

新中国民法典
起草历程回顾

赵晓耕·主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

新中国民法典起草历程回顾

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

新中国民法典起草历程回顾 / 赵晓耕主编. — 北京:
法律出版社, 2011

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1666 - 5

I. ①新… II. ①赵… III. ①民法—法制史—
研究—中国—现代 IV. ①D923.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 260942 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2011 年 2 月第 1 版

印张/15.5 字数/311 千
印次/2011 年 2 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 - 1666 - 5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪论 / 1

第一章 西方与东方:从民法到民法典 / 10

第一节 民法、民法典与法典化 / 10

第二节 西方民法典形成的历史选择 / 14

第三节 中国近代民法的引入与民法形式的选择 / 21

第二章 政策与法:我们是否需要民法典 / 36

第一节 破与立:“六法全书”的废除与建国初期的民事法律 / 36

第二节 1954年《宪法》与新中国第一次民法典起草 / 69

第三节 “反右”斗争与民法典的起草 / 104

第四节 20年的权衡与徘徊 / 135

第三章 理想与现实:我们能否制定民法典 / 156

第一节 加强社会主义法制与民法典 / 156

第二节 《民法通则》的制定 / 163

第三节 《合同法》的制定 / 178

第四节 民法典起草的再次提出 / 186

第五节 《物权法》的制定 / 192

第六节 民法典编纂的步骤及现状 / 199

第四章 传承与创新:制定什么样的民法典 / 208

第一节 民法典制定需要什么样的程序 / 208

第二节 民法典起草选择什么样的模式 / 222

第三节 民法典制定选择什么样的体例 / 226

结语 / 239

绪 论

虽然中国古代早已有“民法”一词,但现代意义上的《民法典》及《民法典》文化却是舶来品。民法典在西方法律文化中具有很深的渊源,西方《民法典》的基石——《国法大全》存在已经有1400年,由罗马人所创造的《民法典》文化已经在世界范围内形成强大的影响,中国第一个民法草案《大清民律草案》诞生也即将满100周年,清末国人引进的西方民法文化已经在中国牢牢站稳了脚跟。然而,中华人民共和国诞生已60周年,改革开放已经30年,距2002年末《中华人民共和国民法(草案)》首次正式提交全国人大常委会第31次会议审议也已经过去好几年,而《民法典》的起草制定总是断断续续、起起伏伏,至今仍未获得一个圆满的结果。回顾新中国民法典起草几起几落的曲折过程,考察与其相关的社会政治、经济、文化诸关系,不仅仅是对过去的历史的一个简单总结,更是对未来之路的一个昭示。

一、西法东渐与民法、民法典

民法与民法典这两个概念都源自西方法律体系,中华法系中并无此类概念的明确提出。西方民法体系的形成和发展也有其内在的机理,经历了古代、近代、现代的发展阶段。

古代的罗马法是建立在简单商品生产基础之上的最完备的法律体系,它对简单商品生产的一切重大关系,如买卖、借贷等契约关系,以及财产关系都有非常详细和明确的规定,达到了恩格斯所说的“以致后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”的地步。在近代,法国大革命中上台的资产阶级在1791年的《宪法》中明确把制定一部为全国所共同遵守的民法典作为自己追求的目标之一。拿破仑这位法兰西第一帝国的建立者也有着深深的《民法典》情结,他主持制定的1804年《法国民法典》是资本主义国家最早的一部民法典,表达了资产阶级关于民事立法的自由与平等、所有权神圣以及契约自由的基本原则,被拿破仑视为“不会被任何东西摧毁的,会永远并存的”不朽的作品。它自颁布至今的二百余年,虽然对具体条款的修改从未间断,但至今仍是法国的现行有效法典。1900年的《德国民法典》是19世纪德国法律科学的集大成之作,它的颁布和施行对统一德国法制产生了极大的作用,至今仍然是德国现行有效法典。追溯西方大陆法系民法典的发展历程,我们不仅应当看到他们呈现出一个连续不断的发展链条,并且是一个不断向外延伸扩展,不断扩大其在世界上的影响的过程。中国这样一个与法国、德国这些民法法系国家相隔千山万水的古老国家也最终加入其中。

中华法系中虽无“民法”或“民法典”这样的法律术语出现,并不表明民事法律关系不存在,诸如户婚、田土、钱债之类的事情也广泛地存在于传统社会中,但对其进行调整却主要靠民事习惯而不是国家制定法。这些民事习惯(法)存在于乡土社会中,无论是天子脚下的朝廷高官,还是荒郊僻野的朴实乡民,对这套事实上的民事法律都了然于胸、用之有余。一直被朝廷视为“细故”的“户婚田土钱债”,正相当于现代法律体系中的民事行为,若硬要一一对应现代法律体系中的民事法律行为的话,“户婚——亲属、继承,田土——物权,钱债——债权”,也是说得通的。姑且不谈历代法典中的民商事法律规范,仅就这些被统治者忽视的民事习惯就构成了一个与传统国家法全然不同的体系——习惯法,不管官方是同意承认,还是无奈默认,它是数千年来中国事实上的民法,而当这些民间习俗发展到明清时期已颇具体系,甚为发达。

清末修律引进西法之后,中国放弃了旧有的法律体系,完全采用西方法律体系,长期以来官方意识上的“重刑轻民”、法律条文上的“刑民不分”被打破。作为全新的部门法体系中重要部分的民法,从法典名称到内容体例,从章节安排到基本原则理念,几乎都是效仿西法的结果,与传统社会中的“民法”意识或者“民事”情结关联不大。正因为我们现在用的是一整套西方的法律术语,无法与传统社会中实际存在的民事法律制度对接。因此,出现了一个长期困扰国人的问题:我们为什么要民法与民法典,民法与民法典如何进入我们——中国人的生活并成为我们生活的一部分?我们不得不思考:一方面是引进什么、引进多与少、够不够的问题,另一方面是本土化问题,包括采纳的法系模式、理论观点、与自身政体及意识形态的平衡、制定的时机选择、可资利用的现实法制体系结构——法官素质、法院构成、司法传统、民众法律意识,等等。

二、裂变的历史:“六法全书”的形成与废除

1898年,康有为在其《上清帝第六书》,即所谓的《应诏统筹全局折》中第一次明确提出:采罗马及英、美、德、法、日本之律,制定民法、民律、商法、市则等民事法律。由此,中国的民法典之路开始。十年之后,沈家本奏请聘请日本法学家编纂民法得到清廷允许,四年后《大清民律草案》编纂完成。但这部中国历史上第一部民法典却由于清朝的迅速覆亡而未及施行。民国元年(1912年),北洋政府立法机关通过决议:民律草案,前清时并未宣布,无从援用,嗣后凡关民事案件,应仍照前清现行律中规定各条办理。1915年法律编查会曾将《大清民律草案》中存在争议问题最大的亲属编加以修订,1922年又开始全面修订民法典。1926年,北洋政府修订法律馆完成了民国《民律草案》的编纂工作,向各学术机构、各级司法机关分发草案以征求意见。但由于中国北方处于混战状态,国会未能履行正常立法程序,这个草案仍未能成为有效法律。1928年,南京国民政府结束了十几年的军阀混战、在名义上统一全国之后,为迅速建立以宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、

行政法六大类法律为主体的六法体系,再次全面开始《民法典》的编纂工作。到1931年5月5日,《民法典》的《总则编》、《债编》、《物权编》、《亲属编》及《继承编》相继完成并颁布施行。与此同时,一系列单行的商事法规亦相继制定颁布,中国第一次有了一个以《民法典》为主体、配之以一系列的商事单行法规的较为完整的民商法体系。南京国民政府的《民法典》是第一部在全国范围内付诸实施的《民法典》,当时中国共产党领导的革命根据地除施行自己已经制定的极个别民事法律外,处理民事行为时都援用这一法律。但它对中国大陆的影响,随着1949年2月22日《中共中央关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示》的颁布和中国共产党领导的革命在全国范围内的胜利而戛然而止。

对于清末及民国政府的三次制定《民法典》,引以为定论的评价是他们是一脉相承的:一来秉承清末以来民商法草案保留的封建立法精神,二来抄袭德、法、意、日等国的法律内容,因此充满了封建性与买办性。抛开政治定性,这种说法也不无道理。法律不是一种孤立的造物,而是社会现实的反映。面对清末以来急剧变化的社会,中国不得不引进与社会变化相适应的西方法律制度,在立法上可能的表现就是“抄袭”西方国家法律的内容。但是,社会的变化并不是一蹴而就的,尤其是属于民法调整范围的民众日常生活领域,并不可能一夜之间有根本性变化,这决定了民事法律的立法不可能如宪法等政治性法律那样以一种革命性的方法来展开,而只能渐进。因此,中国共产党所领导的各个根据地虽然其政治性质已经与国民党统治地区根本不同,但《六法全书》曾为解放区司法机关所适用长达12年之久,实践证明其还是有定纷止争、维护社会秩序的作用。《六法全书》的废除主要基于废除反动“伪法统”的政治需要,没有考虑到《六法全书》中的相当部分是调整一般民事法律关系的法律,与现实政治没有直接关系或关系不大,此类法律规范有着历史的、天然的连续性与承继性。应该说,废除“六法全书”与中共“七大”确定的政治路线以及毛泽东的“新民主主义”和“联合政府”的理论并不完全一致,也与随后的《共同纲领》的基本精神多有未协之处。根据《共同纲领》,当时的社会还是一个过渡阶段,还有若干剥削阶级存在,还有不同的所有制存在,商品交换仍然存在,因而仍然需要作为商品经济基本规则的民法存在。而《六法全书》的废除,其结果就是我国在相当长的一个时期内没有系统地调整民事法律关系的民事法律体系存在,而只有个别的、零散的民事法律法规存在。

三、1954年《宪法》与民法典起草

1954年《宪法》是一部社会主义性质的宪法,这是它与建国初期的《共同纲领》的根本区别。《共同纲领》是建国初期具有宪法性质的根本大法,它所确立的社会制度是新民主主义国家,即人民民主主义国家,并不是经典理论意义上的社会主义国家。因此,当时中国共产党制定了一系列社会政策以保护和发展私有制。但从1952年下半年开始,中共领导人开始酝酿向社会主义过渡的总路线,这意味着新

中国的国家性质将要通过一系列的改造,向社会主义社会转变。1954年2月,中共七届四中全会正式批准了过渡时期总路线,1954年《宪法》正是在党和国家提出的过渡时期总路线的历史背景下制定的,它用法律的形式把党在过渡时期的总路线作为全国人民在过渡时期的总任务确定下来,明确规定国家“通过社会主义工业化和社会主义改造,保证逐步消灭剥削制度,建立社会主义社会”。这标志着国家将对私有制进行改造和限制,进而消灭,从而有别于《共同纲领》对私有制的保护和发展原则。

人民民主原则和社会主义原则是1954年《宪法》的两大原则。1954年《宪法》规定:公民在法律面前人人平等;人身自由不受侵犯;公民有劳动的权利,国家通过发展经济扩大就业机会,改善劳动条件和工资待遇;妇女在各方面与男子享有平等的权利,等等。这些规定成为日后各项民事法规制定的指导准则。同时,1954年《宪法》的这些规定也体现和蕴含着社会主义性质的民法原则,比如,民事权利主体的地位平等原则、民事权益受法律保障原则、合法原则,等等。社会主义原则指以国营经济、集体经济为主体,限制和改造个体农业、个体手工业和资本主义工商业,并逐步以全民所有制代替资本主义所有制,从而彻底消灭剥削。社会主义原则反映了公有制经济、集体经济与私有经济的复杂关系。而在现实政策和法规中则反映了当时中共领导人对社会主义制度下的私有制的作用、地位的认识和判断。

1954年《宪法》的人民民主原则与社会主义原则决定了社会主义社会的民法原则。人民民主原则表明的是对公民基本权利的认识,社会主义原则表明的是对公有制与私有制相互关系的认识。从新中国民事法律制定的历史看,是否能够真正贯彻人民民主原则,是否能够协调好在坚持社会主义原则下公、私所有制的内在关系,决定着我们的民事立法能否起到促进社会发展、协调人民生活的作用。如果不能坚持人民民主原则,不能很好地协调公有制与私有制的关系,这样的民事立法将对各项民事活动和经济生活起消极作用。从这个历史经验看,这两条原则应成为今后民法典以及相关民事立法制定的基本指导原则。不能确保人民民主原则,公民最基本的民事权益就无法得到保障,社会主义原则中各种所有制之间和谐的关系就会被破坏。同样,如果在处理社会主义原则中,不能很好地协调各种所有制关系,国家的经济生活将会紊乱,不仅私人的合法权益将遭到践踏,国家所有权也无法得到有效保障,人民民主原则更无从实现。

1954年《宪法》确定的人民民主原则与社会主义原则深刻影响着社会主义民法的制定与实践。1954年《宪法》制定后的头几年,国家的人民民主原则能够得以有效地贯彻,党和国家领导人在探索社会主义原则中,对各种所有制关系处理得相对审慎,从而迎来了一个立法的高峰期。第一次民法典的制定正是在这个背景下开始摸索的。

四、社会主义改造运动与社会主义民事关系的确立

1953~1956年的农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造极大地改变了中国的经济基础和社会结构,也造就了全新的民事关系,产生了得以制定社会主义性质民法的社会形态。如果说1954年《宪法》是为社会主义性质的民法奠定了理论和原则的基础,那么,社会主义改造运动则是为新型民法的产生提供了相应的社会环境和现实条件。

农业的社会主义改造,主要是通过合作化的方式,在个体经济的基础上,发展互助合作,克服农民分散经营的弱点,为日后的集体化或社会主义化打下基础。农业合作化涉及对土地入股等许多民事关系的调整,对土地的所有权、经营权,以及土地的收益等都产生了影响。手工业的社会主义改造也是通过合作社的方式,将个体所有制改造为集体所有制,引导手工业者走上集体化的道路。手工业的各种合作形式涉及资金分配、技术转让、盈亏分担等民事关系的调整。资本主义工商业的社会主义改造,是通过委托加工、计划订货、统购统销等形式,将私人工商业纳入国家计划的轨道,直至公私合营,使私人工商业成为社会主义性质的企业。资本主义工商业的社会主义改造涉及股份比例、经营管理、盈余分配、财产归属等民事关系的调整。社会主义改造运动中,国家颁布了许多法律和条例。这些法律和条例都是当时民事法律的重要组成部分。

到1956年底,社会主义改造运动基本完成,新的经济基础和社会关系诞生,形成了全民所有制和集体所有制占绝对统治地位的局面,私有制经济在国民经济中的比例已经微乎其微。国家计划在国民经济生活中占到了绝对的主导地位,而商品经济则日渐衰落。这种经济形态为新中国第一次民法典的制定提供了全新的社会环境。这一时期的社会经济形态决定了1956年后的民法只能是计划指导性很强的社会主义性质的民法。

由于当时中央领导人反保守、反右倾的一系列政策主张,社会主义改造运动脱离了当时的生产力水平,过快地向社会主义性质转变,引发了许多社会问题。其中最突出的是没有能真正认识到社会主义原则下不同所有制之间有着相互依存的复杂关系,在实践中一味强调公有制的优越性,私有制的局限性。计划指令在经济活动中占到了绝对的主导地位,而私有制下的商品交换则逐渐衰退、萎缩,甚至被取缔,商品经济形态中正常的民事关系,在认识上逐渐被否定、批判,在现实中被其时的民事性法律规范所限制、扭曲。历史已经证明这种局面既不利于国民经济的发展,也不利于人们的正常社会生活。

经过社会主义改造运动后的新中国,确立了自身的社会主义性质,将私有制和商品经济限制在极小的范围。这使得当时的经济基础既不同于旧中国,也不同于改革开放后逐步形成的社会主义市场经济体制。在此基础上产生的民法,割断了它与旧中国民法的历史联系与继承关系。新中国的民法只能转而学习、模仿社会

主义性质的苏联民法。因此,这一时期民法的特点是:与以往旧中国民法典相比,它是社会主义性质的民法;与改革开放后的社会主义性质的民法相比,它是公有制占绝对主体,并否定、限制乃至取消私有制和商品经济的民法。这或许从另一个视角使我们能够理解当时制定民法典的困难之所在。

新中国的成立和社会主义制度的确立同样意味着社会主义民法学的开始。许多苏联民法学家来华执教,许多苏联民法学专著和教科书被引入,高校开始设立民法课程,进行民法教学。当时法学界的主要刊物《政法研究》和《政法译丛》中关于民法的文章很多,中央人民政府法制委员会也编印了《民法资料汇编》。这一时期,民法研究的主要内容是对资本主义和旧中国民法的批判及对苏联民法的学习和研究。当时的民法学界对资本主义民法原则的批判深刻影响着社会主义民法的整体观念:资本主义的契约自由是虚伪的,但契约必须履行应当坚持;私有财产不可侵犯是反动的,需要将其转变为公有财产神圣不可侵犯的社会主义原则;资产阶级的民事权利平等原则是虚假和欺骗的,但无产阶级也需要平等。对资本主义民法原则的批判表明当时的民法学界向社会主义民法研究的转型。

五、反右、破除资产阶级法权与民法典起草

1956年9月,中国共产党第八次全国代表大会召开,会上明确提出了扩大人民民主、完善社会主义法制的方针。刘少奇在大会上所作的政治报告,系统总结了中华人民共和国成立以来的历史经验,提出了健全国家法制的任务。完善社会主义法制思想的提出,是“八大”前我国法制建设的短暂繁荣的反映和总结。“八大”前后,我国法制建设曾经出现过一个短暂繁荣时期,这一时期对法律的属性、法制建设的途径、对旧法制的扬弃、对外国法律尤其是苏联法制的借鉴等问题,都进行了充分的讨论和论证。个别党和国家领导人对社会主义法制建设提出了很多积极的思想,如董必武就指出:新中国成立以来法制工作存在着法制不完备、刑法和民法等急需的法律没有制定,以及党员和国家工作人员不重视、不遵守法律的现象还很严重等问题。因此,在新的历史任务面前,必须采取积极措施,健全人民民主法制。董必武是新中国成立以后提出要依靠人民民主法制治理国家的第一位中共中央领导人。

1956年到1957年,要求制定新中国民法的呼声在知识分子中发出,国内民法学界也对民法中许多问题展开进一步讨论,当时的《人民日报》还有专文介绍对民法问题的讨论情况。当时的讨论主要集中在以下几个方面:制定包括民法典在内的法律,时机是否成熟?制定包括民法典在内的法律,应当遵循什么样的思想?由何人、如何制定包括民法典在内的法律?应该说,他们都是一些学术性探讨。但1957年反右斗争开始后,这些讨论多被作为“右派”言论大加鞭挞,大多数学者本人受到严厉惩罚。对“右派”的批判导致了全社会法律虚无主义的产生和发展,削弱、毁弃了1949年以来稍有起色的制定民法典的理论基础与社会基础。

1957年下半年开始的反右运动扩大化,打击了一大批爱国人士和知识分子,践踏了人民民主原则;1958年开始的“大跃进”,一味地强调“一大二公”,破坏了各种不同性质所有制之间的和谐关系。人民公社化运动兴起时,毛泽东在几次讲话中都提到要破除资产阶级法权。他把这个问题同现行的分配制度(工资制)、人与人之间的关系联系在一起,强调所有制解决以后,资产阶级法权制度还存在,如等级制度,领导与群众的关系,因此应考虑取消薪水制,恢复供给制。毛泽东认为:由于资产阶级法权还没有完全取消,还存在着工农之间、城乡之间的差别,还存在着体力劳动和脑力劳动之间的差别,因此,我们在国内的任务除了消灭剥削阶级和发展经济之外,还要消除全民所有制和集体所有制之间、工农之间、城乡之间、脑力劳动和体力劳动之间的差别,根绝产生资产阶级和资本主义复辟的任何可能性。伟大领袖发起的对资产阶级法权的批判,虽然经过短时的高潮之后不再轰轰烈烈,但却仍然断断续续地进行着,极大地影响了当时的社会经济生活。比如,否认商品交换和商品流通在社会主义社会的必要性,轻视或否定按劳分配原则,使按劳分配原则受到巨大冲击,阻碍了许多正常民事活动,扰乱了各种正常社会关系。更重要的是,它成为毛泽东无产阶级专政下继续革命的基础,为后来的文化大革命期间法律虚无主义大行其道提供了理论支持。这一时期,民事立法被忽略,普通公民的合法权益遭到漠视,从1957年到1965年,国家没有出台一部民事法律。1975年,与当时的政治形势紧密结合,批判资产阶级法权虽再度达到一个高潮,但已是强弩之末,而1977年对批判资产阶级法权的再批判则成为新时期解放思想、改革开放、建立社会主义法制的先声。

六、改革开放,民法典编纂逐步推进

几十年的曲折让经历“文化大革命”后的领导人痛切感到:社会主义需要法制。新中国第三次民法典的起草作为健全社会主义法制措施的一部分被提上议事日程。到1982年5月已起草了民法典草案一至四稿。此后,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,立法机关决定采用先分别制定民事单行法、待条件成熟再制定民法典的立法方针,稳步推进民事立法体系的建立及《民法典》的编纂。1986年,《中华人民共和国民法通则》通过;1999年,统一的《中华人民共和国合同法》通过;2007年,《中华人民共和国物权法》通过;2009年,《侵权责任法》通过。可以说,经过30年的努力,已经形成一个以《民法通则》为民事基本法,由《物权法》、《侵权责任法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《公司法》、《著作权法》等民事单行法,以及民事法规和地方性民事法规、其他法律法规中的民法规范和民事司法解释等组成的民事法律体系。但它仍然存在着法律规则不完善、不适当以及体系不恰当、受行政权力不当干预等诸多问题,也正因为这诸多问题的存在,制定民法典才显得尤为迫切。

20 世纪 90 年代以来,一度出现了加快民法典进程、让民法典作为法治建设成就的标志性成果的意图。很少有人说不需要民法典或不能制定出民法典了,但制定一部什么样的民法典,却是各方利益的博弈。学者们纷纷发表意见,各方人士基于不同角度提出不同主张。不仅立法的科学化受到重视,立法民主化的潮流更在这一时期得到充分体现。专家敢于站出来质疑官方的做法,普通民众也踊跃参加关于某部法律是否违宪的讨论,社会对民法立法的关注度与参与度空前广大,人们对包括民法典编纂的步骤、编纂思路以及民法典体例结构等大大小小的问题展开了热烈的讨论。从某种角度上来说,或许这才是可以称为民法典起草历程的真正内容,这个历史过程可能会超过民法典本身将会带给我们的东西,而赋予民法典更大的社会意义,这也正是本课题的主要价值所在——中国民法典起草历程如此受人关注和应当受人关注的原因。

七、《民法典》,是结果,更是过程

从废除《六法全书》起,新中国民法典就与政治结下了不解之缘。民法典问题从根本上来说,还是人治与法治的问题,民法典的起草历程也是新中国法制历程的一个缩影。从这一角度来说,政治与民法典是密不可分的。但是,也要看到,由于调整对象不同,民法典与宪法等政治性非常强的法律有一定区别,它与政治的关联也并不如许多人臆想的那样紧密。在 1957 年反右以及后来的许多时候,把《民法典》的制定与政治上的革命与反动加以挂钩,并不足取。从这一点来讲,《民法典》不是政治法,应与政治适度脱钩。领导人和民众都不应过分敏感,把《民法典》的每一条款都与政治人为地挂钩。

民法典是调整商品经济的法,新中国民法典的命运与商品经济在中国的命运紧密联系。改革开放前的社会少有商品交换,即使像 1962 年那样由最高领导人讲话,要求制定《民法典》,民法典仍然无疾而终。而改革开放后则是市场经济推动着民法典向前走。从《民法通则》到《物权法》、《侵权责任法》,民法典的每一进程都和社会需要紧密相关,而民法典的每一个进步同样对经济发展起着推动作用。

民法典是外来的法律文化,但法律本质上又是一种地方性知识。如何处理外来文化的本土化问题,以及如何发掘本土资源问题是《民法典》制定过程中不得不面对的又一个重要问题。一方面,不断有人提出我们是否已经吃透了以罗马法为基础的西方民法;另一方面,人们又不得不问,即使研究透彻了西方民法典,我们就能编纂出一部好民法典吗?在强调民法专业性的同时,又不能不考虑到,拿破仑当年制定民法典时要求法国农民都能读懂,现在制定一部连国家领导人都认为看不懂的民法典对普通民众又意味着什么呢?民法典的专业性是为了让普通人更充分地利用民法典来维护自己的权利呢,还是让它成为民法学家的后花园?一个简单的“是”或“不是”的回答不会让这些问题消失。可以肯定地说,它们仍然会在相当长的时间内继续令我们困惑。

进入新世纪,中国的市场经济之路已经不可逆转。市场经济的发展必然伴随着社会各个阶层的利益调整,中国社会的发展由此也进入了矛盾冲突更为显著的转型期。理想的民法典应该是定型的社会利益格局的反映,由此也注定了中国民法典的完成不仅还有待时日,而且这个过程也必然充满冲突与斗争。应该说,社会各个阶层通过影响民法典的制定来保护自己的利益,把各种利益冲突转化为理智、和平的立法冲突,这本身就是社会的进步。怎样通过制定民法典这个过程来构建起和谐社会中各种利益的公正、平和、秩序的表达机制,这可能比制定出一部民法典本身更有益于社会发展。

民法典的起草过程也是一个权势转移的过程。20 世纪五六十年代民法典起草几起几落,多是凭一个或几个政治领导人的片言只语决定,他们决定了民法典的命运,甚至也决定了国家的命运。20 世纪 70 年代末开始的改革以放权为基本特征,中国的命运开始逐渐不由一个或几个领导人说了算。正因为权力的下放,才有了民法典问题的重新提起,而学者们的讨论从能不能制定出民法典到制定出什么样的民法典,民法典的话语权从官方扩大到了学者,语义场从政治扩大到了学术,最后发展到全社会。而我们可以预测,中国民法典的问世可能还要假以时日,因为几十年的权势转移过程还没有完成。只有当普通民众真正拥有自己的权益,并懂得用法律捍卫自己的权益,能够决定民法典的前途时,中国民法典的起草历程才会随着民法典的诞生而真正完结。而民法典的制定过程也不应该仅仅看成是一部民法典的出现,更应视其为推动法治社会的基础——市民社会的建立过程。

《法国民法典》、《德国民法典》都是民法历史上的巨著。也许丰碑这样的词已经不合时宜,但对于未来的《中国民法典》,人们仍然有许多理由问一声:《中国民法典》,你的贡献是什么?为此,应该给民法典的起草以更开放与更宽容的环境。同时,每一个亲临其事者则应当以更高的历史责任感来完成它。

第一章 西方与东方： 从民法到民法典

现代法学意义上的“民法”一词最早源于西方，民法经过体系化和法典化最终形成民法典体系，则是大陆法系法文化的主要特征。关于“中国古代是否有民法”的争论也曾经是学界讨论的热点问题，但是学界普遍认同，单独制定一部现代意义上的民法，则是在西法东渐热潮的席卷下和清末变法修律中出现的，从而形成了一个全新的部门法体系。中国传统社会是否有民法？是否有事实上的民事法律存在？近代民法典起草的经验教训对于新中国民法典的起草又有何种影响？这种种的问题是我们应该也必须搞清楚，这些学界曾经讨论的热点问题引发我们去思考，西方语境中的民法与民法典到底是一种什么样的关系？为什么民法不能代替民法典？为什么中国有了民法仍然还需要民法典？

第一节 民法、民法典与法典化

一、民法

（一）“民法”一词的由来

“民法”一词在中国的古文献中最早出现于《尚书·孔氏传》，原文为“咎单，臣名，主土地之官，作明居民法一篇，亡。”但是此处的民法只是作为一个词语出现，这与现代法学意义上的民法不尽相同。现代意义上的民法，一般认为是对罗马法中市民法(Jus Civile)的沿袭，其最初只适用于罗马市民，到公元3世纪初，罗马境内的居民一律取得罗马公民身份，市民法与万民法(Jus Gentium)融合，形成了罗马法中的私法，且一直称为市民法，市民法一词逐渐成为罗马法私法的总称，欧洲大陆法系一般都沿用了这名称，^①而英语则将“民法”一词称为“Civil Law”，也含有大陆法系的意义，而将源于拉丁语的“私法”(ius privatum)一词表述为 private law。^②

而在中国，之所以将原来大陆法系中通称的市民法改称为“民法”，一般认为

^① 法语为“Droit Civil”，德语为“Bürgerliches Recht”，意大利语为“Diritto Civile”，荷兰语为“Burgerlyk Regt”，直译都是市民法。

^② 虽然现代法学意义上的“民法”来源于罗马法中的市民法是学界的基本共识，但是对于民法是否就是私法，民法的内涵与外延是否与私法完全相同却是一个存在争议的问题。

是源于日本。在西法东渐的早期,民法被称为“民律”,1880年清朝同文馆化学教习毕利干(Billequin, Anatole Adrien)最早将法国的一部分法律译成《法国律例》出版,其《法国民法典》译为《民律》。而将民律改为民法则是由于中国在法律近代化过程中借用了日语的原语汉字所致。^① 大部分民法学者也都认同此观点。^② 汉字“民法”一词用于现代法学意义,最早是由日本学者箕作麟祥在19世纪60年代翻译法国民法典时使用。^③ 而中国人在现代法学意义上使用民法一词则是以黄遵宪《日本杂事诗》中提到的“近又由司法省撰《民法》《刑法》二书,专用法兰西律,交元老院议之,未及颁行”为最早。^④

(二)现代法学意义上“民法”一词的含义

对于民法的概念,中国人的最早解释是“规定私人互相之关系者”。^⑤ 这一解释虽然简单,但是基本反映了民法的私法属性。现代学者将民法的本质归纳为以下四个方面,民法是市民社会的法,民法是私法,民法是实体法,民法体现了商品生产和商品交换的一般条件。其中市民社会的法是民法性质的集中体现。^⑥ 也有学者认为民法的本质特征就是私法:民法是以市民社会为其存在之经济——人文基础,以权利为本位,且主张权利同等保护;以市场社会的意思自治为其主要的实现手段,并以市民社会人的价值实现为其直接目的的法律。^⑦ 而目前我国,以民法的调整对象为标准对民法进行的定义属于法定的民法定义,《中华人民共和国民法通则》第2条规定,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的法律规范总称为民法。

现代民法学界从不同的角度将民法进行分类,分为形式民法和实质民法、民事普通法和民事特别法、广义民法和狭义民法等,其中将民法分为形式民法和实质民法的分类方式,是从是否具有民法典的形式作为分类标准,形式民法即为民法典,实质民法就是所有的民事法律规范。

(三)民法体系

民法经历了从散杂、单一的民事法规向民法体系逐步发展的过程。所谓的民

① 参见[意]马西尼:《现代汉语词汇的形成——十九世纪汉语外来词研究》,黄清河译,汉语大词典出版社,1997年版,第230页。

② 参见徐国栋:“市民社会与市民法——民法的调整对象研究”,载《法学研究》1994年第4期;梁慧星:《民法总论》,法律出版社,1999年版,第1页;刘士国:“论民法是市民社会的一般私法”,载《法学杂志》1999年第6期。

③ 参见[日]富井政章:《民法原论》,陈海瀛、陈海超译,杨廷栋修正,王兰萍点校,中国政法大学出版社,2003年版。

④ 参见香港中国语文学会统筹:《近现代汉语新词词源辞典》,汉语大词典出版社,2001年版,第174页。

⑤ 汪荣宝、叶澜主编:《新尔雅》,文明书局,1903年版。

⑥ 参见刘凯湘:“论民法的性质与理念”,载《法学论坛》,2000年第1期。

⑦ 参见江平:“民法的本质特征是私法”,载《中国法学》,1998年第6期。

法体系是指法的体系理论在民法领域的反映,是调整平等主体之间的关系、具有内在有机联系的民事规则体系。而这一规则体系由于各国法律实践的不同而有所区别,大陆法系国家基本上遵循了概念化体系的路线,将民法的各项规则有机结合在一起形成一部有逻辑体系的民法典,而普通法系则发展为以判例为基础的民事司法经验体系。

二、民法典

(一)“法典”一词的由来

“法典”一词(英文为 code)最初来源于拉丁文“Codex”,本意为用树木制作的用于写作的书板。后来随着书写的发展,至公元2世纪末,用羊皮纸制作的书卷也被称为“Codex”。公元3~4世纪,由于地中海沿岸国家出版业的发展,“Codex”这个术语的意义演化成为书。但自公元4世纪开始,罗马帝国的法学家们开始自发地进行编纂帝国法令的工作,其工作成果——法令汇编是以“Codex”的形式出版的,从这个时期开始,“Codex”一词有了将各种法令进行罗列和规整的意思。公元5世纪,奥多西二世制定了一个官方汇编法令——狄奥多西法典采用了“Codex”的名称。自此,“Codex”一词具有了特殊含义,即完整系统的法律汇编。但在此后的中世纪,这种对法律的汇编整理工作并不多见,“Codex”一词并不多见。在各国语言中,其写法也不尽相同,法文中的写法是“code”,但被用来指称罗马时期的法典,尤其是查士丁尼的法典。而“code”一词真正在现代意义上被使用,大约是在16世纪,当时的埃及亚历山大总督库尔提乌斯(Curtius)制定的城市法典使用了这一名称。

(二)法典的概念

法典在自然法思想占主导地位的18世纪被认为是法律的最高形式,是人类理性的充分体现,是一个具有内在逻辑一致性和体现自然正义等基本原则的法律实体。随着自然法主义的衰落,法典成为主权者的命令。对于法典的各种不同的理解也出现了。Vanderlindend在《十三至十九世纪西欧关于法典的概念》(Le concept du code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle)一书中提示出了“法典”一词的三项要素:形式、内容和特征。就形式而言,法典是一个整体,是汇聚处于分散状态的多个部分的整体;就内容而言,法典“或者由法律的全部、主要或者是部分的渊源所组成”;就其特征而言,法典“促进了法律主体对于法律的理解”。^①中国法学界所称的“法典”一般是指国家权力机关根据立法需要,将现在的同类法律规范经过研究审查,根据统一的原则,加以修改、补充而形成的集中、统一、系统的部门法典。

(三)民法典

根据以上对于法典的定义,我们可以认为,现代意义上的民法典是以最初被命

^① 转引自石佳友:《民法法典化的方法论问题研究》,法律出版社,2007年版,第7—8页。

名为《拿破仑民法典》的《法国民法典》为起点、逐步在大陆法系被普遍采用的一种民法形式。

也有学者从以下四个方面给民法典做出了如下定义：

1. 民法典是对民法规范的系统重述。法典并非民法本身。民法典只是那些既存的民法规范体系的重述文本，是以民族语文为载体的文本。

2. 民法典只是裁判规范的重述。民事规范划分为行为规范与裁判规范两大类。私法规范是演化形成的，也就是说，对于立法者，他们是既存的、给定的。然而，裁判规范却不同，裁判规范有重述的必要。为什么呢？因为，裁判规范的运用者是专业人士，系统地学习是掌握裁判规范的合理途径。既然如此，为了给法官们尽量充分的裁判准据，而不是叫他们各自“土法上马”，各自从零开始去发现法律，那么给他们一个路线图，一个法规手册，以提升司法的效率，是完全必要的。

3. 民法典是民事裁判规范的正式重述。它是有权限的国家机关依照合法程序制定和颁行的，当然具备合法性，能够作为裁判的准据。

4. 民法典是民事裁判规范的系统化重述。民法典要为司法提供尽可能完备的裁判规范，这只有体系化才能达到。^①

三、法典化

法典化有两种不同的含义，其一可以简述为法典编纂，即将现有的法律按照要求进行编纂，其二可以简述为将现有的法律体系和法律形式由单行法规为主体演变为以法典为主体的一种趋势。学者认为：“现代法典化将法律部门变成用体系化调整的，具有统一精神烙印的并且处于统一解释规则之下但按照不同法律科学层次排列的制定法。这之所以具有可能性，是因为法典化的特征就是由法律科学和立法共同起作用。法律科学在这一关系中的贡献在于精神准备和此后的指导。立法者在法典化形成方面的贡献在于：将所接触情形以及随之而来的其他内容具体地予以固定，尤其是在适用阶段有效阻止法典化中遗留未解决的分歧。”^②

学界通常赞同自然法学派为法典化提供了思想和理论基础，理性被视为自然法的核心，自然法被认定为理性法。在古希腊、古罗马时期，法律被认为是上帝或神的理性，这种理性是法律和正义的基础。近代的古典自然法学派则认为，自然法核心不是源于“自然”，而是来源于人，是人类自然能力的共同理性。基于这一理论，古典自然法学派认为人类可以以理性为基础制定出体系完备的、逻辑严密的法典，而且，每个公民可以通过了解法典就能预知自己和他人的行为会产生的结果，

^① 张俊浩：“民法典的必要性”，载于张礼洪、高富平主编：《民法法典化、解法典化和反法典化》，中国政法大学出版社，2008年版，第24—25页。

^② [德]奥科·贝伦茨：“市民社会和欧洲民法法典化——由于受国家保护和控制的职能承担者对独立市民的压制而对共生现象造成的危害”，载于张礼洪、高富平主编：《民法法典化、解法典化和反法典化》，中国政法大学出版社，2008年版，第192页。