



中国政法大学精品系列教材



MIN 民

王卫国 主编

FA 法

(第二版)

• 中国政法大学精品系列教材 •



民法

(第二版)

中国政法大学教材编审委员会 审定

主 编 王卫国

副主编 (按姓氏笔画为序)

王卫国 尹志强 刘心稳 刘家安

刘智慧 李永军 李显冬 费安玲

姚新华 夏吟兰 鄢一美

统 稿 王卫国

图书在版编目 (CIP) 数据

民法 / 王卫国主编. —2版. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3465-0

I. 民... II. 王... III. 民法 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第059784号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787mm×1092mm 16开本 42.5印张 1080千字

2012年3月第2版 2012年3月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3465-0/D·3425

印 数: 0 001-5 000 定 价: 59.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com(编辑部)

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

中国政法大学精品系列教材

编审委员会

主任：涂显明

副主任：张桂琳

委员：（按姓氏笔画为序）

卞建林 王人博 王卫国 王灿发

马怀德 方流芳 朱 勇 乐国安

孙选中 曲新久 李传敢 李树忠

李德顺 李曙光 张树义 张桂琳

陈桂明 周忠海 莫世健 涂显明

蔡 拓

出版说明

为了深化教学改革,提高教学质量,中国政法大学教材编审委员会组织中国政法大学长期从事教研的专家、学者,打造一套在全国有重大影响的中国政法大学精品系列教材。

本套教材力求适应高等教育教学改革的新要求,面向并体现21世纪高等教育的新思想和新观念,在内容上注意吸收国内外教育、科研的最新成果,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,努力做到知识性、理论性和实践性的统一。具体地讲,本系列教材的编写力求体现以下特征:

一、权威性。本套教材的编写人员在专业领域中具有较高学术水准、丰富的实践经验和教学经验,从而确保了每种教材在本学科领域中具备权威影响力。

二、基础性。本套教材体现“三基”,即基本概念、基本理论和基本体系,保证传授知识的完整性和系统性。

三、新颖性。本套教材体现“三新”,即知识点新、法律法规(司法解释)新、体例新,给读者呈现出一道全新而前沿的知识盛宴。

四、实用性。本套教材注重理论和实践相结合,重视收集典型案例、整理资料索引、编写多种引导学生自测的思考练习。

五、针对性。本套教材主要是针对本科生撰写的,但对研究生入学考试和相关职业考试也有重要的参考价值。

本套教材编写体例上继承了传统教材的优点,做到科学、规范、统一,并力求有所创新,以适应新世纪高等教育发展的全新要求。

参与编写本套教材的人员,或为学界有重要影响的学科带头人,或为在各自领域有较大影响的学术骨干,或为学术研究中崭露头角的学科新秀,他们均是具有丰富教学经验的一线教师,深谙教育教学的特点与规律。本套教材即是他们在教学和研究领域长期钻研的结晶。

本套教材的出版虽经长期酝酿、反复推敲,但疏漏之处在所难免,希望读者不吝指正。

第二版说明

本次修订，主要是根据 2008 年以来新颁布的民事法律和司法解释，特别是 2009 年的《侵权责任法》，对相关部分的内容进行了修改和补充，同时本着精益求精的要求，对其他部分的文字进行了局部的增删和订正。

本次修订由王卫国教授负责完成。

编者
2011 年 2 月

| 目 录 |

第一编 民法总论

第一章 绪 论	1
第一节 民法的概念 /1	
第二节 民法的沿革 /6	
第三节 民法的基本原则 /11	
第四节 民法的精神 /17	
第二章 民事法律关系和权利	19
第一节 民事法律关系 /19	
第二节 权利 /26	
第三章 权利主体	44
第一节 权利主体概述 /44	
第二节 自然人 /47	
第三节 法人 /67	
第四节 非法人组织 /80	
第四章 法律行为	88
第一节 法律行为概述 /88	
第二节 法律行为的成立 /92	
第三节 法律行为的生效 /98	
第四节 欠缺生效要件的法律行为 /104	
第五节 法律行为的分类 /109	
第六节 法律行为的附款——条件和期限 /117	
第五章 代理	122
第一节 代理的概念和种类 /122	
第二节 代理权的行使 /128	
第三节 无权代理 /132	
第四节 复代理 /139	
第五节 代理关系的终止 /142	
第六章 民法上的时间	144
第一节 时间的民法意义 /144	

- 第二节 时效 /145
- 第三节 除斥期间 /152

第二编 物权法

第一章 物	154
第一节 物的意义 /154	
第二节 物之分类 /156	
第二章 物权总论	162
第一节 物权与物权法 /162	
第二节 物权的类型 /167	
第三节 物权的效力 /169	
第四节 物权的变动 /176	
第三章 占有	187
第一节 占有概说 /187	
第二节 占有的类型 /190	
第三节 占有的取得、变更、消灭 /194	
第四节 占有的效力 /195	
第五节 准占有 /196	
第四章 所有权	198
第一节 所有权概述 /198	
第二节 所有权的内容和种类 /203	
第三节 所有权的取得与消灭 /207	
第四节 共有 /213	
第五章 用益物权	218
第一节 用益物权概述 /218	
第二节 土地承包经营权 /220	
第三节 建设用地使用权 /223	
第四节 宅基地使用权 /226	
第五节 地役权 /229	
第六节 其他用益物权 /233	
第六章 担保物权	237
第一节 担保物权概述 /237	
第二节 抵押权 /239	
第三节 质权 /250	
第四节 留置权 /255	

第五节 其他担保物权 /258

第三编 债法总论

第一章 债与债法	260
第一节 债的意义 /260	
第二节 债的发生 /269	
第三节 债法 /272	
第二章 债的标的	276
第一节 概述 /276	
第二节 种类之债 /277	
第三节 货币之债与利息之债 /279	
第四节 选择之债 /281	
第五节 损害赔偿之债 /283	
第三章 多数人之债	287
第一节 概述 /287	
第二节 按份之债 /288	
第三节 连带之债 /289	
第四章 债的效力	293
第一节 概述 /293	
第二节 债权的效力 /294	
第三节 债务的效力 /296	
第四节 债的履行 /300	
第五章 债的担保与保全	312
第一节 债的担保 /312	
第二节 债的保全 /318	
第六章 债的移转	324
第一节 概述 /324	
第二节 债权让与 /326	
第三节 债务承担 /329	
第四节 债权债务的概括移转 /331	
第七章 债的消灭	334
第一节 概述 /334	
第二节 清偿 /335	
第三节 提存 /342	
第四节 抵销 /344	

第五节 免除 /346

第六节 混同 /347

第四编 合同法

第一章 合同法概述	348
第一节 合同的概念与分类 /348	
第二节 合同法的基本原则 /357	
第二章 合同的订立	361
第一节 合同订立的方式 /361	
第二节 格式合同 /377	
第三节 缔约过失 /384	
第三章 合同的效力	389
第一节 合同的生效 /389	
第二节 合同的无效和撤销 /393	
第三节 合同无效的后果 /398	
第四章 合同的履行	402
第一节 合同履行的一般概述 /402	
第二节 合同履行中的抗辩权 /403	
第三节 情事变更 /407	
第五章 合同的解释	409
第一节 合同解释概述 /409	
第二节 合同的解释规则 /411	
第六章 违约责任	417
第一节 违约概述 /417	
第二节 合同解除 /420	
第三节 违约救济 /422	
第七章 转移所有权的合同	432
第一节 买卖合同 /432	
第二节 赠与合同 /439	
第三节 借款合同 /441	
第八章 转移使用权的合同	444
第一节 租赁合同 /444	
第二节 融资租赁合同 /447	
第九章 完成工作成果的合同	449
第一节 承揽合同 /449	

第二节	建设工程合同 /452	
第十章	提供服务的合同	456
第一节	运输合同 /456	
第二节	保管合同 /460	
第三节	仓储合同 /462	
第四节	委托合同 /463	
第五节	行纪合同 /466	
第六节	居间合同 /468	
第十一章	技术合同	470
第一节	技术合同概述 /470	
第二节	技术开发合同 /472	
第三节	技术转让合同 /473	
第四节	技术咨询合同与技术服务合同 /475	

第五编 侵权行为法

第一章	侵权行为法概论	477
第一节	侵权行为概述 /477	
第二节	侵权的民事责任 /485	
第三节	侵权行为法的历史演进 /490	
第二章	侵权行为法的归责原则	498
第一节	侵权归责原则概述 /498	
第二节	过错责任原则 /499	
第三节	过错推定 /502	
第四节	无过错责任原则 /504	
第五节	公平责任原则 /507	
第三章	一般侵权行为	509
第一节	一般侵权行为的构成要件 /509	
第二节	损害事实 /510	
第三节	致害行为 /512	
第四节	因果关系 /513	
第五节	过错 /517	
第六节	抗辩事由 /523	
第四章	特殊侵权行为	530
第一节	因他人行为致损的侵权责任 /530	
第二节	因物致损的侵权责任 /536	

第六编 继承法

第一章 继承法概述	553
第一节 继承的概念、要件和种类 /553	
第二节 继承权 /555	
第三节 继承法 /564	
第四节 继承权的主体——继承人 /568	
第五节 继承权的客体——遗产 /570	
第六节 非继承人的遗产取得权 /572	
第二章 法定继承	574
第一节 法定继承的概念和适用条件 /574	
第二节 法定继承人的继承顺序 /575	
第三节 遗产的分配 /578	
第三章 遗嘱继承	580
第一节 遗嘱继承概述 /580	
第二节 遗嘱 /581	
第三节 特留份 /587	
第四章 遗赠和遗赠扶养协议	590
第一节 遗赠 /590	
第二节 遗赠扶养协议 /591	
第五章 遗产的处理	593
第一节 继承的开始 /593	
第二节 遗产的分割及其原则 /594	
第三节 对被继承人债务的清偿 /595	
第四节 无人继承遗产的处理 /597	

第七编 婚姻家庭法

第一章 婚姻家庭基本原理	599
第一节 婚姻家庭概述 /599	
第二节 婚姻家庭制度及其历史类型 /601	
第三节 婚姻家庭法概述 /603	

第二章 亲属制度	609
第一节 亲属关系概述 /609	
第二节 亲系与亲等 /611	
第三节 亲属关系的法律效力 /612	
第四节 其他家庭成员关系 /613	
第五节 救助措施 /614	
第三章 结婚制度	617
第一节 结婚制度概述 /617	
第二节 结婚的实质要件 /618	
第三节 结婚的形式要件 /619	
第四节 无效婚姻与可撤销婚姻 /620	
第四章 婚姻效力	623
第一节 婚姻的身份效力 /623	
第二节 婚姻的财产效力 /624	
第五章 亲子关系	628
第一节 亲子关系概述 /628	
第二节 婚生子女与非婚生子女 /630	
第三节 继子女与养子女 /631	
第六章 收养关系	633
第一节 收养制度概述 /633	
第二节 收养的成立 /635	
第三节 收养的解除 /639	
第七章 离婚制度	642
第一节 离婚制度概述 /642	
第二节 登记离婚 /643	
第三节 诉讼离婚 /644	
第八章 离婚效力	648
第一节 离婚效力概述 /648	
第二节 离婚时的财产处理 /649	
第三节 离婚后的子女抚养教育 /656	
第四节 离婚时的权利救济 /662	

第一编 民法总论

第 1 章

绪 论

[内容提要]

民法源远流长，博大精深。学法之人，不可不修习民法。修习民法，不可不明悉民法的涵义和民法的源流，更需要把握民法的基本原则和领会民法的精神。

民法概念涉及一些基本的范畴，如市民法，私法，普通法与特别法，强制法与任意法，成文法与不成文法等。在这些范畴中蕴含着民法的价值理念，也凝聚着民法的经验积累。

民法的沿革，是一幅宏大的历史画卷。本教材以速写方式，勾画出民法二千多年的主要脉络。我们要观察罗马法至近代欧洲大陆民法的发展脉络，也要看到英美普通法在发展过程中与罗马法的微妙关系。我们还要特别关注 20 世纪以来民法的变革。当然，也要了解我国民法的昨天和今天。

民法的基本原则对于理解和适用民法具有重要的指导意义。现代民法的基本趋势是个人本位与社会本位的调和。个人本位的民法原则包括人格平等和意思自治；社会本位的民法原则包括公序良俗和诚实信用。

学好民法，掌握各种具体制度的知识固然重要，领会民法的精神亦不可缺少。惟有具备了民法的人文精神、科学精神和务实精神，方能登临绝顶，一览众山，真正感知民法高深精妙的学术境界。

第一节 民法的概念

一、民法与市民法

“民法”一词，源自拉丁文的“市民法”(ius civile)。“市民法”在罗马法早期，是与“万民法”相对的概念，指仅适用于罗马人民的法律。在罗马法后期，指适用于整个罗马社会和各地罗马公民的法律。在中世纪，“市民法”是与“教会法”相对的概念，指国家制定的有关平民和世俗事务的法律。法国大革命以后，“市民”被理解为“公民”。近代以来，个人被视为普遍地享有自由、平等的权利能力者，由这样的个人构成的社会，叫做

市民社会。所以，民法被理解为“适用于全体人的法，是一个无等级社会的法。”^{〔1〕}

在我国，根据《民法通则》的规定，民法一般被定义为调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。

日本学者我妻荣主编的《新法律学辞典》对市民社会（*civil society*）的解释是：“自由、平等的个人的共同体。是与根据权力原理统治的国家相对立的概念。在此只承认一切拘束发自内心的意思，只由于意思一致（合同），社会关系才能成立。一般认为近代民法就是这种市民社会理论，由此导出意思理论和合同自由原则等。”

任何一个社会都存在人与人之间的人身关系和财产关系，但并非任何社会都有民法。民法是适应一定社会历史条件下人们普遍公认的需求而产生的。这些需求集中到一点，就是个人人格的尊重。

个人人格首先表现为个人相对于团体（如国家、社团）的地位，其次表现为一个人相对于其他人的地位。就前者而言，民法的使命是将个人纳入自己的怀抱，以私法自治的屏障来阻挡公权力对个人的不当侵害。因此，为了维护私法自治的权威，需要明确地界定公权力。在确立了民法体系的现代国家中，宪法、行政法和其他公法的一项重要任务，就是防止包括行政权、司法权在内的各种公权力的滥用。所以，民法是宪政和法治的重要支柱。

就后者而言，民法的使命是按照平等、自由和公平正义的价值，为人们提供自我存在的空间和相互交往的场所。所以，民法的理想是建立符合公认的道德准则和福利需求的“人人各得其所”的社会秩序。一方面，人们的生存与发展需要相互之间的交往。商品交换就是人们经济交往的常见方式。同时，人们相互之间还有如亲属关系、朋友关系、邻里关系和社团关系等各种社会伦理关系。另一方面，在现代社会中，人们的相互关系是建立在个人人格的基础上的。这种个人人格在法律上最典型的表现形式就是人身权、财产权等民法上的权利。通过权利，民法为每一个人创设了在社会交往中保持和实现自我存在的空间。

任何社会都有人际交往和个人存在，但并非任何社会都有民法。不同的社会，人际交往的方式和个人存在的状态是不同的。在封建社会，人们之间的关系是按照上下尊卑的等级秩序设定的，个人的存在是以对团体（宗族、教会、国家）的依附和对尊长（家长、领主和国王）的服从为基准的。因此，封建社会尽管有调整民事关系的法律规范，却没有民法。在现代社会，法律秩序以人类平等为基石、以社会和谐为追求，诚如《世界人权宣言》第1条所宣示的：“人皆生而自由；在尊严及权利上均各平等。人各赋有理性良知，诚应和睦相处，情同手足”。民法是以自由、平等、理性与和睦为目标的社会结构的产物，也是这种社会结构的组成部分。

我国正在走向现代化。现代化的标志不仅是工业文明和商业文明，而且也是政治文明和法制文明。民法是自由、平等的现代政治文明的支柱，更是理性、和谐、的现代法制文明的代表。民法发达和权利昌明之日，便是我国现代化全面实现之时。

二、公法与私法

在罗马法上，公法与私法的划分，既是法的一般概念，也是市民法的一般概念。作为

〔1〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第15页。

法的概念，它反映着国家与个人之间的对立。公法调整政治关系以及国家应当实现的目的，“有关罗马国家的稳定”；私法调整公民个人之间的关系，为个人利益确定条件和限度，“涉及个人福利”。〔1〕作为市民法的概念，它反映着这样一种现象：在大量调整私人关系的规范中，存在着社会利益与个人利益的重合。把它们称作公法的意义在于，这些规范尽管是为个人关系制定的，但其效力不能通过私人的约定加以削弱或变通。所以，罗马法有“私人协议不变通公法”的格言。例如，当事人可以在合同中免除过失致损的责任，却不能免除欺诈的责任，因为不宽恕欺诈是一个涉及社会利益的规则。

近代民法关于公法与私法的划分理论，大都着眼于法的一般概念，强调私人关系不受国家干预，即所谓“私法自治”。这代表了当时社会的主流思潮——个人主义和自由主义。但是，在当代的法律社会化运动中，公共利益和国家意志越来越多地进入民事领域。这一方面促使人们对传统私法观念进行反思，另一方面也引起人们对保持民法的私法精神给予关切。

我国是一个缺乏私法传统的国家。我国古代法强调团体本位和义务本位，国家对私人拥有不受限制的控制和干涉权力。20世纪50年代以来，我国实行计划经济，过分注重国家意志和行政权力在经济生活中的主导地位，公民和经济组织的利益和自由受到严格的限制。直到改革开放以后，这种局面才有了明显改变。在我国社会主义市场经济体制的进程中，保护民事权利和尊重意思自治已经成为民商法制度建设的基本指导思想。

当然，我国民法坚持尊重和保护民事主体的权利，同时也注重维护公共利益、社会秩序和社会公德。根据《民法通则》第7条规定的精神，在我国，民法保护私人权利，以不损害公共利益为前提；民法尊重个人自由，以不危害社会秩序和不违反社会公德为条件。我国民法的目标，是要在私人权利与公共利益之间，在个人自由与社会秩序、社会公德之间，建立起互济共存、相得益彰的和谐关系。这是我国社会主义民法与近代资本主义民法的一个重要区别。

三、普通法与特别法

法律有普通法与特别法之分。二者的区分主要有三个方面：①按法律适用的空间划分，适用于全国的法律称为普通法，适用于国内一定地区的法律称为特别法；②按法律适用的对象分，对所有的人都发生效力的法律称为普通法，只对一部分人发生效力的法律称为特别法；③按法律适用的事项分，适用于一般事项的法律称为普通法，适用于特定事项的法律称为特别法。

民法是普通法。民法具有统一性、普遍性和概括性。民法适用于全国范围，是法律统一的支柱。民法适用于所有的人，是法律平等的保证。民法建立了民事法律制度的基本构架，是法律稳定的基础。

就民事法律而言，在历史上，曾有过适用于特定地区或特定阶层的特别法，如中世纪欧洲的地方法和等级法（贵族法、僧侣法）。民法近代化就是一个以普通法取代地方法和等级法的过程。所以，在现代法律的体系中，民事特别法是指适用于特定领域的法律，如商法、海商法、金融法、劳动法、知识产权法等。

一般说来，民事特别法是民法在特定领域的延伸，即民法制度的具体化、技术化。例如，公司法是法人制度的延伸，破产法是债务清偿制度的延伸。民事特别法遵循民法的基

〔1〕〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第9页。

本原则，同时也根据特定领域的需要，对民法的某些规则加以补充或变通。因此，在法律适用上，当特别法的规定与民法的规定不一致时，应当优先适用特别法，这就是“特别法优先于普通法”的原则。

在现代，民事特别法往往呈现跨部门综合调整的趋势。为了解决特定的问题和实现特定的目标，运用多种法律部门的制度资源和调整手段是必要的。例如，在破产法中，不仅有关于债权行使、所有权保护、担保权实现、公司人格变动和行为能力限制等属于民法和商法范畴的规范，而且有关于案件申请和受理、财产保全、债权人会议决议、法院裁定等一系列的程序性规范。在公司法、证券法中，除了调整平等主体交易关系的民事、商事规范外，还存在着以维护市场秩序为目的的政府监管措施，这些措施一般被看作是经济行政法的范畴。

四、强制法与任意法

民法以私法自治为原则，承认当事人自主决定其权利义务关系。另一方面，为维护公序良俗、保障交易安全和保护公共利益，有时也需要对当事人自主决定的空间加以限制。因此，民法规范有强制法与任意法的区分。

强制法是指不允许当事人以自己的意思加以排除或变更的法律规定（强制性规定）。如我国《民法通则》关于诉讼时效期间的规定，《婚姻法》关于结婚年龄的规定和禁止近亲结婚的规定，都属于强行法的范畴。在民法上，违反强制法的行为属于无效行为。无效行为不发生行为人预期的法律效果，并可能引起一定的法律责任。

任意法是指允许当事人以自己的意思加以排除或变更的法律规定（任意性规定），以及法律明文规定可以由当事人自行决定的事项（任意事项）。

任意性规定是当事人未作另外约定时才适用的法律规定。这种规定在合同法中比较常见。这些规定的意义，首先在于补救合同的不足。当事人在订立合同时，往往不可能对所有的事项作出详尽的约定。如果事后发生争议，又不能协商解决，就需要从法律中找到解决方案。例如，我国《合同法》第61、62条规定，合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，如果不能达成补充协议，又不能依合同有关条款或者交易习惯确定，则依照法律的规定加以确定。其次，任意性规定对当事人具有一般的指导作用。因为，这些规定反映了交易中的惯常做法和法律承认的行为方式，对一般当事人来说，如果没有特殊需要，直接适用这些规定是最简便、最可靠的办法。例如，我国《合同法》第34条第2款规定：“采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。”在这种情况下，只要当事人未另行约定，其合同成立地即为法律规定的地点。

任意事项是法律对当事人自主决定的效力的直接承认。法律规定任意事项的意义在于事先明确当事人意思自治的范围和行为的法律效果，以便他们选择适当的行为方式。例如，我国《合同法》第45、46条规定当事人对合同效力可以约定附条件、附期限，同时明确规定了不同的条件和期限的法律效果。这样，当事人就可以利用附条件、附期限的手段来满足其交易中的特殊需要。

根据私法自治的原则，法律无明文规定的事项，只要不违反法律秩序，都属于广义的任意事项。但是，法无明文的事项不属于任意法的范畴。民法学讨论强制法与任意法的区分，其意义在于确定当事人在不同性质的法律规定面前享有的意思自治空间，以平衡个体自由与团体秩序的需求。

五、成文法与不成文法

成文法,又叫制定法,是指具有立法权力的国家机关按照一定程序制定的,具备规范性文件形式的法。与成文法相对,不成文法是以立法以外的方式形成的法,如习惯法和判例法。

一般认为,近代民法为成文法,民法法系也通常被称作成文法系。但是,这种认识不应导致对习惯和判例的排斥。在现代,交易习惯和司法实践往往是法律改革和制度创新的重要源泉。相比之下,成文法在适应社会生活的变异性和差异性方面,存在着一定的局限性。成文法的特点是根据人们对已有法律现象的认识,通过概括性描述来建立普遍的法律规则,进而以演绎推理式的法律适用来保持稳定的法律秩序。这种方法往往导致对个别案件中特殊因素的忽略,从而难免使个别案件中的公平正义成为法律稳定性的牺牲品。而且,成文法具有滞后性,并受制于复杂的立法程序,难以及时反映社会生活的发展变化。因此,民法应当在成文法之外,给习惯和判例的规范作用留出一定的空间。

习惯是在社会一定范围内经过长期社会实践而形成的并为人们共同信守的行为规范。业已存在的习惯,以某种形式获得普遍的法律效力,为习惯法。在近代民法形成以前,习惯法是重要的民事法律渊源。中世纪后期的习惯法汇编曾为近代的民法编纂奠定了重要基础。自近代民法以来,习惯法虽已消失,但民事习惯依然存在。在现代民法中,习惯的意义主要有:①习惯是制定成文法的资料。制定民法,应当充分了解社会中的民事习惯并尽可能地将它们吸收到法律中来。社会发展中的交易创新,是法律进步的源泉。②习惯是成文法的补充。在法无明文时,习惯可以成为裁判依据。例如,《瑞士民法典》第1条规定,民法典无相应规定时,以业已确定的惯例为补充。日本和我国台湾地区也有类似规定。我国的《海商法》、《票据法》规定了国际惯例的补充适用效力。③交易习惯在商事法上有直接的约束力。《国际商事合同通则》第1.8条规定,当事人各方应受其业已同意的任何惯例的约束;在特定的有关贸易中的合同当事人应受国际贸易中广泛知悉并惯常遵守的惯例的约束。我国《合同法》也承认“交易习惯”为确定承诺方式(第22条)、承诺生效(第26条)、合同履行(第60、61条)、后合同义务(第92条)、合同解释(第125条)、出卖人交付义务(第136条)、客运合同成立(第293条)、保管物交付(第368条)等的依据之一。我国《海商法》在有关承运人责任的规定中也承认习惯或惯例的规范效力(第49、53条)。

判例是对后来司法裁判具有先例效用的先前判决。在英美法系,判例直接构成法律渊源,并且是司法裁判的主要依据。这就是所谓“法官造法”和“遵从先例”的判例法传统。所谓判例法,指的不是一个个的具体判决,而是由这些判决所确立的法律原则和规则的总和。大陆法系不承认法官造法,但承认判例具有解释法律的作用,因而先前的判决可以成为法官判案时的辅助性依据。在大陆法系国家,下级法院即使单单为了避免其判决被上级法院推翻也不能不认真考虑上级法院以前在相同或类似案件中作出的判决。另外,律师和当事人也力图通过判例来预测其诉讼案件的前景。因此,不论在理论上是否承认判例为法律渊源,实践中判例的拘束力是存在的。

判例中的原则和规则,不是用法条的形式表述的。因此,发现和阐述这些原则和规则实际上就成了一种凭借法理和法学方法的认知过程。这种认知过程的参与者,不仅有法官,而且有学者和律师。在英美法系国家,卷帙浩繁的法律报告和法律重述,对判例法的发展起到了重要的作用。在大陆法系国家,判例的研究往往与成文法的研究结合在一起。

第二节 民法的沿革

民法的历史渊源可以追溯到罗马法。从罗马建国时算起,民法已经有2700多年的历史。在这漫长的历程中,有一些重要的片段是值得驻足观看的。这就是《优士丁尼法典》、罗马法复兴、《法国民法典》、《德国民法典》、普通法的演进和20世纪以来的民法变革。当然,中国民法的沿革也值得我们特别关注。

一、《优士丁尼法典》

罗马法经历了王政时期、共和时期和帝国时期,至公元527年优士丁尼皇帝执政时,已走过1300多年的历程,积累了丰富的成果。其中最重要的有两部分:一是*ius*,即历代法学家特别是公元2~3世纪的著名法学家们的著述;二是*leges*,即公元2世纪以来历代皇帝颁布的立法。

公元528~565年,优士丁尼任命的法典编纂委员会经过37年的努力,完成了被后世称为《优士丁尼民法大全》的鸿篇巨制。它包括四大作品:①《优士丁尼法典》(一译《敕令典》),这是删除过时和矛盾的内容后整理加工而成的帝国立法汇集;②《学说汇纂》,这是历代法学家的著述摘编,具有法律效力;③《法学阶梯》,这是一部法律教科书,也具有法律效力;④《优士丁尼新律》,这是在以上编纂完成后优士丁尼陆续颁布的新法令的汇集。

从中世纪到文艺复兴时期,以《优士丁尼民法大全》为代表的罗马法成为所有拉丁民族和日耳曼民族的共同法,直至近代民法典的兴起。此后,它的精神和知识融入后世民法,依旧生生不息。罗马法是万世不朽之法。

彼德罗·彭梵得是现代欧洲最伟大的罗马法学家之一。他在《罗马法教科书》中指出:“今天,罗马法真正的不朽价值在于解释新法典方面仍具有的重要意义,在于罗马法学家技艺的完美无瑕,在于它是唯一能让人追溯其一千多年的历史发展,因而为我们研究法律沿革的有机规律提供了最佳园地的法学。”

二、罗马法复兴

公元4世纪起,罗马帝国因来自北方的蛮族入侵而走向衰落。优士丁尼曾力图实现帝国的中兴——民法大全即是其中的一大杰作,但种种历史原因终于导致了罗马帝国的覆亡。

日耳曼征服者建立的王国并没有消灭罗马法,他们实行法律属人原则,允许罗马人适用自己的法律。当然,罗马法昔日的大一统盛景消失了,代之而起的是分散的地方习惯法。不过,在中世纪的一些日耳曼王国制定的法典中,还多少能够看到罗马法的影响。

在中世纪,罗马法的遗产一直受到教会法的保护。教会法在伦理观念上曾对《优士丁尼民法大全》有过重要的影响。在以后的历史中,教会法不仅对民法的各个部门保持着强大的影响,而且在保存、整理以及应用罗马法方面也发挥了重要作用。当然,罗马法反过来也影响着教会法的发展。教会法与罗马法、日耳曼习惯法一起,构成了近代民法法系的三大渊源。

公元11世纪,在经历了漫长的黑暗时期以后,文明的曙光在欧洲大陆再次出现。随着和平的恢复和经济、文化的复苏,罗马法复兴运动开始了。1187年,意大利创办了波罗尼

亚大学，将法律列为四大科目之一。法律课程讲授的是罗马法，所依据的教材是《学说汇纂》。不久，传授罗马法的大学课程便风靡欧洲大陆。学生毕业后从事法律职业，总是力图将他们在大学里学来的法律运用于实践，于是就形成一种不断增长的力量，推动着罗马法思想的复兴，并使它在实践中重新获得法律的尊严。

波罗尼亚的法学家对罗马法复兴有两大杰出贡献。首先，他们把法律作为一门科学，作为一个包含各项原则的系统的知识体系，而不是执政者手中的工具。其次，他们采用从语法、修辞到逻辑的注释方法，尽可能地对罗马法作出纯正、清晰和完整的说明。进而，后期的注释法学派适应社会的发展变化，特别是秉持实现法律统一的目标，对罗马法做了进一步的总结、改造和创新，为近代民法的创建奠定了学术基础。

三、《法国民法典》

在中世纪，罗马法在法国南部的成文法区一直保持着坚实的阵地。11~12世纪，法国南部的罗马法注释者也取得了令人瞩目的成就。而在法国中部和北部的日耳曼习惯法区，罗马法只能艰难地渐渐渗透。但是，到了15世纪，将习惯法成文化的编纂运动轰轰烈烈地开展起来，原先的大约300种习惯法被集中到大约60种成文的习惯法之中，其中最具代表性的是1670年的《巴黎习惯法》。习惯法的删繁就简和整理编排，在很大程度上为后来的法典编纂打下了基础。

在法国，法律统一长期以来一直是社会改革家们的强烈诉求。法国大革命后的1792年，新生的共和国通过了指导法律编纂的立法。但是，直到1804年，在拿破仑以铁腕建立了国内安定并镇服了外部敌人以后，新法典才宣告诞生。

起草民法典的任务主要由一个四人委员会担任。委员会只用了4个月就完成了实际起草工作。他们对法国法律进行了提炼：现存的法国法律在他们心目中，乃是罗马法、习惯法和新近的大革命立法诸种成分结合而成的混合体。他们的最终目标是要创立一个法典，把分散的现行法律中的罗马法和习惯法熔于一炉。他们创立民法典的任务是，从私法最基本而又经久不变的成分中提取精华，以便公民在日常生活中的基本权利和义务得到明确规定。为了使这些固有成分在生机勃勃的社会生活中发挥作用，民法典要根据与大革命的成果相适应、又为欧洲文明所接受的基本价值观，建立一个自我完善的体系。

《法国民法典》在世界范围内广泛传播，成为许多国家法制现代化的蓝本。这部法典具有强烈的时代性，反映了19世纪的欧洲自由主义思潮和资本主义发展需要。另一方面，这部法典又具有超越时代的性质，反映了自罗马法以来的文明发展成果和人类共同理想。文字优美、条文简明和注重实际的特长也赋予法典以独特的魅力。但是，由于时间仓促和起草者倾向保守，法典也存在着结构较粗糙、缺乏制度创新等不足。

四、《德国民法典》

德国尽管属于日耳曼习惯法地区，但早在12世纪就已经开始传播注释法学派的学说。13世纪以后，学者传授的罗马法被承认为可以补充地方法律的第二法源。到15世纪，帝国最高法院的法官中法学家已占了一半。在16~18世纪，德国学者掀起“罗马法现代化”运动。学者们在自然法或理性法的名义下，试图按照概念和原则的逻辑关系和发展顺序来展示法律素材。他们认为，法学的任务不仅是澄清中世纪法学家重新发掘和改造的罗马法，而且还在于运用一套逻辑和系统的方法表述法律，并使法律论证脱离演绎法律格言的窠臼。理性法思想成为法典化运动的先声。1756年，巴伐利亚颁布了一部民法典。1794年，《普鲁士法典》问世。

1815年，德国在摆脱拿破仑占领以后，爆发了一场有关民法典的争论。蒂博特主张以