



Meditations on Civil Law

感悟民法

柳经纬 著

人民法院出版社



Meditations on Civil Law

感悟民法

柳经纬 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

感悟民法/柳经纬著. —北京:人民法院出版社,2006.11
ISBN 7-80217-357-4

I. 感… II. 柳… III. 民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 123326 号

感悟民法

柳经纬 著

责任编辑 郭继良 赵薇莎
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010) 85250581 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 225 千字
印 张 11
版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-357-4
定 价 22.00 元

版权所有 侵权必究

自 序

打从1982年秋考取厦门大学民法专业硕士研究生时起，或者从1985年夏研究生毕业留校从事民法教学开始，均超过二十个年头了。从当年研究生期间的囫圇吞枣，到担任民法教师初始期间的照本宣科，再到近十年来的略有心得，一路走来，既不顺畅，也不坎坷，一切都是那么的平淡无奇。

在二十年的民法教学中，我始终没有离开本科民法教学的岗位。即使在担任厦门大学法律系管理工作的那几年，管理事务占据了大量的时间，且研究生的指导也占据了我的许多时间，我也没有脱离本科民法教学。在教学过程中，尤其是在本科的教学过程中，为了把问题交代清楚，让学生能够听得明白，我常常琢磨着教科书中的一一些问题，总想找到自己对这些问题的感觉。这样才不至于人云亦云，纯粹当一个教科书的传声筒。

随着教学时间的推移，教学经验的积累，自己对民法问题的感悟也越来越多，并累积了一些心得体会。几

年前，我即萌生出这样的想法，将自己的这些心得体会写出来，或许对民法学习有所裨益。但是那段时间恰是我比较忙的时期，力不从心。2005年3月，我的工作关系调到中国政法大学比较法研究所后，尤其是8月晋京后，有了更多的空余时间来落实这个想法。呈献给读者的本书四十余篇长短不一的文字，基本上是来京后整理出来的这些心得体会。为此，我得感谢中国政法大学对我的接纳，感谢所在的比较法研究所的全体同事尤其是所长米健教授对我的支持和帮助。

既是教学中的心得体会，因此本书的特点大体可以归纳为以下几点：（1）本书的内容主要是从如何学习民法、如何理解民法中的问题的角度入手，阐述自己对民法诸问题的理解和领悟。当然，基于这种理解和感悟，本书也会涉及某些民法理论的司法运用和当前的民事立法问题。（2）尽量不人云亦云，当然也并非人所未云，在博大精深的民法学理论体系面前，要达到人所未云的程度，大大超出我的天赋、能力和学识。本书大体上属于“自悟自云”，即基于自己的理解，阐述自己的看法。（3）虽然本书的不少篇目都可以写成长篇论文，但是我担心自己的一些心得会被长篇的文字或者被大量引述的参考资料所淹没，因此本书各篇尽可能保留心得体会或者感想的体裁，以将自己的理解和领悟表达出来为满足。这也就是本书各篇长短不一，风格有时亦有不同的缘故。（4）基于与（3）相同的理由，本书多数篇目也不追求学术论文的范式，不“言必称罗马法”，亦不搞繁琐的论证，重在民法学习本身的理解和问题的解决。

(5) 由于是心得体会，因此有心得的就写，没有心得的不写，至少不勉强自己写。这也是本书内容略显零散、不成体系的缘故。

既为教学心得体会，就可能存在着理解准确的情形，也必然存在着理解不准确的情形，甚至是误解的情形。凡此种种，还得请读者诸君逐一鉴别和批评指正。

本书各篇整理出来后，先后发给一些同事及研究生，请他们帮忙把握，尽量避免仓促面世而误导读者。他们有我在厦门大学的同事和指导的在读研究生，也有我调进中国政法大学后新带的研究生，他们是：丁丽瑛、钟瑞栋、邱雪梅、梁慧瑜、尹腊梅、徐卫、吕富强、张旭荣、李飞、李缘缘、林琳、周耿明、原野、张雪芹、邓君、赵洪全、洪锐峰等。他们是本书的第一批读者。从某种程度上可以说，本书的出版首先是由于得到了他们的认可和鼓励。为此，我得感谢他们。人民法院出版社此前曾出版我主编的《我国民事立法的回顾与展望》，此次又欣然同意出版本书。对于人民法院出版社的鼎力支持，对于编辑部郭继良主任和赵薇莎责任编辑的辛勤劳苦，我惟有感激。

2006年6月于北京昌平宁馨苑

目 录

自序	(1)
制度的民法与理念的民法：关于民法是什么的问题	(1)
债法通，则民法通	(18)
关于民法调整对象的条文化问题	(23)
民事立法与修路造桥	(29)
从偏激到理性：我国民法基本原则观的演变	(34)
权利和义务	(40)
不真正义务	(46)
民事责任与权利救济	(64)
从一则“超市命案”看自助行为的界限	(70)
此责任非彼责任	
——关于民事责任概念的用法问题	(76)
二分法与三分法：民事能力的划分问题	(81)
自然人权利能力的平等性与差异问题	(85)

胎儿权益保护问题	(91)
死者“权益”保护问题	(97)
王伟事件与宣告死亡制度	(106)
“斩不断、理还乱”的法定代表人制	
——评《公司法》第13条关于法定代表人的	
新规定	(109)
法律行为的本质属性问题	(123)
意思自治与法律行为制度	(132)
意思表示的构成及其对法律行为效力的影响	(148)
判断法律行为效力的“三步曲”	
——关于法律行为成立、有效与生效的问题	(160)
法律行为效力概念辨析	(168)
法律行为的形式问题	(180)
意思表示撤销制度的法律机理	(190)
撤销的对象及其效力	(195)
绝处逢生：无效法律行为的转换问题	(202)
一物多权的利益冲突及其解决途径	(211)
关于所有权的定义问题	(215)
物权、债权之二元划分及物权债权化和债权物权化	
问题	(221)
关于债的定义	
——兼谈立法对法律概念进行定义的得与失	(226)
法定之债	(233)

金钱之债 (239)

连带债务的四种类型 (252)

债的移转：三种情形两种规则

——兼谈我国法律有关债移转的法律规则的演变 ... (259)

债的免除之第三条路 (264)

合同与契约 (267)

构成要约的商业广告

——关于《合同法》第15条第2款的解释 (271)

违约金的惩罚性与补偿性问题 (278)

强制履行与违约赔偿二题 (284)

民事责任的一般原理与违约责任 (294)

赔礼道歉责任刍议 (298)

诉讼时效与消灭时效 (304)

《民法通则》：我国民事立法史上的一座界碑

——纪念《民法通则》颁布二十周年 (309)

回归民法 (317)

后记：“先结婚，后恋爱”

——我的民法求学之路 (337)

制度的民法与理念的民法： 关于民法是什么的问题

一、研习民法的困惑

民法是什么？如何把握民法？不论是对于欲入门者还是对于已经修过民法课程甚至有相当研究的已入门者来说，都是一个困惑。对于欲入门者来说，他在学习民法之前不可能不思考民法是什么以及怎么把握民法的问题。任何人在了解一个陌生的事物之前，总是怀着某种对新知识好奇的心理，想弄清楚它是什么，以便自己去掌握它。对于已入门者来说，他已经学习过民法的各个部分基本知识，甚至对民法的某些问题已经有相当的研究，大多也会感受到民法体系庞大，概念、特征、要件、原理包罗万象，难以把握；各种权利义务关系常常处于胶着状

态，不易区分和把握；^①各种学说纷繁复杂，更是莫衷一是。^②而且，现今的民法教科书也是越编越厚，专题著作更有过之而无不及，几乎令人难以应付。面临如此庞杂的民法，入门者总是希望自己所学的知识是系统的知识，而不是支离破碎的一些概念、特征、原理、权利义务以及各种学说的堆积物，因而也不得不思考民法是什么和如何把握民法的问题。

民法是什么？传统的法学理论认为，民法是私法，我国近年来的民法学说也有持这种主张的（民法学者在谈到民法的本质大多持私法说，不同于传统的社会主义民法公法观）。但是，公法和私法的理论对我们来说却是陌生的。当然，这种陌生有着深刻的社会政治和意识形态的背景。即使在西方法学理论上，公法和私法的划分也是众说纷纭，而且随着社会经济的发展，公权力对私的领域的渗透也越来越明显，其间的界限越来越模糊。因此，说“民法是私法”，并由此展开，并不能很好地解决民法研习者的困惑。

这种困惑不仅存在于学习者，也存在于理论研究者。理论研究者必须对民法作出一个具有说服力且又通俗易懂的“是什么”的解释，理论上解决“怎么把握民法”的问题。然而，就当前民法学理论研究而言，并没有给出一个明确的答案。多数

① 请求权的竞合是一个典型。例如，当租赁合同期限届满时，出租人得请求承租人返还租赁物，此一返还请求权既可是基于合同而生之债权请求权，亦可是基于出租人对于租赁物的所有权而生之物上请求权，甚至可以是不当得利请求权。一项请求，有如此复杂的法律关系，非一般民法学习者所能理解。

② 例如，权利的本质有自由说、利益说和法力说，监护的性质有权利说、义务说和职责说，法人的本质有拟制说、否认说和实在说，法律行为的本质有意思表示说、合法行为说，意思表示的解释有意思主义、表示主义和折衷主义，等等。几乎在每一个民法制度里，都充满着各种不同的学说。

民法教科书只是依据《民法通则》第2条的规定，从调整对象的角度对“民法是什么”给出答案，没有进一步解决如何把握民法是什么的问题。

二、两种解读方法

对于法律，笔者认为可以有两个不同层次的解读：一是制度层面的解读；二是理念层面的解读。

任何一个部门法都是由存在着内在联系的、和谐的、系统的一系列法律制度构成的，法律首先表现为一个个法律制度，并且这些法律制度之间存在着有机的联系。因此，无论是法律的初学者还是研究者，总是首先学习和研究一个个具体的法律制度，并思考其内在的联系，由此构成对一个部门法律的整体认识。只有这样，我们所学的法律知识才是完整的、系统的，才不至于支离破碎。也只有做到对法律的整体认识，才有可能在解决研究法律理论问题和解决法律实务问题时，做到融会贯通，而不至于出现“头痛医头、脚痛医脚”的情形。

然而，法律研习者对法律的领会，如果仅仅停留在法律制度层面上，显然是不够的。法是人们的行为规范。法律对人们的行为作出规范，规定什么是可为的和什么是不可为的，并非完全是法律制定者的好恶所致，而是有其内含的价值理念。只有真正领悟了法律制度所内含的价值理念，才能更好理解法律，才能真正理解法律为什么作出这样的规定。所谓小和尚念经，有口无心，是没能领悟佛经的真谛。悟道成佛才是最高的境界。

研习法律，也应是如此。因此，法律制度的学习是研习法律的第一个层次，法的理念的领悟则是研习法律的更高层次。

法律的上述两个层面既相对独立又存在内在的联系。一般说来，制度层面的法律，即法律制度是我们所直接研习的对象，它由一套具有内在联系的规则或规范构成。从理论上讲，它的内容包括基本概念、权利义务以及由此形成的一套完整的规则，法律规则或规范则是具体的、直观的。理念层面的法律则是一套法的价值体系，它反映的是隐含在法律规则或规范背后的价值取向，它不同于法律的规范或规则，它是抽象的、不是直观的。然而，二者之间又存在着联系，法律制度是法的理念的载体，法的理念通常需要通过法律制度中规则或规范得以体现，否则法的理念是不容易琢磨的，也是不易把握的，法律的研究者只有透过法律制度所确立的规则或规范，才有可能领悟到法的价值理念；法的价值理念则是法律制度的精神，是法律制度的生命力之所在，离开了法的价值理念的法律制度，是没有生命力的，这样的法律规则如果适用于社会生活，就可能走向法的反面。因此，法是制度层面的法和理念层面的法的统一。民法也是如此。

三、制度层面的民法

就一部民法典来看，民法的制度包括自然人、法人、法律行为、代理、时效、所有权、各种用益物权、各种担保物权、共有、相邻关系、各类合同、侵权行为、无因管理、不当得利、

婚姻、家庭、收养、继承等，有的国家的民法典还包括专利、商标、著作权等知识产权制度。如果从民商合一的角度看，民法部门还包括公司、合伙企业、个人独资企业、票据、保险、信托、证券、海商、期货等。可以说，民商事法律制度内容包罗万象，体系极其庞大。而且，每一项民商事制度内又有非常丰富的内容。这些民商事法律制度应当如何把握？这是制度层面上应当解决的问题。

法律是调整社会关系的。按照《民法通则》第2条的规定，民法调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系。民法从其历史来看，是与商品经济密切联系的。马克思说：“先有交易，后来才由交易发展为法制……这种经过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式。”^①在古代罗马社会简单的商品经济条件下，产生了辉煌的古代罗马民法。近代资本主义经济的发展，催生了以法国民法典和德国民法典为代表的近现代民法。从民法的历史来看，民法主要是反映商品经济的要求的。因此，我们可以说，民法调整的社会关系主要是商品经济关系。从民法与商品经济关系的内在联系，有助于我们把握民法。

按照马克思政治经济学的理论，商品是用来交换的产品，商品经济是以交换为本质的经济形式。劳动的产品只有在交换中才具有商品的属性。因此，商品经济关系集中体现为商品交换关系。马克思在谈到商品交换时指出：“商品是物，不是人，

^① 《马克思恩格斯全集》第19卷，第423页。

不能自己到市场去，不能自己交换，因此，我们必须寻找它的监护人，商品所有者。……为了使这些物作为商品彼此发生关系，商品监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系，因此，一方只有符合另一方的意志，就是说每一方只有通过双方共同一致的行为，才能让渡自己的商品，占有别人的商品。”^①

马克思的这一段话揭示了商品交换得以实现的三个基本要素：一是商品须有监护人，即商品所有者，他们是商品的生产经营者，是交换的主体、市场的主体；二是商品监护人对商品的支配力，他们能将“自己的意志体现在”商品上，决定着商品的命运；三是商品交换的形式只能是商品监护人之间的合意，即“双方共同一致的行为”，只有通过合意才能“让渡自己的商品，占有别人的商品”。

上述商品交换得以实现的三要素，在法律上体现为民法的民事主体制度、物权制度和债（合同）制度。民事主体包括自然人、法人以及其他组织，是对商品生产经营者的最为直接的确认。物权尤其是所有权制度是对商品生产者经营者对其商品的支配力的认可。至于债和合同更是对商品交换行为的直接确认，合同不过是商品交换的法律用语。自罗马法以来，尽管民法也在不断的变化，但是民事主体、物权和债（合同）始终是构成民法体系的三大基本制度。民法可以说是主体、物权和债（合同）三位一体的法律。

^① 《马克思恩格斯全集》第23卷，第102～103页。

从制度层面来看，主体、物权和债构成民法的三大支柱，民法的其他制度围绕着这三大制度，从而构成完整的民法这一法律体系。它们或者是三大制度的延伸或者是这三大制度在特定社会关系中的体现。例如，人格权就其原来的意义而言，不过是主体独立人格的构成因素，不具有人格权的人不可能成为真正的权利主体；法律行为不过是合同行为这样的以意思表示为特质的行为的抽象；代理无非是解决由他人代为实施合同这样的法律行为的制度，是自然人、法人的“分身术”；消灭时效则是促使当事人积极行使债权的一种制度设计，附着于债；侵权行为则是法律行为的相反的表现形式，因而与合同一样也构成债的发生根据；知识产权制度则是现代意义上财产发展的新形式，因而具有所有权的一般属性——绝对性，专利、商标及作品与房屋等有体物一样成为权利的对象和交易的对象；继承制度则是解决当一个自然人死亡后，其个人财产（包括物权、债权、知识产权等形式的财产）由新的权利人继受的问题；亲属法律制度是民法的三大制度在亲属关系中的再现：婚姻是建立在契约基础上的一种身份关系，夫妻以及家庭成员之间的关系更多的是平等的互为请求关系，而非支配关系，具有契约关系的特点，夫妻财产或为共有财产或为联合财产或为分别所有的财产，不过是财产存在的特殊形式。

至于商法制度，由于商事关系本身就是商品经济关系，与民法的三大制度的关系就更为密切。商人是民事主体在商法领域的特定称呼，公司是典型的法人，合伙企业和独资企业则属于非法人主体，个体商人则是自然人（商自然人）。公司的成立

以章程为基础，而章程是股东之间关于设立公司而达成的协议（也是一种合同，传统民法理论称为“合同行为”或“共同行为”，相对于契约而言^①）。票据关系本质上是债的关系，票据行为是法律行为。保险、期货交易、海商、信托、证券交易等直接是商业行为，属于商品经济的范畴。一部保险法、信托法、证券法，大体都包括两个部分内容：一是关于商主体（主体）的规定，如保险公司、信托机构、证券交易所、证券经纪人，二是关于商行为（即法律行为）的规定，如保险合同、信托行为、证券交易行为。商法作为民法的特别法，其制度都是民法制度的延伸，其原理来源于民法。

综上所述，从制度层面上把握民法，重点在于把握民事主体、物权和债（合同）三大制度。民商法学的学习和理论研究，应以总论、物权和债（合同）为重点，总论、物权和债（合同）构成了整个民商法学知识体系的基础。

四、理念层面的民法

法的理念反映的是法的价值取向。法不是单纯的一套制度和纯技术性的规范体系，而是由一定的法律价值观所支撑的一套制度和规范体系，法的制度和规范体系必须体现法的价值观。因此，所谓理念层面的民法，在于把握民法的一系列制度和

^① 关于传统民法理论中的契约与合同的区分以及我国民法合同一词的意义，请参阅本书《合同与契约》一文。