法
Fons Justitiae
研

编纂我国民法典重大问题研究

杨立新——著

法律出版社 | LAW PRESS

教育部人文社会科学重点研究基地重大科研课题
编纂我国民法典的重大问题研究（15JJD820009）

编纂我国民法典重大问题研究

杨立新——著

法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

编纂我国民法典重大问题研究 / 杨立新著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2287-6

Ⅰ. ①编… Ⅱ. ①杨… Ⅲ. ①民法-法典-立法-研究-中国 Ⅳ. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 101309 号

编纂我国民法典重大问题研究 **BIANZUAN WOGUO MINFADIAN ZHONGDA WENTI YANJIU**	杨立新 著	策划编辑 似 玉 责任编辑 似 玉 装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 29.5
字数 560 千
版本 2018 年 6 月第 1 版
印次 2018 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
网址/www.lawpress.com.cn
投稿邮箱/info@lawpress.com.cn
举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn
销售热线/010-63939792
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司销售电话:
统一销售客服/400-660-6393
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036
上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

安徽大学图书馆 藏书 http://www.lib.ahu.edu.cn

书号:ISBN 978-7-5197-2287-6
定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前　言

“编纂我国民法典的重大问题研究”，是我承担的教育部人文社会科学重点研究基地重大科研课题（编号15JJD820009）的最终研究成果。这个课题的研究期限是2015年至2017年。在此期间，本课题已经公开发表了中期研究成果26篇论文，出版内参《编纂民法典参阅》55期。将这些中期研究成果整理、汇编、加工，形成了本研究课题的最终研究成果。

“编纂我国民法典的重大问题研究”课题，是对编纂民法典过程中重大问题的研究，包括对民法典制定的总体设想，对民法总则和民法分则物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编、继承编以及人格权编制定和修订的具体立法问题的研究和建议，涉及民法典制定中的主要的重大问题。这一部分侧重对民法典编纂中重大问题的理论研究。

对于本课题研究的情况，我还要做以下说明：

第一，本课题的内容十分复杂、庞大，尽管本课题的研究成果涉及民法典编纂中的诸多重大问题，但是仍然不是对民法典编纂中的所有重大问题的研究，而只是一般性的重大问题和某些具体重大问题的研究。

第二，编纂民法典的立法任务尚未完成，目前只完成了《民法总则》的制定工作，民法分则各编的立法仍然在进行中。尽管本课题研究已经完成，但是这项研究工作仍在继续进行中。目前，课题组仍然在继续跟进立法机关编纂民法典的立法工作，并且在其中积极发挥作用。对于编纂民法典的各个重大理论和实践问题，我会在下一个课题中继续进行。

第三，本课题最终研究成果主要是我完成的，其中有些研究内容由相关研究人员协助我完成。我的学生焦清扬和扈艳以及其他同学帮我做了很多工作。在此，我向他们致谢。

对于本课题最终研究成果，请学者、专家和读者批评指正，并借此共同推进我国民法典编纂工作的顺利进行，期盼我国民法典早日面世，成为维护我国民事主体

权利的大法。

感谢本书编辑刘文科先生和似玉女士，是他们的辛苦，使本书能够以最美的形式面向广大读者。

教育部人文社会科学重点研究基地
中国人民大学民商事法律科学研究中心
主任　杨立新
2017年12月8日

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

目　录

前　言…… 1

导论　从民法通则到民法总则：中国当代民法的历史性跨越 …… 1

第一节　民法通则的历史地位及对中国当代民法发展的重大贡献 …… 1
第二节　中国当代社会改革开放对民法通则的突破与创新要求 …… 7
第三节　民法总则实现跨越发展的社会背景、时代特征和必要条件 …… 16
第四节　民法总则实现中国当代民法历史性跨越的表现与重要价值 …… 22
结　论 …… 34

第一章　编纂民法典必须肃清苏联民法的影响…… 35
第一节　苏联民法对我国编纂民法典的影响及形成与发展 …… 35
第二节　我国编纂民法典必须正本清源肃清苏联民法的影响 …… 43

第二章　民法总则制定的重大问题研究…… 49
第一节　民法总则编的框架结构及应当规定的主要问题 …… 49
第二节　我国民法典总则编应当规定法例规则 …… 100
第三节　德国民法典规定一体化消费者概念的意义及借鉴 …… 108
第四节　《民法总则（草案）》自然人制度规定的进展与改进 …… 118
第五节　民法总则制定与我国监护制度之完善 …… 127
第六节　我国民事权利客体立法的检讨与展望 …… 142
第七节　我国民法总则法律行为效力规则统一论 …… 151
第八节　民法总则规定民事责任的必要性及内容调整 …… 163
第九节　采用梯次方法编纂民法典 …… 176

第三章　民法人格权编的重大问题研究 …… 180
第一节　民法典规定人格权法重大问题的理性思考 …… 180
第二节　被遗忘权的中国本土化及法律适用 …… 192
第三节　《中华人民共和国人格权法》建议稿及立法理由书 …… 212

第四章　民法物权编的重大问题研究 …… 235
第一节　民法总则规定对分则物权编修订的三个重大影响 …… 235
第二节　民法分则物权编应当规定物权法定缓和原则 …… 246
第三节　住宅建设用地使用权期满自动续期的核心价值 …… 262
第四节　70年期满自动续期后的住宅建设用地使用权 …… 272
第五节　后让与担保：一个正在形成的习惯法担保物权 …… 276

第五章　民法合同编和侵权责任编的重大立法问题研究 …… 293

第一节　民法典债法总则之存废 …… 293
第二节　民法分则侵权责任编修订的主要问题及对策 …… 312
第三节　修订侵权责任编应对动物园动物损害责任归责原则进行调整 …… 330

第六章　民法婚姻家庭编和继承编重大立法问题研究 …… 345

第一节　对修订民法婚姻家庭编30个问题的立法建议 …… 345
第二节　民法分则继承编立法研究 …… 367
第三节　我国继承法修订入典的障碍与期待 …… 388
第四节　我国配偶法定继承的零顺序改革 …… 400
第五节　关于恢复继承权宽宥制度的重新思考 …… 414
第六节　对我国继承法特留份制度的再思考 …… 424
第七节　遗产继承归扣制度改革的中间路线 …… 438
第八节　孙子女外孙子女等继承权的保障制度改革 …… 450

导论　从民法通则到民法总则：中国当代民法的历史性跨越

从1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》），到2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》），表明我国当代民法立法经历了31年的实践，完成了历史性跨越，实现了民法典“要体现鲜明的时代特征、与时俱进”[1]的立法意图。中国当代民法是如何实现从《民法通则》到《民法总则》这一历史跨越的？这一历史性跨越主要表现在哪些方面？是哪些因素促成了这一历史性跨越？

第一节　民法通则的历史地位及对中国当代民法发展的重大贡献

《民法通则》是我国第一部主要包括民法总则性规定的民法基本法。在此之前，中国当代民法只有《婚姻法》和《继承法》，没有关于总则性的立法和其他单行法。有了《民法通则》，中国当代民法就有了一般性规则，因而该法在中国当代民法史上具有重要的历史地位。当《民法总则》于2017年10月1日生效实施后，《民法通则》虽然还将继续有效，但其作为一个历史性的法律，已经完成了其历史使命，不过，它在中国当代社会创立的辉煌功绩，对中国当代民法发展的重大贡献，却是人所共见的事实。

一、《民法通则》在中国当代民法中的历史地位

中国古代民法在表现形式上是诸法合体，民刑不分，因此中国古代没有形式上的民法，只存在实质上的民法。[2]清末西法东渐，变律为法，清廷法律编修馆制定了

---

［1］ 李适时：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明——2016年6月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上》，载《民法总则立法背景与观点全集》编写组编：《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社2017年版，第12页。

［2］ 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第16页。

《大清民律草案》，尽管其未经颁布清朝就已灭亡，但是却完成了中国古代民法向现代民法的转换，实现了中国民法的华丽转身，[1]告别了中国古代民法的传统，采用了欧陆民法的潘得克吞体系及主要规则。随后在《民国民律草案》的基础上，国民政府制定《中华民国民法》，实现了中国民法的现代化。

1949年10月1日开启了中国当代民法的历史，但却长期没有跟上社会的发展，仅在1950年制定了《婚姻法》，其后就出现了民法立法的断档期。这是因为忽视了民法在社会发展中的重要作用，没有看到民法在一个社会中所具有的重要地位。这与“到底是法治还是人治，实际靠人，法律只能作为办事的参考”的忽视法治、重视人治的思想密切相关。[2]因而从1949年到1966年中国的民法起草工作断断续续，继而自1966年至1976年，仅有的不完善的法制都遭到严重破坏，更遑论民法的发展。

1976年以后，中国力图恢复法治，特别是加强了民法的制定工作。立法机关原本计划制定一部完整的民法，并且起草了四部民法草案。[3]但由于当时的民法理论准备不够，社会改革正在进行中，社会经济关系不断发生变化，制定一部完整的民法典难度太高，因而采取由“批发”改为“零售”的立法方法，把那些急需的、比较成熟的部分先制定出来。[4]于是，1985年首先制定了《继承法》，随后，在排除各种阻力后，作出了制定《民法通则》的决策，继而《民法通则》得以问世。

尽管《民法通则》是一部只有156个条文的法律，但是它不仅规定了民法有关总则的一般性规则，而且对于民事权利、民事责任等都作出了规定，因而是在中国当代社会最急需民法促进社会发展之时，出现的一部“迷你型”的民法。其后，立法机关陆续制定了《合同法》《收养法》《担保法》《物权法》《侵权责任法》，基本上完成了民法各单行法的立法任务，形成了由不同民法单行法构成的一组松散型民法。[5]在2011年3月10日全国人大宣布已经完成的中国当代社会主义法律体系中，这一组松散型民法就是其主要部分。[6]

在这组松散型的中国当代民法中，《民法通则》居于核心地位，具有民法总则

---

［1］ 杨立新：《百年中的中国民法华丽转身与曲折发展——中国民法一百年历史的回顾与展望》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第3期。

［2］ 项淳一：《党的领导与法制建设——纪念中国共产党诞生七十周年》，载《中国法学》1991年第4期。

［3］ 何勤华等：《新中国民法典草案总览》（下卷），法律出版社2003年版，第371～626页。

［4］ 中国政法大学民法教研室：《中华人民共和国民法通则讲稿》，中国政法大学出版社1986年版，第6页。

［5］ 松散型的民法，是费宗祎、江平和魏耀荣教授的主张。参见徐国栋：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第3页。

［6］ 参见吴邦国在2011年3月10日第十一届全国人民代表大会第四次会议所作的《关于全国人民代表大会常务委员会工作的报告》。

的性质。可以说，至《民法总则》公布之前，经过68年建立起来的松散型民法中，《民法通则》具有最重要的地位，规定了民法基本原则和基本规则，指导和协调《物权法》《合同法》《担保法》《婚姻法》《继承法》《侵权责任法》的制定和适用，成为民法的核心和灵魂。《民法通则》的这一历史地位人所皆知。如果没有《民法通则》，中国当代这部松散型民法就缺少最基本的民法规则。

二、《民法通则》对中国当代民法的历史贡献

关于《民法通则》的历史贡献，曾经被学者概括为中国的民事权利宣言书，主要目的在于保护长期被忽视、侵害的合法民事权益，具有重大作用。[1]在《民法通则》之前的中国当代民事立法中，并没有对民事主体的民事权利作出宣示性规定，特别是没有对人格权的保护制度。因此，这个评价公正地说出了《民法通则》最大的历史贡献。

概括起来，《民法通则》在中国当代民法中的历史性贡献，主要包括以下几点：

1.确立了中国当代民法的基本原则。

《民法通则》第一章规定了民法的基本原则，确定中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系；同时特别规定，当事人在民事活动中地位平等；规定了民法的自愿原则、公平原则、诚实信用原则；特别强调公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。上述这些民法基本原则，概括了中国当代民法最基本的要求，能够基本上实现保障公民、法人合法民事权益，调整民事关系，适应现代化建设事业发展的需要。这些之前的法律中从来没有规定过的民法基本原则，被《民法通则》确立起来，就构建了中国当代社会最基本的民事法律观念和秩序，从而保障民事主体私权利的行使和救济。

2.确立了中国当代民法的民事主体制度。

在《民法通则》之前，中国法律没有规定民事主体制度，没有自然人、法人这样的概念，同时也没有民事权利能力、民事行为能力制度，自然也就没有无民事行为能力人和限制民事行为能力人以及相应的监护制度，也没有宣告失踪和宣告死亡制度，更没有完善的法人制度。《民法通则》规定了公民（自然人）和法人制度，建立起了比较全面的民事主体制度，规定了公民的民事权利能力和民事行为能力，规定了监护制度，包括对未成年人和精神病人的监护，建立了宣告失踪和宣告死亡制度，还规定了个人合伙及个体工商户和农村承包经营户的特殊制度。在法人制度中，不仅规定了法人的一般规则，还规定了企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。这就使中国当代民法的民事主体制度基本上建立起来了，改变了

[1] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2015年版，第189页。

法律没有规定民事主体制度的立法空白状态。

3.规定了民事法律行为和代理制度。

民事法律行为是民事主体通过自己的行为取得民事权利的重要方法。当事人通过民事法律行为，就可以取得权利，设定义务，进行民事法律活动，推动社会的发展。民事主体实施民事法律行为，还可以通过设定代理人，由代理人代替自己去实施法律行为。这些在当代社会运行中必不可缺的民事制度，在中国大陆以往的民法规范中是没有规定的。《民法通则》对此作出了比较完善的规定，确立了中国当代民法的民事法律行为和代理制度，为社会的健康运行提供了秩序的保障。

4.宣示了民事主体享有的民事权利。

《民法通则》最为重要的历史贡献，是在第五章规定了民事权利。其中关于人格权的规定，在世界民法立法史上都是一个独特的制度设计。《民法通则》规定公民享有生命健康权，享有姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和婚姻自主权，还规定法人享有相应的人格权。其重要价值在于：一是弥补了人格权在中国当代民法立法和理论上的空白，宣告人格权是人的最重要的私权利，法律动用一切力量保护人格权，不受任何人的侵犯。二是在“民事权利”一章对人格权作出专节规定，确立了人格权在民事权利体系中，具有不亚于物权、债权和知识产权的法律地位，甚至更为重要。三是为编纂民法分则预设了人格权的独立地位，即在民法分则中人格权法具有独立成编的地位。[1]这在世界各国民法典编纂中属于首创，赋予了人格权重要的民法地位。《民法通则》这样规定的历史价值，是永远也不能抹杀的。

5.对知识产权的法律保护做了很好的规定。

改革开放伊始，《民法通则》就对知识产权作了概括性规定，确立了中国知识产权法的属性和体系，不仅为之后制定《著作权法》《商标法》《专利法》等提供了基本法的基础，而且对于将知识产权法纳入民法典体系，整合知识产权法的体系和内容，也发挥了极好的作用。在中国当代社会中突出对智力成果的保护，确定知识产权对中国经济社会发展的重要意义和作用，《民法通则》作出了具有远见卓识的举措。而世界成文法国家民法典最早规定知识产权法的《俄罗斯联邦民法典》，还是在2006年年底才实现了知识产权法与民法的一体化，[2]这比《民法通则》的规定晚了20年。中国的知识产权保护在今天达到了相当的规模，取得了重要的成果，与《民法通则》的历史贡献密不可分。

6.建立了完整的民事责任制度。

在世界各国的民法典中，一般都没有关于民事责任的单独规定，对于不同的

[1] 2002年的《中华人民共和国民法（草案）》就继承了《民法通则》的这一传统，规定了第四编“人格权法编”。

[2] 《俄罗斯联邦民法典》，黄道秀译，北京大学出版社2007年版，第425页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

民事责任，分别由债编、物权编、亲属编、继承编等单独规定。即使部分国家民法典在关于权利保护的部分中，规定了有关民事责任的若干条文，但是都没有关于民事责任的体系性规范，特别是没有规定具体规则。《民法通则》在起草时有一个设想，把所有的民事责任放到一起来规定，形成完整的民事责任规则体系。[1]之所以会提出这样的想法，不仅是由于当时没有《合同法》《物权法》，也没有《侵权责任法》，必须解决民事司法实践对民事责任具体规范的急需；而且，立法者想要作出一个民事立法的创新，规定一个完整的民事责任制度，就像刑法那样，把所有的民事责任都规定在一起，形成民事责任的整体性规则。因此，《民法通则》第六章"民事责任"就规定了四节，分别规定了民事责任的一般性规定、违反合同的民事责任、侵权的民事责任和承担民事责任的方式。其中，尤以侵权民事责任的规定最为详尽。在中国没有债法的情况下，全面规定民事责任制度，解决了社会的实际需要。民法理论把上述情形概括为"民事责任从债法的分离"，[2]尽管对此存在诸多争议，在很多方面是不成功的。例如，因为制定《合同法》要规定合同责任，制定《物权法》要规定物权请求权等，特别是侵权责任具有更大的独立性，都放在民事责任中统一规定，肯定是不合适的。但是，这种做法仍有独特价值：第一，对于民事责任需要有一般性规定，否则民法分则各编规定的民事责任就缺少统领性的规则；第二，对侵权责任的单独规定，奠定了中国侵权责任法独立成编的方向，为单独制定《侵权责任法》打下了基础。因此，《民法通则》关于民事责任的规定，再加上第七章关于诉讼时效的规定，就把中国民法的民事责任作了完整的规定。这样的历史贡献，不仅保障了中国当代民法满足30年来社会实践的急所，而且也给之后的立法提供了宝贵的经验。

三、《民法通则》对中国当代社会发展作出的主要贡献

《民法通则》在中国当代社会适用了30年，在它行将退出历史舞台之际，对其历史价值进行评价，是非常有意义的。《民法通则》对中国当代社会发展作出的主要贡献，包括以下几个方面：

1.普遍地唤起了民众的民事权利意识。

在30年前，由于没有民法基本制度，因而中国民众缺少民事权利意识。无论是民众个体还是所谓的单位，都不知道自己享有哪些民事权利，自己的民事权利受到侵害应当通过何种方法予以保护。领导者也无民事权利意识，行使公权力时不顾及对民众私权利的保护，甚至侵害民众的私权利。《民法通则》于1987年1月1日实施以后，全国范围内的民事案件大幅度上升，特别是关于人格权的侵权案件出

[1] 黄名述：《民事责任的一般原理》，载西南政法学院法律系、民革重庆市委员会编：《民法通则讲座》，1986年，第324页。

[2] 魏振瀛：《民事责任与债分离研究》，北京大学出版社2016年版，第32页。

现“井喷”现象，形成了“告记者热”“告作家热”等民众保护自己民事权利的高潮。经过30年的努力，民事权利意识已经深入人心，当权利人权利受到损害时，权利人都知道拿起《民法通则》的武器来保护自己。这在30年前是无法想象的。每一个民事主体都享有自己的权利，如果权利得不到保护，社会就无法运行。正是因为《民法通则》宣示了对人格权、对其他民事权利的保护，才具有如此之大的社会效果。如果至今还没有《民法通则》，当代社会就不会有如此强烈的民事权利意识。这是《民法通则》的历史性功绩，因而《民法通则》就是中国民事权利的宣言书，不仅唤醒了民众的权利意识，而且直接推动了30年来中国当代社会的发展与进步。

2.确立了中国当代社会的基本格局。

在一个没有民法的国家，社会和经济生活的规则无法确立，社会也无法向前发展。当代社会主义市场经济必须按照民法的规则发展经济，保护权利，推动社会发展。从1949年至1978年的民法空窗期中，中国社会发展不正常，不能按照民法的基本规则运行，无法适应当代社会的要求。市场经济是法治经济，而加强法治的关键一环，就是加强民法规则的制定和落实。尽管《民法通则》还不是一部完整的民法典，但是它用简短的篇幅和条文，对民法的基本原则和一般性规则作出了简明、扼要的规定，并且适应了30年来社会发展的要求，符合改革开放初期的社会实践要求，同时也预示了今后社会发展的前景，完成了《物权法》《合同法》等民法单行法的制定，形成了中国当代民法的基本制度体系和规则体系，满足了社会发展的要求。如果在30年前没有《民法通则》的颁布实施，中国最近30年来的法治建设和经济发展是没有希望的。这也是《民法通则》的重要历史贡献。

3.保障了中国当代社会30年的高速发展。

《民法通则》在30年的社会发展中，统领了各项民法单行法的制定和完善，为中国当代社会的高速发展提供了民法规范的保障。首先，《民法通则》规定了基本的物权制度，继而在2007年制定了《物权法》，实现了国家、集体和私人物权的平等保护，规定了基本的所有权、用益物权和担保物权制度，稳定了中国当代社会的基本财产关系，调动了民事主体创造财富的热情和积极性，促进了社会和个人的财富快速增加。其次，《民法通则》规定了债权制度，统领了三部合同法的制定，最终实现“三法合一”，制定了统一的《合同法》，规范了交易规则，并且与国际的交易规则接轨，实现了中外经济交往基本规则的统一，保障交易秩序，促进了交易发展，加快了经济流转速度，推动了中国当代经济的高速发展。再次，《民法通则》详细规定了侵权责任规则，由17个条文直接规定了侵权责任的规则，连同其他相关规定，约占其立法条文的1/6，由此可知侵权行为法的重要性。[1]在《民法通则》侵权责任制度的统领下，2009年制定了全世界第一部独立的成文《侵权责任法》，建立了

[1] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2015年版，第173页。

完整的侵权责任制度，在中国当代社会以前所未有的程度加强对私权的保护，促进了社会的稳定，推动了社会的和谐发展。最后，《民法通则》统领婚姻家庭制度和继承制度的适用，促进了中国当代社会基础的稳固。在《民法通则》之前，我国民法单行法只有《婚姻法》和《继承法》。《婚姻法》是1950年制定的，1980年根据改革开放初期的中国社会实际重新制定。在《民法通则》的统领下，2001年对《婚姻法》进行修订，形成了今天的婚姻家庭制度格局。1985年，由于改革开放的初步发展，人民财富不断增多，亟须《继承法》来调整自然人死亡后的遗产分配关系，因而《继承法》应运而生。《民法通则》统领家事法的适用，维护婚姻家庭的人身关系和财产关系的稳定，进而保障了中国当代社会基础的稳定和发展，保障了中国当代社会经济的高速发展。

4.确定了中国民法典的基本框架和内容。

《民法通则》虽然简单，但却内容丰富，预设了未来民法典的基本格局。主要表现为：首先，确定了中国当代民法采民商合一体制，无论是民法还是商法都适用统一的基本原则和一般性规则。其次，确定了民法总则的基本内容，无论是从主体制度、民事法律行为和代理，还是从民事权利体系、民事责任规则以及诉讼时效制度上，都为《民法总则》的制定奠定了稳固基础，使《民法总则》在短短的两年时间就制定完成。最后，《民法通则》第五章关于民事权利的设置，不仅在确定人格权方面具有重要意义，而且更重要的是预设了中国民法典分则的基本结构和内容，把民事权利分为四节的做法，为民法分则的体系和结构确定了基础。[1]就目前的民法典编纂而言，《民法通则》具有重要的历史价值。

正因如此，在我国《民法总则》通过及《民法通则》行将退出历史舞台之时，来讨论《民法通则》在中国当代历史上的地位和贡献，就会感到，这样一部只有156个条文的法律是那么重要，是那么亲切，以至于对它进行再高的评价都不会感到言过其实，而是它应当得到的赞美。在赞美《民法通则》的历史贡献时，也深深地感恩当年参与制定这部法律的佟柔、江平、王家福、魏振瀛等老一代民法学家和立法机关专家们的智慧和胆略。

第二节　中国当代社会改革开放对民法通则的突破与创新要求

《民法通则》在我国社会生活中实施已经30年了。随着时间的推移，逐步显现出《民法通则》存在的缺陷和社会现实生活对中国当代民法提出的创新要求。

[1] 如果不是由于某些学者以政治因素对人格权法编的立法进行干扰，中国民法典分则应该有人格权的独立位置。参见杨立新：《对民法典规定人格权法重大争论的理性思考》，载《中国法律评论》2016年第1期。

一、《民法通则》存在的主要缺陷

毋庸讳言，30年前制定的《民法通则》一定会存在缺陷，面对30年后的中国当代社会现实需求，必定会有相当大的差距。正确评价《民法通则》的缺陷，找出它的问题和不足，就是要在编纂民法典时针对这些缺点，改进中国当代民法制度。《民法通则》存在的主要缺陷是：

1.缺少必要的民法适用规则。

《民法总则》的重要任务之一，就是要对民法的适用规定一般性原则，否则民法的适用就会不统一，影响甚至阻碍社会的进步和发展。《民法通则》对此没有作任何规定，不仅没有规定法源，也没有规定民法适用的一般原则。必须看到的是，民法无论制定得多么完善，总有其规范不到的社会现象，必须由其他法源加以补充。正像《大清民律草案》第1条规定的那样："民事本律所未规定者，依习惯法；无习惯法者，依条理。"[1]《民法通则》没有规定法源，因而法官在司法实践中以习惯或者法理来补充民事立法不足，就缺少法律依据。《民法通则》本来就简略，又没有规定立法不足可以适用习惯和条理（法理），必定会在民事法律适用中出现空白，对没有法律依据的民事纠纷，法院和法官就有借口将其推出法院而拒绝审判。[2]同样，《民法通则》没有规定对民法的一般适用规则以及民法解释规则，因而对法律适用中出现的争议和对于法律冲突的解决办法缺少法律适用规则，造成了法律适用不统一的后果。

2.民事主体制度的规定不统一、不准确。

《民法通则》规定公民和法人是民事主体，但《合同法》以及《民事诉讼法》又规定了其他组织也是民事主体（诉讼主体），造成了民事主体制度的混乱。同时，《民法通则》将自然人称为"公民"，虽然加上括号标注为自然人，但仍混淆了公法和私法的概念。在民事主体中还规定了合伙、联营等，而不是将其作为合伙合同和联营合同加以规定。《民法通则》关于民事主体规定的不统一和明显的累赘，都带有时代的局限性，不适应当代社会的发展要求。

3.仅仅规定民事权利而没有规定民事权利客体。

特别重要的是，《民法通则》在"民事权利"一章，只规定了民事权利，没有规定民事权利的客体，因而使《民法通则》在规定民法基本制度上出现了缺失民事权利客体的不足。这是严重的缺陷，其根源是照抄苏俄民法在1960年以后否认民事权利客体制度。[3]这使《民法通则》规定民事法律关系的一般性规则出现了重大缺漏，形成制度的残缺，对于物、债、人格利益和身份利益以及知识产权客体等都没

[1] 杨立新主编：《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第56页。

[2] 《法国民法典》第4条规定："法官借口法律无规定、规定不明确或不完备而拒绝审判者，得以拒绝审判罪追诉之。"

[3] 杨立新：《我国民事权利客体立法的检讨与展望》，载《法商研究》2015年第4期。

有具体规定，使民事权利所支配的对象不明确。

4.对民事权利的规定不完整，保护亦失周全。

尽管《民法通则》很好地宣示了民事权利，使之成为中国民事权利的宣言书，但对民事权利的规定还存在缺陷。首先，对物权应当明确所有权、用益物权和担保物权的概念，不应使用“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”这样令人费解的概念。其次，对于财产所有权的规定也不完全、不准确，与当代物权制度存在相当大的距离。再次，尽管对人格权做了较好的宣示，但在第四节“人身权”中只规定了人格权而没有身份权，[1]使人误解为人身权就是人格权，[2]混淆了两种私权利之间的差别。最后，规定的人格权种类不完整，对应当规定的人身自由权、隐私权等都没有规定，而且对人格权的保护制度亦欠周全。

5.规定民事法律行为缺少意思表示的核心要素。

《民法通则》规定了基本的民事法律行为和代理制度，但是都比较简单，特别是对民事法律行为制度仅规定了一般规则，没有规定意思表示，使民事法律行为概念缺少意思表示的核心要素。对于民事法律行为效力虽然规定了有效和无效，但是没有规定民事法律行为生效的要件，对民事行为无效的规定也过度限制了当事人的意思自治。《合同法》规定的合同效力与《民法通则》规定的民事法律行为效力部分内容发生一定程度的冲突，导致适用法律困难。在代理的规定中，诸如表见代理等重要代理制度，《民法通则》也都没有规定或者规定不完整。

6.民事责任体系已经被《合同法》和《侵权责任法》所分割。

《民法通则》构建的民事责任制度，尽管在当时的环境下比较完整，也在法律适用中起到了重大作用，但是预见性不够，在其后的立法中，《合同法》规定了完整的违约责任制度，《侵权责任法》全面构建了侵权责任制度，因而使《民法通则》的民事责任体系瓦解，只剩下几条关于民事责任的一般性规定还能够发挥作用，主要内容都被新法代替，且因立法没有及时进行修改，导致后期立法与《民法通则》规定冲突。例如，《侵权责任法》是全国人民代表大会常务委员会制定的法律，而《民法通则》却是全国人民代表大会制定的法律，在效力层级上显然不同。而《侵权责任法》的大量规定都与《民法通则》关于侵权民事责任的规定不同，因而有人认为《侵权责任法》的规定与《民法通则》关于侵权责任的规定发生冲突时，应当优先适用《民法通则》，而不是适用《侵权责任法》，因为立法机关的层级不同。[3]《侵权责任法》虽然层级比《民法通则》低，却是特别法、新法，如果《侵权责任法》的规定与《民法通则》的规定不一致，就要适用《民法通则》的规定，那么制定《侵权责任

[1] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2015年版，第177页。

[2] 梁慧星：《中国人身权制度》，载《中国法学》1989年第5期。

[3] 韩大元：《全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法》，载《法学》2008年第10期。

法》的意义何在？正因为《合同法》《侵权责任法》规定了违反合同的责任和侵权责任，才使《民法通则》关于民事责任的具体规定不再具有价值，已经成为废法。

7.规定过短的诉讼时效期间为债务人逃避债务提供了法律依据。

《民法通则》针对权利人不及时行使权利，造成民事权利休眠的状况，设立了诉讼时效制度，作为防范措施，督促权利主体及时行使权利，防止权利休眠。[1]这样的规定是正确的，但问题在于：一是《民法通则》规定的诉讼时效期间过短，使债务人有可能利用短暂的诉讼时效期间经过的事实而逃避债务，当前我国银行中大量存在的呆账、坏账、死账，与《民法通则》规定的诉讼时效期间过短不无关系；二是《民法通则》规定诉讼时效的行使为法官职权主义，把民事诉讼时效期间完成的效果规定为失权，即使债务人没有主张诉讼时效期间予以抗辩，法官也可以直接依据自己的职权予以适用，判决不支持债权人行使债权的请求，[2]损害了债权的安定性，使债权无法得到保障；三是诉讼时效所适用的权利范围没有明确限定，因而对于物权是否适用诉讼时效制度不明确，这一问题长期困扰法官，形成不同见解，造成法律适用的不统一。

二、《民法通则》不能适应中国当代社会发展的主要原因

《民法通则》存在上述缺陷的主要原因是：

1.1949年以来长期存在的民法空窗期，使民事立法没有成熟的经验可供借鉴，大规模的民事立法在改革开放后仓促上阵，《民法通则》规定的各项制度存在问题是不可避免的。20世纪80年代中期民事立法“批发”转“零售”立法策略的转换，就是我国民事立法缺乏经验的最明显反映。[3]

2.民法理论研究的长期荒芜，使《民法通则》的立法没有科学、完善的民法理论支持，尽管其中规定的一些规则在后来被认为是正确的，但在立法当时还没有真正发现其价值。例如，《民法通则》第61条规定的民事行为被确认为无效或被撤销后，当事人因该行为取得的财产应当返还给受损失的一方，有过错的一方赔偿对方因此所受损失，双方都有过错的各自承担相应的责任的规则，后来被指出这是采用了德国法的缔约过失责任，是具有重要价值的立法后，[4]人们才认识到这一规则的重要价值，并进一步阐释这一条文所确立的规范和学理，建立了比较完善的缔约过失责任理论和适用规则。

---

［1］ 中国政法大学民法教研室：《中华人民共和国民法通则讲话》，中国政法大学出版社1986年版，第235～236页。

［2］ 同上书，第233页。

［3］ 笔者对这一问题的看法，参见杨立新：《百年中的中国民法华丽转身与曲折发展——中国民法以半年历史的回顾与展望》，载《河南政法干部管理学院学报》2011年第3期。

［4］ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2015年版，第177页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com