

**M**INFA ZONGZE ANLI CHONGSHU

---

# 民法总则

---

案例重述

**MINFA ZONGZE**

李显冬 主编

**M**INFA  
ZONGZE ANLI CHONGSHU

中国政法大学出版社

● 中国政法大学法律硕士系列教材

# 民法总则

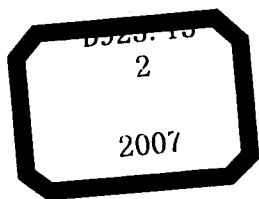
常凯主编

中国政法大学出版社

（北京）

ISBN 7-5648-3111-1

010011 010011



# 民法总则案例重述

主 编 李显冬  
副主编 孙 强 康淑娟

撰稿人 李霄鹏 孔德峰 李志娜  
彭 民 高 婷 杨兴辉  
孙晓鹤 施洪新 李 淙  
康淑娟 彭义刚 朱庆梅  
李 艳 温洪杰 姜 涛  
石文墨 高 健 王 帅  
李晓梅 李兆军 高 静

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法总则案例重述 / 李显冬主编. —北京:中国政法大学出版社,2006.8

ISBN 978-7-5620-2950-2

I.民... II.李... III.民法-总则-案例-分析-中国 IV.D923.15

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第102313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 28.375印张 550千字

2007年3月第1版 2007年3月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-2950-2/D·2910

定价:32.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

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 zf5620@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,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

## 自序

经过几年的努力,这本《民法总则案例重述》终于完稿了。

从1979年跨入政法学院的大门算起,接触民法至今已近30年;从大学毕业走上讲台讲授民法算起,也已20多年了!

这些年来,本人的确深深感到,民法研究是一门值得你将一生奉献给她的博大精深学问。特别是作为访问学者到西方进行过比较研究归国之后,自己也说不清是怎样即开始陷身于各种民法课程的讲授,以后又搞律考辅导,还有研究生课程班讲授,听说自己被冠以了一个“民法讲课机器”的雅号。

在自己也数不清的一轮又一轮的重复民法的理论体系之后,虽然体力上的消耗已经达到了人的本能的极限,奇怪的是,正像江平老师说过的那样,却似乎在民法的讲授之中找到了人生的乐趣。对我这样一个而立之年才上大学,快到不惑之年才上研究生,40多岁才出国留学,知天命之年才拿到博士学位,快退休了又来担任博导的,一个总只能赶末班车的学者来说,在如此之多次的复杂的倍加的重重复劳动之中,自己终于开始感悟到了:民法的“博大精深”就在于其理论体系的完整性。民法理论的学习也罢,民法理论的考试也罢,其实都离不开构成其完美体系的那些基本要素,即通常我们所谓理论要点。亦即所谓“基本概念、基本制度和基本理论”这“三基”。这也是本书所阐述的重点。

几乎每一次授课之后,都有学生会来提出请求,询问我的讲稿是否能提供给他们,在复习中参考。我也知道,一个称职的老师的确有义务写出一套具有自己特色的讲义,以供选自己课的学生在学习中使用。而使自己深感汗颜的却是,目前的此种体制使自己这样授课多年的老教师也难以做到每个人都能随时向学生提供具有自己特色的讲义。

所以,在这样一种使命感的驱使下,当然也是遇到了市场需求这种难得的机遇,我抱着总结自己几十年来学习和讲授民法的一点感受的想法,将自己那份改得已不成样子的文字讲稿,在改成《笔记》、《概要》、《教程》、《讲义》出版了几次的基础上,又吸收

近年来各种民法教学和研究成果,整理出了这本概括自己民法案例教学与理论研究特点的所谓《民法总则案例重述》。

本书的出发点是想让同学们在把握民法理论体系时,能有一个简洁、通俗、易于记忆又较为系统全面的理论要“点”。我自己以为,实际上我在这本概要中真正所能作出自己特色的,仅仅是在当了许多年教师之后,再老老实实地做一回学生,站到学生的立场上,按学生的要求,将如此之多的大师们的教程,再加上不断汲取到的法官们在司法审判实践中始终从事的,将其解决实际问题的临时措施定型化为案例的研究和适用法律的成功经验,以期采他山之玉的大旨,搞成通过案例学民法的案例重述,以望能真正为法律入门之人、为应付司法考试的各类考生、也为从事审判实践的法官们提供一部案头必备,以“听得懂、记得住、用得上”为其特点的读物。

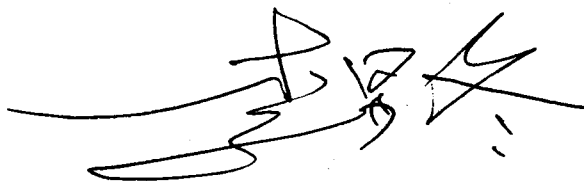
本人涉猎案例研究最早要追溯到跟着张佩霖老师搞《通过案例学版权》,后来自己也组织过教研室的同仁完成了一本流传颇广的《民法案例精析》,后来就是随杨振山老师从事《民商法实务研究》丛书的编撰了。由杨老师带领我们完成的《民商法实务研究》这部丛书,自己担任了其中几部的副主编的工作。此丛书由山西经济出版社出版,共有十几本之多。从1993年第一本《总论卷》付梓刊印,到2001年《票据卷》出版发行,历时将近10年。这套丛书有较高的参考价值,深受广大学生和法律实务界人士欢迎。不仅很多实务部门的同志屡屡向我提起这套丛书,而且仅从10多年后依然能以出版这一点看,不敢说此书一直热销,起码可见其尚有市场需求。

可以说一系列案例研究书籍的编撰过程,培养了我案例分析的基本功。平时,很多学生向我请教学习法学的窍门。我常常对我的学生说:“讲法律就是讲法律关系,讲法律关系就是讲案例。”在参与中央电视台《今日说法》等栏目创作及策划的过程中,我总结的经验是,搞法制宣传离不开案例的宣传;搞案例就是搞法律关系;一个小小的节目中,要想讲清问题,只能谈一个问题。这些再实际不过的感受,其实就是我在课堂中的一点感受。

在这本书的成书过程中,我的原来已毕业的研究生李霄鹏、孔德峰,即将毕业的李志娜、彭民、高婷、杨兴辉、孙晓鹤、施洪新、李淙,在读的研究生康淑娟、彭义刚、朱庆梅、李艳、温洪杰,还有刚入学的研究生姜涛、石文墨、高健、李晓梅、王帅等同学,都参加了案例的收集与整理工作。全书成型之后,康淑娟和李兆军、高静等同学进行了文字整理与资料勘校工作,特致谢忱。

正因如此,商品经济的大潮如此汹涌澎湃,社会在发展,历史在前进,特别是案例这一结构是一个灵活并不断发展的体系,不能仅仅依靠概念分析、演绎推理去理解和发现它们,只能从积累的经验中抽象出规则而来理解它们与其他法律规范之间的联系,自然,本书的不足之处,也就只能留给时间,在再版时不断予以充实和补正了。

最后需要提醒读者注意的是,信息社会的迅猛发展,早已超出了我们个人经验的范围。网络的使用,特别是“Google”和“百度”等搜索网站的出现已极大地改变了我们的资料搜集和获取方式,故本书特别注意对经典案例的概括与浓缩,同时又非常仔细地注明其准确出处。毋庸置疑,时至今日,只要有了精确关键词,在网上找到案例的基本内容对每一个人,只要上网,应该都是不难的一件事情了。

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name '李锐' (Li Rui), written in a cursive style.

2006年9月于中国政法大学

# 绪 论

## 《案例与法》

——兼论两大法系的法律方法论之异同<sup>〔1〕</sup>

李显冬

### 一、案例研究在法学教育中的地位和意义

(一) 案例研究是法律学习目的所决定的不可或缺的内容

中国人历来认为,学习和研究的目的就在于运用。学习法学的目的就是为了运用,故对于学习法律的学生来说,要想学好法律必须有正确的方法。由于法律教育的成败和得失事关国家法治的盛衰,无疑在法学教育中,对法学教育方法的研究,意义重大。

法学是一门实践性极强的科学。就其本质而言,法无非是在人类社会中对整体秩序具有规范作用的,并以人们的外在行为作为其调整对象的一种行为规则。民法是调整平等民事主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。当某种社会关系受到民法的调整和规范的时候,这种社会关系就成为民事法律关系。

法律的适用,是指将法律规范适用于具体案件以获得判决的全过程。当某一具体的法律规范规定,具备某种构成要件的时候,就会产生某种特定的法律效果;如果待决案件的事实符合这种构成要件时,该待决案件事实就应当产生这种特定的法律效果。法律能否正确而有效地实施,取决于人们对立法意图、立法目的、立法精神和原则的正确认识和理解。具体来说,就是对案件所包含的社会关系的正确认识和理解。

所以,从某种意义上说,适用法律的过程,也就是依据法律的有关规定来分析判断案件中所包含的社会关系的过程。正因如此,在进行这种法律适用的逻辑推理之前,先得寻找出可以适用的法律规范。找法的结果无非有三:一是有可以适用的法律规

---

〔1〕 在我上研究生期间,杨振山老师是民法硕士研究生导师组的组长,我毕业留校后,他是教研室主任,我是党支部书记,一直在他身边。在此期间,杨老师带领我们,完成了《民法案例精析》和《民商法实务研究》两部著述,这篇文章就是我当时学习和研究案例教学的一点体会。1999年我随江平老师、谢怀斌老师、杨振山老师等去台湾进行学术交流时,这篇文章是我参加交流的学术论文。杨振山老师不幸逝去的消息突然传来,思绪万千,自己写下了一首挽诗,以资怀念:“扬名天下,名振四方,水长山高,鬼雄亦强。”现将此文修改补充后予以发表,以表达对杨老师的哀思。



范；二是没有可适用的法律规范；三是虽有规定，可由于其过于抽象，必须加以具体化。无论哪种情况，均需对法律规范进行解释，或使之系统化；或使漏洞得以弥补；或使法律规范的价值得以补充。<sup>〔1〕</sup>故德国萨维尼氏曾说过：“解释法律，系法律学之开端，并以其为基础。”梁慧星教授进而发挥说：“法解释学作为科学的实用法学，并不是以法律解释本身作为目的，而是以裁判的先例为素材，以预见将来的裁判为目的。”

可见，无论是法律的学习，还是法律的适用，都不可避免地要涉及到案例研究问题。这是因为，法律本身，特别是条文本身是死的东西，如果我们的学生仅仅注重于法律注释的研究，孜孜于法律，甚至孜孜于字义的解释，而忽视了关于法律的运用，特别是不能以活的头脑来解释死的法律，那么其既没有把握法律学习的真谛，忘记了“法学理论的研究，乃是法律真正科学的研究；”<sup>〔2〕</sup>又由于此种学习方法养成的动力定型，而使我们的学生往往在遇到某种事实没有现成的解释例可适用时，就变得迷茫不知所措。

## （二）案例教学是学生在法律学习中的必不可少的方法

显而易见，一个法律院校并非只要挂一块法学院的牌子，再开几门法律课程，就算在办法律教育。法律教育当然首先是为了培养法律人才，<sup>〔3〕</sup>法律人才当然得掌握法律知识。而要掌握法律知识，又必须先弄懂法律是怎么一回事。在大陆法系各国，各种法学知识的学习，一般来说，是要求学生要掌握基本概念、基本制度和基本理论。无疑，学习理论的目的就是为了运用，掌握了法学基本理论还是不够的，学生还得学会运用法律。

正因如此，学习法律的学生绝不能仅仅专注于法律条文的分析，更不能只对现行法律条文穿凿附会，而应当在法律条文之外，对社会变迁、社会现状、社会发展趋势，有相应地了解，而要做到这一点，研析各种案例便是最便捷的途径之一。故学习法律的学生，在将必要的社会科学作为基础课的同时以及在学习各种法律学科的过程中，都应以及各种方法注重对典型案例的研析。

依分析法学派的研究方法，旨在鉴别法律现象的共同要素，侧重于分析解剖具体法律的成分与构成，而脱离了典型案例的形象思维，学生往往难以把握抽象规定的度与量。

历史法学派中从法律的发源与成长中来推求其原理和原则。而即使在大陆法系中，几乎每一个原理和原则也都能找寻到其藉以发端的著名案例。

哲学法派是以抽象的伦理目光，来批判现实的法律。不通过现实的案例，何以得知现实法律的弊端。比较法学派的研究方法，是以各种法制比较其异同为方法。收集

〔1〕 王泽鉴：《民法实例研析·基础理论》，（台北）自版，第116～120页；杨仁寿：《法学方法论》，三民书局有限公司1987年修订版，第119～121页。

〔2〕 Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2d ed. p. 133.

〔3〕 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第11页。

材料的标准虽有不同,但案例无疑是其重要的内容。而社会法学派崛起以来,法律的研究方法,形成了重大转变,倾向于实际的、广义的、功用的研究。过去从现实法上发挥其空洞的理论,或者拿空洞的理论来解释现有的法律的学风,已经逐渐从理论研究发展为实际研究。目前,各国的学者均认识到,过分偏于理论,往往用非所学,难以致用,理论脱离实际。所以,不论是大陆法系中的德国学者,还是英美法系的学者,近世以来,在著作方面、讲授方面和课程编制方面,都以案例研究和问题为主要的研究方法。<sup>[1]</sup>

所以,学法律,不但要学条文,学司法解释,更要研究判例。

### (三)案例分析是法学学生的基本功

由于在英美法系,不成文的案例法,特别是一些高级法院的著名法官的判例,实际上起着法律的作用。因此,判例法的学习就成了英美法系法律大学生课堂学习的主要内容,顺理成章,案例分析也就成了学习法律的大学生的最基本的学习方法。

在大陆法系国家,尽管不承认法官的造法作用,但事实上在成文法之外,依然不能完全否定判例的参考作用。可以说,无论在理论上,还是在实践中,判例对任何一个法系都具有一种不可或缺的作用。大陆法系的理论抽象,讲究围绕法律关系进行法学理论学习和研究,案例就是现实法律关系的概括和抽象。研究法律关系无疑需以案例分析的本领为前提。

### (四)正确地分析案例是法学理论学习效果的检验标准

法学以法律现象为研究对象。法学与一般社会科学不同,其不但以现行法为研究对象,而且要以构成对人类社会有效的规范体系为自己的任务。为了使现行法达到维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序的目的,以为立法和法律解释等法律实务提供必要技术为目的的实用法学,必须针对具体的案例事实。显而易见,其必须将判例的分析作为其重要的内容。

对一个真实的案例来说,搞清案情即案件的客观情况,这其实是个证据问题。就课堂学习而言,学生的任务,只是需要从仅剩下最基本的社会关系的案情介绍中,一步步地找出其所包含的全部法律关系来。换句话说,分析一个案例时,只要学生弄清楚其中所包含的一层层的法律关系,正确认定了这些法律关系的性质,也就知道了各方当事人究竟享有哪些权利,同时又承担哪些义务。

法律被正确适用的过程,无疑是以一个具体案件得以正确分析为基础的。案例分析在实践中的重要意义,决定了其在理论学习中的重要地位。

## 二、案例研究在法律方法论上的意义

由于历史的原因,中国的法律现代化一开始就囿于大陆法系的巢臼之中,中国近代的最早的民法和民事诉讼法都是主要模仿大陆法系国家的。众所周知,我国目前的

[1] 孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第43页。

民法和民事诉讼法在理论体系上,也都是属于大陆法系类型的。随着改革开放的不断深入和发展,我们与英美法系国家的交往愈益密切。而且,在我国诉讼法修改以后,祖国大陆的诉讼制度正在由“纠问式”向“辩论式”演化。虽然诉讼程序在法律上已改变了辩论式,而实体法却依然是法典化的。故案例对研究两大法系有了更加现实的意义。

#### (一)普通法的遵循先例与大陆法的三段论

美国法学家梅利曼在《大陆法系》一书中说过:“两大法系在司法程序中的重大差异,并不在于两种法院实际上在做什么,而在于它们各自占传统地位的社会习俗观念要求法院应该做什么。”〔1〕梅利曼认为,两大法系的真正差异在于法典编纂的思想、法典系统化和概念化的程度以及对待法典的态度不同。〔2〕我国法学界的通说也认为,两大法系的区别在于法律方法论的不同。

普通法系国家,法院在处理具体案件的时候,首先要探讨以前类似案件的判决,并从中找出适用于所要处理的案件的一般原则。此即所谓的遵循先例的原则。普通法系民法的结构,不是理性逻辑的,而是以判例法为基础的经验体系,通过一定的原理而不是概念,将主要散见于庞杂的有效判例中的规则联系起来。这一结构是一个灵活和不断发展的体系,不能依靠概念分析、演绎推理去理解和发现法律,只能从积累的经验中抽出规则以及理解它们的联系。故此,英美法系民法的体系是大陆法系所难以理解的,这个经验的体系由于无须文字表达的逻辑综合,因而在结构上看起来似乎是庞杂无章的,但在英美法律职业者看来,此种体系却是最好的。它是一个以法官的“语言”构成的体系,这个体系特别适合于社会的发展,也适合于法官发挥作用。〔3〕

而在大陆法系国家,对这种“遵循先例”的原则却完全持否定态度。他们至少在理论上不承认任何法院的司法判例具有法律效力。下级法院在法律上不受上级法院判例的约束。大陆法系国家在处理案件时,首先考虑的是制定法所确定的一般法律准则,传统民法学运用了一个单纯的逻辑模式作为法律适用始终应遵循的方法,称之为确定法效果的三段论法。〔4〕在这个逻辑推理的三段论中,一个完全的法条构成大前提;而将具体案件事实归属于法条构成之下的过程,构成小前提,最后得出结论。法官俨然像一个机器操作工,只能谨慎地活动于立法者所设定的框架之内,把法学家创造出的“系统、清晰、逻辑严密”的法典适用于具体的案件事实。

可是,任何规则总有例外。长久以来,三段论在司法实践中得到了一致的应用。但是当代越来越多的法学家发现,三段论法的模式不恰当地过分简化了法律适用的过程。在法条就构成要件以及法效果相当精确的场合,三段论的清楚适用问题不大,但

〔1〕〔美〕梅利曼:《大陆法系》,知识出版社1984年版,第53页。

〔2〕〔美〕梅利曼:《大陆法系》,知识出版社1984年版,第5页。

〔3〕龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第84页。

〔4〕〔德〕拉伦茨:《法律方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1999年版,第168页。

是,事实上,法律中的多数法条是不完整的,往往要运用不确定的概念或者需要填补的标准,而这些通过归纳法抽象出来的一般原则,不论其有多大的概括性,当其适用于特殊的案件时,总难免会产生不公平的结果。王利明先生说:“当今世界法治发展的趋势表明,判例法未因成文法的发达而湮没在浩如烟海的法典及法律之中,相反,判例法在法律的创制、解释及填补法律漏洞上所发挥的作用,使其地位比以往任何时候更加突出。”〔1〕

## (二) 务实的普通法系的法官与大陆法系抽象理论研究传统

西方法学界有一句名言:普通法是由法官创造和建立起来的。〔2〕普通法从最初创立,到后来形成和发展,都离不开法官的贡献。正是由于法官们逐案严密地进行推论,才建立起这样一个法律体系,使以后的法官只能服从“遵循先例”的原则,依据案例处理类似的案件。

而在大陆法系国家,则在理论上排斥法官对法律的解释权。大陆法的传统理论认为,不论法官对法律作何解释,这都意味着“法官立法”,而法官只应当执法。

因此,西方的法学家说,普通法的法学家是务实的,而大陆法系的法学家只注重抽象的理论研究。

## 三、判例在民法渊源中的重要地位

### (一) 英美法中对判例法的优先适用规则

在英美法国家,判例法处于优先适用的地位。只有在判例不敷应用之际,才适用其他法律渊源。其实,两大法系的审判模式的形成,都是在各自特定的历史环境中,由于政治、经济、法律文化、民族传统种种因素的相互影响,逐步演进,通过一个长期的发展过程,才最后形成的,而且它们至今依然可以说还在不断有着新的变化。

审结案例不但直接反映了法官对案件的分析能力和执法精神,而其可以直接展现法官的法律意识以及其对立法的理解;同时,案例的具体情节还反映现实的社会现象,特别是经济发展状况,以及法治建设水平。成功的优秀案例,可以使法官处理同类或类似案件时,作为重要的参考资料,起到示范作用。所以,案例的研究,本身就是总结法官办案的经验,提高审判水平的一个有效途径。在大陆法系同样如此。

权威法学家都公认,简单地评判不同法系的优劣实际上是个愚蠢的问题。任何理论都渊源于社会实际,是社会实践的反映。在对待案例的态度上,尽管两大法系理念不同,但都不否认案例在司法审判实践中的重要作用。

### (二) 中国古代“律例并用、以例辅律”的案例法

1. 中国古代作为法律渊源的判例法。先例一直在中国固有民法中居于某种主导性的地位。学者所称的作为法律渊源的判例法,是指由法院在裁判过程之后所作出的

〔1〕 王利明:《中国民法案例与学理研究》序言,法律出版社1998年版,第1页。

〔2〕 [美]梅利曼:《大陆法系》,知识出版社1984年版,第37页。

那些判决例而形成的法律。英美法系以判例法为重要法源,故其各级法院便有系统的判例汇编向公众公布;大陆法系国家凡是承认判例有补充制定法效力者,也都有官方出版的判例集。<sup>[1]</sup> 强调“个案裁判就是法律”是英美法学家的名言。<sup>[2]</sup> 众所周知,在大陆法系法院原则上是不受自己、同级或上级法院所作出的判决的拘束的,不过这并不妨碍其同样可以产生判例法。在司法实践中,往往一项判决作出之后,再遇有同样的案件发生,只要没有特别反对的理由,必然仍会作出同样的判决。故可见,“以同样判决屡经援用,人民之间遂成为习惯法而发生法律的效力。此即所谓判例法。”<sup>[3]</sup>

中国古代虽没有像古代罗马人那样,将业已存在的民事法律制度整理成逻辑严密的民法典或条例清晰的教科书,却只是本着息事宁人的宗旨,满足于合情合理的判定实际案例。<sup>[4]</sup> 故而,需要注意的是,先例一直都在中国古代法中居于一种主导地位,诸多裁判案件的汇集都可以证明这一点。<sup>[5]</sup> 恰恰就是通过审判机关所累积起来的判例,中国固有民法同样形成了一个能够与社会生活的一切局面相对应的统一完整的规范体系。<sup>[6]</sup>

2. “律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用。”中国固有民法的演化规律,先是“以例辅律”,逐渐“例律并行”,最后“以例破律”。所谓“例”,即成例汇编,是在汉代“比”的基础上发展起来的一种法律形式,但明清法规以律为主,律外有例、诰、令、条例、则例、会典等;特别是经常以奏准的例来补充律文的不足。<sup>[7]</sup> 明清时期律例合编。清律继承和发展了明律的有关规定,清朝法典分为“律”与“例”两部分,律是正文,例是附例。“凡律令该载不尽事理,若断罪无正条者引律比附,应加应减,订拟罪名,议定奏闻。”“律不尽者著于例,……有例则置其律,例有新者则置其故者,律与例无正条者,得比而科焉,必疏闻以候旨。”而且《则例》又与“律令相表里”,在法源上具有统一性。<sup>[8]</sup> 以至于有学者说:“清以例治天下,一岁汇所治事为四季条例。采条例为各部署则例。新例行,旧例即废,故则例必五年一小修,十年一大修。采条例以入会典,名为会典则

[1] 大理院书记厅编,收录民国元年(1912年)7月至民国三年(1914年)7月民刑事判决。

[2] 陈传法:“法的移植简论”;载《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第6页。

[3] 史尚宽:《民法总论》,台湾正大印书馆1980年版。

[4] 怀效峰:《明代民事判牍研究》(序),广西师范大学出版社1999年版。

[5] 王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第41页。

Jamison Translations of Leading Cases, China Rev., XVIII, No. 33. (1889); Ernest Alabaster, Notes and Chinese Supreme Court Decisions, (Peking, 1923), 又见 Wigmore, Panorama of World's Legal System (1929), I, 第179页及以下页。

[6] 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括法源——情、理、法”,载《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第73页。

[7] 张晋藩:“中国法制史发展概论”,载《中国法学》1984年第2期。

[8] 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第120页。

例,或事例。”〔1〕据考证,嘉庆十六年“清厘例案之时”,皇帝曾发布上谕,“著各该堂官等择其在署年久、熟谙政务、平素端谨之人,责令详慎编辑,务使义意贯通。词句明显,以便永远遵守。”〔2〕嘉庆的这一上谕后被载入了《钦定户部则例》“通例”门中。而在同治四年《户部纂辑则例》中更明确地规定,“旧例有与现行之案不符者,逐条逐案详查折中”;采取的办法是:“例均舍案存例,案均改例从案。”即是说,当现行之案较多,而例与之相矛盾时,将案上升到例,即所谓“新例”,而原例或删除,或作为案保留在例中,以体现不以案废例的原则。〔3〕可见,到清朝业已形成一系列比附范例作为审判时所应遵循的先例。〔4〕

总之,例与律的地位随时代的变化而有消长,基本过程是:先是以例辅律,逐渐例律并行,最后以例破律。荀子曾说过:“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也。”〔5〕武树臣认为:这即为荀子提出的司法审判原理。其含义即是说:“在审判中,有现成的法律条文可援引的,就按法律条文定罪科刑,没有法律条文的就援引以往的判例,没有判例就依照统治阶级的法律意识、法律政策来定罪量刑,创制判例。”〔6〕

考证还说明,例如在清代时,习惯法和判例法都是审判机关处理案件时的重要法律渊源。由于此种“例”其实是对成案中包含的法律原则的高度抽象,而适用成案事实上又是清代法律适用的一项原则,以至于清朝号称“以例治天下”。〔7〕

3.“定例”是中国古代成文法的重要组成部分。中国古代同样存在着实质意义上的判例法,认为中国古代是所谓“混合法”的学者说:“中国存在着实质意义上的判例法乃至判例法体系。在清代,已经存在着一种判例法的形成机制,经过这种机制抽象出来的例,体现了若干禁止性授权性的规范,因而成为一种可以普遍适用于其他相关案件的法律原则。因此,清代不仅存在着判例(成案),也存在着判例法(定例),而且存在着判例法体系(大清例的体系)。”〔8〕

《大清会典则例》明文规定了各部事例,“有与律义相合者”采入律例的原则。〔9〕

〔1〕 林乾、张晋藩:“《户部则例》与清代法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第121页。

〔2〕 《钦定户部则例》(同治十三年本)卷九十八,《通例》。

〔3〕 林乾、张晋藩:“《户部则例》与民事法律探源”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第118页。

〔4〕 张晋藩:“清律初探”,载《法学研究》1979年第1期。

〔5〕 《荀子·王制》。

〔6〕 武树臣:“中国古代法律样式的理论诠释”,载《中国社会科学》1997年第1期,第135页。

〔7〕 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第108页。

〔8〕 何勤华:“清代法律渊源考”,载《中国社会科学》2001年第2期,第131页。

〔9〕 乾隆《大清会典则例》卷一百二十四,《律纲》。

修订律例时,事关罪罚,应入例者纂入律例。<sup>[1]</sup>故有人认为:在封建社会后期,“律”仅规定大的原则,而“敕”、“例”等则从各个具体方面予以补充并可进行一定幅度内的修正。那些作为大原则的“律”是相对稳定的,很少进行修改,而起实际作用的那些附属立法如“例”,则会因时因地频繁修订,此即所谓“律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用”。<sup>[2]</sup>无疑在民事法律调整中,这一特点尤为突出。

故可见,只要我们不坚持那种僵硬、狭隘和陈旧过时的实证主义的法律定义,都可以看清楚,在中国运用法律来实施统治是一种极其久远的传统,自秦汉以后,不但每个朝代都有大量的法律典章流传下来,而且这些条例随时损益,体现着有关社会变化的大量信息。<sup>[3]</sup>所谓“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也”在中国古代民法这个领域,难道不更是如此吗?!

### (三)成文法国家判例的弥补作用

在中国这样的成文法国家,不论是民法,还是其他的一些法律,虽然可以通过立法和司法解释等手段,来不断地弥补现行立法的不足,但不论将民法的渊源扩充到何种范围,只要其中还没有包括进判例,想要以单独一部民法就能囊括社会生活中的一切社会关系,显然是不切实际的。这就是所谓成文法的局限性。对于审判实践中遇到的,许多属于民法调整范围内的,但民法又没有明文规定的社会关系,事实上,任何国家都不得不通过判例的方式来予以调整。就是成文法中的运用法律的基本原则、理解立法者的意图及法律精神、扩张解释某些条文的含义等手法来适用法律;或者对在适用范围、条件等方面规定不明确的条文,也须运用各种法律解释学的方法对其进行解释,而这一切,其最终均需体现在审结的案例中。毋庸置疑,由此形成的案例,对司法实践有着重要的指导意义。对其进行系统的整理和研究,具有不言而喻的价值。事实上,我国的许多类似情况,就是通过最高法院对判例的认可来予以规范的。日本学者尾高潮雄说过,法解释学的作用不仅在于理解法律,而且常常起着造法的作用。

所以,研究业已表明,中国固有民法的一个重要特点恰恰就是正律以外各种广义的法律,相互配合,才构成了一项项调整民事生活的具体的法律制度。尽管中国历代法典均无明确系统的时效法律制度的规定,但以有效调整民事关系的各种单行法为主干而构成的民事法律规范体系,同样可以形成中国古代的时效制度,而且即使以近代民法的标准来予以考察,似乎也相去并不甚远。

也正因如此,在我国漫长的古代社会中,虽然没有一部集中的民法典来调整财产关系和人身关系,但却通过各种单行的法令条例对有关物权、债权、婚姻家庭方面的各

[1] 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《崇德会典》·《户部则例》及其他,法律出版社2003年版,第76页。

[2] 曾宪义:《中国法制史》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第7页。

[3] 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第15页。

种民事法律关系进行着有效的调整。<sup>[1]</sup> 故而必须注意的是,中国固有民法首先并不局限于律典。

众所周知,中国古代“法外有法”,律与其他各种法律形式并行。<sup>[2]</sup> 从秦开始,法律的主要形式统称为律,如《秦律》、《汉律》、《明律》、《清律》等。但除此以外,还有其他多种法律形式。例如,汉、魏六朝,律令之外,还有“科”与“比”。科是“事条”;比是“类例”。唐代律、令、格、式并行。“律”是主要的法典,规定罪名和刑罚;“令”是皇帝的命令,规定贵贱等级方面的重要制度;“格”是关于官吏办事规则的规定;“式”是官署通用的公文程式。在这四种形式中,以律为纲,以令补律的不足,以格、式辅助律、令的施行。此外还有各种独特的形式,如宋代有《编敕》,就是帝王的诏书和命令的汇编;明、清有《例》,它是和“比”相类似的成例,但不一定有具体事例;明还有《大诰》。这些法外之法的存在,特别是它们不断增多的情况,不仅仅说明了封建法网日趋严密,封建专横的越来越苛刻和封建法制的越来越濒于崩溃,<sup>[3]</sup> 而对我们理解中国固有民法来说,有其更加重要的意义。可以说,恰恰就是正律以外各种广义的法律,相互配合,才构成了中国古代一项调整民事生活的具体法律制度。以至于有学者说,如果我们仅仅依据《大清律例》的例文那样的成文法,是不能全面了解古代相关法律的变化,甚至会出现诸多的“误读”。<sup>[4]</sup>

近年来,法律史研究中对正律以外的大量史料的考证再一次说明:既然中国古代曾有辉煌的国际和国内贸易是不争的事实,且调整这些社会关系的大量的行为规则和裁判规则的存在亦毋庸置疑,那么,只要转换思路,从实质意义上的民法渊源的角度来看问题,就不但可以发现中国古代固有民法的实在体系,而且能够概括出其特有的调整模式,这无疑对目前我国民法典的编纂,同样具有重要的现实的意义。

中国古代肯定没有形式意义的民法,但“有法制必有法典”的思维定势显然有欠妥当,中国古代不可能没有实质意义上的民法。历朝法典中凡户婚钱债田土等事抽取入律,既然狭义的实质意义上的民法,其仅为私法之一部,故而从广义的实质意义的民法的角度来看,凡有法律实质者不问形式皆可谓之。在时效问题上,不就是一个较为典型的例子吗?这样,中国古代有无民法的争议因此也就迎刃而解,不应再成为问题。可见,以成文法为表现形式的民法的直接渊源之外的民法的间接渊源,即法律之外的其他法源,是我们理解中国固有民法法律渊源的多元结构的关键。

此外,中国古代“说经解律,引礼入法”,礼作为伦理道德和社会规范的总和,是调整民事法律关系的特殊形式的法;农业社会中的家族法,无疑是稳定财产与人身关系

[1] 张晋藩:“论中国古代民法研究中的几个问题”,载《政法论坛》1985年第5期。

[2] 饶鑫贤:《中国法律史论稿》,法律出版社1999年版,第62页。

[3] 饶鑫贤:《中国法律史论稿》,法律出版社1999年版,第63页。

[4] 林乾、张晋藩:“《户部则例》的法律适用——兼对几个问题的回答”,载朱勇主编:《崇德会典·〈户部则例〉及其他》,法律出版社2003年版,第77页。



的基本行为规范;而且这两者都是中国古代对国法的重要补充形式。主要是对民事法律关系进行调整的传统习惯法,是弥补制定法不足的固有民事法律规范;地方官对习惯的认可,使得调整利益冲突的一整套地方性的行为规范得以确立。国家对民间交易习惯的适度放任,又表明中国古代也有“凡是不违法的就是合法的”理念。特别需要人们注意的是,中国古代“民有私约如律令”的理念,说明当时通过违法惩处而赋予了契约以法律效力。而中国古代“律例并用、以例辅律”的案例法,使古代民事诉讼“有法则以法行,无法则以类举,听之尽也”。这不但证明“定例”是中国古代成文法的重要组成部分,而且说明中国古代存在着实质意义上的判例法。

#### (四)判例研究是促进法律进步的必要途径

有人说,近代立法中,有一种成文法与判例法融合的趋势。<sup>[1]</sup>在成文法系国家,需要对法律作出解释。法学家强调,解释法律,不宜拘泥于法条文字,应当找出隐藏在某一规定之后的法理或一般原则,以适用于法律没有明白规定的事项,这是法学和法院的权利与义务。

而且,即使是在成文法国家,遵循先例的原则事实上也依然是法制的重要原则之一。否则,不但对案件事实相同的案件可能出现不同的判决结果,而且对同一条件下发生的同一事实,也可能出现不同的法律后果。而这两种情况的蔓延,无疑都会从根本上动摇民法作为行为规范的基本意义。

中国历史上第一部民法典草案《大清民律》的诞生是中国固有民法在旧律体系外的重构,“奉夷为师”、取法日本特别是转贖誉录于德日民法典的概念与制度,不但奠定了民国初年民法近代化的规范基础,无疑也给今天的中国民法留下了挥之不去的“潘德克顿法学”的理论印记。《民法典》的起草不但体现了一种理念的转变,而且预示着民法功能的演化。其分编起草、分别通过的潘德克顿的五编体制,适应现代社会需要的法律原则和法律规则,不但为法律的发展留下了自我开拓的空间,而且反映了当时对民法基础理论的深入研究水平。特别是《中华民国民法典》顺应当时现代立法的趋势民商合编法典,奠定了中国“民商合一”立法模式的基础;其《民法物权编》作为私有财产神圣不可侵犯的宣言,防患于未然以“定分止争”,特别是其“准诸本国习惯”来“移植西方法律”,在“移植的法”与“长成的法”之间寻求恰当的连接与交融,为我们今天的民事立法依然留下了宝贵的经验。

最近,民法学界学者再次主张,我国所要制定的民法典应是一部开放型的民法典,而不应是一部封闭型的民法典。无疑,所有的民法学者都想要制定一部反映中国20世纪民法的成就,而且能够影响21世纪的“世纪法典”。自然人们不禁要问:我们行将制定的《中华人民共和国民法典》与100年前即开始起草的,集中了那么多中国人的智慧的《中华民国民法典》,两者之间到底有没有关系呢?如果有,它们又是一种什么样

[1] 王利明:《中国民法案例与学理研究》序言,法律出版社1998年版,第1页。