

现代法学前沿问题研究丛书

民法总论问题新探

汪渊智 著

中国社会科学出版社
人民法院出版社



现代法学前沿问题研究丛书

民法总论问题新探

汪渊智 著

中国社会科学出版社
人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法总论问题新探/汪渊智著. —北京:人民法院出版社,
2005. 2

ISBN 7 - 80217 - 034 - 6

I. 民… II. 汪… III. 民法—研究—中国
IV. D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 056455 号

民法总论问题新探

汪渊智 著

责任编辑 姜 屹

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) 85250573 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 [www. courtpress. com](http://www.courtpress.com)

E - mail [courtpress@sohu. com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 313 千字

印 张 13. 5

版 次 2005 年 2 月第 1 版 2005 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7 - 80217 - 034 - 6

定 价 28. 00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

前言

众所周知，人类社会生活可以分为两大领域：一是政治国家生活领域，二是市民社会生活领域。对前者予以规范的法律就是公法，比如宪法、刑法、行政法等；对后者予以规范的法律就是私法，私法的主要内容就是民法。与此相对，国家机关依据公法享有公权力，市民依据私法享有私权利，公法强调国家意志，私法强调个人意志，二者既对立又统一。真正实行法治的国家，公权力与私权利始终处于平衡状态。否则，公权力的极度膨胀，就是专制，就是中央集权制；私权利的极度泛滥，就是自由主义，就是无政府主义。我国要实行依法治国，关键是要严格界定公权力的行使范围，防止公权力过多地介入市民社会，从而切实保障市民社会中自然人、法人的财产权和人身权。对公权力的限制，一方面需要完善公法制度，明确划定国家机关的职责与权限，另一方面更需要完善私法制度，通过民法典明确划定市民社会的生活领域，防止公权力对市民社会的擅自干预，切实维护市民的私权利，从而实现真正的法治。可见，建立健全我国的民事法律制度，对于加快我国的法治进程具有重要的意义。

当前，我国正在积极起草民法典，对于民法典中的一些基本理论问题需要进行深入探讨，正是基于此，本书选取民法规范、民事基本权利、民事主体、事实行为和法律行为、民事权利的自力救济以及民事权利行使之限制等问题进行了浅显的探讨，以期对这些问题的解决提供一点思路。由于本人学识不深，功力尚浅，书中谬误之处定有不少，恳请学界同仁批评指正。

作 者

2005 年 2 月

目 录

第一章 民法规范论	(1)
第一节 民法规范的类型	(1)
一、行为规范与裁判规范	(2)
二、任意性规范与强制性规范	(5)
三、义务规范与授权规范	(8)
第二节 民法规范的基本单元	(10)
一、法条概述	(10)
二、法条的分类	(13)
三、不完全性法条	(15)
第三节 民法规范的适用逻辑与适用原则	(28)
一、民法规范的适用逻辑	(28)
二、民法规范的适用原则	(30)
第二章 民事基本权利解析	(34)
第一节 民事权利概述	(34)
第二节 请求权	(36)
一、请求权概述	(36)
二、请求权的特征	(40)
三、请求权行使的限制	(43)
四、请求权的竞合	(47)
五、请求权基础	(54)
第三节 支配权	(57)

一、支配权产生的法哲学基础	(57)
二、支配权的本质及地位	(61)
三、支配权的特征及分类	(65)
四、支配权行使的限制	(70)
第四节 形成权	(74)
一、形成权概念的提出及其理论依据	(74)
二、形成权在民事权利体系中的地位	(78)
三、形成权的特征与类型	(83)
四、形成权行使的限制	(87)
第五节 抗辩权	(92)
一、抗辩权的含义	(92)
二、抗辩与抗辩权的区别	(94)
三、抗辩权的特征	(95)
四、抗辩权的类型	(101)
五、抗辩权行使的限制	(103)
六、抗辩权的行使、效力及消灭	(105)
七、几种典型的抗辩权	(106)
第三章 民事权利的主体	(115)
第一节 民事主体制度的历史演进	(115)
一、古罗马时期的民事主体制度	(115)
二、中世纪的民事主体制度	(122)
三、近代的民事主体制度	(125)
四、当代民事主体制度的发展趋势	(130)
第二节 自然人	(137)
一、自然人的法律人格与权利能力	(137)
二、自然人的行为能力	(146)
三、自然人的责任能力	(148)
四、胎儿利益的民法保护	(150)
第三节 法人	(163)
一、法人的权利能力是否平等	(163)

二、法人的意思能力	(165)
三、法人的行为能力	(166)
四、法人的民事责任能力	(169)
五、法人的法定代表人	(171)
第四节 非法人团体	(173)
第四章 民事权利的变动	(177)
第一节 事实行为	(177)
一、事实行为的界定	(177)
二、事实行为与相关行为的区别	(180)
三、事实行为的特征	(182)
四、事实行为的类型	(186)
第二节 法律行为	(188)
一、法律行为理论的创立	(188)
二、法律行为制度的产生及功能	(194)
三、法律行为的分类	(199)
四、法律行为的成立与生效	(209)
五、意思表示	(226)
六、法律行为的效力	(245)
七、法律行为的解释	(255)
八、物权行为	(265)
第五章 民事权利的自力救济	(281)
第一节 自力救济制度的发展历程	(281)
第二节 自力救济的法哲学基础	(282)
一、自力救济是对人性的张扬与制约的统一	(282)
二、自力救济是正义与秩序的统一	(289)
三、自力救济是效率与安全价值的统一	(293)
四、自力救济是个人权利与国家权力的统一	(295)
第三节 自力救济的法律途径	(299)
一、一般自力救济	(299)

二、特殊自力救济	(321)
第六章 民事权利行使的限制	(330)
第一节 民事权利的行使	(330)
一、民事权利行使的意义	(330)
二、民事权利行使的限制	(331)
第二节 权利滥用的禁止	(332)
一、禁止权利滥用原则的历史发展	(332)
二、禁止权利滥用原则的含义、性质及其与 诚实信用原则的关系	(336)
三、权利滥用的认定及其常见类型	(341)
四、权利滥用的法律后果	(346)
第三节 诉讼时效的限制	(348)
一、诉讼时效制度概述	(349)
二、诉讼时效的适用范围	(355)
三、诉讼时效期间	(363)
四、诉讼时效的中断	(375)
五、诉讼时效的中止	(390)
六、诉讼时效完成的效力	(397)
七、对我国《民法典(草案)》第八章“时效” 的简评	(410)
主要参考书目	(415)
后 记	(420)

第一章 民法规范论

第一节 民法规范的类型

规范一词含有约定俗成或明文规定的某种规格、标准、准则的意思，指人们在一定情况下应该遵守的各种规则，大体可分为技术性规范和社会规范两大类。技术规范指规定人们支配和使用自然力、劳动工具、劳动对象的行为规则。社会规范是调整人们社会关系的行为规则，包括法律规范、道德规范、宗教规范以及习惯等。法律规范作为社会规范的范畴，是一种特殊的社会规范。它是国家制定和认可的，其适用和遵守要依靠国家强制力的保证。其他社会规范既不由国家来制定，也不依靠国家强制力来保证。

法律规范是组成法的基本单位，属于法的微观结构，可以称之为法的细胞。不同形式、不同内容、不同功能的法律规范，可以构成不同的法律制度，而各种法律规范的总和就组成法的有机整体。法律规范依其作用为划分标准，又可分为实体规范与程序规范。实体规范是用来具体地规定当事人的权利和义务，进而调整社会关系的法律规范，它的根本目的就是使当事人的责、权、义明确，从而形成可见的预期，进而降低交易成本。因而也可以称之为通过实体实现正义的规范。而程序规范，本身并不追求当事人实体权利义务的明确，而是使得当事人在追求实体权利、义务的时候按照一定的方式行事，它追求的是一种秩序，一种看得见的正义，即

正义不但要实现，而且要以看得见的方式实现。因而也可以称之为通过程序实现正义的规范。在实体规范中，因法律部门的划分，又可分为宪法规范、民法规范、刑法规范、行政法规规范、经济法规范等类型，本章讨论者即为民法规范。

民法规范之法源，主要是制定法和习惯法，至于习惯、判例、法理，在其演变为习惯法或被立法机关接受，而以制定法的方式予以承认之前，由其是否可以被直接适用的标准观之，它们的法源性尚待斟酌。在制定法中，法律规范首先由法律规定组成，而法律规定则由法条构成。法律规范依其不同的划分标准可分为不同的规范类型。

一、行为规范与裁判规范

民法规范以规范的对象是民事主体的民事行为还是裁判机关的裁判行为为划分标准，可区分为行为规范与裁判规范，这是一种最常见的划分方法。

（一）行为规范

所谓行为规范，“乃是作为人民行为之准则”，“法条或法律规定之意旨，若在要求受规范之人取向于它们而为行为，则它们便是行为规范”。^①可见，规范民事主体行为的规范，即所谓的行为规范。民事主体的行为，在民事法律事实制度中有以意思表示为要素的表示行为和不以意思表示为要素的事实行为之分。民法对于表示行为和事实行为的调整，分别采用了不同的方式。对于前者，系采取意思主义的调整方式，即在符合国家利益以及社会公共利益的前提下，尊重民事主体的自主决定并赋予其法律上的效力。对于后

^① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第111页。

者，则采取法定主义的调整方式，不考虑民事主体的自由意志，由法律直接确认特定事实行为的发生所引致的法律效果。这里应注意，行为规范并不限于那些命令作为或不作为的规定，有些规范虽然没有那些命令词句，但只要具有引导人们的行为的性质，同样也是一种行为规范。因为，法律规范对主体行为的约束，还可以通过赋予某种法律上的利益加以引导。

（二）裁判规范

所谓裁判规范，“惟作为人民行为之准则是作为法院裁判案件之准则”，“法条或法律规定之意旨，若在要求裁判法律上争端之人或机关，以它们为裁判之标准进行裁判，则它们便是裁判规范。”^①可见，裁判机构据以作出裁决的法律规范就是裁判规范。如《合同法》第一百二十五条规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。”

在裁判规范中，以对裁判机关的拘束力的强弱程度为标准，又可区分为严格规范与衡平规范。所谓严格规范，是指法律规范的构成要件和法律效果十分清晰和明确，一旦待决案件事实充实了该规范上的构成要件，其法律效果便自动地产生，裁判机关对之不享有构成要件的判断余地或法律效果的裁量余地。如《合同法》第一百四十二条规定：“标的物

^① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第111页。

毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”所谓衡平规范，则是指构成要件或法律效果包含了一些不确定概念或一般条款，对待决案件的处理需要法官发挥自由裁量权的作用，灵活地作出裁决。比如我国《民法通则》第一百三十二条规定：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。”该条的构成要件不清晰，法律效果不明确，给法官很大的裁量余地。《民法通则》第一百三十三条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。”这里所讲的“适当”，就是要求法官进行自由裁量。又如《合同法》第六十八条第一款规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”该条所描述的经营状况严重恶化、丧失商业信誉等均属于不确定概念，需要由法官进行自由判断。

（三）行为规范与裁判规范之间的关系

梁慧星先生认为：“民法为市民社会之行为准则，以不特定之一般人为规范对象。因此，性质上为行为规范。惟此种行为规范，系以国家强制力为其保障。如不遵守此行为规范，则个人间发生纠纷，当然得向法院诉诸裁判。此时，法院即应以民法规定作为裁判之基准。因此，民法亦为法官裁判案件之裁判规范。所以，民法兼具行为规范与裁判规范的双重

属性。”^① 这一论述包含着两个相互关联的判断：第一，民法规范皆为行为规范；第二，民法上的行为规范皆为裁判规范。

还有的学者认为，行为规范并不都是裁判规范，比如《民法通则》第七十七条“不动产相邻的各权利人应当依照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则处理相邻关系”，尽管该条规定对应着一项行为规范，使不动产相邻的各权利人在行使权利时有所遵从，但它并不是一个完整的裁判规范，因为该项规范仍无法发挥裁判规范的功用。可见，行为规范并非都是裁判规范。就行为规范与裁判规范之间的关系，应作更加具体的分析。

笔者认为，凡是属于裁判规范不一定是行为规范，但凡是行为规范同时也是裁判规范。因为裁判规范约束的对象是裁判机关，在法律上不能将约束裁判机关的规范用来约束民事主体。相反，凡是行为规范肯定也是裁判规范，否则，若行为规范不同时也是裁判规范，则行为规范所预示的法律效果不能贯彻于裁判之中，那么它便丧失了诱导人们为一定行为或不为一定行为的功能。这正像公示制度必须以公信力之赋予为其后盾，否则公示制度将成为空壳。正如上举《民法通则》第七十七条的规定，虽然法院不可能直接将其作为裁判依据，但在处理相邻关系的案件里，无论处理结果如何，法院均应朝着有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的方向处理，否则就违背了相邻关系制度的宗旨，似此难道不是裁判规范吗？

二、任意性规范与强制性规范

行为规范以当事人是否可以通过自由的意思排除其适用

① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第37页。

为标准，又可区分为任意性规范和强行性规范。在民法中，合同之债的规范大多表现为任意性规范，物权、亲属、继承以及人身权等方面主要表现为强行性规范。当然，《合同法》中也有强行性规范，如第二百条规定：“借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。”又如第二百一十四条：“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。”第三百二十九条规定：“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”第二百七十二第二款规定：“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”还比如，第五十二条关于无效合同的规定、第五十三条关于免责条款无效的规定，均属于强行性规定。

任意性规范主要表现为：第一，指引性规范，即为当事人提供指引作用。如《合同法》规定合同的主要条款，以及规定若干有名合同，详列合同的权利和义务即在于此。第二，选择性规范。这些规范为当事人提供一种路径选择，帮助交易者减少交易成本。当事人比照这些任意性规范，针对履约过程中发生的争议，预见守约或违约的成本。第三，漏洞补充规范，交易者在交易中不可能详尽它们的权利和义务。这时，这些任意性规范规定的权利义务起到了漏洞补充作用。如《合同法》第六十二条关于合同约定不明时适用的有关合同的质量、价金、报酬、履行地点、履行期限、履行方式及履行费用的漏洞补充规定。我国台湾学者韩忠谟先生关于任意法可细分为补充法与解释法两类，“所谓补充法

乃于当事人就某一法律关系意思有欠缺时由法律设立准则以补充当事人意思之所不备，反之，当事人就某一法律关系另有意思时则依其意思赋以法律效果，从而排斥补充规定之适用，民法上之任意规定以属此类者居多数。至于解释规定乃于当事人意思不完全或不明确时用以释明其意思，以便发生法律上之效果”^①正是具有此种意义。

强行性规范分为：第一，强制性规范。强制性规范是指“命令当事人应为一定行为之法律规定”，这种规范是对私法主体应该从事某种行为的效力确认，也是私法主体从事某种法律行为所应具备的条件。如《继承法》第十七条规定：“公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。代书遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上的见证人在场见证。遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱，口头遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证。危急情况解除以后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。”该条即对公证遗嘱、口头遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱以及紧急情况下所立的口头遗嘱产生效力的强制性规定。第二，禁止性规范。与强制性规范不同，禁止性规范是指“命令当事人不得为一定行为之法律规定”。禁止性规范是法律对某种行为的否定性评价，但这种评价的否定性程度要比强制性规范更严重。根据否定性评价不同，禁止性规范可再分为效力规范与取缔规范。所谓效力规范，是指法律对私法主体从事的法律行为效力进行评价的规范。取缔规范，顾名思义指行为人违反之将

① 韩忠谟：《法学绪论》，中国政法大学出版社2002年版，第47页。

被取缔其行为的强行规范。违反前者只是法律对其进行否定性评价，并不主动干预法律行为的效力。违反后者不仅不会产生私法之效果，而且会导致法律制裁的发生。“前者着重违反行为之法律行为价值，以否认法律效力为目的；后者着重违反行为之事实行为价值，以禁止其行为为目的。”^①如《民法通则》第五十七条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。”

三、义务规范与授权规范

民法中有一些规范旨在单方面地课以当事人一定的作为或不作为的义务，而另一些规范旨在授予民事主体或有关机关一定的权利、法律地位或法律资格，前者称之为义务规范，后者称之为授权规范。义务规范在民法中也有不少，如《民法通则》第四十二条规定：“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。”《合同法》第六十条规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”该法第九十二条也规定：“合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”授权规范，如我国《民法通则》第七十一条规定：“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”又如《民法通则》第九、十一、十二、十三条关于权利能力和行为能力的规定即是授权规范。

^① 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第329～330页。