

“十一五”国家重点图书出版规划项目



翟新辉 主编

民法学总论

MIN FA XUE ZONG LUN

“十一五”国家重点图书出版规划项目
新编法学核心课程系列教材

民法学总论

——理论·实务·案例

◆ 主 编 翟新辉

◆ 撰稿人（以撰写章节先后为序）

翟新辉 石春玲 李绍章

李寒劲 江 涛



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目(CIP)数据

民法学总论—理论·实务·案例 / 翟新辉主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 12
新编法学核心课程系列教材

ISBN 978-7-5620-3777-4

I. 民... II. 翟... III. 民法—法的理论—中国 IV. D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第214860号

书 名 民法学总论—理论·实务·案例

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960mm 16开本 14.5印张 275千字

2010年12月第1版 2010年12月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3777-4/D·3737

定 价: 28.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com(编辑部)

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

出版说明

“十一五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社，有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性；它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既加强法学教材的多样化发展，又加强教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信“十一五”国家重点图书出版规划项目的出版，定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为权威法学教材品牌。

中国政法大学出版社

总 序

长期以来,由于大陆法系和英美法系法律渊源不同,法学教育模式迥异。大陆法系的典型特征是法律规范的成文化和法典化;而英美法系则以不成文法即判例法为其显著特征。从法律渊源来看,大陆法系以制定法为其主要法律渊源,判例一般不被作为正式法律渊源,对法院审判亦无约束力,而英美法系则以判例法作为其正式法律渊源,即上级法院的判例对下级法院在审理类似案件时有约束力。两大法系法律渊源的不同,导致归属于两大法系国家的法学教学存在较大差异。大陆法系国家的法学教育采用的是演绎法,教师多以法学基本概念和原理的讲解为主,即使部分采用了案例教学,也重在通过案例分析法律规定,而英美法系采用的是归纳法,判例就是法源,通过学习判例学习法学原理。

在我国,制定法为法律规范的主要渊源,长期以来,沿用大陆法系的演绎法教学模式。众所周知,法学是一门实践性、应用性很强的学科,法学教育的目标之一就是培养学生运用法学知识分析和解决实际问题的能力。为此,改变传统教学模式,引入理论和实践相结合的案例教学法成为必需。多年来,我校在这方面进行了有益的尝试和探索,总结了一套行之有效的理论和实务案例相结合的教学模式,深受学生欢迎。这套教学模式,根据大陆法系成文法的教学要求,借鉴英美法系的案例教学模式,将两大法系的教学方法有机地融为一体,既能使学生系统地掌握法学原理,又培养了学生分析和解决实际问题的能力。

为了及时反映我校法学教育改革的新成果,更好地满足法学教育的需要,我校组织编写了这套《新编法学核心课程系列教材》。这套教材具有如下特点:第一,覆盖面广。涵盖了现今主要的法学核心课程。第二,体例格式新颖。本套系列教材各章均按本章概要、学习目标、学术视野、理论与实务、参考文献的体例格式安排,这种体例兼顾了系统掌握法学理论和应用法学理

论分析、解决问题能力的双重教学目标。第三，案例选择科学合理。主要表现为：一是案例大多选自司法实践，具有新颖性和真实性；二是根据法学知识点的系统要求选择案例，具有全面性和典型性；三是反映理论和实务的密切联系，以案说法，以法解释法学知识和原理，理论与实务高度融合，相得益彰。第四，内容简洁。本丛书力争以简洁的语言阐述法学理论和相关问题，解析实例，说明法理，做到深入浅出，通俗易懂。第五，具有启发性。本套丛书所列学术视野，多为本学科的焦点和热点问题，可帮助学生了解学术动态，激发其学术兴趣；理论思考题可引导学生思考温习所学知识，启迪其心志。

《新编法学核心课程系列教材》吸收了国内外优秀学术成果，在理论与实践相结合的基础上，达到了理论性、实践性和应用性相统一。在理论上具有较强的系统性和概括性，在应用上具有针对性和实用性，在内容上则反映了法学各学科的新发展和时代特征。总之，我真诚地希望这套丛书能成为广大学生和读者学习法学知识的新窗口，并愿这套系列丛书在广大读者和同行的关心与帮助下越编越好。

金国华

2010年10月28日

编写说明

本书主要以本科法学专业学生为读者对象，力图以我国最新立法为依据，紧密结合司法解释和司法实践，并结合实例及案例辅助学习，对于其他初学民法者，也会有所帮助。

本书参考了国内其他民法学的相关教材，参照德国式民法典总则的体系，分四篇共十章。首先是“概论篇”，包括三章，分别是第一章民法概述、第二章民法的基本原则、第三章民事法律关系与民事法律事实；其次是“民事主体篇”，包括三章，分别是第四章自然人、第五章法人、第六章非法人团体；再次是“民事权利篇”，包括一章，即第七章民事权利；最后是“民事权利变动篇”，包括三章，分别是第八章法律行为、第九章代理及第十章时效、除斥期间与期限。

本书在每章后均附“学术视野”，介绍本章内容中学界存在争议的重要学术问题或建议思考的基础学术问题；其后附有“理论思考”，以名词解释、简答题及论述题，帮助读者对本章重要的概念、制度有针对性地进行理论学习；另附有“实务应用”，分为两部分：一是“案例分析示范”，即针对本章内容列举真实案例或设计实例，进行示范性的分析；二是“案例分析实训”，即针对本章内容列举真实案例或设计实例，帮助读者有针对性地学习本章内容。

法学前辈史尚宽先生有云：民法为众法之基。民法理论博大精深，由于时间仓促，编著者水平所限，错误必然难免，欢迎批评指正。编著者电邮：forestzhai@gmail.com.

本书各章节作者如下（以撰写章节先后顺序）：

翟新辉：第一、二、三、七、八章；

石春玲：第四章；

李绍章：第五、六章；

李寒劲：第九章；

江 涛：第十章。

编 者

2010 年 10 月

概 论 编

第一章 民法概述	1
第一节 民法是规范市民社会的法	1
第二节 民法的特质	4
第三节 民法与相关法律的关系	8
第四节 民法的历史沿革和体系	10
第五节 我国民法	13
第六节 民法的渊源	16
第七节 民法与民法学	19
第二章 民法的基本原则	24
第一节 民法基本原则概述	24
第二节 民法基本原则各述	26
第三章 民事法律关系与民事法律事实	33
第一节 民事法律关系	33
第二节 民事法律事实	38

民事主体篇

第四章 自然人	43
第一节 自然人概述	43
第二节 自然人的民事能力	48
第三节 监护	61
第四节 宣告失踪和宣告死亡	66
第五节 个体工商户与农村承包经营户	70
第五章 法人	78
第一节 法人概述	78
第二节 法人的分类	82
第三节 法人的设立和成立	90
第四节 法人的民事能力	95
第五节 法人的机关与住所	102
第六节 法人变更和终止	108
第六章 非法人团体	121
第一节 非法人团体概述	121
第二节 合伙	129

民事权利篇

第七章 民事权利	150
第一节 权利概说	150
第二节 民事权利的种类	152

第三节 民事权利的行使与保护	157
----------------------	-----

民事权利变动篇

第八章 法律行为	161
第一节 法律行为的概念	161
第二节 法律行为之要素——意思表示	163
第三节 法律行为的构造与意义	165
第四节 法律行为的种类	167
第五节 法律行为的附条件与附期限	170
第六节 不真正法律行为：民事行为的无效、可撤销与效力未定	172
第九章 代理	181
第一节 代理概述	181
第二节 代理权	186
第三节 代理行为	188
第四节 无权代理	191
第十章 时效、除斥期间与期限	200
第一节 时效概述	200
第二节 诉讼时效	202
第三节 除斥期间	207
第四节 期限	208
主要参考文献	215

概论编

第一章

民法概述

【本章概要】本章主要介绍什么是民法，使同学们对民法有一个总括的和初步的了解。本章主要介绍市民社会与政治社会（国家）这对思维范式，介绍民法规范的对象以及民法在整个法律体系中的地位；民法与宪法、行政法、经济法、商法、劳动法等的关系；民法的历史沿革，对罗马法、德国民法典、法国民法典及中华民国时期的民法典予以了介绍；民法的体系；中国当代民法的概况与对外国法的继受。此外还介绍了民法的性质，说明民法是私法、民法是人法、民法是权利法；民法的渊源，包括制定法、法律认可的习惯及国际惯例，并从比较法的角度介绍了法理及判例作为法律渊源的情况。最后还介绍了学习民法的方法和背景知识储备，学习民法理论除须具备一定的生活阅历和生活经验，就年轻的初学者而言，更需广泛地参与社会生活及社会实践；就理论方面而言，则需要具备一定的其他社会科学的知识背景，比如哲学、经济学，甚至历史学、政治学、社会学等知识储备等。

本章内容是概括和介绍性质的，但对学习民法而言却是非常重要的。

【学习目标】通过本章学习，需要掌握国家与社会的范式，掌握民法的规范对象或者说调整对象，了解民法在法律体系中的地位以及与其他法律的关系，了解学习民法的方法及相关知识储备，了解中国当前民法的现状与未来发展。

第一节 民法是规范市民社会的法

法律以规范社会生活为目的。各法律的主要不同，在于其规范对象的不同。欲了解民法是什么，需要了解民法规范的对象的特质，了解民法规范什么样的“人”（主体）之间的什么样的活动或关系。

民法是规范市民社会的法,民法规范平等的主体(即“人”)之间的人身关系和财产关系。

一、“私”与“公”、“社会”与“国家”

“私”与“公”是一对很重要的概念或范式。我们每个人在现实生活中都有各种各样的“身份”、从事各种各样的活动。但是所有这些“身份”或活动,可以划分为最基本的两类,即“私”与“公”。

以“公”的身份从事“公”的活动,总是与国家、政府或公权力有关,组成“公领域”。比如,作为警察抓捕小偷、“城管”对无照经营的摊贩处以没收非法经营物品和工具的处罚^[1]、海关缉私、工商局对企业进行登记、环保局对排污企业处罚、法院审判、商务部对外商投资企业的设立进行审批、外汇管理局对相关外汇交易进行管理,等等;又比如个人依法服兵役、纳税、参加选举等。在公领域中,总是有政府机关或代表公权力的人员出现,从事立法、执法、司法活动。我们可以看出,在公领域中的活动的特点是命令、服从及类似于上下级的关系。^[2]

以“私”的身份从事“私”的活动,一般与国家、政府或公权力无关,组成“私领域”。比如,孩子出生、父母对孩子的养育、婚丧嫁娶、读书就业、旅游娱乐、买房置业、投资经商等。“私领域”中一般是不代表公权力的个人或团体^[3]之间的活动。私领域中活动的特点是各主体之间的平等以及自由、自愿或自主决定。

我们从概念上或者理论上将所有以“私”的身份从事“私”的活动所组成的领域称为“私领域”,专门称之为“市民社会”,有时简称为“社会”;将所有以“公”的身份从事的“公”的活动组成的领域称为公领域,并专门称之为“政治社会”,简称为“国家”。

我们可以看出,市民社会不能离开国家而自足,但民主国家的构建又须有广

[1] “城管”为“城市管理综合行政执法”的简称或俗称。比如北京市设“北京市城市管理综合行政执法局”,“据国务院和市政府关于相对集中处罚权的决定,本市城管执法机关行使法律、法规、规章规定的以下13个方面的处罚权:市容环境卫生管理、市政管理、公用事业管理、城市节水管理方面的全部处罚权,园林绿化管理、环境保护管理、城市河湖管理、施工现场管理、城市停车管理、交通运输管理方面的有关处罚权,工商管理方面对流动无照经营行为的处罚权,城市规划管理方面对违法建设的有关处罚权,旅游管理方面对无导游证从事导游活动行为的处罚权。”见北京市城市管理综合行政执法局官方网站, <http://www.bjcg.gov.cn/cgzn/>, 访问时间:2010年8月30日。

[2] 有时也存在平级的政府机关之间的关系,但它们所从事的活动必须严格依照法律规定的范围和程序进行,不似下述市民社会中的平等主体的自由、自愿及自主决定。

[3] 团体依是否营利;可分为:营利团体,比如公司;非营利团体或称公益团体,比如基金会、学会、协会等;中间团体,比如俱乐部、合作社等。

泛的社会参与。社会需要国家维持秩序、提供公共服务,由国家来生产诸如“国防”、“社会保障”、“市政”,甚至公平、正义(解决纠纷)等公共产品,而国家的民主决策也不能离开社会的广泛参与。在西方,传统的观念认为,“社会”被排除在国家的政治决定和参与决策之外,与“国家”权力对立,社会生活奉行自治原则,“国家”只是保障“社会”的私法自治过程的前提条件、仅在其间发生扰乱时进行干预;但“在今天民主社会形式的国家中”,“如若缺乏有组织、有计划、负责任的国家行为,‘社会’生活将不再可能”,“反之,民主‘国家’只有在‘社会性’的共同行动的影响下才能构建形成”。^{〔1〕}国家的任务以及如何保障社会对国家政治决定的参与,是公法的重要课题。

现实生活中市民社会的生活(或者说社会生活)总是和政治国家生活交织在一起,很难截然分割。比如,一对夫妇生孩子,要受到国家“计划生育”政策的限制,生孩子不单与医院打交道,还要依法凭出生证明到公安机关为新生儿申报户籍;几个人共同投资开办公司,需要到工商行政管理机关登记并领取营业执照,公司设立后正常经营交易之余,要与工商、税务、环保、劳动与社会保障、外汇管理、海关、商检等等政府部门打交道。更为复杂的是,有时候政府机关也会以“私”的身份从事一些私的活动,比如某政府机关采购办公用品,国家发行国债等等。

虽然如此,我们将整个社会生活从概念上或理论上划分为市民社会和政治社会仍然有着重要的意义。^{〔2〕}其区分见下图:

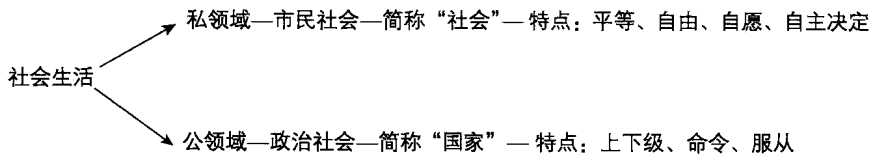


图 1.1.1

二、民法是规范市民社会的法

古汉语虽曾出现“民法”一词,但并未在我们这里所说的意义上使用该词。一般认为,现代意义上的“民法”这一汉字组合,来源于日本,系日本在明治时期(19世纪)翻译、继受西方民法典时开始用汉字“民法”表述。中国在清末、民初起草的相关法律均称“民律”,至中华民国民法典各编逐步颁布,民法

〔1〕 [德] 康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第13~14页。

〔2〕 有关市民社会理论有价值的研究,可参见邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版;同时参见《中国社会科学季刊》(香港)1993年总第3期、总第4期、总第5期各卷的有关市民社会的论文。

一词开始在我国法律中使用。^{〔1〕}一般认为,民法一词系译自西文(包括英、法、荷兰语等),语源均为罗马法的 *jus civile*,意为“市民法”。而“只有学习罗马法,才能掌握‘民法’一词的来源和专门意义。其他许多民法上的名词术语,也大多如此”。^{〔2〕}

民法是规范私领域的市民社会的法,即私法,遵循市民社会中平等、自由、自愿及自主决定的特质,并且自由或自愿或称意思自治成为民法的重要基本原则,又称私法自治(详见后述);公法则规范公领域即政治社会的法,主要规范公权力的构成及运行,一般认为宪法、行政法、刑法等属于公法。有人指出,“民法是与宪法相并列的法律,宪法规定的是国家的基本理念和构造,而民法规定的是社会的基本理念和构造”,^{〔3〕}颇有道理。

市民社会领域中,有形形色色的人和团体,他们在进行着形形色色的活动,他们之间发生着形形色色的关系,民法只规范其中最重要的两类关系,即人身关系和财产关系,其他关系,比如朋友关系、恋人关系、同学关系,等等,只要不涉及人身与财产,民法不予规范。

因此,民法是规范市民社会的法,它是规范市民社会中平等的人(主体)之间的人身关系和财产关系的法。

第二节 民法的特质

民法的特质,即民法的特点或性质,也可以称为民法的性格或气质。民法学作为一门应用学科,背后有丰富和深刻的理论背景。民法作为一个制度体系,由一系列的制度如民事主体制度、法律行为制度、物权制度、债权制度、继承制度、婚姻制度、知识产权制度等组成,了解民法的特质,有助于了解这些制度背后承载的理念及价值观,对于真正掌握民法和运用民法,不无裨益。

一、民法是私法^{〔4〕}

如前所述,我们可以将整个社会生活从概念或理论上划分为私领域即市民社

〔1〕 参见魏振瀛主编:《民法》(第二版),北京大学出版社2006年版,第2页;王利明等:《民法学》,法律出版社2005年版,第1页;《日本民法典》,王书江译,中国法制出版社2000年版,第1页。

〔2〕 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第16页。有关罗马法的含义,市民法、万民法、自然法的含义等,参见该书第一编第一章及第三章的相关内容。

〔3〕 [日]星野英一:“日本民法的100年”,渠涛译,载《环球法律评论》2001年秋季号。

〔4〕 关于公法与私法区分的有价值的著作,可参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版。同时参见本节所引其他著作以及其他教材的介绍。

会和公领域即政治社会或国家。民法是规范私领域即市民社会的法，是私法，它以市民社会中的个人（或团体）之间的平等和自决（也即私法自治）为基础；与私法相对，规范政治生活即公领域的法，即为公法，它主要规范国家以及其他被赋予公权力的团体（机关）相互之间以及与它们的成员（比如国民）之间的关系，公法还规范行使公权力的团体的组织机构，如宪法（除宪法外还包括各类机关的组织法、立法法等宪法性法律）、行政法（如行政许可法、行政处罚法、教育法、税法等等）、刑法等。

自罗马法以来，法律即分为两大类，一类为私法，另一类为公法，罗马私法尤为发达。有人称古罗马人将法律分为公法和私法，意在为公法和私法划一界限，防止公权力横行或染指市民社会和市民私生活，体现了对公权力的警惕之心，“天真之余，极其严肃”。〔1〕

（一）公法与私法的区别标准

民法系属私法，规范市民社会，几无争议，但就公法与私法的区分标准，却有多说，比如：

1. 主体说。法律关系的主体，一方或双方是国家或其他公权力机关者，为公法关系。但比如国家或其机关可能会参与到市民社会中，比如，购买办公用房或商品房，此时则应是私法关系，应遵循市民社会的法，即私法。

2. 利益说。即看法律所保护的是个人利益还是社会公共利益。此说不妥，国家惩罚犯罪保护社会利益，同时也是保护个人利益，个人遇险求助警察保护，应属公法关系；私法也会关注社会公共利益，比如对交易安全保护的制度设计（主要见于物权制度），对男女平等、婚姻及家庭秩序的保护等等。

3. 平等关系或隶属关系说。即私法关系中各主体系平等关系，而公法关系中各主体系隶属关系（或管理关系）。但此说也不妥。一方面，在私法关系中，亲属、家庭关系中有一定的隶属性质的关系（比如父母与子女），公司及其他社团对其成员也存在类似的关系；另一方面，在公权力团体方面，北京市政府、重庆市政府之间并无隶属关系甚至类似一种平等关系。

应该说，“在公法与私法之间，并不能用刀子把它们精确无误地切割开，就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样”。〔2〕上述诸说，各有所长，也均具缺陷，已如上述。一般来说，在某项法律关系中，如果至少有一方当事人是以公权力主体的性质参加该法律关系并且行使公权力，那么该法律关系就属公法范围，不符合这一条件的其他法律关系都属于私法范围，属私法调整。公法是受约束决定的

〔1〕 张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第4页。

〔2〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第7页。

法,私法是自主决定的法;公权行为(或者说行使公权力)必须严格遵照指示,依据法律的明确规定,而私法行为则主要是自决的、自治的行为。这一观点颇值赞同。

另外,需说明的是,虽不少人认为,诉讼法或程序法属公法,但有观点认为,法律首先可以分为实体法和程序法(主要是诉讼法),〔1〕而公法和私法的划分应仅适用于实体法,诉讼法从本质上说既不属于公法,也不属于私法。因为虽然法院的司法裁判行为属于国家实施公权行为无疑,诉讼当事人、证人、鉴定人等同法院之间不是平等关系,但诉讼当事人之间却是平等关系,而且在民事诉讼中,诉讼当事人也有相当的自由,可以就其诉讼中的权利进行处分,可以说是“私法自治”在诉讼法中的体现。就实体法而言,任何一种法律关系要么属于私法要么属于公法,舍此无他;但诉讼法则处于这一划分之外。〔2〕

(二) 公法与私法的区分意义

公法与私法的区分,是基于国家与社会、政治生活与市民社会的区分。

市民社会中,以市民的自主决定为原则,一般是“有疑义时为自由”或者说“法无明文禁止即为允许”,选择自由一方面基于人性的考虑,另一方面也有助于促进社会进步和经济发展,公权力一般不应干涉,除非有重大理由。当然,如上所述,社会离开国家不能自足,自由不是没有界限的,国家出于安全、秩序,甚至文化、伦理等的考虑总是会限制市民社会中的自由,比如公权力会禁止性交易(卖淫嫖娼行为),管制、禁止枪支、毒品的交易,对某项行为(比如强制交易)在法律上认为其无效,个别情况下还会管制商品或服务的价格,甚至从刑法及行政法监督方面处以刑事或行政责任。

但在政治社会领域,则“有疑义时为自由”、“法无禁止即自由”不能适用,在法律没有规定或规定模糊的情况下,公权力不能随意或自由行为,因此公权力奉行的原则应当是“法无明文即禁止”。“依法治国”写入我国宪法,〔3〕可以说是这一理念的体现。

因此,公法与私法的区分,隐含着国家与社会之间关系的复杂而深刻的理论背景,其规范对象不同,从而有不同的原则和特色。

就法律学习而言,了解和掌握这一区分,有助于对现实生活进行法律分析,正确运用、实施和解释法律。对于现实中任何法律纠纷,首先即需确定其法律关系的性质,属于私法关系抑或公法关系,确定法律关系的性质又有助于“找法”

〔1〕 一般认为,仲裁法也属于程序法。

〔2〕 本段内容另请参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第5~7页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第8~13页。

〔3〕 我国《宪法》第5条第1款规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”