

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 1498

民事立法中的几个热点问题

江 平

摘 要: 民法是市场经济社会中一个重要的基础性法律部门, 制定一部符合我国国情的系统编纂的现代民法典已成为当务之急。建立市场经济、竞争经济是制定民法典的社会环境基本要求。在民事立法中, 还应科学合理地解决好民法与商法的关系、物权问题、人身权的民法保护、侵权责任与违约责任问题, 并将英美法系中行之有效的法律制度援为我用, 做好引进、结合、创新之间的协调, 完善我国民事立法。

关键词: 民法; 民法典; 立法

一、我国民事立法现状

民法是市场经济社会中一个重要的基础性法律部门。然而我国作为一个大陆法系、法典法系国家, 却缺少一部系统编纂的民法典, 这是我国法制建设中的一项最大的空白。在我国改革开放刚开始的时候, 就曾着手制定民法典, 自 1979 年到 1982 年已先后完成了 4 稿民法草案, 但随后便停了下来。其主要原因是当时我国刚开始进行经济体制改革, 对改革的方向只有一个大体的掌握, 未来的经济发展道路怎么走尚不明确, 在这种情况下, 制定一部比较完善、科学、稳定的民法典的时机还不成熟。为了解决上述矛盾, 全国人大常委会决定, 根据实际需要与可能, 先将民法典草案中那些急需的, 而又比较成熟的部分制订成民事单行法规, 并于 1983 年成立《民法通则》起草小组。至 1986 年 4 月 12 日, 《民法通则》草案经六届全国人大四次会议通过。

目前, 我国经过了 20 年的改革实践, 经济、社会形势已大不一样了, 制定民法典的社会经济条件、法律环境等都已具备, 制定一部符合我国国情的现代民法典已成为当务之急。可喜的是, 民法典的制定也已提上了全国人大的议事日程。

众所周知, 1804 年的《法国民法典》是世界上最早的一部资产阶级国家民法典, 它与 1900 年的《德国民法典》都对世界上许多国家的民事立法产生了重大而深远的影响。展望 21 世纪, 我国未来的民法典又将在世界法律之林中占据一个什么样的历史地位呢? 一部民法典制定得如何, 和它有没有坚实的理论基础有密切关系。如今, 我国拥有了一大批民法专业人才, 对民法理论做了长期、深入的研究与探讨, 为民法典的制定打下了一定的理论基础。重要的是, 民法所赖以生存的社会基础, 或者叫做市民社会的基础--一个市场化、主体多元化的社会环境已初步建立起来了。在这样的社会环境下, 要求确立一个基本原则, 即市场经济是竞争经济。竞争经济包含三个基本要素: 第一, 竞争必须是平等的竞争。不是在一个同一起跑线上平等的竞争, 那不能算一个真正的市民社会, 而我们社会仍存在多种不平等因素, 如所有制的平等、企业级别地位的不平等以及公民之间存在的各种不平等现象。确立民法的平等主体的理念是非常重要的。第二, 竞争应该是自由竞争。如果没有企业自治、主体自治就不可能形成真正的市场经济。我国新颁布的《合同法》中就体现出了自由竞争的规则和规律。第三, 竞争必须是公平竞争。公平竞争需要一定的法则, 也需要一定国家力量的介入, 没有任何国家力量介入的社会现在实际上已经不存在了。但是, 国家过多干预的社会也不应该允许。市场经济如果没有任何的国家干预, 完全是自由的, 那么又往往会导致无秩序、不公平的一种竞争, 这样的市场经济必然是混乱的经济。如何在当事人的自由和国家的适度干预之间找出一个最佳平衡点, 是当前我们立法中的难题。上述的竞争经济的三大要素中隐含着民商法

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

律的三大基石：一个是《公司法》为核心的现代企业制度，确立的是平等竞争的机制；另一个是以《合同法》为核心的现代自由交易机制、自由贸易机制；再一个是以《竞争法》为核心的现代公平竞争机制。这三者构成了市民社会所要求建立的机制的主要方面。西方国家的私法的主要特征就是平等性，平等、自由、公平是私法的灵魂，也是民法的灵魂。

在我国，平等主体之间的法律是不是都应该囊括在民法范畴内尚存争议。平等主体之间权利、义务、责任的关系可以包括三个方面：第一是市场方面的，或者说物质资料的生产、交换、分配和消费，即由市场经济调节的这一方面；第二方面就是人类本身的生产和再生产领域，包括婚姻、家庭、继承方面的问题；第三方面是劳动力能否成为市场交换、流通的客体。这三方面在西方国家是统一的，都是属于民法的范畴。而从1917年十月革命之后，原苏联的法学家们就把这三个方面分开了，因此原苏联通过了三部法典：《民法典》、《家庭、婚姻、监护法典》、《劳动法典》。受其影响，我国也一直奉行《民法》、《婚姻法》、《劳动法》是平等主体之间三大法律部门的观念。现在，在制定民法典的时候，大多数人都认为按照中国的传统，亲属关系即家庭、婚姻关系应当成为民法的一个组成部分。另外，在我国，劳动关系应如何看待？在制定《合同法》时即遇到这个问题，争论较多的是在《合同法》中要不要规定雇佣合同？在许多场合中，劳动力成为了雇佣合同的客体，但是，《劳动法》中规定的劳动关系在公有制社会里不作为商品关系，因此不能纳入雇佣合同里面。由此产生一个问题，即在公有制里面的劳动关系由《劳动法》规制，而在非公有制领域则由雇佣合同来规制，可又该如何划分这两个领域的劳动力呢？在目前国有企业向公司制转换的潮流下，公司通常本身就是混合所有制，这种情况下，公司内劳动关系由雇佣合同还是劳动合同来制约呢？《合同法》对之回避，便不写雇佣合同。但是，将来的民法典对此是不能回避的。建立民法、私法三大组成部分的协调体系是至关重要的。

二、民事立法中的几个问题

21世纪的民商法发展的特点将是影响我们制定民法典的重要因素，据此而制定出适应我国21世纪的社会发展需要和具有中国特色的民法典是一项跨世纪的神圣使命。从目前的立法工作来看，首先要考虑两个问题：一个是民法典立法的步骤，一个是立法的框架结构、内容体系。在立法的步骤方面，大家意见比较一致，民法典的起草要分三步来走：第一步是先制定《合同法》，它将是未来民法典中占重要地位的债权编的核心组成部分；第二步是制定《物权法》，它已经开始起草，并拿出了初稿，共12章445条，可望在两三年内通过，它将构成未来民法典的物权编；第三步就是将现有《民法通则》总则部分充实，构成民法典的总则，而目前正在修改的《婚姻家庭法》以及《继承法》将成为民法典中亲属法的构成部分。据此三步骤估算，我国民法典可望在2005年前后出台。

至于民法典的内容体系、框架模式等方面，现在争议颇多，以下五个方面尤成为争论的热点问题：

（一）民法与商法的关系

商法在许多国家都作为独立的法律部门，而予以专门立法。我国要不要单独制定商法，现在有几种意见：有人主张制定一个独立专门的商法典；有人则主张制定一个类似《民法通则》的《商法通则》，在深圳市便制定了一个《深圳市商事条例》；大多数学者则对之持否定态度，认为不必单独制定商法典。值得注意的是，商法的发展有两个重要的趋势：①从中世纪以来，商法通常是指商人的法，但至今商人的概念已越来越模糊，商事行为也越来越广泛而难以明确界定。因此，现代民商法正逐渐合二为一，《意大利民法典》、《俄罗斯民法典》、《荷兰民法典》均采民商合一立法体例，民商合一是发展趋势。②中世纪时期的商法强调“绝对自由”，“商人自治”，属商业自由主义时期，但至20世纪，商事活动越来越受到国家的干预，即商法与经济法的融合成为一种新趋势。

在我国，商事领域有三个基本问题仍然是我国立法中相当薄弱的环节：①商事企业制度。我国商事企业如何分类，商事企业种类是否采取法定主义，以及如何确定有限合伙、无限公司、法人独资公司、连锁店等企业新形态的法律地位等均存较多争议。现在的立法趋势是从投资者的责任形式来划分，如公司企业、合伙企业、个人独资企业，但其法律地位如何规定也存在问题。②商事代理制度。如对各类企业组织形式中作为全权代理人的经理的权限该如何确定，到底是法定还是约定？股东会、董事会、董事长的权限是法定的，法律没有写的，公司章程可另行规定，而唯独在经理的权限方面有一个单独的规定，能不能通过章程的规定来约束经理的权限？应该是可以的。还有，对经理的越权行为的效力应如何认定，能不能对抗善意相对人？对此，《合同法》规定为有效。总之，经理的权限问题非常重要。③商事人格权问题。诸如商业信用的价值认定及其保护机制、商业秘密的界定与保护，均缺乏行之有效的规范。还有商业注册问题，国有企业、公司、合伙企业、外资企业各自有不同的注册办法，如何适用？现实中，许多企业是先注销，后清算，导致债权人利益难以保障。

（二）物权的问题

我国正在制定《物权法》，它是民商法律体系中重要的内容。物权是所有权制度在法律中的体现，反映了社会的经济基础。但现在我国物权制度太薄弱，称谓上是叫物权法还是财产法？如叫财产法则不应包含知识产权、债权等无形财产？知识经济时代无形财产会大量增加，甚至包括商号、信息等，国外对无形财产往往通过单行法来规定。在制定物权法中，存在一些问题，比如如何体现物权法里面的平等性问题，不同主体间的财产权或物权存在事实上的不平等，以及私人财产的保护问题等。另外，各国均采用物权法定主义，但《担保法》也并未能包括所有担保物权，如按揭、典权。另一个重要问题是承包权问题，承包权是我国的独创，而各国仅有土地使用权。承包权作为物权已无争议，但现在的民法规范中却未能以法律的形式确定、稳定承包关系，对之加以有效的保护，承包期未届满就被剥夺经营权，农民利益经常受到损害，新制定的《合同法》中也没有规定承包合同。在对农村或城市的土地征用中，还应明确区分社会公共利益需要和商业需要，合理解决利益补偿问题。在物权法制定中，大家普遍认为要把不动产登记专门作一个规定，而目前不动产登记包括不动产抵押的登记分属于不同的部分，弊病很大。西方各国通常是由统一机构进行统一登记，且不应是政府管理机构，才能避免动用国家权力干预登记制度，并易于进行对各种登记的效力认定。

（三）人身权、人格权的民法保护问题

以往大陆法系国家的民法典调整的基本上是财产权，但人身权、人格权乃至人权在现代社会中越来越重要。西方国家把人权分为公权与私权，相对应地，我国则划分为政治权利和民事权利，而人身权则是最基本的民事权利。我国现行民法对人身权采取法定主义，但其局限性已日益明显，如隐私权、住宅权、环境权，现行法律均未明确规定。随着社会经济的发展、社会公众教育程度的提高、人们法律意识和人权观念的提升，人们对于自己人身权利的保护意识越来越高，自然也对未来的民法典提出了更高的法律保护要求。

（四）侵权责任与违约责任问题

在各国以往的民法典中，普遍轻侵权责任而重违约责任。但随着社会的发展、技术的进步，人们生活内容越来越丰富，活动领域也越来越宽广，也产生了越来越多的侵权形式，责任原则也趋复杂化，有的是过错责任，有的是严格责任或无过错责任，而有的则是举证责任倒置等。

关于违约责任，《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”而针对违约责任原则，则有过错责任与严格责任之争议。传统的大陆法系国家对违约行为都采用过错责任原则，有过错有责任，无过错无责任，《经济合同法》中确立的也是过错责任原则。但新《合同法》并没明确认定过错责任，因此有人认为新《合同法》中违约责任是采用严格责任，具有违约事实就应承担违约责任，那也不很准确。对之应根据不同合同形式而决定，如委托合同、保管合同中规定有过错才有责任，而在无偿委托、无偿保管、无偿赠与行为中如果给对方造成损失，只因故意和重大过失而承担责任，轻微过失则不承担责任。因此，合同法中实际上有三种责任：总的原则是严格责任，只要有违约就要承担责任；某些具体合同中又规定了有过错才有责任；而无偿合同中只对故意和重大过失承担责任。

（五）在民商法领域，英美法系与大陆法系呈日趋融合的问题

我国是传统的大陆法系国家、法典化国家，但现在国内也有些学者持英美法系观点，认为不必制定民法典，而可采取判例法，或者仍采取现行的单行法律形式。在具体的立法中，我国的民事立法也开始接纳英美法系的一些优点，如新《合同法》委托合同中援用了英美法系的隐名代理制度（《合同法》第402、403条）。大陆法系的日本早在1922年就成功地引进了英美法系的信托制度，为己所用。我国未来的民事立法中完全可以把英美法系中行之有效的制度援引进来与本国现有制度结合起来，为我所用，这也是必然趋势。

展望21世纪的民商法，将出现以下趋势：商事活动的规范将会大量增加，一部分融入民法，一部分融入经济法；知识经济的发展必然加大知识产权、无形财产权利的比重；人权的发展必然要求对人身权、人格权、人格尊严等民事权利加以更多的保护；除了违约行为之外，侵权行为的比重会越来越大，特殊侵权行为、高度危险作业致害行为等侵权行为将数量更多、形式更多样化；随着大陆法系法律制度自身的发展，我们也要注意汲取英美法系中许多有价值的东西。在21世纪，两大法系将越来越融合，我们未来的立法工作要注意做好优劣判别与融汇结合，他山之石拿来主义容易，洋为中用中西结合难，自己创新尤其难，要做好引进、结合、创新三者的协调，完善我国民事立法。

相关文章：

托制度在中国的应用前景——中国信托业的发展与法律规制

中国法治一百年有感

我国物权法的起草与制定

中国法治一百年有感

江平：在法鼎奖颁奖会上的致辞

中国民法典制订的宏观思考

罗马法精神在中国的复兴

给公司更大的自由空间

完善公司治理结构的基本法律问题

杂忆苏联时期的法律和法学教育

在法学所聘请江平先生为荣誉研究员仪式上的演讲

再谈制订一部开放型的民法典

公司管理法律机制要创新

转型期的中国的法制

制订一部开放型的民法典

沉思与怀念

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)
