

民法总论

陈华彬
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

民法总论

陈华彬
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

民法总论 / 陈华彬著. —北京:中国法制出版社,2010.12

ISBN 978-7-5093-2411-0

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第236853号

策划编辑 陈 晨

封面设计 周黎明

民法总论

MINFA ZONGLUN

著者/陈华彬

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960毫米 16

版次/2011年1月第1版

印张/33.25 字数/540千

2011年1月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-2411-0

定价:66.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66066620

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

目 录

第一章 民法概说	(1)
第一节 民法的语源、调整对象与分类	(1)
一、民法的语源	(1)
二、民法调整的社会关系	(3)
三、民法的分类	(6)
第二节 法律体系——公法、私法与社会法	(8)
一、公法与私法(民法)区分的源起	(8)
二、公法私法区分的标准及其评析	(11)
三、公私法区分反对论	(15)
四、我国区分公私法的必要性、实益与民法的地位	(17)
五、公私法区分的法律效果	(21)
六、公法与私法的关系	(22)
七、兼有公法规范与私法规范的公私混合法:社会法的形成	(23)
第三节 民法的性质	(26)
一、民法为市民社会的法	(26)
二、民法为私法	(27)
三、民法为实体法	(27)
四、民法为普通民法	(27)
五、民法为行为规范兼裁判规范	(29)
六、民法为任意法兼强行法	(29)
七、民法为国内法	(30)

八、我国民法为继受法兼固有法	(30)
九、民法大多为原则法,少数为例外法	(30)
十、民法为关于人的法	(31)
十一、民法为权利法	(33)
第四节 民法的编纂	(33)
一、概要	(33)
二、民商分立与民商合一	(34)
三、民法的编纂体例(一):罗马式	(36)
四、民法的编纂体例(二):德国式	(37)
五、民法总则的构成	(46)
六、民法总则的优点和缺点	(48)
七、日本等大陆法系国家和美国等英美法系国家的民法典编纂 或与民法典编纂有关的民事法律的制定	(50)
八、中国民法的沿革	(53)
第五节 民法的人像与基本原则的历史变迁	(58)
一、民法的人像	(58)
二、民法财产法的基本原则	(59)
三、民法身份法(婚姻法与继承法)的基本原则	(65)
四、当代民法面临的难题	(66)
第六节 民法的法源	(69)
一、法源的意义与民法的法源	(69)
二、大陆法系国家(尤其是中国)民法的法源	(70)
三、英美法系国家民法的法源	(77)
第七节 民法与邻近法律部门	(78)
一、民法概要	(78)
二、民法与邻近法律部门	(79)
第八节 民法的效力、适用与解释方法	(84)
一、民法的效力	(84)
二、民法的适用原则	(86)
三、民法适用的逻辑与民法解释方法	(88)
第九节 民法学及其学习方法	(89)
一、民法解释学	(89)
二、民法的学习方法	(91)

第二章 民法的发展史概览	(92)
第一节 罗马民法	(93)
一、公元前 753 年至公元前 202 年第二次布匿战争结束(第一个时期)	(94)
二、公元前 202 年至公元 235 年塞维鲁王朝灭亡(第二个时期)	(95)
三、公元 235 年至公元 565 年优士丁尼编纂《民法大全》(《国法大全》,第三个时期)	(97)
第二节 日耳曼民法	(101)
一、概要	(101)
二、日耳曼民法的特征	(102)
第三节 中世纪民法(476 - 1500 年)	(104)
一、概要	(104)
二、中世纪初期:部族法时期	(106)
三、中世纪中期:封建法时期	(108)
四、中世纪末期:城市法时期	(110)
五、中世纪的法律书籍与《萨克森宝鉴》	(115)
六、中世纪德国继受罗马法	(117)
第四节 近代民法之编纂	(118)
一、《巴伐利亚民法典》(1756 年)	(118)
二、《普鲁士普通邦法》(1794 年)	(119)
三、《法国民法典》(1804 年)	(120)
四、《奥地利民法典》(1811 年)	(124)
五、《智利共和国民法典》(1855 年)	(126)
六、《萨克森民法》(1863 年)	(126)
七、德累斯顿草案(1866 年)	(127)
八、有偿证券法和普通商法典	(128)
九、《德国民法典》(1896 年)	(130)
十、《日本民法》(1896 年)	(138)
第五节 现代民法之编纂	(145)
一、《瑞士民法典》(1907 年)	(145)
二、《中华民国民法》(1929 - 1930 年)	(151)

三、《埃及民法典》(1948 年)	(156)
四、《韩国民法典》(1958 年)	(156)
五、《苏俄民法典》(1964 年)	(157)
第六节 当代民法编纂运动	(157)
一、《埃塞俄比亚民法典》(1960 年)	(157)
二、《葡萄牙民法典》(1966 年)	(158)
三、新《荷兰民法典》(1970 年至 2003 年一些部分陆续生效)	(159)
四、《阿尔及利亚民法典》(1975 年)	(160)
五、《朝鲜民法》(1990 年)	(160)
六、《俄罗斯联邦民法典》(1994 年)	(161)
七、《蒙古国民法典》(1994 年)	(162)
八、《越南社会主义共和国民法典》(1995 年)	(162)
九、中亚一些国家的民法典编纂	(163)
第三章 民事法律关系与民事能力	(164)
第一节 民事法律关系的概念、特性与要素	(164)
一、民事法律关系的概念与民事法律关系的普遍性	(164)
二、民事法律关系的特性	(166)
三、民事法律关系的要素	(167)
第二节 民事能力	(171)
一、概要	(171)
二、民事权利能力	(171)
三、民事行为能力	(184)
四、民事责任能力	(187)
第四章 民事权利、民事义务与民事责任	(189)
第一节 民事权利、民事义务与民事法律关系	(189)
第二节 民事权利(权利)的语源、本质、机能及其周边	(190)
一、民事权利的语源	(190)
二、关于权利的本质的学说	(191)
三、权利的定义和特性	(195)
四、权利的机能	(197)
五、与权利或民事权利相邻近的概念	(198)

第三节 权利的分类及其实现	(200)
一、公权、私权(权利)与社会权	(200)
二、私权(民事权利或权利)的分类	(200)
三、权利与民法的关系	(212)
四、权利的竞合	(212)
五、民事权利的实现	(214)
第四节 民事义务	(218)
一、义务本质的诸学说	(218)
二、义务的概念和特性	(219)
三、义务的内容	(221)
四、义务的分类	(222)
五、义务的履行	(225)
六、权利与义务的关系	(225)
第五节 民事责任	(227)
一、民事责任的意义	(227)
二、民事责任与民事义务	(227)
第六节 权利的内容和行使的限制	(229)
一、概要	(229)
二、对权利的内容的限制:公共福祉原则	(230)
三、对私权的行使的限制	(231)
四、权利的自力救济	(238)
第五章 民事主体——自然人	(247)
第一节 概要	(247)
第二节 自然人的民事权利能力与民事行为能力	(250)
一、自然人的民事权利能力	(250)
二、自然人的民事行为能力	(250)
第三节 监护	(257)
一、概要	(257)
二、未成年人的监护人	(257)
三、无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人的监护人	(258)
四、监护人的职责与权利	(258)

五、监护的终止	(259)
六、外国法上的自愿设立监护人制度与成年监护制度	(259)
第四节 宣告失踪	(260)
一、概要	(260)
二、确定财产代管人	(261)
三、代管人的职责	(262)
四、失踪宣告的撤销	(262)
第五节 宣告死亡	(262)
一、概要	(262)
二、死亡宣告的要件	(263)
三、宣告死亡的法定程序	(265)
四、死亡宣告的效力	(265)
五、死亡宣告的撤销及其法律后果	(267)
六、申请宣告失踪人死亡的人的顺序	(269)
七、日本的战时死亡宣告	(269)
第六节 人格权及其保护	(270)
一、概要	(270)
二、人格权的几个基本问题	(271)
三、人格权保护的意义	(274)
四、各种具体人格权	(275)
五、人格权的保护方法	(289)
第七节 身份权	(290)
一、概要	(290)
二、各种具体的身份权	(291)
第八节 住所	(292)
一、住所的基本问题	(292)
二、住所与居所	(293)
三、临时住所	(294)
四、自然人住所与法人住所	(294)
第六章 民事主体——法人	(295)
第一节 法人的意义	(295)
一、法人的源起、形成与发展	(295)

二、团体、财产集合体被赋予法人格的法律意义	(298)
三、法人的本质	(300)
四、法人的种类	(308)
第二节 法人的设立、登记和住所	(314)
一、法人的设立	(314)
二、我国法人设立的原则	(315)
三、法人的登记	(316)
四、法人的住所	(317)
第三节 法人的能力	(317)
一、概要	(317)
二、法人的权利能力	(318)
三、法人的行为能力	(319)
四、法人的民事责任能力	(321)
第四节 法人的组织(机关)	(323)
一、概要	(323)
二、法人的机关与代理	(324)
三、我国企业法人的机关	(324)
四、我国非企业法人的机关	(325)
第五节 法人的消灭	(325)
一、法人的解散	(325)
二、法人的清算	(327)
第六节 外国法人	(328)
一、外国法人的含义	(328)
二、对外国法人的认许	(329)
第七节 非法人团体	(329)
一、概要	(329)
二、非法人团体的要件	(330)
三、非法人团体与法人的实质差别	(331)
四、我国非法人团体的分类	(331)
第七章 权利的客体	(333)
第一节 概说	(333)
一、权利的客体的种类与关于物的立法例	(333)

二、关于财产	(334)
第二节 物	(335)
一、物的意义	(335)
二、物的分类	(340)
第三节 行为、权利、人身利益和智力成果	(353)
第八章 民事权利的变动与法律行为	(354)
第一节 民事权利的变动	(354)
一、民事权利的发生	(354)
二、民事权利的变更	(355)
三、民事权利的消灭	(356)
四、引起民事权利变动的原因	(356)
第二节 法律行为概要	(356)
一、法律行为概念的源起	(356)
二、法律行为的含义	(358)
三、法律行为与意思表示	(359)
四、法律行为与私法自治(意思自治)	(360)
五、私法自治原则与合同自由的关系	(361)
六、私法自治原则的功能及其限制	(362)
七、私法自治的实践	(364)
第三节 法律行为的分类	(364)
一、单独行为(单方行为)、契约(契约行为)、共同行为(合同行为、协同行为)和协约	(364)
二、要式行为与不要式行为	(366)
三、生前行为与死因行为	(367)
四、财产行为与身份行为	(368)
五、有因行为(要因行为)与无因行为	(368)
六、要物行为与不要物行为	(370)
七、有偿行为与无偿行为	(370)
八、主行为与从行为	(371)
九、独立行为与辅助行为	(371)
十、负担行为与处分行为	(371)
十一、债权行为、物权行为和准物权行为	(372)

十二、大量行为、协定行为、赁率合同	(373)
第四节 法律行为的成立、生效及标的	(374)
一、法律行为的成立	(374)
二、法律行为的生效	(375)
三、法律行为的标的	(376)
第五节 意思表示	(379)
一、意思表示的含义	(379)
二、意思表示的构造	(380)
三、意思主义、表示主义及折衷主义	(381)
四、意思表示的效力发生	(383)
五、到达主义	(384)
六、发信主义	(386)
七、发信主义与到达主义的比较	(386)
八、意思表示的种类	(387)
九、意思表示不真实	(389)
十、意思表示不自由	(396)
第六节 条件与期限	(401)
一、条件	(401)
二、期限	(407)
第七节 法律行为的解释	(410)
一、法律行为解释的必要性	(410)
二、解释的原则	(411)
三、解释的标准	(412)
四、解释意思表示的方式	(413)
第八节 民事行为的效力	(414)
一、民事行为概要	(414)
二、无效的民事行为	(414)
三、可撤销的民事行为	(416)
四、效力未定的民事行为	(418)
第九节 公序良俗原则	(422)
一、概要	(422)
二、公序良俗违反行为的类型	(423)

三、暴利行为与不公正交易	(424)
四、公序良俗违反的判定时期	(425)
五、公序良俗违反与不法原因给付的关系	(426)
第九章 代理	(427)
第一节 概说	(427)
一、代理的意义	(427)
二、代理的法律本质	(429)
三、代理的三面关系与代理人的能力问题	(430)
四、代理的种类	(432)
五、代理的适用范围	(434)
六、与代理相类似的制度	(436)
第二节 代理权	(439)
一、代理权的性质	(439)
二、代理权的性质应采权力说	(441)
三、共同代理权与集合代理	(442)
四、代理权发生的原因	(442)
五、代理权与基础关系的区别	(443)
六、代理权的行使	(444)
七、代理权的消灭	(445)
第三节 代理行为	(446)
一、代理行为的成立	(446)
二、代理行为的生效	(448)
第四节 委托代理	(450)
一、关于委托授权	(450)
二、授权委托书	(452)
第五节 法定代理与指定代理	(454)
一、法定代理	(454)
二、指定代理	(455)
第六节 无权代理	(456)
一、概要	(456)
二、表见代理	(458)

第十章 诉讼时效	(464)
第一节 时效概说	(464)
一、时效的含义、性质与两种时效类型	(464)
二、时效的沿革	(466)
三、时效制度存在的理由与目的	(466)
四、诉讼时效与除斥期间	(468)
五、权利失效	(471)
第二节 诉讼时效的客体	(473)
一、概要	(473)
二、我国诉讼时效的客体的具体分析	(474)
第三节 诉讼时效的期间	(484)
一、诉讼时效期间的分类	(484)
二、普通诉讼时效期间	(485)
三、特殊诉讼时效期间	(486)
四、最长诉讼时效期间	(488)
五、特殊诉讼时效期间、普通诉讼时效期间、最长诉讼时效期间 的适用原则	(488)
第四节 诉讼时效的起算、中止、中断和延长	(489)
一、诉讼时效期间的起算	(489)
二、诉讼时效的中止	(491)
三、诉讼时效的中断	(493)
四、诉讼时效的延长	(495)
第五节 诉讼时效完成后的法律效力	(495)
一、时效利益的抛弃	(496)
二、诉讼时效完成对义务人的效力	(497)
三、诉讼时效完成对权利人的效力	(498)
四、实体诉权(胜诉权)消灭后请求权的实现途径	(500)
五、诉讼时效的效力及于从权利	(501)
第十一章 期日与期间	(503)
第一节 期日与期间的意义	(503)
一、时间的重要意义	(503)

二、期日与期间的区别	(503)
第二节 期日与期间的计算	(504)
一、期间的计算方法	(504)
二、期间的起算点	(505)
三、期间的终止点	(505)
四、期间末日的延长	(506)
第十二章 民法世界的现状与其展望	(507)
一、民法处理的问题及民法与宪法	(507)
二、近年来民法修改的国际动向	(508)
三、21 世纪的民法指向的目标	(510)
主要参考文献	(514)
后记	(519)

第一章 民法概说

第一节 民法的语源、调整对象与分类

一、民法的语源

民法一词由来自于古罗马的“*ius civile*”(市民法),意指“罗马国民的特有的法”。而“*ius civile*”(市民法)一语与适用于“一切人民的共通的法律”的“万民法”(*ius gentium*)则是一个对应的概念。对于罗马人来说,“*ius civile*”(市民法)就是罗马法或为 *Quirites*(罗马人, *Romani*)的法律(*ius Quiritium*)。及至公元3世纪初,随着罗马领域内的全体居民原则上被赋予“罗马市民权”,在罗马领域内,*ius civile*(市民法)与 *ius gentium*(万民法)于理论上的对立亦就失去了其意义。往后至中世纪时期,*ius civile*(市民法)一语被作为广义的罗马法的称谓而使用。当提及 *ius civile*(市民法)或 *Corpus iuris civilis*(《罗马法大全》、《民法大全》)时,就意指优士丁尼(*Iustinianus*)编纂的法典,并与 *ius canonicum*(教会法)形成对照。本来,《罗马法大全》(《国法大全》)的内容不纯粹为私法,并亦包含了公法的内容。但是,在神圣罗马帝国灭亡以后,有关罗马帝国的行政事务的规定也就变得没有价值、没有效力了。于是,学者们乃仅注重或寻求优士丁尼的《罗马法大全》中的私

法的内容规定,这样逐渐地, *ius civile* (市民法) 一语,亦就被人们理解为私法。往后,欧陆各国接踵继受罗马私法,相继承袭“市民法”的名称,于是“市民法”一语成为私法的总称^①。

近代以来,法语称民法为“*droit civil*”,德语为“*Bürgerliches Recht*”,英语为“*Civil Law*”,荷兰语为“*Burgerlyk Regt*”,日语汉字“民法”一词,系由学者津田真道于庆应四年(1867年)在其所著的《泰西国法论》(1867年9月版)一书中由荷兰语翻译而来^②。

须注意的是,上述关于民法的名称的德语和荷兰语中皆有“Burg”一词,并且在今日以德国为中心的中欧地区,其城市名称中存在“Burg”的并非少数。例如,德国的Humburg、Augusburg、Würzburg、Rothenburg、Freiburg等古老而美丽的城市名称中皆有“Burg”;在中欧的其他地区,如Strassbourg、Wissenbourg、Lauterbourg、Sarrebouurg等亦复如此;此外,在英语中也存在与“Burg”类似的“borough”、“burgh”等,例如,著名的Edinburgh就是适例。而且,在英国,其地方县名中比都市名称中存在更多的“borough”、“burgh”^③。

上述情况出现的原因,系在于“Burg”即是指欧洲中世纪的城市,“Bürger”则指城市中居住的人。其中,居住在城市中心地区的是贵族等所谓“城主”,而农民、商人、手艺人等则居住在城市的外围。整个城市被环绕的围墙(Mauer)所包围,以便与乡村社会相区隔;在法国,所谓“Bürger”,系指居住在城市中的有产阶级,称为“第三阶级”(bourgeoisie)。1789年,该阶级与资产阶级联合发动大革命,革命后建立的新社会称为“市民社会”;在德国的中世纪时期,曾流行“城市中吹拂自由的风”(Stadt Luft uns frei machen)的法谚。这些情况说明,在欧洲封建的农业社会中,其城市中已经生长出了自由平等的规则。这些最初仅适用于一部分人的法律随后向适用于全体人民的方向发展,但作为其称呼,既没有把它叫作“城市法”,也没有把它叫作“臣民法”、“国民法”、“人民法”,而是简单地、明快地把它称为“民法”^④。

我国法律近代化的最主要进程,起于1903年修订法律大臣沈家本领

① [日]松坂佐一:《民法提要》(总则),有斐阁1975年版,第7页。

② [日]穗积陈重:《法窗夜话》,岩波文库1980年版,第55页;大正5年刊;[日]松坂佐一:《民法提要》(总则),有斐阁1975年版,第7页。

③ [日]本城武雄、小胁一海编:《民法总则》,嵯峨野书院1993年版,第6页。

④ [日]本城武雄、小胁一海编:《民法总则》,嵯峨野书院1993年版,第6页。