

# 民法典草案的基本结构

## ——以民法的调整对象理论为中心

徐国栋\*

---

**内容提要:** 本文探讨了大陆系主要国家民法典的理论渊源。作者认为,德国民法典创立的潘得克吞体的总则部分掩盖了“人法”的价值。作者提出的我国民法典基本结构包括人身关系法和财产关系法两大部分。在此基础上,作者还对我国民法典的若干基本制度提出了框架性意见。

**关键词:** 民法典草案 理论渊源 二编结构 制度设计

---

### 一、民法典草案的理论渊源

我们的民法典草案的结构设计,是在对罗马法和近现代欧洲、拉丁美洲国家民法典编纂史进行深入研究的基础上完成的。总起来可以这样说,在编的层次上,本草案采用的是法学阶梯体系,其设计反映了我们对民法调整对象的理解,因为民法典的结构问题,实际上就是对民法调整对象的认识问题;在分编的层次上,采用的是以荷兰民法典和俄罗斯联邦民法典为代表的新潘得克吞体系,其设计反映了德国民法典创立的潘得克吞体系在本世纪的发展。在序编和附编的设置上,主要参考了拉丁美洲国家的民法典。

#### (一) 编的层次之设计的理论渊源

法学阶梯体系又称三编制体系,由人、物、讼三部分构成。这一体系的形成在罗马法史上经过了长期的酝酿,最终由西塞罗奠定。他在《论演说家》一书的 1、42、187 中说到:“所有的事

---

\* 厦门大学法学院教授。

在世界民法典编纂史上,大多数国家的民法典草案,尤其是拉丁语系国家民法典的草案,都是由学者提供的,而且,在制定一部民法典之前,往往先有多个草案。基于以上认识,我于 1997 年产生了起草一部民法典草案的想法。这一想法获得了司法部的支持,于 1998 年批给了我主持的中南政法学院民商法典研究所一个民法典草案的项目。由于司法部的介入,我们的这个草案已经不是纯粹私家性质的了,而具有半官方的性质。

1998 年 12 月,我完成了民法典草案的如下结构:

序编:小总则;第一编:人身关系法;第一分编:自然人法;第二分编:法人法;第三分编:亲属法;第四分编:继承法;第二编:财产关系法;第五分编:物权法;第六分编:知识产权法;第七分编:债法总论;第八分编:债法各论;附编:国际私法。本文主要是以我们设计的民法典草案为基础进行论述的。

本文原为我于 1999 年 4 月 19 日在安徽大学法学院所作演讲的讲稿,没有王源扩院长和安大法学院的盛情邀请的催促,我几乎不可能写出这篇论文。我愿借此文发表的机会对王院长和法学院的邀请表示衷心的感谢。在本文完成后,徐涤宇从阿根廷留学回国,携带大量阿根廷最新立法和学说资料,使我得以通过利用它们进一步补充和完善本文,因此,我也要徐涤宇表示衷心的感谢。

务,现在都已被包罗在术语中”。他举了音乐、几何、天文、语法的例子。然后他提到:“因此,在市民法中,这也是目的:在市民的物和诉讼中,保留以法律和习俗为根据的平等趋势”。有些现代学者认为,西赛罗在这一句子中提出了市民、物和诉讼的宏范畴,它们可以构成三编制的基础。<sup>[1]</sup>事实上,盖尤斯正是以这些理论成就为基础,完成了进一步的概括,最终把三编制确立下来,其《法学阶梯》把民法的材料整理成人法、物法和诉讼法。

三编制的最大特点是有一个入法,这是一个为德国民法典的总则所掩盖了的部分,为包括我国在内的继受德国法的国家所陌生;与人法相对立的是物法,这种对立预示了许多信息。从哲学的角度看,人法与物法的对立以人与物的对立为基础,翻译成哲学语言,是主体与客体的对立或精神与物质的对立,在这样的对立中,三编制认为主体或精神是第一性的:从民法的角度看,这种对立预示着我在上文已经特别界定的所有权的概念;由于这样的所有权概念以人与资源的紧张关系为基础,因此,诉讼是这种对立的逻辑结果。从民法调整对象问题的角度看,三编制表示着民法通过司法手段调整人身关系和财产关系,首先调整人身关系。

在许多情况下,结构是比文字说明更大的意义包含者,通过上面的论述,我们不难看出三编制所蕴含的哲学观点和它对市民法的总理解。

首先,它确立了人的中心地位,反映了古代的人文主义。尽管“人文主义”是一个文艺复兴以后才出现的概念,但不具有“人文主义”名称而具有其实质的世界观,在古代就有了。事实上,文艺复兴不过是复活古代希腊罗马的精神,而“古希腊思想最吸引人的地方之一是以人为中心,而不是以神为中心的。人文主义所不断要求的就是,哲学要成为人生的学校,致力于解决人类的共同问题”。<sup>[2]</sup>罗马人在继受希腊哲学的同时,也接受了这种哲学的人文主义精神。因为从希腊传入罗马,后来又在罗马发展为新的流派的斯多亚哲学,就是以伦理学为中心,换言之,以人的生活准则为中心的哲学。正是在这样的哲学背景下,盖尤斯的三编制体系才把人放在首要地位。

其次,它是对世界的一种悲观解释。人与物的关系有两个方面,一方面,是作为欲望主体的人与满足这种欲望的手段物的关系;另一方面,是作为认识主体的人与作为认识对象的物之间的关系。从第一个方面来看,三编制认为人与物的关系的结果是“讼”。这种推理的结果告诉我们,首先,物是不能充分地满足人的,否则不会发生“讼”——即“争”的公力救济形式,这显然是对人—物关系的一种悲观主义看法。其次,尽管物不能充分地满足人,但如果人人毫无利己之心,彼此谦让,也不会发生“讼”。但是,“讼”毕竟发生了,这种推理的结果也包含着对人性的悲观主义看法。上述两个推理结果,代表着典型的毫无理想主义可言的法学家世界观。正因如此,乌尔比安才提出了“毋害他人”的法律的人性标准,他没有要求得更多。

从第二个方面来看,人还与物发生认识关系,这样的关系,也存在于“讼”之中。在诉讼中,人是否能够认识已经发生的案件事实呢?我们可以从罗马法的原始文献中找到对这一问题的回答。在古罗马的诉讼实践中,对于疑案,人们常用宣誓决讼的方法来解决案件事实问题,<sup>[3]</sup>

[1] Cfr. Sandro Schipani, *La Codificazione del Diritto Romano Comune*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 178. 但对西赛罗的这段话,有不同的理解。例如,西班牙学者 Manuel Jesus Garcia Carrido 就把这关键的一段话翻译为:“因此,这是市民法的目的:维持市民的关系和争议中的法定的和传统的公平”。这种翻译显然代表着对原文的不同的理解。参见上述作者被译成意大利文的著作: *Diritto privato romano*, CEDAM, Padova, 1996, p. 14.

[2] 阿伦·布洛克:《西方人文主义传统》,董乐山译,三联书店1997年版,第14页。

[3] 参见周楠:《罗马法原论》,下册,商务印书馆1994年版,第871页以下。

这实际上是三编制的司法的不可知论观的表现。

三编制体系,是对人类社会产生了最大影响的体系之一。可以说,《法学阶梯》是在《圣经》之后,对人类历史产生了最大影响的一本书,它是世界上所有的民法典的结构的基础,因为潘得克吞体系不过是法学阶梯体系的一个变种。

三编制体系发展到现代,在法国民法典之后,诉讼法被独立出来,三编制变成了二编制。这种体例为多数拉丁国家所继承,成为现代大陆法系广为流行的民法典模式之一。

我们的民法典草案,在编的层次上采用由三编制发展而来的两编制,目的在于继承这一体系所蕴含的全部思想观念,尤其是民法首先调整人身关系的观念。

### (二)分编层次之设计的理论渊源

我们的民法典草案在分编层次的设计上,基本上采用德国民法典的潘得克吞体系的现代进化形式,这是为了利用这一体系的优秀的技术性成果。之所以在编的层次上不采用潘得克吞体系,乃因为这一体系包含着一个致命的理论错误:它以总则淹没了三编制中的人法,由此抹煞了人在私法中的中心地位,是后世人们把民法理解为单纯的财产关系法之观念的始作俑者。因此,我们在编的层次上回到罗马法,是为了改正德国民法典的上述理论错误。

#### 1. 传统的潘得克吞体系

首先要说明的是,尽管《学说汇纂》具有潘得克吞的别名,但学说汇纂与潘得克吞体系没有结构上的联系。事实上,《学说汇纂》的体系,按优士丁尼在其为颁布此书而发布的 Tanta 敕令中的说明,包括七个部分:第一部分为头编(Prota,第 1 - 4 卷),第 1 卷包括法的一般理论、法的渊源、人的身份、物的分类、各种长官的职责等;第 2 - 4 卷涉及到管辖权、传唤、诉讼期日、和解、诉讼代理、滥诉、诉讼处置等内容;第二部分(第 5 - 11 卷)以审判为内容。除了第 5 卷的第 1 题和第 11 卷是关于起诉和应诉地点和关于在法院进行的询问的程序性规定外,从第 6 - 11 卷,都是实体法的规定,涉及到物件返还、用益权、役权、侵权行为、地界调整等;第三部分(第 12 - 19 卷)以物为内容,涉及到借贷、被盗物的返还、船东之诉、特有产、抵销、合伙、买卖、互易等;第四部分(第 20 - 27 卷)被称为中心卷,主要以交易为内容。规定了抵押、退货之诉、关于就追夺担保提出来的双倍返还要式口约、借贷、海运借贷、证书、证人、证据、推定、婚约、婚姻、嫁资、监护和保佐等。优士丁尼认为这 8 卷书是整个《学说汇纂》的一半;第五部分(第 28 - 35 卷)以遗嘱为内容,规定了私人的和军人的遗嘱、补充遗嘱、遗赠和信托遗产、遗赠的特殊类型、附限制因素的遗嘱等;第六部分(第 36 - 44 卷),其内容按现代的观点看,是一个大杂烩,主要涉及到继承和侵权行为。规定了所有种类的涉及到生来自由人和解放自由人的遗产占有、关于亲等和姻亲关系的法律、法定继承和遗嘱继承、新施工警告、潜在损害担保、解放奴隶、取得所有权和占有的方式、财产的留置和出售、诈欺债权人之避免、抗辩、时效、债务和诉权等;第七部分(第 45 - 50 卷)以要式口约、私犯和犯罪、上诉、各种地方事务的管理为内容。<sup>[4]</sup>

上述就是所谓的“《学说汇纂》体系”。而《德国民法典》的体系,众所周知,包括总则、债权、物权、亲属和继承五个部分,与上述体系没有什么类似之处,它是德国的潘得克吞学派在研究罗马法的过程中的再创造,最早由胡果(Gustav Hugo)在 1789 年出版的《罗马法大纲》(Institut-

[4] 参见 Tanta 敕令,中译文载《民商法论丛》第 10 卷,法律出版社 1998 年版,第 826 页以下。另参见“优士丁尼《学说汇纂》总目录”,载桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选择·法律行为》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 128 页以下。

tionen des roemischen Recht)一书中采用,然后由海赛(Arnold Heise)在1807年出版的《为了潘得克吞之讲授目的普通民法体系的基础》(Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrecht zum Behufe des von Pandectenvorlesungen)一书中采用,最后由萨维尼在自己的潘得克吞教程中采用。<sup>[5]</sup>潘得克吞体系的构成材料,诚然自《学说汇纂》而来,但就体系而言,它不过是《法学阶梯》体系的一个变种。《法学阶梯》体系由人、物、诉讼三部分构成,诉讼的部分,经过法国的学者和立法者的科学研究,已经独立于狭义上的市民法了,德国的立法者在制定自己的民法典时,并未舍弃法国人的这一进展,因此,德国民法典中也没有规定诉讼。但是,法学阶梯体系中的人法,被分解成了总则和亲属法两个部分,由于对人法—物法结构的破坏,这是一个糟糕的分解;物法部分,被分解成了债权法、物权法和继承法三个部分,由于对物法作了进一步的科学分析,这是一个聪明的分解。

根据德国民法典的起草委员之一温德莎伊德(B. Windscheid)在其《潘得克吞教科书》中的说法,潘得克吞法的阐述顺序是这样的:“所有的私法,要做的事情,有两个对象:1、财产关系;2、家庭关系。因此,私法的主要划分是财产法与亲属法的划分”。显然可以看出,这一分析把人法缩减成了亲属法,并把财产法置于亲属法之前。那么,亲属法以外的人法内容到哪里去了呢?到所谓的总则里去了,上述潘得克吞法的阐述顺序由六个部分构成:第一部分,关于法的一般;第二部分,关于权利的一般;第三部分,物权法,调整对物的法律关系;第四部分,债权法,调整人与人之间的法律关系。第五部分,亲属法,它像物权法和债权法一样,调整活人之间的法律关系;第六部分,继承法,解决死者的财产的目的之问题。在这一结构中,亲属法以外的人法内容被安排到了“关于权利的一般”的部分。

第一部分和第二部分,构成总则,其中不仅有与一种有特定内容的法相关的法律原则,而且也有涉及到被从法的特别内容中抽象出来的法的原则。此外有法本身(即所谓的客观法)的目的之所在的法律原则,法以之为基础的规则。这后一些原则不是私法性质的,而是属于公法的。<sup>[6]</sup>为什么总则要分为两个部分。从温德莎伊德本人的《潘得克吞教科书》的内容来看,“关于法的一般”论述如下问题:1、法的渊源;2、法的解释与科学阐述;3、法的规范的类型;4、法的效力范围;“关于权利的一般”论述如下问题:1、权利的概念和种类;2、权利主体;3、权利的产生、消灭和改定,法律行为被包括在这一部分;4、权利的行使、被侵犯和保护。至此我们可以看出,总则的第一部分内容是关于所有权利的法的,其适用范围不以民法为限。之所以作出这样的处理,乃是由于市民法的历史使然。在古代,市民法是法律的整体意思,是与神法和国际法相对立的概念,换言之,市民法就是世俗法和内国法的意思。<sup>[7]</sup>在近代,经过莱布尼兹和沃尔夫的哲学努力<sup>[8]</sup>和路易十四制定一系列分门别类的条例的立法实践,市民法已经被缩减为一个部门法,原先的市民法的许多成分构成了与市民法相并列的法律部门,尽管如此,市民法

[5] Cfr. Franz Wieacker, *Storia del diritto privato moderno (Volume secondo)*, Guffre, Milano, 1980, p. 39.

[6] Cfr. Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette (Vol. I)*, trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925, p. 41.

[7] 参见《牛津法律指南》中关于 Civil Law 的词条。对该词条的分析参见王宏林:《谈谈 Civil Law 的涵义》,《中外法学》1992年第5期。

[8] 莱布尼兹提出了几何学法学(More geometrico)的概念,并建立了法条的语法结构理论,使从一种全新的角度对既有的法律本系进行整理成为可能。用几何学的方法分析法律,其逻辑的结果是总则的诞生。沃尔夫把莱布尼兹开创的思路加以发挥,最终创立了总则。这是哲学、数学与法学相结合产生的一项科学成就。Cfr. Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Guffre, Milano, 1982, p. 281.

的所有的世俗法的源头的性质仍然部分地得到保留,表现为在民法中对法的一般问题作出规定,作为学说的潘得克吞体系即采用这样的做法。但我们看到,作为立法的潘得克吞体系放弃了这一做法,德国民法典的总则部分没有关于法的一般的规定,而是直接从自然人开始。相反,在伊比利亚—拉丁美洲<sup>[9]</sup>诸国民法典中仍然保留了这一做法。

我们还可以看出,总则的第二部分内容是关于权利的基本规定的,这部分内容在德国民法典中得到了保留。使我们感兴趣的是,温德莎伊德认为这部分内容是公法而不是私法,对于我们习惯了“民法为私法”的论断的人来说,这是一个新说法,它使我们想到并非所有的民法内容都是私法,总则即是如此。如果我们把公法理解为不能以当事人的协议加以改变的法,总则的规定是应该被称作公法的。

恰恰就是在“关于权利的一般”中,法学阶梯体系中的“人”被“权利主体”所取代,“人”由编的层次的标题下降为章的层次的标题,这一现象本身就强烈地说明了“人”的减等。然而,从哲学上看,人并不是在任何时候、任何情况下都是作为主体存在的,例如婴儿就不是哲学上的主体。要成为主体,必须形成独立的自我意识。另外,有时人是作为主体存在的;有时是作为客体存在的,在这个意义上,人是二重化的,既有主体性也有客体性。主体的概念有别于人的概念。<sup>[10]</sup>但是在民法上,不存在人的主客体二重性问题,因为现代民法的物的制度已经明确排除了把人作为客体的可能,换言之,在民法上,人永远是被当作主体理解的。在民法上,不仅婴儿,甚至胎儿都是主体,因此,康德的“永远把人当作目的”的命题,只是在民法中得到了最完整的实现。这是民法的光荣!在这个意义上,我们不妨把民法称为“以人为目的的法”;把民法学称为“为了人的学问”。

但是,德国的潘得克吞学派制造了“人”与“主体”的分裂。在法学史上,从“人”到“权利主体”的变迁,是一个长长的故事。要言之,由于海塞于1807年首次使用“法人”(Juristische Personen)一语,有些人认为产生了设立凌驾于自然人和法人的上位概念之要求,莱布尼兹为此第一次提出了“主体”的范畴;萨维尼在1840年出版的《现代罗马法体系》中又提出了“权利主体”的范畴,用以描述具有自由意志的权利义务的承担者。在我看来,这完全是画蛇添足!因为“人”难道不就是自然人和法人的上位概念?在主体概念创立后,随着国家主义的兴起,无论是自然人还是法人,都成了国家赋予的资格,于是发生了“人之概念的解体”现象,其结果是“不再是共同体为个人,而是个人为共同体”,传统的人、个人等“权利主体”,现在变成了国家这一新的“主体”的客体。<sup>[11]</sup>可以看出,“权利主体”的提出,本来就是不必要的,因为众所周知,在法律上,“人”(Persona)这个词,本身就是主体的意思,而德国的潘得克吞学派在使用这一概念取代“人”的概念时,又产生了并非积极的后果,它导致了国家对“人”的凌驾。

尽管莱布尼兹和沃尔夫的“几何学法学”和潘得克吞学者的辛勤工作使德国民法典取得了举世瞩目的科学成就,但这一成就也付出了不小的代价。从哲学的角度来看,法学阶梯体系的人—物体系被破坏了,不可避免的后果是这种二元结构所蕴含的丰富的人文信息的丧失,人法

[9] 伊比利亚是西班牙和葡萄牙所处的半岛,这两个国家的殖民活动使拉丁美洲讲西班牙语和葡萄牙语的国家与它们保持文化上的密切联系,因此,在法系比较中,伊比利亚和拉丁美洲被作为一个统一的单位加以考虑,并被称为伊比利亚—拉丁美洲法系。

[10] 参见刘福森:《主体、主体性及其他》,《哲学研究》1991年第2期;李临昆:《对主体性问题的几点认识》,《哲学研究》1991年第3期。

[11] Cfr. Ricardo Orestano, *Problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968, p. 20; p. 44s.; Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 348.

被湮没于总则的庞杂规定中,人文精神也被湮没于各种技术性规定之中,人被缩减成了实际上是客体的“主体”。更加糟糕的是,潘得克吞学者如温德莎伊德,公开宣称民法的第一位的调整对象是财产关系,这种对民法的认识开启了后世的把民法财产法化的恶劣倾向。

## 2. 俄国人对潘得克吞体系的发展

俄罗斯是潘得克吞体系的继承者和改进者。1922年的苏俄民法典分为总则、物权、债和继承四编。显然可以看出,这一民法典的体系基本上是德国式的,由此我们说俄罗斯是潘得克吞体系的继承者。惟有三点不同:其一,把物权规定在债之前;其二,把亲属法从民法典中分离出去,于1926年另立了婚姻家庭和监护法典;其三,把德国民法典的民商分立体制改造成了民商合一体制。我们暂且不论这些改进是好是坏,由于这些改进,在德国民法典生效22年之后,我们已经可以谈论“新潘得克吞体系”了。这样的不断改进的最终结果是形成了“俄罗斯联邦民法典模式”,苏俄民法典不过是这一模式发展的第一个阶段。第二个阶段是1961年的苏联民事立法纲要,其基本结构为总则、所有权、债权、著作权、发现权、发明权、继承权、国际私法规则八编。相较于1922年的苏俄民法典,这一纲要取得了巨大的进步,也作了某些倒退。就前者而言,首先,它把知识产权整合到了民法典之中,在世界范围内首次建立了一种民法典的新结构。知识产权在一些老牌的民法典制定之时尚未发展成为成熟的法律制度,因此这些民法典没有规定知识产权。在法国民法典颁布后,法国的学说和判例讨论过保护知识产权的可能性,但讨论没有反映为法律条文,只是法国民法典的一个摹仿者——1837年的阿尔贝尔蒂诺民法典(即撒丁民法典)作了一项保护知识产权的规定,其第440条宣称,“天才之人的作品是其作者的财产”,但必须遵守法律和有关的条例。<sup>[12]</sup>这一规定填补了法国民法典的一个巨大漏洞,很可能是最早规定知识产权的民法典;上述说法,对于德国民法典也是不适用的,因为在这部法典产生之前的100多年以前,康德和黑格尔就在他们各自的《法的形而上学原理》<sup>[13]</sup>和《法哲学原理》<sup>[14]</sup>中大谈著作权,两位大师的诸多著作的出版,也是在保障知识产权的法律框架下进行的。德国民法典却没有规定知识产权,可能与德国民法典采用有体物主义,不能容纳作为无体物的知识产权有关。无论如何,康德和黑格尔的理论说明和出版实践没有反映为德国民法典的立法规定,毕竟是这部著名的民法典的一个缺憾,1961年的苏联民事立法纲要弥补了这一缺憾,但其具体安排缺乏概括性,换言之,有必要把著作权、发现权和发明权概括在“知识产权”的总的一编中加以规定,而不必把它们分为三编。其次,1961年的苏联民事立法纲要把德国民法典规定在民法施行法中的国际私法规则纳入民法典之中规定,这虽然不是一项很大的创新,但毕竟是对其蓝本的一种有意义的改动,中国的民法通则也吸收了这一改动。就后者而言,显然可见,这一纲要把1922年苏俄民法典中的物权缩减成了所有权。确实,在实行土地的绝对国有制的条件下,用益物权和担保物权没有多少存在的价值,它们反映的是不同所有者之间的关系,而社会主义时期苏联的有生产意义的财产只有一个所有人,那就是国家。1922年的苏俄民法典能够容纳物权制度,仅仅是由于当时实行“新经济政策”,各种所有制被

[12] Cfr. Aldo Petrucci, *La Codificazione del Diritto Civile negli Stati Italiani Preunitari ed il Codice Civile Italiano* del 1865, Manoscritto inedito.

[13] 黑格尔在这本书中说,精神技能、科学知识、艺术、甚至宗教方面的东西、以及发明等,都可成为契约的对象。参见黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第51页。

[14] 康德在这本书中说,那些未经授权而印刷和出版书籍的行为,应根据权利的理由加以禁止,因为这是一种冒充的和侵犯版权的行为。参见康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第113页。

允许共存而已。

1991年的苏联民事立法纲要是“俄罗斯联邦民法典的模式”的第三个发展阶段。它的基本结构是总则、物权、债权、著作权、在生产中利用发明和其他创作成果的权利、<sup>[15]</sup>继承权、国际私法规则7编。显然可见,这一纲要力图改正1961年纲要的缺点。首先,它把所有权还原为物权,这反映了当时的苏联进行经济体制改革的现实;其次,它力图实现知识产权的概括化规定,关于知识产权的编,由三编减少到两编,发明权和发现权被合并到“在生产中利用发明和其他创作成果的权利”一编中,但没有在这一编与著作权之间再进行进一步的概括,其中的原因值得研究。总而言之,这一纲要相对于30年前的同名纲要,是一个很大的进步。

“俄罗斯联邦民法典的模式”最终不完整地在表现1995年民法典中,其基本结构为总则、物权、债法总则、债法分则、著作权和发明权、继承权、国际私法规则7编,俄罗斯联邦民法典只完成了前4编;受俄罗斯影响的蒙古民法典以变体的方式几乎完成了这一设计(作出的变动是把非契约责任单独作为一编;没有专编规定知识产权)。如果俄罗斯民法典继续制定下去,它最终要完成这一结构。显然可以看出,这一结构比1991年的民事立法纲要又有进步。其一,考虑到债法的内容过于庞大,把它分为两编规定;其二,把知识产权概括为一编加以规定。<sup>[16]</sup>这一结构就是所谓的俄罗斯模式,它是苏联和俄罗斯社会主义和后社会主义的民法学家70多年心血的结晶,目前它已成为独联体国家的“示范民法典”的基本内容,为乌克兰、哈萨克斯坦、白俄罗斯和其他大多数独联体国家所采用,<sup>[17]</sup>并为独联体以外的一些国家以变通的方式加以采用——例如蒙古民法典和越南民法典(作出的变动为增加了关于土地使用权转让的第五编;把债法的全部内容规定在一编中)——成为后社会主义国家的法典编纂运动的主导性民法典结构。但这一结构保留了苏俄民法典的不包括亲属法的缺点,不足效法。

### 3. 荷兰人对潘得克吞体系的发展

荷兰是新潘得克吞体系的另一开创者。荷兰本是神圣日尔曼帝国的一部分,19世纪初,由于拿破仑的征服才开始受法国法影响。该国的第一部民法典即1809年民法典是法国民法典的翻版;第二部民法典即1811年民法典是法国民法典本身,因为此时荷兰已经被并入法兰西帝国的版图;1813年才获得解放,1838年产生了一部本国的新民法典;同年制定了商法典。1838年民法典在很大程度上仍然受法国民法典的影响,尽管如此,由于罗马法和古荷兰法的影响在此时发挥作用,它在某些方面也偏离了法国法,例如,它分为人、财产、债、证据和时效四编,把财产法与债法作了明确的区分,两者分别构成民法典的第二编和第三编,但是,荷兰民法典中的财产法并不能等同于德国民法典中的物权法,因为继承法在这一法典中也是财产法的内容;另外,第四编是关于证据和时效的规定,这是法国民法典中不专门设编的内容;最后,它在债法之前冠以总则条文,此点也与法国法不同,并预示着现在的荷兰民法典的小总则体制。在这一结构中,1976年由于把旧商法典的有关内容移入民法典,在原有的人法和财产法之间夹入了新的第2编:法人法。

[15] 包括专利权、工业品型式权、商标和服务标记权、商号权、合理化建议作者的权利以及对生产秘密的保护和对育种成果的保护。参见余先予主编:《俄罗斯民商法与冲突法》,世界图书出版公司1995年版,第124页。

[16] 读者可以注意到第5编中没有包括专利权和商标权,这可能是由于俄罗斯打算对这两种知识产权以特别法进行调整,事实上,1992年9月,该国已经颁布了“专利法”和“商业标记法”。Cfr. Giamaria Ajani, *Diritto dell'Europa Orientale*, UTET, Torico, 1996, p. 266.

[17] 参见黄道秀:《俄罗斯民事立法在向市场经济过渡时期的发展——E. A. 苏哈诺夫教授访谈录》,载《比较法研究》1994年第3-4期。

19世纪末,荷兰开始受德国法的影响,尤其是受德国的历史法学派的影响,<sup>[18]</sup>我们知道,该学派的掌门人萨维尼同时也是潘得克吞学派的中坚人物,荷兰由此向潘得克吞体系靠拢。尽管如此,法国的影响并不是可以轻易地消除的,因此,1992年的荷兰民法典的结构是德国和法国的影响的杂糅,当然,格老秀斯开创的荷兰法体系在这一结构中的地位,也是不可忽视的。

现行的荷兰民法典的设计结构是由如下十编组成的:<sup>[19]</sup>1. 自然人法和家庭法(1970)2. 法人(1976);3. 财产法总则(1992);4. 继承法;5. 物和物权(1992);6. 债法总则(1992);7. 特殊合同(1992年部分完成);8. 运输法(1991);9. 智力成果法(后来把它作为一编的计划由于技术上的困难被取消);10. 国际私法。<sup>[20]</sup>

与传统的潘得克吞体系相比较,荷兰民法典未规定大总则,而将其内容分解到各编中。我们知道,大总则的核心内容为人法和法律行为。就人法而言,新的荷兰民法典把这部分内容安排在第一编和第二编中,这是对1838年民法典结构的保留和对商法典有关内容的整合;就法律行为而言,它被安排在第三编中。显然,在这种结构下,法律行为被理解为是只与财产法有关的制度。尽管荷兰民法典没有大总则,但小总则有两个:一是财产法总则;二是债法总则。之所以不设大总则,我想是为了坚持罗马法的人—物二分体系,把被大总则淹没的人法凸现出来,并突出人法的特殊性。

相较于1838年民法典,继承法已经从财产法中独立出来,这种处理很难不归因于德国民法典的影响。最叫人难以理解的是荷兰民法典把运输法独立成编,这种奇怪的做法乃是因为,旧的荷兰商法典包括三编,第1编为商业登记、合伙、商业代理、证券交易所、票据、保险等内容;第2编为海商法和内河航运法;<sup>[21]</sup>第3编为无力清偿债务,它后来被1893年的破产法取代。<sup>[22]</sup>在1947-1992年的民法典起草过程中,决定了实行民商合一,商法典第1编的主要内容主要被归纳到新民法典的第2编中;商法典第2编的内容则被整合到新民法典的第8编中,因此,运输法独立成编是荷兰独特的法律史和民商合一的结果,由于其独特性,没有普遍借鉴的价值。第9编智力成果法虽被取消,但它整合知识产权于民法典的思想仍然值得借鉴。

对于荷兰民法典的上述各编,我们可以大致地把它们分为人法和物法两个部分(国际私法是同时适用于两者的),没有凌驾于两者之上的大总则,不难看出,荷兰人对潘得克吞体系的最重要的创新,就在于避免了德国民法典的大总则的缺陷。

把俄罗斯联邦民法典的结构与荷兰民法典的结构相比较,我们可以发现,在这两个结构中,知识产权法(俄罗斯联邦民法典设计结构中的这一编并不包括全部知识产权的类型)、债法总则、债法分则(荷兰民法典用了“特殊合同”的名称)、物权、继承权、国际私法独立成编是基本共同的,因此,知识产权和国际私法被纳入民法典并独立成编,以及把债总与债分分开的处理,代表了世界性的潮流。两者的不同之处在于荷兰民法典把自然人法与亲属法合并、把运输法独立成编、没有设立适用于整个法典的总则,把有关内容分散到了自然人法和家庭法、法人和

[18] See Netherlands, *Comparative Law Association, Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*, Kluwer, 1978, p. 11.

[19] 参见亚瑟·S·哈特坎普:《荷兰民法典的修订:1947-1992》汤欣译,《外国法译评》1998年第1期。

[20] See Jacob Hijma, *Introduction: Contract law in general*, In *Dutch Contract Law*, Beijing, March 1997, p. 1s.

[21] See Netherlands, *Comparative Law Association, Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*, Kluwer, 1978, p. 176.

[22] 参见上海社会科学院法学研究所编译室编译:《各国宪政制度和民商法要览·欧洲分册》(下),法律出版社1986年版,第251页。

财产总则三编中;而俄罗斯民法典保留了适用于整个法典的总则、没有规定亲属法。总的说来,两者相同的部分多于相异的部分。两个结构产生于大致相同的历史时期,俄罗斯联邦民法典的结构产生在1961年至1995年的时期;荷兰民法典的结构产生在1947年至1992年的时期,它们反映了同一个时代的精神,殊途而同归。

上述两个民法典的结构是目前世界上最有影响的结构。俄罗斯联邦民法典已经成为除波罗地海三小国以外几乎所有前苏联成员国的民法典的范本;荷兰民法典正在争取成为将来的欧洲民法典的范本,并已实际对许多国家的民法典制定产生了广泛影响,因此,在思考我们的民法典草案的结构设计时,不能不考虑它们的合理性并有所借鉴。

我认为,俄罗斯联邦民法典把亲属法排除在外是不可取的;以总则掩盖人法的做法、把国际私法作为与其他编等量齐观的做法亦不可取;荷兰民法典把自然人法与亲属法合为一编的做法、把运输法独立成编的做法、国际私法独立成编的做法、为财产法单独制定一个总则的做法亦不可取,因为人身关系和财产关系,毕竟有公分母可供提炼。要言之,我之所以对上述做法作出否定的评价,主要是为了追求人—物结构的纯洁性,并考虑中国继受德国法之后的法律传统。从这样的思路出发,就形成了我们的民法典草案的分编层次的结构。

### (三) 序编和附编的理论渊源

序编和附编的设置,主要是为了把妨碍人—物结构之纯净的民法内容放在比较次要的部分进行规定,以充分体现我对民法调整对象问题的看法。从理论渊源来看,序编的设置,主要参考了伊比利亚—拉丁美洲民法典的传统做法。在中南政法学院民商法典研究所收藏的西班牙语国家和葡萄牙语国家的众多民法典中,我可以随机地指出这些民法典多设有序编,其中以巴西民法典的序编最为简单,只有从属于总则的一条,它是关于民法调整对象的规定,但该法典设有民法典施行法19条,把其他国家在序编中规定的内容放到这一法律中了。现行的葡萄牙民法典尽管未设序编,但其总则第一条规定的“法律、其解释和适用”的内容,在其他国家是由序编规定的。在伊比利亚—拉丁美洲国家的民法典中,序编或相当于序编的部分规定的内容基本上与学说上的潘得克吞体系的“关于法的一般”的内容同范围,是体现民法是“法律的法律”之性质的规定。从这个角度看,序编是总则的替代物,属于“小总则”,其设计者为了维持罗马人对民法的人—物二元关系的哲学理解,没有把“关于权利的一般”的内容放在这样的小总则中规定。正是基于这样的考虑,拉美的法典编纂者往往有设置总则的想法,但都没有成功地实施,例如智利民法典的作者安德雷斯·贝略<sup>[23]</sup>和巴西民法典草案的作者奥古斯都·泰赫拉·弗雷塔斯<sup>[24]</sup>就是这样,尽管巴西民法典最终规定了总则,但这个总则不过是对人—物的结构的一个缩写,于其中增加了一个行为的环节(包括不法行为),其规模比德国民法典的总则要小得多。为了不舍弃法律行为的科学成果,同时保持人—物的结构,1984年的秘鲁民法典采用了折衷的做法,该法典分为十编,立法者在第1编人法之后,设第2编专门规定法律行为,最后一编是国际私法。

我认为,大总则对民法的基本结构的破坏是不容置疑的,因此,应放弃这种过时的结构,同时以序编作为小总则保留其积极成分。但在中国,民法还是作为部门法之一被理解的,远远还

[23] Cfr. Sandro Schipani, Codice Civile di Andres Bello (In vigore in Chile, Ecuador, Columbia), Manoscritto inedito. 中文译文参见徐国栋的译文,《法商研究》1999年第5期。

[24] 参见桑德罗·斯奇巴尼:《意大利民法典及其中文翻译》,《比较法研究》1998年第1期。

没有达到被作为“法律的法律”理解的程度,因此,在民法典中规定“法的一般”的规则时机不成熟。考虑到如果从大总则中抽去法律行为以及相关的规定,它就只剩下人法了,而法律行为,可以“交易”的名称作为序编的核心内容规定在这一部分。同时,参照我国的民事立法和民法理论传统以及外国立法例,还可以在序编中规定民法的调整对象和基本原则、民商关系、权利的保护(诉讼时效)等内容。

关于规定国际私法的附编的设置,一方面是为了追随世界各国在民法典中规定国际私法的潮流(由于国际私法不过是民事关系在涉外领域的投影,在德国民法典的起草过程中,也曾经设置过关于国际私法的部分,但后来这部分内容被移入民法典施行法),同时又不影响民法典的人-物的逻辑-哲学结构,因此把它放在正编以外的附编中加以规定;另一方面是考虑到国际私法的内容涵盖人法和物法两个方面,它要么应该被放在序编、要么应该被放在附编中规定,不能放在人法或物法的任何一编中规定,为了避免混乱,以放在附编中规定为好。

## 二、基本理论问题

### (一)民法调整对象问题

#### 1. 财产关系与人身关系的关系问题

前文已述,从根本上说,民法典的结构设计取决于对民法调整对象问题的理解,因此这一问题极为重要。在这一问题上,《民法学原理》<sup>[25]</sup>外,我国的民法理论和民事立法都认为民法调整平等主体间的财产关系和人身关系,这种理论把财产关系理解为民法的首要调整对象,人身关系被理解为民法的第二位的调整对象,因此抹煞了人的中心地位,把物置于人之上,是一种极为头足倒置的、不尊重人的理论,只有浓厚的经济决定论色彩。与此相反,法学阶梯体系已经告诉我们,民法首先调整人身关系,其次才调整财产关系。我们的民法典草案在结构设计上的最根本考虑,就是体现罗马人对民法调整对象的上述认识。那么,为什么在中国,民法所调整的人身关系和财产关系的位置发生了颠倒?

原因一,我国是继受德国民法的国家。德国的潘得克吞体系(无论是学说上的还是立法上的)都设有大总则,它吞没了人法中的人格法;除此之外,潘得克吞体系还认为财产关系是民法的第一调整对象;从人法中分解出来的家庭关系是第二位的调整对象。这种体系构成了对罗马法的反动,其原因为何?基本与潘得克吞学派同时的马克思和恩格斯的民法理论给出了答案。马克思说:“民法不过是所有制发展的一定阶段,即生产发展的一定阶段的表现”。<sup>[26]</sup>他还说,无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。<sup>[27]</sup>恩格斯说:“民法……它几乎只是专门处理财产关系或者至多是专门处理那些以社会的战争状态为前提的关系……”,<sup>[28]</sup>民法的作用,“在本质上就是确认各人与各人之间的现存的,即在一定情况下是正常的经济关系”。<sup>[29]</sup>尽管马克思认为“大部分的民事法律……是关于财产”<sup>[30]</sup>的,

[25] 这本教材将民法的调整对象定义为:“社会普通成员之间的人身关系和财产关系”。参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第3页。

[26][27] 马克思:《哲学的贫困》,载《马克思恩格斯全集》第4卷,人民出版社1958年版,第87页、第121页以下。

[28] 恩格斯:《在北爱北斐特的演说》,载《马克思恩格斯全集》第2卷,人民出版社1957年版,第608页。

[29] 恩格斯:《费尔巴哈与德国古典哲学的终结》,人民出版社1959年版,第43页。

[30] 马克思:《第179号“科隆日报”社论》,载《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第125页。

换言之,财产关系占据民法之大部,而不是全部,但他在对民法下定义时,却把其内容作了大量的缩减,以至于缩减成仅仅是“经济关系”。如果我们考察一下民法观念史,我们就会发现,马克思和恩格斯首次把民法与经济关系联系起来,把前者解释为后者的产物,可以说,他们是后来的法律经济分析学派的开创者。由此我们可以知道,在潘得克吞学派存在的历史时期,有一种强调民法调整财产关系的一面而忽略其调整人身关系的一面的理论倾向,它可能引起了人身关系与财产关系的颠倒。

原因二,社会主义国家的民法不仅以经济决定论为基础,而且以唯物主义为基础。人一物的二分,从哲学上讲,就是精神与物质的二分。唯物主义认为物质是第一性的,精神是第二性的,相反的观点属于唯心主义。从这个角度看,法学阶梯体系是唯心主义的。在这种主义痛遭批判的情况下,社会主义国家的立法者不会把人身关系放在财产关系前面。

原因三,在西方的理论史上,民法始终依附于自然状态—市民社会的历史解释模式。市民社会是民法存在的理论基础,民法是市民社会的根本法。在市民社会条件下,人格权被理解为市民社会的成员资格。进入社会主义社会后,市民社会理论被抛弃,民法调整的人格关系因此面临危机,市民社会成员资格意义上的人格关系被取消,民法被限定为调整与财产关系有关的人身关系,并且这样的人身关系被缩减为狭义的与姓名、名誉、荣誉等具体权利相关的人格关系,由此导致了人法地位的降低。

尽管如此,社会主义国家民法实际上的阐述顺序仍然是人—物的顺序,先规定的是民事主体,然后才规定各种权利的客体以及主体间通过客体发生的关系,由此造成了民法调整对象的理论说明与民法的实际立法体系不一致的混乱状况。

苏联解体前发生的意识形态的变迁,使这方面的情况在理论上有所改观。前苏联学者 H. C. 马列英教授在一篇文章中指出:“民事法律关系的利益,可以概括为物质的和精神的两类。人身的概念,首先是指精神领域,因为人身利益和权利,说明了个人在社会中的地位,也是个人法律地位极其重要的内容”。他特别强调,随着社会的发展和科学技术的进步,精神利益必须在人们的生活中不断增长。<sup>[31]</sup> 这段引文证明了上文把人身关系和财产关系分别理解为精神和物质两个方面,是符合苏联的实际的,并且证明了在苏联的过去,人们不重视民法调整对象中的精神方面,确有哲学上的原因,而现在人们正日益强调这一方面。尽管如此,1995 年俄罗斯联邦民法典第 2 条第 1 款仍然规定:“民事立法确定民事流转的参加者的法律地位;所有权和其他物权以及因智力活动产生的专有权利(智力财产)的发生根据和实现的程序;调整合同和其他的债以及其他财产关系和与人身有关的非财产关系,这些关系以其参加者的平等、意思自治和财产自治为基础”。<sup>[32]</sup> 尽管这一条文包含了一些新的观念,但它仍然把财产关系作为民法的主要调整对象,并没有反映马列英教授的理论,这是令人遗憾的。

与马列英教授的理论相类似的理论,在我国也出现了。近 20 年来,我国有四个哲学上的理论热点。一是主体性理论的提出。90 年代开始,我国哲学界开展了对主体性问题的讨论,其宗旨是弘扬主体性原则,这一原则是客观性原则的对立物。客观性原则从主体之外的客体,从客观事物的特性来说明事物和现象,强调主体在客观事务及其规律面前具有受动性、受制约性、受束缚性。显然,强调财产关系而忽视人身关系的民法理论和民事立法贯彻了这一原则;

[31] H. C. 马列英:《民法发展的趋势》,载《外国民法资料选编》,法律出版社 1983 年版,第 170 页。

[32] See *Civil Code of the Russian Federation (Part one)*, White & Case, London, 1994, pp. 1 - 2.

而主体性原则从人、从我出发来说明我们周围的事物,是一种从主体出发,使客体围绕主体旋转的思维方式,它从主体的目的、需要去理解事物,强调客体对主体的依附性、不可分离性。<sup>[33]</sup>显然,强调人身关系,同时不忽视财产关系的民法理论体现了这一原则。二是人文精神的兴起。所谓人文精神,就是强调人是世界的中心的精神,它是对以神为中心的世界观和以物为中心的世界观的否定,是对不以人为目的的各种疯狂的物质活动的反动。可以说,人文精神的提倡是主体性原则的一种表现形式,而人权理论的勃兴又是人文精神的表现形式,它要求把人作为目的而不是手段考虑,构成我国近年来的第三个理论热点,它与人文精神一起,也有助于建立以人身关系为先导的民法观。四是市民社会理论的兴起。在这里,我根据西塞罗的阐述,把市民社会理解为各种各样的人的法律的共同体,<sup>[34]</sup>因此,市民社会问题,首先是市民社会的成员资格问题,这一问题在民法上的表现为重新认识人格关系并提高其地位,由此重建市民社会与市民法的联系。在这种背景下,人格关系必须首先被理解为市民社会的主体资格,市民法对市民社会的一切关系的调整必须以主体资格问题为出发点,相应地,人身关系必须被提到比财产关系更重要的地位上来。

上述理论成就都有利于在民法调整对象问题上正本清源,拨乱反正,因此,我们的民法典草案将以之为依据,把民法的调整对象界定为平等主体间的人身关系和财产关系。

## 2. 民法是调整社会关系还是也调整法律地位和法律情势

传统的理论认为民法调整财产关系和人身关系两种社会关系,但新近的一些民法典在这方面有所突破。

首先,一些前苏联集团国家的民法典中提出了民法调整当事人的法律地位的问题。如上述,俄罗斯联邦民法典第2条第1款规定:“民事立法确定民事流转的参加者的法律地位;所有权和其他物权以及因智力活动产生的专有权利(智力财产)的发生根据和实现的程序;调整合同和其他的债以及其他财产关系和与人身有关的非财产关系,这些关系以其参加者的平等、意思自治和财产自治为基础”。<sup>[35]</sup>1994年11月1日的蒙古民法典第1条规定:“本民法典将确定民事流转的参加者的法律地位,并调整以其参加者的平等、意思与财产的自治为基础的财产关系和与财产关系有关的人身非财产关系”。<sup>[36]</sup>1996年7月1日的越南民法典第1条第2款规定:“民法典规定个人、法人和其他主体的法律地位,规定财产关系中各主体的权利与义务,规定民事流转中的人身关系,为参加民事关系的各个主体建立行为的法律标准”。

上述前苏联集团国家民法典中关于民法调整对象的新型规定,把民法的作用规定为“确定”,与“调整”两项,前者的作用对象为“法律地位”;后者的作用对象为“关系”,为了理解它们的创新性质,我们可以将之与老式的民法调整对象规定进行对照。1993年修订的白俄罗斯1964年民法典第1条第1款规定:“白俄罗斯共和国的民事立法调整以当事人的平等为基础的财产关系和与财产关系有关的人身非财产关系”。<sup>[37]</sup>1994年的哈萨克斯坦民法典第1条第1款规定:“以参与人的平等为基础的商品货币关系和其他财产关系,以及与财产关系有关的

[33] 参见郝贵生:《论主体性原则与客观性原则的对立统一》,《哲学研究》1991年第1期。李临昆,前引文;刘福森,前引文;陈先达:《关于主体和主体性问题》,《求是》1991年第15期。

[34] 西塞罗把市民社会(Civitas)定义为“市民权、生活在同一法律之下的多种人民的城邦、地区、民族”。Cfr. T. Valauri e C. Durando: *Dizionario Latino Itallano Latino*, Edizione Polaris, 1993, p. 112.

[35] See *Civil Code of the Russian Federation (Part one)*, White & Case, London, 1994, pp. 1 - 2.

[36] *The Civil Code of Mongolia*, See <http://www.spc.gov.mn/chapter1.html>.

[37] *Civil Code of the Republic of Belarus*, See <http://www.belarus.net/softinfo/catal/la/100081.htm>.

人身非财产关系,由民事立法调整”。<sup>[38]</sup>

这一类规定仅把民法的作用规定为“调整关系”,不承认民法的“确定”功能。把两种类型的规定加以比较,可以看出,前一类型的规定不仅把民法的调整对象理解为社会关系,而且理解为包括对民事主体的法律地位的规定,俄罗斯联邦民法典甚至理解为包括权利的发生根据和实现程序,对民法调整对象的理解更加细致化了。

其次,1984年的秘鲁民法典中出现了民法调整法律情势的提法。其第3条规定:“法律适用于既有的关系和法律情势(Situacion juridica)的结果。”第9条规定:“民法典的规定,以不与其他法律的性质不相容为限,可作为后备规范适用于由其他法律调整的关系和法律情势”。<sup>[39]</sup>

法律情势对我们是一个陌生的概念,意大利法学家彼德罗·雷西略(Pietro Rescigno)对这一术语进行了解释。

首先他说明了情势的一般概念,这是一个兼涉人和物的关系概念,指人与物或其他人、物与其他物的关系,前者如一个人在空间上所处的位置;在社会关系中所处的地位等;后者如“物之所在地法”,表现的就是物所处的情势。法律只研究与与人有关的情势,而且主要研究与自然人有关的情势。其次,他说明了“情势”(Situazione)与境遇伦理学中的“境遇”(Situazione)是一个词。所谓境遇伦理学(Etica della Situazione),是“不能通过一般的概念确定的、只可根据应该作出行为的人所处的总是各不相同的情势的特殊性来作出的道德要求”。<sup>[40]</sup>他提到,在某些作家那里,尤其是在讲法语的作家那里,法律情势一语往往是在境遇伦理学的意义上使用的。这些作家认为,法律情势概念的提出,是为了对流行的理解规范和主观法的方式的反动作辩护,按这种方式,规范具有普遍性和抽象性;而主观法(即权利)与个人愿望的统治地位紧密相连。法律情势的用语之设,旨在引起对经历的具体性的注意,该用语承认关系到个性化的、并注定要尽力完成单个行为或行使特定的请求权的主体的具有特殊性和临时性的情势。显然,这样的对情势的理解只反映了克服规则的普遍性之弊端的愿望。

再次,他强调情势还是一个与许多概念对称的概念。它首先是事件的对称。与事件相比,情势具有非即时性和延续性,它表示从开始的事件延续到结束的事件之间的时间段。例如婚姻,如果从缔结婚姻的仪式的角度看,它是一个事件;但如果从通过合意的物质和精神生活的共同体的角度看,它就是一种情势了;其次,法律情势与事实上的情势构成对偶关系。例如,事实婚是一种事实上的情势;而具备一切法律手续的婚姻才是法律情势。对于前一种情势,法律通常以“自然的”形容词修饰之,例如自然子女、自然债务等。

最后他说,在更广泛的意义上,情势指围绕着有可能产生法律效果的一个事实或一种状况被整理的权利与义务的集合、特权与债务的集合。最简单的情势定义是:在与法律秩序的关系中被考虑的主体的情势。<sup>[41]</sup>这样理解的情势似乎就是法律关系,秘鲁民法典为何舍弃“法律关系”的习惯用语而采用“法律情势”的提法?据秘鲁学者门德斯·张对我作出的解释,是为了也强调民法对当事人的法律地位的确定。<sup>[42]</sup>这样,秘鲁民法典中的“法律情势”,不仅涉及到法

[38] *Civil Code of the Republic of Kazakhstan of December 27, 1994*, In Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University: Legal Materials, Juris Publishing Inc. USA, p. 23.

[39] *Nuevo Código Civil*, Ekgraf Editores, 1996, Lims, p. 33.

[40] Cfr. Hans Reiner, *Etica Teoria e Storia*, trad. it., Roma, 1971, p. 165.

[41] Pietro Rescigno: *Situazione e Status nell'Esperienza del Diritto*, In *Revista di Diritto Civile*, Anno , 1973, p. 209s.

[42] 1998年10月,秘鲁天主教教皇大学的门德斯·张教授应邀访问中南政法学院,在学术交流中对我的问题作了这样的解答。

律关系,而且涉及到法律地位。法律情势对法律地位的涉及,与俄罗斯民法典、蒙古民法典关于法律地位的规定一致起来了。

总之,俄罗斯民法典、蒙古民法典和秘鲁民法典对民法调整对象理论提出了两个问题:第一,民法是否调整主体的法律地位?第二,民法是否不仅调整社会关系,而且调整法律关系?我认为,我们不能仅从关系的角度来理解民法的调整对象;而且也不能仅从社会关系的角度来理解同样的问题。就第一个方面而言,公民按规定自然人18岁成年,规定某些物品为不流通物,这样的规定恐怕难以说建立了什么关系,而是关于主体和客体的法律地位的规定,它是建立关系的基础。就第二个方面而言,民法的调整分为第一次调整和第二次调整两个方面,第一次调整的是社会关系,社会关系经调整后转化为法律关系,当法律关系的运行出现障碍时,民法通过法院的中介对之进行再调整,以克服上述障碍,这时民法调整的就是法律关系了。<sup>[43]</sup>基于这些认识,我们的民法典草案对民法调整对象将采用这样的规定:民法调整平等主体间的法律地位、人身关系和财产关系以及由此产生的法律关系。我相信,这种对民法调整对象的规定是先进的,符合世界潮流的。

### 3. 身份关系与财产关系的同一性——亲属法的回归问题

在古典的民法理论中,身份关系就是家庭关系。把身份关系从民法典中分离出去,是一种由来已久的、顽固的理论和立法倾向。

从理论方面看,最早作出区分家庭关系与一般民事关系之努力的古典作家大概是孟德斯鸠,他把“家法”与民法并列,这里的“家法”,似乎是涉及家庭内部的风纪管理的一种自治规定,不同于我们通常理解的家庭法。他认为,“社会分为许多的家庭,需要特殊的管理”<sup>[44]</sup>,因此“家法”需要独立。这种观点的本质是主张家庭的自治性质,反映了远古时期罗马法的传统;其次是黑格尔,但其立论依据十分不同。他认为,如果“把婚姻理解为仅仅是民事契约,这种在康德那里也能看到的观念,同样是粗鲁的,因为根据这种观念,双方彼此任意地以个人为订约对象,婚姻也就降格为按照契约而相互利用的形式”<sup>[45]</sup>。确实,康德把婚姻理解为配偶双方“为了终身相互占有对方的性器官而产生的结合体”<sup>[46]</sup>。康德的观点尽管具有把被神化的婚姻人化——因为在基督教的理论中,婚姻是配偶双方在神面前订立的不可解除的誓约——的积极意义,反映了当时的人文主义思潮,但黑格尔不能接受这样的观点,在他看来,这样的设定抹杀了婚姻的伦理意义,因为“婚姻是具有法的意义的伦理性的爱”<sup>[47]</sup>。而所谓的“爱”,是“能够在没有仔细权衡与比较他人和自己需要的情况下满足邻人的需要”<sup>[48]</sup>。

在黑格尔之后,仍然存在把家庭法独立于民法的努力,其主张者是19世纪的意大利法学家皮萨内利。他主张“把家庭法与私法典分离开来,后者被理解为只涉及经济关系的法典”<sup>[49]</sup>。但皮萨内利的主张也没有成为意大利的立法实践。其所主张的家庭法的特殊性论据是家庭法不涉及经济关系,这是一种站不住脚的观点,因为家庭关系同时包括人身关系和财产关系两方面。可能正是因为如此,现行的意大利民法典并未接受皮萨内利的主张。

[43] 参见彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1997年修订版,第11-13页。

[44] 孟德斯鸠:《论法的精神》(张雁深译),下册,商务印书馆1963年版,第173页。不过,孟德斯鸠又把男女的结合在财产关系上所产生的后果,归于民法的范围。

[45][47] 前引[13],黑格尔书,第177页。

[46] 前引[14],康德书,第96页。

[48] 莱茵霍尔德·尼布尔:《道德的人与不道德的社会》,蒋庆等译,贵州人民出版社1998年版,第46页。

[49] 桑德罗·斯奇巴尼:《意大利民法典前言》,黄风译,见《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版,第1页。

此外还有费希特的家庭法虚无论。他认为,尽管有家庭法的概念,但不必有家庭法律的现实,就夫妻关系而言,“国家根本没有必要制定关于夫妻的相互关系的法律,因为他们的全部关系根本不是法律的关系,而是一种自然的、道德的心灵关系”<sup>[50]</sup>;就亲子关系而言,他也认为国家没有就这种关系制定法律的必要,因为“在仍然受教育的孩子和父母之间不可能发生法律争端”。<sup>[51]</sup>显然,费希特理解的家庭法属于道德的范畴,不应该由民法调整。

伊斯兰国家也实行身份关系与财产关系的分离,但其理论基础不同。在穆斯林国家,身份关系是由教会法“沙里亚”调整的,财产关系则由世俗法民法调整。关于人的法与家庭法一向都被认为是“沙里亚”中最为重要的内容之一。在穆斯林的思想意识中,法中构成“属人法”的这些部分与宗教之间存在着特别密切的关系,而且在这个问题上《古兰经》本身包括为数最多的具体规定,<sup>[52]</sup>因此,身份关系属于教会法的内容,与属于世俗法的财产关系法不同。在伊斯兰国家,则大都在民法典之外制定所谓的个人身份法典,<sup>[53]</sup>调整民法中的人身关系;其民法典往往仅仅是财产关系法典。

从立法来看,前苏联根据对家庭关系性质的马克思主义认识,把家庭法从民法中分离出去了。早在1922年的苏俄民法典问世之前,苏俄就于1918年制定了一部“户籍、家庭和监护法典”,这是社会主义国家中最早的家庭法摆脱民法,成为一个独立的法律部门的立法例。<sup>[54]</sup>1926年,在苏俄民法典颁布之后,又制定了新的婚姻家庭和监护法典,使理论家的主张终于成为立法实践。从此以后,身份法独立于民法典成为苏联模式的重要内容,<sup>[55]</sup>影响了所有的社会主义国家,这种影响即使在东欧巨变后在前苏联集团国家中也没有消除,我国目前仍然处在这种影响之下。

黑格尔、马克思的家庭法理论无非是“爱”的理论。人们认为,在亲属法中,贯穿着“爱”的原则,即不讲究利益的精确计算的原则;而在市民社会和市民法中,贯穿着经济人假说,在这个领域中,“每个人都以自身为目的,其他一切在他看来都是虚无”。<sup>[56]</sup>由于实行的原则不同,因此两个领域应该分开。我们可以发现,两个领域的区别确实是存在的,但它们的区别并没有想象的那么大。在亲属法中,同样存在着经济人假说,不然扶养义务之履行,何以要以权利人有必要、义务人有可能为条件呢?何以要在亲属法中设立那么多的保障配偶双方独立利益的夫妻财产制呢?而且在亲子关系上,还有某些作者把养育子女的行为理解为为将来储蓄财货留

[50] 参见费希特:《以知识学为原则的自然法权基础》,谢地坤、程志民译,载梁志学主编:《费希特著作选集》,第2卷,商务印书馆1994年版,第585页。

[51] 前引[52]费希特书,第625页。

[52] 勒内·达维德:《当代主要法系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第441页。伊斯兰国家采用把财产关系与人身关系分开的民法立法模式还有两个原因:其一,它们制定民法典,都是出于进行西方式的现代化的需要,财产法由于与西方国家发展模式的密切关系,被认为是可以西化的;而人身关系法被认为是保存传统的伊斯兰文化之价值的基地,不能走西化之路,因此采用独立的格局;其二,两类民法的适用法院也不同,在古代,沙里亚法院对婚姻家庭和继承事务具有专属管辖权,后来这方面的管辖权才被收归普通法院。参见高鸿均:《伊斯兰法:传统与现代化》,社会科学文献出版社1996年版,第168页。

[53] 关于个人身份法的典型内容,我们可以举伊拉克的例子。伊拉克的个人身份法规定了结婚、离婚、收养、监护和继承。参见上海社会科学院法学研究所编译室编译:《各国宪政制度与民法要览·亚洲分册》,法律出版社1987年版,第259页。

[54] 前引[15],余先予书,第5页。

[55] 在伊斯兰国家,也存在把身份法从民法典中独立出去的极为普遍的趋势,这些国家大都有在民法典之外的所谓的“个人身份法典”。前苏联集团与伊斯兰国家对身份法的处理,殊途同归,构成把民法典调整的财产关系和人身关系中的身份关系分开的趋势。

[56] 前引[13],黑格尔书,第197页。

着慢慢吃。<sup>[57]</sup>我们可以这么说,在亲属法中,贯穿着弱度的经济人假说,人们并没有爱得不可开交,而是经常地进行着利害的计算;而在民法的财产法部分,贯穿着强度的经济人假说,尽管强弱不同,两者是可以在经济人假说的基础上统一起来的。至于把家庭法理解为教会法的一部分或神法规则的做法,已经落后于时代潮流,现代民法早已解决了家庭法的世俗性问题,故没有必要对之进行详细的评论。因此,我们的民法典草案将把亲属法作为一编规定,以实现亲属法对民法的回归。

## (二) 法律行为与交易问题

俄罗斯联邦民法典模式的一个重要特点是把传统意义上的法律行为制度规定为“交易”。就其本义而言,法律行为是目的在于设立、变更和终止法律关系的表意行为,其中不仅包括不道德的或违反法律的无效行为,而且也包括行为人有权提出撤销的可撤销的法律行为。但有些学者本着名实相副的原因主张法律行为必须是合法行为,民法通则就采纳了这种观点。为了解决无效行为和可撤销行为的调整问题,立法者又创立了民事行为的范畴涵盖合法行为、无效行为和可撤销行为三者。尽管用心良好,但这样的处理并未能消灭三类行为的外延彼此交叉的状况。例如,无效的民事行为如公司的越权行为,在当事人未提出起诉且已相互履行完毕的情况下,法律不加干预,这种无效的民事行为事实上就成了具有合法性的法律行为;可撤销的民事行为,在当事人未行使撤销权之前或在放弃撤销权之后,也是具有合法性的法律行为。因此,把法律行为界定为合法行为、另创民事行为范畴的做法并不成功,由此我曾提出恢复传统意义上的法律行为概念。<sup>[58]</sup>这种处理,仍然有使人把法律行为想象为合法行为的风险。我想,俄罗斯立法者可能也曾面临过如上讨论过的困境,才选择“交易”作为传统意义上的法律行为的替代,使用这一完全中性的术语,就可避免上述理论上的麻烦了。

任何理论都是跛脚的,尽管以交易取代法律行为是为了消除混乱,但由此也可能带来新的混乱,因为从字面上看,交易必须是双方的行为,它不能包括单方的法律行为。<sup>[59]</sup>尽管如此,本着两害相权取其轻的原则,我们的民法典草案仍将以交易的概念取代法律行为的概念。

## (三) 继承法的位置问题

潘得克吞体系把继承法理解为财产法的一部分,认为继承法是对死者的财产的目的之问题的解决。<sup>[60]</sup>这样把继承法理解为单纯的财产关系,我认为是不正确的。继承是由身份关系发生的财产流转关系,是财产关系与人身关系的交错,不论是放在人身关系部分还是放在财产关系部分,都是不合适的,因此我把它放在人身关系法的末尾,在它之后马上就是财产关系法,以此表现继承法的交错性质。

## (四) 知识产权与物权的关系问题

潘得克吞体系没有把知识产权整合到民法典中来,其原因不能以知识产权的发展比较晚近解释,因为潘得克吞学者的著作就是在知识产权的保障下出版的。真正的原因可能是德国民法典采用有体物主义,不能容纳作为无体物的知识产权。在知识产权日益重要的当代,再让它游离于民法典之外,已经不合时宜,因此,俄罗斯联邦民法典和荷兰民法典都完成了对知

[57] 这样的作者有韩非。参见徐国栋:《论市民法中的市民》,《天津社会科学》1994年第6期。

[58] 前引[43],彭万林主编书,第124页以下。

[59] 对“交易”取代法律行为之缺陷的批评,受我的研究生吴远负的论文启发。参见其《在传承与变革之间的越南民法典》,未刊稿。

[60] Cf. Bernardo Windscheid, op. cit., p. 41.

知识产权的整合。从理论上讲,知识产权作为无体物,应该被纳入了物权编作为无体物规定,1994年蒙古民法典即是如此,该民法典第87条第6款把知识产权规定为所有权的客体,同时规定这方面的事务由其他法律调整。这实际上是考虑到知识产权具有不同于通常的无体物的特点,例如,一个知识产权可以同时由许多人利用、可以大量复制、出卖知识产权产品不移转标的物的知识产权、其法律规则具有很强的技术性等等,因此,原则上承认知识产权是所有权的一种,但是是一种特殊的所有权。这种立法模式值得借鉴,因此,我们的民法典草案把知识产权放在紧接着物权编的一编加以规定,把它理解为一种特殊的所有权。这样,既可以昭示知识产权与普通物权的联系,也可揭示两者的不同。

### (五) 侵权行为法是否独立的问题

一些学者主张侵权行为法应该从债法中独立出来,单独成为民法典的一编。<sup>[61]</sup>这种主张可能受到了英美法的影响。确实,侵权行为法与现代工业化过程关系密切,发展最快,法官创法最多,已经获得相当的独立性,其庞大的体系也与其他非契约性之债的发生根据的小型体系不协调,因此,我们很理解把侵权行为法独立成编的主张。但是,我们是一个属于大陆法的国家,多年积累的传统不应轻易放弃。在大陆法的民法体系中,各制度彼此关联,牵一发而动全身,如果草率地接受英美法的影响,可能引起整个体系的混乱。如果将侵权行为法独立,马上就会引起债的制度的动摇。试问,如果侵权行为法从债法中独立出去,那么,传统的债的发生根据就只剩下合同、无因管理和不当得利了。而且我们还要考虑到,债的发生根据是一个开放性的结构,不以传统的四种为限,随着债的制度的发展,债的发生根据增加了先契约义务和后契约义务等形式,一旦破坏债的结构,将发生不可估量的制度损失。即使承认债的发生根据只有四种,一旦把侵权行为独立出去,无因管理和不当得利的篇幅皆小,将与合同不成比例,形成美学上的不均衡。我们必须注意到,美学上的均衡并非不应受到立法者考虑的风月之事,把债法总论与债法各论分成两编,恰恰是基于美学上的考虑。如果侵权行为独立成编,那么它的性质是什么?是债还是民事责任?如果是债,它又不在债编,逻辑上必将产生问题;如果是民事责任,将产生两个弊端。第一,它应该与其他民事责任形式规定在一起,如此,将独立成编的不是侵权行为,而是民事责任;第二,把侵权行为理解为民事责任,具有太强的国家主义色彩,把致害—债—债的不履行—民事责任四个环节缩减成了致害—民事责任两个环节,减少了当事人意思自治的空间,提前了公权力介入的时间,与民法的私法性质不合。上述分析完全可以适用于世界上唯一把侵权行为法独立成编的民法典——1994年蒙古民法典,它把侵权行为独立的理论依据是侵权行为属于与契约责任相对的非契约责任。因此,从逻辑上说,蒙古民法典中存在一个立法者未明示规定的“民事责任编”,其下分为契约责任与非契约责任两个分编。我们姑且不考虑这样的设计对于侵权行为法之性质的影响,仅就合同法而言,由于这样的设计,整个的合同法变成了合同责任法,民法的权利法性质被篡改成成了责任法,这实在无可效法。因此,我们不拟采纳侵权行为法独立成编的主张,而是把它规定在债法各论部分中。

### (六) 典型合同的设计问题

刚刚颁布的合同法仅仅规定也了买卖、电、水、气、热供应、赠与、借款、租赁、融资租赁、承

[61] 参见王利明:《论中国民法典的制定》,《政法论坛》1998年第5期;魏振瀛:《中国的民事立法与民法法典化》,《中外法学》1995年第3期。

揽、建设工程、运输、技术、保管、仓储、委托、行纪、居间 15 种典型合同，<sup>[62]</sup> 种类偏少，这主要是宜粗不宜细的立法思想的残留以及理论研究不足所致。合同分则长期是我国民法研究中的薄弱环节，是民法研究相对落后于刑法研究的一个方面。没有深厚的理论研究，就没有立法的果敢规定，因此，一些在我国长期存在的交易形式，例如承揽运送和特许经营，在这次合同法的法典编纂中没有上升为典型合同，流落在无法可依的状态。与这种状况相反，俄罗斯联邦民法典规定了如下典型合同：买卖、互易、赠与、年金和终身扶养、不动产租赁、对作住房之用的不动产之租赁、物的无偿使用、承揽、科学研究、试验设计、技术工作之履行、有报酬地提供劳务、运送、承揽运送 (Freight forwarding)、借贷和贷款、保理 (Factoring)、银行存款、银行帐户、结算 (Payment)、寄托、保险、委任、行纪 (Commission agency)、代办、委托管理财产、<sup>[63]</sup> 特许经营 (Franchising)、<sup>[64]</sup> 简单合伙、悬赏广告、公开的竞争、射幸合同。阿尔巴尼亚民法典规定了如下典型合同：买卖、赠与、能源和其他资源的供应、借贷、财产租赁 (Hire)、公寓租赁、财产融资租赁 (Lease)、无对价地使用财产、智力成果的使用、工作的履行、建筑工作的履行、设计工作的履行、研究、测试和建筑工作的履行、创造性工作的履行、运送、代理关系、居间、行纪、寄托、扶养、保险、偿付、银行存款、借贷、合作经营、悬赏。1998 年 12 月的《阿根廷共和国商合一的民法典草案》规定了买卖、互易、定期供应、租赁、融资租赁、劳务与服务、运送、委任、承销 (Consignacion)、行纪、寄托、保险箱服务、交互计算、通过银行的交互计算、非合伙的结社、代理、租让、特许经营、借贷、使用借贷、赠与、信托、保证、在证券交易所或公开市场订立的合同、有偿终身年金合同、打赌合同、权利移转合同等 27 种典型合同。<sup>[65]</sup> 该国的学说认为有如下的非典型契约值得纳入民法典中。它们是：住宿合同、<sup>[66]</sup> 泊车合同、旅游合同、葬礼服务合同、私人墓地合同、信用卡合同、分销合同、估价合同、专项分期储蓄购物合同、电子信息合同、结伴旅游合同 (直译为“分享时间合同”)、中心商场购物合同 (Contrato de shopping)、广告合同、展览合同。<sup>[67]</sup> 后三部民法典或民法典草案之合同分则内容的丰富与我国合同法分则规定的贫乏可以形成鲜明的对照。我们的民法典草案，拟在合同法已经规定的 15 种典型合同的基础上，参照较新的俄罗斯联邦民法典、阿尔巴尼亚民法典以及《阿根廷共和国商合一的民法典草案》以及该国的学说关于典型合同的规定，结合我国的交易实践，增加年金和终身定期金、储蓄、交互计算、信用卡、保险、监理、估价、信托、证券交易、承销、分销、消费借贷 (比借款更加广泛)、合会、和解、使用借贷、住房租赁、租让、泊车、雇佣、邮政、承揽运送、旅游、医疗、人工生殖技术实施、住宿、出版、展览、广告、葬礼服务、私人墓地服务、分销、特许经营、智力成果使用、土地使用权出让和转让、土地承包、射幸、保险、悬赏等合同，因此，我们的民法典草案将规定的典型合

[62] 也许还可以包括互易合同，因为新合同法第 175 条规定，关于买卖合同的规定，可以准用于互易。如果这样算，新合同法规定的典型合同就有 16 种了。

[63] 在这种合同中，委托人在一定时期内不移转所有权地把财产交给他人管理，受托人在此期间届满后返还该财产。

[64] 特许经营合同，是本世纪初在美国产生的一种合同形式。根据这种合同，通常是大型驰名企业的特许经营人授权被特许经营人在一定的期限内使用其经营标志和商标等，提供产品和服务由被特许经营人零售。Cfr. Luisa Vigone, *Contratti Atipici*, Guffre, Milano, 1998, p. 265.

[65] Cfr. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

[66] 1988 年的古巴新民法典也把这种合同作为典型合同。Cfr. *Código Civil de República de Cuba*, Ley No. 59, Divulgación Ministerio de Justicia, s/a.

[67] Cfr. Garrido-Zago, *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, pp. 30 - 34.

同,将达到 53 种左右。

尽管俄罗斯联邦民法典和阿尔巴尼亚民法典规定的典型合同比较丰富,但也没有规定预约合同,我们拟借鉴拉丁语系国家民法典的经验补充规定这种合同。必须指出的是,预约合同不能作为典型合同规定在债法分论中,因为所有的典型合同,都是人类的类型化的交易形式,而预约合同不具有类型化交易形式的性质,它是与所有的典型合同相关的订约程序。如果这样理解预约合同,那么它必须被规定在债法总论中,拉丁语系国家的立法例都是这样处理的。秘鲁民法典把预约合同(西班牙文的原义是“准备性合同”——Contratos preparatorios)规定在“合同的一般”部分,在“合同的形式”与“相区别的合同”之间;<sup>[68]</sup>墨西哥民法典尽管把预约合同规定在“特殊合同”部分,但把它置于所有的具体合同之先。<sup>[69]</sup>无论是秘鲁民法典还是墨西哥民法典,都基于对预约合同性质的正确理解,把它置于典型合同之外。就我国而言,尽管合同法规定了订约程序,相较于以前的三个合同法是一个进步,但仍然很不够,必须补充以对订约程序进行进一步的调整的预约合同,并在理论上摆正预约合同的位置,把它放在典型合同之外、订约程序之中进行规定。

总而言之,我们的民法典草案,拟在借鉴其他国家民法典关于典型合同规定的基础上,就这一方面作出了不厌其烦的规定,能规定多少种就规定多少,没有数量限制,力求把所有已在中国存在的交易形式都归纳为典型合同。

---

**Abstract :**After approaching to the theoretic recourses of civil codes in the Civil Law Countries, the author believed the German Civil Code( BGB) had ignored the value of “ Personal law ”because of the General Provisions. The author suggested that the draft of China ’s civil code should include two parts, the law of personal relations and the law of property relations. The author in this paper designed the frame work of some important systems of the draft of the civil code.

---

---

[68] Cfr. *El Código Civil de 1984*, PUC del Perú, Lima, 1997, p. 13.

[69] Cfr. *Código Civil & Código Procedimientos Civiles*, GRECA, Mexico, 1996, p. 505.