



Youth Series
of
China Foreign
Affairs
University

外交学院青年文库

民法的演进 ——以德国近代私法 理念与方法为线索

*Evolution of Civil Law: Focus on the Idea and
Method of German Private Law of Modern Age*

● 吴香香◎著



世界知识出版社

民法的演进

——以德国近代私法理念与方法为线索

Evolution of Civil Law: Focus on the Idea and
Method of German Private Law of Modern Age

吴香香◎著

图书在版编目 (CIP) 数据

民法的演进: 以德国近代私法理念与方法为线索 /

吴香香著. —北京: 世界知识出版社, 2012.12

ISBN 978-7-5012-4398-3

I. ①民… II. ①吴… III. ①民法—研究—德国—近代 IV. ①D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第291407号

责任编辑
责任出版
责任校对
封面设计

袁路明
赵 玥
张 琨
田 林

书 名

民法的演进——以德国近代私法理念与方法为线索

Minfa de Yanjin: Yi Deguo Jindai Sifa Linian Yu Fangfa Wei Xiansuo

作 者

吴香香 著

出版发行

世界知识出版社

地址邮编

北京市东城区干面胡同51号 (100010)

网 址

www.wap1934.com

电 话

010-65265923 (发行)

印 刷

北京京晟纪元印刷有限公司

经 销

新华书店

开本印张

720 × 1020毫米 1/16 20印张

字 数

320千字

版次印次

2012年12月第一版 2012年12月第一次印刷

标准书号

ISBN 978-7-5012-4398-3

定 价

43.00元

版权所有 侵权必究

目 录

Contents

前 言	1
-----------	---

第一编 民法的私法属性

第1章 民法与私法自治	3
第一节 公法与私法	3
第二节 私法自治	9
小 结	14
第2章 私法的法源	15
第一节 法系与法源	16
第二节 民法的法源	35
小 结	43

第二编 近代民法观念史——以法源论为线索

第3章 法与理性	49
第一节 理性自然法之前的自然法观念	50
第二节 理性自然法与神学的分离	55

第三节 理性自然法与权力分立理论	63
第四节 理性自然法与人民主权理论	71
小 结	76
第4章 法与习惯	79
第一节 历史法学派	79
第二节 概念法学	89
第5章 法与立法者意志	96
第一节 功利主义与命令理论	97
第二节 目的法学与利益法学	107
第三节 立法者意志与法官意志	122
第四节 自然法的复兴	130
小 结	158
第6章 法与规范	161
第一节 凯尔森的纯粹法学	162
第二节 评价法学	171
第三节 哈特的规范理论	177
小 结	182

第三编 民法方法论

第7章 民法的规范理论	189
第一节 民法中的概念	191
第二节 民法的规范	198
第三节 民法的体系	213

第8章 民法的解释	221
第一节 民法的适用	221
第二节 解释的必要性与普遍性	232
第三节 法律解释目标	239
第四节 法律解释方法	246
小 结	256
第9章 民法的续造	258
第一节 法律漏洞	259
第二节 类推：漏洞填补的基本方法	262
第三节 漏洞填补的其他方法	270
第四节 法律解释与法律续造	274
小 结	276
第10章 民法的科学性	279
第一节 法学与自然科学	280
第二节 法学的科学性	284
结 语	293
参考文献	300

第 一 编

民法的私法属性

第1章

民法与私法自治

法律对于权利来讲是一种稳定器，而对于失控的权力来讲则是一种抑制器。从法律上对自由和平等进行规定的目的，就在于确实今天被赋予的权利不会在明天被剥夺掉。^①一般而言，法律中稳定权利的是私法，而规制权力的则是公法。对于私法的解读须在区分公法与私法的语境下展开，而对此二者的区分历来有不同的观点，典型者如关系说、主体说、利益说等，但二者的根本差异恐怕还是在于公法领域奉行“法无授权即禁止”原则，而私法领域则以“法无禁止即自由”，即以私法自治为其一般原则。

第一节 公法与私法

公法与私法的区分，最早见于罗马法，并经由罗马法的继受而成为大陆法系对于法的传统分类。尤士丁尼（Justinian，公元483—565年）的《法学总论》谓：“法律学习分为两部分，即公法与私法。公法

^① [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第317页。

涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”^①

以法的内容是否涉及国家权力关系为标准区分公法与私法的学说被称为关系说。关系说主张，凡法所规定的内容与国家权力发生关联者，即被规范的主体彼此并非居于平等地位，而所涉事项又涉及权力与服从关系者，即为公法，一般认为包括宪法、行政法。而凡是法所规定者为私人间的关系，即平等者之间的关系者，则属私法，如民法。但关系说遭到两方面的质疑：一方面，属于私法的亲属法所规范之父母子女关系，即亲权关系同样涉及服从关系；另一方面，等级相同的国家机关之间的关系由公法调整。

主体说以所涉法律关系的主体为标准，认为规定国家与其下属公共机关相互之间或此二者与普通民众之间关系的法律为公法；而规定个人相互间关系的法律则是私法。虽然主体说避免了关系说的某些缺陷，但从主体立论，仍然难以解释公权力机关以私法主体身份从事私法活动时所适用的规范的性质。“一个法律关系以国家为其当事人一方的事实，并不一定要将国家从私法领域中移出”。^②

利益说以规定公益为目的的法律为公法，以规定私益为目的的法律为私法，但此种区分同样面临质疑：其一，私法规范中也可能有公益内容，如我国《婚姻法》第6条第1句规定：“结婚年龄，男不得早于22周岁，女不得早于20周岁。”就是出于公益目的要求晚婚晚育。再如，我国《民法通则》第58条第5项则规定违反法律或者社会公共利益的法律行为无效。其二，这一区分标准可能因为国家可以是私法关系的当事人而归于无效，在这种情况下，私法无疑保护的是国家利益。其三，我们不能否认维护私人利益也是合乎公共利益的。^③ 其四，以“利益”属性为判断标准，亦为否认公法与私法之区分、所有法律皆奉行公法原则的主张提供了理由，因为在这种主张看来，所有法律均是实现共同利益的工具，因此，私法亦是关乎公共利益之法，与公

① [罗马]查士丁尼：《法学总论：法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第5—6页。

② [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第227页。

③ [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第232页。

法无异。^①

让·雅克·卢梭（Jean Jacques Rousseau，公元1712—1778年）将法律分为政治法（公法）、私法和刑法，分别对应三种关系。其中政治法规定全体对全体的关系，此种比率即主权者：政府 = 政府：国家，^② 以政府为比例中项，即主权者授予政府的权力范围与政府施于国家的权力范围一致，其实质是对于公权力的行使适用“法无授权即禁止”原则。卢梭主张社会契约论，但他认为：“创制政府的行为绝不是一项契约，而只是一项法律；行政权力的委任者绝不是人民的主人，而只是人民的官吏；只要人民愿意就可以委任他们，也可以撤换他们。对于这些官吏来说，绝不是什么订约的问题，而只是服从的问题；而且在承担国家所赋予他们的职务时，他们只不过是履行自己的公民义务，而并没有以任何方式来争论条件的权利。”^③ 应当“永远准备着为人民而牺牲政府，却不是为政府而牺牲人民”。^④ 因而，“在一切真正的民主制之下，行政职位并不是一种便宜，而是一种沉重的负担”。^⑤ 与公法不同，私法则规定成员之间的关系，以及成员对整个共同体的关系。区别于公法、私法的第三种关系是“不服从与惩罚的关系，这一关系就形成了刑法的确立；刑法在根本上与其说是一种特别的法律，还不如说是对其他一切法律的制裁”。^⑥

汉斯·凯尔森（Hans Kelsen，公元1881—1973年）也把私法放入两个对立关系之中，一方面是私法与行政法的对立，另一方面是私法与刑法的对立。他用借款契约和纳税命令的区别来说明行政法与私法的对立。在借款契约中，债务人的义务是由负有义务的人参与创造的一个次要规范决定的，这些义务并不是在违反或缺乏义务人意志的情况下出现的。义务的契约性创造，和自治（autonomy）原则相适应。而在纳税命令中，纳税人的义务是由其并不参与创造的次要规范所决

① S. Hans Carl Nipperdey, Das System des bürgerlichen Rechts, in: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin: de Gruyter, 1938, S.98.

② 其实质为“法无授权即禁止”。

③ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第132页。

④ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第81页。

⑤ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第142页。

⑥ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第72—74页。

定的，纳税命令是一个典型的行政行为，这种创造规范的方式同他治（heteronomy）原则相适应。正是自治与他治之间的这种对立，成为区分私法与公法的根据。^① 在民法中，通行自治的原则，根据该原则，任何人都不能在违背本人意愿或未经本人同意的情况下而负有义务。这是私法与公法的决定性差别。^② “作为公法的行政法和私法之间的区别，不在于国家和私人之间关系不同于私人之间的关系，而却在于次要规范的自治创造和他治创造之间的区别”。^③ 刑法规范也被凯尔森认为是公法，但个人的具体义务在这里并不是由私法行为或行政行为所创造的次要规范决定的。刑法被列为公法的理由与行政法被列为公法的理由并不相同。凯尔森认为，作为公法的刑法与私法之间的区别不在实体法规范中，而在程序法规范中。在私法领域，推动导致制裁的程序，取决于其利益被侵犯的私人当事人；而在刑法领域中，国家的一个专门机关才具有这种职能。但这种程序技术的区分不能被用来划分行政法与私法。^④

梅迪库斯（Dieter Medicus，生于公元1929年）认为，在私法中，占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定；而在公法中，占据主导地位的则是那些受约束的决定。^⑤ 简而言之，公法是决策受约束的法，私法则是决策自由的法。^⑥ 并且，公法的决策需要说明理由，私法的决策则无须提供理由。公法的决策者并非法律后果的承担者，私法的法律后果则由决策者承担。

综上所述，典型的公法是宪法行政法，典型的私法则是民法。在公法领域奉行“法无授权即禁止”的原则，与公法不同，在私法领域则奉行“各个主体根据他的意志自主形成法律关系的原则”，^⑦ 即私法自治，“法无禁止即自由”。至于刑法与程序法是否应当被视为公法，

① [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第230页。

② 同上，第161页。

③ 同上，第230—231页。

④ 同上，第231—232页。

⑤ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第7页。

⑥ 梅迪库斯：“公法是指受约束的决策的法，而私法是指自由决策的法。”[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第14页。

⑦ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第142页。

则仍有商榷的余地。在卢梭看来刑法既非公法，亦非私法；在凯尔森看来刑法则虽与私法对立，但却不同于典型的公法，即行政法。拉伦茨（Karl Larenz，公元1903—1993年）则认为，公法与私法的区分，应仅适用于实体法，即实际的生活规则，而不应适用于诉讼法，即程序规则。^①因而，即使承认刑法与程序法为公法，它们之所以被认为是公法的理由也不同于宪法行政法。

此外，在公法与私法之外又有所谓“第三法域”的兴起，强调限制强者，保护弱者，在传统的私法领域引入强制因素。如反垄断法、反不正当竞争法、反倾销法、反补贴法等经济法，及劳动法、社会保障法、环境法、消费者权益保护法等所谓社会法，都被归入此中。

鉴于宪法是公法中位阶最高的法，要进一步厘清公法与私法的关系也许仍需探讨宪法与民法的功能区隔。宪法是政府组织规则的基本法，主要功能是规定与限制权力。民法则关注私人之间的交往，此种交往受政治变迁的影响较小，正所谓“公法易逝，而私法长存”。革命虽然能够修改宪法，却很难修改民法。因此，法国人把《法国民法典》视为“真正的宪法”。^②即使是在因革命或征服而致使整个政府结构发生变化的时候，大多数正当行为规则，亦即私法和刑法，却会依旧有效，即使是在那些主要因欲求改变部分正当行为规则而导致革命的场合，亦是如此。^③典型者如，德国民法典自1900年生效之后，迄今经历了五种宪法体制仍然有效：帝国时期、魏玛宪法时期、纳粹时期、联邦共和国时期以及1975年之前亦适用于民主德国。^④

宪法与民法最密切的关联在于其对基本权利的列举性规定，公民自由和权利的目录是现代宪法的一个典型的组成部分，包含在美国宪法最初10条修正案中的所谓“权利法案”就是一个例子。但当美国人权法案被提议入宪时，却遭到汉密尔顿（Alexander Hamilton，公元

① [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀拭译，法律出版社2003年版，第8页。

② [日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社2006年版，第94页。

③ [英]弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第212页。

④ Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., Verlag C.H.Beck, 2009, §1, Rn.6.

1755—1804年)等联邦党人的激烈反对,他们认为,这一举措,“不仅无此必要,甚至可以造成危害”,因为,“人民不交出任何权利;既然人民保留全部权利,自然无须再宣布保留任何个别权利”。^①美国宪法修正案第9条规定:“本宪法对某些权利的列举,不得被解释为人们所保留的其他权利可被否认或忽视。”这些修正案大都具有向立法权、行政权和司法权机关提出禁令和命令的性质。^②一个并不作为国家机关而起作用的个人,被容许做法律秩序所并不禁止他做的任何一切事情,而国家,即作为国家机关而起作用的那个人,却只能做法律职权授权他做的事情。从法律技术的角度来看,禁止国家机关做任何事情是多余的。不授权它就足够了。^③并且,“人权法案条款中包括若干未曾授与政府的权力限制;而正因如此,将为政府要求多于已授权力的借口。既然此事政府无权处理,则何必宣布不得如此处理?……笔者并非谓这类规定将形成处理权的授予;但它将为擅权者提供争夺此项权利的借口则甚为明显。彼等可能以似是而非的理由声称:宪法何能如此荒谬,竟然限制对未曾授予权力的专擅?”^④另外,如果多此一举,将其列入宪法,可能被理解为:把这些东西挑选出来当作需要特别加以保护的东​​西对待,这意味着,在其他领域中,政府可以在不受一般性法律规则约束的情况下实施强制。可见,宪法中规定基本权利的目的在于限制公权力的侵犯,因而其义务主体是公权力机关,而民法上私权的义务则针对私法主体。不过,民法在立法程序上必须“根据宪法制定”。

由私法与公法的区分中,也可引申得知作为私法之核心的权利与作为公法规制对象之权力的区别。权力(*öffentliche Gewalt*)指国家公权而言,包括命令权、强制权(逮捕、拘禁、扣押)、形成权(裁判、任命、设立许可等)、公法上的物权(国有财产权)和公法上的债权(如税收权等)。而本义的权利(*subjektives Recht*)则指社会普通成员

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆2004年版,第429页。

② [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第295页。

③ [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第293页。

④ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆2004年版,第429—430页。

的私权利而言。^① 私权与公权的主要不同在于：其一，私权的行使无须说明原因，例如一家木材公司将其所有之木材卖与乙厂，而不卖与甲厂无须说明原因，相反，公权力行使则必须说明原因。其二，私权行使之法律后果归属于私权行使者，而在公法中一般不存在将权力行使的法律后果归属于决策者本人的现象。^② 例如，契约义务应由缔约者履行，不履行的后果亦由其承担，而公安机关错抓犯罪嫌疑人则由国家承担赔偿责任，负责抓捕的公务人员并不直接对被错抓者承担责任，除非其行为为非职务行为。其三，私权一般可以自由处分，可以转让或放弃，而公权不得随意处分、转让或放弃。权力与权利的不同根源于公法与私法的不同，公法的目的在于限制公权力以保护私权，私法的目的则在于通过解决纠纷而保护私权，公法领域尊崇“法无授权即禁止”，私法领域则奉行“法无禁止则自由”，即私法自治。

第二节 私法自治

私法自治是民法的核心原则，指私法主体应不受不当干涉与强制，按照其自由的理性判断，参与私法生活，并形塑私法关系。构造私法理论的基础只能是私法自治，换言之，只有从自治理念中推导出来的私法理论与制度才能够作为私法中具有普遍性的结论。私法自治以主体的意志自由与理性为前提。如果在私法领域主体丧失其意志自由，则无所谓自治；而如果主体欠缺正常的理性，那么由其为自己设定权利义务反倒是对他的侵害：

人的自由和按照自己的意志来行动的自由，是以他具有理性为基础的，理性能教导他了解他用以支配自己行动的法律，并使他知道他对自已的自由意志听从到什么程度。在他具有理性来指导他的行为之前放任他享有无限制的自由，并不是让他得到本性

① 公民也享有公法上的“权利”，如选举权、被选举权等，而这些“政治权利”有别于私权利。

② [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第7—9页。

自由的特权，而是把它投入野兽之中，让他处于和野兽一样的不幸状态，远远地低于人所处的状态。这就是父母有权管理未成年儿女的根源。^①

孟德斯鸠（Montesquieu，公元1689—1755年）说：“没有一个词比自由有更多的含义，并在人们意识中留下更多不同的印象了。”他认为，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情。如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人也同样会有这个权利。^②

而依据以赛亚·伯林（Isaiah Berlin，公元1909—1997年）的研究，自由有积极自由与消极自由之别：积极自由是“去做……”的自由，^③是主动性自由。消极自由则是“免于……”的自由，^④不受他人干涉、免于强制的自由。不受干涉的领域越大，自由也就越广。

积极自由回答“谁是主人”，而消极自由回答“我在什么领域内是主人”。成为某人自己的主人的自由，与不受别人阻止地做出选择的自由，初看之下，似乎只是一个事物的积极与消极两个方面而已。^⑤但当要求以高级的自我统治低级自我时，二者的鸿沟就加大了。我的“高级的本性”，那个算计并旨在使我长期得到满足的自我，真实的、理想的、自律的、处于最好状态中的自我与非理性的冲动、无法控制的欲望、我的低级的、经验的、他律的自我形成鲜明对照，前者须统治后者，而真实的自我有可能被理解成某种比个体更广的东西。在此名义下的强制者可能宣称如果受强制者更开化一些，他们自己就会主动追求，对别人的强制是为了他们自己。强制者比他们自己更知道他们真正需要什么。如果他们是理性的并且像强制者一样明智地理解他们的利益，他们便不会反抗强制者。但即使为着他们自己的利

① [英] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、翟菊农译，商务印书馆1964年版，第39页。

② [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆2005年版，第182—183页。

③ [英] 以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第200页。

④ [英] 以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第195页。

⑤ [英] 以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第200页。

益，这样做实际上也是把他们当作次等人类，仿佛他们的目的远不如强制者的目的那样终极与神圣。强迫人们去做他们不愿意或不同意去做的事情，只能以某种高于他们自身的价值的名义，才能为此辩护。于此，他人成为工具。作为自我控制的积极自由概念，及其所暗示的人与其自身分裂的含义，在历史上、学说上与实践上，很容易把人格分裂为二：超验的、主导性的控制者，与需要加以约束并使其就范的欲望与激情的集合。对人的定义加以足够的操纵，自由就会包含着操纵者所希望的任何意义。^①“仅仅消除强制，仅仅让一个人做他愿意做的，这种情况本身还不构成真正的自由……真正自由的理想是最大限度地使人类社会所有成员的能力得到最大发挥”。这是积极自由的经典表述，^②它可能演化为以理性为他人设定更好的生活道路。相信自由即理性的自我导向的人，或早或晚，注定会去考虑如何将这种自由不仅运用于自己的内在生活，而且运用于他与他的社会中的其他成员的关系。其间的逻辑是：如果我是理性的，我不能否认对我来说肯定正确的东西，基于同样的理由，它对那些与我同样理性的人来说，也是正确的。^③而与他们不同的人，不仅是错误的，而且是邪恶与疯狂的，因此需要抑制与镇压。^④即使在这个过程中人们遭遇不幸与死亡，但是他们却达到了那种若非我强制性地、但创造性地入侵其生命他们无论如何也达不到的高度。^⑤最终的结果可能是始于绝对自由而达于绝对专制。^⑥

主张消极自由者，希望约束权威，而相信积极自由者，则希望权威掌握在自己手中。消极自由以承认个人目的的多样性为前提，人的目的是多样的，而且从原则上说它们并不是完全相容的，在各种绝对的要求之间做出选择，便构成人类状况的一个无法逃脱的特征。这就赋予了自由以价值，它本身就是目的。^⑦消极自由就是没有障碍地做

① [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第202—207页。

② [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第47页。

③ [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第215—216页。

④ [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第393页。

⑤ [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第222—226页。

⑥ [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第79页。

⑦ [英]以赛亚·伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2003年版，第239—242页。