

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2008—2009)

私法研究

第12卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

PRIVATE LAW REVIEW

VOL.12

顾问

吴汉东
王泽鉴
梁慧星

主办

国家级重点学科
中南财经政法大学民商法学科



PRIVATE LAW REVIEW VOL.12

私法研究

第12卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

编辑部主任：耿卓

责任编辑：麻昌华 雷兴虎 高飞

贺媛 李正泽 石一峰

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊 (2008 - 2009)

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第12卷/陈小君主编. —北京:法律出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3308 - 2

I. ①私… II. ①陈… III. ①私法—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第048987号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

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/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/27 字数/516千

版本/2012年4月第1版

印次/2012年4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/010-63939796

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3308 - 2

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



卷首语

春风抚江城,满眼尽是绿。在这万物复苏、生机盎然的初春,经历了又一个深冬蕴涵的《私法研究》第十二卷与大家如期见面了。本卷共推出 18 篇佳作,希望能给新老朋友们带来难以忘怀的学术体验。

专栏“民商法论”,首先推出的是张新宝教授与张红副教授的“一个世纪以来的中国民法之形成与演变”,该文对中国民法的发展历程做了详尽的解说。中国民法百年历经自清末到新中国成立、新中国成立以后三十年以及改革开放以来三十年三个重要的发展阶段。三个阶段又分别是民法立法观念从“救亡图存”转变为“立法治国”的阶段,民法典出台受阻阶段,以及民法典之轮廓初现的阶段。展望未来,民法典作为中华民族伟大复兴的标志,其制定仍然任重道远。民法中善意与诚信的关系是一个被民法学者广泛争论的话题,学界对于两者的逻辑关系、两者在民法中的角色等颇有争议。甄增水副教授的“善意与诚信在民法中的分立”一文沿着法制史和比较法考察的脉络,对善意与诚信的术语界定、功能、法律技术层面的规制等问题一一作了回应,并对善意与诚信的关系作了颇为独到的论述。他认为善意和诚信不是同一概念下的两个子概念,并对主观善意和客观善意、主观诚信和客观诚信的二分法进行了富有创见的反驳。本专栏还纳入了合同法、物权法与人格权法的文章,以彰显民法学术研究中的百家争鸣、百家齐放之态势。虽然《合同法》及其相关解释已经构建了较为完善的合同法体系,但时至今日,仍有诸多问题困扰着合同法的理论理解与实务适用。王文胜博士的“论合同生效前当事人的协作义务”以经批准或登记后生效的合同为例展开剖析,他对此种合同在民法体系中的地位做了扎实的论证,认为经批准或登记后生效的

合同在成立之后生效之前属于效力未定的合同。在合同尚未被批准或登记或确定不会被批准或登记前,当事人负有共同促成合同得到批准或登记从而发生效力的积极协作义务。何国强博士在“论合同解除损害赔偿之性质及其制度适用”中针对合同解除损害赔偿的性质及其制度适用进行了详尽的比较法考察和国内立法史考察,指出解决此问题的关键在于厘定合同解除制度的功能价值,并以此为基础对《合同法》第97条进行考察,对合同接触制度的构建与完善具有借鉴意义。随着《物权法》的实施,越来越多的学者开始针对《物权法》实施过程中的难题以及解释论上的热点问题展开研究。张先贵博士在“论国有土地使用权征收补偿规范体系设计”一文中,以“土地中心主义”取代“房屋中心主义”为立法理念作为指导,对国有土地使用权征收补偿规范体系的设计进行了精致的雕琢。作者呼唤学界能够认识到“土地中心主义”乃房屋拆迁立法理念演进轨迹的最终落脚点和价值抉择,并以此作为立法论层面的指导思想统筹和引领文本规范体系之架构、协调以及诸制度之构造与展开,以实现国家法律公平、正义之价值目标。物权转移是物权法中的重要内容,本栏有两篇文章从不同方面对物权转移中的问题提出了各自的看法。聂卫峰博士在“《物权法》上的动产物权转移”一文中,以第23条为中心的体系化文义解释为视角,结合大陆法系典型代表国家的立法例,对我国《物权法》中的动产物权转移制度进行了反思。作者认为学者们习惯性地在此后物权立法时代中把《物权法》中的争议性条文或粗线条式条文的解释权“依法”让渡给了最高司法机构,而最高司法机构出台的“解释性文本”又主导了新的“立法”轮回,但立法者立法技艺的提高又离不开我们对立法技艺的总结。石一峰硕士的“占有在不动产变动中的作用”则从一物二卖为视角,对占有在不动产物权变动公示的必要性、可行性和限度进行了论证,提出在“一房二卖”等情形中仍旧以登记作为不动产物权变动生效的严格要件而忽视占有的作用就会损害当事人的利益,不利于保护整个物权秩序。他认为,占有与登记作为不动产物权变动公示方式本身是一个立法政策的选择,在我国现行的制度运行环境下,制度的运行应当考虑其生成的环境,实施的效果,运行的成本,不能一味地追求理论的自洽与完满,因此,立足现实问题才能解决现实问题,发挥占有在不动产物权变动中的公示作用是应对现实问题的策略。最后,向东博士的“分时度假交易安排下买受人权利之法律性质研究”一文,针对被移植到我国的分时度假制度进行了正本清源的论述,认为在我国,基于交易安全的考虑,应该赋予分时度假权利人物权性质的权利,此种物权性质的权利应该是用益物权。但由于物权法定原则的障碍,我国实践中的分时度假权利人的权利只能被当成债权来对待,这导致了我国分时度假市场上权利人的权益无法得到进一步的保护。《侵权责任法》出台后,人格权立法的呼声也日益高涨。而人格权立法时机的成熟离不开对人格权法相关问题的剖析,王占明副教授的“论作为人格权救济权之媒体回应权”为人格权立法的争鸣增添了一抹亮色。中国人格权立法如

果要对传统大陆法系国家立法模式进行突破,不仅要在法哲学层面对人格权法律关系予以理论解说,还应在实证层面对人格权的独特性予以重新廓清。而“媒体回应权”作为人格权保护的一种独特方式,其建构意义甚巨。该文在对媒体回应权的意义进行重估和辨正的基础上,较为详细地梳理比较法上的发展和现状,同时检讨我国相关立法和学说,对回应权的适用主体、保护对象、行使、适用对象等做了全面的论述,值得一读。

在“商法专题”栏目中,我们刊选了汪沂博士的“我国 IPO‘三高’现象之症结与法律对策研究”,该文围绕我国新股发行制度“市场化”改革核心的 IPO 定价机制进行了全面、深入的分析。她指出市场化定价模式要求定价主体在定价发行过程中保持既独立于政府又相互独立的地位。在定价主体的独立性上,提出必须从定价主体与政府和定价主体之间两个维度进行法律制度完善,开放证券市场进入、退出环节,加强审核机关的责任约束;同时从事前约束和事后补偿两方面加强定价主体之间的独立性。因此,其文对反思新股发行制度的市场化改革具有一定参考意义。

本卷新辟“法理专论”专栏,法理学和法哲学的研究方法为诸部门法的发展提供了坚实的理论武器,而其研究成果亦会为整个法学的进步与发展有所裨益。周维明硕士的“‘事物的本质’作为自然法?”一文从一个存在论视域的视角对立法与法律发现行为中经常援引作为依据但又对其来源与方法论含糊其辞的“事物的本质”进行有益的探讨,他指出“事物的本质”乃是作为自然法在法律领域中得到运用的,它体现为实然与应然的合一,以存在论为其法本体论基础,以方法一元论为其法学方法论基础。而现象学与存在主义,则通过对自然法本体论的重构,在以上两个方面为其奠定了坚实的法哲学基础。

“农地法制”栏目作为反映农地法制先进成果的着力平台,已经成为面向全国的农村土地法律制度研究窗口。本卷的“农地法制”栏目共推出 3 篇佳作供读者朋友欣赏。韩清怀副教授与郭继副教授的“论我国农村宅基地使用权制度的价值诉求”从秩序、安全、平等、公平、效率、自由等价值维度对农村宅基地使用权制度的价值定位进行了立体的辨析,实为宅基地法律制度研究的上品佳作。在对宅基地使用权的价值进行综合考量后,作者提出农村宅基地使用权制度立法完善中具体价值的选择与序位配置,对农地立法裨益良多。管洪彦博士在“村规民约与农民集体成员资格认定”中,针对农民集体成员资格认定这一司法实践中颇具争议的疑难问题,对村规民约对农民集体成员资格认定的影响,村规民约认定农民集体成员资格的原因、局限性及其司法审查进行了深入论证,指出在有关农民集体成员资格认定立法缺失的背景下,村规民约在农民集体成员资格认定过程中事实上发挥着重要作用。但村规民约所具有诸多局限性决定了它不能作为农民集体成员资格认定的最终依据,故对村规民约进行司法审查就成了不得已之选择,从立法上完

善有关农民集体成员资格认定的法律规则应是理想选择。苏艳英博士的“农地权利体系的构建”对农地法律制度的核心内容——农地权利的体系构建提出了自己较为成熟的见解。她认为构建科学的农地权利体系必须确立集体土地所有权主体,遵循着物由“所有”到“使用”的原则,在集体土地所有权基础上派生出包括物权性质的土地承包经营权、集体建设用地使用权以及地役权在内的农地之上的用益物权,同时农地使用权的抵押权也是体系构建中必不可少的内容,对我们厘清农地权利体系有所助益。

继上卷开辟“信访专题”栏目后,本卷继续推出依托于中国信访与社会稳定研究中心的信访研究佳作。李栋博士等撰写的“涉农信访问题实证研究——以北京市为例”一文立足实证研究的基础,以广阔的研究视域对北京市涉农信访的情况、类型及原因进行了深刻剖析,并对基层信访、法治和社会稳定等诸多问题进行了理论回应和构建,对与民生相关的一系列民法问题,尤其是农地立法等问题,具有重要的促进意义。

“外国法译评”栏目一直以来都是《私法研究》的保留特色栏目,其为我们打开了一扇联系不同法系、发现学术真知的窗口。本卷共推出一篇外国法评论、两篇判例翻译佳作。余霄博士的“英国现代土地登记制度的起源与启示”一文,以英国土地登记法制的建立、改革的演变史作为切入点,认为建立现代土地登记制度是英国法摒弃封建性的一次重要改革,它不但将土地从纷繁复杂的地产契据中解放出来,还大大提高了土地的流转效率,降低了交易成本。此次改革自19世纪40年代开始,经历了从确立地产权登记方案到强制登记,再到制度推广多个改革阶段,因为牵涉利益重大,参与改革的利益群体也极为丰富,在他们斗争中,我们可以获得诸多关于法制改革的启示。“因绝育或堕胎失败而导致的意外怀孕判例”和“错误生命与错误出生判例”中所述及的案例及其中反映的意外怀孕、错误出生问题已经成为世界范围内侵权案件的热点、难点问题。比较法上的考察有助于我们了解成熟法制国家在此问题上的司法处理方法,并以此为我国相同司法问题的解决提供有益借鉴。

一直以来我们都持续保持着对于民法领域理论和实务问题的人文关怀,佳作频出的同时,《私法研究》前进的步伐也更加沉稳。秉承中南锐意进取之研究学风,沿袭江城海纳百川之豪迈气势,我们将在新的一年迎风破浪,继续肩负弘扬私法研究之重任!

目 录

民法论坛

- | | | |
|-----|--|---------|
| 3 | 一个世纪以来的中国民法之形成与演变 | 张新宝 张 红 |
| 30 | 善意与诚信在民法中的分立 | 甄增水 |
| 67 | 论合同生效前当事人的协作义务
——以经批准或登记后生效的合同为例 | 王文胜 |
| 83 | 论国有土地使用权征收补偿规范体系设计
——以“土地中心主义”取代“房屋中心主义”为立法理念 | 张先贵 |
| 104 | 《物权法》上的动产物权转移
——以第 23 条为中心的体系化文义解释 | 聂卫锋 |
| 130 | 占有在不动产物权变动中的作用
——以“一房二卖”为视角 | 石一峰 |
| 152 | 分时度假交易安排下买受人权利之法律性质研究 | 向 东 |
| 192 | 论合同解除损害赔偿之性质及其制度适用 | 何国强 |
| 215 | 论作为人格权救济权之媒体回应权 | 王占明 |

商法专题

- | | | |
|-----|------------------------|-----|
| 239 | 我国 IPO“三高”现象之症结与法律对策研究 | 汪 沂 |
|-----|------------------------|-----|

法理专论

- | | | |
|-----|-------------------------------|-----|
| 255 | “事物的本质”作为自然法？
——一个存在论视域的考察 | 周维明 |
|-----|-------------------------------|-----|

农地法制

- 273 论我国农村宅基地使用权制度的价值诉求 | 韩清怀 郭继
289 村规民约与农民集体成员资格认定 | 管洪彦
303 农地权利体系的构建 | 苏艳英

信访专题

- 337 涉农信访问题实证研究
——以北京市为例 | 李栋 李正泽

外国法评译

- 363 英国现代土地登记制度的起源与启示 | 于霄
375 因绝育或堕胎失败导致的意外怀孕判例 | 蒋言译
388 错误生命与错误出生判例 | 杨康译

Contents

Civil Law Review

Zhang Xinbao, Zhang Hong	The Last Hundred Years of China's Civil Law	3
Zhen Zengshui	The Separation of Bona Fides and Good Faith in the Civil Law	30
Wang Wensheng	On Assistance Obligations of the Parties before the The Contract become Effective	67
Zhang Xiangui	On the System Design of Compensation for Expropriation of the Right to Use the State – owned Land	83
Nie Weifeng	The Transfer of Movable Property Rights in Property Law of the People's Republic of China	104
Shi Yifeng	The Function of Possession in the Transfer of Real Property	130
Xiang Dong	Research on Legal Nature of the Rights of the Buyer under the Arrangement of Timeshare Trading	152
He Guoqiang	Research on Nature and Application of the Damages Compensation for Contract Rescission	192
Wang Zhanming	On Media Response Right as the Relief of the Right of Personality Rights	215

Special Topics on Commercial Law

Wang Yi	Research on the Crux and the Legal Countermeasures of IPO "Three High" Phenomenon in China	239
---------	--	-----

Monograph on Jurisprudence

- Zhou Weiming | “Essence of Things” as Natural Law? 255

Legislation on Rural Land

- Han Qinghuai, Guo Ji | On the Value Demands of Chinese Rural
Homestead Land Use Right System 273
- Guan Hongyan | Village Rules and the Qualification of Collective
Farmers Members 289
- Su Yanying | System of Rural Land Rights 303

Special Topics on Petition

- Li Dong, Li Zhengze | An Empirical Research on Petition Related to
Agriculture 337

Foreign Law Review

- Yu Xiao | The Origins and Inspiration of Modern Land Registration System
of Britain 363
- Trans. by Jiang Yan | The Prejudication of Unwanted Pregnancy Caused
by the Failure of Sterilization or Abortion 375
- Trans. by Yang Kang | The Prejudication of Wrongful Life and Wrongful
Birth in Germany 388

民法论坛



一个世纪以来的中国民法之 形成与演变

张新宝 张 红*

目 次

- 一、引言
- 二、1911~1949年:初期的移植与实践
- 三、1949~1982年:缺乏民法应有之社会经济条件的民法起草运动
- 四、1982~2011年:社会主义市场经济条件下的民事立法
- 五、作为中华民族伟大复兴标志的民法典
- 六、结语

一、引言

美国学者亨廷顿说:“亚洲人倾向于以百年和千年为单位来计算其社会的演进,把扩大长远利益放在首位……”^{〔1〕}2011年恰逢辛亥革命一百周年,也是中国第一部标志着中国法律近代化与西方化的民法草案——1911年《大清民律草案》诞生一百周年。辛亥革命吹响了中国社会近代转型的号角,《大清民律草案》则开启了中国固有法制向近现代法制变革的端倪。近年来,学术界对中国民法及民法学自清末到1949年

* 本文的精简版曾经以“中国民法百年变迁”为题,发表在《中国社会科学》2011年第6期。

张新宝,中国人民大学法学院教授。

〔1〕 [美]塞缪尔·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,周琪等译,新华出版社1999年版,第250页。

之前,^[2]1949年至今六十年^[3]及改革开放以后三十年^[4]的三个不同阶段皆有研究,但是,坊间对中国民法一百周年的纪念文章并不多见。^[5]

其实,不只是亚洲人有在百周年之际举办纪念活动或作为新的改革起点的喜好,世界上的其他民族亦是如此。法国在《法国民法典》诞辰100周年之际(1904年3月),公布了经由近百人所组成之委员会提出新民法典的草案,但惜最终未获通过;^[6]又一百年后,为了庆祝《法国民法典》诞辰200周年,学术界则出版了重要的论文集以示纪念。^[7]此项庆典与2002年的维克多·雨果诞辰200周年庆典、2004年乔治·桑诞辰200周年庆典一样,被视为法国的国家庆典。^[8]在《德国民法典》诞辰100周年之际,德国学术界出版了厚重的纪念文集,以总结这部伟大法典并展望未来。^[9]因此,在中国民法蹒跚走过100周年的今天,总结其利弊得失,展望中国民法典的前景,实为必要。

但是,百年中国民法史跌宕起伏,既是百年波澜壮阔的中国大历史之一部分,亦是浩瀚世界法治文明发展史之重要组成部分,欲在如此纵横捭阖的大历史中检

[2] 张生:《中国近代民法法典化研究:1901—1949》,中国政法大学出版社2004年版;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。

[3] 孙宪忠、谢鸿飞:“中国民法学六十年:1949—2009”,载陈小君主编:《私法研究》(第8卷),法律出版社2010年版。

[4] 王利明:“中国民事立法的成就与展望”,载《法学家》2009年第5期;王利明、周友军:“与改革开放同行的民法学——中国民法学30年的回顾与展望”,载《吉林大学社会科学学报》2009年第1期;王利明、易军:“改革开放以来的中国民法”,载《中国社会科学》2008年第6期;张新宝:“中国民法与民法学的现状与展望”,载《法学评论》2011年第2期;龙卫球:“规则嬗变与市场经济:中国民商经济法治建设三十年”,载陈小君主编:《私法研究》(第7卷),法律出版社2009年版。

[5] 梁慧星:“中国对外国民法的继受”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第25卷),金桥文化出版社2002年版;杨立新:“百年中的中国民法华丽转身与曲折发展——中国民法一百年历史回顾与展望”,载杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版;俞江:“中国民法典诞生百年祭——以财产制为中心考察民法移植的两条主线”,载《政法论坛》2011年第4期。

[6] See Roger Houin, *The Method of Reform of the French Codes of Private Law*, in *Tulane Law Review*, Vol. 32, No. 1, p. 1. 同时,为了庆祝民法典一百周年,学术界出版了两卷本纪念文集: *Le Code civil, 1804 - 1904; livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904.

[7] 在法国民法典诞生二百周年的前夕,革新法国债法的观念就在一些学者间萌生。在2004年出版的两部纪念著作,在某种程度上为事后的法国债法改革奠定了理论基础。这两部著作分别是由法国最高法院、最高行政法院法学家理事会以及昂利·加比唐协会(Association Henri Capitant)编辑的《法国民法典200年》(*Le Code civil, 1804 - 2004. Livre du Bicentenaire*);由巴黎第二大学编辑的《法国民法典的过去、现在及未来》(1804 - 2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*)。

[8] 参见长孙子箴:“法国民法典二百周年记”,载 <http://wenku.baidu.com/view/6ad1cc8884868762caed5ac.html>。

[9] Vgl. Ulrich Eisenhardt (Hrsg.), 100 Jahre BGB: Vortragsreihe der Juristischen Gesellschaft Hagen, liner Wissenschafts-Verlag, 2001.

讨中国民法所走过的一百年,实属不易。鉴于中国民法百年史归其一点,就是为完成一部中国民法典,^[10]并借其形成有序、健康之中国市民社会的历史,因此,反思百年中国民法无疑应以历次民法典起草为切入点和路径。中国民法典法典化的进程自1911年首部民法典起草时至如今方兴未艾,期间,历经1925年《民国民律草案》、1930年《中华民国民法》、1949~1982年间三次民法草案及改革开放以后的分编制、分步走的立法。时至当下,民法典的物权、合同、侵权、婚姻、亲属等主干部分已经完成,剩下的尚有争议中的人格权法编、债法总则编和民法总则编尚未造就。目前,虽然中国特色社会主义法律体系已经形成,但民法法典化的道路依然任重道远,此既有技术上的原因,如人格权法、债法总则、民法总则与民法典的体系等问题,依然困扰着中国民法学界;也有路线上的根本分歧。^[11]下文的分析拟将百年中国民法史分为三个阶段,以历史唯物主义和社会主义法治观的基本理念为指导,以重要的民法草案或民事单行法之制定情况为依托,试图通过串联地标性的立法活动来述说百年中国民法史,并探究其背后之得失,说明民法典与政治、经济社会变迁之关系以及民法典与国家治理和社会管理创新之间的关系,以突出民法在国家治理中的重要作用并展望未来中国民法典之走向。

二、1911~1949年:初期的移植与实践

(一)《大清民律草案》

在西方,“法律通常是尾随着社会的变化而变化”,^[12]但在近代中国却情况迥异,法律制度是在超越近代中国社会之发展进程下进行建制的。光绪二十八年(1902年),清政府商务大臣吕海寰、盛宣怀与英国商务代表马凯在上海签订《中英续议通商行船条例》,该《条例》第12款规定:“中国欲整顿本国律例,以期与各国律例改同一律。英国允愿尽力协助以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻善,英国即允弃治外法权。”^[13]彼时,无论朝廷谕令,抑或大臣们之上疏、奏折、议论,凡论及修律,“乃群措意于领事裁判权”。此属通过法权

[10] 参见李显冬:“法典化:中国民法近代化的主旋律”,载朱勇主编:《中国民法近代化研究》,中国政法大学出版社2006年版,第125页以下。

[11] 在2011年中国法学会民法年会(长春)上,见证了新中国民法起草历程的魏振瀛先生说:“目前反对制定民法典的力量仍然不可忽视,一些人认为单行民法已经足够应付社会经济发展的观点不可小视。”为此,魏振瀛先生呼吁,学界应加强研究,为民法典制定的必要性提供更加充分的论据。

[12] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第3页。

[13] 与此相同的内容亦见诸1903年10月8日签订的《中美续议通商行船条约》第15款,《中日通商行船条约》第11款,以及中葡、中(瑞)典之条约中。

统一,以维护主权的燃眉之举,中国近代法制亦因此而发轫。^[14]《清史稿·刑法志》述及清末变法,亦云:“尔时所以急于改革者,亦曰取法东西列强,藉以收回领事裁判权也。”光绪三十一年(1905年)三月二十一日,沈家本上《删除律例内重法折》,其中谓:“中国之重法,西人每皆为不仁。其旅居中国者,皆借口于此,不受中国之约束……方今改订商约,英美日葡四国,均允中国修订法律,首先收回治外法权,实变法自强之枢纽。”研究表明,中国第一部民法典草案——《大清民律草案》即于1911年在此背景下诞生。^[15]

收回治外法权之所以成为效法西洋制定民法之动因,乃是因为中国古代无近代西洋意义上之民法,中国古律无法与彼时西洋之法对话。“中国律例,民刑不分,而民法之称,见于《尚书》孔传。历代律文,户婚诸条实近民法,然皆缺焉不完。”是以,“……拟请敕下修律大臣,斟酌中土人情政俗,参照各国政法,釐定民律,会同臣奏准颁行,实为图治之要”。^[16]梁启超认为:“固有之法系,殆成博物院中之装饰品,其去社会之用日远,势不得不采他人之法以济其穷。”^[17]对此,《大清民律草案》编修者亦曾言:“是知匡时救弊,贵在转移,拘古牵文,无裨治理。中国法制理事大抵俾陈编,创制盖寡。即以私法而论,验之社交,无非事例,征之条教反失定衡,改进无从,遑谋统一。事编有鉴于斯,特设债权、物权详细之区别,庶几循序渐进,冀收一道同风之益。”^[18]此即说明,中国传统之民法规则存在诸多弊端,欲收回治外法权,则必须舍弃此种陈条旧律,效法西洋,争取在规则上瀛寰统一,以此求得西洋人之尊重。

基于此,《大清民律草案》之修律大臣俞廉三、刘若曾在《民律前三编草案告成奏折》中,指出了编修民律的指导思想:注重世界最普通之法理,原本后出最精确之法理,求最适于中国民情之法理,期于改进上最有利益之法理。采此指导思想之缘由在于,在这个世界上“一遇相互之诉讼,彼执大国之成规,我守拘墟之旧习,利害相去,不可以道里计”,故欲彼族平等待我,则须采“大同之成规”、“普遍之法理”。第二句是说,要学就学后出的最精确的法理,盖因世界之法,逾后出者逾精,亦逾为世人所瞩目。此即后来孙中山“取法乎上”之意旨。第三句意思是指,因各

[14] 如修律大臣伍廷芳在上奏时称:“臣等奉命修订法律,本以收回治外法权为宗旨。”参见朱寿朋:《光绪朝华东录》,中华书局1981年版,第5414页。

[15] 光绪33年(1907年)4月,民政部奏请制定民律,同年9月,清廷派沈家本、俞廉三、英瑞为修订法律大臣,主持修订民律。沈家本聘用日本法学家松冈义正主编民律总则、债权、物权三编,由章宗元、朱献文主编亲属编,由高种和、陈纂主编继承编。全稿于宣统3年(1911年)8月完成。《大清民律草案》5编36章共计1569条。

[16] 朱寿朋:《光绪朝华东录》,中华书局1981年版,第5747页。

[17] 梁启超:《饮冰室合集》(十六),中华书局1989年版,第5页。

[18] 谢振民编著:《中华民国立法史》,中国政法大学出版社2000年版,第745页。