



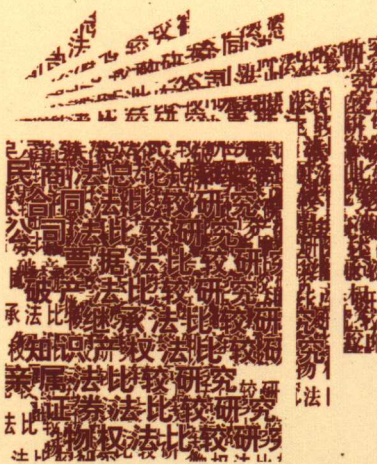
比较民商法丛书

主编/徐武生

民商法总论 比较研究

MINSHANGFAZONGLUNBIJIAOYANJIU

徐海燕/编著



中国人民公安大学出版社

比较民商法丛书

民商法总论比较研究

徐海燕 编著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法总论比较研究/徐海燕编著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 10

(比较民商法丛书)

ISBN 7-81087-873-5

I. 民... II. 徐... III. 民法—对比研究—世界

IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 101270 号

民商法总论比较研究

MINSHANGFA ZONGLUN BIJIAO YANJIU

徐海燕 编著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 10 月第 1 版

印 次: 2004 年 10 月第 1 次

印 张: 14.125

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 354 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-873-5/D · 661

定 价: 26.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

编委会名单

编委会主任 赵中孚

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王作堂 王益英 叶 林 田建华

龙斯荣 龙翼飞 李大元 刘天兴

汤 兴 巫昌祯 赵中孚 徐武生

梁叔文 崔建远 崔洪夫 谢邦宇

靳宝兰

主 编 徐武生

总 序

比较民商法不是一种法律制度或法律部门，通常是指对不同国家或地区的民商法进行比较研究，也称比较民商法学，是比较法学的一个重要分支学科。在比较法学历史上，对民商法的比较研究是比较法学兴起的先驱和主流。自 19 世纪开始，比较法学在民法、商法等领域最为流行^①。第二次世界大战结束以后，比较法学虽然有了较大的发展，其研究范围不断扩大，但私法的比较研究仍占据主导地位，最有代表性的《国际比较法百科全书》就是以民商法为主要内容的。

比较民商法在全方位、多层面上开展对民商法的比较研究。其比较方法包括一般比较与部门比较，宏观比较与微观比较，横向比较与纵向比较，内容比较与形式比较，等等。但在诸种比较方法中，真正从方法论意义上讲的方法不外乎是两种，即“描述性比较”和“分析性比较”的方法^②。

“私法是众法之基，欲法公法必先治私法”。基于私法即民商法在世界各国法律体系中的地位，决定了开展民商法的比较研究具有重要的意义。当前，我国正在积极研究制定民法典，需要对世界上发达国家和地区调整市场经济立法中的先进法律规则和立法技术进行大胆借鉴和移植，这就要以民商法的比较研究为基

① 沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年 11 月版，第 23 页。

② 米键等译：《比较法律传统》，中国政法大学出版社 1993 年 1 月版，第 5 页。

基础和前提。有比较才能有鉴别，才能择其优者而采之。在司法实践中，无论是私法的适用还是公法的适用，也都需要法律工作者开拓视野，熟悉世界上一些主要国家和地区有关民商法的基本规定和学说，掌握各法律部门之间的内在联系，从而在更高的层次上领会法的精神，不断提高执法和司法水平。对于法学教育和研究而言，开展民商法的研究更具有深远的意义。比较民商法为政法院系师生及科研人员提供了一些全新的信息，他们从中可以了解和尊重其他国家特有的民商法文化，从而更好地加深理解本国的法律，不断完善知识结构，提高研究水平，以便为本国的法制建设提供更科学、更可靠的理论指导。

目前，我国有关民商法的比较研究已经取得了一定的进展，出版了若干部比较民法的著作，有的高等院校还开设了比较民法的课程。但是，从总体上看，对于民商法的比较研究还不够全面和深入，有关比较民商法的著述亦未形成系列，这与有关本国民商法的研究是不成比例的。为此，我们编写了这套比较民商法系列丛书，期望推动法制建设和学术研究进一步发展。本套丛书包括：民法总则比较研究、物权法比较研究、债权法比较研究、合同法比较研究、亲属法比较研究、侵权法比较研究、继承法比较研究、知识产权法比较研究、公司法比较研究、票据法比较研究、证券法比较研究、破产法比较研究和海商法比较研究。

本套丛书的作者分别来自中国人民公安大学、中国人民大学、对外经济贸易大学、中南财经政法大学、厦门大学以及全国人大常委会法工委及中国证监会等单位，既有理论界的专家教授，也有相关部门的法学工作者。他们均为中青年学者，大都具有博士学位，理论功底扎实，学术造诣较深；思维敏捷，锐意进取，常年活跃在相关领域的学术前沿，且熟悉具体的实务操作，为保证丛书的质量奠定了坚实的基础。

本套丛书编委会由国内若干知名民法学者组成，北京市民商

法研究会会长赵中孚教授任编委会主任，公安大学徐武生教授任主编，统一负责书稿的审定和修改工作。

由于目前新兴法学中许多理论和实践的新问题层出不穷，囿于编者水平，定有偏颇和失当之处，敬祈读者批评和指正。

最后，由衷地感谢在本套丛书的策划、出版过程中付出了大量心血的中国人民公安大学出版社策划一部全体编辑。

编者

2004年8月

作者简介

徐海燕，女，1970年生，安徽省安庆市人，中国社会科学院研究生院民商法博士，现为对外经济贸易大学法学院副教授。自1996年起，发表《从两大法系代理制度的融合趋势谈我国代理法的完善》、《制定〈欧洲民法典〉学术讨论述评》等学术论文30余篇，出版专著《英美代理法研究》。

目 录

第一章 绪论	1
第一节 民法的概念	1
第二节 民法的编纂体例	15
第三节 民法的法律渊源	22
第四节 民法的基本原则	36
第五节 民法的效力范围	57
第二章 民事法律关系	59
第一节 民事法律关系的要素	60
第二节 民事法律关系的变动	62
第三节 民事权利	70
第四节 民事义务	80
第五节 民事责任	82
第三章 自然人	89
第一节 自然人的民事权利能力	89
第二节 自然人的民事行为能力	102
第三节 监护	108
第四节 人格权的保护	112
第五节 自然人的住所	121
第四章 法人	123
第一节 法人的概念及分类	123
第二节 法人的本质	127
第三节 法人的设立	131

第四节	法人的民事权利能力	137
第五节	法人的民事行为能力	141
第六节	法人机关	144
第七节	法人的住所	147
第八节	法人的终止	147
第五章	非法人组织	150
第一节	合伙概述	150
第二节	有限合伙	163
第三节	个体工商户和农村承包经营户	175
第六章	物	178
第一节	物的概念	178
第二节	物的分类	183
第七章	法律行为	190
第一节	法律行为概述	191
第二节	法律行为的分类	205
第三节	法律行为的要件	211
第四节	意思表示概述	218
第五节	意思表示瑕疵	226
第六节	民事行为的无效与撤销	241
第七节	附条件和附期限的法律行为	248
第八章	代理	255
第一节	代理概述	255
第二节	代理权	282
第三节	协议代理	309
第四节	追认代理	316
第五节	不容否认代理	332
第六节	法律自动构成代理	342
第七节	被代理人身份不公开的代理和隐名代理	348

第八节 复代理.....	377
第九节 代理的三方法律关系.....	384
第十节 代理关系的终止.....	402
第九章 时效.....	410
第一节 时效制度的概述.....	410
第二节 取得时效.....	414
第三节 消灭时效.....	419
主要参考书目.....	431

第一章 绪 论

第一节 民法的概念

一、民法的语源

在西方法学著作中,“民法”(civil law)是一个多义词,其含义主要有以下几种:一是在古罗马时,一般是指仅适用于罗马公民的法律(jus civile,一般译为公民法或市民法),与万民法(jus gentium)相对称,有时则与裁判官法(jus praetorium)、大法官法(jus honoarium)相对称。二是在罗马帝国时期,随着罗马公民和非公民界限的消失,civil law 就开始指整个罗马国法。三是在西欧中世纪时,因 civil law 来自罗马国法,因而也就泛指国法,特别是在与教会法对称时,或指罗马法,或指世俗政权的法律。四是在现代法律中,特别在民法法律体系中,民法作为主要部门法之一,与刑法相对称。五是在现代法律中,有时也指与军法相对称的、适用于一般平民的民用法律。六是专指与普通法系相对称的法系名称,即民法法系。^①

本书以及其他民法著作中的“民法”指上述第一和第四两种含义。因此,近代“民法”一词,从罗马法“市民法”(jus civile)一词发展而来。中世纪时,注释法学派往往以“市民法”

^① 沈宗灵著:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第72页。

(jus civile) 一词指称罗马私法, 后世西方国家直接承袭注释法学派传统, 袭用“市民法”(jus civile) 一词表述私法, 因此, 市民法就是私法。jus civile 的法语为 droit civil, 英语为 civil law, 德语为 Buergerliches Recht, 荷兰语为 Burgerlyk Regt。

日语的“民法”是学者津田真道于庆应 4 年(1863 年)由荷兰语 Burgerlyk Regt 翻译而成。但直到 1890 年, 日本帝国民法的颁布才使“民法”一词在立法上成为正式用语。

在中国, 一般认为, “民法”一词作为法律术语是清末法学家从日本移植而来。20 世纪初, 沈家本受命于晚清政府, 负责修订法律。沈家本聘请日本学者松岗正义、志田钾太郎起草民法, “民法”一词随之传入中国。在此之前, 中国多使用“律”一词, 所以, “民法”在中国当时称为“民律”。遗憾的是, 随着清政府的倒台, 1911 年 8 月制定的大清民律草案尚未颁布, 即告夭折。1929 年, 南京国民政府制定颁布中华民国民法(总则), 并于同年 10 月 10 日施行。“民法”一词始用于中国近代。

有学者认为, “民法”一词我国自古有之, 并非源于日本。其例证是《尚书·孔氏传》中有这样一段文字: “咎单, 臣名, 主土地之官, 作《明居民法》一篇, 亡。”^① 但从词义上, 这很难证明它与中国近代以来所使用的“民法”一词存在渊源关系。

二、民法的含义

尽管“民法”一词为通用的法律术语, 但各国对其含义的理解并不统一。

(一) 大陆法系国家的民法

大陆法系国家多从“私法”的角度探讨“民法”这一概念。在德国民法理论中, 民法被认为是平等地适用于所有市民的法律

^① 谢振民编著:《中华民国立法史》, 台湾正中书局 1948 年版, 第 899 页。

部门，是私法的核心部分。而私法是指“调整以平等与自决（私人意思自治）为基础关系的那部分法律规范”^①。在日本及我国台湾地区，民法一般被定义为“规律私人间一般社会关系的私法规范”。另外，还有国家以立法条文形式对“民法”进行定义。例如，奥地利民法典第1条规定，民法为规定人民的私的权利义务之法典。1917年的巴西民法典第1条规定：“本法典为规范私的权利义务，即人、物及其关系之法典。”

在大陆法系的民商分立的国家，民法按其调整范围可分为广义民法与狭义民法。广义民法，指全体私法，即凡属于私法性质的成文法及不成文法皆属民法。商法属于广义民法的一部分。狭义民法是指除商法以外的私法。

另外，民法还有形式意义的民法与实质意义的民法之分。形式意义的民法，是指以民法命名的成文法典。实质意义的民法，不仅包括成文的民法典，还包括一切具有民法性质的法律、法规及判例法、习惯法。

（二）英美法系的民法

在英美法系，civil law 并不代表一个独立的实体法部门，有关大陆法系民事法律关系的调整，主要由财产法、合同法、侵权法和家庭法调整。英美法系学者认为，civil law 代表某一大陆法系国家法律部门或法律文化，或用来特指西欧大陆国家（包括斯堪的那维亚国家）的法律制度，以及深受西欧大陆国家法律制度影响的国家（如拉丁美洲一些国家）的法律制度。^② 还有学者将 civil law 比喻为“商业流转法”^③。

① 徐建群著：《德国民法总论》，经济科学出版社1993年版，第1页。

② [美] 文伦·沃森著，李静冰、姚新华译：《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1992年版，第2页。

③ 《外国民法资料汇编》，法律出版社1983年版，第97页。

(三) 我国及其他原社会主义国家的民法

我国及其他原社会主义国家等多从民法调整对象的角度对其进行定义。例如，前苏联民事立法纲要第1条规定，民法“调整财产关系以及与财产关系有关的人身非财产关系”；原德意志民主共和国民法典第1条规定，民法“调整公民与企业间以及公民相互间为满足物质和文化需要所形成的关系”。我国民法通则受前苏联立法的影响，对民法的定义也是从其调整关系的角度进行，即认为民法是“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的法律规范的总称”。

三、民法的调整对象

(一) 民法的调整对象

从民法的起源来看，民法起源于罗马法的“市民法”，市民法是专门适用于罗马市民的法律。后世的注释法学派直接以市民法指代罗马私法。

罗马私法调整公民个人之间的关系，即涉及个人福利的法。罗马私法为个人利益确定条件和限度，它由人法、物法和诉讼法三部分组成。其中，人法确立了个人和团体的抽象人格观念和人格平等的原则，并对婚姻、家庭关系加以调整。物法是关于财产支配和财产流转关系的法律规范，它确立了物的所有人自由处分其财产的权利和订立契约自由的原则，并确立了民事责任制度和财产继承制度。

法国民法典和德国民法典的体系在参照《法学阶梯》的基础之上作了一定的修改，但其调整对象不外乎财产关系和人身关系。我国民法通则第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。”

因此，无论是法国民法典、德国民法典等西方国家的民法

典，还是前苏联的民法典以及我国的民法通则都表明，民法即“市民法”，是调整市民社会一般生活关系的法律部门。关于市民社会，马克思解释为人类的私人物质交往关系，即“包括各个个人在生产力发展的一定阶段上的一种物质交往”^①。个人的物质交往必须通过一定的社会组织和制度来实现，因此，市民社会“始终标志着直接从生产和交往中发展起来的组织，包含着财产、家庭、劳动等要素，这些内容统属于经济生活，皆在市民法（民法）的调整范围之内”^②。

1. 财产关系

财产关系是指以财产为媒介而发生的社会关系。经济学上，把一切对人有用的东西都称为资源或财货（goods）。但法律意义上的财产不同于经济学意义上的财产。具体说来，民法所调整的财产关系：一是既包括生产经营性的财产关系，也包括非生产经营性（消费性）的财产关系。二是既包括商品性的财产关系，也包括非商品性（如财产继承）的财产关系。三是既包括有偿的财产关系，也包括无偿（如无偿保管、赠与）的财产关系。四是既包括物质财富的生产、集合、分配和消费过程中的财产关系，也包括精神财富的创作、利用、传播和转让过程中的财产关系（如知识产权）。五是既包括由于特定的身份关系和人格而产生的财产关系，也包括与人身无关的财产关系。前者主要指由于家庭婚姻关系而产生的财产关系（如家庭婚姻财产、抚养赡养费用等），由于使用姓名、肖像引起的财产关系以及因某些专有权（如采矿、专卖等）而发生的财产关系。后者则包括民法所调整的绝大部分所有权及债权等。六是既包括由于权利的取得和行使而产生的财产关系，也包括由于权利受到侵犯而产生的财产

① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1956年版，第284页。

② 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1956年版，第41页。

关系（如赔偿损失、返还财产、支付违约金、修理、重作等）。^①七是既包括静态的财产关系（如财产支配关系），也包括动态的财产关系（如财产流转关系），前者调整因财产的占有、使用、收益、处分而发生的社会关系，后者调整因财产流转而发生的社会关系（如买卖、租赁、借贷等）。前者也称物权关系，后者也称债权关系。

民法调整财产关系的原因很简单，正如前面马克思著述所谈到的，市民社会的实质内容是个人的物质交往，而个人的物质交往反映到法律上就是财产的支配关系与财产的流转关系。

2. 人身关系

人身关系是指以人格和身份为媒介而发生的社会关系，其中“人”指人格，“身”指身份。人格关系是因人的姓名、生命、健康、婚姻自主、肖像、名誉、荣誉等权利而发生的社会关系，这些关系中所包含的权利是人生存和发展的必要条件。身份关系是因配偶、亲属等身份而发生的社会关系，身份关系中所包含的权利是维系家庭存续发展的必要条件。

民法调整人身关系的原因在于，“个人”的存在是社会存在的前提。民法调整社会物质交往关系，必须确立“个人”的法律，确认其人身权益，以保障其自主、安全地参与市民社会。

西方国家很少使用或者根本没有“人权”的概念，其经常使用的是“人权”这一概念。“人权”是指人身自由和其他民主权利，例如，居住自由、言论出版自由、身体自由、信仰自由、通信秘密自由、个人隐私秘密自由、人身尊严自由、住所不可侵犯自由及财产处分自由等。

3. 主体平等是确定民法调整对象范围的标准

财产关系是因财产而发生的人与人之间的社会关系，人身关

^① 孙亚明主编：《民法通则要论》，法律出版社1991年版，第9～11页。