

“学而时习之”民事法丛书（之四）

民法史^的 观察

MINFASHI DE GUANCHAO

梁展欣◎著

人民法院出版社

“学而时习之”民事法丛书（之四）

民法史^的 观察

MINFASHI DE GUANCHA

梁展欣◎著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法史的观察/梁展欣著. —北京: 人民法院出版社,
2017. 10

ISBN 978 - 7 - 5109 - 1918 - 3

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—法制史—
研究—中国 IV. ①D923. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 247063 号

民法史的观察

梁展欣 著

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550626 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中国画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 538 千字
印 张 30
版 次 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1918 - 3
定 价 98.00 元

版权所有 侵权必究

学而时习之，不亦说乎？

——《论语·学而》

观我生，君子无咎。

——《易·观》



前 言



历史是什么？历史是过去与未来的叠合。所谓过去，不仅指过去的恒将过去，更指未来的也恒将过去。所谓未来，亦仅指相对于当下之未来，而不存在永不会到来的未来。过去与未来都是相对的，只在此时此刻、此人此地的一定境遇之中，过去与未来方能确定和真切，历史方才可能。历史是一定境遇的产物，它不仅述说过去的过去与未来，也述说未来的过去与未来。历史是对过去的设定，即使是对同一段过去，在不同的境遇之中也会有不同的述说；历史是对未来的预告，今天对历史作何设定，也预示明天将如何到来。历史不是一个死物，而是一个活物，它存在于各个时代、各色人等乃至各种物质与非物质之中。在一定意义上，历史是人，人是历史。每个人不仅以其肉身记载历史，以其活动产生历史，更以其存在承续历史，以其精神转换历史。历史不仅是个体的，也是全体的；不仅是经验的，也是可验的。历史之于当下的意义，不仅在于如何述说过去，究明昨天何如、今天何在；也在于如何述说未来，预想明天何往。因此，历史决不是什么与未来相割裂的死物，它本身就蕴含着未来。

历史之于民法（法律）的意义何在？民法不仅是国家的造物，更是历史的造物、时代的造物、人的造物。时至今日，人们习惯于认为民法仅仅是国家立法机关通过立法程序制定的法律之一，而没有看到民法与其所调整事物的本质关联。说到底，民法乃调整市民生活日用常行之法，其内在规律在于市民生活之常情、常理、常识和常规。立法上的外在意志若能与之相符，则民法将适当而且有效；若不符，则民法虽有其名，但恐失其实，要么难以奏效，要么对市民生活产生反作用力。古人有言：“治民无常，唯治为法。法与时转则治，治与世宜则有功。”（《韩非子·心度》）是

之谓也。立法者应如何探求民法的内在规律？不仅须验诸当下，也须求诸历史，盖因当下乃从过去演变而来，能够征诸历史及其经验者，方为善法。明乎于此，可知变者形式也，不变者理念也；只有断裂的立法，而没有断裂的历史。尤其是在民法的继受国，如果不能从过去的历史中生发出支撑民法的经验和智慧，不能在现实中成就民法的相应国家机制和社会土壤，是不可能产生真正意义上的民法的。民法发达的要紧之处，在于努力探寻本国市民生活之常情、常理、常识和常规，然后要么将之铸为法典，要么付诸司法实践。这无论是在民法的原生国还是继受国，其理皆同。于此，民法与历史的联立关系便凸显出来：民法是经由历史有机生成的产物，而非仅凭外在意志的产物。今天之民法，不仅是由此前之民法汇流而成，更是当下时代精神、社会现实的产儿；不仅可以表现为法典，亦可以形诸司法实践。不知历史，焉知民法乎？

今天，我国民法正处在过去与未来的交汇点，进行新中国成立以来最为有利的民法典编纂活动。此时此刻，若非对民法之于当下中国的意义有所揭橥，必不能洞明此番民法典编纂的真实意涵。所谓民法史，并不仅指那些特别久远的民法表现形式，而是要建立起民法的历史主义视角，将民法视作为一个过程整体，以历史的眼光去探寻民法之于当下乃至未来的可能意义。民法是一个古往今来的整体，历时性的民法史已然溶入到共时性的民法典的血脉之中，每一项民法概念、规则乃至体系的背后，都蕴藏着高远深沉的历史意涵。当下我国编纂民法典，既应视作我国民法的重要发展时刻，也应视作世界民法发展的重要组成部分；它既离不开对本国民法意涵的开掘与阐扬，也离不开对世界民法发展脉搏的把握与引动。民法兼具有共同法与本国法的性质，各国根据实际需要对民法的内容进行取舍剪裁，因而呈现出不同程度的差异，也体现了各自对民法理解定位上的不同。然而，民法典编纂决不是什么“好条文”的抄袭功课，而是一项标示一定历史意涵和一国法学成熟的志业。只有在对我国民法及市民生活的发展变迁了然于胸的前提下，方能制定出具有中国立场和意义的民法典。

民法典虽由立法者所编纂，然其施行之日，即为法官接手之时。此后，民法典的航向便由法官所掌握，若乎每个法条的背后，都投射有法官的身影。近代以降各国所颁布的民法典，无一不是立法者与法官之间博弈的结果（此外尚有法学家作为第三股力量，这里存而不论）。从1804年《法国民法典》第4、5条，到1811年《奥地利普通民法典》第7条，到

1887年《德国民法典（第一草案）》第1条，到1907年《瑞士民法典》第1、4、7条，到1911年《大清民律草案》第1条，乃至1929年《中华民国民法·总则》第1条等规定，无一不是针对法官行动的专门规定。尽管在功能界定上，立法者的任务是制定法律，法官的任务是适用法律，两者之间似乎泾渭分明，唯衡诸法律生活之现实，则是另外一番景象。立法者的任务，在于为社会创设法化的空间，以于其对象之调整适用均有指示为已足；法官的任务，则在于在前者所创设的法化空间之内，针对具体个案的情况而为法律之适用。立法者与法官之间各自人格独立：对于前者，既非经一定程序，无从指责后者逾越法条文辞之行动；对于后者，亦禁为非法之解释适用，自外于法化空间而擅自创造法律。法化空间在立法和司法上均有其意义，位阶高于法条。“法化空间”的提出，乃以承认法条不完备性作为认识前提，放弃立法包罗一切的幻梦，同时，出于规律（或限制）法官行动的功能需求，为法官划出一个行动的轮廓，授权法官对不完备的法条予以司法上的完备化。

以为法条可以稳定地指涉社会事件，对所有社会事件都能囊括殆尽，法官全无其独立之人格的观念，乃19世纪前之陈迹矣。法官不是法条的自动售货机，投入硬币即可输出判决。法谚有云，法律非经解释无从适用，其中即暗含着法官具有独立于立法者的司法理性与意志之判断。尽管立法者所制定的法律无法包罗一切，但法官于法化空间之内须能够裁判一切，而不论法律上有无明文之规定，此乃法律上之公理。于此场合，有谓立法者自有其所谓立法者意志对法官予以拘束，此亦在法意解释方法的射程之内。唯法官须受法条文辞之拘束，不等于受此文辞以外所谓立法者意志之拘束。文辞之外，岂有立法者意志乎？更为要紧的是，法官尚须紧随社会变化发展之步伐，于立法者所创设之法化空间之内，谋求符合正义且最为适当之法律判断（即法律适用）。表面看来，法条乃法官行动的唯一限度，但由于法化空间非仅由法条之文辞而由其意义和目的所构筑，故法条亦非法官行动的唯一限度。于法条之外寻求法官行动的限度，乃经由法律—司法实现正义的内在要求。近代以降，从自然法学到历史法学，再到自由法学、社会法学、分析法学等法学流派，无一不是致力于在法条之外寻求法官行动限度的学问。

从古罗马法上“市民法—万民法—自然法”的法源序列，到现代民法上“制定法—习惯法—法理”的法源序列，表面看来都是指示法官找

法次序的规范，唯究其实质，却是对法之形成的现实反映。其中，制定法、习惯法是具体的法源，法理是抽象的法源，前二者相对于第三者具有优先适用的地位。所谓法理，亦即“事物之本性”（Natur des Sache），笔者谓为常情、常理、常识和常规，其实质乃自一般的法律原理演绎而出的衡平观念。法理作为法源的抽象性，既源于其得作为独立法源而被适用（制度上的法理），也源于其是制定法、习惯法的实质—历史来源（理念上的法理）。确立法理作为法源，系为授予法官以“模拟立法者”的地位，使之能够引进一般的法律原理，针对具体个案的情况而作出公平的判决（“立法者裁判”）。此早已为古罗马法源论的理性主义和个案主义特征所揭示。于此场合，法官须负比适用制定法、习惯法更高的法律论证的义务，自不待言。反面言之，法理对于法官适用制定法、习惯法所作出的判决，也具有检验的作用。法谚有云，违反法理者，无论如何亦不合法。如判决结论与法理不符的，法官自应另择法律解释之他途而不予拘泥，否则将丧失法律之精神，其不为恶法者几稀。同时，法理作为法源的效力仅及于本案，而不具有如制定法、习惯法那样的普遍性（实行判例法的体制另当别论）。

在法源序列中，制定法、习惯法与法理之间并非泾渭分明。如果将前二者比作是法化空间中的乔木的话，那么第三者则为其中的养分。表面看来，乔木固然有其生长之形态，但如果没有养分之滋养，却是难以为继的。一般说来，在制定法、习惯法足供适用时，法理隐而不彰；只在制定法、习惯法不敷适用时，法理才被凸显出来。法理作为法源的本质是法官法，它所体现的不是立法者意志，而是法官意志。唯基于立法与司法的功能分野，法官既负有遵从制定法（和习惯法）而予以适用的义务，又于适用法理时须受严格的控制，以避免法官擅权、法律不彰的质疑。亦正因此，法理并非相对于制定法、习惯法的高级法源，笔者谓此曰滋养关系。一方面，依法源序列规定，法官原则上不享有对制定法、习惯法的司法审查权，原则上只在制定法、习惯法没有规定的前提下才能适用法理作出判决；另一方面，法官的职责不应局限于对制定法、习惯法的适用，而应致力于在法化空间之内探求实现正义的客观尺度，真正肩负起发展法律的重任。立法上如将法理确立为法源，正可宣示民法典的开放性，弥合立法与司法之间的鸿沟。这既是一种承认制定法、习惯法所来有自的历史主义，也是一种承认法官享独立人格、有司法理性、得自由裁量的现实主义。由

此可见，立法者与法官共同参与法的形式之缔造，他们共同赋予法以生命。只有立法者与法官充分协作，法才能得到确定的表达，正义才能得到真切的实现。

总之，法官是赋予法律第二次生命之人，他赋予法律以高瞻之两目和远行之双足。可以想见，《中华人民共和国民法典》顺利诞生后，延展其生命之重大使命将交到广大法官的手中。我辈法官，欣逢其盛，宁与力欤！

二

本书名为“民法史的观察”，列为“‘学而时习之’民事法丛书之四”，凡12章46万余言。其中，既有对自古罗马以降民法上“人”的基本设定的演进脉络进行仔细的分析（第二至四章），又有对我国清末、民初编纂民法典的历史过程分别进行详尽的编订（第十、十一章），也有对民法发展中（尤指我国）的一些关键问题进行历史性的爬梳（第一、五至九、十二章）。

第一章“古罗马法源小考”。法源论实为民法进入实证法尤其是法典化之后最受关注之事，各国民法典常在开端处予以揭橥，此一做法乃以罗马法肇其端绪。罗马法上有自法（*ius*）演律（*lex*）之经验，即法、律区分，法、律一致，律不限法，律自法出，法的效力有时会高于律。本章以罗马法上之法、律区分入手，论及其分类上的“三分法”与“二分法”之争，裁判官的告示、法学家的解答和习惯法的各自地位，以及始自中世纪后期的罗马法继受中法源的表现形式。

第二章“罗马法上的‘人’”。罗马法以“人”作为其起点，定格在盖尤斯、优士丁尼等的《法学阶梯》的开篇。本章论及罗马法上“人”的法律属性，包括其用词和法律建构以及由此出发的人格诸要素；在类型论上，“人”首先被区分为市民和万民，唯所谓“万民”之要义在于自由身份之普遍化，此乃此后民法发达之最大关键。因人格（即身份）具有多样性，故罗马法上的人格变动制度尤具特色，包括人格限制、人格减等和人格继承。罗马法上的“人”，既及于梅因所谓“从身份到契约”的起点“身份”，又及于其中“契约”所隐含的人格普遍化以及平等、自由等前提性意涵，其重要性可窥一斑。

第三章“近代民法上的个人（法国篇）”。近代民法的起点，公认为1804年《法国民法典》。在背景方面，包括社会层面上的启蒙运动、法国大革命、宗教改革，法学层面上理性主义的兴起、现代自然法论的形成以及1789年法国《人权和公民权利宣言》的诞生等。这些都是《法国民法典》得以产生的重要因素。该法典径认个人的民事主体地位，在人格设定上已经全然不同于罗马法上的身份人格，而是通过设定以现代自然法论为铺垫的理性人格，承载个人的天赋权利和理性价值，这也区别于后来1896年《德国民法典》所采取的实证人格。明确将个人作为规范的对象，将人格平等地赋予所有具有理性的人，是该法典最为重大的历史功绩；但其仅停留在理性的层面上去认识“人”，延续并放大财产在人格构成中的地位和作用，是为不足之处。

第四章“近代民法上的个人（德国篇）”。1896年《德国民法典》是德国法学的典型产物，它孕育于康德以降的“批判”自然法论和作为霍布斯理论分支之一的法实证主义，着床于德国思想界对启蒙运动的反动，如浪漫主义、历史主义的先后兴起等。从历史法学衍生而出的法学—法律实证主义最终背叛了其母体，通过催生《德国民法典》，以“权利能力”概念实现人格概念的彻底实证化。其后果，是民法上“人”的形式化。在分化出“行为能力”概念之后，“权利能力”概念在本质上已经远离于康德意义上的“自由能力”概念，无法继续担负任何伦理性的意涵。该法典所包含的人类形象，是一个强有力的智者形象，这个人褪掉了历史特性和条件，是一个绝对的、孤立的和法定的人。本章含一附录，对作为民法调整对象的“人身关系”进行较为详细的学说整理，俾利于我国民法典之编纂。

第五章“‘家’法源流略考”。家庭虽为我国宪法、民法规范中给予正式表述的范畴之一，但我国法上却未实现对家庭制度的体系化建构。本章详细考察了家庭制度的社会历史起源，以此为基础，对罗马法和我国古代法上的家制意涵进行爬梳，指出二者有着家长、家计等共通性的内容，这些对于古代社会的架构有着重要的支撑意义。近代以降，随着个人主义的兴起，家制在民法法典化的背景下地位不断下沉，此乃梅因所谓“从身份到契约”的第二含义。本章对我国清末、民初继受民法过程中对家制的具体考虑进行了梳理，并整理出现代学者的相关评论。在现代民法的意义上，家庭虽然保持着作为自然团体的属性，但作为法律团体的属性则逐渐

减弱。是否应予恢复或者适度增强，尚须拭目以待。

第六章“民事责任沿革略考”。民事责任是民法上的重要范畴，但由于长期隐没在诸如合同责任、侵权责任等责任原因之项下，故而未被作为一项独立而且有效的民法范畴而获得足够的重视。本章尝试确立起民事责任作为民法上独立于债的重要范畴地位，将传统民法上法律关系内容建构的“权利—义务”范式，转换到“权利—义务—责任”的新范式之上。通过探讨民事责任独立于债的历史过程，指出责任在民法建构中的独特意涵。民事责任是指民事主体对造成民事权利侵害后果所应承担的民事法律后果。民事责任虽然一般是因违反一定民事义务而引起，但可以直接对民事权利发生保护和救济的作用。民事责任虽在发生上与刑事责任保有关联，但在现代法上仍然区别明显，包括责任的目的、构造、追究程式和分析方法等四个方面。

第七章“损害赔偿立法模式考”。传统民法对法律关系内容系采取“权利—义务”的范式，这影响到立法体系上系依权利的性质类型（如物权、债权）进行编排，损害赔偿系作为一种债而屈居于债法之中。立法上将损害赔偿分散见于债法中的各个部分，这种做法在抽象性、统一性方面的程度均较低，与损害赔偿在法律适用上的普遍程度并不相符。本章尝试对传统民法上损害赔偿的立法模式进行梳理，分为债务模式与责任模式，其中债务模式又分为平行债务模式和总分债务模式。我国《民法通则》系采取责任模式，符合现代民法上法律关系内容建构的“权利—义务—责任”的新范式。笔者予以赞同，并尝试对损害赔偿在民法总则和债法总则中分别立足进行理论论证。本章含一附录，对损害赔偿进行统一立法的相关学说进行较为详细的整理。

第八章“我国侵权损害赔偿法律发展研究报告”。本章根据我国相关立法现状和实践需求，梳理我国侵权损害赔偿法律发展中存在的九大突出问题：侵权损害赔偿体系化建构尚未完成、一般与特殊侵权损害赔偿不协调、侵权损害赔偿的一般酌定制未建立、维持损害赔偿责任限额制度不合理、人身侵害两种赔偿金的性质不明确、涉犯罪的侵权责任不赔偿精神损害、财产侵害损害赔偿计算标准不明确、惩罚性赔偿的适用范围和条件较窄、社会救济体系的整体建设有待完善。针对这些突出问题，尝试从学理和实践两个层面，提出具体的解决方案。

第九章“物权法与私权地位的提升”。2007年我国《物权法》的颁行，

对于我国民法的发展和私权地位的提升均具有里程碑式的意义。究其根源，乃在于《物权法》对《宪法》规定的发展，包括社会主义法治、社会主义基本经济制度、社会主义市场经济、国家所有权的主要内容、集体所有权的行使方式和私人所有权的保护水平等六个方面。如果说，1986年《民法通则》体现了我国私权地位的第一次提升，那么，《物权法》则体现了我国私权地位的第二次提升。本章试以贯彻《物权法》所确立的平等保护原则为例，指出在二次提升后作为私权重要类型之一的物权保护的具体途径和方法。

第十章 “《大清民律草案》起草史订”。本章是对《大清民律草案》的起草经过的史实考订，包括清廷所颁上谕 10 件，大臣所上奏折 43 件，时人忆述 4 件，制作起草《大清民律草案》的编年小史，归纳整理（含校订）后人概述 10 件（其中法制史学者概述 6 件、民法学者概述 4 件）。

第十一章 “《中华民国民法》制定史订”。本章是对《中华民国民法》^①的制定经过的史实考订和评论整理。在史实考订的部分，分别制作了较为详细的纪事编年和情况编表。在评论整理的部分，按参与立法人员（5 人）、国内学者（7 人）、外国学者（4 人）三个部分合共 16 人，对他们围绕该法所作的评论进行较为细致的整理，并对后人著述中有关该法制定情况的表述（共 5 件）进行必要的勘误。

第十二章 “我国‘（民事）法律行为’概念研究（1982～1997）述评”。本章是对 1982～1997 年间我国学者对“（民事）法律行为”概念的研究述评。重点是针对 1986 年制定的《民法通则》第 54 条规定对“民事法律行为”所下立法定义，对此前、后的相关学说进行条分缕析。在指出立法定义本身存在不科学性的同时，对其合理化的路径作出初步的探讨，并建言放弃“民事行为”概念。

三

本书是笔者的第二本论文集，汇聚了笔者 20 年来学习、思考民法的部分结晶。此番編集出版，既是受到我国正式重启编纂民法典的触动，

^① 本文所称《中华民国民法》，是 1929～1930 年间南京国民政府制定的一部法律，是民国时期“六法全书”之一；1949 年 2 月中共中央发布《关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示》，予以废止。

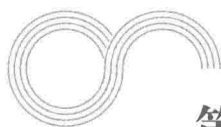
也是自己学术规划的一个组成部分。名之曰“民法史的观察”，乃为提倡一种长时段地观察民法的方法和做法，力图以一种历史主义的视角，将历史与当下、源流与分野、通观与具象冶于一炉，既关切于自古罗马法以降尤其是近、现代各国民法典编纂之历程，又映照和启迪于当下我国之民法典编纂活动。书中各章的主题，均为世界民法发展史上的重大课题，亦为我国民法典编纂中不可避免突出问题。尽管笔者尽了最大的努力，无奈桀短流深，言不及义甚至错讹之处，想必所在多有，敬祈方家贤达批评指正。

目 录

前 言	(1)
第一章 古罗马法源小考	(1)
一、法 (<i>ius</i>) 与法律 (<i>lex</i>) 的区分	(4)
二、三分法与二分法	(9)
三、市民法的类型	(16)
四、习惯法	(21)
五、罗马法继受中的法源	(24)
第二章 罗马法上的“人”	(29)
一、“人”的法律属性	(32)
二、“人”的基本类型	(39)
三、人格变动	(45)
四、结语	(48)
第三章 近代民法上的个人 (法国篇)	(51)
一、绪言	(53)
二、启蒙中勃兴的现代自然法论	(53)
三、1789 年《人权和公民权利宣言》中的自然权利观	(60)
四、1804 年《法国民法典》上的个人理性人格	(66)
五、结语	(74)
第四章 近代民法上的个人 (德国篇)	(79)
一、“批判”自然法论中的个人	(81)
二、法实证主义的兴起	(89)
三、德国思想界的反应	(93)
四、1896 年《德国民法典》上的个人实证人格	(109)

五、结语	(121)
附录 作为民法调整对象的“人身关系”的学说整理	(124)
第五章 “家”法源流略考	(135)
一、家的社会历史起源	(137)
二、罗马法上的“家”	(143)
三、我国古代法上的“家”	(148)
四、“家”法的近代改造	(155)
五、“家”法的现代趋势	(162)
第六章 民事责任沿革略考	(171)
一、引言：传统民法建构之基本理路	(173)
二、早期民法中债与责任的融合	(175)
三、责任取得相对独立地位的萌芽	(178)
四、责任在“权利—义务”范式中的地位和意涵	(181)
五、民事责任与刑事责任的区分	(182)
六、结语：什么是民事责任	(188)
第七章 损害赔偿立法模式考	(193)
一、罗马法上的损害赔偿法	(195)
二、损害赔偿的诸种立法模式	(202)
三、损害赔偿立法模式的抉择	(228)
附录 损害赔偿统一立法的学说整理	(235)
第八章 我国侵权损害赔偿法律发展研究报告	(247)
一、侵权损害赔偿体系化建构尚未完成	(249)
二、一般与特殊侵权损害赔偿不相协调	(251)
三、侵权损害赔偿的一般酌定制未建立	(253)
四、维持损害赔偿责任限额制度不合理	(256)
五、人身侵害两种赔偿金的性质不明确	(259)
六、涉犯罪的侵权责任不赔偿精神损害	(263)
七、财产侵害损害赔偿计算标准不明确	(265)
八、惩罚性赔偿的适用范围和条件较窄	(269)
九、社会救济体系的整体建设有待完善	(273)

第九章 物权法与私权地位的提升	(277)
一、物权法对宪法的发展	(279)
二、私权地位的两次提升	(286)
三、平等保护原则的实践	(293)
四、结语	(303)
第十章 《大清民律草案》起草史订	(307)
一、上谕	(311)
二、奏折	(314)
三、编年小史	(344)
四、时人忆述	(364)
五、后人概述	(366)
第十一章 《中华民国民法》制定史订	(375)
一、纪事编年	(377)
二、情况编表	(390)
三、时人评论之一：参与人员	(394)
四、时人评论之二：国内学者	(408)
五、时人评论之三：外国学者	(420)
六、后人著述勘误	(426)
第十二章 我国“（民事）法律行为”概念研究 （1982~1997）述评	(433)
一、绪言	(435)
二、观点介绍	(437)
三、观点评点	(446)
四、结语	(460)
后 记	(462)



第一章 古罗马法源小考*

一、法（*ius*）与法律（*lex*）的区分

二、三分法与二分法

三、市民法的类型

（一）特论1：裁判官的告示

（二）特论2：法学家的解答

四、习惯法

五、罗马法继受中的法源