

民法总则

傅静坤◎编著

MINFA ZONGZE

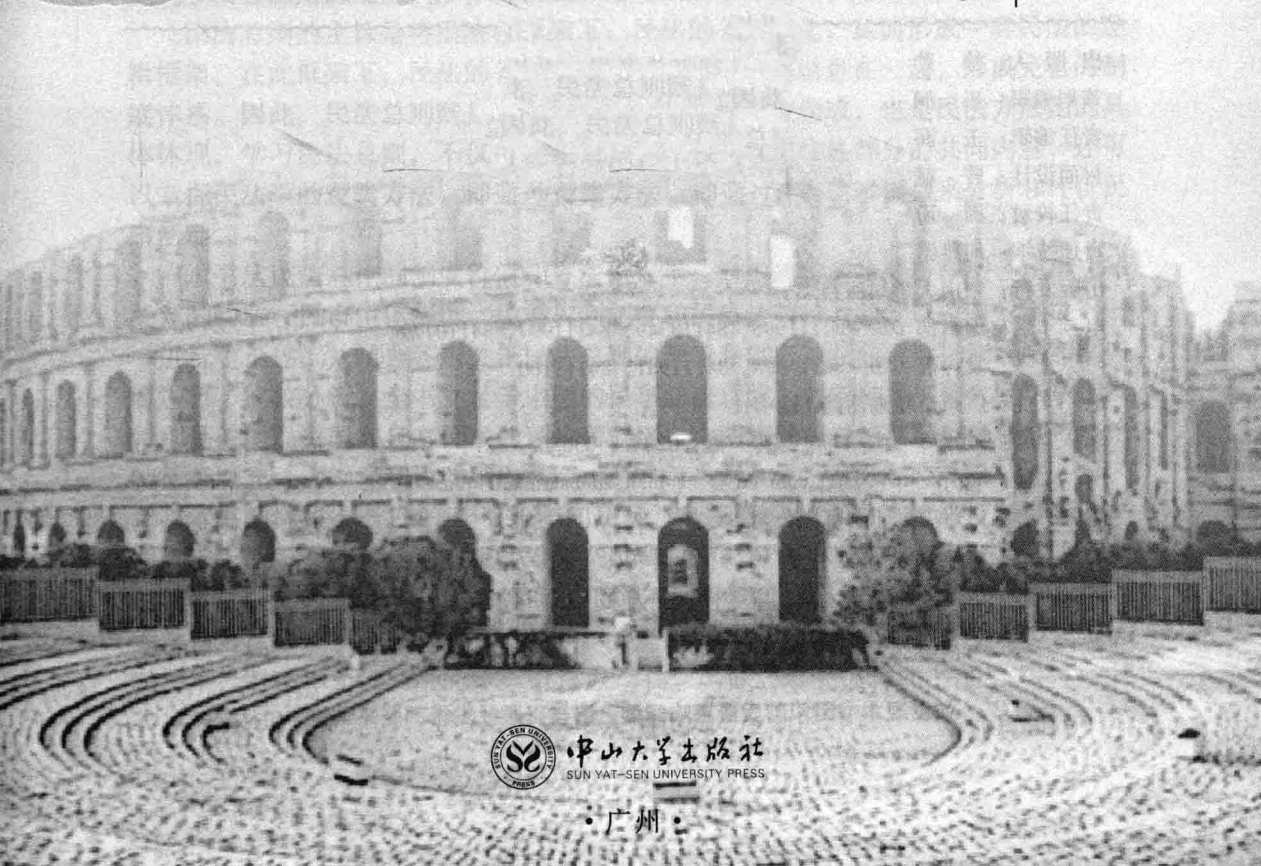


中山大学出版社
SUN YAT-SEN UNIVERSITY PRESS

民法总则

傅静坤◎编著

MINFA ZONGZE



中山大学出版社
SUN YAT-SEN UNIVERSITY PRESS

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则/傅静坤编著. —广州: 中山大学出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 306 - 04852 - 3

I. ①民… II. ①傅… III. ①民法—总则—中国—教材 IV. ①D923. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 051476 号

出 版 人: 徐 劲

策划编辑: 王 润

责任编辑: 王 润

封面设计: 曾 斌

责任校对: 周 玢

责任技编: 何雅涛

出版发行: 中山大学出版社

电 话: 编辑部 020 - 84111996, 84113349, 84111997, 84110779

发行部 020 - 84111998, 84111981, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传 真: 020 - 84036565

网 址: <http://www.zsup.com.cn> E-mail: zdcbs@mail.sysu.edu.cn

印 刷 者: 广州中大印刷有限公司

规 格: 787mm × 960mm 1/16 21.5 印张 457 千字

版次印次: 2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月第 1 次印刷

印 数: 1 ~ 3000 册 定 价: 48.00 元

如发现本书因印装质量影响阅读, 请与出版社发行部联系调换

序 言

民法是发源于罗马市民法的重要法律部门，在社会生活和历史发展过程中起着十分巨大的作用。我国于1986年颁布了《民法通则》，确立了中国民法的基本框架和内容，此后又陆续颁布实施了《合同法》、《物权法》和《侵权责任法》等重要的民事法律，使民法的制度内容逐步完善，形成了一个有内在联系的法律体系。

在民法的各个制度部门中，民法总则是提纲挈领的部分。所谓“民法总则”，取名自1896年颁布的《德国民法典》的“总则（Allgemeiner Teil）编”，其内容包括作为民事主体的“人”、作为民事客体的“物和动物”、作为法律事实和权利实现方式的“法律行为”，以及时效制度，等等。民法总则制度的形成标志着自罗马法以降至1804年《法国民法典》上关于“人法”和“物法”的二分法传统已经被打破，现代民法体系正式形成。

我国自1902年始议民法立法，当时的清王朝延聘了日本民法学者协助，完成了《大清民律草案》，从而奠定了大陆法系民法在我国的传统。1929年，《中华民国民法》制定并于1931年实施，该法进一步沿用了德国民法的体例，使民法总则成为民法制度的重要组成部分。目前，我国民法的内容虽然分散在不同的法律中，但关于民法总则的规定大多体现在《民法通则》之中。

民法总则的主旨是将民法各个部分的共同内容抽象化，从而形成一套民法的逻辑框架，在此框架下，民法的各个制度部门可以有机地结合在一起，形成完善的制度体系。因此，民法总则既是一种内容高度综合的制度构成，也是民法方法论的具体体现。学习民法总则，不仅可以从总的方面来把握民法各部分的共同内容，还可以掌握民法学的逻辑方法，即通过法律关系和法律行为的逻辑模型来分析和评价民事活动。

本书从民法总论的制度价值和方法论入手，对民法的理论分析模型、民事法律关系的构成、民事主体制度、民事权利制度和民事法律行为制度以及时效制度等一一进行了论述，并结合各国关于民法总论的理论和制度对我国现行民法总则制度内容进行了比较分析。全书立足于中国的民事立法现状，放眼世界主要大陆法系国家特别是德国、法国和日本民法的理论和制度，力图将民法总论的制度内容和方法论特征予以充分的阐释和说明。

本书的撰写始于2007年，十年间历经了我国部分民事法律的修订和自身的一些认识上的重大变化，深感民法之复杂广博，而与社会生活既有联系又具独立价值的精妙之处无时无处不在，非经潜心思考不能有所得。回想本人自1984年入北京大学初习法律，至今已过去了30年。在这30年中，我国的法律制度逐步发展完善，本人对法律尤其民法的体会也得以增长。为此，本人谨将此书献给1984年到2014年这30年的岁月，作为一个结束，也作为一个新的开始。

目 录

第一章 民法学导论	1
第一节 民法方法论导论	1
第二节 民法的法源	11
第三节 民法解释学导论	17
第四节 民法的基本原则	28
第二章 民事法律关系	46
第一节 民事法律关系概说	46
第二节 民事权利	60
第三节 民事义务	74
第四节 民事责任	78
第三章 民事主体制度之一：自然人	84
第一节 民事主体制度概说	84
第二节 自然人的权利能力	93
第三节 自然人的民事行为能力	97
第四节 监护制度	102
第五节 宣告失踪和宣告死亡制度	107
第六节 自然人的户籍与住所	111
第七节 自然人的人身权	112
第四章 民事主体制度之二：法人	156
第一节 法人制度概说	156
第二节 法人的能力	167
第三节 法人机关	171
第四节 法人的成立	174
第五节 法人的变更和终止	179
第六节 法人的登记	182
第七节 公司法人人格否认法理	184



第五章 民事主体制度之三：非法人组织	186
第一节 非法人组织制度概说.....	186
第二节 合伙.....	189
第三节 其他非法人组织.....	206
第六章 民事法律行为制度之一：概论	214
第一节 民事法律行为的意义.....	214
第二节 民事法律行为构成.....	221
第三节 民事法律行为的类型.....	236
第七章 民事法律行为制度之二：效力制度	250
第一节 民事法律行为的效力体系.....	250
第二节 意思表示.....	262
第三节 附条件和附期限的民事法律行为.....	274
第八章 民事法律行为的代理	279
第一节 代理制度导言.....	279
第二节 代理的类型.....	280
第三节 代理与其他类似制度的区别.....	285
第四节 复代理、自我代理和双方代理.....	287
第五节 有权代理.....	290
第六节 无权代理.....	301
第九章 时效制度	308
第一节 时效制度概说.....	308
第二节 消灭时效制度概说.....	313
第三节 我国的诉讼时效制度.....	323
参考文献	332
后记	335

第一章 民法学导论

民法是调整人与人之间的社会关系的基本法，主要涉及人与人之间的财产关系和人身关系。民法在罗马法时期被称为“市民法”，是罗马城邦国家公民之间的法律。民法的现代化是在法国大革命以后完成的，其代表性的成果即1804年的《法国民法典》。在该法典的影响下，大陆法系各国（地区）都陆续有了自己的民法典或其他形式的成文民法，如《德国民法典》、《日本民法典》等。我国最早的民法草案是1911年完成的《大清民律草案》，最早的民法是1929—1931年间陆续颁布、实施的《中华民国民法》。中华人民共和国成立后，我国民法经历了一个停滞的阶段，改革开放后开始恢复，并于1986年颁布了第一部民事法律——《中华人民共和国民法通则》，翌年实施。

民法是市场经济的基本法。在计划经济的条件下，社会经济活动统一根据国家计划进行，物质产品也必须统一分配，制定民法的必要性不大。改革开放使我国逐渐建立起了市场经济环境，国家指令性计划取消，引导经济活动的基本规则就是民法。而民法之所以能指导市场经济活动，是因为民法保护所有权和契约自由，这两项内容是市场经济活动得以进行的必要法律保障。此外，民法详细规定了经济活动的各项规则，包括如何占有、使用和支配私有财产，如何订立和履行合同，以及在市场经济条件下人身关系如何调整的问题。应当说，没有民法，就没有市场经济。

广义的民法包括总则、物权法、债权法、婚姻家庭法和知识产权法等若干部分，但狭义的民法仅指前三者。民法总则是所有民法部门的共同规则的体现，其规范涉及民事主体、民事法律关系和法律行为等。学习民法总则不只是学习规范民法，还要学习民法的方法论。只有掌握了正确的方法，才能熟悉尽可能多的民法内容并加以应用。

第一节 民法方法论导论

一、法律逻辑学导论

美国大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr. 1841—1935）曾经说过：“法

的生命不是逻辑，而是经验。”^① 这一论断作为与 17 世纪英国法学家库克（Edward Coke, 1522—1634）的名言——“理性是法律的生命”^② 相反的全新论断而被现代各国法学研究者和法律从业人士广为传诵。该论断一反此前法律作为人类理性的集中表现的一般认识，强调法律作为社会科学必须与社会经验相结合。也正是在这一论断的影响下，最终催生了一系列的边缘性法律学科，如法社会学、法经济学等等。但是，事实上霍姆斯还讲了下面的话：“一国的法律是经由多个世纪形成的，而不应被理解为只是由公理和推论组成的数学课本。”^③ 可见，霍姆斯并非简单地反对理性，而是反对数学理性，即数理逻辑，他要求人们注意历史经验在一国法律发展过程中的作用，其中包括各种偶然性。同样的，库克所说的理性法也并非是指数学理性，而是就人类的普遍理性而言的。基于理性法的观念，法律必须体现人的意志，因而很难想象非理性的人会制定并适用法律。综合以上的分析，可知法律既是历史发展或人类经验积累的结果，也是人类理性的直接体现，是一种复杂的精神产物。法律是需要逻辑的，但这种逻辑不是数理逻辑，而是有着独特方法的法律逻辑。

逻辑学发源于古希腊，也译为“逻各斯”（logos），该词的本义是“言语，思想，思想内容”，^④ 亚里士多德（Aristotle，前 384—前 322）是逻辑学的奠基人。但是亚里士多德的逻辑学是形式逻辑，^⑤ 即以符号化的方式进行推理，包括归纳推理、溯因推理和演绎推理三种。形式逻辑是数学的逻辑基础，每一位数学家都可以说是逻辑学家。但形式逻辑不能用以进行法律分析。法律逻辑也注重推理，但并不只注重形式，不能符号化，而是注重内容的正确性，因而法律推理是非形式推理。

非形式逻辑注重价值分析。法律逻辑就是建立在非形式逻辑基础上的，采用的是实质推理的方法，其结论建立在正确的价值判断基础上，以更好地避免谬误。

关于形式逻辑与非形式逻辑的区别，请看以下两个推理：

A. 因为 $1 + 1 = 2$ ，所以 $2 + 2 = 4$ 。

B. 因为甲侮辱了乙，侵害了乙的人格尊严，所以甲应当进行赔礼道歉。

这两个判断有什么不同呢？A 是一个数理逻辑的例子，运用了基本的形式逻辑推理方法，即由于一加一等于二，所以二加二必然等于四。依此类推，四加四等于

① “The life of the law has not been logic, it has been experience.” Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Little, Brown, 1909, Transaction Publishers, 2004, p16.

② “Reason is the life of the law”. Sir Edward Coke, *Commentary upon Littleton 1628*, ed, Clarke, 1797, Third Institute.

③ “The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics”. Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Little, Brown, 1909, Transaction Publishers, 2004, p72.

④ 胡塞尔：《形式逻辑和先验逻辑——逻辑理性批判研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 14 页。

⑤ 同上书④，第 41 页。

八，四加八必然等于十二。整个数学体系就是建立在这样一个符号化、公式化的形式逻辑推理基础之上的。

而 B 是一个法律逻辑的例子，这个推理表面上看是与数理逻辑一样的因果关系推理，即因为甲使用了侮辱性的词语给乙造成了人格损害，而法律规定每一个人的人格尊严都应当受到保护，因此某人必须为其侮辱他人人格的行为承担责任。但是，这个结论正确性的关键并不在于推理，而在于这个结论是建立在每一个判断的正确性基础之上的。

试看下面一个例句：

C. 因为甲污蔑了乙，而法律保护每一个人的财产权，所以甲应当进行损害赔偿。

这句话表面上看也是一个推理，最后的结果也是对的，因为法律的确规定侵害他人的人格权应当承担停止侵害、赔礼道歉、损害赔偿等责任。但是，这个推理过程包含着巨大的瑕疵，即其中第二个判断与事实之间没有关系，因此这个推理过程是错误的、不连贯的，从而使得出的结论也是不能被接受的。

错误的推理在生活中可能会以十分荒谬的样子出现，比如：

D. 因为他的腿受伤了，所以手缠上了纱布。

这个推理的错误十分明显，即因果关系的错乱。单独看这两个句子都是对的，然而两句话之间没有联系。判断这个推理的正误应当加上一个被省略的判断，即人受了外伤应当对伤口进行包扎，所以伤在腿上就应当包扎腿，而不是手，所谓“头痛医头，脚痛医脚”就是针对西医来说的。因此，这是一个错误的推理。

但是，对中医就不能够这样判断了。比如下句：

E. 他头痛，所以应该用热水泡泡脚。

这个推理单看两句话也都是对的，并且其间有密切的联系，因为推理过程中省略的部分是中医理论中的经络关系。中医理论是中国特有的医学理论，与现代西方医学理论有着本质的不同。在中医理论中，人体是一个相互联系的整体，存在经络体系。根据这个整体理论，引起头痛的原因可能是导向整个经络的，而脚是全身经络集结的地方之一，因此用热水泡脚可能会缓解甚至消除头痛。所以这个推理并不一定是错误的。

上述两个推理清楚地表明了价值判断对于非形式逻辑推理的重要性。在 D 推理中，必须适用现代医学理论进行价值判断；而在 E 推理中，必须适用中医原理进行价值判断。如果适用错误的价值系统来进行推理，就不能得出正确的结论。

综上所述，在非形式逻辑推理过程中，推理必须建立在正确的判断基础上，并且需要通过一系列相关的正确判断才可以得出正确的结论。这些判断是否正确并不像数学逻辑那样明确且有公式可循，而必须经过主观价值判断才能够得出。

一般来说，价值判断是指人们对各种社会现象的是与非、善与恶的判断。由于社会现象是由人与之间的关系组成的，并不像动植物或原子世界那样是绝对客观的，因此在处理这些现象时必须依赖人们的主观价值判断。这不仅仅是心理学或社

会学问题，也是法学问题。事实上，法律所调整的就是人与人之间的各种关系，因而法律逻辑就是建立在对这一系列法律关系的价值判断基础之上的。

价值判断不是孤立的，而是存在于不同的系统中，比如社会学系统、经济学系统和法学系统等。可以说，现代各种社会学科就是不同的价值判断体系。

不过，有些社会科学并不完全认同非形式逻辑，比如经济学。西方经济学上有一种数理分析方法，即将经济学与数学科学结合起来，运用数学符号、方程式、曲线和图表来对各种数量关系进行价值中立性研究，从而通过建立数学模型来解决各种经济学命题。采用这种方法的经济学者不在少数，特别是金融经济学家。但是，这种方法的缺陷在于价值中立化，即不顾社会关系（*beziehung*）的复杂性，强行用看似清楚简单的公式来解决复杂的社会问题。

法学与经济学一样，所要处理的是人与人之间的社会关系问题，其目的是要实现社会正义和公平。因此，在法学分析方法上不能够采用价值中立的数理逻辑，而必须正视复杂的社会关系，采用建立在价值判断基础上的非形式逻辑分析方法。

作为法学的非形式逻辑方法，其基本的分析模型有两个，一个是法律关系，一个是法律行为。这两个分析模型在民法上也称为民事法律关系和民事法律行为。

二、民法分析模型1：法律关系

民法所调整的是人与人之间的社会关系，包括人身关系和财产关系，其中人身关系又包括人格关系和身份关系。民事法律关系不是社会生活中真实存在的，而是法学将社会关系（*beziehung*）高度抽象化的结果。请看以下两个例句：

A. 甲与乙是朋友。

B. 甲与乙是夫妻。

这两个判断在一般人看来可能都是一样的，即都是用以表明两个人之间的亲密关系的，其中一种关系是朋友，一种关系是夫妻。但是在法学范畴中，任何人之间的关系都可以通过法律关系模型来分析。在A例中，甲乙之间是朋友关系，不受法律调整，而是受情谊制约；在B例中，甲乙之间是夫妻关系，在民法上受身份法的调整，即婚姻家庭法的调整，相互之间有法定的权利和义务，一旦违背则可能会产生民事责任。

法律关系的概念在罗马法时已经出现，当时主要指债的法律关系，即所谓“法锁”（*obligare*）。现代民事法律关系的概念来自德国民法，萨维尼（Friedrich Karl von Savigny, 1779—1861）说过：“法律的庄严和威仪，恰与法律关系本身的重要性相称。”^①

法律关系的价值体系是由国家建立的，不同的国家有着不同的法律关系体系。我国的法律关系体系是由《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》

^① 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，中国法制出版社2001年版，第8页。

及《中华人民共和国物权法》（以下分别简称为《民法通则》、《合同法》、《物权法》）等规定的。根据我国《民法通则》第二条的规定，民法调整的是公民和法人之间的财产关系和人身关系。（《民法通则》第二条：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。）这一规定就是我国民事法律关系的主要立法来源。^①我国《合同法》第二条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”根据这一定义，我国合同法所调整的是三类不同的民事主体之间的权利义务关系。在《合同法》之后，《物权法》也将这三种主体作为权利主体加以规定。其中，私人（自然人，第六十六条）、企业法人和其他法人（第六十八条）、社会团体（第六十九条）都依法享有物权。而后来的《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）中虽然并没有明确指出具体责任主体，但也应理解为包括自然人、法人和非法人组织这三种主体。

民事法律关系是民法对平等主体间的人身关系和财产关系加以调整的结果，是一种以法律形式表现出来的社会关系。因此，民事法律关系实质上是一种法律形式，是各种生活关系的法律化。但是，在具体的社会关系中，有一些关系始终只是生活关系，不受民法调整，也不能抽象为法律关系，如上述例A的朋友（情谊）关系；还有另外一些只受公法调整的关系，如税收关系。只有依照民法的规定直接由民法所调整的社会关系，才能够在形式上抽象化为民事法律关系，如上述例B的夫妻关系。

民事法律关系可以是财产关系，也可以是人身关系。所谓财产关系，就是指主体之间的民事关系是围绕财产而发生的；所谓人身关系，就是指主体之间就人格和身份而发生的。不同的法律关系发生在不同的法律范畴中。

民法的范畴如下图1-1所示：

^① 我国在制定《民法通则》时尚未对非法人主体有明确的认识，因此并没有对其进行明确的规定。然而，经过了20多年的发展，非法人民事主体在经济活动和社会活动中已经充当了重要角色。

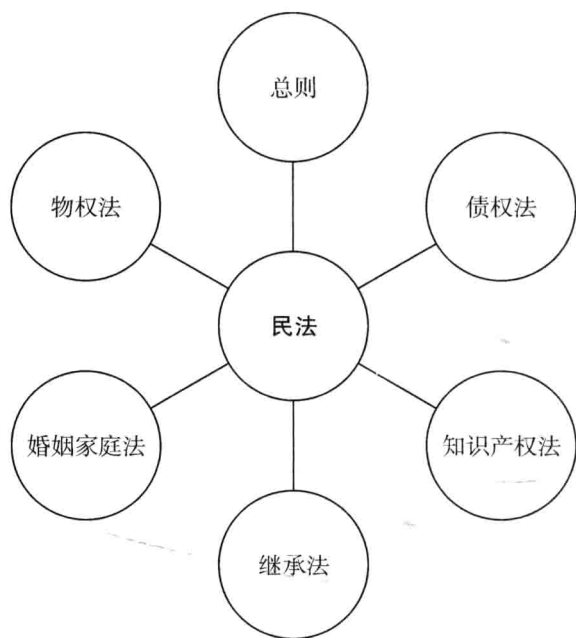


图 1-1 民法的范畴

根据图 1-1 的显示，民法的范畴包括总则、物权法、债权法、婚姻家庭法、继承法和知识产权法。其中，总则并不直接处理各种具体的民事法律关系，而是对民事主体、民事客体、民事法律关系、民事法律行为及时效制度等进行规定；物权法处理围绕所有权及他物权的得丧变更而发生的民事法律关系；债权法处理各种债的法律关系，包括合同之债、侵权之债、无因管理之债和不当得利之债；婚姻家庭法处理婚姻家庭中的法律关系；继承法处理继承关系；知识产权法则以各种智力成果为对象。人们的社会生活中所发生的各种生活事实经过如此不同的法律范畴的规范，便可以抽象为各种不同的民事法律关系。

试判断下列各例：

C. 甲去商店买了一台电视。

D. 甲于 2014 年 1 月 1 日生了一个女孩。

上述两个例句分别表述了一个生活事实，但 C 可以归纳为民法上的买卖关系，即买卖合同之债，受债权法调整；而 D 则可以分别适用民法中两部分的法律，其一是民法总则，其二是婚姻家庭法。首先，女孩的出生事实使一个新的民事主体诞生；其次，一个新的亲子关系也得以产生。

上述两个例子还涉及民事法律关系范畴中的另一个问题，即法律事实问题。人们在生活中可能会实施很多行为，也会遇到很多人造的或非人为的事情，这些统称为生活事实。但并不是每一个生活事实都可以引起法律关系的产生，只有法律事实才可以。请看下列例子：

E. 甲画了一幅画。

F. 甲请自己的好朋友乙去餐馆吃了一顿饭。

G. 甲在驾车途中突然遇到泥石流而发生车祸，导致车子毁坏、人受伤。

上述 E 例中的甲没有与其他人发生关系，而是自己画了一幅画，但是这也是法律事实，即创作事实，它产生了一个新的著作权；F 例中的甲请乙吃饭，看上去是一种社会活动，但实际上这两人并没有发生法律关系的意思，而只是为了增进友情，因此不能视为发生法律关系，但二者与餐馆之间则可以发生餐饮合同法律关系，受债权法调整；G 例中的甲也没有与其他人发生关系，但所遇到的情况也是一项法律事实，即突发事件导致汽车受损、本人受伤，这辆车的承保保险公司应当依照保险合同予以赔偿，相关事项受合同法调整。

法律事实与生活事实的不同在于，生活事实是多种多样的，但法律事实是经过抽象的，只能是法定形式，并引起相应的法律关系。即：

生活事实→法律事实→法律关系。

我国民法上的法律事实有两种，一是法律行为，一是法律事件。前述例子中 E 是法律行为、F 是生活事实、G 是法律事件。此外，不法行为也可能引起法律关系的产生，如侵权行为会引起侵权法律关系的产生。因此，广义地讲，法律行为既包括合法行为，也包括不法行为。法律行为是民法的另一重要分析模型。

三、民法分析模型 2：法律行为

法律行为是法律事实的一种。广义的法律行为包括合法行为，也包括不法行为。不法行为就是侵权行为，是引起侵权之债发生的事实。合法行为可以表现为多种形式，可引起多种法律关系产生，是民事主体进行民事活动的基本方式，因而也是基本的法律事实。此外，还有不必然引起法律关系发生的情谊行为。正确地区分人们生活中的行为属于何种行为事实，才能够正确地适用法律。

（一）狭义的民事法律行为

狭义的民事法律行为有着十分独特的构造，即必须是意思表示行为，而行为人也必须明确地知道自己将要通过此种行为进入某种特定的民事法律关系。

请看下列例子：

H. 供货商甲主动向商店乙寄出了一份报价单。

I. 供货商甲应商店乙的订货请求向乙寄出了一份合同书，乙签字盖章后寄回给甲。

上述 H 例中的甲在没有经过乙同意或没有在乙要求的情况下就向乙寄出了商品的报价单，其目的当然是希望能够与乙订立供销合同，但能否订立并没有任何保证，乙没有义务回复甲，更没有义务接受报价直接订立合同。因此，寄送报价单的行为并不是法律行为，不是意思表示，而只是一种邀请，这在合同法上称为要约

邀请。

上述 I 例中的情况则不同，甲在寄送合同书之前已经得到了乙的供货请求，因此寄送合同书的行为就是法律行为，在合同法上称为承诺。

从对上述两个例子的分析可以看出，狭义的民事法律行为是有特定要求的，即行为人必须明确地知道自己将要进行的行为是法律行为，直接受法律调整，并产生相应的法律后果。这就要求行为人必须是成年人，且是一个理性的人，能够进行正常思维，能正确地判断自己行为的后果。倘若民事主体心智尚不完全，也没有充分的社会经验，是不能进行法律行为的，如未成年人必须由他们的监护人代为进行民事法律行为。而即便是成年人，在某些特殊情形下也不能进行法律行为，如智力障碍、患有重度精神病、酗酒者在酗酒状态下、重症病人在不清醒的状态下都不能进行法律行为。

我国《民法通则》对狭义的民事法律行为作了规定：

《民法通则》第五十四条 民事法律行为是公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

据此，依法签订合同、设立遗嘱等行为都是民事法律行为。狭义的民事法律行为是纯粹的意思表示行为，通常应具备三个要件，即行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或社会公益。其中，意思表示为民事法律行为的核心。欠缺任何一个要件都有可能导致行为人所预期的结果不会发生，并产生另外的法律后果，如无效、被撤销或合同变更。

（二）准法律行为

准法律行为本身不是意思表示行为，但通常与意思表示有密切联系，即为意思表示作准备，如与请求权行使或法律行为目的达成有关的催告和通知，包括履行催告，规定期限以及代理人追认的催告、通知、瑕疵告知及其他告知（如关于期限开始的告知）等。准民事法律行为仅仅约束自己，不要求对方答复。

我国民法上虽然没有明确出现准法律行为的概念，但在制度上是有这类行为的规定，《合同法》中关于撤回要约的通知的规定即是：

《合同法》第十七条 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

（三）事实行为

事实行为本身不具备意思表示要素，但可因适法性而产生法律上的后果，如某种事实的状态经过一段时间则发生法律所特别规定的效力。换言之，行为人实施的一定行为一旦符合了法律的规范要件，则不管当事人主观上是否有发生、变更或消灭某一民事法律关系的意思，都会由于法律的规定而引起一定的民事法律后果。例如，无因管理、先占、添附、拾得遗失物、发现埋藏物等，均属于事实行为。

我国民法上虽然没有明确出现事实行为这一概念，但《民法通则》和《物权

法》上均有相关的规定，如：

《民法通则》第九十三条 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的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《物权法》第一百零九条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

（四）情谊行为

生活中的亲密关系除了亲属关系以外就是朋友关系，前文 F 例中朋友请客吃饭就是情谊行为的表现。此外，如朋友搭车出行、替朋友看护病人或孩子等等均是情谊行为。

情谊行为的特点在于行为人均不以发生法律关系为目的，而只是为增进友情。然而，情谊行为并非能够完全排除法律的适用。请看下例：

J. 甲与乙是朋友，乙搭乘甲的车子一同外出游玩，路上遭遇车祸，甲乙均受伤。

K. 甲与乙是朋友，两人一同去饭馆吃饭，甲请客，乙在吃饭时饮酒过量而不得不入院治疗。

上述两个例子中的朋友所进行的都是常见的情谊行为，但由于出现了意外，所以必须要适用相关的法律来解决。在 J 例中，应直接适用交通事故管理法的有关规定，甲仅仅在收取了乙的费用并有重大过失的情况下才需要对乙的损害承担责任。在 K 例中，甲乙一同吃饭是十分常见的情谊行为，而乙饮酒过量入院所产生的费用和后果应由其本人自负；但如果乙饮酒过量是甲故意造成的，则甲应适当承担责任。

对情谊行为的判断并不以是否有偿为前提，如搭乘顺风车或数人拼车上班可能会分担费用，但这样的分担行为目的不在于谋利，而仅仅在于减少车辆提供者的负担，因此仍然是情谊行为。至于赠与、无偿保管等行为，虽然赠与人和保管人分文不取，但由于涉及财产的所有权或占有的转移，仍应以法律来调整，此即为法律行为。

综上，关于生活行为的分类如图 1-2 所示。

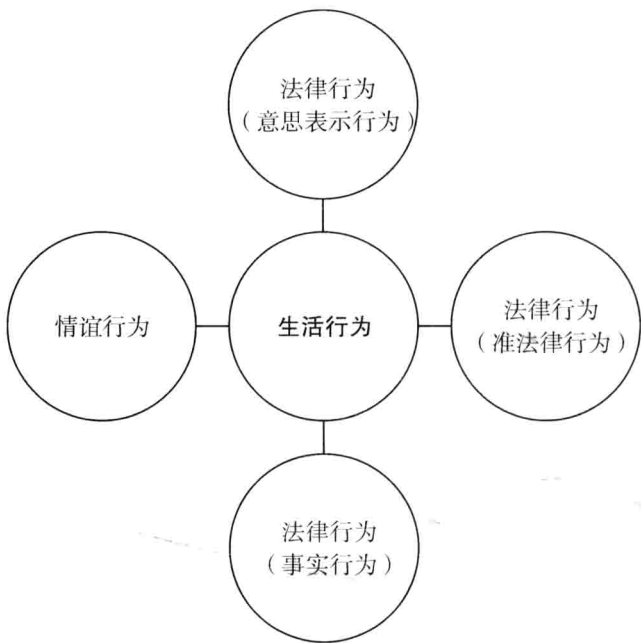


图 1-2 生活行为的分类

四、民法方法论的基本路径

了解了法律逻辑的分析方法及民法的两个基本分析模型后，我们就可以进一步了解民法方法论的基本路径。请看下面的例句：

L. 小明只有十岁，所以他签订的电视网购合同是无效的。

这是一个典型的法律判断，但这个判断是错误的。根据句子中的关键词，这个判断应当适用合同法的有关规定。而根据《合同法》的规定，一个有效的合同必须主体适格、客体合法且意思表示真实。我们按照法律关系模型和法律行为模型来进行分析：合同行为是法律行为，小明在网上订购电视所引起的法律关系应当属于合同法律关系。但是，一个合格的缔约行为必须是由有理性的成年人作出的，而小明只有 10 岁。根据我国《民法通则》中关于民事行为能力的规定，十岁的孩子属于限制民事行为能力人，即只可以从事与其能力相适应的行为。那么，十岁孩子在网上订购电视与其能力是相适应的吗？这不仅是逻辑问题，还必须加上经验分析。所谓经验，即观察而来的结果。据一般的观察，十岁孩子所能够处理的金钱数额不可能太大。而根据《德国民法典》第 110 条，未成年人只能用零用钱订立合同。这样的规范是很合理的，因为一个孩子没有收入来源，只有父母或其他亲属给的零用钱。电视是日常生活中的奢侈品，往往价格不菲，因此零用钱一般不能购买，这就说明订购电视超出了小明能够理解和支配的范围。但是，是不是这样订购合同就无效

了呢?

本节一开始就指出,法律逻辑是非形式逻辑,必须建立在正确的价值判断基础上。而在法律逻辑推理中,所谓正确的价值判断来自于正确的范畴认识,即能够把推理内容置于正确的范畴之中,即法律适用必须是正确的。小明的行为所涉及的范畴是中国合同法,同时他又是未成年人,因此应当找到我国《合同法》中关于未成年人订立合同的有关条款加以适用,这就是第四十七条的规定:

《合同法》第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。

根据上述规定,小明订立的电视网购合同并不当然无效,而应等待其代理人追认后才能确认是否有效。但这里又涉及一个经验问题,即网络合同买卖双方是不实际见面的,卖方也无法确定买方是否是未成年人,这时如果小明的父母要求退货,则难以提供相应的证据证明合同是小明订的,而只能以自己的名义进行退货。因此,父母的拒绝权或追认权可以在交货时行使,即拒绝收货或接受货物,也可以按照普通买卖办理相关的退货手续。

以上分析表明,法律分析既离不开逻辑,也离不开经验。法律的逻辑分析应当是第一位的,必须从法律行为和法律关系入手,找到等待判断的事实所属的法律范畴,才能正确适用法律。但同时,法律分析也是经验分析,不能脱离社会经验,上述未成年人能够支配的金钱数额就是经验分析。只有将逻辑分析和经验结合起来,才能够得出正确的分析结果。

以下流程表明了民法分析方法的基本路径:

生活事实→法律事实→法律行为(或事件)→法律关系→法律规定(+经验)→结论。

本节思考题:

1. 法律逻辑是形式逻辑吗?
2. “法的生命不是逻辑,而是经验。”这句话应如何理解?

第二节 民法的法源

一、制定法

民法与刑法一样,是实在法。所谓实在法,就是以制定法为主要渊源的现实法。民法的法源在不同的国家是不同的,如在大陆法系国家(地区)主要表现为民法典,而在英美法系国家(地区)则表现为判例。但是,由于实在法的确定性,即便是英美法系国家(地区)在现当代也大量采用法律或法典作为民法的法律渊