

东南
法学

东南法学丛书

On Negotiorum Gestio System

叶知年 / 著

无因管理制度研究

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

无因管理制度研究

叶知年 / 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

无因管理制度研究 / 叶知年著. —北京: 法律出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8967 - 6

I. ①无… II. ①叶… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 009413 号

无因管理制度研究

叶知年 著

责任编辑 潘洪兴 李天一
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 850 毫米×1168 毫米 1/32

版本 2015 年 12 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 固安华明印业有限公司

印张 5.75 字数 133 千

印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8967 - 6

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)

民法为什么需要无因管理制度(代序)

无因管理制度作为传统民法中的一个重要组成部分,无论是在中国的学术研究上还是在社会实践中一直没有得到足够的重视,属于民法这一显学科目中的冷门领域。造成这一状况的原因既有无因管理制度适用对象比较狭窄,传统制度的成熟度比较高等种种客观现实,同时也源于中国愈演愈烈的法律功利主义思想盛行;相关立法和理论热点长期聚焦于能够直接服务于市场经济关系的法学领域,无因管理制度因其与市场经济的相对隔绝自然难逃被边缘化的命运。

实际上无因管理制度不但在任何国家都具有较大的制度运行空间,而且作为一种典型的道德化法律设计,对一国优良文化的形成和国民性的塑造都发挥着其他制度难以企及的独特作用。从这种意义上说,研究无因管理制度不但有重大的理论意义,而且有较大的实践应用价值。推而广之,通过观察民事法律的演化史我们不难发现,民法制度的演进过程同时也就是道德伦理规则的不断法制化过程,道德和法律几乎在所有共同领域发挥着默契配合作用。对于道德的作用,按照博登海默的观点,主要在于通过对行为人行行为臧否评价指导和纠正人们的行为和活动,其目的是通过降低行为人自私性行为选择的影响,消除基于自私性行为所驱动的恶性争斗及其他潜在的分裂力量而实现社会的正常运转。道德的这种向善教化作用与应然法律所承载的公平正义理念在本质上具有高度的契合性。因此自然法学家认为,所有的法律都必须以基

本伦理道德为基础,法律必须具有其内在的正义性品质,因此不符合基本伦理道德的法律从理性的角度来说不应该成为法律,即“恶法非法”。换言之,没有丰厚的伦理道德基因作基础的法律,由于欠缺正当的伦理内核和法源基础是无法获得人们的充分尊重与自觉遵守的。针对法律和道德之间的这种互相绞合关系,俄国著名法学家马尔琴科在《国家与法的理论》一书中曾精辟指出:“法是定形为法律的道德。而道德则像是还藏身于人民的实际社会关系中并极力要表现自我的法。”因此道德规范不仅应当浸透在所有的社会生活领域中,而且是“任何时候都不会枯竭的、像生活本身一样无穷无尽的法的源泉……现在成为了法的东西,曾几何时还仅仅是道德,而所有的道德都具有成为法的趋势”。美国著名法学家霍姆斯大法官也表达过类似的观点,即“法律乃是我们道德生活的见证和外部积淀”。因此,在真正的法治国家,法治所体现的价值应当与社会的主流伦理道德规范表现出高度的同质性,法治的价值在很大程度上也应当同时表现为道德的规范价值。从另一方面来说,现代成熟的社会治理机制中既要重视发挥法律的规范作用,同时又要充分发挥道德的教化作用,其典型模式应当是法律和道德相辅相成、法治和德治相得益彰。质言之,理想的治理形态应当是以道德滋养法治精神,法律设计中必须体现道德理念。

而具体到无因管理的制度生成原因来看,其主要理论基石是建构在人的社会性特征之上的。实际上,无论是中国的哲圣还是西方的先贤都对人的社会属性进行了深入探讨。柏拉图认为,单凭个人是无法满足自己的多样化需要的,人的生活需要促使人们集合在一起,相互依存。也就是梁启超所说的:“凡人所以不能不群者,以一身之所需求、所欲望,非独立所能给也,以一身之所苦痛、所急难,非独立所能悍也。于是乎必相引、相倚,然后可以自存。”亚里士多德则第一次将是否具有伦理道德观念作为人与动

物相区分的主要属性,指出“人类在本质上是一种社会性动物”。伏尔泰在“论人”一文中认为人的本能就是人的社会性,而人的社会性本能又会因为人的理性选择而得到加强。按照伏尔泰的观点,人在本性上都是自保和自爱的,这种自保和自爱促进了社会的形成和发展;但同时为了达到自保和自爱,也需要在一定程度上怜悯帮助他人。没有怜悯帮助他人,人们就无法满足相互之间的需要,社会也无法得以存续。这种自爱的本能与帮助他人的要求构成完美的统一,即形成“合理的利己主义”。著名经济学家亚当·斯密则认为,人是社会动物,人的情感中包括自爱和仁爱两种元素。自爱使人利己,成为经济人;仁爱使人利他,成为道德人。他认为人类的本性是利己主义的,人们在经济行为中所追求的完全是自己的个人利益,既然是本性使然,所以这种追求应该是合理合法的。但是每个人在追求自己利益的同时,不能不顾及他人的利益需求,如此便发生了共同的社会利益。一如澳大利亚著名法学家维拉曼特在《法律导引》中所说的那样:“没有一个人能自称完全不依赖他的伙伴……人类本性也要求有一个由伙伴组成的社会。”而在这种共同社会中,每个人的个人利益都应该受到其他人的个人利益的限制,因为每个人都需要其他人的帮助,且这种帮助是相互的。如果一个人获得帮助完全要靠他人的施惠而实现的话,那么这种帮助一定是靠不住的。正是基于这种互相依持的需要,因此对身处险境的他人如果袖手旁观、不予施救,按照柏拉图的观点是应当受到法律惩罚的。正是人的这种基于维持生存而产生的互相协助的需要,使无因管理的法律设计成为可能。

从制度存在的合理性基础来看,无因管理制度的存在价值还来源于人类所面临的众多不确定性风险。特别是在现代社会,与科学技术的迅猛发展相伴而生的是社会危险因素的不断累积和放大。英国学者吉登斯谈到现代性的特征时曾一针见血地指出:“我们今天生活在于其中的世界是一个可怕而危险的世界。这足

以使我们去做更多的事情,而不是麻木不仁,更不是—定要—去证明这样一个假设:现代性将会导向一种更幸福更安全的社会秩序。”在这个风险丛生社会中,每个人的生存都是与他人的互相协助紧密联系在一起,只有共担风险才能创造彼此生存的条件。所以一个人若要生存下去,必须学会对伙伴负责、对社会负责,履行对他人应尽的社会义务。正是基于这一认识,意大利学者马志尼在《论人的责任》一书才告诫人们“不做什么事情是不够的,你们必须做什么才行。满足于不作奸犯科是不够的,你们必须按照上帝的法则有所作为。不妨害别人是不够的,你们必须在行动上有益于你们的同胞”。即便如此,通过良好的制度设计实现对处于危难之中的他人予以救助,无疑有利于增强人们之间团结互助的协作精神,从而提高社会成员共同抵御风险的能力。用哈耶克的话来说,正是基于社会成员追求安全的需要,因此所有成员都会力图寻求他人的帮助,其结果是促使人与人之间形成一种相互合作的良性关系,并进而构成一个运行良好、结构稳定的合作体。而无因管理制度正是这种维系社会合作体正常运行的必要填充剂,它对于化解社会风险和保持社会的和谐稳定无疑发挥着其他制度无法取代的独特作用。

中国传统的社会思想意识中向有助人为乐、见义勇为的优良传统。通过检索那些耳熟能详的谆谆教诲我们不难发现,孔子主张“仁者爱人”,把怜悯同情之心视为“仁”的基石。墨子讲兼爱,主张“视人之国若视其国,视人之家若视其家,视人之身若视其身。”孟子主张人天生就具有怜悯之心和同情之心,即“恻隐之心,仁之端也;羞恶之心,义之端也……”其后的儒家思想则进一步将济贫救困上升为道德要求,即“免人之死,解人之难,救人之患,济人之急者,德也”。而按照《礼记·礼运》的观点,作为秩序优良的理想社会的主要标志之一是“选贤与能,讲信修睦”,“人不独亲其亲,不独子其子”,“老有所终,壮有所用,幼有所长,鳏寡孤独废疾

者,皆有所养”。是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作。这些优良的文化传统都为我国的无因管理制度设计提供了丰富的文化资源,是独具特色的中国无因管理制度设计所赖以凭依的思想宝藏。实际上所有国家的民法制度的设计,都绝不会单纯体现为一些冷冰冰的枯燥条文,而是体现为鲜活社会生活的抽象和升华。所谓的良法也必须是能够造福人民、保护人民,以保障人民根本权益为出发点和落脚点,以维护社会公平正义,促进共同富裕为根本立法宗旨。当然由于急公好义思想在中国一直停留在道德倡导层面,并没有上升为严密的制度设计。因此严格来说无因管理作为一种法律制度对我国而言尚属于舶来品。因此,在这一制度设计过程中适当借鉴外国的制度内容是必不可少的。但我们绝不能完全照搬照抄外国的制度内容,而应深深扎根于中国的土壤,体察和反映中国特有的习惯、传统、民情与公序良俗理念。所以在有关无因管理的制度设计中必须弘扬中华优秀传统文化,汲取中华法律文化中的思想精华,以此来增强法治中的道德底蕴。

叶知年教授在研究生学习阶段曾经师从于我,并以无因管理为题通过了硕士学位论文答辩。获得学位后,叶知年教授一直没有放松对民法基本问题的学习,并持续不断地开展与无因管理相关的学术研究。本书就集中体现了作者这些年来在无因管理方面的研究心得和思想感悟。作为其辛勤研究的结晶,本书在借鉴其他国家与地区最新研究成果和立法经验与司法实践经验的基础上,以中国现行的法律规定为基础,通过翔实的比较资料引证,从更深层次上对这一问题进行了深入系统的研究,并对我国现行无因管理制度的不足及其改进路径提出了自己的意见和建议。全书既具有深厚的理论底蕴,同时又兼具浓厚的实践色彩,是理论和实践有机结合的范例。目前我国民法典的制定已被提上议事日程,我相信本书的出版对我国未来民法典中的无因管理制度与见义勇为制度的具体设计无疑具有重要的理论指导意义和制度参考

价值。

同时我也期待叶知年同志在未来的学术道路上能够产出更多的优秀学术成果,为中国民法学的繁荣昌盛贡献自己的力量和智慧。

是为序。

赵万一

2015年12月16日

于西南政法大学

简 介

无因管理是一项古老的民事法律制度。作为一种社会现象,最早可追溯到罗马法上关于准契约的规定。后大陆法系各个国家和地区承继了这一制度。但是,我国民法关于无因管理的规定内容简单,给司法实践带来诸多不便。

本书在借鉴其他国家与地区学者对无因管理的研究成果及这些国家和地区关于无因管理制度的立法经验、司法实践的基础上,从更深层次上研究无因管理制度,就我国未来民法典中的无因管理制度的设计提出自己的看法。

全书分为六个部分:第一部分为无因管理制度概述,论及无因管理的概念和性质、无因管理与相关制度的关系、无因管理的伦理道德基础、无因管理的基本类型。第二部分为无因管理制度的立法比较,论及大陆法系与英美法系关于无因管理的立法和司法实践。第三部分为无因管理的要件,论及真正的无因管理(包括适法的无因管理和不适法的无因管理)与不真正的无因管理的构成要件。第四部分为无因管理的效力,论及真正的无因管理(包括适法的无因管理和不适法的无因管理)与不真正的无因管理的效力。第五部分为见义勇为,论及大陆法系与英美法系关于见义勇为的立法和司法实践。第六部分为我国无因管理制度的完善,论及我国无因管理制度的现状及完善、见义勇为立法的完善,并就我国未来民法典中的无因管理制度的设计提出立法建议稿。

目 录

第一章 无因管理制度概述	1
第一节 无因管理的概念和性质	1
一、无因管理的概念和性质	1
二、无因管理与相关制度的关系	7
第二节 无因管理的伦理道德基础、立法理由和社会功能	17
一、无因管理的伦理道德基础	17
二、无因管理的立法理由	19
三、无因管理的社会功能	26
第三节 无因管理的基本类型	27
一、无因管理类型的概念和意义	27
二、真正的无因管理和不真正的无因管理	28
三、适当的无因管理和不适当的无因管理	30
四、一般的无因管理和特殊的无因管理	31
第二章 无因管理制度的立法比较	33
第一节 大陆法	33
一、罗马法	33
二、法国法	35
三、德国法	38
四、瑞士法	40
五、意大利法	41

六、欧盟法	42
七、日本法	44
八、我国台湾地区“民法”	46
第二节 大陆法立法体例评析	47
一、大陆法无因管理制度的发展	47
二、大陆法无因管理制度的特点	48
三、大陆法无因管理制度的体系构成	51
第三节 英美法	54
第四节 英美法立法体例评析	56
一、英美法系类似无因管理制度的体系	56
二、管理利益	57
三、管理损害	58
第三章 无因管理的要件	59
第一节 真正的无因管理的要件	59
一、适法的无因管理的要件	59
二、不适法的无因管理的要件	75
第二节 不真正的无因管理的要件	76
一、不真正的无因管理的一般要件	76
二、各种不真正的无因管理的要件	76
第四章 无因管理的效力	80
第一节 真正的无因管理的效力	80
一、适法的无因管理的效力	80
二、不适法的无因管理的效力	111
第二节 不真正的无因管理的效力	116
一、不真正的无因管理的一般效力	116
二、各种不真正的无因管理的效力	118
第三节 本人的承认	120
一、承认的性质	120

二、承认的对象	120
三、承认的效力	122
第五章 见义勇为	125
第一节 见义勇为的概念和特征	125
一、见义勇为的概念和特征	125
二、见义勇为与相关行为的关系	127
三、见义勇为对无因管理制度发展	128
第二节 见义勇为的立法比较	131
一、大陆法	131
二、英美法	138
第三节 见义勇为的要件和效力	145
一、见义勇为的要件	145
二、见义勇为的效力	146
第六章 我国无因管理制度的完善	148
第一节 我国无因管理制度的现状与完善	148
一、我国无因管理制度的现状	148
二、我国无因管理制度的完善	151
第二节 我国见义勇为制度的现状与完善	152
一、我国见义勇为制度的现状	152
二、我国见义勇为制度的完善	155
第三节 关于我国无因管理制度的立法建议	155
主要参考文献	158
后 记	164

第一章 无因管理制度概述

第一节 无因管理的概念和性质

一、无因管理的概念和性质

(一) 无因管理的概念

无因管理作为一项制度,其理念源自古代法中对遗失物拾得这一具体事实的法律规定。许多国家和地区以法律制度的形式对遗失物拾得这一具体事实予以规制。在我国,《周礼·秋官·朝士》就记载:“凡得获货贿、人民、六畜者,委于朝、告于土,旬而举之,大者公之,小者庶民私之。”至明清,更设有对拾金不昧者的奖励制度:“三十日内有人认领时,将一半给予得物人,一半还主;如无人认领,全给予得物人。”遗失物拾得这一具体的法律规定内含无因管理制度的理念因子,但无因管理制度在其产生后并未包含遗失物拾得制度。遗失物拾得制度没有因无因管理制度的创立而隐退,仍然游离于无因管理制度之外。

何为无因管理,学者间的表述不尽相同。我国台湾地区史尚宽先生认为:“无因管理(德 *Geschäftsführung ohne Auftrag*, 法 *gestion d'affaires*, 拉 *Negotiorum gestio*)谓无法律上之义务而为他人管理其事务。”^①郑玉波先生认为:“无因管理者乃未受委任、并

① 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第57页。

无义务,而为他人管理事务之行为也。”^①王泽鉴先生认为:“所谓的无因管理,即未受委任,并无义务而为他人管理事务;故‘无因’者,乃指无法律上义务而言。”^②我国台湾地区学者之所以强调“未受委任”,是因为基于契约关系而处理他人事务,多由于委任,“民法”特举委任为例,从而基于雇佣,或其他契约而处理事务,系履行契约上义务,亦不构成无因管理。^③在大陆,一般认为:“无因管理,是指没有法定的或约定的义务,为避免他人利益受损失,自愿管理他人事务或为他人提供服务的行为。管理他人事务的人,为管理人;事务被管理的人,为本人。无因管理发生后,管理人与本人之间便发生债权债务关系,这就是无因管理之债。”^④

(二)无因管理的性质

关于无因管理的性质,在古罗马即有不同的观点。一是准契约说,认为:“当罗马人说债产生于准契约(*quasi ex contractu*)时,他们指的正是无因管理,因为它完全缺乏契约协议(即*conventio*)。”^⑤准契约的特点是:“正确说来不是根据契约发生的,但又不是由于侵权行为产生的债务,这种债务被认为仿佛是根据契约发生的。”^⑥二是公平说,认为无因管理制度的设立源于公平原则。罗马法有一原则为:“自己享有利益者,使他人负担损失,是不公平的(*Iniquum est cum damno alterius dominum lucrari*)。”无因管理

① 郑玉波著,陈荣隆修订:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第71页。

② 王泽鉴:《债法原理》,三民书局股份有限公司2012年增订四版,第367页。

③ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第2册),三民书局股份有限公司1993年版,第83页。

④ 王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》,法律出版社2005年版,第505页。

⑤ [意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1998年版,第396页。

⑥ [古罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第184页。

制度正是基于此原则而产生的。故在管理人实施管理行为后,本人应将其享受无因管理结果所得的利益依公平原则返还给管理人,并偿付管理人于管理活动后所支付的费用。契约说为通说,关于其缘由,罗马法学理上有三种学说:(1)无因管理须适合于本人的意思,因此无因管理为一种拟制的追认。(2)无因管理属于准委任,本人的意思乃事实上的追认或拟制的追认。(3)无因管理既有本人的意思与管理人的意思相并存,则事实上即具有契约之基础,不过其两个意思之合致,却由法律拟制而成,故无因管理之成立,应准于契约成立之规定。^①因此,有罗马法学者认为,无因管理须合于本人的意思,或须取得本人事实上之追认或者理智上之追认,故无因管理乃属拟制之委任(fingiertes mandate)。英国学者梅因指出:“‘准’这个字放在罗马法的一个名词之前,含有这样一种意思,即用它作为标志的概念和其原来的概念之间,在比较上有着一种强有力的表面类似或相似。它的意思并不是说,这两种概念是同样的,或是属于同一种类的。相反地,它否定了在它们之间存在同一性的概念;但是它指出它们有充分的相似之处,可以把其中之一归类于另一个的连续,以及从法律的一个部门中取来的用语可以移用到法律的另外一个部门,并加以应用,而不致对规定的说明有强烈的歪曲,而这些规定在另一种情况下是很难完善地加以说明的。”^②

近现代大陆法系各个国家和地区立法摒弃了准契约概念,而将无因管理作为债的独立发生原因。德国以前通说曾认为管理他人事务,虽非法律行为(Rechtsgeschäft),但因以一定之意思指向(Willensrichtung)为必要,在性质上系属一种类似法律行为之行为(Geschäftsähnliche Handlung),故应类推适用关于法律行为(尤其是契约)之规定。这样的看法显然是继受前述罗马法以

① 郑玉波:《民商法问题研究》(一),三民书局股份有限公司1991年版,第68页。

② [英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1995年版,第194页。

来以“准契约说”论述无因管理之制度目的与归类其法律性质之影响。因为罗马法的观念就是认为债之发生原因完全是一种认知或意志上的行为,因此管理人之意思(Wille)即为重要。而且德国民法立法阶段的第一次委员会就是接近这样的看法,认为无因管理虽然不是法律行为(Rechtsgeschäft),但却是所谓的广义的法律行为(Rechtshandlung),准用狭义法律行为之规定,须以行为人有意的行为为前提。^①此项论点未尽妥适,业遭废弃。^②德国民法立法阶段的第二次委员会就明白表示不采取会被认为是法律行为的准契约说。^③目前依通说,无因管理为事实行为,而非法律行为。所谓法律行为,是以意思表示为核心,以发生、变更、消灭民事法律关系为目的的行为。它以意思表示为要件,其意思中必须包含有效果意思,表意人还须将自己的意思表示表示于外部而为他人所知。而事实行为是毋庸表现内心意思即依法发生法律效力的行为。易言之,只要事实上有此行为,即当然发生法律效力;至于行为人有无取得该效果的意思,在非所问。^④照“事实行为说”之见解,无因管理是为确保他人之利益的事实行为(realgeschäftliche Interessenwahrnehmung für einen anderen)而生的法定要件,无因管理的债之关系只是基于“为他人而为事实上实施管理”(tatsächliche Geschäftsführung für einen anderen)而生。管理人是基于管理意思(Geschäftsführungswille)

① Staudinger/Bergmann, 2006, Vorbem zu §§ 677ff. Rn. 42; Erman/Dornis, 13. Aufl., 2011, § 677 Rn. 14. 转引自吴从周:“见义勇为与无因管理”,载《华东政法大学学报》2014年第4期。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第5册),三民书局股份有限公司1993年版,第168页。

③ 参见立法数据汇编之Mugdan II 1201 § 756 E I。转引自吴从周:“见义勇为与无因管理”,载《华东政法大学学报》2014年第4期。

④ 张俊浩主编:《民法学原理》(修订第3版,上册),中国政法大学出版社2000年版,第223页。