



● 刘岐山 主编

民法问题新探



04

中国人民公安大学出版社

民法问题新探

主编 刘歧山

中国人民公安大学出版社出版发行

新华书店北京发行所经销

安华印刷厂 印刷

850×1168毫米 1/32 12.75 印张 314 千字

1990年6月第1版 1990年6月第1次印刷

ISBN7-81011-228-7/D·183 定价：5.55元

印数 0001—5000 册

前 言

植基于社会主义公有制的我国民法，对于保障公民、法人在民事活动中的合法权益，推动经济体制的深化改革，保证社会主义现代化建设事业的顺利发展，具有重要的现实意义。

《中华人民共和国民法通则》的颁行，填补了社会主义法制的这项空白，标志着民法的春天已经到来。为了做好民法通则的学习宣传，改进民法教学，中国人民公安大学于1986年暑期举办过“民法通则讲习班”，培训全国22个省、市、自治区公安院校的民法师资。在集体研讨的基础上编成《民法通则读本》（公安大学出版社1987年出版），作为法律系以外各个科系的试用教材。

两年来，通过民法教学实践，深感有必要对民法学中存有争议的问题和改革开放中出现的一些新情况、新问题进行系统的探讨。为此，在校科研处的组织下，成立了《民法问题新探》课题组，从争论中定题目，在原理上去探索。经过反复筛选确定33个具有理论价值和实际意义的专题，以民法通则的体例作为主线，试图通过历史探求，阐明问题的发展脉络；结合不同观点和他国立法例进行横向比较，从而提出自己的看法，以为引玉之砖，与法学界同仁商榷。

本书是课题研究的初步成果。参加课题组并撰稿的，共有6位教师。他们的分工是：刘歧山撰写第一、二、八、十八、二十五、二十七、三十二专题；王洪才撰写第四、七、二十二、二十八、二十九、三十、三十一、三十三专题；靳宝兰撰写第九、十二、二十一、二十三、二十四、二十六专题；宋浩波撰写第三、五、十三、十四、十九、二十专题；徐武生撰写第十、十一、十七专题；滕必焱撰写第六、十五、十六专题。初稿经集体讨论、

本人修订后，由主编刘歧山、副主编王洪才、靳宝兰统改定稿。

在本书编写过程中，承蒙校教务处的大力支持，中国法学会常务理事柴发邦教授给予指导；尤为可贵的是，法学界老前辈、全国人民代表大会法律委员会顾问陶希晋同志，以81岁高龄为本书题签。所有这些都给了我们极大的鼓舞，在此谨致谢忱！

本书涉及的多是当前尚有争议的问题，书中提出的一些看法只是一孔之见；有的专题还是一个提要，有待进一步阐发。谬误之处，恳请法学界同仁和广大读者指正，以教不逮。

刘歧山（齐珊）

1989年5月

目 录

一、民法的发展及其在法律体系中的地位·····	(1)
二、关于民法调整对象的再认识·····	(14)
三、民法同经济法的关系·····	(31)
四、我国的民法体系·····	(37)
五、法人制度的确立与法人的特征·····	(53)
六、合伙应当成为第三民事主体·····	(68)
七、人格和身份应是民事法律关系的客体·····	(83)
八、法律行为理论初探·····	(89)
九、代理关系中的连带责任·····	(97)
十、民事权利的概念和特征 ·····	(107)
十一、民事权利观念的历史和现状 ·····	(126)
十二、经营权辨析 ·····	(144)
十三、对所有权与经营权分离及其干扰因素的 再认识·····	(152)
十四、国有企业产权转让的法律问题 ·····	(165)
十五、股份制的若干问题 ·····	(177)
十六、私营企业的若干法律问题 ·····	(193)
十七、相邻关系的由来和特征 ·····	(206)
十八、合同与契约之异同及其归类 ·····	(213)
十九、关于科学研究成果的保护和使用 ·····	(226)
二十、科研成果转让、科技市场及科技情报的 法律保护·····	(239)
二十一、商标权及其法律保护 ·····	(249)
二十二、关于我国的人身权 ·····	(262)
二十三、关于精神损害赔偿的问题 ·····	(283)

二十四、承担民事责任的原则和条件	(297)
二十五、违法行为与损害事实之间的因果关系	(312)
二十六、关于产品责任的法律制度	(320)
二十七、民事时效制度的比较研究	(334)
二十八、我国的家庭财产制度	(344)
二十九、关于亲属关系远近的计算法	(356)
三十、关于违法婚姻的分类、预防及处理	(367)
三十一、在继承人范围和继承顺序中存在的问题	(377)
三十二、遗赠辨析	(386)
三十三、关于大陆和台湾民事案件的法律适用	(393)

一、民法的发展及其在 法律体系中的地位

(一) 民法的产生和发展

民法是统治阶级用来巩固有利于自己的生产关系的法律武器，它和其它法律一样，既不是从来就有的，也不是万古永存的，而是特定社会的经济生活条件在法律上的反映，是统治阶级为代表的国家意志的体现。马克思在《哲学的贫困》一书中明确地指出：“民法不过是所有制发展的一定阶段，即生产发展的一定阶段的表现。”^①这里所说的“一定阶段”，指的是人类社会产生了阶级，商品生产到了一定阶段，统治阶级为了调整社会经济关系，才制订民法。

民法创始于古代罗马。公元前450年古罗马的“十二铜表（标）法”中已有许多的民法条款。公元6世纪30年代，东罗马帝国皇帝查士丁尼在位时，在他的授意下组织了一班人，用了6年时间编纂了三部法律汇编，其中的《查士丁尼法典》，实际上是一部民法典。罗马法是随着奴隶制经济的发展，为调整简单商品经济关系，经过多次制订而成的。它对简单商品经济关系规定了一套较为完整的法律制度，确立了民法典的体例。由罗马法所创制的制度和体例，对于后世民事立法产生了深远的影响。

由于罗马法为资本主义经济的巩固和发展提供了现成的法律形式。因此，1789年法国资产阶级在取得政权以后，就把罗马法

^① 《马克思恩格斯全集》第4卷，第87页。

作为制订民法的依据，从而形成了所谓的罗马法系或大陆法系。法国民法典是在法国大革命后，从1800年开始在拿破仑的主持下，用了4年的时间制订的。据记载：参政院共召开过87次会议讨论民法草案，其中有35次是由拿破仑亲自主持的，后来被命名为《拿破仑法典》。这部法典从1804年3月颁布，经过多次补充修订，迄今近200年仍在实施。它直接承袭了罗马法《法学阶梯》的“三分法”体系，除总则外，分人编、财产编和取得财产的方法编。法国民法典是适应资本主义经济的发展，为调整资本主义商品经济关系而制订的，由它确立的“私有财产不可侵犯”、“当事人权利平等”和“契约自由”等项基本原则，成为资产阶级民法的精神支柱。恩格斯曾指出它是“典型的资产阶级的法典”^①它对巩固法国资产阶级的统治和促进法国资本主义经济的发展，都起了重要作用，成为各资产阶级国家制定民法典的蓝本。

1900年的德意志帝国施行的民法典，前后用了20多年时间，它是19世纪末向帝国主义阶段过渡的资产阶级编纂的规模最大的一部民法典。在体例结构上，它承袭了罗马法的《学说汇纂》，确立了“五分法”，即总则、债务关系法、物权法、亲属法和继承法五编。除此以外，德国民法典比较注重民法原理的阐发，改变法国民法典的总则仅仅包括法律的公布、效力和适用的狭小内容，第一次确立了法人、法律行为和代理等基本法律制度，使“总则”成为民法典的“灵魂”。它的体例比较完整，用词较为明确，不仅对大陆法系各国民法典的编纂起着示范作用，而且对社会主义国家民事立法也有某些借鉴之处。

社会主义社会依然存在着商品生产和商品交换。因此，主要是调整社会经济关系的民法规范在社会主义国家的法律体系中仍

^① 《马克思恩格斯全集》第21卷，第347页。

然占有它应有的地位。1922——1924年，在列宁的关怀下制订的《苏俄民法典》，是世界上第一部社会主义民法典。它体现了工人阶级和广大劳动者的意志，适应了社会主义经济建设的要求。由于社会主义制度下的商品关系和资本主义商品经济有着本质的区别，所以，《苏俄民法典》在体例上和内容上都有突破和创新。比如，在资产阶级国家的民法典中，一向把劳动关系当作商品关系，认为雇佣关系也是契约关系，而在制订《苏俄民法典》时，根据社会主义原则，把这一部分人与人之间的平等合作关系独立出来，另外制订劳动法调整社会主义制度下的劳动关系。又如，苏联的土地实行国有化，任何单位和公民不能买卖、出租或进行其它形式的转让，这同私有制国家的土地私有制根本不同，所以也另由土地法专门调整。可见，《苏俄民法典》在本质上不同于一切剥削阶级的民法典，这种从内容到体例全新的民法典，为以后社会主义各国民法的制订，再创了先例，奠定了基础。

从上述的社会经济关系和民事立法的联系，可以看出民法是随着社会商品生产的发展而产生、发展起来的。反映简单商品生产最完备的民法是罗马市民法；反映资本主义上升时期商品经济最完备的民法是法国民法典；反映垄断资本主义时期商品经济的民法是德国民法典；而《苏俄民法典》则是适应社会主义有计划的商品经济生产而制定的社会主义民法典。总之，世界各国在商品生产的不同发展阶段中，先后制订了本国的民法典或者民法规范，建立起调整社会经济关系的民事法律制度。

（二）中国民法的历史演变

我国最早的民法，可以说是《周礼》，其中已有很多的民事规范，调整春秋战国时期的婚姻家庭以及与此相联系的社会关系。但是由于当时我国正是从奴隶制向封建制的转变时期，随后长达2000年之久的封建社会长期处于自然经济状态，商品生产和商品交换很不发达，所以在我国历史上没有独立的民法。我国封

建社会最典型的法典是《唐律》。在唐律十二编的《户婚》、《杂律》中也有一些关于婚姻家庭、继承和钱债等规定，但都比较零散，而且是采用刑罚方式加以处理。

我国民法典的编纂始于清代末年。维新变法以后，聘请日本法学家松冈义正等人起草《大清民律》，宣统三年（1911年）完成草案，后因辛亥革命未能公布实施。民国成立后，北洋军阀政府，就是在这个草案的基础上加以修补实施的。国民党政府时期，借鉴于日本、瑞士等国的民法典，于1931年正式颁布了中国第一部民法典，从而结束了中国没有民法典的历史。

从中国民法典发展的历史来看，以唐律为代表的所谓“中华法系”，具有以下的基本特点：

1. 民刑不分，即民法规范和刑法规范混杂在一起；
2. 法律和道德不分，礼法并用；
3. 实体法和程序法不分；
4. 行政和司法不分，行政长官也就是法官，县令升堂办案。

上述基本特点，反映出以下几个问题：

1. 从政治上看，中国处于长期的封建专制制度，法律是为君主和贵族服务的，一切由皇帝“圣裁”，以言代法，言出法随。而司法又隶属于行政，纠纷的处理按长官的意志，毫无法制可言。

2. 从经济上看，封建社会小农经济占主导地位，男耕女织（牛郎和织女，是其象征），自给自足，商品生产很不发达，缺乏建立独立的民法制度的物质基础。

3. 从思想文化上看，儒家学派重礼轻法、重农轻商的思想长期处于统治地位。在我国过去人情大于王法，不是依法办事，而是靠权力，靠“关系”解决问题。特别表现在民事纠纷上，亲属、族长拥有极大的发言权。而君子不言利，从事商业的被贬为

“市井之徒”，贩夫走卒，社会地位低下，为人不齿。

由于上述情况，形成了“官本位”——重权轻法和“法即刑”——重刑轻民的思想传统，顽固不化，积重难返。这种社会现象和思想状态，至今仍在困扰着我们，需要花很大的力气和较长的时间，才能逐步肃清其消极影响，反非为是。

中国共产党历来重视发展社会经济事业，改善人民的物质生活条件。早在十年内战时期，工农政权就制订过许多的民事法律、法令，除婚姻法、土地法和劳动法以外，还有《合作社暂行条例》、《借贷暂行条例》等。抗日战争时期，党所领导的各个抗日根据地的人民政权，也制订过保障人民权益的民事法规，如《保障人权财产权条例》、《地权条例》、《土地租佃条例》、《劳动保护条例》和《土地典当纠纷处理原则及旧债纠纷处理原则》等等。这些民事规范不仅在当时保障和促进了人民革命事业的发展，而且在新中国成立以后，成为起草社会主义民法的重要资料。

建国以后，为了适应经济建设的需要，在总结我国革命和建设实践经验的基础上，1966年以前已经制订了近800多件民事法规。党的十一届三中全会以后，又制订和颁布了约300件民事法规；目前还有上百件正在制订之中。所有这些民事法规，都有力地保障了我国社会主义建设事业的发展，促进和巩固了整个社会的安定团结。但是，这成千件的民事法规，尤其是三中全会以前颁行的那些法律、法令和条例，条文比较简单，体例比较零散，有些法规之间还有矛盾之处，有些法规的内容随着时间的推移和形势的发展，已经失去了作用。社会主义现代化建设的新形势迫切要求制订一部完整的系统的民法典。

我国民法典的起草工作，早在1954年就开始了。全国解放以后，经过三年国民经济恢复时期，从1953年开始执行建设社会主义的第一个五年计划。为了保护和发展社会主义建设事业，客观上需要民法典。1954年，根据我国第一部宪法的精神，在全国人

大常委会办公厅的主持下，第一次起草《中华人民共和国民法》。经过调查研究，到1956年完成民法草案的征求意见稿，共五编四百三十三条，后因1957年夏季形势的变化而告中止。1962年党中央提出对国民经济的“调整、巩固、充实、提高”的八字方针，国民经济得到了比较顺利的恢复和发展，客观上又要求制订民法典，使社会经济关系纳入法制的轨道。当时，毛泽东同志先后提出：不仅刑法要，民法也要，现在是无法无天；没有法律不行，刑法、民法一定要搞，不仅要制订法律，还要编案例；我们还没有制订刑法典和民法典，经验不足，我们也要搞。在党中央的关怀下，第二次民法起草工作，从1962——1964年制订出《中华人民共和国民法草案（试拟稿）》，共三编十五章二百六十二条。但是，由于法律虚无主义思潮的影响以及后来林彪、江青反革命集团的干扰破坏，我国法制建设远远落后于形势发展的需要，民法的起草工作，两起两落，长期没有搞出来。粉碎“四人帮”以后，党的十一届三中全会决定把全国的工作中心转移到社会主义现代化建设上来，提出加强社会主义法制建设。1979年11月，在全国人大常委会法制委员会的直接领导下，开始了第三次民法起草的工作，历时近三年，于1982年完成《中华人民共和国民法草案（第四稿）》，共八编四百六十五条。

我国的社会主义经济，是在生产资料公有制基础上的有计划的商品经济，存在着多层次的多种经济形式相辅相成的结构，社会的生产建设，供产销运和人民生活的生老病死，衣食住行，都要通过商品交换才能实现。客观现实要求运用法律规范来调整生产和生活方面的经济关系，使之能够有条不紊地按照国家计划和人们意愿发展。这就是民法必然颁行的客观基础。

（三）民法在法律体系中的地位

我国民法是我国社会主义法律体系中的一个独立的法律部门，它是仅次于宪法的二级大法。在宪法的指导下，我国的法律

体系基本上可以分为三大部分：第一部分是行政法规，如行政法、行政诉讼法以及各种具体的行政法规（如《治安管理处罚条例》）等；第二部分是民事法规，如《民法通则》、婚姻法、继承法以及各种合同法、民事诉讼法等；第三部分是刑事法规，如刑法、刑事诉讼法以及各种单行的刑事规范（如《惩治军人违反职责罪暂行条例》）等。对于广大人民群众来说，经常接触到的主要是民法和刑法。民刑二法是宪法这个“母法”生出的“孪生兄弟”。在民法和刑法等基本原则指导下，又有各自的单行法律和其他法规。

法律体系中的各种法规，虽然为数众多，但有脉络可寻，它们之间是根—干—枝的关系。整个法律体系宛如一株枝叶繁茂的参天大树。所谓“根”，就是我国的根本大法——宪法。在宪法的“根”上产生出“干”，这就是民法、刑法和行政法。在民法和刑法这些“干”上又生出许多具体的法规，这就是“枝”。

宪法是规定国家的根本制度，即国家的政治制度、经济制度以及公民的基本权利和义务等国家最重大的问题的根本法，是长治久安、富国利民的总章程。刑法是在宪法指导下，采用刑罚手段同反革命活动和其它刑事犯罪活动作斗争，保护宪法的贯彻实施，保卫社会主义制度、人民民主政权和人民群众的民主权利。而民法作为上层建筑，是直接反映社会经济关系的，民法之与经济关系，如池映月，似影随形。它通过调整横向的经济关系和人身关系，发展社会主义经济，巩固安定团结，改善人民的物质文化生活。从根本上说，民法作为调整手段，它是处理人民内部的生产和生活问题的基本法律。

由此可知，民法在法律体系中同行政法、刑法一样，处于二级大法的重要地位。其特点是：

1. 从法律体系上看，民法是基本法律。所谓基本法律，不是关于一时一事的法规，而是体现党和国家在相当长的时期内有

关整个民事方面的方针、政策的法律。

2. 从阶级属性上看，我国民法是公法，而非私法。从罗马法以来，一向把民法视为“私法”，认为它是处理私人之间的事，当事人如不提起诉讼，国家即不干预。我国是人民民主专政的社会主义国家，我国的经济活动主要不是在公民个人之间进行，而大量的的是作为法人的社会主义组织之间以及社会主义组织和公民之间的经济往来。所以社会主义社会的经济关系攸关国计民生，不能等闲视之，国家检察机关不仅监督刑事问题，也要监督某些经济活动。列宁早在制订《苏俄民法典》时就明确指出：“我们不承认任何‘私法’，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不属于私法范围。”^①从那时起，社会主义民法就摆脱了资产阶级法学理论的困扰，成为新型的民法。

3. 从民法的作用上看，民法是实体法，它和程序法相对称。民法规定的是财产关系和人身关系的实际内容，而程序法如民事诉讼法所规定的则是如何正确处理民事纠纷的法律程序。二者之间是犹如精密的机床和技术操作规程一样紧密配合的关系。

4. 从适用范围上看，民法是国内法。就是说，它只在本国的领域内发生法律效力。在时间上，民法从实施之日生效，一般并无溯及力。在空间上，我国民法只能适用于中国领域内所发生的权益纠纷。在主体上，中国公民和法人以及外国人，无国籍人和经过我国认可的外国法人在中国领域所发生的民事纠纷，都要依据中国民法和民事诉讼法给予处理。

总之，我国民法在社会主义法律体系中拥有很高的权威性，具有仅次于宪法的法律效力，居于四大基本法律（民法、民事诉讼法；刑法、刑事诉讼法）之首。它主要是调整平等主体之间的财产关系即横向经济关系，以适应社会主义现代化建设事业发展

^① 《列宁全集》第36卷，第587页。

的需要，保障公民、法人的合法的民事权益。

（四）民法通则的中国特色

1979—1982年第三次起草民法，虽然完成了第四稿，送交审议。但是由于民法典包括的内容比较广泛，情况十分复杂，而当时经济体制的改革刚在起步，缺乏足够的经验，立即颁行民法典的条件尚不成熟。从我国的实际出发，只能首先把那些急需的、较为成熟的部分，先以单行法的形式公布实施，以待条件具备再颁行完备系统的民法典。几年来，先后颁行了婚姻法（1980年9月10日）、经济合同法（1981年12月13日）、商标法（1982年8月23日）、专利法（1984年3月12日）、涉外经济合同法（1985年3月21日）、继承法（1985年4月10日）等一批民事的或者与调整民事关系有关的法律。但是，对于民事活动中的一些共同性的问题还缺乏法律规范。同时，随着改革开放政策的深化，民事活动日趋频繁，民事纠纷大量增加，客观形势要求制订共同遵循的民事规范，以使民事活动有法可循，调整民事关系有法可依。

为此，立法机关从1983年开始进行民法通则（当时叫《民法总则》）起草的准备工作，先后到全国各省、市、自治区进行调查，广泛地征求意见。特别是对经济体制改革后出现的新情况新问题，作了反复的调查研究，认为制订一部共同遵行的民事规范的条件，已经基本成熟。首先，1984年中共中央关于经济体制改革的决定，为制定民法通则奠定了理论基础。在此基础上我国确立了对外开放，对内搞活的方针，提出了对旧的体制实行改革的任任务，有力地推动了社会商品经济的发展，广大城乡出现了多层次、多样化的经济实体。其次，在简政放权，政企分开以后，国营企业扩大了自主权，增强了活力，正向自主经营、自负盈亏的商品生产者和经营者过渡。再次，国家在计划体制，财政体制，价格体制和物资管理体制等方面，都进行了一系列的改革，积累了实践经验，为企业的经济活动提供了良好的外部条件，新的市场

机制正在形成。最后，经济特区和沿海城市的开放，极大地发展了涉外民事关系，客观上也要求尽快地完善民事规范，以适应新的经济形势。

根据上述基本情况，1985年7月在全国人大常委会法律工作委员会的主持下，以民法草案第四稿作为基础，开始起草《中华人民共和国民法通则》。民法通则的草案，经过全国人大常委会第十三次会议初步审议后，当年12月又在“民法通则座谈会”上经由180多位专家学者和有关部门负责人的深入讨论，进行了较大的增补修订，使诸如发展有计划的商品经济、发展企业之间的横向经济关系、所有权与经营权的适当分离、实行政企分开、扩大企业自主权、在社会主义公有制基础上实行多种经济形式以及人与人之间的社会生活关系等，都在条文中得到了体现。1986年4月，民法通则草案提交第六届全国人民代表大会第四次会议审议通过，并从1987年1月1日起实施。

《中华人民共和国民法通则》的颁行，是完善我国法制的重大一步，标志着民法的春天已经到来。党的十一届三中全会以来，我国有了新宪法，颁行了刑法和刑事诉讼法，试行了民事诉讼法。但是作为四大基本法律之首的民法，却是只听楼梯响，不见人下来。这种局面，是法制不健全的明显表现，国内外对此多有评议。民法通则颁行了，就填补了这项立法空白，从而形成了“根”（宪法）——“干”（民法等基本法律）——“枝”（单行的法规）系统完整的结构形态，基本上健全了社会主义法律体系。

从民法本身的体系而言，我国近几年来相继颁行的一批单行法律以及各种条例和细则，由于没有民法作为指导，形成各自为政，“群龙无首”的局面。现在民法通则象一条红线，把上百件法规依次联结在一起，初步构成民法的科学体系。当然，随着经济体制改革的深化和实践经验的积累，还必须在条件成熟的时候，在民法通则和众多的单行法规的基础上总结提高，制订出体

例周密严谨、内容齐备实用的民法典。这是摆在立法机关面前的一项艰巨而伟大的工程，是举世翘首以待的大事。

民法通则是根据我国宪法精神，总结民事活动实践经验而制订的，具有鲜明的中国特色。主要表现在下列五个方面：

1. 以马克思主义理论为指导，紧密结合中国实际，突破传统的民法体例，在内容上多有创新。民法通则既不同于传统的民法总则，也不是完备的民法典，而是以民法的基本原理原则为中心，囊括了民法的基本制度和主要内容，为民事活动提供了共同遵循的法律规范，使实施的民事法律“群龙有首”。实质上，民法通则是民法典的“浓缩本”，在当前起着民法典应有的作用。第一章“基本原则”的规定，既体现了民事立法的指导思想，也是公民和法人进行民事活动的行为规范、又是司法机关处理民事纠纷的基本准则。有了社会主义民法的基本原则，可以弥补条文较少、内容简略之不足，保证民事活动在国家计划指导下，能有条不紊地进行，坚持社会主义大方向。

2. 保护社会主义公有制，实行宏观控制、微观搞活的方针，促进经济体制改革向纵深发展。民法通则第七十三条重申“国家财产属于全民所有”、“国家财产神圣不可侵犯”的宪法原则；第五十八条强调“经济合同违反国家指令性计划的”归于无效等项规定。在“法人”一章，第一次确立了我国的法人制度，有针对性地规定了法人应当具备的条件，正确调整供、产、销、运诸环节的关系，把法人主要是企业法人的经济活动纳入正常发展的轨道，从而保护了社会主义公有制和法人的自身利益。在“七五”计划期间，民法通则依据市场机制适应经济的自然流向，规定了各种联合经营的法律形式，这对于加强横向经济联系将起到更大的促进作用。

3. 保护公民、法人的民事权益，体现人民当家作主的社会主义本质。民法通则集中专章规定了“民事权利”，具有范围上