

XINSHIQI WOGUO MINFA YANJIU

新时期我国民法研究

张钧涛◎著



中国商务出版社
CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

新时期我国民法研究

张钧涛◎著



中国商务出版社
CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

图书在版编目(CIP)数据

新时期我国民法研究/张钧涛著.--北京:中国
商务出版社,2018.4
ISBN 978-7-5103-2368-3

I. ①新… II. ①张… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 068778 号

新时期我国民法研究

XINSHIQI WOGUO MINFA YANJIU

张钧涛 著

出 版:中国商务出版社
地 址:北京市东城区安定门外大街东后巷 28 号
邮 编:100710
责任部门:职业教育事业部(010-64218072 295402859@qq.com)
责任编辑:周 青
网 址:<http://www.cctpress.com>
邮 箱:cctp@cctpress.com
照 排:北京亚吉飞数码科技有限公司
印 刷:三河市铭浩彩色印装有限公司
开 本:787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张:16.25 字 数:211 千字
版 次:2018 年 8 月第 1 版 2018 年 8 月第 1 次印刷
书 号:ISBN 978-7-5103-2368-3
定 价:65.00 元

凡所购本版图书有印装质量问题,请与本社总编室联系。(电话:010-64212247)



版权所有 盗版必究(盗版侵权举报可发邮件到本社邮箱:cctp@cctpress.com)

前言

十九大提出,“不忘初心,牢记使命,高举中国特色社会主义伟大旗帜,决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利,为实现中华民族伟大复兴的中国梦不懈奋斗”。这意味着我国继续前进,全面建成小康社会进入决胜阶段、中国特色社会主义进入新时代。在这个过程中,需要积极发展社会主义民主政治,推进全面依法治国,科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。

民法规定并调整平等主体的公民间、法人间及公民与法人间的财产关系和人身关系,具有重要的地位和作用。本书以我国《民法通则》《物权法》《合同法》《继承法》等现行民事法律法规为依据,紧密结合最高人民法院的司法解释,借鉴吸收外国的民事立法与司法实践,吸收国内外民法学研究的新成果,对民法进行研究。

本书共八章。第一章绪论,包括民法概述、民法的性质和法律渊源等。第二章民法的基本原则,包括民事权益受法律保护原则、平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、符合法律和公序良俗原则、绿色原则等。第三章民事法律关系主客体研究,包括民事法律关系主体、客体及关系变动等。第四章物权研究,包括物权的概念和类型、物权的变动和保护、所有权、用益物权、担保物权、占有等。第五章债权研究,包括债的概念和类型,债的履行、保全与担保,债的转移与消灭等。第六章合同法研究,包括合同的订立、效力、履行和保全、变更和解除等。第七章继承权研究,包括继承权的概念和特点,法定继承,遗嘱继承、遗赠与遗赠

抚养协议,遗产的处理等。第八章侵权责任研究,包括侵权行为与侵权责任、侵权行为的归责、侵权行为的构成要件、侵权责任方式与侵权责任的承担等。

在撰写过程中,本书参考了众多学者、专家的著作及论文,吸取了许多有益的成果,在此向他们致以最诚挚的谢意。由于作者水平有限,书中难免有不足之处,敬请各位专家、学者以及广大读者批评指正。

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 民法概述	1
第二节 民法的性质	13
第三节 民法的法律渊源	23
第二章 民法的基本原则	32
第一节 民事权益受法律保护原则	32
第二节 平等原则	36
第三节 自愿原则	40
第四节 公平原则	41
第五节 诚实信用原则	46
第六节 符合法律和公序良俗原则	49
第七节 绿色原则	56
第三章 民事法律关系主客体研究	61
第一节 民事法律关系主体	61
第二节 民事法律关系客体	73
第三节 民事法律关系变动	82
第四章 物权研究	92
第一节 物权的概念和类型	92
第二节 物权的变动和保护	96

第三节	所有权	99
第四节	用益物权	103
第五节	担保物权	109
第六节	占有	117
第五章	债权研究	122
第一节	债的概念和类型	122
第二节	债的履行、保全与担保	129
第三节	债的转移与消灭	144
第六章	合同法研究	158
第一节	合同的订立	158
第二节	合同的效力	171
第三节	合同的履行和保全	177
第四节	合同的变更和解除	182
第七章	继承权研究	188
第一节	继承权的概念和特点	188
第二节	法定继承	195
第三节	遗嘱继承、遗赠与遗赠扶养协议	204
第四节	遗产的处理	212
第八章	侵权责任研究	219
第一节	侵权行为与侵权责任	219
第二节	侵权行为的归责	223
第三节	侵权行为的构成要件	227
第四节	侵权责任方式与侵权责任的承担	240
参考文献		249

第一章 绪 论

民法是规定并调整平等主体的公民间、法人间及公民与法人间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。不同国家会根据自身的实际情况制定相应的民法规则。

第一节 民法概述

民法是一个国家法律体系中的重要组成部分,充分理解并掌握民法的基本概念具有重要意义。本节就民法的概念和民法发展等进行分析。

一、民法的概念

(一)民法的语源

“民法”的语源是罗马法中的“*ius civile*”一词,在罗马法中意为市民法,这是世界各国现代民法的语源。

罗马法分为市民法(*ius civile*)与万民法(*ius gentium*)。市民法是针对罗马市民制定的法律,万民法是针对罗马市民以外的人制定的法律。公元3世纪后,罗马赋予境内所有住民市民权,就此不再有市民法与万民法之间的对立关系。于是,“*ius civile*”一词从中世纪以来代表罗马法,之后该词用于表示私法。在法语中民法为“*droit civil*”,在英语中为“*civil law*”,在德语中表示为

“buergerliches Recht”,荷兰语中表示为“Burgerlyk Regt”。庆应四年,日本学者津田真道将荷兰语中的“Burgerlyk Regt”翻译为日语的“民法”。中国民法学者梅仲协在《民法要义》中指出:“民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛,东瀛则复从拿破仑法典之 droit civil,译为今称。”^①

中国历史上的中华法系并没有划分法律领域,所有社会关系由同一法律调整。也就是所谓诸法合一,并无民刑之分。中国历代统治者虽然十分重视法典编纂,但通常都是编纂刑法。在中国历史法典中,很少有涉及民事关系者的规定,即使有规定也多是采用刑罚制裁,所以本质上仍然属于刑法规范。而一般民事关系,主要由习惯法调整。因为在我国曾经漫长的帝制社会中,统治者始终推行的是“重农抑商”的经济政策,因此在社会中占主导地位的为自然经济。只有在小范围内才会出现商品生产和商品交换活动,市场经济处于极为不发达的时期。从政治角度上来说,专制制度下的社会成员无法产生个人自由、平等、权利、义务等观念。可以看出,在这样的环境下,并没有产生和发展民法的条件。直到时间推进至清末,随着法制改革,聘请日本学者起草民法典草案,具有现代意义的民法才诞生于我国。由此可见,我国的民法是继受而来。

(二)形式民法与实质民法

可以将民法划分为形式民法与实质民法。形式民法是指以民法命名的成文法典;实质民法是指成文法典以及一切具有民法性质的法律、法规及判例法、习惯法。

(三)普通民法与特别民法

民法还可以划分为普通民法和特别民法。普通民法是指民法典。民法典是整个私法的普通法。民法典中的规定并不会限

^① 梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998,第14页.

制人、地域和事项等,旨在规范一般的民事生活关系,因此民法典是普通法。在采取民商合一主义的国家的各民事单行法,以及在采取民商分立主义的国家的商法典,相对于作为普通法的民法典而言,属于特别法。我国是采用民商合一主义的国家,现行《民法总则》《物权法》《合同法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》等是民法典的组成部分,这些法律相当于民法典的普通法地位,而《公司法》《票据法》《海商法》《保险法》《专利法》《商标法》《著作权法》等相对于民法典来说属于特别法。在进行案件裁判时,对于普通法与特别法都有相应的规定,应该优先适用特别法。

二、习惯民法与成文民法

按照民法发展过程来说,习惯民法产生后才有成文民法。恩格斯曾在其著作《论住宅问题》中写道:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^①从恩格斯的描述中可以了解民法产生和发展的过程,也就是先产生习惯,之后再由习惯逐渐发展形成法律。

就目前的记录来看,并无从知晓习惯民法的历史。目前我们可以在一些文明发展较迟的民族和地区发现习惯民法的踪迹。据现在的调查研究显示,成文民法的历史至少追溯到 4000 多年前。1901 年 12 月,一支法国探险队在伊朗古城苏萨发现了一本古法典——《汉谟拉比法典》,该法典是公元前 18 世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比颁布的法律,该法典是现在世界上保存最完整、实践最早的法典。该法典总共有 282 条正文,其中有 237 条规定都为民法条文,占法典全部条文的 84%。

^① 马克思恩格斯选集(第 2 卷)[C]. 北京:人民出版社,1995,第 538—539 页.

三、罗马民法

罗马法是对之后民法发展最具影响力的一部古代法典。罗马法拥有 2700 多年的历史,该法典最初只是针对一个小型农村公社制定的习惯法,而之后逐渐发展为一个拥有广阔领土和多种民族的商业社会的较为完备的法律。公元前 450 年,罗马共和国元老院在广大人民呼吁下在罗马设立立法委员会,委员会对当时的习惯法规则进行合理有序的收集整理,并将整理后的法则制定成法律条文,向公众公布,这就是罗马最早的成文法——《十二表法》。《十二表法》中大部分法律条文是用于规定民事关系的,具体为第三表至第八表。随着罗马帝国不断扩展其疆域,最初比较简单的社会经济关系逐渐复杂,随之变得繁复的还有调整民事关系的各种法律规范。日积月累,法律变得非常庞杂繁复。在这样的背景下,法律编纂成为社会关注的重要问题。

527 年,东罗马帝国皇帝优士丁尼继位,于继位第二年设立法典编纂委员会,由该委员会组织实施法典的编纂工作。首先,对现存的法律进行重新整理和修订,对法律中不符合当时社会实际和相互矛盾的内容剔除,就此编成《优帝法典》;其次,摘录并整理罗马法学家的理论著作,由此编纂了《学说汇纂》;再次,参考通行的教材编写法律教材,即《优帝法学阶梯》;最后,将罗马帝国新颁布的法令汇集成册,编成《优帝新律》。法典编纂委员会编纂的这些法律及相关文件均具有同样的法律效力,它们共同构成了完整的罗马法典,人们称之为“民法大全”。

可以看出,罗马法本身的形成和发展就是一个漫长的过程。罗马法拥有十分庞杂的法律内容,按照现代法学观点分析,可以看出罗马法中包含了不同性质的法律规范,甚至是实体法与程序法的结合,它并没有像现代法那样进行部门划分。罗马法中最主要并对后世立法产生深远影响的,是规定民事关系方面的规范即民法。罗马法反映商品生产的要求,对商品生产和商品交换中一

切主要的法律关系做出了明确规定,其中包括买方与卖方的关系、债权人与债务人的关系,以及商品生产和交换中涉及的所有权、契约和侵权行为等。罗马法中对现代民法的主要法律概念、原则和制度都有相应的规定。

四、近代民法与现代民法

(一)近代民法的制定

近代各国都是在各自特殊的政治社会背景下制定自身的民法的。1804年,法国制定了《法国民法典》,旨在重建法国大革命推翻旧政权后的法律秩序,通过法典贯彻法国自由、平等、博爱的理想。奥地利制定《奥地利民法典》的目的是推行女皇玛丽娅·特雷莎的政治及行政改革。1896年,德国颁布《德国民法典》,为了更好地实践其一个民族、一个国家、一个法律的目标。1898年,日本推行《日本民法典》是为了更好地推行维新变法及废除领事裁判权。

我国制定民法典是为了废除领事裁判权。1843年,我国签订了《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》,这是首次赋予外国人在华享有领事裁判的权利。此后,法、美、挪、俄、德、荷等17国均通过签订不平等条约的形式获得了在华领事裁判权。而赋予他国本国的领事裁判权,会严重损害本国的国家主权。因此,为了保护自身的国家主权,中国政府自清末以来一直致力于废除领事裁判权。1902年,清朝政府与英、美、日、葡续订商约,四国均向中国承诺,将“中国法律制度皆臻完善”作为条件放弃在华领事裁判权。1927年,南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商约,四国以“1930年1月1日前颁布民商法典”为条件放弃在华领事裁判权。由此可以看出,中国继受西方法制、制定民法典的直接原因,就是废除其他国家的在华领事裁判权。

(二)近代民法的模式

1. 具有抽象人格

这是指,近代民法对一切人,不分国籍、年龄、性别和职业,均具有平等的权利能力。当时,劳动者、消费者和企业等均是资本主义体制下的市场交换主体,在民法典中统一将这些具体主体类型抽象的以“人”作为代表,也就是均具有“人”这一法人格。法人的权利能力被认为与自然人相同,仅法人格的取得,因公益法人、营利法人而有不同。

2. 私的所有

私的所有制是资本主义社会的根基,是近代法取得的成果。民法典规定的以所有权为中心的物权制度,使私的所有制法律制度化。物权被看作一种绝对权和对世权,具有可以对抗一切人的绝对性。

3. 私法自治

私法上的法律关系都是按照私人的意识而构建的。近代私法的两项根本原则为私法自治和人格自由平等。其中,私法自治可以为市场自由竞争提供有效的法律支持。契约自由、遗嘱自由、团体设立自由等是私法自治原则的下位原则,其中最重要的一项下位原则是契约自由。

4. 自己责任

私法自治是自由平等的法人格者的意思自治。因此,行为人只有在故意、过失的情况下对他人造成损害或不利益情形的,才会承担相应的民事责任。这就是自己责任原则。

(三)现代民法模式

1. 具体的人格

在法律中一切人都按照抽象的法人格看待,这就造成在一些法律关系中,经济上的强者会在一定程度上支配经济上的弱者,这种现象会对民法的基础造成冲击。这种现象会导致从抽象的法人格中,分化出若干具体的法人格。例如,在劳动法中形成了具体的劳动者的人格,其中,雇用契约的主体是法律关系中服从团体法理的劳动法主体。又如反垄断法,为了防止大企业垄断对其他企业及市场造成损害,它着眼于企业的规模、业种的独立的法域。此外,消费者保护法中的消费者、环境保护法中的环境问题受害者,是独特的法人格类型。

2. 所有制的社会性

私的所有制不仅是近代法的根基,同时也是现代法的根基。但是一些特定法律,如对土地所有权的法律规定以及对某些生活物资的统制等,会使所有权具有一定社会性,也就是所有权附有义务。

3. 受规制的竞争

私法自治原则是民法的近代模式中变化最大的原则,尤其是其中的契约自由原则。自由竞争可以有效地激活社会活力,促进市场的活跃,但同时也为社会带来了一定问题。而“私法的公法化”就是对市场交易进行公法规制,以此有效防止和纠正自由竞争为市场带来的弊害,这造成了契约制度衰退的印象。私法自治在现代民法模式中受到一定约束和限制,与之前的状况有所不同。

4. 社会责任

在现代社会,公害事件、交通事故、缺陷产品致损事件等的发

生对社会造成了极大的伤害,这就动摇了人们支持个人的自己责任的社会和经济伦理。与之相应的是,对于原有的个人过失责任,产生了以举证责任转换所加重的过失责任(过失推定)、无过失责任或严格责任,除此以外,还将具有社会保障性质的受害补偿制度导入其中。

需要注意的是,民法的现代模式与民法的近代模式存在共生关系,而不是完全取代的关系。判例和特别法有效地连接了民法的近代模式和现代模式,此外,很多一般条款也发挥着极为重要的作用。

五、民法的构造

(一)法律关系模型

民法中的社会关系如下所示。

甲、乙二人分别拥有各自的财产 A、B。甲、乙通过相互协商,就交换彼此的财产达成一致意见。此时有一人丙,对甲或乙(及其财产)造成了一定侵害。对于这种情形,在甲、乙、丙之间形成了需要由民法予以规范的三种不同的关系:

第一,甲与乙之间存在的约束关系;

第二,甲、乙与各自财产之间存在的关系;

第三,甲、乙与加害者丙之间存在的关系。

第一种关系,在民法关系中称作契约关系。第二种关系,在民法关系中称作财产所有关系。第三种关系,在民法中按照对所受侵害的救济方法不同可以划分为两种不同的情形。一种情形为财物被侵占的情形,这种情形丙作为加害人需要返还被害人财物;另一种情形为被侵害的财物被毁坏不能返还,或对被害人造成人身伤害的情形,这种情形下加害人丙需要以金钱赔偿损害。以上关系为民法所规范的基本关系。

(二)权利、义务

民法用权利与义务的概念表现以上三种基本关系。也就是说,民法用权利与义务的法律概念规定了社会中的各种社会关系和社会现象。

第一种关系,即契约关系,因为甲、乙协商一致达成契约,因此甲对乙具有一定的权利;相应地,乙对甲也具有一定义务。在民法中,对契约关系发生的具体权利与义务,按照契约履行义务采取的保护手段等进行了具体规定,由这些规定构成的便是契约法。

第二种关系,即财产所有关系,甲、乙对各自持有的财产的关系就是他们对物的权利,在民法中称作所有权。民法对所有权的内容做出了详细具体的规定,当所有人的所有权受到侵害时,所有人可以采取规定的救济方法要求加害人向其返还财物,这种行为在所有权的效力范围内。对所有权进行规定的条款构成了所有权法。

第三种关系,即侵害关系,在基于所有权的救济之外,给予受害人请求金钱赔偿的权利。这些相关规则构成了侵权行为法。

(三)以契约和所有权为基轴的体系化

基于以上三种典型的法律关系,构成了契约法、所有权法和侵权行为法。虽然英、美、法国家并没有民法典,但是这些国家的普通法就是大体上按照这种模式对判例法进行整理,从而形成契约法、财产法和侵权行为法的,除此以外还有针对家庭制定的家庭法。《法国民法典》的原有结构也与此种模式大致相当,即第一编人,是关于法律关系主体的规定,家庭法也包含在内;第二编财产,即关于对物权的规定;第三编财产取得方法,系以契约法为中心,侵权行为法也包含在内。

(四)以物权和债权为基轴的体系化

《德国民法典》与《法国民法典》具有较大差别,它的构成实现

了更为彻底的权利与义务的体系化。《日本民法典》和中华民国时期制定的民法典都是在参考《德国民法典》的基础上制定的。

由于存在契约关系而产生的权利,实际意义是要求契约相对人可以按照契约中的规定约束自身行为;抽象来说,就是指要求特定的相对人为某种行为的权利。例如,甲要求乙为交付财物B的行为。这种行为产生的权利被称作债权,与之对应的相对人的义务即所谓的债务。因此,达成契约是发生债权的基本原因。按照这种思维模式进行分析,在上面描述的第三种关系中,要求加害人对其造成的损害进行赔偿的权利,实际上就是要求作为加害人的特定的相对人为支付赔偿金的行为的债权。也就是说,侵权行为与契约一样,均属于发生债权的基本原因。

前面描述的第二种关系的权利,即人对物的权利。为了更明显地区分其与债权,将其称作物权。

由此可以看出,在民法中作为法律关系模式的三种法律关系,所发生的权利可以被归结为两类。第一类为债权,包括契约和侵权行为;第二类为物权,即所有权。

(五)债权法的体系

法律关系模式下可以发生的事态很多,仅靠债权和物权的划分并不能将其完全包含在内。

首先,看债权,在现实社会关系中,存在既不是契约,也没有构成侵权行为的情形,而可能发生要求特定的相对人为某种行为的权利。例如,一名出租车司机在行驶途中发现一路人倒在路边,他主动将这名路人送到医院进行诊疗,在这种情形下,出租车司机有权向这名路人要求支付运费和医药费。在民法上,将这类情形称作无因管理,也被纳入债权发生的原因。

其次,虽然已经达成契约,却因某种情事导致契约无效,但契约一方并不知晓契约已经无效,向另一方交付了标的物,得知无效后要求对方返还。在这种情形下,契约已经无效,因此该返还请求并不能以契约所生债权为根据。对于这类情形,应当发生请