

梁慧星 / 著



法律出版社

为中国民法典而斗争

WEI ZHONGGUO MINFADIAN

ER DOUZHENG

5

梁慧星 / 著



为 中 国 民 法 典 而 斗 争

WEI ZHONGGUO MINFADIAN
ER DOUZHENGS

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

为中国民法典而斗争/梁慧星著. -北京:法律出版社,
2002.5

ISBN 7-5036-3773-0

I. 为… II. 梁… III. 民法-法典-中国-文集
IV. D923-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 026598 号

出版/法律出版社
印刷/中国科学院印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杜进

开本/A5
版本/2002年7月第1版

印张/9.5 字数/244千
2002年7月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414135(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)88414934(科原大厦营业部)
(010)88960092(八大处营业部) (021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3773-0/D·3408
定价:19.00元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

本书是我的第四本文集。收录从 1998 年以来的文章和译文。从内容看可分为三组：一是关于民法典的编纂；二是关于物权法的起草；三是关于现行法的解释。另有一组译文，选译自日本评论社《法学 SEMINAR》2000 年第 12 期，此前未发表过。

中国从 20 世纪 90 年代开始进入民事立法的高峰期。物权法草案刚出了征求意见稿，民法典的编纂又已经提上了立法日程，要求今年形成民法典草案并提交人大常委会第一次审议。其任务之急迫，可见一斑。鉴于我们的改革开放和向市场经济转轨，基本上属于政府运用行政权力由上而下推进型的，在所追求的目的与所采用的手段之间，不能说不存在矛盾，我们的国家、民族又历来缺乏私法传统和私法观念，恢复民法教学和民法学术研究的时间也并不长，很难说已经为制定一部优秀的民法典做好了充分的思想准备和理论准备，再说立法本身也还谈不到真正的科学化和民主化，如果能

够在如此急迫的时间制定出一部既符合改革开放和发展社会主义市场经济的实际,又符合法律发展潮流并与国际社会相沟通的、进步的、完善的、现代化的民法典,为中国之实现人权、民主、富强和法治国家奠定牢不可破的法制根基,则真真是国家、民族之大幸!

以上草草,聊充序言。

梁慧星

于北京 2002 年 1 月 31 日

目 录

序言	1
关于我国民事法律制度的几个问题	1
关于制定中国民法典的思考	24
当前关于民法典编纂的三条思路	37
中华人民共和国民法典大纲(草案)	50
是制定“物权法”还是制定“财产法”? ——郑成思教授的建议引发的思考	76
制定中国物权法的基本思路	130
制定中国物权法的若干问题	146
中国担保法的历史和现状	175
中国物权法的制定	181
中国的消费者政策和消费者立法	198
中国的产品责任法	215
消费者权益保护法第四十九条的解释与适用	233
合同法第二百八十六条的权利性质及其适用	240
物权变动与无权处分 ——合同法第五十一条的解释适用	247
“行人违章撞了白撞”是违法的	255
合同解释方法与所谓“最终解释权”	262

火车站没收车票是违法的	266
学术批评应受法律保护	269
开放纳税人诉讼 以私权制衡公权	275
民法上未有条文的概念和制度	281

关于我国民事法律制度的几个问题^①

□梁慧星

新中国建立后,曾经在 20 世纪 50 年代初和 60 年代初,两次起草民法典,均因政治运动而中断。现在看来,主要是不具备制定民法典的经济基础。在计划经济体制之下,整个社会经济生活的运作依靠行政手段和指令性计划,没有民法存在和发挥作用的条件。70 年代末,党的十一届三中全会决定改革开放、发展社会主义市场经济(当时叫社会主义商品经济),民法的地位和作用开始受到重视。1979 年 11 月,在法制委员会之下成立民法起草小组,至 1982 年 5 月共起草了民法典草案四稿。此后,考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难以制定一部完善的法典,立法机关决定改采先分别制定民事单行法,待条件

^① 本文是 2000 年 8 月在全国人大常委会法制讲座的讲稿。

具备再制定民法典的立法方针。迄今已经形成一个以民法通则为民事基本法、由合同法、担保法、婚姻法、继承法、收养法、公司法、票据法、证券法、保险法、海商法、专利法、商标法、著作权法等民事单行法构成的民事(民商)立法体系。这一民事立法体系,为改革开放和社会主义市场经济的发展,为建立民事生活的法律秩序,保障公民和企业的合法权益,维护社会公平正义,促进民主法治,发挥了重大的作用。实践证明,当时采取先分别制定民事单行法的立法方针,是正确的,也是成功的。我们现在面临的任务是,怎么样在民法通则和各民事单行法的基础上,进一步完善我国民事法律制度,以适应发展社会主义市场经济,发展社会主义民主和建设法治国家的要求。

一、民法是调整民事生活的基本法

(一)民法是调整民事生活的法律

要说明什么是民法,须从对社会生活的划分说起。从法学角度看,整个社会生活可以划分为两个领域:民事生活领域和政治生活领域。民事生活领域涵盖了全部经济生活和家庭生活,在马克思著作中称为市民社会。政治生活领域包括国家的组织、国家的活动即立法、司法、行政以及公民政治权利的行使等,在马克思著作中称为政治国家。民事生活领域和政治生活领域所应遵循的法律规则是不同的,民法就是民事生活领域的法律规则。政治生活领域的法律规则,包括宪法、刑法、诉讼法、行政法、经济法等,属于公法。因此,民法是调整民事生活包括经济生活和家庭生活的法律。

(二)民法是行为规则兼裁判规则

法律规则有行为规则与裁判规则之分。行为规则,指公民和企业活动所应遵循的规则;裁判规则,指法院裁判案件所应遵循的规则。例如刑法、刑事诉讼法和民事诉讼法,属于裁判规则。如刑法第一百三十二条规定,犯故意杀人罪处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。它不是行为规则,而是裁判规则。民法是为一切民

事主体规定的行为规则,无论经济活动如订立和履行合同,或家庭生活如结婚、离婚,均应遵循。如不遵守此行为规则,发生民事纠纷,诉请法院裁判时,法院应以民法作为裁判基准。因此,民法兼有行为规则和裁判规则的双重属性。

(三)民法为实体法

法律分为实体法与程序法。规定公民和企业的权利义务或具体事项的法律是实体法,规定实体法如何运用和如何施行的程序手续的法律是程序法。民法规定民事主体相互间的权利义务的实体内容,而这些权利义务的实现遇到障碍时,当事人应依民事诉讼法等所规定的程序、手续请求国家机关救济。因此,民法属于实体法,而民事诉讼法则属于程序法。须注意的是,民法虽为实体法,其中也包含少量程序性的规定。

在理论上,实体法常与程序法相对称,但在实务上则程序法先于实体法而适用。如原告向人民法院提起民事诉讼案件,法院首先须依民事诉讼法审查在程序上应否受理,如属于不应受理者,法院应以裁定驳回起诉,并无适用实体法民法之余地。若经审查认为符合民事诉讼法关于案件受理的规定,则应予受理,然后再依民法的规定从实体上裁判其有无理由,作出判决。

(四)民法的基本原理:意思自治

民法是调整民事生活的法律,公法是调整政治生活的法律,它们所遵循的基本原理也不相同。公法所遵循的基本原理叫国家意志决定。民法所遵循的基本原理叫意思自治。所谓意思自治,指经济生活和家庭生活中的一切民事权利义务关系的设立、变更和消灭,均取决于当事人自己的意思,原则上国家不作干预。只在当事人之间发生纠纷不能通过协商解决时,国家才以仲裁者的身份出面予以裁决。意思自治的实质,就是由平等的当事人通过协商决定相互间的权利义务关系。意思自治这一基本原理,体现在民法的各个部分,例如在物权法上叫所有权自由,指所有权人在法律许可范围内可以自由占有、使用、收益和处分其所有物;在继承法

上叫遗嘱自由,指个人在生前可以订立遗嘱,决定其身后遗产的处分;在合同法上叫合同自由,指当事人自己决定是否订立合同,与谁订立合同,以什么形式订立合同及决定合同内容。须说明的是,意思自治并非不受限制,在现代市场经济条件下,国家出于对市场宏观调控和保护消费者、劳动者利益及社会公共利益的需要,有必要制定一些特别法规对意思自治予以适度限制。

(五)民法的基本任务

1. 为现代市场经济活动提供行为规则

民法为现代化市场提供一般规则及市场活动的行为规则。使市场参加者可以遵循这些规则从事活动,进行预测、计划和冒险,并建立和维护正常的市场秩序。例如合同法,规定市场交易的基本规则。一些特殊的市场,如证券市场、期货市场的特殊交易规则,由作为民事特别法的证券法、期货法规定。因此,民法的任务之一,是促进社会主义市场经济的发展。

2. 为人权提供基本保障

所谓人权,指作为一个人应有的权利。其中首先是人格权和财产权。它们是民法上最重要的民事权利,并首先由民法予以规定和保护。尤其人格权,是享有其他民事权利和政治权利的基础。民法通则规定公民享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权等人格权,被称为中国的权利宣言。因此,保障人权是民法的基本任务。

3. 维护社会公平正义

在现代市场经济条件下,民法担负着维护社会公平正义的重要作用,发挥着协调各种利益冲突的调节器的功能。所谓公平正义,指不同的人群、阶层、行业以及生产者、经营者、消费者和劳动者,在利害关系上大体平衡,不致过分悬殊。民法保护一切企业和个人在不损害他人和社会利益的前提下谋求自己的利益,不允许靠损害社会和其他人利益而发财致富,妥善协调各种利益冲突,被称为社会利益冲突的调节器。

4. 促进社会主义物质文明和精神文明建设事业的发展

我国民法的物质基础,是我国社会主义的市场经济和社会主义的婚姻家庭关系。民法反映社会主义市场经济和社会主义婚姻家庭关系的本质特征和要求,通过对财产关系的调整,建立和维护健康有序的市场经济法律秩序;通过对身份关系的调整,建立和维护健康的婚姻家庭秩序。因此,民法的基本任务,是保障社会主义市场经济的顺利发展和社会主义婚姻家庭关系的稳定,促进社会主义物质文明和精神文明建设事业的发展。

二、我国民法的调整对象及与其他法律部门的区分

(一)民法的调整对象

一个国家的全部法律规则,构成一个内部井然有序的法律体系。法律体系划分为若干重要组成部分,每一个重要组成部分,称为一个独立的法律部门。民法是我国统一的社会主义法律体系的一个重要组成部分。民法作为一个独立的法律部门,有其特定的调整对象,即民法调整特定的社会关系。民法通则第二条规定:“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”。根据这一规定,我国民法的调整对象包括两种社会关系,即财产关系和人身关系。但我国民法不是调整全部财产关系和全部人身关系,只是调整平等的民事主体之间的财产关系和人身关系,即发生在公民之间、法人之间、法人和公民之间的财产关系和人身关系。须说明的是,我国民法调整的民事关系的主体,除公民(自然人)、法人外,还有不具备法人资格的其他组织。

可见,我国民法是调整平等民事主体之间的财产关系和人身关系的法律规则的总称。所谓“调整”,是指运用民法的基本原则和各项具体规定,对现实生活中发生的属于民法调整范围的各种财产关系和人身关系,分别予以确认、保护、限制、制裁,以便使公民和法人的民事活动能够遵循民事法律、法规的规定,能够符合社

会公共利益和国家利益,保障社会主义物质文明和精神文明建设事业的顺利进行。

(二)民法与经济法的区别

民法与经济法都是调整经济关系(财产关系)的法律部门,因此容易被混淆。改革开放初期,我国法学界曾经发生过民法学与经济法学的论争,焦点即在如何正确划分民法与经济法的界限。直到民法通则的颁布,才从立法上解决了这个问题。在第六届全国人民代表大会第四次会议上王汉斌同志《关于中华人民共和国民法通则(草案)的说明》中,专门谈到这一问题。他说:“民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系。政府对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系,不是平等主体之间的经济关系,主要由有关经济法、行政法调整”。这就指明了民法所调整的财产关系,主要是平等主体之间的财产关系,亦即所谓横向的经济关系。这种财产关系,主要是商品所有者之间以货币为媒介进行的商品交换和劳务提供,价值规律起着作用,因而具有平等、自愿、等价有偿等特征。经济法所调整的财产关系或者经济关系,主要属于纵向的财产关系或经济关系。这种财产关系往往是基于国家对经济的管理,而发生在国家与企业或个体生产者之间,因而具有管理与被管理、监督与被监督、指令与服从的行政隶属性特征。民法除调整经济关系外,还调整人身关系,这与经济法只调整经济关系是不同的。

(三)民法与行政法的区别

行政法是指现代国家据以实施国家行政管理的法律规则的总称。行政法的调整对象是国家行政管理机关在行使国家行政管理职能中彼此之间,以及国家行政管理机关与公民、法人、其他组织之间发生的社会关系,其中也包括某些财产关系。作为行政法调整对象的财产关系,具有下面的特征:其一,双方当事人中至少有一方是国家行政管理机关,当事人的法律地位不是平等的,属于一种管理与被管理、监督与被监督、命令与服从的行政隶属关系;其

二,这类财产关系的发生取决于国家行政管理机关的命令或指令,无须征得被管理、被监督一方的同意;其三,这类财产关系通常是无偿的,不具有商品交换的性质。可见,民法与行政法是截然不同的法律部门。

(四)民法与劳动法的区别

劳动法是调整劳动关系和由劳动关系而产生的劳动保险、劳动福利等社会关系的法律规则的总称。劳动法的调整对象中也包括某些财产关系,如职工的工资、劳动保险金、福利待遇等。我国在改革开放前的劳动关系主要是全民所有制企业和集体所有制企业与职工之间的关系,具有计划经济的特征。改革开放以来,国家推行劳动管理体制的改革,劳动关系的基础是劳动合同关系。单就作为劳动法调整对象的基础关系的劳动合同关系而言,与民法有极密切的联系,例如劳动合同双方当事人法律地位平等、劳动合同关系的发生取决于双方的意思表示,须遵循平等、自愿、公平和等价有偿的原则等。但是,由于国家实行社会主义的劳动政策,特别看重劳动者就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、参加和组织工会的权利等的保障,使劳动合同关系区别于民法合同关系,使劳动法区别于民法。当劳动合同关系发生纠纷时,应当首先适用劳动法的有关规则,对劳动法没有规定的事项,则应适用民法关于合同关系的规定。可见,劳动法中关于劳动合同关系的法律规则,具有民法的特别法的性质。

三、我国民法的基本原则

(一)平等原则

所谓平等原则,指在民事活动中一切当事人法律地位平等,任何一方不得把自己的意志强加给对方。平等原则在现行法上的根据,首先是民法通则第三条的规定:当事人在民事活动中的地位平

等。其次是合同法第三条的规定：合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。

平等原则，最集中地反映了民事法律所调整的社会关系的本质特征，是民事法律区别于其他部门法的主要标志，也是市场经济条件下合同关系的必要前提条件。鉴于我国在实行计划经济体制时期，靠隶属关系组织生产和供应，改革开放以来也曾发生过强者强迫弱者服从自己意志，签订所谓霸王合同的现象，因此法律明文规定平等原则，有其重要意义。平等原则的含义是，参加民事活动的当事人，无论是自然人或法人，无论其法人的类别，无论其所有制性质，无论其经济实力强弱，在法律上的地位一律平等，任何一方不得把自己的意志强加给另一方，同时法律也对双方当事人提供平等的法律保护。须特别注意的是，平等原则所要求的平等，非指经济地位上的平等或经济实力的平等，而是“法律地位”的平等；此法律地位平等，是法律对民事活动当事人的基本要求，应贯彻于民事活动之始终。

(二)合同自由原则

所谓合同自由原则，指参加民事活动的当事人在法律允许的范围内享有完全的自由，按照自己的自由意思决定缔结合同关系，为自己设定权利或对他人的义务，任何机关、组织和个人不得非法干预。合同自由原则在现行法上的根据，首先是民法通则第四条的规定：民事活动应当遵循自愿的原则。其次是合同法第四条的规定：当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

合同自由不仅是民法的基本原则，也是市场经济的基本原则。没有合同自由，就没有真正的民法和真正的市场经济。在现代市场经济条件下，合同自由原则虽受到一定的限制，但仍是民法的基本原则。我国在计划经济体制下，谈不上当事人的合同自由。自改革开放以来，适应发展社会主义市场经济的要求，合同自由已为法律所认可。合同自由原则的含义，包括当事人自由决定是否缔

结合合同关系,同谁缔结合同关系,以及决定合同关系的形式和内容,不受非法干预。应当说明的是,现代民法上的合同自由,不同于19世纪资本主义国家所实行的自由放任主义,是在法律允许范围内的自由,并非不受限制的自由。不允许滥用合同自由以损害他人利益和社会公益。出于保护消费者、劳动者利益和保护社会公共利益的需要,法律往往对生产者、经营者和企业一方的合同自由予以某些限制。

(三)公平原则

所谓公平原则,指民事法律行为内容的确定,应当遵循公平的原则。由当事人一方或第三方确定民事法律行为内容的,其确定只在符合公平原则时,始得对他方当事人发生效力。公平原则在现行法上的根据是民法通则第四条的规定:民事活动应当遵循公平的原则。合同法第五条的规定:当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

民法公平原则,主要是针对合同关系而提出的要求。是当事人缔结合同关系,尤其是确定合同内容时,所应遵循的指导性原则。公平的含义是,合同关系的当事人在利害关系上应当大体平衡。现代民法设立公平原则的目的,在于对市场交易的合同关系,要求兼顾双方的利益,并为法院判断具体的合同关系应否受法律保护,树立判断基准。只有符合公平原则的合同关系,才能被法院认可,才受法律保护。显失公平的合同关系,当事人可以请求法院和仲裁机构予以变更或撤销。

(四)诚实信用原则

诚实信用原则,简称诚信原则,这一原则要求民事活动的当事人在行使权利和履行义务时,应当遵循诚实信用的道德准则。诚信原则在现行法上的根据是民法通则第四条的规定:民事活动应当遵循诚实信用的原则。合同法第六条的规定:当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。消费者权益保护法第四条规定:经营者与消费者进行交易,应当遵循诚实信用的原则。

诚实信用为市场经济活动中的道德准则。它要求一切市场参加者符合于“诚实商人”或“诚实劳动者”的道德标准。应在不损害他人利益和社会公益的前提下,追求自己的正当利益,绝不允许通过损害对方、损害他人和损害社会公共利益,谋取自己的利益。目的是在当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系中实现平衡,并维持市场经济的道德秩序。特别应说明的是,诚实信用原则性质上属于授权条款。因为社会生活极度复杂,并不断变化,立法机关难以对社会生活中的各种关系和案件都制定具体规则,当出现立法当时未预见的新情况、新问题和法律上没有具体规定的新型案件时,法院可直接适用诚实信用原则裁判,直接调整当事人之间的权利义务关系。这是现代民法一项重要原则。

(五)公共秩序与善良风俗原则

所谓公共秩序与善良风俗原则,指民事法律行为的内容及目的不得违反公共秩序或善良风俗。这一原则在现行法上的根据是民法通则第七条的规定:民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。民法通则第五十八条的规定:民事行为违反社会公共利益的无效。合同法第七条的规定:当事人订立、履行合同,应当尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。我国法律上的“社会公共利益”和“社会经济秩序”,相当于外国法律上的“公共秩序”,我国法律上的“社会公德”,相当于外国法律上的“善良风俗”。

公共秩序和善良风俗,合称公序良俗,是现代民法一项重要的基本原则。在现代市场经济条件下,有维护国家利益、社会公共利益及一般道德秩序的功能。因立法当时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为并作出详尽的禁止性规定,故设立公序良俗原则,以弥补禁止性规定之不足。公序良俗原则,性质上为授权条款。目的在于,遇有损害国家利益、社会公益和社会道德秩序的行为,而又缺乏相应的禁止性法律规定时,法院可直接适用公序良俗原则判决该行为无效。