

# 中国民法：从何处来，向何处去

文 / 梁慧星

前段时间，个别法理学教授对正在制定中的物权法发难，指责物权法草案起草人“奴隶般抄袭资产阶级的法律”。要反驳责难，必须后退一步，探讨包括物权法、合同法在内的中国民法本身究竟从何处来，向何处去？

## 向着德国：中国民法的第一步

如所周知，中国历史上的中华法系，并无现今民法、刑法、程序法这样的法律领域的划分，各种社会关系，均由同一法律调整，即学者所谓“诸法合一”。历代封建统治者均重视法典编纂，产生过唐律、明律、清律等杰出的法典，其内容多属于刑法规范。其中虽有规定民事生活关系的条文，如户、婚、钱债等，也以采用刑罚制裁为限，实质上仍

属于刑法规范。根本原因，在于漫长的封建社会中，统治者推行“重农抑商”的经济政策，自然经济始终占居主体地位，在政治上实行专制主义统治，个人自由、平等、权利、义务等观念无由发生，不具备近现代民法产生和发展的基本条件。

现今中国民法，非中华本土所产，是从外国民法继受而来。所谓“继受”，特指一个国家自主决定、自主选择、采用某个外国的法律制度。改革开放以来，不称“继受”而代之以“参考借鉴”，其含义亦大致相同，皆谓从当时的中国实际出发，自主选择、采取、引进外国法律制度，为我所有，为我所用。

在历史上，维新派人士最早建议继受外国法律。1898年，康有为在《上清帝第六书》中指出，西方列强攫取我领

事裁判权，借口是“我刑律太重而法规不同”，建议设立“法律局”，“采罗马及英、美、德、法、日本之律”，制定“民法、商法”等“我夙无”的法律。在《请开制度局议行新政折》中，康有为还提出“且吾旧律，民法与刑法不分，商律与海律未备，尤非所以与万国交通也”。其所谓“与万国交通”，犹今之所谓“与国际接轨”。

中国自甲午战败，有识之士提出各种救国方策，统治集团内部关于应否变法，意见相左。至八国联军攻占北京，促使朝野上下达成共识：中国要富强，非全恃坚甲利兵，非进行法制改革、学习西方法律制度不可。1901年西太后颁布上谕，实行“新政改革”。1902年，光绪皇帝下诏：“参酌外国法律，改订律例”。1907年委派沈家本、俞廉三、英



1月,立法院设立由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人组成的民法起草委员会,并聘请司法院院长王宠惠、考试院院长戴传贤及法国人宝道(Padoux)担任顾问,以何崇善为秘书,胡长清为纂修,于同年2月1日开始编纂民法典。至1930年12月26日,民法典各编相继完成,并正式颁布施行,名为《中华民国民法》。包括总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这是中国历史上第一部民法典。

百余年前,中华民族在面临亡国灭种的危急关头,毅然决定抛弃中华法系,以大陆法系的德国民法为蓝本起草法典,完全出于自主抉择、主动继受。其所以不采英美法系,纯粹由于技术上的理由。我们谈论继受大陆法,不能不注意一个基本事实:大陆法系各国当初之加入该法系,均属于主动继受法国民法或德国民法的结果。德国著名学者耶林有言:罗马曾三次征服世界!第一次以军事,第二次以宗教,第三次以法律。唯有第三次,即因各国主动继受罗马法而最终形成气势磅礴的大陆法系,是和平的、不流血的。

中国继受外国法,在大陆法系中选择德国民法,是因为德国民法制定在后,其立法技术及法典内容,被公认为较法国民法进步。大陆法系民法,其立法体例有“民商分立”与“民商合一”之分。《大清民律草案》和《民国民律草案》均仿法、德民法,采“民商分立”,于民法典之外,将另行制定商法典。而瑞士民法、泰国民法和苏俄民法均采“民商合一”。经国民党中央政治会议第183次会议审议通过立法院院长胡汉民的提案,决定采“民商合一”。因此《中华民国民法》属于“民商合一”的法典。1949年中华人民共和国成立,我中央人民政府明令废除“国民党六法全书”(即“民国六法”),使这一民法典仅限于在台湾地区生效(下称我国台湾地区民法)。

### 一波三折的新中国民法

新中国从1954年开始起草民法典,

瑞为修律大臣,设立修订法律馆,主持起草民刑法典。沈家本通过到日本考察的侍郎董康,邀请日本东京控诉院判事松冈义正、帝国大学刑法教授冈田朝太郎、司法省事务官小河滋次郎、帝国大学商法教授志田钾太郎来华,协助起草法典,并在京师法律学堂担任教习。中国之继受外国法,于兹揭幕。

1908年民法典起草正式开始,至1910年底,民法典起草完成,名为《大清民律草案》,包括总则、债权、物权、亲属、继承五编,共计1569条。其概念体系、编制体例及前三编内容,系参考德国民法典和日本民法典。《大清民律草案》于1911年进入审议程序,未及正式颁行,清王朝即被辛亥革命所推翻。这一次民法起草的重要意义在于,将大陆法系特别是德国民法概念体系引入

中国,由此决定了中国近现代民法的基本走向。

中华民国成立后,北洋政府仍设修订法律馆,继续进行法典起草。乃以《大清民律草案》为基础,予以增删修改,于1925年完成《民国民律草案》,仍为总则、债权、物权、亲属、继承五编,共1745条。其中债权编改动较多,采用了瑞士债务法的一些原则和制度。这部法典草案,亦未正式颁行。但司法部曾经发布通令,指示各级法院于裁判民事案件中,可将该草案条文作为条理(法理)引用。这一从外国继受而来的民法,从此开始在中国民事裁判实践中发挥作用。

1927年4月国民党领导的南京国民政府成立,次年12月设立立法院,由胡汉民担任院长,主持法典编纂。1929年



至1956年12月完成第一部《民法草案》，分为总则、所有权、债、继承四编，共525条。因此后发生的政治运动，致民法起草工作中断。这一民法草案，是以1922年的苏俄民法典为蓝本。例如，模仿其编制体例，将亲属法排除在民法之外；抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”；不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替；仅规定诉讼时效而不规定取得时效；片面强调对社会主义公共财产的特殊保护，等等。这一民法草案表明，中国民事立法，由此前继受德国民法，转而继受苏联民法。

新中国建立后，在整个法律界开展对“旧法”观点的批判，以前的民法教材均遭废弃，大学法律系直接采用苏联民法教材，请苏联专家授课。直到1957年才出版了新中国第一部民法教材，即由中央政法干校编著的《中华人民共和国民法基本问题》。这一民法教材，是在参考苏联民法理论的基础上编写的，表明中国民法由此前继受德国民法，改为全面继受苏联民法。但苏联民法也是从德国民法继受而来，由此决定了中国民

法始终未脱离大陆法系中的德国法系。现今的中国民法、中国台湾地区民法和日本民法、韩国民法，均继受德国民法的概念体系和编制体例，被称为“东北亚的德国法系”。

1962年，中国在经历三年自然灾害和“大跃进”后，调整经济政策，重新强调发展商品生产和商品交换，于当年开始第二次民法起草。至1964年7月，完成《民法草案（试拟稿）》。起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏联民法的编制体例，仅分三编：第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流转”。一方面将亲属、继承、侵权行为等重要内容排除在法典之外，另一方面又不适当地将预算关系、税收关系等纳入法典，且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概念。这一草案，集中反映，行政经济体制的本质特征和经济思想上的错误倾向，并受国际国内政治斗争的影响，企图既摆脱苏联民法的影响又与资产阶级的法律彻底划清界限。

导致这次民法起草失败的深层次原因，是当时实行单一公有制为基础的计划经济体制，整个经济生活的运行，依赖于行政权力、行政手段和指令性计划，不存在真正的商品交换关系，缺乏民法存在的社会经济条件。1964年起在全国范围内开展的“四清”，至1966年发展为“文化大革命运动”。“文革”期间，各级人民法院、检察院和公安机关被撤销，称为“砸烂公、检、法”，整个国家陷入无政府状态。这一次民法起草留下的深刻教训是：在民法立法上，拒绝对外国民法的继受，盲目追求所谓中国特色，即使不是不可能的，也是不可取的。

“文革”之后，中共十一届三中全会毅然决定“改革开放”，发展社会主义商品生产并向市场经济转轨，民法的地位和作用开始受到重视。1979年11月成立民法起草小组，至1982年5月起草了《民法草案（一至四稿）》。《民法草案（第四稿）》包括8编，43章，465条。其编制体例和内容，主要参考1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙



利民法典。此后,立法机关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民法典,决定改采先分别制定单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。迄今已经形成以民法通则统率合同法、担保法、婚姻法、收养法、继承法等民事单行法及公司法、票据法、海商法、保险法、证券法等商事单行法的民法体系。

以民法通则和各国民事单行法构成的现行民法体系,对于保障自然人和企业的民事权利,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,发挥了极重大的作用。但民法通则毕竟不能代替民法典的地位和作用,因许多重要的、基本的民法制度的

布征求修改意见,10月经过第四次审议。

### “多元复合”:未来民法“中国特色”

中国之继受外国民法,迄今已逾百年,可划分为三期:从20世纪初至40年代末为第一期,其继受目标是大陆法系的德国民法,其立法成就是《中华民国民法》;从20世纪50年代初至70年代末为第二期,因为政治经济体制和意识形态的原因,将继受目标转向苏联民法,两次民法起草均以失败告终;从20世纪70年代末开始为第三期,可进一步区分为前期(80年代)和后期(90年代以来)。前期仍主要继受苏联民法和东

附随义务(第60条第2款)、承包人优先受偿权(第286条),等等。还有一些重要的制度直接采自《国际商事合同通则》、《联合国国际货物销售合同公约》和英美契约法。

这表明,中国对外国民法的继受,已呈现出继受目标“多元化”的现象。统一《合同法》施行以来,受到法官、律师和社会各界的肯定,被外国学者称为最先进的法律。正在制定中的物权法草案,也大体符合这一“多元继受”取向:采用了典型的德国民法的概念体系,其物权变动模式兼采法国民法的“债权合意主义”和德国民法的“登记生效主义”,主要内容参考借鉴德国民法、法国民法、日本民法和我国台湾地区民法、


因继受外国民法,在中国创立了一个崭新的民法体系和一个民法学科,使中国的法官、律师采用了德国式“逻辑三段论”的思维模式,并使中国的法律制度可能与国际接轨。改革开放以来的民事立法,不过是这一法律继受过程的继续。自统一《合同法》始,中国对外国民法的继受,从“单一继受”转向“多元继受”,使中国民法呈现“多元复合”的色彩。

欠缺,不能适应市场经济和社会生活对法律调整的要求。中国要建设法治国家,当然要制定自己的民法典。1998年3月,立法机关决定恢复民法典起草。按照当时的计划,分为三步:第一步,制定统一合同法,实现市场交易规则的统一和现代化;第二步,制定物权法,实现有形财产归属关系基本规则的完善和现代化;第三步,制定民法典,实现整个民法的现代化。第一步已经实现,统一《合同法》已于1999年颁布施行,《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止。第二步,制定物权法始于1998年,1999年产生社科院专家草案,2000年产生中国人民大学专家草案,2001年产生法制工作委员会的正式草案,经2002年12月人大常委会第一次审议,2004年10月第二次审议,2005年6月第三次审议,同年7月在媒体公

欧社会主义国家民法,其立法成就是《经济合同法》和《民法通则》;后期主动调整继受目标,转向主要继受市场经济发达国家和地区的民法,其立法成就是统一《合同法》。

为了适应发展现代化市场经济的要求,实现交易规则的统一及与国际接轨,1993年开始起草统一《合同法》,于1999年3月获得通过。起草人在《合同法立法方案》中确定的“指导思想”是:“从中国改革开放、发展社会主义市场经济、建立全国统一的大市场和与国际接轨的实际出发”;“广泛参考借鉴发达国家和地区成功的立法经验和判例学说,并与国际公约和国际惯例协调一致”。这部法律采用了典型的德国民法的概念体系,许多原则和制度直接采自德国民法、日本民法和中国台湾地区民法,例如,缔约过失(第42等43条)

我国澳门地区民法,也有直接继受英美财产法的制度,如建筑物区分所有权等。

由上可知,中国民法是由外国民法继受而来。因继受外国民法,在中国创立了一个崭新的民法体系和一个民法学科,使中国的法官、律师采用了德国式“逻辑三段论”的思维模式,并使中国的法律制度可能与国际接轨。改革开放以来的民事立法,不过是这一法律继受过程的继续。自统一《合同法》始,中国对外国民法的继受,从“单一继受”转向“多元继受”,使中国民法呈现“多元复合”的色彩。可以预见,这种“多元复合”的色彩,在将来的中国民法典上必定会更加显著和突出,将形成中国民法之所谓“中国特色”! 

(作者单位:中国社科院法学研究所)

(本文编辑 殷俊)