

# 中國追求民法典的發展與歷程

王文杰

(交通大學科法所副教授及兼任所長)

## 一、從建國到改革開放前的發展

1917年10月革命以後，蘇聯對於法律體系進行了憲法、家庭法、勞動法的法典化和刑法指導原則的立法化。其中在民事法律體系作了較大的變更，雖然在1922年完成民法典的編纂，但民事法律體系中，家庭法和勞動法其並不屬於商品關係的範疇，進而將這兩個部分從民法典中抽離出來<sup>1</sup>。由於家庭法和勞動法單純作為財產法違反革命理論的原理，所以早在1922年蘇聯民法典問世之前，便於1918年制訂了一部《戶籍家庭和監護法》，把親屬法部分從民法典中分離而出，成為獨立的法律部門<sup>2</sup>，這些都是蘇聯民事立法模式不同於傳統大陸法系法典的編制。這種模式也影響到所有社會主義國家的民法體例，即使在東歐劇變後也沒有消除<sup>3</sup>。這種民事分式立法的模式亦為大陸所採行，使其成為單行法規，此一型態亦維持到現在<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 參見大木亞夫著、范愉譯，比較法，法律出版社，1999年4月，第219頁。大陸在49年之後，亦將整個完整的民事法律體系中劃分出：家庭婚姻法、土地法（土地變為公有）、勞動法（勞動力不得作為商品的交換，不得剝削）。這些立法精神亦存在於日後的法律體系之中。

<sup>2</sup> 浦偉良、余先予、楊心宇著，俄羅斯民商法與衝突法，世界圖書出版公司，1995年10月，第5頁。

<sup>3</sup> 在伊斯蘭國家也存在將身分法從民法典中加以排除的普遍情形，這些國家大都有在民法典之外的所謂「個人身分法典」。這些國家制定民法典都是出於進行西方式的現代化需要，而家庭法被認為是保存傳統伊斯蘭文化價值的基地，不能走西化之路，因此採用獨立的格局。而蘇聯採行的是將民法典中的財產關係和人身關係的分離。參見徐國棟，東歐劇變後前蘇聯集團國家的民商法典和民商立法，收錄於梁慧星主編，民商法論叢（第14卷），法律出版社，2000年4月，第194頁。

<sup>4</sup> 例如1986年《民法通則》並未將家庭婚姻關係單列為親屬一篇，只是在「人身權」一節中規定婚姻的自主權及婚姻、家庭、母親和兒童受法律保護。這樣的規定容易讓人誤解，大陸的民法僅規範平等主體之間的商品交換關係。參見江平，訂制定民法典的幾點宏觀思考，政法論壇1997年第3期，第27頁。

大陸在建國之初，對於法制建構的思想資源固然來自於蘇聯，但從另一個角度看，亦是蘇聯對於大陸（同一時期的東歐共產諸國亦表現同樣的情形）的一種施壓，一種高度史達林主義化的模式，以期與蘇聯保持一致。從許多的特徵上都可以顯現出這些鑿痕：首先而且最重要的是，蘇聯對於他國施加決定性的並且毫無疑問是扭曲性的影響，要它們作出最大的努力，盡可能逼真地模仿蘇聯；其他的特徵諸如：在馬克思—列寧主義意識型態的基礎上保持全國在思想上和文化上的一致；一黨控制（實際上是寡頭統治，因為係由一個人數極少的政治局作出一切決定）；沒有法治，情報機關架構起支配作用；國家完全控制經濟活動（指令性經濟）；實行計劃經濟體制，優先發展工業，忽視消費；在政治、社會、經濟領域中消除原來中產階級的影響，在理論上創造一個沒有階級的社會，但實際上是鞏固一個新階級的地位<sup>5</sup>。這些特徵是蘇聯對於大陸以及前東歐共產國家所施加以壓力，以期得使這些國家更能貼近於蘇聯或是受到蘇聯的影響。

## 貳、改革放以來的民法典發展

### 壹、體制發展所導致的經濟法、民法之爭

1979年以來，大陸經濟法學派與民法學派進行了九年曠日持久的論爭。這場學術上的論爭的實際目標是：雙方試圖以自己所贊同的法律部門，壟斷對社會經濟法律關係的規範主導權。因而核心問題始終表現為，民法對於經濟活動究竟有多大的規範權？經濟法究竟該不該在法律制度的運行中作為獨立的法律部門存在，並對社會經濟活動進行有限度的規範？

這個論爭實際上是對蘇聯論爭的延續，亦即在計劃經濟體制時期，對於民法本身所規範的範疇的界定。1920年代，蘇聯學者斯圖契卡提出「兩種經濟成分，兩種不同法律調整」的理論主張，其認為社會主義公有制經濟成分中的經濟關係具有計劃性與從屬性的屬性，應由經濟行政法來調整；而民法以調整非計劃事務為原則，在無政府狀態下所形成的私有經濟成分中的經濟關係，和公有制和私有制兩種經濟成分之間的經營關係<sup>6</sup>。另外，對於國有企業財產權的傳統理論中，「國

<sup>5</sup> Ben Fowkes，張金鑒譯，東歐共產主義的興衰，中央編譯出版社，1998年11月，第78頁。

<sup>6</sup> 李開國，民法通則的歷史功績與歷史侷限，現代法學1997年第4期，第4至5頁。

家對於國有企業享有所有權，企業只享有經營權」，這一理論係由蘇聯民法學家維尼吉克托夫於四〇年代中所提出，其提出的背景在於呼應當時蘇聯高度集中的行政經濟體制，這一理論的基本缺陷在於「政企合一」，使國有企業成為行政機關的附屬物<sup>7</sup>，這並為大陸所借鑑並沿用，導致國家運用行政手段進行指揮，並為經濟體制運行的管理提供法理根據，使大陸經濟法學派得到理論上的奧援。

1961年蘇聯《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》<sup>8</sup>制定前後，拉普捷夫、馬穆托夫等人又提出了「縱橫統一」的經濟法理論，認為：社會主義經濟本質上是計劃經濟，計劃把經濟組織之間的橫向經濟關係與經濟組織和國家管理機關之間的縱向經濟關係統一起來，只能由經濟法加以統一調整，而民法則只能調整個人領域中滿足公民間物質文化需要的關係。其強調「計劃組織因素與財產因素」的結合，「橫向經濟關係與縱向經濟關係」不可分割的聯繫，把企業視為「經濟機關」，否認經濟關係的「商品性」<sup>9</sup>。這一基礎理論在七〇年代末期傳入大陸，對經濟法學產生極大的影響，甚至仍佔據大陸經濟法教學講壇之上。

經濟法是大陸改革開放思路下的產物，正因為從事改革開放，逐漸放寬對過去一統性的計劃經濟的管制，才衍生國家與市場、國家與企業是什麼關係的問題，當傳統的法律部門無法回答或是解決這些問題之際，經濟法才因應而生。改革初始，由於受到歷史的侷限與既有計劃體制的影響，儘管逐步以法律的施行作為經濟管理的依歸，但內涵上仍舊跳脫不出以國家主體為思維的藩籬，強調國家對於經濟的主導作用，因此「縱橫統一」的法學思潮成為主要法律制定的依據<sup>10</sup>。

<sup>7</sup> 中國社會科學院法學所課題組，建立社會主義市場經濟法律體系的理論思考和對策建議，法學研究 1993 年第 6 期，第 7 至 8 頁。

<sup>8</sup> 《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》於 1962 年 5 月 1 日施行。隨後蘇聯各加盟國都根據綱要制定自己的民法典，俄羅斯共和國在 1964 年 6 月公布了民法典，其他各加盟共和國也在 1956 年到 1963 年先後公布民法典。《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》是蘇聯第一部全聯盟的民事立法文件，它是各加盟共和國制定民法典時所遵循的共同依據。綱要為各加盟共和國的民法典提供共同的內容，規定一致的原則。各加盟共和國的民法典和規範性文件只在綱要所許可的範圍內才自行做出規定。

<sup>9</sup> 參見 B.B.拉普捷夫主編，中國人民大學法律系民法教研室譯，經濟法理論問題，中國人民大學出版社，1981 年 8 月，第 50 至 55 頁。

<sup>10</sup> 陳雲良，謹慎干預—經濟法的現代新理念，法商研究 2001 年第 3 期，第 40 頁。

蘇聯法學界這一論爭間接影響大陸在立法上的呈現，例如專門調整法人間法律關係的經濟合同法；在司法上，各級法院都設立了經濟審判庭<sup>11</sup>，並賦予其審理法人間經濟合同糾紛的特權。傳統的民事審判庭則被限制在婚姻案件與侵權賠償案件之中，實際上把法人之間的財產法律關係劃分在民事關係之外。在法學教育上，各院校中紛紛著手建立經濟法系，從而形成經濟法系與法律系之間的對峙。

事實上，事態發展至此，民法典編纂一直停滯不前，這是因為在激變的時代中，無法作此非分的要求。然而，理論的爭議仍然在持續。其根本問題在於，社會主義與民法是否對立。大陸法學界力圖探索取代民法的東西，於是經濟法就作為使社會主義生產和計劃經濟體制下，為達到組織化、順應無產階級專政國家政策的特殊型態應運而生。這些經濟法的特色在於強調部門法與行政權力的高度介入。民法與經濟法學派之間的爭論，不僅僅在於兩者之間路線的爭執，更意味著傳統經濟體制與新型經濟體制，以及人們的傳統意識與改革意識之間的碰撞；還可以看到傳統的社會主義法系，與逐漸導入的經濟主導型社會法律體系之間的衝突，乃基於這種不同背景的法學家之間的矛盾。

## 貳、民法通則的頒布

### 一、制定民法通則的背景考量

1986年4月21日頒布，並於1987年1月1日施行的《民法通則》，是大陸民事法律制度發展中一個重要里程碑。它的頒布施行最具意義者在於：民事法律關係與國家行政法律關係獲得區分（或是說公法與私法分際的確認）<sup>12</sup>。最為具體的表現在該法第2條「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係。」這一條文確認也平撫了大陸在改革初始以來民法學派與經濟法學派之間的論爭，同時也確認對於民事法律關係中當事人地位

<sup>11</sup> 原來在1979年頒布的《人民法院組織法》第19條第2項規定「基層人民法院可以設刑事審判庭和民事審判庭。」在1983年9月修法將該條改為「基層人民法院可以設刑事審判庭、民事審判庭和經濟審判庭。」如此一來，民事法律案件與經濟法律案件作了一個體制上的區隔。

<sup>12</sup> 大陸在1956年以來實行幾十年的社會主義計劃經濟體制，不僅導致個人利益的虛置（例如合同契約自由的應用被抽離），而且導致國家權力的全能主義，個人利益被普遍公有化和「大公無私」的觀念所淹沒。因此，通過「公法」與「私法」的規範劃定一條明確界線的做法顯不存在。

平等的原則，揚棄過去對於商品經濟關係的否定<sup>13</sup>。

《民法通則》內容上很大程度是對於蘇聯 1961 年《蘇聯和各加盟共和國民事立法綱要》的借鑑。蘇聯《民事立法綱要》的特點在於取消了物權的概念，把物權縮減為所有權，同時它也將著作權、發現權、發明權、等知識產權整合到民法典的體系之中<sup>14</sup>，這與德國民法編排有著不同，而這些規定也反映在《民法通則》之中。

就《民法通則》頒布時間所在的背景環境，尚處於計劃經濟體制逐漸改革發展之中，整體民事法律制度仍在建置之初，其必然存在歷史的侷限，立法者本身亦明確宣示此一事實：「由於民法牽涉範圍很廣泛，很複雜，經濟體制改革剛開始，我們缺乏經驗，制定完整的民法典的條件尚不成熟，只好先將那些急需的、比較成熟的部分，制定單行法。....但是民事活動的一些共同問題，如公民和法人的法律地位、民事法律行為、民事代理、民事權利、民事責任、時效等，還缺乏法律規定。....現在已有可能對民事活動中一些共同性問題作出法律規定，但是仍然有些問題還看得不清楚，考慮到民法通則還不是民法典，草案可以對比較成熟或者比較有把握的問題作規定，一些不成熟，把握不大的問題，可以暫不作規定。」<sup>15</sup>在客觀條件不足的情形下，《民法通則》立法明顯是由「批發」到「零售」的產物，註定其過渡性立法的侷限<sup>16</sup>。例如，在市場經濟中所需要解決的最基本民事糾紛—債權請求權，但是在此一問題之上往往需要透過政府的行政權來

---

<sup>13</sup> 從整個大陸《民法通則》156 個條文中，可以發現絕大多數的規定主要圍繞著民事主體資格的確認、民事主體的財產權利及其進行商品交易的原則和規範，亦即以法律形式對商品交易的三個前提加以保障與確認。《民法通則》這一規定很大程度在於對 1984 年中共十二屆三中全會通過《中共中央關於經濟體制改革的決定》，明確指出大陸經濟是有計劃的商品經濟精神的反應。政策的相對放寬，致使作為民事主體的呈現變更為多元，且在交易中更為重視主體間的平等法律關係。參見佟柔主編，民法總則，中國人民公安大學出版社，1992 年 4 月 2 刷，第 7 至 8 頁。

<sup>14</sup> 徐國棟，東歐劇變後前蘇聯集團國家的民商法典與民商立法，收錄於梁慧星主編，民商法論叢（第 14 卷），法律出版社，2000 年 4 月，第 195 頁。

<sup>15</sup> 王漢斌，關於中華人民共和國民法通則（草案）的說明，全國人大常委會公報 1986 年第 4 號，第 25 至 26 頁。

<sup>16</sup> 李開國，前揭文，第 8 頁。

組織清理。

在此一時期「宜粗不宜細」立法原則的影響，使得民事立法在一開始便採行內容不宜包括過多，能夠以單行法規解決的具體問題，盡量由單行法規解決，需要作出統一規定的共同性問題（如法人制度、合同一般原則）則應由民法來解決<sup>17</sup>。這不僅造成立法遠遠落後於實務上運作的需求，更造成許多無法可依的法律「真空」。正因為法律內容過於抽象、粗略、概括、缺乏可運作性，往往擴大了司法權的裁量空間，甚至使法律在頒布實施之際便變形走樣，《民法通則》便是一個顯例。不容否認，《民法通則》在此一時期已經彰顯一股對於權利本位的貫徹，但礙於條文內容過於粗略，僅僅形成一張權利宣言書，以致於仍需要以最高人民法院所發布的《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見》（1988年4月）司法解釋加以補充，方能有效運作，這也是「宜粗不宜細」的立法原則下所造成的法制畸形現象之所在。

儘管《民法通則》的規定內容過於寬泛，卻是第一次使用了「合同」這個概念，替代了大陸長期沿用的「經濟合同」一詞，回復了民事法律的基本面貌。該法第85條明文規定，「合同是當事人之間設立、變更、終止民事關係的協議。」大陸民法學者謝懷拭認為，這個規定不僅割斷了合同與計劃之間的必然聯繫，而且告別了長期以來「經濟合同」的理論與制度，對於合同法律制度是一個大的轉折。由於《民法通則》並未規定合同應根據計劃來訂立，在合同受計劃影響而不能履行時的責任問題，這就與《經濟合同法》的內容有著鮮明不同。從比較《經濟合同法》第27條、第33條與《民法通則》第116條的內容，便可理解後者更符合一般大陸法系有關合同法律的基本原則。雖然《民法通則》並無詳細規定訂定合同的各種細部內容，且《民法通則》與《經濟合同法》仍有效並存，因而在施行中不免出現諸多牴觸，但是卻為後來的《合同法》奠定基礎<sup>18</sup>。

## 二、民法通則的弊病

在西方近現代民事立法史上，民事法律關係的主體或規定為公民，或規定為法人，或兼而有之，而「家庭」從未被規定為民事法律關係的主體。大陸在改革

<sup>17</sup> 陳漢章，為創立我國新型的社會主義民法而努力，民主與法制 1981年第10期，第4頁。

<sup>18</sup> 參見謝懷拭，新中國的合同制度和合同法，法學研究 1988年第4期，第64至65頁。

開放後，私有體制逐漸有其發展空間，不管是個體工商戶，還是承包經營戶，它們在參加民事法律活動都是以「戶」的名義進行，既不同於一般自然人，也不同於法人，而屬於一種特殊的民事法律關係主體——一種可以表述為為「中國特色」的民法概念。畢竟，在法律的異同之背後，隱藏著歷史沿革和經濟、政治乃至於各種社會原因，也有可能是立法者的獨自創見。從近程的角度上看，大陸經濟體制改革開放是從農村實行家庭聯產承包責任制開始的，它使得農戶從先前「政社合一」的人民公社體制中獨立出來，並成為在經濟體制開放後一個較為活躍的民事主體之一。基於此，《民法通則》的立法中在第二章第二節中對於「個體工商戶」、「農村承包戶」作了專門的規定<sup>19</sup>。在《民法通則》裡對於個體工商戶、農村承包戶以家庭形式作為民事法律關係的主體出現，從表層上看，這是立法上的差異，然從深層次上看，這不啻說是文化上的差異<sup>20</sup>。

在改革之初，在歷經從極左的桎梏中脫離出來的大陸，在學習與借鑑他人的立法經驗中，特別是對西方與台灣所謂資本主義國家的立法經驗時，總是心有餘悸，擔心被說成全盤西化，搞資產階級自由化，從而使一些本來可以早些立法的法案不能即時頒布，或是頒布的法律中仍舊無法採取一次性地全盤體系的適用。例如「債」的概念，爭論一段很長的時間才被寫進 1986 年 4 月所頒布的《民法通則》，但是「物權」的概念，卻一直不為立法者所接受，直到晚近才著手於《物權法》的起草。《民法通則》為了迴避「物權」這一概念，而在第五章第一節中使用「財產所有權與財產所有權有關的財產權」這樣一個累贅而涵義不清的概念

---

<sup>19</sup> 這些包括了《民法通則》第 26 條「公民在法律允許的範圍內，依法經核准登記，從事工商業經營的，為個體工商戶。個體工商戶可以起字號。」第 27 條「農村集體經濟組織的成員，在法律允許範圍內，按照承包合同規定從事商品經濟的，為農村承包經營戶。」第 28 條「個體工商戶、農村承包經營戶的合法權益，受法律保護。」

<sup>20</sup> 就社會或國家的模式來說，中國傳統上以家庭為中心，而西歐除古代羅馬帝國以家庭為中心外，多以個人或其他團體為中心。中國以家庭為傳統中心的社會模式相對地延續了幾千年，這與曾經以家庭為中心的羅馬帝國在日耳曼和基督教雙重壓力下趨於崩潰的情況迥然不同。西方傳統社會的組織模式是個人與社會對立並此起彼落的「翹翹板式」，而中國傳統社會的組織模式是從修身、齊家、治國的「同心圓式」。參見郝鐵川著，當代中國與法制現代化，浙江人民出版社，1999 年 11 月，第 213 頁。

加以表述<sup>21</sup>。儘管大陸在此一階段的民事立法對於外國法制的吸收與借鑑上有一定成績，但問題不少，主要傾向是其立法成果過於向大陸法系靠攏，這亦非絕對的好壞，在體例和內容上具有較為明顯的沿襲性，例如物權制度，雖然各種經營權本是大陸經濟體制的產物，具有不能等同於他物權的特點，但在《民法通則》中卻被歸納為與所有權有關的財產權之中，所謂的「財產所有權與財產所有權有關的財產權」的提法，從本質上說體現的是自物權、他物權的精神，亦即任何他物權的派生受制於所有權<sup>22</sup>。

《民法通則》的立法也因為當時具體計畫經濟背景下的環境所影響，致使涉入了太多計畫經濟的痕跡。例如法律中要求民事活動不得破壞國家經濟計畫活動，擾亂社會秩序（第七條）；合同是否強制履行也取決於計畫經濟；而民法中應有的「物權」和「物權制度」被政治經濟學上的「所有權」和「所有制」所取代<sup>23</sup>。這很大程度上除了反映當時經濟體制對其影響，同時也顯現，社會主義國家的民事法律思維，在立法之間仍是有其交互融合的繼受青睞，蘇聯法學中不承認「物權」的多元性，認為那是資本主義法律的特點。當取消了生產資料所有制之後，在所有制的區分上就只有國家所有和集體所有<sup>24</sup>，這一理念亦為大陸所採

<sup>21</sup> 陳斯喜，試論在改革過程中的立法方略，中國法學 1993 年第 5 期，第 23 頁。

<sup>22</sup> 孟群國，關於吸收和借鑑西方民法問題，法學研究 1993 年第 2 期，第 80 頁。

<sup>23</sup> 大陸《民法通則》中對於所有制的劃分很大程度上是受到蘇聯民法的精神所影響，1964 年蘇聯《民法》第 58 條規定「在法律規定的範圍內，所有人對於財產有佔有、使用、和處分的權利。」這裡明顯地取代了所有權絕對的思想，承認其他法律上的限制，或者宣告了物是受經濟、社會使命或是他人權利的制約。不言而喻，由於土地的私有已經被廢除、所有權僅限於動產所有權，而且根據權利主體的不同，對國家所有權、合作社所有權和個人所有權三種所有權的型態而加以區分，如此給予國家所有權最廣泛的確認，而個人所有權的內容則最為狹隘。這的確可稱之為蘇聯民法中最具特色之處。間接地亦影響到同是在計畫經濟體制之下的大陸民事立法。

法國學者 Duguit 看來，所有權已經不是權利，而不過是一種社會性功能（function social）而已，所有權人不僅是以所有物來滿足其個人的慾望，還有為了公共的必須和國家以及所屬團體的需要利用該所有物的「義務」和「權能」。

參見大木雅夫著，范愉譯，比較法，法律出版社，1999 年 4 月，第 224 頁。

<sup>24</sup> 大陸憲法一直到 1988 年的修正中才「允許私營經濟在法律規定的範圍內存在和發展」。並在 1999 年的修正中才放寬為「堅持公有制為主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度」。

用，也同時與其計劃經濟相適應，儘管在經濟體制改革之後，立法者也理解到社會環境與經濟活動的快速變遷，對於財產權的看待將會衝擊現有法律的規範，但是在意識型態上，在此時期尚未快到可以完全將「物權」的概念載入在法律條之中<sup>25</sup>。

## 參、提上議事日程的民法典制定

### 一、民法典遲未制定的原因

對於一個國家某一時期的某一種法律是否「發達」，應參酌是否有獨立的法典、與同時期其他地區的法律制度相比，較為先進或是落後、是否能夠因應世界潮流和本國社會經濟的需要和發展而判定。

改革開放以前的三十年中，大陸民事立法除頒布過少數單行法律如《婚姻法》和具有民事性質的行政法規之外，沒有取得任何進展。在改革開放之後，民事立法採行零售模式的單行立法例，例如《民法通則》、《經濟合同法》、《繼承法》、《憲法》以及相關的民事特別立法。但是民法典的立法企圖也在改革之際便展開，全國人大常委會法制委員會曾組織民法起草專門小組，至 1982 年已完成《民法草案》第四稿<sup>26</sup>，基於經濟體制改革初始之際，許多制度尚在試行之中，缺乏成熟經驗，立法者認為，制定一部系統完整的民法典尚不具備條件，以實際發展中急需，且經驗又較為成熟的部分採單行法的形式先行立法，如本書第四章第三節所述。這種立法模式完全吻合大陸在經濟體制改革初始的過渡需求與立法思維，但更重要的關鍵還在於民法典本身的性質、地位以及大陸國情本身是否具有制定民法典的意識。

從法制史的角度來看，各國民法法典化的歷史，決定法典化的進程有多種因素。一是立法現實與立法技術。例如查士丁尼編纂《學說匯纂》是因為「法律如此混亂，這種狀態漫無邊際，已超出了人的能力範圍。」，巴伐利亞、法國、瑞士、德國等國的民法法典化，都是為了實現法律的統一，解決法規多元制的矛盾狀況。二是政治因素。《法國民法》制定係為鞏固其所取得的革命成果，由於民

<sup>25</sup> 陳弘毅著，法治啟蒙與現代法的精神，中國政法大學出版社，1998年6月，第170頁。

<sup>26</sup> 八〇年初期，大陸嘗試對民法典立法所做出的四次草案內容，可參見何群華、李秀清、陳頤編，新中國民法典草案總覽（下卷），法律出版社，2003年1月，第371頁以下。

事立法基礎厚實、準備較為充分和拿破崙個人作用等原因進展較快外，其他各國民法典都是經過較長的醞釀，並伴隨著激烈的爭論。三是經濟因素。日本明治維新，由於封建主義向資本主義經濟演變，係在經濟體制作重大變革下所作貼近資本主義要求的民法典<sup>27</sup>。

對於也是具有大陸法系傳統的大陸，完整的民法典在二十世紀的結束之前，仍是付之闕如，卻也是一個極為意外的特殊性，即使同是社會主義國家的蘇聯與東歐國家，在變革之際也是紛紛將民法典的編纂作為一份重要事務來對待<sup>28</sup>。民法典是用來對廣泛的法律領域裡，就最根本的民事關係與民事法律行為作原則性與基礎性的規範。這樣的法典在工程上極為龐大，因此，它的問世常常具有某些涵義：既然這些法典是官方所需要的，那麼它勢必要取得相應的政治上支持，或最少取得政治上的許可。對於法典編纂而言，政治因素必定是重要的，並且在法典問世之時，也必須有相當的政治環境。從事實上看來，大陸一直到二十世紀結束之時，尚未有正式的民法典編纂，儘管民法典立法的構想很早便已經開始。直到晚近，大陸全國人大委員長李鵬，才在正式工作報告中宣示「在民事主體制度、物權制度、債權制度、知識產權制度、婚姻家庭制度等單項法律基本齊備的基礎上，力爭在本屆人大任期內，編纂一部比較完整的民法典。」<sup>29</sup>使得民法典的制定已經搬上議事日程。

2002年12月，一部以匯編式呈現的民法典草案（包括總則篇、物權篇、合同篇、

---

<sup>27</sup> 魏振瀛，中國的民事立法與民法法典化，收錄於楊振山、斯奇巴尼主編，羅馬法中國法與民法法典化，中國政法大學出版社，1995年11月，第139頁。

<sup>28</sup> 在蘇聯東歐巨變的產生，確實在一個相當大範圍內引起一場法典編纂工作，這包括俄羅斯在1994年修正1964年的民法典，愛沙尼亞、哈薩克、阿爾巴尼亞、蒙古等國在1994年的民法典生效，越南、吉爾吉斯在1996年以及1998年的土庫曼。它的動因是意識型態更換引起的政治經濟體制的全面改革，這說明法典編纂的變革工具功能。這大概是在第六世紀查士丁尼法典的編纂和十九世紀縱橫歐洲、拉丁美洲、非洲以及亞洲以來的法典編纂運動之後的最大一場法典編纂運動。參見徐國棟，東歐劇變前後蘇聯集團國家的民商法典和民商立法，收錄於梁慧星編，民商法論叢（第14卷），法律出版社，2000年4月，第186至187頁。

<sup>29</sup> 李鵬，全國人民代表大會常務委員會工作報告，全國人大常委會公報，2000年第2號，第145頁。

人格權篇、婚姻篇、繼承篇、侵權責任篇、涉外民事關係的法律適用篇)<sup>30</sup>，正式提交大陸全國人大常委會審議。草案中對民法典框架體例包括總則篇、物權篇、合同篇、人格權篇、婚姻篇、繼承篇、侵權責任篇、涉外民事關係的法律適用篇等八篇，知識產權篇未涉入在內。惟此一草案的提出仍顯匆促，僅代表著民法典立法工作進入議事程序。其後續的發展與爭議正是深刻影響著大陸整體民事法律走向與定位<sup>31</sup>。

## 二、完整民法典立法的高度需求

### (一) 法典化傳統的要求

美國學者龐德 (Roscoe Pound) 提及，「有兩類國家係採用法典形式。一類是擁有發達法律體系的國家。這類國家中的法律傳統成分窮盡了法律發展的可能性，因而需要一個新的基礎，以促進新的法律制度發展。另一類是面臨著法律整體發展，而立即需要一個法制基礎的國家。這些國家存在著法典化的四個條件：

(一) 現存法律材料的法律發展的可能性暫時不存在；或者因為該國家過去沒有相關法律而缺少現成的法律材料；(二) 現存法律通常不便運用，通篇古語而又缺乏確定性；(三) 法律的發展重點已移向立法，且高效率的立法機構已經建立；(四) 在政治社會的各個地區發展了或接受了各自不同的法律後，需要一個統一的法律。」<sup>32</sup>

長期以來，中國雖無西方那樣規範的法典化體系，但是法典化的內容既已存在，清末以及民國初年期間在繼受西方的過程就是採行法典化的模式。1949 年後，大陸在法律制度上也維繫著一種法典化的傳統，將國家主要的實體法制定成

<sup>30</sup> 這些篇章的安排並非最終的確認，其中有關知識產權篇的設置也爭議頗大，最後並未涉入，可詳見吳漢東，知識產權立法體例與民法典編纂，中國法學，2003 年第 1 期。

<sup>31</sup> 晚近大陸民法典立法的論述佔領著重要的法學刊物篇幅，主要可參見月旦民商法雜誌，特刊號；江平，中國民法典制定的宏觀思考，法學 2002 年第 2 期；政法論壇，2003 年第 1 期，當期專題：民法典縱橫談；梁慧星，當前關於民法典編纂的三條思路，中外法學，2001 年第 1 期；王利明，中國民法典的體系，現代法學 2001 年第 4 期；易繼明，民法法典化及其限制，中外法學，2002 年第 4 期等。

<sup>32</sup> Roscoe Pound 著，結構編輯群譯，法律史解釋，結構群文化事業有限公司，1991 年 12 月，第 110 至 111 頁。

基本法典，並根據客觀需要陸續制定相關單行法，以作為規範某一類社會關係，再輔之以法律解釋，使法律制度得以正常運行。

尤其在 1978 年以來，主要基本法律像《刑法》、《刑事訴訟法》、《民事訴訟法》等皆已相繼完成立法，僅次於憲法的二級大法—民法—卻遲遲是一個未補足的懸缺。在大陸法系各國法典化（codification）中，首推民法典的立法為主要訴求，在相關基本法典中，無論從社會的廣泛重視還是投入的力量，都是以民法典為最。以通過統一的、綜合性的法典形式，來進行民事立法的編纂，傳統上都是那些以羅馬私法結構和傳統為其民法基礎的國家的特點，這種情況就使得人們在起草和進行編纂工作時可以相互借鑑法律調整的經驗。儘管大陸長期來在社會制度與政治體制的背景下，並無「民法是私法中的憲法」的提法，但民事法律卻是關係到經濟生活的全局，以完整系統的法典形式呈現出來，將是逆不可轉的趨勢。

成功的法典編纂決不是對某種感性需求的簡單回應，經濟發展與社會多元促使法律關係越來越複雜，簡化法律的要求便更行迫切，編纂法典的需求於焉產生<sup>33</sup>。對於具有法典化傳統的大陸而言，經濟發展的需求與社會環境的日趨多樣之際，經由民法典的編纂愈顯有重要的迫切性。

## （二）彌補現行法律中難以避免的漏洞

對於正在往市場經濟體制過度的社會，經濟體制改革不斷深入之際，民事法律的單行立法模式，除了本身難以適應實際之需求外，相關法律體系間的銜接漏洞亦不斷地呈現<sup>34</sup>。雖然全國人大及其常委會授權國務院或省級人大制定暫行規定或條例，待經驗成熟再提升為法律的制定。然這些並不是正常的模式。在改革開放以後大陸著手進行民法典的立法，幾經更易其稿，執意制定出一個與西方不同的民法，結果頒布出了一個既非總則、亦非分則的《民法通則》，它給市場經

<sup>33</sup> Watson, Alan, *The Making of the Civil Law*, Harvard University Press (1981), at 146.

猶如 1791 年 3 月，普魯士法典（Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten）的公布規則宣稱「全部法律將按照一定的條理層次，用民族語言來制定，用一種大眾能理解的方式表達，以使本國的任何居民，只要其歷經受過教育，那怕只是具有中等水平，自己便能閱讀，弄懂法律，在將來的案件裡尊重這些規定，他應當依照法律行事，並接受法律的審判。」

<sup>34</sup> 例如在《擔保法》（1995 年 6 月）頒布之前，抵押制度在《民法通則》中僅有一條文作原則性規定，而且沒有相應的抵押登記和抵押物拍賣制度作配套，使得抵押擔保形同虛設。

濟所提供的並不是規則，而僅僅是一些不具有操作意義或操作上較差的原則，因而使大陸司法界在審判上常常叫苦不堪<sup>35</sup>。法典的編纂相當程度上提供了法律的可預測性，儘管現行大陸主要民事法律以單行法律的形式出現，但是彼此之間規範的裂痕所預留的潛在危險，對於法律運作上往往容易產生適用上的困擾。

大陸經濟發展與社會結構的急遽變動，和基於高新技術而形成的新興產業所帶來的新型態法律問題，諸如名譽權糾紛的審理、婚姻糾紛中「感情破裂」的判斷、產品責任案件中的精神賠償、醫療事故的責任判定與賠償、記者隱名採訪引發的隱私權等等案例，有關這類問題的立法與司法，都是一個不斷形成價值共識，朝向趨同的過程，因為一直未有完整的民法典依據，只能是一個先有個案的累積，而後形成正式的司法解釋，最後才在系統的立法中加以完善<sup>36</sup>，但都是呈現一種遺缺補零的狀態。儘管相關民事法律、行政法規、規章也是逐漸擴充，但正因為現存法律的複雜和浩繁一向是敦促編纂法典的一種強大動力，經由法典的編纂而更能銜接法律適用上的需要與簡化相關法制。

### (三) 便於民法適用與法學教育的完善

向來大陸法學教育的發展歷程就是在一個由法學概念到具體實體法注釋再到法學理論的歷程，在改革開放以來，一些法律本身規定的不盡完善，許多重要經濟法律、法規在九〇年代以後方才陸續頒定，致使法學教育中的課程設計，都是由一些概念課程逐漸因具體法律出現而完整化的過程。一個欲維持法典化法律制度的社會，必需同時建立富有生氣的學術傳統和富有警覺的法律改革機構，以避免或抵銷法典編纂帶來的危險，和允許對法律政策不斷重新評價，以便使法律與社會現實保持密切聯繫。然而像民法這一基本部門法如果不制定成系統的、分類排列合理的、各部分有明確標題的法典，民法學的體系與內容就必須在大陸既有的許多民事立法基礎上去找資源，或是改而尋求外國完整民事立法國家的書籍來確認<sup>37</sup>，這樣不僅需要大量智力投入，而且沒有統一標準，作品之間難免存在

<sup>35</sup> 郝鐵川，中國法制現代化與移植西方法律，法學，1993年第9期，第1頁。

<sup>36</sup> 張騏，論法的價值——對當代中國法治近程中一個悖論的解決嘗試，法制與社會發展，2001年第5期，第15頁。

<sup>37</sup> 晚近台灣民法學者的著作廣受到大陸學界之青睞，主要原因還在於一個不完善民事法律體的大陸本身缺乏一個具體的民法典所致，致使大陸完整思考資源需求助於國外。

差異，讓學習者無所適從。