

普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

民法总论

GENERAL INTRODUCTION TO CIVIL LAW

| 第四版 |

梁慧星 著

普通高等教育国家级规划教材



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



普通高等教育国家级规划教材系列



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

民法总论

General Introduction To Civil Law

| 第四版 |



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/梁慧星著.—4版.—北京:法律出版社,2011.2

普通高等教育国家级规划教材系列.普通高等教育十一五国家级规划教材

ISBN 978-7-5118-1746-4

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第012105号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京市荣盛彩色印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×1092毫米 1/16

印张/19.75 字数/291千

版本/2011年3月第4版

印次/2011年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1746-4

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社是中国历史最悠久的法律专业出版社,与国际出版同仁论剑,本社之专业出版品牌亦广受肯定。

本社素来注重法学教材出版。从20世纪50年代中国法学教材建设的起步,到20世纪70年代末中国法学教材的复兴,法律出版社均走在前列。1949年以来,我国第一部法理学、宪法、中国法律思想史、外国法制史、刑法、民法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法教材,均出自法律出版社。

从20世纪80年代到90年代,再到21世纪,本社对于法学教材的出版更投入移山心力。而本社与权威法学家合作,渊源有自。作者中有法学宿耄,有中年英士,有青年才俊,均来自杰出法学学府与研究机构。本社教材,正旨在秉承法学先辈之思想财富,与新一代法律人分享。

自我国建设国家级教材以来,本社延揽名家,于此多有收获。从更早的国家级规划教材,到“九五”、“十五”,再到2006年评定的“十一五”国家级规划教材,法律出版社之法学类国家级教材,积累已多,忝居诸社首列。为整体性展现这批品质教材,本社乃以“普通高等教育国家级规划教材系列”为题,统一推出。

“好书,同好老师和好学生分享”,本社愿与法律共同体诸同仁,与中国法学与法律实践的学习者和建设者一起,分享好书,分享智识,分享法治进程中的点点滴滴。

法律出版社

作者简介

梁慧星 中国社会科学院学部委员、中国社会科学院法学研究所研究员。1944年1月出生，四川青神人。1966年毕业于西南政法学院；1981年毕业于中国社会科学院研究生院，获民法硕士学位。1985年至1988年担任《法学研究》杂志副主编；1988年晋升研究员，担任民法室主任；1990年国家人事部授予“有突出贡献中青年专家”称号。现任《法学研究》杂志主编、中国社会科学院研究生院教授。主要著作包括：独著《民法》、《中国民法经济法诸问题研究》、《民法学说判例与立法研究》、《民法解释学》、《民法总论》、《裁判的方法》、《法学学位论文写作方法》；合著《合同法》、《经济法的理论问题》、《民法债权》、《物权法》、《中国物权法研究》、《中国民法典草案建议稿附理由》；主编《民商法论丛》、《中国民商法专题研究丛书》。

修订四版序言

本书作为普通高等教育规划教材于1996年初版。先后在2001年和2007年两次修订。《侵权责任法》和《农民专业合作社法》、《电子签名法》、《人体器官移植条例》的颁布实施,及最高人民法院新发布有关《合同法》和诉讼时效的司法解释,促成本次修订。修订中参考了《法国民法典》近年新修订的内容,参考了新《荷兰民法典》、《魁北克民法典》、《俄罗斯联邦民法典》等一批较新的民法典及《欧洲民法典草案》(DCFR),参考了《美国第三次代理法重述》。顺便提及,由欧盟各国最优秀的民法学者、法官、律师历时四年共同完成的《欧洲民法典草案》(DCFR),已于2008年年底提交欧盟理事会审议,无论最终能否获得通过及以何种形式通过,均将对当代民法发展产生重大影响。

此次修订,涉及字词勘误、体例调整、新内容增添、陈旧文献删除、新文献添加及某些理论观点的修正和变更,凡二百余处,请予留意。博士生李宇同学预先对全书进行审读并提出修改建议,谨此致谢。

梁慧星

于北京城南半夏书屋

2010年11月7日

修订三版序言

本书初版于1996年,修订再版于2001年。此次修订,涉及章节调整、论据添加、注释增补、字词改错及个别见解变更,凡百余处。华东政法学院民商法研究生李宇同学曾预先校阅全书,所提出修改意见,大部被采纳。谨此表示感谢。

梁慧星

于云南昆明六榕居

2007年6月18日

序 言

本书是司法部教材编辑部组织编写的“九五”高校法学规划教材民商法教材系列的一种,出版于1996年。当时合同法尚在起草之中,书中涉及合同法的内容时都是引用草案。现在依据合同法有关条文作了修订,并对若干章节作了补充、调整,对错误和不准确之处作了订正,增补了注释。此次修订得到许多朋友的鼓励和帮助。在北京大学做博士后的张谷同志对本书从体例结构、论点论据、文字注释等诸方面提出七十条修订意见,大部被采纳。谨此致谢。

作者

2001年1月26日

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 民法概述	(1)
第二节 民法的法源	(25)
第三节 民法的本质	(30)
第四节 民法的本位	(39)
第五节 民法的基本原则	(44)
第六节 民法与邻近法律部门	(52)
第七节 民法学及其学习方法	(54)
第二章 民事法律关系	(57)
第一节 民事法律关系的概念	(57)
第二节 民事法律关系的要素	(58)
第三节 民事行为能力	(65)
第四节 民事权利	(69)
第五节 民事义务	(82)
第六节 民事责任	(83)
第三章 民事主体——自然人	(88)
第一节 民事权利能力	(88)
第二节 人格权	(91)
第三节 民事行为能力	(104)
第四节 监护	(106)
第五节 宣告失踪制度	(110)
第六节 宣告死亡制度	(112)
第七节 住所	(116)
第四章 民事主体——法人、非法人团体	(117)
第一节 法人的概念	(117)
第二节 法人的本质	(118)
第三节 法人的分类	(121)
第四节 法人的民事能力	(126)

2 目 录

第五节 法人的成立	(134)
第六节 法人的机关	(136)
第七节 法人的住所	(138)
第八节 法人的消灭	(139)
第九节 非法人团体	(143)
第五章 民事权利客体	(149)
第一节 民事权利客体概述	(149)
第二节 作为民事权利客体的物	(150)
第三节 物的分类	(153)
第六章 法律行为	(160)
第一节 法律行为的概念	(160)
第二节 法律行为的分类	(162)
第三节 法律行为的要件	(170)
第四节 意思表示	(172)
第五节 意思与表示不一致	(177)
第六节 意思表示不自由	(180)
第七节 条件、期限	(182)
第八节 法律行为的解释	(190)
第九节 法律行为的效力	(196)
第七章 代理	(216)
第一节 代理的概念	(216)
第二节 代理关系	(219)
第三节 代理权	(220)
第四节 代理的分类	(229)
第五节 代理行为	(232)
第六节 无权代理	(236)
第七节 表见代理	(239)
第八章 诉讼时效	(244)
第一节 时效的概念	(244)
第二节 诉讼时效的效力	(248)
第三节 诉讼时效的客体	(251)
第四节 诉讼时效期间	(254)

第九章 期日、期间	(261)
第一节 期日、期间的意义	(261)
第二节 期日、期间的计算	(262)
第十章 权利的行使	(264)
第一节 权利行使概说	(264)
第二节 诚实信用原则	(266)
第三节 权利滥用之禁止	(272)
第四节 私力救济	(277)
第十一章 民法的效力、适用与解释	(284)
第一节 民法的效力	(284)
第二节 民法的适用原则	(285)
第三节 民法的适用与解释	(287)
第四节 民法解释方法	(290)
主要参考著作	(294)

第一章 导 论

第一节 民法概述

一、民法的概念

(一)民法之语源

近代民法一语,是从罗马法之 *ius civile* 一语沿袭而来。故罗马法之市民法,为今日各国民法之语源。

罗马法有市民法(*ius civile*)与万民法(*ius gentium*)之分。前者适用于罗马市民,后者适用于罗马市民以外的人。自第3世纪后,因对罗马境内所有的住民均赋予市民权的结果,市民法与万民法的对立遂告消失。于是,中世纪以来,*ius civile* 一语,遂成为罗马法的总称,其后用于私法之义。在法语为 *droit civil*,英语为 *civil law*,德语为 *buergerliches Recht*,荷兰语为 *Burgerlyk Regt*。日语之“民法”二字,是庆应4年,学者津田真道由荷兰语翻译而来。中国民法学者梅仲协在所著民法要义中指出:民法一语,典籍无所本,清季变法,抄自东瀛,东瀛则复从拿破仑法典之 *droit civil*,译为今称。^{〔1〕}

中国历史上之中华法系,并无法律领域之划分,各种社会关系,均由同一法律调整,即学者所谓诸法合一,并无民刑之分。历代封建统治者虽重视法典编纂,但多为刑法之规定。其中涉及民事关系者,如户、婚、钱债等,亦仅以采用刑罚制裁者为限,实质上仍属刑法规范。而一般民事关系,主要由习惯法调整。其根源在于,在漫长的封建社会中,因统治者长期推行重农抑商的经济政策,自给自足的自然经济始终占据主导地位。商品生产和商品交换被限制在狭小的范围内,市场经济极不发达。且在政治上实行专制主义统治,个人自由、平等、权利、义务等观念无由发生。因此,不具备民法产生和发展的基本条件。至清末进行法制改革,聘请日本学者松冈义正起草民法典草案,始有现代意义的民法。可见,中国民法是由继受而来。

〔1〕 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。

（二）形式民法与实质民法

民法,有所谓形式的民法与实质的民法之分。形式的民法,即指以民法命名的成文法典。实质的民法,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。

（三）普通民法与特别民法

民法又有普通民法与特别民法之分。所谓普通民法指民法典。民法典为整个私法之普通法。民法典对于人、地域、事项等不作限制,规范一般的民事生活关系,因此属于普通法。在采民商合一的国家的各民事单行法,及在采民商分立的国家的商法典,相对于作为普通法的民法典而言,属于特别法。中国采民商合一主义,现行《民法通则》相当于民法典的普通法地位,而《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等均属于特别法。法官裁判案件时,遇普通法与特别法均有规定的事项,应当优先适用特别法的规定。

二、习惯民法与成文民法

从民法发展沿革而言,是先有习惯民法,后有成文民法。恩格斯在《论住宅问题》一书中写道:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^{〔1〕}这段话揭示了民法的产生和发展过程,即先有习惯,然后由习惯发展成为法律。此处所称的法律当然包括习惯法和成文法。

习惯民法的历史无从查考。迄今我们可以在一些文明发展较迟的民族和地区发现它的存在。成文民法的历史至少可以上溯到距今 4000 多年前。1901 年 12 月一支法国探险队在伊朗古城苏萨发现的汉谟拉比法典,是公元前 18 世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比(约公元前 1792 ~ 1750 年在位)颁布的法律,无疑是世界上迄今完整保存下来的最早的法典。该法典正文共计 282 条,其中所规定的虽不限于民法,但属于民法的条文有 237 条,占全部条文的 84%。

三、罗马民法

古代法典中对后世民法影响最大的是罗马法。罗马法已有 2700 多年的历史,最初是一个小型农村公社的习惯法,后来发展成为一个拥有广大领土和多种民族的商业社会的比较完备的法律。公元前 450 年,罗马共和国元老院

〔1〕 《马克思恩格斯选集》(第 2 卷),第 538 ~ 539 页。

迫于民意,设立立法委员会,收集整理当时的习惯法规则,制定成法律条文予以公布,成为罗马最早的成文法即“十二表法”。十二表法的大部分条文(第三表至第八表)属于规定民事关系的法律规范。随着罗马帝国版图的扩张,社会经济关系日益复杂,调整民事关系的法律规范日积月累,变得非常庞杂繁复。遂产生法律编纂问题。

公元527年,东罗马帝国皇帝优士丁尼继位,第二年设立法典编纂委员会,开始了法典编纂工作。委员会首先对罗马帝国现存法律进行整理修订,剔除其中过时的和相互矛盾的内容,编成《优帝法典》;其次,对罗马法学者的理论著作进行摘录,编成《学说汇纂》;然后仿照通行的教材,编成法律教科书即《优帝法学阶梯》;最后将帝国新颁布的法令汇编为《优帝新律》。上述《优帝法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《优帝新律》被赋予同样的法律效力,共同构成完整的罗马法典,世称“民法大全”。

可见,罗马法本身经历过一个漫长的发展过程。罗马法的内容非常庞杂,从现代法学观点来看,包括不同性质的法律规范,甚至实体法与程序法合为一体,没有像现代法一样的部门划分。但罗马法中最主要并对后世立法产生深远影响的,是规定民事关系方面的规范即民法。罗马法反映商品生产的要求,对商品生产和商品交换中一切主要的法律关系,如买主与卖主、债权人与债务人,以及所有权、契约、侵权行为等作了明确的规定。现代民法的主要法律概念、原则和制度,在罗马法中都有规定。因此,恩格斯在论及罗马法的本质时指出:“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法,但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系。因此,这正是我们的市民在他们兴起时期所需要,而在当地的习惯法中找不到的。”〔1〕

四、近代民法与现代民法

(一)近代民法之制定

近代各国制定民法,均有其特殊政治社会背景。1804年的《法国民法典》,旨在重建法国大革命推翻旧政权后之法律秩序,以贯彻自由、平等、博爱的理想。《奥地利民法典》的制定,是为了推行女皇 Maria Theresia 的政治及行政改革。1896年的《德国民法典》,旨在实践一个民族、一个国家、一个法律的目标。1898年施行的《日本民法典》,则是明治维新的产物,目的在于推行维新变法及废除领事裁判权。

中国制定民法典的目的,亦在于废除领事裁判权。1843年签订的《中英

〔1〕《马克思恩格斯全集》(第36卷),第169页。

五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》，开外国人在华享有领事裁判权之先例。此后法、美、挪、俄、德、荷等 17 国，均通过不平等条约取得在华领事裁判权。领事裁判权的存在，严重损害中国国家主权。因此，自清末以来，中国政府一直致力于废除领事裁判权。1902 年，清朝政府与英、美、日、葡续订商约，四国先后承诺：以“中国法律制度皆臻完善”为放弃领事裁判权的条件。1927 年南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商约，均规定以“1930 年 1 月 1 日前颁布民商法典”为撤销领事裁判权的条件。可见，废除领事裁判权是导致中国继受西方法制、制定民法典的直接动因。^{〔1〕}

（二）近代民法模式

由欧洲大陆法所确立的民法近代模式，其集中表现为：其一，抽象的人格，即对于一切人，不分国籍、年龄、性别、职业，具有平等的权利能力。当时，在资本主义体制下作为市场交换主体的劳动者、消费者、大企业、中小企业等具体类型，在民法典上，被抽象为“人”这一法人格。法人的权利能力，被认为与自然人相同，仅法人格的取得，因公益法人、营利法人而有不同。其二，私的所有。私的所有制，是资本主义社会的根基。其确立，系近代法的辉煌成果。民法典规定的以所有权为中心的物权制度，使私的所有制法律制度化。物权，被视为绝对权和对世权，具有可以对抗一切人的绝对性。其三，私法自治。私法上的法律关系之创设，纯依私人的自由意思。此私法自治，与自由平等的人格，为近代私法的根本原则。私法自治，是维持市场自由竞争的法原则。作为私法自治原则的下位的原则，有契约自由、遗嘱自由、团体设立的自由诸原则，其中，以契约自由原则为最重要。其四，自己责任。私法自治，系自由平等的法人格者的意思自治。因此，自由之行使致他人遭受损害或不利益的情形，行为人只在有故意、过失时，始承担民事责任。此即所谓自己责任原则。

（三）现代民法模式

所谓民法的现代模式，其集中表现为：其一，具体的人格。基于抽象的法人格，由于对一切人作抽象的对待，在多种法律关系中，造成了经济上的强者对经济上的弱者的支配，反过来动摇了民法的基础。其结果，导致从抽象的法人格中，分化出若干具体的法人格。其典型的例子，首先是在劳动法上形成了劳动者的具体人格，由雇用契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。其次，为了阻止大企业垄断的弊害，反垄断法成为独立的法域。此外，在消费者保护法及环境保护法上，消费者和公害的受害者，成为独特的法人

〔1〕 但各国在华领事裁判权一直到抗战末期的 1944 年才被废除。

格类型。^{〔1〕}其二,私的所有社会制约。私的所有制,不仅是近代法的根基,即使在现代法上也未被根本动摇。但是,对土地所有权的公法规制,及对某些生活物资的统制,使所有权具有社会性,即所谓所有权附有义务。禁止权利滥用的法理之发达,也凸显出所有权的社会性。其三,受规制的竞争。民法的近代模式中,变化最大的莫过于私法自治原则,特别是契约自由原则。自由竞争,为近代社会之活力源泉,但也带来社会的许多弊害。所谓“私法的公法化”,即为了防止和纠正这些弊害而对交易进行公法的规制,造成了契约制度衰退的印象。作为近代民法基本原则的私法自治,已经受有限制,不再是从前的状况。其四,社会责任。现代社会中,公害事故、交通事故、缺陷产品致损事故等大量的受害的发生,使支持个人的自己责任的社会、经济伦理,发生动摇。与此相应,作为个人的过失责任之补充,产生了以举证责任转换所加重的过失责任(过失推定)、无过失责任或严格责任,此外还导入了社会保障性质的受害补偿制度。^{〔2〕}

值得注意的是,民法的现代模式并非完全取代其近代模式,而是构成两者共生的现象。在近代模式与现代模式之间,起桥梁作用的,是判例和特别法,此外,诚实信用原则等一般条款也起着重要作用。从理论上说明此两种模式的共生现象,应是民法解释学上饶有兴味的研究课题。^{〔3〕}

五、大陆法系民法与英美法系民法

大陆法系因支配整个欧洲大陆各国而得名,因在历史上是由罗马法演变而来,故又称罗马法系。11~16世纪之间,罗马法法律思想风靡欧洲各国,其中尤以法国、德国受其影响最巨。法国于16~18世纪所制定的有关商事、海事、民事的法律,以及1804年颁布的《法国民法典》,无不师承罗马法。德国在15世纪末,曾将罗马法作为普通法而予适用,其后各种法典之制定,亦大抵脱胎于罗马法。法、德均为欧洲大国,具有影响力量,其立法与法律思想遂为欧陆各国所仿效,并进而影响亚洲、非洲和拉丁美洲各国,成为一个气势磅礴的大陆法系。大陆法系民法形式上的特征,在于法典化即制定有成文的民商

〔1〕 新修正的《德国民法典》正式将消费者与经营者作为两类特殊主体规定于总则的第一章第一节之中(第13、14条),以贯彻对消费者的特别保护及对经营者的特别规制,突破了民法典只规定抽象人格的传统做法,系现代民法之动向的反映。

〔2〕 例如,我国《侵权责任法》第53条规定,“机动车不明或者该机动车未参加强制保险,需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的,由道路交通事故社会救助基金垫付”。

〔3〕 本节近代民法与现代民法,部分内容系参考〔日〕北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第13~16页。

法典。

英美法系又称普通法系,是由英国法发展而来,而与大陆法系相对称。在11世纪以后,英国逐渐有巡回审判及陪审制度的建立,审判案件系以盎格鲁撒克逊民族固有习惯及累积的判例为主要依据。此种不成文的法律称为普通法。英国资产阶级革命后,保留了历史上形成的判例法制度,在此基础上吸收了罗马法的许多术语和法律原则,借助于罗马法发展了旧的制度,使之适应市场经济的要求。因此,英国民法没有采取法典形式,而是由判例法规则和一些制定法构成契约法、财产法、家庭法和侵权行为法等法律分支,它们在内容上相当于大陆法系的民法。16世纪以后,英国殖民地遍及海外,其法律制度均受英国法的支配。美国于1776年独立以后,其民商法制及司法制度仍因袭英国法,且英国判例迄今仍为美国法院所引用。故美国法实渊源于英国法,形成了英美法系。^[1] 值得注意的是,20世纪以来,大陆法系和英美法系出现相互渗透和接近的趋势,其集中表现为大陆法系国家对判例的重视,和英美法系国家尤其是美国愈来愈重视编纂法典。因此,学者指出两大法系有合流的趋势。^[2] 此外,加拿大的《魁北克民法典》、美国的《路易斯安那民法典》等,具有“融合两大法系”的特点,值得重视。

六、民法的构造^[3]

(一)民法上的法律关系模型

民法所设想的社会关系如下:

有甲、乙二人,各有自己的财产A、B。甲、乙二人相互协商,就交换各自的财产达成合意。另有一人丙,对甲或乙(及其财产)实施了侵害行为。就此,三当事人间形成了需要由民法予以规范的三种不同的关系。

第一,甲、乙之间的约定关系;

第二,甲、乙与各自的所有物之间的关系;

第三,甲、乙与加害者丙之间的关系。

[1] 但美国法经历了独特的发展历程,在契约法、侵权行为法、商法等领域呈现出自己的特色。另在19世纪美国法典编纂运动中,加利福尼亚、蒙大拿、佐治亚、达科他(后分为南达科他与北达科他)等州制定有民法典。关于普通法的法典化,参见 Gunther A. Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common Law World*, 25 *Yale J. Int'l L.* 435 (2000); Mark D. Rosen, *What Has Happened to the Common Law? —Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development*, 1994 *Wis. L. Rev.* 1119.

[2] 管欧:《法学绪论》,五南图书出版股份有限公司1982年第44版,第32页。

[3] 本节从民法所设想的法律关系模型以阐明民法的逻辑构造,主要参考[日]内田贵:《民法I总论、物权总论》,东京大学出版会1994初版,第11~17页。