

COMMENTS ON CIVIL LAW BY LIANG HUIXING

梁慧星

谈民法



梁慧星·著



人民法院出版社

梁慧星

民法法



梁慧星·著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

梁慧星谈民法 / 梁慧星著. — 北京: 人民法院出版社, 2017.6

ISBN 978-7-5109-1806-3

I. ①梁… II. ①梁… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 090395 号

梁慧星谈民法

梁慧星 著

责任编辑: 兰丽专 赵作棟

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550626 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ: 2092078039

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787×1092 毫米 1/16

字 数: 329 千字

印 张: 24

版 次: 2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5109-1806-3

定 价: 86.00 元

版权所有 侵权必究



序 言

欣逢民法总则颁布!

奉献给读者的这本小书,是作者近年发表在期刊和网络上文章的汇集。

本书按主题分为三部分。“历史回顾”部分,收录两篇文章。《中国民法学的历史回顾和展望》一文,是中国社会科学院建院30周年系列学术讲座之一的讲稿,《难忘的1979—1986》一文,为恭祝导师王家福先生八十大寿的祝寿文,是对改革开放初期民法经济法论战的实录;“民法典编纂”部分,收录我在法学院关于民法典编纂的讲座(录音整理)稿,以及媒体上发表的几篇文章;“民法总则立法”部分,是在民法总则制定过程中针对征求意见稿和各次法律草案的修改建议。请读者留意。

衷心感谢人民法院出版社的领导和同志们!是他们建议编辑出版本书、为本书命名并为本书的编辑出版付出了辛勤的劳动。

是为序。

中国社会科学院学部委员

北京理工大学珠海学院民商法律学院名誉院长

2017年4月9日于深圳



目录

CONTENTS

历史回顾

- 003 中国民法学的历史回顾与展望
030 难忘的 1979—1986（节录）
——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作

民法典编纂

- 067 民法典编纂若干理论问题的思考
093 中国民法典中不能设置人格权编
107 时代呼唤科学完备的民法典
111 集学人智慧 成伟大法典（节录）
114 中国民法典编纂：历史重任与时代力举（节录）

《民法总则》立法建议

- 129 制定《民法总则》的若干问题



- 173 《民法总则》立法的若干理论问题
- 216 《民法总则》草案（征求意见稿）：解读、评论与修改建议
- 248 对《民法总则》草案（征求意见稿 2016 年 5 月 20 日修改稿）
的修改建议
- 258 《民法总则》立法重大问题
- 277 《民法总则》草案：解读、评论和修改建议
- 313 对《民法总则》草案的修改建议
- 325 中国《民法总则》的制定
——介绍《民法总则》草案（第二次审议稿）
- 343 对《民法总则》草案（二次审议稿）的修改建议
- 356 对《民法总则》草案（三次审议稿）的修改建议
- 364 对《民法总则》草案（三次审议稿）的补充修改建议
- 367 对《民法总则》草案（2017 年 2 月 16 日法律委审议稿）的
修改建议
- 372 《民法总则》绝对不能规定“政策”为“法源”
- 374 恢复《民法总则》（三次审议稿）第一百五十五条的紧急建议
- 378 建议恢复三次审议稿第一百五十六条



历史回顾

●
LISHI HUIGU



中国民法学的历史回顾与展望*

引言

今天讲的题目是：中国民法学的历史回顾与展望。讲中国民法学，当然离不开中国民法。无论中国民法或者中国民法学，均非中国本土所产，而是 20 世纪初从西方继受而来。

在大陆法系民法学的话语系统中，所谓“继受”一语，特指一个民族、国家自主决定、采用某个外国的法律制度，为其所有、为其所用。“继受”一语，与所谓“法律移植”的区别，在于强调“继受”国的“自主性”。因此，我们常说德国继受罗马法、日本继受德国法，而不说美国继受英国法、新西兰继受英国法。中国民法学者习惯于使用“继受”一语的理由在此。

一百年前，中华民族在面临被外国列强肢解瓜分的亡国灭种的危急时刻，为了废除领事裁判权、为了救亡图存、为了民族复兴而继受外国民法。因继受外国民法而在中国创立了一个崭新的民法体系和民法学科，使中国的民法和民法理论与国际接轨成为可能。当年从德国民法继受而来的这套概念、原则、制度和理论的体系，已经在中国这块土地上发芽、生根、开花、结果，已经融入中国社会之中，成为中国立法、司法、教学和理论研究的基础，成为中国的法律传统和法律

* 本文为作者 2007 年 5 月 15 日在中国社会科学院学术报告厅为庆祝中国社会科学院成立 30 周年的学术讲演稿，2017 年 3 月 20 日修改。



文化的基础。

关于中国历史上继受外国法，我国台湾地区著名民法学者王泽鉴先生说：“充分显示一个古老民族如何在外来压力下，毅然决定抛弃固有传统法制，继受西洋法学思潮，以求生存的决心、挣扎及奋斗！”法制史学者杨鸿烈先生说，民国时期的立法，“不过是完成清代的未竟之业而已！”^①今天中国民法学界所从事的民法立法和民法理论研究，何尝不是以清末继受外国法为开端的中国民法现代化的历史进程的继续？！

我的报告分为五个部分：一、中国民法学的诞生与前期发展（1900—1949）；二、中国民法学的“转向”“停滞”与“死亡”（1950—1977）；三、中国民法学的“重生”与发展（1978—）；四、中国民法学的进步；五、关系中国民法学进一步发展的几个问题。

一、中国民法学的诞生与前期发展（1900—1949）

（一）中国历史上有无民法

关于中国历史上是否有“民法”，学者间意见分歧。肯定中国历史上有“民法”的学者，以梅仲协^②、胡长清^③、张晋藩^④等先生为代表；否定中国历史上有“民法”的学者，以梁启超、王伯琦、谢怀栻等先生为代表。

我们今天所谓的民法，特指近现代民法，即以主体地位平等、意思自治、权利义务结构和民事责任为特征的法律。中国历代封建统治者虽重视法典编纂，产生过唐律、民律、清律等杰出的法典，均属于刑事法律。其中涉及民事生活关系的条文，如户、婚、钱债等，不符合近现代民法的主体平等、意

① 杨鸿烈：《中国法律发达史》（下），上海书店1990年版，第1312页。

② 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第14～16页。

③ 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第16页。

④ 张晋藩：《中国法制通史》，法律出版社1999年版，第214页。



思自治、权利义务结构和民事责任等特征，实质上仍属于刑法规范。至于一般民事生活关系，则由类似习惯法的“礼”调整，因此，应当肯定中国历史上不存在民法。^①

中国历史上不存在民法，其根本原因，在于漫长的帝制社会中，统治者推行“重农抑商”的经济政策，自给自足的自然经济始终占据主体地位，商品生产和商品交换被限制在狭小的范围，且在政治上实行专制主义统治，个人自由、平等、权利、义务等观念无由发生，不具备近现代民法产生和发展的基本条件。因此，现今中国民法，非中国所固有，而是清末从外国民法继受而来。

（二）为什么继受外国民法

中国自甲午战败，日渐陷于被帝国主义列强肢解瓜分之绝境，有识之士提出各种救国方策，均未奏效。因此，维新派人士最早建议继受外国法律、变法图强。但统治集团内部帝党与后党之间，关于应否变法，意见相左。至1900年，因八国联军攻占北京，促使朝野上下达成共识：中国要富强，非学习西方法律制度不可！

1901年西太后颁布上谕，实行“新政改革”。1902年，光绪帝下诏：“参酌外国法律，改订律例。”1907年委派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣，设立修订法律馆，主持起草民刑法典。沈家本通过到日本考察的侍郎董康，邀请日本东京控诉院判事松冈义正、帝国大学刑法教授冈田朝太郎、司法省事务官小河滋次郎、帝国大学商法教授志田钾太郎来华，协助起草法典，并在京师法律学堂担任教习。中国之继受外国法，于兹揭幕。

1908年民法典起草正式开始，至1910年底，民法典起草完成，名为《大清

^① 谢怀栻先生指出：“中国几千年不存在什么私法或民法。像婚姻、买卖等属于私法范围的事，也是一部分归之于刑律，一部分归之于礼。”见谢怀栻：《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社2002年版，第369页。



民律草案》^①。其概念体系、编制体例及前三编内容，系参考《德国民法典》和《日本民法典》。于1911年进入审议程序，未及正式颁行，清王朝即被辛亥革命所推翻。这一次民法起草的重要意义在于，将大陆法系德国民法的概念体系引入中国，由此决定了中国民法学的基本走向。^②

（三）继受外国法的直接动因：废除领事裁判权

清道光23年（1843年）签订的《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》，开英国人在华享有领事裁判权之恶例，此后法、美、挪、俄、德、荷等17国，通过不平等条约取得在华领事裁判权。^③领事裁判权的存在，当然意味着中国国家主权的不完整。因此，自清末以来，政府一直致力于收回领事裁判权。光绪28年（1902年），清政府在上海与英、美、日、葡续订商约，四国先后承诺，以中国律例及审断办法等皆臻完善为条件，放弃领事裁判权。因此，清末法律家认为，“收回领事裁判权”为变法自强之关键。

进入民国，北洋政府设立法典编纂会、修订法律馆，专事编纂各项法典，皆以收回领事裁判权为目的。可以说，收回领事裁判权，成为中国民法近代化的形式动因。^④南京国民政府成立后，民法典编纂提上日程，仍是围绕收回领事裁判权这一目的。立法院在第三次全国代表大会上的工作报告关于“立法计划”，谈到：“现在所缔结中比、中丹、中西、中意各商约，以民国19年（1930年）1月1日或是日以前颁布民商法为撤销领事裁判权之条件。即为安全社会生活计，为撤销不平等条约计，民法之起草尤不容缓也。”^⑤

我国台湾地区著名学者王泽鉴指出，近代各国制定民法典，都具有一定政治

① 《大清民律草案》包括总则、债权、物权、亲属、继承五编，共计1569条。

② 建立民国后，1925年的《民国民律草案》及1929—1930年制定的《中华民国民法》，均是在《大清民律草案》基础上，经适当增删修改完成的。

③ 张生：《民国初期民法的近代化》，中国政法大学出版社2002年版，第19～20页。

④ 张生：《民国初期民法的近代化》，中国政法大学出版社2002年版，第20～21页。

⑤ 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第3页脚注2。



目的。中国制定民法典的目的，与日本相同，皆在于废除领事裁判权及变法维新。但领事裁判权一直到抗战末期的 1944 年才被废除，与民法典的制定并无直接关联。惟西洋法律之继受，对中国法制之现代化，具有深远重大的影响。^①

（四）为什么继受大陆法系的德国民法

中国之继受大陆法系的德国民法，是受日本的影响。^② 其所以不采英美法系，纯粹由于技术上的理由。大陆法系与英美法系，虽无优劣高下之分，但英美法是判例法，不适于依立法方式予以继受。其所以不采法国民法而采德国民法之主要理由，系《德国民法典》公布在后，其立法技术及内容均较《法国民法典》进步。^③ 王泽鉴先生指出，中国法制因继受德国法而科学化。制度可以修正、变更，甚至废弃，但方法将永远存在。此为中国继受德国法之真正意义。^④

（五）中国民法学的诞生

中国继受西方民法的结果，形成一个与中国传统律例全然不同的民法规则体系，及一个与中国传统律学全然不同的民法学知识体系。这套规则体系和知识体系与其他近代意义的部门法和部门法学及法理学一起，构成一个更大的规则和知识体系，即中国近代法和近代法学，从而替代了中国古代律例和律学。^⑤

法制史学者俞江指出，对中国民法学来说，古罗马法和近代西方民法学就像两座巨大的雪山，丰富的水源从那里源源不断地输送过来。1880 年同文馆法语

① 王泽鉴：《民法五十年》，载《民法学说与判例研究》第 5 册，1991 年自版，第 3～4 页。

② 王泽鉴：《民法五十年》，载《民法学说与判例研究》第 5 册，1991 年自版，第 4 页。

③ 王宠惠先生在其于 1907 年出版的《德国民法典》（英译本）中说：“与拿破仑法典不同，德国民法是用字最审慎，体裁编例最科学之法典，系最卓越德国法学者二十二年细心研究之成果。”王宠惠先生并引述：英国法制史学者 Mailand 氏之意见，强调：“德国民法系举世最慎密的国内法”。转引自王泽鉴：《民法五十年》，载《民法学说与判例研究》第 5 册，第 9 页。

④ 王泽鉴：《民法五十年》，载《民法学说与判例研究》第 5 册，第 9 页。

⑤ 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 年版，第 11 页。



教习毕利干翻译的《法国律例：民律》即《法国民法典》，为20世纪前的中国知识界提供了一个接近民法学的机会。20世纪初，为收回领事裁判权和立宪运动促成了一场大规模地移植西方法学的活动。日本民法学在这一背景下也进入中国。从留日学生的民法学笔记到松冈义正的民法讲义；从对日本民法的简单而全面的介绍到翻译富井政章、梅谦次郎等日本民法学家的专著。如果说20世纪以前的源头处还是一条清澈细小的溪流，则20世纪初日本民法学的汇入使其陡然呈现大河气象。^①

李达在《法理学大纲》一书中指出，中国法学的研究，肇始于满清末年的日本留学生，与日人冈田朝太郎、松冈义正所主讲的北京法律学堂。^②1904年清政府设立第一所法学教育专门机构——直隶法政学堂。此后5年间各种公立、私立法政学堂遍布全国。各校课程，除“大清律例要义”等外，都是有关外国法的介绍和比较的课程，并聘请外国法学专家讲课。^③学者俞江指出，并非只有留日学生对近代民法学移植作出了贡献，留学其他国家的法政学生无不投身于这场移植活动中。例如，留学法国的陈藁翻译了《法国民法典》，留学德国的马德润翻译了《德国民法典》。是留学生的共同努力才把那么多民法学研究素材，在短短的清末十年里带进了中国。^④

20世纪前十年是中国民法学的“孕育”期。它的结晶就是《大清民律草案》。《大清民律草案》是中国第一代民法学者共同努力的成果。正是这批学者完成了一批外国民法典的翻译工作，完成了民法学汉语词汇的定型工作，完成了一批罗马法、西方民法学著作和教科书的编译或翻译工作，从而为近代中国民法学奠定了学科

① 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第13页。

② 转引自陈根发：《论日本法的精神》，北京大学出版社2005年版，第7页。

③ 据不完全统计，1897—1909年间，13所法政学堂共聘请58名日本教习。见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第208～209页。

④ 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第13～14页。



基础。^① 换言之，因此诞生了区别于中国传统律学的中国民法学。

（六）中国民法学的前期发展

按照法制史学者俞江的研究，中国民法学诞生至 1949 年，产生了三代学者。第一代学者，是中国民法学的开创者。大致出生于 1885 年以前，有国学根底，有留洋背景，逢清末修律之盛，曾投身其中，为近代法的移植作出了巨大贡献。他们的活跃期是 1900 年至 1927 年。这一代学者虽在专业上也有分工，但并不重视个人学术成果，而是重在事功，多投身于立法、司法或法学教育。以董康、江庸、余启昌、王宠惠、陈棻、郁华、张知本、张一鹏、陈时夏等为代表。^②

第二代学者，大约出生于 1885 年以后。其中一些仍有国学根底，但总体上不如第一代。清末修律时，他们正在国外留学。这一代学者将实务、教学和研究结合较好。在 20 世纪 20 年代中期以后进入创作高峰期。30 年代初至抗战爆发前，有一段法学研究繁荣期，就是这一代学者唱主角。这一代学者的治学风格，以“通”为特征。其中，陈瑾昆、戴修瓚、朱学曾、刘志敷、应时、欧宗祐、欧阳蹇、钟洪声等先生，在民法学上都有精深的造诣。^③

从 1912 年到 1927 年，是第一、二代人同台的时期，这一时期也是近代中国民法学的“黄金年代”。当时存在着一个横跨立法、司法、学术三界的大的法学共同体。这一共同体，使法律界在政治面前保持住一种独立的声音，并在维护律师人的共同信念，提供知识和经验积累等方面发挥了重大作用。第二代学者能以“通”治学，与这一共同体的存在是分不开的。

参与民国民法典纂修的史尚宽、胡长清等，以及在 20 世纪 30、40 年代成名的民法学者李祖荫、楼桐荪、阮毅成、吴学义、周新民、郁嶷、李宜琛等先生，

^① 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 年版，第 14 页。

^{②③} 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 年版，第 23 页。



构成中国近代民法学的第三代。他们大多在国内接受新学教育，然后出国深造。第三代学者少有跨两个学科的，除非是法学通论和一个部门法。最多是民法总则，兼修一门债法或物权法。^①

大约在 20 世纪 30 年代中期，第三代学者开始在某一领域表现出扎实的基本功和独到的见解，如史尚宽、胡长清等在民法总则方面，王去非在物权法方面，李谔在债法方面，郁嶷在亲属法方面，曹杰、郑国楠在继承法方面，等等。那种跨学科的、同时在其他部门法方面有造诣的学者已不多见。这种趋势到 40 年代就更加明显。首先是李祖荫的《民法概要》（1941），接着是李宜琛的《民法总则》（1943），风格上都有思维绵密，全面系统，以及学术气味浓烈的特点。另外，还有龙显铭的《现行法上租赁之研究》（1944）和《私法上人格权之保护》（1949）等。这种从小处着眼的专题研究，是在上一代学者那里看不到的。这些作品的出现，虽然已是 40 年代中后期，却反映了第三代民法学者真正的研究风格和方向。这种风格，就是向专深方向发展。其中，“专”的特点，已表现得很明显。^②

二、中国民法学的“转向”“停滞”与“死亡”（1949—1977）

1949 年 2 月中共中央明令废除“国民党六法全书”（即“民国六法”）^③。1949 年 9 月中华人民共和国中央人民政府成立。1950 年颁布第一部婚姻法^④，使婚姻家庭关系脱离民法调整范围。1954 年开始起草民法典，至 1956 年 12 月完成第一部《民法草案》。因此，后发生“整风”“反右”等政治运动，致民法起草工作中断。

① 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 年版，第 20 页。

② 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社 2003 年版，第 22～23 页。

③ 中共中央于 1949 年 2 月发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，自此《中华民国民法》在中国大陆被废除，只在我国台湾地区继续生效。

④ 该法参考了《苏俄婚姻、家庭及监护法典》和中国革命根据地时期的婚姻法（条例）。



这一《民法草案》，分为总则、所有权、债、继承四编，共 525 条。是以 1922 年的《苏俄民法典》为蓝本。例如，四编制体例的采用，将亲属法排除在民法之外；抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”；不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替；仅规定诉讼时效而不规定取得时效；强调对社会主义公共财产的特殊保护，等等。表明民法学的“转向”，即由此前继受德国民法，转而继受苏联民法。

新中国建立后，在整个法律界开展了对“旧法”观点的批判，随之而来的“整风”“反右”运动，几乎将民国时期的民法学者一网打尽。1949 年前的全部民法教材均遭废弃，法学教育直接采用苏联民法教材，请苏联专家授课。^①直到 1957 年才出版第一部民法教材，即由中央政法干校编著的《中华人民共和国民法基本问题》。^②这一民法教材，是在参考苏联民法理论的基础上编写的，表明中国民法学对苏联民法学的全面继受。^③

20 世纪 50 年代中国继受苏联民法和苏联民法学，与当时新中国面对资本主义国家的“封锁”，不得不采取“一边倒”的外交政策^④，以及大规模翻译苏联民事法律 and 民法学著作，邀请苏联专家来华介绍苏联民事立法经验并在各法律院系任教，和派遣留学生到苏联学习法律等因素有关。但最根本的原因，是中国移植

① 在院系调整后的人民大学法律系、中央政法干部学校和北京政法学院、西南政法学院、西北政法学院、华东政法学院等，主干课程教师由苏联专家担任，采用苏联教材。见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20 世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 25～26 页。

② 这部民法教材在进入 20 世纪 60 年代后已停止使用，笔者 1962 年考入西南政法学院法律系，民法学课改称“民事政策学”，采用本校自编的《民事政策学教材》。

③ 但苏联民法也是从德国民法继受而来，由此决定了中国民法始终未脱离大陆法系中的德国法系。现今的中国民法、我国台湾地区民法和日本民法、韩国民法，均继受德国民法的概念体系和编制体例，被称为“东北亚的德国法系”。见 [日] 北川善太郎：《民法总则》，有斐阁 1993 年初版，第 105 页。

④ 毛泽东宣布，新中国不是倒向帝国主义一边，只能倒向社会主义一边。见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20 世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 21 页。