



党校研究成果系列

民事法律制度研究

安连成◎著

天津出版传媒集团

天津人民出版社



党校研究成果系列

民事法律制度研究

安连成◎著

天津出版传媒集团

天津人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事法律制度研究 / 安连成著. -- 天津 : 天津人民出版社, 2018.3

(党校研究成果系列)

ISBN 978-7-201-12693-7

I. ①民… II. ①安… III. ①民法—研究—中国②民事诉讼法—研究—中国 IV. ①D923.04②D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 296986 号

民事法律制度研究

MINSHIFALÜZHIDU YANJIU

出 版 天津人民出版社
出 版 人 黄 沛
地 址 天津市和平区西康路35号康岳大厦
邮政编码 300051
邮购电话 (022)23332469
网 址 <http://www.tjrmcbs.com>
电子信箱 tjrmcbs@126.com

策划编辑 王 康
责任编辑 郑 玥
特约编辑 王 琤
装帧设计 汤 磊

印 刷 高教社(天津)印务有限公司
经 销 新华书店
开 本 787毫米×1092毫米 1/16
印 张 25.75
插 页 2
字 数 350千字
版次印次 2018年3月第1版 2018年3月第1次印刷
定 价 88.00元

版权所有 侵权必究

图书如出现印装质量问题,请致电联系调换(022-23332469)

前 言

民法是我国法律体系中的重要组成部分,民事法律制度集中地反映了民法在调节社会关系中的价值基础及行为准则。资本主义制度的确定使民法成为所谓的权利保障书,通过国家的强制力来确认人在社会中的权利与义务的地位。人在社会生活中必然会结成各种各样的社会关系,这些社会关系受各种不同的规范调整,民事法律关系是民法调整的社会关系的法律上的表现。民事法律规范调整平等主体之间的财产关系和人身关系,决定了在市场经济下人们对于民事法律制度的依赖,反映了民事法律制度是维系社会、调整各种民事法律关系的重要的工具。为适应党校法律专业研究生教学的需要,自2001年开始在民法学讲义基础上,于2008年编写了民法的相关教材。随着我国民事立法的发展,一些法律、法规相继颁布或修改,民事法学理论研究不断深入,法学教学中出现了一些新问题,原有教材在结构及内容方面都需要调整与完善。本书以制定中的我国民法典的体系结构为基础设计全书框架,系统阐述了民法的渊源、基础理论和基本制度,溯其本源,阐明内涵;对罗马法产生的影响做了概括与总结,分析其理论的价值取向;对物权制度的变迁及物权立法趋势、物权的分类、物权效力及原则进行理论归纳;分析了私法自治契约自由与公序良俗理论、合同的效力及合同履行中的相关问题;归纳了侵权责任制度涉及的行为、责任方式等问题;探讨了婚姻家庭制度理论与实践中的问题;结合理论前沿问题,评析现行民事体系下

立法与实践中的重大问题并对成因进行分析。

本书注意吸收中国法学研究的最新学术成果,针对新时期党校在职研究生学习的特点,将思想性、学术性、实践性有机结合,将法律的基本原理与司法实践相结合,目的在于能够有效地培养学生运用所学的基础知识解决司法实践问题的技巧与能力,为党校法律专业研究生系统把握民法原理、学习民法提供帮助。

目 录

第一章 民法的渊源与中国民事立法	/ 1
第一节 民法的概念	/ 1
第二节 罗马法的沿革	/ 6
第三节 欧洲民法典及其影响	/ 9
第四节 我国民法典立法回顾	/ 16
第二章 法律行为与民事主体制度的变迁	/ 31
第一节 罗马法与法律行为制度	/ 31
第二节 现代法律行为制度的确立	/ 37
第三节 法律行为与事实行为	/ 40
第四节 民事法律行为的效力学说	/ 43
第五节 法律行为的成立要件	/ 45
第六节 法律行为生效要件	/ 48
第七节 民事主体制度的变迁	/ 54
第三章 物权制度变迁	/ 57
第一节 罗马法土地制度	/ 57
第二节 日耳曼法所有权制度	/ 61
第三节 近代以后物权制度的发展	/ 67
第四章 物权的定义、效力及立法趋势	/ 73
第一节 物权的定义	/ 73

第二节 物权的效力 / 76

第三节 物权立法的发展趋势 / 81

第五章 物权变动模式与公示原则 / 83

第一节 物权变动模式 / 83

第二节 物权变动的公示原则 / 88

第六章 不动产物权登记制度 / 101

第一节 不动产物权登记模式 / 101

第二节 不动产物权登记效力 / 103

第三节 不动产登记的类型 / 105

第四节 德国民法的预告登记制度和异议登记制度 / 108

第五节 中国民法的预告登记制度 / 111

第七章 动产善意取得制度 / 117

第一节 动产善意取得制度的一般规定 / 117

第二节 动产善意取得制度构成要件 / 122

第三节 善意取得的法律效果 / 132

第八章 物权行为理论 / 134

第一节 物权行为理论的意义 / 134

第二节 物权行为理论对德国民法典的影响 / 140

第三节 物权行为无因性理论批判 / 142

第九章 共有制度 / 145

第一节 近代之前的共有制度 / 145

第二节 法国民法典共有制度的确立及其影响 / 149

第三节 公共财产与国家财产 / 152

第十章 物权的种类 / 156

第一节 所有权的一般理论 / 156

第二节 产权的理论内涵 / 159

第三节	用益物权的一般理论	/ 161
第四节	担保物权的一般理论	/ 163
第五节	产权分类	/ 166
第十一章	物权请求权与时效制度	/ 178
第一节	物权请求权制度的性质	/ 178
第二节	时效制度的理论问题	/ 181
第十二章	私法自治契约自由与公序良俗的理论与实践	/ 190
第一节	私法自治契约自由的立法与实践	/ 190
第二节	公序良俗的理论与实践	/ 194
第十三章	合同效力制度的演变	/ 198
第一节	合同成立与合同生效的理论内涵	/ 198
第二节	合同有效条件	/ 201
第三节	无效合同的一般理论	/ 208
第十四章	合同解释理论	/ 213
第一节	合同解释的学说	/ 213
第二节	合同解释的方法	/ 216
第十五章	违约责任性质与构成要件	/ 222
第一节	违约责任性质的理论	/ 222
第二节	违约责任构成要件	/ 229
第十六章	我国侵权责任法的体系构建	/ 237
第一节	侵权责任法的历史演变	/ 237
第二节	我国侵权责任法的结构体系	/ 246
第三节	侵权责任的归责原则	/ 249
第四节	侵权行为类型	/ 274
第五节	侵权责任特点、类型与责任方式	/ 279
第六节	侵权责任的免责问题	/ 285

第七节 特殊侵权行为的归责责任 / 298

第十七章 婚姻制度的历史与现状 / 330

第一节 历史回顾 / 330

第二节 夫妻关系 / 333

第三节 非婚同居关系 / 338

第四节 夫妻财产制 / 340

第五节 离婚损害赔偿制度 / 350

第六节 离婚后对未成年子女的监护 / 353

第十八章 精神损害的理论内涵 / 357

第一节 国外精神损害赔偿立法的演变 / 357

第二节 中国精神损害赔偿问题 / 361

第三节 精神损害的界定 / 364

第十九章 惩罚性赔偿制度的立法现状 / 377

第一节 惩罚性赔偿制度的历史沿革 / 377

第二节 惩罚性赔偿的特点及作用 / 379

第三节 我国现行立法中的惩罚性赔偿制度 / 382

附 录 / 385

参考文献 / 400

后 记 / 403

第一章

民法的渊源与中国民事立法

第一节 民法的概念

我国古代就已有“民法”一词,《尚书·孔传》就有“咎单,臣名,主土地之官,作《明居民法》一篇,亡”的记载。我国古代“民法”一词,其基本含义与现代意义上的“民法”相去甚远。作为部门法之一的民法,它是指调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。作为一门法学学科的民法,它是指研究民法规范及其相关学理的法律科学,亦即民法学。民法是现代法制的基础,民法理念是市民社会的价值追求,具有丰富的内涵,在古代,为了使氏族的生活有序地进行,就需要制定一定的规则,这些规则都是不成文的,我们可以把它们叫作习惯法。在这些习惯法中,有很大一部分都是民法规范。1901年12月,一支法国探险队在伊朗古城苏萨发现了《汉谟拉比法典》,它是公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比颁布的法律,是迄今为止世界上发现最早的法典。该法典的条文共282条,虽然其规定并不限于民法,但属于民法的条文多达237条,占全部条文的84%。

古代法中对当今民法影响最大的是罗马法。罗马法已经有两千七百多

年的历史,它最初只是一个很小的农村公社的习惯法,后来随着罗马疆域的扩大,发展成为一个管辖广大领土和多民族国家的比较完备的法律。公元前450年前后,罗马共和国制定了罗马最早的成文法——《十二铜表法》,其内容大部分属于民法规范。527年,东罗马帝国皇帝查士丁尼亦称优士丁尼、优帝继位后,设立了法典编纂委员会,编成了《优帝法典》,将罗马法学者的著作进行摘录,编成了《学说汇纂》;然后又仿照当时流行的教科书的体例,编成了法律教科书《法学阶梯》;最后,又将罗马帝国新制定的法律汇编为《优帝新律》。上述的《优帝法典》《学说汇纂》《法学阶梯》《优帝新律》都被赋予了相同的法律效力,共同构成了完整的《罗马法典》,被后人称为“民法大全”。

中国古代法律文献原无民法一词,有关钱、债、田、土、户、婚等的法律规范,都收在各个朝代的律、例之中,清朝末年制定的《大清民律草案》,是我国法律上使用“民法”一词的开始。中国“民法”的语源来源于欧陆,并非中国传统文化所固有。民法一词来源于古罗马的市民法。最初的罗马法仅适用于罗马市民,称市民法;对于被罗马征服地区的居民之间的关系及其与罗马人之间的关系的调整则适用由裁判法官形成的规则,称为万民法。随着非罗马市民逐渐获得罗马公民权,两法的区别逐渐消失。罗马是一个城邦国家,以其发达的私法著称于世,212年,卡拉卡拉皇帝把罗马市民权赋予罗马帝国所有公民,市民法与万民法的属人主义色彩方告终结,罗马私法合二为一。11世纪之后的罗马法研究家,用市民法指代罗马私法。18世纪以后,西欧大陆各国民事立法,包括1804年《拿破仑法典》和1896年《德国民法典》,都以“市民法典”命名。市民法遂成为继受罗马私法的各国对私法的专有称谓。中国古代典籍中虽有“民法”二字,但它并不表示一个部门法,更无欧洲大陆“市民法”的实义,用“民”与“法”两个汉字,组成一个称谓基本部门法的术语,是19世纪60年代日本学者的作品。中国古代调整特定财产关系和人身关系的法律规范,或定名为“家族制度”“婚姻制度”“食货制度”,或规划为“身份法史”“财产法史”。中国传统民法和西方近代民法除了分别属于社会发展的不同

阶段所特有的产物之外,更是两种不同类型的法律文化。中国是一个具有自身独立个性和独特价值的存在,在历史上曾经出现过大陆法系、英美法系、中华法系、伊斯兰法系等,而民法这个概念就是大陆法系的概念。罗马是一个民族国家,外国人是不能取得罗马市民资格的,只有那些属于罗马本民族的居民才能成为罗马市民,罗马法出现了两种适用对象各不相同的法律,也就是专门适用于罗马市民的市民法和适用于外国人的万民法。由于我国古代法律诸法合体,民刑不分,因此尽管在各朝代的法典中都有关于民事关系的规定,但大都采用刑罚手段处理民事纠纷,民事关系主要通过习惯法来调整。到了清末聘请日本学者松冈义正起草民法典,中国才出现了现代意义上的民法。

在经历了漫长的中世纪以后,资产阶级逐渐兴起,在欧洲大陆进行了声势浩大的立法运动。在近代,最为著名的民法典是1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》。德国当时制定法典,是为了统一四分五裂的国家,以实现一个民族一个国家一个法律的目标。随着工业革命的完成,人类社会的19世纪末20世纪初进入了现代社会,从而进入了现代民法阶段。与近代民法相比,现代民法注重每一个民事主体人格的情况,注重对社会弱者的保护;控制私人所有权的扩大,以增加社会福利;限制竞争的加剧;通过社会的参与来代替个人责任。民法是大陆法系的概念,大陆法系的重要特点是成文法,各国都有一个民法典。英美法系各国的法律体系中并不存在一个名叫民法的法律部门,在这些国家中,存在着一些可以与大陆法系各国民法相对应的特别法,如合同法、财产法、家庭法和侵权行为法等。

民法与商法是两个具有紧密联系的法律部门,在处理两法律部门的关系时,有的国家将它们分开,从而形成两个相互独立的法律部门,制定两个法典,即民法典和商法典,如法国、德国、日本等。有的国家则将它们合并在一起,从而出现了民商合一主义。这些国家主要有瑞士、意大利等。在法典的结构上,存在两种编纂体例:罗马式和德意志式。罗马式是依照罗马法学家

盖尤士的法学教科书的体例,将法典分为三个部分:第一编人;第二编财产及对财产所有权的各种限制;第三编取得财产的各种方法。德意志式的法典体例又被称为潘德克吞式,是德国法学家在研究民法中所采取的体例,后为德国民法典所采用,共分五编,即总则、债权、物权、亲属和继承。1907年,清光绪皇帝任命沈家本、俞廉三和英瑞为修律大臣,主持民法典、刑法典等的制定工作。沈家本亲赴日本,聘请民法学者松冈义正制定中国的民法典。1911年,民法典起草完毕,称为《大清民律草案》,该草案采用德意志式的立法体例,由总则、债权、物权、亲属、继承五编构成,共1569条。这部法典作为中国第一部民法典草案,其历史意义非常深远。1912年以后,中华民国政府专门设立了修订法律馆起草民法典。它以《大清民律草案》为基础,于1925年完成了民法修正案,共1745条,但这部法典并没有正式生效实施。1927年南京政府成立后,于第二年成立立法院,于1929年成立民法起草委员会,到1931年,民法典全部起草完毕并全部实施,这是我国历史上第一部正式实施的民法典。该法典共分总则、债权、物权、亲属和继承五编,共1225条,重点参考了德国、瑞士的立法经验,同时参考了《苏俄民法典》和《泰国民法典》。中华人民共和国成立后,1954年由全国人大常委会组织民法起草,到1956年2月完成了民法草案,共515条。这一民法典草案标志着社会主义民事立法的开始。1962年,新中国的第二次民法起草开始,到1964年7月完成民法草案试拟稿。第三次民法起草是1979年成立民法起草小组,到1982年共完成了四个民法草案,其中第四稿共有465条。这一草案并未形成法律,在此基础上1986年制定了《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)。其后,又先后制定了《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》等一系列民事单行法,从而形成了我国以《民法通则》为基本法,众多民事单行法并存的局面。

从法学的角度来说,如何界定民法的含义,不仅涉及其与其他部门法的区分,更重要的是为我们进一步深入研究民法提供了依据,关于我国“民法”一词的来源,学界的通说认为该词源自于日本。根据学者考证,“民法”是日

本学者津田真道在1868年从荷兰语翻译过来的。而该荷兰语实际上是拉丁语“juscivil”的转译,其实就是罗马法上的市民法。日本于1898年颁布了《日本帝国民法》,我国清末修律时,曾聘请过日本学者松冈义正、志田钾太郎起草民法,遂从日本引入了“民法”一词,1986年4月12日,第六届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国民法通则》,“民法”作为我国一个法律部门的称谓,最终于立法上得到了确认。我国现行的《民法通则》在其第2条规定了“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”。在其定义中使用“公民”一词混淆了公法与私法的区别,“公民”是宪法以及国籍法等公法中的概念,用公法上的概念来界定民事法律的概念无疑出现了私法公法化,公民与自然人在法律上是不同概念的,公民是指具有一国国籍的自然人,而自然人是指生物意义上的人,可见自然人是公民的上位概念,自然人的范围比公民大,从法律的角度来说,自然人不仅包括公民,而且包括外国人、无国籍人。在民事立法上只有自然人的概念而没有公民的概念。

《民法通则》把物法放在人法之前,与各国制定民法典的通行做法相悖。《法国民法典》第一编是“人”,第二编是“财产及对于所有权的各种变更”,第三编是“取得财产的各种方法”;现代的《瑞士民法典》《意大利民法典》也是确立人法的优先地位。这充分说明了人法重于物法的民法理念。民法的调整主体范围,用“自然人”代替“公民”的概念,一方面扩大了主体的范围,也符合现实生活的需要;另一方面也不会造成作为民法的定义中使用公法的概念,造成私法与公法的混淆。把人身关系摆在了财产关系的前面,突出了对人法的优先考虑、优先保护,是既符合法理又符合大多数国家民事立法的通例。正所谓“主体为权利义务之所属,客体为权利义务之所附”。

法律分为公法与私法。私法调整市民关系,公法调整国家统治关系。对公法关系,国家不仅首先干预,而且自始至终干预。对私法关系,国家不能首先干预,非在当事人请求下才干预。民法、商法是私法,其特点是当事人法律

地位平等,不是命令与服从的关系,是自愿的关系,即私法自治,尊重自己的决定权。民法调整的是非由法律调整不可的那部分市民关系,而非市民关系的全部。我国民事主体的法律地位平等及适用法律的平等和受到法律的平等保护,在民事活动中体现当事人的意志,排除他人强迫欺诈及其他不当影响和压力自己做主,是由市民关系的平等性决定的,当事人在民事活动中实事求是,自觉履行义务,民事主体在行使权利时超出权利本身的目的和社会所容许的界线的行为是违法的,故为法律所禁止。行使权利损害社会公共利益、扰乱社会经济秩序、专以侵害他人为目的;以绝小瑕疵拒绝对方给付、违背权利目的等,均为法律所禁止。

第二节 罗马法的沿革

“民法”起源于罗马法。欧洲的大陆法系国家以及南美洲的许多国家都因为《法国民法典》而与罗马法有着密切的联系。罗马法的起源是著名的《十二铜表法》,罗马法分为本国国民所适用的“市民法”以及适用于外国人的“万民法”,后者就是现在的国际私法的起源。罗马法反映出当时罗马帝国的现实。罗马执政官保证了法律能够适应一个迅速膨胀的帝国不断变化的需求。但是,这种变化仍然是在传统的价值体系下完成的。执政官并不重新修改法典,而是通过新的解释或者修订来解决新的问题。这种对传统的依赖以及对变动的怀疑态度正是罗马人的思维特点。狄奥多西一世皇帝于438年将帝国的法律汇编成《狄奥多西法典》。这部汇编只是把君士坦丁大帝(306—337年)之后的历任皇帝所签署的宪令进行汇集。一个世纪后,查士丁尼大帝对大部分罗马法进行了重新整理汇总,编纂成一部由四部分构成的《民法大全》。该法典是罗马法的集大成者。第一部分为《法典》,收集了自哈德良皇帝(117—138年)以后的各代皇帝敕令。第二部分为《学说汇纂》,收集了罗马帝

政时代被赋予“解答权”的法律学者们的学说。这一部分共有50卷,于533年完成。皇帝也同时命令编辑了一本法学入门教材《法学阶梯》,该书由四卷构成,其内容被赋予了法律效力。这部教材也是《民法大全》的第三部分。查士丁尼死后,法学家们整理其在位期间颁布的宪令,定为一编,名为《新律》,流传至今的有152条。1583年,法国法学家丹尼斯·高第弗洛依首次使用《民法大全》来指称包括《新律》在内的查士丁尼编纂的全部法典。

罗马法的发展被分成三个历史时期:罗马王国、罗马共和国和罗马帝国。第一个时期即法律诉讼时期,包括王国及共和国的初期。公元前3世纪罗马法进入第二个时期,即程式诉讼时期。从元首制罗马帝国早期开始,罗马法进入了最后一个时期,就是法律认知时期。罗马法关于公法和私法的划分以及人法、物法、诉讼法的体系一直是大陆法系各国民事立法的依据。“自然人”和“法律人格”的理论,奠定了“民事权利主体”和“法人”学说的基础。罗马法里的“对物的诉讼”和“对人的诉讼”,实际上指的是“对物权”和“对人权”,它是物权和债权划分的理论依据。罗马法关于所有权是所有人“对物的最完全的支配权”的定义以及关于占有、使用、收益、处分各种权能的理论,直接被归纳到《拿破仑法典》的第544条中;其他像关于所有权的取得包括先占、添附、加工、埋藏物、孳息、时效、交付、遗赠、分割裁判、公卖等原始取得和传来取得方式,关于他物权中的用益物权和担保物权等极为详细的具体制度,关于物的分类和物权保护等学说,也不同程度地渗透到后世各国私法之中。

自中世纪开始,罗马法对欧洲各国的影响从未间断过,在东罗马帝国境内完全适用,7—9世纪之间,罗马法是拜占庭帝国的重要法律渊源,并影响到斯拉夫国家和俄罗斯的法律。这时适用的罗马法并非查士丁尼的法律汇编,一些日耳曼王国对流散于民间的罗马法进行了编纂和整理,其中以西哥特王国阿拉利克二世(400—507年)组织编纂的《阿拉利克罗马法辑要》影响最大。643年编定的《伦巴德法典》明确规定,对罗马人之间发生的争执,适用

罗马法。6世纪意大利东哥特王国的法律一直处于罗马法的控制之下。在法国南部,《阿拉利克罗马法辑要》经久不衰,该地区并因此得名“罗马法区”。由此可见,西罗马帝国灭亡后,罗马法以不同形式和不同程度继续存在于欧洲各地。从12世纪开始,西欧各国先后出现了一股研究罗马法的热潮,史称“罗马法复兴”,罗马法成为西欧的“普通法”。

14世纪以前,西欧除英国以外尚处于封建割据状态,各国君主一般只能在自己管辖领地内依据罗马法行使权力。罗马法的复兴是从意大利开始的。1135年在亚马菲城发现了查士丁尼《学说汇纂》的原稿,引起了意大利法学家研究罗马法的兴趣。到14世纪,“评论法学派”根据时代的需要将罗马法的原则和制度适用于改造法国落后的习惯法,到16世纪人文主义者探讨罗马法的历史发展和沿革,发现罗马法的真义,因而成为近代历史法学派的先声。

自1583年在热那亚出版了苟托弗雷多的全集之后,罗马法已经成为欧洲大多数国家的普通法,补充着各国法律和习惯的不足。15世纪,罗马法被荷兰所接受。到17世纪,荷兰的统治者将罗马法和本国的习惯法结合起来,因而有“罗马荷兰法”之称。荷兰的法院普遍适用查士丁尼法,以补充当地法律的不足。1836年荷兰制定自己的民法典,有了罗马荷兰法的典型形式。人文主义法学派在推动法国南、北两大法律区域接受罗马法的道路上取得了不同程度的进展。罗马法对南部成文法区的影响继续扩大,而对北部习惯法区,罗马法原则也渗透到王室法院、地方法院的司法判决之中。与南部地区不同,北部地区只是承认罗马法的理论权威,接受其原则和精神,而不直接承认其效力。法国大革命后《拿破仑民法典》完全接受了查士丁尼《法学阶梯》关于人和物划分的体系,成为其他许多欧洲国家制定法典的基础。德意志民族始终认为自己是罗马帝国的延续,从10世纪起就称自己的国家为“神圣罗马帝国”,德国历任皇帝都宣布罗马法的效力遍及全国。16世纪形成了一种制度:法院对疑难案件的判决,事先要征询大学法科师生的意见。法学家和职业法官们巧妙地将罗马法同德国习惯法、地方法乃至教会法融合为