

私法原则与中国民法近代化

朱 勇*

内容提要:中国民法近代化以西方近代民法所体现的人格平等、私权神圣、契约自由、过错责任等私法原则为模范,同时也根据西方近代民法适应技术进步、社会发展在私法原则方面的变化,调整自身内容。中国近代民法的演进,基于西方近代民法从个人本位到社会本位的变化,确定了一条从传统的家庭本位走捷径过渡到社会本位的路线,对于中国近代民法和中国近代社会,均产生重要影响。

关键词:私法原则 中国近代民法 法

20 世纪初期发端的中国民法近代化经历了艰难的过程。作为民法近代化的阶段性成果,先后产生《大清民律草案》^[1] 民国初年民律草案(以下简称民初《民律草案》)^[2] 以及南京国民政府时期的《中华民国民法》(以下简称《民法》)^[3] 中国民法近代化,以移植西方近代民法为主旋律,从法律理念、法律原则,到法典结构、法律概念等,均直接吸收西方近代民法的基本框架。而西方近代民法自身的发展、演进,也在中国民法近代化过程中体现。

1804 年法国公布、实施《拿破仑法典》。作为近代资本主义国家第一部民法典,《拿破仑法典》从民事法律关系方面,使得 1789 年《人权宣言》所宣示的重要原则得以体现,并开创了近代资本主义国家民事立法的先河。根据资产阶级思想家提出的天赋人权、自由、平等、博爱的思想理论,基于资本主义政治发展与经济进步的要求,同时也是针对中世纪社会身份性等级制度,《拿破仑法典》明确提出“人格平等”的基本法律理念,并确立了私权神圣、契约自由、过错责任的三大私法原则。在整个 19 世

* 中国政法大学教授,教育部人文社会科学重点研究基地中国政法大学法律史学研究中心主任。

[1] 根据清末法制改革方案,修订法律馆于光绪三十三年(1907)开始组织起草《大清民律草案》。草案起草,参照德国、瑞士、日本等国民法典,并参考各省民俗调查结果。宣统三年(1911)九月,草案完成,进呈朝廷。但很快辛亥革命爆发,清王朝灭亡,该草案未及公布实施。《大清民律草案》共分五编:总则、物权、债权、亲属、继承。其中,前三编由修订法律馆在日本法学家协助下起草,后三编则由修订法律馆会同礼学馆起草。关于《大清民律草案》的起草过程及基本内容,可参见张生:《中国近代民法法典化研究》,中国政法大学出版社 2004 年版。

[2] 1915 年至 1925 年,北洋政府时期由法律起草部门起草《民律草案》,于 1925 年完成。一般称为民初《民律草案》。该草案共五编:总则、债权、物权、亲属、继承。该草案起草,参考《大清民律草案》、各国立法资料,以及各省民事习惯调查结果。该草案未正式公布实施,但曾由北洋政府司法部通令各级法院在审判中作为法理适用。关于民初《民律草案》的详细信息,可参阅黄源盛:《民初法律变迁与裁判(1912-1928)》,台湾政治大学法学丛书 2000 年版。

[3] 《民法》的起草始于 1928 年夏天。1928 年 12 月南京国民政府立法院成立,全面开展民法起草工作。《民法》的起草、公布,实行分编进行的方式。从 1929 年 5 月到 1931 年 5 月,先后公布、实施了总则、债权、物权、亲属、继承五编。详细情况可参阅史尚宽:《民法总论》,1980 年版。

纪资本主义国家民事立法活动中,《拿破仑法典》所提出的“人格平等”理念以及三大私法原则,均起到重要作用。^[4]但从19世纪后半期开始,随着经济的发展和社会的分化,抽象意义上的人格平等经常性地导致具体人群在实际身份以及实际利益上的不平等。而体现权利中心、个人本位的所有权绝对、契约自由、过错责任私法三原则也经常性地从形式正义滑向实质非正义。根据近代民法在发展过程中存在的问题,西方各国开始关注近代民法精神,尤其是私法三原则的合理性,开始关注实质意义上的人格平等。1900年《德国民法典》作为资本主义国家民事立法新的经典,针对国家与社会发展的新情况,在一定程度上对于私法三原则进行了调整、修正。^[5]

近代中国的演变,从政治体制的更新,经济结构的调整,到法律制度的变革,在其起始阶段,均是一个被动的过程。外国力量入侵,民族利益受损,为救亡图存,为富国强兵,中国社会被推上近代化轨道。而就法律变革而言,中国法律近代化,既有社会演进导致法律自身发展的逻辑动因,也有列强基于自身利益考虑而实施的外部推动。这一推动转变为以西方各国的法律价值、法律原则、法律体系为模范,通过法律重构,实现收回领事裁判权的功利目的。^[6]起点的被动性,目的的功利性,对于中国法律近代化,对于中国民法近代化产生重大影响。另外,以法律移植为主要手段的中国民法近代化,在被移植对象处于变动、调整的情况下,其近代化步伐产生了一定的混乱、不协调。而西方近代民法在价值观上的变化趋势与中国社会价值取向的特殊关系,也直接影响了中国民法近代化的基本进程。

一、从社会到家庭:近代中国民法中的人格平等

人格平等是人类社会对于自身构成的理想描述,也是人类作为整体所追求的目标。社会的存在,需要保持一定的结构形式,保持一定的层次体系,从这种意义上说,绝对、全面意义上的人格平等永远只能是一种理想状态的描述。但随着人类文明的深入发展,人类社会必将更加接近真正意义上的人格平等。

人格平等的实现首先是一个由政治到经济的过程。人类文明史告诉我们,人格平等首先是政治变革,或者是政治革命的产物。在处于不平等的社会状态下,如果需要朝着平等的目标移动,需要以变革的手段,改变与既定的不平等社会状态相适应的社会政治结构。实现了何种程度的政治平等,方才能够通过法律的方式,实现何种程度的经济平等。

人格平等的实现也是一个从社会到家庭的过程。家庭是社会的细胞。只要以两性婚姻为基础、以父母子女共同生活为形式的家庭的存在,家庭就会以不同的方式,作为社会的细胞而存在。一般而言,现代文明之中,任何人脱离不了两大共同体而独立生活:国家和家庭。现代人可以不参加其他任何社会共同体,但他至少具有两种角色:国家公民和家庭成员。公民之间以共同的利益追求、共同的文化追求为联结的纽带,而家庭成员之间的联结,则在普通公民的利益、文化纽带之外,有一种深刻的情感纽带。情感纽带的存在,使得家庭成员之间的人格平等显得格外复杂、特殊,也使得家庭成员之间的人格平等追求更加艰难。可以说,衡量一个社会人格平等实现的程度,最重要的依据是家庭成员之间达到了何种意义上的平等。

西方近代民法主张的人格平等,是通过资产阶级革命实现的政治平等而进一步追求的经济平等,也是由社会结构意义上的国家公民之间的人格平等向家庭成员之间的人格平等的延伸。这种从政治到经济、从社会到家庭的人格平等实现途径,在中国近代社会演变过程中通过民法近代化,表现出复

[4] 参见余能斌主编:《民法典专题研究》,武汉大学出版社2004年版。

[5] 参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社2000年版。

[6] 参见李贵连:《近代中国法制与法学》卷一,“清季法律改革与领事裁判权”,北京大学出版社2002年版。

杂、曲折的过程。

中国传统社会重伦理纲常,夫妻之间、父母子女之间、家长家属之间,存在严格意义上的等级关系。1840年开始的近代变革是一场以救亡图存为主要目的的政治变革,思想观念和社会关系的变化只是政治变革的副产品。道德伦理、纲常名教、宗法关系不是变革的主要对象。与清末社会这种特殊性相适应,在法制变革中,民事立法活动产生一种奇怪的现象:在财产关系方面,全方位引进西方近代法律理念、法律原则;而在涉及家庭伦理关系的身份方面,则基本保留传统中国的习惯。^[7]

人的身份包括社会身份和伦理身份。伦理身份专指存在婚姻、血缘以及相关法律拟制关系中的人的相互地位,主要限于亲属关系;而广泛存在于社会之中的非亲属关系的相互地位,则为社会身份。传统社会的身份等级关系既包括政治社会等级,也包括亲属伦理等级。清末法制变革引进西方理念,一定程度上打破了政治社会等级观念,在法律上初步确立了人与人之间的平等原则。但在家庭关系方面,在亲属伦理身份方面,则一如其旧,基本保持了传统社会的亲属身份等级原则,在《大清民律草案》中有明显体现。^[8]

清末立法者编订《大清民律草案》,对于家庭制度也有着深入、细致的考虑。对于欧美各国盛行个人主义,以个人自由、个人独立排除家庭本位的民事立法,清末立法者有较为清醒的认识。在《大清民律草案》亲属编说明中,立法者在比较民事立法家属主义与个人主义的特点、历史之后,详细说明了保持家庭本位、采用家族主义立法原则的诸多理由。

“两大主义究孰优绌?从理论上言之,家属主义长处固多,短处亦不能免;个人主义短处固有,长处亦非全无。其短长得失实难概论。惟编纂一国法典者,须实际与理论兼顾,不得专以理论上之长短为长短。夫法律上发生此个人与家属两种主义,必先于社会实际上先显存此两种情形。社会实有此情形,法律始生此主义。所谓法律,只能规律社会,不能产生社会者此也。以个人制度之社会,采用个人主义之法律,则两合;以家属制度之社会,采用个人主义之法律,则可谓两背。欧美各国《亲属律》,多采个人主义,以欧美各国近日社会盛行个人主义,于家属主义已经绝迹故也。泰西古时亦行家属制度,至罗马末叶已渐变。近今则全行个人制度,其家属制度衰废之原因虽多,举其要者,崇拜祖先之念衰,独立自由之念盛而已。至日本《亲属律》则采家属主义,以日本今日社会盛行家属制度故也。中国编纂《亲属律》应取何主义?中国今日社会实际之情形,一身以外,人人皆有家之观念存。同住一家者为家属,其统摄家政者为家长。现行于社会者既全然是家属制度,不是个人制度,而家长、家属等称谓散见于律例中颇多。又,历代皆有调查户口、编查户籍之举,凡所谓户者,即指家而言,是于法律上又认明所谓家矣。以十八行省皆盛行家属制度之社会,数千年来惯行家属制度之习尚,是征诸实际,观诸历史,中国编纂《亲属法》,其应取家属主义已可深信,再无疑义之留矣。……此次编纂《亲属法》,其根本主义应取家属主义,不取个人主义,于婚姻、亲子之前,先冠以家制一章。但虽取家属主义,须宗自为宗,家自为家。方与中国家属制度相合。”^[9]

家属主义立法原则的确定,传统家庭本位思想的影响,使得《大清民律草案》在确定人的伦理身份方面,保持传统法律中父为子纲、夫为妻纲的家庭等级身份原则。在家庭事务、日常生活中,父母子女

[7] 《大清民律草案》的起草,依其内容,分步起草。首三编,即总则、债权、物权由修订法律馆在日本法学家协助下起草,并于宣统三年(1911)九月五日完成上奏。后二编,即亲属、继承编,由于其内容多涉及伦常礼教,与习惯传统息息相关,为慎重起见,由修订法律馆会商礼学馆起草。参见“修订法律大臣俞廉三等奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折”,载故宫博物院明清档案馆藏:《清末筹备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版。

[8] 《大清民律草案》立法宗旨有四:注重世界最普通之法则,原本后出最精确之法理,求最适于中国民情之法则,期于改进上最有利益之法则。对于其中第三宗旨,清末立法者解释说:“是编凡亲属、婚姻、继承等事,除与立宪相违背、酌量变通外,或取诸现行法制,或本诸经义,或参诸道德,务期整饬风纪,以维持数千年民彝于不敝。”参见前引[7]。“修订法律大臣俞廉三等奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折”。

[9] 《大清民律草案第四编 亲属法草案总则说明 取义》,载司法部民法研究修正委员会主编:《中华民国民法制定史料汇编》上册,1976年。

之间、夫妻之间、区别亲疏嫡庶的亲属之间,相对拥有不平等的身份,在全面吸收西方近代民法原则的财产关系、经济活动领域,所有权绝对、契约自由等原则也在家庭壁垒面前嘎然而止,家庭成员之间的财产关系、经济活动不适用《大清民律草案》关于所有权、契约、侵权行为方面的相关规定。^[10]

包含家庭成员之间平等关系的人格平等原则,在西方近代法律中也有一个渐进的过程。人格平等作为近代西方资产阶级革命的目标之一,体现在近代资本主义思想体系之中,也体现在政治、经济、法律、文化各项制度之中。同样,人格平等作为近代法律的基石,贯穿在整个近代法律体系之中。作为一种政治口号,作为一种价值导向,在近代西方资产阶级革命中被提到重要地位。但在法律上,真正意义人格平等的实现,仍经历了漫长的过程。在民事法律的家庭关系中,这一目标的实现,尤其明显体现出渐进性。

《法国人权宣言》称:“在权利方面,人们生来是、而且始终是自由平等的。”在法律面前,所有的公民都是平等的。但这种平等权主要针对社会领域而言。以《人权宣言》确定的基本精神为基础的《拿破仑法典》在财产权、契约关系、侵权法等方面,实现了历史性的革命,但在家庭关系中,《拿破仑法典》又在很大程度上体现了资产阶级平等思想与封建主义身份等级的妥协和融合。夫妻之间在家庭关系中的地位不平等,在《拿破仑法典》中多有体现。^[11]实际上,在整个19世纪,欧洲各资本主义国家民事法律,以夫妻关系为主要内容的男女平等仍在一定程度上受到限制。1900年的《德国民法典》及日本民法,均在一定程度上保持了夫妻地位不平等的规定。1919年《德国魏玛宪法》特别强调家庭之间的夫妻平等。^[12]如果以德国为例,可以说,在法律上最终确定男女平等,或者准确地说是在家庭关系中的夫妻地位平等,直到1957年6月18日德国《夫妻地位平等法》的颁布、实施。

19世纪下半期,妇女平权运动的兴起,法学家对于人格平等的扩充解释,使得妇女地位,尤其是在家庭之中的夫妻关系,逐渐朝着平等的方向发展。这一发展趋势,直接影响到各国法律,也影响到正处于近代化过程中的中国民法。

辛亥革命以资产阶级自由、平等、博爱思想为号召,推翻封建帝制,建立了资本主义性质的南京临时政府。南京临时政府在确定人格平等方面,加强了社会身份的平等立法,为大批蛋户、贱民取消贱级,平等对待。但这种人格平等的政策努力的效果仍然有限。一方面,在政治上,临时政府参议院通过议案,正式否决妇女参政权。^[13]另一方面,由于临时政府存在时间短暂,在民事立法方面无暇顾及。参议院于1912年4月3日通过《新法律未颁行前暂适用旧有法律案》,并称:“惟《民律草案》前清时并未宣布,无从援用。嗣后凡关于民事案件,应仍照前清现行律中规定各条办理。”^[14]

北洋政府时期,作为确定民事行为准则、调整民事关系的基本法律,是清朝末年制订、颁布的《大

[10] 《大清民律草案》第9条:“达于成年兼有识别力者,有行为能力;但妻不在此限。”第27条:“(妻从事)不属于日常家事之行为,须经夫允许。”第1327条:“家政统于家长。”第1338条:“结婚须由父母允许。”第1370条:“亲权由父或母行之。”第1374条:“行亲权之父母于必要之范围内,可亲自惩戒其子;或呈请审判衙门送入惩戒所惩戒之。”第1375条:“子营职业,须经行亲权之父或母允许。”第1376条:“子之财产,归行亲权之父或母管理之。关于其财产上之法律行为,由行亲权之父或母为之代表。”

[11] 《拿破仑法典》第213条:“夫应保护其妻,妻应顺从其夫。”第215条:“即使妻经营商业,或不在共有财产制下,或采用分别财产制,未经夫的许可,亦不得进行诉讼。”第217条:“即使妻不在共有财产制下,或采用分别财产制,未得其夫之参与于行为或书面同意,不得为赠与、依有偿名义或无偿名义转让、抵押以及取得行为。”《拿破仑法典》,李浩培等译,商务印书馆1979年版。

[12] 《魏玛宪法》(1919年)第119条规定:“婚姻为家族生命及民族生存增长之基础,受宪法之特别保护,并以男女两性平权为本。”

[13] 1912年3月19日,南京临时政府参议院通过了《否决女子参政请愿案》,全文如下:“查女子请求参政,风动欧美,尚未见诸实行。吾国若能开创其例,亦属历史之光荣。据来书所称,世界潮流日趋平等,各国女子之有参政权,特迟速问题,非有无之问题云云。本审查会一再讨论,多数认为吾国女子参政亦应有之权利。惟兹事体重大,非可仓促速定,应俟国会成立再作解决,以昭慎重。”参见《参议院议决案汇编 附编 否决案 甲编二册》第3页,转自邱远猷、张希坡:《中华民国开国法制史》,第628页,首都师范大学出版社1997年版。

[14] 转自张晋藩总主编:《中国法制通史》,第9卷,法律出版社1999年版,第427页。

清现行刑律》中涉及民事关系的有关条款。1912年3月11日,北京政府宣布沿用清末有关法律,包括《现行刑律》中的民事部分。1914年,大理院针对各地审判机关对于适用《现行刑律》民事部分内容的认识尚有不明确之处,通过判例进一步确认。^[15]大理院判例所指《现行刑律》民事有效部分包括:服制图、服制、名例、户役、田宅、婚姻、犯奸、斗殴、钱债;同时,还包括清朝《户部则例》中的户口、田赋。^[16]《大清现行刑律》是中国传统法律的延续,其涉及民事方面的规定,无论是财产关系的条款,还是与身份相联系的法律,均是对传统社会秩序和传统社会关系的维持。北洋政府大理院所界定的“《现行刑律》民事有效部分”涉及婚姻、家庭、继承等方面的规定,集中体现了维护尊卑长幼、亲疏嫡庶、男尊女卑等区分等级身分的宗法伦理秩序。

在中国民法近代化进程中,民法意义上的人格平等作为一条法律原则,在《民法》中一定程度上得以体现。在民法总则编的起草说明书中,特别将“男女平等之确定”列为民法总则的立法理由,指出:“男女平等之原则,本为吾党对内政策所规定,自应期其实现。惟重男轻女,由来既久,积重难返,苟不以革命之手段彻底改革,则仍难达平等之目的。此编对于特别限制女子行为能力之处,一律删除。并以我国女子,于个人之财产,有完全处分之权,复规定已结婚之妇人,关于其个人之财产,有完全处分之能力。至其他权义之关系,亦不因男女而有轩轻。”^[17]根据《民法》,夫妻之间基本保持平等的地位,包括在财产权、对于子女的监护权、离婚条件等方面。尤其是在《大清民律草案》及民初《民律草案》中妻作为限制行为能力人的规定,在《民法》中被彻底废除,妻与夫一样,以年龄作为行为能力取得与否的标准。^[18]女子与男子一样,享有继承权。^[19]妻与夫一样,享有成为家长的身份与资格。^[20]另外,《大清民律草案》及民初《民律草案》均在离婚条件方面歧视对待夫与妻,丈夫可以妻与人通奸为理由,请求法院判决离婚,但妻却无此权利。《民法》在夫妻请求法院离婚条件方面,也做出同一规定,妻同样可以夫与人通奸为理由,请求法院判决离婚。^[21]著名法学家史尚宽评论说:“男女平等为民法所采用之原则,而于亲属、继承两编尤为显著。在我国以往夫为妇纲,夫权与父权、家长权三者鼎立,故于夫妻殴伤、离婚等,俱见夫尊妇卑,历次民律草案均规定妻为限制行为能力人,离婚原因亦宽于夫而严于妇。现行民法不复有此种差别。他如亲权之行使、家长之担任、夫妻财产制之自由选择等,莫不承认男女平等之地位。”^[22]

但如同清末立法者在编定《大清民律草案》时强调保持家庭本位、采用家族主义立法原则合理性一样,《民法》立法者在一般意义上吸收西方人格平等原则的同时,也对个人本位、家庭本位问题作了一番新的分析。其结论是:中国历史上的家庭本位立法原则,不仅适合中国社会,而且在某种意义上也代表着世界法律发展的潮流,具有先进性。时任民国政府立法院院长的胡汉民说:“以这种法律制度同我们中国历史上家族主义的法律制度比较,在原则上实在远比我们中国家族的制度落后一步。因为欧美以个人为立法的单位,而中国则已进而以家族团体为单位了。”^[23]以这一认识为基础,民国立法者提出,新型法律体系的建立,以社会本位原则为指导;而在新的民法体系之中,则保留“家”的社

[15] 大理院《上字第三〇四号判例》:“民国民法典尚未颁布,前清之《现行刑律》除制裁部分及与国体有抵触者外,当然继续有效。至前清《现行刑律》虽名为《现行刑律》,而除刑事部分外,关于民、商事之规定,仍属不少,自不能以名称为刑律之故,即误会其为已废。”《大理院判决》三年上字第三〇四号,中国第二历史档案馆馆藏档案,全宗号:241,卷号:1940。

[16] 参见杨鸿烈:《中国法律发达史》,上海书店1990年版,第1057页。

[17] 谢振民:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第756页。

[18] 《民法·总则》第6条:“人之权利能力,始于出生,终于死亡。”第12条:“满二十岁为成年。”第13条:“未满七岁之未成年人,无行为能力。满七岁以上之未成年人,有限制行为能力。为成年人结婚者,有行为能力。”

[19] 《民法·继承》第1138条:“遗产继承人,除配偶外,依左列顺序定之:一、直系血亲卑亲属;二、父母;三、兄弟姊妹;四、祖父母。”

[20] 《民法·亲属》第1124条:“家长由亲属团体中推定之。无推定时,以家中最尊者为之。尊辈同者,以年长者为之。”

[21] 参见《民法·亲属》,第1052条。

[22] 史尚宽:《亲属法论》,1964年版,第6页。

[23] 胡汉民:《三民主义之立法精义与立法方针》,《胡汉民先生文集》第四册,第782页。

会单元地位,相应地,在中国传统社会具有重要作用的“家长权”也在一定程度上得以保留。^[24]

从家庭本位到社会本位,从“家”作为结构性社会单元的设置,到“家长权”一定程度的保留,代表着中国民法近代化最后、最高成果的《民法》在消弭身份等级、实现人格平等方面迈进一大步的同时,也在接受西方法律教训、顺应世界法律发展潮流的旗号下,保留了可能再次滋生身份性差别的“家”制和“家长权”。

二、所有权:从绝对到相对

经过资本主义革命,资产阶级思想家高扬自然法学派理论,借重罗马法复兴,提出所有权神圣不可侵犯的理念,并将其落实在法律之中。

所有权是物权的一种,是所有人对物的占有、使用、收益、处分,并排除他人干涉的权利。从法国大革命开始的近代西方资产阶级民事立法,均强调所有权绝对原则,强调所有权神圣不可侵犯。在时间上,所有权人对其所有物终生享有,还可以通过遗嘱,实现其死后对于财产的处分。在空间上,所有权的重要内容土地所有权,其范围上至天空,下至地表以下。1789年法国《人权宣言》第2条规定:“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”第17条规定:“财产是神圣不可侵犯的权利。”作为资产阶级革命在财产关系、身份关系方面的产物的《拿破仑法典》将《人权宣言》关于神圣财产权的精神体现在法律条款之中。《拿破仑法典》第544条规定:“所有权是对于物有绝对、无限制地使用、收益及处分的权利,但法令所禁止的使用不在此限。”第545条规定:“任何人不得被强制出让其所有权;但因公用,且受公正并事前的补偿时,不在此限。”继法国之后,欧美各国法律均加强对于所有权的保护。

传统中国重公权而轻私权,涉及维护国家统治秩序、加强社会控制的刑事法律,以及规定各级政权机构和官员的职责、权限、遴选、考绩及行政程序的行政法律,较为发达,而规定民众个体私权关系的民事法律相对不发达。^[25]但就民事法律本身而言,中国传统法律还表现为:涉及所有权、经济往来、财产交换等内容的财产法不发达,但出于重家庭伦理、重宗法的传统,以区别亲疏嫡庶、尊卑长幼为主要内容的亲属关系身份法却极为完备。

在中国民法近代化过程中,《大清民律草案》吸收为《拿破仑法典》所确立、并为19世纪西方各国采取的所有权神圣原则。《大清民律草案》第983条规定:“所有人于法令之限制内,得自由使用、收益、处分其所有物”;第984条规定:“所有人于其所有物,得排除他人之干涉”;第991条规定:“土地所有权于法令之限制内,及于地上、地下,若他人之干涉无碍其所有权之行使者,不得排除之。”辛亥革命后,南京临时政府继续清末法制改革中确立的所有权神圣原则。在《中华民国临时约法》及《内务部通飭保护人民财产令》中,这一原则被正式写入。

所有权绝对化的制度设置,重点之一在于排除公权力的干涉。在中国,“所有权”无论是作为一种制度,还是作为一种观念,在私权领域均未充分发展。而在实际生活中,代表国家的公权力涵盖社会生活的每一角落,包括国民个体的私生活。同时,作为封建国家中坚力量的地主、官吏,在私权方面也受到国家的重点保护。《大清民律草案》吸收所有权绝对的原则,从法律上否定了国家公权对于国民

[24] 1930年,国民党中央政治会议第236次会议决定:在民事法律体系中,保留家庭制度这一法律传统,但“应以共同生活为本位,置重于家长之义务”。《民法·亲属》设《家》章,规定:“家置家长。同家之人除家长外均为家属”;“家务由家长管理”;“家长管理家务,应注意于家属之全体利益”。在家庭中,“父母对于未成年之子女有保护及教养之权利义务”(第1084条);“父母滥用其对于子女权利时,其最近尊亲属或亲属会议得纠正之。纠正无效时,得请求法院宣告停止其权利之全部或一部。”(第1090条)

[25] 关于中国传统法律重公权而轻私权的问题,可参见张中秋:《中西法律文化比较研究》,第三章,“法的文化属性:公法文化与私法文化”,南京大学出版社1999年版。

私权的非法干涉,也排除了对于地主、官吏在私权方面的特殊保护。

清末法制变革之时,西方工业国家的民事立法也正经历着一场新的变革。《拿破仑法典》所确立的绝对所有权原则,在提高资产阶级地位、维护资本主义发展、推进市场经济演进等方面,起到积极作用,但同时也带来一些社会问题。

为了解决这些社会问题,各国纷纷调整法律规定,对于所有权绝对原则实行一定的限制。具体方法是,明确所有权的行使,同时负有一定的义务,禁止滥用所有权;行使所有权,必须遵守诚实信用原则。《德国民法典》第 226 条规定:“权利的行使,不得只以加损害于他人为目的。”第 903 条规定:“在不违反法律和第三人利益的范围内,物的所有权人可以随意处分其物,并排除他人的任何干涉。”第 138 条规定:“违反善良风俗的法律行为无效。”1919 年德国新宪法第 153 条第 3 项规定:“所有权包含义务,于其行使,应同时顾及公共之利益。”1907 年公布、1912 年实施的《瑞士民法典》第 2 条规定:“行使自己之权利,……须以诚实及信用为之。”权利之显然滥用,不受法律之保护。”1923 年 1 月 1 日实施的《苏联民法》第 1 条规定:“私权以不违反社会的经济目的而行使者为限,受法律上之保护。”

南京国民政府为实现全国统一以后,继续清末开始的法律近代化进程,全方位进行法制建设活动。南京国民政府的法典编纂,以清朝末年年开始、并在北洋政府时期得以发展的法典起草为基础,同时,根据西方法律理论、法律制度的变化,根据中国的现实需要,对于移植的法律理论、法律原则作了适当的调整。在民事立法方面,修正了所有权神圣的私法原则。

立法院长胡汉民说:“世界各国的法律大都根本于罗马法和拿破仑法律,这两种法大都以个人为本位,而忽略了多数人的利益。这不是王道,而是霸道。我们不然,我们立的法乃是以全国社会的公共利益为本位,处处以谋公共的幸福为前提。”^[26] 民法典起草委员史尚宽认为“现今立法不宜于立足于家族制度,尤不宜袭取个人主义之糟粕,而应以全民族之利益为基础。”^[27]

1929 年至 1931 年制定的《民法》摈弃所有权绝对的理论,而采纳相对所有权的原则,对于所有权的行使作了一系列的限制。主要体现在两个方面:第一,所有权的行使,必须与相应的义务相关联。这种义务,或者涉及他人的利益,或者涉及社会公益。《民法》第 773 条规定:“土地所有权除法令有限制外,于其行使有利益之范围内及于土地之上下,如他人之干涉无碍其所有权之行使者,不得排除。”第 791 条规定:“土地所有人遇他人之物品或动物偶至其地内者,应许该物品或动物之占有人或所有人入其地内寻查取回。”第 794 条规定:“土地所有人开掘土地或为建筑时,不得因此使邻地之地基动摇或发生危险,或使邻地之工作物受其损害。”第二,所有人不得滥用所有权;所有权行使,在客体、效力等方面,也受到一些法定限制。^[28]《民法》第 148 条规定:“权利之行使不得以损害他人为主要目的。”第 765 条规定:“所有人于法令限制之范围内得自由使用、收益、处分其所有物,并排除他人之干涉。”

近代民法关于所有权的设置,经历了从绝对所有权到相对所有权的演变。^[29] 中国民法近代化的最初成果,更多地借鉴 19 世纪盛行的绝对所有权,但已经在所有权相对方面迈开一步。^[30] 19 世纪后半期以及 20 世纪初西方近代民法原则的变化,影响到中国民法近代化的进程,影响到中国近代民法基本原则的确定,从而出现与《大清民律草案》、民初《民律草案》不同、对所有权作更多限制的《民法》。

[26] 胡汉民:《我们的民法乃是以王道精神采取最新法例,保存良好习惯》,转引自成台生:《胡汉民的政治思想》,台北黎明文化事业公司 1982 年版。

[27] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 14 页。

[28] 民国时期关于私权行使限制的理论探讨问题,可参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社 2003 年版。

[29] 严格地说,所有权从来都是相对意义上的。即使是《拿破仑法典》对于所有权的规定,也仅仅具有相对性,只是与 19 世纪末开始的所有权变化趋势相比,其强制性程度更高一些而已。

[30] 《大清民律草案》第 2 条:“行使权利、履行义务,依诚实及信用方法。”第 4 条:“人于法令限制内,得享受权利,或担负义务。”第 175 条:“以违公共秩序之事项为标的者,其法律行为无效。”第 312 条:“权利人于法律限制内得自由行使其权利,但专以损害他人之目的者,不在此限。”

问题在于,西方民法从近代走向现代,伴随着西方政治、经济、社会、文化的变化,在法律上表现出自然递进的阶段性;相对所有权作为一项制度,它是在绝对所有权充分发展、演变的基础上自然生长。而在中国近代却是另外一种途径:绝对所有权尚未充分发展,而相对所有权又与传统中国义务本位、社会本位法律在某种程度上相吻合的前提下形成,甚至可以说,在中国具有深厚历史底蕴、沉重历史惰性的社会本位传统,以符合世界潮流现代民法原则的身份,获得保持、发展的正统、合法理由。

三、契约自由:从放任到限制

自从罗马法学家乌尔比安提出公法、私法之划分后,“协议就是法律”、意思自治等信条就成为私法领域的重要原则。^[31]私法自治必然产生契约自由原则。

契约自由起源于罗马法。近代意义上的契约自由,是在资产阶级革命后政治上反对封建等级特权制度,经济上推进商品生产、发展市场经济而提出的法律要求。在《拿破仑法典》中,典型意义的契约自由得以确认。其第1134条规定:“依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”第1101条规定:“契约为一种合意。依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”

中国古代国家统治和社会控制,重团体而轻个人。与其相应,国家立法多体现国家本位、社会本位、家族本位,个人意志及个人利益必须服从国家、社会与家族。体现在与经济流通和财产交换相关联的契约制度,既没有充分发展,更缺少对个人意志的尊重。国家法、礼、民间习惯对于契约主体、交换客体、契约权利的内容等方面有诸多限制。^[32]

清末开始的中国民法近代化过程全面吸收西方近代契约制度。^[33]《大清民律草案》首先引进契约自由制度。《大清民律草案》设“契约”专章,对于涉及契约的相关内容作了较为详细的规定。第513条明文规定:“依法律行为而债务关系发生或其内容变更消灭者,若法律无特别规定,须依利害关系人之契约。”《大清民律草案》在第五章“法律行为”中设“意思表示”一节,就“意思自治”原则中当事人意思表示的方式、内容、效力等作了专门规定,以确保当事人之间所建立的契约关系中体现其真实意思表示。

契约自由的积极意义在于,它给了当事人充分展示并运用自己意志的空间,任何他人,无论是个体还是群体,甚至是国家,均不能干预自己的意志,不能干预受自己意志支配的行为。但契约自由的不足也是显见的。契约自由的积极意义只是在契约当事人相互之间具有大体相当的状况,包括相当的智力水平、相当的经济实力。如果当事人之间经济实力悬殊,那么,即使充分实现契约自由,弱者也只能处于劣势地位。如果没有第三者力量的干预,弱者只能是越来越弱,最终导致社会的不公正。20世纪世界经济的发展和政治秩序的重建,使得由契约自由导致的消极因素日见膨胀。随着世界由自由资本主义向垄断资本主义的过渡,社会经济生活也发生重大变化。跨国公司的形成,经济活动中垄断行为的出现,导致公民、法人及各种经济体之间实质意义上的不平等。为了保证经济生活的正常进行,国家干预主义在经济生活中越来越多地体现。私法公法化,民事权利社会化的倾向在西方各资产阶级国家蔓延。这一趋势直接影响到19世纪盛行的契约自由原则,影响到20世纪各国的民事立法。

《德国民法典》在保持契约自由原则的同时也从多方面对于契约自由给予限制。第134条:“违反法律上禁止规定之法律行为,于法律无特别规定时,无效。”第138条第1款:“违反善良风俗的法律行为为无效。”第157条:“对合同的解释,应遵守诚实信用原则,并考虑交易上的习惯。”受《德国民法典》的

[31] 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第83页。

[32] 参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第122页。

[33] 参见李倩:《民国时期契约制度研究》,北京大学出版社2005年版,第145页以下。

影响,20世纪一些国家民事立法,均对契约自由做出一定的限制规定。如1911年《瑞士债务法》第2条规定的“以不能或不法或违反善良风俗为内容之契约,为无效。《瑞士民法典》第2条规定:“任何人都必须诚实、信用地行使其权利并履行其义务。”

中国近代民事立法,从清末开始,在引进契约自由原则的同时,即考虑到其消极作用。^[34]北洋政府时期以及南京国民政府时期,则是加强了这方面的限制。大理院通过司法判决,实现对于公益的维护,实现对于契约自由的限制:“以有害公安公益之行为为标的之契约无效”;^[35]“契约不违背法令及公安良俗者有效。”^[36]

南京国民政府强调社会本位立法,在限制契约自由方面走得更远。《民法》主要从两个方面限制契约自由。第一,对意思自治原则的修正。根据意思自治原则,当事人的意思表示在契约的缔结方面起决定作用,是否缔约,与谁缔约,所缔结契约确定何种权利义务关系等,均根据当事人自身的意思表示。但《民法》规定,包含行为在内的法律行为,不得违背公共秩序和善良风俗(第72条),不得违反“强制或禁止之规定”(第71条)。尤其是第74条规定:“法律行为系乘他人之急迫轻率或无经验使其为财产上之给付或为给付之约定,依当时情形显失公平者,法院得因利害关系人之声请,撤销其法律行为或减轻其给付。”这些规定对于意思自治原则做出重大修订,实际上是限制了契约自由原则。第二,对契约内容的限制。根据契约自由原则,当事人可以就财产交换关系订立任何契约。但为保证经济往来和财产交换方面的实质公正,尤其是维护经济弱者的利益,《民法》对于一些可能导致显示公平的契约内容进行限制,包括借贷利率、违约金数额等。^[37]

《民法》对契约内容的限制,除了保护弱者的出发点之外,还有维护稳定的财产关系和正常的经济交往的考虑。在关于买卖契约中买回权的设置方面,《民法》强调:买回期限依双方当事人约定,但约定不得超过五年。^[38]为何设此限制,立法者提出理由:“买回权行使之期限,不得使之过长,否则阻碍国家经济之发展。例如土地买卖,当事人预约有买回之期限者,则在此期限以内,买受人因土地将来复归于出卖人,遂不肯施以改良土地之良好方法。因而土地之生产力遂形薄弱,即国家之经济力无由增进。期限愈长,影响愈大。故本条明定期限,最长为五年,其约定之期限较长者,亦缩短为五年,盖以防流弊也。”

四、侵权责任:无过错责任原则的确立

侵权责任的确定以过错追究为主。过错责任原则符合人类行为方式中的因果关联性,有利于基于实现个人自由而明确界定责任范围的法律价值导向,因而长期以来成为各国法律确定相关责任的基本准则。罗马法后期,过错责任作为一项原则渐次形成。查士丁尼时期的法律规定:行为人以其过错对于损害行为承担赔偿责任。^[39]在近代法律体系建立过程中,从《拿破仑法典》开始,西方各国在涉及侵权责任的民事立法方面,普遍采用过错责任原则。德国、日本、英国、美国等国家分别通过成文

[34] 《大清民律草案》对于意思自治原则已作了一些限制,这些限制实际上是对契约自由的限制。第175条规定:“以违公共秩序之事项为标的者,其法律行为无效。”第176条规定:“以违法律中禁止规定之事项为标的者,其法律行为无效。但法律有特别规定者,不在此限。”

[35] 大理院判决,1914年上字第1035号。

[36] 大理院判决,1915年上字第1488号。

[37] 在利率方面,《民法》第203条规定:“应付利息之债务,其利率未经约定亦无法律可据者,周年利率为百分之五。”第205条规定:“约定利率超过周年百分之二十者,债权人对于超过部分之利息无请求权。”在违约金数额方面,第252条规定:“约定之违约金过高者,法院得减至相当之数额。”

[38] 《民法》第380条规定:“买回之期限,不得超过五年。如约定之期限较长者,缩短为五年。”

[39] 参见萧素彬:《无过失损害赔偿责任的史的考察》,载何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃·民商法律篇》,法律出版社2004年版。

法、判例等方式,确立侵权行为的过错责任原则。^[40]《大清民律草案》采纳过错责任这一西方近代民法通行的基本原则。该草案第945条:“因故意或过失侵害他人之权利而不法者,于因加侵害而生之损害,负赔偿之义务。”

确立过错责任原则的宗旨在于维护个人自由、保障个人权利。19世纪中期以后,随着工业化、产业化的进步,随着科学技术的发展,人类在生产方式、行为方式上产生新的变革。大企业的兴起,新兴产业的出现,以传统因果关系为基础、以维护个人自由、保障个人权利为目标的过错责任原则,越来越多地导致实质上的不平等、不公正。就理论而言,在加害人、受害人均无过错情况下发生的侵权行为,由受害人全部承担受害责任,尤其是可能由在经济上处于弱势的受害人承担全部受害责任,因而产生实质意义上的不公平。就实践而言,某些具有特殊危险性的职业,如果出现意外事件,在企业主没有过错的情况下,受害人不能获得任何赔偿;某些情况下,即使企业主可能有过错,但受害人由于种种局限而难以举证,同样得不到补偿,这两种情况,同样造成实质意义上的不公平。科学技术的发展和新兴产业的增加,作为弱者的个体受害人越来越难以保护自己的财产权利和人身安全。轮船、汽车、火车、飞机等新型交通工具的投入使用,电力、水力、化工、制造行业的扩展,导致危及人身安全、财产安全的事故频发。基于保护弱者,维护社会公益的出发点,法律上逐渐出现对于某些特定行业、特定领域实行无过错责任追究的原则。

从19世纪中期开始,各国通过立法、司法,逐步确立特定领域的无过错责任原则。《拿破仑法典》以过错责任为损害赔偿的基本原则。但根据社会情况的变化,法国也在无过错责任方面加强立法。法国于1898年颁布《劳动者灾害责任法》,确定无过错赔偿责任原则。“劳动灾害发生时,劳动者只须证明被害事实已足,而企业者则非证明被害事实乃由于劳动者之故意者,不能免责。”该项法律最初仅适用于工业企业,经1905年、1906年两次修订,其适用范围扩大到商业、农业等领域。^[41]1922年《苏俄民法典》在无过错责任的规定方面,较为彻底。根据该法,侵权行为不以行为人的过失为构成要件,只要发生损害结果,加害人就得承担赔偿责任,除非能够证明被害人存在故意或重大过失,或者侵害行为不能预防等。^[42]对于从事危险职业者,该法第404条规定:“个人及个人的企业或职务,对于关系之人带有危险性者,如铁道、电车、工厂或制造厂……,不能证明因不可抗力或被害人之故意或重大过失者,均应由本身所带有危险性发生之损害负赔偿责任。”

20世纪20年代末、30年代初制定《民法》,仍实施过错责任原则,但同时,在某些特定领域、特定关系中,也部分实施无过错责任原则,以维护弱者的利益。《民法》第184条确定普遍意义上的过错责任原则:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法加损害于他人者亦同。违反保护他人之法律者,推定其有过失。”同法第188条规定:“受雇人因执行职务不法侵害他人之权利者,由雇用人与行为人连带负损害赔偿。但选任受雇人及监督其职务之执行已尽相当之注意,或纵加相当之注意而仍不免发生损害者,雇用人不负赔偿责任。如被害人依前项但书之规定不能受损害赔偿时,法院因其声请得斟酌雇用人与被害人经济状况,令雇用人为全部或一部之损害赔偿。雇用人赔偿损害时,对于为侵权行为之受雇人有求偿权。”立法者在解释为何雇用人在没有过错的情况下仍承担向被害人赔偿责任时说:“若应负赔偿之受雇人绝对无赔偿之资力时,则是被害人之损失将完全无所取偿,殊非事理之平。此时应斟酌雇用人与被害人经济状况,以定雇用人之赔偿数额,以保护被害人。”另外,1931年8月实施、1932年修订的《工厂法》也以变通的方式,

[40] 例如,《拿破仑法典》第1382条:“任何行为使他人受损害时,因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”第1383条:“任何人不仅对其行为所致的损害,而且对其过失或懈怠所致的损害,负赔偿的责任。”

[41] 参见前引[39],萧素彬文。

[42] 《苏俄民法典》第403条规定:“对于他人人格或财产加以损害,应负赔偿之责。但如能证明因不能预防、或有权为此损害、或由于被害人之故意或重大过失而发生者,不负赔偿责任。”

确定工人在执行职务受到侵害时的雇用企业无过错赔偿责任。^[43]在侵权责任的认定方面,过错责任原则与无过错责任原则并行,前者以维护个人自由、保障个人权利,后者则以维护社会公益、保护弱势群体为目标。

从《大清民律草案》到《民法》,从过错责任原则的实施,到过错责任原则与无过错责任原则并行,体现了中国立法者对于法律发展趋势、法律本位、法律保护的价值导向的新的思考,也有立法者对于中国的现实国情、对于中国法律传统的思考。甚或,这一原则的变化,还反映了立法者加强社会控制、维持政权统治的深层次需要。^[44]

五、“经纬同度、海拔异高”的“巧合”

以《拿破仑法典》为代表的西方近代民法,确立权利中心、个人本位的基本精神,形成人格平等基本理念以及所有权绝对、契约自由、过错责任三大私法原则。以这种精神、理念、原则为代表的西方近代民法文化,与古代中国注重国家利益、社会秩序、亲属关系的义务中心、家庭本位法律文化是针锋相对的。但从19世纪后半期开始的西方民法理念、民法原则的调整,则从某个角度似乎与中国传统法律文化有了一种“巧合”。吴经熊说:“无巧不成书。刚好泰西最新法律思想和立法趋势和中国原有的民族心理相吻合,简直天衣无缝。”^[45]从民初《民律草案》开始,法律原则的确定,法律条款的制定,均对由《大清民律草案》所吸收的西方近代民法理念和民法原则,包括人格平等、所有权绝对、契约自由、过错责任等进行全面调整、修改。调整修改的原因,部分来自西方民法自身的变化,部分来自对于中国法律传统因“巧合”而产生的“复归”。这种“巧合”耐人寻味,而中国民法近代化的推动者们对于“巧合”的利用更是意味深长。

如何理解这种“巧合”?我以为,这是一种貌似相同、实则相异的“巧合”,是一种“经纬同度、海拔异高”的“巧合”。

西方法律也曾经历了类似于家庭本位的发展时期。在古罗马,家庭作为社会管理和法律控制的一个单元,家长代表家庭,享受权利,承担义务,并与外部社会发生权利义务关系,法律不干预家庭内部事务。^[46]古罗马时期家长权的内涵也极为广泛,涉及对于家庭成员的人身、财产、行为等方面的全面控制。“他可以审判家庭成员,对他们有惩戒权,可以对家属进行体罚,把他们卖往外国为奴,或者予以解放,逐出家门,甚至杀戮。总之,家长对家属操有生杀予夺的权力。”^[47]在漫长的中世纪,国家统治与社会控制方面的庄园本位、教会力量深深地影响着法律的实施,影响着民众的法律意识。

近代西方社会的变革是一场深刻、全面、持久的变革。文艺复兴运动激发出的人文主义精神,推进了为资产阶级大展宏图提供广阔空间的地理大发现,也为资产阶级摆脱教会统治、实现个人解放、追求现世幸福提供了有力的思想武器。继文艺复兴运动之后的启蒙运动,则进一步强调个性解放,并

[43] 《工厂法》第45条规定:“工人因执行职务而致伤病或死亡者,工厂应给其医药补助费及抚恤费。”该条具体规定了不同情况下工厂付费的标准。值得注意的是,该法虽然规定工厂支付的是“补助费”、“抚恤费”,但实际上仍可视作工厂在无过错情况下向工人支付的损害赔偿。

[44] 何勤华、李秀清说:“更深层次的原因还在于,贯彻这种立法思想正好符合稳固和加强这一时期国民党集权统治的需要。”何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第254页。

[45] 吴经熊:《新民法和民族主义》和《法律哲学研究》,转自潘维和:《中国民事法史》,第116页。

[46] 意大利学者朱塞佩·格罗索在描述古罗马早期法律时说:“‘法’承认家庭,承认‘家父’的上述权力,并且以此为前提条件,承认家庭的归属和相应的变迁;‘法’出现在家庭的外部关系之中,即家父们的关系之中,因而只有家父才在‘法’中具有权利能力;父权的内容由此而产生,它在较发展的时代甚至包括卖子权和生杀权;并且产生了这样一种家庭财产制度,根据这种制度,家父是惟一的权利所有者,从属于他的人为家父取得的财产。”[意大利]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第110页。

[47] 前引[31],周树书,第138页。

主张在经济、政治、社会等领域实施全面改革,政治上奉行“主权在民”、权力制约,经济上实施自由竞争、放任发展,宗教上则实行信仰自由、政教分离。从文艺复兴,到启蒙运动,从宗教改革,到资产阶级革命,400年的思想交锋和铁血刀枪,才实现资产阶级追求的人格平等和个性解放,才形成代表资产阶级利益和要求的个人本位、权利本位的法律理论,才产生代表资本主义法律经典的《拿破仑法典》。

在《拿破仑法典》之后的100年中,资本主义经济的发展达到了前所未有的速度和规模。原有制度体系之中的各种瑕疵、不足逐渐显现。这种制度性瑕疵的理论基础,正是已为资产阶级所追求、倡导了近500年的个人自由、个性解放的个人本位思想。正是在这一基础上,产生了更加侧重于关注社会利益、照顾弱势群体、追求结果公正的社会本位立法的《德国民法典》。从这一过程可以看到,西方法律经典从《拿破仑法典》到《德国民法典》的递进,从个人本位立法原则到社会本位立法原则的嬗变,资本主义私法三原则从确立到限制,它植根于深刻的思想理论交锋和全面的政治经济变革。

中国传统法律注重家庭伦理关系。家庭既是国家统治与社会控制的单元,也是财产关系与经济交往的实体。在公权方面的部分领域,在私权方面的全部领域,^[48]家庭是一个独立的法律单元,家长代表家庭,相对于国家、社会,全面承担相关的权利与义务。这是一种典型意义上的家庭本位法律体系。近代中国立法者提出顺应西方民事立法原则的变化,“抄近道”直接从家庭本位向社会本位过渡。这种抄近道形成的社会本位原则与西方国家典型的社会本位原则存在着重大差别。

首先,西方国家社会本位立法原则是在个性解放、个人自由意识构成社会主流意识、公民个体在民事经济关系方面的自主独立性充分发展、并得到法律的充分保障前提下确立的。从文艺复兴到启蒙运动,从法国《人权宣言》、《拿破仑法典》到19世纪欧洲各国法律体系的重建,无不与个性解放、个人自由、个人权利保护相关。这是一种在个人自由得到充分尊重、个人权利得到充分保护基础上对于社会利益的关注,对于弱势群体的照顾,对于结果公正的追求。而在中国近代,通过“抄近道”而实现的社会本位立法,缺少追求个人自由、个性解放的思想运动,缺少充分张扬和保护个人权利的法律发展阶段。这样一个过程造成两个问题:第一,现实的近代中国社会,仍然是一个家庭本位的社会,家庭成员尚未从作为社会控制、法律管理的基本单元——家庭——中彻底解放出来,个体的自主、独立性仍受到亲属伦理等宗法因素的羁绊。就这一点而言,近代中国法律的发展,尤其是民法的发展,第一要务仍然是进一步实现个性解放、个人自由以及对于个人权利的充分保护。^[49]第二,构建法律体系过程中所提出的社会本位原则较多地将家庭本位原则的内容直接移转,形成家庭本位为其里、社会本位为其表的法律体系。

其次,西方国家社会本位法律体系与中国近代通过“抄近道”形成的社会本位法律体系的最大区别在于法律所指向的共同利益群体联结纽带的不同。社会本位法律体系所关注的利益群体,以政治的、经济的、社会的关系为联结纽带,包括不同的职业群体,不同的收入群体,不同的地域群体等。法律对于特殊权利义务关系的设定,以这种标准划分群体。而中国近代直接由家庭本位过渡而来的社会本位立法,除了以政治、经济、社会关系为纽带划分群体之外,同时,或者是更多地以亲属伦理、家庭关系为纽带确定特定的利益群体,并为此设定特殊的权利义务关系。

就原则而言,无论是西方国家社会本位立法,还是中国近代社会本位立法,都是对于个人本位的

[48] 在中国古代,家庭成员不能独立地享有所有权,不能独立地与他人发生经济关系。在某些公权领域,家庭成员也不能作为独立的权利义务承担者。例如,家庭成员不承担国家赋税劳役,一般情况下,家庭成员本身不承担责任,而由家长承担。

[49] 何勤华、李秀清在深入系统研究20世纪民法新潮流与《民法》的关系时说:“注重社会公益、立足社会本位,这种立法原则被贯彻到民法典中,具体体现就是所有权、契约、侵权等领域发生了上述变化以及法人、消灭时效等具体制度上所体现的新的规定。而就20世纪20、30年代的中国经济及其他方面的发展水平来看,实际上远远落后于西方资本主义国家,对法律的社会化其实并没有如此迫切的需求。”中国缺少的并不是注重公益的传统,而是缺少对个人权利、自由予以保障的机制。因此,在中国的自由资本主义经济尚未充分发展、公民的个人权利和自由未得到比较切实保障的民国初期,对《中华民国民法》的上述立法精神不能作太高的评价。”参见何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第254页。

否定。只是前者以社会关系作为否定的主体,后者则主要以家庭关系作为否定主体。看似相同或“巧合”,但这是一种貌似相同、实则相异的“巧合”。如同盘山登顶,处于不同海拔高度的登山者可能处于同一经纬度,但不能说他们处于同一位置。如果说这是“巧合”,可以说只是一种“经纬同度、海拔异高”的“巧合”。

在这里存在一个理论前提,那就是,中国近代法律变革,以西方法律为模范,参照西方法律,改革旧法,构建新法。这既是当时变革法律可资参照的惟一对象,也是西方列强对于中国法律变革的基本要求。问题是,中国人推进法律变革,建立更加文明、进步的法律体系,是否可以在西方法律模式之外,另外建立自己的法律体系,也就是苏力先生所提充分利用法律“本土资源”。我以为,这是可行的。在法律建设方面,我们不与西方国家登同一座山,因为这座山不符合中国国情。只是在中国近代,立法者们基于上述理由,只能登上由罗马法、《拿破仑法典》、《德国民法典》构成不同梯级的法律之山,因而存在“经纬同度、海拔异高”的位置之差,产生抄近道“巧合”之说。

Abstract : The modernization of Chinese civil law generally follows the Western modern law , adopting its principles of equal personality , holy private right , contract autonomy and fault liability as our models. Meanwhile , it adjusts these principles , following changes of Western modern law which happened with the development of technology and society. Compared with the Western evolution from the individual person cornerstone to the social cornerstone , Chinese civil law evolves along a shortcut from the traditional family cornerstone to the social cornerstone. This speciality inevitably brings important influences to Chinese modern civil law and modern society.

Key words : principles of private law , Chinese modern civil law , legal history
