

中国近现代继受西方民法的效果评述

孙宪忠*

内容提要 自清末变法以来,随着政治、经济体制的巨大变迁,中国民法的形成与发展先后受到潘德克顿法学、前苏联法学和日本法学的深刻影响。适应发展市场经济的需要,中国民法自1995年以来虽呈现了正确认识和全面继受潘德克顿法学的可喜局面,但由物权法的制定可知,前苏联法学对中国民法仍具有很大的消极影响。为促进市场经济的快速发展,中国立法机关和民法学界亟待革新意识与鼓足勇气。

关键词 中国民法 潘德克顿法学 前苏联法学 日本民法

中国古代法律文献中虽然有“民法”一词,但其含义与现代民法大相径庭。中国现在所使用的民法,不论是其概念与知识体系,还是其思维背景,基本上都是由外国引进的结果。从引进或继受的进程看,最初主要是对西方法律知识体系尤其是德国潘德克顿法学的继受,后来又发生过对前苏联法学的大规模继受。由于这样的继受,中国传统的法律文化反而在目前的法律制度中体现不多了。因此,在思忖为中国民法典的制定建立理论基础的时候,我们有必要对中国民法继受西方民法的过程及其效果做出认真的评述,以便分清其利弊得失。

从对民法具有重大影响的角度看,中国民法继受西方民法的过程大体可以分为四个阶段。

一、中国近现代民法的创立时期

中国引进民法概念与民法知识体系发轫于清末变法。“司法之革新事业始于清光绪二十八年,自是年设修订法律馆,先后所订有民法律草案、商律草案、公司法制草案、海船法草案、破产法草案各案……”。在这一过程中,关于民法典的编纂的情况是:“宣统三年法律馆编纂成功五种法典,即大清民律草案第一编总则,第二编债权,第三编物权,第四编亲属,第五编继承……”。虽然这一民律草案不是法律,但它开启了中国接受西方法律知识的大门,而且奠定了中国编制民法典的基础,后来数十年的民法典编纂都是在这个基础上进行的。

应该指出的是,在中国建立现代意义的民法概念及其知识体系之初,日本法学家发挥了极大作用,他们为中国的法制事业不仅贡献了自己的学识,也献出了自己的学术良心。当时协助中国编制民律草案的学者松冈义正、志田钾太郎,并没有建议中国采纳日本法的立法模式,而是建议采纳更为精确、更容易引进、更方便使用的德意志法学的知识系统。为什么要在法国法、日本法和德国法之间选择德国法的概念与知识系统?原因在于,当时的立法者就这些法律素材进行了认真的比较,如当时的修订法律大臣在奏疏中所言:“原本后出最精确之法理,学术之精进由于学说者半,由于经验者半,推之法律,亦何莫不然?以故各国法律愈后出者最为世人瞩目,意取规随,自殊剽袭,良以为学问乃世界所公,除非一国所独

* 中国社会科学院法学研究所教授,博士生导师。

杨鸿烈:《中国法律发达史》,香港商务印书馆1930年版,第898页。清光绪二十八年,即公元1904年。

前引,杨鸿烈书,第904页。清宣统三年,即公元1911年。

也”。

因此可以说,中国自清末改革法律之时就走上了对德意志民法学说的完全继受之路,其不但继受了德意志法学的外观体系,而且继受了支持这种法典编纂模式的理论,即潘德克顿法学。这一点尤其表现在关于物权变动模式的选择方面。与日本民法相比可以清楚地看出这一点。日本民法也是由西方法律继受而来,从表面上看,其尽管也继受了德意志法系的立法模式,接受了德国法系的物权与债权的二元化结构,但是它只是继受了德国法系物权与债权的法律性质的区分,没有继受德意志法系关于这些权利发生变动的法律根据的区分;所以,日本法没有彻底继受潘德克顿法学。对此,正如日本近现代杰出法学家我妻荣先生指出的,这是日本民法的一个遗憾。之所以被认为是一个遗憾,原因在于潘德克顿法学体系更能够实现调整复杂经济生活的法治目标。中国民法立法之初,由于认真地进行了比较研究,从而避免了这一遗憾。现在看来这一点特别值得指出。

此后经过二十多年的立法研究,中国终于在1930年前后完整地颁布了自己的民法典。该法典的产生,基本上可以说是一个移植的结果,而不是制定的结果。从立法体例上看,该法典与《德国民法典》完全一致,它同样包括总则、债、物权、亲属和继承五编。虽然也有过大规模本土社会调查,但是立法的基本原理和大量素材基本上来源于国外尤其是德意志法系,诚如参与这一立法过程的法学家梅仲协先生所言:“现行民法,采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四……”。

因此,可以肯定地说,中国1930年代民法典的最显著的特征是受到了《德国民法典》的巨大影响。该法典从体系上来说与《德国民法典》基本上一致,所不同者是该法典在物权编部分规定了具有中国传统色彩的典权及永佃权,在亲属编部分依据男女平权的观念建立了新型婚姻家庭制度,这一点要比德国民法先进很多。但总的来说,在财产权利部分的规定上,该法典的基本素材更多地来源于德国法、瑞士法而不是本土法。这部法典最显著的优点,是它从一开始就接受了作为德意志法学特征的“处分行为理论”或者物权行为理论,在涉及物权变动的法律规则方面,它的规定与《德国民法典》完全一致。因为民法的基本结构正是关于物权与债权的区分,而中国1930年代民法不但从物权与债权的法律效力上进行了区分,而且从这两种权利的法律根据和法律关系方面进行了区分,所以,中国民法成为继受德意志法系最为彻底的法律。德国的法学家们也许不会想到,中国这个具有悠久历史的大国会成为德意志法系的一个重要成员。

这一点与日本民法形成了一个很有意思的对照:日本民法只在外在形式上继受了潘德克顿法学,它也承认物权与债权的法律效力的区分,但是日本民法却基本上不承认物权变动与债权变动的法律根据的区分。日本民法典最关键的法律条文,也就是关于物权变动的法律根据的条文,与法国民法的规定基本一致。所以,从这一点看,日本民法只具有德意志法系的形式而不具有其实质。

从立法技术的角度看,1930年代的中国民法典既继受了德国民法概念精确、体系完整的优点,同时也避免了德国民法过分强调立法专业化忽视其民众化的缺陷,它的大多数规定,采用了适合中国本土的

前引,杨鸿烈书,第906页;谢振民编著:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第745页。

日本民法第176条、第177条、第178条规定,物权变动仅以当事人的意思表示而生效。不动产登记和动产交付不是物权变动的生效要件,而只是发挥对抗第三人的效果。

这一观点是星野英一先生在纪念我妻荣先生的一篇文章中转述的。关于此文的出处,参见王茵:《德国、法国、日本的物权变动立法模式比较研究》,商务印书馆2003年版,第10页注释部分。

梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,初版序。

对此,可参考台湾学者就其民法典关于物权变动的条文解释。参见林纪东、郑玉波等主编:《新编六法参照法令判解全书》,五南图书出版公司1986年版,第180页。

时至20世纪下半叶,台湾修订民法典时更确定了坚持这一传统做法的思路。

法学语言。不论从其基本结构还是从其具体规范的角度来说,这部立法的质量应该说都很高,它既表现了中国法学家擅于恢宏、精深的思维特点,又展示了中国立法者所具有的后来居上的勇气。这一阶段的前辈法学家有许多杰出的研究成果,我们现在阅读这些成果的时候,常常为我们有这样的先人而感到自豪,也为我们今天民法典立法的尴尬处境感到惭愧。

二、对前苏联法学的继受

新中国建立初期,在当时发挥宪法作用的《共同纲领》的指导下,中国尚存在着民法发挥作用的土壤,但这一时期并未长久。由于追求彻底革命,新中国完全切断了与既往法律文化传统的关系,并开始以完全照搬的方式引进前苏联民法。从外在的立法形式上说,前苏联法学中的民法概念体系也来源于德意志法学,如1923年的《苏俄民法典》,由总则、物权、债权和继承四编组成,由此我们还不难看到潘德克顿法学的影子。但前苏联民法没有规定亲属编,之所以如此,是因为前苏联人认为,民法是财产法,不能包括亲属问题。后来,由于经济计划在现实中不断被加强,社会生产资料基本上被国有化,以调整交易关系为基本使命的民法的作用范围被大幅度地压缩,因此,前苏俄民法又发生了体例上的重大变化,即取消物权法,只规定所有权。这种立法模式和理论,本来只是前苏联自己的国情演变的结果,但长期以来其却被一些人盲目地当作社会主义的特征,中国改革开放之前出现的几个民法典草案,都是这样的结构。所以,在改革开放之前,中国民法没有形式意义的物权法与亲属法的概念和知识系统。

从法律的政治属性上看,前苏联民法与大陆法系民法也有本质的区别:前苏联法学建立在计划经济体系之上,以法律作为阶级斗争的工具。而且,到上世纪40至50年代,经过1937以后的大肃反^⑩和长期的政治斗争对不同意见的清理,前苏联法学已经建立了自圆其说的“社会主义法学体系”。因此,这一时期的前苏联法学,是对西方法律体系从概念到立法精神的彻底批判和改造的产物。首先,它按照阶级斗争学说,彻底否定了近现代以来西方民法从人文主义革命、工业革命和启蒙运动发展而来的以人文主义为核心的思想和价值体系;然后,它又按照计划经济的要求,彻底否定了民法关于规范市场及相关交易的制度体系。因此,这个时候的前苏联法律是非常极端的。新中国建立之初继受的前苏联法学,就是这样的法学。

但比较而言,中国民法学比前苏联民法学更为极端、片面。比如,在前苏联和东欧地区国家,都普遍存在大量的私人生产资料所有权,尤其是土地私人所有权,而中国到后来就彻底消除了土地的私有,前苏联以及东欧国家都存在着大量的住房私人所有权,而中国长期以来城市居民基本上没有住房私有权。前苏联和东欧国家很早就制定了自己的民法典,而且一直还比较重视民法典的制定工作,但是中国从1949年一直到改革开放之前不断地进行阶级斗争,因此,在将近四十年里,它根本就无法制定民法典。即使是它所起草的民法典草案,也都成了阶级斗争的宣言书。^⑪

也就是因为这样,中国在法律制定和研究中,一直存在着首先要解决“姓资”还是“姓社”这个最重大

参与制定该法典的梅仲协先生认为,这一点是参照《瑞士民法典》的结果,同时也是尽力涤除早期立法方案中存在的日本语口气的结果。参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第19页。

关于前苏联人的这种做法及其原因,请参见[苏]库德利雅夫采夫主编:《苏联法律辞典》(第一分册),法律出版社1957年版,第105页。

⑩ “肃反”,即“肃清反革命运动”,指前苏联共产党于1937年发动的清理各种异己分子的运动。

⑪ 最典型的是,1962年,在毛泽东的直接指示下中国立法机关起草了一部民法草案,该草案完成于1964年8月,由三篇共252条组成:总则、财产的所有和财产的流转。这个民法典草案几乎完全放弃了传统的民法概念和术语,充满了中国流行的政治口号。这个草案基本特征是强调当事人的义务重于权利。这一点清楚地反映出中国当时处于“义务本位”社会的状态。另外,在1964年的草案中,涉及到基于侵权产生的义务、不当得利和无因管理的内容都被完全删除,知识产权也被奖励制度所取代,民法的制度系统被简化到极端。即便如此,由于后来更为激进的文化大革命,这个草案没有颁布施行。对这个草案,因为已经有公开的资料,故此处不加以介绍了。

的问题。^⑫ 中国每一次制定法律,都要首先由立法机关在这个问题上做出解释或者声明。这种做法一直保留到今天。比如,原定于2006年3月颁布的物权法就因此而被迫宣告推迟,其原因是,2005年底,中国两所最著名的文科大学中的几个教授提出,中国立法机关颁布的物权法草案有严重的政治问题,它背离了社会主义的方向。^⑬ 当然,这几个教授所说的“社会主义”,还是前苏联人定义的社会主义及后来中国极左路线时期认定的社会主义。从其理论上讲,这些人对于国际社会主义思潮没有多少了解,他们的法学专业方面的知识还是前苏联人的那一套。实际上,对物权法的政治性质提出的质疑,并不是从这几个人开始的,在物权法制定之初就存在着这样的声音。^⑭

本人自始就参加了中国物权法的起草与编制工作,后来也参加了中国民法典的编制工作,在此过程中,深感中国民法学者之间知识背景差异之大,也同样感受到前苏联法学在中国的影响之大、危害之深。也正是因为如此,本人一直有一个深切的希望,就是依据人文主义革命、工业革命、启蒙运动以来民法科学所取得的思想成就,将前苏联法学尤其是其民法学说加以清理。在此本人先介绍一下中国继受前苏联民法的情形,非如此不能理解中国民法发展的现状。

前苏联法学的基本特点,是完全否定人文主义革命的价值,否定以民事权利为核心的民法在法制社会的基础作用,否定民法作为社会基本法的作用。依据自然法的法理,人人生而平等,自然拥有权利,公权负有平等地保护私权的责任,这就是“以人为本”的法学观;而在前苏联法学那里,权利来自于法律的赋予,每个人只能根据其“所有制”中的地位有区别地得到保护,这样即使是合法财产,也会有法律地位的尊卑之分;更糟糕的是,和这些财产相联系的人,也有了所有制身份的差异。这一点严重地违背了社会主义的理想和本意。建立在前苏联法学体系基础上的民法观念和制度体系,对中国并没有产生好的效用,从前苏联留学归来的老一代法学家对此深有感触。^⑮ 中国现在虽然已经走上了市场经济的道路,但遗憾的是,中国法学界许多人有时甚至是主流的意识形态所采纳的民法观念和民法知识体系,还是前苏联法学的那一套。

简要地说,苏联法学中的民法知识体系与西方民法的区别有如下几点:

1. 前苏联法学不承认公法和私法的区分,把民法也当作公法。民法和公法都是阶级斗争的产物,因此民事权利不是私权,本质也是公法上的权利。因为这一点,民事权利始终在中国不能得到法律的充分承认和保护,民事权利的享有和行使,都必须绝对服从公共利益。而民法也不能成为民权社会或者民法社会的基本法,只能被当作公权社会的基本法——宪法的一个部门法。

2. 前苏联民法否定意思自治原则,尽量压缩民事主体意思自治的空间。前苏联法学认为,社会主义条件下全体人民根本利益高度一致,因此执政者可以代表社会大众的要求,法律不能过分强调意思自治。不但财产权利的运用不能主张意思自治,而且有时人身权利也不能按照意思自治原则处理。

3. 前苏联法学强调所谓“公有制的实现阶段理论”,将社会的人及其权利划分为国家、集体和个人三个层次,并给他们不同的政治地位和法律保护。所谓“公有制的实现阶段理论”,指的是前苏联人提出的所谓“社会主义社会发展基本规律”理论。其基本内容是:国家所有权是社会主义阶段生产关系的高

^⑫ 所谓“姓资”,就是具有资本主义的性质;“姓社”,就是属于社会主义的性质。

^⑬ 关于物权法制定流产的事件,中国媒体尤其是网络媒体有大量的报道。对此也可以参见:《北大教授公开信称物权法违宪 姓社姓资再起争议》,http://www.sina.com.cn/2006年02月23日15:01 南方新闻网;以及署名张冠的《巩献田搅黄了物权法》(转载) 提交日期:2006-1-511:09:00, 载于http://www.ccforum.org.cn/。这两篇新闻报道也反映了对于此事的两种相反的态度,前者对于物权法流产甚为惋惜,而后者基本上是幸灾乐祸。

^⑭ 对此请参阅孙宪忠的如下几篇论文:《物权法的基本范畴及主要制度反思》,《编制中国物权法学者建议稿的几点考虑》,《中国财产权利制度的几个问题》,《确定我国物权种类以及内容的难点》,《国有企业财产权利问题》。上列论文收录于孙宪忠的《论物权法》一书,该书2001年由法律出版社出版。除此之外,还可参见孙宪忠:《我国物权法中所有权体系的应然状态》,载《法商研究》2003年第4期;孙宪忠:《物权法制定的现状以及三点重大争议》,载于《金陵法律评论》2005年第1期。

^⑮ 参见《对张仲麟先生的访谈录》,载《中国法律人》2004年第4期。

级形式,是人类生产力发展最高阶段的标志,因此国家所有权在社会主义国家居于至高无上的地位;集体所有权是社会主义公有制实现的初级形式,所以其地位虽不及国家所有权,但也是神圣不可侵犯的;唯独私有所有权是私有制的残余,因此应该予以压制以限制其自由发展。从此,中国民众个人的民事权利尤其是私有所有权失去了立法最需要的正当性基础,民众合法地取得财产,也被认为是一种卑劣欲望的表现。

最关键的是,代表所有制的主体因此也产生了身份上的高下之分。其中全民所有制主体身份最高,而没有公有制身份者身份很低,其中尤以农民的地位最低下。^⑩就这样,前苏联法学确立了公然的主体地位不平等这个社会主义法的伦理标准。

4. 前苏联法学主张,民法的主体是国家、集体和个人,而不是传统民法中的“自然人、法人”。从表面上看,前苏联法中的主体制度和传统民法一样,但是它却对这种传统理论进行了彻底的批判。因为自然人、法人具有自然平等的精神,因此近现代民法能够自然实现平等自愿的精神。另外,民法上的主体制度,是依据主体明确的“权利、义务、责任”这个法律关系的逻辑而展开的,这一点和前苏联法所强调的“公有制观念”不符,因为在前苏联法学的公有制观念中,自然人、法人均不能作为公有制财产的主体。因此前苏联民法按照公有制的规则,确立的社会主义民法中的主体是国家、集体和个人;这样划分的意义,在于区别他们的身份和法律保护的力度。前苏联法学的这一做法,基本上使得民法上的法律关系处于落空的状态。我们从中国正在进行的物权法立法关于所有权主体的争论中仍然可看到前苏联法的影响。可以肯定地说,前苏联民法的主体并不是近现代民法意义上的自然人、法人。整个民法体系依此建立后,对民法发挥其作用有本质的妨害。

在此次物权法制定中,坚持前苏联法的观念始终占据上风,最后颁布的物权法草案可以说还是坚持了前苏联法关于财产所有权的“三分法”的主张,法人,尤其是企业法人的财产权利的规定,仍然被纳入“国家、集体、个人”这种模式之内。尤其是公有制企业的财产权,也被当作国家所有权的一种实现方式,这严重地违背了改革的目标和法律原理。众所周知,中国公司法关于此问题的法律规则,即原公司法第3条第4款的规定,已经在公司法的修改中被废除了,而物权法草案却仍然坚持已经被废除的法律精神。从这一点可以看到前苏联法在我国的影响之深、危害之重。

5. 前苏联法不使用法律行为概念,而使用“民事法律行为”概念,尽力压抑代表近现代民法精髓的意思表示理论,并将其压缩简化到极端。这种观念不但限制个人意思在财产关系中的应用,甚至限制个人意思在亲属与家庭关系中的作用,许可政府对于亲属关系实施强大的行政管理,并尽量压缩亲属范围。当然,中国立法已经部分地放弃了这些做法,但是历史上确实存在过这些东西,而且这些问题现在还是没有被彻底解决。

6. 前苏联法律政策强调民法典立法的政治宣教作用,不重视立法的技术和质量。现在中国民法制定仍然以“宜粗不宜细”、“宜短不宜长”、“成熟一个制定一个”、“立法尽量少用法言法语”作为指导思想。在这种指导思想下面,民法立法的质量很难得到实质的提高。

通过上面的分析可以看出,前苏联法学的许多思想观念不但和市场经济的要求完全相悖,而且不符合中国当前倡导的“以民为本”、“以人为本”政治要求。对这些过时的法律观念进行清理,应该是中国法学界必须立即动手的工作。

^⑩ 中国法学界有一个说法:农民只有1/4法律人格。原因是中国选举法规定,四个农民才享有一个城市居民的选举资格。另外,在民事赔偿方面,农民也只享有城市人的1/4的权利。今年发生的一个交通事故赔偿的案件中,三个同行上学的女孩被汽车撞死,其中两个城市女孩的父母获得20万元人民币的赔偿;而另一个女孩因为是农村人身份只获得人民币5万元的赔偿。最后肇事司机基于同情,才将对于该农村孩子的赔偿增加到9万元人民币。关于该案件的报道,请参见《农村少女遭车祸身亡 赔偿不及城市户口者一半》,http://www.sina.com.cn/2006年01月24日03:23。原稿见同日《中国青年报》。

三、改革开放初期对外国民法的借鉴

1978至1992年可以被称作中国改革开放的初期(从其他的角度看,有人也许不赞同这样的区分,但是从民法发展的角度看这一区分是完全可以成立的,具体的原因下面会提到)。在这一时期,中国民法的发展基本上可以说是在封闭的情况下进行的:在经济方面中国虽已完全向世界开放了,但在法学知识系统更新方面却显得非常拘谨。之所以如此,一方面由于多年来政治斗争的原因,人们不敢大胆引进和接受西方的民法理论(基于同样原因,人们也没有胆量从台湾学习自己的先人所继受的大陆法系法学);另一方面源于法律外语人才的匮乏,我们无法知道西方民法发展的具体情形,因此无法予以借鉴。这一时期的中国民法发展可以说基本上是在自我探索的基础上进行的。当时中国大部分民法学家的法律知识来自于前苏联法学,另外一少部分人的法律知识来自于“旧中国”的民法,所以,人们当时所依据的民法原理基本上来源于两个方面:前苏联法学和传统大陆法系法学。1986年制定的《民法通则》可以说清楚地反映了这一特点。该法虽然表现了改革开放初期中国立法者摆脱前苏联法、建立适合改革开放的民法制度的一面,但是它的基本法律用语还是表现了前苏联法学的特征,只是它关于物权变动与债权变动基本关系的规定(第72条第2款)却有所不同。^①总的来说,西方现代法学在这一时期对中国的影响非常小。

但是,在上世纪80年代末到90年代初期,日本现代法学进入了中国并发挥了巨大的影响,这一点可以成为我们研究这一时期中国继受西方民法学说的亮点。在中国当时的法学界,摆脱前苏联民法、研究传统大陆法系民法成为很多人的目标,但是由于迅速学习西方语言的困难,一些法学家开始学习日语,希望能够借助于语言的便利实现自己的知识更新。数年之后,中国成长起了学习日本民法的领军人物,他们的知识对于后来中国民法尤其是合同法的制定发挥了很大的作用。同时,在这一时期,日本法学界也非常重视加强与中国法学界的联系,日本无数批法学家自费来到中国,帮助中国法学界掌握新的民法知识。从此,通过日本法的学习,中国法学界开拓了视野,中国的民法知识系统极大地丰富起来了。在中国制定“统一合同法”的过程中,日本法学家的参与则更为显著,当代日本民法学的领军人物多次来中国,他们直接、间接地参与了中国合同法的制定工作。这样,1999年颁布的中国合同法在与国际法理接轨方面实现了很多突破。

但是也正是因为如此,这一时期的中国民法打上了浓重的日本法特色。这一点最为显著的就是在物权变动方面,中国民法放弃了1986年《民法通则》采纳的物权变动与债权变动相区分的理论和制度,转而采纳法国法和日本法上的“同一主义”——依据一个债权意思表示统一发生债权变动的效果和物权变动的效果的立法模式。1986年《民法通则》规定,依据合同发生所有权变动的,所有权的变动应该在标的物交付的时生效,债权变动的生效并不当然发生物权变动的效果;然而,到上世纪90年代,中国颁布的许多法律都采取了强行要求债权变动和物权变动同时生效、同时无效的立法模式(1995年《担保法》第42条,1999年《合同法》第51条,第132条等)。总的来说,在此时期,民法学界在物权变动这个交易核心制度的建设方面受到了日本法学的否定物权行为理论的观念支配,提出了一些不合潘德克顿法学逻辑和法理的观点,并且在立法上得到了反映。

四、民法知识向世界开放的时期

1992年,中国的经济体制发生了根本性的改变:放弃计划经济体制,接受市场经济体制。经济体制的这一变更不仅对中国国计民生整体具有历史意义,而且对于中国民法典的制定具有决定性影响,因为民法就是为市场经济服务的,它的整个制度建立在市场经济的基础之上。因此,中国民法于1992年之

^① 该条文的基本含义是:依据合同取得所有权的,所有权的取得在交付时生效,而不是与合同同时生效。这一规则当然仅适用于动产,因为当时中国尚没有不动产的交易行为。

后才真正获得了发展的土壤。这一时期中国最高立法机关的立法规划明确提出,市场经济的基本法律是民商法;中国民法典的制定完成,标志着中国市场经济的法律体系建设的完成。这一认识,使得民法在中国获得了空前的至高无上的评价,也就是在这样的政治条件下,中国才开始了真正的民法典制定工作。也就是在此时,中国法学界才开始了比较系统的研究和借鉴西方法律的工作。西方法律与法学从此时开始在中国发挥积极作用。

从对民事立法的影响来看,中国现在的民法学者大约可以划分为四种类型:

第一种类型的学者完全排斥西方法律,这些人很少提出建设性意见,他们在立法中发挥的作用,就是以“人民的代表者”身份,对现在的各种立法设想提出批评。这些学者中有些人甚至声称自己不懂外文,也没有必要学习外文,他们对西方的法律思想采取排斥的态度。这些人在中国民法学界并不多,但是经常可以听到他们的声音。

第二种类型的学者是坚持前苏联法学。在中国,以前苏联法学作为自己分析问题基点的民法学者其实是多数,因为中国的改革一直在逐步改变旧意识形态的前提下进行的,因此前苏联法学的政治思想基础在中国从来没有被清理过,大多数民法学家因此仍以前苏联法学为社会主义法学的正宗。当然,他们之中只有少数人比较极端,不愿意接受来自于西方的法学知识;大多数人比较温和,能够逐渐接受西方的法学学说。中国最近出现的关于物权法制定的争议,比较尖锐的反映了这个问题。最初提出中国物权法立法方案的是中国社会科学院法学研究所的课题组,也就是我本人参加的课题组,我们所提出的立法方案,比较而言,较多地反映了市场经济体制的一般要求,比如在所有权这个物权法的核心制度方面,我们提出了“一体承认、平等保护”的立法方案;^⑩但是,在参与立法的多数核心专家看来,我们的观点太过于激进。立法机关编制的立法方案最终在所有权问题上采取了比较温和的做法,一方面,它按照前苏联法确立的“国家、集体和个人”这种有区别的方法规定了中国的所有权体系;另一方面,它没有采取过分强调国家所有权神圣的规定。但是中国法学界一些非常极端坚持前苏联法的人认为,中国物权法立法方案不再提公有财产神圣的做法,是决然无法接受的,因此他们坚决反对物权法的现有方案,并使原定于2006年3月份颁布物权法的计划流产。当然,这些极端的做法,在中国法学界受到很多人的批评,但由于大多数法学家对于民法基本问题的认识与前苏联法学并没有本质的区分,他们没有能力提出彻底否定这些极端主张的系统理论;而坚决反对前苏联法学的声音在中国难以得到充分的展示,这导致物权法以及民法典的编纂陷于停滞状态;这种状况和前两年那种热闹的民法典编纂情景形成极大的反差。

第三种类型的学者,是学习日本法、基本上坚持从日本引进法国法观念的学者。

第四种类型的学者,是主张彻底继受德意志法学的学者。此外,在中国也有少数主张采纳英美法系概念系统的学者,但是他们尚未提出英美法系的概念系统知识,我们也无法对他们做出评述。

持法国法观念的学者,和持德国法观念的学者,在主张建立市场经济规则方面看法一致。但是在如何看待潘德克顿法学这个德意志法学的核心问题上出现了分歧。

1995年以前,从日本学者那里传来的、继受自法国法的、否定物权行为理论的观点占支配地位。1995年以来,中国法学界出现了另一种声音,即正确认识和评价物权行为理论和潘德克顿法学。一批从德国留学归来的学者,依据自己所掌握的第一手资料,否定了从日本法学中引入的谬误,将物权行为理论及潘德克顿法学引入了中国。^⑪由于中国原来就具有继受德意志法学的传统,而且中国的市场经济

^⑩ 本人1996年即提出对公共财产和私有财产“一体承认、平等保护”的观点,我们课题组据此编制了将各种财产所有权以同样的法律语言表达、并给予同样的法律保护措施的立法方案。这一点为目前的官方立法草案否定。对本人的这些观点,可以参见前引^④所列的论文。

^⑪ 对此,请参见孙宪忠的几篇论文:《物权行为理论探源及其意义》、《再谈物权行为理论》、《物权行为理论中的若干问题》等,这些论文均载于作者的《论物权法》文集。

发展很快,而潘德克顿法学的物权变动理论在处理交易安全方面具有其他法学理论不可比拟的优势,因此,对潘德克顿法学的正面引进,可以说获得了很大成功。经过数年的努力和无数次学术奋争,中国目前肯定潘德克顿法学的青年学者已经逐渐成为多数,近年来出版的民法教科书,已经出现了肯定潘德克顿法学者居多的可喜局面。

潘德克顿法学的基本原理在实现对经济生活尤其是交易关系的法律调整方面所表现的优势,可以说是公认的。在交易生活中,立法和司法必须将交易的各个阶段的权利、义务与责任划分清楚,以建立准确的调整制度。因此,自其引入中国后,潘德克顿法学已在很多方面得到中国立法和司法的承认。首先,最高法院的数个司法解释采纳了物权变动与债权变动的区分原则,潘德克顿法学从而在司法实务领域获得了普遍支持。比如,1999年,在《合同法》生效后不久,中国最高人民法院就颁布了几个有关《合同法》的司法解释,尽力纠正《合同法》因采纳“同一主义”原则而造成的交易不公平问题,《合同法》第51条的规定,被最高人民法院的司法解释事实上否定了。2003年颁布的《最高人民法院关于处理商品房买卖合同若干问题的规定》中,^{②0}明确采纳了由作者本人提出的“合同生效只产生债权变动效力,物权变动应该以不动产登记作为生效要件”的观点,并在一系列条文中建立了“区分主义”的规则。通过这些做法,《合同法》中建立的“同一主义”模式的作用已经被极大地削弱了。

其次,目前的物权立法方案也采纳了“区分原则”。在本人受命撰写物权法总则的条文建议稿时,课题负责人曾指示本人,只写物权法原则几个条文即可。但是本人依据潘德克顿法学,在物权法总则的草案中增加了“一般规定”、“不动产登记”、“动产的占有与交付”三个部分共六十多个条文,基本上全面引进了潘德克顿法学有关物权变动的规范模式,以及涉及动产与不动产物权变动的全部法律制度。对这些制度设计,本人也进行了相当多的说明和解释工作,因此这些制度基本上保留在官方目前发表的物权法草案文本之中,包括预告登记、顺位制度这些很有特色的制度设计,都已经被官方方案采纳了。目前,中国物权法草案的总则部分有四十多个条文。在这些制度中,物权与债权不仅仅从其法律性质方面区分开了,而且也从权利变动的法律根据方面区分开了。

前几年,对本人提出的关于在中国依据潘德克顿法学建立完善的不动产登记制度的设想,日本法学家普遍表示担心,他们认为中国太大,无法建立起统一登记的制度,因此他们建议中国物权法采纳日本或者法国法的立法模式。当然,这些建议我们没有采纳。现在,不但物权法的立法草案明确写上了统一登记的原则,而且登记机关也在积极努力,准备起草统一的不动产登记法。因此可以说在不动产法领域,中国法基本上完全采纳了这一理论,并且取得了相当的成效。

另外,中国当前承认潘德克顿法学的学者尤其是青年学者越来越多,而否定者越来越少,这也是一个事实。

五、结 语

中国最高立法机关依据市场经济的要求制定民法典的做法得到了人民的拥护。只有在市场经济体制下,中国才可以制定出真正意义的民法。中国现在已经走上了市场经济的道路,在某些地区,其经济体制的市场化程度已经达到了比较高的水平。即使目前有些人否定市场经济和改革开放的成就,但是我们应该有信心地认为,中国改革开放的步伐不会倒退。也正是基于这一认识,我们坚信,中国民法学还会有更大的发展。

中国法学界虽然一直有一种崇信“正宗社会主义”的传统,^{②1}但从现在的情况研究看,这种“正宗社会主义”其实和国际社会主义运动有很大的差别。事实证明,这些法学理论远远脱离了中国的国情。因

^{②0} 2002年底,本人作为最高人民法院聘请的专家参加了这个司法解释的制定工作。

^{②1} 这一点我们可以从以下典型事件看出:除上个世纪50年代大规模照搬前苏联法之外,上个世纪80年代中国又大规模地引进前苏联的“经济法”理论,当时中国不再需要民法的呼声很高;到了本世纪初,又出现了依据前苏联法知识否定物权法草案的事件。

此当有人提出“姓社姓资”这样的讨论时,应该认识到那些批判别人“姓资”的人,其观点也未必真的“姓社”,他们只能被认为“姓前苏联”而已。中国民法中现有许多制度和知识系统还是前苏联法的样子,这些东西和市场经济的要求并不相符。

就中国民法的整体来看,我们已经无法找出几个属于中国本土的法律制度了。我们因此应该承认,所谓传统民法,其实并不是我们自己本土的民法。不论是基于传统,还是基于现实我们还是要坚持法学尤其是民商法的“改革开放”。我们的法学前辈一百年前曾经说,法律科学是人类共同的财富,学习及借鉴他人不是一件耻辱的事情。世界上大多数国家其实都有学习与借鉴他国法律的历史。相比我们的先人而言,现在立法机关及许多法学家显得太拘禁了,他们在旧意识形态压力下,似乎太缺乏改革与求进的勇气。中国现在还有一些极端排外、否定进步的声音。但是即便如此,中国民法学界整体对于学习和借鉴他国法学经验的热情只会升高,而不会降低。

Abstract: From the law reform movement during the last decade of Qing Dynasty on , with tremendous changes in political and economic system , the formation and development of China 's Civil Law has been influenced by Pandecton 's Law , Pre - Soviet Law and Japanese Law . In order to meet the needs of market economy , China 's Civil Law began to review and to adopt Pandecton ' Law after 1995. However , it is obviously that Pre - Soviet Law remains to be a big negative restraint to China 's Civil Law . China 's legislature and Civil Law academics must be courageous to reform and to progress to promote the quick development of market economy .

(责任编辑:朱广新)