

精品课程立体化教材系列·民法系列

总主编/郭明瑞 房绍坤

# 民法总论

李建华 蔡立东 韩 松 杨代雄 编著

科学出版社

北 京

## 内 容 简 介

《民法总论》是关于民法基础理论的教材，在民法核心课程体系中处于基石地位，对民法分论的内容具有指导和统帅作用。本书包括民法概述、民法基本原则、民事权利、自然人、法人、合伙、民事权利客体、民事法律行为、民事代理、民事责任、诉讼时效和期限等共十一章的内容，并以此概括出民法基础理论框架。本书的内容能够为掌握民法基础理论提供比较清晰的主题和线索，有利于循序渐进地培养民法思维方式与分析能力，从而为进一步深入、全面地学习整个民法理论体系奠定良好的基础。

本教材内容简明、论述全面、形式灵活，适合于法律硕士研究生、法学专业本科学生和参加司法考试的人士阅读使用。

### 图书在版编目(CIP)数据

---

民法总论/李建华等编著.—北京:科学出版社,2007  
(精品课程立体化教材系列·民法系列/郭明瑞,房绍坤总主编)  
ISBN 978-7-03-018503-7

I. 民… II. 李… III. 民法-中国-高等学校-教材 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 014396 号

---

责任编辑:徐 蕊 王剑虹/责任校对:赵桂芬

责任印制:张克忠/封面设计:卢秋红

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

※

2007 年 3 月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2007 年 3 月第一次印刷 印张:16 1/4

印数:1—4 000 字数:299 000

定价:22.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈科印〉)

## 《民法总论》作者简介

李建华：吉林大学法学院教授、法学博士、民商法学博士研究生导师、民法典研究所所长。

蔡立东：吉林大学法学院教授、法学博士、博士研究生导师。

韩 松：西北政法大学教授、《法律科学》主编。

杨代雄：吉林大学法学院讲师、民商法学博士研究生。



民法学是法科学学生的必修课，属于教育部法学教学指导委员会确定的 14 门核心课程之一，各高校在民法学的师资队伍、课程建设、教学课时等方面都给予了高度重视，使民法学的教学质量不断得到提高。2004 年，由首届“高等学校国家级教学名师奖”获得者房绍坤教授负责的民法课被评为山东省省级精品课，得到了山东省教育厅和烟台大学的资助。为配合民法精品课建设，我们经多方论证，认为有必要编写一套适合于学生学习和教师教学的民法学系列教材。在科学出版社的积极策划和大力支持下，我们邀请了国内部分高校法学院系的民法学教师来共同完成这一任务。2005 年 7 月，科学出版社高等教育分社社长胡华强先生、策划编辑徐蕊女士以及本套教材的部分作者在烟台大学召开了写作工作会，对本套教材的写作目的、体例、分工等进行了讨论，达成了初步的意向。2005 年 11 月，本套教材的部分作者在北京又召开了一次写作工作会，就本套教材写作过程中遇到的问题进行了沟通、交流，确立了本套教材的写作风格。

我们在编写本套教材时，试图反映如下特点：第一，在体例上有所创新。本套教材采用全新的写作体例，每章设知识结构图、内容导读、司法考试要点，以帮助学生掌握和了解每章所要讲解的主要内容以及司法考试所涉及的主要知识点。在基本理论阐述中，设若干拟制事例和理论争鸣，以增加学生分析问题和解决问题的能力。同时，每章最后设课堂讨论案例，以供学生讨论、思考。第二，在内容上力求简明扼要。本套教材用简洁的语言集中阐述民法学的基本理论和基本知识，没有过多的理论分析和观点评述，没有过多的历史发展、作用意义等方面的陈述。运用图表比较的方式解析相关问题，以便使学生对民法学的基本理论和基本知识能够一目了然。第三，实现理论、法律、实践三位一体。本套教材在阐述基本理论时，结合事例和所涉及的法律、法规、司法解释加以具体说明，以

便使学生通过学习民法理论掌握法律规定，通过事例加深对民法理论的认识，从而实现理论、法律、实践三位一体。第四，体现司法考试的要求。司法考试资格的取得是从事法官、检察官和律师工作的必备条件。因此，学生在校期间就应当了解司法考试的情况，为毕业后参加司法考试做好准备。本套教材结合司法考试要点进行理论阐述，可以使学生有针对性地学习，掌握司法考试的基本要求。当然，本套教材能否反映上述特点，还需要读者加以验证。

本套教材包括《民法总论》、《物权法》、《债法总论》、《合同法》、《亲属与继承法》、《侵权行为法》共六册。同时，为配合教师进行教学，我们还编写了相应的六册教师手册。本套教材由郭明瑞教授、房绍坤教授任总主编，参加编写的教师分别来自于清华大学、中国人民大学、吉林大学、山东大学、中南财经政法大学、西北政法学院、北京工商大学、中国青年政治学院、烟台大学等高校的法学院系。我们深知，编写一部优秀教材是一件富有挑战性的工作，加之我们受各方面条件的限制，本套教材定会存在诸多不足。我们真诚地希望广大读者批评指正，以便我们不断完善和充实本套教材，最终达到我们的预期目的，为我国法学教育事业的进一步发展贡献一份微薄的力量。

郭明瑞 房绍坤

于 2006 年春



民法学理论体系博大、内容丰富、义理精微，民法学的知识是私人生活的百科全书，与私人生活息息相关、密不可分。要学好民法理论，需要有正确的方法，遵循合理的规划，付出充分的时间，尤其应掌握扎实的民法基础理论。《民法总论》一书即是关于民法基础理论的教材，在民法核心课程体系中处于基石地位。通过学习《民法总论》，掌握民法的基本概念、基本原理、基本精神，有利于循序渐进地培养民法的思维方式与分析能力，能够为学习整个民法理论体系奠定良好的基础。学好《民法总论》，就如同取得了一张跨人民法学知识殿堂的不可缺少的门票。《民法总论》一书共分十一章，其主要内容如下：

第一章是民法概述。民法是私法的基本法。民法学的基本任务是探求民法原理、构建民法体系，妥当解释民法规范。民法的调整对象为民事主体之间的财产关系和人身关系。基于不同的调整对象，民法采用了不同的调整机制。民法起源于罗马私法，历史悠久，《法国民法典》、《德国民法典》和《瑞士民法典》是民法发展史上的里程碑。我国正在实现民法的法典化。民法规范不仅存在于民法典之中，还存在于其他形式的民法渊源中，前者是形式意义上的民法，后者是实质意义上的民法。

第二章是民法基本原则。民法是以私权规范为核心的制度体系。在这个体系中，民法的基本概念是骨架，民法的具体规则是血肉，民法的基本原则则是灵魂。若没有对民法基本原则进行深入体察，领悟其中所蕴含的精湛的民法基本精神理念，就会导致对民法理论的机械式理解和运用。理解并掌握民法基本原则具有极其重要的意义。我国民法的基本原则包括平等原则、私法自治原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则。

第三章至第七章分别是民事权利、民事主体、民事权利客体。社会生活的有

序存在和发展需要用一定的制度工具界定或确认私人生活空间，这种制度工具即是民事权利与民事义务。民事权利是民事主体维持或实现其某种利益的法律上的可能性，民事义务是义务人为了满足或尊重权利人的利益应为一定行为或不为一一定行为的法律约束。享有民事权利或承担民事义务的人即民事主体，包括自然人、法人、合伙等。自然人是指生物学意义上的、依自然规律出生的人。自然人的民事权利能力是自然人依法享有民事权利和承担民事义务的资格。自然人的民事行为能力是自然人以其独立行为为其取得民事权利、承担民事义务的资格。作为与自然人相对应的民事主体，法人是具有民事权利能力和民事行为能力、依法独立享有民事权利和承担民事义务的社会组织。合伙是合伙人之间为实现共同民事生活目的而共同出资、合伙经营、共担风险、共享收益并对合伙债务承担无限连带责任的民事主体。民事权利应通过一定的客体体现出来。因为民事权利在本质上表现了主体对客体进行合法支配的力量。民事权利客体主要包括物、货币、有价证券、行为、知识产品、权利、人身利益等。

第八章是民事法律行为。民事权利的变动需要一定的原因，其中最重要的是民事法律行为。民事法律行为是民法实行私法自治原则最基本、最重要的手段，它是民事主体以设立、变更、终止民事权利和民事义务为目的的、以意思表示为构成要素的合法行为。民事法律行为是民事行为的一种。民事行为根据其效力，可分为有效的民事行为即民事法律行为、无效的民事行为、可变更和可撤销的民事行为、效力未定的民事行为。同时，民事法律行为可以附条件，以该条件的成就与否决定其效力的发生或者丧失。

第九章是民事代理。民事法律行为既可以由当事人本人实施，也可以由他人代为实施，后者即属于民事代理。民事代理是一方当事人以另一方当事人的名义独立地与第三人实施民事法律行为，由此产生的民事法律效果直接归属于另一方当事人。代理包括委托代理、法定代理与指定代理。代理人实施代理行为应有代理权。若没有代理权而以他人名义与第三人实施民事行为，属于无权代理，其民事法律后果不能归属于被代理人。表见代理属于无权代理的特殊类型，其法律效果归属于被代理人。

第十章是民事责任。民法以民事权利为核心内容，民法的目的即在于确认民事主体的民事权利、并为民事权利提供周全的保护。当民事权利受到阻碍或侵害时，民法依靠民事责任制度予以救济和保护。民事责任是民事权利的保护机制。民事责任包括债务不履行的民事责任、侵权的民事责任与缔约过失的民事责任。民事责任的归责原则包括过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则、民事责任的不同归责原则，决定了具体民事责任的不同构成要件。同一法律事实同时符合多个民事责任的构成要件而发生民事责任竞合时，当事人只能选择其一加以适用。

第十一章是诉讼时效和期限。民法的时效制度是为了督促民事主体及时行使民事权利而对民事权利给予必要限制的制度。时效分为取得时效与诉讼时效。我国现行民法通则没有规定取得时效制度。诉讼时效，是权利人不行使民事权利的事实状态持续地经过法定期间而丧失受法律强制保护的胜诉权。诉讼时效包括普通诉讼时效与特别诉讼时效，两者分别具有不同的适用范围。根据法律规定，诉讼时效可以中止、中断或延长。期限，是体现民事法律关系发生、变更和终止的时间，包括期日和期间。期限具有重要的民法意义。

以上内容提要，概括出民法总论的理论框架，能够为学习民法总论的基础理论提供比较清晰的主题和线索。

作者

2006 年 12 月





序言  
前言

第一章

民法概述 .....	1
第一节 民法与民法学 .....	2
第二节 民法的调整对象及调整机制 .....	9
第三节 民法的沿革 .....	14
第四节 民法的渊源 .....	17

第二章

民法基本原则 .....	20
第一节 民法基本原则概述 .....	20
第二节 民法基本原则的内容 .....	22

第三章

民事权利 .....	31
第一节 民事法律关系概述 .....	32
第二节 民事权利释义与种类 .....	36
第三节 民事权利的行使与保护 .....	40
第四节 民事义务 .....	44

## 第四章

	民事主体——自然人·····	47
第一节	自然人的民事权利能力·····	48
第二节	自然人的民事行为能力·····	53
第三节	宣告失踪与宣告死亡·····	55
第四节	监护·····	60
第五节	自然人的人身权·····	63
第六节	身份证明·····	71

## 第五章

	民事主体——法人·····	73
第一节	法人概述·····	74
第二节	法人的民事能力·····	81
第三节	法人的机关·····	87
第四节	法人的成立、变更、终止·····	97
第五节	非法人组织·····	103

## 第六章

	民事主体——合伙·····	106
第一节	合伙释义和分类·····	107
第二节	合伙的成立·····	114
第三节	合伙的出资、财产和债务承担·····	116
第四节	合伙事务的执行·····	120
第五节	入伙、退伙、合伙的解散·····	123

## 第七章

	民事权利客体·····	131
第一节	民事权利客体概述·····	132
第二节	物·····	135
第三节	货币与有价证券·····	141

## 第八章

	民事法律行为·····	144
--	-------------	-----

第一节	民事法律行为的释义、分类和形式·····	145
第二节	意思表示·····	152
第三节	民事法律行为的成立与生效·····	159
第四节	附条件与附期限的民事法律行为·····	163
第五节	无效的民事行为·····	166
第六节	可变更、可撤销的民事行为·····	170
第七节	效力未定的民事行为·····	174

## 第九章

	<b>民事代理</b> ·····	179
第一节	代理释义、适用范围和种类·····	180
第二节	代理的成立与生效要件·····	188
第三节	代理权·····	190
第四节	无权代理·····	198

## 第十章

	<b>民事责任</b> ·····	204
第一节	民事责任概述·····	205
第二节	民事责任的归责原则·····	209
第三节	民事责任的构成要件和免责事由·····	212
第四节	民事责任竞合与民事责任聚合·····	214
第五节	民事责任的形式·····	217

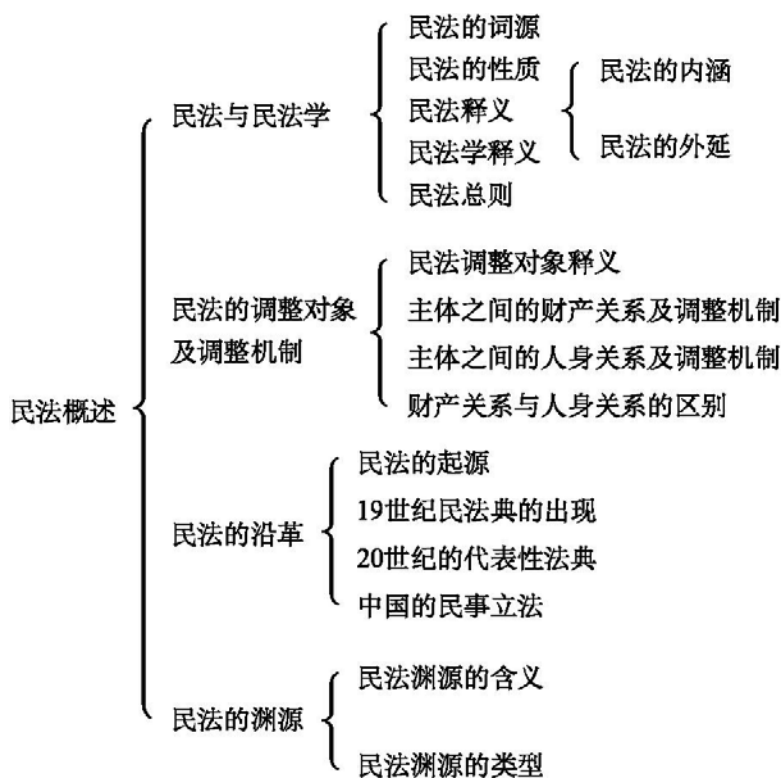
## 第十一章

	<b>诉讼时效和期限</b> ·····	222
第一节	时效制度概述·····	222
第二节	诉讼时效·····	226
第三节	期限·····	240

后记·····	244
---------	-----

# 第一章 民法概述

## 知识结构图



## 内容导读

民法是私法的基本法。只有明了公法、私法二分法的现代法律体系框架，才能理解民法的性质。民法学的基本任务是探求民法原理、构建民法体系，妥当解释民法规范。民法的调整对象为民事主体之间私的财产关系和人身关系。基于不同的调整对象，民法使用了不同的调整机制。民法起源于罗马私法，法国民法典、德国民法典和瑞士民法典可以视为民法发展的里程碑。民法有形式民法和实质民法之分，民法规范不仅存在于民法典之中，还存在于其他形式的民法渊源中。本章的内容是学习整个民法理论体系的起点和入门。

## 司法考试要点

公法、私法二分论的实践意义、民法的调整对象、民法的渊源。在历年考题中，本章涉及的问题主要包括违反公法规范的民事法律行为的法律效力以及地方性法规、行政规章中的强制性规范对民事法律行为法律效力的影响。

## 第一节 民法与民法学

### 一、民法的词源

民法一词来源于罗马法的市民法。罗马根据法律的调整对象不同，将法律分为市民法与万民法。市民法是调整罗马市民之间关系的法律<sup>①</sup>；万民法是调整罗马市民和异邦人之间关系的法律<sup>②</sup>。后世认为市民法是民法的词源，万民法是国际私法的词源。

罗马最早的成文法是公元前451～前450年制定的《十二铜表法》。公元6世纪，东罗马皇帝查士丁尼主持编撰《查士丁尼法典》（529年公布）等法律汇编。此后，又编撰完成了《学说汇纂》（又称《查士丁尼学说汇编》，533年公布）、《法学阶梯》（即《法学总论》，533年公布）、《新查士丁尼法典》（又称《查士丁尼新律》，565年公布）。此时，非罗马市民的自由民已享有市民权，市民法、万民法逐渐融合为一。中世纪时这些法典被统称为《查士丁尼国法大全》。由于这些法典主要由调整市民之间关系的民事法律规范构成，故《查士丁尼国法大全》又称《民法大全》或《罗马法大全》。世界各国使用的“民法”一词均继受于此。

汉语中，民法一词源自日语，日语系译自荷兰语、法语。我国清末聘请松岗义正等日本学者起草民法，1911年完成《大清民律草案》。中华民国初年制定《中华民国民律草案》，至此我国一直使用“民律”指称民法。南京国民政府成立后，设立了民法起草委员会。1929年5月23日公布了民法总则，这是我国法律采用民法一词的开始。

但从内容上，近代民法来源于反映商品经济关系的万民法。万民法是全人类共同的。它包含着各民族根据实际需要和生活必需而制定的一些法则。例如，战争发生了，跟着发生俘虏和奴役，而奴役是违背自然法的；又如，几乎全部契约，如买卖、租赁、合伙、寄存、可以实物偿还的借贷以及其他等都起源于万民法<sup>③</sup>。同样，万民法也不同于现代意义的国际私法，因为罗马国家不承认外来人在境内享有罗马市民的权利，也不承认异邦的法律与罗马法具有同等的价值，当然也就没有法律冲突和法律选择的问题。

---

<sup>①</sup> 市民法是每一民族专为自身治理制定的法律，是这个国家所特有的。[罗马]查士丁尼，《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆，1989年，6、7。

<sup>②③</sup> 万民法是出于自然理性而为全人类制定的法，受到所有民族的同样尊重。[罗马]查士丁尼，《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆，1989年，7。

## 二、民法的性质——私法的基本法

事例1 饭店甲未取得食品卫生许可证，即出售食品给顾客乙。乙以甲的行为违反食品卫生管理法为由，主张买卖合同无效，拒绝支付餐费。

在该事例中，既有饭店甲与顾客乙之间的买卖关系，也会发生食品卫生行政主管部门与饭店甲之间的行政管理关系。这两种关系适用不同的法律，发生纠纷按不同的程序审理。

公法、私法的划分构成现代法律体系的基本框架。民法的性质就是界定作为规范的民法，在公法、私法划分的法律体系中的地位。在这个意义上，民法属于私法的基本法，即私法的一般法，而不是特别私法。首先，民法是私法；其次，民法是基本私法。这意味着民法是关系到全体私人生活的法，调整每一个私法主体都可以参与的社会关系。民法是其他私法的基础，商法是特别法。

### （一）划分公法、私法的各种学说

公法、私法的划分源于罗马法。虽然罗马的制定法处于诸法合一状态，但在学理上将当时的制定法划分为公法与私法。公法、私法的划分是法学中一个古老而常新的问题，围绕这一问题的解决形成了以下几种学说。

#### 1. 利益说

该说认为，公法规范涉及公共利益的社会关系；私法规范涉及私人利益的社会关系。

但是，在福利国家中，公共利益和私人利益往往并非泾渭分明，无论是公法还是私法，其宗旨都不仅仅在于促进或保护某些公共的和个人的利益，而在于适当地平衡各方面的利益，创造正义和公正的局面<sup>①</sup>。例如，归属于私法范畴的婚姻制度、竞争制度、保护交易安全的制度，在本质上也服务于公共利益；属于公法范畴的社会法或道路建设法，也涉及私人利益。

#### 2. 隶属说

该说认为，公法调整隶属关系，而私法调整平等关系。在私法关系中，一方当事人不能单方面责成另一方当事人承担义务或限制其权利。

但是，首先在事实层面，不存在绝对平等的关系，而且在规范层面平等关系与隶属关系也并非与公法和私法关系一一对应。私法中也有隶属关系，如父母与未成年子女的亲权关系、社团成员受多数决的约束等；公法中同样有平等关系，

<sup>①</sup> [德] 卡尔·拉伦茨，《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东等译，法律出版社，2003年，5。

如国家之间相互承认学历的协议。

### 3. 主体说

该说认为，公法调整主体一方或双方为公权力主体的社会关系；私法调整主体双方为私人的社会关系。

这种理论显然是不能令人满意的。在所有现代法律秩序中，公权力主体和任何其他法人一样，具有由“私法”所规定的任何权利和义务。民法同等地适用于私人与公权力主体。有关国家的这些权利和义务争端，通常就用解决私人间争端的那种方式加以处理。一个法律关系以公权力主体为其当事人一方的事实，并不一定要将其从私法领域中移出<sup>①</sup>。因为国家不能仅以统治者的姿态面对我们，而且还要作为“国库”来和我们平等地交往<sup>②</sup>。

特别法规说（新主体说）旨在克服主体说面对的困难，对公法关系做了进一步的界定，公法规范公权主体以公权主体的身份参与的社会关系，主体是否处在公法关系中，取决于公权主体是否运用了归属于它的、公法上的特别权力。这样，私法可被界定为整个法律制度所包括的原则和规则的一部分，它包括调整普通个人之间的关系，以及在国家或其机关不享有因作为国家的机构而具有特殊地位和特权的情况下，国家或其机关与个人之间的关系。而公法是与国家、有组织的政治社会、政府及其组织和机构的结构、行为、权利、权力和豁免、职责和责任相关的原则和规则<sup>③</sup>。

但是，主体说存在循环定义的问题，降低了该说对于立法的理论意义。主体是否行使公权力，是在解决了公、私法划分以后才会明确的问题。况且，在什么时候，主体行使的是公权，且行使的方式足以表明公权主体是在参与公法法律关系，也不十分清晰。

综上分析，做出如下总结：尽管我们有关于公、私法划分的各种学说，但迄今并无任何方法能够完全厘清其界限，在实在（制定）法的体系内公、私法的划分不是形式逻辑的问题。一国对于整合社会关系形成秩序的方法、机制的不同认识，历史的因素，特定社会的情势和主流意识，国家的职能对于决定公、私法的划分具有重要意义。尽管如此，上面介绍的三种学说从不同侧面为我们揭示了公、私法的不同特征。

## （二）公法、私法的区别

概而言之，凡是以容许自由决定的法律为主的是私法，决定时需受法律授权

① [奥] 凯尔森，《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996年，227。

② [德] 拉德布鲁赫，《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社，1997年，57。

③ David M. Walker, Oxford Companion to Law, Clarendon Press, Oxford, 1980, 994、1013.

拘束的 Gebundene Entscheidung 法律是公法。<sup>①</sup>

1. 法律理念不同

私法奉行是意思自治的理念，旨在维护私人权利和自由。公法的理念在于确保公益和恰当地控制公权力。

2. 调整方式不同

在私法领域，实行的是法律行为式的调整方式：

- (1) 私人的意思决定着权利、义务的产生及其内容。
- (2) 占主导地位的是自由的、不需要说明理由的决定。
- (3) 权利推定：法无禁止即自由。

在公法领域，实行的是法定主义的调整方式：

- (1) 主体的自由意志受到限制，法律直接规定权利义务关系的内容。
- (2) 占主导地位的是受约束的决定。公权主体有义务说明决策的理由。
- (3) 法律保留：法无授权即禁止。

➤ 相关链接

公法与私法的比较

比较点	公法	私法
法律理念	确保公益和恰当地控制公权力	意思自治
所调整的利益关系	公共利益关系	私人利益关系
调整方式	法定主义的调整方式	法律行为式的调整方式

(三) 公法、私法二分论的思想基础

公法、私法二分论的思想基础是国家与社会的分离观。

国家与社会是两个不同的生活领域，作为与社会相对的概念，国家是一种政治联合形式，是由政治权力主导的活动而构成的存在，权力决定构成国家的各种关系的发生及其内容。作为与国家相对的概念，社会是与国家完全分离的领域，是由各私人的自由活动而构成的存在，构成社会的各种关系的发生及其内容由私人为满足其特定需要以各自方式实施的自由行为决定。

国家不妨碍社会的自律性运行，只负有从外部保障其独立存在的任务。私法正是这种与国家分离，规范私人间的自由活动，特别是经济活动的社会内部的

<sup>①</sup> 黄立，《民法总则》，中国政法大学出版社，2002年，11、12。



法。在这方面，国家除了为保证解决争端的程序得以有秩序地进行外，几乎与之没有直接的利害关系。

#### （四）公法、私法划分的功能

公法关系和私法关系在法律适用、纠纷解决程序等方面形成了互不相关的独立的法律领域。两者分别发挥机能，只在最小的限度内承认公法对私法的规制，即在私法的世界内，公法不得入内。<sup>①</sup> 即使私法行为违反了公法，只要公法没有否定私法行为效力（效力性规定）的规定，那么私法行为的效力并不能被否定。同样公权力也不能按照私权利的运行机制运作。也就是说，通过私法来组织社会生活，有效地将国家权力排斥在私人生活之外。这意味着公法、私法的划分实现了以下两种效应。

##### 1. 公法、私法的划分实现了对私人利益及其独立性的肯定

通过公法、私法的划分，私人被视为与国家对立的存在，赋予了“每个人以稳定和永恒权力的意志”，反对借国家和公益的名义抹杀个人的需要和利益。

##### 2. 公法、私法的划分最大限度地有效维护私人自由

私人只有在这种确获保障的私域中，才能得到保护并抵御来自他者的强制。<sup>②</sup> 公法、私法的划分把国家对私人生活的介入、干预限定在最小的范围内，市民间的平等自由竞争由此成为社会、经济发展的主要动力。

#### （五）中国强调公法、私法的划分的特殊意义

在公法优位主义思想根深蒂固的背景下，强调公、私法的划分具有特殊的意义。

其一，清末以前的中国，在正式制度上，私人权利未得到维护，私法观念未得到彰显。公的观念、尤其是国家的观念过于强大，法律往往以刑的手段来解决西方为私的问题，私人在与国家的关系中，普遍的私人的利益要求在法律上不能以私的宗旨被反映。

其二，新中国成立后，否认或回避公法、私法的区分。理论上，公法彻底吸收私法。立法者认为在社会主义公有制的基础上，在中国共产党的领导下全体劳动人民利益实现了一致，因为全体劳动人民利益是一致的，所以由政府代表个人

<sup>①</sup> 解恒，《论违反强制性规定契约之效力》，《中外法学》，2003年第1期，43。

<sup>②</sup> [英] 弗雷德里希·A. 哈耶克，《自由秩序原理》，邓正来译，北京三联书店，1997年，171、172。

就可以了，个人没有必要行使自己的权利和表现自己的利益。

实践中，由于实行计划经济，国家与社会是一种一元化存在，在《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）颁布以前，私人自由没有发挥的空间。现行民法规定，违反法律、行政法规强制性规定的行为一律无效，其背后蕴涵着这样一种思想：公法的目的必须得到实现，私法必须服从公法的利益。对违反强制性规定的行为，仅仅给予行政制裁，强制性规定的价值得不到充分实现，必须同时否定其私法上的效力。

### 三、民法释义

#### （一）民法的内涵

以调整对象为标准界定法律部门依然是我们阐释部门法概念的基本定式。按照这一定式，民法应被定义为调整主体之间私的财产关系和人身关系的法律规范的总称。民法调整私的财产关系和人身关系的功能是通过法官的裁判活动实现的，民法规范的基本功能在于为法官裁判私人间的利益纠纷提供准则。



#### 理论争鸣

##### 民法的定义与民法调整对象的争议

理论界对于民法的定义与民法调整对象存在争议。大多数学者认为，民法的调整对象为平等主体之间的社会关系，进而民法被定义为调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。其根据是《民法通则》第2条，该条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间，法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”此说可称为“平等主体关系说”。但是，也有少数学者不同意“平等主体关系说”，并认为若坚持“平等主体关系说”，会产生以下无法回答的问题：

1. “平等主体关系说”自平等主体的角度界定民法的调整对象，存在因果倒置的问题。主体法律地位平等是民法的追求，是民法用以调整社会关系的手段或机制，而非民法发挥调整作用的前提。不是社会关系已经平等地等待民法来调整，而是民法以平等为原则去调整，力争在民法调整后在民事主体间产生平等性社会关系，以平等地对待主体。不是在当事人之间不存在实力上的差别，而是买方和卖方、出租人和承租人、雇主和雇工之间均作为对等的主体对待，两者之间的经济实力、社会势力、情报收集能力的差异却完全没有当成问题。民法典是不知晓农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的区别。只要如此，私法中的人就是作为被抽象掉了各种能力和财力等抽象的个人而存在。<sup>①</sup>

2. “平等主体关系说”想当然地把平等主体间的社会关系作为民法调整的前提，势必淡化民法对平等的强调和追求。如果法律假定在受民法调整之前，主体已经平等了，民法就没有必要再将主体间法律地位平等作为一种规范状态加以追求。

<sup>①</sup> [日] 星野英一，《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社，2004年，34、35。

3. “平等主体关系说”无法清晰界定民法的调整范围，很容易被举例证伪。我国地区间的水资源交易、我国与其他国家和地区互相承认学历资格的约定，这些真正平等主体间的社会关系，毫无疑问地不属于民法调整，而只能由公法规范。相反，即使在民法调整的法律关系中，也存在着无平等性的社会关系，如亲权关系。

4. “平等主体关系说”在实践中诱发了严重的后果。许多经济生活中的纠纷，法院本应作为民事案件受理，却被法院以不是发生在平等主体之间的纠纷为由，拒之门外，这些纠纷又不属于行政案件的受案范围，结果使当事人的民事权利得不到有效的救济。

## （二）民法的外延

### 1. 实质意义上的民法与形式意义上的民法

实质意义上的民法，即部门法意义上的民法，是所有调整主体之间私的财产关系和人身关系的法律规范的总称。具体包括：①民法典；②民事单行法（如关于自然人姓名、成年人年龄的法律）；③民事特别法：商法（如公司法）；④散见于其他法律的民法规范。

形式意义上的民法，专指民法典，如《德国民法典》、《法国民法典》等。

### 2. 广义的民法与狭义的民法

广义的民法包括：成文法、不成文法；民事普通法、民事特别法。广义民法涵盖民法和商法。

狭义的民法包括：在民商分立的国家，除商法以外的民法。商法中，与民法中规定的抽象人格相反，商法所规定的是商人及企业等具体的法律人格。

## 四、民法学释义

民法学是以阐明民法的基本思想、基本原理及解释现行民法规范具体意义为内容的法律学科。其主要内容包括：

（1）阐明民法的基本思想、基本原理，并将其按照一定逻辑顺序体系化。即不仅阐明民法的基本思想、基本原理，而且将其按照一定的逻辑顺序体系化，并按照该体系整理民法的规范，解释其具体意义，同时根据需要提出新的解决方法，即解释论与立法论。

（2）揭示民法规范解释、适用的技术和方法，即方法论。

总之，民法学的功能在于指导民法规范的正确适用，推动民法的发展。民法学实现这一功能的路径是探求民法原理、构建民法体系，妥当解释民法规范。因此，民法学又称民法解释学。

## 五、民法总则

民事权利是整个民法规范调整社会关系最基本的技术手段，也是在民法各具

体部分中抽象出来的共通性要素。权利是法学最初的问题，也是最终的问题。民法总则的内容就是研究由民法各具体部分中抽象出的民事权利的共通性要素及一般事项，即其核心内容为民事权利，并紧紧围绕民事权利而展开，具体包括：

- (1) 民事权利场域：民法定义及其调整对象；
- (2) 民事权利行使规则：民法基本原则；
- (3) 民事权利主体：自然人、法人、合伙等；
- (4) 民事权利本体：民事权利的内容和体系；
- (5) 民事权利客体：物、行为、知识产品、权利、人身利益等；
- (6) 民事权利变动：民事法律行为和民事代理；
- (7) 民事权利限制：诉讼时效和期限；
- (8) 民事权利保护：民事责任制度。

## 第二节 民法的调整对象及调整机制

### 一、民法调整对象释义

民法的调整对象，即民法调整的各种社会关系，包括属于社会经济生活中的主体之间私的财产关系和人身关系。

民法揭示了社会秩序的根本，是一个社会规范财产关系和人身关系的基本法。

明确民法调整对象的意义在于：

- (1) 有利于明确民法的性质与任务；
- (2) 能够界定民法与其他法律部门的关系；
- (3) 便于确认法院管辖权，便利当事人诉讼。

### 二、主体之间的财产关系及调整机制

#### (一) 财产关系释义

财产关系是当事人以财产为内容而发生的社会关系。广义的财产是具有经济价值的有体物、智力成果和利益。财产的要件包括：第一，具有经济价值。①满足人的需要；②稀缺。第二，与自然人的格相分离。劳动力能够抽象化与人格分离。第三，能够为人力支配。

事例2 甲、乙就谁拥有一幢房屋产生争议。若甲被依法确认拥有该幢房屋，则甲不仅可以自己使用房屋，享受相应利益，还可以出售该房屋给丙，同时自丙处获得相应价金。

事例 2 涵盖了休谟概括的关于财产的“三项基本的自然法”：“财物占有的稳定”（the stability of possession），“根据同意的转让”（transference by consent），“允诺的践履”<sup>①</sup>（the performance of promises）。事例中，通过解决甲、乙间关于财产的争议，实现了财物占有的稳定；甲对房屋的处分，体现了根据同意的转让和允诺的践履。

## （二）财产关系的分类

### 1. 财产支配关系和财产流转关系

以财产关系的内容为标准，财产关系可分为财产支配关系与财产流转关系。

民法调整财产关系的基本思考前提：人和物的二分法，即区别成为权利主体的“人”和成为权利客体的“物”。

（1）财产支配关系。即以直接占有、使用、收益、处分财产为内容的社会关系。

民法以物权作为规范财产支配关系的法律机制，物权表征人对物的、正当且是排他的支配。

○

事例 3 甲通过土地使用权出让程序获准在国家所有的土地上建筑房屋，乙村民按照农村土地承包合同承包经营农村集体所有的土地。甲向丙借款，丙为确保借款得到偿还，在甲的房屋上设定抵押。

○

事例 3 中，甲和乙分别在他人所有的物上设定了用益物权，取得了支配物的利用价值的权利，保证自己对物的、排他的使用、收益；丙在他人之物上设定了担保物权，取得了支配甲房屋的交换价值的权利，当甲无法偿还借款时，丙可以拍卖甲的房屋，在所售价金中优先受偿。

（2）财产流转关系。即以转移财产为内容的社会关系。

○

事例 4 甲、乙订立契约，甲将自己的房屋出租给乙三个月。

○

民法以债权作为规范财产流转关系的法律机制，债权表征主体能够请求他人为一定行为的地位是正当的。事例 4 中，甲乙之间的契约以财产流转关系为内容，乙请求甲交付房屋、甲请求乙交付租金的权利就是债权。

其一，约定债权关系。即通过主体（人）之间相互表明意思（行为），产生主体间的请求权。通过当事人意思而发生是债权发生的原则。

<sup>①</sup> [英] 弗雷德里希·A. 哈耶克，《自由秩序原理》，邓正来译，北京三联书店，1997 年，197。

事例5 乙未经甲同意，住进甲的房屋三个月后搬出，其间导致甲的房屋损坏；丙见甲的房屋损坏，甲又不在，便对房屋进行了修缮。

其二，法定债权关系。即基于法律规定发生主体间的请求权。该种债权关系主要有以下几类：

(1) 因不当得利而产生的债权关系。即没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。事例5中，乙没有合法依据，不当地获得了使用甲的房屋的利益，甲获得了请求乙支付相当于使用费的利益的权利。

(2) 因侵权行为而产生的债权关系。即因不法侵害他人的权益，依法律规定，应对所生损害负赔偿责任。事例5中，乙对甲的房屋造成了损害，甲获得了请求乙损害赔偿的权利。

(3) 因无因管理而产生的债权关系。即没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。事例5中，丙没有法定的或约定的义务，为甲修缮了房屋，其获得了请求甲支付必要费用的权利。

从财产支配关系与财产流转关系的角度看，民事财产法的基本体系框架：从人对物的支配权和通过主体之间的契约导致支配权的转移两种思考模式中，抽象出人对物的支配权——物权，这种权利通过人与人之间的行为所产生的请求权——债权来移转。人与物的两分法和作为这两者媒介的行为——这是确立近代民法典的三个要素。<sup>①</sup>

## 2. 有形财产关系和无形财产关系

事例6 甲拥有一本书，乙见该书内容甚好，但未经许可，乙无法使用该书。但乙可以购得同样一本书，并取得该书的所有权。

甲有一项技术的专利权，不经甲许可，乙也可以掌握相同或类似的技术，但未经甲许可使用该技术，侵犯了甲的专利权。

以财产关系的客体为标准，财产关系分为有形财产关系与无形财产关系，其间成立的权利——保护利益的技术手段不同。

(1) 有形财产关系。即以有排他支配可能性的物质财富为客体而发生的社会关系。在有形财产关系中，只要主体对客体拥有支配的权利，就可以排除其他人对其利用，法律无须赋予主体以独占的权利，即可保护主体的利益。事例6

<sup>①</sup> [日] 大村敦志，《民法总论》，江溯、张立艳译，北京大学出版社，2004年，37。

中，甲拥有一本书，属于有形的财产关系，甲所有该书就自然排除了乙对该书的所有，法律为保护甲享有的该书的利益，无须赋予甲对该种书的独占的权利。

(2) 无形财产关系。即以著作、发明等智力成果，即无形的精神上创造为客体而发生的社会关系，无形财富无排他支配的可能，无法为人力所控制，主体的占有不能自然排除其他人的利用，但其他人的利用极大地妨碍智力成果对主体的价值。法律上必须赋予主体独占的权利，以保护主体的利益，这是对为了保护财产而使用的传统法律技术进行的扩张或类推。事例 6 中，甲有一项技术，属于无形的财产关系，甲所有该技术无法自然排除乙掌握同样或类似的技术，法律为保护甲享有的该技术的利益，必须赋予甲独占该种技术的权利。

#### ➤ 相关链接

#### 有形财产关系与无形财产关系的比较

比较点	有形财产关系	无形财产关系
客体	有排他支配可能性的物质财富	无排他支配可能性的精神上创造
保护利益的技术手段	无须赋予主体以独占的权利	赋予主体独占的权利

### 三、主体之间的人身关系及调整机制

#### (一) 人身关系释义

人身关系，即与人身不可分离而不直接体现为一定财产利益的社会关系，如基于人的生命健康、姓名、肖像、荣誉、名誉等所发生的社会关系。

##### 1. 人身关系与人身不可分离，附着于自然人的人身

人身权利一般不能放弃或被剥夺，除法律另有规定外，人身权利不能转让。

##### 2. 人身关系不直接体现为财产利益

人身关系不直接体现为财产利益，但它与财产利益可以有间接的联系。例如，名人的肖像、姓名可以进行商业开发，企业依法转让名称权，转化为财产利益。

#### (二) 人身关系的分类

人身关系产生的依据，可以将人身关系分为人格关系与身份关系。

##### 1. 人格关系

人格关系，即因主体的人格利益发生的社会关系。

民法以人格权作为规范人格关系的法律机制，实现了对人格利益的保护和人

主体性的维持。

人格权或者直接以主体的人身为客体，或者以主体精神上、心理上作为独立人格者而存在的利益为客体。包括：生命健康权、身体权、姓名（名称）权、肖像权、荣誉权、名誉权、隐私权等具体人格权以及人身自由和人格尊严等一般人格权。

## 2. 身份关系

身份关系，即民事主体基于一定的身份而产生的社会关系。

事例7 甲与乙结婚，生育丙，现丙未成年。后甲因车祸死亡。

民法以身份权作为规范身份关系的法律机制，实现对婚姻家庭秩序的维护。事例7展现了发生在婚姻家庭中的身份关系，其中，甲与乙结婚，形成夫妻关系；甲与乙生育丙，与丙发生亲子关系；现丙未成年，甲、乙与丙之间存在监护与被监护关系；后甲因车祸死亡，乙与丙可以继承甲之财产。这些关系中各方分别因特定身份而享有不同的身份权。

## 四、财产关系与人身关系的区别

### 1. 二者的核心不同

财产关系中，主体被视为独立的个体性存在。财产关系是以财产利益为核心的一种经济上的利害关系，它看重意思自治，注重维护个体利益；人身关系中，主体被视为依赖的社会性存在。人身关系是一种精神上的扶助关系，一种以非财产利益为核心的、建立在感情、协助、共同生活、精神健康等因素基础之上的关系，更多地考虑社会共同体的维系。

### 2. 二者的期限不同

财产关系是由个人意志决定的，其发生、变更、终止完全取决于个人意思，因此是暂时的、有期限的；人身关系的发生、变更、终止取决于人格、感情或其他因素，并不完全由个人意思决定，因此是永久性的。

### 3. 法律的干预程度不同

在财产关系领域，法律主要尊重当事人的意思表示自由，实行意思自治；在人身关系领域，法定主义的成分明显增加，以维护人格的价值。

### 4. 与社会经济发展联系的紧密程度不同

财产关系与社会经济发展的联系更直接，财产法往往最快地反映经济基础的



变化。人身关系除受制于社会的经济基础外，还受道德观念、民族习惯、文化传统等因素的影响。

作为民法的调整对象的财产关系与人身关系不存在形式逻辑的统一性，只是从与公法关系相区别的角度，才统归民法调整。

#### 相关链接

#### 财产关系与人身关系的比较

比较点	财产关系	人身关系
核心	财产利益	人身利益
期限	暂时、有期限	永久
法律的干预程度	意思自治	法定主义
与经济发展的相关度	关系较直接	关系较间接

### 第三节 民法的沿革

民法，作为一个法律部门，发端于大陆法系（罗马法系、民法法系）。该法系是以罗马法为基础发展起来的，形成于 19 世纪。其突出的特点在于：民法的表现形式是民法典。

#### 一、民法的起源

民法起源于罗马法。罗马私法除诉讼部分外，实体法分人法和物法。

##### （一）人法

人法包括人格、家和家属、家长权、婚姻和夫权、家主权和恩主权、准奴隶。人格最重要的划分是所有的人或者是自由人或者是奴隶，且人格可以变更。罗马古时，只有贵族家长有法律人格，后来人格扩展到几乎全部自由人。“在罗马法上，要作为完全的权利义务主体，需要具备自由权、市民权和家族权。当时，还不曾用现代的‘权利能力’一词来概括这种资格，而用人格或人格权（caput）来总称这三权”<sup>①</sup>。在夫妻关系方面，丈夫有夫权，可以支配妻子；在家庭关系中，家长有家长权，支配家属和奴隶。

##### （二）物法

物法包括物权、继承权、债权（债包括契约、准契约、私犯）三部分。

<sup>①</sup> 周枬，《罗马法原论》（上），商务印书馆，1994 年，98。

罗马法中民法的基本制度大体齐备，是商品生产者社会的第一个世界性法律，是纯粹私有制占统治的社会生活条件和冲突的十分经典性的法典表现，以致一切后来的法律都不能对它做任何实质的修改。欧洲近代私法兴起，就是在复兴罗马法的旗帜下展开的。

## 二、19 世纪民法典的出现

19 世纪资本主义经济迅速发展，民族国家对封建割据的胜利，社会关系的日益复杂，对中世纪司法专横的恐惧，法律科学研究的发达，法典编撰运动随之兴起。

### （一）1804 年颁布施行的《法国民法典》

#### 1. 《法国民法典》模式

《法国民法典》采用的模式是《法学阶梯》式。包括总则（序编）和三编：人、财产及对于所有权的各种变更、取得财产的各种方法。

#### 2. 《法国民法典》的内容

《法国民法典》确立近代民法的三大原则：即契约自由、所有权绝对、过错责任。《法国民法典》成为近代民法的标志，被世界各国编纂法典当作基础使用的法典，但同时也保留了一些具有封建色彩的内容，如亲权和夫权、对非婚生子女的歧视。

#### 3. 《法国民法典》的风格

《法国民法典》是常人的法典。该法典语言明确流畅，易于理解，但体系化程度不高。

### （二）1896 年颁布、1900 年施行的《德国民法典》

#### 1. 《德国民法典》模式

《德国民法典》采用的模式是《学说汇纂》——潘德克顿式。该法典分为五编制：总则、债的关系法、物权法、亲属法、继承法。区分物权和债权；总则和分则层次化。

#### 2. 《德国民法典》的内容

《德国民法典》体现了社会本位的思想，规定了诚实信用、权利滥用之禁止、无过错责任。

### 3. 《德国民法典》的风格

《德国民法典》是法学家的法典。在法学研究的丰硕成果基础上编撰而成，是19世纪德国法律科学的集成，为接受过专门教育、熟稔法律方面专业术语并有能力马上认清复杂句子结构的专家制定的。<sup>①</sup>

(1) 对法律关系逐级抽象而成，体系紧密、科学、严谨，体现了较高的立法技术。

(2) 创造了许多法律概念，对某些概念进行精确的定义和严格的界定，然后用这些概念来描述某些构成事实，法官只需要用一个逻辑上能够精确检验的程序，就可将生活事实归入这些构成事实之下。<sup>②</sup> 但不易理解，而且寻找一个具体问题的法律规定，要瞻前顾后，查阅许多地方。

此外，比较重要的还有1898年施行的《日本民法典》。

## 三、20世纪的代表性法典

### (一) 1907年的《瑞士民法典》

《瑞士民法典》于1907年通过，1912年1月1日生效，共四编：第一编人格法；第二编亲属法；第三编继承法；第四编物权法。《瑞士债法典》以《德国商法典》为蓝本，先于《瑞士民法典》于1881年公布，在民法典施行前，对其中的合同、不当得利、侵权行为做了修改。修改后的债法典与民法典同时施行，成为后者的第五编。1936年，合伙法、公司法和票据法并入债法典。《瑞士民法典》实现了民商合一，并确立了诚实信用的民法一般条款地位。

### (二) 1922年的《苏俄民法典》

1922年的《苏俄民法典》分四编：总则、物权、债权和继承权。这是世界上第一部社会主义国家的民法典，对其他社会主义国家的民事立法影响很大。其形式特点：将婚姻家庭关系、劳动关系、土地关系排除于民法典之外，以单行法加以规范。

---

<sup>①</sup> [德] 卡尔·拉伦茨，《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东等译，法律出版社，2003年，37。

<sup>②</sup> [德] 卡尔·拉伦茨，《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东等译，法律出版社，2003年，33。

## 四、中国的民事立法

### （一）历史上中国的民事立法

在漫长的封建社会，我国经济停留于自然经济状态，政治上实行封建专制，压制了社会的活力，民法未获得充分发展的空间。直至清末变法，1907年开始编纂民法，1911完成《大清民律草案》。该法案未及颁行，清王朝即覆灭。

南京国民政府于1929年5月～1930年12月先后颁布民法总则、债、物权、亲属、继承，共1225条，于1930年施行。囿于当时的历史条件，该法典在我国也未得到有效的施行。虽迭经修改，但仍施行于我国台湾地区。该法典实行民商合一，传统商法中的代理商和属于商行为的买卖、交互结算、居间、行纪、仓库、运送营业、承揽运送、隐名合伙列入债编，作为债的分则的组成部分；但对内容较多、具有相对独立体系的公司法、票据法、海商法、保险法等，分别制定单行法，作为民事特别法。

### （二）新中国的民事立法

新中国成立伊始，废除旧法统，南京国民政府的法律在内地不再有效。新中国完成社会主义改造后，实行高度集中的计划经济。民法的发展陷入低潮，采用单行法调整民事关系。1950年5月颁布了《婚姻法》，该法不是着眼于维护私人自治，而是重塑社会基础，反对人身关系商品化。但至《民法通则》颁布前，立法机关曾于1954～1956年、1962～1964年7月、1979～1982年5月先后三次起草民法典。

自1978年改革开放以来，中国走上了发展民主政治和社会主义市场经济的轨道。中国民法开始步入昌盛之路，并将最终实现民法的法典化。1986年4月12日颁布了《民法通则》，1999年3月15日通过了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》），目前正在着手起草《物权法》，民法典的框架也有了基本构想。在民法的基本组成部分出台，并大体齐备后，即可编纂一部完整的民法典。但编纂民法典不仅受制于社会的需要，也受制于社会关系的稳定程度和民法学的发展程度，学者仍须付出艰苦的努力。

## 第四节 民法的渊源

### 一、民法渊源的含义

民法的渊源，即民法的效力渊源，民事法律规范的存在和表现形式，也就是根据民法的效力来源而划分的民法的不同形式。

## 二、民法渊源的类型

### （一）制定法，即成文法

我国国家机关根据法定职权、按照法定程序制定的规范性文件，以及我国缔结或参加的国际条约。

（1）宪法。宪法是国家的根本大法，具有最高的法律效力，是所有民事法律、法规应遵循的依据，因而是民法的重要渊源。

（2）民事法律。《民法通则》为基本法；《合同法》、《婚姻法》、《继承法》、《担保法》为主要单行民事法律；《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》、《证券法》为民事特别法。此外，《著作权法》、《专利法》、《商标法》等知识产权单行法以及《土地管理法》、《房地产管理法》等也是民事法律的组成部分。

（3）国务院制定的民事法规。对民事基本制度尚未制定法律的，经全国人大及其常委会做出决定，授权国务院先制定行政法规，或者国务院为执行法律的规定而制定行政法规，如《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》。

（4）地方性法规、自治法规和经济特区法规中的民事规范。

（5）特别行政区的民事规范。

（6）国家立法机关对民法规范的解释。

（7）我国缔结或参加的国际条约中的民法规范，如《联合国国际货物买卖合同公约》。

### （二）习惯法

习惯法属于不成文法。历史上习惯法是民法的主要渊源，18世纪大陆法系各国竞相制定法典，谋求法制统一，习惯法的主要地位被成文法取代，但依然是法律渊源之一，在国际贸易领域尤为重要。

习惯仅仅是长期形成的不易改变的惯常行为方式，属于单纯事实，如集市贸易的即时清结。通常，一般人承认并确信有法律效力的习惯为习惯法。现今习惯法的形成，主要是由法官对法律的发展形成，通过法院的适用，而普遍被接受。

我国没有明确承认习惯法的法源地位。但《合同法》认可习惯对合同内容的解释力。

### （三）最高人民法院的司法解释

如《最高人民法院关于〈适用中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）[以下简称《民通意见》（试行）]、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》[以下简称《合同法解释（一）》]等。

#### （四）判例法

判例法是英美法系的主要法律渊源，也属于不成文法。

我国内地没有正式承认判例的法源地位。最高人民法院做出的有关民商事审判的批复、复函和公布的典型案例事实上拘束法官对案件的判决，因此，不能忽视判例的实践意义。

#### （五）法理

法理是根据立法精神演绎而得到的法律一般原则。

目前，由于民法一般条款成为法律的组成部分，法理的作用已大不如以前。但教科书、学术著作、外国立法例、判例作为处理民事案件的参考则为各国的通例，这也是中国的有效做法。

我国立法和学术界均不承认法理的法源地位。



#### 课堂讨论案例

公司甲向商业银行乙贷款1亿元，就该笔贷款，公司丙为甲公司向乙银行提供了担保。设该笔贷款超过了《商业银行法》关于商业银行向单一客户贷款总额的限额。后甲公司不能按期偿还贷款本息，乙银行要求丙公司承担全额担保责任。丙公司遂抗辩道：甲公司与乙银行间的贷款合同违反了法律的强制性规定，属无效合同，其仅承担相应的担保责任。请问丙公司的抗辩是否成立，并说明理由。