

制定“民商法律总纲”完善民商法律体系 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E5_88_B6_E5_AE_9A_E2_80_9C_E6_c36_51328.htm

【内容提要】中国不必制定民法典，而应立足中国现有的法律体系，制定民商法律总纲，并以此为指导完善现有的民商事单行法律，从而建立以民商法律总纲为统帅、以各单行法为骨干的民商法律网络。

【关键词】法典化反思、民商法律总纲、民商法网络

早在20世纪50年代，我国就开始了制定民法典的努力，不过由于政治经济大环境等历史原因几起几落，终于搁置。经过20余年的改革开放，社会主义市场经济体系在我国，已经初步建立，经济形势的发展和社会生活的现实迫切要求我们的民、商事法律体系早日健全。制定民法典的问题再度成为学界关注的焦点。作为民法理论工作者，我们也热切地盼望着中国能够早日健全民商事法律体系，制定民法典也一度是我的最大心愿。然而，当我们从一片呼唤制定一部足以傲然于世的中国民法典的喧闹声中冷静下来，审视民法典在世界范围的历史发展以及中国的民事立法实际，我们觉得似乎有必要重新考虑制定民法典的科学性与可行性了。

一、关于完善中国民商法律体系的指导思想和原则

首先谈谈有关立法的指导思想问题。在制定和完善我国民商法律时应当遵循哪些指导思想，学者们已经有许多见解，例如坚持私法自治、保护人权、维护公正、保护消费者、权利本位和社会本位相结合等[1](第73页)。我们认为，在实现中国民商法现代化和科学化的过程中，应始终坚持的最基本的指导思想是：维护正义与公平、保护人权、促进和保障经济发展、适应社会关系变化的要

求利于对其进行有效调整等。所谓“正义”，按其首创者古罗马法学家乌尔比安的说法“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志”。西塞罗将正义描述为“使每个人获得其应得的东西的人类精神的取向”，作为一种主观向度，它不仅被认为是人类精神上的态度，也是一种公平的意愿和一种承认他人的要求和想法的意向[2](第264页)。正义和公平从根本上说都是人们利益和价值的衡量，以资源的合理分配为其规范本位的现代和未来的立法毫无疑问首先必须确定以正义公平为其指导思想。保护人权和推动经济和社会进步是民商法担负的又一重任。对人权的保护绝不仅仅是宪法、刑法或者国际法的事，一套科学现代的民商法律才真正是人权的基本法律保障。因为人权首先表现为生存权、发展权，生存与发展权落实到每个自然人身上，就是每个民事主体的生存和发展环境。民商法能够为自然人、法人提供人身的平等地位，提供财产的动的和静的两方面的安全，能够为人们参与经济、发展自身提供广阔的社会舞台，所以我们说，民商法天然应当成为人权的有力推动者和保护者。同时通过对人权的保障，可以最大限度地调动和发挥人们的积极性和创造性，迸发出极大的生产热情，推动社会和经济的大发展。我国民商法的现代化、科学化需要我们在制定民商事法律文件时特别注意法律的进步性，法律应当适度超前，而不能永远被动地落在时代后头。为此我们不仅需要增强敏锐的洞察力，时刻关注社会经济的最新动态，而且需要时刻留意最新的科学技术成就，我们正处在一个科技剧变的时代，许多新技术的运用带来了意想不到的社会问题，极大地冲击和改变了人们对社会的传统认识，这一影响的结果便是民法不得

不想办法来解决很多因科学技术进步带来的新的社会关系。这些都需要在民商立法中得到一定程度的体现，或者至少应当给将来立法解决这些问题预留下适当的空间。马克思曾经指出：“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个人的恣意横行。……这一法典一旦不再适应社会关系，它就会变成一叠不值钱的废纸。你们不能使旧法律成为新社会发展的基础，正像这些旧法律不能创立旧社会关系一样。”[3](第291页)法国的伟大启蒙思想家孟德斯鸠还说过：“一般地说，在它支配着地球上所有人民的场合，就是人类的理性；每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国的人民的；所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。”[4](第6页)根据马克思的民法发展观和启蒙思想家对法律本土化特点的分析，结合我国实际，我们认为，未来中国民商事立法和法律体系的完善应坚持以下原则，即：尊重传统与大胆创新相结合的原则；立足本土与充分借鉴相结合的原则；着眼现实与适度超前相结合的原则；注重法律的实用性和可操作性与体系化、科学化相结合的原则；民商合一与民商适当分立相结合的原则等。由于篇幅的限制，其他原则我们不做详尽论述，这里仅就民商合一与民商适当分立相结合原则谈一点看法。我们之所以提出民商合一与民商适当分立相结合原则，主要是基于如下的考虑：一方面，民商合一是当代民商法发展的基本趋势。关于这一点，无论是旧国民党民法起草报告还是现在大陆支持民商合一的学者多有论述，此处我们也不打算重复，我们认为这

些论述是基本正确的，应该支持。所以我不赞成搞所谓的“私法二元论”，单独制定什么商法典。另一方面，目前鼓吹民商分立的学者所提出的分立理由我们也不能不予以相当的重视，因为商事活动与一般的特别是小规模民事活动有着相当的不同，学者们列举出诸如民事与商事在主客体上有不同、调整范围有简繁之别、国际化程度有差异、变动性也有不同等等，完全漠视这些差别对于商业的发展特别对我国参与世界范围的商业大流通、大竞争并非有利。特别是我国已经加入世界贸易组织，今后民事活动的内国性与商事活动的国际性之间的分野可能会越来越明显，这个时候单纯要求民事活动都国际化或者单纯要求商事活动保持在某个限定的范围里都是不科学也是不现实的。另外商事活动因为长期积淀下来的许多商业惯例、行业规范、标准，想由整个民法典一口吞下也不太可能。总起来看，理论上民商合一是趋势，实践中民商还需要适当分立。故此我们主张用制定《民商法律总纲》的办法，实现民商的大合一、小分立，或者称之为“适当分立”。

二、关于制定《中国民商法律总纲》的构想

首先我们谈谈制定《民商法总纲》和完善各单行民商法律的意义。我们建议在我国未来的民商事法律完善工作中，放弃试图制定一部大而全的或者完整的民法典或民商法典的设想，转而立足于我国现有的民商事法律规范样态，一方面制定一部在功能上总揽民商事活动基本原则和民商法律通则，类似于现行《民法通则》的法律文件，我们称之为《中国民商法律总纲》，另一方面则对于现有的各个单行的民商事法律进行整理加工，查漏补缺，分别加以完善，使之相互协调，形成民商单行法的系列，从而建立起一个在《中国民商法律

总纲》统率下的以各单行民商事法律为支撑的民商事法律网络体系，作为这个体系的各个组成分子的单行法基本不需要重新编纂，它们既可以汇编到一起，又可以相互独立。我们认为这样做有以下几个方面的意义：(一)最为贴近中国目前的现实法律生活。我国的民商法起步较晚，中间又历经曲折，近20多年才得到长足的进步，虽然理论界有很多不同的意见，不可否认的是以《民法通则》为龙头的以单行民商事法律为骨干的立法在我国的改革和经济建设实践中起着非常积极的作用。目前经过大家的努力，我们已经基本具备了现代化民商法律体系的基本框架，我们所要做的主要应当是使我们的民商立法更加精致、更加和谐、更加符合现实的需要。这些又并非法典化所能胜任的，相反，如果我们过分集中精力于统一大法典的制定，必将会造成在大框架上贪多求全，而在小的环节上就难免因注意力不集中而纰漏百出，不能解决当前民商法所面临的主要矛盾，所以我们主张只需要制定一个民商法律总纲。因为它框架可以小一些，内容可以原则一些，当然要比较精致、系统一些。这样我们就可以花更多精力来改造现有法律，让它们更能适应现实生活的要求，更具操作性。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