

# 民法总论

MINFA ZONGLUN

〔第二版〕

◎ 龙卫球 著

中国法制出版社

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



D913.01  
25

77/78

# 民法总论

MINFA ZONGLUN

● 龙卫球 著

〔第二版〕

责任编辑 李仕春

**图书在版编目 (CIP) 数据**

民法总论/龙卫球著. —北京: 中国法制出版社,

2002.12

ISBN 7-80083-777-7

I. 民… II. 龙… III. 民法-法的理论-研究-中国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 16618 号

**民法总论**

MINFA ZONGLUN

著者/龙卫球

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 16

印张/41 字数/632 千

版次/2002 年 12 月第 2 版

2003 年 12 月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-777-7/D·742

传真: 66062741

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

定价: 61.00 元

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66032924

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

# 目 录

<b>第一章 导 言</b> .....	( 1 )
<b>第一节 法律分立中的私法</b> .....	( 1 )
一、法律的定义 .....	( 1 )
二、法律和法院 .....	( 3 )
三、实在法和理想法 .....	( 5 )
四、法律分立中的私法 .....	( 6 )
<b>第二节 我国民法的制度语源</b> .....	( 12 )
一、日本移植说辨析 .....	( 12 )
二、日本创造民法术语的史实 .....	( 13 )
三、“民法”语源探寻的意义 .....	( 13 )
四、民法传统的一元性 .....	( 14 )
<b>第三节 民法概念及调整对象</b> .....	( 15 )
一、民法的实质含义 .....	( 16 )
二、民法的形式含义：民法典 .....	( 16 )
三、民法的调整对象 .....	( 18 )
四、民法和商法 .....	( 22 )
五、民法和经济法 .....	( 25 )
<b>第四节 民法的法律渊源</b> .....	( 27 )
一、民法法源概说 .....	( 28 )
二、萨维尼的法源理论 .....	( 28 )
三、大陆法系民法的法律渊源 .....	( 29 )
四、英美法系民法的法律渊源 .....	( 33 )
五、我国民法的法律渊源 .....	( 34 )
<b>第五节 民法法条</b> .....	( 36 )
一、法条的概念 .....	( 36 )
二、法规范、法律规定与法条 .....	( 37 )
三、民法法条的性质 .....	( 38 )

## 2 民法总论

四、完全性法条的逻辑结构 .....	(40)
五、不完全性法条 .....	(42)
六、复合性法条 .....	(48)
第六节 民法的基本原则 .....	(48)
一、法律原则 (Rechtsprinzipien) 的意义 .....	(48)
二、传统民法的基本原则 .....	(50)
三、现代民法基本原则的修正 .....	(54)
四、我国《民法通则》宣示的基本原则 .....	(60)
五、民法基本原则或原则条款的适用问题 .....	(63)
第七节 民法体系和体例 .....	(64)
一、19世纪概念法学的民法体系观 .....	(65)
二、现代法学的民法体系观 .....	(66)
三、大陆法系的民法体系和体例 .....	(68)
四、普通法系的民法体系和体例 .....	(72)
五、我国民法的体系和体例 .....	(73)
第八节 民法的效力及其范围 .....	(74)
一、民法效力之范围性 .....	(74)
二、民法对时间的效力的原则 .....	(76)
三、民法对空间的效力的原则 .....	(76)
四、民法对人的效力的原则 .....	(77)
五、民法对事项的效力的原则 .....	(77)
第九节 民法的适用 .....	(78)
一、传统理论上法律适用的逻辑模式 .....	(78)
二、取得小前提：确定案件事实，并 通过判断进行涵摄或归属 .....	(80)
三、取得大前提：确定应适用的法规范 及其具体内容 .....	(85)
四、推断法律适用的结论：赋予具体法 效果 .....	(86)
五、法律适用中的法律解释 .....	(87)
六、法律适用中的法律补充 .....	(95)
七、英美国家的法律解释和法律补充 .....	(101)
八、威尔威格的类观点学方法 .....	(102)

<b>第二章 法律关系和权利</b> .....	(104)
<b>第一节 法律关系</b> .....	(104)
一、法律关系的概念及其规范属性 .....	(104)
二、法律关系的本质 .....	(106)
三、法律关系作为私法的基本工具 .....	(110)
四、法律关系的要素 .....	(111)
五、法律关系的分类 .....	(113)
六、民法上“不法”的构成与法律关系 .....	(115)
<b>第二节 权    利</b> .....	(116)
一、“权利”的概念和语源 .....	(117)
二、权利的本质和意义 .....	(118)
三、法益、权限和权能 .....	(120)
四、权利主体、标的、内容 .....	(121)
五、权利的种类 .....	(123)
六、法规竞合和权利竞合 .....	(133)
七、权利的行使和实现 .....	(135)
八、义务 .....	(143)
九、权利概念和人权概念 .....	(144)
十、权利概念和民权概念 .....	(145)
十一、我国“权利”制度的当代发展 .....	(146)
<b>第三节 权利(法律关系)的变动及其原因</b> .....	(147)
一、权利(法律关系)的变动 .....	(148)
二、权利变动的原因:法律事实 .....	(149)
三、法律事实的类型 .....	(153)
<b>第三章 权利主体</b> .....	(164)
<b>第一节 权利主体概说</b> .....	(164)
一、权利主体和人法 .....	(164)
二、权利能力或主体资格的概念 .....	(165)
三、权利能力和行为能力 .....	(166)
四、权利能力与当事人能力 .....	(167)
五、当代权利能力理论的发展 .....	(168)
<b>第二节 权利主体制度的演进</b> .....	(170)
一、古罗马的权利主体制度 .....	(170)

## 4 民法总论

二、1804年《法国民法典》的主体制度	(180)
三、《德国民法典》的主体制度	(183)
四、主体制度合理化思考	(187)
第三节 自然人概述	(191)
一、自然人的概念	(192)
二、自然人概念的规范属性	(194)
三、自然人的生命	(196)
四、自然人的权利能力	(199)
五、胎儿的特殊问题	(202)
六、宣告死亡或宣告失踪：失踪人法律问题	(208)
第四节 自然人的行为能力	(218)
一、行为能力的概念和制度价值	(218)
二、自然人行为能力的设定标准	(220)
三、我国民法上的自然人行为能力制度	(221)
四、自然人行为能力的制度比较	(223)
五、特别行为能力	(231)
六、自然人的责任能力	(233)
第五节 监护制度及其改革	(241)
一、监护的概念和制度意义	(241)
二、我国的监护制度	(242)
三、监护制度的比较	(247)
第六节 自然人的人格权	(263)
一、自然人人格权的概念	(264)
二、自然人人格权制度的两种体例	(265)
三、自然人人格权制度的当代发展	(269)
四、我国《民法通则》自然人人格权制度及其发展	(280)
五、自然人死后人格保护问题	(298)
六、自然人人格权保护的限制	(300)
七、简单总结	(304)
第七节 自然人的其他法律属性	(305)
一、自然人的住所	(305)
二、自然人的身份权	(311)
三、个体工商户、农村承包经营户	(312)



第八节 法人概述	(313)
一、法人的概念	(314)
二、法人和自然人	(315)
三、法人主体地位的实在性	(316)
四、法人的本质	(320)
五、法人制度的作用	(334)
六、法人的分类	(335)
第九节 法人的权利能力	(344)
一、法人权利能力的取得和消灭	(344)
二、法人权利能力的性质限制	(346)
三、法人权利能力的法令限制	(348)
四、法人权利能力的目的事业限制	(349)
第十节 法人机关	(354)
一、法人机关的地位属性	(354)
二、广义法人机关的内部结构	(364)
三、法人的对外代表或对外执行机关	(368)
四、法人的知悉或法人机关的知悉构成问题	(369)
第十一节 法人的行为能力和责任能力	(370)
一、法人的行为能力	(370)
二、法人的责任能力	(376)
第十二节 法人的成立及其管理	(381)
一、法人成立管理的理论基础	(381)
二、法人成立管理的原则和程序	(383)
三、筹备中法人的法律地位	(389)
四、国家对成立后法人的管理	(393)
第十三节 法人的其他属性	(395)
一、法人的住所	(396)
二、法人的分支机构	(396)
三、联营制度	(397)
第十四节 法人人格的否认	(399)
一、法人人格否认的概念和形式	(399)
二、直索责任适用的范围	(401)
三、直索责任的替代方法	(402)

## 6 民法总论

第十五节 法人终止和清算中的法人	(404)
一、法人终止的条件和程序	(405)
二、清算中的法人	(407)
第十六节 无权利能力社团	(408)
一、民法上的规定及存在的问题	(408)
二、学说批评	(409)
三、有关国家立法和实务新发展	(411)
四、无权利能力社团问题的评析	(414)
第十七节 合    伙	(414)
一、合伙的概念	(415)
二、合伙的类型	(415)
三、我国合伙制度	(417)
第四章 法律行为	(421)
第一节 法律行为的概念和理念	(421)
一、法律行为的概念	(421)
二、法律行为和私法自治	(427)
三、法律行为理论的成就	(430)
第二节 法律行为的分类	(433)
一、单方法律行为和多方法律行为	(433)
二、财产法律行为和身份法律行为	(436)
三、有因行为和无因行为	(439)
四、加利行为与非加利行为	(441)
五、要物行为和诺成行为	(441)
六、有偿行为和无偿行为	(441)
七、主法律行为与从法律行为	(441)
八、独立行为与补足行为	(442)
九、生存行为与死因行为	(442)
十、要式行为与不要式行为	(442)
十一、生效的法律行为和不生效的法律行为	(442)
十二、其他分类	(443)
第三节 法律行为的成立	(443)
一、法律行为的成立条件和一般效力	(443)
二、法律行为的三要素	(444)

三、意思表示的概念、构成和方式	(446)
四、意思表示的方式	(451)
五、意思表示的类型	(453)
五、意思表示的完成	(454)
六、意思表示的撤回	(458)
第四节 法律行为的生效	(459)
一、法律行为的效力形态的区分	(459)
二、法律行为的一般生效要件	(460)
三、法律行为主体的生效要件	(460)
四、法律行为内容的生效要件	(466)
五、意思表示的生效要件	(480)
六、法律行为形式的生效要件	(480)
第五节 意思表示瑕疵	(484)
一、意思表示瑕疵的规范类型	(484)
二、意思和表示不一致的意思表示	(485)
三、意思瑕疵的意思表示	(497)
第六节 不符合生效要件的法律行为	(515)
一、不符合生效要件的法律行为的类型	(515)
二、(绝对)无效法律行为	(516)
三、相对无效的法律行为	(520)
四、效力未定的法律行为	(524)
五、对特定人无效的法律行为	(528)
六、部分无效	(529)
七、法律行为无效时的更换	(531)
第七节 附条件和附期限的法律行为	(532)
一、法律行为的计划的可能性	(533)
二、附条件或附期限的法律行为的性质	(533)
三、附条件的法律行为	(533)
四、附期限的法律行为	(536)
第八节 法律行为的交易基础瑕疵学说	(537)
一、交易基础学说的必要性	(538)
二、温德塞的学说	(539)
三、法律行为交易基础的分类构造	(540)

四、客观交易基础理论的发展	(540)
五、主观交易基础理论的发展	(542)
第九节 法律行为(意思表示)的解释	(544)
一、法律行为解释的必要性	(545)
二、法律行为(意思表示)解释与法律解释的区别	(545)
三、我国法上的法律行为解释	(547)
三、德国法上的法律行为解释	(547)
四、法国法上的合同解释	(551)
五、瑞士法的法律行为解释	(552)
第十节 物权行为的理论和应用	(553)
一、物权行为理论的起源和早期发展	(554)
二、《德国民法典》的观念	(555)
三、基尔克对物权行为理论的批评	(557)
四、《德国民法典》的立场	(557)
五、判例和学说的新发展	(559)
六、物权行为无因性和善意取得的制度功能区别	(561)
七、我国关于物权行为的制度和理论	(562)
第十一节 代理	(563)
一、代理制度的源流和制度理由	(563)
二、代理与归属规范	(565)
三、法人机关与代理制度	(567)
四、代理的性质	(567)
五、代理的要件	(571)
六、代理的范围	(575)
七、代理权的取得	(575)
八、无权代理	(583)
九、代理权的滥用限制	(590)
十、再代理问题	(592)
十一、共同代理(复数代理)	(595)
十二、代理权的消灭	(595)
十三、间接代理和行纪	(598)

第五章 民法上的时间	(601)
第一节 时间的民法意义及其规范属性	(601)
一、时间在民法上的意义	(601)
二、民法上时间规范的作用类型和法律属性	(602)
三、时间在民法上的规定形式	(602)
第二节 期日和期间	(603)
一、期日和期间的立法体例	(603)
二、期日	(604)
三、期间	(605)
第三节 时 效	(609)
一、时效的概念和规范特点	(610)
二、时效的类型和历史源流	(610)
三、取得时效	(611)
四、诉讼时效或消灭时效	(612)
第四节 除斥期间	(638)
一、除斥期间的概念、性质和客体	(638)
二、除斥期间的历史源流	(639)
三、除斥期间的类型	(639)
四、除斥期间的期限及其起算	(640)
五、除斥期间完成的法律效力	(640)
六、除斥期间的中断、中止和未完成问题	(641)

# 第一章 导 言

## 第一节 法律分立中的私法

[提要：欲了解民法，必须掌握法律的一般知识。只有通过理解法律是什么以及民法在法律体系中居于什么地位，才能展开对民法的学习。西方法律的发展从罗马法开始采取了公法和私法（民法）分立发展的模式，私法在这种分立中获得了自己的思想基础。要了解私法，首先要明了这种分立知识，体察它的分立动机，明了这种分立所赋予人类法律的意义。私法是维护个人利益的法。]

### 一、法律的定义

对于法律，要达成一个人们普遍接受的定义非常困难，这是因为：一方面，法律本身是社会网络中的一部分，与其他部分的边界线不容易划分清楚；另一方面，人们总是可能站在不同的角度观察法律或者法律现象，也就不可避免出现分歧见解。<sup>①</sup>的确，根据现代哲学和解释学的揭示，定义的可靠性是非常有限的，因为任何人对于变化中的复杂现象的抽象探寻都是有限的。马克斯·雷丁对此悲观地说：“我们中间的那些怀有谦虚之心的人已经放弃了给法律下定义的尝试。”<sup>②</sup>

但是人们还是非常希望提出一个定义，“人们对法的定义就像是寻找圣杯一样，”<sup>③</sup>之所以如此，在于定义是一种概括复杂现象的思

① [美] E.A. 霍贝尔：《初民的法律》，周勇译，中国社会科学出版社 1993 年版，第 19-20 页。

② 马克斯·雷丁：《霍菲尔德重述》，载《哈佛法律评论》，51：1145，1938 年。

③ 霍贝尔：《初民的法律》，第 19 页。

维表现方法，是人们对认识了的一种现象的属性或观念的表述<sup>①</sup>。

目前，我们普遍使用的关于法律的定义主要是法律实证主义者所提出的。19世纪英国法学家奥斯丁是实证分析法学的开创者之一，他通过对法律的实证研究，提出以下定义：法律是主权者（统治者）的强制性命令。<sup>②</sup>

这个定义首先将法律界定为一种“命令”。按照20世纪纯粹分析法学代表人物奥地利法学家凯尔森的解释，所谓命令，是指具备绝对必要形式的意思表示——某个人应在一定方式下行为（即行为规范性）的意思表示。<sup>③</sup>所以，从内容上考察，被人们称为法律的东西，都表现为人们在社会生活中的行为规范，对人们的社会行为规定条件和限定。因此，法律具有行为规范性的特点。需注意的是，法律是关于人的行为的规范，并不是指每一具体法律规范的对象必然是人的行为，而是指法律在效果上对人的行为发生规范作用。因此，具体规范的对象，可以是行为，有时也可能是自然事实。

其次，这个定义将法律的形成归属于有权者。一种“命令”要成为法律，须出自“有权者”。早期实证主义者将有权者称为统治者，并且多以中央集权制国家为模式来界定，统治者当然只是掌握发布“命令”的权力（立法权）的中央机构——独裁制下的国王，或者议会制下的议会等。早期实证法学的这种“中央”意识，导致了法律必然是国家法的认识。根据这种国家法的立场，以国家名义或权威发出的规范，才可以是法律。后世学者开始强调国家分权的观念，他们注意到现代国家更具有分权的特点。在分权制的国家，统治者的概念非常复杂，立法权将非常分散。根据这种见解，法律只要是在宪法的授权下作出的，就可以成立，而不一定必须是由持有国家名义的那些权威机构作出。

一些学者走的更远，提出所谓“民间法”观念，与国家法的观念对抗，认为在国家范围内，具有国家权威所不能达到的民间，在那里可以出现由民间自己的权威形成的强制性规范，也构成法律的一部

<sup>①</sup> 霍贝尔：《初民的法律》，第18页。

<sup>②</sup> J.L.Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Edited by H.L.Hart, New York, 1954, P259.

<sup>③</sup> 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第32页。

分。民间法主要表现为习惯或习俗。<sup>①</sup>

法律是否只能体现为国家权威的制度形式，的确值得探讨。不仅如此，法律是否必定只存在于国家阶段，也是一个非常值得探讨的问题。目前，一些法人类学者在其考察的基础上，甚至提出在原始社会，也是有法律生活的，存在人们所说的像法那样精细深奥、组织完好、具有目的性和权威性的东西。<sup>②</sup>

再次，法律具有强制性。法律之所以为法律，在于它由强制加以遵守的力量来保障实行，即人们被强求遵守法律，显著地区别于道德、习俗等其他类型的社会规范。这种强制力，自奥斯丁提出“法以国家强制力为后盾”以来，传统实证法学将之归结为国家强制力，法律以国家强制力作为维护手段。根据这种认识，唯有在国家强制力的层次上，才有法律可言，因此，法律又具有国家强制力性的特点。不过，那些赞成也存在民间法、地方法或习惯法的学者，则认为法律的强制性，其基础不必是国家强制力，也可以是在一定区域或一定人群中具有最终决定作用的强制力。<sup>③</sup>

## 二、法律和法院

法律规则规定的是一个应然的世界，而不是实然的世界，所以存在法律实践问题。在法学主流的观点中，法律完全被看作是静态的文本规则。法律是有立法权力的机构所发布或认可的规则，它们存在于文字表述形式——制定法或者判决先例中。在这种观点下，法律和法律的实现是完全分离的两个问题。法院是专门的执法机构，它的职能是通过遵循职业化的适用方法来具体适用法律。在承认判例法的国家，虽然最上级法院具有法律制定的权力——确立判例，但是一般的法院仍然处于适用法律的地位。总之，早期对法院的功能限制较多。

后来，随着实践哲学的兴起，法的实践问题变得复杂起来。司法者要在法律发展中成为积极的角色，在今天已经不受非议。学者越来越

<sup>①</sup> 我国有学者也受到这些学说的影响，提出民间法的认识。参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

<sup>②</sup> 参见霍贝尔：《初民的法律》。该书提出了法律人类学的基本观点：法律并不完全以国家为条件，并且是地方性的或者至少可以是地方性的。

<sup>③</sup> 参见霍贝尔在《初民的法律》一书的观点。



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



越承认法院具有主动的权力，可以运用实践理性，通过法律解释包括创法性解释，对规则性法律加以具体适用。法律概念由此从静态的形式发展为具有动态的或过程的因素。

在德国，当代学说已经将法官受法律约束的传统要求，至少在表达形式上转化为：司法具有相当的主动性，并且受广义“法及法律”的约束。这种学说，一方面，正确地注意到实践理性的意义，承认法官实践理性之于法律规则的作用；另一方面，正视绝对理性学说的破产，拒绝狭隘的法律实证主义，认为虽然法律与法经常重叠，但是法并不等于成文法律的总体，它还包含其他来自宪法秩序的意义整体。换言之，在所谓“部门法”的法律之外，还有法。司法的任务，不仅要发现作为实证规定的部门法的法，也要发现实证部门法规定之外的法，前者要借助法律解释，后者则要借助法律续造也称法律发展，它是法官根据宪法秩序的意义整体，提出实证法律之外的对法律可以发挥补充功能的规范的活动。所以，德国前联邦法院院长赫森格(Heusinger)在1968年的离职致辞中称：“作为法官，我们并不想僭取立法权，但是我们也深切地意识到，于此界限内，仍有宽泛的空间提供法官有创意的裁判 共同参与法秩序的形成。”<sup>①</sup>

在美国，大法官霍姆斯在1897年就突出法院的地位，他说：“无需太多的矫饰之词，法院事实上将如何判定的预言，就是我们所说的依法。”<sup>②</sup>美国法学家卡多佐也较早地提出了法院功能的重要性，他提出法律具有四个基本组成要素：规范的因素；常规性；法院；强制。<sup>③</sup>根据英国法学家萨蒙德的认识，这些关于法院因素的强调，是有节制的，还只是强调法院的执行作用，即法律是法官查明并付诸执行或强制执行的规范。<sup>④</sup>20世纪初期开始滥觞的美国现实主义法学和

① [德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五图出版公司1996年版，第280页。

② O. W. Holmes, *The Path of Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 466 (1897).

③ 霍贝尔：《初民的法律》，第24页。

④ 萨蒙德在其《法理学》(P60, 62, 49, 113)写到：“法律是声张正义的国家司法机关所遵循的规则，”“[法律是]国家通过司法权威机构，在追求无论是否达到正义的过程中，运用人身强制的方法所强制实施的规则，”“一切法律，不管它是怎样制定的，都是由法院认定并执行。不为法院认定并执行的规则，就不是法。因此，我们确定法的真实本质是视法院而非立法机关而定，”“英国法就是由英国法院在主持正义时所认定和适用的规范总体。”引自霍贝尔：《初民的法律》，第24页。

当代的美国法律批判运动，对于法律和法院的关系提出了更为激进的主张。他们提出，人们所说的体现于法律文本的那种法律其实是虚幻的，是不实在的，法官的作为才是实在的法律。卢埃林说：“官员们关于争端所作的……即是法律本身。”<sup>①</sup>现实主义法学运动对于我们今天在实践理性的层面来认识法律意义深远，它强调了法律的动态性或过程性，不过，它对于文本性法律的极端否定以及对法官主观功能的过分夸大的见解，却无法深入人心。

### 三、实在法和理想法

根据法律实证主义的认识，法律只需具备行为规范性、强制力性以及国家法的特点，就可以成立。这样的法律，是现实世界的制度实在，因此称为实在法。

但是，自从有法律以来，人们常常对现实的法律有所不满，对法律理想化寄予期望，提出理想法的概念，认为理想法应超越现实局限，具有目的普遍性的特点，即在一定范围内维护着所有的人的利益，而不只是制定者的利益。马克思曾经说“法典就是人民自由的圣经”，“自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人任性的性质，”“法律上所承认的自由在一个国家中是以法律形式存在的。”<sup>②</sup>马克思这里所说的“法”，便是理想的法。将法与自由、正义、公正相提并论，其理想精神是可以理解的。将法律理想化，是法律得以发展进步的一种历史动力。

但是，我们依存生活的法律是实在法，它总是人定的，总是受立法者的有限认识和特有立场的局限。马克思关于“法是统治阶级的意志的产物”的断言，就是对法律现实局限性的表述。立法者及其立法手段往往使法成为立法者意志的产物而不是人民善良意识的产物。在立法中，减少立法者的任意创制，使立法程序、立法手段、立法形式尽可能保证法律规范符合普遍性目的，有助于现实法趋向较为理想。近现代以来，随着人文意识和平等精神的崛起，虽然法律制定仍然存在这样那样的缺陷，但是在原则上它越来越注意坚持目的普遍性原则，以体现所谓平等法的特点。

<sup>①</sup> K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York, 1951, P9.

<sup>②</sup> 《马克思恩格斯全集》，第4卷，人民出版社1958年版，第486页。

古代罗马人观念上就有实在法和理想法之分。罗马人使用了“ius”一词，作为对法的技术性称谓，意指法律是作为必须实施并希望得到遵守的实在规范。但是，罗马人为了从理想上表述“法”，使用了“aequitas”（公正）这个词，这个词生动地体现着法的宣告性原则：法律为每个人的活动确定条件和限度，对于每个人都是平等的。罗马法在其实证法上设立了追求理想法的准则：“法律是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的意志；”<sup>①</sup>“诚实生活，不犯他人，各得其所。”<sup>②</sup>

罗马法至今为后世国家奉为传统，便是因为罗马法曾经树立了追求理想法的旗帜，并且在达致普遍性价值上取得了重要成就。罗马法较多地表现共同习惯法的特点，而不是“立法者任意创制的法”。研究表明：罗马人立法手段较为完善，尤其是后来的裁判官法，能够很好地直接吸收罗马人内部及外国人的社会共同习惯。罗马法学家不仅在理论上而且在立法上参与了法的制定，比较好地渗入了人民意识，这也是罗马法取得进步的一个原因。

#### 四、法律分立中的私法

从民法发生学的观点看，法律在西方历史上并没有依照一种混合不分的体系而发展。在经历了诸法合一的早期时代之后，在私法和公法分立观念的影响下，西方法律开始进入分立发展的历史：法律分立为公法和私法，各自自成制度体系，发挥独立的制度功能。西方法律的这种分立历史，给西方社会带来了深刻的影响，其中私法为个人主义成长提供了制度基础，从而塑造了与东方完全不同的西方社会结构。19世纪晚期开始，由于各种因素的作用，法律分立的观念开始传入东方，包括日本和中国在内的东方国家，纷纷仿效公私法分立体系，建立和发展私法制度。

##### （一）公法和私法分立起源

罗马法学家乌尔比安（Ulpianus，约公元170-228年）是公法和私法分立的观念创始者。他以法律维护的利益为标准，将法律加以划

<sup>①</sup> J, 1, 1, pr.

<sup>②</sup> J, 1, 1, 3. 另请参见 [意] 彼德罗·彭梵得 (Pietro Bonfante, 1864-1932): 《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，引文第2节。

分,涉及个人福利的法为私法,有关罗马国家稳定的法为公法。他在《学说汇纂》中举例说明,“它们有的造福于公共利益,有的造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。”<sup>①</sup>这种划分反映着国家与个人对立的认识,体现以法律维护个人利益空间的用心。罗马法吸收了这种划分观念,并且强化了私法的发展。优士丁尼的《国法大全》中,私法体系非常发达。

## (二) 公法和私法的区分标准

西方法律的公法和私法的划分,作为一种制度现实,虽然大体的界限是明晰的,但是由于其发展本身是复杂的,并不完全是一个标准的产物,因此,要对公法和私法的划分提出一条完全无争议的界限是困难的。迄今为止,学者们通过对这种划分的观察,提出了不同的具体学说。

利益说,也称目的说。前已述及,乌尔比安倡导了这种学说,提出私法为涉及个人福利的法,公法为有关罗马国家稳定的法。后世学者指出这一学说有三个缺陷:其一,利益说所谓“公法为有关国家稳定的法”并不足以涵盖罗马公法的范围。因为,罗马法中,“公”一字,来自“民众的”(populus)一语,既有“国家的”含义,又有“社会的”含义,所以,罗马公法不只涉及国家利益,而是也涉及社会利益。<sup>②</sup>其二,公益(国家利益)或私益(个人利益)用语,本身存在确定的困难,不便具体应用。<sup>③</sup>其三,一些法律可能同时兼顾社会利益和个人利益,运用利益说就无法归类。<sup>④</sup>

应用说。后世一些研究罗马法的学者认为,区分罗马法上的公法和私法,应采取应用标准,即所谓“公法不得为私人简约所变通”。凡法律规定的内容,私人的意思不许自由抛弃或者变通的为公法,反之,为私法。在罗马法的渊源中,大量涉及私人利益调整私人关系的规范也被说成公法,究其原因,就是采取应用说的结果,这种情形出现在社会利益或一般利益与个人利益重合之时,尽管这些规范是为个人关系制定的,但其效力不能由个人任意变通,具有强行性或禁止

① 彭梵得:《罗马法教科书》,第9页。

② 彭梵得:《罗马法教科书》,第9—10页。

③ 郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局1979年第11版,第2页。

④ 郑玉波:《民法总则》,第2页。

性。<sup>①</sup>应用说在技术上非常易用，但是它不能解释法律划分的实质理由。

主体说。此说为德国法学家耶律芮克（G·Jellinek, 1851 - 1911）倡导，以法律关系的主体为区别标准。凡规定国家或其他公共团体之间相互关系以及国家或其他公共团体与私人之间相互关系的法律，为公法；仅规定私人或私团体之间相互关系的法律，为私法。有学者指出这一学说具有缺陷，认为国家或其他公共团体有时也不免立于私人地位进行活动，如与私人订立买卖、租赁合同，私人有时也不免立于特殊地位进行活动，如采取刑法上的正当防卫行为，如此，依主体说便不能作合理划分。<sup>②</sup>

性质说。日本学者的观点，以法律关系的性质为区别标准，具体又有三种观点：

（1）权力关系说。认为规定不平等关系即权力服从关系的法律，为公法；规定平等关系即权利义务关系的法律，为私法。批评者认为此说对国际法无法解释，国际法是公法，但它规定权利对待关系；此说对属于私法的亲权法也无法解释。<sup>③</sup>

（2）统治关系说。规定国家统治权关系的法律，为公法；规定非统治权关系的法律，为私法。批评者认为此说在如何确定统治权问题上不易明晰，因而难以操作。<sup>④</sup>

（3）生活关系说。目前是日本学者通说，为大多数学者主张，如穗积重远、我妻荣。<sup>⑤</sup>此说以法律规范的生活关系的不同发生方式为划分。凡作为国民自身的一分子资格而产生的国民的生活关系，即为私生活关系，如买卖、雇佣、婚姻、继承等关系，规范该关系的法律，为私法；凡作为社会一分子立场发生的社会的生活关系，如任官、纳税、服兵役，以及因犯罪受刑等，为公的生活关系，规范该关系的法律，为公法。批评者学者认为这一主张实际上也难以操作。<sup>⑥</sup>

理念说。此说为我国台湾学者郑玉波所倡。郑氏认为公、私法之

① 彭梵得：《罗马法教科书》，第9—10页。

② 郑玉波：《民法总则》，第2页。

③ 史尚宽：《民法总论》，台湾正大印书馆1980年版，第2页。

④ 郑玉波：《民法总则》，第3页。

⑤ 郑玉波：《民法总则》，第3页。

⑥ 郑玉波：《民法总则》，第3页。

划分,不应只从法的概念上推求,而同时亦应从法的理念上求之,符合亚里士多德所谓“一般的正义”及“分配的正义”的法律,为公法;符合“平均的正义”的法律,为私法。<sup>①</sup>

### (三) 对公、私法分立理论的冲击

1. 法律一元论。奥地利法学家凯尔森(Hans Kelsen)认为,对法律做公法和私法的划分是没有必要的,法律应该一元化。他提出,国家与国民的关系,从本质上看,也是权利义务关系,而非权力服从关系。从某种程度上说,凯尔森着眼于法的统一性,并且从首崇个人(国民)本位的角度来看待国家与国民的关系,具有合理的一面。但从法律现实角度看,一元论的法律在目前为止,是不存在的。

2. 法律三元论。当代一些学者以20世纪以来所谓“法的社会化”为据,指出20世纪以来,介于公法、私法之间,另有第三法域即社会法或公私综合法存在。此谓三元论。目前,德国学理中持三元论者尤甚。

三元论者注意到了当代法律的一些实际发展,即西方国家通过立法干预经济日益增多,公法和私法的交错,形式上产生了作为中间领域的新型法域,如反垄断法、反不正当竞争法、社会保险法、环境保护法、劳工法等。社会法的出现,说明基于社会化观念,法律在一定范围突破了传统的二元划分,正朝更精细的调整目标迈进。

但是这种突破,并未动摇公、私法划分的基础。德国、法国等仍然牢固地维护《民法典》的事实就说明了这一点。私法区分的动机发端于对私人利益及其独立性的重视和肯定,并由此承认个人与国家对立的存在。只要国家还存在,只要还要维护个人利益,西方法律就无法回避个人与国家的对立关系问题。

公、私法划分的观念和实践使得法律从体系上始终关心个体的人及其利益的存在,反对借国法或公益的名义抹杀个人的需要。用罗马法的话来说,是“给每个人以稳定和永恒权利的意志”。公、私法之划分,也有助于较为准确地认识对涉及个人利益的关系与涉及公共利益或社会利益的关系在法律上作不同调整的必要性,并在规范技术上得以为此目标而展开既有差别但又合理的调整,从而使法在全部体系上既考虑到了每个人的理由,又考虑了每个人与联合体(国家、社

<sup>①</sup> 郑玉波:《民法总则》,第3页。

会)的关系。

#### (四) 公私法分立观念在中国

中国古代法律在国家法的层面上,以诸法合体为特点,民事规范多杂于刑法、行政法之中,并没有发展出罗马私法那样具有分立性的制度,也缺乏罗马私法追求目的普遍性的法律精神。当然,中国古代法律中也存在有关财产、交易、婚姻、继承诸方面的规范,但不是以个人本位为原则,而是淹没在公本位或者君王伦理法的原则下,因此不具有私法分立传统,而只是偶尔具有私法因素而已。因此,清末以前的中国,公的观念过于强大,法律往往以刑的手段来解决在西方为私的问题,私法观念却得不到彰显,普遍的个人的利益要求在法律上不能以私的宗旨被反映。

清末变法开始,我国为了寻求制度进步,开始学习西方的法律制度,放弃诸法合体模式,引入公私法分立体制,建立新的法律体系。这种变化,不只是一种法律形式的变化,而更是法律思想的变化——承认私法,并在此基础上塑造公法。

新中国成立以后,基于社会主义公有制和高度集中的计划经济体制,废除了私法。这一时期的法律基本上融于公的观念之下,私的观念成为禁区。1979年改革开放以来,我国法律开始逐渐接受私法概念,表现为对私人私益逐渐以私的保护方式加以肯定。1986年《中华人民共和国民法通则》的出台,以私法基本法的形式,对私法观念在我国较为迅速地确立具有促进作用。

#### (五) 部门法和专题法

1. 部门法分类现象。近代以来,由于科学分类思想的影响,西方法律在传统公法和私法的分立基础上,开始吸取分类技术,具体地说,依据法律调整的具体社会关系的不同和相应调整方法的差别,将法律具体划分为一个个部门,包括宪法、刑法、民法、行政法等。

部门法的分类,虽然仍然建立在公法和私法分立的基础上,但它是对近代以来庞大法律体系做更为精密划分的产物,有助于法律对不同的具体的社会关系进行更合理的区别调整。部门法分类在一般的教科书中介绍较多,本书从略。

2. 专题法分类。当代,还出现了专题式的法律分类。立法围绕具体专题进行,从而形成一个个与特定专题联系在一起的融合数种部门法规范的专题法。例如,土地法、房屋法、森林法、环境保护法等



等。

3. 我国曾经关于法律分类的误区。我国在过去一个时期，在法律体系的分类上，尚有所有制、行业标准的分类法，例如出现了国有企业法、集体企业法和私营企业法这样的分类。这种分类不是以调整技术为基础，而是以意识形态或者简单的行业条条为基础，往往在制度上制造出不应有的主体差别，成为特权产生的条件。例如，国有企业和三资企业就在法律上享有很多特权或者优待，体现与其他主体的法律地位的不对等，严重破坏了法律平等原则和合理分类调整原则。目前，我国对法律分类有了相当程度的改进，但仍然还有不少问题急需解决。

#### (六) 个别法和共同法

这是罗马法学理上的一种法律分类学说。供普遍适用的规范，称“共同法”（*ius commune*）；对某个一般规范加以变通在狭窄范围内加以适用的规范，称“个别法”（*ius singulare*）。所以，个别法是由于特殊原因而表现为一般规范的例外的规范。现代人使用“常规法”或“一般法”表述共同法，使用“特殊法”、“非常法”表述个别法。<sup>①</sup>

个别法和共同法的区分，是为了在一般情形下和特殊情形下都尽可能按照法律公正的目的设置规范，即一般情况下尊重一般规律，特殊情况下照顾特殊条件。最突出的个别法是那些在特殊情形下适当软化一般规范严格适用的照顾性条款（*benetilia legis*）。例如，继承法上，继承人可以不对被继承人的超过遗产总额以外的债务负责，以软化“概括继承”的原则；又如，破产法为软化“无限制偿债”的一般原则，对破产者以能力限度照顾。<sup>②</sup>

个别法仍然遵循法律的目的普遍性或平等性原则，反对把特权或不合理揉入法律体系。所谓特权，指不平等权利，即没有相应目的作为合理根据因而完全与“公平”不相符的例外规定所产生的特殊人的权利。特权是对一个人或一个阶层不合理的照顾或豁免，从本质上违背法律的宗旨，是法律平等原则的敌人。

自然法学派和历史法学派都明确反对特权。在自然法学派看来，实定法应与自然法观念即正确理性相符，它具有普遍正义的价值；在

① 参见彭梵得：《罗马法教科书》，第10—12页。

② 参见彭梵得：《罗马法教科书》，第10—12页。

历史法学派看来，法只有产生于人民意识或民族共同习惯才可以成为法。在著名的法学家的著作中，常有“恶法非法”之说，便是这样一种法律观念的表现。

法律减少特权色彩的前提，是立法合理。社会协议性的立法比部分人或集团控制的立法更有利于达成法律普通化的目标。当前，我国私法领域的一些单行法，尤其在由某具体部门起草制订时，吸收的社会讨论不够，有的甚至明显带有部门利益化、地方利益化倾向，这种现象无疑不利于法律普遍性目的，值得注意。

## 第二节 我国民法的制度语源

[提要：民法是一个制度术语，探寻它的制度语源，可以确定它的传统，端正发展的起点。从制度语源看，中国近代以来的民法，是以罗马私法为源头的欧陆民法的移植产物。]

### 一、日本移植说辨析

“民法”一词，作为汉语，其词根固然是中国汉字中就有的，但是，它在我国作为法律术语使用，对法的一个特有部分加以称谓，我国学界多认为是清末法学家从日本移植而来。

20世纪初，中国清末政府为挽救濒临灭亡的政权，拟行法制变革。沈家本等负责修订法律，曾聘请日本学者松岗正义、志田钾太郎起草民法，遂从日本引入“民法”一语，但立法时，中国人结合“律”的传统，自创“民律”用语，并于1911年8月制订《大清民律草案》，但未及颁行，清廷覆亡。民国成立后，1926年以民法称谓制订一部草案，也因北洋政府内部矛盾而未公布颁行，但司法中已作为法规加以引用。1929年，南京国民政府制订公布《中华民国民法·总则》，同年10月10日施行，中国近代立法始用“民法”词语。1929年至1930年，中华民国南京政府制订并分编颁行了《中华民国民法典》，这部法典采民商合一体例，共1225条，参照大陆法系法典订立，分总则、债编、物权编、亲属编、继承编。这部法典为中国有史以来第一部民法典。

部分学者反对日本移植说，认为中国清末使用的“民法”用语是

自己所创意的。其根据为在清末立法时，民政部奏请中有语：“东西各国法律，有公法私法之分，……中国律例，民刑不分，而民法之称，见于尚书孔传。”<sup>①</sup>不过，这一观点以清末立法时民政部奏请之陈词，并不能认为中国“民法”语源为自产。人们可以根据当时日本法学家协助立法以及日本法学家使用“民法”术语在先的事实，来推断日本移植的结论。上述民政部之引经据典，揣其意无非是为更好地说服清廷采纳民法立法而已。

中国古代法无私法意义的民法，这是不争的事实，中国古代汉字“民法”，同样也不具备表述私法的内涵。承认“民法”语源为舶来品，并不是耻辱的事，相反是严肃的制度文化精神的表现。相互学习是人类文明的历史特点，善于学习本身是一种智慧，相反，固步自封才是一种愚昧。

## 二、日本创造民法术语的史实

“民法”一语，在日本如何被创造，学界曾略有分歧，但目前日本学界形成统一见解，公认由津田真道始创。津田真道在庆应四年（1863年），将荷兰语“burgerlyk regt”（市民法）一词采用汉语翻译而成“民法”。<sup>②</sup>但直到1890年《日本帝国民法》制订，“民法”一词才在立法上成为正式用语。

## 三、“民法”语源探寻的意义

“民法”语词是一种制度语词，所以我们移植或借鉴时，就不能仅仅做语词的表面移植或借鉴，而必须做制度的移植或借鉴。故澄清我国“民法”语源之实际出处，存有制度上正本溯源的意义：我们的民法应是什么样的法律，必须以尊重它的制度传统为基础来回答。

<sup>①</sup> 谢振民：《中华民国立法史》，台湾版，第899页。《光绪朝东华录》记载：三十三年五月辛丑，民政部奏文：“民法之称，见于尚书孔传。”另查《尚书·孔传》确有文：“笱单，臣名，主土地之官，作《明居民法》一篇，亡。”

<sup>②</sup> （日）穗积陈重：《法窗夜话》，河出书房，第107—108页：“‘民法’一语，自箕作麟祥博士以其翻译法语‘droit civil’以来，开始被普遍使用，所以我们原以为这是箕作博士始创的译语。但是当就此问题请教箕作博士时，博士解释说，这是采用了津田先生《泰西国法论》所载录的单词，不是自己的新发明。于是又去请教津田先生，先生回答说，这个单词是他作为荷兰语‘Burgerlyk Regt’的译语而新创的。”引自叶孝信：《中国民法史》，上海人民出版社1993年版，第2页附注。

民法的制度传统是什么，我们仅仅从日本的“民法”用语还不能回答，甚至从日本所引自的荷兰语 *burgerlyk regt* 也不能回答。因为荷兰语 *burgerlyk regt* 一词，与其他国家如德国 *burgerliches recht*、俄国 *гражданское право*、法国 *droit civil* 等法律术语相同，都要最终追溯到罗马法的有关制度用语。

上述西方国家术语，字义上均可直译为市民法，源于罗马法或罗马市民法 (*jus civile*) 词根，但作为一个法属称谓，其真实的根源是罗马市民法中的私法 (*jus civile*)。罗马市民法 (*jus civile*)，实为罗马民族适用的法律总称，罗马法后期，市民法吸收万民法 (*jus gentium*)，发展为一个庞大的法律体系，并在《国法大全》中区分出公法 (*jus publicum*) 和私法 (*jus privatorum*) 两大部分。罗马法中私法部分体系完备，尤为发达，至中世纪注释法学派研究罗马法时，往往以市民法 (*jus civile*) 一词指称罗马私法 (*jus privatorum*)，而 *jus privatorum* 一词反而不用。后世西方国家直接承袭注释法学传统，袭用市民法 (*jus civile*) 一词表述私法，故市民法就是私法。<sup>①</sup>

所以，中国民法一语，其制度语源，通过日本追溯到西方，最后到罗马私法。中国近现代民法是从西方民法和罗马私法那里继承了民法。认识这一点，对于我们建设和发展中国民法，可以起到指明参照物的作用：这个参照物就是罗马私法和西方民法。中国民法与西方民法一脉相连，罗马私法的精神就是它的精神。私法的制度渊源，从罗马法开始起源，贯穿了整个西方法律历史，丰富深厚，是繁纷复杂的私法学说和社会实践的积淀物。

#### 四、民法传统的一元性

法学家们一般认为，西方各国法律以罗马法为共同基础，并且分享了欧洲近代的共同文明，其内容基本趋同。“西方法律传统基本上是一元的，几乎完全相同的法律历史因素浸透入每个民族国家的法律产物之中：罗马法、日尔曼习惯法、教会法和采邑法等等。”<sup>②</sup>

表面上看，大陆法系国家的民法主要采取了法典形式，而英美国

<sup>①</sup> 参见 [美] 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 1 章和第 10 章。

<sup>②</sup> 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，第 1 页。

家代表的普通法系采取判例法形式，但是它们在内容上仍然具有一致性。“民法法系与普通法系的对峙状态为世所公认，但它们却共存于一个一元化的文化传统之中，这意味着某种有影响力的力量在决定着某个民族法律的形成，不过这种力量并不来自于某个民族根深蒂固的社会、经济、文化基础。”<sup>①</sup>西方法律的这种传统的同一，与罗马法文化的传播有密切关系，其形成条件非常特殊、历史非常复杂，许多优秀的著作已经作了研究，这里不拟多论。

到了近代以后，由于西方法律的强势地位，还导致了世界性的法律一体化趋势。这种趋势，开始是由殖民文化发动的，后来又借助亚洲、非洲、拉丁美洲和大洋州国家或地区对西方法律的自觉移植取得进一步发展。

世界法律一体化趋势，导致了各国民法甚至全部法律在概念、分类、调整对象、调整方法等各个方面的趋同。可以说，到今天为止，几乎所有的国家都使用了与罗马法传统一致的法律概念体系。<sup>②</sup>这种情形说明，罗马法开创的私法传统成为世界文明的一种优势制度文化。目前，一些持文化多元论的学者开始对法律一体化现象提出批评。<sup>③</sup>

### 第三节 民法概念及调整对象

[提要：民法作为法律的一个分立体系或部门，其范围，可以从抽象的概念以及具体的调整对象两个角度来把握。民法概念有实质和

① 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，第2页。关于英国法的发展历史以及对罗马法传统的吸收和相互影响，还可参见以下著作：A. Babington, *The Rule of Law in Britain from the Roman Occupation to the Present Day*, Barry Rose Publishers, London, 1978; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, London, 1913 - 1966; F. Pollock & F. W. Maitland, *History of English Law*, Cambridge, 1898; K. Smith & D. J. Keenan, *The English Law*, 5th ed., Pitman, 1976.

② 民法法系与英美法系的世界分布具体资料，请参见 [美] 格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米健、贺卫方、高鸿钧译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 1 章。

③ 受到哲学、政治学、社会学、历史学和人类学反西方中心主义的思想的启发，一些学者在法学领域开始重审法律一体化问题，激烈抨击西方主义对法律文化所造成的损失，主张重新考虑法律发展的多元化，一方面要求在对历史的法律的研究中，尽力挖掘地方性或多元性法律资源，另一方面在法律发展中，消解法律西方中心主义，重新启动地方资源，将法律发展从西方压力造成的萎缩状态中释放出来。

形式两种含义，其中形式定义是近代欧洲法典运动时期的产物，随着极端理性主义的破产而破产。民法调整对象是民法直接规定的社会关系，对它的确定直接涉及民法的范围。]

### 一、民法的实质含义

西方传统理解民法或私法的实质含义，是在个人与国家对立的基础上进行的。罗马法认为，私法是涉及个人福利的法，它直接以个人福利为最高原则，从调整私人之间的关系入手，为个人利益确定条件和界限。西方各国都从这一意义继承和发展了私法，所以，当在实质意义上使用民法或者私法术语时，民法学理均以直接涉及个人福利作为其实质含义：一切涉及私人利益的法都是民法。

我国1986年《民法通则》第一条规定民法通则的宗旨是：“为了保障公民、法人的合法的民事权益”。这一条款揭示了我国民法的实质在于直接保障公民和法人的民事权益，而不是国家的公共利益。因此，其实质含义与西方民法是一致的。不过，这种表述有语词模糊之处，未明确提私人利益和私人关系的字眼，与传统民法学说上明确宣示私人利益的做法不同，不利于人们直接把握民法的特性，即民法是“涉及私人利益的法”。这种措词是特定历史条件下的产物，当时，私的观念和个人本位尚得不到正常认同，因此学者们使用了这种委婉的表述方法。

### 二、民法的形式含义：民法典

在西方学理上，除在实质含义或广义含义上使用民法概念外，学理有时又在形式意义上或狭义上使用“民法”一词。形式意义的民法，指命名为民法典的特定制定法。民法典是按照一定的科学体例，系统地涉及民事关系的各项规范和基本制度有机编纂在一起的立法文件。

私法的系统化、法典化是大陆法系的一个近代现象。1756年巴伐利亚的私法典是最早编纂的一部民法典。1804年《法国民法典》问世，这部民法典以古罗马《法学阶梯》体系为模式，采取人、物和取得所有权的各种方法的三编制，共126章2281条，它享有统一、系统、详细和清晰的声誉，被称为第一部资产阶级法典。1900年《德国民法典》施行，这部法典以德国学者研究而成的“学说汇纂”

体系 (Pandectarum) 为模式, 分总则、债法、物权法、亲属法、继承法五编, 共 35 章 2385 条, 以抽象、严谨、准确为特点。《法国民法典》和《德国民法典》奠定了继承罗马法的大陆法系的两大支系——法国法系和德国法系的基础, 对后世其他国家的民事立法有巨大影响。

民法典是西欧大陆国家尊崇理性主义和国家主义的立法结晶。法学家艾伦·沃森认为, “欧洲启蒙运动确立的信念, 使人相信法律可以建立在理性的基础上, 这种理性的动机导致了法律变革, 导致了理性与民法传统结盟, 促成了官方编纂法典。”<sup>①</sup> 在极端理性主义和国家主义观念下, 民法典一经产生, 便为许多学者一度推为民法的唯一渊源, 将民法典与民法等同理解。

民法典作为唯一民法渊源的初衷, 不久即因极端理性主义哲学破产而幻灭。法律制定技术的缺陷, 使得民法典不可能达成可以十全十美的制定法体系。新的社会问题也对静止的民法典提出挑战。民法的理解因而又从民法典的视野中突破出来, 许多其他非民法典的私法渊源得以承认。民法典故被后世称为形式民法。

我国在 1949 年之前, 曾经有过民法典意义的形式民法。1929 年中华民国民法典是我国第一部正式颁行的民法典。1949 年新中国成立后, 我国在大陆地区彻底废止包括民法典在内的国民党政府的“六法全书”。这部民法典在中国大陆不再适用, 但继续在台湾地区适用至今, 并历经修正。新中国曾着手制订了一系列民事法规, 并在 1954 年和 1962 年先后两次开始民法典的起草工作, 但由于计划经济以及政治运动的影响, 民法典的制订计划未获成功。1979 年开始改革开放, 我国大陆地区民事立法趋于活跃, 同年着手进行第三次民法典起草。但其时经济法与民法之争方兴未艾, 民法理论研究尚薄弱, 加之主持立法的负责人认为中国民法法典化尚不具备成熟的时机, 提出对急需而又比较成熟的部分采取单行立法的思路, 故又搁浅起草。但一系列单行民事、商事、经济单行法不断出台。同时, 为协调民法体系、统一民法的基本结构, 立法机关主持制订了《民法通则》, 就民法的基本体系、制度框架、基础概念、基本原则作成民事基本法, 并于 1987 年 1 月 1 日正式施行。

总体上说, 我国大陆地区目前尚无民法典意义的形式民法, 只有

① 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》, 第 135 页。

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





一系列零星状态的民事法律和法规，以及一部基本法性质的《民法通则》。我国现有民法规范，可概括如下：（1）民事基本法。即《民法通则》，统一规定了民事原则和一些基本的民事制度，故为民事基本法，共9章156条，绝大部分条文是以原则性规定的形式制定的，而不是以详尽的形式规定的。《民法通则》已为我国民法典的制定奠定了相当好的基础，也是统一现行民事规范的基础。（2）民事单行法。指就某一基本民事制度加以规定的法律。我国当前单行法较多，以应急需，比如《婚姻法》、《继承法》、《合同法》等。这些单行法本应是传统民法典中的一部分。（3）散见于其他立法中的民事规范。

### 三、民法的调整对象

#### （一）传统民法理论关于民法调整对象的见解

社会生活关系中具体受民法调整的事项，称民法的调整对象。传统民法理论对民法的调整对象，提出了一些学说。前已述及，在对公法和私法进行划分时，存在不同的学说，其中利益说着眼于法律目的，应用说立足于规范应用性，理念说依据法律理念来确定私法的范畴，并不涉及调整对象。但是主体说和性质说都是从调整对象的角度揭示民法的范围。

主体说通过参与主体界定民法的调整对象。根据主体说，凡规定私人或私团体之间相互关系的法律为私法。由此推论，民法的调整对象是私人或私团体之间相互关系。主体说是德国学者通说。性质说则通过性质考察来界定民法的调整对象，具体又分权力关系说、统治关系说和生活关系说。权力关系说认为规定平等关系即权利义务关系的法律为私法，换言之，民法的调整对象为平等关系。统治关系说认为规定非统治权关系的法律为私法，因此，民法的调整对象是非统治关系。生活关系说认为私法是规范私生活关系的法律，所以，民法的调整对象是私生活关系。所谓私生活关系，根据这一学说的解释，是作为国民自身的一份子资格而产生的国民的生活关系，如买卖、雇佣、婚姻、继承等关系，与作为社会一份子立场发生的社会的生活关系加以区别，后者为公的生活关系，如任官、纳税、服兵役以及因犯罪受刑等，属于公法的调整对象。生活关系说目前是日本学者通说。

无论主体说还是性质说，在理论上都有相当的缺陷。主体说易于操作，但其主体标准过于绝对，因为私人不免立于特殊地位进行活