

民法基本问题研究

李开国 / 著



- ◎本书以民法观念更新制度完善及适用为主线对民法若干基本问题重要问题进行了研究全书的内容包括三个有机组成部分
1. 对事关民法观念更新的三个重要问题
——民法调整对象、性质、地位问题
在批判性追述计划经济体制时期形成的旧观念的基础上作了全新的论述
 2. 对法人、民事法律行为、代理、物权、合同、担保等重要民事法律制度
在比较研究中外民事立法的基础上论述了其性质、意义
 3. 对我国民法在这些制度上存在的偏差和缺陷提出了进一步完善的科学建议
3. 针对我国司法实践存在的问题
——对事关民法适用的三个重要问题
——操作程序问题、检讨方法问题、民法解释问题进行了研究
- 对民法的正确适用提供了方法论基础

民法基本问题研究

李开国 / 著

民法观念更新、制度完善及适用问题的若干思考

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法基本问题研究:民法观念更新、制度完善及适用问题的若干思考/李开国著.-北京:法律出版社,1997.8

ISBN 7-5036-2249-0

I.民… II.李… III.民法-研究-中国 IV.D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 21929 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/15.75 字数/423 千

版本/1997 年 8 月第 1 版 1998 年 7 月第 2 次印刷

印数/3,001—7,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 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:ISBN 7-5036-2249-0/D·1869

定价:27.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

自序

这本著作既不是按民法学~~的体例~~讲述民法基本原理和基本制度的民法教科书,也不是~~一篇论文的集合~~,而是介于二者之间的“非牛非马”的作品。它基本~~上遵循了民法学的体例~~,但又未全面论述民法的各项原理和制度。“不全”既是这种非牛非马的“怪异”形式的缺点,同时也是它的优点。因为它既可以使作者避开泛泛论述民法一般问题的烦累,又可以克服论文容量过小、写作过分拘谨的局限,使作者能够较为宽松、自由地发表看法,将笔力集中于那些在当前形势下关系民法观念更新、制度完善和适用的若干问题的论述上。在本书的写作过程中,我奉行着这样的宗旨:无论是对民法观念问题的论述,或是对民法各项制度和适用问题的论述,均从市场经济的要求出发,凡关系到在市场经济条件下革新民法观念、完善民法制度和健全民事司法,且本人又研究较多并已形成一些新看法的问题,就多写;反之则不写,或仅从逻辑需要出发,作为对我所要论述的核心问题之陪衬而少写。正是这一写作宗旨决定了本书所采用的“非牛非马”的怪异形式。

我从事民法教学、研究虽然只有短短的19年,但有幸的是,这19年伴随我国经济体制改革的历史进程和我国民法发展的历史进程,我在民法的学习和研究上,却经历了三个不同的历史阶段,使我对反映不同经济体制要求的民法都有较为深刻的体会。

1978年我从事民法教学、研究之初,中国大陆既不像《民法通则》那样的基本民事立法,也无像《经济合同法》、《继承法》、《专利法》、《商标法》那样的单行立法,当时我能找到的学习、研究民法的资料只有苏俄1922年民法典和法律出版社1956年翻译出版的一套苏

联民法教材。我1980年参加编写的第一本民法教材《中华人民共和国民法讲义》，就是以苏俄1922年民法典和这套民法教材为蓝本写成的。1985年至1986年我有幸去前苏联白俄罗斯大学进修民法一年。通过这一年的进修，我对苏联民法有了新的理解。我发现，自50年代后，不仅苏联民事立法有了很大变化，而且苏联民法学者的思想观念也有了很大变化，提出了一系列有别于50年代的新观点、新看法。这些观点、看法更接近商品经济的要求。

1986年9月回国，正值民法通则颁布不久，运用我在苏联学到的理论观点来阐释民法通则，便成为我以后几年教学、研究工作的主旋律。在1990年出版的《中国民法学》一书中，我写的总论部分鲜明体现了我这一时期研究工作的特色。在这部分著作中，我对民法通则的规定完全持肯定的态度，如果将我这本即将出版的著作中的思想观念与之比较，人们不难发现，现时的我正在反对那时的我。

1992年邓小平同志的南巡讲话不仅改变了我国经济体制改革的目标，同时也改变了我国民法学界的思想观念。我亦不能例外。自此之后我开始意识到，要使我国民法适应市场经济的要求，我们必须更多的学习和借鉴西方市场经济国家和地区的民法，于是我对民法的学习和研究发生了新的转折，开始了深入学习、研究西方市场经济国家和地区的民法的过程。几年下来，我不仅精读了法国民法典、德国民法典、日本民法典、我国台湾地区民法典，还大量阅读了当代台湾学者的民法著述。这里特别值得一提的是，尽管过去我也阅读过这些民法典，也看过台湾学者的一些民法著述，但由于脑子里存在着西方资本主义国家和地区的民法及其学术思想未必能为我所用的疑问，也就始终不能形成深刻印象。一旦将这种学习与完善我国民法，使之适应市场经济的要求的目标联系起来，对西方市场经济国家和地区的民法及其学术思想的印象也就立即鲜明起来、深刻起来。

我学术生涯中的上述经历，把我对民法的研究推上了联系市场经济的客观要求，以完善我国民法为目标，对前苏联民法、我国现行

民法和西方市场经济国家及地区民法进行比较研究的新阶段。这种研究越深入,对我国现行民法的体例及规范上存在的问题和缺陷,也就越有深刻的感受。有感受就必然寻求其发表。最初,我通过对硕士研究生的课堂教学,将我研究中形成的一些感受点点滴滴地发表出来,进而又在我参与编写的一些著作中公开发表自己的看法。例如,在1994年出版的司法部规划教材《民法学》一书的物权编中,我有意识地详细论述了西方市场经济国家及地区物权法中的占有制度和取得时效制度,强调了这两项制度在市场经济条件下对维护物的占有秩序和交易安全所具有的重要意义。同时我还较为详细地介绍了西方市场经济国家及地区物权法中的地上权、永佃权、用益权,并且指出在完善我国物权法时,这些用益物权制度也不是不可以借鉴的。在1994年底出版的《社会主义市场经济法律问题研究》一书中,我又公开批评了我国民法中的民事主体制度和合同制度,并从市场经济的要求出发,提出了完善这两项制度的构想。近两年来,为抒发我研究中的感受,我还发表了《完善民法通则法人制度的几点思考》和《民法通则的历史功绩与局限》两篇论文,公开批评民法通则存在的问题。

追述我19年学习、研究民法的经历,旨在说明眼前即将出版的这本著作不过是过去几年点滴研究的结晶,希望民法学界同仁和读者在评判这本著作时能考虑其产生的背景。老实地说,虽然自1992年党和国家提出建立社会主义市场经济体制以来,我对民法的学习和研究就没有忘记这一伟大目标,总希望通过国内外民法的比较研究和我国现行民法实践效果的考察,能更多地发现我国民法通则及其他民商法律、法规中存在的问题,以期对我国民法之完善提出系统的科学的中肯的建议,使我国民法能够适应市场经济的要求,但是迄今为止,这一研究目标还远远未能达到,我所做的一切研究仍然只是点点滴滴的,即使眼前即将出版的这本著作也不例外。我急于出版这样一本并不完善成熟的著作的唯一愿望,是要通过它唤起一种共鸣,希望有更多的人能够联系市场经济的要求,对我国现行民法开展

批评性研究,使我国当前的民法研究工作直接服务于我国未来民法典的制订。

随着我国经济体制改革的深入,我们越来越期盼一部先进的、科学的,符合市场经济要求的民法典在我国出现。对这一部民法典的问世,我们应如何进行理论准备工作?对此,我在《民法通则的历史功绩与历史局限》一文中曾发表了这样一种看法:“民法典是一国市民社会的大宪章,具有很高的权威性,必须借助丰厚的理论研究保证其科学性、先进性,才能促进市场经济和市民社会生活的健康发展。相反,‘恶法’甚于‘无法’,如果因理论研究的欠缺而使我国未来的民法典出现这样那样的错误规定,那么这些错误规定就会借助法典的权威性和强制执行力,将谬误变成‘真理’而遗害无穷。为使民法理论研究直接服务于我国民法典的制定,必须对我国近期的民法研究工作提出一个共同的指导思想。……这个共同指导思想,依笔者的认识,可确立为:围绕我国现行民法,同时联系国外民法与我国现实经济生活和司法实践开展研究,努力发现我国现行民法中存在的遗漏,缺陷和偏差,以避免这些遗漏,偏差和缺陷在我国未来民法典中再度出现。”我将本着这一指导思想,将我已开始的但远远没有完成的研究工作持续下去,以期无遗憾地度过我学习,研究民法的第三个历程。

作者

1997年8月

民 / 法 / 基 / 本 / 问 / 题 / 研 / 究



目 录

第一章 民法概念、性质、地位问题研究	(1)
第一节 民法的概念	(1)
第二节 民法的性质	(18)
第三节 民法的地位	(38)
第二章 民事主体制度基本问题研究	(51)
第一节 民事主体制度的意义、性质和基本内容	(51)
第二节 民事主体资格	(54)
第三节 我国民事主体的四元结构	(60)
第三章 法人制度若干问题研究	(67)
第一节 法人的概念、特征和条件	(67)
第二节 法人的实质	(71)
第三节 法人的分类	(76)
第四节 法人财产权的性质	(84)
第五节 法人的民事责任	(98)
第四章 民事法律行为制度若干问题研究	(115)
第一节 民事法律行为制度的性质和意义	(115)
第二节 民事法律行为及其相关概念	(125)
第三节 民事法律行为中的意思表示	(132)
第四节 民事法律行为应具备的条件	(139)
第五节 欠缺有效要件的民事行为	(155)
第六节 无效民事行为、可撤销的民事行为与	

效力未定的民事行为·····	(181)
第五章 代理制度若干问题研究 ·····	(195)
第一节 代理制度的性质和意义·····	(195)
第二节 代理与类似代理的法律行为·····	(203)
第三节 代理权·····	(212)
第四节 代理行为·····	(229)
第五节 复代理·····	(242)
第六节 无权代理·····	(251)
第六章 物权法基本问题研究 ·····	(263)
第一节 物权法的调整对象和基本原则·····	(263)
第二节 物权的概念和特征·····	(269)
第三节 物权的效力·····	(273)
第四节 物权的分类体系·····	(281)
第五节 物权的变动·····	(294)
第六节 物权的公示·····	(300)
第七章 担保法研究 ·····	(309)
第一节 担保的性质·····	(309)
第二节 保证·····	(320)
第三节 抵押权·····	(350)
第四节 质权·····	(372)
第八章 统一合同立法研究 ·····	(407)
第一节 合同法的意义·····	(407)
第二节 我国合同立法剖析·····	(416)
第三节 革新我国合同立法的思考·····	(425)

第九章 民法适用问题研究	(438)
第一节 民法适用的操作程序.....	(439)
第二节 民法适用的检讨方法.....	(450)
第三节 民法适用中的法律解释.....	(466)

第一章 民法概念、性质、地位问题研究

第一节 民法的概念

民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范和总和。这是我国民法学界根据我国民法通则第2条的规定对民法作出的一个通常的定义。对这个定义需要从民法的调整对象和调整方法两个方面研究。

在现代市场经济条件下,民法是一个国家的最为重要的基本部门法。法的发展,从立法形式上看,经历了一个由习惯法到简单成文法,由简单成文法到综合性成文法典,由综合性成文法典再到部门性成文法典的过程。因此,现代国家的法既是统一的,同时又是有关部门分工的。一个国家法的统一性,决定于该国的经济的统一性、政治的统一性、社会文化的统一性和法追求的目的的统一性。但是,统一的法为适应复杂的社会生活关系的调整要求,又不能不划分成若干部门,以便通过部门法的分工合作来实现法的整体功能。

在现代国家的法的体系中,部门法一般可分为公法与私法两大部类。公法一般包括国家法(规定国家政治体制及国家机关之组织等)、行政法、刑法、诉讼法等部门法。在私法领域中,部门法的划分各国有所不同。有的国家民法就是其全部私法,也有一些国家把私法分为民法、商法或民法、商法、劳动法、婚姻家庭法等部门法。

法既然被分成不同的部门,那么部门法的划分应以什么为标准,也就必然成为法学所要研究的一个问题。长期以来,在西方传统法

学中讨论过公法与私法的划分标准问题,在东方社会主义国家的法学中也讨论过民法与行政法、民法与经济法的划分标准问题。经过讨论,多数学者认为部门法的划分主要有两个标准:一是不同部门法调整对象(社会关系)的不同;二是与不同调整对象相适应的调整方法的不同。因此,在研究某个部门法是什么法时,必须研究它的调整对象和调整方法。对民法也不能例外。

I. 民法的调整对象

《民法通则》第2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”。这一规定既明确了民法调整的社会关系的内容,又明确了民法调整的社会关系的性质。就内容方面看,民法调整财产关系和人身关系两类社会关系;就性质方面看,民法又不调整全部财产关系和人身关系,而只调整其中具有平等性者。因此,在研究民法的调整对象时,须遵循如下逻辑:首先要对财产关系和人身关系作些一般性研究,然后研究如何以平等性为标准来界定民法调整的财产关系和人身关系的范围。

一、财产关系

(一)财产

1. “财产”的概念

这个概念,在民法上运用十分广泛,并且在不同的场合有不同的含义。因此要对财产作出一个一般性的定义,即能够覆盖财产在民法上一切用法的抽象定义,必须先具体考察一下“财产”在各特定场合的特殊含义,然后运用逻辑的归纳方法,才能抽象出一个能够覆盖一切用法的一般性财产定义。下面我们先具体考察“财产”在民法上的各种用法。

第一,专指人支配的各种物,即为人所支配的各种具有物质性的东西,包括有体物(固体和液体)和无体物(光、热、电、气等)。人支配的各种物,构成人所享有的物质财富。《民法通则》第五章第一节所称“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”,以及英美法系国家的财产法,就是在这—意义上使用“财产”这一概念的。在这—意义上使用“财产”概念时,并非指一切物都是财产。物要成为财产须具备以下几个条件:①须是构成自然人的物质要素以外的物;②须对人具有有用性;③须为人所能掌握和控制。

第二,除指人支配的各种物质资料或者说物质财富外,还指人赖以获得或付出物质财富的非物质的事物。民法及民法学在这—意义上使用“财产”概念,主要有以下几种情形:

①称智力成果(知识产品)为无形财产,称知识产权中的财产权为无形财产权,在这里显然把智力成果这种非物质的东西视为“财产”。

②债权为财产权的一种,当把债权视为财产权时,即意味债的一切标的,包括物、智力成果、债务人付出的劳务、债务人的劳动力、债务人转让的商号(企业名称及个体工商户的字号),及通过债的关系让与和转移的他物权、债权、债务等,都统统视为了“财产”。

③在使用“企业财产”、“个人财产”及死亡公民的“遗产”这些概念时,在“财产”这一概念下则既包括主体享有的物、智力成果、债权,又包括主体对他人所承担的债务等。

“财产”概念在这—意义上用得如此广泛,那么是否意味着主体享有的一切非物质的东西都是“财产”呢?回答应当是否定的。例如对自然人的人格就从来没有人称之为“财产”。非物质的东西,何者是财产,何者不是财产,透过“财产”概念在这方面的使用状况,我们可以看出人们在这方面使用财产概念时始终把握着一条界限,即将该非物质的事物与人联系起来,看它在人的相互关系中能否体现主体的物质利益,能体现者便可纳入财产的范围,不能体现者便不能纳入财产的范围。所谓“能体现主体物质利益者”,指该事物本身虽非

物质的东西,但主体凭借它可以增加现有物质财富,获得新的物质财富,或者它的存在会使主体向他人为物质财富之给付。

对“财产”概念上述两个方面进行连接考察,我们还会进一步发现:“财产”概念的上述两个方面的内涵不是同一层次的,人享有和支配的物是具有本元意义的财产。在人类的物质文明和精神文明还不甚发达时,财产概念曾仅指人所享有和支配的物。随着人类社会经济的繁荣,获得物质财富手段的增加,以及法律的倡明,人们才逐步将财产概念扩及在人的相互关系中能体现主体物质利益的其他事物。另外,我们说人享有和支配的物是本元性的财产,还因为“财产”概念所指称的其他事物,都是作为人获得或付出物质财富的媒介而存在的,最终都要归结到,或者说还原为人对物的支配。分清财产概念的两个层面,有利于理解民法所构筑的财产权体系,有利于理解物权特别是其中的所有权在财产权体系中的核心地位。

通过以上分析,我们可以对财产概念作出以下定义:财产是指人享有和支配的物质财富,以及人赖以获得或付出物质财富的其他事物。这个定义考虑了财产概念内涵的两个层面上的差异,如果不考虑这个差异,还可以作出一个更为抽象的定义:财产是在人与人的相互关系中体现主体物质利益的事物。

在民法学著述中,对财产作出一般性定义者并不多见,我见到的仅有两本书有财产的一般性定义。一是坚金、布拉图斯主编的《苏维埃民法》,这本书说:“属于某一个人的财产权的总和构成这个人的财产。财产中包括:(一)所有权;(二)著作人和发明人的财产权;(三)债权和由债权产生的对债务人的要求权”。同时,在个别场合下,财产还包括主体对“他人所负的财产债务”,或者“作为物来解释”。^①二是张俊浩先生主编的《民法学原理》,这本书说:“财产是对象化的

^① 坚金、布拉图斯主编:《苏维埃民法》,法律出版社 1956 年版,第一册第 264—265 页。

093464

经济利益”。^①

这两本书对财产的定义都给人理解财产概念以启迪,我对“财产”概念的理解与定义都受到它们的影响。我认为,在理解“财产”这一概念时,注意以下两点是十分重要的:

第一,财产是作为人与人相互关系的客体而存在的,是相对于社会关系的主体——人而言的。在人与人的相互关系中,财产或者是主体支配的对象,或者是一方主体请求另一方主体给付的对象,总之都是对象化的。不存在游离于社会关系之外,不归依一定主体的财产。马克思说:“财富的本质就在于财富主体的存在”。^②其道理就在于财产总是作为人相互关系的对象而存在这一特征。

第二,在人与人的相互关系中,财产总体现着主体的物质利益。不体现主体物质利益者,虽为主体相互关系所针对,亦不是财产。

2. 财产的类型

对财产可以按不同标准分类:

(1)有形财产与无形财产(物质财富与非物质财富)。根据财产之有无一定形体,或者说是否由物质要素所组成,可将财产分为有形财产与无形财产。有形财产指人支配或转移之物质财富,即通常所说的物或有形物。无形财产则指为人所享有或转让的没有形体的非物质财富,包括知识产品、商号、商标、债权及其他能体现主体物质利益的权利。

(2)积极财产、消极财产与总合财产。积极财产是指对主体有利益的财产,包括主体享有的物、知识产品、债权等。消极财产是指对主体不利益的财产,主要指债务。主体积极财产与消极财产的总合,便构成主体的总合财产。在企业总合财产中,积极财产表现为企业的资产,消极财产则表现为企业的负债。

(3)公有财产与私有财产。公有财产指归一定范围的社会成员

① 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年出版,第6页。

② 《马克思恩格斯全集》(中文版),第42卷,第115页。

公共所有的财产,包括全民所有(以国家为代表)的财产和集体所有的财产。私有财产指归个人所有的财产。

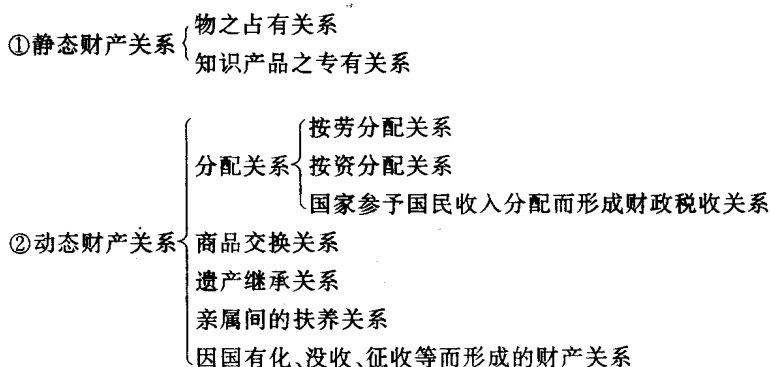
(二)财产关系

1. 概念

在了解什么是财产的基础上,不难给财产关系作个简单明了的定义。财产关系就是人与人之间基于财产(或者说以财产为媒介)而形成的具有经济内容的相互关系。在人类社会生活中,由于财产关系发生于物质资料生产、分配、交换、消费过程中,因此人们又常常把财产关系定义为“人们在物质资料生产、分配、交换、消费过程中形成的具有一定经济内容的社会关系”。总的说来,这个定义是不够准确的。因为财产关系还会在智力成果的生产、交换及运用中发生。由于财产关系以主体的物质利益或者经济利益为内容,因此人们通常把财产关系视为经济关系在法律上的用语。

2. 财产关系的分类

(1)以财产在主体相互关系中所处之状态为标准,财产关系分为:



(2)以财产关系之主体在相互关系中是否处于平等地位为标准,财产关系分为:平等性财产关系、非平等性财产关系。