

中国民法体系研究

苗延波◎著



ZHONGGUO
MINFA TIXI YANJIU

知识产权出版社

中国民法体系研究

苗延波◎著



ZHONGGUO
MINFA TIXI YANJIU

知识产权出版社

内容提要

本书主要涉及到民法体系的概念、中国民法的历史沿革、民法与商法的关系、中国民法的现状、中国现行各民事单行法及其之间的冲突与矛盾的梳理及解决、中国民法典的体系结构、中国民事诉讼制度的完善、中国民法的发展等问题,最后,还以电视剧解说词的风格,以优美、流畅的笔调回顾了千年间中外民法的发展历程,提出了作者对很多问题的思考。

本书采用务实、朴素的写作风格,以未来中国民法典的结构为研究体系,分别就中国民法总则、人格权法、物权法、债权法(包括合同法)、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法、涉外民事法律的适用法等具体法律制度进行逐个的研究,既分析、总结现行的法律制度,更侧重于对于这些法律制度及其之间存在的问题、部分冲突及矛盾的剖析,并结合民法典的编纂,提出具体的解决方案和立法建议,供立法者和研究者参考。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

中国民法体系研究 / 苗延波著. —北京:知识产权出版社, 2009.11

ISBN 978-7-80247-594-6

I. 中… II. 苗… III. 民法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 198401 号

中国民法体系研究

苗延波 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

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860-8130

印 刷: 北京市兴怀印刷厂

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2010 年 1 月第 1 版

字 数: 600 千字

邮 编: 100088

邮 箱: hjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 31.25

印 次: 2010 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 64.00 元

ISBN 978-7-80247-594-6/D·888 (2725)

版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前言

中国民法体系是目前中国民法学界研究的热点问题。这不是个新问题，但是却直接关系到中国民法典的编纂及对中国现行民事单行法的梳理、修订，以及中国民法的发展方向与前景。笔者长期从事民法及商法基础理论的研究，在研究中笔者发现，中国民法及民法学研究存在以下几个比较普遍的现象：重具体制度的研究，轻基础理论的研究；重现行法律的研究，轻总结性的研究；重个别制度的研究，轻体系性的研究；重对外国民法评介性的研究，轻对外国民法比较性的研究；重制度完善性的研究，轻对现行法律梳理性的研究；重对外国民法体系的研究，轻对中国自身民法体系的研究。这些现象已经影响到中国民法及民法学的进一步发展，应当引起学术界的高度重视。

笔者认为，经过解放后 60 年来我国民法学界的艰苦努力，我国民法及民法学的研究已经发展到了一个相当高层次的水平，一个具有中国特色的民法及民法学体系已经基本形成。就民法体系来说，中国已经形成了以《民法通则》为核心的民事法律体系，已经颁布了包括《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《著作权法》、《土地管理法》等在内的重要的民事法律及其配套的法规、司法解释，并且正在制定侵权责任法、人格权法、涉外民事法律的适用等民事法律，准备继续修订《婚姻法》、《继承法》、《担保法》等民事法律，正在积极进行民法典的编纂工作。这些法律的制定、修改，以及民法典的编纂，都离不开对中国民法体系基本理论问题的研究，因为，无论从系统论还是从法律体系理论来说，任何一个法律部门都由带有其自身特点的完整的体系构成，因此，就有所谓民法体系、商法体系、刑法体系之称谓。民法体系的基础理论是构建一个国家民法体系的理论基础，也是民法学的一个重要研究课题。以往我们过于关注对民法具体制度的研究，而忽略了从法律体系的角度研究民法的特征及其具体制度及各制度间的关系，从而使得各民事立法之间极易出现冲突和矛盾的现象。这造成了学习者无法从体系和系统论的高度去理解、研习民法，很多学习者仅仅零散地记住了民法的一些概念、原则、制度、规则，但无法理解民法所蕴涵的基本的精神和这些概念、原则、制度、规则的内在的联系，以及与其他相关部门法之间的微妙的关系；也使得司法工作者仅仅知道适用哪些

条款和原则可以解决哪些问题，而对于这些条款和原则背后所拥有的共同的理念和思想以及它们之间的内在的关联缺乏足够的了解，影响了他们对于法律条文和原则理解的全面性及客观性。而要解决这些问题，认真地研究民法体系问题，乃民法学者的必修之课。

本书正是本着这样一个思想展开研究的，其主要涉及民法体系的概念、中国民法的历史沿革、民法与商法的关系、中国民法的现状、中国现行各民事单行法及其之间的冲突与矛盾的梳理及解决、中国民法典的体系结构、中国民事诉讼制度的完善、中国民法的发展等问题；最后，还以电视剧解说词的风格，以优美、流畅的笔调回顾了千年间中外民法的发展历程，提出了笔者对很多问题的思考，也回答了一些长期萦绕在笔者脑海中的问题。

本书采用务实、朴素的写作风格，以未来中国民法典的结构为研究体系，分别就中国民法总则、人格权法、物权法、债权法（包括合同法）、侵权责任法、婚姻家庭法、继承法、涉外民事法律的适用法等具体法律制度进行逐个的研究；既分析、总结现行的法律制度，更侧重于对于这些法律制度及其之间存在的问题、部分冲突及矛盾的剖析，并结合民法典的编纂，提出具体的解决方案和立法建议，供立法者和研究者参考。

笔者长期从事民法理论研究，曾供职于全国人大常委会法制工作委员会，并在欧洲长期学习、工作、生活，主要研究民法及商法基础理论，现在从事法学学术期刊的编辑工作，对民商法学有着较为深入的研究和独到的见解，出版过数部学术专著。本书是笔者长期从事民法学研究的心血的结晶，希望能够在民法典问世之前，为中国民法的发展尽一点绵薄之力。书中存在的谬误和不足还恳请各位前辈、同仁、学友批评、指正。

前言	(1)
第一章 民法体系概论	(1)
第一节 民法体系的含义	(1)
第二节 民法体系的结构	(4)
第三节 中国民法体系研究的现状	(36)
第四节 中国现有民法体系	(46)
第二章 中国民法的历史沿革	(50)
第一节 新中国成立前中国民法的发展概况	(50)
第二节 新中国建立后之中国民法	(63)
第三节 对中国百年来民法发展历程的小结	(76)
第三章 民法总则	(78)
第一节 设立民法总则编的必要性	(78)
第二节 中国民法设立民法总则编的主要理由	(84)
第三节 《民法通则》与民法总则的关系问题	(87)
第四节 民法总则编的基本结构及其主要内容	(94)
第四章 人格权法	(97)
第一节 人格权概述	(97)
第二节 人格权法概论	(99)
第三节 人格权法制定中的焦点问题研究	(111)
第五章 物权	(123)
第一节 物权法制定的过程	(123)
第二节 物权法的体系结构及其特点	(131)
第三节 物权法存在的问题及其完善	(139)
第六章 债权法	(179)
第一节 债法总则概论	(179)
第二节 中国民法典是否应设立债法总则编	(186)

第三节	中国合同法的成就及其完善	(189)
第七章	侵权责任法	(196)
第一节	制定侵权责任法中的主要问题研究	(196)
第二节	特殊侵权行为类型	(231)
第三节	经营者对服务场所承担安全保障义务的类型及其 内容研究	(241)
第四节	环境污染侵权责任的具体类型	(268)
第五节	中国侵权责任法的基本框架结构	(273)
第八章	婚姻家庭法	(277)
第一节	中国婚姻立法及婚姻法学的回顾与展望	(277)
第二节	亲属关系的确立及其规范	(283)
第三节	亲权制度的建立与完善	(291)
第四节	夫妻财产制度的发展与完善	(305)
第五节	扶养制度的完善	(312)
第六节	离婚损害赔偿制度的完善	(319)
第七节	生物技术与婚姻家庭立法	(323)
第九章	继承法	(335)
第一节	中国继承制度的现状	(335)
第二节	中国继承法的修改及完善	(337)
第十章	涉外民事法律适用法	(350)
第一节	涉外民事法律适用法概述	(350)
第二节	涉外民事关系法律适用法总则部分	(352)
第三节	涉外民事法律适用法的主体	(354)
第四节	涉外民事法律适用法的物权制度	(355)
第五节	涉外民事法律适用法的债权制度	(357)
第六节	涉外民事法律适用法的知识产权制度	(358)
第七节	涉外民事法律适用法的婚姻家庭制度	(358)
第八节	涉外民事法律适用法的继承制度	(359)
第九节	涉外民事法律适用法的侵权制度	(360)
第十一章	中国民事诉讼制度	(363)
第一节	中国民事诉讼制度的现状	(363)
第二节	中国民事诉讼制度存在的主要问题及其完善	(368)
第三节	中国民事仲裁制度的现状及其完善	(396)

第十二章 中国民法发展展望·····	(402)
第一节 民法法典化的思考·····	(402)
第二节 新科技时代背景下民法的发展·····	(419)
第三节 民法与商法的百年纠葛终结论·····	(430)
附录 民法之路·····	(440)
目录·····	(440)
前言·····	(440)
第一编 溯源·····	(441)
第二编 新生·····	(450)
第三编 汹涌的大潮·····	(461)
第四编 痛苦的抉择·····	(469)
第五编 历史的选择·····	(478)
第六编 永恒的主题·····	(482)

第一章

民法体系概论

第一节 民法体系的含义

一、法律体系的概念

法律体系，也称法的体系，是指法律规范以法的部门划分为基础而构成的一个和谐的有机整体。^① 依据系统论的观点，一国的法律体系，是由若干子系统所组成。主要有以下三个子系统：一是部门法体系，它以法调整的社会关系的不同性质作为主要划分标准，是一种横向关系。二是法的效力等级体系，它以法的效力位阶的不同作为主要划分标准，是一种纵向的关系。三是实体法与程序法体系。程序法的设定以实现实体法为目的，其相互关系具有目的和手段、内容与形式的性质，具有纵横交错的特点。无论是在以成文法为主的国家里，还是以判例法为主的国家里，这三个主要子系统都是客观存在的，只是具体形态不同而已。它与法制体系与法学体系既有联系，也有区别。法制包括全部法律以及与法律的制定和实施有关的各项制度，包括立法制度、审判制度、检察制度、监狱制度、律师制度……法制应当包括法律在内，没有法律，也就无所谓立法制度与司法制度。因此，法制体系比法律体系的内容要广泛，它应包括法律体系以及立法体系、司法体系、法律监督体系等。在整个法制体系中，法律体系是核心，是基础，立法和司法等体系的原则和主要内容应当以现行法律为依据。

法律体系是实然性与应然性的统一。法律体系不仅是一国现行法律规范的总和，而且还应当是以现行法律为基础，同时要求充分考察包括正在制定或需要制定的法律规范在内的有机的统一整体。建立中国的法律体系不仅要求对现有法律按照一定标准和原则进行分类、组合、归纳，以构成一个科学的法律体系，而且要求根据法律体系的总体要求以及调整各方面社会关系的需要，有步骤地建立起门类齐全、体系严谨的各种法律。在这个体系中特别要包括正在制定或需要制定的法律规范在内；否则，只强调对一个国家现有的法律作为一个整体加以客观的

^① 李步云：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第267页。

描述,那这种法律体系的理论对立法和司法工作就没有多少指导作用。

法律体系属于科学原理的范畴,它对法制建设具有重大的指导意义。它不仅对法的制定和法的实施具有指导作用,而且对于法典编纂、法律清理、法规汇编、法学教育和法学研究的规划与实施等均具有直接的指导作用;它能保证其系统性和科学性,可避免其盲目性和杂乱无章。因此,它也是我们研究各部门法学时必须涉及的重要内容。

二、法律体系的基本特征

法律体系的基本特征可以概括为以下五个方面。

1. 内容的完备性

该特征要求一国的法律各部门门类齐全,以保证社会生活的各个领域都有法可依。法律的完备,在任何一个国家都是一个过程。中国经过 30 年的努力,法律体系已经基本建立了起来。但是,在市场经济法律方面,还有一些重要法律需要制定,如正在制定过程中的民法典和正在酝酿、讨论中的商法通则等,这都是建立市场经济体制过程中必不可少的基本法律。

2. 形式的科学性

该特征要求法的形式,包括法的名称、法的术语、法的技术性结构、法的公布、法的生效等要科学与统一。这主要应由《立法法》等法律调整和规范。该特征关系到国家法制的统一和法制系统的科学性与适应性。

3. 结构的严谨性

该特征要求各种法律法规配套,做到上下左右紧密配合,以构成一个有机整体。例如,仅有民法典不行,还要制定一系列法律,以配合与保证民法典的实施。在这些配套的一系列法律中,既要包括诸如担保法、专利法、商标法等法律,更要制定诸如商法通则、公司法、保险法等商事法律。而在所谓“大民法”的概念下,商事通则等商事法律被看做是民法的特别法;但是,要强调的是:由商事通则等法律组成的商事法律体系,在国家的法律体系中是一个相对的独立的法律体系,这里相对只是相对于民法而言,而相对于其他法律部门而言商事法律体系则是完全独立的法律体系。

4. 内部的和谐性

该特征要求法的各个部门、各种规范之间,应彼此和谐,既不能相互重复,也不能相互矛盾。这里涉及一个法律体系内部各部门法间的和谐问题。拿民法与商法来说,即使将他们统称为民法体系,但是,在它们内部也存在一个和谐的问题。民法与商法毕竟在调整范围、立法价值、主体范围等方面存在着诸多的区别和差异,因此,在立法中就应当关注它们之间的区别和差异,既不能够一味地强调民法的统率作用,忽略商法的独立性,导致忽视甚至抹杀商法其自身所固有

的特性；也不能过多地强调商法的独立性，而忽视其与民法的密切联系。因此，如何正确地把握这个度，是我们应该研究的重要问题，它直接关系到中国法律体系的构建。

5. 协调发展性

法律体系不是僵化凝固的，而是发展变化的。法也不是一个孤立的现象。在法律体系的发展变化中，要求在宏观上和微观上注意并做到法同外部条件的协调发展，尤其是社会经济发展的客观条件。这一点在民商事立法中尤为重要。因为我们知道，商事活动是异常活跃的，它会直接影响社会的经济生活状况，而作为调整商事关系的商法也必须是与时俱进、不断发展的。僵化的商法体系是不能适应社会发展的需要的，构建一个开放性的、有发展空间的商法体系，才是立法者的明智之举。因此，这就是我们不赞成制定一部统一的商法典或者以民法典代替商法通则作用的根据之一。民法典与商法典都具有一定的稳定性和严谨的结构，不能轻易更变和改、废，而商事通则等法律如与法典比较起来，则更具有灵活性和发展空间。同时，民法体系也不仅仅是一部民法典就可以完全涵盖的，它应是一个以民法典为核心（基础）的整体的民事法律体系，该体系不是僵化的，而是开放性的、不断发展着的；那种企图以一部民法典涵盖民法的全部，从而实现所谓“毕其功于一役”的想法，是有害的。

三、部门法体系

部门法亦称法律部门，是依据一定的标准与原则所划分的同类法律规范的总称。而对于划分的标准，则有各种不同的看法。一般认为，其根本标准就是法律所调整的社会关系，即法律调整对象的不同性质和特点。^①中国目前将法律划分为宪法、行政法、刑法、民商法、经济法、劳动法与社会保障法、教科文卫法、自然资源法与环境保护法、婚姻家庭法、知识产权法、军事法、诉讼法和特别行政区法等部门。其中民商法部门将民法与商法合而为一，统称民商法律部门，这显然是受到所谓民商合一模式的影响；但是，我们应该看到，尽管可以用这个名称来描述这个法律部门，可是，我们应当清醒地认识到，民法与商法实际上是存在着诸多区别和差异的，不能简单地将它们混而为一；坚持这种观点的人，可能是受到了在计划经济体制下，曾长期否认商法的观念的影响。因而，从发展的角度看，我们完全可以将民法体系和商法体系分别从民商法体系中剥离出来，使其成为各自相对独立的法律部门，从而实现部门法体系的科学性与协调性。

四、民法体系的含义

所谓民法的体系是指民法作为一个独立的法律部门，其内部具有逻辑联系的

① 李步云：《法理学》，经济科学出版社2000年12月第1版，第277页。

各项民事法律制度所组成的系统结构。它是民事立法成果的体现，也是民法从理性到具体实践的过程。

民法体系有广义与狭义之分。广义的民法体系包括民法法规体系和民法学体系，即民法渊源意义上的民法体系与民法学说意义上的民法体系；狭义的民法体系则仅指民法法规体系。一般所指民法体系，乃从狭义上而言。从民法渊源角度来说，民法法规体系乃民事基本法、民事特别法、民事习惯法和其他有关实质性民法所组成的有机联系的整体。从民法规范的内容角度来说，可以认为，在传统民法的体系上主要包括民法总则、物权法、债权法、亲属法、继承法等内容。民法总则包括民法的调整范围、民法的基本原则、民事主体制度、民事客体制度、法律行为制度、诉讼时效制度、民事责任制度等内容。物权法主要包括所有权制度、他物权制度（包括用益物权与担保物权）。债权法主要包括契约制度与侵权制度。亲属法主要包括婚姻制度和家庭制度。继承法包括继承顺序、继承人地位、遗嘱、继承契约等内容。总之，在传统民法的体系上，基本包括人法与物法两大内容。关于此，我们可以从世界各国现有的、比较有代表性的民法体系中得出更加直接的、明确的结论。

第二节 民法体系的结构

一、民法体系结构概说

大陆法系国家都已制定了民法典，以民法典为中心的民法规范也形成了内容较为完备的民法体系。进入 20 世纪之后，尤其在 20 世纪下半叶，现代民法在体系上打破了传统民法的格局，它已不再局限于民法总则、物权法、债权法、亲属法、继承法等内容，已经将人格权法、侵权法和知识产权法等纳入民法体系中，从而形成了一个人法、物法和智力成果法三足鼎立的民法体系。

以物权法为例，物权的客体已由传统的有体物扩大到无体物；进而出现了新型物权，如环境权、建筑物区分所有权等。土地所有权已经形成了空间、地面及地下三维利用的立体化权属格局。担保物权也出现了诸如最高额担保、浮动抵押、所有权保留等新类型。

债权法方面出现了格式合同制度、电子商务契约制度、后契约义务等新内容。此外，信托制度的出现与发展也拓宽了民法体系的范畴。上述这些新的内容，构成了具有时代特色的当代民法体系。

二、世界各主要国家的民法体系结构之比较

要研究民法体系，首先要对世界上各国现有的民法体系结构有一个大致的了解。这里，我们把目前大陆法系和英美法系中各国比较有代表性的民法体系作一

次简要的巡礼,以期我们对各国的民法体系有一个基本的认识。

从世界的角度看,大陆法系国家的民法体系又有民商分立国家与民商合一国家之分别。

(一) 民商分立国家的民法体系结构之比较

在民商分立国家,民法典即为关于民事主体法和民事行为法的系统性规定,而对于商主体和商行为则由商法典来调整,同时往往还制定了公司法、票据法、保险法、海商法等单行商法。

1. 法国与德国民法典体系之比较

法国民法体系是以 1804 年制定的《法国民法典》为核心构成的。民法典共为三部分,第一部分为人,分为 12 编:民事权利【包括第一编(二)法国国籍】;身份证书;住所;失踪;婚姻;离婚;亲子关系;收养子女;亲权;未成年监护及解除权;成年与受法律保护的成年人;紧密关系民事协议与同居。第二部分为财产以及所有权的各种变更,分为 4 编:财产的分类;所有权;用益物权、使用权与居住权;役权或地役权。第三部分为取得财产的各种方式,分为一个总则及 20 编:继承;生前赠与及遗嘱;契约或约定之债的一般规定;非因约定而发生的债【包括第四编(二)有缺陷的产品引起的责任】;夫妻财产契约与夫妻财产制;买卖;互易;租赁契约【包括第八编(二)房地产开发合同】;公司【包括第九编(二)关于行使共有权的协议】;借贷;寄托与讼争物的寄托;射幸契约;委托;保证;和解;仲裁;质押;优先权与抵押权;不动产扣押与债权人之间的顺位;时效与占有。^①

这部被称为“法国人之民法典”的划时代的杰作,就其体例及内容来看,确实已经涵盖了公民社会生活的各个方面和领域,该部法典经 200 年的发展,是法国民法体系的支柱和灵魂;她不仅是一部体现人文主义的经典之作,更是一部最伟大的保护公民财产关系和确定国家财产制度的基本法典。整部法典的 2/3 的内容是调整财产关系的,从静态的财产所有权关系,到动态的财产流转关系,都纳入该部法典之中。虽然这部法典距今已有 200 年的历史,但是,她随着社会的不断发展而不断修改,其所体现的与时俱进的精神,使得她至今仍然是一部能够反映现代社会关系的伟大的民法典。她所表现出来的庞大的体系结构,涵盖了作为社会细胞的家庭关系和社会经济关系的各个方面;因而,从其体系上讲,她无疑仍是人类文明、社会进步与现代法思想的一座不朽的丰碑,^②值得我们认真地借

① 关于法国民法典体系之内容参见罗结珍译:《法国民法典》(上册),法律出版社 2005 年 3 月第 1 版。

② 罗结珍译:《法国民法典》(下册),法律出版社 2005 年 3 月第 1 版,第 1627 页。

鉴与研究。

德国民法体系的核心仍是1900年1月1日起施行的《德国民法典》。其由五编组成：第一编总则（第1条至第240条），包括：人（第1条至第89条）；物和动物（第90条至第103条）；法律行为（第104条至第185条）；期间（第186条至第193条）；消灭时效（第194条至第225条）；权利的行使、自卫、自助（第226条至第231条）和担保的条件（第232条至第240条）七个部分。第二编债法（第241条至第853条），包括：债的内容（第241条至第304条）；因一般交易条款而形成的法律上的债（第305条至第310条）；因合同而形成的债（第311条至第361条b）；债的消灭（第362条至第397条）；债的转让（第398条至第413条）；债的承担（第414条至第419条）；多数债务人和债权人（第420条至第432条）；各种之债（第433条至第853条）。第三编物权法（第854条至第1296条），包括：占有（第854条至第872条）；地上权的一般规定（第873条至第902条）；所有权（第903条至第1017条）；役权（第1018条至第1093条）；先买权（第1094条至第1104条）；物上负担（第1105条至第1112条）；抵押权、土地债务及定期债务（第1113条至第1203条）；动产质权和权利质权（第1204条至第1296条）。第四编亲属法（第1297条至第1921条），包括：婚姻（第1297条至第1588条）；亲属（第1589条至第1772条）；监护、照管及保护（第1773条至第1921条）。第五编继承法（第1922条至第2385条），包括：继承顺序（第1922条至第1941条）；继承人的法律地位（第1942条至第2063条）；遗嘱（第2064条至第2273条）；继承合同（第2274条至第2302条）；特留份（第2303条至第2338条）；继承不适格（第2339条至第2345条）；继承的抛弃（第2346条至第2352条）；继承证书（第2353条至第2370条）；遗产买卖（第2371条至第2385条）。^①

《德国民法典》是德国私法的一部分，包括适用于一切在法律往来中的市民相互之间关系的规则，它位于整个德国私法体系的中心。^②但是，与法国不同的是，《德国民法典》公布后，同时或相继公布了一些必要的附属法律，这些法律都与民法典同时施行，主要包括《民法典施行法》、《关于强制拍卖与强制管理的法律》、《不动产登记法》和《非讼事件程序法》。其中最主要的是《民法典施行法》，其共218条，分为4章，其详细地规定了民法典与其他法律的关系、与各邦的邦法的关系，以及一些过渡性规定，全面而彻底地统一了全德的私法。

《德国民法典》与《法国民法典》在体系及体例结构上至少有以下重要的

① 关于德国民法典体系之内容参见陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年2月第2版。

② 陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年2月第2版，第2页、第3页。

区别。

第一,《法国民法典》将“人法”置于“物法”之前,而《德国民法典》正相反。

将所谓“人法”置于“物法”之前,给人一种《法国民法典》注重“人文理念”的印象。但是,笔者对此看法则不以为然。笔者认为,《法国民法典》之所以采此种编纂体例,除继承了《法学阶梯》的编法以外,可能还考虑到这样一个简单的逻辑,即民法乃人法,没有人便没有制定民法之必要,将“人法”置于“物法”之前,恰恰反映了民法乃调整市民社会关系的基本法这个基本理念,而这个市民社会又是由权利主体之一——自然人所组成的,如没有对权利主体——自然人与法人关系的规范为前提,其他对于所谓“物”的规定就失去了存在的基础和价值;因而,将“人法”置于“物法”之前,从自然逻辑上看也是理所应当的。而产生这个思想的社会和政治的基础,就是《法国民法典》制定时正值法国大革命刚刚发展到一个阶段,封建主义对人及人性摧残的噩梦依旧萦绕在法国立法者和人民的心头,因此,尽快以法律的形式将人的根本价值与法律地位确定下来,乃当时法国资产阶级的首要使命;因而,作为大革命的重要成果之一的《法国民法典》的首要任务之一就是民法基本法的角度,确立“人”在法律上的地位,以实现《人权宣言》中所宣示的“人生而平等”的宪法理念在民法中的体现。而到了《德国民法典》的制定时期,德国社会已经进入了资本主义的垄断阶段,人掌握财富的多寡已经和人的社会地位、人格的内涵等因素紧密结合在一起,因此,德国的立法者既不想重复法国的编纂体例和体系,又希望通过民法典为大资产阶级的利益服务,从法律上保护现有的经济体制和财富分配的原则及现状。如果德国立法者在《法国民法典》颁布后的近100年后仍然沿用或者套用法国当年的立法理念和体系或体例,那既非争强好胜的日耳曼民族的心态,也不会使得《德国民法典》因适应社会发展的需要而成为一部具有划时代意义的伟大民法典,并且使得这部民法典成为一部能够与《法国民法典》并驾齐驱的法学杰作了。因此,笔者认为,德国与法国在制定民法典时对民法典的体系和体例所表现出来的不同点,恰恰是这两个国家的统治者在不同时代对于其自身利益的不同的要求的真实的、历史的反映,而根本不是用所谓《法国民法典》体现“人文主义”,《德国民法典》体现“物文主义”这样简单的论断就可以解释清楚的,那是对这两部伟大杰作的误解与误读。

第二,《法国民法典》没有设立总则编,而《德国民法典》则开创了将总则编作为统率全法典的新的立法模式。

《法国民法典》体系又可称为罗马式,该体系最初是由《法学阶梯》创设的,分为“人法、物法、诉讼法”三编。这种三编的编纂体例基本被法国民法典所接

受,《法国民法典》只是删除了其中的诉讼法内容,把物法分为财产及对所有权的各种限制和取得财产的各种方法。^① 由于采纳了此种体系,法国民法典没有总则,^② 缺少有关民事活动的一般原则的规定,而将这些一般规则和原则体现在学者的论述和学理中。瑞士、意大利等欧洲国家的民法,以及受法国法影响的一些国家的民法典中也没有总则的内容。造成这种情况的原因分析起来主要是受到罗马法特别是《法学阶梯》的深刻影响。

罗马法特别是《法学阶梯》是法国民法典重要的材料来源之一,其结构、内容、形式等多为法国民法典所仿效。产生这种情况的主要原因是与法国法制发展的历史进程密切相关的。早在远古时代,法国土地上就已经有人居住,其最早出现的居民是腓尼基人(Phoenicia),但后来他们于公元前1000年左右移民到了今天的摩纳哥和温德勒斯港。到公元前600年左右,凯尔特人(Celtes)的中欧地区操印欧语的部落进入了法国,这就是法国人的祖先,他们被罗马人称为“高卢人”(Gaulois),他们生活的地区也被罗马人称为“高卢地区”。公元前2世纪末,罗马开始入侵高卢。至公元前56年底,高卢地区为罗马的恺撒所征服,沦为罗马的行省,其政治、经济、法律开始逐步罗马化。特别是伴随着天主教会获得了法律上的特权,罗马帝国皇帝卡拉卡拉(211~217年在位)颁布敕令,承认罗马境内一切自由民都具有罗马公民的资格,罗马法律也就自然而然地在高卢地区获得适用。在从此以后的1000多年间,无论是在法兰克王国时期还是在法兰西王国时期,罗马法对法国法的影响一直很大。西罗马帝国灭亡以后,在法国南部罗马人居住区内适用的仍然是罗马法,而且当任何领域的习惯法规则缺乏时,即可援用罗马法的原则。13世纪以后,随着《国法大全》的重新发现,罗马法的影响更为扩大,罗马法成为法国南部的基本的法律渊源,适用习惯法反而成为了一种例外。^③ 例如,在债权债务制度上,罗马法在调整买卖、借贷、租赁等债务关系方面,虽然其间结合了宗教的诚信原则,但是罗马法仍然居于支配地位。由此可见,法国民法典仿效罗马法特别是《法学阶梯》的立法模式的做法,

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第13页。

② 法国民法典前面有一个部分,标题为《前编·法律的公布、生效以及一般适用》,有6条规定。这6条规定笔者认为不属于民法总则的范畴,因为这6条规定不只是民法的问题,而是一切“法律”的几个基本原则;而且这个《前编》没有与以下各编统一编号。据说,这6条当时制定时不只是作为民法的前6条,而是作为当时计划中的几个法典(民法典、刑法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典)的一个总法典的《前编》的。(参见[日]谷口和平(译注):《现代外国法典丛书(14)·佛兰西民法(1)人事法》,有斐阁昭和三十一年版,第27页。转引自谢怀栻:“大陆法国家民法典研究”,载《私法》第1辑第1卷,北京大学出版社2001年9月版,第5~6页。)由于它只列于民法典之首,所以使人误以为这只是民法典的前编了。

③ 何勤华主编:《法国法律发达史》,法律出版社2001年5月第1版,第16~17页。

不是空穴来风，更不是随手拈来，或者显示了什么高贵、高级的特征，而是有着其深远的历史文化渊源的。

而《德国民法典》设置总则编的做法始于18世纪普通法对6世纪优士丁尼大帝所编纂的“学说汇编”所做的体系整理。《德国民法典》采纳了这一立法例，即在民法典中设置总则编作为统领全法典并且适用于民法各个部分的基本规则。民法总则的设置可以说是德国民法典的一大特色，充分体现了德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。^①这种立法上的特色，有着其深刻的历史根源。18世纪末的法国立法者认为，自然法在内容上是理性的，因为它只包含一些法则，要把这些法则表达出来，用《法学阶梯》的体例制定一部以清楚明确、简练严谨的方式表达出来的法典，更具普遍实用价值，而无须设置总则部分。而19世纪末的德国立法者比较重视经过许多著名罗马法学家集体编成的法学著作，特别是19世纪由于德国民法学的勃兴，德国法学家对《学说汇纂》的研究已经取得较系统的成就，如《潘德克顿法学》教科书的问世，使德国法学家对五编制的民法体系极为熟悉，从而使《德国民法典》采用《学说汇纂》体例由可能变为现实。该体系就是潘德克顿学派在注释罗马法的基础上发展起来的，主要是在对《学说汇纂》的解释的基础上所形成的。在研究中，潘德克顿派的学者将人法与物法再加以深入分析，将其分为亲属法、继承法、债法与物法，并且将这种法则的共同点归纳而统摄出总则编。^②该体系最早被胡果在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用，最后由萨维尼在其潘德克顿教材中采用。该体系把民法典分为五编：总则、物权、债权、亲属、继承。首先确定了总则，规定民法共同的制度和规则，然后区分了物权和债权，区分了财产法和身份法，把继承单列一编，从而形成了有别于法国民法典的独具特色的体系。大陆法系绝大多数国家和地区都接受了该种立法体系，如日本、俄罗斯、葡萄牙、希腊、韩国、泰国和中国台湾地区、澳门地区等的民法。该体系使得各项民事法律制度中具有共性的内容得以在总则中体现，这样一方面有助于把握各种民事制度的机械结合，更能体现法典的逻辑体系。

通过上述论述，笔者认为，《德国民法典》的“五编”结构，与《法国民法典》的“三编”的结构，应当说是各有千秋，他们各自代表了不同时代民事立法的最高水准。但若从大陆法系对于法典的逻辑性和系统性的要求来讲，《德国民法典》体系较之《法国民法典》可能更加适应当代社会的需要。因为，《法国民法典》的体例结构如果用现在的立法理念来分析，存在着明显的缺陷，例如，在

① 王泽鉴：《民法总论》，中国政法大学出版社2001年版，第24～25页。

② 蓝瀛芳：“民法各种之债的特征及其探讨”，载《辅仁法学》第9期。