

中国民法百年变迁

张新宝 张 红

摘要：中国民法百年，历经自清末到新中国成立、新中国成立以后30年以及改革开放30年以来三个重要的发展阶段。在第一阶段，民法使统治者对待法律的观念实现了从“救亡图存”到“立宪治国”的转变；在第二阶段，由于制定民法典经济基础不具备，民法典无法出台；在第三阶段，民法作为社会主义市场经济的内在要求与基本保障的地位被确立，执政者对民法逐渐认可，单行民法逐步制定，民法典之轮廓出现。展望未来，作为中华民族伟大复兴的标志，民法典的制定仍然任重道远。民法典的出台，需要全民族法治共识的形成和政治家的坚定决心。

关键词：民法史 民法典 社会主义法治 社会主义市场经济

作者张新宝，中国人民大学法学院教授（北京 100872）；张红，中南财经政法大学法学院副教授（武汉 430073）。

美国学者亨廷顿说：“亚洲人倾向于以百年和千年为单位来计算其社会的演进，把扩大长远利益放在首位”。^① 2011年恰逢辛亥革命一百周年，也是第一部标志中国法律近代化的民法草案——1911年《大清民律草案》诞生一百周年。辛亥革命吹响了中国社会近代转型的号角，《大清民律草案》则开启了中国固有法制向近现代法制变革的端倪。近年来，学术界对中国民法及民法学自清末到1949年之前、^② 1949年至今60年^③及改革开放以后30年^④三种不同分期皆有研究，但是，研究百年中国民法史的文章并不多见。^⑤

- ① 塞缪尔·亨廷顿：《文明的冲突与世界秩序的重建》，周琪等译，北京：新华出版社，1999年，第250页。
- ② 张生：《中国近代民法法典化研究：1901—1949》，北京：中国政法大学出版社，2004年；俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京：北京大学出版社，2003年。
- ③ 孙宪忠、谢鸿飞：《中国民法学六十年：1949—2009》，陈小君主编：《私法研究》第8卷，北京：法律出版社，2010年，第3—39页。
- ④ 王利明：《中国民事立法的成就与展望》，《法学家》2009年第5期；王利明、周友军：《与改革开放同行的民法学——中国民法学30年的回顾与展望》，《吉林大学社会科学学报》2009年第1期；王利明、易军：《改革开放以来的中国民法》，《中国社会科学》2008年第6期；张新宝：《中国民法与民法学的现状与展望》，《法学评论》2011年第2期；龙卫球：《规则嬗变与市场经济：中国民商经济法建设三十年》，陈小君主编：《私法研究》第7卷，北京：法律出版社，2009年，第109—153页。
- ⑤ 梁慧星：《中国对外国民法的继受》，梁慧星主编：《民商法论丛》第25卷，香港：金桥文化出版社（香港）有限公司，2002年，第361—379页；杨立新：《百年中的中国民法华丽转身与曲折发展——中国民法一百年历史回顾与展望》，杨立新主编：《中国百年民法典汇编》，北京：中国法制出版社，2011年，第1—53页；俞江：《中国民法典诞生百年祭——以财产制为中心考察民法移植的两条主线》，《政法论坛》2011年第4期。

百年中国民法史跌宕起伏，既是百年波澜壮阔的中国历史的一部分，亦是浩瀚世界法治文明发展史的重要组成部分。中国民法百年史归其一点，就是为完成一部中国民法典而奋斗的历史，^①因此，反思百年中国民法无疑应以历次民法典起草为路径。目前，虽然中国特色社会主义法律体系已经形成，但民法法典化的道路依然任重道远，究其原因，既有技术上的原因，也有路线上的根本分歧。^②下文的分析拟将百年中国民法史分为三个阶段，以历史唯物主义、社会主义法治观及科学发展观的基本理论为指导，以重要的民法草案或民事单行法的制定情况为依托，通过串联地标性的立法活动来述说百年中国民法史，并探究其背后的得失，说明民法典与政治、经济社会变迁的关系以及民法典与国家治理和社会管理创新之间的关系，以此突出民法在国家治理中的重要作用，并展望未来中国民法典之中国特色与文化内涵。

一、1911—1949：初期的移植与实践

（一）《大清民律草案》

在西方，“法律通常是尾随着社会的变化而变化”，^③但在近代中国，法律制度的建立却超越了近代中国的社会发展进程。《清史稿·刑法志》在述及清末变法时说：“尔时所以急于改革者，亦曰取法东西列强，藉以收回领事裁判权也。”^④光绪三十一年（1905）三月二十一日，沈家本上《删除律例内重法折》，其中谓：“中国之重法，西人每皆为不仁。其旅居中国者，皆借口于此，不受中国之约束……方今改订商约，英美日葡四国，均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。”彼时，无论朝廷谕令，抑或大臣之上疏、奏折、议论，凡论及修律，“乃群措意于领事裁判权”。此属通过法权统一，以维护主权的燃眉之举，中国近代法制亦因此而发轫。^⑤中国第一部民法典草案——《大清民律草案》即在此背景下于1911年诞生。

收回治外法权之所以成为效法西洋制定民法的动因，是认为中国古代无近代西洋意义上的民法，中国古律无法与彼时西洋之法对话。“中国律例，民刑不分，而民法之称，见于《尚书》孔传。历代律文，户婚诸条实近民法，然皆缺焉不完。”因此，“拟请敕下修律大臣，斟酌中土人情政俗，参照各国政法，釐定民律，会同臣奏准颁行，实为图治之要”。对此，《大清民律草案》编者亦曾言：“是知匡时救弊，贵在转移，拘古牵文，无裨治理。中国法制理事大抵俾陈编，创制盖寡。即以私法而论，验之社交，无非事例，征之条教反失定衡，改进无从，遑谋统一。事编有鉴于斯，特设债权、物权详细之区别，庶几循序渐进，冀收一道同风之益。”^⑥

《大清民律草案》未及施行，清廷即灭亡。但这次立法活动是中国民法史上亘古未有的，奠定了中国民法走向大陆法系成文法道路的基础。同时，此次立法亦是外来压力型立法，其目的

① 参见李显冬：《法典化：中国民法近代化的主旋律》，朱勇主编：《中国民法近代化研究》，北京：中国政法大学出版社，2006年，第125页。

② 在中国法学会民法学研究会2011年会（长春）上，见证了新中国民法起草历程的魏振瀛说：“目前反对制定民法典的力量仍然不可忽视，一些人认为单行民法已经足够应付社会经济发展的观点不可小视。”为此，魏振瀛呼吁学界应加强研究，论证制定民法典的必要性。（参见《构建中国民法学体系掌握世界法学话语权》，《中国社会科学报》2011年8月2日，第1版）

③ 大木雅夫：《比较法》，范愉译，北京：法律出版社，1999年，第3页。

④ 转引自梁治平：《模范列强：为承认而斗争》，《东方早报·上海书评》2011年7月10日，第B04版。

⑤ 如修律大臣伍廷芳在上奏时称：“臣等奉命修订法律，本以收回治外法权为宗旨。”（参见朱寿朋：《光绪朝东华录》，北京：中华书局，1981年，第5414页）

⑥ 谢振民编著：《中华民国立法史》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第745页。

在于救亡图存。王泽鉴指出,“近代各国制定民法典,都具有一定政治目的。中国制定民法典的目的,与日本相同,皆在于废除领事裁判权及变法维新”,“西洋法律之移植,对中国法制之现代化,具有深远重大的影响。”^①“20世纪前十年也是中国民法学的‘孕育’期,它的结晶就是《大清民律草案》,《大清民律草案》是中国第一代民法学者共同努力的成果。”^②

(二)《民国民律草案》

中华民国建立以后,暂行适用《大清民律草案》中与民国国体不相抵触的规定,随后着手制订新民律,但终因国会难开,且对《大清民律草案》非议众多而使得修律进程缓慢。1919年,巴黎和会召开,中国代表提出收回领事裁判权,列强以中国法律未臻完善为由,未作实质性答复。1922年春,中国代表在华盛顿会议上再次提出收回领事裁判权,大会决定由各国派员来华调查司法。北洋政府遂责成司法部加速司法改革,民法典的修订重新被提上议事日程。^③修订法律馆以《大清民律草案》为蓝本,调查各省民、商事习惯,并参考各国最新立法,于1925年完成并公布了民法典的第二个草案,史称《民国民律草案》。^④该草案1926年由北洋政府司法部通令各级法院在司法中作为法理加以引用,未成为正式法典。可见,这部草案与《大清民律草案》一样,皆是外来压力下的应景之作,皆又因政权更迭而未被正式实施。

与《大清民律草案》相比,《民国民律草案》在固有法与移植法的整合方面取得较大进步。进步的原因,一方面是民初大理院的判决积累了一些司法经验,另一方面是经过20多年的法学积累,民法学在这一时期也取得了较大进步。^⑤这使得许多固有民法规则和移植法规则都经过改造以后才进入《民国民律草案》。将固有法融进《民国民律草案》的典范是典权制度。《大清律例》及有关民事习惯中的典权规定有一百多个条款,1915年北洋政府司法部制定《清理不动产典当办法》共10条,北洋政府大理院又作出有关典权的判例35项、解释例7项,^⑥这些成果为《民国民律草案》所吸收,淬成其物权编“典权”章(第254—270条)。改造移植法的例子,可由不动产相邻权制度窥得一斑。《民国民律草案》中的不动产相邻制度基本援用《大清民律草案》的规定,但在排列次序上有较大调整,其次序排列的原则为,凡实践中发生频率高的、关涉权属重大的规则排列在前,反之在后。^⑦

(三)《中华民国民法》

1928年南京国民政府立法院成立,次年设立民法起草委员会,开始编撰民法典,至1930年12月26日正式完成《中华民国民法》。^⑧《中华民国民法》以前述两部法典草案为基础,又参考德国、瑞士、日本、法国民法以及苏俄、泰国民法最新经验,由当时一流学者淬炼而成。国民

① 王泽鉴:《民法五十年》,王泽鉴:《民法学说与判例研究》第5卷,台北:三民书局,1991年,第3—4页。

② 俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,第14页。

③ 参见张生:《民国〈民律〉草案评析》,《江西社会科学》2005年第8期。

④ 该草案分总则、债、物权、亲属、继承5编,共1522条。

⑤ 1912—1927年间,是近代中国法学史上的黄金年代。当时存在一个横跨立法、司法、学术三界的法学共同体。该共同体维护法律人共同信念,在提供经验和知识积累方面发挥了重大作用。(参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,第23页)

⑥ 大理院有关典权制度的民事判例、解释例,参见郭卫编:《大理院判决例全书》,上海:会文堂新记书局,1931年,“民事部分”。

⑦ 参见张生:《中国近代民法法典化研究:1901—1949》,第163—164页。

⑧ 参见施启扬:《民法总则》,北京:中国法制出版社,2010年,第11—12页;梅仲协:《民法要义》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第16—17页。

党败退台湾地区后,对该民法典作了适当修改。

从立法体例看,这部法典贯彻民商合一的体例,其所提出的民商合一的立法理由倍加详尽,在今日讨论民商合一与民商分立时仍具有重要参考价值。从立法技术看,该法典既继承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而忽视民众接受、认可程度的弊端,它的大多数规定,基本适合当时中国的经济、社会状况。《中华民国民法》的制定及实施的历史表明,在中国这个古老的国度,民法及其蕴含的现代法治文明已经生根发芽,并推动这个国家实现“千年以来未有之大变”。

(四) 民法移植:从“救亡图存”到“立法治国”

20世纪初中国民法的三大作品——两部草案、一部法典,皆以收回领事裁判权为己任,外来强权的压力推动了它们的出台,此属于回应型政治统治范围内的应变措施,既不是社会经济基础对法律制度的要求,也不是社会伦理变迁的直接需要。^①由于时局紧迫,朝廷唯恐不变法则将天道崩殒,国脉丧失殆尽。^②因此,《大清民律草案》实际上是一个末日王朝的保命之举,其直接目标在于救亡图存。^③但也正因为这一保命之举,使得民法这一套概念、规则、体系及思维方法自西洋引进。这不仅使得中国法律从此以后可以与西方法律对话,更深远的影响在于,通过移植西洋之法,使得国人的行为准则西洋化,人们判断事物的价值观念亦随之改变。一个国家的治理,往往是从规范民众的行为开始,由此形成更有序的社会生活状态。百年前的中国民法引进,旨在通过建立法律体系而赢得主权的做法,开始是为了救亡图存,嗣后却成为一种治国理政的手段,使执政者在观念上实现了从“救亡图存”到“立法治国”的转变。

民法规范及其知识谱系是欧陆自近代以降,将其社会变迁而产生的生活方式、思想观念等借助罗马法知识体系的再现,也是对罗马法的重新诠释。对此,伯尔曼有深刻认识:“人们推定,在西方法律传统中,变化并不是随机发生的,而是由对过去的重新解释进行的,以便满足当时和未来的需要。”^④中国古代有实质意义上的民法规范,^⑤却无欧陆民法典意义上之形式民法,^⑥亦无近代民法赖以存在之人格平等、所有权绝对、契约自由、过错责任作为价值基础。鉴于民法系“舶来品”,鉴于中国“上下五千年”无西洋民法传统,故对于自清末以来继受的民法能否与中国社会相融洽,学者不无疑问。例如吴经熊曾言:“缺乏强有力的道德根基,被移植的

① 参见高旭晨:《传统——法系融合之基础》,张生主编:《中国法律近代化论集》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第21页。

② 此可从当时最高统治者西太后的谕旨中得到验证,1901年8月20日,慈禧太后颁布《变法自强谕》,该上谕既反映了统治者在内忧外患的压力下不得不变法图强的心态:“须知国势至此,断非苟且补苴所能挽回厄运。惟有变法自强,为国家安危之命脉,亦即中国生民之转机”。

③ 对此,有学者亦认为,清末变法引进欧陆民法以代替中华法系民法,是因为封闭、保守的中华法系民法无法适应近代中国快速发展的社会政治、经济、生活需要。(参见杨立新:《百年中的中国民法华丽转身与曲折发展——中国民法一百年历史回顾与展望》,杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,第6页)

④ 哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第11页。

⑤ 中国古代亦有户婚田土之实质民法规范,如胡长青以《大清律·户律》为例说明:该法“分列七目,共八十二条,虽散见杂出刑律之中,然所谓户役、田宅、婚姻、钱债者,皆民法也”。(胡长青:《中国民法总论》,北京:中国政法大学出版社,1997年,第15—16页)

⑥ 从民法是一种理性建构的规则体系角度看,学者认为古代中国只存在实质民事规则,而不存在形式意义上的民法。(参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,第10页)关于实质民法与形式民法之区分,可参见郑玉波《民法总论》。(北京:中国政法大学出版社,2003年,第13页)

制度与观念无从获得本地沃土和持续成长的养分, 不管移植者技巧如何娴熟高妙, 这样的法律都是不可能有效生长的——只有法理之树根植于价值观念能指明方向的沃土时, 才有可能为后代结出希望之果。”^① 因此, “将引进的西方民法与中国固有之礼法传统有机整合以适应中国社会现实, 一直是百年来中国民法学所不懈努力的艰难课题”。^②

二、1949—1982: 缺乏社会经济政治条件的民法起草

(一) 三次“法典化运动”

新中国成立后, 1950年颁布《婚姻法》, 使婚姻家庭关系脱离民法调整范围。1954年, 全国人大常委会组织民法起草, 至1956年12月完成民法的第一个草案。该草案分为总则、所有权、债、继承四编, 共525条。^③ 但是, 这些草案没有组合成一部完整的民法典, 而是分散为总则编、所有权编、债编通则、债编各具体合同、继承法等草案。其中, 总则第一稿成于1955年10月5日, 第二稿成于同年10月24日, 第三稿成于1956年11月28日, 第四稿成于1957年1月15日; 所有权编则自1956年4月至1957年1月七易其稿。债法通则、债法分则的情况与民法总则及所有权编类似, 也数易其稿。唯一不同的是继承编, 只有1958年3月唯一一稿。^④ 但是, 这部草案未获通过。

1964年2月, 根据中央主要领导同志的意见, 全国人大常委会重新成立民法研究小组, 开始了新中国成立后的第二次民法起草, 至1964年7月完成民法草案试拟稿。该草案受到当时国际国内政治形势的严重影响, 试图既摆脱苏联民法的模式又与资本主义国家的民法彻底划清界限, 因此设计了一个全新的体例。全法分为三编: 总则、财产的所有、财产的流转, 共计262条。该草案采取了全新的编撰体例。在体例上, 该草案一方面将继承和侵权行为等内容排除在外; 另一方面又将预算、税收、财政法律和劳动工资报酬等关系纳入民法典, 并且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“法人”等基本的民法概念。该草案片面强调国家所有权的统一性和保护的绝对性, 国家所有权的客体具有无限的广泛性, 国家财产被他人不法占有时, 国家行使返还请求权不受时效限制; 国家财产被不法占有时, 不问占有人是否有过错, 也不论占有人是直接占有还是通过不法让与取得占有, 国家都可以请求返还。这部草案是对传统民法制度、理念全盘否定的作品, 很难称之为“民法草案”。嗣后, 该草案无果而终。

新中国成立以后的第三次民法典起草自1979年11月成立民法起草小组开始, 起草小组先后草拟了四个民法草案, 分别为1980年8月15日的征求意见稿, 1981年4月10日的征求意见稿二稿, 1981年7月31日的第三稿, 1982年5月1日的第四稿。第四稿民法草案包括8编, 分别为民法的任务和基本原则、民事主体、财产所有权、合同、智力成果权、财产继承权、民事责任和其他规定, 共43章, 465条。这一草案虽未正式成为法律, 但现行的诸多民事法律, 包括《民法通则》都以该草案的相应编章为基础适当修改而成。

① 安守廉、沈远远:《“法律是我的神明”: 吴经熊及法律与信仰在中国现代化中的作用》, 季美君译, 《湘江法律评论》第2卷, 长沙: 湖南人民出版社, 1998年, 第212—213页。

② 张生:《民国初期民法典近代化——以固有法与继受法的整合为中心》, 北京: 中国政法大学出版社, 2002年, 第161页。

③ 参见杨一凡、陈寒枫主编:《中华人民共和国法制史》, 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 1997年, 第243页。

④ 参见何勤华等编:《新中国民法典草案总览》(上、中), 北京: 法律出版社, 2002年。

(二) 社会主义与中国民法的发展

1956年民法草案主要受1922年《苏俄民法典》影响,其由总则、所有权、债、继承构成。与《苏俄民法典》一样,^①该草案不规定物权而仅规定所有权,不使用自然人概念而代之以使用公民的概念,仅规定诉讼时效而不规定取得时效,片面强调对国有财产的保护。但其后由于“整风”、“反右”等政治运动,起草工作被迫中断。虽然该草案未成为法律,但却标志着新中国社会主义民事立法的开端。由于1922年的《苏俄民法典》主要是参考《德国民法典》制定,这间接决定了新中国社会主义的民事立法仍旧遵循着自清末以来的大陆法系、尤其是德国法系的传统,使得从本世纪初开始的中国民法制定和研究工作有着相同的立法体例、基本概念和基本制度。^②

与1956年民法草案全盘效仿苏俄民法相反的是,1964年民法草案力图摆脱苏联民法的影响,旨在创建全新的民法体系。然而,由于这一时期的政治、经济社会发展状况及民法学的理论水平,决定了该民法草案在创造性上不可能有太大突破,其在很多地方都采用了1956年民法草案的诸多规定。如1963年6月的“中华人民共和国民法(草稿)”第12条仍规定公民是民事主体;第22条规定财产分为国家财产、集体财产和个人财产;第33条规定国家财产神圣不可侵犯,国家在追回被侵占的国家财产时,不受时效限制。^③实际上,新中国民法自1956年民法草案开始,即全面继受苏俄民法,以后的历次民法草案,虽试图走向独立自主的道路,但皆无法完全摆脱苏联民法之窠臼,时至今日,苏联民法的影子仍然在很多民事规范中随处可见。^④

新中国移植社会主义的苏联民法是由当时特定的经济体系与历史条件所造成的,此种移植虽是主动为之,但其深远影响至今仍然存在。不管现在人们对苏联民法作何种评价,“中国现行民法躯体中仍然流淌着苏联民法的血液”。^⑤同时,我们亦应认识到,以公有制经济为基础的社会主义民法制度设计无论对中国社会系统工程的修复与建设,还是对整个社会实质正义的维护,都起到重要作用。

对于1964年民法草案,亲自参与起草全程的魏振瀛客观、全面地概括了该草案的基本特点:(1)当时我们正处在美国和前苏联的双重压力下,在指导思想强调独立自主,反对霸权主义,因此不仅不借鉴西方民法典,连苏联的民法典实际上也被否定了。强调总结自己的经验,一是国家政策,二是实际部门的规章和经验。(2)在内容上突出保护公有制,强调按国家计划办事。(3)在民法条文上强调自己创造,不讲法人、企业、自然人,没有传统的民法概念物权、债权。这次民法草案稿是民法立法史上的标志,反映了我们对前几年状况的否定,也反映了当时中央领导人的法制观念。^⑥

新中国第三次民法典的起草工作背景是,十一届三中全会召开,提出改革开放、解放思想的指导方针,使得民法典立法从固有思维中解放出来。但是,这次民法起草亦未成功,其原因

① 《苏俄民法典》,郑华译,北京:法律出版社,1956年。

② 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,北京:中国政法大学出版社,1993年,第61—75页。

③ 该草稿分为总则、财产的所有关系、财产的流转关系等3编,1963年6月完成的前2编共计51条。(参见何勤华等编:《新中国民法典草案总览》(上、中))

④ 参见孙宪忠:《中国近现代继受西方民法的效果评述》,《中国法学》2006年第3期。

⑤ 李秀清:《中国移植苏联民法模式考》,《中国社会科学》2002年第5期。

⑥ 参见金平、江平、魏振瀛、余能斌、王卫国:《新中国民法起草五十年回顾》,http://vip.chinalawinfo.com/Newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=art&Gid=335572551,2011年6月11日。

是深层次的：当时社会经济基本上还是计划经济，缺乏制定现代民法最基本的条件。从思想上讲，改革开放伊始，既面临消除苏联法制影响的任务，又面临续接德国法传统的新挑战。鉴于这些因素，民法典在当时确实无法出台，这也使得后来制定《民法通则》成为必然选择。^①

1956年民法草案和1964年民法草案皆试图一劳永逸并一蹴而就地建立社会主义民法体系，但均未能实现。1982年民法草案伴随着改革开放的脚步春蝉涌动，但最后因基本条件不成熟而无法完成。

1922年，日本学者冈村司出版《民法与社会主义》，提出了“民法与社会主义”这一命题，即在社会主义思潮的背景下，探讨传统民法所发生的一些变化。作者以此为题，是受到当时社会主义运动思潮的影响，基于对传统以私有制为基础的民法种种弊端之反省而作，如冈村司愤慨言道：“财多者，虽无学无德，昏庸凶顽，居然为王侯。无财者，虽端庄廉洁之君子，沉沦于下，视同草芥。金钱本为人用者，今乃贵于人。金钱生息，富愈集中，殆不知其所底止。”^②因此，作者主张：“在不消灭个人之自主范围内施設共有制，俾利人观念与利己主义并行不悖，最为相宜。”^③此种论断说明，作者试图借助社会主义思想，改造民法制度，以追求实现社会实质平等的愿望。

关于社会主义与民法的内在关系，焦易堂在给这本书所作序中说：“民法者，保护私人之权利，以维持社会之秩序者也。社会主义者，研究祛除社会不平等现象，以谋所以改善社会者也。其方法虽异，其目的则一。故研讨社会主义者，不可不顾及民法，以为改善社会之工具。而草拟民法者，尤不可不详考社会主义，以为立法之根据。”焦易堂此番论断，堪为精湛。民法与社会主义结缘，一方面使个人权利保护得以彰显，个人自享财富与自由因而实现；他方面，亦使得私权保护不至于沦为“人吃人”的工具，因为社会主义能在最大程度上保障社会资源惠及最广大的人民。社会主义民法顺利实施能使全社会达致最广泛的和谐状态，因为社会主义的要求是保障最广大的人民同享社会发展成果，并以此为基础拥有平等、独立和自由的人格尊严。中国特色社会主义的发展，无论是新中国成立之后的前30年采用计划经济，还是改革开放以来的由商品经济进入市场经济的社会经济发展模式的转变，都只是证明中国社会主义在实现方式上不断推陈出新，但中国社会主义旨在保障最广大人民均等享有社会发展成果与平等享有人格尊严之本质从未改变。因此，中国特色社会主义与作为市民社会基本生活规则之民法的结合而产生的社会主义民法，必定能推进中国社会实现最大程度的公平、正义，从而实现中国真正的科学发展。

三、1982—2011：社会主义市场经济条件下的民事立法

（一）以《民法通则》为核心的市场经济民事立法进程及其成就

开始于改革开放之初的新中国第三次民法法典化运动，最终没有颁布一部民法典，而是催生了一部仅有156个条文的《民法通则》。王汉斌在《关于〈中华人民共和国民法通则（草案）〉的说明》中说，“由于民法牵涉范围很广泛，很复杂，经济体制改革刚开始，我们还缺乏经验，

① 参见金平、江平、魏振瀛、余能斌、王卫国：《新中国民法起草五十年回顾》，<http://vip.chinalawinfo.com/Newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=art&Gid=335572551>，2011年6月11日。

② 冈村司：《民法与社会主义》，刘仁航、张铭慈译，北京：中国政法大学出版社，2002年，“勘校者序”，第7页。

③ 冈村司：《民法与社会主义》，“勘校者序”，第7页。

制定完整的民法典的条件还不成熟,只好先将那些急需的、比较成熟的部分,制定单行法。”^①《民法通则》自1986年颁布以来一直被认为是“基本民事法律”。佟柔认为:“《民法通则》的颁布,成为我国民事立法上的一个重要里程碑,标志着我国民法向完备系统化方向迈出了重要的一步。”^②从内容看,《民法通则》主要包括一部民法典总则所要求的主要制度与规定,同时将民法分则的内容压缩在“民事权利”和“民事责任”两章中,使之成为一部微缩的民法典,为民事立法史上的创举。《民法通则》的颁布标志着民法独立地位在中国重新获得,这是民法、经济法大论战后民法一方最直接和最伟大的“战果”。^③

这部颁布于改革开放初期的民事基本法律反映了先进的民事法律理念,特别是民法的平等精神。王汉斌指出:“民法有很大一部分是以法律形式反映商品经济的”,“民法主要调整平等主体之间的财产关系,即横向的财产、经济关系”。^④此即明确了平等作为这部法律第一位和根本的价值追求。《民法通则》还对社会进程尤其是经济体制改革所必然要求的财产所有权保护、合同自由等法律原则作出了规定。同时它还有两个重大贡献:一是强调了对人格尊严、人格权(包括名誉权等)的保护;二是建立了统一的民事责任制度,将侵害物权的责任、违反合同的责任以及侵害生命权、健康权、名誉权、知识产权等侵权责任置于同一视野进行规范。

(二)《合同法》:市场交易基本规则的建立

1999年《合同法》被认为是一部较为先进的法律。^⑤其制定正值中国申请加入WTO阶段,因此,国际交易规则特别是联合国系统的合同公约以及美国、德国等西方国家的合同法经验得到较多采纳。而这些国际经验之所以能够被吸收,也与合同法的本质属性有密切联系,因为它毕竟是调整市场交易关系的法律规则,在这一领域的基本价值分歧比较少,大家集中关注的是交易便捷和交易安全这些技术性规则。这充分证明了,社会主义统一市场的形成与民法有着天然的联系。需要指出的是,这部法律的制定凝结了法学家的智慧和辛勤劳动,或者说法学家在更深和更广泛的层面参与了这部法律的起草。^⑥

对国际合同规则和法学家作品的广泛借鉴是这部合同法最大的两个特点。回顾1911—1949年间的两部民法草案和一部民法典,它们皆出自著名法学家之手,也接受了当时国外先进的立法,特别是有关的人类普遍交易规则。事实证明,民法典由于其注重体系性和逻辑性的特点,由于其具有诸多专业的概念和术语,确实需要科学理性立法。在20世纪下半叶以来的全球化进程中,人类之间的沟通已经非常紧密,随着交往的日益加深,交易规则的趋同或统一成为趋势,如火如荼开展的欧洲民法典一体化运动正好说明了这一点。因此,仍然有必要强调中国民事立法的开放性与包容性。试想,如果对于某个交易规则上的问题,外国法制已经提供了较为完备

① 王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明——1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1986年第4期。

② 佟柔:《我国民法调整对象问题的研究》,北京:北京大学出版社,2008年,第33页。

③ 梁慧星:《难忘的1979—1986——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作》,2010年9月30日, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=50686>,2011年6月11日。

④ 王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明——1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1986年第4期。

⑤ 《合同法立法方案》中确定的立法指导思想是:“从中国改革开放、发展社会主义市场经济、建立全国统一的大市场和与国际接轨的实际出发”,“广泛参考借鉴发达国家和地区成功的立法经验和判例学说,并与国际公约和国际惯例协调一致”。(参见梁慧星:《统一合同法:成功与不足》(上、下),《中外法学》1999年第6期、2000年第1期)

⑥ 参见张新宝:《中国民法与民法学的现状与展望》,《法学评论》2011年第3期。

的解决方案，我们还需要增加不必要的探索和论证成本来为了创新而创新吗？

（三）《物权法》：当民法再次遭遇“社会主义”

《物权法》的立法进程似乎比《合同法》艰难得多。少数学者对《物权法》平等保护不同所有制形式下所有权（国家所有权、集体所有权和私人所有权）的规定不理解、不支持，甚至强烈反对。激烈的争论爆发于2005年夏秋之交，结果导致《物权法》被推迟一年提交立法机关讨论。本来计划于2006年颁布的《物权法》，被推迟到2007年讨论通过。

这场争论实际上是民法与脱离中国实际的所谓“社会主义”的又一场遭遇战。新中国成立之初的两次民法草案皆存在强调国家所有权的绝对性、统一性，而忽视对集体所有权和私人所有权的保护的片面性。《物权法》最终确定了“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯”的原则，及时结束了这场争论。在此，重温冈村司在90年前的论述仍然有意义：“余以为，欲救时弊，宜扩张国有财产之范围，使人民广沾其利益，严禁财产之不正取得，防止财产之集中，设立细分财产之制度，警告上流社会，戒其利己奢靡，劝其尽力救护细民，训诫劳动社会，养成勤俭储蓄之美风，俾得以己有之资本而劳动，独立合作，均无不可。窃以为舍此无良策。”^①在当前中国，使全体国民普遍享有国有资产收益，在二次分配环节加大对低收入和弱势群体的补助，以实现全体国民在财富占有与社会发展成果享有上的平等性，是维护社会长治久安的必要举措。这是物权法，也是未来民法典所需要贯彻的最高指导思想。

（四）《侵权责任法》：21世纪民法体系的创新

在大陆法系的民法典中，侵权行为是债的发生原因之一，与不当得利之债、无因管理之债同属法定之债。由于对“债法总则”是否需要，在中国民法学界一直争议不断，故在《侵权责任法》制定过程中的一个突出问题是，其在民法典或者说中国民法体系中的地位问题。2009年的《侵权责任法》看起来更偏重体系的独立性而不仅仅是将侵权行为定位为“债的发生原因之一”。《侵权责任法》在中国民事法律体系中的定位是权利保护法，是民事基本法，由全国人民代表大会常务委员会通过。该法由总则和分则两部分构成，总则规定了一般侵权责任的构成要件和免责事由等一般性问题，分则规定了各种特殊侵权行为。因此，其定位与比较法上大多数民法典将其侵权行为定位于一类债的发生原因相比有天壤之别。

《侵权责任法》的制定和颁布实施肩负着“促进社会和谐稳定”的政治使命（第1条），充分体现了民法在国家与社会治理中的重要作用。但《侵权责任法》仍然留有一个悬而未决的问题，即该法对人格权之保护并未臻至周全，给未来人格权法制定预留了空间。人格权主要指生命权、健康权、名誉权、隐私权、人身自由等权利，旨在实现人之尊严及自由发展。人格权法的重要意义源于中国法制的实际情况：中国宪法关于个人权利的规定是原则性的，而且宪法条文往往不能作为裁判具体案件的法律依据。在这种情况下，人们更倾向于将人格权理解为民事权利以提供民法上的保护。人格权法成为民法的一个相对独立部门，虽有法理上的优势，但存在操作上的困难，关键是要正确地将人格权保护与侵权责任法的内容区别开来。在理论研究方面，也需要进一步深化，对于各种具体人格权的内涵和外延、权利冲突的处理以及保底条款的设置等，都需要加强研究。^②

^① 冈村司：《民法与社会主义》，“勘校者序”，第7页。

^② 参见张新宝：《中国民法与民法学的现状与展望》，《法学评论》2011年第3期。

（五）民法作为社会主义市场经济的内在要求与基本保障

改革开放30年来，历经《民法通则》、《合同法》与《物权法》三部确立社会主义市场经济法制基础的法律制定，以及作为权利保障法《侵权责任法》的制定，加上之前已经制定的《婚姻法》和《继承法》，中国民法正在走向成熟。人格权确立了人格平等的社会交易主体，所有权确认和保障交易的产权前提，债权则是物质流通的基本法则，继承使财产在主体消亡之后仍能按照其生前意旨而流转，婚姻家庭也成为一种以契约为基础的交易或社会单元组合与存在的方式。这表明，民法作为社会主义市场经济基本法制的地位不可动摇，要搞社会主义市场经济，民法不可或缺，民法典的出台亦是社会主义市场经济的必然要求。

由于中国渐进式的改革开放进程，以社会主义市场经济为基础的民法不可能在社会主义市场经济图景之轮廓尚未成型之前一蹴而就，只能采取“成熟一个发展一个”的先“制定单行法”的策略。对于民法与社会主义市场经济的关系，一方面应认识到经济基础决定上层建筑的政治经济学基本原理；另一方面也应注意到民法为应对市场经济而现代化以来所发生的变化。梁慧星将此总结为四大变化：具体人格、财产所有权限制、私法自治限制及社会责任。^①为了更好地平衡二者之间的关系，中国民事立法在今后一段时间内仍然将是一个循序渐进的过程，宜随市场各方面发展不断完善、成熟而逐步进行；任何运动式、冒进式与片面追求政治效果的狂热激情都是不可取的。

四、作为中华民族伟大复兴标志的民法典

百年中国民法步履蹒跚，经过改革开放30多年来的发展，一些特征逐步显现出来。（1）宜粗不宜细的粗线条法律原则逐步被细密复杂的法律规定所取代。（2）中国民法是移植法，在财产法或者交易规则相关的法律方面，更容易接受外来经验；但在“人法”方面则较多坚守“中国特色”，以公有制为主体的基本经济制度也决定了中国物权法较为浓厚的中国社会主义特色。（3）受不断增长的国力的影响，民事立法上有时候对先进的国际经验借鉴不足。当然，中华文化传统也在这方面发挥着不可低估的作用。（4）一些行业的呼声，通过新闻媒体的报道（有的是炒作），受到决策者乃至部分学者的强烈关注，甚至不惜打破利益平衡和背离通常的经验，作出特别的制度安排（如《侵权责任法》第17条、第87条等）。（5）法律人把法律包括民法看得十分重要，而非法律人不完全这么认为，法治共识尚未形成。^②这些基本特征将对未来民法典的起草进程及其规范建构产生重大影响。

一个好的私法学者，往往是法解释的大家。中国的许多私法学者的主要功夫不是用在在对法律的解释上，而是致力于法律的制定，在“立法论”的层面贡献自己的聪明才智。^③如今，中国民法体系虽暂未有民法典，但民事基本法律体系已然建立，市民生活的各个领域皆已有法可依。法学家面临的主要任务是在清醒认识中国民法发展趋势的基础上，运用法律的解释技艺，消除现行法律之间的矛盾，使法律得到人们的信赖并内化为人们的行为准则，从而形成有秩序的法

① 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法法学思潮——20世纪民法回顾》，《中外法学》1997年第2期。

② 参见张新宝：《中国民法与民法学的现状与展望》，《法学评论》2011年第3期。

③ 中国近30年来的民事立法，学者发挥了重要作用，如佟柔、王家福、江平、金平等人对《民法通则》，梁慧星、王利明、崔建远等人对《合同法》，梁慧星、王利明等人对《物权法》，王利明、张新宝、杨立新等人对《侵权责任法》的制定都起到了重要的推动作用。中国民事立法能取得如今的成就，学者的贡献巨大，这是科学精神推进一个国家或地区民事立法进程的普遍现象。

治与善治社会。因此，中国民法学的研究正面临着从立法论向解释论的转变。^① 准确把握中国民法与中国民法学之现状及其发展趋势，是中国未来民法典制定的基本前提性问题。

2011年3月10日，全国人大常委会委员长吴邦国宣布：中国特色社会主义法律体系已经形成。这是一个关于中国法治发展道路的政治宣言书。它一方面宣告用法治来巩固革命的成果，从而“夯实了立国兴邦、长治久安的法制根基，从制度上、法律上确保中国共产党始终成为中国特色社会主义事业的领导核心，确保国家一切权力牢牢掌握在人民手中，确保民族独立、国家主权和领土完整，确保国家统一、社会安定和各民族大团结，确保坚持独立自主的和平外交政策、走和平发展道路，确保国家永远沿着中国特色社会主义的正确方向奋勇前进”。^② 另一方面，则宣告法律真正在本土社会关系中扎根，法治要成为中国人的生活方式。而要实现这一政治目标，民事法律体系的完善将是最重要的立法任务。

当前，中国民事法律由于未被民法典所统合，尚未形成一个严密的逻辑体系，给司法适用带来了诸多不便，这与“中国特色社会主义法律体系”的称号亦不相对称。中国特色社会主义法律体系应该是一个以宪法和民法典为统率的法律体系。在这一法律体系中，宪法是公法与私法共同的母法，而民法典则是统率各种民事法律规范的、拥有自身内在逻辑与独立体系的基本法律。未来中国将通过《民法典》把现有《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》整合起来，消除这些法律之间的矛盾，理顺这些法律之间的内在联系，使得社会生活的各个方面都能基本纳入进来，从而为市民生活与国家治理提供最基本的制度依据。只有《民法典》制定以后，中国特色社会主义法律体系方能真正达到完善的境地。如果说中国特色社会主义法律体系的完善是今后相当长一段时期党和政府的一项重要政治任务，那么《民法典》的尽快出台则是完成这项政治任务的最关键步骤。

梅因在《古代法》中写道：“世界上最著名的一个法律学制度从一部‘法典’（Code）开始，也随着它而结束。”^③ 法典对于法律及法学的重要地位由此可见一斑。每一个国家都需要缔造者和一部继往开来的法典。从中外历史来看，民法典的出台皆与一国政权建立、维持与巩固密切相关。《法国民法典》的出台是为了用法律手段固定法国大革命的成果；《德国民法典》的出台是为了实现“一个国家”、“一个民族”和“一部法典”的强国梦想；即使是近邻日本，也在一百多年前就及时制定了民法典，以巩固明治维新以来所取得的成果与确立自那时以来所形成的社会基本制度。中国自清末以来至新中国成立前的三次民法起草，皆为维持和巩固政权，从清末到民国，民法典的使命被寄予了从“救亡图存”到“立宪治国”的转变。新中国成立的头30年，由于实行高度的计划经济体制，民法失去了赖以成长的土壤。改革开放以来，社会主义市场经济逐步建立和完善，领导者对法治的看法也在逐渐转变之中，加之民法学恢复也需要一个过程，因此民法典不可能一蹴而就。历史发展到今天，中国社会主义市场经济已经基本形成，各项民法单行法律亦已经实施有年，加上民法学经过30多年的恢复与发展，其成果已蔚为可观，民法典制定的时机已经来临。用一部能在最大程度上反映新中国成立以来，特别是改革开放以来所取得重大物质成果与制度成果的民法典，作为国家与社会科学、和谐发展的法治基础，从而以法治的手段来保证中国国家治理模式的稳定性与延续性，这是中国在新世纪面临的一项重大任务。

① 参见王轶：《从“照着讲”到“接着讲”》，《法学论坛》2011年第2期。

② 吴邦国：《在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》，《人民日报》2011年1月27日，第2版。

③ 梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，1959年，第1页。

民法典的精神意蕴要求国家善待每一位民众,使每一位民众都能在国家的阳光普照与雨露滋润中过着自由自在的生活。因此,民法典的成就需要全民族法治共识的形成。民法典是一个国家民族文化的集中载体。谢怀栻曾言:“民法典较之刑法、诉讼法等更足以代表一个民族的文化高度,而且只有一个全中华民族的民法典才能表明中华民族已攀上了历史的高峰。”^①未来中国民法典的精神特质将是什么?这在根本上取决于中国将塑造怎样的国家伦理和社会个性,从而彰显中华民族的民族性格,并通过作为全民族文化载体的民法典表达出来。这是考验中国的一项伟大课题。新中国成立60多年的发展历程,是一部中国特色社会主义的发展史,我们在创造了举世震惊的物质成就的同时,在中华文明软实力的提升上同样成绩斐然。传承了中华文化和谐、人与自然合一等传统思想精粹的科学发展观,又创造性地发展了马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论与三个代表重要思想,是当代中国文明发展的杰出成就。作为中国未来国家治理与市民生活基本规则的民法典,必定是以人与人之间、人与自然之间和谐、科学发展、平等相处为精神内核的民法典,这将是未来中国民法典不同于世界上其他范式民法典的精神特质。

结 语

回顾中国民法一百年发展,虽历经曲折,但目前发展态势良好。清末至新中国成立前的三次民法典起草,使得在一个缺乏形式民法传统的古老帝国全面移植了西方民法,其最深刻的意义在于,统治者深刻认识到民法对于国家治理具有重大的和不可替代的意义。新中国成立后的前30年,由于缺乏民法赖以存在的社会经济条件,三次“法典化运动”亦未获成功,社会建设在曲折中前进。这清楚地告诉我们,民法在塑造和谐社会中的重要作用不可或缺。1978年至今,民法作为商品经济和市场经济的基本法律地位被确立,社会活力得到极大释放,社会改革获得空前成就。当前,更应当弘扬民法之价值,打击破坏市场规则的违法行为,使每一个公民各得其所,从而实现整个国家的善治。中国百年民法发展史,在形式上可以总结为一部追求有中国特色的伟大民法典的历史;在实质上可以被归结为一部民法(典)作为国家治理基本工具的观念在曲折中不断深入人心的历史。今日之中国,全民族皆翘首以盼实现民族复兴,民法(典)理应成为治国理政的基本工具,成为中国国家治理模式稳定持续发展的重要保证,成为衡量中华文明达到新高度的文化标志。

[责任编辑:刘 鹏 责任编辑:张芝梅]

^① 《谢怀栻法学文选》,北京:中国法制出版社,2002年,第382页。

mutual understanding and benefit.

(4) Confucian Filial Piety, Economic Growth and Divergence among Civilizations

Li Jinbo and Nie Huihua • 41 •

This paper employs an economic approach to analyze the influence of Confucian filial piety on economic growth in ancient China. In the highly imperfect credit market of the time, filial piety, as a unique mechanism for fulfilling intergenerational contracts, could to some extent solve the problems of verification and commitment and thus effectively promote economic growth in the form of increased savings. However, the observation and maintenance of filial piety were not completely spontaneous; external intervention by the rulers was necessary. For their part, rulers needed to balance resources between production and war, a balance which determined the level of filial piety in society. A comparison between the civilizations of the Central Plains, nomadic Xiongnu society and ancient Rome verifies our proposition and thus explains in some degree the difference between Eastern and Western civilizations.

(5) The Last Hundred Years of China's Civil Law

Zhang Xinbao and Zhang Hong • 67 •

China's civil law has undergone three stages in its hundred years of history. In the first stage, from the late Qing to the founding of the PRC, the implementation of civil law gradually changed Chinese rulers' perceptions of law, from the search for a means of survival to a component of statecraft. The second stage covers the first three decades of the PRC. In this period, no civil code appeared because of the absence of a corresponding economic basis. Reform and opening up marks the beginning of the third stage, in which the status of civil law has been established as an inherent requirement of and basic guarantee for the socialist market economy. Meanwhile, the government has gradually recognized the role of civil law, and separate civil statutes have been successively promulgated, contributing to the formation of an outline civil code. Looking into the future, we can see that there is still a long way to go to formulate a civil code signaling the great rejuvenation of the Chinese nation. The emergence of a civil code necessitates a nationwide consensus on the rule of law as well as firm resolution on the part of politicians.

(6) The Value of Life in the Economic Analysis of Law: An Approach to Reforming China's Law of Damages for Loss of Life

Li Bensen • 79 •

The value of life can be calculated in economics and law, and in the legal sense the right to life is compensable and remediable. The scientific calculation of the value of life involves not only reasonable compensation to victims in various torts, but also the practical establishment of a law of damages to effectively forestall physical injury tort. Scholars in the West have put forward two methods of calculating the value of life, based respectively on human capital and willingness to pay (WTP). Employing the theory of human capital and incorporating the risk factors of the WTP method, this paper develops a new formula for calculating the value of life for legal compensation, providing methodological support for resolving the problem of compensation for loss of life. Using marginal utility analysis, this paper finds that China's general standard for compensation for loss of life should reach or approach the threshold value of this marginal utility. The reform of China's laws on compensation for loss of life should embody three principles: compensation based on complementary use of categorical and special variations; full protection for life combined with rigorous sanctions and effective deterrence; and the unity of legal justice with efficacy of compensation.

(7) The Legal Fiction of Posthumous Harm: The Principle of Civil Law Crossing the Line between Life and Death

Shui Bing • 95 •

In modern history, personality, rights, interests and other such basic categories of legal philosophy unanimously take living natural persons as the subject of discussion, giving rise to the

• 222 •