

F

龙卫球/著

民法总论

M

Z

中国法制出版社

L

龙卫球 / 著

民法总论

中国法制出版社

责任编辑 李仕春

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总论/龙卫球编著. —北京: 中国法制出版社,
2001. 3

ISBN 7-80083-777-7

I. 民… II. 龙… III. 民法—法的理论—研究—中国
N. D923. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 16618 号

民法总论

MINFA ZONGLUN

著者/龙卫球

经销/新华书店

印刷/河北省三河市新科印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/ 23 字数/ 564 千

版次/2001 年 4 月北京第 1 版 2001 年 4 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-777-7/D·742

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价: 41.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

序

民法总论是民法中最抽象的理论体系，阐释起来非常困难。我写作本书并无野心创建独特学术体系，过去 10 年来，我只是一直试图通过研究积累，将所收集到的经典民法学家们有关民法总论的研究资料，做一个勤恳的整理。所以，这本书的体系和主要理论成果，应归功于书中所引著述的民法学家们。当然，我希望我的整理也是有益的努力，对当前我国民法学的学术背景起到一定的梳理作用。在某些主要理论问题上，我也在自己研究基础上，给出自己的讨论，以期抛砖引玉。这或许也称得上是一种学术积累和交流。我深信，中国民法学有朝一日，必大放异彩，但其前提是能够承前启后。创造新理论，解决新问题，不应只求维新，而也应求论理。所以，我理解，承前启后者，必以论理为其核心。中国未来民法学，其理之源泉，除了创新的思考，还在于人类既有的经验智识。悉心整理以往之学术成就，是理解和吸收这种既有经验智识的一个途径，是将死的历史转化为活的源流的一个方法。

在本书，我以能够收集的资料为限，借助材料分析，搭建了我所理解的传统民法总论体系。具体撰写中，在方法上，突出主要学理问题，交代其背景，依一定的学术发展脉络汇编整理各家见解，注重挖掘原创者的学术思路和异议者的不同思考。我的学术用意也很明显：一切主要的学理问题，都不应以通说为终结，而是应呈现思考的开放性。通过对民法主要学理问题的考察，人们应可以发现这样一个学术规律：在人类设计的民法制度中，那些经过人类智慧充分论理、最后妥协形成的规则，总是能够历经久远不修正或者作极小的修正，留存于现世，并依然是民众心中信服的规则，甚至是社会智识文明的象征。所以，我认为，所谓法治，必是善法之治，而

所谓善法，就是指这种包容过充分论理、深具智识的规则体系。本书通过对传统民法学理的揭示，也得出这样一种认识：传统民法的许多制度，通常不是简单的社会势力支配或势力妥协的产物，而是丰富的溶入了相当深刻的智识争论、妥协的产物。

这本民法总论也是我多年民法教学的总结。实际上，五年来我在政法大学讲课中已经使用它作为教案。每一年，根据教学反馈以及学术新进展，我总是尽其所能地做出修正。为了阐释和探讨中国目前的民法总论体系，我以传统框架为参考坐标，对目前中国民事立法所立足的总论部分主要理论或理由，也作了归纳定性，对目前中国民事实践遇到有关重要问题，也进行了梳理。我对此所做的工作，不只是阐释、比较不同法域，而是更注意探求合理性，并尽可能在思考中提出自己的学理建议，期望引起学界共鸣。本书还特别试图弥补国内有关教材在某些方面不够深入的不足，例如在第三章“权利主体”和第四章“法律行为”，我均使用了很长篇幅，以便更充分呈现其学术背景和学理内涵。

本书的出版，实出于许多师长、朋友热情的鼓励和催促。所以，就本书的出版，我应向他们表示感谢，限于篇幅，这里不一一列名。但我要特别感谢友人李炳强兄，他以真正的古道热肠，帮助我出版此书。中国法制出版社慨然出版本书，使我深感学术之途并不寂寞。李仕春兄付出了辛苦而有益的编辑劳动，我也在此谨志谢忱。民法学理博大精深，我学识有限，兼之收集材料也有限，思虑不足，在所难免，欢迎批评或指正。

龙卫球于中国政法大学

2001年2月20日

目 录

序	(1)
第一章 导 言	(1)
第一节 律分立中的私法	(1)
一、法律的定义	(1)
二、法律和法院	(4)
三、实在法和理想法	(5)
四、法律分立中的私法	(6)
第二节 我国民法的制度语源	(13)
一、日本移植说辨析	(13)
二、日本创造民法术语的史实	(14)
三、探寻“民法”语源的意义	(14)
四、民法传统的一元性	(16)
第三节 民法概念及调整对象	(17)
一、民法的实质含义	(17)
二、民法的形式含义：民法典	(18)
三、民法的调整对象	(20)
四、民法和商法	(24)
五、民法和经济法	(28)
第四节 民法的法律渊源	(31)
一、概说	(31)
二、萨维尼的法源理论	(32)
三、大陆法系民法的法律渊源	(33)
四、英美法系民法的法律渊源	(37)
五、我国民法的法律渊源	(38)

第五节 民法法条	(41)
一、法条的概念	(41)
二、法规范、法律规定与法条	(42)
三、民法法条的性质	(43)
四、完全性法条的逻辑结构	(45)
五、不完全性法条	(48)
六、复合性法条	(54)
第六节 民法的基本原则	(55)
一、法律原则 (Rechtsprinzipien) 的意义	(55)
二、传统民法的基本法律原则	(57)
三、现代民法的原则修正	(62)
四、我国《民法通则》宣示的基本原则	(69)
五、民法基本原则的适用问题	(72)
第七节 民法体系	(74)
一、19 世纪概念法学的民法体系观	(74)
二、现代法学的民法体系观	(76)
三、大陆法系的民法结构	(79)
四、普通法系的民法结构	(83)
五、我国的民法结构	(84)
第八节 民法的效力及其范围	(85)
一、民法效力之范围性	(86)
二、民法对时间的效力的原则	(87)
三、民法对空间的效力的原则	(88)
四、民法对人的效力的原则	(88)
五、民法对事项的效力的原则	(89)
第九节 民法的适用	(89)
一、传统理论上法律适用的逻辑模式	(90)
二、取得小前提：确定案件事实，并 通过判断进行涵摄或归属	(92)

三、取得大前提：确定应适用的法规范 及其具体内容	(97)
四、推断法律适用的结论：赋予具体法 效果	(99)
五、法律适用中的法律解释	(100)
六、法律适用中的法律补充	(109)
七、英美国家的法律解释和法律补充	(116)
八、威尔威格的类观点学方法	(118)
第二章 法律关系和权利	(120)
第一节 法律关系	(120)
一、萨维尼关于法律关系的定义	(120)
二、法律关系的规范属性	(121)
三、法律关系的内容	(122)
四、法律关系的主体	(127)
五、法律关系的客体	(127)
六、法律关系的分类	(128)
七、对法律关系的侵害：不法的典型形式	(130)
第二节 权利	(131)
一、“权利”的概念和语源	(131)
二、权利的本质和意义	(133)
三、法益、权限和权能	(136)
四、权利主体、标的、内容	(137)
五、权利的种类	(139)
六、法规竞合和权利竞合	(151)
七、权利的实现	(153)
八、义务	(163)
九、权利概念和人权概念	(164)
十、权利概念和民权概念	(165)
十一、我国“权利”制度的当代发展	(165)

第三节 权利（法律关系）的变动及其原因·····	(167)
一、权利（法律关系）的变动·····	(168)
二、权利变动的原因：法律事实·····	(169)
三、法律事实的类型·····	(173)
第三章 权利（法律关系）主体·····	(186)
第一节 权利主体概说·····	(186)
一、权利主体和人法·····	(186)
二、权利能力或主体资格的概念·····	(187)
三、权利能力和行为能力·····	(188)
四、权利能力与当事人能力·····	(189)
五、当代权利能力理论的发展·····	(190)
第二节 权利主体制度的演进·····	(193)
一、古罗马的权利主体制度·····	(193)
二、1804 年《法国民法典》的主体制度 ·····	(206)
三、《德国民法典》的主体制度 ·····	(210)
四、主体制度合理化思考·····	(214)
第三节 自然人概述·····	(220)
一、自然人的概念·····	(220)
二、自然人概念的规范属性·····	(222)
三、自然人的生命·····	(225)
四、自然人的权利能力·····	(229)
五、胎儿的特殊问题·····	(231)
六、宣告死亡或宣告失踪：失踪人法律问题·····	(238)
第四节 自然人的行为能力·····	(248)
一、行为能力的概念和制度价值·····	(249)
二、自然人行为能力的设定标准·····	(251)
三、我国民法上的自然人行为能力制度·····	(253)
四、自然人行为能力的制度比较·····	(255)
五、特别行为能力·····	(264)

六、自然人的责任能力·····	(266)
第五节 监护制度及其改革·····	(275)
一、监护的概念和制度意义·····	(276)
二、我国的监护制度·····	(277)
三、监护的制度比较·····	(283)
第六节 自然人的人格权·····	(302)
一、人格权概念·····	(303)
二、人格权的两种体例·····	(304)
三、人格权制度的发展·····	(309)
四、我国自然人人格权制度及其发展·····	(326)
五、总结·····	(341)
第七节 自然人的其他法律属性·····	(342)
一、自然人的住所·····	(342)
二、自然人的身份权·····	(348)
三、个体工商户、农村承包经营户·····	(349)
第八节 法人概述·····	(351)
一、法人的概念·····	(352)
二、法人和自然人·····	(353)
三、法人的主体地位的实在性·····	(355)
四、法人的本质·····	(359)
五、法人制度的作用·····	(373)
六、法人的分类·····	(374)
第九节 法人的权利能力·····	(384)
一、法人权利能力的取得和消灭·····	(385)
二、法人权利能力的性质限制·····	(386)
三、法人权利能力的法令限制·····	(389)
四、法人权利能力的目的事业限制·····	(390)
第十节 法人的成立和管理·····	(395)
一、法人成立监管的基础·····	(396)

二、法人成立管理原则和程序	(397)
三、筹备中法人的法律地位	(404)
四、成立后法人的管理	(409)
第十一节 法人机关	(411)
一、法人机关的地位属性	(412)
二、广义法人机关的内部结构	(423)
三、法人的对外代表或对外执行机关	(428)
四、法人的知悉或法人机关的知悉构成问题	(429)
第十二节 法人的其他属性	(430)
一、法人的行为能力问题	(430)
二、法人的责任能力问题	(437)
三、法人的住所	(442)
四、法人的分支机构	(443)
五、联营制度	(444)
第十三节 法人人格的否认	(446)
一、法人人格否认的概念和形式	(447)
二、直索责任适用的范围	(448)
三、直索责任的替代方法	(450)
第十四节 法人终止和清算中的法人	(452)
一、法人终止的条件和程序	(453)
二、清算中的法人	(455)
第十五节 无权利能力社团	(456)
一、民法上的规定及存在的问题	(457)
二、学说批评	(458)
三、有关国家立法和实务新发展	(460)
四、无权利能力社团问题的评析	(463)
第十六节 合伙	(464)
一、合伙的概念	(464)
二、合伙的类型	(465)

三、我国合伙制度·····	(467)
第四章 法律行为 ·····	(472)
第一节 法律行为的概念和理念·····	(472)
一、法律行为的概念·····	(472)
二、法律行为和私法自治·····	(479)
三、法律行为理论的成就·····	(483)
第二节 法律行为的分类·····	(487)
一、单方法律行为和多方法律行为·····	(487)
二、财产法律行为和身份法律行为·····	(490)
三、有因行为和无因行为·····	(494)
四、加利行为与非加利行为·····	(495)
五、要物行为和诺成行为·····	(496)
六、有偿行为和无偿行为·····	(496)
七、主法律行为与从法律行为·····	(496)
八、独立行为与补足行为·····	(497)
九、生存行为与死因行为·····	(497)
十、要式行为与不要式行为·····	(497)
十一、生效的法律行为和不生效的法律行为·····	(497)
十二、其他分类·····	(498)
第三节 法律行为的成立·····	(498)
一、法律行为的成立条件和一般效力·····	(498)
二、法律行为的三要素·····	(499)
三、意思表示的概念、构成和方式·····	(502)
四、意思表示的方式·····	(508)
五、意思表示的类型·····	(510)
六、意思表示的完成·····	(511)
七、意思表示的撤回·····	(516)
第四节 法律行为的生效·····	(516)
一、法律行为的效力形态的区分·····	(517)

二、法律行为的一般生效要件·····	(518)
三、法律行为主体的生效要件·····	(518)
四、法律行为内容的生效要件·····	(525)
五、意思表示的生效要件·····	(541)
六、法律行为形式的生效条件·····	(542)
第五节 意思表示瑕疵·····	(546)
一、意思表示瑕疵的规范类型·····	(546)
二、意思和表示不一致的意思表示·····	(547)
三、意思瑕疵的意思表示·····	(560)
第六节 不符合生效要件的法律行为·····	(582)
一、不符合生效要件的法律行为的类型·····	(582)
二、(绝对)无效法律行为(nichtige Rechtsgeschaeft)·····	(583)
三、相对无效(我国称可变更或撤销) 的法律行为·····	(588)
四、效力未定的法律行为(hinkendes Geschaeft; hegotium Claudicans)·····	(593)
五、对特定人无效的法律行为·····	(597)
六、部分无效·····	(599)
七、无效时法律行为的更换·····	(601)
第七节 附条件和附期限的法律行为·····	(602)
一、法律行为的计划的可能性·····	(602)
二、附条件或附期限的法律行为的性质·····	(603)
三、附条件(Bedingung)的法律行为·····	(603)
四、附期限(Befristung)的法律行为·····	(606)
第八节 法律行为的交易基础瑕疵的学说·····	(608)
一、交易基础学说的必要性·····	(608)
二、温德塞的学说·····	(609)
三、法律行为交易基础的分类构造·····	(610)

四、客观交易基础理论的发展·····	(611)
五、主观交易基础理论的发展·····	(613)
第九节 法律行为(意思表示)的解释·····	(616)
一、法律行为解释的必要性·····	(616)
二、法律行为(意思表示)解释与法律 解释的区别·····	(617)
三、我国法上的法律行为解释·····	(619)
四、德国法上的法律行为解释·····	(619)
五、法国法上的契约解释·····	(624)
六、瑞士法的法律行为解释·····	(625)
第十节 物权行为的理论和应用·····	(627)
一、物权行为理论的起源和早期发展·····	(627)
二、《德国民法典》的观念·····	(629)
三、基尔克对物权行为理论的批评·····	(631)
四、《德国民法典》的立场·····	(632)
五、判例和学说的新发展·····	(633)
六、物权行为无因性和善意取得的制度 功能区别·····	(636)
七、我国关于物权行为的制度和理论·····	(636)
第十一节 代理·····	(638)
一、代理制度的源流和制度理由·····	(638)
二、代理与归属规范·····	(641)
三、法人机关与代理制度·····	(643)
四、代理的性质·····	(643)
五、代理的要件·····	(647)
六、代理的范围·····	(652)
七、代理权的取得·····	(652)
八、无权代理·····	(662)
九、代理权的滥用限制·····	(670)

十、再代理问题·····	(673)
十一、共同代理(复数代理)·····	(676)
十二、代理权的消灭·····	(676)
十三、间接代理和行纪·····	(679)
第五章 民法上的时间 ·····	(682)
第一节 时间的民法意义及其规范属性·····	(682)
一、时间在民法上的意义·····	(682)
二、民法上时间规范的作用类型和法律属性·····	(683)
三、时间在民法上的规定形式·····	(684)
第二节 期日和期间·····	(685)
一、期日和期间的立法体例·····	(685)
二、期日·····	(686)
三、期间·····	(687)
第三节 时效·····	(691)
一、时效的概念和规范特点·····	(692)
二、时效的类型和历史源流·····	(693)
三、取得时效(erwerbende Vergaehrung)·····	(694)
四、诉讼时效或消灭时效(erloeschende Vergaehrung, Vergaehrung)·····	(695)
第四节 除斥期间·····	(719)
一、除斥期间的概念、性质和客体·····	(719)
二、除斥期间的历史源流·····	(720)
三、除斥期间的类型·····	(721)
四、除斥期间的期限及其起算·····	(721)
五、除斥期间完成的法律效果·····	(722)
六、除斥期间的中断、中止和未完成问题·····	(722)

第一章 导 言

第一节 律分立中的私法

[提要：欲了解民法，必须掌握法律的一般知识。只有通过理解法律是什么以及民法在法律体系中居于什么地位，才能展开对民法的学习。西方法律的发展在罗马法开始采取了公法和私法（民法）分立发展的模式，私法在这种分立中获得了自己的思想基础。要了解私法，首先要明了这种分立知识，体察它的分立动机，明了这种分立所赋予人类法律的意义。私法是涉及个人福利的法^①。]

一、法律的定义

对于法律，要达成一个人们普遍接受的定义非常困难，这是因为，一方面法律本身是社会网络中的一部分，与其他部分的边界线不容易划分清楚；另一方面，人们总是可能站在不同的角度观察法律或者法律现象，也就不可避免出现分歧见解。的确，根据现代哲学和解释学的揭示，定义的可靠性是非常有限的，因为任何人对于变化中的复杂现象的抽象探寻都是有限的。马克斯·雷丁对此悲观地说：“我们中间的那些怀有谦虚之心的人已经放弃了给法律下定义的尝试。”^②

① [美] E. A. 霍贝尔：《初民的法律》，周勇译，中国社会科学出版社1993年版，第19—20页。

② 马克斯·雷丁：《霍菲尔德重述》，载《哈佛法律评论》，51：1145，1938年。

但是人们还是非常希望提出一个定义,“人们对法的定义就像是寻找圣杯一样”,^①之所以如此,在于定义是一种概括复杂现象的思维表现方法,是人们对认识了的一种现象的属性或观念的表述。^②

目前,我们普遍使用的关于法律的定义主要是法律实证主义者所提出的。19世纪英国法学家奥斯丁是实证分析法学的开创者,他通过对于法律的实证研究,提出以下定义:法律是有权者(统治者)的强制性命令。^③

这个定义首先将法律界定为一种“命令”。按照20世纪纯粹分析法学代表人物奥地利法学家凯尔森的解释,所谓命令,是指具绝对必要形式的意思表示—某个人应在一定方式下行为(即行为规范性)的意思表示。^④所以,从内容上考察,被人们称为法律的东西,都表现为人们在社会生活中的行为规范,对人们的社会行为规定条件和限定。因此,法律具有行为规范性的特点。需注意的是,法律是关于人的行为的规范,并不是指每一具体法律规范的对象必然是人的行为,而是指法律在效果上对人的行为发生规范作用。因此,具体规范的对象,可以是行为,有时也可能是自然事实。

其次,这个定义将法律的形成归属于有权者。一种“命令”要成为法律,须出自“有权者”。早期实证主义者将有权者称为统治者,并且多以中央集权制国家为模式来界定,统治者当然只是掌握发布“命令”的权力(立法权)的中央机构—独裁制下的国王,或者议会制下的议会等。早期实证法学的这种“中央”意识,导致了法律必然是国家法的认识。根据这种国家法的立场,以国家名义或权威发出的规范,才可以是法律。后世学者开始强调国家分权的观念,他

① 霍贝尔:《初民的法律》,第19页。

② 霍贝尔:《初民的法律》,第18页。

③ J. L. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Edited by H. L. Hart, New York, 1954, P259.

④ 凯尔森:《国家与法律的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第32页。