



专题研究

略谈民法典起草中的几个问题

● 文 / 江平

我国民法典编纂所涉及的最根本问题便是民法总则。近来，我国民法学界针对民法总则产生了四大争论，分别是民商关系如何处理、人格权如何定位、法人应当如何分类以及如何定义法律行为。

我国民法典起草所涉及的最根本问题是民法总则问题。近来，民法学界中关于民法总则争论较大的有四个问题：一是民法和商法的关系如何处理；二是民法和人格权的关系；三是法人究竟该如何分类；四是如何定义法律行为。实际上，民法典编纂的其他问题都比较容易解决，只有这四个问题分歧较大，以下分别述之。

民法与商法的关系

传统民法很少反映商法的原则，因此，在民法与商法的关系上，应该凸显出民商合一之后民法包容商法的重要性。具体说来，有三种形式：一是在民法总则中设定较多反映商法的规律条文，这是最理想的做法，也反映了民商融合的趋势。民法不可能既大又全，民法既要包涵商法的内容，又不能完全涵盖商法体系，所以只能在民法总则中把商法某些基本原则反映出来，其余内容交给商法来规范。但

就我国目前的民法典草案稿件来说，还尚未能够充分反映商法的基本原则；第二种形式是当前商法学界所主张的制定商法通则。商法通则具有充分反映商法基本规则的优点，在民法总则指导下，既能充分体现商法的指导作用，又能突出商法的特征，如果能达到这一目的也将取得较好的社会效果；第三种形式是在民法典中只设定几条商法的规则性规定，但是该形式起不到太大作用。我国在2002年起草的民法典草案便是如此，立法本意是要将商法写进民法典草案，实际上并没有太多商法内容。当然，对于民法总则究竟应如何处理民法与商法的关系，最终采取何种形式，需要法院进行把握。毕竟，法院审判遇到的民事案件中，除了婚姻家庭之外，大部分都涉及到商事法律关系。

民法与人格权的关系

民法与人格权的关系问题较为复杂，无论是学者还是法院恐怕均难做出最后的

决策，最好的方案是制定人格权法。《民法通则》中已经有了对一般人格权和特殊人格权的规定，审判实践中也有一些具体的司法解释，这种做法反映出我国在不断加强对人格权的保护。当然，人格权的保护也可采取宪法规定的模式，但是我国目前仍然缺乏宪法权利中真正意义上的司法诉讼保护，某些具体人格权也无法在宪法中明确体现。因此，通过宪法对人格权加以保护的方式难以实现。相比之下，在民法中提高人格权的定位，对人格权单独立法则更为实际。

与此同时，也应该注意到，如果把商事规则编进人格权法中，商事规则中的人格权便脱离了原来民法中人格权的概念。商事人格权与人身并非密不可分，因此，商事人格权应该如何规范和定位是应当考虑的重要内容。另外，人格权内容庞杂，如果将人格权的所有内容均放于民法总则，必将显得总则中主体人格方面过于庞大。如果不拘泥于形式，则完全可以考虑把数量众多的人格权单独予以立法。

中国民法典编纂的理念

● 文 / 曹守晔

明确中国民法典编纂的理念，是实现民法典梦想的重要保障。中国民法典编纂的核心理念是坚持中国特色社会主义，基本理念是实现自由、平等和公正。坚持与时俱进的政治理念、经济理念、文化理念和社会理念，以实现民法典本土性和国际性之平衡，实现继承性和前瞻性之平衡。

犹如中外历史实践反复证明，一个政治清明、经济发展、文化昌盛、社会公正、生态平衡的国家，必须发挥法治的引领、衡量、规范、惩治和保障作用一样，一个富强、民主、文明、法治的中国不能没有民法典。党的十八届四中全会决定：“加强市场法律制度建设，编纂民法典。我们需要编纂什么样的民法典？毫无疑问，需要增进人民福祉的良法，需要

保持国家安宁、促进社会和谐、维护社会公益、保护人民权益的民法典，需要人民性、科学性、逻辑性和实践性高度统一的民法典。

中国民法典编纂理念的重要意义

科学正确、文明进步、公平正义的立法理念，是科学立法的必然要求。民法是市场经济的基本法，是市民社会的基本行

为规则，是司法裁判的基本准绳。民法在我国现行法律体系中属于基本法，民法典相应地就是民商事法律群中的基础性法律。

民法典是民法理念的外化、民法精神的载体，民法典编纂本身是民法理念的产物。现代民法在互联网时代承担着维护人身和财产等基本民事权利的重要职责，承担着信息化时代民事基本法的重要使命，承担着现代社会从契约到人身、从资

法人的分类问题

法人的分类问题也颇具争议。目前《民法通则》所规定的法人分类中，事业单位是很重要的组成部分。事业单位的性质，通俗地说，就是用国家资源在教育、医疗机构等单位中组成的事业性质的机构。改革开放以后，我国已经出现了私立的学校、医院等。实际上，目前的事业单位法人把国家事业单位和私人事业单位进行区分的分类方法并不科学。总的来说，使用社团法人和财团法人的分法似乎更为合理，虽然这种分类方式不太符合我国的社会习惯和用语方式。新中国成立以来，我国尚未使用财团法人这一非盈利机构的概念。在这一问题上，法院需要作好判断，如果使用财团法人和社团法人的概念，相当于完全改变解放以来对事业单位

的称谓，存在很大问题。而法人的分类必须结合国家实际情况而定，如果贸然使用，短时间内很难令社会接受。

如何确定法律行为

法律行为如何确定的问题，在制定民法通则时就曾有争论，一部分人主张将其定位为“意思行为”，但立法机关最终将其定为“合法行为”，实际上合法行为这种写法会造成某些问题，比如，欺诈胁迫是合法还是非法行为？按照民法来理解，欺诈和胁迫都是可撤销行为，而可撤销行为是合法还是违法？因此，完全使用合法行为和非法行为来界定民事法律行为存在一定困难，如果称其为“意思行为”则更为科学，意思行为可以与可撤销的行为结合在一起。

我国民法通则制定之初借鉴了德国

民法典的立法模式，采用了将法律行为作为总则的理论之纲，又在引入法律行为概念时改成了民事法律行为，形成自己的特色。如此便在理论和实务中产生了许多麻烦。一方面，使人产生除了民事法律行为还应有行政法律行为和刑事法律行为的误解，但实际上所谓的行政法律行为和刑事法律行为并不存在。而且，法律行为本身属于私法上的概念，其一般规则也不可能适用于所谓的行政法律行为和刑事法律行为；另一方面，民法通则将民事法律行为仅限于合法行为，但在具体规定中又有无效的民事行为和可撤销的民事行为，不仅导致对法律行为认识的混乱，还严重影响法律行为功能的发挥。因此，在未来制定的民法总则中，应放弃民事法律行为的说法，还法律行为应有的私法本色。■

（作者系中国政法大学终身教授）