

<<民法适用基本问题研究>>

图书基本信息

书名：<<民法适用基本问题研究>>

13位ISBN编号：9787801823755

10位ISBN编号：7801823753

出版时间：2004-9

出版时间：中国法制出版社

作者：黄明耀

页数：334

字数：392000

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<民法适用基本问题研究>>

内容概要

序。

民法适用基本问题的研究,既十分艰巨又十分庞杂,但在我国现阶段却具有特殊的重要性。

长期以来,我国民法学界就此研究薄弱,导致实务界在民法适用观念上的错乱和适用技术水平整体上的低下,并进而导致民法制度设计在审判实践中某种程度上的落空或扭曲,民法的精神和理念难于通过审判实务植根于市民社会生活之中。

如何就适用民法进行带有世界观、方法论性质的研究,已是民法学界的迫切需要;同时,由于民法适用问题本身的复杂性和涵摄内容的广泛性,决定了民法适用基本问题在研究方法上的多样性。

如民法适用基本问题的研究首先需要进行历史的考察,以检讨民法适用的历史脉络和发展方向;需要进行部门法的边缘研究,以便观察程序法、司法体制对民法适用的微观影响;必须进行法律规范分析,以便为请求权基础关系、民法适用的推理以至民法解释奠定基础;需要进行民法哲学思辩,通过法哲学的话间,对民法解释的现代发展、民法适用的实质推理、民法适用中法官自由裁量等问题作出回答;需要实证以及社会学研究方法,剖析民法适用的社会效果;同时还离不开经济分析研究,以便进行利益平衡以实现个案的效率、公平与正义,等等。

第一章:民法适用内涵考。

概念是理论的基础,故笔者首先对民法适用的内涵和应包容的外延进行了探讨。

同时,作为民法适用方法论展开之铺垫,笔者略论了民法适用观念变迁与民法演进的依存关系。

笔者认为,民法适用观念的机械和僵化,阉割了民法对社会的调适机能,使民法成为"死法",加剧了近代民法与现实社会的紧张关系,促成近代民法一步步走向衰落;而自由法运动则激活了民法,使民法因应近代世界社会之变迁,保持青春与活力;民法适用观念的变迁,从一个侧面反映了近代民法向现代民法的迈进历程,对深入解读民法兴衰更迭的发展轨迹,无疑深具意义。

笔者在对当今中国民法面临的一些问题进行探讨的基础上,提出当今中国大陆民事法官,在法律适用诸多问题上也需有观念的更新、方法论的转向,否则便无以担当起急剧变革的转型时期繁重而复杂的审判任务。

第二章:民法适用的历史检讨。

研究民法适用首先要梳理民法适用的历史脉络,廓清民法适用的由来、历史演变以及发展方向,从而为民法适用勾勒出一个动态的概貌。

就我国民法适用的研究,要立足于古代民法适用源头,研究我国历史上的民事司法概况和民法适用观念,以及这些历史的惯性因素对当今中国民事司法的影响;由于我国社会主义司法很大程度上是从根据地司法发展演变而来,故考察根据地时期民事司法的特点和成功做法,对研究今天的民事司法无疑具有重要意义;同时研究民法适用主要应当立足于当今的民事司法,故笔者对建国以后我国民事司法的婚变,从计划经济时期的民法适用、有计划商品经济时期的民法适用、市场经济条件下的民法适用,分三个阶段进行了探讨。

其中,对《民法通则》的颁行对我国民法适用的意义,我国民事审判实务中长达二十年的"经济审判",以及民事司法在市场经济条件下的新发展等,进行了较为详细的论述。

第三章:民法适用的基本原则。

对基本原则的描述,不仅仅是理论研究一以贯之的思路,更主要的是为了确立我国民法适用在观念上应当具有的指导思想,为民法适用提供某种带有世界观而非仅仅是具体方法的理论指引。

笔者提出并论述了民法适用的三个基本原则:(1)鉴于民法的权利法本质和民法法源的不充分性,民法适用应以"私权救济最大化"为原则,此乃民法适用的目的性原则;(2)鉴于成文法规定的一般性与具体个案的特殊性,为在法律的安定性与个案的妥当性之间求得适度的平衡,笔者提出"依个案予以衡平",作为法律适用的妥当性原则;(3)由于民法适用是民事司法活动,是国家司法机关的一种具体的司法行为,对这种适用法律的行为必然要予以严格的程序性约束,故笔者提出"依程序决定民法适用",作为民法适用的程序性原则。

第四章:民法适用中的法源。

法源问题在民事司法实务中具有十分重要的意义,由于涉及到"法典之外是否有法源"这一命题,故同

<<民法适用基本问题研究>>

时也是民法适用中一个颇具争议的问题。

其核心点在于:当成文法中找不到处理具体个案的依据,或者在相关具体规定具有某种不合适宜性时,法官可否能动地司法,在成文法之外寻求法源补充,以为处理个案的依据。

笔者认为,从审判实务角度看,民法适用中甄别、取舍法源,探寻新的法源,往往是民法得以发展、法律得以因应时事变迁的重要途径,是民法之所以能成为“活法”的重要原因。

这也是由民法的特性、民法的功用以及市场经济发展的客观要求所决定的。

对法源问题的不同态度也是民事司法与刑事司法、行政司法的显著区别。

在本章,笔者在对民法法源一般理论进行研究的基础上,对民法的正式法源和非正式法源展开进行了论述,其中对宪法司法化、民事司法解释的功与过、判例的地位与作用、民间法的合理性等较为敏感的问题,进行了较为深入的探讨。

同时,针对民法领域广泛存在的规范冲突问题,笔者提出并分析了解决法源冲突的具体途径。

第五章:民法适用中的法律推理。

民事司法推理虽然是一般逻辑推理方法在民事司法活动中的运用,但却有其特殊之处:一是民法推理是各种推理方法的并用,而不是某种单一的推理方法的运用,与刑法适用以三段论为主要甚至唯一推理形式判然有别;二是民法推理大前提往往是广义的,而不仅仅限于法律文本;三是小前提往往具有不确定性,或者具有某种“高度概然性”;四是推理的结论往往不具有唯一性,有时本身就是在多种结果或者多种可能性中选择其一,结论往往是法律价值的选择取舍而不纯粹是逻辑推导的结果,带有浓厚的法哲学意味。

笔者在对司法推理基本理论进行阐述的基础上,分别对演绎推理、归纳推理、类比推理进行了论述。认为演绎推理虽然是最普通、也是最基本的推理形式,但其也存在推理形式的简单化与民事案件的复杂性、形式上的必然性与实质上的或然性等不足之处,因而有时需要借助其他推理形式,方能完成司法推理的过程;归纳推理因属于发现事物规律性问题的认识,在概念法学主宰的近代大陆法系民法上自无其适用的余地,但是由于法官可以运用它从以前的个案中、从生活的实例中以及从其他一切可以用于归纳的材料中,发现新的规则以敷实务需要,故在现代民事司法中逐渐受到人们的重视;类比推理在民法适用上常常被用作填补法律漏洞的手段,同时民法适用中不但允许类推,而且就性质而言,尚有法律类推和法的类推两种不同性质的类比推理。

第六章:民事请求权的基础关系。

对于请求权问题的研究,无疑应是民法适用研究的基本问题之一,是“处理民事例题的核心工作”。

笔者认为,对请求权基础关系的研究,实际上是就个案中当事人之间的法律关系的定性和适用法律的选择,也是对具体法律规定与案例事实之间、法律关系与当事人处分权之间的连接关系的研究,因而对民法适用具有十分重要的意义。

由于法律规范是法的细胞,是法的基本构成单位,也是法的基本表现形式,故作者首先对法律规范进行了分析。

如何恰当地认定请求权基础,必然触及民法体系结构,包括民事权利体系与民事行为体系,因为民法是权利法,权利是民事法律的灵魂和核心,故民法的体系围绕权利而展开;又因民事行为是民事关系发生、变更和消灭的最重要的法律事实,民事权利的行使和得、丧、变更,都有赖于民事主体具体的民事行为,民事行为透过与权利体系的关系,与请求权紧紧地联系在一起,故笔者就此也作了论述。

紧接着,笔者分析了请求权的类型和请求权行使的规则,着重对请求权基础竞合的理论和实践进行探讨,并在请求权竞合、请求权聚合基础上,提出并论述了“请求权的扩散”。

此外,笔者还对民事司法实践中的案由问题进行了探讨。

第七章:民法适用中的解释问题。

笔者认为,民法适用问题,不仅仅是一个法律解释问题,而且法律解释本身又有广义和狭义之分。

即使在广义的法律解释语境下,法律推理、请求权基础等也不是其应有内涵。

所以尽管民法解释十分重要,笔者亦仅仅将其作为民法适用的一个问题——而不是民法适用问题的全部——加以论述。

对民法解释,学界著述甚丰,笔者试图主要从一个民事司法实务者的角度进行探讨研究。

笔者认为,法律解释不仅仅是一个理论问题,更是一个实务问题,一个司法技能问题,因而要特别注

<<民法适用基本问题研究>>

意民法解释的可操作性，对解释的主体、解释文本以及解释的客观环境等诸多制约因素要予以充分的关注。

为此，笔者首先概述了法律解释的基本理论，包括法律的确定性与模糊性、法律解释的狭义与广义、法律解释的主义和道路、法律解释与事实解释等问题，并结合审判实务发表了看法。

同时，对随着现代民法理念变迁而引人民法解释领域的三种广义上的法律解释，笔者就价值补充、漏洞补充、恶法回避进行了探讨，对如何操作以及注意之要点，分别进行论述。

最后，作者还从审判实务角度，对民法解释在实务中的困窘进行了分析。

第八章:民法适用与法官自由裁量。

在现代社会，社会经济形势发展日新月异，立法永远跟不上时代前进的步伐。

尽管笔者对民法适用进行了历史分析以正确地把握当今民法适用实务，对适用原则进行研究以确立指导思想，探究民法法源以期有助法官发现和正确适用裁判依据，同时试图通过对民法适用中法律推理、民法适用中的请求权基础、民法适用中的解释问题的研究，企望指导和规范法官如何通过恰当的适用作业手段，以正确适用民法裁判民事案件，但是，任何旨在使法官裁判活动规范化、客观化、技术化的努力，都不能否认法官的自由裁量。

法官享有某种程度的自由裁量权已经为当今社会所公认，学界所认同，且民事司法实务中法官的自由裁量权有扩大化的趋势。

虽然在具体的适用场景中法官自由裁量表现的形式和烈度可能有异，但自由裁量始终是贯穿民法适用各个方面的一条红线，并深深地根植于前述几个问题之中。

为此，笔者将民法适用中法官的自由裁量作为本论文的兜底性问题，专章进行探讨，对自由裁量的内涵，其在民事审判中的具体表现;民法适用中法官自由裁量权的论争;法官自由裁量在我国民法适用中的意义等进行了论述。

同时笔者认为，法官自由裁量权的行使不能如天马行空般无所拘束，故就如何规制法官的自由裁量也进行了探讨。

<<民法适用基本问题研究>>

作者简介

黄明耀，男，1965年7月生于重庆铜梁。

1986年毕业于西南政法大学法律系、获法学学士学位，后于1991年、1999年考取西南政法大学民法硕士、博士学位，并获得民法硕士、博士学位。

大学毕业后历任原重庆中级人民法院民庭书记员、且画审判员、审判员、重庆市江北区人民法院副院

<<民法适用基本问题研究>>

书籍目录

第一章 美国教育立法总述 一、美国教育立法的地位 (一) 教育立法及行政管理权主要在地方 (二) 在教育立法程序中, 议会占主导地位 (三) 教育法律体系中除判例法以外, 以州教育法律为主 (四) 宏观上纲领性立法 二、美国教育立法的作用 (一) 导向作用 (二) 资助作用 (三) 管理作用 三、美国教育立法特点 (一) 教育立法的民主性 (二) 判例法在教育立法中具有重要的地位 (三) 把教育法的执行作为教育法制化的关键一环 (四) 教育立法的阶级性和政治性 (五) 统一与分权并重 (六) 平衡与制约结合 (七) 严格与灵活共存 四、美国教育立法的现状 第二章 美国教育法的历史发展 一、散权制时期(内战以前) (一) 殖民地时期的教育 (二) 殖民地时期的教育法令 (三) 独立后美国教育法的发展 二、分权制时期(内战以后——20世纪60年代) (一) 南北战争后美国教育的发展 (二) 《莫雷尔法案》 (三) 卡拉马祖诉讼案 (四) 《史密斯-休士法》和美国职业教育制度 (五) 《学校午餐法》——对学校教育实行救济措施 (六) 《退伍军人就业法》 (七) 《国防教育法》 三、向集权制发展时期(20世纪60年代以来) (一) 1965年的《初等和中等教育法》 (二) 联邦政府对教育干预的加强 第三章 美国教育法的形式 一、制定法 (一) 宪法及其修正案 (二) 法令 (三) 行政规章 (四) 司法部长的观点 二、判例法 (一) 教育判例法的成因 (二) 教育判例法的特点 (三) 教育判例法的作用 三、制定法与判例法之间的关系 第四章 美国教育法的立法程序 一、授权阶段 (一) 提出案议(或称提案) (二) 委员会审议 (三) 两院全院大会审议 二、拨款阶段 三、反馈阶段 四、“三权分立”与院外集团 第五章 美国教育法的立法技术 一、政策声明 二、术语定义 三、授权拨款…… 第六章 美国教育法的内容 第七章 美国教育法的执行 第八章 美国高等教育法律问题 第九章 教育平等中的法律问题 第十章 美国特殊教育与法律制度 第十一章 美国学校管理中的法律问题 第十二章 近年来美国教育法的发展 附录

章节摘录

第一章 美国教育立法总述 一、美国教育立法的地位 由于其历史性，美国的教育制度从其诞生之日起就被有意识地设计成为一种既能保留多元性，又能从中求得一致性的制度，其目的在于同化千百万移民子女，把美国建成一个实力雄厚的社会。

为此，美国的教育立法充分体现了“从多元性中求统一性”的精神，这种精神突出地体现在通过立法确认的教育权的分配上。

联邦权力与各州权力的划分，基本上是在宪法中加以规定的。

美国宪法以列举的方式规定了联邦以及联邦各州共同行使的权力，同时在其修正案第十条规定：“本宪法未授予合众国或未禁止各州行使之权力，皆由各州或人民保留之。”

管理教育的权力属于宪法未加列举的权力，因此应由各州行使。

然而，这并不等于联邦政府在教育上无所作为。

根据美国宪法第一条第八项的规定，国会有权为共同防卫和一般福利的目的征收赋税。

这就是说，联邦有为教育而课税，并在教育财政拨款的范围内立法的权力。

至今美国联邦依据这一宪法赋予的权力制定的有关教育的法律已达100多件。

特别是第二次世界大战后，在新的科技发展和国际竞争的形势下，由联邦通过增拨教育经费法案以加强联邦对教育控制的趋势日益明显，联邦的教育立法范围日趋扩大。

在20世纪50年代和60年代，联邦通过了一系列的教育立法，大大鼓励和发展了美国的教育事业。1958年国会通过的《国防教育法》对美国经济、科技的发展以及教育改革的兴起，起了很大的作用，被称为美国教育史上划时代的文献。

此外，1963年的《职业教育法》和1965年的《初等中等教育法》和《高等教育法》，有力地促进了职业教育、中等教育和高等教育的发展，同时也为美国创造了巨大的经济财富：1982年美国共有23284万人口，国民生产总值为30730亿美元，人均13197.9美元。

美国在教育上每花1美元，就会使国民生产总值增加6美元。

20世纪80年代以来是美国开始全面提高教育质量的时期。

90年代，自称教育总统的布什上台后，制定了《全美教育目标报告》，颁布了《美国2000年教育战略》。

自克林顿接任总统后，该法得到了来自民主党与共和党，几乎每个重要的全国性家长组织、教育组织、商业机构以及政府官员和议员们的强有力的支持。

随后联邦政府又颁布了一系列法令：《改进美国学校法》、《学校与就业机会法》、《学校贷款改革法》等等。

这些立法都得到国会预算的支持。

<<民法适用基本问题研究>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>