

# 我国民法典制定中的几个问题

梁慧星

---

新中国成立之前,民法典的编纂历经了清末《大清民律草案》、北洋政府《民国民律草案》、国民政府《中华民国民法》三个阶段。新中国成立之后,曾于1954年至1956年、1962年至1964年、1979年至1982年三次起草民法典,但均未获成功。1998年,全国人大常委会决定再次起草民法典,委托九位专家学者成立了民法起草工作小组。目前,学者在民法典是采用大陆法系法典模式还是松散式、民法典应具有哪些内容和相关内容如何先后排列、体例上是采用德国五编制还是采用法国三编制、是否设立债权总则、人格权是否独立成编、知识产权是否纳入民法典、涉外民事法律关系是否继续保留等问题上,还存在着争论。

梁慧星,中国社会科学院法学研究所研究员,中国社会科学院研究生院教授、博士生导师,《法学研究》、《中国民商法专题研究丛书》、《民商法论丛》主编。

---

## 一、回顾我国制定民法典的情况

中国历史上曾采用中华法系,中华法系的特点是诸法合体、民刑不分,在唐律、大明律、大清律中没有把民法和刑法加以区别,因

此,中国历史上究竟有没有民法,这一问题在学术界是有重大争论的。认为中国历史上有民法有著名学者梅仲协先生,他认为中国古代有民法;另外一位是研究法制史的杨鸿烈先生,他最著名的作品是《中国法律发达史》。认为中国古代没有民法的以梁启超先生为代表,另外还有王伯琦先生。梁启超是中国维新运动的著名倡导者,是大学者。中国那时的民法和现在的民法不一样,调整民事关系、婚姻关系的规则最终是由刑事制裁来保障的,是靠刑事责任而不是靠民事责任来保障的,因此,中国历史上即使有民法,和我国现在要制订的民法典的民法还是不一样的。

我们现在在课堂上讲的、法院与律师所用的民法是100年前从西方引进的。1901年慈禧太后下决心进行改革,颁布了推行新政的上谕。1900年八国联军打进中国使中国人民在思想上达成了一致,在此之前,中国学者提出过科技救国、实业救国、军事救国等方案,但这些最后都不能解决问题。惟一的出路就是学习西方的政治法律制度。1902年,光绪皇帝下诏进行法律改革,引进西方法律制度,设立了负责起草法律的机构“修订法律馆”,由沈家本先生担任修订法律大臣。沈家本先生通过董康邀请日本东京法院法官松冈义正到中国帮助起草民法典。松冈义正1906年到中国,1908年开始起草民法典,设计中国民法典草案。松冈正义参考日本、德国民法典,为中国民法典设计了五编制结构:总则、债权、物权、亲属、继承。松冈义正亲自起草前三编,即“总则”“债权”“物权”,后两编“亲属”“继承”由归国留学生起草。1910年,《大清民律草案》完成。由于辛亥革命推翻帝制,建立了共和,草案未正式生效。这部草案将西方的民法制度,尤其大陆法系德国的编纂体例和它的概念体系,引进了中国,具有极重大的意义。尽管这个草案没有生效,但是这个概念体系成了中国民法的基础,成了我国法律文化的基础。我们现在的立法、裁判都是在这一套概念体系上完成的。

1925年民国时期,北洋政府制定了《国民律草案》,同样也没有颁布生效,但当时的司法部向全国发出通告,各级法院在裁判时可以引用这个草案,其中的内容可以被当作法理规则,作为裁判的依据。这个草案使从外国继受的民法规则体系深入到了中国裁判实务,具有了法律效力。

1927年,蒋介石领导的国民党取得北伐胜利,在南京成立了国民政府。1928年,国民政府设立了立法院来负责法典起草工作,立法院院长胡汉民,负责各个法典的起草。从1929年1月立法委员会成立到1930年12月民法典的起草全部完成和最终审议通过,中国历史上自此有了第一部民法典,即《中华民国民法》。虽然《中华民国民法》是在《大清民律草案》和《国民律草案》的基础上修改完成的,但也做了一定的修改:《大清民律草案》主要参考德国民法典,《国民律草案》在参考德国民法典的基础上,还参考了瑞士的债权法;《中华民国民法》则进一步参考了泰国民法,并特别参考了1922年的苏俄民法典。因而《中华民国民法》的内容在当时被认为是先进的,如男女平等的原则在该法典中得到了贯彻。前两个草案采用的是民商分立(即制定一个民法典,再制定一个商法典),而立法院院长胡汉民提议起草民商合一的法典:理由之一是中国历史上的商人不是一个特殊的阶级、阶层,按照当时的思想不能为某一个特殊的阶级、阶层制定一个特殊的法律,整个中国的人民应该遵守同一部法律。理由之二是德、法采用民商法分立,有的以主体划分,商人采用商法典,不是商人采用民法典;有的以行为划分,商行为运用商法典,民事行为适用民法典。如果中国要制定商法典,当然要以商行为为标准,商行为即商人之间的交易。若这样,则商人与普通百姓之间的交易如何认定,是商行为还是民事行为,都将很难划分。因此,胡汉民建议制定民商合一的法典,这部法典之外再另外制定一些单行法如公司、票据、海商、保险等法。《中华民国民法》和荷兰民商合一的民法典有差别,荷兰民法典将

所有的民法规则规定进民法典,没有单行法。这种民商法合一的形式在我国一直影响至今。这部《中华民国民法》在1949年被我中央人民政府明令废除,现在仅在台湾生效,对台湾经济的起飞发生了很大的作用,王泽鉴教授在《民法50年》论文中对这部民法典做了很高的评价。

新中国成立以后,1954年中央政府布置起草民法典,这次制定民法典学习苏联的经验,参考了1922年《苏俄民法典》。1956年新中国第一部民法典草案完成,这个草案分为总则、所有权、债权、继承四编,而不再是受苏联法学理论影响的五编。当时认为婚姻家庭与市场交易无关,它不属于民法的范围,因此起草的民法典没有婚姻家庭的内容。这次的民法典草案因1956年—1957年反右政治运动的开展而中断。虽然这次的法典没有成为正式的民法典,但是这部法典表明我们从原来学习德国、日本、瑞士的民法转过来学习苏联的苏俄民法,因此它有重要的意义。这部法典反映了苏联的社会主义民法原则,特别是反映了计划经济体制下的一些原则、思想。这些原则思想直到现在,还在我们的立法教学、理学研究中发挥着影响。这个影响有好有坏,值得我们总结。

新中国第二次民法起草是在1962年,在中国经过三年自然灾害、经过经济恐慌,遇到了极大的困难之后,1964年拟出了一份草案。这次民法起草的背景是一个非常特殊的历史时期。新中国建立以后受到帝国主义的封锁,包括以美国为首的发达资本主义国家不承认我们,这时候我们无论是在政治上还是其他方面,采取的都是一边倒的政策——倒向以苏联为首的社会主义阵营,因此,我们第一部民法典草案完全是学的苏联。1959年中国共产党开展了对苏联修正主义的批判,苏联修正主义的法律我们不能学习,帝国主义、资本主义的法律我们也不能借鉴。在这个时候制定民法典就有两条原则:①要和资本主义的民法划清界限;②要和苏联修正主义的民法划清界限。这就决定了这次民法典的制定处在了一

个非常尴尬的境地。这一草案分为三编：总则、财产所有、财产流转。第二编只说财产所有，而说不说财产所有权，第三编不说债权，而说成是财产流转，这是起草人精心的设计。因为要和资本主义民法、修正主义民法划清界限，所以他们用的概念，我们就不能用。在这个民法典草案中，自然人、法人、物权、债权甚至权利、义务这些概念都不用。这部《民法典草案》把“预算”、“税收”这些经济法、财政法、税法关系也纳入了《民法典》中。这次《民法典》起草因1964年开展“四清运动”而中止。这次起草给我们一个教训，民法不是哪个意识形态，哪种政治体制专门的东西，民法是一个抽象的概念体系，实际就是不管是哪个阶级掌握政权，都可以使用这个民法。当时我们要与资本主义、苏联修正主义划清界限，导致我们许多民法原则、民法概念不敢用，其结果是起草了一部体现所谓中国特色的民法典草案。现在看来，这条道路很难走通。

新中国第三次民法起草是在改革开放初期。改革开放的初期，我们反思文化大革命的教训，提出了中国要实行法制，要通过法律来治理社会。1979年，中国社会科学院法学研究所召开了一个经济法问题研讨会。当时提出要把党和国家的工作中心转到经济上来，这让人一下子就联想到经济法。这个时期正好是苏联的经济法研究最繁荣的时期。苏联著名的经济法学派代表人物拉普捷夫、玛莫托夫在20世纪70年代的时候，提出了他们的新的经济法学说，他们要在苏联制定经济法典，他们的理论被捷克斯洛伐克学术界所接受，捷克斯洛伐克当时就制定了一部经济法典和一部民法典。当时东德也接受了这一理论，制定了《经济合同法典》。这时候我国的一些学者就把苏联的经济法学派的理论著作引进了国内。这就遇到一个问题，我们正在发展商品经济，我们到底是需要制定一部《民法典》，还是制定一部《经济法典》，这在当时是一个很大的争论。1979年召开的这个讨论会邀请了北京法律院校的教授、副教授，相当多的同志认为在中国发展经济一定要制定经济法典，民法已经失去了

它存在的意义,这在以后被称为大经济法观点。支持这一观点的学者认为民法不能成为调整经济活动的法典,只能用于调整私人之间的关系,因此有的同志建议把“民法”这一名称加以废除,改称为《公民权利法》。这就是当时的一个建议,制定一部《经济法》和一部《公民权利法》。另外一些同志建议参考捷克斯洛伐克的经验,制定一部经济法典调整企业之间的经济关系,再制定一部民法典调整私人之间的经济关系,此乃小经济法观点。佟柔教授、王家福教授旗帜鲜明地认为应制定一部民法典,被称为大民法观点。会后王家福教授向中央提交了一个立法建议,建议立即制定一部民法典,中央领导对这一建议作了批示,从1979年开始,全国人大常委会再次成立民法起草小组第三次起草民法典。

到1982年,先后起草了四个民法草案。第四个民法草案参考了苏联1962年的《民事立法纲要》、1964年的《苏俄民法典》和1978年修订过的《匈牙利民法典》。1982年,彭真提出疑问:我们正处在改革开放的时期,各种经济关系不断涌现,现在就急于制定一部完整的民法典,能不能做到?于是彭真决定暂停民法典的起草,改为一些条件具备的就制定单行法,等将来整个条件具备后,再制定民法典。于是第三次民法典起草工作暂停,在民法草案第四稿的基础上制定了一些单行法,如当时的经济合同法就是根据民法草案的合同编加以修改制定的,1985年的继承法就是在民法草案的继承编基础上修改制定、颁布的,《民法通则》就是当时的总则增加些内容制定、颁布的。所以说,这次民法草案的制定具有很大的意义,形成了以《民法通则》为基本法,以各种各样的单行法为组成的一个民事法律体系,我们至今都在采用这一基本体系。《民法通则》占有重要地位,但《民法通则》不等于民法典,《民法通则》之外还有合同法、继承法、公司法、票据法、海商法等。这种体系对我们改革开放的推进、市场经济的发展、民事生活的调整、民事纠纷的裁定发挥了重大的作用,但是到了20世纪90年代,这个民法

体系就不能适应发展的要求了。

民法典的制定再次被提上日程,是因为20世纪90年代发生了重大的事件:邓小平南巡讲话。南巡讲话的基本精神是:所谓的姓社、姓资不要再争论了,我们改革开放的方向确定为建立社会主义市场经济体制。我们的改革开放是在国家生活、经济生活、精神生活遭遇极大困难的情况下进行的,因为“文化大革命”使整个经济发展陷于停顿,处于危难。在这种情况下进行改革开放,带有危机对策性质,因此,改革需要一边进行,一边摸索,即“摸着石头过河”。一些人认为改革开放要强化计划经济体制,要像苏联一样,国家计划就是法律;一些人认为改革开放要发展商品生产和商品交换,即市场经济。在此过程中方向没有明确,因此学术界对要不要制定民法典也一直有分歧。大经济法观点认为不能制定民法典,应当制定经济法典或经济法通则。一直到20世纪90年代初,还有人在杂志上发表一组文章批判民法通则的资本主义观点。这都是方向没有确定导致的。邓小平同志的话一锤定音:中国要走市场经济的道路,建立社会主义市场经济体制。建立社会主义市场经济体制随后被写在了党和国家的文件上,由此改革方向明确了。这种情况下,民法典的制定也就被提上了日程。

民法教科书上讲,民法不只是调整市场交易关系,也调整婚姻家庭关系等社会关系,但是,如果没有市场经济,民法就失去了存在的条件。到了20世纪90年代,市场经济体制确定下来,市场经济已有很大发展,国外发达市场经济国家的社会中有那些经济事物,如票据、证券、证券交易、证券交易所等,我们也已经都有了。各种各样的现代市场经济关系在我们的社会中都涌现了出来。资本主义国家的那些弊病,那些社会问题在我们的社会中也涌现了出来,这个时候靠现行的民事法律体系进行调整就感到力不从心,因此,就需要进一步完善我们的民事立法体系。

这个时候,我们的国家又提出了建立“法治国家”的目标,中国

要走法治的道路,建立“法治国”,就要贯彻“法治国”这样的理想,就要求我们法律体系中的主要法律部门制定成文法典,比如宪法、刑法、刑诉、民诉、民法,这些基本法都应当制定成文的法典。这是我们既定的目标,但是我们发现宪法、刑法、刑诉、民诉都制定了法典,并在20世纪90年代还进行了修订,惟独民法没有民法典,只有一个《民法通则》。《民法通则》是一个单行法,已经不适应市场经济进一步发展的要求。

1993年,立法机关开始制定统一的《合同法》,这是因为过去的三部《合同法》分别调整不同的合同关系,不符合市场经济发展要求以及法制统一的要求。《经济合同法》调整国内经济合同关系,《涉外经济合同法》调整涉外经济合同关系,《技术合同法》调整技术合同关系。在这三个合同法之间,还有许多合同关系没有规定;这三部《合同法》是先后制定的,他们的精神、原则往往有冲突,有不一致,因此最先提出统一合同法。1993年开始起草统一合同法。1998年王汉斌同志邀请一些民法学者开了一个座谈会,他在这个会议上提出起草民法典,参加会议的民法学者一致赞成。学者们认为起草的条件已经基本具备:市场经济体制已经写在了国家的文件上,市场经济已有了很大的发展,各种关系、各种问题都涌现了出来;我们的法院裁判当中已积累了许多的批复、解释、判例、规则;我们的立法还积累了一些立法经验,我们有民法通则与几个合同法,有各种各样的立法的经验;我们的教学有了很大的发展,为社会培养了很多的民法人才;理论研究也有了相当的发展,对各国民法的发展趋势有了一个大体地了解。这些为我们制定民法典,基本上准备好了条件。讨论会上王汉斌同志作出决定:立即恢复民法典的制定。

王汉斌同志委托九位专家学者成立了民法起草工作小组,其任务是为国家制定民法典准备草案,它不是一个常设机构,相当于一个专家委员会。这个小组在1998年3月开会,对民法典的制

定、民法的完善作了一个规划,这个规划分为三步来实现民法典的编纂。第一步,通过制定统一合同法实现交易规则的统一和现代化,以及与国际接轨,把过去的三部合同法制定成为一部统一的合同法,这个目标在1999年要实现。第二步,制定一个物权法,实现财产关系基本规则统一和现代化,以及与国际接轨,这个目标从1998年开始进行,打算在4~5年的时间内完成。最后一步就是制定中国民法典,完成的时间是2010年。

第一个步骤在1999年实现,我们的新的合同法在1999年颁布生效,这部统一合同法对于规范市场交易规则发挥了极大的作用,在国内外有很好的反响。在制定合同法之前,几位学者制定了合同法立法方案,规定了制定合同法的指导思想:广泛参考借鉴发达国家成功的立法经验和判例学说,并且要与国际公约、国际惯例协调一致。这个指导思想在合同法上得到贯彻,看来是十分正确的。它的特点十分明显。它是在德国民法概念体系的基础上制定的,许多概念都是参照德国民法典的,很多制度都是从德国民法典、日本民法典以及我国台湾民法典借鉴而来的。不单是大陆法系的民法,这部民法还参考了英美法系的合同法,如“可预见性规则”就是从英美法系中来的;违约责任的原则,大陆法系的国家称为过错责任,我国的合同法参照英美法系称为严格责任,也叫无过错责任。可见我国的合同法既参照了大陆法系的德国民法典,也借鉴了英美法,采纳了联合国国际销售公约的制度,采纳了国际商事合同通则的许多制度和原则。我们的合同法在国内外已受到了很好的评价。

第二步为从1998年开始,用4~5年时间制定物权法。1999年10月中国社会科学院法学研究所完成的中国物权法草案建议稿提交立法机关并出版。2000年底,以中国人民大学王利明教授为首的中国物权法草案建议稿也完成,提交立法机关也出版。这样到了2000年底就产生了学者起草的两部物权法草案。2001

年,法制工作委员会在两部学者草案的基础上增删、修改,就产生了一个法制工作委员会的内部草案。这个草案在2001年5月召开的专家讨论会上进行讨论。会上,学者、教授、法官对这个草案提出了尖锐的意见。会后,2001年底,法制工作委员会就发出了物权法草案征求意见稿,这个征求意见稿发到了一些机关、法院和法学院,按照预定计划这个征求意见稿2002年要提交常委会审议,要在2003年通过。但是这个征求意见稿发出以后,立法的情况又发生了急剧的变化,即中国加入WTO后,全国人大及常委会感觉到完善法律体系的重要性,特别是民事法律体系。于是2002年1月法制工作委员会召开了起草民法典的会议。参加会议的是民法起草工作小组的成员,以及一些专家和法官,会议指出虽然关于民法典的编纂体例等理论界还有争议,但是现在来不及去讨论和统一意见,现在就要开始起草民法典。会上决定采用分别委托起草的方式,由法制委员会委托一些学者承担民法典各部分的起草。委托我起草民法典的总则、债权总则和合同三编;委托人民大学的王利明教授起草人格权、侵权行为两编;委托最高人民法院副院长唐德华起草民事责任编;委托中国社科院法学研究所的郑成思教授起草知识产权编;委托中国政法大学的巫昌桢教授起草亲属编和继承编;委托最高法院退休法官费宗祯起草涉外民事关系的法律适用编。要求在3月底完成全部的草案。在4月16日到19日召开专家讨论会,就草案进行讨论,并讨论了民法典的结构。

## 二、关于制定民法典的重大分歧和争论

第一个分歧是,制定一部什么样的民法典,是一部逻辑性强的大陆法系的民法典还是“松散式、邦联式”的民法典。有些学者认为应制定一部像德国民法典、法国民法典那样的民法典,有些学者

则认为要制定松散式的民法典,认为将我国现有的民法通则、担保法、婚姻法等加以汇编、修改就是一部民法典,各部分相对独立不具有严密的逻辑。

第二个分歧是关于制度放入民法典与放入单行法的标准,及制度安排的先后标准的分歧。有些学者提出以重要性为标准,重要的制度放入民法典内,不重要的放在民法典外;重要的制度放在前面,不重要的制度放在后面。有些学者提出应以逻辑性为标准,例如合同法就是严格按照逻辑顺序来编排各章的,要按生活中的逻辑和法律规则中的逻辑来制定法典。凡是民事规则的基本制度、共同规则、共同制度应规定在民法典上;特殊的领域、特殊市场、特殊关系的特殊的规则应摆在民法典之外。制定单行法,例如公司法、海商法、保险法。所谓逻辑性,就是从民事法律关系入手。我们教科书的民法总论讲到民事法律关系就讲,关于划分人与人之间财产归属、支配的是物权关系,人与人之间请求对方的某种行为,如交货等是债权关系;此外还有婚姻家庭关系、继承关系。先把关系分为几类,然后按类把规则放到一起作为民法典的一编,这就是物权编、债权编、亲属编、继承编。在这个前提之下,各个部分又有共同的规则、共同的制度,把各编中共同的制度、原则抽出来,规定在民法典的前面作为总则,这就是法律行为,这就是主体、客体、代理、时效、期间等。这是参考德国法按照逻辑关系进行的划分,井井有条。是以逻辑性作为标准还是与以重要性作为标准,是完全相反的两意见。

第三个分歧是,我们的民法典体例是采用德国式的三编制还是采用法国民法典的三编制。有的同志说三编制最好,比如厦门大学的徐国栋教授,他就认为法国民法典的三编制最好,三编制第一编为人法,第二编为财产及所有权的限制,第三编为财产的取得方法。徐教授认为,法国民法典第一编为人法符合人权发展的趋势,人是最重要的,应摆在第一位;而德国民法典设立了总则,结果

人的权利就被淹没在错综复杂的技术性规定中,不足采纳。赞成法国民法典三编制的还有中国科学院法学研究所的郑成思教授,他说民法典就是三编,即人法、财产法、债权法。1998年民法起草小组委托我拟一个民法典大纲草案,要求以德国五编制为主参考。考虑随着科学技术和市场经济的发展,产生了各种各样新的合同关系与损害,与新情况相适应的新的合同规则和新的侵权规则,会造成债权编内容庞大,因此我建议参考荷兰、俄罗斯及蒙古的三部新民法典,把债权编分解为债权总则、合同、债权行为三编。这样将使我国民法典成为七编制,分成二层次,第一层总则、物权、债权、亲属、继承五编,而在债权编内再分为债权总则、合同、侵权三编。

第四个分歧为是否保留物权、债权概念的分歧。1998年的民法起草工作小组会上,江平教授建议不用物权、债权两个概念,因为它们不通俗。魏振瀛教授反驳说,物权、债权是大陆法系民法的基础性概念,如果抛弃这两个概念,大陆法系的民法概念体系就会分解。针对江平教授观点,王家福教授指出物权概念对我国特别重要,因我们在《民法通则》中未规定“物权”概念,结果导致我们的社会物权观念淡薄,很多企业、个人均没有物权的观念——不知道什么财产是自己的,自己有支配权;不知道在遭受侵害时自己可要求法律的救济,要求返还原物,要求损害赔偿。王家福教授同时指出我们社会中不仅人民缺乏物权概念,有些公务员、领导干部也缺乏物权概念。他们不知道物权是排他性的权利,它排除一切人的干涉,包括排除国家的干涉,因此,经常发生国家机关侵害人民和企业财产权的社会问题。

关于物权和债权的争论还在进行当中。郑成思教授向中央建议:不制定物权法而制定财产法。郑教授反对物权的概念,其理由是物权的概念不科学,因为讲物权法,必须要讲人与物的关系,而这就违背了马克思主义。马克思主义认为民法只能调整人与人之

间的关系,不能调整人与物的关系。郑成思教授建议制定财产法,用财产权的概念代替物权的概念。

关于债权的争论,还特别表现在是否保留债权总则上。一些同志反对债权的概念,反对债权的总则,他们认为债权的总则不过是合同的总则,与侵权行为没有任何关系,规定在合同编就够了。

第五个分歧是人格权是否单独设编。以王利明教授为首的专家主张把人格权单设一编。其基本理由是,人格权很重要,它关系到人权与人的尊严,将它单设一编,就可以强调人格的观念与人权的观念,具有重大的意义。另一个理由是,《民法通则》在第五章第四节规定了人格权,在《民法通则》上把人格权单独规定的做法在国内外受到很高的评价,因此,民法通则被称为“中国的权利宣言”。人格权的规定是《民法通则》的成功经验,因此,现在制定民法典没有理由再返回去,即把人格权规定在总则的自然人一章中。还有一些同志认为,即使世界上没有一个国家人格权单独设编,也不是说我们不可以单独设编。把人格权单独设编就是中国特色,就是中国民法对世界的贡献。

反对人格权设编是以我为代表的,基本的理由是:人格权与主体(自然人)不可分离。苏联的民法著作把人格权叫做与人身不可分离的非财产权,这是强调它不可以用财产价值来计算,也强调它与人身不可分离。苏联的著作指出了人格权的特征,因此,我们认为应将人格权规定在总则的自然人一章。另一个理由是,人格权生而取得,死而消灭,与其他的财产权、物权、债权等不同,人格权与当事人的意思表示无关。其他的财产权都可以处分、转让、放弃、免除、抵消、惟独人格权不行。总之,人格权不适用法律行为制度,不适用诉讼时效制度和代理制度,即不适用总则的规定,与民法典的总则编不构成总则与分则的逻辑关系。

王利明教授辩论说,人格权也不是都不可以处分,人格权中的法人的名称权就可以处分。但我们认为这只是人格权中个别的特

例,不能代表它的本质,因此经过综合考虑,我们认为人格权不宜单独设编。现在各国的民法典,无论是德国法系还是法国法系,人格权都没有单独规定的,要么规定在总则自然人一章,要么规定在第一编人法的自然人之中。

第六个分歧是关于知识产权的。对是否可以在民法典上单设知识产权编有两种意见。一种意见认为,现在是知识经济时代,知识产权很重要,因此应当在民法典上规定知识产权编。相反的意见认为,专利、商标、著作权等有关知识产权的法律规范是特殊关系的规则,是特殊领域的特殊民事关系的规则,应当在民法典之外,作为特别法、单行法来设置。反对理由二是专利法、商标法、著作权法已经有了,它们已经构成了一个相对比较独立的单行法的体系,所以不宜规定再在民法典上。反对理由三,专利法、商标法、著作权法,特别是专利法和商标法,不仅是民事权利的规则,还包含了相当多的程序性规则,这些程序性规则很难脱离实体权利单独规定。反对理由四,将知识产权编规定在民法典上,修改起来会很困难。随着科学技术突飞猛进的发展,专利法、商标法、著作权法需要不断地频繁地修改。把它们放在民法典之外作为单行法,修改起来要容易得多。

第七个分歧是关于涉外民事关系的。涉外民事关系的法律适用在《民法通则》中单独规定在第八章。现在的问题是民法典是否还规定涉外民事关系法律适用。我们注意到,中国国际私法学界的学者在若干年前已讨论取得一致意见,建议中国建立一部独立的《国际私法法典》。1998年9月3日民法起草工作小组的会议上,小组成员的一致意见是建议国家单独制定《国际私法法典》,理由一是要尊重国际私法学界专家的意见,二是20世纪以来,在民法典中规定冲突法,规定涉外法律关系适用的国家都已制定《国际私法法典》,制定单独的《国际私法法典》已成为一种发展趋势。但也有人认为应在民法典中规定涉外民事关系的法律适用。

下面介绍4月16日到4月19日法制工作委员会召开的民法草案专家讨论会的简单情况和会议上的分歧。

参加会议的有民法起草工作小组成员、受委托起草的专家、法院的两个庭长与一个原来的副院长。会议要求每一个受委托起草的人报告一下各自所起草的部分中,哪些问题改变了现行法律上的制度,哪些问题上创设了新的制度,还有哪些问题拿不定主意。每一个受委托人都作了报告,然后对这些草案按顺序进行了讨论。

特别重要的是19日上午的会议,这个会议讨论民法典的结构体例。王家福教授首先发言,他建议民法典设十编:总则、人格权、物权、知识产权、债法总则、合同、债权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用。之后其他专家针对王家福教授的建议发表自己的意见。经过讨论,最后达成一致意见。民法典设八编:总则、物权、债法总则、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用。

先对取得一致意见的八编作一简单介绍。

总则编。中国民法学界绝大多数学者认为应该设总则编,我们是德国法系的,按照前面所讲的逻辑关系,把各部分共同规则抽出来规定在前面就是总则,这被认为是最好的一种编撰体例。反对者是厦门大学的徐国栋教授,其基本理由是这样做将把人一部分安排在亲属编,一部分安排在总则的主体当中,“人”就被分解,“人”就看不见了。关于人的规则也就会被淹没在关于财产关系的技术性规则当中。而法国的民法典中,人法是第一编,摆在第一位,这样符合罗马法把民法分为“人法”和“物法”,且将“人法”放在前面的做法。徐教授自己设计的民法典是两大编:人身关系法和财产关系法。他提到南美洲、拉丁美洲这些国家的民法典,总有设总则的倾向。这些国家本是属于法国法系的,法国法设置为人法、财产法、财产的取得方法。但是这些国家在法国法的结构上又参考德国法系的结构,许多国家在前面加上了总则。徐国栋教授是反

对设总则的,但是不能不看到,即便是拉丁美洲的这些国家,也有设总则的趋势。他也考虑,若不设总则,法律行为将放在何处,代理、时效摆在何处。因此,在不设总则编的前提之下,徐教授在两大编的民法典的前面设一个“序编”作为补救措施。徐国栋教授没有参加这个会议,会上的同志都是赞同设总则编的。

物权编。前面提到了《物权法(征求意见稿)》,由于民法典的制定,《物权法》就不能再单独审议、通过。它作为民法典的物权编,只能和民法典一道通过。

债法的总则。在4月19日的会议上,王家福教授建议的结构中包括债法总则编,江平教授和魏振瀛教授相继发言表示赞同。江平教授认为应将合同与侵权行为的共同问题、共同规则规定在债法总则中,债法、物权和其他编的共同规则规定在前面的民法总则中。这样,民法总则规定民事法律行为,债法总则规定合同、侵权行为、不当得利、无因管理等的共同规则,合同法上还要有一个合同的总则,有好几个层次。江教授过去是反对物权、债权概念的,这次会议上他公开表示赞同设债法总则,魏教授则是一贯赞同这一观点的。这种情况下,王利明教授表示同意江、魏两位老师的意见,但建议要尽量精简,并认为债法总则的规定要尽量少的,因为主要内容都规定在合同法上面了。魏振瀛教授接着发言,债法总则一定不能精简,一定要严格按照这个逻辑——合同和侵权行为、不当得利、无因管理的共同规则作为债法总则。另外反对物权、债权概念的还有费宗祯同志,他认为所谓的债权总则实际上就是合同总则。这次会议费宗祯同志没有参加,因此关于债法总则,会议取得了一致意见。

关于合同编本来就没有争议。

侵权行为编。侵权行为是和民事责任有抵触的。民事责任包含了侵权和合同中的违约责任,因此这个问题需要解决。民事责任是委托唐德华法官起草的,唐法官在16日的会议报告上就已说

明,虽然他受委托起草民事责任编,但他个人认为民法典不宜单独设立民法责任编,因为民事责任内包含侵权和违约责任,如果单设民法责任编,违约责任就会与合同编相分离,不利于法官审理案件——关于合同的成立、生效和履行等,要翻合同编的规定;关于是否违约及违约责任的承担,则要翻法典的民事责任编的规定。审理合同纠纷案件就要这样翻来翻去。合同纠纷案件的数量庞大,从法经济分析的角度看,就是不方便、不经济。因此,唐法官认为违约责任规定在合同编,将剩下的侵权行为单独设编较好,这样民事侵权责任编就失去了存在的意义。

关于亲属编和继承编没有分歧。

关于涉外民事关系,前面已经讲过,现在又要加以规定,是因为在4月16日至19日的会上,法工委的领导同志指出单独制定《国际私法法典》不是没有理由,但《国际私法法典》不能及时制定出来;若民法典不加以规定,结果就会出现法律的空白,因此,参加会议的专家、学者、法官同意了法工委领导同志的意见。在之后的一次会议上,我和武汉大学的黄进教授就此问题进行了交流,黄进教授认为完全应该制定《国际私法法典》,而且这一法典的制定比民法典的制定容易,制定的关键在于立法机关。

上面是达成一致意见的情况,另外两编尚有重大分歧。会上我和郑成思教授反对设知识产权编,郑教授提了四点理由:①知识产权规定在民法典上各国均无先例;②据郑教授的了解,国内从事知识产权裁判的法官均不同意设知识产权编;③专利、商标和程序性规则结合在一起不好区分,很难做到将实体权利分出来的同时,又保留程序性规则;④1996年曾在美国华盛顿召开过一次国际研讨会,会议经讨论后一致认为民法典不宜规定知识产权编,理由很多,其中之一是知识产权当中的一些权利处在变化当中,没有定型,不像物权、债权等,早已就定型。

人格权编。赞同设立人格权编的人占绝大多数,不同意设立

的是我,在这一会议上,我和王利明教授发生了尖锐的争论。王教授的第一个理由是设人格权编有利于人的尊严和人权的保护,因为人格权重要。我针锋相对地提出一个法律制度(规则)的重要与否乃取决于其内容,与其所摆放的位置无关,至少关系不大;民法典的编排体例应着重强调逻辑性和法官适用的方便。关于民法通则的成功经验,我针对王利明教授意见进行反驳,人格权在《民法通则》上的规定之所以在国内外受赞扬,是因为其规定的内容,而不是其规定的位置。另外《民法通则》制定时并没有深入的理论研究作为其依据。

在8月27日至28日在日本早稻田大学召开的“中日民法典问题研讨会”上,也讨论了人格权能否单独设编的问题。在这个会议上,日本著名学者濑川信久(北海道大学教授)作了详细的分析,他分析了各国在这一问题上的立法体例,认为没有单独设立人格权编的。他认为不单独设编乃在于人格权的本质。人格权的本质有三点:①因出生而当然取得,不适用意思表示,不适用法律行为;②在遭受侵害和在国家法律规定予以保护之下才能认识到其存在;③人格权不能够处分。濑川教授认为,将人格权规定在主体编的自然人一章就符合其本质特征之一,如果将人格权规定在侵权行为一编就符合其本质特征之二;而若将人格权单设一编,就会出现一个问题:至少在形式上,就应该认为总则编的法律行为、代理、时效等制度都应该适用于人格权。实际上这完全不能适用,这样做将造成逻辑上的矛盾。

早稻田大学的国际研讨会邀请了全国人大法工委民法室主任王胜明同志。王胜明同志在会上报告了中国民法典制定的进程和概况。他主张在专家建议稿的基础上形成了一个“民法典草案”(叫做内部汇报稿)。这一草案设九编:总则、人格权、物权、知识产权、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系。日本学者对这一草案将债法总则编去掉感到非常吃惊。

没有债法总则,我们可以勉强像美国人一样将合同上的权利称为“合同权”——合同所产生的权利;但将侵权行为所产生的权利叫做“侵权行为权”,将不当得利和无因管理称为“不当得利权”和“无因管理权”都是不合理的。没有债法总则,就会导致“债权”概念的消失,没有了“债权”概念就会导致极大的困难。老百姓常说的“欠债还钱”就要改为“欠钱还钱”,因为“欠债还钱”没有法律上的根据,法律上没有“债”、“债权”的概念。这是立法机关在修改草案中,遇到的一个很大的问题。

按预订的计划,9月16日开始在北京召开民法典草案的专家讨论会,除了民法起草工作小组的同志和受委托参加起草的同志以外,参与讨论的同志范围还稍有扩大。

最后要讲民法典的审议与通过方式。民法典有1000多条,我们的人大常委会从未审议过如此庞大的法律草案。以往审议最大的就是合同法,共428条,那么民法典如何审议,如何在人民代表大会上通过都是需要解决的问题。我们的立法并未和国际接轨。国际上的一般做法是:委托一个专家委员会起草,起草出来以后要附上立法理由,然后再委托一个专家委员会来审议,提出修改意见后,把这个草案拿到议会去通过。我国现在尚未达到这一步,虽然是专家起草,但并非将专家稿拿去审议,而是由法工委拿去删节修改,形成一个草案后,进行讨论,最后提交审议。