

商立法法通研 则究

SHANGFA TONGZE LIFA YANJIU

苗延波 著

知识产权出版社

D923.99/64

2008

商法通则立法研究

苗延波 著

知识产权出版社

内容提要

本书围绕中国商法通则的概念、基本特征、定位,制定商法通则的必要性和可行性、基本原则,商法通则的体系结构、调整范围,商法通则对商事主体、商事行为、商事人格权、商业登记、商业账簿、商事责任的规范等,制定《商法通则》必须研究的基本理论和实践问题,进行了研究和探讨,提出了作者的见解和具体建议。同时,作者还草拟了一份《中华人民共和国商法通则》草案建议稿,供立法者和研究者参考。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

商法通则立法研究/苗延波著. —北京:知识产权出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-80247-051-4

I. 商… II. 苗… III. 商法—立法—研究—中国 IV. D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 017661 号

商法通则立法研究

苗延波 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8130

印 刷: 北京市兴怀印刷厂

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2008 年 4 月第 1 版

字 数: 290 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8325

责编邮箱: jpp@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 16. 75

印 次: 2008 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 38. 00 元

ISBN 978-7-80247-051-4/D·589 (2105)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

在 2007 年 11 月召开的中国法学会商法学研究会 2007 年年会上，商法通则的立法问题被列为了会议的第一个重要议题。在会上，许多民商法学家明确提出应当立即开展商法通则立法的研究工作，并且提出应当尽快向全国人大常委会法制工作委员会提交立法建议，以赢得国家最高立法机关的重视和认可。2007 年 12 月在全国人大常委会法制工作委员会召开的一次立法技术研讨会上，又有学者提出了商法通则的立法建议。因此，商法通则的制定已经成为目前中国民商法学界和立法界一个十分关注的问题。为了积极配合和策应商法通则的研究和立法工作，本书紧紧围绕中国商法通则的制定问题，就中国商法通则的概念、定位、制定商法通则的必要性和可行性、制定商法通则的基本原则、商法通则的体系结构、商法通则的调整范围、商法通则对商事主体的规范、商法通则对商事人格权的规范、商法通则对商事行为的规范、商法通则对商事登记的规范、商法通则对商业账簿的规范以及商法通则对商事责任的规范等关系到在制定商法通则中必须涉及和研究的基本理论和实践问题，进行了研究和探讨，提出了笔者的见解和具体建议。为了更好地促进商法通则的制定工作，笔者还草拟了一份《中华人民共和国商法通则》草案建议稿，供立法者和研究者参考。

在本书写作过程中笔者也得到了一些法学界和法律界人士的鼓励和帮助，在此笔者致以深深的谢意。

苗延波

2008 年 1 月 30 日

目 录

前言 / 1

第一章 商法通则概述 / 1

第一节 商法通则的概念 / 1

第二节 商法通则的定位 / 6

第二章 制定商法通则的意义 / 20

第一节 制定商法通则的必要性 / 20

第二节 制定商法通则的可行性 / 39

第三章 制定商法通则的基本原则 / 41

第四章 商法通则的体系结构 / 50

第一节 中国商法的体系结构 / 50

第二节 中国商法通则的体系结构 / 60

第五章 商法通则的调整范围 / 63

第一节 中国商法的调整范围 / 63

第二节 商法通则的调整范围 / 65

第六章 商法通则对商事主体的规范 / 68

第一节 商事主体的概念 / 68

第二节 中国商事主体类型的理论构建 / 72

第三节 中国商事主体类型的完善 / 77

第四节 中国商法通则规定的商事主体的范围 / 82

第七章 商法通则对商事人格权的规范 / 112

第一节 商事人格权的概念 / 112

第二节 商事人格权的具体类型 / 113

第八章 商法通则对商事行为的规范 / 134

第一节 商事行为概论 / 134

第二节 中国商事行为立法模式的构建 / 148

第九章 商法通则对商事登记的规范 / 158

第一节 商事登记概述 / 158

第二节 商事登记立法概述 / 162

第三节 对完善中国现行商事登记制度的思考 / 166

第四节 中国未来的商事登记法的框架结构 / 181

第十章 商法通则对商业账簿的规范 / 182

第十一章 商法通则对商事责任的规范 / 192

第一节 商事责任概说 / 192

第二节 商法通则中商事责任的种类 / 215

第三节 商事责任的追索途径 / 246

附录：《中华人民共和国商法通则》草案建议稿 / 249

后 记 / 261

第一章 商法通则概述

第一节 商法通则的概念

一、通则及商法的概念

通，有一般、普通之意^①；则，有规章、条文、规程之意。^② 通则即适合于一般情况的规章、规则。^③

对于商法概念的界定，目前中国商法学界众说纷纭，莫衷一是。据笔者初步统计，比较有代表性的观点主要有以下一些：

一是从商事关系的角度定义商法，即商法“是调整商事关系的法律规范的总称”^④。

二是学者模仿民法定义，认为“商法是由调整商事财产关系和商事人身关系的法律规范组成的有机联系的法律规范体系”^⑤。

三是从商事或商事活动的角度定义商法，认为商法“是调整商事活动的法律规范的总称”^⑥。

四是从商事关系的具体内容的角度将商法界定为：“商法是规范市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）法律规范的总称，一般包括‘商组织法’和‘商行为法’两大部分的内容”^⑦。

五是认为“在大陆法的思维和背景下，‘商法’只能是指私的调整各种经济贸易关系的法，属于民法范畴，又必然包含着民法”^⑧。

六是认为商法是“规范关于商事（交易）之法律”，并将其区分为形式

① 许嘉璐：《汉字标准字典》，辽宁大学出版社 2001 年 8 月第 1 版，第 777 页。

② 同上注，第 76 页。

③ 《新华词典》（2001 年修订版），商务印书馆 2001 年修订第 3 版，第 982 页。

④ 覃有土：《商法学》，王保树：《中国商事法》（新编本），赵万一：《商法学》，施天涛：《商法学》等皆采此观点。

⑤ 寇志新：《商法学》，法律出版社 1996 年版，第 1 页。

⑥ 赵中孚：《商法总论》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 3 页；《法学词典》（增订版），上海辞书出版社 1985 年版，第 867 页。

⑦ 徐学鹿：《商法教程》，中国财政经济出版社 1997 年版，第 1 页。

⑧ 史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》2001 年第 4 期。

意义上与实质意义上之商法。形式意义上商法指民商分立国家所制定而以“商法”命名的法典,即指经过制定法典程序之商法法典,至于其单行的商事特别法,是否均以“商法”命名,则可不受限制。实质意义上的商法,则指以商事为其规范对象之各种法规而言,就法律形式言之,则无所谓商法法典,凡有关商事的规定,或分别编入民法法典,或另定商事单行法规,均属商法范畴。^①

七是认为,“商法又称‘商事法’,它是指规制营利性主体的经营性活动,调整由其所生的商事关系的法律规范的总称”^②。

八是认为,“商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系,即商事法律关系的法律规范的总称”^③。

此外,还有许许多多关于商法定义的论述。笔者认为,欲给商法下一个完整全面、客观的定义是不可能的,这个定义主要的目的是为了揭示出商法的本质特征和商法的调整对象,使人们通过这个定义能够比较容易地理解商法的基本含义和内容就可以了。由此,笔者认为,以下这个定义就足以让读者明了商法的基本含义了。

商法是指调整因商事主体及其他主体所从事的商事行为而形成的社会关系即商事关系的法律规范的总称。可以更加简洁地将其定义为:商法是指调整因商事行为而形成的商事关系的法律规范的总称。

这里有四个层次的内容:

一是商法是以商事关系为其调整对象;

二是商事关系是平等商事主体之间所形成的经济关系;

三是商事关系是商事主体基于营利目的而形成的经济关系;

四是商事关系是商事主体在持续营业中所形成的经济关系。

这里的商事主体,须是商法上确认和规定的主体,在中国主要包括法人(如公司、企业)、商个人(如个体工商户、独资企业、农村承包经营户)及商合伙(如合伙企业)等。商主体须有商事权利能力和商事行为能力,且是商事活动的参加者。

这里的其他主体,是指商事辅助人(包括代理商、居间商、行纪商、商业经理人等)及其他虽然法律尚未明确其法律地位,但在社会上已经存

① 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第7页;刘清波:《商事法》,台湾商务印书馆1995年版,第1页;刘兴善:《商事法》,台湾三民书局1984年版,第1页;郑玉波:《商事法》,大中国图书公司1998年版,第2页;梁宇贤:《商事法论》,中国人民大学出版社2003年版,第3页。

② 董安生:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第23页。

③ 范健:《商法》(第2版),高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第5页。

在的商事活动的参加者，如尚未经登记或注册的任意商人（如活跃于城乡间的农林业经纪人等）。

所谓商事关系，即法律所确认和调整的社会生活关系，它具有有价性和法律性。其包括行为、物、精神产品、信息等。

所谓经济关系，即指以营利为目的而形成的关系，如商事买卖、拍卖、抵押等。

所谓商行为是指依商法所规定的商事主体以营利性营业为目的而从事的行为。关于此问题，笔者将在本书以后的章节中论述。

所谓法律规范，可以从如下两点进行理解：

首先，从商法的表现形式来看，可以将商法划分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法，是指采民商分立立法例的国家，在民法典之外制定的以“商法”命名的法典，其内容主要包括商主体与商行为之界定与创设等商法的一般规则以及商事公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。在大陆法系国家中，法国、德国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、韩国、巴西、智利、阿根廷等国均制定有商法典。形式意义上的商法概念理论着眼点为规范的表现形式和法律的编纂结构，它以法律文件的表现形式即商法典作为商法概念的界定基础。由于各国法典编纂的原则不同，形式意义上的商法又可分为主观主义立法例、客观主义立法例与折中主义立法例三种主要类型。

实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。它不以商法典作为商法概念的界定基础；商法的形式包括各种有关商事的专门法规；商法规范不仅仅存在于商法典之中，而且还大量地存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。

其次，从商法所包括的范围来划分，可以将商法分为广义的商法与狭义的商法。这种分类是对实质意义上的商法的再次划分。广义的商法包括全部商事法律部门，即不仅包括规定商主体与商行为等基本制度的商法典，而且包括与商事交易活动密切相关的各种法律，如规定公司、票据、商业银行、保险、运输、信托、工商权利保护等内容的法律。此外，还有学者认为广义的商法包括国际商法与国内商法。其中，国际商法指的是国际法上的商事法规，如国际邮政条约、电信条约、船舶碰撞与海难救助统一公约以及其他有关的商事公约，两国间友好通商航海条约，国际间共同遵守的商事习惯法等。国内商法指的是关于国内之商事法规，又可分为商事公法与商事私法：商事公法系指公法上有关的商事规定，散见于各种公法之中，其本身并无完整体系，如宪法、行政法、刑法、诉讼法、非诉事件程

序法中有关商事规定等；商事私法指的是私法上关于商事之法规，在民商分立国家表现为商法典、商事特别法以及有关商事习惯法等形式，在民商合一国家则表现为民法典中的商事规定、关于商事的民事特别法以及有关商事习惯法等形式。^①狭义的商法仅仅指商法典及其附属法规，如商法典及其施行法等。从性质上讲，狭义的商法属于国内商法中之商事私法，商事公法并不包含在内。

中国目前尚不存在形式意义上的商法。关于是否制定形式意义上的商法典问题，中国商法学者间存在着极大的争论。许多商法学者认为应当制定与中国市场经济建设实践相适应的商法典。

事实上，在中国，实质意义上的商法早已大量存在。不仅仅在诸如传统的民法、经济法、行政法等法律法规中存在着大量的调整商事交易主体及其所从事的商行为的法律规范，而且其还陆续制定了一大批商事特别法，如公司法、票据法、银行法、保险法、信托法、海商法等。事实上，这样的单行商事法不仅大量存在，而且由于其中有许多是近几年制定的，内容已相当完善。此外，形式意义上的商法也在地方法规中出现了，如深圳特区颁布的《深圳特区商事条例》即属一部地方商事法规性质的形式意义上的商法。

应当说，就中国目前商事立法的现状来看，商事立法还是相当完备的。除了表面上尚缺一部统一的商法典外，其较之其他部门法还是比较健全的，经济社会所需要的主要商事部门的法律、法规体系已经基本建立起来了。

综上所述，笔者认为，商法是指调整因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的社会关系即商事关系的法律规范的总称。据此，可以更加简洁地将其定义为：商法是指调整因商行为而形成的商事关系的法律规范的总称。^②

二、商法通则的概念及其基本特征

以上，笔者分别对通则与商法的含义予以了界定，在上述界定的基础上，我们可以轻易地概括出商法通则的含义，即适用于因商行为而形成的商事关系的普通的、一般性规则的规范性法律文件。

这里至少包含有五层含义：

其一，商法通则是一部规范性法律文件，具有国家法律的特征；

^① 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第7～8页；刘清波：《商事法》，台湾商务印书馆1995年版，第1～2页；郑玉波：《商事法》，大中国图书公司1998年版，第2页。

^② 苗延波：《中国商法体系研究》，法律书出版社2007年版，第6页。

其二，商法通则是一部调整商事关系的法律规范；

其三，商法通则的核心是商事行为；

其四，商法通则是一部有关调整商事行为和商事关系的普通的、一般性的法律规范；

其五，商法通则是中国商法体系的核心，是统率中国商法的基本法律规范。

其基本特征可以概括为以下几点：

（一）是以国家强制力为后盾的国家的基本法律

商法通则是由国家最高立法机关依照宪法和立法法规定的法定程序，经过合法的立法程序予以审议、通过的一部国家法律，具有国家法律的一切基本特征。

（二）是中国调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律

商法通则是一部有关调整商事行为和商事关系的普通的、一般性的法律规范，其最基本的特征就是其适用的普遍性和一般性，具有调整商行为的基本法律的作用和地位。其所确立的基本原则和制度、规则，适用于一切商事单行法中；一些商事单行法中没有集中规定或者没有规定的、带有商事行为共通性的原则、制度、规则，均体现在商法通则之中，并且直接适用于具体的案件之中，成为司法机构审判的直接法律依据。因此，它是中国调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律。

（三）对现行商事单行法起着补充和统率作用

商法通则所规定的商事活动的基本原则、规则和制度，归根到底是为了补充商事单行法在规范商事行为和调整商事关系中的不足、疏漏和带有普遍性的、无法在一个或者几个单行法中予以集中规范的、带有共通性的规范，因此，其具有单行法所无法替代的统率的作用。从法律适用上说，当在单行法中无法找到直接的法律依据时，商法通则所规定的原则、规则和制度便可以直接被援用；当单行法所规定的原则和规则与商法通则的基本精神相违背时，当以商法通则的规定为基准；其还带有纠正、修订的意义。因此，它对现行商事单行法起着明显的补充和统率作用。

（四）在国家整个的法律体系中居于独立的地位，同时又是国家商法体系的灵魂和核心

商法通则既然作为调整因商行为而形成的商事关系的基本的法律，因而，其在全国整个的法律体系中自然具有独立性；同时，它又是国家规范

商事活动的基本的法律规范,是其他一切商事立法的核心和基本准则,因而,它必然成为国家商法体系的灵魂和核心,从而构成一个具有中国特色的商法通则加商事单行法的完整的商法体系。

第二节 商法通则的定位

如何给商法通则定位?可以从以下三个方面来考虑:

(1) 商法通则是商法中具有一般法意义的商事法律。就法典与单行法的区别而言,商法通则与公司法、合伙企业法、独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法、海商法等一样,也是一种单行商事法律,并不是法典——由全面系统调整商事关系的规则缩编而成的法律文件,但它与其他单行商事法律的功能不一样。其他单行商事法律仅调整某一商事领域的商事关系,商法通则则涉及整个商事领域,强调其调整商事关系的一般性。换言之,它所提供的商事法律规则是其他单行商事法律未曾提供而又非常必要的一般性规则。正由于商法通则在商法中具有一般法的意义,它与强调其调整特殊性的其他单行商事法律不会出现重叠、交叉。

(2) 商法通则既非民商分立的标志,也非民商合一的典型表现。前者,因为它不是法典;后者,因为它不仅有调整个别领域的单行法,而且还有调整商事关系的一般规则。从这一意义而言,它吸收了民商合一与民商分立的优点,克服了民商合一、民商分立缺陷,是区别于民商合一、民商分立的另一种模式。

(3) 商法通则不取代民法在私法领域中的一般法地位。民法与商法是同属于私法的两个法律部门,二者的关系可以界定为:商法是相对独立于民法的一个独立的法律部门。^①但是在实践中,凡商事事项,商法优先适用,民法一般适用、补充适用。这一结论,即使有商法典的大陆法系国家的学者也一直在坚持。

这里还有一个问题,那就是:商法通则作为调整商事关系的一般法意义的规则,它是否代替了民法的一般法的功能呢?回答是否定的。因为,民法和商法的关系是就整个民法和整个商法而言的,二者是相对独立、相互依存,又互为补充的。而商法通则作为一般法意义的商事共同性规则,仅就商法中具有个别领域特征的单行法而言的,它当然包含于商法之中,而不是在商法之外。因此,商法通则的出现不会改变民法与商法的关系,

^① 关于对此问题的详细论述,可参见拙作《中国商法体系研究》第七章的内容,法律出版社2007年版,第107~131页。

也不会产生与民法的交叉和边界不清的问题。二者的共同存在不仅不会影响各自在国家法律体系中的地位,而且还会对各自的发展起到相互促进、取长补短的功效。因此,如此定位商法通则,它的边界是清楚的。凡在商法中属于统率性、一般性的规则,均应规定在商法通则中;虽不是明显的统率性、一般性的规则但却是其他单行商事法律和将要制定的单行商事法律中所不可能规定的规则,也应规定在商法通则中。相反,凡属于其他单行商事法律和将要制定的单行商事法律中能够规定的规则,商法通则则不应规定。与民法典相比,商法通则仍属于特别法的性质。凡属于私法的一般规定应由民法解决,即使它现在没有解决,也等待它在制定民法典的过程中解决。凡属于商事事项的特别规则而又不具有个别领域特征的,应由商法通则规定,并且商法通则可以创设特殊规定,诸如商事代理、商事留置、商业账簿、商号、商誉等。这就是商法通则的边界所至。

为了进一步说明这个问题,我们还应当对以下几个问题做一些必要的研究。

一、商法通则与《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法能则》)的关系

(一)《民法通则》概说

1.《民法通则》制定的基本情况

(1)制定《民法通则》的必要性

欲研究制定《民法通则》的必要性问题,首先必须回顾一下新中国成立以来民法的起草历程。

建国以来,国家先后开展过三次民法的起草工作。

第一次是1954年。

1949年中华人民共和国成立。1953年,社会主义改造运动基本完成,国民经济从恢复时期进入大规模的建设时期。1954年第一届全国人民代表大会(以下简称全国人大)制定了新中国第一部宪法。第一届人大会议后,全国人民代表大会常务委员会(以下简称全国人大常委会)办公厅研究室着手研究起草民法的工作。1955年10月至1957年1月完成了民法总则四次草稿,1956年至1957年完成了所有权篇一个最初稿、七个草稿,1955年至1957年完成了债权通则三次草稿、债的履行一次草稿、损害赔偿三次草稿、无因管理三次草稿和不当得利三次草稿,1956年至1958年完成了债法分则中的买卖六次草稿,承揽五次草稿,租赁六次草稿,借贷四次草稿,承揽运送五次草稿,委任四次草稿,信托、行纪四次草稿,赠与初稿,基本建设工程包工五次草稿,保管三次草稿,结算二次草稿,供

应三次草稿，联营合伙初稿，继承法草稿。但是，那时由于受到大跃进运动和以陈伯达为代表的主张废除商品、货币的思潮的影响，第一次民法的起草工作被迫停了下来。

第二次是1962年。

在经历了1959年到1961年的严重自然灾害之后，1962年，中央在北京举行扩大工作会议，总结了新中国成立以来中国经济建设的经验教训，提出必须充分发展商品生产、进行等价交换，必须实行按劳分配的原则。在此情况下，毛泽东提出，不仅刑法要制定，民法也需要制定。全国人大常委会办公厅法律室又一次进行民法的起草工作。从1963年到1964年，先后完成了民法草案（初稿）和三个草稿及两个试拟稿、一个修改稿。但是时间不长，随着城乡社教运动和文化大革命的开始，民法的制定工作又停了下来。

第三次是1979年。

党的十一届三中全会以后，根据邓小平关于“应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律”的指示，1979年2月全国人大常委会成立了由彭真任主任的法制委员会，并且成立了民法起草小组，开始民法的起草工作。1982年制定的新宪法，在全国人民代表大会的职权中专有一项规定，即制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他基本法律。民事方面的基本法律就是指民法。

为什么在当时百废待兴的时期中国对民法的制定如此重视呢？归纳起来，主要有以下几个方面的原因：

其一，国家的工作重心转移。

十一届三中全会把国家的工作重心由阶级斗争转移到经济建设方面来。1982年宪法规定，今后国家的根本任务是进行社会主义四个现代化建设。作为上层建筑的法律，自然要为国家建设的根本任务服务，于是，制定保障经济建设方面的法律就提到重要的议事日程上来。法律其中的一个重要任务就是要把经济关系、经济活动的准则用法律形式规定下来。经济关系和经济活动的准则的一个重要方面就是平等主体之间的横向的经济关系。而调整这种平等主体之间的横向的经济关系的法律主要就是民法和商法，因此，制定民法便成为当时中国的一个十分紧迫的任务。

其二，经济体制改革的需要。

民法是调整商品经济的基本法律。中国需要民法的根本原因是因为社会主义国家还有商品经济存在，要发展社会主义商品经济就必须要有民法进行调整。关于社会主义国家需不需要商品经济问题，历来是有争议的。

斯大林在《苏联社会主义经济问题》中虽然也承认社会主义社会也需要商品生产,但他又认为,社会主义条件下商品生产活动的范围仅限于个人消费品,生产资料不属于商品。中国自建国后至20世纪80年代以前,基本上也是否认社会主义存在商品生产的,我们习惯用行政手段来管理经济,因而认为民法有没有无所谓,只要有指令性计划和调拨就足够了。但是进入20世纪80年代以后,我们认识到必须大力发展商品经济,在《关于七五计划的报告》中已经明确提出,中国改革的基本方向就是要大力发展商品经济,这是不以人们意志为转移的客观规律。既然要搞商品经济,就必须遵循平等、自愿、等价有偿等基本规律,而这些规律又都是由民法来确定的,因此,为了进一步缩小指令性计划调整的范畴,建立统一的市场,鼓励横向的经济联合,就必须制定民法,否则商品经济市场就缺乏了调整机制,就会严重阻碍中国刚刚开始的经济改革。而且,当时发生经济纠纷后,法院在审判中无法可依,造成司法的混乱和法制的的不统一。因此,为了商品经济,为了经济体制改革的需要,必须尽快制定民法。

其三,实行对外开放的需要。

改革开放的一个重要内容就是实行对外开放。而对外开放不是一句话的事情,外商在与中方的交往中一般要谈两个问题,一是所谓硬件条件,即通信、交通、环境等;二是法制状况。他们关心的一个重要问题就是:在中国搞投资,会不会被收归国有?而要承诺不会被收归国有,仅凭口头承诺是远远不够的,这需要法律上的保障。因而,法制健全与否是外商能否进行投资的一个十分重要的条件。这就是为什么在改革开放初期,中国一口气制定了诸如《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称《中外合资经营企业法》)、《中华人民共和国外资企业法》(以下简称《外资企业法》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)、《中华人民共和国涉外经济合同法》(以下简称《涉外经济合同法》)、《中华人民共和国技术合同法》(以下简称《技术合同法》)等法律的主要原因。而民法这个调整商品经济的最基本的法律,则又是外商格外关注的法律。因此,在这种背景下,中央决定力争在1985年秋、冬提出草案,并尽快交付全国人大审议。可见,实行对外开放是中国制定民法的重要动因之一。

其四,建立健全社会主义法制的需要。

1982年宪法颁布后,就面临着进一步健全和完善中国法制体系的重大任务。此外,司法上也迫切需要尽快制定出一部调整商品经济的基本法——民法,作为民事经济审判活动的基本依据。据统计,仅1985年全国各级法院审理的民事案件达84万件,几乎是刑事案件的3倍多;经济纠纷

达 20 多万件；经人民调解委员会调解的民间纠纷，1985 年达 600 多万件。可见，民事经济纠纷的日益增多也迫切需要民法的尽快出台。

从上述内容可以看出，20 世纪 80 年代中国《民法通则》的制定不是偶然的，而是有着深厚的政治经济根源的，因此，《民法通则》的出台是时代的产物，如果没有工作重心的转移和改革开放、经济体制改革的需要，民法的制定工作是不可能在那时提到国家议事日程上来的。以前虽然经过了 30 多年的建设与发展，但由于都没有意识到商品经济对社会发展的巨大推动作用，自然也就不会出台一部调整商品经济的民法。因此，社会经济发展的需要才是中国民法得以不断健全、发展的前提条件。

（2）为什么不搞民法典而要搞《民法通则》

早在 1982 年，民法起草小组就起草了民法四稿。这时候就出现一个问题：当时制定一部完整的民法典的条件是否已经成熟？对于这个问题，历来就存在着不同的看法。早在新中国成立初期就有人主张制定一部完整的民法典，1979 年成立民法起草小组时也碰到这个问题。但是，有一点大家是有着共同认识的，那就是：制定民法要从实际出发，即要体现经济体制改革的新经验。而中国的经济体制改革是从农村开始的，城市大规模的体制改革是在 1984 年 10 月十二届三中全会以后，1982 年时城市的经济体制改革还没有全面开展，例如，科技改革也是在 1984 年以后才有科技改革的决定。因而，当时还没有明确提出技术成果是商品，民法四稿里有发明权、发现权，但没有规定专利权。如果当时就制定完整的民法典，专利权等技术成果权利就不可能体现在民法中。但是，如果等所有问题都成熟以后再制定民法也是不现实的，会严重影响和束缚经济改革的进程。在此情形下，中央提出了“零售”方针，即成熟一个搞一个，先制定一批单行法，于是就有了诸如《经济合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等一些民事法律。但是，这样又出现了一个问题，这些已经颁布的民事单行法虽然已经明确了一些具体的民事法律制度，但是缺乏一个有关民事关系、民事活动共同遵守的规范，如《民事诉讼法》规定了认定公民无民事行为能力的程序，但对于什么是有民事行为能力、什么是无民事行为能力缺乏规定。《经济合同法》中提到法人，但法人需要什么条件，也还没有规定。因此，需要对民事关系、民事活动应当共同遵守的规范作出规定。于是，就又提出一个是搞民法总则，还是搞民法通则的问题。开始想搞民法总则，但是根据当时的实际情况，需要规定的内容比传统的民法总则要广。例如，民事权利问题，我们虽然有了一些单行法律，如继承法规定了继承权，专利法规定了专利权，但是有必要把公民和法人的主要

民事权利给予概括性的规定。这样既可以有利于民事主体正确地行使和保护自己的民事权利,又可以当时单行法中还没有规定的民事权利加以规定,如著作权、名誉权等。这样就使这部法律具有一定的前瞻性和适用性。但如果这样设计的话,其所包含的内容就突破了传统的民法总则的内容,尽管其性质有着民法总则的作用,但是在民法典还没有开始制定的情况下,称民法总则也不合适,于是曾经有人提出叫民法总纲,在向委员长汇报情况后,委员长提出可否叫民法通则,经研究认为,称民法通则更符合实际,这样可以根据具体情况把需要规定的内容写进去。^①

笔者认为,从上述制定过程和以后的实践看,当时称《民法通则》的用意,应当还有一个重要的内容,那就是:在当时的历史条件下,以《民法通则》暂时起一个过渡性的作用,待条件成熟后在此基础上制定民法典或者民法总则,来进一步完善中国的民事法律体系。笔者的这一观点,已经为2002年12月23日全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在第九届人大常委会第三十一次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法(草案)〉的说明》所证实。其说明的第二部分“关于民法编纂中其他几个主要问题”中的“关于民法总则”中说道:“在民法通则的基础上,草案主要对无民事行为能力人的年龄以及诉讼时效的期间等作出修改补充,……”^②可见,这里已经明确地表明民法总则的制定是要以《民法通则》为基础这样一个事实。因此,完全可以说:《民法通则》在制定时本身就带有民法总则的性质和地位,现在我们制定民法中的民法总则,就是要以《民法通则》为基础和胚胎。

2. 《民法通则》的框架结构及其内容体系

《民法通则》已经构建起了我国民法的基本框架。

《民法通则》具体分为九章,即“基本原则”、“公民”、“法人”、“民事行为和代理”、“民事权利”、“民事责任”、“诉讼时效”、“涉外关系的法律适用”、“附则”。

《民法通则》确立的主要制度内容包括:

(1) 民法调整的范围;(2) 民事活动的基本原则;(3) 公民的民事权利能力;(4) 公民的民事行为能力;(5) 监护;(6) 宣告失踪和宣告死亡;(7) 个体工商户和农村承包经营户;(8) 个人合伙;(9) 法人应当具备的条件;(10) 法人如何承担责任;(11) 对企业法人的监督管理;(12) 企业

① 上述关于《民法通则》制定过程中的基本情况可参见顾昂然:《立法札记》,法律出版社2006年版,第215~216页。

② 顾昂然:《立法札记》,法律出版社2006年版,第358页。