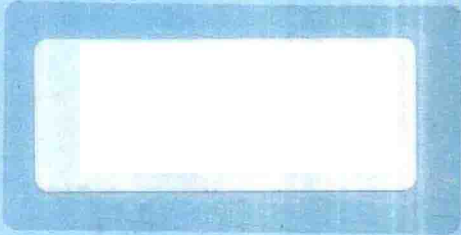


民法 总则

李永军 / 著

CIVIL
LAW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



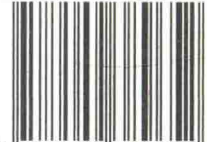
民法 总则

CIVIL
LAW

《民法总则》的颁布标志着我国民法典已经迈出了成功的第一步，尽管对它有不同的评价，但这是值得我们珍惜的一步。

上架建议 民法·法学著作

ISBN 978-7-5093-8965-2



9 787509 1389652 >

定价: 159.00元



中国法制出版社
官方微信

CIVIL
LAW

民法 总则

李永军 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则 / 李永军著. — 北京: 中国法制出版社,

2018.1

ISBN 978-7-5093-8965-2

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—总则—中国

IV. ① D923.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 277979 号

策划编辑: 马 颖

责任编辑: 靳晓婷 (tinajxt@126.com)

封面设计: 李 宁

民法总则

MINFA ZONGZE

著者 / 李永军

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 1 月第 1 版

印张 / 57 字数 / 900 千

2018 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8965-2

定价: 159.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66034242

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

李永军

法学博士（博士后），中国政法大学教授、博士生导师，中国民法研究会副会长，中国法学会民法典起草领导小组成员，中国政法大学民商经济法学院副院长，北京市政协常委，中国人民大学民商法研究基地兼职研究员；主要代表著作有《合同法》《民法总论》《破产法律制度》等；在《中国法学》《法学研究》《比较法研究》《法学家》《华东政法大学学报》《中国政法大学学报》等学术刊物上发表文章百余篇。

应该说,《民法总则》的颁布标志着我国民法典已经迈出了成功的第一步,尽管对它有不同的评价,但这是值得我们珍惜的一步。新中国的民法典立法工作可谓命运多舛,我们自1954年开始先后四次启动了民法典的立法工作(分别是1954年、1962年、1979年和2001年),但都因为各种原因没有成功。此次民法典的立法工作,是在党的十八届四中全会上作为一项重要的立法任务提出来的,我们顺利地通过了民法典的首编——民法总则,可以说,为民法典的未来奠定了基础。

《民法总则》通过以后,许多出版社都出版了很多不同版本的释义、解读等类似的书籍,既有立法机关中参与立法的同志编写的,也有最高人民法院的法官编写的,也有学者的版本,这些都为正确理解和适用《民法总则》提供了很好的帮助。我也有幸参与了民法总则的立法工作,对于许多问题也提出过自己的看法和意见。加之自己多年从事民法总则的教学和研究,特别是这几年来开始民法典的起草工作后,对于民法体系的研究也有自己的一些心得。因此,决定写这本专著,将自己的观点和看法表达出来。

总体上说,我对于《民法总则》的评价是积极的,也是肯定的。当然,民

民法总则不是一部学术作品，甚至可以直接说不是学者的作品。我国民法典的起草机制决定了民法典必定是“集国人智慧，成伟大法典”的模式，而不是德国民法典、法国民法典、俄罗斯民法典的起草模式。因此，每个学者、每个法官、每个律师，甚至每个关心民法典的人，心中都有自己的一部民法典。当民法总则与我们心中的“民法典”不同时，自然会有许多不同意见。但无论如何，我们还是要研究民法典的一般技术和规律，达成共识，共同推动我国民法典的制定。

我们在立法中应该“求同存异”，但作为学者的专著，我必须有自己的观点。《民法总则》颁布后，我尽管比较崇尚“法教义学”之义，但对于《民法总则》中的一些规范，也提出了自己的观点。因为，我们的立法机关曾经表示，在未来民法典的编纂中，民法总则部分还有可能变化。也许，这些不同意见能够推动这种变化。

我一向认为，《民法总则》应该利用提取“公因式”的方式，把未来民法典下面各编中的“公因式”提取出来。因此，我认为，“民事主体”“法律行为和代理”“诉讼时效”“法源”“举证责任”“权利客体”等属于民法总则的一般

内容，而其他的应该放在民法典的其他各编中予以规定。但我们的《民法总则》通过后，尽管基本上也包括这些内容，却规定了很多在我看来不应该属于总则的内容。例如，关于无因管理和不当得利的规定，就不应该属于总则中的内容。也许有人认为，未来我国的民法典没有“债法总则”编，不规定在这里，规定在什么地方呢？这恰恰也许是我们担心之处：一个没有债法总则的民法典，未来如何能够作为统帅所有“债”的关系的法典呢？因为，在民法典之外，会存在各种各样的特别债，例如，票据关系、证券关系等，当这些特别法没有规定时，到哪里去寻找适用的一般规则呢？

应该说，《民法总则》中有许多可圈可点的地方，例如，自然人部分、法律行为和代理部分、诉讼时效部分等很多地方都吸收了《民法通则》之后30多年来的学术研究成果和司法判例规则，但法人部分就可以说见仁见智了。就我而言，我认为法人部分写得好的方面是：第一，规定了特别法人，将农村集体经济组织、基层群众性自治组织（居民委员会、村民委员会）规定为特别法人，为保护其利益提供了法律上的可能性，同时，解决了长期以来在我国基层存在的主体方面的实际问题。第二，将机关法人视为特别法人，也是非常有意

义的。机关根本就不是民法上的法人——其成立、运行、主要职能、消灭等都与民法无关，仅仅是在有的时候偶然进入民法领域，民法赋予其民事权利能力和民事行为能力，让其能够作为民法上的原告与被告。这就是其特别的地方。

第三，把宗教场所作为法人对待，对于保护这些宗教场所的财产，明确其权利义务有重大意义。但法人部分也有值得考虑和商榷的地方：例如，以“营利法人与非营利法人”作为法人的基本分类来构建法人制度，使得我国的法人制度异常复杂，营利法人与非营利法人各自有自己的规则，难以找出法人的“公因式”。同时，将一些本来是公司法上专门对公司这种具体法人的规则直接搬入民法总则，甚至将一些与“私法”毫不相关的东西写进民法总则，如“公司的社会责任”，这种责任在民法上如何落实？又如何请求呢？如果一个公司只关心自己的盈利，而不关心或者专注于改善职工福利，关心社会发展，职工可以请求公司什么呢？或者社会能够对公司提出民事诉讼吗？我们不能在“民法典要反映民商合一”的口号下，分割民法典的逻辑体系，让民法典难以成为法典，而是成为各种特别法的汇编。另外，像“民事责任”这样的规定未来是否需要单独规定都值得重新思考：合同法部分、侵权责任法部分都有自己的责任构成

要件，都规定有自己的具体的责任方式，《民法总则》中是否还需要这种空洞的规定？

当然，《民法总则》通过后，我们更应该思考的问题是：在这样一个总则的体系下，未来民法典下面各编应如何安排？如果像现在人们想象的那样：总则通过后，保留自成体系的合同法、自成体系的侵权责任法，再加上原来就很成熟的同样是自成体系的婚姻法和继承法，我们的民法典就可以大功告成了。那将真的不像一个民法典，而是民法通则、合同法、侵权责任法、婚姻法、继承法的一个汇编。正是因为我们对民法典充满期待，因此，我们有必要充分地研究和论证，将时代交给我们的任务完成得更出色。

在本书中，难免有许多错误，甚至有许多需要重新思考和斟酌的不成熟的观点，希望大家批评指正。我也想通过这本书，与大家交流，讨论总则体系，以利于未来教学、研究。在写作过程中，我得到了许多同事和朋友、学生的帮助，在此表示感谢。特别需要感谢的是，中国法制出版社及编辑马颖，在约稿后从来没有催过我交稿，使我有时间安心写作。希望这本简书不会令他们失望。

第一编 绪论

第一章 民法总则的抽象性及规范性

第一节 民法总则的宗旨和立法技术及由其决定的基本内容 / 003

一、对问题的说明 / 003

二、“民法总则”的概念及由来 / 005

三、“民法总则”的立法技术——抽象提取“公因式” / 007

四、由民法总则宗旨及立法技术所决定的总则之内容 / 009

第二节 民法总则立法应遵循规范性要求 / 017

一、问题的提出及意义 / 017

二、规范与法律体系 / 018

三、法律规范的属性、构成及种类 / 019

四、结论 / 026

第二章 民法与民法典

第一节 民法的概念与特征 / 027

一、民法的概念 / 027

二、民法的特征 / 029

第二节 公法与私法 / 031

一、公法与私法划分的标准 / 031

二、评价 / 033

三、公法与私法的内容 / 033

第三节 民法与商法 / 034

- 一、商法的概念 / 034
- 二、民法与商法的关系 / 036
- 三、民商分立与民商合一的分析 / 037

第四节 民法典编纂 / 047

- 一、民法、民法典与民法典编纂 / 047
- 二、法典化与反法典化 / 048
- 三、法典编纂的模式 / 052

第三章 民法的基本原则

第一节 民法典（总则）应否规定基本原则 / 053

第二节 什么是民法的基本原则 / 055

- 一、关于基本原则的观点与争鸣 / 055
- 二、从功能视角来定位“基本原则”的地位 / 058

第三节 如何理解我国民法典（《民法总则》）的基本原则 / 060

- 一、对于我国《民法总则》“基本原则”一章的分解 / 060
- 二、主体平等原则 / 061
- 三、私权神圣原则 / 064
- 四、意思自治原则 / 065
- 五、公平原则 / 068
- 六、诚实信用原则 / 071
- 七、公序良俗原则 / 076

第四章 民法的法源与适用

第一节 民法的法源 / 077

- 一、民法之法律渊源的概念 / 077
- 二、我国民法典（总则部分）规定的法律渊源 / 080
- 三、民法的其他法源 / 088

- 第二节 民事法律关系 / 094
- 一、民事法律关系的概念 / 094
- 二、法律关系的产生 / 097
- 第三节 法律解释 / 097
- 一、关于民法解释的一般概述 / 097
- 二、法律解释的目标 / 106
- 三、解释的标准 / 111
- 四、各种解释标准之间的关系 / 118
- 第四节 法律漏洞及其填补 / 120
- 一、法律漏洞的概念 / 120
- 二、法律漏洞的种类 / 124
- 三、法律漏洞的认定 / 126
- 四、法律漏洞的填补方法 / 126
- 五、法律漏洞的补充与法律解释 / 130
- 六、法律解释、法律漏洞的补充与法官造法 / 131

第二编 民事主体

第一章 自然人

- 第一节 自然人的概念 / 139
- 一、民法上的自然人并非物理意义上的“自然人” / 139
- 二、抽象意义上的自然人对民法体系构建的作用 / 142
- 三、“自然人”一词的适用在民法上的进步意义 / 144
- 第二节 自然人的权利能力 / 145
- 一、权利能力的概念和特征 / 145
- 二、权利能力的本质 / 151
- 三、权利能力的功能 / 157
- 四、权利能力的取得 / 158
- 五、权利能力的终止 / 161

第三节 自然人的理性表现形式——行为能力 / 162

一、行为能力的概念 / 162

二、制度价值 / 163

三、关于行为能力的立法例 / 164

四、行为能力的分类标准及具体分类 / 164

五、行为能力对行为之法律后果的影响 / 167

六、需要说明的问题 / 176

第四节 自然人的监护 / 183

一、监护的概念、功能及与亲权的关系 / 183

二、《民法总则》与《民法通则》关于监护的差异 / 186

三、监护的种类及监护人的范围 / 187

四、监护人的职责范围 / 191

五、监护人的责任 / 192

六、监护人权利的保护 / 193

七、监护的变更与终止 / 193

第五节 自然人的住所 / 195

一、住所的概念与种类 / 195

二、住所法律上的意义 / 196

三、住所的确定 / 196

四、住所的变更 / 196

第六节 自然人的宣告失踪和宣告死亡 / 197

一、自然人的宣告失踪制度 / 197

二、自然人的宣告死亡制度 / 199

三、宣告失踪与宣告死亡的关系 / 203

第七节 自然人的人格权 / 204

一、关于人格权的理论与立法模式争议 / 204

二、人格权的概念 / 204

三、人格权的特点 / 215

四、人格权的立法模式与我国民法典的选择 / 216

- 五、法人是否具有人格权 / 225
- 六、一般人格权与具体人格权 / 229
- 第八节 自然人的姓名权 / 232
 - 一、问题的提出及意义 / 232
 - 二、姓名权的概念及意义 / 234
 - 三、姓名权的权利属性 / 236
 - 四、姓名权的权能 / 239
 - 五、姓名权的保护 / 245
- 第九节 肖像权 / 255
 - 一、肖像权的概念和性质 / 255
 - 二、集体肖像权的保护问题 / 258
 - 三、侵犯肖像权的认定 / 262
 - 四、剧中人物肖像与扮演者肖像权的关系问题 / 270
 - 五、肖像权与隐私权 / 272
 - 六、肖像权与名誉权 / 273
 - 七、肖像权与著作权 / 277
 - 八、死后肖像权的保护问题 / 281
 - 九、名人肖像权的保护问题 / 283
- 第十节 隐私权与信息权 / 284
 - 一、概述 / 284
 - 二、隐私权与信息权的概念及立法模式 / 285
 - 三、隐私权与名誉权的关系 / 294
 - 四、隐私权与“被遗忘权” / 298
 - 五、宪法上的隐私权与民法上的隐私权 / 307
 - 六、我国隐私权与信息权保护的请求权基础 / 308
 - 七、隐私权保护中的问题 / 316
 - 八、结论 / 320
- 第十一节 名誉权 / 321
 - 一、名誉与名誉权的概念 / 321

- 二、名誉权的主体 / 326
- 三、侵害名誉权的侵权行为的构成 / 328
- 四、侵害名誉权案件中值得探讨的问题 / 330
- 五、名誉权与信用 / 337

第十二节 荣誉权 / 338

- 一、荣誉与荣誉权的概念 / 338
- 二、荣誉权的性质 / 340
- 三、侵犯样态及救济措施 / 343

第十三节 自然人的其他人格权 / 344

- 一、生命权 / 344
- 二、健康权 / 345
- 三、身体权 / 345

第二章 法人

第一节 民法典编纂中关于法人的主要争议及评说 / 346

- 一、关于法人的主要争议 / 346
- 二、评说 / 347

第二节 私法人的一般性问题 / 359

- 一、法人的概念与特征 / 359
- 二、法人的本质 / 364
- 三、法人的分类 / 369
- 四、法人的设立 / 376
- 五、设立中的社团之法律地位 / 382
- 六、法人的设立标志与权利能力、行为能力 / 385
- 七、法人的不法行为责任 / 386
- 八、法人与其成员或者设立人的关系 / 387
- 九、法人的变更 / 388
- 十、法人的解散、终止 / 391
- 十一、法人的清算 / 393
- 十二、未经清算即注销法人的后果 / 395

第三节 营利法人 / 396

- 一、《民法总则》中营利法人概述 / 396
- 二、营利法人的组织机构 / 397
- 三、法人组织机构之决议等违反法律、法规和章程规定的救济方式 / 405
- 四、营利法人的出资人滥用出资人地位损害法人本身或者其他出资人利益的行为之效力（内部损害） / 406
- 五、公司出资人滥用权利损害债权人利益（外部损害）——法人人格否认 / 407
- 六、营利法人的社会责任 / 420

第四节 非营利性法人 / 426

- 一、关于非营利性法人概述 / 426
- 二、公益目的法人终止时的财产分配 / 426
- 三、公益性事业单位 / 427
- 四、非营利的社会团体法人 / 427
- 五、捐助法人 / 429

第五节 特别法人 / 437

- 一、关于“特别法人”的概述 / 437
- 二、机关法人 / 438
- 三、农村集体经济组织法人和村民委员会法人 / 439
- 四、居民委员会法人 / 439

第六节 集体经济组织法人及村委会法人 / 441

- 一、问题的提出 / 441
- 二、集体经济组织的由来 / 442
- 三、《民法总则》将集体经济组织赋予法人资格具有重大意义 / 453
- 四、乡镇集体经济组织与乡镇政府的界分 / 456
- 五、村集体经济组织、村内集体经济组织与村民委员会、村民小组的关系 / 460
- 六、集体经济组织法人的财产归属之疑惑 / 464
- 七、结论 / 467

第三章 其他主体——个体工商户、农村承包户与非法人组织

第一节 农村承包经营户 / 468

- 一、农村承包经营户的概念及具有主体资格的必要性 / 468
- 二、财产与责任关系 / 471

第二节 个体工商户 / 472

- 一、个体工商户的概念与现实状况 / 472
- 二、个体工商户的民事主体地位 / 473
- 三、个体工商户的登记 / 475
- 四、司法判例对个体工商户的主体性态度 / 476

第三节 非法人组织 / 477

- 一、定义 / 477
- 二、非法人团体究竟包括哪些类型及规范原则 / 478
- 三、赋予非法人“团体”权利能力的条件 / 479
- 四、非法人团体与其成员的责任关系 / 481
- 五、非法人组织的解散与清算 / 482

第三编 民事权利

第一章 权利与民事权利的概念

第一节 “权利”的概念分析和说明 / 485

- 一、关于“权利”概念的说明 / 485
- 二、关于“权利”概念的诸家学说 / 486
- 三、关于权利界定的前提性讨论——主观权利与客观权利 / 492
- 四、对于权利概念的界定 / 496

第二节 民事权利概述 / 497

- 一、民事权利的概念及意义 / 497
- 二、权利的对应物——义务 / 498

第三节 民事权利的体系分类 / 499

- 一、绝对权与相对权 / 499

- 二、支配权、请求权、抗辩权和形成权 / 503
- 三、财产权、人身权、知识产权和社员权 / 511
- 四、专属权与非专属权 / 512
- 五、主权利与从权利 / 512

第四节 权利主体、权利的取得与丧失 / 513

- 一、权利主体 / 513
- 二、权利的取得 / 513
- 三、权利的丧失 / 514

第五节 权利的实现 / 514

- 一、权利实现的方法与手段 / 514
- 二、公力救济 / 515
- 三、自力救济 / 515

第二章 民事权利与利益及权利客体

第一节 对《民法总则》第五章“民事权利”部分的总体评价 / 520

- 一、“民事权利”一章延续了《民法通则》的章名并进行了权利宣示性规定 / 521
- 二、从本章内容看具有“总则”的特征 / 522
- 三、体现了“民商合一”的立法精神 / 523
- 四、巧妙地将人格权写入总则中 / 523
- 五、体现出民法典作为私人权利的上位法的特征 / 524

第二节 需要讨论和说明的重大问题 / 524

- 一、问题概括 / 524
- 二、冠以“民事权利”的做法是否符合《民法总则》的立法技术要求 / 525
- 三、是否应规定民事权利的客体 / 534
- 四、利益与权利是否有必要区分规定在《民法总则》中 / 541
- 五、本章中关于债的规定能否替代债法总则 / 546

第三节 对该章的设计构想 / 552

第四编 法律行为与代理

第一章 法律行为概述

第一节 《民法总则》与《民法通则》相比关于“法律行为”的变化 / 557

一、结构方面的变化 / 557

二、具体内容方面的变化 / 558

第二节 《民法总则》中的法律行为的概念 / 559

一、《民法总则》第 133 条关于法律行为的概念 / 559

二、法律行为与意思表示 / 564

三、法律行为的边缘界定 / 567

四、法律行为的作用范围 / 573

第三节 法律行为的分类及其意义 / 574

一、单方法律行为与多方法律行为 / 574

二、身份行为与财产行为 / 578

三、负担行为与处分行为 / 580

四、要因法律行为与不要因法律行为 / 584

五、有偿法律行为与无偿法律行为 / 589

六、要式法律行为与非要式法律行为 / 591

七、连续性给付的法律行为与非连续性给付的法律行为 / 591

八、诺成性法律行为和实践性（要物）法律行为 / 592

九、生前法律行为与死因法律行为 / 593

第二章 法律行为的成立与生效

第一节 法律行为的成立 / 595

一、法律行为成立的概念及含义 / 595

二、法律行为成立的条件 / 597

三、对要物法律行为的特别说明 / 601

四、法律行为成立的法律效力 / 604

第二节 法律行为的要素——意思表示 / 605

一、意思表示的概念及构成 / 605

二、意思与表示的关系 / 610

三、意思表示的方法 / 613

四、意思表示的生效 / 623

五、意思表示的撤回 / 628

六、有瑕疵的意思表示 / 628

七、意思表示的解释 / 632

第三节 法律行为的效力概述 / 632

一、法律行为的效力概述 / 632

二、法律行为的有效（法律行为的生效及其要件）/ 633

三、效力待定的法律行为 / 637

四、效力不能对抗第三人的法律行为 / 638

第四节 附条件与附期限的法律行为 / 639

一、附条件的法律行为 / 639

二、附期限的法律行为 / 644

第三章 法律行为的无效

第一节 法律行为无效概述 / 646

一、法律行为无效的概念 / 646

二、无效与可撤销的区别 / 646

三、法律行为无效与效力待定的区别 / 652

四、对于无效原因的简单梳理及本书研究的重点 / 652

第二节 法律行为因缺欠法定形式或者约定形式而无效 / 653

一、形式与意思自治原则的对立和统一 / 653

二、形式的意义与分类 / 654

三、关于法律行为形式问题的学理和立法 / 657

四、违反法定形式的后果 / 659

五、违反约定形式的后果 / 660

第三节 法律行为因违反强制性法律规定而无效 / 661

一、概述 / 661

二、对于“效力性强行性法律规范的界定” / 662

第四节 法律行为因违反善良风俗或者公共秩序而无效 / 665

一、善良风俗 / 665

二、公共秩序及其适用 / 676

第五节 虚假的法律行为无效 / 680

一、虚假法律行为的概念 / 680

二、虚假法律行为无效的理由及具体效力 / 686

三、第三人的保护问题 / 688

第六节 法律行为无效的法律后果 / 690

一、法律行为无效的一般法律后果 / 690

二、法律行为无效之权利主张的归属 / 697

三、法律行为的部分无效 / 698

四、无效法律行为（合同）的转换 / 703

五、无效法律行为（合同）的补正 / 707

第四章 法律行为的可撤销

第一节 关于《民法总则》上的可撤销法律行为的特别说明 / 709

第二节 因重大误解而导致的可撤销的法律行为 / 710

一、重大误解与错误的概念辨析 / 710

二、为什么因错误而导致的法律行为是可以请求撤销的 / 712

三、什么样的错误是可以撤销的 / 713

四、错误发生的阶段 / 720

五、错误的类型及法律救济 / 721

六、主要国家立法例 / 724

七、对于与错误有关的几个问题的思考 / 731

第三节 因胁迫而导致的可撤销的法律行为 / 740

一、胁迫的概念 / 740

- 二、对因胁迫而成立的法律行为进行法律救济的法理基础 / 741
- 三、胁迫的法律构成 / 742
- 四、经济胁迫问题 / 749
- 第四节 因欺诈而导致的可撤销的法律行为 / 752
 - 一、欺诈概述 / 752
 - 二、欺诈的法律构成 / 755
 - 三、法律救济手段的竞合问题 / 764
- 第五节 因显失公平导致的可撤销的法律行为 / 764
 - 一、显失公平的概念 / 764
 - 二、法律对显失公平的法律行为救济的正当性讨论 / 765
 - 三、各主要国家立法、判例与学理对显失公平之法律救济的态度 / 766
 - 四、显失公平的法律构成 / 769
- 第六节 撤销权的行使 / 774
 - 一、撤销权的归属 / 774
 - 二、撤销权的行使与期间 / 775
 - 三、撤销权的性质 / 776
 - 四、撤销相对人 / 776
 - 五、法律后果 / 777

第五章 代理

- 第一节 《民法总则》关于“代理”之规范与之前民事立法的不同 / 778
 - 一、关于“不得代理”的规定 / 778
 - 二、关于代理种类的规定 / 779
 - 三、关于自己代理与双方代理 / 779
 - 四、在转委托方面有所不同 / 779
- 第二节 代理的基本概述 / 780
 - 一、代理的概念 / 780
 - 二、代理的制度价值 / 781

- 三、代理的性质 / 783
- 四、代理制度的基本构造 / 785
- 五、代理的种类 / 786
- 六、代理与类似制度的区别 / 795
- 第三节 有效代理的要件与后果 / 799
 - 一、有效代理的要件概述 / 799
 - 二、代理人应当具有代理权——代理有效的第一要件 / 799
 - 三、代理人应以被代理人的名义为法律行为——代理有效的第二要件 / 813
 - 四、代理人个人至少应是限制行为能力人——代理有效的第三要件 / 815
 - 五、代理的行为必须是法律允许并可以代理的行为——代理有效的第四要件 / 816
 - 六、有权代理的法律后果 / 817
- 第四节 无权代理及其法律后果 / 817
 - 一、无权代理及其法律后果概述 / 817
 - 二、无权代理行为对于被代理人与相对人的效力 / 818
 - 三、法律为被代理人提供的保护措施 / 818
 - 四、相对人可以利用的救济措施 / 820
 - 五、无权代理人的责任 / 821
- 第五节 表见代理 / 824
 - 一、表见代理概述 / 824
 - 二、表见代理的合理性 / 826
 - 三、表见代理的构成要件 / 828
 - 四、各种类型的表见代理的具体法律构成 / 830
 - 五、表见代理的后果 / 833
 - 六、几种特殊情形的表见代理 / 834

第五编 民法上的时间及确定规则

第一章 诉讼时效与除斥期间

第一节 《民法总则》与之前民事立法的区别 / 839

- 一、关于诉讼时效期间及计算起点 / 839
- 二、对于特殊义务的诉讼时效期间进行了专门规定 / 840
- 三、明确了诉讼时效期间届满后的法律效力 / 840
- 四、对于诉讼时效的适用进行了规定 / 840
- 五、完善了诉讼时效中止的原因和效力 / 840
- 六、完善了诉讼时效期间中断的规定 / 841
- 七、对于不适用诉讼时效的权利进行了明确规定 / 841
- 八、明确了诉讼时效的强行性规范的特征 / 841
- 九、明确了诉讼时效之规范在仲裁中的适用 / 841

第二节 时效制度概述 / 842

- 一、时效制度的概念及其存在的理由 / 842
- 二、时效的本质 / 845
- 三、取得时效与诉讼时效的内在关系 / 846
- 四、取得时效与诉讼时效的立法模式 / 847

第三节 诉讼时效 / 849

- 一、诉讼时效的适用对象 / 849
- 二、诉讼时效的期间 / 857
- 三、诉讼时效期间的开始 / 857
- 四、影响诉讼时效期间进行的因素 / 866
- 五、诉讼时效的延长 / 873
- 六、诉讼时效的援用 / 874
- 七、诉讼时效完成后的效力 / 877

第四节 除斥期间 / 878

- 一、除斥期间的概念 / 878
- 二、除斥期间适用的对象及作用 / 878
- 三、除斥期间的性质及届满后的法律后果 / 879
- 四、诉讼时效与除斥期间的区别 / 879

第二章 关于期日与期间的实体法解释规则

第一节 期日与期间的意义及规范目的 / 880

第二节 期日及确定规则 / 881

- 一、期日的概念 / 881
- 二、期日的确定规则 / 882

第三节 期间及确定规则 / 882

- 一、期间的概念与标示方法 / 882
- 二、期间的确定规则 / 883

第一编

绪 论

第一节

民法总则的宗旨和立法技术及由其决定的基本内容

一、对问题的说明

新中国的民法典可以说是命运多舛：从1954年开始的民法典起草，到今天为止，已经有三次“举动”，但每一次都是无果而终。我国的经济及社会发展到今天，结构发生了巨大的变化，如果要真正贯彻“依法治国”的基本国策，那么，“公法”与“私法”的划分就不可避免，那种以“公法”治理国家与社会的“大一统”的格局必然会发生变化。因此，党的十八届四中全会在提出“依法治国”的同时，决定编纂中国的民法典，是非常正确和及时的，反映出历史的需求和人民的愿望。第四次民法典的编纂工作正在进行中，相信我们将来会有一部民法典。

然而，我们必须有充分的思想准备：民法典的起草工作是一个浩大的工程，不仅要有充分的理论研究储备，还要有充分的“田野工作”。在今天这样一个

社会结构复杂、价值与利益多元化的时代，像法国民法典那样，用几个月的时间关起门来就起草了一部百年经典的时代几乎已经不存在了。德国民法典用了20年左右的时间，创造了一个法典里程碑，不仅是百年经典，而且成为后世许多国家立法的蓝本。而我国历史上的国民党1929年的民法典的起草，也下了极大的功夫，完成了“清末习惯调查”这样宝贵而且详尽的“田野工作”。在今天我们编纂民法典时，也应该进行对中国社会的现实实地考察和调研的“田野工作”，以编纂出适合中国的民法典。

另外，我们必须进行立法所需要的理论储备。如果我们比较当今世界两部为各国效仿的立法蓝本——法国民法典与德国民法典，仅仅就立法技术而言，德国民法典的确精良，被称为“优良的法律计算机”“不寻常的精巧的金缕玉衣”，任何时候都是具有最精确、最富有法律逻辑语言的私法典。^①这得益于德国民法典具有坚实的理论基础——潘德克顿法学。这对我国民法典起草具有重大的启发意义：我国民法学的研究积淀是否已经达到足够起草一部民法典的程度？在此，不得不提当年德国萨维尼与蒂堡关于是否立刻仿照法国民法典起草一部德国民法典的论战。在此论战中萨维尼先生有一个论据：我不认为我们具备制定一部优秀民法典的能力……我们不能在依然远离这一目标时就相信我们已经臻达这一目标。^②在我国当下决定编纂民法典的时刻，我当然不认为，我们的民法学研究不足以支持起草一部民法典。我们的民法学经过了这么多年的研究和法学教育，积累了大量的研究成果，并且有起草《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等的经验，还有这些年来司法实践积累的丰富的经验，足以起草一部民法典。但是，我认为，需要研究的理论问题还很多，而这些问题，民法学界还存在很大的争议，需要达成理论共识。例如，尽管《民法总则》已经颁布，但它是否符合作为民法典“总则编”的立法技术？民法典的基本结构如何？我国的立法及民法教学、研究（至少从国民党开始）传统都基本上是德国式的“五编制”之“总分”模式，即带有

① [德] K. 茨威格特等：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第268页。

② [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第37—38页。

“总则”编的立法模式，那么，“总则”与“分则”存在怎样的逻辑上的联系？我们是否应当以“总则”的功能定位及法律的适用性为出发点，从技术上安排“总则”部分的内容及以下各编的划分？如果将来民法典真的像现在“传说”的一样，会有“合同编”“物权编”“侵权编”“婚姻家庭编”和“继承编”，那么，现在《民法总则》的内容还需要改变吗？一个没有“债法总则编”却带有“总则”的民法典内部是否和谐？“总则”中的“法律行为”的概念与未来合同部分如何协调？等等这些问题都是需要从理论上进行研究的重大问题，而从现在通过的《民法总则》来看，这些问题远远没有解决，理论上也没有共识。这才是令人担忧的问题。

除此之外，民法典的内容应通过什么样的方式表现出来，也是我们需要达成共识的问题。“法律应该由规范构成”，这是立法遵守的底线要求，即要求在法律上的任何一个规定，要么是规范，要么是规范的补充（如法定定义，《德国民法典》第90条关于“物”的定义，我国合同法关于“合同”的定义，我国物权法关于“物”的定义等）。如果是规范，就必须规定“条件+结果”，如果是规范的补充就必须与规范有联系而为规范服务。这种要求是法律的本性使然，即“三段论”的法律适用逻辑，必然要求法律规范提供“大前提”和“结论”。从《民法总则》来看，脱离规范的内容并不少见，例如，《民法总则》第9条基本上属于这种“宣传性的无用条款”，不可能作为裁判规范来适用。这其实也是学理和立法上的一个需要讨论和达成共识的问题：我国民事立法历来有一种观点，叫作“无害条款”。立法要不要这种条款呢？不能作为规范的东西能否规定在法典中？我想，这种问题恐怕在学理上并没有达成共识。

二、“民法总则”的概念及由来

在中国大学法学院开设的民法课程中，一般首先要讲授“民法总论”。但“民法总论”究竟为何物？它与许多国家民法典中的“民法总则”是什么关系？我们可以直接地说，“民法总论”是各国民法典中“民法总则”的“法学阶梯”，即民法总论是以民法典总则部分为对象的教科书或者学术研究成果。那么，什么是“民法总则”呢？

对此，我国台湾地区学者邱聪智教授指出：总则者，顾名思义，事物共同

之规则也。因之，所谓民法总则云者，即是民法所共通适用的规则或者法则。其汇聚规定民法所共通适用之规则的法律编章，即是民法总则编。从广义层面来说，民事法律关系，固然以民法典之规定为大本营，但其范围并不仅仅以民法典为限，而可扩及于民事特别法。如是，所谓民法总则，即可称为一切民事法律关系共同之法则。相应来说，其录列规定一切民事共通之规则的法律编章，即为民法总则编^①。也就是说，民法总则实际上就是能够适用于民法各编的共同规则。这样一种要求，必定使其具有高度的涵摄性，具有“公因式”的特征，因此，也就有必要具有高度抽象性。但是，民法典属于法律，故不能失去法律之特征——规范性。因此，其高度抽象并不能够使其脱离规范的基本特征。例如，“法律行为”包括合同行为、遗嘱行为和婚姻行为。法律行为必须满足两个方面的特征：一是能够反映上述三种行为的共同特征；二是规范特征。德国人发现了上述三种行为的共同特征——意思表示，故对“意思表示”的规范就等于对上述三种行为的规范。

应该说，带有“民法总则”的民法典的立法例是德国人的创造。在此之前的1804年的法国民法典是不带有“总则”的“三编制”模式，也就是继承罗马法的“人、物、诉讼”而来的模式。而1900年的德国民法典，在形式结构上，沿用了学说汇纂派理论阐发的内容五分法，五部分内容各以一编设定。在债法、物法、家庭法和继承法四编之前综合名为“总则部分”的一编。^②从此以后，大陆法系国家的民法典分为两个阵营：德国法模式与法国法模式，即带有“总则”编的法典式样与不带有“总则”编的法典式样。在世界民法典的宝库中，它们无疑是两颗最耀眼的明珠，并成为后世许多国家民法立法的蓝本。我国自清末后开始民法起草以来，也许是因为某种机缘巧合，无论在立法还是学理上更多地继受了《德国民法典》的“五编制”模式。我国大陆及台湾地区的民法教科书，台湾地区的民法典都反映了这种模式。因此，在我国这一次民法典编纂过程中，对于是否需要“总则”并没有任何争议。

① 邱聪智：《民法总则》（上），三民书局2005年版，第4—5页。

② [德]K. 茨威格特等：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第271页。

三、“民法总则”的立法技术——抽象提取“公因式”

《德国民法典》的立法技术及设计思想可以概括为：以高度抽象的方式将各编的“公因式”提取出来，并确立一般规则，适用于各编，而各编相同的东西不再重复，而是规定例外。就如德国学者梅迪库斯所言，根据民法典制定者的计划，总则应当包括那些适用于民法典以下诸编的规则，亦即总则包括的是在某种程度上被提取和抽象的一般性内容。^①也就是说，总则部分针对一些确定的基本法律制度，即法律职业者无论在债法拟或物法，继承法或者家庭法，甚至在整个私法领域中都加以运用的法律制度，提纲挈领地以一般化形式对其先行规定，就仿佛是“提取公因式”。人们以为，用这种方法可以提高法律的逻辑完整性和内涵经济性，从而避免冗赘的重复。^②但是，《德国民法典》所独有的极其抽象的概念也是其立法技术的特点，是总则对其他各编具有较强的涵摄性的原因。例如，“法律行为”这一术语的创造和运用即是著例。法律行为的本质是意思自治，就如法国学者所言，法律行为的特殊性及其与其他法律事实的区别，均在于法律行为是一种特殊的“机制”，其目的在于引起法律效果的发生。这一机制既具有差异性，又具有同一性，其差异性在于不同类型的法律行为的构成及其效果是不同的，其同一性在于任何法律行为的要素或者原动力是不变的，亦即任何法律行为均体现了当事人的自由意志，表现了意思自治的基本原则。^③德国法理论中的“法律行为”，不仅仅是指通常意义上的买卖或者租赁类型的债权契约，而且还有“物权合意”。法律行为还包括家庭法中的契约，如收养契约和结婚合意。此外，法律行为还包括遗嘱的设定、契约的解除等。^④

《德国民法典》的这种高度抽象、公因式式的立法技术，不仅在总则与其他各编的关系中得到运用，而且在每一编中也有如此的体例，就如德国学者所言，这一将一般的内容置于前面的立法技术，在民法典的其他地方还多次重现。比如，第二编（债编）的前六章是一般性规定，之后是各种债务关系；又如，

① [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22页。

② [德]K.茨威格特等：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第270页。

③ 尹田：《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第1—2页。

④ [德]K.茨威格特等：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第271页。

第三编（物编）也是先规定一般性的占有、土地上权利通则，然后才规定具体的权利；再如，第四编也是先规定“婚姻的一般效力”，然后再规定各种具体的财产制。^①有的学者评价说，这一体系方法是德国民法典的显著特征，尽快认识到这一点，将使对相关法律规定的寻找和对德国民法典的理解更为容易。^②

继受《德国民法典》体例的我国台湾地区“民法典”，对此问题的技术大致相同。王泽鉴先生认为，此种编制体例系建立在“由抽象到具体”“由一般到特殊”的立法技术之上。易言之，尽量将共同事项归纳在一起。^③

这种立法技术抽象出来的“总则”，既有优点也有缺点，即使是德国学者之间也是存在争议的。其优点主要在于将这些规定提取概括，可以取得“唯理化效应”。以“法律行为”为例，立法者就无须为每一项法律行为都规定其构成要件。同时，总则编避免了重复及参引。例如，立法者可以对买卖合同的订立作出规定，然后对赠与、租赁等行为参引适用有关买卖合同的规定。不过，这样一来参引规定必然太多，使总则编篇幅过大，有失简明扼要。^④

其缺点主要是：（1）例外较多。为了使一项规则具有普遍的适用性，该规则必须以抽象的方式来表达。这在技术上就会客观地出现一个两难的局面——要么制定一些非常一般的规则，加强适用性（普适性），这样一来，一般规则的数量势必就很少，总则编制为以下诸编减轻负担的效果难以发挥出来；要么承认在一般规则之外，还存在个别的例外，德国民法典采纳了第二种方案，法律承认一般规则之外还有一些偏离。（2）理解上的困难。民法典将一般性规则提取概括，也增加了对法律规定的理解难度。要寻找对一个法律问题的法律规定，不能仅仅在一个地方寻找。我们要寻找的有关规定，往往分处在民法典的若干个不同地方，其中一般性规定在民法典前面，特殊规定在民法典后面。在查阅法典时，要按照“从后向前”的顺序进行，以买卖涉及的问题为例，查阅的顺序为寻找比一般买卖法更为特殊的规定（如消费信贷）——一般买卖法——有

① [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22页。

② [德]哈里·韦斯特曼：《德国民法基本概念》，张定军等译，中国人民大学出版社2013年版，第11页。

③ 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第19页。

④ [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31页。

关双务合同的规定—债务合同的规定—债务关系的一般规定—合同的一般规定—法律行为的规定^①。(3) 教学上的困难。比如,对于初学者来说,像“法律行为”这样高度抽象的概念,难以举例说明^②。在我国的民法教学中,也早已呈现出这种情况,甚至有人提出来先教具体的法,如合同法、物权法、侵权法、侵权责任法、婚姻与继承法,然后再开设民法总论。其实,德国的法学课程已经开始这一方面的改革^③。

其实,这种批评并没有改变法典的式样,也不可能改变这种编排。因为,法律本来就不是给一般人制定的,是为法律职业阶层制定的。其实,这些缺点统统都可以归结为“困难”,问题是:这些困难是否是可以克服的?对于职业阶层来说,答案是肯定的。

四、由民法总则宗旨及立法技术所决定的总则之内容

(一) 民法典之“总则”与各编的关系

虽然说,在我国就是否需要“总则”方面不存在争议,但在“总则”中应规定什么内容方面却存在不同意见。例如,比较典型的分歧在于:“人格权”是应该规定在“总则”部分还是独立成编,监护制度如何与亲权部分相互衔接,行为能力究竟应该规定在“法律行为”部分还是规定在“主体”部分等。德国民法典的立法设计思想、总则立法技术决定了其“总则”应该规定的内容,甚至法典的编排(即应有几编)都与“总则”的立法技术及内容息息相关,这或许对我国民法典的“总则编”及以下各编的编排有重大的启发意义。

虽然说,民法典“总则”的内容是从各编中以提取公因式的方式抽象出来的,但这种立法技术同时也影响着民法典的编排(分编)。以“法律行为”为例,在德国民法典中,后四编都有法律行为的适用余地(尽管有个别制度不适用),主体、客体等问题也都在各编中适用。因此,民法典的各编并不是任意划分出

① [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33—34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40页。

③ [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41页。

来的。这一点对我国未来民法典有较大的借鉴意义。我国未来民法典的编排虽然没有最后确定，但从现在学界的一些观点看，大概是：总则编、物编、债编（是否规定尚未确定）、合同编、侵权编、婚姻编、继承编。如果这样，民法总则的内容就值得很好地考虑。例如，在原本德国法上的“债编”，逻辑是这样的：所有类型的债的结果都具有请求的效果，因此，就可以将关于“债”的所有一般性问题以“请求权”为核心进行规定，然后再规定债的各个不同产生原因及其特殊性，如合同之债、准合同之债、侵权之债等。这样，不仅逻辑统一，而且避免条文重复。如果像我国目前这样假定的结构，“债编”仅仅是“合同编”与“侵权编”的总则，其与其他各编就难以具有逻辑上的关系。如果再不规定“债法总论”，则侵权编、合同编与“总则编”几乎没有什么联系。再加之，我国民法总则并没有继受德国民法上“请求权”^①的一般概念，因此，各编与总则之间在逻辑上就难以有实质联系。民法典这样一个巨大的“逻辑体系”如何构成，在这种编排中实在值得深入思考，这根本就不是一个一般性的问题，而是一个重大的问题。另外，像“法律行为”这样一个在我国《民法通则》中就已经规定了“公因式”就难以成为未来民法典的公因式了。除此之外，如果真的像现在学理上许多人主张的那样，否定“物权行为”理论，那么，“物权编”也没有法律行为适用的余地。

因此，我们在编纂民法典时，在各编的设计中，一定要注意这种“总”与“分”的关系，保持总则内容对各编的普遍适用性，使总则成为民法典的灵魂。现在《民法总则》已经颁布，有人认为，只要把现在已经存在的《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》与《继承法》简单整合一下，各自成为一编，就可以构成民法典。这种想法与民法典本身的特点及要求相差太大，这根本就不是编纂民法典的正确思路。“编纂”不是简单的汇编，而是一种立法工作。虽然编纂要以现行法为基础，但需要在“逻辑统一”的“体系化大局”中进行。而这种工作是一个巨大的系统工程（用工程师的话说），绝不是一件一蹴而就的工作。

^① 德国民法上的所谓“请求权”，既包括债权请求权，也包括物权请求权。因此，其诉讼时效就规定在“总则”部分。



（二）总则之内容的分析

提取公因式的这种立法技术，其实已经决定了“民总”的基本内容，即什么是各编的“公因式”，什么就是“民总”的内容。就如德国学者所指出的，总则把被提取和抽象的一般性内容汇总在一起，这一汇总决定了它的内容：总则中的内容必须具有一般性的特征，它们不仅仅适用于民法典的各编，部分也涉及权利客体及权利行使的问题。^①

从德国民法典规定的内容来看，主要是：（1）主体（第1条至第89条）；（2）客体（第90条至第103条）；（3）法律行为（第104条至第185条）；（4）期间与期日（第186条至第193条）；（5）权利的行使与担保（第226条至第240条）。^②德国民法典的这种规定，受到了学者的批评，有学者指出，对于总则编的内容，不可能作出积极的评价。一方面，总则编没有对一些重要的内容作出调整，特别是有关法人、法律适用方面的重要问题都付之阙如。另一方面，总则编中的有些规定被人为地从它们所属的特别的联系中割裂开来，最后变成了纯粹的概念解释或立法技术。在有些地方，总则编不过是“其他”项下的大杂烩，汇集了那些在其他地方难以安排的规定。^③茨威格特指出，德国民法典的总则部分没有包括关于法律交往中的行为或者关于法律解释、习惯法、法官权限及举证责任基本原则的一般规定，而这些规定完全是实用的，实际上也是合乎需要的。^④对德国民法典总则编的这些批评，给我国民法典的总则部分的内容提供了反面启发。

应该说，我国台湾地区“民法典”是我国民法发展历史上有特殊地位的民法典，也是对德国民法典继承比较彻底、对中国当时社会的历史现实结合得较好的法典。其“总则编”的编排如下：（1）法例；（2）人；（3）物；（4）法律行为；（5）期日及期间；（6）消灭时效；（7）权利之行使。

① [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24页。

② 见《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2004年版，第1—73页。

③ [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28页。

④ [德]K.茨威格特等：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第270页。