

普通高等学校法学专业教材

# 中国民法学

ZHONGGUO MINFAXUE

主编 黄和新 眭鸿明



高等教育出版社

HIGHER EDUCATION PRESS

## 内容简介

本书以我国现行民事法律、法规及司法解释为依据,吸收民法学研究的最新成果,结合全国统一司法考试对民法考核的基本要求,适当兼顾实务,根据法学专业本科生的学习特点和教学规律,系统阐述民法的基本知识、基本理论、基本制度和主要规定。

本书以高等学校法学本科生为对象,按照高等学校法学专业的课程安排,以民法总论、人身权法、物权法、债权法、知识产权法、继承法、侵权行为法为主要内容,以本科生应具备的民法知识水平为尺度,既对现行民事立法作全面准确的阐释,又对立法发展作必要的展望,以适应21世纪法学教育教学改革的需求。

本书也可以作本科生考研、准备司法考试的有关人员及自学法律的有志之士学习、复习民法之用。

## 图书在版编目(CIP)数据

中国民法学/黄和新,睦鸿明主编. —北京:高等教育出版社,2003.8

ISBN 7-04-013504-3

I. 中… II. ①黄…②睦… III. 民法-法的理论  
- 中国-高等学校-教材 IV. D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 068177 号

责任编辑 钱正英 封面设计 吴 昊 责任印制 潘文瑞

书 名 中国民法学  
主 编 黄和新 睦鸿明

出版发行 高等教育出版社  
社 址 北京市西城区德外大街4号  
邮政编码 100011  
总 机 010-82028899  
传 真 021-56965341

购书热线 010-64054588  
021-56964871  
免费咨询 800-810-0598  
网 址 <http://www.hep.edu.cn>  
<http://www.hep.com.cn>  
<http://www.hepsh.com>

排 版 南京理工排版校对公司  
印 刷 江苏丹阳兴华印刷厂

开 本 787×960 1/16  
印 张 37.5  
字 数 710 000

版 次 2003年9月第1版  
印 次 2004年2月第2次  
定 价 46.00元

凡购买高等教育出版社图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

# 编写说明

根据教育部关于“十五”期间普通高校教材建设与改革的意见精神,教材建设应讲求精品,抓好重点,我们组织编写了《中国民法学》。民法在现代宪政国家的法律体系中是最重要、最基础的法律部门,是发展我国社会主义市场经济、实施依法治国方略的必备之法。民法学则是在普通高校法学专业开设的诸课程中处于基础地位的专业主干课程。就法学学科建设和法律人才培养而言,民法学是不可或缺的重要学科。

《中国民法学》以我国业已颁行的《民法通则》、《合同法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》和《继承法》等民事法律法规、最高人民法院有关民事问题的司法解释以及较为成熟的民法理论为依据,适当结合民法典制定过程中遇到的某些理论和立法问题,充分考虑国家统一司法考试大纲对民法考核的基本要求,借鉴外国及我国台湾地区的民事立法与司法实践经验,吸收国内外民法学研究的新成果,系统论述民法的基本理论、基本制度和基本知识。本书试图在民法的体系整合和理论阐述上有所突破,特别是民事权利理论的加强、人身权法的独立及前置、侵权行为法的单独成编等,都可以看作是编者对我国未来民法典体系的建设性建议。本书虽难谓“集大家之智慧,成经典之通说”,但还是力争能对我国法学教育的发展尤其是民法学的教学研究起一定的推动作用。

编撰一部高质量、高品位的核心课程教材是一件颇费心力之事,本书作者虽承担着繁重的教学科研任务,但还是本着对读者高度负责的精神倾力而为之。只因水平所限,疏误难免,敬请读者诸君不吝赐教,以便再版时修正。

作为“十五”期间首期建设的重点法学教材之一,本教材获得了南京师范大学的大力资助;同时得到了高等教育出版社的大力支持。在此,一并表示感谢。

本书由黄和新(法学博士、教授)、眭鸿明(教授、博士研究生)担任主编。各编章的撰稿人及分工如下(按姓氏笔画为序):李玉生,第1编第5章第2、3节;汤卫东,第5编第30章;肖薇,第6编;秦国荣,第7编第38~41章;顾理平,第5编第29章;黄和新,第2编、第4编、第5编第28章、第7编第37章;黄学琴,第5编第31章;眭鸿明,第1编第1、2、3、4章以及第5章的第1、4节和第3编。本书由主编统稿、调整、修改及定稿。

编者

2003年8月于南京随园

# 目 录

## 第一编 民法总论

第一章 绪论	3
第一节 民法概述	3
第二节 民法的本质及民法基本原则	19
第三节 民事法律关系	28
第二章 民事权利的一般理论	34
第一节 民事权利的地位	34
第二节 民事权利的类型	36
第三节 民事权利的行使规则	38
第三章 民事权利主体	43
第一节 自然人	43
第二节 法人概述	55
第三节 法人的人格	69
第四节 非法人组织	75
第五节 其他非法人组织	85
第四章 民事权利客体	90
第一节 民事权利客体的概念	90
第二节 民事权利客体的种类	90
第五章 民事法律事实	97
第一节 民事法律事实概述	97
第二节 民事行为	98
第三节 代理	119
第四节 民事时效制度	132

## 第二编 人身权法论

第六章 人身权概述	139
第一节 人身权的概念、特征与分类	139
第二节 人身权的权能与意义	140
第七章 人格权	143

第一节 人格权概述·····	143
第二节 具体人格权·····	145
第八章 身份权·····	153
第一节 身份权概述·····	153
第二节 几种主要的身份权·····	155

### 第三编 物权法论

第九章 物权概述·····	163
第一节 物权和物权法·····	163
第二节 物权的分类及物权法体系·····	169
第三节 物权的保护·····	172
第十章 所有权·····	177
第一节 所有权概述·····	177
第二节 所有权的权能·····	179
第三节 所有权的取得和消灭·····	183
第四节 所有权的类型·····	189
第五节 相邻关系·····	195
第十一章 用益物权·····	198
第一节 用益物权概述·····	198
第二节 土地使用权·····	200
第三节 地役权与典权·····	206
第四节 其他用益物权·····	212
第十二章 担保物权·····	215
第一节 担保物权概述·····	215
第二节 抵押权·····	216
第三节 质权与留置权·····	219
第四节 担保物权的竞合·····	223
第十三章 占有·····	226
第一节 占有概述·····	226
第二节 占有的取得和消灭·····	229
第三节 占有与返还请求权·····	231

### 第四编 债权法论

第十四章 债的概述·····	235
第一节 债的概念、特征和要素·····	235

第二节	债的发生原因	239
第三节	债的分类	241
第十五章	债的履行	244
第一节	债的履行的概念和原则	244
第二节	债的适当履行	247
第三节	选择之债、种类之债、多数人之债的履行	249
第十六章	债的保全和担保	254
第一节	债的保全	254
第二节	债的担保	262
第十七章	债的移转和消灭	278
第一节	债的移转	278
第二节	债的消灭	286
第十八章	合同概述	295
第一节	合同的概念和特征	295
第二节	合同的分类	296
第十九章	合同的订立	300
第一节	合同订立的程序	300
第二节	合同的内容和解释	311
第二十章	双务合同履行中的抗辩权	315
第一节	双务合同履行中的抗辩权的概念	315
第二节	同时履行抗辩权	315
第三节	不安抗辩权	317
第四节	先履行抗辩权	319
第二十一章	合同的变更和解除	320
第一节	合同的变更	320
第二节	合同的解除	321
第二十二章	违约责任	325
第一节	违约责任的概念和构成要件	325
第二节	免责事由和违约责任的形式	328
第二十三章	转移财产权利的合同	334
第一节	买卖合同	334
第二节	供用电、水、气、热力合同	338
第三节	赠与合同	340
第四节	借款合同	341
第五节	租赁合同	343

第六节 融资租赁合同	345
<b>第二十四章 完成工作成果的合同</b>	349
第一节 承揽合同	349
第二节 建设工程合同	351
<b>第二十五章 提供劳务的合同</b>	354
第一节 运输合同	354
第二节 保管合同	357
第三节 仓储合同	358
第四节 委托合同	360
第五节 行纪合同	362
第六节 居间合同	363
<b>第二十六章 技术合同</b>	365
第一节 技术合同概述	365
第二节 技术开发合同	368
第三节 技术转让合同	369
第四节 技术咨询和技术服务合同	370
<b>第二十七章 不当得利和无因管理</b>	372
第一节 不当得利之债	372
第二节 无因管理之债	380

## 第五编 知识产权法论

<b>第二十八章 知识产权概述</b>	389
第一节 知识产权的概念和范围	389
第二节 知识产权法	391
第三节 知识产权的保护	392
<b>第二十九章 著作权</b>	398
第一节 著作权的主体	398
第二节 著作权的客体	402
第三节 著作权的内容	404
第四节 著作权的限制	407
第五节 邻接权	409
第六节 著作权侵权行为	411
第七节 计算机软件著作权	412
<b>第三十章 专利权</b>	417
第一节 专利权法律制度概述	417

第二节	专利权主体	418
第三节	专利权客体	422
第四节	授予专利权的条件	427
第五节	授予专利权的程序	431
第六节	专利权的内容	436
第七节	专利权的保护	441
<b>第三十一章</b>	<b>商标权</b>	<b>446</b>
第一节	商标的概念及种类	446
第二节	商标权的取得	451
第三节	商标权的内容	457
第四节	注册商标的撤销	459
第五节	商标权的保护	461
<b>第六编 继承法论</b>		
<b>第三十二章</b>	<b>继承权和继承法概述</b>	<b>471</b>
第一节	继承的意义及构成要件	471
第二节	继承权	472
第三节	继承法	477
第四节	继承权的主体——继承人	480
第五节	继承权的客体——遗产	481
第六节	非继承人的遗产取得权	485
<b>第三十三章</b>	<b>法定继承</b>	<b>487</b>
第一节	法定继承的适用条件	487
第二节	法定继承人的范围和顺序	488
第三节	遗产的分配	494
<b>第三十四章</b>	<b>遗嘱继承</b>	<b>498</b>
第一节	遗嘱继承的概念和特征	498
第二节	遗嘱继承的依据——遗嘱	499
第三节	遗嘱的撤销	505
第四节	遗嘱的效力	508
<b>第三十五章</b>	<b>遗赠和遗赠扶养协议</b>	<b>511</b>
第一节	遗赠	511
第二节	遗赠扶养协议	514
<b>第三十六章</b>	<b>遗产的处理</b>	<b>517</b>
第一节	继承的开始	517



第二节 遗产的分割和债务清偿·····	520
第三节 无人继承又无人受遗赠的遗产·····	524

## 第七编 侵权行为法论

<b>第三十七章 侵权行为概述</b> ·····	527
第一节 侵权行为的概念与法律特征·····	527
第二节 侵权行为的分类·····	529
<b>第三十八章 侵权行为法的归责原则</b> ·····	531
第一节 侵权行为法归责原则的概念与体系·····	531
第二节 过错责任原则·····	532
第三节 过错推定责任·····	534
第四节 无过错责任原则·····	536
第五节 公平责任原则·····	540
<b>第三十九章 一般侵权责任的构成要件及抗辩事由</b> ·····	543
第一节 侵权责任的构成要件·····	543
第二节 侵权责任的抗辩事由·····	551
<b>第四十章 特殊侵权行为</b> ·····	559
第一节 特殊侵权行为概述·····	559
第二节 国家机关及其工作人员职务侵权行为·····	563
第三节 产品质量致损侵权行为·····	565
第四节 高度危险作业致损侵权行为·····	566
第五节 环境污染侵权行为·····	567
第六节 地面施工致人损害的侵权行为·····	568
第七节 地上建筑物或其他设施致人损害侵权行为·····	569
第八节 饲养动物致人损害的侵权行为·····	570
第九节 无民事行为能力人和限制民事行为能力人致人损害的 侵权行为·····	571
<b>第四十一章 侵权损害赔偿</b> ·····	573
第一节 损害赔偿概述·····	573
第二节 财产损害赔偿·····	577
第三节 人身损害赔偿·····	578
第四节 精神损害赔偿·····	579
<b>主要参考文献</b> ·····	584

# 第一编

## 民法总论



# 第一章 绪 论

## 第一节 民法概述

### 一、民法的概念

《尚书·孔氏传》中云：“咎单，臣名，主土地之官，作明居民法一篇亡”。这是有据可考的我国汉语中“民法”一词的最早出处，但此处的民法是否指民事法律规范，尚待考证。作为表现一个基本部门法的概念的“民法”二字，是在清末从日本传入我国的，而日本又引自欧洲。“清季变法，抄自东瀛。东瀛则复从拿翁法典之 *droit civil*，译为今称。按 *droit civil*，源于罗马之 *jus civile*。”<sup>①</sup>

罗马法有市民法(*jus civile*)与万民法(*jus gentium*)之分。市民法调整罗马市民之间的社会关系，万民法调整罗马市民与外国人及外国人与外国人之间的社会关系。但“公元3世纪后，因罗马境内所有居民均享有市民权，市民法与万民法趋于融合。于是，中世纪以来，*jus civile*一语，遂成为罗马法的总称，其后用于私法之意。”<sup>②</sup>日本在明治维新后制定民法典时，转译法语“*droit civil*”，并用汉语表述为“民法”。

在当代，“民法”在不同国家有着不同的内涵与定义。在采取民商合一的国家，其内涵相对广泛，而在民商分立的国家，民法的内涵要狭窄的多。我国《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。”鉴于“公民”一词内涵的公法属性，因此，依据法理和我国近年来颁行的相关法律、法规，可将民法定义为：民法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。<sup>③</sup>

---

① 梅仲协：《民法要义》，北京：中国政法大学出版社1998年版，第14页。清末制定的《大清民律草案》乃至民国初年制定的《中华民国律草案》，均称“民律”，尚未正式使用“民法”一词。1929年公布的民法总则最先正式使用“民法”一词。

② 梁慧星：《民法总论》，北京：法律出版社1995年版，第1页。

③ 1999年3月颁布的《合同法》第2条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”一般而言，根据法律关系主体地位的不同，可以划分出两类法律规范：一是调整主体处于平等地位的社会关系的法律规范，在这种社会关系中，主体可称为“平等主体”，相应的法律规范有民法、婚姻法（民商分立国家和地区还包括商法）等；二是调整主体处于不平等地位的社会关系的法律规范，如行政法、刑法等。

## 二、民法的调整对象

根据民法的定义,不难看出,民法调整的对象包括平等主体之间的财产关系和人身关系。

### (一) 财产关系

财产关系是以财产为媒介发生的社会经济关系。财产关系以社会生产关系为基础,涉及占有、使用、生产、分配、交换、消费等环节。这些环节构成了平等的私权主体之间的基本经济联系。但现代社会并不排除国家公权力对经济生活的渗透,政府在必要时得采取宏观调节和控制等手段干预经济生活,由此可以形成各种经济管理关系。显然,财产关系所涉领域是异常广泛的。民法作为私法,它所调整的财产关系的范围具有限定性,即它只调整平权型的财产归属和财产流转关系。政府对经济活动、国有资产以及经济组织内部的财产管理关系,则由经济法等其他法律部门调整。

民法调整的财产关系的内容,包括财产归属关系和财产流转关系。财产归属关系又称为静态财产关系,主要是财产所有关系。民法的一个重要任务就是保护所有者对其所有的财产的占有、使用、收益和处分权利。财产流转关系又称为动态财产关系,是指财产在主体间转移而发生的社会关系,其主要表现是商品买卖关系、货币借贷关系、财产租赁关系、财产赠与关系、完成工作成果或提供劳务所形成的关系,等等。

在现代市场经济条件下,民法调整的财产流转关系不仅包括劳动产品流转的商品关系,而且还包括非劳动产品流转的财产关系,如无线电频道等非劳动产品就可以进行买卖;财产流转关系不仅包括一般的物质财富的流转关系,而且还包括精神财富的流转关系,如商标、商号等精神财富就可以视为财产(知识产权)进行流转。

民法调整的财产关系具有以下特征:(1)民事主体地位平等。民事主体在民事交往中,彼此之间相互独立,地位平等;利益遭受损害时,获得法律的平等保护。(2)民事主体意思自治。主体在交往中,自由表达自己的意志,不受公权力及其他社会主体的非法干涉或强制。(3)等价有偿。等价有偿是民事主体地位平等在经济利益层面上的体现。民事主体只有坚持等价有偿原则,方能实现民事主体的商品价值和经济利益。故而,民法调整的财产关系多体现等价有偿这一商品交换规则的要求。当然,主体依据自愿、平等规则,在民事交往中形成的赠与、借用等无偿性质的财产关系,也是民法所肯定的。

### (二) 人身关系

民法调整的人身关系,是指与人身不可分离而不具有直接物质利益内容的社会关系。如姓名权、肖像权、名誉权,等等。民法调整的人身关系,可分为两

类,一是人格关系,它所包含的权利是与人的生存紧密关联的,主要包括人的姓名权、生命健康权、肖像权、名誉权、婚姻自由权等;二是身份关系,这一关系中所包含的权利是家庭及其他亲属组织得以存续、发展或实现其功能的必备要件,主要包括亲权、配偶权等。我国《民法通则》还将荣誉权规定为身份权。<sup>①</sup>此外,民法调整的人身关系,还包括法人的人格权和身份权。

民法调整的人身关系有以下特点:(1)人身关系的主体具有平等的法律地位。人身关系是民事关系的重要组成部分,民事主体都享有独立、平等的人格和身份权利及由此产生的精神和物质利益,并应当尊重他人的人格和身份权益。(2)人身关系与每个人所固有的权利或特定人的身份相联系。人身关系是基于自身的或特定的人身利益而发生的社会关系,离开了人身就没有人身关系的存在。主体的人身权利一般不能抛弃或转让。(3)人身关系虽无直接的物质利益内容,但与财产紧密相联。人身关系的产生、变化或被侵犯,会影响到民事主体的物质利益。有的人身权利可以转化为财产利益,如法人的名称权可以依法转让以获得财产利益;有的人身关系的存在是取得某些财产利益的前提,如继承权只能由具有特定身份关系的主体享有;人身关系受到侵害,受害人或有特定身份的人有取得赔偿的权利,如生命健康权受损害,受害人有权要求侵害人赔偿损失及支付精神抚慰金。

### (三) 民法与相关部门法的区别

#### 1. 民法与经济法

经济法是调整国家在对市场主体进行组织管理和对经济活动进行调控、管理过程中形成的社会关系的法律规范的总称。经济法调整对象主要包括:市场主体组织管理关系、宏观调控关系、专业经济管理关系、市场秩序管理关系、经济可持续发展与社会保障关系等。<sup>②</sup>

民法与经济法都调整一定的经济关系,都与市场有着紧密的联系。民法与经济法的区别集中体现在:民法调整平等主体的财产关系;经济法调整政府及其授权的组织对经济的调控、管理、监督关系。换言之,大凡民事关系与国家没有直接的牵连,而经济法要解决的恰恰是国家在市场经济中的地位、角色和功能等

<sup>①</sup> 传统民法认为,对人权利,可分为人格权与及于他人之权利。人格权乃“与吾人之人格不可分离,而与财产无直接关系之权利”,“系由权利主体之人,自身所生之权利”,即人对自己的人身利益的支配权利,主要包括生命权、姓名权、名誉权,等等;“及于他人之权利”,乃基于特定的身份关系,而对他人人身利益之支配。梅仲协先生认为,“及于他人之权利”,又可分为两种情形,“其一,根据亲属上伦理观念,权利人得依其意思,支配他人者,例如父母得依其亲权之行使,支配其子女是。其二,以他人之行为为标的,而获取经济利益者,例如债权人之行使债权,得请求债务人作为或不作为是。”参见胡长清:《中国民法总论》,北京:中国政法大学出版社1997年版,第84页;梅仲协:《民法要义》,北京:中国政法大学出版社1998年版,第34页。

<sup>②</sup> 黄和新主编:《中国经济法新论》,南京:南京大学出版社1998年版,第41~49页。

问题。<sup>①</sup>

## 2. 民法与劳动法

劳动法是调整劳动关系和由劳动关系产生的劳动工资、劳动保险、社会福利等关系的法律规范总称。劳动法有自己的独立的调整对象。在我国,劳动法为一个独立的法律部门。民法不调整劳动关系。

19世纪以前,资本主义国家视劳动关系为一种劳动力的买卖关系,因而用民法规范来调整劳动关系,把有关雇佣关系的法律规范列入民法债编之中。19世纪以后,劳动法逐渐从民法中分离出来,并成为一独立法律部门。

民法与劳动法相同之处是:民事主体之间是平等的,劳动者与用人单位签订的劳动合同反映的当事人地位也是平等的。民法与劳动法的区别是:(1)民事法律关系一般遵循等价有偿规则,而劳动法律关系则主要体现按劳取酬原则;(2)劳动法律关系成立之后,当事人之间在劳动关系上存在一定的隶属关系,而民事法律关系成立之后,当事人地位仍然是平等的;(3)劳动争议一般由劳动行政部门和劳动争议仲裁机构解决,而民事纠纷则主要通过诉讼解决。

## 3. 民法与商法

商法是指调整商事活动的法律规范的总称。商法有形式意义商法和实质意义商法之分。形式意义的商法,是指专门的商法典;实质意义的商法,泛指一切有关商事活动的法律、法规。我国尚无形式意义的商法,但商事法律、法规大量存在。

应当看到,在民商分立的国家,民法与商法都属于重要的独立的法律部门;民商合一的国家,民法与商法的关系,一般是普通法与特别法的关系。

与民法比较,商法有下列特征:(1)商法具有鲜明的营利性,它体现了商事活动的基本特征和价值追求,而民事活动并非都以营利为目的;(2)商事关系完全是财产关系,并且在当事人的权利义务关系上具有双务性,而民事关系既有财产关系,又有人身关系,当事人的权利义务既有双务又有单务;(3)商法将无过错责任作为归责原则,而民法一般以过错责任原则作为侵权行为的归责原则;(4)商法具有国际性,由于经济全球化及国际贸易活动的发展,各国商法在内容上具有越来越多的共同之处,国别差别不断缩小,国际商事条约、惯例成为商法的极为重要的法源,而民法(尤其是其中的物权法)的地域性、传统性至今仍很突出。

## 三、民法的渊源

民法的渊源通常是指民事法律规范的表现形式。根据民法的效力来源,民法有诸多不同的表现形式,主要有成文法、习惯法、判例法和法理。

<sup>①</sup> 黄和新:《论现代市场经济法律体系》,载《法学论坛》,2001年第5期。

## (一) 成文法

### 1. 宪法

宪法是国家的根本法,由全国人民代表大会制定,并具有最高的法律效力,是民事立法的依据。宪法中关于社会主义市场经济体制、公有制和多种所有制形态共同发展的规定,关于公民基本权利和义务的规定、关于财产继承权和侵权责任的规定,等等,既是《民法通则》和各种单行民事法规必须遵循的法律依据,也是调整民事关系的重要法律规范。从法理上而言,在司法活动中,当民事法律规范没有规定的情况下,可以直接援引宪法规范为依据。

### 2. 法律

法律是由全国人民代表大会或其常务委员会制定和颁布的立法文件。法律是民事法律规范的最主要表现形式。作为民事法律规范的法源的法律包括:(1)民事基本法,即《民法通则》。《民法通则》在民事法律中具有特别重要的意义,它是我国基本的民事法律,其效力仅次于宪法。(2)民事单行法律,即由全国人民代表大会及常务委员会制定的除《民法通则》之外的民事法律,如《合同法》、《担保法》、《继承法》、《专利法》、《著作权法》等。(3)附属民事法律,即其他非民事法律中所涉及的民事规范。

### 3. 国务院发布的行政法规

行政法规专指作为国家最高行政机关即国务院所制定的一种规范性文件。国务院可以根据宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的授权,制定、批准和发布行政法规(包括决议和命令)。行政法规的内容不限于行政等“公权”性质的规范,也包括为调整“私权”领域中的关系而发布的规范,其中有关民事部分的行政法规,是民法的重要表现形式,其效力仅次于民事法律。

### 4. 国务院各部委制定的行政规章

国务院各部委依据法律、行政法规,在各自权限内所制定颁布的规范性命令、指示等规范性文件,称为行政规章。许多行政规章涉及民事方面的规则,这些规则对妥善处理民事交往中的纠纷起着重要作用。人民法院在处理民事案件时,可以将之作为裁判的重要参考,但行政规章不是行政法规,其内容如与法律和行政法规相抵触,则不应适用。

### 5. 最高人民法院所作的适用法律的司法解释

最高人民法院是我国的最高审判机关,依法享有监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作的职权。在我国民事法律内容尚不齐备的情况下,最高人民法院为了在审判工作中正确适用法律,可以在总结审判实践经验的基础上发布适用法律的司法解释,如《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》、《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》等。

### 6. 地方性法规

地方各级人民代表大会、地方各级人民政府、民族自治区的自治机关在宪



法、法律规定的权限内,可以制定、发布决议、命令、地方性法规、自治条例、单行条例等行为规范。地方性法规中,有许多规范涉及民事关系,这些规范可以在地方司法活动中恰当地适用。但这些法规不能与法律和行政法规相抵触,而且只在制定者所管辖的区域生效。

### 7. 特别行政区法律规范

根据“一国两制”的方针,我国先后设立了香港特别行政区和澳门特别行政区。根据《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》规定,港、澳两地的法律制度基本不变。两地的原有法规中有大量的民事法律规范。这些民法规范只适用于各特别行政区。<sup>①</sup>

### 8. 国际条约

国际条约是国家之间主权平衡的产物。国际条约通过法定程序,可以具有与国内法同样的拘束力,也属于我国国内法的渊源之一。《民法通则》第142条第2款规定:“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。”

#### (二) 习惯法

在民事活动中形成的有益的民事习俗,经国家法律认可,可以成为民法的重要渊源。国外民法理论及司法实践中,一般把习惯法作为法律渊源。英美法系的习惯是法官裁判的最重要的依据之一,并由法官转变其为习惯法规则;大陆法系的习惯,经认可后,则是作为法律规定不足时的补充,无法律规定时,依习惯。我国民法对习惯法未作一般规定,只在特定的历史条件下,承认过某些习惯具有习惯法的效力。<sup>②</sup>我国是幅员辽阔的多民族国家,目前在少数民族聚居的地区,习惯法在民法渊源中具有一定的意义。

#### (三) 判例

司法实践表明,成文法不可能概括民法调整的全部社会关系,公正的司法无法排斥“判例法”的价值。因此,历史上坚守成文法的大陆法系国家及地区,已经开始吸收、借鉴英美法系“尊重生活条件”及由此支撑的“法官造法”制度。我国正在进行的法官制度改革,则期望在增进审判人员的素质基础上,扩展其自由裁量权,运用判例法等制度,灵活地适应新情况,提高审判效率,以弥补成文法的不足。

<sup>①</sup> 《香港特别行政区基本法》第18条和《澳门特别行政区基本法》第18条规定,全国性法律除列于两个基本法附件三者外,不在该两个特别行政区实施,而该两个基本法的附件三中列举的法律,没有民法规范。

<sup>②</sup> 如1950年颁布的《婚姻法》第5条第1款规定:“为直系血亲,或为同胞兄弟姐妹或同父异母或同母异父的兄弟姐妹等,禁止结婚;其他五代内的旁系血亲禁止结婚的问题,从习惯。”最高人民法院也曾以司法解释的形式,承认民间的房屋典权的习惯。