

法治知识·思维·素养丛书

# 民法六讲

杨立新 著



中国人民大学出版社

# 版权信息

COPYRIGHT

书名：民法六讲

作者：杨立新

出版社：中国人民大学出版社

出版时间：2017年6月

ISBN：9787300245089

本书由中国人民大学出版社授权得到APP电子版制作与发行

版权所有·侵权必究

## 前言

编纂民法典的工作正在紧张地进行，《中华人民共和国民法总则》已经出台，民法典分则的编纂也在进行中。不久的将来，也就是2020年3月，如果没有意外，中国具有自己特色的民法典就会诞生。这将是我们这一代民法学者的骄傲和自豪。

为公务员编写“法治知识·思维·素养丛书”中的《民法六讲》，其实我有些为难，因为民法的体系太大了，将来的民法典差不多会有2000条。用短短的20万字的篇幅写一部民法的书，光条文都写不完。编辑提示我，如果写一些短的、有趣味的文章，说说民法中的主要问题，便于国家工作人员阅读和掌握，不是更好吗？这倒是个不错的主意，因为在研究民法理论之余，对于社会热点的民法问题，我也写过一些杂文。故选择了一些有关的文章，再加上参与编纂民法典过程中新写的一些文章，就形成了现在的内容。

国家工作人员加强法治素养，对于宪法和行政法的要求会更加强烈，对于民法好像并不那么急需。这样的看法并不正确。民法就是市民法，即市民生活的基本规范。国家工作人员也是人，也是市民社会的市民，因此，不仅自己的行为需要受到民法的规范，自己的权利需要受到民法的保护，而且由于自己执掌国家行政权力，针对的都是平头百姓，都是市民，因而在行使行政权力时，更需要保护好他们的民事权利，不能侵害他们的民事权利。同时，民法也是调整市场经济的

法律，国家工作人员肩负领导经济建设，维护市场经济秩序的重任，当然也必须依照民法的规则进行。这样看来，国家工作人员加强民法素养，倒是特别需要的。目前正在编纂民法典，国家工作人员更应当带头学好民法，掌握好民法，贯彻落实好民法。

用杂文的形式写文章给国家工作人员阅读，有一定难度，不好适应其需要和口味。作为一种试探，试试看。同时本书也可以作为大学生通识读本，以增长民法基本知识。文中如有不当，敬请指正。

在本书编写前期整理书稿中，我的学生王翠玲帮我做了很多工作，在此特别表示感谢。

龙图法律研究院名誉院长、首席研究员  
中国人民大学民商事法律科学研究中心主任  
全国人大常委会法工委立法专家委员会立法专家杨立新

2017年3月18日

第一讲  
民法总则篇

## 坚定不移地走我国民法法典化之路

随着立法机关将《中华人民共和国民法总则（草案）》提交讨论，关于我国民商法律体系的构建问题的讨论越来越多了，人们热情关心和关注民法典的编纂，讨论民法典的具体内容，已经形成了当前的一个热点。经过60多年的艰辛和曲折，终于迎来了民法典起草和讨论的热潮，真是一件特别值得高兴的事情。

其实，我国的民商法律体系的构建和民法典的制定，早在1948年就开始提出来了。那还是中央在西柏坡的时候，法学家陈瑾昆就起草了一部新中国的民法草案。新中国成立之后，在1956年12月、1964年7月和1982年5月，曾经分别提出了三部民法草案，之后在1986年诞生了《民法通则》。可以看到，在1980年代，在国家的经济性质还不明确，经济体制改革正在进行的时候，实行民法法典化确实存在困难，因而将编纂完整的民法典的计划作了改变，改为分别制定民法典的各个部分，那时候将这种做法称为“批发改为零售”，因此，1986年只是制定了《民法通则》，随后又制定了《合同法》等一系列民法单行法，加上已经制定的民法单行法，如《婚姻法》等，构成了我国的民法体系。在21世纪刚刚开始的时候，立法机关在制定了《合同法》之后，又一次掀起编纂民法典的高潮，直至2002年12月立法机关审议《中华人民共和国民法（草案）》，但最终还是没有将此立法进行到底。立法机关对民事立法继续采取“零售”方式，开始制定并完成了

《物权法》。但是随着社会主义市场经济形势的发展，急需一部完善的、完整的、统一的民法典，因而继续实施编纂民法典的计划，重新开启民法法典化之路，实在是立法工作的当务之急。

中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“编纂民法典”，就是适应社会加强依法治国的需要所提出的立法重大决策，因而重启了编纂民法典的民法法典化之路。这表明，立法机关将在最近的一段时间，编纂民法典并完成这一立法的历史性任务。这是建设完善的民商法律体系，坚定不移地走民法法典化之路的英明之举。目前，立法机关对于编纂民法典采取“两步走”方式，第一步先完成《中华人民共和国民法总则》，预计在2017年3月完成；第二步在现有民法单行法（《民法通则》除外）的基础上，全面编纂民法典的分则，预计在2020年3月完成。届时，具有独特风格的中华人民共和国民法典将面世，成为21世纪的民法典的代表作。

我国的民商法体系实行的是“民商合一”体制，就是只制定民法典，而不再制定商法典，将商法的内容单独规定，作为民法的特别法，构成民商法的完整体系；同时，也将知识产权法的内容，纳入民法典体系。因此，可以说，我国的民商法律体系，就是以民法典为基本内容，以民商法作为基本的表现形式，辅之以《公司法》《保险法》《海商法》《证券法》《著作权法》《专利法》《商标法》以及《消费者权益保护法》等一系列单行法。这些单行法在总体上适用民法典总则的原则规定，在具体规则上独立成章，在民法典的原则指导下，加上这些单行法，构成我国完整的民商法律体系。因此，可以说，就是以民法典为基本内容，再加上民法的特别法即商法、知识产权法等单行法，构成我国全部民商法律体系。

民法典本身的内容，从现在的立法规划中已经基本显示出来，包括民法总则，以及物权法、合同法、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法和涉外民事关系的法律适用法。与传统的民法典内容相比较，我国正在编纂的民法典有以下几个特点：

第一，特别强调人格权法的地位和作用，尽管在是否制定人格权法单独一编上存在较大的争论，但是在规定一般人格权和具体人格权，特别重视人关于自身的权利，特别重视人格尊严，特别重视人格权及其保护上，认识是完全一致的。这完全体现了现代人权观念，尊重人的价值。

第二，将侵权责任法单独规定为侵权责任编，这一方面体现了对侵权责任法的重视，给侵权责任法以广阔发展的空间，充分发挥侵权责任法的作用；另一方面也突出了侵权责任法权利保障法的性质和地位。

第三，将《婚姻法》和《收养法》归并在一起，作为婚姻家庭法或者亲属法，完善亲属制度，加强对身份权的保护。

第四，修订《继承法》，将一部反映计划经济社会的穷人的继承法，修订为市场经济的、现代化的继承法，全面加强继承制度，特别是强调遗嘱继承制度，作为继承法编。

第五，只规定合同法而没有规定债法，不规定债法总则，这与大陆法系的立法模式是有区别的。

第六，修改《物权法》，进一步完善我国的物权制度建设，特别是对农村土地权属进行一定程度的改革，以适应我国农村现实生活的需要。

从总体上说，这一部民法典草案是有着突出的特色的，既有大陆法系的传统，又有对英美法系的借鉴；既有对传统经验的吸收，又有新的创造，基本内容和体例是好的。经过精心编纂和完善，在不久的将来一定会制定出一部较好的民法典。

现在，立法机关已经打好了中国民商法律体系的基础，体系和框架已经完成，作为民商法律体系主体工程的民法典也已经初具规模，因此，新中国民商法律体系的完善和完备，指日可待。如果用一句话概括我国民商法立法的发展，那就是：尽管历尽艰辛，但是中国会坚定不移地坚持民法法典化的方向，曙光就在眼前！

## 我国民法典总则应当规定法例规则

在我国近代民事立法中，有一个对照鲜明的现象，即1949年之前的民法典或者草案大多规定法例规则，而1949年之后，不论是历次民法草案还是《民法通则》以及2002年民法草案，都没有规定法例规则。我国制定民法总则，应当规定法例规则。

### 一、法例的概念及民法总则规定法例的作用

在我国民法百年发展史上，《民国民法典》第一章规定了法例。其第1条规定“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理”；第2条规定“民事所适用习惯，以不背于公共秩序或者善良风俗者为限”。向前推展，《民国民律草案》没有规定法例，是从“人”的规定开始的；再之前的《大清民律草案》了法例，主要内容是3条：第1条规定“民事本律所未规定者，依习惯法；无习惯法者，依条理”；第2条规定“行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法”；第3条规定“关于权利效力之善意，以无恶意之反证者为限，推定其为善意”。向后推展，“伪满洲国民法”没有规定法例，但其“通则”的规定中有两个条文属于法例：第1条规定“关于民事，法令无规定之事项，依习惯法；无习惯法者，依条理”；第2条规定“权利之行使及义务之履行，须以诚实且从信义为之”。再向后，即现行《民法通则》没有规定法例，2002年民法草案也没有类似规定。

各国民法典尽管没有明文称为“法例”，但大多数民法典都有关于法律适用规则的内容。在21个国家和地区的民法典中，明确规定法例内容的有11部，即法国、瑞士、韩国、意大利、阿根廷、葡萄牙、日本、奥地利、智利民法典，以及美国纽约州民法典草案、我国澳门特别行政区民法典；规定有相关内容的4部，即蒙古、俄罗斯联邦、越南和美国路易斯安那民法典；完全没有规定的6部，即朝鲜、埃塞俄比亚、巴西、荷兰、德国和加拿大魁北克民法典。合计规定法例内容的有15部，没有规定的为6部，前者占71.4%，后者占28.6%。

梅仲协教授指出：“法例者，民法适用之通例也。现行民法法例章，计五条，不特于全部民法，可以适用，基民法法典以外之各种民事特别法规，亦应受其支配。”

关于“法例”概念的来源，梅仲协认为：“李悝法经，称为具法，魏因汉律，改具律为刑名第一。晋贾充等增损汉魏律，于魏刑名律中，分为法例律。宋齐梁及后魏，因而不改。爰至北齐，并刑名法例为名例，后周复为刑名，隋因北齐，更为名律，唐因于隋，相承不改。”上述具法、刑名、法例、名例、名律等不同称谓，都是指法律适用的一般规则，最早使用法例者为魏律，及于后世五代律令。可见，我国第一部民律和第一部民法设置“法例”章，源于我国法律的传统，实为我国民法之特色，是源于中国、发展于中国的典型中国特色。

民法总则规定民法适用的一般规则，是大多数民法典总则编的编纂通例，其价值是在司法实践中用以指导民法的具体适用。《民法通则》等不规定法例的后果是，在民事司法中，绝大多数民事法官不敢引用习惯或者法理作为补充民事立法不足的法源作出判决，经常出现

法院将没有法律明文规定的民事纠纷案件“推出门”了事的情形。这样的现象不能再继续下去了。

我国《民法通则》和2002年民法草案不规定法例，主要是受《苏俄民法典》的影响，1922年《苏俄民法典》、1961年《苏维埃社会主义共和国联盟及各加盟共和国民法立法纲要》以及1964年《苏俄民法典》，都没有规定法律适用的一般规则。

## 二、民法总则规定法例究竟应当规定哪些内容

与我国民法立法和民法草案对法例的做法不同，在目前所有看到的民法典草案的建议稿中，例如梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》、王利明教授主持起草的《中国民法典学者建议稿》、徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》，以及我主持起草的所谓2.0版的《民法典·总则编》建议稿，都规定了与法例相关的内容，其中梁慧星教授稿是在第一章“基本原则”中规定的，王利明教授稿是在第一章第一节中规定了“民事法律规范的适用”，徐国栋教授稿规定在“预备性规定”的“基本原则”中。在我的建议稿中，直接规定了“法例”一节，主张恢复我国民法典历史的中国特色。

民法总则规定法例，究竟应当规定哪些内容？对国内外的民法典立法例进行综合比较，有以下几点特别值得重视：

第一，在大多数民法典中，都规定了法例或者法律适用规则。事实上，这是民法总则必须规定的内容，用以指导法院在司法实践中具体适用民法以及其他民法特别法，对案件进行裁判。而法例的称谓为我国民法所特有，继受中国古代法律的概念，具有中国特色。我国学

者建议稿虽然不都称之为法例，但都规定了相应的内容，意见是一致的。

第二，在法例的具体规则中最重要的是关于法源的规定，即规定民法的表现形式，特别是要规定数种法源适用的先后顺序，即有法律依法律、无法律依习惯、无习惯依法理。这就是说，民法之渊源为二，一是制定法，二是非制定法，后者包括习惯法和法理。目前在我国民事立法中，最缺少的法例就是这个规则。对此，各部民法典建议稿的意见也是一致的。

第三，法例规定对法官自由裁量的限制，明确法官不得借口法律未作规定、不明确或者不完备而拒绝裁判。更为甚者，《法国民法典》第4条还把拒绝审判规定为犯罪行为，对拒绝审判的法官予以刑事追诉。对此，我国民法典建议稿多数意见一致。

第四，有些民法典规定了其他一些民法适用规则，例如公序良俗原则、法律冲突的法律适用、法律解释规则等。对此，应当根据我国立法习惯，在民法总则中分别规定于法律原则或者法律解释部分之中。

### 三、我国民法总则应当规定法例及规定的主要内容

#### （一）我国民法总则应当在“一般规定”中规定法例规则

“法例，为全部法则的总括规定，为适用于民法全部的法则，应规定于第一编的编首。”民国时期民法学家余棨昌的这一论述十分精当，表明了民法总则编应当规定法例，且应当规定在总则编“编首”的必要性和确定性。

我国《民法通则》没有规定法例，导致在民事司法中，绝大多数法官不敢适用习惯法，更不敢适用法理以补充立法之不足，却敢于以法律无明文规定而拒绝审判。如果我国《民法通则》规定了民法的法源及适用顺序，规定了法官不得拒绝审判的原则，就不会出现目前大量存在的“告状难”问题。同时，关于民法规范在发生冲突时的法律适用规则，在法官中基本上是口口相传，并无法律依据，如果明确规定了法律冲突适用规则，也不会出现较多的法律适用错误。

因此，我国民法总则应当在第一章“一般规定”中规定法例，将民法适用的一般性规则公之于众，既便于法官适用法律，也便于当事人依法行使权利，对抗法院的拒绝审判行为，还便于人民群众监督法院依法裁判。

## （二）我国民法总则在法例部分应当规定的主要内容

### 1. 法源及适用顺序

民法的法源，主要是指民法典以及其他民事特别法。但是，市民社会的民事生活极其广泛，即使制定了再复杂的民法典，也无法囊括所有的民事现象，故必须对民法规范不足部分补充其他法源，以适应市民社会的实际生活需要。因此，民法法源不仅指制定法，也包括习惯法和法理即非制定法。只有这样，才能够使当事人的民事权利得到充分而必要的保护，当事人不至于被置于法院的大门之外。民法典总则编规定法例，首先就要规定法源及适用顺序，即：“人民法院审理民事案件，应当依照本法以及依据本法制定的其他法律中的民事法律规范进行；法律没有规定的，依照习惯；没有习惯的，依照法理。”

民法总则作出这样的规定并不存在大的障碍，因为《物权法》就规定了相邻关系应当适用习惯法填补法律空白的规则，《合同法》规

定了交易习惯可以作为裁判依据。在司法实践中，引用习惯法和法理作为裁判依据者，并不鲜见。最为典型的，就是江苏某法院在裁判人体冷冻胚胎权属争议案时，一审判决和二审判决对人体冷冻胚胎的法律属性，都适用法理予以确定。

## 2. 法院不得拒绝裁判

法官不得拒绝裁判民事案件，是各国民法典规定法例的一般性规则，具有重要意义；自《法国民法典》于1804年规定了这个法律适用原则之后，即受到普遍重视，为多数国家的民法典所采纳。

法官不得拒绝裁判原则的法律基础，在于民法已经确认了民法的法源及适用顺序。既然如此，法官就没有理由拒绝当事人要求法院裁判，而必须作出裁判，否则就是法官或者法院违反职责。

这样的法律适用原则，对于我国司法实践具有更为重要的意义，因为在我国法院拒绝审判的现象比较常见，更需要这样的规则予以规范。由于在我国是法院独立审判，因而不应当称为法官不得拒绝裁判，而应称为法院不得拒绝裁判。故我国民法总则应当规定：“对于民事案件，人民法院不得以法律没有明文规定为由，拒绝受理或者裁判。”

## 3. 法律的适用方法

规定民事法律的适用方法涉及两个问题：一是出现法律冲突时的法律适用方法，二是总则性规定的适用方法。对此，民法典总则编应当分别规定法律适用方法。

首先应当规定，当出现新法与旧法规定不一致、特别法与一般法规定不一致的法律冲突时，必须明确法律适用规则，否则就会出现法律适用的混乱。民法总则应当规定，对于同一法律关系，新法与旧法

的规定不一致的，应当适用新法的规定；同位阶的特别法与一般法不一致的，应当适用特别法的规定。这就是所谓的新法优于旧法、特别法优于一般法的法律适用规则。

其次应当规定，在民法分则以及其他民事法律规范中具体规定阙如时的法律适用方法，即民事法律规范有具体规定的应当适用具体规定，没有具体规定的，应当适用民法总则的一般规定。例如，对于被继承人遗留的人体冷冻胚胎，如果继承法编没有明文规定其为遗产，就应当适用民法总则关于人体变异物属于特殊物的规则，确认其为遗产，其继承人有权予以继承。

#### 4. 法律不溯及既往

法律不溯及既往，一般认为属于民法的时间效力问题，但其更重要的含义是法律适用原则。即使一部法律没有规定时间效力，也不能违反法律不溯及既往的一般性规则。法律的时间效力是具体规定，而法律不溯及既往是法律适用的一般规则，显然后者的价值更高，具有更大的法律适用指导意义。因此，我国民法总则在法例中应当规定这个原则，即：“民事法律的效力不溯及既往，但法律另有规定的除外。由法律规定的溯及力，不得损害宪法保障的权利”。

## 四、民法总则对法例的规定

《中华人民共和国民法总则》已经通过并颁布，部分接受了上述意见。《民法总则》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”虽然没

有采纳法理作为法源等意见，但规定习惯为我国民法法源，就已经是重大进步了。

## 民法总则规定民事责任的正当性基础

《民法总则》第八章规定了“民事责任”，共12个条文，有人赞成，有人反对，意见不一致。

赞成《民法总则》规定民事责任的意见认为，《民法总则》规定的是民法的一般性规则，而民法的基本问题是权利，因而顺着“权利-义务-责任”的逻辑思路，必然要规定民事责任部分，因此是天经地义、必须规定的。

反对规定民事责任的意见认为，《民法通则》规定民事责任一章就是一个败笔，在以后的民事立法中，不得不将民事责任各归其位，合同责任放在《合同法》中，侵权责任单独规定于《侵权责任法》中，物权法的责任放在《物权法》中，等等，因而《民法总则》完全没有必要再规定民事责任一章，这是画蛇添足，多此一举，没有必要。

《民法总则》究竟要不要规定民事责任，是否因为《民法通则》规定民事责任不成功而决定《民法总则》放弃规定民事责任，这是特别值得研究的。其根本问题就在于，《民法总则》规定民事责任是否有其正当性。

我主张并不能因为《民法通则》规定民事责任不成功而放弃在《民法总则》中规定民事责任的一般性规定的做法。

首先，《民法通则》规定民事责任一章，确实存在较大问题，这是客观存在的。在《民法通则》完成立法之初，有很多学者认为《民法通则》单独规定民事责任，是世界范围内民事立法的一大创举，原因是，各国民法的民事责任都分别规定在民法分则的各个部分之中，民法总则没有关于民事责任的一般性规定。我国《民法通则》打破这样的范式，将所有的民事责任规定在一起，形成了统一的民事责任制度，这是前无古人的创造。但是，长时间的理论研究和司法实践证明，这样的做法是不成功的，是脱离民事立法实际的。这是因为民法分则的各个部分，各自都有自己的承担民事责任的规则，各不相同，规定统一的民事责任制度，无法概括全部的民事责任规则。制定《民法通则》时，尚无统一合同法，所以将合同责任与侵权责任规定在了一起。随着我国民事立法的展开，《合同法》规定了合同责任，《侵权责任法》也完成了立法，《物权法》中也有民事责任的规定，因此，《民法通则》关于民事责任的规定，几乎是形同虚设。但是，这并不能成为否定《民法总则》规定民事责任的依据。

其次，正因为民法分则的各个部分都有关于民事责任的规定，所以，《民法总则》应当对所有的民事责任通用的规则作出一般性规定，这完全符合《民法总则》采用“抽取公因式”的方法，规定民法的一般性规则的要求。《民法总则》对民事责任的一般规则作出规定，不仅可以统领民法分则各个部分的民事责任规则，而且各个部分对于民事责任的一般性规则都可以舍弃而不予规定，直接适用《民法总则》关于民事责任的规则。例如不可抗力如果规定在《民法总则》中，那么，在合同法和侵权责任法等部分，不必再规定这一规则，这样就可以精简民法典的条文，符合立法经济的原则。

再次，《民法总则》存在“权利-义务-责任”的逻辑关系，故其规定民事责任的一般性规定，在逻辑关系上是不可或缺的。民法是权利法，是以权利为中心的，体现的是权利本位观念。有权利，就必然有义务，义务为实现权利而设置，是必需的；不履行义务的后果，就必然是责任。如果《民法总则》对民事责任未加规定，在《民法总则》的逻辑体系中，则缺少了重要一环，因而会造成其逻辑体系缺失。

最后，《民法总则》的基本规则体系，仍然是民事法律关系学说规则的体现，那就是沿着“民事主体-民事客体-民事权利义务内容”而设置的。既然规定民事权利和义务，那么义务不履行的后果就一定是责任，因此，按照民事法律关系的逻辑思路观察，《民法总则》不规定民事责任也是不行的。

目前，《民法总则》第五章规定民事责任，基本上是好的，不仅在逻辑关系上体现了民法总则的逻辑体系和规则体系，同时也并不“铺张”，只规定民事责任的一般性规定，而不使其与分则民事责任的规定相冲突、相重复。例如第187条规定的民事责任的非冲突性竞合的规则和民事责任优先于刑事责任和行政责任的优先规则，都是非常有价值也是具有引领性的民事责任规则，特别值得赞赏。

但是《民法总则》关于民事责任的规定也存在较多的缺陷。例如：一是民事责任的形态只规定了连带责任和按份责任的规则，没有规定不真正连带责任的规则，因而使多数人之债的规定不完整；二是规定了11项民事责任方式，缺少具体的针对性；三是规定了不可抗力、正当防卫和紧急避险，但是没有规定自助行为、自甘风险、意外等免除责任的一般性规则；四是在规定责任竞合规则中，只规定违约