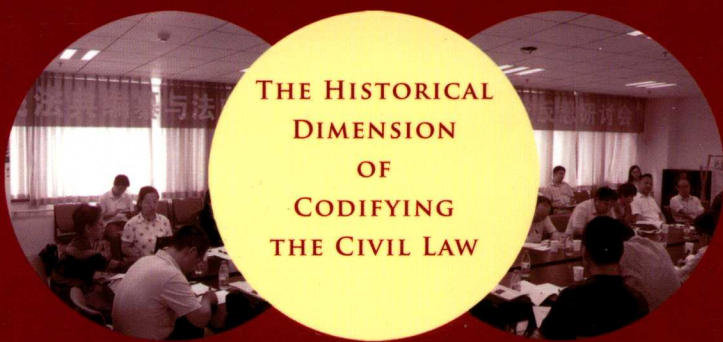


民法典编纂的历史之维

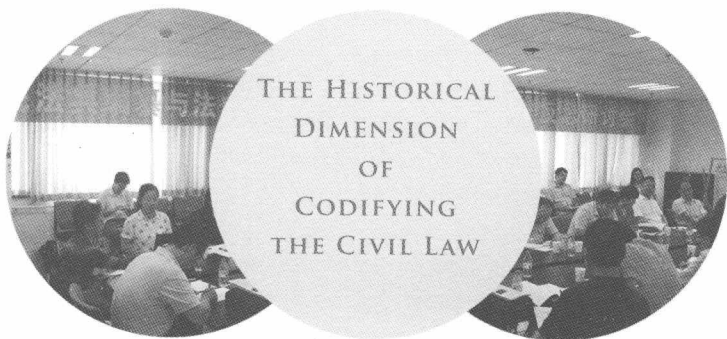
马小红 孙明春 /编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法典编纂的历史之维

马小红 孙明春 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法典编纂的历史之维/马小红,孙明春编. —北京:北京大学出版社,2017.4

ISBN 978-7-301-28195-6

I. ①民… II. ①马… ②孙… III. ①民法—法典—法制史—研究—中国 IV. ①D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 056155 号

- 书 名** 民法典编纂的历史之维
MINFADIAN BIANZUAN DE LISHI ZHIWEI
- 著作责任者** 马小红 孙明春 编
- 责任编辑** 李 铎
- 标准书号** ISBN 978-7-301-28195-6
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者** 北京大学印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 880 毫米×1230 毫米 A5 8.125 印张 137 千字
- 2017 年 4 月第 1 版 2017 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价** 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

本成果受到中国人民大学“中央高校建设世界一流大学(学科)和特色发展引导专项资金”支持

项目批准号:15XNLG06

序 言

在“民法典时刻”反思法史学科

民法关乎全体国民之日常生活，法律能否塑造良风美俗，主要看民法是否优良。然则，何谓民法之优良？如何达致优良？为制定优良的民法典，立法者及参与立法之法学家当持何种心态与知识？如何具有此种心态和知识？

回答这些问题是制定民法典所不可少之预备性工作。不幸的是，身在当下民法典制定过程中的立法者、民法学界，似乎很少考虑这些，而是直接进行法条起草，争相拿出自己的草案。我们正在经历的中国民法典之制定，在立法者、民法学界看来，完全是一项砌砖叠瓦的技术活儿，上述理论性思考则不必要。

但从旁观者的立场看，恐怕正是这一点，让中国民法典尚未出世，即已误入歧途。原因在于，中国民法学本身是不健康的，基本上是移植法学，法学教科书和论述中的民法

体系几乎完全照搬自他国。由此,民法典立法过程也差不多就是把他国的法典条文照搬到中国。在立法过程中,学者们即便有所争论,甚至也间或有理论性争论,也不过是在争论法条拼凑之技术性方法而已。

理论法学理当于此刻发挥矫正作用,主要是法理学和法史学。然而,这两门学科同样未发挥作用,因为它们跟民法学得了同样的病。年初,徐爱国教授撰文慨叹《中国法理学的“死亡”》,看了这标题,我心中暗想:有过“中国法理学”么?它根本还没有出生呢,何来死亡?今日法学院课堂上教给学生的法理学,不过是万国法理学之拼凑,当然主要是苏俄法理学和西方法理学的奇异混合,两者之间还有莫名其妙的争斗。

至于法史学科,其基本学术范式也是以苏俄或者德法英美法律为典范,裁剪中国历史上之法律与法律思想,其基本判断是:中国在接触欧美法律之前,其实没有真正的法律,故历史性研究就是检点死物,以备博物馆陈列而已;先人之法律思考和时间,对当下之法学和法律生活没有意义,如果有,也是负面的障碍,当予以批判清理。此即所谓“法律东方主义”是也。

由此可以理解,法理、法史学界面对民法典编纂这样的历史性事件,何以保持了奇异的沉默。本来,民法典编纂是

整个法学界的事情,是理论、历史发挥作用之良机,至少是理论发展的良机,但法理、法史学却无言。理论和历史无言,民法学培养出来的法律工程师们就凭着其狭窄的专业知识大胆施工,在中国大地上造作他者的法典。

然则,如此制定出来的民法典能否赢得国民的尊重?实施之后,能否收到国民“各正性命、保合太和”之效?能否为国人之生命成长创造良好环境?能否塑造良好社会秩序?说实在话,每见及民法典编纂轰轰烈烈之场景,笔者难免有忧惧之意,诗云:“知我者谓我心忧,不知我者谓我何求。”

由此而有本次会议之发起、召开。我与中国人民大学法学院马小红教授联络,一拍即合,并确定这次会议从法史学科切入,讨论法史学科可为民法典编纂做些什么贡献。就我私意,当然是希望讨论法史学科如何将历史引入民法典,让民法典得以扎根于中国固有之法律传统,换言之,扎根于中国历史,扎根于中国文化。与会嘉宾对此多有论述,详见发言。

马小红教授后来告诉我,我在会议开幕致辞中即兴而说的一句话,在法史学科引起一定反响:“如果法史学科在民法典编纂过程中不能发挥作用,那这个学科存在的价值何在?”法学终究是实践性学科,法史在法学体系中,同样

有实践性指向，而民法典的制定是最为重大的法律实践，法史如果置身事外，则其学科之正当性确乎大有疑问。

借此机会，我想补充一句：如果法史学科要具备参与法律实践之能力，从而真正具有法学知识之品性，就必须自觉地摆脱历史主义。我不在法史专业，但出身历史学，据我对一般历史学与政治思想、制度史学之有限观察，妨碍当代中国历史性学科成长之最大障碍，正是历史主义。历史主义是一种基于线性时间观的现代观念，其基本命题是：历史就只是历史而已，对现实没有意义。这种观念弥漫于现代各种学科，而在中国，又与中西之辨混杂在一起，更为扭曲，其杀伤力也更大。

恐怕人们都已注意到，近些年来，在大文科各门学科中，历史学日益式微；历史学专业人士，对此则更有深切感触。而造成这种可悲现状的根源，正是历史学人自己，罪魁祸首是历史主义观念：中国历史，只是已成过去的历史，与当下之现实生活无关。这种观念恐怕也是法史学界之主流观念，据此法史研究者把自己限于纯知识追求者，日益远离法律生活之现实。然而，一旦法史学科远离法律生活的现实，则其对部门法也就丧失意义，则其在整个法律教育体系中的地位日趋下降，也就是自然而然之事。法律教育永远不可能只是传授知识这样太过闲情逸致，它要培养服

务于现实法律生活的法律人。既然法史学科自愿远离法律生活之现实,又何必指望以法律实践为志业的法学学生学习?

从现在起若干年内,中国法学将在“民法典时刻”中。我们召集此次会议,主要希望发出呼吁,呼吁民法典编纂扎根于中国历史和文明,立足于中国精神,再造中国风格,迈出重建中华法系之大步。而在此“民法典时刻”,会议对法史学科之自我反思或有所助益,则是意外的惊喜。

本次会议由马小红教授和我共同发起,弘道书院略有所贡献,而会议组织工作主要由马小红教授领导的中国人民大学法律文化研究中心承担。此次会议成果的出版,也全赖马小红教授之力。在此冒昧代表全体与会者,对马小红教授表示感谢。

姚中秋

丙申仲秋

目 录

第一部分 建构与展望

- | | |
|--------------------|-----------|
| 民法典编纂应坚持的几项论证规则 | / 王 轶 003 |
| 我国民法总则制定中的四个问题(节选) | / 徐国栋 015 |
| 民事习惯在民事立法中的地位与价值 | / 蒋传光 019 |
| 作为形式的法律:法典与格律 | / 胡水君 029 |
| 民法典、国民性与法律双向建构 | / 田飞龙 037 |
| 中华民族伟大复兴大势中之民法典 | / 姚中秋 049 |

第二部分 回顾与反思

法律史与民法典

- | | |
|------------------|-----------|
| ——波塔利斯、法哲学与拿破仑法典 | / 石佳友 071 |
|------------------|-----------|

人格权在传统中国的法理依据与哲学根源	/ 张中秋 085
民国民法的制定:从“会通中西”到“比较立法”	/ 张 生 089
法律史研究对民法编纂的意义	/ 邓建鹏 099
民国民法典编纂及其当下启示	/ 谢冬慧 111
从法史角度看民法典编纂	/ 顾文斌 121
近代以来民事习惯调查及对民法典编纂的启示	/ 孙明春 127

附录:思考与争鸣

民法典编纂与法史研究反思研讨会会议记录	/ 137
冰火相融:民法典编纂的历史视角与法史研究的破局尝试	/ 孙明春 177
中国法律评论·学术沙龙:民法典编纂与法史研究反思	/ 205
编后记	马小红/ 247

第一部分

建构与展望

民法典编纂应坚持的几项论证规则 / 王 轶

我国民法总则制定中的四个问题(节选) / 徐国栋

民事习惯在民事立法中的地位与价值 / 蒋传光

作为形式的法律:法典与格律 / 胡水君

民法典、国民性与法律双向建构 / 田飞龙

中华民族伟大复兴大势中之民法典 / 姚中秋

民法典编纂应坚持的几项论证规则

王 轶

• • • •

王轶,法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师、教育部长江学者特聘教授。兼任中国民法学研究会常务理事、秘书长;中国法学会民法典编纂项目领导小组成员、秘书长。研究方向:民法原理与民法学方法、民法总则、合同法、物权法、侵权责任法。主要著作:《民法原理与民法学方法》(法律出版社2009年版)、《物权变动论》(中国人民大学出版社2001年版)。主要论文:《民法价值判断问题的实体性论证规则》(《中国社会科学》2004年第6期)、《对中国民法学学术路向的初步思考》(《法制与社会发展》2006年第1期)、《论物权法的规范配置》(《中国法学》2007年第6期)、《论民事法律事实的类型区分》(《中国法学》2013年第1期)、《作为债之独立类型的法定补偿义务》(《法学研究》2014年第2期)。

我想简单谈一下民法典编纂中间要坚持的几项论证规则,之所以选择这样一个题目,也是跟参与民法典编纂有关讨论的一些感受有关系。因为在民法典编纂的过程中,民法学界的内部对很多问题都存在着比较大的意见的分歧,我也用类型化的思考方法对民法学界围绕着民法典的编纂所存在的争议问题作了一个简单的梳理,发现民法学界到现在为止所讨论的话题,争论的问题,都是要落脚在民法典的规则设计上,在这个意义上我把它称为民法学问题中间的民法问题。凡是讨论的结论与民法规则的设计或者民法规则的适用直接相关的,就是存在正相关关系的这种,都称之为民法问题。

在民法问题中间,在民法学界既有的讨论中间,用类型化的思考方法来看,目前主要有以下几种类型的争议。第一,围绕着民法问题中间的价值判断问题所产生的争论。这些争论,所对应的民法的规则设计常常都跟针对冲突的利益关系,如何确立协调的策略,如何安排协调利益冲突

的规则有着直接的关联。在民法所包含的法律规则里面，对冲突的利益关系进行协调的时候，所采用的协调策略主要是两种：一种是面对冲突的利益关系会作出利益的取舍，让有一些类型的利益得以实现，让有一些类型的利益不能够得以实现，这是一种协调的策略。另外一种协调的策略是面对冲突的利益关系，让有一些类型的利益优先得到实现，让有一些类型的利益序后得到实现。在民法典的编纂过程当中，这一类问题的讨论可以说是民法学界所关注的核心和重点问题。

我可以举一个例子，全国人大常委会已经在网站上公布了《民法总则(草案)》的全民征求意见稿，相信我们在座的老师和同学也注意到了。其中涉及认定民事法律行为绝对无效的规则，比较核心的主要是两个条文。一个是违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者违背公序良俗，民事法律行为是绝对无效的；还有一个是恶意串通损害他人的合法权益，民事法律行为是绝对无效的。在设计民事法律行为绝对无效认定规则的时候，学界的争议是相当大的。因为认定民事法律行为绝对无效，就意味着无视民事主体自己的自主决定和独立的意志，绝对地不让当事人所进行的民事活动，按照当事人的预期去产生相应的法律后果。这可以说是动用国家公权力对民事主体的意思自治去

进行干涉的最严厉的一种方式。刚才所提到的《民法总则（草案）》当中的这两项规则，其实在征求意见的过程当中都有相当大的意见分歧。有一种意见主张：违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者违背公序良俗，这个应该是绝对无效的。而恶意串通损坏他人的合法权益，这个地方的“他人”如果是指特定民事主体的私人利益，这种无效不应该是绝对无效，而应该是相对合法权益被损害的民事主体无效。这到底是一种什么样的价值判断结论，其实到现在为止仍然存在不同的意见和看法。

面对这种民法典编纂过程中间出现的，民法问题中间的价值判断问题，究竟该如何去展开讨论，在座的各位老师和同学可能都知道，如果我们每个人都从自己的价值取向出发去表达对一个价值判断问题的看法，最后的结果很可能就是自说自话，不要说经由讨论形成一个具体的共识，可能达成讨论者相互之间的理解都会有相当大的困难。

在民法典编纂的过程当中，民法学界也形成了一个初步的共识，像这种民法问题中间的价值判断问题，大家还是主张首先应该用社会实证分析的方法去确定，进入这个问题的讨论者究竟有没有分享最低限度的价值共识。如果进入这个问题的讨论者根本没有分享最低限度的价值共识，大家觉得就这个问题做进一步讨论的空间和余地基本