

## 序 言

法典化就是体系化，民法体系化的重要标志之一就是民法总则的确立。“总则编的设置，是潘德克顿法学的产物”<sup>①</sup>，也是《德国民法典》的一大特色。民法总则是通过“提取公因式”（von die Klammer zu ziehen）的方式所确立的民法的一般性规则，它是民法典中最基础、最通用、最抽象的部分，可以普遍适用于各个民商事单行法律。总则包含“民法典所赖以立足的抽象原则的阐述”<sup>②</sup>，它是对民法典分则全部内容的抽象和概括。

在我国，自党的十八届四中全会决议提出编纂民法典的任务后，立法机关确定了“两步走”的方针，第一步就是制定民法总则。2017年3月15日，我国立法机关正式通过了《民法总则》，这在中国民事立法史上具有里程碑式的意义。《民法总则》分为十一章，具体包括“基本规定”“自然人”“法人”“非法人组织”“民事权利”“民事法律行为”“代理”“民事责任”“诉讼时效”“期间计算”以及“附则”。该法进一步提升了我国民事立法的科学化和系统化。民法总则是民法典的总纲，纲举目张，整个民商事立法都应当在民法总则的统辖下具体展开。《民法总则》颁行后，民法典各分编以民法总则所确立的立法目的、原则、理念为基础而进行编纂。之后，《民法总则》经过适当修改，整体并入民法典，成为民法典的总则编。民法典最终形成了价值融贯、规则统一、体系完备的法典，《民法总则》的制定和体系安排起到了关键性的作用。

民法典作为高度体系化的成文立法，总则的设立增强了其形式合理性和体系逻辑性。在民法典中，总则的功能主要体现为以下几个方面：一是统领作用。民法总则是适用于民商法各个部分的基本规则，它统领整个民商立法，并提供了民商法各个部分共同适用的基本规则。民法总则既统领民法又统领商法，从而为民商合一的体制奠定了基础。二是基础作用。民法总则作为民法典的奠基部分，它统领整个民商立法，因而构成民法典中最基础、最通用，同时也是最抽象的部分。三是解释规则作用。民法总则是民法规范的生长之源，在民法典其他各编对某个具体问题没有规定的时候，必须通过民法总则中的基本原则、制度加以弥补，从而生长出填补法律漏洞与法律空白的新制度。总则规定的抽象性与普遍适用性为法律的发展留下了空间。四是价值宣示作用。总则的设立对弘扬民法的基本

<sup>①</sup> 谢怀栻. 大陆法国家民法典研究//私法. 第1辑第1卷. 北京: 北京大学出版社, 2001.

<sup>②</sup> Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, Année 1945 - 1946, Paris, Librairie du Recueil Sirey, p. 55.

精神和理念具有重要作用。总则借助于抽象的原则宣示了民法的基本理念，并弘扬了社会主义核心价值观。《民法典》第一编 总则（第1条）开宗明义地宣告，以弘扬社会主义核心价值观为立法目的。《民法典》倡导自由、平等、公正、法治等价值理念，并确认了诚实信用原则、公序良俗原则等基本原则。民法总则要求从事民事活动要秉持诚实、恪守承诺，这有利于强化人们诚实守信、崇法尚德，推进诚信社会建设。除上述民法基本原则的规定外，总则主体制度中关于主体平等的规定、法律行为中关于意思自治的规定等，这些具体的制度也弘扬了民法的平等、自由等精神。总则借助于抽象的原则和具体的制度，共同为民事主体提供了广泛的私法自治空间。如果说民法典是社会主义法律体系的基础性法律，总则编则是“基础中的基础”，具有“压舱石”的作用，全面深入理解、把握好博大精深的民法典，就必须从总则编着手，不能理解好总则编，就无法深入理解民法典。

民法总则是民法中的一般性规则，体现了民法学知识的精髓，是具体民事法律制度展开的基础。研习民法总则的意义主要体现在：一是有助于深刻领悟民法的基本理念、价值、原则。总则的设立对弘扬民法的基本精神和理念具有重要作用，总则就是要借助抽象的原则来宣示民法的基本理念。尤其应当看到，总则可以借助抽象的一般原则而为民事主体提供广泛的私法自治的空间。只有通过对民法总则的研究，才能对民法典各编中具体制度的设计及运用有更深切的掌握和领会，才不至于停留在表面，或者错误地理解、运用这些制度。二是有助于整体把握民法的体系框架。总则的设置使民法典的体系性更强，民法总则是对民法各项制度和规范的高度抽象与概括，是历经无数民法学者分析研究后“提取公因式”的产物，而民法的其他各编则是总则中民事法律关系的具体展开，因此，研究总则能够有效地掌握民法的体系，从宏观上把握民法的全貌。三是有助于培养和训练良好的法律思维方法。总则的体系构成本身有助于培养法律人归纳演绎、抽象思考的能力。<sup>①</sup>同时，它也便于运用演绎式教学方法，从一般到具体，循序渐进地传授民法知识。四是有助于弥补法律漏洞，促进民法的发展。在民法典分编以及单行法没有就相关问题作出规定时，可能需要援引民法总则的一般规定，尤其是在存在法律漏洞时，更需要通过运用民法基本原则等方法填补法律漏洞，这在某种程度上也促进了民法的发展。五是有助于认知民法中最基本的范畴，如人、物、权利义务以及民事法律行为。在成文法的民法传统中，依据民法概念抽象程度的不同，出现了概念之间的分层，如民事法律行为可进一步分为单方民事法律行为、双方民事法律行为和共同民事法律行为，这种概念的分层性是民法体系得以形成的基础和前提。同时，也只有借助民法体系，才能比较准确地把握民法中抽象的范畴。

应当看到，总则的规定大多比较原则和抽象，缺乏具体的适用性和可操作性，尤其是抽象化的规定如果脱离了实际的社会生活，可能会成为游离于社会生活的“空中楼阁”，

<sup>①</sup> 王泽鉴. 民法总则. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 26.

非具有高度的智识与法律素养不能理解。<sup>①</sup> 诚如德国学者梅迪库斯所言，无论先一般后特殊的规范原则多么简单明了，民法典对该原则的复杂贯彻增加了其在适用上的困难。这样一部在结构安排上颇具匠心的法典，难以适用于非专业人士阅读理解。<sup>②</sup> 所以，学习民法总则，必须要结合民法的各项具体制度，认真研习，才能准确地把握民法的真谛。

民法总则的内容博大精深。本书作为教材，其中的缺点、错误在所难免，敬请广大读者批评指正。

王利明

2020年6月

---

① 王泽鉴. 民法总则. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 27.

② 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000: 35.



## 法律法规、司法解释缩略语

1. 《民法典》：《中华人民共和国民法典》，2020年5月28日；
2. 《民法通则》：《中华人民共和国民法通则》，1986年4月12日；
3. 《担保法》：《中华人民共和国担保法》，1995年6月30日；
4. 《合同法》：《中华人民共和国合同法》，1999年3月15日；
5. 《婚姻法》：《中华人民共和国婚姻法》，2001年4月28日；
6. 《合伙企业法》：《中华人民共和国合伙企业法》，2006年8月27日；
7. 《物权法》：《中华人民共和国物权法》，2007年3月16日；
8. 《侵权责任法》：《中华人民共和国侵权责任法》，2009年12月26日；
9. 《民法总则》：《中华人民共和国民法总则》，2017年3月15日；
10. 《民法通则意见》：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）》，1988年1月26日；
11. 《担保法司法解释》：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》，2000年12月8日；
12. 《诉讼时效司法解释》：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》，2008年8月21日；
13. 《合同法司法解释一》：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）》，1999年12月19日；
14. 《合同法司法解释二》：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）》，2009年4月24日；
15. 《引用法律规定》：最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》，2009年10月26日。



# 目 录

<b>第一章 民法概述</b> .....	1
第一节 民法的概念.....	1
第二节 民法的调整对象.....	6
第三节 民法的性质 .....	11
第四节 民法的历史发展 .....	17
第五节 民法典的体系 .....	26
第六节 民法与商法 .....	31
第七节 民法与其他法律部门的关系 .....	35
第八节 民法的渊源 .....	42
第九节 民法的适用 .....	47
<b>第二章 民法的基本原则</b> .....	54
第一节 民法基本原则概述 .....	54
第二节 民事权益受法律保护原则 .....	56
第三节 平等原则 .....	59
第四节 意思自治原则 .....	62
第五节 公平原则 .....	64
第六节 诚实信用原则 .....	68
第七节 符合法律和公序良俗原则 .....	71
第八节 绿色原则 .....	75
<b>第三章 民事法律关系概述</b> .....	80
第一节 民事法律关系的一般原理 .....	80
第二节 民事法律关系的要素 .....	83
第三节 民事法律事实 .....	85
第四节 民事权利的客体 .....	87
<b>第四章 自然人</b> .....	92
第一节 自然人的民事权利能力 .....	92
第二节 自然人的民事行为能力.....	100

第三节	监护	109
第四节	宣告失踪	129
第五节	宣告死亡	134
第六节	个体工商户和农村承包经营户	140
第七节	自然人的身份证明和住所	144
<b>第五章</b>	<b>法人的一般原理</b>	147
第一节	法人的概念和性质	147
第二节	法人的分类	151
第三节	法人的民事权利能力和民事行为能力	154
第四节	法人的设立与登记	159
第五节	法人的法定代表人	167
第六节	法人的终止	170
<b>第六章</b>	<b>营利法人</b>	177
第一节	营利法人的概念和类型	177
第二节	营利法人的组织机构	180
第三节	营利法人的特殊规则	183
<b>第七章</b>	<b>非营利法人</b>	189
第一节	非营利法人的概念和分类	189
第二节	事业单位法人	192
第三节	社会团体法人	194
第四节	捐助法人和宗教活动场所法人	197
<b>第八章</b>	<b>特别法人</b>	204
第一节	特别法人概述	204
第二节	机关法人	206
第三节	农村集体经济组织法人和合作经济组织法人	208
第四节	基层群众性自治组织法人	212
<b>第九章</b>	<b>非法人组织</b>	215
第一节	非法人组织概述	215
第二节	非法人组织的设立	223
第三节	非法人组织的财产责任	225
第四节	非法人组织的解散	226
<b>第十章</b>	<b>民事权利</b>	229
第一节	民事权利概述	229
第二节	民事权利的法定类型	234

第三节	民事权利的分类	250
第四节	民事权利的取得和变动	262
第五节	民事权利的行使	265
第六节	民事权利的保护	269
<b>第十一章</b>	<b>民事法律行为制度概述</b>	<b>272</b>
第一节	民事法律行为的概念和特征	272
第二节	民事法律行为的分类	276
第三节	民事法律行为的形式	280
<b>第十二章</b>	<b>意思表示</b>	<b>284</b>
第一节	意思表示概述	284
第二节	意思表示的生效	288
第三节	意思表示的形式	292
第四节	意思表示的解释	293
<b>第十三章</b>	<b>民事法律行为的效力</b>	<b>299</b>
第一节	民事法律行为生效的概念和特征	299
第二节	民事法律行为的生效要件	302
第三节	效力待定的民事法律行为	305
第四节	无效民事法律行为	308
第五节	可撤销的民事法律行为	316
第六节	附条件和附期限的民事法律行为	329
<b>第十四章</b>	<b>代理制度概述</b>	<b>336</b>
第一节	代理概述	336
第二节	代理与相关概念的区别	339
第三节	代理的分类	342
第四节	代理权	347
第五节	代理权的行使	358
第六节	代理行为及其效果	361
第七节	代理权的消灭	365
<b>第十五章</b>	<b>无权代理和表见代理</b>	<b>369</b>
第一节	无权代理概述	369
第二节	狭义无权代理	371
第三节	表见代理	377
<b>第十六章</b>	<b>民事责任的基本原理</b>	<b>381</b>
第一节	民事责任概述	381

第二节	民事责任的分类·····	384
第三节	民事责任承担方式·····	387
第四节	免责事由·····	394
第五节	侵害英雄烈士等人格利益的民事责任·····	402
第六节	违约责任和侵权责任的竞合·····	406
<b>第十七章</b>	<b>时效制度概述</b> ·····	409
第一节	时效的概念和功能·····	409
第二节	时效的类型·····	412
<b>第十八章</b>	<b>诉讼时效</b> ·····	415
第一节	诉讼时效概述·····	415
第二节	诉讼时效的适用范围·····	418
第三节	诉讼时效期间的分类·····	422
第四节	诉讼时效期间的起算·····	425
第五节	诉讼时效期间的中断、中止和延长·····	430
第六节	诉讼时效期间届满的后果·····	438
第七节	诉讼时效利益的抛弃·····	440
<b>第十九章</b>	<b>期间与期日</b> ·····	445
第一节	期间的概念和分类·····	445
第二节	除斥期间·····	447
第三节	期间的计算·····	450
<b>主要参考书目</b>	·····	453

# 第一章 民法概述

## 【案例】

甲为某市政府，为改善市容市貌，甲决定对本市的城中村进行集中改造，甲将乙所在的城中村划入征收拆迁的范围，并计划在该城中村的位置建设一个大型商场，乙认为市政府的决策存在问题，因为建设商场并不属于公共利益的范畴，因此拒绝签订有关补偿安置协议，并向人民法院提起民事诉讼，请求人民法院撤销甲的征收决定。法院认为，甲、乙之间的纠纷并不属于平等主体之间的民事纠纷，因此裁定驳回乙的起诉。

**简要评析：**在该案中，双方争议的焦点是甲的征收决定的效力问题，依据《民法典》第2条的规定，“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”。而该案的纠纷并不属于发生在平等主体之间的人身、财产纠纷，应当属于行政纠纷，因此，法院不应当将其作为民事案件受理。

## 第一节 民法的概念

### 一、民法的语源

民法作为调整平等主体之间的人身关系与财产关系的法律，在各国法律体系中都占据着重要地位。“民法”一词最早见于《尚书·孔氏传》。<sup>①</sup>不过，《尚书·孔氏传》中提及的民法一词，并非近代意义上的民法。至于古代法律典籍中出现的“民事”一词，也与现代民法中的民事一词有极大的差异。

据许多学者考证，私法意义上的“民法”一词出现于明治时代的日本，中文“民法”一词是由日文转译而来，而日文中“民法”一词究竟是译自法语还是荷兰

<sup>①</sup> 在《尚书·汤诰》篇中有“咎单作明居”一语，“孔氏传”对该句所作的注释是：“咎单，臣名，主土地之官，作《明居民法》一篇，亡。”在清末立法时，民政部奏文中称：“民法之称，见于尚书孔传。”所谓《尚书·孔氏传》，经明清学者考证，系魏晋人伪托西汉经学家孔安国对《尚书》经文的注释。

语，目前仍有争议。<sup>①</sup> 20世纪初叶上海南洋公学译书馆将《日本法规大全》（日本明治三十四年即1901年第三版）译成中文，其第三类法规为“民法”。光绪三十二年（1907年）修订法律馆参照南洋公学译本翻译完成《新日本法规大全》，对系统化的私法法典亦采用“民法”之称谓。<sup>②</sup> 清末变法时，修律大臣沈家本聘请日本学者松冈义正等人起草大清民律草案，借鉴“民法”一词，结合“唐律”“明律”“清律”的传统称呼，自创“民律”一词。此后清末、民初民法典草案皆称“民律”草案。1926年，北洋政府曾起草一部民法草案，1929年南京国民政府颁布了《中华民国民法》总则编，中国近代立法在法律上正式使用了“民法”的称谓。

近代一些大陆法系国家所使用的“民法”一词（法文为 *droit civil*，英文为 *civil law*，德文为 *bürgerliches Recht*，荷兰文则为 *Burgerlyk Regt*）皆由市民法（*ius civile*）转译而来。同时，因格劳秀斯编著国际法时，以万民法称之，故西方学者大都认为，罗马法的万民法为国际法的语源，而市民法则为民法的语源。词源上的“民法”都源于拉丁文的“市民法”<sup>③</sup>。在罗马法中，“市民法”是对罗马市民适用的法律总称，与“万民法（*ius gentium*）”相对应。市民法适用于罗马公民之间的关系，万民法主要适用于罗马公民与外国人之间的关系。但是，在查士丁尼制定《国法大全》时，罗马帝国对其境内的所有居民皆赋予市民权，导致市民法与万民法的融合。自中世纪以来，“市民法（*ius civile*）”一词成为罗马法的总称，西方学者称之为私法。中世纪的时候，市民法又与教会法相对应。法国大革命之后，市民被理解为公民，因而民法被认为是适用于全体公民的法律。

## 二、我国民法的概念

我国《民法典》第2条从民法的调整对象和任务的角度，给民法下了一个定义，即民法是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的法律规范的总和。这一定义科学地揭示了我国民法所调整的社会关系的范围和任务，明确地划定了民法与其他法律部门的界限，解决了长期以来民法定义的争论。归纳起来，《民法典》第2条对民法的界定具有以下意义。

1. 确立了我国民法统一调整社会主义市场经济交易关系的基本法地位。依据《民法典》第2条，我国民法统一调整平等主体之间的财产关系，而平等主体之间的财产关系实质上就是指财产归属关系与交易关系。无论何类民事主体，只要以平等的民事主体的身份从事交易，就应当遵循民法的规范，并受民法的调整。

<sup>①</sup> 穗积陈重指出：“‘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》说载录之单词，不是自己的发明。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。”穗积陈重。《法窗夜话》。东京：河山书房。转引自叶孝信主编。《中国民法史》。上海：上海人民出版社，1993：2。

<sup>②</sup> 张生。《民国初期民法的近代化》。北京：中国政法大学出版社，2002：4。

<sup>③</sup> 迪特尔·梅迪库斯。《德国民法总论》。邵建东译。北京：法律出版社，2000：15。

2. 突出了对人的尊重,体现了以人为本的理念。1986年《民法通则》第2条曾将人身关系置于财产关系之后,但《民法典》第2条则将人身关系调整至财产关系之前,这宣示了民法对公民人身权利的保护,强调人身自由和人格尊严不受侵害,并以此作为民事立法的基础。

3. 界定了民法典的体系。民法典的分则就是由调整人身关系和调整财产关系的具体法律构建起来的,《民法典》第2条关于民法调整对象的规定奠定了民法典分则体系的基础,与民法典分则的体系是保持一致的。具体而言,人身关系主要分为两大类,即人格关系和身份关系。其中,身份关系的调整表现为婚姻家庭编、继承编,而人格关系的调整则应当表现为人格权编;财产关系的调整在分则中独立成编,表现为物权编、合同编。

4. 确立了我国民商合一的立法模式。《民法典》并未根据主体或行为的性质区分普通民事主体和商事主体,并在此基础上规定不同的行为规则。这不仅符合现代民事立法的趋向,也消除了民商分立所产生的法律冲突的弊端。在《民法典》的体系中,商法是作为民法的特别法而存在的,并未与民法相分立而独立存在。

### 三、形式意义上的民法和实质意义上的民法

#### (一) 形式意义上的民法

形式意义上的民法就是指民法典。法典是按照一定体系将各项法律制度系统编纂在一起的法律规范。民法典就是指按照一定的体系结构将各项基本的民事法律规则与制度加以系统编纂而形成的规范性文件。法典化就是体系化,民法典的重要特点首先表现在它是体系化、系统化的产物,满足了形式理性的要求,所以民法典属于民事法律中最高形式的成文法。

民法的法典化最早追溯至古罗马调整私人财产关系的私法。在罗马的法典编纂方面,最有成效、影响最深远的是东罗马帝国皇帝优士丁尼的《国法大全》,即《优士丁尼法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《新律》。自18世纪法典化运动以来,大陆法系各国大都制定了民法典,比较有代表性的法典是1804年的《法国民法典》,该法典以罗马法为蓝本,巧妙地运用法律形式把刚刚形成的资本主义社会的经济规则直接译成法的语言,从而“成为世界各地编纂一切新法典时当做基础来使用的法典”<sup>①</sup>。1900年的《德国民法典》是潘德克顿学派成果的结晶,体现了法典逻辑性和科学性的要求。正是在这个意义上,该法典常常被称为“科学法”。就逻辑体系而言,《德国民法典》构建了完整的近代民法体系。<sup>②</sup>因而,其被认为是代表了19世纪法典化的最高成就。1912年的《瑞士民法典》及其后颁布的1992年

① 马克思恩格斯文集:第10卷.北京:人民出版社,2009:598.

② K. 茨威格特, H. 克茨. 比较法总论. 潘汉典等译. 北京:法律出版社,2003:220.

《荷兰民法典》等也都各具特色，在大陆法系影响很大。可见，自19世纪法典化运动以来，大陆法系各国基本上都制定了民法典，这也是大陆法系国家法律体系的主要标志。因此，“不管在哪里，民法典都往往被当作整个法律制度的核心”<sup>①</sup>。

我国《民法典》是中华人民共和国成立以来第一部以“典”命名的法律，其分为七编，共1260条，10万多字，《民法典》在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律。在汉语中，所谓“典”，通常有“经典”“典范”“典籍”等含义。<sup>②</sup>这也表明，凡是纳入《民法典》的规则，都具有基础性、典范性的特点。我国《民法典》的特点主要在于：

第一，《民法典》是私法的基本法。我国民事法律制度建设一直秉持“民商合一”的传统，在《民法典》之外，还有大量的单行法，包括商事特别法，这些法律在《民法典》的统率下，构成一个完整的体系。可以说，《民法典》是我国民事法律的集大成者。

第二，《民法典》是市场经济的基本法。《民法典》关于民事活动平等、自愿、公平、诚信等基本原则，关于私法自治和保障人格尊严等基本价值的规定，既是市场经济的基本准则，也是市场主体的基本行为准则；同时，《民法典》所确立的有关物权、合同、担保等法律制度，也旨在维护交易安全和秩序，为市场经济的发展奠定了基本的法律框架和制度保障。

第三，《民法典》是社会生活的百科全书。《民法典》与每个人的生活息息相关。一个人从出生到死亡，均受到《民法典》的调整。《民法典》调整民事主体之间的人身关系和财产关系，是社会生活和经济生活中最普通、最常见的社会关系和经济关系，涉及经济社会生活的方方面面，同人民群众的生产生活密不可分，同各行各业的发展息息相关。

第四，《民法典》是行政执法和司法的基本遵循。一方面，现代法治的核心理念是“规范公权，保障私权”。确立了完善的私权保障体系，有利于规范行政执法行为。各级政府要以保证《民法典》有效实施为重要抓手推进法治政府建设，把《民法典》作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺。另一方面，《民法典》是基本的民事裁判规则。《民法典》确立了解决民事纠纷的基本规则，明确了法律适用的基本准则，为法官正确处理民事关系、解决民事纠纷提供了基本准则。

## （二）实质意义上的民法

实质意义上的民法，是指所有调整民事关系的法律规范的总称，包括《民法典》和其他民事法律、法规。除《民法典》之外，我国还有两百多部单行法律，其

<sup>①</sup> 艾伦·沃森. 民法法系的演变及形成. 李静冰译. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 191.

<sup>②</sup> 例如,《说文解字》记载:“典,五帝之书也。”《玉篇·丁部》云:“典,经籍也。”《书·五子之歌》云:“有典有则,贻厥其子孙。”《孔传》云:“典谓经籍。”

中大量的都是民事法律。比较典型的民事法律如《著作权法》《商标法》《专利法》《收养法》等。此外，一些法律虽然形式上是管理性质的法律，但其中也包含了大量的民事法律规范，如《产品质量法》《土地管理法》《城市房地产管理法》等，这些法律也是我国实质意义上民法的组成部分。在我国实行民商合一的立法体制下，一些商事特别法如《公司法》《保险法》《票据法》等，同样是我国民法的重要组成部分。除了法律，我国还颁行了大量的行政法规、司法解释，其中不少都是民事法律规范。它们都是实质意义上民法的组成部分。

实质意义上的民法的特点在于：一方面，它是调整平等主体关系的法律规范，而并不注重外在的形式。尽管形式意义上的民法是最高形式的成文法，但毕竟无法涵盖全部的民事法律关系，还必须存在大量的置于其他法律、法规中的民法规范。另一方面，实质意义上的民法不限于法律、法规，还包括了大量的其他规范性文件和司法解释。所以，实质意义上的民法在法源上意义更为宽泛。正是由于该原因，实质意义上的民法也被称为广义的民法。

需要指出，实质意义上的民法与形式意义上的民法并不是对立的，而是相辅相成的，一方面，由于《民法典》是私法的基本法，因此，形式意义上的民法（即《民法典》）可以连接整个实质意义上的民法，这就是说，在《民法典》统率下，我国的民事立法将构成一个完整的、具有逻辑性的、协调一致的体系。另一方面，仅仅靠形式意义上的民法调整纷繁复杂的民事关系是不够的，还需要借助大量的实质意义上的民法规范调整各种民事关系，但这些规范应当以《民法典》的规范为基础，不得与《民法典》的基本规则和制度相冲突，当然，在这一前提下，如果其他法律对民事关系的调整有特别规定，则原则上应当适用这些特别规定。

#### 四、民法与民法学

所谓民法学，是指以研究民事法律规范及其发展规律的学科。民法既可以从立法层面理解，也可以从学科层面理解，从立法层面来看，民法是调整平等主体之间法律关系的总和，其既包括民法典的规范，也包括民事单行法以及其他立法中的民法规范。而民法学则是研究民法本身的学问。自罗马法以来，民法学就已经构建了具有自身内在逻辑体系的学科，形成了不同的法学流派，而且随着时代的发展，民法学也在不断发展。例如，就民法学的基本价值理念而言，传统民法以私法自治为基本理念，现代民法虽然也秉持私法自治的价值理念，但也日益强调人文关怀的价值，而且在私法自治与人格尊严、人文关怀价值理念发生冲突时，民法学在价值判断上往往倾向于保护后者。

整体而言，民法和民法学的关系，本质上是一个立法与法学之间的关系，两者相辅相成，不可分离。一方面，民法是民法学产生的基础和前提，民法学的发展不可能脱离民法而独立存在。民法学作为研究民法的学问，其首先要以民法规范为研

究对象。除规范研究外，即便是对民法学发展规律的研究，也不能完全脱离民法。另一方面，民法学的发展也可以反作用于民法。民法学通过研究民事法律规范的解释与适用，也可以促进民法规范的完善。尤其是民法学对民法发展规律的研究，也可以促进民法体系、制度、规则的完善。民法也应当以民法学的发展为基础，从民法学中汲取营养，以民法学的发展为先导，借助民法学理论而发展。例如，在我国民法典编纂过程中，学者通过对民法发展规律的研究，主张侵权责任编与人格权编应当在民法典中独立成编，这也符合现代民法日益注重权利救济、日益强化人文关怀的价值理念，我国《民法典》吸收了这一民法学研究成果，这也更加彰显了我国《民法典》的中国特色、实践特色和时代特色。

民法学虽然要以立法为基础，但又不完全等同于立法，其发展也不是完全由立法决定的，而是有自身的内容体系和研究方法，有自身相对独立的发展规律。在一国领域范围内，法制应当具有统一性，因此，作为立法的民法不论是内在价值体系，还是外在形式体系，都应当具有统一性，要尽量避免立法理念和具体制度、规则之间的冲突。而民法学的发展则没有如此严格的统一性要求，就相关理论问题，学理上可以有不同的解释方案，学说理论的多元性本身也是民法学健康发展的基本前提。同时，民法学虽然也要构建自身的理论体系，但其不可能完全照搬立法，因为民法学本身不是对民法规范的简单注释，而是有自身独特的逻辑体系，将民法学简单等同于注释法学，反而会窒息民法学的发展。

应当看到，不同国家因其历史传统、经济文化和社会制度的不同，民法学理论体系也不同。在体系构建上，自清末变法以来，我国民法全面借鉴甚至照搬了大陆法系国家特别是德国的民法，许多民法的制度和术语均来自欧陆国家。改革开放以来，随着社会经济实践的发展和法治建设进程的推进，中国民法学研究获得了长足的发展。一方面，注重使用抽象的技术性概念，追求制度的逻辑性和体系性，初步形成了具有自身特色的总则、物权、合同等理论体系；另一方面，也针对中国现实问题，建构了反映中国国情和服务中国实践的民法学。与此同时，比较法的研究以及对审判实践经验的总结都取得了很大进步。在此背景下，我们应当努力构建自己的民法学理论体系，回应社会的现实需要。中国特色的民法学理论体系应当随着民法典的编纂而不断深化和发展。由于市场经济的发展和改革开放的深化，对民事立法提出了新要求，我国民法学也应该积极回应实践的需要，接受新挑战，解决新问题，不断满足社会主义市场经济建设和运行的法治需求。

## 第二节 民法的调整对象

民法的调整对象就是民法规范所调整的各种社会关系。依据我国《民法典》第2条的规定，我国民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系。由此可见，民法

调整的社会关系的最本质特点在于其平等性，这是民法区别于其他法律部门的根本特点。所谓平等主体，是指主体以平等的身份介入具体的社会关系，而不是在一般意义上判断主体间的平等性。例如，国家和公民虽然在一般意义上不是平等关系，但只要在其相互间发生的具体法律关系中，各个主体都是以平等的身份出现的，即可判断其具有平等性。平等是指在财产关系和人身关系中当事人的地位平等，并不涉及在政治关系中当事人的地位平等问题。

平等性主要表现在：第一，当事人参与法律关系时，其地位是平等的，任何一方都不具有凌驾或优越于另一方的法律地位。正是法律地位的平等，决定了当事人必须平等协商，不得对另一方发出强制性的命令或指示。第二，适用规则的平等。任何民事主体参与民事活动都要平等受到民事法律的拘束，不享有法外的特权，不能凌驾于法律之上，即“法律面前人人平等”。第三，权利保护的平等。在任何一方的权利受到侵害之后，他们都应当平等地受到民法的保护和救济。

### （一）民法调整平等主体之间的人身关系

#### 1. 民法调整平等主体之间的人身关系的类型

所谓人身关系，是指没有直接的财产内容但有人身属性的社会关系。有人认为，“persoenliche Eigenschaft”可以简译为“人身”，而我国民法理论所言之“人身关系”，原本仅指“身份关系”，后来有学者理解为包含所谓“人格关系”<sup>①</sup>。我国民法中的身份关系具有特定的含义，不包括人格关系。民法调整平等主体之间的人身关系，这种平等指的是法律地位的平等，而不是指具体的生活事实中的平等，如父母与未成年子女之间的关系在生活上管教与被管教的关系，但在民法中两者的法律地位是平等的。

所谓人身关系是基于一定的人格和身份产生的，因此，人身关系包括以下两类。

第一，基于自然人、法人和非法人组织的人格产生的人身关系。这些关系在民法上表现为自然人和法人的人格权，包括自然人的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利，以及法人、非法人组织的名称权、名誉权、荣誉权等权利。此外，凡是属于《民法典》第109条所规定的自然人的人身自由、人格尊严范畴的人格权益，都属于因人格而产生的人身关系。

第二，基于自然人、法人和非法人组织的一定身份产生的人身关系。身份关系是人们基于彼此间的身份而形成的相互关系。具体表现为：第一，在亲属关系中的

<sup>①</sup> 徐国栋，“人身关系”流变考：（上），法学，2002（6）。

地位。这类关系在民法上表现为公民的身份权，包括夫妻之间、父母子女之间、有扶养关系的祖父母与孙子女或外祖父母与外孙子女之间依法相互享有的身份权，以及因监护关系产生的监护权等。第二，基于知识产权获得的地位。如自然人、法人和非法人组织通过智力创作活动取得著作权、专利权、商标权而享有的人身权，以及公民享有的在发现权和发明权中的人身权。

## 2. 民法调整的人身关系的特点

第一，主要具有非财产性。按照传统观点，人身关系主要体现为主体的精神利益和道德上的利益，并不具有财产利益的属性，这也是其与财产关系的重要区别。人身关系本身不以财产为客体，也不以财产为内容，人身关系本质上不能用金钱加以度量、评价，此种关系受到侵害时也无法采取等价补偿的方式，而主要采用的是一种精神上的抚慰和对加害人的惩戒，以及对加害行为的排除等方式。<sup>①</sup>但随着经济社会的发展，许多人格权益也包含了经济价值，例如，个人可以通过许可他人利用其姓名权、肖像权等权利而获得经济利益。这一变化也对侵害人身权益的民事责任产生了一定的影响，即行为人在侵害他人人身权益时，受害人既有权请求其承担精神损害赔偿，也有权请求行为人承担财产损害赔偿责任。因此，民法所调整的人身关系主要具有非财产性，但在一些情形下，此种人身关系也具有一定的财产属性。

第二，专属性。人身关系中所体现的利益与人身是很难分离的，财产权利一般可以自由流通，但人身权利具有人身专属性，很难完全进入流通领域。也就是说，人身权作为一种整体性的权利是不能转让的。<sup>②</sup>当然，随着经济社会的发展，部分人身权益的人身专属性也有了一定的松动，即权利人可以许可他人利用其人身权益。一些人格权（如肖像和隐私权等）的权能不再像生命、健康、自由等权利那样，具有强烈的专属性和固有性，而是可以与主体依法发生适当的分离。在有的国家，个人人格标志中的经济价值也具有可流转性，如美国法上的公开权即属于财产权，能够进入流通领域。

第三，人格关系具有固有性。人格关系中的利益大多是民事主体必备的利益，而且这些人格利益是民事主体与生俱来的。例如，生命、健康是民事主体与生俱来、终身享有的，否则，民事主体就很难享有人格独立与自由，甚至难以作为主体而存在。当然，身份关系不一定具有固有性，其以一定的社会关系为基础，在特定的社会关系产生之前，民事主体并不享有相关的身份权。<sup>③</sup>

民法对人身关系的调整贯彻人本主义，其基本理念就是关爱人、尊重人，维护

① 杨立新. 人身权法论. 北京: 人民法院出版社, 2002: 63.

② 张俊浩主编. 民法学原理. 北京: 中国政法大学出版社, 1991: 138.

③ 陈民. 论人格权. 法律评论, 第28卷第8期.

个人的人身自由和人格尊严。因此，我国《民法典》第2条在规定民法的调整对象时，将人身关系置于财产关系之前，这也体现了对人身关系的重视。与古代、中世纪法律注重人身支配关系不同，现代民法更加注重对个人人身利益特别是人格利益的保护。《民法典》以民事权利的确认和保护为中心，构建了完善的民事权利体系，广泛确认了自然人、法人和非法人组织所享有的各项人身权益。当然，不能把某些调整交易关系的民法原则适用于人身关系，也不能把一些有关市场经济活动的法律规范适用于人身关系领域。

### 3. 民法调整的人身关系的意义

依据《民法典》第2条的规定，人身关系是民法的重要调整对象。民法调整人身关系的重要意义在于：

第一，彰显了民法的本质特征。民法本质上是人法，民法的终极价值是对人的关爱，最高目标是服务于人格的尊严和人的发展。孟德斯鸠曾经有一句名言，“在民法慈母般的眼里，每一个个人就是整个国家”<sup>①</sup>。在人民群众的温饱问题解决，实现基本小康之后，对于人的尊严保护就应当提到一个更高的位置。我国民法典应当充分体现对人的关爱，把对人的尊严、自由的保障提到更高的位置。法律关系本质上不过是人与人之间的关系，人是法律关系的主体，脱离了人，财产关系就失去了基本的承载。所以，民法调整人身关系，彰显了民法的本质特征。

第二，体现了21世纪的时代精神。21世纪是互联网、高科技时代，是信息社会，更是一个走向权利的世纪，所以21世纪的时代精神应该是强化对人的尊严和自由的保护。民法以人身关系为重要的调整对象，我国《民法典》通过全面确认个人所享有的各项人身权益，并设置相应的保护规则，有利于强化对个人人身权益的保护，这也体现了21世纪的时代精神。

第三，反映了现代法治的基本要求。保障私权是现代法治的核心内容，市民社会中基本的社会关系包括财产关系和人身关系。财产关系因民法的调整而表现为各类财产权，而人身关系作为与人身相联系并以人身为内容的关系主要包括人格关系和身份关系，在民法上应当表现为人格权和身份权。现代化的核心应当是以人为本，人格尊严、人身价值和人格完整应该置于比财产权更重要的位置，它们是最高的法益。<sup>②</sup> 将调整人身关系作为民法的重要内容，也是现代法治的基本要求。

第四，有利于实现对人的全面保护。民法不仅要保护财产权，而且要保护个人的人身权，这样才能形成对人的全面保护。一方面，民法应当强化对人格利益的保护。民法对人格利益的保护是其他法律手段无法替代的。例如，在侵害人格权的情况下，民法主要采用损害赔偿的方法，对受害人提供救济，这是其他的法律责任形

<sup>①</sup> 孟德斯鸠. 论法的精神：下册. 张雁深译. 北京：商务印书馆，1997：190.

<sup>②</sup> 张文显. 法治与国家治理现代化. 中国法学，2014（4）.

式所不具备的。另一方面，民法应当强化对身份关系的保护。身份关系主要是亲属关系，而亲属关系从根本上讲是私人间的私生活关系，因此，由以私法自治为其主要调整方法的民法来调整身份关系是非常合适的。<sup>①</sup>

## （二）民法调整平等主体之间的财产关系

### 1. 民法调整平等主体之间的财产关系的内容

所谓财产关系，是指人们在产品的生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系。财产关系是以社会生产关系为基础的，涉及生产和再生产的各个环节，包括各类性质不同的关系。依据我国《民法典》第2条的规定，民法所调整的财产关系只是发生在平等的民事主体之间的财产关系。其特点在于：

第一，主体平等。平等性包括两个方面：一方面，是指民事主体在从事各种交易行为以及行使财产权利、利用和取得财产等方面，彼此之间在法律地位上是平等的。不论双方的经济实力如何悬殊，都不允许任何一方将自己的意志强加于人。另一方面，民事主体在从事各种交易活动时，都应当遵循公平、等价等原则，彼此间的关系应当是平等的、互利的，当其财产利益受到损害时，应当得到同等价值的补偿。民法调整的财产关系大部分都应贯彻等价有偿的原则，至于当事人依法自愿形成的赠与、借用、无偿保管等民事关系，虽然不符合等价有偿原则，也是法律所允许的。

第二，平等主体间的财产关系，包括财产归属关系和财产流转关系。财产归属关系是指财产所有人和其他权利人因占有、使用、收益、处分财产而发生的社会关系。财产流转关系是指因财产的交换而发生的社会关系。财产归属关系往往是发生财产流转关系的前提条件，财产流转关系通常又是实现财产所有关系的方法。这两种财产关系，又称为横向财产关系，都应该由我国民法调整。这是由我国社会主义市场经济的统一性以及民法对市场经济关系进行统一调整所决定的。

第三，民法调整的财产关系的重心是交易关系。所谓交易，是指独立的、平等的市场主体就其所有的财产或利益进行的交换。在民法上，交易的表现形式多种多样，其正常的形式是合同，其特殊形式是侵权损害赔偿和不当得利返还等。从民法调整对象的性质来看，所谓平等主体之间的财产关系，主要指交易关系，交换关系也是典型的平等主体之间的财产关系。

### 2. 平等主体之间的财产关系的特征

民法调整的财产关系的首要特点，在于它是一种平等主体之间的财产关系。与身份关系相比较，该财产关系还具有下列特点。

第一，财产关系是一种以经济利益的计算为核心的关系。在市民社会中，民事

<sup>①</sup> 宋豫主编. 国家干预与家庭自治：现代家庭立法发展方向研究. 郑州：河南人民出版社，2011：11.

主体作为合理的人，能够从自身利益出发设定、变更或终止财产关系，最终实现其个人利益的最大化。而身份关系不同，尽管有些身份关系与财产关系有密切的联系，但整体来看，它并不主要是一种经济上的利害关系。<sup>①</sup>

第二，财产关系充分体现了主体的自由意志。主体享有对其财产的处分权，并有权依其意志移转财产所有权权能。财产关系的产生、变更和消灭体现了法律给予主体充分的自由空间，国家尽量不予干预。但在身份关系中，当事人的意思自由要受到一定的限制。例如，法律对结婚、离婚、收养都进行了比较严格的限制，亲属法上许多权利，如监护权、亲权等，都具有专属性，不得随意抛弃和转让。尤其在现代社会，为了保护婚姻家庭关系中的弱者利益，法律逐渐加大了对婚姻家庭关系的干预，因此婚姻家庭法具有私法公法化的趋势。<sup>②</sup>

第三，财产关系具有很强的变动性。尤其是在市场经济社会，财产往往只有通过流转才能实现资源的合理配置，充分实现其价值，因此，财产关系总是处于一种变化之中。而身份关系则具有极大的稳定性，通常不会发生变动<sup>③</sup>，也不宜发生变动，其具有很强的人身专属性。

第四，就救济方式而言，财产关系遭受侵害时是用损害赔偿等财产性的救济方法来解决的；而亲属、婚姻等身份关系在受侵害时较多使用非财产救济手段，当然，依据《民法典》第 1182 条的规定，在部分人身权益遭受侵害的情形下，受害人也有权主张财产损害赔偿。

### 第三节 民法的性质

#### 一、民法是私法

公法和私法最初由罗马法学家乌尔比安提出，并被《学说汇纂》所采纳。关于公法和私法的分类标准极不统一，主要形成了三种不同的划分标准：第一，利益说，即根据法律保护的利益涉及的是公共利益还是私人利益区分公法和私法。此种标准最初为乌尔比安所倡导。第二，隶属说，也称为“意思说”，此种观点为德国学者拉邦德倡导，他认为应根据调整对象是隶属关系还是平等关系来区分公、私法，公法的根本特征在于调整隶属关系，私法的根本特征在于调整平等关系。第三，主体说，该说由德国学者耶律内克所倡导。此种观点认为，应当以参与法律关系的各个主体为标准来区分公法和私法，如果这些主体中有一个是公权主体，即法律关系中有一方是国家或国家授予公权的组织，则构成公法关系。该学说为现代公

① 谢怀栻. 外国商法精要. 3 版. 北京: 法律出版社, 2014: 138-139.

② 夏吟兰. 论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性. 法学论坛, 2017 (4).

③ 谢怀栻. 外国商法精要. 3 版. 北京: 法律出版社, 2014: 138-139.

法、私法划分的通说。

20世纪以来，由于国家干预经济的加强，传统的私法中渗进了公法的因素，出现了私法公法化的现象，公法中的义务介入私法领域，对民事权利构成了一定的限制。据此，很多学者认为，公法和私法发生了部分的融合，不应当再区分所谓的公法和私法，并认为民法即私法的观点已难成立。

上述各种分类标准都是相对合理的，不可能存在一种绝对的划分标准。应当将社会关系的性质和主体的性质结合起来，作为区分公法和私法的标准。从原则上说，凡是平等主体之间的财产关系和人身关系都属于私法关系，而具有等级和隶属性质的关系属于公法关系；私法关系的参与主体都是平等主体，国家介入也是作为特殊的民事主体来参与的，而公法关系中必然有一方是公权主体，其参与社会关系也仍然要行使公权力。

在我国，区分公法和私法的意义是重大的。长期以来，我国一直否认公法、私法的划分，认为在社会主义公有制下，国家广泛参与社会生活，经济关系和人身关系都有国家干预的色彩，所以社会主义国家的法律都具有公法性质，而不存在私法。这种观点显然是计划经济的反映，导致在实践中过分强调国家利益和国家干预，漠视了私人利益和私人自主调整。此种否认公法、私法分类的观点显然不符合我国社会主义市场经济的实践，也不利于社会主义民主政治的完善。区分公法、私法的意义主要体现在以下方面。

1. 由于民法是私法，因此，要贯彻私法自治原则，赋予民事主体广泛的行为自由，并使当事人之间的合法约定能够具有优先于任意法适用的效力。按照私法自治原则，民事主体有权在法定的范围内根据自己的意志从事民事活动，通过法律行为构建其法律关系。在市场经济条件下“尽可能地赋予当事人行为自由是市场经济和意思自治的共同要求”<sup>①</sup>。民事关系特别是合同关系越发达、越普遍，则意味着交易越活跃，市场经济越具有活力，社会财富才能在不断增加的交易中得到增长。私法不仅给每个人提供了必要的发展其人格的可能性，而且由私法赋予的决策自由往往对主体而言更为有利。<sup>②</sup>在纠纷发生后，如果涉及私法关系，产生的就是私法上的后果，即当事人个人之间的责任；如果涉及公法关系，则产生个人对国家如何负责的问题。<sup>③</sup>

2. 在公法领域中，公共权力必须法定，“法无授权不可为”，没有国家法律的明确授权，公权力机关就不得任意行为。而在私法领域，奉行私法自治的理念，法无禁止即可为，其赋予了当事人广泛的自由。这两项原则也符合“规范公权、保障

① 江平. 市场经济和意思自治. 中国法学, 1993 (6).

② 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000: 14.

③ 谢怀栻. 外国民商法精要. 北京: 法律出版社, 2002: 51-52.

私权”的法治理念。

3. 有助于正确认定法律责任的性质。出现社会纠纷以后, 如果涉及私法关系, 产生的就是私法上的后果, 即当事人之间的责任; 如果涉及公法关系, 则产生个人对国家如何负责的问题。<sup>①</sup> 私法规范的是民事法律关系, 而公法主要规范行政法律关系。私法强调对公民、法人的合法民事权利的保护, 充分尊重民事主体在法定的范围内所享有的行为自由, 尊重民事主体依法对自己的民事权利和利益所作出的处分<sup>②</sup>, 而公法则更注重对民事关系的干预和对社会经济生活的管理。

4. 有助于明确民法规范的基本属性。明确民法为私法, 就是要在民法中尤其是在合同法中尽量减少强制性规范, 努力扩大任意性规范的数量。在民法中, 原则上当事人有约定时依约定, 无约定时则依法律规定, 当事人的约定要优先于法律的规定而适用。我国民事立法中要尽量减少有关国家行政机关的管理规则, 减少对当事人从事合法的民事行为所施加的限制。有关对民事关系进行限制和干预的规则应由公法而不是由民法予以规定。

最后需要指出的是, 民法只是私法最主要的部分, 不完全等同于私法, 或者说, 民法是私法的核心部分。<sup>③</sup> 除民法之外, 民事诉讼法、国际私法等, 也应当属于私法的组成部分。

## 二、民法是市场经济的基本法

从民法的内容来看, 民法调整的财产关系实际上主要就是财产归属关系和财产流通关系。在市场经济条件下, 财产归属关系是财产交易的前提, 而交易的最终目的也是财产的归属转换。马克思在描述商品交换过程时指出: “商品不能自己到市场去, 不能自己去交换。因此, 我们必须找寻它的监护人, 商品占有者……为了使这些物作为商品彼此发生关系, 商品监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系, 因此, 一方只有符合另一方的意志, 也就是说, 每一方只有通过双方共同一致的意志行为, 才能让渡自己的商品, 占有别人的商品。可见, 他们必须彼此承认对方是私有者。”<sup>④</sup> 这就表明, 商品关系的形成必须具备三个条件: 一是必须要有独立的商品“监护人”(所有者); 二是商品交换者必须对商品享有所有权; 三是商品交换者必须意思表示一致。这就是在交换过程中形成的商品关系的内在要求, 与此相适应, 形成了以调整财产所有和财产交换为目的, 由民事主体、物权、债和合同等制度组成的具有内在联系的民法体系。民法就是按照市场经济的内在要求来构建的, 符合市场经济的基本运行规律。

① 谢怀栻. 外国商法精要. 北京: 法律出版社, 2002: 51-52.

② 梁慧星. 民法总论. 北京: 法律出版社, 1996: 29.

③ [德] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论: 上册. 王晓晔等译. 北京: 法律出版社, 2003: 8.

④ 马克思恩格斯选集: 第2卷. 3版. 北京: 人民出版社, 2012: 127-128.

由于民法是市场经济的基本法，我国实行民商合一的立法体例，因此，市场主体从事各种活动，应当遵循民法的基本规则，我国《民法典》所确认的意思自治、合同自由、诚实守信等价值理念将成为市场经济的基本准则。《民法典》所确认的平等保护财产权、人身权等原则、规则，也激活了市场主体的活力，维护了交易安全和秩序，保障了市场经济的正常运转。《民法典》还构建了完善的合同制度、担保制度，它们是市场交易的基本准则，也是市场经济有序发展的根本保障。如果我们要确认我国的经济是以平等、等价和自由竞争为特征、由市场引导生产要素自由流转和组合的市场经济，那么就应当充分贯彻意思自治、诚实信用、鼓励交易、公平正义等价值理念，尽量减少国家对经济生活的干预，加强对民事主体权利的保障。所以，市场经济的成熟在很大程度上是以民商事规则的成熟为标志的。

### 三、民法是市民社会的基本法

市民社会（civil society），原指伴随着西方现代化的社会变迁而出现的，与国家相分离的社会自组织状态。现代社会中的每个社会成员，既是市民社会的成员，也是国家的公民，其以市民社会成员的身份与他人形成各种民事关系以实现自己的权利，必然要求获得民法上的保护。正是从这个意义上说，民法是市民社会的权利典章，是市民社会中民事权利的保护神<sup>①</sup>，而市民社会的关系都要求通过民法的调整来实现市民社会的正常秩序。民法作为市民社会的基本法，其所调整的人身关系和财产关系涉及社会生活的方方面面，直接关系到人民群众的切身利益和社会的生产生活秩序。

民法典作为市民生活的百科全书，将人民生活所形成的法律关系作为调整对象，完整覆盖了社会生活的各个方面。民法典直接关系到人民群众的切身利益和社会的生产生活秩序，与每个人的生活息息相关，实现对人“从摇篮到坟墓”各个阶段的保护，每个人都将在民法慈母般爱抚的眼光下走完自己的人生旅程。例如，在司法实践经验的基础上，民法典侵权责任编中新增了“人格物”的保护规则，规定了侵害人格物的精神损害赔偿，其中就包括了对人体生殖细胞的法律保护规则。民法典强化人文关怀，对未成年人、精神障碍者等弱势群体，民法典通过监护等制度充分保护其合法权益。民法典也对妇女群体进行特殊保护，禁止家庭暴力，禁止性骚扰。此外，民法典还对老年人群体进行特殊保护，规定了成年监护、居住权、生命尊严等制度，其中，生命尊严能充分体现临终关怀，据此未来可建立生前预嘱等制度，从而确保人在生命的所有阶段都能充分享有尊严。

<sup>①</sup> 胡宝海. 民法上的人. 北京: 中国社会科学出版社, 1999: 3.

## 四、民法是权利法

民法典是全面保障私权的基本法，其立法宗旨就是“保护民事主体的合法权益”，故其是权利法，是权利保护法，是私权保障的宣言书，其核心功能是确认和保障私权。私权的保障彰显了人民的根本利益，是确保人民群众享受美好生活的前提和基础，更是促进人民群众追求美好生活的动力。因此，民法典通过保障民权，旨在实现人民的福祉，确保人民的美好幸福生活，为法治社会奠定基础。

我国《民法典》以民事权利的确认与保护为核心，民事权利的保护既是民法典的出发点，也是其落脚点。我国民法典的总则编是按照“提取公因式”的方法，将民事权利及其保护的共性规则确立下来。其中，有关自然人、法人和非法人组织的规定，构成了民事权利主体的法律规范；有关民事权利的规定，构成了民事权利的具体内容、体系以及行使方式的法律规范；有关民事法律行为和代理的规定，确认了民事权利行使所形成的法律关系；有关民事责任的规定，是因侵害民事权利所应承担的民法后果；有关诉讼时效和期限的规定，是民事权利行使的时间限制。民法典的分则各编是由物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利（亲属权）、继承权以及对权利进行保护的侵权责任所构成。这表明民法典既确认了个人享有各项具体民事权利，确定这些权利的具体内容和边界，使个人能够积极行使和主张权利，同时，在权利遭受侵害后，民法典又建立了救济体系，充分保障民事主体的合法权益。

我国民法典在民事权利保障方面具有如下特点：一方面，在体系安排上，民法典各分编先列举物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利以及继承权，最后以侵权责任结束和兜底，其体系构建整体上坚持了从权利到救济的思路。另一方面，我国民法典所保护的民事权益范围具有开放性，其不仅构建了完整的民事权利体系，而且还保护各种新型的利益，扩张了民事权益的保护范围，保持了民事权益保护范围的开放性，适应了社会生活发展的需要。此外，《民法典》提供了较为完整的救济措施和损害预防手段，第179条规定了11种责任承担方式，用各种责任形式保护民事权利。在侵权责任编中，《民法典》第1167条确认了预防性的责任承担方式，除此之外，又在侵权责任编第二章“损害赔偿”中全面规定了损害赔偿责任，其中包括了侵害财产权、侵害人身权的损害赔偿责任，损害赔偿又具体包括财产损害赔偿、精神损害赔偿以及惩罚性赔偿。除侵权责任外，《民法典》还在物权编、人格权编中规定了独特的物权请求权、人格权请求权，这就形成了绝对权请求权与侵权责任编中的损害赔偿请求权的有效衔接。

## 五、民法是人法

21世纪是权利的世纪，是弘扬人格尊严和维护人的价值的世纪。当今世界，

尊重与保护人权已经成为国际社会的共识，并成为当代法律关注的重点，对人的尊重和保护被提升到前所未有的高度。“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。”<sup>①</sup>我国《民法典》充分反映这样的时代精神，全面彰显人文关怀精神，成为充分关心人、爱护人、保障人的尊严的法律。我国民法之所以是人法，主要表现在：

一是强化了对个人人格尊严的保护，人格权之所以独立成编，主要目的就是维护个人的人格尊严。人格权编规定各项具体人格权，都是为了维护个人的人格尊严；同时，人格权编规定一般人格权，以人格尊严作为认定人格利益的标准，主要也是为了维护个人的人格尊严。

二是民法典在维护形式正义的前提下，也注重对弱势群体的关怀，强化了对妇女、儿童、消费者等弱势群体的保护，注重对这些弱势群体的关爱，其目的在于维护实质正义。例如，民法典合同编确认了强制缔约、对格式条款的规制等一系列规则，也是考虑到了相关主体缔约能力的不足，体现了对消费者的倾斜保护，因而通过法律的强制性规定实现合同的实质正义。

三是对未成年人的保护。我国民法典充分体现未成年人利益最大化原则。例如，在监护制度中，监护人履行监护职责必须以被监护人利益最大化为原则。再如，民法典在规定收养的条件时，要求收养人不得有犯罪记录等，也是为了保护未成年人的利益。此外，在婚姻家庭和继承关系中，民法典也注重保护胎儿、未成年人的利益。例如，在离婚制度中，在子女抚养方面，民法典要求法院要以有利于未成年子女的原则作出判决。再如，民法典总则编与继承编对胎儿的继承利益作出了规定，要求为胎儿保留继承份额，等等，这些都体现了对胎儿、未成年人利益的保护。

## 六、民法主要是实体法

按照法律规定的内容不同，法律可分为实体法与程序法。实体法一般是指规定主要权利和义务（或职权和职责）的法律，程序法一般是指保证权利和义务得以实施的程序的法律。<sup>②</sup>一般认为，民法是实体法，民事诉讼法是程序法。从我国《民法典》的内容来看，其也主要是实体法规范。当然，民法典作为实体法，既是行为规范，又是裁判规则。民法典主要是行为规范，但也不限于行为规范，例如，民法关于权利能力的规定等就不是行为规范。民法典作为行为规范主要具有两个方面的功能：一是确立交易规则；二是确立生活规则。也就是说，一方面，民法典作为交易规则，为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则，使其明确自由行为

<sup>①</sup> 孟德斯鸠. 论法的精神：下册. 张雁深译. 北京：商务印书馆，1997：190.

<sup>②</sup> 沈宗灵主编. 法理学. 北京：高等教育出版社，1994：332.

的范围、逾越法定范围的后果和责任，从而对其行为后果产生合理预期。另一方面，民法典作为社会生活的规则，它是人们长期以来生活习惯的总结，确立了人与人正常交往关系的规范，是社会公共道德和善良风俗的反映。按照民法的规则行为，有助于建立人与人正常和睦的生活关系，维护社会生活的和谐与稳定。

民法典也是司法机关正确处理民事纠纷所要依循的基本准则。“民法属于行为规范，对于此种规定如不遵守，而个人相互之间惹起纷争时，就得向法院诉请裁判，此时法院应以民法为其裁判之准绳。”<sup>①</sup> 民法典为司法裁判提供了一套基本的体系、框架、规范和术语，力求通过法律的制定使整个司法过程都处于法律的严格控制之下。此外，民法典也对法官行使的自由裁量权作出了必要的限制。在民法中，裁判规则也可以分为两类：一类是具体的裁判规则，例如，《民法典》第50条关于在何种情形下，人民法院可以撤销死亡宣告的规定；另一类就是授予法官自由裁量权的基本规则和一般条款。在现代社会，法官不得以法无明文规定而拒绝对民事案件的裁判，也不得以法律规定不明确而拒绝援引法律条文。就民事案件的裁判而言，法官所应依据的基本规则就是《民法典》。

## 第四节 民法的历史发展

### 一、民法起源于罗马法

罗马法，顾名思义，就是指罗马奴隶制国家施行的法律。它通常是指自罗马起源起至查士丁尼止的罗马法律。<sup>②</sup> 古罗马时期，在自然经济的土壤上，简单商品经济得到了充分发展，从而产生了古罗马调整私人财产关系的发达的私法。在罗马的法典编纂方面，最有成效、影响最深远的是东罗马帝国皇帝查士丁尼的《国法大全》，即《查士丁尼法典》《学说汇纂》《法学阶梯》和《新律》。罗马法以高度抽象的方法表现了商品经济社会的一般形态或纯粹形态，反映了社会商品经济的正常要求，其内容主要包括：关于自然人和法人等权利主体的法律、物权法、债权法、婚姻家庭法、继承法等，已经涵盖了现代民法的主要内容。罗马法中的诸多制度，如人格制度、住所制度、时效制度、无因管理制度、不当得利制度、遗嘱继承制度、特留份制度等，仍是各国民法典中的基本民事制度<sup>③</sup>，所以至今，民法学者仍“言必称罗马”<sup>④</sup>。

① 郑玉波. 民法总则. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 15.

② 朱塞佩·格罗索. 罗马法史. 黄风译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 4.

③ 吴汉东. 罗马法的传播与法律科学的繁荣. 法商研究, 1994 (6).

④ 郭明瑞, 房绍坤, 唐广良. 民商法原理(一). 北京: 中国人民大学出版社, 1999: 31.

## 二、从近代民法到现代民法

### （一）近代民法及其特点

近代民法，是指经过 17、18 世纪的发展，于 19 世纪经欧洲各国编纂民法典而获得定型化的一整套民法概念、原则、制度、理论和思想的体系，在范围上包括德、法、瑞、奥、日本等大陆法系民法，也包括英美法系民法。<sup>①</sup> 近代民法的主要特点表现在：

1. 抽象的人格平等。近代民法承认人格的平等，这是一种形式上的平等。近代的社会变革，使法律从身份的法、等级的法发展到平等的法、财产的法。独立、自由的个人只服从于国家，而不再依附于各种领主或封臣。梅因指出，“我们可以说，直到现在，进步的、社会的发展过程就是由身份到契约的过程”。《法国人权宣言》第 1 条就指出，人人生而平等。法国大革命后废除了封建社会的身份束缚，使个人获得了身份的自由。人们之间的关系完全按照契约设定，其他生产资料之上所形成的人身依附关系、基于土地的人身依附关系、领主与隶农之间的隶属关系、主人与奴仆之间的身份关系、师傅与徒弟之间基于手工业的关系都被解除，取而代之的是各种契约关系。<sup>②</sup> 近代民法所调整、保护、关切的对象是抽象的人，它对于民事主体仅作抽象的规定，而不作年龄、性别、职业等区分。在近代民法典中，人被作为抽象掉了种种能力的个人，并且是以平等的自由意思行动的主体被对待。这种处理致使在各种情况下从人与人之间实际上的不平等，尤其是贫富差距中产生的诸问题表面化，导致仅注重形式的平等，而未注重实质的正义。<sup>③</sup>

2. 无限制私有原则。从 17 世纪以来，私有权的自由和“契约自由”一直被哲学家和法学家认为是个人自由的重要内容。按照 18 世纪流行的自然法学说，人生来便具有不可改变的、不可让渡和不可分割的权利，这些权利就是自由和财产的安全，而“财产自由”和“契约自由”则是个人自由的必然结果。绝对私有原则，又称为无限制私有原则，它是指私人对其财产享有绝对的、排他的、自由处分的权利。1804 年的《法国民法典》第 544 条规定，“所有权是对于物有绝对无限制地使用，收益及处分的权利”，就是对这一原则的准确表述。所有权不仅可以上及天空、下及地心，而且法律不能对所有权的内容进行实质性的限制，从而形成了一种绝对私有权的观念。

3. 契约自由。契约自由原则，是近代民法的一条基本原则。它主要包括：第一，契约必须由当事人自由意志彼此一致才能生效，契约可以优先于任意性规定而

① 梁慧星. 从近代民法到现代民法//梁慧星主编. 民商法论丛. 第 7 卷. 北京: 法律出版社, 1997.

② 我妻荣. 债权在近代法中的优越地位. 王书江等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1999: 9.

③ 星野英一. 私法中的人//梁慧星主编. 民商法论丛. 第 8 卷. 北京: 法律出版社, 1997: 156.

适用；第二，契约的内容由当事人自由决定；第三，契约的方式以及相对人的选择等由当事人决定，任何人无权干涉。《法国民法典》第 1134 条规定：“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。” 法典虽然规定了契约违反公共秩序和善良风俗无效，但是公共秩序和善良风俗的条款只是在例外的情况下才适用。《德国民法典》在法律行为、债和契约中都充分贯彻了“私法自治”和“契约自由”原则。“私法自治”是法律行为的原则，而“契约自由”是私法自治原则的体现。契约自由不过是意思自治原则的具体体现。

4. 过失责任原则，也称为自己责任原则。1804 年的《法国民法典》第 1382 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人，对该他人负赔偿的责任。” 这一简短的条文是对罗马法债法中的过失原则的重大发展，由此确立了过失责任原则，该原则先后为大陆法系各国的民法典所沿袭。它不仅具有道德的价值，而且具有教育、惩戒和预防损害发生的功能。这一规定便形成了侵权损害赔偿的一般原则。正如法国民法典起草人塔里伯在解释民法时所指出的：“这一条款广泛包括了所有类型的损害，并要求对损害作出赔偿。”<sup>①</sup> “损害如果产生要求赔偿的权利，那么此种损害定是过错和谨慎的结果。”<sup>②</sup> 但是，单一的过错责任不能包括各种类型的侵权损害，所以，《法国民法典》的起草者不得不在规定过错责任的同时，又规定了过错推定。

5. 近代民法注重维护形式正义。社会正义可以分为形式正义和实质正义。所谓形式正义就是注重抽象的法律地位的平等、自由，而不考虑当事人的地位、差异而造成的实质上的不平等。18 世纪至 19 世纪的理性哲学认为，自由意志可以自然导向正义和公正，按照这一观点，当事人如果在协商中不能获得自己认为是平衡的条件，就可以不再协商，而另外去寻找订约伙伴。<sup>③</sup> 因而合同自由与合同正义是不矛盾的。所以，18 世纪至 19 世纪的近代民法在合同法中十分强调形式的正义而非实质的正义。形式的正义要求当事人必须依法订约，并严格遵守合同，从而实现契约的形式正义。至于订约当事人实际上是否平等，一方是否利用了自己的优势或者对方的急需等与对方订约，或者履行合同时是否因一定的情势变化而使合同的履行显失公平等，均不予考虑。拉德布鲁赫有一句名言：“民法典并不考虑农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的区别。私法中的人就是作为被抽象了的各种人力、财力等的抽象的个人而存在的。”<sup>④</sup> 这就概括了近代民法的重要特点。

① Jean Limpeus. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. IX. Torts. Chapter 2. Liability for Ones Own Act. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen), 1975.

② Denis Tallon. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. XI. Torts. Introduction. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen), 1974. pp. 71 - 72.

③ 尹田. 法国现代合同法. 北京: 法律出版社, 1995: 24.

④ 拉德布鲁赫. 法学导论. 米健译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 66.

## （二）现代民法及其特点

现代民法的演进发生于 19 世纪末期、20 世纪初期。北川善太郎教授认为，现代民法，是近代民法在 20 世纪的发展与修正，与近代民法并无本质上的差别，是在近代民法的法律结构基础之上，对近代民法的原理、原则进行修正、发展的结果。<sup>①</sup> 现代民法主要具有以下特征：

1. 对所有权的限制。在自由资本主义时期，以绝对的、不受限制的私有权为原则，其虽然对自由资本主义经济的发展起过推动作用，但是它过分强调个人利益而忽视了社会整体利益，加剧了个人利益与社会利益之间的冲突，阻碍了生产的社会化和大规模的经济建设，甚至导致了个人随意滥用其所有权而损害他人利益和社会利益的现象。因此，19 世纪末期以来，社会的所有权观念日益发达，这种观念认为，法律保障所有权旨在发挥物的效用，使物达到充分利用并增进社会的公共福利，所有权的行使应当顾及社会公共利益，不允许个人滥用权利，损害他人利益和公共利益。同时，从维护社会公共利益出发，应对所有权作适当的限制。<sup>②</sup> 例如，1919 年德国《魏玛宪法》第 153 条第 4 项规定：“所有权负有义务，于其行使应同时有益于社会公益。”

2. 对契约自由的限制。自 20 世纪以来，资本主义自由竞争不断走向垄断。第二次世界大战以后，一些主要资本主义国家在其经济政策中相继采纳了凯恩斯主义，从而扩大政府职能，加强对经济的全面干预。在法律领域，合同自由原则因国家干预经济的加强而受到越来越多的限制，因此，对合同自由的限制成为 20 世纪以来合同法发展的一个重要趋向。为了限制垄断、平抑物价、维护竞争秩序，西方国家制定了许多反垄断和维护自由竞争的法律，这些法律本身就是对合同自由的限制。在合同法中对契约自由的限制，主要表现在强制缔约制度的产生、对格式条款和免责条款的限制、对某些特殊合同的形式作特殊要求，以及通过诚信原则等对合同关系进行干预等。<sup>③</sup>

3. 从单一的过错责任向归责原则多元化转化。随着 20 世纪以来社会生活的变化，危险事故频繁发生，受害人的权益经常容易受到侵害。这种变化不仅使过错归责理论的内容发生变异，使客观过错理论逐渐取代了主观过错理论，而且更突出地表现在归责原则的多元、分化方面，即归责原则理论本身呈现出从单一过错归责理论向多元归责理论演化的过程。<sup>④</sup> 许多大陆法系国家都在特别法中采取严格责任，以保护受害人的利益，尤其是在交通事故、医疗事故以及航空器、核能的采用所引

<sup>①</sup> 北川善太郎. 关于最近之未来的法律模型//梁慧星主编. 民商法论丛. 第 6 卷. 北京: 法律出版社, 1997: 286-287.

<sup>②</sup> 施启扬. 民法总则. 修订 8 版. 北京: 中国法制出版社, 2010: 19.

<sup>③</sup> 施启扬. 民法总则. 修订 8 版. 北京: 中国法制出版社, 2010: 20.

<sup>④</sup> 邱聪智. 庞德民事归责理论之评介. 台大法学论丛, 第 11 卷第 2 期.