

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

◎ 崔建远 著

民法总则：具体与抽象

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

● 崔建远 著

民法总则：具体与抽象

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则：具体与抽象/崔建远著. —北京：中国人民大学出版社，2017. 11
(中国当代法学家文库·崔建远民法研究系列)
“十三五”国家重点出版物出版规划项目
ISBN 978-7-300-25069-4

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法-总则-研究-中国 IV. ①D923. 14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 254836 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目
中国当代法学家文库·崔建远民法研究系列
民法总则：具体与抽象
崔建远 著
Minfa Zongze: Juti yu Chouxiang

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com(人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2017 年 11 月第 1 版
印 张	30.5 插页 3	印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
字 数	455 000	定 价	98.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

自序

法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏 法律图书馆藏

《民法总则：具体与抽象》，原为中国人民大学出版社约稿《民法总则：具体与抽象》《物权：生长与成型》和《债权：借鉴与发展》三卷本民法文选中的一卷。缔约后，我马不停蹄地编辑整理《物权：生长与成型》，定稿后由中国人民大学出版社于2004年出版。其后的7年里，由客观情势决定，我先是整理出版了《合同法总论》（上卷），接着编写《物权法》教材，继而在此基础上补充和升华而成《物权：规范与学说》，其间还三次修订了《合同法》教材，迟至2012年才将《债权：借鉴与发展》交给中国人民大学出版社付梓。这样，三卷本的民法文选独缺《民法总则：具体与抽象》还未见“公婆”。个中原因，主要是近十年来我的精力基本上放在了对物权法和债法的思考和积累之中，对于民法总则仅仅满足于教学的需要，而未再作深入探讨，故这方面的心得体会不多。

欣逢编纂中国民法典，制定民法总则的大势，客观上“逼得”我撰写民法总则的立法论，编纂完成大家眼前的这本《民法总则：具体与抽象》。

《民法总则：具体与抽象》收录的论文有些发表于上个世纪80年代，带有时代的烙印，反映了那段时期社会、经济、体制特别是理念的状态。尽管其中一些早已“不合时宜”，还显现出我的稚嫩，但它们恰好在一定程度上显现着社会、历史的真相，映衬着我国民法及其理论的发展。有鉴于此，我不揣简陋，将其原原本本地“暴露”在大家的眼前，供批评指正。





重见那些文章，脑海里立即浮现出那个时期的生活、工作情景，不禁感慨万千，五味俱全。《民法，给程序以应有的地位》一文不是坐在书斋里推理出来的，而是源自我亲历的三五件真人真事的切身感悟，它们的的确确印证了“法律不是逻辑，而是经验”这句名言！同时我也体会到了程序对一些人的恩宠，对另些人的残酷；牢牢地记住了没有公正的程序，实体再厚实也是枉然。生前一直任教于中国人民大学法学院的民事诉讼法学大家江伟老师不止一次地对人说：“崔建远是搞民法的，但他对程序还那么重视，不错！”朋友向我转告的江老师的这句评价，一直鼓励着我，鞭策着我，使我不但自己时刻不敢忘记诉讼法的重要性，也一再要求我指导的学生务必重视民事诉讼法的学习。《论我国民法的公平原则》《论民事法律关系的本质特征》两篇论文，或许至今已觉不新鲜，但在当时确实是颇有新意的。值得特意提出的是《论民事法律关系的本质特征》一文，它是于晔（曹焕忠）与我坐在一起，历时一个月，二人边讨论，曹焕忠校友边撰写，二人反复润色，才定稿的，更不要说此前我们二人对此积累所耗精力和所费时光了。文章以民法的调整对象为商品经济关系这种学说为基点而展开论述，逻辑严谨，自成一说。

民法的调整对象为商品经济关系，这是已故著名民法学家佟柔老师首先提出并进行论证的。佟老先生对此钟爱的程度会自觉不自觉地流露出来。记得在着手撰写法学硕士学位论文《论经济合同的解除》时，我从长春到北京搜集资料，请教名师，经周卫平校友介绍拜见梁慧星老师，经龙翼飞校友引荐拜会佟柔老师。就合同解除问题，梁慧星老师一一地回答了我所提的全部问题，阐释了其民法见解，展现出他对民法的宏观把握和细节体会。这直接有益于我完成毕业论文。佟柔老师则不同，他老人家口若悬河，环环相扣，向我阐释民法的调整对象，耗时一个下午，从中彰显出他老人家拥有的经济学和法学的深厚功底，以及他对民法与经济法、行政法之间关系的思考和见解。这使我深刻认识到民法和经济法乃至法律与经济间的关系，获益匪浅。

诚然，在今天看来，商品经济关系为民法的调整对象，可再斟酌，但历史的观点万不可被遗忘，佟老先生主张并论证、阐释其观点时，正值民法与经济法大



论战、民法似乎丧失生存之地的年代，商品经济关系说最能符合逻辑地、也能一目了然地证成民法这个上层建筑天然地具有存在的经济基础、正当性，它是独立于经济法等部门法的不可或缺的法律及学科。可以毫不夸张地说，没有佟柔老师的这番大论，就难有民法的今天。吃水不忘打井人。在民法及其理论日益繁荣的形势下，过上“小康”生活的民法人士务必铭记佟柔老师以及史越老师等一大批民法前辈们！

佟柔老师不但在中国民法的生存和发展的宏伟事业中贡献杰出，值得大书特书，我在这篇序言里对佟柔老师谈了这么多，还有一个个人原因：上个世纪80年代，经王利明教授推荐，我有幸成为佟柔教授主编的《中国民法》这部全国统编教材的编写人之一，不但在做人、学问及编写教科书方面从佟老先生身上学到许多，而且使我在民法学界的位置得到提升，客观上推动了我的进步。但就是这么一位我恩深似海的长者，我都因他事无法到会纪念他，内心愧疚不已，借此园地发自内心地感念他老人家，祝愿他老人家在天国安好！

将早些年的习作收录，还有一个情结：当年生活拮据，每逢年节，犯愁不已，因为无力为亲戚购置年节礼物。时任吉林大学法学院经济法系主任的好心的李忠芳老师，赠与我肉票，介绍我到校外讲课，每次可得几元、十几元钱，贴补家用。但当时“鬼迷心窍”，大多谢绝，只去过不多的几次，一心一意地写文章。其实，现在看来，那些文章缺点不少，便有时想来：“与其如此，莫不如去讲课，赚些钱来养家糊口。”不过，有好友另有高见：“没有那些年的习作经历，也就难有今天论文的态样。”如此，那些文章有其不可磨灭的功劳。此言非虚，但毕竟亏欠了家人，还得诚心地表达歉意！

情到深处，不禁说了这么多，到此止笔吧。

崔建远

2017年9月5日



目 录

编纂民法典必须摆正几对关系	1
一、民法典与哲学之间的关系	2
二、民法与商法之间的关系	6
三、原则与规则之间的关系	11
四、主张与举证之间的关系	14
五、规则内容与立法技术之间的关系	21
六、余论	23
知识产权法之于民法典	24
一、知识产权法不宜作为民法典的一编	24
二、知识产权法之于民法总则	26
三、知识产权法之于民法典分则	34
行政合同族的边界及其确定根据	40
一、问题的提出	41
二、不可忽视行政机关的多重角色性	41
三、借鉴“近因理论”来界定行政合同与民商合同	44
四、必须根据合同的主要方面、主要矛盾确定其归属法域	48



五、利弊分析对确定某些合同归属法域的影响	51
关于制定民法总则的建议	57
一、引言	58
二、进入《民法总则》的民法规范的资格	61
三、关于民法基本原则的配置	63
四、关于民事主体的确立思路	66
五、关于法律行为的完善	70
六、关于代理规则及其理论的改进	85
七、关于时间效力制度的设想	85
民法制度移植的背景因素和内部和谐问题	100
一、引言	100
二、避免不当得利的泛化	103
三、债权让与的正本清源	104
民法，给程序以应有的地位	110
实体法与程序法相辅相成	
——法释〔2016〕5号之解读、评论与升华	112
一、不得推诿：逻辑转换的例证	113
二、法释〔2016〕5号第2条所谓证据究为何指？	116
三、预告登记制度的本分与张力	119
四、程序法和实体法共同调整	121
五、实体与程序互为表里	122
六、实体法·程序制度·民法之美	127
七、主观状态、形成权本性与利益衡量的综合作用	129





论民法原则与民法规则之间的关系	131
一、民法原则与民法规则的区别	131
二、民法原则于全无民法规则场合的适用	133
三、放弃民法规则而改用民法原则裁判系争案件	135
四、民法原则的运用是对不完全法条的补充	136
五、依据民法原则限缩或扩张民法规则的适用范围	138
基本原则及制度本质乃解释的基点	142
一、颠倒了实体为里、程序为表的根本原则	143
二、法律关系—法律适用—民商法的逻辑—法律之美	143
三、理解《合同法》第 402 条所谓直接约束委托人和第三人的 思考路径	144
四、如何界定法律关于解除权产生条件的规定?	145
五、如何确定对方未于 3 个月内对解除通知提出异议的法律效果?	148
论我国民法的公平原则	150
论民事法律关系的本质特征	156
民法总则如何反映民事权利?	169
一、不宜沿用《民法通则》设置民事权利规范的模式	169
二、民事权利规范的设置模式受制于《民法总则》体系	171
三、民事权利规范的设置模式受制于《民法典》的体系	182
四、民事权利规范的设置模式受制于《民法典》的理念、指导思想	183
五、《民法总则》可设置期待权、抗辩权等民事权利的一般规则	186
六、民事权利规范的局限性及其处理原则	188





意思表示的解释规则论

——对《中华人民共和国民法总则》（草案）设计的意思表示解释规则的肯定与完善建议	192
一、意思表示解释规则（草案）及其评论	193
二、意思表示的元素性与关联性	197
三、意思表示解释规则（草案）宜再细化	199
四、应予增设的意思表示解释的规则	202
五、解释意思表示须整体把握的实例分析	210

论法律行为或其条款附条件	214
一、法律行为或其条款附条件	215
二、附条件与法定条件之间的关联	220
三、随意条件及其法律效果	225
四、单独行为并非一律不得附条件	227
五、附条件与履行抗辩权	230
六、余论	241

法律行为条款附条件绝非法律行为附期限	245
一、一般理论	246
二、系争《股权转让协议》第1条第3款第2项、第3项的约定属于法律行为条款附条件	251
三、系争《股权转让协议》第1条第3款第2项、第3项的约定根本不属于法律行为条款附期限	256
四、系争《股权转让协议》第1条第3款第2项、第3项的约定应有效	258

处分行为理论真的那么美妙吗？

——《中华人民共和国民法总则》不宜采取负担行为与处分行为相区分的设计	261
一、引言	262



二、从概念看处分行为与负担行为相区分的架构的牵强	264
三、从功能的角度看处分行为的作用被夸大	267
四、负担行为不要求处分权会导致负面结果	269
五、从处分行为与负担行为的区分标准看其主观偏好	270
六、必须重视负担行为与处分行为相区分的架构设计的破坏力	271
七、从是非方面看负担行为与处分行为相区分的弊端	272
八、不合法理，实务中有害	273
九、余论	276
 民法总则应当如何设计代理制度？	 279
一、如何对待间接代理？	280
二、代理人的行为能力影响什么？	280
三、自己代理与双方代理	283
四、《民法通则》第 43 条应予承继	286
五、不宜新创表见代表的概念	287
 民法总则如何对待间接代理？	 292
一、引言	293
二、间接代理的概念分析	293
三、《合同法》关于直接代理与间接代理设计的演变及其分析	300
四、民法总则宜如何设计代理制度？	305
 民法总则应如何设计民事责任制度	 310
一、民事责任的质的规定性及其确定方法	311
二、《民法总则》（征求意见稿）所定民事责任的方式之反思	312
三、退货、减少价款为民事责任的方式吗？	317
四、民事责任制度应涵盖民事责任的全部类型	319



五、应剔除名为民事责任实为民事义务的类型	320
六、精神损害赔偿制度应该延伸到合同法	322
七、民事责任方式的合并运用必须符合条件	323
八、民事责任竞合制度之完善	325
九、不可抗力界定之完善	330
 我国民法的漏洞及其补充	 331
 合同无效与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之一	344
 无履行期限的债务与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之二	353
 保证债务与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之三	359
一、保证期间与诉讼时效的区别	359
二、一般保证债务与诉讼时效期间的起算、中断、中止	362
三、连带责任保证债务与诉讼时效期间的起算、中断、中止	369
四、关于保证债务的诉讼时效中断是否影响债务的诉讼时效的中断	370
 房屋买卖合同与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之四	371
 合同解除与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之五	376





继续性债权与诉讼时效

——合同法与诉讼时效之六	381
--------------------	-----

不动产出资义务与诉讼时效

——合同法与诉讼时效之七	386
一、问题的提出	386
二、不同的思路	387
三、分析与评论	388
四、应当注意的问题	390

姓名与商标：路径及方法论之检讨

——最高人民法院（2016）最高法行再 27 号行政判决书之评释	392
一、不宜不当扩张在先权利的涵盖范围	394
二、姓名重在将主体特定化	397
三、某特定姓名与某特定自然人之间的对应关系之辨析	399
四、认定某特定姓名与某特定自然人之间有无对应关系的依据是什么？	404
五、人们公认的特定符号与姓名及侵害姓名权	409
六、迈克尔·杰弗里·乔丹损失了什么？	410
七、使用姓名在侵害姓名权构成中的必要性	411
八、如何对待国人称呼“老外”？	412

一则创设法律规则的判决

——最高人民法院（2015）民提字第 126 号民事判决之评释	414
一、对民商法的整体把握十分到位	414
二、纯熟而充分地运用法学方法论	417
三、准确寻觅请求权基础	421





四、提单所表征的权利及其抗辩事由因提单类型及 所处法律关系的不同而不同	422
五、有待澄清的疑问	427
六、简要结语	428
 民法总则的制度创新及其历史意义	430
一、弘扬核心价值观	431
二、时代气息浓厚，立于 21 世纪民法之林	437
三、关注并解决中国问题	443
四、民事主体类型空前丰富，固有的民事主体理论被突破	447
五、人文关怀彰显，体现国家性质，政府机关勇于担当	450
 《民法总则》的新发展	452
一、偏离潘德克顿体系	453
二、意思表示制度趋于完善	454
三、大力度地整合法律行为无效原因的体系	455
四、改造了意思表示瑕疵制度	456
五、增设了自己代理、双方代理	458
六、时间效力制度的发展	460
 民法研究的随想	466



编纂民法典必须摆正几对关系^{*}

内容摘要

编纂中国民法典必须摆正民法典与哲学、民法与商法、原则与规则、主张与举证、总则与分则、规则内容与立法技术等几对关系。中国民法典的哲学基础需要视权利所立基础、主体对于客体、交易领域、非交易领域而定，不宜笼而统之地模糊对待。在奉行民商合一模式的前提下注意民法与商法的差异，适当地分设法律规范，妥当地处理民法原则与民法规则之间的复杂多变的关系，尽可能地在民法条文中含有举证责任的分配，采取民法总则与分则区分又相互照应的立法模式，增设债法总则，提高立法技术，条文表述做到准确、周延，在此基础上生动明朗、浅显易懂。

关键词

民法典；哲学；程序；原则；规则；举证

中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出“加强市场法律制度建设，编纂

^{*} 本文最初发表于《清华法学》2014年第6期。该文第四部分“主张与举证之间的关系”增补了相当多的内容。



民法典”。这是民法学人期盼已久的喜讯，值得庆贺，并应马上展开工作。编纂民法典需要解决的问题很多，均需法律人乃至哲学等相关学科的专家们齐心协力，献计献策，方能完成这浩大的工程。千头万绪，摆正几对关系可能是最为关键的、应予明确的，并付诸实施的。笔者就此发表意见，谨供参考并批评。

一、民法典与哲学之间的关系

凡是较为成功的立法必有坚实的哲学基础和指导思想。例如，影响广泛的《法国民法典》是以自然法构想为基础的，即存在着独立于宗教信条的个人自治的自然原则，由此派生而出的法律规范制度，如果这些规范被有目的地以一种条理清楚的形式加以制定，那么一个伦理与明智的社会秩序的基础即由此而得到奠定。^①《德国民法典》以康德哲学为基础，固守自由主义的、启蒙哲学的社会模式，固守孤立的、褪掉个人历史特性和条件的个人主义的人类图样，而不是促进或至少允许共同劳动的、实质合同伦理的、社会自治的新的法律激情，以及通过公法来填补和疏导私法以承认所有权与合同的政治功能。^②

这些哲学思想具有历史性的贡献，但也先天地存在弱点，需要适应社会生活的发展而适时修正。民法中的自由主义不仅无法满足社会的要求，而且无法配合企业主社会本身的内在发展。其主导形象是个人经营者，而非人合性团体，更谈不上资合性团体了。因此，民法和公司法的配合就不无困难。^③不提及因合同自由（特别是透过卡特尔或其他市场协议）导致的、可能危及社会自由的问题^④，

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校，164～165页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

② [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，41～42页，北京，法律出版社，2003。罗尔夫·克尼佩尔的这段评注吸收了维亚克尔、科英、莱塞尔、施密特诸学者的意见。

③ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，463页，上海，上海三联书店，2006。

④ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，462页，上海，上海三联书店，2006。



利益权衡有些颠倒。《德国民法典》作为现实世界中的法典早就不再受到意志理论的专门控制，更不要说在实践中了；在今天，意志原则的衰落依旧较为清晰地决定着法律实践。^⑤

中国作为中国共产党领导的社会主义市场经济国家，制定民法典的哲学基础当然不会沿袭《法国民法典》《德国民法典》所依赖的哲学，而是马克思主义哲学。由于马克思主义哲学的博大精深，作为中国民法典的哲学基础的，不应是单一的某种哲学思想，而应是若干并行的主义。由于社会在不断发展，马克思主义也随之发展和丰富，这也决定了作为中国民法典的哲学基础不应是某个单一的主张。

在民事权利方面，潘德克顿学说中的“权利”来源于康德的自由，此处的自由是意志天赋的，因此是先验的、无须证明的。这种哲学思想不可能被照搬到中国民法典之中。权利固然离不开自由，但没有法律的赋予，仅有民事主体的一厢情愿，在国家体制下是难以成立的。

绝对的意思主义也不得作为中国民法典的哲学基础。按照马克思主义原理，法律行为是民事主体的意思与上升为法律的国家意志的统一体。一方面，国家及法律尽可能地尊重民事主体的意思，只要民事主体的意思不与强行性规范、社会公共利益和社会公德相抵触，就承认其法律效力，按民事主体的意思赋予法律效力；另一方面，民事主体的意思应在法律允许的范围内表示，唯有如此，该意思才获得法律赋予的拘束力。民事主体的意思若违反了强行性规范或社会公共利益、社会公德，达到了法律不可容忍的程度，就会被坚决否定，归于无效。所以，从根源上讲，民事主体意思的法律效力源自法律，是法律赋予该意思以法律效力的，由国家的强制力保障。^⑥ 其实，这一点连某些西方法学家也是承认的。正所谓意思表示因法律而导致后果，没有法定的效力基础，法律行为尽管具有目的，也仍不能够引起后果。^⑦ 当行为表达了一个由法律制度所授予的意志力量或

^⑤ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，188页，北京，法律出版社，2003。

^⑥ 崔建远：《合同法总论》，2版，262页，北京，中国人民大学出版社，2011。

^⑦ 梅迪库斯：《德国民法总则》，海德堡，1994。转引自[德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，188页，北京，法律出版社，2003。