

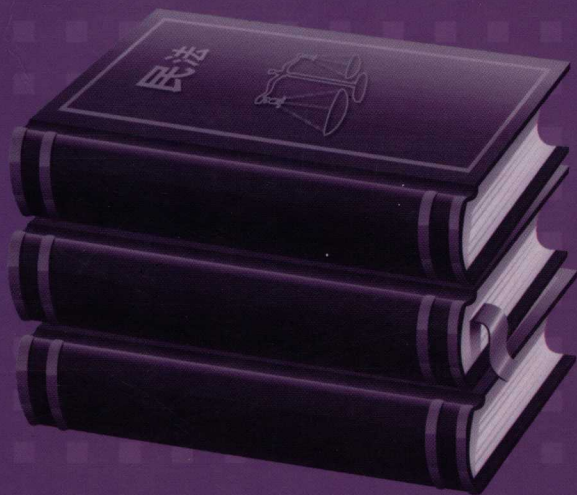


高等法律职业教育系列教材
GAODENG FALU ZHIYE JIAOYU XILIE JIAOCAI

民法原理与 实务

MINFA YUANLI
YU SHIWU

主 编 吴晓苹 但小红
副主编 熊小琼



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

D/P23.01
2012/11

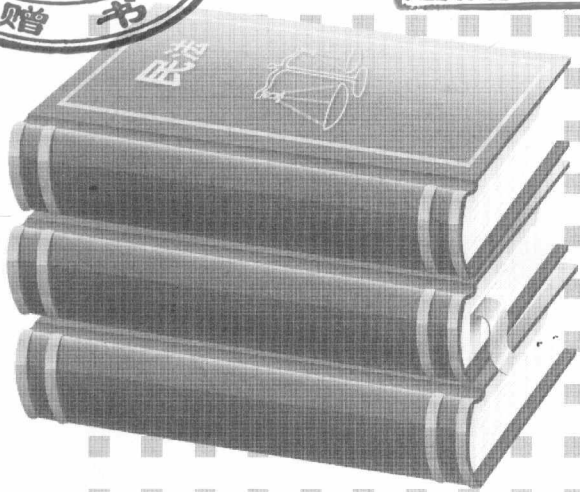
阅 览

高等法律职业教育系列教材
GAODENG FALU ZHIYE JIAOYU XILIE JIAOCAI

民法原理与 实务

MINFAYUANLI
YU SHIWU

主 编◎ 吴晓莘 但小红
副主编◎ 熊小琼



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

民法原理与实务/吴晓萃, 但小红主编. —广州: 暨南大学出版社, 2011. 9
(高等法律职业教育系列教材)

ISBN 978 - 7 - 81135 - 931 - 2

I. ①民… II. ①吴…②但… III. ①民法—中国—高等职业教育—教材 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 152867 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 湛江日报社印刷厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 16

字 数: 373 千

版 次: 2011 年 9 月第 1 版

印 次: 2011 年 9 月第 1 次

印 数: 1—3000 册

定 价: 32.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

“高等法律职业教育系列教材”审定委员会

主 任：张文彪

副主任：万安中

委 员：（按姓氏笔画排序）

王 亮	刘晓辉	李雪峰	李 岚	陈晓明
周静茹	项 琼	曹秀谦	盛永彬	鲁新安



本书编委会

主 编 吴晓苹 但小红

副主编 熊小琼

撰稿人 (按撰写单元先后为序)

朱文博 但小红 吴晓苹 黄惠萍

熊小琼 谢世平 白 云 梁 晖

总序

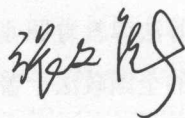
高等法律教育职业化已成为社会的广泛共识。2008年,由中央政法委等15部委联合启动的全国政法干警招录体制改革试点工作,更成为中国法律职业化教育发展的里程碑。这也必将带来高等法律职业教育人才培养机制的深层次变革。顺应时代法治发展需要,培养高素质、技能型的法律职业人才,是高等法律职业教育亟待破解的重大实践课题。

目前,受高等职业教育大趋势的牵引、拉动,我国高等法律职业教育开始了教育观念和人才培养模式的重塑。改革传统的理论灌输型学科教学模式,吸收、内化“校企合作、工学结合”的高等职业教育办学理念,从办学“基因”——专业建设、课程设置上“颠覆”教学模式:“校警合作”办专业,以“工作过程导向”为基点,设计开发课程,探索出了富有成效的法律职业化教学之路。为积累教学经验、深化教学改革、凝塑教育成果,我们着手推出“基于工作过程导向系统化”的法律职业系列教材。

《国家(2010—2020年)中长期教育改革和发展规划纲要》明确指出,高等教育要注重知行统一,坚持教育教学与生产劳动、社会实践相结合。该系列教材的一个重要出发点就是尝试为高等法律职业教育在“知”与“行”之间搭建平台,努力对法律教育如何职业化这一教育课题进行研究、破解。在编排形式上,打破了传统篇、章、节的体例,以司法行政工作的法律应用过程为学习单元设计体例,以职业岗位的真实任务为基础,突出职业核心技能的培养;在内容设计上,改变传统历史、原则、概念的理论型解读,采取“教、学、练、训”一体化的编写模式。以案例等导出问题,根据内容设计相应的情境训练,将相关原理与实操训练有机地结合,围绕关键知识点引入相关实例,归纳总结理论、分析判断解决问题的途径,充分展现法律职业活动的演进过程和应用法律的流程。

法律的生命不在于逻辑,而在于实践。法律职业化教育之舟只有融入法律实践的海洋当中,才能激发出勃勃生机。在以高等职业教育实践性教学改革为平台进行法律职业化教育改革的路径探索过程中,有一个不容忽视的现实问题,高等职业教育人才培养模式主要适用于机械工程制造等以“物”作为工作对象的职业领域,而法律职业

教育主要针对的是司法机关、行政机关等以“人”作为工作对象的职业领域，这就要求在法律职业教育中要对高等职业教育人才培养模式进行“辩证”的吸纳与深化，而不是简单、盲目地照搬照抄。我们所培养的人才不应是“无生命”的执法机器，而是有法律智慧、正义良知、训练有素的有生命的法律职业人员。但愿这套系列教材能为我国高等法律职业化教育改革作出有益的探索，为法律职业人才的培养提供宝贵的经验、借鉴。



2010年11月15日



前言

警官高等职业教育以培养高素质技能型法律专门人才为目标,对理论知识的传授以“必需、够用”为度,适应职业性和应用技能培养的要求。为适应这一人才培养模式的客观需要,我们编写了本书,尝试以一种新的方式及形式对民法原理及其实务应用进行阐述,确保因材施教,以期为高等职业教育教材建设提供一个新思路。

本书的编写人员为长期执教的一线教师和执业律师,具有厚实的法学理论素养和丰富的法律实务经验,从而赋予了本书如下特色:

(1) 系统性。本书完整介绍了民法原理的基本内容,注重对民法基本概念、基本制度的分析和阐述,释义准确、观点明确、重点突出、结构严谨、详略得当、逻辑严密,使学生能够全面了解现行民法体系及有关规定,以构筑必要的知识基础。

(2) 实用性。本书侧重民法理论在实践中的具体运用,通过引入真实事例对主要知识点进行剖析,资料丰富、评析详尽,充分展现民事活动的演进过程和民事法律的应用流程,不仅使理论与实际紧密结合,而且有助于学生形成科学的逻辑思维;同时还围绕实务应用的重点组织了大量案例和实训内容,并对各个实训环节及其形式、步骤等提出教学建议,既便于教师组织教学,又利于学生职业技能的训练和发展。

(3) 新颖性。本书完全脱离了传统民法教材“总分论”的结构,以模块形式组织内容,在此基础上设置包含若干个项目的教学单元,并通过“知识及能力目标”和“内容结构图”直观地概括教学内容,既方便教师确定授课重、难点,也便于学生自学;不同教学单元有对应的情境设计,将民法原理与实操训练有机地结合起来,充分体现高职教育的特点和要求。

(4) 拓展性。本书立足于提高学生的学习和实践能力的基础上,除了阐述民法基本理论外,还以“知识链接”的形式介绍与知识点相关的其他内容,每一项目之后有以案例分析为主的“思考与练习”,每一单元均有“拓展阅读”,以指导学生自主学习;教材内容也不仅仅局限于传统民法理论,如“民事争议的解决途径”单元包含了人民调解、仲裁法、诉讼法等内容,一方面拓宽学生的视野,另一方面也进一步凸显职业技能的应用特点。

本书由吴晓苹、但小红任主编,熊小琼任副主编。具体写作及分工如下(按撰写单元先后排序):

朱文博:单元一、三,自然人制度实训

但小红:单元二项目一、二,单元十,民事法律关系实训

吴晓苹:单元二项目三,单元九项目一,人身权实训

黄惠萍:单元四、五,法人、合伙制度实训



熊小琼：单元六，单元九项目二、五，民事法律行为实训

谢世平：单元七、十一，代理制度实训

白云：单元八，诉讼时效制度实训

梁晖：单元九项目三、四，训练方法

由于受能力及资料所限，本书的编写不可避免地存在不足之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2011年4月

目 录

CONTENTS

总 序	001
-----------	-----

前 言	001
-----------	-----

单元一 ◆ 民法概论

项目一 民法的调整对象	2
项目二 民法的渊源、体系和适用	5
项目三 民法的基本原则	14

单元二 ◆ 民事法律关系

项目一 民事法律关系的构成	23
项目二 民事权利和民事义务	30
项目三 民事法律事实	40

单元三 ◆ 自然人

项目一 自然人的民事能力	46
项目二 监 护	57
项目三 宣告失踪与宣告死亡	63

单元四 ◆ 法 人

项目一 法人的成立	71
项目二 法人的民事能力	79
项目三 法人的变更和终止	88

单元五 ◆ 非法人组织

项目一 合 伙	96
项目二 其他非法人组织	109

单元六 ◆ 民事法律行为

项目一 民事法律行为的构成	117
项目二 无效民事行为	128
项目三 可变更或可撤销的民事行为	134



项目四	效力待定的民事行为	137
项目五	附条件与附期限的民事法律行为	142

单元七 ◆ 代 理

项目一	代理的成立和消灭	149
项目二	代理权的行使	155
项目三	无权代理	158

单元八 ◆ 时效与期限

项目一	时 效	166
项目二	期 限	176

单元九 ◆ 具体民事权利简述

项目一	人身权	180
项目二	物 权	195
项目三	债 权	203
项目四	继承权	208
项目五	知识产权	212

单元十 ◆ 民事责任简述

单元十一 ◆ 民事争议的解决途径

情境训练	237
训练方法	237
民事法律关系实训	237
自然人制度实训	238
法人制度实训	240
合伙制度实训	241
民事法律行为实训	241
代理制度实训	243
诉讼时效制度实训	244
人身权实训	244

参考文献	246
------------	-----

后 记	247
-----------	-----

单元一

民法概论

本单元是对民法最为基础性的理论和知识的概括，内容涉及民法的含义、民法的调整对象、民法的体系、民法与其他法律部门的区别、民法的渊源、民法的适用范围等。学习民法，不仅需要理解并掌握具体的知识，更要领会民法精神并融入到自身的行为中去。学习本单元内容应着重理解民法的基本概念，掌握民法是私法这一本质特征。通过比较民法与其他法律部门的不同，从各个方面逐步认识到民法的调整范围和途径。民法规范赖以存在的法律文件和习惯，就是民法的渊源即民法的表现形式。学习民法的体系，融会贯通构成民法的各个部分的具体制度及其联系，可以更加清楚地掌握民法的基本知识和原理。

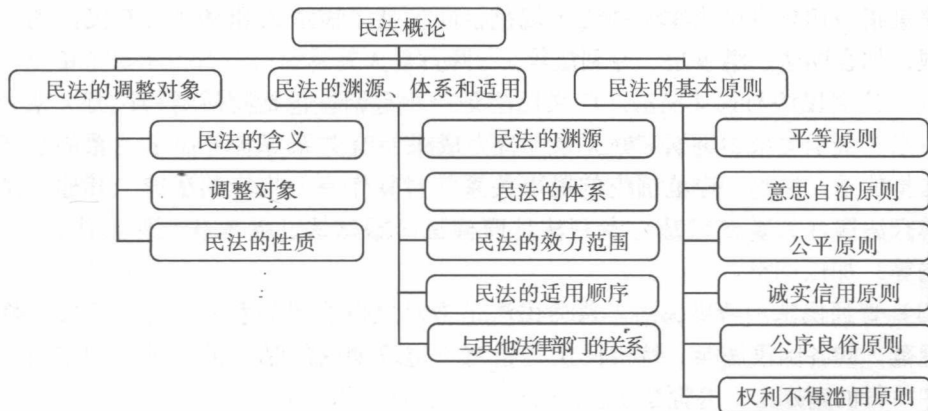
【知识目标】

重点理解并掌握民法的概念、调整对象及其本质特征、体系构成，通晓民法各基本原则的含义和功能，了解民法的渊源、民法与其他部门法的区别。

【能力目标】

通过对相关知识点的记忆和理解，领悟民法的本质与精神，以求在处理具体的民事法律实务时能够运用扎实的民法知识，作出精准的判断。

【内容结构图】



项目一 民法的调整对象

【引例】

张某开办了一间个体商店，办理了个体经营执照，并在税务机关办理了税务登记手续。经税务局核定，张某每月应缴纳 500 元的固定税。但后来因张某的商店经营效益较好，税务局要求张某每月缴税 1 000 元。张某对税务局的决定不同意，于是双方发生纠纷。张某遂诉至法院。

张某与税务局之间因税金定额发生的纠纷是否属于民法调整？

【基本理论】

民法对平等主体之间财产关系的调整，为确保市场经济的有序运行，促进社会经济的发展和人民福祉的增进提供了法律基础；民法对平等主体之间人身关系的调整，为保障个人能够进行独立的、有尊严的社会活动增添了法律力量。

一、民法的含义

“民法”来源于罗马法中的市民法（*jus civile*）。古罗马将其法律分为公法和私法，这一传统被大陆法系各国继承下来。我国法律传统上存在着诸法合体、民刑不分的特点，从法律文化到法律制度上都没有形成和建立独立的民法观念和民法制度体系，直到清朝末年沈家本主持制定《大清民律草案》时，聘请日本学者松冈义正等人起草民法而从日本引进“民法”一词。自此，民法的概念、观念及其整体制度才被引入我国，在主体上继受了大陆法系传统并延续至今。民法是我国法律体系中重要的部门法之一。

民法一词有多种含义，通常可作如下区分：

（1）形式民法和实质民法。形式民法是指以民法命名的立法文件，如法国民法典、意大利民法典、我国的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）等。实质民法是指一切具有民法性质的法律规范，即包括了民法典和其他具有民法内容的法律法规，如合同法、继承法、专利法等。

（2）广义民法与狭义民法。广义民法是指所有调整包括物质资料占有关系、商品交换关系、继承关系、婚姻家庭关系、智力成果专有关系等各种民事关系的法律。狭义民法指的是只调整一定范围内的民事关系并对其作一般规定的法律，其他民事关系则由单行法律（如著作权法、专利法、商标法、婚姻法、继承法、保险法、票据法、公司法等）加以调整。

（3）普通民法和特别民法。普通民法是指对民事法律关系集中作出一般性规定的民法规范，如各国民法典。特别民法是指对一定范围内的私人关系进行调整的民法规范，如单行的婚姻法、合同法等。

《民法通则》是形式民法、普通民法，其中第 2 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。就目前我国的社会、经济和法律制度发展的状况来看，这一法律规定存在一些缺陷，如其中的“公民”概念无法与传统民法含义相衔接且排除了外国人、无国籍人受民事法律规范的



情形；而未将非法人组织列入民事主体范围之内也与我国不断发展的社会经济状况不相符合。1998年《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）颁布，该法第2条将订立合同以设立、变更、终止民事权利义务关系的主体规定为自然人、法人和其他组织，从而弥补了之前仅由《民法通则》相应规定所引述的民法定义的不足，也使得民法定义中对民事主体的表述更趋合理。民法的定义可以表述为：民法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范。

二、民法的调整对象

每一个独立的法律部门，都有自己特定的调整对象，解决特定的社会矛盾，从而与其他法律部门相区别。根据《民法通则》第2条的规定并结合民法原理，我国民法的调整对象可以概括为平等主体的自然人、法人、非法人组织之间的人身关系和财产关系。

（一）民法调整平等主体之间的人身关系

人身是作为人的人格和身份。人格是作为人至少应具备的利益要素，包括生命安全、肖像、隐私等利益要素。身份则是人在家庭或团体等相对稳定的社会关系中所处的地位和拥有的名分。因此，人格关系和身份关系是主体之间以人格利益和身份利益为客体、以人身权利为内容的社会关系。民法调整平等主体之间的人格关系；对于身份关系，民法只调整基于血缘、婚姻、收养而形成的配偶、亲属、监护等亲属法中的社会关系。

民法所调整的平等主体之间的人身关系有如下特点：

1. 主体地位平等

在人格关系中，每个民事主体均享有独立的人格利益，同时应尊重他人的人格利益。在身份关系中，每个民事主体的法律地位也应当是平等的。不过基于某些身份关系的特点，民事主体之间的权利义务有时候会存在不完全平等的情形，如父母对未成年子女享有设定住所的权利等。

2. 与人身不可分离

一般情况下，人身关系与民事主体的人身不可分离，具有专属性。除法律另有规定外，民事主体不可转让、放弃其人身权利。

（二）民法调整平等主体之间的财产关系

财产是指人体以外对人具有经济价值，能够为人支配的事物。在民法上，财产主要分为有形财产和无形财产。有形财产是具有经济价值的物质实体，如土地、房屋、汽车、服装等。无形财产是指没有物质形体但具有经济价值的精神产品或权利，如专利、商号、商业秘密等。

财产关系是指人们之间以财产为客体、以具体的经济利益为内容的社会关系。人们在具体的经济活动中会发生各种具体的经济关系，如财政税收关系、财产买卖关系等，只有如财产买卖等发生于平等主体之间的财产关系才是民法所要调整的财产关系。

民法所调整的财产关系特点如下：

1. 主体地位平等

在民法调整的各种财产法律关系中，主体之间的法律地位都是平等的，不存在隶属关系。在实现自身的利益时均须尊重他人的财产利益，各财产支配者的法律地位都



是平等的，他们之间建立的民事财产法律关系亦平等地受法律保护。

2. 意思表示自由

在调整各种财产法律关系中，民法确定了民事主体表达自身意思的权利，规定任何一方均不能将自身的意志强加于对方。非经法律规定授权，任何机关和组织也不能干预平等主体之间的财产关系。

三、民法的性质

民法的性质是民法区别于其他法律的特性。了解民法的性质，可以更进一步地理解民法的含义和民法调整对象的意义。

（一）民法是私法

早在古罗马时期，就已经产生了公法与私法的划分。根据《学说汇纂》记载，罗马法学家乌尔比安认为公法“有关罗马国家的稳定”，私法“涉及个人的福利”。^①在大陆法系形成后，属于这一法系的国家均将其作为法律的基本划分方法。各国学者就如何确定公法与私法划分的标准，一直未有定论，但可以大致总结为：在平等的私主体之间基于意思自治建立的财产关系和人身关系属于私法关系，以公权力主体的身份基于强制命令建立的法律关系属于公法关系。根据这一划分标准，民法属于私法。

私法关系强调当事人的意思自治，尽可能减少国家的干预；确立主体地位平等，实行当事人意思自治和民事责任的国家救济。只要不涉及国家利益和社会公共利益，国家就不应进行干涉。只有在当事人发生纠纷时，国家才以裁判者的身份行使国家权力，解决纠纷。强调民法属于私法的目的在于认清民法的根本属性。民法旨在调整私人间的利益，以平等为基础，其基本职能在于规定和保护民事权利，以强调对私权的充分保护为基本的价值取向，即使国家参加民事法律关系，也是以平等主体的身份出现的，而不带有公权力的地位。强调民法的私法属性有助于在民事立法和司法实践中将民法的职能重心放在对民事主体私人利益的鼓励和尊重上，放在对民事主体权利的确认和保护上，系统、全面地规定民事权利体系，尽可能详尽、完备地规定民事权利的行使规则和保护机制，规定对民事权利的合理限制和干预程序，排除各个方面特别是公权力对民事权利的不当干预。

（二）民法是权利法

民法是私法，私法以保护私人利益为目的，这就决定了民法必须以权利为本位，是以规定主体权利为主要内容的权利法。民法保护私人利益，主要以授权性规范赋予民事主体民事权利，以民事权利为核心构筑民法制度，如规定民事权利主体、客体，民事权利的产生、变更与消灭，民事权利的行使，民事权利的种类，民事权利的保护等内容，可以说民法是一部民事主体的权利宣言书。民法规定的民事权利是民事主体的基本人权，民法是保障人权实现的具体法律制度。

民法在如下方面体现出权利法的特点：第一，民法的根本任务在于确认和保护民事主体的权利。整个民法体系都是围绕着这一目的进行的，它确认了民事主体可以依法取得的各种民事权利，并建立了完善的权利救济制度。第二，民法是以权利为中心的规范体系。民法通过体系化的方法，建立了金字塔型的权利模式。处于顶端的是民

^① [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京：中国政法大学出版社，1992. 9.

事权利这一总概念。民法总论围绕着这一概念,规定了民事权利的主体,民事权利发生、变更和消灭的根据,法院保护民事权利的期限。民事权利分为人身权、物权、债权、知识产权、亲属权、继承权,这些权利是民法典的分则部分或民事特别法的保护对象。第三,民法以权利为本位。在民事法律关系中,权利与义务往往是相对应的,一方当事人的权利往往就是另一方当事人的义务。不过,在法律思维方法上,民法强调以权利为本位,民事义务的设置是为实现民事权利服务的。因此,只有在当事人一方享有权利的前提下,另一方当事人才有必要承担义务。权利主体可以通过抛弃权利的方式来免除义务主体的义务,而义务主体则不能通过免除自己的义务来消灭权利主体的权利。

民法作为权利法的属性是由民法的私法性质决定的。民法作为私法,调整平等主体之间的民事活动,其立法目的在于通过对私权的维护调动平等主体从事民事活动的积极性,促进社会、经济、文化诸领域的发展。这就决定了民法应以权利为中心建立其规范体系,在规范形式上多采用授权性规范与任意性规范。

【思考与练习】

1. 从实际生活出发,举例说明民法所调整的社会关系。
2. 为什么说民法的本质属性是私法?试举例说明。
3. 民法是权利法这一属性在社会生活中是怎样体现出来的?

项目二 民法的渊源、体系和适用

【引例】

吴某委托某装修公司装修其新房作为自己的婚房,并将新房钥匙交予该公司保管。竣工前,吴某到新房查验工程进度时,却发现该装修公司的一名员工在其新房内上吊自杀了。吴某遂起诉至法院,要求该装修公司购买其装修的新房并承担违约责任和赔偿精神损失。吴某诉称依据民间传统习俗,死过人的新房不宜作为婚房使用,故要求该装修公司承担相应的法律责任。该装修公司辩称吴某所谓的理由没有法律依据,只是一种封建迷信,自己没有过错也不是侵权行为人,故不应承担责任。

吴某的主张能够得到支持吗?本案适用民法的哪一种渊源?

【基本理论】

一、民法的渊源

(一) 民法渊源的涵义

民法渊源是指民事法律规范的表现形式,在这种意义上理解的民法渊源主要是指国家机关在其权力范围内制定的各种具有法律效力的规范性文件。民法渊源的重要实践意义在于,它是法院或仲裁机构裁判案件的法律依据。由于对民法的渊源有不同的态度,因此不同的国家或不同的时代,对民法渊源的认识也会有较大的差异。大陆法系国家的民法渊源主要包括制定法、习惯法以及法理等;英美法系国家其民法渊源传



统上主要是判例法；而有的国家比如瑞士的民法渊源则是多元的，除了制定法以外，还包括习惯法、学说和先例。

（二）我国民法的渊源

关于我国民法的渊源究竟包括哪些种类，民法学界并未达成一致。笔者认为，我国民法的渊源一是制定法，主要包括宪法、民事基本法、民事单行法、其他法律、国务院制定的行政法规以及地方性法规、自治条例和单行条例；二是对制定法的有权解释；三是习惯法；四是国际条约与国际惯例。

1. 制定法

制定法是指具有立法权的国家机关制定的法律。在我国，作为民法渊源的制定法包括：

（1）宪法。宪法是我国的根本大法，是由全国人民代表大会制定的规定国家根本政治制度和根本经济制度等最重要、最根本问题的法律，宪法中与民法有关的内容成为民法的渊源。

（2）民事基本法。我国目前还没有民法典，《民法通则》是我国的民事基本法，也是我国目前最重要的民法渊源。

（3）民事单行法。许多民事法律制度都是通过民事单行法加以规定或具体化的，如《合同法》、《公司法》等。

（4）其他法律。全国人民代表大会及其常务委员会制定的其他法律中也多有涉及民法的内容，如《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《产品质量法》等。

（5）国务院制定的行政法规。在国务院制定的行政法规中，有许多涉及民事法律规范，如《中华人民共和国商标法实施条例》、《中华人民共和国公司登记管理条例》等，它们同样是我国民法的渊源。

（6）地方性法规、自治条例和单行条例。地方性法规的效力低于法律和行政法规，在相应的行政区域内有效，如《广东省专利条例》、《上海市房地产登记条例》等。自治条例和单行条例在不违背法律或者行政法规基本原则的前提下，可以对法律和行政法规的规定作出变通规定，在相应的民族自治区域产生效力，如《新疆维吾尔自治区合同格式条款监督条例》、《黔西南布依族苗族自治州农作物种子管理条例》等。地方性法规中的民事法律规范，以及自治条例和单行条例中的民事法律规范也是我国民法的渊源。

2. 对制定法的有权解释

对制定法的有权解释是指有解释权的国家机关对民事法律规范所作的解释，目的在于阐释民法规范的构成要件与法律效果，以便正确适用。在我国，对制定法的有权解释包括立法解释和司法解释，前者由制定相关法律规范的国家机关行使，后者由最高人民法院行使。

民事基本法、民事单行法和其他法律的立法解释由全国人民代表大会常务委员会负责；行政法规的立法解释由国务院负责；地方性法规、自治条例和单行条例的立法解释均由相应的立法机关负责；有关民事案件的司法解释由最高人民法院作出。

* 司法解释的主体

全国人民代表大会常务委员会于1981年6月作出的《关于加强法律解释工作的决