

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

民法基本原则 研究

在民法理念与
民法规范之间

Principles of Civil Law

董学立 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学研究项目最终成果

项目批准号：05JA820019

项目类别：一般项目



中国法学学术丛书

民法基本原则 研究

在民法理念与
民法规范之间

Principles of Civil Law

董学立 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法基本原则研究:在民法理念与民法规范之间 /
董学立著. —北京:法律出版社,2011.6
(中国法学学术丛书)
ISBN 978-7-5118-2198-0

I. ①民… II. ①董… III. ①民法—原则—研究—中国 IV. ①D923.14

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第105295号

| | | | |
|----------|--------------------|-------|----------------------|
| 中国法学学术丛书 | 民法基本原则研究 | 董学立 著 | 责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻 |
| | ——在民法理念与民法 规范之间 | | |

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.5 字数 212 千

版本 2011年7月第1版

印次 2011年7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 978-7-5118-2198-0

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国法学学术丛书

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对我国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

序

学立作为研究民法的学者,我对其在学术上的敏锐和探求问题的思维方法是十分赞赏的,他写了许多很有见地的学术论文。今其著作《民法基本原则研究——在民法理念与民法规范之间》即将出版,我应邀为其作序并祝贺之。

在大陆法系,民法的基本原则作为克服成文法僵硬并保持体系弹性的重要手段,可以使法官通过解释基本原则使其具有规范的作用。因此,民法的基本原则可以说是民法自身带有的最有生命力的“法源”。正因为如此,许多国内外学者对基本原则性质和功能的探讨始终没有停止过。我国许多学者对于民法基本原则的研究也很有特色,其中给我印象最深的是徐国栋教授,其对民法基本原则的著作影响了并影响着很多人,现在仍然是研究民法基本原则的力著之一。还有许多教授虽未出版关于民法基本原则的著作,但在他们的民法著作中都对民法的

基本原则进行了论述。这些重要的学术积累是我国学术界的重要财富,也是我们继续研究的基础。学立在其著作中,对这些研究成果给予了充分的肯定,并进行了认真的分析和研究。在此基础上,从另外一个独特的视角,从民法的内在的理念和外在的表达形式入手,认为民法基本原则是民法内在理念的外在表达形式,用作者的话来说,民法基本原则是“民法理念的外化”。那么,如果是这样的话,民法的理念、基本原则与民法的具体规范又是什么关系呢?民法的具体规范究竟是体现了民法的理念还是民法的基本原则呢?作者非常清楚地指出,民法规范是民法基本原则的展开。这种认识同大陆法系的成文法典就一致了,如果仅仅是理念而不规定为基本原则(或者说不通过基本原则体现出来),就难以为法官解释法律规范提供依据,也就难以成为体系化中的一部分。因此,从逻辑关系上来说,必须将规范定位于民法基本原则的展开,才符合德国式成文法的模式要求。另外,学立的这一著作同其他人关于民法基本原则的著作还有一个显著的不同,那就是在第二部分和第三部分就“民法基本原则之本体——构成与关系”,以及“民法基本原则之展开——民法规范及其类型”作出了具体的分析,认为,主体平等原则、私法自治原则和权利保护原则,共同构成民法的正面民法基本原则,反映和体现民法是权利无效弘扬的私法理念;诚实信用原则、公序良俗原则和权利滥用禁止原则,共同构成民法的负面民法基本原则,反映和体现民事是权利适度限制的私法理念。民法调整平等主体的私人间法律关系和不平等主体的私公间法律关系。在平等主体的私人间关系,有私法自治原则、诚实信用原则和权利滥用禁止原则的适用。体现私法自治原则的法律规范类型有任意性规范、倡导性规范两者。体现诚实信用原则和权利利用禁止原则的法律规范是限权性规范。在不平等主体的私公间法律关系,有公序良俗原则的适用。体现公序良俗原则的法律规范就禁止性法律规

范。从民事法律规范调整的内容来看,由民法基本原则的地位所决定,民事法律规范应在内容上分属于某一项民法基本原则,等等。在我看来,以上这些见解,可能会有学者持有不同意见,但其无论对于立法还是学术研究都是有意义的。尤其是我们的民法典正在制定过程中,这种对民法基本原则的认识,对于我国研究和制定民法典都是有借鉴意义。

我国民法学界近年来的学术成果丰硕,各个方面的研究成果令人瞩目。学立的这一本著作,是近几年来研究民法基本原则的重要著作,期望能够引起学界和立法的重视,并希望学立的研究取得更多的成果。

李永军

2011年5月24日

目 次

导言：民法基本原则研究的回顾 / 1

一、《民法通则》颁布与民法基本原则研究 / 1

二、对民法基本原则的专题性研究 / 8

三、未来《中国民法典》的编纂与民法基本原则
研究 / 13

第一部分 民法基本原则之由来——理 念与外化 / 19

第一章 民法的理念——从“单一理念”到 “多元理念” / 21

第一节 民法的理念观 / 21

一、理念 / 22

二、法律理念 / 24

三、民法的理念——民法的单一理念观 / 25

四、民法的理念——民法的多元论理念观 / 29

第二节 民法的精神理念：私权的无限弘扬与私权的适度限制 / 32

一、私权的无限弘扬 / 33

二、私权的适度限制 / 40

第三节 民法的形式理念：民法的法典化与非法典化 / 44

一、民法的法典化 / 44

二、民法的非法典化 / 47

三、民法的解法典化 / 49

第四节 民法的适域理念：私人间法关系与私公间法关系 / 51

一、民法的调整对象——具象法关系和抽象法关系 / 51

二、私人间法关系 / 52

三、私公间法关系 / 55

第五节 民法的元素理念：民事法律关系及其要素 / 57

一、民法即民事法律关系法 / 57

二、民事法律关系的要素 / 60

第六节 民法的权利理念：绝对权与相对权 / 62

一、民事权利的基本分类 / 62

二、民事权利基本分类的意义 / 66

第二章 民法基本原则的由来——民法理念的外化 / 70

第一节 民法的精神理念与民法基本原则 / 70

一、私权的无限弘扬与民法基本原则 / 70

二、私权的适度限制与民法基本原则 / 79

第二节 民法的形式理念与民法基本原则 / 84

一、民法典与民法基本原则 / 85

二、民法典所需要的民法基本原则 / 96

第三节 民法的适域理念与民法基本原则 / 98

一、私人间法关系与民法基本原则 / 99

二、私公间法关系与民法基本原则 / 103

第四节 民法的元素理念与民法基本原则 / 105

| | |
|-------------------------------------|--|
| 一、民法的元素与民法基本原则 / 105 | |
| 二、民法的主体元素与民事主体平等原则 / 106 | |
| 三、主体平等原则在现代民法中的表现 / 108 | |
| 第五节 民法的权利理念与民法基本原则 / 111 | |
| 一、权利的分类与权利行使限制 / 111 | |
| 二、权利的行使限制与民法基本原则的确立 / 113 | |
| | |
| 第二部分 民法基本原则之本体——构成与关系 / 117 | |
| | |
| 第三章 民法基本原则之正面构成 / 119 | |
| | |
| 第一节 民法基本原则正面构成中的私法自治原则 / 120 | |
| 一、在民事行为能力制度设计上对私法自治原则贯彻不够 / 120 | |
| 二、物权制度设计上对私法自治原则贯彻不够 / 132 | |
| 三、在法律行为(合同)无效制度设计上对私法自治原则贯彻不够 / 136 | |
| 第二节 民法基本原则正面构成中的私权保护原则 / 142 | |
| 第三节 私法自治原则与私权保护原则之间的协力作用 / 146 | |
| 一、私法自治原则旨在生发权利 / 146 | |
| 二、权利保护原则意在实现权利 / 149 | |
| | |
| 第四章 民法基本原则之负面构成 / 152 | |
| | |
| 第一节 诚实信用原则 / 152 | |
| 一、诚实信用的概念及立法 / 152 | |
| 二、诚实信用原则的调整领域 / 154 | |
| 三、诚实信用原则与公序良俗原则的关系 / 156 | |
| 第二节 公序良俗原则 / 160 | |
| 一、公序良俗的功能及立法 / 160 | |
| 二、公序良俗的类型化 / 162 | |
| 三、公序良俗原则的判断标准 / 164 | |
| 第三节 权利滥用禁止原则 / 168 | |

- 一、权利滥用的合理性 / 168
- 二、权利滥用构成要件的展开 / 170
- 三、权利滥用的法律后果 / 174

第五章 公平原则的重新定位 / 180

- 一、公平的一般含义及其在民法上的认识论意义 / 181
- 二、公平在民法上的独特含义及其地位之争 / 186
- 三、公平在民法上的应然地位 / 191

第三部分 民法基本原则之展开——民法规范及其类型 / 199

第六章 民法基本原则与民法规范 / 201

第一节 民法基本原则的民法规范表达 / 201

- 一、主体平等原则的民法规范表达 / 201
- 二、私法自治原则的民法规范表达 / 205
- 三、权利保护原则的民法规范表达 / 207
- 四、诚实信用原则的民法规范表达 / 209
- 五、公序良俗原则的民法规范表达 / 210
- 六、权利滥用禁止原则的民法规范表达 / 212

第二节 民法基本原则与民法规范类型 / 214

- 一、私人间法律关系与民法规范类型 / 214
- 二、公私间法律关系与民法规范类型 / 221
- 三、禁止性规范 / 223
- 四、限制性规范 / 224

第七章 民法基本原则与民法制度设计 / 226

第一节 意思自治原则与物权变动立法模式选择 / 226

- 一、物权变动立法要素的拆解 / 228
- 二、物权变动立法要素的配置 / 236

| |
|---------------------------|
| 三、物权变动立法要素配置的实证分析 / 245 |
| 四、物权行为独立性与物权公示原则 / 251 |
| 第二节 诚实信用原则与时效取得制度设计 / 255 |
| 一、传统取得时效理论基础之弊端 / 255 |
| 二、恶意失权作为取得时效理论基础之论证 / 258 |
| 三、恶意失权作为取得时效理论基础之贯彻 / 264 |
| |
| 第八章 结束语 / 270 |
| |
| 参考文献 / 274 |
| |
| 后记 / 284 |

导言：民法基本原则研究的回顾

国内对民法基本原则的研究,笔者认为可以分为三个阶段:

一、《民法通则》颁布与民法基本原则研究

第一个阶段是《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)颁布前后对民法基本原则的研究。1986年颁布的《民法通则》确立了以下七项民法基本原则:平等、自愿、等价有偿、公平、诚实信用、保护公民和法人的合法权益、民事活动必须合法、损害社会公共利益和扰乱社会秩序。^[1]《民法通则》颁布前,围绕着应当确立哪些民法基本原则,以及《民法通则》颁布后,如何理解所确立的民法基本原则,学界曾有激烈争论

[1] 参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第15~16页。

并发表、出版了一些著述；〔1〕《民法通则》颁布后出版的教科书、注释书中，也无一不论及民法基本原则问题。〔2〕

这一阶段的民法基本原则立法和研究有如下特点：

一是试图将市民社会抽身出政治国家。在《民法通则》颁布前甚至颁布后的一段时期内，我国的社会结构实际上是一元化的政治国家，没有国家之外的市民社会独立存在。〔3〕而民法依其本性，是市民社会的基本法，是以国家与市民社会的二元分离以及市民社会的独立存在为立身前提的。在一个没有市民社会独立存在的国家中，民法既无适用处境，当无颁布和实施的必要。所以，在《民法通则》颁布前后，如何在一个一元化的政治国家中，为《民法通则》的颁布和实施找到一个场域，就成了一个问题。解决这个问题的重任就落在了民法基本原则之上——主要由作为民法基本原则的“平等原则”承担。我国《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”其中的“平等主体”在当时的语义环境下所意欲强调的是，国家非是不可以参与民事关系，但其绝不可以以国家公权力者的身份参与民事关系。当国家参与到民事关系领域之时，它就不再是那个政治国家，而是一个

〔1〕 据徐国栋教授1991年统计，《民法通则》颁布后，有15篇研究民法基本原则整体或单个民法基本原则的论文，出版了一部研究民法基本原则的小册子。参见徐国栋著：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，第1~2页。

〔2〕 值得注意的一个现象是，几部国外著名民法典都没有对民法基本原则做出专门并集中的规定，其有关一般规则的条款多散见于法典开端，或存在于学说理论，教科书也几乎没有关于民法基本原则的专论。而我国民事立法和民法学说一般均有对民法基本原则的专门规定和专章特论。

〔3〕 这一点，可以从《民法通则》关于民事主体的名称界定中得以窥见：《民法通则》关于民事主体的基本分类是公民和法人。其中的“公民”一词，是一个与政治国家相对称的政治学概念。在民事立法中，其恰当的称谓应是“自然人”，这在世界各国民事立法中是通例。

与其民事相对人地位平等的民法上的“人”了。这一点与当时法学界对公法和私法以及经济法与民法关系的讨论密切关联。与此相对应,非兼有国家身份的市民之间的财产关系和身份关系,其地位之平等性,即使在当时的语义环境之下,也并非难以理解。但《民法通则》却最终也没有摆脱掉其所处的时代局限,大量无效民事行为法律制度的存在,就是对其所处时代局限的最好注脚。^[1]

二是试图在计划经济体制下构建市场经济秩序。计划经济与政治国家结为一体,市场经济以市民社会的独立存在为社会基础。《民法通则》颁布之时,正是我国由计划经济体制转型为市场经济体制的过程中。作为“将经济关系直接翻译为法律原则”的民法,在这一经济转型过程中,扮演了固定转型成果和加速转型过程的积极作用。与此同时,由于立法经验的不足以及对法律制度与经济制度的特质、功能的混淆等,《民法通则》确立了诸如“公平、等价有偿”等民法基本原则,而这些所谓的民法基本原则与主体平等、意思自治等民法基本原则之间,存在结构性矛盾。再者,“公平、等价有偿”原则也与“诚实信用”原则之间存在功能重叠。因此,在“将经济关系直接翻译为法律原则”的时候,我们没有在“翻译”上下足工夫,或许是将经济关系直接“复制”为法律原则了吧!《民法通则》似乎没有能够清醒地将法律制度和经济制度区分开来——法律调整的是人们的行为,经济学关注的是投入与产出比即经济效率。所以,将“公平、等价有偿”圈列为民

[1] 《民法通则》第58条列举了七种无效民事行为的情形:(1)无民事行为能力人实施的;(2)限制行为能力人依法不能实施的;(3)一方以欺诈胁迫的手段或者乘人之危,是对方在违背真实意思的情况下所为的;(4)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;(5)违反法律或者社会公共利益的;(6)经济合同违反国家指令性计划的;(7)以合法形式掩盖非法目的的。以无效民事行为法律制度所要实现的法律目的即国家利益和公共利益为标准,上述其中情形中,笔者认为只有(5)、(7)两种情形方可以算作无效制度。

法的一项基本原则,我们认为缺乏理论基础。法律不能保证人们赢利。法律所能够做到的,是为人们赢利塑造基本法制前提。^{〔1〕}这个基本前提从其正面来说就是民事当事人的地位平等、意思自治。在民事当事人地位平等、意思自治的前提下,其经济行为是否最终实现赢利结果,民法虽不能说不予关注,但如果将这一关注上升到民法基本原则的地位,予以正面诉求,则必有过犹不及之嫌。从其反面来说,就是对违反意思自治,实施欺诈、胁迫的民事行为予以纠正——赋予相对人以撤销权,撤销其法律行为。而且将这一民事现象予以抽象、概括,上升为一项民法原则,即诚实信用原则。

三是试图形成一个科学有序的民法基本原则体系。总体看来,《民法通则》关于民法基本原则的位序有其体系考虑,即大致遵循了“正面”民法基本原则和“负面”民法基本原则的前后逻辑结构。^{〔2〕}但不可否认的是,其中也存在诸多不足。以某种应然的结构状态为分析判断标准,我们认为,《民法通则》确立的民法基本原则体系除了前述不应列入民法基本原则的“公平、等价有偿”之外,尚有如下几点不足:其一,不应在“正面”民法基本原则板块中硬生生地安插进诚实信用原则。诚实信用原则依其功效属于对私法自治的纠偏性原则,因而其应该身处于“反面”民法基本原则板块之中。《民法通则》第4条将私法自治原则(原文是“自愿”)与诚实信用原则并列规定,显然没有遵从体系上的正、

〔1〕 其典型者是公司法。公司法不能保证每一位股东的最终赢利,因为赢利与否是经济学研究的问题,法律学只关注赢利过程中的当事人之间的权利义务关系。只要当事人之间的权利义务关系均衡合理了,法律的使命就完成了。至于结果是否实现赢利,则不是法律学能够解决的问题。对此,作为公司法之基本法的民法,也是如此。

〔2〕 此所谓正面民法基本原则即主体平等、私法自治和权利保护三原则,此所谓反面民法基本原则即诚实信用、公序良俗和权利滥用禁止三原则。上述正负两面六项原则从前到后的排列,即笔者认定的民法基本原则的科学有序。