

21世纪法学研究生参考书系列

民法总则原理

许中缘 屈茂辉◎著

中国人民大学出版社

许中缘 屈茂辉◎著

民法总则原理

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则原理/许中缘, 屈茂辉著. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 10
(21 世纪法学研究生参考书系列)
ISBN 978-7-300-16533-2

I. ①民… II. ①许… ②屈… III. ①民法-总则-法的理论-中国-研究生-教学参考资料 IV. ①D923. 11

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 239901 号

21 世纪法学研究生参考书系列

民法总则原理

许中缘 屈茂辉 著

Minfa Zongze Yuanli

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2012 年 10 月第 1 版

印 张 34 插页 4

印 次 2012 年 10 月第 1 次印刷

字 数 551 000

定 价 78.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

许中缘，湖南武冈人，中国人民大学法学博士，吉林大学法学硕士、学士。湖南大学法学院副教授，硕士生导师。兼任中国法学会比较法研究会理事、湖南省法学会法学教育研究会秘书长。曾在巴黎第十大学留学访问一年。

主攻民法哲学、民法总论、合同法、物权法、侵权责任法。著有《体系化的民法与法学方法》、《民法强行性规范研究》专著2部。在《法律科学》、《环球法律评论》、《法学》、《法制与社会发展》、《月旦民商法杂志》、《光明日报（理论版）》等刊物发表论文40余篇，近20篇被《中国社会科学文摘》、《教育部高等学校文科学报文摘》、中国人民大学报刊复印资料《民商法学》、《经济法学 劳动法学》、《宪法学 行政法学》全文转载、摘编。主持国家社科基金“民商合一视角下民事权利体系的立法设计研究”、教育部后期资助重点项目“民法法典化的哲学”等项目。

屈茂辉，湖南新宁人，中国人民大学法学博士，中国社会科学院法学研究所博士后，湖南大学法学院教授、博士生导师。现为中国法学会理事、中国民法学研究会常务理事、湖南省法学会副会长、湖南省法学会民商法研究会会长，教育部法学教学指导委员会委员。入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”、“湖南省新世纪121人才工程”等人才工程。

主攻民法学和数理—计量法学，尤其在物权法、国有财产法、专家民事责任、合同法等领域有深入研究并取得了系列成果，出版学术著作11部，在《法学研究》、《中国法学》、《人民日报》、《光明日报（理论版）》等报刊上公开发表学术论文110多篇，获得省部级奖励6项。

自序

民法总则，在学理上也可称为民法总论。无论是采用潘德克吞体系的德国，还是采用法学阶梯体系的法国，民法总则均是大学法学课程体系中重要的基础性课程。正是因为这门课程的基础性，民法总则教材自然就成为所有法学教材中亮点突出、接受面广、发行量大的一类。在我国，民法总则几乎是所有法学本科生、专科生、硕士研究生乃至博士研究生的基础性课程，其重要性自不待言。

顾名思义，民法总则原理是民法典总则学理上的阐述。民法总则汇集了民法共同适用的原理与原则，提供了民法的体系与基本概念，历来以基础性、哲理性为特色。所以，世界许多著名的学者如拉伦茨在民法总则教材中总要阐释总则在私法中的基础性地位。正是由于民法总则的这种特点，我们必须清醒地认识到，对民法总则的学习绝不是简单的知识性学习。学生在课程的学习中或者老师在课堂的讲授中，仅仅满足于民法总则的知识如主体制度、行为制度、代理制度与责任制度等等是远远不够的。民法总则需要给学生提供更多方面的理论素养与理论储备。正如王泽鉴先生所指出的那样，民法总则的学习需要使学生认识到私法的价值理念与原理原则，需要把握民法上的概念形成与体系构造，了解私法上的基本规范模式，及增益法律思维能力。^①因此，在这本民法总则中，我们试图实现以下目标：

第一，对民法总则所面临的基础性理论进行系统思考，为学生对所有法学课程的学习提供理论素养。无论是从民法总则的内容上还是从实际效果上而言，民法总则并非民法典的总则。民法总则中的主体论、规

① 参见王泽鉴：《民法总则》，自序，北京，中国政法大学出版社，2001。

范论、行为论、体系论、解释论是民法乃至整个法学的学习所需要的基本理论。实践也证明，民法总则理论掌握不好，势必影响之后所有法学学科的学习，甚至会影响学生在以后法律职业中的法学素养水平。

第二，对民法学所需要的基础理论进行系统思考，为学生对整个民法学各分支的学习提供理论基础。民法总则是民法学所有分支的总论部分。民法总则的相关制度与规则，成为民法学各分支的基础。这一点尤其以民法总则中的法律行为制度为典型，民法学各分支的所有相关制度，都应该遵循法律行为制度的一般规则，在民法学各分支的相关规则涵盖不到的地方，民法总则中的法律行为一般规则可以直接适用。

第三，在体现民法基础理论的同时，在力所能及的范围内，培养学生的民法思维。古云“授人鱼，不如授人以渔”。“鱼”重要，“渔”同样重要，二者相比较，后者更为重要。在我国现阶段的民法总则的教学中，一些教师、少数法学院系过于强调理论知识的传授，忽视了方法的传授与启迪，特别是缺乏对学生民法思维的培养。为了达到对学生民法思维培养的目的，一方面，本书在力所能及的范围内，培养学生面向司法的思考，提供给学生民法方法论所需要的知识；另一方面，本书力图实行立法论与解释论的紧密结合，为学生相关知识的储备提供相关的理论知识，为他们在之后的法律适用中进行知识储备。本教材对民法规范的分析，对法律行为理论适用的探讨，对民法思维的阐述，都是试图从解释论的立场尽可能提供民法思维素养。

基于以上目标，我们在内容上试图克服纯知识性的阐述，在研究方法上，尽量针对中国实践问题的提供相关解决方案，尽量减少比较法视野对相关问题的探讨——尽管在现阶段比较法上的思考对于我国民法学理论的丰富是非常重要的，学生对此知识的储备是不可或缺的。

人们常言，民法理论博大精深，民法总则尤其如此。社会的发展变化，使得民法总则的相关理论不断得以更新与发展。对这样一座理论宝库进行阐述，笔者的确诚惶诚恐。虽然我们竭力而为，但囿于时间与学识，定然存在有不足乃至不正确之处，尚请广大读者予以批评指正。

许中缘 屈茂辉

2011年7月11日

目 录

绪论 学习民法的方法	/ 1
第一章 民法理念论	/ 27
第二章 民法部门论	/ 52
第三章 民法体系论	/ 84
第四章 民法规范论	/ 116
第五章 民法渊源论	/ 160
第六章 民法原则论	/ 169
第七章 民事主体论	/ 190
第八章 民事法律关系论	/ 282
第九章 法律行为论	/ 309
第十章 代理行为论	/ 416
第十一章 民事责任论	/ 461
第十二章 民法时效论	/ 476
第十三章 民法适用论	/ 497
后记	/ 529

目 录

绪论 学习民法的方法	/ 1
一、法学研究生的定位	/ 1
二、民法思维的培养	/ 5
三、民法概念的掌握	/ 18
四、民法学习的具体方法	/ 24
第一章 民法理念论	/ 27
第一节 民法概述	/ 27
一、民法的概念	/ 27
二、民法的本质	/ 30
三、民法的功能	/ 37
第二节 民法的理念	/ 38
一、私权神圣	/ 38
二、私法自治	/ 42
第二章 民法部门论	/ 52
第一节 民法与商法的关系	/ 52
第二节 民法和经济法的关系	/ 54
第三节 民法和劳动法的关系	/ 56
第四节 民法和社会保障法的关系	/ 61
第五节 民法和刑法的关系	/ 62
第六节 民法和行政法的关系	/ 63
第七节 民法和宪法的关系	/ 66
一、宪法对民法的规范效力	/ 66
二、民法对宪法的规范效力	/ 77
三、宪法与民法互为规范效力	/ 81

第三章 民法体系论 /84

第一节 民法体系概述 /84

- 一、民法体系的概念与功能 /84
- 二、民法体系的类型 /86
- 三、民法典体系的开放性 /92

第二节 我国未来民法典的体系 /96

- 一、人格权法应该独立成编 /96
- 二、侵权责任法应该独立成编 /101
- 三、债法总则的存废 /101

第三节 民法总则的地位与体系 /107

- 一、民法总则概述 /107
- 二、民法总则功能分析 /109
- 三、我国民法总则的体系构建 /113

第四章 民法规范论 /116

第一节 民法规范概论 /116

- 一、研究民法规范的意义 /116
- 二、研究民法规范所需要解决的问题 /118

第二节 行为规范与裁判规范 /120

- 一、裁判规范与民法规范的关系 /121
- 二、行为规范与裁判规范的关系 /123
- 三、裁判规范与行为规范的关系 /124
- 四、裁判规范的判断及适用 /126

第三节 强行性规范、任意性规范、许可性规范与宣示性规范 /130

- 一、现有理论对民法规范类型的区分 /130
- 二、民法规范的具体类型 /133
- 三、“应当”一词的规范分析 /158

第五章 民法渊源论 /160

第一节 民法渊源概述 /160

- 一、民法渊源的概念 /160
- 二、民法渊源的形式 /160

第二节 民法渊源的内容 /161

- 一、制定法 /161
- 二、民事习惯 /164
- 三、法理 /165

第六章 民法原则论 / 169

第一节 民法基本原则的要素 / 169

一、民法基本原则的概念辨析 / 169

二、民法基本原则的特征 / 172

第二节 民法基本原则的功能 / 174

一、指导和约束功能 / 174

二、协调功能 / 175

三、衡平功能 / 175

四、弥补功能 / 175

五、为法官自由裁量权的运用提供合法基础的功能 / 176

第三节 我国民法的基本原则 / 176

一、平等原则 / 176

二、诚实信用原则 / 177

三、权利不得滥用原则 / 178

四、公序良俗原则 / 180

五、民事权益受法律保护原则 / 183

第七章 民事主体论 / 190

第一节 民事主体构建的哲学基础 / 190

一、民事主体构建的经济人与道德人 / 190

二、民事主体构建的抽象人与具体人 / 194

三、民事主体哲学基础的司法适用 / 196

第二节 民事主体之一：自然人 / 200

一、自然人的概念和特征 / 200

二、自然人的民事权利能力 / 202

三、自然人的民事行为能力 / 205

四、自然人的民事责任能力 / 208

五、监护 / 209

六、宣告失踪和宣告死亡 / 215

七、自然人的住所 / 219

第三节 民事主体之二：法人 / 221

一、法人的概念与特征 / 221

二、法人的本质 / 223

三、法人的法律要件 / 225

四、法人的分类 / 227

- 五、法人的民事权利能力 /232
- 六、法人的民事行为能力 /237
- 七、法人的民事责任能力 /238
- 八、法人人格否认 /239
- 九、法人的成立、变更和消灭 /239
- 十、法人的机关 /246
- 十一、联营 /251
- 十二、合作社法人 /253
- 第四节 民事主体之三：非法人组织 /268
 - 一、非法人组织的概念和特征 /268
 - 二、非法人组织的法律地位 /269
 - 三、非法人组织的种类 /270
- 第八章 民事法律关系论 /282
 - 第一节 民事法律关系的概述 /282
 - 一、民事法律关系的概念 /282
 - 二、民事法律关系的特征 /284
 - 三、民事法律关系的分类 /285
 - 第二节 民事法律关系的构成要素 /286
 - 一、民事法律关系的主体 /286
 - 二、民事法律关系的客体 /287
 - 三、民事法律关系的内容 /293
 - 第三节 民事法律事实 /307
 - 一、民事法律事实的含义 /307
 - 二、民事法律事实的种类 /307
 - 三、民事法律事实构成 /308
- 第九章 法律行为论 /309
 - 第一节 法律行为的概述 /309
 - 一、法律行为的起源与特性 /309
 - 二、法律行为的功能 /312
 - 三、法律行为与相关概念的比较 /318
 - 第二节 法律行为的分类 /324
 - 一、单方行为、双方行为与多方行为 /324
 - 二、财产行为与身份行为 /325
 - 三、有偿行为与无偿行为 /325

- 四、诺成性行为与实践性行为 /326
- 五、要式行为与不要式行为 /327
- 六、处分行为与负担行为 /328
- 七、有因行为与无因行为 /329
- 八、主法律行为与从法律行为 /329
- 九、独立的法律行为与辅助的法律行为 /330
- 十、生前行为与死因行为 /330
- 十一、有效的法律行为与效力瑕疵法律行为 /331
- 第三节 意思表示 /332
 - 一、意思表示的概念和特征 /332
 - 二、意思表示的构成 /332
 - 三、意思表示的分类 /333
 - 四、意思表示的形式 /335
 - 五、意思表示的效力 /336
 - 六、意思与表示不一致 /337
 - 七、意思表示不自由 /340
- 第四节 法律行为的成立与生效 /342
 - 一、法律行为的成立 /342
 - 二、法律行为的生效 /351
- 第五节 无效法律行为 /357
 - 一、无效法律行为的概念 /357
 - 二、无效法律行为的类型 /357
 - 三、无效法律行为的效果 /359
 - 四、法律行为部分无效的处理 /360
- 第六节 可变更、可撤销的法律行为 /361
 - 一、可变更、可撤销法律行为的概念 /361
 - 二、可撤销法律行为的类型 /361
 - 三、可撤销法律行为的行使 /363
- 第七节 效力未定法律行为 /365
 - 一、效力未定法律行为的概念 /365
 - 二、效力未定法律行为的类型 /365
 - 三、效力未定法律行为的行使 /366
- 第八节 未生效法律行为 /367
 - 一、未生效法律行为的内涵 /367

- 二、未生效法律行为的效力 /369
- 三、未生效法律行为与其他法律行为类型的比较 /371
- 四、违反未生效法律行为义务的责任 /373
- 五、未生效法律行为的类型 /376

第九节 违反公法规定的法律行为 /381

- 一、公法如何影响法律行为的效力 /382
- 二、违反公法规定的法律行为效力的判断标准 /386
- 三、《合同法》第52条第5项作为效力判断规范的检讨 /391
- 四、结语 /394

第十节 法律行为的解释 /395

- 一、法律行为解释的界定 /395
- 二、法律行为解释与意思表示解释的区别与联系 /397
- 三、法律行为解释与法律解释的区别及联系 /398
- 四、法律行为解释的模式 /399
- 五、法官在法律行为解释中的地位 /405
- 六、法律行为解释的基本规则 /406
- 七、类型化法律行为的解释方法 /413

第十章 代理行为论 /416

第一节 代理的概念 /416

- 一、代理的含义 /416
- 二、代理与相关概念的区别 /418
- 三、代理的功能 /422

第二节 代理的分类与代理的适用 /422

- 一、代理的分类 /422
- 二、代理的适用 /428

第三节 委托合同与授权行为 /430

- 一、委托合同与授权行为的概念 /430
- 二、委托合同与授权行为的关系 /432
- 三、委托合同与授权行为关系的再认识 /434
- 四、对《民法通则》第65条第3款的争议 /436

第四节 无权代理 /438

- 一、无权代理的概念与特征 /438
- 二、无权代理的法律后果 /439

第五节 表见代理与表见代表 /440

一、表见代理	/440
二、表见代表	/448
第六节 代理权的行使	/455
一、代理权的性质	/455
二、代理权的产生	/456
三、代理权的行使原则	/457
四、代理权的消灭	/458
第十一章 民事责任论	/461
第一节 民事责任的概念和特征	/461
一、民事责任的概念	/461
二、民事责任的特征	/462
第二节 民事责任的分类	/464
一、合同责任与非合同责任	/464
二、财产责任与非财产责任	/465
三、单方责任与混合责任	/466
四、单独责任与共同责任	/466
五、无限责任与有限责任	/467
第三节 民事责任的一般条款	/467
一、民事责任一般条款的概念	/467
二、我国民事责任一般条款的内容	/468
第四节 民事责任的形式	/470
第五节 民事责任的竞合	/472
一、民事责任竞合的概念与特征	/472
二、责任竞合与规范竞合、请求权竞合	/473
三、民事责任竞合的具体形态	/473
四、责任竞合的处理	/474
第十二章 民法时效论	/476
第一节 时效的概念和种类	/476
一、时效的概念	/476
二、时效制度的功能	/476
三、时效的种类及立法例	/477
第二节 消灭时效的客体和效力	/479
一、消灭时效的客体	/480
二、消灭时效的效力	/485

第三节 消灭时效的期间 /490

一、消灭时效的起算点 /491

二、消灭时效的中断 /492

三、消灭时效的延长 /494

四、消灭时效的适用 /494

第十三章 民法适用论 /497

第一节 民法适用的三段论 /497

第二节 民法的适用规则 /504

一、民法适用的含义及范围 /504

二、民法适用的具体规则 /507

第三节 民法解释 /509

一、民法解释的必要性 /509

二、民法解释的特征 /511

三、民法解释的目标 /512

四、民法解释的种类 /513

五、民法解释的方法 /514

六、民法解释的顺序 /521

第四节 民法的漏洞填补 /522

一、目的性扩张解释的方法 /522

二、目的性限缩解释的方法 /523

三、反对解释的方法 /524

四、类推适用的方法 /524

五、利益衡量的方法 /525

后记 /529

学习民法的方法

一、法学研究生的定位

法学作为一门学科，属于社会科学的范畴，其应该具有科学所具有的特征与价值。如果“科学对我们的问题、对于我们来说唯一重要的问题，即：‘我们将要做什么和我们将怎样生活’，没有提供任何答案”，那么它就是“无意义的”^①。而民法学就是生活的百科全书，给我们提供生活的基本规则，以避免与解决日常生活中所遇到的纠纷。这就是民法学所存在的价值。因此，民法学与医学在价值方面具有某种共通性，医学的发展，使得医务人员的技术提高，帮助病人摆脱痛苦。但民法学与属于自然科学的医学在作为学科科学性问题上，民法学似乎更不如医学科学。医学针对的人是客观实在，人的机体与机理具有一定程度的固定性。随着科学技术的发展，医学所面临的问题可以通过技术的检测避免判断的失误，可以说，科学技术水平的提高将带动整个医学解决问题的能力。但民法学所调整的民事关系一直在变化发展中，并不能依靠技术设备解决其所面临的问题。而且，民法学不能享受科学技术的发展所带来的进步，反而需要面对科学技术发展所带来问题的复杂性与新颖性的挑战。故而，在作为培养人、造就人的教学方式上，我们就不能仅仅用医学的教学方法来指导法学教学（包括民法学教学）。尽管我们可以借鉴，但坚决不能模仿。这就决定了，输进去的是案例，打印出来的是判决，那种将民法作为一门科学的寄语只能永远是期待。

根据我国现行招生政策，法学院招收的研究生具有法学硕士与法律

① [德] 马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，杨富斌译，18页，北京，华夏出版社，1999。

硕士的区分。我们试图将法律硕士作为“高层次的复合型、实务型法律人才”^①进行培养，国务院学位办转发的《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》就指出，法律硕士的培养，需要掌握法学基本原理，具备从事法律职业所要求的法律知识、法律术语、法律思维、法律方法和职业技术，能综合运用法律和其他专业知识，具有独立从事法律职业实务工作的能力，达到有关部门相应的任职要求。^②而将法学硕士作为科学学位学术型的专业人才进行培养。根据该种培养定位，我们可以看出，相关机构在培养人才方面，试图对理论与实践进行有效区分，从而实现现代化人才专业化的需要。

我们并不否认制定这一政策的初衷，但不可忽视的是，就民法理论的学习而言，它是掌握与学习民法的基本工具。另外，我们不能忽视这样一个背景：我国属于大陆法系国家，与普通法系不同的是，大陆法系是法典法。法典法本身是抽象概念、原则、规则高度集中的产物，体系的逻辑性与严密性是大陆法系法典法的一个基本特征。基于“牵一发而动全身”的考虑，如果没有扎实、系统的理论素养，很难在实践中对案件作出科学的解答。而且，法律条文的制定是有限的，而社会生活却在不断变化与发展，其内容非常丰富与复杂，不是所有的民事生活均能够在民法典中找到相应的规定。即使在静态的社会关系中，立法者也不可能制定能够预料一切将要发生的案件事实的法律规范。何况社会关系处于不断流动与变化之中，立法者对这种流动的、弹性的社会关系的把握显得更加困难。而普通法系的法律知识是由法官表达的，法官能够灵活根据自己的经验，结合同类案件的先前判例，对案件作出判决。一句话，在普通法系国家，法官适用法律是因事而异、因时而异、因人而异。大陆法系国家的法官则不同，大陆法系的法官审理案件时，只能是根据既有的法律规则，而对法律规则的深入理解，就是民法理论的运用。换言之，法官的司法是不因时而异、不因事而异、不因人而异，这就决定了对法律的学习其实质是对法学理论的学习，单纯地掌握案例是很难对民法的全部进行深入理解的。而且，非常散乱地理解法律，就可能有片面理解的危险。基于此，我们可以说，法律硕士培

① 国务院学位委员会关于转发《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》及其修订说明和《法律硕士专业学位论文规范》的通知附件二，国务院学位办，第39号文件，2006。

② 参见国务院学位委员会关于转发《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》及其修订说明和《法律硕士专业学位论文规范》的通知附件二，国务院学位办，第39号文件，2006。