

95

“九五”规划高等学校法学教材

◁ 基础课系列 ▷

马俊驹 余延满/著

民法原论 (上)

司法部法学教材编辑部编审

法律出版社

“九五”规划高等学校法学教材
——基础课系列

民法原论

(上)

司法部法学教材编辑部 编审

马俊驹 余廷满 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法原论/马俊驹、余延满著. —北京:法律出版社,1998.5
“九五”规划高等学校法学教材 基础课系列
ISBN 7-5036-2419-1

I. 民… II. ①马…②余… III. 民法-高等学校-教材
IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 08104 号

出版·发行·法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张 38.625 字数 1030 千

版本 1998 年 8 月第 1 版 1998 年 8 月第 1 次印刷

印数 0,001—10,100

社址 北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八厂内于休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明 版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2419-1 D·2936

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

说 明

根据国家教委《关于“九五”期间普通高等教育教材建设与改革的意见》，我部“九五”规划的重点是编写对实现法学教育目标起关键作用和具有重大影响的现代法学教材。

现代法学教材坚持以邓小平理论为指导，面向现代化、面向世界、面向未来，紧密结合我国改革开放和市场经济、法制建设以及法学教育改革的实际，瞄准培养跨世纪高质量法律人才的目标，努力编写出版反映当代先进水平的法学教材。

这批教材分若干系列，力求完整、准确地阐明基本概念、基本原理和基础知识，吸收国内外优秀学术成果，在理论与实践相结合的基础上，达到理论性、实践性和实用性的统一。

《民法原论》是基础课系列的一种，由马俊驹、余延满撰写。作者在总结本学科教学经验和研究心得的基础上，为本学科构建了新的理论体系。本教材分上、下两册，完稿后，由著者统一修改定稿。

尽管编著者做出了很大努力，但不完善之处在所难免，尚祈读者批评指正。

责任编辑 杨克 沈小英

司法部法学教材编辑部

1998年2月

绪 言^①

20世纪中叶以来,由于现代科学技术的进步和现实社会政治经济的变迁,各国民法正处在由近代法向现代法的快速演变之中。随着我国社会主义市场经济的培育与发展,民事活动日益频繁和复杂,其规模和范围在不断扩大,与此相适应,各种民事法律制度得到了前所未有的发展和进步。现在,我们要制定民法典就须适应现代民法的发展趋势,总结我国民事立法经验,吸收外国民法的精华。在确定立法的指导思想和基本原则之后,应先从民法典的结构体系入手,勾画出一幅我国未来民法典的总体轮廓。

一

民法国际化趋势与民事立法。由于市场经济国际化的要求,特别在垄断时期国际垄断组织瓜分世界的结果,使得一方面各国民法大量借鉴移植外国民法规范、制度、原则,并在法律中规定对涉外民事关系的适用,而使国内民法出现国际化趋势;另一方面由于国际贸易组织和国际经济联合市场的形成,为调整共同市场的关系,又制定了一些共同的民事法律为各国共同遵守,因此使民法出现开始走向统一的趋势。^②在立法技术上,各国制定民法典有其超国界的

① 本文系马俊驹为1997年中国民法、经济法年会所著:《现代民法的发展与我国未来民法典体系的构想》一文,现权作本书绪言

② 余能斌、吕小武:“市场经济与民法现代化”,1993年9月,全国社会主义市场经济与民法经济法理论讨论会论文。

共同标准。这是因为：第一，制定法典时，在法律规则与法律方法两方面都有相同的传统；第二，法典形式本身，其简洁、抽象及无背景解释的特征，意味着任何国家的民法起草者可以轻而易举地参照任何别国的民法典；第三，每部法典都因为要精确，所以起草起来非常困难，因而都不愿改弦更张是很自然的。^①

当今，任何一个国家在制定和修正自己的法律，特别是民事法律时，都不得不重视比较法的研究，都不得不力争从各国包括不同社会制度、不同法系国家的法律文化和立法经验中去吸取更多的营养。如荷兰重新编纂民法典时，仅第六编（债务法总则）的注释就“包含有220个脚注，其中120个涉及到了制定法、法院决议以及其他国家的法律文献（这些国家是奥地利、比利时、英国、法国、德国、瑞士、匈牙利、意大利、葡萄牙、瑞典、斯堪的纳维亚国家、加拿大、美国、南非、日本）。并且立法中还参考了法律史、国内国外的法学著作以及立法。”^②以至“新法典是否还属于法国法传统很令人怀疑。正如有关资料所证实的那样，法典的每一部分都是在充分比较衡量的基础上作出的。可以说新法典是在欧洲大陆统一法的基础上建立起自己的风格”。^③荷兰对民法典所作的重大修改，从编纂方法和修正内容上都反映了现代民法的发展动向。荷兰和其他一些国家在民事立法中所取得的经验，正是我们制定民法典时所应参考和借鉴的。

民法国际化趋势也反映在两大法系的差距日趋缩小。大陆法国家，对判例的重要性被普遍承认，判例法逐渐成为这些国家法律的渊源；英美法国家，对法条的优越性被普遍重视，成文法在法律中的比重不断增加。这一趋势必然影响着我国民法的发展和民法典结构体系的形成。中国近代民法属于大陆法系传统，从清末修订《大清民律

① [美]艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1992年6月版，中译本第176—177页。

②③ 阿瑟·S·哈特坎普：“1947年至1992年间荷兰民法典的修改”，引自姜宇、龚馨译：《民商法论丛》法律出版社1997年4月版，第6卷第428—429页。

草案》开始,至南京民国政府时期制定的民法典,即仿效了德国、日本、瑞士等国家的民法原则和体系。新中国成立后,我国儿部民法典草案大致采取了苏俄民法典的体例,从法律形式上看,也是属于大陆法系的。现在我国编纂民法典,显然要借鉴大陆法系国家的立法经验,在法典的结构体系上,不可能摆脱大陆法的影响。但是,我们也应当重视英美法国家的判例法和制定法的优越之处。如英美法国家把合同法和侵权法作为民法中相对独立的部分,并各自构成一个完整的体系,因而突出了合同法和侵权法在民法中的地位,有利于自然人、法人和非法人团体合法权益的法律保护。

民法社会化趋势与民法修正。在大陆法国家,原有民法典已经难以涵盖和调整迅猛发展和千姿百态的社会生活。为了适应社会化倾向的日益发展,有些国家和地区对民法典进行了大规模的修正,各种名目的单行法也大量出现。在德国,一方面继续赋予合同自由、所有权自由及遗嘱自由,另一方面又强调所有权的社会性义务及对合同自由的限制。法院的裁判在其允许的管辖能力范围内创造性地起到完善法律的作用,以至德国现行民法包括着两个方面:成文法典与法官立法;^① 在法国,曾多次打算对民法典作更大范围的修改,但历届政权并没有下此决心,与过去相比,1979年修改后的民法典,强调了为社会公共利益而限制个人权益的条文,扩大了对个人合同自由的限制,增加了以危险为基础的无过失责任制的规定。^② 各国民法的社会化倾向还表现为,公法人(国营企业)和公私混合法人(公私合营企业)的出现,所有权以集体形式行使,国家强制保险制度的推广等等。与此同时,在某些领域又表现出个人主义倾向。由于宪法加强了对人权的保障,在人格法和亲属法等方面对个人行为的限制进

① [德]海尔穆特·库勒尔:《德国民法典》的过去与现在”,引自孙宪忠译《民商法论丛》第2卷,法律出版社1994年12月版,第235至236页。

② 王作堂、余能斌等著:《法国民法典中译本代序》,北京大学出版社1982年6月版。

一步放宽,例如,当事人有充分的自由选择夫妻财产制,已婚子女和非婚子女、养子女地位的提高等等。^①但是在这些国家,民法典仍然是调整市民社会的基本法,它的结构体系并没有发生明显的变化。在这个阶段中,希腊 1940 年的民法典,意大利 1942 年的民法典,葡萄牙 1966 年的民法典,荷兰 1970 年后陆续生效的民法典,加拿大魁北克省 1978 年的民法典,均沿袭着德国民法典或法国民法典,或融合两法典形式的结构体系。这说明,在大陆法系的多数国家,民法典的内容虽然不断丰富,规则也时有变更,但其结构体系并未发生根本性的变化。民法典的各编、各章、各节,如同多彩的“七巧板”可以有创意地变换着图形,而其核心的内容、基本框架的构成是不容易有本质的改变的。

民法商事化趋势与民商合一。大陆法系民法有民商分立与民商合一两种立法主义。中世纪西欧有商法长期独立发展的历史,法国曾分别制定了民法典和商法典,从此形成了民商分立的传统。德国、比利时、西班牙、葡萄牙、日本、韩国等采取民商分立主义。19 世纪末,随着社会经济的发展,商事行为和非商事的一般民事行为的界限已难以划分,一些国家开始放弃独立的商法典,将商法的有关内容并入民法典。1907 年制定的瑞士民法典,就是一部民商合一体例的民法典,在第五编债务法中,不仅包括一般债务关系,而且包括公司法、票据法、合伙法等商法内容。苏联、匈牙利、泰国、台湾地区等采取民商合一体例。1942 年重新编纂的意大利民法典,其结构发生了明显的变化,形成了包括商法在内的债法,并将劳工法作为独立的一编,从而由民商分立改采民商合一。荷兰原采民商分立主义,自 1947 年开展重新编纂民法典的运动以来,商法的内容被分别规定在民法典第二编(法人)、第七编(特殊合同)以及第八编(运输法)中,因而也形成了民商合一的体例。鉴于现代市场经济的高度发展,民法调整商品经济关系的范围不断扩大,商业职能与生产职能融为一体,商人作

^① 靳宝兰:《比较民法》,中国人民公安大学出版社 1995 年 6 月版,第 63 页。

为特殊阶层及其特殊利益已经消失,原则上一切法人和自然人均可以从事商行为,民商合一主义符合法律发展潮流。^①因此,我国制定民法典时应充分考虑国际上民法商事化的发展趋势,坚持民商合一的立法主义。

民商合一并不意味着将纷繁万端的民商法规范包容在一部法典之中。民法典仍然是调整民事关系的基本法,而更多的商事法律是采取特别法的形式公布实施的。显然,不同国家民法典的内容是不一致的,如荷兰新的民法典将包括公司法内容,原苏俄民事立法纲要中则包括知识产权关系,意大利民法典还包括劳工法一编,等等。民法典与其特别法如何划分?是构思民法典结构体系时必然遇到的一个重要问题。民事特别法的特征在于:“它们作用于特别的职业群体或生活领域,这些群体和领域因其复杂性和特殊性需要专门的法律规则。它们在历史上源于民法,但已作为技术、经济和社会在某一生活领域内发展的反映而制定出来。”^②而且,“特别法的内容不得违背普通法的基本原则;依合法程序制定的民事特别法在法律适用上具有优先于民事普通法的效力;只有在民事特别法无具体规定时,才适用民事普通法。”^③因此,我们有理由将商事法律如公司法、证券法、竞争法、保险法、破产法等作为民事特别法。知识产权法因其调整的独特领域和方法,其规则随科学技术的飞跃发展而时常变化,加之有关国际条约对其独立性原则的逐步确立,故应作为民事特别法,而不应包括在民法典的体系之中。相反,那些与自然人有普遍联系的、长期稳定的,并且是调整最一般的人身关系和财产关系的婚姻家庭法、财产继承法,不应作为民事特别法,而应作为民法典的自体部

^① 梁慧星:“中国民法·立法史·现状·民法典的制定”,引自《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年5月版,第72页。

^② [德]海尔穆特·库勒尔:“《德国民法典》的过去与现在”,引自孙宪忠译《民商法论丛》,法律出版社1994年12月版,第2卷,第219页。

^③ 佟柔主编:《中华法学大辞典》(民法学卷),中国检察出版社1995年6月版,第465页。

分。

民法通则与我国民法典制定。我国在 20 世纪 80 年代颁行的《民法通则》，不仅保持了自己维护社会主义公有制经济的特色，而且也在某些方面接受了民法现代化趋势的影响，并成为世界民法现代化成果的一部分。《民法通则》是我国制定民法典的前奏和基础。在民法典尚未颁行之前，《民法通则》是一部民事基本法，按其体例与内容，它主要包括四大部分：民事主体——民事行为——民事权利——民事责任，这四项主要内容环环相扣，形成一个法律链条，共同构成民法的体例框架。^① 在以后的民法著作中，《现代民法学》（余能斌、马俊驹主编，武汉大学出版社出版，1995 年 12 月出版）是完全按照这一体例分编著述的，它从总体上把握了民法的核心和体系，也是对未来民法典结构体系进行研究的一次尝试。但是，民法内容浩如烟海，相互关系纵横交错，民法典体例框架的构成决不是简便易行的事。如果未来民法典还要设总则的话，就必然要考虑是否将民事主体和民事行为放在其中？实际上，民事主体和民事行为独立成编还会有许多问题需要研究。可以设想，在《民法通则》总的框架基础上，将民事主体独立成编，而民事行为仍然作为总则的内容，将若干种重要的民事权利按其性质和它们之间的相互联系分别设编，这可能也是一种有机的法典编织方法。从逻辑上讲，民事责任应该编排在民事权利之后，但民事责任不可能作为一个完全独立的整体，因为对不同民事权利的保护所设置的民事责任并不相同，如违反合同责任与侵权责任就有一些不同的构成要件和承担责任的方式，与其将两者规定在一起，倒不如在适当的位置分别加以规定更合理、更方便。

《民法通则》是在我国经济改革的紧迫形势下诞生的，显然在建立和发展社会主义市场经济中须进一步完善。但是，《民法通则》为我们今后制定民法典，特别是构思民法典的总体结构和主要内容方

^① 刘岐山主编：《民法问题新探》，中国人民公安大学出版社 1990 年 6 月版，第 29 页。

面提供了宝贵经验。其中有以下几点值得重视:1. 专设民事权利一章,包括物权、债权、人身权、知识产权等民事权利,体现了权利保护的广泛性。尤其是对人身权的规定,展示了对人格尊严的尊重,反映了社会主义法的先进性;2. 建立较为完备的法人制度,强调以独立主体为本位的物质利益,激励人民积极创造物质财富,极大地推动了经济建设的蓬勃发展;^① 3. 突破传统的民法体例,将侵权责任从债法中独立出来,从而强调了对民事权利的保护,使民法结构体系趋于完善,符合侵权法的发展潮流;4. 摆脱前苏欧法系的通常作法,规定了婚姻家庭关系方面的内容,从而将婚姻家庭法列入民法体系之中。《民法通则》融总则和分则为一体,囊括了民法的基本制度和主要内容,但是民法总则的内容是主要的(包括第一章、第二章、第三章、第四章、第七章等),分则的内容是纲要性的(包括第五章、第六章等),未来民法典应在参考上述结构的基础上,结合近年来颁行的有关民事单行法,着重加强分则部分的规定,同时充实总则部分的规定。

二

我国民法典的结构体系可以采取七分法,即分为七编。附则内容可以在民法实施细则中规定。

第一编 总 则

大陆法系各国在民法典的编制体例上,有设总则与不设总则之分。《德国民法典》设总则编以作为民法共同适用的纲要,确立了法人和法律行为制度,对一些重要法律用语进行了科学的解释,这不仅为民法适用规定了共同准则,也为民法理论的发展、体系的完善作出

^① 马俊驹、杨琴:“论社会主义市场经济与民法的完善”,载《法学评论》1996年第4期,第1页。

了贡献。此后,日本、苏联、希腊、泰国、台湾地区适用的民法典均设总则编,并在内容、体例上仿效德国民法典。瑞士、土耳其等国民法典虽然吸收了德国民法典总则编中的基本原则和部分内容,但并不设总则编,而将法典地位和适用的一般原则规定在绪则中,民事主体的有关内容单设人格法一编,法律行为的有关内容放入债务法中规定。

我国未来民法典是否设总则编?法学界有不同意见,多数学者主张设总则编,但在内容和体例上又有不同的主张。其中一部分学者认为,我国在制定民法典时应将民事主体独立成编。^①我非常赞同这种意见,一方面我国未来民法典应设有总则编,将民法共同适用的规则确定下来;另一方面为适应民事主体制度不断发展的客观要求,将民事主体从总则编中独立出来,以便能够包含更丰富的内容,也使总则编更能贯通整部民法典,在体例上更加协调、合理。总则编的内容大致应包括:民法的任务,调整对象,基本原则,法律行为、民事权利、民事责任的一般规定,代理,物,诉讼时效,法律适用和法律解释等。

第二编 人 格 法

在法律上,很难给人格下一个完整的定义。人格一词至少包含以下三层意思:1. 是指具有独立法律地位的个人和组织,即民事主体,是人格权的载体;2. 是指民事主体必备的条件,与民事权利能力的含义大致相同,是人格权的基础;3. 是指一种应受法律保护的利益,是人格权的客体^②。因此,人格法应与上述人格的意义相照应,含有两个方面的内容:一是民事主体制度,包括对自然人、法人和第三民事主体人格的一般规定,以及不同民事主体人格的开始和终止

① 房绍坤等著:《中国民事立法专论》,青岛海洋大学出版社1995年5月版,第17页。

② 王利明主编:《人格权法新论》,吉林人民出版社1994年6月版,第4-6页。

等；二是人格权制度，包括对具体人格权的分类，以及对民事主体人格利益的界定。

人格权引入民法、经历了漫长和艰难的历程。至今，在各国民法典的体系中，人格权还没有自己独立的位置。1804年的《法国民法典》，只是承认形式上的人格平等，还不承认实质意义上的人格权；1900年的《德国民法典》，仅有了人格利益的规定，将一些具体的人格权放在债编，作为侵权行为的客体加以保护；1907年的《瑞士民法典》，虽然规定了一般人格权，并将人格法作为独立的一编，但因对人格概念的片面认识，该编实际上是总则编中的民事主体制度，而有关人格权制度的内容仍是在债务法中规定的。

人格权制度的逐步确立，代表了民法现代化、文明化的潮流，各国在民法典的修改，或通过判例阐引，不仅使民法摆脱了财产法的偏狭，而且促进了民法平等观念的深入。现在，人格权已不限于是一项基本的民事权利，而且成为现代民法的基本理念之一。^①正因为如此，把人格权单独列出并放在民事权利体系的第一位，已是多数学者的意见。^②综上所述，大致可以形成以下三点认识：1. 民事主体应从总则编中独立出来，并放在总则编（或绪则）后诸编之首，《瑞士民法典》已是立法的先例；2. 在民事权利的体系中，人格权应为诸民事权利的前提和统率，将其放在第一位符合民法发展的潮流，也与我国《民法通则》对人身权和财产权的保护并重的立法思想相吻合；3. 民事主体制度与人格权制度密切相关，民事主体是人格权享有的载体，人格权享有是民事主体成立的必备条件，将其放在一编中加以规定，不仅在民法理论上是严谨的，而且在立法技术上也是可行的。

人格法编的内容可以分为两个部分。第一部分为民事主体制度，包括有关自然人、法人和非法人团体（第三民事主体）人格的一般规定，自然人人格的开始和终止，法人和非法人团体的定义和分类、

① 王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社1994年6月版，第214—215页

② 谢怀斌：“论民事权利体系”，载《法学研究》，1996年第2期，第69页。

设立和解散,法人成员(社员)的地位和权利等。关于民事主体享有的一般人格权(如自然人的人格尊严和人身自由)可以作为民法的一项基本原则规定在总则编中,也可以将其规定在本编的民事主体部分。第二部分为人格权制度,包括两类具体的人格权:一类是直接以权利人的本身为客体的权利,如生命权、身体权、健康权;第二类是以权利人在精神上、心理上而存在的利益为客体的权利,如姓名权、名誉权、肖像权、隐私权、个人情报知悉权,以及由以上二类人格权派生出来的环境权、休息权、安宁权等。^①在这个部分只规定权利制度,包括不同民事主体所享有的各项人格权的内容,并为自然人人格权的发展留下充分空间,应对法人人格权的范围作出严密界定。有关人格权的保护,即责任制度,则应放在侵权法一编中规定。

第三编 亲属法

大陆法系各国均将婚姻家庭法纳入民法典中,该法适用于民法的基本原则和相关规定。在我国,《民法通则》第103条至105条规定了婚姻家庭关系方面的内容,把婚姻家庭法也纳入了民法体系。依照传统民法和我国习惯,还应将调整婚姻家庭关系的法律规范扩大为调整亲属关系的法律规范,即亲属法。现在,将亲属法纳入民法体系已成为我国许多司法工作者和法学界人士上的共识。但是,亲属法在民法典中的地位 and 位置还需进行研究。

亲属法编入民法典的体例,有罗马式编制法和德国式编制法之分,前者以《法国民法典》为代表,将亲属法列入人法编,后者以《德国民法典》为代表,将亲属法作为民法典的独立的一编。在德国式编制法中,有将亲属法列为第四编的,如《德国民法典》、《日本民法典》、台湾地区适用的民法典,也有将亲属法列为第二编的,如《瑞士民法典》、《土耳其民法典》。我国由于近代民法的历史传统,不可能采取罗马式编制法,只能采取德国式编制法。但是否按《德国民法典》的

^① 谢怀斌:“论民事权利体系”,载《法学研究》,1996年第2期,第70页。

体例将亲属法列为第四编？这倒不一定。因为《瑞士民法典》将亲属法编排在人格法之后也有充分的理由。

亲属法在本质上是身份法而不是财产法，亲属财产关系也以亲属身份关系为其发生的基础。依据一般民法理论，人身权分为人格权与身份权，而身份权是存在于一定身份关系上的权利。由于社会的文明与发展，许多身份关系（如贵族、商人、家长）已不存在，而至今仍保留的身份关系主要是父母子女之间、配偶之间、其他亲属之间发生的亲属关系，所以身份权也称亲属权。亲属权与人格权同属人身权，均具有专属性、排他性和明显的人格色彩。我们如果将人格法列为第二编，亲属法自然应列为第三编。有学者认为，继承法上的权利也属身份权，是否应将继承法与亲属法并列或在其后列为第四编？其实，继承权虽与身份关系相关连，但不是严格意义上的身份权，而是一种由期待权转化而来的既得权，具有明显的财产权性质。所以，继承法在民法典中的位置没有必要一定与亲属法并列或接续。

亲属法编应包括婚姻、亲子、监护三个部分。除亲属法的一般规定外，可以分为三章。第一章婚姻，应将我国新修订的婚姻法（实际上是婚姻家庭法）的有关规定移植于民法典中，其内容主要包括婚姻的成立和解除，婚姻的效力，夫妻间的权利和义务，结合社会经济的变迁与发展，应对夫妻财产制作出更为详细的规定。第二章亲子，亲子法是关于调整亲子关系即父母子女关系的法律规范，其内容主要包括亲子关系的发生、变更和消灭，以及親子间的权利和义务，特别关于亲权的确定和效力、消灭和恢复等问题还需作出明确的规定。^①第三章监护，监护与行使亲权有所不同，应作为独立的一章加以规定，其内容包括监护的种类，监护人的设立和职责，监护的终止等。

^① 陈明侠：“亲子法基本问题研究”，见梁慧星主编《民商法论丛》，法律出版社 1997 年 4 月版第 6 卷，第 71—73 页。

第四编 物 权 法

物权法是民法的重要组成部分。它是调整民事主体对于物的直接管领和支配关系的法律规范的总和。在我国,虽然存在一些有关物权的法律规范,但没有形成完善的物权制度,人们对物权和物权的概念也比较陌生。当今,我国市场经济已有了相当的发展,财产流通十分活跃,为了稳定社会经济秩序,制定物权法已成为迫在眉睫的任务。物权法无论从它在民法中的地位,还是从它包括的丰富内容,都应成为民法典的独立一编。在调整财产关系的民法规范中,物权法主要调整财产归属关系,合同法调整财产流通关系,两者相辅相成。稳定的财产归属关系是财产流通得以顺利实现的基础,制定完善的物权法是合同法得以维持财产流通秩序的保障。在民法典的体系的编制上,应将物权法列为第四编,合同法列为第五编。

根据我国社会主义公有制的改革和完善的客观要求,为适应物权的价值化和国际化的发展趋势,在明确制定物权法的立法原则的前提下,全面编制物权法的科学体系及其基本内容。在通则部分,应规定物权的定义、物权设定和行使的原则、不动产物权的变动和登记制度、物权的消灭等。在分则部分,首先规定所有权,其中包括建筑物区分所有权、不动产相邻关系、财产共有关系及共有物的分割等;其次规定用益物权,其中包括基地使用权、农地使用权和地役权,明确国有企业经营权为用益物权;其三规定担保物权,其中包括抵押权、质权和留置权,为适应社会经济生活的需要,特别对各类特殊抵押权如共同抵押、动产抵押、最高额抵押、财困抵押及抵押证券等作出规定;其四规定占有,其中包括对占有的取得、分类和法律效力的规定等。

在我国,制定物权法的关键在于正确处理公有财产的归属关系和使用关系,特别是解决国有企业财产权性质以及明确国有土地和农村集体土地的使用权问题。这些问题只有在法律上通过物权法中

的所有权制度和各种用益物权制度、担保物权制度才能实现。^①

第五编 合 同 法

在我国未来的民法典中,是设债权法编还是设合同法编?民法学界曾有长时间的讨论。各国民法关于债的发生根据规定不尽相同,^②但合同是债的最普遍的发生根据,也是债的最重要的法律形式。在传统的债权法体系中,无因管理、不当得利均属缺乏主观要件的事实行为,而且是较少发生的情况。一般来说,这些事实行为没有必要专章规定,可以依其主要特征分别放在侵权法通则或合同法分则中规定,如将不当得利放在无过错责任的侵权行为之后规定,将无因管理放在委托合同之后规定,以能够为受损害的一方提供适当的法律救济,实现法律上的公正。严格意义上讲,侵权行为所产生的民事责任不能与债相提并论。债是法的当为,责任为法的强制,二者相区分的思想已被越来越多的国家的民事立法所接受。^③我国《民法通则》对债务与责任即持区分态度,侵权行为问题不放在债权中规定,而是放在第六章民事责任中规定。

由此看来,债权法的核心内容是合同问题,债权法的一般规则就

^① 中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组:“制定中国物权法的基本思路”,载《法学研究》1995年3期,第3—10页。

^② 各国民法关于债的发生根据规定各异:《法国民法典》沿袭罗马法的规定,将合同、准合同(包括无因管理、不当得利等)、侵权行为、准侵权行为列为债的发生根据;《德国民法典》未列举债的发生根据,在第二编第二章规定合同通则,第七章规定各种合同,该章还分别规定无因管理、不当得利、侵权行为;《瑞士民法典》(债法总论)规定合同、侵权行为、不当得利三项为债的发生根据,无因管理的规定则散见于各种债的关系中;《日本民法典》规定合同、无因管理、不当得利、不法行为四项为债的发生根据;台湾地区适用的民法典规定合同、代理权的授与、无因管理、不当得利、侵权行为五项为债的发生根据;我国《民法通则》未集中列举债的发生根据,在第五章第二节债权中,除规定合同的基本规则外,分别在第92条、93条规定不当得利和无因管理,侵权行为放在第八章民事责任部分规定;英美国家的合同法与侵权法相互独立,并不强调合同,侵权行为是债的发生根据,在合同判例中,则承认准合同理论。

^③ 孔祥俊:《民商法新问题与判解研究》,人民法院出版社1996年6月版,第115页。