

您现在的位置: >>>首页>>>民法法学>>>学者论坛

中国的民事立法与民法法典化

魏振瀛 北京大学法学院 教授

上传时间:2005-1-2

浏览次数:6489

字体大小: 大 中 小

(编者按) 我国是否应实行民法法典化, 制定民法典? 如需要制定民法典, 其调整对象是什么, 与相关的法律部门如何划分? 这个问题不无分歧。正确处理这个问题, 关系到如何建立适应我国现实和今后发展需要的科学的法律体系, 也关系到民事立法的效力。本文作者集中论述了我国民法法典化的问题。现全文发表, 供立法界和学术界参考。

中华人民共和国成立后, 废除了旧中国的一切法律、法令, 旧中国民法典成为被批判的旧法之一, 新中国的民事立法另谱篇章。40多年来, 我国的民事立法随着社会制度的变动与经济体制的改革, 走过了曲折的道路。现在探讨民法法典化问题, 其理论与现实意义是以往任何时期都不可比拟的。本文从我国民事立法的现实出发, 结合有关学理争论, 谈谈实行民法法典化的问题, 以此献给1994年10月在北京召开的罗马法、中国法与中国民法法典化国际研讨会。

一、民事立法的成就、特点与缺陷

(一) 民事立法的成就

我国早在1950年5月就颁布了婚姻法, 人民以欢庆解放的心情欢迎这部法典。但调整财产关系的民事立法长期主要以行政规章的形式出现。1954年至1982年, 立法机关先后三次组织起草民法, 三个民法草案均遭搁浅。改革开放十几年来, 虽未颁布民法典, 但民事立法取得很大成绩。1986年4月颁布的民法通则是民事立法发展史上的里程碑。民法通则颁布前后直到现在, 已颁布的民事法律和与民事法律有关的法律有经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法、继承法、公司法、海商法、城市房地产管理法、专利法、商标法、著作权法等。另外, 国务院与主管部委制定了工矿产品购销合同条例、城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例等十几个合同条例和细则, 最高人民法院结合司法实践, 公布了若干指导性文件。上述法律及法规性文件, 已上千条, 可以说, 我国民事立法已初具规模。

十几年来民事立法成就的一个突出体现, 是突破了计划经济体制的束缚, 反映了社会主义市场经济客观规律的要求。其中重要的是改变了否认国营企业民事主体地位的观点, 确立了国有企业的法人地位, 确立了民事主体地位平等、自愿、等价有偿原则。民事立法成就的另一突出体现, 是加强了对民事权利的保护。针对过去国有企业缺乏自主权, 平调公民或集体财产, 对民事权利保护不够的情况, 民法通则则在基本原则一章规定: “公民、法人的合法民事权益受法律保护, 任何组织和个人不得侵犯”。据此作了一系列较为具体的规定。

(二) 民事立法的特点

热门文章

- 张玉敏 侵害知识产权民事责任归责原则研究 (2008-5-31)
- 王利明 《物权法》与环境保护 (2008-5-29)
- 邵世星 夫妻同居义务与忠实义务剖析 (2008-5-31)
- 杨利华, 冯晓青 著作权扩张及其法律和经济学探讨 (2008-6-2)
- 王竹 我国侵权法上的“公平责任”源流考 (2008-6-2)
- 周珂, 张璐 民法与环境法的理念碰撞与融和 (2008-5-30)
- 林旭霞 虚拟财产解析 (2008-5-30)
- 徐海燕 会计师事务所民事侵权责任的思考 (2008-5-29)
- 宁红丽 建立物权变动的新模式的思考 (2008-6-3)
- 吴向红 试论推荐人在推荐作品被认定侵权后的民事责任 (2008-6-1)

专题

用益物权研究专题

我国未来民法典体系专题研究

《道路交通安全法》专题研究

虚拟财产研究专题

民法法典化专题研究

“物权法实施研究论坛”

民法学与环境资源法学的对话

关注《侵权责任法(草案)》

《劳动合同法》相关问题专题

民法法律物格制度

[更多专题>>](#)

改革开放以来的民事立法，注意吸收外国立法的进步因素，结合我国国情，进行了有益的探索，形成了独特的民事立法体系。以民法通则为基础是我国民法体系的特点之一。1984年中共中央十二届三中全会通过了《关于经济体制改革的决定》。《决定》指出，我国经济是公有制基础上有计划的商品经济，要突破把计划经济同商品经济对立起来的传统观念。民法通则就是在这一新的理论基础上制定的。立法机关原拟起草民法总则，时机成熟时再制定分则。起草过程中感到现实社会生活中有不少民法分则方面的问题尚无法律，但短期内又难以制定出民法典，于是将原计划制定民法总则改为制定民法通则。民法通则对传统民法典的总则部分作较为具体的规定，将急需的分则的一些问题作原则性规定，具体问题以后用单行法规或司法解释解决。编纂的结果形成9章、共156条。其中有6章（第1—4章，第7章与第9章）大体上相当于传统民法典的总则部分。第5章民事权利，包含有传统民法典中物权与债权部分的一般性规定。同时还对知识产权与人身权作了简要的规定。第6章规定民事责任。民法通则既有传统民法典的总则性质，又有民法纲要性质。实际上起着民事基本法的作用。

民法通则与其他三项民事法律构成民法的基本内容，是我国民法体系的特点之二。近现代民法典体系结构以1896年颁布的德国民法典为最佳。德国民法典分总则、债务关系、物权、亲属、继承五编。其他国家的民法典体例有所不同，但大都包括上述五个方面的内容。我国现有主要的民事立法除民法通则外，还有经济合同法、继承法和婚姻法。这三项法律已具有了债、亲属、继承的基本内容。如果说我国民事立法已初具规模，主要体现于此。

简略的民事法律与具体的民事法规及司法解释相结合，是我国民法体系的特点之三。民法通则和经济合同法条文简略，为解决实际问题，又制定了较具体的民事法规。前述经济合同条例和细则，主要部分接近外国民法典中各种合同之债，最高人民法院公布的《关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》，实际上使民法通则具体化了。

十几年来的民事立法，取得了新经验，体现了民法理论研究的新成果，是值得肯定和发扬的。其中特别是民法通则反映了我国民事立法的新进展。民法通则的规定有以下四个特点：

一是明确规定了民法调整的对象。西方国家的民法在法律分类上属于私法，民法典中不规定民法调整的对象是什么，学理上不认为这是需要规定的问题。社会主义国家法学理论通说不承认公法与私法的划分，加上社会制度与管理制度不同等原因，民法的调整对象是一个长期有分歧的问题。经过长达数十年的争论后，1964年的苏俄民法典用三个很长的条文规定民法调整的对象，同时在该法典前言中也有关于民法调整对象的规定。我国民法通则第2条规定：“中华人民共和国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。”这一规定文字简明，从立法上划清了民法和其他部门法的界限，从立法上较好地解决了这一争论较大的问题。二是突出规定了民法的基本原则。民法通则第1章专门规定基本原则，条文具体鲜明，对适用具体民事法律规定，处理民事问题有指导与实践意义。尽管条文结构与内容不无进一步研究的余地，但在民事立法体例安排上，无疑是进步的。三是全面规定了民事权利。传统民法调整和保护的财产权一般为物权、债权、继承权。对人身权没有概括性规定，仅在侵权行为之债中规定了侵犯人身权应承担的民事责任。民法通则专章规定民事权利，并将知识产权、人身权与物权、债权并列，反映了对知识产权与人身权的重视，具有时代特征。四是将民事责任独立成章。民法通则第6章民事责任，分一般规定、违反合同的民事责任、侵权的民事责任三节。这在民事立法史上没有先例。民事责任一章对民事责任作了概括的规定。与传统民法典相比，“条文清楚、结构完整，突出了民事责任的强制性以及侵权行为责任的特点”。将来制定民

法典对此不一定完全套用，但不无参考价值。

（三）民事立法的缺陷

我国民事立法主要是近十几年发展起来的，由于经验不足等多方面原因，还存在着不少缺陷，主要的缺陷是法律条文简略，内容不健全。作为民事基本法的民法通则仅156条。没有使用物权概念，缺少物权通则和取得时效，用益物权与担保物权条文很少。债权部分缺少通则，合同法缺少合同成立的具体规定。由于法律条文简略，不能适应实际需要，不得不用行政法规及部门规章作出本应由基本法作出的规定，司法解释性文件不得作出某些立法性的规定。这种规定在法律不健全的情况下起了积极作用，但立法体系上有本末倒置之嫌，部分规章难免产生倾向部门利益之弊。缺陷之二是法律结构不严谨，单行法与基本法的界限不清。突出的例子是三个合同法并存。三个合同法本来都属于民法规范，其总则部分与民法通则总则部分的规定有重复，并且规定各不相同，适用法律就会有困难。缺陷之三是民法规范中有较多的行政规范因素。例如，民法通则中有关于企业法人代表对企业从事非法经营的责任的行政性规定，民事责任中有关于罚款、拘留的规定，经济合同法中专章规定经济合同的管理。再如，房地产管理法中的规定对土地使用权出让、房地产转让、房地产抵押、房屋租赁等规定，均为民法规范性质，又有不少行政法规内容，但法律名称用“管理法”，法律责任仅规定行政责任。上述行政性规定在不同程度上冲淡了民法规范的特点，对正确适用民法规范产生不利影响。

产生上述缺陷的原因是多方面的。有的是因为经济体制尚未定型，法律上尚难作出具体规定，如物权方面的他物权等；有的是因为健全法律规范需要一个过程，为解决现实问题，在一项法律中规定本应由其他法律规定的內容；有些是属于学理上认识上的问题，如对普通法与特别法关系的认识、对民法与经济法调整对象的认识不同等。

二、民法法典化的必要性

（一）民法法典化是发展社会主义市场经济的需要

发展市场经济是社会主义社会自身发展的需要。不同社会制度下的市场（商品）经济有其共同的规律性，也各有特殊性。调整市场经济的法律形式有其共同点，也有不同点。我国社会主义市场经济的法律调整应采取什么模式，是摆在我们面前的现实问题。根据我国现状和发展，我们既不应采取传统中华法系的老模式立法，也不能采取英美法系的模式。我国是社会主义国家，自应注意参考其他社会主义国家的立法。50年代至60年民事立法先是参考苏俄模式，后又完全否定苏俄模式，自搞一套，但未成功。70年代末80年代初，在改革开放的形势下，又注意参考苏联立法经验。这个时期在我国开展了民法学派与经济学派的争论。争论的焦点是社会经济组织间的经济关系由民法调整还是由经济法调整。我国民法学派主要是参考苏联民法学派的学说，经济法学派主要是参考苏联经济法学派的学说，并且各自都有发展。

在20年代末30年代初社会主义经济成分已经巩固，私有经济成分已接近完全消灭的时候，苏俄就开始出现了一种经济法理论。到50年代末出现了以B.B拉普捷夫为代表的新经济法理论。他认为经济法是调整国家的社会主义经济中形成的社会关系的独立的法律部门。他反对把经济法规范分割在民法和行政法中，认为经济法既应调整横的经济关系，又应调整纵的经济关系。学者对此称为“纵横经济关系统一调整论”。苏联经济法学派的主要理论根据有两点：一是认为社会主义组织之间的各种经济

关系是属于同一类的社会关系，苏联经济是包括社会生产，分配和交换各个环节的国民经济综合体。

二是认为社会主义经济是计划经济。“社会主义经济关系的主要的和最典型的特征不是他们的商品性而是他们的计划性”。由此得出结论，社会主义组织间的经济关系由经济法调整。苏联民法学派认为社会主义存在着商品生产和商品交换，这个事实要求财产关系的参加者在相互关系上都是独立的，而不是从属的。他们在法律上是享有按照自己的利益和意愿支配财产的自主权利，而民法正是一个集中了保障社会关系参加者拥有支配财产的独立性的各种法律手段的部门。民法学派主张的主要理论根据是，在社会主义社会里，由于生产力和生产关系的发展水平，除国民经济有计划按比例发展的规律外，价值规律还在发生作用（尽管是在有限的范围内并被自觉地加以利用），所以，客观上还存在着商品货币性质的财产关系。这种关系，不管是发生在组织与组织之间、组织与公民之间，还是发生在公民相互之间，都属于同一类的社会关系，都应由民法统一调整。1961年颁布的苏联民事立法纲要和1964年颁布的苏俄民法典均规定：“苏维埃民法调整共产主义建设中因利用商品货币形式而产生的财产关系，以及与这些财产关系有关的人身非财产关系。”这一规定采纳了苏联民法学派的主张，其根本原因是前苏联立法机关承认社会主义条件下存在商品货币关系。

我国经济法学派是在1979年以后逐步形成的。经济法学派的理论渊于苏联的“纵横经济关系统一调整论”，但又有不同。其中占主导地位的观点认为，经济法调整经济管理关系和经济协作关系。所谓经济管理关系是在经济管理过程中发生的物质利益关系，经济协作关系是在经济协作过程中发生的物质利益关系。这两种关系由经济法统一调整的理论根据是：“它们都是社会生产总过程中形成的人与人之间的物质利益关系”，“同时，我国在社会主义公有制基础上实行的商品经济，是有计划的商品经济，不是无计划的商品经济，不是哪种完全由市场调节的市场经济。因此，在我国，经济管理关系和经济协作关系有着极为密切的联系。我国经济体制改革的实践证明，经济协作离不开经济管理，经济管理本身就包括对经济协作的管理。”

民法学派认为：“民法所调整的社会关系的核心是一定社会的商品关系。”其理论根据主要是商品经济关系与经济管理关系具有不同的性质。他们指出：“纵横统一”的实质意味着企业的一切经济活动都要受指令性计划管理”，“经济体制改革的实践已经承认企业是相对独立的商品生产者，承认生产资料是商品。……承认企业之间的联系就是平等、等价的商品关系。这样，横的平等和等价的关系怎样和纵向的行政隶属关系统一起来？”民法通则第2条关于民法调整对象的规定，包括了“经济协作关系”。民法通则颁布后，经济法学派与民法学派的争论减弱了，但未停止。因此讨论民法法典化自然会涉及民法调整对象问题。我国经济体制改革的实践证明，商品经济关系主要应由民法调整。实现民法法典化，提高民法的地位，才能为发展社会主义市场经济提供有力的法律保障。

（二）民法法典化是完善社会主义民主，充分保护公民、法人民事权利的需要

我国是人民当家作主的社会主义国家，社会制度决定了人民享有广泛的民主权利，包括经济民主权利。实现民法法典化，直接关系着实现经济民主，充分保护公民和法人的民事权利。

我国经济以公有制为主体，实行经济民主特别重要的是要使企业有自主权。从我国现实看，关键在于处理好国家机关的行政权力与企业主要是国有企业自主权的关系。在旧的经济管理体制下政企不分，国有企业是国家机关的附庸。企业经营的决策权甚至具体经营权实际上由其主管机关掌握，企业缺乏自主权，缺乏经济民主。邓小平同志曾经指出：“我想着重讲一讲发扬经济民主问题。现在我国的经济管理体制权力过于集中，应该有计划地大胆下放，否则不利于发挥国家、地方、企业和劳动者四个方面的积极性，也不利于实现现代化的经济管理和提高劳动生产率。”1992年邓小平同志提出

“计划和市场都是经济手段”的重要论断。1993年11月中共中央十四届三中全会作出了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，《决定》指出要建立现代企业制度，要使“企业拥有包括国家在内的出资者投资形成的全部法人财产权，成为享有民事权利，承担民事责任的法人实体。”这是继民法通则之后，进一步以中共中央决定的形式确认了国有企业的民事主体地位。这样就为企业法人行使经济民主提供了法律上和政策上的基本保障。但是由于民法通则条文简要，大量的具体民事问题没有通过民事基本法形式，而采用行政法规或部门规章的形式调整，致使一般人不懂得民法通则的重要性，在法制宣传中有的将其排列在具体的法规之后。加上体现经济法学派观点的1981年颁布的经济合同法的实施，多数人不懂得经济合同关系是民事法律关系，因而实践中强调对经济合同的管理，忽视企业自主权。实现民法法典化，提高民法的法律地位，在法律上切实保障国有企业的民事主体地位和财产权，集体企业、私有企业和公民个人的民事主体地位和财产权相应地得到保障，广泛的多形式的经济民主才能得以实现。

根据传统民法和我国民法通则，民法调整的对象，包括财产关系和人身关系两个方面。传统民法典偏重于财产权，对人身权重视不够。民法通则专章规定民事权利，将人身权单列一节，明文规定公民享有生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、婚姻自主权。法人、个体工商户享有名称权、名誉权和荣誉权。这一规定无疑具有进步性。但是这些仅在民法通则中规定，并且不够具体，难以显示其在法律体系中的重要地位。实现民法法典化，将公民与法人的财产权、人身权都在民法典中作具体规定，体现民事权利是公民和法人最基本的权利，从而充分保障其民事权利的实现。

（三）民法法典化是健全社会主义法制，实现法律科学化的需要

实现民法法典化，健全民事立法，是健全社会主义法制的重要内容。要实现以经济建设为中心的方针，建立社会主义市场经济法律体系，主要的是要健全直接调整经济关系的法律，其中民事立法占有重要地位。

根据法律规范在法律体系中地位与作用的不同，法律可分为普通法与特别法（或称基本法与特别法）。“凡全国一般人民及一般事项均可适用的法律为普通法……；若仅限于特定人，或特定事项或特定地域适用的法律为特别法。”将法律区分为基本法与特别法，是立法科学化的总结。实行民法法典化就是要制定民法典，使其成为基本法。

民法法典化的历史，就是编纂民法典，使之上升为基本法地位的历史。民法渊源于奴隶制的罗马法。罗马法诸法合体，其精华部分是罗马私法，其中主要是直接调整商品经济的部分。后来法律逐步划分为若干部门，民法成为重要的部门法之一。近代民法典的典型首推法国民法典。法国资产阶级革命胜利后，吸收罗马私法的精华，结合资本主义市场经济发展的需要，1803—1804年颁布了民法典，建立了内容丰富的科学的法律体系。法国民法典较之罗马的《民法大全》及以前的民法典有以下特点：(1)彻底摆脱了诸法合体的庞杂的立法传统，建立了全新的民法体系。(2)民法典的内容系统化，条文化，文字精确、简炼，是判决民事案件的基本依据。学者认为这部法典与宪法之间的共同之处是“它们的基本法性质”。“民法典显然是基本法”。“民法典的问世，开辟了一个新纪元，整个民法法系都因而产生了深刻的变化”。(3)民法典形式简洁、抽象，不仅在本国适用期较长，且许多条文被其他国家参考，甚至不少基本相同。

我国民事立法，法律条文少，法规层次多，行政法规、部门规章的条文多，加上地方法规及各种

法规的解释，难免发生适用上的不统一。在这种立法体系下，降低了法律的效力，为部门扩权和法官扩大解释权开了绿灯，因而不利于加强法制。民法法典化，是大陆法系国家的基本经验，我国民事立法出现的问题也说明法典化是民事立法的必由之路。

探讨民法法典化，必然涉到民法与商法的关系。大陆法系的立法有民商合一与民商分立两种模式。当今立法趋势是民商合一，而不是民商分立。我国清末变法修律，采用民商分立主义。国民政府在1929—1930年制定的民法，采民商合一主义，将原属商法部分的居间、行纪、仓库、运送营业、承揽运送，列入民法典债编。如公司，票据、海商、保险，分别另立特别法，学理上称之为民事特别法。这样的立法模式在民商合一立法例中，无疑是先进的。这样立法的主要根据是当时的国民政府立法院院长胡汉民、副院长林森提出的主张：“查民商分编，始于法皇拿破仑法典，维时阶级区分，迹象未泯，商人有特殊地位，势不得不另定法典，另设法庭以适应之。……吾国商人本无特殊地位，强予划分，无有是处。此次订立法典，允宜社会实际之状况，从现代立法之潮流，订为民商统一法典。”现在看这种主张的基本观点仍然是正确的。民商合一的立法理由不限于此，本文不详细论述。这里强调指出的是，民商分立国家的商法典中的有些规定已从商法典中独立出来，商法典已支离破碎。即使民商分立的国家，民法处于基本法的地位，商法处于特别法的地位。日本商法典第1条规定：“关于商业，本法无规定的，适用商业习惯法，无商业习惯时，适用民法。”

如果说在民商分立的情况下民法是商法的基本法，那么说“民法是市场经济的基本法”，是合乎逻辑的结论。民法总则和调整财产关系的基本部分，是商品交换为中心的商品经济关系的一般规定。民法总则中的基本原则、民事法律行为、代理、期日与期间、诉讼对效，物权法与债法中的一般规定，对公司法、票据法、海商法、保险法等商事法均有一般的适用性。

三、制定民法典的思路

（一）关于制定民法典的速度的思考

我国制定民法典的速度是快了，还是慢了，现在应当快点还是慢点好？快与慢是相比较而言。世界各国民法法典化的进程有快有慢。1756年巴伐利亚民法典是最早的一部民法典，这部法典从1746年12月巴伐利亚国王腓特烈大帝发出的关于统一境内法律的命令算起，到民法典颁布用了近10年时间。奥地利民法从组织起草到颁布先后经历了50多年。法国民法法典化若从1790年10月制宪会议决定开始，到1804年3月公布完毕，用了近15年。如果从查理七世颁布法令整理习惯法拉开法典化的序幕草起，长达350年之久。1896年颁布的德国民法典，从1873年成立的一个预备委员会算起，计23年。社会主义国家的民法典的编纂情况差异更大。沙皇俄国没有民法典，只有一个1832年编纂的《俄国法规汇编》。1917年十月革命成功，经过艰苦的战时共产主义之后，根据新经济政策，在列宁直接指示下制定了世界上第一部社会主义民法典，于1922年颁布，距离十月革命仅5年。匈牙利1959年颁布的民法典，是匈牙利全部历史上的第一部民法典。在1976年之前，德意志民主共和国在有一定的限制条件下，沿用1896年的民法典。我国民法法典化开始于1907年大清民律的制定，到1930年12月国民政府通过民法亲属编、继承编，历经23年。新中国的民法法典化从1954年开始，至今40多年，民法典尚未颁布。与苏俄民法典相比，我国民法典制定过程显然过长。

综观各国民法法典化的历史，决定民法法典化进程的有多种因素。一是立法现实问题与立法技术因素。优士丁尼编纂《学说汇编》是因为“法规是如此混乱，这种状态漫无边际，已超出了人的能力范围。”巴伐利亚、法、德、瑞士等国的民法法典化，都是为实现法律的统一，解决法规多元制的矛

盾状况。二是政治因素。法国民法典的制定是为了巩固资产阶级取得的革命成果，德国民法制定与实现德国统一不可分，日本民法典和大清民律的制定，是为维新变法及废除领事裁判权。三是经济因素。法国推翻封建制度建立资本主义制度，日本明治维新，由封建经济向资本主义经济演变，都是在经济制度重大变革的情况下，制定的符合资本主义市场经济要求的民法典。四是观念与理论因素。罗马法的编纂成功，与查士丁尼的法学观念及重视法学家的学说有关。德国民法典制定的舆论从德国一位爱国主义者写的一本名为《论德国对一部民法典的需要》开始，但著名学者萨维尼的理论影响较大，在一定程度上延缓了德国民法的起草。新中国成立后政治经济上发生了根本变革，婚姻法适应这种变革应运而生。由于长期实行高度集中统一的计划经济，民法典的作用难以发挥，民法典起草工作三起三落，根本原因就在于此。从上层建筑适应经济基础角度看，也不应说我国民法法典化进程太慢。

下一步制定民法典应当快一些还是慢一些？从政治上与经济上看，制定民法典的条件均已具备，特别是《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》为制定民法典提供了基本政策，具体说主要体现在以下三点：1.在所有制结构上，以公有制包括全民所有制和集体所有制经济为主体，个体经济、私营经济、外资经济为补充，多种经济长期共同发展，不同经济成分可以自愿实行多种形式的联合经济。2.在经济体制上改革原来高度集中的计划经济体制，目标是建立社会主义市场经济体制。国营企业，集体企业和其他企业都进入市场，平等竞争。3.实行政企分开，落实国有企业自主权，使企业真正成为自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束，享有民事权利，承担民事责任的法人实体。十几年来我国民法理论与实践的研究有很大的发展，许多重要问题上由分歧而达到了共识，民事立法数量增多，质量逐步提高，所有这些都为较快地制定民法典提供了良好的基础。同时还应看到，经济体制改革正在进行，有些问题如物权部分，特别是国有企业法人财产权与用益物权等问题认识不一致，界定产权也有难度，在民法理论研究上有不少欠缺之处。因此，制定一部既反映市场经济客观规律，又符合我国具体国情的高水平的现代化民法典，不是一蹴而就的。笔者认为，民法典的起草起步要早，步伐要稳。起步早就是从现在起就应再次组织民法典的起草，不宜迟疑。步伐要稳是指不能急于求成。因为经济体制改革有个过程，深入的理论研究也需要时间。步伐稳不是要步伐慢，而是要稳中求快。在具体步骤上有的应当快，如总则编、债编，有的应当慢，如物权编。步伐快还是慢主要取决于立法机关的决策，理论与舆论也是重要因素。

（二）关于民法典共性与个性的思考

一部民法典的内容与形式的形成，受政治、经济、文化、科学技术、民族传统、学术观点等多种因素的影响。世界上除了1926年的土耳其民法典是个特例以外。各国民法典各不相同，各有特点。同时各国民法典在内容与形式上都有共同点，其共同点的形成与上述诸因素的共同点有关，其实质是反映了社会关系的共同规律性。正确认识民法典的共性与个性的关系，把握其共同规律性，把握我国的国情，使二者适当结合起来，对制定好我国的民法典，具有重要意义。1954年开始起草民法时正处在学习苏联时期，1956年完成的第一部民法草案，主要参照了苏俄民法典的体系。1962年再次起草民法，当时强调总结自己的经验，1964年形成的第二部民法草案，不考虑借鉴他国经验，完全另搞一套，传统民法术语基本不用，走上另一个极端。1982年完成的第三部民法草案和1986年颁布的民法通则，较前有质的飞跃。对其肯定者居多，批评者也不少，原因之一是对民法典共性与个性关系上认识有分歧。

总的来看民法典的共性大于个性，根本原因是民法调整的商品经济关系有其共同的规律性，平

等、自愿、等价是其共同的原则。商品是为交换而生产和存在的，商品交换必须具备的条件：有商品；有支配商品的人；有交换商品的行为。与此相适应在民法上有民事主体、财产所有权和债（主要是合同）三项基本制度，这是各国作为民事基本法的民法典都具有的制度。苏俄民法典不包括婚姻家庭关系，但各国民法典都没有将上述三部基本制度排除在外，因为这三项制度是调整商品经济关系三位一体不可分割的组成部分。基于同样原因，这三项制度中的具体规定也有共同之处。特别应当指出的是，现代国际经济、文化、科学技术交往日趋频繁，商品交换和与之相联系的民事关系更加广泛，各国民法规定的差异越小，越有利于交往。为减少交往中因各国民商法差异而造成的障碍，一个办法是订立和参加有关国际公约，如《联合国国际货物销售合同公约》。另一个办法是修订各国民事立法，使其尽量与国际上通用的作法一致。我国民法典的制定应充分注意与国际接轨，因为社会主义民法与资本主义民法的区别，在于它所反映的社会主义公有制与资本主义私有制根本不同，但在民事法律形式上不宜过份强调中国特色。不仅如此，在人身关系、婚姻家庭关系、继承关系方面，各国也有共同性。尽管这些关系受民族传统、生活习惯、道德观念等影响较大，但人类社会生活的必备条件总有其共同性。如人类的社会实践证明近亲结婚有害优生，实行一夫一妻是共同的要求，配偶之间、父母子女之间相互扶养，相互继承遗产是家庭生活的需要等等，因此调整这些关系的民法就有其相同点。

同时，我们不应忽视各国国情的不同，民法典的具体内容与表述形式也会有差别，而且会长期存在。瑞士民法典与德国民法典的差别是个明显的例证。瑞士与德国相邻，居民中讲德语的占65%，社会背景相通之处居多。瑞士民法典于1907年正式通过，比德国民法典仅晚11年，但是瑞士民法典在体系结构，文字表达和立法指导思想上与德国民法典相距甚远。德国民法典是所有民法典中体系、逻辑最为严谨的，甚至被喻为天衣无缝，影响广泛而深远，特别是它反映的理论受到高度赞扬。瑞士民法典并未仿照德国民法典编纂，其编章的排列与德国民法典大相径庭。德国民法典语词严谨，瑞士民法典则通俗易懂。德国民法典的起草者认为法典必须完整，内容尽量详尽。瑞士民法典第1条规定表明起草者认为成文法会有空隙。瑞士民法典颁布后受到非凡的赞赏，其成功的重要原因之一，是该法典符合瑞士特点的社会背景。“在历史上，瑞士没有象德国那样接受罗马法，因此法律从来没有落入专业人员手中，瑞士的诉讼当事人并不期待法官把裁判与某项法律原则结合起来。民选法官的传统一直保留到今天。”

各国民法典的差别主要体现在亲属关系与继承关系方面。婚姻家庭关系和继承关系与商品经济关系不同，后者与传统文化联系较少，前者受民族传统风俗习惯影响较大。清朝末年变法修律过程中，对民律草案中的总则、债权、物权三编和商事法的起草，与民律草案中亲属、继承两编的起草，就采取不同的方针与方法。光绪28年（1902年）2月颁布上谕：“矿律、路律、商律等类，皆应妥议专条，著各出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部……开馆编纂，请旨审订颁发。总期切实平允，中外通行，用示通变宜民之至意。”民法总则、债权、物权三编，请日本法学家志田钾太郎、松冈正义主编。亲属、继承二编“关涉礼教”，由修订法律馆会同礼学馆编订。日本民法典和泰国民法典主要是根据德国民法起草的，但亲属、继承除外。

我国早在1950年就颁布了婚姻法，1980年作了修订。继承法于1985年颁布。这两项法律实质上可称之为民法的亲属编与继承编。今后重点是民法典的其他部分的修订。我们正处在20世纪90年代，许多外国民法典编纂与修订的经验可供借鉴，我们已积累了正反两个方面的经验，只要各界同仁共同努力，一部既反映民法典共同规律，又符合我国国情的现代化民法典，将会在不久的将来宣告问世。

（三）关于民法典起草步骤的思考

我国民法典的制定可以采取不同的方案，不同的方法进行。方案之一是根据民事立法的现状，民法典的制定可分两个步骤。第一步补充与修订作为民法典组成部分的单行法。当前正在制定合同法，还需要制定物权法或财产法。这两部法律颁布以后，第一个步骤即告完成。第二步修订民法通则，物权法或财产法、合同法、婚姻法、继承法，使之成为民法典的组成部分。这个方案可采取立法机关、行政主管部门和专家相结合的方法进行。方案之二是立法机关委托法律院校与法学研究单位的专家组成专家起草组，由专家起草民法典。所需经费由立法机关拨给，或者由立法机关协助专家起草组申请专项基金，或争取赞助。

我国立法机关一贯重视专家的作用，但是专门委托专家起草基本法尚无先例，这方面应大胆尝试。从各国立法史看，委托专家起草法律并非罕见，著名的瑞士民法典是由一位大学教授胡伯(Eugen Huber)起草的。我国民法学界的专家有能力承担民法典的起草工作。专家起草组在起草工作的同时，可围绕民法典起草中的理论问题，组织专题研究，使起草工作与法学研究结合起来，起到相互促进的作用。上述两个方案可同步进行。两方案的起草组织可以互通情报，共同研究问题，取长补短。这样有利于促进民事立法的科学化，有利于促进民法学的发展。

我国社会主义市场经济大发展，民事立法和商事立法需要大发展，民法典起草的迫切性更为突出，抓紧时间实现第二个方案，可以加快民法法典化的步伐。民法典起草中难度较大的是，物权编。由于国营企业与国家之间的财产关系，农村土地承包关系等方面的改革有待深化，采取何种法律形式有待进一步研究，但是不应因此而推延民法典起草的时间。及早动手起草民法典，可以推动对难点问题研究。即使难点问题短时期难成定论，可以先作原则性规定或不作规定，这样做似乎显得不够周全，但从总体上看不影响民法典的大局，因为除个别难点问题外，大量的民事法律问题需要通过民法典形式作出明确的规定。现在主要矛盾不是解决难点问题而是解决面的问题。虽然同时解决面与点的问题是理想的方案，但如达不到，应照顾面，以解决面上的更多的问题。

（四）关于民法典体系的思考

我国民法典应采取民商合一主义。具体安排可将内容较多、不便纳入民法典的公司法、票据法、海商法和保险法作为民法的特别法，将隐名合伙，居间、行纪、承揽运送等商事性合同列入民法典债编。

我国民法典基本上应参照德国民法典体系，借鉴其他国家民法典中的长处，反映我国的研究成果与实践经验。民法典的第一编应为总则。民事主体部分除自然人、法人外，应反映合伙发展的现实，对符合法定条件的合伙的民事主体地位作出简要的规定。本编应对民事责任的一般归责原则、民事责任减免的一般条件和民事责任的形式作简要的规定。这样规定既有概括性、应用性，又加强了民法典的科学性，民事主体和民事责任部分规定得好将是对传统民法典的突破。民法通则中关于违反合同的民事责任和侵权的民事责任部分应归入民法典债编有关部分。知识产权是一种民事权利，专利法、商标法、著作权法已有单行法，并有其独特的性质，可作为民法的特别法。同时，应参照1964年的苏俄民法典在总则部分规定一条民事权利和民事义务发生的根据，其中包括写明知识产权是民事权利和民事义务发生的根据之一。第二编应为物权。本编规定所有权和他物权（包括担保物权）。物权编所有权部分应对所有权的一般法律问题作出规定，以适应市场经济的需要。第三编应为债权。第四编应为亲属，即修改婚姻法，增加亲属关系的内容，成为民法典亲属编，或者将婚姻法改为婚姻家庭法，增

加亲属关系的内容，不纳入民法典，作为民法的特别法。第五编应为继承权。第六编应为人身权。传统民法典中人身权的内容不多，没有单独成编，对人身权的民法保护过于薄弱。人身权的地位重要，与财产权性质不同，将人身权单列成编，充实人身权的内容，有利于提高人身权的地位，加强对人身权的保护。人身权编应包括通则和分则两部分。通则规定人身权的概念和原则。对人身权作定义式规定，具有抽象性、概括性，可以包含那些在民法典中虽未作具体列举的人身权方面的内容，从而为司法实践创立一定的自由裁量权，有利于丰富人身权。这样符合人身权逐步发展的趋势，例如随着环境保护的发展，可能创立与环境保护有关的人身权。人身权编应明确规定男女平等，公民、法人和非法人单位平等原则。还可以规定提倡性指导性条文，以反映我国民法典对人身权的重视，增强人身权意识。分则部分应对生命权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等分别作出定义式规定，对侵犯各种人身权的行为作列举式规定，对侵犯各种人身权的民事责任也应尽可能分别作出具体规定。如果知识产权不在民法典中独立成编，人身权篇对知识产权中的人身权如署名权等，也应作列举式规定，以体现对人身权的全面保护。

注释：

董成美等：《法律调整新论》，中国人民大学出版社，1990年3月版，160页。

参看B·B拉普捷夫：《论苏维埃经济法》，载《苏维埃国家与法》杂志1959年第4期。引自陈汉章：《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训》，载《中国法学》1985年第4期第62页。

B·B拉普捷夫主编：《经济法（教科书）》，法律书籍出版社，1983年莫斯科俄文版，第12页，载《中国法学》1986年第1期第63页。

参看C·C阿列克谢耶夫著：《社会主义经济机制与民法》，载《法学》杂志1983年第2期，《中国法学》1986年第2期第63页。

杨紫 x u ā n @①主编：《经济法原理》，北京大学出版社，1987年版，第13页。

佟柔等主编：《民法概论》，中国人民大学出版社，1982年版，第5页。

佟柔主编：《经济体制改革中的若干民法问题》，中国人民大学出版社1985年版，第23页。

《邓小平文选》（1975—1982），第135页。

《邓小平文选》第3卷第373页。

管欧：《法学绪论》，台湾，第44版增订本，蓝星扩字排版有限公司，第123页。

〔澳〕瑞安：《民法导论》，《外国民法资料选编》，法律出版社1983年版，第33页。

〔美〕艾伦·沃森著，李静冰、姚新华译：《民法法系的演变及形成》第173、168、132页。

叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社，1993年7月第1版，第611、601页。

王泽鉴：《台湾民法与市场经济》，载《法学研究》1993年第2期第63页。

同注第168页。“土耳其几乎全盘照搬了瑞士民法典，不过这样做的原因，是由于这部法典的优秀品质呢，还是由于土耳其的司法大臣曾在瑞士攻读过法律呢，对此尚有争论。”

沈达明、泽仁洁编著：《德意志法上的法律行为》，对外贸易出版社，1992年版，第210页。

出处：原载于《中外法学》1995年第3期

[【我想发表评论】](#)

[【将文本推荐给好友】](#)

[【关闭窗口】](#)

- ✦ 魏振瀛 《民法通则》规定的民事责任（下）
- ✦ 魏振瀛 《民法通则》规定的民事责任（上）
- ✦ 魏振瀛 怎样理解《物权法》
- ✦ 魏振瀛 参加《民法通则》起草的片断回顾[本站首发]
- ✦ 魏振瀛 物权法应当怎样体现社会主义初级阶段的基本经济制度
- ✦ 魏振瀛 物权的民法保护方法——是侵权责任，还是物权请求权？（一）（本网首发）
- ✦ 魏振瀛 物权的民法保护方法——是侵权责任，还是物权请求权？（二）（本网首发）

>>> [更多](#)

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008：中国民商法律网本网站所有内容，未经中国民商法律网书面授权，不得转载、摘编，违者必究。

征稿启事 投稿邮箱：ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号