



BOSHI WENKU

〔法学〕

新中国民法法典化 历程考论

XINZHONGGUO MINFA FADIANHUA
LICHENG KAOLUN

易 清 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

湖南省哲学社会科学基金“新中国起草民法典的历程之回顾、反思与前瞻”

项目之成果（项目编号：07YBA074）

湖南商学院学术著作出版基金资助

新中国民法法典化历程考论

易 清 著

知识产权出版社

本书采用历史研究法、比较研究法和法解释学方法,以新中国各时期民法典立法为中心,结合该时期国家、社会的基本特征,揭示各时期民法典立法的原则和特点,以期反映出60年来新中国民法法典化的沿革与变迁,力求历史地再现新中国民法法典化的曲折历程。

本书可供法学专业学习者、研究者参考使用。

责任编辑:刘 睿

责任校对:韩秀天

特约编辑:孟 卿

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

新中国民法法典化历程考论 / 易清著. —北京:知识产权出版社, 2010. 8

ISBN 978-7-5130-0126-7

I. ①新… II. ①易… III. ①民法-法典-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第150588号

新中国民法法典化历程考论

易 清 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

传 真: 010-82005070/82000893

责编电话: 010-82000860 转 8113

责编邮箱: liurui@cnipr.com

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 8.625

版 次: 2010年9月第一版

印 次: 2011年5月第二次印刷

字 数: 220千字

定 价: 22.00元

ISBN 978-7-5130-0126-7/D·1052 (3063)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



目 录

导 论	(1)
一、选题缘起及研究意义	(1)
二、研究状况和文献运用	(4)
三、基本概念及研究范围	(8)
四、研究方法和基本框架	(13)
第一章 民法法典化的滥觞	(16)
第一节 民法与法典化	(17)
一、西方语境中的民法与法典化	(18)
二、中国传统的民事法律	(25)
三、民法与民法典的引进	(29)
第二节 近代中国三次民法典起草与“中国化” 问题	(32)
一、清末民法典起草	(33)
二、民国北京政府民法典起草	(35)
三、民国南京国民政府民法典制定	(38)
第三节 革命根据地的民事立法	(42)
一、民事单行法规	(43)
二、南京国民政府民法典的选择援引	(48)
三、起草民法典的尝试	(52)
第二章 民法法典化的初启与反复	(62)
第一节 废除“旧法”与民法的转型	(62)
一、新中国成立初期的形势与法制建设的任务	(63)



二、废除“六法全书”	(66)
三、取法苏联民法转型	(72)
第二节 社会主义民法的艰难探索	(77)
一、“五四宪法”与民法原则	(77)
二、中共“八大”与民法典	(89)
三、“法治”还是“人治”	(109)
第三节 两次民法法典化	(114)
一、第一次民法法典化	(114)
二、“反右”与民法法典化的中止	(118)
三、民法法典化的反复	(124)
第三章 民法法典化的必要与可能	(130)
第一节 改革开放与民法典立法的恢复	(130)
一、改革开放的要求	(131)
二、第三次民法法典化的起落	(135)
三、民法典起草中的分歧	(140)
第二节 民法相关问题的初步探索	(143)
一、民法与经济法论争	(144)
二、公法与私法划分	(149)
三、从实际出发的立法原则	(155)
第三节 由起草民法典到颁布《民法通则》	(157)
一、发生转变的条件	(157)
二、《民法通则》的制定	(161)
三、《民法通则》与民法典	(166)
第四章 民法法典化的理想与现实	(171)
第一节 第四次民法法典化的兴起	(171)
一、时代的呼唤	(172)



二、法典化的启动	(177)
三、首次审议的草案	(182)
第二节 学界的争鸣与探索	(185)
一、形式与方法	(185)
二、立法思路之论	(189)
三、编纂体例之争	(193)
第三节 民法法典化的步伐	(201)
一、《合同法》	(201)
二、《物权法》	(206)
三、制定《侵权责任法》	(216)
结语	(229)
一、“零售”兼“批发”	(229)
二、“宜粗不宜细”	(236)
三、从传统中寻找力量	(241)
四、法学家作用的发挥	(247)
参考文献	(251)
后记	(267)



导 论

一、选题缘起及研究意义

(一) 选题缘起

2002年年底,《中华人民共和国民法(草案)》正式提交全国人大常委会第三十一次会议审议,这在新中国尚属首次,亿万国人为之欢呼,躬耕多年的学者更是备感振奋。然而,这带给普通民众的或许仅仅是稍纵即逝的心理愉悦,而留给法律人的则是一个沉重的历史话题。回顾新中国民法法典化曲折坎坷的历程,我们更是感到责任的重大与艰巨。“前事不忘,后世之师”。总结历史经验,为现实及今后的法制建设提供借鉴,也是我们法史研究工作者义不容辞的职责。值此第四次民法法典化运动方兴未艾之际,对新中国历次民法法典化作全面、认真的回顾应该是大有裨益的。

在此背景下,中国人民大学法学院赵晓耕教授主持的教育部人文社会科学基金项目——新中国民法典起草历程回顾,于2005年年底获得立项。而2006年9月起师从赵晓耕教授攻读法律史专业博士学位的笔者,非常有幸参加了该项目。领受项目任务时,导师语重心长的教诲至今仍时常萦绕在耳边:“参与该项目能与你此前的学术背景中共党史专业相结合,做得好,你的博士论文可以从中产生。”攻读博士学位3年间,在导师的鼓励 and 指导下,笔者一直围绕新中国民法典



起草历程展开资料的收集、整理，逐渐形成了以新中国民法法典化为主线的研究思路和研究心得，并取得了阶段性的成果。

2009 年是新中国成立 60 周年华诞。古人云：六十而耳顺。新中国的法制建设经历了半个多世纪的风雨历程，已经逐步步入了成熟期。然而，为了这个逐步成熟的过程，我们付出了沉重的代价。回首往事，我们不禁为我国的法制建设居然要经历如此艰难的道路而感叹；但我们更为我们已不再年轻的共和国终于在共产党的领导下，走出困境，迈向以法治国的光辉前途而庆幸。总结我国 60 年来法制建设的经验教训与探索建设中国特色社会主义民法发展的道路的目的，更坚定了笔者以新中国民法法典化历程为研究方向的决心。博士毕业后，笔者继续研究新中国民法法典化历程，并将博士论文修改、扩展、深化而成本书。

（二）研究意义

当代史自古以来就是许多史家却步的领域，因为诸多事情的定性有待于历史发展的检验，许多对历史发展有益的改革、举措在当时、当代也许并不被人们所理解、所拥护。相反，有些阻碍历史进程的运动却常常受到拥护和响应。一场变革、一场运动、一些重大的历史事件的意义与影响，在当代往往很难作出准确的评判。换句话说，许多问题总是应该随着历史的不断发展，才能得到逐步检验和证实，受历史的局限，很难对这些问题作出科学而合理的解释和结论。本书就目前能够或应当能够掌握的资料和达到的水平，尽量就这些问题作出自己的解释和结论。解释和结论不一定尽如人意，这有待于在以后的研究工作中进一步去补充、去完善。



与以往的研究不同，本书对民法法典化的历史考察不是单一作一叙述，而是试图站在一个历史的高度，对新中国民法法典化的历程进行一种全景式的勾勒。同时，将法律制度与法律思想融合，不仅考察影响民法法典化的外部诸因素，而且对于民法法典化相关的种种学术的争论作一全面的梳理，即既从法律制度史，也从法律思想史的角度考察这一历史过程。这样有助于克服在研究中“不识庐山真面目，只缘身在此山中”的尴尬，为解决法学研究中一直存在的制度与思想分离的“两张皮”现象的问题提供了一种路径。希望本书的完成有助于学术界更好地进行相关研究，因此它具有一定的理论意义。

我国已先后统一了《合同法》，通过了《物权法》，颁布了《侵权责任法》，民法典的主体已基本完成，民法典的最终出台也应指日可待。民法典的制定是一个过程，新中国也曾几次尝试过起草民法典。当前中国正在进行的制定民法典的种种努力，正是这个过程中的一个环节。在这个关键时刻，我们希望，通过对新中国民法法典化这一历程的梳理、考察，不仅是总结过去的是非得失，摆脱把民法法典化历经 60 年却仍未成正果的原因简单化的倾向，更重要的是分析导致上述得失的成因，以期为未来的民法典的制定，提供一个可供借鉴的、动态的、连续的、比较的参照系，最终服务于社会主义市场经济和法治建设的需要。法律的生命在于经验，本书的完成也有望有助于相关部门在组织制定、解释法律、法规时，能够跳出孤立地看问题的藩篱，以联系的、发展的眼光应对当前的现实要求，因此它具有一定的实践意义。

英国思想家边沁曾说道：“一部法制史著作，其最通常、



最有用的目的，是展示伴随着确立实际有效的法律的那些环境。然而，阐述已被取代了的死法律，同阐述已取代了它们的活法律不可分地交织在一起。这两类科学的大用处，都在于为立法艺术提供实例。”^①但愿本书也能够起到这种作用，哪怕是部分的。

二、研究状况和文献运用

（一）研究现状

新中国民法沉浮跌宕、历经变迁，无论就民法本身的变迁，还是就与此相关密切的民间法与国家法、外来法与本土法、传统法与现代法、法与革命（改革）、民法与市民社会等一系列重大论题而言，均极富吸引力并具有重大的学术价值。目前学术界对新中国成立 60 年来民法发展历史的研究，有以下几种不同的类型。

第一，构架于新中国法制史中的民法史部分。对当代中国法制史的研究，自 20 世纪 90 年代开始就为学术界所重视，并一度形成新中国法制史研究的小热潮，出版了一批专门的著作，主要有：周振想等主编、群众出版社 1990 年出版的《新中国法制建设四十年要览》，钱辉等主编、吉林人民出版社 1992 年出版的《中华人民共和国法制大事记》（1949 ~ 1990），杨一凡等主编、黑龙江人民出版社 1997 年出版的《中华人民共和国法制史》，韩延龙主编、中共中央党校出版社 1998 年出版的《中华人民共和国法制通史》，郭成伟主

^① [英] 吉米·边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2002 年版，第 365 页。



编、江苏人民出版社 1999 年出版的《新中国法制建设 50 年》，蔡定剑著、中国政法大学出版社 1999 年出版的《历史与变革——新中国法制建设的历程》，李龙主编、中国社会科学出版社 2004 年出版的《新中国法制建设的回顾与反思》等。

第二，研究中华人民共和国民法发展历史的著作。何勤华等主编、复旦大学出版社 1999 年出版的《中华人民共和国民法史》，是迄今为止第一部也是惟一一部关于中华人民共和国民法史的著作。该书作者根据丰富翔实的史料，以新中国民法初创时期、社会主义改造时期、社会主义建设时期、改革开放时期以及新的社会转型时期为基本历史线索，系统阐述了自 1949 年中华人民共和国成立至 1999 年这 50 年的土地与房地产法、债权关系、婚姻制度与婚姻法、继承制度与继承法、人身权法、知识产权法等民法的各个部门法，以及台湾、香港、澳门地区“民法”的发展和内容。同时，还专章论述了中华人民共和国民法的发展道路和基本特征。

第三，资料性的收集整理。何勤华等主编、法律出版社 2003 年出版的《新中国民法典草案总览》，收录了从新中国成立至 1986 年《民法通则》颁布为止我国立法工作者制定的民法典总则和分则草案共 96 个，^①是一部填补我国民法研究空白、极具史料和文献价值的作品。该书汇编的文献，则可以帮助读者进一步了解和理解这一动荡和变革的历程对中

① 第一个民法典草案是 1955 年 10 月 5 日的《中华人民共和国民法总则（草稿）》，最后一个民法典草案是 1985 年 7 月 10 日的《中华人民共和国民法总则（讨论稿）》。



国民立法进程的深刻影响。^①

此外，有关民法典的学术论文中对新中国民法立法史的简单叙述与一些问题的探讨，等等。

这些研究的主要特点：（1）主要是资料的收集，或是一些法律法规的沿革史；或研究对象只以法律法规为限，甚至有时只是一连串的法律、法规目录；或仅作民事法律制度沿革的叙述。（2）有关的论文不仅数量较少，而且大都只涉及其中的某一点或某一方面。（3）上述研究大都立足于现象的描述，对现象背后的社会本质往往缺乏深层次的分析，或语焉不详，或浅尝辄止。（4）上述著述大都成书于20世纪90年代，对后起的第四次民法法典化鲜有涉及。

就目前研究而言，关于新中国民法法典化历史考察的专门研究著作，仍尚未面世，且专题论文所见亦寥寥。有一些论者已经意识到了新中国民法法典化历史研究中的一些问题，并做了一些开创性的工作，但这些论者并未就新中国民法法典化历史这一具体的论题作出专门的或更深入地论述探讨。本书将试图在前人的相关研究基础上，对新中国民法法典化历史作更深入、更系统的探讨。

也就是说，本书的写作是一项具有一定开拓性的工作。它虽然极富有挑战性，但同时也意味着是困难重重；没有任何样本可以参考，没有什么“模式”可以借鉴。但是，凭着笔者对新中国民法法典化历史研究的热情，对历史认真负责的态度，本书试图做好这项工作，并以期能够引起学术界对

^① 何勤华：“鲜见的文献 珍贵的史料——《新中国民法典草案总览》序”，载《法学》2003年第2期。



这个问题的进一步关注和研究。

（二）文献运用

当代人写当代史，从表面上看，的确有着种种“便利”。但是当我们提起了笔之后，才发现问题的远不是我们想象的那样简单，特别是“民法法典化历史”这样一个课题。

对当代史的研究，在史料上不可避免地将遇到两个最突出的难题：其一，某一时期的资料过于匮乏。许多极为重要的资料没有公开，无缘相见，其中一些很可能永远不会公开；加上60年来我国法学研究、教育历经挫折，许多珍贵史料被损毁不易觅得，甚至无从知晓。其二，与第一点正好相反，某一时期的资料过于丰富，资料杂芜。我们与所叙述的事件距离太近，有不计其数的史料可供择取，因而史料的选择将是很大的难题，筛选工作常常无从下手。写作的过程，首先成了资料整理的过程。笔者身为当代人，其见识也难免受到局限，在资料的取舍上也难免有所偏颇。

前三次民法法典化可以说是在相当封闭的圈子内进行的，因而相关的资料在公开刊物上很难检索到，有关的档案也不是轻易能触及的。本书将尽笔者所能地参阅各种法律法规、司法解释、政策文件、案例汇编、有关立法背景资料、有关领袖及司法界领导的讲话、文章，以及各种政治史、社会史的研究成果。在已有的资料的基础上，继续加大对历次民法典草案的文本的收集与整理工作；加强对民法典立法历程其他方面资料的收集，如起草的组织机构与人员组成等有关资料；特别注重对起草过程中的学术争论与条文讨论等方面资料的收集，这方面的资料散见于报纸杂志，部分甚至是当事人的回忆等资料，而起草过程中对条文的讨论意见迄今为止



只有零星内容通过不同的渠道公开，这无疑增加了本书资料收集的难度。

基于可能的文献资料，如何从理论上提出并确立我们的观点，并且能“自圆其说”，确实是一个难题。因此，笔者只能在此基础上，根据自己的学识水平进行研究。至于是否能够“自圆其说”，只有待方家来评判了。

三、基本概念及研究范围

（一）基本概念

1. 民法

“民法”一词是个外来语，它是从古罗马的“市民法”“万民法”发展来的。古罗马把调整本国人之间的关系的法律称为“市民法”（*ius civile*），而把调整外国人与外国人、外国人与本国人之间的关系的法律称为“万民法”（*ius gentium*），后在长期发展中两法逐渐融合，于公元6世纪东罗马帝国皇帝优士丁尼在位前后将罗马法汇总编纂成为《优士丁尼法典》等四部法律汇编，于12世纪时定名为《国法大全》，亦称《民法大全》。恩格斯说：“它是我们所知道的以私有制为基础的法律的最完备形式。”^① 罗马法的理论、体系对私有制高度发达的资本主义国家有很大的影响，以至欧洲大陆后来制定的相应的法律都据拉丁语（*ius civile*）分别定名为：Droit civil（法）；Civil Law（英）；Bürgerliches Recht, Zivilrecht（德）；Diritto Civile（意）；Burgerlyk Regt（荷）。

① 《马克思恩格斯选集（第3卷）》，人民出版社1995年版，第143页。



日本明治维新时代修订法律，从荷语用汉字译为“民法”。^①

“民法”，作为一个法律部门的名称，通常具有两方面的含义：一是指调整民事财产关系和人身关系的一切民事法律规范的总称。就广义而言，是从法律规范内容的性质说的，与所谓“实质民法”的提法，意颇近似。二是指通过一定立法程序制定的、按照一定体系编纂的民法典。就狭义而言，是从法律规范的表现形式说的，与所谓“形式民法”的提法，意颇近似。从“民法”一词上述两方面的含义来看，现代所称的“民法”，通常是指民法典。^② 本书在使用“民法”这一概念时，基于意义明确的情形下，并未进行严格的区分。

2. 法典化

英文“Codification”是由英国法学家边沁创造的词汇。这个词第一次出现是在1815年6月边沁写给亚历山大一世（Tsar Alexander I）的一封信中，在这封信中，边沁区分了“Codification”概念和传统的“Legislation”概念之间的区别。^③ 边沁认为法典是全面而自足的，除通过立法外，不能增补和修改，^④ 他将法典看做是一种具有形式合理化的法律规范的存在方式，提出了一部法律之成为“法典”必须具备的条件：第一，它必须是完整的，也就是说，它必须提出十分充分的整套法律，以致无须用注释和判例的形式加以补充；第二，在叙述其包含的法则时，必须使每一句话都达到最大可

① 佟柔：《佟柔文集》，中国政法大学出版社1996年版，第59页。

② 陈嘉梁：“‘民法’一词探源”，载《法学研究》1986年第1期。

③ See Gunther A. Weiss, The enchantment of codification in the common-law world, 25 Yale J. Int L. Summer 2000, p. 448.

④ [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第217页。

能的普遍性；即它必须用最少的法则说明全部的法律；第三，这些法则必须以严格的逻辑顺序叙述出来；第四，在叙述这些法则时，必须使用一致的术语，给这个作品中可能提到的每件事物以惟一的具有一个准确界定的名词。^①边沁眼中的理想法典是有着精确框架的、内容全面的法律的集合，这个法律集合：法律规定之间没有冲突；对于有关任何人的权利或义务的任何具体案件的适用，绝对没有任何疑问。^②

对于这个词的中文译法，通常为“法典编纂”和“法典化”两种。《法律辞典》中，将“Codification”译为“法典编纂”，解释为：用法律逻辑上完整的、内部统一一致的方法，对调整同一类型的社会关系作出系统的法律规定。在进行法典编纂时，整理的对象不是各种法规，而是包括在各种法规中的大量的法律规定。^③《元照英美法词典》中将“Codification”译为“法典编纂、法典化和法典”三个中文意思。^④《牛津法律大辞典》的中译本也将“Codification”翻译为“法典编纂”。^⑤《布莱克法律词典》的解释，“Codification”是指对有着一个既定管辖范围的有关法律（the laws of a given jurisdiction）或者是一个独立的法律部门的法律的汇编和体系化

① 薛军：“优士丁尼法典编纂中‘法典’的概念”，载徐国栋：《罗马法与现代民法（2001年号）》，中国法制出版社2001年版。

② Gerald J. Postema, Bentham and the common law tradition, Clarendon press Oxford, 1986, p. 423.

③ 中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会编：《法律辞典》，法律出版社2003年版，第273页。

④ 薛波主编，潘汉典总审订：《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第242页。

⑤ [英]戴维·M.沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第215页。



的过程，以形成一个有序的法典，也指这个过程的结果即法典本身。^①

从中文的表达习惯上来说，法典编纂是一个偏正词组，重点落在了编纂这个动词上，而这个词实际上不但是指编纂的过程，也指这个编纂过程的结果，最后形成了一部法典，因此，笔者在本书中采用的是“法典化”这个中文译法，^②应当明确的是，本书中所使用的“法典化”和“法典编纂”是同一个意思。由于国内学者在有关论文和译作中有的使用“法典编纂”，有的使用“法典化”，因此在涉及引用时就不不可避免地会存在混用的情形。

（二）研究范围

本书与前述民法史的相关研究不同，把研究重点集中在民法典这一点上，主要以“民法典”作为研究的中心，而不是像以前的研究那样以全部民事法律的起草制定为研究的中心，因为：民法的范围与民法典相比要广泛得多，涵盖了民法学的许多问题，而民法典自始至终都应当是一个针对中国社会发展中的民事关系的法律的体系性问题。

本书以围绕“法典化”，突出“民法典立法史”的特征作为写作指导思想。

围绕“法典化”，主要有两个方面的含义：第一，涉猎面

① West a Thomson business, *Black's Law Dictionary*, eighth edition, 2004, pp. 273 - 274.

② 国内有学者在使用“法典化”这个词时，用了英文“Codify”，这是一种错误的译法，“Codify”是一个典型的动词，而英文“Codification”是一个名词，“Codify”的正确译法应该是“编纂法典”，而不是“法典编纂”或者说“法典化”。参见封丽霞：《法典编纂论——一个比较法的视角》，清华大学出版社2002年版，第16页。