

“九五”规划高等学校法学教材——民商法系列

民法总论

司法部法学教材编辑部编审 梁慧星著

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一二〇二工厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/9.25 字数/243千

版本/1996年8月第1版 1996年8月第1次印刷

印数/00,001—20,100

社址/北京市广安门外六里桥北里甲1号八一厂干休所(100073)

电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-1851-5/D·1537

定价:10.50元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

势。^①

六、民法的构造

(一)民法上的法律关系模型

民法所设想的社会关系如下：

有甲、乙二人，各有自己的财产 A、B。甲乙相互交涉，就交换各自的财产达成合意。另外有丙，对甲或乙（及其财产）实施了侵害行为。这样，三当事人间就形成了须由民法予以规范的三种不同的关系。

第一，甲乙之间的约束关系；

第二，甲、乙与各自的所有物之间的关系；

第三，甲、乙与加害者丙之间的关系。

第一种关系，在民法上称为契约关系。第二种关系，是财产所有关系。第三种关系，又依对所受侵害的救济方法不同而分为两种情形。其一，在财物被侵占的情形，则要求加害人丙返还财物；其二，在财物被毁坏不能返还，或人身伤害的情形，则要求以金钱赔偿损害。这就是民法所规范的基本的关系。

(二)权利、义务

以上三种关系，民法用权利与义务的概念来表现。换言之，民法将市民社会的各种社会现象，还原为所谓权利义务的法律概念。上述第一种契约关系中，甲乙间因契约的成立，甲对乙取得一定的权利。反之，则乙对甲负有一定的义务。民法上，关于契约关系发生什么样的权利义务，乙怠于履行义务时甲可以采取什么样的保护手段等等，规定了各种规则。这些规则就构成契约法。

第二种关系，即所有关系中，甲乙对其所有物的关系，被作为对物的权利，称为所有权。民法就所有权的内容设立了详细的规则，同时在所有权受侵害的情形，所有人可以采取的救济方法，也被纳入所有权的效力。这就是所有权法。

^① 参见管欧《法学绪论》，台 1982 年第 44 版，第 32 页。

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建设有中国特色社会主义理论和党的十四大精神为指导，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。

这批教材分法学基础、民商法、经济法、国际经济法四个系列，共四十多种。我们约请对本学科有较深造诣的教授、专家和研究人员进行编写。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、实践性和应用性的统一。这批教材将于1997年秋季出齐，供高等法学院校研究生、本科生以及各类法律院校和社会各界教学使用。

《民法总论》是现代法学教材民商法系列的一种，由梁慧星编著。

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 尹雪梅
司法部法学教材编辑部

1995年9月

目 录

第一章 导论	1
第一节 民法概述.....	1
第二节 民法的法源	19
第三节 民法的本质	25
第四节 民法的本位	34
第五节 民法的基本原则	39
第二章 民事法律关系	47
第一节 民事法律关系的概念	47
第二节 民事法律关系的要素	49
第三节 民事能力	56
第四节 民事权利	61
第五节 民事义务	74
第六节 民事责任	74
第三章 物	80
第一节 作为权利客体的物	80
第二节 物的分类	83
第四章 民事主体——自然人	90
第一节 民事权利能力	90
第二节 民事行为能力	93
第三节 监护	95
第四节 宣告失踪制度	98
第五节 宣告死亡制度.....	100
第六节 人格权之保护.....	103

第八章 诉讼时效	236
第一节 时效的概念.....	236
第二节 诉讼时效的效力.....	239
第三节 诉讼时效的客体.....	241
第四节 诉讼时效期间.....	243
第九章 权利的行使	250
第一节 权利行使概说.....	250
第二节 诚实信用原则.....	253
第三节 权利滥用之禁止.....	260
第四节 私力救济.....	265
第十章 民法的效力、适用与解释	273
第一节 民法的效力.....	273
第二节 民法的适用原则.....	274
第三节 民法的适用与解释.....	276
第四节 民法解释方法与漏洞补充方法.....	278

第一章 导 论

第一节 民法概述

一、民法的概念

(一)民法之语源

近代民法一语,乃从罗马法之 *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。自第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,其后用于私法之意。在法语为 *droit civil*,英语为 *civil law*,德语为 *Bürgerliches Recht*,荷兰语为 *Burgerlyk Regt*。日语之“民法”二字,乃庆应4年,学者津田真道由荷兰语翻译而来。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。^①

我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

^① 转引自郑玉波《民法总则》,三民书局1979年11月版,第9-10页注1、注2。

始终占主导地位。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,我国民法乃继受而来。

(二)形式民法与实质民法

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

(三)普通民法与特别民法

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,规范一般的私生活关系,因此属于普通法。在采民商合一的国家的民事单行法,在采民商分立国家的商法,相对于作为普通法的民法典而言,属于特别法。我国系采民商合一主义,现行民法通则相当于民法典的普通法地位,而公司法、海商法、保险法、著作权法等均属于特别法。遇普通法与特别法均有规定的事项,应优先适用特别法的规定。

二、习惯民法与成文民法

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距今4000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

(约公元前 1792 - 1750 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%。

三、罗马民法

古代法典中对后世民法影响最大的是罗马法。罗马法已有 2700 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,对罗马法学者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,没有象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。”^①

四、近代民法与现代民法

(一)近代民法之制定

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、一个法律之目标。1898年公布施行之日本民法典，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之背景，与日本民法相似，亦在变法图强。

(二)近代民法模式

由欧洲大陆法所确立的民法近代模式，其集中表现为：其一，自由平等的人格。即一切人，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，乃是资本主义社会的基础。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，使私的所有制法制化。此物权，被视为绝对权，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，依私人的自由创意。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，乃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受害或不利益的场合，行为人只有在有故意、过失时，始承担民事责任。此即

^① 《马克思恩格斯全集》第36卷，第169页。

所谓自己责任原则。

(三)现代民法模式

所谓民法的现代模式,其集中表现为:其一,具体的人格。基于自由平等的法人格,由于对一切人作抽象的对待,在多种法律关系中,造成了社会的经济的强者,对社会的经济的弱者的支配,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。其代表的例子是劳动法上,形成劳动者的具体人格,由雇佣契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。其次,为了阻止大企业独占的弊害,经济法、反垄断法,成为着眼于企业的规模、业种的独立的法域。此外,消费者及公害的受害者,也作为一定的法人格类型,出现在特别法上。其二,私的所有社会制约。私的所有制,不仅是近代法的基干,在现代法上也未根本动摇。但是,对土地所有权的公法规制,及主要生活物资的统制,使所有权所具有的社会性,在现代法上被优先考虑。即所谓所有权附有义务。权利滥用法理之发达,也突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,也带来社会的许多弊害。所谓“私法的公法化”,多方面对交易进行公法的规制,造成契约制度衰退的印象。作为近代法基本原则的私法自治,已不再是从前的状况。其四,社会责任。现代社会中,公害、交通事故、缺陷产品事故等大量的灾害的发生,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,代替个人的有责性,产生了以举证责任转换所加重的过失责任、危险责任、无过失责任,此外还导入了与民事责任无关的受害补偿制度。

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,诚信原则等一般条款也起了重要作用。从理论上说明此两种模式的共生现象,应是法解释学饶有兴味的研究课

五、大陆法系民法与英美法系民法

大陆法系因支配整个欧洲大陆各国而得名,因系由罗马法演变而来,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、非、南美各国,成为一个气势磅礴的大陆法系。大陆法系民法的特征,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,而与大陆法系相对。在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,进入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,和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之趋

① 参见北川善太郎《民法总则》,有斐阁1993年版,第13—16页。

势。^①

六、民法的构造

(一)民法上的法律关系模型

民法所设想的社会关系如下：

有甲、乙二人，各有自己的财产 A、B。甲乙相互交涉，就交换各自的财产达成合意。另外有丙，对甲或乙（及其财产）实施了侵害行为。这样，三当事人间就形成了须由民法予以规范的三种不同的关系。

第一，甲乙之间的约束关系；

第二，甲、乙与各自的所有物之间的关系；

第三，甲、乙与加害者丙之间的关系。

第一种关系，在民法上称为契约关系。第二种关系，是财产所有关系。第三种关系，又依对所受侵害的救济方法不同而分为两种情形。其一，在财物被侵占的情形，则要求加害人丙返还财物；其二，在财物被毁坏不能返还，或人身伤害的情形，则要求以金钱赔偿损害。这就是民法所规范的基本的关系。

(二)权利、义务

以上三种关系，民法用权利与义务的概念来表现。换言之，民法将市民社会的各种社会现象，还原为所谓权利义务的法律概念。上述第一种契约关系中，甲乙间因契约的成立，甲对乙取得一定的权利。反之，则乙对甲负有一定的义务。民法上，关于契约关系发生什么样的权利义务，乙怠于履行义务时甲可以采取什么样的保护手段等等，规定了各种规则。这些规则就构成契约法。

第二种关系，即所有关系中，甲乙对其所有物的关系，被作为对物的权利，称为所有权。民法就所有权的内容设立了详细的规则，同时在所有权受侵害的情形，所有人可以采取的救济方法，也被纳入所有权的效力。这就是所有权法。

① 参见管欧《法学绪论》，台 1982 年第 44 版，第 32 页。

第三种关系,即侵害关系,在基于所有权的救济(回复未受侵害前的状态的救济)之外,给予受害人请求金钱赔偿的权利。构成侵权行为法。

(三)以契约和所有权为基轴的体系化

基于以上三种典型的法律关系,构成契约法、所有权法和侵权行为法。英美法国家虽然没有民法典,而所谓普通法即是大致按照这种模式对判例法加以整理,形成契约法、财产法、侵权行为法,此外还有家庭法。法国民法典的结构也与此种模式大致相当,即第一编人,是关于法律关系主体的规定,家族法也包含在内;第二编财产,即关于对物的权利的规定;第三编财产取得方法,系以契约法为中心,侵权行为法也包含在内。

(四)以物权和债权为基轴的体系化

与法国民法典不同的是德国民法典,作为权利义务的体系构成更为彻底。日本民法典、我国民国时期制定的民法典(即现在的台湾民法典)均系仿照德国民法典的结构。

首先,因契约关系所生的权利,具体的讲,是要求契约的相对方遵守其约束的权利,抽象的讲,则是要求特定的相对方为某种行为的权利。例如,甲要求乙为交付财物 B 的行为。这种权利称为债权,而与此对应的相对方的义务,则称为债务。因此,契约被作为发生债权的原因。

按照这样的抽象化的思考方法,在前述第三种关系中,要求损害赔偿的权利,也可以说是要求作为加害人的特定的相对方为支付赔偿金的行为的债权。这样,侵权行为和契约都是债权的发生原因。

与此相对应的是,前述第二种关系的权利,即人对物的权利。为了与债权相区别,被称为物权。

于是民法上作为法律关系模式的三种法律关系,所发生的权利被归结为两类:

其一,债权,涵盖了契约即第一种法律关系,和侵权行为即第三种法律关系。

其二,物权,即所有权,属于第二种法律关系。

(五)债权法的体系

但是,债权和物权这种分类,还未将法律关系模式所可能发生的事态完全包括。

让我们先看债权,现实中存在既非契约,也不构成侵权行为的情形,而可能发生要求特定的相对方为某种行为的权利。例如一个出租车驾驶人发现一个行人倒在路旁,主动将他送进医院治疗,出租车驾驶人应当向该人要求支付运费和医药费的权利。这在民法上称为无因管理,也作为债权发生原因之一。

其次,虽然缔结契约,却因某种情事而无效,但一方不知无效已经交付了标的物,后来要求返还。因契约无效,这一返还请求不能以契约所生债权为根据。这种无合法原因而交付物或金钱,而使相对方获得不当的利益的利益的情形,应当发生请求返还的特别债权。民法将这种情形称为不当得利,也作为债权发生原因之一。

这样,债权的发生原因,就有契约、无因管理、不当得利和侵权行为四种。有关的规定,在民法上就称为债权法。这就是债权法的体系:

债权法——债权的发生原因:

- 契约
- 无因管理
- 不当得利
- 侵权行为

(六)物权法的体系

再看物权。作为对物的权利,仅有所有权一种,则于实际生活多所不便。所谓所有权,是对物的完全的支配权。例如土地,土地所有人将所有权内容中的一部分,如用益的权能让给他人,即由该他人支配其使用价值。这种由所有权权能之一部分(用益权)构成的权利,称为用益物权。如地上权。在所有权的内容中,除用益权能外,还有支配物的交换价值的权能。对物不加利用,而把握这种支配交换价值的权能的物权,称为担保物权。例如抵押权。用益物权和担保物权,其

内容被限定于所有权权能之一部,因此称为限制物权。

这样,民法在所有权之外又承认几种物权(另外还有作为事实支配状态的占有),这些规定就构成物权法:

物权法:

所有权(完全的物权)

限制物权(不完全的物权):

用益物权

担保物权

占有(事实支配状态)

(七)民法的体系

以上的债权法和物权法,合称财产法。此外,加上关于身份关系的规定(亲属法和继承法),就构成整个民法的体系:

民法:

财产法:

物权法

债权法

身份法:

亲属法

继承法

七、民法的编纂

(一)民商分立与民商合一

1. 民商分立主义

大陆法系民法在立法体例上有所谓民商分立主义与民商合一主义。其中,民商分立为旧制,为19世纪前进行民法编纂的国家所采用。如法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙、荷兰、比利时。这些国家均有民法典和商法典,其中商法典为民法之特别法。

2. 民商合一主义

民商合一主义,系19世纪以后进行民法编纂的国家所采用的立法体例。1847年,意大利学者摩坦尼利(motanelli)提出“民商二法统