

第一编 民法总论

第一章 民法概论

第一节 民法的概念和特征

一、民法的概念

民法有形式民法与实质民法之分。形式民法是指国家立法机关制定的以“民法”“民法典”或“民法通则”命名的法律，如《日本民法典》、《法国民法典》、《德国民法典》、《中华人民共和国民法通则》。而实质民法，按我国《民法通则》第2条的规定，则是指调整平等主体的自然人之间、法人之间、非法人团体之间以及他们相互之间的财产关系和人身关系的一切法律规范的总和。实质民法是国家法律体系中的一个独立的法律部门。

在人类法律发展史上，是先有实质民法，后有形式民法。古代国家的法律，是刑民不分、实体法与程序法不分的诸法合体的法律。那时没有区分部门法的观念，因此也就不可能像现代国家这样分别制定民法典、刑法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典等部门法典，从而产生出形式民法。但是，古代国家，无论是西方的罗马，或东方的中国，在其诸法合体的法律中都存在着丰富的民法规范，即存在着实质意义上的民法。

编纂民事法律规范，制定以“民法”命名的法典，是欧洲大陆国家资产阶级革命成功后在法制改革上取得的一项伟大成果。欧洲大陆国家制定的民法典虽然在名称上袭用了古代罗马的“市民法”，在内容上继受了罗马市民法的大量民事法律规范，但在性质上并不等同于罗马市民法。罗马市民法是与罗马万民法相对应的一个概念，本质上是指适用于全体罗马人的法，其内容虽然以民事法律规

范为主，但其中仍然夹杂着刑法规范和程序法规范，仍然属于诸法合体的法律，不具有部门法典的性质。而欧洲大陆各国的近现代民法典，是在民刑分离、实体法与程序法分离基础上制定的单纯调整民事社会生活关系的部门法典。

在现代社会，一个国家也可以没有形式民法，但是不能没有实质民法。英美法系国家就没有形式民法，但是却有着丰富多彩的实质民法，只不过其表现形式不是加以编纂的民法典，而是不以民法命名的单行法律、判例、习惯和学说。在现代社会，一国民法的发展和完善是走英美法系国家的道路，或是走大陆法系国家的道路，既不取决于该国政治、经济制度，也不取决于该国的社会发展水平，而是取决于该国的法律传统。我国是成文法系国家，向来以制定法为法律规范的主要表现形式，同时民国时期曾经制定过一部民法典（该法典现仍适用于我国台湾地区），因此在民法通则的基础上，借鉴欧洲大陆国家、日本和我国民国时期编制民法典的技术经验，吸收其精华内容，收集、整理、改造我国现时散见于《民法通则》及单行法律、法规、司法解释、及判例、学说中的民法规范，编纂一部民法典，当是我国民法进一步发展、完善的必由之路。

民法学是以民法为研究对象的科学，是法学中的一门分支学科。作为民法学研究对象的民法是实质意义上的民法，其研究范围既包括以“民法典”或“民法通则”等形式民法表现出来的普通民法规范，也包括以其他法律、法规、司法解释等形式表现出来的特别民法规范，以及以习惯、判例、学说等形式表现出来的补充性民法规范。因此，本书在使用“民法”这一概念时，如无特别说明，皆指实质民法。

二、民法的调整对象

我国《民法通则》第 2 条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系。”依此规定，平等主体之间的财产关系和人身关系，就是民法的调整对象。平等主体间的社会关系，无论是财产关系或人身关系，都是因民事而形成的民事关系。这里所称“民事”，是指与国家公共事务相对应的私人事务，如资源的占有，物质产品和精神产品的生产、分配与交换，企业的组织与活动，劳动力的雇佣，遗产的继承，婚姻的结合与离异，亲属间的互相帮助与扶养等等。民事关系，根据其是否具有经济内容，可分为民事财产关系与民事人身关系。

（一）民事财产关系

财产关系是以财产为客体，具有经济内容的社会关系。财产关系这一概念中所称的“财产”，是指对人具有经济价值的事物。在现代社会生活中存在两大类财产：一是为人掌握、控制，可以在人类社会的生产经营活动中和人的生活中加以利用的物质资料，包括土地、矿藏、水流等天然资源和人类劳动创造的各种以

物质形态出现的产品；二是对人具有经济价值的非物质事物，包括作品、商标、技术发明等具有精神产品性质的智慧财产，以及股权、债权等具有经济价值的权利。

1. 财产关系的特征。

1) 财产关系以财产为客体。在财产关系中，财产或者作为主体支配的对象，或者作为一方主体请求另一方主体给付的对象，都是相对于关系的主体，作为关系的客体而存在的。在人类社会生活中，既不存在不以财产为客体的财产关系，也不存在游离于人的社会生活之外的财产。马克思说：“财富的本质就在于财富主体的存在。”〔1〕深刻揭示了财产关系总是以财产为客体，财产总是相对于社会关系之主体而存在这一特征。

2) 财产关系以经济利益为内容。人的社会关系，都是利益关系。因此关系所体现的利益的不同，构成了区分社会关系类型的一个重要标准。由于作为财产关系客体而存在的财产是具有经济价值的事物，由此而决定了财产关系必然以经济利益为内容。体现主体的经济利益，以经济利益为内容，也是财产关系区别于其他社会关系的重要特征。

3) 财产关系体现的经济利益可以与特定主体相分离。在财产关系中，财产是与主体对应而存在的。因此，财产可以与主体相分离，脱离特定主体的支配而转由其他主体支配。财产与主体的可分离性，决定了财产关系所体现的经济利益可以转让、继承、抛弃的特征。

财产关系是一类十分重要，十分广泛、复杂的社会关系。不仅在民事社会生活中会基于人的生产、生活的需要产生各种各样的财产关系，而且在国家社会生活中也会基于国家的权力活动而产生这样那样的财产关系。民法作为一个部门法，不可能调整全部财产关系，而只能调整其中因民事而发生的具有平等性的民事财产关系。因此在这里，我们除了需要明确什么是财产关系以及财产关系的特征外，还需要进一步明确由民法调整的财产关系的范围。

2. 财产关系的分类。

1) 静态财产关系。静态财产关系，又称财产支配关系，是财产在特定主体支配下形成的支配者与社会一般人之间的财产关系。静态财产关系发生于社会的生产领域和消费领域，其体现的经济利益是财产支配者直接享用财产的现实经济利益。静态财产关系，根据其客体的不同，还可以进一步分为物质财产占有关系与智慧财产专有关系。物质财产占有关系，是指特定的物质资料在特定的主体占有下而形成的占有人与社会一般人之间的财产关系。智慧财产专有关系，是指作

〔1〕《马克思恩格斯全集》，第42卷，第115页。

品、商标、技术发明等智慧财产在特定主体专有利用下而形成的专有利用人与社会一般人之间的财产关系。在静态财产关系中，财产支配者利用其财产满足自己生产或消费的需要，具有民事性。同时，各财产支配者的地位也都是平等的。因此，静态财产关系都是民事财产关系，都由民法调整。

2) 动态财产关系。动态财产关系，又称财产流转关系，是财产由一主体向另一主体移转时，在财产转让者与受让者之间形成的财产关系。财产流转关系既可能因私人事务而发生，也可能因国家公共事务而发生。后者如财政税收关系、公用征收关系等，都是国家运用国家公共权力强制发生的，不具有平等性，不由民法调整。由民法调整的具有平等性的民事财产流转关系主要有以下几种：(1) 商品交换关系。商品交换关系是利益具有互补性的商品所有者，基于各自让渡自己商品给对方的共同意志行为而发生的财产流转关系。在现代市场经济条件下，商品交换不仅是生产资源配置的基本手段，也是人获得各种消费资料和服务供应的基本手段。(2) 遗产继承关系。遗产继承关系是人死亡以后，其遗留的财产无偿转归其生存亲属所有的财产流转关系。遗产继承关系的发生以人的死亡为前提，并与人的亲属身份关系相联系，也是一类具有相对独立意义的民事财产流转关系。(3) 扶养关系。扶养关系是生存亲属一方为从物资上、劳务上扶持、帮助无生活来源或无生活自理能力的另一方，以维持另一方生存条件而发生的财产流转关系。扶养关系与一定亲属身份关系相联系，出自人的天性、伦理和亲情，也是具有相对独立意义的民事财产流转关系。

(二) 民事人身关系

人身关系，又称人身非财产关系，是指人与人之间基于彼此的人格或身份而形成的，不以主体的经济利益为内容，而以主体的人身利益为内容的社会关系。

1. 人身关系的特征。

1) 人身关系以主体的人身为其发生和存在的基础。与财产关系不同，主体自己之人身是人身关系发生的前提和存在基础。所谓“人身”，是“人格”和“身份”的总称。因此，只要主体自身存在或具有某种社会身份，即当然存在他与其他主体间的人身关系。

2) 人身关系不体现主体的经济利益而体现主体的人身利益。人身关系具有非财产性，不体现主体的经济利益。人身关系所体现的是主体的人身利益。所谓人身利益，是指主体的人身不受侵害，主体可以充分享有人身，利用自己的人身条件，谋求自己生存和发展的种种精神利益，如利用自己的身体素质、聪明才智、名誉、地位充分发展自己，为自己的生存和发展创造更好条件的利益。人身利益也是人的重要利益，如果说享有财产是人生存、发展的物质条件，那么享有人身则是人生存、发展的精神条件。

3) 人身关系体现的人身利益具有专属性人身利益之专属性，是指特定主体的人身利益只能由该主体享有，不能与该主体相分离，经由让与或继承的途径转归其他主体享有。同时，该主体也不能宣布抛弃自己的人身利益。人身利益之专属性原于作为人身利益发生和存在基础的人身的专属性。

与财产关系一样，民法作为一个部门法，也不能调整全部人身关系。因此在明确什么是人身关系以后，我们还需要进一步界定民法调整的民事人身关系的范围。

2. 人身关系的分类。

如前所述，人身关系中的“人身”是主体的“人格”和“身份”的总称，因此人身关系可以分为人格关系与身份关系两种关系。

1) 人格关系。人格关系是人与人之间基于彼此的人格而形成的以主体的人格利益为内容的社会关系。“人格”这一术语，在现代法律上有两种不同的含义。当其与“法律”二字连用而构成术语“法律人格”时，指的是人的法律主体资格，即人可以享有法律规定之权利和应当承担法律规定之义务之资格，相当于术语“权利能力”的含义。而“人格关系”或“人格权”中的“人格”则不是指人的法律主体资格，而是指人作为自然之存在和社会的主体，其自身所包含的，并且在现代之社会生活条件下受法律保护的各种自然的和和社会的因素。例如，自然人作为自然的生命体，在其人格中即包含了其自然具备的身体、生命、健康等自然因素；而自然人作为人类社会生活的主体，在其人格中又包含了社会赋予他的姓名、肖像、名誉、自由、隐私等社会因素。法人作为人类社会生活中的一种团体，不是自然之生命体，仅为社会的有机体，因此其人格中只含有由社会赋予他的名称、名誉、团体秘密等社会因素，而无自然赋予他的自然因素。

由于人格是人作为社会生活的主体，其自然具备的和和社会赋予他的各种因素的总称，而且在废除奴隶制和封建等级制的现代的社会，任何自然人都具有相同的法律人格和相同的人格因素（法人与法人亦然），并且都受同等的法律保护，因此任何人格关系都受民法的调整。

2) 身份关系。身份关系是指人与人之间基于彼此的社会身份而形成的以主体的身份利益为内容的社会关系。所谓“身份”，是指人基于先天的血缘或后天的社会活动，在一定的社会组织结构体系中所处的地位。换句话说，身份是人在其置身的社会组织结构中所处地位的标志。例如，亲属身份表示人在家庭这种组织结构中所处的地位，股东之身份表示人在公司这种组织结构中的地位，党员之身份表示人在政党这种组织结构中所处的地位，部长、省长、市长之类身份则表示人在政府这种组织结构中所处的地位。

由于身份所表示的是人在一定社会组织结构体系中所处的地位，因此无论在

民事社会的组织结构体系中或者在国家社会组织结构体中都存在一定身份关系但是两种社会组织结构体系中的身份关系的性质是不相同的。国家社会生活中的组织结构体系是纵向性的组织结构体系，其通行的原则是下级服从上级、全国服从中央，因此发生在其中的身份关系具有等级性和命令服从性而民事社会的组织结构体系是一种横向性的结构体系，其通行的原则是身份平等，因此发生在其中的身份关系具有平等性。民法由其性质所决定，并不调整国家组织结构中的等级身份关系，而只调整民事社会生活中的平等性身份关系。

第二节 民法的体系和渊源

一、民法的体系

(一) 民法体系概述

民法的体系是指民法内部的组织结构。民法体系问题所要研究的，是人们如何将民法的基本元素——规则、原则和概念编织、组合成一个有机整体的。

从形式观察，成文法系国家法律的演进过程，是一个由习惯法到制定简单成文法，再到制定较为复杂的综合性法典，再到实行部门法分工，分别制定部门法典，从而建立科学的法律分类体系的过程。简言之，即体系化的过程。在民法发展的历史上，罗马皇帝优士丁尼于公元 6 世纪组织编纂的《法学阶梯》、《学说汇纂》、1804 年制定的《法国民法典》、1896 年制定的《德国民法典》都对民法的体系化做出过重大贡献。

民法体系化，无论对民事立法、司法或民法的学习研究，都具有重要的意义：

1. 立法方面。在立法方面，科学的民法体系具有以下意义：第一，有利于实现民法的高覆盖率。运用逻辑演绎方法，由一般到具体，建立位阶分明的民法体系，才能使民法既具有可操作性，又具有一定的原则性和灵活性，实现民法对民事社会生活的高覆盖率。民法有了层次分明的科学的体系，面对具体个案，即使我们不能从低位阶的民法规范中找到处理案件的具有直接针对性的具体规划，只要我们拾级而上，也能在高位阶的民法规范中找到处理案件的一般规则。最不济时，我们也能从具有最高位阶的民法基本原则中寻求到处理案件的基本精神。第二，有利于民法价值的储存和贯彻。民法基本原则是民法价值的集中表现，民法有了位阶分明的体系，民法的价值才能在民法基本原则的负载下拾级而下，层层贯彻，最终储存于每个具体的民法规则之中。第三，有利于避免民法规范的重复与矛盾，使民法规范简明扼要、和谐一致第四，科学的体系既有利于民法的

推陈出新，又不致于影响民法的稳定。伴随民事社会生活的发展变化，新的民法规范假单行立法、司法解释、习惯、判例、学说而不断涌现。民法有了科学的体系，也就不难将它们吸纳入民法的相关部分。随着生活的发展变化，一些旧有民法规则也可能因不适应新形势的要求而被淘汰。由于这种吐故纳新是在体系的框架内进行的，也就不会影响整个民法的稳定。

2. 司法方面。在司法方面，科学的民法体系具有以下意义：第一，方便法官找法。案件的审理过程是一个认定案件事实，对案件事实进行法律评价，然后寻找相应的法律规则加以处理的过程。民法的体系化，是通过层层分解而具有位阶性的概念体系来实现的。这些因层层分解而具有位价性的概念体系无疑构成了法官找法的指南。因此，只要法官将案件事实概括为一个表示某类法律事实的法律概念，他就不难按图索骥，找到相关的法律规则。第二，既有利于督促法官依法办事，同时又不妨碍法官在体系范围内进行创造性的司法活动。对体系化法律的适用，按照其适用规则，法官应尽先适用低位阶的对案件具有直接针对性的具体规则，只有在低位阶的具体规划中找不到可适用的法律时，才允许法官沿法律之阶梯拾级而上，适用较为抽象的法律规则或法律原则。这就将法官的自由裁量权限制在了体系可容忍的范围之内，既有利于督促法官依法办事，又不妨碍法官在体系控制之范围内进行创造性的司法活动。

3. 法律研习方面。民法的体系化也有利于法律的研究。概念准确、位阶分明的民法体系，原本就是人们在研究民法、传授民法知识的过程中形成的。沿着民法之体系，从一般到具体，循序渐进地研习民法，既有利于人们对民法整体的把握，又有利于人们层层深入地了解民法的各个制度和各项原则与规则。

（二）我国民法的体系

我国还没有制订民法典，1986年制定的《民法通则》发挥着统率各单行民事法律、法规的民事基本法的作用。《民法通则》共9章156条，除第八章涉外民事关系的法律适用、第九章附则外，其他七章实际包括了三部分内容：第一部分包括第一章基本原则、第二章公民（自然人）、第三章法人、第四章民事法律行为和代理、第七章诉讼时效，相当于德国民法典的总则；第二部分为《通则》的第五章民事权利，概括规定了我国公民和法人依法享有的各种民事权利，包括物权、知识产权、债权、继承权、人身权等民事权利；第三部分为《通则》的第六章民事责任，分别规定了违反合同的民事责任、侵权的民事责任及承担民事责任的方式。

当前，我国正准备制订民法典，如何确定我国民法典的编制体例、建立我国民法的科学体系，已成为我国民法学界讨论的热点问题。我们认为，在我国民法体系的构筑上，应兼采德国民法典设总则之长与法国民法典、意大利民法典统一

调整人身关系之长，除总则规定共同性民事问题外，按《民法通则》第 2 条确定的调整对象，分设人法与财产法分别调整平等主体间的人身关系与财产关系。我们的大致设想是：

第一编 总则。此编分设以下五章：第一章 一般规定，其内容包括对民法的调整对象、民法的基本原则、民法的渊源、解释及适用等问题的规定；第二章 民事法律关系，分四节分别对民事权利、民事义务与责任、民事权利义务的客体、民事权利义务的变动等问题作出一般性规定；第三章 民事法律行为；第四章 代理；第五章 诉讼时效。

第二编 人法。本编可分设以下四章：第一章 自然人；第二章 法人和非法人团体；第三章 人格权；第四章 亲属身份权。

第三编 财产法。本编内容庞大，可分设以下四个分编：第一分编 物权法；第二分编 知识产权法；第三分编 债法；第四分编 继承法。其中第三分编债法的内容较多，采用了分章、节的方式来构筑其内部的体系。

这本教科书在内容的编排上基本上采取了前述体例，是我们按总则、人法、财产法之体例阐述我国民法内容所作的第一次尝试。

二、民法的渊源

（一）民法渊源概述

民法的渊源是指民法的表现形式。在民法渊源问题上，从近代到现代，大陆法系国家呈现出由一元体制走向二元体制的发展趋势。所谓一元体制，是指只承认制定法为民法渊源，不承认习惯和法理为民法渊源的体制。所谓二元体制，是指除承认制定法为民法的渊源外，还承认习惯和法理为民法渊源的体制。在民法渊源问题上，二元体制优于一元体制。因为，由于立法者主观认识的局限性与社会生活无限性的矛盾，制定法的相对稳定性与客观情事易变性的矛盾，制定法的局限性总是存在的，承认习惯和法理为民法的补充渊源，有利于克服民事制定法的局限。

在民法渊源的二元体制中，制定法为直接渊源，在适用上具有直接性与优先性。习惯与法理为补充渊源、间接渊源，在适用上具有补充性、间接性。民事案件，凡制定法有规定者，法官应直接适用制定法的规定，只有在制定法无规定时，法官才能适用习惯或法理。

在民法渊源问题上，我国《民法通则》没有作出明文规定，但是在我国民事制定法尚不完善，欠缺许多具体民法规则的现实条件下，习惯和法理对我国民事审判之实践都发挥着重要作用，实际上成了补充我国成文民法之漏洞的渊源。

（二）民法的直接渊源：制定法

制定法是指经具有立法权或准立法权的国家机关，以条款形式加以编纂，制

定成文件的法律或准法律。在我国，可作为民法渊源的制定法有以下两类：

1. 法律。法律是指国家立法机关制定的以法命名的具有普遍约束力的立法文件。包含有民法规范的法律主要有以下几种：

1) 宪法。宪法是全国人民代表大会制定的根本大法。宪法中关于我国经济体制的规定，发展科学、文化、教育事业的规定，公民基本权利、义务的规定等，是我国具有最高法律效力的民法规范。我国民事基本法和单行法的制定，都必须以宪法中的这些规定为依据。

2) 民事基本法。在大陆法系国家，民法规范存在的基本形式是民法典。民法典是按照一定逻辑体系集中编纂民法规范的民事立法文件。民法典是民法的最高形式，它以逻辑严密、体系完备、条文众多为特点，具有权威性和稳定性，历来享有市民社会大宪章的美誉。我国现在还没有制定民法典，在我国发挥民事基本法作用的是 1986 年 4 月 12 日第六届全国人大第四次会议通过的《中华人民共和国民法通则》。我国《民法通则》是在我国经济体制改革起步不久，制定民法典的历史条件还不成熟，为对一些共同性民事问题作出规定而制定的一部民事法律。在我国民法的发展史上，《民法通则》既具有伟大的历史功绩，同时又带有深刻的历史局限。《民法通则》共 9 章 156 条，有比较完整的总则而无完整的分则。其第五章民事权利，与外国民法典分则的有关内容比较，它只是简单宣告了民事主体可以依法取得的各种民事权利，并没有像外国民法典那样，对这些民事权利的取得、行使、变更和消灭做出具体的法律规定。正是没有对各种民事权利做出详细、具体的规定，我国《民法通则》才不是民法典，而只是民法的通则。

3) 单行民事法律。单行民事法律，是针对某特定类型的民事关系的法律调整或者某特定类型的民事行为的法律规范而特别制定的法律。由于我国《民法通则》对各种民事权利具体规定的欠缺，这些年来我国制定了不少单行民事法律，使我国形成了一个由《民法通则》统率各单行民事法律的体系。因此，在我国单行民事法律格外引人注目，占有相当重要的地位。在我国全国人大及其常委会制定的法律中属于单行民事法律的有《著作权法》、《专利法》、《商标法》、《担保法》、《合同法》、《继承法》、《婚姻法》。这些法律均可构成民法典分则的相关部分。

4) 综合性单行法。综合性单行法，是针对特定权利主体、权利客体或特殊问题而制定的既有民法规范又有行政法规范甚至刑法规范的法律。其中包含较多民法规范，对民法具有重要意义的综合性单行法主要有《合伙企业法》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《产品质量法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《森林法》、《草原法》等等。

2. 准法律。准法律是指由国家行政机关、司法机关及国家地方机关制定的，

以条例、规程、办法、细则等名目出现的具有普遍约束力的规范性文件。准法律是法律的具体化和补充，在效力上低于法律，其规范的精神不能与法律相抵触。包含有民法规范的准法律主要有：

1) 国务院及其各部委制定的法规。国务院作为我国的最高行政机关，其为执行法律而颁布的条例、办法、措施、细则，其中相当部分含有民法规范，有的甚至以民法规范为主。如《著作权法实施条例》、《商标法实施细则》、《专利法实施细则》等等。

2) 最高人民法院的指导性文件。最高人民法院是我国的最高审判机关，有权对法律进行司法解释。在我国民事立法不完善，可操作性差的情况下，最高人民法院在总结民事审判经验的基础上，根据民法原理、原则，对一些规定不具体的民法规范提出的适用意见，就地方各级人民法院对有关民事问题的请示所作的批复及其他有关民事工作的指导性文件，都具有准法律的性质，对于正确适用民法，补充民事立法的不足，正确处理民事案件，具有重要作用，也是我国民法的渊源之一。

3) 地方性法规。地方省级人民代表大会、政府以及民族自治地区的自治机关在宪法、法律规定的职权范围内发布的地方性法规，包括自治条例、单行条例、规章、措施、办法等等，有关民事问题的，也是我国民法的渊源之一。但是，地方性民事法规不能与全国性的法律、法规相抵触，并且只在本行政区域具有法律效力。

（三）民法的间接渊源：习惯与法理

1. 习惯。习惯是人类社会生活中自发形成的行为规范。习惯既为民法的补充渊源，其适用需要把握好以下条件：（1）须查明确有该习惯之存在。此为援用习惯判案的客观条件。如案件当事人之一主张援用习惯法，主张者须对该习惯之存在负举证责任。（2）该习惯须得到社会一般人之确信和遵守。此为援用习惯法判案的主观条件。（3）该习惯须不违反民法的基本原则。此为评判习惯而选择适用的价值标准。习惯有善良习惯、进步的习惯与陈规陋习之分，在援用习惯判案时自然应以民法的基本原则为价值标准而加以选择，才能使案件获得公正的处理。（4）制定法对该习惯须无明文规定。作为民法补充渊源的习惯只能是制定法尚未明文采纳的习惯，如果某习惯已为制定法所明文采纳，它便上升为制定法，成为民法的直接渊源。此外，在援用习惯判案时，还应弄清楚拟援用的习惯是什么习惯，以期妥当。习惯，有通行于全国的一般习惯，有通行于某地方的地方习惯，有通行于某民族的民族习惯，也有仅适用于特殊行业或社会阶层的特殊习惯；不能将此地的习惯适用于彼地、此民族的习惯适用彼民族，也不能把特殊行业或特殊阶层人的习惯适用于社会一般人。特别是在多民族杂居的地方，掌握各

民族的不同习惯对法律的适用具有重要的意义。为妥当处理少数民族同胞间的民事纠纷，有时甚至需要对制定法予以变通。

2. 法理。法理，如就其实质探究，是一个相当抽象的法命题。学者有认法理为事物之当然道理，即自然法的；也有认法理为法律通常之原理的。无论哪种看法，都视法理为法哲学上的命题。但如就其形式考察，法理的存在形式无外乎学者的学说和法官的判例两种。根据法理的这两种存在形式，人们是不难分清何为法律、何为法理、何为习惯的。

在大陆法国家，虽然立法一般将法理作为次于习惯的民法渊源，但实际上法理对审判实践发挥着重要的指导作用，我国亦不例外。大陆法崇尚理性、逻辑。大学法律专业的学生首先从法学教科书、专著、论文中吸收法律知识，教师和专家学者在课堂上和书本中阐明的法律理论和学说对他们熏陶甚大。这样培养出来的学生，当他们身居法官位置时，自然要运用法律理论、学说来指导自己的办案实践。这些年来，法官、律师向专家咨询疑难案件，邀请专家参加有关的研讨会，在我国已蔚然成风，专家学者的意见更直接地影响着法院的审判活动。至于判例，在大陆法系国家，都有由国家最高审判机构定期或不定期公布、出版典型案例的习惯。这些经公布、出版的典型案例更直接地影响着各级地方法院对有关案件的处理。由此可见，在大陆法系国家，学说、判例的意义并不仅仅限于它们作为民法的间接渊源，在制定法欠缺有关规定时，可以直接引为判案的依据；更重要的是它们作为科学的法律理论和思想观点对审判实践所发挥的一般的和潜在的指导作用。

第三节 民法的性质及其与相邻法律部门的关系

一、民法的性质

在社会主义市场经济条件下，对民法的性质应有以下三点认识：

(一) 民法为私法

区分公法与私法的观念由来已久，罗马皇帝优士丁尼于公元 533 年编成的《学说汇纂》就记载了罗马法学家乌尔比安关于区分公、私法的观点，〔1〕资产阶级革命成功后，欧洲大陆国家还按公、私法之区别制定了属于私法的民法典。人们区分公、私法的主要有标准三条：（1）利益标准。认为私法是有私人利益的法，公法是有国家和社会公共利用的法。（2）社会关系性质标准。认为私法是

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

调整市民社会平等关系的法，公法是调整国家政治社会命令服从关系的法。（3）主体标准。认为私法以私人为主体的，在私法关系中，双方主体都是私人。即使国家或国家机关参与私法关系，其在私法关系中扮演的角色也是私人，而不是社会的公权力组织。而公法则以公权力组织为主体的法，在公法关系中必有一方主体为国家公权力组织。

在计划经济体制时期，我们曾否认民法的私法性质。如果说那时为了保证国家指令性经济计划得以贯彻，我们有必要否定民法的私法性质，那么现在为了满足市场经济对平等、自由的要求，我们则必须重新确认民法的私法性质。市场经济以市场作为资源配置的基本手段，其主体须是享有平等、自由、自主、自愿权利的主体。这就要求打破政府计划指令及其他有碍市场运行的行政命令对经济主体的束缚，把市场经济视为一个与国家政治相对独立的领域，对市场经济关系采用有别于规范国家政治生活关系的特殊方法加以规范和调整。而把法分为公法与私法，确认民法的私法性质正好满足了市场经济的这一要求。此外，区分公法与私法，确认民法的私法性质，对于部门法的划分，法律体系的构筑以及在司法实务中分清案件的法律性质，明确案件受理的审判机构，确定适用何种诉讼程序，采用何种救济方法或制裁手段等等，都具有重要的意义。

（二）民法为权利法

在法权体系中，权利与权力是一对对应的范畴。权力，乃权力者能依法强制他人服从的法力。权利，乃权利者为实现其受法律的利益依法可以为一定行为的法力。权力体现社会公共利益，属于全体人民，并由人民依法授予国家机关和国家机关工作人员代表人民行使。权利体现权利者自己的利益，由法律直接授予社会普通成员享有。法律通过规定法权而实现对社会关系的调整与控制。因此，法律根据其规定的法权的不同，又可区分为权力法与权利法。民法所规定的法权为社会普通成员依法享有的为实现其受法律保护的财产利益和人身利益而可以为一定行为的民事权利，因此民法为权利法。民法的权利法性质集中体现在以下方面：

1. 民法是一部权利宣言书。民法以授予和保护民事主体的民事权利为己任，庄严宣告了民事主体可以依法取得的各种民事权利，还建立了完善的权利救济制度，依法保护民事主体享有的各种民事权利。

2. 民法是一个以权利为中心的规范体系。民法不仅宣告了民事主体可以依法取得的各种民事权利，而且为给民事主体实际取得权利、实现权利提供法律准则，建立起一个以权利为中心层层演绎的宝塔型规范体系。处于这个宝塔尖的是一个总概念——民事权利，其次是人身权、物权、知识产权、债权、继承权等权利概念，民法正是围绕这些权利概念由总则到分则展开其制度性规定的。

3. 在处理权利与义务的相互关系上，民法以权利为本位。权利与义务是一对矛盾，它们共存于民事法律关系中，在一方为权利者，在另一方为义务，具有统一性和一致性。但是，在权利与义务这对矛盾中，权利是矛盾的主要方面：是权利决定义务，而不是义务决定权利。民法责成民事主体承担履行自己承诺和不侵害他人权利的目的，是为了保证所有的民事主体的民事权利都能得以实现。

（三）民法是市场经济的基本法

民法本质上是商品经济的法律形式。民法伴随商品经济的产生而产生，伴随商品经济的发展而发展。商品经济由古代的简单商品经济发展为现代的市场经济，民法也相应地由反映简单商品经济的古代民法发展为反映现代市场经济的现代民法。现代民法作为现代市民社会的法律准则，其调整的民事关系虽然不限于市场商品经济关系，但是市场商品经济关系作为现代市民社会的经济基础，始终是现代民法调整的主要对象和核心部分。现代民法的民事主体制度、物权制度、知识产权制度、债权制度，都是直接针对现代市场经济的法律调整而设置的民法制度。民法作为市场经济基本法的性质也就由此而表现出来。

民法作为市场经济基本法，对市场经济的健康运行发挥着以下作用：

1. 民法的权利神圣、意思自治、平等、公平、诚实信用和禁止权利滥用等项原则最适应市场经济发展的要求，是规范市场活动的基本法律准则。
2. 民法的民事主体制度，包括对自然人、合伙组织和法人的法律规范，是规范市场经济主体的基本法律制度。
3. 民法的物权制度和知识产权制度是保障市场经济主体支配其有形财产和无形财产从事商品生产经营活动的基本法律制度。
4. 民法的合同制度是规范市场交易行为的基本法律制度。
5. 民法的民事责任制度和债的担保制度是维护市场交易安全的基本法律制度。

二、民法与相关法律部门的关系

法是一个统一的体系，这个体系由既有分工又有合作的各部门法构成。在法的统一体系中，各部门法的分工合作，使它们之间呈现出一种对应关系。各部门法在统一体系中的地位，也就通过它与其他部门法的对应关系表现出来。分析民法与其他相关法律部门的关系，旨在确定民法在法的体系中的地位。

（一）民法与民事诉讼法

民法与民事诉讼法的关系是实体法与程序法的关系。

实体法与程序法的区分，是以法律之实质与施行手续之间的区别为标准的。实体法是针对现实社会生活中的具体关系或具体事项而为实体规定的法律。实体法直接确认和保护现实社会生活中的各种事实关系，使之上升为具有权利义务包

容的法律关系此种法律关系称为实体法律关系。实体法对现实社会生活关系的调整和控制起主要作用，又称主法。程序法为规定执行程序，并调整执法过程中涉讼主体间相互关系的法律因此程序法所规定的法律关系为程序法律关系。程序法是为执行实体法服务的，是辅助和保证实体法之贯彻执行的，因此又称为辅法。

民法与行政法、刑法同为实体法，对社会关系的调整和控制发挥着主要的作用。但是，实体公正以程序公正为前提条件，民法、行政法、刑法的公正执行均要求与之相适应的程序法，于是相对于民法、行政法、刑法三个实体法产生了民事诉讼法、行政诉讼法与刑事诉讼法。民法与程序法中的民事诉讼法相对应，以民事诉讼法作为其公正执行的保障。在司法实务中，民法与民事诉讼法的关系是：任何民事纠纷案件的审理，均须适用民事诉讼法的有关规定；但任何民事纠纷案件的判决，又须适用民法的有关规定。

（二）民法与行政法

民法与行政法都属于调整型实体法，但它们调整的社会关系的性质和范围则不相同。民法调整以平等为特征的民事社会生活关系，行政法则调整以命令服从为特征的国家行政管理关系。由被调整的社会关系的不同性质所决定，民法与行政法在调整方法上也不相同。民法确认民事主体的平等地位，充分尊重民事主体的自主意志；而行政法则强调国家行政机关的依法行政，要求被管理者服从国家行政机关的行政管理。

在分析民法与行政法的关系时，不能不涉及民法与经济法的关系问题。经济法的规范对象是国家的经济宏观调控行为和经济管理行为，本质上为经济宏观调控法或经济行政管理法，应属于行政法的一个分支。因此，民法和经济法的关系基本上与民法和行政法的关系相同。

（三）民法与商法

商法产生于欧洲中世纪，原是维护商人利益、规范商人活动的习惯法。欧洲资产阶级大革命胜利后，各民族建立了统一的国家，上升为统治阶级的资产阶级（包括传统的商人）为完善调整商品经济关系的法律，一方面在继承和发展罗马市民法的基础上制定了民法典，另一方面又在吸收商人习惯法的基础上制定了商法典，于是在私法领域内形成了民商分立的格局。

随着资本主义商品经济的发展，生产社会化程度的提高，商人作为一个特殊社会阶层的消灭，现代意义上的商法已经不同于中世纪的商法。现代商法不再是维护商人特殊利益的法律，已经变成了规范商事组织和商事活动的法律。在实行民商分立体制的国家中，商法的内容一般包括总则、公司法、破产法、票据法、保险法、海商法等组成部分。

在民商分立体制下，民法与商法的区别主要表现在：其一，民法与商法虽然都调整商品经济关系，但各有其侧重。民法不分商人与非商人，通过对自然人、法人、非法人团体的一般规定和对物权、债权的法律规定，为商品经济的发展提供一般法律前提和对商品经济关系进行一般的法律调整。商法则从商个人、商法人和商合伙出发，通过对商个人、商法人和商合伙及其营业活动的规范，从商人的营业角度（即商品生产经营角度）对商品经济关系进行法律调整。其二，商法由其商人法的历史沿革所决定，只调整商品经济关系，不调整其他民事关系，而民法由其市民法的历史沿革所决定，除调整商品经济关系外，还调整其他一些民事关系。

民商分立体制的形成，自法国分别制定民、商法典算起，至今已有近两百年的历史。随着社会经济条件的变化，已有一些国家改采民商合一体制。

民商合一是指由民法统率商法，在民法典中吸收基本商事规范，于民法典外不另外制定商法典，只根据需要制定单行商事法规的立法体制。在民商合一体制下，商人被看作民事主体的组成部分，商行为被看作民事行为的组成部分，商法也就成为从属于民法的法律。在法典化国家中，采取民商合一体制的国家有瑞士和意大利等。我国在民国时期制定的民法典，也是民商合一的法典。

新中国成立后，随着高度集中的计划经济体制的建立，人们谈商色变，商法无用武之地，自然也就不发生民商合一与民商分立的问题，直到改革开放的基本国策确定，建立和完善民商立法的问题被提上议事日程，人们这才开始思考民商分立与民商合一的问题。当前我国民商法学界的基本趋向是走民商合一的道路，但也有部分学者主张民商分立。

我们认为，从立法技术和法律适用方便上考虑，走民商合一的道路是适宜的。但是民商合一的立法不应影响对商法的学术研究。换句话说，即使在民商合一的立法体制下，我们仍然应当把商法学作为一门相对独立的学科，在商法的名义下把公司法、破产法、票据法、证券法、保险法、海商法结合起来加以研究

（四）民法与劳动法

劳动法是调整以联合劳动为基础的劳动关系的法律。劳动法是社会化大生产的产物。早期的民法典对劳动关系的调整仅限于雇佣合同关系。劳动法是随着生产社会化程度的提高，为解决劳动领域中发生的一系列矛盾，于民法典之外以单行法规的形式发展起来的。尽管不少学者曾致力于将劳动关系纳入民法调整，但这种努力在绝大多数国家都失败了。这说明劳动法在私法领域中成为相对独立的法律部门有其客观的必然性。我们认为，导致这种必然性的原因在于劳动法与民法在调整对象上和调整方法上都存在较大的区别。

1. 在调整对象上，劳动关系中存在的形式上平等与实际上并不平等的矛盾，

较之民法调整的财产占有关系和一般商品交换关系，更为突出劳动者与劳动组织在许多劳动关系中实际上处于很不平等的地位。这种不平等源于以下三个原因：（1）劳动分工使一部分人在联合劳动中处于指挥者和管理者的地位；（2）劳动力是一种特殊的商品，与劳动者密切联系，对劳动力的支配直接表现为对人的支配；（3）劳动者与劳动组织实力悬殊。

2. 在调整方法上，劳动法与劳动关系的性质相适应，也与民法的调整方法存在差别：（1）劳动法为维系社会化大生产的需要，确认劳动者与劳动组织在劳动生产过程中的不平等地位，强调劳动纪律，确认劳动组织对违纪职工的纪律处分权。（2）劳动法考虑到劳动者与劳动组织实力不对等，劳动组织对劳动者天然处于优越地位的实际情况，贯彻着保护弱小一方劳动者利益的基本原则。这一原则不仅表现在有关劳动时间、劳动工资、劳动保护、劳动保险等一系列规定上，还表现在劳动法确认劳动者以集体的力量与劳动组织对等谈判签订集体合同的权利上。（3）劳动法规范多为强行规范，与民法规范多为任意性规范也是不同的。

第四节 民法的基本原则

民法基本原则是体现市民社会和商品经济根本要求，贯穿民事立法、司法、守法始终，具有普遍适用效力和衡平作用的指导思想和基本准则。民法基本原则是民法的灵魂，它反映市民社会和市场经济的根本要求，负载民法平等、自由、效益、安全、公正等价值，总揽民法中的具体原则和规则，是民法规范体系中位阶最高的帝王规则，对民事立法和司法都具有重要的指导作用。根据我国《民法通则》第3条至第7条的规定，我国民法有以下基本原则：

一、平等原则

《民法通则》第3条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”民法实行平等原则是由作为民事社会生活基础而存在的商品经济的性质和调整要求决定的。民法在本质上是商品经济关系的法律表现形式，而当事人地位平等又是进行商品生产和交换的必不可少的前提，这就要求调整商品经济关系的民法必须承认和维护商品生产者、经营者、消费者间的平等地位。

民法平等原则有以下几条基本含义：（1）任何民事主体在民法上都具有独立的法律人格，国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人，无论他们在行政法或其他部门法上是否存在隶属关系、主从关系，一进入民事领域便都是具有独立法律人格的法人或公民，彼此互不隶属、依从。（2）任何民事主体在民事活动中都享有平等的法律地位。民事主体在民事活动中没有大小之分、高低之分、贵贱

之分，任何民事主体都不能凭借其行政上的权力和经济上的优势在民事活动中取得优越于其他民事主体的地位，任何民事主体都只能通过平等协商的方法设立、变更或终止他们之间的民事关系。（3）任何民事主体依法取得的民事权益都受同等的法律保护。民法规定的民事权利保护方法和民事责任形式，平等地适用于一切民事主体。任何民事主体的民事权益受到非法侵害，民法都要给予相应的保护；任何民事主体非法侵害他人的民事权益，民法也都要责令其承担相应的民事责任。

二、自愿原则

《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”等价有偿是商品经济的一条规律，由于民法的调整对象并不限于商品经济关系，因此等价有偿不能作为民法的一条基本原则。就是对商品经济关系的法律调整，有了公平原则，也无须再提等价有偿原则。除等价有偿外，自愿、公平、诚实信用都可以作为民法的基本原则。

自愿原则，即意思自治原则。意思自治，是指个人得依其自由的意思形成私法上之权利义务关系。意思自治原则的基本含义包括意志自由与自己责任两个方面：

1. 意志自由。民事主体在民事活动中享有法律许可范围内的意志自由，不受他人非法干涉。民事主体的意志自由包括：（1）人身自由。即人身不受非法拘束的自由。（2）财产自由。即对自己财产进行占有、使用、收益、处分的自由，其中以单方行为或双方行为从法律上处分自己财产的自由是其核心。（3）合同自由。合同自由是民法上之意志自由的核心，包括决定是否订立合同的自由、与谁订立合同的自由和双方协商确定合同内容的自由。

2. 自己责任。所谓自己责任，是指每个人都必须对自己的行为负责。法律赋予和保护每个人同样的自由，同时法律也要求每个人都要同样对自己自由的行为负责。自己责任对人有两个方面的要求：一是任何人（无行为能力的人除外）都要履行自己自愿承诺的义务；二是任何人都要对自己过失损害他人利益的行为承担赔偿责任。

三、私权神圣原则

私权是与公权——国家权力相对应的一个概念，它所指的是市民权——自然人、法人和非法人团体的各种民事权利。民法为私法，民事权利也就为私权。所谓“私权神圣”，是指私权受法律的特别尊重和充分的保护，任何人不得侵犯。我国《民法通则》在把“保障公民、法人的合法民法权益”作为我国民事立法的重要目的的同时（《通则》第1条），其第5条又进一步规定“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯”，充分显示了我国民法对人