

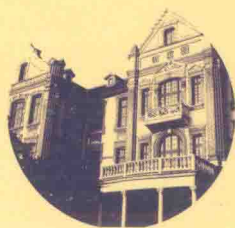


上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL



顾祝轩 著

民法概念史·债权



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国民法学理论危机的根源之一在于缺失“法史感”。由于忽视对传统知识资源的清理整合，我们认识传统法学的视域和深度在相当程度上受到了制约。如何提供规范认识中历史的“前结构”？如何在民法的规范认识与历史认识之间实施相互嫁接？要想理解现代民法制度，离不开对其进行历史语义论析。

本书的目的是探寻中国民法学研究的“历史化”路径。历史梳理应被视为一种理解我们从哪里来、如何被塑造，并思考我们“可能”到哪里去的自省方式。这需要具备中国民法学与西方私法史进行对话的积极姿态。“对话”的目的在于为中国民法的“历史性”建构进行准备。

21世纪的中国民法学是继续遭遇概念的“历史崩溃”，还是转向考证概念的“历史进化”？本书为我们提供了一幅民法制度是如何从历史中发展出来的全景画卷。



法律出版社官方微信

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

一切为了思想

独雨雪工作室

平面设计

上架建议 民法学

ISBN 978-7-5118-9679-7

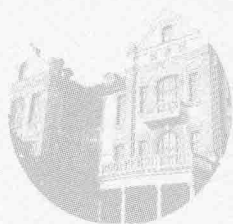


9 787511 896797 >

定价：58.00元



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



民法概念史·债权

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·债权 / 顾祝轩著. —北京: 法律出版社, 2016. 8

(上海交通大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9679 - 7

I. ①民… II. ①顾… III. ①民法—法制史—研究—中国②债权法—法制史—研究—中国 IV. ①D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 149401 号

民法概念史·债权

顾祝轩 著

责任编辑 高山 汤子君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 15.125 字数 369 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9679 - 7

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给恩师

篠塚昭次、田山輝明教授

目 录

绪 论 001

- 一、概念的历史性分析 001
- 二、概念与社会变化的相互联系 002
- 三、选定概念 003

第一章 权利 004

第一节 请求权 004

- 一、温德沙伊德的请求权概念 004
 - (一)温德沙伊德的请求权概念 005
 - (二)温德沙伊德的请求权概念的内涵 006
- 二、德国普通法时期请求权概念 008
 - (一)概述 008
 - (二)翁格尔和诺伊纳的请求权概念 008
 - (三)公法诉权概念的诞生 009
 - (四)实体法与诉讼法之分化 010
- 三、《德国民法典》颁布后请求权理论的学说史 011
 - (一)第一时期(1900~1912年):请求权与强制实现可能性 012

(二) 第二时期(1913~1945年);请求权功能的变迁	013
四、小结	015
第二节 形成权	016
一、泽克尔之前的相关学说	016
二、泽克尔形成权理论的具体内容	018
(一) 形成权的类型及属性	018
(二) 形成权的成立	019
(三) 形成权的主体、行使义务及方法	019
(四) 形成权的让与性与继承性	020
三、近代各国立法史上形成权的确立过程	020
(一) 自然法法典编纂与形成权	021
(二) 德国后期普通法学与形成权	021
(三) 《德国民法典》编纂	023
四、形成权的功能	023
(一) 形成权的裁判功能	024
(二) 形成权的社会功能	025
第三节 抗辩权	026
一、罗马法	026
二、中世纪罗马法与教会法	027
三、德国法	028
(一) 罗马法继受与普通诉讼法	028
(二) 18世纪末至19世纪前半期诸邦国诉讼立法	030
(三) 19世纪德国普通法学	031
(四) 《德国民法典》	033
四、小结	036

第二章 债务和责任 037

第一节 债务法的历史 037

一、中世纪日耳曼债务法 037

二、城市与债务法 038

第二节 债务和责任的区别与融合 039

一、债务和责任的概念 039

(一) 债务 039

(二) 责任 040

二、责任的种类 041

(一) 物的责任 041

(二) 人的责任 042

三、债务行为和责任行为 045

(一) 形式主义 045

(二) 各种责任行为 047

四、近代法债务和责任的相互融合 049

(一) 债务与责任的融合 049

(二) 自然债务 050

(三) 有限责任的债务 051

第三章 债权保全 052

第一节 债权人代位权 052

一、罗马法 053

(一) 财产拍卖程序 053

(二) 特别审理程序 054

二、日耳曼法 055

三、法国古法	056
四、《法国民法典》	057
(一)起草者的观点	057
(二)法国法债权人代位权的特征	058
五、各国民法典	059
六、《法国民法典》颁布实施后债权人代位权的功能变迁	059
(一)债权回收功能肯定说	059
(二)债权回收功能否定说	061
(三)债权人代位权功能转换的社会原因	061
第二节 债权人撤销权	062
一、罗马法撤销之诉(<i>Actio Pauliana</i>)	062
(一)执行制度的变迁	062
(二)对欺诈行为的救济制度	065
二、中世纪法	66
(一)对物诉权	66
(二)对人诉权	66
三、法国法上的债权人撤销权	66
(一)法国古法	66
(二)《法国民法典》	68
(三)小结	69
(四)撤销之诉的属性及效力	69
四、德国法	73
(一)《德国破产外撤销法》的历史沿革	73
(二)德国法诈害行为撤销权的学说史	76
(三)德国法上撤销之诉的效力	78
(四)小结:法德两国法律比较	79

第四章 债权让与 80

第一节 罗马法 80

- 一、迂回的债权让与 80
- 二、债权让与之委托诉讼的历史演变 82
- 三、债权让与的种类 83
- 四、债权让与的限制 83

第二节 法国法 84

- 一、法国习惯法 84
- 二、《法国民法典》 85
 - (一)《法国民法典》第1690条的含义 85
 - (二)债权让与之对抗要件的学说史 85
 - (三)基于“私人证书”的同意 87
 - (四)通知的方式及含义 87
 - (五)债权让与对抗要件的缓和 88

第三节 德国法 89

- 一、《德国民法典》未采纳法国法上的对抗要件 89
- 二、针对第三人债权让与的对抗要件 90
 - (一)《德国民法典第一草案》 90
 - (二)《德国民法典第二草案》 92
 - (三)《德国民法典》 92

第五章 债权担保 94

第一节 保 证 94

- 一、罗马法 94

(一)立法	94
(二)罗马法上的保证行为	96
(三)保证人的责任	97
(四)保证人的求偿	98
(五)保证人的利益	99
(六)类似保证的行为	99
二、中世纪法	100
(一)法兰克王国和欧洲封建社会时期	100
(二)法国古法	105
三、共同保证人	109
(一)罗马法	109
(二)法国法	110
(三)德国法	112
第二节 连带债务	114
一、罗马法	114
(一)“连带”概念起源	114
(二)“连带”与“保证”的概念史	117
(三)罗马法上连带债务的成立原因及其效力	120
二、法国法	122
(一)法国古法	122
(二)《法国民法典》	126
(三)小结	129
三、德国民法	129
(一)日耳曼法	129
(二)德国民法	130

第六章 债务不履行 134

第一节 债务不履行概念演变史 134

一、罗马法 134

(一) 罗马古典法时期 134

(二) 优士丁尼法时期 135

(三) 小结 136

二、德国普通法 136

(一) 19 世纪前半期 137

(二) 19 世纪后半期 138

(三) 德国普通法债务不履行结构剖析 140

三、德国民法债务不履行“二分法”体系形成学说史 141

(一) 问题所在 141

(二) 德国普通法学说 142

(三) 莫姆森理论的继承者与批判者 145

四、德国民法 146

(一) 《萨克森民法典》及《德勒斯登草案》编纂 147

(二) 《德国民法典》编纂 148

(三) 债务不履行法“不能一元论”构成 150

五、施陶布对债务不履行“二分法”的批判 150

六、比较法史 151

七、小结 152

第二节 法国法契约责任的历史演变 153

一、《法国民法典》关于契约责任的基本结构 153

(一) 《法国民法典》关于“债务的内容” 153

(二) “过错”(faute)概念 154

(三) 契约责任的意义和功能	154
二、法国法契约责任的历史变迁与民事责任的形成	155
(一) 保障说、危险说出现的历史背景及意义	155
(二) 单一民事责任论的形成	156
三、法国法民事责任的确立	157
(一) “安全债务”概念与契约责任领域客观责任的出现	157
(二) 侵权行为责任的变迁与契约责任领域主观责任的出现	158
(三) 结果债务与手段债务的区分及其意义	160
四、结语	161
第三节 债权人受领迟延	162
一、罗马法	162
二、德国普通法学	162
(一) 莫姆森说	162
(二) 科勒说	163
三、《德国民法典》编纂	164
第四节 不完全履行	165
一、契约责任的“二元结构”与积极的债权侵害论	166
二、施陶布的“积极的债权侵害论”	166
三、民法学说	167
四、积极的债权侵害论在比较法上的影响	168
五、小结	169

第七章 债权救济 170

第一节 实际履行 170

一、罗马法 171

(一)卡泽尔说 172

(二)Visky 说 172

二、中世纪罗马法学 173

(一)注释法学(11世纪至13世纪末) 173

(二)注解法学(14世纪至15世纪) 173

三、法国法 174

(一)人文主义法学 174

(二)朴蒂埃法学 174

(三)《法国民法典》编纂 175

四、德国法 176

(一)17、18世纪自然法学 176

(二)《普鲁士一般邦法》 179

(三)19世纪德国普通法学 181

(四)《德国民事诉讼法》(CPO)编纂 183

(五)通说形成 185

第二节 解除 186

一、罗马法 186

(一)罗马法关于解除的个别性 186

(二)罗马法不履行解除的依据 186

二、中世纪法 187

(一)注释法学与注解法学 187

(二)教会法解除理论 187

(三)中世纪解除理论的发展 188

三、法国习惯法 189

(一)《习惯法卷集》中记载的解除制度 189

(二)16世纪习惯法学家的解除理论 189

(三) 高等法院的判例	190
四、17、18 世纪多马、朴蒂埃的解除理论	190
(一) 多马的解除理论	190
(二) 朴蒂埃的解除理论	193
五、《法国民法典》编纂	194
(一) 《政府草案》之前	194
(二) 关于《政府草案》的各项说明	194
(三) 《法国民法典》	195
(四) 小结	195
六、19 世纪注释学派关于“默示的解除条件”及法定解除的要件论	196
(一) 19 世纪注释学派对“默示的解除条件”的理解	197
(二) 19 世纪注释学派关于法定解除的要件论	199
七、19 世纪法国判例法关于法定解除的法律基础与要件论	200
(一) 19 世纪法国判例法关于法定解除的法律基础	200
(二) 19 世纪法国判例法关于法定解除的要件论	200
八、结语:19 世纪属于“法定解除理论”的诞生期	200
第三节 德国法解除制度的形成史	201
一、《普鲁士一般邦法》	201
二、《巴伐利亚民法草案》	202
三、《德国一般商法典》	203
四、《德国民法典》	204
五、德国民法解除权的社会功能	204
第四节 立法史:解除与损害赔偿的关系	205
一、德国后期普通法时期	205
(一) 买受人脱离契约的权利	205
(二) 出卖人脱离契约的权利	206

(三)嗣后不能的效力	207
二、《普鲁士一般邦法》和《德国一般商法典》	207
(一)《普鲁士一般邦法》中损害赔偿与契约废弃	207
(二)《德国一般商法典》中解除与损害赔偿	209
三、《德国民法典》编纂	212
(一)屈贝尔的《局部草案》	212
(二)《德国民法典第一草案》	213
(三)《德国民法典第二草案》	215
第五节 损害赔偿	216
一、罗马法	216
二、中世纪法	218
(一)赔偿金	218
(二)不法行为的抑制和修复	220
(三)损害赔偿责任的确立	222
三、19 世纪德国后期普通法学	225
(一)莫姆森提出“差额说”的社会背景	225
(二)莫姆森“利益说”的具体内容	227
(三)温德沙伊德的损害赔偿论	228
四、《德勒斯登草案》	229
(一)基于侵权行为的损害赔偿通则	229
(二)基于债务不履行的损害赔偿	230
(三)小结	230
五、《德国民法典》	231
(一)《德国民法典第一草案》	231
(二)《德国民法典》损害赔偿法的条文结构	232
六、德国法相当因果关系概念的成立	233

(一) 因果关系概念的诞生	233
(二) 因果关系概念的内涵	234
(三) 因果关系理论的展开	235
(四) 相当因果关系说的确立	236
(五) 针对相当因果关系的批判	236
七、法国法因果关系理论的成立及发展	237
(一) 因果关系理论的形成	238
(二) 因果关系理论的展开	240
第六节 瑕疵担保	240
一、罗马法	241
(一) 罗马古典法时期	241
(二) 优士丁尼法时期	242
二、日耳曼法	243
三、德国普通法时期	245
(一) 契约诉权与瑕疵担保	245
(二) 种类物买卖与瑕疵担保	245
四、德、法两国民法	246
(一) 《德国民法典》瑕疵担保制度的形成及其结构	246
(二) 《法国民法典》瑕疵担保制度	248
五、小结	248

第八章 无因管理、不当得利 250

第一节 无因管理 250

一、罗马法上的无因管理	251
(一) 无因管理的起源	251