

制定民法典的设想

梁慧星

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要:中国的私法建设走过了一段风雨历程,取得了一些进步和成就,但现有的私法规范过分零乱庞杂,急需系统化和逻辑化。在民法法典化的条件业已成熟的今天,制定民法典应以德国法为模式,实行民商合一。

关键词:民法典;编纂模式;民商合一

中图分类号:DF 51 **文献标识码:**A

一、1949年以后中国的三次民法起草回顾

(一)第一次民法起草

1954年,根据宪法规定,由全国人大常委会组织民法起草,至1956年12月完成民法草案。分为总则、所有权、债、继承四编,共525条。立法工作后因政治运动而中断。主要参考1922年的苏俄民法典,标志祖国民事立法和民法理论对苏联民事立法和理论的继受。例如,将亲属法排除在外,不规定物权,仅规定所有权,以公民概念代替自然人概念,不规定取得时效制度,片面强调对共有财产的特殊保护等。虽然以1922年苏俄民法典为蓝本,因苏俄民法典也是继受德国民法典,这就决定了中国的民事立法和民法理论,仍然属于大陆法系民法,与德国民法典有着相同的基本概念、基本原则、基本制度和编纂体例。

(二)第二次民法起草

1962年,在中国纠正经济工作中的左倾错误、发展商品生产和商品交换的背景下,开始第二次民法起草。至1964年7月完成民法草案试拟稿,仅包括三编:总则、财产的所有、财产的流转。反映计划经济体制的要求,并受当时国内外政治斗争的影响,企图既摆脱苏联民法模式又与资本主义民法划清界限,设计了全新的体例,一方面将侵权行为、继承、亲属排除在外,另一方面将预算、税收、劳动工资报酬纳入法典,并一概不用自然人、法人、物权、债权、权利、义务等基本概念。这次民法典起草,因1964年开始四清运动而中断。

(三)第三次民法起草

1979年11月,在当时的全国人大常委会法制委员会之下成立民法起草小组,至1982年5月共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,立法机关决定改采先分别制定民事单行法,待条件具备再制定民法典的立法方针。迄今已经形成一个以民法通则为民事基本法、由合同法、担

保法、婚姻法、继承法、收养法、公司法、票据法、证券法、保险法、海商法、专利法、商标法、著作权法等民事单行法构成的民事(民商)立法体系。这一民事立法体系,为改革开放和社会主义市场经济的发展,为建立民事生活的法律秩序,保障公民和企业的合法权益,维护社会公平正义,促进民主法治,发挥了重大的作用。

二、现行民事法律及其存在问题

(一)现行民事立法

1. 民法通则

在大陆法国家,民法典为民法最主要的法源。它包罗民法规则之大部分,居于民事基本法的地位。中国尚未制定民法典,居于民事基本法地位的是民法通则。民法通则既不是民法典,也不同于民法典的总则编。它包括九章156条,即第一章基本原则;第二章公民(自然人);第三章法人;第四章民事法律行为和代理;第五章民事权利;第六章民事责任;第七章诉讼时效;第八章涉外民事关系的法律适用。第九章附则。民法通则中也有非民法规则,如第49条、第110条规定了法定代表人的行政责任和刑事责任。第八章为冲突规范,本应属于国际私法。

2. 民事单行法

相对于民事基本法而言,民事单行法属于民事特别法。现行单行法有:属于民法典债权编内容的合同法;担保法中关于保证和定金的规定,属于民法典的债权编,而关于抵押权、质权和留置权的规定,属于民法典的物权编;属于民法典亲属编内容的,有婚姻法、收养法;属于民法典继承编内容的,是继承法;属于商事法性质的民事特别法,有海商法、公司法、票据法、保险法、证券法等。

3. 民事法规

由国务院制定的民事法规,亦为民法之构成部分。如国务院1989年制定的国内航空运输旅客身体损害赔偿暂行规定。

4. 行政法律法规中的民法规则

行政法律法规中也往往包含了民法规则,也属于现行民法之构成部分。如产品质量法的第四章关于瑕疵担保责任和产品质量责任的规定,城市房地产管理法第四章关于房地产交易的规定,均属于民法规则。再

收稿日期:2001-02-18

作者简介:梁慧星(1944-),男,四川青神人,中国社会科学院法学研究所研究员。博士生导师,主要从事民法学教学与研究,代表作《民法解释学》。

如国务院 1991 年制定的道路交通事故处理办法,其中第六章损害赔偿,属于民法规则。

(二)存在的主要问题

1. 法律规则不完善

中国进行经济体制改革是从发展市场交易开始的,当时的一个口号叫“搞活流通”,调整市场交易关系的法律较早受到重视,导致现行民法立法体系中,调整市场交易关系的法律法规(例如合同法、海商法、证券法、保险法),相对而言要完善一些,而调整财产归属关系的物权法,未受到应有的重视,明显薄弱和滞后。至今缺乏关于物权的基本规则、基本制度,例如区分动产和不动产的准则、不动产物权和动产物权发生、变更与消灭的基本规则、物权保护的原则和制度、关于土地使用权的基本规则、关于高层建筑区分所有权的基本规则,以及善意取得制度、取得时效制度等。由于基本规则的缺乏,致现行担保法也难以发挥其作用。90 年代以来中国经济学界一再讨论的所谓“企业产权界限不清”、“国有资产流失”等严重社会问题,均与未及时制定完善的物权法,致社会生活中缺乏规范财产归属关系的基本规则有关。再如调整婚姻家庭关系的规则,虽有婚姻法和收养法,但缺乏若干重要的制度,如亲属制度、婚姻无效制度、亲权制度、婚生子女确认制度、非婚生子女认领制度等。

2. 法律规则不适当

现行民事法律法规,多数是改革开放初期制定的,由于受旧的经济体制和旧的民法理论的影响,导致若干不适当的法律规则的存在。例如,现行法律法规及实务混淆物权变动与基础关系的生效,如房屋买卖未办产权过户手续,认定买卖合同无效,设定抵押权未办抵押登记,认定抵押合同无效,严重不利于保护交易秩序和当事人合法权益。再如普通诉讼时效期间,大陆法国家一般比较长,美国法最短也是 6 年。而中国民法通则规定为 2 年,不利于保护债权人(尤其是银行)的利益。例如向银行借款几十万、几百万,仅仅经过 2 年,借款合同书墨迹未干,当事人和证人均健在,就以时效期间经过为由使债务人免责,无论如何是说过不去的,也是违背诉讼时效制度本质的。

3. 行政权的不当干预

中国实行社会主义市场经济,要求建立全国统一的大市场,有必要对市场进行宏观调控和适当限度的管理。但民事法律法规关系到公民和企业的民事权利义务的享有和负担,关系到市场规则的统一,依其性质不应由行政部门和地方政府规定。但现在行政部门通过制定规章、地方政府通过制定地方性法规,限制公民和企业的权利、加重公民和企业负担及对市场交易设置各种限制和障碍的现象,仍很普遍。例如,一些行政部门规定房屋出租、房屋买卖合同,按照标的物评估价值收取登记费。一些地方规定设定抵押权办理抵押登记时,按照标的物评估价值收取登记费,甚至规定登记一次,有效期一年,期满再登记再收

费。一些地方规定许多合同实行强制公证,未经公证不生效,并按照标的物评估价值收取公证费。

三、制定民法典是当前面临的重大立法任务

(一)制定民法典是大多数国家的经验

依据法律发展史,法律的发展轨迹,是由习惯法进到成文法,再进到法典法。人类历史上,先后发生过三次民法典编纂热潮。第一次是发生在 6 世纪的罗马法编纂,产生了罗马法大全;第二次是发生在 19 世纪的欧洲民法典编纂热潮,产生了以法国民法典、德国民法典、瑞士民法典等为代表的一大批著名的民法典;第三次民法典编纂热潮是从本世纪 90 年代开始,产生了 1992 年的新荷兰民法典、1994 年的俄罗斯民法典、1994 年的蒙古民法典、1996 年的越南民法典、1996 年的哈萨克斯坦民法典、1996 年的吉尔吉斯斯坦民法典、1998 年的土库曼斯坦民法典等。据中南财经政法大学民法典研究所 1998 年的统计,世界上有 113 个国家有民法典。其中,欧洲 32 国,南北美洲 24 国,非洲 34 国,亚洲 23 国。此外,还有若干国家正在制定民法典。值得注意的是,1989 年的欧洲议会已提出制定一部欧洲民法典的要求。依照欧洲议会的两个决议,1996 年的欧洲合同法原则,将来要纳入该欧洲民法典。即使实行判例法制度的美国和加拿大,也有若干个州制定了自己的民法典,如加利福尼亚民法典和魁北克民法典。可见,制定民法典是现代法治的一个共同经验。中国民事法律制度的完善,也应当通过制定民法典来实现。

(二)制定民法典是当前重大的立法任务

中共中央十五大报告已经确定要在 2010 年建成具有中国特色的社会主义法律体系。按照构想,这个法律体系应当是一个金字塔形的结构,最上层是作为国家根本大法的宪法;其次是民法、刑法、民诉、刑诉等各基本法;再其次是各特别法;下面则是国务院制定的行政法规。其中,宪法和民法、刑法、民诉、刑诉等基本法应当制定成文法典。迄今,宪法、刑法、刑诉法、民诉法均已制定了成文法典并在八届全国人大期间进行了修订,唯独民法未制定法典,只有一个民法通则和各单行法。虽说民法通则及各民事单行法,在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面,发挥了极其重大的作用,但民法通则毕竟不能起到民法典的作用,许多重要的、基本的民法制度欠缺,这种情况不能适应市场经济和社会生活的要求。中国要建设法治国家,当然要制定自己的民法典。制定一部既符合中国大陆改革开放和发展社会主义市场经济的实际,又符合法律发展潮流的,与国际社会相沟通的、完善的、现代化的民法典,是我们现在所面临的重大立法任务。

(三)制定民法典的条件已经具备

1. 中国经过 20 年的经济体制改革,市场经济的发展已经达到相当的规模,各种市场均已形成,如生

产资料市场、消费品市场、劳动力市场、房地产市场、证券市场、期货市场、技术市场等等,各种经济关系、各种社会问题大体上都表现出来了。2、改革开放以来的民事立法已经为制定民法典提供了基础和经验,我们已经有了民法通则、合同法、担保法、婚姻法、收养法、继承法,以及公司、票据、海商、保险、证券法和知识产权法等民事单行法。3、民事审判有了相当的发展,各级法院建立了民事审判庭、经济审判庭、知识产权审判庭、房地产审判庭等民事法庭,审理各类民事案件,有了一支人数众多的民事法官队伍,其中一部分法官已经具有了较高的法律素质,民事审判工作已经积累了丰富的实践经验,已经积累了一批司法解释和判例。4、民法教学和理论研究已有相当发展,培养和造就了一大批民法立法、司法、律师实务和理论人才,对民法在当代的发展趋势和主要变革已大体掌握,对中国社会生活中的各种社会问题和法律问题已有相当的了解,为起草民法典做了理论准备。5、特别是国家已经确定以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度和基本的经济政策,为制定民法典奠定了经济制度和经济政策上的基础。因此,我们可以说,当前制定民法典的条件已经具备。

四、制定民法典的设想

(一)坚持民商合一

各国制定民法典,有民商分立与民商合一两种体例。所谓民商分立,指在民法典之外,再制定一部商法典。19世纪进行民法典编纂的国家,如法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙、荷兰、比利时,均有民法典和商法典,其中商法典为民法的特别法。所谓民商合一,是20世纪进行民法典编纂的国家所采取的立法体例。如瑞士、泰国、意大利、俄罗斯、匈牙利、荷兰等。民商合一的主要论据是:其一,近代商法典的前身是中世纪欧洲商人团体的习惯法,即商人法。但现在所谓商人这个特殊的阶层已不存在,甚至特殊的商行为也失去其特殊性。例如票据制度、保险制度等过去仅商人利用的制度,现今已普及于社会生活的各个方面,为全社会的人所利用。其二,即使在民商分立的国家,也难以确立划分民事行为与商事行为的界限,有的国家只是以民事法庭和商事法庭的管辖来划分,有很大的任意性,因民法典与商法典的并存导致法律适用上的困难和混乱。中国在清末进行法制改革,本采民商分立,分别起草民法典和商法典。至国民政府制定民法,改采民商合一。1949年后,中国一直坚持民商合一。现行民法通则,以及新颁布的合同法均为典型的民商合一的立法。海商法、公司法、票据法、保险法、证券法等,均属民事特别法。民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则和共同制度集中规定于民法典,而将适用于局部市场或个别市场的规则,规定于各民事特别法。民商合一并非轻视商法,它所反映的正好是现代市场经济条件下民法与商法的融合,即学者所谓“民法的商化”。因此,制

定民法典应继续坚持民商合一的立法体例。

(二)以五编制为基础

各国民法典的结构,分为两种结构模式。一是法国式,即法国民法典所采结构,分为三编:第一编人,包括婚姻家庭法;第二编财产及对于所有权的各种限制,包括财产分类、所有权和用益物权;第三编取得财产的各种方法,包括继承法、合同法、侵权行为法、担保物权和时效制度。二是德国式,即德国民法典所采结构,分为五编:第一编总则、第二编债权、第三编物权、第四编亲属、第五编继承。学者通说,认为德国式五编制优于法国式三编制。20世纪制定民法典的国家大多采五编制或者以五编制为基础稍作变化。德国式五编制的特点在于着重法律规则的逻辑性和体系性,法律有严谨的逻辑性和体系性,便于法官正确适用,易于保障法制统一和裁判的公正。也便于人民学习和掌握法律。因此,制定中国民法典应以德国式五编制为基础,在此基础上作适当变化。建议民法典设七编:第一编总则;第二编物权;第三编债权总则;第四编合同;第五编侵权行为;第六编亲属;第七编继承。

(三)人格权不设专编

以民法通则第一章、第二章、第三章、第四章、第七章和第九章的规定为基础,设计民法典的总则编。将民法通则第五章第四节关于人格权的规定纳入总则编自然人一章。人格权不设专编的理由在于:其一,所谓人格权,是自然人作为民事主体资格的题中应有之义,没有人格权,就不是民事主体。其二,人格以及人格权与自然人本身不可分离。请注意五十年代从苏联引进的民法理论中将人格权表述为“与人身不可分离的非财产权”,其中所说的“不可分离”是有合理性的。基于这样的考虑,人格权摆在自然人一章较为妥当。

(四)维持物权概念和有体物概念

以民法通则第五章第一节的规定和现行担保法关于担保物权的规定为基础,设计民法典的物权编。关于担保物权,各国民法典有规定在物权编的,也有规定在债权编的,也有单独设编的,考虑到担保物权的权利性质及其成立的法定性,应与用益物权一并规定在物权编。对“物权”概念应维持狭义的理解。严格按照我们的教科书上以及现实当中所接受的物权概念,所谓物权,指对有体物的支配权。如果象法国法那样采广义的概念,将导致把一切权利都包含在所有权概念之内。不仅有动产、不动产的所有权,还会有债权的所有权,知识产权的所有权。仅一个所有权概念,将囊括尽一切民事权利。极而言之,所谓人格权也可以说成是对人格的所有权。这违背法律的逻辑性和体系性。因此,既不赞成改采广义物权概念,也不赞成取消物权概念和物权编,另设包括有形财产和无形财产的财产权编的主张。

(五)维持债权概念和债权总则

以民法通则第五章第二节债权和第六章民事责任的规定为基础,参考九十年代的几部新民法典的经验,设计民法典的债权总则、合同和侵权行为三编。鉴于20世纪以来,社会生活的复杂化和科学技术的高度发展,产生各种新的合同关系、新的危险和新的侵权行为,导致债法内容的极大膨胀,因此将债权分为三编,并以债权总则编统率合同编和侵权行为编。不当得利和无因管理制度仍在债权总则。这个设计在兼顾有的学者所主张的侵权行为作为独立一编的合理性的同时,强调保留债权总则。侵权行为与合同,区别在于:侵权行为之债属于法定债,而合同之债属于意定债;侵权行为法属于救济法,而合同法属于交易法。但侵权行为之债与合同之债,权利性质相同,均属于请求权,其履行、移转、变更、消灭以及多数当事人债权债务、连带债权债务等适用相同的规则,因此保留债权总则有其正当理由。债权总则,绝不仅是合同的总则,而是合同之债、侵权行为之债、不当得利和无因管理之债的总则。且对于亲属关系上以财产给付为标的的请求权,也有适用余地。如果取消债权概念和债权总则,必将彻底摧毁民法的逻辑性和体系性,就连权利名称也将成为问题,有的教授已经指出,总不能叫“侵权行为权”、“合同权”、“不当得利权”和“无因管理权”吧!因此,民法典不能没有债权概念和债权总则。

(六)关于亲属法

以民法通则第五章第四节第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条的规定和现行婚姻法、收养法的规定为基础,设计民法典的亲属编,并将民法通则第二章第二节规定的监护制度作为亲属编的一章。我们注意到,婚姻家庭法学的学者正在起草婚姻家庭法草案。制定民法典的时候,当然要作为一编规定在民法典上。考虑到亲属关系中的姻亲和旁系血亲均超出婚姻家庭的范围,因此该编以称为亲属编为宜。

(七)维持继承权概念和继承法

以民法通则第五章第一节第七十六条的规定和现行继承法的规定为基础,设计民法典的继承编。随着市场经济的发展和人民私有财产的增加,继承法的重要性是不言而喻的。有学者指出继承权不是现实的权利,不能够和人格权、物权、债权、知识产权和亲

属权并存。因此建议取消继承权概念和继承编,将关于法定继承顺序和范围的规则安排在亲属法,将遗产分割、移转的规则安排在债权法。基于法律逻辑性和体系性及便于法官裁判案件的考虑,制定民法典应当维持继承权概念和继承编。

(八)关于知识产权法

知识产权为重要的民事权利,现行民法通则第五章第三节作了规定。但考虑到现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,因此建议民法典不设知识产权编,而以专利法、商标法和著作权法作为民法典外的民事特别法。有不少学者认为,知识产权非常重要,一定要在民法典上专设一编。按照这样的思路,无非是两种方式,一是把关于专利、商标、著作权的规则全部纳入民法典设知识产权编,原封不动地把三部法律搬进来,等于是法律规则位置的移动,实质意义不大。另一方案是从专利、商标和著作权法当中抽象出若干条重要的原则和共同的规则,规定在民法典上,同时保留专利、商标和著作权法。正如有的学者已经指出的,抽象出那几条规定在民法典上也起不了什么作用。法官裁判知识产权案件不能仅靠那几条,还得适用专利、商标和著作权法上的具体规则。与其如此,不如保留知识产权法作为民事特别法继续存在于民法典之外。还有一个理由,知识产权法往往涉及到国际间的纷争,并且随着科学技术的进步,需要不断地修改、变动。继续作为民法典之外的单行法存在,改动和修改起来要方便得多。余下一个问题是,知识产权法所不能包容的发明、发现这两项权利怎么办?我的意见是,在民法典的总则编专设一节规定民事权利,对原来民法通则第五章所规定的包括发明权、发现权的民事权利体系,作列举性规定。既继承了民法通则的立法经验,也便于我们了解自己究竟享有哪些民事权利。

(九)关于国际私法

民法通则第八章涉外民事关系的法律适用,性质上属于国际私法。考虑到20世纪以来制定国际私法法典已成为共同趋势,及中国国际私法学界对此已形成共识并已经起草了国际私法示范法,因此建议在民法典之外制定国际私法法典。

Observations on Drafting a Civil Code China

LIANG Hui - xing

(Law Institute of China Academy of Social Sciences, Beijing 100720)

Abstract: We have already gone through unusual experiences in civil law constitution, and achieved some progress. Of all the existent civil rules, many are extremely scattered and messy. Therefore, we need to have them tidied up in a logic and systematic way. China's future civil code should take after the German model.

Key words: civil code; mode of codification integrity of civil and commercial law

本文责任编辑:肖厚国