

关于吸收和借鉴西方民法问题

孟勤国

中国民事立法不可避免地涉及到吸收和借鉴西方民法的问题,这是中国实行对外开放政策的必然结果之一。自罗马法以来,西方民法已形成各种内容比较丰富体系比较完整的制度和学说,是人类法律文明中最有价值的组成部分。吸收和借鉴西方民法,有助于了解和评判现代资本主义商品生产和交换的各种机制的优劣得失,对于中国民法乃至于中国市场经济的形成和发展,具有减少无谓的摸索和避免重蹈他人复辙的现实作用。

西方民法是一个内容相当庞杂的概念。其至少包含着:大陆法系民法和英美私法,自由资本主义民法和垄断资本主义民法,民法制度和民法学说。不同体系、不同时代、不同国家的民法理论与实践所以能汇集在“西方”这一特定的政治地理概念下,不仅是因为民法是直接反映和规范商品生产和交换的基本法律制度,具有共同的客观基础,而且也是因为西方民法具有共同的社会性质即资本主义私有制。但是,由于历史和现实的条件不同,西方民法在不同时代和不同国家中的具体操作在许多方面又是很不相同的。中国是一个具有独特中华文化的东方古国,而且是一个社会主义公有制国家,其社会背景和历史条件与西方社会有质的区别,因而,在吸收和借鉴时,首先就面临着一个吸收什么借鉴什么的选择。这是一个指导思想问题,贯穿于吸收和借鉴的整个过程之中。

选择的立足点无疑应是中国现实的社会条件,从客观上看,至少应提出以下几点选择要求。1. 中国社会需要发展市场经济,需要与国际社会进行贸易及其他经济交往,因而不能不遵循商品生产和交换的基本规律和要求,不能不吸收和借鉴西方民法中与之相关的制度和学说。这些制度和学说中,商品经济的客观因素占主导地位,往往是各国民法不可缺少的基本内容,具有较高的吸收和借鉴的价值。2. 中国市场经济发育程度参差不齐,自然经济因素、简单商品经济因素和现代商品经济因素并存并相互交织,因而吸收和借鉴不能限于现代西方民法,不同层次的经济关系对法律的要求不同,在有些领域中,近代西方民法甚至罗马法或许更合适于作为吸收和借鉴的对象。西方民法中的吸收和借鉴的价值,不以古老或新潮为标准,而以适应中国实际需要的程度为尺度。3. 中国是对整个国际社会开放,因而,尽管中国自清末以来深受大陆法影响,也不能拒绝吸收和借鉴英美私法。4. 中国还没有一套完整的社会主义民法理论体系,致使中国民事立法至今处于经验立法的阶段。缺乏理论指导的立法容易使立法成果带有易被规避,相互矛盾,形同虚设或适得其反的缺陷,因而必须重视吸收和借鉴西方民法中的学说

和理论。

吸收和借鉴不是移植。移植法律是指在中国重现西方民法的制度与学说。法律是统治阶级意志的集中表现,而这一意志的内容不仅仅是阶级利益,还包括着特定国家的民族、传统、信仰、生活方式、文化模式等等的因素,植入国无法提供植入法律所要求的与母国一样的社会环境,移植的法律就难免与植入国统治阶级意志不合,以致于植入国统治阶级最终不免自己去否定或变相否定所移植的法律。这就要求吸收和借鉴必须建立在对西方民法加以改造和扬弃的基础之上。但是,我们也不能随心所欲地对待西方民法。随手改称几个法律术语或任意取舍某一制度或学说的内容,虽可自慰为中国特色,但绝不是科学意义上的吸收和借鉴。一国特色并不意味着将某一东西弄得非驴非马。诸如抵押合同可以是口头形式而且无须公示即可对抗第三人或将相同民事责任的经营方式分别冠之以承包或租赁之名的做法,只能造成中国民法理论与实践的混乱。移植或将西方民法搞得不伦不类,都很容易。真正困难的,因而也就称得上是吸收和借鉴的,正是能找出西方民法中那些为中国社会所必不可少的东西,并能使之有机地成为中国民法的组成部分。

吸收和借鉴离不开比较西方各国民法的具体制度和学说。比较,有助于提炼西方民法的基本原理,分析不同操作机制的优劣长短,了解法律术语的特定意义和运用方式。但这只是一个开端,接下去需要研究的问题至少有:1. 一种法律机制的正常运行需要什么样的社会环境,中国能否提供类似的客观条件或在多大程度和范围上提供,如果需以中国国情加以改造,其固有的功能是否会改变或保留。2. 一种法律机制需有什么样的配套机制,中国民法体系能否加以容纳而不发生自身内部的矛盾与失衡,或者即使发生最后也能加以消化而得到和谐的调节。3. 一种法律机制对于中国社会是否重要到非有不可的地步。中国民法中有无具有类似功能的法律机制予以替代或合并。显然,只能吸收和借鉴那些必不可少的确能有成效的而且可以融入中国民法的东西,这就意味着,仅仅是翻阅和摘抄西方民法典或学术著作是不行的,重要的是必须了解一种法律机制与其所处时代和国家的政治经济法律等方面的内在联系,同时还得充分了解中国的国情,从而作出在多大程度上以什么方式进行吸收和借鉴的判断。

吸收和借鉴在方式上应表述为重塑,这是以西方民法的内容作为材料依照中国的实际需要重新创造成一种新的法律机制的过程,具体地说:1. 充分利用西方民法中可为我所用的法律术语、法律原理、法律机制模式等作为建设中国民法大厦的部分材料。2. 重新设计和组合具体的法律机制,一切依中国的需要和方式为准。3. 不拘泥于西方民法原有的形式、结构和作用,重塑后的一种法律机制可能在结构、功能适用范围上明显不同于西方民法。尽管其许多原理和内容与西方民法是相同或类似的,但这是中国民法而不是西方民法,因而是一种新的法律机制。

中国民事立法在吸收和借鉴上有一定的成绩,但问题不少,就目前而言,一个令人担忧的主要倾向是其立法成果过于靠拢大陆法系,表现在:1. 在体例和内容上呈现比较明显的沿袭性,以物权制度为例,虽然各种经营权本是中国经济体制改革的产物,具有不能等同于他物权的特点,但在民法通则中,却被归纳为与所有权有关的财产权中,而所谓“与所有权有关的财产权”的提法,从本质上说体现的是自物权他物权的精神,即任何他物权派生并受制于所有权。2. 在具体的适用条件上缺少对中国国情的考虑,以破产法为例,破产条件之一仿照西方民法定为“不能履行到期债务”,这不切合中国实际。3. 在毫无解释的情况下使用西方民法的法律术语,以动产不动产为例,至今没有任何有关动产不动产的立法或司法解释,但在一些法规主要是国

关于吸收和借鉴西方民法问题

务院制定的民事法规中,却已多次出现。这些表现说明,中国民事立法对西方民法的吸收和借鉴,基本上处于模仿的阶段,还没有能够依中国的实际情况以重塑或创造的方式处理西方民法,这是一个不可忽视不可耽搁的问题。

民法理论研究对于正确吸收和借鉴西方民法,负有不可推卸的重任,西方民法,研究的重心应落在说明中国对西方民法各种法律机制的现实需要和可能,落在揭示西方民法能被吸收和借鉴的范围与程度,落在如何消化和吸收西方民法使之成为中国民法的有机组成部分。

(作者单位:广西大学)

责任编辑:张广兴