

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021年第3期(总第18卷)

新中国民法典编纂的历史检视^{*}

李运达

摘要 | 回顾新中国民法典编纂历程,其大致可以被划分为两个阶段:建国初期至十一届三中全会借鉴苏联经验;十一届三中全会之后逐渐开始探索本土体系。我国民法典体系的形成过程,事实上也是西方的权利观念、社会主义公有制印记、中国传统法律文化与现代法律精神共同博弈与融合的过程。法律文化的多元性是我国数次民法典编纂均告失败的原因之一,民法典被部分学者所诟病的经验性,也不过是兼顾历史与现实因素而在法典形式上所做出的妥协。法需与时俱进,随时而转,应当承认,外部经济及政治、文化影响,对我国历次民法典编纂影响极大。但无论如何,本次法典编纂未再系统地照搬他国经验,对总则、债法及人身权体系所进行的改造,相当程度系基于我国实践经验,其实用主义的立法态度值得肯定。本次民法典得以顺利通过,亦将成为我国政治经济文化进步之佐证。

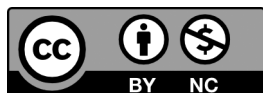
关键词 | 《民法典》;民法现代化;民法总则;人格权编;民事责任

作者简介 | 李运达,中南财经政法大学民商法博士研究生,研究方向:民法学。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



在以习近平同志为核心的党中央的强力推动下,经过立法机关和有关方面的共同努力,寄托着我国几代民法学人梦想、承载着法治中国重任的法律巨制——《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》),终于展现在世人面前。对这部民法典的结构与内容、制度与规则,难免众说纷纭、臧否不一。本文从编纂历史的角度对新中国民法典编纂过程进行检视,以求对解读《民法典》有所助益。

一、苏俄民法之输入

(一)《苏俄民法典》结构的全面移植

新中国成立前夕,“废除伪法统”已成为国共和谈的八项条件之一。1949年2月新华社发表《什么叫“废除伪法统”》一文,中共中央随即发出《关于废除国民党“六法全书”与确定解放区司法原则的指示》,司法界和学术界便展开了对“六法全书”

^{*} 基金项目:2020年国家社会科学基金一般项目“人格标识的利用与保护研究”(项目编号20BFX105);中南财经政法大学中央高校基本科研费专项资金资助“自然人身体利益民法保护研究”(项目编号202010529)。

的批判。针对当时主张抛弃“六法全书”阶级性而保留技术性的意见,《人民日报》亦发表数篇文章进行严厉批评,其中提到要“彻底改造和整顿各级人民司法机关”。^[1]随着“六法全书”的废除和新中国建立,全国范围开始进行司法改革运动,参照同为社会主义国家的苏联亦顺理成章。1953年2月,根据毛泽东在政协一届四次会议上的讲话上的指示,新中国法制建设一同其他领域,亦开始全面照搬苏联经验。^[2]1954年10月,彭真同志在全国人大常委会机关干部会议上的讲话中,第一次在中央层面做出有关起草民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等法律的表态。^[3]

从1955年10月5日民法总则起草工作开始,至1958年3月继承法草案起草工作结束,承担起起草任务的全国人大常委会办公厅各研究室先后完成65份草稿,其中总则篇4稿,所有权篇8稿,债法通则3稿,债法分则及各有名合同48稿,继承1稿,共计500余条。^[4]草案诞生之始即按照1922年苏俄民法典结构及内容制定,同样采取四编制立法体例,^[5]基于土地归公、劳动者的劳动不能被商品化及婚姻并非契约等社会主义立法理念,土地关系、劳动关系、婚姻关系被独立出来以制定单行法,进而导致其后数次民法典编纂均不含婚姻家庭的有关内容;在民事关系上,仿照苏俄民法典将信托、行纪等商事合同纳入债法分则,此民商合一立法体例亦延续至今。另外,各部分草案的借鉴程度又有一定差别。总则部分起草之时,曾存在有关法律行为分别规定的建议,^[6]但最终第四稿几乎全部沿袭《苏俄民法典》“基本原则”“权利主体”“权

利客体”“法律行为”“诉讼时效”五章立法结构和内容;只规定诉讼时效而不规定取得时效之立法例影响更至2007年《物权法》。物权部分则根据所有制来规定所有权,除效法苏联未规定用益物权外,亦未规定存在于苏俄民法的抵押权,这种做法成为后来《担保法》独立的体系根源。较之苏俄民法,草案债权部分变动更为明显,将《苏俄民法典》分则中的不当得利、无因管理、损害赔偿纳入债篇通则,债篇分则删除公司、保险等内容,奠定了现今公司制度的单独立法。^[7]1956年草案虽为与资产阶级法典相区别而承袭苏俄民法,但因编纂之初即贯彻从实际出发的立法原则,总体而言尚符合我国国情。1922年《苏俄民法典》系参照德国民法制定,虽然“六法全书”已被废除,但大陆法系传统仍被我国保留,包括婚姻法在内的各领域部门法均已齐备,总分体系与物债二分等许多法律概念、技术被加以吸收,上述潘德克吞体系事实上亦以另一种方式存在。遗憾的是,反右倾运动扩大化后,第一次法典编纂便无疾而终。

(二) 以所有制为纲建立民法体系

随着政治形势的发展,1961年中共八届九中全会开始重新对各领域进行调整。1962年,毛泽东同志提出不仅刑法要制定,民法也要制定。^[8]据此,全国人大常委会于1962年9月再次成立民法研究小组,开始第二次民法典编纂工作。基于当时经济情况与政治形势,起草者希望彻底同资产阶级民法划清界限。中国人民大学民法教研室在1964年10月提交的《关于建立新的民法体系的一些想法》中提到:“以主体、物权、债权、著作权、发明权、

[1] “必须彻底改革司法工作”,《人民日报》(第2版),1952年8月17日;另见李光灿:“批判法制工作中的旧法学观点”,《人民日报》(第3版),1951年5月17日;“坚决克服司法机关中的不纯现象、全国将展开司法改革运动”,《人民日报》(第1版),1952年8月17日。

[2] “我们要进行伟大的国家建设……因此要认真学习苏联的先进经验”,毛泽东:“在政协一届四次会议上的讲话”,《建国以来毛泽东文稿》(第4册),中央文献出版社1990年版,第27页。

[3] 彭真:《彭真文选(1941—1990)》,人民出版社1991年版,第260页。

[4] 何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法草案总览(增订本)》上卷,北京大学出版社2017年版,详目部分第1—7页,另见第548页。

[5] 《苏俄民法典》,郑华译,法律出版社1956年版,第1—3页。

[6] 何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法草案总览(增订本)》上卷,北京大学出版社2017年版,第19页。

[7] 1956年草案虽删除了保险合同,但保险制度在后来的草案中又被恢复,1982年民法草案中仍有关于保险合同的规定。

[8] 张玉敏:《新中国民法典起草五十年回顾与展望》,法律出版社,第58页。

继承权等抽象的法律形式所组成的旧的民法体系是以私有制为中心的,以个人为本位,以‘国家不干预民事活动’为原则的资产阶级民法内容相适应的,这种体系既不符合我国社会主义民法内容的要求,因之必须抛弃……”,^[1]随后人大、法大及社科院教研室等分别提交了若干初稿并向各地征求意见,在中央工作会议以后最终形成1964年11月1日的试拟稿。根据以所有制为纲建立民法体系的想法,更为摆脱对苏联民法的依赖,全文共分“总则”“财产的所有”“财产的流转”三编,条文数量亦缩减至266条,删除了继承的有关内容,并继续将亲属关系排除在外。^[2]在内容上,一些法律名词被要求变更,如以单位和个人代替自然人、尽量避免使用所有权、合同等;^[3]另一方面取消了法律行为,仅保留主体、惩罚和时效,同时加入预算、税收、结算、分配等调整经济关系的公法成分。显然,当时的观念认为一切调整经济关系的内容都属于民法领域,这种观念甚至持续影响到了《民法通则》的制定过程。若干地方法院也已经注意到了这一点,认为草稿没有和行政法分开,因此应称为“经济法”或“经济关系法”。^[4]事实上,1964年草案虽试图走向独立,但规范内容却深受苏联民法影响,而三编制、总则的设置及财产所有与流转的区分,都表明1964年试拟稿仍未脱离大陆法系民法典的典型特征。

二、本土体系之探索

(一) 债编的取代与民事责任编的初步形成

十年动乱结束后,1978年十一届三中全会决定将工作重心由阶级斗争转移到经济建设上来。出于对“文化大革命”中民主与法制遭到破坏的警惕,全会提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的十六字方针,邓小平的民主与法制思想则成为这一阶段法制工作的指导思想。丰富的经济形式、强化的法制观念和觉醒的权利意识为民法的制定提供了又一次机会。1979年8月,中国社会科学院研究所召开“民法与经济法问题学术座谈会”,开启民法与经济法论战序幕,王家福和佟柔先生各自阐述了民法的调整对象及其与经济法的关系。^[5]在民法与经济法论战背景下,全国人大法制委员会于1979年11月再次成立民法起草小组,第三次民

法典编纂工作正式启动。1980年8月15日,法制委员民法起草小组形成第一份《中华人民共和国民法草案(征求意见稿)》第一稿(以下简称第一稿),随后分别于1981年4月10日、7月31日及次年5月1日再次形成前后三份《征求意见稿》。

《征求意见稿》虽总体上深受东欧五国的影响,但由于经济和思想上的开放政策,相对于前两次民法草案变动很大,不乏创新。第一稿全文共六编501条,分别为“总则”“财产所有权”“合同”“劳动的报酬与奖励”“损害责任”“财产继承”,较第二次民法典增加了许多内容,恢复使用了“财产所有权”“合同”等法律概念,增加第五编“损害赔偿”及第六编“财产继承”。其中总则编第二章“公民”、第三章“法人”等替换了第二次民法典中的“单位”和“个人”,并重新规定了第四章“法律行为”和第五章“代理”制度,但1956年草案中存在的“权利客体”一章则未得以重现。财产所有权编则延续了1956年民法草案中以所有制划分所有权的规定方式,至此次《民法典》颁布之前,历次有关所有权规定亦采此立法例。合同编“一般规定”的内容首次按照合同发生的时间顺序进行排列并延续至今,同时开启了我国以合同编代替债编的立法先例。更值得注意的是第五编“损害责任”,以东欧五国民法典中有关民事法律责任的规定为蓝本,

[1] 何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法草案总览(增订本)》中卷,《关于建立新的民法体系的一些想法》,北京大学出版社2017年版,第1000页。

[2] 当时毛泽东同志认为,我们党内也有资本主义,因此试拟稿在内容上并不包含继承编。参见魏振瀛教授在“新中国民法起草五十年回顾与展望”理论研讨会上的发言。

[3] 参见江平教授在“新中国民法起草五十年回顾与展望”理论研讨会上的发言。

[4] 事实上,中国人民大学民法教研室于1963年3月提交过《中华人民共和国经济法(草案)》,但内容基本与1964年试拟稿相同。另见何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法草案总览(增订本)》中卷,《中华人民共和国民法第一、二篇(草稿)意见汇编》,北京大学出版社2017年版,第881页。

[5] 孙宪忠:《中国民法学六十年——1949—2009》,载《私法研究》第8卷,第10页。

区分违法责任的一般规定(过错责任)与特殊规定,成为后来《民法通则》中“民事责任”之独立与侵权责任编总分结构的渊源。^[1]继承编通过对通则、法定继承、遗嘱继承进行区分,亦奠定了随后我国继承部分的基本结构。

相较于第一稿,第二稿的主要变化是参考苏俄民法典将“劳动的报酬与奖励”改为“智力成果权”作为第五编,第一次明确将知识产权的内容作为我国民法典独立的一编,并将“侵权损害的责任”一编提前。但随后第三稿及第四稿变动较大,取消原有“总则”编而将“任务和基本原则”部分独立作为第一编;再次删除“民事行为”一章并将代理与主体部分合并作为第二编“民事主体”;“侵权损害的责任”改为“民事责任”,并取消“损害的预防”一章使结构更加紧凑;继承编则被更名为“财产继承权”;原第一编时效、制裁、适用范围部分独立形成第八编“其他规定”。通过上述变动,1982年草案实现了第一次从权利角度规范民事关系创举,除缺少法律行为部分外,《民法通则》的主要结构已在1982年民法草案中初步显现。

(二)传统体系的革新与“权利—义务—责任”体系的确立

由于“正在进行的经济体制改革中不断发生新情况、新问题,在这种情况下,民事立法既无旧章可循,又缺乏成熟经验”。^[2]我国立法指导思想逐渐转向实用主义态度,开始采取“成熟一个,制定一个”的立法策略。1982年民法典草案最终尚未提交立法机关便不了了之。尽管上述草案未能最终颁布成典,“劳动报酬与奖励”“社会服务”“结算”“五保户遗产”等内容亦带有明显的计划经济成分,但因本土化和中国化的立法特色,上述四份建议稿仍不失为对本土民法体系探索的大胆尝试。随后,我国按照上述立法政策,于1982年—1985年间制定或修改了《经济合同法》《技术合同法》《婚姻法》《继承法》等一批单行法律,但最基本的民事主体、民事客体、法律行为等制度尚未规定,因此迫切要求制定一部民法总则来统领单行法律。^[3]由于这部总则性的规范仍需包含分则中尚未规定的某些内容,因此“民法总则”的名称已不合适,在听取顾昂然的情况汇报之后,彭真委员长将其定为《民法通则》。^[4]《民法通则》起草后,先后经

历26次修改并于1985年12月4日至11日在京通过180余人会议的研讨,涉及民法调整范围、基本原则、主体、所有权与经营自主权、时效等问题;后于1986年3月提交立法机关审议,同年4月12日正式获得通过。

如果1982年民法典草案是对我国民法体系的大胆尝试,那么《民法通则》便可称之“空前启后”。^[5]《民法通则》共9章156条,第一章“基本原则”确立了民法调整范围及平等、自愿、公平、诚信、权利保护及禁止权利滥用原则;第二章“公民”与第三章“法人”组成民事主体部分,其中包含了我国特有的“两户”及“联营”;第四章“民事法律行为和代理”重新恢复了法律行为的有关内容;所有权、继承权、土地使用权与承包经营权、债权、知识产权及人身权集中规定于第五章“民事权利”;第六章“民事责任”统合违约责任与侵权责任;继续规定第七章“诉讼时效”制度;增加“涉外民事关系的法律适用”及“附则”作为第八章和第九章。《民法通则》从一开始便坚持“从中国实际出发,解决中国的实际问题”,作为单行法体系之一,这种“零售”的法律体系符合我国实际情况;语言简明,通俗易懂,又符合我国一以贯之的文化传统;“两户”“联营”、法人的分类、所有权与经营权相分离、所有权区分保护、用益物权的设置等更符合我国的社会现实,以此填补了我国民事基本法的空白;其篇章体例直接脱胎于1982年民法典草案,创立了不同于法、德民法典的九章制结构,更改变了传统大陆法系“总则”的立法模式而创设“通则”,本

[1] 这五部民法典分别是1959年匈牙利民法典(后于1977年修改)、1964年俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国民法典、1964年捷克斯洛伐克民法典、1964年波兰民法典、1976年德意志民主共和国民法典。

[2] 张友渔:《为什么制定这部〈民法通则〉》,载《中国法学》1986年第4期。

[3] 杨振山:《〈民法通则〉诞生的历史条件及意义》,载《政法论坛》1986年第3期。

[4] 刘风景:《〈民法通则〉名称的历史考察与现实价值》,载《社会科学研究》2006年第5期。

[5] 江平:《空前启后,功不可没——〈民法通则〉颁布十周年记》,载《研究生法学》1996年第2期。

身即形成兼具稳定性与灵活性的独立法律体系。通过立法过程中同经济法调整范围的争论,较为合理的确定了民法的调整对象和范围,延续并确认了民商合一立法体例。彭冲副委员长在《民法通则(草案)》座谈会上亦已指出:“我国民法是为建设具有中国特色的社会主义服务的。它同资本主义的民法有本质的区别,同苏联、东欧等社会主义国家的民法也有所不同”^[1]

《民法通则》对于1982民法典草案结构的变动,主要在于法律行为、民事权利、民事责任及涉外规定。在上述《民法通则》的体系架构中,第一章系我国立法政策的集中体现,其余各章体现的是实现此种立法政策的立法技术,其中处于核心地位的是第五章“民事权利”。“民事权利”一章整合了1982年民法典责任部分外的分则内容,恰好处于《民法通则》全部九章的中心位置,第二、三章系有关权利主体的规定;第四章“民事法律行为和代理”属于权利的实现方式,第六章“民事责任”系对权利的保护,第七章、第八章则为权利存在的时间和空间范围。^[2]通过对物权、债权、知识产权、人身权、继承权的系统规定,其基本预设了现今民法典分则部分的基本内容,尤其是将人身权与其他权利并列,奠定了日后人格权编独立的基础。除此之外,第六章“民事责任”制度亦颇具特色。1981年通过的《经济合同法》中已存在违约责任的规定,因此1982年民法典草案第七编虽名为“民事责任”,实为侵权责任。《民法通则》通过“一般规定”“违反合同的民事责任”和“侵权的民事责任”三节将违约责任与侵权责任统一为一章。此种规定方式虽被学界认为是首创,但仍有其深刻的历史渊源。当时《波兰民法典》与《苏俄民法典》对民事责任保持了传统的解决办法进行平行规定,但仍有一系列共同规则,而《捷克斯洛伐克民法典》则不区分违约责任与侵权责任,将其统一规定在“损害赔偿责任和不当得利”的第六编中,《民法通则》第六章事实上是对上述两种方式的折中。^[3]但《民法通则》的贡献在于以全新的“权利—义务—责任”体系取代传统大陆法系的“原权—请求权—诉权”体系,进而实现了义务与责任的严格区分,自此之后便成为我国民法典编纂所遵循的逻辑线索。至于第四章法律行为,由于自愿原则与代理制度的存在,

重新恢复亦属必然。而新增第八章“涉外民事关系的法律适用”,应是受到1964年苏俄民法典、民国及台湾地区民法影响的结果。^[4]

(三) 人身权法的显现与知识产权的分离

1986年《民法通则》颁布后,随着经济体制改革的深化,我国决定起草统一合同法,并陆续颁布了《著作权法》《收养法》《专利法》《商标法》《海商法》《公司法》《票据法》《保险法》《合伙企业法》等民事单行法。随后,党的十五大提出建设中国特色社会主义法律体系,此时《宪法》《刑法》《刑事诉讼法》等一系列法律均已法典化,又正值世界第三次民法典编纂运动,因此我国民法典编纂工作又被重新提上日程。九届全国人大常委会在工作报告中提出了“加快物权法起草和民法典编纂工作”的要求。^[5]2002年1月,全国人大法工委召开专家座谈会,讨论民法典的制定问题,并开始起草民法典各编内容,2002年4月形成室内稿,8月形成《中华人民共和国民法(汇报稿)》。在当时,对民法典制定存在三种有争议的立法模式:法典式、汇编式和单行法式。上述草案采取第一种形式,但制定过程中学界对法典结构问题却存在很大争议。或许基于此种原因,全国人大法工委在12月提交审议的草案中突然采取了第二种方式,将《合同法》《婚姻法》《收养法》《继承法》未加修改直接编入草案中,形成总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事法律关系适用法九个部分。其重大变化在于吸纳收养、婚姻等亲属法内容及人格权法的独立。有学者指出:人格权法、婚姻法、收养法、继承法

[1] 1985年12月4日彭冲副委员长在全国《民法通则(草案)》座谈会上的讲话。

[2] 申政武:《民法通则结构的技术分析及其对制定统一民法典的启示》,载《吉林大学社会科学学报》1992年第2期。

[3] 勒内·萨涅列维奇:《东欧五国民法典关于民事法律责任的规定》,载《环球法律评论》1982年第6期。

[4] 有趣的是,国民党政权建立初期也深受苏联法影响。

[5] 段文:《民法典之理想与现实的世纪博弈—访民法起草小组专家成员江平教授》,载《报刊复印资料(民商法学)》2003年第4期。

排列在一起,“初步体现了对人身关系进行统一法律调整的要求”。^[1]物权部分则吸纳了1995年《担保法》的内容,但原有的知识产权部分却被移除,而改为分别制定单行法。另外,由于违约责任已被归入1999年《合同法》进行规定,侵权责任部分便作为民法保护法而独立,总则中民事责任只保留了共同性规定。由于此次民法草案各编内容未进行协调整合,存在较多的逻辑错误,因此从一开始便招致学界一致批评,最终又重新回到了制定单行法的道路上。

三、新颁法典之检视

第四次民法典编纂工作结束后,我国陆续颁布了《物权法》(2007年)、《侵权责任法》(2009年)、《涉外民事关系法律适用法》(2011年)等民事单行法,除人格权法外,我国民事单行法律已经基本齐备。在此期间,学界对于我国民法典应如何制定的讨论也从未间断,并陆续编写了若干民法典草案建议稿。2014年,党的十八届四中全会提出编纂民法典,民法典第五次起草工作因此提上日程。按照“两步走”的立法规划,《民法总则》于2017年3月15日率先颁布施行,随后民法分则各编于2018年8月27日提交人大常委会审议,虽然至今全部立法程序尚未完成,但民法典内容与结构已呼之欲出。与传统大陆法系民法、《苏俄民法典》及我国历次民法草案相比,本次民法典体系构造既有深刻的历史印记,又有显著的现代变革。

(一)民法总则之改造

潘德克顿体系的典型特征之一,是对各编内容进行提取公因式而形成高度抽象化与形式化的总则部分,作为各编共通性规则而统领整个民法典。在世界范围内,采大陆法系体例的国家,设置总则编的国家占绝大多数,《德国民法典》更是这一体例的来源和典型代表。《德国民法典》总则编内容设七章,第一章“人”,分为自然人与法人两种民事主体;第二章“物和动物”;第三章“法律行为”;第四章“期间、期日”;第五章“消灭时效”;第六章“权利的行使、自卫、自助”;第七章“担保的提供”。其中,承担总则功能的主要在于前三章,按照“主体—客体—行为”的逻辑顺序构建,尤其通过“法律行为”

一章,使民法中各种私法自治行为得到整合。潘德克顿的总则模式虽然影响深远,但并非完美无缺。例如,其第二章“物和动物”,被认为其事实上只是物权法之一部分,而对于新兴权利如知识产权与人格权客体并不能包含于内;而法律行为和时效也曾被批评为“基本上只适用于财产法范畴”。^[2]在民法典颁布之前,学界对于德国民法典总则体例的质疑一直存在,我国民法典虽同样设置总则部分,但对德国式总则的结构做了一定程度上的调整。

首先,我国民法典总则部分的内容除包含德国民法总则部分外,还融合了传统大陆法系民法典的“序编”部分,在主体之前设置“一般规定”以规范立法目的、基本原则及其他技术性规范。事实上,除《德国民法典》外,其他大陆法系国家一般都会在民事主体之前以“基本原则”“通则”“引言”等形式规定一般性条款,而设置“序编”部分之传统于我国更可谓根深蒂固。自清代修律以来,以松冈义正为顾问起草的《大清民律草案》系参照《日本民法典》所制,其总则第一章“法例”事实上对应《日本民法典》中的“基本原则”与“解释之基准”,此结构后被民国继承;而新中国所参照的《苏俄民法典》,同样在总则之前设序言部分。因此,我国虽继受潘德克顿体例,1982年民法草案对于总则的设置也曾存在反复,然而“序编”部分却在历次民法典中一直被保留下来。也正是由于《日本民法典》与《苏俄民法典》的深刻影响,使我国的“基本规定”既涵盖了传统资本主义国家中的效力范围与法源的内容,也包括了《苏俄民法典》中立法目的、依据的经济关系、调整范围与基本原则。

其次,我国并未专章规定权利客体,而是将其嵌入“民事权利”一章,这与采潘德克顿体系国家(或地区)的民法典有显著不同,也与我国《民法通则》及2002年草案中“民事权利”内容存在区别。一般来说,参照德国民法典设总则编的国

[1] 李开国:《评〈民法草案〉的体系结构》,载《现代法学》2004年第4期。

[2] 陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,载《法学研究》2004年第6期。

家，都会对权利客体进行专章规定，且规定内容主要是物，但1964年《苏俄民法典》存在例外。^[1]从历史的角度而言，1922年《苏俄民法典》总则中虽名为“权利客体”，但内容却是根据所有制对物的种类进行划分。1964年《苏俄民法典》将1922年《苏俄民法典》第二编“物权”内容改为按照所有制划分的“所有权”后，上述权利客体部分便被纳入第二编“所有权”，这种做法深刻影响了之后我国民法典的制定。基于现实的考虑，将物及其他权利客体纳入“民事权利”，既能够避免“将物与其归属分离”这种“失败的一般化尝试”，^[2]又能够解决某些特殊民事权利的体系归入问题。

最后，总则部分“民事责任”的独立和统一，也是我国《民法总则》区别于其他国家民法典总则的重要特征。与传统大陆法系在债编中规定违约责任与侵权责任不同，《民法总则》中“民事责任”一章，直接源于《民法通则》中“民事责任”的独立，此构成“权利—义务—责任”体系的支点。但对责任进行单独规定，《民法通则》并非首例，而是发端于1964年《捷克斯洛伐克民法典》第六编“损害和不当得利责任”，其中包括关于责任的统一规定。^[3]后来我国1981年《民法草案（第三稿）》第七编也开始以“民事责任”命名，其中第一节“一般规定”是对违约与侵权的共同性规定，但其他内容仍主要是侵权责任，直至《民法通则》才创立统一民事责任制度，并突破了传统大陆法系债法体系。《合同法》制定后，《民法通则》统一民事责任的立场难以维持，便有学者对此提出质疑。^[4]但民事责任的统一规定，并不意味着违法行为的统一救济，立足于“权利—义务—责任”体系，在总则部分规定统一民事责任更多具有形式意义。

（二）债法之分解

潘德克顿体系的另一特征，是根据萨维尼法律关系本质学说建立物债二分体系，通过对各类合同进行抽象，形成以给付行为与给付结果为核心的“债”的概念，归纳其共同性规则形成债法总则，按照债的发生原因而设立债法分则，由此奠定《德国民法典》的五编制结构。在采取潘德克顿体例的国家，债法体系在形式上是统一的，但我国自1980

年民法草案之后，形式上统一的债法体系已不存在，其主要表现在三个方面：

第一，债法总则的缺失。我国1980年民法草案制定之时，事实上讨论过“债”的概念存废问题。但基于群众路线政策和“债相当于合同”的观点，便不再采用“债”的概念。^[5]本次民法典制定过程中，主张设立债法总则的学者主要出于体系化考量，反对者则认为此会造成与合同及侵权部分的规范冲突与重复。考虑到合同法与侵权法均已独立成编，债的内容所剩无几，因此本次民法典选择仍然不设债总，而是对合同编总则部分进行一定的调整以实现债法总则功能；

第二，侵权责任的独立。一方面，我国1980年民法草案由于受东欧五国的影响，因此一直存在侵权责任独立成编的传统。另一方面，法律体系建立在法学范畴之上，潘德克顿中债法体系统一的前提，在于“债”的概念高于“责任”。《民法通则》的制定，使传统大陆法系“责任”的地位相对于“债”提高了，与“权利”“义务”等范畴并列，因此在形式上，责任也要脱离债的体系而单独成编。另外，将随着科技的进步，侵权方式更加多样，归责原则更加多元，侵犯客体的范围也更加广泛，侵权法功能由填补损害发展为填补与预防并重，加上损害分担理念的兴起，客观上要求更加丰富的侵权救济途径和责任承担方式，也使侵权法在现实中具备了脱离债法的条件。

第三，“准合同”编的增添。债法对法定之债的规范存在三种立法模式：或遵循台湾地区立法例将其规定在债法总则；或采日本民法典将其置于债法分则部分与契约并列；或如法国民法典

[1] 此处总则系实质意义上的总则部分，部分国家或地区的民法典形式上虽以总则命名，但事实上采取的是序编结构，如《瑞士民法典》及我国澳门地区民法典。

[2] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第26页。

[3] 勒内·萨涅列维奇：《东欧五国民法典关于民事法律责任的规定》，载《环球法律评论》1982年第6期。

[4] 张玉敏：《新中国民法典起草五十年回顾与展望》，法律出版社2017年版，第178页。

[5] 张玉敏：《新中国民法典起草五十年回顾与展望》，法律出版社2017年版，第85页。

在“契约或约定之债”项下设置“准契约”一章。但与上述体例不同,我国第三次民法典编纂都将不当得利规定在责任编的“特殊规定”中,直至本次民法典编纂,二者被作为“准合同”规定在合同编的第三分编。^[1]

(三)人格权之独立

世界各国民法典对于人格权的规定方式,主要有三种立法例:其一,在总则编或人法中规定人格的有关内容,而不正面规定人格权,如《法国民法典》《瑞士民法典》,其二,不对人格权做正面确认,而是在侵权编中规定侵害人格权的后果,如《德国民法典》,其三,在民法典中对人格权作正面规定,如《魁北克民法典》。在我国民法典制定过程中,对于人格权规定方式的争论存在尖锐的对立:反对者认为应遵循大陆法系传统,人格权不应独立成编;赞成者认为应在《民法通则》的立场上,沿袭2002年民法草案对人格权的规定方式,使人格权独立成编。目前来看,我国民法典采用了后一种方式,一方面在《民法总则》“民事权利”一章中对人格权进行概括确认,另一方面独立设置人格权编对各种具体人格权进行正面列举。

我国民法典之所以独立设置人格权编,可能是出于以下考虑:首先,客观来讲,人格权与人格权的保护在现实社会中越来越重要。从法国法对人格的概括规定,到德国法在侵权编中规定对人格权的保护,再到魁北克民法典的正面确认,人格权呈现出与人格分离与独立的趋势。人格权与财产权、身份权相同,都是人格于具体权利层面的延伸和表现而非人格本身。其次,宪法上的基本权利通过具体部门法来保护,是基于我国国情的权利保护方式,缺乏部门法具体化的“空置”的基本权利没有任何现实意义,这种具体化方式同样适用于人格权。人格权正面确认的后果未必会导致基本权利的减等,但可以是对基本权利保护的加强。再次,人格权范围的不断扩张和延伸,以及人格权支配属性的显化与人格权权能的不断丰富,要求对人格权间的相互关系及人格权能进行正面的详细规定;人格权的伦理因素同样要求对人格权的权利行使进行反面的适当限制。这为人格权编的形成提供了较为丰富的内容支持,人

格权独立成编也会反过来促进新型人格权的发展和完善。而采用抽象的保护方式,难以为司法裁判提供具体明确的指引。复次,形式上人格权的独立与加强是对中央政策最直接的回应。我国民法典编纂历来受政策影响较大的事实不容忽视。十九大报告提出“保护人身权、财产权、人格权”,人格权被特别列出,也会成为立法机关选择法典结构的影响因素。最后,我国选择人格权独立成编也具有历史延续性。《民法通则》将人格权与其他权利并列后,2002年民法草案便将人格权法单独作为分则的一个部分,在不存在结构性缺陷的前提下,遵照历史的做法对于立法机关来说也相对稳妥。

人格权编相对于《民法通则》与2002年民法草案进行了一系列调整,在人格权编内部构建了“一般条款+具体人格权”的保护模式;增加了身体权、隐私权、个人信息等权益类型;完善了健康权、肖像权的保护规则。人格权编设立后,能够在民法分则中形成“人身—财产”的二元格局,也符合民法总则中所确定的调整对象范围,但其最大的问题在于如何处理同侵权编的关系。一方面,人格请求权与侵权请求权的界分,是包括人格权在内的所有绝对权请求权与侵权请求权的共同性问题;另一方面,人格权编的部分条文容易导致其与侵权编的规范重复,这是人格权编的特有问题。目前来看,侵权责任已有纯化为损害赔偿和回归债法的趋势,损害赔偿请求权与绝对权请求权之界分较为明显。对于第1167条所规定停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产之侵权责任,应理解为从行使效果的角度对绝对权请求权之规范,二者为一体两面关系。对于规范重复问题,人格权编应坚持确认权利、规定权利行使及权利限制规则的功能定位,着眼于权利的具体权能以设定权利的行使范围和方式,而对权利的救济及损害后果交由侵权编调整。

(四)亲属法的回归

传统大陆法系中,亲属关系一直都是民法调整对象的重要组成部分。但罗马法与法国法中,

[1]王利明:《准合同与债法总则的设立》,载《法学家》2018年第1期。

亲属尚未独立而属于人法内容。至萨维尼时代,其提出的法律关系学说认为,主体对于其他人格,存在两种法律关系:一种是支配关系,另一种是补充关系。其中,补充关系分为三种,一是性别上的补充,即婚姻;二是人类本性之补充,即教育与亲权;三是由亲权所发展而来的亲属关系。^[1]婚姻、亲权、亲属的总体,被称为家庭。上述法律关系学说奠定了潘德克顿体例五编制的基本结构,也决定了亲属编作为民法典的重要一编而存在。这种传统一直持续到1922年《苏俄民法典》,前苏联民法学界认为,民法的调整对象主要是财产关系,家庭法的对象主要是婚姻、收养关系,家庭也并非社会的基本经济单位,因此婚姻家庭关系需要不同的规范进行处理。^[2]新中国成立初期,由于妇女解放运动的需要,我国亟待制定一部单独的婚姻法律,加之《苏俄民法典》和“婚姻并非契约”理念的影响,自1950年起我国《婚姻法》便被视为独立的法律部门,形成了亲属法单独立法的格局。1986年《民法通则》的制定,规定了婚姻关系的有关内容,亲属部分开始呈现出回归民法的趋势。随后,《婚姻法》被纳入2002年民法典草案,但仍作为独立的部分而存在,其形式更类似于法律汇编。本次民法典的制定,将婚姻和收养的内容合并,形成“婚姻家庭”编,最终在形式上实现了亲属法的回归。

但与传统大陆法系民法典亲属编相比,我国亲属部分在结构上仍存在问题。我国第五编虽规定的是亲属内容,但编名仍为“婚姻家庭”。由于“婚姻家庭”编调整对象原本就包含了家庭之外的近亲属关系,因此导致其实际调整对象与编名存在一定程度的不一致。“婚姻家庭”之名意味着亲属立法观念仍未摆脱“婚姻中心主义”的影响。在条文数量上,整个婚姻家庭编的内容

仅81条,尽管较原有单行法完善了许多制度,但仍嫌粗疏。“婚姻家庭”编虽遵循了“结婚—家庭—离婚”的时间顺序,但这种结构安排导致家庭关系在内容上沦为婚姻关系的附庸。另外,本编的体系整合也存在问题,有关监护的内容并未按照大陆法系通例置于亲属部分,而是仍然置于“民事主体”一章;而第五章“收养”则干脆直接不加整合地放在亲属编的最后一章,与第三章“家庭关系”割裂开来,带有明显的单行法特征。因此,我国亲属部分在内容上虽被编入民法典,但实际上回归的并不彻底,而是保留了较多历史和单行法的痕迹。

四、结语

回顾我国民法典编纂历程,其大致可以被划分为三个阶段:从清末修律到1949年之前,民法典主要仿照西方大陆法系体系建立;建国初期至十一届三中全会又转向苏联;十一届三中全会之后逐渐开始探索本土体系。我国民法典体系的形成过程,事实上也是西方的权利观念、社会主义公有制印记、中国传统法律文化与现代法律精神共同博弈与融合的过程。法律文化的多元性是我国数次民法典编纂均告失败的原因之一,民法典被部分学者所诟病的经验性,也不过是兼顾历史与现实因素而在法典形式上所做出的妥协。法需与时俱进,随时而转。应当承认,外部经济及政治、文化影响,对我国历次民法典编纂影响极大。但无论如何,本次法典编纂未再系统的照搬他国经验,对总则、债法及人身权体系所进行的改造,相当程度系基于我国实践经验,其实用主义的立法态度值得肯定。本次民法典得以顺利通过,亦将成为我国政治经济文化进步之佐证。

[1] 金可可:《司法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》,载《中国社会科学》2006年第2期。

[2] 薛宁兰:《与立法相伴前行——七十年来的婚姻家庭法学研究》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第10期。