



法研教科书

第二版

2nd Edition



民法总论

The General Theory of Civil Law

朱庆育 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法总论

(第二版)

朱庆育 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

目录

[第二版序](#)

[民法教科书及其写法（代自序）](#)

[法规缩略语表](#)

[第一编 基础理论](#)

[第一章 民法基础](#)

[第一节 民法的概念](#)

[第二节 民法总则编](#)

[第三节 民法的法源](#)

[第二章 民法规范理论](#)

[第四节 法律规范的概念与结构](#)

[第五节 民法规范的传统分类](#)

[第六节 个别规范与法律行为](#)

[第二编 法律行为](#)

[第三章 法律行为的本质](#)

[第七节 法律行为的概念](#)

[第八节 中国法上的民事法律行为](#)

[第四章 法律行为的效力自治](#)

[第九节 法律行为的效力基础](#)

[第十节 法律行为效力自治的时间维度](#)

[第五章 法律行为的类型](#)

[第十一节 法律行为的分类](#)

[第十二节 契约](#)

[第六章 负担行为与处分行为](#)

[第十三节 基本概念](#)

[第十四节 分离原则](#)

[第十五节 抽象原则](#)

[第七章 意思表示的一般原理](#)

[第十六节 意思表示的概念](#)

[第十七节 意思表示的生效](#)

[第十八节 意思表示的解释](#)

[第八章 法律行为的效力瑕疵](#)

[第十九节 效力瑕疵及其事由](#)

[第二十节 判断能力与法律行为](#)

[第二十一节 意思保留与法律行为](#)

[第二十二节 单方错误与法律行为](#)
[第二十三节 表意自由与法律行为](#)
[第二十四节 事务处置与法律行为](#)
[第二十五节 强制秩序与法律行为](#)
[第二十六节 效力瑕疵的基本形态](#)
[第九章 代理](#)
[第二十七节 代理概说](#)
[第二十八节 意定代理权](#)
[第二十九节 无权代理](#)
[第三编 权利主体](#)
[第十章 自然人](#)
[第三十节 民法上的人](#)
[第三十一节 自然人的权利能力](#)
[第三十二节 自然人的行为能力](#)
[第三十三节 人格的保护](#)
[第三十四节 户籍与住所的民法意义](#)
[第十一章 自然人的团体构造——法人](#)
[第三十五节 法人概说](#)
[第三十六节 法人的分类](#)
[第三十七节 法人权利能力：开始与消灭](#)
[第三十八节 法人权利能力：根据与范围](#)
[第三十九节 法人行为能力](#)
[第四十节 法人目的的性质](#)
[第十二章 自然人的其他团体构造](#)
[第四十一节 家庭](#)
[第四十二节 非法人团体](#)
[第四编 权利理论](#)
[第十三章 权利的一般原理](#)
[第四十三节 权利的概念](#)
[第四十四节 权利的实证法体系](#)
[第四十五节 权利的分类](#)
[第四十六节 权利的界限](#)
[第十四章 权利的时间属性](#)
[第四十七节 法律关系与时间](#)
[第四十八节 诉讼时效的基本原理](#)
[第四十九节 诉讼时效的计算](#)
[第十五章 权利的救济](#)

[第五十节 请求权基础理论](#)
[第五十一节 权利的私力救济](#)
[条文索引](#)

图书在版编目（CIP）数据

民法总论/朱庆育著.—2版.—北京：北京大学出版社，2016.4（法研教科书）

ISBN 978-7-301-27045-5

I. ①民... II. ①朱... III. ①民法—中国—研究生—教材 IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第079072号

书 名 民法总论（第二版）

Minfa Zonglun

著作责任者 朱庆育 著

责任编辑 郭薇薇

标准书号 ISBN 978-7-301-27045-5

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62752027

印刷者

经销者 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 38.5印张 776千字

2013年8月第1版

2016年4月第2版 2016年9月第2次印刷

定 价 75.00元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

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

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

第二版序

(一)

本书出版已过两年。在此期间，许多实证规定发生变化。

基尔希曼“废纸”之论危言耸听令人不快，但很不幸，法学著作越是以实证法尤其是制定法为立论基础，便越为其论不谬添加无奈注脚。此亦纯正“解释论”的阿基里斯之踵。的确，如果法学知识体系的展开，永远受制于实证法具体规范哪怕些微的变化，规范正当性的论证，亦随时因实证法具体规范的变化而改弦更张，法学如何能够问心无愧自称“科学”？

(二)

至少自边沁以降，法律实证主义即以剥离不良资产的手法，将立法甩诸政治，仅在解释性狭义法学内部建立科学实验室。二百年后的今天，“解释论”终在我国呈言及必称之势，“立法论”则未及破土即沦落泥尘。

此未必值得额手称庆。

如果“解释论”强调应尊重实证法、不轻言废立，自无可非议，然而，真正得以“立法论”相称者，何曾如此轻薄鲁莽？如果分立“解释论”与“立法论”旨在固守规范的有效性与正当性之楚河汉界，则拒斥正当性判断的所谓“解释论”，无非是前教义法学时代“政治婢女法学”的技术升级版而已，于法学的知识积累何益？

法律非经解释不得适用。当纯正“解释论”者不断重复这一多少已成老生常谈的格言时，似乎容易忽略：解释者就数种可能的解释作出取舍，正是在为有效规范寻求正当意义。规范的意义为解释所创造，而最具可接受性的，必定是最具正当性的解释。如此，当解释者回答“规范是什么”时，其实亦在回答“规范应当是什么”，二者融合于统一的解释过程。隔离规范的有效与正当如何可能？何况，法官作出裁判时，固然是以个别规范为当事人立法，而一般规范之确立，又何尝不是模拟规范适用的权衡结果？隔离“解释论”与“立法论”有何意义？

法学系规范性解释科学无疑，只不过，藉以构建知识体系的，并非仅仅是有效的具体规范，而是兼具正当性的抽象规范。套用柏拉图术语，有效规范乃规范殊相，是规范理念投射的偶在，正当规范方为规范共相。当“解释论”者以有效覆盖正当，误将规范殊相引为知识基础时，“废纸”之论虽不中亦不远矣。

本书初衷，非在提供有效规范适用于个案的操作指南，而以追寻知识为要。因此，预设的解释对象，其实是正当规范，至于作为理念投射物的有效规范，则凭借其实证性质而成解释素材。解释素材当然重要乃至不可忽缺，唯其对于知识体系几乎不生实质影响。原因很简单，殊相无法反塑共相。非但如此，有效规范（殊相）应受正当规范（共相）审视并作相应调适。这不仅是“立法论”当然之理，亦是法律解释的基本属性。所谓解释的目的导向，究其根本，即是要解释者对有效规范作尽可能合乎正当规范的解释。此亦本书贯穿始终的基本解释准则。笔者忖度，教科书若因此多少获得“通过实证法而超越实证法”的生命力，或者至少不至于因为制定法修改而沦为废纸，在追寻科学的道路上，可略收踵武赓续之效亦未可知。

（三）

修订内容主要包括修补疏漏（如事实行为合法性问题、宥恕在我实证法中的表现、恶意串通与通谋虚伪规则之关系、效力性与管理性强制规定之检讨、贿赂行为中的抽象原则及法律行为的双重效果问题等）、释辩回应（如王轶教授就其倡导性规范理论所作回应等）及梳理资料诸方面，其余修订则为部分内容之增删、实证规定之更新、错别字校正、段落调整以及遍及全书的文字修缮等。

修订一直持续到“三审”定稿阶段，历时半年有余，涉千余处。第一版成稿时删去的“私法自治”与“民法方法论”两章，拟另作民法基础理论之专书详加论述，故本次修订未作补入。因时间与学识所限，仍有许多问题因思虑未周而不敢触动、许多文献因未及消化而不便使用，唯有留待他日再行修正。

官方已重启民法典编纂工程。本书修订接近尾声时，笔者有幸见到全国人大法工委起草的《民法总则（草案）》征求意见稿。鉴于该稿“尚在内部研究阶段”，前景充满变数，故本次修订未予考虑，合先叙明。惟令笔者略感“欣慰”者，“征求意见稿”不仅体例与《民法通则》高度相似，内容亦未见多少实质改观，果以此获得通过，本书再次修订的工作量想必不会太大。

蒙读者厚爱，本书初版印刷六次，所获谬赞远超预期。笔者惶恐之余，复感压力。尤令笔者感动的是，诸多未曾谋面的读者通过各种渠道垂示阅读心得并指正疏误，此于修订品质之提升大有裨益。从修订稿的提交到三审三校，每一环节笔者均数次补充校改修订内容，对此屡屡中断审稿进程的“老改犯”行为，责编郭薇薇女士不仅不以为烦，反予慷慨纵容，笔者感佩之至。

修订既竣，爰缀数语，权以为序云。

2016年3月6日于北京西郊

二版重印补校说明

出版社告知二版一刷售罄，拟下单重印，询我是否仍有校订之处。日前正好集有若干微瑕待修，虽不至影响实质内容，却也令我略感芒刺。如此良机，焉能错过？

补校内容包括三处措辞表述与六处手民误植。除第264页关于《民法典》第118条条旨的表述修正之外，其余均由外交学院吴香香副教授、华东政法大学姚明斌讲师与上海财经大学李宇讲师指出，在此一并表示感谢。

为学为文均无止境。躬请读者继续指正疏误，以备再作校补修订。

朱庆育
2016年8月9日于京西寓所

民法教科书及其写法（代自序）

（一）

八十年前，胡长清先生在其《中国民法总论》“弁言”中开篇即称：“关于民法著作，大陆诸国及日本多已由教科书的民法书之时代，进于特殊问题研究之时代。”这句话很容易被解读为，“教科书的民法书之时代”系较之“特殊问题研究之时代”更为初级的阶段，更进一步的推论则是，教科书较之研究“特殊问题”的作品更少学术含量。若此解读不至于过度诠释，胡先生应是较早就教科书与专题研究作高下比较的汉语法学家。如今，上述见解已成“常识”，各种学术评价标准中，除非“钦定”教科书，否则前者必不可与后者同日而语。

吊诡的是，民国时期传之后世的著作却多为教科书。史尚宽先生的“民法全书”固不待论，其他法学名家如梅仲协先生、王伯琦先生乃至胡长清先生自己，为人所熟知的作品无不是各自教科书。相反，民国“特殊问题研究”作品至今仍被引用者，虽不能说是绝无仅有，但以寥若晨星形容，当不为过。当然，这一现象可作多种解释，比如，此正可说明民国尚滞留于教科书而未能进入特殊问题研究时代，但无论何种解释，至少可以肯定的是，教科书无妨成为饱含学术价值的经典。

更具说明意义的是德国。德国法系的所有制度、理论几乎全由德国一肩创立，迄今为止，这一法系的其他家族成员并未贡献太多原创思想。依胡先生所信，德国早已进入“特殊问题研究之时代”。1958年，时任马普外国私法与国际私法研究所所长并兼任德国比较法学会首任会长的汉斯·德勒教授在德国法学家年会发表著名的“法学上的发现”之演讲，历数十九世纪以来德国法学家堪与自然科学媲美的七项伟大发现，此或可印证德国“特殊问题研究”的辉煌成就。然而，也许更需要重视的是，德国法系之形成，端赖十八、尤其是十九世纪的潘德克顿教科书，

作为德国民法典先声的萨克森民法典更几乎是潘德克顿教科书条文化的产物。至于七项伟大发现，虽多由专题论文首发，却无一例外皆以进入教科书为归宿，其中更有若干“发现”或者本就由教科书提出（如萨维尼的法律关系本座说），或者在之前的教科书中已是呼之欲出（如泽克尔的形成权理论）。今日德国法学所尊奉的经典文献，研究特殊问题之作品固然所在多有，萨维尼、温德沙伊德、耶林、恩内克策鲁斯、冯·图尔、弗卢梅、拉伦茨等大家耆宿的教科书亦因其代表相应时代的最高学术成就而历久不衰。

笔者无意表明教科书的学术价值高于或者——稍退一步——不低于研究特殊问题的专著。实际上，二者唯有质量之优劣，而无文体之高下。教科书用以建立学科的整体知识体系，在此意义上，特殊问题之研究若无法融入教科书，或者势将遭遇体系排异而意义有限，或者表明既有教科书的“常规科学”受到挑战。成功的挑战带来“科学革命”乃至学术范式的改变，而学术新范式的建立，亦以新的教科书之推出为标志。知识其实就在特殊问题之研究催生教科书从而确立“常规科学”、特殊问题研究之新成果挑战“常规科学”从而以新的教科书实现学术范式转换的循环结构中不断实现螺旋式增长。自然科学固不待论，即便是社会科学，这一螺旋脉络亦清晰可见。例如，亚当·斯密创立现代经济学后，经济学范式经历了从古典至新古典的转型；再如，潘德克顿法学开创德国现代法学后，民法学范式由概念法学经由利益法学的过渡转型成为今日评价法学。

（二）

十九世纪正是建立现代法学“常规科学”的时代，而自然科学则当仁不让成为一切“常规科学”的范本。英国边沁—奥斯丁法律实证主义区分“法律是什么”与“法律应当是什么”并将法学的任务限定于回答前一问题，此固然是典型的科学精神之体现；德国潘德克顿法学由法学实证主义（*rechtswissenschaftliche Positivismus*）而制定法实证主义（*Gesetzespositivismus*）的发展轨迹，对科学精神的追求亦不遑多让；至若历史法学派仿照自然科学（*Naturwissenschaft*）的构词法创造“法律科学”（*Rechtswissenschaft*）一词，比附之心更是跃然纸上。

科学的任务在于解释。自然科学旨在解释外在于人的自然世界，法

律科学则以规范文本为其解释对象。为了实现如同自然科学般的客观解释，法律解释要求撇除解释者的主观恣意，而规范文本亦被视作外在于解释者的自足存在，如此，类似于自然科学的主客体分立格局在法律科学中得以构建。不同的是，自然世界中，花自飘零水自流，人类认知此等自然现象时，无妨以旁观者身份作客观观察，法律解释的对象则是人的活动产物，解释结果亦关乎人的行为正当性评价。为防止解释者移情置入，法学家遂求诸待解释文本的权威性，以规范的权威性提醒解释者安分守己从而实现解释的客观性。法学家相信，法律规范一经制定，意义即已确定，解释者要做的仅仅是将其予以揭示而已——如同自然科学家之发现自然事实，至于所谓正义，即便有意义，亦仅是立法者考虑的问题，解释者只要能够正确理解并适用法律，正义自然包含其中。于是，作为“常规科学”的传统民法教科书谨守“立法论”与“解释论”的楚河汉界而不敢越雷池一步。在此观念下，法律解释技术日趋精密，规范背后的正当性追问却越来越成为解释者的禁忌。

解释对象系解释者不可僭越的权威文本，法律解释凭此特点与圣经解释一道成为教义诠释学（*dogmatische Hermeneutik*）的家族成员，“法律教义学”（*Rechtsdogmatik*）亦成为德国法学家眼中“法律科学”的同义概念。然而，世俗法律不同于圣经，后者被尊为神的作品，任何凡人无权更易一字，前者则随时面临增删修改之可能，甚至整部法律推倒重来亦属寻常。在此意义上，制定法以某种面貌出现纯属偶然，法学将此偶然现象作为解释对象，科学性甚至还不如神学。德国检察官基尔希曼在柏林法学会发表的演讲“论法学作为科学的无价值性”即将法学这一尴尬一语道破：“以偶在现象为其研究对象者，自身亦终沦为偶在。立法者修改三个字，所有法学文献将因此变成一堆废纸。”此语既出，法学家如芒刺在背。一百一十九年后，拉伦茨在相同的地点发表针锋相对的演讲“论法学作为科学的不可或缺性”，富含激情地表示：“只要如何公正解决彼此层出不穷的利益冲突之追问不会停止，如何合理建立相互唇齿相依的生活秩序之追问不会停止，法学就会存在，对于人类即是不可或缺——这不仅是因为它有着实践功用，更在于它表述着人类精神的实质。”

拉伦茨的说法可用来抚慰法学家受伤的心灵，却似乎多少有点回避主题。如果法律解释仅仅是为了发现已为规范文本所固化的“真理”，那么，更适合表述人类精神实质的其实并非法学，而是立法。问题的真正关键在于，法学的科学性是否可简单比附自然科学？法律解释究否如自然科学般在主客体分立的前提下对“法律是什么”问题作客观事实的探

究？依笔者之见，答案是否定的。法学乃是规范科学而非事实科学，法律解释旨在意义理解而非确证事实。规范性解释科学意味着，意义理解绝非主体对客体的单向观察，而是双向的主体间性交流，是彼此的视域融合；同时意味着，在解释之前，法律规范并不存在有待解释者去“发现”的自在意义，解释本身就是创造规范意义的活动。

解释者视域各有不同。不同的解释者基于不同的知识前见对于相同的法律规范可能作相当不同甚至相反的解释，并且，所有各种解释，均在不同程度上为解释目的所指引，例如，《物权法》颁行之前，我国学者有关物权行为理论的立场已是聚讼纷纭，颁行之后，争端却未消弭，甚至几乎没有学者因此改变之前择定的立场，这部法律的意义，似乎仅仅在于为不同立场提供解释与印证的材料而已。当然，笔者并非主张法律解释听凭解释者的随心所欲。任何解释者均对法律规范有所解释，却不意味着，所有解释均具有相同的可接受性。关于法律解释的可接受性问题，有三项因素值得特别关注。首先，如果解释者仰赖的知识前见不可沟通，则几乎不存在相互说服之可能，而法律人群体的知识前见若是过于分散，则意味着知识共同体尚未形成。其次，法律以合理解决纠纷为目的，如何理解“合理”，将影响法律解释的方向。解释者判断“合理”的标准差异越大，相互说服的难度也就越大，例如，以维护自治或强化管制为出发点，对于同一规范的解释可能截然相反，此时，无论解释过程如何严谨，不同价值取向的双方均难以达成共识。最后，规范意义必须得到体系性的理解。每一具体规范均是整个规范体系的一环，任何解释亦均是“通过部分理解整体、通过整体理解部分”的循环过程，因此，解释结论若无法与规范体系协调，其可接受性也就值得怀疑。

（三）

十一年前，笔者博士论文将诠释学理论引入私法研究并在2004年以《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》之名出版。之后，笔者思考重点逐渐转向此项研究的教科书化，本书可视作笔者博士论文工作的继续，不同的是，本书对于诠释学的基本知识与理论脉络不再专作介绍，而直接将其运用于具体的规范解释。是否成功，有待读者检验。

1905年，初露学术峥嵘的黑克在《德意志法律家杂志》发表“利益

法学与法律信守”一文，首次祭出“利益法学”大旗，矛头直指概念法学，代表传统潘德克顿法学的佐姆起而应战。几个回合后，佐姆以前辈口吻用一段语重心长的告诫结束这次论战：“即便我们的学术样式必须改变，亦不可能通过框架建议或单纯的否定性批判实现。表达是一种艺术。有关方法或艺术规则的争论价值甚微，惟有作品才具有说服力。希望‘利益法学’的代表以实际行动表明：他们才是更好的艺术家！惟有如此，才能真正符合学术的要求。”对此告诫，笔者时刻谨记于心。

本书在笔者十年讲稿的基础上增删而成，正式写作则历时两年有余，但即便如此，时间仍颇为紧张，加之书稿篇幅已是不小，成稿时不得不删去讲稿中基础理论部分的“私法自治”与“民法方法论”两章，若干章节内容亦不得不从权。缺憾是前行的动力，希望将来有机会弥补一二。

法规缩略语表

《案例指导规定》 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》

《保险法》 《中华人民共和国保险法》

《裁判规范规定》 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》

《产品质量法》 《中华人民共和国产品质量法》

《城镇集体所有制企业条例》 《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》

《担保法》 《中华人民共和国担保法》

《担保法解释》 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

《独资企业登记管理办法》 《个人独资企业登记管理办法》

《独资企业法》 《中华人民共和国个人独资企业法》

《法院组织法》 《中华人民共和国人民法院组织法》

《个人所得税法》 《中华人民共和国个人所得税法》

《公司法》 《中华人民共和国公司法》

《公司法解释二》 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》

《公司法解释三》 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公

司法) 若干问题的规定 (三)》

《公务员法》 《中华人民共和国公务员法》

《国家赔偿法》 《中华人民共和国国家赔偿法》

《海商法》 《中华人民共和国海商法》

《合伙企业法》 《中华人民共和国合伙企业法》

《合同法》 《中华人民共和国合同法》

《合同法解释一》 《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)》

《合同法解释二》 《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 (二)》

《合资企业法》 《中华人民共和国中外合资经营企业法》

《合作企业法》 《中华人民共和国中外合作经营企业法》

《环境法》 《中华人民共和国环境法》

《婚姻法》 《中华人民共和国婚姻法》

《婚姻法解释一》 《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)》

《继承法》 《中华人民共和国继承法》

《继承法意见》 《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》

《建设工程施工合同解释》 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《经济合同法》 《中华人民共和国经济合同法 (已失效)》

《矿产资源法》 《中华人民共和国矿产资源法》

《劳动法》 《中华人民共和国劳动法》

《劳动合同法》 《中华人民共和国劳动合同法》

《立法法》 《中华人民共和国立法法》

《买卖合同解释》 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《民办教育促进法》 《中华人民共和国民办教育促进法》

《民法通则》 《中华人民共和国民法通则》

《民间借贷规定》 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

《民商事合同案件指导意见》 《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》

《民事诉讼法》 《中华人民共和国民事诉讼法》

《民诉法解释》 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

《民通意见》 《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）》

《民用航空法》 《中华人民共和国民用航空法》

《名誉权解答》 《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》

《名誉权解释》 《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》

《农村土地承包法》 《中华人民共和国农村土地承包法》

《农村土地承包解释》 《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》

《农民专业合作社法》 《中华人民共和国农民专业合作社法》

《拍卖法》 《中华人民共和国拍卖法》

《票据法》 《中华人民共和国票据法》

《票据问题规定》 《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》

《企业所得税法》 《中华人民共和国企业所得税法》

《侵权精神损害赔偿解释》 《最高人民法院关于审理确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》

《侵权责任法》 《中华人民共和国侵权责任法》

《全民所有制工业企业法》 《中华人民共和国全民所有制工业企业法》

《森林法》 《中华人民共和国森林法》

《商标法》 《中华人民共和国商标法》

《商品房买卖解释》 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《收养法》 《中华人民共和国收养法》

《水法》 《中华人民共和国水法》

《司法解释规定》 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》

《诉讼时效规定》 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》

《土地管理法》 《中华人民共和国土地管理法》

《外资企业法》 《中华人民共和国外资企业法》

《未成年人保护法》 《中华人民共和国未成年人保护法》

《物权法》 《中华人民共和国物权法》

《宪法》 《中华人民共和国宪法》

《乡镇企业法》 《中华人民共和国乡镇企业法》

《消法》 《中华人民共和国消费者权益保护法》

《信托法》 《中华人民共和国信托法》

《刑法》 《中华人民共和国刑法》

《刑事裁判涉财产执行规定》 《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》

《刑事诉讼法》 《中华人民共和国刑事诉讼法》

《行政强制法》 《中华人民共和国行政强制法》

《行政诉讼法》 《中华人民共和国行政诉讼法》

《野生动物保护法》 《中华人民共和国野生动物保护法》

《渔业法》 《中华人民共和国渔业法》

《招标投标法》 《中华人民共和国招标投标法》

《证券法》 《中华人民共和国证券法》

《著作权法》 《中华人民共和国著作权法》

《著作权法实施条例》 《中华人民共和国著作权法实施条例》

《专利法》 《中华人民共和国专利法》

第一编 基础理论

第一章 民法基础

第二章 民法规范理论

第一章 民法基础

第一节 民法的概念

一、“民法”的语源

了解语词构形演化与意义流变，可为理解概念提供有益的历史视角。

（一）西文

“民法”源于罗马法上的*ius civile*。罗马私法曾被三分为*ius naturale*（自然法）、*ius gentium*（万民法）与*ius civile*（市民法），其中，自然法适用于包括人在内的一切生物，万民法系人类一体适用的法律，市民法则是专属罗马市民的法律。^[1]不过，这一分类未被罗马法贯彻始终。公元212年，卡拉卡拉大帝（Caracalla）一项法律规定，全部帝国臣民均得适用市民法。自此，万民法与市民法的界限逐渐烟消。^[2]

中世纪时，基督教会在与世俗王室的权力争斗中提出，不仅精神之剑，世俗之剑亦应执掌于教会之手。^[3]教会法因而近乎全面控制世人生活。十一世纪，古罗马*corpus iuris civilis*（市民法大全）重见天日，世俗法学家以之抗衡教会法，由此形成二元的法律结构。此时，*ius civile*所偏重的，乃是与*ius canonicum*（寺院法）相对的“世俗法”之含义。^[4]

随着教会法逐渐退出世俗领域以及市民阶级、个人主义观念的兴起，罗马法对欧洲社会的影响再次占据主导地位，*ius civile*之称谓为许多国家所继受，如法语*droit civil*、意大利语*diritto civile*、德语*Zivilrecht*（日耳曼词根的同义表达是*bürgerliches Recht*）等。同时，《法国民法典》（*Code Civil*）^[5]、《德国民法典》（*Bürgerliches*

Gesetzbuch)^[6]、《瑞士民法典》(Schweizerisches Zivilgesetzbuch)^[7]、《意大利民法典》(Codice Civile Italiano)^[8]等莫不以此为名。唯须注意者，各立法例下，虽同以语词civil (Zivil) 指称民法典，但用法略有不同：在民商分立的法德，民法典一般不包括商法规则；奉民商合一的瑞意，则将商法规则一并纳入其中。

(二) 中文

清季变法，曾出现“国律”“文律”“民律”等不同语词^[9]，最终选定“民法”，通说认为，典籍无所本，系因袭日本的结果。^[10]唯清光绪三十三年民政部奏请厘定民律称：“中国律例，民刑不分，而民法之称，见于尚书孔传。”^[11]查《尚书孔传》释“咎单作明居”云：“咎单，臣名，主土地之官。作明居民法一篇，亡。”又《史记·殷本纪》：“咎单作明居。”马融注曰：“咎单，汤司空也。明居民之法也。”另查《荀子·王制》：“修堤梁，通沟浍，行水潦，安水臧，以时决塞，岁虽凶败水旱，使民有所耘艾，司空之事也。”显然，所谓“明居民法”，系明晓民众筑土安居之法之谓，典籍中的“民”“法”二字，甚至未尝构为一词，与今日所称“民法”，相去自是不可以道里计。

西法东渐中，日本率先接纳西方法律体系，并以汉字组合“民法”二字作为*ius civile*的对译语词。^[12]对此译名，张俊浩教授颇不以为然，讥之为“貌似神失，移桔变枳”的误译，理由是，*ius civile*意为“市民法”，而“市民法”注入了“私法”“私权法”“市民社会的法”等诸多信息，一字之差的“民法”则将这些信息“差不多全给丢掉了”。^[13]管见以为，日本这一“依字义直译”^[14]的译名虽然未必如何高明，似乎也不至于误译。

civis (Bürger) 从古罗马开始，基本含义即是作为特定人群的“市民(城市居民)”，相应的，*civitas* (Bürgerrecht) 特指“市民身份”或“市民权”，因而，罗马时期的*ius civile*实际上恰是典型身份立法的产物。这一传统，直到1794年《普鲁士普通邦法》(ALR, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten) 依然得以延续。邦法将国民区分为农民身份(Bauerstand)、市民身份(Bürgerstand)与贵族身份(Adelstand)三种类型，分别予以不同的权利。^[15]潘德克顿法学(Pandektenrecht)以**bürgerliches Recht**指称*ius civile*，同时将后者身份立法的含义去除，伯默尔(Gustav Boehmer)指出：“bürgerliches Recht并不是专门适用于依出

生或职业身份而确定的‘市民’或其社会阶层的法律，它不过是如同其他众多流传至今的法律术语，系罗马法术语的借用，自拉丁语词*jus civile*翻译而来。在古罗马的演进中，这一概念早已失去与特定‘身份’的关联。”^[16]就此而言，以“市民法”作为对译语词固然贴近*jus civile*的罗马原意，但原意中的身份立法含义亦可能被一并带入。

无论“民法”之表述源自何处、与本义的差距有多大，既已约定俗成，自不必推倒重来，况且，起源于罗马的*jus civile*在社会变迁中，含义本非一成不变。对于理解概念，比语词选择更重要的，是概念如何实际使用。不过，张教授的批评虽稍严苛，所传达的市民社会与政治国家分野的观念，以及在此背景下对于私权神圣的尊崇，却无疑是切中肯綮的。

二、调整对象学说

对于多数新中国法学家而言，欲了解民法概念如何实际使用，必先明确其调整对象。一个极具代表性的说法是：“民法调整对象问题的研究将关系到我国民法科学的建立、民法典的编纂以及司法实践中对民法规范的正确运用。因此，民法对象是民法科学中首先应该解决的一个基本问题。”^[17]《民法通则》第2条正是这一观念的结果。

（一）学说史略

有关民法调整对象的讨论为苏联法学所引发。调整对象问题，被认为是苏维埃社会主义法律体系的构建、民法典的制定、法律的正确适用以及法律教育的开展诸环节的根本问题，为此，1938—1940年与1954—1955年，苏联曾发起两次大规模的讨论。^[18]讨论之后，民法教科书的标准表述是：苏维埃社会主义民法调整一定范围的财产关系和与此相联系的人身非财产关系。其中，财产关系包括社会主义组织之间的财产关系、社会主义组织与公民之间的财产关系以及公民之间的财产关系，人身非财产关系则与人身不可分离而无财产内容，如荣誉权、名誉权、姓名权、著作权等。至于婚姻家庭关系，因其“如此特殊”，以至于不能如资产阶级般划归民法之列。^[19]

苏联关于调整对象的讨论曾全面影响新中国民法学。“两个一定”（一定范围的财产关系与一定范围的人身非财产关系）的表述在较长时期内成为各民法教科书的固定表达。^[20]对此成说，佟柔先生表示，所谓“一定范围”，过于笼统，不足为训，综观法律史，民法均是为调整商品关系而设，只不过因社会发展阶段不同，所调整的分别是简单商品关系、资本主义商品关系或社会主义商品关系，在社会主义初级阶段的我国，民法的调整对象自然是社会主义商品关系。^[21]

佟柔先生对于苏联范本的修正，意义在于：第一，佟先生基于商品经济的特性，力证当事人地位平等与等价有偿乃是民法的基本原则，而苏联法学虽亦称“公民享有平等权利”，但主要是在按劳取酬的分配原则方面强调平等^[22]，至于民事交往中的地位平等问题，则存而不论。佟先生认为，奉行按劳取酬原则的，与其说是属于民法范畴，不如归诸劳动法调整更为恰当。^[23]地位平等与等价有偿原则，后被写入《民法通则》第3条与第4条。第二，依佟先生之见，苏联的“两个一定”说极其含糊，其实未能为民法确定一个统一的调整对象，“商品关系”说则既为民法确立统一的调整对象，更由此划出民法与其他法律尤其是经济法的界限。佟先生指出，经济法是把某种具体的经济现象、经济过程作为自己的调整对象，不具有统一性，调整时，需要借助民法、行政法、劳动法、财政法甚至刑法等多种手段，因此不成其为独立的法律部门。^[24]

当是时也，依托于计划经济的经济法观念颇有否弃民法并取而代之之势，佟柔先生的“商品关系”说，为风雨飘摇的民法确立了生存根基，自有其不可磨灭的历史功绩。

（二）《民法通则》第2条

1986年4月12日六届全国人大四次会议通过的《民法通则》（1987年1月1日起施行）第2条是关于调整对象的规定：“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。”在调整对象的表述中直接突出“平等主体”，这一界定方式于当时的法学界略显陌生，就笔者所见，《民法通则》之前的教科书，唯杨振山先生关于民法的定义与之相似：“民法是统治阶级根据自己的意志制定的，用以调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。”^[25]不过，在佟柔先生眼里，所谓“平等主体”，也许不过是“商品

关系”的另一种表述，因为，“在商品经济社会，平等主体间的关系必然取决于商品经济关系，并以商品经济关系为核心”。^[26]

除“平等主体”这一中国元素外，《民法通则》第2条的表述其实还是打上了鲜明的苏联烙印，不仅“公民之间、法人之间、公民和法人之间”这等繁琐的表述明显自苏联财产关系的三分法改造而来，“财产关系和人身关系”之并列，亦是舶来苏联法学之物。尤其说明价值的是，苏联民法所称人身关系，只是荣誉权、名誉权、姓名权、著作人身权等如今被归入人格权的关系，亲属法上的身份权则被排除在外，与之相应，《民法通则》颁行之初，教科书在解释第2条之“人身关系”时，亦大多表示：指的是平等主体之间因姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、著作权、发明权等所发生的社会关系。^[27]

解释不是唯一的。关于“人身关系”的理解，虽然几乎是众口一词，却仍偶有异声。《民法新论》一书即反对将婚姻家庭法独立于民法之外，认为《民法通则》第2条所称人身关系，亦包括夫妻之间、父母子女之间等基于亲属关系而产生的身份权。^[28]这部由未参与立法的年轻学者编撰的教科书，在解释法律条文时，显然未太多受制于“立法原意”。20世纪90年代以后，“立法原意”越来越远离大众视线。伴随着婚姻、继承法对于民法体系的回归，第2条中的“人身关系”逐渐被拆解为“人格关系”与“身份关系”的合称。^[29]时至今日，《民法通则》颁行不过三十年，第2条之“立法原意”已几乎为人所淡忘。法律解释中主观解释与客观解释的消长，于此可见一斑。

《民法通则》之后，学界关于调整对象的争论逐渐偃旗息鼓，普遍转而依制定法框架进行阐述。

三、公法与私法

从调整对象的角度理解民法概念，这只是众多可能的路径之一。欧陆民法传统中，更通行的路径是公法与私法之分野。在此分野格局中，民法被划归私法之列，或迳被当作私法的同义表达。然则公法与私法如何界定？

（一）各种学说

区分公法与私法的传统在欧陆可谓源远流长，期间形成的理论学说不胜枚举，最具代表性的，莫过于利益、隶属与主体三说。

1. 利益说

罗马法时期，由乌尔比安（Ulpianus）提出并被优士丁尼大帝（Flavius Iustinianus）编入钦定教科书的一个著名论断是：“公法事关罗马国家秩序，私法则涉及个人利益。”^[30]此即所谓“利益说”（Interessentheorie）。

然而，私法中未必没有公共利益的因素，例如，公共利益通常是影响法律行为效力的因素，而亲属法等事关伦理的法律规范，更是与公共利益密切相关；另一方面，社会保障法等公法其实亦是直接关乎个人利益。上述定义显然有欠周延。不仅如此，哈耶克（F.A.von Hayek）甚至认为，公法对应公共利益、私法只保护私人利益的观点，实属是非颠倒之论，从根本上说，私人目的在自由秩序中顺利实现才是真正的维护公共利益之道，通过政府组织实现公共福祉，反倒是拾遗补缺之举。^[31]

“利益说”的缺陷还在于，以“利益”属性为判断标准，可能为“一切法律皆公法”的主张提供支持。德国纳粹法律理论即宣称，所有法律均是实现人民共同利益的工具，因此，私法亦是关乎公共利益之法，与公法别无二致。^[32]

如今，“利益说”在法国依然占据主导地位^[33]，在德国则几乎无人再予支持。^[34]

2. 隶属说

“隶属说”（Subordinationstheorie）或称“主体地位说”（Subjektionstheorie）曾长时间在德国占主导地位。^[35]该说主张：第一，在法律关系的内容方面，公法关系中主体地位具有隶属关系，下位意志受制于上位意志；私法则规范平等主体之间的关系，任何一方意志不得强加于对方。第二，在法律关系的发生方面，公法关系一般是依国家意志而产生，相对人处于他治地位，无自由选择之余地；私法关系则

因当事人的自由意志而产生。这一学说在面对警察法、税法等行政法以及民法中的大多数法律关系时，解释力较强，但仍有缺陷：

其一，一方面，等级相同的国家机关地位平等，但彼此权力划分与行使关系由公法调整；国家之间的地位平等，但国际法被划归公法之列；而立法权这一最高层次的公权力，依现代民主理论，系基于权利平等的民众授予，因此，立法权之行使，究其根本，乃是民众自治而非他治的表现；再者，民众在面对国家权力时，并不总处于服从地位，其基本权利亦须得到后者尊重。另一方面，私法社团内部、父母与未成年子女之间均存在一定的隶属关系，却属于私法；属于私法契约的雇佣契约与培训契约，受雇人与受教育人亦须受制于对方意志。

其二，一方面，私法关系未必依自由意志产生，如父母子女之间的权利义务关系、亲属之间的抚养义务以及法定继承关系等。另一方面，公法关系亦可能由当事人的自由意志引发，除国家之间的国际法关系外，国内公法关系如入籍申请、公法契约之订立等均是如此。^[36]

3. 主体说

“主体说”（*Subjekttheorie*）分新旧两说。“旧主体说”认为，一方当事人为公权力者，即形成公法关系。此说可解释平等地位的国家机关之间以及具隶属关系的私人之间法律关系的性质，从而化解“隶属说”的一些困境。但新的缺陷随之而来：公权力者亦可能参与私法关系，如国家机关缔结的普通买卖契约。^[37]

现今德国通说，是融合“隶属说”与“旧主体说”的所谓“新主体说”（“修正的主体说”）。其说略谓：当公权力者以公权力担当人的面目出现时，形成公法关系，否则即为私法关系。^[38]如果公权力与私人领域能够被划分得比较清楚，新主体说的解释力大致可得以维持，但在中国，难免面临诸多难题，例如，在私人无法拥有土地所有权、铁路邮政等行业为国家所垄断等现实背景下，国有土地使用权出让合同、农村承包经营合同、铁路运送以及邮政合同等各种法律关系，具有多大程度的私法性质，在解释上并非没有疑问。就此而言，新主体说虽然未必适合于中国，却为观察中国公权力对私人生活的介入程度提供了一块试金石。

（二）区分的相对性

“国家—社会—个人”之关系当然不可能泾渭分明，正如梅迪库斯（Dieter Medicus）所指出的，想要单纯用某种固定公式为公法与私法划出楚河汉界，必将无功而返。^[39]随着社会的发展，公共权力与私人领域的交错日渐突出，不仅民法这一典型的私法越来越面临公法规范的入侵^[40]，更引人注目的是，竞争法、反垄断法等经济法以及劳动法的兴起，使得任何区分标准均为之徒叹奈何。在此背景下，“第三法域”之主张顺势出现。德国法学家帕夫洛夫斯基（Hans-Martin Pawlowski）将此“第三法域”以“社会法”（Sozialrecht）相称，归入其列者，包括劳动法、经济法（如卡特尔法）、婚姻法、承租人保护法、经济上具有重要意义的社团法（das Recht der wirtschaftlich bedeutsamen Vereine）以及一般交易条件法等，其共同特点在于，当事人对于法律关系的建立受到约束，但自由度较之公法领域为大。^[41]

（三）区分的价值

欧陆传统对于区分公私法之思维并非全无异见，其中最著名的反对者当属凯尔森（Hans Kelsen）。凯尔森主张公私法一元论，其说略谓：公法与私法之别，只在于法律的创制方式不同，公权命令是行政法的个别规范，私人法律行为则是民法典的个别规范，而无论是行政法还是民法典，作为一般规范，均是国家意志的产物，因此，国家公法行为与私人法律行为融汇于统一的国家意志，公法与私法具有一元性，纵然有着某种对立，亦不过存在于体系内部。^[42]

凯尔森统合公私法的见解，遭到哈耶克的强烈批评，后者指出：“就正当的法律行为规则尤其是私法而言，法律实证主义所谓法律的内容始终是立法者意志之表示的断言，根本就是谬误的。”^[43]在哈耶克看来，奉行组织规则（rules of organization）的公法与奉行正当行为规则（rules of just conduct）的私法，其间差别是根本性的：组织规则是立法机构刻意制定、用以规范公共权力机构的规则，规范对象必须遵照相应的命令作出行为；正当行为规则则是在历史演进中自发形成，不依赖于任何人的意志，亦不指令当事人作出积极行为，只是通过禁止性规则划定行为界限，实际如何行为，取决于行为人的自由意志。^[44]就此