

第五版

民法总论

GENERAL INTRODUCTION TO CIVIL LAW

梁慧星 著

當個人按照法律
規定主張自己應
有之權利時他
已不再是為一己
之私利而鬭爭



法律秩序而闘
争

私心与公心

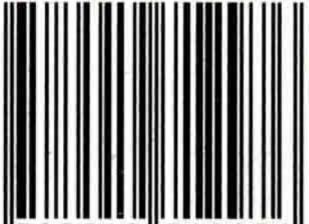


民法總論
二十周年
特別版



独角兽工作室
平面设计

ISBN 978-7-5197-1297-6



9 787519 712976 >

定价:59.00元

上架归类建议 民法学·民法总论

民法总论

General Introduction To Civil Law

| 第五版 |

梁慧星 著



法律出版社

始创于1954年

www.lawpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

民法总论 / 梁慧星著. — 5 版. — 北京:法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1297 - 6

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 206080 号

民法总论(第五版)
MINFA ZONGLUN (DI - WU BAN)

梁慧星 著

责任编辑 丁小宣 吴 昉
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
印张 20
字数 368 千
版本 2017 年 8 月第 5 版
印次 2017 年 8 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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1297 - 6

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

當個人按照法律
規定主張自己應
有之權利時他
已不再是為一己
之私利而鬭爭
而是為法律實現
而鬭爭為國家
法律秩序而鬭
爭

慧星書



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。主要著作如下:独著《民法》《中国民法经济法诸问题研究》《民法学说判例与立法研究》《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》《中国民法典草案建议稿附理由》;主编《民商法论丛》《中国民商法专题研究丛书》。

第五版序言

欣逢《中华人民共和国民法总则》颁布施行！

本版主要是根据《民法总则》的规定对全书进行了修订，并用《民法总则》条文替换原《民法通则》条文。请读者留意！

感谢上海财经大学法学院李宇副教授审校全稿并提供建议。

是为序。

中国社会科学院学部委员

北理工珠海学院民商法律学院名誉院长

梁慧星

2017年4月14日

修订四版序言

本书作为普通高等教育规划教材于1996年初版。先后在2001年和2007年两次修订。《侵权责任法》和《农民专业合作社法》、《电子签名法》、《人体器官移植条例》的颁布实施,及最高人民法院新发布有关《合同法》和诉讼时效的司法解释,促成本次修订。修订中参考了《法国民法典》近年新修订的内容,参考了新《荷兰民法典》、《魁北克民法典》、《俄罗斯联邦民法典》等一批较新的民法典及《欧洲民法典草案》(DCFR),参考了《美国第三次代理法重述》。顺便提及,由欧盟各国最优秀的民法学者、法官、律师历时四年共同完成的《欧洲民法典草案》(DCFR),已于2008年年底提交欧盟理事会审议,无论最终能否获得通过及以何种形式通过,均将对当代民法发展产生重大影响。

此次修订,涉及字词勘误、体例调整、新内容增添、陈旧文献删除、新文献添加及某些理论观点的修正和变更,凡二百余处,请予留意。博士生李宇同学预先对全书进行审读并提出修改建议,谨此致谢。

梁慧星

于北京城南半夏书屋

2010年11月7日

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做了订正,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。

梁慧星

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	(31)
第四节 民法的本位	(40)
第五节 民法的基本原则	(45)
第六节 民法与邻近法律部门	(52)
第七节 民法学及其学习方法	(54)
第二章 民事法律关系	(57)
第一节 民事法律关系概述	(57)
第二节 民事法律关系的要素	(58)
第三节 民事能力	(65)
第四节 民事权利	(69)
第五节 民事义务	(81)
第六节 民事责任	(82)
第三章 民事主体——自然人	(87)
第一节 民事权利能力	(87)
第二节 人格权	(90)
第三节 民事行为能力	(102)
第四节 监护	(105)
第五节 宣告失踪	(110)
第六节 宣告死亡	(112)
第七节 住所	(116)
第八节 个体工商户、农村承包经营户	(116)

2 目 录

第四章 民事主体——法人、非法人组织	(118)
第一节 法人概述	(118)
第二节 法人的本质	(119)
第三节 法人的分类	(121)
第四节 法人的民事能力	(127)
第五节 法人的成立	(135)
第六节 法人的机关	(138)
第七节 法人的住所	(140)
第八节 法人的消灭	(140)
第九节 非法人组织	(144)
第五章 民事权利客体	(151)
第一节 民事权利客体概述	(151)
第二节 作为民事权利客体的物	(152)
第三节 物的分类	(156)
第六章 法律行为	(163)
第一节 法律行为概述	(163)
第二节 法律行为的分类	(165)
第三节 法律行为的要件	(173)
第四节 意思表示	(176)
第五节 意思与表示不一致	(181)
第六节 意思表示不自由	(185)
第七节 条件、期限	(188)
第八节 法律行为的解释	(195)
第九节 法律行为的效力	(201)
第七章 代理	(221)
第一节 代理概述	(221)
第二节 代理关系	(224)
第三节 代理的分类	(225)
第四节 代理行为	(228)
第五节 代理权	(232)
第六节 无权代理	(240)

第七节 表见代理	(243)
第八章 诉讼时效	(248)
第一节 时效概述	(248)
第二节 诉讼时效的效力	(252)
第三节 诉讼时效的客体	(256)
第四节 诉讼时效期间	(259)
第九章 期日、期间	(268)
第一节 期日、期间的意义	(268)
第二节 期日、期间的计算	(269)
第十章 权利的行使	(271)
第一节 权利行使概述	(271)
第二节 诚实信用原则	(273)
第三节 禁止权利滥用	(279)
第四节 私力救济	(283)
第十一章 民法的效力、适用与解释	(290)
第一节 民法的效力	(290)
第二节 民法的适用原则	(291)
第三节 民法的适用与解释	(294)
第四节 民法解释方法	(297)
主要参考著作	(301)

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”一词,是从罗马法之“*ius civile*”一词沿袭而来。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(*ius civile*)与万民法(*ius 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。自公元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,“*ius civile*”一词,遂成为罗马法的总称,其后用于私法之义。民法的法语为“*droit civil*”,英语为“*civil law*”,德语为“*buergerliches Recht*”,荷兰语为“*Burgerlyk Regt*”。日语之“民法”一词,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,东瀛则复从拿破仑法典之*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,在漫长的帝制社会中,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。因此不具备民法产生和发展的基本条件。至清末进行法制改革,聘请日本学者起草民法典草案,始有现代意义的民法。可见,中国民法是继受而来。

〔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。

2 民法总论(第五版)

(二)形式民法与实质民法

民法,有所谓形式民法与实质民法之分。形式民法,即指以民法命名的成文法典。实质民法,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,是指民法典。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。在采民商合一主义的国家的各民事单行法,以及在采民商分立主义的国家的商法典,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《民法总则》、《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》、《婚姻法》、《继承法》等系将来民法典的组成部分,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〕}这段话揭示了民法的产生和发展过程,即先有习惯,然后由习惯发展成为法律。此处所称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穆拉比法典,是公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉穆拉比(约公元前1792年至前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%。

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,

〔2〕《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1995年版,第538~539页。

最初是一个小型农村公社的习惯法,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,制定成法律条文予以公布,成为罗马最早的成文法即《十二表法》。《十二表法》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。遂产生法律编纂问题。

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》;再次仿照通行的教材,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。

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、博爱的理想。《奥地利民法典》的制定,是为了推行女皇玛丽娅·特雷莎(Maria Theresia)的政治及行政改革。1896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。

中国制定民法典的目的,亦在于废除领事裁判权。1843年签订的《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》,开外国人在华享有领事裁判权之先例。此后法、美、挪、俄、德、荷等17国,均通过不平等条约取得在华领事裁判权。领事裁判权的存在,严重损害中国国家主权。因此,自清末以来,中国政府一直致力于废除领事裁判权。1902年,清朝政府与英、美、日、葡续订商约,四国先后承诺:以“中国法律制度皆臻完善”为放弃领事裁判权的条件。1927年南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商约,均规定以“1930年1月1日前颁布民商法典”为撤销领事裁判权的条

4 民法总论(第五版)

件。可见,废除领事裁判权是导致中国继受西方法制、制定民法典的直接动因。^[3]

(二)近代民法模式

由欧洲大陆法所确立的民法近代模式,集中表现为:

第一,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市场交换主体的劳动者、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。

第二,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。

第三,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。

第四,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,集中表现为:

第一,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,反垄断法成为着目于企业的规模、业种的独立的法域。此外,在消费者保护法及环境保护法上,消费者和公害的受害者,成为独特的法人格类型。^[4]

第二,私的所有的社会制约。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,以及对某些生活物资的统制,使所

[3] 但各国在华领事裁判权一直到抗战末期的1944年才被废除。

[4] 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,系现代民法动向的反映。

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,也凸显出所有权的社會性。

第三,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。

第四,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)、无过失责任或严格责任,此外还导入了社会保障性质的受害补偿制度。^[5]

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世纪制定的有关商事、海事、民事的法律,以及1804年颁布的《法国民法典》,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,与大陆法系相对称。在11世纪以后,英国逐渐建立巡回审判及陪审制度,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。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

[5] 例如,我国《侵权责任法》第53条规定:“……机动车不明或者该机动车未参加强制保险,需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的,由道路交通事故社会救助基金垫付……”

[6] 本节近代民法与现代民法部分内容参见[日]北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第13~16页。

6 民法总论(第五版)

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,进而形成了英美法系。^{〔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,集中表现为大陆法系国家对判例的重视,和英美法系国家尤其是美国越来越重视编纂法典。^{〔8〕} 因此,学者指出两大法系有合流的趋势。^{〔9〕} 此外,加拿大的《魁北克民法典》、美国的《路易斯安那民法典》等,具有“融合两大法系”的特点,值得重视。

六、民法的构造^{〔10〕}

(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。就此,三当事人间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,或人身伤害的情形,则要求以金钱赔偿损害。此即民法所规范的基本的关系。

〔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。另在19世纪美国法典编纂运动中,加利福尼亚、蒙大拿、佐治亚、达科他(后分为南达科他与北达科他)等州制定有民法典。关于普通法的法典化,参见 Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common Law World*, 25 *Yale J. Int'l L.* 435 (2000); Mark D. Rosen, *What Has Happened to the Common Law? —Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development*, 1994 *Wis. L. Rev.* 1119。

〔8〕 美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code)系英美法系影响最大的一部法典,由美国法学会和美国统一州法全国委员会联合起草,已被美国各州所采纳。该法典包括11编,采取总则、分则结构,实现了美国商法在州际交易范围内,关于货物买卖、货物租赁、票据、资金划拨、提单仓单、流通证券、担保交易等各领域法律规则的统一。

〔9〕 参见管欧:《法学绪论》,台北1982年版,第32页。

〔10〕 本节从民法所设想的法律关系模型阐明民法的逻辑构造,主要参见[日]内田贵:《民法I:总则·物权总论》,东京大学出版会1994年版,第11~17页。

(二) 权利、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。反言之,则乙对甲负有一定的义务。民法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。此类规则即构成契约法。

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形成了详细的规则,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。此即所有权法。

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》的原有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,家庭法也包含在内;第二编财产,即关于对物权的的规定;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》,其作为权利义务的体系化构成更为彻底。《日本民法典》、中华民国时期制定的民法典均系仿照《德国民法典》的结构。

因契约关系所生的权利,具体地讲,是要求契约的相对人遵守其约束的权利;抽象地讲,则是要求特定的相对人为某种行为的权利。例如,甲要求乙为交付财物B的行为。这种权利称为债权,而与此对应的相对人的义务,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人为支付赔偿金的的行为的债权。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。^[11]

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以下两类:

- 第一,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。
- 第二,物权,即所有权,属于第二种法律关系。

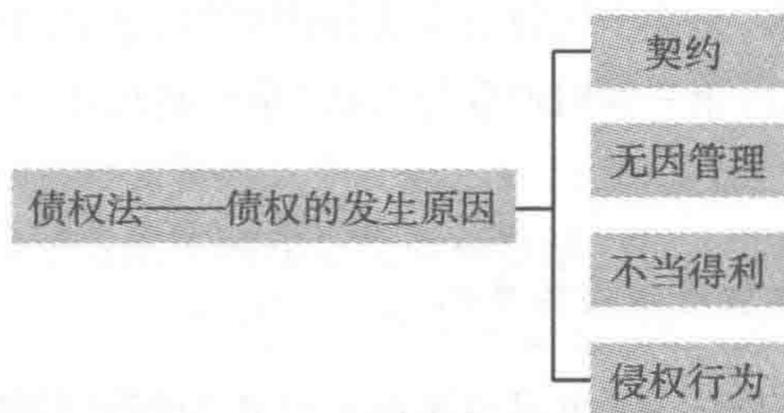
(五) 债权法的体系

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。

首先,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人为某种行为的权利。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,出租车驾驶人应当有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,后来请求返还。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,而使相对人获得不当利益的情形,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。

据此,债权的发生原因,即有契约、无因管理、不当得利和侵权行为四种。^[12] 有关的规定,在民法上称为债权法。以下即为债权法的体系:



(六) 物权法的体系

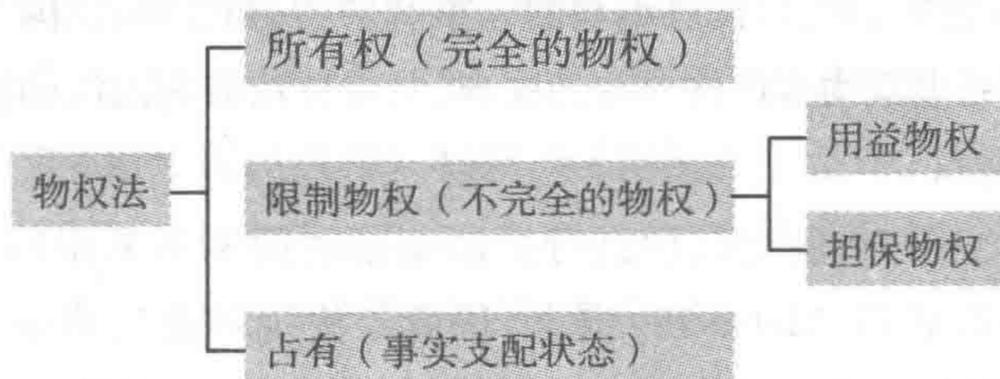
再看物权。作为直接支配特定物的权利,仅有所有权一种,则于实际生活多所不便。所谓所有权,是对物的完全的支配权。例如,土地所有人将所有权内容中的一部分,如用益的权能让予他人,即由该他人支配其使用价值。这种由所有权利能之一部分(用益权能)构成的权利,称为用益物权,如建设用地使用权(地上权)、土地承包经营权(永佃权)、地役权。在所有权的内容中,除用益权能外,还有支配物的交换价值

[11] 需特别注意的是,民法理论上称债权为“对人的权利”,物权为“对物的权利”,系学术研究上的便利用语,不可因此误认债权为“对人关系”、物权为“对物关系”。无论债权、物权,均属于人与人之关系上的权利。

[12] 此为最常见的债权发生原因,此外还有证券之发行、捐助行为等。

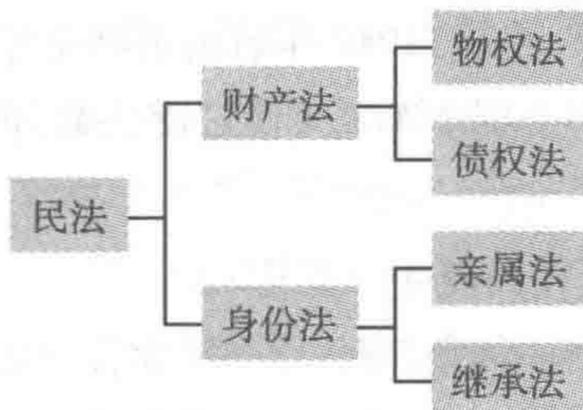
的权能。土地所有人将土地供作债权的担保,即将所有权中支配交换价值的权能让予他人,由该他人支配其交换价值。这种支配他人财产的交换价值的权利,称为担保物权,如抵押权、质权。用益物权和担保物权,其内容被限定于所有权权能之一部分,因此称为限制物权。

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(财产关系法)。〔13〕而民法除规范财产关系外,还规范身份关系。〔14〕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。亲属法与继承法,合称身份法(身份关系法)。债权法、物权法、亲属法和继承法,构成整个民法的体系:



〔13〕 值得注意的是,大陆法的财产法概念与英美法的财产法概念有重大差异:后者一般指调整对世性财产权的法律,与契约法、侵权行为法、回复原状及不当得利法等并列,大体相当于大陆法的物权法。

〔14〕 请注意,此所谓“身份关系”,现行《民法总则》称为“人身关系”。《民法总则》第2条规定:“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”

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、德国、日本、西班牙、葡萄牙、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。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。^[15]

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。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

[15] 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。

编纂时,法国商事法已有百余年的历史,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年制定含有公司、票据等商法规范的债务法,1907年制定民法典,并将债务法并入民法典作为第五编,与前四编同时施行。其后,1922年《苏俄民法典》、1924年《泰国民商法典》、1959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》、1994年《魁北克民法典》、2012年新《捷克民法典》、2013年新《匈牙利民法典》、2014年新《阿根廷民商法典》等,均采民商合一主义。意大利原采民商分立,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、巴西与此类似,1992年新《荷兰民法典》、2002年新《巴西民法典》均废止原先的民商分立而改采民商合一。2009年全文公布的《欧洲民法典草案》(DCFR),亦采用民商合一主义。

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。^[16]

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:其一,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

[16] 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。

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,四民同受治于一法,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。其二,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。其三,反对民商法典合一者之言曰:商法具有国际性,民法则否。此亦狃于旧见之说,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。其四,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。其五,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。其六,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。^[17]

新中国成立以来,国民政府制定的民国民法在大陆被废除以后仅在我国台湾地区适用,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法和理论,而苏联亦系民商合一,因此民商合一至今未变。《民法总则》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》均为民商合一之立法。^[18]《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》等,均属民事特别法。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,而将适用于特定类型主体、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

[17] 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。

[18] 《民法总则》中的营利法人、非法人组织、个体工商户制度,即为商事主体规则,相当于大陆法系商法典中的商人制度;《民法总则》中关于代理(尤其是职务代理)的规定,涵盖了大陆法系商法中的经理权和代办权制度;合同法中的买卖合同、租赁合同、运输合同等均为兼容民商事合同类型,融资租赁合同、仓储合同、行纪合同为典型的商事合同,相当于大陆法系商法典中的商行为制度;物权法中的担保物权制度,亦兼容民商事担保,特殊动产集合抵押的抵押人仅限于企业、个体工商户和农业生产经营者(《物权法》第181条),属于纯粹的商事制度。

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:其一称为罗马式,又称法学阶梯式;其二称为德意志式,又称潘德克顿式。

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》原采此体例,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。^[19] 须注意同属于法学阶梯式的《智利民法典》是四编制:第一编人法,第二编财产及其所有、占有、使用和收益,第三编继承,第四编债的通则和各类合同。其第一编是原封不动的盖尤士的《法学阶梯》的体例,后三编则是采用优士丁尼《法学阶梯》的体例。《智利民法典》中有物权和债权的区分,这却是潘德克顿式体例所具有的特点,而在法学阶梯式中(包括在之前的《法国民法典》中)是不存在的。

德意志式又称潘德克顿式(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,第二编债之关系法,第三编物权法,第四编亲属法,第五编继承法。

2. 潘德克顿式编制体例

“潘德克顿”一词,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,称为潘德克顿法学。基于这一理论体系所制定的《德国民法典》,称为潘德克顿式民法典。以《德国民法典》为模式的民法典编纂方式,称为潘德克顿式编制体例,亦称德国式编制体例。

所谓潘德克顿式编制体例,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,并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,也往往设第一章,规定该编的共同制度和共同规则,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,其第一章为物权总则;第三编债权,其第一章为债权总则,第二章契约,其第一节为契约总则;第四编亲属,其第一章为亲属总则;第五编继承,其第一章为继承总则。1992年新《荷兰民法

[19] 《法国民法典》现已改采“五编制”。2006年将原第三编中的保证、质押、优先权与抵押权等三部分内容抽出,作为新增的第四编“担保”。2002年新增第五编“适用于马约特岛的规定”,主要内容系关于前三编在新成为法国海外省的马约特岛施行的规定。

典》，为晚近最具影响力的民法典之一，在保留法国法系的大量内容之余，体例上向德国法系接近，^[20]虽在体例上自成一格，仍属潘德克顿编制体例之变种，其特色在于，不设总则编，而设第三编财产法总则，以统领第四编继承、第五编物权、第六编债法总则、第七编与第七编之一各种合同、第八编运送法。

3. 潘德克顿式的特色

潘德克顿式编制体例的特色，在于采用所谓“提取公因式”的方法，从各种法律关系中抽象出共同规则，集中规定在各别的规定之前，称为总则。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。通过这一立法技术，使民法典的人法和财产法两大部分的内容得以整合，构成一个逻辑严密、前后呼应的有机整体。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。

潘德克顿编制体例的长处，正在于这种从一般到特殊，从抽象到具体的彻底的体系化。但也正是这一特点，使初学者稍感困难。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以理解。此外，从法律适用的观点来看，法典的规定与现实的法律关系并不对应，使未经专业训练的人难以掌握。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，潘德克顿式民法典，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。中华人民共和国成立后，1956年的民法草案仿照1922年的《苏俄民法典》，设总则、所有权、债、继承四编，而将亲属排除在外，仍属于德国式体例。1964年的民法草案仅设总则、财产的所有和财产的流转三编，颇类似于《法国民法典》的体例。1982年的民法草案第四稿，仿照1964年的《苏俄民法典》和1978年修订的《匈牙利民法典》，设八编：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，仍属于德国

[20] 新《荷兰民法典》(Burgerlijk Wetboek)从1947年开始立法，该法典并非一次性全部通过，而是分编逐步通过。第一编人和家庭法于1970年生效，第二编法人于1976年生效，第八编运送工具和运送于1991年生效。1992年1月1日，第三编财产法总则、第五编物权、第六编债法总则以及第七编各种合同的部分内容生效，同时，荷兰旧民法典中部分有名合同的规定，被直接纳入新法，即第七编之一。至此，新民法典最重要的内容完成。2003年第四编继承法生效，2012年第十编国际私法生效。原定的第九编知识产权法，拟将知识产权法中的私法规范纳入，而将行政程序等公法规范留于单行法，但因技术上的困难、比荷卢统一知识产权法的进展及欧盟知识产权法指令的快速更新，迄今未能完成。

式之变种。

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,也便于人民系统地学习和掌握法律。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,人民系统掌握法律、切实享有民事权利的基本工具,其逻辑性和体系性具有特别重要的意义。因此,制定中国民法典,以采德国式编制体例为宜。

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,学者间意见各异。肯定中国历史上有民法的学者,以梅仲协、^[21]胡长清、^[22]张晋藩^[23]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。^[24]

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,均属于刑事法律。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。

中国历史上不存在民法,其根本原因在于,漫长的帝制社会中,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据主导地位,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

中国在公元 1894 ~ 1895 年的中日战争中被东邻日本战败,宣告“洋务运动”失败。中国人终于认识到:靠学习西方先进技术不能真正实现“自强”的目的,还必须学

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

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

[23] 张晋藩:《中国法制通史》,法律出版社 1999 年版,第 214 页。

[24] 《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社 2002 年版,第 369 页。

习西方政治法律制度。但统治集团内部“后党”与“帝党”之间,对于应否废弃中国传统法制意见冲突,不能达成共识。1900年8月,英、法、德、俄、美、日、意、奥八国联军攻占北京,慈禧太后和光绪皇帝仓皇出逃。次年,中国政府被迫与英、法、德、俄、美等十一国签订不平等条约,其中规定中国政府支付赔款4.5亿两白银。此次事变,终于促使统治集团内部达成共识:中国要富强,非学习西方法律制度不可!

1901年慈禧太后颁布上谕,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、东京帝国大学刑法教授冈田朝太郎、司法省事务官小河滋次郎、东京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。^[25] 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,此次民法典编纂的宗旨如下:

第一,注重世界最普通之法理。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。

第二,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。

第三,求最适于中国民情之法理。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,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,自不能强行规模,致貽削趾就履之诮。是编凡亲属婚姻继承等事,除与立宪相背酌量变通外,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。

第四,期于改进上最有利益之法理。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

[25] 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6期。

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。^[26]

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。^[27]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《法国民法典》进步。^[28]

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。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。^[29]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。^[30]

(三) 第二次民法编纂

中华民国建立,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

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

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

[28] 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,德国民法是用字最审慎、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梅特兰(Maitland)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》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第5册),1991年自版,第9页。

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

[30] 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。

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。物权编改动之处甚少,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。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20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日正式通过;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,着重参考德国和瑞士的立法经验,并参考了法国、日本和苏俄民法典。^[31] 1949年,中华人民共和国成立,这一民法典被明令废除。^[32]

(五) 中华人民共和国成立后的民法编纂(1949~1977年)

1950年颁布第一部《婚姻法》,^[33]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民法起草,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,

[31] 梅仲协先生指出:“现行民法,采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法日苏联之成规,亦尝撷取一二,集现代各国民法之精英,而弃其糟粕,诚巨制也。”梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社2004年版,初版序。

[32] 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》,以致《中华民国民法》在中国大陆被废除,而在中国台湾地区继续生效。

[33] 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)。

以致民法起草工作中断。这一民法草案,是以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;仅规定诉讼时效而不规定取得时效;强调对社会主义公共财产的特殊保护等。这表明中国民法,由此前继受德国民法,转而继受苏联民法。

中华人民共和国成立以后,在法律界开展了对“旧法”观点的批判,随之而来的整风“反右”运动,几乎将民国时期的法律人才一网打尽。1949年前的全部民法教材均遭废弃,法学教育直接采用苏联民法教材,请苏联专家授课。^[34]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《中华人民共和国民法基本问题》。^[35]这一民法教材,是在参考苏联民法理论的基础上编写的,表明中国民法学对苏联民法学的全面继受。

20世纪50年代,中国继受苏联民法和苏联民法学,与当时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,^[36]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。^[37]

值得注意的是,1956年的民法草案,虽然是以《苏俄民法典》为蓝本,但由于该《苏俄民法典》本身是参考《德国民法典》制定的,这就决定了中华人民共和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。^[38]

1962年,中国在经历三年自然灾害和“大跃进”、“共产风”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。于当年开始第二次民法起草,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体例:第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流

[34] 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。参见何勤华、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。

[35] 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》。

[36] 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。参见何勤华、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。

[37] 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。

[38] 因苏联民法也是从德国民法继受而来,由此决定了中国民法始终未脱离大陆法系中的德国法系。现今的中国、中国台湾地区、日本和韩国,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”。参见[日]北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第105页。

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,企图既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,这是受到国际国内政治斗争特别是中苏两党论战影响的结果。

1964年起,在全国范围内开展的“社会主义教育运动”(以下简称“四清运动”),导致第二次民法起草中断。而“四清运动”至1966年升级为“文化大革命”。“文化大革命”期间,各级人民法院、检察院和公安机关被撤销,称为“砸烂公、检、法”,^[39]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下放到农村的“五七干校”接受思想改造,致中国民法立法、司法、教学和理论研究中斷。

(六) 改革开放以来的民事立法(1978年至今)

中国在经历十年“文化大革命”之后实行“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,五届全国人大常委会法制委员会成立民法起草中心小组(通称“民法起草小组”),从全国调集了一批民法学者和实际部门的民法专家,开始了第三次民法起草工作。^[40]1980年8月15日形成《中华人民共和国民法草案(征求意见稿)》(即第一稿)。^[41]1981年4月10日形成《中华人民共和国民法草案(征求意见稿二稿)》。^[42]1981年7月31日形成《中华人民共和国民法草案(第三稿)》。^[43]1982年5月1日完成《中华人民共和国民法草案(第四稿)》。^[44]

《民法草案(第四稿)》的编制体例和内容,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》。但在此时,全国人

[39] 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”。

[40] 1979年五届全国人大法制委员会副主任委员陶希晋给中共中央写了一封信,建议不制定民法典,因为民法是资产阶级的法律。中共中央把这封信批到中国社会科学院,院长胡乔木批给了法学研究所。法学研究所民法经济法研究室慎重研究之后,给中共中央写了《关于制定中国民法典的研究报告》,认为中国改革开放,发展社会主义商品生产和商品交换,不能不依靠民法,建议尽快制定中国民法典。中共中央领导同志在该研究报告上作了批示。于是,1979年11月,五届全国人大常委会法制委员会,从全国调集了一批民法学者和实际部门的民法专家,成立民法起草小组,由杨秀峰任组长、陶希晋任副组长,启动第三次民法典编纂。

[41] 共6编41章501条。

[42] 共6编42章426条。

[43] 共8编45章510条。

[44] 《中华人民共和国民法草案(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。

大常委会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,决定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。1981年6月3日,全国人大常委会决定暂停民法典起草,并解散民法起草小组。^[45]

1981年颁布《经济合同法》。^[46]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,及行政性经济合同仲裁制度的规定,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《涉外经济合同法》。^[47]由于对外经济贸易关系的特殊性质,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),是中国民法继受英美法和国际公约的滥觞。

近现代民法是由一整套概念、原则、制度构成的逻辑严密的体系。适于制定单行法的,只是其中分别规范各类社会关系的特别规则(即“分则”),而规范各类社会关系的共同规则和共同制度(即“总则”),不能采取单行法的形式“各搞各的”。因缺乏这些规范各类社会关系的共同规则和共同制度,分别制定的单行法也难于发挥作用和正确实施。并且,随着改革开放的推进,商品生产和商品交换不断扩大,民事生活越来越活跃,新的问题、新的矛盾、新的纠纷不断涌现,因缺乏规范各类社会关系的共同规则和共同制度,影响法律秩序的建立和维持。因此,客观上要求我国制定一部全面调整各种民事关系的基本法律。六届全国人大常委会决定,在《民法草案(第四稿)》的基础上,先制定一部概括性的民事基本法律。^[48]这就是1986年颁布的《民法通则》。^[49]

《民法通则》的起草是以《民法草案(第四稿)》为基础,但基于改革开放以来强化对私权保护的要求,该法许多内容已经超越苏联和东欧民法。例如,总结中华人民共和国成立以来,特别是“文化大革命”期间侵犯人民私有财产和人身权的教训,在第一

[45] 但在1981年6月3日宣布暂停民法典起草和解散民法起草小组之后,民法起草小组仍然坚持继续工作,于1981年7月31日在第二稿基础上修改形成《中华人民共和国民法草案(第三稿)》,1982年5月1日又在第三稿基础上进一步修改完成《中华人民共和国民法草案(第四稿)》。实际情况是,到1982年5月1日之后,民法起草小组才真正解散。

[46] 《经济合同法》包括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;第五章经济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。

[47] 《涉外经济合同法》包括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。

[48] 《1986年民法通则诞生 中国进入权利时代》,载《检察日报》2009年8月31日。

[49] 《民法通则》包括第一章基本原则、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,共9章156条。

章第5条规定:“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯”;第五章第一节专设第75条第2款规定:“公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收”;在第五章专设第四节规定人民享有“生命健康权”(第98条)、“姓名权”(第99条)、“肖像权”(第100条)、“名誉权”和“人格尊严”(第101条)。并在第六章第三节明文规定侵害财产权的侵权责任(第117条),侵害生命健康权的侵权责任(第119条),侵害姓名权、肖像权、名誉权的侵权责任(第120条)及国家机关或者国家机关工作人员侵犯人民合法权益的民事责任(第121条)。《民法通则》的这些规定,具有极重大深远的历史意义,堪称中国的“人权宣言”。

随着时间的推移,苏联和东欧国家的立法经验和民法理论,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、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,导致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和与国际接轨,1993年《合同法》开始起草,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。^[50] 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、日本民法和中国台湾地区“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)、《欧洲合同法通则》(PECL)和英美契约法。

为了实现有形财产归属和利用关系基本规则的完善与现代化,1998年《物权法》开始起草,经过全国人大常委会先后七次审议,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。^[51] 《物权法》采用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”相结合的折中主义,主要内容参考借鉴德国、法国、日本和我国澳门特区民法以及我国台湾地区的相关规定,也有继受英美财产法的制度,如应收账款质押、特别动产集合抵押等。

为了强化对于人民和企业民事权益的保护,完善侵权责任制度,2009年12月26日第十一届全国人大常委会第十二次会议通过《侵权责任法》,于2010年7月1日起施行。^[52] 《侵权责任法》是以《民法通则》第六章民事责任的第一节一般规定、第三节

[50] 《合同法》包括总则8章、分则15章,共23章428条。

[51] 《物权法》包括总则、所有权、用益物权、担保物权和占有,共5编19章247条。

[52] 《侵权责任法》包括总则3章、分则8章加上附则,共12章92条。

侵权的民事责任、第四节承担民事责任的方式为基础,总结《民法通则》实施以来的裁判实践经验和民法理论研究成果,并广泛参考借鉴发达国家和地区的经验而制定的。其整体模式近似于《欧洲民法典草案》(DCFR)的“一般条款+特别列举”模式,采过错责任原则与无过错责任原则的“二元归责”,主要内容参考、借鉴了德国、法国、日本民法以及中国台湾地区相关规定,部分制度采自英美侵权法,如惩罚性赔偿、医疗损害责任中的知情同意规则等。

20世纪90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,发挥了极其重要的作用,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,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起草,并委托九位民法学者专家成立民法起草工作小组,^[53]负责起草物权法和民法典草案。按照民法起草工作小组第一次会议决定的计划,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,同月法制工作委员会委托学者起草,^[54]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

[53] 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。

[54] 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;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。

典草案进行第一次审议,然后在新闻媒体公布征求修改意见^[55]。

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、审议。2007年3月16日十届全国人大第五次会议通过《物权法》,同年10月1日起施行。2009年12月26日十一届全国人大常委会第十二次会议通过《侵权责任法》,2010年7月1日起施行。2010年10月28日十一届全国人大常委会第十七次会议通过《涉外民事关系法律适用法》,自2011年4月1日起施行。

2014年10月中共中央四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“编纂民法典”。按照立法机关于2016年7月公布的《关于中华人民共和国〈民法总则〉(草案)的说明》,编纂工作拟按照“两步走”的工作思路进行:第一步,编纂民法典总则编(即《中华人民共和国民法总则》);第二步,编纂民法典各分编,拟于2018年上半年整体提请全国人大常委会审议,经全国人大常委会分阶段审议后,争取于2020年3月将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过,从而形成统一的民法典。民法典将由总则编和各分编(目前考虑分为合同编、物权编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等)组成。总则编规定民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则,统领各分编;各分编在总则编的基础上对各项民事制度作具体可操作的规定。总则编和各分编形成一个有机整体。

《中华人民共和国民法总则》已由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会第五次会议于2017年3月15日通过,同日由中华人民共和国主席令第六十六号公布,自2017年10月1日起施行。

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,编纂中国民法典的政治经济条件已经具备。按照人类文明进步和法治发展的经验,相对于其他法典而言,民法典更足以代表一个民族文明发展的高度。这是中国民法学尚未完成的伟大任务!制定一部反映社会主义市场经济本质特征的,科学、进步、完善的中国民法典,为建设一个民主、法治、人权、正义、和谐的中国,奠定牢不可破的法制根基,并向世界表明中华民族攀上了历史的高峰!^[56]

[55] 2002年《民法草案》包括九编: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1209条。此《民法草案》因十届全国人大常委会予以搁置而成废案。

[56] 《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第382页。

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的神判及裁判,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,亦即所谓法源问题。民法,是调整市民的一般生活关系的规范,同时当这些关系发生纷争时,即作为法官裁判的准据。因此,所谓民法的法源,是指作为私法的普通法的实质意义民法的存在形式。^[57]

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,采以民法典为基轴的成文法主义。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、澳门地区属成文法主义。

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。^[58] 中国香港特区自1997年回归后其原有法制不变,仍属不成文法。

需补充说明的是,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,如美国的法律重述和《统一商法典》。

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

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

三、中国民法的法源

(一) 法律

1. 《民法总则》

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。中国民法典编纂尚未最后完成,现行《民法总则》是民法典的总则编。它包括11章:第一章基本规定、第二章自然人、第三章法人、第四章非法人组织、第五章民事权利、第六章民事法律行为、第七章代理、第八章民事责任、第九章诉讼时效、第十章期间计算、第十一章附则,共计206条。

2. 民事单行法

现行民事单行法有:属于民法典债权编内容的《合同法》及《侵权责任法》;属于民法典物权编内容的《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》;分属债权编与物权编内容的《担保法》;^[59]属于知识产权法(无体财产法)的《专利法》、《商标法》、《著作权法》;属于商事法性质的单行法有《公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《海商法》。

须特别注意的是,《民法总则》是民法典的总则编,《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《继承法》、《婚姻家庭法》(《婚姻法》、《收养法》)等单行法将作为民法典的各编(分则),经过适当立法程序组成一部完整的民法典。因此,《民法总则》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《继承法》、《婚姻家庭法》(《婚姻法》、《收养法》),均非特别法,而属于一般法(基本法)。如《民法总则》的规定与《合同法》等的规定不一致,则应适用“新法废改旧法原则”。而所谓民事特别法,是指将置身于中国民法典之外的《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》、《证券法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》等民(商)事单行法。

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》第四章关于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,《道路交通安全法》第7条关于交通事故损害赔偿的规定,均属于民法规范。

(二) 行政法规

按照《立法法》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

[59] 《担保法》有关担保物权的规定与《物权法》不一致的,适用《物权法》。