



新起点备战2008
司考系列丛书
总策划：张合功

依据2008年大纲编写

国家司法考试
新起点培训学校·名师教案

试卷三（上）

民法

席志国 编著

中国政法大学出版社

2008 年国家司法考试

新起点培训学校·名师教案

试卷三 (上)

民 法

席志国 编著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法 / 席志国编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2008.4

ISBN 978-7-5620-3213-7

I. 民... II. 席... III. 民法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第057414号

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

787×960 16开本 25.75印张 515千字

2008年5月第1版 2008年5月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3213-7/D·3173

定 价: 48.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 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 zsf5620@263.net

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。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

司考之难,众所周知,但在通过 2007 年全国司法考试的考生中,有近 1/3 的考生是一年就通过了;有近 2/3 的考生是二年通过的;二年以上通过的考生仅仅占不到 5%。这个数据告诉我们,司法考试已经不再神秘,只要方法得当,完全可以一举通过考试。

应对司法考试,从三个方面去考虑即可:知识点、考点、应试技巧。

假若司法考试有 3000 个知识点的话,那么能够用来考试的考点最多有 1000 个,假若我们能掌握这 1000 个考点中的 400 个(这是很容易实现的),再学会 20% 的应试技巧,就可以轻松过关。实际上,系统的司法考试训练,将会在 60 天左右使大家起码掌握 600 个考点和 30% 的应试技巧,这样你的成绩应该在 400 分左右,通过司法考试岂不犹如探囊取物?

因此,如何掌握知识点,理清考点,洞悉应试技巧,是取得司法考试成功的关键!

新起点司法考试培训中心在研究司法考试命题规律的基础上,提出的五重密集式多遍习题训练模式是目前状态下训练大家知识点、考点和应试技巧的最有效方法和基本保障。

第一重:每周必练系列,约 500 道题,由教研一组独立组题;

第二重:校长测验,约 500 道题,由教研二组单独命题;

第三重:习题课,约 2000 道题,由新起点教授团队命题;

第四重:模拟考试,约 1000 道题,由新起点特聘专家命题;

第五重:考前点题,约 800 道题,由特邀嘉宾命题。

这样,五重训练的精选习题量将多达 5000 道题以上,涵盖 80% 以上应试考点,五大命题团队互相配合又互不干扰,这里的很多习题您将来会在考试中遇到。

密集式:第一,每周有必练系列;第二,每周有校长测验;第三,每周有测验

讲评。既训练做题速度又训练答题准确度和应试技巧。

多遍:通过新起点五大命题团队精选的 5000 道题左右的密集训练,司法考试所常考的知识点、考点以及必须的应试技巧将重复得到 7-10 遍的训练。

本套丛书以北京新起点学校“五重密集式多遍训练模式”的培训理念与方法为指导,根据司法考试大纲,对司法考试的重难点知识进行了全方位的扫描与梳理,本套丛书的特点有两个:

第一,本书的作者既是国内知名法学高校的中青年学者,同时又全部来自司法考试辅导的第一线。美国的大法官霍姆斯曾经说过,法律的生命不在于逻辑,而在于经验。但司法考试辅导却是一项对逻辑和经验要求都非常高的工作,本套丛书作者兼具扎实的理论功底和丰富的辅导经验,他们最熟悉法学的特点,最了解考生的需要,也最了解应试的规律,因而成为本套丛书作者的合格人选。

第二,司法考试之难,很大程度上来自考试内容巨大庞杂而备考时间又相对有限的矛盾。本套丛书通过系统的梳理概括,把让人望而生畏的教材与法条由厚变薄,同时保证了重要的知识无一遗漏。换句话说,如何为考生减负,让他们能够以最少的投入获得最大的收获,是全套丛书的主要目的。

承蒙读者厚爱,在中国政法大学出版社的大力支持下,本套丛书 2008 年新版又与读者见面了,此次修订,体现了 2008 年新大纲的精神和变化,并更新了若干内容。本套丛书对读者开通了答疑短信平台(13811637800)和答疑电子邮箱(daysikao@yahoo.com.cn),读者对本套丛书的任何疑问、意见和建议,均可以通过上述平台进行沟通。

北京新起点学校

2008 年 4 月

目 录

第一讲 民法概要	(1)
第二讲 民法的基本原则	(9)
第三讲 民事法律关系	(12)
第四讲 民事权利	(15)
第五讲 民事义务与民事责任	(22)
第六讲 自然人的权利能力	(26)
第七讲 自然人的行为能力	(28)
第八讲 无行为能力人和限制行为能力人的监护制度	(30)
第九讲 宣告失踪与宣告死亡制度	(33)
第十讲 自然人的住所	(36)
第十一讲 个体工商户、农村承包户	(37)
第十二讲 个人合伙	(39)
第十三讲 法人概述	(42)
第十四讲 法人的能力	(46)
第十五讲 法人的成立、变更和终止	(49)
第十六讲 法人机关	(53)
第十七讲 法人联营	(55)
第十八讲 民事法律行为概述	(56)
第十九讲 意思表示	(63)
第二十讲 民事法律行为的成立与生效	(74)
第二十一讲 附条件与附期限的民事法律行为	(78)
第二十二讲 无效的民事行为	(81)
第二十三讲 可撤销的民事行为	(84)
第二十四讲 效力待定的民事行为	(86)
第二十五讲 代理概述	(89)
第二十六讲 代理权	(91)
第二十七讲 无权代理	(95)
第二十八讲 诉讼时效	(98)

第二十九讲	物	(103)
第三十讲	物权概述	(109)
第三十一讲	物权变动	(117)
第三十二讲	不动产登记与动产交付	(122)
第三十三讲	所有权概述	(128)
第三十四讲	国家所有权、集体所有权和私人所有权	(132)
第三十五讲	不动产相邻关系	(135)
第三十六讲	共有	(137)
第三十七讲	建筑物区分所有权	(142)
第三十八讲	所有权的取得	(145)
第三十九讲	用益物权概述	(150)
第四十讲	土地承包经营权	(153)
第四十一讲	建设用地使用权	(155)
第四十二讲	宅基地使用权	(160)
第四十三讲	地役权	(162)
第四十四讲	担保物权概述	(167)
第四十五讲	抵押权	(171)
第四十六讲	质权	(180)
第四十七讲	留置权	(183)
第四十八讲	占有	(185)
第四十九讲	债权概述	(188)
第五十讲	债的效力	(194)
第五十一讲	债的担保	(200)
第五十二讲	债的移转	(208)
第五十三讲	债的消灭	(212)
第五十四讲	合同概述	(216)
第五十五讲	合同的订立、成立与生效	(220)
第五十六讲	合同的内容和解释	(230)
第五十七讲	合同之债的保全	(232)
第五十八讲	双务合同履行中的抗辩权	(236)
第五十九讲	合同的解除	(239)
第六十讲	违约责任	(241)
第六十一讲	买卖合同	(249)

第六十二讲	供用电、水、气、热力合同	(254)
第六十三讲	赠与合同	(256)
第六十四讲	借款合同	(259)
第六十五讲	租赁合同	(262)
第六十六讲	融资租赁合同	(266)
第六十七讲	委托合同	(269)
第六十八讲	行纪合同	(272)
第六十九讲	居间合同	(274)
第七十讲	运输合同	(275)
第七十一讲	保管合同	(279)
第七十二讲	仓储合同	(282)
第七十三讲	承揽合同	(285)
第七十四讲	建设工程合同	(288)
第七十五讲	技术合同	(294)
第七十六讲	不当得利之债	(299)
第七十七讲	无因管理之债	(302)
第七十八讲	侵权行为概述	(305)
第七十九讲	特殊侵权行为	(311)
第八十讲	婚姻的成立	(318)
第八十一讲	夫妻关系	(321)
第八十二讲	离婚	(324)
第八十三讲	继承与继承权概述	(328)
第八十四讲	法定继承	(331)
第八十五讲	遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议	(335)
第八十六讲	人身权	(339)
第八十七讲	知识产权与知识产权法概述	(345)
第八十八讲	著作权	(350)
第八十九讲	专利权	(374)
第九十讲	商标权	(390)

第一讲 民法概要

一、民法的概念

国外民法典很少有给民法下定义的,然而我国《民法通则》(下称《民通》)却为民法制作了定义,因而也为我们理解民法的概念奠定了基础。《民通》第2条给民法的规定,民法是指:调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。对该定义应当从下面几个方面加以理解:

1. 民法是部门法之一。民法是一个国家中全部现行法律规范中的一个部分,也许是最为重要的一个部分。为了学习和适用上的方便,同时也为了确保各个法律规范之间的和谐一致,避免出现重复规范、相互冲突的规范以及规范不足的问题,法学上将一个国家现行法律依据一定标准加以分类组成有机统一的整体,这就成为法律体系。各个国家基本上都是依据调整对象和调整方法的不同将一个国家现行的全部法律规范划分为各个部门法的。民法就是这样诸多部门法中的一个成员。因此,与其他部门法相比较,民法应当有其特定的调整对象和特殊的调整方法。

2. 民法是实体部门法。法律部门依据其是规定当事人的权利和义务还是规范当事人实现权利和义务的程序而划分为实体法和程序法。民法规定的是当事人的民事权利和民事义务,是实体部门法之一。

3. 民法是调整平等主体之间的法律关系的实体部门法。我国的实体部门法主要有五个,分别是宪法、行政法、民法、经济法和刑法。民法在这些实体部门法中以其独特的调整对象和调整方法区别于其他部门法。民法是以平等主体之间的人身关系和财产关系为其调整对象的。所谓平等主体有两种,一种是本来就具有平等地位的普通人,即我们所谓的老百姓;另一种是虽然具有特殊地位(如各种领导人)但是当其作为普通人参与社会交往时也将自己与其他人一样作为平等的人来对待,例如某市长在家庭中与其配偶之间的平等关系;某县长到某个普通人所开的超市里去购买牛奶而与该超市形成的买卖合同关系。

调整平等主体之间的法律关系有两大类,即:人身关系和财产关系。民法首先要确认人的主体地位,保护主体本身的生命、身体、健康等物质性存在以及名誉、肖像等精神性存在不受他人的侵害,这就形成了以每一个个人为权利人而其他人均为义务人(即尊重他人人格的义务)的人格权关系;接下来民法要规范民事主体在家庭生活中的权利义务形成了配偶、亲权、亲属等身份权关系。除了上述两种人身关系之外,民法规

范的重点在于规范财产关系:民法首先规范的是财产归属关系,即特定的财货归属于何人,该人对该财货享有什么样的支配权利并排除他人的干涉,此即物权关系;其次民法规范财产的流转关系,即通过合同债权实现财产的正常的流转,通过侵权之债、无因管理之债、不当得利之债等调整财产的非正常流转;再次则规范作为民事主体的自然人死亡后其财产的归属问题,此即为继承关系。现代民法除了调整有体财产的归属和流转之外还规范无体财产的归属和流转,即知识产权的归属和流转。

4. 民法作为部门法乃是大陆法系特有的现象。英美法系根本就不存在民法这一个部门法,尽管英美法系也存在调整平等主体之间法律关系的法律规范,但是英美法系尚未将这些法律规范抽象到作为一个大的部门法——民法——的地步。在英美法系调整平等主体之间法律关系的是由财产法(Property law)、合同法(Contract law)、侵权法(Tort law)、家庭法(Family law)等分别加以调整的。

民法(civil law)一词来源于罗马法的市民法(ius civile)。最初罗马法中的市民法是相对于万民法而言的,它主要调整罗马公民之间的关系,而万民法主要调整罗马公民与外国人的关系,但在罗马元首制时期罗马卡拉卡拉皇帝取消了二者区别将其合并,成为了调整一切平等主体之间的与政治国家无关的法律关系的法律规范的总和。后来继受罗马法的欧洲国家形成了大陆法系,大陆法系以法典化、形式理性、适用法律时的严格三段论为其主要特征。民法典就是大陆法系法典化的主要成果之一,我们现在虽然还没有民法典,但是我国正在加紧制定民法典,不久的将来我国也会有自己的民法典。2007年通过的《物权法》,1999年通过的《合同法》正是为未来民法典做准备工作,这两个部门法将成为《民法典》的重要组成部分。

5. 民法有广义的民法和狭义的民法之分。民法还有广义上的民法与狭义上的民法之分。广义的民法与私法意义相同,包括狭义上的民法和商法,是指调整所有财产关系、人身关系的法律规范,包括民法通则、物权法、债和合同法、侵权行为法、知识产权法、婚姻法、继承法以及公司法、保险法、海商法、票据法、破产法等等。狭义的民法仅指调整一定范围的财产关系和人身关系的法律,不包括商法。本书所涉及的民法即是指狭义上的民法而言。

6. 民法有实质意义上的民法和形式意义上的民法之分。实质意义上的民法是指所有调整财产关系和人身关系的民事法律规范的总称,它包括民法典与其他民事法律、法规。形式上的民法,专指系统编纂的民事立法,即民法典。到目前为止我国还不存在形式意义上的《民法典》。不过我国的《民法典》正在制定的过程中,按照人大常委会的立法计划预计在2010年左右能够出台。

二、民法的性质

1. 民法在性质上属于私法。自罗马法以来,大陆法系在传统上分为两类,一为公法;一为私法。公法与私法的界限很难精确地划分,因此学说上对于两个法律系统的

划分有不同的学说。我们认为公法和私法的基本区别主要在于如下几个方面：首先，公法以保护公共利益为其本职，而私法则主要在于保护个人利益；其次，公法调整的主体至少有一方是享有公共权力的国家机关，而私法所调整的主体不以享有公权力为必要；再次，公法调整的主体之间存在着权力与服从的隶属关系，而私法主体之间是完全平等的关系。不论这些主体在社会中具有如何之地位和身份一旦参加私法关系则必须将彼方/对方作为与自己平等的人对待；最后，私法与公法有着不同的规范原则：私法以主体地位平等、平等的个人自由决定为特征，公法则以强制或拘束为内容；前者强调自主决定，后者须由法律及一定的权限限制。基于对个人自由权利的保障，应遵循“有疑义时为自由”的理念，以私权为优先，其主要理由是个人乃是自己事务的最佳判断者及照顾者，选择的自由有助于促进社会进步和经济发展。民法旨在规范个人间的利益，以平等为基础，其主体均为私人或非基于公权力的地位，对于任何人皆可适用。所以民法属于私法则毫无争议，且其作为私法的性质可以导出民法的基本性格：权利本位、意思自治、主体地位平等、民事权利（私权）神圣、过错责任等。

2. 民法法律规范是以任意规范为主的。法律规范分为任意规范和强行规范，所谓任意规范是当事人可以通过自己的意思加以排除的规范，只有当事人没有通过意思表示将其排除时才能在当事人之间进行适用；所谓强行规范是不问当事人的意思，一律在当事人之间加以适用的规范。民法规范之所以主要是任意规范，是由民法的私法性质所决定的。作为私法以当事人自治为最高原则，当事人的意思具有最高的法律地位，所以若当事人选择了不同于法律的其他安排则法律应当认可。不过任意规范和强行性规范在民法的各个部分中也有所不同，在合同法中主要以任意规范为主，而在物权法、婚姻法中则有大量的强行性规范。在学习民法规范的过程中，大家一定要能够做到区别出哪些是任意性规范哪些是强行性规范。

三、民法的调整对象

（一）人身关系

1. 对人本身的存在加以保护所形成的人格权法律关系。民法作为私法调整的不是政治国家与人民之间的关系，相反调整的是作为平等的个人及个人所组成的团体相互之间进行交往所形成的关系。平等的人之间要进行交往首先得彼此尊重对方的人身，将对方作为与自己相同的人加以对待。这势必要求任何人对于他/她之外的所有人都应当有权要求不侵害他/她的生命、身体、健康等物质性的存在；由于人作为人不仅仅是物质性的存在还是具有人格尊严的精神性存在，所以人们之间交往也要求彼此有权要求其他人不侵害其包括名誉、隐私、自由、肖像等精神性利益。这就形成了每一个人都排他地对他人享有请求不侵害其存在本身的人格权法律关系。这种法律关系是整个法律体系得以展开的前提。

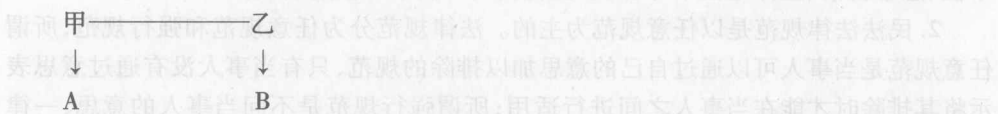
2. 家庭关系。虽然现代社会家庭的地位有所下降,但是个人仍然会结成家庭,让家庭成为自己精神上的寓所,家庭仍然作为延续个人生命繁衍后代的基本形式,从而也作为一个消费的共同体仍然有着不可替代的作用。因此,民法也调整个人在家庭中的关系。当然家庭关系很大一部分是靠情感和伦理来维持的,法律甚至退居次要地位,但是法律在较低的层次上维系着个人的家庭关系。

家庭关系又分为两个部分:

(1) 婚姻法。婚姻法主要调整婚姻的缔结;婚姻成立后夫妻之间最基本的权利义务关系;婚姻的结束(离婚);以及父母和子女之间的相互关系等。基于家庭关系的相互之间的权利义务关系被作为民法上的身份权加以表述和规范。

(2) 继承法。继承是家庭延续的重要方式,其中一个家庭成员死亡后其他家庭成员能够继受他的财产从而继续维持家庭的存续。

(二) 财产关系



1. 财产归属关系——物权关系。民法首先在人和物之间进行了区别,人是作为民事主体而存在的,而物是与人截然相对的作为客体而存在的。主体是法律上的目的,而客体则是作为满足主体目的之手段而存在的。财产关系首先是作为主体的人对于作为客体的物的支配从而排除一切他人的干涉的关系,这种关系即属于财产归属关系,其中最为典型的就财产所有权。如上图所示甲、乙是两个平等且具有独立人格的人,甲拥有财物 A 的所有权,乙则拥有财物 B 的所有权。也就是说甲可以对 A 随意的占有、使用并可以任意对其处分,任何第三人(当然包括乙在内)都不得对甲对 A 的利用加以干涉;同样包括甲在内的任何第三人也不得对乙对 B 的利用加以干涉。财产归属关系除了所有权以外还包括用益物权和用做债务担保的担保物权。我国民法上的用益物权主要包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权四种;担保物权则由抵押权、质权和留置权三种构成。

2. 财产流转关系——债权关系。如上图所示,在确定了财产归属关系的前提下,乙不得利用 A 财物,同样甲也不得利用 B 财物。但是由人类生活需求的多样性所决定,往往会出现甲更想利用 B 财物而相对来说不太需要利用 A 财物,而乙则恰恰不想利用 B 财物反而想利用 A 财物。于是就有两种选择:一种是甲与乙达成协议用 A 交换 B;另一种就是甲用强力从乙处夺取 B,而乙也用强力从甲处夺取 A。为了实现交换法律提供了契约制度(即合同),为合同的成立、生效、履行以及违反合同后的法律救济提供框架,从而确保了交易的顺利进行。双方当事人达成交换的合同后,还不能直接取得对方标的物的所有权而是彼此有权请求对方交付其原有的财物并移转其所有权,法

律在这里的作用在于保证双方的交易是在自愿的而不是被强迫和欺骗的情形下作出的,而且要保证达成的交换协议能够得到履行,这项请求对方交付其财物的权利即属于债权(合同之债)。如双方不是通过协议和对方进行交换而是通过强力夺取对方的财物,在承认所有权和人格独立的前提下必然为法律所不许,必然会被法律做消极的评价,然后被法律强制其返还夺取的财产并赔偿对方因此所受的损害,这就是侵权行为制度。在侵权行为关系中,受害方有权依据法律要求对方返还财物以及赔偿损失,虽然与基于契约而要求对方交付财产大相径庭,但是在有权要求对方交付特定财产而不能直接支配对方的财产这一点上又是相同的,因此也被作为债权来加以处理,这就是侵权行为之债。

除此之外,还会出现没有任何理由甲所有的财产流转到了乙的手中的情况,例如上图中甲所有的财物A为一母鸡,A在乙家的鸡舍中生了几颗蛋而乙不知误以为是自己家的鸡所生就吃掉了。但是因为乙没有任何理由保留该利益则应当将该利益返还给甲,这就是不当得利制度。此时甲有权请求乙返还这些鸡蛋的利益,无疑在结构上与合同、侵权行为所产生的债权相同,所以也作为债权而存在。最后还会有人会实施助人为乐的行为,在不能取得被帮助人的许可的情况下为其利益而实施行为,为此会花费必要的财物或者会受到损害,虽然助人为乐不能收取报酬但是应当允许其收回支出的财物和就遭受的损害获得补偿,因此产生出的请求权也成为债权,这就是无因管理之债。无论是合同产生出的债权(正态交易),还是侵权、不当得利、无因管理之债都导致财产在不同人之间的转移,这就构成了作为财产流转关系的法律形式——债权关系。

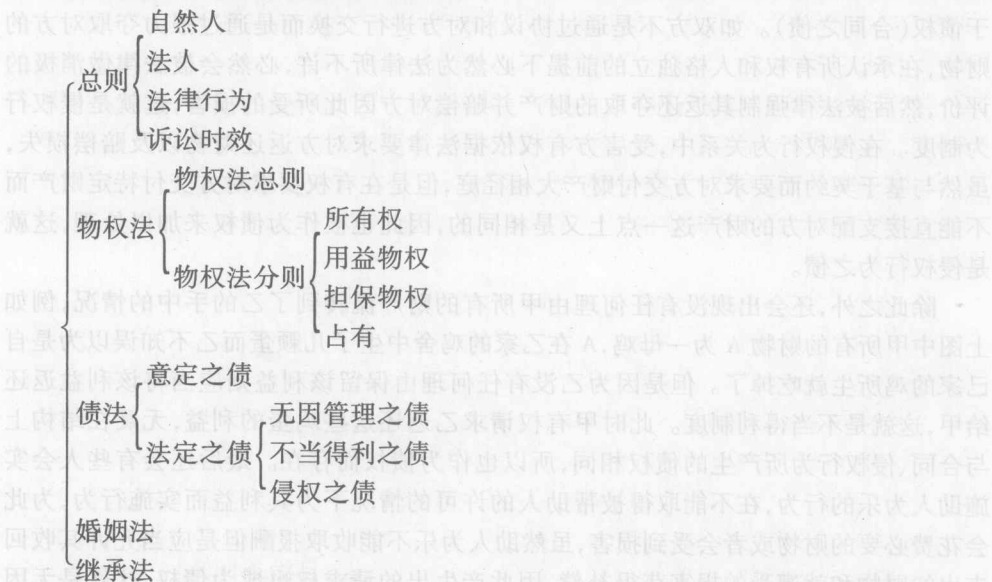
3. 无体财产权关系——知识产权。随着文明的发展、科学技术的进步以及人类生活方式的转变,现代社会的财富越来越呈现出无体化、知识化的倾向。智力劳动的重要性也越来越突出,于是对智力劳动的成果的归属和流转进行规范也就成为现代民法的重要内容了。今天在民法家族中最为活跃的一个成员非知识产权莫属。

四、民法的立法体例

现代大陆法系民法的立法体例主要有三种:其一是法国民法典的模式,其二是德国民法典的模式,其三是瑞士与荷兰的模式。我国未来的民法典与现在学理上讲述民法和研究民法的体例基本上属于德国模式。德国民法典的体例被称之为 Pandekten 模式,其来源于《罗马法大全》中的《学说汇纂》部分。其特色在于高度抽象和高度概括的立法模式,将民法各个部分的共同性内容抽象出来放在一起作为统率其他部分的共同性规定放在最前面称之为总则。例如,在合同法中,将买卖合同、赠与合同、供用电合同、借款合同……居间合同等共同内容抽象出来作为合同法的总则;然后将合同之债、无因管理之债、不当得利之债、侵权行为之债的共同性规定抽象出来作为债法总则;最后将债权法、物权法、婚姻法、继承法等共同性的规定抽象出来放在民法典的最前面作

为民法总则。

所以我国民法的基本构造应当是：



五、民法的法律渊源

法律渊源在学说上有不同的观点。目前我国的通说认为法律渊源是指法律的形式渊源,即由不同国家机关制定或者认可的从而具有不同法律效力的法的表现形式。法律渊源之所以重要乃是因为:法官在审判案件时应当有法律规范作为依据而不是依据个人的喜好而进行的,那么法官从哪里去寻找法律规范呢?这些法官可以从中寻找审判案件的法律规范的资料就是我们所说的法律渊源。在我国民法的法律渊源主要有如下几大类:

(一)制定法

1. 宪法。宪法是我国的根本大法,具有最高的法律效力,一切法律的制定都必须符合宪法的规定,不得与宪法相违背,否则该法律无效,民法也不能例外。因此宪法构成民法的逻辑前提和基本出发点,民法的规范可以看作是宪法精神的具体化。宪法中许多规定都是民法规范的基础,《宪法》第13条的规定构成我国《物权法》的基础,成为民法保护公民财产权的根本保障。^[1]《物权法》所确立的物权的保护程度和界限导源

^[1] 《宪法》第13条规定:公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

于此规定。《宪法》第37条和第38条则是公民人身权获得保障的基石。^{〔2〕}《宪法》第47条则可以推导出公民的知识产权受保护的结论。^{〔3〕}尽管我国学界一致认为《宪法》是民法的法律渊源,但是关于宪法是否可以直接被引用来审判民事案件则无法达成一致,分歧甚大。^{〔4〕}

2. 《民法通则》及民事单行法。这些规范性文件构成我国民法渊源的核心,这些规范性文件整合在一起相当于西方国家的《民法典》。《民法通则》起到的是民法总则的功能,从而统领各民事单行法,当民事单行法没有规定时应当适用《民法通则》的相关规定。单行法相对于民法典的分则,主要有《物权法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》、《农地承包法》等。

3. 行政法规。行政法规是由国务院制定和颁布的规范性文件,主要是其进行行政管理的依据,但是其中也不乏民事性的规范。国务院制定的行政法规中有关民事法律规范有两大类:其一是为了配合法律的实施制定的配套法律。例如《专利法实施细则》、《著作权法实施细则》、《商标法实施细则》、《土地管理法实施条例》、《房地产法实施条例》等等;其二是含有民事法律规范的单行行政法,如《土地管理法》、《城市房地产法》等。需要说明的是这些行政法规的主体仍然是公法,只是其中包含有民事规范而已,并不都是民事规范。

4. 地方性法规、自治条例和单行条例。地方性法规、自治条例和单行条例中包含的民事规范在与宪法、法律、行政法规不相抵触的前提下,在其所管辖的范围内具有法律效力。《民法通则》第151条规定“民族自治地方的人民代表大会可以根据本法规定的原则,结合当地民族的特点,制定变通的或者补充的单行条例或者规定。自治区人民代表大会制定的,依照法律规定报全国人民代表大会常务委员会批准或者备案;自治州、自治县人民代表大会制定的,报省、自治区人民代表大会常务委员会批准。”此时在该民族自治地方单行条例的效力比法律的效力要高。

5. 规章。国务院各部、各委员会有权制定行政规章。行政规章中有的包含有民事法律规范,例如国土资源部制定并公布的《土地登记规则》就包含有大量的物权法规范。这些也是民法的法律渊源。不过需要注意的是人民法院在审理案件的过程中对

〔2〕《宪法》第37条规定:中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。

《宪法》第38条规定:中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。

〔3〕《宪法》第47条规定:中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助。

〔4〕强世功:《宪法司法化的“误区”》,载于梁治平主编《法治在中国:制度、话语与实践》,中国政法大学出版社2002年版。

规章仅仅是参照适用,而不是必须适用,因此其规范效力较弱。

6. 国际条约中的民法规范。《民法通则》第142条规定“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”依据该条的规定国际条约也构成我国民法法律规范。

7. 最高人民法院的司法解释。由于我国立法的过程中奉行“宜粗不宜细”的原则,因此许多法律都需要法院在审判的过程中进行相应的解释。本来法院进行解释应当是进行个案进行,因为法院没有制定一般规则的立法权。但是鉴于目前我国法学教育整体落后,地方法院法官的法学素养参差不齐,为了统一审判的尺度,故而对于每一部民事法律都有一个司法解释。该司法解释对于各级法院在审判案件时具有拘束力,甚至超过了法律本身的效力所以也作为法律渊源之一。这些司法解释主要有:《关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见》、《关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿赔偿责任若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》、《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》、《审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等。

(二) 习惯法

世界各国均承认习惯法作为法律渊源。例如《瑞士民法典》第1条规定“有法律从法律,无法律从习惯,无习惯从法理。”中华民国时期的《民法典》第1条规定“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”对于该条中所规定的习惯,现在仍然适用《中华民国民法典》的台湾学说上“通说认为系指习惯法而言,须以多年惯行之事实及普通一般人之确信心为其成立基础。”^{〔5〕}我国《民法通则》虽然没有明确规定习惯法可以作为法律渊源,但是习惯法成为法律渊源也为我国法学界的通说。

(三) 国家政策

《民法通则》第6条规定“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”由此可见国家政策在我国也应当作为法律渊源。^{〔6〕}

〔5〕 王泽鉴:《民法实例研习·民法总则》,台湾1998年9月出版,第26页。

〔6〕 这里有如下两个问题需要研究:何谓国家政策?国家政策与习惯法的优先适用顺序为何?

第二讲 民法的基本原则

一、基本原则的含义

所谓基本原则是指,贯穿于整个民事法律体系中,反映民法的根本精神和基本价值的,对各项民事法律制度和全部民法规范起统率作用的基本准则。

二、民法基本原则的功能

1. 指导民事立法。立法者在制定法律时首先要明确法律的基本价值追求,并将该法律价值转化为若干个基本原则,然后由这些基本原则出发,构建具体的法律规范,从而不至于背离立法的目的。

2. 指导司法。民法基本原则在法院适用法律解决民事纠纷的过程中具有不可替代的作用。这首先表现在法院在解释法律时应当依据基本原则而进行。所有的法律都需要经过解释而进行适用,这已经是法学界妇孺皆知的真理了。法官在解释法律从而将法律适用到具体案件的过程中就应当依据基本原则而进行,也就是说当法律可以作两种以上的解释时法官应当选择最符合民法基本原则的那种解释以解决纠纷。其次则表现在填补法律漏洞上。法律不可避免地具有漏洞,当出现法律漏洞没有可以适用的法律规范时,法官可以将基本原则予以具体化从而对案件进行处理。最后基本原则可以作为法官修改法律的工具。法律有时会出现就具体个案而言严重的不正义,此时法官应当依据基本原则对法律作出适当的修改,从而在个案中实现正义。换言之,此时基本原则成为法官衡平的工具。

3. 指导守法。民法既是裁判规范也是行为规范,当事人在依据民法实施行为行使权利和履行义务时也应依据基本原则来理解现行法律,不得背离基本原则所反映的基本价值判断,从而规避法律。

三、民法的各项基本原则

(一) 平等原则

平等原则是民法的前提性原则,民法的其他原则和制度都是建立在平等原则基础上的。民法平等原则有以下基本含义:任何民事主体在民法上都具有独立的法律人格,国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人,无论他们在行政法或者其他部门法