

普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

民法总论

GENERAL INTRODUCTION TO CIVIL LAW

| 第三版 |

梁慧星 著



普通高等教育国家级规划教材



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

民法总论

General Introduction To Civil Law

| 第三版 |

梁慧星 著



法律出版社

始创于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

出版说明

法律出版社是中国历史最悠久的法律专业出版社,与国际出版同仁论剑,本社之专业出版品牌亦广受肯定。

本社素来注重法学教材出版。从20世纪50年代中国法学教材建设的起步,到20世纪70年代末中国法学教材的复兴,法律出版社均走在前列。1949年以来,我国第一部法理学、宪法、中国法律思想史、外国法制史、刑法、民法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法教材,均出自法律出版社。

从20世纪80年代到90年代,再到21世纪,本社对于法学教材的出版更投入移山心力。而本社与权威法学家合作,渊源有自。作者中有法学宿耋,有中年英士,有青年才俊,均来自杰出法学学府与研究机构。本社教材,正旨在秉承法学先辈之思想财富,与新一代法律人分享。

自我国建设国家级教材以来,本社延揽名家,于此多有收获。从更早的国家级规划教材,到“九五”、“十五”,再到2006年评定的“十一五”国家级规划教材,法律出版社之法学类国家级教材,积累已多,忝居诸社首列。为整体性展现这批品质教材,本社乃以“普通高等教育国家级规划教材系列”为题,统一推出。

“好书,同好老师和好学生分享”,本社愿与法律共同体诸同仁,与中国法学与法律实践的学习者和建设者一起,分享好书,分享智识,分享法治进程中的点点滴滴。

法律出版社

作者简介

梁慧星 中国社会科学院学部委员、中国社会科学院法学研究所研究员。1944年1月出生，四川青神人。1966年毕业于西南政法学院；1981年毕业于中国社会科学院研究生院，获民法硕士学位。1985年至1988年担任《法学研究》杂志副主编；1988年晋升研究员，担任民法室主任；1990年国家人事部授予“有突出贡献中青年专家”称号。现任《法学研究》杂志主编、中国社会科学院研究生院教授。主要著作包括：独著《民法》、《中国民法经济法诸问题研究》、《民法学判例与立法研究》、《民法解释学》、《民法总论》、《裁判的方法》、《法学学位论文写作方法》；合著《合同法》、《经济法的理论问题》、《民法债权》、《物权法》、《中国物权法研究》、《中国民法典草案附理由》；主编《民商法论丛》、《中国民商法专题研究丛书》。

修订三版序言

本书初版于1996年,修订再版于2001年。此次修订,涉及章节调整、论据添加、注释增补、字词改错及个别见解变更,凡百余处。华东政法学院民商法研究生李宇同学曾预先校阅全书,所提出修改意见,大部被采纳。谨此表示感谢。

梁慧星
于云南昆明六榕居
2007年6月18日

序 言

本书是司法部教材编辑部组织编写的“九五”高校法学规划教材民商法教材系列的一种,出版于1996年。当时合同法尚在起草之中,书中涉及合同法的内容时都是引用草案。现在依据合同法有关条文作了修订,并对若干章节作了补充、调整,对错误和不准确之处作了订正,增补了注释。此次修订得到许多朋友的鼓励和帮助。在北京大学做博士后的张谷同志对本书从体例结构、论点论据、文字注释等诸方面提出七十条修订意见,大部被采纳。谨此致谢。

作者

2001年1月26日

目 录

第一章 导 论	(1)
第一节 民法概述	(1)
第二节 民法的法源	(25)
第三节 民法的本质	(30)
第四节 民法的本位	(39)
第五节 民法的基本原则	(43)
第六节 民法与邻近法律部门	(50)
第七节 民法学及其学习方法	(52)
第二章 民事法律关系	(56)
第一节 民事法律关系的概念	(56)
第二节 民事法律关系的要素	(57)
第三节 民事能力	(64)
第四节 民事权利	(69)
第五节 民事义务	(82)
第六节 民事责任	(83)
第三章 民事主体——自然人	(88)
第一节 民事权利能力	(88)
第二节 人格权	(91)
第三节 民事行为能力	(103)
第四节 监护	(105)
第五节 宣告失踪制度	(109)
第六节 宣告死亡制度	(110)
第七节 住所	(115)
第四章 民事主体——法人	(116)
第一节 法人的概念	(116)
第二节 法人的本质	(117)
第三节 法人的分类	(120)

2 目 录

第四节	法人的民事能力	(125)
第五节	法人的成立	(138)
第六节	法人的机关	(141)
第七节	法人的住所	(142)
第八节	法人的消灭	(143)
第五章	民事权利客体	(147)
第一节	民事权利客体概述	(147)
第二节	作为民事权利客体的物	(148)
第三节	物的分类	(151)
第六章	法律行为	(158)
第一节	法律行为的概念	(158)
第二节	法律行为的分类	(160)
第三节	法律行为的要件	(168)
第四节	意思表示	(170)
第五节	意思与表示不一致	(175)
第六节	意思表示不自由	(178)
第七节	条件、期限	(180)
第八节	法律行为的解释	(189)
第九节	民事行为的无效与撤销	(194)
第七章	代 理	(210)
第一节	代理的概念	(210)
第二节	代理关系	(213)
第三节	代理权	(214)
第四节	代理的分类	(222)
第五节	代理行为	(224)
第六节	无权代理	(229)
第七节	表见代理	(232)
第八章	诉讼时效	(237)
第一节	时效的概念	(237)
第二节	诉讼时效的效力	(240)
第三节	诉讼时效的客体	(243)
第四节	诉讼时效的期间	(245)

第九章 期日、期间	(252)
第一节 期日、期间的意义	(252)
第二节 期日、期间的计算	(253)
第十章 权利的行使	(256)
第一节 权利行使概说	(256)
第二节 诚实信用原则	(258)
第三节 权利滥用之禁止	(265)
第四节 私力救济	(269)
第十一章 民法的效力、适用与解释	(277)
第一节 民法的效力	(277)
第二节 民法的适用原则	(278)
第三节 民法的适用与解释	(280)
第四节 民法解释方法	(283)
主要参考著作	(288)

第一章 导 论

第一节 民法概述

一、民法的概念

(一)民法之语源

近代民法一语,是从罗马法之 *Jus civile* 一语沿袭而来。故罗马法之市民法,为今日各国民法之语源。

罗马法有市民法(*jus civile*)与万民法(*jus gentium*)之分。前者适用于罗马市民,后者适用于罗马市民以外的人。自第3世纪后,因对罗马境内所有的住民均赋予市民权的结果,市民法与万民法的对立遂告消失。于是,中世纪以来,*jus civile* 一语,遂成为罗马法的总称,其后用于私法之义。在法语为 *droit civil*, 英语为 *civil law*, 德语为 *Buergerliches Recht*, 荷兰语为 *Burgerlyk Regt*。日语之“民法”二字,是庆应四年,学者津田真道由荷兰语翻译而来。中国民法学者梅仲协在所著《民法要义》中指出:民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛,东瀛则复从拿翁法典之 *droit civil*, 译为今称。^{〔1〕}

中国历史上之中华法系,并无法律领域之划分,各种社会关系,均由同一法律调整。即学者所谓诸法合一,并无民刑之分。历代封建统治者虽重视法典编纂,但多为刑法之规定。其中涉及民事关系者,如户、婚、钱债等,亦仅以采用刑罚制裁者为限,实质上仍属刑法规范。而一般民事关系,主要由习惯法调整。其根源在于,在漫长的封建社会中,因统治者长期推行重农抑商的经济政策,自给自足的自然经济始终占据主导地位。商品生产和商品交换被限制在狭小的范围内,市场经济极不发达。且在政治上实行专制主义统治,个人自由、平等、权利、义务等观念无由发生。因此不具备民法产

〔1〕 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。

生和发展的基本条件。至清末进行法制改革,聘请日本学者松冈义正起草民法典草案,始有现代意义的民法。可见,中国民法是由继受而来。

(二)形式民法与实质民法

民法,有所谓形式的民法与实质的民法之分。形式的民法,即指以民法命名的成文法典。实质的民法,不仅包括成文的民法典,还包括一切具有民法性质的法律、法规及判例法、习惯法。

(三)普通民法与特别民法

民法又有普通民法与特别民法之分。所谓普通民法指民法典。民法典为整个私法之普通法。民法典对于人、地域、事项等不作限制,规范一般的民事生活关系,因此属于普通法。在采民商合一的国家的各民事单行法,及在采民商分立的国家的商法典,相对于作为普通法的民法典而言,属于特别法。中国采民商合一主义,现行民法通则相当于民法典的普通法地位,而公司法、票据法、海商法、保险法、专利法、商标法、著作权法等均属于特别法。法官裁判案件时,遇普通法与特别法均有规定的事项,应当优先适用特别法的规定。

二、习惯民法与成文民法

从民法发展沿革上讲,是先有习惯民法,后有成文民法。恩格斯在《论住宅问题》一书中写道:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^{〔2〕}这段话非常精辟地揭示了民法的产生和发展过程,这就是先有习惯,然后由习惯发展成为法律。这里所说的法律当然包括习惯法和成文法。

习惯民法的历史无从查考。迄今我们可以在一些文明发展较迟的民族和地区发现它的存在。成文民法的历史至少可以上溯到距今四千多年前。1901年12月一支法国探险队在伊朗古城苏萨发现的汉谟拉比法典,是公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比(约公元前1792—前1750年在位)颁布的法律,无疑是世界上迄今完整保存下来的最早的法典。该法典正文共计282条,其中所规定的虽不限于民法,但属于民法的条文有237条,占全部条文的84%。

〔2〕《马克思恩格斯选集》(第2卷),第538~539页。

三、罗马民法

古代法典中对后世民法影响最大的是罗马法。罗马法已有二千七百多年的历史,最初是一个很小的农村公社的习惯法,后来发展成为一个拥有广大领土和多种民族的商业社会的比较完备的法律。公元前450年,罗马共和国元老院迫于民意,设立立法委员会,收集整理当时的习惯法规则,制成法律条文予以公布,成为罗马最早的成文法即“十二铜表法”。十二铜表法的大部分条文(第三表至第八表)属于规定民事关系的法律规范。随着罗马帝国版图的扩张,社会经济关系日益复杂,调整民事关系的法律规范日积月累,变得非常庞杂繁复。于是就产生了法律编纂问题。公元527年,东罗马帝国皇帝优士丁尼继位,第二年设立法典编纂委员会,开始了法典编纂工作。委员会首先对罗马帝国现存法律进行整理修订,剔除其中过时的和相互矛盾的内容,编成《优帝法典》;其次,对罗马法学者的理论著作进行摘录,编成《学说汇纂》;然后仿照通行的教材,编成法律教科书即《优帝法学阶梯》;最后将帝国新颁布的法令汇编为《优帝新律》。上述《优帝法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《优帝新律》被赋予同样的法律效力,共同构成完整的罗马法典,世称“民法大全”。可见,罗马法本身经历过一个漫长的发展过程。罗马法的内容非常庞杂,从现代法学观点来看,包括不同性质的法律规范,甚至实体法与程序法合为一体,没有像现代法一样的部门划分。但罗马法中最主要并对后世立法产生深远影响的,是规定民事关系方面的规范即民法。罗马法反映简单商品生产的要求,对商品生产和商品交换中一切主要的法律关系,例如买主与卖主、债权人与债务人,以及所有权、契约、侵权行为等作了明确的规定。现代民法的主要法律概念、原则和制度,在罗马法中都有规定。因此,恩格斯在论及罗马法的本质时指出:“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法,但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系。因此,这正是我们的市民在他们兴起时期所需要,而在当地的习惯法中找不到的。”〔3〕

四、近代民法与现代民法

(一)近代民法之制定

近代各国制定民法,均有其特殊政治社会背景。1804年的法国民法典,旨在重建法国大革命推翻旧政权后之法律秩序,以贯彻自由、平等、博爱

〔3〕《马克思恩格斯全集》(第36卷),第169页。

的理想。奥地利民法典的制定,是为了推行女皇 Maria Theresia 的政治及行政改革。1900 年的德国民法典,旨在实践一个民族、一个国家、一个法律的目标。1898 年公布施行的日本民法典,则是明治维新的产物,目的在于推行维新变法及废除领事裁判权。中国在清朝末年制定民法典,与日本民法相似,目的亦在变法图强。^[4]

(二) 近代民法模式

由欧洲大陆法所确立的民法近代模式,其集中表现为:其一,抽象的人格。即对于一切人,不分国籍、年龄、性别、职业,具有平等的权利能力。当时,在资本主义体制下作为商品交换主体的劳动者、消费者、大企业、中小企业等具体类型,在民法典上,被抽象为“人”这一法人格。法人的权利能力,被认为与自然人相同,仅法人格的取得,因公益法人、营利法人而有不同。其二,私的所有。私的所有制,是资本主义社会的根基。其确立,系近代法的辉煌成果。民法典规定的以所有权为中心的物权制度,使私的所有制法律制度化。物权,被视为绝对权和对世权,具有可以对抗一切人的绝对性。其三,私法自治。私法上的法律关系之创设,纯依私人的自由意思。此私法自治,与自由平等的人格,为近代私法的根本原则。私法自治,是维持市场自由竞争的法原则。作为私法自治原则的下位的原则,有契约自由、遗嘱自由、团体设立的自由诸原则,其中,以契约自由原则为最重要。其四,自己责任。私法自治,系自由平等的法人格者的意思自治。因此,自由之行使致他人遭受损害或不利益的情形,行为人只在有故意、过失时,始承担民事责任。此即所谓自己责任原则。

(三) 现代民法模式

所谓民法的现代模式,其集中表现为:其一,具体的人格。基于抽象的法人格,由于对一切人作抽象的对待,在多种法律关系中,造成了经济上的强者,对经济上的弱者的支配,反过来动摇了民法的基础。其结果,导致从抽象的法人格中,分化出若干具体的法人格。其典型的例子,是在劳动法上形成了劳动者的具体人格,由雇用契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。其次,为了阻止大企业垄断的弊害,经济法和反垄断法,成为着眼于企业的规模、业种的独立的法域。此外,在消费者保护法及环境保护法

[4] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北 1996 年版,第 4 页。

上,消费者和公害的受害者,成为独特的法人格类型。^{〔5〕}其二,私的所有者的社会制约。私的所有制,不仅是近代法的根基,即使在现代法上也未被根本动摇。但是,对土地所有权的公法规制,及对某些生活物资的统制,使所有权具有社会性。即所谓所有权附有义务。禁止权利滥用的法理之发达,也突显出所有权的社会性。其三,受规制的竞争。民法的近代模式中,变化最大的莫过私法自治原则,特别是契约自由原则。自由竞争,为近代社会之活力源泉;但也带来社会的许多弊害。所谓“私法的公法化”,即为了防止和纠正这些弊害而对交易进行公法的规制,造成了契约制度衰退的印象。作为近代民法基本原则的私法自治,已经受有限制,不再是从前的状况。其四,社会责任。现代社会中,公害事故、交通事故、缺陷产品致损事故等大量的受害的发生,使支持个人的自己责任的社会、经济伦理,发生动摇。与此相应,代替个人的过失责任,产生了以举证责任转换所加重的过失责任(过失推定)、危险责任、无过失责任,此外还导入了与民事责任无关的、社会保障性质的受害补偿制度。

值得注意的是,民法的现代模式并非完全取代其近代模式,而是构成两者共生的现象。在近代模式与现代模式之间,起桥梁作用的是判例和特别法,此外,诚实信用原则等一般条款也起着重要作用。从理论上说明此两种模式的共生现象,应是民法解释学上饶有兴味的研究课题。^{〔6〕}

五、大陆法系民法与英美法系民法

大陆法系因支配整个欧洲大陆各国而得名,因在历史上是由罗马法演变而来,故又称罗马法系。11世纪至16世纪之间,罗马法法律思想风靡欧洲各国,其中尤以法国、德国受其影响最巨。法国于16世纪至18世纪所制定的有关商事、海事、民事的法律,以及1804年颁布的拿破仑法典,无不师承罗马法。德国在15世纪末,曾将罗马法作为普通法而予适用,其后各种法典之制定,亦大抵脱胎于罗马法。法、德均为欧洲大国,具有影响力量,其立法与法律思想遂为欧陆各国所仿效,并进而影响亚洲、非洲和拉丁美洲各国,成为一个气势磅礴的大陆法系。大陆法系民法形式上的特征,在于法典

〔5〕 新修正的德国民法典正式将消费者与经营者作为两类特殊主体规定于总则的第一章第一节之中(第13、14条),以贯彻对消费者的特别保护及对经营者的特别规制,突破了民法典只规定抽象人格的传统做法,反映了现代民法的趋势。

〔6〕 本节近代民法与现代民法,系参考北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第13~16页。

化即制定有成文的民商法典。

英美法系又称普通法系,是由英国法发展而来,而与大陆法系相对称。在11世纪以后,英国逐渐有巡回审判及陪审制度的建立,审判案件系以盎格鲁撒克逊民族固有习惯及累积的判例为主要依据。此种不成文的法律称为普通法或习惯法。英国资产阶级革命后,保留了历史上形成的判例法制度,在此基础上吸收了罗马法的许多术语和法律原则,借助于罗马法发展了旧的制度,使之适应资本主义市场经济的要求。因此,英国民法没有采取法典形式,而是由判例法规则和一些制定法构成契约法、财产法、家庭法和侵权行为法等法律分支,它们在内容上相当于大陆法系的民法。16世纪以后,英国殖民地遍及海外,其法律制度均受英国法的支配。美国于1776年独立以后,其民商法制及司法制度仍因袭英国法,且英国判例迄今仍为美国法院所引用。故美国法实渊源于英国法,形成了英美法系。^[7]值得注意的是,20世纪以来,大陆法系和英美法系出现相互渗透和接近的趋势,其集中表现为大陆法系国家对判例的重视以及英美法系国家尤其是美国愈来愈重视编纂法典。因此,学者指出两大法系有合流的趋势。^[8]

六、民法的构造⁹⁾

(一)民法上的法律关系模型

民法所设想的社会关系如下:

有甲、乙二人,各有自己的财产A、B。甲、乙二人相互协商,就交换各自的财产达成合意。另有一人丙,对甲或乙(及其财产)实施了侵害行为。这样,三当事人间就形成了需要由民法予以规范的三种不同的关系。

第一,甲、乙之间的约束关系;

第二,甲、乙与各自的所有物之间的关系;

第三,甲、乙与加害者丙之间的关系。

第一种关系,在民法上称为契约关系。第二种关系,是财产所有关系。第三种关系,又依对所受侵害的救济方法不同而分为两种情形:其一,在财物被侵占的情形,则要求加害人丙返还财物;其二,在财物被毁坏不能返还,

[7] 但美国法经历了独特的发展历程,在契约法、侵权行为法、商法等领域呈现出自己的特色。

[8] 参见管欧:《法学绪论》,台北1982年第44版,第32页。

[9] 本节从民法所设想的法律关系模型以阐明民法的逻辑构造,系参考内田贵:《民法I总论·物权总论》,东京大学出版会1994年初版,第11~17页。

或人身伤害的情形,则要求以金钱赔偿损害。这就是民法所规范的基本的关系。

(二) 权利与义务

以上三种关系,民法用权利与义务的概念予以表现。换言之,民法将市民社会的各种社会现象,还原为所谓权利义务的法律概念。上述第一种契约关系中,甲、乙间因契约的成立,甲对乙取得一定的权利。反而言之,则乙对甲负有一定的义务。民法上,关于契约关系发生什么样的权利义务,乙怠于履行义务时甲可以采取什么样的保护手段等,规定了各种规则。这些规则就构成契约法。

第二种关系,即财产所有关系中,甲、乙对各自所有物的关系,被作为对物的权利,称为所有权。民法就所有权的内容设立了详细的规则,同时在所有权受侵害(财物被侵占)的情形,所有人可以采取的救济方法(要求返还财物),也被纳入所有权的效力之中。这就是所有权法。

第三种关系,即侵害关系,在基于所有权的救济(要求返还财物)之外,给予受害人请求金钱赔偿的权利。有关的规则构成侵权行为法。

(三) 以契约和所有权为基轴的体系化

基于以上三种典型的法律关系,构成契约法、所有权法和侵权行为法。英美法系国家虽然没有民法典,而所谓普通法即是大致按照这种模式对判例法加以整理,形成契约法、财产法、侵权行为法,此外还有家庭法。法国民法典的结构也与此种模式大致相当,即第一编人,是关于法律关系主体的规定,亲属法也包含在内;第二编财产,即关于对物的权利的规定;第三编财产取得方法,系以契约法为中心,侵权行为法也包含在内。

(四) 以物权和债权为基轴的体系化

与法国民法典不同的是德国民法典,作为权利义务的体系化构成更为彻底。日本民法典、中国民国时期制定的民法典(现在的中国台湾地区“民法典”)均系仿照德国民法典的结构。

首先,因契约关系所生的权利,具体地讲,是要求契约的相对方遵守其约束的权利;抽象地讲,则是要求特定的相对方为某种行为的权利。例如,甲要求乙为交付财物B的行为。这种权利称为债权,而与此对应的相对方的义务,则称为债务。因此,契约被作为发生债权的原因。

按照这样的抽象化的思考方法,在前述第三种关系中,要求损害赔偿的权利,也可以说是要求作为加害人的特定的相对方为支付赔偿金的行为的

债权。这样,侵权行为和契约都是债权的发生原因。

与此相对应的是,前述第二种关系的权利,即人对物的权利。为了与债权相区别,被称为物权。

于是民法上作为法律关系模式的三种法律关系,所发生的权利被归结为两类:其一,债权,涵盖了契约即第一种法律关系和侵权行为即第三种法律关系;其二,物权,即所有权,属于第二种法律关系。

(五) 债权法的体系

但是,债权和物权这种分类,还未将法律关系模式所可能发生的事态完全包括。

让我们先看债权,现实中存在既非契约,也不构成侵权行为的情形,而可能发生要求特定的相对方为某种行为的权利。例如一个出租车驾驶人发现一个行人倒在路旁,主动将他送进医院治疗,出租车驾驶人应当向该人要求支付运费和医药费的权利。这在民法上称为无因管理,也作为债权发生原因之一。

其次,虽然缔结契约,却因某种情事而无效,但一方不知无效已经交付了标的物,后来要求返还。因契约无效,这一返还请求不能以契约所生债权为根据。这种无合法原因而交付物或金钱,而使相对方获得不当的利益的情形,应当发生请求返还的特别债权。民法将这种情形称为不当得利,也作为债权发生原因之一。

这样,债权的发生原因,就有契约、无因管理、不当得利和侵权行为四种。^[10] 有关的规定,在民法上就称为债权法。这就是债权法的体系:

债权法——债权的发生原因	{	契约 无因管理 不当得利 侵权行为
--------------	---	----------------------------

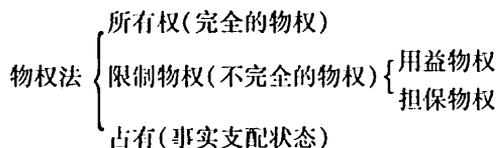
(六) 物权法的体系

让我们再看物权。作为对物的权利,仅有所有权一种,则于实际生活多有不便。所谓所有权,是对物的完全的支配权。例如土地,土地所有人将所有权内容中的一部分,如用益的权能让与他人,即由该他人支配其使用价值。这种由所有权利能之一部分(用益权能)构成的权利,称为用益物权。

[10] 此为最常见的债权发生原因。此外还有悬赏广告、证券之发行、捐助行为等。

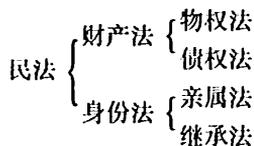
例如地上权(基地使用权)、永佃权(农地使用权)。在所有权的内容中,除用益权能外,还有支配物的交换价值的权能。土地所有人将土地供作债权的担保,即将所有权中支配交换价值的权能让与他人,由该他人支配其交换价值。这种对物不能加以利用,而由支配交换价值的权能所构成的权利,称为担保物权。例如抵押权、质权。用益物权和担保物权,其内容被限定于所有权的权能之一部,因此称为限制物权。

这样,民法在所有权之外又承认几种物权(另外还有作为事实支配状态的占有),这些规定就构成物权法:



(七) 民法的体系

以上的债权法和物权法,合称财产法。^[11] 而民法除规范财产关系外,还规范身份关系。设想一个男人和一个女人,由于相互爱慕而恋爱,由恋爱而结婚;一经结婚组成家庭,即发生夫妻关系;进而生育子女,即发生父母子女关系;子女再结婚、再生育子女,即发生各种亲属关系。关于因家庭而发生的各种身份关系及财产关系的法律规则,构成亲属法。此外,因某个家庭成员死亡而发生的财产移转的法律规则,构成继承法。继承法属于以身份关系为基础的财产法。债权法、物权法、亲属法和继承法,就构成整个民法的体系:



七、民法的编纂

(一) 民商分立与民商合一

1. 民商分立主义

大陆法系民法,在立法体例上有所谓民商分立主义与民商合一主义。其中,民商分立为旧制,为19世纪前进行民法编纂的国家所采用。如法国、

[11] 值得注意的是,大陆法上的财产法概念与英美法上的财产法概念有重大差异:后者是指调整对世性的财产权的法律部门,与契约法、侵权行为法等并列,大体上相当于大陆法上的物权法。

德国、日本、西班牙、葡萄牙、荷兰、比利时。这些国家均有民法典和商法典，其中商法典为民法的特别法。

2. 民商合一主义

民商合一主义，系 19 世纪以后进行民法编纂的国家所采用的立法体例。1847 年，意大利学者摩坦尼利(motanelli)提出“民商二法统一论”，主张制定统一的民法典，得到各国学者赞同。采纳此主张制定统一民法典的国家有瑞士、泰国、意大利、苏俄、匈牙利等。

民商合一主义的主要论据如下：

其一，近代商法典的前身是中世纪欧洲商人团体的习惯法，亦即商人的法。但现在所谓商人这个特殊的阶层已不存在，甚至特殊的商行为亦已失去其特殊性。如像票据制度、保险制度等过去仅商人利用的制度，现今已普及于社会生活的各个方面，为全社会的人所利用。

其二，即使在民商分立的国家，也难以确立划分民事行为与商事行为的严格界限，有的国家只是以民事法庭和商事法庭的管辖来划分，有很大的任意性，因民法典与商法典的并存而引起法律适用上的困难和混乱。^[12]

3. 中国现行立法系采民商合一主义

中国清末进行法制改革，本采民商分立主义，分别起草民法典和商法典。至国民政府制定民法，改采民商合一主义。1949 年后由于继受苏联民法理论，迄今仍坚持民商合一。改革开放以来，偶有个别学者主张制定商法典，但未为立法部门和绝大多数学者所接受。

4. 中国制定民法典应坚持民商合一主义

大陆法系民法编纂向来有所谓民商分立与民商合一之别。其中民商分立为旧制，为 19 世纪前编纂民法的国家所采。如法、德、日、西、葡、荷、比等是。但民商分立，非出于理性认识，而是由历史传统形成的既成事实。原因是欧陆各国在资本主义的早期发展中，形成商人特殊阶层和特殊利益，形成商事习惯和商事法庭，形成了独立于民法之外的商法。如法国于 1673 年路易十四统治时期，颁布了《陆上商事条例》，即第一个商法。1681 年又颁布了《海事条例》，类似于海商法。至法国大革命后拿破仑主持法典编纂时，法国商事法已有 100 年的历史，民商分立已经是历史既成事实。

资本主义的市场经济因各国资产阶级相继掌握政权而获得进一步的发

[12] 参见谢怀栻：“大陆法国家民法典研究”，载《外国法译评》1995 年第 2 期，第 7~8 页。

展。市场经济大发展的结果,导致人的普遍商化,生产者直接成为商人,商人直接成为生产者,商业职能与生产职能融合为一,并进而导致商人特殊阶层和特殊利益的消失。从前经营商业是商人的特权,现今已为人人得而为之。有鉴于此,1847年意大利学者摩坦尼利率先提出“民商二法统一论”,得到各国学者响应。瑞士首先采纳民商合一主义,1881年制定债法,1925年制定民法典,1937年将债法并入民法典作为其中一编。其后,1922年苏俄民法典,1925年泰国民法典,1957年匈牙利民法典,1978年南斯拉夫债法、1994年俄罗斯联邦民法典等,均采民商合一主义。意大利原属民商分立,有1865年民法典和1882年商法典,后改采民商合一,将原民、商二法典合并为1942年的新民法典。荷兰、魁北克与此类似,1992年荷兰民法典、1994年魁北克民法典均废止原先的民商分立而改采民商合一。尚在制定过程中的欧洲民法典(European Civil Law)亦已确定采用民商合一主义。

中国清末改制,聘请日本学者松冈义正起草民法典草案,本采民商分立主义。后国民政府制定民法时,由立法院长胡汉民、副院长林森向国民党中央政治会议提议,请订民商统一法典。其提案谓:“查民商分编,始于法皇拿破仑法典,维时阶级区分,迹象未泯,商人有特殊之地位,势不得不另订法典,另设法庭,以适应之。欧洲诸邦,靡然相效,以图新颖。然查商法所订定者,仅为具有商业性质之契约,至法律上原则或一般之通则,仍须援用民法。而商法上最重要之买卖契约,且多在民法中规定,是所谓商法者,仅为补充民法之用而已。其于条例,固已难称美备,且社会经济制度递嬗,信用证券日益发达,投资商业者风起云涌,一有限公司之设立,其股票与债券类分散于千百非商人之手,而签发支票汇票等事,昔日所谓之商行为,亦非复商人之所专有,商行为与非商行为之区分,在学说上彰彰明甚者,揆诸事实,已难尽符。……吾国商人本无特殊地位,强予划分,无有是处。此次订立法典,允宜考社会实际之状况,从现代立法之潮流,订为民商统一之法典。”经中央政治会议决议交付审查,经胡汉民等拟定民商法划一提案审查报告书,提请公决,复经中央政治会议第183次会议通过,交由立法院遵照起草,完成民商统一之民法典。^[13]

上述民商法划一提案审查报告书,详述采民商合一之理由,归纳其要点如下:

[13] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第26页。

第一,商法之于民法以外成为特别法典者,实始于法皇路易十四,维时承阶级制度之后,商人鉴于他种阶级各有其身份法,亦遂组织团体,成为商人阶级,而商法法典渐亦相因而成。此商法法典别订于民法法典之外者,乃因于历史上商人之特殊阶级也。我国自汉初弛商贾之律后,国民同受治于一法,买卖钱价,并无民商之分。清末虽有分订民法法典及商法法典之议,民国以来亦沿其说,而实则商人本无特殊阶级,亦何可故为歧视。

第二,反对民商法典合一者之言曰:商法所订,重在进步,民法所订,多属固定。此在昔日之陈迹,容或有之,不知凡法典应修改者,皆应取进步主义,立法者认为应修改即修改,与民商合一与否无关。例如英国民商合一,而公司法施行后亦有数次之修改,而德国为民商分立之国,乃商法之改变还不如英国,于此可见进步与否,并不在民商之合一与否。

第三,反对民商法典合一者之言曰:商法具有国际性,民法则否。此亦狙于旧见之说,民商合一,对于商事法规应趋于大同与否,立法者尽可酌量规定,并不因合一而失立法之运用。

第四,昔时各国之商法,以人为标准,即凡商人所为者,即入于商法,德国于1897年所订之商法亦然。法国自大革命之后,以为不应为一部分之人专订法典,故其商法以行为为标准,即凡商行为即入于商法。然何种行为系商行为,在事实上有时颇不易分,我国如亦编订商法法典,则标准亦殊难定。

第五,各国商法之内容,极不一致,日本商法分为总则、公司、商行为、票据及海商五编。德国商法无票据,法国则以破产法及商事法院组织法订入商法法典。可知商法应规定之事项,原无一定范围,而划为独立之法典,亦止自取其扰。再法典应订有总则,取其纲举目张,足以贯穿全体,关于商法则不能以总则贯穿其全体。

第六,在有商法法典之国,其商法仅系民法之特别法,而最重要之买卖契约,仍多规定于民法,而民法上之营利社团法人,仍须准用商法。则除有特别情形,如银行交易所之类外,民法商法牵合之处甚多,无取于两法之并立。且民商划分,如一方为商人,一方非商人,适用上亦感困难。^{〔14〕}

1949年中华人民共和国成立,国民政府制定的中国民法典在大陆被废除,以后仅在台湾地区适用,并对台湾地区经济的发展起了重大作用,民商合一主义之合理性迄今未有任何动摇。中国大陆则转而继受苏联的民法立

〔14〕 引自胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第27~28页。

法和理论,而苏联亦系民商合一,因此民商合一至今未变。现行民法通则、合同法、担保法均为民商合一之立法。海商法、公司法、票据法、保险法、证券法等,均属民事特别法。可见仍坚持民商合一的立法体例。民商合一绝不是轻视商法。其实质不过是将民事生活和整个市场适用的共同规则集中规定于民法典,而将适用于局部市场或个别市场关系的规则,规定于各民事特别法,如公司、票据、证券、海商、保险等法。民商合一所反映的正好是现代化市场经济条件下的所谓“民法的商法化”。毫无疑问,应继续坚持民商合一主义的立法体例。

(二) 编纂体例

1. 两种编纂体例

民法之编纂体例,有两种。其一,罗马式,又称法学阶梯式;其二,德意志式,又称潘德克吞式。

罗马式乃仿效罗马法学家盖尤士的法学教科书《法学阶梯》(Institutiones)的体例,分为三编,第一编人法,第二编物法,第三编诉讼法。法国民法典即采此体例,唯将诉讼法排除在外,第一编人,第二编财产及对所有权的各种限制,第三编取得财产的各种方法。

德意志式又称潘德克吞式(Pandectae),乃是德国法学者于著述中所用体例,为德国民法典所沿用。共分五编,第一编总则,第二编债权,第三编物权,第四编亲属,第五编继承。

2. 潘德克吞式编制体例

潘德克吞一语,系罗马法大全即优士丁尼法典中的《学说汇纂》(Pandectae)的音译。19世纪的德意志法学,通过对《学说汇纂》的研究构成近代民法理论体系,称为潘德克吞法学。基于这一理论体系所制定的德国民法典,被称为潘德克吞式民法典。以德国民法典为模式的民法典编纂方式,称为潘德克吞式编制体例,亦称德国式编制体例。

所谓潘德克吞式编制体例,即民法典的编排依前述民法体系分为债权、物权、亲属、继承四编,而在此四编之前设总则编,规定民法共同的制度和规则。这样,民法典共分五编,第一编总则,然后依次为债权编、物权编、亲属编、继承编。不仅如此,债权、物权、亲属、继承各编之开头,均设有第一章,规定该编的共同制度和规则,作为该编的总则。以日本民法典为例:第一编民法总则;第二编物权,其第一章物权总则;第三编债权,其第一章债权总则,第二章契约,其第一节契约总则;第四编亲属,其第一章亲属总则;第五

编继承,其第一章继承总则。

3. 潘德克吞式的特色

潘德克吞式编制体例的特色,在于规定各种法律关系,如买卖、赠与、借贷等契约关系时,为了避免重复规定,将各种法律关系中的共同性制度和规则抽出,集中规定在各别的规定之前,称为总则。这样,关于各种契约的共同规定,作为契约的总则;关于契约、无因管理、不当得利和侵权行为的规定,作为债权总则;关于物权、债权、亲属、继承的共同规定,作为民法典的总则。这一编制体例,因着重法律规则的逻辑性和体系化,有利于保障裁判的统一性和公正性。

潘德克吞式编制体例的长处,正在于这种彻底的体系化,从一般到特殊,从抽象到具体。但也正是这一特点,使初学者感到困难。因为它违反从具体到抽象、从特殊到一般的认识规律。对于一个初学者来说,总则规定因为太抽象,总是比具体规定更难于理解。此外,从法律适用的观点看,法典的规定与现实的法律关系并不对应,未经专业训练的普通人难于掌握。例如,要了解关于买卖的规定,不能只查阅法典买卖契约一节的规定,在买卖契约的规定之前,还须查阅契约总则的规定,在契约总则之前还应查阅债权总则的规定,在债权总则之前还须了解民法总则的规定。因此,潘德克吞式民法典,被认为是为法学家制定的法典,称为学说法。

4. 中国制定民法典应采德国式编制体例

大陆法系民法典之两种编制体例,学者通说认为以德国式为优。中国制定民法,从清末以来,自大清民律草案至民国时期公布的民法典,均采德国式。新中国成立后,1956年的民法草案仿1922年苏俄民法典的体例,分总则、所有权、债、继承四编。其特点在于,亲属被排除在外。因婚姻家庭关系被认为不属于民法。且第二编仅规定所有权。尽管如此,仍属于德国式之变种。1964年的民法草案仅分三编,包括总则、财产的所有和财产的流转。颇为类似法国民法典的体例。1982年的民法草案第四稿分为八编:第一编民法的任务和基本原则;第二编民事主体;第三编财产所有权;第四编合同;第五编智力成果权;第六编财产继承权;第七编民事责任;第八编其他规定。这一编制体例乃是仿照苏俄1964年民法典和匈牙利民法典。

将来制定民法典是否可沿用民法草案第四稿的体例?作者以为不可。该草案将属于总则编的内容,分为第一编、第二编及第八编,并无充分理由。其第四编合同和第七编民事责任,系将债权编一分为二,这种处理亦应重新

斟酌。中国已有专利法、商标法、著作权法,第五编智力成果权已无必要。作者认为制定民法典,应当采用德国式编制体例。德国式编制体例的特点在于着重法律规则的逻辑性和体系性,法律有严谨的逻辑性和体系性,便于法官的正确适用,易于保障法制统一和裁判的公正。着重法律的逻辑性和体系性,也便于人民学习和掌握法律。民法典作为社会的法制基础,保障民主、人权的基石,人民和企业的行为准则,人民学习法律的教科书,其逻辑性和体系性很重要。因此,制定民法典应当着重法律规则的逻辑性和体系性,以采德国式编制体例为宜。建议以现行民法通则和合同法、担保法、婚姻法、收养法、继承法为基础,参照德国式编制体例,分为总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承七编。谨说明若干要点如下:

(1)以民法通则第一章、第二章、第三章、第四章、第七章和第九章的规定为基础,设计民法典的总则编。考虑到人格权为民事权利主体资格应有内容,具有与民事主体不可分离的性质,且单独设编条文畸少而与其他各编不成比例,因此人格权不宜单独设编,应将民法通则第五章第四节关于人格权的规定纳入总则编自然人一章。

(2)以民法通则第五章第一节的规定和现行担保法关于担保物权的规定为基础,设计民法典的物权编。关于担保物权,各国民法典有规定在物权编的,也有规定在债权编的,考虑到担保物权的权利性质及其成立的法定性,应与用益物权一并规定在物权编。^[15]

(3)考虑到本世纪以来市场经济和科学技术的巨大发展,产生了各种新的交易形式和新的合同类型,产生了各种新的危险和新的侵权行为类型,导致债权法内容极大膨胀,而与其他各编不成比例,因此建议以民法通则第五章第二节债权和第六章民事责任的规定为基础,参考20世纪90年代的几部新民法典的经验,设计民法典的债权总则、合同和侵权行为三编,并以债权总则编统率合同编和侵权行为编。

(4)以民法通则第五章第四节第103条、第104条、第105条的规定和现行婚姻法、收养法的规定为基础,设计民法典的亲属编,并将民法通则第

[15] 学者受立法机关委托起草的物权法草案,即按照民法典的物权编设计,见《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版。

二章第二节规定的监护制度作为亲属编的一章。亲属编亦可称为婚姻家庭编。^[16]

(5)以民法通则第五章第一节第76条的规定和现行继承法的规定为基础,设计民法典的继承编。

(6)知识产权为重要的民事权利,现行民法通则第五章第三节作了规定,但考虑到现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,并考虑到知识产权法具有变动性,不宜规定在民法典。因此,民法典不设知识产权编,而以专利法、商标法和著作权法作为民法典外的民事特别法。

(7)民法通则第八章涉外民事关系的法律适用,性质上属于国际私法,考虑到20世纪以来单独制定国际私法法典已成为共同趋势,及中国国际私法学界对单独制定法典已形成共识,因此不宜在民法典设编,建议在民法典之外另行制定国际私法法典。

八、中国民法的沿革

(一)中国历史上有无民法?

关于中国历史上是否有“民法”,学者间意见分歧。肯定中国历史上有“民法”的学者,以梅仲协^[17]、胡长清^[18]、张晋藩^[19]等先生为代表;否定中国历史上有“民法”的学者,以梁启超、王伯琦、谢怀栻等先生为代表。谢怀栻先生指出,中国几千年不存在什么私法或民法。像婚姻、买卖等属于私法范围的事,也是一部分归之于刑律,一部分归之于礼。^[20]

我们今天所谓的民法,是指以主体地位平等、意思自治、权利义务结构和民事责任为特征的近现代民法。中国历代封建统治者虽重视法典编纂,产生过唐律、明律、清律等杰出的法典,但都属于刑事法律。其中涉及民事生活关系的条文,如户、婚、钱债等,不符合近现代民法的主体平等、意思自治、权利义务结构和民事责任等特征,实质上仍属于刑法规范。因此,应当肯定中国历史上不存在民法。

[16] 参见由婚姻家庭法专家学者起草的婚姻家庭法草案,载《民商法论丛》(第14卷),法律出版社2000年版,第770~799页。

[17] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14~16页。

[18] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第16页。

[19] 张晋藩:《中国法制通史》,法律出版社1999年版,第214页。

[20] 《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第369页。

中国历史上不存在民法,其根本原因在于,漫长的封建社会中,统治者推行“重农抑商”的经济政策,自给自足的自然经济始终占居主体地位,商品生产和商品交换被限制在狭小的范围,且在政治上实行专制主义统治,个人自由、平等、权利、义务等观念无由发生,不具备近现代民法产生和发展的基本条件。现今中国民法,非中国所固有,而是清末从外国民法继受而来。

(二) 第一次民法编纂

中国自甲午战败,日渐陷于被帝国主义列强肢解瓜分之绝境,有识之士提出各种救国方策,均未奏效。因此维新派人士最早建议继受外国法律,变法图强。但统治集团内部帝党与后党之间,关于应否变法,意见相左。至1900年八国联军攻占北京,促使朝野上下达成共识:中国要富强,非学习西方法律制度不可!

1901年西太后颁布上谕,实行“新政改革”。1902年,光绪帝下诏:“参酌外国法律,改订律例”。1907年委派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣,设立修订法律馆,主持起草民刑法典。沈家本通过到日本考察的侍郎董康,邀请日本东京控诉院判事松冈义正、帝国大学刑法教授冈田朝太郎、司法省事务官小河滋次郎、帝国大学商法教授志田钾太郎来华,协助起草法典,并在京师法律学堂担任教习。中国之继受外国法,于兹揭幕。

1908年民法典编纂正式开始,由松冈义正起草总则、物权、债权三编;由陈录、高种、朱献文起草亲属、继承两编。^[21] 依据修订法律大臣俞廉三、刘若曾宣统三年九月初五日的奏疏,此次民法编纂的宗旨如下:

其一,注重世界最普通之法例。瀛海交通于今为盛,凡都邑钜埠,无一非商战之场,而华侨之流寓南洋者,生齿日益繁庶,按国际私法向据其人之本国法办理,如一遇相互之诉讼,彼执大同之成规,我守拘墟之旧习,利害相去不可以道里计。是编为振斯弊,凡能力之差异,买卖之规定,以及利率时效等项,悉采用普通之制,以均彼我而保公平。

其二,原本后出最精确之法理。学术之精进由于学说者半,由于经验者半,推之法律,亦何莫不然? 以故各国法律愈后出者最为世人注目,义取规

[21] 起草亲属、继承二编的三人,陈录是法国巴黎大学法学学士,1907年回国,担任修订法律馆纂修、法部主事等职;高种是日本中央大学法学学士,历任北洋法政学堂、京师法律学堂教习,宪政编查馆、修订法律馆编纂;朱献文是京师大学堂速成科第一期保送日本留学生,获法学学士学位。参见俞江:“清末民法学的输入与传播”,载《法学研究》2000年第4期。

随,自殊剽袭。良以学问乃世界所公,初非一国所独也。是编关于法人及土地债务诸规定,采用各国新制,既原于精确之法理,自无凿枘之虞。

其三,求最适于中国民情之法则。立宪国政治几无不同,而民情风俗一则由于种族之观念,一则由于宗教之支流,则不能强令一致,在泰西大陆尚如此区分,矧其为亚欧礼教之殊?人事法缘于民情风俗而生,自不能强行规抚,致貽渊趾就履之诮。是编凡亲属婚姻继承等事,除与立宪相悖酌量变通外,或本诸经义,或参诸道德,或取诸现行法制,务期整饬风纪,以维持数千年民彝于不敝。

其四,期于改进上最有利益之法则。文子有言:“君者盘也,民者水也,盘圆水圆,盘方水方。”是知匡时救弊,贵在转移,拘古牵文,无裨治理。中国法制历史大抵稗贩陈编,创制盖寡。即以私法而论,验之社交非无事例,征之条教,反失定衡,改进无从,遑谋统一?是编有鉴于斯,特设债权物权详细之区别,庶几循序渐进,冀收一道同风之益。^[22]

1910年年底,民法典起草完成,称为大清民律草案,是为现代中国民法之始。该草案由总则、债权、物权、亲属、继承五编构成,共1569条。其编纂体例及前三编内容,参考德国民法典和日本民法典。1911年进入审议程序。其中,总则、物权、债权三编经内阁审核之后交资政院议决;亲属、继承二编,因部分条款受到批评,认为不符合传统习俗,暂交理学馆商议斟酌,再行奏进议决。因同年10月辛亥革命推翻清王朝,这一民法典草案未及正式颁布生效。但是,通过这一民法典草案,大陆法系民法尤其是德国民法的编纂体例及法律概念、原则、制度和理论被引入中国,对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响,且充分显示了我中华民族如何在外来压力之下,毅然决定抛弃固有传统法制,继受西方法学思潮,以求生存的决心、挣扎和奋斗。

中国之继受大陆法系的德国民法,是受日本的影响。^[23]其所以不采英美法系,纯粹由于技术上的理由。大陆法系与英美法系,虽无优劣高下之分,但英美法是判例法,不适于依立法方式予以继受。其所以不采法国民法而采德国民法之主要理由,系德国民法公布在后,其立法技术及内容均较法

[22] 引自杨鸿烈:《中国法律发动史》(下册),上海书店1990年版,第906~907页。

[23] 王泽鉴:“民法五十年”,载《民法学说与判例研究》(第5册),台北1991年自版,第4页。

国民法典进步。^[24]

中国制定民法典的目的,在于废除领事裁判权及变法维新。但领事裁判权一直到抗战末期的1944年才被废除,与民法典的制定并无直接关联。唯西洋法律之继受,对中国法制之现代化,具有深远重大的影响。^[25]中国继受西方民法的结果,形成一个与中国传统律例全然不同的民法规则体系,及一个与中国传统律学全然不同的民法学知识体系。这套规则体系和知识体系与其他近代意义的部门法和部门法学及法理学一起,构成一个更大的规则和知识体系,即中国近代法和近代法学,从而替代了中国古代律例和律学。^[26]

(三) 第二次民法编纂

中华民国成立,北洋政府设立法典编纂会,后更名修订法律馆,主持起草民刑法典。乃以大清民律草案为基础,予以增删修改,于1925年完成民法修正案,史称第二次民律草案。共1745条。总则编略有变动,如在第一章第二节法人,增第四款外国法人,第三章法律行为增设第一节行为能力,且条文比大清民律草案总则编少100条。债编改动较多并采用了瑞士债务法的一些原则,如第一章通则增第一节债之发生,第五节债之消灭,增第一款通则,第二章契约与大清民律草案不同。物权编改动之处很少,只增加第六章抵押权和第八章典权。亲属编其篇目有所变动,且条理也比较清晰精密,第二章家制增第三节家产,第四章亲子增第二节亲子关系、第七节养子,第五章监护增第三节照管,比大清民律草案亲属编多出100条。继承编文字和结构改动很多,并比较清晰而有条理,条文数比大清民律草案继承编多出115条。这部法典草案曾经司法部通令各级法院作为条理引用,但最终并未成为正式法律。

(四) 国民政府的民法编纂

1927年(民国十六年)4月国民政府在南京成立,6月设立法制局,作为

[24] 王宠惠先生在其于1907年出版的《德国民法典》(英译本)中说:“与拿破仑法典不同,德国民法是川用最审慎,体裁编例最科学之法典,系最卓越德国法学者二十二年细心研究之成果。”王宠惠先生并引述英国法制史学者Maitland氏之意见,强调“德国民法系举世最缜密的国内法”。转引自王泽鉴:“民法五十年”,载《民法学说与判例研究》(第5册),台北1991年自版,第9页。

[25] 王泽鉴:“民法五十年”,载《民法学说与判例研究》(第5册),台北1991年自版,第3~4页。

[26] 俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版,第11页。

起草法律的机构。1928年12月国民政府立法院成立,取代法制局,负责法典编纂工作。1929年(民国十八年)1月29日,立法院设立民法起草委员会,由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人组成,并聘司法院院长王宠惠、考试院长戴传贤及法国人宝道(Padoux)为顾问,以何崇善为秘书,胡长清为纂修,从同年2月1日开始编纂民法典。同年4月完成总则编,经立法院4月30日审议通过,于5月23日正式公布;同年11月完成债编,经立法院11月8日审议通过,11月22日正式公布;同年11月完成物权编,经立法院11月19日审议通过,11月30日正式公布;1930年12月完成亲属编和继承编,经立法院审议通过,于12月26日正式公布。至此,民法典各编全部完成,是为中国历史上第一部民法典。该法典共分总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这一法典的制定,乃以第二次民律草案为基础,着重参考德国、日本和瑞士的立法经验,并参考了苏俄民法典和泰国民法典。1949年中华人民共和国成立,这一法典被明令废除。^[27]

(五) 新中国成立后的民法编纂(1949—1977)

1950年颁布第一部婚姻法^[28],使婚姻家庭关系脱离民法调整范围。1954年,根据宪法规定,由全国人大常委会组织起草民法,至1956年12月完成民法草案,分为总则、所有权、债、继承四编,共525条。由于此后发生整风、反右等政治运动,民法起草工作中断。这一民法草案以1922年的苏俄民法典为蓝本。例如,四编制体例的采用,将亲属法排除在民法之外;抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”;不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替;仅规定诉讼时效而未规定取得时效;强调对社会主义公共财产的特殊保护,等等。这表明中国民法由此前继受德国民法转而继受苏联民法。

新中国成立后,整个法律界开展了对“旧法”观点的批判。1949年前的民法教材均遭废弃,法学教育直接采用苏联民法教材,请苏联专家授课。^[29]直到1957年才出版第一部民法教材,即由中央政法干校编著的《中国人民

[27] 中共中央于1949年2月发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》,致《中华民国民法》在中国大陆地区被废除,而在我国台湾地区继续生效。

[28] 参考了《苏俄婚姻、家庭及监护法典》和革命根据地时期的婚姻法(条例)。

[29] 在院系调整后的人民大学法律系、中央政法干部学校和北京政法学院、西南政法学院、西北政法学院、华东政法学院等,主干课程教师由苏联专家担任,采用苏联教材。见何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第25~26页。

共和国民法基本问题》。^[30] 这一民法教材,是在参考苏联民法理论的基础上编写的,进一步表明中国民法学对苏联民法学的全面继受。

1950年代中国继受苏联民法和苏联民法学,与当时新中国面对资本主义国家的“封锁”,不得不采取“一边倒”的外交政策^[31],以及大规模翻译苏联民事法律和民法学著作,邀请苏联专家来华介绍苏联民事立法经验并在各法律院系任教,及派遣留学生到苏联学习法律等因素有关。但最根本的原因是,中国移植了苏联以单一公有制为基础的计划经济体制。^[32]

值得注意的是,虽然这一草案以苏俄民法典为蓝本,但由于该苏俄民法典本身乃是参考德国民法典制定的,这就决定了新中国第一个民法典草案及此后的民事立法和民法理论仍旧与大陆法系民法尤其德国民法典相通,有着相同的基本概念、基本原则、基本制度和编纂体例。^[33]

1962年,中国在经历三年自然灾害等造成的严重经济困难后,调整经济政策,强调发展商品生产和商品交换;并于当年开始第二次民法起草工作。至1964年7月,完成《民法草案(试拟稿)》。起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏俄民法的三编制:第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流转”。一方面将亲属、继承、侵权行为等排除在法典之外;另一方面将预算关系、税收关系等纳入法典,且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概念,企图摆脱苏联民法的影响,并与资产阶级民法彻底划清界限。显而易见,这一草案受到了国际、国内政治斗争特别是中苏两党论战的影响。

1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”(简称“四清运动”),导致第二次民法起草工作中断。而“四清运动”至1966年升级为“文

[30] 这部民法教材在进入1959年后已停止使用,笔者1962年考入西南政法学院法律系,民法学课改称“民事政策学”,采用本校自编的《民事政策学教材》。

[31] 毛泽东宣布,新中国不是倒向帝国主义一边,只能倒向社会主义一边。见何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第21页。

[32] 何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第323页。

[33] 因苏联民法也是从德国民法继承而来,由此决定了中国民法始终未脱离大陆法系中的德国法系。现今我国民法、我国台湾地区“民法”和日本民法、韩国民法,均继受德国民法的概念体系和编制体例,被称为“东北亚的德国法系”。见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年初版,第105页。

化大革命”。“文革”期间,各级人民法院、检察院和公安机关被撤消,称为“砸烂公、检、法”^[34],整个国家陷入无政府状态,包括政法学院在内的全部大学停办,包括民法学者在内的法律教师和研究人員被责令在“五七干校”接受思想改造,中国民法立法、司法、教学和理论研究中断。

(六) 改革开放以来的民事立法(1978—)

中国自1978年实行“改革开放”,从单一公有制基础上的计划经济体制向社会主义市场经济体制转轨,民法的地位和作用开始受到重视。1979年11月,在法制委员会下成立“民法起草小组”,开始新中国第三次民法起草工作,至1982年5月起草了《民法草案(一至四稿)》,^[35]其编制体例和内容,主要参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。此后立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难以制定一部完善的民法典,遂决定解散民法起草小组,暂停民法典起草工作,改采先分别制定单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。^[36]

1981年颁布《中华人民共和国合同法》^[37]。从“经济合同”名称的采用,到关于强调按照国家计划订立、履行合同,赋予经济合同管理机关确认合同无效的权力,以及行政性经济合同仲裁的规定,可以看出,经济合同法深受苏联经济法学理论的影响。

1985年颁布《中华人民共和国涉外经济合同法》^[38]。对外经济贸易关

[34] 1967年1月后,在地方各级成立由军队控制的“革命委员会”,下设一个“人保组”,“人保组”内部有负责侦破案件的“侦破组”和负责审理案件的“办案组”。

[35] 民法草案第四稿,包括:第一编民法的任务和基本原则;第二编民事主体;第三编财产所有权;第四编合同;第五编智力成果权;第六编财产继承权;第七编民事责任;第八编其他规定,共8编,43章,465条。这一草案虽未正式成为法律,但现行民法通则、1985年的继承法,都是以该草案相应篇章为基础,适当修改损益之后颁布的。

[36] 当时许多民法学者对立法机关暂停民法起草和解散民法起草小组的决定,持不赞成的态度。现在看来,当时如果真的制定了一部民法典,则该民法典必定主要参考苏联和东欧民法,不可能符合改革开放和发展社会主义市场经济的要求。

[37] 《合同法》共7章47条:第一章总则;第二章经济合同的订立和履行;第三章经济合同的变更与解除;第四章违反经济合同的责任;第五章合同纠纷的调解和仲裁;第六章经济合同的管理;第七章附则。

[38] 《涉外经济合同法》共7章43条:第一章总则;第二章合同的订立;第三章合同的履行和违反合同的责任;第四章合同的转让;第五章合同的变更、解除和终止;第六章争议的解决;第七章附则。

系的特殊性质决定了该法不可能以苏联经济法学理论为根据。除法律名称保留了“经济合同”概念,留有一点苏联经济法理论的痕迹外,整部法律的结构、基本原则和内容,主要是参考英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)。此为民法继受英美法和国际公约的滥觞。

鉴于民事立法中若干基本原则和基本制度不应由单行法分别规定,1985年以《民法草案(第四稿)》的总则编为基础,起草《中华人民共和国民法通则》,并于1986年颁布,1987年1月1日起施行。该法的制定,主要参考了1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。

这一时期的民事立法,尤其以经济合同法和民法通则为代表,仍然以苏联和东欧社会主义国家立法和理论为继受对象。这与国门刚打开,政治禁忌依然存在有关。

随着时间的推移,苏联和东欧国家的立法经验和民法理论,已不能满足中国改革开放和发展社会主义商品经济实践的要求。尤其进入20世纪90年代,社会主义市场经济体制被确定为经济体制改革的目标,政治禁区渐次被打破,民法学者开始参考民国时期的民法著作、我国台湾地区的民法著作和西方资本主义发达国家的民法和判例学说,致使这一时期的民事立法从继受苏联、东欧民法,转向继受市场经济发达的国家和地区的民法。

为了适应发展现代化市场经济的要求,实现交易规则的统一,与国际接轨,1993年开始合同法的起草工作。《中华人民共和国合同法》于1999年3月15日通过,同年10月1日起施行,经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法同时废止。合同法包括总则8章、分则15章,共23章428条。这部法律采用了典型的德国民法的概念体系,许多原则、制度和条文直接采自德国民法、日本民法和我国台湾地区“民法”,一些重要的制度直接采自《国际商事合同通则》(PICC)、《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《欧洲合同法原则》(PECL)和英美契约法。

为了实现有形财产归属和利用关系的基本规则的完善和现代化,1998年开始起草物权法。经过全国人大常委会先后七次审议,《中华人民共和国物权法》于2007年3月16日经第十届全国人大第五次会议通过,同年10月1日起施行,担保法有关担保物权的规定同时废止。^[39] 物权法亦采用

[39] 《物权法》设五编:总则、所有权、用益物权、担保物权和占有;共19章247条。

了典型的德国民法的概念体系,其物权变动模式采法国民法“债权合意主义”与德国民法“登记生效主义”相结合的折衷主义,主要内容参考、借鉴了德国民法、法国民法、日本民法和我国台湾地区“民法”、我国澳门地区民法,也有某些内容继受了英美财产法的制度,如建筑物区分所有权等。

1990年代以来的立法表明,中国民法对外国民法的继受,已呈现出继受目标“多元化”的现象,即在维持大陆法系的德国民法概念体系的基础上,广泛参考、借鉴发达国家和地区成功的立法经验和判例学说,兼采英美法系的灵活制度,并与国际公约和国际惯例协调一致。从“单一继受”转向“多元继受”,表明中国民法和民法学进入了一个新的发展阶段。

(七) 中国民法典的编纂

至20世纪90年代后期,中国政府确定要在2010年建成具有中国特色的社会主义法律体系。按照构想,宪法和民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等基本法应当制定成文法典。宪法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法均已制定了成文法典并在八届全国人大期间进行了修订,唯独民法未制定法典,只有一个民法通则和各单行法。虽说民法通则及各民事单行法在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面,发挥了极其重大的作用,但民法通则毕竟不能代替民法典的地位和作用,许多重要的、基本的民法制度的欠缺,已不能适应市场经济和社会生活对法律调整的要求。

1998年3月,八届全国人大王汉斌副委员长决定恢复民法典的起草工作,并委托九位民法学专家成立民法起草工作小组^[40],负责起草物权法和民法典草案。民法起草工作小组第一次会议决定的计划是:第一步,通过合同法;第二步,通过物权法;第三步,编纂民法典,实现民事法律的法典化。

2002年1月,九届全国人大李鹏委员长指示加快民法典的起草工作,

[40] 民法起草工作小组的九位成员是:中国政法大学教授江平、中国社会科学院法学研究所研究员王家福、北京大学教授魏振瀛、清华大学教授王保树、中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星、中国人民大学教授王利明、最高人民法院原经济审判庭庭副庭长费宗祯、全国人大常委会法制工作委员会原民法室副主任肖响及原经济法室主任魏耀荣。

同月法制工作委员会委托学者起草,^[41]当年即完成一部民法典草案,同年12月人大常委会对该民法典草案进行第一次审议,其后通过新闻媒体公布,征求修改意见。^[42]2004年6月,十届全国人大常委会再次变更立法计划,搁置民法典草案的审议修改工作,恢复物权法草案的修改和审议。现今,第一步制定合同法及第二步制定物权法的计划,均已实现。按照立法机关的计划,还将制定侵权行为法、涉外民事关系法律适用法和民法总则。

在中国推行改革开放政策,取得伟大成就并实现从计划经济体制向社会主义市场经济体制转轨的今天,已经具备编纂民法典的政治经济条件。制定一部既符合我国发展社会主义市场经济的实际、又符合法律发展潮流的、与国际社会相沟通的、完善的、现代化的民法典,是当前所面临的重大立法任务。唯有一部科学、进步、完善的中国民法典,才能表明中华民族已经攀上历史的高峰!^[43]

第二节 民法的法源

一、法源的意义

在古代或中世纪的社会中所谓神判及裁判,都是依据裁判者每次的判断进行,一般不能预测裁判的结果,使法的安定性受到损害,进而使民众失去对裁判的信任。而在近代国家,法院裁判案件必须遵从一定的基准。因此,发生法院裁判案件时应从何处寻求可以作为裁判基准的法律规范的问题,也就是所谓法源问题。民法,乃是规律市民的一般生活关系的规范,同时当这些关系发生纷争时,也作为法官判断的基准。所以,所谓民法的法

[41] 委托中国社会科学院法学研究所梁慧星研究员负责起草总则编、债权总则编和合同编;中国人民大学法学院王利明教授负责起草人格权编和侵权行为编;中国社会科学院法学研究所郑成思研究员负责起草知识产权编;最高人民法院唐德华副院长负责起草民事责任编;中国政法大学巫昌桢教授负责起草亲属编和继承编;最高人民法院退休法官费宗祯负责起草涉外民事关系的法律适用编。

[42] 《民法典草案(征求意见稿)》设九编:第一编总则,117条;第二编物权法,329条;第三编合同法,454条;第四编人格权法,29条;第五编婚姻法,50条;第六编收养法,33条;第七编继承法,35条;第八编侵权责任法,68条;第九编涉外民事关系的法律适用法,94条。共计1221条。

[43] 《谢怀拭法学文选》,中国法制出版社2002年版,第382页。

源,是指作为私法的普通法的实质意义民法的存在形式。^[44]

二、成文法主义与不成文法主义

作为私法普通法的民法的存在形式,有成文法与不成文法之分。法典及成文的单行法等,属于成文法;习惯法及判例法等,属于不成文法。大陆法系的国家,采以民法典为基础的成文法主义。所以,民法典、成文的特别法及附属法,为重要的法源。此外,作为对成文法法源的补充,习惯法及判例法,也起着重要的作用。中国大陆及台湾地区属成文法主义。

英美法系各国,采不成文法主义,因此判例法是基本的法源。而成文法只起补充的作用。成文法主义的优点是,法律的内容明确,有利于维持法的统一性、安定性,有利于保障裁判的公正等,其缺点是法律的内容僵硬化,缺乏弹性,难以适应社会的变动。反之,不成文法主义,比较容易修改法的内容,因而有适应社会变动的弹性。但其反面,则伴有法律内容复杂、不易了解,以致人民大众与法律知识疏远的弊害。^[45] 中国香港地区自1997年回归后其原有法制不变,仍属不成文法。

须补充说明的是,20世纪以来,大陆法系国家为补救成文法易于僵化、缺乏弹性的缺点,日益重视发挥诚信原则等一般条款及判例的作用,英美法系国家为补救不成文法内容复杂、难以了解的缺点,则日益重视法律的条文化,例如美国的法律重述和统一商法典。

三、中国民法的法源

(一) 法律

1. 民法通则

大陆法国家,民法法典为民法最主要的法源。它包罗民法规范之大部分,居于民事基本法的地位。但须注意的是,民法法典之规范未必尽属民法。其中亦有非民法规范,如程序法规范、行政法规范和刑法规范。中国尚未制定民法典,居于民事基本法地位的是民法通则。民法通则既不是民法典,也不同于民法典的总则编。民法通则共9章156条:第一章基本原则;第二章公民(自然人);第三章法人;第四章民事法律行为和代理;第五章民事权利;第六章民事责任;第七章诉讼时效;第八章涉外民事关系的法律适用;第九章附则。民法通则中也有非民法规范,如第49条、第110条规定了

[44] 参见三和一博、平井一雄:《要说民法总则》,苍文社平成元年版,第5~6页。

[45] 参见三和一博、平井一雄:《要说民法总则》,苍文社平成元年版,第6页。

法人代表人的行政责任和刑事责任。第八章为冲突规范,本应属于国际私法。

2. 民事单行法

相对于民事基本法而言,民事单行法属于民事特别法。现行民事单行法有:属于民法典债权编内容的合同法;属于民法典物权编的物权法;属于民法典亲属编内容的婚姻法、收养法;属于民法典继承编内容的继承法;属于商事法性质的单行法有海商法、公司法、专利法、商标法、著作权法、票据法、保险法、证券法。

3. 行政法律中的民法规范

行政法律中也往往包含了民法规范,也属于现行民法之构成部分。如产品质量法的第四章关于瑕疵担保责任和严格产品责任的规定,消费者权益保护法第六章、第七章关于民事责任的规定,反不正当竞争法第20条关于实施不正当竞争行为的经营者应对受侵害的经营者承担损害赔偿责任的规定,均属于民法规范。

(二) 行政法规

按照《中华人民共和国立法法》(2000年3月15日通过,同年7月1日起施行)第7条和第8条的规定,民事法律的制定和修改,属于国家立法权;有关民事基本制度的事项,只能由全国人民代表大会制定法律。按照该法第9条的规定,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院根据实际需要,对尚未制定法律的属于第8条规定的部分事项,先制定行政法规。此所谓行政法规,系指国务院所行使的立法权限的性质而言,但就其法规的内容,则有行政性法规与民事性法规的区别。例如,国务院1989年制定的《国内航空运输旅客身体损害赔偿暂行规定》即属于民事性法规。即使属于行政性法规,其中也可能包含有民法规范,例如国务院2002年制定的《医疗事故处理条例》第五章关于医疗事故损害赔偿的规定,即属于民法法源。

(三) 有权解释

有解释权的机关对民事法律法规所作解释,目的在于阐释民法规范的构成要件及法律效果以便于各级法院正确适用,甚至通过解释以补充现行法的漏洞,有创立规则的性质。亦应属于现行民法法源之一部。其中最重要的是最高人民法院的解释,如关于贯彻执行民法通则若干问题的意见,关于审理名誉权案件若干问题的解答,关于适用合同法若干问题

的解释等。

(四) 习惯法

法律有成文法与习惯法之分。就是成文法国家有了完备的民法典,也不可能做到对民事生活一切关系都有明确规定,更何况社会生活总是不断发展变化,将不断产生一些新的关系、新的问题,无法从现行法找到相应的规定。因此,各国大抵承认习惯法为民法的法源。1951年7月18日最高人民法院西南分院关于赘婿要求继承岳父母财产问题的批复,其中指出“如当地有习惯,而不违反政策精神者,则可酌情处理”。这是承认习惯法为民法法源的证明。典型的例子是关于典权的习惯。典权为中国固有制度,因民国时期制定的民法典作了明文规定,而变为成文法制度。复因该民法典在大陆被废除,再以习惯法规则存在于民间。物权法颁布前,最高人民法院有关典权的批复、解答有十多件,均承认典权作为习惯法制度,具有物权效力。^[46]

所谓习惯,是指多数人对同一事项,经过长时间,反复而为同一行为。因此,习惯是一种事实上的惯例。其通行于全国者,谓之一般习惯。通行于一地方者,谓之地方习惯。至一般人所信行者,谓之普通习惯。适用于特种身份或职业及地位者,谓之特别习惯。现代各国民法均承认习惯为法源之一。各国民法多采习惯以补充法律规定之不足。唯习惯须经国家承认时,方成为习惯法。民事采用之习惯法,必须具备以下要件:其一,须有习惯之存在;其二,须为人人确认其有法之效力;其三,须系法规所未规定之事项;其四,须不背于公共秩序与善良风俗;其五,须经国家(法院)明示或默示承认。^[47]

(五) 判例法

在英美法系国家,判例法为民法之主要法源,自不待言。大陆法系国家,民法之主要法源是民法典及其他成文法,判例法的地位不如英美法国家那样重要。中国民法理论原不承认判例法的地位。但由于民事立法很不完善,给判例法的发展留下很大的余地。最高人民法院发表的批复、解答和判

[46] 因物权法未规定典权,物权法生效后当事人关于典权的约定是否具有物权效力,将取决于最高人民法院的解释。如采严格解释,则当事人关于典权的约定,就将违反物权法定原则而不具有物权效力;如采扩张解释,将物权法定原则解释为包括“习惯法”在内,则当事人关于典权的约定即应具有物权效力。

[47] 《云五社会科学大辞典》(第六册),法律学,台北商务印书馆1971年版,第302页。

例中所形成的许多判例规则,无疑是中国民法之一部。最高人民法院法函[1992]第27号对民法通则第59条第1款“显失公平”概念进行解释确认情事变更原则,即其适例。

(六) 法理

所谓法理,指依据民法之基本原则所应有的原理。按照现行法律,所谓法理并无拘束力,因此不构成民法的法源。但有解释权的机关在对民事法律进行解释,及法官裁判案件遇法律无明文规定时,又往往以法理作为解释和裁判的根据。于是,法理通过解释或裁判获得了法律拘束力。解释或裁判引为根据的法理,因而成为中国民法之法源。

所谓法理,在日本民法称为条理;奥地利民法称为“自然的法原理”;意大利民法称为“法的一般原则”;德国民法典第一草案称为“由法律精神所得之原则”。中国清末改制,历次民法草案均仿日本民法称为条理,而民国政府1929~1930年制定民法,改称法理。关于法理与条理是否同一,有少数学者如黄右昌先生采否定说,认为法理为正当之理,属于客观的,而条理为自然之理,属于主观的。此说不合法律文义、立法解释及目的解释,故不足采。王泽鉴先生采肯定说,认为法理之基本功能既在于补充法律及习惯法之不备,使执法者自立于立法者之地位,寻求就该当案件所应适用之法则,以实现公平正义,调和在社会生活上相对立的各种利益,则所谓法理,应指自法律精神演绎而得出之一般法律原则,为谋社会生活事物不可不然之理,与所谓条理、自然法、法律通常之原理,为同一事物之名称,实质内容应无不同。因此,应采多数说,即认为法理与条理为同一概念。^[48]

关于什么是条理,日本学者亦有分歧。依通说,所谓条理,系指物的道理、事物的本性等,作为社会上一般人通常必须遵从的原理。石田穰先生指出,迄今的学说将条理视为“依理性判断事物的道理”,或“作为实定法基础的基本的价值体系”,即当作一种抽象的概念。而抽象的概念,不能起到具体判断基准的作用。因此,石田穰先生认为,所谓条理,指与法律(包括习惯法)调和的法命题。这种条理,无疑将作为决定法律或契约内容的基准。在理解了什么是条理之后,所应回答的问题是:条理是否构成法源?与刑事案件存在罪刑法定主义不同,对于民事案件即使没有成文的规范,也必须裁判解决。此即法官不得以无法律规定为由拒绝裁判案件的原则。因此,遇

[48] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第64~65页。

法律未有规定的情形,只能依据条理裁判。瑞士民法第1条规定,这种场合,裁判官应依据自己作为立法者所应制定的规范裁判。明治8年太政官布告第103号裁判事务心得第3条规定:民事裁判,无成文的法律,则依习惯;无习惯,则应推考条理裁判之。但学者认为,该裁判事务心得第3条,只是基于裁判的本质而提出的当然要求,并不是直接赋予条理以法的效力。换言之,如果将法源的意义,理解为具体法命题的法的存在形式,则条理并非法源。但若将法源广义的理解为法院裁判的基准,则条理亦应属于法源。以上日本学者关于什么是条理及条理是否为法源的解释,可以作为我们理解法理概念的参考。^[49]

(七) 学说

研究法律的人对成文法的阐释,对习惯法之认知及法理之探求所表示的意见,称为学说。^[50] 学说只是代表学者个人的意见,系属学理解释,不能直接发生任何拘束力。但在成文法国家,学说实居于领导地位。关于某一法律问题,学者见解一致者,法院裁判上多会采用,学者见解不一致者,则采多数说。唯采少数说者,亦属有之。至于法院舍学者意见而不采,独创己见者,其例殊少。于此情形,法院应负有详述理由之法律上义务,自不待言。近年来最高人民法院遇有疑难案件,往往征求学者意见并采为判决依据。学说因被采为判决依据而发生拘束力,可谓为间接的法源。

第三节 民法的本质

一、民法为市民社会的法

民法为市民社会的法。与此相对应,公法为政治国家的法。此所谓市民社会乃相对于政治国家而言。欧洲各国在18世纪末至19世纪初,发生了政治国家与市民社会的彻底分离。即以“家”为原形的各种各样的自立权力构成的传统政治社会解体,集中了一切政治要素的国家与作为纯粹经济社会的市民社会彻底分离。盖自中世纪末期以来,关于国家权力的“公”的观念,就已经开始与无关国家权力的“私”的领域相分离。但当时所谓

[49] 参见三和一博、平井一雄:《要说民法总则》,苍文社平成元年版,第11~12页。

[50] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第77页。

“私”的领域,暂时仍然包含有政治的要素。与公权力无关系的“私人”,享有“私权”。该“私权”不限于纯粹经济关系所生的权利,政治的权利也包含在内。换言之,尚未与前国家的既得权切断关系。继法兰西革命之后,在德意志也进行了一般的农民解放,破坏了既得权体系。特别是,在帝室裁判所和帝国宫廷法院因帝国的瓦解而消灭后,此前对于权利受侵害的一切场合均给予法律保护的裁判所的权限逐渐缩小,最终只对“市民相互间私的经济关系”提供法律保护。例如,在普鲁士,依1842年5月11日的法律,完全否定裁判所关于行政处分合法性的审查权,就是这一发展的结果。于是,一切政治权力集中于国家之手,另一方面则市民社会从政治国家获得解放,成为纯粹的经济社会。

何谓市民社会?一世纪时西塞罗即指出,市民社会指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况。此论以城邦制为背景,说明市民社会与城市生活的联系。此所谓市民,当指在城市生活的人。但市民社会作为近代社会科学文献中常用的概念,由黑格尔和马克思赋予了显然不同于西塞罗的含义。

黑格尔认为,市民社会是处在家庭与国家之间的差别的阶段。在市民社会中,每个人都以自身为目的,其他一切在他看来都是虚无。但是,如果他不同别人发生关系,他就不可能达到他的全部目的。因此,其他人便成为特殊的人达到目的的手段。但是特殊目的通过同他人的关系就取得了普遍性的形式,并且在满足他人福利的同时,满足自己。实际上,黑格尔所说的市民,就是合理地追求自己利益的“经济人”。因此,把他所说的市民社会理解为经济人社会,亦无不可。

马克思所谓的市民社会,是与政治社会相对应的。他认为,随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大相对立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治国家两个领域。前者是特殊的私人利益关系的总和,后者则是普遍的公共利益关系的总和。因此,社会中每一个独立的人也就担当着双重角色,他既是市民社会的成员,也是政治国家的成员。在市民社会中,人作为私人进行活动。市民就是私人,他把别人看作工具,把自己也降为工具。可以断言,马克思是按照公私法划分的传统,区分私人利益与公共利

益、市民社会与政治国家的。^[51]

二、民法为私法

(一) 公私法划分是法律最基本的分类

公私法划分是法律最基本的分类,学习法律必须从了解和掌握公私法划分入手。不掌握公私法划分,就不可能正确适用法律。

日本著名学者美浓部达吉曾举日本法的规定说明区分公私法的意义。日本医师法施行规则第9条第2项规定,开业之医师,当患者请求诊治时,非有正当理由,不得拒绝。日本民法典第218条规定,土地所有者不得设置屋檐或工作物,使雨水直泻于邻地。两者单从文字看,并无不同,在性质上均属于禁止性规定。但因公法私法之所属不同,而法律效果完全不同。在前一种情形,医师无正当理由拒绝为患者诊病,属于公法上的违法行为,应受公法上的制裁,而遭拒绝的患者不能向他提出损害赔偿请求。而在后一种情形,土地所有者设置工作物使雨水直泻于邻地,属于私法上的违法行为,受害的邻人有权向法院起诉,请求判决该土地所有者停止侵害并支付损害赔偿。

将众多法律,依一定的观点,加以归类组织而形成之秩序,学上说称为法律体系。自罗马法以来,法律在法学传统上分为二类,一为公法,一为私法。关于公法与私法的区别,涉及两个基本问题:其一,区别之标准何在?对此学者见解分歧。大体言之,凡规律国家或公共团体为其双方或一方主体者之法律关系,而以权力服从关系为基础者为公法。例如宪法、刑法及所得税法,其所规律之法律关系,属于公法关系。仅规律私人间或私团体间之相互关系,而以平等关系为其基础者为私法。例如民法、公司法、票据法、海商法及保险法,其所规律之法律关系,即属于私法关系。其二,区别之意义何在?除理论上认识目的外,在于诉讼时的法院管辖和救济程序。^[52]亦即,私法案件由普通法院(民事审判庭)管辖,适用民事诉讼程序。公法案件中,刑事案件由普通法院(刑事审判庭)管辖,适用刑事诉讼程序;行政案件,原则上须经行政救济程序,即由行政机关进行复议,向法院起诉则由行政法院(行政审判庭)管辖,适用行政诉讼程序。

[51] 参见徐国栋:“市民社会与市民法”,中国法学会民法学、经济法学研究会1994年年会论文,第5~6页。

[52] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第15页。

(二) 关于区分标准的诸说

公私法划分标准,主要有三种学说。其一,利益说,为罗马法学者乌尔比安所倡,认为规定国家之事者为公法,规定私人利益者为私法。其二,意思说,德国学者拉邦德所倡,认为规律权力者及服从者之意思的为公法,规律对等者之意思的为私法。其三,主体说,为德国学者耶律内克所倡,得到日本著名学者美浓部达吉的赞同。此说认为,公法主体至少有一方是国家或国家授予公权者,私法主体法律地位平等。

(三) 公私法划分反对论

凯尔逊认为,国家与国民之间的关系,亦系权利义务关系,而非权力服从关系,与私人间对等的关系,实无所异。并非一为公法关系,一为私法关系。因此,法律均为国法,应有共同观念,而适用共同的原则。

黄右昌认为,所有的法律都是民众的法律,不必强分公私。且如民事诉讼法,德国学者谓为公法,法国学者谓为私法,足见界说不明。盖学说愈多,剖析愈难,根本取消,反而明白。乃力主推翻公法私法之区别,而代之以根本法与附属法之分。

(四) 美浓部达吉所主张的区分标准

日本著名学者美浓部达吉认为,公法为国家行政作用的准则,私法为国家司法作用的准则;公法是第一次的国家法,私法是第二次的国家法;区分之基本标准在于,公法所规律的主体至少有一方是国家或由国家授予公权者,私法所规律的主体都是个人或非公权者的团体。此为现今学者之通说。

(五) 强调公私法划分的重要意义

将法律划分为公法与私法,是近代的事。古代法是诸法合体,不加分类的。德国学者基尔克指出,整个中世纪,一切人之间的关系,包括个人之间的交换关系和国家与人民之间的统治关系,都被包含在一个单一法中。日本学者美浓部达吉曾以日本王朝时代最完备的法典《大宝令》为例,说明立法者未认识到公私法的区别。中国直到清末法制改革以前,均为诸法一体,无公法与私法之别,乃是学界共识。但法律之分为公法与私法,乃是人类社会文明进步的重大成果。基尔克说过,公法与私法的区别,是今日整个法秩序的基础。美浓部达吉将公私法的区别称为现代法的基本原则。他说,在现代国家,一切法律规范无不属于公法或私法之一方,且因所属不同而不同其意义。对于国家所制定的一切法规,若不究明该规定属于公法或私法,而欲了解其内容和所生效果,盖不可能!

关于公民法划分标准,主要有三种学说,已如前述。各种学说划分标准歧异,难以统一,但若将各说综合来看,亦不难发现划分公民法的大体规律。不可否认,第二次世界大战以来,一些被公认属于公民法或私民法的法域,出现了相互交错的现象,例如所谓“私民法公民法化”,但不可因此否认公民法与私民法的划分。因为,社会生活中确实存在着两类不同性质的社会关系,两类不同性质的审判机关,两类不同性质的诉讼程序。区分公民法的意义在于,易于确定法律关系性质,应适用何种法律规定,应采用何种救济方法或制裁手段,以及案件应由何种性质的法院或审判庭受理,应适用何种诉讼程序。

中国法学期长期否认公民法划分,不外两个根据。第一,认为公民法划分掩盖了法律的阶级本质,是资产阶级学者的分类。第二,认为列宁曾反对公民法划分。实际上,没有哪一个国家的立法者在法律上明文规定公民法或私民法字样,且反对公民法划分的资产阶级学者代不乏人,如外国的凯尔逊、威雅、玛克尔、奥斯丁,中国的黄右昌。可见公民法划分与阶级本质无关,且公民法划分也并不妨碍另外再依阶级本质进行划分。列宁虽说过民法不是“私的东西”,但能否因此断言列宁反对公民法划分,尚有疑问。且列宁的意见万难作为我们今天认识民事法律性质的依据,因为列宁始终没有放弃消灭商品经济的观点,不可能正确认识社会主义市场经济条件下法律的本质和作用。

当前我们强调公民法划分,重点在于正确认识民事法律属于私民法而不是公民法,为社会主义市场经济法律体系的建立奠定坚实的理论基础。且承认并区分公民法与私民法,将导致法观念及国家观念的变革。公民法之设,目的在保护私权。由此出发,才有可能摆正公民法与私民法,公权与私权,国家与人民,政府与社会,政治与经济等重大关系。所谓公与私,乃是相对应的概念。以国家为公,则人民为私;以政府为公,则社会为私;以行政为公,则民事为私;以政治为公,则经济为私;以团体为公,则个体为私。并进而提倡所谓私权神圣,即人民权利、个人权利、民事权利不可侵犯,非有重大的正当理由并依法定程序,不得予以限制或剥夺。提倡所谓私民法自治,即在民事生活、经济生活领域,由当事人自己协商决定他们之间的权利义务关系,原则上国家不直接干预,只在当事人间发生纠纷不能通过协商解决时,国家才出面进行“第二次性的干预”,亦即由司法机关以仲裁者身份对当事人间的纠纷作出裁判。可见,强调公民法划分,不仅具有重大的理论意义,更有重大的实践意义。

(六) 公法优位与私法优位

法律区分为公法与私法,是现代法基本原则和法秩序之基础。但在公私法区分的前提下,还有一个如何处理公法与私法的相互关系的问题。亦即公法优位主义与私法优位主义的对立。公法与私法在地位上的优劣,实际反映历史的变迁与时代的进步。公法优位主义,以公法地位优于私法,私法被包括在公法之中。实际是一切专制国家的法制。私法优位主义,认为私法应居于优越地位。其根据为“社会契约论”,表现为法治国家的制度。

公法优位主义认为,公法较之于私法应居于优越地位。一切社会生活领域和一切社会关系,莫不属于公法和公权力的作用范围,仅对于某些社会关系,划出一定范围,授权当事人自己去处理,而国家对此仍保留撤回之权。公法优位主义,亦即国家中心主义的法律观,在国家与社会、国家与人民的关系上,强调国家为中心,国家应凌驾于社会之上,国家应凌驾于人民之上;一切法律、法规,莫非国家意志的表现,一切权利、权力,莫非出于国家之授予。它认为国家利益应绝对优于一切个人利益,国家权力可不受任何限制,国家行为具有天然合理性;一切社会领域,一切社会关系,均应受国家行政权力的支配;甚至进而否认私法与私权,用公法手段调整私法关系,用行政权力和行政手段直接进行经济运作;国家似乎全知全能,肩负无限的职能,具有无限的能力,可以任意限制、变更和决定社会、历史、经济、科学乃至艺术发展的客观规律。

私法优位主义恰好相反,认为私法较之于公法应居于优越地位。公法之设,目的在保障人民的私权;人民之私权神圣,非有重大的正当事由及依法定程序,不受限制和剥夺。应严格区分公法与私法,严格区分公法领域与私法领域,并实行不同的法律原则。在私法活动领域,实行私法自治原则或称意思自治原则,即由法律地位平等的当事人,通过自由协商决定他们之间的权利义务关系,国家原则上不作干预,只在发生纠纷不能通过协商解决时,才由司法机关出面进行裁决。法律为人民的意志,国家只行使人民授予的权力和担负人民所赋予的职能。尤其对于经济生活,国家并无进行广泛干预的职权,只在维护公正自由的竞争秩序的必要限度内,才可进行干预,而由市场参加者的自由意志和市场经济客观规律发挥作用。对于文学、艺术、科学、学术,则应实行完全的自由。

三、民法为行为规范兼裁判规范

法律规范有行为规范与裁判规范之分。所谓行为规范,指公民和企业

活动所应遵循的规则;裁判规范,指法院裁判案件所应遵循的规则。例如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法均属于裁判规范。如刑法第132条关于犯故意杀人罪处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑的规定,非行为规范,而属于裁判规范。民法是为一切民事主体规定的行为规则,无论经济活动如订立和履行合同,或家庭生活如结婚、离婚,均应遵循。唯此种行为规范,系以国家强制力为其保障。如不遵守此行为规范,发生民事纠纷,诉请法院裁判时,法院应以民法作为裁判之基准。因此,民法亦为法官裁判案件之裁判规范。可见民法兼具行为规范与裁判规范的双重属性。

四、民法为实体法

法律分为实体法与程序法。实体法与程序法的区别,是以法律的实质及其施行的手续为标准。规定公民和企业的权利义务或具体事项的法律是实体法,规定实体法如何运用和如何施行的程序手续的法律是程序法。民法规定民事主体相互间的权利义务的实体内容,而这些权利义务的的实现受到障碍时,当事人应依民事诉讼法等所规定的程序、手续请求国家机关救济。因此,民法属于实体法,而民事诉讼法属于程序法。须注意的是,民法虽为实体法,其中亦包含少量程序性的规定。

在学理上,实体法常与程序法相对称,但在实务上则程序法先于实体法而适用。如原告向法院提起民事诉讼案件,法院首先须依民事诉讼法审查在程序上应否受理,其不应受理者,法院应以裁定驳回起诉,并无适用实体法民法之余地。若经审查认为符合民事诉讼法关于案件受理的规定,则应予受理,然后再依民法的规定从实体上裁判其有无理由,作出判决。

五、民法的功能

民法的功能,亦即民法的作用。对此问题,若在资本主义市场经济条件下,本无特别论述之必要。因为在了解民法作为行为规范和裁判规范的双重属性之后,其所发挥的重大作用,已不言自明。但在社会主义国家曾经长期实行计划经济体制,推行消灭商品经济的政策,以致在一个相当长的时期,民法之名虽存而实已亡。并且在苏联及东欧若干国家发生过关于是否应保留民法的争论。按照现代经济法学派的主张,社会主义国家在消灭私有经济之后,民法已经丧失其存在基础,至多只能调整公民之间的关系。至于整个国民经济关系,则应由一个新的法律部门即经济法进行统一调整。中国从改革开放之始,也曾发生关于经济法与民法的长期论战。民法的作用问题,不用说是论战的一个焦点。在今天,由于社会主义市场经济体制已

经被确定为改革的目标模式,民法的地位已经不再受到怀疑;但关于民法作用的认识尚有待提高。

现代民法的功能可概括如下:

1. 为现代市场经济活动提供行为规范。民法为现代化市场提供一般规则及市场活动的行为规范。使市场参加者可以遵循这些规则从事活动,进行预测、计划和冒险,并建立和维护正常的市场秩序。例如合同法,规定市场交易的基本规则。一些特殊的市场,如证券市场和期货市场的特殊交易规则,则由作为民事特别法的证券法和期货法规定。可见民法的作用之一,是促进社会主义市场经济的发展。

2. 为人权提供基本保障。所谓人权,指作为一个人应有的权利。其中首先是人身权、人格权和财产权。它们是民法上最重要的民事权利,并首先由民法予以规定和保护。尤其人格权,是享有其他民事权利和政治权利的基础。因此,保障人权是民法的基本任务。

3. 维护社会公平正义。在现代市场经济条件下,民法担负着维护社会公平正义的重要作用,发挥着协调各种利益冲突的调节器的功能。所谓公平正义,指不同的人群、阶层、行业以及生产者、经营者、消费者和劳动者,在利害关系上大体平衡,不致过分悬殊。民法保护一切企业和个人在不损害他人利益和社会利益的前提下谋求自己的利益,不允许靠损害他人利益和社会利益而发财致富,妥善协调各种利益冲突,被称为社会利益冲突的调节器。

4. 促进民主政治。民法要求划分民事生活和政治生活,民事生活领域实行私法自治原则,有利于抑制行政机关的膨胀和限制行政干预。行政机关侵害民事权利亦应依法承担法律责任。最终有利于实现政府职能转换,实现社会主义民主政治。

5. 促进社会主义物质文明和精神文明。中国民法的物质基础,是中国社会主义市场经济和社会主义的婚姻家庭关系。民法反映社会主义市场经济和社会主义婚姻家庭关系的本质特征和要求,通过民法对财产关系的调整,建立和维护健康有序的市场经济法律秩序,通过民法对身份关系的调整,建立和维护健康的婚姻家庭秩序。因此,民法的基本任务,是保障社会主义市场经济的顺利发展和社会主义婚姻家庭关系的稳定,促进社会主义物质文明和精神文明建设事业的发展。

六、民法的基本原理

(一) 私法自治的意义

民法是调整民事生活的法律,公法是调整政治生活的法律,它们所遵循的基本原理也不相同。公法所遵循的基本原理叫国家意志决定。以征收利息税为例,是否开征利息税,是由全国人民代表大会通过税法修改作出规定;对某个公民征收多少利息税,是由税务机关决定;如果该公民对于应否纳税及纳税数额有异议,提起行政复议,应由上级税务机关作出复议决定。全国人民代表大会关于开征利息税的规定、税务机关关于某个公民应纳税款的决定以及上级税务机关就行政复议作出的复议决定,都是国家意志的体现,并不征求纳税义务人的同意。这就是国家意志决定。与此不同,民法所遵循的基本原理叫私法自治。所谓私法自治,亦称意思自治,指经济生活和家庭生活中的一切民事权利义务关系的设立、变更和消灭,均取决于当事人自己的意思,原则上国家不作干预。只在当事人之间发生纠纷不能通过协商解决时,国家才以仲裁者的身份出面予以裁决。私法自治的实质,就是由平等的当事人通过协商决定相互间的权利义务关系。私法自治这一基本原理,体现在民法的各个部分,例如在物权法上叫所有权自由,指所有权人在法律许可范围内可以自由占有、使用、收益和处分其所有物;在继承法上叫遗嘱自由,指个人在生前可以订立遗嘱,决定其身后遗产的处分;在合同法上叫合同自由,指当事人自己决定是否订立合同,与谁订立合同,以什么形式订立合同及决定合同内容。须说明的是,私法自治并非不受限制,在现代市场经济条件下,国家为了对市场宏观调控和维持市场秩序,为了保护消费者、劳动者利益及社会公共利益,有必要制定一些特别法规对私法自治予以适度的限制。

(二) 私法自治的功能

私法自治,系建立在19世纪个人自由主义之上的基本原则。对于排除当时封建身份关系及各种法律对个人之束缚,废除法人尤其是公司之特许主义,保障私有财产之处分,实践营业自由,对于维护个人之自由与尊严,促进社会经济之发展、文化之进步,发挥了极其重大的作用。

私法自治原则,适用于一切私法关系,婚姻或家庭亦受其规律。在财产法领域,私法自治原则要求经济活动之运作不应经由国家之支配,而应经由个人意思决定所表现之自由竞争。个人自主及自由竞争,成为规律经济活动之高度有效手段,在市场经济体制下,可以将劳力与资本引导至能产生最

大利益之场所。其他规律手段,尤其是国家的干预措施,常会造成缓慢、昂贵、冗杂、低效率之资源分配及利用,且往往导致行政腐败。

(三) 私法自治原则的限制

私法自治原则,在现代市场经济条件下,其功能之发挥须以当事人之自由平等及由此而产生的自由竞争、机会均等为前提条件,始足确保契约内容之妥当性。一个离乡背井之劳工,赖出卖劳力维持生活,如何能与企业主讨价还价磋商劳动条件? 一个无资力的市民,通常仅能购买最低廉之物品,买卖契约之自由,徒具虚名,无多大意义可言。一般消费者,零散孤立,欠缺必要资讯,如何对抗在市场上居于优势地位之企业厂商? 在此情形,国家法律必须介入,以维护社会正义。就保护劳工而言,必须制定关于劳动条件之强行基准规定,尤其是承认劳动者之团体缔约权,使有法人资格之工人团体,得以规定劳动关系为目的,与雇主或有法人资格之雇主团体订立书面契约。就保护消费者而言,亦有制定特别法之必要。民法本身对如何醇化私法自治,亦多设有规定。例如,法律行为违反强制或禁止规定者无效,法律行为有背于公共秩序或善良风俗者无效,以限制私法自治原则之滥用。^[53]

第四节 民法的本位

一、义务本位

民法的基本观念,亦即民法的基本目的,或基本作用,或基本任务,学者称之为民法的本位。民法基本观念之演变,因时代之不同,可分为三个时期。其初为义务本位时期,自罗马法以至中世纪。其次为权利本位时期,自16世纪开始,经17、18世纪之孕育,而成熟于19世纪。自20世纪起开始另一时期,称为社会本位时期。

英国法律史学家梅因研究古代法,认为社会之进步,有其不移之轨迹。其初人与人之间的关系,局限于家族,各成员均有其特定身份,而整个社会秩序,即以此身份关系为基础。故不论在经济政治或社会方面,均以家族为单位,个人不具有独立地位,从而亦不能有其独立意思之表达。此种以身份关系为基础的社会法律,称为义务本位的法律。此为人类社会法制之第

[53] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北1996年版,第185~186页。

一时期,即义务本位时期。此一时期,自罗马法时代以至中世纪,绵延近两千年。例如罗马法上的家父,为罗马法律制度之中心,罗马城邦即以家为建立之基础。与现代法制上财产权与身份权之划分,其性质显然不同。在古代罗马法上,权利虽已有相当之分类,但在观念上其分别甚不明显。家父对于子女及奴隶之权力,与对于物之支配权,并无显著不同。中国历史上社会之组织及法律制度,情形亦复相若。中国所谓伦常关系,亦即身份关系,层级相属,个人仅为家族之构成分子,不具有独立的地位。法律的基本观念,在于使各人尽其特定身份上之义务,是谓义务本位之法律。

所谓义务本位,乃以义务为法律之中心观念,义务本位的立法皆系禁止性规定和义务性规定,且民刑责任不分。目的在对不同身份的人规定不同的义务,以维护身份秩序。

其典型立法例,为1794年制定的普鲁士一般邦法。这一法典,是在学者沃尔夫的自然法论强烈影响之下编纂的,是以身份制社会作为前提的“义务体系”。与沃尔夫认为法乃以义务为基础的思想相符,普鲁士一般邦法不承认私法自治,不是将各种各样的法律关系的形成委之于个人的自由意思,而是针对各种不同身份规定特别详细的义务目录。例如,该法典用86个条文规定家长与仆役的权利义务关系,其中在主人对仆役的义务问题上规定,如约定给予食物,则必须提供当地通常的食物使之吃饱为止;必须给予参加教堂礼拜的时间,等等。权利义务依各种各样的特别身份而规定。个人依所属的身份,而成为相应的权利义务的主体。

二、权利本位

自中世纪以后,社会日渐进步,家族日渐解体,社会秩序乃以个人之间由合意所形成之关系为基础。个人成为经济、政治、社会各方面的独立主体,任何关系之发生,均以个人之意思为依归。即梅因所谓由身份到契约之进步。此一进步,实为近代文明建立之基础,亦为现代法制与古代法制本质之区别。

由于民智渐开,社会进步,家族渐形解体。个人乃有自我之感觉,权利观念亦油然而生。权利之设定与义务之负担,必须基于独立自由之意思,各人立于平等之地位。易言之,权利之设定与义务之负担,必须基于契约。契约制度中,必须包含自由及平等两个基本观念。一方在上,一方在下,是为命令与服从,绝不能成立契约。至于自由,更是契约制度之必要观念。契约为两个意思趋于一致之行为。既言意思,不可能不自由。既称意欲,绝不能

被动。故契约制度,唯在自由及平等两个概念上方能建立。双方的意思一经合致,权利义务即行发生。昔之强制义务,今成为同义务,义务观念从而大减;昔之绝对义务,今成为权利之内容,权利观念从而大张。法律之基本任务,亦由使人尽其义务而转向保护权利,为使权利之内容得以实现,方有义务之履行。是谓权利本位之法制。^[54] 于是,权利成为法律之中心观念,个人权利之保护,成为法律最高使命。与此前以义务为中心的立法相对照,称为权利本位的立法。其集中体现,为近代民法三大原则的确立。

近代民法三大原则如下:

其一,契约自由原则:尊重个人意思自由,个人取得权利,负担义务,完全取决于个人自由意思。契约之内容、方式、成立及契约对方当事人之选择,听凭当事人自由,国家不作干预。

其二,尊重个人财产亦即所有权绝对原则:所有权为绝对支配权,排斥一切干预,并得以遗嘱处分。土地所有权之范围,上达天空,下至黄泉,几无限制。

其三,自己责任亦即过失责任原则:个人只对自己的行为负责,而对他人的行为绝不负责。又自己对自己的行为负责,须以有故意、过失为限。倘非出于故意、过失,纵然损害他人,亦不承担责任。

三、社会本位

上述权利本位的立法,是资本主义上升时期的自由主义法律思想和自由放任经济政策的产物。其对于人类文明之贡献,在于极力保护个人财产权,刺激其自由竞争,而促成资本主义市场经济的发达。但 19 世纪中期以后,出现了各种严重的社会问题,如劳资对立、贫富悬殊等,均与三大原则有关。因此,民法思想为之一变,由极端尊重个人自由变为重视社会公共福利,并对三大原则有所修正。于是,形成社会本位的立法思想。观之 20 世纪以来的立法,乃有峰回路转之势。契约之地位,一部又被身份占领。当今之各种社会立法,诸如最低工资之规定,最高工时之限制,耕地佃租之限制,耕地所有权之剥夺,消费者权利的保护,无非对于意思自由之限制,无非对于权利观念之打击。义务之负担,不必尽由于义务人之意思,法律之任务,亦未必尽在保护各个人之权利。为使社会共同生活之增进,法律即强使人负担特定之义务,限制或剥夺其某种权利。是之谓社会本位之法制。

[54] 参见王伯琦:《民法总则》,台北国立编译馆、正中书局 1979 年第八版,第 32 页。

但所谓社会本位之法制,亦仅权利本位法制之调整,绝非义务本位法制之复活。法国 1804 年之拿破仑法典,为典型之权利本位法律,而以契约自由、权利之不可侵及过失责任为其基本原则。凡此三大原则,迄今仍为世界各国法制之基础。^[55] 试观现代各国民法,法律行为之构成仍以自由之意思表示为要素。权利之保护,仍为法律之最大任务。民事责任之构成,一般情形仍以故意过失为要件。诚然,各种劳动立法和消费者保护立法,以及规范市场竞争秩序的立法,多有关于意思自由之限制;关于权利之行使,应遵循诚实信用原则,禁止权利滥用;若干特殊侵权行为责任实行无过失责任原则,不以故意过失为成立要件。但此均属原则之例外,拿破仑法典中之三大原则,谓其已有修正则可,谓其已非原则则不可。实则 20 世纪以来所谓社会化之法制,在于矫正 19 世纪立法过分强调个人权利而忽视社会利益之偏颇,其基本出发点,仍未能脱离个人及权利观念。观之将来民法之趋向,唯有在个人权利与社会利益之间,谋求其调和。法律一日为人类社会之规范,则可以断言,个人观念、权利观念必有其一日之存在!^[56]

所谓社会本位的立法,其集中表现是:

其一,契约自由的限制:对缔结契约加以公法的监督,注重保护经济上的弱者。

其二,所有权绝对原则之限制:如魏玛宪法规定,所有权附有义务。各国法律明定权利滥用之禁止。所有权之行使亦应遵守诚实信用原则。

其三,无过错责任原则之采用:法律明定,对于高度危险、产品责任、公害责任等实行无过错责任原则。

四、中国民法的本位

(一) 民法通则系以权利为中心

第一章第 1 条明定立法目的:为了保障公民法人合法民事权益;第二章规定权利主体;第四章规定权利之取得;第五章分别规定物权、债权、知识产权、人身权;第六章规定对民事权利的法律保护。

(二) 社会本位思想在民法通则上的体现

第 4 条规定公平和诚实信用原则;第 7 条规定权利滥用的禁止;第 49 条对企业法人从事损害国家、社会公益的活动规定行政责任和刑事责任;第

[55] 参见王伯琦:《民法总则》,台北国立编译馆、正中书局 1979 年第八版,第 33 页。

[56] 参见王伯琦:《民法总则》,台北国立编译馆、正中书局 1979 年第八版,第 34 页。

58 条规定损害国家、集体和第三人利益的民事行为无效,违反社会公益的民事行为无效;第 106 条第 3 款规定无过错责任原则,第 121 ~ 125 条和第 127 条规定适用无过错责任的特殊侵权行为。

(三) 中国制定民法典应采权利本位与社会本位之结合

民法上有所谓本位问题,系指民法以何者为中心。实则反映民法思想随时代和历史的变迁,为衡量民法进步与否的基本标志。由法律制度之进化过程观之,民法系由义务本位进入权利本位,最后进入社会本位。如法、德、日本等国民法典,均为权利本位之立法。唯在第二次世界大战以后通过修订,增添上若干社会本位的色彩。所谓社会本位之立法思想,即强调法律应兼顾社会公共利益,系一种理想。当代资本主义国家民法学说提倡社会本位,有其进步意义。但社会主义国家民法,曾经在一个相当长的时期忽视公民的权利和利益,片面强调国家、社会利益,在法律思想上表现为彻底的社会本位。中国有长达数千年的义务本位法制传统,个人观念、权利观念、自由观念本十分薄弱。加之中华人民共和国成立后在民主法制建设上走过一段弯路,尤其是从反右斗争至“文化大革命”这一段,片面强调国家和社会利益,否定个人利益和个人权利,已趋于极端的社会本位。有鉴于此,中国制定民法典应突出权利本位,强调对人民和企业合法权益的保护,在此基础上兼顾社会公益和第三人利益。换言之,中国民法典的制定,应当贯彻权利本位与社会本位的结合,以权利本位为主,社会本位为辅的立法思想。

第五节 民法的基本原则

一、原则的意义

(一) 原则的含义

一般说来,原则一语有各种各样的意义。按照法国有名的法学用语辞典,与原则一语大致对应的 Principe 一词至少有七种不同的含义。其一,指非法律的一般规范,从这种一般规范可以导出法律规范。作为具体的例子,可以举国民主权等。其二,作为法律规定的法规范的一般条款。例如法国宪法序言中的“政治的、经济的、社会的原则”。其三,即使在法律文本中没有写明亦具有法律拘束力的法的一般原则。例如无论何人也不能将自己所没有的权利移转给他人。第三种含义的原则,可以称为未有法律条文的法

律原则。^[57]

(二) 原则的功能

其一,作为对法律条文理解和解释的基准。这是指那些表明该时代、该社会的基本原理的原则,这些原则居于其他原则和条文的上位,正像宪法居于其他法律的上位一样。例如契约自由的原则,就被作为解释其他各种条文的基准。

其二,与普通法律条文同样的作用。这是指那些比较技术性的原则。例如无效行为不生效果的原则。

(三) 原则的分类

按照日本学者星野英一的意见,对法律原则可作如下分类:其一,关系法律全体的原则,例如普通法与特别法的关系那样的原则。其二,作为制度的根据在学问中所主张的原则。例如私法自治的原则。其三,表明民法典内在的基本价值的原则。例如一切人权利能力平等、契约自由、所有权绝对及过失责任,被称为近代民法的基本原则。其四,比较纯粹的法技术的原则。例如无效行为不生效的原则,土地和建筑物为各别的物的原则。值得注意的是,在第三和第四之间存在一种中间状态,例如契约仅在当事人之间有效、债务人的总财产作为债权人共同的担保等原则。^[58]

二、民法基本原则的意义

(一) 民事立法的指导方针

民法基本原则,是贯穿于整个民事立法,对各项民法制度和民法规范起统率和指导作用的立法方针。它是中国社会主义经济政治制度、经济管理体制和经济政策在法律上的集中反映,是中国民法所调整的社会关系本质特征的集中反映,集中体现了民法区别于其他法律的特征,在民法与其他法律如行政法、经济法之间划了一条界线。

(二) 一切民事主体均应遵循的行为准则

民法基本原则,不仅是民事立法的指导方针,并且是一切民事主体应遵循的行为准则。民事主体在进行民事活动时,不仅应遵循具体的民法规范,并且应遵循民法基本原则。在现行法缺乏相应的具体规范时,应按照民法基本原则的要求行事。民事主体的行为,违反民法基本原则的,应无效。

[57] 参见星野英一:“未有条文的民法‘原则’”,载《法学教室》1993.5—No. 152。

[58] 参见星野英一:“未有条文的民法‘原则’”,载《法学教室》1993.5—No. 152。

(三) 解释民事法律法规的依据

民法基本原则也是对法律法规进行解释的依据。法院在审理民事案件时,须对所应适用的法律条文进行解释,阐明法条的含义,确定其构成要件和法律效果。法院在对法律条文进行解释时,如有两种相反的含义,则应采用其中符合于民法基本原则的含义。无论采用何种解释方法,其解释结果均不能违反民法基本原则。违反民法基本原则的解释,不得谓为正确的解释。

(四) 补充法律漏洞、发展学说判例的基础

民法基本原则不仅是法院解释民事法律法规的依据,并且是补充法律漏洞、发展学说判例的基础。法院于审理案件时,从现行法不能获得裁判的依据,说明现行法存在法律漏洞。这时,法院应进行法律漏洞补充。而民法基本原则,可用来补充法律漏洞。换言之,在现行法缺乏相应的具体规范时,法院可直接适用民法基本原则裁判案件。^[59] 同时,学者对民法进行研究和解释时,亦应以民法基本原则作为基础,不得违背民法基本原则。无论何种学说,如果违背民法基本原则,不得谓为妥当的学说。

三、中国民法基本原则

(一) 平等原则

所谓平等原则,指在民事活动中一切当事人法律地位平等,任何一方不得把自己的意志强加给对方。

平等原则在现行法上的根据,首先是民法通则第3条:当事人在民事活动中的地位平等。其次是合同法第3条:合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。

平等原则,最集中地反映了民法所调整的社会关系的本质特征,是民法区别于其他部门法的主要标志,也是市场经济条件下对合同关系当事人的法律要求。此原则在法、德、日本、瑞士等国民法以及我国台湾地区“民法”中,未有明文规定,学者称为无须明文规定的公理性原则。鉴于中国在实行计划经济体制时期曾经背离平等原则,靠隶属关系组织生产和供应,改革开放以来也曾发生过强迫对方服从自己意志,签订所谓霸王合同的现象,因此

[59] 须注意的是,可以直接适用作为裁判依据的基本原则,只是属于授权条款性质的诚实信用原则、公序良俗原则、权利滥用的禁止原则。其他基本原则,如平等原则、公平原则、合同自由原则,不具有授权条款的性质。

法律明文规定平等原则,有其重要意义。平等原则的含义是,参加民事活动的当事人,无论是自然人或法人,无论其所有制性质,无论其经济实力强弱,其在法律上的地位一律平等,任何一方不得把自己的意志强加给对方,同时法律也对双方提供平等的法律保护。须特别注意的是,平等原则所要求的平等非指经济地位上的平等或经济实力的平等,而是“法律地位”的平等,以免滋生疑义;此法律地位平等,是对民事活动当事人的基本要求,应贯彻民事活动之始终。

(二) 合同自由原则

所谓合同自由原则,指参加民事活动的当事人在法律允许的范围内享有完全的自由,按照自己的自由意思决定缔结合同关系,为自己设定权利或对他承担义务,任何机关、组织和个人不得非法干预。

合同自由原则在现行法上的根据,首先是民法通则第4条:民事活动应当遵循自愿的原则。其次是合同法第4条:当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。依解释,民法通则和合同法所规定的“自愿的原则”、“依法享有自愿订立合同的权利”,即民法理论上所称合同自由原则。

外国法关于合同自由原则的规定,首见于法国民法典第1134条:依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。前项契约,仅得依当事人相互的同意或法律规定的原因取消之。其次是匈牙利民法典(1979年修订)第200条:双方当事人拥有决定合同内容的自由。双方当事人经协商一致,可以违反主管机关有关合同的安排;但法规对此有禁止规定的除外。另见美国统一商法典第1—302条(a)款:除本条(b)款及本法另有规定外,合同可以变更本法的规定。其他国家民法虽未就合同自由原则设立明文规定,但理论和实务均一致承认合同自由为民法基本原则。20世纪以来,基于社会本位之立法思想,合同自由受到民法和公法上的一定限制,但其基本原则地位并未动摇。

合同自由不仅是民法的基本原则,也是市场经济的基本原则。没有合同自由,就没有真正的民法和真正的市场经济。在现代市场经济条件下,合同自由原则虽受到一定的限制,但仍是民法的基本原则。中国在计划经济体制下,曾经否认当事人的合同自由。自改革开放以来,适应发展社会主义市场经济的要求,合同自由已为法律所认可。民法通则第4条和合同法第4条,已有规定,只是未使用“合同自由”一语。考虑到中国处在由计划经济

体制向市场经济体制转轨时期,当事人的合同自由尚未受到充分保护,有必要在制定民法典时明文规定合同自由原则。至于合同自由原则的含义,当然包括当事人自由决定是否缔结合同关系,同谁缔结合同关系,以及决定合同关系的内容,并不受非法干预。应当说明的是,现代民法上的合同自由,与19世纪资本主义国家所实行的自由放任主义是有严格区别的,是指在法律允许范围内的自由,并非不受限制的自由,不允许滥用合同自由以损害他人利益和社会公益。

(三) 公平原则

所谓公平原则,指法律行为内容的确定,应当遵循公平的原则。由当事人一方或第三方确定法律行为内容的,其确定只在符合公平原则时,始得对他方当事人发生效力。

公平原则在现行法上的根据首先是民法通则第4条:民事活动应当遵循公平的原则。其次是合同法第5条规定:当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。另见城市私有房屋管理条例第16条:房屋租赁合同签订时如无规定的租金标准,双方应根据公平合理的原则协商议定。

外国法关于公平原则大多设有明文规定,例如法国民法典第1135条:契约不仅依其明示发生义务,并按照契约的性质,发生公平原则、习惯或法律所赋予的义务。德国民法典第315条:由契约当事人一方确定给付者,在有疑义时,应依公平的方法确定之。依公平的方法确定给付者,其确定只于适合公平时始得对他方当事人发生拘束力。第317条:给付由第三人确定者,在有疑义时,第三人应依公平方法确定之。第319条:给付由第三人依公平方法确定者,如其确定显系不公平时,对于契约当事人不发生效力。

民法公平原则,主要是针对合同关系而提出的要求。是当事人缔结合同关系,尤其是确定合同内容时,所应遵循的指导性原则。现代民法设立公平原则之目的,在对于市场交易的合同关系,要求兼顾双方的利益,并为“诚实信用”原则、“情事变更”原则、“显失公平”规则树立判断基准。民法通则第4条规定,民事活动应当遵循公平原则。考虑到“民事活动”一语文义过宽,既包括合同的订立也包括合同的履行,而公平原则的实质是要求合同当事人之间在利害关系上大体平衡,系着重针对合同订立时权利义务的确定,至于合同的履行等则主要受诚信原则之支配,有必要将公平原则的适用范围限于“合同内容的确定”,以期明确。因此,合同法第5条规定:当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。并考虑到现实生活中存在依

一方预先制定的格式合同条款签约的情形,因此合同法第39条规定:采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务。

(四) 诚实信用原则

诚实信用原则,简称诚信原则,这一原则要求民事活动的当事人在行使权利和履行义务时,应当遵循诚实信用的道德准则。

诚信原则在现行法上的根据是民法通则第4条:民事活动应当遵循诚实信用的原则。其次是合同法第6条:当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。另见消费者权益保护法第4条:经营者与消费者进行交易,应当遵循诚实信用的原则。

这一原则在各国民法上大都有明文规定。如法国民法典第1131条:契约应以善意履行之。德国民法典第242条:债务人须依诚实信用,并照顾交易惯例,履行其给付。瑞士民法典第2条:无论何人行使权利履行义务,均应依诚实信用为之。中国台湾地区“民法”第219条:行使债权,履行债务,应依诚实及信用方法。系将诚信原则的适用范围局限于债权债务。该民法于1982年修订时,在总则编第148条增设第2款:行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。将诚信原则的适用范围扩及一切民事权利义务。日本民法典本无关于诚信原则的规定,于1947年修订时增设第1条第2款:行使权利及履行义务,应恪守诚实信用。南斯拉夫债务关系法第12条:当事人在缔结合同关系及行使合同权利和履行合同义务时,应遵循诚实及信用原则。美国统一商法典第1—304条:履行或执行本法范围内的任何义务,均应遵循诚实信用原则。

诚实信用原则为市场经济活动中的道德准则。市场经济条件下,每一个有劳动能力的人,都应当通过市场交换获取利益和生活资料。第一种方式,是用已有的金钱去牟利,如投资办厂、经营商业,及炒卖股票、期货、房地产;第二种方式,是用自己的技术、知识换取工资报酬;第三种方式,是用自己的体力劳动换取工资报酬。靠这三种方式获取利益,就叫诚实信用,是正当的、合法的,应受法律保护。法律绝不允许靠损害他人利益和社会利益获得利益。诚实信用原则,要求一切市场参加者符合于诚实商人和诚实劳动者的道德标准,在不损害他人利益和社会公益的前提下,追求自己的利益,目的是在当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系中实现平衡,并维持市场道德秩序。诚实信用原则性质上属于一般条款,其实质在

于,当出现立法当时未预见的新情况、新问题时,法院可依诚实信用原则行使公平裁量权,直接调整当事人之间的权利义务关系。此为现代民法重要的指导原则。中国民法关于诚信原则的规定,首见于民法通则第4条:民事活动应当遵循诚实信用的原则。鉴于“民事活动”含义过宽,应采限缩解释,解释为“行使权利、履行义务”应遵循诚信原则。因此合同法第6条规定:当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。系采纳学者建议,用“行使权利、履行义务”代替“民事活动”一语,使之准确。

(五) 公序良俗原则

所谓公序良俗原则,指法律行为的内容及目的不得违反公共秩序或善良风俗。

这一原则在现行法上的根据是民法通则第7条:民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。及民法通则第58条:民事行为违反社会公共利益的无效。其次是合同法第7条:当事人订立、履行合同,应当……尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。须注意的是,中国现行法因受苏联民事立法和民法理论的影响,未使用公共秩序和善良风俗字样。

公序良俗原则在各国法上大都有明文规定,如法国民法典第6条:个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。德国民法典第138条:违反善良风俗的行为,无效。日本民法典第90条:以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为无效。我国台湾地区“民法”第72条:法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效。英美法上的“公共政策”(public policy)概念,与大陆法上的公序良俗基本相当。违反公共政策的合同,不具有强制执行效力,即不受法律强制力的保护。

公共秩序和善良风俗,简称公序良俗,是现代民法一项重要的基本原则。在现代市场经济条件下,有维护国家利益、社会公共利益及一般道德观念的功能。因立法当时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定,故设立公序良俗原则,以弥补禁止性规定之不足。公序良俗原则,性质上为授权型规定。目的在于,遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为,而又缺乏相应的禁止性法律规定时,法院可直接适用公序良俗原则判决该行为无效。依学者通说,中国现行法所谓“社会公共利益”及“社会公德”,在性质和作用上与公序良俗原则相当,“社会公共利益”相当于“公共秩序”,“社会公德”相当于“善良风俗”。

但考虑到“社会公共利益”和“社会公德”非法律规范用语,及与国际接轨的要求,应改采通用法律概念。建议在制定民法典时,以民法通则第7条的规定为基础,以“公共秩序或善良风俗”取代“社会公共利益”和“社会公德”,并用“法律行为的内容或目的”代替“民事活动”。

(六) 权利滥用之禁止原则

所谓权利滥用之禁止原则,指一切民事权利之行使,不得超过其正当界限,行使权利超过其正当界限,则构成权利滥用,应承担侵权责任。

权利滥用之禁止原则在现行法上的根据,是宪法第51条:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。因此,禁止权利滥用是中国宪法上的一项基本原则。禁止权利滥用也当然是中国民法的一项基本原则。按照这一原则,一切自然人和法人在行使民事权利时,均负有不得超过其正当界限,即不得滥用其权利的义务。违反这一义务,即构成权利滥用,应承担损害赔偿责任。

第六节 民法与邻近法律部门

一、民法的调整对象

(一) 民法是调整民事生活的法律

从法学角度看,整个社会生活可以划分为两个领域:民事生活领域和政治生活领域。民事生活领域涵盖了全部经济生活和家庭生活,在马克思著作中称为市民社会。政治生活领域包括国家的组织、国家的活动即立法、司法、行政以及公民政治权利的行使等,在马克思著作中称为政治国家。民事生活领域和政治生活领域所应遵循的法律规则是不同的,民法就是民事生活领域的法律规则。政治生活领域的法律规则,包括宪法、刑法、诉讼法、行政法、经济法等,属于公法。因此,民法是调整民事生活包括经济生活和家庭生活的法律。

(二) 民法调整民事生活中的财产关系和人身关系

一个国家的全部法律规则,构成一个内部井然有序的法律体系。法律体系划分为若干重要构成部分,每一个重要构成部分,称为一个独立的法律部门。民法是中国统一的社会主义法律体系的一个重要构成部分。作为独

立的法律部门的民法,以民事生活领域为其调整范围。但是,民事生活领域存在多种社会关系,并非都适于由法律调整,例如社交、情感、友谊等关系既不适于也无必要由法律调整。适于且有必要由法律调整的,只是其中的财产关系和身份关系(人身关系)。民法通则第2条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”根据这一规定,中国民法的调整对象包括两种社会关系,即发生在自然人之间、法人之间、法人和自然人之间的财产关系和人身关系。须说明的是,中国民法调整的民事关系的主体,除自然人、法人外,还有不具备法人资格的其他组织。

根据民法通则第2条的规定,中国民法是调整平等民事主体之间的财产关系和人身关系的法律规则的总称。所谓“调整”,是指运用民法的基本原则和各项具体规定,对现实生活中发生的属于民法调整范围的各种财产关系和人身关系,分别予以确认、保护、限制、制裁,以便使公民和法人的民事活动能够遵循民事法律法规的规定。

二、民法与经济法

民法与经济法都是调整经济关系(财产关系)的法律部门,因此容易被混淆。改革开放初期,中国法学界曾经发生过民法学与经济法学的论争,论争焦点是,如何正确划分民法与经济法的界限。直到民法通则的颁布,才从立法上解决了这个问题。在第六届全国人民代表大会第四次会议上王汉斌同志《关于中华人民共和国民法通则(草案)的说明》中,专门谈到这一问题。他说:“民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系。政府对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系,不是平等主体之间的经济关系,主要由有关经济法、行政法调整。”这就指明了民法所调整的财产关系,主要是平等主体之间的财产关系,亦即所谓横向的经济关系。这种财产关系,主要是商品所有者之间以货币为媒介进行的商品交换和劳务提供,价值规律起着作用,因而具有平等、自愿、等价有偿等特征。经济法所调整的财产关系或者经济关系,主要属于纵向的财产关系或经济关系。这种财产关系往往是基于国家对经济的管理,而发生在国家与企业或个体生产者之间,因而具有管理与被管理、监督与被监督、指令与服从的行政隶属性特征。民法除调整经济关系外,还调整人身关系,这与经济法只调整经济关系是不同的。

三、民法与行政法

行政法是指现代国家据以实施国家行政管理的法律规则的总称。行政法的调整对象是国家行政管理机关在行使国家行政管理职能中彼此之间,以及国家行政管理机关与公民、法人、其他组织之间发生的社会关系,其中也包括某些财产关系。作为行政法调整对象的财产关系,具有下面的特征:其一,双方当事人中至少有一方是国家行政管理机关,当事人的法律地位不是平等的,属于一种管理与被管理、监督与被监督、命令与服从的行政隶属关系;其二,这类财产关系的发生取决于国家行政管理机关的命令或指令,无须征得被管理、被监督一方的同意;其三,这类财产关系通常是无偿的,不具有商品交换的性质。可见,民法与行政法是截然不同的法律部门。

四、民法与劳动法

劳动法是调整劳动力和由劳动关系而产生的劳动保险、劳动福利等社会关系的法律规则的总称。劳动法的调整对象中也包括某些财产关系,如职工的工资、劳动保险金、福利待遇等。中国在改革开放前的劳动关系主要是全民所有制企业和集体所有制企业与职工之间的关系,具有计划经济的特征。改革开放以来,国家推行劳动管理体制的改革,劳动关系的基础是劳动合同关系。单就作为劳动法调整对象的基础关系的劳动合同关系而言,与民法有极密切的联系,例如劳动合同双方当事人法律地位平等、劳动合同关系的发生取决于双方的意思表示等。但是,由于国家实行社会主义的劳动政策,特别注重劳动者就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、参加和组织工会的权利等的保障,使劳动合同关系区别于民法合同关系,使劳动法区别于民法。当劳动合同关系发生纠纷时,应当首先适用劳动法的有关规则,关于劳动法没有规定的事项,则应适用民法关于合同关系的规定。可见,劳动法中关于劳动合同关系的法律规则,具有民法的特别法的性质。

第七节 民法学及其学习方法

一、民法与民法学

一个国家的全部法律规则依照一定的逻辑关系构成一个法律规则体

系,叫做法律体系。这个法律体系,犹如一个金字塔,最上层是宪法,其次是各基本法,再次是各单行法,下面是各种法规、细则。各基本法及其所统率的单行法、法规、细则等,作为法律体系的一个构成部分,称为法律部门。民法,就是一个国家法律体系中的一个重要法律部门。

科学,大体上分为自然科学与社会科学。自然科学,是研究自然界的现象,探求自然界的规律的科学。例如天文学、地理学、物理学、化学、动物学、植物学、矿物学等,属于自然科学。社会科学,是研究社会现象,探求人类社会生活中的规律的科学。例如政治学、经济学、历史学、社会学、法学等,属于社会科学。法学(法律学),是以法律为研究对象的科学。法学,通常分为理论法学与实用法学。法理学、法哲学、法史学、法社会学等,属于理论法学。宪法学、民法学、刑法学、行政法学、经济法学、国际法学、诉讼法学等,属于实用法学。民法学,是以民法为研究对象的科学,在科学分类中属于社会科学,在社会科学分类中属于法学,在法学分类中属于实用法学。简而言之,民法学是研究民法的实用法学。

二、民法学的主要内容

民法学的主要内容,可以大别为三个部分。第一部分的内容,是学者对民法规则(民法立法、习惯、判例)进行整理并依一定的逻辑顺序所构成的体系。叫做法源论。学习掌握这部分内容,我们可以了解什么是民法,民法的性质、任务、作用,特别是掌握民法的概念、原则、制度和理论的体系。第二部分的内容,是关于解释适用民法的方法和规则的理论,叫做方法论。学习掌握这部分内容,我们可以掌握如何正确解释适用民法的方法。第三部分的内容,是学者运用民法方法针对假设的或者实有的案例,所提出的具体解释意见,叫做解释论。这部分内容,可以作为我们正确理解民法概念、原则、制度的参考,及运用民法方法解释适用民法的参考。如果我们通过学习,熟练掌握了第一部分内容,可以说我们具有了较多的民法知识。但有了民法知识,并不等于具有了运用民法和研究民法的能力。因此,在学好第一部分内容,即掌握了比较扎实的民法知识的基础上,还必须进一步学好第二部分内容,即掌握民法方法论。无论是从事民法教学和理论研究的学者,还是从事民法裁判和诉讼实务的法官、律师,其民法素养和民法实务能力的高低,在具有了比较扎实的民法知识基础上,关键就看他(她)是否熟练掌握了解释适用法律的方法、规则和理论,亦即看他(她)是否掌握了现代民法方法论。至于第三部分内容,只是学者自己的解释论,其价值在为我们提供

如何理解、解释、适用民法的示范和参考。

三、学习民法学的基本方法

学习民法学的方法大致有两种:其一,是从抽象到具体、从一般到特殊的学习方法,即基本上按照民法典的结构顺序进行学习。其二,是从具体到抽象、从特殊到一般的学习方法。即从具体的事例(实有的或者假设的案例)入手学习民法。第一种方法,可以使我们对民法获得一个整体的把握,即掌握民法的概念、原则、制度和理论的体系,为进一步学习、研究民法或者从事民法实务奠定扎实的民法知识基础。但这种学习方法,对初学者来说,要理解、记忆许多专业概念术语有相当的难度。第二种方法,从具体的案例入手,可以唤起对民法理论的兴趣,但仅靠这种学习方法不大可能准确理解和掌握整个民法的基本结构和概念、原则、制度、理论体系。因此,现在提倡交替采用上述两种学习方法。即为了掌握民法的基本结构和整个概念、原则、制度和理论体系,须采第一种方法,精读一两种较好的民法教材或者体系书。在此基础上再采用第二种方法,阅读一些民法实例演习著作,使我们结合实例对民法各项概念、原则、制度获得正确的理解和把握。然后再阅读一些具有较高学术水准的专题研究著作和专题研究论文,以进一步提高我们的民法理论素养。并且,在具有比较扎实的民法知识的基础上,应阅读民法方法论著作和民法判例研究论文,以掌握解释适用民法的方法、规则和理论,提高运用民法和研究民法的能力。

在采用第一种学习方法时,须注意两个问题。一是要遵循循序渐进的规律,先学好民法总论部分的内容,再顺序学习物权、债权、亲属、继承。民法总论部分,不仅是整个民法的基础,而且是整个现代法制的基础。学好这部分内容,再学习其他部分就比较容易了。当学习其他部分内容时,也应遵循同样的规律,先着重学好该部分的基础知识,例如学习债权部分,应先着重掌握债权总论部分,然后再学习债权分论部分;学习合同部分也应先着重学习合同总论部分,然后再学习各种合同。二是遵循“阅读、记忆、理解、运用”的规律。民法是一套概念、原则、制度和理论的体系,其基础是一整套有严密逻辑关系的概念,掌握了这套概念,就掌握了民法的思维框架。经验表明,法官在裁判中、律师在处理案件中、学者在分析案例中如果出现失误,往往源于没有掌握好这套概念或者发生概念混淆。因此,学习民法首先强调记忆。但民法概念有其专门含义,相互间有其逻辑关系,因此不能单凭死记硬背,在记忆的同时应强调对概念的理解。特别是初学者,一定要着重记

忆和理解这两个环节,边阅读、边记忆、边理解,在理解的前提下增强记忆,在记忆的基础上加深理解。再就是在初步掌握了民法概念、原则、制度和理论的体系和方法的基础上,要强调联系实际,即运用所掌握的民法知识和方法分析实有的或者假设的案例,针对具体的案例解释、适用民法规则,然后得出对该案例的处理(判决)意见。在这样的运用中,不仅可以加深理解和记忆,而且可以使所学民法知识逐渐转化成自己的民法素养和民法实务能力。

第二章 民事法律关系

第一节 民事法律关系的概念

一、人无时无刻不在民事法律关系中

民事法律关系,是现代社会中最重要的一类社会关系。一个自然人,从出生至死亡,一个企业,从登记成立到宣布解散,无时无刻不是处在各种民事法律关系中。例如,一个自然人一出生,就发生各种身份关系、监护关系和法定代理关系;成年后将直接同商业企业发生购买消费品的关系;同房屋所有人发生房屋租赁关系;同银行发生储蓄关系;同保险公司发生保险关系;同缝纫、修理等企业发生加工承揽关系;同公共电汽车公司和铁路、航空企业发生运送关系;对自己的合法收入和所购置的财产则发生财产所有关系;对自己精神创作的成果则发生知识产权关系;对父母的遗产则发生财产继承关系;在受到他人非法侵害或非法侵害他人时则发生损害赔偿关系;等等。再如一个企业,要获取原材料、设备或销售产品,须同其他企业发生购销关系;扩建厂房或建职工宿舍,须同建筑公司发生建设工程承包关系;同其他企业联合,则发生合伙联营关系;采用新技术新工艺,须同科技单位发生技术转让和使用许可关系;委托他人代购代销,则发生委托代理关系;从银行借入资金,则发生借贷关系;等等。上述这些关系,都是民事法律关系。可见民事法律关系对于每一个人和每一个企业,具有何等重要的意义!

二、民事法律关系为法律关系之一种

法书万卷,法典千条,头绪纷繁,莫可究诘,然一言以蔽之,其所研究或所规定者,不外法律关系而已。何谓关系?人与人间生活上之联系也。若世界上只有一人,如鲁滨逊之漂流荒岛,自无所谓关系可言。必须我之外有你,你之外有他,而我你他又非处于相互隔绝之状态,亦即彼此间于生活上时有联系,这就是社会关系。但人类社会生活之内容,极为错综复杂,因而所发生之关系,自亦不止一种。例如宗教关系,同乡关系,师生关系,同学关

系,同事关系,恋爱关系,朋友关系等,不一而足。不过这些关系并非法律关系,因其不受法律所支配之故。所谓法律关系,是指人类社会生活关系中,受法律所支配的关系。法律关系之本质在于,因法律之规定而在当事人间发生的权利义务关系。法律关系之区别于他种关系,正在此权利义务。⁽¹⁾

由上可知,民事法律关系,首先是一种法律关系,即法律上的权利义务关系。一般社交关系,如友谊关系,群众组织内部成员间的关系,通常也被认为有某种“权利义务”,但不是法律上的权利义务关系,因此不是民事法律关系。其次,并非一切法律上的权利义务关系,都是民事法律关系。民事法律关系只是法律关系中的一种。法律关系分为公法关系与私法关系,民事法律关系只是其中的私法关系,即由民法所规定的权利义务关系。由公法所规定的各种权利义务关系,如由税法规定的税收关系,由财政法所规定的财政关系,由行政法所规定的各种行政关系,由诉讼法所规定的各种诉讼关系,均不属于民事法律关系。民事法律关系的主要特征是,当事人相互独立,法律地位平等,大多数情形下民事法律关系的发生取决于当事人的意思,且民事法律关系由民事法律责任作为保障。

三、民事法律关系是一种法律形式

实际上,民事法律关系只是一种法律形式,它的实际内容则是各种各样的社会生活关系,如财产所有关系、财产使用关系、商品交换关系、身份关系和人格关系等。民法通则第2条规定:民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。属于民法所调整的各种社会生活关系,只有采取民事法律关系的形式,才能得到民法和其他法律的保护。民法正是通过为社会关系的参加者设定民事权利和民事义务,使之具有民事法律关系的法律形式,并运用国家强制力保障民事权利和民事义务的实现,以达到调整社会关系的目的。

第二节 民事法律关系的要素

一、民事法律关系的构成

法律关系之构成,分动静两种要素。静的要素为主体与客体。动的要

(1) 参见郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第63页。

素为权利义务,及其变动与变动之原因。申言之,主体为权利义务之所属,客体为权利义务之所附,而主体之间,即凭借客体以彼此联系,联系之内容即为权利义务。至于此种联系何由始?何所终?有何效果?是为权利义务之变动以及变动之原因问题。可见,法律关系虽错综复杂,然而分析之不过上述诸端而已。如能把握以上重点,对于任何法律之研究,必能以简驭繁,迎刃而解。盖法律规定,无论其范围之大小,总不外乎法律关系,而法律关系之构成,总不外乎上述之要素。整个民法之内容,不外乎法律关系之主体、客体、权利义务及其变动和变动之原因。民法典的每一编及每一特别法之内容,亦不外乎此,不过各有详略而也。^{〔2〕}可知民事法律关系的要素,包括:主体;客体;内容;变动;变动原因。

二、民事法律关系的主体

民事法律关系的主体,又称民事权利义务的主体,或简称民事权利主体,或权利主体。民事权利主体一语,有两种意义。其一,就特定权利而指称该特定权利之所归属,例如说某街某号房产的所有权主体为某甲;其二,抽象而言得享有民事权利承担民事义务的法律资格,例如说幼儿虽无意思能力亦可为民事权利主体。此所谓民事法律关系主体,或民事权利主体,系后一种意义,指得参加民事法律关系而享有民事权利承担民事义务的法律资格。

要成为民事权利主体,首先须是适于享有民事权利之社会存在;其次须经法律之认可。虽有适于享有民事权利之社会存在,如法律不予认可,仍不能为民事权利主体。例如古罗马及中国奴隶社会中的奴隶。而在现代社会,凡自然人均可为民事权利主体。近现代民法所认可的民事权利主体有两种,即自然人和法人。自然人,指有血肉之躯和生命的人类;法人,指无血肉之躯和生命,而由法律赋予权利能力之社会组织。

民法上得为民事权利主体者,称为“人”。得为民事权利主体之法律资格,称为“人格”。此所谓“人格”,亦即民事权利能力。故法律上所谓“人”,指有民事权利能力之主体。通常讲权利人、义务人、当事人、第三人、相对人等,均包括自然人和法人;而讲未成年人、成年人、失踪人,则专指自然人。

〔2〕 参见郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第63~65页。

三、民事法律关系的客体

民事法律关系的客体,是与民事法律关系的主体相对应的概念。如上所述,民事法律关系的主体,亦即民事权利的主体,同样民事法律关系的客体也就是民事权利的客体。因此,著作中径称为民事权利客体,或私权客体。^[3]

须注意的是,有的著作将权利的客体称为权利的“对象”、权利的“标的”、权利的“内容”或权利的“目的”。依关于权利本质的通说,权利系由特定利益与法律上之力两要素构成,本质上是受法律保护之特定利益。此特定利益之本体,即权利的客体,亦可称为权利的标的,或权利的对象。但是,“权利内容”一语含义广泛,可以包括权利的一切作用,不可与客体并称。“目的”一词,系一种心理状态,与客体的含义相去甚远。故不应将权利客体概念与权利内容或权利目的相混。^[4]

各国民法典并未对私权的客体作一般性的规定,而是仅规定其中最重要的客体:物。但在实际上,物只是民事权利客体之一种,民事权利因其种类不同,可以有不同的客体。因此,对于民事法律关系的客体不可一概而论,应区分不同的关系、不同的民事权利而论其客体。显而易见,所有权的客体是物,用益物权的客体也是物,但担保物权的客体除物之外还可以是权利(如权利质权)。继承权的客体(遗产)既有物也有权利。债权的客体既不是物也不是债务人,而是债务人的行为,称为给付(此给付的标的包括物和劳务)。人格权的客体,为人格利益,如生命、健康、身体、肖像、自由、名誉、隐私等。知识产权的客体,是人的精神的创造物(可以与有体物相对应而称为无体物)。形成权的客体,则是法律关系自身。至于传统民法所谓身份权,其权利客体为特定身份关系之对方当事人。^[5]可见,民事法律关系之客体,或民事权利的客体,具有多样性。且随着现代社会中,财产及具有财产价值的东西日益扩张,民事权利客体的多样性也日益扩张。

[3] 参见本书第五章民事权利客体。

[4] 参见王伯琦:《民法总则》,台北国立编译馆、正中书局1979年第八版,第103页注1。

[5] 参见黄右昌:《民法总则》,第58页;李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第47页;史尚宽:《民法总论》,1980年台北三版,第16页;郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第48页。须注意的是,身份权的实质在于对人的支配,与人类社会文明发展的进程相悖。随着社会的发展,身份权逐渐受到限制,自第二次世界大战结束以来,进一步走向消亡。参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,中国法制出版社1999年版,第42~47页。

四、民事法律关系的内容

民事法律关系的内容,指民事法律关系的权利主体所享有的权利和义务主体所负的义务,即民事权利和民事义务。例如,在所有权关系中,所有人为权利主体,他所享有的权利,是对客体即所有物的占有、使用、收益和处分的权利。所有人之外的一切人均是义务主体,他们所负的义务是不得妨害所有人对所有物的占有、使用、收益和处分的不作为义务。所有人对所有物的占有、使用、收益和处分的权利,及义务主体不得予以妨害的义务,就构成所有权关系的内容。而所有人的权利和义务主体的义务所共同涉及的所有物,就是所有权关系的客体。再如买卖关系中,买受人和出卖人都既是权利主体又是义务主体。买受人所享有的权利是请求对方交付商品,所负的义务是向对方支付价款;出卖人的权利是请求对方支付价款,所负的义务是向对方交付商品。交付商品和支付价款的权利义务就是买卖关系的内容。而交付商品的行为和支付价款的行为,就是买卖关系的客体。民事法律关系虽然多种多样,但其内容不外乎民事权利与民事义务。当然,民事权利与民事义务又有各种分类和差异,将在本章第四节论述。

五、民事法律关系的变动

(一)民事法律关系的变动与民事权利的变动

民事法律关系的变动,指民事法律关系的发生、变更、消灭。因民事法律关系之变动,通常产生民事权利和民事义务变更的结果,有的著作遂将民事法律关系的变动等同于民事权利的变动。但民事法律关系的变动为产生民事权利变动之前提,两者应有区别,不可混淆。其差别如下:

1. 民事法律关系的发生与民事权利的发生不尽一致。通常情形,民事法律关系发生时,民事权利和民事义务即行发生。但在附停止条件或附始期的法律行为,其民事法律关系虽已发生,但其权利须待条件成就或期限届至,方才发生。又如虽有亲属关系并不当然发生受扶养的权利,须待发生不能维持生活且无谋生能力之状态,其受扶养之权利方才发生。

2. 民事法律关系的变更与民事权利的变更并不相同。例如,债权债务关系内容的变更,若属于法律关系性质变更或标的物变更,不用说将导致民事权利性质和内容的变更,但如果仅仅是履行期限、履行方式的变更或所附条件、所附期限的变更,却并不导致民事权利的变更。

3. 民事法律关系的消灭与民事权利的消灭亦不相同。例如,在租赁关系,租金请求权因清偿而消灭,但租赁关系并不随之消灭,须待期限届

满方才消灭。又如代理关系消灭,但因代理关系而生的报酬请求权并不消灭。

(二)民事权利的变动的分类

尽管民事法律关系的变动与民事权利的变动,有上述差别,不应混淆,但因民事权利的变动为民事法律关系变动所生的法律效果,因此民事权利的变动为法律上最为重要和最为复杂的问题。民事权利的变动,为民法物权、债权、亲属、继承各部分规定的主要内容。在此仅对民事权利变动的分类,作概括说明。

1. 民事权利的发生

(1)民事权利的绝对发生

民事权利的绝对发生,指民事权利独立地、不依附于既存之其他权利而发生。自权利主体言之,则为权利的原始取得,即不基于他人所有之权利而独立取得新权利。如因先占无主物而取得所有权,及依善意取得制度而取得动产所有权。

(2)民事权利的相对发生

民事权利的相对发生,指基于他人既存的权利而发生权利。自权利主体言之,则为权利的继受取得,或传来取得,即因他人所有之权利而取得权利,如因买卖而取得财产所有权,因继承而取得财产所有权。

继受取得,又可分为移转的继受取得与设定的继受取得。前者指权利主体变更而权利内容并不变更,如所有权的让与、债权的让与;后者指前权利主体仍保有其权利,而基于该权利而为另一主体设定新权利。换言之,即在既存的权利之上为他人设定性质不同的新权利。如所有人在自己的所有物上为他人设定用益物权或担保物权,即其适例。

2. 民事权利的消灭

民事权利自其主体脱离,称为民事权利的消灭。自权利主体言之,则为权利的丧失。权利的消灭,亦可分为绝对消灭与相对消灭。绝对消灭,指权利本身终局的消灭,例如因标的物灭失而致所有权消灭,债权因清偿而消灭。相对消灭,并非权利本身消灭,只是权利脱离原主体而改属新主体而已。例如因买卖而使标的物所有权改属买受人,自出卖人言之,为所有权消灭。因此,权利相对消灭,即权利的移转。自受让人方面言之,则为权利的继受取得。亦即权利主体之变更。实则权利相对发生、权利主体变更、权利相对消灭,乃是同一问题之由不同角度观察而已。

3. 民事权利的变更

(1) 民事权利主体之变更

民事权利的变更,指民事权利不失其同一性而变更其形态。首先是主体的变更,即因权利在不同主体间移转而生之变更。自新主体方面言之,为权利的移转的继受取得。因此,民事权利主体之变更,亦即权利的相对发生。

(2) 民事权利内容之变更

民事权利内容之变更,又可分为量的变更与质的变更。量的变更,如所有权客体之增减,及债权因一部清偿所生变更。质的变更,如无息债权变为有息债权,债权因债务人不履行而变为损害赔偿请求权。

(3) 民事权利作用之变更

民事权利作用之变更,指权利效力的变更。例如第二顺位抵押权变为第一顺位抵押权,不得对抗第三人的权利变为得对抗第三人的权利。中国海商法关于船舶物权变动采登记对抗主义,依抵押权设定合同而取得船舶抵押权,在未登记时不具有对抗第三人的效力,经登记即具有对抗第三人的效力。于此情形,属于船舶抵押权作用之变更。严格说来,作用之变更,亦可属于权利内容之变更。

六、民事法律关系变动的的原因

民事法律关系的变动即发生、变更、消灭,绝不是无缘无故的,须有一定的原因。导致民事法律关系变动的的原因,称为法律事实。所谓法律事实,指能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观情况。但并非一切客观情况都能引起民事法律关系的变动。例如,属于自然现象的日出、日落、刮风、下雨,属于人的活动的散步、读报、起床、睡觉,均不能引起民事法律关系发生、变更和消灭,因此不能成为法律事实。而时间的经过、严重自然灾害的发生、战争和封锁禁运,人的出生、死亡、成年、失踪、精神失常等,却能引起民事法律关系的发生、变更和消灭,因而属于法律事实。可见,客观情况之是否成为法律事实,取决于法律的规定。因此,所谓法律事实,是指符合法律的规定,能够引起民事法律关系变动的客观情况。

法律事实分为两大类,即自然事实和人的行为。

(一) 自然事实

民法上所称的自然事实,指人的行为之外的,能够引起民事法律关系发生、变更或消灭的一切客观情况。自然事实又分为两种:状态和事件。

1. 状态

状态,指某种客观情况的持续。例如,人的下落不明、精神失常、对物继续占有、权利继续不行使、战争状态、封锁禁运,及符合、混合、加工等,均属于自然事实中的状态。

2. 事件

事件,指某种客观情况的发生。例如,人的出生、死亡,不当得利、混同、继承开始,及自然灾害的发生,战争爆发,发生动乱或罢工,均属于自然事实中的事件。无行为能力的未成年人或精神病人的“行为”,完全行为能力人在无意识或神志错乱中所为的“行为”,亦应属于事件。

(二)人的行为

法律上所称人的行为,指人有意识的活动。无意识的活动,如人在熟睡或昏迷状态中的动作,及受他人暴力强迫所为的动作,均不属于行为。无行为能力的未成年人及精神病人,因其无意识能力,所为动作也不得称为行为。并非一切行为均可成为法律事实,但人的行为大部为法律事实,并且是最重要的法律事实。

人的行为中,由民法所规定的,为民法上的行为;由其他法律如行政法、诉讼法等所规定的,属于其他法律上的行为。须注意的是,其他法律上的行为,亦可引起民事法律关系的发生、变更和消灭,同样可以成为民法上的法律事实,例如技术引进合同经主管机关的批准而成立,因法院判决而使被告承担损害赔偿。但法律事实中的行为,主要是民法上的行为。民法上的行为可作如下分类:

1. 合法行为

合法行为,指符合民法规定,至少不违反民法规定,能引起民事法律关系发生、变更或消灭的行为。合法行为包括三种:

其一,法律行为。它是最常见、最重要的法律事实,如合同、遗嘱等。本书将在第六章论述。

其二,准法律行为。它包括:意思通知,指表示内心某种欲望或意思的行为,如要约拒绝、履行催告、选择权行使催告;观念通知,指表示对于某种事项之观念的行为,如承诺迟到通知、发生不可抗力通知、瑕疵通知、债权让与通知、债务的承认;感情表示,指表示某种感情的行为,如被继承人之宽恕。此三类行为,虽由法律规定而当然发生效力,但均以表示一定

心理状态于外部为特征,与法律行为极为相似,故学说上称为准法律行为。^{〔6〕}

其三,事实行为。它是指基于某种事实之状态或经过,发生法律所特别规定的效力之行为。事实行为,亦称非表示行为,不以表现内心的意思为必要,其法律效果亦不取决于行为人的意思,因此区别于属于表示行为的法律行为。^{〔7〕}但事实行为,行为人当然有其内心的意思,只是无须将其内心意思表示出来罢了,因此属于人的行为,而不同于自然事实。如先占、加工、添附、拾得遗失物、发现埋藏物、无因管理以及作为债权标的之给付行为如交货、付款,均属于事实行为。建造房屋等建筑物,制造飞机、船舶、机动车、机器、家具、工具等,以及创作艺术品,亦属于事实行为。^{〔8〕}事实行为不适用关于意思表示的规定,尤其是关于行为能力的规定。

2. 违法行为

违法行为,指违反民法规定,侵犯他人合法权益,依法应承担民事责任的行为。包括侵权行为、违约行为。

3. 其他行为

其他行为,指作为法律事实的人的行为中,除合法行为、违法行为之外的行为。包括防卫过当、避险过当。

第三节 民事能力

一、法律上所谓能力

法律上所谓能力,是指在法的世界中作为法律主体进行活动,所应具备的地位或资格。当然,该地位或资格是由法律所赋予的。民法上有三种能力:民事权利能力、民事行为能力及民事责任能力。民事权利能力,是作为民事主体“人”所具有的“静的”能力;民事行为能力及民事责任能力,是关于“人”的活动的“动的”能力。一切私法上之法律关系,均以此三种能力为

〔6〕 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第277页。

〔7〕 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第275~276页。

〔8〕 物权法第30条规定,因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。

基础。^[9]须注意的是,法律关于民事权利能力、民事行为能力和民事责任能力的规定,属于强行法规定。此类能力谁也不能放弃其全部或一部,亦不能由当事人设定或变更。

二、民事权利能力

(一)民事权利能力的概念

民事权利能力,指据以充当民事主体,享受民事权利和承担民事义务的法律地位或法律资格。又称法人格,或人格。

在奴隶社会,只有奴隶主才享有民事权利能力,才能充当民事法律关系的主体。奴隶不具有民事权利能力,从法律上看,奴隶不是人,而是会说话的工具,其法律地位与牛马、器物相同,只能成为民事法律关系的客体。在封建社会中,人们享有的民事权利能力大小不等,取决于他们在封建等级制度中所处的地位。贫苦农民处于封建等级制度的最底层,其地位低下,因而其民事权利能力最小,实际上只是承担义务的能力。无论奴隶制家庭还是封建制家庭,都只有家长才具有民事权利能力,才可以参加民事法律关系,才能够享有民事权利和承担民事义务。妻和子女不享有民事权利能力,其法律地位类似于奴隶。资产阶级在推翻封建统治之后,建立了资本主义的经济制度和政治制度,在法律上规定了自然人民事权利能力平等的原则。如奥地利民法典第17条、法国民法典第8条、瑞士民法典第11条,均明文规定一切自然人享有平等的民事权利能力,相对于奴隶社会和封建社会,无疑是一大进步。但须注意的是,民事权利能力毕竟只是一种法律资格,享有这一资格并不等于实际取得民事权利。能否在实际上享有民事权利,除必须具备民事权利能力外,还必须实施法律行为或有其他法律事实,而最终取决于一定的物质条件。

在古代罗马法上,并没有近代民法意义上的权利能力概念,在罗马法,要成为完全的权利义务主体,须具有三种资格:自由权(*status libertatis*)、市民权(*status civitatis*)、家族权(*status familiae*)。当时还没有用权利能力一语来概括这三种资格,而是用人格或人格权(*caput*)来总称这三种资格。中世纪罗马法学也是如此。近代意义的一般的权利能力概念,是由何人所倡,学者意见不一。学者 Franz von Zeiller (1753—1828) 起草的《奥地利民法典》第一次在法律上使用了权利能力概念。由于承认一般的权利能力,使

[9] 参见王伯琦:《民法总则》,台北国立编译馆、正中书局1979年第八版,第40页。

该法典成为取向私的自治的法典。因此,可以断言,权利能力概念,产生于18世纪后半期至19世纪的欧洲。

(二)民事权利能力的取得和消灭

自然人和法人都有民事权利能力。自然人一出生,即被认为有民事权利能力。法人应依法登记才被赋予民事权利能力。此外,还有所谓无权利能力团体,实际上在许多方面亦与有权利能力法人同样对待。

民事权利能力,为充当民事法律关系主体的法律资格,无此法律资格,即不得作为民事主体。须注意的是,民法关于民事权利能力的规定,属于强行性规定,不允许当事人依自由意思予以排除或变更。因此,任何人不得抛弃其民事权利能力,合同中如有限制当事人民事权利能力的内容,应为无效。此外,自然人的民事权利能力有不受剥夺的性质,即使受刑事处罚,其一般民事权利能力仍不受影响。

(三)一般民事权利能力与特别民事权利能力

民事权利能力可分为一般民事权利能力与特别民事权利能力。一般民事权利能力,泛指参加一般民事法律关系的法律资格;特别民事权利能力,指参加特定的民事法律关系所要求的法律资格。一般民事权利能力,法律对于一切自然人均平等地赋予,不因年龄、性别、民族、种族、国籍、信仰、文化程度及财产状况而有不同,贯彻民事权利能力平等原则。但是,对于某些特定的民事法律关系,法律有特别的要求。例如,作为个体工商户的自然人,除具有自然人的一般民事权利能力外,还具有与其登记的经营范围一致的特别民事权利能力,而一般的人不具有这种特别民事权利能力。自然人与法人,基于性质上的差异,存在特别民事权利能力的差别。如自然人有充当继承关系和婚姻关系主体的民事权利能力,而法人不具有这类民事权利能力,不得享有继承关系和婚姻关系上的权利。此外,本国人与外国人之间,基于政策上的考虑,也有特别民事权利能力的差异。

三、民事行为能力

(一)民事行为能力

民事行为能力,指民事主体据以独立参加民事法律关系,以自己的法律行为取得民事权利或承担民事义务的法律资格。民法理论上,关于民事行为能力概念,有广义概念与狭义概念之别。广义民事行为能力概念,既包括实施法律行为的能力,也包括实施非法行为的能力;狭义民事行为能力概念,仅指实施法律行为的能力。中国民法通则第二章第一节对自然人的民

民事行为能力设有规定。民法通则虽未对民事行为能力概念下定义,但依解释,应当认为中国民法所称民事行为能力,系采狭义概念。因非法行为,如侵权行为,唯发生行为人的责任问题,而不发生行为是否生效问题,不要求有民事行为能力。至于合法行为中的事实行为,亦仅有构成问题,而无效力问题,也不要求有民事行为能力。

民事行为能力和民事权利能力,是现代民法上两项最重要的法律资格。民事权利能力,是充当民事法律关系主体所必须具备的法律资格。凡具有民事权利能力,均可成为民事法律关系主体,可以享有民事权利和承担民事义务。民事行为能力,是民事主体独立实施法律行为的法律资格。凡有民事行为能力,即可不依赖于他人而独立实施法律行为,参加民事法律关系,为自己取得民事权利或设定民事义务。对于自然人来说,人人都有民事权利能力,即自然人民事权利能力平等。自然人的民事权利能力,以生存为条件,一经出生即当然具有民事权利能力。但自然人的民事行为能力,并不是从一出生就当然享有,也不是一切自然人都具有民事行为能力。法律只对有一定判断力的人赋予民事行为能力。自然人虽然一经出生就具有民事权利能力,可以成为民事法律关系主体,但要独立从事民事活动,实施法律行为,为自己取得权利和设定义务,除有民事权利能力外,还必须具备民事行为能力。具有民事行为能力的自然人,才能够不依赖于他人而独立实施法律行为,参加民事法律关系,为自己取得民事权利或设定民事义务。可见,对于自然人来说,区别民事权利能力与民事行为能力,有重要意义。但对于法人来说,只要具备民事权利能力,也就在同样的范围被赋予民事行为能力。因此,在自然人须要求有民事行为能力,而在法人只需有民事权利能力就够了。

(二) 意思能力

意思能力,指自然人认识自己行为的动机与结果,并根据此认识决定其正常的意识之能力。瑞士民法称为判断能力,中国台湾地区“民法”称为识别能力。意思能力为法律赋予自然人民事行为能力之前提。有意思能力,始有民事行为能力;无意思能力,即无民事行为能力。须注意的是,此所谓意思能力,并非法律所赋予的地位或资格。意思能力的有无,是事实问题,须就各个具体的法律行为,考虑行为人的年龄、智力及精神状态而决定之,并无统一的基准。但这在实践上又难以彻底贯彻,否则将影响交易活动的正常进行,并增添许多法律程序和手续。因此,民法采取变通办法,以达到

一定年龄且精神正常为基准,规定哪些自然人具有意思能力,因而具有民事行为能力;其余则不具有意思能力,因而不具有民事行为能力。

行为能力与意思能力的区别,于实践中有其重要意义。依民法规定,未满10周岁的未成年人,因其不具有意思能力,在法律上属于无行为能力人,其独立实施的法律行为,因此应无效。年满18周岁的成年人,因其具有意思能力,法律上属于有完全行为能力人,其所实施的法律行为,当然不得以欠缺行为能力而主张无效。但若能举证证明实施该行为之际处于无意思能力之状态,如因醉酒或疾病发作而陷入昏迷状态,则仍得以行为时欠缺意思能力而主张该行为无效。同理,精神病患者已依民法通则第19条的规定宣告为无行为能力人,其所实施的法律行为,应当当然无效。其未依民法通则上的规定宣告者,仍得以意思能力欠缺而主张该行为无效。唯此种情形,须负举证责任。

四、民事责任能力

(一) 民事责任能力

民事责任能力,指民事主体据以独立承担民事责任的法律地位或法律资格,又称侵权行为能力。凡具有民事责任能力的主体,都将对自己的行为所造成的违法后果承担民事责任。反之,无民事责任能力的主体,在其行为给他人或社会造成损害时,其本人将不受法律追究,而由其监护人(无责任能力的社会组织则由其上级机关或上级组织)承担民事责任。

中国民法通则虽未规定民事责任能力概念,但从第133条关于无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害应由其监护人承担民事责任的规定解释,不仅有民事责任能力之存在,并且将民事责任能力与民事行为能力相联系;凡依法具有民事行为能力者,均具有民事责任能力。

(二) 民事责任能力与民事行为能力

民事责任能力与民事行为能力,虽然相互联系,有其一必有其二,但毕竟是两种不同的资格,不应混淆。二者区别如下:其一,目的不同。法律设民事行为能力,在于使主体可以按照自己的意思追求自身利益;设民事责任能力之目的,在于对主体的违法行为追究民事责任,保护他人和社会利益。其二,效力不同。民事行为能力为决定民事行为是否有效的根据,民事责任能力为决定主体是否自己承担民事责任的根据。其三,性质不同。民事行为能力总是具体的,有一定的范围。民事责任能力乃是抽象的,并无一定范围。无论何种主体,尽管各有其不同的民事行为能力范围,但它们的民事责

任能力并无区别。主体的行为超出其民事行为能力范围将不生效,但其违法行为无论是否超出民事行为能力范围,均为有效,即应受法律追究。

(三) 民事责任能力之判断

关于民事责任能力之判断,通说认为,应概以行为时有无意思能力为断,亦即须就其各个具体的行为,审查其有无识别能力,以决定其责任。法律上并未如行为能力制度,以年龄等设定其划一之标准。盖不法行为系应受制裁之问题,依理应就具体情形决定,不适于依抽象的标准决定。^[10]此种学说着重于个人之保护,但难免有所偏颇,实践中徒增纷扰,不利于对他人和社会之保护。且民事责任仅涉及责任人之财产利益,不及于人身,与刑事责任有别。以民事行为能力之有无,作为判断民事责任能力之根据,实有利于实务及对他人和社会利益之保护。因此较通说为优。

第四节 民事权利

一、权利的概念

权利一语,系外国法律名词之意译,在拉丁文为 jus,在法语为 droit,在英语称为 right,在德语为 Recht。均含有正义、直道之意。日本学者初译为“权理”,后改译为“权利”。中国法律上“权利”一语,来自日本。人群共处,各有主张,涉及不同的利益,不免发生冲突。为维护社会生活,自须定其分际,法律乃于一定要件之下,就其认为合理正当者,赋予个人某种力量,以享受其利益。因此,所谓权利,指得享受特定利益之法律上之力也。权利为主观化之法律,法律为客观化之权利,行使权利,乃为法律而斗争,实寓有伦理上之意义。^[11]

二、权利的本质

(一) 关于权利本质的学说

权利的本质是什么?学者对于这一问题的回答颇不一致,约有三种

[10] 此种主张见之于郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第84页;王伯琦:《民法总则》,1979年台北国立编译馆、正中书局1979年第八版,第51页;北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第41页。

[11] 参见郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第44页;王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第92页。

学说:

其一,意思说。此说为德国罗马法学者温特夏德(Windscheid, 1817—1893)所倡。此说认为,权利之本质为意思之自由,或意思之支配。即权利为个人意思所能自由活动或所能自由支配的范围。意思为权利之基础,无意思即无权利,故权利之本质应归结为意思。

其二,利益说。此说为德国著名学者耶林(Jhering, 1818—1892)所倡。此说主张权利之本质为法律所保护的利益,凡依法律归属于个人的利益,无论精神的或物质的,即为权利。

其三,法力说。此说以德国学者梅克尔(Merkel, 1836—1896)为代表。此说认为,权利之本质为法律上之力。依此说,权利总是由“特定利益”和“法律上之力”两个要素构成。所谓“法律上之力”,系由法律所赋予的一种力量,凭借此种力量,既可以支配标的物,亦可以支配他人。此为现今之有力说。

(二)三种学说之比较

关于权利本质的三种学说,其中第一种学说,将权利之本质归结为个人的意思。其不足之处在于,无法解释无意思能力之未成年人及精神病人,何以能作为权利主体,及在许多情形权利之取得、变更与丧失,并不取决于当事人意思。可见意思说不足采。第二种学说,认权利之本质为法律所保护的利益,颇具说服力。按照唯物论,一切社会关系无不包含某种利益。法律调整社会关系,正是将各种社会关系所体现的利益,用法律上权利义务的形式固定下来,并运用国家强制力保障其实现。无论何种情形,一提到权利,利益也就在其中了。此前我曾表示过赞同利益说。^[12]现在看来,此说也有不尽合理之处。因为法律所保护的利益,未必都表现为权利。例如交通安全,无疑是一种重大利益,但并未表现为个人的权利,反之,所表现出来的是要求人人遵守交通规则的义务。人人遵守交通规则,也就享受到交通安全的利益。此即所谓反射利益。再如所谓自然债,如时效经过之债,债务人自愿履行后不得以不知时效已过而要求返还,对债权人而言显然属于受法律保护的利益,但因不具备诉请法院强制执行的效力,难谓为法律上的权利。第三种学说,认为权利由特定利益和法律上之力两要素构成,可以克服利益说之不足。因此值得赞同。

[12] 梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第55~56页。

三、权利的意义

关于权利之本质,既采法力说,则权利应作为一种法律上之力。此法律上之力,与通常所谓实力不同。通常所谓实力,乃是个人的腕力;法律上之力乃由法律所赋予,受法律的支持与保障,依此力量既可以支配标的物,也可支配他人。此法律上之力,还须与“特定的利益”要素相结合,才构成权利。此利益指生活利益,包括财产利益和非财产利益两种。前者如一般之财富,后者如生命、身体、健康、自由、名誉、隐私等。生活利益本来很广泛,其中受法律保护者,称为法律利益,简称法益。法律为保护个人特定法益,特予以法律上之力,使之能够享受特定的利益,并于反面课相对人以相当的拘束(义务),以确保此利益之享受。此可享受特定利益的法律上之力,即为权利。例如,物权为直接支配其标的物而享受其利益的排他性权利。其中“支配其标的物而享受其利益”,即所谓特定利益,而“直接支配”和“排他性”,即法律上之力。再如,债权为请求特定人为特定行为之权利。其中“特定人为特定行为”,即特定利益,而“请求”即为法律上之力。各种权利,莫不如此。

四、权利的分类

(一)以权利之根据为标准

权利首先区分为公权与私权,以与公法与私法相对应。其区分标准分歧,通说为“法律根据说”。即以权利所根据的法律为区分标准,根据公法所规定者为公权,根据私法之规定者为私权。民法为私法,民法上的权利属于私权。以下仅论述私权。

(二)以权利之标的为标准

以权利之标的是否具有财产价值,可将私权分为财产权与非财产权两大类。但财产权与非财产权的划分并不是绝对的。因为,通常划归财产权一类的某些权利,并不一定有财产价值。例如江、河、湖、海、山脉、草原本身并非商品,无从计较财产价值,但并不影响它们作为财产权的标的。再如私人信函、亲人遗物,纵无财产价值,亦不妨作为所有权标的。同理,通常属于非财产权的某些权利,也未必不具有财产价值。如法人名称权,当然具有财产价值。就是公民肖像权,亦可有财产价值。因此,民法理论上对于权利的分类,往往先确定非财产权,非财产权以外的权利,均属于财产权。区分财产权与非财产权的意义在于:其一,财产权原则上可以转让、抛弃,非财产权原则上不可转让、抛弃;其二,财产权受侵害时原则上不适用精神损害赔偿,

非财产权受侵害时原则上可适用精神损害赔偿。^[13]

1. 非财产权

非财产权,是指与权利主体之人格、身份不可分离之权利。非财产权可再分为人格权与身份权。人格权指存在于权利人自己人格上的权利,亦即以权利人自己的人格利益为标的之权利。人格权因出生而取得,因死亡而消灭,不得让与或抛弃。如生命权、身体权、健康权、自由权、姓名权、名誉权、肖像权、隐私权等。身份权为存在于一定身份关系上的权利,即亲属权。如夫权、亲权、家长权等。须特别注意,第二次世界大战以来身份权已趋于消亡。

2. 财产权

财产权,是指可以与权利人的格、身份相分离而具有财产价值的权利,如物权、债权、知识产权等。

3. 兼有以上两种性质的权利

兼有财产权和非财产权双重性质的权利,有继承权、社员权。此种权利可否转让、抛弃以及可否适用精神损害赔偿,应就其性质予以个别认定,即考虑权利双重性质之间的关系,何种性质为目的、何种性质为手段。其财产权性质为非财产权性质服务的权利,应适用非财产权的规定,如继承权,^[14]其非财产权性质为财产权性质服务的权利,应适用财产权的规定,如股权。^[15]

值得注意的是,中国民法学界关于股权性质曾发生争论。有谓股权之本质为所有权者,有谓股权之本质为债权者。而两种见解均非正确。股权系综合性权利,既有非财产权性质的表决权,亦有财产权性质的获得股息和公司解散时取回剩余财产的权利,性质上属于社员权。

(三)以权利之作用为标准

以权利之作用为划分标准,亦即以“法律上之力”的性质为划分标准。“法律上之力”,依其性质不同,可分为“支配力”、“请求力”、“变动力”,与

[13] 例外情形如:具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损,致物品所有人精神损害,造成严重后果的,可判令赔偿相应的精神损害抚慰金。见最高人民法院《关于确定民事侵权精神赔偿责任若干问题的解释》第4条、第8条。

[14] 法律将继承财产的权利赋予特定身份的人,旨在保障与死者有特定关系的人的利益,即特定的身份利益。

[15] 法律赋予表决权并非以表决权本身的实现为根本目标,而是旨在保障股东充分、有效地享有股权中的财产权。

此相应可将权利区分为支配权、请求权、变动权三类。

1. 支配权

支配权,是指权利人得直接支配其标的,而具有排他性的权利。此类权利的作用有两方面,即于积极方面可直接支配其标的物,而不需他人行为之介入;于消极方面可禁止他人妨碍其支配,而具有排他性。物权为典型的支配权,其他如准物权、知识产权、人格权及身份权亦为支配权。

2. 请求权

请求权,是指权利人得请求他人为特定行为(作为、不作为)的权利。请求权在权利体系中居于枢纽之地位。因为任何权利,无论其为相对权或绝对权,为发挥其功能,或回复不受侵害之圆满状态,均须借助于请求权之行使。请求权与支配权不同,权利人不能对权利标的为直接支配,只能对义务人为请求。债权为典型的请求权。债权人不能直接支配债务人的行为,也不能支配债务人本身,只能请求债务人为特定行为。但须注意,债权与请求权为两个概念,不可混淆。债权系请求权的基础权利,请求权系债权所具有的作用之一。^[16]

请求权系由基础权利而发生,必先有基础权利,而后始有请求权。因此,请求权以其基础权利之不同,可分为:债权上请求权;物权上请求权;准物权上请求权;知识产权上请求权;人格权上请求权;身份权上请求权。唯债权上请求权系从债权成立时当然发生,且请求权为债权最主要作用,因此可以说债权性质上为典型的请求权。而其余的请求权,则多于基础权利受侵害时,方才发生。

另外,须对请求权与诉权加以区别。请求权概念,系由德国学者温特夏德所创。在此之前,唯认有诉权,而不知有请求权。经温氏之研究,始于诉权(公权)之外,承认有私权之请求权。因此,请求权存在于平等的当事人之间,属于私权,而诉权系私人请求国家予以保护的诉讼权利,存在于个人与国家之间,属于公权。通常情形,凡请求权均伴有诉权,在对方当事人不依请求履行义务时,请求权人可诉请法院强制对方当事人履行义务。但请

[16] 学上说认为债权的效力有:给付保持力、请求力及执行力。给付保持力,指债权人得受领并保持债务人所给付之标的,是一切债权都具有的最本质的效力。请求力,指债权期限到来时,要求债务人即时履行以实现其内容的效力,请求权即体现此请求力。执行力,又称拘取力,指债权依其请求力不能实现的情形,得凭借国家公权力强制实现其内容的效力,诉权即体现此执行力。参见北川善太郎:《债权总论》,有斐阁1993年版,第10~11页。

求权与诉权,性质不同,不得视为一体。^[17]

须特别注意者,系请求权基础之概念。所谓请求权基础,指足以支持某项特定请求权之法律规范而言。^[18]例如甲驾车不慎撞伤乙,乙得向甲请求损害赔偿,即应以道路交通安全法第76条的规定为其基础。无请求权基础者,即无请求权可言。在实务上发生权利人同时有两个以上的请求权可以行使的现象,称为请求权竞合。例如,合同法第122条规定:“因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”于请求权竞合情形,权利人得选择其一行使之。由于各种请求权的构成要件、举证责任、内容及时效期间各有不同,故在具体案件,对所有可能成立的请求权,均须依其构成要件,确实加以检讨,始足维护当事人利益。此称为请求权基础思考方法。^[19]

3. 变动权

变动权,是指权利人依自己的行为,使法律关系发生变动的权利。变动权之作用,在使法律关系发生、变更、消灭,因此区别于支配权和请求权。变动权,依所变动之法律关系不同,再分为形成权、抗辩权和可能权。

(1) 形成权是指权利人依自己的行为,使自己与他人间的法律关系发生变动的权利。如撤销权、解除权、追认权等。形成权之主要功能,在于权利人得依其单方之意思表示,使已成立之法律关系之效力发生、变更或消灭。但须注意,形成权与请求权亦有密切关系,即形成权之行使常是主张债权(或物权)请求权之前提条件。

形成权使一方当事人得依其单方之意思干预他人之法律关系,如何保护相对人亦很重要。故关于各个法定形成权,法律设有不同的构成要件,并在若干特殊情形,使权利人负损害赔偿责任。又形成权之行使,原则上不得附条件与期限,以避免置相对人于不确定之法律状态。

(2) 抗辩权是指权利人用以对抗他人请求权之权利。抗辩权的作用在于防御,而不在于攻击,因此必待他人之请求,始得对其行使抗辩权。如同

[17] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第49~50页。

[18] 参见王泽鉴:《基础理论》,台北1996年版,第34页。

[19] 关于请求权基础的思考方法,见王泽鉴:《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》,第四章“请求权基础”,台北1999年版,第60~204页。

时履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等。抗辩权又分为永久的抗辩权与延期的抗辩权。时效届满后债务人的抗辩权,为永久的抗辩权,而同时履行抗辩权和不安抗辩权均系延期的抗辩权。请求权与抗辩权乃居于对立之地位。在解题或分析案件时,应当兼顾。此种请求权与抗辩权对立性思考方式,系法律基本思维能力,应予重视。^[20]

抗辩权与诉讼上的抗辩不同。抗辩是诉讼中的防御方法之一。被告陈述应由自己负担举证责任的事实并以此与原告主张的法律效果或权利关系相争,称为抗辩。^[21]在诉讼进行中,被告得提出各种抗辩,归纳言之,可分为三类:其一,权利障碍之抗辩(rechtsverhindernde Einwendung),即主张原告之请求权,基于特定的事由,自始不发生。例如,法律行为当事人无行为能力;限制行为能力人订立合同未得法定代理人追认;合同内容违反法律强制性规定;合同内容违反公共秩序与善良风俗;无权代理未得本人追认;合同不成立。其二,权利毁灭之抗辩(rechtsvernichtende Einwendung),即主张原告之请求权虽曾一度发生,唯其后因特定事由,已归于消灭。例如,已清偿及代物清偿;提存;抵销;免除;混同;撤销权行使;权利不当行使。其三,抗辩权(Einrede),即被告对于原告之请求,有拒绝给付之权利。例如,消灭时效抗辩权;同时履行抗辩权;不安抗辩权;先诉抗辩权。

前两类抗辩,学说上称为诉讼上的抗辩。后者称为实体法上的抗辩权。其主要区别在于,诉讼上抗辩的效力,即足以使请求权归于消灭,故在诉讼进行中,当事人纵未提出抗辩,法院亦应审查事实,如果认为有抗辩事由存在,须依职权作出有利于该当事人之判决。相反,因抗辩权的效力,仅在对抗已存在之请求权,故有抗辩权人是否主张其权利一任其自由。唯被告在诉讼上主张其抗辩权时,法院即有予以审查之义务。^[22]

(3)可能权是指权利人依自己的行为而使他人与他人间的法律关系发生变动的权利。如代位权、代理权、法人代表人之事务执行权等。其中代理权之本质为权利或仅为一种地位,学说存有分歧,详见本书第七章第三节。

[20] 参见王泽鉴:《基础理论》,台北1996年版,第94页。

[21] 参见兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年版,第77~78页。

[22] 参见王泽鉴:《基础理论》,台北1996年版,第89~94页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第39~40页。

(四) 以效力所及的范围为标准

以效力所及的范围为标准,可分为绝对权与相对权。所谓绝对权,指得对一切人主张的权利,又称对世权。所谓相对权,指仅得对特定人主张的权利,又称对人权。物权、人格权、知识产权,均属于绝对权;债权属于相对权。但新近学说有否认绝对权与相对权区别之趋势,主张债权于受第三人侵害时,亦可向之主张损害赔偿。因此认为债权亦有对世性。^[23]

本书认为,债权是否为相对权与侵害债权是否成立侵权责任,为不同的问题。债权性质上属于相对权,其主要理由是:债权存在于特定的当事人之间,不具有对世性;债权仅具有请求力,而对于给付标的物或债务人之给付行为并无支配力;债权不具有社会公开性,第三人难以知悉其存在,因而不具有排他性。因此,绝对权与相对权的区别,应当维持。至于第三人侵害债权是否成立侵权责任,关键不在于债权之是否具有对世性或属于绝对权,而在于民事权利之不可侵性。^[24]因第三人行为致债务人不能履行对债权人的给付义务时,应由债务人对债权人承担违约责任,债权人不能依侵权行为法迳向该第三人请求赔偿损害。此在合同法第121条已有明文规定。但第三人的行为系出于故意以违背善良风俗的方法加损害于债权人时,当依侵权行为法对债权人承担赔偿责任。^[25]

(五) 以相互关系为标准

以权利之相互关系为标准,可分为主权利与从权利。如以抵押权担保债权,则受担保债权为主权利,该抵押权为从权利。区分主权利与从权利的意义在于,从权利的变动,原则上依附于主权利;主权利的变动,则不受从权

[23] 参见王伯琦:《民法总则》,台北国立编译馆、正中书局1979年第八版,第29页。

[24] 我国台湾地区“最高法院”1969年台上字第1504号判决:“按债权具有不可侵性,依故意或过失侵害他人之债权人,故应负侵权行为上之责任,但此以第三人之行为对债权之存续或其法律上效力有直接影响者为限。例如第三人以侵害他人之债权之意思,毁灭其特定之标的物时,或故意对债务人之身体加以拘束使其不能为债权标的物之特定给付时等是。”参见《裁判选辑民事法》(第11册),第264页;转引自王泽鉴:《侵权行为法(第一册):基本理论、一般侵权行为》,台北1998年版,第200页注1。

[25] 德国民法典第826条:“以违反善良风俗的方法对他人故意施加损害的人,对受害人负有赔偿损害的义务。”我国台湾地区“民法”第184条第2句:“故意以违背善良风俗之方法,加损害于他人者,亦同。”学者受委托起草的中国合同法(建议草案)第八章违约责任,就第三人侵害债权专设第157条:“第三人故意违背善良风俗侵害他人债权的,应负赔偿损害的责任。”在1999年1月7~12日合同法专家讨论会上,有专家认为该条属于侵权法,不应在合同法中规定,因此提交人大常委会第四次审议的合同法草案将该条删去。

利的影响。

(六) 以与权利主体之关系为标准

以权利与其主体之关系为标准,可分为专属权与非专属权。专属权,指专属于权利人而不能让与的权利。如人格权、身份权为专属权。专属权以外的权利,为非专属权,一般的财产权多属于非专属权。

(七) 以是否已具备全部成立要件为标准

以是否已具备全部成立要件为标准,可分为既得权与期待权。已具备全部成立要件的权利亦即具备现实性之权利,属于既得权。一般的权利属之。反之,尚未具备全部成立要件的权利,即将来有实现可能性的权利,称为期待权。附条件的权利、继承开始前法定继承人的权利、保险合同受益人的权利等,均属于期待权。

(八) 其他权利

1. 财产管理权

财产管理权,指依据代理权或授权行使他人的权利的权限。这种意义上的财产管理权可视为技术性的权利之一种。所有权人享有所有权,但该所有权的行使,不限于所有权人。为了补充和扩大私法自治,财产管理关系中,由所有权人以外的人管理他人财产的情形不少。尤其在今天,权利行使者非权利归属者的情形日益增多。代理权、授权、同意权、追认权、失踪人财产代管人之管理权、监护人对被监护人财产的管理权等,其共同点在于,是进行财产管理的技术手段的权利。^[26]

2. 实质性的权利与技术性的权利

私权又可分为实质性的私权与技术性的私权。实质性的私权,指以实质的生活利益为内容的权利。决定利益排他的归属的物权,及以取得利益为目的的债权和继承权,即其典型。实质性的私权,又分为财产权与身份权。与此相对,作为法律关系变动原因,具有技术手段的性质的权利,称为技术性的私权。形成权、抗辩权、请求权,即其适例。^[27]

3. 新产生的权利类型

私法的基础是市场经济体制,其中心是财产权,作为其主体则具有法人格,即权利能力。当初并未从人权的视点考察私权。随着社会的进步,重视

[26] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第34页。

[27] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第34页。

人的尊严的法思想给现代法带来很大影响,致现代法承认人格权作为私权的独立存在。从人格权中产生了肖像权、姓名权,及更为一般的隐私权。此外,近代法上的私权,如物权及债权,乃是抽象的,具有明确的内容,并由国家强制保障其实现。但在现代,发生了与这种意义的私权性质不同的私权,如消费者权、环境权、日照权、生存权等。^[28]

1962年3月15日,美国总统肯尼迪在《关于保护消费者利益的国情咨文》中表述了四项消费者权利,即消费者有安全的权利、了解的权利、选择的权利、意见被尊重的权利。这四项权利迅即传遍世界,得到消费者的赞同,并成为各国消费者组织的奋斗目标。后经补充,增加损害救济的权利,被公认为消费者的五项基本人权。我国于1993年10月31日通过《中华人民共和国消费者权益保护法》,其中第二章以“消费者的权利”为章名,第7~15条规定了九项消费者权利:安全的权利(第7条);了解的权利(第8条);选择的权利(第9条);公平交易的权利(第10条);损害赔偿的权利(第11条);成立消费者团体的权利(第12条);获得有关消费和权益保护知识的权利(第13条);人格尊严和民族习惯受尊重的权利(第14条);监督的权利(第15条)。

五、权利竞合

(一)权利之竞合

数个权利存在于同一标的,而其行使可生同一结果,称为权利之竞合。权利之竞合,在各种权利均可发生,但最常见的是请求权竞合。所谓请求权竞合,指权利人对于同一义务人,就同一标的,发生数个请求权的情形。在发生请求权竞合的情形,其中一个请求权得到满足,其余请求权均归于消灭。但在消灭之前,各请求权彼此独立,不相关联。尤其诉讼时效各别进行,纵然其中一请求权因时效届满而消灭,其余请求权也不因此受影响。

(二)违约责任请求权与侵权责任请求权竞合的学说

请求权竞合,最常见的是违约责任请求权与侵权责任请求权的竞合。而关于违约责任请求权与侵权责任请求权的竞合,学说上有不同主张。谨简要介绍如下:

其一,法条竞合说。此说认为,所谓违约责任请求权与侵权责任请求权的竞合,实际上只是两个法律条文的竞合,而非行为的竞合,因此否定请求

[28] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第35页。

权的竞合。违约责任与侵权责任,虽属两种责任,但两者在本质上并无不同。法律关于侵权责任的规定,与关于违约责任的规定,构成普通法与特别法的关系。当关于同一行为既有侵权责任的规定,又有违约责任的规定,即发生两个法律条文的竞合时,应依特别法优先于普通法的适用原则,仅适用关于违约责任的规定,而不适用关于侵权责任的规定。因此,当事人只有一个请求权,即违约责任请求权,并不发生请求权的竞合问题。

其二,请求权竞合说。此说认为,违约责任和侵权责任是民法上两个独立的不同的制度。若一个行为事实既符合契约责任的构成要件,又符合侵权责任的构成要件,发生两个独立并存的请求权。当事人可以合并或选择其一行使,或同时起诉或择一起诉,前一诉讼判决对后一诉讼不生影响。但因两个请求权以同一给付为内容,因此不得主张双重给付,其中一个请求权获得满足,另一个请求权将随之消灭。

其三,请求权规范竞合说。此说认为,侵权行为与违约行为,所违反的是同一个义务,因此同一事实既符合违约行为的要件,又符合侵权行为的要件时,仅发生一个请求权,而不是两个分别独立的请求权。只是此单一请求权有两个民事责任规范作为其基础。亦即一个请求权,同时有两个请求权基础。当事人可以选择的,不是两个请求权,而是同一个请求权所依据的两个法律规范即两个请求权基础。并且只能一次起诉。^[29]

六、权利与法律的关系

权利与法律的关系如何?有三种学说。其一,权利先存说。认为自有人类之初,即有权利,权利与人生俱来,为保护此权利,始有法律之创设。此即所谓“天赋人权”说。其二,权利与法律同时存在说。认为法律与权利,为同一事物之两面。法律依主观的观察,则为权利;权利由客观的观察,则为法律。即法律与权利乃同时存在,法律学即权利之学。自罗马法以来,除英语外,拉丁文、德语、法语等,法律与权利均系同一词语。拉丁文 *jus*, 德语 *Recht*, 法语 *droit*, 均同时含有法律与权利两义。其三,法律先存说。认为权利为法律所创造,有法律之先,绝对无权利之可言,即使有法律之后,也是先有义务观念,至相当时期之后,始有权利观念发生。以上三种学说,以

[29] 参见桂菊平:“论出卖人瑕疵担保责任、积极侵害债权及产品责任之关系”,载《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第413~419页。

何种为当?学者见仁见智,难以统一。郑玉波先生认为第三说较为合理。^[30]按照关于权利本质之通说,既以法律上之力为权利之构成要素,则无法律,即无权利,故本书赞同第三说。

七、为权利而斗争就是为法律而斗争

在长达数千年的中国历史上,人民从来不被当作真正的人,他们只不过是受驱使的奴隶。新中国成立后的一个时期,由于未切实重视人民权利之保护,以致发生了大规模侵犯人权的“文化大革命”。1986年通过、1987年生效的《中华人民共和国民法通则》,不仅规定人民享有各类财产权,而且规定人民享有生命、身体、健康、名誉、姓名、肖像、自由、隐私及人格尊严等权利。人格权,这是作为一个人所应有的最基本的权利,是享有其他民事权利并进而享有政治权利的基础。没有人格权,就不能算是真正的人!中国民法通则的问世,使世界法律界为之瞩目,被誉为中国的人权宣言。

民法通则生效以后,中国法律生活中除原有的财产权诉讼、离婚诉讼之外,新增加了一类人格权诉讼,而且其案件数呈急剧上升之势。我们看到不仅许多文化人纷纷走上法庭,维护自己的名誉和隐私,也看到普通人为抗议商店无端盘查、搜身而走上法庭,维护自己的人格尊严。人格权诉讼的报道,频繁出现于报端,引起热烈的讨论。它标志着民族权利意识、法律意识正在苏醒。愈来愈多的人认识到,要把法律规定变为现实,要真正享受到法律所赋予的权利,必须进行斗争!为权利而斗争,也就是为法律而斗争!

为权利而斗争,就是为法律而斗争!这是距今120多年前(即1872年),德意志伟大的民法学家耶林,在维也纳法律协会的讲演中所揭示的真理。同年,耶林对该讲演稿进行了补充加工,并以《为权利而斗争》为题,予以公开发表。《为权利而斗争》一经刊行,便引起巨大反响。至1921年,在德国重印达20版,在17个国家被翻译出版。至今被公认为经典法律名著。

《为权利而斗争》是耶林毕生为普通读者写的唯一著作,之所以有如此巨大的影响,是因为提出了若干极重要的见解,揭示了若干前人所未曾认识的真理。这些见解和真理,今天对于正致力于建设法治国家的中国,仍有其重大的理论意义和实践意义。

耶林首先提出了法的目标与手段问题。法的目标是和平,而达到目标的手段则是斗争。此所谓斗争,按照作者的理解,当然既包括个人的斗争,

[30] 参见郑玉波:《民法总论》,三民书局1979年版,第44页。

也包括团体的斗争、阶级的斗争和民族的斗争。法本身就是长期斗争的成果,法要得到真正的实施,更需要进行不息的斗争。

法有没有生命?法没有生命,不如一张废纸!法当然有其生命。法的生命是什么?耶林指出,法的生命在于斗争!之所以需要斗争,是因为总有人要妨碍法的实施,要千方百计地侵害法律所规定的权利。无论是个人的权利,民族的权利,或一切权利,无论是私法,公法或国际法,都需要用斗争去抵抗对权利的侵害,都需要用斗争去使纸上的法变成活的法、具有生命的法。

为权利而斗争,这是权利者对自己的义务。自己生存的主张,是一切生物的最高法则。是无论何种生物都具有的自己保存的本能。对人类来说,不仅有肉体的生命,同时还有精神的生存问题。此精神的生存的条件之一,就是权利的主张。如果没有权利,则人可视同家畜。正因为如此,在古罗马,奴隶被视为两条腿之家畜。所以,权利主张,是人的精神的存在条件!不敢于主张权利,等于自贬其人格!权利的完全放弃(今日已不可能),等于精神的自杀!

为权利而斗争,也是权利者对社会的义务。耶林认为,单从权利与法的依存关系,说明主张权利是对国家、社会的义务,这还不够。应进一步从法律的实现方式加以说明。公法的实现,是国家官厅与官吏的义务,而私法的实现则依靠个人主张自己的权利。权利者主张自己的权利,不仅履行了对自己的义务,同时也履行了对国家、社会的义务,维护了法律的权威和国家的法律秩序。当个人按照法律的规定主张自己应有的权利时,就将个人权利问题转换为国家现行法的实现问题。他已不再是为一己之私利而斗争,而是为法律的实现而斗争!为法律的生命而斗争!为国家的法律秩序而斗争!

个人为权利而进行的斗争,其利益绝不限于私法及私生活领域。所谓国民,不过是一切个人的总和。各个人的感情、思维、行动,合成国民的感情、思维、行动。国家和全体国民,应有抵抗权利侵害的法感情与法意识。一个国家、一个民族,要在国际法上争得地位,必须其个人于私生活领域勇于主张自己的权利。耶林指出,对国民进行政治教育的不是公法而是私法。正是私法,成为各民族对国民进行政治教育的大学校。政治之最高目标,端在国民法感情与法意识之育成与奖励。此法感情、法意识之有无,关系至巨!英国政治之发达,瑞士体制之健全,中国(这里当然是指旧中国)之所

以堕落,其原因盖在于此!由此回溯一百二十多年前,正是中国被列强肢解瓜分,清王朝风雨飘摇之时。人民经数千年之禁锢,以致肢体病弱,精神麻木。被讥为东亚病夫,一盘散沙。谈何法感情与法意识之有!耶林以当时之中国与英国、瑞士相比拟,形成强烈对照,旨在强调国民法感情与法意识之重要。至今读来,犹动人心魄!

《为权利而斗争》一书,篇幅不大,却法理精深,逻辑严密,发人深思!除前引关于法感情与法意识的论述外,其关于执法者的论述,亦令人震惊:世上不法之事,莫过于执法之人自己破坏法律。法律的看守人变成法律的杀人犯!犹如医生毒死病人!监护人绞杀被监护人!这是天底下最悖理之事!在古罗马,法官受贿,便处死刑。法官审判,不肯依据法律,而端视金钱多少,势力大小,法律将因此而死亡!人民将由政治社会回归自然状态!盖国家权力乃所以保护人民的权利。而今人民的权利感情反为国家权力所侵害,则人民将放弃法律途径!这是势所必然!^[31]

目前中国正处在立法高峰时期,在制定必要的法律法规的同时,充分重视民法感情与法意识的培育,充分重视法律的实现问题,无疑具有格外重大的意义!切切不可纸上法律之完善为追求目标!

第五节 民事义务

一、义务的意义

法律上所谓义务,指法律所加于当事人作为或不作为之拘束。此所谓拘束,谓不问义务人意思如何,都必须遵守,不能随意变更或免除之意。若不予遵守,将受到法律的强制和制裁。义务之形态,一为作为义务,即义务人必须为一定行为,一为不作为义务,即义务人必须不为一定行为。作为义务,以不作为为义务违反。不作为义务,以作为为义务违反。

义务与权利通常相互对应。例如债权,其权利之实现有赖债务人履行债务,且债权与债务,为同一事物之两面。同一行为,就权利人方面观察为债权,就义务人方面观察为债务。但在物权,例如所有权,权利之实现无须义务人

[31] 耶林:“为权利而斗争”,胡宝海译,载《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第12~59页。

之行为,且权利与义务为不同行为。所有权人的权利,是对标的物直接支配,即占有、使用、处分。义务人的义务是对权利人的支配行为不加妨害。在某些情形,也有无义务的权利和无权利的义务。如形成权,即属于无义务的权利。合同当事人于发生不可抗力时的通知义务,即属于无权利的义务。

二、义务的分类

义务的分类比较简单。亦如权利之分类,分为公义务与私义务;专属义务与非专属义务;主义务与从义务。此外义务之特有分类有:积极义务与消极义务。作为义务,即积极义务;不作为义务,即消极义务。约定义务与法定义务;明示义务与默示义务;一般义务与附随义务。

第六节 民事责任

一、责任的意义

责任一语,在法律上有多种意义。第一种含义为职责,如所谓生产责任制、岗位责任制等,相当于英文中的 responsibility。第二种含义为义务,例如法律上常用的保证责任、举证责任等用语,应为保证义务、举证义务,相当于 obligation。第三种含义,即所谓法律责任、民事责任等,其意指不履行法律义务因而应受某种制裁,相当于 liability。

二、法律责任

人类在上古社会,因法律尚不发达,法律规范与其他社会规范如道德、宗教、习俗等混杂不分。因而法律责任与道德的、宗教的责任并无明显区别。由于社会进步,法律之发达,法律责任终于与道德的、宗教的责任截然划分而独立。

现代法律责任有民事责任、刑事责任和行政责任之分。但在法律发展史上,三种法律责任同出一源,起初并无区别。例如上古社会之赔偿金制度,既可以是民事上的损害赔偿,也可以是对犯罪行为的刑事制裁。其后,由于法律之发达,逐渐分化为属于民事责任的损害赔偿,属于刑事责任的罚金,以及属于行政责任的罚款。

三、民事责任与民事义务

(一) 罗马法

在罗马法上,对民事责任与民事义务两者未作区分。罗马法上所谓

obligation,系将民事义务与民事责任合为一体。按照罗马法思想,责任乃是义务不履行的必然结果,为义务关系所包含,无加以区别之必要。至德国普通法时代,仍沿袭罗马法思想,不对义务和责任加以区别。所谓债务,指债权人对于债务人全部财产上的效果。按照萨维尼的说法,债权为债权人自然的自由之扩大,债务为债务人自然的自由之限制。债务人自愿履行其债务,属于债权的自然进行状态;债务人不履行债务时由债权人强制其履行,则属于债权的不自然进行状态。^[32]此所谓债权的不自然进行状态,即现代所谓民事责任。但依萨维尼的理论,它被包含于债务的效力之中。

(二)英美法

英美法系民法与罗马法相同,也未对义务与责任加以区别。英美法上的债务(obligation)概念,指一人或数人受法律之拘束,负有对他人作为或不作为的义务。按照英美法,权利(right)和责任(liability)是相互关联的概念。既没有无责任的权利,也没有无权利的责任。如果甲拥有权利要求乙应为某行为,假使乙不为该行为,则甲可以提起诉讼对乙实施强制,而乙的那种情形则被认为是负有为该行为的责任。^[33]可见责任为不履行义务的当然结果。

(三)日耳曼法

在日耳曼法上,民事义务与民事责任却有明确的区别。按照日耳曼法,债务为Schuld,属于法的“当为”,不含有法的强制在内。因此,债权人无强制债务人给付之权。如欲强制债务人为给付,必须在债务之外另有责任(Haftung)关系存在。所谓责任,指债务人当为给付而未为给付时,应服从债权人之强制取得关系。由于此强制取得之责任关系,附加于债务关系之上,债务关系才具有拘束力。^[34]

(四)大陆法系民法

确立与民事义务概念相区别的民事责任概念,为日耳曼法之贡献。现代大陆法系民法之严格区分民事义务与民事责任,均系受日耳曼法的影响。

[32] 参见林诚二:“论债之本质与责任”,载《民法债编论文选辑》,五南图书出版公司1984年版,第27页。

[33] 法斯沃斯、杨格和琼斯:《合同法——判例和资料》,[美]基础出版社1972年第2版,第100页。

[34] 参见林诚二:“论债之本质与责任”,载《民法债编论文选辑》,五南图书出版公司1984年版,第27~28页。

例如法国民法典第 1142 条规定:作为或不作为的债务,在债务人不履行的情形,转变为赔偿损害的责任。同样,在德国民法典上,债务与责任也是严格区分的。该法典第 241 条规定:债权人根据债务关系有向债务人请求给付的权利;第 242 条规定:债务人须依诚实信用原则并照顾交易惯例,履行其给付;第 276 条规定:债务人除另有规定外,对故意或过失应负责任。民国时期制定的中国民法,系仿德国民法典,其关于债权、债务、责任之界限十分清楚。该法第 219 条规定:行使债权,履行债务,应依诚实及信用方法;第 220 条规定:债务人就其故意或过失之行为,应负责任。1964 年的苏俄民法典,专设第十九章规定债务不履行的民事责任,并直接以“违反债的责任”作为该章标题。1994 年的俄罗斯联邦民法典第 25 章亦专章规定违反债务的责任。

(五) 中国民法通则

中国民法继受大陆法系民法及苏联民法思想,严格区分民事义务和民事责任两个概念。首先,在民法通则的立法体例上,对债权债务和民事责任作分别规定。民法通则第五章民事权利,其中第二节债权,规定了债权法之通则。另在第六章专门规定民事责任。其次,在定义上将债权、债务与责任作了区别。民法通则第 84 条规定债的定义如下:债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。可见,其中并不包含任何对债务人的强制。当债务人不履行债务时,强制其履行或赔偿损害则属于民事责任问题。按照民法通则第 106 条的规定,构成民事责任须有违反合同或不履行其他义务。最后还应注意,民法通则不仅对民事义务与民事责任严格区分,而且进一步实现了责任法的统一。在第六章中,第一节规定民事责任的一般规定,第二节规定债务不履行的民事责任,第三节规定侵权行为的民事责任,使民事责任成为一项统一的民法制度。此应属中国民法通则之首创。

四、民事责任的本质

(一) 民事责任为民事法律关系之构成要素

按照现代大陆法系民法思想,民事责任为民事法律关系之构成要素。民事法律关系由民事权利、民事义务和民事责任三者结合而成。权利、义务为法律关系之内容,责任则是权利、义务实现的法律保障。民事权利、民事义务唯有与民事责任相结合,民事权利才受到责任关系的保护。但须注意,

民法理论在论述民事法律关系的要素时,大多未直接指明民事责任为要素之一,而仅指出权利义务为民事法律关系的内容。实则,因民事责任与民事权利义务之密切关系,民事权利义务之违反即发生民事责任,民事法律关系的内容中已经隐含了民事责任这一要素在内。

(二) 民事责任使民事权利具有法律上之力

关于民事权利的本质,虽有不同学说,但依学者通说,认权利之本质为法律上之力。法律为保护或充实个人之特定利益,乃认有权利之形态,亦即予以特定的法律上之力,使之借以享有特定的利益。可知民事权利系由特定利益与法律上之力两种因素构成。所谓法律上之力,不同于通常所谓物理意义上的力,而是指法律所赋予的强制力,受法律及整个国家机器的支持与保障。例如物权,因有此法律上之力,物权人得以直接支配标的物,并排除他人干涉。债权为请求权,债权人不能直接支配标的物及义务人,仅能请求义务人为给付。但在义务人不为给付时,债权人借法律上之力得强制债务人为给付或赔偿损害。而民事权利之所以有此法律上之力,皆因有民事责任之故。民事权利因与民事责任结合,因此获得法律上之力。但若义务人能够正确履行其义务而使权利完全实现,则此法律上之力不动。必待权利人不能实现其权利,亦即义务人不履行其义务时,此法律上之力乃发动。权利人即可借此法律上之力以强制义务人履行义务或为损害赔偿,以确保障民事权利之实现。

(三) 民事责任是连结民事权利与国家公权力之中介

民事任何以能够使民事权利有法律上之力,何以能够发挥保护民事权利的功能,盖因民事责任伴有诉权,使民事责任成为连结民事权利与国家公权力之中介。从而,国家公权力的活动形式,如诉讼、裁判、破产、强制执行等,必以民事责任为发动之根据。因此,学者称民事责任为民事权利与诉权之中间桥梁。

现代法律制度下,由国家司法机关最后保障民事权利的实现。例如所有权在受不法侵害时,所有权人可依民事责任关系请求司法机关保护,由司法机关强制侵权行为人返还财产,恢复财产之原状,或使之承担损害赔偿。此种个人对于司法机关请求保护之权利,称为诉权。依近世学者通说,诉权为一种公权。而诉权之成立,非有一定法律要件存在不可。此法律要件,学说上称为诉权之实质要件或权利保护要件。就司法机关方面言之,司法机关非认为当事人具备此项要件,不得为保护该当事人利益之判决;就当事人

方面言之,一旦具备此项要件,对于司法机关即有要求为利己判决之权,而司法机关即负有保护其正当利益之义务。此所谓诉权之实质要件或权利保护要件,即民法上所谓民事责任。

(四) 民事责任为一种特别债

近代民法之民事责任,本质上是一种特殊的债权债务关系。其特殊性在于:其一,这种特殊的债权债务关系之发生非出于当事人双方的自愿,而是出于民法关于民事责任制度的直接规定。其二,民事责任作为一种特殊的债,必以有效的法律义务的存在为前提。这种法律义务可以是出于合同约定,也可以是法律直接规定。有义务即有责任,无义务即无责任。其三,民事责任作为一种特殊的债,乃以义务的不履行为停止条件。此条件成就前,责任关系虽已存在,但未生效,即效力处于停止状态。若义务人能够正确履行其义务,则此责任关系终不生效。一旦条件成就,即义务人违反义务时,则此责任关系发生效力。其四,民事责任作为一种特殊的债,其内容与普通债不同:为赋予权利人法律上之力,使之能够强制义务人为特定行为,包括:实际履行义务;返还财产;停止侵害行为;恢复财产之原状;赔礼道歉,恢复权利人的名誉;支付违约金或损害赔偿金等。此特定行为,在权利人方面为特别请求权,在义务人方面为特别义务(责任)。其五,民事责任作为一种特殊的债,由国家公权力保障其实现,表现为由法院作出裁判,强制义务人履行或由执行机关强制执行。

第三章 民事主体——自然人

第一节 民事权利能力

一、出生

(一) 出生的意义

自然人因出生而取得民事权利能力。民法通则第9条规定,公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力。可见出生为民事权利能力之始期。关于何谓出生,学说上有一部露出说、全部露出说、独立呼吸说。通说为全部露出说。但刑法上以一部露出说为通说。这是由于对保护法益的不同考虑所致。

(二) 出生的要件

按照通说,所谓出生,须具备两项要件:其一,须全部与母体分离。分离之前为胎儿,非法律上所谓人;分离之后方才称为法律上的人。胎儿之全部与母体分离,谓之“出”。其二,须与母体分离之际保有生命。出生之“生”,谓“生存”。分离之际已无生命者,谓之死胎。分离之际保有生命者,称为“出生”,而不论其出生后生命之久暂。

(三) 出生的证明

出生之证明为事实问题。一般应以户籍簿所登记的出生时间为准。但户籍簿之记载仅有推定的效力,应允许提出接生助产士或医生的证明予以推翻。

二、胎儿的保护

人的权利能力始于出生,则出生前之胎儿,尚未成为法律上的人,自不享有权利能力,不得为民事权利之主体。但若严格贯彻此一原则,势将对行将出生之胎儿保护不周,不无违反人情之虞。因此,从罗马法以来,关于胎儿利益之保护,成为民法一大问题。现今各国法制,关于胎儿之保护,有三种立法主义:

其一,总括的保护主义。就胎儿利益之保护,一般地将胎儿视为已出生。此为罗马法所采取之主义,瑞士民法典(第31条第2款)从之。^{〔1〕}中国台湾地区“民法”亦采此主义,其第7条规定:胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生。

其二,个别的保护主义。胎儿原则上无权利能力,但于若干例外情形视为有权利能力。法国、德国、日本均采此主义。所谓例外情形有权利能力,如依日本民法典第721条规定,胎儿有基于不法行为的损害赔偿请求权,依第886条、第965条规定,胎儿有继承权、受遗赠权等。依德国民法典第1893条第2款规定,胎儿有继承权;依第844条第2款规定,在扶养义务人因侵权行为致死的情形,胎儿对加害人有损害赔偿请求权。

其三,绝对主义。绝对贯彻胎儿不具有民事权利能力的原则,依此立法主义,胎儿不具有权利能力,不得为民事权利主体。1964年的苏俄民法典及中国民法通则属于此种立法主义。

依民法通则之规定,胎儿不具有民事权利能力,不得为民事法律关系之主体。仅关于遗产分配,法律为保护胎儿将来出生后的利益,设有特殊规定,即按照继承法第28条,遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。此特别规定,系严格贯彻以出生为民事权利能力之始期,不认胎儿有任何民事权利能力,与总括的保护主义视为已出生因而有民事权利能力,以及个别的保护主义于若干特别情形视为有权利能力,均不相同。

上述三种立法主义,就对胎儿利益的保护而言,总括的保护主义最有力,而个别的保护主义次之,尤以第三种主义最次。中国司法实践中已经发生于胎儿时遭受损害,其出生成长后能否对加害人行使损害赔偿请求权的问题。观之德、日等国,学者尚且以个别保护主义对胎儿利益保护不力,主张改采总括的保护主义,可见中国民法通则所采绝对主义之不合时宜,乃毋庸置疑。因此,建议制定民法典时改采总括的保护主义,以强化对胎儿利益的保护,顺乎人情及民法进步之潮流。

三、死亡

(一)死亡的意义

自然人的民事权利能力,因死亡而消灭。即以死亡为自然人民事权利

〔1〕 瑞士民法典第31条:(1)权利能力自出生开始,死亡结束。(2)子女,只要其出生时尚生存,出生前即具有权利能力。

能力之终期。古代法上有所谓法律上的死亡,即自然人生存之时依法强行剥夺其权利能力,如罗马法上的“人格大减等”。现代民法贯彻民事权利能力平等原则,认为民事权利能力不可剥夺,以自然死亡为自然人民事权利能力消灭之唯一原因。

死亡为自然人生命的绝对消灭。死亡的时间,在法律上有重大意义。如决定继承开始、婚姻关系消灭、人身保险之保险金领取权发生。法律上判定自然人死亡的通行标准是:以呼吸断绝、脉搏消失且心脏跳动停止之时为死亡之时。此外,法律以死亡为民事权利能力之终期,对于死亡原因则不予考虑。此所谓死亡为事实死亡,不包括宣告死亡。被宣告死亡的人如生存于他方,其民事权利能力不因在原住所地被宣告死亡而受影响。

(二)死亡时间之证明与推定

死亡时间之证明为事实问题,一般应以户籍簿登记的死亡时间为准;但户籍簿的记载仅有推定的效力。

二人以上同时遇难,其死亡之先后无法证明时,各国民法设有推定制度。如德国、瑞士推定为同时死亡;法国则依年龄、性别之不同推定其中一方先死。依最高人民法院对继承法的解释,相互有继承关系的几个人在同一意外事故中死亡,如果不能确定死亡先后时间的,推定没有继承人的人先死亡。各自都有继承人,如辈分不同,则推定长辈先死亡;辈分相同,则推定为同时死亡。^[2]

(三)关于死亡的判断标准

关于如何确定自然人死亡之判断标准,现在有两种对立的见解。其一,以心脏死作为认定自然人死亡的标准。其二,以脑死作为认定自然人死亡的标准。此一问题,与脏器移植手术有关,因医学的进步,脑死与心死之间存在相当的间隔,不能不影响到法律关于死亡的认定标准。例如,因医学进步,心脏移植成功的实例增多。接受心脏移植之人,其本人之心脏已死,现在的心脏本属于他人,如坚持以心脏死为死亡判断标准,必然陷于困境。若改为以脑死作为死亡判断标准,问题即可迎刃而解。

[2] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(1985年9月11日),法(民)发1985第22号。

第二节 人格权

一、人格权的意义

(一)人格的意义

人格是法律上一个最抽象的概念。其在法律上具有多重意义。

人格的第一种含义,是指具有独立法律地位的权利主体,包括自然人和法人。在这一意义上的人格概念,经常与主体、权利主体、法律主体、民事主体等民法概念相互替代。既然在此意义上的人格是指权利主体,则人格是人格权的承载者,是人格权存在的前提。人格的产生或消灭,必然导致人格权的产生或消灭。在现代民法上,既没有无人格权的人格,也没有无人格的人格权。

人格的第二种含义,是指作为权利主体法律资格的民事权利能力。要成为民事主体,独立参加民事法律关系,享受民事权利和承担民事义务,必须具备民事权利能力这一法律资格。在这一意义上的人格概念,经常与民事权利能力或权利能力概念相互替代。既然第二种意义上的人格概念等同于权利能力概念,而权利能力又是成为民事主体必需的资格,则此种意义上的人格,为人格权的存在基础。由此决定了人格权的专属性。

人格的第三种含义,是指一种受法律保护的利益,包括自然人的生命、身体、健康、自由、尊严、名誉等,为了区别于其他受法律保护的利益如财产利益,又称为人格利益。这种意义上的人格,是指人格权的标的。人格权的标的,不是主体本身,也不是作为法律资格的权利能力,而是与民事主体不可分离的人格利益。^{〔3〕}

(二)人格权的意义

1. 人格权的概念

所谓人格权,指存在于权利人自身人格上的权利,亦即以权利人自身的人格利益为标的之权利。人格权因出生而取得,因死亡而消灭,不得让与或抛弃。生命权、身体权、健康权、自由权、姓名权、名誉权、肖像权、隐私权等均属于人格权。

〔3〕 参见王利明主编:《人格权法新论》,吉林人民出版社1994年版,第4~6页。

2. 人格权的性质

其一,人格权为非财产权。民事权利以权利之标的是否具有财产价值为标准,区分为财产权与非财产权。而民法关于财产权与非财产权的区分,是先确定哪些权利属于非财产权,非财产权之外的权利,均属于财产权。人格权是以与主体不可分离的人格利益为标的,而人格利益不具有财产价值,因此人格权属于非财产权。须注意的是,此所谓人格利益不具有财产价值,也并非绝对的,如名人肖像,及企业名称可有偿许可他人使用,显然具有财产价值。此外之人格利益在遭受不法侵害的情形,亦可判决侵权行为人支付金钱赔偿。可知,民法关于财产权与非财产权的划分是相对的,不可绝对化。

其二,人格权为支配权。民事权利以权利之作用为标准,区分为支配权与请求权。凡权利人可以直接支配其标的并具有排他性之权利,均属于支配权;权利人不能直接支配其标的,仅能请求义务人为特定行为的权利,均属于请求权。人格权之权利人得直接支配其人格利益,并排除他人之干涉,因此属于支配权。例如自然人得直接支配并处分自己的姓名、肖像,至为明显。但能否处分自己的自由、生命,则不无疑问。依现代民法理论,生命、自由为人类社会之最高价值,抛弃自由(为他人奴隶)的行为在法律上绝对无效,放弃生命的行为也绝对无效。所谓“安乐死”,即在严格限定条件下处分自己生命的行为,是否有效,近年来已成为立法、司法和理论上争论的焦点。可见人格权虽属于支配权,其与同属于支配权的财产权如物权之可以自由处分,是有所不同的。

其三,人格权为绝对权。民事权利以权利之效力是否可以对一切人主张为标准,区分为绝对权与相对权。所谓绝对权,指得对一切人主张的权利,又称对世权。所谓相对权,指仅能对特定人主张的权利,又称对人权。人格权的效力可以对一切人主张,因此属于绝对权。

其四,人格权为专属权。民事权利以权利与其主体之关系为标准,区分为专属权与非专属权。专属权是专属于特定主体而不得让与他人的权利,此外的权利属于非专属权。一般的财产权均属于非专属权,而非财产权则属于专属权。人格利益,存在于主体自身,与主体有不可分离的关系,因此人格权属于专属权。

3. 一般人格权与特别人格权

人格权有一般人格权与特别人格权之分。一般人格权,指关于人之存

在价值及尊严之权利,其标的包括生命、身体、健康、名誉、自由、姓名、贞操、肖像、隐私等全部人格利益。因此,一般人格权是以主体全部人格利益为标的的总括性权利。且一般人格权也是一种具有发展性、开放性的权利,随着人类文化及社会经济之发展,其范围不断扩大,内容亦愈丰富。特别人格权,指法律就特定人格利益所规定的权利。民法通则第五章第四节,关于生命、健康、姓名、肖像、名誉、婚姻自由等诸种人格利益,设有特别规定,称为生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、婚姻自由权等。学说上将法律就特定人格利益规定的人格权,称为特别人格权。

区分一般人格权与特别人格权的意义在于,凡关于该人格利益在法律上有特别人格权规定的,即应适用该特别人格权的规定;该人格利益在法律上无特别人格权规定的,则应属于一般人格权而应适用关于一般人格权保护的规定。例如,商店无端对顾客搜身并予以扣留,属于侵犯顾客受法律保护的尊严及人身自由等人格利益;而关于尊严和人身自由在民法通则上未规定为特别人格权,属于一般人格权的涵盖范围,因此应依关于一般人格权的规定追究商店的侵权行为责任。

(三)人格权保护之意义

现代社会,人格被视为人的最高的价值,人格利益被视为人的最高利益,人格之尊重为现代人权运动的目标和基本理念,人格权的保护,当然成为现代民法基本任务之一。在今日,对人格权的保护,并成为衡量一国法律先进与否之标志。第二次世界大战结束以来,法律发展的一个重要方面,即是强化对人格权的保护。如德国基本法第1条规定:人的尊严不受侵犯。日本民法典新增第1条规定:对于本法应以个人尊严及两性实质的平等为主旨而为解释。中国宪法总结“文化大革命”期间大规模践踏人格尊严的沉痛教训,在第38条规定,公民的人格尊严不受侵犯。民法通则以宪法第38条为根据,对人格权作了比较充分的规定,符合法律发展的潮流。

二、特别人格权

(一)生命健康权

民法通则第98条规定,自然人有生命健康权。其权利客体为人身最根本的利益,即生命、身体、健康。因此可细分为生命权、身体权、健康权。^{〔4〕}

〔4〕 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条第1款第1项即细分为生命权、身体权和健康权。

身体即自然人之躯体,包括五官、四肢及毛发指甲等。假肢、假牙已构成肢体一部而不可分离者,亦应属于身体,而得自由装卸者不属于身体。身体为生命和健康所附着的载体。无身体也就无所谓生命、健康,无生命之躯体则为尸体。身体、生命、健康为自然人之最根本利益,是人之所以为人,并进而成为法律主体之根基。因此,生命健康权受到刑法、民法和行政法的严密保护。侵害生命健康权的违法行为,通常有三种:侵害生命权,即致人死亡;侵害身体权,即伤害身体完整;侵害健康权,即损害健康。一般情形,侵害身体亦同时侵害其健康,但也有只侵害健康而不损及肢体者,如致人患病;或只侵害身体而不损及健康者,如非法剪人长发。

(二)姓名权

民法通则第99条规定,自然人享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名,禁止他人干涉、盗用、假冒。此所谓姓名,应作广义解释,不仅指身份证上所记载的姓名,还应包括曾用名、笔名、艺名,及所谓“字”、“号”。而童年的乳名以及绰号,则不属于姓名。唯有完全民事行为能力人,才能自主决定其姓名,无民事行为能力人的姓名应由其监护人决定,限制民事行为能力人决定自己的姓名应征得监护人同意。姓名之变更,应依规定申请户籍管理机关批准,并在户籍簿及身份证上作相应的变更。但此仅限于正式姓名。非正式姓名之改变不受限制。凡具有法律意义的证件、文书以及向法庭作证等,必须使用正式姓名。其他场合使用姓名不受限制。

侵害姓名权的行为有:干涉他人使用姓名;盗用他人姓名;假冒他人姓名。其中,干涉他人使用姓名的行为,只以违背本人意思为构成要件,而不论是否有不正当目的。但盗用他人姓名及假冒他人姓名,均以有不正当目的为要件。此所谓不正当目的,包括牟利、营私、加损害于他人及规避法律等。中国人口众多,幅员广大,同名同姓在所难免。使用与他人相同的姓名而无不正当目的者,不构成盗用他人姓名和假冒他人姓名。

法人、个体工商户及合伙组织的名称权,同样受法律保护。^{〔5〕}其保护方法,同姓名权。须注意的是,企业法人、个体工商户、合伙企业有权依法转

〔5〕 关于企业名称,法律多设有强制性规定。例如公司法规定,有限责任公司的名称中必须标明“有限责任公司”字样(第9条第1款),股份有限公司的名称中必须标明“股份有限公司”字样(第9条第2款),外国公司在中国境内设立的分支机构,应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式(第202条);合伙企业法规定,合伙企业在其名称中不得使用“有限”或者“有限责任”字样;反不正当竞争法规定,擅自使用他人的企业名称,将构成不正当竞争行为(第5条)。

让自己的名称权,而自然人的姓名权不能转让。^[6]

(三) 肖像权

民法通则第 100 条规定,自然人享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用他人的肖像。此所谓肖像,包括摄影照片、画像、塑像、剪影等。法律对肖像权的保护,着重于禁止未经本人同意的使用。侵害肖像权的行为,须具备未经本人同意和以营利为目的而使用两项要件。虽未经本人同意,但其使用非以营利为目的,不构成侵害肖像权。如新闻报道拍摄他人照片,张贴寻人启事及为公共利益使用他人肖像,均不构成侵害肖像权。

关于电影拍摄中偷拍他人肖像是否构成侵害肖像权问题,原则上应作肯定回答。因为在市场经济条件下,多数电影属于商业性电影,与其他营利行为在实质上无大差别。无论何种行业,只要是营利性的,就不应允许擅自使用他人肖像。这应当是民法通则第 100 条之立法真意所在。否则不利于保护公民人格权。当然须作一些区分。首先,应区分商业性电影与非商业性电影。非商业性电影,如新闻片、科教片及纯艺术片,一般不宜认定侵害肖像权。非商业性电影以外的电影,属于商业性电影,如果偷拍他人肖像,将构成侵害肖像权,应当允许受害人提起侵权诉讼,请求赔偿。其次,对于偷拍他人肖像,应作严格解释,应限于特写镜头或影像较大、时间较长,不仅本人而且本人的亲友同事也易于辨认。此外情况,如系群众场面,或镜头一晃而过,一般难以辨认,均不宜认定为偷拍他人肖像。基于中国法律观念淡薄,如电影、电视偷拍问题一向严重,即使认定构成偷拍他人肖像,还可进一步区分:一是不构成对本人人格的贬损,可判决被告支付高于群众演员报酬的一定金额,此金额带有补偿的性质;二是构成对本人人格的贬损,则应依情形判决支付损害赔偿金,并可判决其他补救措施如剪去该镜头。

(四) 名誉权

1. 名誉权的意义

民法通则第 101 条规定,自然人、法人享有名誉权,自然人的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害自然人、法人的名誉。

自然人的名誉,指有关自然人道德品质和生活作风方面的社会评价。

[6] 按照企业名称登记管理规定,企业名称可随企业或本企业的一部分一并转让,企业名称只能转让给一户企业,企业名称转让后,转让方不得继续使用已转让的企业名称,企业名称的转让方与受让方应当签订书面合同或者协议,由原登记主管机关核准(第 32 条)。

道德品质和生活作风以外的问题,如阶级出身、宗教信仰、财产状况、政治立场、文化程度、工作能力等,均不属于名誉权范围。

法人的名誉称为商誉,指有关法人商业或职业道德、资信、商品质量或服务评价方面的社会评价。侵害法人商誉的侵权行为,其构成要件与侵害自然人名誉权相同。

2. 侵害名誉权的要件

侵害名誉权的行为须具备三项构成要件:其一,散布了有关道德品质和生活作风方面的情况。其二,所散布的有关道德品质和生活作风方面的情况是不真实的。如所散布的情况是真实的,即使有损该自然人的名誉,亦不构成侵害名誉权的侵权行为。其三,所散布的不真实情况有损于该自然人的名誉。是否有损于该自然人的名誉,不以该自然人自己的判断为标准,而是以一般人的通常判断为标准。侵害名誉权的侵权行为不以行为人有故意要件;但故意侵害他人名誉权的行为,则可能构成刑法上的诽谤罪。

3. 关于侵害死者名誉

近年关于侵害死者的名誉是否构成侵权行为,曾发生争论。但所谓侵害死者名誉,包括三种情形:第一种,仅造成死者的社会评价降低,而与生者无关;第二种,因侵害死者名誉而导致死者遗属的名誉受损害;第三种,侵害死者名誉并不对死者遗属的名誉造成损害,但损及遗属对死者的敬爱追慕之情。在第一种情形,仅侵害死者名誉,因死者人格已不存在,不可能成为权利主体,因此不构成侵害人格权的侵权行为。第二种情形已构成对死者遗属人格权的侵害,当然构成侵权行为,但受害人系生者而非死者。第三种情形,因降低死者的社会评价致损及遗属对先人的敬爱追慕之情,此对先人的感情亦属于人格利益而应受保护,应允许遗属以侵害死者名誉为由诉请损害赔偿及停止侵害。在日本,因侵害死者名誉而致其遗属自身的名誉受损害的场所,得请求损害赔偿及名誉回复之处分。此外,与遗属自身无关,仅使死者的社会评价降低的场所,若死者的遗属对死者的敬爱追慕之情等人格的法益因而受损害,可作为对遗属的不法行为请求损害赔偿及名誉回复之处分。^{〔7〕}

但因对先人的感情随着时间的经过而逐渐淡薄,且死者的名誉亦因时间的经过而逐渐变成历史事实,对历史事实研究的自由和表现的自由应予优先保护。因此,应限制有权提起请求的遗属范围。最高人民法院《关于审

〔7〕 参见北川善太郎:《债权各论》,有斐阁1993年版,第277页。

理名誉权案件若干问题的解答》规定:死者名誉受到损害的,其近亲属有权起诉。近亲属包括:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。这一解释之理论根据正在于此。

4. 创作自由与名誉侵害

作家的创作自由和人民的人格权均受法律保护。法律也不禁止作家以社会生活中的真人真事作为创作素材,甚至不禁止所谓纪实小说,但法律要求作家在将这些真人真事写入小说时,应尽合理的注意义务以尽可能地避免给所涉及的人的名誉、隐私等人格权益造成损害。即使是对社会生活中的阴暗面或丑恶现象进行揭露性的描写时,也有义务保护所涉及的普通人尤其是无辜的当事人的名誉和隐私。

保护人民的人格权不受损害,不仅是作者在行使创作自由时应负的义务,也是出版社在行使出版自由时应负的义务。对于一般的文学作品,虽然不要求出版社对作品内容负责,但对于所谓纪实作品,由于存在损害所描写的真实人物人格权的可能性,理应要求出版社善尽注意义务。

最高人民法院在《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中首先区分描写真人真事的作品与非描写真人真事的作品,指出:撰写、发表文学作品,不是以生活中特定的人为描写对象,仅是作品的情节与生活中某人的情况相似,不应认定为侵害他人名誉权。描写真人真事的文学作品,对特定人进行侮辱、诽谤或披露隐私损害其名誉的,或者虽未写明真实姓名和住址,但事实是以特定人为描写对象,文中有侮辱、诽谤或披露隐私的内容,致其名誉受到损害的,应认定为侵害他人名誉权。编辑出版单位在作品已被认定为侵害他人名誉权或被告知明显属于侵害他人名誉权后,应刊登声明消除影响或采取其他补救措施;拒不刊登声明,不采取其他补救措施,或继续刊登、出版侵权作品的,应认定为侵权。

(五) 人格尊严

1. 人格尊严

民法通则第100条还规定了对自然人人格尊严的保护(虽然没有规定为人格尊严权)。其根据是宪法第38条关于公民的人格尊严不受侵犯的规定。^{〔8〕}人格尊严是一个极抽象的概念,是指作为一个“人”所应有的最起

〔8〕 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条第1款第3项已解释为“人格尊严权”。

码的社会地位,及应受到社会 and 他人最起码的尊重。换言之,所谓人格尊严,即把人真正当做“人”。因此,无论一个人的职业、职务、政治立场、宗教信仰、财产状况、文化程度、民族、种族、性别有何差异,其人格尊严是相同的,绝无高低贵贱之分。例如,一个普通劳动者和一个担任国家高级领导职务的人,其人格尊严是完全相同的。且人格尊严具有不可剥夺的性质,即所谓“可杀而不可辱”。因此,即使因违法而受刑罚制裁,其人格尊严同样应受尊重,不应遭受侮辱。

2. 侵害人格尊严的构成要件

构成侵害人格尊严的侵权行为,须具备两项要件:确实进行了某种有损人格尊严的行为;在一般人看来该行为已构成对人格尊严的侵害。侵害人格尊严的行为称为侮辱,不以行为人有故意为要件。但故意实施侵害人格尊严的行为,则可能构成刑法上的侮辱罪。

3. 消费者的人格尊严

近年各地均发生超市无端对顾客进行盘查、搜身以及在店堂内悬挂诸如“本店有权检查顾客提包”、“顾客自重,偷一罚十”之类的告示,严重侵害了消费者的人格尊严,引起广大消费者强烈不满。有鉴于此,我国消费者权益保护法采纳民法学者建议,于第14条规定,消费者在购买、使用商品和接受服务时,享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。并于第25条规定,经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤,不得搜查消费者的身体及其携带的物品,不得侵犯消费者的人身自由。

(六) 自由

自由为^{〔9〕}人格权之一种,但习惯上不称自由权而仅称自由。民法通则对自由未设明文规定,显然属于法律漏洞。但宪法第37条规定,公民的人身自由不受侵犯。第35条规定了言论、出版、集会、结社、游行、示威等自由。第36条规定了宗教信仰自由。第40条规定了通信自由。因此,应采体系解释方法和合宪性解释方法,认自由为中国民法上一种重要的人格权。^{〔9〕}

自由作为一种人格权,包括:第一,人身自由;第二,信仰自由;第三,言论、出版等自由;第四,通信自由。通信自由,实质上是思想交流的自由。现代思想交流方式包括信函、电话、电报、电传、传真。因此,对宪法第40条的

〔9〕 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条第1款第3项已解释为“人身自由权”。

“通信”自由,应采广义解释,解释为通讯自由。侵害自由的侵权行为,表现为对上述各种自由的剥夺和限制。如近年发生的商场无端对顾客盘查、搜身和限制行动的行为,即同时构成对名誉权的侵害、对人格尊严的侵害和对人身自由的侵害。

(七)隐私权

1. 隐私权的意义

隐私权为现代人格权的一种。所谓隐私,又称个人秘密,指个人生活中不愿为他人知悉的秘密,包括私生活、日记、照相簿、生活习惯、储蓄、财产状况、通信秘密等。民法通则对于隐私权未有明文规定,但根据宪法第38条及民法通则第101条关于保护人格尊严的一般规定,可以认定隐私权亦属于中国法律所保护的人格权之一种。但个人秘密并非全受保护,凡与社会或公众利益直接相关的重要事项,不属于隐私权范围。因此,法律不禁止基于社会或公众利益的需要而公开他人生活秘密。如出于社会利益的要求而向公众披露国家公务员、人大代表及其候选人私生活的某些内容,不构成违法。法律对隐私权的保护,着重于禁止未经本人同意而采用大众传播媒介公开属于他人隐私的秘密。因此,侵害隐私权的侵权行为,一般应以采用出版、电影、电视、广播等方式为要件。

2. 隐私权应为独立的人格权

依最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》,对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理。此系采目的性扩张方法,通过对民法通则第101条关于名誉权规定的扩张,将侵害隐私的案型纳入于名誉权的涵盖范围之内,以补充民法通则未规定隐私权的法律漏洞。但此种方法也有不足。宣扬他人隐私并不损害他人名誉的情形,受害人不能依此方法得到保护,如公开他人不愿回顾的往事、经历,仅损害其精神的安宁,并不一定损害其名誉,则不能得到保护。因此,应通过立法或解释承认隐私权为一项独立的人格权。^[10]

[10] 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条第2款:违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私,可适用精神损害赔偿。该解释尽管未明文使用隐私权的字样,但在一定程度上承认了隐私权的独立地位。

3. 创作自由与侵害隐私权

法律对人格权的保护与对创作自由的保护,是有冲突的。古往今来,小说创作尤其是历史小说、自传体小说、纪实小说,均不可避免地要损及个人的隐私权。其他小说,也不可能全是作者杜撰,往往有人物原型在。法律应同时兼顾对隐私权、名誉权的保护和对创作自由的保护,绝不应因保护隐私权、名誉权而造成对创作自由的不当限制。反之,也不应容许滥用创作自由而损害个人隐私权和名誉权。因此,法律不可能要求作者在行使创作自由时绝对不损害(即使是轻微的伤害)个人的名誉权和隐私权,只能要求作者尽量避免造成超过社会容许限度的损害,只能要求作者不要滥用创作自由。如果作者已经尽了一定的注意义务,因情节故事所要求不可避免地涉及一些原型人物的隐私,不可轻易认定为侵害隐私权;否则将对创作自由造成不当限制。因此,法律对一部小说,尤其是纪实小说和自传体小说,判断其是否构成侵害隐私权的标准,不是看其中是否有损及隐私的文字或描写,而是看是否已构成滥用创作自由。而判断是否构成滥用创作自由的要件是,看是否已造成超过社会容许限度的重大损害,并具有故意加害的目的。

社会容许限度,应依具体案件进行判断。在具体判断是否超过社会容许限度时,应考虑以下要素:其一,作品的性质。区分作品之属于纪实小说、自传体小说或一般小说,纪实小说和自传体小说,由于性质所限,其社会容许限度应高一些。其二,作者与受害人之间的关系。作者与受害人之间存在或曾经存在亲属关系,其社会容许限度应相对提高。反之,其社会容许限度应降低。其三,作品故事涉及的事实与现在的时间距离。时间距离愈长,社会容许限度愈高;反之,时间距离愈短,则社会容许限度愈低。其四,作品的公益性。作品的公益性,指作品的社会教育作用。社会教育作用愈强,即公益性愈强,则社会容许限度愈高;反之,社会教育作用愈低,如所谓消闲小说,即公益性愈低,则社会容许限度也愈低。其五,避免损害发生的可能性。此可能性愈大,如将涉及他人隐私的内容全部删去也不会对小说故事及其价值有重大损害,则社会容许限度愈低。

(八) 婚姻自主权

民法通则第103条规定,自然人有婚姻自主权,禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。所谓婚姻自主权,指自然人按照自己的意思决定婚姻关系,不受对方或他人干涉。本属于自由之一种,立法者将其与其他

自由如人身自由、信仰自由相分离,成为一种独立的人格权。侵害婚姻自主权的行为,以违反本人意愿为构成要件。

三、人格权的保护方法

(一) 除去侵害请求权

民法保护人格权的主要方法,是赋予受害人除去侵害请求权。如瑞士民法典第 28 条第 1 款规定,任何人在其人格受到不法侵害时,可诉请排除侵害。中国台湾地区“民法”第 18 条第 1 款规定,人格权受侵害时,得请求法院除去其侵害。其他大陆法系民法及英美法系民法均以除去侵害为人格权主要保护方法。按照民法通则第 120 条的规定,中国民法同样以除去侵害请求权,为人格权受侵害时的主要救济方法。此除去侵害请求权包括:要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉。

除去侵害请求权,为人格权受侵害时的首要救济方法,即请求法院除去其侵害是人格权作为绝对权的当然结果。^{〔11〕}故除去侵害请求权的行使,不以有损害后果及加害人有过错为要件。应特别注意,此除去侵害请求权,类似于物权受侵害时的排除妨害请求权,属于绝对权的权能,而与属于侵权责任的损害赔偿请求权有别。

(二) 损害赔偿请求权

民法保护人格权的另一重要方法,是在对人格权的侵害构成侵权行为时,赋予受害人损害赔偿请求权。除法律特别规定适用无过错责任的情形外,此损害赔偿请求权须以有损害结果及加害人有过错为要件。因此,与除去侵害请求权不同。我国台湾地区“民法”第 18 条第 2 款规定,以法律有特别规定者为限,得请求损害赔偿或慰抚金。按照民法通则第 119、120 条,凡人格权遭受侵害,均得请求损害赔偿。

侵害人格权,既可能造成财产损害,也可能造成精神损害。对所发生的财产损失,受害人有权请求损害赔偿金,自不待言。对所造成的精神损害,是否可请求损害赔偿金,各国立法和学说均有分歧。但从 20 世纪的立法和判例发展的情形看,承认对精神损害的金钱赔偿已是民法发展的潮流。民法通则关于生命健康权受侵害的损害赔偿,规定在第 119 条。关于姓名权、肖像权、名誉权受侵害的损害赔偿,规定在第 120 条。依解释第 120 条关于精神损害赔偿的规定,亦应适用于其他人格权如隐私权、自由、人格尊严、婚

〔11〕 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 86 页。

姻自主权受侵害的情形。民法通则未规定人身伤害情形的精神损害赔偿,属于法律漏洞。法院裁判已经认可致人死亡或严重伤残情形的精神损害赔偿。^[12]

四、人格权法在民法典上的位置

迄今存在的民法典和民法典草案,关于人格权的规定大致有三种模式:一是在债编的侵权行为法部分设立人格权保护的规定,如1896年的德国民法典、1896年的日本民法典、1881年的瑞士旧债务法等;二是在总则编或人法编的自然人一章规定人格权,如1955年的法国民法典草案;三是在总则编或人法编的自然人一章规定人格权,同时在债编的侵权行为法部分规定侵害人格权的后果,如1959年的德国民法典修正草案。编纂中国民法典,宜采第三种模式,即在总则编自然人一章专设一节规定人格权,同时在侵权行为编专设一节规定侵害人格权的侵权责任。

本书不赞成人格权单独设编的主张,基本理由如下:

其一,基于人格权与人格的本质联系。作为人格权客体的人的生命、身体、健康、自由、姓名、肖像、名誉、隐私等,是人格的载体。因此,人格权与人格相始终,不可须臾分离,人格不消灭,人格权不消灭。这是将人格权规定在自然人一章的法理根据。

其二,基于人格权与其他民事权利的本质区别。人格权的客体是存在于自然人自身的生命、身体、健康、自由、姓名、肖像、名誉、隐私等人格利益。因此,人格权是存在于主体自身的权利,不是存在于人与人之间的关系上的权利。人格权就像权利能力、行为能力、出生、死亡一样,属于主体自身的事项。人格权只在受侵害时才涉及与他人的关系,但这种关系属于侵权责任关系,为债关系之一种。这是人格权不应单独设编而与物权、债权、亲属、继承并立的法理根据。

其三,基于人格权不能依权利人的意思、行为而取得或处分,不适用总则编关于法律行为、代理、时效和期间期间的规定。其他民事权利均可以根据权利人自己的意思,依法律行为而取得,也可以根据自己的意思,依法律行为而处分,而人格权因自然人的出生而当然取得,因自然人的死亡而当然消灭,其取得与人的意思、行为无关,原则上不能处分,不能转让、赠与、抵销、抛弃。因此,民法总则的法律行为、代理、时效、期间期日等制度,对于其

[12] 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》对此已予认可。

他民事权利均有适用余地,而唯独不能适用于人格权。如人格权单独设编而与物权、债权、亲属、继承并列,不仅割裂了人格权与人格的本质联系,混淆了人格权与其他民事权利的区别,也会破坏民法典内部的逻辑关系,难以处理总则编的法律行为、代理、诉讼时效、期日、期间等制度应否适用于人格权编的难题。

第三节 民事行为能力

一、完全民事行为能力

各国民法均以成年作为自然人享有完全民事行为能力的标准。因成年人一般已具有相当的知识和社会经验,且开始独立生活,在社会交往中能够判断和预见自己行为的法律后果。法律赋予完全民事行为能力,使其能够不依赖他人而独立实施法律行为,参加民事法律关系。各国人民生理发育有差异,因此所规定的成年年龄不同。如法、奥、意、比、荷、泰等国以21岁为成年;瑞士、日本等国以20岁为成年;英国、土耳其、匈牙利、南斯拉夫、罗马尼亚、保加利亚等国以18岁为成年。中国民法通则第11条规定,18岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力。并考虑到中国法律以16岁为就业、参军的最低年龄,因此同条特别规定,16岁以上不满18岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

二、无民事行为能力

无民事行为能力人,不具有独立实施法律行为的资格,其民事活动应由法定代理人代理。民法通则第58条规定,无民事行为能力人实施的民事行为为无效。按照同法第12、13条的规定,无民事行为能力人包括不满10周岁的未成年人及精神病人。须注意,此所谓精神病人包括痴呆人。精神病人之作为无民事行为能力人,应由法院作出无民事行为能力宣告。法院作出宣告应具备两项条件:其一,须精神病人不能辨认自己行为;其二,须该精神病人的利害关系人申请。被宣告为无民事行为能力的精神病人,根据其健康恢复的状况,经本人或利害关系人申请,法院可宣告他为完全民事行为能力人或限制民事行为能力人。

三、限制民事行为能力

限制民事行为能力人,其民事行为能力受有限制,既不同于无民事行为

能力人,也不同于完全民事行为能力人,而是介于两者之间。限制民事行为能力人所实施的民事行为,并不当然无效,其中与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为及使其纯获利益的民事行为应为有效,其余民事行为则只在由法定代理人代理或征得法定代理人同意时,为有效。

按照民法通则第12、13条的规定,限制民事行为能力人有两种:10周岁以上的未成年人;不能完全辨认自己行为的精神病人。精神病人之作为限制民事行为能力人,应由法院宣告。法院作出宣告应具备两项条件:其一,须精神病人不能完全辨认自己行为;其二,须该精神病人的利害关系人申请。被宣告为限制民事行为能力人的精神病人,在健康恢复之后,经本人或其利害关系人申请,法院应宣告他为完全民事行为能力人。

四、无行为能力或限制行为能力的未成年人得单独实施的行为

无行为能力的未成年人的法律行为,应当由其法定代理人代理。限制行为能力的未成年人的法律行为,原则上应由法定代理人代理或征得法定代理人的同意,在未由法定代理人代理或者征得法定代理人同意的场合,经法定代理人追认的,该法律行为有效;法定代理人拒绝追认的,该法律行为无效。民法设立未成年人之无行为能力及限制行为能力制度的立法目的,在限制未成年人对其财产的管理、处分权限,避免因其意思能力不足或缺乏社会经验而遭受不利益,以求其财产的维持与保全。因此,未成年人实施对其财产无不利益的行为,法律并无干涉之必要,应允许其单独实施。参考外国的立法经验,应解释为无行为能力或限制行为能力的未成年人得单独实施下述民事行为:

其一,使未成年人纯获利益,或被免除义务的行为。如接受无负担的赠与行为,取消非书面赠与的行为。^[13]

其二,未成年人自由财产的处分行为。如学费、旅费等由法定代理人预定使用目的的财产,及零用钱等未预定使用目的的财产。

其三,被许可营业的年满16岁的未成年人的营业行为。由法定代理人许可从事营业的年满16岁的未成年人,关于该营业有与成年人同样的行为能力。

其四,缔结劳动合同和请求劳动报酬。中国法律规定满16岁的未成年

[13] 按照合同法第47条的规定,限制行为能力的未成年人订立使其纯获利益的合同,不必经法定代理人追认。依解释,此项规定应可类推适用于无行为能力的未成年人。

人可以参加工作,当然可以独立缔结劳动合同和请求劳动报酬。依解释,未满16岁的未成年人可以参加与年龄相适应的劳动如勤工俭学劳动,其劳动合同之缔结应经法定代理人同意,但所应得劳动报酬应由未成年人独立请求,不得由法定代理人代理受领。

其五,日常生活中的定型化行为。如利用自动售货机,利用公共交通工具,进入游园场所。^[14]

第四节 监 护

一、监护的意义

(一)监护之沿革

民法监护制度,起源于罗马法。罗马法上,对于未成年人所设的监护人,称保护人;对于精神病人所设的监护人,称照管人。保护人之职责,在保护未成年人的身体;照管人之职责,在照管被照管人之财产。监护人为保护人与照管人的总称。被监护人为被保护人与被照管人的总称。早期监护制度,乃以宗族制和家长制为基础,监护人具有家长辅佐人、代表人身份,监护权具有支配权的性质。随着社会的发展,宗族制和传统大家庭解体,核心家庭成为普遍家庭形式,且因法律理念的变迁,监护不再被视为一种私人事务,监护人被视为一种公职,除有法定原因外,任何人不得拒绝充任监护人,国家通过司法和行政手段对监护进行规制,即所谓监护立法的公法化、社会化趋势。

近现代民法监护制度,无保护人与照管人之分,而统称监护人,仍因被监护对象的不同而分为未成年人的监护及精神病人的监护(成年监护)。但自20世纪末以来,欧美诸国相继对成年监护制度,从价值理念到制度架构,进行根本性改革,废除禁治产宣告制度,建立以维护成年障碍者人格尊严和正常社会参与为宗旨的成年照顾制度。

现行民法通则仅用三个条文对监护作原则规定,加上其他法律如婚姻法、收养法、未成年人保护法、妇女权益保障法等涉及监护的零星规定,未形成完整的监护制度,且理念陈旧,操作性差,与我国国情及当今监护立法发

[14] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第46~47页。

展趋势,有所不符。建议于制定中国民法典时,总结民法通则实施以来的监护实践,参考发达国家和地区监护立法改革的成果,对监护制度进行重构:其一,不采民法通则在自然人一章规定监护制度的模式,而将监护制度作为亲属法的内容,规定为亲属编的一章;其二,对监护与亲权加以区别,而不是像民法通则那样以监护概念涵盖亲权,在亲属编“父母子女”一章设专节规定父母照顾权(亲权);其三,将监护的对象限定于未成年人,废除宣告精神病人为无行为能力人并为其设立监护人的制度,另外创设以成年障碍者为保护对象的成年照顾制度。^[15]

须说明的是,本节仍然按照现行民法通则的规定,论述未成年人的监护与精神病人的监护。

(二) 监护的性质

监护是否为权利,学者中有不同意见。有学者将监护称为监护权,并归入身份权一类。法律上所谓身份权,系以特定身份关系上之自然人为客体的权利。其内容为对作为客体的自然人人身的支配。如罗马法上的家父权,凡家庭成员包括奴隶、妻、子女等,均为家父权之客体,受家父一人之支配。而监护制度之设立,在于弥补被监护人民事行为能力之欠缺,着眼点在保护被监护人之合法权益,而非为监护人自身之利益。因此,监护并不构成对被监护人的权利。且监护之内容专在保护被监护人的身体和财产,与身份权之内容在对人的支配,绝无相同之处。有鉴于此,罗马法并不视监护为权利,而称为一种公职。^[16] 中国民法通则之规定监护制度,纯粹为保护被监护人的利益,绝对不允许监护人借监护以谋取自身利益,且第18条明文规定监护为职责。故监护之本质为一种职责而非民事权利,应毋庸置疑。

二、未成年人的监护

按照民法通则第16条的规定,未成年人之父母是未成年人当然的监护人。依此规定,中国未成年人的监护,因出生而开始,不必另有原因。^[17] 此

[15] 《中国民法典草案建议稿附理由:亲属编》,第76章“监护与照顾”,法律出版社2006年版,第223~273页。

[16] 参见[意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第176、177页。

[17] 此系就通常情形而言。在未成年人被依法收养的情形,因收养成立而发生监护关系,养父母因此成为该未成年人的监护人;在非婚生的情形,生母因出生而成为未成年人的监护人,生父则因认领而成为未成年人的监护人。

与其他国家不同。其他国家民法大抵规定,以父母双方死亡或无监护能力,为未成年人监护开始之原因;如依法国民法典第 390 条规定,在父母双亲均已去世时,监护即开始。

中国未成年人的监护人,有以下几种情形:

其一,未成年人的父母为当然监护人。其监护人资格从未成年人出生时当然取得,不须任何程序和手续。^[18]

其二,父母双方死亡或没有监护能力的,由下列有监护能力的人担任监护人:祖父母、外祖父母;兄、姐;关系密切的其他亲属、朋友。其中,祖父母、外祖父母、兄、姐,属于法定监护人,其担任监护人属于法定义务。关系密切的其他亲属、朋友,并无法定义务,他们之担任监护人,除应有监护能力外,还须具备两项条件:一是愿意担任监护人;二是经未成年人父母所在单位或未成年人住所地居民委员会、村民委员会同意。

其三,没有上述监护人的,由未成年人的父母所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门担任监护人。

其四,未成年人的父母于不能履行监护职责时或死亡前,可为子女设立委托监护人或遗嘱监护人。关于委托监护人和遗嘱监护人,民法通则及单行法迄今无明文规定;但裁判实务承认委托监护人。^[19]

三、无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人的监护

按照民法通则第 17 条的规定,无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人的监护人,由下列人员担任:其一,配偶;其二,父母;其三,成年子女;其四,其他近亲属;其五,关系密切的其他亲属、朋友。其中,精神病人的配偶、父母、成年子女及其他近亲属(祖父母、外祖父母)为法定监护人,其担任监护人为法定义务。关系密切的其他亲属、朋友担任监护人,非法定义务,取决于本人自愿及精神病人所在单位或住所地的居民委员会、村民委员会同意。没有上述监护人的,由精神病人所在单位或住所地的居民委员会、村民委员会或行政部门担任监护人。

[18] 在收养的情形,养父母因收养成立而成为监护人;在非婚生的情形,生父因认领而成为监护人。

[19] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 22 条规定,监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。

四、关于担任监护人的争议

关于担任监护人的争议,包括相互争当监护人和相互推诿不愿担任监护人的争议。对此,民法通则规定了指定监护人制度。监护人指定权,是一种特别权限,法律规定由未成年人的父母所在单位或精神病人所在单位行使,无上述单位的,由未成年人或精神病人住所地的居民委员会、村民委员会行使。指定担任监护人的范围,法律限于被监护人的近亲属。所谓近亲属,依婚姻法的规定,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。近亲属担任监护人,属于法定义务,必须服从指定。

法律对近亲属担任监护人设有一定顺序。对于未成年人,其父母为当然监护人,因此不列入法定顺序。祖父母、外祖父母为第一顺序,兄姐为第二顺序。对于精神病人,其配偶为第一顺序,父母为第二顺序,成年子女为第三顺序,其他近亲属为第四顺序。但指定监护人不应只根据此法定顺序,还应考虑其他因素:是否与被监护人共同生活;是否有监护能力;是否对被监护人有利。因此,法定顺序仅供指定机关参考,于指定时可不受其限制。被指定的监护人或被监护人对指定不服,可向人民法院起诉,由人民法院依法作出裁决。

五、监护人的职责

按照民法通则的规定,监护人的职责如下:

其一,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益不受损害。

其二,保管被监护人的财产。此所谓保管,应作广义解释,不仅包括保护、管理财产的行为,还应包括必要的经营行为和处分行为。法律要求监护人履行其职责时,应尽善良管理人之注意。

其三,担任被监护人的法定代理人。法律禁止监护人滥用此法定代理权,例如受让被监护人财产。

法律为切实保护被监护人利益,监督监护人履行职责,规定监护人有下述情形之一的应承担损害赔偿责任:

其一,不履行监护职责,致使被监护人的人身、财产和其他合法权益受到损害的;

其二,监护人因故意过失,给被监护人造成财产损失的;

其三,在监护关系存续中,被监护人造成他人损害的。

六、监护的终止

监护终止的原因如下:

其一,被监护人获得完全民事行为能力。

其二,监护人或被监护人一方死亡(包括被宣告死亡)。

其三,监护人丧失民事行为能力。

其四,监护人辞职。监护人有正当理由时,法律应准其辞职。此所谓正当理由包括:监护人因患病、年纪大、迁居及工作、家庭负担繁重,致不能履行监护职责。辞职应经有指定权的机关同意。

其五,监护人被撤职。法律规定,监护人不履行监护职责或侵害被监护人的合法权益,人民法院可根据有关人员或单位的申请,撤销其监护人资格。

其六,委托监护因委托关系消灭而终止。

第五节 宣告失踪制度

一、宣告失踪的意义

宣告失踪和宣告死亡,是现代民法不可缺少的法律制度。由于战争、自然灾害及从事具有一定危险性的航海、航空、登山和科学探险等活动,使人们遭遇各种危险而致失踪,是经常发生的事。其他原因,如一些居民盲目流动或外逃,也常造成一些人失踪而下落不明。失踪人的财产关系及身份关系势必处于不确定状态。这种不确定状态的长期持续,将不利于失踪人财产的管理和利用,不利于社会经济的发展和社会秩序的稳定,并且必然损及与失踪人有利害关系的第三人的利益。因此,从社会利益考虑,与失踪人有关的财产关系和身份关系宜尽快予以确定。但若仅以失踪事实作为民事法律关系变化之根据,又势必损害失踪人的财产权利及其他合法权益,且更易造成社会关系的紊乱。于是,民法有宣告失踪制度。我国民法通则规定在第二章第三节。

二、宣告失踪

(一)失踪宣告

宣告失踪制度之立法目的,在为失踪人设置财产代管人,以维护失踪人的合法财产权益。

按照民法通则第20条的规定,宣告自然人为失踪人,属于人民法院的权限。其他任何单位和机关均无权宣告自然人为失踪人。人民法院作失踪

宣告,须具备两项条件:第一,须自然人下落不明满2年;第二,须由利害关系人申请。此所谓下落不明,为一种事实状态。指自然人离开向来之居所而他人不知其所在,不明其生死。此下落不明状态持续存在,已满2年,由其利害关系人申请,法院可宣告该自然人为失踪人。所谓利害关系人,包括其配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及与其有民事权利义务关系的自然人和法人。纵然失踪满2年,如无利害关系人申请,法院不能依职权为失踪宣告。人民法院受理利害关系人书面申请后,应发出寻找失踪人的公告。公告期为3个月。公告期届满不能确定被申请人尚生存的,则应作出宣告失踪的判决。

(二) 确定财产代管人

自然人被宣告为失踪人,其财产由代管人管理。财产代管人由其配偶、父母、成年子女或关系密切的其他亲属、朋友担任。关于担任代管人发生争议,或没有前述法律所规定的人或所规定的人无能力代管,应由法院指定代管人。在没有法律规定的亲属、朋友或所规定的亲属朋友无能力代管时,法院可指定其他自然人或法人为代管人。

(三) 代管人的职责

代管人的职责,是代理失踪人管理其财产。管理的内容,包括保管、维护、收益及必要的经营行为和处分行为。法律要求代管人在保管、维护、收益时,尽与管理自己财产同一之注意;在进行必要的经营和处分时,应尽善良管理人之注意。代管人应对因自己的故意或过失所造成失踪人的财产损害,承担赔偿责任。失踪人所欠税款、债务及应付的其他费用,由代管人从失踪人财产中支付。

三、失踪宣告的撤销

被宣告失踪的人重新出现或有人确知其下落,经本人或利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的失踪宣告。代管人应将所代管财产及其收益归还本人,并向本人报告代管期间的财务账目。

第六节 宣告死亡制度

一、宣告死亡的意义

失踪宣告制度虽能解决失踪人财产的保护问题,但不能解决因失踪所

引起的民事法律关系的不确定问题,于是有宣告死亡制度。宣告死亡,指依照法定程序,推定失踪人为“已死亡”,使之产生与事实死亡同样的法律后果。

二、死亡宣告的要件

按照民法通则第23条的规定,宣告死亡须具备下述要件:

其一,须失踪人离去向来之住所或居所而下落不明,既不能判定其尚生存,也无法证明其已死亡。

其二,须失踪期间届满。失踪人下落不明的状态须持续存在,并经过一个法定期间(失踪期间)。法定失踪期间分为普通期间和特别期间。通常情形之失踪适用普通期间,凡遭遇特别危险如战争、地震、海难及其他重大灾变而失踪,则适用特别期间。普通期间为4年,特别期间为2年。法定期间的计算,通常情形之失踪,应从失踪人最后离开其住所或居所之日起算;属于战争期间下落不明的,应从战争结束之日起算,属于因意外事故下落不明的,应从事故发生之日起算。

其三,须由利害关系人申请。此所谓利害关系人,包括失踪人之近亲属及与其有民事权利义务关系的自然人和法人,如配偶、继承人(遗嘱继承人和法定继承人)、受遗赠人、债权人、债务人、法定代理人、人寿保险合同之受益人。

三、宣告死亡的法定程序

人民法院受理利害关系人的书面申请后,应即发出寻找失踪人公告,普通失踪的公告期为1年,因意外事故失踪的公告期为3个月。公告期届满仍不能确定失踪人尚生存的,即作出宣告死亡的判决。宣告死亡的判决应确定被宣告死亡人的死亡日期,如判决中未确定死亡日期,则以判决宣告之日为被宣告死亡人的死亡日期。

四、宣告死亡的效力

(一) 认定为死亡的形式

关于认定为死亡的形式,各国法律不同。有视为死亡与推定为死亡之分。日本民法(第31条)、泰国民法(第75条)为视为死亡,德国民法(第18条第1款)、瑞士民法(第38条第1款)为推定死亡。二者的效力,颇不相同。以被宣告死亡人的继承人向保险公司请求人寿保险金为例,如采推定死亡,则保险公司如能证明该人现尚生存,即可拒绝保险金的支付;如采视为死亡,则保险公司须先向法院申请撤销死亡宣告,否则不能拒绝保险金的

支付。^[20] 民法通则未明确规定认定死亡的形式,似应解释为推定死亡。

(二) 认定为死亡之时期

关于认定为死亡的时期,各国法律规定不同。瑞士民法及土耳其民法,以最后音信或灾难发生之日,为死亡时期;奥地利民法,以裁判宣告或宣告确定之日,为死亡时期;法国民法及比利时民法,以裁判官认定之日,为死亡时期;德国民法、日本民法及我国台湾地区“民法”,以法定期间终止之日,为死亡时期。四种立法例,孰优孰劣,学者评价不一。^[21] 民法通则未明确规定认定死亡的时期,最高人民法院的解释亦有不同,先解释为“判决中确定的失踪人的死亡日期”,以后见解改变,解释为“判决宣告之日”。^[22] 本书认为,依据法律解释规则,当最高人民法院就同一事项有不同解释时,应以时间在后的解释为准,即应以死亡宣告判决宣告之日,为死亡日期。^[23]

(三) 效力之范围

关于死亡宣告的效力范围,从来有三种学说:其一,死亡宣告的效力,仅及于财产关系。此为德国普通法时代之通说,泰国民法(第75条)即采此说。依此说,则身份关系不受死亡宣告的影响。其二,死亡宣告的效力,不仅及于财产关系,并及于身份关系。依此说,婚姻关系一并消灭。其三,死亡宣告的效力,原则上及于一切关系,但婚姻关系例外。此所谓婚姻关系为例外,又有差异:有不认婚姻关系之解消,纵然配偶已再婚,如其人归来,亦得请求撤销其再婚者,如法国民法(第139条);有婚姻非当然解消,必须配偶已为再婚,始为解消者,如德国民法(第1348条)。^[24] 民法通则对此未有明确规定,但依最高人民法院解释,“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,

[20] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第69页。

[21] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第69~70页。

[22] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》(法民发1985第22号)第1条第2款:失踪人被宣告死亡的,以法院判决中确定的失踪人的死亡日期,为继承开始的时间。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(法办发1988第6号)第36条:被宣告死亡的人,以判决宣告之日为其死亡的日期。

[23] 以判决宣告之日为死亡时期,死亡时期易受申请人意思及裁判迟速之左右,以判决中确定的日期为死亡时期,若无确定死亡时期之标准,纯由法官自由心证,亦难称适当。建议制定民法典时,兼采第二、四两种立法例,规定以判决中所确定的日期为死亡时期,并规定以法定期间最后日终止之时,为判决中据以确定死亡日期之标准。

[24] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第71页。

自死亡宣告之日起消灭”^[25]似采第二说。

按照民法通则及最高人民法院司法解释,宣告死亡发生与事实死亡具有同样的法律效力,即以被宣告死亡人住所地为中心的一切财产关系和身份关系,均归于消灭。一切享有以该人死亡为条件的财产权利的人,即可因此获得权利,如继承人开始继承,受遗赠人取得遗赠。其婚姻关系一并消灭,其配偶当然可以再婚。但如被宣告死亡人实际上还生存于他方,其在当地的法律关系,并不受死亡宣告的影响,在当地所实施的法律行为,并不因其在其住所地被宣告死亡而无效。

五、死亡宣告的撤销

尚生存的被宣告死亡人后来回到住所地,法律上称为“再出现人”。按照民法通则第24条的规定,被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡的,经本人或利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的死亡宣告。因死亡宣告的撤销,再出现人有权请求返还其所有的财产,因继承而取得其财产的人或组织,应当返还其财产。原物存在的返还原物,原物已不存在的应给予适当补偿。配偶已经再婚的,其再婚并不因死亡宣告之撤销而无效;其子女已被他人收养的,其合法收养关系亦不因死亡宣告之撤销而无效。如果其配偶尚未再婚,原婚姻关系从死亡宣告撤销之日起自动恢复。

六、申请人应否有顺序

民法通则第23条关于利害关系人向人民法院申请宣告死亡的规定,是否应有一定顺序?最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第25条:“申请宣告死亡的利害关系人应依照下面的顺序:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;(四)其他有民事权利义务关系的人。申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。”实务中遇到的问题是,某人失踪已达到民法通则第23条所规定年限,其配偶不申请宣告他死亡,而其他利害关系人可否向法院申请宣告他死亡?按照最高人民法院上述解释,其他利害关系人无权申请。

[25] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第37条:被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。

最高人民法院的意见是否正确,应依该第23条宣告死亡制度之规范目的予以衡量。宣告死亡制度,虽与失踪宣告制度颇为类似,但两者立法目的截然不同。失踪宣告制度之规范目的在于保护失踪人利益免受损害,于失踪达到法定期间时依法宣告其为失踪人,并为其指定财产管理人,由财产管理人保护失踪人利益。死亡宣告制度之立法目的却不是要保护被宣告死亡人的利益,而在于保护其利害关系人的利益。又利害关系人不分是其配偶、子女、父母抑或其债权人、债务人,在地位上一律平等,不应有先后之分。在法院宣告失踪人死亡后,其遗产之继承,债务之清偿,均有法律规定,而与由何人提出宣告死亡之申请无关。最高人民法院意见将利害关系人分为一定顺序,第一顺序利害关系人不提出申请,其他顺序利害关系人无权提出申请,实际案件中,有的配偶基于感情或有其他不正当目的,不提出申请,致不能宣告失踪人为死亡人,使其他利害关系人的合法利益遭受损害,这显然违背民法设立宣告死亡制度之立法目的。故最高人民法院的意见不得谓为正确之解释。

七、无申请人或申请人不申请

民法通则规定死亡宣告的申请人限于失踪人的利害关系人,但如果失踪人无利害关系人或虽有利害关系人而利害关系人不申请,将使设立死亡宣告制度之立法目的落空。显然属于立法者考虑不周所生法律漏洞。对此,可以参考我国台湾地区的经验。我国台湾地区“民法”第8条所规定的死亡宣告申请人亦限于利害关系人。但考虑到有的失踪人无利害关系人,或虽有利害关系人而不愿申请死亡宣告的情形,为贯彻死亡宣告制度旨在结束失踪人法律关系长期不确定之状态之立法目的及维护社会公益,于20世纪80年代初该“民法”总则编修正时,特增设检察官为申请人。^[26] 检察官代表国家行使职权,不论有无利害关系人,均得单独申请。^[27] 建议民法通则修正或制定民法典时,借鉴此一制度,增设一款:于失踪人无利害关系人,或者虽有利害关系人而不提出死亡宣告申请的,由人民检察院提出申请。

[26] 我国台湾地区“民法”第8条:失踪人失踪满7年后,法院得因利害关系人或检察官之声请,为死亡之宣告。

[27] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第121~122页。

第七节 住 所

一、住所的意义

住所指民事主体发生法律关系之中心地域。住所法律上具有重要意义。在民法上,住所是决定监护,决定宣告失踪、宣告死亡,决定债务履行地,决定诉讼管辖地,决定涉外法律适用之准据法的重要因素。此外,住所在公司法、国际法、选举法、税法等,都有重要意义。

二、住所的认定

民法通则第 15 条规定,自然人以其户籍所在地的居住地为住所,其经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。

第四章 民事主体——法人

第一节 法人的概念

一、法人的概念

社会生活中的权利主体不限于自然人。现代社会,除自然人的活动外,还有各种组织体以团体的名义进行各种活动。由多数自然人集合而成的组织体,为人合组织体,由财产集合而成的组织体,为财合组织体。无论人合组织体或财合组织体,均有经法律规定其组织体具有民事权利能力者,也有法律未规定其组织体具有民事权利能力者。其中,经法律规定具有民事权利能力的组织体,就是自然人之外的另一类民事权利主体——法人。因此,所谓法人,指由法律规定具有民事权利能力的人合组织体和财合组织体。法律未规定其具有民事权利能力之组织体非法人,学说上称为非法人团体。

二、法人制度的意义

自然人因出生而取得权利能力,并得依其行为能力,从事各种交易,满足个人社会生活之需要。唯两个以上之自然人为开设工厂、采矿、学术、传教、运动而从事具有共同目的之事业时,即面临应采何种形式之问题。首先值得考虑者,系成立合伙。合伙系契约之一种,当事人称为合伙人,最少须二人。合伙之目的在于经营共同事业,其种类无限制,营利或非营利,长久性或暂时性,均非所问。值得注意的是,合伙虽为一种契约,但民法上对于已成立之合伙,赋予其团体性。例如,承认合伙财产与合伙人个人财产相区别,合伙之债权与合伙人个人之债权相区别,并设有入伙、退伙及解散、清算等规定。合伙既具有团体性,其成立无须履行法定方式,简便灵活,故采用者众,对于现代社会经济活动,贡献甚巨,自不待言。

但合伙虽具团体性,终因系基于契约而成立,与个别当事人之人格、信用与财产有密切关系,仍未脱离个人色彩。例如合伙财产不足清偿合伙债务时,各合伙人对于不足部分,负连带责任。可知合伙强调当事人之信赖

性,较适合于少数人经营小规模事业,以之经营大规模独立事业,尚不适宜,难于达成其共同目的。盖合伙者,不能成为权利义务之主体,不能以其财产为其单独所有,不能设立机关为其执行事务,作为对外之代表也。因此,为适应现代社会经济活动,须进一步强化人之集合体之团体性,使其能够取得权利能力,得享有权利及负担义务。易言之,应使人之集合体享有人格,成为所谓法人。法人有不同种类,交易上最为重要者,为公司。

人之集合,在法律上有赋予人格之必要,已如上述。财产之集合,亦不例外。例如某人热心社会公益,长年捐款济助孤儿,个人行之虽可尽其心力,但事必躬亲,事势所不能。何况其生也有涯,难期久远,委其子女或他人经营,因个人信念不同,人事无常,易滋弊端。因此法律特别创设财团,使一定财产得以独立化,成为权利主体,得享受权利,负担义务,并经由其机关而行为。一定之财产,经由人格化,而有独自的法律生命,不受捐助人之支配,不因人事变迁而影响其财产之存在与目的事业之经营,则公益目的可望长期继续,不致中断。^{〔1〕}

第二节 法人的本质

一、关于法人本质的学说

法人的本质,即法人何以得与自然人同样具有民事权利能力,成为可以享有权利负担义务之民事主体。直到20世纪以前,一直是公私法学者热烈争论的重大问题。从来学说分歧,约有三说。

(一) 法人拟制说

此说系以罗马法上之法律思想为依据。16、17世纪时,因继受罗马法的法人制度,注释法学者对于法人之本质皆采拟制说。其集大成者,为德国历史法学派首倡者萨维尼。拟制说认为,权利义务之主体,应以自然人为限。非自然人而得为权利义务之主体者,是以法律之力拟制其为自然人。质言之,所谓法人,即法律所拟制之人。因近代民法思想,本以个人人格之尊重为最高指导原理,且因对于封建社会之反动,对于介乎国家与个人之间的团体,严加排斥。于例外情形,须承认团体的存在,必须经法律之特许。

〔1〕 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第160页。

故法人拟制说与当时的法律理念,正相吻合,遂成一时之通说。

(二) 法人否认说

此说认为,依实证的方法观察,社会生活中除个人及财产而外,别无所谓法人之存在。是为法人否认说。其中又分为三种见解:其一,目的财产说,由德国学者布林兹所倡。认为法人之本质,不过是为一定目的而存在的无主体财产而已。其二,受益人主体说,由德国学者耶林所倡。以享有法人财产利益之多数人为其实质主体,所谓法人不过于形式上为其权利的归属者而已。其三,管理人主体说,为德国学者霍达等人所倡。认为实际管理法财产之人,为法人之本体。

(三) 法人实在说

此说乃针对拟制说与否认说,而认法人有其独立实体之存在。又分为二说:其一,有机体说。为德国日耳曼法学者基尔克(Gierke)所倡。认为人类社会生活中,团体有其固有的生命。自然人为自然的有机体,有其个人意思;而团体则为社会的有机体,有其团体意思。对于此社会的有机体,赋予法律的人格,使之成为权利义务之主体,即所谓法人。其二,组织体说。为法国学者米休(Michoud)、撒莱(Salcilles)等人所倡。此说乃针对有机体说,认为法人非社会的有机体,而是法律上的组织体。所谓法人,乃适于为权利义务主体之法律上的组织体。

二、民法关于法人本质的规定

(一) 采法人拟制说的立法

各民法典关于法人本质的规定,因立法时间的先后而有不同。例如德国民法典第26条规定:董事会在诉讼及非讼事件中代表社团,具有法定代理人身份。另在第30条规定:章程得规定,于董事会之外任命特别代理人以处理一定的事务。显系采法人拟制说。又如日本民法典虽在第53条规定“董事就法人一切事务,代表法人”,但第44条第1款规定“法人就董事、其他代理人执行其职务加于他人的损害,负赔偿责任”,其民事诉讼法第58条更明文规定:本法关于法定代理及法定代理人的规定,于法人之代表人准用之。亦系采法人拟制说的结果。因法人之董事既为法人之法定代理人,其所代理之法人必无行为能力,此与拟制说主张法人为法律之拟制,并无自然人的意思能力与行为能力,正相符合。

(二) 采法人组织体说的立法

我国台湾地区“民法”之制定后于德国、日本,其关于法人的立法理

由明示采组织体说,并在第 27 条规定:董事就法人一切事务,对外代表法人。我国台湾地区“民事诉讼法”亦不规定关于法定代理人之规定准用于法人之代表人,而仅规定该法关于法定代理之规定准用于非法人团体之代表人或管理人。可见该“民法典”不采拟制说而采法人实在说中的组织体说。

(三)民法通则采组织体说

中国民法通则关于法人的本质系采何种学说,虽无立法理由可以为据,但民法通则第 36 条规定:法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。由此可以判定,中国民法通则关于法人本质,系采法人实在说中的组织体说。

三、关于法人本质学说的评论

关于法人的本质,从来有各种主张。其中,法人拟制说,乃强调法人的法技术一面。此说以为,权利能力者当然应限于有自由意思的自然人。在自然人之外,赋予权利能力者,不过是法律的拟制。此说因与 19 世纪的个人主义和个人本位的法律思想契合,而成为长期占据支配地位之通说,并被若干重要的民法典采为依据。法人拟制说,所强调的是法人作为赋予权利主体性的法律技术。不可否认,法人制度确有其法技术的侧面,社会组织体毕竟与有血肉之躯的自然人不同,其所以能够成为权利主体,显系出于法律的拟制。当然法律不能凭空拟制,首先应是社会上存在适于享有权利承担义务的组织体,其次还要看是否有承认其为独立于其构成员的主体资格的必要性。因此,有持正相反对立场的法人实在说,肯定法人的社会实在性。法人实在说分为,认法人为有团体意思的有机体之有机体说,及注目于团体之社会活动力及社会作用的组织体说。其中,有机体说认为法人是一种有团体意思的社会的有机体,与自然人为有个人意思的有机体相同。此说从有机体立论,未免牵强,不如组织体说之从社会存在的组织体立论并依其社会价值而判断有无规定为民事权利主体之必要,更具有说服力。因此,组织体说取代拟制说之地位而成为现今之通说。

20 世纪以来,法人本质问题已经不再引起学者的关注。应当指出,关于法人本质的法人学说,于解决法律问题时,作为提供法理前提的解释论,

仍有其重要作用。不应因现在已鲜为人所关心,而否定法人本质论的重要性。^{〔2〕}

第三节 法人的分类

一、公法人与私法人

以法人设立所依据的法律为标准,分为公法人与私法人。凡依公法设立的法人,为公法人;依私法设立的法人,为私法人。民法为私法,依民法设立的法人,当然为私法人。区分公法人与私法人的意义在于,决定其设立的准据法及诉讼管辖。

二、社团法人与财团法人

(一) 社团法人与财团法人的区分标准

以法人成立的基础为标准,私法人可再分为社团法人与财团法人。社团法人为人的组织体,其成立基础在于人。例如,各种公司、合作社,各种协会、学会等都是社团法人。财团法人为财产之集合体,其成立基础在于财产。例如,各种基金会、私立学校、医院、图书馆、博物馆、科学研究机构、宗教教堂、寺庙,以及孤儿院、救济院等慈善机构都是财团法人。

须注意的是,在日本法中,组织体在经主管官厅许可取得法人资格后,称为社团法人或财团法人,而在未经许可取得法人资格之前,称为社团或财团。因此,在日本法,有非法人社团与非法人财团。而在我国台湾地区“民法”,有意不采与日本法同样的称谓,不称社团法人、财团法人,而称社团、财团。因此,我国台湾地区“民法”,无所谓非法人社团与非法人财团,统称为非法人团体。^{〔3〕}

中国民法通则迄今未采用社团、财团及社团法人、财团法人的称谓。学说上将属于企业法人的各种公司及属于社会团体法人的各种协会、学会解释为相当于传统分类中的社团法人。中国现时的《社会团体登记管理条例》和《基金会管理条例》,将各种基金会归入社会团体法人。而基金会的基础在财产,它不是人的集合,而是财产的集合。因此学者指出基金会在性

〔2〕 参见北川善太郎:《民法总论》,有斐阁1993年版,第61页。

〔3〕 参见姚瑞光:“论法人”,载《法令月刊》第44卷第3期。

质上不同于社团或社会团体,应解释为相当于传统分类中的财团和财团法人。^[4]

(二) 区分社团法人与财团法人的意义

区分社团法人与财团法人的意义在于:其一,成立基础不同。社团法人为人的结合,其成立基础在人,以社员为必要。财团法人为财产的结合体,其成立基础在财产,并无社员。因此,同一法人不得既是社团法人又是财团法人。已设立之社团法人不得再办理财团法人登记,只能由社团法人以捐助财产另外设立财团法人。其二,设立人数及性质不同。设立社团法人,须有二人以上之设立人,自然人或法人均无不可。设立财团法人,可由一人以单独行为或遗嘱设立。社团法人或财团法人,均可作为财团法人之设立人。其三,目的及设立方式不同。社团法人,因目的之为营利或者公益,分为营利社团法人与公益社团法人。财团法人只能是公益目的。现代民法,公益目的之法人,无论公益社团法人或财团法人,其设立大抵采行政许可主义。而营利社团法人,其设立大抵采准则设立主义。其四,组织不同。社团法人以社员大会为其意思机关,属于自律法人。财团法人无意思机关,为他律法人。社团法人既为自律法人,得由社员大会变更组织及章程。财团法人属于他律法人,其捐助章程及组织不得自行变更。其五,解散原因有不同。社团法人和财团法人,均得因章程所定目的的实现、目的注定不能实现及主管机关之决定而解散,唯社团法人得因社员大会决定解散。

(三) 社团法人与合伙的区别

须注意的是,社团法人为人的结合,合伙亦为人的结合,因此两者易于混淆。社团法人与合伙的区别如下:其一,法人之目的,具有永久性,而合伙经营具有暂时性;其二,法人必具有特定的名称及一定的组织,为超个人的单一体,而合伙仅为各个人之集合;其三,法人之财产,属于法人本身,而合伙之财产,属于全体合伙人共同共有;其四,法人之债务,仅以法人所有的财产为担保,而合伙债务,除合伙财产外,各合伙人还须以自己的全部财产,负连带无限责任。^[5]

三、公益法人与营利法人

以法人的目的为标准,可将私法人分为公益法人、营利法人。其目的为

[4] 参见江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第51页。

[5] 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第50页。

公益者,为公益法人;其目的在营利者,为营利法人。

所谓公益,指社会一般利益,即不特定多数人的利益,且一般是非经济的利益。例如目的在于发展科学、学术、文化、艺术、教育、卫生、宗教和慈善事业的各种学会、协会、学校、医院、博物馆、图书馆、教堂、寺庙、救济院等,属于公益法人。所谓营利,指积极的营利并将所得利益分配于其构成员。即非指法人自身的营利,而是指为其构成员营利。因此,仅法人自身营利,如果不将所获得利益分配于构成员,而是作为自身发展经费,则不属于营利法人。各种公司为典型的营利法人。而各种基金会为发展目的的事业进行投资,慈善机构兴办营利事业,非此所谓营利,不属于营利法人。

可见,社团法人多数为营利法人,也有的属于公益法人。但财团法人必定为公益法人。中国法律上的企业法人,必定是营利法人,社会团体法人必定是公益法人。区分公益法人与营利法人的意义在于,设立所依据的法律、程序及国家对法人所进行的管理不同。

值得注意的是,在德国民法典,关于社团法人,不分为公益社团法人与营利社团法人,而是分为非营利社团与营利社团。亦即以非营利性概念代替公益性概念。因此,在德国民法,无所谓既不是营利社团也不是非营利社团的中间法人。但在其他国家民法如日本民法典,因采公益法人与营利法人这一分类,而公益法人与营利法人,不是两者必居其一的关系,两者之间存在中间地带,这就是中间法人。所谓中间法人,指既不以营利为目的,也不符合公益性要件的中间团体,依特别法而被赋予法人资格的法人。

日本学者指出,之所以在营利法人与公益法人之间存在中间法人,原因在于民法上的公益性概念太狭窄。而从日本现行公益法人设立许可的行政实务来看,以特定事业的利益促进为目的的业界团体、高尔夫俱乐部、体育团体、同学会等,也属于公益法人,但这些团体未必符合民法积极的公益性概念。这就造成民法规定的公益性和公益法人与行政方面对于公益法人的实务解释的不一致。按照公益法人的行政实务,公益性概念正向非营利性概念靠近,这一趋势值得注意。因此,学者认为,对民法上的公益性概念应作修正,不应限于社会全体的利益、不特定多数者的利益,也应包括如像特定业界团体那样的特定多数者的利益,仅须以该利益对社会一般人开放,即受益对象不固定为要件。如果采纳这种主张,扩张现行法上的公益性概念,而将公益性等同于非营利性,扩张后的公益性概念除包括社会一般的利益、不特定多数者的利益之外,还包括特定多数者的利益,则发生另一问题,即

应当以什么样的制约条件,使该特定多数者的利益与社会全体的利益相协调,或者使之不损害社会全体的利益。(6)

中国民法通则未采公益法人与营利法人的分类,但学说常采用这一分类,而将企业法人解释为营利法人,将社会团体法人解释为公益法人。考虑到这一分类将导致承认中间法人,以及日本法上公益性概念正在向非营利性概念靠拢的趋势,建议在制定中国民法典时,采纳非营利法人与营利法人的分类,避免出现中间法人概念。

四、企业法人与非企业法人

企业法人概念是中国民法学者的新创。所谓企业,指营利性的经济组织,尤以股份有限公司和有限责任公司为其典型形式。因此,企业法人相当于传统分类中的营利性社团法人。

按照民法通则第 48 条的规定,企业法人以生产资料所有制性质为标准,可以分为:全民所有制企业法人、集体所有制企业法人、中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人。如果再以是否采用公司组织形式为标准,企业法人还可分为公司法人与非公司法人。

企业法人以外的一切法人,均属于非企业法人,包括机关法人、事业单位法人和社会团体法人。须特别注意,民法通则所谓社会团体法人,与传统分类中的“社团法人”概念不同。按照中国社会生活中的习惯用语,除国家机关、企业、事业单位以外的社会组织,均称为社会团体。社会团体概念比传统民法上的“社团”概念的外延宽,像基金会这样的财产的集合体亦称为社会团体。因此,民法通则上的非企业法人,包括了传统分类中的公法人、私法人中的财团法人和公益社团法人。

区分法人与非法人的意义在于,决定法人设立所依据的法律、程序,决定法人的目的范围及管理。例如企业法人须向国家工商行政管理局的企业登记机关办理登记,而社会团体法人应向国家民政部的社会团体登记管理机关办理登记。

传统分类以社团与财团的区分为基础,社团法人与财团法人是最基本的分类。但 20 世纪以来,社团与财团的区分面临挑战,这就是所谓“一人

(6) 参见北川善太郎:《民法总论》,有斐阁 1993 年版,第 63、64 页。

公司”的出现并被若干国家的公司法所承认。我国公司法亦已认可一人公司。^{〔7〕}一人公司,既不符合社团的概念,也不符合财团的概念。把一人公司说成是社团法人或财团法人,均不科学。而企业法人与非企业法人的划分,恰好弥补了这一缺点,解决了一人公司的归属问题。

五、普通法人与特殊法人

普通法人与特殊法人,是理论上另一种分类。在实行民商合一主义的国家,依据作为私法的普通法的民法典的规定设立的法人,为普通法人,依据民法典以外的民事特别法的规定设立的法人,为特殊法人。在实行民商分立主义的国家,依民法典及商法典的规定设立的法人,为普通法人,依其他特别法设立的法人,为特殊法人。

例如,日本法上的特殊法人,指依民法、商法及有限公司法以外的法律所设立的不属于公法人的法人。包括:其一,特别法上的公益法人,如宗教法人、私立学校法人、社会福利法人;其二,准公益法人,如医疗法人、商工会议所、农协、信用保证协会、律师协会、司法书士协会、建筑师协会等;其三,其他中间法人,如协同组合、劳动组合、区分所有者管理组合法人等。特殊法人这一用语,与中间法人的关系并不明确。^{〔8〕}

六、本国法人与外国法人

依法人的国籍可以分为本国法人与外国法人。具有本国国籍的法人为本国法人,不具有本国国籍的法人为外国法人。而关于法人国籍的确定,有不同的学说,如设立人国籍说、资本控制说、准据法说和住所地说,因属于国际私法的问题,在此不作详述。概而言之,多数国家采准据法说和住所地说。按照这一标准,凡依据中国法律,在中国设立的法人,为中国法人。而中国法人之外的法人,均属于外国法人。因此,外国投资人在中国设立的法人,如外资企业,应为中国法人,而中国投资人在外国设立的法人,应为外国法人。区分中国法人与外国法人的意义,主要在于对外国法人有专门的认许制度,及外国法人在权利能力上有所限制。

关于外国法人,民法通则未设规定,而公司法第十一章对外国公司的分支机构设有规定。按照第十一章的规定,外国公司,是指依照外国法律在中

〔7〕 参见《中华人民共和国公司法》(2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订)第58~64条。

〔8〕 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第64页。

国境外登记成立的公司。外国公司在中国境内设立分支机构,必须向中国主管机关提出申请,并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等文件,经批准后,向公司登记机关办理登记,领取营业执照。外国公司属于外国法人,其在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。外国公司应对其分支机构的经营活动承担民事责任。依解释,外国公司在中国境内设立的分支机构,属于非法人团体。

第四节 法人的民事能力

一、法人的民事权利能力

法人是自然人以外的另一类权利义务主体,像自然人一样具有民事权利能力。但与自然人不同的是,法人的民事权利能力受到各种限制。对法人民事权利能力的限制,有自然性质的限制、法规的限制及法人目的的限制。

关于法人民事权利能力的立法,有两种不同的规定方式:第一种,日本式。日本民法典第43条规定,法人仅于目的范围内享有权利能力。第二种,瑞士式。瑞士民法典第53条规定,法人的权利能力原则上与自然人相同,但例外为自然人所专有者,法人不得享有之。

中国民法通则关于法人民事权利能力,未有明文规定。其第42条规定:企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。另依第49条的规定,企业法人超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的,应对法人和法定代表人追究责任。此两条似应解释为对行为能力的限制,而非对权利能力的限制。中国台湾地区“民法”第26条规定:法人于法令限制内,有享受权利、负担义务之能力。但专属于自然人之权利义务,不在此限。显然系采瑞士式。

二、对法人民事权利能力的限制

关于法人的权利能力无论采何种立法方式,均承认法人与自然人不同,其权利能力受到各种限制:

其一,自然性质的限制。自然性质的限制,指因法人与自然人在性质上的差异所产生的对法人权利能力的限制。如基于自然人固有的性别、年龄、亲属关系的权利义务,法人不能享有。法人不得成为继承人,但可成为受遗

赠人。法人只有名称权、名誉权等不以肉体为前提的人格权。

其二,法规的限制。不存在一般的对法人权利能力予以限制的法规,只有个别的法律法规。如法人设立的特别法有对其权利能力的限制,公司法有公司不得为他公司的无限责任股东的限制,破产法有对清算法人权利能力的限制等。

其三,法人目的的限制。法人与自然人不同,是为了实现一定目的而成立的组织体。其章程所规定的目的,成为对法人活动的限制。如果对其目的的范围作比较宽松的解释,则法人的活动范围可相当广泛,反之作严格的解释,则法人的活动将受到相当的限制。无论如何,是否属于法人目的外的行为,乃是法律上的一个重要问题。值得注意的是,按照企业法人登记管理条例(1988年6月3日国务院发布)第9条的规定,中国企业法人登记不登记法人的“目的”,而是登记法人的“经营范围”,且民法通则第42条规定“企业法人应当在核准登记的经营范围內从事经营”,又公司法第25条和第82条关于有限责任公司及股份有限公司“章程应当载明事项”中,均无公司“目的”,而代之以“公司经营范围”,可知中国民法所谓企业法人的经营范围,即相当于外国民法及中国台湾地区“民法”上所谓法人目的。因此,所谓法人目的的限制,在中国应称为法人经营范围的限制。

三、关于目的限制的性质

(一)关于目的限制性质的学说

学者关于法人目的的限制的性质,有权利能力限制说、行为能力限制说、代表权限制说及内部责任说。因所持学说的不同,关于法人目的外的行为是否无效,及在无效的场合有无补正的可能,将得出不同的结论。

其一,权利能力限制说。此说认为,法人目的所生的限制,乃是对于法人权利能力的限制。

权利能力限制说又因关于法人本质的立场不同而分为两派:其一,基于法人实在说的权利能力限制说,认为法人是一种社会存在,既有权利能力,也有行为能力,因此法人的目的不仅限制了法人的权利能力,也因此使法人的行为能力受到限制。其二,基于法人拟制说的权利能力限制说,从法人拟制说立场出发,认为法人本非实在,只是因法律的拟制而成为权利主体,法人既非实在,也就无法人行为可言,因此认为法人目的仅限制法人权利能力,而不发生对法人行为能力的限制问题。

采权利能力限制说,则法人目的外行为当然无效,无补正的余地。

其二,行为能力限制说。此说认为,法人的权利能力仅受其性质及法规的限制。法人作为权利义务主体,其目的的限制,只是对其行为能力的限制。

依此说,法人目的外的行为,类似于无行为能力的自然人的行为,而作为无行为能力人的行为并非当然无效,如果事后得到法定代理人的追认或后来取得了行为能力,则该行为因补正而变成完全有效。因此,法人目的外的行为似应视为一种未确定的无效。如果这样,就产生了追认的可能性。而法人的追认,将发生组织法的手续问题,如主管机关对法人章程变更的许可,股东大会及理事会变更章程的决议等。此外,也应有发生表见责任的余地,如类推适用关于表见代理的规定。但法人目的,属于登记事项,对方是否具备信赖保护要件也成为问题。

其三,代表权限制说。此说认为,法人的目的,不过是划定法人机关的对外代表权的范围而已。依此说,法人的目的外行为属于超越代表权的行为,应为无效,有存在依代理的法理予以追认的可能性。并且,也肯定有准用表见代理的余地。因此,采代表权限制说,也将发生与行为能力限制说同样的问题。

其四,内部责任说。此说为日本公司法学界的有力说。此说认为,法人目的,不过决定法人机关在法人内部的责任而已。所以,法人目的外行为,当然应为有效。^[9]

(二) 法人目的外行为的效力

探讨法人目的限制的性质,其意义在于决定法人目的外行为是否无效。如采权利能力限制说,则法人目的外的行为,应当当然无效,且不认为有补正之可能性。即使在事后依法定手续变更法人目的,也不能溯及地使无效行为变成有效。如采行为能力限制说,则有可能将法人目的外行为解释为非当然无效。于是,就有予以追认而成为有效的可能性,也可能准用关于表见代理的规定,以保护善意相对人。日本最高裁判所昭和 51 年判决,关于得到主管官厅许可使无效的买卖的追认成为可能的判示,似采行为能力限制说。^[10]

(三) 采行为能力限制说

法人目的的限制性质如何,在实务上有重要意义。中国民法学界迄今

[9] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁 1993 年版,第 71 页。

[10] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁 1993 年版,第 71 页。

未见讨论。于实务上则在一个比较长的时期,坚持凡超出法人目的(经营范围)的行为一律无效。相当于理论上的权利能力限制说。但近年来,实务界亦有争论,主张不应一律无效的大有人在。且凡超出法人目的的行为一律无效,也显然不利于对方当事人的保护和交易的安全。因此,有必要从法理上谋求妥当的解决。权衡上述关于法人目的限制性质的各种学说,似应采行为能力限制说。合同法第50条规定:法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。合同法立法方案明示其立法理由:关于法定代表人越权行为,准用表见代理规则。该条虽未直接使用“超出法人目的”之用语,但超出法人目的的行为属于越权行为,应适用本条。此外,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条规定:当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。据此,可以推知,该规定关于法人目的的限制,系采行为能力限制说。

四、法人的民事行为能力

(一)法人的民事行为能力

民法学说关于法人民事行为能力的论述较少。因关于法人本质所持见解不同,对于法人是否有行为能力的回答亦不相同。法人实在论者,承认法人有自己的行为,因此肯定法人有行为能力;法人拟制论者,则否定法人有行为能力。关于法人目的限制的性质,法人实在论者分为权利能力限制说、行为能力限制说及代表权限制说;法人拟制论者则视为对法人权利能力的限制,及对法人代表机关的限制。

如上所述,依据民法通则第42条和第49条,可以认定中国民法采法人实在说中的法人组织体说。民法通则既采组织体说,当然也就肯定法人有民事权利能力和民事行为能力。而法人登记的经营(法人目的)也就是法人的民事行为能力的范围。

法律承认法人有民事权利能力,得为民事权利主体,是因为法人的社会价值与自然人中的完全行为能力人相同,甚至超过自然人中的完全行为能力人。因此,法人当然应具有民事行为能力。此系采法人组织体说的当然结论。法人与自然人之有婴儿、幼童、少年、成年之成长过程不同,因此法人不发生无行为能力和限制行为能力问题,法人一经登记完毕,即具有完全的民事行为能力。唯法人终究非自然人,不能自为任何行为,必须由其代表人

为之。故民法设立法人代表人制度,由代表人代表法人对外实施法律行为。此代表人的行为,亦即法人的行为。

(二)法人的代表人

1. 法人代表人的意义

法人为社会组织体,其自身不能自为行为,必须经由自然人代其为之。此代法人为法律行为的自然人,称为法人之代表人。

2. 关于法人的代表人的学说

其一,代表说。此说基于法人实在说的立场,认为代表人的行为,即是法人自身的行为。代表人为法人之机关,法人与代表人是一个人格,虽名二而实一,不存在两个主体。代表人执行法人的对外业务,所为的法律行为是法人自身的行为,当然由法人承担其后果。这与代理人与被代理人是两个主体,代理人的行为非被代理人的行为,只是基于代理制度而直接对被代理人生效,是不同的。所以法人的代表人区别于代理人。只不过,民法关于代表的形式及效果归属,未有专门的规定,因此应依关于代理的规定。^{〔1〕}

其二,代理说。此说与代表说相反,系站在法人拟制说的立场,认为法人的代表人如公司之董事在执行法人的对外业务时,实际上是作为法人的代理人。通常称为法人的代表人,只是一种简单的比喻,实质上应为代理人。依此说,法人的代表人不是一项区别于代理人的制度,法人的代表也就是法人的代理人。日本法即是此说的典型。其民法典虽规定理事(董事)代表法人(第53条),却在民事诉讼法又规定关于法人的代表人,准用关于法定代理人的规定(第37条)。这是因为立法思想采法人拟制说的结果。

3. 代表说与代理说之比较

其一,关于代表人的法律行为,两说在理论上或实际上均无差异。无论基于代表说或基于代理说,均由法人承担其后果。其对立,归根结底,乃是关于法人本质所持见解的对立。其二,关于代表人的违法行为,按照代理说,系由法人对他人的行为承担民事责任。与此不同,按照代表说,代表人的行为即是法人的行为,乃是法人对自身的行为承担民事责任。其三,关于代表人的事实行为,依代理说,应作为类似代理的关系处理。而依代表说,则属于法人的行为。其四,关于法人的占有,依代理说,法人为间接占有人,

〔1〕 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第73页。

代表人为直接占有人;依代表说,则法人为直接占有人,代表人为占有机关。

如果坚持代理说,则法人的一切行为都不能不还原为自然人的行为,并且应参照代理法理或者类推适用代理规定,对具体行为进行判断。与此相反,如果把法人看做社会活动单位而承认法人的行为,则有必要承认法人的代表人,在本质上不同于代理人,因此有必要在代理制度和代理法理之外,承认区别于代理制度和代理法理的代表制度和代表法理。^[12]

4. 中国民法采代表说

中国民法基于对法人本质采法人实在说中的组织体说的立场,则关于法人与其董事的关系,当然持代表说。其当然的结果,就是由法律明文规定法定代表人。民法通则第38条规定:依照法律或者组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。第43条规定:企业法人对它的法定代表人的经营活动,承担民事责任。依此规定,法定代表人的行为亦即法人自身的行为,所发生的权利、义务和责任均归属于法人。在企业法人,此法定代表人由董事长充任。^[13]

应当注意的是,法人对外为法律行为,既可以经由法定代表人为之,亦可经由代理人为之。此两种情形,应予区别。特别是在经由法定代表人为法律行为的情形,代表人与法人系名二而实一的关系,因此不发生由法人授权的问题。而在由法人的代理人为法律行为的情形,代理人与法人系名二而实二的关系,因此必须有法人授权。

五、法人的民事责任能力

(一)法人民事责任能力的意义

民事责任能力,指民事主体据以独立承担民事责任的法律地位或法律资格,又称侵权行为能力。凡具有民事责任能力的当事人,将对自己的行为所造成的违法后果承担民事责任。反之,无民事责任能力的当事人,在其行为给他人或社会造成损害时,其本人将不承担民事责任,而由其监护人(无责任能力的社会组织则由其上级机关或上级组织)承担民事责任。

民法基于法人的社会价值而承认法人有权利能力和行为能力,可以成为民事主体。法人的代表人所为的行为,即是法人自身的行为,该代表人的

[12] 参见北川善太郎:《民法总论》,有斐阁1993年版,第73页。

[13] 公司法第13条规定,公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者经理担任,并依法登记。

行为构成侵权行为时,即为法人自身的侵权行为。因此,法人当然应有民事责任能力。

(二)关于法人有无民事责任能力的学说

民法上关于法人有无民事责任能力,因对法人本质所持见解之不同,而有不同的学说:

其一,否定说。此说认为法人无民事责任能力,此系法人拟制说者之主张。但所持理由又不尽相同。有的以法人无意思能力,所以无民事责任能力;有的以法人仅于法律所认许目的内存在,超越此目的的行为,即非法人行为,故法人无民事责任能力;有的以董事等虽名为法人的代表人而实为法人之代理人,代理唯限于法律行为,侵权行为无代理可言,故法人无民事责任能力。

其二,肯定说。此说认为法人有民事责任能力,此系法人实在说者之主张。但所持理由亦不尽相同。有的以法人有意思能力,所以有民事责任能力;有的以法人机关之行为即是法人之行为,故法人有民事责任能力;有的以法人有民事责任能力系法律所明定,如德国民法典第31条,瑞士民法典第55条,日本民法典第44条,因此认为法人有民事责任能力。

不论学说有何不同,各国民法在实际制度上莫不规定法人有损害赔偿赔偿责任。如德国民法典第31条规定:社团对于董事会、董事或依章程任命其他代理人执行属于权限以内事务,发生应负损害赔偿责任的行为,致他人受损害时,应负赔偿责任。日本民法典第44条标题即为法人的侵权行为能力,其第1款规定,法人对于其理事或其他代理人在执行职务时加于他人的损害,负赔偿责任。

(三)中国民法明定法人有民事责任能力

中国民法关于法人本质既采法人实在说中的组织体说,当然也应承认法人有民事责任能力。民法通则第43条规定:“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。”第49条还进一步规定:“企业法人有下列情形之一的,除法人承担责任外,对法定代表人可以给予行政处分、罚款,构成犯罪的,依法追究刑事责任……”毫无疑问,中国民法肯定法人有民事责任能力。

(四)法人承担民事责任的要件

法人承担民事责任须具备三项要件:

其一,须有加害他人的侵权行为,即应具备民法通则第106条第2款和

第3款关于侵权行为的成立要件。如果属于一般侵权行为,则依第2款的规定,应以有故意过失为成立要件。因法人系以代表人的行为为自己的行为,因此故意或过失的有无,应依法人的代表人判断。如果属于特殊侵权行为,则依第3款的规定,不以有故意或过失为成立要件。其他要件,如违法性、损害结果、因果关系等,与自然人的侵权行为并无不同。

其二,须因法人的代表人或其他工作人员的行为。法人承担民事责任,除具备加害他人的侵权行为外,还须此加害行为系法定代表人及其他工作人员所为。法定代表人在代表权范围内的行为,即是法人自身的行为,法定代表人在代表权范围内的侵权行为,亦即法人的侵权行为,应由法人承担民事责任,系理所当然。而法人从事经营活动,除经由法定代表人外,还须经由其他工作人员如经理人。因此,法人对其他工作人员所为的加害行为,亦应承担民事责任。此所谓其他工作人员,是否应限于有代表权人或代理权人或法人机关,各国民法规定不同。例如依德国民法典第31条,限于董事会、董事或依章程所选任之其他代理人;依日本民法典第44条,限于理事或其他代理人;依瑞士民法典第55条,限于法人之机关;依中国台湾地区“民法”应限于其他有代表权人或经理人、清算人、监察人、公司重整人。^[14]中国民法通则第43条规定:企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任。其中所谓其他工作人员,应解释为包括其他有代表权人和有代理权的人,例如董事长外的公司董事、监事、经理、清算人、重整人以及其他有代理权的职员。至于不具有代表权和代理权的普通职员和雇员,因执行职务加害于他人,应依民法关于雇用人责任的规定,由法人作为雇用人对被雇用的侵权行为承担责任。^[15]

其三,须因执行职务的行为所发生。法人承担民事责任除上述两要件外,还须是法人的代表人和其他工作人员执行职务的行为所发生的损害。即使是法人的代表人,在执行法人职务时所为行为,才属于法人自身的行为,其与执行法人职务无关的行为,仍旧属于该代表人自己的行为,而与法人无关。如该代表人下班后驾车回家途中发生事故致他人受伤,应由该代表人自己承担责任。同理,有代表权或代理权的其他工作人员,其与执行职

[14] 参见姚瑞光:“论法人”,载《法令月刊》第44卷第3期。

[15] 关于雇用人责任,可参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,第105~109页。

务无关的行为造成他人损害的,亦不应由法人承担责任。

所谓执行职务,有学者解释为“依法人章程或总会决议应办之事务”,似嫌过狭。中国民法通则第43条规定使用“经营活动”一语,似应解释为凡从事法人经营活动及与经营活动有关的行为,无论法律行为、准法律行为或事实行为,均应属于“执行职务”的范围。又,此所谓执行职务,一般表现为积极行为(作为),但也不排除消极行为(不作为)。例如,法定代表人代表公司对外订立合同时,故意隐瞒重大事实致相对人受损害。

六、非法人团体

(一)非法人团体的意义

所谓非法人团体,指虽不具有法人资格但可以自己的名义从事活动的组织体。现代各国民法,大抵在法人和自然人之外,承认有非法人而具有某种主体性的组织体之存在。这种非法人而具有某种主体性的组织体,在德国称为无权利能力社团,在日本称为非法人社团和非法人财团,在中国台湾地区称为非法人团体,在内地称为非法人团体或非法人组织。^[16]本书称为非法人团体。

民法关于权利主体的理论有一个从单一主体到承认多元主体的发展过程。1804年的法国民法典,只有关于自然人的规定,而不承认法人的主体地位。此后,各国民法反映市场经济的要求,确认法人为自然人之外的另一种权利主体。而关于法人本质的学说,先采法人拟制说,后来改采法人实在说,即承认法人并非出于法律凭空的拟制,而是社会生活中存在“实在”的组织体。既采法人实在说,承认法人是社会生活中存在的组织体,也就不能无视未取得法人资格的组织体之存在。

非法人团体,既无法人资格,其法律上地位如何,殊值研究。各国民法首先采取的办法,是准用关于合伙的规定。以德国为例,德国民法典第54条规定:“无权利能力之社团,应适用关于合伙之规定,以此种社团名义对第三人所为之法律行为,由行为人自己负责。行为人有数人时,负连带债务人责任。”德国立法者之所以设此项不利于无权利能力社团之规定,旨在实现一定的政治目的,企图迫使当时具有政治及宗教性质之社团,登记为社团法人,以便监督管理。唯此项立法上的期待,始终未获实现,工会、学生团

[16] 法律上常用“其他组织”一语。例如,合同法第2条规定:本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

体、宗教组织仍多拒不登记以取得法人资格。在此情形,仍适用合伙规定,实不符合此类组织体之本质。于是,德国学者严厉批评德国民法典第54条属于忽视事实之立法上错误,而法院则致力于可能之范围内适用关于社团之规定,使无权利能力社团摆脱第54条第1项前段规定对其发展所加之束缚。^{〔17〕}

第二次世界大战以后,民法关于非法人团体的认识已有重大发展。无论德国、日本,或中国台湾地区的学说、判例,均强调非法人团体与合伙在本质上的差异,并承认非法人团体具有权利能力、行为能力和诉讼能力,亦即肯定非法人团体之主体性。非法人团体之享有名称权与名誉权,与法人无异。关于这一点,在日本有最高裁判所昭和31年7月20日,就新闻记者对华侨自治会名誉毁损行为,命令刊登记事取消广告的事例。^{〔18〕}

(二) 非法人团体与合伙的区别

其一,关于内部构成成员相互关系。合伙是以合伙契约决定其内部构成成员之间的相互关系,一般不预先规定加入和退出的手续;而非法人团体是以章程或内部规则规定内部构成成员之间的相互关系,对成员的加入或退出预先设有规定,尤其是个别成员的加入或退出对团体的存续不生影响。

其二,关于事务的执行。原则上合伙事务由全体成员共同执行,经全体合伙人一致同意;非法人团体依章程或一定程序选任的代表人以团体机关身份执行团体事务。

其三,关于是否形成团体意思。合伙无所谓区别于合伙人意思的团体意思,而非法人团体则形成区别于成员个人意思的团体意思,并有意思机关。

须特别注意的是,合伙在现代已有很大的发展,除仍旧作为一种契约关系存在的合伙外,已经出现在合伙契约的基础上具有较为稳定的团体性的合伙组织体,因此团体与合伙的区别日益模糊,并且合伙也被归入非法人团体。^{〔19〕}例如,美国法上原先仅认合伙为入之集合而否认合伙的主体地

〔17〕 参见王泽鉴:《民法总则》,台北1992年版,第148~149页。

〔18〕 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第82页。

〔19〕 参见贾桂茹等:《市场交易的第三主体》,贵州人民出版社1995年版,第4~5页。

位,^[20]新近的立法则已明定合伙是区别于合伙人的独立主体,^[21]性质上属于非法人团体(unincorporated association)。我国现行法上的合伙企业,亦属于非法人团体。

(三)非法人团体的要件

其一,须是由多数人组成的人合组织体。非法人团体,与社团法人一样,为人合之社会组织体。首先,须是由多数人组成的组织体;其次,此人合组织体不是临时的、松散的,应设有代表人或管理人,有自己的名称、组织机构、组织规则,有进行业务活动的场所,亦即具有稳定性的组织体。此项要件,即学者所谓“团体性”要件。

其二,须具有自己的目的。非法人团体,与法人一样,须具有自己的目的。此所谓目的,可以是非经济目的,例如发展科学、学术、文化、教育、艺术、体育、宗教、慈善事业等,也可以是经济性目的,如以获取经济利益为目的亦即以营利为目的。本书在论述法人目的时已经谈到,营利目的在中国现行法上称为经营范围。因此,对于营利性非法人团体来说,具有自己的目的,亦即有特定的经营范围。

其三,须有自己的财产或经费。非法人团体,与法人一样,须有属于自己的财产或经费。虽是人合组织体,要实现其团体目的,从事经济的或非经济的活动,非有一定的财产或经费不可。但与法人的不同点在于,此财产或经费仅须非法人团体可以独立支配即可,不要求必须与其成员的财产截然分开而由非法人团体享有所有权。

其四,须设有代表人或管理人。非法人团体,须设有代表人或管理人。非法人团体,既属于人合组织体,有一定目的,为实现其目的,当然应设立代表人或管理人,对外代表非法人团体,进行法律行为。此代表人或管理人,亦即非法人团体之机关。与法人的不同点在于,对于非法人团体,仅要求设有代表人或管理人,而不要求必须按照法律规定的组织形式,而对于法人,则法律要求设立董事会或理事会等机关,且关于董事会或理事会有严格的形式要求。

其五,须以团体的名义为法律行为。非法人团体,与法人一样,须对外

^[20] 参见美国统一合伙法(Uniform Partnership Act, 1914)第6条第1款。但该法的其他条款仍不可避免地体现了合伙的主体性,如第8~10条、第12~15条。

^[21] 参见美国统一合伙法修正版(Revised Uniform Partnership Act, 1997)第201条第1款。

以团体的名义为法律行为。此系非法人团体,区别于自然人或契约关系或一般松散集合的标志。如果不以团体的名义对外为法律行为,例如属于无须对外为法律行为,或须对外为法律行为,但对外为法律行为时系以其成员个人的名义或以其他团体的名义,亦即不具有对外的独立性,也就没有作为非法人团体而承认其主体性的必要。

(四) 非法人团体的类型

1. 概说

德国民法典第 54 条明文规定“无权利能力社团”,而对于是否有无权利能力财团,法无明文。按照该民法典第 80 条的规定,设立有权利能力财团,除有捐助行为外,应得到州或联邦的许可;第 81 条第 1 款规定,在财团未获得设立许可之前,捐助人得撤销捐助行为;第 82 条规定,如财团的设立获得许可,捐助人有义务将在捐助行为中约定的财产移转于财团。可以断言:在获得许可前,捐助财产既然属于捐助人,则获得设立许可之前财团尚不存在,因此德国民法无所谓无权利能力财团。而日本民法与此不同,不仅承认有非法人社团,而且承认有所谓非法人财团。在日本,设立财团法人于经许可设立前,称为财团,经许可设立后,称为财团法人,因此,经许可设立前的财团,日本民事诉讼法第 29 条称为非法人财团。日本学者指出,所谓非法人财团,指为一定目的出捐财产构成的,具有运营组织,但不具备法人资格的财团。^[22] 值得注意的是,中国台湾地区“民法”又与日本法不同,其所谓非法人团体,仅指非法人社团,并无所谓非法人财团。^[23]

中国民法通则关于法人,迄今未采用社团、财团及社团法人、财团法人的称谓。学说上将属于企业法人的各种公司及属于社会团体法人的各种协会、学会解释为相当于传统分类中的社团法人。中国现时的《社会团体登记管理条例》和《基金会管理条例》,将各种基金会归入社会团体法人。而基金会的基础在财产,它不是人的集合,而是财产的集合。因此学者指出基金会在性质上不同于社团或社会团体,应解释为相当于传统分类中的财团和财团法人。依此解释,则至少在学理上有承认非法人社团与非法人财团之必要。

[22] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁 1993 年版,第 89 页。

[23] 参见姚瑞光:“论法人”,载《法令月刊》第 44 卷第 3 期。

2. 中国非法人团体的分类

中国现实生活中存在大量的不具有法人资格的组织体,而法律法规也承认这些不具有法人资格的组织体可以自己的名义订立合同,享受权利和承担义务,其与法人的差别仅在于,当这些组织体不能清偿它们的债务时,应由他们的开办人或上级承担责任。

现将学说中的分类介绍如下:

其一,非法人企业。依中国现行法,全民所有制工业企业无论是否采取公司形式,均有法人资格。因此,所谓非法人企业,只存在于其他所有制性质的企业,包括:非法人乡村集体企业,指依《乡村集体所有制企业条例》第10条、第14条,不具备法人条件经核准领取营业执照的乡村集体企业;非法人私营企业,指依《私营企业暂行条例》设立并经核准领取营业执照的个体企业;非法人外资企业,指不具备法人条件的中外合作企业和不具备法人条件的外资企业;非法人合伙企业,指依照《合伙企业法》设立的由各合伙人共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙债务承担无限连带责任的营利性组织;个人独资企业,指依照《个人独资企业法》在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

其二,非法人经营体。主要是个体工商户、农村承包经营户、领取营业执照的个人合伙、领取营业执照的合伙型联营、领取营业执照的企业法人分支机构(包括外国公司的分支机构)、行政单位或企业事业单位开办的不具有法人资格的经营实体、筹建中的公司、企业集团等。^[24]

其三,非法人公益团体。上述非法人企业和非法人经营体属于非法人营利团体,除此之外,均属于非法人公益团体。主要是不具有法人资格的机关、事业单位和社会团体。

(五)非法人团体的民事能力

1. 民事权利能力

非法人团体的民事能力,其中最关键的是民事权利能力。如果具有了权利能力,则当然具有在同一范围内的行为能力。关于非法人团体之是否具有民事权利能力,立法和学说分为肯定和否定两种主张。

其一,否定说。此说以德国法为代表,其民法典第54条不称非法人团

[24] 参见贾桂茹等:《市场交易的第三主体》,贵州人民出版社1995年版,第41~50页。

体,而直接规定为无权利能力社团,并对其适用关于合伙的规定。学者指出,立法者未看到民法上的合伙与无权利能力社团之间存在着基本构造的差异。民法上的合伙,只是少数人依双务的信赖关系结成的结合体。所以,合伙在对外关系上是作为多数人,而不是一人。原则上合伙事务应由合伙成员共同执行,应经合伙成员一致同意。此与无权利能力社团正相反。无权利能力社团虽然是人的结合体,但此结合体常作为独立于构成员而存在的组织体,追求其特定的目的。对这样的人的结合体来说,有必要规范其构成员的加入、退出、对外的意思形成及代表的规则。因此,第54条被指为违背社会生活实际的立法,而德国联邦普通法院判例则通过解释适用关于社团的规定,回避第54条的适用,在一定程度上符合了社会生活实际的要求。^[25]

其二,肯定说。此说从社会生活实际出发,承认非法人团体具有一定的民事权利能力,因而在同一范围内具有民事行为能力。在今日,依据习惯法或判例法肯定非法人社团之法主体性,为有力说。非法人社团之享有人格权,与法人无异。值得注意的是中国现行法律制度,承认不具备法人资格的组织体经核准取得营业执照,可以在核准的经营范围内从事经营活动,参加民事法律关系,享有权利负担义务,因此应断定中国现行法承认非法人团体在核准登记的范围内具有民事权利能力和民事行为能力,属于肯定说。

2. 民事责任能力

非法人团体具有权利能力和行为能力已如上述。在权利能力和行为能力上,非法人团体与法人并无实质的差别。而非法人团体与法人的实质差别,仅在于不具有完全的民事责任能力。概而言之,非法人团体不具有独立承担民事责任的能力,当非法人团体不能清偿债务时,应由该非法人团体的设立人或开办单位或上级承担连带责任。

第五节 法人的成立

一、法人成立的意义

法人成立,指法人开始取得法人资格,相当于自然人的出生。中国民法

[25] 参见拉伦茨著:《法学方法论》(日文本),米山隆译,第627~631页。

通则第36条第2款规定：法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生。可知，法人的成立，指社会上存在的人合组织体或财合组织体，开始具有人格，成为民事权利主体之始期。与自然人之权利能力始于出生相同。但自然人自母体自然发育出生，而法人无母体，必须经由自然人筹组、创办而成，此项筹组、创办，称为设立。设立完成，还须办完法人登记时，法人始告成立。“成立”与“设立”，并非同一概念，两者的关系：“设立”尚未“成立”，“成立”必经“设立”。因此，本书称法人的成立，而不称法人的设立。^[26]

二、法人成立的条件

（一）须经设立

1. 设立的原则

法人不可能凭空产生，必须经由设立人设立，才能成立。而因法人类型及时代的不同，设立原则亦不相同：

其一，自由设立主义，也称为放任主义。国家对于法人的设立完全听凭当事人自由，不要求具备任何形式，不加以任何干涉和限制。欧洲中世纪商事公司勃兴时期，此种主义曾一度盛行。后因放任主义易生弊端，且法人自由设立的结果，将与合伙难于区别。因此，近代以来，除瑞士民法对于非营利法人仍采此主义外，已鲜有采用。

其二，特许设立主义，亦称立法特许主义。法人之设立，须经特别立法或国家元首之许可。此种主义对于法人的设立，采取禁止、遏制态度，干涉、限制过严，现代除法国外，亦鲜有采用。

其三，行政许可主义。法人之设立，须经行政机关之许可。德国民法对于财团法人之设立，采此种主义；而日本民法对于设立公益法人，不分财团社团，亦采此种主义。

其四，准则设立主义，亦称登记主义。法律对于法人之设立，预先规定一定的条件，可遵照该条件设立，无须先经行政机关许可，依照法定条件设立后，仅需向登记机关办理登记，法人即可成立。德国民法对社团法人之设立，采此主义。日本民法仅对营利法人之设立，采此主义。中国台湾地区对于营利社团，以及对于既非公益亦非营利之中间社团，亦采此主义。

[26] 参见姚瑞光：“论法人”，载《法令月刊》第44卷第3期；郑玉波：《民法总则》，三民书局1979年版，第124页；江平主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社1994年版，第111页。

其五,强制设立主义。国家对于法人之设立,实行强制设立法人。此种主义唯适用于特殊产业或特殊团体。

2. 中国现行法对于法人之设立所采取的原则

其一,对于非营利法人所采的设立原则。此所谓非营利法人,包括民法通则所规定的机关法人、事业单位法人和社会团体法人。其中机关法人(包括国家权力机关、行政机关、军事机关及司法机关等),依民法通则第50条的规定,从成立之日起,即具有法人资格。而各种机关之设立,取决于宪法和国家机关组织法的规定,因此相当于理论上所谓特许设立主义。事业单位法人和社会团体法人之设立,依民法通则第50条第2款的规定,分为两类:一类是依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,即具有法人资格,如中国科学院、中国社会科学院、中华全国总工会、全国妇联等,其设立原则应属于特许设立主义。另一类是依法需要办理法人登记的,如各种协会、学会、研究会、行业团体、基金会(财团法人)等,按照《社会团体登记管理条例》(1998年)第3条的规定,应当经其业务主管单位审查同意,并按照条例的规定进行登记,显然属于行政许可主义。另按照《基金会管理条例》(2004年)第8、9、11条的规定,基金会的成立,采准则设立主义。

其二,对于营利法人所采的设立原则。在中国,所谓营利法人亦即民法通则所称的企业法人;但企业法人又可分为公司企业法人与非公司企业法人。设立公司,除法律、行政法规规定必须报经批准的外,仅需向公司登记机关申请设立登记,系采准则设立主义(公司法第6条)。非公司企业法人的设立,依《企业法人登记管理条例》第15条的规定,首先须经主管部门或有关审批机关批准,然后才向登记机关申请登记,属于行政许可主义。

(二) 须有法律依据

由上可知,中国关于法人之设立不采自由设立主义,无论属于何种性质的法人,其成立均须有法律依据。例如企业法人,须依据公司法和民法通则的规定,机关法人须依据有关组织法的规定,消费者协会须依据消费者权益保护法的规定,等等。

(三) 须经登记

在中国,法人的成立,原则上都必须经过登记,方能取得法人资格。例如企业法人,均须办理登记(民法通则第41条、公司法第8条、第27条、第94条、第95条)。事业单位法人和社会团体法人,除法律规定不需要登记的外,均须办理登记,机关法人无须登记(民法通则第50条)。

第六节 法人的机关

一、法人机关概述

(一) 法人机关的意义

法人为民事主体,不仅有权利能力,且有行为能力及责任能力,可以自己的行为取得权利负担义务。但所谓法人的行为,实际上是自然人的行为,在法律上被认为是法人的行为,从而赋予法律上的效果。此种自然人即法人的机关。法人因其机关而存在,因其机关的活动而有自己的活动。因此,机关之存在为法人维持其人格的条件。简而言之,法人的机关,为法人组织体之一部,系存在于法人之内部,而非存在于外部,担当此法人机关之个人,虽为有独立法律人格之自然人,但法人机关本身,并无独立的法律人格,不过是一种法律上的地位。故应将法人机关与担当法人机关之自然人,在法律观念上严加区别。例如,董事或董事会为法人机关,与担当董事或董事长的某人,截然不同。法人机关为法人组织之一部,系与法人不可分离之抽象观念。法人机关之担当者或为一人或为数人,担当者时有变更,而法人机关本身并不因而变更。

(二) 法人机关与代理

法人的机关,为法人组织体之构成部分,故机关与法人的关系,为部分与全体之关系,此与代理关系不同。其一,在代理关系,代理人与被代理人,属于两个民事主体之间的关系,亦即代理人与被代理人二元的对立关系,而法人机关与法人之关系,为部分与全体的一元关系;其二,在代理关系,必有代理人意思与被代理人意思,亦即存在两个意思,而在法人机关关系,仅有一个意思,即法人意思;其三,在代理关系,代理行为系代理人自身的行为,并非被代理人的行为,只不过其行为效果依代理制度而直接归属于被代理人而已,而法人机关的行为,即是法人的行为,其行为效果归属于法人,本属当然。

(三) 法人机关的种类

在传统民法,法人机关的种类,因法人种类而不同。例如在社团法人,有社员大会为其权力机关和意思机关,有董事或董事会为其执行机关和代表机关,有监事或监事会为其监察机关。但社员大会为社团法人所独有的

机关,监事或监事会,亦非法人之必设机关。因此,唯有董事或董事会为各种法人所必设之机关。

中国民法通则将法人分为企业法人与非企业法人,企业法人中又分为公司机器法人与非公司企业法人,非企业法人又分为机关法人、事业单位法人和社会团体法人,因此中国现行法上的法人机关种类,比传统民法更为复杂。

二、中国企业法人的机关

(一)公司企业法人的机关

公司企业法人的机关,有股东(大)会,为法人权力机关和意思机关;董事或董事会,为法人执行机关和代表机关;监事或监事会,为法人监察机关。但国有独资公司企业法人,依公司法第67条的规定,不设股东会。因此,国有独资公司企业法人的必设机关,仅有董事会和监事会(公司法第68、71条)。

(二)非公司企业法人的机关

中国现在的非公司企业法人,实行的是厂长(经理)负责制。依照这一企业领导体制,厂长(经理)既是法人的权力机关和意思机关,又是法人的执行机关和代表机关。依照这一体制,厂长(经理)应接受职工(代表)大会的监督,但从这一体制的实际运行情况看,很难将职工(代表)大会视为法人监察机关。

三、中国非企业法人的机关

中国各类国家机关大抵实行机关首长负责制,因此机关首长就是机关法人的机关。中国事业单位法人大抵实行单位首长负责制,其单位首长就是事业单位法人的机关。中国社会团体法人中属于人合组织体的,例如各种协会、学会、商会、研究会,设有成员大会为权力机关和意思机关,理事会为执行机关和代表机关;属于财合组织体的,例如各种基金会,设有理事会为执行机关和代表机关。

第七节 法人的住所

一、法人住所的意义

住所指民事主体发生法律关系之中心地域。法人既然与自然人同为民

事主体,正如自然人有其住所一样,法人亦应有其住所。法人的住所法律上具有重要意义,如决定债务履行地,决定登记管辖,决定诉讼管辖,决定法律文书送达之处所,决定涉外民事关系之准据法等。

二、法人住所的决定

民法通则第39条规定:法人以它的主要办事机构所在地为住所。公司法第10条规定:公司以其主要办事机构所在地为住所。如果法人仅有一个办事机构,当无所谓主要次要之分,即应以该办事机构所在地为法人的住所。如果法人有两个以上的办事机构,即应区分何者为主要办事机构,主要办事机构之外的办事机构均为次要办事机构,而以该主要办事机构所在地为法人的住所。

第八节 法人的消灭

一、法人消灭的意义

法人消灭,指法人丧失作为民事主体的资格,又称为法人终止。其意义与自然人之死亡同。但法人为社会组织体,与自然人之死亡终究不同。自然人生命断绝一死了事,其余为继承问题,而法人本无生命,也就无所谓死亡,也不发生继承问题。因此,法人之消灭,须经一定的法律程序。此消灭法人的法律程序,分为解散与清算。

二、解散

(一)解散的意义

法人解散,为消灭法人的程序。法人不经解散,其人格不消灭。而法人一经解散,其人格是否立即消灭,民法理论上存在分歧,约有三说:

其一,清算法人说。此说认为,法人一经解散,其人格即归消灭,但为了结债权债务,尚须进行清算,而清算时应属于另一独立的“清算法人”。

其二,同一法人说。此说认为,法人解散,其人格并不消灭,须待清算终结,其人格始归消灭。法人一经解散,虽不能继续为新事业,但在清算目的范围内,仍不失为同一法人。

其三,拟制存续说。此说认为,法人一经解散,其人格本应消灭,不过民法为实际上的便利,于清算目的范围内,至清算终结止,特别拟制其仍旧存续。

以上三种学说,第二种为现今之通说。中国《民法通则》第40条规定:法人终止,应当进行清算,停止清算范围外的活动。其中所谓“终止”与“消灭”同义。采反对解释方法,则应解释为:不经清算,法人不消灭。因此,可以认为,中国民法通则系采第二种学说。^[27]

(二) 解散的原因

1. 法院或主管机关宣告法人解散或撤销许可

当法人的目的和行为违反法律、公共秩序或善良风俗时,可由法院依法宣告解散,或由主管机关撤销许可。例如瑞士民法规定:社团的宗旨违法或违背善良风俗时,法官须依主管官厅或利害关系人的起诉,宣告其解散(第78条)。按照中国《企业法人登记管理条例》(1988年6月3日)第30条的规定,企业法人擅自改变经济性质、超出登记的经营范围和经营方式,领取营业执照后不从事经营满法定期限,伪造、涂改、出租、出借、转让法人执照,抽逃资金、隐匿财产逃避债务等,登记主管机关可以依法吊销企业法人营业执照,强令其解散。按照《社会团体登记管理条例》(1998年10月25日)第32、33条的规定,社会团体在申请登记时弄虚作假,骗取登记的,或者自取得《社会团体法人登记证书》之日起1年未开展活动的,由登记管理机关予以撤销登记。有下列行为之一且情节严重的,予以撤销登记:涂改、出租、出借《社会团体法人登记证书》,或者出租、出借社会团体印章;超出章程规定的宗旨和业务范围进行活动;拒不接受或者不按照规定接受监督检查;不按照规定办理变更登记;擅自设立分支机构、代表机构,或者对分支机构、代表机构疏于管理,造成严重后果;从事营利性的经营活动;侵占、私分、挪用社会团体资产或者所接受的捐赠、资助;违反国家有关规定收取费用、筹集资金或者接受、使用捐赠、资助。

当法人内部治理出现僵局时,法院应法人成员的请求,可依法解散法人。公司法第183条规定,公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权10%以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

2. 法人自行解散

其一,因法人的目的事业完成或无法完成而解散。法人制度的意义,在于达到一定的社会目的,如此目的已经达到或注定无法达到,则法人存在的

[27] 参见江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第159页。

意义丧失。因此,各国民法均规定法人目的达到或无法达到为解散原因。例如,日本民法典第 58 条规定:法人的事业成功或不能成功为当然解散原因。中国民法通则对此虽无明文规定,但依法人本质,应作同样解释。

其二,因法人机关的决议而解散。法人系由成员的共同意思而设立,当然亦应依成员的共同意思而解散。按照中国公司法第 38 条、第 100 条和第 181 条的规定,公司法人可由股东大会决议,予以解散。

其三,因章程规定的解散事由出现而解散。法人章程对解散事由设有规定的,当所规定的事由出现时,法人可因此解散。中国公司法第 181 条规定:公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时,公司法人可以解散。

其四,社团法人因不足法定人数而解散。社团法人为人合组织体,各国法律对社团最低人数都有强制性规定。因此,社团人数减至不足法定最低人数,为社团法人解散的当然事由。中国《社会团体登记管理条例》第 10 条规定,成立社会团体,应有 50 个以上的个人会员或者 30 个以上的单位会员;个人会员、单位会员混合组成的,会员总数不得少于 50 个。依解释,社会团体会员人数减至不足法定最低人数时,构成法人解散事由。

3. 法人破产

法人破产为法人解散原因。例如,德国民法典第 42 条规定:社团因破产开始,丧失权利能力。中国民法通则第 45 条规定,依法宣告破产,为企业法人消灭的原因之一。

三、清算

(一)清算的意义

1. 清算为使法人归于消灭的程序。法人解散,并不立即消灭,必须在解散之后再经过清算程序,始归于消灭。民法通则第 40 条规定:法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动。第 47 条规定:企业法人解散,应当成立清算组织,进行清算。可知,清算为法人最终消灭的必经程序。

2. 清算为清理已解散法人的法律关系的程序。为使法人最终归于消灭,必须对法人的法律关系进行清理,并予以一一了结,亦即为已解散法人办理善后工作。因此,清算程序只是清偿债务,收取债权,了结已存在的法律关系,不允许创设新的法律关系。除属于了结现务的工作外,其他一切活动均不得进行。

(二) 清算人

负责进行清算的个人或组织,称为清算人。民法通则不称清算人,而称清算组织。其第 47 条规定:企业法人解散,应当成立清算组织,进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的,应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织,进行清算。

(三) 清算人的职责

中国民法通则对清算人的职责未作规定。依清算程序的目的,清算人的职责包括:其一,了结现务,即法人于解散前已经着手而未完成的事务,清算人应予以了结。其二,收取债权,即属于法人的债权,应由清算人一一收取。若有尚未到期或条件未成就的债权,应以转让或换价方法收取。其三,清偿债务,即法人对他人所负债务,应由清算人予以清偿。如有债务未到期,应抛弃期限利益,提前清偿。其四,移交剩余财产。清偿债务后所剩余的财产,应由清算人负责移交于有权获得此财产的人。至于何人有权获得此剩余财产,则应依法律规定或法人章程的规定。

中国公司法第 185 条规定了公司法人清算组的职责:(1)清理公司财产,分别编制资产负债表和财产清单;(2)通知或公告债权人;(3)处理与清算有关的公司未了结的业务;(4)清缴所欠税款;(5)清理债权、债务;(6)处理公司清偿债务后的剩余财产;(7)代表公司参与民事诉讼活动。

(四) 清算终结

清算终结,即清算人完成上述清算职责。清算终结,应由清算人向登记机关办理注销登记并公告。完成注销登记和公告,法人即告消灭。

中国公司法第 189 条规定:公司清算结束后,清算组应当制作清算报告,报股东会或主管机关确认,并报送公司登记机关,申请注销公司登记,公告公司终止。

第五章 民事权利客体

第一节 民事权利客体概述

民事权利客体,亦称私权客体,是与民事权利主体相对应的概念。按照民法理论上关于权利本质的通说,权利由特定利益与法律上之力两要素构成,本质上是受法律保护的特定利益。此特定利益之本体,即是权利的客体,亦可称为权利的标的,或权利的对象。多数立法例并未对民事权利的客体设一般性的规定,往往仅规定其中最重要的客体——物。但是,物只是民事权利客体之一种。

民事权利,因其种类不同而有不同的客体。所有权的客体是物,用益物权的客体也是物,担保物权的客体既有物也有权利;继承权的客体(遗产)既有物也有权利;债权的客体是债务人的行为,称为给付;人格权的客体是存在于权利人自身的人格利益;知识产权的客体是人的精神的创造物,称为智力成果。

自然人的身体,是自然人人格之载体,不得作为权利的客体,但因科学技术的发展,特别是医学上的器官移植技术和生殖技术的发展,器官、血液、骨髓、角膜、精子、卵子,在不违背公序良俗的前提下,也可以成为民事权利的客体。^{〔1〕}

物为一切财产关系最基本的要素,不仅为物权之客体,且涉及一切财产关系。例如,继承关系之客体为遗产,其中大部为物。债权之客体为行为,称为给付,但在多数情形,给付仍以物为其标的,称为标的物。其余如夫妻财产关系,甚至刑法上的盗窃、侵占、贪污等罪之成立,莫不与物有关。鉴于物在民事法律关系中占有十分重要的地位,故多数国家民法典在总则编专设关于物的规定(如德国民法典、日本民法典和意大利民法典)。

〔1〕 参见《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社2004年版,第124页。

第二节 作为民事权利客体的物

一、物的意义

(一) 须可为权利客体

物之概念,本有广狭二义。广义之物,泛指世间一切物理上所称之物,即所谓动物、植物、矿物,人亦包括在内。狭义之物,即法律上所称之物。法律上所称之物,必须是可为权利客体者。学者称为非人格性。人之身体为人格所附,不能为物。对于活人的身体及其一部,不能成立排他的、全面的支配权。但死者遗骸及分离的毛发、牙齿,属于物。须特别注意的是,对遗骸的所有权,仅限于埋葬、祭祀、供奉的目的。并且,继承人不得放弃对遗骸的所有权。^{〔2〕}

(二) 须为有体

物分有体与无体,此为罗马法之分类,法国法系沿用之。有体物指占据空间之一部,依人的五官可能感觉的物质,包括固体、液体、气体。电、热、声、光、气味,以在法律上有排他的支配可能性为限,作为物对待。无体物,指不能触觉之物。德、日等国民法,采狭义概念,仅以有体物为限。但人身虽为有体,非属法律上之所谓物。无体物如专利、商标、著作、营业秘密、Know-how、信息,均非民法上之物,只能依所涉及的问题类推适用民法诸规定。^{〔3〕}

(三) 须为人力所能支配

法律上之所谓物,不仅须为有体,更须为人力所能支配之物。日月星辰,虽为有体,但非人力所能支配,仅为物理上之物,而非法律上之物。

(四) 须有确定的界限或范围

法律上之所谓物,须有确定的界限或范围,能够置于权利人排他的支配之下。土地作为物理上的物,为地球之表面,本漫无际涯,须经人为划分,确

〔2〕 遗骸之属于物,其特殊性在于:不可分割、不可转让、不可抛弃。属于继承人共有,唯供作埋葬和祭祀之特定目的。

〔3〕 物权法第2条第2款规定:“本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照规定。”虽然未使用“有体物”概念,因不动产和动产属于“有体物”的分类,可知“本法所称物”,是指“有体物”。而“无线电频谱资源”、“空间”及权利作为物权客体,属于例外。

定每笔土地之界限或范围后,才能成为法律上之物。液体如江河湖海中的流水,气体如空气,或流动不息,或弥漫四周,因无确定界限或范围,难以置于权利人排他的支配之下,因此仅为物理上之物,而非法律上之物。但水库中之水、输水管中之水、输气管中之天然气、氧气瓶中之氧气,则属于法律上之物。同理,电本属于一种能而非物,但导线传输中的电,则可视为法律上之物。

(五) 须独立为一体

物必须独立为一体,能满足人类社会生活上的需要,如一滴油、一粒米,在交易上不能认为能够独立为人类之生活资料,故非法律上之物。因此,有体物要件之一,是应具有独立性,即要求物应独立于其他物。由多数物结合而成的难以分离的合成物,亦作为一个物。物之一部,由于无独立性,不属于物。

二、物的概念之扩张

(一) 无形之“自然力”

在罗马法上,物分有体物与无体物。法、意等国民法继承之。凡一切能为权利客体者,均称为物,权利亦包括在内。德、日等国民法采狭义概念,而排斥无体物概念。德国民法典第90条规定,法律上所称之物,仅指有体物而言。日本民法典第85条规定,本法所称物,谓有体物。据日本学者解释,所谓“有体”,指物质上占有一定空间而有形的存在者。因此,固体、气体、液体皆为物,而电、热、声、光则非物。由于社会经济和科学技术的发展,对电、热、声、光等“能”的广泛利用,迫使法律扩张物的概念。于是,电、热、声、光等自然力,亦被称为物,而不拘于“有形”。但权利仍不包括在内。

日本从前发生过所谓电气盗窃事件(大判明治36年5月21日)。按照日本刑法的规定,所谓盗窃罪,指窃取他人财物应受惩罚的行为。而所谓财物,则指有体物。因电气非有体物,盗窃电气是否构成盗窃罪,成为问题。大审院在该判决中认为电气也属于物理的存在,有管理之可能性,因此应属于财物,并据以认定盗窃电气有罪。对此,学说多以违反罪刑法定主义,而加以反对。依罪刑法定主义,如须对盗窃电气的行为加以处罚,须由法律作出明确规定。现在的刑法(明治40年),在盗窃罪中设有“电气视为财物”的规定,解决了这个问题。^{〔4〕}中国实务中也发生偷电是否构成盗窃罪的问题

〔4〕 参见加藤一郎:“民法的解释与利益衡量”,载《法学教室》1982.10—No.25。

题。既然物的概念已经扩及人力可以支配之自然力,则应认为偷电应成立盗窃罪。

(二) 活人之器官

人的身体非物,不得为权利之客体。身体之一部,一旦与人身分离,应视为物,人死后之遗骸亦属于物。但科学技术的发展,上述观念亦正受到挑战。如器官移植、器官捐赠及所谓代孕母,均以生人之器官为合同标的物。

以分离身体一部为标的之契约是否有效,应视其是否背于公序良俗而定。例如理发、拔牙之契约,及切除感染癌细胞之脏器,均不背于公序良俗,故为有效。卖血契约,虽有金钱对价,因其目的在于医疗,亦应认为与公序良俗不相违背。有疑问者,系此类使他人分离身体一部之契约,何时生效,该他人得否拒绝履行。史尚宽先生认为,为输血之血液买卖,为移植之皮肤切取,或肾脏之捐献,于不致成为重伤之限度虽有效成立,然不能赋予受移植人由移植人之活体取去之权利,移植人如自愿供给,契约始生效力,在此之前其契约尚未发生效力。^[5] 德国学者也认为,卖血或其他身体一部之人得随时撤回其同意。二说立论虽有不同,但均肯定对于人体之分离,不能强制执行,以维护人之价值与尊严。^[6]

(三) “空间”是否为物

20世纪以来,随着现代工业和科学技术的发展,地上之高层建筑物和地下建筑物比比皆是。由此形成空间权和空间法。于是,空间成为权利之客体。而空间是否为物,得否成为权利客体,不无疑问。依现今之通说,物之概念已不限于有体、有形,凡具有法律上排他的支配可能性或管理可能性者,皆得为物。就空间而言,虽异于一般有体物,但由于空间占有位置,如能对位置予以支配,亦可成为物。由此可以得出结论:空间,无论在土地之空中或地下,如果具备独立之经济价值及有排他的支配可能性两项要件,即得

[5] 我国台湾地区1987年6月19日公布的《人体器官移植条例》第8条规定:医师自活体摘取器官施行移植手术,除应经捐赠器官者之书面同意及其最近亲属两人以上之书面证明,并以合于下列规定者为限:(1)捐赠器官者须为成年人。但未成年人经父母以书面同意者,得捐赠骨髓。(2)摘取其器官须不危害生命安全,并以移植于其三等亲以内之血亲或配偶为限。前项所称之配偶,以与捐赠器官者生有子女或结婚满三年以上者为限。

[6] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第233~234页。

为物,得为权利之客体。^[7]

第三节 物的分类

一、动产与不动产

(一) 动产与不动产的区分

民法关于动产与不动产的分类方法,是先决定不动产,然后不动产之外的物均属于动产。而关于不动产,各国的决定标准不同。法国民法典第518条规定:土地及建筑物,依其性质为不动产。日本民法典第86条规定:土地及其定着物为不动产。此外的物皆为动产。

因此,所谓不动产,指依自然性质或者法律规定不可移动的物,包括土地及其定着物。土地有地籍,以市县为单位,市县分区,区内分段,段内分宗,按宗编号。每号俗称为笔,为个别之不动产。所谓定着物,指固定且附着于土地之物,如建筑物、铜像、管线、纪念碑、佛塔等。原则上,定着物为土地之一部,但建筑物例外。临时搭设者如庙会戏台,或与土地密切不可分离者如围墙、假山,皆非不动产。所谓动产,指不动产以外之物,如汽车、珠宝、图书等。^[8]

各国立法处理土地与建筑物的关系,有两种模式:其一,是将土地与其上的建筑物结合作为一个不动产,即只是一个物,建筑物只是土地的附着物,不是独立的不动产,可称为结合主义;其二,是将土地与其上的建筑物分别作为独立的不动产,即是不同的两个物,可称为分别主义。德国民法和我国台湾地区“民法”采结合主义,法国、日本民法采分别主义。中国自改革开放以来,基于管理体制上的原因,将土地和建筑物分别作为不同的财产,与法国、日本相同。考虑到分别主义立法,使建筑物作为独立的不动产,有

[7] 物权法第136条规定:建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。依此规定,在“地上”或者“地下”设立的建设用地使用权,即以“空间”作为物权的客体。

[8] 中国物权法草案建议稿第11条规定不动产的定义:不动产,指依自然性质或者法律的规定不可移动的物,包括土地、土地定着物、与土地尚未脱离的土地生成物、因自然或者人力添附于土地并且不能分离的其他物。第12条规定动产的定义:动产,指不动产之外的其他物。货币,为特别动产。物权以外的其他财产权利为不记名权利时,视为动产。而物权法并未对不动产和动产概念作出明确定义。

利于流通的优点,以及现行体制实际已采分别主义,虽物权法对此未设明文规定,亦应按分别主义解释,将土地和建筑物分别作为独立的不动产。

(二) 区分动产与不动产的意义

区分动产与不动产,在社会经济上的意义:在市场经济不发达的条件下,土地及建筑物为最重要的财产,为一家一户安身立命之基础。尤其在封建社会,土地与人的身份密切相关,为世袭财产,受法律特别保护。其后,随着市场经济的发达,动产的价值日益增长,不动产的重要性不免减少。但基于所谓土地资源稀缺性之理由,不动产在法律上和经济政策上再次受到重视。

区分动产与不动产,在法律上的意义,主要有:其一,公示方法不同,不动产以登记为公示方法,动产以占有、交付为公示方法;其二,取得时效期间不同,不动产取得时效期间长,动产取得时效期间短;其三,不动产之上可以设立用益物权,而动产则否;^[9]其四,动产之上可以成立留置权和质权,而不动产则否;其五,虽不动产和动产均可设立抵押权,但是不动产抵押权,登记为生效要件,而动产抵押权,登记为对抗要件;其六,在法律适用上,不动产所有权和不动产继承,适用不动产所在地法律;其七,在裁判管辖上,因不动产提起的诉讼,由不动产所在地法院专属管辖;其八,在强制执行方法上,每因动产与不动产而不同。此为动产与不动产区别之主要理由。

关于不动产与动产之认定,实务上常就若干具体情形发生争议。其一是关于轻便轨道是否为不动产?依判例学说,轻便轨道,除临时铺设者外,凡继续附着于土地而达一定经济上之目的者,应认为不动产。其二是建筑房屋完成至何种程度,始可认为是不动产?依判例学说,所谓定着物,系指非土地之构成部分,继续附着于土地,而达一定经济上目的,不易移动其所在之物而言。屋顶尚未完全完工之房屋,其已足避风雨,可达经济上使用之目的者,即属土地之定着物,买受此种房屋之人,系基于法律行为,自须办理移转登记,始能取得所有权。反而言之,未完成之建筑物未达上述标准时,应属动产,买受此种建筑物之人,仅须交付,即可取得其所有权。^[10]

[9] 物权法第117条规定:用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。但本法规定的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权等四种用益物权,均以不动产(土地)为其客体。可知,第117条规定用益物权的客体包括“动产”,应属错误。

[10] 参见王泽鉴:《民法物权》,台北1992年版,第44~45页。

二、主物与从物

主物与从物之区分,乃首先确定从物,从物之外皆为主物。从物指非主物的组成部分而从属于主物,并对主物发挥辅助效用之物。其要件有三:须非主物之成分;须对主物发挥辅助效用;须与主物同属一人。区分主物与从物之意义在于,法律规定主物之处分及于从物。这是为了发挥物之效用。但此规定为任意性规定,当事人可依约定排除其适用。

物之成分系指物之组成部分。此所谓部分与成分同义。物之成分可分为重要成分与非重要成分。重要成分指对物的整体性质和效能发挥决定作用的组成部分。如房屋之栋梁、土地之石墙、图画之颜色。凡不属于重要成分者,为非重要成分。如房屋之门窗、汽车之轮胎。区别重要成分与非重要成分之意义在于,重要成分不得脱离物的整体而独立成为物权之客体。例如电梯,如已安装于房屋内即与该房屋有不可分离之关系,而为该房屋之组成部分,从而买卖房屋即应包括此电梯在内。^{〔11〕}

三、融通物与不融通物

融通物指可为交易标的之物。不融通物指法律规定不得为交易标的之物。融通物与不融通物之区分,乃先确定不融通物,然后凡不属于不融通物之物,皆为融通物。物大多为融通物,不融通物限于:公有物,如政府官厅之建筑物;公用物,如道路、河川、公园;禁止物,如伪造货币、毒品、淫秽物品。区分融通物与不融通物之意义,在于以不融通物为标的物的买卖合同无效。

四、代替物与不代替物

代替物指得依同品种同数量相互代替之物。不代替物指不能依同品种同数量相互代替之物。须依客观标准进行区别。金钱、农产品、消费工业品属于代替物。土地、建筑物、特定艺术品为不代替物。区分之意义在于,唯代替物才能作为消费借贷的标的物;不代替物可为使用借贷和租赁之标的物,不能作为消费借贷的标的物。

五、特定物与种类物

特定物指依当事人的意思具体指定之物。种类物(不特定物)指当事人仅依抽象的种类、品质、数量予以限定之物。完全依主观的标准进行区别。特定物与不特定物之区别易于与代替物与不代替物之区别混淆。因不代替物通常作为特定物交易,而代替物通常作为不特定物交易。但也不尽

〔11〕 参见王泽鉴:《民法物权》,台北1992年版,第46~47页。

然,不代替物亦得为不特定物,代替物亦得为特定物。例如,马在普通情形下应为不代替物,但如约定购买蒙古马匹,则成为不特定物。又如,有价证券为代替物,但特定号码之有价证券则为特定物。须注意的是,代替物与不代替物之区别,为物本身的区别;特定物与不特定物之区别,为交易方法之区别,非物本身之区别。区分特定物与种类物,在物权法上的意义,在于唯特定物得成为物权客体,种类物不能成为物权客体;在债权法上的意义,在于关于债之标的、债之履行、危险负担、瑕疵担保等问题上,特定物与种类物的法律效果不同。

六、消费物与不消费物

消费物指不能重复使用,一经使用即改变其原有形态、性质之物。不消费物指经反复使用不改变其形态、性质之物。米、谷、烟、酒等为消费物。货币(金钱)不能由同一人重复使用,亦为消费物。衣服、书籍、房屋、汽车等为不消费物。区分消费物与不消费物之意义,在于区别借贷、租赁及保管。不消费物可作为租赁、使用借贷及通常保管合同之标的物,而消费物仅得作为消费借贷及消费保管合同之标的物。

货币在法律上属于物之一种。唯物有动产与不动产之分,货币属于动产,但又较其他动产不同。其一,货币系具有高度代替性之代替物。所谓代替物,即得以同种同量之物互相代替之物。货币不过为价值评定之标准,市场交换之媒介,债务支付之手段而已。其所有人对于各个货币之个性,常不重视,而请求给付货币之债权人,对于货币之个性,亦多不考虑。因而不但金额货币之债,得以任何货币为清偿,即使特种货币之债,亦非不可以他种货币给付。可见货币之为物,实具有高度代替性也。其二,货币乃典型的消费物。所谓消费物,指同一人就同一物不能再以同一目的反复使用之物。货币贵乎流通,以时时易主为其常态。因而货币一经其所有人使用,即转入他人之手。原所有人即不得再行使用。故辗转流通为货币之特有机能,而供人消费为货币之唯一目的,货币属于典型的消费物。^[12]其三,由货币的性质和职能所决定,货币的所有权不得与对货币的占有相分离。凡占有货币者,不分合法、非法,均取得货币所有权;凡丧失对货币的占有,不论是否自愿,均丧失货币所有权;接受无行为能力人交付的货币,也取得货币所有权;将货币借贷他人或委托他人保管,亦由借用人或保管人取得货币所有

[12] 参见郑玉波:《民法总论》,三民书局1979年版,第416~417页。

权;货币被盗或遗失,亦由盗窃者或拾得人取得货币所有权;“骗钱还债”,亦由接受清偿的债权人取得货币所有权。对于货币,不适用物权法第34条关于原物返还请求权的规定以及第245条关于占有回复请求权的规定。丧失货币所有权的人,只能根据合同关系、不当得利制度或侵权行为制度获得救济。此外,货币亦不发生善意取得问题。物权法对此虽无明文规定,亦应作同一解释。

七、可分物与不可分物

可分物指其性质不因分割而改变,其价值不因分割而减少之物。不可分物指一经分割将改变其性质及减少其价值之物。货币、米、谷、汽油等为可分物,马、牛、建筑物、电视机、汽车等为不可分物。区分可分物与不可分物之意义,在于决定多数人之债之属于可分之债或不可分之债,及决定共有物之分割方法为现物分割或变价分割。

八、单一物、结合物与集合物

单一物指形态上独立成为一体之物,如牛、马、布匹等为单一物。结合物,指由数个物结合而成之物。其构成部分虽未失其个性,但形体上已成为单一物,在法律上与单一物同样对待,如手表、汽车、电视机为结合物。集合物指多数单一物或结合物集合而成之物,如一群羊,一个商店之全部商品,一个企业之全部机器设备,一个图书馆。区分单一物、结合物与集合物之意义,在于对于单一物或结合物,原则上物权应存在于物之全部,其一部不得成为物权客体。而对于集合物,原则上物权应存在于物之各部,不得将其作为一个物权的客体,应分别作为个别物权的客体。但现代之财团抵押乃将集合物作为一个抵押权客体,被认为例外。^[13]

九、原物与孳息

原物指孳息所从出之物。孳息指原物所出之收益。孳息又分为天然孳息与法定孳息。天然孳息,指物依自然而产生的出产物、收获物,如植物的果实,及动物之卵、奶、幼仔。法定孳息,指物依法律关系而产生的收益,包

[13] 外国法上的财团抵押,即学者受立法机关委托起草的中国物权法草案建议稿第七章抵押权第三节所规定的企业财产集合抵押。该草案第347条规定:企业财产集合抵押,是指以企业所有的不同种类的特定财产的集合体为标的而设定的抵押。

括利息、租金等。区分原物与孳息之意义,在于决定物所生利益之归属。^[14]

十、财产

现代民法及商事法规中,财产一语屡见不鲜。所谓财产,往往于其构成财产之各个权利之外,独立保有其单一性。承认财产之独立的存在,对于法律解释有相当的便利。盖因民法往往对财产之规定一如权利之客体。如夫妻财产、子女特有财产、合伙财产、继承财产等。加之,因市场经济之发达,以企业为中心的企业财产,必将成为今后重要的法律问题,殆可断言。

财产之意义如何,学说并不一致。依通说,所谓财产,指具有经济价值,依一定之目的而结合之权利义务之总体。其一,财产须有经济价值。通常所谓财产权,不必有金钱的价格。但此所谓财产,应作严格解释。必须有经济价值之权利义务,始可构成财产。所谓经济价值,指能满足人们经济上之需要,且可以金钱估计其价格者。其二,财产系依一定目的而结合。财产结合之要素如何,学说不一。通说皆以其主体为标准。然财产与其主体之人数未必一致。加之财产之命运及其存续条件,与其主体亦无何等关系。是以财产之结合要素,应以其目的为标准。财产莫不有其目的。一财产与他财产之区别,非因其主体不同,实其目的有所差异。一人既可有数个目的,数人亦可共有一个目的。故一人拥有数个财产者有之,一财产同时属于数人者,亦有之。其三,财产为权利义务之总体。财产为有经济价值之权利义务结合而成之总体,即就构成财产之各个权利义务总括的视为一体。物权、无体财产权、债权及债务之类,皆属之。财产上权利之总体,谓之积极财产;财产上义务之总体,谓之消极财产。财产一语,用于广义,则包括积极财产与消极财产二者。如继承财产、失踪人财产。用于狭义,则专指积极财产。如清算中法人之财产,即其一例。

财产依其目的可分类如下:其一,一般财产。即依人的一般生活目的而结合之财产。自然人、法人通常之财产皆属之。其二,联合财产。分属两个主体之财产,依一定目的而结合者。如夫妻财产。其三,部分财产。于一般目的之外,依特别目的而结合之财产。如各种企业财产、营业财产属之。其四,独立财产。依独立之目的而结合,自一般财产独立管理之财产。如破产

[14] 物权法第116条规定:“天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。”

财团即其适例。财团法人,亦即独立财产之主体化。其五,集合财产。为特殊目的,属于多数主体之财产之一部相集合,而形成一个独立财产者也。合伙财产及共同继承财产属之。^[15]

[15] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第190~193页。

第六章 法律行为

第一节 法律行为的概念

一、法律行为与私法自治

所谓私法自治,指私人相互间的法律关系应取决于个人之自由意思。亦即于私法范围内,法律允许个人自由创设法律关系,只要不违反法律之根本精神,个人之法律关系均可依其自己的意思,自由创设。个人创设法律关系之最主要方式,即此所谓法律行为。民事法律法规,大部与法律行为有关。所谓私法自治原则,表现在现行法上,即为法律行为自由原则。法律行为自由,尤其以契约自由和遗嘱自由为其中心。而团体设立的自由所受限制较大。法律行为自由,包含有两方面的意义:一方面是排除国家公权力对法律行为的干涉,另一方面是对当事人自由意思的信赖。

私法自治原则,滥觞于罗马法。十二铜表法曾规定,一切关于财产所为之遗嘱处分,皆为法律。后由法国民法典第 1134 条所明定:依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。依此原则,在私法自治范围内,法律对于当事人之意思表示,即依其意思而赋予法律效果;依其表示而赋予拘束力;其意思表示之内容,遂成为规律当事人行为之规范。相当于法律授权当事人为自己制定的法律。因此,于法庭审判案件之时,当事人所定的契约,即为法官据以判断当事人间权利义务之规范。所谓任意法,即为补充或解释当事人自己制定的规范(契约)而设,即所谓补充规定或解释规定。反面言之,则任意法所规定的范围,即是私法自治之界域。

20 世纪以来法律行为自由原则,受到相当的限制,已在关于民法的本位一章谈到。

18 世纪后半期,作为启蒙时期自然法的抽象化、一般化倾向,德意志观念论的所谓体系思考,及支持产业革命的自由主义、个人主义诸种思潮的一个结合点,产生了法律行为概念。法律行为概念,是历史的产物,是德意志

法的概念。并且,法律行为概念不同于契约、遗嘱这类现实的社会制度,它是法技术的构造物。但是,应当认为,法律行为概念乃是欧洲大陆法中,作为反映近代资本主义经济的近代私法体系之根基的基本概念。在现代法上,法律行为概念对于私法及法秩序的构成,起了极重要的作用。

法律行为,作为实现私法自治的法的手段,是以意思为其核心。无意思,即无法律行为。在这个意义上,意思为法律行为之内核,关于其意思的理解,发生意思主义与表示主义的对立。19世纪后半期,德意志法学中,以个人意思为重点的意思主义受到批判,主张于解释意思表示时,与意思相比,应以表示为重点的表示主义占了上风。

民法通则为与其他法律部门用语区别,在“法律行为”概念前加上“民事”二字,成为“民事法律行为”。考虑到法律行为是大陆法系民法普遍采用的概念,在比较法上有坚实的立法基础和理论基础,采用法律行为概念有助于国际间的交流,且民法通则生造所谓“民事行为”和“民事法律行为”,存在逻辑矛盾,所以本书采用“法律行为”这一术语。

二、法律行为的意义

所谓法律行为,指以发生私法上效果的意思表示为要素之一种法律事实。

其一,法律行为属于法律事实之一种。而关于法律事实的概念及类别,已在第二章第二节述及。

其二,法律行为,是以意思表示为要素的法律事实。关于意思表示,将在后面论及。法律行为作为法律事实之一种,其区别于他种法律事实之点,在于法律行为以意思表示为构成要素;而其他法律事实不以意思表示为构成要素。

关于意思表示与法律行为之关系,曾有学者遂以意思表示为法律行为,即认两概念相等,已为今所不采。意思表示不等于法律行为,因法律行为有由一个意思表示构成者,有由两个或多个意思表示构成者,有于意思表示之外还须有其他要素如交付及形式要件方才构成者。可见,意思表示为法律行为之最基本构成要素。

其三,法律行为系发生私法上效果之法律事实。此所谓私法上效果,指私权之变动,亦即民法通则第54条所谓“设立、变更、终止民事权利和民事义务”。此为法律行为与其他法律行为(如公法上行为)区别之点。

须注意的是,法律行为概念,乃以契约为中心而比契约更广,包含遗嘱

及团体设立行为在内的,以意思为其本质要素的私法关系之变动事由。这一概念,是大陆法系尤其是德国法系中的基本概念。英美法系没有法律行为概念。正是由于这一概念,决定了日本、韩国、中国及中国台湾地区属于大陆法系的德国法系。^[1]

近代法上,基于私法自治原则,将私人间法律关系之形成,委诸私人的自由意思。于是,对契约、遗嘱、团体设立这类依意思创设私法关系的形式,作归纳抽象创造出作为上位概念的法律行为概念。法律行为作为一种法律制度,不是社会中实在的社会制度,乃是法技术的出色创造物。由于构造了法律行为概念,民法总则才得以形成。因其抽象性和一般性,使得在学理上将法律关系体系化成为可能,并且增强了法律规范的涵摄力,扩大了适用范围,使民法更具开放性。但在反面,正是因为法律行为概念所具有的抽象性、一般性的特征,使社会现实生活与民法的距离扩大了,从而增加了普通市民了解民法的困难。^[2]

第二节 法律行为的分类

一、双方行为、单方行为、多方行为

(一) 双方行为

以法律行为之行为人数为标准,分为双方行为、单方行为和多方行为。双方行为,指出两个意思表示的一致而成立的法律行为。双方行为,在我国台湾地区“民法”上称为契约。契约,分为财产契约与身份契约;财产契约,包括债权契约、物权契约和准物权契约;身份契约,包括亲属契约和继承契约。^[3]按照合同法第2条的规定,平等主体之间有关财产关系的双方行为,称为合同;平等主体之间有关身份关系的双方行为,称为协议。

此外,在现代社会中,多数当事人缔结一个契约的事例正在增长。此即所谓三方契约问题。对此,法律上尚缺乏相应的规定。

[1] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第105页。

[2] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第105页。

[3] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第80~81页。

(二) 单方行为

单方行为,仅由当事人一方的意思表示成立的法律行为,单方行为可分为有相对人的单方行为与无相对人的单方行为。债务免除、代理权的授予、法定代理人的同意、解除权行使等,属于有相对人的单方行为;遗嘱、设立财团的捐助行为等,属于无相对人的单方行为。基于私法自治原则,非依本人的意思,不能对其发生权利变动。所以,唯于法律有特别规定之情形,始得依单方意思为他人设定义务,是为例外。至于以单方行为赋予他人权利者,固属当然。

此外,以设立财团法人为目的而捐出财产之行为,学说上称为捐助行为。捐助行为得以生前为之,是为生前捐助行为,应订立捐助章程。捐助行为亦可以遗嘱方式为之,是为遗嘱捐助,无另订章程之必要。应注意的是,捐助行为无论采何种方式,均依捐助人一方的意思表示而生效力。财团法人之设立固须获得主管机关之许可,但许可系公法行为,不得因此误认主管机关为捐助意思表示之相对人,故捐助行为属于无相对人之单方行为。^[4]

(三) 多方行为

多方行为,指由同一内容的多个意思表示的一致而成立的法律行为,如社团法人的设立行为。社团法人的设立行为,系各设立人以创设一个社团,并使其取得法律上人格为共同目的,为平行意思表示的一致而成立。设立人仅两人时,其设立行为仍属于多方行为,而非契约。^[5]其与契约的区别在于,对立的意思表示之有无,及对立的利益之有无。多方行为,在传统民法理论上又称为合同行为。须特别注意的是,所谓合同行为,不过是多方行为的另一称谓,切不可混淆于属于双方行为的合同(契约)。

区别双方行为、单方行为和多方行为之意义在于,对成立的要求有所不同。

二、要式行为与不要式行为

以法律行为是否须依一定形式为标准,分为要式行为与不要式行为。要式行为,指其意思表示须依一定形式,或在意思表示之外尚须履行一定形式的法律行为。不要式行为,指无须依一定形式的法律行为。区别之意义在于,不要式行为,得自由为之;而要式行为,非依特定形式者,原则上为不

[4] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第215页。

[5] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第194页。

成立。

所谓法律行为的形式,是指法律行为的意思表示所使用的方法。古代民法,法律行为以要式为必要。但近现代民法,确立意思自治为基本原则,当然包括法律行为缔结形式的自由。因此,法律行为原则上为不要式,意思表示之方法纯由当事人自由决定,是为法律行为形式自由之原则。作为例外,法律限定某些法律行为必须履行一定形式,称为法定形式。我国现行法,财产行为以不要式为原则,要式为例外;身份行为则以要式为原则。法定形式包括:其一,书面形式(合同法第10条第2款、第197条、第215条、第270条、第330条第3款、第342条第2款);其二,书面形式之外的其他形式,如登记形式(婚姻法第7条、第24条、收养法第15条第1款),及公证形式(继承法第17条)。此外,当事人约定须履行一定形式,称为约定形式。^{〔6〕}

我国现行法,对法律行为未履行法定形式的后果,未设统一规定。其一,原则上不成立。按照合同法的规定,未履行法定形式的后果,原则上合同不成立;其例外,即在一方已经履行主要义务的情形,视为合同成立(第36条、第37条),及在租赁合同未履行法定形式,视为不定期租赁(第215条)。依对收养法第15条的反对解释,未履行登记形式的收养,不成立。其二,经补正有效。婚姻法(2001年)第8条规定,未办理结婚登记的,应当补办登记。依最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第4条,男女双方根据婚姻法第8条规定补办结婚登记的,婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。

三、要物行为与不要物行为

以法律行为为意思表示之外是否须现实成分如物之交付为标准,分为要物行为与不要物行为。要物行为,指于意思表示之外还须有现实成分如物之交付方能成立的法律行为,又称实践行为。不要物行为,指仅依意思表示而成立的法律行为,又称诺成行为。区别之意义在于,要物行为在意思表示一致之外,还须标的物的实际交付,合同才成立;而不要物行为仅依意思

〔6〕 我国法律关于订立合同,曾以要式为原则,如1981年的经济合同法规定,除即时清结者外,须采用书面形式;1985年的涉外经济合同法和1987年的技术合同法规定,必须采用书面形式。1999年3月15日通过的合同法,改采以不要式为原则(第10条第1款),以要式为例外(第10条第2款)。

表示一致而成立。我国合同法上规定的合同,除保管合同属于要物行为(合同法第367条)外,多为不要物行为。

四、生前行为与死因行为

以法律行为的效力发生于行为人生前或其死后为标准,分为生前行为与死因行为。生前行为,指其效力发生于行为人生前的法律行为。死因行为,指因行为人死亡而发生效力的法律行为。例如,赠与合同为生前行为,遗赠为死因行为。区别之意义在于,死因行为非于行为人死后不生效力,且因其在行为人死后生效,利害关系人间易生争端,法律多设有特别规定,以确保行为人之真意得以贯彻。如继承法第三章,对遗嘱的形式、撤销、变更及无效等,均设有强制性规定。死因行为,其生效取决于将来必定发生的事实(行为人死亡),因此类似于附期限的法律行为。两者的区别在于,后者系由当事人约定,而死因行为则系法律规定。

五、财产行为与身份行为

以法律行为效果之种类为标准,分为财产行为与身份行为。财产行为,指以发生财产上效果为目的的法律行为。身份行为,指以发生身份上效果为目的的法律行为。区别之意义在于,所生效果不同。

六、负担行为与处分行为

民法理论将财产行为分为负担行为与处分行为。前者系指发生债权债务之行为,故又称为债权行为。后者系指使某特定权利直接发生得丧变更之行为,可再分为物权行为及准物权行为。处分行为须以行为人有处分能力,始为有效。所谓处分能力,指得为有效处分行为之法律上地位,即法律上得就该权利为有效处分之权能(处分权)。有处分能力之人,法律上称为处分权人。财产权人就其权利标的物,原则上皆有处分权。无处分能力人就权利标的物所为之处分行为,称为无权处分。无权处分,除法律特别规定外,不生处分之效力。

七、债权行为与物权行为

(一) 区分标准

对于财产行为,以法律行为的内容之不同为标准,分为债权行为与物权行为。债权行为,指以债权债务之发生为内容的法律行为。物权行为,指以物权之设定、移转为直接内容的法律行为。区别之意义在于,债权行为常为物权行为之原因,因此发生要因、不要因问题。关于物权行为之独立性与无因性问题,为民法中最重大的理论问题之一。

(二) 两种立法模式

现代各国民法,有在债权行为之外承认独立于债权行为概念的物权行为概念者,如德国民法和中国台湾地区“民法”,有不承认独立于债权行为的物权行为概念者,如法国民法和日本民法。中国现行民法通则及民事单行法,未规定有独立于债权行为的物权行为,民法理论亦以否认独立的物权行为为通说。

(三) 所谓物权行为的意义

在德国及中国台湾地区,关于何谓物权行为,学说上的见解有二:其一,认为物权行为系以物权之得丧变更为直接内容之法律行为;其二,认为物权行为系由物权之意思表示与外部之变动象征(交付或登记)相互结合而成之法律行为。前者系依物权行为之目的或内容立论,后者系以物权行为之成立方式立论。合而观之,可了解物权行为之意义:其一,物权是关于物之归属的权利,即法律将某物归属于某主体,由其支配。物权行为系以此项归属变动为内容之法律行为,依此法律行为之作成而直接引起物权之发生、变更或消灭。故物权行为属于所谓处分行为。其二,物权之变动须具备双重要件,就不动产言,为法律行为(物权行为)与登记;就动产言,为让与合意(物权行为)与交付。学说上有争论的是,登记或交付究为物权行为之成立要件抑或生效要件。应当认为系生效要件,理由有二:其一,法律明文规定非经登记或交付不生效力;其二,登记系公法上行为,显然不能作为法律行为之构成部分,因此不能作为成立要件。^[7]

(四) 所谓物权行为的独立性

按照德国学者萨维尼的主张,债权契约与物权契约是两个不同的法律行为。债权契约的效力在于使双方当事人享有债权和负担债务,并不能发生物权变动。要发生物权变动,有赖于独立于债权契约之外,以直接发生物权变动为目的之法律行为,即物权契约。以买卖为例,双方缔结的买卖契约属于债权行为,仅能使双方当事人负担交付标的物 and 支付价金的债务。要发生标的物 and 价金所有权的移转,须另有物权契约,由双方就移转标的物 and 价金所有权达成合意。于是,债权行为与物权行为截然分开,各自独立。这就是所谓物权行为独立性。

须注意的是,中国物权法不采德国民法物权行为独立性、无因性理论,

[7] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北1992年版,第66~67页。

采取所谓折衷主义的物权变动模式,即债权合意+登记(交付)生效主义。为纠正担保法和裁判实务混淆债权行为的生效与物权变动生效的错误,物权法规定物权变动与原因行为的区分原则(物权法第14、15条)。^{〔8〕}所称物权变动,是指所有权过户、抵押权发生等物权变动事实,非指发生物权变动的意思表示即所谓物权行为。所称原因行为,是指发生物权变动的债权行为,例如买卖合同、赠与合同、土地使用权设立合同、抵押合同、质押合同。是对民法理论上所谓负担行为与所谓处分行为一体把握,将处分行为纳入债权行为,将物权变动作为债权行为直接发生的效力。^{〔9〕}因此,中国民法所谓债权行为,可分为两类:一类债权行为,如买卖合同、赠与合同、土地使用权设立合同、抵押合同、质押合同、典权设立合同等,负担行为与处分行为合为一体;另一类债权行为,如借用合同、租赁合同、保证合同及劳务合同等,仅是负担行为,不包含处分行为。

八、有偿行为与无偿行为

以财产给付为标的之法律行为,以双方当事人均获得利益或仅一方当事人获得利益为标准,分为有偿行为与无偿行为。有偿行为,指双方当事人各因其给付而获得利益的法律行为。无偿行为,指一方当事人不须为给付而获得利益的法律行为。买卖、互易、租赁、加工承揽及有利息的借款合同等,为有偿行为。赠与、借用、无利息的借款合同,为无偿行为。区别之意义在于,关于法律行为之解释,关于责任之轻重,关于瑕疵担保责任等,均依行为之属于有偿或无偿而有不同规定。此外,还与法律适用有关,按照合同法的规定,买卖合同之外的其他有偿行为,法律无规定的,可以准用买卖合同的有关规定(合同法第174条)。

九、主行为与从行为

以法律行为之相互关系为标准,分为主行为与从行为。主行为,指不以他行为之存在为其存在前提的法律行为。从行为,指以他行为之存在为其存在前提的法律行为。区别之意义在于,从行为之命运附随于主行为,即主

〔8〕 物权法第14条:不动产权利的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生法律效力。第15条:当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产权利的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。

〔9〕 合同法第135条:出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证,并转移标的物所有权的义务。

行为无效或消灭,从行为亦应随之无效或消灭。

十、独立行为与补助行为

以法律行为是否有独立的实质内容为标准,分为独立行为与补助行为。独立行为,指有独立的实质内容的法律行为。补助行为,指不具备独立的实质内容的法律行为。一般法律行为,均为独立行为。补助行为,如法定代理人对限制行为能力人行为之同意。区别之意义在于,补助行为仅为独立行为生效之条件,自身无独立的实质内容;而受其补助之独立行为于未有补助行为之前,不生效。

十一、有因行为与无因行为

(一)区分标准及其意义

以法律行为与其原因的关系为标准,分为有因行为与无因行为。有因行为,指行为与其原因在法律上相互结合不可分离的法律行为。无因行为,指行为与其原因可以分离的法律行为。区别之意义在于,无因行为,原因虽不存在,其行为仍有效;有因行为,如原因不存在,其行为应归于无效。须注意,仅于财产行为,发生有因与无因问题。

例如,票据行为属于无因行为,甲向乙购车,发行支票,以支付价金(原因)。即使该汽车买卖合同不成立、无效或被撤销(原因不存在),其发行支票的行为并不因此而不成立、无效或视为自始无效。如该支票尚在乙手中,甲可依不当得利的规定向乙请求返还。如该支票已为第三人取得时,甲不能以买卖合同不存在而拒绝付款。甲在向第三人付款后,当然可依不当得利规定请求乙返还其所受利益。可见票据行为的无因性有助于票据的流通,及维护交易安全。^[10]

(二)所谓物权行为的无因性

法律行为之有因无因问题,特别发生在物权行为与债权行为的关系上。如果承认有独立于债权行为的物权行为概念,就应承认物权行为的独立性。在承认物权行为独立性之后,就应承认物权行为的无因性。所谓物权行为的有因无因,是指立法和理论如何处理物权行为与作为其原因的债权行为的关系问题。即物权行为的法律效力是否受债权行为的影响。如物权行为之成立和有效不受债权行为的影响,即为无因;反之,如物权行为的法律效力受债权行为是否成立和是否有效的影晌,即为有因。按照萨维尼的主张,

[10] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第288~289页。

物权行为应无因化,使之不受债权行为的影响。例如,买卖契约在交付标的物后,因意思表示有瑕疵或内容违反公序良俗而致无效或被撤销,而物权行为的效力却不受影响,买受人对于所接受的标的物仍保有所有权。丧失所有权的出卖人只能依据不当得利的规定请求返还。这就是所谓物权行为的无因性。

(三) 物权行为无因性理论及立法的缺点

物权行为无因性理论及立法的最大缺点,在于严重损害出卖人利益,违背交易活动中的公平正义。在交付标的物之后发现买卖契约未成立、无效或被撤销,因物权行为之无因性,物权行为的效力不受债权行为影响,买受人仍取得标的物所有权。出卖人仅能依不当得利之规定请求返还。于是出卖人由所有权人变为债权人,不能享受法律对物权的特殊保护,其地位十分不利。第一种情形,如果买受人已将标的物转卖,第三人即使属于恶意亦能获得所有权。出卖人不能对该第三人行使任何权利,他只能向买受人请求返还转卖所得价金。第二种情形,如果买受人已在标的物上设定担保物权,因担保物权在法律效力上优于债权,出卖人不能请求返还标的物,只能向买受人请求赔偿。第三种情形,如果买受人的其他债权人对该标的物为强制执行,则出卖人不能依法提出异议之诉。第四种情形,如果买受人陷于破产,出卖人不能依所有权行使别除权从破产财产中取回标的物,他只能同其他债权人一起,按债权额比例受清偿。第五种情形,如果非因买受人的过失致标的物毁损灭失,买受人可以免责。

反之,如不承认物权行为无因性,则在买卖契约不成立、无效或撤销时,所有权不发生移转,出卖人仍保有标的物所有权。他可以得到物权的特别保护。在前述第一种情形,如第三人属于恶意,则出卖人得直接对该恶意第三人起诉,请求返还标的物;第二种情形,则担保设定行为应无效;第三种情形,出卖人得依法提出异议之诉;第四种情形,出卖人得依法行使别除权,从破产财产中取回标的物;第五种情形,如买受人对于买卖契约之不成立、无效或被撤销有过失,则不能免责。前四种情形,出卖人可望依法取回标的物,后一种情形亦可望获得赔偿。鉴于物权行为无因性理论和立法有上述缺点,德国判例学说通过解释方法对物权行为无因性理论之适用予以限制,使物权行为之效力受债权行为的影响,此即所谓物权行为无因性之相对化

趋势,甚至进而主张废弃物权行为无因性理论,变更立法主义。^{〔11〕}

中国民法学界自 20 世纪 80 年代后期,就是否采纳物权行为理论展开讨论,多数学者持否定立场。2007 年 3 月 16 日通过的《中华人民共和国物权法》,未采纳物权行为概念和物权行为独立性、无因性理论。

第三节 法律行为的要件

一、成立要件

1. 一般成立要件

法律行为的一般成立要件,指一般法律行为所共同的成立要件。按照通说,法律行为的一般成立要件有三项:当事人;标的;意思表示。

2. 特别成立要件

法律行为的特别成立要件,指特定的法律行为所特有的成立要件。在要式行为,一定方式之履行为特别成立要件;在要物行为,物之交付为特别成立要件。

二、生效要件

1. 一般生效要件

法律行为的一般生效要件,指一般法律行为所共同的生效要件。一般生效要件有四项:当事人须有相应的行为能力;须意思表示真实;标的须合法;标的须可能和确定。

2. 特别生效要件

法律行为的特别生效要件,指特定法律行为所特有的生效要件。如死因行为,以行为人死亡为特别生效要件。

三、法律行为之标的

法律行为之标的,亦即法律行为之内容。法律行为之成立,以有标的为成立要件。法律行为之生效,以标的之合法和确定为生效要件。

其一,标的合法。此所谓标的合法,指不违反法律强行性规定及公序良俗。

〔11〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社 1998 年版,第 267~273 页。

其二,标的确定。此所谓标的确定,指法律行为之标的须自始确定,或可得而确定。标的不确定的法律行为,应为无效。

须注意的是,民法通则第55条关于民事行为生效要件,仅规定:第一,行为人须有相应民事行为能力;第二,须意思表示真实;第三,须不违反法律或者社会公共利益。其中未对民事行为的标的是否应确定作出规定。依民事行为之本质,其标的不确定,不能据以划定双方当事人权利义务范围。因此,民事行为的标的必须确定,此为题中应有之义。故对民法通则第55条应采当然解释,解为有第四项生效要件:民事行为的标的必须确定。

另须说明的是,传统民法以标的可能为法律行为生效要件。所谓标的可能,指法律行为之标的可能实现。法律行为之标的不可能实现,称标的不能。标的不能,法律行为不生效力。

标的不能,分为以下数种:

其一,事实不能与法律不能。标的不能因其原因之不同,有事实上的不能与法律上的不能之别。事实不能,指法律行为之标的在事实上不可能实现,如使死者复生,将鸡变鸭。法律不能,指因法律的理由而致不能,多系违反法律强行规定,如为死者立嗣、娶亲。通常所谓标的不能仅指事实不能,事实不能使法律行为无效。法律不能属于法律行为内容违法问题。

其二,自始不能与嗣后不能。标的不能因发生时间之不同,有自始不能与嗣后不能之别。不能的原因发生在法律行为成立之前,亦即法律行为成立之时已确定为不能,属于自始不能。例如,房屋买卖契约订立之时,该房屋已被烧毁。不能的原因发生于法律行为成立之后,亦即法律行为成立之时尚属可能,只是法律行为成立以后方才变为不能,属于嗣后不能。例如,房屋买卖契约订立之时该房屋尚完好无损,而在买卖契约成立后因失火被毁。自始不能,使法律行为无效。嗣后不能,不影响法律行为的生效,仅发生法律行为之解除。

其三,客观不能与主观不能。标的不能因其原因与当事人之关系不同,有客观不能与主观不能之别。不能的原因与当事人无关,属于客观的不能,如房屋因火灾、地震而被毁。不能的原因存在于当事人,属于主观的不能,如订立演出契约而该演员患病不能出演。客观不能,使法律行为无效。主观不能,只在相对人知其不能时,使法律行为无效。

其四,永久不能与一时不能。标的不能因其原因之存在是否超过法律行为之有效期间,可分为永久不能与一时不能。不能的原因存在于法律行

为整个有效期间,亦即法律行为标的确定无实现之可能性,属于永久不能。如不能的原因有可能消灭,而法律行为标的有变为可能之希望,属于一时不能。影响法律行为效力的不能指永久不能,一时不能非此所谓标的不能。

其五,全部不能与一部不能。标的不能因不能存在于法律行为标的之全部或一部,分为全部不能与一部不能。法律行为标的的全部不能实现,属于全部不能。法律行为标的的仅一部不能实现,属于一部不能。全部不能使法律行为全部无效,自不待言。一部不能使法律行为一部无效或全部无效,不可一概而论。原则上不能使法律行为全部无效,但除去该无效部分后其余部分仍可成立者,其余部分仍为有效。

上世纪末以来,上述分类因缺少实益而受到学者批评,因标的不能的发生时点纯系偶然,以此决定法律行为之是否生效而致其效果迥然不同,在法理上欠缺正当性;且上述标的不能之区分标准在理论上看似清晰,而在实务中却相当复杂,据此对法律效果作区别处理,益增操作上的困难,主张无论自始不能或者嗣后不能,均不影响法律行为的效力,而按债务不履行或解除法律行为处理。新近立法亦已呈现将标的不能从法律行为生效要件中去除之发展趋势。例如,国际商事合同通则(PICC)第3.3条第1款规定:合同订立时合同义务不能履行的事实本身不影响合同的效力。欧洲合同法原则(PECL)第4:102条亦设有相同规定。德国民法典和我国台湾地区“民法”均已相继废止原有规定,而不再区分自始不能与嗣后不能,一律依债务不履行的规定处理。因此,标的是否可能,不再是影响法律行为效力的要件。

第四节 意思表示

一、意思表示的构造

法律行为,是关于人的行为的法概念;意思表示,是关于人的意思活动的法概念。两者的关系,前已述及,意思表示为法律行为不可或缺的构成要素。所谓意思表示,指向外部表明意欲发生一定私法上法律效果之意思的行为。

依通说,意思表示的成立过程为:其一,先有某种动机(例如,通过使用电脑提高工作效率);其二,基于该动机产生意欲发生一定法律效果的意思,即效果意思(购买一台电脑的意思);其三,有将该效果意思向外部公开

的意识,即表示意思(欲表示购买电脑的效果意思的意思);其四,为向外部发表该效果意思的行为,即表示行为(说:“我要买一台电脑”)。这样,通过表示行为将效果意思表示于外部,而完成意思表示。

其中,动机不过是引起效果意思的心理过程,其本身不具有法律上的意义,因此不是意思表示的构成要素。动机错误,原则上对法律行为的效力不发生影响。作为例外,该动机为相对方所明知的情形,将影响法律行为的效力。

意思表示的构成要素是:效果意思、表示意思和表示行为。关于表示意思是否为意思表示的构成要素,学上说存在分歧。^[12]

二、效果意思

意思表示上的意思,指效果意思。表意者内心意欲发生法律上效果的意思,为内心的效果意思,即所谓真意。但此内心的效果意思,难以为他人所知。因此,法律上所谓效果意思,是指表示上的效果意思。所谓表示上的效果意思,指从书面形式或口头形式的表示行为所推断的效果意思。

意思表示中的意思,原则上指表示上的效果意思。但在例外情形,如能判明真意即内心的效果意思,则应以内心的效果意思为当事人的意思。

三、表示行为

表示行为,指以书面或口头形式将意思外部化的行为。

如意思与表示一致,不发生问题。但常有两者之间出现不正常状态的情形,即内心的效果意思与表示上的效果意思不符。包括真意保留、虚伪表示、错误、诈欺、胁迫。前三种,属于意思与表示不一致;后两者,属于意思不自由。

四、意思主义与表示主义

法律上通过确定意思表示的内容,以确定法律行为,并决定法律行为的效果。因此,如何确定意思表示的内容,具有重要意义。在确定意思表示的内容时,是以意思为重点,或是以表示为重点,于内心的效果意思与表示上的效果意思一致的场合不会发生什么问题,但在内心的效果意思与表示上的效果意思不一致的场合,将有很大差异。因着重点的不同,分为意思主义与表示主义。着重于内心的效果意思者,为意思主义;着重于表示上的效果

[12] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第131~132页;三和一博、平井一雄:《要论民法总则》,苍文社平成元年版,第106页。

意思者,为表示主义。

另有所谓折衷主义,即对于内心的效果意思与表示上的效果意思不一致的不同的场合,或采意思主义,或采表示主义。如日本民法,对于仅表意者一方知其不一致(真意保留),以表示主义解决;对于表意者双方知其不一致(虚伪表示),以意思主义解决;对于表意者自身不知其不一致(错误),以意思主义解决。对于意思不自由的场合(诈欺、胁迫),以意思主义解决。中国民法通则第58条,关于欺诈、胁迫、恶意串通、以合法形式掩盖非法目的,均规定为无效;第59条关于重大误解,规定为可撤销。似采意思主义;但民法通则对真意保留未作规定,而理论和实务采表示主义。由此看来,中国民法关于意思表示内容之确定,颇类似于日本民法,应属于折衷主义。

五、意思表示的成立

意思表示之成立,通说以意思表示成立之心理经过为标准,认为意思表示之成立须具备三要素:效果意思;表示意思;表示行为。三要素中,以内心的效果意思为其本体。此纯为个人本位法律思想之表现。盖在个人本位之法律观念,以为人之取得权利、负担义务,应纯由个人之意思。法律行为既以私法自治为最高原则,则意思表示之成立必须有本人内心之效果意思,且须经过表示行为,表示于外部。而为表示行为之前,须先有欲将内心效果意思公开的意思即表示意思,此表示意思,为连接内心的效果意思与表示行为之中间环节。然个人之内心意思如何,非外部所得窥知,如贯彻上述理论,一律以内心的效果意思为准,则交易之相对人难免蒙受不测之损害。于是现代民法对意思自治原则有所修正,认为意思表示并非以个人内心的效果意思为发生法律效果之本体。意思表示,不过于私人间作成规律个人民事生活关系之规范而已。因此,意思表示遂应改为以表示行为为本体,纯粹客观的观察之。且意思表示内容之确定,应改为以表示上的效果意思为着重点。表示意思的有无,不影响意思表示的效力。从而意思表示之成立,仅须具备表示行为与效果意思两个要素,表示意思不必加入要素之内。^[13]

[13] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第247~248页;三和一博、平井一雄:《要论民法总则》,苍文社平成元年版,第106页。另见邵建东:“表示意识是否意思表示的要素——德国联邦最高法院储蓄所错误担保案判决评析”,载《民商法论丛》(第17卷),金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第340~358页。

六、意思表示的效力发生

(一) 无相对人的意思表示

无相对人的意思表示,即所谓单方行为,如悬赏广告、抛弃、遗嘱等。无相对人的意思表示,其效力何时发生,现行法未有规定。依解释,无相对人的意思表示,应于其意思表示成立同时发生效力,此为原则,如法律有特别规定则属于例外。因此,悬赏广告、抛弃行为,于其行为成立时即发生效力。但按照继承法的规定,遗嘱应当至遗嘱人死亡时才发生效力。

(二) 有相对人的意思表示

1. 对话的意思表示与非对话的意思表示

有对方当事人的意思表示,分为对话的意思表示与非对话的意思表示。表意人与相对人对面交谈,或以电话直接为意思表示,属于对话的意思表示;表意人与相对人以信函、电报、传真、电子邮件(E-mail)等,间接表示其意思,属于非对话的意思表示。此分类,系以能否与相对人直接沟通为标准。虽地隔千里,以电话表示其意思,属于对话的意思表示,而近在咫尺,以字条为转达时,则属于非对话的意思表示。

2. 对话的意思表示的效力发生

对话人间之意思表示,其效力何时发生?德、日民法皆无明文,因此学者间颇多议论,通说认为应与非对话人间之意思表示同采到达主义。亦即,意思表示已置于客观上可能了解之状态,即发生效力。但中国台湾地区“民法”明文规定,以相对人了解时发生效力。盖对话时或因方言之差异,或因听觉之关系,其意思之误会在所难免。故采了解主义以防此弊。然对话之际,如相对人故意掩耳不闻,其意思表示是否发生效力?解释上仍不无疑问。^[14]在通常情形,相对人可能了解而主张未了解时,应承担举证责任。^[15]

3. 非对话的意思表示的效力发生

非对话的意思表示,其效力于何时发生,因意思表示属于要约或承诺而有不同。各国民法关于要约的生效,均规定为自要约达到受要约人时生效。

[14] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第253~254页。

[15] 参见史尚宽:《民法总论》,1980年台北三版,第410页。

我国合同法第16条规定,要约到达受要约人时生效。^[16]关于承诺的生效,各国立法例有发信主义与到达主义之别。

(三)关于承诺生效的发信主义与到达主义

其一,发信主义。依发信主义,受意思表示一方(受要约人),以信函、电报作出意思表示(承诺)时,自信函、电报投邮时起生效,法律行为(契约)于是成立。

其二,到达主义。依到达主义,受意思表示一方(受要约人),以信函、电报作出意思表示(承诺)时,自信函、电报到达要约人时生效,法律行为(契约)于是成立。此所谓到达,不以对方了解意思表示内容为必要,而只要信函或电报送达对方能够了解其内容的支配范围即可。

(四)关于承诺生效的发信主义与到达主义的比较

发信主义为英美法系所采。按照英美契约法理论,要约人通过邮局发出要约时,就默示指定邮局为代理人,代理要约人接受承诺。因此,受要约人将承诺的信函、电报交给邮局,就等于交给要约人自己,承诺立即生效。如果信函、电报被邮局遗失,亦应由要约人负责,不影响承诺的效力。但这只是形式上的理由。实质上是借此限制要约人撤回要约的权利,以协调双方利益冲突。因为,按照英美契约法对价理论(consideration),一项允诺须有对价才具有拘束力。而要约在受要约人作出承诺前,属于无对价的允诺,不具有拘束力,要约人自己也当然不受要约的约束,即使要约中规定了承诺期,他也可随时撤回要约,但要约人作出不撤回要约的允诺且符合法定情形^[17]的除外。采发信主义,就缩短了要约人撤回要约的时间,使对方一经将承诺的信函、电报投邮,立即成立契约,有利于保护受要约人的利益和交易安全。

到达主义能够较好地划分要约人与受要约人关于承诺的函电传递中可能发生风险的负担。承诺的函电发出致送达要约人这段时间的风险,归受要约人负担;自承诺的函电送达受要约人支配范围起,风险归要约人负担。

[16] 合同法第16条第2款规定:采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。

[17] 在不撤回要约的允诺已加盖印章、受要约人已为此允诺给付对价或者受要约人已经基于对该允诺的信赖而改变自己的处境等三种情形下,不撤回要约的允诺对要约人具有法律约束力。参见 Arthur L. Corbin, Corbin on Contracts § 38 (1951)。

因此,大陆法系多数国家的民法及联合国国际货物买卖合同公约、国际统一私法协会国际商事合同通则,均采到达主义。中国合同法第26条规定:承诺通知到达要约人时生效。此明文规定采到达主义。

第五节 意思与表示不一致

一、故意的不一致

(一)真意保留

所谓真意保留,指表意人故意隐匿其真意,而表示与其真意不同之意思的意思表示,又称单独虚伪表示。

真意保留应具备下述要件:须有意思表示;须表示与真意不符;须表意人明知其表示与真意不符。

真意保留的效力:原则上为有效。例外情形,其不一致为相对人所明知者;应无效。

(二)虚伪表示

所谓虚伪表示,指表意人与相对人通谋而为之虚假的意思表示。

虚伪表示应具备下述要件:须有意思表示;须表示与真意不符;须表意人与相对人通谋。

虚伪表示的效力:原则上应无效。但不得以其无效对抗善意第三人。

(三)隐藏行为

所谓隐藏行为,指隐藏于虚伪表示中依其真意所欲发生的法律行为。

隐藏行为是否有效,应适用关于该行为之规定。例如,房屋买卖为规避税法而作赠与之虚伪表示,则赠与为虚伪表示,应无效,而买卖是否有效,应依关于房屋买卖的规定判断。

(四)脱法行为

所谓脱法行为,指以迂回手段规避强行规定之行为。被规避之强行规定,常为禁止规定,或关于租税的法规等。当事人所采之迂回手段行为,乃是利用契约自由,其目的则在达成法律所不许之效果。脱法行为系古老之问题。罗马法之法谚谓:从事法律所禁止者,系违反法律;虽不违反法律之文字,但迂回法律趣旨者,乃脱法行为。德国民法制定之际,虽有人建议对于脱法行为应设特别规定,但为委员会所不采。其理由为:法律行为是否因

脱法而无效,应解释法律行为上之构成要件及涵盖此项构成要件之规范而定。如吾人干涉法官之解释自由,而在法律上予以指示,将使若干容许之法律行为,有被宣告为无效之虞。德国学者 Flume 氏曾谓:脱法行为之问题,实际上就是法律解释之问题,就民法而言,一个独立的脱法行为理论根本不应存在。^[18] 例如,当事人为规避质权设定、执行的手续及流质禁止的规定,而将动产所有权让与债权人以供作担保,初时常被法院视为脱法行为而认定为无效,而现今让与担保的有效性已为各国判例学说所公认。^[19]

二、无意的不一致

(一) 错误

1. 错误的意义

所谓错误,指表意人因误认或不知,致其表示与意思不一致。

错误之构成要件包括:须表示与意思不一致;须其不一致出于表意人之误认或不知。其中,后一要件乃区别于前述真意保留和虚伪表示之标志。所谓误认,指认识不正确,如误甲为乙,误骡为马。所谓不知,指通常之笔误、口误,如应书一万元而误写为一元,应言租赁而误言借贷。两者认识程度有别,而法律上的效力无异。

2. 错误的分类

意思表示之错误分为:

其一,关于当事人本身之错误。如误甲为乙。仅于赠与、委任、雇用等注重当事人其人的法律关系,方构成意思表示内容之错误。

其二,关于标的物本身之错误。如误骡为马,误英汉辞典为汉英辞典,当然构成意思表示内容之错误。

其三,关于当事人资格之错误。如误某甲为会计师,而实际并非会计师。是否构成意思表示内容之错误,以该资格对于该法律关系是否重要为断。

其四,关于标的物性质之错误。如误赝品为真迹,误进口散件组装为原装进口,是否构成意思表示内容之错误,以其在交易上是否重要为断。

其五,关于法律行为性质之错误。如误典为卖,误卖为租。当然为意思表示内容之错误。

[18] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北1992年版,第262~263页、第266页。

[19] 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第332页。

其六,关于价格、数量、履行地、履行期之错误。以交易上认为重要者为限,构成意思表示内容之错误。

其七,关于动机之错误。动机之错误,原则上不影响法律行为效力。因动机非意思表示之内容,且存在于内心,他人无从得知。但如动机已表示于外,则构成意思表示内容之一部,自应构成意思表示内容之错误。

3. 错误的效力

错误之效力,各国立法不尽一致。有规定为无效者,如日本民法;有规定为可撤销者,如德国民法、英美合同法^[20]及中国台湾地区“民法”。依日本民法,唯表意人得主张无效,但表意人如有重大过失,则不得主张无效。依中国台湾地区“民法”,表意人有撤销权,但须错误非出于表意人之过失,及须错误在交易上认为重要。无论主张无效或撤销,对无过失之对方当事人因无效或撤销所受损害,均应负赔偿责任。

(二) 误传

所谓误传,指因传达人或传达机关之错误致表示与意思不符。

误传系因传达人或传达机关传达错误所致,似与表意人自己所造成的错误不同,但传达人和传达机关在法律上相当于表意人之喉舌,因此误传之效力与错误同。

须注意的是,应将误传与故意误传相区别。法律上所谓故意误传,指传达人故意违背表意人之指示,擅自变更意思表示之内容。德国学者认为,故意误传不能归由表意人负责,而对其发生效力无须撤销,唯传达人故意误传表意人之意思,其情形与无权代理之利益状态相类似,应类推适用无权代理之规定,对于善意之相对人负损害赔偿赔偿责任。最近若干学者主张,表意人使用他人传达其意思表示,造成传达人故意误传之危险性,而表意人又较相对人易于控制此项危险,则此传达失实之危险理应由表意人承担。此说亦有所据,可供参考。^[21]

(三) 中国民法上的重大误解

1. 所谓误解

传统民法理论严格区别错误与误解两个概念。错误指表意人非故意的表示与意思不一致。误解指相对人对意思表示内容了解之错误。如受要约

[20] Restatement(Second) of Contract § 152,153(1981).

[21] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北1992年版,第317页。

人误将出租房屋之要约理解为出卖而为承诺。传统民法,为保护无过失的表意人,而规定错误的意思表示为无效或可撤销。至于误解,因关于意思表示之生效采到达主义,不以相对人之了解为必要,则不允许因误解而主张无效或撤销。中国民法通则之立法思想,在保护双方当事人利益上务求公平,其第59条规定“行为人对行为有重大误解”属于可撤销。合同法第54条第1款规定,“因重大误解订立的”合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。所谓误解,应解释为不仅包括表意人无过失的表示与意思不符(错误),也包括相对人对意思表示内容之了解错误(误解)。

2. 重大误解之认定

按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》所作解释,行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。

第六节 意思表示不自由

一、欺诈

(一) 欺诈的意义

所谓欺诈,指故意欺罔他人,使其陷于错误判断,并基于此错误判断而为意思表示之行为。

(二) 欺诈的构成要件

欺诈之构成要件如下:

其一,须有欺诈之故意。所谓欺诈之故意,即欺诈意思,由两个意思构成:使被欺诈人陷于错误判断之意思,及使被欺诈人基于错误判断而为意思表示之意思。仅其中之一,尚不构成欺诈之故意。此欺诈之故意,不必有侵害相对人权益之故意,因此不同于侵权行为之欺诈。

其二,须有欺诈行为。所谓欺诈行为,指为使被欺诈人陷于错误判断,或加深其错误、保持其错误,而虚构、变更、隐匿事实之行为。沉默,于依法律、习惯或契约有告知义务的场合,应构成欺诈行为。

其三,须被欺诈人因受欺诈而陷于错误判断。亦即,欺诈行为与错误判

断之间有因果关系。

其四,须被欺诈人基于错误判断而为意思表示。亦即,错误判断与意思表示之间也有因果关系。

(三) 欺诈的效力

欺诈在法律上的效力:

其一,欺诈人为当事人之一方,表意人得撤销其意思表示。

其二,欺诈人非当事人之一方,在无相对人之意思表示,表意人得撤销其意思表示,如有相对人之意思表示,则仅以相对人明知或应知其受欺诈为限,表意人得撤销其意思表示。

其三,因欺诈而撤销意思表示,不得对抗善意第三人。

中国民法通则规定欺诈、胁迫的法律效果为无效。合同法对此有所修正,其第52条规定,“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”的,该合同无效;第54条第2款规定,“一方以欺诈、胁迫的手段”,“使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。可见,中国民法考虑到欺诈、胁迫是否损害国家利益,而分别规定其法律上的效果:损害国家利益的,无效;此外,为可撤销。本书认为,合同法第52条所谓“损害”应解释为“直接损害”,所谓“国家利益”以解释为“社会公共利益”为宜。换言之,仅在因欺诈、胁迫所订立合同的内容和目的违背社会公共利益时,才能依据该条认定合同无效;此外,依据合同法第54条第2款的规定,应属于可撤销合同。

(四) 欺诈的认定

按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》所作解释,一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。

二、胁迫

(一) 胁迫的意义

胁迫指以不法加害威胁他人,使其产生恐惧心理,并基于该恐惧心理而为意思表示之行为。

(二) 胁迫的构成要件

胁迫之构成要件如下:

其一,须有胁迫之故意。所谓胁迫故意,即胁迫意思。胁迫意思由两个意思构成:使被胁迫人产生恐惧心理之意思,及使被胁迫人基于该恐惧心理

而为意思表示之意思。

其二,须有胁迫行为。以加害威胁被胁迫人,须达到使被胁迫人产生恐惧之程度。加害的对象,不限于被胁迫人自身,包括其亲友;受害之客体,包括生命、身体、自由、名誉、财产等有受损害可能者。

其三,须其胁迫为非法。只须胁迫之目的或手段之一为非法,即可。目的或手段分别而言虽均属合法,但目的与手段结合而有悖于公序良俗的,亦构成非法,例如以告发他人犯罪为威胁强迫他人签订合同。

其四,须被胁迫人因受胁迫而生恐惧心理。此恐惧心理与胁迫间有因果关系。

其五,须被胁迫人基于恐惧心理而为意思表示。此意思表示与胁迫之间有因果关系。

(三) 胁迫的效力

胁迫在法律上的效力如下:

因胁迫之违法性较欺诈更严重,不论胁迫人是否为对方当事人,表意人均得撤销其意思表示,并且此撤销得对抗善意第三人。

中国民法通则规定因欺诈、胁迫所为的民事行为无效。显然系着眼于行为之违法性。既属违法,即应无效。法理上并无不当。但考虑到民事生活之复杂性及民法之私法性,当事人不主动主张其无效时,国家不可能也不必要直接干预,主动确认其无效。因此,合同法对欺诈、胁迫作了区分,仅规定“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”的,该合同无效;此外,属于可撤销。

(四) 胁迫的认定

按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》所作解释,以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟,迫使对方作出违背真实的意思表示的,可以认定为胁迫行为。

第七节 条件、期限

一、法律行为之附款

依据私法自治原则,法律行为乃依当事人意思成立并发生当事人所欲

发生的效果。因此,当事人对法律行为效果之发生或消灭,加以限制,自无不可。此即法律行为之附款。法律行为之附款,指当事人对于法律行为效果之发生或消灭,所加的限制。传统民法上,法律行为之附款有二:其一为条件;其二为期限。因此,称为附条件的法律行为,及附期限的法律行为。

民法通则第62条规定法律行为可以附条件,但未规定是否可以附期限。而条件和期限均为法律行为之附款,既可以附条件,亦应可以附期限。因此,依最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第76条解释,法律行为亦可附期限。合同法第三章第45条规定了合同附条件,第46条规定了合同附期限。

二、条件

(一)条件之意义

所谓条件,指当事人以将来客观上不确定之事实,作为决定法律行为效力的附款。

其一,条件为法律行为之附款。

附款,意为所附加之条款。其本身并不构成独立的意思表示,而是法律行为的意思表示内容之一部。条件为附款之一种,是由当事人任意加于法律行为效力上的限制,与法律所规定的限制不同。由法律规定的对法律行为效力的限制,称为法定条件,如法律行为成立条件、生效条件。法定条件出于法律规定,不受当事人意思的左右,因此非此所谓条件。

其二,条件为决定法律行为效力之附款。

条件为当事人对法律行为效力所加的限制,即决定法律行为效力的附款。决定法律行为效力,指决定法律行为效力的发生或消灭。决定法律行为效力发生的条件,称为停止条件。附停止条件的法律行为,在条件成就前,法律行为已经成立,但未生效,即其效力处于停止状态,须待条件成就方才生效。如果此条件不成就,则该法律行为将终不生效。决定法律行为效力消灭的条件,称为解除条件。附解除条件的法律行为,其效力已经发生,但因条件成就而丧失效力。如果此条件不成就,则该法律行为将继续有效。

其三,条件是以将来客观上不确定事实为内容之附款。

条件须以事实为内容。此事实必须是将来的事实。过去的事实不能作为条件。又,此将来的事实必须是不确定的事实。虽属于将来的事实,而该事实已确定发生者,应作为期限;而不能作为条件。并且,此所谓不确定,指客观上不确定,非指主观上不确定。如该事实在客观上已经确定,只是当事

人主观上认为不确定,也不能作为条件。

须特别注意的是,不可将此所谓附条件法律行为混同于所谓“附条件买卖”。英美法上所谓“附条件买卖”(conditional sale),并非买卖(法律行为)附有条件,而是买卖标的物所有权之移转附有条件,因此应准确地称之为“保留所有权买卖”。中国台湾地区 20 世纪 60 年代引进此制,其“动产担保交易法”第 26 条规定:称附条件买卖者,谓买受人先占有动产之标的物,约定至支付一部或全部价金或完成特定条件时,始取得标的物所有权之交易。由此定义可知,“附条件买卖”所附的“条件”仅决定标的物所有权的移转,而不决定法律行为(买卖)效力之发生或消灭,因此与此所谓附条件法律行为不同。

(二)条件之分类

1. 停止条件与解除条件

此系以其作用在决定效力之发生或消灭为标准。决定其效力发生者,为停止条件。附停止条件的法律行为虽已成立,但未生效,其效力处于停止状态。须待条件成就,方才发生效力。如果条件终不成就,则该法律行为终不生效。决定法律行为效力消灭者,为解除条件。附解除条件的法律行为一经成立就已生效,但因条件之成就而使其失效。如果该条件终不成就,则该法律行为确定的不失效,等于未附条件的法律行为。

2. 积极条件与消极条件

此系以作为条件的事实之发生或不发生为标准。以某事实之发生为条件之成就,属于积极条件;反之,以某事实之不发生为条件之成就,属于消极条件。例如约定:你今年考上大学,我将如何如何,此属于积极条件。若约定:你今年考不上大学,我将如何如何,则属于消极条件。须说明的是,前述停止条件既可以是积极条件,也可以是消极条件。同理,解除条件也既可以是积极条件,也可以是消极条件。

3. 随意条件、偶成条件与混合条件

此系以条件之成就是否受当事人意思所左右为标准。

其一,随意条件。依当事人一方的意思可决定条件成就或不成就的条件,称为随意条件。又可进一步区分为纯粹随意条件与非纯粹随意条件。条件之成就或不成就,纯由一方当事人意思决定者,属于纯粹随意条件。条件之成就,与一方当事人的意思有关,但非仅取决于该当事人的意思,除当事人意思外,还须有某种积极的事实与之竞合,则属于非纯粹随意条件。例

如约定:我如需要时,则如何如何,属于纯粹随意条件。又如约定:我如上大学,则如何如何。此属于非纯粹随意条件。

其二,偶成条件。条件之是否成就与当事人的意思无关,而取决于当事人以外的人的意思或自然事实,称为偶成条件。例如约定:今年丰收,则如何如何。或约定:我儿子回国,则如何如何。均属于偶成条件。

其三,混合条件。条件之是否成就,取决于一方当事人与第三人的意思者,称为混合条件。例如,约定“您如与某人结婚,则赠与金钱若干”,即属于混合条件。

混合条件、偶成条件及非纯粹随意条件,均具有客观的不确定性,因此均为有效。而对于纯粹随意条件,则应区别情形而定。纯粹随意条件中,如属于仅取决于债务人一方意思的停止条件,则其法律行为无效。如约定:我如愿意,将赠与某物。因毫无受拘束之意思,而与法律行为本质相悖。日本民法典第134条规定:附停止条件的法律行为,如其条件仅系于债务人之意思者无效。但如属于仅取决于债务人一方意思的解除条件,则应有效。例如约定:赠与某物,我需要时将取回。在纯粹随意条件中,如属于仅取决于债权人一方的意思,不论为停止条件或解除条件,均应有效。例如约定:赠与某物,您需要时来取(停止条件)。或约定:赠与某物,您不想要时则还我(解除条件)。因此类纯粹随意条件,实际上等于未附条件,故法律行为应有效。

4. 非真正条件

具有条件的外观而不具有条件之实质的条件,称为非真正条件;又称表见条件,或假装条件。

其一,法定条件,即以法律规定的法律行为效力发生或消灭的条件,作为法律行为所附条件。因此种条件出于法律规定,与当事人意思无关。以法定条件作为条件,无异于画蛇添足。例如,对于法律规定须经国家机关批准生效的合同,双方约定:本合同在获得国家机关审查批准后生效。此种条件,徒具条件的外形,因此不影响法律行为的效力。

其二,不法条件,即以违反法律强制性或禁止性规定或公序良俗的事项为内容的条件。不法条件有三种:一是以违法行为作为条件,如以杀人为赠与之条件;二是条件内容违反公序良俗,如以女雇员之结婚为解除雇佣合同的条件,以姘居关系之维持为赠与之条件;三是以不为违法行为作为条件。日本民法典第132条对此设有明文:附不法条件的法律行为无效;以不为不

法行为为条件者,亦同。依此规定,则三种不法条件,均为无效。考虑到法律使附不法条件的法律行为无效,其根据在于因附不法条件致法律行为带有反社会性。当事人约定以不为违法行为作为停止条件,如约定“你如不赌博将赠与某物”,或以为违法行为作为解除条件,如约定“如将房屋供作赌博场所则解除租赁合同”,并不导致法律行为带有反社会性,因此应当有效。^[22]

其三,确定条件,即在法律行为成立之时,其事实已经确定发生或不发生的条件。条件之本质,要求作为条件的事实为不确定的事实。因此,已确定的事实不能作为条件。附此种条件的法律行为,其是否有效,应依下述原则决定:条件已确定成就者,如作为停止条件,则法律行为视为未附条件;如作为解除条件,则法律行为应无效。条件已确定不成就者,如作为停止条件,则法律行为无效;如作为解除条件,则法律行为视为未附条件。

其四,不能条件,即以法律行为成立之时已确定实现的事实之不实现为条件,或已确定不实现的事实之实现为条件。换言之,其条件之成就于法律行为成立当时已属于客观不能。以不能条件为停止条件的,其法律行为应无效;以不能条件为解除条件的,其法律行为视为未附条件。日本民法典第133条对此设有明文规定。

其五,矛盾条件,即因附条件致法律行为的内容互相矛盾。矛盾条件,非条件存在矛盾,而是条件与法律行为内容矛盾。因附矛盾条件,使法律行为效力意思不确定,故无论以矛盾条件为停止条件或者解除条件,其法律行为均无效。

(三)条件之成就与不成就

附条件法律行为,其效力之是否发生或是否消灭,取决于条件之成就或不成就。

1. 条件之成就

(1)条件成就的意义

所谓条件成就,指作为条件内容的事实已经实现。又因属于积极条件或消极条件而不同。在积极条件,其条件事实已经发生,为条件成就;在消极条件,其条件事实不发生,为条件成就。例如约定:今年考上大学,则如何如何。届时果真考上大学,为条件成就。如约定:今年考不上大学,则如何

[22] 参见史尚宽:《民法总论》,1980年台北三版,第436页注。

如何。届时果真未考上大学,为条件成就。

(2) 条件成就之拟制

条件之成就决定法律行为之是否生效或是否失效,事关当事人利益。因条件之成就而受不利益的当事人,如以不正当行为阻碍条件之成就,将损害对方当事人利益且使法律行为附条件制度之目的落空。因此,民法特设拟制条件成就之规定:因条件成就而受不利益的当事人,如以不正当行为阻碍其条件之成就,则视为其条件已成就。中国合同法第45条第2款规定:当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就。

(3) 条件成就的效力

条件成就的效力,在决定法律行为效力之发生或消灭。在停止条件,因条件之成就,使法律行为效力当然发生;在解除条件,因条件之成就,使法律行为效力当然消灭。又,条件成就之效力,应自条件成就之时发生,以不溯及既往为原则。

2. 条件之不成就

(1) 条件不成就的意义

所谓条件不成就,指作为条件内容的事实确定的不实现。亦因条件之属于积极条件或消极条件而不同。在积极条件,其条件事实不发生,为条件不成就;在消极条件,其条件事实已经发生,为条件不成就。例如约定:明天下雨则如何如何。届时晴天,为条件不成就。如约定:明日不下雨则如何如何。届时雨天,为条件不成就。

(2) 条件不成就之拟制

法律亦设有拟制条件不成就之规定:因条件成就而受利益的当事人,如以不正当行为促其条件之成就,则视为其条件不成就。合同法第45条第2款规定:当事人为自己的利益不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。

(3) 条件不成就的效力

条件不成就的效力,在决定法律行为效力之不发生或不消灭。在停止条件,因条件之不成就,使法律行为效力确定的不发生;在解除条件,因条件之不成就,使法律行为效力确定的不消灭。

(四) 条件成否未定

所谓条件成否未定,指条件之成就与不成就均未确定。因条件之成就或不成就均未确定,使附条件法律行为之效力是否发生或是否消灭,亦处于不确定状态。此种状态下,因条件之成就或不成就而受利益的一方当事人,

对于该利益有一种可能性,在法律上称为期待权。此与继承开始前法定继承人的期待权相同。期待权既属于权利之一种,自应受法律保护。因此,法律规定,附条件法律行为的当事人,于条件成否未定前,不得侵害相对人因条件成就依该法律行为所生利益。否则应承担损害赔偿赔偿责任。例如,甲乙约定,如甲考上大学,则乙将自己的汽车赠与甲;而于甲是否考上大学未定之前,乙将该汽车毁损,则甲如考上大学,应有权向乙请求损害赔偿。此外,如因第三人行为损害此期待权,也应成立侵权行为。如该汽车被第三人丙毁损,则甲有权向第三人丙请求损害赔偿。^[23] 此种侵权行为的成立,应以第三人明知期待权的存在或故意侵害期待权为要件,因期待权存在与否,纯属当事人的内部约定事项,欠缺公示性,第三人难以知晓,若令其承担一般的过错责任,显然过苛,且有碍民事主体正常的行动自由。英美法将此种侵害期待权的行为,认定为妨害合同关系的侵权行为,须以加害人故意为要件,^[24]即基于这一考虑。

(五) 不许附条件的法律行为

法律行为以可以附条件为原则,而以不许附条件为例外。属于此例外的法律行为,称为不许附条件的法律行为。此类法律行为为附有条件的,原则上应全部归于无效,但除去该条件不影响法律行为效力的,则可以有效。不许附条件的法律行为,有下述两类:

其一,依其性质不许附条件的法律行为。某些法律行为其性质决定必须即时地确定地发生效力,不允许处于效力不确定状态,因此不得附条件。例如,票据行为,为保障其流通性,因此不许附条件。又如撤销、承认、解除及选择权的行使等单方行为,本为使不确定的法律关系变为确定而设,若附条件,则使本不确定的法律关系愈加不确定,不仅违背该类法律行为性质,并且使相对人地位不安定,因此不许附条件。

其二,附条件违背公序良俗的法律行为。主要是身份关系上的行为或与身份密切相关的行为。例如,结婚、离婚、收养,收养关系之解除,继承之承认与抛弃,对非婚生子女的承认与否认等。此类法律行为,一经附条件即构成违反公序良俗。因此,绝对不许附条件。

[23] 参见郑玉波:《民法总论》,三民书局1979年版,第277页。

[24] Restatement(Second)of Torts § 766B(1979).

三、期限

(一) 期限之意义

所谓期限,指当事人以将来客观确定到来之事实,作为决定法律行为效力的附款。

其一,期限为法律行为之附款。期限为法律行为附款之一种,已如前述。

其二,期限为限制法律行为效力之附款。期限之作用,在于决定法律行为效力之发生或消灭。此与条件同。决定法律行为效力之发生者,称为始期,即在期限到来之前,法律行为虽然成立但未生效,其效力处于一种未定状态,须待期限到来,该法律行为方才生效。决定法律行为效力之消灭者,称为终期,即在期限到来之前,法律行为效力已经发生,待期限到来时,法律行为效力即归消灭。始期类似于停止条件,终期类似于解除条件。中国民法通则仅规定法律行为附条件,而未规定法律行为附期限。合同法第46条规定:当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同,自期限届至时生效。附终止期限的合同,自期限届满失效。所称生效期限即始期;终止期限即终期。

其三,期限是以将来确定事实之到来为内容之付款。期限是以将来确定事实之到来为内容。此系与条件的区别所在。例如约定:明日下雨,则如何如何。属于条件。而约定:某月某日,则如何如何。属于期限。条件系以将来不确定的事实为内容,而期限系以将来确定的事实为内容。但期限不一定用时间表示。例如约定:下雨则如何如何。是为期限,因终有下雨之时,属于确定的事实。又如约定:某人结婚之日,则如何如何。是为条件,因某人之结婚属于不确定的事实。

须特别注意的是,此所谓期限,为决定法律行为效力发生或消灭之附款,应与法律行为的履行期限相区别。履行期限,如买卖合同中的交货期限、付款期限,借款合同中的还款期限,租赁合同中的租金支付期限,等等,是对当事人基于已生效法律行为所负义务之履行所加的限制。因法律行为之生效,当事人的权利义务已经发生,只是在履行期限到来之前,当事人所负义务不具有强制履行的效力。换言之,履行期限到来之前,义务人可以不履行义务,权利人也不得强制义务人履行义务。但一旦履行期限到来,该义务即具有强制执行的效力,义务人如不履行,权利人有权请求法院强制其履行或承担赔偿责任。切不可将作为法律行为附款的期限,与义务履行期限

相混淆。

(二) 期限之分类

1. 始期与终期

期限以其作用在决定效力之发生或消灭为标准,分为始期与终期。决定法律行为效力之发生者为始期,决定法律行为效力之消灭者为终期,已如上述。

2. 确定期限与不确定期限

期限以作为内容的事实发生之时是否确定为标准,分为确定期限与不确定期限。发生之时确定者,属于确定期限。例如约定:某月某日则如何如何。属于确定期限。而约定:某人死亡之日,则如何如何。人必有死,属于确定发生的事实,但发生之时不确定,故属于不确定期限。

(三) 期限的效力

1. 期限到来

期限的效力,在于期限之到来时,法律行为的效力当然发生或当然消灭。所谓期限到来,指作为期限内容的事实业已发生。期限为客观上必定发生的事实,因此期限只有到来,而无不到来。此与条件之有成就与不成就,显然不同。须注意的是,始期之到来,又称“届至”,终期之到来,又称“届满”。

2. 期限到来的效力

期限到来的效力,在决定附期限法律行为效力之发生或消灭。详言之,附始期法律行为,当期限届至时,发生效力;附终期法律行为,当期限届满时,丧失效力。

3. 期限到来之前的效力

附期限的法律行为,于期限到来之前,其当事人虽然未实际取得权利(始期)或回复权利(终期),但存在取得权利或回复权利的可能性,学说上称为期待权。此与条件成就或不成就之前当事人之期待权相同。因期限只有到来而无不到来,故附期限法律行为当事人之期待权比较附条件法律行为当事人的期待权,更为确实、可靠,更有予以保护的必要。因此,此期待权受侵害时,应使侵害人承担损害赔偿赔偿责任,即附期限法律行为之当事人一方,在期限到来之前,倘有损害相对人因期限到来所应得利益之行为,应对所生损害负赔偿责任。

须注意的是,此种情形,常发生请求权竞合,即基于期待权受侵害的损

害赔偿请求权,常与基于债务不履行的违约责任请求权或者基于物权的请求权发生竞合,而当事人较少依据期待权受侵害提出请求。例如,订立附期限之赠与合同后,如赠与人自行毁损赠与标的物,受赠人可依债务不履行提出请求,而不必依期待权受侵害请求赔偿。又如租赁合同于终期届满前承租人毁损租赁物,则出租人可依违约或直接依所有权请求赔偿,而不必依据期待权提出请求。又,期待权亦应成为侵权行为之对象,如附期限法律行为当事人之外的第三人,有损害当事人因期限到来所应得利益之行为,应对所生损害负赔偿责任。

(四) 不许附期限的法律行为

法律行为以许附期限为原则,以不许附期限为例外。例如,身份上行为如结婚、收养及非婚生子女之认领等,债权行为如撤销、承认等,如前所述,这类行为也不许附条件,属于既不许附条件也不许附期限的法律行为。但应注意的,不许附条件的法律行为,未必不许附期限,如票据行为不许附条件,但可以附期限。

第八节 法律行为的解释

一、法律行为的解释

法律行为的解释亦即意思表示的解释,即对于意思表示内容含义所作解释。法律行为之所以需要解释,最根本的原因在于语言文字的多义性。由于此多义性,使法律行为所使用的文字词句可能有不同的含义,不经解释不能判明其真实意思。当事人的文化水平所限及法律知识欠缺,也往往造成法律行为中的用词不当,使双方真实意思难以明确表达。也可能有当事人出于规避法律或其他不正当目的,故意使用不适当的文字词句,掩盖当事人的真实意思。因此,法院在审理案件时,往往需要先对法律行为例如合同的内容进行解释。虽然在诉讼中当事人双方往往提出各自不同的解释,但最终作为判决的事实依据的,是法庭所作的解释。所以,法律上所谓法律行为的解释,仅指法庭所作的解释。

解释法律行为之目的,在探求当事人于意思表示中所表示的真意。唯须注意,此所谓当事人之真意,非指当事人内心之效果意思,而是指表示上的效果意思。因现代民法大抵采介于意思主义与表示主义之间的折衷主

义。在解释方法上一方面规定应探求当事人之真意,另一方面又规定不可拘泥于所使用之词句。

中国民法通则关于法律行为的解释未设规定,致实践中发生因解释不当而致错误判决。因此,合同法第125条第1款规定了合同解释规则:“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。”其中,所谓按照合同所使用的词句解释,即文义解释;按照合同的有关条款解释,即整体解释;按照合同的目的解释,即目的解释;按照交易习惯解释,即习惯解释;按照诚实信用原则解释,即诚信解释。合同法第41条规定了关于格式合同条款的特殊解释规则:“对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。”此即公平解释。

二、法律行为的解释方法

(一)文义解释

法律行为的解释,应从文义解释入手。所谓文义解释,指通过对法律行为所使用的文字词句的含义的解释,以探求法律行为所表达当事人的真实意思。但由于语言文字本身具有多义性,及当事人语言程度和法律知识的不足,难免可能使用不准确、不适当之词句,以致表示于外部的意思与当事人真实意思不一致,甚至可能有的当事人基于不正当目的,故意用不当词句隐蔽其真实意思。因此,进行文义解释,不应仅满足于对词语含义的解释,不应拘泥于所使用之不当词句。民法关于文义解释,要求解释法律行为,应探求当事人共同的真实意思,不得拘泥于所使用之词句。

各国民法关于文义解释大抵设有规定。例如,法国民法典第1156条规定:解释契约时,应寻求当事人的共同意思,而不拘泥于文字。德国民法典第133条规定:解释意思表示,应探求其真意,不得拘泥于字句。瑞士债务法第18条第1款规定:判断契约应就其方式及内容,注意当事人一致之真实意思,不得着重于当事人误解或隐蔽真意所用之不当文字或语句。中国台湾地区“民法”第98条规定:解释意思表示应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之词句。中国合同法第125条所规定的文义解释,应作同样理解。

(二)整体解释

所谓整体解释,指对合同各个条款作相互解释,以确定各个条款在整个合同中所具有的正确意思。

一个法律行为例如一个合同是一个整体,要理解其整体意思必须准确

理解其各个部分的意思;反之,要理解各个部分的意思,也必须将各个部分置于整体之中,使其相互协调,才可能理解各个部分的正确意思。如果将某个条款单独解释,或许存在不同的意思,难以确定哪一个意思是当事人的真意,但只要将该条款与其他条款相联系,相互解释,相互补充,即不难确定当事人的真实意思。

整体解释方法,规定在法国民法典第 1161 条:契约的全部条款得相互解释之,以确定每一条款从整个行为所获得的意义。国际统一私法协会国际商事合同通则第 4.4 条规定:合同的条款和表述应根据其所属的整个合同或全部陈述予以解释。中国合同法第 125 条所规定的整体解释,亦应作同样理解。

(三)目的解释

所谓目的解释,指解释法律行为时,如果法律行为所使用的文字或某个条款可能作两种解释时,应采取最适合于法律行为目的的解释。

例如,法国民法典第 1158 条规定:文字可能作两种解释时,应采取最适合于契约目的的解释。第 1157 条规定:如一个条款可能作两种解释时,宁舍弃使该条款不能产生任何效果的解释,而采取使之可能产生某些效果的解释。联合国国际货物销售合同公约(CISG)第 8 条规定:(1)为本公约的目的,一方当事人所作的声明和其他行为,应依照他的意旨解释,如果另一方当事人已知道或者不可能不知道此一意旨。国际统一私法协会国际商事合同通则(PICC)第 4.1 条规定:合同应根据当事人各方的共同意图予以解释;第 4.2 条规定:一方当事人的陈述和其他行为应根据该当事人的意图来解释,如果另一方当事人已知或不可能不知道该意图;第 4.3 条规定:在适用本章第 4.1 条和第 4.2 条时,应考虑到所有情况,包括“合同的性质和目的”。中国合同法第 125 条明文规定了目的解释。

当事人进行法律行为如订立合同必有其目的,该目的是当事人真意之所在,为决定法律行为内容之指针。因此,解释法律行为自应符合当事人所欲达成之目的。如当事人意思表示的内容前后矛盾或暧昧不明,应通过解释使之协调明确,以符合当事人之目的。合同所使用的文字或某个条款有两种相反的意思,自应采取其中最适合于当事人目的的意思。如果合同某个词句、条款可能作两种解释,而一种解释使合同无效,另一种解释使合同有效,则应采使合同有效的解释。因为,使合同有效符合双方当事人的目的。唯应注意,此所谓当事人目的,指双方当事人共同目的或者至少是为对

方当事人已知或应知的一方当事人目的。若属于对方不可能得知的一方当事人目的,自不得作为解释之依据。

(四) 习惯解释

所谓习惯解释,指法律行为如合同所使用的文字词句有疑义时,应参照当事人的习惯解释。

例如,法国民法典第 1159 条规定:有歧义的文字依契约订立地的习惯解释之。第 1160 条规定:习惯上的条款,虽未载明于契约,解释时应用以补充之。德国民法典第 157 条规定:契约应依诚实信用的原则及一般交易上的习惯解释之。美国统一商法典第 1—205 条亦规定:行业习惯得作为解释合同的依据。联合国国际货物销售合同公约第 8 条规定:在确定一方当事人的意旨或一个通情达理的人应有的理解时,应适当地考虑到与事实有关的一切情况,包括谈判情形、当事人之间确立的任何习惯做法、惯例和当事人其后的任何行为。第 9 条规定:(1) 双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。(2) 除非另有协议,双方当事人应视为已默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或理应知道的惯例,而这种惯例,在国际贸易上,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。国际统一私法协会国际商事合同通则第 4.3 条规定,解释合同应考虑到:当事人之间已确立的习惯做法;在所涉交易中,通常赋予该合同条款和表述的含义;惯例。中国合同法第 125 条明文规定了习惯解释。

习惯解释的依据在于,人们的行为除受法律的支配外,往往还受习惯的支配。各地有各地的习惯,各行业有各行业的习惯,如不违反法律强行性规定和公序良俗,应可作为解释法律行为当事人真实意思的依据。例如,在合同内容有歧义时,应依据习惯予以明确;在合同约定不完全致使权利义务难以确定时,应依据习惯予以补充。此为各国法律及国际公约所公认的解释方法。唯应注意,采为解释依据的习惯,应是当事人双方共同遵守的习惯,如果仅为一方的习惯,除非订立合同时已将该习惯告知对方并获得对方认可,否则不应采为解释的依据。此外,习惯属于事实,无论地方习惯或行业习惯,其是否存在及为对方所认可,应由主张一方负举证责任。

(五) 公平解释

所谓公平解释,指解释法律行为应当遵循公平的原则,兼顾当事人双方的利益。在依法律行为所使用文字词句,有两种不同的含义时,若是无偿法

律行为,应按对债务人义务较轻的含义解释;反之,若是有偿法律行为,则应按对双方均较公平的含义解释。如果属于依一方当事人单方面决定的定式条款所成立的法律行为,即所谓定式合同或附合契约,在有歧义时,应按对决定条款一方不利的含义解释。

例如,法国民法典第1162条规定:契约有疑义时,应作不利于债权人而有利于债务人的解释。南斯拉夫债务法第101条规定:解释合同应符合公平原则,遇有歧义时,如属无偿合同应按对债务人义务较轻的含义解释,如属有偿合同则应按对双方均较公平的含义解释。国际统一私法协会国际商事合同通则第4.6条规定:如果一方当事人所提出的合同条款含义不清,则应作出对该方当事人不利的解释。中国民法通则规定公平原则为民法基本原则,解释法律行为当然也应遵循。中国合同法第41条针对格式合同条款规定了公平解释。

现代民法,以公平原则为指导当事人缔结民事法律关系之基本原则,同样也是指导法院或仲裁庭解释法律行为的基本原则。作为一种解释方法,首先要求解释法律行为应当遵循公平的原则,为对合同解释的一般要求。但法律行为又分为有偿行为与无偿行为,公平解释方法要求区别对待。因无偿行为非关于商品交换,自应按对债务人较轻的含义解释。而有偿行为实质为商品交换关系,应兼顾双方利益,解释时应尽可能采取对双方均较公平的含义。另外,现实中往往有一方当事人单方面决定法律行为内容的情形,即通常所称格式合同或附合契约,这种情形应采取不利于单方面决定法律行为内容的一方当事人的含义。这样解释,是出于对经济上的弱者予以特殊保护的考虑。

(六) 诚信解释

所谓诚信解释,指解释法律行为应遵循诚实信用的原则。

例如,德国民法典第157条规定:契约应依诚实信用的原则及一般交易上的习惯解释之。日本最高裁判所昭和32年7月5日判例:所谓诚实信用原则,已广泛适用于债权法领域,它不仅适用于权利行使和义务履行,而且也应成为解释当事人缔约目的所适用的基准。

诚实信用原则为现代民法上指导当事人行使权利履行义务之基本原则,也是指导法院或仲裁庭正确解释法律行为的基本原则。中国民法通则第4条规定,诚实信用为一切民事活动所应遵循之基本原则。该条文义上虽仅将民事活动列为调整对象,但考虑到立法目的,即使得

民事活动尽量符合诚实信用的要求,法律行为之解释亦应包括在内。合同法第125条明文规定了诚信解释规则。依诚实信用原则,法律行为所使用文字词句有疑义时,应依诚实信用原则确定其正确意思,法律行为内容有漏洞不能妥善规定当事人权利义务时,应依诚实信用原则补充其漏洞。法律行为存在两种解释而无法判断哪一种解释正确时,应采诚信解释,先假定采第一种解释并据以作出判决,再假定采第二种解释并据以作出判决,然后比较两种判决的结果,以所得出判决结果使双方当事人之间的利害关系大体平衡的解释,为符合诚实信用原则的妥当解释。此外,无论采何种解释方法,最后所得解释结果均不得违反诚实信用原则。法律行为内容经解释仍不能与诚实信用原则相协调者,应无效。

第九节 民事行为的无效与撤销

一、民事行为概说

如前所述,法律行为概念是大陆法系民法最重要的基础概念。假如没有法律行为概念,就不可能有法律行为制度,不可能形成民法总则,作为大陆法系民法特色的体系性和学理性也将大为逊色。中国民法通则则在继承法律行为概念基础上,另创“民事行为”一语,作为法律行为的上位概念,以此回避因“无效法律行为”这一不合逻辑用语所引起的无益争论。民法通则所采用的“民事行为”,属于中性概念,指民事主体实施的旨在发生一定法律后果的行为。^[25]

民事行为不具备成立要件,谓民事行为不成立,或者法律行为不成立,均无不可。实际上等同于当事人未实施任何行为,当然不涉及有效、无效、撤销等问题。具备成立要件,且具备生效要件,则民事行为当然具有完全的效力,法律上无须特别规定。而具备成立要件,不具备生效要件时,严格说来本应一律无效。但民法基于立法政策考虑,依所欠缺生效要件的性质而区别对待。其所欠缺的要件属于有关社会公益,则使之当然无效;如仅关系当事人之间的利益,则使之可撤销;如仅属于程序上的欠缺,则使之效力未

[25] 参见尹田:《法律行为与代理制度研究》,重庆大学出版社1993年版,第15~16页。

定,使有补正之余地。

二、民事行为的无效

(一)无效的意义

所谓无效的民事行为,指因欠缺民事行为的生效要件,在法律上确定的、当然、完全不发生法律效力的行为。

其一,此所谓无效,指民事行为完全不发生法律效力。无效的民事行为,指民事行为因具备全部成立要件已经成立,但因欠缺生效要件,因而在法律上看来,虽有民事行为之外形,而在实际上不发生该民事行为当事人所欲发生的法律效力。如订立买卖合同,因符合成立要件,合同已经成立,但因合同内容违反法律禁止性规定而致合同无效。因此,不发生买卖合同的效果。但须注意的是,此所谓不发生法律效力,仅指不发生该民事行为的效果,并不妨发生该民事行为效果之外的其他法律效果。例如,在具备侵权行为构成要件时将发生侵权责任的损害赔偿请求权,或在具备不当得利构成要件时将发生不当得利请求权。

其二,此所谓无效,指民事行为自始完全不发生法律效力。无效的民事行为,因不具备生效要件,自该行为成立之时即为无效,即自始不曾发生法律效力。此与行为成立即已发生(完全的或不完全的)法律效力,此后因解除或撤销而归于无效的情形不同。民法通则第58条第2款规定:无效的民事行为,从行为开始就没有法律的约束力。即明定自始不生效力。

其三,此所谓无效,指民事行为当然的完全不发生法律效力。无效的民事行为,其无效属于当然无效,不问当事人意思如何当然不生效力,既不需要当事人主张其无效,也不需经过任何程序。此与民事行为的撤销或解除须依当事人的意思并经一定程序,均不相同。须说明的是,无效的民事行为系当然无效,不待法院或仲裁机构之裁判,但当事人对于其是否无效有争议时,不妨提起无效确认之诉,请求法院予以确认。

其四,此所谓无效,指民事行为确定的完全不发生法律效力。无效的民事行为,不仅于其成立时不发生法律效力,此后亦绝无再发生法律效力之可能。即其不生效力,已属确定。此与效力未定的民事行为,可以经过补正而生效不同。效力未定的民事行为,如代理人超越代理权所订合同,如经被代理人追认,即因此变为完全有效。无效的民事行为,如以法律禁止流通物为标的物的合同,纵然以后法律修改准予该类标的物流通,该合同也不能变为有效。因此,学上说称无效的民事行为犹如死胎,虽有妙手神医亦不能使之

复生。这与效力未定的民事行为,是完全不同的。

(二)全部无效与一部无效

民事行为,以无效原因系存在于行为内容之全部或一部,可分为全部无效与一部无效。全部无效,则该民事行为当然全部不生效力,别无问题。如属于一部无效,则应如何处置?民法通则第60条规定:民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。依解释,民事行为部分无效的,无效部分除去后,将影响其他部分的效力的,该民事行为应全部均归无效;无效部分除去后,不影响其他部分的效力的,则其他部分仍然有效。可见,民事行为一部无效时,原则上应全部归于无效,例外情形,以无效部分除去不影响其他部分的效力为条件,可以认可其他部分为有效。

所谓一部无效不影响其他部分效力的民事行为,主要有下述情形:

其一,民事行为标的之数量超过法律许可范围。例如,借贷合同约定利息超过国家规定的最高利率,其高于国家规定的最高利率的部分无效。又如遗嘱将全部财产遗赠他人而剥夺了法定继承人的应继份额,违反继承法关于应继份的规定,则相对于法定继承人应继份额的遗赠部分因违反强行性规定而无效。

其二,民事行为之标的,由数种不同事项拼合而成,其中一项或数项无效。例如,买卖合同标的物有数个,其中之一为法律禁止流通物,则该项买卖中仅买卖禁止流通物部分无效,其他部分仍可有效。

其三,民事行为非主要条款,因违反法律禁止性规定或公序良俗而无效。例如,雇用合同约定“工伤概不负责”,该约款因违反公序良俗被法院认定无效,而雇用合同本身并不无效。再如借贷合同由主管机关担任保证人,保证条款因违反担保法关于国家机关不得担任保证人的强行性规定而无效,借贷合同并不因而无效。

(三)绝对无效与相对无效

无效的民事行为,以其无效效果的范围为标准,可分为绝对无效与相对无效。绝对无效的民事行为,不以当事人之间为限,任何人均可主张其无效。相对无效的民事行为,其无效效果受到限制,仅当事人之一方可主张其无效。无效的民事行为,以绝对无效为原则,而以相对无效为例外。例如,违反公序良俗的民事行为,本属于绝对无效,近年来各国法院已改变态度,仅承认受不利益一方当事人有权主张其无效。

三、民事行为可撤销

(一)撤销的意义

撤销一词在民法上较为常用,且有不同的含义。例如,法人之撤销、监护人之撤销,其意义在于使某种法律资格归于消灭;失踪宣告之撤销、死亡宣告之撤销,其意义在于取消某种决定。这两种撤销,撤销权均归授予法律资格或作出决定的国家机关,其实质属于司法权力或行政权力的活动。此所谓可撤销的民事行为,与上述撤销的含义不同,是指民事主体行使撤销权消灭民事行为的法律效力。其撤销权为民事权利之一种,所撤销的对象是民事行为。概而言之,所谓撤销,指有撤销权人溯及地消灭民事行为效力的权利行使行为。

(二)可撤销的民事行为

可撤销的民事行为,区别于完全有效的民事行为,在于法律赋予当事人一方以撤销权,该当事人据此可以请求法院撤销该民事行为,或者不请求撤销而请求变更其内容。可撤销的民事行为,经变更后,即成为完全有效的民事行为;经撤销后,则归于完全无效。可见,可撤销的民事行为,既区别于有效的民事行为,也区别于无效的民事行为,既存在变成有效民事行为的可能性,也存在变成无效民事行为的可能性。

(三)可撤销的民事行为属于效力不完全

可撤销的民事行为,既区别于完全有效的民事行为,也区别于无效的民事行为,在性质上应属于效力不完全的民事行为。^[26]

须注意的是,关于可撤销的民事行为的性质,学说上存在分歧。传统观点认为,可撤销的民事行为,已经具备全部生效要件,从成立时起效力即已确定,与完全有效的民事行为,并无区别。仅因其意思表示有瑕疵,法律使一方当事人享有撤销权。因此,可撤销的民事行为,属于附撤销权的有效民事行为。作者认为,此种观点之不当,可从下述几方面予以说明:

首先,不正之处在于未正确解释撤销权的实质。法律因民事行为的意思表示存在瑕疵,特赋予一方当事人以撤销权,此撤销权的存在当然成为民事行为法律效力之障碍。享有撤销权的一方可以完全不受该民事行为的约束,他凭借撤销权既可依自己的意思变更民事行为的内容,或者使之归于消

[26] 此前作者曾主张可撤销的民事行为属于效力未定,现在看来有所不当。参见梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第134页。

灭,也可以放弃撤销权而使该民事行为产生完全的效力。可见,实质上可撤销的民事行为仅对无撤销权的一方当事人具有约束力,谓之为完全有效而否认其处于效力不完全状态,在理论上难称妥当。

其次,认为可撤销的民事行为在性质上属于有效的民事行为,也与民法通则的规定不合。民法通则关于民事行为的分类,系采三分法,即将民事行为分作三类:有效的民事行为、无效的民事行为及可撤销的民事行为。这从民法通则第四章第一节,尤其第 57 条、第 58 条、第 59 条的法条排列,即可明了。

最后,认为可撤销的民事行为性质上为有效的民事行为,将导致对撤销和解除两个不同概念的混淆。中国民法通则的立法思想,系将可撤销民事行为之撤销概念,与法律行为的解除概念,严格区分。按照第 57 条的规定,解除系针对完全有效的民事行为而言,解除的实质在于使完全有效的民事行为归于消灭。所谓解除,即解消其法律约束力之意。对于无效的民事行为及效力不完全的民事行为,均不发生解除问题。这从第 57 条规定观之甚明。而按照第 59 条规定的立法宗旨,撤销系针对效力不完全的民事行为而言,其本质在于使效力不完全的民事行为归于消灭。

(四)撤销权

1. 撤销权的意义

按照民法通则的规定,撤销权为溯及地使可撤销的民事行为归于消灭的权利。

2. 撤销权的性质

撤销权,在性质上属于形成权的一种。具有从权利的性质,因此不得与基于可撤销的民事行为所生的权利相分离而转让。

3. 撤销权的效力

撤销权的效力,在于溯及地使可撤销民事行为归于消灭。德国民法典第 142 条规定:可撤销的法律行为,被撤销者,其法律行为视为自始无效。日本民法典第 121 条规定:得撤销之行为,视为自始无效。中国民法的规定,与此有异。按照民法通则第 59 条、合同法第 54 条的规定,撤销权人可以要求撤销该民事行为,也可以仅要求变更其内容。撤销权人仅要求变更的,法院不得撤销;撤销权人要求撤销的,法院既可以变更也可以撤销。因此,中国民法撤销权在效力上较具灵活性,不仅包含撤销的效力,还具有变更的效力。

4. 撤销权的行使

撤销权的行使,为撤销权人单方的行为,无须相对人表示同意。此从撤销权性质上属于形成权,即可明了,各国民法规定并无不同。但须注意,关于撤销权的行使,德国、日本及中国台湾地区“民法”,均仅要求以意思表示向相对人为之。而中国民法的规定则与之不同。按照民法通则第59条、合同法第54条的规定,撤销权人应向人民法院或仲裁机构提出请求,换言之,撤销权的行使应采请求变更或撤销之诉或仲裁申请的方式为之。依解释,如果撤销权人不采取向法院起诉或向仲裁机构申请仲裁的方式为之,而直接向相对人以意思表示为之,应不发生撤销权行使的效力(如相对人表示同意则可发生协议解除的效力)。

5. 撤销权的消灭

其一,因除斥期间经过而消灭。撤销权既属于形成权,有溯及地使可撤销的民事行为归于消灭的效力,则应有除斥期间的限制。除斥期间的作用,在促使撤销权人尽快地行使权利,并保护相对人利益,有利于交易安全。除斥期间经过,撤销权即归消灭,可撤销的民事行为因而成为完全有效的民事行为。中国民法通则未规定除斥期间,依最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》所作解释,可撤销的民事行为,从成立时起经过1年的,不得请求变更或撤销。合同法第55条规定:具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内未行使撤销权的,撤销权消灭。此1年期间,属于除斥期间。须注意的是,因受胁迫而具有撤销权者,其撤销权的除斥期间应自胁迫终止之时起算为合理。在胁迫持续期间,撤销权人虽明知撤销事由,却无从行使撤销权,若胁迫持续1年以上,依上述规定即丧失撤销权,则撤销权的规定对受胁迫人形同虚设,显然有悖立法目的。

其二,因权利人抛弃而消灭。撤销权既属于民事权利,其是否行使取决于权利人的意思,权利人当然可以抛弃其撤销权。有撤销权的当事人,于除斥期间经过前抛弃权利,撤销权因而消灭,可撤销的民事行为即变为完全有效的民事行为。合同法第55条规定:具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的,撤销权消灭。依解释,撤销权人抛弃撤销权,有两种方式:一是以意思表示向相对人为之;二是以自己的行为。鉴于撤销权抛弃的性质,撤销权人抛弃撤销权的意思表示应当采取书面形式。撤销权人在除斥期间经过前将标的物消费、转卖或将权利转让,应

当解释为属于“以自己的行为放弃撤销权”。

四、效力未定的民事行为

(一)效力未定的意义

民法关于民事行为效力状态的分类,除有效、无效、可撤销外,还有效力未定。所谓效力未定的民事行为,指效力是否发生,尚未确定,有待于其他行为使其确定的民事行为。

效力未定的民事行为,不同于无效的民事行为。因无效的民事行为,其不发生效力,自始已经确定,不因任何其他行为而再生效力,也不须任何其他行为而再确定其不生效力。而效力未定的民事行为,其是否发生效力,尚未确定,须待其他行为而使其确定。

效力未定的民事行为,既存在转变为无效的民事行为的可能性,也存在转变为完全有效的民事行为的可能性,因此类似于可撤销的民事行为。但两者也有差异。可撤销的民事行为,固然同时存在变为无效(撤销权人请求撤销)和变为有效(除斥期间经过或撤销权人抛弃权利)两种可能性,但不得认为可撤销的民事行为尚未发生效力。实际上,可撤销的民事行为,从成立时起,已经发生一定的效力,只不过该效力仅能约束无撤销权的一方当事人,不能约束有撤销权的一方当事人,因此属于效力不完全。而效力未定的民事行为,其效力发生与否,尚处于悬而未决之状态。

(二)效力未定的民事行为的种类

中国民法通则关于效力未定的民事行为,未设一般规定,仅在第12条、第13条及第66条,涉及效力未定的民事行为。合同法在关于合同效力的第三章,就效力未定的合同设有详细规定,即第47条、第48条、第51条。依该法规定,效力未定的合同有三种:其一,无行为能力、限制行为能力人缔结的合同;其二,无代理人以被代理人名义缔结的合同;其三,无处分权人处分他人财产的合同。

(三)须第三人追认的民事行为

1. 须第三人追认的民事行为的意义

须第三人追认的民事行为,指行为之是否生效取决于第三人是否追认的民事行为。主要是限制民事行为能力人实施的民事行为。民法通则第12条规定:10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以独立进行与他的年龄、智力相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。第13条规定:不能完全辨认自己行

为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。考虑到民法通则所使用的“同意”一语难称妥帖,因此合同法第47条改称“追认”。该条规定:限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效。

2. 第三人追认

(1) 追认的性质

在须第三人追认的民事行为,该第三人是否追认,将决定该行为是否发生法律效力。依民法理论,所谓追认,指有追认权人使他人所为民事行为发生效力的单方行为。追认作为一种单方行为,其作用在于使他人所为的民事行为发生法律效力,因此具有补助行为的性质。

(2) 追认的效力

追认的效力在于,须第三人追认的民事行为,一经该第三人追认,即溯及于成立之时,发生完全的效力;反之,一经该第三人拒绝追认,即溯及于成立之时,成为无效的民事行为。

(3) 追认的方式

追认既属于单方行为,则依单方的意思表示即可成立,在有相对人的民事行为,则可向当事人之任一方以意思表示为之。且追认不须依一定方式。例如,限制民事行为能力人所实施的民事行为,即使属于要式行为,法定代理人的追认,也不须任何方式,且不论向该限制行为能力人或向其相对人表示,均发生追认的效力。

(4) 相对人的保护

民法为保护相对人利益,使相对人在一定期间有催告权和撤回权。合同法第47条第2款规定:与限制民事行为能力人缔结合同的相对人,可以催告法定代理人在1个月内予以追认。法定代理人在收到催告通知后,未作表示的,视为拒绝追认。在法定代理人未追认前,善意相对人有撤销的权利。撤销权的行使应当采取书面形式。该款所谓撤销权,应解释为撤回权,所撤回的是相对人为成立该民事行为所作的意思表示。该民事行为因相对人之撤回意思表示,视同自始未成立。

(四) 须本人追认的民事行为

须本人追认的民事行为,指行为之是否生效,取决于本人是否予以追认的民事行为。主要是无代理权人以被代理人名义实施的民事行为。民法通

则第 66 条规定:没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。合同法第 48 条规定:行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。

须本人追认的民事行为,与前述须第三人追认的民事行为,颇为类似。两者的差别在于:其一,有权决定民事行为是否发生效力的人,非第三人,而是民事行为当事人之一方;其二,当该有权决定民事行为是否生效的人(本人)作出否定的表示时,该民事行为并非转变为完全无效的民事行为,而仅仅是不对该本人发生效力,这种情形应由以本人名义实施该民事行为的无权代理人承担民事责任;其三,在须本人追认的民事行为,决定行为是否生效的权利,亦称为追认权。本人的追认权,与法定代理人的追认权,其共同的作用在于决定已成立的法律行为之是否发生效力,因此同属于民事权利分类中的变动权。但两者亦有差别,本人的追认权,其作用在于,决定无权代理人以本人名义所实施的民事行为是否发生效力,亦即变动自己(本人)与他人(相对人)之间的法律关系,因此属于变动权中的形成权;法定代理人的追认权,其作用在于,决定限制民事行为能力人所实施的民事行为是否发生效力,亦即变动他人(限制行为能力人)与他人(相对人)之间的法律关系,因此属于变动权中的可能权。

关于无权代理详见本书第七章第六节。

(五) 无权处分行为

1. 无权处分行为的意义

按照民法理论,法律行为可分为负担行为与处分行为。前者系指发生债权债务之行为,故又称为债权行为,如租赁、保证。后者系指使某特定权利直接发生得丧变更之行为,如抵押权的设定行为、商标权的转让行为。动产或不动产的买卖,虽属于债权行为,但债权的行使或债务的履行结果,将导致物权的移转变更,因此既包含负担行为也包含处分行为。中国合同法第 130 条规定:买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同。此买卖合同定义对负担行为与处分行为一体把握,将处分行为纳入债权行为之中,视标的物的所有权变动为买卖合同直接发生的效力。与此相应,合同法第 135 条规定,移转标的物所有权是出卖人的义务。

既然买卖合同的效力包括了标的物所有权移转,则当然要求出卖人对所出卖之物有处分权。因此,合同法第132条规定,标的物应当属于出卖人所有或者出卖人有处分权。根据该条规定,买卖合同,如果标的物不属于出卖人所有且出卖人对其无处分权,即属于无权处分行为。

其一,无权处分行为,是无处分权人就他人的权利标的所为的处分行为。所有权人、所有权人的法定代理人及所有权人所授权的人,有处分权。有处分权人所为的处分行为,当然有效。无权处分行为,系指无处分权人就他人的权利标的所为的处分行为。

其二,无权处分行为,是无处分权人以自己的名义所为的处分行为。无处分权人不以自己的名义,而以权利人的名义实施处分行为,将构成无权代理行为,应适用民法关于无权代理的规定,不属于此所谓无权处分行为。

2. 无权处分行为的效力

法律为维护财产关系的静的安全,不允许出卖他人之物。例如,法国民法典第1599条规定:就他人之物所成立的买卖,无效。无权处分行为,本属于违法,在刑事上往往构成犯罪,在民事上往往构成侵权行为。因此,无权处分行为,本不生处分的效力,应属于无效的民事行为。但法律为照顾实际上的便利,于特定情形,作为例外,使其发生效力。例如,德国民法典第185条规定:无权利人对标的物所为的处分,如经权利人事后追认,或因处分人取得标的物时,或权利人成为处分人的继承人而对其遗产负无限责任时,为有效。中国民法通则未就无权处分行为设立规定,显属漏洞。为此,合同法就无处分权人订立的合同,专设第51条:无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。依解释,此规定亦应准用于无处分权的人处分他人财产的单方行为。依本条规定,无权处分行为,其是否发生效力,取决于权利人之是否追认及处分人是否取得处分权。

其一,无权处分行为,经权利人追认的,溯及于成立之时发生效力。权利人的追认权,是以权利人单方意思表示变动无权处分人与相对人之间的法律关系,性质上属于变动权中的可能权。

其二,无权处分行为,因处分人取得处分权,溯及于成立之时发生效力。虽行为成立时,处分人无处分权,致处分行为效力未定,但事后处分人如因继承或买受而取得处分权,则该处分行为已得到补正,成为完全有效的民事

行为。^[27]当然应溯及于成立时有效。

其三,无权处分行为,权利人不追认并且处分人事后也未取得处分权的,应溯及于成立时无效。^[28]

于无权处分行为无效情形,出于特殊保护交易善意买受人的政策目的,采登记(交付)生效主义的民法,以不动产登记公信力和动产善意取得两项制度,分别保护不动产交易的善意相对人和动产交易的善意相对人。不动产交易的善意相对人,直接根据不动产登记公信力制度取得不动产权;动产交易的善意相对人,直接根据动产善意取得制度取得动产物权。中国物权法,将不动产登记公信力和动产善意取得两项制度合二为一,建立统一的善意取得制度(第106条),呈现出中国民法的特色。^[29]但所谓“善意”的构成,仍因不动产和动产而有区别。即在不动产权之善意取得,所谓“善意”是指信赖不动产登记而不知该登记与实际物权状况不符;在动产物权之善意取得,所谓“善意”是指信赖动产占有而不知该占有人并无处分权。善意取得制度,为无权处分制度之例外规则,须属于无权处分行为,且因权利人不追认和处分人事后未获得处分权而致无权处分行为无效,才有善意取得制度适用之余地,自不待言。

五、公序良俗原则

(一)公序良俗的意义

在本书第一章民法基本原则一节,已经谈到公序良俗原则为现代民法一项重要的基本原则,在现代民法上占有极重要的地位,具有修正和限制私法自治原则的功能。这一重要功能正是通过使违反公序良俗的民事行为无效,来实现的。亦即,违反公序良俗,成为现代决定民事行为无效的最重要的原因。如法国民法典第6条规定:个人不得以特别约定违反有关公共秩

[27] 处分人为权利人的继承人时,可因继承而取得处分权。

[28] 这里说的无效,不是处分行为无效,而是无权处分的合同无效,即买卖合同无效。不能解释为买卖合同有效,仅处分行为无效。有的学者作这样解释,实际上是以债权合同与物权行为、负担行为与处分行为的区分为根据的,与合同法立法思想不符。

[29] 物权法第106条规定:“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的;(二)以合理的价格转让;(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。”

序和善良风俗的法律。德国民法典第138条规定:违反善良风俗的行为,无效。日本民法典第90条规定:以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为无效。中国台湾地区“民法”第72条规定:法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效。中国民法通则虽未使用公序良俗概念,也有类似的规定,这就是第58条:违反社会公共利益的民事行为无效。依学者解释,此所谓违反社会公共利益,与违反公序良俗同义。

公序良俗原则,属于不确定概念和一般条款,其内涵和外延均不确定。民法之所以需要规定公序良俗原则,是因为立法当时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定,故设立公序良俗原则,以弥补禁止性规定之不足。公序良俗原则,性质上为授权型规定。目的在于,遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为,而又缺乏相应的禁止性法律规定时,法院可直接依据公序良俗原则认定该行为无效。

(二)公序良俗原则的发展

1. 从政治的公序到经济的公序

自法国民法典规定公序良俗原则以来,在长达一个多世纪的时期,这一原则以保卫社会主要组织即国家和家庭为目的,因此称为政治的公序。政治的公序与财产和劳务的交换即市场经济活动无直接关系。因为市场经济活动应由当事人依契约自由原则去决定,公序良俗原则仅在于防止无限制的契约自由损害国家和家庭秩序。第二次世界大战后,由于市场经济的发展及国家经济政策的变化,导致公序良俗概念的扩张,即在传统的政治的公序之外,认可经济的公序。所谓经济的公序,指为了调整当事人间的契约关系,而对经济自由予以限制的公序。经济的公序,目的在于使国家可以介入个人间的契约关系。

经济的公序又分为指导的公序与保护的公序。指导的公序是统治经济所产生的概念,为了贯彻国家经济政策,从个人间的契约关系中强行排除不符合国家经济政策的东西,如认定违反国家定价的契约无效。从20世纪70年代以后,各国改变凯恩斯经济政策,废止价格管制法规之后,指导的公序已经不再占据重要位置,而让位于保护的公序。所谓保护的公序,指保护劳动者、消费者、承租人和接受高利贷的债务人等现代市场经济中的弱者的公序。指导的公序,是关系全体人民利益的公序,而保护的公序,则是对市场经济中的弱者个人利益予以特殊保护的公序。从判例学说来看,保护的

公序是近年来最为活跃的领域。

2. 以公序良俗原则作为保护消费者的手段

以日本为例,自20世纪70年代中期以来,有关各种“恶德”交易方法受害,而给予受害消费者损害赔偿救济的判例增加。所谓“恶德”交易方法,如连锁贩卖交易或无限连锁推销方式(俗称老鼠会),使消费者蒙受重大损害。法院在这类判例中,运用公序良俗原则作为保护消费者的手段,以交易方法、交易结构本身的不当性、劝诱方法的不当性为由,认定构成公序良俗违反,使消费者获得损害赔偿。于是,在现代市场经济条件下,公序良俗原则,成为保护消费者的一种法律手段。

3. 以公序良俗原则作为保护劳动者的法律手段

战后判例实务的另一个突出特点,是法院运用公序良俗原则,强行干预劳动关系,以达到保护劳动者的目的。这方面的判例大致可分为两类:一是公司利用自己的经济优势,在与雇员签订的劳动契约、劳动协议中,给予雇员不当的不利益。例如,规定以雇员对公司无不利行为作为支付退职金的条件;关于奖金的不利于雇员的规定;对出勤率低的雇员不予加薪的规定,等等。二是公司在劳动契约中规定的男女差别条款,如女子提前退休条款;女雇员一经结婚视为自动离职的条款;男女劳动报酬差别的规定,等等。尤其自20世纪70年代以来,各国法院频繁地作出上述条款和规定违反公序良俗原则而无效的判决,以实现保护劳动者的目的。表明法院为了改善劳动条件,维护劳动关系的公正,利用公序良俗原则,作为强行介入劳资关系的法律手段。

4. 从绝对无效到相对无效

公序良俗违反的效果,为该民事行为绝对无效。此系判例学说一贯的立场。所谓绝对无效,指从该民事行为成立之时起,当然、确定、全部无效,无论何人均可主张其无效。绝对无效,对于违反政治的公序及违反经济的公序中的指导的公序,均不发生问题。唯独对于违反经济的公序中的保护的公序,则有可能不利于应受保护一方的利益。因此,在违反保护的公序的情形,法院改采相对无效:使受保护一方有主张无效的权利;在无效的范围上,从全部无效改为部分无效,亦即依应受保护一方的利益,仅认定违反公序良俗的条款无效,而使其余条款继续有效;并允许有权主张无效的一方可以溯及地予以追认。在公序良俗违反的效果上承认相对无效,就使法院获得更大的机动性,可以更好地协调当事人之间的利害关系,达到保护经济上

的弱者的目的。

(三)公序良俗违反行为类型

1. 危害国家公序行为类型

国家公序,指国家政治、经济、财政、税收、金融、治安等秩序,关系国家人民根本利益,其违反行为无论过去和现代均属于公序良俗违反行为之重要类型。例如,以从事犯罪或帮助犯罪为内容的契约;投票用紙的买卖契约;身份证件的买卖合意;规避课税的合意;意图影响投票结果而为选举人提供免费饮料的合意等。

2. 危害家庭关系行为类型

家庭关系属于政治公序。这一类型在公序良俗违反行为中从来占有重要位置。例如,约定子女与父母别居的协议;约定子女对父母不承担扶养义务的协议;约定夫妻别居的协议;约定断绝亲子关系的协议;代理他人怀孕的协议等。

3. 违反性道德行为类型

性道德为善良风俗之基本内容。依公序良俗原则确认这类违反行为无效,对于维系社会起码的道德秩序,至关重要。例如,妓馆之开设、转让契约;为开设妓馆而购买或承租房屋的契约;以继续姘居关系为条件的财产移转等。

4. 射幸行为类型

射幸行为指以他人的损失而受偶然利益之行为,因有害于一般秩序而应无效,如赌博、买空卖空、彩票、巨奖销售等;但经政府特许者除外。

5. 违反人权和人格尊重行为类型

人权和人格之尊重,为现代民主法制社会之前提条件。中国宪法明文规定保障人身自由和人格尊严不受侵犯。因此,依公序良俗原则规范违反人权和人格尊重的行为,具有重大意义。例如,过分限制人身自由的劳动契约;以债务人人身为抵押的约款;强制债务人在债主家做奴仆以抵偿债务的约款;企业或商店对雇员或顾客进行搜身检查的规定等。

6. 限制经济自由行为类型

经济自由为市场经济的基本条件,其违反行为当然无效。例如,竞业禁止条款,限制职业自由的条款。经济体制改革以来,严重存在的利用经济地位或行政权力分割市场、封锁市场、限制商品和人员流动的规定或协议,亦可归入这一类,依公序良俗违反而认定为无效。

7. 违反公平竞争行为类型

公平竞争为市场秩序的核心,当然应受公序良俗原则的保护。属于这一类的行为有:拍卖或招标中的围标行为;以贿赂方法诱使对方的雇员或代理人与自己订立契约;以使对方违反其对于第三人的契约义务为目的的契约等。

8. 违反消费者保护行为类型

现代市场经济条件下,消费者为经济上的弱者,不能与拥有强大经济力的企业相抗衡,于是各国制定并执行消费者保护政策,由国家承担保护消费者的责任。因此,消费者保护成为公序良俗原则适用的重要领域。违反消费者保护的行为,主要是利用欺诈性的交易方法、不当劝诱方法及虚假和易使人误信的广告、宣传、表示,致消费者遭受重大损害的行为。自改革开放以来,这类行为已达到泛滥程度,如无限连锁推销方式、交友热线电话等即其典型事例。

9. 违反劳动者保护行为类型

同消费者一样,劳动者也是现代市场经济条件下最易于遭受损害的弱者,因此保护劳动者为现代保护的公序的重要领域。运用公序良俗原则保护劳动者,是各国依公序良俗原则处理的重要类型。例如,劳动关系中以雇员对企业无不利行为作为支付退职金条件的规定;女雇员一经结婚视为自动离职的所谓“单身条款”;“工伤概不负责”的约款;雇员须向雇主缴纳保证金的约款;要求雇员为顾客对雇主的债务担保的约款;男女同工不同酬的差别待遇规定等。

10. 暴利行为类型

德国民法典第138条第2款将暴利行为作为违反公序良俗的特例,加以规定。但由于暴利行为须具备“双重要件”,即给付显失均衡的客观要件和有乘对方穷迫、轻率或无经验的主观要件,因此在实务中认定为暴利行为的事例极少。虽经1976年的修正法,修改为“乘他人的强制状态、无经验、判断力欠缺或显著意志薄弱”,也未达到缓和主观要件的目的。而判例实务将本应适用第138条第2款的行为,改为适用第1款作为一般违反公序良俗行为处理,学说称为准暴利行为,值得重视。日本民法未特别规定暴利行为,虽解释上认为有客观要件和主观要件,但实务上对于不具备主观要件仍然认定为暴利行为的事例不少。20世纪90年代以来的判例学说有所谓新型暴利行为的主张,值得重视,即为了更好地保护消费者及规制交易约

款,将本应适用法律关于错误、欺诈、胁迫及意思能力欠缺的规定的事例,作为新的暴利行为类型,依公序良俗违反行为处理。中国民法通则将传统民法上的暴利行为分为两种:一是乘人之危,二是显失公平。显失公平的构成,并不要求有主观要件,只要求具备客观要件。凡合同内容双方给付显失均衡,致一方遭受重大损害的,均可构成显失公平的民事行为,受重大损害的一方有权请求法院予以变更或撤销。须注意的是,我国民法通则上的显失公平的民事行为,在效果上不是无效,而是可撤销,颇近于德、日判例学说所谓相对无效。

我国民法通则第59条关于“显失公平”的规定,未限定显失公平的发生时间,这就为利用显失公平规则解决情事变更案件提供了可能。但合同法第54条第1款对显失公平加上了时间限制,仅“在订立合同时显失公平的”合同,属于可撤销合同。因此,合同成立生效后因情事变更导致合同内容显失公平的案件,不能适用显失公平规则,而应直接适用诚实信用原则处理。

第七章 代 理

第一节 代理的概念

一、代理的意义

(一)代理的概念

法律上所称代理,指一人代另一人为法律行为,其所产生的法律效果直接归属于所代的另一人。代他人为法律行为的人,称为代理人;为其所代并承受法律行为效果的人,称为本人。本人又称为被代理人、授权人或委托人。

(二)代理制度之发生

代理是一种依他人的独立行为而使本人直接取得其法律效果之制度。但代理制度在法制史上发生较晚。在古代法律制度中,法律行为实行严格的形式主义,且须由当事人亲自为之。例如罗马嘎尤士的《法学阶梯》,有不得用自由人以获得财产的规定。在罗马法,唯家长有权利能力,家子及奴隶不过为家长手足之延长,因此奴隶与家子的行为,被视为家主的行为,并无发生代理观念之必要。且古代法制崇尚简明,依他人独立行为,而承认自己法律关系之变动,亦非当事人所愿。早期罗马法未形成代理制度,原因在此。至罗马帝政时代,由于商品经济的发展,商品市场日渐扩大,人的活动范围渐广,而社会关系日趋复杂。原料的采购,商品的销售,已不能由经营者事事躬亲。于是代理制度应运而生。罗马在后期已有代理类似制度出现,后为德国所继受,自17世纪开始,代理遂成为一项独立的民法制度。

(三)代理制度之社会作用

其一,为私法自治之扩张。个人依自己的自由意思而处理社会生活关系,是为近代法之理想。唯个人精力、时间有限,何妨以自己所信任之人为代理人,而依其行为以坐享其法律效果!且以自己经济信用为背景,利用他人之才能从事活动,其效果未必不强于自己躬亲,又何乐而不为?尤其是经

济组织,借助于代理制度,可以克服地域的限制,而在全国市场和国际市场上进行购销、投资、合作等各种经济活动。试看今日之大资本家,其事业遍及全球,而自己犹高枕从容,要皆代理制度之所赐。

其二,为私法自治之补充。在近代法一切自然人莫不具有权利能力。然而无意思能力者,却不得自为法律行为。而使无行为能力或限制行为能力的未成年人及精神病人,得实际参加社会活动,收权利能力之实效,则唯有依赖代理制度。各国民法为未成年人及精神病人设法定代理人,其作用正在于此。

由上可知,代理系以扩张及补充私法自治为目的,而依他人行为而取得权利负担义务之制度。不得视为私法自治之例外。不过此制度仍非直接基于自己意思之行为,而承认权利义务之变动,究属对于个人意思自由的一种限制,此点亦难否认。因此,各国民法为防止代理权的滥用设有强行性规定。

二、广义代理与狭义代理

所谓狭义代理,指代理人以本人名义为法律行为,而使其法律效果直接归属于本人。

所谓广义代理,指代理人以本人名义或以自己名义,代本人为法律行为,而使所产生的法律效果直接或间接归属于本人。

代理概念除分为狭义与广义外,还可分为直接代理与间接代理。直接代理,即是狭义代理。间接代理,指代理人以自己名义为法律行为,而使其法律效果间接地归属于本人。上述广义代理,其中既包括直接代理,也包括间接代理。各国民法关于代理的规定是不一致的。大陆法系民法,如德国、日本、中国台湾地区等,采狭义概念,所称代理,仅指直接代理,而不包括间接代理。英美法系,如英国、美国、澳大利亚等,系采广义概念,其所称代理,不仅包括直接代理,而且包括间接代理。欧洲合同法原则(PECL)集合两大法系之长,对直接代理与间接代理分别设专节规定(第3:201—3:304条)。国际商事合同通则(PICC)不区分直接代理与间接代理而统一适用,有关代理之规定,仅就显名代理与隐名代理作出区分(第2.2.1条、2.2.3条、2.2.4条)。

中国民法通则第四章专设一节规定代理,共8个条文,是为中国代理制度的基本规定。其中第63条规定:公民、法人可以通过代理人实施法律行为。代理人在代理权限内,以被代理人名义实施法律行为。被代理人对代

理人的代理行为,承担民事责任。依对条文的解释,必须是代理人以被代理人名义实施的法律行为,方才称为代理;反之,代理人以自己名义实施的法律行为,不得称为代理。由此可以断定,中国民法通则所称代理,仅指直接代理,系采狭义代理概念。但合同法第二十一章委托合同中的第402条和第403条,承认了间接代理,值得重视。

三、与代理相类似的概念

(一)使者

法律上所称使者,指帮助民事主体实施民事行为的辅助人,其任务在于传达主体的意思或意思表示,或者代主体接受意思表示。因其任务不同,可分为表示使者、传达使者、受领使者。在表示使者,其任务仅为表示当事人已决定之意思;在传达使者,其任务仅在于传达当事人已作成之意思表示;在受领使者,其任务仅为代当事人接受意思表示并转达给当事人。无论何种使者,其区别于代理的主要特征在于,使者无权决定意思表示的内容,因而不能决定法律行为之是否成立。而在代理,是由代理人直接作出意思表示,其意思表示的内容是由代理人决定,而不是由被代理人决定;在接受相对人的意思表示时,也是由代理人自己接受并依自己的意思作出决定(如对相对人之要约表示承诺或拒绝)。

(二)法人代表

法人除通过代表人进行民事活动外,还通过代理人进行民事活动,而孰为代表人,孰为代理人,容易混淆。而无论是通过代表人或代理人,所为法律行为之效果,均直接归属于法人,在法律效果上两者并无区别。两者的区别在于:代表人为法人本身的机关,而非独立的主体,代理人为独立主体,而非法人的机关;法人与代表人之间的关系,为法人内部组织关系,而法人与代理人之间的关系,为两个平等主体之间的关系;代表人的行为,即是法人本身的行为,因而当然由法人承受其法律效果,而代理人的行为非法人本身的行为,乃基于法律关于代理制度的规定而由法人作为被代理人承受其法律效果。

(三)居间人

居间为一种合同关系。依居间合同,居间人为委托人报告签订合同的机会或充当签订合同的媒介,而由委托人给付报酬。居间人与代理人的主要区别在于:代理人有缔结合同的代理权,得代委托人订立合同,而居间人无代理权,不得代委托人订立合同。

(四) 行纪人

行纪为一种合同关系。依行纪合同,行纪人受他方委托,以自己的名义为委托人实施民事行为,并收取报酬。行纪与代理的主要区别在于:行纪人系以自己的名义为法律行为,其法律效果依据行纪合同间接地归属于委托人,因此理论上称为间接代理,而代理人系以委托人的名义为法律行为,其法律效果直接归属于委托人,理论上称为直接代理;行纪人须有特殊身份,系依法登记专门从事行纪营业的主体,并为一般人服务,而代理人不须有特殊身份,且仅为特定人服务;行纪行为的范围由法律规定,限于动产之买卖及法律规定的某些行为,而代理行为的范围比较广泛。

(五) 经销商

在进出口业务中,经销和代理两种制度的适用非常广泛,且常被混为一谈。所谓经销,系双方当事人以出卖人和买受人的身份,约定在一定的区域和期间就特定商品继续进行交易的协议。无论一般经销协议或独家经销协议,均属于买卖合同。经销商是以自己的名义,并为自己的利益,从供货商买进商品,然后再转卖给第三人。供货商与转卖关系的第三人不发生任何合同关系。这是经销区别于代理的主要之点。无论一般代理或独家代理,代理人均非买卖合同的当事人,只是代理供货商同客户签订买卖合同。买卖合同的当事人是供货商和客户,而代理商同供货商之间的关系,属于代理关系而不是买卖合同关系。

第二节 代理关系

一、代理关系的当事人

代理是一种特殊的民事法律关系。它由三方当事人构成:本人(又称被代理人、委托人、授权人);代理人;相对人(或称第三人)。

本人是指借助于代理人的代理行为同相对人发生民事法律关系的人。无行为能力人或限制行为能力人,均可作为代理关系之本人。

代理人是指代本人实施法律行为的人。按照民法通则的规定,代理人须有民事权利能力和民事行为能力。这一规定似有斟酌余地。既然代理行为的结果归属于本人,则仅须本人具有权利能力即可,无须要求代理人有权利能力。代理人为代本人实施民事行为之人,理当具有民事行为能力。限

制民事行为能力人得到法定代理人同意时,亦可担任他人的代理人。代理人依其代理权的产生不同,分为三种:法定代理人,其代理权出于法律的直接规定;指定代理人,其代理权因法院判决指定或有关机关依法指定而发生;委托代理人,其代理权来自本人的授权。

相对人是指由于代理人的代理行为而与本人发生民事法律关系的对方当事人。法律对相对人无特别要求,但代理人自己不得为相对人,即禁止自己代理,但本人同意或纯使本人获得利益的除外。

二、代理为三方关系

代理包括下述三方面的关系:

其一,本人与代理人之间的关系。此为代理之基础关系。在意定代理的情形,其基础关系通常是委托、合伙、承揽、雇用、劳动等合同关系;在法定代理的情形,其基础关系是父母子女关系或者监护关系。

其二,本人与相对人之间的关系。此为代理人进行代理活动的结果所产生的民事法律关系,如买卖合同关系。

其三,代理人与相对人之间的关系。通常情形,代理人与相对人之间并不发生任何法律关系,只在特殊情形下,代理人与相对人之间才发生民事法律关系,即由该代理人作为法律关系之当事人并对相对人承担责任。即按照合同法第48条的规定,没有代理权、超越代理权或者代理权已经终止的代理人,仍以被代理人名义订立的合同,被代理人不予追认的,对被代理人不发生效力,应由该代理人自己作为合同当事人对相对人承担责任。

第三节 代理权

一、关于代理权性质的学说

代理权为整个代理关系的基础。代理权的有无,原则上决定代理行为是否有效。而关于代理权的性质,学说上有不同的见解。

其一,否认说。此说为法国学者所倡。认为代理不过是特定法律关系如委任的外部效力,并非独立的制度,也无所谓代理权。受此思想的影响,法国民法典只规定委任制度,没有严格意义上的代理制度。委任所发生的只是委任人与被委任人之间的法律关系,并不存在独立于委任关系的代理权。

否认说已为今日学者所不采。

其二,权力说。此说为英美法学者所倡。按照英美代理法著作,代理权是一种“权力”(the power of agency);而代理是一种“权力—责任关系”(a power-liability relationship)。^[1]学者道里克(Dowrich)指出,代理人被授予改变本人与第三人之间的法律关系的权力,而本人则承担接受这种被改变了的关系的相应责任。^[2]

其三,权利说。此说认为代理权为一种权利。在属于何种权利上又有不同,有的学者认为代理权属于形成权,有的学者则认为代理权属于一种财产管理权。^[3]

权利说之缺点是显而易见的。因为法律上所谓权利总是与某种利益相联系的。无论何种情形,一提到权利,总是意味着权利人有某种受法律保护的利益。即使非财产权,亦不例外。在代理关系中,代理人只负有义务,而不享受权利。即使在有偿代理,代理人获得报酬的权利和请求本人偿还垫付费用的权利,也不是基于代理关系,而是基于委托合同。代理权虽称为“权”,但究其性质,与一般之权利大不相同。所谓权利,以利益为基本要素。代理权并不包含利益,其行为之效果,直接归属于本人,于代理人并无所谓利益或不利益之可言,故非权利。^[4]

其四,能力说。此说为现今之有力说,特别是在日本已成通说。^[5]此说认为代理权性质上与权利能力、行为能力相同,是一种法律上的能力。^[6]

能力说虽较权利说为可采,但亦有不足,尤其是难以解释下述问题:首先,法律上所谓能力,有与主体不可分离的性质。因此,无论权利能力或行

[1] 须说明的是,此处所谓 power-liability relationship 系美国法学中分析法律关系构成要素时具有特定含义的术语,其中的 liability 不同于违反义务所发生的 liability,即不同于前述的法律责任。参见 Wesley Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale L. J.* 16 (1913)。

[2] F. E. Dowrich, *The Relationship of Principal and Agent* (1954) 17 *MLR* 24, 36; B. S. Markesinis & R. J. C. Munday, *An Outline of the Law of Agency*, second edition, Butterworths, London, 1986, p. 7.

[3] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第165~166页。

[4] 参见史尚宽:《民法总论》,1980年台北三版,第476页;郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第286页;王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第481页。

[5] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第165页。

[6] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第303页。

为能力均不得转让。何以本人竟能够将自己的能力授予他人？其次，法律上所谓行为能力概念，其本身即已包含代理能力在内，而无须他人之授予或法律特别规定。如果将代理权解释为一种能力，将如何解释这种因授权而获得的代理能力与代理人行为能力中所固有的代理能力之相互关系？最后，法律上所谓权利能力或行为能力，是民事主体据以取得某种权利或负担某种义务的资格，而代理权之目的非在使代理人取得某种权利或负担某种义务，而在于扩大本人的法律上交易活动，故非能力。^{〔7〕}

其五，地位说。此说认为代理权既非权利也非能力，而属于一种法律上的地位。代理人因有此法律上地位，其所为之法律行为的效力得直接归属于本人。^{〔8〕}

主张地位说的学者指出，代理权之所以非权利，因其非为代理人的利益而存在；之所以非能力，因其非在使代理人取得某种权利或义务。其对权利说和能力说的批驳显然是正确的，但对于代理权的本质何以法律上地位的论证不足。应当说代理人也是一种法律上地位，将代理权解释为一种法律上地位，则何以区别代理人与代理权这两种法律上地位？且难以解释在某些情形，代理人没有代理权，其所为法律行为的效力何以仍能直接归属于本人。

二、代理权为一种法律权力

（一）代理权具有强大的法律效力

不可否认的是，代理权具有强大的法律效力。这种法律效力首先表现为对本人的拘束力，本人必须承担代理人在代理权限内所实施的法律行为的后果。这一拘束力是不可抗拒的。尤其在表见代理的场合，本人并无授权行为，他也必须承担其法律后果。这种法律效力还表现在，凭借代理权，代理人可以改变本人与其他人的法律关系。我们知道，所有权、债权等权利之行使，可以改变权利人自己与对方当事人（义务人）之间的关系，但不能改变对方当事人与其他人之间的关系。由此可见，代理权的法律效力已超过民法上的其他“权利”。把代理权解释为一种能力或资格，其缺点也在于此。民法上的任何能力或资格，包括民事权利能力和民事行为能力，均不具

〔7〕 参见王泽鉴：《民法总则》，台北2000年版，第481页。

〔8〕 参见史尚宽：《民法总论》，1980年台北三版，第476页；王泽鉴：《民法总则》，台北2000年版，第481页。

有对他人的拘束力,均不具有改变另一人与其他人之间的法律关系的效力。

(二) 权力说更具合理性

在关于代理权性质的学说中,更具合理性的是权力说。此说将代理权解释为一种法律上之力。凭借此法律上之力,代理人可以改变本人与第三人之间的关系,而本人则必须承受其后果。因此,代理权在性质上属于一种因法律规定所产生的,可以直接改变本人与第三人之间法律关系的权力。

(三) 代理权系由法律所授予

值得注意的是,代理权这一权力并不是由本人授予的,而是由法律授予的。只是由于本人或代理人的行为使法律规则发生作用,其结果则是代理人获得了这一权力。^[9] 换言之,正是本人向代理人所作的授权行为,使法律规则发生作用授予代理人以代理权。在这里,本人的授权(authority)属于一种法律事实,代理人获得代理权是关于代理的法律规则适用于这一法律事实的结果。将代理权解释为由法律授予的权力,使得在缺乏本人授权情况下的代理,得到了合理的说明。尽管有时本人并无授权行为,或者代理人超越了授权范围,法律出于公共利益的考虑,仍然赋予代理人这种权力。本人的授权行为,只是能使代理人获得代理权的法律事实之一。此外,能够使法律赋予代理人以代理权的法律事实还有:监护关系(法定代理)、有权机关的指定(指定代理)、外表授权(表见代理)及某种紧急情况(紧急代理)。^[10]

(四) 权力说符合民法通则的规定

将代理权在性质上解释为一种权力,完全符合民法通则的规定。民法通则第63条规定:代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。法律条文所使用的,既不是“权利”,也不是“能力”或“资格”,而是“权限”。权限者,法律权力之界限,解释为“能力”之界限或“资格”之界限,均不通。汉语中,权力与权限常相互代替。因此,将代理权解释为依代理制度所发生的一种法律权力或权限,符合民法通则的规定。

[9] B. S. Markesinis & R. J. C. Munday, *An Outline of the Law of Agency* 7-8 (2nd ed. 1986).

[10] 参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社1991年版,第101页;徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第3页、第15页。

三、代理权发生原因

(一) 依法律规定当然发生

这是法定代理权的发生原因。按照民法通则第16条的规定,未成年人的父母因具有监护人身份而成为未成年人的代理人。其监护人身份是依法律规定产生法定代理权的法律事实。

(二) 依法院或其他有权机关指定发生

指定代理权的发生原因,是人民法院或其他有权机关的指定。按照民法通则第21条的规定,人民法院为失踪人所指定的代管人,在不损害失踪人利益的范围内有指定代理权。另依破产法的规定,破产清算人在法律规定范围内,有指定代理权。

(三) 依本人授权行为发生

委托代理权的发生原因,为本人的授权行为。所谓授权行为,指本人对于代理人授予代理权的单方意思表示。依本书见解,本人的授权行为,仅是一种法律事实,基于此法律事实,使关于代理的法律规则发生作用而使代理人获得代理权。实践中,授权行为常与某种基础法律关系相结合。这类基础关系是:委托合同关系、合伙合同关系、承揽合同关系、劳动合同关系及企业内部组织关系等。

(四) 依“外表授权”而发生

表见代理之代理权发生原因,为“外表授权”(ostensible authority; apparent authority)。所谓外表授权,指具有授权行为之外表或假象,而无实际授权(actual authority)。外表授权,为产生代理权的原因之一。因外表授权而产生代理权,使本人承担代理行为的后果,是因为法律不允许当事人否认的有理智的人从他的言行中得出的合理推论。一个人的言行向第三人表明他已授权给某人,而实际上他并没有授权,这就构成所谓外表授权。法律为维护交易安全、公平和善意第三人利益,认外表授权为发生代理权的法律事实。因此,外表授权的法律效力在于使表见代理人获得代理权,尽管他并未得到本人的实际授权。^[11]

(五) 依某种紧急情况而发生

在某种紧急情况下,无须本人授权,而法律直接授予当事人以代理权。例如,船长、承运人、保管人,在某种紧急情况下,有权作为货主的代理人而

[11] 参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社1991年版,第105~106页。

处分其货物。

四、授权行为

(一) 授权行为的独立性

罗马法将委任契约与代理关系相混淆,认为代理系委托契约之外部关系,不认为有独立的授权行为。1804年的法国民法典、1811年的奥地利普通民法典、1834年的荷兰民法典等继承此种思想,不承认代理是一项独立的法律制度,有关代理的规则被包含在委任合同中,代理人所为法律行为之效力归属于本人,被视为委任合同的一种附属性法律效果。例如法国民法典第1984条规定:“委任或代理,为一方授权他方以委任人名义为委任人处理事务的行为。”荷兰民法典第1829条规定:“委任是受托人根据委托人的授权,以委托人的名义,为委托人执行事务的合同。”均未对委托合同与代理加以区别。

依现今民法理论,两者的区别是存在的:依委托合同,产生受托人的事务处理权,受托人依据此事务处理权,可以代委托人处理不涉及意思表示的事务,例如为保管、照看、收租等行为。如受托事务涉及意思表示,如缔结买卖、租赁等法律行为,须代委托人为意思表示或受意思表示,则须委托人另外授予代理权,以解决受托人行为对相对人的效力问题。可见,代理权之授予使受托人(代理人)获得代理权,可据以代委托人(本人)为意思表示或受意思表示,并使其效力归属于委托人(本人)。在不涉及意思表示之事务委托,无须授予代理权,因此仅有委任合同而无代理;在涉及意思表示之事务委托,须另外授予代理权,此时代理与委任合同并存,委任合同为基础关系,代理为对外关系;在法定代理情形,代理权出于法律规定,仅有代理而无委任合同。

德国学者拉邦德(Laband)于1866年发表《代理权授予及其基础关系》一文,力倡严格区别委任合同与代理权的授予,被誉为“法学上的伟大发现之一”。^[12]拉邦德所主张的严格区别代理权的授予行为与委任合同的理论,被称为“抽象性原则”或“区分论”,对此后大陆法系民法典的编纂产生了重大影响。1900年的德国民法典、1896年的日本民法典、1911年的瑞士债务法典、1942年的意大利民法典、1992年的新荷兰民法典,均受这一理论的影响,对委托合同与代理加以区别,将代理及代理权规定在民法总则(德

[12] 参见徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第350页。

国民法典、日本民法典)、债务法总则(瑞士债务法)、合同总则(意大利民法典)或财产法总则(荷兰新民法典),另在债编分则规定委托合同。^[13]如德国民法典第167条规定,“代理权的授予应向代理人或向代理人对之为代理行为的第三人以意思表示为之”。其立法思想,认授权行为为本人的单独行为。

代理权有基于法律规定而发生者,是为法定代理,旨在补充未成年人及禁治产人之私法自治。代理权有基于本人之授予者,是为委托代理,又称意定代理,旨在扩张私法自治。依通说,代理权之授予,并非契约,乃单独行为,不必得代理人的承诺即可成立。虽代理权之授予,通常伴有委托、雇用、承揽等基础法律关系,但在概念上代理权之授予应与委托等基本法律关系严加区别,兹分析如下:

其一,授权行为,未伴有基础法律关系者。如甲嘱乙代订酒席,属社交行为,虽无委托或雇用等基本法律关系,乙仍取得代理权。

其二,虽有基础法律关系,但未授予代理权。如甲雇用新店员乙,实习期间仅让其观摩,未授予与顾客订立契约之权。倘乙遂以甲之名义与顾客订立契约,应成立无权代理。

其三,授权行为,伴有基本法律关系。如乙与甲订立出卖不动产的委托合同,并授予代理权,即其适例。在此情形,甲所负处理出卖不动产之义务,系来自委托合同,与代理权之授予无关,故代理权之授予并非债之发生原因。

据上可知,代理权之授予,绝非委托合同等基本法律关系的外部效力,而是独立的法律制度,学者称为代理权的独立性。

中国民法思想亦严格区别代理与委托,认为代理权之发生非基于委托合同,而是基于本人之授权行为。委托合同为双方行为,而授权行为属于单方行为。

(二)授权行为为单方行为

关于授权行为的性质,有三种学说:

其一为委任契约说。以法国立法为代表。法国民法典第1984条规定:委任或代理,为一方授权他方以委任人名义为委任人处理事务的行为。委任契约,须经受托人的承诺而成立。

[13] 参见徐海燕:《英美代理法研究》,法律出版社2000年版,第353页。

其二为单独行为说。此为德国学者之通说。其立法根据为德国民法典第167条:代理权的授予,应向代理人或向其为代理行为的第三人以意思表示为之。

其三为无名契约说。此说认为,代理权非来自委任,而是来自本人与代理人之间的一种诺成的无名契约。此系日本学者的通说。^[14]

中国民法通则第65条第2款规定:“书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期限,并由委托人签名或者盖章。”依此规定,授权行为仅是委托人单方的意思表示,并不要求受托人的同意,可见授权行为系独立于委托合同的单方行为。

(三) 授权行为的有因与无因

实际上代理权之授予与委托、雇用等基础法律关系多相伴而生,因此发生一个问题:作为授权行为原因的基础法律关系如不成立、无效或撤销时,授权行为是否受其影响?此即代理权授权行为是否具有无因性问题。对此,学说上有不同主张。

其一,授权行为无因说。此说认为,授权行为与基础关系各自独立,基础关系无效或撤销,不影响授权行为的效力。即认授权行为为无因行为。此为德国学者的通说。中国台湾地区学者中梅仲协先生主张此说。^[15]

其二,授权行为有因说。此说认为,授权行为为有因行为,授权行为之效力取决于基础关系。基础关系无效或撤销,授权行为亦因而无效,代理权亦应消灭。中国台湾地区多数学者主张有因说。^[16]

中国民法通则关于授权行为与委托合同的关系问题,未设规定。从保护被代理人利益及法律关系简化考虑,似应采有因说,即认为授权行为原则上应从属于基础法律关系。基础法律关系如不成立、无效或撤销时,授权行为应同其命运。但从保护相对人利益及交易安全考虑,似应采无因说,因无

[14] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第147页;但北川善太郎本人赞同单独行为说。另见李宜琛:《民法总则》,1979年台北八版,第312页。

[15] 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第140页。

[16] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北1996年版,第361页。王泽鉴在同书第361~362页,主张相对无因说,认为授权行为原则上独立于基础关系,但授权人可以特别的意思表示,使之从属于基础关系。或认为授权行为原则上从属于基础关系,但授权人可以特别的意思表示,使之独立。应解释当事人之意思,以决定基本法律关系与代理权之授予是否可以分离。当事人意思不明时,则宜认为代理权授予,应与其基本法律关系同其命运。值得注意的是,王泽鉴后改采无因说,见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第499页。

因说符合严格区别代理权授权行为与委托合同之本旨,使相对人不必顾虑代理人与本人之间的内部关系,有利于促进交易安全。如采有因说,当基础关系不成立、不生效或被撤销时,则因代理权消灭而成为无权代理,对相对人至为不利。但若采无因说,即使相对人为恶意,即明知基础关系不成立、不生效或被撤销,其与代理人所为法律行为仍对本人发生效力,显然有悖于法律不保护恶意者的宗旨。而若采有因说,当相对人为善意时,可依表见代理的规定得到保护,且善意与否,应由本人举证,故其处境并不比无因说情形下更为恶劣。一言以蔽之,无因说之优点,有因说同样具备;无因说之缺点,有因说却可克服之。因此,本书认为,除当事人有相反的意思表示外,应坚持授权行为的无因性。^[17]

第四节 代理的分类

一、民法上的代理与诉讼法上的代理

中国民法通则所规定的代理,属于民法上的代理,与诉讼法上的代理,是两种不同的制度。其主要区别如下:其一,代理的内容不同,在民法上的代理,代理人代本人为法律行为,所代行的是民事权利,属私权;在诉讼法上的代理,代理人代委托人为民事诉讼、刑事诉讼或行政诉讼行为,所代行的是诉讼权利,属公权。其二,代理关系不同,在民法上的代理,为三方面的民事法律关系,三方当事人是本人、代理人、相对人,并不涉及国家机关;在诉讼法上的代理,为四方面的民事诉讼关系,涉及原告、被告、代理人及法院。其中法院为审判机关,它与原告、被告、代理人非平等的关系。其三,对代理人所要求的资格不同,在民法上的代理,代理人仅须有民事权利能力和行为能力(有的国家和地区民法不要求有行为能力);在诉讼法上的代理,代理人须有诉讼行为能力。其四,法人可以担任民法上的代理人,但不可以担任诉讼法上的代理人。^[18]

以下仅论述民法上的代理。

[17] 本书此前采授权行为无因性说,本次修订改采有因性说。

[18] 参见郑玉波:《民法总则》,三民书局1979年版,第292页。

二、直接代理与间接代理

大陆法系民法上所称代理,为直接代理。与之应严加区别者,系英美法上的间接代理。直接代理与间接代理的区分,是以何人的名义实施代理行为作为标准。所谓间接代理,系指代理人以自己的名义,为本人之计算,而为法律行为,其法律效果首先对间接代理人发生,然后依间接代理人与本人之内部关系,而移转于本人之制度。中国民法通则所规定的代理,为直接代理。但合同法第402条、第403条规定了间接代理。按照第402条的规定,第三人在订立合同时知道受托人与本人之间的代理关系的,该合同直接约束本人和第三人;第403条规定了本人的介入权和第三人的选择权。因此,如何协调直接代理和间接代理,成为理论研究的重要课题。

三、积极代理与消极代理

以代理人系代为意思表示,或仅代受意思表示为标准,可分为积极代理与消极代理。代为意思表示之代理,为积极代理,又称主动代理。仅代受意思表示之代理,为消极代理,又称被动代理。

四、概括代理与限定代理

以代理权是否被限定为标准,可分为概括代理与限定代理。代理权范围无特别限定之代理,称概括代理,又称一般代理。代理权范围有特别限定之代理,为限定代理,又称特别代理。代理权范围未作限定时,应认定为概括代理。

五、法定代理、指定代理与意定代理

以代理权之发生原因不同,分为法定代理、指定代理及意定代理。代理权因法律规定当然发生者,为法定代理。代理权因法院及其他有权机关的指定而发生者,为指定代理。代理权因本人授权行为而发生者,为意定代理,又称委托代理。意定代理可以是概括代理或限定代理,法定代理、指定代理原则上不存在限定代理问题,仅在个别情形,法院或其他有权机关在指定代理人时可能特别限定代理权范围。

六、有权代理与无权代理

以代理权之有无为标准,可分为有权代理与无权代理。真正代理应以有权代理为限。无权代理,若经本人予以追认,即成为有权代理;本人不予追认,则不发生代理的效力,当非代理,但构成表见代理的除外。

七、单独代理与共同代理

在有数个代理人时,以代理权行使之方式为标准,可分为单独代理与共

同代理。各代理人得单独行使代理权者,为单独代理。其代理权之行使由数个代理人共同为之者,为共同代理。

八、复代理

代理人为处理其权限内事务之全部或一部,而以自己的名义授权他人代理之代理,为复代理。被授权之他人复代理人。按照民法通则第68条的规定,委托代理人转托他人代理,须事先取得本人同意,但在紧急情况下,为了保护本人的利益转托他人的除外。非在紧急情况下,未取得本人同意而转托他人代理的,应当在事后及时告知本人,如果本人不同意的,应由代理人对复代理人的行为负民事责任。

九、紧急代理

紧急代理,又称必要代理。指在某种紧急情况下,船长、承运人、保管人依据法律规定的紧急代理权,作为货主的代理人所为的代理。民法通则对于紧急代理未有明文规定。但依民法通则第68条的规定,在紧急情况下,代理人为了本人的利益,可以不经本人同意而转托他人代理。紧急代理的目的与此相同。因此,承认紧急代理与民法通则的立法精神并不矛盾。产生紧急代理的要件如下:其一,紧急代理人须是与本人(货主)有特定合同关系的人,如承运人、保管人、船长等。其二,须在某种紧急情况下,无法获得本人的指示或授权。其三,紧急代理人行使紧急代理权,须为本人利益并符合诚实信用原则。其四,在该紧急情况下除以代理人身份实施该行为如出售货物外,别无其他办法可以保护本人利益。

第五节 代理行为

一、代理行为的范围

(一)违法行为不适用代理

民法设代理制度的目的,在于使民事主体可以借助于代理制度以实现自己的合法权益。法律不允许利用代理制度去侵害国家利益、他人利益和社会公益。因此,违法行为不得适用代理。违法行为之法律效果,不由当事人意思决定,而是基于法律直接规定而发生。使他人代自己为违法行为,应依法承担法律责任,这与代理制度无关。即使违法行为人表示系代理他人所为,甚至该他人承认是其授意行为人为之,亦不能免除行为人的法律责

任。民法通则第 63 条规定,公民、法人可以通过代理人实施法律行为。依反对解释,实施违法行为,当然不能适用代理制度。

(二) 法律行为中不能适用代理的行为

其一,法律要求本人亲自实施的行为。法律行为中,某些行为依法律规定只能由本人亲自实施,因此不得适用代理。依据现行法,属于这一类的法律行为主要是身份行为,包括结婚、离婚、收养、遗嘱、遗赠、遗赠扶养协议等。

其二,依其性质不得适用代理的行为。另有一些行为,虽法律未规定不得适用代理,但依其性质不能适用代理。这就是公司设立行为、捐助行为、继承的承认或抛弃等。

(三) 代理的适用范围

民法代理制度主要适用于订立合同及与合同密切相关的法律行为。这是由民法设立代理制度的目的决定的。此所谓与合同密切相关的法律行为,指合同的变更、合同的解除、可撤销合同的撤销。

但是,如将代理的适用范围限定于合同及与合同密切相关的法律行为,势必不能充分发挥代理制度的功能,且在实际生活中也不便实行。因此,须对民法通则第 63 条的规定再作扩张解释,将下面的行为包括在代理的适用范围内:

其一,构成合同的意思表示,即要约和承诺。

其二,与合同密切相关的准法律行为。例如要约邀请、要约撤回、承诺撤回、承诺迟到的通知、债权的主张和承认、解除合同通知、瑕疵通知、履行催告等。

其三,与合同密切相关的事实行为。例如订约时样品的交付与受领、实践合同标的物的交付与受领、合同履行时标的物的交付与受领、标的物的检验等。

其四,与合同密切相关的程序行为。例如合同的公证、以不动产为标的的合同向登记机关办理登记等。既然合同是通过代理人签订的,与合同密切相关的程序行为当然也可由代理人一并办理。

二、代理行为的性质

(一) 关于代理行为性质的学说

关于代理行为的一个重要问题是,如何认识代理行为的性质。关于代理行为的性质,民法理论上有三种学说:

其一,本人行为说。此说认为,代理行为非代理人的行为,而是本人的行为。其根据在于,依罗马法思想,认为行为与行为之效果必须同归一人。依此说,代理人被视为本人之手足,而与使者无异。^[19]

其二,共同行为说。此说认为,代理行为是本人与代理人的共同行为。将本人的授权行为与代理人依代理权所实施的代理行为混为一谈。且无法解释法定代理和指定代理。^[20]

其三,代理人行为说。此说认为,代理行为为代理人本身的行为,系依代理权为之,并依民法代理制度的规定,使其法律效果直接对本人发生。此说符合代理制度之本旨,遂成通说。^[21]

(二)民法通则采代理人行为说

通观中国民法通则第四章第二节关于代理制度的法律条文,可知中国民法代理制度之立法思想,系采代理人行为说。按照民法通则第63条的规定,所谓代理行为,是代理人在代理权限内,以本人的名义实施的法律行为。代理行为与一般法律行为的区别在于:其一,行为人不是以自己的名义,而是以他人的名义;其二,行为所生法律效果直接归属于他人,而不是行为人。因此,代理行为属于一种特殊的法律行为。

三、代理行为的成立要件

代理行为的成立要件,包括一般成立要件与特殊成立要件。一般成立要件,指代理行为作为一种法律行为,所应具备一般法律行为的成立要件。特殊成立要件,指代理行为作为一种特殊的法律行为,除一般成立要件外,还应特别具备的成立要件。此所谓代理行为的成立要件,指特殊成立要件。

(一)是否以本人名义

大陆法系民法代理制度,只承认直接代理,要求代理行为必须以本人名义为之。这是成立代理行为的首要条件。既然代理行为的法律效果非归属于行为人自己,而是直接归属于所代理之本人,法律当然要求该法律行为实施之时即应以本人名义为之。而英美法系代理制度,除直接代理外,还承认间接代理,因此不要求代理人以本人名义。代理人迳以自己名义,亦可成立

[19] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第304页。

[20] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第304页。

[21] 参见李宜琛:《民法总则》,1977年台北六版,第304页。

(间接)代理行为。可见,是否以本人名义为之,是区别直接代理行为与间接代理行为的基准。

所谓以本人名义,系指行为人表示代本人实施法律行为,并使行为效果直接归属于本人的意思。其通常表示方法,是在法律行为中表明“某甲之代理人某乙”,或“代理人某乙代某甲”,或在某甲姓名之后写明“某乙代”字样。表示以本人名义为之,应为代理行为意思表示之一部,学说上称为代理意思之表示。中国民法通则规定的直接代理,要求代理行为须表示(明示或默示)以本人名义,称为“显名主义”。虽然代理人有为本人代理的意思,但未表示出来,仅为其内心意思,不能成立直接代理行为。中国合同法第402条、第403条的规定,代理人非以本人名义,迳以自己名义成立的代理行为,属于间接代理。

(二) 须代理人实施法律行为

代理行为非本人的行为,而是代理人的行为。因此应由代理人实施。此所谓由代理人“实施”法律行为,系指由代理人决定该法律行为意思表示之内容并表示之,或者受相对人之意思表示并决定是否接受(承诺)。假使该意思表示之内容已由本人决定,而代理人仅予以表示,或者代理人受意思表示而无权决定是否接受(承诺),这种情形属于本人实施法律行为,而非代理人实施法律行为,该代理人只起辅助本人实施法律行为的作用,法律上称为使者或辅助人,而非真正代理人。

代理行为既然是代理人的行为,当然应要求代理人具有民事行为能力。但有的国家和地区民法,以代理行为的法律效果归属本人,故不要求代理人有行为能力,仅要求有意思能力。中国民法通则对于代理人是否应有行为能力虽无明文,但从第69条和第70条以代理人丧失行为能力作为代理终止的原因之一的规定解释,可以认定中国民法通则要求代理人必须具有民事行为能力。

四、代理行为的生效要件

代理行为具备前述成立要件,即可成立,但已成立的代理行为是否有效,还须取决于代理行为是否具备有效要件。此所谓代理行为的有效要件,指代理行为直接对于本人发生法律效力所必须具备的要件。代理行为的有效要件如下:

(一) 须具备一般民事行为的生效要件

代理行为属于法律行为之一种,当然应具备一般法律行为的有效要件。

关于一般法律行为的有效要件,本书第六章第三节有专门论述。在此仅特别说明:

1. 关于权利能力之有无,应就本人决定之。本人应具有与代理行为相应的民事权利能力,而不必要求代理人有此权利能力。

2. 关于行为能力之有无,应就代理人决定之。代理人应具有与代理行为相应的民事行为能力,而不必要求本人有此行为能力。

3. 关于意思表示之是否真实,是否具有瑕疵,应就代理人决定之。

4. 关于行为之内容和目的是否违法,应就代理人与本人双方决定之。只要其中一方有违法目的,代理行为即应无效。

(二) 须有本人存在

如本人不存在,代理行为将成为标的不能,应为无效。

关于本人死亡后的代理行为,其效力如何,有分析的必要。代理行为之法律效果由本人承担,如本人不存在,其法律效果无所归属,代理行为即成为标的不能,当然不生效力。民法通则第69条规定,作为被代理人的法人终止,其委托代理应终止。第70条规定,作为被代理人的自然人死亡,其法定代理或指定代理应终止。据此可知,代理行为之本人不存在,其代理行为应无效。但作为被代理人的自然人死亡,其委托代理是否终止?民法通则对此未作规定。依解释,本人死亡,其委托代理关系,原则上应终止,本人死亡后的代理行为应无效。但应有以下例外:如代理人不知本人死亡,或双方原有约定,或经本人的继承人承认,其代理行为应有效;本人死亡之前已经进行,于本人死亡后代理人继续完成的代理行为,亦应有效。

(三) 须有代理权

代理行为在具备上述两项条件时,如果代理人有代理权,代理行为即直接对本人发生效力,由本人承担其法律后果。代理人有代理权,并在代理权限内实施的代理行为,法律上称为有权代理。须注意的是,表见代理和紧急代理也属于有权代理。有权代理之外的代理,即为无权代理。无权代理,不能发生代理的效力。但无权代理如果经本人追认,则转变为有权代理。此所谓追认,实质上是本人进行补充授权,因此使本来无代理权的代理人获得了代理权。

第六节 无权代理

一、无权代理之意义

无代理权的人以他人名义实施的代理行为,称为无权代理,亦即无代理权之代理。无权代理在法律上并不当然无效。无代理权而以他人名义为代理行为,如经本人追认,即成为有权代理,发生与自始有代理权的代理同样的效力,而由本人承受法律行为的效果。如未经本人追认,则应由该无权代理人对相对人承担责任。无权代理,如本人不予追认,也只是不直接对本人发生效力,并不是不发生法律行为的效力。此外,无权代理具备表见代理的要件时,可无须本人追认而对本人发生效力。故学说上为示区别,将无权代理分为表见代理与狭义无权代理。不具备表见代理要件的无权代理,即为狭义无权代理。本节仅讨论狭义无权代理。中国民法通则和合同法关于无权代理均设有规定。民法通则第66条规定:没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。合同法第48条规定:行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同,未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任。

二、无权代理的发生原因

无权代理为无代理权之代理,无权代理的发生原因,不外三种:

其一,自始就不存在代理权。即行为人从未获得被代理人的授权,也不存在获得代理权的其他根据,而以代理人身份,对相对人为代理行为。

其二,一度有代理权,而该代理权因发生代理权消灭事由已经消灭。代理人在代理权消灭后仍以代理人身份对相对人为代理行为。

其三,超越代理权范围。代理人始终有代理权,只是代理人所实施的代理行为超越了代理权范围。

基于上述三种原因,无权代理也可相应区分为:自始无代理权的无权代理、代理权消灭后的无权代理及超越代理权的无权代理。

三、无权代理之效力

按照民法代理制度,无权代理行为本人不予追认的,该行为并非当然无效。只是不能依代理制度对本人发生代理行为的效力而已。这种情形,该

无权代理行为,如果具备一般法律行为的有效要件,虽不发生代理行为的效力,仍将发生一般法律行为的效力,并由该无权代理人自己作为当事人而承担其法律效果。中国民法通则第66条规定,“未经追认的行为,由行为人承担民事责任”,合同法第48条规定,“未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任”,是完全正确的。

四、本人之追认

无权代理经本人追认,即转变为有代理权之代理,发生代理行为的效力。无权代理之是否转变为有权代理,取决于本人是否追认。在无权代理的情形,本人享有对无代理人实施的民事行为是否追认的权利,即追认权。此追认权系法律为保护被代理人的利益而设。因为无权代理行为并不一定对被代理人不利,法律为保护被代理人利益及有利于经济流转秩序,特别设追认权制度,依被代理人的自由选择决定该无权代理行为是否对自己发生效力。

此追认权在法律性质上属于一种形成权。民法上形成权的效力在于,仅凭权利人单方的意思表示即可决定权利人与相对人之间的法律关系之变动。因此法律为平衡权利人与相对人的利益,对形成权的存续有期限的限制。在无权代理的情形,如允许被代理人的追认权长期存在,将不利于相对人和无权代理人的利益。有鉴于此,民法通则第66条规定,“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意”。这一规定未考虑到相对人的催告权,且在本人不作否认表示时即视为同意,也难免有对本人保护不周之嫌。因此合同法第48条第2款规定,“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的,视为拒绝追认”。这一规定要求本人在收到相对人的催告通知后的1个月内,作出追认或否认的表示,1个月期间届满而未作出表示的,即视为拒绝追认。因此使该无权代理行为对本人不发生效力。

五、相对人的保护

(一) 相对人的催告权和撤销权

因代理为特殊的民事关系,涉及三方当事人的利益。关于无权代理,法律为保护本人的利益,使其有追认权,为保护无权代理之相对人的利益,使相对人有催告权和撤销权。此相对人撤销权也属于一种形成权,其效力在于:在本人对无权代理行为未予追认前,相对人可以行使撤销权,消灭该无权代理行为,因此使相对人与本人之间的民事行为归于无效。民法通则第

66 条规定了本人的追认权而未规定相对人的催告权和撤销权,于本人与相对人利害关系上有失平衡。为弥补此漏洞,合同法第 48 条第 2 款增设相对人催告权和撤销权的规定。

(二) 相对人撤销权的限制

按照合同法第 48 条第 2 款的规定,关于相对人的撤销权,有所限制:一是唯有善意相对人才有此撤销权,而恶意相对人没有此撤销权。此所谓“恶意”指相对人明知代理人无代理权;“善意”指相对人不知代理人无代理权。恶意相对人明知代理人无代理权,仍然与其为法律行为,使之承担本人不予追认所造成的后果,属于自甘冒险。故无赋予撤销权予以特别保护的必要。反之,善意相对人并不知道代理人无代理权,为平衡他与本人之间的利益,有必要在赋予本人追认权的同时,赋予善意相对人撤销权。二是此撤销权须在本人未追认前行使,如果本人已经追认,善意相对人的撤销权即归于消灭。如果本人已经表示否认,这时无权代理行为已经注定不能对本人发生效力,善意相对人的撤销权也当然归于消灭。

六、无权代理人对相对人的责任

按照民法通则第 66 条和合同法第 48 条的规定,无权代理行为,本人不予追认的,应由该无权代理人对相对人承担民事责任。依解释,此所谓承担民事责任,是指由该无权代理人自己作为当事人履行该民事行为中对相对人的义务,或者不能履行时对善意相对人承担损害赔偿赔偿责任。但在相对人属于恶意即明知代理人无代理权的情形,无权代理人可以不承担损害赔偿赔偿责任。

须注意的是,此无权代理人的责任,系由法律规定直接发生的一种特别责任,不以无权代理人有故意或过失为要件,属于一种无过失责任。此外,在无权代理订立合同的情形,无权代理人自己成为合同当事人,其应履行合同义务,不履行时自应承担违约责任,自不待言。

七、恶意相对人与无权代理人的连带责任

按照民法通则第 66 条第 4 款的规定,相对人明知代理人没有代理权仍与之实施民事行为,因此给他人(本人)造成损害的,由该恶意相对人与行为人负连带责任。

八、委托书授权不明时本人与代理人的连带责任

委托书授权不明时,法律为维护相对人利益及经济流转秩序,使该代理行为对本人发生效力。这里的根据在于,因委托书授权不明,无法判断代理

行为是在授权范围之内或在授权范围之外时,视为在授权范围之内。依授权行为之性质为单方行为,委托书授权不明,属于授权人即被代理人之过失,代理人本不应负责。但民法通则第65条第3款规定,代理人应与被代理人负连带责任。显系从维护交易安全及相对人利益考虑。但未免对代理人过苛,而有代人受过之嫌。

第七节 表见代理

一、表见代理之意义

(一)表见代理的意义

所谓表见代理,指本属于无权代理,但因本人与无权代理人之间的关系,具有授予代理权的外观即所谓外表授权,致相对人信其有代理权而与其为法律行为,法律使发生与有权代理同样的法律效果。表见代理制度之设立目的,在于保护交易安全。

(二)表见代理之存在理由

所谓外表授权,指具有授权行为的外表或假象,而事实上并无实际授权。按照英美法代理制度,外表授权是产生代理权的原因之一。学者认为,因外表授权而产生代理权,使被代理人承担代理行为的效果,是英美法禁止翻供规则(the principle of estoppel)在代理关系上的具体运用。因为,按照这一规则,法律不允许当事人否认别的有理智的人从他的言行中得出的合理推论。一个人的言行向相对人表示他已授权给某人,而实际上他并没有授权,这就构成所谓外表授权。法律为维护交易安全、公平及善意相对人的利益,认外表授权为产生代理权的法律事实。因此,外表授权作为一种法律事实,其效力在于使表见代理人获得代理权,尽管他并未得到被代理人的实际授权。

依大陆法系民法,代理制度为私法自治之扩张或补充,本应尊重被代理人的意思,考虑被代理人的利益。在表见代理的情形,既然被代理人未作实际授权,自应不使发生代理之效力,以免使本人利益受不测之损害。但代理制度关系本人与相对人利益,若完全尊重本人的意思,势将置相对人利益于不顾,则世人皆不欲与代理人为交易,不仅社会交易受其影响,代理制度也将有名无实,难以实行。故对于本人与行为人之间有特殊关系或有授权之

表象的情形,承认表见代理。虽然,多少对本人有所不利,但可以保护交易安全,维持代理制度。可见,表见代理制度存在的理由,在于使个人的静的安全与社会的动的安全之协调。与民法上的时效制度、善意取得制度等出于同一趣旨。

中国民法通则是否规定了表见代理制度,有的学者持肯定说,并以民法通则第65条第3款和第66条第1款第三句作为根据。作者也曾表示过同样的意见。^{〔22〕}但这两款立法本意仅在于,因被代理人“有过错”,故使其与代理人承担连带责任,实际上并非采纳表见代理制度。为了弥补这一立法漏洞,合同法第三章合同的效力中专设第49条规定表见代理:行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。

二、表见代理之要件

其一,须代理人无代理权。

成立表见代理的第一项条件是,须代理人无代理权。如果代理人实际上拥有代理权,将属于有权代理,不发生表见代理问题。此所谓无代理权,指为代理行为当时无代理权或对于所实施的代理行为无代理权。至于该无权代理人此前是否曾经拥有代理权,或当时是否有实施其他法律行为的代理权,均非所问。

其二,须该无权代理人有被授予代理权之外表或假象。

成立表见代理的第二项条件是,须该无权代理人有被授予代理权之外表或假象,亦即存在所谓“外表授权”。存在外表授权,是成立表见代理的根据。即使无权代理人以被代理人名义实施法律行为,如果不存在外表授权,换言之,该无权代理人与被代理人之间不存在任何授予代理权之外表或假象,也不发生表见代理问题。实际生活中,多数情形是该无权代理人此前曾经被授予代理权,但实施代理行为当时代理权已经终止,此即代理权消灭后的表见代理,或者该代理人于实施代理行为当时仍拥有代理权,只是所实施的代理行为超越了代理权范围,称为越权的表见代理。当然,也有自始就未曾被授予代理权的情形,例如被代理人曾明示或默示授予代理权而实际并未授予代理权,称为因本人明示或默示的表见代理。以上情形,该代理人曾经被授予代理权,或者当时拥有实施其他法律行为的代理权,或者被代理

〔22〕 梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社1991年版,第105页。

人曾有授予代理权的表示(尽管实际并未授权),即构成此所谓外表授权。

须注意的是,如果合同签订人持有被代理人的介绍信,或用被代理人的合同专用章或盖有印章的空白合同书签订合同,依据最高人民法院《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法若干问题的解答》(法经发[1987]第20号),应视为被代理人授予合同签订人代理权。这里适用的正是表见代理制度。无权代理人之持有被代理人的介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书,构成了被授予代理权的表象。依据该《解答》,合同签订人盗用被代理人的介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书签订的合同,应确认为无效合同。依解释,此合同签订人应非被代理人的工作人员。被代理人的工作人员未得许可擅自使用被代理人的介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书,不构成此所谓“盗用”。此“盗用”事实,应由该被代理人举证证明,凡不能举证证明确系“盗用”的,应成立表见代理。又见合同解答,关于借用介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书签订的合同,应当确认为无效合同,由出借人与借用人对无效合同的法律后果负连带责任。似未考虑对善意相对人的保护,且借用与盗用性质不同,使发生同样的后果,在政策上有欠妥当。依解释,如果借用人用借用的介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书,为自己与相对人订立合同,当不发生表见代理问题(至于所订立的合同是否有效,可依相对人是否属于善意而定)。如果借用人用借用的介绍信、合同专用章或盖有公章的空白合同书,为出借人与相对人订立合同,应构成授予代理权的表象,相对人有权基于表见代理制度,对出借人主张代理的效果。

其三,须相对人有正当理由信赖该无权代理人有代理权。

成立表见代理的第三项条件是,须相对人有正当理由信赖该无权代理人有代理权。合同法第49条所谓相对人“有理由”一语,应当解释为相对人“有正当理由”。虽然该无权代理人有被授予代理权之外表或假象,如果未获得相对人的信赖(无论该相对人是否已经知道对方无代理权),则应属于狭义无权代理,不能成立表见代理。这种情形,如果被代理人不予追认,应由该无权代理人履行或承担责任。又,不仅须获得相对人的信赖,还须相对人的信赖有正当理由。至于相对人的信赖是否有正当理由,应依实施法律行为的具体情形判断。例如,无权代理人曾是被代理人的雇员并在不久前曾作为被代理人的代理人同相对人订立合同,且相对人未得到该无权代理人已被解雇或撤销代理权的通知,或无权代理人持有证明代理权的证书

而从该证书内容无法判定所订立的合同超越了代理权范围,或被代理人曾有授予该无权代理人代理权的表示,而相对人不可能知道被代理人实际上并未授予代理权,即应判定相对人的信赖有正当理由。

其四,相对人基于此信赖而与该无权代理人成立法律行为。

成立表见代理的第四项条件是,须相对人基于上述信赖与该无权代理人成立法律行为。即使相对人有正当理由信赖该无权代理人有代理权,如果最后并未与该无权代理人成立法律行为,也不发生表见代理问题。只在相对人基于此信赖与该无权代理人成立了法律行为,才可能发生表见代理问题。须加说明的是,在具备上述四项要件时,相对人可以基于表见代理对被代理人主张有权代理的效果,但也不是非如此不可。相对人也可以依狭义无权代理的规定,撤销其所为的法律行为。表见代理制度的目的,在于保护善意相对人,当相对人主张代理行为有效时,被代理人不得主张代理权之不存在而与之对抗。因此,被代理人不得基于表见代理而对相对人主张代理之效果。被代理人如欲代理行为有效,仍须依无权代理的规定,对于无权代理人的代理行为进行追认。

三、表见代理适用范围的扩张趋势

表见代理制度的立法目的,在于保护相对人利益和交易安全,随着市场经济的发展和民法对交易安全的着重,其适用范围不断扩张。这里介绍两个类推适用表见代理的日本判例。

日本民法典第109条规定:对第三人表示授予他人以代理权意旨者,于代理权范围内,就该他与第三人之间实施的行为,负其责任。第110条规定:代理人实施其权限外的行为,如第三人有正当理由相信其有此权限时,准用前条规定。第一个判例是最高裁判所昭和44年12月19日判决。案情是,本人甲授予代理人乙以不动产担保借入金钱的权限,而代理人乙自称自己即甲本人,将该不动产出卖与第三人丙。而丙亦误信乙为甲,并与之订立购买契约。法院认为,代理人假称本人为权限外的行为的场合,对方相信该行为为本人自身的行为时,并非相信代理人有代理权;但就该信赖值得交易上的保护之点来看,与信赖代理人有代理权的场合并无二致。因此,以信其为本人自身的行为并有正当理由为限,应类推适用日本民法典第110条的规定,使本人对该行为结果负责。

第二个判例是东京地方裁判所平成3年11月26日判决。案情是,代理人乙超越代理权,订立金钱消费借贷契约及以本人不动产设定抵押权的

契约,因金额巨大,对方当事人要求本人确认,代理人以第三人冒称本人在契约书上签名盖印。法院认为,本案满足两个要件:其一,代理人有基本代理权;其二,对方相信该第三人为“本人”有正当理由。因此,应类推适用日本民法典第110条,使契约效力及于本人。这两则判例虽名为采类推适用方法,实际上属于以目的性扩张方法,补充法律对代理人冒充本人及以他人假冒本人案型未设规定的法律漏洞。代理人冒充本人及代理人以他人冒充本人案型,与第三人相信代理人有代理权的表见代理案型之间,并不存在类似性关系。对于上述案型适用法律关于表见代理的规定,其法理根据,不在于类似性,而在于日本民法典第110条之规范意旨,即对交易上有正当理由的信赖应予保护。^[23]

[23] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第281~282页。

第八章 诉讼时效

第一节 时效的概念

一、时效制度

所谓时效,指一定事实状态在法定期间持续存在,从而产生与该事实状态相适应的法律效果的法律制度。

现代各国民法莫不规定时效制度。关于时效的成文法规定,最早见于罗马十二铜表法。民法时效制度,又分为两种:取得时效和消灭时效。

时效为法律事实之一种。属于自然事实中的状态。民法设时效制度,着眼于维护社会公共利益,维护社会经济秩序,因时效期间届满而发生与原权利人利益相反的法律效果。因此,时效制度的实质,在于对民事权利的限制。

民法关于时效的规定,属于强行性规定,不得由当事人依自由意思予以排除,时效期间不得由当事人协议予以加长或缩短,时效利益不得由当事人预先予以抛弃。当事人关于排除时效适用、变更时效期间或预先抛弃时效利益的约定,依法当然无效。然而,一律强调时效规定的强行性,可能产生妨碍交易效率的结果,在商事交易中尤其如此。值得重视的是,新近的法律文件有放松时效规定强行性而赋予当事人时效期间变更权的趋势。如国际统一私法协会国际商事合同通则(PICC)(2004年新版)第10.3条第1款规定:当事人可以变更时效期间。欧洲合同法通则(PECL)第14:601条第1款规定:当事人可通过协议变更时效的规定,特别是缩短或者延长时效期间。

本书认为,中国民法是否有必要追随这一发展趋势,应慎重研究。即使采肯定立场,亦应特别注意两点:其一,对当事人的时效期间变更权应有最

低限制,^[1]以免损害公共秩序;其二,仅应许可商事合同的当事人变更诉讼时效期间。因商事交易当事人一般具有主体平等性和大致对等的交涉能力,许可商事合同双方当事人协商变更诉讼时效期间,符合现代化市场交易对效率的要求。至于消费者合同,因消费者与经营者之间不具有实质上的平等性和对等的交涉能力,且在经营者采用现代化的广告推销手段诱导之下,消费者往往丧失判断力而不得不接受不利的合同条件。因此,基于消费者保护政策的考虑,以不许变更消费者合同的诉讼时效期间为宜。

二、时效制度的重大功能

(一) 稳定法律秩序

一定的事实状态,无论是权利不行使的事实状态或者占有的事实状态,如果长期持续存在,必然以此事实状态为基础发生种种法律关系,时过多年之后若允许原权利人主张权利,将不仅推翻此长期持续存在的事实状态,势必一并推翻多年以来基于此事实状态而形成的各种法律关系,必将造成社会经济秩序的紊乱。实行时效制度,因法定期间的经过而使原权利人丧失权利,使长期存在的事实状态合法化,有利于稳定社会经济秩序。

(二) 作为证据之代用

一种事实状态长期持续存在,必致证据湮灭,证人死亡,此事实状态之是否合法,殊难证明。实行时效制度,凡时效期间届满,即认不行使权利的人丧失其权利,此系以时效作为证据之代用,可避免当事人举证及法庭调查证据的困难。

(三) 促使权利人行使权利

实行时效制度,使长期不行使权利的人丧失其权利,除有利于维持法律秩序稳定及避免证明困难外,其重要作用还在于督促权利人及时行使其权利,有利于更好地发挥财产的效用及促进社会经济流转正常进行,促进经济的发展。

三、取得时效与消灭时效之异同

(一) 两种时效之异同

两种时效之差异点:其一,起源不同。取得时效起源于十二铜表法以前

[1] 例如,国际商事合同通则第10.3条第2款规定:当事人不得将一般时效期间缩短至1年以下,将最长时效期间缩短至4年以下或将最长时效期间延长至15年以上。欧洲合同法通则第14:601条第2款规定:时效起算后,不得缩短至1年以下或延长至30年以上。

的习惯规则;消灭时效起源于裁判官法之出诉期限。其二,构成要件不同。取得时效以占有之事实状态为要件;消灭时效以权利不行使之事实状态为要件。其三,法律效果不同。取得时效为权利取得之根据,时效期间经过,原权利人丧失权利,占有人取得权利;消灭时效为权利消灭之原因,时效期间经过,原权利人丧失权利,但义务人并不取得权利。

两种时效之相同点:其一,均以一定事实状态之存在为前提。取得时效以占有之事实状态为前提;消灭时效以权利不行使之事实状态为前提。两者所要求的具体事实状态虽有不同,但必须具备一定的事实状态则无二致。其二,均以一定期间的经过为要件。无论取得时效或消灭时效,均须上述事实状态,经过一个法定期间,方才发生时效的法律效力。无须一定期间之经过即发生法律效力者,如动产之即时取得、无主物之先占,皆不得谓为时效。其三,均以权利变更为法律效果。无论取得时效或消灭时效,均产生变更原有权利义务关系的效果。

(二)关于两种时效异同的学说

其一,统一主义。中世纪的注释法学家,着眼于取得时效与消灭时效有共同的法律本质,而主张两者为统一的法律制度,称为统一主义派。

其二,各别主义。以德国历史法学派创始人萨维尼(Savigny 1779—1861)为代表,着眼于取得时效与消灭时效的不同点,斥注释法学派为谬误,认为取得时效与消灭时效是两种不同的法律制度,称为各别主义派。

四、关于两种时效的不同立法

(一)统一主义立法

法国民法典、奥地利民法典和日本民法典,接受统一主义派的主张,在民法典上对取得时效和消灭时效统一加以规定。例如法国民法典在第三编取得财产的各种方法中专设第二十章时效,对两者不加区分,并设统一的定义,即第2219条:时效谓依法律规定的条件,经过一定的期间,而取得财产的所有权或免除义务的方法。日本民法典在第一编总则中设第六章时效,包含三节,第一节为时效通则,第二节为取得时效,第三节为消灭时效。

(二)分别主义立法

以德国民法典为代表。德国制定民法典时,采纳分别主义主张,对两种时效分别加以规定。即在第一编总则中,设第五章消灭时效;另在第三编物权的第三章所有权中,规定取得时效(第937~945条)。中国台湾地区“民法”、匈牙利民法典,均仿德国民法典,属于分别主义。

中国民法通则仅规定诉讼时效即消灭时效(第七章),而未涉及取得时效。2007年制定的物权法,亦未规定取得时效。中国民法是否承认取得时效及采取何种立法主义,须待编纂民法典时决定。因此,本书仅论述诉讼时效。

五、诉讼时效与除斥期间

中国民法通则专设诉讼时效一章。所谓诉讼时效,亦即消灭时效。依诉讼时效,权利不行使的事实状态,在法定期间内持续存在,即应发生该权利人丧失权利的法律效果。

现代民法除诉讼时效制度外,另有除斥期间。所谓除斥期间,为法定的权利的存续期间,因该期间经过而发生权利消灭的法律效果。

诉讼时效与除斥期间的区别如下:

其一,构成要件不同。诉讼时效须两个要件,即法定期间经过和权利继续不行使之事实状态;除斥期间只需一个要件,即法定期间经过。

其二,适用对象不同。诉讼时效适用于请求权;除斥期间适用于形成权。^{〔2〕}

其三,法律效力不同。诉讼时效为消灭诉权,而实体权并不消灭;除斥期间为消灭实体权。

其四,法定期间是否可变。诉讼时效期间有中断、中止、延长,因此属于可变期间;除斥期间为绝对不变期间。

第二节 诉讼时效的效力

一、关于诉讼时效效力的立法主义

诉讼时效即消灭时效的效力,因各国民法的规定不同而有差异。各国民法关于诉讼时效效力的规定,可区别为三种类型:

其一,实体权消灭主义。此种立法,将诉讼时效的效力规定为直接消灭实体权。系采纳德国学者温特夏德(Windscheid)的主张。属于此种类型立法的代表为日本民法典。该法典第167条规定:债权,因10年间不行使而

〔2〕 中国产品质量法第45条第2款规定:因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权,在造成损害的产品交付最初用户、消费者满10年丧失。此10年期间,依学者通说,性质上属于除斥期间。应为例外。

消灭,债权或所有权以外的财产权,因20年间不行使而消灭。

其二,诉权消灭主义。此种立法,系采纳德国学者萨维尼(Savigny)的主张。萨氏认为,诉讼时效完成后,其权利本身仍然存在,仅诉权归于消灭,此为罗马法消灭时效之本旨。时效届满后的权利,因诉权消灭不能请求法院为强制执行,即所谓自然债。属于此种主义的立法,有法国民法典,苏俄1922年民法典及匈牙利民法典。如法国民法典第2262条规定:一切物权或债权的诉权,均经30年的时效而消灭。1922年苏俄民法典第44条规定:起诉权,逾法律规定之期间而消灭。1994年俄罗斯联邦民法典亦采诉权消灭主义(第195、199条)。匈牙利民法典第325条规定:时效完成的请求权,不能在法院强制执行。

其三,抗辩权发生主义。此种立法,系采纳德国学者欧特曼(Oertmann)的主张。欧氏认为,时效完成后,义务人因而取得拒绝履行的抗辩权。如义务人自动履行的,视为抛弃其抗辩权,该履行应为有效。属于此种主义的立法,有德国民法典、中国台湾地区“民法”和苏俄1964年民法典。德国民法典第222条规定:消灭时效完成后,义务人有拒绝给付的权利。中国台湾地区“民法”的规定与此相同。1964年的苏俄民法典第87条规定:诉讼时效在起诉前过期,是拒绝应诉的理由。

二、中国民法通则采诉权消灭主义

中国民法通则关于诉讼时效的规定究竟属于何种立法主义?按照第138条的规定,超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。由此可以断定,中国民法通则非采实体权消灭主义。又第135条规定,“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效”。此请求人民法院保护民事权利的权利,当然为诉权无疑。因此,应当认定民法通则关于诉讼时效的规定,系采纳前述第二种立法主义,即诉权消灭主义。

三、法庭可否不待当事人主张而主动适用时效

罗马法时效制度有一项重要原则,即时效只能由当事人主张而不能由法庭主动援用。发达国家和地区民法,均继承了这一罗马法原则,禁止法庭主动适用诉讼时效。例如法国民法典第2223条规定:法官不得自动援用时效的方法。日本民法典第145条规定:除非当事人援用时效,法院不得根据时效进行裁判。但是,在前苏联、东欧社会主义国家,出于计划经济和单一公有制的要求,否定了这一罗马法原则。例如1964年的苏俄民法典第82条规定:不论双方当事人申请与否,法院均应适用诉讼时效。关于法院可否

主动适用诉讼时效,中国民法通则并无规定,学者拘泥于所谓社会主义民法理论,对第135条和第137条进行解释,认为法庭可依职权主动适用诉讼时效,而无须当事人主张。^{〔3〕}这一解释对审判实践产生了影响。20世纪90年代以来,民法理论和实务界已经认识到,法庭不待当事人主张而主动适用诉讼时效,违背民法时效制度的本质和市场经济的要求,加之中国民法通则规定的诉讼时效期间过短,更加严重不利于人民和企业合法权益的保护,人民法院和仲裁机构已经纠正了这种不待当事人主张而主动适用诉讼时效的做法。

四、诉讼时效届满后义务人的履行

诉讼时效期间届满后的请求权,因诉权消灭,变为不可诉请求权,即罗马法上所谓自然债。此种请求权,既非完全有效,也非完全无效。按照民法通则第138条的规定,虽诉讼时效期间届满,如义务人自愿履行的,其履行仍为有效。义务人在自愿履行后,不得以不知时效期间经过为由要求返还。

五、诉讼时效届满后义务人的承认

诉讼时效期间届满后,义务人作出愿意履行的意思表示或者在债权人的催款通知单上签字或盖章,应当视为对原债务的承认。该债权债务因此回复强制履行的效力。即使义务人不知时效期间届满的事实,也不得以不知诉讼时效期间届满为由主张诉讼时效的效果。^{〔4〕}

六、诉讼时效效力所及的范围

诉讼时效的效力应及于从权利,即主权利因时效届满不受保护,附属于主权利的从权利也因此不受保护。例如,合同履行请求权因时效届满不受保护,其违约金请求权也不受保护。但须注意的是,诉讼时效的效力不得及于担保权。因担保权虽属于从权利,但具有相对的独立性,且担保物权,属于支配权而非请求权,不在诉讼时效客体之列。因此,所担保的债权因时

〔3〕 梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,中国法制出版社1999年版,第139页;梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第179页。

〔4〕 最高人民法院《关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》(法复1997年4号),载《最高人民法院公报》1997年第2期(总第50期),第64页;最高人民法院《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或盖章的法律效力问题的批复》(法释1999年7号),载《最高人民法院公报》1999年第2期(总第58期),第58页;日本最高裁判所昭和45·5·21判决,参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第229页;日本最高裁判所昭和41·4·20判决,参见圆谷峻、内田胜一编:《基本判例2 民法总则物权》,法学书院1999年版,第55页。

效期间届满而不能请求法院强制执行,债权人仍可以执行担保物权。例如,德国民法典第 223 条第(1)项规定:以抵押权、船舶抵押权或质权担保的请求权,虽经时效消灭,但不妨害债权人就其担保物取偿。日本民法典第 396 条规定:抵押权,除非与其担保的债权同时,不因时效而对债务人及抵押人消灭。中国台湾地区“民法”第 145 条规定:以抵押权、质权或留置权担保之请求权,虽经时效消灭,债权人仍得就其抵押物、质物或留置物取偿。

须注意的是,担保物权有占有型与非占有型之分。质权、留置权属于占有型担保物权,担保物(动产、债权凭证)在债权人占有之下,所以,债权因诉讼时效期间届满而不能强制执行,并不妨碍债权人就其担保物取偿,其理自明。抵押权属于非占有型担保物权,抵押物在抵押人占有之下,虽抵押权不在诉讼时效客体之列,似不宜使抵押权与所担保债权同受诉讼时效的限制,但在债权因时效期间届满不受法院保护之后,如抵押权长期存在,势必不利于抵押人对担保物的有效利用,不利于担保交易关系的稳定,且有助长抵押权人滥用优势地位之虞。有鉴于此,物权法第 202 条规定:“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。”这样,抵押权在实际上与所担保债权同受诉讼时效期间的限制。

第三节 诉讼时效的客体

一、诉讼时效客体的意义

所谓诉讼时效的客体,是指哪些权利应适用诉讼时效。这在实践上有重要意义。各国民法关于诉讼时效的客体,规定颇不一致。日本民法典第 167 条规定,以债权及其他非所有权之财产权为消灭时效的客体;德国民法典第 194 条规定,以请求权为消灭时效的客体;中国台湾地区“民法”第 125 条的规定,亦以请求权为消灭时效的客体。中国民法通则关于诉讼时效的客体未作规定,依诉讼时效制度的立法目的,应解释为诉讼时效仅适用于请求权。请求权以外的权利,如物权、人格权,其性质为支配权,因而不受诉讼时效的限制。

所谓请求权,指特定人得向特定人请求为一定行为的权利。请求权,以所由发生的法律关系为标准,可以分为:因身份关系而生的身份关系上请求权;因债权债务关系而生的债权请求权;因物权关系而生的物权请求权。是

否均可作为诉讼时效的客体,尚有争论。^[5] 哪些请求权不应适用诉讼时效,民法通则既未有明文规定,也无有权解释及判例可资遵循。谨依民法理论,作下面的区分。

二、债权请求权

诉讼时效的客体,主要是债权请求权。其中,基于合同债权的请求权,如履行请求权、损害赔偿请求权、违约金请求权、利息请求权、定金返还请求权;基于侵权行为的请求权,主要是损害赔偿请求权;基于无因管理的请求权,包括必要费用请求权、损害赔偿请求权;基于不当得利的请求权,主要是不当得利返还请求权;其他债权请求权,如防卫过当、避险过当的赔偿请求权。

鉴于侵权行为制度的性质和立法目的,属于侵权行为请求权的停止侵害请求权、消除危险请求权、消除影响请求权,应不适用诉讼时效。

三、物权请求权

物权请求权,又称物上请求权,即基于物权的请求权。但物权请求权中,适用诉讼时效的,只是其中的返还财产请求权和恢复原状请求权。返还财产请求权,包括返还被非法占有财产的请求权、返还抵押物请求权、返还质物请求权、返还留置物请求权、返还租赁物请求权、返还遗失物请求权,以及合同无效或被撤销后的返还请求权。^[6] 合同解除后的恢复原状请求权,^[7]属于物权请求权性质,应当适用诉讼时效。

鉴于不动产物权变动采登记生效主义,非经登记不生效力,若许已登记不动产所有人的返还请求权因时效期间届满而消灭,将动摇不动产登记制度的效力,因此已登记不动产所有人的返还请求权,应不适用诉讼时效。^[8]

物权法第 33 条规定的确认物权请求权、第 35 条规定的排除妨害请求权和消除危险请求权,依其性质应不适用诉讼时效。

[5] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北 1996 年版,第 405 页。

[6] 合同法第 58 条:合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

[7] 按照合同法第 97 条的规定,合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。

[8] 中国台湾地区“最高法院”1953 年台上字第 786 号判例,肯定包括所有物返还请求权在内的物权请求权,应当适用消灭时效。但“司法院”大法官会议释字第 107 号解释明确表示,已登记不动产所有人的回复请求权,不适用消灭时效。参见王泽鉴:《民法总则》,台北 2000 年版,第 559 ~ 560 页。

四、基于身份关系的请求权

鉴于身份关系的性质,基于身份关系的请求权,包括夫妻同居请求权、离婚请求权、父母对第三人请求交还未成年子女的请求权、解除收养关系请求权等,应不适用诉讼时效。但非纯粹身份关系的请求权,如夫妻间的损害赔偿请求权、各期扶养费和赡养费的给付请求权,基于财产权的性质,仍应适用诉讼时效。^[9]

五、基于财产共有关系的请求权

共有物分割请求权为分割公有物的权利,非请求他共有人为分割行为之权利,为形成权之一种而非请求权。^[10] 鉴于财产共有关系的性质,只要财产共有关系存在,基于财产共有关系的共有物分割请求权就不消灭。因此,分割合伙财产请求权、分割家庭财产请求权,应不适用诉讼时效。但共有人订立分割共有物的协议后,基于该协议的移转分得部分所有权的请求权,属于债权请求权,应当适用诉讼时效。

六、基于相邻关系的请求权

鉴于不动产相邻关系的性质,基于相邻关系的请求权,如停止侵害请求权、排除妨害请求权、损害赔偿请求权,应不适用诉讼时效。

七、基于合伙、联营、投资关系的请求权

鉴于合伙、联营、投资关系的性质,基于这类关系的收益分配请求权、股息支付请求权,应不适用诉讼时效。

八、基于储蓄关系、债券关系的请求权

鉴于储蓄关系、债券关系的性质,存款和利息支取请求权、债券还本付息请求权,应不适用诉讼时效。

第四节 诉讼时效的期间

一、诉讼时效期间的分类

(一) 概说

现代各国民事诉讼时效制度,往往设有多种时效期间,例如普通时效期

[9] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第561页。

[10] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北2000年版,第560页。

间、特别时效期间、长期时效期间。例如法国民法典所规定的普通时效期间为20年和10年,特别时效期间为5年、1年、6个月,长期时效期间为30年。德国民法典规定的普通时效期间为3年(2001年德国新债法第195条),长期时效期间为30年。日本民法典所规定的普通消灭时效期间债权为10年,所有权外的财产权为20年,特别消灭时效期间为5年、3年、2年和1年。

上述国家民法典所规定的时效期间均较长,是为了保护权利人的利益,时效期间过短于权利人不利。中国民法通则所规定的时效期间显然过短,系受苏联民法思想的影响,着重于促使权利人尽快行使其权利,以图达到加速社会经济流转的目的。^[11]但时效期间过短,致对债权人的保护不周,不适应市场经济的要求。现实中,仅2年的时效期间经过,债务人就可拒绝还债,与传统道德观念、社会正义和诚实信用原则抵触太甚。也与诉讼时效作为证据之代用的本质不符。建议制定中国民法典时,将普通时效期间延长,例如不短于5年。

中国现行民法通则规定了三种时效期间,即普通时效期间为2年,特别时效期间为1年,另外规定了最长时效期间为20年。

(二)特别时效期间

为促使权利人及时行使权利,避免举证的困难,民法通则第136条规定下列请求权适用1年的特别时效期间:其一,身体受到伤害的赔偿请求权;其二,瑕疵担保请求权;其三,租金支付请求权;其四,保管财物丢失毁损的赔偿请求权。

(三)普通时效期间与最长时效期间

普通时效期间与最长时效期间的适用范围相同,即特别时效期间适用范围以外的请求权。

1. 两种时效期间的区别

普通时效期间与最长时效期间的区别如下:

其一,时效期间的起算点不同。2年的普通时效期间,从当事人知道或应当知道权利受侵害之时起算;20年最长时效期间,从权利受侵害之时起算。

其二,期间性质不同。2年的普通时效期间有中止、中断问题,性质上

[11] 参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,中国法制出版社1999年版,第138页。

为可变期间;20年最长时效期间不发生中止、中断问题,性质上为不变期间,类似于除斥期间。

2. 设置双重时效期间的意义

民法通则对于同样的适用范围同时规定2年时效期间和20年时效期间,属于双重时效期间规定。其重要意义在实用上:凡权利人知道或应当知道权利被侵害的,即应适用2年的普通时效期间,期间进行中可因法定事由发生中止、中断,但无论如何不得超过从权利被侵害时起的20年。这种情形,20年的最长时效期间,为对2年普通时效期间因中止、中断而延长的限制。如权利人不知道或不应当知道权利被侵害的,则应适用20年的最长时效期间,从权利被侵害时起算超过20年的,即丧失诉权;即使在20年后权利人知道权利被侵害的,亦不得再适用2年普通时效期间。这种情形,20年时效期间应属于对2年的普通时效期间的补充,因为在权利人不应当知道权利被侵害的情形,2年的普通时效期间并未开始计算。

二、诉讼时效期间的起算

民法通则第137条规定,诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起算。此系极原则之规定。因具体请求权的根据及标的不同,在计算诉讼时效期间的起算点,亦即决定权利人对权利被侵害“应当知道”之时点上将有种种差异。谨依民法理论和各请求权的差异,分述如下:

1. 附条件、附期限的请求权,从条件成就、期限到来起算;
2. 有履行期的请求权,从履行期到来起算;
3. 无履行期的请求权,从权利人可行使权利之时起算,但20年时效从权利成立时起算;^[12]
4. 分期履行的请求权,如分期付款买卖的价金请求权、借款合同的利息请求权、租赁合同的租金请求权,从最后一期履行期限届满之次日起算;^[13]

[12] 未约定履行期限或履行期限不明确的请求权,按照合同法第62条第(四)项的规定,债权人可以随时要求履行。因此,2年的普通时效期间应当从债权人要求履行之次日起算。考虑到债权人长期不要求履行,2年的普通时效期间将无从开始计算,势将违背民法设立诉讼时效制度的目的,因此对于这类请求权应同时从该权利成立之日起计算20年长期时效期间,即无论债权人是否要求履行或何时要求履行,从该权利成立之日起满20年而无须延长时效期间的特殊情况的,该请求权因20年长期时效期间届满而不受法律保护。

[13] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第220页。

5. 物权请求权的起算,因请求权发生的根据不同而有区别:非法占有财产的返还请求权,及不当得利返还请求权,从该财产或利益被非法占有之时起算;抵押物、质物和留置物的返还请求权,从所担保债务受清偿之时起算;租赁物的返还请求权,从租赁合同终止之时起算;合同无效或撤销后的返还请求权,从合同被确认无效或被撤销之时起算;

6. 标的为不作为的请求权,从义务人有违反行为之时起算;

7. 因违约行为而发生的强制实际履行请求权、损害赔偿请求权和违约金请求权,从违约行为成立之时起算;

8. 因侵权行为发生的请求权,从受害人知道有侵害行为及加害人之时起算,但20年时效期间从侵权行为发生之时起算。^[14]

三、诉讼时效期间的中止

(一) 时效期间中止的概念

所谓时效期间的中止,又称时效期间未完成,指在时效期间行将完成之际,有与权利人无关的事由而使权利人无法行使其请求权,法律为保护权利人而使时效期间暂停计算,待中止事由消灭后继续计算。

(二) 时效期间中止的条件

民法通则第139条规定:在诉讼时效期间的最后6个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。依此规定,发生诉讼时效期间中止的条件是:

其一,有使权利人不能行使其请求权的障碍,包括不可抗力及其他障碍。所谓其他障碍,应包括权利被侵害的无行为能力人、限制行为能力人没有法定代理人,或其法定代理人死亡、丧失代理权,或法定代理人丧失行为能力。因义务人逃避民事责任而下落不明,致权利人无法行使其请求权,亦应属于此所谓不能行使其请求权的障碍。

其二,此障碍发生在2年的普通时效期间或1年的特别时效期间的最后6个月内。发生在最后6个月之前,不构成中止时效期间的事由。

(三) 时效期间中止的效力

时效期间中止的效力,在于使时效期间暂停计算,待中止的原因消灭

[14] 因侵权行为发生的请求权,从受害人知有侵权行为及加害人之日计算2年普通时效期间,并同时从侵权行为发生之日起计算20年长期时效期间,即从侵权行为发生之日起满20年而无须延长时效期间的特殊情况的,该请求权因20年长期时效期间届满而不受法律保护。

后,亦即权利人能够行使其请求权时,再继续计算时效期间。这里有一个问题,即继续计算的时效期间如果不足6个月,应否延长到6个月?各国民法诉讼时效制度关于时效期间中止,大抵有延长到6个月的规定。民法通则对此虽无明文,但依时效中止的目的,应作同样解释。

四、诉讼时效期间的中断

(一)时效期间中断的概念

所谓时效期间的中断,指在有法定事由发生时,此前已计算的时效期间全归无效,待中断事由消灭后时效期间重新计算。

时效期间中断与时效期间中止,其立法宗旨均在于保护权利人利益,但两者有下述区别:

其一,发生中止的原因属于与当事人无关的客观情况,而发生中断的原因系当事人的行为,亦即取决于当事人的意思。

其二,在时效期间中止,中止以前已经进行的时效期间为有效,应与中止原因消灭后继续计算的时效期间合并计算;在时效期间中断,中断以前已经进行的时效期间为无效,中断原因消灭后重新计算时效期间。

其三,在时效期间中止,中止原因应发生在时效期间的最后6个月内,才能发生中止的效力;在时效期间中断,中断原因无论发生在时效期间的哪一段,均应发生中断的效力。

(二)时效期间中断的法定事由

依民法通则第140条的规定,引起时效期间中断的法定事由如下:

其一,起诉。起诉是当事人依民事诉讼法行使诉权,请求法院给予保护,为中断时效期间的主要原因。此所谓起诉,还应包括依执行程序向法院申请强制执行、依督促程序向法院申请发支付令。但起诉后又撤回的,以及因不合法而受驳回起诉之裁定的,诉讼时效不中断。依目的性扩张解释,权利人向仲裁机构提起仲裁、向人民调解委员会请求调解以及向有关机构或机关提出保护民事权利的请求,亦应属于时效期间中断的原因。

其二,以其他方式主张权利。依解释,此所谓以其他方式主张权利,应包括通知、催告义务人履行义务,要求侵权行为人承担责任,在义务人陷于破产时向破产清算人申报权利。

其三,义务人同意履行义务。此所谓义务人同意履行义务,应包括义务人承认债务,要求缓期履行,提供担保及表示愿意承担责任。

(三) 时效期间中断的效力

时效期间中断的效力,在于使此前已经进行的时效期间归于无效,另从中断时起重新计算时效期间。但因发生中断的原因不同,其重新计算时效期间的起算点亦有不同:

其一,属于提起诉讼、提起仲裁、申请调解或向有关机构或机关要求保护民事权利等原因而致中断的,应从判决、裁定、裁决或调解协议生效或有关机构或机关作出决定之时起,重新计算时效期间。

其二,属于以其他方式主张权利的,应从中断原因发生时起重新计算时效期间。

其三,属于义务人同意履行义务的,亦应从中断原因发生时起重新计算时效期间。

五、诉讼时效期间的延长

(一) 时效期间延长的概念

前述关于时效期间中止、中断的规定,只能对2年的普通时效期间、1年的特别时效期间以及特别法上的时效期间适用,而20年最长时效期间则不适用中止、中断的规定。按照民法通则第137条的规定,20年的最长时效期间,在有特殊情况时,可由法院决定延长时效期间。因此,所谓时效期间的延长,只能适用于20年最长时效期间。其他时效期间,因有中止、中断的规定,不发生延长问题。可见,民法通则所规定的时效期间的延长,是指20年时效期间在有特殊情况时由法院决定予以延长。

(二) 时效期间延长的决定权在法院

时效期间的延长,与时效期间的中止、中断的一个重要区别在于:时效期间的延长,须由法院作出延长时效期间的决定,方才发生时效期间延长的效力。而时效期间的中止、中断则相反,只要有发生中止、中断的法定事由,即当然发生中止、中断的效力,而无须由法院作出决定。须注意的是,法院对于决定时效期间是否延长,有完全的裁量权。法律上的用语是“可以”延长,而不是“必须”延长。依法律本意,系将决定是否延长的裁量权授权法院行使。即授权法院就当事人所提出的客观情况是否属于“特殊情况”作出裁量,及就该特殊情况下是否延长时效期间作出裁量。即使当事人所提出的客观情况被认定为属于法律所谓“特殊情况”,法院在决定是否延长时效期间作决定时,还应考虑是否有予权利人特殊保护的必要,基于权利人长期不行使权利的事实状态所发生的其他法律关系是否更有应予保护的理

等等。

（三）可以延长时效期间的“特殊情况”

民法通则第137条规定,有特殊情况的,可以延长时效期间。法律未对所谓“特殊情况”作出明确规定。依解释,民法通则之规定20年最长时效期间,其立法者意思在于以此最长时效期间弥补普通时效期间对于权利人保护之不足,而关于时效期间延长的规定,又在于进一步弥补20年最长时效期间之不足。20年最长时效期间已经属于普通时效期间之例外,则20年时效期间在特殊情况下的延长更属于例外之例外。有鉴于此,对于时效期间的延长,当然应严格掌握,不允许滥用,对所谓“特殊情况”应作严格解释。

第九章 期日、期间

第一节 期日、期间的意义

一、时间的重要意义

时间也属于法律事实之一种,且时间在法律事实中占有重要位置,其适用亦最频繁。例如,自然人出生后须经过一定的时间,才能取得民事行为能力;或某种事实状态继续经过一定的时间,即发生权利变动的效果;或某种权利行使,仅限于一定时间内为之,始为有效;或以一定的时间决定法律行为效力之发生或消灭。可见,时间在民法上具有重要意义。

时间在法律上有期日与期间之别。

二、期日

所谓期日,指一定的、不许分割的时间,如某时、某日、某月、某年。只须该时间特定,而不问其时间之长短,犹如时间流上所指定的一点,属于静态的观念。学者常将期日与几何学上的“点”相比拟。但期日与几何学上的点,非绝对相同。因几何学上的点,毫无长度可言,而期日只是不着眼于时间的长度,并非没有长度。

三、期间

所谓期间,指某一期日与另一期日间的时间,亦即从一定时间继续到达一定时间。例如某时至某时,某日至某日,某月至某月,某年至某年,或从某日起若干日、若干星期、若干月、若干年。期间必有一定长度,且有始有终,犹如时间流上截取的一个段落,属于动态的观念。学者常将期间比作几何学上的线段。

须注意的是,法律上另有期限一语(见本章第七节附期限法律行为),不可混同于期间。期限为关于时间的另一概念。两者的区别在于:期限指时间的计算,从某一时点开始计算,称为始期;迄自某一时点停止计算,称为终期。而期间指时间的经过,即自始期至终期之继续时间。换言之,期限为

时间之计算,仅言其一端;期间为时间之经过,指两端之间。

期间因计算方法不同,分为连续期间与非连续期间。所谓连续期间,指自始期至终期,其间所有时日毫无间断地全部计算。例如自6月1日起算至8月31日止,其间不分工作日、节假日、晴天、雨天,均连续计算。所谓非连续期间,指自始期至终期,非连续计算,而是将某些时日予以除外。例如自6月1日起算,约定3个月,将不能工作之节假日、雨天除外,只计算实际工作日,凑足90日为止,并非至8月31日。

第二节 期日、期间的计算

一、计算方法

(一) 自然计算法

自然计算法,系按实际时间精确计算的方法。例如,约定从本日上午10时起的2日,即自该时起计足48小时,为期间届满。依此计算法,以一日为24小时,一星期为7日,一月为30日,一年为365日。此自然计算法,所得结果固然精确,但有欠简便,用以计算长期间,则颇不方便。

(二) 历法计算法

历法计算法,指按日历所定之日、星期、月、年进行计算的方法。例如,约定1日之期间,则自零时迄于24时;约定1星期之期间,则从星期日至星期六;约定1月之期间,则从月之1日至月之末日;约定1年之期间,则自元月1日至12月31日。此历法计算法不论月之大小,年之平闰,悉依历之所定。其计算简便,但缺点在欠精确。

两种计算法,在以日或星期定期间的情形,结果并无不同。问题在于,以月或年定期间的情形,其计算结果有差异。例如约定1个月的期间,从2月1日起算,如采历法计算法,则应于2月28日(平年)或2月29日(闰年)届满;而采自然计算法,则应算足30日,至3月2日或1日届满。两种计算方法,所得结果既有差异,则何种期间应采何种计算法,不能不由法律作出规定。例如日本民法典第134条第1款规定:以星期、月或年定期间者,依历计算。对此中国民法通则亦设有规定,即第154条第1款:民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。应予说明的是,在以日、小时定期间的情形,两种计算法并无不同,此规定采历法计算法无实际意义;又条文

中未区别连续期间与非连续期间,应解释为连续期间采历法计算法,至于非连续期间应适用自然计算法。

二、期间之起算点

(一)以小时定期间之起算点

按照民法通则第154条第2款的规定:按照小时计算期间的,从规定时开始计算。例如约定自本日9时起的3小时,则从该日9时起算至12时届满。

(二)以日、月、年定期间之起算点

按照民法通则第154条第2款的规定:按照日、月、年计算期间的,开始的当天不算入,从下一天开始计算。例如于4月1日约定3日的期间,则应从4月2日起算至4月4日24时届满;以月或年定期间,亦应如此,约定的当日不算入,而从次日开始计算。

三、期间最后一日之终止点

按照民法通则第154条第4款的规定:期间的最后一天的截止时间为24点。有业务时间的,到停止业务活动的时间截止。依此规定,则凡属于有业务活动时间的,如营业时间、办公时间,则应以规定停止业务或营业的时间为期间之终止点。例如业务时间为8时至17时,则应以期间最后一日的17时整,为终止点;而无业务活动时间的,则应以期间最后一日的24时正,为终止点。

四、期间最后一日之决定

期间之终止点既为期间最后一日之终止点,则如何决定期间之最后一日至关重要。此在以日定期间的情形,则算足该期间之日即为最后一日,不致发生问题。若以星期、月、年定期间的情形,则因是否正好自星期、月、年之第一日起算而有不同。若在以星期、月、年之第一日起算的情形,则当然以该期间之末日即星期六、月终、除夕,为期间最后一日。若不以星期、月、年之第一日起算,则应以最后之星期、月、年中与起算日相当之日的前一日,为期间之最后一日。此所谓相当之日,指与起算之日名称或数目相同之日。例如起算之日为星期四,则凡星期四为相当之日;起算之日为12日,则凡12日为相当之日。此在以星期定期间的情形当不发生问题,而在以月、年定期间的情形,如遇最后之月无与起算之日相当之日,则应以该月之末日为期间最后一日。

以上述方法算出之期间最后一日,如果是星期日或其他法定节假日,则

按照民法通则第 154 条第 3 款的规定,应以节假日的次日为期间的最后一日。因中国采行每星期五日工作制,则应解释为如遇最后一日是星期六、星期日或其他法定节假日,应以节假日的次日为期间最后一日。

第十章 权利的行使

第一节 权利行使概说

一、权利行使的意义

(一) 权利行使的概念

所谓权利行使,指权利人实现其权利内容之正当行为。一切权利行使均属于行为,但因所行使权利种类不同而其行为有异。要之不外乎法律行为如撤销权之行使,准法律行为如催告权之行使,及事实行为如依所有权而使用其所有物。

(二) 与类似概念的区别

1. 权利之享有

所谓权利之享有,指权利人享有权利之利益。因权利系由法律上之力与法律所保护的利益两要素构成,权利主体实际享有此种利益,即为权利之享有。唯权利人本人可以享有其权利。此系从静的方面观察。权利的行使,指权利内容的实现,系从动的方面观察,且不限于权利人本人,其代理人及其他有行使权者均可行使。因此与权利之享有不同。

2. 权利之主张

所谓权利之主张,指权利人向相对人或法院表示自己为某权利之归属者之行为,如向法院提起权利确认之诉或向无权占有人要求返还所有物。其范围较狭。而权利行使泛指权利人依权利之作用所得为之一切行为,其范围较广,权利之主张亦被包括在内。因此,不可将权利行使与权利之主张相混淆。

3. 权利之实现

所谓权利之实现,指权利之内容已经实现,而权利行使系指为实现其内容所为之行为。权利之实现,大多是由于权利人行使其权利,但由于义务人履行义务而使权利获得实现的情形也不少。另须注意的是,通常情形权利

人行使权利之行为即可导致权利实现,但也有若干情形,除权利行使之行为外,还须有其他事实。如撤销权之行使,须经法院判决,才能发生权利实现的后果。因此,权利的行使与权利的实现,为不同的法律概念。

二、权利行使的限制

权利之行使,应依权利人的自由意思,原则上应不受干涉。此即权利行使之自由原则,本属于私法自治原则应有之义。罗马法上有“凡行使权利者,无论对于何人,皆非不法”之法谚,说明权利行使之绝对性,自罗马法以来成为支配民法领域不刊之真理。18世纪以后,表现为所有权行使之绝对性原则。即所有权人行使其权利,纵然因此损害他人,亦不承担任何责任。但自19世纪末以来,民法思想发生变迁,所谓社会的权利思想渐成主流。认为权利本系社会的制度,其行使应有一定范围,如果权利之行使完全无视他人及社会利益,自属违反权利存在之理由。因此,对权利行使之绝对原则进行修正,认权利行使应受一定限制,为现代民法之基本原则。现代各国法律,莫不对权利行使设有一定的限制。如德国民法典第226条,日本民法典新增第1条。中国法律除宪法第51条就权利滥用之禁止设有一般性规定外,民法通则第4条、第7条、第58条,及合同法第6条、第7条,关于权利行使设有限制性规定,此与现代法律之发展潮流大体相符。

应特别注意的是,对民事权利行使之限制,应有正当理由,并有一个合理的“度”,以保障不至于走向彻底否定个人利益和个人权利的极端。回顾20世纪以来的立法和判例学说,对权利的限制有所谓内部限制和外部限制两种途径。所谓内部限制,以德国威玛宪法第153条规定所有权负有义务为滥觞,认为权利本身包含义务,权利应为社会的目的而行使,混淆权利与义务的界限,最后发展为对个人利益和个人权利的彻底否定。学说上提倡对权利的内部限制,目的在于实践公益优先之原则,必要时牺牲个人利益以维护社会公益。殊不知社会公益有真假之别,所谓内部限制很容易成为借社会公益之名以剥夺个人权利的理论依据。所谓外部限制,是在承认并保障权利之不可侵性、权利行使之自由性的前提下,以公法的措施适当限制权利之不可侵性,以民法上的诚实信用原则、权利滥用之禁止原则及公序良俗原则限制权利行使之自由性。概而言之,通过权利的外部限制,可以较好地协调个人利益与社会利益,是为现今法治国家的通行做法。中国有过几千年封建社会的历史,缺乏民主法治传统,改革开放前曾经走过一段否定个人利益和个人权利的弯路,现在刚刚开始走上民主法治建设之路,人民大众和

企业的权利意识、法律意识刚刚开始复苏,各种侵害个人和企业合法权益的事件还层出不穷,各种阻碍民主法治的因素和势力还严重存在,因此中国立法在处理对权利行使的限制这个问题时,不可不慎之又慎!

三、权利的保护

权利的保护方法,可以大别为二种:公力救济与私力救济。所谓公力救济,指权利遭受侵害时,权利人得请求国家以公权力排除侵害,实现其权利。所谓私力救济,指权利遭受侵害时,权利人迳以自己之腕力排除侵害,自行实现其权利。两种保护方法,就其进化过程而言,实私力救济发生在先,而公力救济发生在后。因在人类社会初期,国家组织尚不健全,国家权力尚不发达,对于权利之保护,唯有私力救济一途。因而私权之自救权被视为私权之附属权,而任由个人行使之。随着社会之进步,国家组织日益完善,国家权力日渐强大,保护私权之国家机关亦逐渐完备,向之私力救济,逐渐为公力救济所替代。因私力救济,易生流弊,弱者无从实行,强者每易仗势欺人,影响社会秩序。故国家愈进步,私力救济的范围愈益缩小。现代法律遂以禁止私力救济为原则,私力救济往往在民事上构成侵权行为,在刑事上构成犯罪行为。但若绝对不许私力救济,亦于权利保护或有不周。因请求国家机关以公力救济,必需一定的程序及相当的时日,若处于情况紧急之时,非依私力救济,丧失时机,其权利将难以实现。且事态若不及时制止,势必扩大,将影响社会秩序,与法律维护社会秩序的宗旨亦不相符。因此,各国法律莫不在坚持以公力救济为原则的同时,于某种限度内设有私力救济制度。中国法律,除刑法有相应的规定外,民法通则也在第128条和第129条对正当防卫和紧急避险设有规定。

第二节 诚实信用原则

一、诚实信用原则的意义

现代民法以诚实信用为权利行使之基本原则。所谓诚实信用,是市场经济活动中形成的道德规则。它要求人们在市场活动中讲究信用,恪守诺言,诚实不欺,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。诚实信用原则为一切市场参加者树立了“诚实商人”和“诚实劳动者”的道德标准,隐约地反映了市场经济客观规律的要求。在历史上,诚实信用这一道

德规则,曾长期以商业习惯的形式存在,作为成文法的补充而对民法关系起着某种调整作用。到了19世纪末,毫无限制的契约自由和自由放任主义已经造成种种弊端,以致各种社会矛盾空前激化,经济危机更加频繁和深重,社会经济生活动荡不堪。为了协调各种社会矛盾和冲突,立法者开始注重道德规范的调整作用,将诚实信用等道德规范引入法典,成为近现代民法的重要原则。

法律之吸收道德观念,始于罗马法。在罗马法上,诚实信用观念体现在一般恶意抗辩诉权中。学者认为,诚实信用原则与一般恶意抗辩同出一源,具有同一意义。法国民法的制定,正值自由资本主义时期,资本主义生产关系的发展,要求不受任何约束地、毫无限制地榨取剩余价值。所谓自由放任主义政策正是这一要求的体现。因此,法国民法典未采用罗马法一般恶意抗辩诉权,仅在第1134条规定,“契约应以善意履行之”。此所谓“善意”,即诚实信用。但在自由放任主义思想支配之下,上述条文只是当事人意思自治的补充,在法律实践上难有实际意义。1863年的撒克逊民法典第858条规定,契约之履行,除依特约、法规外,应遵守诚实信用,依诚实人之所应为者为之。但依该法,当事人可依约定排除诚实信用原则之适用。可见,仍未越出契约自由的范围。至19世纪后期,由于社会经济生活之剧变,促成法律思想的变迁,即从所谓个人本位的法律思想,转变为社会本位的法律思想。

所谓社会本位的法律思想,在于谋求协调资产阶级内部大垄断集团与中小资本家之间的利害冲突,调和资本家与劳动者之间的利害冲突,调节被经济危机和社会动乱搞得混乱不堪的经济关系。这也正好是德国、瑞士等国制定民法典时,立法者所面临的任務。为此,立法者不得不更加注重道德规范的调节功能。罗马法和法国民法典关于一般恶意抗辩和善意的零星补充性规定,已经不能满足需要。立法者需要规定伸缩性更大因而适应性更强的原则条款,以便使法官拥有较大的自由裁量权,可以更好地协调各种矛盾和调节社会经济关系。为此,德国民法典明文规定诚实信用为履行债的基本原则。这就是著名的第242条:债务人须依诚实与信用,并照顾交易惯例,履行其给付。瑞士民法典进一步将诚实信用原则的适用范围扩大到一切权利的行使和一切义务的履行。其第2条规定:无论何人行使权利履行义务,均应依诚实信用为之。中国国民政府时期制定中国民法,参酌德、瑞上述条文,而予以折衷,将诚实信用原则规定在债之效力一节,作为行使债

权、履行债务的基本原则。该法典第 219 条规定:行使债权,履行债务,应依诚实及信用方法。

尤其值得注意的是,第二次世界大战结束以后,随着经济的恢复和发展,科学技术突飞猛进,各发达国家进入现代化市场经济时期,社会关系更为复杂,各种新型案件层出不穷,使立法者穷于应付,不得不更加倚重法官的能动性。其结果是诚实信用原则的地位一再提高。日本于战后修订民法典,于总则编第 1 条第 2 款,明定诚实信用原则为民法之基本原则。中国台湾地区于 20 世纪 80 年代初修订“民法”总则,鉴于“最高法院”态度保守,过分拘泥文义,误认诚实信用原则仅适用于债之关系,致妨碍法律进步,故于总则第 148 条增设第 2 款:行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。确立诚实信用原则系属帝王条款,君临全法域之基本原则。^{〔1〕}学者称之为“世界最新之立法”。^{〔2〕}

我们已经看到,诚实信用原则的适用范围逐步扩大,不仅适用于契约的订立、履行和解释,而且最终扩及于一切权利的行使和一切义务的履行,成为民法之基本原则。其性质亦由补充当事人意思的任意性规范,转变为当事人不能以约定排除其适用,甚至不待当事人援引法院可直接依职权适用的强行性规定。究其本质,诚实信用原则,由于将道德规范与法律规范合为一体,兼有法律调节和道德调节的双重功能,使法律条文具有极大的弹性,法院因而享有较大的裁量权,能够据以排除当事人的意思自治,而直接调整当事人之间的权利义务关系。因此,诚实信用原则,被奉为现代民法的最高指导原则,学者谓之“帝王条款”。^{〔3〕}

应予说明的是,中国内地于 20 世纪 80 年代中期制定民法通则,反映改革开放和发展社会主义市场经济的要求,并参考市场经济发达国家和中国台湾地区的经验,将诚实信用原则确立为民法之基本原则,其适用范围及于整个民事领域,凡一切民事主体,从事一切民事活动,均应遵循。与现代民法发展潮流,颇为相合。

〔1〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第五册),台北 1991 年版,第 29 页。

〔2〕 参见杨仁寿:《法学方法论》,台北 1987 年修订版,第 171 页。

〔3〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社 1998 年版,第 303

二、诚实信用原则的本质

(一) 诚实信用为市场经济活动的道德准则

1. 关于诚实信用原则本质的学说

关于诚实信用原则之本质,学者间有不同认识。第一说,以诚实信用原则之本质为社会理想,如施塔姆勒(Stammler)称之为人类社会之最高理想,马立克(Manik)称之为道德理想,胡伯(Huber)谓之为法律伦理;第二说,认为诚实信用原则本质上为市场交易中,人人可得期待的交易道德之基础,如邓伯格(Dernburg)及埃德曼(Endmann)均采此说;第三说,认为诚实信用原则之本质,在于当事人利益之平衡,如施耐德(Schneider)解为当事人双方利益之公平较量,埃格尔(Egger)称为公正估量双方之利益以谋求利益之调和。中国学者史尚宽先生指出,第一说及第二说,均未免过于抽象,适用困难。第三说较为具体,便于适用。唯限于当事人双方利益之较量,尚嫌不足。除当事人利益外,社会一般公共利益,亦应在考虑之内。^{〔4〕}

本书认为,第三说与第二说并不相悖,应将两说结合考虑,方能准确把握诚实信用原则之本质。唯在市场经济条件下,方才发生交易双方利益冲突及双方与社会一般公共利益冲突的问题。诚实信用原则,旨在谋求利益之公平,而所谓公平亦即市场交易中的道德。美国统一商法典将诚实信用定义为“事实上的诚实及对公平交易的合理商业准则的遵守”(第1—201条(b)款(20)项,2001年最新修正),即为明证。

2. 诚实信用属于市场活动的道德准则

诚如史尚宽先生所言,不可将诚实信用原则局限于当事人双方利益之较量。诚实信用原则涉及两重利益关系,即当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系。诚实信用原则的目标,是要在这两重利益关系中实现平衡。在当事人之间的利益关系中,诚实信用原则要求尊重他人利益,以对待自己事务之注意对待他人事务,保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益,不得损人利己。当发生特殊情况使当事人间的利益关系失去平衡时,应进行调整,使利益平衡得以恢复,由此维持一定的社会经济秩序。在当事人与社会的利益关系中,诚实信用原则要求当事人不得通过自己的活动损害第三人和社会的利益,必须以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利。在现代化市场经济条件下,诚实信用已成为一切市场参

〔4〕 参见史尚宽:《债法总论》,台北1978年五版,第319页。

加者所应遵循的道德准则。它要求市场参加者符合于“诚实商人”和“诚实劳动者”的道德标准,在不损害其他竞争者,不损害社会公益和市场道德秩序的前提下,去追求自己的利益。

3. 诚实信用与善良风俗的区别

在此有必要涉及诚实信用与善良风俗的界限问题。法国民法典将善良风俗与公共秩序并提,德国民法典只规定了善良风俗,而未规定公共秩序,而日本民法典和中国台湾地区“民法”系仿法国法,即将公共秩序与善良风俗并列,且在学说判例中不予区分,合称公序良俗。何谓良俗?学者均解为某一特定社会应有的道德准则。作者认为,虽然诚实信用与善良风俗均属于一种道德准则,但两者存在和发生作用的领域不同。诚实信用系市场交易中的道德准则,而善良风俗系家族关系中的道德准则,亦即性道德和家庭道德。因此,只要把握诚实信用原则为市场经济活动中的道德准则,便不至于与公序良俗原则发生混淆。

(二) 诚实信用原则为道德准则的法律化

诚实信用虽说是市场经济活动中形成的道德准则,但在被立法者规定为民法典的一个法律条文之后,已经不再是单纯的道德规则,已成为一项法律规范。但与一般法律规范亦有不同,它是以道德为内容的法律规范。学者指出,诚实信用原则虽以社会伦理观念为基础,唯其并非道德,而是将道德法律技术化。换言之,诚实信用原则,是将道德规则与法律规则合为一体,因而同时具有法律调节和道德调节的双重功能,使法律获得更大的弹性,法官因而享有较大的公平裁量权,能够排除当事人意思自治而直接调整当事人之间的权利义务关系。

(三) 诚实信用原则的实质在授予法院以自由裁量权

诚实信用原则的内容极为概括抽象,属于“白纸规定”。诚实信用原则之特征在于,其内涵和外延的不确定性。它是概括的、抽象的、无色透明的。它所涵盖的范围极大,远远超过其他一般条款。究其实质,是给法官的空白委任状。立法者正是通过这种空白委任状,授予法官以自由裁量权,使之能够应付各种新情况和新问题。学者指出,诚实信用这样的词语从规范意义上看极为模糊,在法律意义上没有确定的内涵和外延,其适用范围几乎没有限制。这种模糊规定或不确定规定,导源于这样的事实:立法机关考虑到法律不能包容诸多难以预料的情况,不得不把补充和发展法律的部分权力授予司法者,以模糊规定或不确定规定的方式把相当大的自由裁量权交给了

法官。因此,诚实信用原则意味着承认司法活动的创造性与能动性。

三、诚实信用原则的功能

我们已经看到,诚实信用原则怎样从仅适用于债之关系的原则,上升为涵盖整个私法领域的基本原则,由补充性规定上升为强行性规定。又由于其内容极抽象,虽为客观的强行性规范,却可因社会变迁而赋予新的意义。德国学者赫德曼(Hedemann)指出,诚实信用原则之作用力,世罕其匹,为一般条款之首位。^[5]

诚实信用原则具有以下三项功能:

(一) 指导当事人行使权利履行义务的功能

如瑞士民法典第2条规定,无论何人行使权利履行义务,均应依诚实信用为之。按照中国民法通则第4条的规定,凡一切民事主体,从事民事活动,均应遵循诚实信用原则。即要求当事人在行使权利履行义务时,应兼顾对方当事人利益和社会一般利益,使自己的行为符合于“诚实商人”和“诚实劳动者”的标准,只在不损害他人利益和社会利益的前提下,追求自己的利益。凡行使权利履行义务有背于诚实信用原则,应构成违法。

(二) 解释、评价和补充法律行为的功能

如德国民法典第157条规定,契约之解释应斟酌交易上习惯,依诚实信用原则为之。杨仁寿先生指出,诚实信用原则为解释、补充或评价法律行为的准则。^[6] 诚实信用原则适用之结果,可创造、变更、消灭、扩张、限制约定之权利义务,亦可发生履行拒绝权、解除权及请求返还之拒绝权,更得以为之撤销法律行为或增减给付之依据,或成立一般恶意之抗辩。

(三) 解释和补充法律的功能

一般而言,法律条文均极为抽象,适用于具体案件时,必须加以解释。进行法律解释时,必须受诚实信用原则的支配,始能维持公平正义。此系诚实信用原则在法律解释上的功能。此外,在法律有欠缺或不完备,而为漏洞补充时,亦须以诚实信用原则为最高准则予以补充,其造法始不致发生偏差。^[7]

四、诚信原则是否有修正现行法的功能

诚信原则是否有修正现行法的功能,亦即现行法有明文规定时法院可

[5] 参见杨仁寿:《法学方法论》,台北1987年修订版,第171~172页。

[6] 参见杨仁寿:《法学方法论》,台北1987年修订版,第172页。

[7] 参见杨仁寿:《法学方法论》,台北1987年修订版,第172页。

否不适用该现行规定而适用诚信原则,学说上有不同主张。

其一,否定说。此说认为诚信原则仅有补充法律漏洞的功能,没有修正现行法的功能。即不得以诚实信用原则排除现行法规定之适用。但可以诚信原则检验法律之善恶,为立法者修改法律提供依据。否定说的主要理由,是为了维护法律的权威,防止法官滥用诚信原则,借诚信原则之名而任意解释法律。^{〔8〕}

其二,肯定说。即认为诚信原则不仅有补充法律漏洞的功能,而且有修正现行法规定的功能。其主要理由是,诚信原则为人类最高理想之体现,如果法律规定与人类最高理想不合,则应排除法律规定而直接适用诚信原则。^{〔9〕}

各国判例学说的发展趋向,以否定说为有力。本书亦采否定说。主要理由是,在现代法治国家,立法机关根据人民意志而制定法律,如法律有不当或者错误之处,亦应经由立法机关予以修正。若允许个别法官以法律规定违背诚信原则为由而排除其适用,无异于允许法官个人意志凌驾于人民意志之上,藉诚信原则之名以曲解法律,必将损害法律的权威。

五、诚实信用原则的适用

(一) 具体规定应优先适用

当关于待决案件法律有具体规定时,应优先适用该具体规定,而不能适用诚信原则。反之,当有具体规定时不适用该具体规定而适用诚信原则,法解释学上称为“向一般条款的逃避”,应予禁止。主要理由是,诚信原则为民法最高指导原则,在某种意义上,现行法之规定可以说是诚信原则之具体化。亦即立法者依据诚信原则,斟酌各种典型事态作利益衡量及价值判断,厘定构成要件及法律效果,形成个别制度。因此,法院在处理民事案件时,当然应先适用法律具体规定之个别制度。如果允许直接适用诚信原则而不适用具体规定,必将损害法律的权威。

(二) 类推适用等漏洞补充方法应优先适用

关于某一案型,无法律规定即存在法律漏洞时,如果能够以类推适用等漏洞补充方法予以补充,则应以类推适用等方法补充法律漏洞,不得适用诚信原则。这种情形,若不以类推适用等方法补充法律漏洞,而直接适用诚信

〔8〕 参见石田穰:《法解释学的方法》,青林书院新社1980年版,第120页。

〔9〕 参见史尚宽:《债法总论》,台北1978年五版,第319页。

原则,亦属于“向一般条款的逃避”,应予禁止。只在依类推适用等漏洞补充方法仍不能解决时,才能适用诚信原则。主要理由是,类推适用等法律漏洞补充方法,同样是诚信原则的具体化。依这些补充方法能够解决,却不采用,而直接适用诚信原则,将损害这些法律漏洞补充方法的权威和功能,并进而损害法律的权威,导致诚信原则的滥用。

(三) 适用诚信原则与适用判例

适用诚信原则与适用判例的关系,应区别两种情形:

其一,如果适用诚信原则,与适用判例,可得出同一结论,则应适用判例而不适用诚信原则。因为判例为诚信原则的定型化。如果允许不适用判例而直接适用诚信原则,将损害判例的权威。

其二,如果适用诚信原则,与适用判例,得出相反的结论,则应适用诚信原则,而不适用判例。此种情形,应依法定程序变更原有的判例。

第三节 权利滥用之禁止

一、禁止权利滥用之意义

权利之行使,必有一定界限,超过正当之界限而行使权利,即构成权利滥用。现代民法关于权利之行使,从正面规定须遵循诚实信用原则,复于反面规定禁止权利滥用原则。以权利滥用为侵权行为之一种。

行使权利致他人遭受损害非为不法,是为罗马法之原则。经 17、18 世纪个人主义或自由主义思潮之激荡,个人权利乃成为人格之构成要素。1798 年的人权宣言,称个人权利为“天赋人权”。此种权利,虽立法者亦不得剥夺。国家存在之理由,唯在保护个人权利,法律之终极目的,亦在于此。此种思想在 19 世纪风靡一时,形成私法三大原则。即契约自由,财产权之绝对性,侵权责任之主观性。个人之权利,非有法律上原因,不得侵夺,其权利之行使,唯依个人自由意思。故所谓权利得绝对自由行使,法律不得加以干涉。苟在权利范围之外,是为无权利;而在权利范围之内,属于权利之合法行使。因此,在个人主义思潮之下,所谓权利滥用,在法律上为不可想象之事。19 世纪末以来,法律之中心观念,乃由个人移向社会。法律之终极目的,不全在保护个人之自由与权利,整个社会之发展与人类之生存,亦应同时兼顾。1900 年的德国民法典第 226 条规定,权利之行使不得专以损害

他人为目的。此后,为各民法典所仿效。禁止权利滥用之原则,于是确立。^[10]

中国民法虽未使用权利滥用字样。但现行宪法第 51 条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。学者采合宪性解释方法,据此认为民法有权利滥用之禁止原则。另有某些特别法规定具体情形下的权利滥用之禁止原则,如公司法第 20 条规定:“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”

二、权利滥用与侵权行为的区别

其一,构成权利滥用,须有正当权利存在,且属于权利行使或与权利行使有关的行为;而侵权行为事先并无正当权利存在,不属于权利行使或与权利行使无关。

其二,权利滥用之立法目的,在于对民事权利之行使予以一定限制,通过对权利滥用的禁止或制裁以保护社会公益或他人利益;而侵权行为制度并无限制民事权利的目的。

其三,权利滥用以当事人有损害他人或社会利益的故意为要件,在行使权利时仅仅因为过失造成他人或社会利益损害的,尚不构成权利滥用;而侵权行为不以故意为要件,仅因过失侵害他人合法权益亦可构成侵权行为。

三、权利滥用之要件

其一,须有正当权利存在或与权利之行使有关。权利滥用的构成要件之一,是须有正当权利存在。如果不存在正当权利,而加损害于他人,属于侵权行为,与权利滥用无关。

其二,须行使权利损害他人或社会利益。须行使权利损害他人或社会利益。有正当权利存在而行使权利的行为未损害他人利益或社会利益的,属于权利之正当行使,应受法律保护,当然不构成权利滥用。

其三,须具有损害他人或社会利益的故意。关于权利滥用是否以具有

[10] 参见王伯琦:《民法总则》,1979年台北八版,第238~239页。

加害之故意为构成要件,学说有分歧。通说认为应有故意。但新近判例学说的发展,表现为否定此要件的趋势,值得重视。

四、关于“加害故意”要件的判例学说发展趋势

但新近判例学说的发展日益趋向于否定说,即不以故意为要件的主张。例如,日本学者主张以超过社会容许限度代替加害故意要件。民法学者北川善太郎指出:权利滥用的构成要件,因所涉及问题的情形而有不同,而作为共同的要件,须权利的行使超过了社会的容许限度。是否有加害目的等主观意图,并非必要条件。而关于社会容许限度的判断,应就具体情形依诚实信用原则对于权利者一方与对方的利益关系进行比较。^[11]

中国台湾地区“民法”第148条规定:权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。此所谓以损害他人为主要目的,亦即所谓有加害故意。若采严格解释,应就权利人主观意图判断其是否具有加害故意(目的)。但新近判例学说有从客观方面判断的趋势,即将权利人所获得的利益与所造成他人或社会利益之损害进行比较。例如,我国台湾地区“最高法院”1982年台上字第737号判例曾特别表示:查权利之行使,是否以损害他人为主要目的,应就权利人因权利行使所能取得之利益,与他人及国家社会因其权利行使所受损害,比较衡量之。倘其权利之行使,自己所得利益极少而他人及国家社会所受之损害甚大者,非不得视为以损害他人为主要目的,此乃权利社会化之基本内涵所必然的解释。^[12]

五、权利滥用之禁止原则的功能

(一)作为侵权行为的判断基准

即以是否构成权利滥用作为侵权行为的认定标准。例如土地租赁合同终止时,出租人对承租人的建筑物进行野蛮拆除而使其材料价值显著减少的案例,及工厂烟囱排放的亚硫酸气体使附近的农作物遭受损害的案例,法院均以权利滥用为根据认定土地出租人和工厂主的行为属于侵权行为。

(二)使民事权利的范围明确化

指在因法律过分概括或抽象,或存在漏洞,致使权利范围界限不明的情形,以是否构成权利滥用作为权利范围之界限。例如相邻土地所有人均为营业目的而利用地下水的情形,其中一方打了一口深井而妨碍另一方利用

[11] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第20页。

[12] 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第八册),台北1996年版,第5页。

地下水,这种行为被判定为权利滥用。

(三) 据以缩小民事权利的范围

因时代变迁,为了满足某些立法当时未预见到的社会需要,而以权利滥用作为缩小权利范围的根据。例如,法律规定承租人擅自转租标的物时出租人有权解除合同,但因住房紧缺为帮助没有住房的穷人而将承租房屋之一部擅自转租的,出租人行使解除权被法院判定为权利滥用。^[13]

(四) 强制调停权利人与他人的利益冲突

指以权利滥用为根据,强行调停权利人与他人的利益冲突。例如,土地所有人请求拆除电力公司铺设的地下水管道,被判定为权利滥用。土地所有人的权利行使,之所以被判定为权利滥用,是因为拆除地下水管道将导致相当大的损害。又如土地所有人要求拆除他人所建的变电设施,被判定为权利滥用。因为该变电设施,一旦拆除,将使该城区居民之生活陷于瘫痪,所有生产工厂均将停顿,而事实上复无其他适当土地取代,土地所有人仍本于所有权请求拆除地上变电设施,交还系争土地,其行使权利显然违反公共利益,应为法所不许。^[14]

六、权利滥用之禁止原则与诚实信用原则的关系

民法理论上关于权利滥用与诚实信用原则的关系,有不同的学说:

其一,重复适用说。依此说,诚信原则为指导权利人行使权利的原则,权利滥用为权利人行使权利违反诚信原则的法律后果,亦即行使权利如违反诚信原则即构成权利滥用。

其二,重复适用否定说。认为诚信原则与权利滥用之禁止原则,各有其不同的适用范围,称为重复适用否定说。至于不同适用范围之划分,学者间亦有差异。有学者认为,诚信原则适用于债权法领域,而权利滥用之禁止原则适用于物权法领域;有的学者认为,诚信原则适用于契约当事人间、夫妻之间及父母子女之间等特别权利义务关系,而权利滥用之禁止原则适用于上述特别关系以外的当事人之间的关系;有的学者主张将诚信原则的适用范围的特别关系扩及社会接触关系。

学说的发展趋势,最初是认为诚信原则与权利滥用重复适用的学说占

[13] 参见野耕毅:“信义原则与权利滥用的机能”,载《民法的争点1》,有斐阁昭和60年发行,第6~11页。

[14] 参见王泽鉴:《民法物权》(第一册),台北1992年版,第7~8页。

据了支配地位,成为通说,并为判例所采。但后来重复适用否定说出现并渐渐占了上风。^[15]

七、权利滥用的效果

权利滥用的效果,视权利行使之方法而有不同。如权利之行使为法律行为,则该法律行为应无效;如权利之行使为事实行为,则对因此遭受损害的他人,应成立损害赔偿责任;如该事实行为仍在继续,亦即权利滥用之状态持续存在,则受害人得请求停止之。概而言之,权利滥用之效果,以承认权利存在而否认其行使为原则,而以权利丧失为例外。例如,汽车批发商与汽车零售商签订附所有权保留条款的汽车贩卖契约,然后零售商将汽车出售给用户且价金支付完毕。由于零售商未向批发商支付价金,批发商基于所保留的所有权对用户请求交付汽车。日本最高裁判所昭和50年2月28日判决,认定此交付请求系批发商将自己所负担的价金回收不能的危险转嫁于用户,使已经支付了价金的用户遭受不测之损害,属于权利滥用;判决该批发商不得请求交付汽车。^[16]

第四节 私力救济

一、自助行为

(一) 自助行为之意义

自助行为,指为保护自己的权利,而对于他人的自由或财产施与拘束或毁损之行为。自助行为,依法不负赔偿责任。

如前所述,现代法律关于权利之保护,以公力救济为原则,一般情形,禁止私力救济。例如义务人拒绝履行给付,或无权占有人拒绝返还占有物,权利人不得自掏义务人腰包而取其金钱,或自扼义务人之手腕而夺其物品,于此情形,唯有向法院起诉,请求救济,否则构成侵权行为,而为法律所不许。但绝对禁止私力救济,有时难免对权利保护不周。因法院非到处都是,而其他机关亦非随处均有,因而遇紧急情形而不及请求公力救济时,作为例外容

[15] 参见菅野耕毅:“信义原则与权利滥用的机能”,载《民法的争点1》,有斐阁昭和60年发行,第6~11页。

[16] 参见北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第20~21页。

许自助行为。容许自助行为既属于法律之例外,则对于其成立要件不能不加以限制。中国民法通则虽未规定自助行为,但在实际生活中权利人采自助行为以实现其权利,时亦有之。既然民法通则对于自卫行为设有规定,而本于同一宗旨,学说判例也不妨承认自助行为。建议于制定民法典时就自助行为设立明文规定。以下仅依据民法理论叙述自助行为的要件和效果。

(二) 自助行为之要件

其一,须为保护自己的请求权。须为保护自己的请求权,此系成立自助行为的基本要件。成立自助行为,仅以保护自己的权利为限,为保护他人的权利,不能成立自助行为。此与自卫行为不同。自卫行为并不以保护自己的权利为限,为保护他人的权利,亦可成立自卫行为。并非为保护自己的一切民事权利,均可成立自助行为。唯限于为保护自己的请求权,包括债权的请求权和物权的请求权,可以成立自助行为,但依其性质不得强制执行的请求权除外。

其二,须时机紧迫不及请求公力救济。须时机紧迫不及请求公力救济,此为自助行为的必要前提。所谓时机紧迫,指非于其时为之则将致请求权无法实行。例如债务人在国内没有财产而欲逃往国外,于其行将登船之时被债权人发现,此时若不加以解决,待债务人登船出境,则其请求权将无法实行或其实行将有显著困难。所谓不及请求公力救济,指因时间紧迫一时不能得到国家机关的援助。例如,自选商场发现某人夹带未付款商品即将离去,此时附近又无警察可资求助,即可认为不及请求公力救济。这种情形,商场限制该人离去并从其身上搜出、取回未付款商品,即属于自助行为。^[17]

其三,须不超过必要的限度。在具备前述要件时,可以实行自助行为,但不应超过必要的限度。此项要件在德国民法典第 230 条和泰国民法典第 195 条均有规定。可见自助行为不得恣意为之,在范围和程度上均有一定限制。如扣押其财物即可达到目的,则不得对财物加以毁损;如毁损其财物即可达到目的,则不得拘束其人身。无论如何,均不得伤害其身体。自助行为超过必要的限度者,应构成侵权行为,使行为人承担赔偿责任。

其四,须及时请求国家机关予以处置。若从权利人可否实行自助行为的角度观察,则自助行为的成立要件以前两项,即须为保护自己的请求权及

[17] 须注意的是,如果属于无端怀疑顾客而予以搜身,将构成侵犯消费者人格权的侵权行为。

时机紧迫不及请求公力救济为已足。但若从事后判断权利人的行为是否构成自助行为的角度观察,则还应有第三项要件,即须不超过必要的限度和第四项要件:须于事后及时请求国家机关予以处置。因为自助行为之实行,只是一种应急手段,一种于时机紧急不及获得公力救济时的暂时的替代手段,而争执的问题并未最终解决。其最终解决仍须通过公力救济。因此,权利人于实行自助行为后,应及时请求国家机关予以处置。如实行自助行为后不及时请求国家机关予以处置,将不发生自助行为的效力,并使行为人承担侵权行为责任。此所谓请求国家机关予以处置,指将扣押的财物或拘束之人送交法院或有关国家机关,请求为适当处置。所谓适当处置,例如对扣押之财物为诉前保全或责令清偿债务。

(三)自助行为的效果

权利人的自助行为如果具备前述要件,即可发生自助行为的效果。所谓自助行为的效果,指因实行自助行为所加于债务人的损害,自助行为人可不承担赔偿责任。须补充说明的是,因自助行为超过必要限度或实行自助行为后未及时请求国家机关予以处置所造成的损害,或者其请求被国家机关驳回,则行为人应承担损害赔偿赔偿责任。

二、自卫行为

(一)自卫行为的意义

自卫行为,指自己或他人的权利或公共利益遭受不法侵害或紧急危险时,所实行的防卫和避险行为。由于不法侵害和紧急危险发生突然,来不及请求国家机关的公力救济,若不允许当事人依靠自己的力量予以防卫或规避,必将使当事人自己或他人的合法权益或公共利益遭受重大损害。因此,法律承认自卫行为的合法性。不仅民法对自卫行为设有规定,刑法对自卫行为亦有规定,甚至在国际法上亦允许国家的自卫行为(自卫权)。不仅在自己的权利遭受不法侵害和紧急危险时可以实行自卫行为,在他人的权利或公共利益遭受不法侵害或紧急危险时,亦可实行自卫行为。此系自卫行为不同于自助行为之点。

自卫行为包括正当防卫和紧急避险两种。针对不法侵害所为的自卫行为,为正当防卫。针对紧急危险所为的自卫行为,为紧急避险。

(二)自卫行为免责之理由

各国法律均规定自卫行为可以作为免除民事责任和刑事责任的正当事由。关于自卫行为何以能够免责,学者间有不同的学说:

其一,意思说。此说认为,不法侵害和紧急危险发生于紧急之际,当事人无进行思考之余地,而仓促自卫,于是其所为之行为已失去意思自由,因此应不负责任。此系就行为人之意思立论,为旧时民、刑法学者所采之通说。

其二,权利行为说。此说认为,自卫行为属于行为人为保护自己权利而为之行为,应视为权利之行使行为,而权利之行使应不构成违法。因此,行为人不应承担法律责任。

其三,非常行为说。此说认为,不法侵害和紧急危险发生于非常之际,不可能由国家出面实行公力救济,唯有任由当事人自卫而听其自然而已。故此说亦称放任行为说。^[18]

以上第一说以行为人意思立论,认为追究法律责任之根据为行为人之意思,无意思即无责任,虽与近代民法之过失责任原则相符,但自进入20世纪以来,因无过失责任之广为采用,此说已失其说服力。第二说将自卫行为视为权利之行使行为,难以解释为防卫他人所遭遇的不法侵害和紧急危险而实行的自卫行为,故不足采。现代法关于权利之救济,以公力救济为原则,以私力救济为例外。法律承认自卫行为之合法性,并非基于行为人丧失自由意思,也非将自卫行为视为权利之行使行为,实有其不得不然之理由。因不法侵害和紧急危险,事出非常,仓促之间难以获得公力救济,如不允许当事人自卫,必将招致重大损害。因此只好听其私力救济,而认可其行为的合法性,对于所发生的结果,在必要限度内,不追究行为人之责任。因此,上述三说中,以第三说较为妥当。

(三) 正当防卫

1. 正当防卫的概念

所谓正当防卫,指对于现时不法侵害,为防卫自己或他人权利或公共利益,所为的行为。此种行为,虽致他人损害,行为人不负赔偿责任。

民法通则第128条规定:因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任。

2. 正当防卫的要件

上引民法通则条文,仅明示正当防卫的法律效果,而未明文规定正当防卫的构成要件。依民法理论,正当防卫应具备下述要件:

[18] 参见郑玉波:《民法总论》,三民书局1979年版,第395~396页。

其一,须为现时不法之侵害。正当防卫的首要条件,是须有现时不法之侵害。若不存在侵害行为,当然谈不到正当防卫。而此侵害行为须具有违法性,即应属于不法侵害。法律所许可的侵害,例如公务员之执行职务,虽有侵害,也不成立正当防卫。其侵害行为仅须在客观上具有违法性即可,至于行为人之是否属于故意或过失,均可不问。又此不法侵害须为现时之侵害,亦即其侵害行为已经开始实行而尚未完毕。换言之,对于正在进行的不法侵害,允许进行正当防卫,而对于尚未开始进行的不法侵害或已经进行完毕的不法侵害,均不允许进行正当防卫。

其二,须为防卫自己或他人权利或公共利益。正当防卫成立要件之二,须为防卫自己或他人权利或公共利益。所防卫的权利,不分公权、私权,也不分财产权或人格权。且不限于防卫自己的权利,防卫属于他人的权利或者公共利益,亦可成立正当防卫。

其三,须不超过必要限度。正当防卫行为,系针对正在进行的侵害行为而予以反击。因此,法律对正当防卫有程度的限制,要求不超过必要的限度。正当防卫行为,超过必要限度的,称为防卫过当,行为人应承担适当的责任。民法通则第128条规定:正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任。

至于是否超过必要限度,应斟酌正当防卫人和不法侵害人双方具体情形及当时客观条件,决定之。大体言之,其防卫行为须具备两项条件:一是必要性。即以达到制止不法侵害之防卫目的为已足。例如,用威吓足以制止侵害者,不必加以实害;用腕力足以防卫者,不必用器械。二是相当性。即考量因进行正当防卫所生的损害与所欲避免的侵害,是否大体相当。如进行防卫行为所生损害与所欲避免的侵害,在社会一般人看来显失均衡者,即应属于防卫过当。

3. 正当防卫的效果

具备上述三项要件,即构成正当防卫行为。正当防卫行为,属于违法性阻却事由之一种。虽正当防卫行为使不法侵害人受有损害,亦不构成侵权行为,正当防卫行为人依法不承担任何损害赔偿责任。但防卫行为超过必要限度,即属于防卫过当,按照民法通则第128条第2句的规定,行为人对于所造成的不应有的损害,应承担适当的民事责任。此民事责任的成立,仅以防卫行为超过必要限度为要件,不考虑其是否具有过错,因此属于严格责任。如果本不存在现时不法之侵害,而误信为现时不法之侵害而进行防卫,

属于所谓错觉防卫,或称假想防卫。错觉防卫行为人是否承担损害赔偿 responsibility,应依侵权行为一般原则决定之。

(四)紧急避险

1. 紧急避险的概念

所谓紧急避险,指为避免自己或他人生命、身体、自由、财产之急迫危险,所为躲避危险的行为。此种行为,虽致他人损害,不负赔偿责任。民法通则第129条关于紧急避险设有规定。

2. 紧急避险的构成要件

民法通则第129条关于紧急避险的规定,并未明示紧急避险的构成要件。依据民法理论,紧急避险的构成要件如下:

其一,须有急迫危险。成立紧急避险的第一项条件是,须有急迫危险。如果不存在危险,当然谈不到紧急避险。所谓“危险”,指一切危害而言,如天灾地变、战乱、强盗绑架、恶犬追逐均包括在内。所谓“急迫”,指近在眼前,刻不容缓。凡危险已达急迫程度,即可以实行紧急避险行为,至于此急迫危险系由何种原因引起,均可不问。又,此急迫危险之受危险对象应有限制,限于生命、身体、自由、财产四种。此与正当防卫不同。在正当防卫,只须权利受到不法侵害,而不问何种权利,均可实行正当防卫行为。而紧急避险唯限于生命、身体、自由和财产四种权利。此外之权利,例如名誉、信用受到危险,纵然属于急迫危险,亦不构成紧急避险的条件。凡生命、身体、自由和财产四种权利遭受急迫危险,不论是属于自己或属于他人,或属于社会公共财产,均可构成紧急避险的条件。此与自助行为之仅限于自己的权利不同。

其二,须为避免自己或他人生命、身体、自由、财产或公共财产上急迫危险而为避险行为。此系成立紧急避险的第二项要件。此要件系指紧急避险之本体。紧急避险是一种为躲避危险而损害他人财物的行为,简称避险行为。所谓“他人”,包括危险物之所有人及第三人。虽存在急迫危险,而未实行任何避险行为,当然不发生紧急避险问题。因此,讨论紧急避险,须有此避险行为。例如,为躲避肇事汽车而踏坏摊贩之商品,为避免大火延烧而拆毁邻人房屋。法律绝不允许借口紧急避险而损害他人生命、身体。又,此避险行为,须为避免自己或他人生命、身体、自由、财产或公共财产上急迫危险,无此避险目的而损害他人财物,不构成避险行为,而属于不法侵害他人,应成立侵权行为。

其三,须避险行为不超过必要限度。从来紧急避险的第三项条件是,须避险行为不超过必要限度。法律设紧急避险制度的目的,在于允许当事人于面临急迫危险时以较小的损害为代价避免遭受较大的损害。因此,对于避险行为应有限制,这就是要求当事人所实行的避险行为不超过必要限度。此必要限度一语,属于不确定概念。应于具体案件结合避险行为所加于他人的实际损害及所避免的急迫危险可能造成的损害,并考虑危险发生时的具体情形,进行综合判定。大体言之,避险行为须符合两项要求:一是必要性。要求当事人所实行的避险行为应为避免危险所必要,亦即以达到避免危险为止。不允许以避险为借口,滥行损害他人财物。能走避而不走避,损害危险物或他人财物的,不能成立紧急避险。二是相当性。虽实行避险行为有其必要,但对因此所加于他人的损害程度应有限制。须所加于他人的实际损害,不超过所避免的危险可能造成的损害程度。为避免自己财产上之较小损害而加于他人财产较大损害,为法所不许。超过必要限度的避险行为,称为避险过当,避险人应负赔偿责任。

3. 紧急避险的效果

具备上述要件,即可成立紧急避险,避险人对于所加于他人的损害,依法不承担赔偿责任。

民法通则第129条关于避险行为所造成的损害应由何人承担有较详细的规定。依该条规定,区分为以下情形:

其一,如果危险是人为造成的,则应由引起危险发生的人承担赔偿责任。依解释,如果引起危险的人属于第三人,则应由该第三人承担责任;如果引起危险的人是避险行为人,则应由避险行为人承担责任,换言之,这种情形避险行为人不能免责;如果引起危险的人是遭受危险的“他人”,则该“他人”既是引起危险的人,又是享受避险利益的人,当然应由他对避险行为所造成的损害承担责任。

其二,如果危险是由自然原因造成的,民法通则第129条第2句规定“紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任”。依解释,虽然危险是由自然原因造成的,但如果避险人是为避免自己所遭遇的危险,即避险人自己享受避险利益,则应由避险人对于避险行为所加于他人的损害承担适当的赔偿责任,至于是否“适当”,应衡量实际发生的损害与所避免的危险可能造成的损害及当时具体情形,决定之。如果避险人是为避免他人或公共财产所遭遇的危险,则避险人不应承担任何责任,这种情形应由享受避

险利益的“他人”或“公共财产”的管理人对于避险行为所造成的实际损害承担赔偿责任。

其三,因紧急避险采取措施不当或超过必要限度,即属于避险过当的,依民法通则第129条第3句规定,应由避险人对于所造成的不应有的损害承担适当的民事责任。此民事责任的成立,以避险措施不当或超过必要限度为要件,不考虑避险人是否具有过错,因此属于严格责任。

第十一章 民法的效力、适用与解释

第一节 民法的效力

一、关于时之效力

(一) 法律不溯及既往原则

法律从生效时起,凡以后所发生的事项均应适用。其生效前所发生的事项,当然不得适用。此即法律不溯及既往原则,为罗马法以来所公认。但须注意,此原则为司法原则,而非立法原则。立法时根据需要仍可明定法律有溯及的效力。此外,法律不溯及既往原则有其例外,即为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定具有溯及力(立法法第84条)。^{〔1〕}

(二) 新法改废旧法原则

关于同一事项,倘有新法公布,纵然无废止旧法之明文,旧法亦当然自新法生效之时起废止。或关于同一事项,新法规定与原有法律某项规定不同,原有法律虽继续有效,但该项规定亦当然失效,而应依新法相应规定。^{〔2〕}此即新法改废旧法原则。但须注意,此原则仅对于同一位阶法律适用,对于不同位阶的法律,如一为普通法一为特别法,即使公布有先后,亦不能适用。

二、关于人的效力

中国民法关于人的效力,系同时采用“属人主义”和“属地主义”两项原

〔1〕 例如,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第3条规定:人民法院确认合同效力时,对合同法实施以前成立的合同,适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的,则适用合同法。

〔2〕 例如,物权法第178条规定:担保法与本法的规定不一致的,适用本法。对此,应当解释为,担保法有关担保物权的规定应于物权法生效之同时废止,而担保法上非关担保物权的规定继续有效。

则。按照“属人主义”原则,凡具有中国国籍的自然人和法人,原则上均应适用中国法律。按照“属地主义”原则,凡在中国领域(包括领土、领空、领海)内从事民事活动的自然人和法人,无论是否具有中国国籍,均应适用中国法律。上述两项原则之例外,即关于涉外民事法律关系的法律适用问题,民法通则第八章设有专章,属于国际私法的内容,在此不作论述。

三、关于地的效力

民法原则上应适用于一国之全部领域。但亦有仅适用于特定地区的情形。如民法通则第151条规定,民族自治地方的人民代表大会可以根据本法规定的原则,结合当地民族的特点,制定变通的或补充的单行条例或者规定。这类单行条例或规定,即只能适用于该民族自治地方。

第二节 民法的适用原则

一、法律适用的意义

如果对法律适用作广义的理解,则应指运用法律规范调整社会关系。因此,公民和法人自觉按照法律规定从事民事活动,如缔结合同,履行义务,亦可称为法律适用。但通常所谓法律适用,属于狭义,其范围较窄,仅指法院或仲裁机构依据法律规范解决各类案件的活动。公民和法人自觉按照法律规定从事活动,不称法律适用,而称为法律的遵守。

中国为成文法国家,虽未颁布民法典,但是仍有比较完善的民法规范体系。民法的适用,是指在查清案件事实的基础上,正确引用法律规范,采用逻辑方法,作出裁决。即以法律规范为大前提,案件事实为小前提,以求得正确的结论。

二、民法适用的原则

在民法的适用中,引用法律规范是否得当,对于正确裁判案件具有特别重要的意义。假使引用法律规范不当,纵然案件事实认定准确无误,进行了正确的逻辑推理,也不可能作出妥当的判决或裁定。在民法适用中,正确适用法律规范的原则如下:

(一)特别法优于普通法

民法分为普通法与特别法。以适用之地域划分,则适用于一切地域的法律为普通法,而仅适用于特定地域的法律为特别法。例如,继承法的规定

为普通法,而民族自治地方关于继承的特殊规定为特别法。以所适用之主体划分,则适用于一切民事主体的法律规定为普通法,而仅适用于特殊主体的规定为特别法。如民法通则关于民事责任的规定为普通法,而产品质量法第四章关于缺陷产品侵权责任的规定为特别法。以法律规定的事项为标准,则关于一般民事关系的规定为普通法,而关于特殊民事关系的规定为特别法。如民法通则为普通法,继承法、海商法为特别法。须注意,普通法与特别法的关系是相对的。例如,保险法关于保险合同的规定,相对于合同法而言,是特别法;但相对于仅规定海上运输保险合同的海商法而言,保险法规定一切保险合同关系,因此又属于普通法。

在民法适用上,以特别法优先于普通法为原则。即对于该事项有特别法时,应适用特别法,而不适用普通法;只在无特别法时才适用普通法,普通法起补充特别法的作用。

(二) 强行法优于任意法

法律规范均有强制性,但以其强制性之强弱不同而划分为强行法与任意法。强行法,因所规定的事项涉及国家安全,及公共秩序的维持或基于其他公益上的理由,不允许个人依自由意思予以变更而要求必须遵守,即排除了当事人的意思自由。例如宪法、刑法、行政法等属于公法的法律,均为强行法。任意法因所规定的事项与公益并无直接影响,而允许当事人予以变更,以意思表示排除其适用,即任意法仅作为当事人意思之补充。民法兼有强行法规范和任意法规范,如关于权利能力、行为能力的规定,企业法人设立、终止的规定,关于物权取得方法的规定,关于诚实信用原则和公序良俗原则的规定等,均为强行法规范。关于合同的规定则多为任意法规范。

民法的适用,以强行法优先于任意法为原则。凡对于该事项有强行法规范,即应适用强行法规范,而不能适用任意法规范。如民法通则关于民事责任的规定为任意法规范,而消费者权益保护法第24条关于经营者以格式合同、通知、声明、店堂告示等减轻、免除其损害消费者合法权益所应承担的民事责任的应无效的规定,则为强行法规范。在涉及消费者合同的免责条款时,应优先适用该第24条的规定。

(三) 例外规定排除一般规定

民法关于一般情形时适用之规定,为一般规定,而关于特别情形时适用的规定,为例外规定。一般规定与例外规定之区别,不同于普通法与特别法之区别。无论普通法或特别法均包含有一般规定和例外规定。例如,民法

通则关于自然人民事权利能力始于出生的规定,为一般规定,而继承法关于胎儿的规定为例外规定。如民法通则第 107 条规定,因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的,不承担民事责任,法律另有规定的除外。其中一般不承担责任为一般规定,而法律规定应负责任的为例外规定。同法第 128 条关于正当防卫造成损害不负责任的规定,为一般规定,而同条关于防卫过当应负责任的规定,则属于例外规定。民法适用在属于例外规定的情形时,应适用例外规定,不适用一般规定;在不属于例外规定的情形,才能适用一般规定。

(四) 无具体规定时方可适用原则性条文

法律由具体规范与原则性条文构成一个规范体系。凡有具体规定时,应适用具体规定,只在无具体规定时,才能直接适用原则性条文。如诚实信用原则为原则性条文,但诚实信用原则之精神体现在许多具体规定中。例如,关于民事行为无效的规定,关于禁止双方代理和自己代理的规定等。凡对于该事项有具体规定的,应适用具体规定,不能直接适用诚实信用原则。只在无具体规定时,才能直接适用诚实信用原则。

第三节 民法的适用与解释

一、法律适用的逻辑

关于法律之适用,法解释学上所使用的基本概念为 *subsumtion*。所谓 *subsumtion*,通常译为归摄或涵摄,指将待决案件事实置诸于法律规范构成条件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程。若以法律规范(T)为大前提,以待决案件事实(S)为小前提,以特定法律效果之发生为其结论,则此法律适用的逻辑思维结构可表示如下:

$T \rightarrow R$ (具备 T 构成要件者应适用 R 法律效果)

$S = T$ (待决案件事实符合于 T 构成要件)

—————

$S \rightarrow R$ (该待决案件事实应适用 R 法律效果)

概括言之,所谓法律的适用,指将法律规范适用于具体案件以获得判决的全过程。

二、法律解释

(一) 法律解释的必要性

实际上,法律的适用并非简单的三段论推理。在能够作三段论逻辑推理之前,首先须探寻可得适用之法律规范,即所谓“找法”。找法的结果有三种可能:其一,有可适用的法律规范;其二,没有可适用的法律规范,这种情形即存在法律漏洞;其三,虽有规定,却因过于抽象,须加以具体化。若出现第一种可能,即存在可适用的法律规范,则应进行下述作业:通过各种解释方法,确定该法律规范的意义内容;将该法律规范区分为构成要件及法律效果;再将构成要件区分为若干具体要素;审查待决案件事实是否符合该法律规范构成要件之全部要素,若符合,方可依 *subsumtion* 得出判决。若出现第二种可能,即存在法律漏洞的情形,则应进行漏洞补充。若出现第三种可能,即属于不确定法律概念或一般条款,则应进行价值补充。待漏洞补充或价值补充得到可适用法律规范之后,方可继续进行区分构成要件及法律效果等作业。

(二) 法律解释的意义

法律解释,指阐明法律规范的确切含义、真实意旨、适用范围、构成要件和法律效果的工作。现代民法方法论认为,法律解释是正确适用法律的必要前提。法律规范之所以需要解释,在于法律所使用的语言文字本身具有多义性、模糊性和不确定性,不经解释难以了解法律规范的确切含义、真实意旨、构成要件和法律效果,还在于社会生活的复杂性和变动性,经常会发生一些复杂的、新类型案件,不经解释无法判断其是否属于某个法律规范的适用范围。因此,凡法律均须解释,法律必经解释,才能正确适用。

三、法律解释的种类

(一) 立法解释与司法解释

立法解释,是指有立法权的机关对民法规范所作的解释。例如,在六届全国人民代表大会第四次会议上,由当时的全国人民代表大会常务委员会秘书长、法制工作委员会主任王汉斌所作的关于民法通则草案的立法说明,其中对民法通则内容的解释,就属于立法解释。立法解释的根据,是立法机关所拥有的立法权,及立法机关授予的解释权。根据现行宪法第 67 条的规定,全国人民代表大会常务委员会,有权对包括宪法在内的一切法律法规进行解释。国务院有权对自己制定和批准的民事法规进行解释。

司法解释,是指最高人民法院对民事法律法规所作的解释。最高人民

法院是我国最高司法机关,当然有权对民事法律法规应当如何正确适用作出解释。我国立法工作中,对于一些本应具体规定而暂时难以明确规定的事项,立法机关常常有意不作具体规定而留给最高人民法院进行解释。最高人民法院针对这类没有具体规定的事项作出的解释,具有准立法的性质。

无论立法解释或者司法解释,其根据都是立法权和司法权中当然具有的解释权,因此统称有权解释。

(二) 裁判解释与学说解释

裁判解释,是指人民法院在审判民事案件时,结合所审理的具体案件,对民事法律法规的某个法律规范所作的解释。解释的目的,不是一般地了解某个民法规范的意义内容,而是通过解释以阐明该民法规范的意义内容、适用范围、构成要件和法律效果,以便将该民法规范适用于所审理的具体案件,以获得妥当的判决。这就是民法解释学所说的,法律解释的“个案针对性”特征。而前面谈到的立法解释和最高人民法院所作的多数司法解释(不包括针对下级人民法院请示的某个具体案件的解释),不具有这种“个案针对性”。裁判解释与前述立法解释和最高人民法院司法解释的另一个区别在于,裁判解释并不是根据什么解释权,而是直接根据审理案件的法院所拥有的对于该案的裁判权。审理案件的法院,虽然不具有一般地解释法律的权限(解释权),但它要进行裁判,要对所审理的案件作出判决,非对所适用的法律规范进行解释不可。因此,裁判解释的根据只能是裁判权。另外,裁判解释只对所裁判的案件当事人有效,不具有一般的法律效力。这也是裁判解释与立法解释和司法解释的重要区别。

学说解释,是指民法学者在著述或讲课中,结合实有的或者假设的案例对民事法律法规所作的解释。学说解释,在结合实有的或者假设的案例这一点,类似于裁判解释,因此具有“个案针对性”特征。但学说解释不具有法律效力,这是不言而喻的。因为学说解释往往展开充分的分析论述,着重于解释的理由即理论构成,且往往借解释批评现行法的缺点,为法律修改提供建议,或批评法院判决。因此,学说解释往往成为立法解释、司法解释和裁判解释的参考。

值得注意的是,民法解释学上所讲的民法解释,着重于裁判解释和学说解释。

(三) 广义解释与狭义解释

法院受理某个具体案件后查找可以适用于该案件的法律规范的工作,

民法解释学上称为“找法”。找法的结果,有三种可能:第一种,有可适用的法律规范;第二种,没有可适用的法律规范,这种情形被称为存在法律漏洞;第三种,虽有规定,但属于不确定概念和一般条款,如“正当理由”、“合理期间”、“不合理危险”、“显失公平”或“诚实信用”等。在第一种情形,如果针对该案件事实存在多个法律规定,则首先应依据本章第二节民法适用的原则,从其中确定一个应适用的法律规定。然后进行确定该法律规范的意义内容、适用范围、构成要件及法律效果的工作,称为狭义解释。在第二种情形,即存在法律漏洞,须采用各种方法以获得可以适用于该案的法律规则,称为漏洞补充。在第三种情形,须结合该案件事实对不确定概念或一般条款加以具体化,例如断定本案事实是否已构成法律条文所谓“正当理由”,称为价值补充。从找法开始直到进行法律适用即进行三段论逻辑推理之前的全部工作,包括狭义解释、漏洞补充和价值补充,称为广义解释。以下仅叙述狭义解释的常用方法。

第四节 民法解释方法

一、文义解释

文义解释,又称语义解释,指按照法律条文用语之文义及通常使用方式,以阐释法律之意义内容。法律条文系由文字词句所构成,欲确定法律的意义,须先了解其所用词句,确定其词句之意义。因此,法律解释必先由文义解释入手,且所作解释不能超过可能的文义。否则,即超越法律解释之范围。解释法律,应尊重法条文义,始能维护法律的尊严及其安定性价值。为文义解释时,一般须按照词句之通常意义解释。因为法律是社会生活规范,系为全体社会成员而设,且法律概念多取之于日常生活用语,如人、动物、胎儿等。但如果日常生活用语在成为法律专用名词术语后,即有其特殊意义而与一般日常用语不同,则应按照法律上的特殊意义解释,如“善意”,非指慈善心肠,而是指“不知情”;再如“危险负担”,非指自然意义上的危险,而是指“价金损失”。同一法律或不同法律使用同一概念时,原则上应作同一解释;作不同解释时,须有特别理由。文义解释得出复数解释结论时,应继之以其他解释方法。

二、体系解释

以法律条文在法律体系上的地位,即依其编、章、节、条、款、项之前后关联位置,或相关法条之法意,阐明其规范意旨之解释方法,称为体系解释方法。例如民法通则第122条关于产品责任的规定,属于过失责任抑或无过失责任,仅依法律条文之文义,难以判断,但采体系解释方法,考虑立法者在规定过失责任的一般侵权行为的第106条第2款之外,对产品责任设特别规定(第122条),及该条前后均为无过失责任的特殊侵权行为,因此断定该条应为无过失责任。体系解释方法的根据,在于法律体系的逻辑关系。但法律为人所制定,立法者在制定法律时对于法律结构体系的安排不总是符合严密的逻辑,因此体系解释也有其局限性。因此,体系解释仅为解释方法之一,不可过分强调,应在采体系解释方法的同时采用其他解释方法如法意解释、目的解释,最后得出解释结论。

三、法意解释

法意解释,又称立法解释,或沿革解释,或历史解释。是指探求立法者或准立法者于制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的,以推知立法者的意思。例如我国铁路法第13条所谓“提供饮水”,依文义解释既可以解释为“有偿提供”,也可以解释为“无偿提供”,而采法意解释方法,依据铁路法起草、审议、通过的整个立法过程的有关资料,即可判断法律条文中所谓“提供饮水”应为“无偿提供”饮水。采法意解释时,立法史及立法过程中之有关资料,如一切草案、审议记录、立法理由书等,均为解释之主要依据;但法意解释也有其局限性。法律公布之后因社会生活发生重大变化,或者因其他相关法律法规的颁布、修改而致法律内容发生变更,也是常有的事。因此,法律愈新,法意解释价值愈大;法律愈老,价值愈小。

四、扩张解释

扩张解释,指法律条文之文义失之过于狭窄,不足以表示立法真意,因此扩张法律条文之文义,以求正确阐释法律意义内容之一种解释方法。例如,民法通则第93条关于无因管理规定:没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支出的必要费用。条文中仅言“由此而支出的必要费用”,而管理人因无因管理活动致受有损失时,此项损失可否要求受益人赔偿?若谓此项损失不应赔偿,则显然不符立法本意。因此,最高人民法院解释此“必要费用”,包括在管理或者服务活动中直接支出的费用,以及在该活动中受

到的实际损失。此即扩张解释。再如受害人为无民事行为能力人,本无所谓过错,但法院解释“受害人过错”包括受害人的监护人的过错,因而适用民法通则第131条关于过错相抵的规定,判决减轻加害人的责任。即采扩张解释方法。

五、限缩解释

限缩解释,又称缩小解释,指法律条文之文义过于广泛,不符合立法真意,是限缩法律条文之文义,使局限于其核心,以正确阐释法律意义内容的解释方法。例如,关于侵犯死者名誉案件,法律规定死者的“直系血亲”有诉权,而法律未规定代数限制。考虑到立法本意着重保护死者遗属的名誉及对先人的感情,因此法院采限缩解释,限于“五代内直系血亲”有诉权,而将超出五代的本案原告排除在外。

六、当然解释

当然解释,指法律虽无明文规定,但依规范目的的衡量,其事实较之法律所规定者更有适用理由,而径行适用该法律规定之一种法律解释方法。当然解释之法理依据,即所谓“举重以明轻,举轻以明重”。如公园禁止攀摘花木,则摘果伐干更在禁止之列。有过失尚且应负责任,具有故意则更应负责。此即当然解释。法院采当然解释时,通常在判决中使用“……尚且……当然更……”的句式。例如,在国家机关违法行为的结果等同于征收私人财产而请求补偿案件的判决中,认为“合法征收私人财产尚且应予补偿,违法行为结果等同于征收私人财产时,当然更应予以补偿”,即属于当然解释方法。

七、目的解释

所谓目的解释,指以法律规范目的为根据,阐释法律疑义的一种解释方法。德国学者耶林于1877年发表《法的目的》一书,提倡目的解释。他认为:法律是人类意志的产物,有一定目的,受目的律支配,与以因果律为基础,因而有必然因果关系的自然法则截然不同。故解释法律,必先了解法律所欲实现何种目的,以此为出发点,加以解释,始能得其要领。目的为解释法律之最高准则。自此以后,目的解释遂成为法律解释的重要方法。任何法律均有其立法目的,解释法律应以贯彻、实践立法趣旨为其基本任务。因此,任何人于解释法律时,须想到的基本问题是:为何设此规定,立法目的何在?于法律条文有不同解释时,应采合于目的之解释。例如,民法通则第23条关于利害关系人向人民法院申请宣告死亡的规定,利害关系人应否有

顺序,发生两种相反的解释。采目的解释方法,考虑民法通则第23条宣告死亡制度的立法目的,不是要保护被宣告死亡人的利益,而是保护其利害关系人的利益,且利害关系人无论是其配偶、子女、父母抑或其债权人、债务人,在地位上一律平等,对于被宣告死亡人遗产之继承、债务之清偿,均有法律规定,而与由何人提出宣告死亡之申请无关。如果设定顺序,则可能发生顺序在先的利害关系人不提出申请致不能宣告死亡,使其他利害关系人的合法权益遭受损害,违背民法设立宣告死亡制度的目的。因此得出结论,利害关系人关于提出宣告死亡申请不应有顺序为正确的解释。

八、合宪性解释

所谓合宪性解释,指依宪法及位阶较高的法律规范,解释位阶较低的法律规范的一种法律解释方法。因法律秩序是一个阶层结构,犹如一座金字塔,最上层为宪法,其次为法律,再其次为法规。法律规范之效力,依其位阶而定,即法律和法规不得抵触宪法,法规不得抵触法律。因此产生了一项基本原则,即对于位阶较低的法律规范,应依位阶较高之法律规范解释之,以贯彻上层法律规范之价值判断,维护法秩序的统一性。此即合宪性解释。例如雇工受伤感染死亡一案,关于招工登记表中注明“工伤概不负责”在法律上是否有效,因法律并无明文,而依合同自由原则,似应解释为有效。法院在解释中引用我国宪法关于劳动保护的规定,认定该“工伤概不负责”约款因违反宪法关于劳动保护的规定而无效。所采用的就是合宪性解释方法。

九、比较法解释

比较法解释,指引用外国立法例及判例学说作为一项解释因素,用以阐释本国某个法律规范意义内容的一种法律解释方法。例如,我国产品质量法第四章第34条规定:本法所称缺陷,是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险。以“不合理的危险”定义“缺陷”概念,系采纳美国商品出卖人严格责任的经验,因此在具体案件判断是否属于“不合理的危险”时,可以参考美国关于如何判断不合理危险的判例学说。参酌外国立法例及判例学说以解释本国法律,系现代文明国家之通例。

十、社会学解释

社会学解释,指将社会学方法运用于法律解释,着重于社会效果预测和目的衡量,在法律条文可能文义范围内阐释法律规范意义内容的一种法律解释方法。社会学解释,须以文义解释为基础,在文义解释得出复数

解释结果的情形,才能进行社会学解释。即预测不同解释结果将产生的社会效果,选择其中产生有利于社会、经济、道德秩序和公序良俗的社会效果的解释结论,摒弃其中将产生不利于社会、经济、道德秩序和公序良俗的解释结论。

主要参考著作

- 佟柔:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社 1990 年版。
- 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社 1997 年版。
- 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版。
- 王伯琦:《民法总则》,1979 年台北八版。
- 李宜琛:《民法总则》,1977 年台北六版。
- 郑玉波:《民法总则》,三民书局 1979 年版。
- 史尚宽:《民法总论》,1980 年台北三版。
- 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,台北 1981 年版。
- 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,台北 1996 年版。
- 王泽鉴:《民法实例研习·民法总则》,台北 1992 年版。
- 王泽鉴:《民法实例研习·民法总则》,台北 1996 年版。
- 王泽鉴:《民法丛书·民法总则》,台北 2000 年版。
- 北川善太郎:《民法总则》,有斐阁 1993 年版。
- 内田贵:《民法 I:总则·物权总论》,东京大学出版会 1994 年版。
- 三和一博、平井一雄:《要说民法总则》,苍文社平成元年版。
- 江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社 1994 年版。
- 贾桂茹、杨丽、薛荣革:《市场交易的第三主体》,贵州人民出版社 1995 年版。
- 伊田:《民事法律行为与代理制度研究》,重庆大学出版社 1993 年版。

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/梁慧星著.—3版.—北京:法律出版社,
2007.8

(普通高等教育国家级规划教材系列)

ISBN 978-7-5036-7543-0

I. 民… II. 梁… III. 民法—中国—高等学校—
教材 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第110883号

©法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/19.25 字数/286千

版本/2007年7月第3版

印次/2007年7月第1次印刷

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

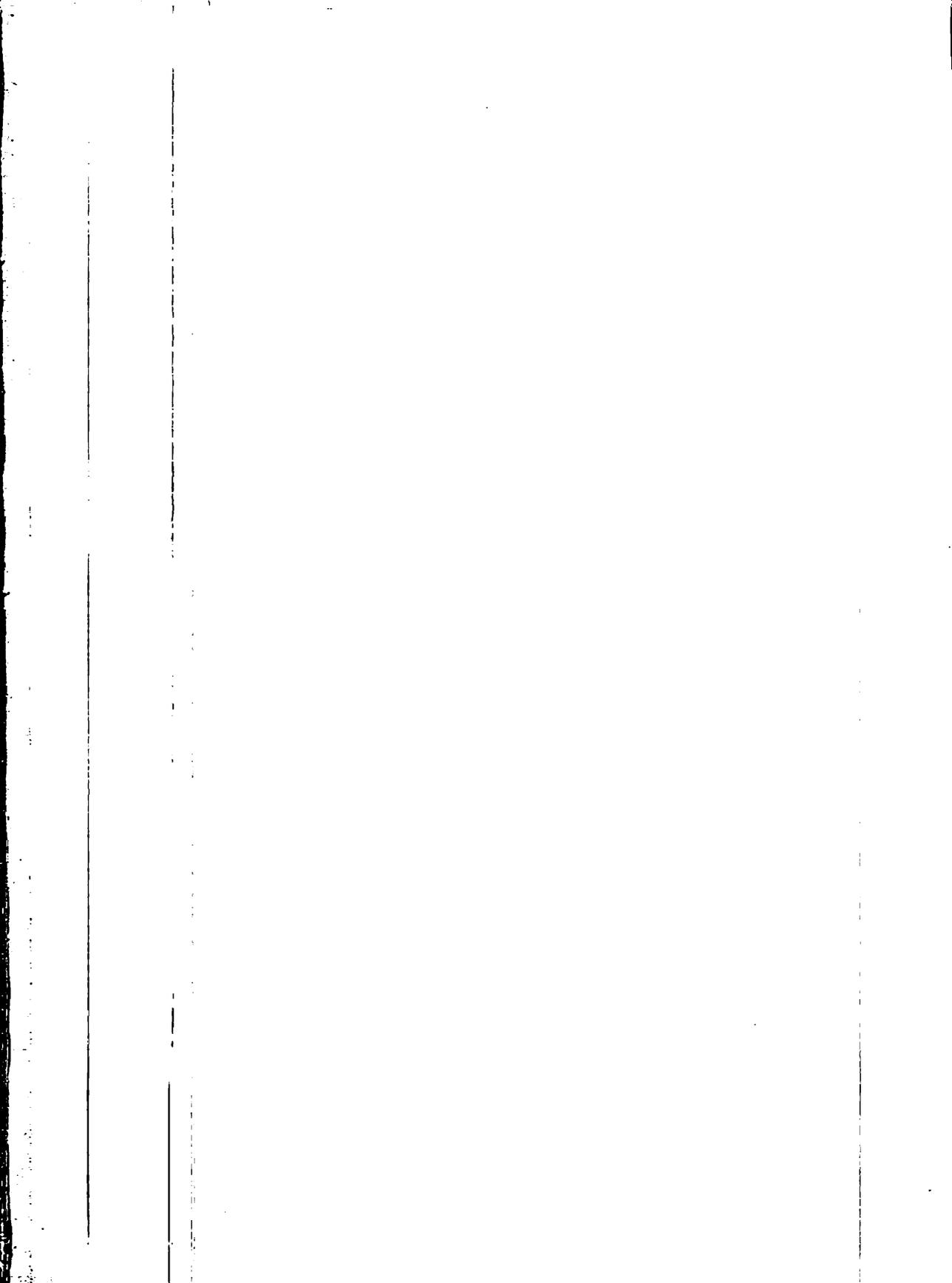
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7543-0

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



内容简介

本书是教育部“十一五”国家级规划教材。修订前版本已成为国内法学教材中的经典。此次新版是作者因应近年来民商事立法及司法解释的新兴发展，民法学研究的进一步深入，特别是物权法的通过，而对全书内容作出的整体性修订。新版教材调整后的结构更完整、科学，更符合民法学的基本内涵；在我国民法领域立法与理论研究均有较大发展的背景下，作者对知识点也进行了全面更新并对自己过去的一些见解作出了修正；此外，作者还对我国民法典的编纂提出了颇具前瞻性与建设性的意见，且为此提供了理论支持。

本书共十一章，要言不烦、深浅有度地阐述了民法总论的各种理论、制度与实践。可以说，这本书既可以作为民法学习最适合的入门级教科书，也一定是法律人书架上不可或缺的一本参考书。



独角兽工作室

平面设计

ISBN 978-7-5036-7543-0



9 787503 675430 >

定价:24.00元

上架归类建议 法学教材·民法学