

法学第一课



CIVIL LAW

民法

Lesson 1

第一课

梁慧星



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学第一课



CIVIL LAW

民法

Lesson 1

第一课

梁慧星



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法第一课 / 梁慧星著. —北京:法律出版社,
2009.12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0152 - 4

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—中国—教材
IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第211738号

民法第一课

梁慧星 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 段非

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 4.5 字数 93 千

版本 2009年12月第1版

印次 2009年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0152 - 4

定价:15.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

本书主要为民法的初学者而准备。民法是我国法律体系中的重要组成部分,也是学习法律的重点。民法中有许多概念、原理,对于初学者来说比较抽象,也不易于理解。作者希望本书能够成为初学者的一个很好的入门读物。

本书主要内容来源于作者的《民法总论》一书。但是,作者在这本书的基础上,适当增删,使之更加符合入门读者的需求。为了阅读的方便,书中的脚注大多删去。读者可以查阅书后的参考文献。

当然,本书只是为了初学者入门。民法学是一门很广博的学问。要学好民法,还必须读更多的教科书,这一点需要提醒读者注意。

目 录

PART 1

民法的基本知识

- 一、什么叫民法 3
- 二、民法的历史 4
- 三、大陆法系与英美法系 9
- 四、民法与市民社会 10
- 五、民法为行为规范兼裁判规范 17
- 六、民法为实体法 18
- 七、民法的功能 19
- 八、民法的体系 21
- 九、民法的法源 24
- 十、民法的基本原则 29

PART 2

民法的基本原理

- 一、私法自治是民法的基本原理 43
- 二、民事法律关系 45
- 三、权利 48
- 四、民法的本位 64

PART 3

学习民法的方法

- 一、怎样学习法律 73
- 二、学习民法应当掌握的主要内容 103
- 三、学习民法学的基本方法 105

PART 4

法学学位论文写作的基本方法

- 一、写作方法的意义 109
- 二、关于学术论文的一般理论 111
- 三、学位论文的“要素” 112
- 四、学位论文的选题 113
- 五、学位论文的资料 117
- 六、学位论文的结构 119
- 七、研究方法 124
- 八、学术见解 127
- 九、文章 129
- 十、社会责任 135

PART 1

民法的基本知识



一、为什么叫民法

近代民法一语,是从罗马法之 *jus civile* 一语沿袭而来。故罗马法之市民法,为今日各国民法之语源。

罗马法有市民法 (*jus civile*) 与万民法 (*jus gentium*) 之分。前者适用于罗马市民,后者适用于罗马市民以外的人。自 3 世纪后,因对罗马境内所有的住民均赋予市民权的结果,市民法与万民法的对立遂告消失。于是,中世纪以来, *jus civile* 一语,遂成为罗马法的总称,其后用于私法之义。民法在法语为 *droit civil*, 英语为 *civil law*, 德语为 *Buergerliches Recht*, 荷兰语为 *Burgerlyk Regt*。日语之“民法”二字,是庆应四年学者津田真道由荷兰语翻译而来。中国民法学者梅仲协在所著《民法要义》中指出:民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛,东瀛则复从拿翁法典之 *droit civil*, 译为今称。

中国历史上之中华法系,并无法律领域之划分,各种社会关系,均由同一法律调整。即学者所谓诸法合一,并无民刑之分。历代封建统治者虽重视法典编纂,但多为刑法之规定。其中涉及民事关系者,如户、婚、钱债等,亦仅以采用刑罚制裁者为限,实质上仍属刑法规范。而一般民事关系,主要由习惯法调整。其根源在于,在漫长的封建社会中,因统治者长期推行重农抑商的经济政策,自给自足的自然经济始终占据主导地位。商品生产和商品交换被限制在狭小的范围内,市场经济极不发达。且在政治上实行专制主义统治,个人自由、平等、权利、

义务等观念无由发生。因此,不具备民法产生和发展的基本条件。至清末进行法制改革,聘请日本学者松冈义正起草民法典草案,始有现代意义的民法。可见,中国民法是由继受而来。

民法,有所谓形式的民法与实质的民法之分。形式的民法,即指以民法命名的成文法典。实质的民法,不仅包括成文的民法典,还包括一切具有民法性质的法律、法规及判例法、习惯法。

民法又有普通民法与特别民法之分。所谓普通民法指民法典。民法典为整个私法之普通法。民法典对于人、地域、事项等不作限制,规范一般的民事生活关系,因此属于普通法。在采民商合一的国家的各民事单行法,及在采民商分立的国家的商法典,相对于作为普通法的民法典而言,属于特别法。中国采民商合一主义,现行民法通则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、著作权法等均属于特别法。法官裁判案件时,遇普通法与特别法均有规定的事项,应当优先适用特别法的规定。

二、民法的历史

从民法发展沿革上讲,是先有习惯民法,后有成文民法。恩格斯在《论住宅问题》一书中写道:“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。”这段话非常精辟地揭示了民法的产生和发展过程,这就是先有习惯,然后由习惯发展成为法律。这里所说的法律当然包括习惯法和成文法。

习惯民法的历史无从查考。迄今我们可以在一些文明发展较迟的民族和地区发现它的存在。成文民法的历史至少可以上溯到四千多年前。1901年12月一支法国探险队在伊朗古城苏萨发现的汉谟拉比法典,是公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比(约公元前1792—前1750年在位)颁布的法律,无疑是世界上迄今完整保存下来的最早的法典。该法典正文共计282条,其中所规定的虽不限于民法,但属于民法的条文有237条,占全部条文的84%。

古代法典中对后世民法影响最大的是罗马法。罗马法已有二千七百多年的历史,最初是一个很小的农村公社的习惯法,后来发展成为一个拥有广大领土和多种民族的商业社会的比较完备的法律。公元前450年,罗马共和国元老院迫于民意,设立立法委员会,收集整理当时的习惯法规则,制定成法律条文予以公布,成为罗马最早的成文法即“十二铜表法”。十二铜表法的大部分条文(第三表至第八表)属于规定民事关系的法律规范。随着罗马帝国版图的扩张,社会经济关系日益复杂,调整民事关系的法律规范日积月累,变得非常庞杂繁复,于是就产生了法律编纂问题。公元527年,东罗马帝国皇帝优士丁尼继位,第二年设立法典编纂委员会,开始了法典编纂工作。委员会首先对罗马帝国现存法律进行整理修订,剔除其中过时的和相互矛盾的内容,编成《优帝法典》;其次,对罗马法学家的理论著作进行摘录,编成《学说汇纂》;然后仿照通行的教材,编

成法律教科书即《优帝法学阶梯》；最后将帝国新颁布的法令汇编为《优帝新律》。上述《优帝法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《优帝新律》被赋予同样的法律效力，共同构成完整的罗马法典，世称“民法大全”。可见，罗马法本身经历过一个漫长的发展过程。罗马法的内容非常庞杂，从现代法学观点来看，包括不同性质的法律规范，甚至实体法与程序法合为一体，没有像现代法一样的部门划分。但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。罗马法反映简单商品生产的要求，对商品生产和商品交换中一切主要的法律关系，例如买主与卖主、债权人与债务人，以及所有权、契约、侵权行为等作了明确的规定。现代民法的主要法律概念、原则和制度，在罗马法中都有规定。因此，恩格斯在论及罗马法的本质时指出：“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法，但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系。因此，这正是我们的市民在他们兴起时期所需要，而在当地的习惯法中找不到的。”

近代各国制定民法，均有其特殊政治社会背景。1804年的法国民法典，旨在重建法国大革命推翻旧政权后之法律秩序，以贯彻自由、平等、博爱的理想。奥地利民法典的制定，是为了推行女皇 Maria Theresia 的政治及行政改革。1900年的德国民法典，旨在实践一个民族、一个国家、一个法律的目标。1898年公布施行的日本民法典，则是明治维新的产物，目的在于推行维新变法及废除领事裁判权。中国在清朝末年制定民法典，与日本民法相似，目的亦在变法图强。

由欧洲大陆法所确立的民法近代模式，其集中表现为：其

一,抽象的人格,即对于一切人,不分国籍、年龄、性别、职业,具有平等的权利能力。当时,在资本主义体制下作为商品交换主体的劳动者、消费者、大企业、中小企业等具体类型,在民法典上,被抽象为“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。其二,私的所有。私的所有制,是资本主义社会的根基,其确立系近代法的辉煌成果。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,被视为绝对权和对世权,具有可以对抗一切人的绝对性。其三,私法自治。私法上的法律关系之创设,纯依私人的自由意思。此私法自治,与自由平等的人格,为近代私法的根本原则。私法自治,是维持市场自由竞争的法原则。作为私法自治原则的下位的原则,有契约自由、遗嘱自由、团体设立的自由诸原则,其中,以契约自由原则为最重要。其四,自己责任。私法自治,系自由平等的法人格者的意思自治。因此,自由之行使致他人遭受损害或不利益的情形,行为人只在有故意、过失时,始承担民事责任。此即所谓自己责任原则。

所谓民法的现代模式,其集中表现为:其一,具体的人格。首先,基于抽象的法人格,由于对一切人作抽象的对待,在多种法律关系中,造成了经济上的强者,对经济上的弱者的支配,反过来动摇了民法的基础。其结果,导致从抽象的法人格中,分化出若干具体的法人格。其典型的例子,是在劳动法上形成了劳动者的具体人格,由雇用契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。其次,为了阻止大企业垄断的弊害,经济法和反垄断法,成为着眼于企业的规模、业种的独立的法域。此外,在

消费者保护法及环境保护法上,消费者和公害的受害者,成为独特的法人格类型。其二,私的所有社会制约。私的所有制,不仅是近代法的根基,即使在现代法上也未被根本动摇。但是,对土地所有权的公法规制,及对某些生活物资的统制,使所有权具有社会性,即所谓所有权附有义务。禁止权利滥用的法理之发达,也凸显出所有权的社会性。其三,受规制的竞争。民法的近代模式中,变化最大的莫过于私法自治原则,特别是契约自由原则。自由竞争,为近代社会之活力源泉,但也带来社会的许多弊害。所谓“私法的公法化”,即为了防止和纠正这些弊害而对交易进行公法的规制,造成了契约制度衰退的印象。作为近代民法基本原则的私法自治,已经受有限制,不再是从前的状况。其四,社会责任。现代社会中,公害事故、交通事故、缺陷产品致损事故等大量的受害的发生,使支持个人的自己责任的社会、经济伦理,发生动摇。与此相应,代替个人的过失责任,产生了以举证责任转换所加重的过失责任(过失推定)、危险责任、无过失责任,此外还导入了与民事责任无关的、社会保障性质的受害补偿制度。

值得注意的是,民法的现代模式并非完全取代其近代模式,而是构成两者共生的现象。在近代模式与现代模式之间,起桥梁作用的是判例和特别法。此外,诚实信用原则等一般条款也起着重要作用。从理论上说明此两种模式的共生现象,应是民法解释学上饶有兴味的研究课题。

三、大陆法系与英美法系

大陆法系因支配整个欧洲大陆各国而得名,因在历史上是由罗马法演变而来,故又称罗马法系。11世纪至16世纪之间,罗马法法律思想风靡欧洲各国,其中尤以法国、德国受其影响最巨。法国于16世纪至18世纪所制定的有关商事、海事、民事的法律,以及1804年颁布的拿破仑法典,无不师承罗马法。德国在15世纪末,曾将罗马法作为普通法而予适用,其后各种法典之制定,亦大抵脱胎于罗马法。法、德均为欧洲大国,具有影响力量,其立法与法律思想遂为欧陆各国所仿效,并进而影响亚洲、非洲和拉丁美洲各国,成为一个气势磅礴的大陆法系。大陆法系民法形式上的特征,在于法典化,即制定有成文的民商法典。

英美法系又称普通法系,是由英国法发展而来,与大陆法系相对称。11世纪以后,英国逐渐有巡回审判及陪审制度的建立,审判案件系以盎格鲁—撒克逊民族固有习惯及累积的判例为主要依据。此种不成文的法律称为普通法或习惯法。英国资产阶级革命后,保留了历史上形成的判例法制度,在此基础上吸收了罗马法的许多术语和法律原则,借助于罗马法发展了旧的制度,使之适应资本主义市场经济的要求。因此,英国民法没有采取法典形式,而是由判例法规则和一些制定法构成契约法、财产法、家庭法和侵权行为法等法律分支。它们在内容上相当于大陆法系的民法。16世纪以后,英国殖民地遍及海

外,其法律制度均受英国法的支配。美国于1776年独立以后,其民商法制及司法制度仍因袭英国法,且英国判例迄今仍为美国法院所引用。故美国法实渊源于英国法,形成了英美法系。值得注意的是,20世纪以来,大陆法系和英美法系出现相互渗透和接近的趋势,其集中表现为大陆法系国家对判例的重视以及英美法系国家尤其是美国愈来愈重视编纂法典。因此,学者指出两大法系有合流的趋势。

四、民法与市民社会

(一) 市民社会

民法为市民社会的法。与此相对应,公法为政治国家的法。此所谓市民社会乃相对于政治国家而言。欧洲各国在18世纪末至19世纪初,发生了政治国家与市民社会的彻底分离,即以“家”为原型的各种各样的自立权力构成的传统政治社会解体,集中了一切政治要素的国家与作为纯粹经济社会的市民社会彻底分离。盖自中世纪末期以来,关于国家权利的“公”的观念,就已经开始与无关国家权力的“私”的领域相分离。但当时所谓“私”的领域,暂时仍然包含有政治的要素。与公权力无关系的“私人”,享有“私权”。该“私权”不限于纯粹经济关系所生的权利,政治的权利也包含在内。换言之,私权尚未与前国家的既得权切断关系。继法兰西革命之后,在德意志也进行了一般的农民解放,破坏了既得权体系。特别是,在帝室裁判所、帝国宫廷法院因帝国的瓦解而消灭后,此前对于权利受侵

害的一切场合均给予法律保护的裁判所的权限逐渐缩小,最终只对“市民相互间私的经济关系”提供法律保护。例如,在普鲁士,依 1842 年 5 月 11 日的法律,完全否定裁判所关于行政处分合法性的审查权,就是这一发展的结果。于是,一切政治权力集中于国家之手,另一方面则市民社会从政治国家获得解放,成为纯粹的经济社会。

何谓市民社会? 公元 1 世纪时西塞罗即指出,市民社会指业已达到出现城市的文明政治共同体的生活状况。此论以城邦制为背景,说明市民社会与城市生活的联系。此所谓市民,当指在城市生活的人。但市民社会作为近代社会科学文献中常用的概念,由黑格尔和马克思赋予了显然不同于西塞罗的含义。

黑格尔认为,市民社会是处在家庭与国家之间的差别的阶段。在市民社会中,每个人都以自身为目的,其他一切在他看来都是虚无。但是,如果他不同别人发生关系,他就不可能达到他的全部目的。因此,其他人便成为特殊的人达到目的的手段。但是特殊目的通过同他人的关系就取得了普遍性的形式,并且在满足他人福利的同时,满足自己。实际上,黑格尔所说的市民,就是合理地追求自己利益的“经济人”。因此,把他所说的市民社会理解为经济人社会,亦无不可。

马克思所谓的市民社会,是与政治社会相对应的。他认为,随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大相对立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治国家两个领域。前者是特殊的私人利益关系的总和,后者则是普遍的公共利益关系的总和。因此,社会中每一个独立的人也就担当着双重角色,他