

 人民法学文存
Renmin faxue wencun

李锡鹤 著



民法基本理论 若干问题

Some Problems on Fundamental
Theories of Civil Law



人民出版社



中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



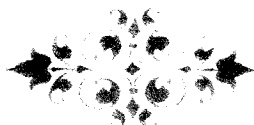
民法基本理论 若干问题

Some Problems on Fundamental
Theories of Civil Law



人民大学出版社

李锡鹤 著



民法基本理论 若干问题

Some Problems on Fundamental
Theories of Civil Law

人民出版社

责任编辑:李春林

封面设计:肖 辉

版式设计:程凤琴

责任校对:张 彦

图书在版编目(CIP)数据

民法基本理论若干问题/李锡鹤著.

—北京:人民出版社,2007.4

(人民法学文存)

ISBN 978-7-01-005950-1

I. 民… II. 李… III. 民法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 135060 号

民法基本理论若干问题

MINFA JIBEN LILUN RUOGAN WENTI

李锡鹤 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市双桥印刷厂印刷 新华书店经销

2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:15.5

字数:361 千字 印数:0,001~3,000 册

ISBN 978-7-01-005950-1 定价:30.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

作者简介

李锡鹤 1945年生于上

海，1968年毕业于中国人民大学哲学系，分配至山西省应县商业局，1995年调入华东政法学院，现为华东政法学院民商法教研室教授。

◆ 知识产权

——应用法学与基本理论

郑成思 主编

◆ 中国仲裁制度的改革与完善

谭兵 主编 黄胜春 副主编

◆ 刑法学方法的一般理论

曾粤兴 著

◆ 先秦政法理论

张伟仁 辑 陈金全 注

◆ 法理寻真

——论科学技术发展对法学
理论的影响

王梅 著

◆ 民法基本理论若干问题

李锡鹤 著

责任编辑：李春林

封面设计：肖 辉

版式设计：程凤琴

前 言

笔者近年来出版了一本《民法哲学论稿》(复旦大学出版社 2000 年 10 月版),发表了一些民法学论文,字数不多,问题不少,有观点上的,表述上的,也有排校上的,心中一直不安。笔者任教的华东政法学院准备汇编出版本校民商法教研室教师已发表的专业论文。趁此机会,笔者从《民法哲学论稿》中选了若干章节,另选了若干篇论文,作了修改。凡观点改动处,均作说明。汇成一册,是为本书。其中《关于法律行为效力的若干问题》一文,曾供研究生参考,未正式发表。有些文章讨论了法哲学内容,但目的是澄清民法学的概念,也收入了。民法学诸问题存在内在的联系,本书所收文章均独立成篇,论述难免有重复之处,这是需要说明的。

目 录

论民法的体系	(1)
论人格的概念	(7)
一 人格的词源	(7)
二 人格的本质	(16)
三 人格和人性	(21)
四 人格和人权	(25)
五 人格的历史	(32)
论法律的本质	(41)
一 法律的现象	(41)
二 法律的本质	(42)
三 法律的阶级性	(45)
论民法的概念	(49)
论民法的本位	(60)
论民法的精神	(69)
论民事能力	(75)
一 关于能力	(75)

二	关于民事权利能力·····	(76)
三	关于民事行为能力·····	(84)
四	关于民事责任能力·····	(90)
五	关于意思能力·····	(92)
六	关于几种民事行为的民事能力·····	(94)
论民事主体 ·····		(101)
一	主体的概念·····	(101)
二	哲学主体与法学主体·····	(105)
三	人身依附关系·····	(107)
论民事客体 ·····		(112)
一	民事客体的概念·····	(112)
二	债的概念·····	(118)
三	哪些事物可以成为民事客体·····	(127)
论法人的本质 ·····		(132)
论法人是无形主体 ·····		(140)
一	法人存在形式的疑问·····	(140)
二	法人人格探讨·····	(150)
如何理解法律行为的无因性 ·····		(158)
一	物权行为的原因问题·····	(158)
二	授权行为的原因问题·····	(166)
三	票据行为的原因问题·····	(168)
所有权定义形式之比较 ·····		(169)
——与梁慧星先生商榷		
2	论物权优先之所在 ·····	(182)

一 物权相对于债权的优先权	(182)
二 按份共有人的先买权	(190)
论共有	(192)
一 传统共有理论的疑问	(192)
二 “共有”的法律意义	(198)
三 “共有”理论和主体学说的关系	(203)
论法律上的归属	(206)
一 法律归属的对象	(206)
二 归属权和非归属权的概念	(207)
三 对他人客体的许可使用权	(209)
四 许可行使他人权利的行为资格	(215)
五 法律归属的含义	(216)
六 关于“利益”之法律归属	(218)
七 信托财产的归属关系	(219)
八 如何理解无主物之归属	(221)
论民事优先权的概念	(225)
一 民事优先权的分类	(225)
二 狭义民事优先权的根据	(229)
三 狭义民事优先权根据之法理分析	(236)
履约行为,还是订约行为	(238)
——物权登记行为比较	
一 我国不动产抵押协议的效力	(238)
二 大陆法系不动产抵押协议的效力	(241)
三 物权登记行为的不同性质	(242)
四 登记生效主义担保协议效力之比较	(247)

关于法律行为效力的若干问题	(253)
第一部分 关于法律行为的效力	(253)
一 法律行为概念	(253)
二 如何理解双方行为	(261)
三 法律行为的效力	(265)
四 法律行为效力之法理根据	(272)
第二部分 关于附款法律行为的效力	(281)
一 附款法律行为概念	(281)
二 附款法律行为的效力	(284)
三 法律行为的两类履行期限	(292)
四 如何理解期待权	(296)
五 附款法律行为之期前违约	(299)
论保护死者人身遗存的法理根据	(303)
论一般人格权	(311)
一 一般人格权 and 人格权是不同的概念	(311)
二 “一般人格权”的概念何时提出	(315)
三 “一般人格权”的内容不是人格独立、人格自由和 人格尊严	(316)
四 “一般人格权”的客体	(324)
从财产、人身、精神之关系论精神损害赔偿	(327)
——兼论我国精神损害赔偿的法理根据	
一 财产、人身、精神的关系	(328)
二 精神损害和精神损害赔偿的概念	(338)
三 对一些人格权的误解	(346)
四 精神损害赔偿的法理根据	(350)

人身权的发展轨迹	(360)
一 政治人身权的发展轨迹	(360)
二 民事人身权的发展轨迹	(361)
论人身权的体系	(377)
一 本文的人身权体系	(377)
二 人身权的三分法	(380)
三 《民法学原理》的人身权体系	(381)
四 《人身权法论》的人身权体系	(384)
论民事(法律)关系的概念和本质	(387)
一 民事关系和民事法律关系之关系	(387)
二 民事(法律)关系的本质	(397)
论代理的概念	(403)
一 代理的定义	(403)
二 代理权的性质	(406)
三 代理行为的性质	(412)
两大法系代理之法理根据比较	(414)
一 “区别论”和“等同论”的本来表述	(414)
二 大陆学者对“区别论”和“等同论”的表述	(416)
三 “区别论”和“等同论”的应有含义	(417)
四 两大法系代理之法理根据比较	(422)
民法基本原则探讨	(426)
一 民法基本原则的适用范围	(426)
二 民法的义务自主原则和义务原状原则	(428)
三 民法各基本原则分析	(430)
四 诚信原则不是民法的一般条款	(433)

侵权行为两论	(439)
一 侵权行为要件之体系	(439)
二 现代归责原则之法理根据	(448)
论过错是民事责任之唯一根据	(456)
一 侵权行为法因果关系之一般理论	(456)
二 论过错和民事责任的一般关系	(464)
应该构建统一的民法时效理论体系	(472)
一 现有时效定义和除斥期间定义的不足	(472)
二 构建统一的民法时效理论体系	(476)
三 关于保证期间的法律性质	(481)
从身份到契约	(484)
后 记	(488)

论民法的体系^①

哲学是自然科学和社会科学的概括和总结,是世界观和方法论。哲学不能归入任何一门具体科学。一种“哲学”,如果以一门具体科学命名,如艺术哲学,教育哲学,法哲学……实际上是关于该门科学的哲学性思维,即该门科学的最高抽象。这种“具体科学哲学”是从本门科学抽象出本门科学的一般理论,不是从本门科学抽象出哲学原理;是对本门科学的哲学性概括,不是对本门科学的哲学概括;是本门科学的整体观和方法论,不是世界观和各门科学的共同的方法论。可以推论:1. “具体科学哲学”是本门科学的一个分支,不是哲学,也不是介于本门科学和哲学之间的边缘学科。2. 正如哲学的研究范围包括全部存在和思维,“具体科学哲学”的研究范围包括本门科学的全部领域和全部内容,而不仅仅是本门科学的哲学问题,也不仅仅是本门科学的一般理论和发展规律。本门科学的一般理论和发展规律是“具体科学哲学”从本门科学的全部内容所抽象出的结果,不是“具体科学哲学”的抽象范围。“具体科学哲学”本身则是哲学的直接抽象范围,哲学从中发现“具体科学哲学”的哲学问题,并抽象出哲学原理。3. 正如哲

① 本文是拙著《民法哲学论稿》(复旦大学出版社2000年10月版)导言,原标题是:“民法哲学的概念”。

学对全部存在和思维的研究仅仅是哲学概括,而不是具体的研究,“具体科学哲学”对本门科学全部内容的研究也仅仅是哲学性概括,而不是具体的研究。各门科学的具体研究是各门科学的哲学概括的基础,为哲学概括所必须,但本身不是哲学。本门科学的具体研究是本门科学的哲学性概括的基础,为本门科学所必须,但本身不是“具体科学哲学”。

如果说哲学对各部门具体科学的全部研究工作有一般的指导作用,那么,“具体科学哲学”对本门科学的全部研究工作有具体的指导作用。这是“具体科学哲学”的存在理由。法哲学就是法学的整体观和方法论,是法学的一个分支,不是哲学,也不是介于哲学和法学之间的边缘学科。法哲学的研究范围包括全部法律现象,但法哲学对全部法律现象仅仅是作哲学性概括,不作具体研究。对全部法律现象的具体研究是对全部法律现象的哲学性概括的基础,为哲学性概括所必须,但本身不是法哲学。法哲学对法学的全部研究工作有比哲学具体的指导作用,这是法哲学的存在理由。民法哲学就是民法学的整体观和方法论。民法哲学从民法学所抽象的是民法学的一般理论,不是哲学原理,也不是法学的一般原理。因此,民法哲学是民法学的一个分支,不是哲学,也不是法哲学,也不是介于哲学和民法学之间,或者,介于法哲学和民法学之间的边缘学科。民法哲学的研究范围包括全部民事现象,但民法哲学对全部民事现象也仅仅作哲学性概括,不作具体研究。对全部民事现象的具体研究是对全部民事现象的哲学性概括的基础,为哲学性概括所必须,但本身不是民法哲学。民法哲学对民法学的全部研究工作有比法哲学更具体的指导作用,这是民法哲学的存在理由。

系。民法哲学和法哲学的关系,类似于法哲学和哲学的关系,是特殊和一般的关系。哲学为法哲学的研究提供了方法,同样,法哲学为民法哲学的研究提供了方法。民法学是法学的一部分,民法学的不少范畴,是法学的相应范畴的种概念,直接由法学的相应范畴所派生。民法学范畴的阐明,常常以阐明相应法学范畴为前提。因此,法哲学不仅提供了民法哲学的研究方法,而且提供了民法哲学的不少范畴的半成品,甚至可以说,法哲学的范畴一旦阐明了,民法哲学的相应范畴就清楚了。当然,反过来也可以说,民法哲学的研究工作,也直接参与了法哲学的建设。

法律是行为规范,法学可以说是行为的规范学。如果要对法学作出哲学性概括,现成的答案就是行为规范学。然而,“行为规范学”这一概括,停留于行为,没有涉及行为的背后。同样,民法是民事行为(此处指民事领域的行为,包括表意行为和事实行为)规范,民法学可以说是民事行为的规范学。如果要对民法学作出哲学性概括,现成的答案就是民事行为规范学。然而,“民事行为规范学”这一概括,停留于民事行为,没有涉及民事行为的背后。停留于研究行为的法学是一种平面的法学,停留于概括平面法学的法哲学是一种平面的法哲学。同样,停留于研究民事行为的民法学是一种平面的民法学,停留于概括平面民法学的民法哲学是一种平面的民法哲学。行为是意志的外在表现,意志是行为的动因。行为的背后是表现为行为的意志。不难发现,为了揭示行为的背后,法学和法哲学都需要一个表示表现为行为的意志的概念,这一概念就是后文将论述的实践性意志。从现象看,法学是行为的规范学;从本质看,法学是实践性意志实践或表现的规范学。^①

① 原文是:“从本质看,法学是实践性意志的实践学、表现学”。

同样,民事行为的背后是表现为民事行为的意志。不难发现,为了揭示民事行为的背后,民法学和民法哲学都需要一个表示表现为民事行为的意志的概念,这一概念就是民事意志。从现象看,民法学是民事行为的规范学;从本质看,民法学是民事意志实践或表现的规范学。^①

意志是决定达到某种目的而产生的心理状态。从是否以实践自身为实现手段的角度,意志可分为实践性意志和非实践性意志。^②以实践自身为实现手段的意志,或者说必须付诸实践才能实现的意志,为实践性意志。绝大多数意志都是实践性意志。不以实践自身为实现手段的意志,或者说无须付诸实践就能实现的意志,为非实践性意志,如决心思考某个问题。非实践性意志的实现过程是纯粹的心理过程,从法理上说,不受法律规范。法学上讨论的意志,应该是实践性意志。

从意志所表现的行为是否产生法律效果,即设立、变更、终止权利义务关系的角度,实践性意志可分为法效意志和非法效意志。表现的行为产生法律效果的意志为法效意志,表现的行为不产生法律效果的意志为非法效意志。

从表现的行为所产生的法律效果是否具有民事性质,法效意志可分为法效民事意志和法效非民事意志。表现的行为产生民事效果的意志为法效民事意志,简称民事意志;表现的行为产生民事外法律效果的意志为法效非民事意志。

从民事意志是否追求民事效果的角度,民事意志可分为自觉

① 原文是:“从本质看,民法学是民事意志的实践学、表现学”。

② 华东政法学院2001级研究生戴永翔先生建议,用“表见意志”和“非表见意志”分别代替“实践性意志”和“非实践性意志”。