

D923.04/74

2008

尹田民法学演讲集

民法思维之展开

尹田 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法思维之展开：尹田民法学演讲集/尹田著. —北京：北京大学出版社，2008.7

ISBN 978-7-301-13986-8

I. 民… II. 尹… III. 民法—中国—文集 IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 092678 号

书 名：民法思维之展开——尹田民法学演讲集

著作责任者：尹 田 著

责任编辑：杨剑虹

特邀编辑：徐雨衡

标准书号：ISBN 978-7-301-13986-8/D·2081

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址：<http://www.pup.cn> 电子邮箱：law@pup.pku.edu.cn

电 话：邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者：北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者：新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 26.5 印张 429 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价：39.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究。

举报电话：010-62752024 电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

你所说的一切，都应符合你的思想，否则就是恶意欺骗。

——
[法] 蒙田

演讲是一种幸福(代序)

来美国各地作物权法讲演的前几天,得到北大教育基金会给我的一张作了塑封的照片,是在北大勺园发表演讲后拍的。照片上的我,西装革履、神态稳健、脑门开阔、气宇轩昂,一看就不大像个小人物。我拿着那照片,盯着照片上的我,有一种恍恍惚惚的茫然,突然嘴里就喃喃冒出一句话来:“照片上这个人小时候能够想象到自己将来会变成这个样子吗?”

没有任何身边的人相信我小时候是一个极其腼腆、羞怯、敏感、自尊的孩子。记忆中最古老的印象,是我三岁时的冬天在幼儿园午睡,尿急不敢吭声,经过漫长的忍耐挣扎,终于尿裤子刹那间那种令人耻辱的暖烘烘的感觉。而常常对人讲起的故事,是幼儿园放学后最喜欢去母亲的办公室,一头钻到办公桌下面,在一个破竹筐里翻找,那里面装着母亲在课堂上的收缴物资,如果能够从里面翻出一本破旧的小人书,我就开心得要死!有一天,我正灰头土脸地在破筐里拨拉,母亲来了,让我去找坐在另一张办公桌前的男教员,说他那里有一些新买的小人书,可以借来看看。我好兴奋,走到那叔叔背后,却不敢开口。我站着,希望他回过头来看见我,然后跟我打招呼。可是他忙,没注意背后有个由于羞怯和委曲而满脸涨得通红的小孩儿。感觉中很漫长的痛苦煎熬之最后结局是,在挡不住的眼泪涌出来的一瞬间,我转身走了。

少年时代最让我耻辱的一件事是爱脸红,如果母亲让我去一个并不很陌生的地方去转告一个并不很陌生的人什么事,那对我是一场严峻的考验;另一件事是爱哭,倘与同伴发生争议,几句话不合,眼泪便哗哗掉下来。毕竟是男孩子,知道脸红和哭泣是羞耻的事,所以一直试图改变自己,可是天性的东西改变起来可不是那么容易。“文化大革命”中,也曾戴着“红小兵”袖套和一帮小造反派跑东跑西凑热闹,但一到需要和人交涉

II 民法思维之展开

什么的时刻，仍然躲得远远的。直到十一岁多参加了本城的红小兵文艺宣传队，硬着头皮在舞台上手舞足蹈，才慢慢不害怕那些从远处注视过来的目光。可是，离人近了，仍然紧张而且木讷。

十几年从未间断的文艺演出生涯，逐渐习惯了在聚光灯的照耀下旁若无人、满怀激情地演奏我的手风琴，但要和不熟悉的人说话，脸依然是红的，常常说了前一句，忘了后一句，唯一可以证明自己的舌头并不存在天生缺陷的证据，是和知心的朋友在一起时居然也可以口若悬河、彻夜长谈。渐渐长大，参加了工作，通过强迫自己在没完没了的政治学习会上练习说一些官方词汇和给夜校的工人们讲语文课和英语课，说话能力有所提高。到读大学期间充当学生会文艺部长时，至少在我举办小提琴协奏曲《梁祝》音乐讲座的时候，人们已经难以从表面上看出我内心深处的腼腆和羞涩了。

大学毕业后留校当老师。我知道自己脸皮薄和不善言辞的缺点，便为第一次登上讲台作了异乎寻常的精心准备。我详细地写下将要在课堂上说出的每一句话，倒背如流，然后通过录音机调整语调和语速，再找一间无人的教室，从跨进门的第一步开始练习：声音的高低，语言的节奏，何时穿插插科打诨的调侃，何时端起茶杯喝水，何时转身板书，何时以何种动作擦掉黑板上的粉笔字，精确无误，以至于可以保证下课铃声在我话音刚落的一瞬间响起。于是，我的第一次讲课获得了巨大的成功。期末时，在最后一次课结束前第15秒钟，我含着眼泪对法82级甲大班的同学们说道：“每一个作家，都会有第一个读者；每一个演员，都会有第一批观众。如果我将来有幸成为一个优秀的教师，我将永远不会忘记你们——我的第一批学生给予我的掌声！”

二十多年来，演讲成为我生活中最重要的内容。于我而言，教室就是一个剧院大厅，三尺讲台就是一个辉煌的大舞台。走进教室的那一瞬间的感觉，就是我抱着我的手风琴从剧场后台一步跨入舞台炫目灯光中那一瞬间的感觉。这种感觉总是让我无比亢奋，让我忘记了自己。一束柔白的光亮从天顶泄下来，暖暖地簇拥着我，一切烦恼和忧愁都不见了，一切笼罩在心灵上的阴霾和黑暗都消失了，只留下一具高尚纯洁的灵魂，如天使般地展开白色的翅膀，引领众人在思想的天空自由自在地遨游。有时候，会忽然觉得自己像是一个虔诚的传教士或者气功师，运用自己的信念和真诚，形成一个强大的气场，牵住听众的思维，带着他们在知识和思想的花园里漫步，或喜或悲，或嗔或怒，任我自如操控。那种微笑着的自

信,那种毫无瑕疵的高贵,让我快乐得发抖!

生活中的珍贵,当然是在无法得到或者将要失去的时候才能被更真切地觉察。1997年底,为了把我从副校长候选人名单上打掉,我落入了一场精心策划的陷害阴谋。那一日,部里来法律系审计的人刚走,以为没事了,忽然又听到反贪局立案调查的消息。在善良的人无法想象的卑劣和残忍面前,我目瞪口呆,但已知道自己在劫难逃。那一夜,我彻夜未眠。第二天我站在讲台上,面容憔悴,眼圈发黑,嘴唇干裂,嗓音嘶哑。我奋力讲着讲着,忽然想起都德的“最后一课”,顿时觉得台下的学生注视我的目光是那么可爱,面前落满粉笔灰的课桌是那么亲切!我的鼻子有些发酸,泪水在眼眶里打转。我想:如果眼下的一切都像噩梦一样过去了,如果我又可以站在这里给我的学生们讲课了,我该是多么地幸福!后来,噩梦真的过去了,我也真的从此远离官场,远离那些蝇营狗苟之辈,怀抱着自己的学问和信念,一心一意地在三尺讲台上追寻自己的梦想。而那堂刻骨铭心的“最后一课”,像一盏指路明灯,像一块警示红牌,永永远远地向我提示着生活的某种真谛!

北大的未名湖有一种平和的睿智,北大的讲坛也有一种睿智的平和。在不经意间四处洋溢的自由开放的气息,自然而然地激发着人的性情和灵气。我好喜欢在晚上讲课和开讲座,尤其是在下雪的冬天,窗外大雪纷飞,冰天雪地;室内灯火辉煌,热气腾腾。偌大的报告厅挤满了年轻人。我向他们说我想说的话,我挥舞双手做我想做的动作,在他们的微笑和掌声中,永不满足地品味着生命的甘露!

在网络上偶然看到的两则学生写的回忆故事深深地打动了我。一个5年前发生的故事是:一天傍晚,北京突降大雪,人民大学的几个男生无法骑自行车到北大听我讲课,改乘公共汽车,这可苦了其中一个严重晕车的同学。果然,仅仅坐了一站,那同学便吐得死去活来,只好下车,独自一人冒着大雪走路到北大。另一个13年前发生的故事是:一天晚上,我在西南政法大学教学楼给双学位班的学生上课,讲着讲着,突然停电,全楼一片漆黑。但我的声音没有丝毫停顿,在黑暗中像一股清泉一样继续平静地流淌。有人点燃了蜡烛,摇曳的烛光让学生们的眼睛和我的眼睛闪烁着星星那样的点点光亮。

没有了羞涩,也没有了腼腆,但我知道自己依然是不善言辞的。训练了二十多年,在演讲中,我仍然无法学会用信手拈来的名人名著和箴言警句去炫耀自己的学识,仍然无法学会用机智的幽默和精巧的调侃去哗众

IV 民法思维之展开

取宠。二十多年前第一次讲演时精心构置的“抖包袱”的技巧，最终也未能发扬光大。我唯一能够选择的，是用我的头脑和心去演讲，而河北省法院一位听过我的课的学生对另一位即将到北大学习的同事讲的一番话，是我迄今为止最喜欢的对我的表扬。他对他说：你一定得去听尹老师的课。你会看到这样的一位老师：他在课堂上对你说话，两眼闪闪发光，他一边说着什么，一边充满激情地向你伸出双手，好像一个小孩，向来访的客人展示他最最心爱的玩具！

在北大，在清华，在人大，在政法大学，在其他任何一所大学，在其他任何一个地方，当我站在讲台上，面对我的学生，面对我的听众，伸出我的双手，捧出我的思想和激情，我知道：这就是我的生活，这就是我的幸福！

尹田

2007年10月13日于洛杉矶

目 录

- 演讲是一种幸福（代序） 1

第一辑 民法思维方法的运用

- 概念与推理——民法思维方法之检讨 3
- 物权与债权的区分——德国民法思维方法的典范 29
- 不公正胜于无秩序——利益冲突的法律衡量 61

第二辑 人格权本质的理论思路

- 民法典体系争议及人格权的本质 81
- 人格权本质的再思考——我为什么反对人格权独立成编？ 97
- 人格权的本质及其立法模式 126
- 民法典的人文精神 144

第三辑 物权的立法思考

- 物权法三大原则的命运 173
- 物权立法的新进展 241
- 国家财产在物权法上的地位 284
- 对物权立法若干重大争议问题的看法 318
- 物权法平等保护穷人与富人的财产的法理依据 332
- 中国物权立法对法国财产法的借鉴 338
- 中国物权法草案关于预告登记制度的设计 342
- 《物权法》的得与失 348

第四辑 民法典总则草案的立法评价

- 民法典总则草案立法评价之一：民法典总则的地位、一般规定、自然人 373
- 民法典总则草案立法评价之二：法人、法律行为、代理、时效 391

第一辑 民法思维方法的运用

抽象性：这是把一个茶杯看成
两个茶杯；之因性：这是一个茶
杯摔碎了，另一个茶杯
完好无损。

「抽象性」就是把一个茶杯看成两个茶杯「无因性」就是一个茶杯摔碎了，另一个茶杯完好无损。

概念与推理

——民法思维方法之检讨

主讲人：尹田教授

主持人：李富成（法学博士，中国人民大学法学院博士后研究人员）

刘经靖（中国人民大学法学院博士研究生）

时 间：2004年12月20日

地 点：中国人民大学明德楼501室

主持人：

大家好！欢迎同学们继续关注我们的前沿论坛。

今天晚上我们非常荣幸地邀请到了北京大学法学院教授、中国法学会民法学研究会副会长尹田老师。同时，参加今天论坛的还有德恒律师事务所的朋友们，我们对他们的到来表示欢迎。（掌声）

关于尹田老师，我想就不用多作介绍了。尹田老师是我国当代著名的民法学家，在民法学的各个领域都有着非常深厚的造诣。尹田老师的学术研究风格非常鲜明，可以说既融入了德国学派的严谨，又洋溢着法国学派的浪漫，同时，对中国的现实问题又有着非常深刻的关注。

今天尹田老师的演讲题目是“概念与推理——民法思维方法之检讨”。这个题目属于法学方法论的范畴。下面让我们用热烈的掌声欢迎尹老师做精彩的讲座。（掌声）

尹田教授：

各位同学，晚上好！

今天和大家交流的题目似乎是一个方法论的问题。但我不会更多地去阐述法哲学的方法论,虽然方法论的问题是非常重要的。我一贯认为,方法论的问题相当于语言学中的语法。语法非常重要,但语法不是目的,语言才是我们的目的。说话、写文章都是对语言的运用,一些没有学过语法的人也可以成为演说家,甚至于成为作家。但是,如果对于语言的规则仅仅是一种感性认识而没有上升为理性,如果只会说话、写文章但从来都不知道语法,那么,语言表达的准确度、逻辑性等各方面肯定会受到非常大的影响。所以,学习语法是必要的。但是,语法的问题又无法完全从语言表达的本身去学习,因此,有时候可能会发生一种很奇怪的现象:研究语言的专家可能是一个说话结结巴巴的人,因为他太受语言规则的约束,反倒成了语法的奴隶。所以,我觉得这里有一个寻求平衡的问题。就法学方法论而言,我拥有的知识不多,也不擅长方法论问题的研究,我想这应当是法哲学家们去完成的任务。但今天的演讲为什么给大家选择这个题目呢?这是源于我近几年学习和研究民法过程中所获得的一些感悟。我把这些感悟讲出来和大家分享,不管它们是不是能够被称为“方法论”,但这些想法或多或少与民法的思维方法有关,如果能够因此给大家一些启迪,我就非常非常开心了。

中国民法理论研究进步非常快,它的成熟和水平的提升都是有目共睹的,但是仍然有很多问题没能够解决,中国民法的理论体系仍然没有真正地、完全地建立起来。我们相当多的学者都形成了自己的研究风格,或者说自己的理论体系,但如果想要进一步提升理论研究水平,我们还要做一什么工作呢?这个时候,方法论的问题就有可能被提出来,也就是说,当人们学会说话、学会写文章之后,对语法理性的认识也许会促进口语或者文字表达水平的提升。法学作为一门科学也和其他科学一样,都必然会采用某种特有的思维方式。特别是在1900年《德国民法典》产生以后,民法学走向了科学化和技术化。而我们在主要承受了大陆法中的德国民法理论的同时,也承受了他们的思维方式。但是,对于德国法理论的思维方式我们究竟了解多少呢?《德国民法典》的历史贡献主要是什么呢?这部法典为什么会成为一块里程碑呢?其实德国民法在民法的实质精神方面,比起法国民法基本上没有什么贡献,在某些方面可能还有些退步。但是德国民法的过人之处就在于德国学者把自然科学的研究方法、自然科学的思维方式成体系地引入了民法学,使得民法理论成为一个高度技术化的产品,使得民法的思维获得了一种理性的观念,可以去表达,

可以去把握。因此,我们认为《德国民法典》的贡献在于技术上,在于在一定方法的指导之下采取了一定的思维方式,然后创造出系列民法理论和立法上的成果,建立了一系列崭新的制度。

我们可以把德国民法的思维方式称为“法律的形式理性思维”。这种思维方式大量运用了抽象、概括的方法。它通过对生活事实的抽象,通过归纳提炼而形成概念,用概念作为思维工具和表达基础。这种思维方式后来被批评者戏称为“概念法学”的原因,实际上就在于它的基础是经过抽象归纳而形成概念。他们把概念与概念相互联结,形成规范。然后把规范与规范按照一定的逻辑结构,协调平衡地、一层一层地按照不同的位阶搭建起来,构成一个体系。当这个体系达到完整程度的时候,就形成一部高度技术化的法典。这就是德国法的基本操作方式。因此,就德国民法的思维方式,总结起来可能是:

第一,概念是一个基础,而整个思维的运行采取的实际上就是自然科学的基本方法,即形式逻辑推理的方法。以法国法和德国法为代表的大陆法在整个法律表达的过程中都充满了抽象思维。这种抽象思维是一种方法,它和我们所面对的生活现象实际上是存在距离的。这种方法的学习是最基本的一种思维模式的训练,我们在获取民法知识的同时,实际上也是在学习这种方法。但我们的这种抽象思维能力还不够强大,突出表现为我们还不能完全掌握这种抽象方法,因此在理解一些抽象出来的法律上的概念或现象时会感到非常吃力。其中比较有代表性的就是物权行为为这种法律现象。

物权行为本身其实就是一个概念,被用来描述法律上的一种现象,一个法律事实。这个概念的形成,是对实际生活的一种观察、一种提炼和一种抽象。这里要注意到,所有经过抽象而形成的事物和被抽象的文本即被用于抽象的社会对象本身之间,肯定会出现差异。在理解物权行为这个理论的时候,中国民法学界的认识十分混乱,大家各执一词,不能互相交流,究其原因就在于物权行为是个高度抽象的概念,理解起来比较吃力,较易形成差异。所以,对于物权行为,整个争论的焦点可能一开始就是错误的或者错位的。这表现为:反对物权行为理论的学者最强大的攻击武器是:“物权行为这个事实在生活中不存在,生活中只存在一个买卖行为,买卖契约是可见的,但是物权契约在哪里?”基于这种认识,一些人就批评物权行为理论脱离生活等等。而支持物权行为理论的学者则提出相反的观点:“哪里没有物权行为啊?物权行为就客观存在于社会生活之

中!”为此,他们就从生活事实中去寻找物权行为的存在。他们会指出,物权行为在生活中的实际表现,最显而易见的就是一个人抛弃财产。当人们抛弃财产的时候,物权变动就发生了,这怎么不是物权行为呢?但这没有说服力,因为物权行为理论主要不是用来解释或者解决放弃权利、抛弃财产等单方行为的,它所解释或者解决的是交易关系。因此,关键在于如何在买卖关系中去描述物权行为。印象中,包括王泽鉴先生在内的许多学者似乎都认为物权行为本身就是一种客观存在。例如,两个人在签订房屋买卖合同之后,一起到房屋登记机关去办理登记,在这时,被认为他们之间实际上达成了一个新的合意,那就是通过办理过户登记来变动房屋所有权。台湾地区的立法甚至还专门要求,除了签订房屋买卖合同之外,在办理登记之前,买卖双方还要签订一个愿意去登记的协议。很多人可能觉得这有点多此一举,但是这样一来,物权行为就能看得见了。其实我觉得,不论反对还是赞成物权行为的观点,两方的立足点都有问题,这就是,他们似乎并不完全懂得抽象观察与客观实际之间的关系,不能正确理解抽象的结果与被抽象的事物之间的差异,总是认为必须用生活中的现实情形来对照经过抽象而成的法律现象。我认为,这是一个方法上的错误。

在《物权行为理论评析》一文中,我就指出了这点。我认为,争论的双方的基本立足点都是错误的,物权行为是一种对生活事实的高度抽象,绝对不能用生活事实中的原型原貌去相对照。物权行为不是生活事实,而是法学家采用抽象方法描绘出来的法律现象,在生活事实的原貌中有可能是找不到物权行为的。我们不能因为找不到一个法律现象在实际生活中的比照对象,就否认这种现象在法律上存在的价值。这就像毕加索的抽象派绘画一样,不管是物品还是人物肖像,都有可能难以和实际生活中客观存在的物品和人物的原貌相对照,但不能就此否认毕加索绘画的艺术价值和存在的合理性。抽象能力和理解抽象的能力的不够,导致了我们在理解很多问题的时候都没有完全把握住真谛。比如说法人制度。对于法人问题之所以存在一系列的误区,根本原因有可能就在于一些人不是把法人作为一个抽象的法律现象来对待,而总是千方百计地要用生活中客观存在的、实实在在的事物去对照。所以,有一些学者似乎并不太能理解什么是抽象人格,非得要让法人在各个方面都具备自然人所拥有的一切不可,除了我们没有办法给它的东西,比如生命、身体、健康之外,千方百计地把自然人拥有的一切都给予法人,恨不得把法人说成是一个有血有肉的人,才能了却心愿。这是为什么呢?因为在他们看来,只有这

样,法人好像才能成为一个真正的主体,一个真正的人,这样才能满足他们具体思维的要求而不是抽象思维的要求。类似的很多纷争,都反映出我们抽象能力的明显不足。

第二,理论界发生的很多纷争,实际上在许多时候都是对学术资源的浪费,是一些无益的论战。原因是什么呢?是法学家相互之间缺少交流的平台,而这个平台是交流的基础。在人的思维方式中,概念是基础,是基本的工具,逻辑推理则是一种基本的思维方式,而在整个逻辑推理过程中,概念是前提,是进行推理的基础。例如,在运用逻辑推理的方式进行某个结论的论证时,大家的结论可能会不一样。为什么会出现这种结果呢?问题往往不是出在逻辑推理的方法,因为对于三段论的形式逻辑推理基本模式,一般人还是能够掌握的,问题有可能是出在用来进行逻辑推理的前提不统一。前提不统一的原因就在于概念不统一,这样就没有办法对最后的结论进行检验、交流和相互理解。如果这种状态在法学研究的过程中持续下去,法学理论的研究就没有办法正常并且有效率地进行。而某些似是而非的知识的传播,将培养出一批拥有大量的法学知识,但不知如何正确运用的所谓的法律人才。我们将有可能出现很多很多理论研究成果,但这些成果中的某些成果实际上是经不起科学方法检验的,其结论可能是错误的。这样一来,我们怎么能够取得进步,怎么能够超越他人,怎么能够实现中国民法的高水平发展呢?

这是我个人的一种体验、一种感觉,当然大家可能不同意,觉得尹老师在危言耸听,哪有这么严重,逻辑推理谁不懂?!但我们真懂吗?逻辑推理是基本的思维工具和方法,整个法学都是采用这样一种最基本的方式来进行思维活动的,这个大家都懂,但是我们掌握得如何?有没有一种辨认能力?能不能够自觉运用逻辑推理的方法去辨认知识的真伪?如果我们没有自觉运用逻辑推理方法的能力,那么我们就有可能在所谓的“知识”、所谓的“公理”面前丧失判断力。没有独立思考的能力,实际上就是缺少辨认能力。对知识的辨认能力的缺乏,这不仅仅是学生的问题,首更是学者的问题。为了证明我这个危言耸听的说法,我有时会在课堂上和我的学生做一个游戏。这个游戏很简单,要求学生马上回答我所提出的问题。现在我也和大家做这个游戏,大家必须马上回答。

某甲的财产被某乙非法占有,因此,某乙依法应当承担向某甲返还非法占有的财产的责任。要求大家回答的问题是:

(1) 某乙依法应当向某甲承担的返还财产的责任是不是一种民事责