

2007年·冬季号(总第一期)

望江法学

四川大学法学院主办

里赞主编

國立四川大學

法學院

2007年·冬季号(总第一期)

望江法学

四川大学法学院主办

里赞主编

刘昕杰副主编

图书在版编目(CIP)数据

望江法学(总第一期)/里赞主编. —北京:法律出版社,
2007. 12

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7981 - 0

I. 望… II. 里… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 183426 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/797×960 毫米 1/16

印张/14.5 字数/245 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939738

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7981 - 0

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

学术委员会

名誉主任 杨泉明

主 任 唐 磊

副 主 任 里 赞

委 员 (以姓氏笔画为序)

王建平	王 斌	古立峰	左卫民	向朝阳	李 平
杨泉明	杨遂全	杨翠柏	里 赞	汪太贤	陈永革
陈界融	金 明	周 伟	徐继敏	唐 磊	喻 中
程燎原	谢维雁	魏 东			

编辑委员会

顾 问 周应德 赵炳寿 黄肇炯

主 任 里 赞

委 员 (以姓氏笔画为序)

王晓媛	刘昕杰	刘晴辉	李 旭	李 浩
钱向阳	黄力华	喻 中	曾 彤	谢维雁

特约编审 何进平 徐亮工 郭登科

英文校对 黄力华

编者前言

清末以降,西风激荡,我古老文明始转入现代法治之途。新政之路步履维艰,励精图治,方有今日之法统。制度之变革总有思想并学术的革故鼎新,其间学人辈出,思想之革命,思潮之涌动,丝毫不逊于社会之改进。在“趋新崇西”的大势之下,新论叠出,新旧各派论争纷纭,法政报刊杂志随之大量出现,如《法政杂志》(1906)、《法政学交通社月报》(1906)、《政法学报》(1907)和《宪法新志》(1909)等,思想及学术之活泼实在是“数千年未有之大变局”。民国代清,取法日本、欧陆,兼及英美,法学愈加繁荣,更有《法学会杂志》(1912,沈家本)、《法律评论》(1923,朝阳)、《法学季刊》(1922,东吴)、《中华法学杂志》(1936,中华民国法学会)、《法政学报》(1918,北京国立法政专门学校)、《法令周刊》(1930,吴经熊)、《现代法学》(1931,郭卫)等专门刊物支持,学术景象蔚为壮观。虽清季以来的法治宪政宏图未竟,然随之而来的法律学术却精进有加,而林林总总之法学期刊在构建法学共同体并弘扬法治精神一面,其作用尤其难以估量。

历史似重复,似循环。当下中国重拾法治理想,制度变革、思想论争及学术表达犹如往昔之情景再现。然现行学术评估体制及期刊管理体制相当程度地制约了学术的自由伸展,故有院校、学术团体或学者个人取不同方式推出体制外专业期刊,以示存在。影响较著者如《北大法律评论》、《民商法论丛》、《刑事法评论》、《判解研究》等,正可谓“山重水覆疑无路,柳岸花明又一村”。盖可预见,连同网络媒介、电子期刊等不同形式的学术载体,法学成果表达的多元化表现形式势必显现为新世纪我法学研究之重要特征。

2 编者前言

四川大学虽偏居西南,然近代以来以新学为著之法科教育却不为人后。滥觞于清末新学兴起之时的川派法学,其时并列于趋新之前沿。1905年,四川总督锡良着员赴日考察近代教育后创办四川法政学堂,后成为国立四川大学五大专门学校前身。川大法科同仁向以看重学术言论表达及刊物编辑之工作,民国时期我院朱(显桢)、裘(千昌)二公主编的学术期刊《法学月报》刊行多年,成为抗战时期及其后国内重要的法研阵地。而今,承蒙学界同仁之鼎力相助,川大创办《望江法学》,不敢望诸先进之项背,惟发愿承继我先贤之遗风。此以《望江法学》名之,实因四川大学法学院居成都武侯望江路川大望江校区,旁邻望江公园,内有望江楼可观锦江流淌。古人曾叹:望江楼上望江流,江流千古,江楼千古。此言似可喻中国百年法治之途,故尝以望江之名代指我四川大学法学院。《望江法学》虽创办于西蜀,但不以地域划界自缚,必当以“海纳百川,有容乃大”之志为念,愿携手有识之士,共同推进我法学研究并法治事业之进步于不息。

里 赞

识于成都望江楼

目 录

编者前言

特 稿

梁慧星	中国民法学的历史回顾与展望	(1)
[德] Edmund Brandt	Zur Entwicklung des Kernenergierechts	(23)
侯正猛译	——Anmerkungen aus interdisziplinärer Sicht	
朱显桢	改进我国法律教育之私见	(34)
刘昕杰点校		

论 文

冯亚东	城邦、冲突与自然法	(42)
钱向阳	婚内强奸问题的观察角度	(60)
	——基于法学方法论的追问	
喻 中	“征服”还是“转化”	(76)
	——西方法理与中国文化的关系再思考	
周 伟	平等、自由与反歧视的公益诉讼	(89)
王 锴	论宪法上私有财产权的规范结构	(102)
徐继敏	我国地方各级政府权力配置分析	(119)
杨遂全	计量分析与民商立法现代化	(129)
	——建议人大专设立法技术局	
张 群	家宅法的起源与发展	(136)
	——兼论宅基地制度的出路	

2 目 录

李 平 应品广	区域经济合作与竞争法律问题研究	(147)
金 明	从国际法看《中日联合声明》与所谓“日台和约” ——兼评日本最高法院的两份判决	(166)
Zeng Tong	China's CO ₂ Emissions Trading Status and the Relevant Legal Issues	(176)
王 健	法律硕士(JM)学位论文规范化探究	(183)
	译 文	
[美]Michael J. Perry 王书成译	宪法是什么? ——以及其他基础性问题	(191)
	书 评	
王 波	福柯法权思想初探 ——《必须保卫社会》读后感	(210)
王 曦	法官的作为 ——评本杰明·卡多佐《司法过程的性质》	(219)

中国民法学的历史回顾与展望^{〔1〕}

梁慧星*

引言

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文化的基础。

关于中国历史上继受外国法,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也!”^{〔2〕}今天中国民法学界所从

* 梁慧星:中国社会科学院学部委员。

〔1〕 本文系作者2007年5月15日为庆祝中国社会科学院成立30周年所作的学术讲演。

〔2〕 杨鸿烈:《中国法律发达史》(下),上海书店1990年版,第1312页。

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:一是中国民法学的诞生与前期发展(1900—1949);二是中国民法学的“转向”、“停滞”与“死亡”(1950—1977);三是中国民法学的“重生”与发展(1978—);四是中国民法学的进步;五是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^[3]胡长清^[4]张晋藩^[5]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,但这些均属于刑事法律。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。^[6]

中国历史上不存在民法,其根本原因,在于漫长的封建社会中,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

[3] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14—16页。

[4] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第16页。

[5] 张晋藩:《中国法制通史》,法律出版社1999年版,第214页。

[6] 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。”参见《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第369页。

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,促使朝野上下一致达成共识: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《大清民律草案》。^{〔7〕}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。^{〔8〕}

(三) 继受外国法的直接动因:废除领事裁判权

清道光二十三年(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。^{〔9〕}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,一直致力于收回领事裁判权。光绪二十八年(1902年),清政府在上海与英、美、日、葡续订商约,四国先后承诺,以中国律例及审判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。^{〔10〕}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

〔7〕《大清民律草案》包括总则、债权、物权、亲属、继承五编,共计1569条。

〔8〕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。

〔9〕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。

〔10〕张生:《民国初期民法的近代化》,第20—21页。

计划”,谈道:“现在所缔结中比、中丹、中西、中意各商约,以十九年(1930年)一月一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。”^{〔11〕}

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。^{〔12〕}

(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。^{〔13〕}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。^{〔14〕}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。^{〔15〕}

(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。^{〔16〕}

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

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

〔12〕 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。

〔13〕 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。

〔14〕 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Maitland氏之意见,强调:“德国民法系举世最缜密的国内法。”转引自王泽鉴:“民法五十年”,载《民法学说与判例研究》(第5册),1991年自版,第9页。

〔15〕 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9页。

〔16〕 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。

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。^[17]

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。^[18]1904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。^[19]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,留学法国的陈赓翻译了《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。^[20]

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基础。^[21]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

[17] 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。

[18] 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。

[19] 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。参见何勤华、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。

[20] 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。

[21] 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。

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、陈藁、郁华、张知本、张一鹏、陈时夏等为代表。〔22〕

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、刘志敏、应时、欧宗祐、欧阳暹、钟洪声等先生,在民法学上都有精深的造诣。〔23〕

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,并在维护法律人的共同信念,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年代、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,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。〔24〕

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,李谟在债法方面,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,

〔22〕 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。

〔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。

〔24〕 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。

已表现得很明显。^[25]

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”)。^[26] 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,^[27]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。

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。^[28]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》。^[29]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。^[30]

[25] 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。

[26] 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》,致《中华民国民法》在中国大陆被废除,而在中国台湾地区继续生效。

[27] 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)。

[28] 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。参见何勤华、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。

[29] 这部民法教材在进入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》。

[30] 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、中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”。参见[日]北川善太郎:《民法总则》,有斐阁1993年版,第105页。

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,^[31]以及大规模翻译苏联民事法律和民法学著作,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,是中国移植了苏联以单一公有制为基础的计划经济体制。^[32]

继受苏联民法和民法学,取决于中苏两国和两党的关系,最终取决于毛泽东同志对苏联的看法,而毛泽东同志对于学习苏联经验,始终是有所保留的。^[33]因此,一旦中苏两党关系恶化,这种立法和理论的继受就会立即中断。此与中国在1949年之前继受大陆法不同,大陆法系是一个超越国界的抽象的规则体系和理论体系,其意识形态的色彩淡薄,不同政治体制的国家均可采用,即使中国与大陆法系的某个国家交恶,也不影响中国对这一体系的继受。^[34]

中国传统的法律虚无主义,也决定了中国对苏联法和法学的继受不可能是全面的、持久的。法律在中国的地位始终是低下的。新中国的许多领导人认为,法律是约束手脚的、可有可无的,我们有党的领导,有党的方针政策,没有法律照样搞社会主义。在一个长时期里,法律被简单化为专政工具,对群众运动的迷信和对法律功能的蔑视,导致继受苏联法的停滞。^[35]

1962年,中国在经历三年自然灾害和“大跃进”、“共产风”造成的严重经济困难后,曾调整经济政策,强调发展商品生产和商品交换。于当年开始第二次民法起草,至1964年7月,完成《民法草案(试拟稿)》。^[36]起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏俄民法的三编制:第一编“总则”;第二编“财产的所有”;第三编“财产的流转”。一方面将亲属、继承、侵权行为等排除

[31] 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。参见何勤华、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。

[32] 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323页。

[33] 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24页。

[34] 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页。

[35] 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26—27页。

[36] 这次民法典起草,因全国城乡开展“社会主义教育运动”(简称“四清运动”)而中断。

在法典之外,另一方面将预算关系、税收关系等纳入法典,且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概念,企图既摆脱苏联民法的影响,并与资产阶级民法彻底划清界限。显而易见,受到国际国内政治斗争特别是中苏两党论战的影响。

1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”(简称“四清”),导致第二次民法起草中断。而“四清运动”的发展,于1966年升级为“文化大革命”。“文革”期间,各级人民法院、检察院和公安机关被撤销,称为“砸烂公、检、法”,^[37]整个国家陷入无政府状态,包括政法学院在内的全部大学停办,包括民法学者在内的法律教师和研究人员被驱赶到“五七干校”接受思想改造,使中国民法立法、司法和教学出现了长达10年之久的“停滞期”。

把法律简单化为镇压阶级敌人的工具,无视法律在维护人民民事权利、处理民事纠纷和促进经济发展中的作用,导致封建社会的重刑轻民的思想借尸还魂。封建法律观的残余与对法律的片面认识结合,导致在中国不重视民法的思想牢不可破,^[38]导致中国民法立法的停滞和中国民法学的“死亡”。

虽然各级人民法院有民事审判庭的设置和民事案件的分类,但民事审判庭审理民事案件以所谓“民事审判政策”^[39]为依据。从1959年起,作为法学教育专业基础课的“民法学”,改称“民事政策学”,采用各校自编的“民事政策学教材”。^[40]如果说在1957年整风、反右运动之时,法学教育中还存在“民法学”专业和“民法学”课程,我们可以说中国民法学已经“名存而实亡”的话,则在以“民事政策学”取代“民法学”之后的20世纪60年代,中国民法学已经“名实俱亡”!

三、中国民法学的“重生”和发展(1978—)

(一)民法经济法论争

中国在经历“文革”十年动乱之后,于1977年决定将工作重点转移到经

[37] 在1967年1月后各级成立由军队控制的“革命委员会”,下设一个“人保组”,“人保组”内部有负责侦破案件的“侦破组”和负责审理案件的“办案组”。

[38] 《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第76页。

[39] 如最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见(修正稿)》(1963年8月28日)。

[40] 据西南政法大学谭启平教授查阅该校教务处历年课程表,西南政法学院是从1959年起将“民法学”课改为“民事政策学”。鉴于大学课程设置须服从教育行政部门的规定,故推断各政法院系均从1959年起将“民法学”课改为“民事政策学”。