

民商法律评论

(第一卷)

主摇摇编摇江摇平摇杨振山

执行主编摇何培华

中国方正出版社

民商法律评论

(第一卷)

主 编 江 平 杨振山

执行主编 何培华

执行编委 何培华 刘 锐

胡鹏翔 郝 磊

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法律评论 (第一卷) 江平、杨振山主编 北京：中国方正出版社，2004

陈景华苑 中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 000000 号

I 民商… II 江… 杨… III 民商法 原研究 原文集
IV 民商法 原研究

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 000000 号

民商法律评论 (第一卷)

江平 杨振山 主编

责任编辑：胡 驰

出版发行：中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 2 号 邮编：100029)

发行部：(010) 66561666 门市部：(010) 66561666

编辑部：(010) 66561666 出版部：(010) 66561666

网址：http://www.cnpp.com.cn

经销：新华书店

印刷：北京昌平长城印刷厂

开本：787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张：10

字数：200 千字

版次：2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

陈景华苑 中国版本图书馆 CIP 数据核字

定价：10.00 元

(本书如有印装质量问题，请与本社出版部联系退换)

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

序摇一

中国政法大学获得了法学一级学科的博士学位授予权。这就意味着，法学领域内所有学科它都可以招收博士生，授予博士学位。这是中政大在学术领域内的一个重大飞跃。在博士生招生数量上也在大幅度增加，~~1994年~~民商法博士生招生数量已达到 ~~100人~~（国内博士生招收 ~~100人~~）。

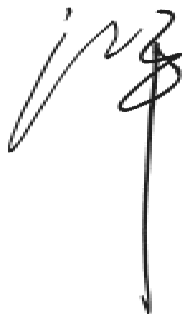
研究生教育突飞发展给人们带来欣喜，也给人们带来忧虑。欣喜的是：我国高素质人才培养速度之加快；忧虑的是：这样的高速度是否会造成质量的下降。有人说，硕士研究生已经贬值了，用不了多久，博士生也将大幅度贬值。这种忧虑是现实的。但我们不能仅以招生数量增长快就必然得出质量下降的结论。关键在于是否具备了培养博士生的学术队伍以及是否严格以博士生的条件培养博士生。如果以成果来衡量的话，那就是他们的博士论文和著述是否具有较高的学术水平。

博士生在校期间应当写出一定数量的学年论文，应当在报刊上发表文章，这是表现自己科研能力所必须做到的。博士生必须勤于动笔、勤于思考、勤于研究、勤于著述，否则就不是一个合格的博士研究生。

呈现在读者面前的这本评论就是中国政法大学在校民商法博士生研究的部分成果。这些论文还不是他们的博士论文。这些论文所涉及的领域是多方面的，有一些是民商法研究的空白。论文不仅有理论上的，也有实务上的，也有个案或法律各条之专门研究。我认为是颇有水平的。

每当我翻读博士生的博士论文或其他论述时，我心中总是有很多的感慨。第一个感想是：青出于蓝而胜于蓝终究是历史规律，年轻学

者是在他前人研究的成果基础上再作研究的，他们理当比以前的研究成果更新、更深。无论是从事教学研究的或是法官、律师，不扩大、更新自己的知识，不提高自己的理论、实践能力，肯定是要被新一代的人所淘汰的。第二个感想是：法学专业的本科生、硕士、博士研究生确实集中了不少文科青年中之精英。他们的能量是很大的，他们的能力是很强的，数量又是可观的。中国法治建设的希望，中国法学研究的希望就在他们身上。我们绝不要在法学研究上轻视自己，迷信外国。按照现今的博士生培养的数量和质量发展下去，在十年以后，我们会有一批具有高水平、不亚于先进国家和地区的法学专著、教材和论文出现。

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

圆 圆 圆 年 愿 月 圆 圆 日

序 二

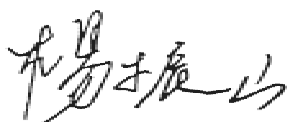
评论第一卷除收录江平教授和我的二篇论文外，主要是我校民商法博士研究生的一部分研究成果。其内容涉及我国民法典的制定、民事主体制度、物权制度、合同制度、侵权责任制度、公司制度、证券制度、信托制度中的一些前沿和重大的理论与实践问题。从一个方面展示了民商法博士研究生刻苦学习和开展学术研究的精神风貌。

我们在民商法博士研究生的教学中，一贯倡导博士生进行独立思考，培养独立进行科学研究综合能力；一贯倡导博士生要善于调查研究，提高发现问题的洞察力；一贯倡导博士生要博学，提高比较研究的鉴别力；一贯倡导博士生要掌握“伤其十指不如断其一指”的战略思想，力争在一个问题上运用综合实力进行突破性研究，提高科学研究解决问题的穿透力。从本书所载的科学研究成果中，我们欣喜地看到，博士生们正在努力地实践着我们的教学宗旨。

目前，我国以制定民法典为中心的民商法制建设已进入了一个新的历史时期，改革与发展呼唤着我国民商法制的完善，使之真正成为社会主义法制的支点。民商法学界乃至整个法学界对此都予以极大的关切，投入了巨大的劳动，出了大量的研究成果。但我们也必须清醒地看到，现代我国民商法的理论研究也只有 30 余年的历史，从总体上来说，仍处于初级阶段，而且基本上仍处于引进阶段，建构我国的民商法理论体系的任务仍很艰巨，培养出一批我国一流的民商法学家，在此基础上培养出世界级的民商法学家，是法学教育特别是民商法学教育的历史性任务。我们期望能从一点一滴做起，为此历史任务的实现做出自己微薄的努力。

从本书收录的科研成果来看，博士生们既尊重前人或他人的研究成果，又根据时代和国情的要求提出自己的见解；既能把问题提到一

定的理论高度，又能结合实际提出一些解决问题的方案。他们是在学习中研究，在研究中成长，他们的很多看法，颇具重要性，对立法、司法和法学研究具有重要的参考价值。在本评论出版之际，作为他们的老师，对他们抱着深切的希望，聊表心意，是为序。



國曆年 月 日于北京

[民法典专论]

制订一部开放型的民法典

江摇平^{* 1}

摘要：我们应当制订一部开放型的民法典，而不是封闭型的民法典。民法典如果成为一个封闭体系就充满着危险，因为社会经济生活是非常活跃的，它不应当受法律的束缚和阻碍，法律应当给它更大的未来空间和余地。一部开放型的民法典应当有四个方面的特点：主体地位和资格的开放应是整个民法典成为开放型的基础；民事权利的开放应是一部开放型民法典的灵魂；民法典中行为的开放自由应是开放型民法典的主线；有关民事责任方面法律规定的开放，实质上是给予权利人权利救济手段多样化的问题。

民法典已经正式提交全国人大常委会讨论审议。这样，民法典草案就正式登上立法舞台，引起了全社会的普遍关注。在民法典起草过程中，有些学者专家是不赞成制订一部庞大的民法典的，他们反对的理由无非是担心越庞大越无所不包的民法典越容易成为一部封闭型的民法典，阻碍社会经济的发展，以单行法形式来规制社会经济生活可以避免这一缺陷。今天，民法典已经正式提交最高立法机构，民法典的制订已是势在必行，但反对者的上述担忧仍是我们必须认真思考

* 作者简介：江平（~~江平~~江摇），男，浙江省宁波市人，中国政法大学终身教授，博士生导师，“民法起草工作小组”负责人。

的，我们究竟要制订一部开放型的还是封闭型的民法典？

1804年前拿破仑制订民法典时就想制订一部能够包含当时以至今后能预见到的一切民事生活的法典。应当承认，大陆法系法典化的做法是有这个因素或这个危险的。刑法典就是无所不包的封闭体系，任何人不能超出法典范围被治罪；诉讼法典也是这样，不能越法定程序的雷池一步。但民法典如果成为一个封闭体系就充满着危险，因为社会经济生活是非常活跃的，它不应当受法律的束缚和阻碍，法律应当给它更大的未来空间和余地。英美法在这一点上是更为可取的，它从现实生活中出现的问题出发，永远有不断更新的判例来肯定社会经济生活的新变化。从这个意义上说，我们应当制订一部开放型的民法典，而不是封闭型的民法典。那么，一部开放型的民法典应当有哪些特点呢？我认为应当表现为下面四个方面：

—

主体地位和资格的开放应是整个民法典成为开放型的基础。从德国民法典制订至今的一百年左右的发展，充分说明了将民事主体资格仅限于自然人与法人的不足。我国《民法通则》起草时就有第三主体的争论，《民法通则》通过后 15 年的历史也证明了主体资格开放是必要的。

如果说德国民法典乃至我国《民法通则》制定时所说的非法人团体主要是指合伙企业的话，那么，今天现实生活中的非法人团体的存在及其范围的延伸就要广泛得多。

企业是经济生活的主体，任何企业都享有民事权利并承担相应民事义务，但企业作为一个组织存在，并不都具有法人资格。个人独资企业法中的个人独资企业不是法人，但也不是自然人，个人独资企业的名称权绝不等于企业出资人的姓名权；个人独资企业的商誉权、信用权也绝不等于自然人的名誉权，那么个人独资企业究竟具备不具备民事主体的资格呢？现实生活中是存在的，而立法却又不承认它，岂不荒谬！

非法人团体在民事诉讼法中已经被承认了独立的诉讼主体地位、享有诉权。但诉权是由于实体权利受到侵犯后才能享有的。没有实体权利，哪里来的诉讼权利？诉讼法中的有独立请求权的第三人既然可

以是非法人团体，那么，它享有的独立请求权是不是就是独立的民事权利？诉讼法承认其主体资格和独立权利，而实体法却又不承认其主体资格和独立的民事权利，岂不荒谬！

合同法中已经承认了非法人团体可以成为订立合同的主体，亦即债权的主体，在现实生活中也已有大量的实践。这既未对经济生活带来任何危害，也未给法律的适用带来任何困难，而且民法典草案还把合同法一字未动地纳入民法典中。既然在合同法中可以是民事主体，为什么在物权法中就不能呢？买卖合同、租赁合同、物业管理合同中没有独立的物权，怎么能够订立处分其财产的合同呢？现今发生争议甚多的物业管理合同的主体是谁呢？一方是业主委员会（在物权法中称为建筑物区分所有权人委员会），业主委员会的法律地位是什么呢？它既不是法人，也非自然人！合同法中承认非法人团体的主体地位，而物权法不承认，这就等于说法律承认非法人团体只能享有债权（著作权法中还承认可以享有著作权）但不能享有任何形式的物权，岂不荒谬！

民法典将原来的《民法通则》分解后，另立了总则。顾名思义，总则是将分则中的共同规则和原则加以概括和归纳，总则和分则是不应相互矛盾的。物权、债权（合同债权）都属于分则，都属于具体的权利形态，而如今总则中只规定了两种民事权利主体：自然人和法人；而在合同法中却又规定了三种民事主体：自然人、法人、其他组织，岂不荒谬！

1999年前的德国民法典考虑到现实生活的需要，还在“法人”部分中提到“无权利能力的社团”以防止僵化，而1999年后我们的民法典不但没有前进一步，将非法人团体作为独立的“第三主体”加以规定，反而退后一步，在总则中连“非法人团体”字眼也不出现，地位也概不承认，岂不大大落后于现实生活！这种全封闭式的规定只能束缚社会经济生活的发展，是一种僵化、保守的倾向。

二

民事权利的开放应是一部开放型民法典的灵魂。既然民法典是一部规制民事权利的法典，那么民法典就应当尽可能完整地、全面地规定民事权利。但是，要在一部民法典内规定一切民事权利，是很难作

到的。就拿我们推崇的法国民法典、德国民法典来说，它就没有规定一切民事权利，它几乎没有规定人格权。我们显然不能以西方国家民法典没有规定人格权，就武断地批评它不重视人权，说它不是“人文本位”而是“物文主义”。同样，我们也不能仅仅以我们的民法典单独设立人格权编就炫耀我们比他们更重视人权，更多注意“人文关怀”。社会经济生活发展得如此迅速，我们自己都难预料若干年后还会有哪些新的民事权利出现。因此，权利的规定不宜封闭，而应开放！

从目前民法典的体例看，已经不是原先设想的编纂型的，而是属于编纂加汇编型的了。总则中加了专门一章对于民事权利作了概括性的规定。但民事权利究竟是法定主义，还是非法定主义？总则中《民事权利》一章中规定的民事权利是穷尽的，还是未穷尽的？在这一章中未规定的民事权利究竟是法律加以认可保护的，还是不认可也不保护的？都没有说清楚。

民法调整的人身关系中只规定了人格权，身份权不见了。亲属关系中有身份权，知识产权中有身份权，但它们并不能涵盖所有的身份关系和身份权。应该承认，身份权是整个民事权利中范围最广、内容飘忽不定、研究最少的一个领域。国外民法典中已有的社员权（或成员权），因为我们民法典草案中没有社团法人概念，也就因此不存在了。但基于成员关系而形成的权利，不仅会在集体所有制中存在，也不仅在公司法中表现为股东权利形式存在，它还会在众多的其他企业（如合作社）或社会团体中存在，缺少成员权这种身份权是一个很大的漏洞。有的学者还提出了存在一些特殊身份的身份权（也有学者视为特殊群体的特殊人格权），例如消费者所享有的特别权利，残疾人所享有的权利，当然它们无需在民法典中详细规定，而是在特别法有专门规定。但如果民法典的民事权利是封闭型、穷尽型的，这些权利的合法性就会受到质疑。知识产权已不在民法典的具体编中规定，而只是笼统地在总则的“民事权利”中加以规定，为什么上述这些身份权就连一般规定也没有呢？

民法典起草的一个原则就是民商合一，但很遗憾的是民法典草案中极少能见到商法的规定，有时连影子也见不到。谁都承认离开民事权利，就没有独立的商事权利，商事权利是寓于民事权利之中的。但我们也应当承认，民事权利不能涵盖全部商事权利。既然是民商合

一，就应当涵盖一般民事权利不能涵盖的商事权利。股东的权利（股权）就是商法中独有的一种权利，它既有财产权，又有人身权，它既不属于物权，也不属于债权，更不属于知识产权。公司法中股权的内容已经有了明确的规定，民法典中不必再作规定，这可以是一个理由；股份不是一种原权，它是股东以物权、知识产权，甚至一定意义上的债权作为出资后形成的权利，是一种派生的权利，这可以是另一个理由，但它仍不失为一种重要的民事权利。再以商业账簿为例，它在企业中的作用越来越重要，企业对其商业账簿究竟享有多大的权利，是什么样的权利，在民商事基本法中都无规定。我之所以要提这些，并不是非要在民法典中都加以规定，而是要着重说明，民法典中规定民事权利时绝不能是封闭型的、穷尽型的，要给民事权利以空间，要留有余地。现实生活的空间要比立法的空间不知大出多少倍！

物权法立法时就确定了物权法定主义原则，立法中表述的语言稍为含蓄些，用“物权的种类及其内容，由本法或者其他有关物权的法律规定”这种表述，而不是用更强烈的表述方式，如“未经法律规定，任何人不得创设物权”。我是赞成物权法定主义的，但物权法定主义也应有一个前提，即法律对现有或将产生的物权种类及其内容都全部包容在内，否则，物权法定主义就会是历史的倒退，而不是历史的前进！就以担保法为例，当初担保法就没有写物权法定主义，而事实证明没有写是正确的。因为担保法中没有写“按揭”，而现实中已大量出现了按揭，如果写上物权法定主义，岂不一切按揭都变成非法的了么！如果把按揭写进去了，是不是写上物权法定主义就高枕无忧了呢？我看未必！在抵押中有“最高额抵押权”，而在质押权中并无规定，实行物权法定主义后，最高额质押权就成为非法的了！浮动抵押也没规定，也将成为非法。这不是自己在束缚自己的手脚吗？立法者并不高明到能穷尽一切物权的地步！

担保法如此，用益物权更是如此，我国的用益物权形式是相当多的。在《合同法》起草时会争论企业经营管理权合同是否属于物权合同（类似承包经营权），物权法起草时也争论过承包经营权的性质。对于土地承包经营权大家都承认属于物权，而对于企业承包经营权有的认为是物权，有的认为是债权，在物权法中最终未规定。这里至少可以肯定的一点是，物权和债权有时很难划分。企业本身作为客体，既包含动产、不动产的物权，也包含其他财产权，但企业作为整

体对其财产是享有占有、使用、收益、处分（或一定的处分）权，那为什么不能说企业对它的财产或享有所有权，或享有经营管理权，也属于一种物权。这种物权也能流转，也可以将其经营管理权转让。现实生活中许多大饭店、宾馆交由国际或国内著名的集团经营管理，这种企业的经营管理权是不是物权？就以在我国存在很长时间的企业承包经营权来说，如果否认其物权性质就有点说不过去了。我们可以不在民法典中规定，但不能说它不是物权！如果规定物权法定主义，是不是意味着要把这一切都排除在物权之外，或认定它为非法的物权呢？

三

民法典中行为的开放自由应是开放型民法典的主线。民法典可以定位为一部保护民事权利的法典，也可以定位为一部规范民事活动的法典。民事权利和民事活动是民法典的两个不可分割的内容。民事权利在民事活动中得到体现、得到保护；民事活动是民事权利得以实现的舞台。二者是相辅相成的。民法典在规范民事活动时可以有两种指导思想；一是以防范私权利在民事活动中的消极作用为主的立法考虑；一是以调动私权利在民事活动中的积极作用为主的立法考虑。二者并不矛盾，立法者可能两种考虑都兼顾，但以哪种考虑为主呢？这确实值得我们思考。以防范、限制为主的立法思想必然会产生一部封闭型的民法典；以自由、开放为主的立法思想必然会产生一部开放型的民法典。

1999年前制订《民法通则》时就曾经有学者提出，我们的立法对民事活动究竟采取何种原则：是法律没有规定的都不允许，还是法律没有禁止的都是许可的。一句话，对民事活动是采取法定主义，还是非法定主义。《合同法》是民事活动法律中最重要的一部，《合同法》采取的是非法定主义，已经没有什么争议了。谁也不会说只有《合同法》中所规定的合同种类以及其他法律规定了的有名合同才是合法的、允许的，任何其他法律没有规定的均是不合法的、禁止的。世界各国存在大量无名合同，只要这些合同不违反国家禁止性规定的，都应当认为是允许的、合法的。这个精神在合同法中有，但写得不是很明确。1999年北京市人民代表大会通过了《中关村科技园区条

例》，其中许多立法技术乃至立法原则有明显的突破。例如该条例在第一章总则中明确规定：“组织和个人在中关村科技园可以从事法律、法规和规章没有明文禁止的活动，但损害社会公共利益、扰乱社会经济秩序、违反社会公德的行为除外。”这里已经看到了民法中“法无禁止即合法”的原则。其实该条例这一规定中的但书并无必要，我国《民法通则》已经规定了“损害社会公共利益、扰乱社会经济秩序、违反社会公德的行为”是法律禁止的。如果说过去民事立法尚不完善，仍有许多空白，我们仍有必要担心“法律没有禁止的都是合法的”这一原则是否会造成失控，那么，今天在制定系统的民法典时则可以不必担心了。一是因为民法典已经消除了民事法律的大空白；二是在民法典总则中对民事权利的行使和民事活动的合法违法界限已经有了上述明确规定，不必担心民法典是否会保护那些利用私权从事非法民事活动者。确定“法无禁止的即合法”原则，对我国参加 宰 后外商对其投资行为、交易行为的合法性认知，对我国民营企业对其市场经营活动合法性的认知，都是一个定心丸，是开放型民法典的一个重要标志。

民事活动领域中强制性规范和任意性规范的关系是民法典究竟属开放型还是封闭型的另一重要标志。民事活动需要规制，但过度规制就会适得其反，影响社会经济生活的发展，这是民法典立法应当慎重考虑的一个问题。民事活动的立法（包括合同法）如果规定很详细，又都属于强制性规范，这无异于国家在给当事人订合同，无异于限制和扼杀民事活动。所以，在民事活动中应该要有更多的任意性规范。究竟在民事活动中哪些应当是强制性规范，哪些应当是任意性规范，这是立法者的考虑。但可以肯定的是，趋于保守和僵化时，会希望制订更多强制性规范；趋于开放和宽松时，会希望制订更多任意性规范。

从立法技术角度来看，强制性规范和任意性规范如何表述，也有不同的看法：有人主张“法无强制性规定时应认定为任意性的”；也有人主张“法无任意性规定时应认定为强制性的”。我国民事立法从来对此没有明确的规定。有人说，我国民事立法是采取“有强制性规定的，为强制性规范；有任意性规定的，为任意性规范。”但仍有大量的条款没有“应当”、“可以”、“当事人另有约定的除外”等文字时，究竟如何认定其性质呢？举《合同法》为例，《合同法》第 118 条规定：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖

人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”显然，这是任意性规范。该法第 531 条规定：“标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。”这里没有“当事人另有约定的除外”这一但书，那么它是强制性规范还是任意性规范呢？按字面来看应当是强制性规范，但于法理来看，应是任意性规范。买卖合同中标的物孳息归谁所有完全可以由当事人自己去定，国家管这么宽干什么！还有些条款似乎是“中性”的，看不出是强制性规范还是任意性规范，如公司法第 133 条规定：“有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人”，那么，公司董事会成员超过 5 人究竟是合法还是违法呢？该条文属强制性时，超过 5 人为违法，属任意性时则为合法。这种例子不胜枚举，该到了由立法统一解释或统一规范而不要再由学者去各自解释的时候了！我认为，一部成熟的民法典对民事活动应当确立“强制性规范应有明文规定，强制性规范以外的应作任意性规范解释”的原则。只有这样，才能使我国民法典成为一部开放型的民法典。

四

有关民事责任方面法律规定的开放性，实质上是给予权利人权利救济手段多样化的问题。《民法通则》将“民事责任”单列一章，并将违约责任、侵权责任均归入这一章内，颇具中国民事立法的创意。新的民法典草案中将违约责任、侵权责任均独立出来，违约责任放在合同法中，侵权责任独立成篇，加大其内容，加重其地位，是完全必要的。为了使民事责任的规定不局限于违约责任、侵权责任，又在总则篇中单独列“民事责任”一章，并将有关民事责任的共同性内容加以规定，这样的体系设置无疑具有避免有关民事责任的规定趋于僵化封闭的担心的优点。

但是，民事责任与权利救济并不是同一概念，虽然二者内容有许多相同点。民事责任是对不履行义务以及侵犯他人权利的人所规定的责任，而权利救济是对权利人权利受侵犯时的保护和救济。有些情况下，对侵犯他人权利的人施以法律责任并不足以构成对权利人的保护。民法典草案总则中民事责任一章就足以反映这种情况，该章在完全重述《民法通则》的十种民事责任方式外，又添加了对抽逃资金，

隐藏、转移财产等行为拒不履行发生效力的法律文书的，法院可以采取必要措施限制其高消费等行为。这一规定无疑是正确的，是从审判实践中提升出来的，限制高消费绝不是民事责任，但却是对权利受到侵害的人的一种救济手段。这种法院发布的禁止令、限制令、强制令在英美法中是权利救济手段中重要的一类，而我们只有十种民事责任方式，显然不够。再如在公司法中，一些股东违法召开临时股东会侵犯其他股东利益时，法院可以发布禁令，禁止其召开，这也不是民事责任。股东享有对公司经营的知情权，知情权受到侵犯后，法院可以命令公司将经营状况告知股东，这也不是民事责任。这种状况甚多，不能一一列举，尤其是在公司管理发生纷争时，我们缺少一些权利救济手段。因此，将民法典中的民事责任改为民事权利救济（或救助）甚为必要，这将会大大增加民事权利保护手段的开放性。

自力救助在民法典中是否规定，始终是一个争论的问题。应该承认，自力救助在任何社会里都是现实存在的现象。而问题在于，法律究竟写不写，如何写？正当防卫在各国民法典中都规定了。其实，正当防卫不仅仅是一个免除责任的抗辩事由，它同时也是一种自力救济手段。即为了免除自己遭受损害的一种不借助公力救助的救济手段。如果说，正当防卫主要是从保护生命、身体等权利的角度出发，那么自力救助更多是从财产角度出发。民法典婚姻法第五章名称为“救助措施与法律责任”。当然，其中的救助还不是自力救助，而是公力救助、社会救助，但我们不妨进一步思考一下，当弱勢的配偶被另一方遗弃时，她（他）为何不能享有自力救助的权利，将属于另一方的财产扣下以求生活保障，为何一定要等对方拿走后再告到法院去要。家庭的暴力和遗弃是两大问题，前者涉及人身权利，后者涉及财产权利，为什么在对方实施暴力时正当防卫是合法的，而在遗弃时却不能自力救济呢？！在现实生活中已离异的父母去探望子女的权利在大多数情况下是靠自力救济实现的。法院只不过是确认有探望权而已，法院是无法或很难强制执行“探望权”的！在民法典起草过程中，人们都认识到，自力救助也有危险的一面，尤其在法制观念薄弱的群体中，自力救助会导致引发暴力行为、越轨行为甚至犯罪行为。要对自力救济加以规定也必须极其慎重，要可行，要周延。但从权利人权利救济手段的多样性来看，规定比不规定为好。开这一个口子至少表明权利人权利救济手段更多了，更开放了！

民法典制定中的几个重大问题

杨振山^{* 1}

摘要：目前所进行的新中国成立后的第四次民法典制订意义重大。在制订民法典的过程中，要合理解决立法的依据问题，其中最为重要的是国情的调查研究和法律规范移植的理论研究；要合理解决民法典立法的指导思想问题，用立法扩大私权的空间；要合理解决法典内部的逻辑和谐问题，在创新理论的指导下，创新体系和创新制度。

当前，我国正在制定民法典，全国人大常委会已就全国人大法制工作委员会提交的民法草案进行了一次讨论。新中国成立后，这算是第四次民法典起草工作。1954年、1957年、1962年、1979年、1984年所进行的三次民法典起草工作，均因条件不成熟而中途停止。我们希望这次民法典的起草工作能有一个良好的结果，诞生一部 21 世纪的适应中国国情、符合世界潮流的新型民法典。

民法典被誉为人民自由的圣经，它的制定对于我们这样一个长期浸染于官僚体制、忽视民法作用、甚至不知民法为何物的社会来说，其现实意义和历史意义至为重要。民法作为我国社会主义现代法治的支点，关系着我们国家、民族和人民的“千秋伟业”。改革开放的强大动力推动着中国的历史车轮向着社会主义现代化的目标飞速前进。我们的国家正处在 缘千年历史发展的转折点，正处在新中国成立后数十年历史发展的转折点。盛世的到来是大势所趋、人心所向。盛世呼唤盛典，盛典成就盛世。为使我国民法典成为一部伟大的法典，使其立足于人民的共识而获得旺盛和持久的生命力，成为活在人民心中的法典，在制定我国民法典的过程中，以下几个重大问题应予以合理解

^{*} 作者简介：杨振山（1954—），男，河南省新野县人，中国政法大学罗马法研究中心主任，教授，博士生导师。