

湖南师范大学民商法学丛书

谢邦宇 主编

现代民法总论

湖南师范大学出版社

作者分工(以撰写章节为序):

谢邦宇 节一章、节八章

严 治 第二章、第三章

龙翼飞 第四章、第五章、第九章

伍载阳 第六章、第七章

全书由谢邦宇主编,统稿定稿。

CA176/05

目 录

第一章 绪论	1
第一节 民法的起源和本质	1
一、民法的概念	1
二、民法的起源	2
三、民法的本质	6
第二节 民法的调整对象和指导原则	10
一、民法的调整对象	10
二、资本主义民法的基本原则	12
三、我国民法的基本原则	15
第三节 民法的渊源和发展	17
一、传统民法的渊源	17
二、现代民法的发展	23
第四节 我国民法的历史与现状	32
一、我国民法的历史沿革	32
二、我国社会主义民法的制定	35
三、社会主义民法与资本主义民法	39
第二章 民事法律关系	42
第一节 民事法律关系概述	42
一、民事法律关系的概念	42
二、民事法律关系的特征	43
第二节 民事法律关系的分类	45
一、财产法律关系和人身法律关系	46
二、绝对法律关系和相对法律关系	47

三、物权关系和债权关系·····	48
四、单一民事法律关系和复合民事法律关系·····	49
五、单务法律关系和双务法律关系·····	49
六、主法律关系和从法律关系·····	50
第三节 民事法律关系的要素 ·····	50
一、民事法律关系的主体·····	51
二、民事法律关系的内容·····	52
三、民事法律关系的客体·····	53
第四节 民事法律事实 ·····	55
一、民事法律事实的概念·····	55
二、民事法律事实的分类·····	55
三、民事法律事实的作用·····	56
第三章 民事主体 ·····	59
第一节 公民(自然人) ·····	59
一、公民(自然人)的概念·····	59
二、公民的民事权利能力·····	61
三、公民的民事行为能力·····	65
四、宣告失踪和宣告死亡·····	70
五、监护·····	74
六、公民的户籍、居民身份证和住所·····	77
第二节 个体工商户、私营独资企业和农村承包经营户 ·····	79
一、个体工商户·····	79
二、私营独资企业·····	81
三、农村承包经营户·····	83
第三节 法人 ·····	86
一、法人的概念和条件·····	86
二、法人的历史发展·····	90
三、法人制度在我国市场经济条件下的作用·····	93

四 法人的分类	94
五、法人的民事权利能力、民事行为能力和民事 责任能力	98
第四节 合伙	101
一、合伙的概念和特征	101
二、合伙的形式	104
三、合伙契约	105
第四章 民事权利	108
第一节 民事权利的概念和特征	108
一、民事权利的概念	108
二、民事权利的法律特征	109
第二节 民事权利的分类	110
一、财产权与人身权	110
二、绝对权与相对权	112
三、请求权与形成权	114
四、主权利与从权利	114
五、既得权与期待权	115
六、专属权与非专属权	116
第三节 民事权利的取得、变更和消失	116
一、民事权利的取得	116
二、民事权利的变更	118
三、民事权利的消失	119
第四节 民事权利的行使和保护	120
一、民事权利的行使	121
二、民事权利的保护	123
第五章 物	127
第一节 物的概念和法律特征	127
一、物的概念	127

二、物的法律特征	128
第二节 物的分类	130
一、动产与不动产	130
二、特定物与种类物	132
三、流通物与限制流通物	133
四、生产资料与生活资料	134
五、固定资产与流动资产	135
六、主物与从物	135
七、原物与孳息	136
第三节 货币与有价证券	136
一、货币	136
二、有价证券	137
第六章 民事法律行为	139
第一节 民事法律行为概述	139
一、民事法律行为的概念	139
二、民事法律行为制度的历史沿革	142
第二节 民事法律行为的分类	146
一、单方民事法律行为和双方民事法律行为	146
二、诺成民事法律行为和实践民事法律行为	147
三、无偿民事法律行为和有偿民事法律行为	148
四、要式民事法律行为和非要式民事法律行为	149
五、主民事法律行为和从民事法律行为	150
六、独立民事法律行为和辅助民事法律行为	150
第三节 民事法律行为的形式	151
一、概述	151
二、民事法律行为的具体形式	152
第四节 民事法律行为的有效条件	157
一、行为人具有相应的民事行为能力	157

二、意思表示真实	159
三、不违反法律和社会公共利益	161
第五节 民事行为的无效和撤销	163
一、民事行为概述	163
二、无效民事行为的种类和确认	165
三、可变更或可撤销的民事行为	173
四、民事行为的撤销	175
五、民事行为被确认无效和被撤销的后果	177
第六节 附条件的民事法律行为和附期限的民事法律行为	181
一、法律意义	181
二、附条件的民事法律行为	182
三、附期限的民事法律行为	186
第七章 代理	188
第一节 代理概述	188
一、代理的概念	188
二、代理法律关系	191
三、代理制度的沿革及其意义	196
四、代理的适用范围	198
第二节 代理权	199
一、代理权的性质	199
二、代理权的产生及代理的种类	200
三、代理权的范围	206
四、代理权的消灭	211
第三节 代理权的滥用	214
一、代理权滥用的概念	214
二、代理权滥用的表现形式	214
三、代理权滥用的法律后果	215

第四节 无权代理.....	217
一、无权代理的概念	217
二、无权代理的表现形式	217
三、无权代理的法律后果	218
第八章 民事责任	222
第一节 民事责任概述.....	222
一、民事责任的概念	222
二、民事责任的法律特征	225
三、民事责任在民法中的地位与作用	230
第二节 古代侵权行为法的归责原则.....	234
一、古代法中的民事责任	234
二、古罗马侵权行为法的归责原则	237
第三节 民事责任制度的历史发展.....	242
一、近代过错责任原则的确立	242
二、现代无过错责任原则的形成	245
三、公事责任原则的出现	248
四、民事责任制度的发展趋向	249
第四节 我国民法中的民事责任制度.....	253
一、概述	253
二、民事责任的承担与免除	255
三、民事责任的分类和形式	261
第九章 诉讼时效和期间	269
第一节 时效制度概述.....	269
一、时效制度的概念、种类与特征.....	269
二、设立时效制度的意义	270
三、时效制度的历史沿革和我国时效制度的完善	271
第二节 诉讼时效的概念与法律特征.....	272
一、诉讼时效的概念	272

二、诉讼时效的法律特征	272
三、诉讼时效与除斥期间的区别	273
第三节 诉讼时效的种类和期间	274
一、普通诉讼时效及期间	274
二、短期诉讼时效	275
三、长期诉讼时效	275
四、最长诉讼的时效	275
第四节 诉讼时效期间的开始、中止、中断和延长	276
一、诉讼时效期间的开始	276
二、诉讼时效期间的中止	278
三、诉讼时效期间的中断	279
四、诉讼时效期间的延长	281
第五节 期间和期日	282
一、期间与期日的概念	282
二、期间的计算方法	282
三、关于民法中数量规定的含义	283

第一章 绪 论

第一节 民法的起源和本质

一、民法的概念

“民法”这个术语，源远流长。在罗马法中最古老的法律被看作是罗马城邦所固有的，它只适用于城邦公民，至罗马共和国时期得名为市民法(Jus civile)。公元前3世纪，罗马奴隶主贵族共和制最终形成，罗马开始进入大规模向外扩张的阶段，奴隶制经济逐渐发展为社会全部生活的基础，民事流转关系开始涉及社会生活各个领域，新的经济关系要求局部地承认与罗马人发生贸易往来的其他各民族的合法权利，给予在罗马的外国人以必要的司法保护。可是，古老的市民法仅适用于调整罗马公民之间的关系，到底怎样运用法律手段来调整罗马与外国、罗马人与外国人之间的财产关系和某些人身关系，奴隶主统治集团不得不审时度势，重新考虑在不触动市民法体系的前提下解决这个问题。不久，罗马法中专门适用于调整罗马人与外国人之间关系的法律应运而生，这就是市民法之外的“万民法(Jus gentium)，意思是指“各民族共有”的法律。“万民法”概念的形成比市民法要晚得多，它与“罗马城邦固有”的市民法古老法制相对称，成为后世“国际公法”(Droit des gens)的语源。6世纪，东罗马皇帝优士丁尼(Justinianus, 527—565)主持罗马的法典编纂，市民法与万民法熔于一炉，编成《民法大全》(Copus Juris Civilis, 又译《国法大全》)，从此市民法即为后世的

民法。

民法概念的使用,在不同时期有着不同的涵义。在中世纪时期,民法概念被赋予特定的含意,专门用来指罗马法以及在罗马法基础上发展起来的法律,旨在区别于当时的教会法。近代,欧洲资产阶级革命胜利后不但继承了罗马法,而且也继承和发展了2世纪与3世纪之交罗马法学家乌尔比安关于划分公法与私法的理论,“罗马民法”、“罗马私法”和“罗马法”通用,把民商法视为私法,以区别于宪法、行政法、刑法等公法。迄今,民法仍然用来指私法,以示其有别于刑法、军事法等法律部门。在亚洲国家中率先使用“民法”这一术语的是日本,日本在明治维新后学习欧洲大陆国家编制民法典,从荷兰语中转译为民法,其语源又出自罗马法的“Jus civile”(市民法)。至于中国,采用“民法”这个概念则始于本世纪初,当时清政府编修大清民律,以日本为中介将其引进后一直沿用。

此外,“民法”这个概念在西方比较法学家那里还具有一种特殊的含义。这就是说,“它用来特指西欧大陆国家(包括斯堪的纳维亚)的法律制度,以及深受西欧大陆国家法律制度影响的国家(例如拉丁美洲一些国家)的法律制度”^①。

二、民法的起源

马克思主义认为,法不是从来就有的,只是在人类社会分裂为对立的阶级,有了剥削阶级和被剥削阶级的差别时,才出现了作为阶级压迫工具的法。法律是统治阶级的意志表现,是获得国家意志一般表现形式的那部分意志,而这种意志的内容又是由统治阶级的社会物质生活条件所决定的。现代意义的民法以罗马法为发展起点,中经中世纪和近代,为各国法律体系的基本法之一。它是统

^① 【美】艾伦·沃森:《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。

治阶级用来调整一定财产关系和人身关系的法律,同调整其他社会关系的法律部门一样,在起源和本质问题上同样离不开马克思主义的这个基本观点。但由于社会关系纷繁复杂,由调整同一类社会关系的法律规范总和所构成的各个独立法律部门,它们和国家一样起源于相同的社会物质生活条件,可是各自产生、形成与发展的具体过程不会完全相同,因其自身调整对象不同而表现出来的特殊本质也会存在着很大的差异。所以,我们对待民法的起源和本质问题,既要看到它具有法的一般本质属性和规律,又要研究它自身得以产生发展的具体条件和特殊本质。

马克思主义告诉我们,商品经济的产生和发展,是和社会分工以及生产资料所有制密切相关的。民法是反映商品经济的法律形式,是流通领域的法制。民法的起源和商品经济的起源相联系,是先有交易而后由交易发展为法制的。这种商品交易的法制就是民法,它的原始表现形式是交易习惯,后来才由习惯规范发展成民事法律规范,而表现为民事立法的。“这种经济交易作为当事人的意志行为,作为他们的共同意志的表示,作为可以由国家强加给立约双方的契约,表现在法律形式上,”^①就是民法。然而,交易不是从来就有的,原始社会的氏族制度早在几万年甚至十几万年以前就已萌芽,而人类学会交换自己的劳动产品和为了交换而进行生产,也不过是几千年的历史,至于从自然经济的缝隙中生长起来的商品经济就出现得更晚了。所以,由交换发展成为民法是一个漫长的历史进化过程,在人类社会相当长的时间里是没有民法的。

马克思、恩格斯曾经援用摩尔根《古代社会》的划分方法,将人类社会发展也分为蒙昧时期、野蛮时期和文明时期,并指出“蒙昧时期和野蛮时期的低级阶段——这两个文化时期至少包括地球上

① 《马克思恩格斯全集》第25卷,第379页。

人类全部生活的五分之四。”^① 在这段漫长的历史时期内，社会经济特征除因生产力水平极度低下，个人劳动力必须结合成集体劳动力才能谋取生存外，就是土地、公共住宅等不动产的公有制度，而动产的所有权与使用密切联系在一起，且真正归个人所有的财产无非系个人贴身之物（如各种装饰品），物主死后还要留在氏族内供他人继续使用。显然，在氏族内部是不可能产生商品交换关系的，即使“有交换行为也是个别的，只限于偶然留下的剩余物。”^② 换句话说，商品交易就是劳动产品的所有者相互让渡自己的产品，但由于氏族生产力水平很低，一切劳动产品均系公有，交易主体只能是共同体而不是任何个人，生产目的又直接用于自身消费，剩余无几，所以也没有条件经常与他人进行交易。不过，尽管在氏族、部落共同体之间的交易只是一种偶然的物物交换，但在历史上却是商品交换的开端。

人类社会出现交易行为，以及这种以私有制为基础的商品交易的逐渐制度化，是到了野蛮时期的中级阶段和高级阶段才出现的。因为交易活动或交换关系要成为现实，不但取决于可供让渡的剩余产品的多少，而且还取决于产品的主人对自己的产品必须要有明确的财产观念。而当人类进入野蛮时期的中级阶段以后，社会生产力有了很大的发展，人类开始能够用自己的劳动来生产制造食物和工具；生产经济的发展方向受各地区自然环境的制约，引起了第一次社会大分工，形成农业、游牧、渔猎等不同部落，使生产经济开始成为社会经济的主要部门；生产经济的发展不仅表现为植物栽培和动物饲养技术的提高，而且表现为劳动工具和生产技术的不断进步；人们随着农业的发展由半定居转为定居，也为手工业的发展创造了有利条件。只有在这时，个人财产才能不断增多，人

① 马克思：《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》，第54页。

② 《马克思恩格斯全集》第21卷，第188页。

们的财产占有观念才逐渐明确起来,个人独立的特殊利益才得以在氏族共同利益之外萌发,因而也就具备了使交易活动或交换关系变为现实的条件。动产私有的出现,必然冲击不动产的公有制,如土地较小的部分仍归氏族公有,大部分则分给对偶家庭分散使用。个人财产增多后,财产继承问题就必然提到日程上来。财产私有又引起社会贫富的分化,财产差别还引起权力差别,致使财产和权力日益互相结合起来。这就是社会分工和财产关系间的内在联系,正是由于这种内在联系,才使得交易由偶然现象变成了经常性的、大量发生的社会经济活动,交易的作用和意义也大不同于以前,于是最初建立在社会分工基础之上的、以交换为目的商品生产出现了。第一次社会大分工不仅带来最初的商品生产,而且也引起了第一次社会大分裂,将社会分裂为两个阶级即主人和奴隶,带来了奴隶制。

商品生产在私有制基础上再往前继续发展,人类就进入了野蛮时期的高级阶段。这个阶段发生的第二次社会大分工,标志着手工业和农业的分离。“随着生产分为农业和手工业这两大主要部门,便出现了直接以交换为目的的生产,即商品生产,随之而来的是贸易,不仅有了部落内部和部落边界的贸易,而且还有海外贸易。”^①从此,单个生产者之间的交换成了社会的迫切需要,然而财富的迅速增长远远超出当时商品生产的发展水平,以致新的社会分工又引起社会新的阶级分化和阶级矛盾,加速了原始公社的解体和奴隶社会的产生。“私法和私有制是从自然形成的共同体形式的解体过程中同时发展起来的”,它是“现存的所有制关系表现为普遍意志的结果。”^②人类进入文明时代以后,发生了第三次社会大分工,社会上出现了一个不从事生产、只从事商品交换的商人,

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,第159页。

② 《马克思恩格斯全集》第3卷,第71页。

使商品经济进一步发展起来,从而曾经“纯粹由于经济强制,作为习惯法而自发地产生的”^①民法,在简单商品经济条件下获得了更加充分的发展。如果说《法国民法典》是资本主义商品经济完美法律表现形态,是一部“典型的资产阶级社会的法典”,^②那末,“罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现”^③是简单“商品生产者社会的第一个世界性法律”。^④

以上就是民法起源的大致情景。概言之,民法的起源与商品生产和商品交换相联系,基于私有财产观念的形成和现存所有制关系的需要,萌芽和发端于人类社会野蛮时期的中级阶段和高级阶段,形成和发展了人类文明时代,以交易习惯规则为原点,逐渐以习惯法、成文法的形式将商品经济关系法律化的要求表现为国家的普遍意志,迄今已有两三千年的历史。

三、民法的本质

在当今世界,商品经济已是一种普遍存在的社会经济关系和经济形式,交易制度已是经济过程的中心制度。商品同整个社会生活息息相关,人们衣食住行所需要的种种物质资料都离不开市场,只有通过市场交易才能获取。但是,市场经济关系必须法律化、制度化,市场运行机制才能正常有序地运行。按照经济基础对上层建筑的一般规律性要求,商品经济、交易制度需要根据市场共同准则,以一定的法律形式加以确认和表现出来,赋予国家意志的一般表现形式,这就成了民法的实质所在。据此,研究民法的本质问题主要应把握以下几个观点。

1. 民法主要是反映商品经济关系的法律形式

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,第163页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,第248页。

③ 《马克思恩格斯全集》第21卷,第454页。

④ 《马克思恩格斯选集》第4卷,第248页。

民法从来就与商品生产方式结下不解之缘，是商品经济的必然产物。商品生产和商品交换是民法赖以存在和发展的客观基础，民法是调整商品经济的法律手段，二者互为条件、密不可分。哪里存在商品生产和商品交换，哪里就有民法。商品经济可以在不同的社会经济制度中存在与发展，民法作为商品经济的法律表现形式从来就不是哪个社会和哪个阶级的“独占物”，它只是和一定的生产资料所有制相联系，具体表现为不同类型的民法。并且，商品经济已是社会化的经济，这种社会化又是通过商品交换的途径来实现的，因此，社会化生产的发展状况如何，直接影响和制约着民法的发展状况。历史发展到今天，民法由古代、近代进到现代，它在不同国家和不同时期虽曾有较大的发展，在确认和反映一定社会现存所有制关系时虽曾有表现得好与坏的差别，但它的本质始终没有改变，都是在以法律形式表现当时的社会经济生产条件。

马克思主义认为，法是由社会上居于统治地位的阶级通过国家制定或认可的行为规范，它体现统治阶级意志并为其利益服务，在这个意义上并不是超阶级的。包括民法在内，法通过对商品经济关系的法律调整，为一定阶级的经济利益和政治统治服务，也就是为一定的经济基础服务。然而，按照西方法律传统，民法和商法都属于私法范畴，被视为纯粹为私人利益服务的法律。其实，把法律划分为公法和私法的学说并非资产阶级的发明，而是早就为罗马帝国时期的法学家所始创。罗马法学家乌尔比安认为，“公法”是保护整个国家和社会利益的法律，调整对象主要是宗教祭祀活动、国家机关活动及其公职人员的权利义务关系等；“私法”规定罗马社会个人的利益，是保护一切私人利益的法律，调整对象主要是罗马人之间的一切财产关系和人身关系，如所有权、债权、婚姻家庭与继承关系等。按照他的观点，“公法”是罗马社会的基础，公法规范为宪法和刑法等，属于强制性规范，任何情况下不因私人协议而改变；“私法”多系任意性规范，它富于弹性而不象公法那样严格。他

还力图通过司法实践证明这是两个“各自独立”、“互不干扰”的法律部门,但除了揭示公民与国家的关系有别于公民之间的关系外,按照这个理论是无法将所谓“公罪”与“私罪”截然分开的,结果是将盗窃、抢劫罪与侵权、诽谤混同为一,适用法律规范时更是混乱不堪,这说明他的理论在实践中也是行不通的。资产阶级置这个事实于不顾,还是从罗马法学家那里继承和发展了这个理论。他们为了证明划分“公法”与“私法”的理论是正确的,基于不同标准提出了许多学说,如所谓目的说、主体说、效力说、统治关系说和生活关系说等等,但说到底还是以“国家利益”和“私人利益”作为区分不同法律部门性质的主要标准,表面上是发展了罗马法学家首创的学说,实际上其用心所在却如出一辙,都在于掩饰法的真正本质。所以,我们不采用有关公法和私法的划分理论与方法,而是坚持从商品经济关系法律化的内在要求来揭示民法的本质。

2. 民法主要是调整横向经济关系的法律形式

民法的性质决定其调整对象和范围,民法的调整对象和范围又必须体现其性质,这是法的内容和形式的统一。欧洲大陆国家大都把民法调整的范围定得较宽,包括前苏联也是如此,而原东欧有些国家又将民法调整范围限制得很小很窄,这两种主张和做法都不能恰当地反映民法的本质内涵。事实上,民法调整的范围并不包括所有的经济关系和经济活动,而主要是平等主体之间的财产关系。社会的经济活动和经济关系极其复杂,但主要不外乎两类关系,一类是国家经济活动中的行政管理关系,一类是社会经济生产中发生在平等主体之间的财产关系。前者是因行政隶属关系而发生的经济关系,是一种纵向经济关系;后者是平等主体间因财产而发生的经济关系,是一种横向经济关系。在这两类经济关系中,不但当事人所处的地位不同,而且它们各自所需要的法律调整手段和处理问题的原则也不同。这两类经济关系有联系甚至还有交叉,因此需要靠若干法律部门来调整,其中民法主要是调整横向经济