

张民安 主编

高等院校法学专业民商法系列教材

Civil & Commercial Law Textbooks Serial

# 民法总论

(第五版)

张民安 丘志乔 / 主 编

侯 巍 铁木尔高力套 / 副主编



中山大學出版社  
SUN YAT-SEN UNIVERSITY PRESS

高等院校法学专业民商法系列教材

张民安 主编

# 民 法 总 论

(第五版)

主 编 张民安 丘志乔

副主编 侯 巍 铁木尔高力套



中山大學出版社  
SUN YAT-SEN UNIVERSITY PRESS

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总论/张民安, 丘志乔主编; 侯巍, 铁木尔高力套副主编. —5 版. —广州: 中山大学出版社, 2017. 8

(高等院校法学专业民商法系列教材/张民安 主编)

ISBN 978 - 7 - 306 - 06109 - 6

I. ①民… II. ①张… ②丘… ③侯… ④铁… 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 174215 号

---

出 版 人: 徐 劲

策划编辑: 蔡浩然

责任编辑: 蔡浩然

封面设计: 方楚娟

责任校对: 杨文泉

责任技编: 何雅涛

出版发行: 中山大学出版社

电 话: 编辑部 020 - 84111996, 84113349, 84111997, 84110779

发行部 020 - 84111998, 84111981, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传 真: 020 - 84036565

网 址: <http://www.zsup.com.cn> E-mail: zdcbs@mail.sysu.edu.cn

印 刷 者: 广东省农垦总局印刷厂

规 格: 787mm × 960mm 1/16 37.375 印张 770 千字

版次印次: 2002 年 8 月第 1 版 2017 年 8 月第 5 版 2017 年 8 月第 5 次印刷

印 数: 15001 ~ 17000 册 定 价: 69.00 元

---

如发现本书因印装质量影响阅读, 请与出版社发行部联系调换

## 内 容 提 要

本书以2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国民法总则》(下称《民法总则》)为主线,贯彻《民法总则》的精神,共六编计17章。其内容包括民法的基本原理、主观权利的主体、主观权利的客体、主观权利的内容、作为主观权利渊源的民事法律行为、时效、期间与民法的适用等,对民法知识和民法理论进行了系统阐释。

本书援引了《民法总则》的大量法律条款,还援引了两大法系国家有关民法的最新理论;全书内容全面,资料新颖,案例丰富,体现了科学性、理论性与实践性的统一,既适合高等院校法学专业的学生做教材,也适合司法界人士使用。

## 作者简介

(按撰写章节先后排序)

张民安 男，湖北黄冈人。1987年毕业于湖北黄冈师范学院英语系，之后从事教学工作。1991年9月考入吉林大学法学院，师从李忠芳教授攻读民商法专业硕士研究生，1994年7月获法学硕士学位。1999年9月考入中国社会科学院研究生院，师从梁慧星教授攻读民商法专业博士研究生，2002年7月获法学博士学位。现为中山大学法学院教授，民商法专业博士生导师，是中国民商法学界为数不多的能够同时对中国的民商事立法、民商事司法和民商事学说产生重要影响的学者，精通英文，熟悉法文。

先后在《法学研究》《中国法学》《民商法论丛》《民商法学家》《侵权法报告》《中外法学》《当代法学》《法学评论》《法制与社会发展》《现代法学》等期刊发表学术论文90多篇；先后在法律出版社、北京大学出版社、中山大学出版社和清华大学出版社等主流出版社出版了《现代英美董事法律地位研究》《公司法上的利益平衡》《过错侵权责任制度研究》《现代法国侵权责任制度研究》《公司法的现代化》《商法总则制度研究》《侵权法上的作为义务》《侵权法上的替代责任》《无形人格侵权责任研究》《法国民法》《法国人格权法（上）》和《法国民法总论（上）》等专著。先后主编出版了《高等院校法学专业民商法系列教材之一、之二、之三》以及《高等院校法学专业民商法系列教材》。主编系列出版物《民商法学家》《侵权法报告》和《21世纪民商法文丛》。这些论文、专著和系列出版物均得到中国民商法学界的广泛援引。

当今民商法学界耳熟能详的诸多民商法理论均直接源于张民安教授，包括但不限于以下理论：非婚同居、小股东的法律保护、股东的派生诉讼、司法强制公司解散、商事营业资产、纯经济损失、侵权法上的注意义务、侵权法上的作为义务、隐私的合理期待、自治性隐私权、连带民事协约家庭、独立担保或者意向函，等等。

除了进行民商法的教学和科研活动之外，也多次直接参与过全国性的立法活动。2008年8月，应全国人大常委会法制工作委员会之邀参与了《中华人民共和国侵权责任法（草案）》的专家讨论会，所提出的众多侵权法理论被全国人大常委会所采纳并被规定在2009年12月通过的《中华人民共和国侵权责任法》当中，其中的《中华人民共和国侵权责任法》第49条即直接来源于张民安教授的意见。张民安教授还直接负责和起草了中国商法研究会主持的《中华人民共和国商事通则》第一编即商法基本原则的内容。2016年5月23日，应全国人大常委会法制工作委员会之邀参与了《中华人民共和国民法总则（草案）》的专家讨论会，所提出的众多意见均被采纳。

丘志乔 女，广东韶关人。法学博士，教授。主要研究方向为民商法学。主持省部级、厅局级等纵向课题9项，横向委托课题3项，校级高教、教研课题5项。公开发表专业学术论文45篇，出版专著1部，主编教材2部。主持完成国家教育部人文社科基金项目研究成果为广东省、广州市政府部门采纳共2次。主持完成广东省省级教改课题的研究成果“基于期望和任务教学模式的民法教学改革与实践”获广东省151工程项目优秀奖二等奖、广东工业大学优秀教学成果奖一等奖。荣获省级以上行业学（协）会奖励6项，校级奖励12项。兼任广东省知识产权局专家、广东省知识产权保护协会专家等社会职务。

侯巍 女，河北保定人。法学博士，华南师范大学法学院党委委员，院长助理，副教授，硕士生导师，民商法教研室主任；兼任广州市仲裁委仲裁员、广州市人大监督司法专家、云浮市人大立法咨询顾问、广州市法学会民商法学研究会副秘书长、广东省法学会社会法学研究会常务理事和广东省“七五”普法讲师团讲师。出版专著1部，主编、参编教材8部，发表科研、教学论文20余篇，主持、参加科研课题20余项；获省部级社科优秀成果奖一项；获省部级以上教学奖励一项。

铁木尔高力套 男，1962年2月生，内蒙古科尔沁人。1986年毕业于内蒙古大学法律系获法学学士学位，并留校任教；2002年7月毕业于内蒙古大学法学院，获法学硕士学位；2004考入日本东北大学大学院法学研究科，师从著名法学家水野纪子教授学习民法·婚姻家庭法，2007年3月获得法学博士学位；2007年4月至2008年8月在日本东北大学从事博士后研究工作；2008年9月受聘担任汕头大学法学院副教授。主要从事民法总论、物权法、债权法和婚姻家庭法的研究和教学工作。

于海涌 男，安徽淮北人。中山大学法学院教授，博士生导师（立法学和民商法学），中山大学立法研究中心主任；兼任广东省民商法学研究会常务副会长。1991年获中国政法大学法学学士学位，1997年获北京大学民商法硕士学位，2003年获中国社会科学院民商法博士学位（师从著名法学家梁慧星教授），2004年在中国政法大学从事民商法博士后研究工作（师从著名法学家江平教授）。曾先后作为高级访问学者到瑞士比较法研究所、纽约大学、美国天普大学、台湾大学、香港城市大学、澳门大学、澳门科技大学进行学术访问。主持研究国家级社会科学基金项目5项，研究成果曾经先后获得过中国法学会优秀科研成果一等奖、教育部和中央党校全国科研骨干班优秀论文一等奖、广东省人民政府哲学社会科学优秀科研成果二等奖、司法部优秀科研成果奖和钱端升优秀科研成果奖。

目前，于海涌教授正在进行中国民法典编纂的立法研究，现为中山大学“中国立法研究大平台”执行主任，“中国民法典编纂立法研究”项目主持人。2016年4月出版的《中国民法典草案立法建议（提交稿）》为国内第一部个人独立编纂完成的民法典草案，被全国人民代表大会法律工作委员会收录。

## 第五版总序

2002年，在中山大学出版社领导的关心和支持下，在中山大学法学院和其他高等院校教师的共同参与下，《高等院校法学专业民商法系列教材》之一、之二、之三顺利出版并受到读者欢迎。为及时反映立法的最新要求和司法的最新原则，我们分别在2004年、2008年和2013年对《高等院校法学专业民商法系列教材》进行了修订。2016年2月10日，法国政府对《法国民法典》进行了大刀阔斧的改革，对其中的债法总则和契约作出了有史以来最重大的改革，使《法国民法典》中关于债法总则和契约的规定发生了质的变化。2017年3月15日，第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》），为人们期待已久的“中华人民共和国民法典”的最终编纂和问世扫除了最后的障碍。为了把最新的立法精神融入教材当中，有必要对《高等院校法学专业民商法系列教材》进行再次修订。

自1980年9月10日第五届全国人民代表大会第三次会议通过了新的《中华人民共和国婚姻法》以来，我国立法者在民事单行法领域可谓快马加鞭，分别制定了众多的民事单行法，诸如《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国物权法》，等等。在“中华人民共和国民法典”最终出台之前，这些民事单行法分别在各自的领域内发挥着规范和调整社会生活的作用。

不过，人们不要以为只有我国立法者所制定的民事单行法才是我国民事法律的渊源。事实上，在《民法总则》生效之前，除了立法者颁布的各种各样的民事单行法之外，最高人民法院自1988年以来所颁布的一系列司法解释也成为我国民事法律的渊源，它们在民事法律渊源当中的地位甚至完全盖过了我国立法者颁布的民事单行法。因为，无论是在处理民事纠纷时还是在司法考试当中甚至大学的民法教学当中，最高人民法院的司法解释均占据重要的地位。随着《民法总则》的颁布和实行，最高人民法院的司法解释将会正式退出历史舞台，因为《民法总则》第10条明确规定，除了立法者制定的法律和习惯能够成为民法渊源之外，其他任何东西均不得再成为民法

渊源，包括最高人民法院的司法解释、国务院的行政法规和地方立法者的地方性法规。

《高等院校法学专业民商法系列教材》的主要特点有二：

其一，广泛介绍当今两大法系国家的最新民法理论和最新民法制度，广泛援引两大法系国家民法学者的最新民法学说和法官作出的最新司法判例，为我国学生了解和掌握最新的民法理论和民法制度提供途径。应该指出的是，人们不要因此认为这些理论仅仅是其他国家的民法理论或者其他国家的民法制度，它们实际上也应该是我国的民法理论和民法制度，因为，当代各国民法理论和民法制度基本上表现为统一化、现代化和趋同化的趋势。

其二，频繁地修改教材，以体现最新的法律精神。当国家立法机关修改或制定新的法律或者当司法机关作出新的司法解释时，《高等院校法学专业民商法系列教材》的作者们也对其教材进行修改，以体现立法的最新要求和司法的最新精神，保持教材与社会当前法律制度的协调。

我们希望内容新颖、实用的《高等院校法学专业民商法系列教材》能够得到广大读者的喜爱。

张民安教授

2017年3月30日于

广州中山大学法学院



## 第五版序

### 一、《中华人民共和国民法总则》的创新与不足

2017年3月15日，第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》（以下简称为《民法总则》），《民法总则》共11章计206条，所规定的内容多种多样。其内容主要包括：基本规定，三种权利主体即自然人，法人和非法人组织，权利主体所享有的民事权利和所承担的民事责任，民事法律行为和代理，诉讼时效和除斥期间，期间的计算和附则。笔者认为，虽然相对于世界上最具有影响力的《法国民法典》和《德国民法典》而言，我国的《民法总则》具有极大的创新性，但是，它仍然存在不足。

笔者认为，《民法总则》的创新性，主要体现在两个方面：一方面，《民法总则》第五章对权利主体享有的各种各样的主观权利作出了详细的列举，包括人们所耳熟能详的人格权、物权、债权、家庭权、知识产权等。这一点同《法国民法典》和《德国民法典》形成强烈的对比，也成为《民法总则》最具有创新性的具体体现之一。另一方面，《民法总则》第八章对行为人承担的民事责任作出了原则性的规定。这一点同《法国民法典》和《德国民法典》形成强烈的对比，也成为《民法总则》最具有创新性的具体体现之一。

在我国，《民法总则》也存在不足，因为，某些原本应当规定在《民法总则》当中的内容没有被规定在该总则当中，导致《民法总则》所规定的民法理论和民法制度不足。因为这些内容在性质上均属于民法的一般理论和一般制度，能够在民法的所有领域均得到适用，主要包括物和财产、民事义务以及法律规范的一般理论三方面的内容。

### 二、《民法总则》将民事权利规定为独立一章的正当性

在《民法总则》的制定过程当中，我国很多民法学者对立法者在《民法总则》当中将民事权利规定为独立的一章不理解。他们认为，鉴于未来的“民法典”会在分则编当中规定各种各样的民事权利，因此，立法者没有必

要再在《民法总则》当中对民事权利单独作出规定，比如未来的“民法典”会在物权编当中会对物权和担保物权作出规定，未来的“民法典”会在侵权责任编当中对侵权债权作出规定，未来的“民法典”会在亲属编当中对身份权作出规定，等等。在所有的分则编均对民事权利作出规定的情况下，立法者再在《民法总则》当中对民事权利作出单独规定，他们的做法实在是画蛇添足、多此一举。

实际上，在《民法总则》当中对民事权利作出规定是适当的、必要的，同立法者在未来的“民法典”分则编当中对各种民事权利作出的规定是不矛盾的。因为，未来“民法典”的分则编所规定的民事权利在性质上属于具体权利、特殊权利。比如物权是一种具体的民事权利、特殊的民事权利，它有其自身的特性，既不同于人格权，也不同于债权，立法者当然要在民法典的分则编当中对物权作出具体规定；再如债权，它也是一种具体的民事权利、特殊的民事权利，立法者当然要在民法典的分则编当中对其作出规定；基于同样的理由，家庭权即亲属权、继承权也属于具体权利、特殊权利。

而《民法总则》所规定的民事权利在性质上属于一般权利，或者是民事权利的一般规则。从罗马时代开始，民法当中就存在着各种各样的民事权利，但这些民事权利都只是具体的民事权利。这就需要总则将具体权利的一般规则抽象化，形成民事权利的一般规则，即一般性民事权利。如果不在总则中将民事权利独立成章，那么就等于那些在分则当中规定的具体民事权利在总则中没有对应的地方。换言之，《民法总则》规定的都是一般理论和一般制度，它是从具体理论和具体制度中提炼出来的。因此，在《民法总则》中将民事权利独立成章，就是要在体系上，让具体权利在总则中找到自己的位置。总之，在总则中将民事权利独立成章，是民法典在体系上的需要，是具体权利一般化的产物。

在《法国民法典》第一卷“人”第一编“民事权利”（Des droits civils）当中，虽然法国立法者对民事权利作出了明确规定，但是，该编所规定的“民事权利”仅仅是最狭义的民事权利，除了人格权之外，该编并没有对其他类型的民事权利作出规定。<sup>①</sup>因此，相对于《法国民法典》而言，《民法总则》第五章所规定的民事权利要丰富得多，因为在该章当中，除了对人格

<sup>①</sup> 张民安：《法国人格权法》，清华大学出版社2016年版，第450—452页。

权作出了明确规定之外，立法者也对其其他的民事权利作出了简要的规定。

在《德国民法典》第一编总则编当中，除了在第12条当中对自然人享有的姓名权作出了明确规定之外，<sup>①</sup>德国立法者没有对民事权利作出任何规定。因此，虽然《德国民法典》在世界上首次规定了民法总则编，但是，它的民法总则编极端轻视民事权利在民法当中的地位，既没有对众多的、重要的民事权利作出明确规定，更没有将所有类型的民事权利作为单独的一章加以规定。

在德国，民事权利属于过错侵权责任制度的组成部分，它们并没有从侵权责任制度当中解放出来并因此成为侵权责任制度之外的独立制度，这一点同罗马法对待生命权、身体权、健康权和自由权的态度完全一致，因为在罗马法当中，生命权、身体权、健康权、自由权和名誉权依附于过错侵权责任制度。<sup>②</sup>《德国民法典》第823（1）条对此种规则作出了说明，它规定，如果行为人非法侵犯他人的生命权、身体权、健康权、自由权、财产所有权或者其他权利，他们应当对他人因此遭受的损害承担赔偿责任。<sup>③</sup>

相对于《德国民法典》对待民事权利的消极态度而言，《民法总则》对待民事权利的态度积极多了。一方面，《民法总则》将民事权利看作侵权责任制度之外的独立制度，没有像《德国民法典》那样将其看作侵权责任制度的组成部分，因为它认为，虽然民事权利受到侵权责任法的保护，但是，民事权利独立于侵权责任制度，属于侵权责任制度之外的制度，就像物权虽然受到侵权责任法的保护但其仍然独立于侵权责任制度一样。另一方面，《民法总则》高度重视民事权利在民法当中的地位，除了将其规定在《民法总则》当中之外，还对包括姓名权在内的几乎所有民事权利均作出了明确的列举，使民事权利的类型空前丰富。

《民法总则》所作出的此种创新具有相当的合理性，因为，虽然民法典所规定的内容多种多样，但是，民法典所规定的所有内容均以权利主体享有

① 张民安：《无形人格侵权责任研究》，北京大学出版社2012年版，第48页；张民安：《法国人格权法》，清华大学出版社2016年版，第193—194页。

② 张民安：《法国人格权法（上）》，清华大学出版社2016年版，第64—67页。

③ 张民安：《法国人格权法》，清华大学出版社2016年版，第47—48页；张民安：《一般人格权理论在法国民法中的地位》，《法治研究》，2016年第1期，第124—126页；张民安：《法国人格权法》，清华大学出版社2016年版，第201—205页。

民事权利作为出发点和终点。换言之，民事权利在性质上属于民法的一般理论和一般制度，是民法总论和民法总则的最主要的、最重要的内容，是民法典当中所有民法分则均会涉及的内容。<sup>①</sup>

《民法总则》第五章的规定还有另外一个意义，这就是，虽然在制定《民法总则》时，我们受到了《德国民法典》的影响，但是，我们的《民法总则》并没有机械地照搬《德国民法典》的规定，而是根据社会发展的需要，在《德国民法典》的基础上，作出了极大的创新，让我们的《民法总则》在实质上不同于《德国民法典》当中的民法总则编。

### 三、《民法总则》将民事责任规定为独立一章的正当性

在当今大陆法系国家，无论是《法国民法典》还是《德国民法典》，它们均没有对民事责任作出单独的、统一的规定，而是分别在不同的法律制度当中对违约责任、侵权责任或者准契约责任作出规定。因此，除了几种具体的民事责任之外，大陆法系国家的民法典当中不存在民事责任的一般规定、共同规定。

而我国，《民法总则》则采取了不同的处理方法，因为，除了《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国侵权责任法》分别对违约责任和侵权责任作出了具体规定之外，《民法总则》第八章也对民事责任的一般规则、共同规定作出了规定。《民法总则》的此种做法恐怕是世界上独一无二的，因此，具有极大的创新性，成为《民法总则》最具有创新性的内容之一。《民法总则》所作出的此种创新也具有相当的合理性，因为民事责任的一般规则、共同规定属于民法的一般理论和一般制度，是所有民法分则均会涉及的内容，因此，应当规定在《民法总则》当中。

### 四、《民法总则》应当规定而没有规定的物和财产

在我国，《民法总则》应当规定而没有规定的第一个内容是，物和财产的一般理论和一般制度。在民法上，除了存在物和财产的具体理论和具体制度之外，民法当中也存在物和财产的一般理论和一般制度。

在17世纪，法国最著名的民法学家、被誉为法国民法典之祖父的 Jean

<sup>①</sup> 张民安：《法国人格权法》，清华大学出版社2016年版，第4—8页。

Domat 就承认此种观点,在其《自然秩序当中的民法》当中,他认为物和财产理论在性质上属于民法的一般理论和一般制度,因为在该著作当中,他认为,法律规范、人和物属于“法律最重要的构成要素”(les premiers éléments du droit),是“债”和“继承”的共同构成要素(communes à toutes les autres),是人们准确理解“债”和“继承”所必要的(nécessaires pour les bien entendre)。<sup>①</sup>因为这样的原因,他对物作出了详细的分类,认为物可以分为流通物和非流通物、有体物和无体物、动产和不动产等。<sup>②</sup>

在18世纪,法国最著名的民法学家、被誉为法国民法典之父的 Robert-Joseph Pothier 也承认此种观点,在其《奥尔良习惯》和《人与物专论》当中,他也认为,物和财产属于民法的一般理论和一般制度,能够在民法的所有领域均获得适用。<sup>③</sup>因为这样的原因,他也对物作出了分类,尤其是将物分为有体物和无体物、动产和不动产等。<sup>④</sup>

在我国,在物和财产的地位问题上,民法学者之间有三种不同的意见:

其一,某些民法学者根本就不将物和财产看作民法总论的内容,因为在他们的民法著作当中,他们根本就不对物和财产作出说明。<sup>⑤</sup>这些民法学者之所以不在民法总论当中对物和财产作出讨论,是因为他们认为,物和财产的理论在性质上属于物权法的内容,应当在物权法当中作出讨论。<sup>⑥</sup>

其二,某些民法学者虽然在其民法总论当中对物和财产作出了讨论,但是,他们也仅仅是权利客体即物权客体的角度对物和财产作出分析。<sup>⑦</sup>

其三,虽然认为物和财产是能够在民法当中获得广泛适用的,但是,除了对有体物即物权客体意义上的物作出了讨论之外,并没有对能够普遍适用

① Jean Domat, Œuvres complètes de J. Domat, Nouvelle édition par Joseph Rémy, tome I, Paris, Firmin Didot Père et fils, 1828, p. 75; 张民安:《法国民法总论(上)》,清华大学出版社2017年版,第130—131页。

② 张民安:《法国民法总论(上)》,清华大学出版社2017年版,第153—156页。

③ 张民安:《法国民法总论(上)》,清华大学出版社2017年版,第168—175页。

④ 张民安:《法国民法总论(上)》,清华大学出版社2017年版,第267—279页。

⑤ 王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版;李永军:《民法总论》,中国政法大学出版社2008年版;江平主编:《民法学》(第2版),中国政法大学出版社2011年版。

⑥ 王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,第182—190;江平主编:《民法学》(第2版),中国政法大学出版社2011年版,第221—226页。

⑦ 傅静坤主编:《民法总论》(第3版),中山大学出版社2007年版,第51—60页;魏振瀛主编:《民法》(第4版),北京大学出版社2010年版,第121—130页。

的物作出分析。<sup>①</sup>

因此，总的说来，我国民法学者并没有建立起物和财产方面的一般理论和一般制度，他们也仅仅建立起物权领域的物的具体理论和具体制度。这也许就是我国立法者在《民法总则》当中忽视物和财产在民法总则当中地位的缘故吧！

不过，笔者认为，物和财产的理论绝对不仅仅是权利客体方面的理论，绝对不仅仅是物权领域的理论，而是整个民法领域的理论。因为，除了物权领域存在物和财产之外，所有民法领域均存在物和财产的内容：债权法当中存在物和财产，担保法当中存在物和财产，知识产权法当中存在物和财产，继承法当中存在物和财产，婚姻家庭法当中存在物和财产，人格权法当中也存在物和财产，已如前述。虽然这些领域的物和财产理论在性质上属于具体的物和财产理论，但是，它们之间也存在一般规则、共同规定。因此，除了我国民法学者应当将这些领域的物和财产的一般规则、共同规定提炼出来之外，我国立法者也应当在《民法总则》对这些一般规则、共同规定作出明确规定。

## 五、《民法总则》应当规定而没有规定的民事义务

在我国，《民法总则》应当规定而没有规定的第二个内容是，民事义务的一般理论和一般制度。在民法上，除了存在民事义务的具体理论和具体制度之外，民法当中也存在民事义务的一般理论和一般制度。

在17世纪或者18世纪，无论是Domat还是Pothier均没有对民事义务的一般理论或者一般制度作出说明，因此，他们并没有将民事义务看作民法的核心内容，因为他们认为，除了人、物和法律规范属于民法的一般理论和一般制度之外，其他的民法理论和民法制度在性质上均属于民法的具体理论和具体制度。换言之，他们认为，民事义务理论和制度在性质上属于民法的具体理论和具体制度，已如前述。

到了19世纪中后期，民事义务开始成为法律关系理论当中的必要构成要素，因为在讨论法律关系时，民法学者开始认为，除了权利主体享有的民事权利属于法律关系的构成要素之外，义务主体对权利主体承担的民事义务

<sup>①</sup> 梁慧星：《民法总论》（第2版），法律出版社2004年版，第86—96页。

也属于法律关系的构成要素。民事权利和民事义务相对应、相对立,没有民事权利就没有民事义务,反之亦然,没有民事义务也就没有民事权利。消极主体对积极主体承担的民事义务或者是作为义务,或者是不作为义务。<sup>①</sup>

在20世纪60年代之前,大陆法系国家的一般民事义务理论根本就无法形成。因为除了婚姻领域、契约领域和准契约领域等少数民法领域存在民事义务的具体理论和具体制度之外,物权领域尤其是侵权责任领域很少或者根本就不存在民事义务理论或者民事义务制度。<sup>②</sup>人们无法在这些具体理论和具体制度的基础上形成民事义务的一般理论和一般制度。

虽然大陆法系国家的民法典并没有将民事义务作为民法的一般理论和一般制度规定在民法典当中,但是,这并不意味着我国立法者也不应当将民事义务作为一般理论和一般制度规定在我国的《民法总则》当中。

在我国,无论是立法者制定的婚姻法、继承法,还是他们制定的物权法、合同法、侵权责任法、担保法,它们均对各自领域的具体民事义务理论和制度作出了明确规定。我们应当在这些法律所规定的各种具体民事义务的基础上抽象出、归纳出民事义务的一般理论、共同规则并且将其规定在《民法总则》当中,以便作为这些具体民事义务理论和制度的一般理论和一般制度。

当然,在将民事义务的一般理论和一般制度规定在《民法总则》当中时,我们也应当明确民事义务和民事权利之间的关系。这就是,民事义务仅仅是民事权利实现的一种手段和保障,民事权利是目的,两种的地位不能够平起平坐,也无所谓民事权利与民事义务之间存在对应、对立的地位,否则,民事义务可能被异化。

## 六、《民法总则》应当规定而没有规定的一般法律规范理论

在我国,《民法总则》应当规定而没有规定的第三个内容是,法律规范的一般理论和一般制度。在民法上,除了存在法律规范的具体理论和具体制

① Ernest Roguin, *La Règle de Droit*, Lausanne, F. Rouge, Libraire-éditeur, 1889, p. 76; N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, traduit par M. J. Tchernoff, Paris, V. Giard & E. Briere, 1903, p. 218; M. Raoul Brueglès, *Le Droit et l'obligation, ou le rapport juridique*, Revue trimestrielle de droit civil, Librairie de la société du Recueil J. - B. Sirey et du Journal du Palais, 1909, p. 6.

② 张民安:《作为过错侵权责任构成要件的非法定性过错——我国过错侵权责任制度应当采取的规则》,《甘肃政法学院学报》2007年第4期,第1—10页。

度之外，民法当中也存在法律规范的一般理论和一般制度。

《民法总则》第132条明确规定：违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。请问：该条规定的“效力性强制性规定”是什么意思？哪些规定属于立法者没有规定的“管理性强制性规定”？当A说某一个规定是“效力性强制性规定”而B则说是“管理性强制性规定”时，人们如何对此作出判断？在引起纠纷时，法官如何判断应当适用的法律、行政法规的规定在性质上属于“效力性强制性规定”还是“管理性强制性规定”？

在中国，哪怕民法学家对中国的制定法比较清楚，他们也无法在中国的法律当中找到这些问题的答案。因此，在立法者不对这些问题作出明确回答的情况下，民法学者只能公说公有理婆说婆有理，法官也只能自说自有理。为了防止法官在这些问题上擅自独断，唯有最高法院进行司法解释了！

在民法上，哪些法律的规定属于效力性强制性规定，哪些法律的规定属于管理性强制性规定，这并不是一个小问题，而是一个大问题，因此这些问题属于法律规范的一般理论和一般制度的范畴，应当在《民法总则》当中作出明确、清楚的规定。在民法上，法律规范的一般理论和一般制度之所以属于民法总则的内容，是因为作为客观法律的表现形式，法律规范虽然在民法的各个领域均存在，但是，人们应当对不同领域的法律规范进行归纳、总结，并因此形成能够在民法的所有领域均适用的一般规则、共同规定。

事实上，早在17世纪，法国著名学者Domat就已经明确指出，法律规范总论属于民法的一般理论和一般制度，因此，在其《自然秩序当中的民法》当中，他对法律规范的一般理论作出了详细的阐述，已如前述。在18世纪，法国著名学者Pothier也将法律规范看作民法的一般理论和一般制度。<sup>①</sup>在1804年的《法国民法典》当中，法国立法者对法律规范的一般理论和一般制度作出了简要的规定，这就是该法典的序编。法国立法者的此种做法被意大利、智利等国的立法者所采取，他们均在各自制定的意大利民法典和智利民法典当中对法律规范的一般理论和一般制度作出了或者简要或者详尽的规定。

<sup>①</sup> M. Dupin, Œuvres de R. J. Pothier, contenant les traités du droit français, Nouvelle édition, Tome VII, Bruxelles, chez les éditeurs, Jonker, Ode et Wodon, H. Tarlier, Amsterdam, Chez Les Frères Diederichs, 1823, pp. 2—5.



在1855年的《智利民法典》当中，智利立法者对法律规范的一般理论和一般制度作出了规定，这就是该法典的序编，《智利民法典》的序编共6章53条。在对制定法作出了明确界定之后，《智利民法典》的序编对能够产生法律效力的制定法的适用情形作出了规定，这就是《智利民法典》的第一章；在对制定法的适用作出了规定之后，《智利民法典》的序编接着对制定法的公布、制定法的解释和制定法的废除作出了规定，这就是《智利民法典》的第二章、第四章和第六章。在对制定法所适用的人和地点作出了规定之后，《智利民法典》对民法典当中所涉及的各种各样的法律术语作出了具体的定义，这就是《智利民法典》的第三章和第五章。<sup>①</sup>在1865年的《意大利民法典》当中，意大利立法者对法律规范的一般理论和一般制度作出了规定，这就是该法典的序编，该编共计12条。<sup>②</sup>

在德国，立法者虽然在其制定的《德国民法典》当中对民法总则所涉及的大量内容作出了规定，但是，它基本上忽视了作为客观法律表现形式的法律规范，没有对法律规范的一般理论和一般制度作出规定，这是《德国民法典》的最大败笔之一。

## 七、《民法总论》（第五版）的主要内容与分工

《民法总论》（第五版）以2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国民法总则》为主线，共六编计17章，主要内容包括以下方面：

其一，民法的基本问题，包括民法的界定、民法的功能、民法的渊源、民事法律规范、民法的性质、民法的历史发展等。

其二，民法的基本原则，包括意思自治原则和合同自由原则、公平原则、公共秩序与良好道德原则、诚实信用原则以及其他原则。

其三，主观权利主体，包括自然人、法人和非法人组织。

其四，主观权利客体，包括作为物权关系客体的物、作为人身关系客体的人身利益、作为债权关系客体的给付行为和作为知识产权客体的智力成果。

<sup>①</sup> Henri Prudhomme, Code Civil Chilien, Paris, A. Pedone, 1904, pp. 1—10.

<sup>②</sup> Henri Prudhomme, Code civil Italien, Paris, A. Pedone, 1896, pp. 3—6.