民法基础与超越

龙卫球 著

本书在综合的意义上，从历史探寻和当下对策两个论域，试图对每个研究论题予以发掘和运思，作出处理和权衡，因此既有历史的探测和实证，亦兼有当下的分析和凝思，是历史清理和现实超越的结合。

Foundations of Civil Law and New Developments

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

需要全本请访问 www.ertongbook.com

民法基础与超越

龙卫球 著

Foundations of Civil Law and
New Developments

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法基础与超越/龙卫球著. —北京:北京大学出版社,2010.1
ISBN 978-7-301-15781-7

Ⅰ.民… Ⅱ.龙… Ⅲ.民法-研究-中国 Ⅳ.D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167131 号

书　　名:民法基础与超越
著作责任者:龙卫球　著
责任编辑:陆建华
标准书号:ISBN 978-7-301-15781-7/D·2403
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.yandayuanzhao.com
电　　话:邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62117788
　　出版部 62754962
电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn
印　刷　者:三河市欣欣印刷有限公司
经　销　者:新华书店
　　650mm×980mm　16 开本　23.75 印张　421 千字
　　2010 年 1 月第 1 版　2010 年 1 月第 1 次印刷
定　　价:39.00 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　电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

谨以此书
敬献恩师江平教授八十华诞

前　言

本书是由作者自己从曾经发表过的基础型论文中，挑选其中具有关联者，按照主题分类，通过适当修订和加工，汇集而成。从研究风格来说，本书大抵属于民法学的基础研究范畴。

民法学的基础研究，严格地说，是在一种力求全型研究思维下集制度、思想、实践和问题为一体的理论作业。这种研究风格，在民法先发国家，可谓世纪相传，为民法学者所热衷，既是极尽人生学问追求的一种方式，也是希冀学者思想理论有所建树的一种途径。在民法后发国家，这种研究尤有意义，它是一种在更具全面和更具综合的意义上继受和发展舶来民法的有效和必要方式。然而，这种研究却也是一种取其难者的学术训练和研究方式，几乎属于“磨砖作镜”的做法，投身其中者到头来多是发白了，笔秃了，还在望纸而叹。就是有几个幸运者，回首起来，往往也是投入多，产量少，有时似乎要做出点成果来，却又总是一触即倒，得全盘重来。尽管如此，民法研究者还是乐此不疲，因为研究旨趣往往胜于研究功利。正所谓意义尽在过程，乐趣也尽在过程。

从研究角度来说，民法学的基础研究，在今天可以划分为两大范围：一个是对工业化进入新时期之前的民法历史资源的整理和发掘。这一范围可归为民法传统问题。这些传统资源，或见诸表面的各式各样的制度文本、实践材料之中，或潜伏于社会、政治、历史的复杂情态变化及与之关联交织的各种重要学理的复杂进态之中。对此研究的功效，在于对既有的制度知识和制度思想作出有深度的阐释，是为建设与反思的一个教义基础。另一个是对工业化进入新时期之后的民法资源的现实考量和凝神运思。这一范围可归为民法现代化问题。这些资源正以一个无限零散、在全球范围进展不一、实验性

需要全本请访问 www.ertongbook.com

压倒确定性的方式而呈现，它们多以挑战问题的方式提出，与既成历史、思想和制度存在某种对抗的或分离的趋势，由此形成法律制度与思想的现实变革的动力和压力。对此研究的意义，在于对我们现实的难题和新题及时给予深刻回应，并努力帮助塑造一种新时期正当有效的并适合于我们自身情况的法律体制。本书中，作者试图在综合的意义上，从历史探寻和当下对策两个论域，对每个研究论题予以发掘和运思，作出处理和权衡，因此本书既有历史的探测和实证，亦兼有当下的分析和凝思，是历史清理和现实超越的结合。

全书由主体和附录构成。其中，主体部分包括民法的观念基础、民法发展、主体理论、物权法理论和债法理论5个主题，共有16个研究论题；附录部分则收录了与基础研究旨趣有关联的一篇法理学论文，涉及法律实在性或曰客观性问题的讨论。具体而言：

“观念基础”部分，涉及民法的确立基础（“公法和私法的关系”）、民法实现的特性（“民事救济权制度简论”）、民法继受的根源（“罗马法的传统型和法律方法”）、民法制定的形式特点（“民法典体系问题探讨”）4个论题，作者的研究分别就民法的私益目的、民法的自主属性、民法的理性与科学传统及民法的体系化特点进行实证发掘和思想阐发，同时作出当下回应式讨论。

“民法发展”部分，主要限于就中国当下民法历史的回顾和盘点，通过《民法通则》施行20周年（“法治进程中的中国民法”）和改革开放30年来中国私法建设（“中国市场经济法30年”）两个论题，作者以实证式发掘，较为深入地揭示了《民法通则》具有的实质法治工程的启动和推进意义，较为全面地概括了30年来中国私法建设的状况、成就和不足。

“主体理论”部分，包括主体概念的实证意义及其超越（“法律主体概念的基础性分析”、“民法秩序的主体性基础及其超越”）、自然人人格权的制度进路及其超越（“自然人人格权及其当代进路考察”）、法人的主体本质实证及其超越（“法人[主体性]本质及其基本构造研究”、“法人的主体性质再探讨”）、合伙的主体本质及其形式特点（“合伙的多种形式和合伙立法”）4个涉及民事主体根本的论题，作者发掘认为，主体概念在传统民法上被赋予了基础性地位和作为第一概念的方法论价值，自然人人格权在民法典时期存在受制于民法规则主义的严重局限，法人主体问题在特殊时期下由于与拟制主义思想结盟导致了其特殊的法律本质处理及其制度结构，合伙由于功能取向的特殊性及形式多样化的特点导致其主体问题的复杂性，作者并以此作出对有关论题的重新诠释和超越思考。

“物权法理论”部分，作者以物权法的立法政策（“物权法政策之辨”）、物权法的立法基础（“物权立法的合宪性问题”）、物权法出台后的中国物权制度实况（“中国物权法制的变迁与展望”）为论题，对于中国物权法的现行立

法政策的保守性、物权制定中的僵化合宪情结，以及新近出台的《物权法》的财产有限性予以检讨，并提出应向市场经济体法权基础的政策转型、应在深化物权法意义上重新理解物权法和宪法的关系及在观念和制度上应该继续突破以创制完全物权法的建议和思路。

“债法理论”部分，只收录了一个研究论题，即有关债的关系的根本定位问题（“债的本质研究：以债务人关系为起点”），作者从关系本质探讨的角度，澄清了长期存在的“债权本位”式的简单观念误解，论证了既有实证法和有关理论在债的关系中应将债务人作为考虑起点的制度实际和思想基础。在本部分，作者原打算补入有关“合同责任基础”及“侵权法的历史结构与现代革新”两个研究论题，但由于时间上的原因和其他考虑，最后还是决定留待将来再版时再作增补。

作者专门从事民法学习和研究几近二十年，斯感做学问真难！从努力程度上，自以为还算得上是勤学苦读、辛苦耕耘之辈，但总结起来，成果却十分有限。究其原因，一方面是自己资质有限，属于驽马笨鸟之类，要做出真研究尚需时日和运气；另一方面，则是因为自己对基础型研究情有独钟，吃力不讨好。多年来，由个人知识旨趣和思维特点所致，所做研究，很大程度上不自觉地采取了这种基础面向的进路。然而，多数研究、努力无疾而终，这是因为，要么觉得属于有思路而难做材料的类型，而不得不浅尝辄止，搁置封存，要么觉得属于怎么做都难至臻境的类型，反复推敲修正，终不能定稿。部分研究虽已公诸于世，但若干年后回过头来重新一读，也是经常为之气馁，甚至气结。

今北京大学出版社蒋浩先生，对我以往公开发表的那些基础研究类论文表现出极大兴趣，希望我能够汇集成书。思之再三，我最终接受了编辑成书的提议，理由是：既然已经发表，便有责任不断使之完善，以对读者负责；同时，我认为所谓学问，应该是在不断回头思考和修补的基础上才渐渐成立、积厚起来的。所以，借助这个机会，我断断续续用了近一年的业余时间，很花了一些心思，将上述过去的作品作出系统的整理、修订。当然，无论如何，瑕疵甚至谬误在所难免，恳请读者批评指正。

本书勘校过程中，得到我的学生朱虎、张红、徐同远、聂卫锋、丁道勤、房琦、刘晟星、宋渊智、罗芳、雷从明，以及北京大学出版社陆建华编辑大力协助，在此特致感谢。

龙卫球

2009 年 8 月 3 日

于北京航空航天大学法学院

目　录

第一部分　观念基础

壹　公法和私法的关系 …… 3

一、认真对待公法和私法的区分关系 …… 3
二、公法和私法区分的源起 …… 5
三、公法和私法区分的界标 …… 6
四、公法和私法关系的发展 …… 9
五、我国当前应如何处理公法和私法的关系 …… 13

贰　民事救济权制度简论 …… 15

一、导言:民事权利的可救济性及自主化定式 …… 15
二、民事救济权的特点和基本分类 …… 16
三、民事救济权的行使期间问题 …… 20
四、民事救济权和民事责任 …… 21
五、民事救济权竞合与民事救济程序 …… 24
六、结语:深化民法的自我实现功能 …… 25

叁　罗马法的传统性和法律方法
——兼论中国民法新传统 …… 27

一、罗马法的传统性重述 …… 27
二、罗马法的主要创造:成熟的法治传统 …… 29
三、罗马法时代创造的法律方法 …… 33
四、中国民法新传统 …… 37

肆 民法典体系问题探讨 …… 40

一、当下探讨民法典体系问题的意义 …… 40
二、历史遗产中的民法体系知识 …… 41
三、德国现代法学的民法体系观 …… 42
四、制定中的中国民法典体系思考 …… 44

第二部分 民法发展

伍 法治进程中的中国民法
——纪念《民法通则》施行20周年 …… 49

一、“法治”的两个层面:形式的和实质的 …… 49
二、20年来中国的民事立法 …… 52
三、20年民事立法对法治进程的意义 …… 54
四、中国民法的前景与展望 …… 54

陆 中国市场经济法30年:规则嬗变与市场经济 …… 58

一、30年来中国市场经济法的发展及其特点 …… 58
二、30年来构建的中国市场经济法律体系 …… 72
三、30年中国市场经济法的观念和实践 …… 84
四、WTO、全球化与中国市场经济法 …… 96
五、中国市场经济法的完善与展望 …… 100

第三部分 主体理论

柒 法律主体概念的基础性分析
——兼论民法主体预定问题 …… 107

一、导言 …… 107
二、法律的二重性:规范性和概念性 …… 108
三、法律基础概念传统理论之分歧:
义务概念理论与权利概念理论 …… 113
四、权利概念背后:法律主体性 …… 128

五、民事主体立法政策的历史分析 …… 134

捌 民法秩序的主体性基础及其超越 …… 154

一、“民法主体预设论”的方法基础和论证过程 …… 154
二、认识民法主体性结构的特殊意义 …… 156
三、对传统民法的主体性结构基础的超越 …… 159

玖 自然人人格权及其当代进路考察
——兼论民法实证主义与宪法秩序 …… 162

一、前言 …… 162
二、自然人人格权的两种立法体例 …… 163
三、自然人人格权制度的当代发展 …… 167
四、我国自然人人格权制度及其发展 …… 177
五、自然人死后人格保护问题 …… 192
六、自然人人格权保护的限制 …… 194
七、简单总结 …… 197

拾 法人[主体性]本质及其基本构造研究
——兼为拟制说的一点辩护 …… 199

一、导言:法人主体是虚构的吗? …… 199
二、法人主体性的规范实证辨析 …… 202
三、法人主体性的确立基础:
有关拟制说方法论价值的一些讨论 …… 204
四、法人内部构造与代表制技术 …… 208
五、结语 …… 218

拾壹 法人的主体性质再探讨 …… 220

一、法人主体的法律性质问题的背景 …… 220
二、学说上的对立:拟制说与实在说 …… 222
三、德国制定法的态度:理论分歧的调和 …… 227
四、法人主体性质问题再讨论 …… 229

拾贰 合伙的多种形式和合伙立法 …… 233

一、导言:合伙范畴和形式的差异性 …… 233

二、合伙形式差异性的形成 …… 234
三、不同合伙形式的比较:主要以大陆法系民事合伙与商事合伙为比较 …… 238
四、我国《民法通则》起草时的一个动向 …… 243
五、对我国正在进行的合伙立法的展望 …… 244
六、一点小结 …… 246

第四部分 物权法理论

拾叁 物权法政策之辨:市场经济体的法权基础
——略评《物权法草案》公开征求意见稿 …… 249

一、《物权法草案》讨论的意义和基点 …… 249
二、《物权法》的应取政策:市场经济的法权基础 …… 250
三、对《物权法草案》公开征求意见稿的简略述评 …… 254

拾肆 物权立法的合宪性问题
——评物权平等保护原则违宪之争 …… 259

一、引言:问题的提出 …… 259
二、讨论关于"物权法草案违宪"批评的三个前提 …… 260
三、认真讨论关于"物权法草案违宪"批评的三个意义 …… 262
四、有关回应及其不足 …… 267
五、我针对"物权法草案违宪"置疑的两个回应 …… 268
六、一点补充:物权立法应在何种意义上尊重宪法? …… 272
七、几点结论:《物权法》起草的走向 …… 274

拾伍 中国物权法制的变迁与展望
——以立法检讨为视角 …… 278

一、前言 …… 278
二、《物权法》的框架特色与观念基础 …… 281
三、《物权法》的主要创制及其简略评析 …… 286
四、未来的展望:代结语 …… 292

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第五部分 债法理论

拾陆 债的本质研究:以债务人关系为起点 …… 297

一、引言:澄清债的更为本质的知识 …… 297
二、有关债的两种看似对立的界定方式 …… 302
三、债的语词形式与内在规范 …… 305
四、萨维尼有关债的本质认识及其论证基础 …… 308
五、对《德国民法典》第二编的系统解读 …… 311
六、代结语:债务人关系作为起点的意义 …… 319

附 录

拾柒 法律实在性讨论
——兼为概念法学辩护 …… 327

一、问题的提出:从对法律实在论的挑战说起 …… 327
二、法律现实主义对司法客观性的否定 …… 330
三、法学传统阵营对法律现实主义的各种回应 …… 333
四、法律现实主义者的两个反诘 …… 342
五、转换角度再回应——从“逻辑实证”到“客观实证” …… 343
六、法律实在论的哲学辩护 …… 347
七、余论:兼为概念法学辩护 …… 357

主题词索引 …… 359

第一部分　观念基础

壹　公法和私法的关系

贰　民事救济权制度简论

叁　罗马法的传统性和法律方法
——兼论中国民法新传统

肆　民法典体系问题探讨

壹　公法和私法的关系[①]

一、认真对待公法和私法的区分关系

公法和私法的区分是当今世界法律制度基本的，也是首要的分类。可以说，当今主要国家对整个法律材料所作的一个根本性的划分，就是几乎无一例外地将法律分为公法和私法。[②] 宪法、刑法、行政法、国际法为公法；民法，广义上包括商法、劳动法和其他民事特别法为私法。

法律划分为公法和私法，乃是人类社会文明发展的重大成果，实具有私法发生学上的重大意义。私法是在这种分立思想中才得以发源的，而此前的法律观是诸法合体、混沌不分的，私法的出现不仅直接促成了一种崭新的以维护私人利益为目标的法律体制的出现，也因此给整个法律体系带来了具有现代意义的奠基。德国著名学者基尔克说，公法和私法的区别，是现代整个法秩序的基础；日本学者美浓部达吉也认为，公法和私法的区分是现代法的基本原则。[③]

公法和私法基本划分之下，公法与私法在固有性质、调整方式、司法机制等方面都存在重大差别。在固有性质上，私法是以个人与个人之间的平等和自决即私法自治为基础，规定个人与个人之间的关系。国家原则上不作干预，只在发生纠纷不能协商解决时，才由司法机关出面进行裁决。它所强调的是平等与自治，直接维护个人利益。与之相对的公法，则规定国家同被赋予公共权力的机关或团体之间，它们与它们的成员之间的关系，以及它们自身的组织结构。它所强调的是强制与服从，直接维护公共利益。

在调整方式上，私法通过广泛的授权性规定，最大程度地将法律实现交由当事人自己，即对私主体进行充分的民事权利授予，这些民事权利的行使

---

① 原载全国人大常委会办公厅研究室编《研究资料》2004 年 8 月 6 日第 17 期。

② 参见〔德〕梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 5 页。

③ 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社 1996 年第 1 版，第 28 页。

由权利人自我决定，由权利人自享利益也自担风险。当权利的行使有疑义时，基于“有疑义时为自由”的信念，维护权利人的选择自由。[①] 在权利受到侵害时，也要由权利人自主选择救济的方式和程度，同时救济的形式也应当等同于权利本身的性质，救济一方享有和行使权利的同时，还要考虑另一方的正当权利。这种权利的自决性与救济的同质性，是私法的显著特征。

与之相对的公法，更多具有的是强制性、禁止性的规范，这种法律的实现取决于公共权力的运用，基于国家公权力的运用，分配各种利益与资源，保障公共秩序。因此其规定更为细致，实体与程序都十分严格。当权力的行使有疑问时，公法所强调的是权力机关的自由裁量，而相对方由于隶属关系，多数情况下只能服从。当利益受到损害时，公法会课加严厉的行政甚至刑事责任，维护秩序。

在争议解决的司法机制方面，公法和私法也有很大不同。具体法律的适用及各个不同法院部门之间的不同分工，都是以公法和私法的区分界定为基础的。[②] 如欧洲大陆各国，私法争议通常在普通民事法院得到处理；而公法的争端则由普通行政法院管辖[③]，有些国家还存在专门的宪法法院或特别行政法院，如社会法院和税务法院等。即便在统一法院系统的国家，公法、私法审判也采用不同的程序规则。

总之，在公法和私法区分下，二者的意义是根本不同的。因此，如何充分认识公法和私法的区分关系，就成为立法理念和立法实践中不可回避的关键问题，直接关系到一个国家立法的理念、法律的构成及法律的实践。

我国直到清末法制改革之前，法律制度并没有公法和私法二分，而是诸法合体，国家观念非常强大，私人的自决性受到压抑，私人主体性和私权未得到应有的尊重。清末法制改革，学习西方法律制度，放弃诸法合体模式，承认私法，承认公法和私法的二分，在此基础上重塑法律制度。这种改革不只是一种法律形式上的变化，而且也是一种法律思想上的变化。新中国成立后，由于不久即在经济生活领域全面推行公有制和计划经济，因此在法律上当然导致否认公法和私法二分，民法名存实亡，这一时期的法律范畴几乎限缩为以绝对国家主义或集体主义为观念基础的公法。1979 年以后，我国吸取历史教训，推行改革开放，在社会经济生活中表现为逐渐推进市场经济和市民社会，在法律生活中表现为逐渐恢复私法建设，不断出台有关民事法律。

---

① 参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 15 页。

② 参见〔德〕拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 4 页。

③ 参见〔德〕拉伦茨：《德国民法通论》（上），第 4 页；王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 308 页。

1986年，颁布了《民法通则》，以民事基本法和民事权利宣言书的形式，孕育了公法和私法分立的雏形，之后，中国民法的发展可谓蓬勃。

二、公法和私法区分的源起

公法和私法的划分传统，为当今各国普遍接受并被视为立法科学中的常识，并非偶然。这种划分是法律历史的产物，也是法律历史的选择。

公法和私法的划分，起源于古代罗马法。罗马权威法学家乌尔比安是公法、私法分立观念的创始者。他以法律维护的利益为标准，将法律加以区分：涉及个人福利的法为私法，而有关罗马国家稳定的法为公法。① 这种法律观念认为，法律应注重对于个人自主生活的关怀，只要有国家存在，就有国家与个人的对立，也就有个体利益被充分确立和保护的必要，就有公、私法律体系划分的必要。

公法、私法分立的理念和制度安排，是罗马法得以成为古代世界最完善、最发达的法律体系的基础，也是其对后世法律制度的最重要贡献。公法和私法之区分，一经形成便体现出独特的魅力。这种公法和私法的划分，使立法在法律观念和法律技术诸方面获得了无与伦比的清晰性。

在第一层用意上，公法和私法的划分明确了国家利益与个人利益的区分。虽然这两者许多时候是统一的，但它们却必须适用不同的规则去实现。公法、私法划分的观念和实践，根源于立法者注意到了利益的区分，并对不同的利益在法律上作出不同的调整，从而使法律制度在全部体系上既考虑了个人的理由，又考虑了个人与联合体（国家、社会）之间的关系。

在第二层用意上，公、私法的划分还体现在两者的具体应用之中。公法的规定，都是强行性的，不能由私人依自由意思任意变更与规避，即所谓“公法不得为私人简约所变通”。而私法规范则大多可由当事人自由选择，并且私法还相当程度地将私人的意思上升至类似于法律的程度加以维护。

所以，这种划分最重要的意义，不是体系区分的形式意义，而是其在本质上所反映的关于国家与个人决然对立的法律体系意识，体现出在国法中应以法律维护个人利益的良苦用心。在社会价值方面，它使立法获得人性，使得国家法得以从国家利益这个容易掩盖个人利益的抽象概念里解放出来，在立法目标取向上既维护国家的稳定性，又能够时时不忘维护具体的个人利益。这是以往混合不分的法律制度所不能做到的，而正是规则的混合不分会导致

① 参见〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第9页；另参见《学说汇纂》1，1，1，2（乌尔比安语）。

需要全本请访问 www.ertongbook.com