



The General Theory of Civil Law

— 民法总论 —

徐国栋 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



The General Theory of Civil Law

民法总论

徐国栋 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/徐国栋主编. —厦门:厦门大学出版社, 2018. 3

ISBN 978-7-5615-6658-9

I. ①民… II. ①徐… III. ①民法-中国 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 213158 号

出 版 人 郑文礼

责任编辑 邓 臻

封面设计 李嘉彬

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 20.25

插页 2

字数 330 千字

版次 2018 年 3 月第 1 版

印次 2018 年 3 月第 1 次印刷

定价 59.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

撰稿人（按章节顺序排名）：

徐国栋 齐 云 陈帮锋

吴旭莉 郑永宽

编写说明

2014年10月23日的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出编纂民法典,制定民法总则是这一计划的第一单元。这一消息让厦门大学法学院民商法教研室的老师们感到过去主要根据《民法通则》编写的《民法总论》教材有必要根据新的《民法总则》加以更新。2015年10月15日,在《民法总则》的第一室内稿形成后,教研室负责民法总论教学的同人们举行了会议,确定了按十章编写本书。第一章“民法概述”及第四章“个体工商户和农村承包经营户”由徐国栋负责;第二章“民事法律关系”和第九章“代理”由齐云负责;第三章“自然人”和第五章“法人”由陈帮锋负责;第六章“非法人组织”和第十章“民法上的时间”由吴旭莉负责;第七章“自然人的人格权、身份权与法人的人格权”和第八章“民事法律行为”由郑永宽负责,并确定徐国栋为主编。

分工以后,各位作者于2016年春季完成了初稿,而《民法总则》在制定过程中数易其稿,每稿都相对于前稿变化很大,为了切合立法,大家放弃了在2016年秋季出书以备当年本科生使用的原计划,决定等待《民法总则》颁布后再据此编写新稿出书。2017年3月15日《民法总则》诞生,各位作者在同年的6月30日完成了此书的新稿。经徐国栋统编稿件后,形成现在的样貌。

《民法总则》第2条确定民法调整人身关系和财产关系,确立了“人



前物后”的或人文主义的民法观,摒弃了《民法通则》第2条采用的“物前人后”的或物文主义的民法观,两种主义的更替,不光关乎民法对象的表述,而且关乎整个民法体系的重构:把以财产法为中心的旧民法改造为以人为本的新民法。本教材完成了这样的重构,把“人前物后”进行到底了。

在本教材中,人身权独立成章,这也是对物文主义的民法观的反动之一。

由于改采人文主义路线,中国民法走上了一条独立于德国法母本的道路,本教材试图为此等转向作出理论说明。

徐国栋

2017年7月9日

于胡里山炮台之侧

目 录

第一章 民法概述	(1)
第一节 民法的概念和内容	(1)
第二节 民法的对象和调整方法	(5)
第三节 民法的本质	(13)
第四节 民法的渊源	(14)
第五节 民法基本原则	(19)
第六节 民法的历史沿革	(30)
第七节 我国民事立法简史	(37)
第八节 民法的效力、适用与解释	(41)
第二章 民事法律关系	(45)
第一节 民事法律关系概述	(45)
第二节 民事法律关系的构成要素	(49)
第三节 民事法律事实	(55)
第四节 物和智力成果作为民事法律关系的客体	(60)
第五节 民事权利	(70)
第六节 民事义务	(77)
第七节 民事责任	(79)

第三章 自然人	(86)
第一节 自然人的概念	(86)
第二节 自然人的民事能力	(89)
第三节 宣告失踪与宣告死亡	(105)
第四节 监护	(113)
第五节 户籍与住所	(121)
第四章 个体工商户和农村承包经营户	(124)
第一节 概述	(124)
第二节 个体工商户	(129)
第三节 农村承包经营户	(131)
第五章 法人	(134)
第一节 法人概述	(134)
第二节 法人的民事能力	(141)
第三节 法人的机关	(145)
第四节 法人的设立、变更以及终止	(149)
第六章 非法人组织	(158)
第一节 非法人组织概述	(158)
第二节 非法人组织的种类	(166)
第七章 自然人的人格权、身份权与法人的人格权	(188)
第一节 概述	(188)
第二节 具体人格权分论	(194)
第三节 人格权的民法保护	(204)
第八章 民事法律行为	(207)
第一节 概述	(207)

第二节	民事法律行为的分类	(211)
第三节	民事法律行为的要件	(218)
第四节	意思表示	(223)
第五节	意思与表示不一致	(229)
第六节	意思表示不自由	(233)
第七节	条件和期限	(237)
第八节	民事法律行为无效、可撤销、效力未定	(241)
第九章	代理	(249)
第一节	代理概述	(249)
第二节	代理权	(259)
第三节	无权代理	(266)
第四节	表见代理	(270)
第五节	代理关系的消灭	(273)
第十章	民法上的时间	(276)
第一节	时效概述	(276)
第二节	诉讼时效	(285)
第三节	除斥期间	(307)
第四节	权利失效	(311)
第五节	期间的计算	(314)



第一章 民法概述

第一节 民法的概念和内容

一、民法的概念

“民法”作为一个法律部门的称谓,源自古罗马的市民法(ius civile)。市民法是调整城邦生活的社会规则的总和,诸法合体,民刑不分。这种意义上的民法通过意大利传教士艾儒略(Gulio Aleni,1582—1649年)传播到中国。艾儒略是耶稣会士,1610年来华。在华期间,他用中文著述甚多,其中有《西学凡》介绍当时西方大学里的诸课程,包括文学、哲学、医学、民法、教规和神学等。但他讲的民法,是与教会法相对立的世俗法的整体。

到18世纪,以1756年的《巴伐利亚民法典》的颁布为标志,欧洲完成了部门法运动,民法演变为在宪法统率下的,与刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、商法相并列的法律部门(所谓的“六法”)。这样的部门法意义的民法通过日本传播到中国。1868年(庆应四年),日本学者津田真道在介绍欧洲法律文明时,把荷兰语的burgerlyk regt译为“民法”。该词是拉丁词 ius civile 的转译。

1898年,日本颁布了民法典,在立法上确立了“民法”这一用语。我国清朝末年,清政府革新图强,学习西方,制定现代式的法典,在立法上继受了民法,但以“民律”名之。20世纪20年代末30年代初,当时的国民政府相继颁布了民法典的各



编,此时才采用“民法”这一用语。中华人民共和国成立后,虽迟迟未制定民法典,但“民法”一语在法律界广为使用。1986年4月12日,第六届全国人民代表大会第四次会议审议通过了《民法通则》,“民法”作为我国一个法律部门的称谓在立法上正式确定。2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议审议通过了《民法总则》,迈出了编纂中国民法典的第一步。预计在2020年,包含总则、婚姻家庭、继承、物权、合同、侵权责任等编的《中国民法典》将诞生。

“民法”一语有两种用法:一是指用“民法”命名的法律文件,即民法典,如《法国民法典》《德国民法典》《日本民法典》《意大利民法典》等,称为形式意义上的民法;二是指法律体系中的一个部门法,即调整一类社会关系的法律规范的总称,称为实质意义上的民法。我国民法调整私主体之间的人身关系和财产关系,这里说的就是实质意义的民法。它不仅包括形式意义的民法即民法典,也包括其他单行的民商事法律(如公司法、票据法、海商法、保险法、证券法等)和其他法律中的民事法律规范。民法学研究的是实质意义的民法。

需要指出的是,“民法”一词是大陆法系特有的术语。在英美法系国家,不存在一个类似于大陆法系国家民法的法部门,因此,以“民法”命名的法典少有闻^①,有关民法的内容分属于财产法、合同法、侵权行为法等按更具体的方式划分的部门法。

二、民法的内容

(一)重要国家民法典的基本内容

各国民法的内容和体系不尽相同。《法国民法典》分为人、财产以及所有权的各种变更、取得财产的各种方式三编;《德国民法典》《日本民法典》《中华民国民法典》(即现行台湾“民法”)则包括总则、债权、物权、亲属和继承五编;1942年的《意大利民法典》除规定人与家庭、继承、所有权、债、劳动、权利的保护六编。1976—1991年的《荷兰民法典》分为自然人法和家庭、法人、财产法总则、继承、物和物权、债法总则、特殊合同、运输法、国际私法九编。1994—2006年的《俄罗斯联邦民法典》则包括总则、所有权和其他物权、债法总则、债的种类、继承、国际私法、智力成

^① 实行普通法的美国加利福尼亚州制定了自己的民法典。关岛也是如此。

果和个别化手段的权利七编。《荷兰民法典》《俄罗斯联邦民法典》较新,相较于古老的《法国民法典》《德国民法典》等民法典,它们增加了国际私法和知识产权等内容。

(二)我国民法典的基本内容

在我国,民法学界对民法的内容和体系也有不同主张,但从学科体系上看,民法一般包括以下内容:

1. 人格和身份制度。人格即国家赋予自然人、社会组织、目的性财产充当民事主体的资格。民事主体是民事法律关系的参加者,是这种关系中享有权利和承担义务的人。在我国法律中,民事主体包括自然人和法人,国家是特殊的民事主体。但在社会经济生活中,合伙企业、企业分支机构、个人独资企业等非法人组织,对外签订合同、参与民事活动,享有权利和承担义务的情况,越来越普遍。这些非法人组织也应属于民事主体。

身份是影响主体人格和其他权利的立法者安排,它具有对偶性和分配性,换言之,身份总是成对地设置,其中一个给主体带来利益,另一个给主体带来不利益,立法者正是通过确定这正负两种因素的归属来完成身份的分配性。因此,身份对人格的影响分为积极的和消极的。起前种作用的身份如国民,反之,起后种作用的身份就是外国人了,因为民法总是某个特定法域的民法,尚不存在一种全球通行的民法,因此,取得某个法域的国民资格,通常是取得该法域的民法人格的前提条件。当然,外国人也可在对等原则的条件下取得内国的民法人格。所以,前种身份是充实人格的,谓之正身份;后种身份是“掏空”人格的,谓之负身份。

在当代,身份正日益频繁地成为立法者运用的奖惩工具施用于特定法域的成员,这是一种行政过程的结果,因此,身份的这种运用状态反映了行政法与民法的交错,以及人身法相对于财产法的独立性。

2. 人身权制度。人身权包括人格权和身份权。人格权是自然人、法人对其自身要素享有的权利。自然人的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权,法人的名称权、名誉权、荣誉权等,是这两种民事主体拥有的基本人格权。自然人的人格权是宪法规定的公民权利的最直接的体现,确认和保护民事主体的人格权,是民法的重要任务。

必须把人格与人格权区分开来。人格本身也是一种权利,是一种前提性的权利,其他权利都要以它为依据取得,所以是派生的权利,人格权即这些派生的权利的一种。人格是国家赋予的资格,表现了国家与民事主体之间的纵向关系;而人格权主要体现了民事主体之间自由空间的划分,属于横向关系。

身份权是自然人由法律确认的对其亲属人身控制权。身份权只存在于狭义的身份法——婚姻家庭法领域,具体表现为亲权和配偶权,其内容为父母对子女人身的占有(例如,子女通常必须以其父母的住所为自己的住所)、配偶相互对对方人身的占有(例如,夫妻互负同居义务)。诱拐他人子女为对前一种身份权的侵犯;引诱配偶一方与自己或他人发生性关系为对后一种身份权的侵犯,这些侵权行为都导致权利人获得损害赔偿请求权。

也必须把身份与身份权区分开来。前者是影响主体人格的立法者安排,表现的是国家与民事主体之间的纵向关系;后者是身份权人对他人干扰或侵害家庭关系之排除,属于民事主体之间的横向关系。

3. 婚姻家庭制度。婚姻是两性结合的社会形式,家庭是社会的细胞。结婚、离婚、收养、扶养等,是市民社会生活的重要内容,调整婚姻、家庭关系是民法的重要任务。

4. 继承制度。继承解决的是自然人死后财产权的移转等问题。财产继承主要发生在家庭成员之间,是家庭成员之间经济连带性的表现。保护自然人的遗嘱处分权,是保护其财产权的重要组成部分。财产继承制度是民法的重要内容。

5. 物权制度。物权是民事主体对物直接支配并排除他人干涉的权利,包括财产所有权制度和土地使用权、土地承包权、抵押权、质权、留置权等他物权制度。物权制度解决的是财产的归属与利用问题,是民法的基本制度。

6. 知识产权制度。知识产权包括著作权、专利权、商标权等以知识产品为标的物的权利。随着科学技术的发展,尤其是知识经济时代的到来,知识产权对社会经济发展和科学文化进步所起的作用越来越大,从不见诸民法典演变为重要的民法制度被许多民法典收纳。

7. 合同制度。合同是当事人自愿选择的对自己行动自由的限制,主要解决财产、服务、知识产权的流转问题。合同通常是有偿的,所以,它通常反映的是人人为我、我为人人的交换型社会生活形态。赠予合同则是无偿的,它反映的是人类的情

爱关系。

8. 侵权责任制度。侵权责任是国家对侵犯他人绝对权者课加的制裁,以图消除侵害他人利益行为的后果。

在传统的大陆法系民法中,合同、侵权行为、无因管理、不当得利等制度被统合在债法的名目下,这些制度的个性大于共性,勉强把它们拢在一起问题多多,故我国的民法分则在起草计划中放弃了设立债法总则的安排。对于无因管理和不当得利,我国拟作为准合同规定在合同编中,这与美国法的处理相同。

第二节 民法的对象和调整方法

一、我国民法的对象

《民法总则》第2条规定:“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”按照这一定义,民法有人身关系和财产关系两个对象。

(一)人身关系

人身关系,是就人格、人格权和身份、身份权发生的社会关系。

所谓人格,就自然人而言,指生物学意义上的人被承认为法律上的人的状态,这种承认的结果表现为国家赋予生物学意义上的人以权利能力。因此,人格与权利能力是两个基本可以相互等同的概念。人格关系包括对外和对内两方面的内容。就对外方面而言,人格关系涉及一个法域与其他法域的成员的关系。在这个世界上,每个国家都是一个法域或一个市民社会。如果一个法域接纳其他法域的成员为自己的民事主体,我们就说该被接纳者取得了后一个共同体的人格。在这里,人格就是某一个市民社会的主体资格,它表现为承认外国人的民事权利能力问题,外国人在本国通常承受或多或少的能力限制。就对内方面而言,生活在一个法域的人并不见得就被承认为是这个法域的主体,例如,在古罗马,奴隶就不被承认为主体的;在现代,也有一些国民的主体资格受到限制或贬损,以落实惩罚或区隔。

人格权是民事主体对自身要素享有的权利,即生命、身体、健康、姓名、肖像、名

誉、荣誉、隐私、婚姻自主等具体的人格权。人格权来自法国中世纪伟大的民法学家雨果·多诺(Hugues Doneau, 1527—1591年)的权利分类理论,他把权利分为对物的权利(物权)、对他人的权利(债权)和对我们自己的权利(人格权)三类^①,这种理论马上传播到德国,在温德沙伊德的《潘德克吞法》中采用^②,构成了我们现在的人格权理论的基础。

学术界还有一般人格权的提法,因为关于人格权的立法不可能穷尽一切具体人格权现象,所以在未为法律明文规定的人格利益受到侵害时,我们可援用一般人格权进行保护。

关于作为民法调整对象的身份和身份权,前文已述,此处不赘。

(二) 财产关系

财产关系是以财产为媒介发生的社会关系。因此,说明了什么是财产,也就说明了财产关系。

经济学把一切对人有用的东西都称为资源或财货(goods),财货又分为物质的和个人的、经济的和自由的。物质的财货是各种有形的物和无形的权利。个人的财货有内在的和外在的两种,前者为人的各种能力(如天赋、体力、特殊技能等);后者为人在与他人关系中形成的能带来利益的东西(如信誉、商誉等)。经济的财货受稀缺法则的支配,不能无限量地满足人的需要;相反,自由的财货不受这一法则的支配,可无限量地满足人的需要。如空气和阳光,它们对人有用,因而是财货,但它们在某种意义上无限地存在,人人可以各取所需而不需付出代价,所以不可能就它们产生财产权。任何财产权皆以客体的自然的或人为的稀缺性以及由此而来的人们的自利心为基础。因此,经济学中的财货不等于民法中的财产。显然,只有经济的财货、物质的财货才是财产。在劳动力市场已形成的条件下,个人内在的财货反映为具有一定素质的劳动力,也是财产。现代社会中已有商号和商标的买卖,实际上是以商誉为标的物的买卖。在生产要素全面由市场配置的经济条件下,财产的范围十分广泛,因而民法调整的范围也十分广泛。

^① Voir Jean-Louis Gazzaniga, Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne, En Denis Alland et Stephane Rials(Directeur), Droit, PUF, Paris, 1998, p. 88.

^② Cfr. Bernardo Windscheid, Diritto delle pandette(Vol. I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925, p. 177.

一切要素要成为财产,必须满足以下条件:第一,它们必须具有效用,即能满足人的需要。第二,它们必须具有自然的或人为的稀缺性,即不能无限量地存在。人为的稀缺性又称强制性的稀缺,是通过政府干预使本来趋弱的稀缺性强化。知识产品的特点是他人使用并不减少权利人的使用,所以,知识产权的设定并非基于客体的自然稀缺性,而是基于人为稀缺性。政府为了保护知识产权人的利益强制把知识产品设定为稀缺的,要求权利人以外的人为其对知识产品的使用付费。第三,它们必须具有合法性。有些因素既具有效用,又具有稀缺性,例如学位、职称、职务、军衔以及人,它们都不是财产,因为法律出于公共利益的考虑禁止它们成为财产。此外,由于大部分的财产权的客体是人的劳动产品,这部分财产必须包含人类劳动。符合以上条件的财产即具有价值,因此,财产的价值来源于效用、稀缺性和劳动三个渠道。由于并非一切财产都是劳动产品,有的财产如国有土地使用权,其价值来源于其效用和稀缺性,而非劳动。所以,我们可以把财产分为劳动产品和非劳动产品两大类,前者通常被称为商品,即为了交换而生产的劳动产品。

有的民法著作将财产关系等同于商品关系,这是错误的。我们知道,财产包括劳动产品和非劳动产品,将财产关系等同于商品关系,无疑人为地缩小了民法的调整范围,而且也不符合市场经济条件下大量交易非劳动产品(如拍卖无线频道和二氧化硫排放额)的经济实践。

在财产关系中存在的权利为财产权。所谓财产权,就是人与资源的关系,财产权人有权就这些资源的占有、使用、收益作出决定。财产权的存在以资源的稀缺性为条件,因此,从另一角度看,财产权反映的是人与人之间就稀缺资源的利用发生的关系。

二、民法的调整方法

(一)概述

调整是一个一般的概念,在这一概念之下,有拟制、范导、修补、保障和惩罚五类调整手段。民法的调整分为事前调整和事后调整两个阶段。“事”在此处的含义是“争议的发生”,因此,所谓的事前调整,就是民法在当事人发生争议之前对社会关系施加影响的活动;所谓的事后调整,就是民法在当事人发生争议之后对社会关

系施加影响的活动。拟制和范导属于事前调整的范围,修补、保障和惩罚属于事后调整的范围。

(二)事前调整

1. 拟制。所谓拟制,是立法者基于公共政策的考虑,把甲事实当作乙事实适用法律的活动。立法者常常使用带“视为”的句子制定拟制性条文。拟制既可适用于主体,也可适用于客体。就前者而言,有如《民法总则》第18条的规定:“16周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”本来,在行为能力问题上,16周岁以上的未成年人,与18周岁以上的自然人,是两个不同的范畴,由于前者以自己的劳动收入为主要生活来源,表明他们具有与后者相当的辨认自己行为的能力,立法者基于扩大完全民事行为能力人的数目的考虑,遂运用拟制的调整手段,赋予前者以完全的民事行为能力。就后者而言,有如许多国家关于船舶、飞机在法律上视为不动产的规定。从事理之性质来看,船舶、飞机本身为动产,但立法者考虑到它们价值巨大且极为重要,遂赋予它们以不动产的地位,对其适用不动产方面的法律。

2. 范导。它是为当事人可能的行为提供法律模式的民法调整方法,最典型的体现为法律规范和法律行为制度。前者是事实的范导,后者是价值的范导。设立基本原则也是一种范导方式。

民法规范是对一个事实状态赋予一种确定的法律后果的规定,其逻辑结构分为行为模式和保证手段两个部分。行为模式由假定和处理构成,前者指民法规范适用的条件和情况;后者指可以做什么、不可以做什么、应该做什么的具体规定。行为模式部分旨在指导人们的行为,划定人们行为的可能空间,表达和反映立法者的意志和愿望。保证手段部分由假定行为和法律后果两者构成。前者指法律关系主体的可能性行为选择,后者指立法者对法律关系主体行为选择的裁决和处理。保证手段部分旨在督促人们依照法律规定的行为模式作出行为,体现和反映民法的国家强制力。当事人通过分析民法规范,即可在行为前预先知道法律对自己行为的要求以及违反这些要求所产生的后果。通过这些过程,立法者所愿望的社会秩序得以实现,民法完成其调整功能。

法律行为则对立法者不能精确预见的当事人行为规定了价值框架性的行为