

法学文库

民法总论

MINFA ZONGLUN

〔第二版〕

● 龙卫球 著

中国法制出版社

MINFA ZONGLUN

民法总论

〔第二版〕

● 龙卫球 著

D913.01
25

77/78

责任编辑 李仕春

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总论/龙卫球著. —北京: 中国法制出版社,
2002.12

ISBN 7-80083-777-7

I. 民… II. 龙… III. 民法-法的理论-研究-中
国 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 16618 号

民法总论

MINFA ZONGLUN

著者/龙卫球

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2002 年 12 月第 2 版

印张/41 字数/632 千

2003 年 12 月印刷

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

传真: 66062741

定价: 61.00 元

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66032924

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

目 录

第一章 导 言	(1)
第一节 法律分立中的私法	(1)
一、法律的定义	(1)
二、法律和法院	(3)
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	(12)
一、日本移植说辨析	(12)
二、日本创造民法术语的史实	(13)
三、“民法”语源探寻的意义	(13)
四、民法传统的一元性	(14)
第三节 民法概念及调整对象	(15)
一、民法的实质含义	(16)
二、民法的形式含义：民法典	(16)
三、民法的调整对象	(18)
四、民法和商法	(22)
五、民法和经济法	(25)
第四节 民法的法律渊源	(27)
一、民法法源概说	(28)
二、萨维尼的法源理论	(28)
三、大陆法系民法的法律渊源	(29)
四、英美法系民法的法律渊源	(33)
五、我国民法的法律渊源	(34)
第五节 民法法条	(36)
一、法条的概念	(36)
二、法规范、法律规定与法条	(37)
三、民法法条的性质	(38)

四、完全性法条的逻辑结构	(40)
五、不完全性法条	(42)
六、复合性法条	(48)
第六节 民法的基本原则	(48)
一、法律原则 (Rechtsprinzipien) 的意义	(48)
二、传统民法的基本原则	(50)
三、现代民法基本原则的修正	(54)
四、我国《民法通则》宣示的基本原则	(60)
五、民法基本原则或原则条款的适用问题	(63)
第七节 民法体系和体例	(64)
一、19 世纪概念法学的民法体系观	(65)
二、现代法学的民法体系观	(66)
三、大陆法系的民法体系和体例	(68)
四、普通法系的民法体系和体例	(72)
五、我国民法的体系和体例	(73)
第八节 民法的效力及其范围	(74)
一、民法效力之范围性	(74)
二、民法对时间的效力的原则	(76)
三、民法对空间的效力的原则	(76)
四、民法对人的效力的原则	(77)
五、民法对事项的效力的原则	(77)
第九节 民法的适用	(78)
一、传统理论上法律适用的逻辑模式	(78)
二、取得小前提：确定案件事实，并 通过判断进行涵摄或归属	(80)
三、取得大前提：确定应适用的法规范 及其具体内容	(85)
四、推断法律适用的结论：赋予具体法 效果	(86)
五、法律适用中的法律解释	(87)
六、法律适用中的法律补充	(95)
七、英美国家的法律解释和法律补充	(101)
八、威尔威格的类观点学方法	(102)

第二章 法律关系和权利	(104)
第一节 法律关系	(104)
一、法律关系的概念及其规范属性	(104)
二、法律关系的本质	(106)
三、法律关系作为私法的基本工具	(110)
四、法律关系的要素	(111)
五、法律关系的分类	(113)
六、民法上“不法”的构成与法律关系	(115)
第二节 权 利	(116)
一、“权利”的概念和语源	(117)
二、权利的本质和意义	(118)
三、法益、权限和权能	(120)
四、权利主体、标的、内容	(121)
五、权利的种类	(123)
六、法规竞合和权利竞合	(133)
七、权利的行使和实现	(135)
八、义务	(143)
九、权利概念和人权概念	(144)
十、权利概念和民权概念	(145)
十一、我国“权利”制度的当代发展	(146)
第三节 权利(法律关系)的变动及其原因	(147)
一、权利(法律关系)的变动	(148)
二、权利变动的原因: 法律事实	(149)
三、法律事实的类型	(153)
第三章 权利主体	(164)
第一节 权利主体概说	(164)
一、权利主体和人法	(164)
二、权利能力或主体资格的概念	(165)
三、权利能力和行为能力	(166)
四、权利能力与当事人能力	(167)
五、当代权利能力理论的发展	(168)
第二节 权利主体制度的演进	(170)
一、古罗马的权利主体制度	(170)

二、1804年《法国民法典》的主体制度	(180)
三、《德国民法典》的主体制度	(183)
四、主体制度合理化思考	(187)
第三节 自然人概述	(191)
一、自然人的概念	(192)
二、自然人概念的规范属性	(194)
三、自然人的生命	(196)
四、自然人的权利能力	(199)
五、胎儿的特殊问题	(202)
六、宣告死亡或宣告失踪：失踪人法律问题	(208)
第四节 自然人的行为能力	(218)
一、行为能力的概念和制度价值	(218)
二、自然人行为能力的设定标准	(220)
三、我国民法上的自然人行为能力制度	(221)
四、自然人行为能力的制度比较	(223)
五、特别行为能力	(231)
六、自然人的责任能力	(233)
第五节 监护制度及其改革	(241)
一、监护的概念和制度意义	(241)
二、我国的监护制度	(242)
三、监护制度的比较	(247)
第六节 自然人的人格权	(263)
一、自然人人格权的概念	(264)
二、自然人人格权制度的两种体例	(265)
三、自然人人格权制度的当代发展	(269)
四、我国《民法通则》自然人人格权制度及其发展	(280)
五、自然人死后人格保护问题	(298)
六、自然人人格权保护的限制	(300)
七、简单总结	(304)
第七节 自然人的其他法律属性	(305)
一、自然人的住所	(305)
二、自然人的身份权	(311)
三、个体工商户、农村承包经营户	(312)

第八节 法人概述	(313)
一、法人的概念	(314)
二、法人和自然人	(315)
三、法人主体地位的实在性	(316)
四、法人的本质	(320)
五、法人制度的作用	(334)
六、法人的分类	(335)
第九节 法人的权利能力	(344)
一、法人权利能力的取得和消灭	(344)
二、法人权利能力的性质限制	(346)
三、法人权利能力的法令限制	(348)
四、法人权利能力的目的事业限制	(349)
第十节 法人机关	(354)
一、法人机关的地位属性	(354)
二、广义法人机关的内部结构	(364)
三、法人的对外代表或对外执行机关	(368)
四、法人的知悉或法人机关的知悉构成问题	(369)
第十一节 法人的行为能力和责任能力	(370)
一、法人的行为能力	(370)
二、法人的责任能力	(376)
第十二节 法人的成立及其管理	(381)
一、法人成立管理的理论基础	(381)
二、法人成立管理的原则和程序	(383)
三、筹备中法人的法律地位	(389)
四、国家对成立后法人的管理	(393)
第十三节 法人的其他属性	(395)
一、法人的住所	(396)
二、法人的分支机构	(396)
三、联营制度	(397)
第十四节 法人人格的否认	(399)
一、法人人格否认的概念和形式	(399)
二、直索责任适用的范围	(401)
三、直索责任的替代方法	(402)

第十五节 法人终止和清算中的法人	(404)
一、法人终止的条件和程序	(405)
二、清算中的法人	(407)
第十六节 无权利能力社团	(408)
一、民法上的规定及存在的问题	(408)
二、学说批评	(409)
三、有关国家立法和实务新发展	(411)
四、无权利能力社团问题的评析	(414)
第十七节 合 伙	(414)
一、合伙的概念	(415)
二、合伙的类型	(415)
三、我国合伙制度	(417)
第四章 法律行为	(421)
第一节 法律行为的概念和理念	(421)
一、法律行为的概念	(421)
二、法律行为和私法自治	(427)
三、法律行为理论的成就	(430)
第二节 法律行为的分类	(433)
一、单方法律行为和多方法律行为	(433)
二、财产法律行为和身份法律行为	(436)
三、有因行为和无因行为	(439)
四、加利行为与非加利行为	(441)
五、要物行为和诺成行为	(441)
六、有偿行为和无偿行为	(441)
七、主法律行为与从法律行为	(441)
八、独立行为与补足行为	(442)
九、生存行为与死因行为	(442)
十、要式行为与不要式行为	(442)
十一、生效的法律行为和不生效的法律行为	(442)
十二、其他分类	(443)
第三节 法律行为的成立	(443)
一、法律行为的成立条件和一般效力	(443)
二、法律行为的三要素	(444)

三、意思表示的概念、构成和方式	(446)
四、意思表示的方式	(451)
五、意思表示的类型	(453)
五、意思表示的完成	(454)
六、意思表示的撤回	(458)
第四节 法律行为的生效	(459)
一、法律行为的效力形态的区分	(459)
二、法律行为的一般生效要件	(460)
三、法律行为主体的生效要件	(460)
四、法律行为内容的生效要件	(466)
五、意思表示的生效要件	(480)
六、法律行为形式的生效要件	(480)
第五节 意思表示瑕疵	(484)
一、意思表示瑕疵的规范类型	(484)
二、意思和表示不一致的意思表示	(485)
三、意思瑕疵的意思表示	(497)
第六节 不符合生效要件的法律行为	(515)
一、不符合生效要件的法律行为的类型	(515)
二、(绝对)无效法律行为	(516)
三、相对无效的法律行为	(520)
四、效力未定的法律行为	(524)
五、对特定人无效的法律行为	(528)
六、部分无效	(529)
七、法律行为无效时的更换	(531)
第七节 附条件和附期限的法律行为	(532)
一、法律行为的计划的可能性	(533)
二、附条件或附期限的法律行为的性质	(533)
三、附条件的法律行为	(533)
四、附期限的法律行为	(536)
第八节 法律行为的交易基础瑕疵学说	(537)
一、交易基础学说的必要性	(538)
二、温德塞的学说	(539)
三、法律行为交易基础的分类构造	(540)

四、客观交易基础理论的发展	(540)
五、主观交易基础理论的发展	(542)
第九节 法律行为（意思表示）的解释	(544)
一、法律行为解释的必要性	(545)
二、法律行为（意思表示）解释与法律解释的区别	(545)
三、我国法上的法律行为解释	(547)
三、德国法上的法律行为解释	(547)
四、法国法上的合同解释	(551)
五、瑞士法的法律行为解释	(552)
第十节 物权行为的理论和应用	(553)
一、物权行为理论的起源和早期发展	(554)
二、《德国民法典》的观念	(555)
三、基尔克对物权行为理论的批评	(557)
四、《德国民法典》的立场	(557)
五、判例和学说的新发展	(559)
六、物权行为无因性和善意取得的制度功能区别	(561)
七、我国关于物权行为的制度和理论	(562)
第十一节 代理	(563)
一、代理制度的源流和制度理由	(563)
二、代理与归属规范	(565)
三、法人机关与代理制度	(567)
四、代理的性质	(567)
五、代理的要件	(571)
六、代理的范围	(575)
七、代理权的取得	(575)
八、无权代理	(583)
九、代理权的滥用限制	(590)
十、再代理问题	(592)
十一、共同代理（复数代理）	(595)
十二、代理权的消灭	(595)
十三、间接代理和行纪	(598)

第五章 民法上的时间	(601)
第一节 时间的民法意义及其规范属性	(601)
一、时间在民法上的意义	(601)
二、民法上时间规范的作用类型和法律属性	(602)
三、时间在民法上的规定形式	(602)
第二节 期日和期间	(603)
一、期日和期间的立法体例	(603)
二、期日	(604)
三、期间	(605)
第三节 时 效	(609)
一、时效的概念和规范特点	(610)
二、时效的类型和历史源流	(610)
三、取得时效	(611)
四、诉讼时效或消灭时效	(612)
第四节 除斥期间	(638)
一、除斥期间的概念、性质和客体	(638)
二、除斥期间的历史源流	(639)
三、除斥期间的类型	(639)
四、除斥期间的期限及其起算	(640)
五、除斥期间完成的法律效力	(640)
六、除斥期间的中断、中止和未完成问题	(641)

第一章 导 言

第一节 法律分立中的私法

[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。西方法律的发展从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。私法是维护个人利益的法。]

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。^①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

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，”^③之所以如此，在于定义是一种概括复杂现象的思

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。

③ 霍贝尔：《初民的法律》，第 19 页。

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^①。

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之一，他通过对法律的实证研究，提出以下定义：法律是主权者（统治者）的强制性命令。^②

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，是指具备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。^③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，他们注意到现代国家更具有分权的特点。在分权制的国家，统治者的概念非常复杂，立法权将非常分散。根据这种见解，法律只要是在宪法的授权下作出的，就可以成立，而不一定必须是由持有国家名义的那些权威机构作出。

一些学者走的更远，提出所谓“民间法”观念，与国家法的观念对抗，认为在国家范围内，具有国家权威所不能达到的民间，在那里可以出现由民间自己的权威形成的强制性规范，也构成法律的一部

① 霍贝尔：《初民的法律》，第18页。

② J.L.Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Edited by H.L.Hart, New York, 1954, P259.

③ 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第32页。

分。民间法主要表现为习惯或习俗。^①

法律是否只能体现为国家权威的制度形式，的确值得探讨。不仅如此，法律是否必定只存在于国家阶段，也是一个非常值得探讨的问题。目前，一些法人类学者在其考察的基础上，甚至提出在原始社会，也是有法律生活的，存在人们所说的像法那样精细深奥、组织完好、具有目的性和权威性的东西。^②

再次，法律具有强制性。法律之所以为法律，在于它由强制加以遵守的力量来保障实行，即人们被强求遵守法律，显著地区别于道德、习俗等其他类型的社会规范。这种强制力，自奥斯丁提出“法以国家强制力为后盾”以来，传统实证法学将之归结为国家强制力，法律以国家强制力作为维护手段。根据这种认识，唯有在国家强制力的层次上，才有法律可言，因此，法律又具有国家强制力性的特点。不过，那些赞成也存在民间法、地方法或习惯法的学者，则认为法律的强制性，其基础不必是国家强制力，也可以是在一定区域或一定人群中具有最终决定作用的强制力。^③

二、法律和法院

法律规则规定的是一个应然的世界，而不是实然的世界，所以存在法律实践问题。在法学主流的观点中，法律完全被看作是静态的文本规则。法律是有立法权力的机构所发布或认可的规则，它们存在于文字表述形式——制定法或者判决先例中。在这种观点下，法律和法律的实现是完全分离的两个问题。法院是专门的执法机构，它的职能是通过遵循职业化的适用方法来具体适用法律。在承认判例法的国家，虽然最上级法院具有法律制定的权力——确立判例，但是一般的法院仍然处于适用法律的地位。总之，早期对法院的功能限制较多。

后来，随着实践哲学的兴起，法的实践问题变得复杂起来。司法者要在法律发展中成为积极的角色，在今天已经不受非议。学者越来越

① 我国有学者也受到这些学说的影响，提出民间法的认识。参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

② 参见霍贝尔：《初民的法律》。该书提出了法律人类学的基本观点：法律并不完全以国家为条件，并且是地方性的或者至少可以是地方性的，

③ 参见霍贝尔在《初民的法律》一书的观点。

越承认法院具有主动的权力,可以运用实践理性,通过法律解释包括创法性解释,对规则性法律加以具体适用。法律概念由此从静态的形式发展为具有动态的或过程的因素。

在德国,当代学说已经将法官受法律约束的传统要求,至少在表达形式上转化为:司法具有相当的主动性,并且受广义“法及法律”的约束。这种学说,一方面,正确地注意到实践理性的意义,承认法官实践理性之于法律规则的作用;另一方面,正视绝对理性学说的破产,拒绝狭隘的法律实证主义,认为虽然法律与法经常重叠,但是法并不等于成文法律的总体,它还包含其他来自宪法秩序的意义整体。换言之,在所谓“部门法”的法律之外,还有法。司法的任务,不仅要发现作为实证规定的部门法的法,也要发现实证部门法规定之外的法,前者要借助法律解释,后者则要借助法律续造也称法律发展,它是法官根据宪法秩序的意义整体,提出实证法律之外的对法律可以发挥补充功能的规范的活动。所以,德国前联邦法院院长赫森格(Heusinger)在1968年的离职致辞中称:“作为法官,我们并不想僭取立法权,但是我们也深切地意识到,于此界限内,仍有宽泛的空间提供法官有创意的裁判 共同参与法秩序的形成。”^①

在美国,大法官霍姆斯在1897年就突出法院的地位,他说:“无需太多的矫饰之词,法院事实上将如何判定的预言,就是我们所说的依法。”^②美国法学家卡多佐也较早地提出了法院功能的重要性,他提出法律具有四个基本组成要素:规范的因素;常规性;法院;强制。^③根据英国法学家萨蒙德的认识,这些关于法院因素的强调,是有节制的,还只是强调法院的执行作用,即法律是法官查明并付诸执行或强制执行的规范。^④20世纪初期开始滥觞的美国现实主义法学和

① [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五图出版公司1996年版,第280页。

② O. W. Holmes, The Path of Law, 10 Harv. L. Rev. 457, 466 (1897).

③ 霍贝尔:《初民的法律》,第24页。

④ 萨蒙德在其《法理学》(P60, 62, 49, 113)写到:“法律是声张正义的国家司法机关所遵循的规则,”“[法律是]国家通过司法权威机构,在追求无论是否达到正义的过程中,运用人身强制的方法所强制实施的规则,”“一切法律,不管它是怎样制定的,都是由法院认定并执行。不为法院认定并执行的规则,就不是法。因此,我们确定法的真实本质是视法院而非立法机关而定,”“英国法就是由英国法院在主持正义时所认定和适用的规范总体。”引自霍贝尔:《初民的法律》,第24页。

当代的美国法律批判运动，对于法律和法院的关系提出了更为激进的主张。他们提出，人们所说的体现于法律文本的那种法律其实是虚幻的，是不实在的，法官的作为才是实在的法律。卢埃林说：“官员们关于争端所作的……即是法律本身。”^①现实主义法学运动对于我们今天在实践中理性的层面来认识法律意义深远，它强调了法律的动态性或过程性，不过，它对于文本性法律的极端否定以及对法官主观功能的过分夸大的见解，却无法深入人心。

三、实在法和理想法

根据法律实证主义的认识，法律只需具备行为规范性、强制力性以及国家法的特点，就可以成立。这样的法律，是现实世界的制度实在，因此称为实在法。

但是，自从有法律以来，人们常常对现实的法律有所不满，对法律理想化寄予期望，提出理想法的概念，认为理想法应超越现实局限，具有目的普遍性的特点，即在一定范围内维护着所有的人的利益，而不只是制定者的利益。马克思曾经说“法典就是人民自由的圣经”，“自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人任性的性质，”“法律上所承认的自由在一个国家中是以法律形式存在的。”^②马克思这里所说的“法”，便是理想的法。将法与自由、正义、公正相提并论，其理想精神是可以理解的。将法律理想化，是法律得以发展进步的一种历史动力。

但是，我们依存生活的法律是实在法，它总是人定的，总是受立法者的有限认识和特有立场的局限。马克思关于“法是统治阶级的意志的产物”的断言，就是对法律现实局限性的表述。立法者及其立法手段往往使法成为立法者意志的产物而不是人民善良意识的产物。在立法中，减少立法者的任意创制，使立法程序、立法手段、立法形式尽可能保证法律规范符合普遍性目的，有助于现实法趋向较为理想。近现代以来，随着人文意识和平等精神的崛起，虽然法律制定仍然存在这样那样的缺陷，但是在原则上它越来越注意坚持目的普遍性原则，以体现所谓平等法的特点。

① K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York, 1951, P9.

② 《马克思恩格斯全集》，第4卷，人民出版社1958年版，第486页。