



高等学校**法学精品**教材系列

朱崇实 **总主编**

民法总论

(第二版)

Civil Law

蒋月 / 主 编

朱泉鹰 / 副主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

高等学校**法学精品**教材系列

朱崇实 **总主编**

民法总论

(第二版)

Civil Law

蒋月 / 主编

朱泉鹰 / 副主编

撰稿人 (按章节顺序)

蒋月 罗大钧 陈文兴 魏树发

林锦平 林建伟 朱泉鹰



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/蒋月主编.—2版.—厦门:厦门大学出版社,2010.8

(高等学校法学精品教材系列/朱崇实总主编)

ISBN 978-7-5615-2795-5

I. ①民… II. ①蒋… 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(2010)第 173936 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2010年8月第2版 2010年8月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:20 插页:2

字数:399千字 印数:1~3000册

定价:27.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

总 主 编 简 介

朱崇实，1982年2月毕业于厦门大学经济系，获经济学学士学位；1990年5月毕业于南斯拉夫贝尔格莱德大学国际经济系，获经济学博士学位。现为厦门大学校长、厦门大学法学院教授、经济法学专业博士生导师，兼任中国法学会经济法研究会副会长。主要著作9部（含合著），发表论文40余篇。主持或参与国家级、省部级科研课题10项，科研成果先后获“孙冶方经济科学奖”、“国家首届人文社科优秀成果奖”和“福建省社会科学优秀成果奖”等。

执行总主编简介

朱福惠，湖南娄底人，1961年7月生。武汉大学法学博士，现为厦门大学法学院教授，宪法与行政法专业硕士生、博士生导师，兼任厦门大学法学院副院长、中国法学会宪法学研究会常务理事、中国比较法学会理事。主要学术成果有：《宪法与制度创新》（法律出版社2000年版），《宪法至上——法治之本》（法律出版社2000年版），《宪法学专论》（与刘连泰、周刚志合著，科学出版社2007年版），《宪法学原理》（主编，中信出版社2005年版）。

主 编 简 介

蒋月，1962年生，浙江嵊州人。现为厦门大学法学院教授，博士生导师，民商法研究所主任。西南政法大学法学学士（1984年）、法学硕士（1987年）；英国伦敦大学学院法学院高级访问学者（2004—2005年）。先后执教于华东政法学院法律系（1987—1990年）、厦门大学法学院（1990年至今）。兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长，中国法学会社会法学研究会常务理事等学术职务。主要研究兴趣为婚姻家庭法、继承法、劳动和社会保障法。著有《人民调解制度的理论与实践》（1994年）、《社会保障法概论》（1999年）、《夫妻的权利与义务》（2001年）、《婚姻家庭法前沿导论》（2007年）等著作和论文。

G A O D E N G F A X U E Y U A N X I A O J I N G P I N J I A O C A I X I L I E

高等学校法学精品教材系列编委会

主 任：朱崇实

执行主任：朱福惠

编 委：（按姓氏笔画）

朱崇实	朱福惠	刘瑞榕	汤玉枢
许步国	李绍平	吴国平	陈训敬
陈泉生	陈晓明	陈福郎	林旭霞
林秀芹	柳建闽	廖益新	

秘 书：施高翔

厦门大学出版社

总序

中国的改革开放要求建立一个法治社会。与这样的一个宏伟目标相适应,自1979年以来中国的法学教育蓬勃发展,截至2006年,全国已经成立了法律院校600多所,在读大学生数十万人(尚不包括大中专及夜大、成人教育的学生人数)。应该承认,我国法学教育在迅速发展的同时也存在教育质量参差不齐、不能完全适应社会发展需要等方面的问题。因而,积极推进教学方式改革,促进法学课程体系的完善,努力培养“宽口径、厚基础”的复合型法律人才,已经成为法学教育界的共识。为达成此种目的,法学教育中的课程建设及其相关的教材编写,在当前法学教育大调整的格局中显得尤其重要。基于上述考虑,我们特组织福建省各高等法律院校的主要学术骨干编写了这套教材,各部教材的主编均是福建省高等学校法学院的主要学科带头人。例如,《国际经济法》主编廖益新教授、《民法总论》主编蒋月教授、《环境法》主编陈泉生教授、《宪法学》主编朱福惠教授、《刑法总论》主编陈晓明教授和《法理学》主编宋方青教授等,都是在本学科领域颇有建树,得到同行认可并深受学生喜爱的优秀教师。其他参与教材编写的也都是教学第一线的中青年骨干教师,具有良好的法学教育背景,许多人兼通中西法学。由于众多优秀教师参与编写,使这套教材的质量有了可靠的保障。

厦门大学法学院在编写这套教材中发挥了积极的作用。厦门大学是国内最早开设法科的高校之一,从事法学教育已经有八十多年的历史。改革开放以来,法学院在1986年即获得博士学位授予权,2006年获得法学博士授权一级学科,现设有国际法、经济法、民商法、宪法与行政法、诉讼法、法理学和刑法学七个博士点,拥有法学博士后流动站。国际法是国家重点学科,民商法、经济法、宪法与行政法是福建省重点学科。在学科建设取得重大成就的同时,法学院适应我国法制发展的需要,为国家和社会培养了大批优秀的法律人才,成为我国重要的法学研究和人才培养的基地。为了推动我国法学教育事业的发展,厦门大学法学院联合福建省各主要高校的法学院系编写了这套教材,其目的在于整合福建省高校法学教学资源,加强各高校法学教师的联系,总结教学经验,为福建省乃至全国的法学教育作出更多有益的贡献。

这套教材具有如下几个特色：

第一，依据法学本科教育的特点和规律，吸收我国法学理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。我们认为，本科教学以培养初级法律人才为直接的教育目标，因而必须注重基本概念、基本原理与基本制度的讲解与传授，而不能一味求新求奇，更不能以个别专家的学术观点取代理论界已经形成的共识。我国处于社会转型时期，改革开放事业日新月异的发展，国家的法律制度的变革十分迅速，法学理论的发展更有“一日千里”之势。为了确保本科教育的培养质量，我们在教材内容的甄选方面，努力做到既注重基本知识、理论共识，又注意吸纳理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。

第二，依据法律人的思维范式编撰教学内容，寓“德育”于法律知识教育之中。如前所述，法学教育的总目标在于培养社会主义法治国家的“治国之才”。新时代的法律人才不仅应当具备扎实的法学知识理论功底，而且还应当具有牢固的法律信仰和优秀的道德品质。法律人所具有的这种独特的信仰和道德，与其独特的知识背景和思维范式联系在一起，共同构成法律人所特有的人文精神。如欲培养法律人的道德品质，空洞的道德说教无济于事。唯有依据法律人独特的思维范式、将公平正义的法律理念融汇在教学内容中，学生才能在学习的过程中逐渐自觉地确立法律信仰，法律道德的培养才能初具成效。基于这种认识，我们依据法律人的思维范式编撰教学内容，力图寓“德育”于法律知识教育之中。

第三，依据当代中国社会对于法律人才的要求，努力建构完善的课程体系与教学内容体系。要培养合格的法律人才，建构完善的法学课程体系至关重要。我们根据本科教学的要求，首先组织编写十四门核心课程的教材，对法学上的基本概念和基本原理作了较为清晰的阐释。除此之外，还组织编写了房地产法、证券法、公证与律师制度和知识产权法等与市场经济发展密切相关的法学教材。希望我们这一套教材能够为本科法学教材体系的发展作出微薄的贡献。

由于我们的水平有限，缺点和错误在所难免，敬请读者批评指正。

2007年8月1日

前 言

不同的人在各种目的下学习民法,法学院(系)的师生更是花费很长时间来教授和学习民法。学习民法,究竟学什么?为何学呢?学习民法,大致有三类情形:一是把民法作为规范行为的法来研习;二是把民法作为解释社会现象的法律依据来研习;三是把民法作为实用的知识来学或是作为解决民事纠纷的评判标准来研习。无论是把民法作为法学理论教育的重要构成,抑或是作为素质教育之一部分,或者是作为法律职业技术教育的一部分,提纲挈领地学习民法理论,即研习奠定各项具体民事法律制度基础的民法共通的要点、知识体系和基本原理,其重要性不言而喻。

本书称之为“民法总论”,包括民法的一般知识和民法典总则编的基本内容。民法由各个部分构成。作为民法的“总论”,是讨论能够反映、发现、表达民法或者民法学全体的民法或民法学性质的事项,而非分别讨论民法的各种制度和民法学的各种研究。民法总论是要解释和回答下列问题:民法是什么、民法的演变历史与构造、民法的渊源、民法的基本原则、民事法律关系、民事主体、法律行为、民法的适用、民法的解释等。

民法总论作为民法教学的重要一环有其必要性。事实上,任何国家或地区的实在民法中不存在“民法总论”。但是,民法总论作为一门独立课程开设,投入一定时间和精力是极有必要的。提出“民法总论”的理由,可以从教学、研究和社会应用三方面来阐释。从民法教学角度讲,民法总论的知识具有基础性地位。民法是一门有着悠久历史的学科,本来就博大精深,随着社会发展,特别法领域日益扩大,民法内容不断被充实、丰富,初学民法者难免迷惑:浩浩民法该从何学起呢?即使是研究民法已有资历的专业人士,也会被层出不穷的民事法律和判例包围,堆积如山的民法资料的阅读耗费了太多的时间与精力;也可能被各种各样既有的学说和新兴的潮流甚至是时髦的“主义”吸引,而忽略了民法学的根本。民法总论侧重于民法各种制度和学问的普遍性、独特性,是提纲挈领式的民法,为人们研习民法提供拨开迷雾见真谛的通途。从学术角度看,民法总论担负着眼于共通性谋求学问整合的任务。民法内容包罗万象,多样性与共通性并存,需要利用某些价值或理论将其串连起来,使之体系化。不论社会如何快速发展,民法的基本理论不会有太大的变化,民法的发展更多的是对该学科的丰富、扩充,而不是弱化。学习民法总论,使人有全局眼光观察、分析民事制度和民法现象的能力,有把握民法发展趋势的一定能力。从应用角度看,学习民法的人可能从事各种社会职业,对民法内容的了解程度也非一致,但是,无论如何,民法的基本原理是研习者人人必须掌握的。一言以

蔽之,民法是市社会最通常的自律规范。不管社会中随处可见的个别变化有多少,也不论社会整体的变化有多大,民法总论为人们观察、分析日常生活、商品生产、商品交换提供了最简洁的解构模式或套路。

本人受“福建省法学精品教材丛书”编委会邀请,主编本教材。本书写作大纲,是在考虑法学院校民法学课程教学需求的基础上,由主编拟定,并经与全体作者讨论而确定。本书力图反映多年来民事立法、民事司法及民法学研究等领域已获得共认的成果,多数观点主要体现民法学界的“通说”立场。本书引用中华人民共和国的法律法规时,第一次使用的是法律文本的完整名称,第二次及以后使用时,为叙述便捷,仅简称之为中国的某某法,或者我国某某法,例如我国《民法通则》;书中不再逐一注释说明。特此说明。

本书是使用近三年后第一次修订。基于上述精神,修订版无大的改变。按照丛书统一要求,在章之前增设了与案例,引导读者结合案例理解本章内容;章之后添加了思考与练习题,方便巩固、深化所学知识。戳验和校正了第一版中的文字错误。

本书作者及其撰写的章节如下(以撰写章节先后为序):

蒋月 厦门大学法学院教授,博士生导师。本书主编,撰写第一章。

罗大钧 华侨大学法学院教授。撰写第二章。

陈文兴 福建农林大学法律系讲师。撰写第三章、第五章。

魏树发 福建师范大学法学院副教授。撰写第四章。

林锦平 福州大学法学院副教授。撰写第六章。

林建伟 福建江夏学院教授,福建省台湾法律研究所所长。撰写第七章。

朱泉鹰 厦门大学法学院副教授。本书副主编,撰写第八章、第九章。

本书副主编参加了大部分书稿审阅工作。全部书稿经由主编审阅、修改而定。希望本书能有助于学生和其他使用者更好地研习民法总论,提升专业水平。

蒋月

2008年8月20日

第一章 民法概述

【引例】

引例 1: 一个大学新生到就读大学报到的第一天, 在车站、码头或机场坐上学校派来迎接新同学的校车, 来到学校校园。该生在报到处报到, 缴纳相关费用后, 领到学生证、图书馆借书证、学生公寓门禁卡、学生食堂用餐卡; 来到大学安排的学生公寓宿舍, 四人合住一间, 见到合住的四位同学。放下行李, 该生又去大学附近商场购买日常生活用品, 后在学生食堂用餐。

请问: 1. 在新生到大学报到的第一天里, 该新生实施了哪些民事法律行为? 为什么?

2. 新生的行为成立了哪些种类的民事法律关系? 为什么?

引例 2: 甲村村民大会决定用村的财产积累建造一幢村民议事楼。经建筑设计规划, 拟定工期为 30 日。凡年满 18 岁的本村村民, 每人无偿劳动 2 日, 其余所需劳动, 由村民自愿参加, 村委会支付每个劳动力每日酬劳 50 元。开工 30 日后, 村民议事楼顺利建成。

请问: 1. 在本案例中, 有多少种类型的民事法律关系?

2. 村民议事楼属于什么性质的财产?

第一节 民法的界定和内容

一、民法的含义

民法是调整平等主体的自然人、法人和其他社会组织之间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。对民法的另一种认识, 是从区分公法和私法的角度出发的。公法是适用于国家与私人之间、国家与国家之间关系的法; 民法是私法, 是适用于私人之间关系的法。不过, 这种非公法即私法的公私法二分法的理论, 正受到挑战。一方面, 在现代社会, 只有民法发挥功能的纯粹的私法领域正在减少。对于大多数问题, 各种行政命令与民法规范同时得到适用, 甚至在某些私人关系领域, 只有国家政策介入才可能对权利义务进行实质性调整。另一方面, 社会法作为介于传统公法、私法之间的第三法域, 自第二次世界大战之后日益兴盛, 改变了法律

的某些基本思维和价值判断。例如劳动法、社会保障法、环境法、住宅法、消费者权益保护法等具有行政法性质的法律,已是非传统民法学说所能完全解释的。

民法可以区分为广义民法与狭义民法、实质民法与形式民法。

(一) 广义民法与狭义民法

广义民法,与私法同义,是指所有调整私人之间人身关系、财产关系的法律规范。狭义民法,仅限于私法中的一部分,是指调整一定范围内的私人关系的法律规范。民法采广义说或者狭义说,受一国或地区民事立法政策和体例的制约而有所不同。在采民商合一体例的国家或地区,其民法是广义的,如《意大利民法典》。在采民商分立体例的国家或地区,其民法是狭义的,是指商法以外的私法。此外,社会政策不同,一国或地区民法的范围还会有差异。有的国家民法包括婚姻家庭法、继承法、知识产权法,有的国家或地区则不尽然。

(二) 实质民法与形式民法

实质民法,是指以确立主体地位平等为基本方法而调整私人之间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。“凡属私法,均称民法,此实质意义也。”^①民法是一国或地区法律体系中一个独立的法律部门。民法是由国家制定或者认可的各种民事法律规范和习惯组成的,包括基本民事法律、民事单行法律、民事法规、民事习惯以及存在于其他相关法律文件中的民事法律规范等。

形式民法,是指以民法典或者民法命名的系统编纂的规范性民事立法文件。它是根据民法的特定表现形式予以限定的。

(三) 民法与民法学

民法是法律体系中一个独立的法律部门。民法作为规范民事关系的形式,通常是通过国家立法体现国家意志,是由国家强制力保证其实施的。民法为民法学提供了研究对象和研究素材。

民法学是以民法为对象的一门学科,是研究民事法律规范及其学说的学科,包括民法解释学、民法哲学、民法史学、比较民法学、民法社会学等。民法学是法学体系中的一门学科,是有关民法的知识、学识和理论,其表现形式为教科书、论文、著作等。民法学的主要任务是探求原理和构建体系,使之条理化、透明化、公开化,便于理解和传播。它为民事立法和民事司法提供理论依据和指导,促进民法发展。

在民法与民法学的关系上,民法是作为对象的本身;民法学是基于一定观点来认识民法的学问,如同历史学对于历史而言,语言学对于语言而言,经济学对于经济而言。与自然科学有所不同,在人文和社会科学中,由于对象自身的复杂性,将

^① 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第9页。

对象本身与考察对象的学问完全分离开来,是不可能的。因此,在法律专业领域,经常会使用“民法”来称呼“民法学”。

二、民法的内容与体系

民法的内容与体系,涉及民法中的思想、将民法思想组织起来的脉络及其组织技术。

(一)民法的内容

民法的内容涉及人与物、人与人、权利与义务、意志与行为。图 1-1 可以简单

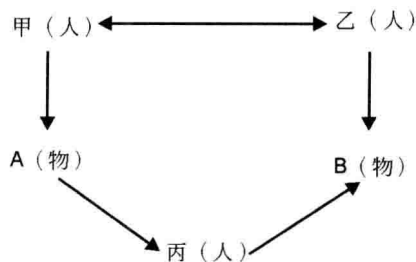


图 1-1

地解释民法:

在图 1-1 中,甲是 A 物的所有人,乙是 B 物的所有人。甲与乙订立合同交换各自所有的财物 A 物和 B 物。这就勾画出民法的基本构成及其基本关系。

第一,人与人的关系。甲、乙是民法上的民事主体——人与人之间的关系。

第二,人与物的关系。甲对于 A 物,乙对于 B 物,均是人与物的关系,都是所有权关系;所有权关系的主体是人,对应的客体是物。甲对 A 物享有所有权,并排除其他人的干涉。乙对 B 物享有所有权,并排除其他人的干涉。在民法上,这组关系对应的是物权法。

第三,交换关系。甲要通过正当途径得到原本归属于乙的 B 物,乙要通过正当途径得到原本归属于甲的 A 物,应该怎么办呢?为此,甲、乙将各自所有的财产与对方进行交换,形成债权债务关系,即甲将本人对 A 物的权利转让给乙;乙将本人对 B 物的权利转让给甲。这组关系在民法上对应的是债法上的合同法。

第四,侵权。如果甲请来丙,将 A 物交给丙运输,请丙将 A 物移交给乙。但丙在搬运 A 物时,不小心将 A 物损伤了,影响了 A 物的价值,则丙侵犯了甲对 A 物享有的权利,应当对甲承担损害赔偿责任。在民法上,这组关系对应的是侵权法。

民法除了人与物的关系、因为物而发生的人与人之间的关系,还有另一种关系即人与人之间的关系,如婚姻家庭关系、财产继承关系。如图 1-2。

图 1-2 可以解释婚姻家庭关系、财产继承关系以及这两种关系在民法上对应

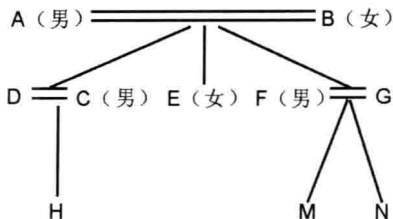


图 1-2

的婚姻家庭法和财产继承法。

第一,婚姻家庭关系与法。A与B因结婚而缔结了婚姻关系,A是夫,B是妻。A与B共同生育了三个子女即C、E、F。C、E、F这三人之间是兄弟姐妹关系。C与D结婚形成夫妻关系,C与D共同生育了儿子(或女儿)H。E未婚,未生育后代。F与G结婚,建立夫妻关系,共同生育了两个子女M、N。C与FG所生的子女之间存在亲属关系,即舅甥关系或者姑侄子女关系;同理,E、F与自己兄弟姐妹所育的子女之间也存在相应的亲属关系。当然,A、B各自都有父母,可以一直往上追溯。规范这些人之间的亲属身份及其权利义务关系的,就是婚姻家庭法。

第二,财产继承关系与法。如果A死亡,A死亡时遗留下来的其生前所有的财产称为遗产。这些遗产应该归谁?如果没有特殊情况,遗产一般是归属于死者的亲属的。能够获得遗产的人,通常是死者生前的配偶(丈夫或妻子)、父母、子女。没有前述这些亲属存在的,可归属于死者的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等。这种将死者遗留下来的财产在与死者生前有一定亲属关系的人之间进行分配的现象,就是财产继承;规范这种财产继承关系的,就是民法中的财产继承法。

(二)民法的体系

民法是由权利体系来建构的。民法的内容如此丰富,如何将这些内容有序地组织起来,形成一个有机体,这就依赖于民法思想与技术。人与物的两分法,及作为这两者之间媒介的行为,是确立近代民法典的三大要素。

传统民法由财产法和身份法两大部分构成。物权法和债法,合称为财产法。物权法包含了下列规范:所有权、限制物权、占有、相邻关系等。债法根据产生债的原因不同,区分为合同法、无因管理、不当得利和侵权法。规范各种亲属关系的法律规则,构成婚姻家庭法。规范因一定亲属死亡而发生的财产继承关系的法律规则是财产继承法。继承法虽是财产法,但以亲属身份为基础,也可将其纳入身份法范围。如图1-3所示。

知识产权法,是伴随工业革命而诞生的民事权利保护法,故至今有时仍被称为工业产权法。知识产权法是民法的新组成,但由于其特殊性,在民法立法体系中,往往具有独立地位,而单独立法。

1. 大陆法系民法的体例。民法的编纂体例,主要有两种:一是罗马式,也称法

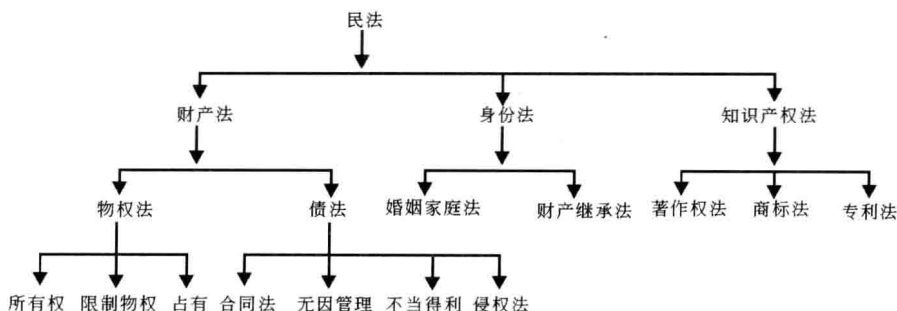


图 1-3

学阶梯式；二是德意志式，又称潘德克吞式。

罗马式体例是古代罗马法学家盖尤士在其所著法学教科书《法学阶梯》中采用的依次区分为人法、物法、诉讼法的体例。在近代法中，由于诉讼法独立，所以民法的体例包括三编：第一编人法，包括民事主体、婚姻家庭法；第二编财产及对所有权的限制；第三编取得财产的各种方法。

潘德克吞式体例是基于潘德克吞法学理论确立的民法编纂体例。潘德克吞是罗马法大全即优士丁尼法典中《学说汇纂》(Pandectae)的音译。19世纪的德意志法学，通过研究《学说汇纂》形成了近代民法理论体系，被称为潘德克吞法学。以此民法理论为基础而制定的德国民法典，被称为潘德克吞式民法典。后世将以德国民法典模式为参照体例编纂民法典的方式，称为潘德克吞式编制体例，亦称德国式编制体例。德国式编制体例的特点是：第一，将民法区分为财产法与家庭法。第二，以物权与债权的区分为背景，将财产法进一步划分为物权法与债权法。第三，以罗马式编纂方法中人与物的区别为标准，将身份法划分为婚姻家庭法与继承法。第四，设立总则，规定各部分规定中的共通规则。^① 在规定各种法律关系之前，抽出各种具体法律关系中具有共性的制度和规则，集中规定。按这种体例编制的民法典共有五编：将民法内容依次分为债权、物权、亲属、继承四编；并在四编之前设总则编，规定民法共同的制度和规则。故民法典由五编构成：第一编总则，第二编债权，第三编物权，第四编亲属，第五编继承。而且在各编开头均设有本编的总则。潘德克吞式编制体例注重法律规则的逻辑性和体系化，从一般到特殊，由抽象到具体。

2. 英美法系民法的构成。英美法系民法是以判例法为主要法律渊源，是以判例法为基础的经验体系，通过一定法律原理将庞杂繁多的判例规则联系起来。^②

^① [日]四宫和夫：《日本民法总则》，唐晖、钱孟姗译，朱柏松校，五南图书出版公司1995年版，第15页。

^② 英美法系分布在英国及其原殖民地或者附属国，地区广大，但以英国和美国为典型代表，故而得名。又因其起源于英国普通法，也称普通法系。

英国、爱尔兰、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、南非等国家的民法体系，皆属如此。英美法系民法大致由下列几部分构成：第一，财产法，是有关物和物权方面的民事判例和制定法；第二，信托法，是有关信托的判例和制定法；第三，合同法，是有关契约方面的判例和制定法；第四，有关代理的判例和制定法；第五，侵权法，是有关侵权的判例和制定法；第六，有关知识产权的判例和制定法；第七，婚姻家庭法，是有关婚姻、家庭、儿童保护方面的判例和制定法；第八，有关民事主体的判例和制定法。由于英美法不存在法典，故其他国家或地区的法律职业者要理解其全貌实属不易。对其民法的了解，也不例外。

英美法系民法对世界法制的进步和发展，如同大陆法系民法，同样作出了重大贡献。判例法作为法官创制法律的结果，有着独有的灵活性，通过法官不断地根据新情况或新问题而“发现”新的法律原理，避免了制定法的不周延性或滞后问题。

（三）民商分立或民商合一

民法在立法体例上存在民商合一与民商分立的的不同做法。不过，这种区别主要存在于大陆法系民法中。

民商合一，是19世纪以后进行民法编纂的国家或地区所采用的民事立法体例。制定民商合一的民法典，是意大利学者摩坦尼利(Motanelli)于1847年提出的，其后得到了许多国家学者的响应。瑞士、意大利、匈牙利、苏俄、泰国等国家采纳此主张制定了统一民法典。这种“民商二法统一论”的依据主要有两方面。其一，近代商法典的前身是中世纪欧洲的商人法或称商人团体的习惯法。但近代以来，商人这个特殊社会阶层已不复存在，商行为已普及社会生活的各个方面，为全社会的人所利用。其二，即使在民商分立的国家或地区，也难确立划分民事行为与商事行为的严格界限。有的国家是根据民事法庭与商事法庭的管辖来划分的，有很大随意性。民法典与商法典的并存容易引起法律适用上的困难和混乱。

民商分立则是区分民事法和商事法而各自立法。这种体例是19世纪前就开始民法典编纂的国家和地区所采用的民事立法体例。法国、德国、日本、西班牙、荷兰、比利时等国家，其立法采用民商分立主义，分别立有民法典和商法典，其中商法典是民法的特别法。

中国应采取何种体例，法学界向来有争议。坚持民商合一体例观点的理由包括：第一，民商分立是旧制。商法作为特别法独立于民法之外，始于法国，法国在编纂民法典之时其商事法已有百余年历史，民商分立已是历史事实。第二，何种行为系商行为而非民事行为不容易区分。商法是以人为标准，凡商人所为的商行为入商法。然而，事实上，这种标准不容易确定。第三，各国商法内容极不统一。第四，民商法牵合之处甚多，即使有商法典的国家或地区，商法仅是民法的特别法。^① 主

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2004年第2版，第11～13页。

张民商分立的人则认为民法所定多属固定,商法规范变化快速;民法较有民族性,商法则国际性强。民事法、商事法分别制定,有各自的适应性。

三、民法的性质

民法的性质问题,可以从三方面解释:民法是市民社会之法,民法是私法,民法是民事实体法。

(一)民法是市民社会之法

市民是独立、自治的个体。市民社会是相对于政治国家而言的。18世纪末19世纪初,欧洲诸国发生了政治国家与市民社会的分离。社会利益分化为公共利益和私人利益两大相对应的体系,社会分裂为市民社会和政治国家两个领域,前者是私人利益关系的总和,后者是普遍的公共利益关系的总和。国家掌握公权力,不享有公权力的私人享有私权利。社会中的每一个人,同时扮演着两种角色:作为市民社会的市民参与到市民社会的各种社会关系中,作为政治国家的成员参与到政治国家的关系中。规范市民社会关系的法律发展成为市民法,它以保护私权为己任。规范政治社会关系的法律就是公法,它以保障国家权力行使和公共利益为目的。

在市民社会中,生存是每一个人最基本的目标。在市民生活中,每一个独立的人,以其自身为目的,他与别人发生种种关系,是为了达到自己的目的,但在客观上,他在满足自己的同时,也促成了他人目的的实现。因此,个体享有哪些权利显得至关重要。国家行使公权力也仅仅是为了保障个人权利的行使和实现。民法作为规范市民权利的法律,就占据了基础性的、其他法律所不能比拟的优势地位。

(二)民法是私法

民法主要属于私法范畴,因而区别于公法。私法与公法的划分依据,主要有两个方面:一是以法律所规范的生活关系为标准,把以个人生活关系为调整对象的法律解释为私法;而以国家、公共团体的内部关系,国家、公共团体与国民之间的关系为调整对象的法律解释为公法。二是以法律所指导的原理为判断依据,以自由、平等为指导原理的法律为私法;依上下秩序原理来规范彼此关系的法律是公法。

在封建社会里,个人的生活关系被纳入封建身份体制中,私法与公法不分。资产阶级革命胜利后,法律肯定人生而自由、平等,承认私有财产权;国家权力受到限制,仅被作为保护市民社会顺利运转的工具,私法脱离公法而独立。由于个人的生活关系原则上由平等的个人依其意志自由形成,于是产生了“权利能力平等”、“所有权绝对”、“私法自治”三大原则。因此,成就了资本主义商品交换,特别是生产资料所有者与以出卖劳动力为生的劳动者之间,通过商品交换规则相互结合。而商品交换的发展反过来进一步确认了上述三原则。

但是,现代民法也开始带有某些公法色彩。20世纪初以来,资本主义发展过程中暴露出自身的诸多矛盾和缺陷。为了化解这些矛盾、弥补这些缺陷,国家不断干涉个人生活关系,支配私人生活的私法自治原则受到了越来越多的限制。公法与私法相互渗透,两者的区分不再是泾渭分明,法律社会化运动引发了私法在某种程度上的公法化倾向。资本主义不断发展,使得古典民法的基本原理在某种程度上被修正。古典民法发生了下列两方面的显著变化:

1. 民法的商法化。随着资本主义的发展,规范企业的商法在市民法体系中占据了相当重要的地位,修正了民法的某些原理。这体现在两个方面。一方面,表示主义在私法自治上抬头。私法自治原则,从始终意思主义即尊重当事人真实意思的观点向表示主义即尊重法律行为形式之观点倾斜。换言之,私法自治原则,不是被理解为肯定法律行为的效力应依据个人的心理意思,而是被理解为下列原则:肯定法律行为的效力重在其使用的表意手段,使用某些表意手段意味着足以发生效力。另一方面,保护财产之动的安全。为了保障交易安全,促进流通,所有权的绝对性被限制,甚至有时牺牲所有权的绝对性。与人们历来享有的利益即静态安全相比较,法律更保护交易活动安全即动态安全。民事交易相对人、第三人的利益受到了重视和保护。财产所有权人的意思、利益,与当事人之间公平、正义的维持及其他方面的要求需一并予以考虑。

2. 民法的社会化。随着资本主义的高度发达,出现了阶级对立、因经济无计划而带来的周期性经济危机。为缓和阶级对立、控制经济,经济法、社会法应运而生。民法自我反省,其内部发生了变化,指导性原则出现了社会化倾向。第一,人的形象得到了某种程度的修正。市民法赋予所有人自由平等的人格,把人设想为具有理性的、利己的“经济人”,认为所有人都适合担任商品交易主体。但是,资本主义发展到一定阶段后,这种假设被证明为假象。经济法、社会法不是把人界定为“自由人”,而是把他们分别纳入资本家、工人等不同阶层、阶级之人,或者是国民经济结构中的整体人。现代民法对于应设定的人类形象,有必要根据生活的实际及当事人的情况来把握。第二,对所有权绝对原则的某种修正。所有权开始受其内在的社会性制约。从德国魏玛宪法开始,所有权附有义务、所有权是社会对个人的信托等思想逐渐赢得了越来越多的人和国家的认同。规定所有权内容的民法,开始强调所有权人“在法律允许范围内”行使其权利,“公序良俗原则”、“权利不得滥用”等民法基本价值逐渐流行。只有在保全社会共同生活的限度内才肯定所有权的内容及所有权的行使。“买卖打破租赁”因众多特别法的出现而被修正,转变为“买卖不破租赁”。第三,对当事人自治原则的修正。一方面,契约自由原则在某种程度上被修正。高度发达的资本主义,产生了垄断企业甚至各种寡头,社会贫富差距日益悬殊,使得企业单方面决定的已经定型化的契约条款在商品买卖中普遍化。当事人经济实力不平衡,贯彻契约自由原则转而导致实质上的契约不自由。为此,国家公权力有必要给予一定干预,以保护劳动者和经济弱势一方的利益。另一方