

“十三五”国家重点出版物出版规划项目


◎ 杨立新 著

# 中国民法总则 研究

中国当代法学家文库

杨立新法学研究系列

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

 中国人民大学出版社

# 版权信息

COPYRIGHT

书名：中国民法总则研究

作者：杨立新

出版社：中国人民大学出版社

出版时间：2017年10月

ISBN：9787300245898

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

历时两年，作为立法专家深度参加制定的《中华人民共和国民法总则》，终于走完了所有的立法程序，于2017年3月15日通过了全国人民代表大会会议的表决程序，成为我国的正式法律，完成了民法典的开篇之作。就在这部法律通过之时，我深深地舒了一口气，欣喜地捧着《民法总则》，展望我国民法典编纂的未来。向后看，是制定《民法总则》的一个一个脚印；向前看，在2020年我国将有一部属于我们自己的、具有中国特色的民法典。

《民法总则》立法完成后，我们面临的是双重任务：一是继续努力，完成民法典分则的立法任务；二是学习、解读和宣传《民法总则》，让这部法律的基本精神深入人心，并且为专业人士提供准确理解法律的学术作品。在后者，除了撰写专业论文、出版普及读物之外，就是要研究《民法总则》的学术基础问题，展现其立法和理论的体系。本书就是我在研究民法总则理论和实践的基础上，进一步研究《民法总则》的规定，探索我国《民法总则》学术思想和理论体系的一部专著。

民法博大精深，《民法总则》同样博大精深。它紧扣时代脉搏，体现当代法治精神，对我国《民法通则》规定的民法基本原则和基本规则进行了全面改革，构建了我国当代民法基本原则和民法基本规则的基本框架，也为民法典分则各编的规定提供了科学的依据。在《民法总则》刚刚通过之时，进行全面的理论分析和研究，显然还不是最好的时机。

不过，这项工作总是要做的，并且总要有有人提出靶子，供讨论、批评，借以推动民法总则理论研究的发展，同时也给民法的教学和研究提供资料。

对《民法总则》的理论和实务的研究还刚刚开始，特别是三年后在民法典编纂完成后，还要进行整体的、统合的研究。积极努力，继续深入研究，把具有中国特色的民法立法以及民法理论体系展现出来，推向世界，是我们的责任。

因此，我不揣冒昧，抓紧完成了这部书稿，交付出版，以备教学和研究之急需。对于其中存在的问题，恭请专家学者以及广大读者批评指正。

天津大学法学院卓越教授  
中国人民大学民商事法律科学研究中心主任  
中国人民大学法学院教授  
龙图法律研究院名誉院长  
杨立新

2017年4月20日

## 作者经历

现任

天津大学法学院卓越教授

教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

中国人民大学法学院教授

全国人民代表大会常务委员会法律工作委员会立法专家委员会立法专家顾问

最高人民检察院专家咨询委员会专家咨询委员

最高人民法院案例指导工作专家委员会委员

国家卫生和计划生育委员会公共政策专家咨询委员会专家委员

中央“五五”普法国家中高级干部学法讲师团成员

中国大百科全书第三版法学卷民法学分卷主编

中国民法学研究会副会长

中国婚姻法研究会常务理事

北京市消费者权益保护法学会名誉会长

世界侵权法学会亚洲区执委

东亚侵权法学会理事长

曾任

最高人民检察院检察委员会委员、民事行政检察厅厅长、检察员

最高人民法院民事审判庭审判员、审判组长

吉林省通化市中级人民法院常务副院长、副庭长、审判员

烟台大学法学院副教授

荣誉

国务院政府特殊津贴享受者

北京市师德标兵

吉林省劳动模范

吉林省振兴中华一等功荣立者

# 上卷

## 导论

# 民法总则概述

### 第一节 民法概述

2017年3月15日，第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》<sup>[1]</sup>，这标志着我国编纂民法典两步走计划完成了第一步。《民法总则》自2017年10月1日起开始实施。届时，中国当代社会将告别《中华人民共和国民法通则》<sup>[2]</sup>的年代，走向民法典的时代。本书研究民法总则，即以《民法总则》为蓝本，全面讨论和研究民法总则的民法法理和司法实践问题。在本书的“导论”中，先研究有关民法的基本问题。

#### 一、民法的概念和特征

##### （一）民法概念的语源

民法这一概念源于古罗马法的市民法（*ius civile*），它与万民法（*ius gentium*）相对应。英语将其转译为*civil law*。学者一般认为，在后世，万民法成为国际法的语源，市民法则成为民法的语源，因为在罗马法，市民法是对罗马市民适用的法律的总称，是与万民法相对应的概念。在查士丁尼制定《民法大全》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相互融合。自中世纪以来，市民法一词成为罗马法的总称，西方学者称之为私法，曾经与教会法相对应。在法国大革命之后，市民被理解为公民，因而民法被认为是适用于全体人民的



法律。<sup>[3]</sup>

据考，中国古代语源存在民法一词，可见《尚书·孔氏传》，是指商汤时咎单所著一部著作《明居民法》，即说明居民之法，也就是民法规范。<sup>[4]</sup> 私法意义上的民法一词出现在近代日本新旧法律体系交替之时的明治时代，从法语“droit civil”或者荷兰语“Burgerlyk Regt”翻译而来，将其称为民法，自此亚洲引进了民法的概念。<sup>[5]</sup> 我国最早使用中文民法概念的是20世纪初叶南洋公学译书馆翻译的《日本法规大全》，该书将第三类法规译为“民法”。光绪三十二年（1906年）修订法律馆参照南洋公学译本，对系统化的私法法典中的“私法”也采用了“民法”的概念。清末修律变法，借鉴日本民法的概念，并与中国历代律令的称谓合用，起草了《大清民律草案》，使用了“民律”概念。1929年中华民国国民政府起草《中华民国民法·总则篇》，在法律中正式使用“民法”概念，直至今日。

## （二）民法概念的含义

法律为社会生活之规范，民法为法律之一种，故亦为一种规定社会生活之规范。<sup>[6]</sup> 民法概念可以分为形式意义的民法和实质意义的民法。

### 1.形式意义的民法

形式意义的民法就是指民法典。民法典是按照一定的体系结构将各种基本的民事法律制度加以系统编纂，从而形成的规范性法律文件。其最基本的特点就是体系化和系统化，体现了民法的形式理性的要求，使其成为民事法律规范中的最高形式。由于民法典是对基本民事法律制度的规定，内容是普遍适用的基本民事法律规范，因而，“不管在哪里，民法典都往往被当作整个法律制度的核心”，在法国，民法典则被认为

是“法律的真正心脏”<sup>[7]</sup>。从另一个意义上说，形式意义上的民法即民法典也是民法的普通法。对此，本书下文还要专门进行讨论。

在我国，形式意义的民法是指2009年《侵权责任法》生效之后，由民法单行法形成的松散民法，但是没有严格意义上的民法典。2014年10月28日，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》发布，将编纂民法典作为加强依法治国的重要任务之一，因此，立法机关制订了五年完成编纂民法典任务的计划。这是建设市场经济法律体系的关键环节，期待在2020年完成编纂民法典的任务后，建立严格的形式意义的民法。

## 2.实质意义的民法

实质意义的民法，是指所有调整民事法律关系的法律规范的总称，它包括民法典和其他民事法律规范<sup>[8]</sup>，不仅包括成文的民法典，还包括一切具有民法性质的法律、法规以及判例法、习惯法。<sup>[9]</sup>

在我国，实质意义的民法具有特别的意义。这不仅是因为我国民法性质的法律法规丰富，更重要的是我国目前还没有完成民法典的编纂任务，除了《民法总则》之外，还有《婚姻法》《收养法》《继承法》《合同法》《担保法》《物权法》《侵权责任法》等一系列民法单行法，还没有被编纂为统一的民法典，因而实质意义的民法概念具有更为重要的意义。

### （三）我国民法的概念

在立法上，只有《奥地利普通民法典》和《巴西民法典》等对民法的概念作出了界定，例如《奥地利普通民法典》第1条规定：“民法为规定人民私权利义务之法典。”《巴西民法典》第1条规定：“本法典为规定私的权利义务，即人、物及其关系之法典。”其他国家的民法典对此

均无明文规定。民法概念的界定，均由学者作出概括。

我国《民法总则》沿袭《民法通则》第2条规定，从调整对象的角度对民法概念下了定义，即：“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。”这一规定与《民法通则》第2条规定基本相同，只是列举的民事主体增加了非法人组织，将公民改为自然人。依照这一规定界定民法概念，即民法是指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称。

## 二、民法的性质和本位

### （一）民法的性质

#### 1.民法是私法

公法和私法是历史上对法律性质的基本划分。调整公的行为即国家行为的法律是公法，是规制国家组织及国家主权行为的规范<sup>[10]</sup>；调整私的行为即个体行为的法律是私法，即所有规律人类彼此之间法律关系的规范，其确认人类彼此间有哪些自由、权利、义务和风险。<sup>[11]</sup>

改革开放之前，我国法学界按照苏联法学理论的做法，否认公法、私法的划分，认为调整计划经济关系的民法也属于公法性质的法律，因而在社会主义法律中不存在私法的概念。这种观点不能正确界定部门法律的性质，混淆了公法和私法的界限，也与世界各国法律划分的标准不相协调。经过拨乱反正，恢复了对公法、私法基本性质划分的做法，确立了民法为私法的观念，认为中国现行的经济体制是市场经济，在经济活动中主要是依靠经济规律来调整商品生产者和经营者以及个人的活动；国家对市场经济的干预，对个体行为的干预，都是通过事前规范行为标准的方式，即事前调整的方式进行的，事后调整不是主要的调整方式；商品经营者和生产者以及个体在市场经济中，还是依照自己的意志依

法进行民事活动，因而民法的性质仍然是私法而不是公法。

## 2.民法是人法

民法对社会关系的调整，是通过调整人的行为的方式进行的，因此，民法以人为本，把人作为自己的基本出发点，规定自然人、法人和非法人组织的根本地位，确定合理的人性观点，依公平、正义的观念来规范人的行为，建立和谐的人际社会。在国家法律体系中，其他法律也都涉及人的问题，例如刑法、行政法是把人作为管理的相对人，涉及的法律后果是把人作为制裁、惩罚的对象，虽然说对犯罪人和违法行为人的惩罚、制裁也是为了保护更多人的权利和利益，但更重要的还是对社会秩序的调整。而民法的基本内容就是对人的关系的调整，规定人的法律地位，规定人的法律人格，规定人对市民社会利益的支配，以及对人的权利和利益的保护。这些都是把人作为市民社会的中心，人是市民社会的主宰者，一切都是以人为中心进行规范的。因此，民法就是人法。

## 3.民法是权利法

民法的基本内容是规定民事主体的民事权利，规定民事权利行使的规则，规定对民事权利的保护。《民法总则》开宗明义，第1条就规定其立法宗旨是“保护民事主体的合法权益”，因而整部民法就是一部民事权利法，是一部以权利为中心的法律。

民法之所以是一部民事权利法，就在于整部法律的内容基本上是授权性法律规范，授予民事主体以人格权、身份权、物权、债权、继承权、知识产权、股权等权利，并鼓励民事主体行使自己的权利，当自己的权利受到损害时敢于依法寻求保护。因而，民法与主要是禁止性法律规范的刑法形成鲜明的对比。

## 4.民法具有行为规范和裁判规范双重属性

行为规范是指作为人民行为的准则，裁判规范并非作为人民行为的准则而是作为法院裁判案件的准则。<sup>[12]</sup>有些法律仅仅是裁判规则或者行为规则，例如刑法仅仅是裁判规则而不是行为规则，道路交通规则仅仅是行为规则而不是裁判规则。而民法作为市民社会的行为准则，以不特定的人为规范对象，性质当然属于行为规范。但是，民法这种行为规范是以国家强制力作为保障，违反该行为规则，诉请法院裁判纠纷，法官当然要以民法规定作为裁判的基准，故民法又是裁判规则。正因为如此，民法具有行为规范和裁判规范的双重属性。

## （二）民法的本位

### 1.民法本位的含义和发展

民法的本位，是指民法的基本观念、基本目的和基本任务。在民法的发展历史上，民法本位的变化可以分为三个时期：

#### （1）义务本位时期

民法的义务本位时期始于罗马法，终于中世纪。在这个时期，人与人的关系局限于家族和家庭，各成员均有其特定身份，而整个社会秩序就是以此身份地位关系为基础，个人没有独立的地位，也不能有独立的思想表达。这种以身份关系为基础的市民社会的民法，就是民法的义务本位。其基本特点在于，民法的构建以义务为法律的中心，其立法本旨在于规定禁止性规范和义务性规范，通常刑民不分，法律更强调其强制性，其目的在于对人的地位的确认，不承认私的自治，不是将各种各样的法律关系形成委之于个人的自由意思，而是对不同身份的人规定不同的义务，维护社会的身份秩序。

#### （2）权利本位时期

民法的权利本位时期存在于中世纪以后，从16世纪开始，成熟于19

世纪。这个时期的民智渐开，社会进步，家族日渐解体，个人成为政治经济社会各方面的独立主体，立于平等的地位，法律关系的发生均以个人的意思为归依，实现了从身份到契约的转变。因此，民法从义务本位改变为权利本位，实现了民法本位的根本变革。因此，权利本位观念是资本主义上升时期的自由主义法律思想和自由放任经济制度的产物，对于保护个人财产权，鼓励自由竞争，促进市场经济发展，具有重要作用。

权利本位通行契约观念，而契约必须包含两个基本观念，就是自由和平等。民事主体的地位必须平等，否则一方在下，一方在上，绝对不是平等，而是服从和命令，不能成立契约。契约为两个意思趋于一致的行为，意思不可能不自由，也不可能被动作出。契约只有其主体在平等的地位而自由表达意志才能够达成，才能够发生义务。因此，在权利本位，以往的强制义务变为统一的义务，义务观念大减，而以往的绝对义务变成为权利的内容，权利观念大张。法律的基本任务，是使人尽其义务而转向保护其权利，为使权利的实现才有义务的履行。这就是权利本位的法律。因此，个人权利的保护成为法律的最高使命，权利成为法律的中心观念。在这一时期，权利本位的集中体现，就是近代民法的三大原则，即契约自由原则、所有权绝对原则和过错责任原则。

### （3）社会本位时期

自20世纪初期开始，民法进入社会本位时期。在这个时期，资本主义逐渐进入垄断阶段，市场经济的发展形成了各种严重的社会问题，诸如劳资对立、贫富悬殊等，都与民法的三大原则有关。因此，进入20世纪之后，民法观念为之一变，由极端尊重个人自由变为重视社会公共福利，对三大原则有所修正，出现了最低工资规定、最高工时限制、消费

者权利保护等立法新潮，形成了社会本位的立法思想。主要表现在：第一，对契约自由的限制，表现在对缔结契约加以公法的监督，注重保护经济上的弱者；第二，所有权绝对原则的限制，规定权利滥用的禁止，所有权行使亦应遵守诚实信用原则；第三，无过错责任原则的采用，对高度危险、产品责任、环境污染和动物损害等侵权案件等实行无过错责任原则。

社会本位并不是对权利本位的否定，而是对极端权利本位进行的修正，同时，它也不是义务本位的复活。在社会本位，权利观念和权利保护仍然是民法的最大任务，法律只是矫正19世纪立法过于强调个人和权利而忽略社会利益的偏颇，并没有脱离个人及权利观念，仅仅是在个人与社会、权利与义务之间谋求平衡。

## 2.我国民法的本位

我国古代民法崇尚宗法和身份，轻视权利，义务本位思想传统极为深厚。近代以来，直至《大清民律草案》《民国民律草案》的起草和《中华民国民法》的正式颁行，才初步建立了权利本位的观念。在社会主义建设初期，封建传统思想残余存在，加上“左”的思想影响，片面强调国家、社会利益，在法律思想上表现为彻底的、极端的社会本位，否定个人利益、个人意志和个人权利。其极端表现，就是“反右”运动和“文化大革命”。改革开放之后，党和国家进行思想上的拨乱反正，在法律上确认权利本位，具有更重要的意义。因此，《民法通则》确定民事立法以民事权利及其保护为中心，通篇体现了民事权利主体、民事权利取得、民事权利种类和民事权利保护的权本位思想。同时，《民法通则》也体现了社会本位思想，例如公平原则、诚信原则、公序良俗原则、禁止权利滥用原则、无过错责任原则等。《民法总则》继承了《民法通



则》的上述优点，并继续发扬光大。故我国民法的本位是，突出权利本位，兼采社会本位，以权利本位为主，社会本位为辅的立法思想。

### 三、民法的历史发展

#### （一）罗马法

罗马法是罗马奴隶制国家整个历史时期的法律的总称<sup>[13]</sup>，通常是指罗马起源时起至查士丁尼止的罗马法律，由于罗马法最有影响的是其私法，因而，在通常意义上所称罗马法是指罗马法的私法。

罗马法尽管产生在奴隶制社会，但是由于在自然经济中发展起来的简单商品经济得到了充分的发展，因而它的私法在调整私人财产关系中也得到了最充分的发展，形成了那个时期最完善的私法。罗马人以其实际的天才，在实证法的领域上获得无比的成就，其精致的理论对于相隔两千年之久的现代实证法，仍有决定的影响<sup>[14]</sup>，因此直至今天，罗马法的制度还在发挥着影响。

罗马法分为三部分：一是人法，二是物法，三是诉讼法，分别调整罗马市民的人身关系、财产关系以及市民之间的诉讼关系。

在人法，罗马法基于个人主义思想，个人系法律的出发点，个人利益是私法保护的中心。最重要的是创造了抽象的人格法律制度，以人格作为民事主体的基本资格，享有的人格不同，人的法律地位也就不同。同时，罗马法也创设了完整的身份权法律制度，规定了亲属之间的身份地位和权利义务关系，配偶、婚生子女、非婚生子女等概念的创造，直至今天仍在发挥着影响。在继承法领域，遗嘱继承、胎儿的继承权保护等，都是极为重要的法律制度。

在财产法，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，确认和保护私有财产的权利，确认私有者有权处分其私有财产、自



由交换其财产、自由签订合同的权利，鼓励进行交易，创造了一系列民法的基本概念和基本规则，反映了社会商品经济发展的正常要求。因此，罗马法对“简单商品占有者的一切本质的法的关系（如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等等）所作的无比明确的规定”，使它成为“商品生产者社会的第一个世界性法律”<sup>[15]</sup>。

在诉讼法，罗马法对实体法和程序法进行区分，甚至更为重视程序法，是当代社会法律所没有采纳的。

罗马法存在诸多在今天被认为是有问题的问题，例如：一是强调人格的不平等，将自然人的人格分为自权人和他权人，甚至奴隶不被认为是人而是财产。二是过于强调身份的支配关系和家父权的作用，家子受制于家父的强权支配。三是过于强调法律关系的形式而忽略法律关系的实质，甚至宣称形式是法律的天堂。但是，这些问题都不能掩盖罗马法的光辉，罗马法提出的平等原则、物权法中的无主物先占取得制度、后手权利不得大于前手的原则，契约法上的意思自由原则，侵权法中的损害赔偿原则，继承法中的保护胎儿的继承权、子女继承份额平等原则、清偿被继承人债务以遗产范围为限的原则，以及亲属法中婚生子女推定的原则等，都在世界各国的民法中发挥了巨大的影响，并且一直在发挥着重要作用。

## （二）日尔曼法

日尔曼法是指公元5世纪至9世纪西欧早期封建制时期适用于日尔曼人的法律。日尔曼法是在日尔曼部族侵入西罗马帝国建立蛮族国家的过程中，在罗马法和正在形成的基督教教会法的影响下，由原有氏族部落习惯逐渐发展而成的法律。就地区范围而言，凡是古代日尔曼人所建立的国家的法律都属于日尔曼法。<sup>[16]</sup>日尔曼法主要是习惯法，并且没有

区分公法和私法，也没有区分公权和私权。

日尔曼法在世界上的影响与罗马法一样，也是强大的，很多规则与罗马法相同。与罗马法的最大区别在于，日尔曼法更强调团体主义，保护的主体是团体，诸如家庭、氏族、公社等。个人利益应当服从于团体利益；人们之间的关系在法律上是由他们的身份决定的，而不能凭个人的意志加以改变；日尔曼法更侧重的是以具体的生活关系为依据，注重调整支配与义务拘束的关系。因此，后世将日尔曼法称为团体本位。于罗马法的个人主义法律思想言之，日尔曼的法律思想实属超个人主义的，两者恰成鲜明的对比。<sup>[17]</sup>

在具体制度上，日尔曼法创设的团体概念、物权中的总有权概念，注重于对物的利用而不是支配观念，在交易中强调以手护手原则<sup>[18]</sup>等，都对后世民法产生了重大影响。

### （三）近现代民法

#### 1. 近代民法

近代民法是指经过17世纪和18世纪的发展，在19世纪欧洲各国编纂民法典而获得定型化的一整套民法概念、民法原则、民法制度、民法理论和民法思想的体系。

这个时期民法的主要特点是：第一，确认抽象的人格平等原则，民法从身份的法、等级的法逐渐发展到平等的法、财产的法，独立的个人只服从于国家，不再依附于各种领主和封臣，人与人之间的关系完全按照契约设定，实现的是人格的形式平等。第二，开始形成私法自治观念，形成了私法和公法的基本概念和分野，国家主要是保护个人的意思自由和个人的权利不受侵害，而私法关系的产生、变更和消灭由个人的意志决定，不受国家权力的干预。第三，产生了民法的三大原则，即契约

自由原则、所有权绝对原则和过错责任原则，这以《法国民法典》的诞生为代表。第四，注重形式理性和形式正义，前者体现在法典化的趋势，以至于形成了最有代表性的《法国民法典》；后者表现在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。

## 2.现代民法

现代民法的起始时期在19世纪末至20世纪。在这一时期，资本主义由自由资本主义向垄断资本主义发展，国家对经济生活加强干预，生产力迅速发展，科技发展取得巨大进步，大公司和大企业不断兴起。为了适应这种新的经济形势，现代民法发生了很大变化，以适应这种变革。不过，现代民法并没有发生根本性的变化，与近代民法没有本质的区别，是对近代民法的原理、原则进行修正和发展的结果。<sup>[19]</sup>

在这个时期，民法的主要特点是：第一，强调人格的实质平等，重视人格权的法律保护。尤其是经过两次世界大战之后，人权观念普及，现代民法越来越重视人格权概念，尊重和保护人格尊严和人格自由、人格平等，实行男女平等，创造了严密的人格权体系和保护方法。第二，民法的社会化功能大大增强，在民法典和民法单行法中确立了公共福利原则、诚实信用原则、禁止权利滥用原则等，在私权之上加上了新的社会性规定，对所有权进行适当限制，对契约自由进行适当限制，从单一的过错责任原则向多元归责原则发展，都体现了这些民法社会化的功能。第三，加强对实质正义的维护，随着市场经济的高度发展和社会结构的巨大变化，贫富差别日益突出，形式平等已经无法实现社会正义，因此，民法从注重对形式正义的维护转向维护实质正义，对劳动合同、集体合同、格式条款进行干预，加强对劳动者和消费者的权利保护。第四

，民法商法化和交易规则一体化。前者不仅仅是指民法和商法的趋同，更重要的是商法的一些原则和精神被民法所采用。后者是指近几十年来，经济全球化和世界市场的形成，对民法产生了巨大的影响，作为交易共同规则的合同法以及票据法、保险法等日益国际化，产生了相对统一的合同法运动。同时，20世纪末期出现的计算机技术、网络通信技术和电子技术的发展，对民法提出了更多的挑战，促使民法作出更多的改变，以更好地保护人的权利。因此，21世纪的民法将成为更为开放、更富有进取精神的法律。

#### 四、民法与其他相邻法律的关系

##### （一）民法与商法

##### 1.民商合一与民商分立

商法是调整商事主体商事行为的法律。近代商法是在11世纪前后随着欧洲商业的兴起而发展起来的，根据商人在商事活动中的自治规约和处理商人纠纷的习惯基础上逐渐形成。13世纪就出现了商事法庭判决商事案件的案例汇编。1673年，法国颁布了第一部商事法，即《陆上商事条例》。19世纪，商法开始在大多数国家作为一个独立的法律部门出现，并且开始法典化。

在现代，对于商法与民法的关系存在两种不同的主张。一种主张是民商合一，认为商法是民法的特别法，是民法的组成部分，民法实际上就是民商法。这种主张的基本观点是认为国家无须制定一部专门的商法典，可以将民事生活和整个市场所适用的共同规则和共同制度都规定在民法典中，而将适用于局部市场或者个别市场的规则规定为各个民事特别法。另一种主张是民商分立，认为商法是独立的基本法，有自己的发展历史和独特内容，适用于独特的商人社会阶层，尽管商法和民法都是

调整商品关系的法律，都是私法，但是商法具有独立的地位，是独立于民法之外的法律。在世界范围内，成文法国家既有承认民商分立的，也有承认民商合一的。在以前，民商合一是主流；在现代，则民商分立渐成趋势。

## 2.我国民法的立场

我国目前采民商合一制，民法分为两个体系，一个是民法法典，二是特别民法，包括商事法等民法特别立法。<sup>[20]</sup>但在理论上，既有主张民商合一的，也有主张民商分立的。目前，不能将民法和商法截然分开，理由是：第一，商法独立于民法主要是历史形成的，并非基于科学的理论研究的结果；第二，商法独立于民法的经济原因是由于中世纪存在商人这一个独特的社会阶层，以及商人协会组织对商事纠纷的管辖权力，在现代社会，这个阶层已经不复存在，商法已经失去了独立存在的经济基础；第三，民商合一适应了市场经济发展的需要，反映了社会化大生产的要求，具有进步意义；第四，民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的规则统一规定在民法典中，有利于法治的统一<sup>[21]</sup>；第五，国家立法采用的指导思想就是民商合一，商法单行法要适用《民法总则》的规定。《民法总则》第11条关于“其他法律对民事关系另有特别规定的，依照其规定”的规定中，就包含了民商合一的含义，即商法是民法的特别法。李建国副委员长指出：“我国民事立法秉承民商合一的传统，通过编纂民法典，完善我国商事领域的基本规则，为民商事活动提供基本遵循，就是要健全市场秩序，维护交易安全，促进社会主义市场经济健康发展。”<sup>[22]</sup>

### （二）民法与经济法

经济法出现在18世纪，1755年法国学者摩莱里在其《自然法典》中

使用过经济法的概念。在20世纪30年代，为适应第二次世界大战的战时经济需要，德国产生了一系列的统制经济的法规，因而学者提出了经济法理论的主张，随后传入日本、法国等国家。同一时期，苏联法学家表述了与民法并存的经济法的观点，把国家采用行政手段管理生产和产品分配的法规统称经济行政法。20世纪50年代，苏联经济法理论继续发展，提出了纵横统一的经济法理论，认为经济法是一个独立的法律部门，调整纵向和横向统一的经济关系，调整统一的国家所有制、统一的计划和经济核算关系基础上的计划经济组织因素和财产因素结合的经济关系。

我国在20世纪70年代后期，随着经济体制改革而兴起了经济法研究的热潮，经济法学科蓬勃发展。经过三十多年的发展，证明经济法可以作為一门法律学科，但作为一个法律部门还缺少必要的条件。在实践中，经济法的学说在与民法、商法、行政法的划分上都存在相互交叉的问题，尤其是在与商法和行政法的内容上无法划清各自的界限，因而近年来很多经济法学者已经转向研究商法。

经济法作为一门法学学科是有必要的。在调整经济关系中，尤其是调整指令性计划经济的那一部分经济关系上，对于纵向的经济关系的调整，经济法研究国家与商品生产者和经营者之间的关系，研究命令者与服从者的关系，贯彻国家意志先定的原则，保障国家计划的实现。

经济法与民法的区别在于：第一，经济法调整的是经济管理关系，是国家在管理经济活动中所产生的关系；而民法调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系，调整的内容完全不同。第二，经济法调整的经济管理关系是按照指令和服从原则建立起来的行政隶属关系，所以经济法的规范大多数是强制性的法律规范；民法相反，主要的法律规范是任

意性的、示范性的。第三，经济法调整的经济管理关系是以全社会需要为宗旨的关系，协调的是市场主体利益与国家利益的关系，目的在于维持良好的市场秩序，实现特定的公共政策；而民法的宗旨在于确认和保护民事主体的民事权利，更多地体现当事人之间的利益归属关系和交换关系。

### （三）民法与劳动法

劳动关系法原来并不是一个独立的法律部门，而是民法的雇佣合同关系，用民法的合同法理论解决。在19世纪，随着资本主义工厂立法的产生而形成了劳动法，在第一次世界大战之后，劳动法的名称正式确定下来，并从民法中逐渐独立出来，成为一个新兴的法律部门。

我国历来认为劳动法是一个独立的部门法，其基础是由于生产资料的公有制，劳动关系消除了阶级剥削的性质，实行的是按劳分配原则，因此与民法的商品交换关系不同。因此，劳动法与民法在调整对象和适用范围上都有原则的区别。劳动法调整劳动者与用人单位之间的关系，而民法调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系。

在其他方面，劳动法与民法也存在具体区别：第一，调整的主体范围不同。劳动法调整的主体是劳动者和用人单位之间建立的劳动关系，或者是劳动合同关系，并且劳动能力与民事行为能力的界限不同，劳动者以16周岁具有劳动能力。而民法的主体是一切自然人、法人和非法人组织，自然人具有完全民事行为能力要到18周岁。第二，法律关系的性质不同。劳动关系具有平等性和隶属性双重性质，主要发生在单一的生产领域，发生争议时也不是完全用民法调整；而民事法律关系不存在隶属性的特征，发生的范围也极为广泛。第三，法律规范的性质不同。民法规范基本上是任意性的，少数是强制性的。但劳动法更多的是强制性



规范，特别是在劳动者保护方面更是如此。

## 五、民法的渊源

### （一）民法渊源的涵义

#### 1.民法渊源的概念和分类

法的渊源亦称为法源，是指法的表现形式。<sup>[23]</sup>民法渊源是指民法的表现形式，乃构成民法的一切法则。<sup>[24]</sup>它表现在各国家机关根据其权限范围所制定的各种规范性文件，以及民事习惯和民法法理。通常认为，在民法渊源中，法律为第一顺位的法源，称为法律优先主义，法律规定含义不明时，应以解释方法确定其内容；法律未规定时，应依习惯而为裁判，习惯为第二顺位的法源，称为习惯的补充效力；无法律也无习惯时，应依法理而为裁判，法理为第三顺位的法源，以补法律及习惯的不足。<sup>[25]</sup>有的学者将民法法源分为制定法和非制定法，前者是指法律、命令、自治法、条约，后者是指习惯、判例及司法解释、法理、学说<sup>[26]</sup>，也有道理。

民法渊源分为实质渊源和形式渊源。实质渊源还可以分为法律渊源和历史渊源。法律渊源是针对作为法律的适用者而言，成文法、习惯法、判例法等法律规范是实质的法律渊源；而历史渊源则是针对法律资料的来源而言，诸如外国法、学说、惯例、道德等法律资料。形式渊源则是指法律效力的渊源，即法律效力所由发生的根源。

#### 2.民法渊源的不同含义

民法渊源的涵义可以概括为：

第一，立法意义上的民法渊源，也就是民法规范产生的原因。凡是能够成为法律规范或者能够成为法律规范产生的根据的，都可以成为民法渊源。成文法的民法渊源是民法的立法行为，习惯法的渊源是体现在



习惯法中的共同法律信念。

第二，司法意义上的民法渊源，是指凡是成为裁判依据的规则，不论其是否为法律规范，只要能够作为法官裁判民事案件依据的，都是民法的渊源。例如民事司法解释、民事习惯，都可以作为民事案件的裁判依据，也都是民事法律渊源。

第三，民事行为规则意义上的民法渊源，是指不仅能够作为裁判民事案件依据的裁判规则是民法渊源，而且能够成为民事主体行为规范的规则才能够成为民法渊源。

掌握民法渊源，对于正确理解民法，尤其是正确适用民法，指导民事主体的民事行为，约束民事裁判行为，都具有重要的意义。

## （二）民法渊源的具体形式

我国民法渊源有以下几种：

### 1.宪法

宪法是国家根本法，是全国人民代表大会制定的、具有最高法律效力的法律。宪法作为民法的渊源，一是表现为宪法是民法立法的基本依据，民法的基本原则和具体内容都是以宪法原则作为基础的，《民法总则》第1条关于“根据宪法，制定本法”的规定就是依据；二是宪法的一些具体条文本身就是民事法律规范，例如宪法关于人身自由权不得侵犯，合法的财产权不得侵犯等。理解宪法作为民法的渊源，就要掌握宪法原则对民法的立法、解释、适用的最高指导地位，宪法条文对于民法适用的权威作用。

宪法作为民法渊源一般不应作为民事裁判的依据，而应作为立法的根据。宪法司法化的说法，在学说上存在很大争议。宪法规定的权利是公法的权利，不能等同于私权利，宪法规定的权利要获得民法的保护，

需要首先转化为民事权利，法官只能依据民法的具体规则或者类推适用有关规则裁判案件。只有在缺乏具体规定，且不能适用类推的方法适用法律的时候，才可以适当援引宪法的原则规定作出民事裁决。<sup>[27]</sup>对此，固守宪法规范不得作为民事裁判规范的概念，是不正确的，最终将导致宪法的虚化。在欧洲成文法国家，法院依据宪法规范作出民事裁判是法律适用的常态，民事裁判并非绝对禁止适用宪法规范。我国应当适当放宽宪法不得作为裁判依据的限制，凡是在宪法中规定的具有私权利性质的权利，民法也有具体保护方法的，应当准许民事裁判适用宪法规范作出判决。例如，宪法规定的休息权，既是一个公权利，也是一个私权利，民法可以据此作出判决，确认没有保障公民休息权的违法行为为侵权行为。

## 2.民法制定法

制定法相对于法官法和习惯法而言，是指国家以成文法形式制定的法律。民法的制定法就是民法的成文法，包括民法、行政法中的民事规范以及行政规章和地方性法规中的民事规范。

### (1) 民法典和民法单行法

民法典是民法的基本渊源，是民法的主要表现形式，其地位仅次于宪法。我国在没有全部完成民法典编纂工作前，民事立法主要由民法单行法表现，例如《民法总则》《合同法》《担保法》《婚姻法》《收养法》《继承法》《物权法》《侵权责任法》等。《民法总则》是民法的基本法。其他诸如《著作权法》《专利法》《商标法》《公司法》《票据法》《保险法》等知识产权和商法的单行法，是民法的特别法。在民法典编纂完成之后，上述民法单行法将编纂到民法典中，但是知识产权法和商法的单行法仍将作为民法特别法。这些都是民法渊源。

其他法律中的民法规范，也是民法渊源。例如，《消费者权益保护法》《产品质量法》等中关于消费者的权利、经营者的义务、违约惩罚性赔偿责任、产品及缺陷的定义以及产品责任的免责事由等，都是民事法律规范，都是民法渊源。

## （2）行政法规中的民事规范

国务院依据宪法、法律制定的行政法规中的有关民事规范，是民法的重要渊源。例如《土地管理法实施条例》《城市私有房屋管理条例》（已失效）等，都是行政法规中的民法规范。运用民法规范民事行为，处理民事纠纷，同样要依照这些行政法规中的民事规范办理，它们是民法渊源。

## （3）行政规章和地方性法规中的民事规范

国务院各部委依据法律、行政法规制定的规范性文件，是行政规章。行政规章不属于立法，但是其中的民事规范属于民法渊源。省级和设区的市的权力机关有权制定地方性法规，在这些地方性法规中有关民事的规范也是民法渊源。这些地方性法规中的民事规范在实施上具有地域性，不能施行于全国。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）》第4条规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”这就是对地方性法规和行政规章的排除性规定。

## 3.民法法官法

民法法官法是相对于制定法的概念，是指在司法实践中法官适用法律积累的民法适用经验，并经过最高人民法院整理、发布，具有民事裁判拘束力的规范。

对于民法司法解释的效力，有的学者否认其法律渊源的地位，认为它不具有法律渊源的效力；有的认为司法解释不属于法律体系的组成部分，但在现阶段，由于立法不完备，因而不能把司法解释当做普通的司法解释看待，而是具有法律渊源的地位，已经成为事实上的法律渊源。<sup>[28]</sup>我认为，我国最高人民法院发布的有关民法的司法解释，就是民法的法官法，与民法的制定法相对应，具有法律渊源的地位和效力。这并非我国所独创，而是成文法国家的普遍规则，尽管大陆法系国家一般没有司法解释这种形式，但其判例法构成法官法的体系，同样具有法律渊源的地位和作用。

我国的民法法官法体系包括三部分：一是最高人民法院就民事法律适用的一般性问题作出的规范性民法司法解释，二是最高人民法院就具体案件适用法律的疑难问题作出的批复，即批复性民法司法解释，三是人民法院层层遴选、经过最高人民法院批准的民事指导性案例，具有“各级人民法院审判类似案例时应当参照”<sup>[29]</sup>的效力。这样理解民法法官法，对于正确适用民事法律具有重要意义。

### （1）规范性民法司法解释

规范性民法司法解释，是指最高人民法院针对民法适用中的概括性问题作出的，以规范性的条文形式表现出来的司法解释。它包含两层含义：一是这种民法的司法解释是规范性的解释，是适用民法的明文规定的标准；二是这种民法司法解释的条文，一般是包含有假定、处理、制裁三种逻辑因素的准法律规范。这种准法律规范不是法律规范本身，而是适用法律规范的规范。特点是形式规范、条文简洁、内容概括，是效力最高的司法解释，在民法司法实务中具有普遍适用的效力。<sup>[30]</sup>最高人民法院是国家最高审判机关，有权就法律适用作出权威解释。最高人

民法院就民法的适用所作的司法解释是民法渊源，对全国法院适用民法的审判活动具有约束力，各级人民法院不得违背。例如《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》等，都是具有法律效力的司法解释。

### （2）批复性民法司法解释

批复性民法司法解释，是最高人民法院针对民法适用中的具体问题，以批复、复函的形式作出的司法解释。它解决的是民法在适用中的具体问题或具体案件适用民法的问题，要经过最高人民法院审判委员会集体讨论通过，特点是内容具体、针对性强、形式灵活，但不及规范性司法解释的效力强，仅对个案的处理有拘束力，对类似问题具有参照效力。<sup>[31]</sup>在较早的司法解释中，这类司法解释较多，但是近年来已经比较少见了。

### （3）指导性案例

指导性案例是指最高人民法院确定并发布的，对全国法院的审判、执行工作具有指导性作用的案例。按照最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第2条规定，指导性案例应当符合以下条件：一是社会广泛关注的，二是法律规定比较原则的，三是具有典型性的，四是疑难复杂或者新类型的，五是其他具有指导性作用的。

指导性案例究竟是不是民法渊源，承认者不多。例如有学者认为，指导性案例都是针对个案中的典型案例作出，因此其和司法解释相比，具有较强的针对性和具体性，有助于提升司法机关判决书的水平，但指导性案例与司法解释不同，不具有法律约束力，不能作为裁判依据援引，只能作为裁判的参考，并非等同于判例法制度。<sup>[32]</sup>对此，我持不同看法。学者认为，“在成文民法国家，其认判例为民法法源的程度，自

必低于成文民法国家，因而事实上对于同级法院或上级法院之判例，是否认其具有法律上的拘束力，自不免发生若干疑难，惟此拘束力一有其事实上的存在以后，则判例法遂由之而生，虽认判例仅有事实上的拘束力，然既发生若干事实上的判例民法后，即司法上应认其与成文民法居于同一之地位，而成为民法之法源”<sup>[33]</sup>。这种看法是有道理的，最高人民法院编选的指导性案例应当具有法官法的性质，是民法渊源。

#### 4.民事习惯

习惯是指非立法机关所制定，而由社会各组成分子反复实施，且具有法的确信的规范。习惯须具备的要件是：第一，在社会上有反复实施的行为，是客观要件；第二，具有法的确信，是其主观要件；第三，具有法律拘束力，应当遵守。习惯达到此种程度，始具有法的效力。<sup>[34]</sup>习惯是法律的渊源之一。在民法没有规定的范围内，民事习惯不与现行法律、法规相抵触，不违背公序良俗，经过国家认可，具有民法渊源的意义。《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。”在没有法律规定的情况下，依据习惯作出判决，因而习惯是民法渊源之一。

#### 5.民法法理

一般认为，民法法理就是指民法的学说、理论，但是见解并不相同，有的认为法理系正当的法理，法律通常之原理，自法律根本精神演绎而得之法律一般原则<sup>[35]</sup>，或者是指通说或者学者的权威见解。在民事案件无法律、习惯法可资适用时，可以参考法理，但这并不意味着法理就是法律渊源，毕竟法理不具有行为规范和裁判规范的性质与功能，只不过是学者的见解而已。<sup>[36]</sup>

这种看法并不妥当。法理的基本功能是在补法律及习惯的不备，是

执法者自立于立法者的地位，寻求就该当案件所应适用的法则，以实现公平与正义，调和社会生活上相对立的各种利益。则所谓法理，应系指自法律精神演绎而出的一般法律原则，为谋社会生活事务不可不然之理。<sup>[37]</sup> 只要不认为法理就是学者见解，而认为法理是自法律精神演绎而出的一般法律原则，就不会认为法理不是民法渊源。学者认为，法官所依据的法理，应当包括两个方面：第一，在具体的参考数据方面，有外国立法例、学术论著（尤其是比较法学）、教科书、法院裁判、立法沿革资料等；第二，在抽象的衡量原则方面，应注意公平正义的原则、公序良俗原则及诚信原则的要求、当事人间利益的平衡、法律的安定性与交易的安全性等。<sup>[38]</sup> 在我国的司法实践中，适用民法法理裁判者较多，而适用民事习惯裁判者较少，法官更敢于适用法理确认民事权利义务的争议。尽管《民法总则》没有规定法理是民法法源，但是这并不能否认民法法理的民法渊源的地位，应当认为民法法理是民法渊源之一。

## 6. 国际条约和国际惯例

国际条约是两个或两个以上的国家就政治、经济、贸易、军事、法律、文化等方面的问题确定其相互权利义务关系的协议。国际条约包括条约、公约、协定、和约、盟约、换文、宣言、声明、公报等。国际条约虽然不属于国内法的范畴，但我国政府与外国签订的或者我国加入的国际条约，对我国国内的国家机关、企事业单位、社会团体和公民也具有与国内法一样的约束力。从这个意义上讲，我国签订或加入的国际条约也是我国法的渊源之一。

国际惯例也叫做国际习惯，一种是属于法律范畴的国际惯例，具有法律效力，另一种是属于非法律范畴的国际惯例，不具有法律效力。《国际法院规约》规定，国际惯例是指作为通例之证明而经接受为法律者



。这是指前一种国际惯例。在制定《民法总则》过程中，专家学者都主张应当将国际条约和国际惯例规定为我国民法渊源，立法机关没有采纳。不过，这并不否认国际条约和国际惯例的民法渊源地位，也不是否认《民法通则》第142条关于“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例”的效力，只是无须在《民法总则》中规定而已。故国际惯例也是我国的民法渊源。

## 六、民法的解释

### （一）民法解释的概念

民法的解释，是指根据有关法律规定、法学理论，对民事法律规范的内容、含义和所使用的概念、术语所做的说明。民事法律规范都是对社会生活中的民事活动所作的抽象概括，是具有稳定性、定型化特点的规则；而社会生活本身却是不断发展变化的。正因为如此，正确适用民法，就必须对民法的有些规定进行解释。因此，民法的解释也称作民法的适用方法。

对法律解释的理解有不同见解。客观说认为，民法之解释，应在探求客观上法律之目的何在，此说较有弹性，能配合法与时移的需要；主观说认为，民法之解释，应在探求立法者之意思。主观说关于立法者的意思难以确定，事实上有其困难；尤其是立法者意思因年代久远，如坚持立法当时之意思，有时会阻碍法律之进步，也常因时代变迁而不符合时代潮流。<sup>[39]</sup>因此，民法解释应采客观说立场。

### （二）民法解释的种类

民法的解释分为三类：

#### 1.立法解释

民法的立法解释，是指国家立法机关对民法法律规范所作的权威性



解释。这是最高效力的民法解释。任何民法解释与这种解释相悖，都没有效力。例如，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于2014年11月1日通过《关于民法通则第九十九条第一款、婚姻法第二十二條的解释》，明确公民原则上应当随父姓或者母姓，考虑到社会实际情况，公民有正当理由的也可以选取其他姓氏，包括：选取其他直系长辈血亲的姓氏；因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；有不违反公序良俗的其他正当理由等三种情形。

## 2.司法解释

民法的司法解释，是指最高人民法院在审理民事案件中对具体适用民事法律规范进行的解释。人民法院在审判活动中，经常遇到具体应用民事法律、法规的疑难问题，需要进行解释。最高人民法院针对这些问题作出解释，统一全国法院对民事法律、法规的理解和适用。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）》《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》等，就是这样的解释，这是规范性的解释。就对具体案件的法律适用问题，最高人民法院作出的具体解释是批复性司法解释。这些解释对人民法院的民法适用都具有约束力。

## 3.学理解释

民法的学理解释，是指法学理论工作者在学术研究、法学教育中对民事法律规范进行的解释，以及个人按照自己的理解对民事法律规范进行的解释。这种解释不具有法律效力，但对推动法律的发展、进步和法律适用，具有重要意义。

### （三）民法的其他解释

#### 1.文义解释

文义解释，又称文理解释，是指按照法律条文用语的文义及通常使用方法来进行解释，或者是按照一般语言习惯中的含义或者该法条的特定含义进行阐释。它一般仅限于对法律用语的字面上的含义进行解释。严格的文义解释可以促进法律的可预期性和安全性，防止法官随意超越法律而使法律处于不稳定的状况，但也会导致法律适用机械化倾向。

## 2.体系解释

体系解释，是指以法律条文在法律体系上的地位，即依其编章节条款项之前后关联位置，或相关法条的法意，阐明规范意旨的解释方法。

## 3.目的解释

目的解释，是指以法律规范的目的为根据，来阐述法条的疑义。任何法条在规定的时都有一定的目的，在解释法律时就应当充分贯彻立法者的目的。根据法律的客观目的解释法律的应有含义，也称为客观解释或者客观目的的解释。这些客观目的常常包括法的一些基本价值，如公平、正义、安全、对权利的保障等。目的解释可以分为目的性扩张和目的性限缩。

## 4.当然解释

当然解释，是指法律虽无明文规定，但根据法律规定的目的来考虑，如果其事实较之于法律所规定的情况更有适用的理由，就可以直接适用该法律规定。

## 5.历史解释

历史解释，又称法意解释或沿革解释，是指通过对历史及立法过程中所参考的资料，以及对立法过程中的记录、文件、立法理由书等的研究，来理解立法者在立法时所作的价值判断和所要实现的目的；简言之，就是根据各种历史性的因素来探求立法者的立法目的，从而对法条作

出正确的解释。历史性因素，包括颁布法律时的法律环境和社会环境、立法的动机、立法者所追求的目的、先例、法律制定者们的说明、草案等立法素材。

## 6.合宪解释

合宪解释，是指依据宪法以及位阶较高的法律规范来解释位阶较低的法律规范的含义。这种解释方式实际上就是根据法律的位阶顺序来解释。首先，宪法的位阶最高，所有的法律都不得与宪法的规定相违背。其次，为全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律，行政法规和地方性法律都不得与法律相违背。

## 7.比较法解释

比较法既是法学研究的重要方法，也可以作为法律解释的方法，在确定现行法上某项法律规范含义的时候，可以通过比较法方法的运用，参考域外相关的法律规定来妥当确定法律规范的含义。因此，比较法的方法应当成为法律解释的方法。

# 七、民法的基本结构

## （一）民法结构的含义

民法结构，包括民法学的结构和民法典的结构。民法学的结构是指民法理论的结构，是民法学在研究民法现象时所形成的理论结构。它是以前民法典作为研究对象，在理论上表述民法典的逻辑和内容，形成的理论体系的逻辑层次和表现段落。而民法典的结构，则是民法典的法律结构。因此，民法结构和民法典的结构这两个概念既相联系，又相区别。

结构就是事务的各个组成部分的搭配和排列<sup>[40]</sup>，表现的是事物内在内容的各个部分依照逻辑层次在外在表现上的搭配和排列。因此，民法结构，就是民法典和民法学所表现的其内在内容及其组成部分按照逻辑

辑层次进行的搭配和排列。第一，民法结构表现的是民法的内容和组成部分，它们的关系是内在的内容和外部的表现形式的关系；第二，民法结构的表现形式是搭配和排列，是各个部分按照一定的规律进行的搭配和排列；第三，民法结构对民法内容和组成部分的搭配和排列，是依照一定的逻辑层次进行的，这就是民法的基本规律所包含的逻辑关系。掌握民法结构，是学习和掌握民法的基础。

## （二）民法的基本结构

《民法总则》规定的民法基本结构，是“总分”结构，即总则和分则的结构。这与2002年的《中华人民共和国民法草案》（以下简称2002年《民法草案》）规定的结构是不同的，因为后者的侵权责任法编被放在民法典的最后一编，是“总分总”的结构，而《民法总则》是将侵权责任编放在合同编之后，作为债法的内容规定的。

不过，按照我的理解，还是从逻辑结构上考量，民法的基本结构由四个部分组成，这四个部分搭配和排列的方式不是平行的，而是纵横相交的结构，即总则部分、人法部分、财产法部分和侵权法部分。这四个部分纵横交接，构成民法的基本结构。这就是民法的“总分总”结构。

第一，民法总则所表现的，是对民法全部内容的概括，是对民法内容的抽象，规定的就是民事法律关系的概括规则，是民法典的全部内容的抽象和概括，是统领民法全部内容的总纲。

第二，在民法总则之下，是民法的两个基本构造部分，即民事权利两大系统。民法典所规定的所有民事权利，即人身权利和财产权利，是民法的两大支柱，是民法的人法和财产法。这是民法的主体部分，民法典的主要条文都规定在这个部分。人法规定的是民事主体关于自己的权利，包括人格权、身份权；财产法是民事主体基于财产所发生的权利，