

导读：

本文初次发表于《中外法学》2001 年第 1 期。作者根据我国国民素质、法官队伍素质以及继受德国民法典的实际，阐述了以逻辑性、体系性为标准，设计中国民法典的必要性、重要性，并明确提出了设计未来民法典的具体建议。

当前关于民法典编纂的三条思路

一、所谓“松散式、邦联式”思路

所谓“松散式、邦联式”思路，是由民法起草工作小组成员费宗彝所提出的编纂民法典的思路，得到另外两位成员江平教授和魏耀荣同志的赞同。按照这一思路，我们已经有了民法通则、合同法、担保法、继承法、婚姻法，正在起草物权法，把它们编在一起，也就成了中国民法典。无须按照严格的逻辑关系，也无须要求完整的体系。各部分相对独立，相互之间构成松散式的、邦联式的关系。

这一思路的特点是，不赞成逻辑性和体系性。明显带有英美法影响的痕迹。因此，要对这一思路作评论，须从大陆法系与英美法系的区别入手。

（一）如何看待大陆法系与英美法系的区别？

讨论民法典的编纂，难免要涉及大陆法系与英美法系的区别。教科书上说，两大法系的区别在于，大陆法系的国家实行成文法，制定成文的民法典，而英美法系国家则实行判例法。但本世纪以来，英美法系国家日益重视制定成文法，例如美国统一商法典，而大陆法系国家也日益重视判例法。过去用法典化与非法典化、成文法与判例法标志两大法系的差别，是否适当，值得考虑。我认为，两大法系真正的、本质的差别，在于是否着重法律的逻辑性和体系性。大陆法系，以德国法为最典型，着重法律的逻辑性和体系性，而英美法系则不注重法律的逻辑性和体系性。这可能与民族传统和思维习惯有关。以是否着重法律的逻辑性和体系性作为两大法系的标志，可以说明两大法系的优点和缺点：大陆法系的缺点在法律规则灵活性较小，优点是法律规则明确，易于掌握和适用，易于保障裁判的统一和公正，对法官素质的要求相对较低；英美法系的优点在判例法具有较大的灵活性，缺点是法律规则不明确，难于掌握和适用，难于保障裁判的统一和公正，对法官素质的要求相对较高。

（二）如何看待中国历史上继受大陆法？

谈论两大法系，我们不能不注意这样一个事实：大陆法系各国当初之决定加入该法系，均属于自觉自愿，即自主抉择、主动参考借鉴法国法和德国法的结果；而英美法系各国，除英国本土外，其当初之加入该法系，均非出于自愿，是被占领、被征服和殖民的结果。100年前，中华民族在遭受帝国主义列强侵略，面临亡国灭种危险的紧急关头，决定抛弃固有的中华法系，学习西方政治法律制度，以德国法为蓝本，起草民法法典，现今中国民法之属于大陆法系，是出于当时对德国法的主动继受。与此形成强烈对照的是，当年英帝国主义凭藉其坚船利炮，强行割占我国香港，实行殖民统治并推行英国法制，使中华民族蒙受百年奇耻大辱，直至1997年才收回香港主权，数代人的梦想终于实现，百年奇耻大辱终获洗雪。但回归祖国的香港作为中国的一个特别行政区，仍旧维持其法律制度不变，使中华民族仍不得不接受“一个中国，两个法系”的局面。

（三）如何看待中国的法律体系？

中国自本世纪初进行法制改革，选择、移植了大陆法系的德国法模式后，德国法的这套概念、原则、制度和理论体系，已经成为中国法律文化的有机组成部分。新中国建立，宣布废除民国政府制定的“六法”，转而接受了苏联的立法和理论，但苏联的民法也是继受德国法，由此决定了中国仍属于大陆法系中的德国法系。改革开放以来的民事立法，以民法通则和合同法为代表，基本上仍是德国法系的立法模式。

既然我们继受了德国法，就应当了解德国法的特点是什么。如前所述，德国法的特点是着重法律的逻辑性和体系性。过去的学术著作已经提到这点，同时指出这样的法典是为法官和律师准备的，不是为普通老百姓准备的，属于法学家的法。并对此予以批评。现在看来，过去的批评似有失偏颇。因为着重法律的逻辑性和体系性，其突出的优点是易于保证裁判的公正性和统一性。这一优点的重要意义，尤其对我国来说，是显而易见的。

应当看到，从德国法继受过来的这套概念、原则、制度和理论的体系，已经成为中国法律传统和法律文化的重要组成部分。我们的教学所采用的教材，它上面的一整套概念、原则、制度和理论的体系都是德国式的。我们的法院在判决案件的时候，我们的律师在从事法律实务的时候，是采用什么样的方法，怎么样进行推理和分析？他们不是采用英美法那样的个案分析的方法，不是采用那种从判例到判例的推理的方法，而主要是采用德国式的逻辑三段论的方法。这就说明，德国法的这套概念和逻辑的体系，已经成为我们司法实务中进行思维和推理的基本框架。再看我们的立法，解放前的法律不用说，解放以后的法律，尤其是改革开放以来的法律，以民法通则和合同法为典型，所使用的概念、所规定的原则和制度，诸如权利能力、行为能力、法律行为、代理、时效、物权、债权、支配权、请求权、抗辩权、代位权、撤销权等，都是德国式的。这足以说明，从德国法继受而来的这套概念、原则、制度和理论的体系，已经融入中国社会之中，成为中国立法、司法、教学和研究的理论基础，成为中国法律传统和法律文化的重要组成部分。我们现在讨论民法的完善，当然是在这个基础、这个传统之上进行完善。

（四）如何看待法典编纂

有的学者提出疑问说，完善民法是否一定要制定民法典？这就涉及如何看待法典编纂问题。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。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运动，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20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。据中南政法学院民法典研究所的统计，现在世界上有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。我国民事法律制度的完善，当然也应通过制定民法典来实现。

二、所谓理想主义思路

这是厦门大学教授徐国栋提出的民法典编纂思路。徐国栋教授自己称之为“理想主义思路”。徐论述这一思路的文章发表在《法学研究》上。按照这一思路，徐设计的中国民法典分为两编：第一编人身关系法，第二编财产关系法。各编再细分为四个分编。第一编人身关系法再分为：第一分编自然“人法”、第二分编亲属法、第三分编法“人法”、第四分编继承法；第二编财产关系法再分为：第一分编物权法、第二分编债权法总则、第三分编各种合同、第四分编知识产权法。另外，在法典开头设一个序编，规定法律行为、代理、时效等，徐称之为“小总则”。在法典后面设一个附编，规定国际私法。

这一编纂思路三个特点。第一个特点是“回到罗马法”。为什么分为人身关系法和财产关系法两编？因为罗马法就是分为“人法”和“物法”两部分，徐设计的人身关系法，对应于罗马法的“人法”，财产关系法对应于罗马法的“物法”。因为罗马法上就是“人法”比“物法”重要，“人法”在前、“物法”在后，因此人身关系法应该安排在第一编，财产关系法应该安排在后面。第二个特点是以法国式三编制为基础。因为法国式三编制，是采纳罗马法著名学者盖尤士法学阶梯的结构：人法、物法、诉讼法。只是法国民法典将诉讼法排除在外，将物法区分为两编，这就是法国民法典的三编制：人、财产、财产的取得方法。徐国栋教授认为法国式三编制深得罗马法的本意，突出民法的“人法”色彩。德国民法典从各编抽象出共同的规则和制度，创设总则编，使民法沦为财产法，人被淹没了。因此徐国栋教授认为德国式五编制是败笔，不足采。第三个特点是以重要性为标准。按照徐国栋教授的思路，什么制度应当安排在民法典上，什么制度应当安排在民法典之外，在民法典上什么内容应当在前，什么内容应当在后，纯以该制度的重要性为标准。人身关系法，直接体现人的尊严和人权，当然比财产法重要，因此安排在第一编。第一编内部，自然人最重要，在第一分编；其次是亲属法，在第二分编；法人法，在第三分编；继承法本属于财产法，但系以人身关系

为基础的财产法，因此比普通财产法重要，安排在第四分编，表明其重要性低于前三个分编而高于第二编普通财产关系法。在第二编内部，为什么物权法在前，因为物权比债权重要。徐国栋教授特别谈到日本学者的《债权的优越地位》一书，徐认为该书颠倒了物权与债权的重要性，是错误的。再如，知识产权法为什么要安排在民法典上，因为知识产权法重要。民法起草工作小组内部也有同样主张，例如认为人格权重要，因此应独立设编；知识产权重要，因此应当规定在民法典上。

对于徐国栋教授的理想主义思路的前两个特点，这里不作评论，着重对第三个特点即以重要性作为标准作一些评论：

（一）如何看待民法的调整对象？

讨论制定中国民法典，设计民法典的内容和结构体例，离不开对民法调整对象和本质的认识。民法是调整什么的？民法调整民事生活关系，或者说民法是调整民事生活关系的基本法。此所谓“民事生活”相当于马克思在其著作中讲的“市民社会”。民事生活可分为两个领域，一个是经济生活，另一个是家庭生活。如果讲关系，一个是经济生活关系，另一个是家庭生活关系。两类关系，都是人与人之间的关系，不能说哪一类是人的关系，哪一类是物的关系。经济关系也是市场上或者经济生活当中的人相互之间发生的关系。规范两类关系的规则，绝无优劣高低之分。学说上所谓“人法”与“物法”的划分，并没有严格的科学根据，严格说来都是“人法”。因此，我们不能硬从这民法规则中区分出哪一个高、哪一个低，哪一个更重要。否则，就会陷入象先有鸡或者先有蛋那样的二律背反。我们现在讲人格权很重要，因为没有人格权就不是真正的人。这当然有道理。但不能因此轻视财产权，认为财产权就不重要。一个毫无财产、一文不名的人，连生存都难以维持，能算是真正的人吗？因此马克思在他的著作中论述人权时将财产所有权作为基本的人权。美国总统在论述“四大自由”时特别列举了“免于饥饿的自由”。人只在享有财产权时，才能成为自由的人、真正的人，也才有所谓人权和人的尊严、人的自由。抬高人权和人身关系法、贬低财产权和财产关系法，是片面的、错误的。从民法的调整对象来看，我们绝不能够分出哪部分重要、哪部分不重要。因此民法典的结构和编排，不能以所谓重要性为标准，只能以逻辑性、体系性为标准。这里的逻辑，是指生活本身的逻辑和法律概念的逻辑。我们说民法是规范民事生活的基本法，就要注意它是相对于规范民事生活的特别法而言的。我们将整个民事生活的基本概念、基本原则、基本制度规定在民法典，把它叫做基本法。民事生活领域当中的一些特殊关系、特殊市场的特殊的规则和制度，规定在各单行法，我们把它叫做特别法。某一部分内容，是规定在民法典还是规定在单行法，既不表明重视它还是不重视它，也不表示其重要与不重要。标准同样是逻辑性和体系性。

（二）如何认识民法的本质？

民法是行为规则兼裁判规则。法律规则有行为规则与裁判规则之分。行为规则，指人民和企业活动所应遵循的规则；裁判规则，指法院裁判案件所应遵循的规则。例如刑法、刑事诉讼法和民事诉讼法，不是行为规则，而是裁判规则。宪法是行为规则，不是裁判规则。民法是为一切民事主体规定的行为规则，无论经济活动如订立和履行合同，或家庭生活如结婚、离婚，均应遵循。如发生民事纠纷，诉请法院裁判时，法院应以民法作为裁判基准。因此，民法兼有行为规则和裁判规则的双重属性。认识民法是为法官裁判案件所制定的裁判规则很

重要。从这一点出发，我们就可以理解，民法典和民事法律绝不仅是宣示某一种重要性、宣示某一种政策、某一种价值取向，它是为法院裁判民事案件制定的裁判基准。因此，我们制定民法典一定要以保障裁判的公正性和统一性为首要的目标，什么样的结构和模式有利于保障裁判的公正和裁判的统一，就采取什么样的结构和模式。从民法兼有行为规则和裁判规则的双重属性出发，民法典的结构设计和内容安排只能以法律本身和社会生活本身的逻辑性和体系性作为标准，而不能以所谓重要性为标准。

三、所谓现实主义思路

我所主张的编纂中国民法典的思路，可以称为现实主义思路。

（一）这一思路的三个重点：

1、从中国的实际出发。中国的实际是多方面的，当然首先是经济形态和经济制度，然后是民族的传统和法律的 tradition。需要指出的是，国民素质和法官队伍素质，这两点特别重要。如果我们的法律是“松散式”的，是“邦联式”的，缺乏体系性和逻辑性，则人民难以了解和掌握法律，法官难以操作和判决案件，怎么能够保障裁判的公正性和统一性？中国的实际当中，还应注意我们的法学教学和法学理论研究的实际，教学和理论研究所采用的概念、原则、制度和理论的体系。还应注意到我们的司法实务中法官和律师是按照大陆法系特别是德国法的概念、原则、制度和理论的体系进行思维和推理。还应注意到我们的立法实际，特别是改革开放以来的立法，民法通则、合同法和担保法等，所采用的概念、原则、制度和理论的体系是德国式的。

2、以德国式五编制和民法通则为基础。以德国式的编制结构和概念、原则、制度和理论的体系是我国现行民法通则，作为编纂中国民法典的基础。德国式的这套概念为民法通则所采纳，民法通则的编制结构也基本是上德国式的。尤其需要指出的是，民法通则所规定的、以人格权、物权、债权、知识产权、继承权和亲属权所构成的民事权利体系，也完全是德国式的。我们编纂民法典应当以民法通则为基础，以德国式的概念体系和权利体系为基础。

3、适应本世纪以来社会生活的新发展，借鉴 20 世纪最新的立法经验。20 世纪以来科学技术和工业、交通、通讯事业的进步，促成市场经济和社会生活的现代化，并引发各种各样的社会问题，民法典要有正确的对策和措施，要求实现自身的现代化。对此，我们当然要重视和参考 20 世纪新的民法典，如新荷兰民法典、新俄罗斯民法典、新蒙古民法典以及其他新民法典的经验。

从中国的实际出发，以德国式五编制和民法通则作为基础，适应 20 世纪社会生活新的发展，借鉴 20 世纪制定的新民法典的立法经验，这就是我所建议的编纂中国民法典所谓现实主义思路。

（二）设计中国民法典的若干要点：

1、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。我国清末进行法制改革，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典，改采民商合一。新中国建立后，迄今仍坚持民商合一。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。对此，民法起草工作小组内部的意见是一致的。

2、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。如前所述，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。民法典作为社会的法制基础，保障民主、人权的基石，人民和企业行为准则，人民学习法律的教科书，其逻辑性和体系性很重要。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。建议中国民法典设七编：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。

3、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。

4、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，另设财产权编，包括有形财产和无形财产的主张。

5、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教授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，中国民法典不能没有债权概念和债权总则。

6、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，婚姻家庭法学界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。

7、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立。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。

8、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，也便于我们的人民和企业了解自己究竟享有哪些民事权利。

9、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，及我国国际私法学界对此已形成共识并已着手起草，因此建议在民法典之外制定中国国际私法法典。这也是民法起草工作小组一致的意见。

相关链接：润物细无声——梁慧星教授访谈录（节选）

润物细无声（节选）

——梁慧星教授访谈录

张 巍 侯洁琼（华东政法学院）

来我们想问您两个关于中国民法典制订的问题。首先想请教一下梁老师您认为中国现在制订这样一部民法典的条件是否已经成熟，比方说可以包括这样几个方面：一是我国关于民法学理方面的研究是否已经成熟；二是我国市场经济的发展是否已经达到这样的程度；三是中国作为一个大国，各地有许多民事习惯，对于这些民事习惯的研究是否已得到了充分的开展；第四是立法主管部门的观念、意识是否已达到了可以制订一部先进的民法典的程度。对于这个问题您是怎么看的？

梁：我在 80 年代后期曾经说过：中国制订民法典不能着急，但是一进入 90 年代，邓小平南巡讲话将市场经济的体系一确定下来，我马上公开地表态：要尽快地制订民法典。我认为制定民法典的条件已经具备。首先的一个条件是我们已经确认了市场经济。市场经济和民法的

关系类似于马克思主义所说的经济基础和上层建筑的关系，如果没有市场经济为基础，就谈不到民法；即使你制定了叫“民法”的法律，它实质上也不是民法，而是别的东西，现在我们已经确立了市场经济的体系，这一点改革开放的目标已经定了下来。第二，我们的市场经济已经有了相当的发展。市场经济的发达程度我们在上海就能体会到。我们的市场经济，就我个人的体会，单就东南沿海，上海、广州、深圳而言，发达程度与市场经济发达国家的差距是越来越小了。从市场经济社会本身来分析，市场中所有的交易关系，什么证券交易、期货交易我们都有了。要说面临的问题呢，发达国家在七、八十年代面临的问题我们现在都已经面临了。所以我认为从市场经济的角度来说，已经具备制定民法典的条件。

还有一点，就是制定民法并不是被动的。并不是说我们要到了某一个理想的阶段再制定民法巩固它。民法还有一个为市场经济提供基础规则的职能。如果我们不尽快制定民法，我们的市场不可能进入一个非常正规的，所谓“健康、有序”的状态。

理论研究方面呢，我们的民法理论研究起步较晚，开放之前谈不到民法理论研究。因此，在改革开放一开始，我们就急需民事法律的制定，比如三个合同法，后来的《民法通则》等等。由于社会急需制定法律，所以制定法律时就有一个缺陷——理论研究不足。但《民法通则》颁布以后，民法学界就逐渐摆脱了老是和经济法学论战的局面，转而从事内部的建设。有一批学者进行民法本身理论、制度的研究，到现在来看，已有了相当的成就。可以说从80年代后期到现在这十年的时间，中国大陆民法学发展的步伐非常地快。我说件小事来表明：当我编《民商法论丛》编到第3卷，“专题研究丛书”才出了几本的时候，王泽鉴先生到大陆，我把每一卷都送给他。当他97年初到北京，我把新的书送给他时，他脱口而出的一句话是：“要不了几年我们台湾就落后了”。台湾学者开始对大陆的民法研究是很看不起的：你们太差了，不值得一提，你们民法呀法学的基本基础都还没有。现在，台湾很有名誉、专门出版学术著作的五南图书出版公司，从去年开始要来出版我们大陆已出版的著作，例如我主编的“民商法专题研究丛书”中尹田的《法国合同法》、《法国物权法》，孙宪忠的《德国当代物权法》，我写的《民法解释学》，他都要求出版。这也证明我们的某些研究已达到了他的需要。或许我们还有好长好长的路要走，但我们的进步是非常显著的。

从现在来看，我们理论研究的成果来制定民法典不能说非常地够，但是还是能够胜任，这是我个人的看法，这一点，我97年访问台湾和王泽鉴先生交谈的时候说到：大陆学者、大陆民事立法面临的两难——按照民事立法和民法学发展的经验，一个国家的民事立法愈完善，民法学研究的水平就愈高；反过来，民法学理论研究成就越大，立法也愈完善。立法要求以理论研究为基础，理论研究又要求以立法为基础，因为民法研究大量的的是对法律的研究。大陆这两个条件都不具备，因而处于两难。如果要等到法律完善了再去研究不行，要等研究提高了再去立法也不行。理论和实务的关系也是这样。日本的民法理论研究如此发达，与判例的积累有关。实务的发展促进了理论的研究，理论的研究又促进了判例、实务的发展。大陆的法院没有多少值得研究的判例。如果要等法院累积判例，不知道要等到什么时候。反过来，法院判案在参考学者的研究成果，两者是相互促进的。这种两难的境地是历史给大陆的一个困境，同时也是一个机遇，所以我认为制定民法典的条件已经具备。

记：您认为我们现在制定民法典是否应该注重借鉴外国的经验？如果是这样的话，您认为在两大法系中更应该注重借鉴哪一个法系的经验？当然我仅指法律制度，而不包括判例。因为从传统上说我国属于大陆法系，但现在也有观点认为英美法系的一些制度在现实中尤其在国际交往中更有优势。您的看法怎样？另外还有一种说法：中国抄日本，日本抄德国。当然这可能只是历史上的一种现象。的确我们也注意到，在中国从事民法研究第一线的很多学者，

象我们的段匡老师，包括梁教授您自己都曾在日本留学或研究过，那么您是否认为日本法基于文化传统、地缘因素等原因会对我们的民法典产生更大的影响？

梁：这个问题非常重要，是制定民法典首先要解决，也是现在最有分歧的。两大法系各有其长处，现在也有一些学者认为它们在靠拢。这个靠拢表现在大陆法系成文法国家在成文法之外比较注重判例；英美法国家在判例制度的时候也比较注重成文法，比如美国的统一商法典就是一种成文的表述。两大法系互相借鉴对方的长处，靠拢的趋势是明显的。

说回到制定民法典，在中国的民法学界，确有学者认为不必要制定民法典，英美法的判例法更优越、更好。甚至有人认为清末法制改革引入德国的这套大陆法法律制度是不成功的。关于这个问题，我不这样看。首先历史是不能重复的。此外，英美法固然有它的优点，很具灵活性，但英美法最大的缺点就是操作很难，要求法官有很高的水准，这一点在适用上很难，人民对法律也不易了解。每一个裁判要引若干个判决，一一分析，这套分析的技术不是一般的法官所能掌握的。相反，大陆法虽然有僵化的缺点，但有一个优点就是适用容易，我们看英美法的法官都是教授、法学家，理论上很强；大陆法法官就不一样了：四年的本科教育，进入法院后，再接受一些什么“养成教育”，就可以担任书记员，担任法官，裁判案件了。这就说明大陆成文法在操作上比较容易，容易保证裁判的统一和公正，因为它注重逻辑性和体系性，人民也容易了解。另一个中国不可能借鉴英美法的最根本的问题在于：凡是世界上采英美法的国家，除了英国本土以外，都是殖民和侵略的结果。英美法本身还有一个规则：引用先例和上诉一直上诉到英国的上议院。这个上诉制，澳大利亚和加拿大直到八九十年代才废除，实现在本国终审；香港直到回归才不上诉，这是英美法内在的机制决定的。所以中国不可能整套搬用英美法。

王泽鉴先生 97 年在北京开了一个很大的讨论会，很多学者提问，其中就有好几个年轻学者批评大陆法。王泽鉴先生在会上就讲：大陆法有一个优点，就是强调逻辑性，和意识形态关系较远，所以各国都能够用，与英美法不同。

至于如何对待英美法呢，在我们现在的民法起草工作小组内部也有一些成员比较倾向于英美法。他们主张中国的民法典不要有太强的逻辑性，有一个口号叫“松散式、邦联式”，不强调逻辑、体系。我们有合同法，什么法，随意编在一起，就叫作民法典。江平老师曾经认为不必制定民法典，现在改变了观点，但也同意“邦联式、松散式”，不要强调逻辑和概念。江平教授说：什么物权呀，债权呀，这些概念老百姓不懂，领导人也不懂。这就反映了现在讨论民法典制定的时候，这两大法系内部在进行斗争。其他的一些教授，包括我本人在内的多数学者认为我国民法典还是以大陆法的体系为结构，对英美法借鉴一些灵活的制度。这在《合同法》中已经有所体现。《合同法》的结构是大陆法的，但也确实接受了很多英美的灵活制度，什么预期违约呀，根本违约呀，都是从英美来的。我是赞同将来也用这个思路的。

从立法来说，最初清朝末年第一次起草民法确实是日本人帮助起草的，这套民法的概念也确实是通过日本的翻译，我们再翻译成中文这样引进的。但是民国民法，就是现在台湾的民法立法前身，还是直接借鉴德国的，包括借鉴了泰国、苏俄。现在来看，日本的很多经验值得我们借鉴，这不仅是一个同文同种的问题——同文同种这个说法只是一般而言，严格地说恐怕不适当；有人提出来什么“汉字文化圈”——更主要的是，它的市场经济走在我们的前面，它的一些问题将会在我们的社会中出现。因此借鉴他们的经验我认为是应该的。但是对于日本制度的借鉴也不能迷信和盲从，好象他们的就行。我平常讲课、写东西也经常引用日本的

一些材料，因为德文、法文我不懂；我也确实对日本的一些理论、判例比较赞赏，但日本的法律、法官也有其虚伪性。中国人在日本的这些战争赔偿诉讼，居然没有一个法官发表一些非主流的意见，说应该赔偿，这是非常令人失望的。所以说我们的借鉴当然不能盲目照搬，我们应该把眼界放宽一些，对各国的尤其像日本、台湾、法国、德国、意大利等一些发达国家和地区的立法，进行比较，尽量参考他们的一些经验。