

“中国民法百年：回顾与前瞻”学术研讨会
北京大学研究生会 《中外法学》编辑部主办 法律出版社协办

中国民法 百年回顾与前瞻

学术研讨会文集

《中外法学》编辑部 编
北京大学第22届研究生会



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国民法百年回顾与前瞻——学术研讨会文集 /《中外法学》编辑部,北京大学第22届研究生会编. —北京:法律出版社,2003.1

ISBN 7-5036-4102-9

I. 中… II. ①中… ②北… III. 民法—历史—中国—文集 IV. D923.02-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第100329号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法学学术出版中心
经销/新华书店

开本/A5
版本/2003年1月第1版

印张/16 字数/421千
印次/2003年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4102-9/D·3802 定价:28.00元

序

学生给老师作序,未免惶然。

外行人给内行人作序,未免惶惶然。

虽然是法学院的法学专业的研究生,但是我心底里尚有些自知之明,知道非法律本科专业出身的自己既未能深究法理,更谈不上有什么法律素养。所以,当法律出版社的编辑让我来给即将付梓出版的“中国民法百年 回顾与前瞻”学术研讨会工作论文集写序——仅仅因为我是这次研讨会的组织人——的时候,我觉得没有资格、没有能力也没有相当的专业背景知识的积累来作这样一桩有分量同时具有挑战性的工作。无奈百般推却而不可得,所以只好勉强从命。

正在紧锣密鼓地进行过程中的民法典的制定工作,是在中国市场经济体制逐渐确立、中国经济不断融入世界经济、市场和商品的概念以前所未有的规模和强度迅速成长为人们的主流观念的前提下被提上立法日程的。即使在几乎每一个法律人的心目中,一部属于中华人民共和国的民法典是迟早都会变为现实的梦想;即使众多的法律人——我想并不只包括民法专家、相关政府职能部门的官员——于中国的法制建设步入正轨以后,一直在为这部中国的民法典进行理论探索和法律实践的铺垫:大量的研究成果见诸法学或非法学的报刊杂志,《民法通则》《合同法》《担保法》《证券法》《婚姻法》《公司法》《专利法》《商标法》等民事法律、法规相继出台;即使经济的高速增长带来的日益复杂的经济交往关系和公民的权利意识的复苏无比

强烈地呼唤着一部能够全面调整社会财产关系和人身关系的法律。不过,仍然有学者认为,政治民主化程度欠缺、私权的理念和民法文化意识不够成熟、市场经济机制未臻健全和完善、民法理论的研究还待深入的情况下,中国制定民法典的时机未尽成熟。在大量的争论的焦点集中在民法典制定的原则、体例安排,以及人格权、物权、专利权、商标法权、著作权、国际私法等具体内容的表现形式上,从而把民法典的立即制定视为一毋庸置疑的事项的语境中,我个人认为这是相当认真的、发人深省的思考。推出一部负责的、值得推敲的民法典,哪怕用十年、二十年甚至更长的时间,远远比一部草创的早产的民法典更适用于中国,更能产生深远的积极的影响。权力机关的意志之外,学者需要时时刻刻告诫自身保持独立的学术品格。

由“中国民法百年 回顾与前瞻”学术研讨会提交的论文,我们有充分的理由认为,中国的民法学者们已经对民法理论进行了卓有成效的研究和探讨工作。其中,梁慧星教授的《关于中国民法典编纂》首先梳理了晚清、民国期间和中华人民共和国建立以后共6次民法典编纂,然后对自己亲历其间的最近一次的民法典制定过程中存在的问题以及民法典之进展情况作了说明;徐国栋教授的《“人身关系”流变考》在考察三种不同的人身关系的基础上,强调了人性和对人的尊重在民法中的重要地位,试图为中国民法典的制定指出一个明确的方向,以摆脱既有的民事法律法规所存在理念的误区;杨立新教授的《中国两次民律草案编修及其历史意义》、李贵连教授的《清末民初寺庙财产权研究稿》以及他和他的学生俞江博士合作的《“私法社会化”思潮与中国民法现代化》的3篇文章从法史学、法社会学的角度或者回顾历史上民法典编撰的得失,或者对具体的财产权潜心考究,或者通过历史性的观察力图构建个人权利在民法中的相当地位,对当今民法典的制定显然具有一定借鉴意义;王利明教授的《合久必分:侵权行为法与债法的关系》、杨立新教授的《制定〈中国民法典·侵权行为编〉的若干思考》和张新宝教授的《中国民法典·侵权行为法编草案建议稿》全面反映了中国的民法学者在侵权行为法方面

的研究成果,崔建远教授的《水权·物权法典的制定·民法理论的反思》、王卫国教授的《我国土地物权法制建设的几个问题》、钱明星教授与李富成博士的《中国公有制物权法的基本问题》和常鹏翱博士的《物权法中的真实观念》则是中国物权法研究现状的折射,而侵权行为法也罢,物权法也罢,均是民法典的基本内容之一;尹田教授的《中国民法典立法中法人制度的设想》是他为自己负责起草《中国民法典草案》学者建议稿(中国社会科学院梁慧星教授主持)中“自然人”、“法人”两章有关条文的立法理由的所作的简要介绍,由此我们或可以对中国民法典的起草工作能够有一个感性的认识。张谷博士的《论债务免除的性质》谈论了一个相对要精细得多的民法上的概念问题,文章的最后隐含表达了对民法典制定的比较高的预期。这里需要格外提到两篇文章,周旺生教授的《法典在制度文明中的位置》和刘凯湘教授的《中国民法的现代化》,前者作为一个立法学的专家提出的法典制定需要关注的问题和后者发出的对中国现在制定民法典不赞同的声音值得民法典制定机关和相关人员的思考,从一个侧面也给了我们重新审视民法典制定的一个崭新视角。

孔志国
2002年12月

目 录

序 /1

第一单元 民法典的立法进程与展望

关于中国民法典编纂 /3

●梁慧星

“人身关系”流变考 /10

●徐国栋

中国民法典立法中法人制度的设想 /41

●尹 田

论债务免除的性质 /53

●张 谷

第二单元 民法典体系强制

民法典体系强制的个案分析 /73

●王 轶

第三单元 侵权行为法的民法体系构造

合久必分 侵权行为法与债法的关系 /89

●王利明

中国民法典·侵权行为编草案建议稿 /119

●中国民法典立法研究课题组

第四单元 物权立法的进展与热点问题

水权·物权法典的制定·民法理论的反思 /143

●崔建远

我国土地物权法制建设的几个问题 /200

●王卫国

第五单元 中国民法的现代化

中国民法的现代化(发言提纲) /207

●刘凯湘

“私法社会化”思潮与中国民法现代化

——以私权及其规则为观察角度 /213

●李贵连 俞 江

环境问题对民法的冲击与 21 世纪民法的回应 /232

●马俊驹 舒 广

2 / 中国民法百年回顾与前瞻——学术研讨会文集

中国两次民律草案的编修及其历史意义

——《大清民律草案·民国民律草案》编辑说明 /252

●杨立新

制定《中国民法典·侵权行为法编》的若干思考 /266

●杨立新

法典在制度文明中的位置 /282

●周旺生

相关文章

中国公有制物权法的基本问题 /311

●钱明星 李富成

清末民初寺庙财产权研究稿 /343

●李贵连

物权法中的真实观念 /376

●常鹏翱

附录

中国民法百年 回顾与前瞻

——录音实况整理 /407

●孔志国

后记 /494

●孔志国

第一单元

民法典的立法进程与展望

关于中国民法典编纂

●梁慧星

一、20 世纪初期的民法典编纂

(一)第一次民法编纂

中国历史上,长期推行重农抑商的经济政策,自给自足的自然经济占据主导地位。政治上实行封建专制主义统治,个人自由、平等、权利义务等观念均无由发生。因此,不具备民法产生和发展的基本条件。历代封建统治者虽重视法典编纂,但多为刑法规定。一般民事关系主要由习惯法调整。

近现代意义上的民法编纂,始于清朝末年的法制改革,1910 年底,完成第一个民法典草案,称为“大清民法典草案”。该草案仿照《德国民法典》的体例,分总则、债权、物权、亲属、继承五编,共 1569 条。特别是总则、债权、物权三编的内容,主要参考《德国民法典》和《日本民法典》。因 1911 年 10 月发生辛亥革命,推翻帝制,建立共和国,致使这一民法典草案未能成为正式的法律。值得指出的是,通过这一民法典草案,大陆法系民法尤其是德国民法的编纂体例及法律概念、原则、制度和理论被引入中国,对现代中国的民事立法和民法

理论产生了深远的影响

(二)第二次民法编纂

中华民国成立后,继续进行民法典编纂,以“大清民法典草案”为基础,予以增删修改,于1925年完成“民国民法典草案”。仍是总则、债权、物权、亲属、继承五编,共1745条。对瑞士债务法有所参考。这部法典草案未获得通过。

(三)国民政府制定的中国民法

1927年国民党领导的国民政府成立,1928年12月设立法院,负责民刑法典的编纂工作。从1929年2月1日开始编纂民法典,至1930年底,民法典各编全部完成并通过生效,称为“中华民国民法”。包括总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这是中国历史上第一部民法典,所参考的是《德国民法典》第二草案,并参考了《日本民法典》、《瑞士民法典》、《苏俄民法典》和《泰国民法典》。1949年中华人民共和国成立,这一法典被中央人民政府明令废除,现仅在中国台湾地区施行。

二、中华人民共和国的三次民法典编纂

(一)第一次民法起草

中华人民共和国成立后,于1954年开始起草民法典,至1956年12月完成新中国第一部“民法典草案”。分为总则、所有权、债、继承四编,共525条。主要参考1922年的《苏俄民法典》。其特点是,将亲属法排除在外,不规定物权,仅规定所有权,以公民概念代替自然人概念,不规定取得时效制度,片面强调对公有财产的特殊保护等。因1957年开始的政治运动,导致民法典起草工作中断。

(二)第二次民法起草

1962年开始第二次民法起草。至1964年7月完成新中国第二部“民法典草案”,仅包括三编:总则、财产的所有、财产的流转。起草人设计了全新的体例,一方面将侵权行为、继承、亲属排除在外,另一方面将预算、税收、劳动工资报酬纳入法典,并一概不用自然人、法

人、物权、债权、权利、义务等法律概念。这次民法典起草因 1964 年开始的政治运动而中断。

(三)第三次民法起草

中国在经历“十年文化大革命”之后实行改革开放政策,从计划经济转向市场经济,民法的地位和作用开始受到重视。1979 年 11 月成立民法起草小组,至 1982 年 5 月起草了新中国第三部“民法草案”(一至四稿)。此后,立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难以制定一部完善的法典,决定改采先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。迄今已经形成一个以《民法通则》为民事基本法、由《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《公司法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《海商法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等民事单行法构成的民事立法体系。这一民事立法体系,为改革开放和社会主义市场经济的发展,为建立民事生活的法律秩序,保障公民和企业的合法权益,维护社会公平正义,促进民主法治,发挥了重大的作用。

三、现行民事法律体系及其存在问题

(一)现行民事立法

1.《民法通则》

居于民事基本法地位的是《民法通则》。《民法通则》既不是民法典,也不同于民法典的总则编。它包括九章 156 条,即第一章基本原则;第二章公民(自然人);第三章法人;第四章民事法律行为和代理;第五章民事权利;第六章民事责任;第七章诉讼时效;第八章涉外民事关系的法律适用;第九章附则。

2. 民事单行法

相对于民事基本法而言,民事单行法属于民事特别法。现行单行法有:(1)属于民法典债权编内容的,是现行《合同法》;(2)现行《担保法》中,关于保证和定金的规定,属于民法典的债权编的内容,关于抵押权、质权和留置权的规定,属于民法典的物权编的内容;(3)属于

民法典亲属编内容的,是现行《婚姻法》和《收养法》;(4)属于民法典继承编内容的,是现行《继承法》;(5)属于商事法性质的民事特别法,有现行《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《专利法》、《商标法》等。

3. 民事法规

由国务院制定的民事法规,也属于民法之构成部分。如国务院1989年制定的《国内航空运输旅客身体损害赔偿暂行规定》等。

4. 行政法律法规中的民法规则

行政法律法规中也往往包含了民法规则,也属于现行民法之构成部分。如《产品质量法》第四章关于瑕疵担保责任和产品质量责任的规定;《城市房地产管理法》第四章关于房地产交易的规定。国务院1991年制定的《道路交通事故处理办法》,其中第六章关于人身伤害的损害赔偿的规定,也属于民法规则。

(二)存在的主要问题

1. 法律规则不完善

中国大陆进行经济体制改革是从发展市场交易开始的,当时的一个口号叫“搞活流通”,调整市场交易关系的法律较早受到重视,导致现行民法立法体系中,调整市场交易关系的法律法规(例如,《合同法》、《海商法》、《证券法》、《保险法》),相对而言要完善一些,而调整财产归属关系的物权法,未受到应有的重视。至今缺乏关于物权的基本规则、基本制度,例如,区分动产和不动产的准则、不动产物权和动产物权发生、变更与消灭的基本规则、物权保护的原则和制度、关于土地使用权的基本规则、关于高层建筑区分所有权的基本规则,以及善意取得制度、取得时效制度等。再如调整婚姻家庭关系的规则,虽有《婚姻法》和《收养法》,但缺乏关于亲属制度、亲权制度等。

2. 法律规则不当当

现行民事法律法规,多数是改革开放初期制定的,由于受旧的经济体制和旧的民法理论的影响,导致若干不适当的法律规则的存在。例如,现行法律法规及实务混淆物权变动与基础关系的生效,如房屋

买卖未办产权过户手续,认定买卖合同无效,设定抵押权未办抵押登记,认定抵押合同无效,严重不利于保护交易秩序和当事人合法权益。再如普通诉讼时效期间,《民法通则》规定为2年,不利于保护债权人的利益。例如,向银行借款几十万、几百万,仅仅经过2年的时效期间,债务人就可以免责,很难说有合理性。

3. 行政权的不当干预

中国实行社会主义市场经济,要求建立全国统一的大市场,有必要对市场进行宏观调控和适当限度的管理。但民事法律法规,关系到公民和企业的民事权利义务的享有和负担,关系到市场规则的统一,依其性质不应由行政部门和地方政府规定。但现在行政部门通过制定规章、地方政府通过制定地方性法规,限制公民和企业的权利、加重公民和企业的负担以及对市场交易设置各种限制和障碍的现象,仍很普遍。例如,一些行政部门规定房屋出租、房屋买卖合同、及设定抵押权,须按照标的物评估价值收取登记费。一些地方规定对许多合同实行强制公证,未经公证不生效,并按照标的物评估价值收取公证费。

四、编纂民法典的三个步骤及目前状况

按照中国政府确定的建设法治国家的目标,要在2010年前建成一个与发展市场经济和建设法治国家相适应的完善的法律体系。按照立法机关的构想,这一法律体系中,宪法和民法、民诉、刑法、刑诉均应制定成文的法典。现今宪法和刑法、刑诉法、民诉法均已制定较完善的法典,惟民法仅有一个《民法通则》,尚未制定民法典。因此,1998年3月,立法机关委托9位民法学者、专家,成立民法起草工作小组,^①负责中国民法典编纂和草案准备工作。民法起草工作小组

^① 民法起草工作小组的9位成员是:中国政法大学民法教授江平;中国社会科学院法学研究所民法研究员王家福、梁慧星;北京大学民法教授魏振瀛;清华大学商法教授王保树;中国人民大学民法教授王利明;最高人民法院原经济审判庭副庭长、退休法官费宗伟;法制工作委员会原民法室副主任、退休干部肖峒、原经济法室主任、退休干部魏耀荣。

议定的计划是:1999年3月通过统一《合同法》;4~5年内通过物权法;2010年前完成中国民法典编纂

现在,第一个步骤已经完成,新《合同法》已于1999年3月通过并生效。第二个步骤在进行中,至今产生了两部学者起草的物权法草案,即我领导的中国社会科学院物权法立法研究课题组完成的《中国物权法草案建议稿》(以下简称“社科院草案”),和王利明教授领导的中国人民大学民商事法律科学研究中心完成的《中国物权法草案建议稿》(以下简称“人民大学草案”)。在这两部建议草案的基础上,产生了全国人大常委会法制工作委员会的《中国物权法草案征求意见稿》。此征求意见稿已分发人民法院、政府机关和大学法学院征求意见。

由于中国加入WTO,全国人大常委会要求加快民法典编纂的进程,今年1月11日法制工作委员会召开民法典编纂工作会议,决定采取分编委托起草的方式,委托若干专家学者分编起草民法典草案。即委托我负责起草民法典的:总则、债权总则和合同;委托人民大学法学院王利明教授负责起草:人格权法、侵权行为法;委托最高人民法院前副院长唐德华先生负责起草:民事责任法;委托中国社会科学院法学研究所郑成思教授负责起草:知识产权法;委托中国政法大学巫昌桢教授负责起草:亲属法、《继承法》;委托最高人民法院前副庭长、退休法官费宗祯负责起草:涉外民事关系法律适用法。按照计划,民法典草案应在今年内完成,并提交人大常委会审议。

五、涉及民法典编纂体例的若干重要争论点

民法起草工作小组内部及中国民法学界,关于民法典编纂的结体例,进行着激烈争论,主要争论点如下:

1. 是制定一部着重逻辑性和体系性的大陆法系的民法典,还是在现行《民法通则》和各单行法基础上,加以汇编整理,构成一部所谓“松散式、邦联式”的民法典?

2. 关于哪些制度规定在民法典上,哪些制度作为民事特别法保留在民法典之外,以及民法典的编章顺序的安排,是以重要性作为标准,还是以逻辑性作为标准?

3. 民法典的编纂体例,是采用《德国民法典》的五编制体例,还是采用《法国民法典》的三编制体例?

4. 关于民法典财产法部分内容,是以物权概念和债权概念为基础,划分为物权编和债权编,还是以财产权概念取代物权概念,以合同概念和侵权行为概念取代债权概念,划分为财产法编、合同编和侵权行为编?

5. 是像《德国民法典》那样以法律关系为标准,将民法典内容分为债权、物权、亲属、继承四编,然后再将主体、客体、法律行为、代理和时效等共同的制度安排在第一编作为民法典总则编,还是回到罗马法关于人法和物法的划分,设计“人身关系法”和“财产关系法”两编?

6. 是根据人格权与作为主体的自然人的不可分性,仍将关于人格权的规定与关于自然人的规定一并安排在总则编,还是强调人格权的重要性而单独设立人格权编?

7. 是着重于合同所产生的权利与侵权行为所产生的权利所共同的请求权性质,像 1992 年新的荷兰民法典那样规定债权总则编,然后在债权总则编之下再分合同编和侵权行为编,还是强调侵权行为与合同的差别,取消债权总则而分别设立合同编和侵权行为编?

8. 是考虑专利权、商标权和著作权的特殊性,在民法典上不规定知识产权,而在民法典之外保留现行《专利法》、《商标法》和《著作权法》作为民事特别法,还是强调知识产权在知识经济时代的重要性,在民法典中设立知识产权编?

9. 是考虑到 20 世纪以来制定国际私法法典已成为共同趋势及中国国际私法学界已经起草了《国际私法示范法》,因此在民法典上不规定冲突规范,而在民法典之外另行制定“中国国际私法法典”,还是沿袭现行《民法通则》的做法,在民法典上设立“涉外民事关系的法律适用”编?

“人身关系”流变考^①

●徐国栋

一、序言

人文主义和物文主义的两派民法学者都承认民法调整平等主体间的人身关系和财产关系,两大学派的差别在于对这两类关系的重要性的理解不同。比较两类调整对象、权衡其轻重的前提是比较者对这两者都完全了解,在此基础上作出合乎理性的选择。但什么是“人身”关系?到现在还不是一个非常清楚的问题。

民法调整平等主体间的人身关系和财产关系的正式表述是由《民法通则》第2条提供的:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”请看该条的英译文:“The Civil Law of the People's Republic of China shall

① 感谢北京大学的张谷博士在2002年4月6日由北大研究生会与《中外法学》、法律出版社联合举办的“中国民法百年:回顾与前瞻”会议上对本文作出的评论,它们对改正本文论述中的一些缺陷发挥了非常积极的作用。本文主要讨论人身关系在西方国家和伊斯兰国家民法中的存在形态。在完成本文后,我又写了“再论人身关系——兼评民法总则条文建议稿第3条”(发表刊物未定)。一文讨论人身关系在我国民法和苏联民法中的存在形态。有兴趣的读者可交互参看两文。