

MINSHI LIFA ZHAI FA ZHAJI

民事立法札记

○河山 肖水/著

法律出版社

民事立法札记

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事立法札记/何山,肖水著. —北京:法律出版社,1998.3

ISBN 7-5036-2345-4

I. 民… II. ①何… ②肖… III. 民事诉讼法-立法-中国-参考资料 IV. D925.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 28838 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/6.125 字数/110 千

版本/1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2345-4/D·1962

定价:10.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

自序

党的十一届三中全会以后,我国加强法制建设,笔者有幸,参加了民事诉讼法、继承法、民法通则、行政诉讼法、著作权法、收养法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、国家赔偿法、仲裁法、人民银行法、商业银行法、担保法、律师法、拍卖法等法律的制定工作。立法工作之余,著作了几本小册子,撰写了点论文,打了一场官司。今就自己参加的立法,编个民事立法札记,当然也不限于民事法律。文中多是些立法工作中理论上的探讨,阐述得对,是为社会主义法制建设添一滴水;不对的,则是小草上的一粒露珠,抹去了之。

作者

1997年12月

目 录

自序

一、立法工作札记	1
四项基本原则是我国立国之本	1
立法要从实际出发	6
论社会主义法律体系	9
二、继承法札记	14
遗产	14
遗嘱 207 例分析	35
谈谈遗赠扶养协议	40
僧人遗产继承的探讨	43
三、民法通则札记	46
侵权的民事责任	47
四、著作权法札记	60
使用再次创作作品的著作权关系	60
著作权与其相关权利的关系	62
五、收养法札记	76
从制度上杜绝假弃婴	76
六、反不正当竞争法札记	81
反不正当竞争法的别名	81

七、消费者权益保护法札记	84
论“缺一赔十”的惩罚性赔偿思想	84
增加赔偿的计算	93
王海讨“说法”	95
我为什么要买假画	98
附：	106
民事起诉状	106
民事制裁决定书	107
民事判决书	107
错标产地构成欺诈	110
为什么错标产地也要增加赔偿	113
再论惩罚性赔偿	114
八、担保法札记	116
论担保方式的多样性	116
南宁市振兴典当服务商行情况反映	126
九、民事诉讼法札记	130
民事陪审制度的改革	130
破产人资格和破产界限	132
十、仲裁法札记	136
仲裁委员会不是民间机构	136
农业承包合同纠纷仲裁	142
十一、行政诉讼法札记	145
行政机关侵权赔偿责任性质刍议	145
证据	151
民事合同与行政合同	155
十二、合同立法札记	158

违约责任与侵权责任的竞合	159
十三、物权立法札记	165
从“两权分离”到“双重所有权”	165
十四、亲属立法札记	167
亲属远近的计算	167
十五、民间文化保护立法札记	175
救救应当保存的民间文化	175
亟待保护的摩梭母系文化	180

一、立法工作札记

[按]

法律属上层建筑，它要为社会主义服务，为 12 亿人民服务。搞好立法工作，必须坚持四项基本原则，坚持从实际出发，坚持社会主义法律体系。故选《四项基本原则是我国立国之本》、《立法要从实际出发》、《论社会主义法律体系》为本书的开篇之作。

四项基本原则是我国立国之本

坚持四项基本原则，是邓小平同志代表党中央在 1979 年 3 月理论务虚会上提出来的。1980 年 12 月的中央工作会议作了重申。1981 年 6 月党的十一届六中全会通过的《关于建国以来党的若干历史问题的决议》，再次强调了坚持四项原则的重要性。现在，坚持四项基本原则写进宪法修改草案的《序言》中，意义十分重大。

宪法序言的作用，在于记录历史事实和规定基本原则。坚持四项基本原则正是我国革命历史发展的主要内容和基本经验。本世纪的 82 年，在历史长河中是一瞬间，但在中国广阔国土上却发生了四件

翻天覆地的伟大变革。第一件是孙中山先生领导辛亥革命，赶跑了皇帝，结束了中国二千多年的封建帝王的统治，创立了中华民国。第二件是中国共产党领导中国人民推翻了帝国主义、封建主义、官僚资本主义三座大山，取得了新民主主义革命的胜利，建立了中华人民共和国。中国人民从此站起来了，成为掌握自己命运的国家主人。第三件是中华人民共和国成立以后，用了7年时间，基本实现了从新民主主义到社会主义的过渡，在中国除台湾、香港、澳门外，消灭了人剥削人的制度，建立起崭新的社会主义制度。第四件是经过社会主义建设，基本形成了独立的、比较完整的工业体系和国民经济体系。建国32年来，虽然有这样那样的失误，但毕竟改变了旧中国的贫困落后状态，在经济建设上取得了重大成就，人民的物质生活和文化生活都得到较大的改善。20世纪中国发生的这四件大事，后三件都是由中国共产党领导，在马克思列宁主义、毛泽东思想指导下取得的。坚持四项基本原则，是现代我国社会发展的客观规律和历史的结论，是经过无数挫折得出的革命真理。

四项基本原则是一个完整的体系，紧密相联，不可分割。社会主义道路是我国人民的根本方向。鸦片战争以来的历史证明，只有社会主义能够救中国。走社会主义道路就必须坚持无产阶级专政。在我国，就是要坚持无产阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政。而中国共产党的领导，马列主义、毛泽东思想的指导，则是我国社会主义革命和社会主

义建设不断取得胜利的前提,是巩固、发展社会主义的经济制度和国家政权的根本保证。

坚持社会主义道路和坚持人民民主专政属于社会制度。这在宪法修改草案中有具体明确的条文规定。

草案第1条规定“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度”,并确定我国的国体:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”。第2条、第3条规定“中华人民共和国的一切权力属于人民”,“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”,“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则”,确定了我国的政体。草案规定我国的政权机构为“一权”领导下的“四权”分工合作。即,全国人民代表大会是最高权力机关,在全国人大领导下,实行国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院的分工协作。这样,我国社会主义的国家政权就更加完备。

生产资料所有制是社会经济关系的基本制度。草案第六条规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。它消灭了人剥削人的制度,实行各尽所能,按劳分配的原则。”这就确定了我国社会主义经济制度的牢固基础。

在思想文化教育制度方面,宪法修改草案第20条至22条规定,国家有计划地发展社会主义的教育

事业、科学事业、卫生体育事业、文艺事业、出版发行事业、新闻广播电视事业、图书馆博物馆文化馆事业和其他文化事业；规定国家有计划地培养为社会主义服务的知识分子；规定在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的思想道德教育，反对资本主义思想、封建残余思想和其他腐朽思想的影响，提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德等，都是坚持社会主义道路所必不可少的。

坚持党的领导和坚持马列主义、毛泽东思想，这两项原则，只写在《序言》里，并将其精神贯穿在宪法草案的全文中，而不在具体条文中作出规定。这是由宪法的法律性质所决定的。

党的领导本质上就是工人阶级的领导。宪法修改草案在规定国家性质即国体时，明确规定了工人阶级的领导。但是，坚持党的领导在具体条文中没有写，这是因为，宪法是规定国家体制的；党不属于国家体制，不是国家权力机构，因而不属宪法规定的范围。党是社会主义国家的领导者，但不是直接管理者。管理国家，要依靠全体工人阶级和劳动者，要由人民选举出的国家权力机关实施。党在国家的政治、经济、文化、社会生活各方面所承担的是政治领导责任，党的领导主要是路线、方针、政策的领导。党对国家的各机关、企业事业、社会团体的领导，都不是靠简单的行政命令或包揽一切，而应主要通过这些单位中的党组织和党员，密切联系群众，模范地贯彻党的路线、方针、政策，在群众中起带头作用。在我国，

宪法是党的路线和人民意志的统一，党领导人民制定宪法，也领导人民遵守宪法。党在国家生活中的领导和活动，也是在宪法范围内进行的。这样，就可以防止党政不分的弊端，正确地发挥党的领导作用。

马列主义是无产阶级革命的科学，毛泽东思想是马列主义在中国的运用和发展。坚持马列主义、毛泽东思想，也只是写在《序言》之中，没有在具体条款中规定。这是由于马列主义、毛泽东思想属于理论、学说范畴。理论、学说等东西，不宜通过法律条款强制人们接受，只能靠说服教育，靠思想政治工作。所以，只在《序言》中阐明马列主义、毛泽东思想的领导地位和作用是恰当的。

坚持四项基本原则，是党的基本政策。政策是法律的灵魂，法律是政策的条文化，具体化。宪法是国家的根本法，是国家的总章程，具有最高法律权威。坚持四项基本原则写入宪法修改草案，成为修改宪法的根本指导思想，将使党的基本政策通过根本法，变成国家意志。这样，它就成为全国各族人民、一切国家机关和人民武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织的根本活动准则，成为全党、全军和全国各族人民团结的政治基础。这是我们国家和人民的根本利益所在，是我们立国之本。我们已经获得的胜利和成就是靠坚持四项基本原则取得的，今后进行社会主义现代化建设，同样一刻也离不开四项基本原则。通过对宪法修改草案的学习、讨论，我们应当更深刻地理解坚持四项基本原则的重要意义，更

加自觉地坚持四项基本原则，同心同德，为把我国建设成为社会主义的现代化强国而奋斗。

载 1982 年 6 月 3 日《解放军报》

立法要从实际出发

[接]

本文节自《继承法概要》第一章第三节《〈中华人民共和国继承法〉的制定》，题目是这次加的。

《中华人民共和国继承法》的诞生，还在于立法工作正确贯彻从实际出发的方针。彭真同志在中国法学会成立大会上指出：“是法服从实际情况，还是实际情况服从法？谁是母亲，谁是子女？实际是母亲。实际产生法律。法律、法理是儿子。法要有自己的独立的体系，有自己的逻辑，但要从社会实际出发，受社会实践检验。”这是对法律与实际关系的深刻阐述。实际是客观存在的事物和情况，制定法律必须从实际出发。继承法的立法工作在贯彻从实际出发的方针中，特别做到以下几点：

第一，明确指导思想。我国有 10 亿人口，960 万平方公里，是具有中国特色的社会主义国家。制定继承法必须坚持四项基本原则，体现社会主义原则，体现民族特色，体现 10 亿人民的意志。因此，我国的继承法不同于西方国家的继承法，也有别于苏联、东欧国家的继承法，应当是具有中国特色的社会主义的

继承法，这是制定继承法总的指导思想。继承法的条文，必须体现这一指导思想。

第二，将有关继承的政策上升为法律。建国 30 多年来，最高人民法院、司法部、财政部、外交部、华侨事务委员会等有关部门对继承问题做了大量批复，最高人民法院召开的四次全国民事审判工作会议对处理继承案件提出了比较完备的意见。这些政策，是我国处理继承问题的经验的结晶。法律是政策的定型化，制定继承法就是要将这些成熟的经验固定下来，条文化。不成熟的，拿不准的，执行不通的，就不定为继承法的条文。

第三，继承法要行得通，必须尊重我国民间流传下来的优良的风俗习惯。继承是一种民事关系，群众多依传统习惯、伦理道德处理继承关系，制定继承法，不能忽略这些民间习惯。我国 10 亿人口，8 亿是农民，必须特别注重调查研究农村的继承风俗。要站在无产阶级立场、最大多数人民最大利益的立场上具体分析民间习惯，抛弃其中封建落后的东西，吸收好的、有用的东西。要从社会需要出发，从群众需要出发，按照生产力发展水平和群众接受程度，顺应民意，不超越现实。这样才能使继承法具有民族特点，行得通，执行得了，受人民欢迎。

第四，以民法草案四稿为基础。继承法不是几个人关在屋子里冥思苦想写出来的，它经过历时 30 年的 4 次起草，凝结了许多法律工作者的辛勤劳动。在第四次起草继承法的过程中，曾认真研究了历次的

继承法草案,其中包括第一次起草的《中华人民共和国继承法(草案)》的几个稿,第二次起草民法的1963年9月3日《中华人民共和国民法草案》的家庭财产关系篇和1964年6月1日《中华人民共和国民法(试拟稿)》中的家庭财产关系章,第三次起草民法的《中华人民共和国民法草案》财产继承权编的四个稿。第四次起草继承法,以第三次起草继承法的民法草案四稿为基础,并参照了前两次起草继承法的草案;又经多次拟稿,最后形成《中华人民共和国继承法》。

第五,在立法技术上,力求使继承法条文言简意明、通俗易懂,规范性强、适应性强,利于群众掌握和遵守。我国幅员辽阔,人口众多,各地区、各民族、各阶层的情况差异很大,继承法条文概括性强,才有广泛的适应性。条文不能贪多求全,不能过于繁琐,有些条文还宜粗不宜细,有一定的弹性幅度。若不注意这点,条文定的过死,就难以适应我国复杂的情况,容易造成群众中本来合情合理的做法,却违反了法律条文。

第六,参考外国和台湾的继承法。各国和我国台湾立法中的许多继承制度,是人类共同的文化财富,制定继承法,就要借鉴古今中外对我有益的立法经验。

这样,我国制定的《中华人民共和国继承法》就符合社会主义原则,具有中国特色。

节自《继承法概要》

1985年群众出版社出版

论社会主义法律体系

[按]

制定民法通则时,有的同志主张制定经济法纲要,修订完民事诉讼法,有的同志提出制定经济诉讼法,是否应制定经济法纲要、经济诉讼法,以及经济法是不是独立的法律部门?社会主义法律体系应如何构造?本文做了论述。法律体系是立法的总体规划。坚持社会主义法律体系,立法工作就抓住了纲,纲举目张。

加强社会主义法制的中心环节是要做到有法可依和依法办事。要做到有法可依,就需要制定一系列法律,健全社会主义法律体系。

马克思指出:“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。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,而不是单个的个人恣意横行。”(《马克思恩格斯全集》第6卷,第652页。)法律以社会为基础,社会关系决定法律体系,社会主义法律体系由一定的社会关系所决定。我国的社会关系,从纵横角度,可以划分为两类。一类是平等主体之间的关系,即横向关系,又称为民事关系,如买卖关系。横向关系的基本特征是双方当事人的法律地位平

等。另一类是从属关系,即纵向关系,又称行政关系,例如税收关系。纵向关系的基本特征是双方当事人的法律地位不平等。另外,无论横向关系,还是纵向关系,当其行为违反社会规范到一定程度而构成犯罪时,就形成刑事关系。

不同的社会关系由不同的法律调整,它们纵横交错,经纬分明,井然有序地构成一国完整的法律体系。划分法律部门的主要标志,一是调整范围,二是调整方法。据此,民事关系、行政关系、刑事关系分别由民法、行政法、刑法调整。

民法调整横向关系,即作为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。民法的体例,一般分为总则和分则两部分。民法总则规定民事关系的一般原则,包括公民、法人、民事行为、代理、民事责任、期间、时效等内容。民法分则规定民事权利义务,包括物权、知识产权、债、人格权、身份权、继承权、涉外民事关系的法律适用等内容。例如我国民法,以民法通则为龙头,并配以合同法、版权法、专利法、商标法、婚姻法、继承法、公司法、破产法、票据法、证券法、海商法等民事单行法,共同组成中国的民法体系。当然,条件成熟时,还应制定统一的民法典。

行政,是管理的意思。行政法即管理之法,是调整纵向关系的法律规范的总称。行政法调整一切因行政管理而产生的社会关系,其范围十分广泛,包括国家机关对外行使职权的管理关系,以及组织内部