

普通高等教育“十二五”规划教材

民法学

MIN FAXUE

主编◎黄小凤 罗海燕 冯志华

中国工商出版社

普通高等教育“十二五”规划教材

民法学

主 编 黄小凤 罗海燕 冯志华

主 审 孔庆来

中国工商出版社

责任编辑 刘安伟

封面设计 可可工作室

图书在版编目(CIP)数据

民法学 / 黄小凤, 罗海燕, 冯志华主编. — 北京 :
中国工商出版社, 2013. 9

ISBN 978-7-80215-651-7

I. ①民… II. ①黄… ②罗… ③冯… III. ①民法—
法的理论—中国—教材 IV. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 217936 号

书名/民法学

主编/黄小凤 罗海燕 冯志华

出版·发行/中国工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京明兴印务有限公司

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16 印张/18 字数/361 千

版本/2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号(100070)

电话/(010)63730074, 83610373 电子邮箱/zggscbs@163.com

出版声明/版权所有, 侵权必究

书号: ISBN 978-7-80215-651-7/D. 433

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

本教材是根据教育部关于大学生人才培养工作的意见与专业核心课程《民法学》教学大纲的要求编写的。教材编写的指导思想是从培养大学生深厚的法律理论出发,适应 21 世纪我国建设法制社会的实际需要;基本原则是在强调基础理论和基本知识的基础上,突出先进性、适用性和应用性。

本教材在使用时可结合本校实际情况,如学制进行调整。包括总论、物权、债权、知识产权、继承权、人身权六编共三十二章的内容。系统完整的编写了民法所涉及的内容。通过有关教学活动,使学生充分了解和掌握民法学理论的基本概念、基本知识和基本体系,熟悉民法的基本思想和基本制度,确立民法的法律意识,理解民法制度对于我国社会主义市场经济的重要作用,能够正确地运用民法规范处理民事诉讼纠纷,具备对民法理论的认识能力和民法实务操作能力。

本书由黄小凤主编,冯志华、罗海燕任副主编,孔庆来主审。具体分工:甘肃畜牧工程职业技术学院黄小凤(第一、二编,全书通稿、校对)、冯志华(第三、四编)、罗海燕(第五、六编)。

本书在编写过程中得到了甘肃畜牧工程职业技术学院的领导和同仁的大力支持,同时书中引用了大量的知名专家、学者的有关编著和资料,所有参考文献已列书后,编者对所有支持者、出版社、相关作者一并表示衷心的感谢!

由于我们的学术水平和编写能力有限,难免有纰缪之处,恳请使用本教材的师生和读者批评指正。

编 者

2013 年 7 月



目 录

第一编 总 论

第一章 导 论	(1)
第一节 民法的概念和调整对象	(1)
第二节 民法的本质	(3)
第三节 民法与相邻法律部门的关系	(4)
第四节 民法的渊源	(6)
第五节 民法的适用范围	(7)
第六节 民法的解释	(9)
第二章 民法的基本原则	(11)
第一节 民法基本原则概述	(11)
第二节 民法基本原则的内容	(12)
第三章 民事法律关系	(18)
第一节 民事法律关系概念	(18)
第二节 民事法律关系的要素	(19)
第三节 民事权利和义务	(23)
第四节 民事责任	(26)
第四章 自然人	(30)
第一节 自然人的民事能力	(30)
第二节 监 护	(32)
第三节 自然人的住所	(35)
第四节 宣告失踪	(35)
第五节 宣告死亡	(37)
第六节 个体工商户和农村承包经营户	(38)
第五章 法 人	(40)
第一节 法人的概念和构成要件	(40)
第二节 法人的本质	(41)
第三节 法人的分类	(42)



第四节 法人的民事能力	(44)
第五节 法人的成立	(45)
第六节 法人的机关	(46)
第七节 法人的住所	(47)
第八节 法人的变更和终止	(48)
第六章 非法人组织	(50)
第一节 合伙组织	(50)
第二节 其他非法人组织	(56)
第七章 法律行为	(60)
第一节 法律行为概述	(60)
第二节 意思表示瑕疵	(65)
第三节 法律行为的效力	(67)
第四节 法律行为的附款	(69)
第五节 法律行为的解释	(71)
第八章 代理	(73)
第一节 代理产生的原因	(73)
第二节 代理权行使与代理关系终止	(76)
第三节 无权代理	(78)
第四节 表见代理	(80)
第五节 商事代理	(83)
第九章 诉讼时效	(86)
第一节 时效概述	(86)
第二节 时效的分类	(87)
第三节 诉讼时效的适用范围	(90)
第四节 诉讼时效的分类	(90)
第五节 诉讼时效的起算	(91)
第六节 期日与期间	(93)

第二编 物 权

第十章 物权法基本理论	(95)
第一节 物权概述	(95)
第二节 物权法的概念、体系和特点	(96)
第三节 物权法的基本原则及其立法模式	(97)
第四节 物权法定原则与物权的种类	(97)



第五节 一物一权原则与物权的客体	(100)
第六节 物权的效力	(102)
第七节 物权的保护	(104)
第八节 物权变动的原理	(105)
第十一章 所有权	(108)
第一节 所有权概述	(108)
第二节 所有权的权能	(108)
第三节 所有权的分类	(109)
第四节 所有权的几种特殊取得方法	(114)
第五节 不动产相邻关系	(116)
第六节 共有	(117)
第十二章 用益物权	(121)
第一节 用益物权概述	(121)
第二节 土地使用权	(123)
第三节 承包经营权	(124)
第四节 典权	(125)
第十三章 担保物权	(128)
第一节 担保物权概述	(128)
第二节 抵押权	(130)
第三节 质权	(135)
第四节 留置权	(137)
 第三编 债 权	
第十四章 债法概述	(138)
第一节 债的概念和法律特征	(138)
第二节 债 法	(139)
第三节 债的要素	(140)
第四节 债的性质	(140)
第五节 债权与其他权利的区别	(141)
第十五章 债的发生与分类	(143)
第一节 概 述	(143)
第二节 合 同	(143)
第三节 侵权行为	(144)
第四节 不当得利与无因管理	(145)



第五节 债的分类	(145)
第十六章 债的效力	(148)
第一节 债的效力的意义与分类	(148)
第二节 债权的效力	(149)
第三节 债务的效力	(150)
第四节 债务不履行	(152)
第十七章 债的保全与担保	(157)
第一节 概 述	(157)
第二节 债权人代位权	(158)
第三节 债权人撤销权	(159)
第四节 债的担保	(161)
第十八章 债的移转	(166)
第一节 债的移转概述	(166)
第二节 债权让与	(166)
第三节 债务承担	(168)
第四节 债的消灭的概念与原因	(169)
第十九章 合同的基本原理	(171)
第一节 合同概述	(171)
第二节 合同的法律特征	(171)
第三节 合同的类型	(172)
第四节 合同法概述	(175)
第五节 合同订立的一般程序	(176)
第六节 合同的成立与生效	(178)
第七节 合同的履行	(181)
第八节 合同的解释	(183)
第二十章 几种主要的合同	(184)
第一节 买卖合同	(184)
第二节 借款合同	(186)
第三节 承包经营合同	(187)
第四节 承揽合同	(188)
第五节 运输合同	(189)
第六节 保管合同	(189)
第七节 委托合同	(190)
第八节 保险合同	(192)



第二十一章	侵权行为	(195)
第一节	侵权行为之债概述	(195)
第二节	一般侵权行为	(197)
第三节	侵权损害赔偿	(200)
第二十二章	不当得利和无因管理	(202)
第一节	不当得利的概念与性质	(202)
第二节	无因管理的概念与性质	(205)

第四编 知识产权

第二十三章	导 论	(208)
第一节	知识产权的概念与特征	(208)
第二节	知识产权的保护	(209)
第二十四章	著作权	(210)
第一节	著作权概述	(210)
第二节	作 品	(212)
第三节	著作权	(213)
第四节	邻接权	(218)
第五节	著作权的保护	(219)
第二十五章	工业产权	(221)
第一节	专利权	(221)
第二节	商标权	(228)

第五编 继承权

第二十六章	继承法概述	(232)
第一节	继承权概述	(232)
第二节	继承法的基本内容	(234)
第三节	继承法的基本原则	(235)
第四节	继承权的取得、放弃、丧失和恢复	(238)
第二十七章	法定继承	(242)
第一节	法定继承的概念和运用范围	(242)
第二节	法定继承人的范围和继承顺序	(243)
第三节	代位继承	(243)
第四节	遗产的分配原则和方法	(245)
第二十八章	遗嘱继承与遗赠	(246)



第一节	遗嘱继承的概念和特征	(246)
第二节	遗嘱的设立	(247)
第三节	遗嘱的变更、撤销和执行	(248)
第四节	遗 赠	(250)
第五节	遗赠扶养协议	(251)
第二十九章	遗产的处理	(253)
第一节	继承的开始	(253)
第二节	遗 产	(254)
第三节	遗产的分割和债务清偿	(254)
第四节	无人继承又无人受遗赠的遗产的归属	(256)
 第六编 人身权 		
第三十章	人身权概述	(257)
第一节	人身权的概念和特征	(257)
第二节	人身权的分类	(258)
第三十一章	人格权	(261)
第一节	人格权概述	(261)
第二节	具体人格权	(263)
第三十二章	身份权	(271)
第一节	身份权概述	(271)
第二节	具体身份权	(273)
参考文献		(278)

第一编 总论

第一章 导论

第一节 民法的概念和调整对象

一、民法的概念

(一)民法的语源

近代民法一语,是从罗马法之市民法(Jus civile)。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(Jus civile)与万民法(Jus gentium)之分。前者适用于罗马市民,后者适用于罗马法市民以外的人。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,Jus 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,乃庆应四年,学者津田真道由荷兰语翻译而来。中国民法学者梅仲协先生在所著《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 ctvil,译为今称。^①

中华历史上的中华法系,并无法律领域的划分,各种社会关系均由同一法律调整,即学说所谓诸法合一。历代封建统治者虽然重视法典编纂,但多为刑事法律只规定。少数涉及民事关系的户,婚,钱,债等,也仅以刑法制裁为限,实质上乃属刑法范围。一般民事关系主要由习惯法调整。中国在长期的社会历史中,没有形成独立系统的民法,其根源在于漫长的封建社会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占主导地位。商品生产和商品交换被限制在狭小的范围内,市场经济部发达。同时,统治者在政治上实行专制统治,个人自由平等权利等观念我从产生,因此不具备民法产生和发展基本条件。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。

(二)民法的概念

民法这一术语,主要在两种意义上使用。一是指“大陆法系”国家作为实体部门法之一的民法,又称为实体意义上的民法;二是指该部门法的法典,又称形式意义上的民法。

1. 实质意义上的民法

作为实质意义上的民法是指调整平等主体的自然人之间、法人之间、自然人与法人之间的财产关系和人生关系的法律规范的总和。在现代市场经济条件下,民法是一个国家最重要的基本部门

^① 梅仲:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。



法。在法律体系中,民法属于实体部门法,与行政法、刑法属于同一层次,是仅次于宪法的基本部门法。

实体法依其功能,分调整型与保护型两种。所谓调整型实体法,是指主要有行为规范构成的实体法。这类规范的特点是建立权利义务模式体系,诱导人们实施正常行为(肯定性行为),而不实施反常行为(否定性行为)。所谓保护型实体法,指主要由裁判规范构成的实体法。这类规范的特点在于建立假定及制裁的规范体系,而非建立行为模式体系。刑法属于保护型实体法。当然,裁判规范也对人们的行为起到间接的调整作用,但它的调整主要是通过制裁的威慑力量,遏制反常行为的实施。民法是人们日常生活的行为准则,以自然人、法人为规范对象,因而民法属于行为规范。只是当此种规范被他人违反时,自然人或法人向法院诉请裁判,法院才以民法为裁判准绳,于是民法成为法官的裁判规范。由此可见,民法主要属于调整型实体法,兼有行为规范和裁判规范的双重属性。

2. 形式意义上的民法

形式意义上的民法是指规定于一部法典内的体系化的民法基本规范,即民法典。自18世纪以来,西欧大陆法系国家尊奉国家主义的民法功能观,崇尚以逻辑演绎为基础的体系化方法论,因而民事立法多采用法典形式。民法典的经典模式有两种:一是法国式,^①及设人事编、财产编和财产取得编三编;二是德国式,^②即设总则、债权、物权、亲属和继承五编。严格说来,只有当总则这一立法技术成熟时,民法立法的体系化才算完成。我国自清末以来,民事立法即确立了法典主义思路。国民党统治时期曾制定了采用德国模式的民法典。新中国成立后,由于在相当长的时期内限制商品经济的发展,我国迟迟没有制定系统完备的民法典。1986年制定的《民法通则》并非民法典,而只是一部立法纲要。目前,我国已进入制定民法典的准备阶段,国家组织了专门的民法典起草班子。随着《合同法》的颁布和物权法草案学者建议稿和立法理由的完成,新中国第一部民法典有望在不久的将来诞生。

二、民法的调整对象

《民法通则》第2条规定:中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。这明确了民法的调整对象在于平等主体之间的财产关系和人身关系。

(一)民法调整的财产关系

民法调整的财产关系,是指平等的民事主体在从事民事活动的过程中所发生的以财产所有和财产流转为主要内容的权利义务关系。这种财产关系的特点是:

1. 在主体上,民法所调整的财产关系的主体在法律地位上具有平等性。这是由商品经济活动的平等性所决定的。

2. 在内容上,民法所调整的财产关系主要包括财产所有和财产流转关系。前者是指民事主体因对财产的占有、使用、收益和处分而发生的社会关系,后者是指民事主体因对财产进行交换而发生的社会关系。财产所有关系是财产流转关系的发生前提和民事主体追求的直接后果,财产流转关系是实现财产所有关系的基本方法。

3. 在利益实现上,民法调整的财产关系主要体现等价有偿的基本要求。商品经济活动要求民事主体在进行商品生产、交换的过程中取得对方财产的,须支付相应对价,从而使全社会物质资料的再生产和扩大再生产成为可能。

(二)民法调整的人身关系

民法调整的人身关系,是指民事主体之间发生的以人格关系和身份关系为主要内容的权利义务

^① 法国式的立法技术,源于罗马法学阶梯体系,故又称法学阶梯式。

^② 德国式的立法技术,源于罗马学说汇纂体系,故又称学说汇纂式。

关系。人身关系的特点是:

1. 在内容上,民法调整的人身关系主要是指人格关系和身份关系。前者是指因民事主体之间为实现人格利益而发生的社会关系。人格利益是民事主体的生命、健康、姓名、名称、肖像、名誉等利益,在法律上体现为人格权,如生命权、健康权、姓名权、名称权、肖像权等。身份关系是指民事主体之间因彼此存在的身份利益而发生的社会关系。身份利益是指民事主体之间因婚姻、血缘和法律拟制而形成的利益,在法律上体现为配偶权、亲权、监护权等。

2. 民法调整的人身关系与财产关系密切相关。虽然人身关系本身并无直接的财产内容,但有时候是特定财产关系发生的前提条件,如身份权是亲属之间取得财产继承权的前提。此外,对人身权的侵害可能给民事主体带来财产损失,受害人有权追究侵权人的财产责任。

第二节 民法的本质

如恩格斯所说:“民法的准则只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件。”在部门法的分类中,民法是规范商品经济的基本法,表述市场经济的一般条件,是民法的固有职能,是其他部门法所不具有的。民法的性质,就是对民法基本特点的归纳,它有助于对民法概念的把握;

一、民法是私法

民法调整的是平等主体之间的身份关系与财产关系,其所涉及的利益大都属于民事主体私人利益范畴,故民法理论一般都认为,民法究其性质而言属于私法范畴。

关于公法、私法的划分,一直以来,是西方法律史上源远流长的分类。关于公法、私法的划分标准,也一直是聚讼纷坛,争执不定,主要有利益说、意思说、隶属说、主体说等等。但无论对私法、公法的划分采用何种标准,都必须面对的一个问题,就是这种区分在法学理论以及司法实践中具有怎样的意义。

民法学者一般认为,强调私法、公法的分类,主要目的在于正确认识民事法律属于私法而不是公法,由此出发,才能正确摆正民法的位置,进而提倡所谓的私权神圣、意思自治等。

民法为私法,其主要体现为民法所规范的社会关系,皆为当事人之间的“私”的利益,而并不直接与国家公权力相关。由此,可以得出民事关系中的权利,不容国家公权力任意侵犯。在私法活动的领域内,实行意思自治原则,即由法律地位平等的当事人,通过协商解决他们之间的权利义务关系,国家原则上不作干预,只有在当事人双方无法通过协商解决彼此争端的时候,才由司法机关出面进行裁决。

二、民法为市民法

“民法”一词作为日本学者对“市民法”的意译,在翻译过程中,将市民的概念变成了公民概念,这是其词不达意的地方。大陆法传统理论中,民法的基本含义不是“公民”的法。而是“市民”的法。

市民社会是孕育现代民法学理论的土壤,也是民商立法的基础。何谓民法学领域中的市民社会?西塞罗指出,市民社会是业已发达到出现城市文明政治共同体的生活状态。但是,被后世法学家们普遍接受的市民社会的概念,还是由黑格尔、马克思等确立的定义。黑格尔认为,市民社会是处在家庭与国家之间的差别阶段。在市民社会中,每个人都以自身为目的,其他的一切在他看来都是虚无的,他必须通过与其他人发生关系以实现他的全部目的。实际上,黑格尔所说的市民,就是合理追求自己利益的“经济人”。因此,市民社会的实质,是一种以交易手段来获得和满足自己利益需求的社会。在这种社会里,一切社会活动的基本规则是:以人为本,效率第一,交易规则第一。

民法为市民社会的法,就是强调民法理念以及对于民法制度的理解,必须放置在市民社会的总



体背景中进行或者展开,承认民事主体在市民社会中的利益定位,不对民事主体课以过高的道德要求。因而,市民社会是一种让市民成为一个讲究诚实信用和平等相待的社会。

三、民法为实体法

以法律的调整对象以及实施程序等为标准,法律可以被划分为实体法与程序法。在民事领域,规定当事人之间实体权利义务关系的法律,为民事实体法;而规定此种实体权利的运用即实现,以及实施的程序、手续的法律是程序法。

从民法规范的具体形态看,民法主要规范的是民事主体的实体权利义务关系。所以,民法中尽管也包含了一定程序法的内存,以及举证责任的要求,但是,就其整体而言,民法的性质仍然为实体法。

四、民法是市场经济的基本法

市场经济是相对于计划经济而言的经济体制,市场经济较之于计划经济,是一种自由的经济,它要求打破政府计划指令对经济的束缚,充分发挥经济主体的自主性。但是,市场经济也并非不受任何约束和干预,市场经济是法制经济。而民法所调整的财产关系和人身关系是与市场经济发展水平的要求是相适应的。本质上,民法就是把一定社会里市场经济发展的客观要求直接上升为法律规范。民法作为私法,是调整市民社会生活关系的法律准则。而现代市民社会是一个以市场经济为基础的,由平等、自由的自然人和法人构成的社会。由民法的私法性质和市民社会的基础所决定,民法所调整的社会关系,虽然不限于市场商品经济关系,但是市场商品经济关系无疑是民法调整的主要对象和核心部分。由此也决定了民法规范的主要部分和核心部分必然为市场经济法律规范,民法作为市场经济基本法的性质,也就通过这些规范表现出来。

第三节 民法与相邻法律部门的关系

一、民法与行政法

行政法是指现代国家据以实施国家行政管理的法律规则的总称。行政法的调整对象是国家行政管理机关在行使国家行政管理职能中彼此之间,以及国家行政管理机关与公民、法人、其他组织之间发生的社会关系,其中也包括某些财产关系。作为行政法调整对象的财产关系,具有下列特征:其一,双方当事人中至少有一方是国家行政管理机关,当事人的法律地位不是平等的,属于一种管理与被管理、监督与被监督、命令与服从的行政隶属关系;其二,这类财产关系的发生取决于国家行政管理机关的命令或指令,无须征得被管理、被监督一方的同意,国家行政管理机关则须依法行事,不具有意思自治性质;其三,这类财产关系通常是无偿的,不具有市场交换的性质。可见,民法与行政法是截然不同的法律部门。

二、民法与商法

商法产生于欧洲中世纪,原是维护商人利益,规范商人活动的法律。在欧洲中世纪,随着商品交易的发展,表现交易条件的商事习惯也逐渐得到发育。这些习惯,涉及商事企业的组织制度、陆商和海商的交易模式、以及保险、票据甚至商业企业破产等方面。在中世纪的法律体系中,市民法只能管辖世俗的市民生活,当时的市民法体现着封建的身份制度,这就使得新兴的商人阶层感到窒息。当这个阶层的政治实力足够强大时,便争得了城市自治权。商人进而通过自己的组织,例如行业协会,认可商事习惯,并且创制新的交易规则。这些习惯和规则,经过法学家的整理研究,渐成体系并且广



为传播,以至于形成区别于封建教会法和传统市民法的商人习惯法。在近代,当法典式立法运动到来时,法国、德国、比利时、西班牙等多数大陆法国家,纷纷制定商法典,而与市民法典并立,这种立法格局,称为民商分立制。

然而,随着资产阶级革命和资本主义商品经济的发展,生产社会化程度的提高,商人作为特殊社会阶层以及商行为作为特别法律行为的制度价值,已经大大降低。因而在大陆法系国家的法学理论中,出现了关于民事商事由统一法律调整的主张,以及关于吸收商法的制度和价值,从而丰富民法并使之现代化,由此出现了民商合一的趋向。这种商法典的弱化和商法方法受重视的情形,被称为商法被民法同化或市民的商法化。

民法与商法的关系,取决于国家所采取的私法体制。在现代市场经济国家中,有的采用民商分立体制,商法作为私法领域中独立于民法的一个部门法;有的采用民商合一体制,商法为民法所包容,不是一个独立的部门法。当前民商法学界的基本趋向是在立法上用民商合一的道路,这样可以方便法律的适用。但是民商合一的立法不当影响对商法的学术研究,我们仍然应当把商法学作为一个独立的学科,在商法的名义下把公司法、破产法、票据法、证券法、保险法、海商法结合起来统一研究。

三、民法与经济法

民法与经济法都是调整经济关系(财产关系)的法律部门,因此容易被混淆。改革开放初期,中国法学界曾经发生过民法学与经济法学的论争。1979年8月7~8日,中国社会科学院法学研究所邀请在京法律院系学者召开“民法与经济法问题学术座谈会”,会上形成所谓的“大经济法观点”与所谓“大民法观点”的对立,^①由此揭开长达7年之久的民法学与经济法学的论争的序幕。论争的焦点是,如何划分民法与经济法的界限。直到《民法通则》的颁布,才从立法上解决了这个问题。在第六届全国人民代表大会第四次会议上王汉斌同志在《关于中华人民共和国民法通则(草案)的说明》中,专门谈到这一问题。他说:“民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系。政府对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系,不是平等主体之间的经济关系,主要是有关经济法、行政法调整。”这就说明了民法所调整的财产关系,主要是平等主体之间的财产关系,亦即所谓横向的经济关系。这种财产关系,主要是商品所有者之间以货币为媒介进行的商品交换和劳务提供,市场规律起着作用,因而具有平等、自愿、等价有偿等特征。经济法所调整的财产关系或者经济关系,主要属于纵向的财产关系或经济关系。这种财产关系往往是基于国家对经济的管理,而发生在国家与企业或个体生产者之间,因而具有管理与被管理、监督与被监督、指令与服从的行政隶属性特征。民法除调整经济关系外,还调整身份关系,这与经济法只调整经济关系是不同的。

四、民法与劳动法

劳动法是调整劳动关系和由劳动关系而产生的劳动保险、劳动福利等社会关系的法律规则的总称。劳动法的调整对象中也包括某些财产关系,如职工的工资、劳动保险金、福利待遇等。中国改革开放之前的劳动关系主要是全民所有制企业和集体所有制企业与职工之间的关系,具有计划经济的特征。改革开放来,国家推行劳动管理体制的改革,劳动关系的基础是劳动合同关系。单就作为劳动法调整对象的基础关系的劳动合同关系而言,与民法有极密切的关系,如劳动合同双方当事人法律地位平等、劳动合同关系的发生取决于双方的意思表示等。但是,由于国家实行社会主义的劳动

^① 所谓“大经济法观点”,主张经济法调整社会主义组织之间的经济关系,民法仅调整个人之间的经济关系。所谓“大民法观点”,主张凡是横向的经济关系包括社会主义组织之间、社会主义组织与个人之间以及个人与个人之间的财产关系,均由民法调整,经济法仅调整纵向的经济关系。参见[日]铃木贤:“中国民法经济法论争的展开及其意义”,载《北海道法学》第39卷第4号,第1013~1016页。



政策,特别着重劳动者就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、参加和组织工会的权利等的保障,使劳动合同关系发生纠纷时,应当首先使用《劳动合同法》、《劳动法》的有关规则,《劳动合同法》、《劳动法》没有规定的事项,则应适用民法关于合同关系的规定。可见,劳动法中关于劳动关系的法律规则,具有民法的特别法的性质。德国法学上称之为特别私法。值得注意的是,晚近法律发展,劳动合同法有回归民法之趋势。



第四节 民法的渊源

一、民法渊源的界定

民法的渊源即民法的表现形式,又称为民法的法源,主要是指实质意义民法的存在形式。关于民法渊源的问题,存在所谓的“一元制”与“多元制”的争议。一元制只承认制定法为民法的渊源,《法国民法典》即采用此种主张;而按多元制主张,民法的渊源除了制定法以外,还包括习惯法、判例法和法理等,持多元制主张的有《瑞士民法典》等。出于对法律局限性和法官自由裁量权,以及民法规制特征的不断认识,现代民法在立法和学说上,基本上都赞同多元说的观点。

二、我国民法渊源的具体类型

我国民法的渊源主要有以下几种类型:

1. 制定法

制定法又称成文法,是指以享有立法权的国家机关,依照法定程序制定和公布的文字形式表述并于生效前公布的法律。在我国属于民法的制定法规范主要有以下七种:

(1) 宪法中的民法规范

宪法是国家的根本大法,也是民事立法的依据。作为调整最广泛社会关系的法律部门,宪法在调整对象上与民法必然存在一定的重合。例如,宪法中有关民事主体基本权利和义务的规定,也属于民事法律规范的范畴。比如我国《宪法》第41条规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。”这种规定就是民法规范的规定。

(2) 民事法律

民事法律主要是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的民事方面的法律,目前主要有《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《著作权法》、《商标法》、《专利法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等等。

(3) 国务院制定的民事法规

我国《宪法》规定,国务院作为国家的最高行政机关,有权制定行政法规。在我国,行政法规主要是对国务院所制定的规范性文件的通称,而非仅仅限于行政性质的规范,民事规范也包括在其中需要指出的是,国务院所属各部(委)、局所制定颁布的规范性命令、指示和规章,不是行政法规,在处理民事纠纷中仅有参照意义,而且,其内容也不得与法律和行政法规相冲突。

(4) 地方性法规、民族自治法规和经济特区法规中的民事规范

地方性法规、民族自治地方的自治法规和经济特区法规中,有些属于民事规范,这些规范在不与法律和行政法规相抵触的情况下,在制定者所管辖的区域内有效。

(5) 特别行政区的民事规范

根据《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》的规定,香港、澳门两地的法律制度基本不变。两地原有法规中的民事法律规范,在各该特别行政区内依然适用。因此,它们同样属于



我国民事法律规范的范畴之内。

(6) 有权机关的解释

有关国家机关在其权限范围内,可以对民法规范的适用进行解释。其本身虽不是民事立法,但是,仍然具有一定的拘束力,可以视为广义的民法解释。其中,最主要的就是最高人民法院所做出的各种司法解释。

此外,国务院对其制定的民事方面的行政法规所做出的解释,也是广义的民法规范的组成部分。

(7) 国际条约中的民法规范

国际条约虽然不属于国内法的范畴,但是,通过特定的程序,国际条约可以具有与国内法同等的效力。因此,经过我国签订或参与的国际条约,也属于我国国内法的渊源之一。比如,我国参加缔结的《联合国国际货物销售合同公约》,就是我国处理涉外买卖合同关系的一种民法渊源,法官可以直接适用。

2. 判例

判例法是英美法系的主要法律渊源,传统大陆法系国家一般都不认可判例作为法律渊源的效力,但是,随着两大法系的相互融合,以及对成文法局限性认识的深化,越来越多的学者已经主张我国应施行判例法制度。在司法实践活动中,最高人民法院所做出的批复、解答和判例中所形成的许多规则,实际上已经充当了一定的判例作用。但是,必须认识到,施行判例法制度,对法官的要求非常严格,就中国目前的司法环境而言,判例并不适宜全面地进入民法法律渊源领域,而仅应在特定层次上,发挥对成文法的补充作用,以及对下级法院法官判案的指导作用。

3. 习惯

成文法和习惯法是对法律类型的基本分类。由于成文法本身所具有的种种局限,各国大都承认习惯法可以作为民法的渊源。但需注意的是,此处的习惯不同于日常生活用语中的习惯。能够作为民法渊源被确立的习惯,必须满足以下条件:其一,该习惯确实存在;其二,该习惯所针对者,须为法律未有规定的内容;其三,该习惯至少在一定区域内得到了大多数人的认可;其四,该习惯须不违背国家的强制性法规的规定,不违背公序良俗,并经过司法机关的明示或默认的许可适用等。

4. 关于法理

在古罗马有过“引证法”,确认当时的五大著名法学家的法律学说具有法律同等的效力,我国古代的“春秋决狱”,就是董仲舒以孔子所作的鲁国编年史《春秋》经义附会法律规定定罪判刑。关于法理能否作为我国民法的渊源,理论上尚存争议,但司法实践尚不承认之。

第五节 民法的适用范围

民法的适用范围,是指民法效力发生作用的范围,即民法对什么人、在什么地方和什么时间产生效力。其主要分为民法对人的适用、民法在空间上的适用及民法在时间上的适用。

一、民法对人的适用

民法对人的适用,是指民法适用于哪些人。根据我国《民法通则》的规定,我国民法对人的适用范围,采用的是以属地主义为主,属人主义和保护主义相结合的原则。

我国《民法通则》第8条规定:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。”可见,我国民法对于人的适用,既包括了我国公民、外国人、无国籍人,也包括了中国法人、外国法人或者外国的组织机构等等。