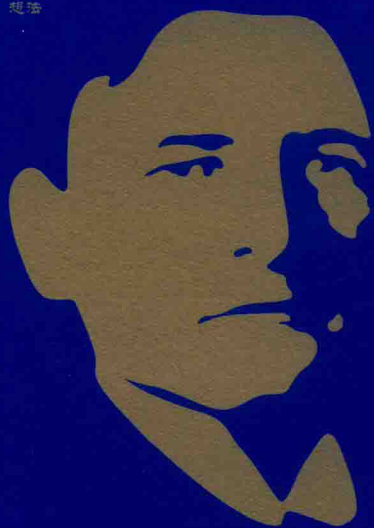




想 法



An Analysis and Reconstruction of Private Right

私权的分析与建构

民法的分析法学基础

王 楠



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

An Analysis and Reconstruction of Private
Analytic Jurisprudence as a Methodological Basis for Civil Law

私权的分析与建构

民法的分析法学基础

王涌著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

私权的分析与建构:民法的分析法学基础/王涌著. —北京:北京大学出版社, 2019.12

ISBN 978-7-301-23676-5

I. ①私… II. ①王… III. ①民法—法的理论—中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第003467号

- 书 名 私权的分析与建构:民法的分析法学基础
SIQUAN DE FENXI YU JIANGOU;MINFA DE FENXI FAXUE JICHU
- 著作责任者 王 涌 著
- 责任编辑 郭薇薇
- 标准书号 ISBN 978-7-301-23676-5
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672
编辑部 010-62752027
- 印刷者 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 30.25印张 450千字
2020年3月第1版 2020年4月第2次印刷
- 定 价 98.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

献给

2009.5

恩师江平先生九十岁华诞！

◀ 江平序

很多年前,王涌就和我谈,他的博士论文就要出版了,请我作序,但说了多次,也没有动静,我都快忘记此事了。今年夏天,他又请我作序,动作很麻利,看来是动真格的了。我问他为何拖延至今,他说是在等我九十大寿,作为献寿之礼。我知道这是“顺水推舟”之言,不过内心还是很感动的。

我问他要出版的书还是二十年前的博士论文的内容吗?他答曰:“已经脱胎换骨了,从原来的二十万字,修改扩展成为一部四十万字的书稿了。”看着眼前亮晃晃的新书稿,显然不是陈货,于是,我欣然应允作序。

我与王涌认识于1994年8月,他代表南京大学参加“长虹杯”全国大学生电视辩论大赛,我担任评委,南京大学获得了冠军。比赛后,我们在电视台的休息室里第一次交谈,我觉得他是一个有思想、有追求的小伙子,长于思辨,具有良好的哲学功底。

1996年8月他开始跟随我攻读博士学位。我们师徒俩步调并不一致,我关注现实立法问题,他更关注法律概念和逻辑问题。他不愿意选择当时很红火的具体的商事制度为题,他要写民事权利的基本理论,我很支持。他的选择很聪明,也很自信,因为现实的立法问题毕竟是暂时的问题,而基础理论则具有长久的价值。

我对王涌的博士论文报以很大的期望。二年级末,1998年6月25日晚,他来找我,我对他说:“你是有很大的学术潜力的,你一定要把博士论文写好!这个题目需要你成年累月地泡在图书馆中。你现在需要收缩战

线!”这次谈话对他触动很大。他说他的日记里还记着这段话。

他刻苦研读分析法学的经典著作和民法基础理论,并力图将两者结合起来,形成一个体系。我是从他的嘴中知道霍菲尔德这个人的,他在博士一年级和二年级分别发表两篇论文:《分析法学与中国民法的发展》和《寻找法律概念的最小公分母——霍菲尔德法律概念分析思想研究》,在学术界崭露头角,为他的博士论文写作奠定了基础。

在他起笔撰写博士论文时,我多次问王涌能否写好,他反问我:“老师!您的标准是什么?”我不想增加他的压力,就说:“就像你已经发表的两篇论文那样的水平就行。”他点点头。

他的博士论文写得很成功,没有辜负我的期望。台湾大学王泽鉴先生对王涌的博士论文的评价很高,用的词分量都很重,令我惊讶,他说:“这是一件具有开创性的研究,对中国民法学的发展将有重大贡献。”

1999年7月王涌博士毕业,留校任教,成为法律系民商法教研室的一位讲师。他讲课深受学生欢迎,不到三年,2002年中国政法大学五十周年校庆时,他就被评为全校十位最受学生欢迎的教师之一。

2002年中国政法大学民商经济法学院成立,民商法教研室分立为民法教研室和商法教研室,我和赵旭东、王涌进入商法教研室,王涌转向商法研究和教学。2004年9月在美国哥伦比亚大学法学院访学一年归来后,他开始为研究生开设独立的信托法课程,也实现了我的一个夙愿。相信这些商法课程的教学对于他关于私权分析理论和法学方法论的思考是起到了丰富和补充的作用。2012年他开始为研究生开设法学方法论课程,领风气之先,他的博士论文《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》由此转为法学教育的正式内容,后续的系统研究也随之展开。

他应胡舒立女士之邀,长期为财新传媒“法眼”专栏撰稿,文章有百余篇,针砭时政,挥斥方遒,他的现实责任感愈来愈强,思想、观点、立场和我越来越接近。2015年他还为我代笔撰写了“重葬呼格吉勒图墓志铭”,为冤屈之魂伸张正义。这几年,他还代理两起民营企业产权冤案,站在时代的前沿,为民企呐喊,一是扬州牧羊集团产权案,二是湖北荆州龚家龙天发集团产权案。当前具有全国重大影响的民企产权冤案一共有四起,他代理了其中两起,坚韧不拔,专业精湛,他有文武双全之才。

他对江平民商法奖学金的评选工作有突出的贡献,奖学金从2000年设立至今年第20届评选,他一直在辛勤地组织。用黄进校长赞扬他的话,就是:“一个人一时做好事不难,连续二十年做好事是真难,王涌做到了!”我说感谢他,他说:“不用谢!法学教育是我们共同的事业。”

他对学生很负责,从2004年始,他为他的研究生组织企鵝读书会,师生共同阅读经典,最初两周一读,之后每周一读,风雨无阻,至今已经有318期。

此外,他还担任洪范法律与经济研究所的所长。前年12月,梁治平先生辞去洪范法律与经济研究所所长一职,我和吴敬琏先生开始物色接替者,我想到了王涌,我打电话给他,他立刻答应了。他从去年2月上任之后,已经组织了40多场高端研讨会,主题涉及中美关系、中朝关系、国企改革、数字货币、基因编辑、经济全球化、金融业开放,其中今年1月组织的“改革开放四十年史研究论坛”和今年3月组织的“刑事诉讼中的民营企业权益保护论坛”在海内外产生了广泛的影响。

现在,王涌年纪也不小了,五十出头了。最近我们见面,聊得多的话题是“诗”。他写的诗意境很好,就是不讲究平仄。最近,他又送来几首,平仄和意境都有了,我看都是佳品。他之前的诗和今年的诗风格也有变化。他之前有一首诗云:“中轴林中望皇城,犹记当年愤人神。残冰不肯放枯荷,已有喜鹊唤春耕。”而最近的一首诗调子就变了,诗云:“晚凉闲步白塔寺,正是日落黄河时。兰州碑林已谢客,却听风铃诵古经。”有点闲云野鹤之风了。王涌还很年轻,我希望他仍然是那只“唤春耕”的喜鹊。

王涌说他最喜欢读龚自珍的诗,与我爱好一样。他说在我的诗集《信是明年春再来》中,他最喜欢的一首诗是1965年1月我写的《七律·读龚自珍咏史后仿作》。既然他喜欢,就录于此,与王涌共勉:

气寒华夏十五州,
沉沉云雪压暖流。
八旗子弟操全算,
九门新贵踞上游。
罗成高枕铜雀梦,

廉颇饭饱瓦全求。
英烈有灵当尔问，
难道饮刃为封侯。

我期待王涌的好诗。当然，我更希望他即将出版的这部作品《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》是一部经得起考验的学术珍品。

王涌
2019年
9月5日

◀ 内容摘要

本书运用分析法学的的方法对民法上的核心概念——私权,做了系统研究。全书共分三编,第一编为“私权的分析方法”,第二编为“私权的类型分析”,第三编为“私权的法律建构”,三编计九章,前设导论“分析法学与民法方法论”,后设结语“分析法学与中国民法典”。

导论“分析法学与民法方法论”界定了“中国民法学”之含义,主张区分民俗民法学与分析民法学,论述了作为民法方法论的分析法学之源流及其精神。

第一章“私权的概念”考察了权利概念的语源及其意义,回顾了私法与公法划分的种种理论,主张在市民社会与政治国家二元化的社会结构中,主体形式论应是私法与公法划分的基本标准。

第二章“霍菲尔德的权利分析理论”系统介绍了霍菲尔德的权利分析理论及其在当代道义逻辑与人工智能领域的运用。

第三章“私权的结构”在霍菲尔德的权利分析理论的基础上,建立了一个关于私权的一般分析模式,论述了人、行为、物在私权结构中的位置,并将霍菲尔德的权利分析理论与德国民法学的权利形式理论作了初步比较。

第四章“所有权概念分析”运用第一编所建立的分析方法,比较了不同法系传统中的所有权概念,分析了所有权概念所指向的若干可能的法律关系,并特别强调所有权概念还指向一种权利推理的规则。

第五章“不完全所有权:信托财产关系的结构”运用所有权概念的本质理论分析了信托财产的结构,描述了一种新型的所有权结构——不完全所有权,还分析了物权法定主义与信托法的关系。

第六章“财产权谱系与财产权法定主义”从“对世权是财产权的本质”这一逻辑前提出发，运用霍菲尔德的术语，系统研究了财产法总论的问题，主张：财产权概念的外延是广阔的，不应限于有体物财产，应涵盖无形财产权；不应限于法典中列举的财产权，应涵盖被忽略的单行法所创制的隐蔽的财产权；不应限于私法创制的财产权，应涵盖公法创制的财产权。财产权的形态虽然纷繁复杂，但从最简单的形态——公物，到最圆满的形态——所有权，中间存在许多形态。财产权从单纯的排他性到复杂的可转让性，由简及繁，可以形成一个清晰的财产权谱系。财产权的排他性和可转让性必须由法律规定。财产权法定主义是财产法的基本原则，财产权法定主义的最本质的两个要素是：一是财产权中的对世排他力需法定，二是财产权中的对世排他力的转让需法定。“权利法定类型化”是财产权法定主义得以实现的立法技术。中国民法典应设财产法总则，对财产权的基本问题和共同问题作出规定，应对实践中复杂的财产权问题，并保障民法典体系的完整性。

第七章“私权的设定”论述了民法上私权建构的一般法律技术，即法律概念论与法律规范论，区分了规则与原则这两个基本的法律规范形式，考察了它们在私权设定中的不同功能。此外，还论述了宪法与行政法在私法关系上的效力问题。

第八章“私权的冲突”辨析了法条竞合、权利并存与权利冲突等基本概念，区分法律上的冲突与事实上的冲突这两种不同的权利冲突形式，论述了私权在法律上冲突的一般推理规则，分析了私权与公权冲突的形态，强调宪法在解决私权与公权冲突中的重要意义。

第九章“私权的救济”从法律关系的角度对救济权概念作了一般定义，分析了救济权的四种基本形式及其与诉讼形式的关联，分析了侵权行为法的内在逻辑，强调了民法责任的财产性质及其合理性。此外，还分析了私权的刑法救济与侵害，论述了犯罪的“违法性”要件的认定中的私法与刑法的关系。

结语“分析法学与中国民法典”认为法典编纂与分析实证主义的兴起是中国民法发展的趋向，并指出中国民法典的编纂面临的三个重要问题是融合不同法系之传统、吸收中国本土习惯法、解决社会新问题，以及分析法学在其中可能发挥的方法论的作用。

◀ 前言

我试着把数学和科学的准确的演示方法带到
一向只有模糊的推测的领域里去。
我喜欢准确,轮廓分明,
而恨迷雾般的模糊。

——罗素《记忆里的肖像》

一、题解

本书的书名“私权的分析与建构”可能不太好理解,它不是传统民法学的话语,易给人一种“不知其所云”的感觉,所以,用一些笔墨作一番题解是必要的。

实际上,本书的题目原为“民事权利的一般理论”,这显然要通俗易懂得多,但是,之所以改为“私权的分析与建构”,原因在于,一是本书倾向于以私权的概念取代民事权利的概念,以强调民法的私法性质,所以,在题目中不再使用民事权利这个概念。二是本书主要是运用分析法学的方法和观点来建构私权(民事权利)的一般理论。分析法学在民法学研究中的应用大约有两个方面,一是**法律概念论**,它主要着眼于对私权(民事权利)概念及具体的私权类型的概念的分析;二是**法律规范论**,它主要研究具体的私权是如何在法律体系中通过法律规范建构起来的,所以,为了突出这一点,本书没有使用“一般理论”这个笼统的说法,而是代之以

“分析与建构”两个词,并辅以副标题“民法的分析法学基础”,以表明本书是要以分析法学的法律概念论与法律规范论来建立一个关于私权(民事权利)的一般理论。

正是出于以上考虑,本书的书名最终定为“私权的分析与建构:民法的分析法学基础”。

二、私权(民事权利)分析理论的贫困

从民国时期乃至今日,我国的民法教科书中关于民事权利(私权)的一般理论的那一部分内容总是极为简略,无非是所谓意志说、利益说、自由说之机械罗列,而这些论述只起到了花瓶一般的装饰作用,它只是为了保持一种体系上的完整性而已,却为一代一代的民法教科书毫无反思地加以沿袭,而对于具体的民事权利(私权)类型的分析根本起不到方法论上的直接作用,所以,学生们在研习民法时,这一部分往往可以忽略不看,也没有价值去看,而教师们在教授这一部分时,也往往一带而过,因为乏善可陈。我以为这种现实不应延续下去,关于民事权利的一般理论,特别是关于私权分析的方法论理论必须丰满起来,它不仅应当成为中国民法学理论的一出重头戏,也应当成为中国民法学教育的重要内容。

二十几年前,谢怀栻先生的一段话仍应作为我们的工作指南:“民事权利是民法里带根本性的重要问题。不论主张在民法中应以权利为本位,或以义务为本位,或应对权利义务并重,都必须重视对民事权利的研究。这种研究,有了民法就已存在。随着时代的发展,民事权利的种类、各种权利的性质和内容都在发展,这种研究工作也应随着发展,不应该停留在原来的水平上。”^①

三、本书的思路与方法

完善民事权利理论需要有三个方面的努力,一是自然法学的,研究私权的价值因素;二是社会法学的,研究私权的事实因素;三是分析法学的,研究私权的逻辑因素。从本书的副标题“民法的分析法学基础”中就可

^① 谢怀栻:《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第18卷第2期。

以看出本书的工作思路主要是分析法学的。

“民法”是大陆法系的事物，而“分析法学”则主要是英美法系的事物^①，将来自两个不同的地域的品种捏合在一起，这就是本书的主要工作思路，所以，本书多少有点像一位农学师在做一项“杂交”实验。

四、本书所要解决的问题和本书的结构

一个完整的实在法的体系，在逻辑上，大约应当包括以下三个因素：一是概念，二是法律规范，三是法律体系的结构。民法以私权为核心概念，民法也可以称为私权法，如果我们暂不考虑私权之上的价值因素和社会因素，只考虑它的逻辑因素，那我们就会面临一个尽管抽象但很实在的问题，即民法是采用了怎样的技术建构了一个私权的法律体系？或者说，反过来说，我们是否可能对民法中的基本概念、法律规范和体系之结构作一番分析，以发现其中的一般规律，以使我们能够更加深刻地理解民法是一种怎样的符号和逻辑体系。

实际上，很久以前，分析法学家们就开始做这项工作了。对应于上面所说的民法体系的三个要素，分析法学的的工作至少也可以分为三种，一是对民法基本概念私权以及具体类型的私权概念如物权和债权的概念的分析，二是关于民法规范的一般理论的研究，三是对民法体系之结构的一般理论的研究。当然，许多分析法学家们的著作并不仅仅局限于民法的范围，但是，对于民法问题却是涉及颇多。

本书的宗旨就是将分析法学对于民法的理解作一系统的阐述，所以，本书的内容大概也包括以上内容，其结构安排如下：

本书第一编主要侧重于私权概念的分析，以霍菲尔德的权利分析理论为基础，建立一个关于民法上各种私权概念的分析的一般方法论。

第二编则将第一编所建立的分析方法论用于对民法上的所有权及其相关概念他物权和财产权的分析，并阐述财产权谱系与财产权法定主义

^① 大陆法系学者，例如北欧学者也有分析法学传统，他们通常将该学问称为：“the Doctrinal Study of Law”，见 Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer Dordrecht Heidelberg 2011, p. 19.

的基本原理。

第三编则研究私权的设定、私权的冲突和私权的救济等问题。

简而言之,本书的第一编和第二编主要侧重于私权的静态分析,第三编主要侧重于私权的动态分析,所谓静态分析即对已经“凝固化”的私权概念以及私权类型的内在结构与要素的分析,而所谓动态分析则是对法律上关于私权的体系是如何建立起来的和司法实践中关于私权的推理的问题的分析,主要涉及民法规范、民法推理与民法结构等内容。

五、术语释例

民法学中的术语是本书十分关注的一个重要问题,由于本书采用的是英美分析法学的方法,所以,在分析民法问题时所采用的术语与传统民法学的术语会有所不同,加之,由于法学中的诸多概念如权利、自由、权力、豁免、义务、责任等被人随意滥用,它们在语义学上的指向已经模糊不堪。所以,本书极有必要在前言中对本书所使用的术语作统一的说明。

本书所使用的术语,采霍菲尔德的用法,如果书中不作特别说明,它们指向下列含义:

(狭义)权利:指有权要求他人做什么或不做什么。

义务:指必须做什么或不做什么。

无权利:指无权要求他人做什么或不做什么。

自由:指可以做什么或不做什么。

权力:指创设、变更或消灭特定法律关系的法律上的能力。

责任:指承受行使权力者所形成的法律关系。

无权力:指无法律上的能力以创设、变更或消灭特定的法律关系。

豁免:指某人处在这样一种法律地位上,自己所参与其中的某特定法律关系不因他人的法律行为而产生、变更或消灭。

(广义)权利:是上述的(狭义)权利、自由、权力、豁免等法律上的利益的总称。

本书之所以强调术语的精确性,并不是要将通俗的问题复杂化,只是认为这是法学发展必然要迈出的一步,正如康德所说:“想把主题写得大众化是不可想象的;相反,我们却要坚持使用学术性的精确语言,尽管这

种语言被认为过分烦琐。但是,只有使用这种语言才能把过于草率的道理表达出来,让人明白其原意而不至于被认为是一些教条式的专断意见。”^①

六、其他要说明的问题

关于参考文献 为了更清楚地表明本书中的某一重要观点和方法的理论来源,同时展示分析法学在某一重要问题上的学术传统和文献谱系,本书列出参考文献,主要是分析法学的或涉及分析法学的经典著作和论文,其他的,即使也被本书引述的,但只是作为一般的资料引述的,或作为分析的或批驳的对象而引述的,则不列入参考文献的目录之中。关于民法的分析法学式的研究,汉语的经典著述几乎空白,所以,本书的参考文献目录所列的均是英文文献。

关于注释 本书的写作并不以构建一个完整的理论体系为“野心”,只是尝试着将一种新的方法运用到民法研究中去。在此种尝试过程中,有一些观点已相对比较成熟,但是,生涩的地方仍比比皆是。那些尚不成熟的、尚不宜登大雅之堂的观点,本书就将其暂放在注释中阐述,这样,在严谨与开拓之间保持一种必要的张力与平衡。

关于本书的意义 从表面上看,本书的主题离中国法治的现实很远,但实际上它又离中国的法治现实很近,因为法治在很大程度上依赖于言语与概念的技术,而关于这种技术的探讨正是本书的工作。

^① [德]康德:《法的形而上学原理》,商务印书馆1991年版,第4页。

导论 分析法学与民法方法论	(1)
第一节 民法学中的知识类型与分析法学的地位	(1)
第二节 分析法学的源流和精神	(6)
第三节 作为民法学方法论的分析法学	(23)

第一编 私权的分析方法

第一章 私权的概念	(37)
第一节 权利概念的意义与功能	(37)
第二节 私法(私权)与公法(公权)理论的源流	(46)
第三节 私法(私权)与公法(公权)之概念分析	(51)
第四节 概念的流变:从私权到民事权利——社会主义国家 对私法与私权的态度及其修正	(61)
第二章 霍菲尔德的权利分析理论	(67)
第一节 权利分析:霍菲尔德之前的分析法学	(67)
第二节 霍菲尔德的权利形式理论(一)	(71)
第三节 霍菲尔德的权利形式理论(二)	(88)
第四节 霍菲尔德理论的影响和回应	(95)
第五节 道义逻辑、人工智能与法律——霍菲尔德法律关系 形式理论的应用	(104)

第三章 私权的结构——私权分析的一般模式	(121)
第一节 作为法律关系的私权之结构	(121)
第二节 私权的元形式	(127)
第三节 私权的主体	(150)
第四节 私权的客体:行为抑或物?	(183)
第五节 私权的其他分析维度	(194)

第二编 私权的类型分析

第四章 所有权概念分析	(205)
第一节 不同法系传统中的所有权概念	(205)
第二节 所有权概念分析(一)	(212)
第三节 所有权概念分析(二)	(216)
第五章 不完全所有权:信托财产关系的结构	(224)
第一节 信托法:民法家族的新成员	(224)
第二节 信托财产所有权的特殊结构	(227)
第三节 信托法颠覆物权法定主义?	(234)
第六章 财产权谱系与财产权法定主义	(238)
第一节 许可的谱系	(238)
第二节 财产权谱系	(241)
第三节 财产权法定主义的含义	(255)
第四节 财产权可转让性的逻辑结构	(260)
第五节 民法典中的《财产法总则》	(269)

第三编 私权的法律建构

第七章 私权的设定	(279)
第一节 民法上的概念和范式	(279)
第二节 私权的设定与法律的渊源	(291)