

江平:中华人民共和国民法通则剖析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B1_9F_E5_B9_B3__E4_B8_AD_c122_485508.htm 我国《民法通则》的制定和颁布是我国法制建设中的一件大事。它对于我国立法体系的确定，对经济体制改革的促进，对公民合法权利的保护以及对国际经济交往的发展，都将产生重要的作用。本文拟对这部民事立法的特点作一概括探讨。一 民法和商品生产的密切关系通过民法制定工作几起几落的历史表现得特别明显。第一次民事立法是在1955-1956年间进行的。当时正是开始第一个五年计划之时，大规模经济建设刚要起步，经济的繁荣活跃需要充分利用商品经济的积极作用。这时开始制定民法正是国家重视经济建设、重视商品经济作用、重视法制的必然体现。但是，为时不久，商品经济的作用和规律被抛诸脑后，国家经济建设受到严重挫折，民法的起草工作自然也就束之高阁了。我们党在总结了大跃进时期忽视经济规律、忽视商品经济作用的教训之后，1962年开始注意按经济规律办事，搞活经济，发展经济。正是在这个时候，民法的制定又重新提到议事日程上来，始了第二次起草工作。人们满怀信心地期望国家从此走上重视经济建设和法制建设的轨道。但是好景不长，“以阶级斗争为纲”路线使我国的经济走到几乎崩溃的边缘。民法的起草工作自然也就随之夭折。党的十一届三中全会以后，国家经济建设走上了健康发展的轨道。对内搞活经济，对外实行开放，都是重视商品经济作用的体现。正是在这种形势下，于1979年又开始了第三次民法起草工作，

并且陆续颁布了一系列属于民法或与民法密切相关的单行法规。特别是在十二届三中全会中央关于经济体制改革的决定公布之后，计划指导下的商品经济作用又被提到新的高度来认识，《民法通则》正是在这种形势下制定和通过的。民法三次起草工作的起落说明：民法主要调整平等主体之间的财产关系，而这种关系正是商品经济关系的体现。商品经济越发达，就越需要民法；反之，商品经济作用越被限制，民法也就越受忽视。民法是商品经济的法律表现。民法和经济法都是直接调整经济关系的法律部门，它们可以直接促进和保护生产力的发展。社会主义时期的主要任务是发展生产力，因此，必须重视民法的作用。小平同志最近提出：一手抓建设，一手抓法制。《民法通则》的制定和颁布正是这一指示的具体体现，也是经济建设和法制建设有机结合、用法制手段促进经济发展的集中表现。

二 我国民事立法究竟走什么样的路，是从五十年代起，特别是1979年开始第三次民法起草工作以来，人们不断探索、争论的中心之一。《刑法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法(试行)》都是以完整的形式制定的，民法理应也是如此。一部完整的、统一的民法将会在体系、内容和形式上更科学、更和谐、更周密。这是绝大多数学者所期望的。1979年开始的民法起草工作也是以此为目标进行的，而且也草拟了民法草案四稿作为其三年辛勤劳动的成果。但是，立法工作没有按四稿的模式继续下去。这里有两个原因：一是农村经济体制改革的模式已经确定，但城市经济体制改革刚刚起步，许多问题还缺乏经验，还看不准。法律应是实践经验总结的稳定表现，在还没有肯定把握时匆匆制定一部完整而详尽的民法，必定会带来消极的后果。

二是我国经济发展水平很不平衡。各个地区、各个民族的经济生活、财产关系以及风俗习惯均有很大差异，而民法又是涉及到每一个人切身利益的法律。有些规定可以用一刀切的办法，有些规定如果一刀切，就会带来相反的作用。例如，什么叫高利贷就是一个很复杂的问题，如果把民间有偿借贷超过某一利率标准就统统叫做高利贷，或者会导致正当的民间有偿急需借贷的路子被堵死，或者会使本来是高利贷的借贷得到合法承认。出路何在呢？或者推迟颁布，或者把条件已经成熟的部分先颁布。只有这两种选择，别无它路。权衡利弊，自然还是选择第二种办法为好。民法草案四稿中最成熟的部分是继承法部分，所以继承法先作为单行法颁布。这样，民事立法就采取了分篇颁布的路子。继承法颁布后，制定民法总则就提到议事日程上。公民的行为能力、宣告死亡、法人、代理、时效等制度急切需要有统一的规定。也曾经考虑过先颁布一个法人条例以适应搞活经济和开放政策的需要。民法的这一部分到底叫什么为好，曾有不同的意见。有的人主张叫“大纲”、“纲要”。但“纲要”是指民法全部内容的原则规定，如苏联的民事立法纲要。原来的名称叫“民法总则”也有欠妥之处。世界大多数国家民法都有总则、分则之分。总则是共同性规定，分则是各种具体民事关系的规定。有总则必有分则，而我们所制定的这部分规范虽然主要属于总则范围，但又包括一些分则的规定(如所有权、相邻权、债权以及各种侵权行为等)。最后还是采用了“通则”一词。《民法通则》中的“通”字可以包含三层意思：1. 它不仅包含总则的一般规定，而且还包含分则的一部分内容。哪些成熟了就规定哪些，哪些需要就规定哪些，不受总则、分

则的限制。2.它是民事立法的原则规定。虽然有些部分规定得详细些，有些部分简单些，但总起来说，只是原则性规定。整部立法只有56条，无论比法国民法典的81条、德国民法典的2385条、日本民法典的1044条、苏俄民法典的569条，都简要得多。3.它是调整横向财产关系的基本法。一切其他法律部门(婚姻、劳动法、经济法、土地法、国际贸易法等)中的横向财产关系都要受民法通则规范的管辖。各种包含横向财产关系的单行法都要以它的规范为准则。《民法通则》制定过程中争论最大的是第2条，即民法的调整对象问题。如果说，前些年关于民法和经济法调整对象的争论属于学术争论、学术探讨的话，那么，现在就是一个立法思想和立法体系的问题了。不同的观点和意见，不同的建议和主张，有时甚至争论很激烈，这也是很自然的现象。三分歧最大的集中在四个问题上：1.法人制度，尤其是国营企业，是否应当由民法规定，法人和法人之间的财产关系是否应当由民法调整。2.平等主体间的财产关系是否都由民法调整，经济法是否应调整横向经济关系或是主要只调整纵向经济关系。3.国家并不是民事权利主体，国家所有权是否要由民法规定。4.国营企业的经营权是否要由民法来规定，是否要把它看作是一种民事权利。这四个问题集中到一点就是：民法的“民”字到底指什么？是仅指公民之间的财产关系和人身关系呢，还是指一切平等主体间的财产关系和人身关系。有经济法学者尖锐地提出：民法只能姓“民”，经济法应当姓“国”；民法管的是“民”事行为，经济法管的是“国”事行为。民法从其诞生开始，就始终是社会经济生活的法律表现，所以恩格斯说：“民法的准则是以法律的形式表现了社会的

经济生活条件。” 民法是调整市民社会生活的法律规范，而“市民社会”是指物质生产的社会。在资本主义社会中，它既包括生产关系，又包括家庭婚姻关系。另一方面，民法从其诞生开始，就不断从其自身中分化和独立出一些法律部门，如商法、婚姻法、家庭法、土地法、劳动法乃至经济法等。民法不可能是包罗万象的，也不可能把社会上一切平等财产关系都归民法调整，更不可能把那些由于社会经济条件越来越复杂而从民法中独立出来的上述法律部门又并入到民法中。我国《民法通则》采用的立法原则是：民法主要调整横向经济关系，经济法主要调整纵向经济关系。这种划分方法肯定还会引起学术上的争论，而且在可预见的将来还会有分歧意见。但是，《民法通则》经全国人民代表大会通过后，它的调整范围就将作为正式的法律依据四 什么是民法的基本原则，这也是民事立法过程中不同意见较多的部分。在已经出版的各种民法教科书、教材、讲义中，对民法基本原则的论述是很不相同的。立法究竟应当怎样规定呢？一部分同志主张我国民法的基本原则应突出公有制的特点，应突出国家的利益。因此，必须规定诸如：“国家财产神圣不可侵犯”、“国家、集体、个人利益兼顾”等原则。也有些同志则主张我国民法的基本原则应是当事人民事地位平等。应该看到，民法的最本质特征是“平等”，任何人的合法权利只要受到侵犯，无论是国营企业、国家机关或集体组织、个人都应受到同样的保护，不能仅仅因为一方是全民所有制单位就应享有特殊的保护，更不能因此而保护它的非法利益。同样，也不能因为权利受侵害的一方是公民、个体经营者，就可以放在次要地位。国家、集体和个人的权益受到侵犯时，应

当明确是非，旗帜鲜明。谁的利益受到侵犯就保护谁的利益，这里谈不上“兼顾”。在我国审判实践水平还不很高的情况下，规定“兼顾”原则就容易不分曲直、均担责任。这种做法是与社会主义原则相违背的。因此，法律对财产权的保护，也应和权利能力一样，是平等的。当事人的平等地位及其权利保护，也不因当事人双方经济力量的强弱、中央或地方隶属关系不同、是否享有行政权力等原因，而有所不同。因此，不同民事主体之间民事关系的最本质特征就是平等。规定了这一原则，显然要比“神圣”、“兼顾”等概念准确得多。自愿、等价有偿原则是从平等这一基本特征派生而来的。真正平等的地位，要求任何人都不能因自己的权力而强制另一方参与一定的民事活动，这是自愿的含义。任何人自愿实施的法律行为自然有效，不是自愿的则无效。对于我国民法的“自愿”原则不能作绝对的理解，计划任务要服从，这就是对自愿的某种国家限制。1981年我国《经济合同法》颁布时，在第5条中规定了“平等权利、协商一致、等价有偿的原则”，就是没有提“自愿原则”，于是有些人就认为它已不是民事关系了。这是一种误解。任何合同，包括依据计划而订立的合同，也包含自愿的原则。《经济合同法》中“任何一方不得把自己的意志强加给对方，任何单位和个人不得非法干预”的规定就是自愿原则的体现。“公平”和“诚实信用”，这是过去从来未在教科书中提到过的两个原则。为什么要规定这两个原则呢？社会民事关系是众多而又复杂的。有些民事关系甚至很难给以适当的名称。例如某甲有耕牛而缺劳力，某乙有劳力但无耕牛，双方协议乙可以使用甲的耕牛但必须为他耕地。这种民事关系，法律并没有规定，它

是否合法呢?只要符合“公平”原则,就应认为是合法的。公平也是平等原则的体现,不公平就是当事人不平等。“诚实信用”不仅指民事义务的履行上要诚实守信,更重要的是实施法律行为时必须诚实信用,不得从事不正当的经营,如虚假广告、虚假说明书、以假充真、以次充好、缺斤少两、搭配出售、欺行霸市、盗用商标、索取回扣、变相贿赂等。还有,社会主义企业之间应当展开竞争,这种竞争也应当建立在诚实信用的基础上。五 民法的核心问题是民事权利(义务),它贯穿整个《民法通则》。而民事权利(义务)的首要问题是谁可以享受它。公民(自然人)的法律地位问题主要涉及“三种宣告”。《民法通则》明确规定了宣告无行为能力、宣告失踪和宣告死亡制度。过去在民事诉讼中只从诉讼程序的特征上提到法院宣告无行为能力和宣告死亡的程序,但始终没有实体法对此作明确规定。这三种宣告都会引起公民法律地位的变更,也可以使本来长期处于不确定状态的民事关系(财产、婚姻、子女抚养、债务、继承等)得到确定。这些规定是民事立法规范走向健全的表现。法人一词在一些单行法中已被使用,但法人制度在立法上的确定却是第一次。规定法人制度的核心,是要明确它的独立民事权利和独立民事责任的地位。法人制度的重要意义不仅在于它的独立自主权利,更在于它的独立民事责任,这一点过去常被忽视。《民法通则》中的法人财产责任问题明确了三点:1.法人独立承担民事责任,国家和法人的上级主管机关均不再对国营企业的债务承担偿还责任。2.法人以它自己所有的(或经营管理的)财产承担民事责任。能够用来偿还债务的国营企业的财产,应当不限于商品和流动资金,还应当包括固定资产,即

以它的全部财产来偿还债务。如果它的全部财产仍不能抵偿债务时，就宣告破产。《民法通则》明确提到“宣告破产”，这也是立法中的第一次，它将为颁布“破产法”打下基础。

3. 法人对它的法定代表人和其他工作人员执行业务的活动；承担民事责任。但法人并不对其代表人和其他工作人员非执行业务的活动承担任何责任。此外，《民法通则》还对法人的法定代表人从事非法活动时应负的法律责任作了明确的规定。合伙和联营是共同经营的两种形式。在《民法通则》中如何规定，有三种不同意见：一种认为合伙和联营不必在主体中单独规定，合伙的独立主体资格是公民，联营的独立主体资格是法人；种认为合伙是指公民个人合伙，应在公民一章中专设一节加以规定，联营是指法人的联合经营，应在法人一章中专设一节加以规定；第三种意见认为合伙和联营都是共同经营体，它们既不是自然人，又不同于法人，应该专立一章。立法最后来取了第二种意见，即把个人合伙看成是公民作为主体的一种特殊形式，把联营看成是法人作为主体的一种特殊的形式。在国务院决定发展横向经济联合作为城市经济体制改革的重要方向后，《民法通则》关于联营三种形式的规定就是横向经济联合的法律形式。关于个体工商户和农村承包经营户的法律地位问题，在立法过程中也有不同的意见：一种意见认为这两种经营户内部财产关系很复杂，有些是全部家庭成员共同经营，有些是部分家庭成员共同经营，有些则是某一个成员独立经营，但其他家庭成员与这种经营有财产联系。发生财产纠纷时，有时很难分清哪些是共同经营者的财产，哪些是未参加共同经营者的财产，所以，以不规定为好。另一种意见认为，这两种家庭经营是我

国民法带有独自特色的内容。此外，法律上明确规定他们的法律地位，有利于保障他们的合法权益并调动其积极性，所以，以规定为好。《民法通则》最后采取了第二种意见。六民法不但要规定谁可以享受民事权利，还要规定他们可以享有哪些民事权利。《民法通则》起草过程中这一章也是争论最大的一章。世界各国民法典都无专门的“民事权利”一章，这是因为，通部法典都是关于民事权利的规定。所有权、债权、继承权等都有专章详细规定。我国《民法通则》则不然。如果不规定，则缺少所有权、债权、知识产权等一系列主要的规定，也就起不到“通则”的作用了。如果规定得过于详细，这部分就相当于一部压缩的民法典，将会形成“大肚子”，与整个通则的体例很不相称。经过反复考虑，采取了现今既明确规定、又简明扼要的方法。《民法通则》将民事权利分为四类：1．财产所有权和与所有权有关的财产权。这里规定的有所有权、使用权、经营权、承包权、相邻权和继承权。为了使通则更易为人们所理解，法律避免使用“物权”一词。这就为概括所有权以外的其他物权带来困难。用“与所有权有关的财产权”来代替“其他物权”，只能是相对的准确。因为严格说来，任何财产核，包括债权、知识产权也与所有权有关。使用权、经营权和承包权这三种权利都是所有权与其权能的分离，都是非所有人对属于国家、集体财产的一种使用、收益权，都具有我国经济模式的特色。确定这“三权”是社会主义公有制下所有权与经营权(使用权)分离在民法中的确认。2．债权。世界各国民法典均以债权债务，尤其是合同债权债务作为其中心内容。我国《民法通则》规定了合同之债、不当得利之债和无因管理之债，但

没有规定侵权行为之债。通则将侵权行为放在民事责任一章中去规定，而没有在债权中规定，这是为了便于人们接受和理解。把人打伤应负民事责任，人们好理解；把人打伤后一方成了债权人、另一方成了债务人就很不好理解。我们的法律应尽量使广大群众了解，这样的改变是必要的而且颇具中国的特色。把抵押权和留置权放在债权(债的担保)中，而不是在物权中规定，也是为了便于人们理解。抵押权在《民法通则》中正式规定具有重大意义。在《经济合同法》中还没有抵押权的规定。为了适应对内搞活经济、对外实行开放的需要，抵押权的作用将会越来越被人们所了解。

3. 知识产权。《民法通则》采用了国际公约中运用的“知识产权”一词，放弃了民法草案四稿中使用的“智力成果权”一词。这样规定的考虑是为了更便于我国以后参加世界知识产权组织。《民法通则》规定了六种知识产权：著作权、专利权、商标权、发现权、发明权及其他科技成果权。专利权和发明权是指两种关系密切但又内容不同的发明制度。前者包括发明专利，但又不限于发明专利，还有实用新型和外观设计的专利。后者专指依《中华人民共和国发明奖励条例》领取发明证书、奖金或其他奖励的发明。前者的发明财产权归发明人，后者的发明财产权归国家。除专利权和发明权外，法律特别规定并保护其他科技成果权。这是因为我国的科技合同，或者发明以外的其他科技成果有偿转让制度，都要求对这种科技成果承认其权利并加以保护。

4. 人身权。过去公民和法人的人身权只是在宪法中加以规定，但这主要也是从政治权利角度规定的。人身权的保护主要是采用刑事保护手段。

《民法通则》对人身权作出规定，意味着民法必须从民事权

利的角度规定公民和法人的人身权，并可以在刑事手段外，采取民事保护手段。《民法通则》规定的人身权有：生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权及婚姻自主权。《民法通则》并没有全部列举各种人身权，有些人身权如通讯秘密自由、生活秘密自由等，虽然法律上没有明确写明，并不等于可以任意侵犯。七除人身权外，《民法通则》所规定的其他民事权利都只能是一种权利能力，是指民事主体依法可以享有的权利，它还不是民事主体实际享有的权利。要让法律上规定的权利变为主体实际掌握并享有的权利，民事主体主要就要以自己的行为去取得权利并行使这些权利。而民事权利的取得和行使离不开法律行为制度和代理制度。《民法通则》的一个新的发展是区别了民事法律行为和民事行为。民事法律行为即法律行为，它是公民、法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。它区别于公民、法人以同样目的所实施的不法行为、违法行为。后者就叫民事行为。区别民事法律行为与民事行为也是为了便于广大群众理解。顾名思义，法律行为既然冠以“法律”二字就应当是合乎法律规定的行为，但又有“违法的法律行为”、“无效的法律行为”等概念，这样就会产生混乱。于是，《民法通则》行为区分了二者的不同，合法行为称民事法律行为，非法的称为民事行为。当然，这种划分的必要性也是值得商榷的。民事法律行为的最本质特征是行为人的意志(即意思表示)，那么就有个他的意志能否达到预期效果的问题，这就是法律行为的有效和无效。有效和无效是法律行为的核心问题。《民法通则》仍然规定了无效民事行为和可撤销民事行为。但哪些民事行为属于前者，哪些属于后者却与传统民法和以

往教科书的规定不同。过去把凡是意思表示与意思不一致的民事行为均视为可撤销的，当事人可以提出撤销，也可以不提出。一方以欺诈、胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下所实施的法律行为过去就属于可撤销的。现在考虑到这种行为的严重违法性以及受害人可能仍然处于胁迫之下，或由于其他原因不敢提出撤销的要求，所以将这类民事行为改为无效民事行为。不仅自始无效，而且无需提出请求就无效。这样规定的出发点是为了加强对受害人利益的保护。代理制度将随着商品经济的发展，越来越显示其重大作用。《民法通则》总结了我国代理制度的经验，规定了三种连带民事责任，这是具有我国特点的代理制度：1. 委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人应负连带责任。这样规定可加强对第三人利益的保护，避免实践中因委托书授权不明而给第三人带来难以赔偿的财产损失。2. 代理人与第三人共负连带民事责任：这种连带责任适用于代理人与第三人串通损害被代理人利益时，或第三人明知代理人越权代理但仍与其进行民事活动时。过去，被代理人所受到的这种损失只能要求代理人赔偿，如果代理人无偿还能力，被代理人就无法再要求别人偿还。现在规定了第三人对此负连带责任，这就加强了对被代理人的合法权益的保护。3. 被代理人与代理人共负连带民事责任：这种连带责任适用于代理人明知被委托代理的事项违法仍进行代理活动时，或被代理人明知代理人的代理行为违法而不表示反对时。这种情况在我国经济活动实践中不时发生，《民法通则》规定了连带责任，这就加强了对第三人合法权益的保护。八 民事权利的关键是法律保护。再多的、再好的民事权利如果离开法

律保护也是一纸空文。所以，民事权利的保护，也就是不履行民事权利时应当承担的民事责任以及实现民事权利保护的时效，在《民法通则》中占有主要地位。《民法通则》首先规定了民事责任的过错原则：有过错、有责任；无过错、无责任。此外，《民法通则》又规定了无过错时也承担责任的例外情况，即法律明确规定无过错责任的例外。可见，无过错责任是个例外，而非原则。扩大无过错责任范围是个世界性趋势，但还不是一个原则，不能称它为无过错责任原则。

《民法通则》明确规定了民事责任、行政责任和刑事责任的关系。一方面，对承担民事责任的人需要追究行政责任、刑事责任的，应当依法追究；另一方面，对承担行政责任、刑事责任的人，需要追究民事责任的，也应当依法追究。这样的规定为审判实践同时追究几种责任提供了明确的法律依据。

《民法通则》区分违反合同的民事责任和侵权的民事责任。违反合同的民事责任在《经济合同法》及《涉外经济合同法》中都有较多篇幅的规定，而侵权责任以前尚无明确、完善的规定。所以，《民法通则》用十七条来规定侵权民事责任，并分别列举了各种侵权民事责任。我国立法第一次规定因产品质量不合格造成他人财产、人身损害时的侵权责任。产品质量问题可以引起违约责任，也可以引起侵权责任。前者在我国合同实践中有着丰富的经验，后者在我国还是一个崭新的课题，需要在《民法通则》一般规定的基础上，制定我国的产品责任法，从而加强保护消费者的利益。

《民法通则》在列举各种积极行为所造成的侵权责任的同时；还规定了不行为的侵权责任，这一点在现今有着重要意义。法律明确规定：在公共场所、道旁和通道上堆放物品或者挖坑、修

缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取可靠安全措施，造成他人财产、人身损害的，堆放人或施工人应当承担民事责任。类似的不行为造成的侵权责任还有多种形式，如对危险作业未提供必要的安全保护措施等。《民法通则》规定了十种主要的承担民事责任的方式。这种集中规定民事责任形式的做法是我国民事立法的特点。这十种民事责任方式是我国几十年来民事审判实践经验的总结。有了这多种民事制裁手段，就可以对不同民事权利给以不同的保护。无论民事责任方式有多少种，赔偿损失始终是民事责任中最具有民法特点的一种方式，应当在实践中充分利用这一民事责任方式。 《马克思恩格斯选集》第4卷，第248-249页。新闻来源:中国法学网 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