

对外经济贸易大学法学系列教材

民法总论

徐海燕
编著

对外经济贸易大学出版社

对外经济贸易大学法学系列教材

民法总论

徐海燕 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总论 / 徐海燕编著. —北京: 对外经济贸易大学出版社,
2004

ISBN 7-81078-299-1

I. 民... II. 徐... III. 民法—中国 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 002066 号

© 2004 年 对外经济贸易大学出版社出版发行
版权所有 翻印必究

民 法 总 论

徐海燕 编著
责任编辑 苏号朋

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码: 100029
网址: <http://www.uibep.com>

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行
成品尺寸: 140mm×203mm 10.375 印张 269 千字
2004 年 2 月北京第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-299-1/D·021
印数: 0 001—5 000 册 定价: 18.00 元

序 言

对外经贸大学法学院（该法学院的前身是国际经济法系）成立至今已有 20 年的历史了。在历史的长河中，20 年只是一瞬间，但作为一个人或一个单位来说，它能将其送入朝气蓬勃和充满希望的青年阶段。可以这么说，我们法学院生得逢时——它几乎是与我国的改革开放的历史性转变同步前进的。20 年来，我国改革开放的巨大历史进步，在我们法学院的成长历程中都留下了历史性的痕迹。在过去的 20 年中，我们法学院发生了巨大的变化，从本科生多年中每年只招 40 人，研究生数量多年中每年不超过 10 人，全年在校学生只有 100—200 人的小专业，发展成为全年学生规模超过 1000 人的中等规模的正规法学院；我们法学院的老师们也在 20 年的教学生涯中经受锻炼，其教材也得到了不断的完善。我们的教学坚持这么一个宗旨：研究理论是为了解决实际问题，研究外国经验是为了解决中国问题。

20 年的教学实践告诉我们，要想把一个专业、一个学院办成能站在教学战线的前沿而对社会发展做出贡献，必须具有三个不可缺少的条件，即：优秀的教材、成熟的课程和称职的教员。尤其是对我们这类具有专科性质的法学院来说，其教材、其课程、其教学方法都应具有其特色。我们法学院与校出版社共同推出的由我院教员编写的系列教材丛书，可以说是法学院成立 20 年以来的第一次。这套丛书既反映了中国法制建设的最新成果，也反映了对外经贸大学法学院 20 年来进行特色教学的成功经验和特点；既强调了每本

教材的系统性、理论性和逻辑性，亦总结了我院教师们在长期的教学和社会实践中所形成的有价值的经验。在教材中，我们可以看到我院一贯倡导的专业教学的指导思想，那就是为两个市场（即国内市场和国际市场）和培养三会（法律、经贸和外语）人才，在教学实践中强调案例教学法和双语教学法，强调学生能力的培养和性格的培养，提倡我们的老师能在教学、实践和科研上形成良性循环。我相信这套由我们法学院教师们亲自编写的教材一定能得到学生们和社会各界相关人士的欢迎，同时，我也希望我们的学生们和同仁们会对本教材提出宝贵的改正意见，以便使这套教材更有价值，日趋成熟。

沈四宝

2004年2月19日

前 言

自 1999 年从中国社会科学院研究生院获得民商法博士学位以来，四年的光阴倏忽而过，这期间最大的变化莫过于完成了从学生到教师这一身份的转变。在四年的民法教学活动中，我感慨最深的是，当一门课的讲授在学期之末划上句号时，总有意犹未尽之憾。民法博大精深，让学生在短短的一年半时间内完成民法总论、民法物权和民法债权的学习，彻底领略民法的精髓确实并非易事。

恰逢我院王晓川教授申请了“《民法总论》重点课程建设”这一课题，约请我撰写《民法总论》的教材。对于出版《民法总论》教材，我不禁有些惶惶然。于是，我在教学之余潜心致志，提炼了我在民法总论教学中学生经常关注的知识点和问题点，翻阅了国内外大量民法总论专著，终于完成此书。虽不敢妄称这本教材如何之好，但有一点是可以肯定的：这本教材改变了传统民法总论教科书单纯介绍中国民法的写作风格，跳出了中国民法的框架，从广阔的比较法视角上，就不同立法对民法原则和制度的不同设计做了详细介绍和分析。这样，学生在学过民法总论之后，不仅知道我国对于某一民法问题的制度设计及理念，而且还知道别的国家或地区是怎么规定的，进而在我国民法对某一问题未作规定或者规定不明的情况下，能够游刃有余地运用民法的解释学方法正确分析和解决民商实践中涌现出来的新兴法律问题。

值此这本教材出版之际，我要感谢法学院的沈四宝教授、王军教授和王晓川教授。正是由于他们的大力支持，我的这本教材才能这

么快地出版。感谢法学院的苏号朋副教授，他作为这本教材的责任编辑，给我提出了很多修改意见。我还要感谢对外经济贸易大学出版社的彭秀军主编对出版本书的倾力相助。

由于成书时间仓促，本书缺点在所难免，敬请广大师生和热心读者批评雅正。

徐海燕

2003年12月8日

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 民法的概念	(1)
第二节 我国民法的调整对象及其基本内容	(6)
第三节 民法与其他相邻法律部门的关系	(13)
第四节 民法的编纂体例	(20)
第五节 民法的渊源	(28)
第六节 民法的基本原则	(40)
第七节 民法的效力范围	(58)
第二章 民事法律关系	(60)
第一节 民事法律关系的要素	(61)
第二节 民事法律关系的变动	(63)
第三节 民事权利	(68)
第四节 民事义务	(81)
第五节 民事责任	(83)
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	(95)
第三节 宣告失踪和宣告死亡	(102)
第四节 监护	(105)

第五节 人格权的保护·····	(109)
第六节 自然人的住所·····	(118)
第四章 法人 ·····	(120)
第一节 法人的概念及分类·····	(120)
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·····	(142)
第六节 法人机关·····	(145)
第七节 法人的住所·····	(148)
第八节 法人的终止·····	(148)
第五章 非法人组织 ·····	(152)
第一节 合伙概述·····	(152)
第二节 有限合伙·····	(167)
第三节 个体工商户和农村承包经营户·····	(178)
第六章 物 ·····	(181)
第一节 物的概念·····	(181)
第二节 物的分类·····	(186)
第七章 法律行为 ·····	(193)
第一节 法律行为概述·····	(194)
第二节 法律行为的分类·····	(202)
第三节 法律行为的要件·····	(209)
第四节 意思表示概述·····	(216)
第五节 意思表示瑕疵·····	(223)

第六节	法律行为的无效与撤销·····	(237)
第七节	附条件和附期限的法律行为·····	(245)
第八章	代理 ·····	(252)
第一节	代理概述·····	(252)
第二节	代理权·····	(263)
第三节	狭义无权代理·····	(277)
第四节	表见代理·····	(282)
第五节	英美法系被代理人身份不公开的代理和 隐名代理·····	(286)
第九章	时效 ·····	(301)
第一节	时效制度概述·····	(301)
第二节	取得时效·····	(305)
第三节	消灭时效·····	(309)

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。但就作为法律部门的民法来讲，它的含义主要有以下两种：（1）在古罗马时期，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；（2）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^①。

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（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 在法语中为 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）将荷兰语 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。

^① 沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版，第 72 页。

“民法”一词作为法律术语在中国使用，一般认为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。沈家本聘请了日本学者松岗正义、志田钾太郎起草民法，“民法”一词遂从日本传入中国。但中国在此以前，多使用“律”一词，所以，“民法”在中国当时称为“民律”。但遗憾的是，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，南京国民政府制定公布了《中华民国民法·总则》，并于同年10月10日起施行。中国近代始用“民法”一语。

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、民法的定义

（一）大陆法系国家民法的定义

大陆法系国家多从“私法”的角度探讨民法的定义。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部门，是私法的核心部分，而私法是指调整以平等和意思自治为基础关系的那部分法律规范。在日本及我国台湾，民法一般被定义为“规律私人间一般社会关系的私法规范”^②。

在大陆法系民商分立的国家，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

① 谢振民著：《中华民国立法史》，台湾正中书局1948年版，第899页。

② 甲斐道太部、石田久喜夫著：《民法教室》（一），法律文化社1981年版，第4页。

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）英美法系对民法的理解

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（例如拉丁美洲一些国家）的法律制度^①。

（三）我国对民法的定义

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民法进行定义。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、民法的特征

（一）民法是调整民事生活的基本法

从法学角度去划分整个社会生活，可以划分为两个领域：民事生活领域和政治生活领域。民事生活领域在马克思著作中又称为市民社会，它主要指经济生活和家庭生活。政治生活领域在马克思著

① 〈美〉艾伦·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。

作中又称为政治国家，它包括国家的组织、国家的活动即立法、司法、行政以及公民政治权利的行使等。

民事生活领域和政治生活领域所遵循的法律规则是不同的，民法就是民事生活领域的法律规则。政治生活领域的法律规则，包括宪法、刑法、诉讼法、行政法、经济法等，属于公法。因此，民法是调整民事生活包括经济生活和家庭生活的法律。

（二）民法是行为规则兼裁判规则

法律规则可以分为行为规则与裁判规则。行为规则，指民事主体活动所应遵循的规则，它主要规定民事主体在民事生活领域什么可以做，以及怎么去做的问题。裁判规则，指法院裁判案件所应遵循的规则，它不规定民事主体的具体法律行为，但却裁判该法律行为合法与否。刑法、刑事诉讼法和民事诉讼法，属于裁判规则。

例如，《民法通则》第12条规定：“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”该条就是行为规则，告诉人们十周岁是区分限制民事行为能力与无民事行为能力的标准，以及限制民事行为能力人和无民事行为能力人各自可以从事的民事活动的范围。然而根据《刑法》第132条的规定，犯故意杀人罪处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑，该条就不是行为规则，而是裁判规则。

民法是为一切民事主体规定的行为规则，无论经济活动如订立和履行合同，或家庭生活如结婚、离婚，均应遵循。如不遵守此行为规则，发生民事纠纷，诉请法院裁判时，法院应以民法作为裁判基准。因此，民法兼有行为规则和裁判规则的双重属性。

（三）民法为实体法

法律分为实体法与程序法。规定公民和企业的权利义务或具体事项的法律是实体法，规定实体法如何运用和如何施行的程序手续

的法律是程序法。民法规定民事主体相互间的权利义务的实体内容，而这些权利义务的实现受到障碍时，当事人应依民事诉讼法等所规定的程序、手续请求国家机关救济。因此，民法属于实体法，而民事诉讼法则属于程序法。

须注意的是，民法虽为实体法，其中也包含少量程序性的规定。在理论上，实体法常与程序法相对称，但在实务上程序法则先于实体法而适用。如原告向人民法院提起民事诉讼案件，法院首先须依民事诉讼法审查该案件在程序上应否受理，如属于不应受理者，法院应以裁定驳回起诉，并无适用实体法民法之余地。若经审查认为符合民事诉讼法关于案件受理的规定，则应予以受理，然后再依民法的规定从实体上裁判其有无理由，作出判决。

（四）民法的基本原理是意思自治

民法是调整民事生活的法律，公法是调整政治生活的法律，它们所遵循的基本原理也不相同。公法所遵循的基本原理是国家意志决定。民法所遵循的基本原理是意思自治。所谓意思自治，指经济生活和家庭生活中的一切民事权利义务关系的设立、变更和消灭，均取决于当事人自己的意思，国家原则上不作干预。只在当事人之间发生纠纷不能通过协商解决时，国家才以仲裁者的身份出面予以裁决。意思自治的实质，就是由平等的当事人通过协商决定相互间的权利义务关系。

意思自治这一基本原理，体现在民法的各个部分，例如在物权法上叫所有权自由，指所有权人在法律许可范围内可以自由占有、使用、收益和处分其所有物；在继承法上叫遗嘱自由，指个人在生前可以订立遗嘱，决定其身后遗产的处分；在合同法上叫合同自由，指当事人自己决定是否订立合同，与谁订立合同，以什么形式订立合同及决定合同内容。须说明的是，意思自治并非不受限制，在现代市场经济条件下，国家出于对市场宏观调控和保护消费者、劳动者利益及社会公共利益的需要，有必要制定一些特别法规对意

思自治予以适度限制。

第二节 我国民法的调整对象 及其基本内容

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规则。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

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第284页。

“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”^①。

（一）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：

1. 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。

2. 既包括商品性的财产关系，也包括非商品性（例如财产继承）的财产关系。

3. 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。

4. 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）。

5. 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）及由于使用姓名、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。

6. 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关系（如赔偿损失、返还财产、支

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第41页。