

房绍坤等著

中国民事立法专论

青岛海洋大学出版社

中国民事立法专论

房绍坤 史浩明 著
丁海湖 于 新

青岛海洋大学出版社

〔鲁〕新登字 15 号

中国民事立法专论

房绍坤 史浩明 著
丁海湖 于 新

*

青岛海洋大学出版社出版发行

青岛市鱼山路 5 号

邮政编码 266003

新华书店经销

山东电子工业印刷厂印刷

*

1995 年 5 月第 1 版 1995 年 5 月第 1 次印刷

32 开本 (850×1168 毫米) 9.375 印张 235 千字

印数 1—4500

ISBN 7-81026-727-2

D·51 定价: 12.50 元

序

民法是调整商品经济关系的基本法。正如王汉斌同志在《关于中华人民共和国民法通则草案的说明》中所指出的，“民法是反映社会经济关系的，民法的准则是以法律形式表现了社会的经济生活条件”；“民法有很大一部分是以法律形式反映商品经济关系的”。因此，有什么样的商品经济关系就应有什么样的反映该商品经济关系的民法。“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”，以“商品生产者社会的第一个世界性法律即罗马法以及它对简单商品所有者的一切本质的法律关系（如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等）所作的无比明确的规定为基础”而制定的法国民法典，则成为“典型的资产阶级社会的法典”。在社会主义市场经济条件下，也理应有社会主义的民法。

民法作为上层建筑的组成部分，既是由经济基础决定的，又受到上层建筑其他领域诸如历史、文化等的制约和影响；同时，它又对经济基础起反作用，并影响和制约上层建筑的其他领域。与上层建筑相适应的民法为保护和促进相应的经济关系无疑有着其他上层建筑形式不可替代的作用。可以说，一个国家的民法的完善程度，既反映着该国的法律水平，也反映着该国的法律文明程度。

毋庸置疑，由于我国较长时期不承认商品经济，奉行“法律虚无主义”，民法很不发达，公众的民法意识也极为淡薄。党的十一届三中全会以来，随着承认社会主义经济是有计划的商品经济至提出建立社会主义市场经济体制，民事立法有了很大的发展。《中华人民共和国民法通则》的颁布和施行是我国民事立法上的一

个里程碑，标志着我国的民事法律制度已初步确立，我国的民事立法进入了一个新的阶段。如何完善我国的民事立法，以适应社会主义市场经济发展和社会主义法制建设的需要，已成为一个急需研究的重大课题。青年学者房绍坤等四位同志的《中国民事立法专论》为此作了可喜的探索。

我读《中国民事立法专论》后认为，该书至少有两个突出的特点：第一，理论联系实际。作者在对各个问题的论述上，不仅引经据典，检讨各种理论学说，引证各国的立法例，而且密切联系我国立法的现状和社会经济生产的现实，从与社会主义市场经济相适应的民事法律制度的应然状态，提出自己的见解和立法建议；第二，重点突出。民法内容甚丰，民法理论博大精深，民事法律制度涉及社会每个成员和社会生活的各个领域。本书的作者并没有就民法的所有问题展开全面论述，而是紧紧抓住一些有争议的在立法上又亟待解决的问题，进行了较深入的研究。这大概也是称为“专论”的原因吧。也正因为如此，本书的出版，对于完善我国的民事立法，增强公众的民法意识，以适应社会主义市场经济发展的需要，对于加强社会主义法制和民主政治的建设，会起到重要的作用。

当然，作者在书中提出的许多见解并不是完全没有争议的，有的观点未必成熟。如关于租赁权为物权的主张，论据就不够充分；地上权与土地使用权概念如何看待也未涉猎。然而，本书存在的不足，并不影响其学术价值和适用价值。每位读者是会从中受到教益和启发的。

这是我读该书的一点体会，权作序。

郭明瑞

1995年3月于烟台大学

前 言

民法是社会主义市场经济法律体系的重要组成部分，是市场经济的基本法律。民法通过调整平等主体之间的财产关系和人身关系，确认市场主体资格，规定市场主体的权利和义务，确立市场行为准则。党的十一届三中全会以来，我国的民事立法已初具规模。但是从总体上说，我国民事立法还很不完善，不能适应市场经济发展的需要，亟需进一步完善。为此，1993年5月在山东省教委的资助下，我们选定了“完善中国民商立法专论”这一项目，并对此进行了认真的研究。本书就是这一项目的最终成果。

由于我国的民事立法需要完善之处很多，本书不可能全面论述所有的问题，故我们只选取了二十个专题作为本书的论述重点。在详细论述这些专题的具体内容的基础上，我们提出了若干的立法建议，希望能对完善我国的民事立法起到抛砖引玉的作用。

本书承蒙烟台大学副校长郭明瑞教授作序，在此表示诚挚的谢意。

本书撰稿人的分工如下：房绍坤撰写第六、七、八、十三、十五、十九、二十章；史浩明撰写第二、三、四、五、九、十、十二、十六、十七、十八章；于海湖撰写第十一章；于新撰写第十四章；房绍坤、史浩明撰写第一章；初稿完成后，由房绍坤同志统一修改、定稿。

由于我们才学疏浅，书中错误和不当之处在所难免，敬请读者不吝赐教。

作 者

1994年8月

目 录

第一章 中国民事立法的现状与未来	(1)
一、民事立法瑕疵及其原因与矫正.....	(1)
二、民事立法指导思想的反思.....	(8)
三、我国未来民法典的结构体系.....	(16)
第二章 合伙制度的立法完善	(24)
一、统一合伙制度，确立合伙的独立主体地位.....	(24)
二、增设退伙的法律规定.....	(25)
三、完善合伙债务清偿制度.....	(28)
四、建立隐名合伙制度.....	(30)
第三章 表见代理与善意取得论	(38)
一、表见代理研究.....	(38)
二、善意取得研究.....	(47)
第四章 取得时效制度的建立	(57)
一、取得时效制度存在的客观必然性.....	(58)
二、建立取得时效制度的现实意义.....	(60)
三、取得时效的构成要件和适用范围.....	(63)
四、取得时效否定说评析.....	(67)
第五章 完善物权法的几点构想	(73)
一、我国民法应采用物权概念.....	(73)
二、民法确立物权制度的基本原则.....	(75)
三、我国民法的物权体系.....	(78)
第六章 建筑物区分所有权的立法构造	(86)
一、建筑物区分所有权与一物一权原则.....	(86)

二、建筑物区分所有权的构成	(88)
三、建筑物区分所有人的权利和义务	(95)
四、区分所有建筑物的管理	(98)
第七章 典权立法探究	(102)
一、典权的法律性质	(102)
二、典权的设定	(106)
三、典权当事人的权利	(110)
四、典权立法的基本构想	(117)
第八章 优先购买权探讨	(119)
一、中外法制史上的优先购买权	(119)
二、优先购买权的法律性质及效力	(122)
三、优先购买权的种类	(125)
四、优先购买权的行使	(128)
五、完善优先购买权制度的建议	(131)
第九章 建立债的保全制度	(133)
一、建立债的保全制度的必要性	(133)
二、债权人的代位权	(137)
三、债权人的撤销权	(142)
第十章 制定统一合同法的几个问题	(148)
一、摒弃经济合同与民事合同的划分	(148)
二、制定统一合同法是完善合同法制的有效途径	(153)
三、统一合同法与其它相关法律的关系	(157)
四、统一合同法应重点确立、完善的主要内容	(159)
第十一章 第三人利益合同的若干问题	(162)
一、第三人利益合同的概念和功能	(162)
二、第三人利益合同的原因关系	(164)
三、第三人利益合同的效力	(166)
四、第三人利益合同与类似概念的区别	(170)

第十二章 拍卖和经纪人的法律调整	(173)
一、加强拍卖立法.....	(173)
二、经纪人的法律调整.....	(178)
第十三章、典当关系及其立法	(185)
一、典当业再生的原因及性质.....	(185)
二、典当的概念与特征.....	(187)
三、典当立法建议.....	(190)
第十四章 驰名商标的法律保护	(194)
一、建立驰名商标法律保护制度的必要性.....	(194)
二、驰名商标的含义及取得条件.....	(196)
三、驰名商标的专用权.....	(199)
四、建立驰名商标法律保护制度的基本构想.....	(201)
第十五章 服务标记的法律保护	(204)
一、服务标记法律保护的必要性.....	(204)
二、服务的含义和范围.....	(206)
三、服务标记的构成.....	(208)
四、服务标记的法律保护方式.....	(209)
五、服务标记保护的立法建议.....	(211)
第十六章 继承法的修订与完善	(213)
一、孙子女、外孙子女应列为第二顺序继承人.....	(214)
二、完善被继承人债务的清偿制度.....	(216)
三、加强对遗嘱自由原则的限制.....	(219)
四、完善遗嘱形式的规定.....	(221)
五、规定夫妻共同遗嘱.....	(227)
六、遗嘱变更的形式不应加以限制.....	(230)
七、确认补充继承制度.....	(231)
第十七章 肖像权问题研究	(233)
一、肖像与肖像权的法律内涵.....	(233)

二、侵犯肖像权的认定·····	(236)
三、公民肖像权的限制·····	(239)
四、几种特殊肖像的法律保护·····	(240)
第十八章 隐私权的法律保护 ·····	(246)
一、隐私权概述·····	(246)
二、我国目前保护隐私权的法律根据·····	(249)
三、隐私权是一项独立的人格权·····	(251)
四、侵害隐私权的民事责任·····	(253)
第十九章 雇佣人民事责任的确立 ·····	(256)
一、雇佣人民事责任的基本立法类型·····	(256)
二、雇佣人民事责任的性质·····	(260)
三、雇佣人民事责任的构成·····	(264)
四、雇佣人民事责任的立法建议·····	(267)
第二十章 制定道路交通事故赔偿法的几个问题 ·····	(269)
一、道路交通事故赔偿法的基本类型·····	(269)
二、道路交通事故赔偿责任的归责原则·····	(272)
三、道路交通事故赔偿责任的构成·····	(274)
四、道路交通事故赔偿责任的主体·····	(277)
五、过失相抵规则的运用·····	(282)

第一章 中国民事立法的现状与未来

党的十一届三中全会以来，我国的民事立法工作取得了世人瞩目的成就，具有中国特色的民事法律制度已初步形成。但是，无庸讳言，我国的民事立法还很不完善，已经不能适应市场经济的发展需要。检讨我国现行民事立法，探究完善民事立法的具体措施，是我国民事立法工作面临的亟待解决的问题。

一、民事立法瑕疵及其原因与矫正

（一）民事立法瑕疵

总观我国民事立法，其瑕疵之存在相当普遍。

1. 民事立法体系瑕疵

立法体系的完善与否，特别是民事立法体系之完善程度，是一个国家法制水平的标志。近10年来，我国颁布了大量的民事法律、法规，形成了以《民法通则》为核心，系列单行法并立，诸多法规相补充的立法格局。但是，我们必须承认，这种立法体系是相当不完善的，其表现主要有两个方面：一方面是“缺”，另一方面是“乱”。所谓“缺”，指的是构筑民事立法体系核心的民法典没有制定，作为民事立法体系支柱的一些重要单行法亦未出台，从而造成立法体系的残缺不全。这是民事立法不完善的集中表现。从立法学角度看，有无作为龙头的基本法，是某一法律体系完善程度的重要标志。虽然我国制定了《民法通则》，但从其体系结构和条文内容看，它都不具有“典”的性质。充其量，我们只能称它为“准基本法”。而社会主义市场经济的发展，需要一部完整的、

先进的、科学的《民法典》为其保驾护航,《民法通则》实难当此任。在单行法中,一些反映市场经济一般要求的重要法律,如票据法、证券交易法等至今仍未出台。没有这些发展市场经济所必需的配套法律,民事立法体系的缺陷就不会消除。所谓“乱”,指的是现有民事法律、法规支离破碎,杂乱无章。在现行民事立法中,这种“乱”主要体现在:(1)立法层次结构不清。这突出表现在《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》三大合同法的关系上。从三大合同法的规定看,既有从属的内容,又有并行的部分,我们从理论上无法确定三者为从属关系还是并列关系;(2)法律规范之间交叉重复。由于民事立法机关不统一,法出多门^①,每个机关在制定法律时,都强调法律的“完善”,而不考虑与相关法律的关系,结果造成大量的重复立法。如三大合同法几乎都对合同的订立、变更、履行、解除及违约责任等合同的共性问题作了规定。

2. 民事立法技术瑕疵

立法技术是制定、修改和废止法律的技术,其重点在于制定法律的技术。民事立法技术的瑕疵主要体现在条文的结构、表述等方面的缺陷:(1)条文前无标题。从立法学角度看,立法者应当对条文的内容加以科学地概括和明示,对每一条文加以标题,作到条文标题化。这对于准确把握和正确适用法条是十分有利的。这种立法技术早已为德国民法典、日本民法典、瑞士民法典等所采纳。但是我国民事立法尚未做到条文的标题化,致使人们对某些条文的内容产生歧义;(2)条文排列不合理。完善的立法,要求条文的排列合理有序,反映出一般到具体的顺序结构。在我国民事立法中,条文排列不合理的现象也是常见的。如《民法通则》第90条关于借贷关系的规定,就排列在第91条关于合同转让规定

^① 这里所指的是法律草案的起草机关,而非通过机关。

之前；(3) 条文内容结构不科学。一个条文应规定一个内容，不应当将一个内容分成两个条文或将两个内容合并成一个条文，否则，将不利于准确把握立法本意。这种分立或合并条文的现象，在我国民事立法中是十分普遍的，如《继承法》将属于遗产范围的个人承包应得的个人收益，从遗产范围（第3条）中分立出来，单列一个条文（第4条），《民法通则》将诉讼时效期间的起算与诉讼时效的延长两个不同的内容规定在一个条文中（第137条）；(4) 条文表述不规范。作为立法文件，其条文表述必须简洁、清晰、准确，既要反映立法本意，又要符合法学基本原理，还要符合语言和逻辑规范。我国的民事立法，在这方面显得十分粗糙。有的不符合语法和逻辑，如《民法通则》第30条对个人合伙概念的规定和第23条对战争期间下落不明宣告死亡期限的规定；有的用语模糊，如《民法通则》第133条第2款中的“单位担任监护人的除外”的规定，人们无法准确理解“除外”的含义；有的不能反映立法本意，如《民法通则》第127条关于险情是自然原因引起的“紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任”的规定，其立法本意是避险人不承担责任，只是当紧急避险人为受益人时可以给予适当补偿，却规定了承担适当的民事责任；有的不符合民法原理，如《民法通则》第62条“附条件的民事法律行为在符合条件时生效”的规定，实则按民法原理，在符合条件时还有终止效力的情况。

3. 民事立法内容瑕疵

民事立法内容瑕疵，是影响民事立法质量的重要因素。立法内容瑕疵主要有：(1) 立法内容过于简单、原则。《民法通则》只有156条、《继承法》有37条、《商标法》有43条、《专利法》有69条、《著作权法》有56条、《经济合同法》有47条、《技术合同法》有55条、《涉外经济合同法》有43条。这些总计也不过是506条，还不足《法国民法典》（2283条）和《德国民法典》（2385

条)的1/4、《日本民法典》(1044条)的1/2,而与内容十分简单的《捷克民法典》(510条)差不多,而且这些条文中还有许多重复。有限的条文适用众多的民事关系,立法者只能作简单的原则性规定。具体内容只好由众多的“实施细则”、“实施意见”、“实施办法”、“条例”、“意见”等来作补充。而这些解释的条文大都多于法律本身的条文,如《民法通则》只有156条,而其解释则达200条;《继承法》有37条,其解释为64条;《商标法》有43条,其实施细则为49条;《专利法》有69条,其实施细则为96条;《经济合同法》有47条,而有关经济合同法的各种条例、细则、解释多达300余条;(2)立法空白点甚多。虽然在总的方面,各种民事法律制度都有了立法,但是,由于立法过于简单,造成的空白点甚多。《民法通则》中没有规定物权制度,只以财产所有权和与财产所有权有关的财产权代替,缺乏物权一般原理的规定;合伙制度中没有隐名合伙的规定;债权制度中没有债的保全、消灭等基本问题的规定,没有行纪、居间等重要合同的规定。《商标法》中没有驰名商标、证明商标、联合商标及防御商标的规定,等等。这种情况造成众多的民事关系无法可依;(3)立法之间相互矛盾。立法者不注意先后立法之间的协调,使得相关法律之间矛盾重重。有学者统计,《经济合同法》与《民法通则》之间有10余处矛盾,^①这种现象造成了法律适用上的困难;(4)立法内容落后于实践。民事立法不仅因众多的民事关系没有规定,而不能适应市场经济发展的要求,即使民事立法已作规定的一些民事法律关系,其内容也大大落后于实践。这在《民法通则》和《经济合同法》中体现得尤为明显。

(二) 民事立法瑕疵存在之原因

我们认为,我国民事立法之所以存在诸多瑕疵,其原因主要

^① 汪毓:《论市场运行规则和经济监督机制》,载《法学》1988年第9期,第5页。

有以下几个方面：

1. 立法指导思想的偏差

长期以来，在我国民事立法工作中“成熟一个，制定一个”、“需要什么，制定什么”、“宜粗不宜细”的立法指导思想，一直占主导地位。这是造成我国民事立法瑕疵的一个重要因素。^①

2. 民法理论研究的不足

十一届三中全会以来，我国的民法理论研究取得了丰硕的成果。但是，客观地说，我国民法理论的研究还仍处于注释法律的阶段。当然，注释法律是法学研究中必不可少的，它有助于人们正确理解和适用法律。但是，如果停留在这个研究水平上，则民事立法就会丧失理论基础。多年来，我国学者对民事立法的研究，缺乏理论上的探讨，只是就条文论条文。即使对一些有缺陷的规定，也不是从理论上加以检讨，却往往制造另一错误理论加以掩饰，或冠以“中国特色”。当然，近几年，这种情况得到了改善，学者们开始对法律本身进行检讨，从理论上探讨其不足，提出了许多理论性建议。

由于民法理论研究侧重点的偏差，因而，民法基本理论、基本制度的研究就显得很薄弱。当民事立法遇到理论难题时，民法理论研究不能为其提供丰实的理论模式，这就导致了民事立法或是回避难题，造成立法空白；或是临渴掘井，临时组织一些学者加以突击研讨，造成立法内容粗糙。

在思想观念上，我国民法理论研究人员还存在着保守思想，对西方国家中反映商品经济规律的民法制度，不敢大张旗鼓地宣传和借鉴吸收，甚至盲目排斥西方民法制度。对台湾的民法理论，也不能正确对待。这种思想观念上的保守性，是我国外国民法学或比较民法学研究不足的一个重要原因。实际上，民法作为人类社

^① 关于“立法指导思想的偏差”，详见本章“民事立法指导思想的反思”。

会的文化遗产，从罗马法开始，一直发展到资本主义民法，以及我国的社会主义民法，都包含着一个从来没有变的主题思想，这就是三个基本内容：权利主体制度、财产所有权制度、债和合同制度^①。正是这一主题思想，决定了不同性质的民法是可以相互借鉴吸收的。

民法理论研究人才的缺乏和青黄不接，也是民法理论研究不足的一个表现。

3. 民事立法能力的欠缺

立法能力是能否制定完善法律的基本前提。立法能力包括立法预测、立法规划、立法主体、立法手段等多方面的因素。就整体而言，我国的立法能力是较低的，而民事立法能力则更为逊色。在立法预测上，由于没有掌握我国社会主义市场经济发展的规律，因而无法对民事立法做出预测或预测不科学，导致了民事立法只能是“滞后立法”，充其量也不过是“同步立法”，很难做到“超前立法”；在立法规划上，缺乏对民事立法从整体上加以规划，造成了法律之间的不协调甚至矛盾；在立法主体上，由于种种原因，立法机关的专业人员匮乏，许多工作人员缺乏民法理论和实践经验，没有经过专门的立法训练，不熟悉立法的基本技术。因而，制定出来的民事法律，理论缺陷、语言缺陷、逻辑缺陷等时有所见。尽管近几年来，民事立法人员的素质有了较大提高，但仍很难承担民事立法的繁重任务；在立法手段上，由于受物质条件的限制，信息收集、资料整理、调研手段等还很落后，不能适应信息社会民事立法的发展要求。

（三）民事立法瑕疵之矫正

针对民事立法瑕疵产生的原因，矫正民事立法瑕疵，应从以下几个方面入手：

^① 佟柔：《建立中国民法理论和体系》，载《中国民法经济法理论问题探究》，法律出版社1991年3月版，第4页。

1. 转变民事立法指导思想

这是完善民事立法的思想基础。在民事立法中，“滞后立法”、“同步立法”、“宜粗不宜细”的指导思想，使我国的民事立法走了许多弯路。实践证明，这种立法指导思想必须转变。否则，我国的民事立法将难以完善和发展。^①

2. 加强民法理论研究，大胆借鉴、吸收国外民事立法例

这是完善民事立法的理论基础。要大力加强民法理论的研究，使民法理论研究跨上一个新台阶，为民事立法提供理论根据。我们认为，当前，应着重研究民事立法中遇到的重大理论课题。主要包括：民法体系、民法基本理论、民法基本制度。完善的民法体系是建立在对民法深刻认识基础上的。根据我国国情，应采取民商合一的体系，以民法典为核心，以民事单行法、商事单行法为支柱构建民法体系；民法基本理论是民事立法的理论基础，理论研究的不足，民事立法的内容瑕疵就不可避免。目前，我们应大力加强民事主体制度、物权制度、债和合同制度民法三大核心的研究。这三项基本制度也是现行民事立法中，瑕疵比较多的部分，必须下大功夫攻关。

民法理论研究人员要解放思想，加强对外国民法理论及立法例的研究，大胆地吸收借鉴，不要死守“中国特色”不放。只有将作为人类文化遗产的民法精萃与我国国情相结合，才是真正的“中国特色”。立法工作者也要大胆借鉴西方国家及台湾的民事立法例，不要因为社会性质不同，而将民法共性理论拒之门外，如物权制度、债权制度等。

3. 增强民事立法能力

这是完善民事立法的物质基础。首先，要提高民事立法预测和规划能力。立法预测是完善民事立法的一个重要前提。要在深

^① 关于“转变民事立法指导思想”详见本章“民事立法指导思想的反思”。