?且法律行为应该是当事人的行为,其合法与否完全不取决于当事人的意志,只要其意思表示在于设定、变更或者终止一定的法律关系就应该是法律行为,至于效果上是否能够有效,并不影响其作为法律行为的一种。怀着这种疑问,我开始以《对民事法律行为的重新思考》为题进行本科毕业论文的撰写,后来读研究生后,向导师崔建远教授汇报想法,得到鼓励和指导,最终这篇论文发表在《吉林大学社会科学学报》1995年第6期上,是国内当时较早对民事法律行为的合法性提出质疑的论文之一。

这是我学术生涯中发表的第二篇论文(本科期间发表了《环境权初探》一文,1991年),但是对我影响很大,鼓励了我批判探索的研究精神。特别是,我在这篇论文中没有止步于就事论事地讨论民事法律行为的合法性问题,而是在第三部分以这一问题的研究为契机,谈论了概念的形成过程。借鉴哲学理论概念的定义,概念乃“是反映对象的本质属性的思维形式……概念不是永恒不变的,而是随着社会历史和人类认识的发展而变化的”,由此得出概念是发展的,而制约概念发展的因素有两个:一是概念所反映的对象的发展程度;另一是人们对于对象的认识程度。考察民事法律行为的原初意义知道其含有合法性,乃是因为当时商品经济尚不发达。商品生产和商品交换行为尚不普遍,国家对商品生产和商品交换行为的控制比较严格,因而规定民事法律行为必须是合法行为,而在现今商品经济蓬勃发展的市场经济时代,市场经济所需要的是具有自觉性、自主性、自为性、自律性的主体,以充分尊重当事人的意见表示,这将有利于激发民事主体的积极性和创造性,尤其是在社会主义市场经济体制的建立阶段,在私法自治原则渐受肯认和尊崇的时代,强调意思表示是民事法律行为的核心,就更具有现实意义了。

对民事法律关系的研究,是我对民法基本范畴研究的又一个努力。民事法律关系乃是民法学之纲。只有领会了民事法律关系的精髓,才能把握民法及民法学的精要,起到纲举而目张的效果。而对于民事法律关系内容构成的认识,传统民法理论仅仅局限于民事权利和义务,这种认识无助于我们对于日益复杂的社会关系的认知和调整,有鉴于此,笔者在大量借鉴德国学者拉伦茨(Larenz)、伯蒂歇尔(Bötticher)、葡萄牙学者平托(Pinto)以及我国学者

韩忠模等的论述,阐述了民事法律关系的内容由积极要素和消极要素两部分构成,内容非常丰富。通过此文笔者传达的信息是,我们应该对民事法律关系的内容构成反思。法律是社会生活关系的反映,社会生活关系永远是丰富多彩,反映社会生活关系的法律关系在其内容构成上也必然是丰富多彩的、多种多样的。否则,我们的理论面对纷繁复杂的社会生活现实将捉襟见肘,无以为应。

而“权利”则是民事法律关系的核心。对于“权利”一词,一直被我国民法学界误解为来自日本。其实,即使现代意义上“权利”,也是我国首创,尔后为日本发扬广大,这一点已由法史学者李贵连教授进行了充分的考证,却一直为我们民法学者所忽视,我通过《溯源求本道“权利”》一文,证明“权利”一词是出口转内销的“回归词”。对于权利的本质,我利用德文文献对意思说、利益说、意思力说和法力说进行充分的学说史考察,但我认为这些学说虽然富有洞见,但均抽象持论,而笔者认为,权利乃是法律人用以描述这个世界、认识这个世界、表达这个世界进而改造这个世界的法律技术工具。

我硕士论文选题是优先权,这是法国民法的一项特殊担保制度,旨在赋予特种债权以破除债权平等而优先受偿的效力,日本称之为先取特权,非常形象地描述了该权利的本质。可以说,对优先权制度的研究锻炼了我的法律思维,特别是在论证优先权是一项权利还仅是特种债权本身的一种效力?是权利的话,究为实体性权利还是程序性权利?在实体权利中如何论证其为一种法定担保物权,这些研究,以点带面,使我有机会对物权法的基础理论进行反思,填补了我国对优先权制度研究的空白,也引导了我国学者对优先权研究的热情。本文集中的《信心与思路:我国设立优先权制度的立法建议》是我对优先权制度研究的总结。

在博士研究阶段我选取了“期待权”这一耳熟能详却又人云亦云的话题,进行了较为系统的研究。研究过程很是艰苦,几度想放弃,还好坚持下来,不仅获得了博士学位,也全面提升了自己运用德文文献研究的能力。《期待权研究导论》是我对期待权研究的一个前期成果,具体可以参考我的专著《期待权基本理论研究》。

1999年3月15日,统一合同法得以通过,令人振奋。其中《合同法》第73条和74条所规定的债权人代位权和债权人撤销权,在当时还是新鲜事物,

围绕其法律适用争论不断,我分别于1999年和2000年撰文就这两项权利的构成要件和法律效果进行法律解释学探讨,并提出了采目的性扩张的方式拓展其法律适用范围,以更好地发挥该制度的实际效果。

结合物权立法,我对地役权、居住权、典权等进行了理论联系实际的有针对性的研究,尽管有些制度没有为物权立法采纳,相信未来会有机会写入中国民法典。物权法通过后,如何理解物权法定与意思自治对物权法的适用至关重要,这可以说是物权法的两个重要范畴。针对物权立法出现的通俗化与科学化、实用性与体系性如何平衡,2005年我在《政治与法律》杂志上撰文《物权立法宏观三思》,提出了物权立法应坚持通俗化,但切不可因通俗化而损及物权立法的科学化;而在物权立法的实用性和体系化之间,笔者认为,切不可因某些制度的实用性不大不予规定,而损及物权法体系的圆满,从而难以发挥各个物权制度之间的有机联系和配合机制。这些思考受到Canaris教授的大作《法学中的体系化思考与体系化概念》(*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1968)的影响。特别是,其著作引用康德在《纯粹理性批判》中对“体系”最经典的界定:“所谓体系不过是在一个思想下对多样性认识的统一”,以及萨维尼对法律体系的界定:“法律体系是所有法律制度和法律规则联成一个整体的内在联系”,深具启发性。Canaris进一步认为,体系化思想(*Systemdenken*)与体系化概念(*Systembegriff*)为现代法学发展的一个基本特征,其实,这些思考方式,不独物权法有此要求,时下热议的中国民法典的起草更是要贯彻这种体系化的思维。

就中国民法典的起草,他山之石,可以攻玉。本文集收录了我1999年到德国学习时翻译的《百年民法典》,这篇文章原载于德国《新法学周刊》(NJW)2000年第一期,系我的指导老师霍恩教授为《德国民法典》实施一百年而作。2000年正值江平教授70华诞之际,霍恩教授特嘱笔者将该文译成中文,以志祝贺,并附信祝愿江老师在中国法律进步、现代化和人类相互理解的事业中拥有更多的生活乐趣和创造力。通过此文的翻译,让我了解了百年德国民法典的历史,本身就是德国发展的一面镜子。“给德国民法典滴上了一滴社会油”,形象地描述了其法律制度的变迁,因应了社会发展的需要。此文还在方法论上探讨了制定法与法官法,指出了德国通过法院和法学研究推动法律发展的事实。最终预见性讨论了未来走向一部欧洲民法典的可能

性。该文信息量很大,现在想来,翻译此文对我是一个极大的挑战。

而德文论文 *Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche Vertragsrecht*,也是这一时期开始写作,逐步完成,最终纳入了霍恩教授 70 岁生日的祝寿文集 “*Zivil-und Wirtschaftsrecht im Europäische und Globalen Kontext* (*Private and Commercial Law in a European and Global Context*, Verlag Walter de Gruyter GmbH & Co KG, Berlin/New York 2006.) 这篇论文主要介绍了中国统一合同法起草的背景和起草中争议的 10 个问题,纳入本文集,权作当年辛苦留学的一个纪念。

《社会进步、人的发展与现代民法》一文,则是我对民法在现代社会的功能和角色的反思,这将有助于我们当下正在讨论的中国民法典的起草。我们如果怀有崇高理想,力求制定一部与 19 世纪法国民法典和 20 世纪德国民法典相媲美的、代表 21 世纪发展潮流的中国民法典,首先需要解决的问题是未来中国民法典的定位与品性的塑造。不能仅仅将民法定位于社会主义市场经济的基本法,应该进一步提升中国民法典的地位,认识到民法所蕴涵的对人的发展和社会进步的重要作用,认识到民法的发达程度标志一个社会的文明程度,认识到民法所引入的私法理念、权利意识、契约意识、责任意识,有助于建立以人的自由和平等为本位的私法秩序,同时也是为建设法治国家、民主政治奠定真正的法律基础。唯有如此,我们才能制定一部无愧于这个时代的伟大的中国民法典。

申卫星

2015 年 7 月 12 日于清华大学明理楼

目 录

第一专题 中国民法的品性与中国民法典的制定

社会进步、人的发展与现代民法

——由《民法通则》颁行 20 周年遥想未来中国民法典	003
百年民法典	020
宏观三思物权立法	038

第二专题 民事法律行为理论反思

对民事法律行为本质的重新思考	049
法律行为理论四题	056

第三专题 民事法律关系的重构

对民事法律关系内容构成的反思	083
溯源求本道“权利”	103

第四专题 民事基本权利类型研究

期待权研究导论	121
形成权基本理论	170
地役权的立法价值与模式选择	196
视野拓展与功能转换:我国设立居住权必要性的多重视角	208
信心与思路:我国设立优先权制度的立法建议	234

论债权人代位权的构成与效力
——兼评我国《合同法》第73条 261

论债权人撤销权的构成
——兼评我国《合同法(草案)》第74条 270

物权法定与意思自治
——解读我国《物权法》的两把钥匙 280

Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche Vertragsrecht 300

第一专题 中国民法的品性 与中国民法典的制定