

丑陋的民法 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文
https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E4_B8_91_E9_99_8B_E7_9A_84_E6_c122_480554.htm 一、《民法典》迟迟不出台。民事法律的最大问题，也是民法界反映最为突出的问题，当是民法典的制定。仅有156条的《民法通则》，制定于1986年，时值有计划的商品经济时期。现已过将近20年，我们国家早已进了具有中国特色的社会主义市场经济时期，保留很多计划经济色彩的《民法通则》难以调整已有充分发育、发展的市场经济法律关系，做为过渡立法的《民法通则》早已完成了它的历史使命，应尽早退出历史的舞台，新的《民法典》的制定当然是必要的，更是迫切的。做为工作在法律一线的法律工作者，我们对《民法典》的呼唤似更迫切。然而，笔者在此想说的并不是《民法通则》的简陋性、滞后性以及与经济基础的不适应性，笔者想强调说明的是《民法通则》的立法指导思想、立法的立场或角度问题。做为执业律师，我们和当事人交换对我国现行民事法律的看法的时候，绝大部分债权人都是无奈的摇头。一些偏激的债权人甚至认为现行民事法律不保护债权人的，是保护债务人的。也有债权人抱怨说，现行民事法律是站在债务人的立场上而不是站在债权人的立场上制定的，因此是“义务法”而不是“权利法”。这些认识虽有偏颇，但也确不无道理。现行法律对债权人行使权利做出了过多却不尽合理的限制的同时，对债务人却没有做出充分有效的约束，这是导致债权人抱怨的根源所在。举例如，公民遭受人身伤害的时候，按照《民法通则》及其相关司法解释，公民除有权提出物质损害赔偿外，还有权提出精神损害赔偿。民法虽规定公民的精神损害赔偿

偿的原则，但却未规定精神损害赔偿的标准。这使得法官对精神损害赔偿的自由裁量权超乎寻常的大。最著名的案例是上海一女大学生状告上海某化妆品公司名誉权纠纷一案。女大学生一审获精神赔偿25万元，二审改判1万元。同是一案，为何两审法院的判决会有天壤之别？判多判少全人任凭法官一句话，人们对司法公正提出强烈质疑。现行民事法律的此类问题不胜枚举。现行民事法律的这种状态与《刑法》修改前后关于正当防卫的规定颇为相似，老《刑法》规定的正当防卫必须以与犯罪分子正在实施的加害程度相当为限度，这种规定明显不尽合理。犯罪分子实施犯罪是有备而来，而受害人是在突起不意的情况下奋起自卫的。怎能要求无备的与有备的要相当呢？正因如此，债权人对现行民事法律抱怨颇多就不足为怪了。2001年2月26日，最高人民法院颁布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第8条规定，承担精神损害赔偿责任，必须以给受害人“造成严重后果”为前提，“未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持”。那什么又是“造成严重后果”呢？该解释又未作规定，这等于以概念解释概念，又是悬而未决的问题。不过从第9条看，致人残疾、致人死亡的，肯定属于“造成严重后果”，除这两种情况之外的其它，“造成严重后果”的情况仅以“其他”概括，显然无法解决解释要解决的问题。更为重要的是，在法律没有明文规定的情况下，做出这样的司法解释，显有越权之嫌。同时将精神损害赔偿的前提界定为“造成严重后果”，也严重限制了相当一部分受害人的赔偿请求权。例如，笔者所在律师事务所代理海口某著名的高档小区百名业主诉该小区饮水污染案。该小区发展商

自小区1998年入住一直到2003年“非典”流行之日，一直隐瞒小区饮水严重超标的事实，长期向小区业主供应已被污染的水。小区业主喝了四年的脏水，却因未见什么“严重后果”，依法不能提起精神损害抚慰金请求，不能从经济上对侵权者加以制裁，这是“义务法”的典型例证。

二、民事立法不足，长期依赖司法解释挑大梁。

法律界的同人都深有同感，靠17年前制定的《民法通则》，早已难以支持调整市场经济这个局面了，所以，做为民事立法先天不足的补充，最高人民法院出台了大量的有针对性的有关民事法律的司法解释。最著名的当属《民法通则》及《民事诉讼法》两大民事基本法的司法解释了，这两个司法解释已成为司法人员及法律服务人员不可或缺的法律依据了。民事法律司法解释的积极作用，正如《民法通则》调整有计划的商品经济时期的民事法律关系一样，是不可否认的，但必然也带来了一些相应的弊端。

审判实践，在判例制国家具有创制法律的作用、功能。我们国家不是判例制国家，但法官的创制性活动，特别是做为法官审判实践的理论总结的司法解释，无疑在一定程度上推动了民事立法的发展，这同样是不可否认的。但长期靠司法解释弥补民事立法的空白与不足，明显是违背民事立法的客观规律的。例如，关于《民法通则》民事证据的司法解释，事实上，替代了《民法典》、《证据法》的作用，这是不正常的。

有鉴于司法解释在我国民事法律的立法和执行中的独特作用，能否科学解释法律就成了举足轻重的问题，这就需要对民事法律的司法解释工作进行科学的规范。事实上，现行司法解释也的确存在不少的问题。

1、违背民事法律进行司法解释。

《民事诉讼法》第56条第2款规定：“人民法院

判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。”从此规定可以推论，如果法院没有判决在本案中无独立请求权的第三人承担民事责任，该第三人就不具有当事人的诉讼权利和义务。为什么立法上赋予被法院判决承担民事责任的第三人以当事人的权利义务呢？显然是从权利义务的一致性考虑的，承担了民事责任的主体，当然应当享有相应诉讼权利。那么，代位诉讼中的无独立请求权的第三人即债务人，是否也应当享有当事人的诉讼权利义务并必须以人民法院判决其承担责任为前提呢？答案是应当赋予其当事人的权利义务，但不应也没法以法院判决其承担民事责任为前提。因为代位诉讼中所确定的实体权利义务必然涉及债务人，如果法院判决债务人与次债务人权利义务关系不存在，或虽判决成立，但债务人对法院判决金额持有异议，都直接与债务人有利害关系。如果不赋予其当事人的诉讼权利义务，不给予其上诉权，必将损害债务人的利益，对债务人将是极不公平的。因此，在代位诉讼中，赋予无独立请求权的第三人即债务人以当事人的诉讼权利义务是非常必要的。但如果将债务人的上述权利与义务的前提与一般的民事诉讼中的第三人相同，即以法院判决其承担民事责任为前提，在法律上则是行不通的，最终导致代位诉讼中的第三人根本无法享有上诉人的权利并承担相应义务。因为代位诉讼中的债务人不同于一般民事诉讼中的第三人，它根本就不在民事诉讼中承担民事责任。因为代位诉讼就是债权人代位债务人向次债务人提起诉讼，法院审理和判决的对象就是债务人与次债务人之间的债权债务是否成立。如果成立，就由次债务人承担民事责任。所以，为保护债务人的合法权益，对于代位诉讼中的无独立请

求权的第三人即债务的诉讼权利问题应网开一面，不能同一般民事诉讼中的无独立请求权的第三人一样，都以法院判决承担民事责任为前提。但法律在没有做出修改之前又不能擅自变动，怎么办呢？本文注意到最高人民法院关于民事诉讼法司法解释第66条做出了与《民事诉讼法》第56条第2款完全相反的规定：“在诉讼中，无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务。”在司法解释与法律规定相抵触时，当以法律规定为准，虽然新形势下民诉法司法解释第66条比民诉法第56条第2款更科学、更符合法理。

2、违背事实进行司法解释。

针对金融机构、会计师事务所胡乱出具资金证明、验资报告，严重干扰正常民事交往秩序，损害债权人合法权益的事实，最高人民法院在1996年至1998年，先后发布过三个追究出具虚假资金证明、验资报告民事法律责任的司法解释，这就是《关于金融机构为行政机关批准开办公司提供注册资金的验资报告不实，应当承担责任的批复》、《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》及《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何承担责任问题的批复》。上述三个司法解释的出台，使一大批肆无忌惮地为公司出具虚假资金证明、验资报告的金融机构、会计师事务所，被债权人告上法庭，承担了相应法律责任。因此，有效地遏制了这股虚假歪风，无疑促进了民事交往秩序的安全和健康发展。但2002年2月9日最高人民法院发布的法[2002]21号一纸《关于金融机构为企业出具不实或虚假验资报告资金证明如何承担民事责任问题的通知》，却将上述三个司法解释几乎全盘否定。该《通知》规定，判定出具虚假资金证明、验资报告的金融机构、会计师事务所承担民事

法律责任，必须是债务人在与债权人从事民事交往时，使用了虚假的资金证明和验资报告。最高院的这一纸通知明显有偷换概念之嫌，没有在同一前提之下做出规定。孰不知，金融机构、会计师事务所为债务人出具的虚假资金证明、验资报告是专为债务人注册公司出具的，有的直接向工商行政管理机关出具的，有的甚至直接表明只能用于工商注册登记，并规定了有效期限，超出规定的期限和范围无效。最高人民法院的一纸通知，却要求上述有特定用途的虚假资金证明、验资报告一定要在债务人与债权人的民事交往中使用，并以此做为判令出具虚假资金证明、验资报告的金融机构、会计师事务所承担民事法律责任的前提，显然是不可能的，显然将此虚假资金证明、验资报告与彼虚假资金证明、验资报告混同。债务人与债权人在民事交往过程中，完全有可能，事实上也的确存在，应债权人要求，债务人向其提供证明自己资信状况的资金证明、验资报告的情况，但此种资信证明、验资报告显然与债务人注册公司使用的资金证明、验资报告不同，不可混为一谈。再说，原最高院三个司法解释都是经最高人民法院审判委员会讨论通过并以司法解释的名义发布的，一纸通知便予否定，违背司法解释规律，也显得极为不严肃。更为重要的是，此一纸《通知》的出台直接导致了一大批一审判决胜诉的案件，二审被改判。笔者代理的一起案件，一审法院按最高院原司法解释判决债权人胜诉，出具虚假验资报告、资金证明的银行、会计师事务所承担赔偿责任。银行上诉期间，最高院此通知下发，二审法院便以银行为债务人出具的虚假资金证明未在双方民事交往中使用为由，判决出具虚假资金证明的银行不承担法律责任。这无疑是对

造假者的保护，对债权人的惩罚，势必造成被一度有效遏制的虚假歪风有所抬头。

3、违背程序进行司法解释。

企业法人资金被工商行政管理机关吊销之后，其诉讼主体资格的确定问题，至今还是靠1987年最高人民法院经济审判庭的一纸通知来确定。该通知认定，企业法人资格被吊销，只是丧失了经营资格，并未丧失诉讼主体资格，仍可以原企业法人名义参加诉讼活动。这就导致了大量的已被吊销企业法人资格，但多年一直不进行清算的企业仍然可以参加诉讼。其实，此时的企业只是一个空壳，这个空壳恰恰成了逃债者合法的挡箭牌。因为现行法律及此一纸通知，并没有规定被吊销企业法人资格的企业应在多长时间内进行清算，如果其不清算，债权人又享有何种权利和救济程序。最高人民法院的一个不能独立对外的业务审判庭的一纸行文，竟让众多赖帐单位和个人合理合法地赖了这么多年的帐，简直到了不可思议的程度！

三、民事案件执行难严重动摇了当事人对法律、对人民法院的信心。

民事法律的执行问题最为突出的当是执行难。应该说，关于民事执行的立法及司法解释是比较完备的，不存在执行立法不健全或执行无法律依据问题。在多年的执行实践中，各级人民法院也摸索出了多种多样且行之有效的执行措施，例如，除已规定在民诉法里边的查封、扣押、冻结、划拨、搜查、拘留等执行措施外，还有曝光、限制高消费、群众举报、限制出国、列入信誉不佳黑名单等等。但执行案件仍然很难，执结率仍然不高，这究竟是为什么？作为长期同各级人民法院打交道的律师，我们认为，问题还是出在人民法院、执行法官本身，人民法院、执行法官执行力度不够，执行措施不到位，这是造成执行难、执行率不高的根

本原因。不排除一部分执行难案件，是因为债务人没有清偿能力。如果是这样，不应称作执行难，应为执行不能。对这样的执行案件，人民群众并没有太多的异议。而绝大部分执行案件有财产，人民法院仍不能执行，引起债权人不满意的，也恰恰是这类执行案件。笔者曾代理了一顾问单位5000元的执行案件，债务人有轿车、有房产，而那家执行法院却要中止案件的执行。理由是，标的太少，人民法院不可能为了5000元去拍卖债务人价值几万、几十万元的房产和汽车。当事人大为不满，你人民法院连5000元的案件都执行不了？你还能执行什么案件？你还有什么权威？当事人对你还有什么指望？既然债务人的5000元债务都不能清偿，他是怎么天天开着小轿车到处跑的？你人民法院不能拍卖其财产，也不能对其藐视法律、法官的行为采取任何法律措施，执行的结果除了执行难还会有什么？再比如，笔者代理的另一起执行案件，被执行人有一套三房两厅的住房，价值十余万元。还有一个正在营业中的砖厂，砖厂是被执行人的不具法人资格的分支机构，根据被执行人与当地村委会经济社签订的合同，尚余五年的土地承包经营权。执行法院以房产没有房产证、土地承包经营权未履行法律手续依法无效为由，拒不执行，拖了一年多的执行结果是，准备下个中止执行裁定书了之。债权人对此怨声载道。房产证是不动产的所有权凭证，但如果调查取证核实被执行人多年来一直居住的房产却是其购买的，仅仅以没有房产证为由拒不执行，明显是推诿和不负责任。至于承包经营权，被执行人已承包经营十年了。对债权人提出如此苛刻的条件，对债务人却如此的宽容，债权人的报怨就是可以理解的了。如果人民法院本能够执行的案件

，因执行法官的原因造成不能执行，必将使执行难雪上加霜，难上加难，积重难返。执行难已超出了法律界，变成了一个日益严重的社会问题，也引起了党中央、国务院的高度重视，甚至专门下发了有关执行的文件，最高人民法院为解决执行难还专门设立了执行年，掀起了一轮又一轮的执行大会战，但结果如何呢？实事求是地说，这些都或多或少地解决了一些甚至大部分执行难问题，但并未从根本上解决执行难问题，没有从根本上扭转执行难的现状。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com