

北方民族大学 文库

中国民法典民族性的型塑

ZHONGGUO-MINFADIAN MINZUXING DE XINGSU

哈斯巴根◎著



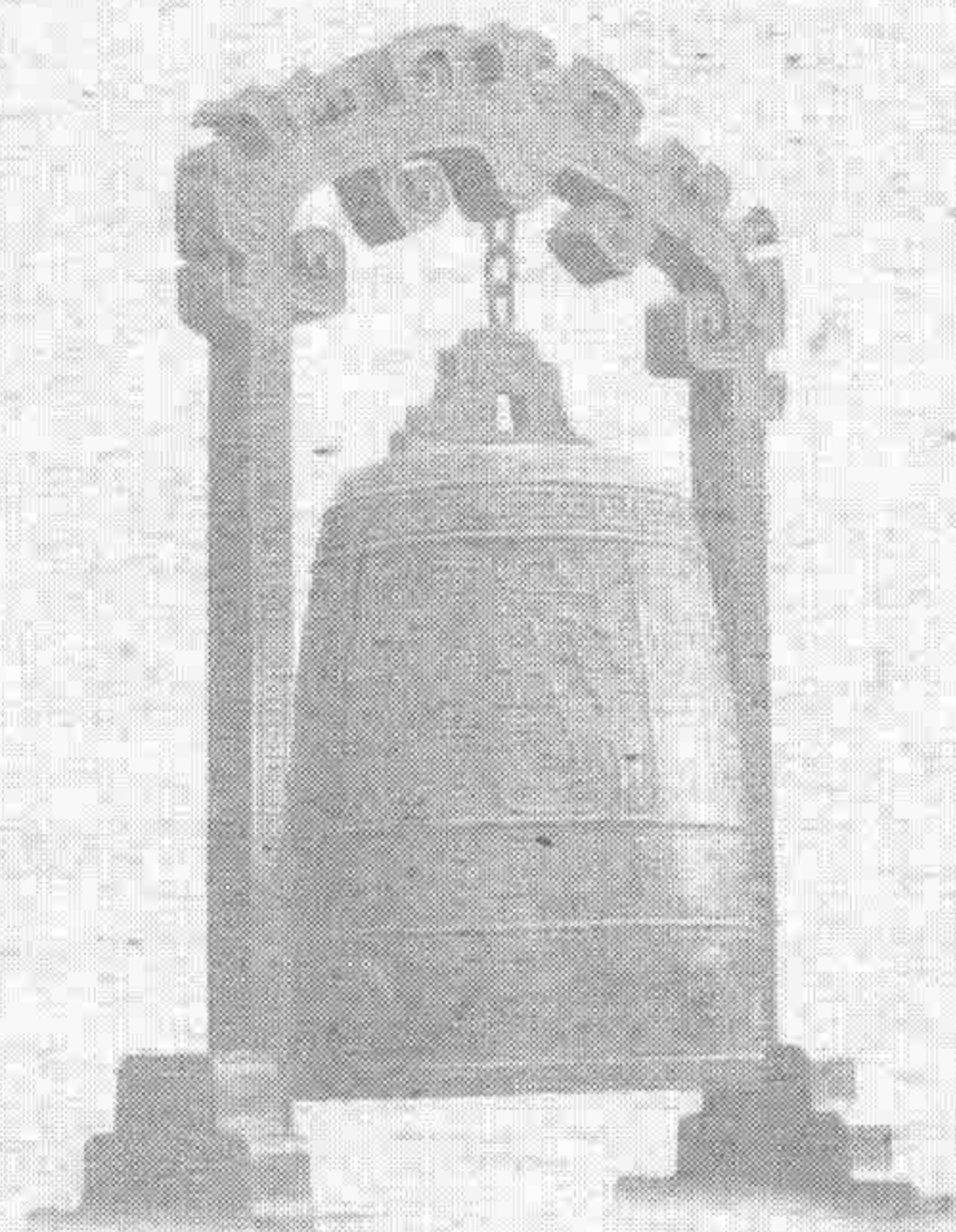
中国政法大学出版社

北方民族大学 文库

中国民法典民族性的型塑

ZHONGGUO MINFADIAN MINZUXING DE XINGSU

哈斯巴根◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国民法典民族性的型塑/哈斯巴根著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 4

ISBN 978-7-5620-7461-8

I. ①中… II. ①哈… III. ①民法—法典—研究—中国 IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第084959号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	10
字 数	240 千字
版 次	2017 年 4 月第 1 版
印 次	2017 年 4 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

本成果受国家民族事务委员会科研项目立项资助
(项目编号: 14BFZ017)

目 录

导 论	001
一、问题的提出	001
二、概念的界定	008
三、国内外研究现状	019
四、研究的思路与方法	039
第一章 民法典民族性型塑的基本理论	042
第一节 民法典民族性的理论依据	042
一、法律人类学：“地理学说”与“法是地方性知识”	042
二、历史法学派：“法是民族精神的体现”	049
第二节 民法典民族性型塑的理论基础	055
一、法史学视角：民族性型塑的缺乏将引发新的法律变革	055
二、法社会学视角：提升民事法律实效与降低民事越轨行为	064
三、法经济学视角：降低民事法律成本与提高民事法律收益	069



第三节 中国民法典民族性型塑的特殊意义	075
一、特殊的构建背景使中国近现代民事法律制度处于 亚健康状态	075
二、中国传统文化具有旺盛的生命力与巨大的凝聚力	081
三、中国传统文化存在特殊的智慧与魅力	085
第二章 国外民法典民族性型塑的实践及启示	091
第一节 大陆法系民法典民族性型塑的实践	091
一、《法国民法典》的实践	091
二、《德国民法典》的实践	097
三、《日本民法典》的实践	103
四、《俄罗斯联邦民法典》的实践	110
五、小结	117
第二节 英美法系民法民族性型塑的实践	118
一、英国民法的实践	118
二、美国民法的实践	123
三、小结	131
第三节 伊斯兰法系民法典民族性型塑的实践	131
一、1935 年《伊朗民法典》的实践	131
二、《埃及民法典》的实践	136
三、小结	141
第四节 国外民法（典）民族性型塑的启示	142
一、民法（典）既要讲民族性又要讲世界性	142
二、民法（典）既要有传承性又要有创新性	143
三、民法（典）既要重现实性又要重前瞻性	143
四、民族精神与民法（典）交互影响	144

五、政治因素是民法（典）民族性型塑的重要动力源	144
六、法学家是推动民法（典）民族性型塑的坚实力量	144
七、法学研究为民法（典）民族性型塑提供理论支持	145
第三章 中国民法典民族性型塑的实践及启示	146
第一节 中国近代民法典民族性型塑的实践	146
一、《大清民律草案》的实践	146
二、《民国民律草案》的实践	153
三、《中华民国民法》的实践	157
四、小结	164
第二节 中国现代民法典民族性型塑的实践	165
一、大陆地区的实践：1956 年《民法草案》	167
二、大陆地区的实践：1964 年《民法草案（试拟稿）》	171
三、大陆地区的实践：1982 年《民法草案（第四稿）》	173
四、大陆地区的实践：2002 年《中华人民共和国民法 （草案）》	176
五、我国港澳台地区的实践	181
六、小结	191
第三节 中国民法（典）民族性型塑的经验及启示	193
一、积极吸收实践经验	193
二、确立民事习惯法律渊源地位	194
三、高度重视民法学研究队伍	196
四、必须坚持走群众路线	197
第四章 中国现行民法民族性型塑的检视	199
第一节 总则部分民族性型塑的检视	199



一、民族性型塑的主要体现	199
二、民族性型塑的程度	205
第二节 物权部分民族性型塑的检视	206
一、民族性型塑的主要体现	206
二、民族性型塑的程度	211
第三节 债权部分民族性型塑的检视	212
一、民族性型塑的主要体现	212
二、民族性型塑的程度	219
第四节 婚姻家庭继承部分民族性型塑的检视	220
一、民族性型塑的主要体现	220
二、民族性型塑的程度	229
第五节 侵权责任部分民族性型塑的检视	230
一、民族性型塑的主要体现	230
二、民族性型塑的程度	235
 第五章 未来中国民法典民族性型塑的考量因素及途径	
选择	237
第一节 民法典民族性型塑的考量因素	238
一、中华民族的传统文化	238
二、中华民族的民族性格	240
三、中华民族的风俗习惯	243
四、中华民族的生产方式	245
第二节 民法典民族性与世界性的平衡	249
一、法的民族性与世界性的辩证关系	249
二、民法典民族性与世界性的地位平衡	252
三、民法典民族性与世界性在法典各主要部分中的协调	255

第三节 民法典民族性型塑的具体途径	256
一、民法总则部分	257
二、物权部分	261
三、债权部分	272
四、婚姻家庭继承部分	275
五、侵权责任部分	280
结 论	287
一、主要观点总结	287
二、创新之处	292
三、不足之处	293
参考文献	295
后 记	310

导 论

一、问题的提出

(一) 研究的背景

1. 我国社会主义法律体系已经形成，但编纂民法典仍具必要性和紧迫性

当前，中国特色社会主义法律体系已经形成，但这并非标志着我国立法工作的终结，恰恰相反的是，由于该法律体系本身具有动态性、开放性、发展性，且现有法律体系并非“完美无缺”，因此正如吴邦国同志所言，中国特色社会主义法律体系形成后，“立法任务依然艰巨而繁重，立法工作只能加强不能削弱”。^{〔1〕}对民法法律部门而言，当务之急便是编纂民法典，因为：首先，编纂民法典，实现民事法律规范体系化，是消弭现行民事法律制度混乱与冲突的不二法门；其次，编纂民法典，统一民事审判规则，是保证法官正确适用法律，实现司法公正的绝佳手段；最后，编纂民法典，实现民事法律规范系统化，是改革开放初期制定的民事立法终极目标，是民事单行法制定

〔1〕“十一届全国人大四次会议举行第二次全体会议 胡锦涛、温家宝、贾庆林、李长春、习近平、李克强、贺国强、周永康等出席听取和审议全国人大常委会工作报告 吴邦国向大会报告工作”，载《人民日报》2011年3月11日。



完毕后，推进民事立法工作的必由之路。由于民法是市场经济的基本法，也是保障人权的基本法，王利明先生认为：“在我国法律体系形成后，立法层面上，一项首要的任务就是制定一部民法典。”〔1〕而孙宪忠先生甚至认为：“只有完成民法典的编纂，实现民法的体系化和科学化，我国的社会主义法律体系才算真正建成。”〔2〕也正是因为如此，2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中，明确提出了我国要编纂民法典的目标。

2. 我国民事立法成就喜人，但实施效果却不尽如人意

“建国60年以来，中国社会主义法制建设取得了跨越式的发展，用短短的几十年时间，走过了西方世界历经数百年才完成的道路。而在整个法制建设进程中，民事立法的成就尤为明显和突出。”〔3〕但问题是，我国现行法律体系是在移植外法基础上形成的，〔4〕而法律移植不但要立足本国国情精心采选植入法，还要对植入法进行创造性的本土化改造，唯此才能保证制定法的顺利实施。然而，改革开放后，为了尽快建立起给社会主义市场经济保驾护航的民事法律制度，同时也为了尽快实现法制现代化，我国在法律移植理论研究尚且薄弱、对法治建设中传统法律文化资源的重要意义认识尚不充分的情况下，便对国（境）外的民事法律进行了大幅度的借鉴、移植，致使制定出的民事法律实施效果并不尽如人意。这主要表现为，一方面，部

〔1〕 王利明：“法律体系形成后的民法典制定”，载《广东社会科学》2012年第1期。

〔2〕 孙宪忠：“我国民法立法，须加强立法体系化建设，防止立法碎片化——呼唤民法典”，载《北京日报》2013年4月8日。

〔3〕 王利明：“中国民事立法的成就与展望”，载《法学家》2009年第5期。

〔4〕 何勤华：“法的移植与法的本土化”，载《中国法学》2002年第3期。

分移植的民事法律规范产生了“水土不服”的现象，无法按预期有效运转，不能回应中国社会的现实问题，因而未能被民众所信服；另一方面，不少民间习惯在民众的日常社会生活中实际发挥着调解作用，但由于其与以法律移植为基础建立起的国家法存在矛盾、冲突，因而未能被国家法所认可。而要改善法律的实施效果，保证现行民事法律被全面实际施行，我们唯有依靠传统法律资源对植入法继续进行本土化改造，也就是说，要在保证民事法律不断世界化、现代化的同时，还要持续对其进行本土化、民族化，通过精心的调试在它们间寻求最佳平衡。当然，这也是一种符合世界法律发展潮流的运作、整合。^{〔1〕}

3. 我国传统文化在“文革”遭遇了毁灭性破坏，但改革开放后又浴火重生

近代以来，西学东渐，中国传统文化屡遭批判，日渐式微，特别是“文革”十年，传统文化一度被认为是阶级文化、封建糟粕，遭到了前所未有的全盘否定，以及良莠不分的大规模扫荡，中国传统文化遭到严重破坏。改革开放后，随着政治环境的日渐宽松，国人不约而同地开始反思全盘否定中国传统文化的必要性和合理性。进入20世纪90年后，在社会道德状况加速下滑，全球化带来巨大文化压力，以及经济快速发展带来文化自觉等条件综合作用下，中国传统文化悄然复苏、缓缓回归，一时间唐装热、国学培训班、公祭孔子、百家讲坛、传统节日（清明节、端午节、中秋节）列入法定节假日、汉字听写大赛等文化活动（现象）接踵而至。值得注意的是，尽管改革开放后

〔1〕 黄文艺先生指出：“在当今全球化时代，世界的法律发展呈现出一种错综复杂的趋势与图景。法律现代化、国际化的进程仍在继续推进，法律全球化、区域化的潮流来势迅猛，法律本土化、民族化的呼声越来越高。”参见黄文艺：“全球化与世界法律发展”，载《学习与探索》2006年第1期。



传统文化的复归是由官方、民间、学界三方力量共同推进的，但官方在三方力量中无可厚非地起到了主导和主力作用。而这又与改革开放后中国共产党对传统文化的定位不断发展紧密相关，即由 20 世纪 80 年代的“批判继承但重在批判”，到 20 世纪 90 年代的“由重‘破’到重‘立’”，再到 21 世纪以后的“弘扬”“传承”。^{〔1〕}另外，“不同于以往的是，这次传统文化复兴中的态度几乎是以压倒性的肯定姿态，其目的是企图使中国文化在世界文化之林中谋求一席之地。”^{〔2〕}因为，毕竟中国传统文化是一种体现中华民族特质与风貌、内容博大精深（涵盖法律文化），蕴藏了五千年智慧的民族文化，具有很强的民族性，它“积淀着中华民族最深层的精神追求，代表着中华民族独特的精神标识”，“是我们在世界文化激荡中站稳脚跟的根基”^{〔3〕}。

（二）研究的理论及现实意义

1. 理论意义

（1）为中国民法典民族性的型塑提供直接的理论指导。“民法典应是一国民族精神和民族文化的体现和升华。”^{〔4〕}因此，如何对中国民法典进行民族性型塑，使其体现中华民族的民族精神与民族文化，是中国民法典编纂时必须解决的重大理论课题。而这项目前很少有学者正面触及的课题（见表 1、表 2）正是本书的研究中心。本书将努力回答中国民法典民族性型塑所

〔1〕 李先明：“改革开放以来中国共产党对传统文化的认知与定位”，载《当代世界与社会主义》2012 年第 6 期。

〔2〕 陈占彪：“上世纪 90 年代以来传统文化热之考察”，载《湖北社会科学》2007 年第 4 期。

〔3〕 “习近平在中共中央政治局第十三次集体学习时强调 把培育和弘扬社会主义核心价值观作为凝魂聚气强基固本的基础工程”，载《人民日报》2014 年 2 月 26 日。

〔4〕 赵万一：“中国民法典制定的应然与实然”，载《中国政法大学学报》2011 年第 1 期。

涉及的相关问题，包括民法典是否存在民族性？为什么要进行民法典民族性的型塑？国外各大法系的典型民法（典）如何开展民族性的型塑？中国在近现代如何进行民法（典）民族性的型塑？中国现行民法民族性型塑的有何具体表现及程度如何？未来中国民法典民族性型塑的考量因素及具体路径如何？等等。

（2）为中国民法典中民族性与世界性的平衡、契合提供全新的解决方案。优秀的民法典既能彰显世界性，又能保持民族性。然而，法的世界性、统一性必然削弱法的民族性、特殊性，而法的民族性、特殊性则必然克制法的世界性、统一性，在一部法（典）中平衡、协调二者是一件令立法者头疼却又不得不妥善解决的难题。有学者认为《法国民法典》《德国民法典》实现了民族性与世界性的成功契合，而《日本民法典》《中华民国民法》则系民族性与世界性契合的败笔之作，他寄望未来中国民法典能成为“世界性与民族性契合关系的希望之作”，并提出了初步的建构设想。^{〔1〕}然而，从已掌握文献的来看，十余年来并未有人再次完善该建构或结合当下民法的新近发展对此问题给予进一步的分析论证，而这一问题将成为本书努力解答的重要问题之一。

（3）为回采中华法系的传统智慧提供开拓性的理论引导。中华法系是学界公认的世界主要法系之一，其风格鲜明而独特，内涵丰富而炫丽，影响广泛而深远，是中华民族集体智慧的结晶，是世界法律发展史中大放异彩的瑰宝。虽然中华法系在外国入侵、国内革命以及西方近代法律思想引进等多重冲击下已然衰落、解体，但是我们必须清楚地认识到中华法系能够绵延数千年而不衰，其中必然蕴藏着巨大的智慧之光，“包含了许多

〔1〕 马忠法：“从罗马法的影响看民法的世界性与民族性”，载《中央政法管理干部学院学报》1997年第6期。



跨越时空、历久常新的合理性因素”^{〔1〕}，对当下中国的法治建设具有重要的继承价值。然而，中华法系在悠长的历史岁月中积淀了海量的制度资源与精神资源，那么应采用怎样的标准进行筛选并继承对当代中国有益的优质资源呢？由于中华法系具有重刑轻民、刑法发达的特点，因此目前学界的主要关注点在于当代刑法对中华法系的继承，对其他部门法的继承却鲜有人深入研究。而本书将以中华法系的民法继承为突破口，开阔中华法系继承的理论视野。

2. 现实意义

（1）有助于积极推动中国民法典的编纂工作。民族主义在一定层面上是指民族成员表现出的对民族国家超越一切的高度忠诚与对本民族优越性坚定信仰的心理状态。^{〔2〕}而型塑并彰显民法典的民族性实质上是民族主义思想折射于民法学研究的具象之一。如果我们通过型塑中国民法典民族性的口号，召唤民族主义成为中国民法典编纂的精神动力来源，那么将为中国民法典编纂这个工作量浩大的系统工程提供异常强大而又源源不断的动力支持，使专家、学者及立法者在民族主义精神的伟大感召下对民法典的编纂工作迸发出昂扬的斗志和无限的活力，从而冲破民法典编纂的一切障碍与藩篱，使中国民法“法典梦”的实现绝非“渐行渐远”^{〔3〕}而是“为期不远”。

（2）有助于切实保证中国民法典的顺利实施。法的实施不仅是将法律规范所蕴涵的立法者的愿望与追求转化为现实的一个重要过程，而且也是发挥法的指引、评价、教育、预测等作

〔1〕 张晋藩：《中华法系的回顾与前瞻》，中国政法大学出版社2007年版，序言第1页。

〔2〕 Carlton J. H. Hayes, *Essays On Nationalism*, New York: Macmillan, 1926, p. 6.

〔3〕 柳经纬：“渐行渐远的民法典”，载《比较法研究》2012年第1期。

用的一个主要途径。为此，罗斯科·庞德曾言，法的生命在于实施。那么专就民法典而言，要保证其顺利实施，除了要求整个法律制度的有效性以及必要的政治、经济环境外，对法典本身来讲是否还要有必备要求呢？实际上，诸多国家的实践已经向我们作了肯定的回答，而这个必备要求就是民法典必须在一定程度上汲纳民族文化、民族习俗、民族价值观念等民族性因素。当前，“我国正处在制定民法典的前夜”〔1〕，我们应对民族传统文化进行全面的梳理、拣选，将中华民族优秀的民族习俗、民族性格、民族价值观等融于民法典，进行民法典民族性的型塑，这样的民法典必然会博得民族成员的充分尊重与热切拥护，也必将会得到民族成员的认真遵守与坚决执行。

（3）有助于大力弘扬中华民族的优秀传统文化。党的十八大报告向我们提出了“建设优秀传统文化传承体系，弘扬中华优秀传统文化”〔2〕的重要任务。要完成这项任务，有一项非常重要的前提性、基础性工作，那就是要区分传统文化的精华与糟粕。对法律学人而言，民法典民族性的型塑过程就是一个区分传统文化中的精华与糟粕，挖掘、阐发优秀传统文化思想价值的过程。可以想见，由于民法典既具有与人们生活的最密切相关性，又具有体系化、系统化、逻辑严密的优势，一部充分体现中华民族传统优秀文化的民族性民法典颁布实施后，必将强化民族成员对优秀传统文化的认可与认同，必将提升民族成员的民族自信心与自豪感，也必将增强中华民族的共识与凝聚力。同时，随着中国的和平崛起，中国民法典必然成为各国研究的对象，而民法典中所蕴含的中华民族优秀传统文化也必然

〔1〕 徐国栋：《西口闲笔》，中国法制出版社2000年版，第245页。

〔2〕 胡锦涛：《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》，人民出版社2012年版，第26页。



会随之散播全世界。

二、概念的界定

(一) 民族

中文里的“民族”一词是一个准外来词汇，它的概念在形成过程中受到了西方、苏联学说及理论的重大影响。

1. 西方的“民族”概念

在英语里，“ethnic group”“ethnicity”“nation”均可被译为“民族”，而它们是由古希腊词汇“ethnos”（含有部族、民族、国民等义）和古罗马词汇“natio”（含有族、种、血缘纽带等义）演变而来的。^{〔1〕}其中，“ethnic group”与“ethnicity”则具有较多的血统、历史、文化色彩。如美国《现代社会学词典》（1969年版）将“ethnic group”界定为“一种带有某种共同文化传统和身份感的群体，这种群体作为大社会中的亚群体而存在”。^{〔2〕}美国社会学家J. M. 英格尔认为，“ethnicity”系指一个较大社会中的一部分，其成员自己相信同时也被别人相信具有共同的起源、共同的文化，并会采取共同的行动。^{〔3〕}而“nation”在近现代具有较强的政治色彩，并与国家关系密切。如英国《牛津词典》认为，“nation”指一个广泛的人们聚集体，彼此通过共同的血统、语言或历史紧密地联合在一起，通常被组织为独立的政治国家，并且占有一定的领土。^{〔4〕}德国政治经

〔1〕 高永久：《民族社会学概论》，南开大学出版社2010年版，第25~32页。

〔2〕 [美] N. 格莱泽、D. P. 莫尼汉：“民族与民族研究”，丁麒钢译，载马戎编：《西方民族社会学的理论与方法》，天津人民出版社1997年版，第4页。

〔3〕 J. M. Yinger, “Ethnicity in Complex Societies”, in L. A. Coser, O. N. Larsen (eds.), *In the Uses of Controversy in Sociology*, New York: Free, 1976, p. 200.

〔4〕 [英] 斯蒂夫·芬顿：《族性》，刘宏等译，中央民族大学出版社2009年版，第21页。