



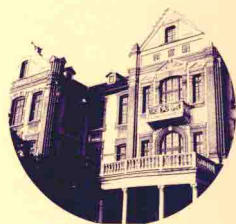
上海交通大学 凯原法学院

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL



顾祝轩 著

民法概念史·总则



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL



民法概念史·总则

顾祝轩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法概念史·总则 / 顾祝轩著. —北京:法律出版社, 2014. 7

(上海财经大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6644 - 8

I. ①民… II. ①顾… III. ①民法—法制史—研究—中国 IV. ①D923.02



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第166484号

上海财经大学法学文丛

民法概念史·总则

顾祝轩 著

责任编辑 高山 黄琳佳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 15.5 字数 344 千

版本 2014年8月第1版

印次 2014年8月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6644 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

简 目

绪论 001

第一章 自然人 006

第一节 人格概念 006

第二节 权利能力 011

第三节 行为能力 023

第四节 监护 035

第五节 权利能力概念的法社会学内涵 040

第六节 结语:作为法社会学的“权利能力”概念 055

第二章 法人 056

第一节 法人概念的历史语义学与社会结构变迁 056

第二节 萨维尼的法人理论 078

第三节 耶林的法人理论 089

第四节 基尔克的团体法理论 094

第五节 结语:19 世纪法人理论评析 099

第三章 法律行为 103

- 第一节 法律行为概念 103
- 第二节 意思表示 137
- 第三节 心理保留、虚伪表示 163
- 第四节 错误 167
- 第五节 欺诈、胁迫 231
- 第六节 非常损失 250
- 第七节 公序良俗 298
- 第八节 无效、可撤销 309
- 第九节 法律行为的解释 329

第四章 代理 368

- 第一节 代理概念的历史语义与社会结构变迁 369
- 第二节 代理理论的历史变迁 376
- 第三节 代理权的独立性 387
- 第四节 法定代理的理论构成 396
- 第五节 表见代理 399

第五章 时效 410

- 第一节 罗马法及中世纪法上的时效制度 411
- 第二节 自然法 414
- 第三节 十七、十八世纪法国普通法学：多马与朴蒂埃 421
- 第四节 十七、十八世纪法国普通法时效观概述 431
- 第五节 《法国民法典》编纂与时效理论 441
- 第六节 德国法上的时效制度 454

后记 471

详 目

绪论 001

一、国内研究现状及存在的问题 001

二、研究目的 001

(一)民法的规范认识与历史认识 001

(二)中国民法的历史对话 002

三、基本观点 002

四、研究思路 003

五、研究方法 003

六、研究内容 005

第一章 自然人 006

第一节 人格概念 006

一、罗马法与中世纪法:人格 = 身份(status) 006

二、自然法:人格 = 法律地位 007

(一)普芬道夫 007

(二)沃尔夫 008

(三)康德 009

三、普通法(gemeines Recht)时期:萨维尼的人格概念 010

第二节 权利能力	011
一、罗马法	011
（一）权利能力始于出生	011
（二）胎儿的权利能力	012
（三）权利能力终止	012
二、日耳曼法	012
（一）权利能力始期	012
（二）权利能力终止	013
（三）权利能力的限制	014
三、普通法	019
四、现行德国民法	019
（一）《德国民法典第一草案》	019
（二）《德国民法典第二草案》	022
（三）《德国民法典》	022
第三节 行为能力	023
一、罗马法	023
（一）行为能力的年龄条件	023
（二）行为能力的心智条件	025
二、德国法	025
（一）古代日耳曼法	025
（二）德国继受罗马法后	030
（三）德国普通法时期	031
（四）《德国民法典》	031
第四节 监护	035
一、罗马法	035
二、日耳曼法	036

三、德国继受罗马法 038

第五节 权利能力概念的法社会学内涵 040

一、无行为能力是不完全权利能力的派生物 040

(一)权利能力的构成部分 040

(二)权利能力与限制权利能力 040

二、权利能力概念产生的经济基础 041

(一)农业家庭共同体:外部的法律关系 041

(二)家庭内部的法律关系 042

三、限制权利能力 046

(一)家子及奴婢的限制权利能力 046

(二)基于身份制组织对权利能力的限制 047

(三)幼儿、女性的限制权利能力 048

四、欧洲旧秩序的崩溃 048

(一)旧秩序崩溃的政治原因 048

(二)欧洲古老团体崩溃的经济原因 049

五、近代民法的发展 051

(一)个人主义观念下的权利能力 051

(二)法、德、奥三国民法典比较 052

第六节 结语:作为法社会学的“权利能力”概念 055

第二章 法人 056

第一节 法人概念的历史语义学与社会结构变迁 056

一、罗马法上的法人概念 056

(一)“法人”概念的起源:universitas 056

(二)法人/合伙之区分 058

二、德国法上的“合作社”与社团法人	059
(一)德国继受罗马法之前	059
(二)德国古法上的“合作社”	060
(三)德国古法上的“社团法人”	062
(四)营利社团法人的起源与发展	065
三、德国继受罗马法之后团体法的发展	067
四、自然法学中的法人概念	067
(一)普芬道夫	067
(二)沃尔夫	068
五、近代法上的法人	069
(一)《普鲁士一般邦法》	069
(二)18 世纪后期至 19 世纪初期德国团体的结社状况	070
(三)近代法人概念的正式确立	073
(四)《德国一般商法典》:许可主义与规范主义	075
(五)《德国民法典》	076
六、小结	077
第二节 萨维尼的法人理论	078
一、萨维尼与蒂堡关于法人理论的争论	078
(一)蒂堡的法人理论	078
(二)萨维尼对蒂堡的法人理论的批判	079
二、萨维尼的“法人”概念	080
(一)“去伦理”的法人概念	080
(二)法人的形态	083
(三)“国家高权”观念下法人设立的许可主义	084
(四)法人的基本组织	084
三、萨维尼法人理论的评价	085

(一)法人拟制说的特征	085
(二)对法人拟制说的批判	086
四、萨维尼对近代法人理论的贡献	087
五、小结	088
第三节 耶林的法人理论	089
一、耶林的目的法学	089
二、基于权利本质论的法人理论	090
(一)耶林的权利论与法人理论	090
(二)作为“法律技术论”的法人理论	092
三、法人否认说的功绩	093
第四节 基尔克的团体法理论	094
一、基尔克团体法理论产生的社会背景	094
二、基尔克关于中世纪德国团体的历史评析	095
(一)团体类型	095
(二)罗马式社团理论与日耳曼传统之妥协	096
三、团体人格本质论	096
(一)团体人格的概念	096
(二)团体人格的“实体”	097
(三)团体人的权利能力及行为能力	098
(四)法人有机体说	098
四、小结	099
第五节 结语:19 世纪法人理论评析	099
一、“法人”概念的历史语义学与社会结构变迁	099
二、法人法的独特视角:“国家—社会—个人”三者关系	100

第三章 法律行为 103

第一节 法律行为概念 103

一、法律行为的形式 104

(一)形式主义 104

(二)方式 105

二、无形式行为的原则 109

三、法律行为概念的起源 110

(一)教会法对世俗法的影响以及注释法学派的贡献 110

(二)法律行为概念的摇篮期:启蒙期自然法论 111

四、法律行为概念的确立期:潘德克吞体系 117

(一)潘德克吞体系的成立 117

(二)来自自然法学的影响 118

(三)潘德克吞体系总则编 120

五、法律行为理论的成立过程 121

(一)18世纪自然法时期 121

(二)《德国民法典》成立前后 123

(三)《德国民法典》颁布实施后法律行为理论的发展 129

六、法律行为概念成立的社会结构分析 129

(一)自然法理论和邦国国家权力的相互结合 129

(二)德国法律职业共同体的特殊性 130

七、法律行为理论对各国民法典编纂产生的影响 131

(一)《奥地利民法典》 131

(二)《瑞士民法典》 131

(三)《法国民法典》 132

(四)其他国家 132

八、分析与展望：法律行为的结构	133
(一)法律行为概念的历史性与功能性	133
(二)意思与表示	134
(三)信赖保护	135
(四)形式的重要性	136
第二节 意思表示	137
一、意思表示概念的历史	137
(一)法律意思主义的起源及其依据	137
(二)格劳秀斯的“承诺拘束理论”	140
(三)自然法学家的贡献	140
(四)近代各国民法	142
二、《德国民法典》意思表示法的形成过程	144
(一)《德国民法典第一草案》关于意思欠缺诸规定的基本构想	144
(二)《德国民法典第一草案》关于意思欠缺诸规定的结构及其内容	146
(三)《德国民法典第一草案》意思表示法的基本特征	149
(四)来自意思主义者的草案批判	150
(五)来自表示主义者的草案批判	157
(六)第20届法律工作者大会的审议	159
(七)利益团体对草案的意见	159
(八)小结	160
三、《德国民法典》关于意思表示的诸规定	162
第三节 心理保留、虚伪表示	163
一、罗马法源	163
二、德国普通法学时期	163
(一)萨维尼的“心理保留”论	163
(二)温德沙伊德的“心理保留”论	164

三、《德国民法典第一草案》	165
(一)心理保留	165
(二)虚伪行为	166
四、《德国民法典》	167
第四节 错误	167
一、罗马法上的错误制度	168
(一)罗马法中错误的类型	168
(二)关于“动机的错误”	170
二、17 世纪普通法学	171
三、17 世纪自然法学	172
(一)格劳秀斯	172
(二)普芬道夫	173
(三)托马修斯	174
四、18 世纪自然法学家的错误论	175
五、自然法学对诸邦法典的影响	177
(一)18 世纪末至 19 世纪初期自然法学的错误论	177
(二)《普鲁士一般邦法》	178
(三)《巴伐利亚民法典》	179
(四)《奥地利民法典》	180
(五)《巴登邦法》	181
(六)小结	182
六、法国法上的错误制度	183
(一)《法国民法典》颁布实施之前	183
(二)《法国民法典》编纂	184
(三)《法国民法典》颁布实施后学说和判例的状况	187
(四)本质的错误、人的错误的判例整理	194

(五)小结	196
七、18 世纪末期德国普通法学	197
(一)18 世纪末期德国普通法学错误论概述	197
(二)德国普通法末期蒂堡对错误论的批判	198
八、19 世纪初期普通法学	198
(一)错误论概述	198
(二)普赫塔的错误论	199
(三)萨维尼的错误论	200
(四)耶林对普赫塔意思主义的批判	203
(五)小结	204
九、《德国民法典第一草案》成立期错误理论	205
(一)温德沙伊德的错误理论	205
(二)蒙森(Mommsen)及哈特曼(Hartmann)的错误理论	206
十、《德国民法典第一草案》中的错误制度	208
(一)概说	208
(二)《Gebhard 草案》关于错误的条文规定	208
(三)《德国民法典第一草案》	212
(四)温德沙伊德的错误论与《德国民法典第一草案》编纂	215
(五)《帝国司法厅准备委员会决议草案》	218
十一、《德国民法典第二草案》的基本结构	219
(一)民法典编纂第二委员会对《帝国司法厅准备委员会决议草案》的审议	219
(二)《德国民法典第二草案》结构分析	219
十二、《德国民法典》关于错误的规定	220
(一)《德国民法典》关于错误规定的结构	220
(二)《德国民法典》为何放弃“错误者无重大过失”要件	222

(三)小结 226

十三、错误法总结 227

(一)错误法需要考虑的若干因素 227

(二)错误无效的构成要件 229

第五节 欺诈、胁迫 231

一、罗马法 231

(一)概述 231

(二)欺诈 232

(三)胁迫 233

二、注释法学 233

三、法国法上“合意瑕疵”诸形态 234

(一)法国古法中的胁迫、欺诈概念 234

(二)胁迫之适用 235

(三)欺诈之适用 237

四、19世纪德国普通法 239

(一)萨维尼的欺诈、胁迫理论 239

(二)对萨维尼的欺诈、胁迫理论的批判 241

五、《德国民法典》编纂 242

(一)《Gebhard 草案》 242

(二)《德国民法典第一草案》 244

(三)《德国民法典第二草案》 248

(四)《德国民法典》 248

六、小结 249

第六节 非常损失 250

一、罗马法上“非常损失”(laesio enormis)规则 251

(一)罗马法关于“价格的自由” 251

(二) 规制的诸形态	252
(三) C. 4. 44. 2 及 C. 4. 44. 8 的颁布	253
(四) 小结	255
二、中世纪“非常损失”(laesio enormis) 规则的展开	255
(一) C. 4. 44. 2 法文的一般属性	256
(二) 适用领域的扩张与客观要件	259
(三) “非常损失”(laesio enormis) 的主观要件	260
(四) 法律效力: 撤销权与补充权	261
(五) 小结	261
三、自然法学时期的“非常损失”	262
(一) 自然法论中的平等性(aequalitas) 与“非常损失”	262
(二) 自然法的法典编纂:《普鲁士一般邦法》	266
四、分析与归纳	270
(一) 罗马法上的“非常损失”(laesio enormis)	270
(二) 教会法上的“正当价格”(justum pretium)	271
(三) 中世纪罗马法学	271
(四) “非常损失”三种模型	272
五、法国法上的“非常损失”(lésion)	272
(一) 古法时代	272
(二) 中间法时代	275
(三) 《法国民法典》上的“非常损失”(lésion)	276
(四) 《法国民法典》颁布后的学说状况	280
六、德国法上的暴利(Wucher) 制度	281
(一) 德国普通法时期	281
(二) 19 世纪后半期	284
(三) 《德国民法典》编纂时期	289

七、分析与启示 293

(一)“非常损失”规则的三种模型 293

(二)“非常损失”规则的比较法分析 296

第七节 公序良俗 298

一、法国法上的“公序良俗” 298

(一)中世纪“公序良俗”概念 298

(二)近代早期“公共秩序”概念 301

(三)小结 304

二、德国法上的“良俗论” 304

(一)条文结构 304

(二)现行《德国民法典》为何未规定“公共秩序”概念 305

(三)《德国民法典》中“善良风俗”概念 306

三、小结 309

第八节 无效、可撤销 309

一、法国法上的契约无效概念 310

(一)无效理论的起源 310

(二)无效、撤销及恢复原状 312

二、德国法上法律行为无效概念的谱系 317

(一)德国普通法时期 317

(二)《德国民法典》编纂阶段 322

(三)《德国民法典》 323

三、小结 328

第九节 法律行为的解释 329

一、罗马法 329

(一)概述 329

(二)法律行为的形式主义 330