

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Some Topics in
the General Theory of Civil Law

民法总论专题

杨代雄 著

清华大学出版社

Some Topics in
the General Theory of Civil Law

民法总论专题

杨代雄 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

民法总论专题 / 杨代雄著. —北京:清华大学出版社, 2012. 2

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

“十二五”国家重点图书出版规划项目

ISBN 978-7-302-27862-7

I. ①民… II. ①杨… III. ①民法—中国—研究生—教学参考资料 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 004517 号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:21.5 插 页:2 字 数:437 千字

版 次:2012 年 2 月第 1 版

印 次:2012 年 2 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:39.00 元

产品编号:039364-01

序 言

民法学博大精深。在民法学诸领域中,民法总论最不易学。本科生上了一个学期民法总论之后,往往只能在脑海中对其留下一个朦胧的印象。之所以如此,是因为民法总论涉及民法的一般原理与原则,这些原理、原则要么是对民法各领域具体制度、规则的高度概括,比如法律行为就是对合同、单方允诺、遗嘱、结婚、收养等行为的概括;要么是这些制度与规则的价值基础。无论如何,这些原理、原则都具有抽象性,与具体的社会生活关系存在一定的间距,与我们的日常思维存在某种隔膜,所以,我们才会觉得其难以把握。对此,我们所能做的是:在讲授民法总论时,尽可能使这些原理、原则更接近学生的具体经验;在学习民法总论时,想办法用具体经验去“撞击”这些原理、原则,将其拆解、消化。借助于教与学双方的共同努力,才能缩小民法总论中的一般原理、原则与学生思维的间距。事实上,只有扎实地掌握民法总论中的一般原理、原则,才能学好民法的其他课程。从这个意义上说,任何一个有志于学习、研究民法的人都必须啃下民法总论这块“硬骨头”,否则必将导致其民法知识或理论根基不牢。

在法学专业的研究生学习阶段,仍然有民法总论这门课,有些学校称之为民法原理,其实讲授的主要内容还是民法总论。对于研究生而言,不可能再将民法总论的内容从头到尾全面地讲解一遍,而只能是在比较深的层面上选择性地讲解与研习。研究生的理解力显然强于本科生,因此,研究生民法总论的学习应该更多地依靠学生自己提高思维的抽象性,以抽象思维去把握抽象的原理、原则。教师的主要任务是引导学生阅读文献,启迪学生发现问题、思考问题,课堂教学宜采用专题研讨的方式。

本书选取民法总论的若干领域,每个领域再选取若干问题进行专题式的考察与探讨。全书共分为六章。第一章是民法的外部体系与内部体系,旨在使学生对民法形成一个整体性的认识,以便更好地理解民法的具体制度。第二章至第六章分别对民事能力、法律行为的效力瑕疵、法律行为的效果归属、民事权利的救济、民法上的时效等领域中的疑难问题进行研讨。对于绝大多数问题都采用如下进路:考察国外的立法或判例,对其进行比较、评论,整理该问题的学说争论,对我国现行法的规定予以解释和评价,提出自己的观点。有些问题研究得比较深入,有些问题由于作者才疏学浅,未能进行透彻的探究。作为课外读物,本书的目的不在于向学生展示作者的一家

之见,而是让学生了解民法总论中有哪些问题值得研究以及学术界关于这些问题的研究动态,希望学生在阅读本书的过程中能够得到一些启发。作为学术著作,本书旨在与学界同仁互相切磋,敬请方家批评指正。

杨代雄

二〇一一年仲秋于苏州河畔听雨轩

目 录

第一章 民法的外部体系与内部体系	1
第一节 民法的外部体系	1
一、法学阶梯式民法体系	2
二、潘得克吞式民法体系	11
三、两种民法体系构造体现了不同的体系化思维模式	18
第二节 民法的内部体系：民法基本原则	22
一、平等原则	22
二、私法自治原则	29
三、诚实信用原则	41
四、公序良俗原则	44
五、信赖保护原则：以卡纳里斯的信赖责任理论为考察重点	47
第二章 民事能力的若干疑难问题	51
第一节 自然人民事权利能力的起点与终点	51
一、自然人民事权利能力的起点	51
二、自然人民事权利能力的终点	59
第二节 自然人的民事责任能力	69
一、学说与制度史考察	70
二、我国民法学上的论争	78
三、以“过错能力”取代“民事责任能力”	81
四、过错能力与民事行为能力的关系	91
第三节 法人的民事能力	95
一、法人目的范围与法人民事能力的关系	95
二、设立中法人	109
三、法人的侵权行为能力	119
第三章 法律行为的效力瑕疵	128
第一节 违反禁止性规范的法律行为	128
一、问题概说	128

二、国外的学说与判例	129
三、对我国现行法相关规定的评价	135
第二节 形式瑕疵的法律行为的效果	136
一、从形式强制主义到形式自由主义	136
二、法律行为法定形式的立法目的	138
三、欠缺法定形式的法律行为的效果	139
四、欠缺法定形式的法律行为的补正	148
五、欠缺约定形式的法律行为的效果	150
六、我国民法上的法律行为形式瑕疵制度	153
第三节 关于恶意串通法律行为	161
一、恶意串通法律行为概念的立法—学说史考察	161
二、我国司法实践对恶意串通法律行为的理解	163
三、恶意串通法律行为概念的立法取舍	171
第四节 意思表示瑕疵的若干问题	174
一、意思表示错误	174
二、因胁迫而为的意思表示	192
三、因欺诈而为的意思表示	203
第五节 法律行为基础障碍	213
一、法律行为基础障碍理论的缘起与发展	213
二、法律行为基础障碍的立法化	215
三、法律行为基础障碍在我国民法中的制度空间	217
四、我国民法典中法律行为基础障碍的立法构想	220
第四章 法律行为的效果归属	222
第一节 代理权授予行为与原因行为的关系	222
一、国外及我国台湾地区的学说考察	222
二、我国现行民事立法与学说的立场	225
三、本书的观点	226
第二节 表见代理的构成要件	228
一、比较法考察	228
二、我国民法上表见代理的构成要件	234
第三节 容忍代理与默示授权	246
一、德国及我国台湾地区民法上的容忍代理	246
二、关于《民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句的学说争议	248

三、我国的司法实务见解	250
四、本书的观点	254
第四节 狭义无权代理的法律效果	258
一、比较法考察	258
二、我国的民事立法与学说	262
三、我国的司法实务见解	263
四、本书的观点	264
第五节 使用他人名义实施法律行为的效果归属	265
一、使用他人名义实施法律行为的类型	266
二、使用他人名义实施法律行为效果的判定基准	268
三、各种使用他人名义实施法律行为的效果分析	273
第五章 民事权利的救济	278
第一节 民事权利救济制度的二元结构	278
一、权利复原请求权与民事责任的区分	278
二、权利复原请求权的类型构造	282
三、我国民法典中权利复原请求权的立法体例选择	287
第二节 关于民事责任归责原则的思考	288
一、对“无过错即无责任”原则的检讨	288
二、现行法中的“公平责任原则”能解决问题吗?	293
三、作为归责原则的无过错损失分担原则	297
第六章 民法上的时效	302
第一节 诉讼时效的适用范围	302
一、比较法考察	302
二、我国的立法、司法解释与学说	304
三、本书的观点	306
第二节 取得时效的立法问题	311
一、取得时效的立法取舍	311
二、取得时效构成要件的历史—比较法考察	312
三、我国民法典中取得时效构成要件的设计	320
四、对《中华人民共和国民法(草案)》中取得时效规则的评价	322
参考文献	324
后 记	337

第一章 民法的外部体系与内部体系

民法体系包括外部体系和内部体系。外部体系即由民法的概念组成的体系。^①具体的民法概念(如天然孳息、抵销、承租人)是民法规则的构成要素;各民法规则借助于抽象的民法概念(如物、债的消灭、债权人)组成民法规范群,如关于物的规范群、关于债的消灭的规范群,这些规范群又以更为抽象的民法概念为逻辑支点构成各个领域的民法制度,如权利客体制度、权利变动制度、权利主体制度,这些制度构成一个完整的民法外部体系。内部体系即由体现一定民法价值的民法原则组成的体系,^②该原则体系潜藏在民法规则之下,成为民法规则的正当基础。几乎任何一条民法规则都是某一项或某几项民法原则的体现,因为民法规则是立法者对某种社会关系进行价值评判的结果,立法者借助于民法概念将其价值判断表述为民法规则,而作为评判依据的立法者之价值追求(如自由、公平)则借助于立法或者学理被表述为民法原则。民法概念如同骨骼,民法规则如同血肉,民法原则如同灵魂。民法概念与规则使民法获得人的形体,而民法原则使民法获得人的思想。形体是外在的可见的东西,而思想则是内在的不可见的东西,只能由思想进行领悟。正是在这个意义上,我们说民法概念体系以及植基于其上的民法规则体系是民法的外部体系,而民法原则体系是民法的内部体系。研习民法必须同时掌握民法的外部体系与内部体系。如果只掌握民法的概念与规则,没有对民法原则进行深体察,没有领悟其中所蕴涵的民法基本价值理念,必然导致对民法的机械式理解与运用。反之,如果只掌握民法原则,不熟悉民法的概念与规则,则会导致民法思维缺乏确定性。

第一节 民法的外部体系

民法的外部体系包括宏观层面上的体系与微观层面上的体系。宏观体系即全部民法规则按照一定逻辑关系组成的民法体系,它是体系化的民法之整体。微观体系即关于某一个或某一类民法问题的规则体系,比如关于物权变动的规则体系、关于一般侵权责任的规则体系。此处仅探讨民法的宏观体系。民法宏观体系的构造有两种

^① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,316~318页,北京,商务印书馆,2003。

^② 同上书,348~351页。

基本模式,一是法学阶梯式民法体系;二是潘得克吞式民法体系。以下将对这两种体系模式予以阐述。

一、法学阶梯式民法体系

(一) 盖尤斯与优士丁尼《法学阶梯》的体系构造

1. 盖尤斯《法学阶梯》的体系构造解读

盖尤斯是公元2世纪中期的法学家,属于萨宾学派的成员。与大多数古罗马法学家不同,盖尤斯以法学教师为职业,没有担任公职。^①也许正是因为盖尤斯的这种特殊身份,他才会对法的体系化表现出比同时代的其他法学家更为浓厚的兴趣。

盖尤斯的《法学阶梯》是一部法学教科书,在其第1卷第8题,盖尤斯表达了他的民法体系观:我们所使用的一切法,或者涉及人,或者涉及物,或者涉及诉讼。^②据此,盖尤斯把这本教科书在逻辑上划分为人法、物法、诉讼法三大部分。当然,主要出于篇幅均衡的考虑,盖尤斯将其《法学阶梯》分为4卷。^③第1卷主要论述人法,其逻辑结构以人的身份的各种分类为基础。第一种分类是把人分为自由人与奴隶,同时,把自由人分为生来自由人与解放自由人。盖尤斯认为这是人法中最重要的划分。第二种分类是把人分为自权人与他权人。他权人被细分为从属于支配权(potestate)的人,从属于夫权(manu)的人,以及从属于财产权(mancipio)的人。从属于支配权的人包括奴隶以及从属于家父权的子女(家子),从属于夫权的人即“夫权下的妇女”。从属于财产权的人是指,因家子侵害他人由家父将其交给受害人处置(损害投偿),或者家父将家子出卖给他人(其目的主要是解放家子)从而使家子处于受害人或买受人的权力之下,亦即处于“受役状态”,其地位类似于奴隶。自权人被细分为受监护人、受保佐人、既不受监护也不受保佐的人。

物法被分为两卷:第2卷与第3卷。在第2卷的开头部分,盖尤斯论述物的各种分类:第一种分类把物分为神法物与人法物,然后又把人法物分为公有物与私有物;第二种分类是把物分为有体物与无体物;第三种分类是把物分为要式物与略式物。对于整个物法体系的安排具有重要意义的是第二种分类。盖尤斯认为,无体物表现为某种权利,比如遗产继承(权)、用益权与债(权)。从第2卷的第99题一直到该卷末

^① Jolowicz&Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, third edition, Cambridge University Press, 1972, pp. 386 ~ 387; Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, p. 19.

^② [古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,4页,北京,中国政法大学出版社,1996。

^③ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Deil und Camp, Berlin, 1840, S. 403.

尾,盖尤斯都在论述遗嘱继承与遗赠,第3卷的前半部分论述无遗嘱继承,后半部分论述债,换言之,这些部分都在论述无体物。

实际上,如果我们对第2卷与第3卷的某些段落稍加注意,就会发现盖尤斯在其物法部分并不是单纯地以有体物与无体物的区分为逻辑主线进行论述的。在把物分为要式物与略式物之后,盖尤斯并未立即转向遗产继承问题,而是开始论述物的取得。首先是分别论述要式物与略式物的不同取得方式,然后又不以这种区分为基础论述所有权(物)的其他取得方式,包括时效取得、先占、添附、加工以及通过他人取得物等。在第2卷第97题,盖尤斯指出,以上所论述的取得方式都是针对单个物,以下各题将要论述以何种方式概括地取得物。在第98题,盖尤斯认为“概括地取得物”包括遗产继承、遗产占有(也是继承的一种形式)、财产拍卖^①、通过收养而取得被收养人的财产、通过结婚而取得妻子的财产。随后,盖尤斯开始论述这几种概括取得方式,一直到第3卷的第87题,中间夹杂着关于遗赠的论述,盖尤斯认为遗赠既是取得单个物的方式,也是概括地取得物的方式。^②从第3卷第88题开始,盖尤斯转向债的问题,包括契约之债与私犯之债。在这一部分,盖尤斯的叙述似乎又回到了有体物与无体物相区分的逻辑理路之上,^③总的来说,盖尤斯在《法学阶梯》的物法部分交叉使用了两条逻辑主线:一是有体物与无体物的划分,据此把继承与债作为无体物纳入物法范畴;二是物的取得方式,据此,把继承与要式买卖、拟诉弃权、让渡、时效取得、先占、添附等作为物的取得方式纳入物法范畴。

盖尤斯《法学阶梯》整个第4卷都在论述诉讼问题,包括诉的各种类型、抗辩、令状等。

从整体上看,盖尤斯《法学阶梯》的体系化程度是比较高的。其体系主要建立在对法现象进行划分的基础之上的,划分是多层次的,第一层次的划分针对法现象的整体,法学家所面临的要么是关于人的法律问题,要么是关于物的法律问题,而这两种问题又引发诉讼问题,由此形成了“人法—物法—诉讼法”的三分式体系。第二层次的划分针对法现象的局部:对于人的身份的划分,对于物的划分,对于诉的划分。在第二层次划分的基础上,再进行第三层次的划分,由此产生各种比较具体的论题,比

① 财产拍卖包括拍卖活人的全部财产与拍卖死人的遗产,前者适用于拍卖不还债的债务人的财产,后者适用于遗产无人继承之情形。参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,222页,北京,中国政法大学出版社,1996。

② [古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,112页,北京,中国政法大学出版社,1996。

③ 有些研究罗马法的学者认为,盖尤斯在论述债时仍然以物的取得方式为视角。Siehe Eduard Böcking, *Institutionen; ein Lehrbuch des römischen Privatrechts*, Bd. I, Adolph Marcus, Bonn, 1843, S. 165.

如“夫权下的妇女”、“处于财产权下的人”，对于有些内容较多的论题，盖尤斯作了第四层次甚至第五层次的划分，尤其在物法的继承与债的部分。显然，盖尤斯《法学阶梯》在写作方法上深受来源于古希腊逻辑学中的切题术(Topika)的影响，所谓的切题术是指寻求被考察事物之关节点，对其进行剖析，从中获得论题的技巧。亚里士多德的逻辑学著作《工具论》的第五编就专门研究切题术，西塞罗将这门学问引入古罗马，对于古罗马法学的发展产生深远的影响，^①盖尤斯《法学阶梯》的体系就是切题术在法学领域的产品。

尽管盖尤斯的《法学阶梯》在当时的罗马并不引人注目，但在行省(罗马的征服地)却广为流传，尤其到后古典法学时期其影响力越来越大，在罗马及其行省出现了很多手抄本与注释、摘编本，盖尤斯也因此成为公元426年狄奥多西二世与瓦伦丁尼安三世发布的“援引法”所列举的五大法学家之一(其余四位是帕比尼安、保罗、乌尔比安、莫德斯汀)，其论著被赋予法律渊源的效力。^②公元6世纪初的《西哥特罗马法》(*Lex Romana Visigothorum*)中包含了两篇关于盖尤斯《法学阶梯》的摘要，^③由此也可看出，这部著作在后来产生了多大的影响。

2. 优士丁尼《法学阶梯》的体系

公元529年，东罗马帝国皇帝优士丁尼任命司法大臣特里波尼安、君士坦丁堡大学教授提奥菲鲁斯、贝鲁特大学教授多罗兑乌斯共同组成一个委员会，负责编写一部《法学阶梯》，以取代此前沿用的盖尤斯《法学阶梯》，同年年底，《法学阶梯》编写完毕，优士丁尼以“Imperatoriam”敕令颁布《法学阶梯》，赋予其完全的法律效力。^④优士丁尼《法学阶梯》与《学说汇纂》、《优士丁尼法典》、《新律》共同构成《民法大全》，亦即优士丁尼时代的法源汇编。

在《民法大全》中，只有《法学阶梯》具有明显的体系性，另外三部作品的体系化程度都比较低。优士丁尼《法学阶梯》的体系基本上沿袭了盖尤斯《法学阶梯》的体系，也分为4卷。在第1卷第2题第12段(I.1.2.12)，优士丁尼也指出：“我们使用的所有的法，要么与人有关；要么与物有关；要么与诉讼有关。”紧接着，在第3题，优士丁尼开始论述人法——这一题的标题就是“人法”，一直到第1卷的末尾，后三卷是物法与诉讼法。优士丁尼《法学阶梯》与盖尤斯《法学阶梯》在整体结构上的区别主要在

^① 徐国栋：《共和晚期希腊哲学对罗马法之技术和内容的影响》，载《中国社会科学》，2003(5)。

^② [意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，357、399页，北京，中国政法大学出版社，1994。

^③ Jolowicz & Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, third edition, Cambridge University Press, 1972, p. 466.

^④ [古罗马]优士丁尼：《Imperatoriam 敕令》，徐国栋等译，850~852页，载梁慧星主编：《民商法论丛》(第10卷)，北京，法律出版社，1998。

于：盖尤斯把物法分为第2卷与第3卷，而优士丁尼则把物法的内容分别置于第2卷、第3卷与第4卷的前半部分（私犯之债）。这种奇怪的结构安排引起后世学者的诸多猜测，很多学者对于债与诉讼的关系以及债与物法的关系进行考证，这也在一定程度上促成了债法与物法的分离。实际上，优士丁尼把私犯之债与诉讼一并置于第4卷很可能只是出于整部作品结构均衡的考虑。卷的划分与法的内容的逻辑划分（体系化）是两码事，优士丁尼《法学阶梯》依然遵循“人法—物法—诉讼法”的三分式体系。

当然，在人法、物法、诉讼法的内部结构上，两部《法学阶梯》也存在一些差别。相对而言，优士丁尼《法学阶梯》在物法部分更具逻辑性：在划分有体物与无体物之后，立即论述地役权、用益权、使用权与居住权这四种无体物，盖尤斯则在这两个方面的论述之间插入要式物与略式物的划分，以及单个物的取得。由此可以看出，有体物与无体物的划分在优士丁尼《法学阶梯》物法部分的结构安排上扮演了更重要的角色。在诉讼法部分，两部《法学阶梯》的主要差别在于：盖尤斯《法学阶梯》在简要地论述诉权的分类之后，用了相当长的篇幅论述法律诉讼与程式诉讼的细节问题，而优士丁尼《法学阶梯》略去了这些纯粹的程序性内容，把论述的重点放在诉权、抗辩、反抗辩、令状等包含更多实体性因素的问题，这也为后世的民事实体法与程序法的区分埋下伏笔，这种区分是由中世纪后期与近代早期民法学者完成的。

（二）中世纪罗马法学者对法学阶梯式民法体系的改进

公元476年，西罗马帝国灭亡之后，罗马法在欧陆西部逐渐走向衰落，其作为法律制度体系的地位被日耳曼各部族的习惯法以及教会法取代。11世纪末12世纪初，优士丁尼的《民法大全》重新唤起西欧学者的兴趣，在意大利北部帕维亚大学与波伦亚大学，《法学阶梯》、《法典》、《新律》、《学说汇纂》开始成为教学研究的主要资料，尤其是在波伦亚大学，被誉为“法学明灯”的伊勒留斯（Irnerius）几乎涉足《民法大全》的所有部分，其卓越的教学与研究吸引了西欧各国大批青年才俊前来学习罗马法，并由此开创了注释法学派。^① 注释法学派沿用了《法学阶梯》“人法—物法—诉讼法”的三分式体系。^② 但到12世纪末期，出现了程序法与实体法分离的趋势。注释法学家约翰内斯·巴西安奴斯在1167—1181年间出版了一本题为《审判规则》的书，专门论述

^① Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, S. 33~39.

^② 这种体系模式不仅适用于世俗的民法，而且也被中世纪的教会法采用。Siehe Helmut Coing (Hersg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II, Neuere Zeit(1500—1800), Teilband I, Wissenschaft, C. H. Beck Verlag, München, 1977, S. 132.

民事程序法,此后有一些注释法学家出版了类似的著作。^①事实上,程序法与实体法分离趋势的源头在于优士丁尼《法学阶梯》本身。如前所述,优士丁尼《法学阶梯》的诉讼法部分已经把大部分纯粹的程序性规范排除在外,因此,注释法学的程序法独立运动只不过是沿着优士丁尼开辟的道路继续往前走而已。尽管纯粹的程序法走向独立,但诉权依然与人法、物法放在一起。

13世纪末14世纪初,注释法学派被以巴托鲁斯、巴尔都斯等人为代表的评注法学派取代。这个学派侧重于对优士丁尼《民法大全》中的各种制度进行整体性的评论,而不是对其中的具体语句进行注释。^②评注法学派的一个突出贡献是开始把债法从物法中分离出来。优士丁尼《法学阶梯》把私犯之债与诉讼共同置于第4卷,而盖尤斯《法学阶梯》第4卷只包括诉讼,如果把这两本《法学阶梯》联系起来,前者的体系架构不会产生疑义,债法在逻辑上属于物法的一部分。然而,盖尤斯的《法学阶梯》到中世纪已经失传,^③中世纪学者只能看到优士丁尼的《法学阶梯》,所以对于债法与物法、诉讼法的关系产生困惑。很多评注法学家对债法与物法的从属关系产生怀疑,《学说汇纂》第44卷第7题以及《法典》第4卷第10题加重了这种怀疑,因为这两题的标题均为“债与诉讼”,这些迹象似乎在暗示优士丁尼意图把债法与诉讼法视为一体,作为《法学阶梯》逻辑体系的第三部分,而不是借助于“债是无体物”这一命题把债法作为物法的一部分,有些评注法学家甚至把债解释为诉的原因,基于这个认识,他们趋向于把《法学阶梯》的三分式体系改为:人法—物法—债与诉讼法。这样,物法的内容只留下我们今天称为物权法与继承法的那些规范了。^④

评注法学派在两个世纪后让位于人文主义法学派,这个学派受文艺复兴与人文主义思潮的影响,主张重返古罗马法的原始文本。^⑤受西塞罗作品“*De Iure Civile in Artem Redigendo*”的启发,有一些人文主义法学家逐步尝试按照新的秩序组织罗马法素材,比较有代表性的是阿佩尔、多勒鲁斯、康南等人。维滕堡大学教授阿佩尔把

① Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, S. 47.

② Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, S. 41.

③ 盖尤斯的《法学阶梯》一直到1816年才被德国历史学家Niebuhr于维罗那发现。Siehe Eduard Böcking, *Institutionen; ein Lehrbuch des römischen Privatrechts*, Bd. I, Adolph Marcus, Bonn, 1843, S. 38.

④ Jolowicz, *Roman Foundations of Modern Law*, Clarendon Press, Oxford, 1957, pp. 62~63.

⑤ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967 (2. unveränderter Nachdruck, 1996), S. 90~92; Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, pp. 76~78.

对物权(*ius in re*)与向物权(*ius ad rem*)——在16、17世纪相当于对人权——的区分^①作为私法上的主要划分,^②为后世民法学物权与债权的划分奠定了基础。雨果·多勒鲁斯的体系化思想更为鲜明,在1589年之后陆续出版的28卷本《市民法评注》中,他对私法上的权利进行分类。他认为,属于我们的东西(*quod nostrum est*)可以分为两类:真正而且原本就属于我们的(*quod vere et proprie nostrum est*)、他人欠我们的(*quod nobis debeatur*)。前者又可以分为两种:自己的人身(*persona cuiusque*)、外在的物(*rebus externis*)。由此形成了人格权、物权与债权的区分,当然,多勒鲁斯并未明确使用这样的术语。^③多勒鲁斯对《法学阶梯》把诉讼法单独作为民法体系的一部分提出批评,在他看来,诉权只不过是权利的保护手段而已,它是权利的组成部分,二者之间是从属关系,因此,诉讼法不应该在民法体系中占据独立的一部分,而应该把各种诉权和各种与其相对应的权利放在一起论述。^④据考证,多勒鲁斯的《市民法评注》的前16卷是实体法,后12卷是程序法,^⑤后者似乎主要由多勒鲁斯先前对《学说汇纂》与《法典》中关于审判程序的章节(如D. 12, 2; D. 42, 1; D. 42, 2)所作的评注组成,^⑥而实体法部分(前16卷)依次论述人法、对物权与对人权。^⑦这样,通过对诉讼法部分的解构,多勒鲁斯把实体法意义上的民法体系改为“人法—对物权法—对人权法(债法)”。另一位人文主义法学家康南则以另外一种方式解构了诉讼法。他认为,《法学阶梯》第三部分与其说是诉讼法,还不如说是债法,在他看来,“actions”指的是行为而

① 评注法学家巴尔都斯曾经区分“*iura realia*”与“*iura personalia*”,前者包括所有权、继承(权),役权、抵押、质押等,其所谓的“*iura realia*”的外延比物权大,而且这种模糊的区分在评注法学派的理论中并未扮演重要角色。参见金可可:《对人权与对物权的区分理论的历史渊源》,464~466页,载陈小君主编:《私法研究》(第4卷),北京,中国政法大学出版社,2004。

② 金可可:《对人权与对物权的区分理论的历史渊源》,475页,载陈小君主编:《私法研究》(第4卷),北京,中国政法大学出版社,2004。

③ Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1962, S. 44~45.

④ Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1962, S. 44.

⑤ Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, p. 81.

⑥ Helmut Coing (Hersg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II, Neuere Zeit(1500—1800), Teilband I, Wissenschaft, C. H. Beck Verlag, München, 1977, S. 767~768.

⑦ Peter Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, the Hambledon Press, London and Roncerverte, 1988, p. 76.

非诉讼(权),债法涉及的就是行为,^①这样,评注法学派的“人法—物法—债与诉讼法”的三分式民法体系就被他改造为“人法—物法—债(行为)法”的三分式民法体系。

经过康南与多勒鲁斯改造的法学阶梯式民法体系在17、18世纪成为民法体系的主流模式。第一个追随者是雨果·格老秀斯,在1631年出版的《荷兰法学导论》一书中,他明确地把民法分为人法、对物权法、债法,其中第二部分包含了所有权、其他物权、继承。^②17世纪后期与18世纪初期法国、德国的民法学家加布里埃·阿古、斯特鲁韦、拜尔等人也沿袭了这种民法体系模式。^③

总而言之,中世纪民法学者对法学阶梯式民法体系进行改进所取得的主要成果有两个:一是诉讼法与实体法明确分离;二是债法从物法中分离出来,成为民法体系中的一个独立部分。“人法—物法—诉讼法”的三分式民法体系由此被“人法—对物权法(包括继承)—债法”的新三分式民法体系取代,当然,这种新的体系尚未超越法学阶梯式体系的基本框架,在本质上仍属于法学阶梯式民法体系。

(三)《拿破仑法典》对法学阶梯式民法体系的承继

1804年颁布的《拿破仑法典》被分成3卷。第1卷是“人法”,第2卷是“财产及对于所有权的各种限制”,内容主要包括财产(物)的分类、所有权、使用权、居住权、地役权等,第3卷是“取得财产的各种方法”,内容主要包括继承、契约之债、非契约之债、担保物权、债的强制执行、时效、占有等。^④把《拿破仑法典》与优士丁尼《法学阶梯》相对照,可以发现二者的结构是何等的相似,前者的第1卷相当于后者的第1卷,前者的第2卷相当于后者的第2卷的前5题,前者的第3卷相当于后者的第2卷剩余部分以及第3、4卷的前5题。二者的区别只有两点:一是《拿破仑法典》把诉讼法排除在外,这是中世纪法学取得的成就;二是《拿破仑法典》把“物法”一分为二,即物的归属(第2卷)与物的取得(第3卷)。当然这仅仅是局部变化而已,从整体上看,《拿破仑法典》的逻辑体系依然是“人法—物法”的法学阶梯式民法(实体法)体系。^⑤

从某种意义上说,《拿破仑法典》的体系是对优士丁尼《法学阶梯》体系的另一种

^① Peter Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, the Hambledon Press, London and Ronceverte, 1988, pp. 75~76; Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, p. 80.

^② Peter Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, the Hambledon Press, London and Ronceverte, 1988, pp. 77~78.

^③ [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,97~115页,北京,中国政法大学出版社,1992。

^④ 李浩培等译:《拿破仑法典》,目录,北京,商务印书馆,1979。

^⑤ 2008年修订的《法国民法典》增设第4卷“担保”和第5卷“适用于马约特岛的特殊规则”。这种变化依然没有改变该法典的“人法—物法”体系模式。

解读。如前所述,《法学阶梯》的物法部分的体系安排遵循双重逻辑主线。第一条主线是有体物与无体物的划分,遗产继承、用益权、债权等均被视为无体物,^①从而被放在物法之中,多数学者都依据这条主线解读《法学阶梯》的体系,因此,它属于明的主线。第二条主线是物的取得方法,在优士丁尼《法学阶梯》第2卷第5题第6段,优士丁尼说:“朕已概要地说明了以何种方式根据万民法取得物。朕马上来看,以何种方式根据法律和市民法取得。”^②其所谓的根据万民法取得是指在第2卷第1题第12段以下所论述的先占、添附、孳息取得等,而该卷第6题以下则涉及市民法取得,在第9题第6段,优士丁尼把遗产继承视为物(集合物)的取得方法,^③据此,他把这些内容置于物法部分,这条主线并未引起学者广泛关注,属于暗线。《拿破仑法典》的起草者显然是把这条暗线变为明线来安排物法的体系,而且强化了它的作用,把债也明确定性为财产取得方法,从而把债法与继承合起来作为第3编。《法学阶梯》体系所采用的明线(有体物与无体物的划分)则被淡化,使用权、居住权、地役权等被视为对于所有权的限制,而不是无体物。

与人文主义法学派以及受其影响的17世纪民法体系模式相比,《拿破仑法典》的逻辑体系更忠实于《法学阶梯》体系,对物权与对人权的区分并未成为其体系安排的逻辑基础,债法并未被定性为“对人权法”,在逻辑上没有成为民法体系中的一个独立部分,显然,人文主义法学家在民法体系改进方面取得的成果并未被《拿破仑法典》吸收。

(四) 法学阶梯式民法体系在现代的发展趋向

自19世纪中期以来,欧洲、拉丁美洲、北非诸国陆续开展民法典编纂活动。其中有很多国家沿袭法学阶梯式民法体系,当然,都在不同程度上作了改造,有些是沿着人文主义法学派开辟的道路继续前行,有些则是受《拿破仑法典》的启发,有些甚至吸收了德国民法潘得克吞式体系的某些元素。

属于第一种情形的代表性民法典是《秘鲁民法典》(1852年)、《智利民法典》、《哥斯达黎加民法典》(1886年)。《秘鲁民法典》(1852年)分为三编。第一编是“人及其权利”,包括人的身份、婚姻、亲子关系、监护等内容;第二编规定物的分类、所有权、占有、取得所有权的方式、役权等,“继承”被视为所有权的取得方式;第三编是“债与合同”,^④其体系可以表述为“人法+物权法(包括继承)+债法”,与人文主义法学派的民

① [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》(修订版),徐国栋译,137页,北京,中国政法大学出版社,2005。

② 同上书,147页。

③ [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》(修订版),徐国栋译,171页,北京,中国政法大学出版社,2005。

④ [智]阿勒杭德罗·古斯曼:《伊比利亚美洲法典编纂古典时代诸民法典的体系》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第6卷),216~217页,厦门,厦门大学出版社,2008。