



中国法学学术丛书

民法典总则之 理论与立法研究

The Theoretical and Legislative Study
of the General Principles of the Civil Code

尹田 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受国家社会科学基金项目资助
(项目批准号: 04BFX024)



中国法学学术丛书

民法典总则之 理论与立法研究

The Theoretical and Legislative Study
of the General Principles of the Civil Code



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法典总则之理论与立法研究 / 尹田著. —北京:
法律出版社, 2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0993 - 3

I. ①民… II. ①尹… III. ①民法—总则—法的理论
—研究—中国②民法—总则—立法—研究—中国 IV.
①D923. 14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 141494 号

民法典总则之理论与立法研究

尹田著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 28.5 字数 701千

版本 2010年10月第1版

印次 2010年10月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0993 - 3

定价:65.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

序 言

迄今为止,中国似乎什么法典都有了,但唯独没有民法典。这件事,对于国家和社会很糟糕,但对于以研究民法为职业的学者们来讲,却肯定是一种难得的幸运。

人的生命是有存续期间的,而且不因当事人的幻想或者抱怨而发生中止、中断或者延长。因此,人们多半都希望能在有生之年为自己同时也为社会做点事情。但做事情是要有条件的,其中最重要的条件就是有事情让你去做。不同的时代,做事情的机会有所不同而且很不相同,于是就导致了人与人之间的巨大区别。曾经使我感到巨大困惑的是:据称,在红军时代,我军中 18 岁的师长有好几个。面对我周围那些早已年满 18 周岁的未成年人,我很难相信那是真的。但那肯定是真的,因为那是在红军时代,需要小孩子去做大人的事。因此,生活在和平时代的将军是最不幸的人。而更不幸的,则是那些怀揣将军梦的士兵;即便他们具有与拿

破仑一样的军事天赋,由于缺乏硝烟弥漫的战场,他们也只能天天列队操练,用粗犷的声音唱《打靶归来》。对于民法学者来说,民法典的起草正是一场真正的战争,为权利的昌明而战,为社会进步的理想而战。所以,中国民法学界的人们,无论是将军还是怀揣将军梦的士兵,都有理由为生活在中国民法典的创制时代而感到幸运。

1949年以后,中国民法典的起草曾经三起三落。1998年年初,第四次民法典起草拉开帷幕,但那帷幕刚热热闹闹地拉开一小半截,却又晃悠悠地似乎要停下来。物权法的制定成为当务之急。而在一种有些模糊的状态中,无论官方的还是民间的民法典草案,都有点像刚嫁进门就失宠的新娘,被悄悄送进冷宫闲置起来。十多年过去了,《合同法》、《物权法》以及《侵权责任法》陆续颁布。按照一种并不太确定的预想,余下的主要工作,似乎便只是民法典总则的起草,然后,再把这些完成的各部分制度拼合起来,民法典的制定便大功告成。而在一些人看来,1986年《民法通则》已经包含了民法典总则的全部内容,只需做些修修补补,拿来即可使用。但明白人知道,以法典形式建构的民法规范系统,其体系的完整契合与逻辑贯穿,完全不能等同于用混凝土去粘合一块一块的预制板,而将一座现代大楼建立在二十多年前浇注的房屋基础之上的想法,则不免使人有些惶惶不安。

因此,民法典总则理论和立法的深入研究应当重新提上议事日程。而较之物权、债权以及其他具体制度,民法典总则更像是一种思想、一种观念和一个纲领。总则的规范不仅是各种具体制度的渊源,而且是链接具体规则的粘合剂和协调其相互之间所存在的矛盾和冲突的平衡器。尽管众多学者多年来的研究已经使民法总则的理论似乎趋向于成熟,但面对中国的社会实际,在说完了“古罗马人、德国人以及其他外国人是怎么办的”之后,再认真地说说“我们该怎么办”,仍然有其必要。

物权立法过程中曾经发生的一件小事让我一直耿耿于怀：在一次高层立法会议上，有一个学者在发言时情绪激动地指出，空间权极为重要。但《物权法》草案对于空间权的规定仅仅只有一个条文，太原则，太粗糙，根本不能适应实际需要，云云。待其话音刚落，主持会议的立法官员一字一句地说道：我也知道空间权重要，我也想把空间权规定得具体详尽，但谁能告诉我怎么去规定空间权？你们在座的学者谁能拿出几个条文来让我们讨论讨论？听了这有些生硬的、咄咄逼人的话，我感到有一股热气隐然冲到我的脸上。但我只能故作镇定，一声不吭。我偷偷望了望四周，看到在场的其他几个学者也像我一样，沉默不语，而且把视线投向远方，装出此事与己无关的样子。不知为什么，我忽然感到极度惭愧，为我自己，也为所有的民法学者。

我想，伟大的法典可能产生于伟大的时代（如《法国民法典》），也可能产生于不伟大的时代（如《德国民法典》）。如果没有成熟思想和科学的理论，无论在什么样的时代，无论人们装扮出何等的自信或者狂妄，都有可能热热闹闹地生产出一部渺小的或者蹩脚的民法典。所以，尽管对于立法模式的选择和具体规则的确定，学者永远不可能拥有控制权和决策权，但提出具有理论支撑的立法方案，却是学者不可推卸的责任。而如果总是把视线投向虚幻的远方，装出此事与己无关的样子，以种种理由为借口不做好力所能及的分内的事情，则不仅有愧于民众的信赖，而且辜负和浪费了学者的人生。

提出一个有见地的观点，便是发动了一次冲锋。拿出一个有创新的立法方案，便是进行了一场战役。无论是作为冲锋的士兵还是作为指挥战役的将军，都会因此而拥有一份无比辉煌的光荣。

是为序。

尹田

2010年5月16日夜于台湾阿里山

目 录

第一编 民法典总则的意义

第一章 民法典总则的地位与功能 / 3

第一节 中国民法的法典化 / 3

一、民法法典化与反法典化的背景与现状 / 3

二、中国民法法典化之原因 / 7

第二节 民法典总则与民法典立法体系 模式 / 16

一、问题的提出 / 16

二、《德国民法典》设置总则的奥秘 / 17

三、民法典总则与“物文主义” / 23

四、中国民法典是否需要总则? / 27

第二章 民法典总则的内容结构 / 33

第一节 《德国民法典》的模式及我国 有关草案的选择 / 33

一、《德国民法典》总则的内容结构 / 33	
二、我国民法典草案及建议稿总则的内容结构 / 35	
第二节 权利客体在民法典中的正确位置 / 37	
一、“权利客体”辨析 / 37	
二、权利客体在民法典中的安排 / 41	
第三节 权利之一般规定的取舍 / 43	
一、概说 / 43	
二、对我国民法典草案及建议稿的评价 / 44	
第四节 民事责任之一般规定的技术障碍 / 46	
一、民事责任的特性 / 46	
二、民事责任的独立成章与侵权责任的独立成编 / 48	
第五节 时效制度的妥当安排 / 51	
一、立法例及其评价 / 51	
二、取得时效规定于物权编的必要性 / 55	
 第三章 民法调整对象的理论检讨与立法表达 / 63	
第一节 民法调整对象的理论价值和实际意义 / 63	
一、概说 / 63	
二、“平等主体关系说”评价 / 65	
三、民法调整对象之立法表达的意义 / 68	
第二节 民法调整对象的具体范围 / 72	
一、概说 / 72	
二、“人身关系”流变考 / 74	
三、“人格关系”的性质 / 79	
四、“身份关系”辨析 / 81	
五、“平等主体”及其范围 / 84	
第三节 “国家”在民法上的地位 / 86	
一、问题的由来 / 86	
二、既有理论及其矛盾 / 88	

三、国家所有权的物权法地位 / 91	
四、结论 / 96	
第四节 “集体”在民法上的地位 / 96	
一、农村“集体”的民法地位 / 96	
二、城镇“集体”的民法地位 / 100	
第五节 非法人团体在民法上的地位 / 102	
一、概说 / 102	
二、大陆法系各主要国家及相关地区的相关理论和立法 / 105	
三、结论 / 109	
第六节 民法调整对象的立法表达 / 113	
一、各国立法例 / 113	
二、我国民法典草案及建议稿的设计 / 115	
三、评价及立法建议 / 117	
 第四章 民法基本原则及其立法表达 / 120	
第一节 民法基本原则的意义及其立法表达形式 / 120	
一、民法基本原则的意义 / 120	
二、民法基本理念的历史发展 / 122	
三、民法基本原则的立法表达形式 / 128	
四、立法选择 / 131	
第二节 平等原则的理解和适用 / 134	
一、平等原则的含义 / 134	
二、平等原则在财产法中的适用 / 136	
第三节 意思自治原则的地位 / 150	
一、概说 / 150	
二、意思自治原则在近代民法上的地位 / 152	
三、意思自治原则在现代民法上的地位 / 156	
四、意思自治原则在中国民法上的价值及其立法表达 / 160	
第四节 诚实信用原则的意义 / 162	

一、历史沿革 / 162

二、诚实信用原则的本质和作用 / 165

第五节 公序良俗原则的法律适用 / 167

一、各国家或地区立法例及理论分歧 / 167

二、公共秩序的渊源及其法律适用 / 172

三、善良风俗的渊源及其法律适用 / 175

第二编 自然人的民法地位

第五章 自然人的人格与权利能力 / 183

第一节 自然人的权利能力的本质 / 183

一、从“人格”到“权利能力”的历史演进 / 183

二、关于权利能力本质的结论 / 194

第二节 自然人权利能力的取得 / 198

一、自然人出生的法律意义 / 198

二、胎儿利益的保护 / 200

第三节 自然人权利能力的消灭 / 208

一、自然人死亡的法律效果 / 208

二、死亡的判断标准及死亡证明 / 210

三、同时遇难之死亡时间推定 / 211

第六章 自然人的行为能力 / 215

第一节 自然人行为能力的性质与特征 / 215

一、自然人行为能力的性质 / 215

二、行为能力与其他法律资格的关系 / 218

第二节 自然人行为能力的限制 / 225

一、大陆法系国家和地区立法概况 / 225

二、我国《民法通则》有关自然人行为能力的规定之评价 / 235

第七章 宣告失踪与宣告死亡 / 245

第一节 立法模式及其选择 / 245

一、各国主要立法模式 / 245

二、各国立法模式之比较及选择 / 248

第二节 宣告失踪 / 253

一、宣告失踪的条件 / 253

二、宣告失踪的效果 / 255

三、失踪宣告的撤销 / 257

第三节 宣告死亡 / 258

一、宣告死亡的意义和效果 / 258

二、宣告死亡的条件 / 265

三、被宣告死亡的人重新出现的法律效果 / 276

第八章 人格权的本质及其民法保护 / 289

第一节 人格权民法保护概况 / 289

一、近现代民法中的人格权保护 / 289

二、中国的立法实践与立法争论 / 294

第二节 人格权的本质及其立法模式 / 296

一、人格的本质及其与人格权的关系 / 296

二、人格权的本质 / 299

三、人格权的私权化与人格权向宪法权利的回归 / 304

第三节 人格权概括保护的立法模式：“一般人格权”概念的废除 / 311

一、概说 / 311

二、“一般人格权”的由来及有关其性质的学说 / 312

三、以人格权保护的一般条款取代“一般人格权”的理由 / 314

四、人格权保护一般条款的价值 / 318

第四节 各种具体人格权的民法保护 / 319

一、生命权、身体权、健康权的民法保护 / 319

二、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权的民法保护 / 323

三、其他人格权的立法安排 / 331

第九章 自然人的住所 / 333

第一节 自然人住所的确定 / 333

一、住所的意义 / 333

二、住所的确定方法 / 334

第二节 自然人住所的分类 / 337

第三编 法人的民法地位

第十章 团体人格的本质 / 341

第一节 团体人格的法律基础 / 341

一、法人制度的产生 / 341

二、有关法人本质的各种学说及其评价 / 348

第二节 法人分类的立法选择 / 357

一、传统民法对法人的分类 / 357

二、我国《民法通则》对法人的分类及其评价 / 366

三、立法模式选择 / 371

第十一章 法人“人格权”之否定 / 375

第一节 团体人格的法律属性 / 375

一、概述 / 375

二、团体人格与自然人民格人的本质区别 / 378

第二节 法人“人格权”之有无 / 383

一、概述 / 383

二、法人无人格权的理由 / 385

第十二章 法人的权利能力与行为能力 / 391

第一节 法人的权利能力 / 391

- 一、法人的权利能力概念辨析 / 391
- 二、法人得享有的具体权利的范围 / 393

第二节 法人的行为能力和责任能力 / 406

- 一、法人的行为能力 / 406
- 二、法人的责任能力 / 408

第十三章 法人的设立与消灭 / 422

第一节 法人设立之立法模式 / 422

- 一、历史演变 / 422
- 二、现代各国家和地区立法模式 / 424

第二节 法人成立的条件与程序 / 429

- 一、法人成立的条件 / 429
- 二、法人的登记 / 431
- 三、法人的住所 / 432

第三节 法人的机关及其民法地位 / 433

- 一、法人机关及其构成 / 433
- 二、法人的法定代表人之民法地位 / 435

第四节 法人的消灭 / 440

- 一、法人的消灭的法定事由 / 440
- 二、清算 / 443

第四编 法律行为制度

第十四章 法律行为的意义 / 449

第一节 法律行为理论的价值 / 449

- 一、法律行为概念的来源与定义 / 449

二、法律行为理论的贡献 / 454

第二节 中国民法中的法律行为 / 459

一、法律行为性质的改造 / 459

二、对改造的评价 / 461

第十五章 法律行为的特征和分类 / 464

第一节 法律行为与“准法律行为” / 464

一、法律行为的特征 / 464

二、准法律行为 / 467

三、法律行为的基本分类 / 468

第二节 物权行为与债权行为、负担行为与处分行为分类之检讨 / 470

一、物权行为与债权行为 / 470

二、负担行为与处分行为 / 472

第三节 有因行为与无因行为分类之逻辑错位 / 478

一、德国民法上的“有因”与“无因” / 478

二、简要评论 / 481

第十六章 法律行为的要件 / 486

第一节 法律行为的成立要件 / 486

一、法律行为成立、有效与生效之辨析 / 486

二、成立要件的立法选择 / 488

第二节 法律行为的有效要件 / 494

一、概说 / 494

二、法律行为违法性的判断 / 496

第三节 法律行为的生效要件 / 508

一、法律行为的法定生效要件 / 508

二、法律行为所附“条件”或者“期限”性质之辨析 / 509

三、附条件法律行为的法律规制 / 512

四、遗嘱行为之附条件或附期限 / 516	
第四节 法律行为的解释 / 522	
一、法律行为解释的目的 / 522	
二、法律行为解释原则的立法模式 / 524	
三、我国民法上的法律行为解释 / 530	
 第十七章 意思表示不真实的法律判断 / 532	
第一节 意思表示不真实的类型化 / 532	
一、意思表示的传统理论及其评价 / 532	
二、意思表示不真实的类型化处理 / 536	
第二节 虚假表示的法律效果 / 538	
一、虚假表示的概念 / 538	
二、虚假表示的效果 / 538	
第三节 重大误解的法律适用 / 542	
一、误解的特征 / 542	
二、误解方主观心理状态的效果 / 549	
第四节 欺诈的法律判断 / 553	
一、欺诈的法律效果 / 553	
二、欺诈行为及欺诈故意的表现方式 / 555	
第五节 胁迫的构成要件 / 558	
一、胁迫的特征 / 558	
二、胁迫的构成要件及其分析 / 559	
第六节 乘人之危与显失公平的性质及其立法安排 / 565	
一、概述 / 565	
二、法国民法有关“乘人之危”与“合同损害”的立法安排 / 566	
三、德国民法及其他国家或地区民法上的“暴利行为” / 572	
四、我国的立法模式之评价 / 573	

第十八章 法律行为的无效及其效果 / 577

第一节 概述 / 577

第二节 法律行为的绝对无效与相对无效 / 578

一、分类的意义 / 578

二、绝对无效与相对无效的具体范围 / 587

三、法律行为无效的溯及力及其对抗力 / 590

第三节 主张法律行为无效的权利之归属及其行使 / 593

一、权利人范围 / 593

二、权利的行使方式 / 595

三、权利的消灭原因 / 597

第四节 法律行为无效的效果 / 611

一、概说 / 611

二、法律行为无效后的财产返还 / 612

第五编 代理制度

第十九章 代理的性质 / 625

第一节 代理制度独立存在的价值 / 625

一、授权行为的独立性 / 625

二、授权行为的无因性 / 629

三、代理关系的抽象性与独立性 / 630

四、我国的立法选择 / 633

第二节 显名主义及其发展 / 637

一、代理的立法安排 / 637

二、我国《合同法》对显名主义的突破 / 639

三、《合同法》第403条与有关行纪合同的规定冲突与化解 / 645

第三节 代理的适用范围 / 649

一、代理人的独立地位 / 649

二、代理适用范围的确定 / 652