



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

清华大学法学系列教材

民法总论

崔建远等著

清华大学出版社



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

崔建远 韩世远 申卫星 著
王洪亮 程 啸 耿 林

民法总论

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书是作者在多年民法教学的基础上,改革民法教材常用的教学体例和叙述方式,对新的教材编写方式的尝试。本书首先对民法入门知识进行引领式介绍,随后对民事法律行为、代理、自然人、法人、民法上的时间、民事法律关系、民法基本原则等民法基础知识进行系统的阐述,最后以案例分析巩固了理论知识的教授和讲解。

本书可供法律学者、法科学生进行民法研究和学时参考使用,同时,也可供立法、司法、执法机关法律实践工作者参考使用。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/崔建远等著. --北京:清华大学出版社,2010.12

(清华大学法学系列教材)

ISBN 978-7-302-24315-1

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第227928号

责任编辑:方 洁

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市兴旺装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:19 插 页:2 字 数:341千字

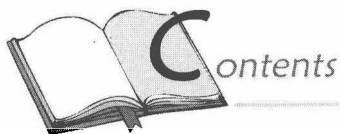
版 次:2010年12月第1版

印 次:2010年12月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:29.00元

产品编号:022036-01



目 录

第一章 民法入门	1
第一节 民法的涵义.....	1
第二节 民法的历史渊源与继受.....	7
第三节 民法的渊源	10
第四节 法律适用	18
第二章 民事法律行为	30
第一节 民事法律行为的概念与分类	30
第二节 法律行为的要件	37
第三节 意思表示	39
第四节 意思与表示不一致	44
第五节 意思表示不自由	48
第六节 条件与期限	59
第七节 民事行为的效力评价	64
第八节 民事行为无效或被撤销的法律后果	80
第九节 法律行为的解释	83
第三章 代理	91
第一节 概述	91
第二节 代理行为	99
第三节 代理权.....	104
第四节 表见代理.....	112
第五节 无权代理.....	120



第四章 自然人	126
第一节 自然人的民事权利能力.....	126
第二节 民事权利能力的开始和终止.....	129
第三节 民事行为能力.....	133
第四节 监护.....	138
第五节 宣告失踪和宣告死亡.....	142
第六节 自然人的身份证明和住所.....	147
第七节 个体工商户与农村承包经营户.....	148
第五章 法人	153
第一节 概述.....	153
第二节 法人的类型.....	158
第三节 法人的民事权利能力与民事行为能力.....	167
第四节 法人机关.....	174
第五节 法人的设立.....	179
第六节 法人的终止.....	181
第七节 其他组织.....	184
第六章 民法上的时间	186
第一节 时间在民法上的意义.....	186
第二节 期日和期间及其计算.....	188
第三节 诉讼时效.....	190
第四节 除斥期间.....	212
第五节 权利失效期间.....	217
第七章 民事法律关系	222
第一节 民事法律关系概说.....	223
第二节 民事法律关系的构成.....	227
第三节 民事法律关系积极内容之权利.....	232
第四节 民事法律关系的其他积极要素.....	246
第五节 民事法律关系的消极内容.....	249
第六节 民事法律关系的特性.....	260
第七节 民事法律关系的变动.....	265



第八章 民法的基本原则·····	271
第一节 民法基本原则概述·····	271
第二节 民法基本原则的内容：以解释论为基础·····	276
第九章 民法案例分析方法·····	286
后记·····	299

第一章

民法入门

第一节 民法的涵义

一、民法的内涵

民法一词,源自日本,一说乃日本学者翻译荷兰文而来,一说乃日本学者翻译自法文,^①无论哪种说法正确,可以肯定的是,该词来自于欧洲大陆。民法这一词源是随着民法移植而引入日本以及中国的。基于法律移植这一特性,我们在理解民法含义时,应在其母法语境中去理解。

法国、荷兰、德国之民法均源自于罗马法上的市民法(ius civile)。市民法之称谓有其历史内涵。在罗马法上,与万民法相对,市民法是纯粹为罗马市民所特有的法律制度总和,而万民法是罗马人与其他所有民族共有的法。^②

在中世纪,市民法与教会法(ius canonicum)相对。^③自资产阶级革命以来,其与市民社会具有内在的关联,而市民社会又是与政治国家相对的概念。^④从11世纪开始,人们重新发现了罗马法大全并进行注释、评论以及研究,并对罗马法进行继受,此发展阶段恰好与人文主义、文艺复兴等思潮相遇。自由、平等等观念成为民法之基础。在这些思想基础之下,民法被理解为适用全体人的法,是

^① 参见梁慧星:《民法总论》,1页,北京,法律出版社,2007;张俊浩主编:《民法学原论》,1页,北京,中国政法大学出版社,1991;梅仲协:《民法要义》,14页,北京,中国政法大学出版社,1998。

^② [意]彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,12页,北京,中国政法大学出版社,1996。

^③ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,7页,北京,法律出版社,2000;维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,55页以下,上海,上海三联书店,2006。

^④ 李永军:《民法总论》,第2版,3、5页以下,北京,法律出版社,2009。

一部无等级社会的法,^①是一部以自由为核心的法。

二、民法的私法属性

民法一词来自西方,民法制度亦为舶来品,其属性的界定,离不开其原有的法律秩序体系。旧中国民法十之七八源自德国,新中国的民法亦深受德国法的影响。而德国法又是建立在继受罗马法的基础之上的。故罗马法对于民法继受,尤为重要。

在罗马法上,法律秩序被划分为公法与私法两大部分。^②在法律属性上,民法首先被界定为私法(*ius privatum*),私法与公法(*ius publicum*)相对。^③

公法与私法的区分,首要的意义在于赋予私法以独立自治的领域,贯彻私法领域之独有精神与价值,这一点,对于处于发展阶段的中国民法,尤为重要。在私法中,占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定;而在公法中,占据主导地位的是那些受约束的决定。^④私法上决策自由体现为私法自治与所有权人自由。在公法领域,法律规定详细,权力的行使必须陈述理由,而且,法院可以对其是否违反法律进行审查。^⑤

最后,公法与私法的区别意义还在于法律责任上,私法行为一般不涉及第三人利益,无须限制,公法则涉及第三人利益,对第三人承担义务。但劳动法、反垄断法的出现,模糊了这一区分的标准。

在程序上,公法与私法的区分亦有其意义。民事法律纠纷由民事审判庭审理,劳动法律纠纷,通常由劳动仲裁纠纷仲裁后,由民事法庭审理,而公法方面的纠纷则由行政法院审理。但有些公法的案件,也由民事法庭审理,如征收案件、国家赔偿责任案件(《民法通则》第121条),在这些情况下,涉及国家利益,而且可能出现强制和迫害,所以人们希望通过民事法院提供有效的法律保护。^⑥

关于公法与私法的学说,计有三种。

(1) 目的说,也被称为利益说,乃罗马法学家乌尔比安所首倡,规定国家公

① [德]维亚克尔:《近代私法史》,第2版,461页,1967;转引自[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,15页,北京,法律出版社,2000。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,5页,北京,法律出版社,2000。

③ Leipold, *Einführung und Allgemeiner Teil*, 2002, Rn. 32, S. 13.

④ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,7页,北京,法律出版社,2000。

⑤ 同上,7页以下。

⑥ 同上,7页。

共利益的为公法,规定私人利益的为私法。^①目的说并不周延,婚姻、竞争制度中多有涉及公共利益,而社会救助法、道路建设等法律也涉及个人利益。

(2) 关系说,也被称为隶属说,或从属规范说。根据该说,调整权力者与服从者的法律为公法,调整对等者意思的法律为私法。^②该学说亦不周延,亲权中有隶属关系,行政中也有契约。

(3) 主体说,为德国法学家耶律内克所主张,根据该说,主体中至少有一方是国家或国家授予的公权力者的法律为公法,主体地位平等的法律是私法。^③对此学说,亦有学者提出异议,认为:在国家从事照顾行为时,存有疑义,例如国家提供助学贷款的情况下,国家与贷款人之间是平等的,但尽管如此,国家的照顾行为要受法律约束,并须说明理由。这里的关键问题在于:主体什么时候是在行使公权,且行使的方式足以表明国家是以公权载体身份参与法律关系的。^④而且,公法与私法分类具有历史性,在德国早期,铁路的行为属于私法行为,而邮政行为属于公法范围。

上述诸多学说,均有不足之处,故有学者提出,不如从法律规范实质入手。凡规范与国家生活有直接关系之法律为公法,凡规范与私人生活有关联之法律为私法。^⑤迪特尔·梅迪库斯更进一步认为,公法是指受约束的决策的法,而私法是指自由决策的法。^⑥

实质说观点,抓住了公法与私法区分的主要根据,便于法律适用,但在判断哪些法律是受约束的决策的法,哪些法律是自由决策的法的时候,仍需从目的、关系以及主体等外在表现进行判断。

公法、私法之间并非泾渭分明,根据上述学说,也未必能完全清楚地区分二者,在公法内部,刑法日益独立。在刑法中,国家行使公权力的强度较大,需要规定特别的程序与实体上的保护措施。^⑦在私法内部,也存在若干公法规范。而且,在调整某一社会问题时,总是兼用公法与私法规范,在一部法律中,也往往兼有公法与私法规范,如《物权法》中的登记规则、土地使用权规则等。尤其值得注

① [意]彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,9页,北京,中国政法大学出版社,1996。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,11页,北京,法律出版社,2000。

③ 郑玉波:《民法总论》,2页,台北,台湾三民书局,1995。

④ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,12页,北京,法律出版社,2000。

⑤ 林诚二:《民法总论》(上册),4页,北京,法律出版社,2005。

⑥ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,14页,北京,法律出版社,2000。

⑦ 同上,6页。



意的是,有学者主张,公法私法之外尚存在社会法之类型^①,社会法调整的内容是国家各种社会供给行为,依实质说,仍可以将之界定于公法范畴之内。

三、民法的调整对象

公法与私法区分的问题,包含着民法调整对象的问题。但在中国,独立于公法与私法区分的问题,尚有民法调整对象的争论。

20世纪70年代到90年代,就民法与经济法调整对象的界分问题,法学界展开了激烈的论战,其结果关系到民法是否成为独立学科,关系到民法基本的精神,意义重大^②。在这场论战中,佟柔教授提出民法是调整一定范围的财产关系和与财产关系相联系的人身关系的法,是社会主义商品关系的基本法^③,此观点为《民法通则》所接受,至此,论争方有结果,民法的地位得以确立。

《民法通则》第2条规定,我国民法调整平等公民之间、法人之间以及公民和法人之间财产关系和人身关系^④。所谓“平等”,即当事人之间的法律地位是互不隶属的,他们是享有各自财产权利的主体,从而在经济交往上遵守等价有偿的原则^⑤,这种理解的目的在于排除计划经济以及行政权力对私权利的干预,不得把自己的意志强加于对方,但同时也在强调,在民法中,贯彻的是意思自由。

公民之称谓本非民法上之术语,规定入《民法通则》,其意为“自然人”。而所谓财产关系,是指以等价有偿为特征的财产交换关系以及财产归属关系,但并不完全排除一些无偿让渡自己利益给对方的情形。人身关系是基于一定的人格和身份产生的,具体包括人格权与身份权两部分。

四、民法的功能

在平等主体之间或者在市民之间,形成了一个生活共同体,在这个生活共同体中,必然会有社会交往,而交往又会带来利益冲突,对于利益之冲突,法律应当确定利益冲突双方的权利、义务以及风险,最终使得生活共同体得以正常、和谐运转。

所以,民法的功能在于确定一个社会当中共同生活的人们相互之间的法律

① 施启扬:《民法总论》,第6版,3页,台北,作者自刊,2005。

② 尹田:《民法调整对象的理论研讨与立法表达》,载易继明:《私法》,2010(8),第2卷,7页以下。

③ 佟柔主编:《民法原理》,1页,北京,法律出版社,1986。

④ 自此之后,法律规定调整对象成为惯例。如《合同法》第2条:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

⑤ 佟柔主编:《民法原理》,13页,北京,法律出版社,1986。

地位,分配权利、义务和风险。^①例如,在买卖合同情况下,卖方违约时,买方可以提出哪些请求,标的物灭失的情况下,谁承担标的物灭失的风险,民法应给予明确规范。但民法规范本身多是任意性规范,当事人可以通过合同变更,而且,在没有明确规范情况下,多由当事人意思自治,承认当事人之意思或合同具有法律效力,也是民法调整平等主体之间行为的方法。

五、民法与特别民法

民法上的“平等主体”是抽象的,并无面目的。但在历史上,一直存在适用于特定人或特定生活领域的民法,即特别民法,又被称为特别私法,具体包括商法、经济法、劳动法以及知识产权法,随着消费者运动的蓬勃发展,又出现了消费者法。

特别民法的形成,并非基于体系原因,大都基于历史原因,如在中世纪,商人是一个特殊的阶层,需要调整商事生活的法律,但又无法纳入民法典之中,故在法国、德国等国家多出现了独立的商法典。我国虽没有独立的商法典,但存在公司法、票据法、保险法等单行商法,但并不存在适用商人或商行为的特别合同法。

特别民法通常没有自成一体规则,均在民法规则的前提下,做了一些补充性的规则,或者特别性规则。在法律适用上,应优先适用特别民法中的规则,如董事会制度、股东代表诉讼制度等,在其没有规定的情况下,才适用民法的一般规则,如民事主体或代理制度。

六、民法与民法总则

(一) 五编制与总则

民法总则的出现是19世纪理性法学思考的产物,潘德克吞法学以体系化为特征,体系化要求内在的符合价值的秩序以及外在的一体性,其工具是提取公因式的最终抽象。在这种思想下,出现了民法总则的设置。以《德国民法典》为例,其第一篇规定了逻辑一贯、彻底构造的总则,包含法律主体(人)、法律客体(物)、法律行为的成立以及主观权利的行使等。其实这里的抽象工作并没有到位,只有法律行为是真正的“一般性”规定,“人”章只包括了一般理论的断简残篇,而“物”章只是物权法的片段,而就消灭时效、权利的行使、正当防卫与自力救济涉及的只是权利保护的一些历史遗迹。总则编中的有些规定被人为地从它们所属的特别联系中割裂出来,最后变成了纯粹的概念解释或立法技术(特别是第90

^① [德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,3页,北京,法律出版社,2006。



条以下)。^①

对于民法总则的质疑,并不仅限于此。对于其政策上的正当性、内部结构的安排都有反对的声音。另外,值得注意的是,民法总则的设置在一篇,在德国的法学教育中便惯例式地将之作为法律人的第一门民法课,我国的法学教育也遵循此例。对于初学者来讲,一开始就接触如此高度抽象的内容,实在很难招架得住。

尽管存有上述问题,我们还是主张首先开设民法总则课程,其主要理由除了体系化原由以外,最重要的是,民法总则是法律人抽象思维能力的试金石。如果有人问,法律人最应具备的素质是什么,我们的回答是:抽象思维能力。但这并不意味着人们要通过演绎或者概念逻辑推断来学习法律,人的思维是从具体到抽象的,而且法学的体系并非逻辑体系,而是价值体系,所以,教师一定要通过案例教学的方式阐述概念,同学们一定要从案例分析入手训练自己的抽象思维能力。

(二) 总则的内容

在实质上,我国民法通则中有总则的结构。具体内容有基本原则、公民(自然人)、法人、民事法律行为和代理、诉讼时效等制度。

七、民法体系

德国民法典共有五编,即总则、债、物权、亲属及继承。五编制体系并非建立在一个基点上,而是建立在三个基点上,首先,亲属法与继承法的基点是一致的,即相互联系的类似的生活事实;债法与物法的基点是相对权与绝对权的分类,而总则的基点是抽象的一般性内容。^②

从《民法通则》第2条的规定来看,其表述的是“中华人民共和国民法”,在目前没有编撰完成民法典的情况下,这里的民法指的是《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《婚姻法》、《继承法》等单行法以及司法解释等,也就是说,我国的民法体系包括婚姻法、继承法等调整人身关系以及财产关系的法律部门。未来的民法典体系如何,尚未可知。但在我国民法学中,我们广泛运用了德国民法总则技术,不仅在《民法通则》中出现了总则内容,而且在《合同法》、《物权法》以及《侵权责任法》中都运用了总则的技术。

同时,我国民法理论已经继受了物债二分的德国民法体系。所有权与他物

^① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,28页,北京,法律出版社,2000。

^② 同上,20页以下。



权构成物权,物权是典型的绝对权,是相对于每一个人产生效力的权利。而由合同、侵权行为、不当得利、无因管理产生的请求权,被归纳为债权,债权是一种相对权。在前者,以所有权为例,所有权人有向任何一个无权占有其物的第三人请求返还该物,并有排除妨害与妨害防止的权利;任何第三人侵害他人所有权的,都必须向所有权人承担损害赔偿责任,除此之外,所有权还受不当得利法保护,当第三人不当侵害其所有权时,即使没有过错,也承担返还相应价值的义务;^①另外,物权不受破产与强制执行影响的效力。卡纳里斯认为,物权的绝对性还体现在处分以及继承保护上,任何人,尤其是目前的权利人或者完全权利人不得以使物权上被保护者承受负担的效果进行处分。^②在后者,以合同为例,一方当事人作为权利人,只能对抗其相对人,要求其为一一定的行为。只有在第三人故意悖俗侵害债权的情况下,才会承担损害赔偿责任,在破产或强制执行中,债权并无优先性。

第二节 民法的历史渊源与继受

一、私法的历史起源——罗马法

现代民法起源于罗马法。罗马法大致可以分为三个时期,其一是十二铜表法时期;其二是1到2世纪的古典法时期;其三是6世纪尤士丁尼时代。

529年到534年,尤士丁尼国王将《法学阶梯》(Institutionen)、《学说汇纂》(Digesten/Pandekten)、《法典》(Codex)和《新律》(Novellen)编撰在一起,即民法大全(corpus iuris civilis)。法学阶梯(Institutione)是2世纪盖尤斯撰写的入门教科书。学说汇纂(Digesten),又被称为潘德克吞(Pandekten),是若干法律鉴定的集合,来自很多历史上杰出罗马法学家的学说,其中最为杰出的是乌尔比安(Ulpian)与保罗斯(Paulus)。法典是指一直到尤士丁尼国王时代的敕令与法律的汇编。新律是尤士丁尼时代颁布的法律的汇编。

罗马法的内容包括,关于自然人和法人等权利主体的法律、物权法、债权法、婚姻家庭法、继承法等,罗马私法确认了所有权、契约自由等法律基本制度。罗马法之所以流传甚广,经千年而不衰,主要原因在于其是一部具有科学性的法,其法律中贯穿着清晰的概念,^③例如出现了恶意抗辩、债权让等抽象的概念。

① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,62页,北京,法律出版社,2000。

② Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, in FS Flume I, S. 371 ff.

③ Leibold, a. a. O., Rn. 33, S. 13.

二、欧洲私法对罗马法的继受

(一) 法典化运动

在欧洲,除了罗马法以外,还存在很多民族法(Volksrecht),主要是一些习惯法。在罗马帝国灭亡后,各地继续适用罗马法,被称为罗马蛮族法(das römische Vulgarrecht)。

11世纪,在意大利波罗尼亚,人们重新发现了尤士丁尼民法大全,并将其作为大学传授课程。随后,对罗马法大全进行了学术研究,12到14世纪,许多学者专心于尤士丁尼民法大全的评注工作,此阶段被称为评注法学阶段。15到16世纪,德国对罗马私法进行了继受,恰逢人文主义运动以及文艺复兴思潮。

通过波罗尼亚法学家的学术研究以及历史与社会因素,尤士丁尼民法大全逐渐成为所有拉丁民族和日耳曼民族的共同法。^① 18世纪以后,共同法为民法典所取代。1794年,普鲁士颁布了《普鲁士一般州法》(ALR),《普鲁士一般州法》既包括私法,也包括公法,1804年法国颁布了《法国民法典》,1811年奥地利颁布了《奥地利民法典》,这三部法典均是建立在自然法思想基础上的,也是对罗马法继受的产物。

编撰民法典,就是要将纷繁复杂的生活事实转化为法律事实,然后再发现法律事实间的共同之处,进一步抽象出若干基本制度,如此就形成了一定的体系,体系内部逻辑一致,力求同样情况同样处理,不同情况不同处理,达到法律的基本正义。

(二) 德国民法典与历史法学派

19世纪,随着德意志国家的统一,制定民法典的呼声日益高涨,蒂堡于1814年就主张制定统一民法典,但以萨维尼为代表的历史法学派主张,应当首先通过科学研究,整理出所有法律内容后,才能制定统一民法典。历史法学派思想下的法学,被称为潘德克吞法学。

在萨维尼的主张下,德国并没有直接简单地继受《法国民法典》,而是通过对罗马法的科学研究,为新时代的法律找到了科学基础。1900年,《德国民法典》生效后,《普鲁士一般州法》自动失效。《德国民法典》不仅受到罗马法的影响,还受到了共同法(das gemeine Recht)的影响,其思想基础是自然法思想。《德国民法典》采取了五编制体裁,并设有总则,法律规则高度抽象、一般化、概括,建立了比较完整的民法体系,采用了援引技术。

^① [意]彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,3页,北京,中国政法大学出版社,1996。

《德国民法典》是近代民法模式的代表,主体上规定的是抽象人格,实现了所有权自由、私法自由以及契约自由。

三、中国对欧洲法律的继受

中国历史上并无欧洲意义上的民法,涉及民事关系的规定,如户、婚、田等,往往通过行政或刑事手段予以解决。

清末,国家于内忧外患之际,清政府试图效法日本,变法图强。日本自明治维新以来,先是继受《法国民法典》,后又受《德国民法典第一草案》之影响,并在20世纪前20年对德国法理论进行完整继受,成为成功继受欧洲法律之典范。

1902年,光绪帝下诏,参酌外国法律,制定律例,1906年,邀请日本人松冈义正起草民法典。^①1908年开始起草民法典,1910年年底完成,1911年,辛亥革命后,清王朝灭亡,这部法典未及正式颁布生效。

民国成立后,仍以大清民律为基础,予以增减完善,1925年完成民法典修正案,史称第二次民律草案,但并未正式成为法律。1929年,国民南京政府组建民法起草委员会,聘请法国人宝道(Padoux)为顾问,开始起草民法典,1930年12月26日,该法典正式通过,此为中国历史上第一部民法典。这部民法典深受德国法影响。

新中国成立后,1954、1964年两次起草民法典,均未成功。改革开放后,1979、1982年又起草了两个民法草案,但亦未获得通过。^②后改采分别制定民事单行法,待条件成熟后再制定民法典的策略,相继颁布了经济合同法、涉外经济合同法、继承法、技术合同法、著作权法、收养法、海商法、票据法等法律。

1986年颁布了《民法通则》,规定了若干民事基本原则与基本制度,是我国第一部调整民事关系的基本法律。通则之意义在于,将那些贯通总则和分则、渗透基本法和特别法的共同原则、规范集中规定,自成一体。^③

中国并无形式意义上的民法典。1998年,立法机关委托江平、王家福、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祯、肖峒、魏耀荣等民法学者专家组成民法起草小组,其设计的民法典共分九章,分别为总则、物权、合同、人格权、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法以及涉外民事法律关系的适用。采取分步骤起草民法典之策略,1999年颁布了《合同法》,同时废止了《涉外经济合同法》、《经济合同

^① 俞江:《清末民法学的输入与传播》,载《法学研究》,2000(4)。

^② 王利明:《民法总则研究》,92页,北京,中国人民大学出版社,2003。

^③ 同上,93页。

法》、《技术合同法》，2007年颁布了《物权法》，2009年颁布了《侵权责任法》，目前正在起草《涉外民事法律关系法》。

中国法律继受西方法律，首先是理念之争，以个人主义、自由观念能否为中国接受；西方法律也在经历社会变迁，通过判例学说演进法律，社会化观念亦渗透于法律之中，如何寻找中国民法之根基，当为目前法律界共同努力之目标。

第三节 民法的渊源

一、概述

所谓民法的渊源，是指具有规范效力的民法的实际存在形式。不同时期，不同的国家和地区，民法规范的表现形式，即民法的渊源，不尽相同。具体认定哪些规范是法律规范，与法律思想亦有关系。在法律实证主义者那里，法律的渊源应限定在制定法上，即使是习惯法，也只有在立法机关或法官承认其效力的时候，才是法源。而在自然法学派、历史法学派那里，法律之渊源要广泛得多，不仅包括制定法，而且包括习惯等。

法源有直接法源与间接法源之分，所谓直接法源，是指具有裁判拘束力的规范，如制定法、习惯法与司法解释；所谓间接法源，是指裁判时得予以参酌的规范，否认时，须说明理由，如法理、判例、学说等。

二、我国民法的渊源

（一）宪法

对于宪法是否为法源，存有争议。早在1988年，天津塘沽区人民法院审理的“工伤概不负责”案就将宪法作为裁判根据。具体案情为，雇主承包拆除厂房工程，因违章施工发生事故，致雇工受伤，感染败血症死亡。死者的亲属要求雇主支付赔偿金。被告雇主以招工登记表规定“工伤概不负责”为抗辩。对此，最高人民法院于1988年10月14日作出[1988]民他字第1号批复：“经研究认为，对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利，受国家法律保护，任何个人和组织都不得任意侵犯。被告身为雇主，对雇员理应依法给予劳动保护，但被告却在招工登记表中注明‘工伤概不負責’，这是违反宪法和有关劳动保护法规的，也严重违反了社会主义公德，对这种行为应认定为无效。”在当时，该案并未引起宪法是否为法源的争议，真正引起争议的是2001年的“侵犯受教育权案”，具体案情如下：考生齐玉苓通过了预选考试，并

在中专统考中获得 441 分,超过了委培录取的分数线。随后,山东省济宁市商业学校发出录取齐玉苓为该校 1990 级财会专业委培生的通知书。但齐玉苓的录取通知书被陈晓琪领走,并以齐玉苓的名义到济宁市商业学校报到就读。1993 年毕业后,陈继续以齐玉苓的名义到中国银行滕州市支行工作。1999 年 1 月 29 日,齐玉苓在得知陈晓琪冒用自己的姓名上学并就业的情况下,以陈晓琪及陈克政(陈晓琪之父)、滕州八中、济宁商校、滕州市教委为被告,向枣庄市中级人民法院提起民事诉讼,要求被告停止侵害,并赔偿经济损失和精神损失。

一审法院认为,陈晓琪冒用齐玉苓姓名上学的行为,构成对齐玉苓姓名权的侵害,判决陈晓琪停止侵害,陈晓琪等被告向齐玉苓赔礼道歉并赔偿精神损失费 35000 元,但驳回齐玉苓其他诉讼请求。齐玉苓不服,认为被告的共同侵权剥夺了其受教育的权利并造成相关利益损失,原审判决否认其受教育权被侵犯,是错误的。遂向山东省高院提起上诉,请求法院判令陈晓琪等赔偿各种损失 56 万元。二审期间,山东省高院认为该案存在适用法律方面的疑难问题,于 1999 年以[1999]鲁民终字第 258 号请示,报请最高人民法院作出司法解释。最高人民法院经反复研究,于 2001 年 8 月 13 日公布了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》以下简称法释[2001]25 号,明确指出,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。

2001 年 8 月 23 日,山东省高院依据《宪法》第 46 条、《教育法》第 9、81 条、《民法通则》第 120、134 条以及最高人民法院法释[2001]25 号批复,判令停止对齐玉苓姓名权的侵害,赔偿经济损失 48045 元以及精神损害 50000 元。

基于最高人民法院法释[2001]25 号批复,有学者提出了宪法司法化之概念,即宪法规范与其他法律规范一样,可以进入民刑事司法裁判程序,并可直接作为裁判案件的法律依据。也就是说,宪法是法律渊源。其主要理由在于,现行私法规范不完备,应允许引据宪法规范,补充私法规范之不足,而且从我国实际情况出发,宪法所规定的基本权利,在司法实践中长期处于睡眠或半睡眠状态,故司法机关应有所作为,改变此现状。^①

梁慧星教授对此持反对意见,认为宪法不能直接作为法律渊源,宪法中的规范对象为国家与公民之间的关系,国家、学校和家庭才是宪法上受教育权意义上的义务主体,故只有国家、学校和家庭才能侵犯受教育的基本权利。而且,宪法

^① 龙卫球:《民法总论》,第 2 版,286 页以下,北京,中国法制出版社,2002。