

復旦
版

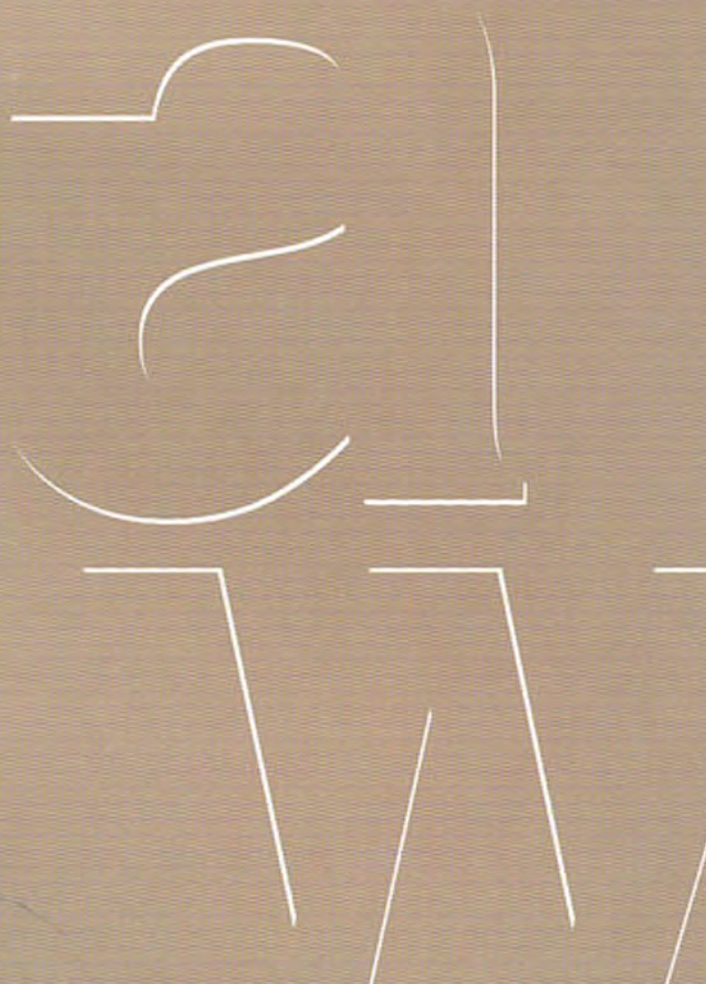
原创学术著作

法学系列


民法哲学论稿

(第二版)

● 李锡鹤 著



www.fudanpress.com.cn

 复旦大学出版社

第一版序

自罗马法算起,民法学已有两千五百多年的历史。人们经常用博大精深这四个字形容民法学。应该承认,这四个字,民法学是当之无愧的。但也应该承认,关于民法学的一些基本理论问题,学者们至今仍是众说纷纭。这种情况,自然反映了现有民法学理论的不尽如人意,不过,也许可以说更反映了民法学的生命力。科学的发展史——包括民法学自身的发展史——早就证明,一门学科,如果存在众多学者的关心和争论,那么,这门学科必将获得较快的发展,甚至预示这门学科的春天即将到来。

《民法哲学论稿》一书,就是参与民法学的一些基本理论问题的争论的。我初步统计了一下,本书至少就以下民法学范畴和问题发表了自己的观点:民法哲学的概念、民事意志的概念、民事人格的概念和本质、民法的概念和本质、民法的本位、民法的精神、民事主体的概念和本质、法人的本质和形式、民事客体的概念、民事权利和民事义务的概念和本质、民事关系和民事法律关系之关系、民事关系和民事法律关系的本质、民事行为的概念、民法第一原则,以及侵权行为要件之体系、现代归责原则之法理根据、所有权的分割、物上请求权和债权的区别、配偶权的性质、代理的定义、代理权和监护权的概念、隐私和肖像的概念、代理行为的性质、民事行为的无因性,等等。由于民法学是法学的一个部分,为了阐述民法学的一些基本理论问题,本书也对法学和法哲学的一些基本范畴和问题,如:主体、人格、法律和人性的关系、人权的概念、人身的概念、法律的本质、人治和法治的关系、法律关系的概念,等等,发表了自己的观点。所有这些观点,几乎都充满了新意。一本仅仅十余万字的小册子,具有如此大的容量,这在当前动辄便是砖头般的巨著的年代,是很少见的。当然,本书的观点只是一家之言,未必允当,但足以给人启发。特别是,本书以一种全新的视角,第一次真正对民法学作了概括和抽象,在民法哲学的领域内作出了开创性的贡献,是第一本民法哲学专著。毫无疑问,本书的视角,对其他部门法乃至全部法学的法理研究,也具

有不容忽视的意义。

社会进步推动了民法发展,民法发展反过来又促进了社会进步。但在我国,在“文革”以前,法律是不受重视的,民法的地位尤其可怜。今天,我国正在走向市场经济,民法的价值日益为人们所了解,民法学日益受到人们的关注。但无论是学者还是一般的爱好者,关注民法学具体问题的多,关注民法学一般理论的少。众所周知,研究一门学科的一般理论,比研究它的具体问题,常常更难取得成绩。但一般理论对于研究具体问题具有指导作用。从本书的许多论述中可以发现,对民法学的一些具体问题的研究之所以难以深入,症结常常在于对民法学的相应的一般理论的研究尚未深入。因此,当前加强民法学的法理研究是很有必要的。本书就是民法学法理研究的一个重要成果。

民法从本质上说是一种平等法,民法学学者似乎具有比其他学科的学者更自觉的平等意识。这种平等意识,其实就是民法精神。民法和民法学的发展,离不开民法精神。本书从某种意义上说,也是阐述民法精神的著作,当然它自己也需要人们以民法精神来对待。而民法精神的普及,必将为我国带来民法学研究的繁荣的春天。

当然,本书并不能概括民法学所有的基本理论问题,而书中论述的有些问题,似乎又不具备民法学基本理论的性质,因此,作为民法哲学专著,在内容取舍上似有可商榷之处。但作为民法哲学领域的填补空白之作,这些不足恐怕也是难免的。

本书的价值是不容置疑的。在这春光明媚的季节,我高兴地向读者推荐本书。

何勤华

于上海·华东政法学院

2000年3月1日



第二版前言

拙著《民法哲学论稿》初版于2000年，内容单薄，错误甚多，虽脱销有年，一直不敢再版。时隔十年，出版社建议修改后再版，这是对笔者很大的鼓励。

民法具有统一的最终的立法根据，适用全部民事关系，应该存在一元化的逻辑体系。这一体系是形式逻辑在民事领域之形式。民法的逻辑体系，即民法的整体观和方法论，也就是民法哲学。

迄今为止，学界并未提出任何此类逻辑。相反，民法学的逻辑破绽随处可见，甚至可以说，民法学的基本范畴，与一些常用术语，包括主体、客体、法人、公司、财产、人身、人格、能力、权利、义务、物、债、物权、债权、过错、责任、利益、法益、支配、归属、所有、共有、合同、侵权、占有、留置、有效、无效、生效、不生效、撤销、解除、请求、抗辩，等等，通说的界定，似乎均存在逻辑上的疑问，甚至公然挑战形式逻辑。

实际上，任何一个民法范畴的界定，几乎都必须从头说起，即从民法的宗旨、根据说起，真可谓“牵一发而动全身”。这使笔者深感有必要揭示民法的逻辑体系。

法律是立法者定分止争的工具。可以用《圣经》的一句话概括法律的全部作用：“恺撒的东西应当归恺撒。”但要实现这句话，至少要回答四个问题：1. 谁是恺撒？谁能成为恺撒？即恺撒的条件是什么？2. 哪些东西能成为恺撒的东西？即成为恺撒的东西的条件是什么？3. 何谓“归”？“归”的内容是什么？4. 如果恺撒的东西没有归恺撒，如何解决？四个问题，其实就是界定：法律关系中的主体；法律关系中的客体（非“法律关系的客体”）；权利义务；法律责任。

民法是平等主体法，平等关系法。在民法中，同样存在上面四个问题，只是作为民事关系当事人，恺撒们的法律地位平等。上面四个问题中，最重要的是第一个问题。在明确恺撒的条件以前，讨论其他问题没有意义。所

谓恺撒的条件,就是主体资格。法律的本质其实就是国家规定主体资格的意志。

《民法哲学论稿》(以下简称《论稿》)原是笔者供职的华东政法大学“民商法丛书”之一种。十余年前,笔者受丛书主编何勤华教授(时任华东政法学院副院长,现任华东政法大学校长)的委托,撰写《论稿》时,对民法逻辑的思考刚开始不久,而从丛书其他各册已基本完稿。限于笔者的学识、能力以及时间,《论稿》第一版虽然提出了民法的逻辑体系,但十分简单,全书主要讨论了主体资格问题,其他问题涉及较少,或没有涉及。

《论稿》出版以后,笔者自知很不像样,十分不安,唯一的补救措施就是继续完善民法逻辑,没有涉及的问题尽量涉及,涉及较少的问题争取深入,一个问题一个问题地解决,不敢回避任何逻辑困难。笔者试着做了,大多数成果曾以论文的形式发表。

近年来,笔者担任华东政法大学民商法专业研究生“民法哲学”课的教席,本书即笔者之讲稿,内容是笔者历年所发文章观点之一元化。与第一版相比,第二版几乎可以说是重写的,但凡观点改动处均作说明。

从具体抽象一般,就是分析对象的过程。从一般上升为具体,就是全面分析对象的过程。而分析事物,必须介绍事物;全面分析事物,必须全面介绍事物。这是本书有时不得不剪贴旧作的原因。

民法学新作新译难以计量,不见民法理论一元化之作品(包括以民法哲学或民法方法论之类文字命名者)。这是笔者敢于将第二稿送出版社的原因。

《论稿》第一版是为了证明人应该生而平等,第二版是为了证明人可以生而平等。十年磨制一剑,锋芒如何,只能由读者评说了。

李锡鹤

2009年10月



目 录

导言 民法哲学概念.....	1
----------------	---

第一编 主 客 体 关 系

第一章 主客体关系的一般理论.....	9
第一节 关系、规则、法律比较.....	9
第二节 可支配之稀缺资源	12
一、作用	13
二、支配	13
三、归属	14
第三节 如何理解所有权	16
一、两种定义形式	16
二、概括主义对列举主义之批判质疑	16
三、“所有”的真义	19
第四节 主客体的一般关系	22
一、主体和客体的概念	22
二、主客体支配关系论与通说的冲突	24
(一) 关于人身权客体	24
(二) 关于债权客体	24
(三) 关于相对身份权客体	24
(四) 关于所谓物权债权化、债权物权化	25
(五) 关于所谓物权优先于债权	26
(六) 关于权利客体的共性	26
第五节 关于“民事关系的客体”	27

一、“民事关系的客体”是伪概念	27
二、民事关系的根据	29
第二章 主体的根据——意志	32
第一节 主体是意志的存在形式	32
第二节 主体范围的误解	33
第三节 关于胎儿的法律地位	34
一、两种立法模式	34
二、法定停止条件说和法定解除条件说质疑	37
三、胎儿非主体之法理根据	38
第四节 死者可否成为主体	40
一、死者非现实存在	40
二、宣告死亡	40
(一) 死亡宣告概念	40
(二) 死亡宣告的条件	41
(三) 死亡宣告的程序	42
(四) 死亡时间之确定	42
(五) 死亡宣告效力之性质	44
(六) 死亡宣告效力之范围	44
(七) 死亡宣告之撤销	45
第五节 关于“人身权延伸保护”	45
第三章 主体的形式——人身	47
第一节 行为概念	47
第二节 主体的结构	48
第三节 人身的结构	49
第四节 人身的误解	51
一、视人身为 人格加身份	51
二、视人身为 利益	51
第五节 准人身概念	53



第六节 人身遗存概念	53
第四章 拟制私主体——法人	55
第一节 法人的起源	55
第二节 法人形式的分歧	56
第三节 法人的法理根据	63
第四节 法人的存在形式	64
第五节 法人机关和法人之机关	66
第六节 法人的本质	67
第七节 主体之一元化	70
第八节 关于“非法人组织”	71
第九节 法人的成立和终止	74
一、法人的成立	74
二、法人的终止	75
(一) 法人的绝对终止	75
(二) 法人的相对终止	76
第五章 主体的资格——人格	78
第一节 人格的词义	78
第二节 人格的误解	80
第三节 人格的本质	85
一、生命人资格和自然人资格	85
二、人的资格问题	87
第四节 人格的等级	87
一、哲学主体和法学主体	87
二、完全主体和不完全主体	88
三、完全人身依附关系和不完全人身依附关系	89
四、直接人身依附关系和间接人身依附关系	90
五、关于真实主体和拟制主体	92
第五节 人格和人性	92
第六节 人格和人权	95



第七节 人格的历史.....	101
一、自然人格和法律人格.....	101
二、以自然人格为法律人格.....	103
第八节 法律逻辑的元点和归宿.....	106
第六章 民事主体的主观条件——民事能力.....	108
第一节 法律的规范对象.....	108
一、法律的直接规范对象.....	108
二、法律的间接规范对象.....	108
三、法律上的意志和行为.....	109
第二节 民事能力概念.....	111
一、民事能力之本义.....	111
二、意思资格和意思能力.....	111
三、权利能力之本义.....	112
四、行为能力和责任能力之本义.....	115
第三节 权利能力范围.....	116
一、权利能力之范围.....	116
二、权利能力和民事权利能力之关系.....	117
第四节 行为能力概念.....	117
一、行为能力和民事行为能力之关系.....	117
二、行为能力之误解.....	118
三、如何理解行为能力.....	119
四、行为能力的规定.....	121
五、行为能力规定之误解.....	123
六、关于法人的行为能力.....	124
第五节 责任能力概念.....	125



第二编 民法的概念

第七章 民法的平等.....	129
第一节 民法平等之含义.....	129

第二节 人格平等的误解.....	131
一、混淆人格平等与权利平等.....	131
二、法人人格关系之误解.....	132
第三节 民法“调整”的含义.....	134
第八章 民法的调整对象.....	137
第一节 传统民法的调整对象.....	137
第二节 民法法理上的调整对象.....	141
第三节 关于民法调整对象的次序.....	145
第九章 民法的原则.....	147
第一节 如何理解“民法基本原则”.....	147
第二节 民法总原则的表述形式.....	149
第三节 关于意思自治原则.....	150
第四节 关于诚信原则.....	151
第五节 关于公平原则.....	153
第六节 关于公序良俗原则.....	154
第七节 关于权利不得滥用原则.....	154
第十章 民法的本位.....	155
第一节 法律本位概念.....	155
第二节 权利本位和社会本位的关系.....	156
第三节 古代民法的本位.....	157
第四节 “从契约到制度”质疑.....	158
第五节 “从形式正义到实质正义”质疑.....	159
第十一章 民法的精神.....	161
第一节 “法的精神”概念.....	161
第二节 “民法精神”概念.....	161
第三节 部门法律关系中自然人主体性之区别.....	163



第十二章 民法的效力.....	166
第一节 民法效力的范围.....	166
一、民法效力范围概念.....	166
二、时间上之一般适用限制.....	166
三、空间上之一般适用限制.....	168
四、时空适用之特殊限制.....	168
第二节 民法之适用.....	169
第十三章 民法的本质.....	171
第一节 法律的现象.....	171
第二节 法律的本质.....	171
第三节 关于法律的阶级性.....	174

第三编 民事关系

第十四章 民事关系概念.....	179
第一节 民事关系的含义.....	179
第二节 民事关系的本质.....	182
一、民事人身权关系的本质.....	182
二、民事财产权关系的本质.....	182
(一) 绝对性财产权关系的本质.....	183
(二) 相对性财产权关系的本质.....	183
1. 债的本质的误解.....	183
2. 如何理解债的本质.....	184
(1) 债的起源.....	184
(2) 债的本质.....	185
第三节 民事关系的变动.....	186
一、民事关系变动概念.....	186
二、民事关系变动的原因.....	188
三、民事关系变动分类.....	190
(一) 当事人变更.....	190



1. 当事人概念	190
2. 当事人变更分类	191
(二) 根据变更	191
(三) 内容变更	191
第十五章 民事关系之平等性	193
第一节 民事关系平等性概念	193
第二节 民事优先权关系双方之法律地位	193
一、民事优先权概念	193
二、民事优先权分类	194
(一) 关于物权优先权	194
(二) 债权优先权	194
1. 补偿性优先债权	194
(1) 特种债权(先取特权)	194
(2) 物保债权	195
(3) 预告登记人债权	202
2. 利用性优先债权	202
(1) 优先购买权	202
(2) 优先承租权	205
(3) 优先承典权	205
(4) 优先承包权	206
(5) 本集体经济组织成员土地承包权之优先 受让权	206
3. 利用性优先债权之根据	206
第三节 形成权关系双方之法律地位	207
一、广义形成权的概念和分类	207
二、狭义形成权的概念和分类	210
(一) 免除自己债务的权利	211
1. 合同撤销权	211
2. 合同法定解除权	211
(1) 合同解除之类型	211



(2) 合同约定解除权	211
(3) 合同违约解除效力之逻辑困惑	211
(4) 如何理解合同解除	213
(5) 债务人打开“法锁”的权利	215
(二) 否定获利人获利根据的权利	215
1. 表意不真之处分行为撤销权	215
2. 赠与人法定事由撤销权	216
(三) 为相对人设定债务的权利	216
1. 先买权人的强制缔约权	216
2. 回赎权人的强制缔约权	217
三、形成权的性质	217
第十六章 民事关系之强制性	220
第一节 民事关系是强制关系	220
第二节 强制效力之确定和不确定	220
第三节 如何理解自然债	222
第四节 “永久性抗辩权”质疑	224
第五节 如何理解法官不能主动适用时效	226
第十七章 民事关系之现实性	229
第一节 民事关系之现实性	229
第二节 合同之现实性	230
一、合同的概念	230
二、合同的成立和生效	232
三、广义合同概念	233
第三节 物权担保协议之效力	234
一、如何理解《担保法》之“抵押合同”	234
二、《〈担保法〉司法解释》对《担保法》的修改	235
三、大陆法系担保协议之效力	237
四、物权担保行为不应发生债权	238



第十八章 民事关系之同一性	241
第一节 问题的提出.....	241
第二节 相对关系与债.....	241
一、债是平等法律关系.....	242
二、维持请求权和给付请求权.....	243
三、绝对关系与相对关系比较.....	244
四、如何理解债的相对性.....	244
第三节 债权相对性“突破”之具体分析.....	245
一、关于第三人“侵害”债权.....	245
二、关于租赁权“物权化”.....	247
三、债的保全.....	249
(一) 债权人代位权.....	249
(二) 债权人“撤销权”.....	251
四、利他合同.....	251
五、契约对第三人的保护.....	253
六、不动产预告登记.....	253
七、委托人介入权和第三人选择权.....	255

第四编 民事权利

第十九章 权利概念	259
第一节 权利的定义.....	259
第二节 权利与利益无必然联系.....	261
第三节 权利的本质.....	262
第二十章 权利的客体	265
第一节 权利客体的分类.....	265
一、权利的当然客体.....	265
(一) 当然直接客体——人身.....	265
(二) 当然间接客体——人格.....	265
二、以非权利性财产为客体.....	266



(一) 物的概念	266
(二) 物的分类	267
1. 有体物和无体物.....	267
2. 动产和不动产.....	268
3. 主物和从物.....	269
4. 原物和孳息.....	269
(1) 原物和孳息的定义	269
(2) 孳息的分类	269
(3) 孳息归属之法理根据	271
5. 任意流通物、限制流通物、禁止流通物.....	273
6. 消费物和不消费物.....	273
7. 特定物和种类物.....	274
附: 关于代替物和不代替物	274
8. 可分物和不可分物.....	274
9. 所有物、共有物、总有物.....	275
10. 有主物和无主物.....	275
11. 单一物、结合物、集合物、区分所有物	276
12. 关于现在物和未来物.....	276
13. 公有物和私有物.....	277
(三) 以物为客体即物权	278
1. 物权以物为客体.....	278
2. 关于准物权.....	279
三、仅以人身和准人为客体	280
(一) 人身权客体	280
1. 人格权客体	280
2. 身份权客体	281
3. 人身权客体之误解	281
(二) 债权客体	282
第二节 权利客体与归属对象比较.....	284
第二十一章 权利的基本逻辑体系.....	286
第一节 权利体系的基本根据.....	286



一、权利体系的基本根据	286
二、人身权与主体不可分离无例外	287
(一) 关于生命权、健康权之“分离”	288
(二) 关于身体权之“分离”	289
(三) 关于名称权、肖像权、隐私权之“分离”	289
(四) 关于亲权之“分离”	291
1. 所谓转让“亲权”	291
2. 所谓剥夺“亲权”	291
(五) 关于荣誉权之“分离”	291
1. 荣誉和荣誉权的概念	291
2. 荣誉权是身份权	292
(六) 关于署名权之“分离”	293
第二节 狭义人身自由权	293
一、狭义人身自由权概念	293
二、狭义人身权之有名形式	294
(一) 贞操权	294
(二) 婚姻自主权	295
(三) 知情权	295
三、狭义人身自由权与债权之区别	295
第三节 人身权体系	298
一、本书的人身权体系	298
二、人身权的三分法	298
三、《民法学原理》的人身权体系	299
四、《人身权法论》的人身权体系	301
第四节 权利体系的几个问题	303
一、权利之相容关系	303
二、区分两类补充条款	304
三、区分现实权利和抽象权利	305
四、区分权利和权利组合	305
(一) 优先购买权	306
(二) 担保物权人优先受偿权	306
(三) 著作权	306



(四) 股权	306
五、区分“同类”权利中的不同权利	308
(一) 通说对牵连关系的理解	309
(二) 区分两类留置对象	311
(三) 留置权的性质	312
(四) 必须澄清的概念	313
第二十二章 权利的形式——权能	316
第一节 权能概念	316
第二节 物权的权能	316
一、关于优先效力	317
(一) 物权相互间的优先效力	317
(二) 物权相对于债权的“优先效力”	317
1. 债权标的物为特定物	317
2. 债权标的物为不特定物	319
(三) 按份共有人的优先受让效力	321
二、关于排他效力	321
三、关于“追及效力”	322
四、关于物上请求效力	323
第三节 债权的权能	324
一、债权的权能	324
二、如何理解保全效力	326
第二十三章 权利之支配性	328
第一节 绝对支配权和相对支配权	328
第二节 双方实现权和单方实现权	329
一、双方实现权	329
(一) 请求权	329
(二) 受领权	331
二、单方实现权	331
(一) 绝对性效果意思单方实现权	331
(二) 相对性效果意思单方实现权	331

