



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

更多 ▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 5167

中国民法典立法中的比较法问题

渠涛

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

一、概观

中华人民共和国民法典草案已经被提交到人大常委会第31次会议进行初审,这条新闻不仅应该引起国人注目,而且会令全世界关注。

从政治上说,一个国家不能缺少一部宪法;而从市民生活上说,一个社会不能缺少一部民法。对于一个即便是只承认市场经济的存在来说,民法是同宪法相提并论的根本大法。甚至有学者说,一个社会可以没有宪法,但不能没有民法。

新中国成立后,曾于50年代初和60年代初两次试图制定中国自己的民法典,但都没有成功。其主要原因就是在当时的社会否定商品,否定市场经济的存在。改革开放伊始也曾经做过这方面的尝试,但草案四易其稿,最终还是在民法经济法大论争的背景下确定了所谓“批发转零售”的方针,即舍弃法典立法,改用“成熟一个制定一个”的单行法立法,在时机成熟的时候,最终通过修改单行法汇编成法典。二十年来,随着中国社会主义市场经济的建立,作为民事制度的单行法的制定和颁行,从数量到质量都在不断的升级。可以说,作为民事法律制度的建设已经形成了一个以《民法通则》为基础,以《担保法》、《合同法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等单行法为框架结构的基本体系。但是,要适应中国今天以至今后市场经济的发展,仅有这个基本体系是远远不够的。因此,需要制定一部囊括市民生活各种法律关系的民法典。

二、此次经审议的民法典草案的一些内容

经审议的民法草案分为9编,即:总则(117条)、物权(329条)、合同(454条)、人格权(29条)、婚姻(50条)、收养(33条)、继承(35条)、侵权(68条)、涉外民事关系的法律适用(94条),共计1209条。

以下仅介绍一些该草案中与现在的民法制度不同的几个制度设计。

第一,诉讼时效的延长。现行法中的诉讼时效为二年,此次延长为三年。在立法说明中,强调的是加强对权利人的保护。从中国幅员辽阔,地区之间差异大,即交通、通信、信息的取得,以及各地区之间公民法律意识的差异、法院以及法官的数量等因素看,该草案中对诉讼时效的延长是符合中国国情的。

第二,降低了限制行为能力人的年龄。此次将限制行为能力人的年龄从原来的10岁下调到了7岁。据说,这主要是考虑到,现在小学的入学年龄基本在7岁,而如果限制行为能力人的年龄设定在10岁,小学校方对3年级以下的学生的义务将会加重。这就是说,小学校方本来负有的安全注意义务将会因“小皇帝”的身价不断升级,而扩大为监护义务。这样的制度设计,其宗旨恐怕就在于消除这种不公平。

第三,设立了建筑物区分所有权制度。近年来随着城市住房改革的深入,关于住宅用高层建筑的所有权人之间的纠纷案件数量不断上涨,草案中的这种制度设计是顺应了社会的要求。

第四,增加了精神损害赔偿。现实社会生活中,侵犯人格权、隐私权的诉讼案件逐年增多,而实体法

中对人格权的规定过于简单，如，《民法通则》中只有关于侵害人格权地简单规定，因此无法对应在现实生活中出现的复杂问题。最高人民法院于2001年2月26日曾经就精神损害赔偿问题发布过《私法解释》，以对人格权的侵害为中心扩大可以请求精神损害的范围。但是，实体法上的制度完善问题仍然没有得到解决。草案中人格权法对此做出了更加明确、详细的规定，特别是还加入了对隐私权的保护。另外，在侵权责任法中，精神损害赔偿的保护范围也的到了扩大，人身权利、人格权受到侵害时，受害人都可以要求精神损害赔偿，而不是像以前只有人格权受到伤害才能够要求精神赔偿。

三、民事立法中学者的作用

自90年代中期开始，法学工作者在立法中的作用和地位凸现出来，其主要表现在于接受立法机关委托，负责起草法律草案的工作。在民事立法方面，至今为止，1999年通过的统一合同法立法最突出地表现出了学者参与立法的必要性和重要性。这部法律应该是立法机关委托学者起草的第一部民事法律草案，而且学者们参加了从基础草案的起草到提交人大审议草案完成的全过程。这部法律，在现行民事单行法中规模最大、质量也最高，因此得到国内外法律专家和学者的一致好评。而之所以能够达到这样的水平，恐怕同学者的参与和投入不无关系。

在统一合同法的立法接近尾声的时候，立法机关根据当时的立法计划，委托民法学者开始起草物权法，后来改为直接起草民法典。自物权法开始起草之后，在民法学界，关于物权法的理论和制度研究也随之活跃起来，民法学者之间在物权法的具体内容乃至民法制度整体体系的设计，理论的取舍等问题上逐渐显现出一些难以调和的分歧。这对于学术研究是一件好事，对于立法也是不可或缺的理论准备。

五、民法典立法中的争论点

自民法学者起草的《物权法草案建议稿》（梁慧星主编，社会科学文献出版社；王利明主编，中国法制出版社）面世后，人大法工委决定正式启动民法典的起草工作。此后，学者之间的争论更加活跃。这些争论，开始见于学术会议和学者的研究论文，之后随着法律类网站的发展，目前网上论战也让人眼花缭乱。争论乃至论战的中心是社会科学法学研究所研究员、教授梁慧星。梁教授从学者起草统一合同法时逐步在民事立法中取得主导作用，他对中国民法典立法的基本设想是采用德国民法典的体例，即总则、物权、债、亲族、继承的五编制，以及德国民法的概念体系，在此基础上有机地加入各国先进的民法制度。其主要理由是，中国近代以来的民事法律制度的建立具有继受德国法的传统，至今为止地民事法律制度设计以及理论、概念体系仅本都属于大陆法系，而且受德国的影响比较大。一些学者对于梁教授的这种设想提出了各种异议。

第一，社会科学法学研究所研究员、教授孙宪忠先生认为，德国法是一个完整的体系，采用德国法体系应该注意它的完整性，例如，在物权变动制度的设计上，就应该完整地采用物权无因性理论和制度结构。

第二，人民大学教授王利明先生认为，现代社会与德国民法成立时的近代社会相比已经发生了许多变化，今天的社会对人的重视大大超出对财产的重视，侵权的形式也比过去更为复杂。德国法的五编制已经难以适应这种社会变化，因此主张侵权行为法和人格权法应该单独成编，用以体现今天的社会发展变化。

第三，厦门大学教授徐国栋先生对梁慧星教授提出各种批判，诸如，不懂外语，不能真正的理解外国法的内容，只能照搬我国台湾和日本的一些制度和学说；没有认真读过包括德国在内的各国民法典的内容；等等。另外，他认为，民法制度起源于罗马法，今天中国制定民法典也应该重视罗马法的精神所在；并需要在此基础上，重视本国的国情；尤其是，德国民法典的大总则体例并不可取。因此主张，缩小或放弃总则编的制定。据说，该教授正在准备一个吸纳各国民法之长，又重视本国具体国情的民法典草案。

第四，政法大学终身教授江平先生认为，今天的中国社会不必拘泥大陆法系的制度、概念和逻辑体系，英美法的松散式结构也很好。因此主张，放弃大陆法系的法典式结构。

第五，中国社会科学院法学研究所研究员、教授郑成思先生在社会科学院《要报》上陆续发表过三篇文章，认为物权法的概念有待商榷，应该以“财产法”概念代之。因为只有德国对物权与债权概念做严格区分，而法国只以财产权概念做概括性规定，另外英美法中也不使用物权和债权的概念，因此应该采用更科学更先进的“财产法”概念。

四、本人对民法典立法中的争议问题的看法

应该说，上述对梁慧星教授的批评都有一定的道理。所谓“仁者见仁，智者见智”，在社会科学研究领域，学者之间的意见分歧本来是自然现象。这显示出了中国民法学界对民法研究的深入和进步，也显示了民法学者对民法典立法的高度热情 and 责任感，这当然是值得中国民法学者为之高兴和骄傲的事。

梁慧星教授对于上述批评意见都做过一些回应。在民法典体例问题上，他称江平教授的意见为“‘松散式、邦联式’思路”，称徐国栋教授的意见为“理想主义思路”，称自己的意见为“现实主义思路”，而对郑成思教授的批评专门作出了大篇幅的反论（见：中国民商法网和梁慧星著《为中国的民法典而奋斗》法律出版社2002年）。从总体上说，关于民法典立法的论战已经拉开了序幕。

本人作为梁慧星教授领导的民法典起草小组的成员，也有限地参与了民法典的起草工作。在这里，仅作为一个一般的民法学者，从比较法的角度，谈一谈自己对民法典起草中一些争论问题的看法。

第一，究竟应该如何看民法典的总体结构。世界上第一部民法典是拿破仑民法典，1804年诞生于法

国，第二部民法典是1898年诞生的日本民法典，第三部是1900年诞生的德国法典。日本民法典是在急于消除“治外法权”这一特殊背景下制定的。它根据自己的需要兼采了法国民法典和德国民法典的内容，具体地说，日本民法典参照了法国民法典和德国民法典的第一、第二草案，对其客观的评价应该是采用了德国基础框架（五编制），同时融合了德国和法国民法的概念和制度。自德国民法典问世以来，各国民法典立法采用德国五编制立法模式为最多。但是，近年来，以荷兰民法典为代表的立法模式打破了传统五编制，为世界各国民法学研究和立法所重视。因此，应该说，传统的五编制有其科学性的一面，但不一定拘泥于德国模式的五编制。

第二，关于英美法的取舍。英美法模式，主要是以判例为基础总结出来的法律概念和理论。它有其科学性和实用性的一面，但是，这种制度的形成和运用同大陆法系正好相反。前者是通过判例——法官根据自由裁量对纠纷案件的判决——总结和抽象理论概念，而后者是通过成文法构筑概念理论的构架制度，并以此限制法官任意造法。两者相比，前者，理论概念和制度结构比较松散，但对法官判案的水平要求非常高；而后者，理论概念和制度结构相当严谨，但对法官判案的水平要求并不如前者那样高。

从我国目前的法官队伍的构成素质看，即便是采用大陆法系限制法官造法的立法模式——即我国目前的立法模式取向——人们都在担心在法律实施中的实效性（这一点从常常听到的“立法要有可操作性”可以得到反证），如果采用英美法只用判例理论和松散结构的成文法拘束法官的判断，在相当大的程度允许法官造法的话，其结果有可能造成裁判规则混乱，法官各行其是。因此，基于我国目前的法官构成状况这种现实，不宜采用英美法松散式立法模式的意见是可取的。

第三，坚持大陆法系的重要性。中国传统上属于大陆法系，民国时期民法典立法采用德国模式，这部法典至今仍在我国台湾地区实施，而且，国内民法学界一直是更多地沿用德国法概念。从这些方面看，对德国民法典这一传统模式（即五编制）加以改造，并在此基础上，有机地加入英美以及各国民法中的先进制度这种做法是比较现实的。

第四，如何广采各国民法之长，兼顾本国国情。这种意见虽然很好，但需要注意的是，一部民法典是一个整体，需要骨骼——框架和血肉——内容两大部份组成，各国之长应该理解为血肉，而将这些血肉有机地组合为一体需要一个像样的骨骼。因此两者不能偏废。

实质上，这里还有一个母体与客体兼容的问题。如果骨骼是基础，首先这个基础要与作为母体的社会基础——即现有的法律制度——相匹配。在这个基础——即母体——之上需要选择的是，根据母体的承受能力选择与其可以匹配的客体，还是为了解决母体本身不能正常运转而通过调整母体的机制为客体完善可移植的环境。如果是前者，理应是为一台旧计算机升级；如果是后者就是要组装一台崭新的机器。前者是小修小改，后者是要彻底解决更新换代。但两者需要考虑的共同问题是，首先要就最基本的硬件做出选择，其后才是对其他与之可以匹配的部件进行选择。从这个意义上说，只重视各个部件的有用性，而忽视整体的匹配性——无论是组装机器还是立法——都是非常危险的。

第五，因该如何看待民法典立法与习惯法以及亚洲法的关系。在以上介绍的关于民法典立法的各种讨论中，更多的是关于中国法与欧美法之间的关系的争论。由此令人感到有两个问题需要引起学界的重视，一是，关于民法典立法中的习惯法问题，在民法学界基本上没有得到讨论；二是，对梁慧星教授提出的所谓照搬台湾和日本法这种批判的正确性值得讨论。本人认为：首先，在民法典立法中重视本国的习惯具有重要的意义；其次，在世界政治多极化和世界经济全球化这种大趋势下，在亚洲各国之间通过法律制度的建设寻求国际政治的共同性和地区经济的协调性，尤其在今天更具有重要的意义。这一点是自明之理。从层意义上说，今后应该有更多像今天这种论坛形式的机会，使亚洲各国学者之间的学术交流不断深入。

相关文章：

[关于中国物权法制度设计的思考](#)
[日本民法编纂及学说继受的历史](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

