

四川大学校级立项教材系列
——高等学校法学教学丛书——

民法总论

王建平
著

MINFA
ZONGLUN



四川大学出版社

四川大学校级立项教材系列
——高等学校法学教学丛书——

民法总论

王建平 著



四川大学出版社

责任编辑:李勇军
责任校对:孙滨蓉
封面设计:墨创文化
责任印制:王 炜

图书在版编目(CIP)数据

民法总论 / 王建平著. —成都:四川大学出版社,
2017. 10

四川大学校级立项教材系列
ISBN 978-7-5690-1229-3

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—中国—高等学校
—教材 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 248851 号

书名 民法总论

著 者	王建平
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5690-1229-3
印 刷	成都蜀通印务有限责任公司
成品尺寸	185 mm×260 mm
印 张	24.75
字 数	617 千字
版 次	2017 年 8 月第 1 版
印 次	2017 年 8 月第 1 次印刷
定 价	69.00 元



版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。

电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。

◆网址:<http://www.scupress.net>



导 言

本书是民法学系列课程的基础课程“民法总论”的同名教材。

《民法总论》著作的完善，是作者从1986年7月吉林大学法律系民法学专业硕士研究生毕业，执教四川大学30多年来，长久奋斗不辍的夙愿。2016年7月5日开始，全国人大法工委将《中华人民共和国民法总则（草案）》（简称《民总一审稿》）上线，向社会公众征求意见，此后凡三次征求意见的举动，史无前例。^①这是作者长久期盼的振奋人心的好消息。于是，全力以赴开始修改已经完稿的《民法总论》书稿。2017年3月15日，《中华人民共和国民法总则（草案）》（简称《民法总则》）通过，于2017年10月1日生效，我国“编纂民法典”迈出了标志性的关键一步。

本书的写作思路中，有三点需要特别交代：一是，对民法调整社会关系的关注。所谓民法调整的社会关系，是平等的民事主体以民事交易为主构成的社会形态。这个社会的存在，如同江河湖海、山川、森林等之于大自然，是必然的和无可怀疑的。在这个以民事利益为核心的社会里，由于民事交易而导致的民事案件或者民事纠纷，成为其重要的组成部分或者表现形式，也是民事法律关系发生的必然之所在。二是，对民事立法的关注。《中华人民共和国民法通则》（简称《民法通则》）于1986年4月12日颁行，标志着我国民法典编纂模式暂停，而1+N立法模式的开启。即在我国《民法通则》之外，制定专门的单行民事法律，构成我国民法作用的民事法律制度的结构性框架。现在，关注我国《民法典》编纂中的《民总一审稿》立法以及已生效的《民法总则》理所当然。三是，对民事案例研究的关注。关注民事案例，实际上就是关注民事纠纷，以及民事纠纷、争议和冲突、矛盾的处理，并为这些民事纠纷、争议和冲突、矛盾的有效解决，寻找良好的方法和路径。为此，在执教四川大学30多年中，作者还专门开设了“民事案例研究”“民事案例分析”等案例分析课程，为培养大学生解决民事纠纷、争议和冲突、矛盾的能力，贡献了自己的心血。

本书的写作框架，基于读者角度，首先在每章的标题下，列出“阅读提示”，以提

^① 2016年7月5日，《民总一审稿》在中国人大网公开征求意见。共有13802人参与，提出65093条修改意见。2016年11月18日，《民总二审稿》公开征求意见。共有960人参与，提出3038条修改意见。2016年12月27日，《民总三审稿》公开征求意见，共有660人参与，提出2096条修改意见。尽管，半年之内，全国人大三次征求《民总草案》的公众意见，期望值很高。但是，按照2016年末总人口138271万人计算，全国总共只有15422人参与征求意见活动，而且，也仅仅提出用了70227条意见，其比例可以小到忽略不计。可见，我国社会生活中，公众参与国家管理的积极性很低。

示每一章的要点、重点和难点。这种做法，与学术论文的“内容提要”或者“摘要”非常相似，其目的就是让学习者了解本章的要点、重点和难点之所在。其次，是每一章的正文。每一章的正文在行文中，采用理论原理和立法相结合的方法，将民法学在总论中的基本原理与民事法律制度的设计，进行有机融合，让民法理论与民事法律制度高度统一于行文中。再次，是每一章的正文后，附有三个类型的实务性资料，即：（1）思考题。一般不超过5个，针对每一章正文的内容提出问题，学习者应当学会回答这些问题；（2）学习资料指引。所附学习资料有多有少，供学习者课下自己查找学习。这些资料因为多是经典权威之作，具有很重要的参考价值；（3）参考法规提示。这部分资料，是将正文行文中涉及的法律法规、部门规章和司法解释等，附录于后，便于查找。这种体例和做法，为一般教材编写所缺。大抵因为本教材就是以大学生为本位来编写的一部教材，教会大学生学习，便是一种非常重要的方法性任务。

网络时代，沉溺于网络或者手机不离手或者是名副其实的“低头族”是危险的。因为过多的有害信息的处理，或者不当网站的过度浏览，以及不能有效控制“手机瘾”，就会把大量的时间消耗在网络的使用中。虽然说，使用网络没有什么可过多指责的。但是，当网络的使用成为无度浪费有限时间的工具或者手段时，大学生们必须警惕这种“网瘾”或者“手机控”，实际上是市民社会中，营利性法人干的“经营性勾当”——网页的浏览可能免费，但是网上形形色色的广告和收费路径，都在无端地让大学生们陷入了“注意力消失”的陷阱。那就是：上课、读书和学习没有兴趣，而没有目的的浏览网页和手机上网，占去和消磨了太多的时间。

应当说，大学生不能处理好网络、“手机控”和专业课程学习的关系，关键还是方法论出了问题。大学生在大学里没有班主任或者辅导员在身后盯着学习，课业负担比较轻，有大量的空闲时间可以自由支配的实际情况，实际上在考验着一个想真正成才、快速成才的年轻人的自我控制能力。显然，大学生中的文科生，尤其是法学专业的大学生，如何培养自己的理性，让智商与专业知识和专业技能相得益彰，让情商在法学理论的理性思维模式下，得到有效的打磨和锻炼，从而在“五种能力”的养成中，成为自己时间的主人，是一个需要“大智慧才能回答”的问题。即：

1. 学法学要学习什么？学习法学专业，在入门阶段，其实是很枯燥和乏味的。比如，一天三顿饭，人人都会去吃，但是，从大学校园最简单的买饭菜活动来看，未必人人都知道这中间就有合同的订立、履行和大学食堂为什么不用现金，而多数都是使用饭卡或者校园卡。就是这样基础、简单和需要我们以强烈的好奇心解决的问题，遗憾的是，很多人往往视为理所当然或者习以为常。当然，法学专业入门之后，丰富多样的专业课程和教学环节，以及复杂多变的各类案件，还有快速修订的各色法律法规等等，都充满了学习的吸引力。然而，一个法学专业的大学生，如果自控能力不足，只知网络或者成为“手机控”，其智商就有些浪费了。

2. 市民法作用空间在哪？其实，民商法律就在身边，就在我们的日常生活中。比如，我们与父母的亲属关系，我们走在大街上或者进入商场和各种交易场所，就是在我们的校园里，大学生们吃饭的食堂、住宿的宿舍和洗涤衣物的洗衣房，还有商业街上的各种各样的生活消费等等，其实就是民商法律作用的社会。至于同学之间互相借钱、借东西，或者发生冲突、打架之后的处理，还有损害图书馆的图书赔偿等等，其实也都是



民事法律关系,属于这个社会当中的民法问题。虽然,大学生活的样态往往是“宿舍——教室——食堂”的“三点一线”式的,有些单调。但是,不能耐得住学习的辛苦、大学校园生活的寂寞,又怎能学会如何学习呢?

3. 得失之间如何取舍?在大学里,大学生首先要对自己负责,关注自己的欲望和时间的使用与支配,克服懒散和消极被动的习惯,养成积极进取和积极主动学习、生活和面对各种困难,以及与同学友好相处、合作互助的良好习惯,那么,大学生活的“得”便是:(1)专业知识和技能的获得,并以文凭和学位证书为标志;(2)养成良好的学习、为人处事以及互助合作的习惯,这便是收获了同学的友谊;(3)学会学习和掌握良好的、积极主动学习的方法,遇到任何困难,都会想方设法去克服。面对人生、学业和事业,抓紧时间,而不是成为“手机控”、“网游狂”或者挂科、逃课和混过学业那样的人,这是法学生应有的状态。

对于“民法总论”的学习而言,除了课堂教学环节之外,还有课堂提问、课堂讨论、指定作业、自由作业、法律问题咨询、寻找法条答案、分析成案和模拟法庭等教学环节。在这些教学环节中,大学生才是教学活动的主体,是学习活动和过程的主要因素,因此,除了积极参与和认真投入做好每一个教学环节的功课外,始终保持良好的学习心态和目的,是学好“民法总论”这门专业基础课程的关键。

20多年前,当女儿刚刚降生的时候,民法作用的空间和民事关系模型便伴随而生。作为父亲,我陪伴她玩耍,培养她的自我意识;在幼儿园和小学阶段,上下学接送她、陪伴她完成家庭作业,给她讲故事,带她旅游以开阔眼界;到了高中阶段,她便开始自己走出国门,感受外语的魅力和讲外语的乐趣,她的人格在成长;到了大学阶段,她在外国读本科、读研究生,课业的压力、念家的孤独和心理断乳的痛苦,以及生活自理——做饭、洗衣服和料理家务能力的养成等等,让她成为一个人格健全的合格大学生。应当说,是生活让她变得乐观、自信,上进、优秀,从而,这一生,她肯定能成功,便是在不远的将来!女儿的故事,就是一个90后的年轻人成长的故事。她的内敛、克己、认真、上进,以及乐观对待平凡的生活,把自己的生活弄得丰富多彩,也是一种才能,这一点,常常让我感动和欣喜!所以,学会科学的学习方法,积极认真地对待学习,并把考取博士当作大学学习的目标,或许也是一种坚定地向上攀登的动力所在吧。于是,民法作用的动力,通过与女儿的亲子关系,得到了充分的彰显。现在,她是一个研究生,在社会学的专业领域里,在异国他乡继续延续着我国民法发挥作用的时间与空间。

2010年6月11日~7月12日第十九届世界杯足球赛(2010 FIFA World Cup South Africa)在南非九个城市的十座球场举行。2010年7月12日,这届足球世界杯赛西班牙队获得冠军前,“章鱼帝”的预测不能代替西班牙队与荷兰队^①的决赛一样,只有经过了曼德拉老人出席的世界杯闭幕式上的实际决赛过程,不管是否要通过加时赛

^① 有网友评论说,请原谅荷兰人,他们确实把世界杯决赛踢得有点丑陋。但是,这是他们不得已的战术,实力不如对手,就不能让比赛按照西班牙人习惯的流畅程序来进行。资料来源:《干杯,西班牙!》,《华西都市报》2010年7月12日。网页地址:<http://news.163.com/10/0712/07/6BCHNOGS00014AED.html>。访问时间:2010年7月12日。



决一胜负，最终的胜负西班牙 1：0 荷兰是依据比赛规则判断的一样，比赛的裁判规则与足球场上的球员配合技巧与球队的整体实力，才是决定胜负的关键。因此，要想学会、学好和学精“民法总论”这门课程，学到民法学的技巧，需要先模仿、再实践和不断的思考，才能实际地变成球场上的西班牙队。于是，民法思维的培养和训练，法律理性思维方法的学习，关注民事立法动态和市民社会变迁，养成以民法方法——事先调整、事中调整和事后调整等，处理民事纠纷、争议和冲突矛盾的耐心和能力，才是这门重要法学专业基础课程的开课与教学的目的。

王建平

2017 年 6 月 26 日



目 录

第一章 民法的定义	(1)
第一节 民法的基本含义	(1)
第二节 民法调整的对象与调整方法	(11)
第三节 民法的本源、渊源和本质	(16)
第二章 民法的基本原则	(22)
第一节 民法的基本原则及作用对象	(22)
第二节 平等原则	(31)
第三节 诚实信用原则	(34)
第四节 私权神圣与公序良俗原则	(37)
第五节 绿色原则	(41)
第三章 民事法律关系	(48)
第一节 民事法律关系的引入	(48)
第二节 民事法律关系的构成要素	(62)
第三节 民事法律关系发生、变动与消灭的原因——民事法律事实	(67)
第四节 民事法律关系的功能	(72)
第四章 自然人	(79)
第一节 民事主体资格	(79)
第二节 自然人的两种能力——民事权利能力和民事行为能力	(92)
第三节 监 护	(100)
第四节 宣告失踪和宣告死亡	(107)
第五节 个体工商户、农村承包经营户	(111)
第五章 法 人	(114)
第一节 法人解说	(114)
第二节 法人的成立与变更、终止	(118)
第三节 法人的民事能力与法人机关	(121)
第四节 法人的民事责任	(123)
第五节 营利性法人	(125)
第六节 非营利性法人	(132)
第六章 非法人组织	(145)
第一节 非法人组织的界定	(145)
第二节 个人独资企业	(149)

第三节	合伙企业·····	(152)
第四节	法人的分支机构·····	(159)
第七章	民事权利·····	(165)
第一节	民事权利的界定·····	(165)
第二节	民事权利的取得·····	(172)
第三节	民事权利享有·····	(174)
第四节	民事权利行使与限制·····	(177)
第五节	民事权利救济·····	(181)
第八章	民事客体·····	(189)
第一节	民事客体概述·····	(189)
第二节	物·····	(199)
第三节	行 为·····	(205)
第四节	智力成果·····	(207)
第五节	人身利益·····	(209)
第六节	货币与有价证券·····	(215)
第七节	民事权利客体与网络财产·····	(219)
第九章	法律行为·····	(226)
第一节	法律行为概说·····	(226)
第二节	意思表示·····	(230)
第三节	法律行为的效力·····	(236)
第四节	法律行为的附款·····	(240)
第五节	法律行为的解释·····	(243)
第十章	代 理·····	(247)
第一节	代理产生的原因·····	(247)
第二节	委托代理·····	(250)
第三节	代理权行使与代理关系终止·····	(253)
第四节	无权代理·····	(256)
第五节	表见代理·····	(259)
第六节	商事代理·····	(263)
第十一章	民事责任·····	(268)
第一节	民事义务与民事责任·····	(268)
第二节	民事责任界定·····	(275)
第三节	缔约过失责任·····	(283)
第四节	违约责任·····	(284)
第五节	侵权责任·····	(286)
第六节	民事责任的承担与追究·····	(289)
第十二章	时间与诉讼时效·····	(306)
第一节	时间与民事权利·····	(306)
第二节	诉讼时效·····	(308)

第三节	取得时效·····	(315)
第四节	除斥期间·····	(317)
第五节	期日与期间·····	(319)
第十三章	民法的适用·····	(323)
第一节	民法的效力·····	(323)
第二节	民法的域内适用·····	(327)
第三节	民法的涉外适用·····	(332)
第四节	民法的解释·····	(337)
附录一	中华人民共和国民法总则（草案）·····	(341)
附录二	关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明·····	(359)
附录三	中华人民共和国民法总则·····	(367)



第一章 民法的定义

【阅读提示】对民法的定义理解，应从民法的内涵、外延，调整对象和调整方法，产生原因，本源、本质和本位等进行分析，并通过逻辑的演绎和推论，导出民法的定义、调整对象和调整方法的特点。通过本章的学习，解决三个问题，即民法的定义及其调整对象，民法的本源、本质和本位是什么、为什么，以及民法在整个法律体系中所处的地位和发挥的作用。

第一节 民法的基本含义

一、民法的字义

“民法”二字，按照其历史文化渊源，其“民”是民事主体或者“市民”即从事交易的人，而“法”是“法律规范”或者“民法规范”的意思。在我国《辞海》^①中，民法是立法者制定的主要调整财产关系的法律。按照《中国大百科全书·法学卷》^②的界定，民法是现代国家的基本法之一，是指一定社会调整特定的财产关系和人身关系的法律规范的总和。可见，民法是与人类的生存、生活和生产等活动密切相关的。

在西方国家，“民法”一词，源自于古罗马的“市民法”。因此，“民法”中的“民”即市民，而“法”作为一种西方法制文明的组成部分，与“权利”、“公平”、“正义”等等字眼密切相关。因而，当国人清末接受西方法制的启蒙，并由日本学者将“市民法”转译为汉语“民法”时，中国人接受的是一个不清晰、不明确和非本土文化的概念。

也就是说，“民法”中的“民”，究竟是人民、国民、臣民或者公民等，还是别的什么，是不够清楚的。而“民法”中的“法”，又是什么意思？是谁也说不明白的。因此，在中华文化层面上，“民法”一词，是与民事权利文化不相协调的一个舶来品。从民法的孕育、发展和沿革上讲，民法作为调整财产关系的基本法，最初产生于早期的交易活动之中，也就是说，民法的萌芽与产生，经历了从习惯法到成文法的发展过程。从一定意义上说，在人类进入文明社会的早期，出现交易活动的时候，民法即以习惯法的形式存在了。但是，最早的习惯法产生的具体时间，现在已经无法考察。而成文法的历史，至少可以上溯到距今4000多年前的《汉穆拉比法典》，在我国则是禹刑。《汉穆拉比法典》是公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉穆拉比颁布的法律，共有正文282条，

^① 《辞海》（下），上海辞书出版社1979年版，第4131页。

^② 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社1984年版，第412页。

大部分皆为民法的内容。相比之下,我国历史上的奴隶制、封建制社会里,没有单独的民法典,而只有诸法合体的各朝各代的“律”。

至于民法作为一门学科和法律部门,得到正式的确立,必须追溯到古罗马时期的民法。所以,民法不是从来就有的。它的产生,与当时社会的政治体制、经济制度和文化观念等的发展有密切的关系。在我国长期的封建社会里,向来有大量的而又复杂的民事关系。但是,却少有专门的民事立法。

因此,民法作为一种独有的私法文化现象,在我国没有出现过。应当说,这是中华法律文化传统的一个特点,又是一大缺陷。这个缺陷的直接表现,就是中华人民共和国成立后直到1986年4月12日,才颁行《中华人民共和国民法通则》(简称《民法通则》),2017年3月15日通过了我国《民法总则》,我国《民法典》的编纂到2020年才能全部完成。

二、民法的产生及其条件

(一) 民法与市民社会

1. 市民社会。所谓市民社会,是指由市场和参与市场交换的人,在市场交换过程中形成的民事利益为本的社会。这种社会里,市民是社会的基本主人,社会的运行是为了市民的利益和需要服务的。因此,市民社会的架构规则,一是平等原则,以及基于平等原则的延伸而来的等价交换、公平、正义、自由等原则;二是诚实信用原则等基本规则,或者“游戏”规则。在这里,市民的身份,意味着人们可以比较自由、快乐地在一种相对生活化的环境生存,“以人为本”、小康社会等等,便是这种社会图景的描述。

2. 市民社会的特征。在市民社会,民事权利或者民事主体的民事利益,成了人们共同追逐或者被“游戏”的对象。因此,市民社会的特征是:(1)市民社会具有基础性。市民社会是满足人们日常生活中的衣食住行用、吃喝拉撒睡,以及生老病死养等等需求的一种利益满足样态,或者社会活动的基本形式,也是所有社会活动的基地。(2)市民社会具有权利性。即所有的民事利益、民事权利,都表现在这种社会中的各种各样的活动中。民事活动,是市民社会当中的主要活动。(3)市民社会具有诚信性的需求。也就是说,市民社会在本质上,是一种讲究诚实信用和以诚信为本的社会,充满了诚实的社会期望和要求,也充满了信用的价值化、社会化的需要。

3. 市民社会的功能。主要是:(1)市民社会具有对市民的生存品质进行快速提升的功能。这种功能是指,市民社会因为以市场经济为基础,而市场经济的本质是一种满足人的需求和合法欲望的经济体制。(2)市民社会对民商法理论、立法和司法实践等等,具有非同寻常的诱发功能。即当市场经济把人的需要和合法欲望激发起来的时候,由人们的各种各样的物质需求,当然地引发人们对于民商法律规范需求的不断增加。(3)市民社会对于民商法律法规等规则体系的运用功能。这种功能是指,市民社会因为交易的广泛性、复杂性,以及数量的巨大,速度的快捷等特点,对于相关的交易规则的运用,是大量的和广泛的,也是不断在创造新的规则。从而,构成了一种良性的需要—规则—更高的需要—更细更多的规则这样的文化意义上的循环。

(二) 民法的产生条件

生存利益→利益交换→交换规则→民事活动完成,于是,民事主体的利益交



换就实现了。也就是说,在市民社会里,市民的生存,在生存资料方面的差别性或者区别性,决定了他们之间为了生存,必然要通过民事活动,进行民事利益的交换。由于要交换,便产生了交换的规则,而这些交换规则,构成了市民生存利益维护的基础。这当中,有一些交换规则,因为不符合社会发展的规律而消失了。而有些交换规则,因为顺应了社会的发展规律,而被保留了下来。

立法者通过专门的立法,对于这些交换规则中的大部分或者全部,进行了规则的国家化或者普遍化——法律化的处理,赋予其强制执行的法律效力。于是,这部分交换规则成为民法规范。而那些没有为立法者进行了规则的国家化或者普遍化——法律化的处理,赋予其强制执行的法律效力的交换规则,则以被淘汰的结果,成为人类历史上民商法律文化的“文物”。如古罗马人的“曼兮帕蓄”的交易方式,就沉入民商法律文化历史的长河。所以,作为人类民法文明的民事交换规则,随着立法者的立法程序,慢慢地汇聚成了成文的《民法典》这样一种代表民商法律文化结晶的鸿篇巨制。

(三) 民法的发育过程

在西方,民法首先源始于罗马法中的市民法。古罗马人在奴隶社会这样的社会背景下,竟然创造了民事权利文化和平等观念,可见,当时的民商法律文化的启蒙者,是在一种何等的大彻大悟的思想的天空,想到了人类生存发展的文化规律——平等、自由与诚信,是社会发展的文化或者文明基础。1804年,一代枭雄拿破仑用了很短的时间,颁行了具有划时代意义的《拿破仑法典》即现行的《法国民法典》。这是一次历史性的巨变过程中,市民法上升成一个资本主义国家发展和进步的进阶石的基本法典。1900年,《德国民法典》再颁布实行,以资本家为代表的社会进步阶层的民事利益,通过《民法典》颁行得到了充分保障。于是,民商法律文化所特有的个人本位、私权神圣以及诚实信用等私法精神,被当作是社会进步和人类文明的精华,变成了具体而又复杂的民事法律制度、民事权利规则和民事责任承担条文的设计。于是,我们看到了人类民商事利益分配的基本规律——民事权利、民事义务、民事责任和民事活动,作为一种建立民事法律关系的目标或者结果,在民事利益的界定、分配和实现层面上,需要基本的社会运行制度架构和规范的顶层设计,以及具体而又可行措施的保护,才能顺利完成。这种规律,在市场经济体制国家概莫能外。

1922年,《苏俄民法典》随着十月革命的胜利,来到人间。这是第一部社会主义制度背景的《民法典》。它的到来,为社会主义社会运用新的规则调整具有社会主义性质的民商利益关系,奠定了良好基础。1961年,当时的头号社会主义强国,又通过了《苏俄民事立法纲要》,由此,社会主义国家的民事立法,有了一个可以直接借鉴的范本。

在我国,《周礼》以及各朝各代的“律”等,都是民商法律规范的直接源流。但是,由于中华法律文化的综合性——诸法合体,或者因为封建专制主义的独断性——以刑为主,造成中国封建法制当中,民商法律的地位低下。随着西方宪政制度和近代民主法制的影响,直到1911年《大清民律》出台,中国才有了真正近代意义上的《民法典》。

1929年,中华民国政府颁行《中华民国民法》,将西方近现代民商法律文化的理念引入中国,并以体系化的方式加以表彰。《中华民国民法》分成五编颁布,条文多达1225条,尽管在形式上存在着这样那样的不足,但是,它的历史地位和深远的影响,



是不容小视的。

中华人民共和国成立后，我国大陆实行社会主义制度。由于政治制度和经济体制等方面的原因，《民法典》的制定，几起几落。1982年颁行《中华人民共和国宪法》（简称《宪法》），到2009年我国《宪法》已经修订四次之后，也未见《中华人民共和国民法》^①颁布。1986年4月12日，《中华人民共和国民法通则》颁布，标志着我国实行社会主义的法治，将市民的民事权利放置到了一个重要的地位。在《民法通则》中，通过法律规范体系确立的民法基本制度，主要有：民事基本制度（即主体制度、代理制度和民事法律行为制度等）、物权制度、债权总论、债权分论（债和合同制度）、知识产权制度、人身权制度、继承权制度、民事责任制度等。2014年10月23日，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（简称《依法治国决定》）出台，我国《民法典》编纂才正式以党的政策和国家意志确定了下来。

4. 民法的法学定义

“民法”一词，其法律文化学意义，直接源自于罗马法的 *jus civile*，并由日本学者从荷兰语翻译而来。在罗马法中，*jus civile* 原意为市民法，其主要适用于罗马市民。“市民法”是与万民法相对应的一个概念，后来演变成为罗马法的统称。

就中华法系而言，其典型形态为诸法合体，即民法、刑法、行政法合为一体，并且以刑法为主，作为一个系统的、独立部门法意义上的民法，在形式上并未形成。所以，中国的“民法”一词，就其制度上的语源而言，是通过日本民法典追溯到德国民法典，最后到了罗马私法那里的。作为一个独立的法律部门，民法的概念，可以从抽象的概念，以及具体的调整对象两个方面来把握。前者即我们通常所说的形式意义上的民法，后者即实质意义上的民法。

所谓形式意义上的民法，主要是指民法典，最为典型的代表为《法国民法典》、《德国民法典》和《意大利民法典》等，其是近代欧陆国家崇尚理性主义、国家主义的立法产物。在我国大陆地区，从理论上讲，形式意义的民法即民法典，到2016年年底时，尚未以完整形态存在。我国形式意义上的民法，只有基本法性质的《民法通则》，以及一系列单行民事法律、法规和司法解释等，以分散的形式存在着。而实质意义上的民法，不仅包括了成文的《民法典》，也包括一切具有民法性质的法律、法规，以及判例法、习惯法等。由此，我们可以对民法下这样的定义，即民法是通过事先、事中和事后等调整方法，对平等主体的自然人之间、法人之间、自然人和法人以及非法人组织之间的财产关系、人身关系，通过民事活动，进行调整的各种法律规范的总称。由此而言，民法是以一种利益关系调整的规范体系，从民事主体的行为规范，司法机构的裁判规范体系角度，进入市民社会，进而发挥其积极作用的。

^① 我国的《民法典》，按照我国的习惯叫法，名称应当叫作《中华人民共和国民法》，而不叫《中华人民共和国民法典》。这与我国的《刑法典》叫《中华人民共和国刑法》，而不叫《中华人民共和国刑法典》是一样的道理。



三、民法的历史源流

(一) 民法的历史渊源

1. 罗马法

古代民法对后世影响最大的,非罗马法莫属。目前,已经发现的古罗马最早的成文法,是公元前451~450年制定的《十二铜表法》。而罗马法的成就,则主要集中在《国法大全》中。罗马法的内容异常庞杂,而且,并没有像后世那样,对法律进行明确的法律部门划分。但是,罗马法中对后世影响最为深远的,是规范民事关系方面的规范。罗马法除诉讼部分外,其实体法分为人法、物法两大部分。人法部分包括人格、家和家属、家长权、婚姻和夫权、家主权和恩主权、准奴隶等内容。罗马法中的物法部分,则是财产关系法,主要内容为物权、继承和债等。

罗马法对罗马奴隶时期,已较为发达的商品经济关系作了详细的规定。现代民法的主要法律概念、原则和制度等,在罗马法中都有规定,是其法律文化的基础性根源。西欧封建社会中期以后,欧洲大陆掀起了罗马法的复兴运动,罗马法几乎被整个欧洲所接受。随着欧洲列强在世界范围内的拓殖,罗马法传遍了整个世界。后世民法法系的形成,其法学理论基础与体系基础,都是建立在罗马法的基础之上的。罗马法时代,留给后世的财富有三个方面:其一,第三次征服世界,即以罗马法征服世界;其二,私法观念的确立;其三,私权平等原则的树立。而这些精神财富,都蕴藏在《国法大全》之中。^①

2. 《法国民法典》

《法国民法典》是资本主义社会的第一部民法典,原名叫《拿破仑法典》。它诞生在拿破仑时代,充分反映了资本主义商品经济,即资本家以及市民社会中市民的生存、生活和生产等利益需要。《法国民法典》以罗马法的《法学阶梯》为基础,整部法典由三编组成,共2283条。其中,总则部分规定了法律的公布、效力及其适用。

《法国民法典》在总则(第1~6条)之后,分为:第一编“人”(第7~515条),包括民事权利的享有及丧失、身份证书、住所、失踪、结婚离婚、血缘关系、收养子女、亲权、监护等内容;第二编“财产及对于所有权的各种变更”(第516~710条),包括财产的分类、所有权、用益权、使用权及居住权、役权;第三编“取得财产的各种方法”(第711~2283条),包括继承、生前赠与及遗嘱、契约或合意之债一般规定、非因合意而发生的债、夫妻财产契约及夫妻财产制及各类有名契约等等。

《法国民法典》贯彻了资本主义民法的三大原则,即所有权绝对原则、契约自由原则和过失责任原则,建立了比较完善的民法体系,其结构严谨、法典用语上简洁通俗,与后来的《德国民法典》在风格上形成了鲜明的对比。

3. 《德国民法典》

德国进入自由资本主义时代,经历了一个世纪的时间,《德国民法典》的编纂,也前后经历了大约半个多世纪。那时,法学实践和理论上的成就,给这部法典的编纂,做好了充分的准备。1896年8月24日《德国民法典》公布,1900年1月1日正式施行。

^① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第14页。



后世学者评价《德国民法典》时指出：起草者有意避免吸收外国法律、避免采用任何拉丁语或其他国家的法律术语。^①

《德国民法典》的编纂体例，与《法国民法典》有很大的不同。其以《学说汇纂》为模型，分为五编，共 2385 条，被称为“潘德克顿”式民法编纂体例。依此种编纂模式制定的民法典，一般都采用五编制。即第一编总则，然后依次为债权法、物权法、亲属编和继承编等。不仅如此，在债权、物权、亲属和继承各编的开头，均设有第一章总则，规定该编的共同制度和规则。

“潘德克顿”式编制体例的特点：（1）强调法典编纂的逻辑体系，在规定各种法律关系时为了避免重复规定，均采取了从一般到特殊的编制方式；（2）立法者非常重视立法构造技术的运用，将各种法律上的利益和保护对象，以特定的法律术语进行表述，并放置在一个预定系统的法律体系之中；（3）法律文化严谨。但是，在德国人的民法文化与其法西斯主义文化的产生，究竟有无内在联系，学界并没有权威性的研究结论。“潘德克顿”式民法典的制定和实施的代价，就是法典用语的脱离世俗用语，法学理论不易为普通人所掌握。因此，“潘德克顿”式的民法典，也被认为是法学家制定的法典。^②

（二）民法在中国

中国社会自奴隶社会以降，历来是个重农抑商的社会，各朝各代的法律基本上都是诸法合体、民刑不分的。虽然说，商品交易关系很早即已存在，但是，相关的民事法律规范只是以习惯法方式存在。形式意义上的民法典，从来就没有产生过。“民法”一词，实质上也就是舶来的民法文化的赝品。

我国民法典的首次制定，始于清末。1907 年，处于风雨飘摇中的清王朝试图以变法救亡，光绪帝任命沈家本等人为修律大臣，主持民刑等法典的制定。在日本学者的帮助下，1911 年底，民法典起草完成，史称“大清民律”草案。该草案参酌了刚刚生效的《德国民法典》和《日本民法典》，分为总则、债权、物权、亲属、继承五编，共 1569 条。但是，这一民法典尚未正式颁行，清王朝便被辛亥革命所推翻了。辛亥革命成功后，中华民国政府设立修订法律馆，主持起草民刑法典。1925 年完成的《中华民国民法典》是我国现代意义上的第一部民法典。该法典以大清民律草案为基础，又被称为第二次民律草案，共 1745 条。该法典采民商合一制，体系颇具特色。1949 年，中华人民共和国成立，该法典被中央人民政府明令废除。

中华人民共和国成立后，废除了中华民国时期的《六法全书》。长期以来，我国大陆一直都采用单行法的立法方式，处理和调整民事关系。1954 年，全国人大常委会组织起草我国社会主义的《民法典》，1956 年完成草案，法典共 525 条。分为总则、所有权、债和继承四编，体例采 1922 年《苏俄民法典》的模式。但是，这次起草的《民法典》草案，没有交付表决。1962 年，全国人大常委会组织第二次民法典的起草，同样“无疾而终”。1979 年，全国人大常委会组织第三次民法典起草工作，也是有始无终。到了 1982 年 5 月，我国起草完成《中华人民共和国民法草案（第四稿）》，这个《民法草案（第四稿）》最终也未能颁布施行。应当说，1978 年 11 月，中共十一届三中全会

① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 1996 年版，第 14 页。

② 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 1996 年版，第 14 页。



以后,我国推行全面改革开放政策,实行社会主义市场经济体制,推进社会主义法治,民事立法在20世纪80年代快速地被提上了国家的议事日程。整个80年代颁行的民事法律,主要是:

(1) 1980年9月10日第五届全国人大第3次会议通过修订的《婚姻法》,1950年5月1日颁行的我国《婚姻法》^①被废止;

(2) 1981年12月13日第五届全国人大第4次会议通过《经济合同法》、1985年3月21日第六届全国人大常委会第10次会议通过《涉外经济合同法》、1987年6月23日第六届全国人大常委会第21次会议通过《技术合同法》,形成我国“三个合同法”并立的特殊现象;

(3) 1982年3月8日第五届全国人大常委会第22次会议通过《民事诉讼法(试行)》;

(4) 1982年8月23日第五届全国人大常委会第24次会议通过《商标法》、1984年3月12日第六届全国人大第4次会议通过《专利法》,在知识产权方面尚缺《著作权法》补齐;

(5) 1985年4月10日第六届全国人大第3次会议通过《继承法》,亲属继承法方面,尚缺《收养法》;

(6) 1986年4月12日,第六届全国人大第4次会议通过《民法通则》,这是我国民事立法的重要突破,具有里程碑式的意义;

(7) 1986年12月2日第六届全国人大常委会第17次会议通过我国《企业破产法(试行)》,尽管只适用于国有企业,但是,打开了企业破产的法律之门;

(8) 1988年4月12日第七届全国人大第1次会议通过我国《宪法修正案》,这个修正案,将“土地使用权”拓展成“土地承包权”、“建设用地使用权”等,进入土地市场;^②

(9) 1988年4月13日第五届全国人大常委会第1次会议通过《全民所有制工业企业法》。整个80年代,民法方面的单行法立法,已经达到10部之多。从此,我国经济体制的改革引发的社会变革,成为我国历史上的社会改革现象(社会学上称之为“巨变”或者社会关系“结构性快速变迁”),让社会主义市场经济的观念,逐渐走入市民,进入广大市民们的民法文化的视野。

(三) 单行民商事法律立法

20世纪90年代,我国的民商事立法,依然保持着快节奏、高速度和急迫感等特征。1993年3月29日第八届全国人大第1次会议通过的我国《宪法修正案》第7条明确规定:国家实行社会主义市场经济;国家加强经济立法,完善宏观调控。于是,1993年通过的民商事法律有3部。1999年3月15日第九届全国人大第2次会议通过我国《宪法修正案》第13条、第15条明确规定:实行依法治国,建设社会主义法治国家;

^① 这个版本的我国《婚姻法》有八章27条,而2001年4月28日修订后的我国《婚姻法》,则有六章51条。

^② 我国《宪法修正案》第2条规定,宪法第10条第四款“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者其他形式非法转让土地。”修改为:“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”