



清华大学法学系列教材

# 民法总论

General Theory of  
Civil Law

(第三版)

崔建远 韩世远 申卫星  
王洪亮 程 啸 耿 林  
编著

清华大学出版社



清华大学法学系列教材

# 民法总论

General Theory of  
Civil Law

(第三版)

崔建远 韩世远 申卫星  
王洪亮 程啸 耿林  
编著

清华大学出版社  
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/崔建远等编著.—3版.—北京:清华大学出版社,2019  
(清华大学法学系列教材)  
ISBN 978-7-302-53377-1

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第170476号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:阿东

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:三河市铭诚印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm 印 张:20.25 字 数:410千字

版 次:2010年12月第1版 2019年8月第3版 印 次:2019年8月第1次印刷

定 价:59.00元

---

产品编号:078506-01

## 第三版序言

2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议审议通过了《中华人民共和国民法总则》并于当年的10月1日起施行。《中华人民共和国民法总则》的颁行意味着我国民法典编纂工作的第一步已经完成,也意味着本书必须与时俱进,进行大幅度、全面的修订。

经过半年多时间的努力,本书修订工作终于完成,第三版各章的写作分工如下(按章节顺序排列):

- |         |       |
|---------|-------|
| 第一、十章   | 王洪亮教授 |
| 第二、八章   | 耿林副教授 |
| 第三章     | 申卫星教授 |
| 第四、五、六章 | 程啸教授  |
| 第七章     | 韩世远教授 |
| 第九章     | 崔建远教授 |

本书第三版的修订完成信赖全体编者的共同努力,程啸教授负责了各项沟通与协调事宜,在此表示衷心的感谢!

最后,特别感谢清华大学出版社编辑们为本书付出的辛劳!

清华大学法学院民法研究中心

## 第二版序言

本书作为普通高等教育“十一五”国家级规划教材初版于2010年,先后多次重印,深受高校法律院系师生的欢迎。近三年来,随着我国民法学研究水平的不断提升以及《侵权责任法》等重要法律、司法解释的颁布,我们深感本书有修订之必要。经与清华大学出版社方洁编辑协商,决定对本书进行修订形成第二版。兹就第二版的修订问题做如下说明。

1. 第二版对全书的章节体系进行了调整。一方面,将原第九章《民法的基本原则》与第七章《民事法律关系》提前为第二章和第三章。另一方面,将原第二章《民事法律行为》与第三章《代理》调后为第六章与第七章。其余各章顺序依次调整。

2. “君子和而不同”。第二版的修订一如既往地遵循了求同存异的理念,由每位作者按照自己的研究写作思路,依据最新的研究成果、法律法规和文献资料对各自负责的章节进行修订、增补及删节。

本书第二版的写作分工如下:王洪亮副教授撰写第一、九章;耿林副教授撰写第二、七章;申卫星教授撰写第三章;程啸副教授撰写第四、五章;韩世远教授撰写第六章;崔建远教授撰写第八章。

作为联络人,程啸副教授负责本书修订过程中的沟通与协调事宜。

清华大学法学院民法研究中心全体同仁

# 目 录

第一章 民法入门 .....	1
第一节 民法的涵义 .....	1
第二节 民法的历史渊源与继受 .....	7
第三节 民法的渊源 .....	10
第四节 法律适用 .....	20
第二章 民法的基本原则 .....	32
第一节 民法基本原则概述 .....	32
第二节 民法基本原则的内容：以解释论为基础 .....	39
第三章 民事法律关系 .....	49
第一节 民事法律关系概说 .....	50
第二节 民事法律关系的构成 .....	54
第三节 民事法律关系积极内容之权利 .....	58
第四节 民事法律关系的其他积极要素 .....	70
第五节 民事法律关系的消极内容 .....	74
第六节 民事法律关系的特性 .....	84
第七节 民事法律关系的变动 .....	88
第四章 自然人 .....	94
第一节 自然人的民事权利能力 .....	94
第二节 民事权利能力的开始和终止 .....	96
第三节 民事行为能力 .....	100
第四节 监护 .....	106
第五节 宣告失踪和宣告死亡 .....	112
第六节 自然人的身份证明和住所 .....	116

第七节 个体工商户与农村承包经营户 .....	117
<b>第五章 法人</b> .....	120
第一节 概述 .....	120
第二节 法人的类型 .....	124
第三节 法人的民事权利能力与民事行为能力 .....	130
第四节 法人机关 .....	137
第五节 法人的设立 .....	140
第六节 法人的终止 .....	145
<b>第六章 非法人组织</b> .....	148
第一节 概述 .....	148
第二节 非法人组织的类型 .....	150
<b>第七章 民事法律行为</b> .....	152
第一节 民事法律行为的概念与分类 .....	152
第二节 法律行为的要件 .....	158
第三节 意思表示 .....	161
第四节 意思表示瑕疵 .....	165
第五节 法律行为的效力评价 .....	198
第六节 法律行为无效、被撤销或确定不发生效力的法律后果 .....	210
第七节 附条件和附期限 .....	213
第八节 法律行为的解释 .....	219
<b>第八章 代理</b> .....	228
第一节 概述 .....	228
第二节 代理行为 .....	238
第三节 代理权 .....	243
第四节 表见代理 .....	252
第五节 无权代理 .....	260
<b>第九章 民法上的时间</b> .....	267
第一节 时间在民法上的意义 .....	267
第二节 期日和期间及其计算 .....	269

第三节 诉讼时效 .....	271
第四节 除斥期间 .....	292
第五节 权利失效期间 .....	297
第十章 民法案例分析方法 .....	302
第一版后记 .....	315

# 第一章 民法入门

## 第一节 民法的涵义

### 一、民法的渊源

民法一词,来自日本。而日语中的民法来源,一说称日本学者翻译荷兰文而来,一说称日本学者翻译自法文<sup>[1]</sup>。无论哪种说法正确,可以肯定的是,该词来自于欧洲大陆。而法国、荷兰、德国之民法均源自于罗马法上的市民法(ius civile)。在罗马法上,市民法与万民法(ius gentium)相对,市民法是罗马市民所特有的法律总和,而万民法是罗马人与其他所有民族共有的法<sup>[2]</sup>。公元212年,卡拉卡拉大帝颁布法律,规定市民法得适用于全体帝国臣民<sup>[3]</sup>。由此,市民法这一概念失去了与特定身份的联系。

在中世纪,市民法与教会法(ius canonicum)相对<sup>[4]</sup>。自资产阶级革命以来,市民法与市民社会具有内在的关联,而市民社会又是与政治国家相对的概念<sup>[5]</sup>。

从11世纪开始,人们重新发现了罗马法大全,遂对其进行注释、评论以及研究,并对罗马法进行继受,此发展阶段恰好与人文主义、文艺复兴等思潮相遇。自由、平等观念成为民法之基础。在这些思想基础之下,民法被理解为适用全体人的法,是一部无等级社会的法<sup>[6]</sup>,是一部以自由为核心的法。

### 二、民法的私法属性

民法一词来自西方,民法制度亦为舶来品,其属性的界定,离不开其原有的法律秩序体系。旧中国民法十之七八源自德国,新中国的民法亦深受德国法的影响。

---

[1] 参见梁慧星:《民法总论》,1页,北京,法律出版社,2017;张俊浩主编:《民法学原论》,1页,北京,中国政法大学出版社,1991;梅仲协:《民法要义》,14页,北京,中国政法大学出版社,1998。

[2] 彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,12页,北京,中国政法大学出版社,1996。

[3] Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung I, 1950, S. 5. 转引自朱庆育:《民法总论》,3页,北京,北京大学出版社,2016。

[4] [德]梅迪库斯:《民法总论》,邵建东译,7页,北京,法律出版社,2000。[德]维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,55页以下,上海,上海三联书店,2006。

[5] 李永军:《民法总论(第二版)》,3页、5页以下。

[6] [德]维亚克尔:《近代私法史》,1967年第2版,461页。转引自[德]梅迪库斯:《民法总论》,邵建东译,15页,北京,法律出版社,2000。

而德国法又是建立在继受罗马法的基础之上的。故罗马法对于继受民法之国家,尤为重要。

在罗马法上,法律秩序被划分为公法与私法两大部分<sup>[7]</sup>。在法律属性上,民法首先被界定为私法(ius privatum),私法与公法(ius publicum)相对<sup>[8]</sup>。

公法与私法的区分,首要的意义在于赋予私法以独立自治的领域,贯彻私法领域之独有精神与价值。在私法中,占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定;而在公法中,占据主导地位的是那些受约束的决定<sup>[9]</sup>。私法上决策自由体现为私法自治与所有权人自由。在公法领域,法律规定详细,权力的行使必须陈述理由,而且,法院可以对其是否违反法律进行审查<sup>[10]</sup>。

最后,公法与私法的区别意义还在于法律责任上,私法行为一般不涉及第三人利益,无须限制,公法则涉及第三人利益,对第三人承担义务。但劳动法、反垄断法的出现,模糊了这一区分的标准。

在程序上,公法与私法的区分亦有其意义。民事法律纠纷由民事审判庭审理,劳动法律纠纷,通常由劳动仲裁纠纷仲裁后,由民事法庭审理,而公法方面的纠纷则由行政法院审理。但有些公法的案件,也由民事法庭审理,如征收案件、国家赔偿责任案件(《民法通则》第121条),在这些情况下,涉及国家利益,而且可能出现强制和迫害,所以人们希望通过民事法院提供有效的法律保护<sup>[11]</sup>。

关于公法与私法的学说,计有三种:

一是,目的说,也被称为利益说,乃罗马法学家乌尔比安所首倡,规定国家公共利益的为公法,规定私人利益的为私法<sup>[12]</sup>。目的说并不周延,婚姻、竞争制度中多有涉及公共利益,而社会救助法、道路建设等法律也涉及个人利益。

二是,关系说,也被称为隶属说,或从属规范说。根据该说,调整权力者与服从者的法律为公法,调整对等者意思的法律为私法<sup>[13]</sup>。该学说亦不周延,亲权中有隶属关系,行政关系中也有契约。

三是,主体说,为德国法学家耶律内克所主张,根据该说,主体中至少有一方是国家或国家授予的公权力者的法律为公法,主体地位平等的法律是私法<sup>[14]</sup>。对此学说,亦有学者提出异议,认为:在国家从事照顾行为时,存有疑义,例如国家提供助学贷款的情况下,国家与贷款人之间是平等的,但尽管如此,国家的照顾行为要

[7] [德]梅迪库斯:《民法总论》,邵建东译,5页,北京,法律出版社,2000。

[8] Leipold, Einführung und Allgemeiner Teil, 2002, Rn. 32, S. 13.

[9] [德]梅迪库斯:《民法总论》,7页,北京,法律出版社,2000。

[10] [德]梅迪库斯:《民法总论》,7页以下,北京,法律出版社,2000。

[11] [德]梅迪库斯:《民法总论》,7页,北京,法律出版社,2000。

[12] 彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,9页,北京,中国政法大学出版社,1996。

[13] [德]梅迪库斯:《民法总论》,11页,北京,法律出版社,2000。

[14] 郑玉波:《民法总论》,2页,北京,中国政法大学出版社,2003。

受法律约束,并须说明理由。这里的关键问题在于:主体什么时候是在行使公权,且行使的方式足以表明国家是以公权载体身份参与法律关系的<sup>[15]</sup>。而且,公权力机关也可能直接参与私法关系,如作为买卖合同一方当事人。公法与私法分类也具有历史性,在德国早期,铁路的行为属于私法行为,而邮政行为属于公法范围。

上述诸多学说,均有不足之处。故有学者提出,不如从法律规范实质入手。凡规范与国家生活有直接关系之法律为公法,凡规范与私人生活有关联之法律为私法<sup>[16]</sup>。梅迪库斯更进一步认为,公法是指受约束的决策的法,而私法是指自由决策的法<sup>[17]</sup>。

实质说观点,抓住了公法与私法区分的主要根据,便于法律适用,但在判断哪些法律是受约束的决策的法,哪些法律是自由决策的法的时候,仍需从目的、关系以及主体等外在表现进行判断。

公法、私法之间并非泾渭分明,根据上述学说,也未必能完全清楚地区分二者,在公法内部,刑法日益独立。在刑法中,国家行使公权力的强度较大,需要规定特别的程序与实体上的保护措施<sup>[18]</sup>。在私法内部,也存在若干公法规范。而且,在调整某一社会问题时,总是兼用公法与私法规范,在一部法律中,也往往兼有公法与私法规范,如《物权法》中的登记规则、土地使用权规则等。尤其值得注意的是,有学者主张,公法私法之外尚存在社会法之类型<sup>[19]</sup>,社会法调整的内容是国家各种社会供给行为,依实质说,仍可以将之界定于公法范畴之内。

在我国,国家广泛参与经济生活,例如,设立运营国有公司、出让国有土地使用权等,在这些领域中,没有采取公法形式约束国家之行为,而是通过私法形式对其进行规制。私法中的“决策自由”,更有利于国有企业的发展。

在我国经济生活中,政府往往通过行政权力“寻租”,这种情况下,政府的行为受公法约束,还是私法约束,争议很大。例如,某市一个区的工商行政管理局与一个房地产开发公司订立了联合开发房地产的合同。合同约定:工商局的义务是办理相关手续,尤其是办理涉及地块上有关土地费用减免的手续,工商局的权利是获得建成大楼的2层以及商场,房地产公司的义务是投资。工商局履行了合同义务,房地产公司具体从事了建设,并且领取了大楼的产权证,但事后房地产公司拒绝交付指定的楼面和商场。工商局向法院提起诉讼,要求该项目公司交付指定的楼面和商场<sup>[20]</sup>。

[15] [德]梅迪库斯:《民法总论》,12页,北京,法律出版社,2000。

[16] 林诚二:《民法总则》(上册),4页,北京,法律出版社,2005。

[17] [德]梅迪库斯:《民法总论》,14页,北京,法律出版社,2000。

[18] [德]梅迪库斯:《民法总论》,6页,北京,法律出版社,2000。

[19] 施启扬:《民法总则》,3页,台北,作者自刊,2005年6月6版。

[20] 孙宪忠主编:《民法总论》,21页,北京,社会科学文献出版社,2004。

在上述案例中,当事人之间是否是平等的呢?从关系说来看,当事人之间并无隶属关系,工商行政管理局与一个房地产开发公司订立的联合开发房地产合同与一般的联合开发房地产合同并无差异。从主体说来看,一方是国家机关,但在联合开发房地产合同上,工商行政管理局并没有行使公权力。从实质说来看,工商行政管理局的联合开发房地产合同行为并非国家行为或高权行为,无须说明理由或受法律约束。综合而言,工商行政管理局的行为为私法行为,但该私法行为,应当受到法律控制,工商行政管理局以行政权力作为出资或者对价是违背善良风俗的。

### 三、民法的调整对象

公法与私法区分的问题,包含着民法调整对象的问题。但在中国,独立于公法与私法区分的问题,尚有民法调整对象的争论。

20世纪70年代到90年代,就民法与经济法调整对象的界分问题,法学界展开了激烈的论战,其结果关系到民法是否成为独立学科,关系到民法基本的精神,意义重大<sup>[21]</sup>。在这场论战中,佟柔教授提出民法是调整一定范围的财产关系和与财产关系相联系的人身关系的法,是社会主义商品关系的基本法<sup>[22]</sup>,此观点为《民法通则》所接受,至此,论战方有结果,民法的地位得以确立。

《民法通则》第2条规定,我国民法调整平等公民之间、法人之间以及公民和法人之间财产关系和人身关系<sup>[23]</sup>。所谓“平等”,即当事人之间的法律地位是互不隶属的,他们是享有各自财产权利的主体,从而在经济交往上遵守等价有偿的原则<sup>[24]</sup>,这种理解的目的在于排除计划经济以及行政权力对私权利的干预,不得把自己的意志强加于对方,但同时也在强调,在民法中,贯彻的是意思自由。

公民之称谓本非民法上之术语,规定入《民法通则》,其意为“自然人”。而所谓财产关系,是指以等价有偿为特征的财产交换关系以及财产归属关系,但并不完全排除一些无偿让渡自己利益给对方的情形。人身关系,指的是平等主体之间因姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、著作权、发明权等所发生的社会关系<sup>[25]</sup>。其中排除了婚姻家庭关系。

《民法总则》第2条规定,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。该条将人身关系置于财产关系之前,具体包括人格关系

[21] 佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,第2页,北京,中国人民大学出版社,1982;尹田:《民法调整对象的理论研讨与立法表达》,载易继明《私法》,2010年第8辑第2卷,7页以下。

[22] 佟柔主编:《民法原理》,1页,北京,法律出版社,1986。

[23] 自此之后,法律规定调整对象成为惯例。如《合同法》第2条:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

[24] 佟柔主编:《民法原理》,13页,北京,法律出版社,1986。

[25] 佟柔主编:《中国民法学 民法总则》,10页以下,北京,中国人民公安大学出版社,1990。

与身份关系,婚姻家庭关系也是身份关系的一种<sup>[26]</sup>。

#### 四、民法的功能

在平等主体之间或者在市民之间,形成了一个生活共同体,在这个生活共同体中,必然会有社会交往,而交往又会带来利益冲突,对于利益之冲突,法律应当确定利益冲突双方的权利、义务以及风险,最终使得生活共同体得以正常、和谐运转。所以,民法的功能在于确定一个社会当中共同生活的人们相互之间的法律地位,分配权利、义务和风险<sup>[27]</sup>。例如,在买卖合同情况下,卖方违约时,买方可以提出哪些请求;标的物灭失的情况下,谁承担标的物灭失的风险。民法应给予明确规范,以便统一裁量。

民法规范多是任意性规范,当事人可以通过合同予以变更。而且,在没有明确规范情况下,多由当事人意思自治,通过法律行为或合同发生法律效力。

#### 五、民法与特别民法

民法上的“平等主体”,是抽象的,并无面目的。但在历史上,一直存在适用于特定人或特定生活领域的民法,即特别民法,又被称为特别私法。具体包括商法、经济法、劳动法以及知识产权法,随着消费者运动的蓬勃发展,又出现了消费者法。

特别民法的形成,并非基于体系原因,大都基于历史原因。如在中世纪,商人是一个特殊的阶层,需要调整商事生活的法律,但又无法纳入民法典之中,故在法国、德国等国家多出现了独立的商法典。我国虽没有独立的商法典,但存在公司法、票据法、保险法等单行商法,但并不存在适用商人或商行为的特别合同法。

特别民法通常没有自成一体的规则,均在民法规则的前提下,做了一些补充性的规则,或者特别性规则。在法律适用上,应优先适用特别民法中的规则,如董事会制度、股东代表诉讼制度等,在其没有规定的情况下,才适用民法的一般规则,如民事主体或代理制度。

#### 六、民法与民法总则

##### (一) 五编制与总则

民法总则的出现是19世纪理性法学思考的产物。潘德克顿法学以体系化为特征,体系化要求内在的符合价值的秩序以及外在的一体性,其工具是提取公因式

[26] 石宏主编:《中华人民共和国民法总则:条文说明、立法理由及相关规定》,8页,北京,北京大学出版社,2017。

[27] [德]施瓦布:《民法导论》,3页,北京,法律出版社,2002。

的最终抽象。在这种思想下,出现了民法总则的设置。以《德国民法典》为例,其第一篇规定了逻辑一贯、彻底构造的总则,包含法律主体(人)、法律客体(物)、法律行为的成立以及主观权利的行使等。其实这里的抽象工作并没有到位,只有法律行为是真正的“一般性”规定,“人”章只包括了一般理论的断简残篇,而“物”章只是物权法的片段,而就消灭时效、权利的行使、正当防卫与自力救济涉及的只是权利保护的一些历史遗迹。总则编中的有些规定被人为地从它们所属的特别联系中割裂出来,最后变成了纯粹的概念解释或立法技术(特别是第90条以下)<sup>[28]</sup>。

对于民法总则的质疑,并不仅限于此。对于其政策上的正当性、内部结构的安排都有反对的声音。另外,值得注意的是,民法总则的设置在一篇,在德国的法学教育中便惯例式地将之作为法律人的第一门民法课,我国的法学教育也遵循此例。对于初学者来讲,一开始就接触如此高度抽象的内容,实在很难招架得住。

尽管存有上述问题,我们还是主张在民法典中设有民法总则一编,这样可以形成法律体系,避免重复规定和作大量的准用性规定<sup>[29]</sup>。同时,我们也赞成首先开设民法总则课程的,主要理由除了体系化缘由以外,最重要的是:民法总则是法律人抽象思维能力的试金石。如果有人问,法律人最应具备的素质是什么,我们的回答是:抽象思维能力。但这不意味着人们要通过演绎或者概念逻辑推断来学习法律,人的思维是从具体到抽象的,而且法学的体系并非逻辑体系,而是价值体系。所以,教师一定要通过案例教学的方式阐述概念,法律学习者一定要从案例分析入手训练自己的抽象思维能力。

## (二) 总则的内容

自清末以来,我国民法典的立法模式,均采用德国模式,设有总则<sup>[30]</sup>。《民法通则》具有总则的功能,具体内容有基本原则、公民(自然人)、法人、民事法律行为和代理、民事权利、民事责任、诉讼时效、涉外民事法律关系的适用、附则等。

2017年颁布的《民法总则》中规定了十一章,具体是基本规定、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。在体系上,《民法总则》与《民法通则》极为类似,不仅规定了总则的内容,而且含有物权法、债权法等分编的主要内容。

## 七、民法体系

德国民法典共有五编,即总则、债、物权、亲属及继承。五编制体系并非建立在

[28] [德]梅迪库斯:《民法总论》,28页,北京,法律出版社,2000。

[29] 陈华彬:《民法总论》,48页,北京,中国法制出版社,2011。

[30] 梁慧星:《民法总论》,14页,北京,法律出版社,2017。

一个基点上,而是建立在三个基点上,首先,亲属法与继承法的基点是一致的,即相互联系的类似的生活事实;债法与物法的基点是相对权与绝对权的分类,而总则的基点是抽象的一般性内容<sup>[31]</sup>。

1986年《民法通则》颁布后,我国先后颁布了《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》等单行法以及相关司法解释。2014年10月,中共中央四中全会发布《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,提出“编撰民法典”。具体分两步走,首先,编撰民法典总则编,即已经于2017年颁布的《民法总则》;其次,是编撰民法典各分编,按照现在的计划,分编由物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编以及继承编组成,并没有债法总则一编。

值得注意的是,我国民法理论已经继受了物债二分的德国民法体系。所有权与他物权构成物权,物权是典型的绝对权,是相对于每一个人产生效力的权利。而由合同、侵权行为、不当得利、无因管理产生的请求权,被归纳为债权,债权是一种相对权。在前者,以所有权为例,所有权人有向任何一个无权占有其物的第三人请求返还该物,并有排除妨害与妨害防止的权利,也就是说,基于物权可以享有物上请求权;任何第三人侵害他人所有权的,都必须向所有权人承担损害赔偿赔偿责任,除此之外,所有权还受不当得利法保护,当第三人不当侵害其所有权时,即使没有过错,也承担返还相应价值的义务<sup>[32]</sup>;另外,物权不受破产与强制执行影响的效力。卡纳里斯认为物权的绝对性还体现在处分以及继受保护上,在有问题的客体属于某人的财产,并对任何第三人均具有效力的情况下,则任何人,尤其是目前的权利人或者完全权利人不得以使该物权上被保护者承受负担的效果进行处分,唯一的例外是善意取得<sup>[33]</sup>,也就是说,在某物属于甲所有,乙只是租赁权人,其对物的处分对于甲并不具有效力,除非第三人善意取得。在后者,以合同为例,一方当事人作为权利人,只能对抗其相对人,要求其为一一定的行为。只有在第三人故意悖俗侵害债权的情况下,才会承担损害赔偿赔偿责任,在破产或强制执行中,债权并无优先性。

即使目前的民法典编撰没有独立的债法总则编,但还是规定了债法总则的规则,只不过散见于民法总则以及合同编,所以,还是存在实质的债法总则的。

## 第二节 民法的历史渊源与继受

### 一、私法的历史起源——罗马法

现代民法起源于罗马法。罗马法大致可以分为三个时期,其一是十二铜表法

[31] [德]梅迪库斯:《民法总论》,20页以下,北京,法律出版社,2000。

[32] [德]梅迪库斯:《民法总论》,62页,北京,法律出版社,2000。

[33] Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in FS Flume I, 1978, S. 373 f.

时期,其二是公元1—2世纪的古典法时期,其三是6世纪尤士丁尼时代。

公元529—534年,尤士丁尼国王将《法学阶梯》(*Institutionen*)、《学说汇纂》(*Digesten/Pandekten*)、《法典》(*Codex*)和《新律》(*Novellen*)编撰在一起,即民法大全(*corpus iuris civilis*)。法学阶梯(*Institutione*)是公元2世纪盖尤斯撰写的入门教科书。学说汇纂(*Digesten*),又被称为潘德克顿(*Pandekten*),是若干法律鉴定的集合,来自很多历史上杰出罗马法学家的学说,其中最为杰出的是乌尔比安(*Ulpian*)与保罗斯(*Paulus*)。法典是一直到尤士丁尼国王时代的敕令与法律的汇编。新律是尤士丁尼时代颁布的法律的汇编。

罗马法的内容包括: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,罗马私法确认了所有权、契约自由等法律基本制度。罗马法之所以流传甚广,经千年而不衰,主要原因在于其是一部具有科学性的法,其法律中贯穿着清晰的概念<sup>[34]</sup>,例如出现了恶意抗辩、债权让等抽象的概念。

## 二、欧洲私法对罗马法的继受

### (一) 法典化运动

在欧洲,除了罗马法以外,还存在很多民族法(*Volksrecht*),主要是一些习惯法。在罗马帝国灭亡后,各地继续适用罗马法,被称为罗马蛮族法(*das römische Vulgarrecht*)。

11世纪,在意大利波罗尼亚,人们重新发现了尤士丁尼民法大全,并将其作为大学传授课程。随后,对罗马法大全进行了学术研究,12世纪到14世纪,许多学者专心于尤士丁尼民法大全的评注工作,此阶段被称为评注法学阶段。15世纪到16世纪,德国对罗马私法进行了继受,恰逢人文主义运动以及文艺复兴思潮。

通过波罗尼亚法学家的学术研究以及历史与社会因素,尤士丁尼民法大全逐渐成为所有拉丁民族和日耳曼民族的共同法<sup>[35]</sup>。18世纪以后,共同法为民法典所取代。1794年,普鲁士颁布了普鲁士一般州法(ALR),普鲁士一般州法既包括私法,也包括公法。1804年法国颁布了《法国民法典》,1811年奥地利颁布了《奥地利民法典》,这三部法典均是建立在自然法思想基础上的,也是对罗马法继受的产物。

编撰民法典,就是要将纷繁复杂的生活事实转化为法律事实,然后再发现法律事实间的共同之处,进一步抽象出若干基本制度。如此就形成了一定的体系,体系内部逻辑一致,力求同样情况同样处理,不同情况不同处理,达到法律的基本正义。

[34] Leipold, Einführung und Allgemeiner Teil, 2002, Rn. 33, S. 13.

[35] 彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,3页,北京,中国政法大学出版社,1996。

## （二）德国民法典与历史法学派

19世纪,随着德意志国家的统一,制定民法典的呼声日益高涨。蒂堡于1814年就主张制定统一民法典,但以萨维尼为代表的历史法学派主张,首先应通过科学研究,整理出所有法律内容后,才能制定统一民法典。历史法学派思想下的法学,被称为潘德克顿法学。

在萨维尼的主张下,德国并没有直接简单地继受《法国民法典》,而是通过对罗马法的科学研究,为新时代的法律找到了科学基础。1900年,《德国民法典》生效后,《普鲁士一般州法》自动失效。《德国民法典》不仅受到罗马法的影响,还受到了共同法(das gemeine Recht)的影响,其思想基础是自然法思想。《德国民法典》采取了五编制体裁,并设有总则,法律规则高度抽象、一般化和概括,建立了比较完整的民法体系,采用了援引技术。

《德国民法典》是近代民法模式的代表,主体上规定的是抽象人格,实现了所有权自由、私法自由以及契约自由。

## 三、中国民法的继受与发展

中国历史上并无欧洲意义上的民法,涉及民事关系的情况,如户、婚、田等,往往通过行政或刑事手段予以解决。

清末,国家于内忧外患之际,清政府试图效法日本,变法图强。日本自民明治维新以来,先是继受《法国民法典》,后又受《德国民法典第一草案》之影响,并在20世纪前二十年对德国法理论进行完整继受,成为成功继受欧洲法律之典范。

1902年,光绪帝下诏,参酌外国法律,制定律例。1906年,邀请日本人松冈义正起草民法典<sup>[36]</sup>。1908年开始起草民法典,1910年底完成。1911年,辛亥革命后,清王朝灭亡,这部法典未及正式颁布生效。

中华民国成立后,仍以大清民律为基础,予以增减完善。1925年完成民法典修正案,史称第二次民律草案,但并未正式成为法律。1929年,南京国民政府组建民法起草委员会,聘请法国人宝道(Padoux)为顾问,开始起草民法典,分别完成了总则、债编、物权编、亲属编与继承编。总则编于1929年5月23日公布,同年10月10日实施;债编于1929年11月22日颁布,1930年5月5日实施,债编施行法亦于同日实施;物权编于1929年11月30日公布,1930年5月5日实施,物权编施行法亦于同日实施;亲属编与继承编于1930年12月26日公布,自1931年5月5日施行,这两编的施行法亦于同日施行<sup>[37]</sup>。此为中国历史上第一部民法典,深受

[36] 俞江:《清末民法学的输入与传播》,载《法学研究》,2000(4)。

[37] 施启扬:《民法总则》,12页,北京,中国法制出版社,2010。

德国法影响。

新中国成立后,1954年、1962年两次起草民法典,均未成功。改革开放后,1979年、1982年又起草了两个民法草案,但亦未获得通过<sup>[38]</sup>。后采用分别制定民事单行法,待条件成熟后再制定民法典的策略,相继颁布了《经济合同法》《涉外经济合同法》《继承法》《技术合同法》《著作权法》《收养法》《海商法》《票据法》等法律。

1986年颁布了《民法通则》,规定了若干民事基本原则与基本制度,是我国第一部调整民事关系的基本法律。通则之意义在于:将那些贯通总则和分则、渗透基本法和特别法的共同原则、规范集中规定,自成一体<sup>[39]</sup>。

1998年,立法机关委托江平、王家福、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峒、魏耀荣等民法学者专家组成民法起草工作小组,其设计的民法典共分九章,分别为总则、物权、合同、人格权、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法以及涉外民事法律关系的适用。事实上,在立法上采取了分步骤起草民法典之策略,1999年颁布了《合同法》,同时废止了《涉外经济合同法》《经济合同法》《技术合同法》,2007年颁布了《物权法》,2009年颁布了《侵权责任法》,2010年颁布《涉外民事法律关系法》。

2014年10月,中共中央四中全会发布《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,提出“编撰民法典”。具体分两步起草民法典,首先在2017年颁布了《中华人民共和国民法总则》,其次,将分阶段审议通过民法典分编,于2020年3月将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过,从而形成统一的民法典。

### 第三节 民法的渊源

#### 一、概述

所谓民法的渊源,是指具有规范效力的民法的实际存在形式。不同时期,不同的国家和地区,民法规范的表现形式即民法的渊源不尽相同。具体认定哪些规范是法律规范,与法律思想的亦有关系。在法律实证主义学者那里,法律的渊源应限定在制定法上,即使是习惯法,也只有在立法机关或法官承认其效力的时候,才是法源。而在自然法学派、历史法学派那里,法律之渊源要广泛得多,不仅包括制定法,而且包括习惯等。

《民法总则》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。由此规定了两种法律渊源,一种是法律,一种是不违

[38] 王利明:《民法总则研究》,92页,北京,中国人民大学出版社,2003。陈华彬:《民法总论》,48页,北京,中国法制出版社,2011。

[39] 王利明:《民法总则研究》,93页,北京,中国人民大学出版社,2003。