

# 与改革开放同行的中国民法

房绍坤 张玉东

摘要: 改革开放为我国民法的发展提供了巨大的空间。改革开放以来,我国颁布了《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》以及《公司法》《破产法》《保险法》《票据法》《海商法》等重要民商事法律,民法上的主体制度、行为制度、权利保护制度也不断得以发展与完善。与此同时,我国的民法学研究在此四十年间呈现出了研究领域不断拓展与深化、从立法论到解释论的转变以及研究路径和方法不断多样化等特征。我国的民事立法积累了坚持以民商合一为基本理念、坚持从我国实际情况出发、充分借鉴比较法经验、实行民主立法、吸纳司法实践中有效做法等有益经验。在未来的民法发展中,科学地编纂民法典无疑是最为重要且紧迫的任务,民法学界应更为系统的进行比较法研究,立法机关、司法机关及民法学者应合力推进我国民法本土化与现代化的进程。

关键词: 改革开放; 民商法; 立法经验; 编纂民法典; 本土化; 现代化

任何法律制度的构建与发展,均深植于其所依存之现实土壤。民法作为调整市场经济的基本法律,其构建、完善与成熟,也必以市场经济的充分发展为前提。尽管在新中国成立之后,并非全无民法发挥功能的空间,但高度集中的计划经济体制无疑对其功能的发挥构成了极大的限制。因此,彼时民法制度更多的体现于婚姻家庭及损害赔偿领域。1978年,党的十一届三中全会决定改革开放,大力发展商品经济和商品交换,由此民法在中国大地上获得了新的生长点。改革开放的实施,不仅直接催生了诸多与经济发展具有直接关联的财产法律制度的构建,同时也因其理念的更新而促进了人身法律制度的构建。至今,改革开放已走过了四十个春秋,我国的民法制度也随着改革开放的不断深化而不断发展、壮大、成熟、完善,为改革开放保驾护航。民法制度的发展,不仅取决于我国大力发展社会主义市场经济这一现实需求,同时也与民法学界众多学人在此过程中所提供的智力支持紧密相关。四十年间,诸多单行法相继颁布实施,作为民法制度成熟之标志的民法典编纂也已进入实质化阶段。同时,民法学界的研究视野不断拓展,以足够的自信创新我国的民法理论,以开放的心态继受他国的优秀法学成果。因此,可以说,改革开放的四十年,也是我国民事立法及民法学研究从薄弱走向辉煌的四十年,民法的发展一直与改革开放同行。值改革开放四十年之际,对我国民事立法及民法理论的发展进行梳理,总结民法理论与立法的中国特色并展望未来我国民法的发展方向,具有重要的理论与现实意义。

## 一、改革开放后民法的发展

### (一) 民事立法的发展

改革开放之后,尽管党中央决定加快经济领域的立法,但对于如何进行相应的法制建设并非没有争论。此种争论主要体现为“大经济法”与“大民法”之争。这一争论以1979年为始,至1986年《民法通则》的颁布为末,最终民法在我国获得了其应有的市场经济基本法的地位。立法机关对“大民法”观点

收稿日期: 2017-12-25

基金项目: 中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程自主选题资助项目“中国民法典编纂问题研究”。

作者简介: 房绍坤,烟台大学法学院教授,博士生导师(烟台 264005; fsk@ytu.edu.cn); 张玉东,烟台大学法学院副教授,法学博士(烟台 264005; zydxn@126.com)。

的采纳,是与当时的社会经济环境紧密相关的。商品经济的发展以及对非公有制经济的承认,这些都在实质上契合了民法所固有的性质<sup>①</sup>。《民法通则》的颁行,拉开了中国民事立法的大幕,诸多重要的民商事法律规范陆续制定并实施。总体而言,我国的民事立法呈现出了以下特点:

1. 坚持以民法典的制定为重要目标。新中国成立后,我国就将制定民法典作为立法目标,并先后于1956年和1964年完成了民法草案,但均未获成功。十一届三中全会后,民法典的制定再次被提上日程。1979年11月,五届全国人大常委会法制委员会成立了民法典起草小组,开始了新中国成立后的第三次民法典起草工作,先后形成了四个草案。但是,1981年6月,全国人大常委会决定暂停民法典的起草。然而,暂停起草民法典并不意味着彻底放弃制定民法典,而只是由于立法者考虑到我国彼时正处于经济体制改革的初期,社会生活处于不断变动之中,难以在短期内制定一部完善的民法典,故转采先分别制定单行法,待时机成熟时再制定民法典的立法方针。换言之,民事单行法的制定,仍是以民法典的制定为最终目标。1998年3月,八届全国人大决定恢复民法典的起草工作,按照当时的立法规划,先通过《合同法》,之后通过《物权法》,最后制定民法典。但2002年的九届全国人大决定加快民法典的起草工作,当年即完成了民法典草案并于12月的全国人大常委会上进行了第一次审议。然而,2004年6月的十届全国人大常委会再次更改了立法规划,决定仍先通过单行法而后制定民法典。随后2007年通过了《物权法》,2009年通过了《侵权责任法》,2010年通过了《涉外民事关系法律适用法》。2014年11月23日,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,其中提出了“编纂民法典”这一重大立法任务。按照立法机关的规划,民法典的编纂分两步,首先编纂民法总则,之后编纂民法典各分编,于2020年形成统一的民法典<sup>②</sup>。对此,全国人大常委会法工委于2015年3月牵头成立了民法典编纂工作协调小组,在深入调查研究并广泛听取各方意见的基础之上形成了民法总则草案。最终,《民法总则》于2017年3月15日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上获得了通过。在未来民法典中,《民法总则》将作为民法典的开篇之作而被规定于第一部分,其在民法典中起统帅性和纲领性的作用。民法典中的各分编将在其基础之上对相应的民事制度进行更为细化的具体性规定。可以说,直至目前,我国的民法典编纂已经进入了实质性阶段。这一阶段的到来是与我国整个民事立法均以法典编纂为最终目标的准备直接相关的。

2. 主体制度的不断发展与完善。民事主体制度是民法规范中最为重要的制度之一。在我国的民事立法过程中,主体制度的不断发展与完善是其重要特点之一,总结起来主要体现在以下两个方面:

一方面,民事主体界定的发展与完善。各国民法对民事主体的确认,都是与社会发展紧密相关的,都有一个确认的过程。例如,在古罗马法上,自然人也并非均为民事主体,而只有自由人才为民事主体,奴隶与家子是不具有民事主体资格的。全部的自然人均具有民事主体资格,是资产阶级革命的产物。由于“天赋人权”“人生而平等”等理念的提出,才确认了自然人均为民事主体。同样,对于社会组织的主体资格的确认,也同样经历了一个过程。1804年《法国民法典》中并不认可法人为主体,法人制度的完全确立是由1900年《德国民法典》完成的。此外,非法人组织的主体资格也并不为起初的各国法律所认可,而是随着社会的发展而逐渐被认可的<sup>③</sup>。我国法上对民事主体的确认尽管并未经历上述全部发展过程,但从民事立法的进程上看,对民事主体的确认随着经济社会的发展总体上呈现出不断扩大的趋势。例如,在对外合作经济中,我国法确认了中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业;《公司法》从最初的有限责任公司、股份有限公司扩大到承认一人有限责任公司、国有独资公司;《合伙企业法》将合伙企业从普通合伙企业扩大到特殊的普通合伙企业、有限合伙企业。此外,我国法还确认了个人独资企业、个体工商户等类型的民事主体。在民事基本法层面上,法人的范围也有所扩张。例如,《民法通则》所规定的法人包括企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。

① 相关论述参见梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,北京:法律出版社,2010年,第38-39页。

② 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,北京:法律出版社,2017年,第4页。

③ 参见郭明瑞、房绍坤主编:《民法》(第四版),北京:高等教育出版社,2017年,第66-67页。

但随着社会的发展,法人的这个范围已经不能满足我国社会生活的需求,故而《民法总则》中除规定了营利法人和非营利法人(包括事业单位法人、社会团体法人、基金会法人、社会服务机构法人等)之外,还对特别法人进行了规定。在特别法人中,除规定了之前已经认可的机关法人外,还增加规定了农村集体经济组织和城镇农村的合作经济组织法人以及居民委员会法人、村民委员会法人。可以说,特别法人的规定是我国法人制度的重要特色,充分反映了中国的国情。

另一方面,民事主体具体制度的发展与完善。除立法中所体现的民事主体范围呈不断扩大的趋势之外,我国关于民事主体制度的具体规定也在不断完善。具体体现为:其一,具体称谓的修正。例如,《民法通则》对自然人的规定所采取的称谓为公民,但公民是指具有一国国籍的人,并非民法上的概念。因此,在《合同法》及其后的相关民事基本法中,公民均改称为自然人。其二,民事行为能力制度的完善。按《民法通则》第12条规定,无民事行为能力人和限制民事行为能力人的年龄界分标准为10周岁。但考虑到未成年人智力发展的现实,以及确实存在部分10周岁以下的未成年人已经入学且具有一定的独立性的事实<sup>①</sup>,《民法总则》第20条将年龄界分标准修改为8周岁。其三,自然人住所制度的完善。《民法通则》第15条规定:“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。”随着我国城镇化进程的加快,大量人口离开其户籍所在地到另外地方生活。为适应此种社会发展的变化,《民法总则》第25条增加规定了以其他有效身份登记记载的居所作为住所的规定。此处的有效身份登记主要指居住证和外国人的有效居留证件<sup>②</sup>。其四,公司制度的完善。在法人制度中,公司为其中非常重要的一种。尽管《民法通则》中已就企业法人制度有所规定(第三章第二节),但随着改革开放的不断深化,我国公司的数量逐步增多,且在经济发展中发挥了越来越大的作用。由此,为适应经济情况的变化,公司法的起草被提上日程。1992年8月,国务院提请全国人大常委会审议《有限责任公司法草案》,常委会委员在审议该草案的过程中提出,为适应社会主义市场经济发展的需要,应当制定一部覆盖面更宽一些、内容比较全面的公司法。由此,制定一部涵盖有限责任公司和股份有限公司的公司法被认定为更符合我国的现实国情。最终,在1993年12月29日的第八届全国人民代表大会常务委员第五次会议上,《公司法》获得通过。其后,随着社会经济生活的发展,公司法又历经了1999年、2004年、2005年及2013年四次修改<sup>③</sup>。

3. 行为制度的不断发展与完善。从性质上说,民法为行为规范。行为规范意在规范民事主体的行为,为民事主体的行为提供指引。尤其在经济活动中,如何规范相关民事主体的行为,促进经济的发展,为民法之重要任务。在此意义上,可以说《民法通则》《合同法》《物权法》《公司法》《票据法》《保险法》《海商法》《民法总则》等民商事法律的颁行,都是对我国民法上行为制度的发展与完善。在民法的行为制度中,民事法律行为制度是最核心的内容,也是私法自治原则的集中体现。在民事法律行为制度上,其发展与完善主要体现在以下两个方面:

一方面,民事法律行为本真含义之回归。在《民法通则》中,立法上既使用了民事行为的概念,又使用了民事法律行为的概念。关于何为民事行为,《民法通则》中并无规定。而在比较法上,民法中仅有法律行为的概念而无民事行为的概念,故而,学者间就何为民事行为产生了诸多不同观点,徒增困扰<sup>④</sup>。关于民事法律行为,《民法总则》第54条规定:“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”依此规定,我国法上的民事法律行为因其限于合法行为,故与比较法上的法律行为也并非同义。毫无疑问,之所以产生争议,其最大的原因在于我国法上创设了民事行为的概念,且将民事法律行为限于合法行为,故而出现了概念体系上的矛盾。对此,《民法总则》并未再延续民事行为的提法,在立法上废止了民事行为的概念。同时,《民法总则》虽继续使用民事法律行

① 参见龙卫球、刘保玉主编:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,北京:中国法制出版社,2017年,第79页。

② 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,第74页。

③ 相关论述参见刘俊海:《现代公司法》,北京:法律出版社,2015年,第60-61页。

④ 参见郭明瑞、房绍坤、唐广良:《民商法原理(一)》,北京:中国人民大学出版社,1999年,第229页。

为的概念,但其也不再以“合法性”作为判断民事法律行为之标准。由此,我国法上的民事法律行为与比较法上的法律行为概念同义,理顺了民事法律行为制度之概念逻辑。

另一方面,民事法律行为效力规定之完善。民事法律行为依其能否产生预期之效力,可区分为有效民事法律行为、无效民事法律行为、可撤销民事法律行为和效力待定民事法律行为。根据《民法通则》第58条对无效民事行为的规定,限制民事行为能力人依法不能独立实施的行为,一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的行为,均被认定为无效。对此规定,《合同法》予以了修正。其中,就限制民事行为能力人订立的合同,《合同法》将其规定为效力待定行为。而关于欺诈、胁迫和乘人之危情形下的合同,《合同法》进行了二分化处理,即一方以欺诈、胁迫手段订立合同,损害国家利益的,将其认定为无效合同,而其他情形下的欺诈、胁迫或乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,由之前的无效民事法律行为转变为可撤销、可变更民事法律行为。此种转变,无疑体现了对当事人意思自治的尊重,符合民法的基本精神。

《民法总则》根据社会发展的现实,又对《合同法》中关于民事法律行为效力的相关规定进行了修正与完善。以下仅以可撤销民事法律行为为例进行说明:其一,将可撤销、可变更民事法律行为,修正为可撤销民事法律行为,从而排除了受害人主张变更的可能性。其二,将显失公平与乘人之危合二为一。根据《合同法》第54条的规定,订立合同时显失公平或乘人之危均为可撤销、可变更情形,但《民法总则》第151条规定:“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”如此,《民法总则》第151条将乘人之危与显失公平合并为新的显失公平制度,赋予了显失公平以新的内涵,既与通行的立法例的做法一致,也便于司法实践从严把握,防止这一制度被滥用<sup>①</sup>。其三,修改并完善了撤销权的行使期间。根据《合同法》第55条第一款的规定,具有撤销权的当事人自知道或应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权的,撤销权消灭。对此,《民法总则》在部分承继的基础之上,区分了不同的情形对撤销权的行使期间进行了规定,同时增设了胁迫情形下的除斥期间的特别起算点和撤销权的最长存续期限。具体体现为:当事人自知道或应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权的,撤销权消灭;当事人受胁迫,自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权的,撤销权消灭;当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的,撤销权消灭。

4. 权利保护的不断加强。民法是权利法,不仅确认权利,也保护权利。因此,民事单行法中无不于首条的立法宗旨中明确规定其以保护民事权益为目的。法谚有云:“无救济则无权利”。尽管权利与义务相对应,但义务的履行必以责任的承担为保证。因此,对民事权利的保护,首先体现于民法规范中对权利的确认,其次体现于对民事义务的规定,最后则体现于对民事责任的规定,三者并行不悖。

第一,关于民事权利的规定。关于民事权利的规定,《民法通则》专设民事权利一章(第五章),规定了财产所有权和与财产所有权有关的财产权、债权、知识产权和人身权。这一规定被认为具有权利宣言的性质,为我国民事立法所独创。其后,《侵权责任法》第2条第二款更是采取不完全列举的方式,明确列举了18种民事权利,并以“等人身、财产权益”为兜底性规定。值得一提的是,在18种民事权利之中,隐私权被首次规定于民事基本法之中<sup>②</sup>。《民法总则》于第五章承继了《民法通则》专章设置民事权利的做法,对民事主体应受保护的民事权益进行了更为详细的规定。《民法总则》第五章的规定,相比于之前《民法通则》的规定有了巨大的进步,具体体现为:其一,以权利的位阶为标准,先规定人身权,后规定财产权。如此规定,无疑更为明确地彰显了民法的人文主义关怀。其二,规定了一般人格权。《民法总则》第109条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”该条规定不仅具

<sup>①</sup> 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,第475页。此种改变也获得了学者的支持,参见易军:《〈民法总则〉对〈合同法〉的超越》,《团结》2017年第2期。

<sup>②</sup> 尽管在2005年《妇女权益保障法》第42条中已经对隐私权进行了明确的规定,但该法并不属于民事基本法。

有宣示的意义,也具有司法适用上的意义,其在我国民法上确立了一般人格权<sup>①</sup>,为未来具体人格权的发展提供了空间。其三,增加规定了个人信息、数据及网络虚拟财产作为民事权益应受保护。随着网络化时代的到来,个人信息、数据及网络虚拟财产的保护,极易受到侵害。对此,《民法总则》适应时代发展,于第 111 条及 127 条规定了上述民事权益应受法律保护。

第二,关于民事义务的规定。民事义务对应着民事权利。因此,关于民事义务的规定,也就体现了对民事权利的保护。民事义务的扩张,即是对民事权利保护的扩张。在我国立法上,民事义务的扩张最为直接的体现于合同义务的扩张。合同义务原则上来源于双方当事人的约定,但依据诚实信用原则的要求,合同当事人自缔约接触开始彼此便负有相应的义务,就此,民法上常以附随义务称之。《合同法》第 60 条第二款规定,当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。此外,我国《侵权责任法》第 37 条所规定的安全保障义务,也是民事义务扩张的例证。依据该规定,宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,应尽到相应的安全保障义务。

第三,关于民事责任的规定。民事责任的承担以民事义务的违反为前提,其最终目的在于保护合法的民事权益。当然,在民事权益的保护上,于承担损害赔偿责任的,其以权利持续理论为基础,即受到侵害的权益继续存在于损害赔偿之中。关于民事责任,《民法通则》专设一章进行了规定,具体包括一般规定、违反合同的民事责任和侵权的民事责任以及承担民事责任的方式。但是,此种粗线条勾勒式的规定,显然无法满足社会发展的要求。故而,《合同法》于第七章规定了违约责任,《物权法》于第三章规定了物权的保护。更值得一提的是,我国于 2009 年通过了《侵权责任法》,专门就侵权责任进行了更为细化的规定。总体上而言,我国民事责任制度的发展与完善主要体现在以下几个方面:其一,违约责任由过错责任为一般归责原则转变为以无过错责任为一般归责原则。民法学界一般认为,依据《民法通则》第 106 条的规定,合同责任为过错责任原则,而非属一般过错而为过错推定<sup>②</sup>。《合同法》第 107 条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”据此,我国现今通说认为,我国合同法对违约责任原则上已采无过错责任原则或严格责任原则,过错责任的规定仅属例外情形。其二,民事责任优先规则的确立。民事主体因同一行为可能既要承担民事责任,又要承担行政责任,还要承担刑事责任,如三种责任的承担均具有财产性质,则民事主体的财产可能会出现无法进行全部支付的情形。对此,《公司法》第 214 条规定:“公司违反本法规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的,其财产不足以支付时,先承担民事赔偿责任。”《侵权责任法》第 4 条第二款规定:“因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担侵权责任。”上述规定凸显了对受害人的优先救济原则,具有极强的合理性。但因这种规则规定于公司法、侵权法,仅适用于特定领域。因此,立法者为扩大其适用范围,于《民法总则》第 187 条规定:“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任;民事主体的财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。”如此,民事责任优先规则的适用不再局限于侵权责任领域,而是可得适用于整个民事责任领域。其三,侵权免责事由的弱化。所谓侵权免责事由的弱化,是指在某些具体侵权类型的案件处理中,减少了行为人可得主张的免责事由,以此强化对受害人的保护。例如,在饲养动物损害责任中,根据《民法通则》第 127 条规定,受害人的过错及第三人的过错均为免责事由。但是,《侵权责任法》第十章的规定修正了这一做法。此种修正具体体现为于第 78 条的适用上一般过失已不再为免责事由,于第 79 条及第 80 条的适用上已无任何免责事由可得适用,于第 83 条的适用上第三人过错也已不再为饲养人或管理人的免责事由。

① 关于该条规定的性质,究竟是一般人格权还是人格权一般条款,理论上存在不同认识。本文对此不予区分,以“一般人格权”称之。

② 参见佟柔主编:《中国民法》,北京:法律出版社,1990 年,第 364 页。

## (二)民法学的发展

改革开放四十年来,中国的民法学研究也取得了长足的进步。民法学的发展与改革开放紧密相关。改革开放为民法学界提出了新的问题,这些问题是在之前的经济体制之下所不存在的。在解决这些问题的过程中,我国民法学研究在横向上得以扩展,在纵向上得以深化。改革开放为民法学者的研究创造了更为宽松的学术环境,提供了更为现实的实践素材。在此环境中,民法学者能够更充分地展开学术研究,而不再受以往所谓“理论禁区”的限制。当然,我国民法学的发展与学者们的孜孜以求和不断努力也是难以分开的。恰是学者们秉持科学的研究精神,对我国的现实国情进行深入考察,对比较法上的研究成果进行大胆借鉴,才使得我国民法学的研究取得了今日之可喜成绩。总体而言,改革开放四十年间,我国的民法学研究呈现出了如下特点:

1. 研究领域的不断拓展和研究问题的不断深化。研究领域的拓展,既包括外部拓展也包括内部拓展。所谓外部拓展,是指在传统的民法组成部分(如民法总则、物权法、合同法、继承法、婚姻法等)之外,对新兴民法领域展开了研究,如电子商务法等;所谓内部拓展,是指民法学者拓展了传统民法部分的内在研究领域,如对侵权法中的网络侵权、安全保障义务、纯粹经济损失等问题的研究。所谓研究问题的不断深化,是指相关问题之前并非无人探讨,但后续的探讨不断地深化了对此问题的认识。对此,最为直接的体现即是民法学界的研究成果已不限于教科书,诸多体系的书、专论著作和专论性质的论文不断产出<sup>①</sup>。

2. 从立法论到解释论的转变。一般认为,民法研究以其服务的对象为标准,可分为立法论及解释论<sup>②</sup>。立法论研究服务于立法,解释论研究服务于司法<sup>③</sup>。在改革开放之后,为服务于经济建设的需求,民事基本法的制定一直是立法机关的重要任务。因此,在法学研究中,立法论的探讨一直处于持续状态。但在相关法律陆续颁行之,如何准确适用法律不仅是司法者的问题,也成为民法学者的研究对象。相应地,中国的民法学研究便发生了由立法论向解释论的转向。解释论研究不仅首先面向于法律的适用,其更强调以一种科学的解释方法来统一法律的适用,从而使法律的适用具备妥当性和可检验性。此种研究转向,目前正呈现出不断深入的趋势,这不仅体现在相关学者的呼吁<sup>④</sup>,更体现在诸多解释论成果的产出<sup>⑤</sup>。可以预见,在未来民法典颁行之,中国的民法学研究将会彻底进入以解释论为主的时期。解释论时代的到来,既体现了我国的民事立法体系已经基本完备,更体现了我国法学研究已趋于不断成熟。

3. 比较法研究的不断深化。民法之于我国属舶来品,因此,民法学研究中比较法的分析必不可少。比较法的分析不仅体现于立法论,也体现于解释论。在比较法的分析中,我国的法学成果呈现出了从借鉴到反思、从简单援引他国法律条文到细究他国制度设置原因的特点。毫无疑问,法学知识不仅有其共通性,也有其地方性。因为具有共通性,使得一国法律对他国法律的借鉴成为可能,而地方性必然使得一国的法律具有本土化色彩。在改革开放初期,由于对比较法的研究尚不深入,加之立法所需,使得我国的法学研究更多的具有简单借鉴性的特点。但在近些年的研究中,随着民法学者外语能力的不断加强,在海外接受法学教育的学者不断增多,学界研究整体上呈现出了在借鉴中反思的特点<sup>⑥</sup>。这些研究成果,摆脱了早期研究中简单引用他国法律条文用以论证我国问题解决的模式,而换之以细究他国法律制度的创设背景及制度的体系架构,进而依据我国现实国情论述我国应否设置相

① 例如,梁慧星教授担任主编的“中国民商法专题研究丛书”,现已由法律出版社出版了百余册。

② 参见韩世远:《民法的解释论与立法论》,《人民法院报》2005年5月18日,第5版。

③ 相关论述参见韩世远:《裁判规范、解释论与实证方法》,《法学研究》2012年第1期。

④ 参见张新宝:《侵权责任法学:从立法论向解释论的转变》,《中国人民大学学报》2010年第4期;同时,对解释论的呼吁并不限于民法学者,参见傅郁林:《法学研究方法由立法论向解释论的转型》,《中外法学》2013年第1期。

⑤ 如朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京:北京大学出版社,2007年;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》,北京:清华大学出版社,2011年。

⑥ 如张双根:《商品房预售中预告登记制度之质疑》,《清华法学》2014年第2期;《股权善意取得之质疑》,《法学家》2016年第1期。

关制度或相关制度应如何解释的论证模式。同时,为满足比较法研究所需,我国学者组织了大量的丛书翻译<sup>①</sup>,大陆法系及英美法系各国的经典文献被不断引入我国,这都为比较法研究的不断深入提供了有益的条件。

4. 研究路径及方法的多样化。近年来,民法学者对我国民法学研究的途径也进行了反思,并认为我国以往的民法学研究所呈现的特点为过分侧重制度性研究,而此种研究模式虽有其必要性,但也存在缺陷。未来的研究应采取体系化思考方法的制度性研究,同时应对其他学科的研究方法和研究成果保持开放性的态度,而不应仅采用法律的逻辑分析方法<sup>②</sup>。由此,我国的民法学研究逐渐呈现出了研究路径及方法多样化的特点。此种特点,不仅体现为民法学者一方面加强了法教义学的研究,另一方面也采取了交叉学科的研究方式,如经济学、社会学等研究方法。同时,也体现为民法学者更注重对司法实践中的案例采取实证研究的方法,具体表现为或对个案(如最高人民法院指导性案例)进行细致研究、或对司法实践中的判决进行统计研究以厘清法院对相关条文的适用态度。

## 二、我国民法发展经验之总结

改革开放四十年来,我国民法发展虽历经曲折,但发展至今日,可以说已呈现出了一派繁荣之势。对此,有必要对相关的发展经验予以总结,以利于未来的立法及进一步发展。概括地说,我国民事立法的经验主要体现在以下几个方面:

### (一)坚持以民商合一为基本理念

在各国的立法例及学说上,对于民法与商法的关系有民商合一与民商分立之分。一般认为,民商分立是指一国在民法典之外制定有商法典,民法与商法在立法上为两个部门;民商合一是指一国在民法典之外不再制定商法典,民法与商法在立法上为一个部门,民法统一调整社会个体成员间的财产关系,而不区分其主体是否为商人<sup>③</sup>。尽管在法典化国家,民商分立与合一的区分标志之一在于民法典之外是否设有商法典,但从实质上而言,民商分立与民商合一的区分应体现为立法机关所设置的私法规范是否统一调整民事领域和商事领域,或者在统一性的私法规范中是否规定有调整商事领域的具体内容。以此为准,可以看出我国在民事立法中始终贯彻了民商合一的立法理念,《民法通则》《合同法》《担保法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》等相关法律,均为民商合一的立法<sup>④</sup>。这里仅以《合同法》《物权法》《侵权责任法》及《民法总则》为例进行说明。首先,《合同法》的规定表明了我国民事立法采取的是民商合一的体例:第一,《合同法》既有传统民事合同(如赠与、保管合同等)的规定,也有传统商事合同(如行纪合同、仓储合同等)的规定。第二,《合同法》在合同主体上没有区分民事主体与商事主体,而是统一规定为自然人、法人和其他组织(非法人组织)。第三,《合同法》没有区分民事规则和商事规则,而是适用统一规则。在遇有特殊情形时,则适用例外规定。例如,关于借款合同的规定,《合同法》主要是以具有商事合同性质的金融机构借款合同为规范对象,同时兼顾自然人之间的借款合同。其次,从《物权法》的规定来看,《物权法》的规定进一步强化了民商合一的体例:第一,《物权法》确立了统一的登记制度,并没有区分民法和商法,而是适用于所有法律。第二,在所有权制度方

① 如由米健教授担任编译委员会主任并由法律出版社出版的“当代德国法学名著系列丛书”,由江平教授担任主编并由中国大百科全书出版社出版的“外国法律文库”,由许传玺教授担任主编并由法律出版社出版的“美国法律重述汉译丛书”,由谢鸿飞教授组织翻译并由法律出版社出版的“欧洲侵权法与保险法中心研究系列丛书”,由李昊教授担任主编并由北京大学出版社出版的“侵权法人文译丛”,等等。

② 相关论述,参见王轶:《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》,《法制与社会发展》2006年第1期。

③ 参见郭明瑞、房绍坤、唐广良:《民法原理(一)》,第26页。

④ 参见梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,第11页。另参见梁慧星:《民法总论》(第五版),北京:法律出版社,2017年,第12页。

面,《物权法》也包含了传统商法的规则,如善意取得制度就可以统一适用于所有领域。第三,在用益物权制度中,《物权法》贯彻了物尽其用、禁止权利滥用等原则,这实际上体现了传统商法的基本理念。第四,没有区分民事主体和商事主体,而是采用了统一的物权主体概念。第五,《物权法》确立了统一的担保制度,该担保制度不仅适用于民事关系,而且也适用于商事关系<sup>①</sup>。再次,《侵权责任法》作为统一调整民事侵权和商事侵权的基本法律,体现了民商合一的体例:第一,在致害主体上,并未区分民事主体与商事主体。在《侵权责任法》中,致害主体统称为侵权人或行为人,而并未严格区分为民事侵权主体与商事侵权主体。第二,在受保护的权益上,采取了统一规定的方式。《侵权责任法》第2条明确列举了18种民事权利,其中不仅包括了民事侵权中的客体,也包括了商事侵权的客体,如股权等。第三,在具体规则的适用上,统一适用于民事侵权和商事侵权。例如,《侵权责任法》第4条规定,因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担侵权责任。此种,侵权责任优先适用的规则,既适用于民事侵权,也适用于商事侵权。最后,《民法总则》更进一步体现出了民商合一的立法特点:第一,调整对象,既包含民事关系也包含商事关系。《民法总则》第2条规定,民法调整平等主体之间的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。根据该条规定,其不仅调整传统的民事关系(如自然人之间的权利义务关系),也将商事关系包括其中(如法人之间的权利义务关系)。第二,《民法总则》对商事主体进行了规定。《民法总则》中所规定的营利法人、非法人组织、个体工商户等均为商事主体规则,相当于大陆法系商法典中的商人制度<sup>②</sup>。第三,《民法总则》中的代理制度,尤其是职务代理的规定,涵盖了大陆法系商法中的经理权和代办权制度<sup>③</sup>。

## (二)坚持从我国实际情况出发

从我国民事立法的发展来看,无论哪一个时期的民事立法,都坚持了从我国实际情况出发这一基本的经验做法,体现出了民法本土化的色彩,主要表现在以下几个方面:

第一,反映中国特色社会主义的发展要求。我国是社会主义国家,坚持走中国特色社会主义发展道路,因此,民法须适应中国特色社会主义的发展要求并为之保驾护航。一方面,民法是调整市场经济的基本法,因此,民法必须坚持社会主义基本经济制度,这也就决定了我国民事立法在具体制度设计上应符合社会主义公有制的要求。对此,《物权法》规定了国家所有权和集体所有权,具体界定了这两种公有制所有权的客体范围、行使方法及法律保护等问题,这对于发展壮大国有经济,增强国家的经济实力,发挥社会主义的优越性具有关键性作用。另一方面,民法须坚持社会主义核心价值观。对此,《民法总则》第1条明确规定:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法。”可以说,社会主义核心价值观在《民法总则》中得到了充分体现,如自愿原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则等都直接体现了社会主义核心价值观。特别值得一提的是,《民法总则》第185条关于“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任”的规定,是社会主义核心价值观的重要体现。此外,我国民法贯彻了以人为本的发展理念,这也反映了中国特色社会主义的发展要求。例如,《民法总则》在监护制度上贯彻被监护人利益最大化原则(第35条),自然人的人身自由、人格尊严、个人信息受法律保护(第109、111条),对未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间自受害人年满十八周岁之日起计算(第191条)等。

第二,顺应社会经济发展变化的需求。我国改革开放以来,社会经济生活发生了很大变化。在经济体制上,我国实现了从计划经济体制到市场经济体制的转轨,初步建立了社会主义市场经济体制,强调市场对资源配置的基础作用,重视民事主体在社会经济生活中的平等地位。我国民事立法顺应了这种经济发展改变的需要,并体现在具体的民法制度中。例如,《合同法》取消了国家指令性计划对

① 参见王利明:《中国民法典制定的回顾与展望》,《法学论坛》2008年第5期。另参见梁慧星:《民法总论》(第五版),第12页。

② 参见梁慧星:《民法总论》(第五版),第12页。

③ 参见梁慧星:《民法总论》(第五版),第12页。



合同指导的规定,取消了有关行政权力对合同干预的规定;《物权法》将实行多年的国有土地有偿使用制度、农村土地承包经营制度规定为建设用地使用权制度和土地承包经营权制度;《侵权责任法》在高度危险责任的规定中,以保护行业发展及平衡权利义务为理念,于第77条规定了高度危险责任的赔偿限额<sup>①</sup>。《民法总则》为顺应社会经济发展变化的需求,设置了若干新制度、新规则。例如,《民法总则》第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”这就确立了民事活动应当遵守绿色原则,这就为我国环境保护、生态文明建设、可持续发展提供了制度保障。再如,《民法总则》第33条规定:“具有完全民事行为能力的成年人,可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商,以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时,履行监护职责。”这是关于成年监护制度的规定,它不仅顺应了监护制度的国际发展趋势,也是应对我国老龄化社会的一项重要措施。

第三,民法制度设计和概念的使用尽量贴近民众生活。民事立法只有贴近现实经济生活,注重我国现实经济生活需求,才能为民众所接受,才能发挥其应有的作用。例如,《婚姻法》中关于夫妻共同财产制的规定,《物权法》中关于土地所有权的主体和行使、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权的规定,《民法总则》中对个体工商户和农村承包经营户的规定,以及在特别法人制度中对农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、居民委员会法人和村民委员会法人的规定等都反映了民众现实生活的需要,易于为民众所接受。当然,随着社会经济生活的发展,民法制度的设计也应与时俱进。例如,关于农村土地的家庭承包制,虽然《物权法》通过土地承包经营权的物权形式将这种承包制确立下来,而且这种家庭承包制将保持长久不变,但这不等于土地承包经营权将一成不变。随着社会的发展,在“两权分离”基础上产生的土地承包经营权已经无法满足农村经济发展的需要,需要对之进行改革。为此,中央提出了“三权分置”的改革措施,即“落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权”。通过对土地承包经营权制度的改造,可以进一步鼓励土地经营权的流转,促进土地资源合理利用,发展土地适度规模经营,提高土地产出率。

第四,吸收我国优良的传统法律文化。我国民事立法十分注重吸收我国传统法律文化的合理因素,使之成为具有中国特色的民法制度。例如,《婚姻法》中关于“家庭成员应当敬老爱幼,相互帮助”“父母对子女有抚养教育的义务”“子女对父母有赡养扶助的义务”等规定,《继承法》中关于“丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人”“遗赠扶养协议”等规定,《物权法》中关于“不动产相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则,正确处理相关关系”“处理相邻关系应当遵循习惯”“拾得遗失物应当返还失主”等规定,都体现了我国优良的传统法律文化。此外,《民法总则》在起草过程中,立法者也强调了对我国优秀的法律文化传统应予传承的思想。例如,《民法总则》第10条规定了习惯可为民法的法源,但其不得违背公序良俗;第184条采取了鼓励救助模式及对紧急救助情形下免责的规定等,都体现了对我国优秀法律文化的传承。当然,如何吸收我国传统法律文化也是一个仁者见仁、智者见智的事物,如何取舍很值得探究。例如,典权是我国特有的传统物权制度,在《物权法》制定过程中对是否规定典权制度存在很大的争议,最终《物权法》没有规定典权。我们认为,典权制度在现今社会仍有其适用的价值,且是我国优良的法律制度,弃之可惜,建议未来制定民法典时重新规定典权制度。

### (三)充分借鉴比较法经验

随着当代经济全球化与各国之间经济交往的日益增多,各国民事法律呈现出一种趋同的趋势,这就需要我国民事立法在坚持从实际情况出发的基础上,广泛借鉴国外的立法经验,在具体内容、立法技术等诸多方面汲取国外民事立法的有益经验。

在我国民事立法中,《合同法》是借鉴国外立法经验的典型代表。《合同法》除主要借鉴大陆法系

<sup>①</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社,2010年,第77页。

国家的立法外,还注意吸收英美法系的某些规定,重视国际合同法统一化。《合同法》关于缔约过失责任、附随义务、同时履行抗辩权、不安抗辩权、债权人的撤销权和代位权等制度都来自于大陆法系,而间接代理等制度则来自于英美法系。同时,《合同法》广泛参考了《联合国国际货物销售合同公约》和《国际商事合同通则》的规定。可以说,我国《合同法》体现了大陆法系和英美法系合同法的融合。

《物权法》虽然不像合同法那样可以直接移植国外的法律,但物权法毕竟属于私法,国外的立法经验仍有借鉴的意义。从我国《物权法》的内容来看,其不仅大量借鉴了德国、法国等大陆法系上的物权制度,也适度参考了英美法上的一些物权制度。例如,《物权法》关于用益物权、担保物权分类的体系以及有关的物权法原则、物权请求权、占有保护、地役权等都来自于大陆法。同时,我国《物权法》还借鉴了英美法上的浮动担保、应收账款质押等相关制度<sup>①</sup>。

《侵权责任法》是对比较法进行充分借鉴的又一代表。这不仅体现于在《侵权责任法》的立法过程中,数次召开由各国学者参与的论证会议,还体现为立法机关专赴欧洲侵权法研究中心(奥地利维也纳)听取国外专家的意见。当然,《侵权责任法》对比较法的借鉴更体现于其所采取的立法形式、立法构造、立法理念和具体的规定内容上。首先,在立法形式上,我国侵权责任法为成文法,保持了大陆法系侵权法的传统,但同时其是作为独立的法律进行规定的,这又体现了英美法的特点<sup>②</sup>。其次,在立法构造上,《侵权责任法》既借鉴了传统大陆法系制度中的一般条款,又借鉴了英美法系中类型化的模式。例如,《侵权责任法》第6条第一款规定了侵权责任的一般条款,而在第四章到第十一章又对重要的侵权类型进行了具体规定,体现出了类型化的特点。再次,在立法理念上,《侵权责任法》对比较法也有所借鉴。在大工业化时代到来之后,尤其是随着社会的不断发展,危险责任受到各国法上的重视。对此,不仅有学者主张应设置危险责任的一般条款,《欧洲侵权法原则》(第1:101条)更是将过错、异常危险及替代责任三者设置为平行的归责基础。尽管我国《侵权责任法》最终于整体上仍保持了以过错责任为中心的制度设置,但其于第69条规定了高度危险责任的一般条款,体现了对危险责任理念的贯彻。最后,《侵权责任法》的具体内容也体现了对比较法的借鉴。例如,《侵权责任法》第47条即是对英美法上惩罚性赔偿制度的借鉴;在第七章医疗损害责任中,《侵权责任法》借鉴了法国医疗损害责任制度将医疗过失区分为医疗科学过失和医疗伦理过失<sup>③</sup>。

#### (四)实行民主立法

民主立法是我国立法工作一贯秉持的思想,对此,彭真同志很早就提出了“立法要发扬民主,集思广益”,只有在立法过程中发扬民主,才能做到集思广益,而只有集思广益,才能实现立法面向人民和为了人民这一我国社会主义立法的根本目的<sup>④</sup>。在2014年10月通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中,再次强调要“深入推进科学立法、民主立法”。应该说,现阶段对民主立法的强调,既是对我国以往立法经验的总结,也是对未来立法的要求。具体而言,民主立法就是指在立法过程中,要秉持民主立法的指导思想,使民众参与立法、监督立法,构建得以充分反映民众意见、汇集民众智慧的立法机制,使法律充分体现和表达我国的民众意志,成为保护民众权利的良好法。在我国民事立法中,立法机关坚持民主立法,取得了良好的社会效果,《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》等法律的制定都体现了民主立法。在我国的民事立法中,民主立法主要体现在两个方面:

一方面,法律专家全程参与。民事立法的立法方案和建议草案大都是由专家学者完成的,全国人大常委会也多次召开专门研讨会听取专家学者的意见。例如,在1993年10月所开启的《合同法》立法工作中,即预先委托六位民法学者和两位法官讨论拟定《中国合同法立法方案》<sup>⑤</sup>。1995年1月形

① 参见王利明:《中国民法典制定的回顾与展望》,《法学论坛》2008年第5期。

② 参见杨立新:《我国侵权责任法草案对国外立法经验的借鉴》,《中国法学》2009年第5期。

③ 参见杨立新:《我国侵权责任法草案对国外立法经验的借鉴》,《中国法学》2009年第5期。

④ 参见朱力宇、易有禄:《彭真民主立法思想及其对立法实践的影响》,《民主与法制》2008年第9期。

⑤ 参见梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,第42页。

成了由全国 12 个法律院所的专家学者参与起草的合同法建议稿并提交全国人大常委会法工委<sup>①</sup>。《物权法》的制定在 1994 年被列入八届全国人大常委会立法规划,但因市场经济发展的需要,仍以《合同法》的制定为先,直到 2001 年底才形成物权法的“征求意见稿”。而这份“征求意见稿”也是在梁慧星教授和王利明教授所主持的两个专家建议稿的基础之上所形成的<sup>②</sup>。《侵权责任法》和《民法总则》的制定,学者也全程进行了参与,并提出了制定的意见和建议<sup>③</sup>。因此,可以说,诸如《合同法》《物权法》《侵权责任》《民法总则》等法律的制定都凝聚了法律专家学者的智慧和心血。

另一方面,广泛征求社会各方面的意见。在民事立法过程中,全国人大常委会都公布了法律草案,向各地人民法院、各部门和法律教育科研机构等广泛征求修改意见。就《物权法草案》而言,该草案向全社会征求意见后,人民群众通过网络、信件提出意见 11543 条,26 个省(自治区、直辖市)和 15 个较大的市的人大常委会、47 个中央有关部门以及公司企业、法学教学研究机构 and 法学专家等也提出了意见<sup>④</sup>。同时,先后召开一百多次座谈会、论证会,充分听取部分全国人大代表、基层群众、专家学者、有关部门等社会各界的意见<sup>⑤</sup>。《侵权责任法》草案于 2008 年 12 月进行了第二次审议,会后,全国人大常委会法制工作委员会将草案印发各省(区、市)、中央有关部门和法学教学研究机构等征求意见。2009 年 10 月第三次审议后,全国人大常委会通过中国人大网向社会公开征求对草案的意见,共收到 3468 条意见和建议,还收到单位和个人修改意见的信函 21 件<sup>⑥</sup>。在《民法总则》的起草过程中,张德江委员长和李建国副委员长先后在北京、四川、宁夏、上海主持召开四场草案座谈会,参与面覆盖了全国 31 个省、自治区、直辖市。各省级人大常委会负责同志,中央财经领导小组办公室、中央农村工作领导小组办公室、国家发改委、国资委等中央有关部门的负责同志,最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院、中国法学会等 5 家民法典编纂工作参加单位的负责同志,全国人大常委会法工委的 4 个基层立法联系点的负责同志,部分全国人大代表、政协委员,以及来自法院、企业、律师事务所等的法律实务工作者,来自法学教学研究机构专家学者等参加座谈会并发表了意见<sup>⑦</sup>。2016 年 6 月、10 月和 12 月,全国人大常委会在每次审议草案之后,都将草案审议稿在中国人大网上公布向社会公众征求意见。三次征求意见中,收到相关意见 69386 条。此外,还有基层群众、社会团体、法学研究人员等各界人士通过邮寄或快递的方式提出了意见和建议。对这些来自社会各界的意见和建议,全国人大常委会法制工作委员会都逐一进行了整理并认真进行了研究<sup>⑧</sup>。可以说,《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》等相关法律的制定都是“集万民之智,纳百家之言”的结果。

#### (五)吸纳司法实践中的有效做法

在我国的民事立法中,立法机关非常注重对司法实践中有效做法的吸纳。此种吸纳,最为直接地体现为在民事立法中,立法机关对由最高人民法院所发布的司法解释中的相关规定的吸收,将其转化为立法文本。例如,《侵权责任法》第 37 条关于安全保障义务的规定,即是在参考了《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)第 6 条的基础之上而拟定的;《侵权责任法》第 9 条关于教唆、帮助情形下的侵权和第 10 条关于共同危险行为的规

① 参见郭明瑞:《〈合同法〉的立法经验》,《中国社会科学报》2009 年 11 月 24 日,第 7 版。

② 参见赵晓耕主编:《新中国民法典起草历程回顾》,北京:法律出版社,2011 年,第 192 页。

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会民事室编:《侵权责任法:立法背景与观点全集》,北京:法律出版社,2010 年;《民法总则立法背景与观点全集》编写组编:《民法总则立法背景与观点全集》,北京:法律出版社,2017 年。两书中对民法学者的意见与建议均有更为详细的介绍。

④ 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编:《物权法立法背景与观点全集》,北京:法律出版社,2007 年,第 53 页。

⑤ 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,北京:法律出版社,2007 年,第 5 页。

⑥ 参见扈纪华、石宏:《侵权责任法立法情况介绍》,《人民司法·应用》2010 年第 3 期。

⑦ 参见贾东明:《民法总则是民主立法、科学立法的典范》,《中国人大》2017 年第 7 期。

⑧ 参见贾东明:《民法总则是民主立法、科学立法的典范》,《中国人大》2017 年第 7 期。

定,也均是在合理吸纳《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第148条和《人身损害赔偿解释》第4条的基础之上形成的。此外,《民法总则》第30条关于协议确定监护人的规定,即是在吸收《民法通则意见》第15条的基础之上确立的。同样,《民法总则》第31条第四款关于监护人被指定后,不得擅自变更以及擅自变更不免除被指定的监护人责任的规定,也是对《民法通则意见》第18条规定的有益吸收。

### 三、我国民法未来发展之挑战

尽管我国的民事立法及理论研究已经取得了可喜的成就,但未来仍面临着不小的挑战。概而言之,有以下三个方面:

#### (一)科学地编纂民法典

如前所述,我国的民法典编纂已进入到实质化阶段,作为民法典开篇之作的《民法总则》已颁布实施,接下来将对现有的《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《继承法》《收养法》等法律进行修改、统合,最后形成民法典。科学地编纂民法典是科学立法的要求。对此,至少应做到以下几个方面:

第一,立法理念的科学化。立法理念的科学化,是指要求立法者紧紧把握住民事法律的本质,全面回应现实生活的需求,并使立法具有一定的前瞻性,尽力避免立法指导思想上的偏差。民法是调整平等主体之间人身关系及财产关系的法律规范。这就要求应在民法典编纂中删除现有规定中与民法规范本质无关的条文表述,纯化法典的规范内容。民法既为行为规范,也为裁判规范。因此,民法典的制定应全面回应我国现实生活的需求,为民众提供明确的行为规范,为司法机关提供明确的裁判规范。这要求在民法典编纂中应摒弃以往所存在的“宜粗不宜细”“争议问题不做规定”的立法理念。现实已经证明,“宜粗不宜细”“争议问题不做规定”的立法理念对我国的法制建设不但无益,反倒有害。具体表现为:其一,给执法带来困难,使许多民事纠纷的处理无法可依;其二,法官的“自由裁量权”无合理限制且造成司法不统一的现象出现。由于法律的规定过于原则,只能由法官从抽象原则来解释和适用法律,造成法官弹性用法以及“同案不同判”现象的出现;其三,造成了欲简愈繁的结果。立法的粗疏,导致了众多“实施细则”“司法解释”等补充解释的产生,造成了不必要的庞杂、重复、矛盾;其四,导致司法机关承担了过重的负担。立法者在立法上的怠惰与回避,使得司法机关在法无明确规定的情形下仍不得不对相关案件进行处理。为实现法律适用的统一,最高人民法院不得不发布相关的司法解释。例如,由于《民法通则》的规定过于概括,最高人民法院先后发布了《民法通则意见》《精神损害赔偿解释》以及《人身损害赔偿解释》。《合同法》通过后,最高人民法院先后发布了《合同法解释》(一、二)以及有关买卖合同、租赁合同、融资租赁合同、建设工程合同、技术合同等相关司法解释。对于《物权法》,最高人民法院先后发布了《建筑物区分所有权解释》《物权法解释(一)》等。此外,最高人民法院还发布了《公司法解释》(一、二、三)、《保险法解释》(一、二、三)、《破产法解释》(一、二)等。这些大量的司法解释,无疑加重了司法机关的负担。同时,民事立法“宜粗不宜细”的格局,把最高人民法院推上了形式上无权立法,实际上又不得不造法的境地<sup>①</sup>。因此,在民法典的编纂中应变“宜粗不宜细”“争议问题不做规定”的立法为“明确性”“全面性”立法。尽管立法是对现实生活的反映,但作为调整社会生活的基本规范也应具有前瞻性。这就要求民法典编纂应摒弃以往所存在的“滞后立法”和“同步立法”(对此可统称为“现实立法”)的指导思想,立法中更应注重“超前立法”。尤其对于民法典编纂而言,其一旦完成,将难以修改。现代社会的发展,尤其是进入到网络化时代之后,日新月异。对此,在立法中必须提前给予充分的应对。这就要求立法应具有一定的前瞻性。当然,“超前立法”并不是脱离现实生活的空想立法,而是在深刻认识和把握社会发展规律的基础上,在科学预测现有社会发

<sup>①</sup> 参见佟柔:《中国民法经济法理论问题探究》,北京:法律出版社,1991年,第4页。

展趋势的前提下,进行有根据的立法<sup>①</sup>。

第二,体系架构的科学化。民法典编纂并非法律汇编,故而其必然体现为以合理的体系架构统合现有相关规定。因此,科学化的体系架构,涉及民法典的编纂体例问题。众所周知,在民法典的编纂体例上,主要有法国模式与德国模式两种。当下,已经确定的是我国民法典编纂基本上采取德国模式。应该说,此种做法值得赞同,因为这种体例符合民法以法律关系为核心、以权利为主线的基本理念。但是,在此模式之下,民法典的分编究竟应如何架构,并非没有争议。从目前立法机关的考虑看,民法典各分编将由物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编构成。本文认为,立法者的现有规划应予修正。此种修正主要体现在两个方面:其一,增加规定人格权编。人格权独立成编的理由在于:首先,为贯彻以人为本的法治理念,反映现代社会尊重和保护人格尊严与人身自由的精神,体现对人的终极关怀,民法典有必要将人格权独立成编并置于总则编之后。人格权在民法典中独立成编不仅会极大地促进人格权的发展和保护,也是我国民法对世界人权事业的一大贡献<sup>②</sup>。其次,人格权是一种重要的权利,其位阶高于财产权。那么,在物权及债权(合同)均有规定的情形下,人格权也应予以规定。再次,人格权内容丰富,若不独立成编,其具体规范内容难以为总则编和侵权责任编所完全承载。最后,人格权独立成编不仅是保护人格权的需要,也是充分保障权利主体行使人格权的需要。其二,增加规定债法总则编。从应然的角度讲,或者说从形式理性的体系合理性角度讲,我国民法典编纂应当设置债法编,并且在债法的体例结构上采“总一分”结构,设置债法总则编,按照“提取公因式”的法律构造技术,把债的定义、债的发生原因、债的关系的内容、债的消灭、债的移转、多数人之债等一般债法问题,规定于“债总”部分。设置“债法编”并采取“总一分”结构的主要理由在于:首先,不设置债法总则编无法保证民法典体系的严谨性。在民法理论上,物权与债权的界分已是理论共识,也是大陆法系国家民法典通常采取的结构模式。尽管我国未来民法典将侵权责任单独成编,但也不能否定侵权责任中的一些规则具有债的属性,如过失相抵、损益相抵等。如果不设置债法总则编,类似的规则就要在合同编及侵权责任编分别规定,这既不利于条文的简约化,也有损于民法典体系的严谨性,不符合立法技术的要求。其次,不设置债法总则编无法实现民法与商法的有效衔接。债法制度不仅体现于传统民法中,在商法中也有大量体现,如公司法中的公司债规则、破产法中的破产债权规则、票据法中的票据债务规则等。如果在民法典中不设置债法总则编,这些规则就会缺乏共同的制度基础。而若要完整体现这些规则,在民法典不设置债法总则编的情况下,各单行商法只能就这些债法规则作出详细具体的规定,这显然也是不符合立法技术要求的,更是无法实现的。因此,只有设置债法总则编,才能实现民法与商法的有效衔接。再次,合同总则不能代替债法总则。尽管合同总则与债法总则的内容大体相同,且两者的关系十分密切,但合同总则并不能完全取代债法总则。因为合同总则只能就合同之债的一般规则作出规定,不能涵盖合同之债之外的其他债,如不当得利之债、无因管理之债等。同时,如果民法典分别设置债法总则与合同总则,则可以充分发挥它们各自的功能,使债法总则起到统领所有债法规则的作用。最后,《民法总则》明确提出了债权的概念并规定了债权的发生原因,如果不设置债法总则编,这些债权的发生原因就无法在具体制度上得到落实。尽管《民法总则》规定了不当得利、无因管理,但每个制度仅有一个条文,远远不能满足司法实践的需求。而且在《民法总则》中规定不当得利、无因管理,其本身就不符合民法典立法技术的要求。

第三,立法技术的科学化。立法技术是制定、修改和废止法律的技术,其重点在于制定法律的技术。民法典的编纂作为对民法制度的体系性架构,应力求采用科学的立法技术进行编纂。立法技术的科学化体现为以下几个方面:其一,增设条文标题。从立法学角度看,立法者应当对条文的内容加以科学的概括和明示,对每一条文加以标题,做到条文标题化。这对于准确把握和正确适用法条是十分有利的。这种立法技术早已为德国民法典、日本民法典和瑞士民法典所采纳,但我国民事立法一般

<sup>①</sup> 参见房绍坤:《民事立法瑕疵及其原因与矫正》,《中国法学》1993年第1期。

<sup>②</sup> 参见房绍坤:《我国民事立法的反思与前瞻》,《中州学刊》2009年第5期。

没有采取这种立法技术,这很值得我们反思其个中原由。其二,条文表述的规范化。条文中所使用的语词要力求准确,不能模糊,既要考虑到民法为裁判规范的本质使其不失专业性,又要考虑到民法为行为规范的本质使其更易于理解。其三,条文排列的合理化。完善的立法,要求条文的排列合理有序,反映出从一般到具体的顺序结构。其四,条文内容结构的科学化。一个条文应规定一个内容,不应当将一个内容分成两个条文或将两个内容合并成一个条文,否则,将不利于准确把握立法本意。其五,条文设置的动态化。社会生活纷繁复杂,如何以更好的规范方式予以应对,是立法者必须面临的课题。对此,比较法上存在两种不同的应对方式:一种是固定的、细致的规定;另一种是概括的、弹性的规定<sup>①</sup>。尽管在此两种方式中应以何者为优,学者间不乏争议。但妥当的方式无疑是应尽力将二者结合起来,即条文设置既不能过于概括,也不能过于僵化。因为,过于概括的条文无法为司法裁判提供明确的指引,而过于僵化的条文又会过度限制法官的裁量空间,从而使得法院不得不再突破立法的限制,最后只能导致制定法约束力减弱的结果<sup>②</sup>。因此,民法典中的条文设置应体现出动态化的特点,即条文应依据立法者的价值判断,明确罗列出在适用中应予考量的具体因素。当然,条文设置的动态化并不是指全部条文设置均应如此,在价值判断极为明确而不存在动态化空间的制度中,则不应采取动态化的方式进行设置。

## (二)全面系统地进行比较法研究

如前所述,现行的民法制度并非为我国法所固有,而是在清末变法之时引入我国的。因此,作为继受者,必然要全面系统的对所继受的制度进行研究。尽管在我国现有法律制度的设立及研究上,比较法的研究已经提供了相当的智力支持,但仍存在进一步提升的空间。全面系统的进行比较法研究,应做到以下几个方面:

第一,彻底厘清相关民法制度及概念的发展源流。比较法上的借鉴,绝非仅仅是概念的简单继受。我们更要知道相关概念及制度在比较法上是于何种情境所创设,又是在何种情境之下有所发展。这要求我们从概念及制度发展史的角度进行研究。若非如此,则很容易导致立法及研究中对相关制度的错误使用,《民法通则》关于“民事行为”及“民事法律行为”的概念使用就是如此。同时,任何法律制度及概念的创设,必有其历史原因及具体情境,若不对彼时产生此概念及制度的社会情境进行研究,则也极易引发对相关制度的简单移植,甚至引发制度体系上的混乱。

第二,全面深入研究他国现有制度的体系化配置。事实上,对他国现有制度的体系化配置进行充分研究与上述第一点紧密相关。如果说上述第一点所强调的是从动态的角度,从法史的角度展开研究,那么,对他国现有制度的体系化配置的研究更强调从静态的角度进行研究,即强调对他国现有制度的研究。之所以强调对他国现有制度的体系化配置进行深入研究,原因在于,一国法律的制度设计均是以体系化的方式所呈现的。换言之,法律作为社会治理的重要手段,其对社会治理妥当性的实现,是以制度之间的相互配合为前提的。若对比较法上的制度研究采取“只见树木,不见森林”的研究方法,则极易误读他国制度。全面研究他国法律制度,要求我们在研究中注意两点:其一,注意区分大陆法系制度和英美法系制度。“条条大路通罗马”,问题的解决往往并非限于一途。民法问题的解决也是如此,大陆法系制度和英美法系制度在相关问题的解决路径上往往存在差别,尽管在最后的效果上通常几近相同。区分大陆法系制度及英美法系制度的设置,意在避免在我国的制度构建中同时引入两种解决类似问题的制度,而导致制度体系的矛盾与冲突。例如,我国《合同法》中既引入了德国法中的不安抗辩权制度,也引入了英美法中的预期违约制度,二者在司法实践中就出现了冲突<sup>③</sup>。其二,既要注重他国民法典中的规定,也要注重他国特别法的规定及司法实践中所创设的制度。在比较

<sup>①</sup> 参见海尔穆特·库齐奥:《动态系统论导论》,张玉东译,《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

<sup>②</sup> 就此问题的详细论述,参见赫尔穆特·柯启尔:《论法典化对法的塑造力》,史梦宵、邱楠译,《中德法学论坛》第10辑,北京:法律出版社,2014年,第3页。

<sup>③</sup> 对此问题的汇总性分析,参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,北京:中国社会科学出版社,2014年,第297-313页。

法上,许多民法典制定于一二百年前,而随着社会的发展,各国或通过修改法典,或通过制定特别法及司法实践中创设的制度而弥补法典规定之不足。因此,在研究和借鉴中需要对一国的法典、特别法和司法实践进行统合性研究,如此方可知其整体的制度架构。尤其是我国采民商合一体例,而比较法上的很多国家采取民商分立体例,如此,应对他国的民法典及商法典中的相关规定进行整体研究。

第三,加大对比较法上经典著作的翻译。毫无疑问,对比较法的深入研究,更为妥当的方式为阅读原文。但是,在我国的教育体系中英文为主要外语语种,故而大陆法系国家的其他语言并不普遍为众多民法学者所掌握。尽管近年来留学欧陆的学者不断增加,但也并不能期待其可掌握多种欧陆语言。加之我国属大陆法系国家,如此,在比较法研究上外国经典文献的翻译便成为了比较法研究之必要。应该说,我国近年来对外国经典文献的译介已经取得了可喜的成果,但相比于比较法上经典著作的数量,仍显不够。同时,在译介过来的著作中也仍旧存在部分质量堪忧的作品。因此,在未来一方面应从量上加大对比较法文献的译介,另一方面从质上进一步提升译介的水平。

### (三)进一步实现民法的本土化与现代化

民法是国内法,一国的民法制度应与其政治、经济、文化等情境相适应。因此,一国的民法制度必然会体现出其本国的特色,而这也是民法本土化的体现。强调我国民法的本土化,即是强调我国的民事立法及民法学研究必须立足于我国国情,面对我国的现实问题,解决我国的现实问题。因此,无论在立法中还是在研究中,均应注意我国民法所调整的是社会主义市场经济和社会主义社会生活关系。同时,也应注意我国现正处于社会转型时期的现实。此外,传统文化中所留存于现实生活中的诸多伦理性规范以及我国所固有的诸多习惯也是不应被忽视的。因此,民法的本土化要求在研究方法上更应注重实证研究。因为,对本国国情的把握必须以实证研究为基础,此后方可以此为前提或通过立法论或通过解释论来修改或填补现有规范体系。当然,在现今我国的民法制度之中,已经彰显了与外国法律不同之中国元素<sup>①</sup>。也是在此意义上,王轶教授认为我国的民法已由“照着讲”的时代进入了“接着讲”的时代<sup>②</sup>。“接着讲”的提出,在本质上就是强调在中国的国情与外国国情相异之处,我们应具有足够自信去构造具有中国特色的制度、创设具有中国特色的民法理论。当然,在此过程中,也不可矫枉过正,即不可为了“特色”而“特色”,更不能将社会中的不合理现象误以为是“中国特色”,从而脱离民法制度的基本精神,做出违反民法本质的规定和解释。

我国民法不仅有本土化的任务,更承担着现代化的使命。我国民法的现代化,从形式意义上说,就是制定民法典,这一任务即将于2020年完成;从实质上说,我国民法的现代化是应当民法理念、民法制度、民法文化等的现代化。这一现代化过程将是长期的,也是最为复杂的。应当说,我国民法的现代化始于清末变法。百余年间,虽有阶段性停滞,但从未终止。如果说清末变法是一种“被动”的民法现代化,那么当下的民法现代化更体现为一种“主动”的现代化。当然,民法的现代化根源于社会生活的现代化,既体现为以现代化的理念引导人们的行为,也体现为以现代化的制度回应现实生活,二者相互结合。随着社会生活的深刻变化和人们生活观念的更新,在根本上要求民法必须坚持以现代化为其发展方向。对此,至少有以下几点是民法现代化进程中必须要考虑的:其一,网络化时代的到来。互联网时代的到来,深刻地改变了人们的生活方式。其中,网络虚拟财产的保护、网络交易及网络侵权的规制,尤其值得重视。其二,人工智能时代的开启。可以说,人工智能在为社会生活带来深刻变革的同时,也对现行法律制度提出了巨大的挑战,需要民法在内的诸多法律加以积极应对。例如,自动化机器人能否取得法律人格?对此,2016年,欧盟委员会法律事务委员会向欧盟委员会提交动议,要求将最先进的自动化机器人的身份定位为“电子人”,赋予其“特定的权利和义务”<sup>③</sup>。不难想象,一旦自动化机器人取得了法律人格,民事主体制度的根基就将被打破。再如,无人驾驶汽车已经

<sup>①</sup> 参见王轶:《论中国民事立法中的“中国元素”》,《法学杂志》2011年第4期。

<sup>②</sup> 参见王轶:《从“照着讲”到“接着讲”》,《法学论坛》2011年第2期。

<sup>③</sup> 参见吴汉东:《人工智能时代的制度安排与法律规制》,《法律科学》2017年第5期。

出现,未来在逐渐普及使用的情况下,如何对其所发生的交通事故予以规制,现代侵权责任法规则已难以继续适用。其三,新型经济模式的出现。例如,在共享经济模式之下,共享各方的法律地位、权利义务如何确定以及由此产生的民事纠纷应如何处理,都需要妥当应对。毫无疑问,对上述问题的回应,均为民法现代化过程中的重要议题。

#### 四、结语

改革开放的四十年,是我国经济发展腾飞的四十年,也是我国法治建设、法学发展的四十年。改革开放的不断推进,为我国民法的发展提供了巨大的空间,民法制度的发展也为改革开放提供了重要的制度保障。纵观四十年,我国民法制度的不断创设与完善,民法学研究的不断拓展与深入,与立法机关、司法机关及民法学者的不懈努力紧密相关,是集体智慧的结晶。尽管我国未来的民法发展还将遭遇不断的挑战,但挑战也是际遇,相信随着我国民法典的实施以及民法学人的不断努力,未来的中国民法必将体现出更多的中国特色,屹立于世界民法之林!

#### Chinese Civil Law Accompanied by Reform and Opening

Fang Shaokun Zhang Yudong

(School of law, Yantai University, Yantai 264005, P. R. China)

**Abstract:** The reform and opening provides great space for the development of civil law in China. Since the reform and opening, China promulgated the “General principles of Civil Law”, “Contract Law”, “Property law”, “Tort Liability Law”, “General Rules of Civil Law” as well as “Company Law”, “Bankruptcy Law”, “Insurance Law”, “Negotiable Instruments Law”, “Maritime Law” and other important civil and commercial law. Subject system, behavior system and rights protection in civil law also gained their development and perfection. Meanwhile, in the past forty years, the study of civil law has shown its characteristics, such as continuous expansion and deepening of research field, transformation from legislative theory to interpretative theory, and continuous diversification of research approaches. Civil legislation has accumulated many useful experiences, such as adhering to the basic idea of civil and commercial integration, adhering to the actual situation of China, fully using the experience of comparative law, implementing democratic legislation, and absorbing effective practices in judicial practice. In the future development of civil law, scientific codification is undoubtedly the most important and urgent task. Scholars of civil law should research more systematically on comparative law. Legislature, judiciary authority and civil law scholars should push forward the modernization and localization process of civil law continuously.

**Keywords:** Reform and opening; Civil Law; Legislative experience; Codification of civil code; Localization; Modernization

[责任编辑:林 舒]