

· 当代史研究 ·

新中国法治历程:民法 56年*

冉 昊¹, 杜丽红²

(1 北京大学 法学院, 北京 100871; 2 中山大学 历史系, 广州 510275)

摘 要:以 1978 年中共十一届三中全会和 1992 年十四大为界,中国民法的发展大致可分为三个时期,从 1949 - 1978 年是破而未立的萌芽时期;1978 - 1992 年是抗争僵化的理论教条、重新探求法学自身正当存在权利和发展规律的过渡时期,出现了《民法通则》这一基本立法;十四大后至今民法科学得以重建,从《民法通则》走向起草中的《民法典》,民事立法也空前繁荣。从民法基本理论和立法实证的变迁中可清晰地读出新中国经历“人治”转向“法治”的基本历程。

关键词:民法;《民法通则》;民法典

中图分类号:K27 **文献标识码:**A **文章编号:**1007 - 7278(2005)04 - 0066 - 10

自 1949 年新中国成立以来,共和国法制经历了从“人治”向“法治”的根本转变,关于这方面的研究已有不少成果。本文将在吸取前人成果的基础上,从理论、立法实践和方法论三个面向分析 56 年来民法的发展,从作为法治之母法的这一部门法的转变来探讨新中国法治整体的变迁。

一、萌芽时期(1949 - 1978):以政策代行法律

中国近代民法起始于 1908 年民法典起草,至 1949 年,各届政府先后编纂了三部民法典,即 1910 年的《大清民律草案》、1925 年的《民国民律草案》和 1930 年的《中华民国民法》。新中国成立之后,社会性质发生变化,作为旧社会形态上层建筑的法律被废除,人民政府着手探索如何建立社会主义法律体系。

1949 年 2 月,中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确立解放区司法原则的指示》,指出:“在无产阶级领导的工农联盟为主体的人民民主专政的政权下,国民党的六法全书应该废除,人民的司法工作不能再以国民党的六法全书为依据,而应该以人民的新的法律作依据。在人

* 收稿日期:2005 - 01 - 05

作者简介:冉昊(1975 -),女,南京人,北京大学法学博士后,中国社会科学院法学研究所副教授;杜丽红(1973 -),女,四川阆中人,中山大学历史学博士后,中国社会科学院近代史研究所助理研究员。

笔者在此强调,虽然本文采韦伯式“典范”进路,按照一个明显的逻辑渐进过程来分段论述新中国民法 56 年来从近代性到现代性的演进,但这绝不是说现在就是过去的顶点,就是从一开始注定的、可以预测的进化的最后阶段,正相反,它在很大程度上都是历史的偶然结果。社会存在的客观性毋宁说是一种彼岸性,本文作为一种解释,其合理性体现为内在推理的首尾一致、逻辑贯通,而绝不是要强加认定一个“客观的彼岸”。19 世纪建立了一种立足于历史连续性假设上的、有机的、普遍的法律史发展观,反映了当时科学加速度的发展导致的人们对规律的过度信仰。但是,进入现代社会,因果决定的科学论已让位于基于大数法则或概率性预测之上的常数关系(rapports constant),换言之,“趋势”取代了“规律”,我们生活的世界是一个受偶然性支配,而归根结底无法套用笛卡尔式的数学性严密真理的世界,所以本文如此描述只不过是把现象中的特色凸显出来,再用它来贯穿各种离散的现象,帮助我们的认识从纷扰的现象中解脱出来,把无序的世界化为有序,但毫无疑问,这仅仅是一个“权法”——权宜之计、巧善之门,而永远不可能代替对实际情况的分析,所以我们在接受这些知识的同时必须始终保持着对其他知识和问题的最大程度的开放性。

民的新的法律还没有系统地发布以前,应该以共产党的政策以及人民政府与人民解放军发布的各种纲领、法律、命令、条例、决议作依据。^[11](pp. 573 - 574) 1949年9月,《中国人民政治协商会议共同纲领》肯定了这个原则,第17条规定:“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,制定保护人民的法律、法令,建立人民司法制度。这样,旧有的法律体系被彻底废除。”

1949年后,人民政府陆续颁布了《土地改革法》等民事法律法令,确认了土改运动中的土地所有权关系,将各地庙宇道观的土地收归国有,同时也保护合法的借贷、典当等民间融资关系,促进了民族工商业,维护了当时的革命秩序和正常的商品经济发展。

民法典的起草始于1954年,1956年12月新中国的第一部《民法草案》问世,分为“总则”、“所有权”、“债”、“继承”四编,共525条。但接踵而至的反右扩大化和共产风使平等自愿、等价有偿等民法科学赖以建立的基本原则受到践踏,行政性的强制调拨代替了民事商品流转,个人民事权利受到随意的侵犯,民法几乎丧失了存在的基础,民法典的起草工作被搁置下来。

到60年代初,自然灾害和“大跃进”所造成的严重困难促使领导人重新强调发展商品生产和商品交换,根据毛泽东提出的“没有法律不行,刑法、民法一定要搞”的指示,^[12]全国人大常委会办公厅法律室组织人员展开了第二次民法起草工作,于1964年提出了《中华人民共和国民法草案(试拟稿)》,共24章262条,分为“总则”、“所有权”和“财产流转”三编。可惜的是,接连而至的“四清”、“文革”等破坏了整个法制系统,法律虚无主义盛行,民法典起草工作被迫再次中断。

在这一时期,由于实体法律规定的缺乏,处理有关问题时主要依据的是党和国家的民事政策,如“依靠群众、调查研究、调节为主、就地解决”的十六字民事审判工作方针等,应该说,这与真正的法律科学是相差甚远的。

造成这种状况的原因何在呢?从外部条件看,中国革命特定的历史环境使我们选择了与苏联相同的意识形态倾向,西方社会由此实施的封锁政策反过来更加强了我们在事实上的别无选择,因此采取了全盘学习苏俄民法理论的做法,派遣留学生到苏联攻读民法副博士,聘请苏联民法专家来华讲课,大量翻译出版苏俄的民法学教材和著作,甚至一度在高校法律院系只开设苏俄民法而不开设中国民法课程。所有这些对后来的民法学发展都产生了重大影响,人们期望的中国民法学体系没能得到真正的建立,而对苏联民法理论的框架和桎梏的沿袭,则把民法完全解释为阶级斗争和调整阶级关系的工具,片面夸大了法律单纯的管理功能以及国民经济计划在民事领域的决定作用和对国家所有权的特殊保护。当时的法学界移植了苏联的“两个一定”、“法人”、“四特征说”等,认为民法是调整一定的财产关系和人身非财产关系的各种法律规范的总和,回避了民法调整对象质的规定性;将保证实现国家经济计划,公共财产神圣不可侵犯、国家财产特殊保护,发展经济、保障供给等列为民法的基本原则;作为一种重要的民事主体的法人被定义为,经国家认可、以自己的名义出现、有独立支配的财产、可独立负担财产义务的组织;否认了物权一般概念,而依所有制来划分所有权类型。^[13](pp. 19 - 354)

其实,说这些理论是50年代计划经济条件下的合理产物是合乎逻辑的,因为计划体制的社会格局依靠的是中央政府的安排和调度,众多主体的私相交换调配资源不仅无助于它,反而会破坏计划制定所根据的确定经济条件。因此,在法律制度的设计上,当然就体现为维护国家计划的强行性而否定对私人意思的保护,以免威胁到国家计划的实现;相应地,就要否定除国家以及作为国家意思体现的全民所有制企业以外的、多种主体的法律地位(人格);进一步也就要否定作为各主体人格基础的财产权利,即否定除国家所有权以外的一切所有权形式。另一方面,从我国法学存身的历史土壤来看,中国文化传统上把个人的人格和权利附属于其所归属的团体,崇尚国家权力的神圣而强调个人权利的卑微,这种经验直觉有效地从苏联法学那里获得了现代科学理论的正当性支持,由此自然地与苏联法学理论达成了高度的默契。一言以蔽之,计划经济不需要民法,人治不需要民法,所以在此时期,我们并没有形成真正的民法理论。

由于与苏联相同的意识形态倾向、自身的法律文化传统以及“全盘苏化”的理论,法学几乎完全淹没于对阶级斗争理论的阐释和倡导中,这种方法论成为建国后30年甚至更长时期中民法学研究的主导。激烈的阶级斗争理论替代了对复杂的法律现象的深入分析,法律现象本身的社会文化意义被完全否定,而仅仅被看作实现阶级压迫的工具,民法走上了畸形发展的道路,否认一切市场经济国家的法律的可继承性,甚至为避免其用语而生造出一些拗口且不贴切的概念(如《民法通则》为避免“物权”概念而定义的“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”),企图独创出一套计划体制下的民法,强调整体的统治阶级利益和至上的国家权力,强调法律(制定法)的圣洁和权威以及个人对国家和集体的义务,而轻视基于个人利益的追求所必需的权利正当性,忽视强调社会正义、公平的法学理论,众多民事关系的调整被淹没在外在的刑事或行政制裁之中。

二、重建时期(1978 - 1992):有计划商品经济基础上的过渡

这一时期又以《民法通则》的颁布为界,可大致分为前后两个阶段,前一阶段从思想上进行了轰轰烈烈的拨乱反正;后一阶段则以《民法通则》为依托,开始研究民法固有的各项具体制度。从历史过程来看,该时期的民法开始摆脱沉重的历史包袱,一步步走向真实的自我。从对具体问题的反思,到重新审视学科体系的基本理论假设和指导方法,民法学逐渐抛弃了阶级分析的方法论,而努力寻找新的法律文化和法学体系的基本支撑点,思考如何在社会主义商品经济和民主政治的社会背景中完善法律调整机制,发挥法律保障和促进改革的作用。在这一时期,人们比较多地转向参考外国民法学,如潘德克顿法学解释法典的注释法学方法,民法的研究主要限于对条文做文意解释,故只能称之为一种过渡。

1. 拨乱反正阶段的法学理论和立法实证发展:《民法通则》的诞生

震撼全国的真理标准问题讨论为法学的新生提供了哲学基础和思想条件,促使人们从教条和迷信中解放出来。1979年,《法学研究》这一以探讨真正科学的法学理论为己任的期刊创刊,在其试刊号上发表的《加强民事立法为实现四个现代化服务》一文,提出民事立法要规定参与经济活动的单位和个人的法律地位,要规定对所有权的保护措施,要加强合同制度。此后数年,中国社会科学院法学研究所等研究机构、多所高校及立法、司法机关召开了各种民法学讨论会,提出民法是最适合体现平等、自愿、等价有偿商品交换关系基本原则的法律;质疑民法的基本原则中能否包括不得违反国家计划、保护社会主义公有财产等原则;讨论民法与经济法的调整范围;主张在公民和法人外还存在其他民事主体,如合伙、个体户和农村承包户等待法律的认可;在法人制度设计上,国家对国营企业的债务是否应承担责任;经营自主权、承包权是否属于物权;知识产权的名称含义;时效制度,国家财产的保护是否受时效限制等。

在这一阶段,贯穿在这些理论提出过程中的,是民法学和经济法学之间的一场激烈的大论战,核心是民法与经济法的调整对象如何划分,民法在我国有无存在价值,以及经济法能否成为独立的法律部门。论战始于1978年底,经历六七年,随《民法通则》的制定过程而愈演愈烈。1985年4月,中国法学会民法经济法学研究会成立大会在江苏省苏州市举行,100多位与会代表主要就民法和经济法关系的问题展开了激烈的论争。直至1986年《民法通则》公布,其第2条明确规定了“民法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”,这场论战方渐趋平息。表面上,这是不同部门法学者对其各自学科范围的争论,但在当时的时代背景下,它从根本上体现了对法律功用认识的变迁。如上所述,在中国文化传统中独立主体的权利意识受到压抑,所以我国缺乏法等同于权利(jus)的自然法传统以及后来逐渐演进为实证法的过程,而直接从苏联继受下来的“马克思主义法学”,从其形成时代来看,实质上是实证主义法学和早期社会法学的混合体,所以我们理解的法律就是制定法,这样,法律被完全视为外生于社会的国家统治的工具,可被用来依国家的意志任意地设计而实现人为意图的管理。这场论战中民

法独立性的最终确立,使国家和市民社会相对分离,法律被部分地还原为了一种社会自治手段,这意味着,即使是制定法,其规则的设计也要以事物本来的面目(自然法)为范本。这样,借着学科范围论战的外衣,民法科学开始回归本原。

在立法方面,1978年中共十一届三中全会决定把工作重点转移到社会主义现代化建设上来,民事法制工作也有了大的发展。1979年全国人大常委会法制委员会组织专家小组,开始了民法典的第三次起草工作,一年后草拟出《中华人民共和国民法草案》(征求意见稿),编制体例和内容主要参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典,共501条,分为“总则”、“财产所有权”、“合同”、“劳动报酬和奖励”、“损害责任”和“财产继承”六编。其后,起草小组经大量调研,反复修改,并广泛地征求意见,到1982年,草拟出了第四个民法典草案,共465条,包括“民法的任务和基本原则”、“民事主体”、“财产所有权”、“合同”、“智力成果权”、“财产继承权”、“民事责任”和“其他规定”八编。

但由于在当时对立法步骤的争论中,认为经济体制改革过程是相对不稳定的时期,制定民法典的条件还不成熟的意见最后被全国人大常委会法制委员会主任办公会议采纳,于是决定暂不制定民法典,而是先颁布单行法。依此方针,全国人大及其常委会放弃了上述民法草案,而陆续审议并公布了一批民事单行法律,包括《中外合资经营企业法》(1979年)及其实施条例、《外资企业法》(1986年)、《森林法》(1984年)及其实施细则、《矿产资源法》(1986年)及其实施细则、《经济合同法》(1981年)、《涉外经济合同法》(1985年)、《商标法》(1982年)及其实施条例、《专利法》(1983年)及其实施条例等。同时,民法典第四稿中较为成熟的财产继承权编也被拿出来单独扩充颁布为《继承法》,于1985年颁布。

比较于上一时期民事实体法的空白,这些单行法规在其所涉具体部门上确实改变了当时无法可依的窘迫状况,但它们并不能解决民事关系中的一些根本性问题,如确立民事主体、保护民事行为等,表现为法人制度、代理制度、时效制度等的缺失。这样的法律既缺乏弹性,事实上也无法以总括性规定具有的自适用性和逻辑演绎能力来应对丰富多彩的实际社会生活,这既不利于国内商品经济本身的发展,也不符合对外开放、国际交往建立诚信的要求。在这样的内外压力下,1985年,在上述四稿的基础上,一个类似民法纲要的民事基本法《中华人民共和国民法通则》(征求意见稿)被拟定出来,于1986年4月12日经第六届全国人大第四次会议通过,1987年1月1日起施行。《民法通则》不设编,共9章156条,各章分别为“基本原则”、“公民(自然人)”、“法人”、“民事法律行为和代理”、“民事权利”、“民事责任”、“诉讼时效”、“涉外民事法律关系的法律适用”、“附则”。可以看出,这是一个包括知识产权、冲突法在内的大民法概念,但没有包括属于传统民法外延的婚姻家庭法,因此主要是一部财产法。在具体制度设计上,除了当时仍旧强烈的社会主义国情要求在物权内容上必须体现的不同种类所有权的不同保护外,由于商品经济的共通性,《民法通则》的制度规定,特别是债法部分,还是体现了传统民法的基本内容。但同样出于社会主义意识形态的考虑,其用语和结构具有相当的独创性,结构上延续早期的粗糙立法风格,直观地由各章分别对应规定民事法律关系的一些基本方面,而没有采用演绎式的结构。这部法律确立了公民、法人等民事主体,明确保护公民的个人合法财产,规定了民事权利和民事责任制度,体现出了权利本位的立法宗旨,发挥出了近代民法强调平等性、维护市民社会的基本作用;它还规定了承包经营权、国营企业的经营权等,反映了改革开放与商品经济的基本要求,巩固了改革成果;而它关于人格权的规定体现了社会主义法的精神,在世界各国立法中也不失为最先进的立法,为建设社会主义人权、民主和法治国家奠定了第一块基石。^[4]客观地说,《民法通则》的颁布是我国民事立法上的一个重要里程碑,标志着我国民法体系从无到有的起步,尽管这种编制通则的做法在民法史上没有先例,但它现实地填补了我国法律体系中民事基本法的空白,从此,民法和民法学的作用与地位才开始为广大人民所知道,并逐渐发扬光大。

2 《民法通则》颁布后的民事立法和民法法理

《民法通则》之后又陆续颁布了一些单行法,包括 1986 年《土地管理法》(1988、1998 年两次修订)、《企业破产法(试行)》,1987 年《技术合同法》。由此在流通领域形成了 80、90 年代《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》三方并举的合同调整体系,但违反了统一市场要求统一调整的基本公理。1988 年颁布了《水法》、《全民所有制工业企业法》、《中外合作经营企业法》,外国企业在我国享受到了超国民待遇,同时又按照合资、合作、外资投资方式的不同分别适用不同的调整机制,形成了差别待遇,同样违反了统一市场平等对待的基本要求。1990 年颁布了《著作权法》,加上 1982、1983 年颁布的《专利法》、《商标法》,我国知识产权保护体系初现雏形,但由于在现代社会中,科技已成为增长最迅猛的生产力因素,直接对其调整的这个部门法领域同样也必须随着实践的变化而调整其具体制度,甚至基本原则,因而迄今它还处在急剧的变革中。

《民法通则》的制定为理论研究提供了法律依据,此后,对民法体系、调整对象等整体问题的研究虽暂告一段落,但反过来,《民法通则》的颁布又向民法学提出了各种课题,促进民法学开始按照民法与商品经济关系的本来面目深化研究各种民法具体制度。因此,在这一时期的后一个阶段中,民法学界广泛地探讨了民事主体——公民的一般问题和个体工商户、农村承包户、个人合伙、法人联营等,以及民事法律行为和代理制度,债的制度和合同制度,民事责任的归责原则、构成要件和精神损害的物质赔偿,物权和所有权、所有权和继承权的关系,全民所有制企业经营权的性质和实现形式,取得时效等等问题。^{[5](pp. 282 - 286)} 1986 年在银川举行的第二次民法经济法学年会提出,要增强企业活力,就必须从制度上保证企业的生产经营自主权,提出了从所有制方面进行改革的设想。第三次武汉年会进一步就两权分离的各种法律形式、承包租赁和股份制的问题,展开了热烈的讨论。第四次上海年会仍然是针对企业改革,以产权为核心主题探讨了两权分离的基本理论。可见,在这一阶段,民法学已开始脱离国家政治理论的影响,将主要精力转到民商法本身的各项具体制度、特别是全民所有制企业的产权问题上,但其主要采用的还是企业所有权与经营权相分离的视角,创造了“经营权”这一不属于传统民法的物权概念,在假定这种分离可能的前提下,研究其实现的基本理论和具体形式。与此相同,其他的许多研究也体现出这种“中国特色”。之所以采取这些做法,究其实质,是因为当时的体制改革和思想解放都还不够深入,历史的沉重包袱不可能立即卸去。民法科学是商品经济国家几千年智慧的结晶,而“经营权”这类从本质上说背离了民法本来面貌的概念,无论是从逻辑的首尾贯通上,还是从实际应用效果上,都是让人怀疑的。事实上,随着经济体制改革的深入,至 90 年代上半期,多数曾经主张经营权的学者都已突破了它转而主张企业法人财产所有权。

所以说,从历史的发展过程来看,这是过渡的一个时期,其代表性的理论离真正的民法科学还有相当大的距离,尽管如此,这一时期的研究已涵盖了传统民法学的主要问题,已开始注意民法作为商品经济调整基本法的固有要求,走在了立法实践的前面,促使近代民法在我国尚不丰厚的土壤上逐渐成形并丰满起来。

三、繁荣时期(1992 -):市场经济基础之上的民法典第五次编纂

邓小平同志“南巡讲话”以及十四大确立了市场经济体制的建设目标后,借助此前的积累,中国民法理论得以按民法科学的本来面目充分地发展起来。法学界组织了多场相关讨论,一个按照事物本来面目对其认识的真理共识最终确立,那就是:民商法制度就其实质而言不过是现代市场经济社会的一般规则,不应区分姓社姓资,一定要学习和借鉴发达国家的成功经验,并在缺乏主体意识的中国传统国情背景下,特别强调民法的权利本位精神,强调私法自治原则为民法典的指导思想,充分保障当事人的意志自由,以民法的复兴担负起一部分社会启蒙的历史重任。

有学者提出,十四大报告中要求的“规范微观经济行为”正是民法的任务,应照此改革我国

的民法制度,建立适应社会主义市场经济的民法体系。具体说来就是,(1)经济主体多元化。要能形成市场,就必须有多种主体。只有一个主体,就谈不上市场。在法律方面,就是要承认多种主体的法律地位(人格),从法律形式上而不是从所有制方面去区分主体。(2)产权明晰。作为主体确立的基础和目的,每个主体应拥有明确的产权,包括物权、债权、知识产权等,能进行自主自由地处理,并得到法律保护不受侵犯。(3)责任自负。既然是独立的主体,就应该对自己的行为承担责任。^[6]在这种启发性框架认识正本清源的作用下,并借助于这一时期翻译出版的大量外国民法典及优秀民法著作,民法学者们对总则、合同、物权、侵权法、知识产权等展开了全方位的研究,追随大陆法传统的近代民法体系和内容都逐渐得到了充实和完善,相对完整地建立了起来。同时,在全球一体化的WTO外在压力约束下,以及现代人权、环境保护的国际大背景下,主流理论开始强调国内制度规定与国外的接轨、协同,强调个人权利实质公平的实现,以及资源的配置要能有助于实现可持续发展,在这些思潮的影响下,中国民法学在完成近代启蒙的同时还承担起了现代化的任务。

1. 民法各部门法理的发展

在民法总则的研究中,学者们首先提出民法精神、民法观念的核心为主体平等和意思自治。民法是市民社会的法,应与宪法并列为根本法,民法的主体因此是市民而不是公民,即合理地追求自己利益之最大化的“经济人”,由此将市场经济下追求物质利益关系与诚信人际关系统一起来。此后,在民法基本原则中,具有弹性调整范围的诚实信用原则就受到了较多的关注,并有学者敏锐地认识到民法既是体现市场经济客观规律的财产法,具有经济性,也是维系人之人格、亲情、伦理的人法,具有人道性和伦理性,应该同时发挥这两种功能,保障财产并尊重人格。此外,一些特殊领域,如消费者保护法、环境赔偿问题等也逐渐得到学者们较多的关注,说明人们在近代民法形式正义的基础上,开始关注现代民法面对的现实问题以及实质公平的实现。1997年,法学界举办了多种形式的纪念《民法通则》实施10周年的学术活动,并达成共识:民法应在现有基础上逐步现代化,包括内容的现代化和形式的现代化。内容的现代化是指在近代民法的法律结构基础上,以实质正义为理念,以社会妥当性为价值取向,对前者既有原则进行反思,但由于我国曾一度忽视公民权利和利益,因此意思自治仍是私法理论的基石,民法本位的发展顺序只能是由义务本位进到权利本位,最后进到社会本位,不可跳跃,所以在现阶段应以权利本位为主,与社会本位相结合。形式的现代化是指要建立起科学、开放、面向21世纪的现代民法典体系,在这个问题上又发生了多位学者的大论战,产生了民法典体系结构的“人文”、“物文”之争,松散联邦式、理想主义和现实主义的三种法典化思路之争。

在民法分则上,由于我国的经济体制改革是从流通领域开始的,因此最先得到充分研究的是合同法部门,以统一合同法的起草准备为契机,学界对合同法、债法的基本理论和晚近发展都进行了新的审视。学者们首先注重的是合同法上的宏观问题,如合同解释的原则、默示条款等的补充等。因为合同不可能穷尽人们的全部意思,事实上必须考虑一个诚信善良的民事主体可以合理要求的事项;合同法的直接价值虽然是交易的便捷与安全,同时也必须体现和追求整体法律体系的基本公平和正义。究其实质,这些同样是对民法内容现代化的思考,从而在使法律完善的同时又保持其开放性,保证个案实质正义的实现。其次在具体制度上,学者们区分了合同成立与生效、合同解除的广狭含义;检讨了合同效力、无效合同、不合法形式合同效力以及可撤销合同等,主张要尽量尊重当事人意思自治,避免法院对合同效力的过度干预;介绍并比较了不同法系的根本违约与不安抗辩制度、目的落空与情势变更制度;研究了主合同变更对担保责任的影响,保证人的权利,赠与合同的性质,合同法上的表见代理制度,第三人侵害合同缔结的责任,缔约能力制度,债权人的代位权,无名合同,违约赔偿范围是否包括可得利益等等。这些成果大都被吸收到1999年的《合同法》中。在此之后,学界研究的重点转向了物权法,再有的有关合同的研究

主要是其与民法典债法编设计的连接问题。

在对应于流通领域的归属领域,如上所述,由于体制改革始于国企搞活这一特殊历史背景,最先得到研究的是现代企业的产权制度问题,学者们从主张经营权至主张企业法人财产所有权,再于1995年开始转移到物权法自身的内容上来。以物权法的起草准备为契机,学者们投入大量精力展开了有关研究,长期为民法禁区的这个领域终于获得了突破。1995年,在合同法起草制定如火如荼的过程中,中国社科院法学所物权法课题组发表了《制定中国物权法的基本思路》,这一前瞻性的做法推动了这一领域的进展。此后,学者们重新认识了国家所有权在物权制度下的定位;深化研究了他物权制度的重新构造、建筑物区分所有权等问题,主张要重新确立物权观念和物权价值;用益物权权能因社会经济的变迁而不断扩大,逐渐上升成为物权法的中心;要改善现行农用地使用权体系等。与其他部门先总后分的研究顺序正相反,在这些具体制度内容得到研究之后,物权基本理论的研究在90年代中期后成为民法学领域的显学。其中争论最多的是德国民法创造的物权行为理论,学者们陆续发文探讨物权法基本范畴、物权变动的原因与结果区分原则、探源物权行为理论、法律物权和事实物权的分类等问题,迄今有关研究还在深入地进行中。在此过程中,作为民法现代化之一部分,物权法的现代化也同样引起了关注,学者们指出物权的性质已由传统的排他不受干涉、完全由个人支配,转为也负有一定义务、受社会公益限制并由国家法律干预;自物权受到限制,他物权优位化;环境保护法等社会性立法中的公法规范直接涉及当事人在物权关系中的权利义务,成为物权法最重要的补充;物权出现多种新形态,物权法定的原则应予重新思考;并有物权债权化、债权物权化、与债权功能互补等趋势。近几年来,在经济全球化的大趋势下,学者们更加放宽眼界,比较研究了英美法系的财产法体例、土地法以及无形财产理论等,或借助环保法、知识产权法等其他部门的知识资源,主张在传统以外的其他物权法体例。总之,较之合同法,物权法的制定要复杂得多,不但对物权行为等基本理论问题还没有达成共识,而且相关立法必须涉及国有企业财产权、农村承包经营权、土地所有权及其与建筑物所有权的关系等问题,这些具有突出中国特色的问题以及上述表现出的种种物权法现代化的问题,都没有前人的立法经验可资借鉴,必须依靠我们自己结合实际的摸索和大胆的创新。

相对于物权法而言,侵权法既是研究相对成熟的一个部门,又是随着社会生活多样化而日益创新的一个部门。有关研究开始主要围绕传统过错责任展开,后来集中探讨了无过错原则,饲养动物、高度危险作业、行政赔偿等方面的特殊侵权行为以及精神损害赔偿等,表明侵权法在基础理论之外已注意到适应司法实践的需要,而人们深层次的权利意识也在侵权保护的扩大中不断地觉醒。近几年来,侵权法则开始注意人格权保护、产品缺陷责任、信息技术的发展与隐私权保护、医疗事故赔偿、环境侵权救济、网络服务者的侵权责任以及信用权的侵害等新技术带来的新问题,同时也从更深层次的理论抽象,即请求权、诉权、责任与债的比较中重新定位侵权救济和侵权之诉的性质,研究了侵权及民事责任在民法典中的结构设计。

知识产权方面最初进行的主要是国内外法律概念的研究和制度的比较,然后由单纯的呼吁、引进逐渐走向理论的具体化和纵深化。研究者从法理学、经济学和社会文化学的角度研究了著作权上的多种问题,并围绕我国知识产权保护与国际接轨的问题,将科学发现、know-how、公司顾客数据等都包括在信息产权中,扩大了知识产权的范围,提出了制定统一知识产权法的主张,研究了商标抢注、平行进口、因特网上域名、著作权等的保护、商誉的保护、计算机软件的可专利性、数据库成为编辑作品、知识产权的物上请求权性、知识产权权利的竞合等。

80年代末期,一些学者已敏锐地开始争论应否采纳物权行为理论的问题,如《法学研究》1989年第6期发文《德国民法是否承认物权行为》、《物权行为初探》等,但由于知识准备的不足,有关理论一直没能真正展开,进入90年代中期,这一问题才得到真正的重视。

2. 民事立法实证

依照上述新的民法学指导思想,人大列入立法规划的法律以及各部法律具体规定的内容均开始按照市场本身的固有要求来设计,如 1992 年的《海商法》,1993 年的《消费者权益保护法》和《公司法》,1994 年的《对外贸易法》《城市房地产管理法》,1995 年的《担保法》《保险法》《银行法》等,1996 年的《乡镇企业法》,1997 年的《合伙企业法》,1998 年的《证券法》,1999 年的《个人独资企业法》。

在这一时期中特别值得一提的是《合同法》的颁布。这部法律的起草始于前述合同法领域三分天下产生的不平等调整问题,学界为此大力呼唤统一合同法的出台。1993 年,合同法立法方案拟订,1995 年《合同法草案建议稿》完成,其调整的是一切平等主体之间的债权债务关系,并以合同自由、平等、公平、诚实信用和公序良俗为基本原则。1998 年,修改后的建议稿作为正式草案被提交人大常委会审议,1999 年通过,同年 10 月 1 日生效。至此,合同法领域一分为三的格局终于被打破,而由一部合同法来统一调整。依照大陆法系合同即合意的契约观念,合同制度涉及市场经济的所有方面,商品交易、服务提供、资金融通、证券发行交易、技术转让等,只要有市场就必然需要合同,《合同法》的颁布及时为广大的市场提供了这样一部调整交往行为的基本法。不仅如此,在我国没有民法典的情况下,作为比较晚近而先进的一部立法,《合同法》的一些概括规定和立法精神还代行了部分民法典总则的功能,如当事人法律地位平等原则(第 3 条)、公平原则(第 5 条)、诚实信用原则(第 6 条)等。这样,我国基本形成了以《民法通则》为基础,由《合同法》《担保法》《公司法》《婚姻法》等单行法分别调整的综合民事立法体系,除了物权法的基本内容外,传统民法的外延都已涵盖。

但仅仅只有 156 条规定的《民法通则》毕竟过于简单了,诚实信用等民法基本原则,法人基本制度,法律行为、物权等基本概念,用益物权制度,债权人保护的程序,以及其他如隐名合伙、表见代理等现实生活中大量出现的情况在其中都没有规定。虽然上述单行法在各自领域发挥着一定的补充作用,但对已登上市场经济快车而发生急剧变迁的中国当代社会而言,体系本身的不完善和相互冲突再次凸现出来,其规范功能的增强亟须中国民法的再一次变革。从形式上,这体现为民法典的第五次起草工作被提上日程。1998 年,第八届全国人大常委会王汉斌副委员长邀请五位民法教授 座谈民法典起草,五位教授一致认为起草民法典的条件已经具备,王汉斌副委员长遂决定委托九位学者专家组成民法典起草工作小组。小组会议议定了“三步走”的立法规划:第一步,制定统一合同法,实现市场交易规则的完善、统一和与国际接轨;第二步,从 1998 年起,用 4 - 5 年的时间制定物权法,实现财产归属关系基本规则的完善、统一和与国际接轨;第三步,在 2010 年前制定民法典,最终建立并完善法律体系。第一步合同法的制定,如上所述,已顺利完成。2001 年,学者们又相继完成了两个物权法草案建议稿,法制工作委员会在此基础上制定了《物

《公司法》的规定虽然语焉不详,但第一次明确提出了公司享有全部法人财产权的概念,在民法主体制度上,以及商法基本结构上开始了产权明晰的艰难探索。

《个人独资企业法》与《公司法》《合伙企业法》等一起形成了按照法律形式而不是按照所有制来分类调整企业的法律体系,有效地取代了以往的合资、合作、外资企业等概念。

同时,随着《合同法》这一流通领域重要民事法律的颁布实施,立法的重点自然地推进到归属领域,正式从合同法转向了物权法,后者的草案于 2004 年 10 月进行了人大的第二次审议,最终定案迄今尚未出台。可以说,物权法的问题属于“正在进行中的历史”,这种近距离的审视使笔者反而无法完全认清其历史面貌,而不得不将对它的叙述搁置。

这五位教授是:中国政法大学的江平教授、中国社会科学院法学研究所的王家福研究员和梁慧星研究员、清华大学的王保树教授、中国人民大学的王利明教授。

一是梁慧星负责起草的中国社会科学院的物权法草案建议稿,一是王利明负责起草的中国人民大学的物权法草案建议稿。此外还有其他学者起草的草案建议稿,如孟勤国以其占有和所有的区分理论为基础制定的占有和所有二元物权法草案建议稿,但影响远不如前二者。

权法草案(征求意见稿)》,提交全国人大常委会审议。此后,随着中国加入 WTO 的迫近,为改善国内法制环境,相关立法的制定被要求加速,2002年 1月全国人大法工委召开工作会议,委托六位专家学者分别起草民法典各编条文草案,民法典起草工作正式开始。六位受托人相继完成各编条文草案的起草工作后,法工委对其进行了删节、修改、整理和编纂,形成《民法典草案(9月稿)》,包括九编:“总则”、“人格权”、“物权”、“知识产权”、“合同”、“侵权行为”、“亲属”、“继承”、“涉外民事关系的法律适用”。此后,法工委又突然将该稿的合同编、亲属编、继承编、知识产权编草案废弃,而直接编入现行《合同法》、《婚姻法》、《收养法》和《继承法》,从而改变了原定参考德国法系、编纂演绎结构民法典的初衷,形成了汇编式体例的民法典草案。其内容为,第一编总则,117条,包括:“一般规定”、“自然人”、“法人”、“民事法律行为”、“代理”、“民事权利”、“民事责任”、“时效”、“期间”。第二编物权法,329条,分为五个部分:“总则”、“所有权”、“用益物权”、“担保物权”、“占有”。第三编合同法,454条,即现行《合同法》。第四编人格权法,29条,包括:“一般规定”、“生命健康权”、“姓名权”、“名称权”、“肖像权”、“名誉权”、“荣誉权”、“信用权”、“隐私权”。第五编婚姻法,50条,即现行 2001年修订的《婚姻法》。第六编收养法,33条,即现行 1991年通过的《收养法》。第七编继承法,35条,即现行 1985年通过的《继承法》。第八编侵权责任法,68条,包括:“一般规定”、“损害赔偿”、“抗辩事由”、“机动车肇事责任”、“环境污染责任”、“产品责任”、“高度危险作业责任”、“动物致人损害责任”、“物件致人损害责任”、“有关侵权责任主体的特殊规定”。第九编涉外民事关系的法律适用法,94条,包括:“一般规定”、“民事主体”、“物权”、“债权”、“知识产权”、“婚姻家庭”、“继承”、“侵权”。该草案被提交 2002年 12月的人大常委会进行第一次审议,然后广泛发布征求意见,受到了一些学者的批评,学者们为此发表了草案建议稿。编纂民法典是民法现代化要求的形式体现,法典体例的设计应兼顾最大可能的适用性和开放性,具体规则制度的设计则既要满足民事生活日益多样化、复杂化的客观要求,又要发挥民法稳定社会秩序、维护社会公平的基本法作用,实现实质公平的保护。有关中国第五次民法典起草的命运,我们拭目以待。

此外,由于我国正式加入了 WTO,与国际接轨不再只是一句口号,而有了现实的外在条约约束。涉外性较强的一些部门法,如《专利法》、《商标法》已迫于这种约束分别在 1992、2000年,1993、2001年进行了两次修订,而对于本土性较强的民法其他部门,这种影响虽然会有所滞后,但却同样是必然的,制定中的民法典如何既充分尊重市场经济客观规律,又考虑一体化经济下本国竞争的需要,适应这种全球化的要求进行主动的调整,同样也是民法现代化的题内之义。

从上述民法各个具体部门所涉及制度内容的变化上可以看出,在这个时期里,一方面,由于市场经济体制的确立,从法律精神到具体制度上,我国近代意义上的民法学研究都经历了真正的发展并走向繁荣;另一方面,世界一体化的压力,以及科学技术如电信、生物、医学和遗传学等迅速发展对人类社会伦理和规范提出了挑战,学者们的研究也开始注重实践的需要,突破近代民法学而走向现代民法学。与 20世纪初开始的民法典起草相联系,各种理论研究大都在此背景下展开并努力服务于这一立法进程,力求制定出一部科学、开放、面向 21 世纪的现代民法典。但是,我们也应该清醒地看到,民法学研究繁荣的景象与这一创新要求的实际差距还很大,这首先当然是因为现在社会各方面发展的状况本身还不具备让理论创新的条件,其次也是与民法学者在研究中没有充分注意方法论的重要性,而盲目推崇外国民法理论,忽视本国实践,对于民法理论缺

中国社会科学院梁慧星研究员负责总则编、债权编和合同编;中国人民大学王利明教授负责人格权编和侵权行为编;中国社会科学院郑成思研究员负责知识产权编;最高人民法院唐德华副院长负责民事责任制;中国政法大学巫昌桢教授负责亲属编和继承编;最高人民法院退休法官费宗祯负责涉外民事关系的法律适用编。

参见梁慧星:《中国民法典编纂的几个问题》,打印稿,英文版见 The Law Institute of CASS (ed), *China Law Review*, 2003, Vol 1;另见中国社科院民法典立法研究课题组:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社 2003年版。

少体系化的研究相联系的。

综上所述,伴随着社会主义经济形态的发展转变,民法发挥的作用从无到有、并日益重要起来,回首前尘,这56年的历程可大致地概括为,以相关的两部法——《民法通则》和起草中的《民法典》为中心,从民法虚无主义到近代民法重建,再向现代民法的过渡。如何以开阔的眼界编纂出一部现代化的中国民法典,带领我国民法同时完成近代民法的启蒙功能并转换到现代民法的实质保护功能,将是未来若干年里最大的任务。不仅如此,从民事法制的这个转型历史进程中也清楚地折射出了新中国的法治之路:1949年废除以国民政府六法全书为代表的西律而转向苏联体制,即权力高度集中的计划经济,使调整市民生活的法律失去了基本的存身之所,而只能以计划、政府、指示等代替法律,其实质是人治;到20世纪70年代末改革开放,市民社会开始重建,民法与经济法、民法与刑法等各部门法界线的划清使法学整体能各按其固有地位和本来面貌正常发展起来,市民社会需要的基本法律调整体系得以重建,各部门逐渐有法可依;随着此后社会主义市场经济体制的最终确立,为以民(商)法为代表的市场经济法律体系的充分发展奠定了物质基础,现在,民(商)事立法已逐步健全,法理研究、法学方法论也进行了比较彻底的转型,有法可依、有法必依的基本法治精神已贯彻在依法治国的主旋律中。

参考文献:

- [1] 中央档案馆. 中共中央文件选集(1948-1949) [Z]. 北京:中共中央党校出版社, 1988
- [2] 赵仓壁. 在法制建设问题座谈会上的讲话 [N]. 人民日报, 1978-10-29
- [3] 《法学研究》编辑部. 新中国民法学研究综述 [M]. 北京:中国社会科学出版社, 1990
- [4] 孙宪忠(整理). 民法通则的回顾与展望 [J]. 法学研究, 1991, (3).
- [5] 李步云. 中国法学——过去、现在与未来 [M]. 南京:南京大学出版社, 1988
- [6] 谢怀. 论建立适应社会主义市场经济的民法经济法体系 [J]. 法学研究, 1993, (1).

The Way to Rule-of-law in New China: A Review of Civil Law in a History of 56 Years

RAN Hao¹, DU Li-hong²

(1 Law School, Peking University, Beijing 100871;

2 History Department, Sun Yat-sen University, Guangzhou 510275, China)

Abstract: By the Third Plenary Session of the Central Committee of the 11th Party Congress in 1978 and the 14th Party Congress in 1992, we can divide the development of Chinese Civil Law into 3 phases: The first, from 1949 to 1978, is a budding phase, in which the old civil law system was broken while the new one didn't come into existence as a substitution. The second, from 1978 to 1992, is a transitional phase, in which the very rights and rules of the civil law were explored, bringing forth the *General Principles of Civil Law*. The third, from 1992 till now, is a prosperous phase, in which full-scale civil law science has been re-established, and the legislation of civil laws become very prosperous, with the fledging *Civil Code* in replacement of *General Principles of Civil Law*. From this transition, we can clear get the message that the Chinese legal system underwent a process from rule by man to rule of law.

Key words: civil law; *General Principles of Civil Law*; civil code

(责任编辑 朱剑)