

民法总论

李永军

| 主编 |

THE GENERAL THEORY
OF CIVIL LAW

民法总论

主 编 李永军

副主编 刘家安

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

李永军 于 飞 刘家安 刘智慧

席志国 吴香香 易 军 戴孟勇

中国政法大学出版社

2019·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民法总论/李永军主编. —北京：中国政法大学出版社，2019. 5
ISBN 978-7-5620-8846-2

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—研究—中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第076832号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com （网络实名：中国政法大学出版社）
电 话	010-58908524（编辑部） 58908334（邮购部）
承 印	北京中科印刷有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	15.5
字 数	405 千字
版 次	2019 年 5 月第 1 版
印 次	2019 年 5 月第 1 次印刷
定 价	66.00 元

中国特色社会主义
法治理论系列研究生教材

编审委员会

(按姓氏笔画排序)

| 顾问 |

江 平 李德顺 应松年 张文显
张晋藩 陈光中 徐显明

| 编委会主任 |

黄 进

| 编委会委员 |

马怀德 孔庆江 王 旭 王敬波 卞建林
朱 勇 刘 飞 曲新久 李树忠 李曙光
张 伟 费安玲 高 祥 席 涛 焦洪昌

| 编辑部 |

王振峰 何 欣 袁 钢 肖宝兴

撰写分工

第一章、第七章 李永军

第二章 于飞

第三章 刘家安

第四章 刘智慧

第五章 席志国

第六章 吴香香

第八章 易军

第九章、第十章 戴孟勇

目录

CONTENTS

第一章 民法概述/ 1

- 第一节 民法的概念与特征/ 1
- 第二节 民法在私法体系中的地位/ 9
- 第三节 民法的法律渊源/ 13

第二章 民法基本原则/ 28

- 第一节 民法基本原则概述/ 28
- 第二节 权益保护原则/ 34
- 第三节 平等原则/ 37
- 第四节 自愿原则/ 42
- 第五节 公平原则/ 46
- 第六节 诚实信用原则/ 51
- 第七节 公序良俗原则/ 59
- 第八节 绿色原则/ 69

第三章 权 利/ 72

- 第一节 法律关系概述/ 72
- 第二节 权利的概念与体系/ 78
- 第三节 权利的分类/ 85
- 第四节 权利的行使与自力救济/ 98

第四章 自然人/ 108

- 第一节 自然人的概念/ 108
- 第二节 自然人的民事行为能力/ 110
- 第三节 自然人的人格权/ 132
- 第四节 自然人法律属性相关制度的修正/ 144

第五章 法 人/ 169

- 第一节 法人的一般原理/ 169
- 第二节 法人类型/ 183
- 第三节 法人的成立与设立/ 196
- 第四节 法人机关/ 208
- 第五节 法人的变更/ 214
- 第六节 法人的终止/ 218
- 第七节 营利法人/ 223
- 第八节 非营利法人/ 232
- 第九节 特别法人/ 238

第六章 其他主体：“两户”与非法人团体/ 242

第一节 个体工商户和农村承包经营户/ 242

第二节 非法人团体/ 247

第七章 法律行为/ 267

第一节 《民法总则》中的法律行为的概念/ 267

第二节 法律行为的分类/ 275

第三节 法律行为的成立/ 287

第四节 法律行为的效力概述/ 299

第五节 附条件与附期限的法律行为/ 304

第六节 法律行为的无效/ 311

第七节 法律行为的可撤销/ 328

第八章 代 理/ 341

第一节 代理的概述/ 341

第二节 代理的类型/ 352

第三节 代理权/ 357

第四节 无权代理与表见代理/ 367

第九章 诉讼时效/ 391

第一节 时效制度概说/ 391

第二节 诉讼时效的客体/ 396

第三节 诉讼时效期间的类型/ 404

第四节 诉讼时效期间的起算/ 417

第五节 诉讼时效的中止、中断和延长/ 429

第六节 诉讼时效的完成/ 459

第七节 诉讼时效与除斥期间/ 475

第十章 期日和期间/ 482

第一节 民法上的时间/ 482

第二节 期间的计算/ 486

第一节 民法的概念与特征

一、民法的概念

对于我国来说，民法属于移植之物，^{〔1〕}其产生有其历史、社会与政治背景，包含自己特殊的信息。因此，对于民法不能望文生义。简单地说，民法是调整以平等为本质特征的市民社会的法律。正因为如此，欧陆国家一般将之称为“市民法”。当然，关于市民社会是什么，西方学者也有不同的看法，通说认为，“市民社会”这一概念的使用经历了三个阶段，其含义在这三个阶段中也不相同：第一阶段，“市民社会”这一术语在中世纪的政治哲学里间或出现，用以与教会机构相区别。^{〔2〕}第二阶段，即在17世纪，“市民

〔1〕 中国历史上是否存在民法，学者之间存在争议。但是笔者认为，我们现在讨论的民法至少在我国历史上是不存在的。因为，民法是以平等为基础的，而我国历史上民刑不分，而且身份占有重要的意义。

〔2〕 [美] 爱德华·希尔斯：《市民社会的美德》，李强译，载邓正来主编：《市民社会与国家》，中央编译出版社2002年版，第34页。

社会”是与“自然状态”相对立而使用的概念，是指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况。这些共同体有自己的法典（民法），有一定程度的礼仪和都市特性，市民合作及依据民法生活并受其调整，以及城市生活与商业艺术的优雅情致。^{〔1〕}第三阶段，即在18世纪，“市民社会”才因源于对个人自由、个人财产的保护及受对专制制度的批判的自由主义政治思潮的影响，成为与政治国家相对而使用的概念，这时的“市民社会”才成为“由一套经济的、宗教的、知识的、政治的自主性机构组成的、有别于家庭、家族、地域或者国家的一部分社会”。^{〔2〕}具体来说，市民社会是指与国家相对，并部分独立于国家，包括了那些不能与国家相混淆或者不能为国家所淹没的社会生活领域。“市民社会”的概念表达了自下而上地独立的而不是受国家督导的社会生活方式的纲领。^{〔3〕}我们今天所说的“市民社会”，大致就是18世纪后与国家相对而使用的语义。^{〔4〕}市民法也是在这一意义上使用的。因此，德国学者梅迪库斯指出：“民法”译自拉丁文的“市民法”（*ius civile*）。在罗马法中，“市民法”这个概念具有多种含义。在中世纪，“市民法”是一个与“教会法”相对的概念。法国大革命后，“市民”被理解为“公民”。所谓民法，是指适用于全体人的法，是一个无等级社会的法。^{〔5〕}

与德国学者关于民法的概念相似，我国《民法总则》第2条就

〔1〕 邓正来：《市民社会与国家》，载《中国社会季刊》1993年第3期。

〔2〕 [美] 爱德华·希尔斯：《市民社会的美德》，李强译，载邓正来主编：《市民社会与国家》，中央编译出版社2002年版，第33页。

〔3〕 [英] 查尔斯·泰勒：《市民社会的模式》，冯青虎译，载邓正来主编：《市民社会与国家》，中央编译出版社2002年版，第3页。

〔4〕 这里所说的“三个阶段”，是以对概念使用和发展为主线的三个阶段，而不是按照自然发展的顺序来排列的。如果按照自然的发展顺序，第二阶段显然早于第一阶段。

〔5〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东等译，法律出版社2000年版，第15页。

规定：“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”我国学者一般认为，民法是调整社会平等成员之间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。本书在此对这一概念作以下说明。

（一）民法调整的对象是人身关系与财产关系

人身关系是自然人基于彼此的人格和身份关系而形成的相互关系，是人格关系与身份关系的合称。财产关系是人与人之间基于财产而形成的相互关系。^{〔1〕}

民法调整人身关系与财产关系的结果，即民法上的人身权与财产权。

（二）这种财产关系与人身关系仅仅限于平等主体之间

人身关系与财产关系既可能发生在平等主体之间，也可能发生在非平等主体之间，例如，财政关系、金融管理关系等。只有平等主体之间的财产关系或者人身关系才可能被民法调整，这也正好反映了市民社会以平等为本质的特征。

二、民法的特征

（一）民法是身份平等的阶层的法律

德国学者称民法为适用于全体人的法，是一个无等级社会的法。^{〔2〕}如果要理解这一特征，我们不得不考察历史。在古代罗马，由于城市及领地的划分，每个城市均有自己的法律或者规则，“罗马也是一个城市”。城邦国家的公民，其身份就是市民。对市民的各种关系进行规范的法律被称为“市民法”是极其自然的。例如，在罗马，就有万民法与市民法的分别。“市民法”是罗马人的特有法律，是属于罗马私法的部分，是指调整公民之间个人关系的法

〔1〕 张俊浩：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年版，第10、12页。

〔2〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第15页。

律。而“万民法”是罗马人与其他所有民族共同拥有的法律。^{〔1〕}

但是，随着历史的演进，市民等级作为一个新生的力量不仅在经济上拥有实力，而且在政治上也逐渐取得地位，成为进步和有生命力的阶级，而对封建势力构成威胁。这时候由市民阶层组成的市民社会就成为一个专有名词，专门用来指称与政治国家对立的基础社会的存在。在资产阶级革命的过程中，资产阶级纷纷用市民法作为制度性武器，以平等的市民观来否定教会法和封建法等级制度。这样的称谓非常巧妙地配合了资产阶级的革命主张：“天赋人权及其人人平等的思想”。正是在这一时期，“市民社会”才具有了在与政治国家相对的意义上适用的特殊含义。在许多国家，资产阶级以暴力或者非暴力取得政权后便以“市民法”来命名其新的法典，例如《德意志帝国市民法典》《拿破仑市民法典》。

现在通说认为，“民法”这一术语，是日本学者在翻译欧洲市民法时首先使用的。梅仲协先生指出：民法一语，典籍无所本，清季变法，抄自东瀛。东瀛则复从拿翁法典（拿破仑法典）之 *droit civil* 译为今称。^{〔2〕}也有学者认为，日本学者在翻译欧洲市民法时错误地将市民法翻译为“民法”，主要是因为其不了解制度背景，以至于将市民法的制度信息在“民法”的术语中丢掉了。^{〔3〕}因此，我们在理解民法时，必须将被“丢掉了”的信息找回来。

（二）民法为属地法

从上面的历史考察可以看出，既然民法被称为“市民法”，当然就具有属地法的特征。也有的学者将这一特征称为“国内法”，即民法系在一国主权之下规范一国民族私生活关系的法律。^{〔4〕}我们

〔1〕〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第13页。

〔2〕梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第14页。

〔3〕张俊浩：《民法学原理》，中国政法大学出版社2000年版，第5页。

〔4〕胡长青：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第7页。

在今天制定民法典的时候，必须强调民法的本土化，编纂出一部适应中国需要的民法典。

（三）民法是实证法法律部门

一个国家的法律制度是由许多不同的法律部门组成的，例如，民法、刑法、宪法等。而这些法律部门由于形成的过程和目的不同，故他们在结构和风格上具有较大的差异。在历史上，曾经有过一次，人们试图将一个国家的全部法律包含在一部单行的法典——《普鲁士普通邦法》之中。这一尝试是启蒙运动的产物，并未取得成功，更没有为后人所继受。所以，法律部门的划分无论是在法学研究还是在立法和司法中都有重要意义。

法学家在罗马法将法律分为公法与私法的基础上，根据调整的社会关系及调整方法划分法律部门。这种划分毫无强制性，更不是一种制度。但就目前来看，尽管人们对各种法律部门的安排顺序方面有不同看法，这种划分仍然在某种程度上得到了普遍的认同，文献索引、图书分类、出版常常以此划分。^{〔1〕}

民法作为实证意义上的民法而与自然意义上的民法相互区别。实证意义上的民法是指具有普遍强制力的行为规范，因这种法能够为人们所证实并进行观察和研究，故称之为实证意义上的民法。而自然法是上帝统治理性动物的法，它永远是公正和善良的。实证意义上的民法永远都不可能等于自然法，但可以接近自然法。人的理性可以认识和发现自然法，并以自然法评价实证法。

我们在此所讲的民法是实证意义上的民法规范，在形式上包括民法典、特别法律法规以及具有法律效力规范性质的其他形式。前者通常被称为形式意义上的民法，而后者则被称为实质意义上的民法。在我国历史上，也区分法与律，法为总称，律则单指成文法

〔1〕〔德〕罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版，第54页。

(因此,清末民法典称为民律)。^{〔1〕}这大概也是指实质意义的法与形式意义的法之别。

区分实质意义上的民法与形式意义上的民法具有重要意义。其一,实质意义上的民法应当符合形式意义上的民法。其二,在法律掌握上,不仅要掌握形式意义上的民法,而且要掌握实质意义上的民法,例如,《民法总则》与《合同法》、《侵权责任法》上的一般侵权与《民用航空法》上的侵权赔偿问题等。

(四) 民法为私法

提到私法,就不得不提到“公法”与“私法”的划分。但关于划分的标准,学理上有不同的观点,下面简单作一介绍。

1. 划分的标准。主要有以下四种划分标准

(1) 利益说。利益说在罗马法中就已经有人提及。乌尔比安说:“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”根据这一学说,判断一法律关系或者一条法律规范是属于公法还是私法,就要看其涉及的是公共利益还是私人利益。

(2) 隶属说。这一学说在很长一段时间内一直处于主导地位。该说认为,公法的根本特征在于调整隶属关系,而私法的根本特征在于调整平等关系。这种区分类似于新中国历史上对经济法与民法的划分。

(3) 主体说。该说认为,如果一法律关系有公共权力机关的参与,并且是以行使公权的身份参与,则该法律关系即公法调整的范围。如果一法律关系的参与者为私人,或者公共权力机关参与但却不是以公共权力的行使为目的的,则是私法的调整范围。^{〔2〕}

(4) 自由决策说。对于公法与私法划分的标准与学说,许多学者颇有微辞。德国学者迪特尔·梅迪库斯评价道:就利益说而言,

〔1〕 胡长青:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第9页。

〔2〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第11页;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第12页。

在福利国家中，公共利益与私人利益往往是不能分离的，例如，被归于私法范畴的婚姻制度和竞争制度，在本质上也是服务于社会公共利益的；与此相反，在属于公法范畴内的社会照顾或者道路建设中，在很大程度上也涉及私人利益。就隶属说而言，隶属关系也出现在私法中，如父母子女关系；而公法也存在平等关系，如政府之间订立的就某一区域管辖的协议等。就主体说而言，有一个关键的问题没有得到回答：什么时候国家行使公权，且行使的方式足以表明国家在上述意义上参与法律关系的？这一点，在国家从事照顾性行为时，殊成疑问，例如，国家根据《联邦教育促进法》向一个大学生提供贷款的行为与该大学生的有钱的叔叔向其支付生活费的行为，在性质上是没有区别的。所以，他认为，所有这些划分公法与私法界限的公式化的表述均存在缺陷，将各个具体的法律制度或者法律关系归属于这个领域或者那个领域主要是受到了历史原因的影响。在今天，任何旨在用一种空洞的公式来描述公法与私法之间界限的尝试，都是徒劳无益的。对于以前的法律应当由历史因素来决定，只有对新产生的法律，才能对其进行合理的界分，标准是：公法是指受约束的决策的法，而私法是指自由决策的法。^{〔1〕}

2. 评 价

以上区分很难说哪一个正确或者错误，都是从不同的角度和侧面对公法与私法进行了阐述，仔细品味其本质含义是相同的，并且，无论按照哪一种标准进行划分，划分的结果会惊人的相似。笔者认为，对于公法与私法的区分不在于标准，而在于其超出实证法的价值与说明意义。

德国学者拉德布鲁赫指出：“公法”与“私法”的概念不是实证法上的概念，它也不能满足任何一个实证的法律规则。但公法与

〔1〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第10-14页。

私法的价值关系则服从于历史的发展和价值世界观。^{〔1〕}因此我们必须历史地和发展地对公法与私法划分的作用与伟大意义作出恰当的评价。首先，公法与私法的划分在今天仍然有重大作用，国家在公法范围内活动，个人在私法范围内活动。在私法中实行意思自治，而在公法领域中否定意思自治，国家或者政府的作用在于保障个人利益与安全。同时，这种区分在大陆法系的司法救济、法学研究和法律教育中占有重要地位。其次，公法与私法划分的最初动机更具有说明和启发意义：罗马人将社会分为两层：一为政治国家，二为市民社会。政治国家是国家权力活动领域，命令和服从应该畅通无阻。但市民社会的资源分配不能依靠国家的命令和服从，而是以自治与平等为核心。如果说在政治国家中，市民是国家的“奴隶”，那么在市民社会中，他们却是自己的主人。罗马人将私人平等和自治视为终极，对于国家权力的猖獗给予警惕和限制，试图用公法与私法的划分为工具在他们之间划出“楚河汉界”，这种经典的说明意义在今天也有其耀眼的光辉。

3. 公法与私法的内容

（1）公法的内容。公法分为宪法、行政法和刑法，刑事诉讼法一般也被划在公法之内，理由是它同刑法有着紧密的联系。民事诉讼法如何划分才算恰当，在学术上尚有争议，目前占统治地位的看法认为它属于公法的范畴。

（2）私法的内容。私法包括民法和商法，其中民法更为重要。^{〔2〕}民法源于罗马私法，罗马法的形式理性和内容对大陆法系民法具有深刻的影响。

〔1〕〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第127-128页。

〔2〕〔美〕约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东等译，知识出版社1984年版，第116页。